

1. שיח' עבדאללה נמר דרוויש
2. שיח' כאמל ריאן
3. שיח' אבראהים צרצור
4. ח"כ עבד אלמאלכ דהאמשה
5. עמותת אלאקצא לפיתוח נכסי ההקדש האסלאמי
6. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד עאדל בדיר ו/או חסן ג'בארין ו/או מרואן דלאל ו/או ארנה כהן/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אל-סאנע ו/או גדיר ניקולא ו/או עביר בכר מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ת"ד 510, שפרעם 20200.
טלפון: 04-9501610; נייד: 052-8498805; פקס: 04-9503140.

העותרים

- נ ג ד -

1. השר לענייני דתות
 2. שר המשפטים
 3. ראש ממשלת ישראל
- באמצעות פרקליטות המדינה
רחוב סלאח אל-דין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יעשה השר לענייני דתות שימוש בסמכותו לפי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ויתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים של המוסלמים בישראל, לאחר התייעצות עם אנשי דת מוסלמים – וזאת, כפי שהתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים של היהודים.

ואלה הם נימוקי העתירה

מבוא

1. עתירה זו עניינה התקנת תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים. בשנת 1967, נחקק חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז – 1967 (להלן: חוק השמירה על המקומות הקדושים), שמטרתו שמירה על המקומות הקדושים מפני חילול וכל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות הקדושים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות. סעיף 4 לחוק הנ"ל קובע כי:

"שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעים בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו".

שר הדתות עשה שימוש בסמכות זו שניתנה לו בחוק, והתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים ליהודים בלבד, "תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א – 1981".

2. חרף התייחסותו האוניברסאלית של החוק למקומות הקדושים של כלל הדתות, המשיב מס' 1, כאמור, קיים את חובתו עפ"י דין באופן מפלה – הן מחמת לאום והן מחמת דת – בכך שהתקין תקנות ליהודים בלבד. העדר תקנות לגבי שאר העדות בכלל, ולמוסלמים בפרט, פוגע בחופש הדת והפולחן וגרם להזנחת מקומות קדושים אלה ולחילולם. מסגדים ואתרים קדושים רבים הפכו לרפתות, לדיסקוטקים, לפאבים ולבתי מסחר למיניהם.

3. אי הכללת המקומות הקדושים של המוסלמים בתקנות חורגת מלשונו ומתכליתו של החוק המתייחסת לכלל הדתות בישראל, פוגעת בעקרון שלטון החוק, לוקה בחוסר סבירות קיצונית, פוגע בעקרון השוויון, פוגעת בחופש הדת והפולחן, נוגדת את כללי המשפט המנהלי הקובעים כי בביצוע סמכותו המנהלית של השר עליו לפעול, לשם הגשמת תכלית החקיקה, בהגיונות, בסבירות ובהעדר שרירות ואפליה.

4. חוק העונשין, תשל"ז – 1977, אוסר פגיעה במקום קדוש וקובע סנקציה פלילית נגד המחלל מקום קדוש, וכך גם חוק השמירה על המקומות הקדושים. אולם, העדר תקנות שיגדירו ויפרטו את המקומות הקדושים למוסלמים מנציח הפגיעה המתמשכת במקומות אלה. אנו עדים לפעולות ממושכות של פגיעה גסה במקומות קדושים – שיפורטו בהמשך – אשר בוצעו, לא רק ע"י אנשים פרטיים, אלא גם ע"י גופים רשמיים. בנוסף, היו מקרים של התמוטטות מסגדים נטושים כתוצאה מהזנחה ומחדל ממושכים של הרשויות הנוגעות בדבר והממונות עפ"י החוק.

5. בנוסף, אי התקנת תקנות כנדרש בעתירה זו, גרם להפליה ביישום סעיפי התקציב של המשיב מס' 1, שכן הוא קובע סעיפים תקציביים למקומות הקדושים של היהודים

בלבד בטענה כי אין תקנות לגבי המוסלמים. למעשה, ההפליה ביישום הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים נהפכה כצידוק להמשיך להפלות בתחומים אחרים.

6. אנשי דת מוסלמים רבים, ומביניהם נשיא בית הדין השרעי לערעורים, והעותרים פנו במשך שנים רבות אל המשיבים בדרישה שיעשה שימוש שוויוני בסעיף 4 לחוק הנ"ל, אולם פניות אלו לא זכו להתייחסות כלשהי.

החלק העובדתי

העותרים

7. העותר מס' 1 הינו אחד מאנשי הדת המוסלמים הבולטים בישראל, מייסד התנועה האסלאמית וראש הסמכות השרעית (פקהית) למוסלמים בישראל.

8. העותר מס' 2 הינו איש דת מוסלמי מוכר, יו"ר עמותת "אלאקצא" למען המקומות הקדושים, עמותה רשומה כדין בישראל, שבראש מעיינה שמירה וטיפול המקומות הקדושים למוסלמים, והוא משמש כסמנכ"ל מרכז השלטון המקומי, וכיהן בעבר כראש המועצה המקומית כפר-ברא.

9. העותר מס' 3 הינו ראש התנועה האסלאמית בישראל ואחד מאנשי הדת המוסלמים המוכרים בארץ, והוא כיהן בעבר כראש המועצה המקומית כפר-קאסם.

10. העותר מס' 4 הינו חבר כנסת ויו"ר הרשימה הערבית המתקדמת מטעם התנועה האיסלאמית, והוא איש דת מוסלמי.

11. העותרת מס' 5 הינה עמותה הרשומה כדין בישראל, שמטרותיה פיתוח נכסי ההקדש האסלאמי ושימור אתרים קדושים למוסלמים ברחבי הארץ ובכלל זה מקומות קדושים עתיקים שאינם זוכים לשימור ולטיפול מצד רשויות המדינה.

12. העותרת מס' 6 הנה ארגון זכויות אדם, עמותה רשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרותיה המרכזיות הן: השגת זכויות שוות, הגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי בישראל בתחומים שונים, ומביניהם, זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות חברתיות, זכויות תרבותיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

תקנות השמירה על המקומות הקדושים

13. בתוקף סמכותו לפי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, המשיב מס' 1 התקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים ליהודים בלבד. התקנות מגדירות מהם "המקומות הקדושים", וקובעות מהם המעשים האסורים בתחומי מקומות אלה, בצד עונשים לעובר על ההוראות המגדירות המעשים האסורים וההגבלות. בנוסף, בתוספת לתקנות ישנה רשימה של המקומות הקדושים ליהודים.

14. תקנות כאלה מעולם לא הותקנו לגבי המקומות הקדושים של המוסלמים. דבר המהווה, כשלעצמו, אפליה פסולה כלפי המוסלמים ושאר העדות הלא יהודיות ביישום דבר חקיקה ראשית.

15. אי קיומן של תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים, משאיר מקומות אלה ללא כל הגנה מפני חילול ופגיעה בכבודם, דבר הגורם לפגיעה ברגשותיהם של המוסלמים כלפי אותם מקומות. שכן, הפועל היוצא להכרזה על מקומות קדושים בתקנות, הוא בשמירה על המקום המוכרז מכל פגיעה או חילול העלול לפגוע בגישת בני הדתות אליו ובתמיכה תקציבית של משרד הדתות למען שימורו ותחזוקתו של המקום.

16. יודגש, כי באי ההכרה במקומות הקדושים של המוסלמים בישראל, יש התעלמות קיצונית, חסרת כל הצדקה עניינית, מחשיבותם הדתית וההיסטורית של אותם מקומות קדושים. חלק ניכר מהמקומות הללו מהווה מקום קדוש מדרגה ראשונה, לא רק אצל בני הדת בארץ, אלא אצל מיליונים מרחבי העולם (למשל: נמצאים בישראל מקומו של הח'ליפה עלי והנביא סאלח ומסגדים היסטוריים רבים).

17. קיומן של תקנות לשמירה על מקומות קדושים ליהודים בלבד, מנציח אי השוויון וההפליה בכל הנוגע לשמירה ולטיפול המקומות הקדושים למוסלמים לעומת היהודים. כך לדוגמא, הוקם המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים ליהודים. המרכז הזה הוקם בעקבות החלטת הממשלה לטפל במקומות הקדושים במסגרת של עמותה ממשלתית. הוא מטפל בכמאה ועשרים מקומות קדושים ליהודים, המוגנים על פי "חוק המקומות הקדושים" ותקנות של שר הדתות המגדירות ומסדירות את הסדר והנהוג למבקרים במקומות אלו.

18. לא למותר לציין, כי המרכז הנ"ל מטפל במקומות קדושים ליהודים בלבד. העותר מס' 2 פנה ביום 12.7.2001 לשר הדתות דאז, מר אשר אוחנה, בדרישה למנות נציג מוסלמי במרכז הנ"ל, וכן להקצות תקציב ראוי על מנת לשפץ ולהחזיר למקומות הקדושים של המוסלמים את קדושתם. ומשלא התקבל מענה לפנייתו, פנה, שוב, העותר מס' 2 לשר לענייני דתות ביום 8.10.2001. אולם, לפנייה זו לא נתקבל מענה ממשרד הדתות.

המקומות הקדושים של המוסלמים ודיונים רשמיים בנושא

19. נושא מצבם של המקומות הקדושים ומבני הדת של העדות הערביות בכלל ושל המוסלמים בפרט, עלה לדיון בכנסת פעמים רבות בשנים האחרונות. בכל הדיונים האלה הודגש הצורך בשמירת ופיתוח מבני דת ומקומות אלה. דוגמה לכך היא ההצעה לסדר היום אשר הוגשה על ידי ח"כ רוני מילוא בנושא מצבם של המקומות הקדושים למוסלמים מיום 10.11.99, בה נאמרו על ידי ח"כ מילוא הדברים הבאים:

"... השמירה על מקומות קדושים היא חובה כלפי כל הדתות. אנחנו כולנו היינו נזעקים אם היינו שומעים שיש פגיעה בבית כנסת, אנחנו כולנו דואגים שלא תהיה פגיעה בכנסיות. אך אין, לצערי הרב, מספיק דאגה שלא תהיה פגיעה במסגדים... אני רוצה בהקשר זה, אדוני השר, לומר שלציבור המוסלמי ולמסגדים בארץ נגרם עוול כבד... לכן, אדוני השר, אני מצפה שמשרד הדתות יקדיש לנושא הזה מאמץ גדול, ייתן דעתו על כל הנושאים שעומדים על הפרק, ואני דיברתי על חלק מהם עכשיו. הנושא הזה גם הועלה בשידור טלוויזיה שבעקבותיו הגשתי את ההצעה, כי ראיתי את זה ופשוט היה קשה לי להאמין למראה עיני לגבי מצבם של מסגדים בישראל, כאשר המסגדים האלה הפכו למה שצינו קודם בדיון שעכשיו אנחנו מקיימים".

20. בתשובה להצעה לסדר היום של ח"כ מילוא אמר שר הדתות דאז, מר יצחק כהן, כי המשרד לענייני דתות שוקד על הכנת תכנית לשיקום, גידור ושימור המסגדים ברחבי הארץ וכי:

"התכנית כבר פעלה בכמה מסגדים, בעין כרם, במלחה-ירושלים, במסגד בכפר חיטים גור, בסמריה, בע'אבסייה בגליל המערבי. אנחנו נמשיך, לא נפסיק. גם סיכמתי עם חברי הכנסת מהסיעות הערביות שנערוך פרוגרמה ומיפוי של כל המסגדים שצריכים שיפוץ, ובעזרת השם התשובה היא חיובית לבקשה שלך ולבקשה של חברי הכנסת מהסיעות הערביות".

רצ"ב פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מיום 10.11.99, כנספח ע/2.

21. מסגד ע'אבסייה, שהוזכר בתשובתו של שר הדתות להצעה של ח"כ מילוא, הינו אחד המקומות המובהקים בקדושתם למוסלמים, ושבמשך שנים הובטח ע"י גורמים ממשלתיים וע"י ראשי ממשלה לשעבר לשימור וטיפול מקום קדוש זה. כך שבעקבות פנייתה של עמותת "עקורי ע'אבסייה" לראש הממשלה דאז, מר שמעון פרס, בבקשה שיתערב לשיפוצו ולהחזרת כבודו של מסגד ע'אבסייה נענו ע"י מר בני שילה, "ראש תחום מיעוטים" במשרד ראש הממשלה, בזו הלשון:

"ראש הממשלה, מר שמעון פרס, קיבל את מכתבך וביקשני להשיבך.

ממשלת ישראל רואה עצמה מחוייבת לשמירה על המקומות הקדושים לכל הדתות, בכלל זה כמובן גם בתי קברות ומסגדים הקדושים לאיסלם.
ראש הממשלה הודיע לראשי הציבור הערבי, עימם נפגש לאחרונה, כי הממשלה תדאג לשיפוצם ולהחזרת כבודם של המסגדים בכפרים הנטושים בכלל זה גם המסגד בגבסיה.
מסגד גבסיה נכלל בין האתרים הראשונים לפעולת השיפוץ של הממשלה. הדבר יעשה בתיאום עם מינהל מקרקעי ישראל ובהתייעצות עם נציגי עמותת אל-אקצה".

ראו מכתבו של מר בני שילה, ממשרד ראש הממשלה מיום 26.5.96, כנספח ע/3.

22. אולם, משהגיעה רגע האמת לשיפוצו של אותו מקום קדוש, העלו פקידים ממנהל מקרקעי ישראל בפני בית משפט השלום בעכו ספקות בקשר לקדושתו של מקום זה, ואף העלו השערות שמדובר בבית רגיל של מי שהיה שיד של הכפר הנטוש. כך ציין שופט בית משפט השלום בעכו, כבוד השופט א. שאנן, בהחלטתו לבקשה לצו עשה זמני, שיצווה על המשיבה, רשות הפיתוח ע"י מינהל מקרקעי ישראל, לפתוח מסגד ע"אכסייה לכניסת הציבור המוסלמי, לאחר שיפוצו:

"בתצהיר שהגישו המבקשים נטען, שמדובר במסגד הקיים עוד מלפני קום המדינה. כנגד זאת נטען בתצהיר המשיבה, שמדובר בבית מגורים של מי שהיה שיד הכפר הנטוש, אלא שתצהיר המשיבה ניתן מפי השמועה. אמנם אין מניעה לעשות בידעה מפי השמועה, לצורך הליך ביניים, ובלבד שמקור המידע יצויין במפורש. בתצהיר מטעם המשיבה צויין שהמקור הוא "אחד הזקנים של הכפר", וכשנשאל המצהיר לפרטי אותו זקן – סירב לגלותם. מידע כזה אינו קביל, ואם היה קביל – משקלו מועט.

לכאורה ה"ישועה" לענין קדושתו של המבנה, לא מפי המבקשים באה, אלא דווקא מפי המשיבה, שציינה, בתצהירה, שהחלטה לסגור את המבנה נעשתה, בין השאר: "בכדי שלא יהיה פרוץ לכל מיני פעילות חריגה שתפגע בקדושתנו" (ההדגשה במקור).

דברי כב' השופט א. שאנן בהמרצה 1931/97, הרצ"ב כנספח ע/4.

23. יוצא אפוא, שאילו היו קיימות תקנות המגדירות המקומות הקדושים למוסלמים, לא היה כל צורך בויכוח סביב קדושתו של מסגד ע"אבסייה, המוכר מימים ימימה, אפילו ע"י שרים וראשי ממשלה, כמקום קדוש למוסלמים ושיש צורך דחוף בשיפוצו והחזרת כבודו. כב' השופט א. שאנן ציין, בהמשך להחלטתו, כשהוא משווה בין המקרה דן לבין מקרה אחר:

"גם ב- בג"צ 386/88, אגודת בני אור נ' השר לענייני דתות, פד"י מ"כ (4) 757-8, לא התעוררה השאלה, משום שהעתירה נסבה על מערת אליהו הנביא, שהוגדרה כ"מקום קדוש" בתוספת לחוק השמירה על המקומות הקדושים, ואילו "קדושתה" לענין דבר המלך – לא התעוררה כלל". (ההדגשה לא במקור).

24. נושא מצבם של המקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות עלה לדיון פעמים רבות גם בממשלה. ועדת השרים לעניין המגזר הערבי בהחלטתה מיום 31/1/2000, שכותרתה "הטיפול במקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות" ואשר קבלה תוקף של החלטת

ממשלה ביום 17/2/2000 ומספרה הוא 1156(ערב/23), החליטה להטיל על מנהל מקרקעי ישראל בשיתוף עם המשרד לענייני דתות ונציג מהמגזר הערבי להכין תכנית לטיפול במקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות הנטושים ברחבי הארץ. התכנית תכלול רשימה של אתרים אלה, סדר עדיפויות ולוח זמנים לביצוע. התכנית תציג רשימה של מקומות קדושים נטושים אשר נדרש טיפול מידי בהם.

רצ"ב החלטת השרים מיום 31/1/2000 ושקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 17/2/2000, כנספח ע/5.

25. יצוין, כי בעקבות החלטת השרים הוקמה וועדת משנה והתקיימו כמה דיונים בעניין מצבם של המקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות, בהשתתפות נציגים ממשרד הדתות, ממשרד התשתיות הלאומיות וממנהל מקרקעי ישראל ובהשתתפות השיח' כאמל ריאן, העותר מס' 2, כנציג הוועד הארצי לרשויות הערביות. על הוועדה הוטל להכין תכנית לטיפול במקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות הנטושים ברחבי הארץ. כן נקבע כי התכנית תכלול רשימה של אתרים, סדר עדיפויות ולוח זמנים לביצוע, וכי התכנית תציג רשימה של מקומות קדושים נטושים אשר נדרש טיפול מידי בהם.

רצ"ב פרוטוקולים מדיוני הוועדה בנושא אתרי ההקדש הלא יהודיים, כנספח ע/6.

26. עוד יצוין, כי בבג"צ 1399/00 **איתיג'אה ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'** המדינה בתצהיר התשובה, פסקה 16, התייחסה לעבודתה של ועדת המשנה הנ"ל וציינה כי:

"עניינם של המקומות הקדושים לאיסלאם, שאינם פעילים, נדון על ידי ועדת השרים לעניין המגזר הערבי, אשר בראשותה עומד שר המדע, התרבות והספורט, מתן וילנאי. על פי החלטתה של ועדת השרים האמורה מיום 31/1/2000, אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 17.2.2000, הוקמה ועדת משנה...עליה הוטל להכין תכנית לטיפול במקומות הקדושים לעדות הלא יהודיות הנטושים ברחבי הארץ...למיטב ידיעתי, לפני מספר שבועות סיימה ועדת המשנה האמורה את עבודתה והעבירה לועדת השרים לעניין המגזר הערבי את ממצאיה והמלצותיה".

27. ובתשובה לפרטים נוספים שהוגשה ע"י העותרים ציינה פרקליטות המדינה כי **הוועדה זיהתה כ-53 מקומות קדושים וכ-58 אתרי קבורה נטושים**. עוד צוין בתשובת המדינה כי **"עד כה לא טיפל המשרד לענייני דתות ככלל במבנים נטושים ולא פעילים"**. מתשובת המדינה עולה בבירור כי הממשלה והמשיבים מכירים בקיומם של מקומות קדושים למוסלמים ושיש צורך דחוף בנקיטת פעולות לשיקומם.

רצ"ב תצהיר תשובה מטעם המשיבים **בבג"צ 1399/00** (עמ' 6, 7), הבקשה לפרטים נוספים ותשובת המדינה, כנספח ע/7.

28. יצוין, כי בפגישה בנושא שיפוץ מקומות קדושים מיום 18.3.2002, בה השתתפו מר משה שמעוני –מנכ"ל משרד הדתות, עו"ד יוסי הירשלא –מ"מ ראש האגף לענייני עדות במשרד הדתות, עו"ד ויסאם עאסי –יועץ משפטי לעמותת אלאקצא, חאלד ריאן – עמותת אלאקצא, העותרת מס' 5, סוכס כי יוחל בשיפוצם של חמישה מקומות קדושים שנבחרו מתוך רשימה שאושרה על ידי משרד הדתות (186/01 22 באוקטובר 2001) והם: המסגד הגדול בבאר שבע, בית הקברות המוסלמי בבאר שבע, מסגד נבי רובין, מסגד לבאבידי בעכו ומסגד אל בחר בטבריה (ליד הכנרת).

רצ"ב סיכום פגישה עם מנכ"ל משרד הדתות בנושא שיפוץ מקומות קדושים מיום 18.3.2002, כנספח ע/8.

29. יודגש, כי מדובר ברשימה חלקית ביותר ולא סגורה, וכפי שצוין בפגישה הנ"ל מדובר בחמישה אתרים שישמשו כפילוט ראשוני ואשר נבחרו מתוך רשימה שאושרה ע"י משרד הדתות באוקטובר 2001.

30. ועוד. דו"ח "ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000" (להלן: "ועדת אור"), כלל ביקורת נוקבת על רשלנותם של מוסדות ממשלתיים בטיפולם במבני דת מוסלמים ונוצריים, ועל ההזנחה והחילול של בתי תפילה ובתי קברות בשטחים אשר נמצאים כיום בבעלות המדינה. בעמוד 55 לדו"ח נאמר:

"הקובלנות הקשות ביותר נשמעו בסוגיית נכסי ההקדש. השליטה על מרבית נכסים אלה היתה בידי המדינה מראשיתה. במהלך השנים ניכרה תופעה של הזנחה של בתי תפילה ובתי עלמין בשטחים שהועברו לבעלות המדינה. היו מקרים לא מעטים של הרס או שימושים בבתי תפילה למטרות כמו גלריות, מסעדות, אורוות, מחסנים ובתי כנסת. זאת ועוד. משרד הדתות נמנע במשך שנים רבות מלתקצב באופן נאות את אחזקתם של בתי עלמין מוסלמיים ונוצריים.... מצב לא-שוויוני זה חיזק את תחושת הקיפוח והזין את התביעות הגוברות לאוטונומיה תרבותית-דתית".

31. ובמקום אחר, בעמוד 35, צויין בדו"ח ועדת אור:

"[...] הרשות הציבורית נתפסת כנאמן של כלל הציבור. אסור לה להעדיף, בלא סיבה מוצדקת, מגזר אחד של הציבור על פני מגזר אחר[...] ההפליה הפסולה מתאפיינת ב "אי- הגינות שבנהיגת אי-שוויון בשווים" [דברי השופט ויתקון בבג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט, בעמ' 1265], וכי ההפליה, " להבדיל מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו".

32. ועוד. במכתב מיום 26.1.95, שהופנה לראש הממשלה בתפקידו דאז כשר הדתות, מתריע היועץ המשפטי לממשלה על מצב אי השוויון בתקציב שירותי הדת לאזרחים המוסלמים, הנוצרים והדרוזים, וממליץ על פעולה דחופה לתיקונו. היועץ המשפטי לממשלה עומד במכתבו על הנימוקים השונים, מעבר לשוויון הצרוף, המחייבים נקיטת פעולה בעניין. במכתבו ציין היועץ המשפטי, בין היתר, כי:

"מקבלת האוכלוסייה הלא יהודית שיעור נמוך ביותר מתקציב התמיכות ללא כל פרופורציה לחלקם בכלל האוכלוסייה בישראל. מצב זה אינו טוב, והוא עלול להסב נזק כבד לשמה הטוב של המדינה וכן נזקים נוספים הן בתחום זכויות האזרח, הן בתחום החברתי והן בתחום הביטחוני".

מכתב היועץ המשפטי לממשלה מיום 26.1.95, כנספח ע/9.

33. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי בישיבתו עם נציגי האוצר ומשרד הדתות "הודגש הצורך לגלות הבנה כלפי אוכלוסייה חשובה זו, כפי שהודגש הצורך למנוע זעזועים פנימיים בקרב אוכלוסייה זו. שכן ייתכן שזעזועים אלה מנוצלים לרעה על ידי גורמים עוינים למדינה".

34. ועוד. בית משפט נכבד זה קבע בבג"צ 240/98 **עדאלה ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'**, פ"ד נב(5), 167, בעמ' 179-178:

"...אין כיום שוויון בהקצאתם של משאבי-כסף בידי משרד הדתות לעדות השונות בישראל. מסקנה זו מתבקשת, לכאורה, בראותנו את הפער הגדול בין שיעור המשאבים הכספיים המוקצים בידי המשרד לאוכלוסייה הלא-יהודית, לבין שיעור המשאבים המוקצים לאוכלוסייה היהודית; והכל בהשוואה לשיעור חלקה של האוכלוסייה הלא-יהודית בכלל האוכלוסייה בארץ. הנה-כי-כן, העדות הערביות מהוות כ-20 אחוז מאוכלוסיית המדינה, אך משרד הדתות אינו מקציב לצורכי הדת שלהן אלא כ-2 אחוז מתקציבו בלבד. על פער זה ייאמר כי הדבר מדבר בעדו. לא אנו הראשונים שאמרנו זאת. היה זה היועץ המשפטי לממשלה, שבמכתבו מיום 26 בינואר 1995 אל ראש הממשלה והשר לענייני דתות, עמד על הפער הגדול בין האוכלוסייה של העדות הלא יהודיות לבין התמיכה הניתנת להן, ובקשתו היתה כי ייעשה לתיקונו של מצב זה".

35. מבקר המדינה בדק את התקציב של המחלקה המוסלמית של המשרד לענייני דתות, והוא התייחס, בין היתר, למצבם של מבני הדת והמקומות הקדושים של המוסלמים בישראל. הבדיקה מגלה תמונה קשה ביותר בתחומים שנבדקו, והוא קבע כי יש להחיל מבחנים שוויוניים ברורים לתמיכה בצורכי העדות הערביות. המסקנה של המבקר בבדיקה זו הייתה כי:

"לדעת משרד מבקר המדינה, על המשרד לענייני דתות לפעול להגדלת השוויוניות בין חלקי האוכלוסייה השונים ולהבטיח שחלקם של המוסלמים בתקציב המשרד יהלום את חלקם היחסי באוכלוסייה".

דו"ח מבקר המדינה 46 (1996) עמ' 287, כנספח ע/10.

36. גם במשרד הדתות היו ערים למצב של קיפוח והזנחה רבת שנים של שירותי הדת שניתנו לבני העדות שאינן יהודיות בנוסף לאי-השוויון בתקצוב שירותי הדת לעדות הלא יהודיות לעומת הניתנים במגזר היהודי. ועל כן, משרד הדתות יזם, עוד בשנת

1995, תכנית לרפורמה בשירותי הדת לאזרחים המוסלמים, הנוצרים והדרוזים, והנקראת "משפט אחד". מחברי התכנית ממשד הדתות מציניים בפתח דבריהם:

"במסגרת הארגון מחדש של מערכת שירותי הדת במדינת ישראל הגיע שר הדתות למסקנה שיש לערוך רפורמה יסודית במערכת שירותי הדת שמדינת ישראל מספקת באמצעות המשד לענייני דתות למוסלמים, לנוצרים ולדרוזים. **לאחר שנלמד המצב הקיים ביחידות המשד המטפלות בעדות הדתיות נמצא מצב של קיפוח והזנחה רבת שנים של שירותי הדת שניתנו לבני העדות שאינן יהודיות. המצב של אי-שוויון מחייב תיקון.**" (ההדגשה לא במקור).

רצ"ב התכנית לרפורמה בשירותי הדת למוסלמים, דרוזים ונוצרים – "משפט אחד", כנספח 11/ע.

37. **נשיא בית-הדין לערעורים, כבוד הקאדי אחמד נאטור**, פנה פעמים רבות לגורמים ממשלתיים, והתריע בפניהם מפני מצבם העגום של המקומות הקדושים למוסלמים, במיוחד בערים המעורבות ובישובים שאין בהם עתה מוסלמים. בפנייתו מיום 22/3/1993 לראש הממשלה ולשר הדתות דאז, מר יצחק רבין, פירט את מצבם הבלתי נסבל של המקומות הקדושים למוסלמים. במכתבו מציין נשיא בית הדין:

"בתי קברות רבים באזור הערים המעורבות ובכפרים הערביים עד 1948, הועברו לרשויות ממשלתיות ועירוניות, כגון רשות הפיתוח, חברות לפיתוח הערים המעורבות, חלמיש וכיו"ב. הגופים אשר להם הוקנו הנכסים החכירו וממשיכים להחכיר מקרקעין שבהם גם מסגדים לגופים רשמיים ודרכם לידיים פרטיות המשתמשים בבניינים תוך כדי חילול גם לקדושת המקום. לדוגמא: מסגד קיסריה אשר הוחכר ל- "באר ומסעדה", מסגד סקסיק ביפו (דיסקוטק), מסגד קטן בב"ש, מסגד עין הוד, המסגד הגדול בבאר שבע, מסגד אכזיב וכו'....

למיטב ידיעתנו מעולם לא עשה האפוטרופוס פעולה לאחזקת המקומות הקדושים אשר הופקדו בידיו, אף שעליו מוטלת החובה לעשות כן. (ראה סעיף 7 לחוק נכסי נפקדים – 1950). בסופו של דבר, בניינים אלה מתמוטטים גם בהשפעת גורמי הטבע (כמו צריח מסגד אל-דבאג ביפו). נציין עוד, כי גם כאשר מוסלמים מנסים לשפץ מקומות קדושים כאלה, אין הרשויות רואות זאת בעין יפה ואף לעיתים מונעות זאת מהם (כמו מקרהו של מסגד חיטין).

אף שחוק העונשין אוסר פגיעה במקום קדוש וקובע סנקציה פלילית לכל המחלל מקום קדוש, וכך גם חוק השמירה על מקומות קדושים- 1967, אנו עדים לפעולות ממושכות של פגיעה גסה במקומות קדושים אשר בוצעו, לא רק ע"י אנשים פרטיים אלא גם ע"י גופים רשמיים (כמו הריסת המקומות הקדושים בשכונת סכנה בלוד ע"י החברה לפיתוח לוד – רמלה, הפגיעה בב"ק עאקר (עקרון) ע"י המועצה המקומית, מסגד אכזיב אשר נפגע ע"י רשות הגנים, ב"ק סלמה אשר נעקר ע"י חברת חלמיש, ב"ק יהוד, מסגד אל-חמה ועוד...)

בנוסף היו מקרים של התמוטטות שאין סיבותיה ברורות דיין, כמו צריח מסגד נבי רובין, צריח מסגד סידנא עלי, צריח מסגד חסן-בק וכו'...ראוי לציין, כי ברוב המקרים הוגשו למשטרת ישראל תלונות נגד הפוגעים ומשיגי הגבול, אך למיטב ידיעתנו מעולם לא הובא גוף או אדם על עונשו בגין עבירה זו, חרף חומרתה.

התמוטטות צריחי נבי רובין, סידנא עלי, מסגד אל-דבאג, וכן חורבן בתי- הקברות וחילולם הינם לצערנו, רק חלק מתוצאות ההזנחה והמחדל הממושכים של הרשויות הנוגעות בדבר והממונות ע"פ החוק.

גופים פרטיים ואחרים פלשו אל מקומות קדושים והשתלטו עליהם מבלי שהאפוטרופוס או גוף רשמי כלשהו קבלו על כך. לעיתים, הפולש הוא אפילו שליח רשות מסוימת אשר על המקום ועם הזמן הוא השתלט עליו (כגון: בב"ק ממילא-ירושלים, מסגד טלבייה, מסגד טאבייה ביפו. בזה האחרון, המשפחה אשר השתלטה על המסגד גובה אגרת כניסה מהמבקרים במקום).

ישנם מקומות קדושים למוסלמים אשר "תורגמו" למקומות תפילה ליהודים (כמו קבר אבו הוריריה ביבנה אשר קוראים לו היום קבר רב גמליאל, מקאם נבי ימין בכפר סבא וכו'...)

מסגדים או מקאמים מוזנחים ולעיתים אף משמשים מקלט לעברייני סמים ולסוטי מין (מסגד סלמה ביפו, מסגד עין כארם בירושלים, מקאם עבד-אלנבי בת"א, מסגד נבי עוכאשה בירושלים וכו'").

רצ"ב פנייתו של כבוד הקאדי אחמד נאטור מיום 22/3/93, כנספח ע/12.

38. בסיכום דבריו, מבקש נשיא בית הדין השרעי לאכוף את חוק השמירה על המקומות הקדושים- 1967, ולהנחות את הפקידים הנוגעים בדבר ורשויות החוק למצות את הדין עם משיגי גבול ועם כל מי שעובר על החוק. כמו כן, מבקש כבוד הנשיא הקאדי נאטור משר הדתות שיעשה שימוש בסמכות מכוח סעיף 4 לחוק הנ"ל ולהתקין תקנות לביצוע החוק לגבי המקומות הקדושים למוסלמים, בכדי לשים קץ לפעולות החילול של המקומות הקדושים.

39. בפגישה אשר התקיימה ביום 6.3.95 בלשכת מנכ"ל בית נשיא המדינה, מר אריה שומר, ובהשתתפות מנכ"ל משרד הדתות וכבוד הנשיא הקאדי אחמד נאטור, נידון מצבם של המקומות הקדושים למוסלמים, וסוכם כי מקובלת על כבוד נשיא המדינה דאז, מר עזר וייצמן, את דרישתו של נשיא בית-הדין לערעורים כי יש לשמור על קדושתם של כל המקומות הקדושים של האיסלאם בכל משמר וכי יש למנוע כל מעשה שיש בו משום חלול קדושתם. הודגש בפגישה, כי אין להרשות שימוש חילוני בהם. ולמען יוחל בביצוע עקרונות אלה, נתבקש נשיא בית-הדין להגיש רשימה של מקומות קדושים שמצבם קשה במיוחד למען ישוחררו לידי המוסלמים מיד. בעקבות הפגישה הנ"ל העביר נשיא בית-הדין לנשיא המדינה רשימה של מקומות קדושים שמצבם קשה במיוחד למען ישופצו ויועברו למוסלמים ללא דיחוי. הרשימה כללה 11 מסגדים בעלי צביון היסטורי ודתי מובהקים, מקאם אחד (מקום שבו קבור קדוש/צדיק בעל חשיבות דתית היסטורית במיוחד) הנמצא בעיר יבנה וחמישה בתי קברות הנמצאים ברחבי הארץ.

רצ"ב מכתבו של נשיא בית הדין לערעורים לנשיא המדינה ובה רשימה של חלק מהמקומות הקדושים למוסלמים, כנספח ע/13.

פניות העותרים ואנשי ציבור מוסלמים לרשויות

40. העותרת מס' 6 פנתה בנובמבר 1996 לשר לענייני דתות דאז, הרב אליהו סויסה, בדרישה שיתקין תקנות חוק השמירה על מקומות קדושים, כך שיכללו את המקומות הקדושים של שלוש הדתות – המוסלמית, הנוצרית והדרוזית. ביום 26 בדצמבר 1996 נתקבלה במשרדי העותרת מס' 6 תשובתו של המשרד לענייני דתות, ע"י ד"ר נסים דנה, מנהל האגף לעדות דתיות. בתשובתו ציין מר דנה, כי:

"משרד הדתות מקיים קשרים הדוקים ושוטפים עם ראשי העדות הדתיות השונות בישראל; מובן, שאם תהיה פניה מצידם בעניין הנושא שבנידון, אנו נעניק לה את מלוא תשומת הלב הראויה".

רצ"ב פנייתה של העותרת מס' 6 ותשובתו של המשרד לענייני דתות, כנספח ע/14.

41. תשובתו הנ"ל של המשיב מס' 1 הינה תמוהה לאור העובדה כי מדובר בסוגייה הנוגעת לשלטון החוק וקיום חובותיו של המשיב על פי-דין. לא למותר לציין, כי היו פניות רבות מצד אנשי דת מוסלמים רבים בעניין, כמו פנייתו של כב' הקאדי נאטור, ואחרים כפי שיפורט בהמשך, אך גם הם לא נענו.

42. ביום 24/8/03, פנתה העותרת מס' 6 שוב למשיב מס' 1 בדרישה שיתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים. אולם, עד היום לא נתקבלה אף תגובה או התייחסות לנושא, וזאת על אף שנשלחו שתי תזכורות למשיב מס' 1.

רצ"ב פנייתה של העותרת מס' 6 מיום 24/8/03 ושתי התזכורות, כנספח ע/15.

43. גם אנשי דת פנו למשיב מס' 1 באותו ענין. חרף חלוף הזמן הרב מאז, לא התקבלה תשובה עניינית, מלבד ההודעה שהנושא הועבר לגורמים המוסלמים במשרד הדתות. שיח' עבדאללה נמר דרוויש, העותר מס' 1, המשמש כראש הסמכות הפקהית למוסלמים בישראל ואחד מאנשי הדת המוסלמים הבולטים, פנה ביום 10/12/03 לראש הממשלה ושר הדתות, מר אריאל שרון, בדרישה שיעשה שימוש בסמכותו על פי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, ויתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים. טרם התקבלה תשובה חיובית בנושא.

רצ"ב פנייתו של שיח' נמר דרוויש מיום 10/12/03, כנספח ע/16.

44. עמותת אל-אלקצא, העותרת מס' 5, פנתה עוד בשנת 1992 לרשות העתיקות ובמכתבה תיארה את מצבם הפיזי הקשה ביותר של שלושה מסגדים כתוצאה מהזנחה והעדר שיקום ושימור הולמים.

רצ"ב מכתבה של עמותת אל-אלקצא לרשות העתיקות, כנספח ע/17.

45. העותרת מס' 5 פנתה שוב ושוב לרשויות במדינה, ובפניותיה היא תיארה את מצבם הבלתי נסבל של המקומות הקדושים, ואת הפגיעה המתמשכת במקומות אלה. בפניותיה הדגישה את הצורך בטיפול מיידי ודחוף במקומות אלה לאור מצבם המחריד והעדר טיפול בהם עד שחלק מהם עומד בפני סכנת התמוטטות. יצוין, כי חלק מפניותיה של העותרת מס' 5 היו בעקבות תקיפת מסגדים ומקומות קדושים של מוסלמים ע"י מתפרעים יהודיים לאחר מאורעות אוקטובר 2000.

רצ"ב חלק מפניות העותרת מס' 5 לרשויות, כנספח ע/18.

1. מכתב מיום 28/3/00 לנשיא המדינה, מר משה קצב.
2. מכתב מיום 12/10/00 לשר הדתות דאז, מר יוסי ביילין.
3. מכתב מיום 30/7/01 ליושב ראש הכנסת דאז, מר אברהם בורג.
4. מכתב מיום 30/7/01 למבקר המדינה, כבוד השופט אליעזר גולדברג.
5. מכתב מיום 30/7/01 לאפוטרופוס לנכסי נפקדים.
6. מכתב מיום 5/8/01 ליועץ השר לענייני ערבים במשרד לענייני דתות, מר מוחמד אבו קנדיל.
7. מכתב מיום 5/8/01 למחלקה לענייני ערבים במשרד לענייני דתות.
8. מכתב מיום 9/8/01 ללשכת ראש הממשלה, הגב' מירב כתריאל-שטרקל.
9. מכתב מיום 13/10/01 לשר לענייני דתות דאז, מר אשר אוחנה.

46. ביום 31/12/01, פנתה שוב העותרת מס' 5 לשר לענייני דתות, מר אשר אוחנה, והתריעה מפני הפגיעה והחילול המתמשכים במקומות הקדושים למוסלמים ללא נקיטת כל אמצעי מצד הרשויות לבלימת תופעה מצערת זו. בפנייתה מבקשת כי השר יעשה שימוש בסמכות המוקנית לו בחוק השמירה על המקומות הקדושים, ויתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים של המוסלמים.

רצ"ב פנייתה של העותרת מס' 5 לשר לענייני דתות מיום 31/12/01, כנספח ע/19.

47. ביום 15.6.93 פנה ראש מועצת כפר ברא לשעבר וראש עמותת אל-אקצא, מר כאמל ריאן, העותר מס' 2, אל מר בני שלו ממשרד ראש הממשלה בבקשה להקצות תקציב לשיפוצם ושימורם של כ-13 מסגדים ברחבי הארץ והזקוקים לפעולות שיפוץ ושימור מיידים.

רצ"ב מכתבו של מר כאמל ריאן למר בני שלו מיום 15/6/93, כנספח ע/20.

48. וביום 16/12/03 פנה העותר מס' 2 לראש הממשלה ושר הדתות, מר אריאל שרון, בדרישה שיתקין תקנות למקומות הקדושים למוסלמים, מתוקף סמכותו על פי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים. אולם עד היום לא נתקבלה תשובה עניינית לפנייתו מלבד ההודעה ממשרד ראש הממשלה מיום 23/12/03, שפנייתו הועברה לבירור במשרד הדתות.

רצ"ב פנייתו של העותר מס' 2 מיום 16/12/03 ותשובת משרד ראש הממשלה, ע/21.

49. שיח' איברהים סרסור, ראש התנועה האיסלמית העותר מס' 3, פנה ביום 25/10/03 למשיב מס' 1 שיתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים, אולם עד היום לא נתקבל כל מענה לפנייתו.

רצ"ב פנייתו של העותר מס' 3 למשיב מס' 1 מיום 25/10/03, כנספח ע/22.

50. ח"כ עבד אלמאלכ דהאמשה, העותר מס' 4, פנה ביום 30/8/03 למשיב מס' 1 וביקש שיעשה שימוש בסמכותו ויתקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים. מלבד התשובה שמכתבו הועבר לסגן שר הדתות במשרד ראש הממשלה, הרב יצחק לוי, עד היום לא נתקבלה תשובה עניינית לנושא שהועלה.

רצ"ב פנייתו של העותר מס' 4 מיום 30/8/03 ותשובה מטעם המשיב מס' 1, כנספח ע/23.

51. יצויין, שבמסמך אשר הוכן על ידי עמותת אל-אקצא, התייחסה העמותה למצבם של המסגדים ובתי הקברות של המוסלמים והנחוצות להם עבודות שיפוץ ושימור. המסמך פירט את רשימת המסגדים, המקאמים ובתי הקברות וכן את עלויות השיפוץ, השימור והתחזוקה שלהם.

רצ"ב מסמך עמותת אלאקצא משנת 1998, כנספח ע/24.

52. הנה כי כן, אף שהסוגייה נוגעת ליישום עקרון שלטון החוק ולמרות פניותיהם של אנשי דת מוסלמים, המשיבים לא מילאו את חובתם על פי דין.

הטיעון המשפטי

הפרה לעקרון שלטון החוק

53. חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, הקנה לשר הדתות סמכות להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של החוק. בסעיף 4 לחוק נאמר:

"שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעים בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו".

54. מכוח סעיף 4 לחוק הנ"ל הותקנו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ונקבעו בהם הסדרים שנועדו לקיים את מטרתו של החוק. מטרתו של החוק, כפי שעולה מלשון החוק וכפי שצוין במספר פסקי דין, הנה אי-חילול או אי-פגיעה אחרת במקומות הקדושים ואי-פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום. בפרשת **הופמן** נקבע:

"[...] מתוקף הסמכות שהוקנתה לו [לשר לענייני דתות] בחוק השמירה על המקומות הקדושים התקין השר לענייני הדתות את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, לאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל ובהסכמתו של שר המשפטים, כפי שכך נדרש בסעיף 4 לחוק. בתקנות אלו נקבעו הסדרים שנועדו לקיים את מטרתו של החוק, לאמור: אי-חילול או אי-פגיעה אחרת במקומות הקדושים, ואי-פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום. הסדרים אלו מבטיחים כי במקום הקדוש הסדר הציבורי והנימוסים ההולמים[...]"

בגצ 89 / 257 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, מח (2) 265, עמוד 297-296.

55. חוק השמירה על מקומות קדושים קובע הסדרים ראשוניים בלבד, ובלי תקנות שיגדירו ויפרטו המקומות הקדושים, החוק לא יוצא לפועל ואינו מיושם הלכה למעשה. אולם החוק מיושם באופן חלקי ורק לגבי היהודים. בפרשת **הופמן** נאמר:

"[...] בענייננו פעל מחוקק המשנה במסגרת הפעולה שהתווה לו המחוקק הראשי. חוק השמירה על המקומות הקדושים קובע כי המקומות הקדושים - ובכלל זה, כמובן, הכותל המערבי - יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע ברגשותיהם של בני הדתות כלפי המקומות המקודשים להם (סעיף 1 לחוק), **ומטרת התקנה היא להגשים הוראת חוק זו** - למנוע את חילולו של הכותל המערבי ואת הפגיעה ברגשותיהם של המתפללים במקום כלפי הכותל [...]" (ההדגשה לא במקור)

בג"צ **הופמן** הנ"ל בעמוד 345.

56. הסמכות שברשות, שניתנה לשר הדתות בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, להתקין תקנות הופכת לסמכות שבחובה כאשר החוק לא יכול להיות מיושם בלי התקנות. כאשר השר מחליט לא לעשות שימוש בסמכות שברשות שניתנה לו בחוק, עליו להראות כי החלטה זו נעשית מתוך שיקולים סבירים, וכי אין בה שרירות והפליה, וכדברי השופט ברק, כתוארו אז, בפרשת ברגר:

"רשות מנהלית, המסרבת לעשות שימוש בסמכות הרשות הנתונה לה ומסרבת להתקין אקט מינהלי כללי, חייבת לבסס סירוב זה באמת המידה המקובלות. עליה להראות כי החלטה זו נעשית מתוך שיקולים סבירים, וכי אין בה שרירות והפליה וכיוצא בכך עילות, הפוסלות מעשה מינהלי. אכן, אם חוסר סבירות בהתקנה של תקנה יש בו כדי להביא לבטלותה של התקנה, הרי גם חוסר סבירות באי התקנתה יש בו כדי להביא לבטלות ההחלטה שלא להתקינה".

בג"צ 297/82 **ברגר ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 35.

ראו גם בבג"צ **ברגר הנ"ל** בעמוד 44-46.

בג"צ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5), 404, בעמ' 419-420.

בג"צ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז(5) 485, 496.

57. כלל ידוע הוא כי "חוק קיים על מנת שיבוצע הלכה למעשה". חוק השמירה על המקומות הקדושים נחקק במטרה להגן על המקומות הקדושים, ותכליתו של החוק היא להגן על המקומות הקדושים לכל העדות. משהסמיך החוק את שר הדתות, המשיב מס' 1, להתקין תקנות לביצועו של החוק, חובה עליו לעשות כן ולהתקין תקנות לכל העדות ובתוכן העדה המוסלמית, כמתבקש בראש העתירה, על מנת להביא לאכיפתו של החוק. אי אכיפת החוק, או אכיפתו באופן סלקטיבי, מהווה פגיעה בשלטון החוק. וכדברי כב' השופט חשין בבג"צ 53/96 **תשלובת ח. אלוני נ' שר התעשייה והמסחר**. פ"ד נב(2), 1, עמ' 9-10:

"ועדיין לא דיברנו - ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות - על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבזזה בשער בת-רבים יביא לריפיון גם מעבר לתחומיו, ובית-המשפט לא ישלים עם תופעה זו".

ובהמשך לפסק דינו, מציין כב' השופט חשין, בעמ' 10-11, כי:

"יתירה מזאת: על הרשויות לנקוט באמצעים ראויים לאכיפת החוק, באמצעים ממשיים הניכרים לעין, באמצעים שניתן לתארם, לכמתם ולנתחם".

58. מעקרון שלטון החוק, נובעת החובה לאכוף החוק בצורה שוויונית. חובה על רשות מנהלית להפעיל את הסמכות שהוקנתה לה בחוק בצורה שוויונית וללא הפליה על רקע גזע או דת. כב' השופט חשין ציין בבג"צ 53/96 הנ"ל, בעמ' 9-10:

"מסקנתנו מדברינו אחת היא ויחידה: רשויות המדינה נוהגות בחוסר שוויון בולט וקשה ככל שהמדובר הוא באכיפת הוראות חוק התקנים על יצרנים של מירצפות ועל העוברים על תקן. חוסר שוויון זה פוגע בעקרון-התשתית של שלטון החוק, ובעיקרון הנגזר ממנו - העיקרון של שוויון הכל לפני החוק. "עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה".

הפגיעה בעקרון השוויון

59. חוק השמירה על המקומות הקדושים מטרתו להגן על המקומות הקדושים, כל המקומות הקדושים ולכל העדות, מפני חילול וכל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות הקדושים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות. מנגד, שר הדתות התקין תקנות להגנה על המקומות הקדושים ליהודים בלבד, על כן העדה המוסלמית מופלית לרעה לעומת העדה היהודית. דבר המהווה פגיעה בעקרון השוויון, בכבוד האדם ובחופש האמונה והדת.

60. הלכה פסוקה היא, שרשות שלטונית המפעילה את סמכותה חייבת היא לשקול בין שיקוליה את עיקרון השוויון ולבחור את הדרך המקיימת אותו. העותרים יטענו כי, באם המשיבים יתקינו תקנות לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים, היו עושים בכדי לקדם את עקרון השוויון. אולם, על אף מצבם החמור של המקומות הקדושים למוסלמים, בחר שר הדתות להתקין תקנות ליהודים בלבד, ובכך תרם להחמרת מצבם של מקומות אלה. עקרו השוויון מחייב לא רק שהחוק יהיה שוויוני, אלא גם שביצוע החוק ע"י הרשות יהיה תואם עיקרון זה. וכדברי כבוד השופט זמיר בבג"צ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח'**. תק-על 2000(2), 413, עמ' 415:

"אולם אין די בכך שחוקי המדינה מקיימים את עקרון השוויון, אלא חשוב לא פחות מכך שביצוע החוקים יהיה תואם עיקרון זה. כך לגבי כל חוק...אכן, כיוון שחוקי המדינה מקיימים בדרך כלל את עקרון השוויון, האיום העיקרי על עיקרון זה נובע מביצוע החוקים. האיום חמור במיוחד בביצוע חוק התקציב. מבחינה מעשית, בביצוע חוק התקציב קיימת אפשרות קלה באופן יחסי, לעתים עד כדי פיתוי, להפלות בהקצאת משאבים על ידי רשויות המדינה, בין היתר מחמת דת או לאום. הפליה כזאת, במיוחד אם היא שיטתית, עלולה לפגוע באופן קשה ביותר, לא רק באדם מסויים או בגוף מסויים, אלא גם במרקם החברתי ובתחושת השותפות שהיא תנאי לחיים ראויים בצוותא. מכל מקום, הפליה כזאת פסולה מיסודה, מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית גם יחד". (ההדגשה לא במקור)

ראו גם: בג"צ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב**, פ"ד מב(2) 309, 330.

הפליה על רקע קבוצתי והפגיעה בכבוד

61. העותרים יטענו שאי התקנת תקנות למוסלמים, פוגעת בכל העדה המוסלמית כקבוצה, ובכך יש לנו פגיעה בשוויון על רקע קבוצתי. הפליה על רקע קבוצתי הנה פגיעה בכבוד האדם וחירותו, ועל כך עמד כב' השופט ח' כהן באומרו:

"[...] הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו השווה בין שווים. הפגיעה בכבוד אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות וגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויון בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה."

ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, **ספר היובל של הפרקליט** (תשנ"ד) 9, 32.

62. הפליה על רקע קבוצתי מהווה פגיעה קשה בכבודו של כל מי שמשתייך לקבוצה המופלת, ויוצרת תחושת קיפוח ותסכול. תחושה זאת מתעצמת לאור מצבם המחריד של המקומות הקדושים למוסלמים. כב' השופט בך ציין בעניין **נבו** כי:

"האפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת אפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נהוגה אפליה לא תוכל להקרא מדינה מתוקנת. ראויים לאיזכור בהקשר זה דברי חברי, השופט ברק בבג"צ 1/88, 953/87 פורז ואח' נ. ראש עיריית ת"א-יפו ואח', פד"י מ"ב (309) 2, עמ' 332: "אין לך גורם הרסני יותר לחברה, מאשר תחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה בתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

בג"צ 104/87 ד"ר **נבו** נ' **בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד (4) 749, 760. ראו: בג"צ 953/87 **פורז** נ' **ראש עיריית ת"א-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 333.

63. העותרים יטענו שהפגיעה בשוויון במקרה שלנו קשה שבעתיים, מאחר והקבוצה המופלית הנה קבוצת המיעוט האתני, ועל כן מדובר בסיווג חשוד מעיקרו. בפרשת **אליס מילר**, כבוד השופט דורנר הסבירה שיש לעשות הבחנה בין הפליה על רקע קבוצתי – כאשר מדובר בסיווג חשוד – לבין סוגים אחרים של הפליה. התוצאה שאליה הגיעה כבוד השופט דורנר היא שזכות השוויון זוכה להגנה חוקתית במקרים של הפליה על רקע קבוצתי. ברציו לגישתה עמדה התפיסה האוניברסלית לפיה הפליה על רקע קבוצתי היא פסולה מעיקרה משום שהאפקט של הפליה מסוג זה הינו קשה ביותר ויש בו כדי להשפיל את חברי הקבוצה המופלית לרעה, להציגם כנחותים במעמדם. גישה זו מוצאת לה תימוכין במשפט המשווה של מדינות דמוקרטיות ובמשפט הבינלאומי. כבוד השופט דורנר מסכמת דבריה, לאמור:

"היסוד המרכזי, על כן, בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן[...] לשיטתי, כאמור, הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית ובעניינו הפליה לרעה של אישה, פוגעת בזכות לכבוד."

בג"צ 94 / 4541 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט (4) 94.

64. אי התקנת התקנות למוסלמים מהווה גם הפליה דתית. בזמן שקיימת גישה חופשית של היהודים למקומות הקדושים שלהם, גישה כזאת אינה בנמצא ביחס למקומות הקדושים למוסלמים, מאחר ומקומות אלה מוזנחים, בלתי מטופלים והרבה פעמים קיימת סכנה להתמוטטותם או שהפכו לרפתות ופאבים. המקומות הקדושים ליהודים מתוקצבים ומתוחזקים כראוי, ולעומתם המקומות הקדושים למוסלמים עוד לא מוכרים ככאלה, ועל כן, אין מה לדבר על תקצובם וטיפוחם. וכפי שצויין בבג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא (5) 754, 767:

"הבסיס לאיסור הפליה דתית מצוי בשני עקרונות – סובלנות דתית ושוויון דתי... עקרון השוויון דורש כי, אם המדינה מוציאה כספים מתקציבה, היינו כספים של משלמי המסים, כדי לסייע לקיום דת פלונית, פולחנה, וחינוך לבני עדתה, זכאית עדה אחרת לצפות לסיוע דומה במקרה של צורך".

65. העותרים יטענו שאי התקנת תקנות למוסלמים, פוגעת היא בחופש הדת והפולחן שלהם. ההזנחה הטוטלית של המקומות הקדושים למוסלמים פוגעת באמונתם הדתית, בקדושת מקומות אלה ובחופש הפולחן והגישה לאותם מקומות, ולא מאפשרת להם לקיים בכבוד את יסודות הדת שלהם.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא את הצו המבוקש בראשית עתירה זו, ולאחר שמיעת המשיבים להופכו לצו מוחלט. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט כדין.

עאדל בדיר, עו"ד

ב"כ העותרים