

שכתי בנדב נגד שר הדתות

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[27.3.68, 7.2.68, 12.9.67]

לפני הנשיא (אגרוט), מ"מ הנשיא (זילברג),
והשופטים ברנזון, כהן, קיסטר

א

פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 [תוס"א 2, ע' 1],
סעיף 11 (כפי שהוסף ב"חוק לתיקון סדרי השלטון והמשפט
(מס' 11), תשכ"ז-1967 [סה"ח 499, ע' 74]) — צו סדרי השל-
טון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967 [קה"ת 2064, ע' 2690],
סעיף 1 — חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-
1967 [סה"ח 499, ע' 75], סעיפים 1, 2, 3, 4.

ב

חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, מורה על שמירה מפני חילול של
המקומות הקדושים ומבטיח לבני כל הדתות גישה חפשית אל המקומות המקודשים להם.
בעתירותיו ביקש העותר להבטיח "שהפיקוח על הכניסה להר-הבית יהיה בידי אנשים שענינם
הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל" ולנקוט "את הצעדים הדרושים לשחרור
הכניסה להר-הבית מן התלות בהצגת כרטיס או בתשלום כלשהו".

ג

בנטלו את הצו-על-תנאי, פסק בית-המשפט הגבוה לצדק —

ד

א. (1) ניסוח חלקה הראשון של העתירה הוא כללי וסתום, עד שאין תועלת
ממשיח במתן הצו על-פיה.
(2) בית-המשפט הגבוה לצדק אינו נוהג להושיט סעד בעל אופי כללי, כמו
הסעד המבוקש במקרה הנדון.

ה

ב. (1) זכותם של בני דת ישראל לתופש הגישה אל שטח הר-הבית הוגשמה בכך
שקיימים מספר שערים שהכניסה דרכם לשטח הר-הבית אינה טעונה "כרטיס ותשלום".
(2) בשלב הנוכחי, בו טרם נקבעו סדרי הגישה אל הר-הבית באורח סופי,
אין מקום להיוקק לטענה כי ההסדר של "כרטיס ותשלום" לגבי הכניסה דרך השער
שעליד משרד הנהלת ההקדשות המושלמים, פוגע ברגשותיו של יהודי אל קדושת
הר-הבית.

ו

פסקי-דין ישראליים שאוזכרו :

- [1] בג"צ 276/65 — פלוני נגד נציב שירות בתי-הסוהר; פד"י, כרך יט (4), ע' 281, 282.
- [2] בג"צ 97/56 — איגוד החיילים המשחררים בישראל, ארגון נכי מלחמת העולם השנייה — מתנדבי הישוב נגד שר הבטחון, ו"אח"; פד"י, כרך י, ע' 1185, 1186; פ"ט, כרך כד, ע' 333.
- [3] בג"צ 142/57 — יוסף ורט נגד פקיד השומה, חיפה; פד"י, כרך יא, ע' 1142; פ"ט, כרך כט, ע' 391.

הנשיא (אגרנט)

- [4] בג"צ 206/53 — א' רזנברג, קטין, עלידי הוריו נגד שר החינוך, ואח': פד"ג, כרך ז, ע' 919; פ"מ, כרך יג, ע' 453.
- [5] בג"צ 272/52 — אליעזר ברנובסקי נגד שר המסחר והתעשייה, ר-2 אח': פ"מ, כרך יב, ע' 14.
- [6] בג"צ 39/55 — שמעון בר נגד שרה בר ריו"ר ההוצל"פ, תל אביב יפו: פד"ג, כרך ט, ע' 1367; פ"מ, כרך כ, ע' 174.

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:
(לפי סדר אזכורם)

- (א) רמב"ם, הלכות בית הבחירה, פרק ח'; פרק ז', הלכות א', ב', ז'.
(ב) מידות, פרק א', משנה ב'.
(ג) כלים, פרק א', משניות ו'—ט'.
(ד) נדרים, דף מ"ח, ע"א.
(ה) תוס' קידושין, דף ב', ע"א, ד"ה דאמר לה.
(ו) זיקרא, י"ט 30, כ"ז 2.
(ז) ברכות, דף נ"ד, ע"א.

הערות:

על ההלכה כי בג"צ לא יתן סעד שאינו יעיל, עיין גם: בג"צ 206/53 — א' רזנברג, קטין, תלמיד, עלידי הוריו ואפוטרופסיו נגד שר החינוך, ואח': פד"ג, כרך ז, ע' 919; פ"מ, כרך יג, ע' 453; בג"צ 39/55 — שמעון בר נגד שרה בר, ואח': פד"ג, כרך ט, ע' 1367; פ"מ, כרך כ, ע' 174.

התנגדות לצורעל-תנאי מיום ז' באלול תשכ"ז (12.9.67), המכוון למשיב והדורש ממנו לבוא וליחן טעם: (א) מדוע לא יבטיח שהפיקוח על הכניסה להר"הבית יהיה בידי אנשים שענינם הוא לשמור עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל; (ב) ומדוע לא ינקוט את הצעדים הדרושים לשהרור הכניסה להר"הבית מן התלות בהצגת כרטיס או בתשלום כלשהו. הצורעל-תנאי בוטל.

ד' ר"מ' ינובסקי — בשם העותר;

צ' בריניב, פרקליט המדינה וד"ר מ' חשין, סגן פרקליט המדינה — בשם המשיב

פסק-דין

הנשיא (אגרנט): בעקבות הנצחון המזהיר וההיסטורי של צבא-ההגנה לישראל במלחמת ששת הימים, בה שיחרר חלקים ניכרים מארץ ישראל, לרבות השטח הידוע כ"עיר העתיקה" של ירושלים והכולל גם את "הר-הבית", עליו עמד מלפנים בית-המקדש של עם ישראל — חקקה הכנסת ביום י"ט סיון תשכ"ז (27.6.67) את החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967, הקובע לאמור: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו".

הנשיא (אגרנט)

למחרת היום הוציאה הממשלה, מכוח הוראה זו, «צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967», בו נאמר כי השטח של ארץ ישראל המתואר בתוספת לצו נקבע כ"שטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". שטח זה כולל, בין היתר, את העיר העתיקה של ירושלים, לרבות הר-הבית.

א משמעותו של תיקון הוראת החוק האמורה, בצירוף הצו שניתן מכוחו, היא, כי בנוסף על שליטת צה"ל, נעשה — בלשון שר המשפטים בישיבת הכנסת, בה הביא את הצעת התיקון לקריאה ראשונה — «מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח זה» (דברי הכנסת, חוברת ל"ג, ע' 2420). יחד עם זאת, לא נעלמה או מעיני הכנסת המטרה להבטיח למקומות הקדושים שמירה מעולה — ואם תמצני לומר: שמירה עוד יותר יעילה מכפי שהיתה נהוגה במדינת ישראל עד לאותו זמן — מכל חילול ומכל פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות, אשר אותם המקומות מקדשים להם; וכן, להבטיח לכל בני הדתות הללו גישה חפשית אליהם. על-כן, בד בבד עם תיקון החוק הנזכר חקקה הכנסת גם את «חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967». חוק זה הוא השייך לעניננו ורצוי להביא כאן את טעמיו כלשונם:

1. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

2. (א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו — מאסר שבע שנים.

(ב) העושה דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות, דינו — מאסר חמש שנים.

3. חוק זה בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו.

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

בקשר לחקיקת החוק הזה, כדאי להזכיר את הדברים שהדגישם פרקליט המדינה המלומד בתחילת טיעונו, והם: אם גם הרקע של בעיית המקומות הקדושים איננו חדש, זוהי הפעם הראשונה אחרי כל גלגולי הכיבוש ושינויי המשטר הרבים, שעברו על ארץ ישראל מאז חורבן בית שני, כי בעקבות נצחון צבאי נחקק על-ידי השלטון האזרחי חוק המכיר בזכויותיהם של בני כל הדתות, ללא העדפת דת אחת על אחרת, למקומות המקודשים להם, ולא עוד, אלא המבטיח את שיתוף הנציגים של כל הדתות הללו לענין התקנת תקנות לצורך ביצוע החוק.

הגנ"א (אגרנט)

בקשת העותר במקרה דנא ענינה בזכויות של בני דת ישראל להר־הבית, כפי שזכויות אלה משתקפות בסעיף 1 לחוק. בסעיף 3 לבקשה תואר השטח הגיאוגרפי של הר־הבית — ולצורך דיוגנו נוכל להסתפק בתיאור זה — כך:

«המקום המצוי לפניו מחומת העיר העתיקה, בתחום הכלול בין החומה המזרחית, במזרח, החומה הדרומית, בדרום, הקו הנמשך מן החומה הדרו־מית, דרך הכותל המערבי, עד תחום מצודת אנטוניה בגויה דולורחה, במערב, והקו הנמשך מכאן במקביל לגויה דולורחה, עד החומה המזרחית בצפון.»

בבקשתו (סעיפים 4—8) עמד העותר בהרחבה, תוך הבאת המקורות, על קדושתו הגדולה של הר־הבית ליהודים. אכן ענין זה אינו נתון כלל לוויכוח. כפי שהדגיש פרקליט המדינה, קדושתו של הר־הבית לעם היהודי היא מעתה ועד עולם ואינה תלויה בשלטון כלשהו ועומדת מעבר לדיון.

לפי הצו־על־תנאי, שהוצא בנדון ושנוסח ברוח שתי העתירות הכלולות בסעיף 37 לבקשה, נדרש שר הדתות להראות טעם:

«א) מדוע לא יבטיח שהפיקוח על הכניסה להר־הבית יהיה בידי אנשים שענינם הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל;
 (ב) מדוע לא ינקוט את הצעדים הדרושים לשחרור הכניסה להר־הבית מן התלות בהצגת כרטיס או בתשלום כלשהו.»

אדון קודם בחלק (ב) של הצו־על־תנאי. קובלנת העותר בענין זה היא, בתמציתה, כי כאשר ניסה בהודמנויות שונות לבקר בהר־הבית דרך שער הכניסה שעל־יד משרדי הנהלת ההקדשות המושלמים, הוא מצא שהשוער אינו מאפשר, בדרך כלל, את הכניסה אלא למי שמציג לו כרטיס הצריך להיכנסות, כנגד תשלום של לירה אחת, מהנהלת ההקדשות, וכן הוברר לו שלמושלמים מותרת הכניסה בלי צורך בכרטיס וללא כל תשלום. שאר השערים היו סגורים. אמנם הודת העותר כי בזמן הסמוך למתן הצו־על־תנאי נפתח «שער המערביים», הנמצא דרומית־מזרחית לכותל המערבי ונשאר מלכתחילה בחזקתו של צה"ל וכן, שכל כרטיס או תשלום אינם נדרשים ממי שמבקש לעבור להר־הבית דרך השער הזה. אולם, ההסדר האחרון אין בכוחו, לדעת העותר, כדי לכפר על העובדה, שההסדר הקיים ליד שער הכניסה, שעל־יד משרדי הנהלת ההקדשות המושלמים, פוגע בחופש הגישה של היהודים להר־הבית או ברגשותיו של העותר כיהודי כלפי קדושת המקום הזה.

בטיעונו תיאר בפנינו פרקליט המדינה את ההסדר העובדתי הקיים היום לענין הגישה אל הר־הבית, תוך הדגשה שהוא אינו עדיין סופי. והוה ההסדר:

הנשיא (אגרנט)

- (א) קיימים היום שמונה שערי כניסה לשטח הר-הבית, שהם פתוחים.
- (ב) אמת, שהכניסה דרך השער שעל-יד משרדי הנהלת ההקדשות של המושלמים טעונה, פרט לגבי מושלמים, הצגת כרטיס הנרכש בתשלום.
- (ג) כמו-כן, יש שער אחד, הוא "שער השלשלת", אשר הכניסה דרכו אינה — "פורמלית" — חפשית אלא מפנים משם לשער הקודם.
- א (ד) לעומת זה, הכניסה דרך "שער המערביים" היא חפשית, ללא הצורך בכרטיס או בתשלום, ויהודי ישראלי, הנכנס דרכו, יכול לנוע באופן חפשי בכל שטח הר-הבית ולצאת משם דרך כל שער.
- (ה) שאר השערים נפתחו במיוחד לקראת חג הרמדאן המושלמי, "כדי להקל על הכניסה למתפללים", ומאז הם נשארו פתוחים.

ב

- אם העובדות הללו הן נכונות — ובא-כוח העותר לא חלק עליהן — הרי שמעיד ההסדר המבצבץ מהן כי זכותם של בני דת ישראל לחופש הגישה אל שטח הר-הבית לא נפגעה. יש לשים לב, כי הזכות לחופש הגישה של בני הדתות המקומות, המקודשים להם, הוגדרה בסעיף 1 לחוק כזכות נפרדת. כיון שזכות זו, באשר לחופש הכניסה של היהודים אל הר-הבית, באה על סיפוקה במובן זה, שקיימים מספר שערים שהכניסה דרכם אינה טעונה "כרטיס ותשלום" (ראה העובדות (ד) ו-(ה) הנ"ל), אין אני מוצא — בשים לב לכך, כי בשלב הנוכחי טרם נקבעו סדרי הגישה אל הר-הבית באורח סופי — כי יש מקום היום להיזקק לטענת העותר, באמרו, כי ההסדר של "כרטיס ותשלום", לגבי הכניסה דרך השער שעל-יד משרד הנהלת ההקדשות המושלמים, יש בו כדי לפגוע ברגשותיו של יהודי אל קדושת הר-הבית. ייתכן, שהיה מקום לטענה שאותו הסדר טומן בחובו משום הפליה לרעתם של אנשים שאינם מושלמים. אולם, העותר לא השתית את קובלנתו על טענה שכזאת ומן הנמנע איפוא שנתחשב בה; שהרי אילו הושמעה הטענה, אפשר שהיה עולה ביד המשיב להראות שאין כאן הפליה בעיני החוק או שההפליה בדין יסודה.

ה

חלק (ב) של הצו-על-תנאי נופל איפוא.

- גם חלק (א) — דינו להתבטל. כזכור, בחלק זה של הצו-על-תנאי נדרש המשיב להראות טעם מדוע לא יבטיח שהפיקוח על הכניסה להר-הבית יהיה בידי אנשים שענינם הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל. קובלנת העותר בענין זה מבוססת, בעיקרה, על שתי העובדות הבאות: (1) כאשר ביקר ביום שבת אחד בשער המערביים, הוא מצא ששניים מחיילי צה"ל, ששמרו על השער, ישבו ועישנו; (2) כמו-כן, ראה באותו יום שבת שחייל אחד מנע אמנם את המעבר בשער ממבקר נושא נשק, אלא אם ישאיר את הנשק בחוק, אבל הוא לא הפריע למי שנכנס ב"מקלו ובאפונדתו", כגון נושאי מצלמות.

ו

בתשובתו לדברי קובלנה אלה אמר פרקליט המדינה, שעל הכניסה להר-הבית מופי-קדים שוטרים ממשטרת ישראל או חיילים בשירות צה"ל ואילו על השמירה על הר-הבית

הנשיא (אגרנט)

עצמו מופקדים שוטרים ונמצאת שם באופן קבוע תחנה משטרתית. אשר למעשה העישון, עליו קבל העותר, הודה פרקליט המדינה שאם אמנם קרה כדבר הזה, אזי היה בכך משום מעשה שהוא פסול לחלוטין, אלא שלדעתו יש לראות בו תקרית בודדת, הואיל וקיימת הוראה מטעם המשיב כי העישון על-ידי השומרים ליד הכניסה לשטח הר-הבית, והעישון על הר-הבית בכללותו, הוא אסור לא רק ביום שבת כי אם גם בכל שאר ימות השבוע. בנוגע לעובדה השניה, עליה התאונן העותר — דהיינו, שהשומר לא הפריע למבקר בהר-הבית לשאת מצלמה — אמר פרקליט המדינה שאין בידו לומר מהו הנוהל שנקבע בענין זה, וזאת מפני שדפוסי הנוהל, באשר להתנהגות המבקרים על הר-הבית, טרם גובשו. המצב בענין זה, הוסיף והטעים, הוא עדיין "שוטף" והשאלה של קביעת דפוסי הנוהל נמצאת בדיון בפני הממשלה.

לדעתי, בנסיבות הענין שלפנינו, אין אנו צריכים להתערב בדבר. הטעם לכך הוא: הסעד שנתבקשנו לתת, כפי שנוסח בחלק (א) של הצו-על-תנאי — דהיינו לצוות על המשיב להבטיח כי הפיקוח על הכניסה להר-הבית יהיה מופקד בידי אנשים שענינם הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל — סעד זה הוא בעל אופי כללי, יושם לב, כי העותר לא ביקש מאתנו להורות למשיב לעשות, או להימנע מעשות, פעולה מסוימת לגבי שני הענינים שעליהם התאונן. טענתו האמיתית היא — כך עולה מן האמור בסעיף 19 לעתירה — כי "לא נעשה מאומה על-ידי מוסדות המדינה ביחס לשמירתו החיובית של הר-הבית כמקום קדוש לבני דת ישראל" וכי מכיון ששר הדתות ממונה על ביצוע החוק, הרי שעליו "החובה לדאוג שמעשי השמירה הדרושים יינקטו באופן חיובי" (ראה גם סעיף 30 לבקשה). ברור, שטענה זו נושאת אופי כללי וסתום, שכן לא הצביע העותר על הדברים שצריכים להיעשות כדי להבטיח "באופן חיובי" את השמירה על הר-הבית כמקום קדוש לבני דת ישראל וגם לא ביקש שבית-משפט זה יקבע את מכלול הדברים הללו, ואילו ביקש זאת, לא היינו נענים לו. כמו-כן, לא בא העותר לדרוש שנוצוה על המשיב לדאוג להתקנת תקנות לענין זה, כל אשר דרש לשם תיקון המצב, עליו התאונן, הוא, כאמור, שהמשיב יצווה על-ידינו באופן כללי לנקוט צעדים המבטיחים שהפיקוח על הכניסה להר-הבית יהיה מופקד בידי אנשים שענינם הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל. מחד גיסא, אין לומר כי המשטרה, שעליה הוטל תפקיד השמירה על הר-הבית והנעזרת לשם כך על-ידי החיילים העומדים ליד שער הכניסה, אין לה ענין לשמור עליו כמקום קדוש ליהודים, מאידך גיסא — וזה העיקר — הדיבור "אנשים שענינם בשמירה עליו כמקום קדוש וכו'" הוא כללי וסתום, באין הוראה בצדו, כיצד חייבים אותם אנשים לנהוג לשם מילוי התפקיד האמור.

האמת ניתנה להיאמר, כי מה שמבקש מאתנו העותר, הוא, שנורה למשיב באופן כללי, שידאג לביצוע החוק הנדון, וברור שאין כל תועלת ממשית במתן תרופה שכזאת. אולם, גם אם פירוש זה של הסעד הנוכח בחלק (א) של הצו-על-תנאי הוא מרחיק לכת, מכל מקום הלכה פסוקה היא, שאין בית-המשפט הגבוה לצדק נוהג להושיט סעד שהוא בעל אופי כה כללי כמו זה שנתבקשנו להעניקו במקרה דנא. הנה-כיי-כן, ב"בג"צ 276/65,

הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זילברג)

פלוני נגד נציב שירות בתי-הסוהר, (1), ב"ע' 282, בו קבל העותר באופן כללי על כך שנציב שירות בתי-הסוהר מנהל את בית-הכלא בדרך המפלה בין האסירים, סירב בית-משפט זה להתערב, באמרו: „בשאלה הכללית, כיצד חייב המשיב לנהל את בית-הכלא וכיצד עליו להתייחס לאסירים אחרים, לא נדון” (ראה גם בג"צ 97/56, (2), ב"ע' 1186; בג"צ-142/57, (3)).

א

הואיל וכך, נופל גם חלק (א) של הצו-על-תנאי.

על יסוד האמור, יש לבטל את הצו-על-תנאי.

ב

מ"מ הנשיא (זילברג): מסכים אני לפסק-דינו של חברי, הנשיא המלומד. אך מכיון שהעותר, בעתירתו, משתמש בטרמינולוגיה תלמודית ומסתמך (לפעמים שלא כהלכה) על מקורות תלמודיים, רצוני להעיר אי אלה הערות.

ג

2. סעיף 1 של חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, מצווה לאמור:

„המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.”

ד

ברור כי שמירה זו אינה זהה עם השמירה האמורה בפרק שמיני של הלכות בית הבחירה להרמב"ם, וזה משני טעמים:

(א) השמירה האמורה שם מיוחדת לבית-המקדש; השמירה האמורה כאן (בחוק הישראלי) מתייחסת לכל המקומות הקדושים;

ה

(ב) השמירה האמורה שם חלה, כמצווה דתית, בזמן שבית-המקדש קיים, אך לא בזמן הוזה לאחר שחרב המקדש. ועצם גינוני השמירה ומקומותיהם יוכיחו (עיין מידות, פרק א', משנה ב')! איך בימינו לא הבתים ולא השערים ולא הפינות עליהם שמרו או הכהנים והלוויים, ואין אנו יודעים אפילו היכן מקומן המדויק של 24 נקודות השמירה ההן בהר-הבית של ימינו.

ו

3. חובת השמירה על המקומות הקדושים בזמננו מקורה איפוא אכסקלוטיבית בחוק השמירה הנ"ל, וחלקה הראשון הוא: שמירה מפני חילול. לא קל להגדיר חילול הקודש מהו, והטעם הפשוט הוא משום שלא ייקל, ואף יקשה שבעתים, להגדיר את עצם מהות הקדושה. הנה, למשל, בתיאור עשר הקדושות — זו למעלה מזו — המצויות בארץ ישראל, למן הקדושה הכללית של הארץ ועד לקדושה, הגבוהה מעל גבות, של קדשי-הקדשים בבית-המקדש (כלים, פרק א', משניות ר"ט), לא ראה בעל המשנה דרך לאבחן ביניהן בלתי אם על-ידי ציון הדינים השונים החלים על כל קדושה וקדושה. כל אשר ניתן לומר כאן, בהגדרה גורפת ורופפת, הוא, כי המונח „קדוש” על כל נטיותיו הוא: משהו מופרש

מ"ח הנשיא (זילברג)

מן הכלל ומיועד למטרה מיוחדת — על-פי רוב (אך לא תמיד) אלוהית או נעלה. למשל: „אם שלי הם — הרי הם מוקדשין לשמים“ (נדרים, דף מ"ח, ע"א); „הנרות הללו קודש הם. ואין אנו רשאים להשתמש בהם אלא לראותם בלבד“ (זמר ליל חנוכה); „ופשטא דמילתא (פשוטו של פירוש הוא): מקודשת לי (לבעל) — מיוחדת לי (תוס' קידושין, דף ב', ע"א, ד"ה דאסר לה). ככל שהמטרה היא יותר יהודית, יותר אבסקלוסיבית, העצם הוא יותר קדוש. קודש-הקדשים של בית-המקדש היה המקום המקודש ביותר בכל העולם כולו, ושגב קדושה זו מצא את ביטויו בדין: „שאין (אדם) נכנס לשם אלא כהן גדול ביום הכיפורים בשעת העבודה“ (כלים, שם, משנת ט').

א

4. לעומת זה אין כל ספק בדבר, כי מצווה היא מן התורה לכבד את המקדש, שלא לבנותו ושלא לנהוג בו קלות ראש. בגלל המקדש שעל ההר משתרעת חובת כיבוד זו על כל הרה"בית. כינויה הטכני של חובה זו הוא לא כיבוד מקדש, אלא „מורא מקדש“; מקורה הוא בפסוק „את שבתי תשמרו ומקדשי תיראו“ (ויקרא, י"ט 30, כ"ו 2), והיא קיימת לעולם, גם לאחר שהמקדש חרב (ברכות, דף ג"ד, ע"א; רמב"ם, שם, פרק ז', הלכות א', ב', ז'). אפשר אפוא לומר, כי אם הדיבור „שמירה מפני חילול“ פירושו הוא „שמירה על כיבוד“, הרי עד כמה שכיבוד זה נוגע ליהודים והרה"בית, לא יצר המחוקק הישראלי יש מאין, אלא הלך בדרך שנכבשה על-ידי התורה והתלמוד.

ב

ג

5. ואף-על-פי-כן אין אני נוטה להיענות לעתירתו הראשונה של בא-כוח העותר, היא העתירה להבטיח —

ד

„שהפיקוח על הכניסה להרה"בית יהיה בידי אנשים שענינם הוא בשמירה עליו כמקום קדוש לבני דת ישראל.“

חוק מזה שכלליותה וסתמיותה של עתירה זו עשויות לבטל כליל את יעילותו של הצו שניתן על-פיה — ואין בית-משפט זה נותן צווים עקרים או בלתי יעילים (בג"צ 206/53, (4); בג"צ 272/52, (5); בג"צ 39/55, (6)) — הרי לא הובאה לפנינו כל הוכחה, כי שר הדתות התרשל במילוי החובה שהוטלה עליו בסעיף 1 של החוק, או שנתן לעושי דברו הוראות הנוגדות את הוראות הסעיף הנ"ל. מעשיהם הפוגעים של פקודיו — אם היו כאלה — אינם ענין לענות בו כלפי השר המשיב, והעותר יכול לבוא על סיפוקו בפנותו אל הרשויות המוסמכות לנקוט צעדים משפטיים נגד הפוגע על-פי סעיף 2 של החוק.

ה

ו

6. עתירתו השניה של העותר: לנקוט „את הצעדים הדרושים לשחרור הכניסה להרה"בית מן התלות בהצגת כרטיס או בתשלום כלשהו“, היא, לכאורה, יותר מבוססת, אך, לדעתי, יש לדחותה אף היא, הואיל — וכפי שמדגיש הנשיא — „טרם נקבעו סדרי הגישה אל הרה"בית באורח סופי“. התעלם העותר משפע הבעיות והלבטים והדילמות שירדו עלינו כחתף במפגש הפתאומי, הדרמטי, עם ההר והכותל, אחרי תקופה ארוכה, מלאת כמיהה וגעגועים, של קרוב לאלפיים שנה. ועדיין לא עיכלנו את התלם ההוא, עדיין נתונים אנו בעיצומו של תהליך ההתאמה של מחשבותינו ורגשותינו אל המציאות החדשה.

ז

מ"מ הנשיא (זילברג), השופט קיסטר

לכשיסודרו העניינים והמצב יהפוך נורמלי, יהא זמן ומקום לדון גם באותו תשלום פעוט הנגבה מיהודי ולא ממושלמי הנכנס להר-הבית דוקא דרך שער המג'לים. לעת-עתה, ובהשוואה לבעיות הדחופות המנסרות ברומן של עולמנו, אלה הם פכים קטנים, בחינת עניינים של פחות-משווה-פרוטה שאין בני ישראל נהרגין עליהם.

א מסכים אני איפוא עם הנשיא המלומד כי יש לדחות את העתירה על שני חלקיה גם יחד.

השופט ברנזון: אני מסכים לפסק-דינו של הנשיא.

ב השופט כהן: מסכים אני לכל נימוקיו ומסקנותיו של חברי הנכבד, הנשיא, ואף להערות והארות שהוסיף חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, ואין לי מה להוסיף על דבריהם.

השופט קיסטר: מסכים אני לפסק-דינו של הנשיא המכובד וברצוני להצביע על הקשיים העומדים בפני רשויות המדינה בעניינים הנדונים בעתירה.

ג לית מאן דפליג כי הר-הבית הוא מקום קדוש לעם ישראל מאז ומקדם כפי שטוען זאת העותר, ושם מקום המקדש וקודש-הקדשים, אבל אין להתעלם מכך כי מאז צמיחת האשלאם לפני למעלה מ-1300 שנה רואים המושלמים את הר-הבית או חלקים ממנו כמקדש מות המקודשים גם להם.

ד אכן, בשטח הנתון בידי מדינת ישראל ישנם מקומות נוספים המקודשים ליותר מאשר לבני דת אחת, והמחוקק רצה להתייחס בשוויון לכל הדתות ולדאוג לשמירת המקומות המקודשים לכל דת ודת. מצד אחד קבע המחוקק את חובת השמירה כדי לא לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני גקבעה חובת שמירה מפני חילול וכל פגיעה אחרת וכן חובה למנוע פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם המקומות. לכל דת ישנם דינים ומנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף תנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומות המקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת — מצד אחד, וכיבוד ואי-פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת — מצד שני.

ה אין לי צורך לעמוד במקרה דנא על הבעיות המתעוררות לגבי הר-הבית באשר העתירה נדחית מהנימוקים האמורים בפסק-דינו של הנשיא הנכבד.

ו לפיכך הוחלט לבטל את הצו-על-תנאי ולחייב את העותר לשלם למשיב את הוצאות המשפט בסכום כולל של 300 ל"י.

ניתן היום, כ"ז באדר תשכ"ח (27.3.1968).