



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6769/17

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים :

1. ד"ר מיכאל בן ארי
2. ברוך מרזל
3. איתמר בן גביר
4. בנציון גופשטיין

נ ג ד

המשיבים :

1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. השר לביטחון פנים
4. שרת המשפטים
5. שר החינוך
6. שר האוצר
7. שר הפנים
8. שר הבינוי והשיכון
9. שר התחבורה
10. שר האנרגיה והמים
11. השר לענייני ירושלים
12. היועץ המשפטי לממשלה
13. פרקליט המדינה - מר שי ניצן
14. מפכ"ל המשטרה
15. מפקד משטרת ירושלים
16. הווקף המוסלמי

עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה :

כ"ה באדר התשע"ח (12.3.2018)
כ"ב בסיון התשע"ח (5.6.2018)
י"ט בתמוז התשע"ח (2.7.2018)

בשם העותר 1 :

בעצמו
עו"ד איתמר בן גביר

בשם העותרים 2-4 :

בשם המשיבים 1-15 :

עו"ד ד"ר יובל רויטמן

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

1. עניינה של העתירה בהסדרי הבידוק בשער המוגרבים המשמש לכניסת מבקרים – אזרחים ישראלים שאינם מוסלמים ותיירים (להלן: מבקרים) – למתחם הר הבית, ובפרט בשימוש הנעשה בגלאי מתכות (להלן: מגנומטר) בעת עריכת הבידוק בשער זה. העותרים טוענים כי קיימת הבחנה בין יהודים ובין מוסלמים בשיטת הבידוק הננקטת בכניסה להר הבית, ולגישתם הדבר מפלה יהודים ופוגע בזכותם לשוויון, שכן רק בנקודת הבידוק שדרכה נכנסים יהודים להר הבית מוצבים אמצעי בידוק מסוג מגנומטרים.

הרקע העובדתי

2. בשנים 2000-2003 היה מתחם הר הבית סגור לכניסת מבקרים על פי החלטת הדרג המדיני. מאז שנת 2003 מבקרים רשאים להיכנס להר הבית, בכפוף לסידורי אבטחה. בשעון חורף, הביקורים מתאפשרים בין השעות 7:00-10:30 ו-13:30-12:30. בשעון קיץ שעות כניסת המבקרים הן 7:30-11:00 ו-13:30-14:30. המבקרים נכנסים למתחם הר הבית דרך שער המוגרבים, והם מלווים ככלל על ידי שוטרי משטרת ישראל כדי לאבטח אותם ולמנוע מצבים של הפרות סדר. מנתוני משטרת ישראל' כפי שאלה הוצגו בתגובת המדינה, עולה כי בשנת 2015 ביקרו בהר הבית 9,001 ישראלים שאינם מוסלמים ו-163,036 תיירים. בשנת 2016 ביקרו בהר הבית 14,164 ישראלים שאינם מוסלמים (עלייה של כ-55% לעומת השנה שעברה) ו-217,415 תיירים. בשנת 2017 עד ליום 14.11.2017 ביקרו בהר הבית 27,631 ישראלים שאינם מוסלמים ו-252,867 תיירים.

3. כניסת מוסלמים להר הבית מתאפשרת דרך שמונה שערים. כעולה מתגובת המדינה, בהתאם לסטטוס קוו הנוהג במתחם, אנשי הווקף המוסלמי מצויים בשערים אלה. כמו כן, מוצבים בשמונת השערים שוטרים דרך קבע, שעושים שימוש – לפי שיקול דעתם – באמצעי בידוק שונים, ובכלל אלה בידוק ידני. ואולם, אמצעי הבידוק בשערים אלה בהבדל משער המוגרבים, אינו כולל מגנומטר נייד.

4. מבקר המבקש להיכנס להר הבית דרך שער המוגרבים מתבקש לעבור בידוק ביטחוני אשר, כאמור, כולל מעבר במגנומטר ובידוק כבודה במכונת שיקוף. הליך

הבידוק מבוצע על ידי חברת אבטחה אזרחית בפיקוח שוטרי משטרת ישראל המוצבים במקום. במקרים מסוימים, למשל אם מדובר במבקר אשר הפר בעבר את כללי הביקור במתחם וקיים חשש להפרות נוספות מצדו, או כאשר מתעורר חשש ספציפי בקרב השוטרים במקום כי מבקר עלול להפר את הסדר הציבורי במהלך ביקורו במתחם, נערך בידוק פרטני מוקדם יותר, שתכליתו מניעת הכנסת אמצעי לחימה להר או חפצים נוספים שהכנסתם למתחם אסורה בהתאם לכללי הביקור בו. לדברי המשטרה, בידוק מוקדם כאמור מתבצע במקרים בודדים בלבד.

5. ביום 14.7.2017 התרחש בהר הבית פיגוע שבו רצחו שלושה מפגעים ערבים אזרחי ישראל, שני שוטרים של משטרת ישראל – רס"ם האיל סתאוי ז"ל ורס"ם כמיל שנאן ז"ל. שלושת המפגעים נהרגו במהלך חילופי הירי בפיגוע. בעקבות הפיגוע קיים ראש הממשלה מספר הערכות מצב ביטחוניות, והנחה – בין היתר – להציב מגנומטרים בשמונת שערי הכניסה למתחם הר הבית המשמשים לכניסת מוסלמים וכן להתקין מצלמות. במקביל, הוחלט לפתוח את ההר לכניסה מחודשת החל מיום 16.7.2017 בכפוף להערכות מצב, ובאותו היום הוצבו מגנומטרים בשמונת שערי הכניסה למוסלמים בהתאם להנחיה. צעד זה נתקל בהתנגדות חריפה מצד חלקים בציבור הערבי ובעקבות כך התקיימו התייעצויות ביטחוניות בנושא. ביום 20.7.2017 קיימה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט המדיני-ביטחוני) דיון ב"מדיניות הממשלה בהר הבית", שבסופו הוחלט כדלקמן:

"א. ישראל מחויבת לשמור על הסטטוס קוו וחופש הגישה למקומות הקדושים.
ב. ישראל מחויבת לשמור על הביטחון של כל המתפללים והמבקרים בהר הבית.
ג. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט) מסמיכה את משטרת ישראל לנקוט בכל האמצעים הנדרשים, לרבות אמצעי הבידוק שנקבעו ואמצעים נוספים, על מנת לשמור על הביטחון".

לאחר התייעצויות ביטחוניות נוספות ודיונים נוספים בקבינט המדיני-ביטחוני, שהתקיימו בימים 23.7.2017 ו-24.7.2017, החליטו השרים כך:

"1. לקבל את המלצת כל גופי הביטחון להמיר את הבידוק של גלאי המתכות בבידוק ביטחוני המבוסס על טכנולוגיות מתקדמות ('בידוק חכם') ובאמצעים נוספים כדי להבטיח את ביטחון המבקרים והמתפללים בעיר העתיקה ובהר הבית.

2. עד ליישום התוכנית כאמור, תתגבר משטרת ישראל את כוחותיה ותבצע פעולות נוספות, ככל שיידרש, על מנת להבטיח ביטחון המבקרים בהר.
3. להקצות סך של עד 100 מיליון ₪ לטובת יישום התוכנית (בפרק זמן שלא יעלה של שישה חודשים) לרבות בדרך של קיצוץ רוחבי, ככל שיידרש, על פי התוכנית שיגיש המשרד לביטחון הפנים.
- עלות התוכנית תכלול גם מימון תקני שוטרים על פי המלצת המשטרה" (ההדגשות הוספו).

בעקבות החלטה אחרונה זו הוסרו המגנומטרים שהוצבו בשמונת השערים לכניסת מוסלמים למתחם עוד באותו היום. כמו כן תוגברו בו כוחות המשטרה.

על רקע זה הוגשה העתירה דנן.

טענות הצדדים

6. תמצית טענת העותרים היא כי ההסדר האמור פוגע שלא כדין בשוויון בין מבקרים יהודים ותיירים – שבמסגרת הבידוק שלהם בכניסה להר הבית דרך שער המוגרבים נעשה שימוש במגנומטר – ובין מוסלמים שהבידוק שלהם אינו כולל שימוש במגנומטר. הוטעם כי ההחלטה להפסיק את השימוש במגנומטר בכניסות המיועדות למוסלמים התקבלה על רקע "הגזע של אותם מוסלמים והיותם ערבים", ולמרות שהם אלה שביצעו פעולות טרור במתחם. על כן, מבקשים העותרים להורות על הסרת המגנומטרים גם משער הכניסה המשמש יהודים.

7. המשיבים בתגובתם טוענים מנגד כי יש לדחות את העתירה בהיעדר עילה להתערבותו של בית משפט זה ובשים לב לשיקול הדעת הרחב המוקנה למשטרה בכל הנוגע לאמצעי הבידוק הננקטים על ידה לצורך הבטחת הסדר הציבורי בהר הבית. נטען כי מגנומטר הוא אמצעי בידוק מקובל, אשר נעשה בו שימוש בהקשרים רבים. לדברי המשיבים, השימוש במגנומטר בשער המוגרבים נועד לתת מענה להבטחת השמירה על הביטחון במקום, בד בבד עם מתן אפשרות למספר רב ככל הניתן של מבקרים להיכנס להר הבית. המגנומטר, כך נטען, הוא אמצעי יעיל המאפשר בידוק בלוח זמנים קצר יחסית. עוד מוסיפים המשיבים כי העותרים כלל לא טענו לעניין עצם השימוש במגנומטר, וכי כל טענתם בעניין זה הייתה כי ההבחנה בין אופן הבידוק בשער המוגרבים ובין הבידוק בשאר השערים שבהם עוברים המוסלמים למתחם, מהווה אפליה. בהקשר זה נטען כי בנסיבות דנן אין פגיעה בזכות לשוויון של

העותרים ואחרים, שכן הסדרי הבידוק השונים בין שער המוגרבים ובין יתר השערים הם פועל יוצא של שיקולים ביטחוניים-מדיניים שנשקלו על ידי הקבינט המדיני-ביטחוני, ועל כן – כך נטען – קיימת בנסיבות העניין הבחנה לגיטימית. עוד צוין כי בשערי הכניסה המשמשים לכניסת מוסלמים קיימים אמצעי בידוק חלופיים שאינם קיימים בשער המוגרבים.

השתלשלות העניינים לאחר הגשת העתירה

8. בצד העתירה הגישו העותרים בקשה דחופה למתן צו ביניים אשר יורה למשיבים להימנע מבידוק באמצעות מגנומטר רק כלפי יהודים העולים להר הבית. בקשה זו נדחתה בהחלטת השופט ד' מין מיום 31.8.2017.

9. ביום 12.3.2018 קיימנו דיון בעתירה ובסיומו הורינו כי התיק ייקבע לדיון המשך שבמהלכו יישמעו במעמד צד אחד הסברים מטעם גורמי המשטרה והביטחון בעניין אמצעי הביטחון השונים שבהם נעשה שימוש בכניסות להר הבית. הדיון התקיים ביום 5.6.2018 ובו נשמעו, במעמד צד אחד, הסברים כאמור. כחודש לאחר מכן, ביום 2.7.2018, קיימנו דיון שלישי בעתירה ובו הוצגו לעותרים ולבא כוחם עיקרי הדברים שהציגו גורמי המשטרה והביטחון. העותרים ביקשו להגיב על דברים אלה ובהודעה שהגישו ביום 2.10.2018, ציינו כי הם בדקו ומצאו שרוחבו של המחסום החיצוני של שער הכניסה לשער המוגרבים צר מזה הקיים בשערים האחרים אשר דרכם נכנסים מבקרים מוסלמים להר הבית. נתונים אלה מצביעים – לשיטת העותרים – על כך שאין מניעה מעשית להציב מגנומטרים גם בשערי הכניסה למוסלמים.

10. בתגובה להודעת העותרים ציינו המשיבים כי אין בנתונים שהוצגו על ידי העותרים כדי לשנות את עמדתם לפיה יש להורות על דחית העתירה, ואין בנתונים הנ"ל בדבר רוחב שערי הכניסה להר הבית כדי לגרוע מן הטעמים אשר הוצגו בפני המותב בדיון שהתקיים במעמד צד אחד לעניין ההצדקות להבחנה באמצעי הבידוק הננקטים.

דיון והכרעה

11. בחנו את מכלול הטיעונים בכתב ובעל פה שהובאו בפנינו וכן את עמדת גורמי המשטרה והביטחון והגענו למסקנה כי דין העתירה להידחות.

לא אחת עמדנו על הרגישות המיוחדת הכרוכה בהחלטות הנוגעות להסדרי הבידוק, הכניסה והתפילה בהר הבית ובאחד מפסקי הדין אף הודגש בהקשר זה כי "כל תקרית קטנה במקום כזה עלולה להביא להתלקחות גדולה" (בג"ץ 99/76 כהן נ' שר המשטרה, פ"ד ל(2) 505, 507 (1976)). עוד הוטעם כי נוכח חשיבותו הרבה של המתחם ליהודים וגם לבני דתות אחרות "הסכנה הנובעת מהתלקחות האלימות שם אינה בגדר סכנה מקומית בלבד והיא עלולה להוביל להתלקחות שאופיה יסכן את הביטחון גם מחוץ לגבולות המדינה והאזור. לכך יש להוסיף כי למתרחש בהר הבית השפעה על שיקולים מדיניים ועל יחסי החוץ של המדינה. בהתחשב בכל אלה, מהווה הר-הבית מקום בעל רגישות ייחודית ויוצאת-דופן, ולפיכך השמירה על הסדר הציבורי בו מחייבת זהירות מרבית" (בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פסקה 11 (27.12.2006); ראו עוד בג"ץ 6421/16 חוג הפרופטורים לחוסן מדיני וכלכלי נ' ראש הממשלה, פסקה ט (28.3.2017)). הפועל היוצא מכך הוא – שיקול דעת רחב המוקנה לרשות המבצעת בהחלטות הנוגעות למתחם ולסידורי הבטחון בו לרבות בכל הנוגע להסדרי הבידוק של העולים להר, המצויים בליבת שיקול הדעת האמור (בג"ץ 19/17 עמותת שוחרי הר הבית והמקדש נ' השר לביטחון פנים – ממשלת ישראל, פסקה 7 (21.1.2018); בג"ץ 8871/17 פואה נ' ניצב יורם הלוי, מפקד מחוז ירושלים, פסקה 14 (14.12.2017) (להלן: עניין פואה)).

12. העותרים סבורים כי ההחלטה על הסרת המגנומטרים משמונת שערי הכניסה למוסלמים יצרה פגיעה בשוויון בין מבקרים יהודים למבקרים מוסלמים במתחם. אכן קיים שוני באמצעי הבידוק אך לאחר ששמענו בעניין זה הסברים מפורטים מאת גורמי המשטרה והביטחון, שוכנענו כי יש לכך הצדקה. גורמי המשטרה והבטחון הבהירו כי השונות בהסדרי הביטחון נובעת – בין היתר – מאילוצים טכניים שונים הקיימים בשטח, המחייבים יצירת הבחנה באמצעי הבידוק וכן מן האפקטיביות של השימוש במגנומטרים והתאמתו של אמצעי זה לאיומי הביטחון הרלוונטיים למתחם והכל בשים לב להחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני – שאינה נתקפת בעתירה הנוכחית – אשר התבססה על המלצת גורמי הביטחון להסיר את המגנומטרים מהשערים למעט שער המוגרבים. עמדה זו באה לידי ביטוי בפראפראזה שנתקבלה מאת גורמי הביטחון והמשטרה בעקבות הדיון שהתקיים במעמד צד אחד, וזה לשונה:

”טכנית לא ניתן להפעיל את אותם אמצעים המופעלים לגבי עליה של מוסלמים ב-8 [השערים]. מופעלים אמצעים רבים בתחנות שונות ובשולבים שונים שלא ניתנים ליישום לגבי שער האשפות ושער המוגרבים הן בשל מרחב הפריסה, והן בשל כמות האנשים הנכנסים ביום ומסלול הכניסה”.

13. הנתונים שהציגו העותרים בעקבות האמור בפראפראזה התייחסו לעובדה ששער המוגרבים הוא שער הכניסה הצר מבין השערים, ועל כן – לדבריהם – אין מניעה מעשית להציב מגנומטרים גם בשמונת שערי הכניסה למוסלמים. דא עקא, נתונים אלה אין בהם מענה לעמדת גורמי הביטחון בדבר קיומן של מגבלות ביטחוניות וטכניות אחרות שאינן מאפשרות השוואת אמצעי הבידוק והסרת המגנומטרים המוצבים כיום בשער הכניסה ליהודים ולתיירים. בהקשר זה יש לזכור כי זכות התפילה והפולחן של המתפללים היהודים הנכנסים דרך שער המוגרבים אינה נפגעת, ואף העותרים לא טענו כך, שכן הסדרי הבידוק השונים אינם מונעים מיהודים את עצם הכניסה למתחם. עוד יש להדגיש כי ההחלטה להסיר את המגנומטרים משערי הכניסה למוסלמים למתחם הר הבית למעשה השיבה על כנם את הסדרי הביטחון שהיו נהוגים במתחם זה שנים. במובן זה, העתירה תוקפת למעשה את השונות בהסדרים שהיו נהוגים בשערים השונים מימים ימימה. שוכנענו כי ההבחנה בדרכי הבידוק יש לה הצדקה לשם שמירת הביטחון והבטחת הסדר של המבקרים במתחם. לפיכך, אנו סבורים כי על אף השוני באמצעי הבידוק בשערים השונים, שיקול הדעת הופעל על ידי המשטרה בהקשר זה באופן סביר ובמסגרת הסמכות שהוקנתה לה בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל”א-1971 (וראו פסקה 12 בעניין פואה). משכך, לא מצאנו עילה להתערב בו.

14. בשולי הדברים נציין כי טענת העותרים באשר להפרת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס”א-2000 נטענה באורח כללי בכתב העתירה בלא פירוט של התשתית המשפטית והעובדתית המבססת את טענת ההפליה לפי חוק זה. מכל מקום ומבלי לקבוע מסמרות לעניין תחולתו של החוק בענייננו, נראה לנו כי הסוגיה נושא העתירה באה בגדר החריג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק הקובע כי אין רואים הפליה לפי סעיף זה “כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי” (ההדגשה הוספה). זאת, בהינתן הרגישות הרבה המאפיינת את מתחם הר הבית, שעליה עמדנו, ובהינתן שיקול הדעת הרחב המסור לרשות המבצעת להבטיח את ההגנה על ביטחון המתפללים והשמירה על הסדר הציבורי במקום.

אשר על כן, העתירה נדחית.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ט בחשון התשע"ט (7.11.2018).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה