



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

העותרים

1. עיריית חברון
 2. הווקף של חברון
 3. הוועד לשיקום העיר העתיקה בחברון
- ע"י ב"כ עו"ד סאמר שחאדה

נגד

המשיבים

1. שר הביטחון
 2. ראש המנהל האזרחי של יו"ש
 3. ועדת משנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה
 4. ועדת המשנה לתכנון ורישוי של מועצת התכנון העליונה
- ע"י ב"כ עו"ד מורן בראון (פרקליטות מחוז ירושלים – אזרחי)

פסק-דין

1. העתירה שלפני מוסבת נגד החלטות המשיבים שעניינן בהנגשת מתחם מערת המכפלה לאנשים עם מוגבלות. אף שהעותרים מצאו לנכון להבהיר בעתירתם כי הם "מסכימים להנגיש את המקום לטובת אנשים עם מוגבלויות" (פסקה 36 לעתירה), הם סבורים שיש לבטל את כל הצווים וההחלטות שיצאו מתחת ליד המשיבים בהקשר זה.

העותרים סבורים שיש להורות על ביטול שני צווים שהוציא המשיב 2 ביום 12.5.2020 להפקעת שטחים הנדרשים לצורך הנגשת מתחם מערת המכפלה : **האחד**, צו צבאי מס' ה'05/20 שהפקיע שטח של כ-239 מ"ר לצורך הקמת שביל גישה לאנשים עם מוגבלות ממגרש החניה שלמרגלות אתר מערת המכפלה ועד לרחבה הראשית (נספח ה' לעתירה); **והשני**, צו צבאי מס' ה'04/20 שהפקיע שטח של כ-94 מ"ר לצורך הקמת מעלית שתאפשר לאנשים עם מוגבלות להגיע מהרחבה הראשית של אתר מערת המכפלה ועד לכניסה למערת המכפלה שבמפלס העליון (נספח ד' לעתירה). עוד טוענים העותרים שיש להורות על ביטול שלוש החלטות נוספות שקיבלו המשיבים בעניין הנגשת האתר : החלטת המשיבה 4 מיום 4.8.2020 למשיכת הסמכויות מעיריית חברון לצורך הדיון בבקשה להנגשת מערת המכפלה, החלטה שהתקבלה לאחר שהמשיבים השתכנעו כי "עיריית חברון אינה נכונה לקדם תכנון לצורך הנגשת מערת המכפלה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

לאנשים עם מוגבלות" (ההחלטה בעמ' 4 לפרוטוקול ישיבה 596 מיום 4.8.2020, נספח ג' לעתירה); החלטת המשיבה 4 מיום 29.9.2020 למתן היתר לעבודות הנדרשות לצורך הנגשת אתר מערת המכפלה (שניתנה בהמשך לפרוטוקול ישיבה 2020011 מיום 24.9.2020, בעמ' 16-28 לפרוטוקול, נספח ב' לעתירה); והחלטת המשיבה 3 מיום 19.11.2020 בה נדחו העררים על החלטות המשיבה 4 (שניתנה בהמשך לפרוטוקול ישיבה 2020017 מיום 10.11.2020, בעמ' 13-20 לפרוטוקול, נספח א' לעתירה).

א. הרקע לעתירה

2. אין חולק כי ממגרש החניה שלמרגלות אתר מערת המכפלה ועד לרחבה הראשית מובילים שלושה גרמי מדרגות שבכל אחד מהם 8 מדרגות, שאדם עם מוגבלות (או אף אדם המתקשה בטיפוס במדרגות עקב גילו או בשל קושי בריאותי אחר) אינו יכול לעלות בהם. הגישה מהרחבה הראשית ועד לכניסה למערת המכפלה הממוקמת במפלס העליון נעשית כיום באמצעות גרמי "מדרגות היוסופיה" הכוללים 59 מדרגות, שאינם נגישים לאנשים עם מוגבלות או לאנשים המתקשים בטיפוס במדרגות. כפי שיובהר להלן, מצב דברים זה אינו מאפשר לאנשים עם מוגבלות לממש את זכותם החוקתית לחופש הדת והפולחן, וכפועל יוצא מכך הוא פוגע בזכותם לכבוד ולשוויון.

3. אין צורך להכביר מילים אודות חשיבותו הדתית וההיסטורית של אתר מערת המכפלה, מקום קבורת אבות ואימהות האומה היהודית על פי מסורת הדתות היהודית¹, הנוצרית והמוסלמית. על הזכות למימוש חופש הדת והפולחן באמצעות התפילה במערת המכפלה, עמד בית המשפט העליון בהרחבה בבג"צ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443 (2004) (להלן: **הלכת הס**). באותו עניין נקבע כי זכותם של "תושביה היהודים של קרית ארבע" (**הלכת הס**, בעמ' 449) לממש את חופש הדת והפולחן ולהגיע בבטחה לתפילה במערת המכפלה גם בימי חג ומועד בהם מגיעים המתפללים למקום בהליכה (**הלכת הס**, בעמ' 460-463). הובהר כי "חופש הדת הינו בגדר זכות יסוד חוקתית של הפרט, שהיא בעלת מעמד בכורה גם ביחס לזכויות אדם אחרות. חופש הפולחן הינו ביטוי לחופש הדת, והוא ענף של חופש הביטוי" (**הלכת הס**, בעמ' 465). עוד נקבע כי הגעת המתפללים היהודים למערת המכפלה בהליכה רגלית בשבת ובמועדי ישראל מממשת את זכותם ה"חוקתית לחופש פולחן

¹ על פי המסורת היהודית נקברו במערת המכפלה גם אדם וחווה – ראו בראשית רבה נח, ח; בבלי, בבא בתרא, נח, א.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

במקום קדוש. זכות זו היא בעלת חשיבות ומשקל מיוחד במדרג הזכויות החוקתיות" (הלכת הס', בעמ' 466).

על רקע קביעות אלה, ולנוכח החשיבות הרבה הנובעת למערת המכפלה כמקום תפילה ופולחן, נקבע כי באיזון בין זכותם של תושבי האזור היהודים לחופש דת ופולחן לבין זכות הקניין של מי שקרקעו הופקעה מטעמים ביטחוניים לצורך הרחבת ציר ההליכה מקרית ארבע למערת המכפלה – גוברת זכות המתפללים לחופש הדת והפולחן.

4. ההחלטות מושא העתירה התקבלו על רקע מכלול זה, הנוגע לחשיבות מערת המכפלה כמקום למימוש הזכות לדת ולפולחן ולאור הזכות העומדת לאנשים עם מוגבלות לממש את זכויותיהם לחופש דת ולפולחן בדומה לכלל האוכלוסיה.

ב. הדיונים וההחלטות מושא העתירה

1. כללי

5. בקליפת אגוז ייאמר שמהחלטות המשיבות 3 ו-4 עולה כי זה שנים ארוכות נעשו ניסיונות לפעול להנגשת אתר מערת המכפלה. המשיבים טוענים כי פניות לעותרים בבקשה לקדם את פרויקט ההנגשה העלו חרס, ואלה נמנעו במפגיע מלשתף פעולה בסוגיה חשובה זו. לפיכך פעלו המשיבים לקדם את תכנון הנגשת האתר. הם פנו לגורמים מקצועיים, הזמינו חוות-דעת מקצועיות וקיימו דיונים בנוגע להנגשה מיטבית של המקום. לאחר תהליך ממושך ואימוץ אחת מהחלופות שהציע יועץ הנגישות, נקטו המשיבים בצעדים המשפטיים הנדרשים. מאחר שהעותרים סירבו לשתף פעולה בנוגע להנגשת אתר מערת המכפלה, החליטו המשיבים כי לא ניתן יהיה לפעול להנגשת האתר אלא אם יטלו את סמכויותיה האזרחיות של עיריית חברון בנושא ויפעילו באמצעות המשיבה 4. זאת עשו תוך שהם מסתמכים על הוראת סעיף 7(2) לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971 (להלן: **צו 418** או **הצו**) הקובעת כי מועצת התכנון העליונה (המשיבה 4) רשאית, בין היתר, "ליטול לעצמה כל סמכות הנתונה לוועדה מן הוועדות הנזכרות בסעיפים 2 ו-5" לצו. סעיפים 2 ו-5 לצו עוסקים בסמכויות בעניין תכנון ובנייה, ובכלל זה לסמכויות הנתונות לוועדת תכנון מקומית, דוגמת זו של עיריית חברון (העותרת 1). המשיבים סברו וסבורים כי במקרה דנא היה מקום ליטול סמכויות אלה מהעותרת 1, ולפעול במקומה להנגשת אתר מערת המכפלה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

2. הרקע התכנוני להחלטות הוועדות

6. החלטות המשיבים התקבלו לאחר פעולות הכנה ממושכות. מהתגובה המקדמית ומנספחי העתירה עולה שהמשיבים מנסים לקדם את פרויקט הנגשת מערת המכפלה זה מספר שנים. נטען כי במרוצת השנים נערכו "פגישות רבות עם גורמים שונים" ברשות הפלסטינית, עיריית חברון והווקף "במטרה לקדם את הפרויקט", אך אלה לא הניבו דבר (פסקה 43 לתגובה המקדמית). המשיבים ציינו בתגובתם שהעותרים כלל לא הכחישו עובדה זו בערר שהגישו למשיבה 3 או בעתירה שהוגשה לבית משפט זה (פסקה 47 לתגובה המקדמית). לפיכך החלו המשיבים בפעולות הנדרשות לתכנון ההנגשה. בכלל אלה הוזמנו הנחיות להתאמת הנגישות (מסמך מיום 20.3.2019 שצורף כחלק מנספח ח' לעתירה), והוצגו לפני המשיבים חלופות שונות להנגשה מטעם הגורמים המקצועיים. חלופות אלה פורטו ב"מסמך החלופות" שהוכן על ידי אגף הנדסה ובינוי במשרד הביטחון (נספח ח' לעתירה, בעמודים 1-18).

במסמך החלופות הוצגו שלוש חלופות אפשריות להסדרת הגישה מאזור החניה לרחבה המרכזית, ושלוש חלופות אפשריות להסדרת הגישה מהרחבה המרכזית אל הרחבה הפנימית שבמפלס העליון. כל אחת מהחלופות זכתה לציון משוקלל שהורכב מציונים בארבע אמות מידה: מורכבות הנדסית, מידת הפגיעה בסביבה בהיבט ארכיאולוגי/שימור, נוחות משתמש הקצה ועלות.

החלופות שהוצעו להסדרת הגישה אל הרחבה המרכזית כללו חלופה אחת שעניינה בבניית כבש באורך של כ-100 מטרים המצריך חפירה בעומק של בין 1 ל-2 מטרים; חלופה שניה שעניינה בניית כבש באורך של כ-150 מטרים בשיפוע של 5% שכמעט ואינו מצריך חפירה בפני הקרקע, ומקשר בין ארבע נקודות במתחם (נקודת כניסה/יציאה תחתונה, פודסט הביניים, עמדת פריקת נשקים, ונקודת כניסה/יציאה עליונה בראש גרם המדרגות); וחלופה שלישית המצריכה חציבה בצד גרם המדרגות הקיים, בניית רמפת נכים באורך של כ-30 מטרים ובנייה של מעלית הנגשה בקצה הרמפה. על אף שלהערכת הגורמים המקצועיים חלופה שלישית זו היא המורכבת ביותר מבחינה הנדסית והיקרה ביותר, סבר אגף ההנדסה והבינוי כי היא "הפתרון הידידותי ביותר לציבור בעל המוגבלויות", ככל הנראה בשל היעדר הצורך במאמץ פיזי במהלך השימוש בו. צוין כי החלופות האחרות כוללות שיפועים של 5% לאורך דרך ארוכה יחסית ומדובר ב"שיפוע קשה יחסית לבעלי מוגבלויות".



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

אשר לפתרונות ההנגשה בין הרחבה המרכזית למפלס העליון, הוצעו שלושה פתרונות הכוללים בניית מעלית וגשר בין המעלית לבין הכניסה למתחם המערה. נראה שאין חולק כי הפתרון המומלץ על ידי אגף ההנדסה והבינוי (חלופה מס' 2) עדיף לאין ערוך על שני הפתרונות האחרים: החלופה הראשונה שהוצעה מחייבת הישענות על קיר ועל גשר קיימים שספק אם יעמדו בעומס וקיימת היתכנות שתגרום לפגיעה במבנה הקיים; ואילו החלופה השלישית שהוצעה מחייבת בניה של גשר באורך של 19 מטרים לערך, תוך הצבת עמודים נוספים ברחבה המרכזית וביצוע עבודות ביסוס בהיקף נרחב. כפי שהובהר לעיל, החלופה שנבחרה כוללת הקמת מעלית שביסוסה מצריך חפירה מינימלית באמצעים ידניים; ובניה באופן שניתן לפירוק בנקל בעתיד אם ביום מן הימים תימצא הטכנולוגיה שתאפשר חלופת הנגשה יעילה ומוצלחת יותר.

7. לבד ממסמך החלופות עמדו לפני הוועדה התייחסות יועץ הנגישות הכוללת הנחיות מפורטות להתאמת נגישות; חוות דעת מהנדס בניין בנוגע לדרך בה ניתן להוציא לפועל את בניית המעלית המוצעת בין הרחבה המרכזית למפלס העליון; חוות דעת קמ"ט ארכיאולוגיה הכוללת גם הנחיות לביצוע העבודה; תיק תיעוד ארכיאולוגי הכולל המלצות תכנוניות, ביניהן גם ההמלצה לפיה יש להקפיד שכל התערבות עתידית תיעשה באופן שיבחין בין המקור לתוספת ובאופן הפיך, המאפשר את פירוק ההתערבות המאוחרת ללא פגיעה במקור; אישורי יועץ בטיחות, מהנדס חשמל וראש קש"ץ ותפר. במהלך הדיונים בהתנגדויות נשמעו התייחסויות מקצועיות גם מטעם אדריכל הפרויקט, נציג המינהל האזרחי, קמ"ט ארכיאולוגיה וקמ"ט דתות.

3. ההתנגדויות והדיון בהן

8. במסגרת הפעולות להנגשת אתר מערת המכפלה הוציאו המשיבים את הודעת המינהל האזרחי מיום 12.5.2020 בדבר הכוונה למתן היתר בנייה להנגשת מערת המכפלה לאנשים עם מוגבלות (נספח ו' לעתירה), והוציאו את צווי ההפקעה שנחתמו על ידי המשיב 2 באותו תאריך. הפקעות אלה נועדו לצורך יסום החלופה התכנונית שנבחרה: שביל העולה בשיפוע מתון ממגרש החניה לרחבה הראשית, ומעלית שתקשר בין הרחבה הראשית לרחבה הפנימית שבמפלס העליון, שם ממוקמת הכניסה למערת המכפלה.

בעקבות הודעת המינהל האזרחי הוגשו שתי התנגדויות לתוכנית ההנגשה: האחת, מטעם ארגון "עמק שווה" והשניה מטעם העותרים. דיון בהתנגדויות התקיים לפני



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

המשיבה 4 ביום 4.8.2020. בהחלטתה מאותו יום דחתה המשיבה 4 את הטענות הנוגעות למשיכת סמכויות התכנון של עיריית חברון על ידי המשיבים (פרוטוקול ישיבה 596 הנ"ל). הדיון בהתנגדות להיתר הבנייה החל בדיון ממושך שהתקיים ביום 4.8.2020 (פרוטוקול ישיבה 2020006, שצורף כחלק מנספח ב' לעתירה). הוא נמשך בישיבה שהתקיימה ביום 24.9.2020, לאחר שהועברו למתנגדים כל "החומרים המקצועיים שעמדו לפני חברי הוועדה, לרבות מסמך חלופות, התייחסות קמ"ט ארכיאולוגיה ותיק תיעוד מערת המכפלה", הנחיות יועץ הנגישות ומסמכים נוספים. לבקשת המתנגדים ניתנה להם האפשרות להתייחס בכתב לחוות-הדעת של הגורם המקצועי ("מסמך החלופות") וליתר המסמכים המקצועיים שעמדו לפני הוועדה והועברו לידם. על אף זאת, המתנגדים לא הגישו חוות-דעת או מסמך שנערך על ידי איש מקצוע מטעמם. הם הסתפקו בהעלאת טענות בעל-פה בדיון שהתקיים ביום 24.9.2020, כשהם תוקפים את הקביעות המבוססות על חוות-הדעת ויתר המסמכים המקצועיים שעמדו לפני הוועדה. המתנגדים אף ויתרו על עריכת סיור במקום, זאת על אף שניתנה להם האפשרות לקיים סיור ומועד הסיור נדחה פעמים מספר לבקשת בא-כוחם. טענות המתנגדים נשמעו בהרחבה גם בדיון זה.

4. החלטת המשיבה 4

9. בהחלטה מפורטת ומקיפה שהתקבלה בעקבות הדיונים בהתנגדויות (החלטת המשיבה 4 מיום 29.9.2020) דחתה המשיבה 4 את ההתנגדויות ולהעניק היתר בניה לפרויקט הנגישות. היא אימצה את החלופה השנייה שהוצעה ביחס להנגשה מרחבת החניה לרחבה המרכזית (בשונה מההמלצה ב"מסמך החלופות" להעדפת החלופה השלישית), ואת החלופה השנייה המוצעת להנגשה בין הרחבה המרכזית לרחבה הפנימית שבמפלס העליון.

10. המשיבה 4 נימקה את בחירתה בחלופה השנייה להנגשת הגישה **ממגרש החניה לרחבה המרכזית** בכך שהיא זו המשלבת פתרון נוח ובטוח לאנשים עם מוגבלויות, תוך פגיעה מינימלית באופיו הייחודי של האתר ובדרך שמבטיחה, עד כמה שניתן, שלעבודות ותוצאתן לא תהיה השפעה על המבנים וציבותם. נקבע שפגיעתה בסביבה היא מינימלית וכי היא משתלבת נופית עם המתחם הקיים, מאפשרת תנועה סדירה ורצופה של אנשים עם מוגבלות ללא תלות בנפחי התנועה המוגבלים על ידי הפתרון הטכנולוגי, עלותה זולה יחסית והיא אינה מצריכה כמעט תחזוקה. הובהר כי השביל שייסלל ישתלב בנוף הקיים "כולל שילוב חומרים וצמחיה מקומיים". הובהר כי מטבע



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

הדברים שביל אינו חשוף לתקלות טכניות המאפיינות פתרונות טכנולוגיים או מכניים. המשיבה 4 דחתה את החלופה השלישית, שהומלצה על ידי אגף הבינוי והתכנון, מהטעמים שהיא מורכבת מבחינה הנדסית ויקרה, כוללת פגיעה משמעותית בסביבה הקיימת בשל הצורך בחציבה לצד גרם המדרגות הקיים והקמת מעלית שאינה משתלבת בנוף, ואינה נותנת מענה לתנועה הערה של המבקרים במקום. צוינו גם בעיות אפשריות בעת תקלות טכניות, עלויות התחזוקה והצורך בגידור.

המשיבה 4 דחתה הצעות שהעלו העותרים במהלך הדיון, שכאמור – לא נתמכו על ידי חוות דעת מקצועית. הצעה לפיה ההנגשה תבוצע באמצעות "ציר קיסר" ו"ציר ארז" נפסלה מאחר שהגורמים הביטחוניים קבעו שמדובר בצירים שבהם קיים סיכון ביטחוני למשתמשים הפוטנציאליים, ושתנועתם של ישראלים אסורה בהם. המשיבה 4 הוסיפה כי שימוש בצירים אלה יצריך ביצוע "עבודות תשתית משמעותיות, אשר עלולות לפגוע בשימוש הביטחוני הקיים בצירים" (פסקה 35 להחלטה). הצעות להקמת רמפות בצד גרמי המדרגות הקיימים נדחו בשל העובדה שזווית השיפוע שתיווצר בחלופה מעין זו עולה על זווית השיפוע התקני הנדרשת להנגשת מבנים (פסקה 36 להחלטה). כפי שיובהר להלן, הקמת רמפות מעין אלה אינה פתרון מתאים גם מהטעם שעליה בהן תחייב היעזרות בגורם חיצוני ולא תאפשר לאנשים עם מוגבלות לממש את זכותם לתנועה עצמאית. הצעה נוספת שהעלו העותרים, לפיה יוצבו מעלונים על גרמי המדרגות, נדחתה הן מהטעם שהשימוש שיתאפשר בה יהיה איטי מאוד, של אדם אחד בכל פעם; הן בשל העובדה שמדובר במתקנים חשמליים הדורשים תחזוקה וחשופים לתקלות שישביתו כליל את המתקן (פסקה 37 להחלטה); והיא אף מעוררת בעיה גם בשל התלות בהימצאותו במקום של הגורם המפעיל את המעלונים.

הוועדה אימצה את החלופה השניה להנגשת התנועה **מהרחבה המרכזית למפלס העליון** (התקנת מעלית וגשרון קצר). היא קבעה כי בתכנון המעלית המוצעת ניתן דגש, בין היתר, לעובדה שהקמתה אינה מחייבת הישענות על המבנה הקיים, המבנה הטכנולוגי המתקדם שלה מאפשר "נגיעה מצומצמת ביותר בקרקע", עבודת הביסוס מצריכה חפירה מינימלית "בכלים קלים ובידיים", ואף ניתן יהיה לפרקה בעתיד בנקל "מבלי שתהא פגיעה בבינוי הקיים" (פסקה 70 להחלטה), אם יוצע פתרון חדשני שיימצא כעדיף.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

המשיבה 4 הבהירה בהחלטתה שלא ניתן לאמץ פתרונות הנגשה המושתתים על התקנת מעלונים על גרמי המדרגות הקיימים הן מהטעמים שפורטו לעיל בנוגע להנגשת המקטע ממגרש החניה לרחבה המרכזית, הן לנוכח העובדה שמדובר במדרגות צרות שבשל רוחבן יגרמו המעלונים להפרעה לתנועה הערה במקום, והן בשל החשש שהתקנת המעלונים תפגע במבנה הקיים (פסקאות 46-47 להחלטה). נשללה גם אפשרות שהועלתה על ידי "עמק שווה" לפיה ייהרסו חלק מהמדרגות הקיימות, שנבנו בתקופה הירדנית. המשיבה הבהירה שלהריסת המדרגות יכולה להיות השלכה גם על המבנים ההיסטוריים הסמוכים להן, ומכל מקום לא ניתן ליצור במקום "מסלול הנגשה רלוונטי הכולל שיפוע שתואם את דרישות הנגשות" (פסקה 48 להחלטה). המסקנה המקצועית היתה שאין מנוס מביצוע הנגשה באמצעות מעלית שלקצה העליון שלה יחובר גשר. לנוכח מסקנה זו בחרה המשיבה 4 לאשר את החלופה השנייה, הכוללת הקמת מעלית בסמיכות לגרם המדרגות המוביל לרחבה הפנימית שבמפלס העליון, כשהיא מבהירה שמדובר "בגשר קצר יחסית שאינו דורש תמיכה על ידי עמודים", ובמבנה קל של מעלית ה"מאפשר נגיעה מצומצמת ביותר בקרקע" (פסקאות 52-54 להחלטה).

5. החלטת המשיבה 3

11. העותרים ו"עמק שווה" הגישו עררים על ההחלטה מיום 29.9.2020. לטענות העותרים, שנפרשו בהרחבה בכתב, נוספו טענות בעל-פה בדיון שהתקיים לפני המשיבה 3 ביום 10.11.2020. המשיבה 3 דחתה טענות אלה בהחלטתה מיום 19.11.2020. נקבע כי ההחלטה התקבלה כדין; הפתרון שאומץ בה הוא נכון ומידתי; וכי מתן אפשרות לאנשים עם מוגבלות לגשת לאתר תכבד ותשמר את אופיו הייחודי כמקום תפילה ופולחן. הובהר כי פתרונות ההנגשה יהיו זמינים לכלל הציבור המגיע למקום, ואף התושבים המוסלמים באזור יוכלו לעשות בהם שימוש בימי "החריג המוסלמי" (עשרת הימים בהם הגישה למערת המכפלה מותרת רק למתפללים מהציבור המוסלמי, שעיקרם ימים בעלי משמעות דתית מרכזית במסורת המוסלמית), וכי "ככל שתוגש בקשה לשימוש באמצעי הנגשה אף מעבר לימי החריג, זו תיבחן על ידי הגורמים המוסמכים ותינתן החלטה בהתאם לכלל השיקולים הצריכים לעניין".

העתירה שלפני תוקפת את מכלול החלטות המשיבים.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

ג. הטענות בעתירה

12. בעתירה נטען, בין היתר, שלעותרים לא ניתן די זמן להגיש את התייחסותם לקביעות המקצועיות של הגורמים התכנוניים. נטען כי הם "מוכנים להביא חוות דעת מומחה מטעמם" (פסקה 40 לעתירה). על טענות אלה חזר ב"כ העותרים בדיונים שהתקיימו במסגרת העתירה. יש לדחות טענות אלה מהטעם הפשוט שהעותרים נמנעו מלהגיש מסמך מקצועי כלשהו מטעמם במהלך הדיונים לפני המשיבה 4 ולפני המשיבה 3, אף שניתנה להם האפשרות לעשות כן; ויתרו על הסיוע במקום שהוצע להם; ואף לא פעלו להכין חוות-דעת מקצועית בחודשים הארוכים שחלפו מאז קבלת ההחלטות. ניתן היה לצפות לכך שיוצג מסמך מקצועי כלשהו ולו כדי שניתן יהיה להציג לפני בית המשפט ראיה לכך שקיים יסוד לטענות התכנוניות-המקצועיות שהעלו בעל-פה בדיונים, ושנדחו כולן על ידי הגורמים המקצועיים ועל ידי המשיבות 4 ו-3.

לא למותר לציין כי מאחר שמתגובות המשיבים עולה כי נעשו פניות לעותרים בעניין הנגשת מערת המכפלה כבר לפני שנים ארוכות, הרי שעמדה לעותרים האפשרות להתכונן לדיון בסוגיה מבעוד מועד ולהכין חוות-דעת מקצועיות מטעמם. יתירה מזו: מאחר שהסמכות לתכנון היתה בידי העותרים הוטלה עליהם גם החובה לפעול להנגשת המקום ולקדם את מימוש זכויות האנשים עם המוגבלות ולו בקרב האוכלוסיה עליה הם אמונים. דבר מכל אלה לא נעשה. העותרים נמנעו במשך שנים ארוכות לשתף פעולה עם גורמי התכנון בכל הנוגע להנגשת המקום, מטעמיהם, ולאורך התקופה כולה, כמו גם לאחר שפורסמה הודעת המינהל האזרחי, נמנעו מלהכין חוות-דעת תכנוניות שיתמכו בטענותיהם. בנסיבות אלה אין להם אלא להלין על עצמם בכל הנוגע לכך שלא הציגו חוות-דעת מקצועיות לפני המשיבות 4 ו-3.

כאמור, החלופות שהציעו העותרים במהלך הדיונים נשללו על ידי אנשי המקצוע והגורמים התכנוניים. הימנעות העותרים מהגשת חוות-דעת מביאה גם לכך שכלל לא ניתן לדעת מה היה התוכן האפשרי של חוות-דעת תיאורטית מעין זו. אין לשלול את האפשרות כי איש מקצוע אליו היתה נעשית פנייה לא היה מגיע למסקנה שונה מאלה של אנשי המקצוע וגורמי התכנון של המשיבים. גם מטעם זה אין לייחס משקל לטענה זו של העותרים.

לפיכך יש לדחות את הטענות הנוגעות לכך שההחלטות ניתנו ללא שהעותרים הגישו חוות-דעת מטעמם.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

13. העותרים טענו כי המשיבים לא היו מוסמכים ליטול את סמכותה של עיריית חברון בכל הנוגע לפעולות תכנון המתייחסות לאתר מערת המכפלה, וכי פעולה כזו מנוגדת להסכמי הביניים. לבד מטענה זו, וטענות תכנוניות נגד החלופות שנבחרו, כללה העתירה טענות משפטיות רבות שרובן ככולן עומדות בסתירה לקביעות בהלכת **הס**. נטען כי הפקעת השטחים לצורך ביצוע פעולות ההנגשה פוגעת בזכויות הקניין של העותרים ועומדת בניגוד למשפט הבינלאומי. עוד נטען כי ההפקעה אינה לטובת האוכלוסייה המקומית ואינה משרתת את "התושבים המוגנים באזור". כן נטען כי פעולות ההנגשה נועדו לאפשר את הנגשת המקום אך ורק לאזרחי מדינת ישראל ולא לאוכלוסייה המוסלמית המתגוררת באזור. לטענות אלה נוספו טענות רבות, וביניהן, בין היתר, טענות לחוסר סבירות בדרך בה התקבלה ההחלטה, להתבססות על שיקולים זרים ופסולים, פעולה בלתי מידתית, ופגיעה בזכויות היסוד של המוסלמים לחופש דת ופולחן.

14. בדיון שהתקיים ביום 3.3.2020 שבו בהם העותרים ממרבית הטענות. הם הסכימו כי הטענות בהן יש לדון הן אך אלה העוסקות בשאלה אם המשיבים נטלו כדין את סמכות התכנון מעיריית חברון; ואם חלופות ההנגשה שנבחרו הן סבירות והבחירה בהן נעשתה תוך שקלול ראוי של מבחני המידתיות (עמ' 6 לפרוטוקול, שורות 19-20).

יתר טענות העותרים זכו למענה בקביעותיו של בית המשפט העליון בהלכת **הס**, כפי שלמעשה הסכים גם ב"כ העותרים:

כך, נקבע בהלכת **הס** כי הזכות לקניין וכנגדה החובה שלא להפקיע את רכושו של אדם אינה זכות מוחלטת, ויש לאזנה מול זכויות היסוד של המתיישבים היהודים ובכלל זה חופש הדת והפולחן המאפשר להם להתפלל במערת המכפלה (הלכת **הס**, בעמ' 464 – 467).

עוד נקבע בהלכת **הס** כי חובת רשויות המדינה באזור, המתפרשת על כל צורכי החיים המגוונים של התושבים, ובכלל זה "צורכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה", "חלה על כל סוגי האוכלוסייה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד" (הלכת **הס**, בעמ' 461). על הקביעה לפיה חובת הרשויות חלה "על כלל האוכלוסייה הנמצאת בתחומי האזור בכל זמן נתון, ובכלל זה תושבי ההתיישבות הישראלית ואזרחי ישראל שאינם מתגוררים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית" שב בית המשפט



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

העליון פעמים רבות (בג"צ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון, מיום 29.12.09, בפסקה 20 לפסק-דינו של כבוד השופט פוגלמן ובאסמכתאות הרבות שהובאו שם, להלן: הלכת אבו צפייה; דנג"צ 5124/19 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, מיום 21.8.19, בפסקה 13 להחלטה, להלן: דנג"צ עיריית חברון). מכאן שגם לו היה בסיס לטענה לפיה פעולות ההנגשה משרתות אך את האוכלוסיה היהודית – שאין חולק כי חלק משמעותי ממנה מתגורר באזור – הרי שלא היה בעובדה זו כשלעצמה כדי להביא לכלל מסקנה לפיה התקבלה ההחלטה בניגוד לדין ומטעמים פסולים (למעט במקרים קיצוניים – ראו הלכת אבו צפייה הנ"ל). בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר כי בהלכת הס' אישר בית המשפט העליון הפקעת מקרקעין לצורך הרחבת דרך ששירתה את האוכלוסיה היהודית בלבד בדרכה למערת המכפלה, ועל אף זאת נפסק כי לא נפל פגם חוקי או אחר באותה החלטה.

מכל מקום, יש להבהיר כי הטענה לפיה במקרה זה נועדו פעולות ההנגשה לשרת אך את האוכלוסיה היהודית אינה מדויקת עובדתית. מהנתונים שנמסרו לבית המשפט עולה כי בימי "החריג המוסלמי", בהם מתאפשרת הגישה למערת המכפלה למוסלמים בלבד, מבקרים במקום עשרות אלפי מוסלמים העושים שימוש בדרך הגישה מושא העתירה (ההערכות נעות בין 50,000 ל-80,000 מוסלמים המגיעים למערת המכפלה בעשרת ימים אלה). מכאן שמספר רב של אנשים מהאוכלוסיה המוסלמית המקומית עושה שימוש בדרך הגישה מושא העתירה, והנגשתה תסייע באופן ישיר לאוכלוסיית האנשים עם המוגבלויות בקרב התושבים המוסלמים. לכך יש להוסיף את הנתון לפיו ביקרו בשנת 2019 במערת המכפלה 126,193 תיירים (פסקה 34 לכתב התשובה). מטבע הדברים, לא הובאו למקום קבוצות של תיירים הזקוקות לפתרונות הנגשה. הנגשת המקום תפעל, אם כך, לא רק לטובת אוכלוסיה יהודית (שחלק משמעותי ממנה הוא אוכלוסיה של תושבי האזור), אלא גם לטובת האוכלוסיה המוסלמית וגם לטובת תיירים בני כל יתר הדתות.

לכל אלה יש להוסיף את האמירה בפסקה 46 להחלטת המשיבה 3 לפיה "ככל שתוגש בקשה לשימוש באמצעי הנגשה אף מעבר לימי החריג, זו תיבחן על ידי הגורמים המוסמכים ותינתן החלטה בהתאם לכלל השיקולים הצריכים לעניין". המשיבים סמכו ידם על אמירה זו (פסקה 72 לתגובה המקדמית).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

לפיכך יש לדחות את הטענות המשפטיות הנוגעות לאותם פגמים לגביהם נקבע במפורש בהלכת **הס** שאינם בגדר פגמים, כמו גם את הטענות לפיהן ככלל גוברת זכות הקניין על זכויות היסוד של האנשים המבקשים לממש את זכותם לדת ולפולחן במערת המכפלה.

15. לדיון בטענות העותרים – הן זו שעניינה בנטילת הסמכות בתחום התכנון והבניה הן זו העוסקת בבחירת החלופות – יש להקדים מילים מספר בנוגע לטיבה של הזכות לנגישות. זכות זו מעצבת את היקף וטיב החובה המוטלת על רשות ציבורית להסדרת הנגישות, ומקרינה על הפעולות בהן נקטו המשיבים על מנת להביא להנגשת אתר המוכר כמקום קדוש וכאתר פולחן מרכזי זה אלפי שנים, כך שגם אנשים עם מוגבלות יוכלו לממש את זכותם הבסיסית לבקר באתר ולשפוך את שיחם לפני המקום.

ד. הזכות לנגישות וחובת ההנגשה

16. כיום אין עוד מחלוקת כי חובת ההנגשה החלה על רשויות ועל פרטים אינה אלא הדרך בה מאפשר החוק לאנשים עם מוגבלות לממש את זכויות היסוד הבסיסיות המוענקות לכל אדם באשר הוא אדם. על חשיבות ההנגשה עמד בית המשפט העליון עוד טרם חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998 (להלן: **חוק שוויון זכויות**) והתקנות שהותקנו מכוחו, בקבעו כי חובת ההנגשה "באה להגן על כבודו של הנכה וחירותו על-ידי הבטחת שוויון והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים... הגישה המודרנית הינה כי הפרדה מעמיקה את חוסר השוויון ומנציחה הפליה. הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה" (בג"צ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות**, פ"ד נ(1) 19, 26 (1996)).

ההגנה על כבודם וחירותם של אנשים עם מוגבלויות היא העומדת בבסיס הוראות חוק שוויון זכויות. כך קובע סעיף 1 לחוק כי זכויותיהם של אלה "מושתתות על ההכרעה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות". הוראתו המשלימה, המעוגנת בסעיף 2 לחוק, קובעת כי מטרת החוק היא "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים". הוראות אלה, המתכתבות עם הזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נתפסו ככאלה הדוברות "בלשון נאצלה" של חוקי היסוד,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

ובאות לקדם את שוויון ההזדמנויות של אדם עם מוגבלות "להיותו כאחד האדם" (בג"צ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323, 335 (1998)).

קביעות אלה מקרינות ישירות על התפיסה המודרנית הנוגעת לחובת ההנגשה. לאורן של תפיסות אלה התגבשה ההבנה לפיה "חלק בלתי נפרד מזכותו של בעל המוגבלות לכבוד ולשוויון היא הזכות לנגישות" רע"פ 5273/12 גיא נ' מדינת ישראל, מיום 9.5.13, בפסקה כ' לפסק-הדין). לעניין זה נקבע כי "הנגשת הסביבה מסלקת את המכשולים הניצבים בפני בעלי מוגבלות המבקשים לממש – כחבריהם לקהילה האנושית – את זכויות היסוד האוניברסליות. היא יוצקת תוכן מהותי בחופש הבחירה שלהם... במובן זה, נגישות 'היא הבסיס למימוש זכויות', כלשונה של המלומדת מור (שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" חוקים ח 15, 28 (2016))" (בג"צ 4267/16 בזכות המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות נ' משרד התחבורה, מיום 29.1.19, בפסקה 11 לפסק-הדין). בדרך זו ממומשת זכותם של אנשים עם מוגבלויות לשוויון ולכבוד (ראו, בין היתר, בג"ץ 8202/17 המרכז לעיוור בישראל נ' שר האוצר, מיום 27.5.20, בפסקאות 6 ו-13 לפסק-דינו של כבוד השופט שטיין ובפסקאות 3-5 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה מלצר).

על כל אלה יש להוסיף את קביעת המחוקק בסעיף 19א לחוק שוויון זכויות לפיה הזכות לנגישות טומנת בחובה את ה"אפשרות להגעה למקום, תנועה והתמצאות בו... והכל באופן שוויוני, מכובד, עצמאי ובטיחותי".

17. התפיסה לפיה קידום הנגישות היא כלי לקידום זכויות האדם וחירויות היסוד עוגנה גם במישור המשפטי הבינלאומי. כך נקבע במבוא ובסעיפים 3 ו-9 לאמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (Convention on the Rights of Persons with Disabilities). אמנה זו אומצה בעצרת הכללית של האו"ם ביום 13.12.2006 ואושררה בהחלטת ממשלת ישראל מיום 10.9.2012 (וביום 28.9.2018 – ראו [האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות](#) (www.gov.il)). מטבע הדברים מחזיק בעמדה דומה גם ארגון אונסק"ו, שהעותרים העלו על נס את העובדה כי הכיר במערת המכפלה כ"אתר מורשת עולמית" ("World Heritage"; פסקה 58 לעתירה). ארגון אונסק"ו הצהיר בהקשר זה, תוך שהוא נשען על אמנת האו"ם הנ"ל, כי מטרתו היא לקדם שוויון והנגשה של אתרי המורשת העולמיים לאנשים עם מוגבלויות (ראו



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

סוגיית הנגשת אתרי מורשת תוך איזון בין שימורם לזכויות האנשים עם המוגבלויות ראו גם <https://en.unesco.org/themes/access-people-disabilities> ; לנסיונות אונסק"ו לקדם את <https://whc.unesco.org/en/events/1005>.

18. יוער כי גם החקיקה החלה באזור כוללת כיום הוראות בעניין הנגשה. לצורך זה תוקן צו 418 בשנת 2014 בדרך של הוספת הוראות הנוגעות להנגשה (תיקון 21 (מס' 1749), קובץ המנשרים מס' 243 מחודש מרץ 2016 עמ' 7258, שתחילתו ביום 30.10.2014 ; ראו בפרט הוראות סעיף 7ז לצו 418). אין צורך להידרש לטיבן והיקפן המדויק של הוראות אלה, שעה שאין חולק כי הזכויות לכבוד ולשוויון עומדות לאנשים עם מוגבלות, וכי הזכות להנגשה באה לממש זכויות אלה.

19. מאליו מובן כי הזכות להנגשה אינה מוחלטת. יש לאזנה מול זכויות אחרות ולבוחנה על רקע מכלול השיקולים הרלוונטיים. כך, בחוק שוויון זכויות נדרש המחוקק לאיזונים המחוייבים, כאשר הוא קובע, בין היתר, כי ניתן לקבוע בתקנות פטור מהנגשה ב"מקומות ציבוריים קיימים" לצורך מניעת "פגיעה מהותית באופיו המיוחד של המקום, לרבות ייחודו בשל ערכי ארכיאולוגיה" (סעיף 19ט(ב)(1) לחוק שוויון זכויות) או כאשר "ביצוע התאמות הנגישות יהווה נטל כבד מדי" (סעיף 19ט(ב)(2) לחוק). החוק קובע פטור מהנגשת מקום ציבורי קיים כאשר "התאמת הנגישות אינה ניתנת לביצוע מסיבות הנדסיות" (סעיף 19יג(א)(1) לחוק), או כאשר התאמת הנגישות "פוגעת באופן מהותי באופיו המיוחד של המקום, בשל ערכי היסטוריה, ארכיאולוגיה, אדריכלות או טבע" (סעיף 19יג(3) לחוק) או "מחייבת שינוי יסודי במהותו של מקום ציבורי קיים" (סעיף 19יג(4) לחוק ; וראו סעיף 19כט(1)-(2) לחוק). אף שהוראות חוק שוויון זכויות אינן חלות ישירות באזור, עמדו שיקולים אלה נגד עיני המשיבות. ההחלטות דנו בפירוט בשאלת טיב הפגיעה הצפוי והעניקו משקל רב לאופיו המיוחד של המקום, והבחירה בהתאמות הנגישות נעשתה רק לאחר שהמשיבות 4 ו-3 שוכנעו כי אלה יגרמו לפגיעה מועטת ביותר במקום ובאופיו המיוחד.

20. אמור מעתה : חובת ההנגשה אינה אלא נגזרת של זכותו של אדם עם מוגבלות לכבוד, לשוויון ולחופש בחירה. היא חלק מאגד "זכויות היסוד האוניברסליות" העומד לאדם עם מוגבלות, ומיישמת לגביו, הלכה למעשה, את אותן זכויות יסוד להן זכאי כל אדם בישראל. על מימושה להביא לכך שמושא הזכות – האדם עם המוגבלות – יוכל לנוע אל מקום חפצו ובמקום חפצו "באופן שוויוני, מכובד, עצמאי". יובהר כי הדרישה לאפשרות לתנועה עצמאית באה לממש את זכותו של האדם עם מוגבלות לכבוד. על



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 6666-12-20 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

נקודה זו עמדו בהרחבה נציגי זכויות האנשים עם המוגבלויות שנכחו בדיון מיום 3.3.21, ואמרו דברים מדם לבם.

21. לנוכח כל אלה המסקנה היא כי בעת איזון בין זכות האדם עם המוגבלות להנגשה לבין זכויות אחרות, לא בנקל תהא ידן של זכויות אחרות על העליונה. אלה יידרשו להרים את הנטל להוכיח כי זכותם גוברת על זכויות אנשים עם מוגבלויות לכבוד ולשוויון. יש לזכור כי ההחלטה שלא להנגיש אתר מסויים, ועל אחת כמה וכמה אתר בעל משמעות דתית והיסטורית חשובה ויוצאת דופן כמערות המכפלה, משמעה נעילת הדלת בפני ציבור נרחב והדרתו מהמקום. בנסיבות מעין אלה מוטלת על הרשות החובה לנקוט בכל מאמץ אפשרי להסדיר את הנגשת המקום – בכפוף לאיזונים שקבע המחוקק – באופן שימנע את הפגיעה הקשה והמתמשכת בזכויות היסוד של ציבור האנשים עם המוגבלות.

מאליו מובן שיש לחתור לכך שפתרון ההנגשה לא יפגע באתר עצמו. יש גם להעדיף בחירה בדרך הנגשה שאינה מביאה לשינוי של קבע באתר, כך שאם תאפשר טכנולוגיה עתידית למצוא פתרון מוצלח יותר – ניתן יהיה ליישמו בפועל. כפי שיובהר, הפתרון שאומץ על ידי המשיבים מיישם אמות מידה אלה בצורה ראויה שיש בה כדי להלום את הרגישויות המתבקשות ואת הנסיבות.

22. על רקע כל אלה ידונו להלן טענות העותרים בנוגע לנטילת סמכות התכנון על ידי המשיבים ובנוגע לבחירת פתרונות ההנגשה שאומצו.

ה. נטילת סמכות התכנון

23. אין חולק על כך שמערת המכפלה מצויה באזור המכונה H2 ב"פרוטוקול חברון" ("פרוטוקול בדבר היערכות מחדש בחברון", שאושר ביום 15.1.1997), וכי הסמכויות האזרחיות באזור זה הועברו לידי עיריית חברון למעט אלה הנוגעות לאזרחים ישראלים ורכושם (ראו בג"צ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, מיום 30.6.19, בפסקה 21 לפסק-הדין, להלן: הלכת עיריית חברון). לעניין המסגרת הנורמטיבית החלה במקום נקבע כי היא "מורכבת מרבדים שונים: הדין המקומי שהיה בתוקף לפני כניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967; תחיקת הביטחון שנקבעה על ידי המפקד הצבאי; כללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי החולשים על פעולות המפקד הצבאי ורשויות המדינה באזור; וכללי המשפט הבינלאומי המנהגי ובגדרם תקנה 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן: תקנות האג) הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי באזור" (דנג"צ 5124/19 **עיריית חברון נ' מדינת ישראל**, מיום 21.8.19, בפסקה 1 להחלטה). על כל אלה נוספו רובד של חקיקה מקומית שנחקקה על ידי המפקד הצבאי (בג"צ 1234/10 **א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון**, מיום 21.7.20) "ומעל לכל אלה מרחפים כללי היסוד של המשפט הציבורי-מינהלי הישראלי" (בג"צ 3865/20 **שלומי שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע**, מיום 7.10.20, בפסקה 7 לפסק-הדין).

24. במקרה דנא סובבות טענות הצדדים את דבר החקיקה המרכזי העוסק בענייני תכנון ובניה באזור, הוא צו 418 (טענות נגד תוקף הצו נדחו בבג"צ 4154/91 **דודין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית**, פ"ד מו (1) 89 (1991); להגדרת הצו כ"דבר החקיקה המרכזי" בענייני תכנון ובניה ראו בג"צ 10408/06 **קבהה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון**, מיום 25.09.07, בפסקה לפסק-הדין). סמכותה של העותרת 1 לפעול בענייני תכנון עוגנה בהוראות סעיפים 2 ו-5 לצו 418. אלא שהובהר לעיל כי סעיף (2)7 לצו מסמיך את מועצת התכנון העליונה (המשיבה 4) "ליטול לעצמה כל סמכות הנתונה לוועדה מן הוועדות הנזכרות בסעיפים 2 ו-5" לצו. העותרים טוענים כי המשיבה 4 עשתה שימוש שלא כדין בסמכות זו עת פעלה לתכנן ולהוציא היתר בניה בעניין הנגשת מערת המכפלה.

25. החלטת המשיבים לפיה תיטול המשיבה 4 לעצמה את סמכות התכנון הנתונה לעיריית חברון נומקה בקביעה לפיה "הוועדה המקומית של עיריית חברון אינה נכונה לקדם תכנון לצורך הנגשת מערת המכפלה לאנשים עם מוגבלות" (החלטת המשיבה 4 מיום 4.8.20, נספח ג' לעתירה; הפרוטוקול נושא בכותרתו גם את תאריך הדפסתו – 6.8.20). החלטה זו נשענה גם על ראיות שהובאו לפני המשיבה, ובהן טענת נציגי המינהל האזרחי לפיה נעשו במשך שנים נסיונות לקדם את נושא הנגשת מערת המכפלה "גם עם הווקף וגם עם עיריית חברון" אך לא היתה היענות מצדם (עמ' 4 לפרוטוקול 596 מיום 4.8.20, נספח ג' לעתירה). על טענות אלה שבו נציגי המינהל האזרחי גם בדיון שהתקיים לפני המשיבה 3 ביום 24.9.20, כשהם מבהירים כי לפניות בסוגיה "לא הייתה היענות כלל" (עמ' 8 לפרוטוקול ישיבה 2020011, נספח ב' לעתירה). המשיבה 3 הבהירה בהחלטתה מיום 29.9.20 כי המשיבה 4 פעלה מכוח הסמכות המוקנית לה בסעיף (2)7 לצו 418 "משנמצא כי הוועדה המקומית של עיריית חברון אינה משתפת פעולה עם



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

בקשות תכנוניות מטעם ישראלים" (פסקה 23 להחלטה, שצורפה כנספח ב' לעתירה). היא הוסיפה וציינה כי אין זו הפעם הראשונה שהמשיבה 4 מפעילה סמכות זו, וכך נעשה גם בשנת 1995 עת נוצר הצורך להקים מבנה שירותים עבור המבקרים במערת המכפלה (פסקה 24 להחלטה).

קביעות אלה של הוועדות לא נסתרו כלל. כך, על אף שהעתירה הציגה את טענות העותרים באריכות ובפירוט מרובים ביותר, לא נטען בה כי העירייה או הווקף השיבו לפניית ועדות התכנון או הראו נכונות לפעול להנגשת מערת המכפלה קודם למועד בו נטלה המשיבה 4 את סמכויות התכנון לעצמה. כל שנטען בהקשר זה הוא כי "לא הוגשה בקשה" לעותרים להנגשת המקום (פסקה 101 לעתירה). טענות המשיבות בהקשר לפניית הרבות שנעשו בהקשר זה לא הוכחו בדיונים שהתקיימו לפני המשיבות או בעתירה. די בכך כדי לקבוע כי עלה בידי המשיבות 3 ו-4 להוכיח כי עיריית חברון והווקף לא השיבו לפניית שנעשו אליהם בעניין הנגשת המקום לאורך השנים שקדמו לנטילת הסמכות, וסירבו לשתף פעולה בהקשר זה.

קביעה זו עולה בקנה אחד עם דברים שעלו בישיבות ועדת חוץ וביטחון שעסקו בסוגיה (ישיבות שהתקיימו בתאריכים 28.10.2018, 12.6.2019 ו-10.2.2020, שתוכן מובא באתר הכנסת במרשתת). דברים מפורשים ביותר נאמרו בהקשר זה בישיבה מיום 20.3.2020, כאשר נציג המטה לביטחון לאומי הבהיר כי ניתנה הסכמה של הדרג המדיני לפעולה "ללא הסכמת הצד הפלסטיני, נוכח היעדר שיתוף הפעולה מצדם", בעוד ראש המינהל האזרחי מוסר כי "הגענו למסקנה שמשיקולים פנימיים שלהם, הפלסטינים החליטו לא להיכנס איתנו לפרויקט הזה". לנוכח כל אלה אין עוד צורך להידרש לשאלת המשקל הראייתי שיש להעניק לראיון עם ראש עיריית חברון ועם נציג הווקף שפורסם באתר חדשות ישראל בשנת 2017, בו נכתב כי אלה אמרו שלא תינתן הסכמה לכל הנגשה במקום (המאמר צורף לבקשה ארגון "בצלמו" מיום 28.2.21; הפנייה למאמר במרשתת מופיעה בפסקה 20 לבקשה שהגישו ארגון "בצלמו" ואחרים להצטרף להליך שלפני כ"ידידי בית המשפט").

26. המסקנה מכל אלה היא שהעותרים נמנעו במפגיע מלשתף פעולה עם המשיבים בכל הנוגע לפעולות לתכנון ההנגשה במערת המכפלה. לאחר שהמשיבים הגיעו לכלל הבנה לפיה לא יזכו לשיתוף פעולה מעיריית חברון, החליטו להפעיל את הסמכות המוקנית



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

להם על פי סעיף 7(2) לצו 418, שהוא דבר החקיקה העיקרי בענייני תכנון ובניה באזור. בנסיבות שנוצרו אין פגם בדרך פעולה זו.

27. העותרים, שלא פעלו כלל להשיב לפניות המשיבים במרוצת השנים, הוסיפו וטענו בהקשר זה בעתירה כי הפעלת הסמכות המוקנית למשיבה 4 בצו מנוגדת להוראות הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה הקובעות כי בנוגע למערת המכפלה הסכימו הצדדים "להשאיר את המצב בעינו" ולהסכמה ב"פרוטוקול חברון" לפיה הועברו לעיריית חברון "הכוחות והאחריות האזרחיים... פרט לאלה הנוגעים לישראלים ולרכושם" (סעיף 10(ב) לפרוטוקול חברון). טענות אלה אין לקבל. הותרת "המצב בעינו" בעניין מערת המכפלה אין פירושה כי זו תיוותר כאבן שאין לה הופכין ותזנח או כי לא ניתן להורות על הנגשתה בדרך שתממש את זכויות האדם הבסיסיות של ציבור האנשים עם המוגבלויות. אשר להוראת סעיף 10(ב) לפרוטוקול, שנדונה גם בהלכת **עיריית חברון**, זו לא באה להוציא מהסמכות הכללית המוקנית למשיבים על פי הוראת סעיף 7(2) לצו, שעניינה בהכרח ליטול את הסמכות מגופים תכנוניים **מוסמכים** בנסיבות המתאימות. מטרת הוראה זו למנוע מצב בו תוקפאנה כל פעילויות התכנון והבניה בשל מחדל מתמשך, ועל אחת כמה וכמה מחדל מכוון של רשויות התכנון באזור. המשיבים הבהירו כי נקטו בפעולות רק לאחר שהשתכנעו שאין בכוונת העותרים לשתף פעולה בכל הנוגע להנגשת המקום, ואף זאת עשו רק לאחר הנחיה ועידוד מטעם הדרג המדיני. מכאן שהפעולה ננקטה בדרך זהירה ומדודה, לאחר ניסיונות להגיע להסכמה עם עיריית חברון האמונה על התכנון באזור, ותוך צמצום של היקף פעולות התכנון אך ורק לסוגיה החיונית של הנגשת המקום לאנשים עם מוגבלויות ושמירה על זכויות היסוד של אלה. הקביעה בפרוטוקול חברון לפיה הועברו לעיריית חברון סמכויות התכנון והבניה אינה משמיעה כי לא ניתן להפעיל בעניינה את הוראת סעיף 7(2) לדבר החקיקה הראשי שעה שזו מתפרקת מסמכותה בפועל, ונמנעת במפגיע מלשתף פעולה בקידום זכויות היסוד של אוכלוסיות פגיעות.

על כל אלה ניתן להוסיף ולומר כי לנוכח טיב הזכות להנגשה, והחובה המוטלת על הרשויות הנובעת מזכות זו, הוטלה חובה על המשיבים לפעול להנגשה. שעה שאלה השתכנעו כי העותרים זנחו את חובתם לפעול בעניין זה, ולנוכח טיב זכויות היסוד שהוטל על הכף, רשאים היו המשיבים – ואולי אף הוטלה עליהם החובה – ליטול לעצמם את סמכות התכנון הרלוונטית והממוקדת.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

28. עוד יש לדחות את טענת העותרים לפיה לא היה מקום לנקיטת פעולות הנגשה רק בצד דרכו נכנסת האוכלוסיה היהודית למערת המכפלה, ולא בדרך הגישה המובילה למערת המכפלה מהצד שבשליטה אזרחית פלסטינית. לעניין זה יש להזכיר שהעותרים טוענים כי להם, ולהם לבדם, נתונים הכוח והזכות לבצע פעולות תכנון לצורך הנגשת מערת המכפלה. דבר לא מנע בעדם מלעשות כן בעשורים שקדמו להגשת העתירה. לא נטען שהעותרים פעלו בזמן מן הזמנים לתכנן את הנגשת המקום, ולא נטען כי ניסיונות להנגיש את המקום מהצד הפלסטיני נתקלו בסירוב של המשיבים. לא למותר לציין שהעותרים טענו כי הם מוכנים לבצע את כלל פעולות ההנגשה על חשבונם. מכאן שלא בעיה תקציבית היא שעמדה בבסיס מחדלם המתמשך לפעול לתכנון הנגשת האתר, מחדל שעליו אין אלא להצר. מכל אלה עולה כי לו היתה עיריית חברון נכונה לשתף פעולה עם המשיבים, ניתן היה להוביל להנגשה משולבת של האתר – על כל חלקיו ודרכי הגישה אליו – כבר לפני שנים ארוכות. סירוב העותרים לשתף פעולה הוא שהכשיל אפשרות זו. אין לקבל טענות אפליה מאוחרות מעין אלה, בפרט כאשר העותרים טוענים שכלל לא היה מקום שייעשה שימוש בסמכויות התכנון הנתונות להם, וכאשר על רקע טענות אלה צמצמו המשיבים את פעולותיהם לתיחום המינימלי האפשרי בנסיבות אלה.

לפיכך, כמו גם בשל המועד בו עולות טענות האפליה, אין צורך להידרש לשאלה אם ובאיזה אופן יכלו המשיבים לבצע פעולות תכנון הנגשה בצד הנתון לאחריות הפלסטינית, בהינתן רגישות המקום ושיקולי ביטחון. המעט שניתן לומר הוא שאין מקום לצפות לכך שהמשיבים ינקטו פעולות תכנון בצד הנתון באופן בלעדי כמעט לאחריות העותרים שעה שאין הם זוכים לכל שיתוף פעולה שהוא מצד העותרים.

29. לנוכח כל האמור לעיל נדחות הטענות בעניין היעדר סמכות המשיבה 4 ליטול את סמכויות התכנון של עיריית חברון ולפעול ליישום ומימוש זכותם של אנשים עם מוגבלויות לכבוד ולשוויון. זאת בפרט לנוכח טיב ועצמת הזכות להנגשה, והעובדה כי המשיבים פעלו על פי סמכות שהוענקה להם בצו.

1. מידתיות החלופות שנבחרו

30. כפי שהובהר לעיל, בחרה המשיבה 4 בחלופה השניה מבין שלוש החלופות שהוצעו בעניין הנגשת הדרך שבין מגרש החניה לרחבה הראשית, ובחלופה השניה מבין השלוש בעניין הנגשת דרך ההגעה מהרחבה הראשית למפלס העליון. העותרים טוענים כי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

החלופות שנבחרו הן חלופות פוגעניות, שנבחרו בדרך שאינה סבירה ושאינן מקיימות את מבחני המידתיות.

31. ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטות על ידי המשיבים נסקרו בהרחבה בפתח הדברים. מאלה עולה כי להחלטת המשיבה 4 קדמה מלאכת תכנון סדורה, מקצועית ומקיפה. בהחלטתה מיום 29.9.20 דנה המשיבה 4 בהרחבה בכל טענה וטענה שהעלו העותרים במישור המקצועי, ודחתה טענות אלה באופן מפורט ומנומק. יש לשוב ולהזכיר שהעותרים נמנעו מלהציג חוות דעת מקצועיות מטעמם, והסתמכו על טענות בעל-פה, שלא נלוותה להן חוות דעת או ספרות מקצועית, בניסיון לשכנע את רשויות התכנון (המשיבה 4 ולאחריה המשיבה 3) בכך שניתן להסתפק בבניית רמפות או מעלונים חלף פתרונות ההנגשה שאומצו.

32. כידוע, בית המשפט "אינו מתכנן על" ולא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתם המקצועי של מוסדות התכנון הפועלים על פי חוק" (בג"צ 8077/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, מיום 22.12.15, בפסקה 42 לפסק-הדין; וראו לאחרונה בג"צ 4375/19 מועצה אזורית מטה יהודה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, מיום 18.5.20, בפסקה 18 לפסק-הדין, להלן: הלכת מטה יהודה; עע"מ 846/20 ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב נ' אופקים ב.י. רוטשילד 70 בע"מ, מיום 13.8.20, בפסקה 13 לפסק-הדין; עע"מ 2098/20 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום נ' אבו קרינאת, מיום 1.11.20, בפסקה 10 לפסק-הדין). בית המשפט העליון חזר והבהיר, פעמים אין ספור, כי תפקיד הביקורת השיפוטית מתמקד בבחינת חוקיות ההליכים לדרכי קבלת ההחלטות, ואין זה מתפקידו להתערב בשיקול הדעת המקצועי של מוסדות התכנון, העורכים "בירור מקצועי מקיף" ושלחם "ראיה רחבה של מכלול ההיבטים והשיקולים התכנוניים" (בג"צ 2535/18 עיריית רמלה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות, מיום 21.5.19, בפסקה 27 לפסק-הדין ובאסמכתאות הרבות שהובאו שם). עוד נקבע כי התערבות בית המשפט בהחלטות של מוסדות התכנון תעשה במשורה, מאחר ש"תחום התכנון והבניה מעורר תכופות שאלות מקצועיות מובהקות שהמקום הראוי לבררן הוא לפני הגופים המוסמכים" (בג"צ 188/07 אתרוג נ' ממשלת ישראל, מיום 17.6.09, בפסקה 6 לפסק-הדין; הלכת מטה יהודה, בפסקה 18 לפסק-הדין). הלכות אלה חלות גם על גופי התכנון הפועלים באזור יהודה ושומרון (בג"צ 6525/15 ארגון עמק שווה נ' ועדת המשנה להתויות של מועצת התכנון העליונה, מיום 6.8.19, בפסקה 21 לפסק-דין של כבוד השופט סולברג ובפסקה 3



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

לפסק-דינו של כבוד השופט אלרון והאסמכתאות שהובאו שם, להלן: הלכת עמק שווה; וראו בג"צ 5470/17 חג' מוחמד נ' שר הביטחון, מיום 9.10.18, בפסקה 24 לפסק-הדין).

33. ההחלטות מושא העתירה דנו בהיבטים המקצועיים והתכנוניים באופן סדור ומקיף, ואין מקום להתערבות בית משפט זה בקביעותיהן. המשיבות הבהירו בהחלטות מדוע אין מקום לאמץ את אותן חלופות שהוצעו על ידי העותרים, ומדוע בחרו בחלופות שנכללו בסופו של דבר בהיתר הבניה. קביעות אלה נעשו על יסוד מכלול המסמכים המקצועיים שעמדו לפני המשיבות, שבדקו, חקרו ושקלו את הנימוקים השונים, ואף נועצו בקמ"ט ארכיאולוגיה על מנת שזה יחוה את דעתו בנדון (השוו: הלכת עמק שווה, בפסקה 21 לפסק-דינו של כבוד השופט סולברג). במצב דברים זה לא הוצגו לפני בית המשפט טעמים שיש בהם כדי להביא לכלל מסקנה לפיה נפל פגם בהחלטות המקצועיות של רשויות התכנון. לפיכך יש לדחות את הטענות המקצועיות שהועלו בכל הנוגע להעדפת חלופה זו או אחרת.

34. לא נותר לדון אלא בטענה כי חלופות ההנגשה שנבחרו אינן מידתיות. לעניין זה יש להבחין בין חלופת ההנגשה שנבחרה לצורך ההגעה ממגרש החניה לרחבה המרכזית לבין זו שעניינה בהנגשת הדרך מהרחבה המרכזית למפלס העליון.

הטענות הנוגעות להנגשת הדרך מהרחבה המרכזית למפלס העליון אינן מעוררות כל סוגיה החורגת מגדר הדיון המקצועי הנוגע להעדפת חלופה תכנונית זו או אחרת. די בכך כדי להביא לדחיית הטענות הנוגעות לה. לגוף העניין, נראה כי שעה שהמשיבה 4 אימצה את המלצת הגורמים המקצועיים בעת הבחירה בחלופה זו, היא בחרה בחלופה שפגיעתה היא הפחותה ביותר. חלופה זו מצריכה חפירה בהיקף מצומצם עד מאוד לצורך ביסוס המעלית, תוך מתן דגש לכך שהחפירה תנוהל באמצעות כלים ידניים ובזהירות רבה ותגרום לפגיעה המינימלית ביותר במקום. המעלית עצמה אמורה להיבנות מחומרים קלים שיאפשרו את פירוקה בבוא העת, אם בעתיד תימצאנה חלופות הנגשה טובות ומתקדמות יותר. מכאן שמדובר בפגיעה ממוקדת וזהירה; ואף בחלופה שיש בה מימד זמני. כנגד חלופה זו הציעו העותרים הקמת מעלונים על המדרגות הקיימות במקום. הצעה זו נדחתה מהנימוקים שפורטו לעיל, ולא ניתן להצביע על פגם כלשהו באותן הנמקות, הנחזות להיות משכנעות לגופן.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

35. הדיון להלן ייסוב, אפוא, את שאלת ההנגשה ממגרש החניה ועד לרחבת הכניסה. בנוגע להנגשת מקטע זה נתבקשה המשיבה להגיש כתב תשובה. זאת בשל העובדה כי החלופה שנבחרה לא היתה זו שהומלצה במסמך החלופות שעמד לפני המשיבה 4; והיא מצריכה הפקעת שטח העולה כדי פי ארבעה בקירוב על זה שנדרש במסגרת החלופה שהומלצה על ידי הגורם המקצועי. לנוכח כל אלה עלתה השאלה אם החלופה שנבחרה עומדת במבחן המידתיות. כתב התשובה שהוגש התייחס בהרחבה לסוגיה זו, והבהיר מדוע החלופה שנבחרה עונה על מבחני המידתיות שבפסיקה.

36. החלופה השנייה, שאומצה על ידי המשיבה 4, כוללת סלילת שביל באורך של כ-150 מ"ר בשיפוע של 5%. ביצוע החלופה מצריך הפקעה בשטח של 239 מ"ר, הוא השטח שהופקע במסגרת צו צבאי מס' ה'05/20. מכתב התשובה עולה כי החלופה השלישית שהוצעה, הכוללת חציבה ממערב למדרגות ובניית מעלית מקצה הכבש שייסלל ועד למפלס הרחבה המרכזית, תצריך הפקעה של 63 מ"ר. על אף זאת, ועל אף העובדה שבמסמך החלופות המליץ הגורם המקצועי על החלופה השלישית, בחרה המשיבה 4 בחלופה השנייה. המשיבה 4 נימקה החלטה זו בכך שהחלופה השלישית היא "בעלת מורכבות הנדסית גבוהה, יקרה, ומהווה לטעמנו פגיעה משמעותית יותר בסביבה הקיימת, שכן היא כוללת חציבה לצד גרם המדרגות הקיים". עוד נאמר בהחלטה כי "חלופה זו אינה נותנת מענה מספיק לתנועה הערה של המבקרים במתחם מערת המכפלה. חלופה זו אינה נוחה לתפעול והיא עלולה לייצר עומס, בעיקר במועדים בהם התנועה במתחם מוגברת". כן צוין כי בעת הפסקת חשמל או אם תיווצר תקלה אחרת לא ניתן יהיה לעשות שימוש בחלופה זו, וכי קיימות עלויות תחזוקה של המעלית וצורך בגידור בטיחותי (פסקה 43 להחלטה). אף לא אחד מחסרונות אלה מתקיים בסלילת השביל המוצע.

בכתב התשובה הדגישו המשיבים כי לנוכח האופי הייחודי של אתר מערת המכפלה היה עליהם ליצור "פתרון הנגשה הפוגע בצורה הפחותה ביותר באתר, מבחינה הנדסית, ארכיאולוגית וחזותית, תוך ביצוע עבודות בניה וחפירות מינימאליות" (פסקה 15 לכתב התשובה). המשיבים הבהירו כי קיים חשש שפעולת חציבה בצד המדרגות הקיימות תגרום לנזק לאתר, שרגישותו הדתית והארכיאולוגית אינה שנויה במחלוקת. הם ציינו כי סלילת שביל תשתלב נופית "באופן הרמוני יותר עם המתחם" ולא תצריך מלאכת אחזקה או הישענות על גורם חיצוני. היא גם תאפשר תנועה בלתי מופרעת של אנשים עם מוגבלות, שיוכלו להגיע באופן עצמאי לרחבה ללא צורך בתמיכה פיזית מצד גורם חיצוני וללא צורך להמתין בתור למעלית, בתקווה שזו תפעל באופן סדיר (פסקה 22



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

לכתב התשובה). הובהר כי לצורך ביצוע החלופה השלישית "יש לבצע באתר עבודות חפירה גדולות ומורכבות" ועבודות חפירה נוספות עבור תשתית החשמל שתדרוש המעלית (סעיף 23 לכתב התשובה). על כל אלה היתוספה הנחיית קמ"ט ארכיאולוגיה להפחית עד כמה שניתן ביצוע עבודות חפירה וחציבה. עמדתו של קמ"ט ארכיאולוגיה, שהובאה לפני המשיבה 4, היתה שיש להעדיף את החלופה השניה מאחר שכל חלופה אחרת תצריך "יותר פירוק של שטח, של רצפה, יותר חפירה ארכיאולוגית, יותר נזק" (עמ' 12 לפרוטוקול ישיבה 2020011, מיום 24.9.20).

37. בהקשר להנמקות שהעלו המשיבים יש לשוב ולהזכיר כי המחוקק הכליל בגדר הזכות לנגישות את הצורך לאפשר לאדם עם מוגבלות להגיע למקום ולנוע בו "באופן שוויוני, מכובד, עצמאי ובטיחותי" (סעיף 19א לחוק שוויון זכויות). על נחיצות קביעה זו עמדו נציגי ארגוני האנשים עם המוגבלות ואנשים עם מוגבלות שהתייצבו לדיון, תוך שהם מדגישים את זכותם ורצונם לתנועה עצמאית מבלי הצורך להישען על אחר. המשיבים עמדו אף הם על הצורך לאפשר את התנועה העצמאית של אנשים עם מוגבלות, תוך שהם מציינים כי החלופה שנבחרה מגשימה רצון זה באופן המיטבי (פסקאות 29-30 לכתב התשובה).

38. אקדים ואומר כי אין לקבוע שנפל פגם בעצם החלטת רשויות התכנון שלא לבחור בחלופה המומלצת על ידי הגורם המקצועי מטעמם. כל עוד בחירה מעין זו נתמכת בשיקולים הנחזים להיות שיקולים ענייניים ומקצועיים, לא יתערב בית המשפט בהחלטה מעין זו. במקרה דנא פירטו המשיבות 4 ו-3 את נימוקיהן לבחירה שנעשתה, ואלה מושתתים על אדנים מקצועיים הנחזים להיות ענייניים וראויים. לא נותר אלא לבחון אם ההחלטה היא מידתית.

39. יש לזכור כי בעת בחינת השאלה אם החלטת רשות מידתית היא אם לאו יש לבחון את התקיימות שלושת מבחני המשנה: מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות "במובן הצר", העוסק בקיום יחס סביר בין הפגיעה הצפויה מההחלטה לתועלת הציבורית הצפויה להיות מופקת ממנה (ראו, לדוגמה בלבד, בג"צ 4427/16 בדראן נ' מתאם הפעולות בשטחים, מיום 21.11.19, בפסקה 41 לפסק-דינו של כבוד השופט פוגלמן ובאסמכתאות שם; בג"צ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, מיום 9.6.20, בפסקה 88 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה חיות; עע"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, מיום 24.9.20, בפסקה 30 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה מלצר; והשוו: בג"צ 6732/20



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, מיום 1.3.21, בפסקה 20 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה חיות, בפסקה 5 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה מלצר, ובפסקה 10 לפסק-דינה של כבוד השופטת ברוך. כפי שיובהר להלן, עומדת החלטת המשיבים בכל מבחני המשנה, והמסקנה היא כי מדובר בהחלטה מידתית שאין להתערב בה.

40. ההנמקות בהן תמכו המשיבות את החלטותיהן מביאות לכלל מסקנה כי החלופה שנבחרה על ידן אינה רק זו התואמת את נסיבות העניין, אלא אף זו המגשימה באופן מיטבי את זכותם של האנשים עם מוגבלות לכבוד ולשוויון. ההחלטה שהתקבלה עומדת בכל מבחני המידתיות:

ככל שהדברים אמורים במבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי הנבחר למטרה שהוא נועד להשיג, הרי שניתן לומר שהחלופה שנבחרה לא רק שהיא מקיימת את מבחן הקשר הרציונאלי, אלא שהיא אף מתאימה יותר מאחותה ליישום דרישות ההנגשה, שכן היא נותנת ביטוי מיטבי לזכותו של האדם עם המוגבלות לנוע באופן עצמאי.

אשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מבין החלופות האפשריות, הרי שעל אף העובדה שהחלופה השניה פוגעת באופן נרחב יותר בזכות הקניין בשל היקף ההפקעה הכרוך בה, אין פירושו של דבר שהיא הפוגענית יותר. לעניין זה יש לזכור כי בעת בחינת היקף ההפקעה יש להביא בחשבון לא רק את השיקול בדבר הפגיעה בזכות הקניין של בעלי הזכויות בחלקה הגובלת במדרגות (בה יסלל השביל), אלא יש להעניק משקל רב ביותר לעובדה כי מדובר באתר בעל חשיבות דתית, היסטורית וארכיאולוגית שאין לה ערוך. השיקולים הנוגעים לחשש מפגיעה קונסטרוקטיבית או אחרת באתר ייחודי מעין זה גוברים על השיקולים שעניינם בצורך להפקיע שטח נוסף, של קרקע המצויה במצב של שדה בור, ששטחו הכולל כ-180 מ"ר. כך גם השיקולים שעניינם בתוצאה האסתטית ההרמונית של פתרון ההנגשה שייבחר. הובהר לעיל שהשביל המוצע אמור להשתלב בנוף הן מבחינת החומרים בהם ייעשה שימוש והן מבחינת הגיון. מכאן שפגיעתו באתר בעל החשיבות המכרעת תהיה מזערית ביותר, ופחותה לאין שיעור מהפגיעה האפשרית מחציבה בצד המדרגות ובניית מעלית בנקודה זו. לכל אלה יש להוסיף את החשש מתוצאות הרסניות של עבודות החפירה הכרוכות בביצוע החלופה השלישית. המסקנה היא שחלופה זו היא החלופה שפגיעתה פחותה.

אשר למבחן המידתיות במובן הצר, שעניינו בקיום יחס ראוי בין התועלת הציבורית המושגת לעוצמת הפגיעה בפרט, נראה שגם תכלית זו מתקיימת בחלופה שנבחרה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

4 במרץ 2021

עת"מ 20-12-6666 עיריית חברון ואח' נ' שר הביטחון ואח'

התועלת הציבורית בבחירת חלופה שתוכל לשרת את קהל המבקרים עם המוגבלות בכל ימות השנה, ללא תלות בהפסקות חשמל, תקלות או גורמים חיצוניים, גדולה לאין שיעור מההפגיעה הממוקדת בבעלי הזכויות במקרקעין (שכיום לא נעשה בהם שימוש של ממש). הפתרון שנבחר הוא פתרון שיאפשר תנועה רציפה של אנשים רבים, ללא צורך בהמתנה וללא הישענות על סיוע חיצוני של הזולת. יש לפיכך לקבוע כי מתקיים בפתרון זה גם מבחן המשנה השלישי.

לפיכך יש לקבוע כי החלטות המשיבים הן מידתיות, ולא נפל בהן פגם המביא לפסילתן.

סוף דבר

41. המסקנה מכל האמור לעיל היא שלא נפל פגם בהחלטות המשיבות בעניין הנגשת אתר מערת המכפלה. המשיבה 4 נטלה לעצמה את סמכות התכנון רק לאחר שהמשיבים השתכנעו שאין בכוונת העותרים לשתף פעולה עם הניסיונות להנגיש את אתר מערת המכפלה. פעולות המשיבים נועדו לאפשר לאנשים עם מוגבלות לממש את זכויות היסוד שלהם לכבוד ולשוויון ולאפשר להם לנוע אל האתר הקדוש ובתוכו באופן עצמאי עד כמה שניתן. החלטות המשיבות 4 ו-3 היו מנומקות היטב, הושתתו על אדנים מקצועיים והתקבלו לאחר בחינה מעמיקה. בנסיבות אלה יש לקבוע כי לא עלה בידי העותרים לבסס את טענותיהם לפיהן נפלו פגמים בהחלטות באופן המביא לפסילתם.

לפיכך אני מורה על דחיית העתירה.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ' באדר התשפ"א, 4 במרץ 2021, בהעדר.

רם וינוגרד, שופט