

העותרים:

1. האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל, באמצעות היו"ר, נורי לעוקבי ת"ז 35120708, מרח' חטיבת הנגב 37 באר שבע
2. הועד המוסלמי בנגב, באמצעות יו"ר הועד, מר מוחמד עבדאלהאדי ת"ז 020524955 מבאר שבע
3. השיח' עודה אבו סריחאן ת"ז 03544883 מתל שבע
4. עו"ד שחדה אבן ברי ת"ז 52466745 מבאר שבע
5. ד"ר תאבת אבו ראס ת"ז 053695912 מבאר שבע
6. ד"ר יונס אבו רביעה ת"ז 3518436/5 מבאר שבע
7. גב' סראב אבו רביעה ת"ז 033282559 מבאר שבע
8. עו"ד אחמד אבו עמאר ת"ז 059443382 מבאר שבע
9. מוהליזה אבו עמאר ת"ז 317818896 מבאר שבע
10. עו"ד עלי אלסאנע ת"ז 027579101 מבאר שבע
11. הודא אלסאנע ת"ז 025880899 מבאר שבע
12. עו"ד אנואר אלחג'וג'י ת"ז 26217091 מבאר שבע
13. אמל אלסאנע-אלחג'וג'י ת"ז 2924045 מבאר שבע
14. חמאד אבו עמאר ת"ז 56932577 מבאר שבע
15. עליה אבו עמאר ת"ז 56932569 מבאר שבע
16. עו"ד עבדאללה דקואר מבאר שבע
17. עו"ד טלאל אלעובריה ת"ז 56961469 מבאר שבע
18. ד"ר פואד אלסאנע ת"ז 02322101 מבאר שבע
19. גב' ויסאם מרעי ת"ז 026233890 מבאר שבע
20. מר מוחמד אבו ריאש 53693628 מבאר שבע
21. ד"ר חליל אלסאנע מלקייה
22. ד"ר מוחמד אלסאנע 059518696 מלקייה
23. זידאן אבו עמאר ת"ז 026210583 מלקייה
24. עו"ד אחמד אלחג'וג'י ת"ז 624231110 מרהט
25. מעיגל אלהואשלה ת"ז 056312333 מגסר אל-סר
26. **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**

כולם על ידי עוה"ד מוראד אל-סאנע ו/או חסן ג'בארין ו/או
ג'מיל דקואר ו/או ארנה כהן ו/או מרואן דלאל ו/או סוהאד
בשארה ו/או עביר בכר ו/או ג'דיר ניקלוא;

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל;
ת.ד. 10273, באר שבע 84895 טל': 08-6650740, פקס:
08-6650853, נייד: 053-379118

- נ ג ד -

המשיבים:

1. **עיריית באר-שבע**
בנין העירייה כיכר מנחם בגין ת.ד. 15, באר שבע 84100
2. **רשות הפיתוח באמצעות מנהל מקרקעי ישראל**
רח' שמאי 6, ירושלים.

3. שר הדתות, מר אשר אוחנה
רח' כנפי נשרים 7, ירושלים

4. שר המדע, התרבות והספורט, מר מתן וילנאי
קריית הממשלה, ירושלים

ע"י פרקליטות המדינה מרחוב סלאח א-דין 29 ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

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

1. מדוע לא יאפשרו המשיבים או מי מהם, לעותרים, הנמנים על תושבי באר שבע ובאיה המוסלמים, להתפלל ב"מסגד הגדול" בבאר שבע;
2. מדוע לא תבוטל ההכרזה על "המסגד הגדול" בבאר שבע כמוזיאון;
3. מדוע לא ידאגו המשיבים או מי מהם, לשפץ ולתחזק המסגד באופן שוטף; או לחילופין מדוע לא לאפשר לעותרים או מישהו מטעמם לנהל את המסגד ולהפעילו בהתאם לאמונתם וכמצוות הדת המוסלמית.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים:

1. העותרת מס' 1 הינה אגודה עותומנית שמטרותיה, בין היתר, סיוע והגנה על זכויות הבודאים בישראל, שמירה על מקומות קדושים, בנייני דת וכדומה; עותר מס' 2 הינו הוועד המוסלמי בנגב הפועל לקידום זכויותיהם הדתיות של תושבי באר שבע והנגב; העותרים 4 עד 20 הינם תושבי ותושבות באר שבע שזכותם להתפלל במסגד הגדול בבאר שבע נפגעה כתוצאה מסגירת המסגד בפני המתפללים המוסלמים; העותרים מס' 21 עד 26 והעותר מס' 3 הינם תושבים מוסלמים מערי הפריפריה של באר שבע, ואשר עובדים, /או שוהים בבאר שבע זמן ממושך בכל יום והם עותרים לבית משפט נכבד זה לאפשר להם להתפלל במסגד באר שבע; העותרת מס' 27 הינה עמותה רשומה כדין בישראל העוסקת בקידום זכויות המיעוט הערבי בישראל במישור המשפטי.

2. המשיבה מס' 1, הינה עיריית באר-שבע, אשר בחזקתה ובתחום אחריותה המוניציפלית מצוי מבנה המסגד הגדול וכן בבעלותה נמצאת רחבתו (להלן: "עיריית באר שבע").
3. המשיבה מס' 2, הינה רשות סטטוטורית, הפועלת עפ"י חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), תש"י 1950-, ובבעלותה – מכוח הפקעה - נמצאת חלקת המקרקעין עליה ניצב מבנה המסגד הגדול (להלן: "רשות הפיתוח").
4. המשיב מס' 3, הינו שר הדתות, האחראי על השמירה על המקומות הקדושים במדינת ישראל, מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז – 1967 (להלן "חוק השמירה על מקומות קדושים"). מתוקף תפקידו הוא אמון על תחזוקתם ושמירת המקומות הקדושים מפני חילול וכן תפעולם ותקצובם (להלן: "שר הדתות").
5. המשיב מס' 4, הינו השר האחראי על הפיקוח ויישום חוק המוזיאונים התשמ"ג - 1983 (להלן: "חוק המוזיאונים"), על מועצת המוזיאונים וועדותיה. מתוקף תפקידו רשאי השר, לאחר התייעצות במועצה, להכריז על מוזיאון פלוני כעל מוזיאון מוכר לעניין חוק זה (להלן: "שר המדע").

העובדות

מבוא:

6. עניינה של עתירה זו הינו חופש הגישה למסגד הגדול וזכותם של תושבי העיר ובאיה המוסלמים להתפלל במסגד הגדול בבאר שבע וזאת כחלק מזכותם למימוש זכותם לחופש הדת והפולחן. המסגד הגדול נבנה ב 1906 ושימש את ייעודו כמסגד לתושבי העיר המוסלמים ובאיה מבני השבטים הבדואים עד שנת 1948. לאחר מכן שימש המסגד כבית מעצר וחלק מבנייני בית המשפט עד 1953 לערך. בשנת 1953 החל מבנה המסגד לשמש כמוזיאון הנגב, וזאת עד שנת 1991, אז המוזיאון נסגר והמוצגים הוצאו ממנו. כיום ומזה מעלה מ- 11 שנים ניצב המסגד הגדול בשימונו, ריק, מוזנח ונטוש, ללא כל שימוש. המוסלמים, תושבי העיר באר שבע והישובים הבדואים הסמוכים, מנועים מלהתפלל בו, למרות בקשותיהם הרבות לעשות כן.

רקע היסטורי:

7. המסגד הגדול, הוא המסגד היחיד שנותר קיים בבאר שבע ובכל הנגב מהתקופה העות'מאנית, הוא נבנה בשנת 1906 ע"י המושל התורכי, כחלק מבניית העיר באר שבע. המסגד שוכן בין ארבעת הרחובות: העצמאות, הרצל, חטיבת הנגב והדסה בבאר שבע בעיר העתיקה.

על בנייתו של המסגד כתבה הילה טל-קריספין בספרה: באר שבע העיר העתיקה 1900-
1948, 1986 (להלן: "קריספין") שבו היא מציינת:

**"המסגד הגדול (הג'אמע), הנחשב לאחד המסגדים הנאים בארץ, מורשת
התקופה התורכית, נבנה בשנת 1906 תחת השגחתו האישית של המושל
התורכי."**

מצ"ב העמודים הרלוונטיים מספרה של קריספין, כנספח ע 1.

לעניין זה ראו גם: ספרם של גדעון ביגר ולוי שילר: "באר שבע ואתריה", הוצאת ספרים
אריאל ירושלים 1991, עמוד 92 שבו הם מציינים:

"לאמיתו של דבר נבנה המסגד כעשר שנים לפני כן, בשנת 1906"

מצ"ב העמודים הרלוונטיים מהספר "באר שבע ואתריה" כנספח ע 2 לעתירה.

8. המסגד הגדול הוא המסגד הראשון שנבנה בנגב לשמש כמקום קדוש לתפילת המוסלמים
בבאר שבע ולבני השבטים הבדואים בהנגב, ולכן הוא נחשב למסגד החשוב ביותר בנגב.
וכך הובאו הדברים בספרם של ביגר ושילר, עמוד 92:

**"המסגד נועד לשמש לא רק לתושבי העיר, אלא לתושבי הנגב בכלל. ואכן יעקב
שמעוני מציין שב 1946 הוא נחשב עדיין למסגד החשוב ביותר בנגב."**

ראו: נספח ע 2 הנ"ל

9. המסגד הגדול שימש את ייעודו כמסגד הן בתקופה העותומנית והן בתקופת המנדט
הבריטי, והוא המשיך לשמש את ייעודו עד כיבוש באר שבע באוקטובר 1948.

ראו לעניין זה: נספח ע 2 עמוד 95

10. בשנת 1948 שונה ייעודו של המסגד. מבנה המסגד נוצל לשמש כחלק מבנייני בית מעצר,
של בית המשפט באר שבע, כפי שמציינים עדי ראיה שחיו באותה תקופה, דוגמת השיח'
עודה אבו סריחאן.

מצ"ב תצהירו של השיח' עודה אבו סריחאן, מסומן ע 3

11. בשנת 1953 שונה ייעודו של בניין המסגד פעם נוספת, ומבנה המסגד החל לשמש
כמוזיאון שנקרא מוזיאון הנגב.

ראו לעניין זה ביגר ושילר בספרם הנ"ל שבו הם מתארים את מצבו ה"חדש" של המסגד, שם בעמ' 127:

"המסגד, הבולט בצריחו המיתמר אל על, שהיה לאחד מסמליה המובהקים של באר שבע, משמש מאז 1953 כמוזיאון הנגב, ... החדרים הסמוכים, שנבנו במקורם ככיתות ללימוד דת האיסלאם ושינון הקוראן עבור ילדי הבדואים, משמשים כיום כחדרי פעילות לנוער, ... ואילו בחצר מוצגים ממצאים שונים מהאזור...".

מצ"ב העמודים הרלוונטיים מספרם של גדעון ביגר ולוי שילר "באר שבע ואתריה", מסומן **נספח 4/ע**

12. מבנה המסגד המשיך לשמש מקום למוזיאון הנגב עד 1991. בשנת 1991 בטענה שבעקבות ביקור מהנדס העיר במבנה הוא קבע שהמבנה מסוכן וקיים חשש לקריסתו ולכן המוצגים הוצאו מהמוזיאון והוא נסגר.

13. מזה כאחת עשרה שנים, משנת 1991 מבנה המסגד סגור ולא משמש לכל מטרה לטובת הציבור, לא מוזיאון ולא מסגד. מאז, עומד מבנה המסגד ריק, סגור, מוזנח ונטוש, ועיריית באר שבע אינה משפצת אותו, לא "מתפללת" בו ולא נותנת למוסלמים להתפלל בו.

המסגד כמקום קדוש

14. המסגד הגדול הינו מקום קדוש למוסלמים. קדושתו של המסגד הגדול מבוססת על הוראות דת האיסלאם, המעוגנות ב- "קוראן" וה- "סונה". ההכרה במקום כמסגד מעניקה לו קדושה עד יום הדין, כדבריו של יו"ר בית הדין הגבוהה לערעורים כבוד הקאדי ד"ר אחמד נאטור בהודעת הפתוא שהוא הוציא לצורך העניין, ובהודעת הפתוא של מופתי ירושלים שמתייחסת למסגד באר שבע.

מצ"ב הפתוא של כבוד הקאדי ד"ר אחמד נאטור, יו"ר בית הדין הגבוהה לערעורים, **כנספח 5/ע** לעתירה, תרגום הפתוא לשפה העברית **מסומן ע/ב5**; מצ"ב הודעת הפתוא של מופתי ירושלים מסומנת **כנספח 6/ע**, תרגום הפתוא לשפה העברית **מסומן ע/ב6**;

15. העובדה שהמבנה הוא מסגד אינה בוויכוח, עובדה זו נלמדת בין השאר מהשימוש שנעשה במסגד כבית תפילה למוסלמים משך כ- 45 שנה ברציפות, הן בתקופת השלטון העותומני והן בתקופת המנדט הבריטי, כמו כן, מצורת המבנה (צורת המבנה האופיינית למסגד,

עם צריח ומחרב הפונה לכוון מכה) שלא משאירה ספק בעיני המתבונן שהמבנה הוא מסגד.

לעניין תיאור המבנה שמייחד אותו כמסגד ראו: קריספין בעמ' 94:

"המסגד היה חייב לפנות ל"קיבלה", דהיינו לכיוון מכה. כיוון הרחובות של באר שבע, לרוע המזל אינו פונה דרומה לכיוון מכה. היה צריך על כן לבנות את המסגד שלא במקביל לרחוב, אלא בזווית של 45 מעלות"

בהמשך בעמ' 94 היא מציינת:

"הקיר הפונה דרומה נועד לגומחה (מחראב) המראה את כיוון התפילה."

ובעמוד 93 מציינת:

"המסגד בבאר שבע בנוי אופייני למסגדים תורכיים מאותה עת ברחבי האימפריה"

16. יתרה מזו, שר הדתות לשעבר, מר י. רפאל, הכיר בעובדת היות המבנה מסגד שמהווה מקום קדוש למוסלמים, כך שבתשובתו לשאילתא מס' 2133 בכנסת שהוגשה בעניין המסגד בבאר שבע ביום 9/12/74, הוא ציין:

"משרדי ביקש מאת העירייה לפנות את המסגד כדי שיוכל לשפצו ולהעמידו לרשות המתפללים" [ההדגשה שלנו מ.ד.]

מצ"ב תשובת שר הדתות לשאילתא בעניין המסגד מיום 9/12/74, כנספח ע/7.

המאבק הציבורי של הבדואים והמוסלמים בבאר שבע להתפלל במסגד

17. מזה זמן רב פונים התושבים המוסלמים בבאר שבע והנגב למשיבים בבקשות ודרישות לאפשר להם להתפלל במסגד הגדול בבאר שבע.

18. בשנת 1974, כחלק ממאבק הבדואים בנגב ובבאר שבע הם קיימו תפילת יום שישי במסגד הגדול כאות מחאה על סגירת המסגד, כמצוין בתצהירי המתפללים המצ"ב.

ראו תצהירו של שיח' עודה אבו סריחאן, נספח ע/3

ותצהירו של נורי-חסן אלעוקבי, נספח ע/52

19. כבר בשנת 74 נתבקש, השר לענייני דתות דאז, י.רפאל להשיב לשאילתה שהגיש ח"כ איתן לבני בישיבת הכנסת מיום 9.12.1974. בתשובת השר לשאלה מס' 3 הוא ציין:

**"המסגד בבאר שבע מוחזק ע"י עיריית באר שבע . משרדי ביקש מאת העירייה
לפנות את המסגד כדי שנוכל לשפצו ולהעמידו לרשות המתפללים"**

ראו : נספח 7/ע הנ"ל, תשובת שר הדתות י. רפאל לשאילתא מס' 2133

על אף דברי שר הדתות הנ"ל, דבר לא נעשה עד כתיבת שורות אלה, למרות הפניות
הנוספות של העותרים.

20. מאבק המוסלמים על זכותם להתפלל ב-"מסגד הגדול" בבאר שבע זכתה לפרסומים
רבים בעיתונות ובכלי התקשורת, הן המקומית והן הארצית.

מצ"ב העתקים מחלק מהכתבות מסומנים ע/8, ע/9, ע/10, ע/11;

21. כתוצאה ממאבק המוסלמים נידון עניין המסגד הגדול בכנסת ישראל מספר רב של
פעמים. כך ביום 10 דצמבר 1990, בשאילתא מס' 2969 שהפנה חבר הכנסת, אז, מר
עבדאלוהאב דראושה, לשר לענייני דתות, הוא ציין :

**"מסגד באר שבע נבנה ב 1906, שימש לתפילה למוסלמים עד 1948.
עיריית באר שבע השתמשה במסגד כמוזיאון. כעת המסגד סגור. בעיר גרות
משפחות מוסלמיות ורבים מתושבי האזור המוסלמים מבקרים באזור. המצב
הקיים פוגע ברגשות המוסלמים ומונע מהם את התפילה במסגד."**

חבר הכנסת דראושה דרש התערבות השר לפינוי המסגד והחזרתו למוסלמים כדי
שישמש מקום לתפילה.

22. השר ציין בתשובתו שהפתרון מתחייב מהנסיבות הקיימות, וזה מהסיבות של הרגישות
הביטחונית של המקום.

מצ"ב שאילתא מס' 2969, מיום 10 דצמבר 1990 מסומנת ע/12

23. ביולי 1997 קיימה קבוצה גדולה של מוסלמים מבאר שבע והנגב תפילת יום שישי במסגד
הגדול. עיריית באר שבע התנגדה בתוקף לקיום התפילה על אף שמשטרת באר שבע
אישרה את קיומה ולא ראתה כל מקום לטענות של רגישות ביטחונית של המקום. אנשי
העירייה סגרו את המסגד בפני המתפללים ולאחר שהמתפללים הודיעו שהם מסתפקים
בתפילה ברחבת המסגד, פיזרו אנשי העירייה זבל פרות מסביב למסגד על מנת למנוע את
התפילה. ציבור רב של מתפללים שמנה יותר מ - 300 איש, פרס שטיחי תפילה וקרטונים

על הרצפה המזוהמת וקיימו את התפילה. אירוע התפילה זכה לסיקור נרחב בעיתונות המקומית והארצית ובכלי התקשורת השונים.

מצ"ב כתבה ממקומון "כל-בי" בשם "מסגד או מוזיאון" מיום 31/7/97 **מסומנת ע/13**
מצ"ב כתבה מעיתון "אחיבאר אנ-נקב" מיום 27/7/97 **מסומנת ע/14** (ערבית)

בכתבה שפורסמה בעיתון הארץ בנושא זה נכתב:

"בניסיון אחרון למנוע בכל זאת את תפילת המוסלמים, פיזרה עיריית באר שבע, לפני האירוע, ערימות של זבל פרות על כרי הדשא שסביב למסגד. המתפללים הביאו למקום משטחי פוליאטילן, פרסו אותם על הדשא וכרעו להתפלל..."

מצ"ב העתק כתבה מעיתון הארץ, **מסומנת ע/15**
מצ"ב העתק כתבה מעיתון הארץ מהדורת אנגלית **מסומנת ע/16**

24. בדיון אחר בכנסת, בשאילתא מס' 2004, מיום 26 בנובמבר 1997, נדון חילולו של מסגד באר שבע. שם אמר ח"כ ט. אלסאנע בעמוד 393 שאילתות ותשובות:

"זו פרשה קשה. יש מסגד, שאוסרים על מוסלמים להתפלל בו"

מצ"ב שאילתא מס' 2004 שכותרתה מסגד באר שבע **מסומנת ע/17**

25. חה"כ טלב אלסאנע שב ופנה לשר הדתות אז, מר יצחק כהן, וביקש את התערבותו בעניין **"על מנת לשים קץ לחילול מתמשך של מקום קדוש זה[...]** ולמצוא נוסחה שתשים קץ לפגיעה ברגשות המוסלמים בבאר שבע ובנגב בכלל."

מצ"ב פנייתו של ח"כ אלסאנע מיום 24 ספטמבר 1999 **מסומנת ע/18**

26. ביום 11/01/02 פנה ח"כ ט. אלסאנע לשר המשפטים והדתות, דאז, מר יוסי ביילין בעניין **"המסגד הדגול" בבאר שבע בבקשה "להפסיק את הפגיעה המתמשכת בכבודם של המוסלמים בבאר שבע והסביבה"**

מצ"ב מכתבו של ח"כ אלסאנע מיום 11/01/02 שכותרתו "מסגד באר שבע" **מסומן ע/19**

פניות העותרים אל המשיבים לאפשר להם להתפלל במסגד הגדול:

27. כמצוין לעיל, העותרים ואנשים אחרים פנו מספר רב של פעמים בבקשה לאפשר להם להתפלל במסגד, אך למרות הפניות הרבות של העותרים, המשיבים לא נענו להרשות להם להתפלל במסגד הגדול בבאר שבע, דבר שהעמיק תחושת האפליה וחוסר הצדק שבהגבלת חופש הפולחן ואת הפגיעה בכבודם כמוסלמים תושבי המדינה ואזרחיה. הידיעה שבמסגדים אחרים במדיה כמו תל אביב-יפו, חיפה, הרצליה, רמלה וערים רבות אחרות מאפשרים את תפילת המוסלמים במסגדים, ודווקא בעיר באר שבע מונעים את התפילה מוסיפה את תחושת הקיפוח אצל הבדואים בנגב והערבים בבאר שבע.

28. עותרת מס' 1, האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל ניהלה מסכת התכתבות ענפה בעניין המסגד. כבר בשנת 1981 היא פנתה לראש עיריית באר שבע, אז, מר אליהו נאוי, בבקשה לפתוח את המסגד ולהעמידו לרשות ציבור המתפללים המוסלמים.

מצ"ב פנית העותרת מיום 21/01/81, **מסומנת ע/20**

29. ומשלא נענתה, פנתה ביום 6.12.1981 באמצעות עו"ד יוסף ברד מעו"ד זכרוני, למר אליהו נאוי, ראש עיריית באר שבע, בבקשה להעמיד את המסגד לרשות המתפללים המוסלמים באזור, עו"ד ברד בפנייתו כתב:

"עלי לציין כי שני שרי דתות ביקשו בעבר לפנות את המסגד כדי לשפצו ולהעמידו לרשות המתפללים. אך עיריית באר שבע עשתה את הישר בעיניה והמשיכה להחזיק במסגד ולהשתמש בו כמוזיאון".

הוא הוסיף:

"אין ספק כי ניתן לאתר למוזיאון באר שבע מקום מתאים יותר ופרובלמטי פחות, וכך יבואו שני האינטרסים על סיפוקם"

גם מכתב זה לא זכה לתשובה.

מצ"ב מכתבו של עו"ד יוסף ברד מיום 6/12/81 **ומסומן ע/21**

30. ביום 3 באוגוסט 1982, השיב אריה מרכוס בשם עיריית באר שבע, אך הוא לא התייחס לעניין שבמחלוקת.

מצ"ב תשובת עוזר ראש עיריית באר שבע, אריה מרכוס **מסומנת ע/23**

31. שוב ביום 1/12/1982 פנה עו"ד יוסף ברד למשיבה מס' 1 בעניין המסגד שבו הוא ציין בעמוד 2 לפנייתו:

"ייעודו של המסגד הוא הנושא המרכזי... ולא דווקא החזקה בו."

מצ"ב פניה מיום 1/12/82 מסומנת ע/24

32. בתשובת עו"ד אסא אליאב, מזכיר העיר באר-שבע, מיום 14 פברואר 1983 בסעיף 3(א) הוא ציין:

"כפי שהובהר לי אין בבאר שבע קהילה מוסלמית ולכן אין צורכי תפילה כנרמז במכתבך."

מצ"ב המכתב הנ"ל מסומן ע/25

33. ביום 24/10/83 פנה שוב עו"ד ברד למשיבה מס' 1 וציין שהנקודה המרכזית היא ייעודו של המסגד כמקום קדוש, מקום פולחן דתי ושהשימוש בו לצורך אחר הוא בבחינת חילול הקודש. כמו כן הוא חזר וציין את תשובת שר הדתות, אז, מר יצחק רפאל שבה הוא ביקש מן העירייה להעמיד את המסגד לרשות המתפללים.

בנוסף, ציין עו"ד ברד בעמוד 2 סעיף א:

"קיימת בבאר שבע קהילה מוסלמית בת כארבעים משפחות, ולפי כך קיימים צרכי תפילה במסגד."

מצ"ב מכתבו של עו"ד ברד הנ"ל ומסומן ע/26

34. בשם המשיבה מס' 1 השיב עו"ד אסא אליאב בצינו בסעיף 3:

"לעניות דעת העירייה, אין בצרכי התפילה (במידה ואלה קיימים) של מספר המשפחות הקטן בבאר שבע, של המוסלמים, כדי לשנות המצב מזה עשרות שנים.

לחילופין, גם אם ישנם צורכי תפילה, אין הדבר ברור מאיליו כי הדרך היחידה לספקם היא מסירתו של מבנה המסגד בבאר שבע הנמצא בלב באר שבע ובקרבה לשטחים ביטחוניים."

יצוין, שבמכתב התשובה של עו"ד אליאב הועלו נימוקים חדשים שלא הועלו במכתבים הקודמים של המשיבה. הנימוקים החדשים מעידים על העדר סיבה אמיתית לסגירת המסגד, וכל נימוקי המשיבה 1 הן בגדר תירוצים בלבד.

מצ"ב מכתבו של עו"ד אליאב מיום 20/01/84, מסומן ע/27

35. מאוחר יותר, שיח"ים, ראשי שבטים ונכבדי הבדואים בנגב הצטרפו למאבק על זכות המוסלמים להתפלל ב"מסגד הגדול" כשאר המסגדים המדינה. ביחד עם העותרת מס' 1, הם פנו למשיבה מס' 1 בעניין בבקשה "לפנות את המסגד בבאר שבע ולהפסיק להשתמש בו כמוזיאון."

מצ"ב פניית עותרת מס' 1 מיום 25 מאי 1986 בצירוף חתימות שיח"ים ונכבדים **מסומנת ע/28**

36. ביום 27/7/86 פנתה העותרת מס' 1 בשם "חברי הוועד הציבורי להחזרת מסגד באר שבע ליעדו" (להלן: "הוועד") בבקשה לפנות את המסגד לציבור המוסלמי לשימוש הדתי והרוחני. בין חברי ה"וועד" היו קאדי באר שבע ויפו, מר אחמד נאטור, קאדי טייבה והמשולש, מר יוסף דסוקי, חברי כנסת ואחרים.

מצ"ב פניית הוועד באמצעות האגודה בצירוף רשימת חברי הוועד **מסומן ע/29**.

37. ביום 23/4/87 פנתה העותרת מס' 1 לראש עיריית באר שבע, דאז, משה זילברמן ושר הדתות, אז, זבולון המר במחאה על סגירת שערי המסגד בפני המופתי של ירושלים ע"י עיריית באר שבע. זאת בעקבות מניעת כניסת כבוד המופתי לתוך המסגד במהלך ביקורו אצל הקהילה המוסלמים בבאר שבע ובנגב.

מצ"ב שתי הפניות על דף אחד **מסומן ע/30**

38. בנוסף, חברי כנסת רבים נרתמו למאבקם של תושבי באר שבע והנגב המוסלמים להשגת זכותם להתפלל במסגד; כך שבשנת 1993 פנה סגן שר החקלאות, דאז, חה"כ וליד צאדק בעניין המסגד למשיבה מס' 1 בבקשה לאפשר לתושבים המוסלמים להתפלל במסגד. העירייה בתשובתה מיום 2 במרץ 1993 ציינה שהמבנה בשיפוצים והנושא הועבר לחוות דעת אגף ההנדסה.

מצ"ב פנית ח"כ וליד צאדק מיום 16/02/1993 **מסומנת ע/31**

מצ"ב תשובת העירייה **מסומנת ע/32**

39. גם סגן שר הבריאות, דאז, הח"כ נואף מצאלחה פנה בעניין לראש הממשלה, דאז, יצחק רבין, ז"ל וכן לשר הדתות והמשיבה מס' 1 ודרש מהם לשפץ את המסגד ולהחזירו לשימוש המוסלמים.

מצ"ב פנייתו של ח"כ נואף מצאלחה סגן שר הבריאות (כתוארו אז), **מסומן ע/33**

40. ביום 3 ביוני 1997, פנו כ 15 חברי כנסת, יהודים וערבים, מכל הקשת הפוליטית, הן לראש הממשלה דאז, בנימין נתניהו והן לשר הדתות דאז, הרב אליהו סויסה, בעצומה לשקול העברת החזקת המסגד בבאר שבע לרשות האוכלוסייה המוסלמית בבאר שבע.

מצ"ב העתק העצומה מסומן ע/34

41. בנוסף, עותרת מס' 2 באמצעות מר מוחמד עבדאלהאדי, יו"ר העמותה, ניהלה סדרה ארוכה של התכתבויות וישיבות עם המשיבה מס' 1 מאז שנת 1987 נוהלה ע"י הועדה המוסלמית בנגב, יו"ר הועדה. כך שביום 10 מאי 1987 פנה הוועד האסלאמי בנגב בבקשה להחזיר את המסגד לייעודו ולאפשר לתושבי באר שבע המוסלמים להתפלל בו.

מצ"ב הפניה לראש עיריית באר שבע מסומנת ע/35.

42. ביום 10/7/1988 פנה העותר מס' 2 למשרד הדתות בבקשה נוספת לאפשר לציבור המוסלמים להתפלל במסגד באר שבע.

מצ"ב העתק הפניה מסומן ע/36

43. מנכ"ל משרד הדתות דאז, ד"ר ניסים דנה, השיב במכתבו מיום 29/8/88 שבו הוא ציין:

**"... לטענת עיריית באר שבע, מספר האוכלוסייה המוסלמית בעיר הוא כמעט אפסי. על רקע זה ועל רקע רגישויות ביטחוניות לא ניתן כיום להעמיד את המסגד לרשות המאמינים המוסלמים.
עם זאת יצוין כי עיריית באר שבע התחייבה כי אם בעתיד יגדל מספר האוכלוסייה המוסלמית, תושבי עיר זו גופא, היא תסייע בידם בנושא זה."**
[ההדגשה לא במקור, מ.א.]

מצ"ב העתק תשובת המנכ"ל מסומנת ע/37

אך, ולמרות שמספר התושבים המוסלמים בעיר גדל בצורה משמעותית והגיע ליותר מ 1900 נפשות כמצוין לעיל, המשיבה לא הסכימה לעשות כן.

44. ביום 26/08/97, פנה יו"ר עותר מס' 2, מוחמד עבד אלהאדי, למשיבה מס' 1 בבקשה לממש את הבטחתה לשר הדתות מיום 26/8/88, כמצוין לעיל, היות ומספר המוסלמים בעיר הגיע לכ- 700 משפחות, 500 סטודנטים ומעל 700 עובדי הוראה שהם תושבי העיר באר שבע.

מצ"ב הפנייה מיום 26/08/97 **מסומנת ע/38**; גם פניה זו לא נענתה.

פניות העותר מס' 2 וסירוב המשיבה 1 לפתוח את המסגד זכה לסיקור רחב בעיתונות המקומית והארצית.

מצ"ב העתק כתבה מעיתון " אח'באר אנקב" (בערבית) מיום 10/0897 **מסומן ע/39** שכותרתה: "כתוצאה מרגשיות ביטחונית אין אפשרות למסור את המסגד לידי המוסלמים"

העניין פורסם גם בעיתון "אלסנארה" (בערבית) מיום 10/08/97 בכתבה שכותרתה: **"סיבות ביטחוניות מונעות פתיחת מסגד באר שבע מחדש"**

מצ"ב העתק הכתבה **מסומן ע/40**

45. ביום 15 ינואר 2002, פנה עו"ד ד.סייף מהתוכנית לזכויות אדם-אוניברסיטת תל-אביב בשם העותרת מס' 1 לארבעת המשיבים בעתירה זו בעניין המסגד הגדול בבאר שבע וביקש לאפשר למוסלמים להתפלל במסגד הגדול בבאר שבע.

מצ"ב העתק הפנייה **מסומן ע/41**

בתשובת המשיבה מס' 1 לפניית עו"ד ד. סייף, מיום 29/04/02, ציינה:

"לאור האמור לעיל חוזרת עיריית באר שבע על עמדתה, כי המבנה ששימש לפני קום המדינה כמסגד, ישמש כחלק ממוזיאון הנגב כפי שהיה עד לאחרונה
[סעיף 13]..."

מצ"ב מכתב התשובה של העירייה **מסומן ע/42**

46. ביום 15/1/02 פנתה, העותרת מס' 26, (ארגון עדאלה), ליעקב טרנר ראש המשיבה מס' 1 מבקשה להורות על פתיחת המסגד בפני המתפללים המוסלמים בעיר.

מצ"ב הפניה לראש העיר מיום 15/1/02 **מסומנת ע/43**

47. בתשובתו מיום 15 באפריל 2002, בסעיף 5, כתב ראש העיר: "לפיכך, חוזרת העירייה על עמדתה, כי המבנה ישמש כחלק ממוזיאון הנגב..."

מצ"ב תשובת ראש המשיבה מס' 1 מיום 15 באפריל 2002 מסומנת ע/44

48. פניות באותו עניין נשלחו למשיב מס' 3, שר הדתות. המשיב מס' 3 הסתפק באישור קבלת הפניה והעברתה לאחרים, ללא מתן תשובה לגוף העניין.

מצ"ב הפניה לשר הדתות מסומנת ע/45 ותשובת המשיב מס' 3 מסומנת ע/46

49. ביום 15/01/02 פנה הח"מ בשם העותרת מס' 26 למשיב מס' 3, בבקשה נוספת, וביקש ממנו להורות על פתיחת המסגד לציבור המתפללים המוסלמים. פניה זו לא זכתה למענה.

מצ"ב הפניה לשר הדתות מיום 15/01/02 מסומנת ע/47

50. למעשה, כל תשובות העירייה בעניין שפוץ המסגד הן בגדר תירוצים לא לפתוח את המסגד לציבור המתפללים המוסלמים לתפילה, ללא כל סיבה מוצדקת.

האוכלוסייה המוסלמית בבאר שבע והנגב:

51. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משנת 2000, תושבי באר שבע הערבים מונים כ- 1,900 נפשות. מספר זה לכשעצמו מעיד על קהילה גדולה החיה בבאר שבע, אשר מצדיקה פתיחת המסגד למימוש זכותם לחופש התפילה והפולחן.

מצ"ב אישור הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מסומן ע/48

באר שבע כעיר מטרופולין-בירת הנגב:

52. זאת ועוד. באר-שבע מאכלסת מוסדות ומרכזים רבים להשכלה גבוהה וביניהם: אוניברסיטת בן-גוריון, מכללת "קיי", המכללה הטכנולוגית ומוסדות לחינוך טכנולוגי ובתי ספר רבים אחרים שבם לומדים מספר רב של סטודנטים מוסלמים מכל הארץ. לכן ישנו מספר רב של סטודנטים וסטודנטיות ערבים הגרים בעיר באר שבע בגפם או עם בני משפחותיהם. כך לדוגמא: באוניברסיטת בן-גוריון בלבד לומדים כ- 735 סטודנטים ערבים.

מצ"ב העתק כתבה מעיתון שבע **כנספח ע/49** שבה מצוין מספר הסטודנטים הערבים באוניברסיטת בן גוריון בנגב.

53. בנוסף, באר שבע, כעיר מטרופולין, נותנת שירותים לתושבי הפריפריה (נפת באר שבע). מבין תושבי הנפה, כ- 114,000 תושבים ערבים בדואים. המהווים כ- 23% מאוכלוסיית הנפה, שכולם מקבלים שירותים שונים מהעיר באר-שבע, הנחשבת כ-"בירת הנגב". זאת מאחר שבאר שבע היא מקום מושבם של הרשויות השלטוניות למיניהן, וביישובי הפריפריה הבדואית אין אפשרות לקבל את השירותים הממשלתיים אלא מה-"עיר הגדולה". יאמר גם, כי באר שבע מהווה מרכז מסחרי, תרבותי, חברתי כלכלי ורפואי לכלל תושבי הנגב הבדואים שמגיעים אליה מ 45 ישובים לא מוכרים ו-7 ישובים מוכרים. עובדה היא שמצבם של תושבי הישובים הלא מוכרים שמונים כ- 70,000 תושבים, הוא קשה יותר, זאת מאחר והם לא מקבלים שירותים כלשהם ביישוביהם, לכן הם נאלצים להגיע לבאר שבע כמעט כל יום על מנת לכבל את השירותים הדרושים.

54. בהיות באר שבע מרכז מסחרי כלכלי רוב תושבי הפריפריה הבדואית עובדים בעיר ועסקיהם ממוקמים בה ולכן הם שוהים בה מספר רב של זמן כל יום.

מצ"ב הודעה לעיתונות, הלשכה לסטטיסטיקה מיום 22 ינואר 2002, **כנספח ע/50**

55. כך נוצרה מציאות שבעיר באר שבע מבקר ו/או שוהה מספר רב של תושבים בדואים מהפריפריה. במהלך שהייתם בעיר זקוקים הם לשירותי דת ופולחן (המוסלמים מתפללים 5 פעמים בכל יום) ולא יעלה על הדעת שאזרחים החייבים להגיע לעיר לצורך ענייניהם היומיומיים לא יקבלו מענה ראוי לצורכיהם הדתיים.

ראו לעניין זה: תצהירי תושבי באר שבע ותושבי הפריפריה **המסומנים ע/60 עד ע/65**;

56. העובדה כי המסגד שימש את כל תושבי הנגב ולא רק את תושבי באר שבע נוכח המציאות שבה העיר באר-שבע משרתת את תושבי הסביבה כעיר מטרופולין, אינה חדשה והיא עמדה מול עיני המושל התורכי שבנה את המסגד בשנת 1906 כפי שמציינים (שילר וביגר, בעמ' 92:

"המסגד הגדול שמש לא רק את תושבי העיר אלא לאוכלוסיית הנגב בכלל. ואכן, יעקב שמעוני מציין שב- 1946 הוא נחשב עדיין למסגד החשוב ביותר בנגב"

ראו: **נספח ע/2** הנ"ל

57. אין ספק כי על המשיבה מס' 1 להכפיף את עצמה לנורמות המקובלות בערים אחרות במדינה, כדוגמת ירושלים, ת"א-יפו, חיפה, רמלה ולוד. שכולן העמידו את המסגדים לרשות האוכלוסייה המוסלמית ואפשרו לבני הדת המוסלמים כמו כל שאר העדות הדתיות האחרות להתפלל בשטחן ללא הבדל של דת, גזע ומין.

מצב המסגד הגדול כיום :

58. מבנה המסגד הגדול סגור משנת 1991 (ראו: באר שבע ואתריה, ביגר ושילר, 1991) שבו מעידים הכותבים בעמוד 128 "בעת כתיבת שורות אלה המוזיאון לארכיאולוגיה שבמסגד סגור למבקרים לרגל שינויים בתצוגה. המוזיאון יפתח מחדש בסתיו 1991"

מצ"ב העתק עמ' 128 מסומן ע/51

59. עד כתיבת שורות אלה המוזיאון עדיין לא נפתח. טענות המשיבה מס' 1 שהמסגד הגדול נמצא בשיפוצים אינן נכונות. טענות אלו נטענות מזה יותר מעשר שנים ובמבנה המסגד לא מתבצעות עבודות שיפוצים כל שהן.

ראו לעניין זה :

תצהירו של עותר מס' 3, השיח' עודה אבו סריחאן, מסומן ע/3

תצהירו של סאלם אבו מדיגם, מסומן ע/52

תצהירו של נורי-חסן אלעוקבי, מסומן ע/53

תוצאות סגירת המסגד הגדול

60. הפקרת המבנה גוררת את השחתתו ובכך למעשה, מביאה לפגיעה ברגשות המאמינים המוסלמים. ולכן כיום המקום משמש אכסניה לגורמים פליליים העושים בו כבשלהם, בעוד בתושבים המוסלמים אינם מורשים להיכנס בשעריו. מצב זה גורר הזנחה נוספת ותרעומת מצד בני הקהילה הבדואית הרואים את המסגד הולך ונהרס וידם קצרה מלהושיע. קירות המסגד מלאים בציורי "גרפיטי" מכוערים, רצפת המסגד והאולמות בו מכוסים זבל ועוברי אורח עושים בו ובסביבתו את צורכיהם. אין ספק כי יחס שכזה כלפי בית כנסת היה זוכה לטיפול מידי מקיף ויסודי ובנוסף זוכה להד תקשורתי נרחב. מאידך גיסא, אילו היה המבנה נמסר לשימושם השותף של בני העדה הבדואית בנגב

הייתה מובטחת תחזוקה נאותה וראויה למקום קדוש זה. על רקע זה, מניעת השימוש במסגד לצרכי תפילה הנה בבחינת עוול בל יתואר הראוי לסעד מידי.

מצ"ב תמונות המסגד הגדול מבפנים שמראות את ההזנחה והזבל שבתוכו, ותמונות מבחוץ שמראות את הזנחת המקום והצורך בשיפוצו, **מסומנות ע/54-59**;

61. העובדה, שהמסגד סגור, פוגעת באופן קשה בחופש הדת, התפילה והפולחן, ובכך היא גם פוגעת בכבודם של תושבי באר שבע והנגב המוסלמים. התושבים שנמצאים בעיר ואינם מסוגלים לממש את זכותם הבסיסית שהוענקה להם ונשמרה על ידי חוקי היסוד במדינה. פעמים רבות הם נאלצים לעזוב את מקום עבודתם בבאר שבע ולנסוע מרחקים גדולים, ללא כל הצדקה, על מנת לקיים את מצוות דתם. חומרת העניין, מורגשת בימי שישי שבהן חלה חובת התפילה במסגד. המצב קשה יותר בחודש ה-"רמדאן" שבו מצווים המוסלמים להתפלל יותר ויותר במסגדים. היות ואין מסגד אחר בבאר שבע הם נאלצים לבחור בין מימוש פולחנם בחודש הקדוש ובין עבודתם.

מצ"ב תצהירו של עו"ד טלאל אלעוברה **מסומן ע/60**

מצ"ב תצהירו של מר מעיגל אלהואשלה **מסומן ע/61**

62. רבים מן התושבים המוסלמים נאלצים להתפלל ברחובות, ובמקומות ציבוריים בעת שהייתם בעיר באר שבע, בעוד שהמסגד הגדול נמצא במרחק הליכה מהמקום, דבר שגורם לפגיעה קשה בכבודם ובחופש דתם ופולחנם. בנוסף, המוסלמים חייבים על פי דתם להתרחץ לטהרה לפני כל תפילה, ובקרבת כל מסגד ישנו מקום רחצה (מואדא). בעיר באר שבע בהעדר מקום כזה הם נאלצים להתרחץ לתפילה ברחובות ובמקומות שאינם מיועדים לכך כמו המקומות הציבוריים. המוסלמים נאלצים להתפלל ברחובות, בגנים הציבוריים ובמקומות אחרים שאינם טהורים ואינם מתאימים לתפילה, דבר שמבזה אותם בגלל היותם מוסלמים ופוגע בכבודם.

מצ"ב תצהיר של סאלם אלסאנע **מסומן ע/62**

63. התושבים המוסלמים בבאר שבע נפגעים מסגירת המסגד הגדול ומניעת הגישה איליו לצורך תפילה בלבד. הפגיעה קשה יותר בקבוצות מסוימות, כמו נשים, קשישים, נכים וחסרי יכולת כלכלית. אוכלוסיות אלו אינן יכולות לנסוע אל מחוץ לעיר בתדירות גבוהה לצורכי תפילה, ובמיוחד לאור העובדה שנדרשת בכל פעם נסיעה שבין 10 ל-20 ק"מ על מנת להתפלל במסגד באחד הכפרים הבדואים בנגב. קושי זה הנו חמור עוד יותר נוכח העדר תחבורה ציבורית סדירה לכפרים אלו.

מצ"ב תצהירו של העותרים 14, 15, 20 **מסומנים ע/63-65**;

64. יצוין גם, כי במהלך המאבק של המוסלמים לפתוח את המסגד לתפילה נידון עניין המסגד הגדול בפני הערכאות המשפטיות, למיניהן, זאת כחלק מהתנגדות התושבים המוסלמים לרצונה של המשיבה מס' 1 להרוס הגדר החיצונית אשר הקיפה את המסגד ורחבתו, וחששות התושבים שאנשים בעירייה מתכננים להרוס את המסגד או חלק ממנו במהלך השיפוצים. הסוגיה הנ"ל נדונה בפני בימ"ש נכבד זה במסגרת בג"צ 378/86, וכן בבג"צ 663/86 ובבג"צ 702/86 המאוחדים. במסגרת ההסכמה אשר אליה הגיעו אליה הצדדים, הודיעה העירייה כי אין בכוונתה לפגוע במבנה אלא רק לתחזקו תחזוקה שוטפת. בנוסף, הסכימה המשיבה מס' 1 להודיע לעותרת מס' 1, באם תחליט להרוס את המסגד.

מצ"ב הסכמת הצדדים בבג"צ 663/86 ו 702/86, מסומן כנספח ע/66;

65. סגירת המסגד, ומניעת תושבי ומבקרי באר שבע המוסלמים להתפלל בו צורמת במיוחד לאור העובדה שבכל הערים הגדולות במדינה כמו, תל-אביב-יפו, חיפה, ירושלים, לוד רמלה, והרצליה ישנם מסגדים והם נפתחו לתפילתם של המוסלמים. כך בתל אביב, ניתנה רשות לפתוח את מסגד "חסן בק" לציבור המוסלמי וזאת למרות העובדה שביפו, במרחק הליכה ישנם מסגדים רבים אחרים, ובאזור מסגד חסן בק אין אוכלוסייה מוסלמים שגרה במקום; בלוד נפתח מסגד דהמש שהיה סגור מספר רב של שנים; ובערים רבות אחרות נפתחו המסגדים לציבור המוסלמים המבקרים במקום, אפילו בערים שבהן לא גרו מוסלמים בכלל, כמו בהרצליה פיתוח המסגד נפתח וניתנה רשות למתפללים להשתמש בו.

66. המציאות מוכיחה שלתושבים המוסלמים בכל עיר זכות לחופש דת ופולחן, שהיא זכות עקרונית שאינה קשורה במספר המתפללים או בכל פרמטר אחר. התנגדותם ארוכת השנים של המשיבים לבקשתם הלגיטימית של העותרים מעוררת חשש כבד כי שיקולים פוליטיים זרים משפיעים על החלטותיהם.

הטיעונים המשפטיים

67. ראשית, יובהר כי אין עתירה זו מתמודדת עם חוקיות ההפקעה ואף אינה נוגעת לבעלות על הקרקע עליה מוקם המסגד. עתירה זו מתמקדת בזכות, תושבי ובאי באר שבע המוסלמים, לפולחן, גישה ושמירה על המסגד הגדול בבאר שבע.

סבירות ההחלטה המנהלית בדבר הכרזת המקום כמוזיאון

68. העותרים יטענו כי ההחלטה להפוך המסגד הגדול למוזיאון הינה בלתי סבירה, שרירותית ונגועה בשיקולים זרים. הפיכתו של המסגד למוזיאון גוררת פגיעה קשה ברגשותיהם הדתיים של המוסלמים תושבי העיר וסביבותיה בכלל, ושל בני הקהילה הבדואית בפרט. בנוסף היא מעוררת תרעומת בקרב המוסלמים ומקימה חיץ בין המדינה ורשויותיה לבין אזרחיה המוסלמים. העדרו של מקום פולחן מאחד, ובניית מוזיאון תחתיו מאידך, מעמיקות את הקרע שבין קבוצות האוכלוסין השונות בעיר ומערערות את מארג היחסים העדין שנרקם בעיר באר-שבע במשך שנים רבות.

69. העותרים יטענו כי לא נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים להכרזת המסגד כמוזיאון. סעיף 2 (ב) לחוק המוזיאונים להכרזת מוסד כמוזיאון קובע כלהלן:

”בבואו להכריז על מוזיאון כאמור ישקול השר, בין השאר, טעמים שבטובת הציבור ובצרכי שמירתם של מוצגים הנמצאים במוזיאון.”

70. מלשון החוק עולה כי השר חייב לשקול בין השאר טעמים שבטובת הציבור בבואו להכריז על מוזיאון. לאור ההשלכות מרחיקות הלכת שיש להפיכת המסגד למוזיאון, חייב היה השר להגיע למסקנה הברורה, שהקמת מוזיאון במבנה המסגד אגב שלילת מקום הפולחן של המוסלמים בעיר באר-שבע, ויצירת תחושת קיפוח בקרבם אינה מתיישבת עם טובת הציבור ואף נוגדת אותה. לכן השר חייב היה להימנע מהכרזה על המסגד כמוזיאון מוכר.

71. העותרים יטענו כי ההחלטה להשאיר המוזיאון במבנה המסגד הינה בבחינת הפרה של חובת הנאמנות שהשר חב לתושבי ובאי באר שבע, אזרחי המדינה, המוסלמים וגורמת להם עוול רב. חובת הנאמנות של השר מחייבת ביטול ההכרזה על המסגד הגדול כמוזיאון והחזרת המסגד לייעודו כבית תפילה למוסלמים.

72. העותרים יטענו כי עת הכריז השר על המסגד הגדול כמוזיאון ועת התעלם מבקשות העותרים לביטול הכרזה זו, פעל השר שלא בהגינות, לא בדרך ראויה ולא שקל כל השיקולים הרלוונטיים, היינו, כל השתלשלות העניינים מאז הקמת המסגד לרבות צרכי תושבי באר שבע המוסלמים וכלל האוכלוסייה המוסלמית בדרום, החשיבות הדתית של המסגד בעני האוכלוסייה המוסלמית וקדושתו, כמתואר לעיל.

73. על פי דיני המשפט הציבורי על הרשות המנהלית להפעיל שיקול דעתה על פי אמות המידה המקובלות לפי עקרונות המנהל התקין. כלומר על הרשות המנהלית לפעול

בהגנות וביושר, אסור לה לפעול מתוך שרירות, הפלייה, משוא פנים, ניגוד ענייניים, חוסר תום לב, או חוסר סבירות ועליה לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין ושיקולים אלה בלבד”

לעניין זה ראו: בג”צ 389/80 דפי זהב נ’ רשות השידור, פד”י ל”ה (1) 421.

74. יפים כאן דברי כבוד השופט שמגר אשר מתייחס לעילת אי הסבירות כעילה עצמאית:

”יכול שיווצרו נסיבות בהן לא נשקל על ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין.

בג”צ 156/75 דקה נ’ שר התחבורה, פד”י ל (2) 94.

”הלכה פסוקה היא, כי חוקיותו של אקט מנהלי עשויה להבחן על פי אמות המידה האובייקטיביות של הסבירות המנהלית (בג”צ 389/80 פדי לה, 1, 421). [...] החלטתה של רשות מנהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שקלול ואיזון זה הם מעקרי תפקודיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן ביצועם, נתונה לבית המשפט.”

75. מן המקובץ עולה כי ההחלטה למקם את המוזיאון במבנה המסגד ואי ביטול ההכרזה על המסגד הגדול כמוזיאון נגועה באי תקינות מנהלית ועל כן אינה חוקית.

פגיעה בחופש הדת והפולחן:

76. חופש הדת והפולחן נמנה על זכויות היסוד אשר נשמרו לכל הקהילות הדתיות מימי המנדט הבריטי. דבר המלך במועצתו עיגן בסימן 83 את חופש הדת כדלקמן:

”כל האנשים בישראל ייהנו מחופש-המצפון המוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים.”

77. מדינת ישראל שזרה עיקרון חופש הפולחן וההגנה על המקומות הקדושים בהכרזת העצמאות שלה שם נקבע כי :

"מדינת ישראל ... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות".

78. עקרונות אלו קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. ההכרה בחופש הדת כנגזר מן הזכות לכבוד האדם מוצאת חיזוק בדברי פרופ' א. ברק אשר מציין כי :

"החופש לפתח את האישיות-המונח ביסוד כבוד האדם-משמעו חופש דת ומצפון..."

לגישתו ניתן להסיק זאת גם דרך הוראות סעיף 1 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, המפנה להכרזת העצמאות לפיו חופש הדת "יונק את חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו".

א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 279 מציין :

"בגזירת חופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה מכבוד האדם ניתן ביטוי לפסקת עקרונות היסוד. בכך מתגשמת הגישה החוקתית, כי כבוד האדם מושתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין."

לעניין מעמדה החוקתי של הזכות לחופש הדת, ראו : א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג' : פרשנות חוקתית, 1994, עמ' 430.

79. שופטי בית המשפט העליון אימצו דעה דומה בפסיקתם בעניין הנ"ל וכך קבע כב' השופט ברק בפס"ד מנינג :

"חופש הדת המצפון והאמונה יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו."

בג"צ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים (טרם פרסם).

80. "ברור כי הרשות אינה רשאית להתערב בחופש הפולחן ולמנוע את מימושו בדרך מסוימת דווקא" (א. רובנשטיין, עמוד 182). כך, למשל, נקבע, כי אין תוקף לסירובה של מועצה מקומת להשכיר אולם ציבורי שבעלותה לתנועת היהדות המתקדמת, לשם קיום תפילה במקום בחג הסוכות, רק משום שאינה עולה בקנה אחד עם דרך התפילה האורתודוקסית: וכך הובאו בדברים בבג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2113:

"בהחלטה האמורה מגלה המועצה נטייה לעמדה דתית אחת, השוללת את קיומה של עמדה דתית אחרת, ובנימה יומרנית במקצת קובעת היא, שאותה צורה של תפילה, הנהוגה מאז ומתמיד בכפר, מסוגלת לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום..."

טובים דברים אלה למקרה שבו עסקינן, המשיבים שוללים את זכות התפילה של ציבור המוסלמים בעיר, ומונעים מהם להתפלל במבנה שנבנה להיות מסגד, ללא הצדקה ובצורה שרירותית ביותר. לעירייה אין כל צורך במבנה והיא לא מאפשרת בו תפילה בתירוצים שונים. מדובר בפגיעה קשה ביותר בזכות חשובה ובסיסית ביותר ללא כל הסבר וללא כל סמכות.

81. העותרים יטענו כי, הפגיעה קשה שבעתיים מאחר והיא מכוונת כנגד ציבור שמהוה מיעוט לאומי-דתי במדינה ובעיר באר שבע. המשיבים מנצלים עובדת היות המוסלמים בעיר מיעוט ואין באפשרותו להשפיע על קבלת ההחלטות בעירייה על מנת לקבל את הזכויות שלהן הוא זכאי ע"פ דין. הדבר פוגע בערכי השלטון הדמוקרטי ובעקרון השוויון בפני החוק, ומעמיד את זכאות מיעוט זה לזכויותיו בסימן שאלה.

82. פגיעה זו גם אם יש לה סיבות סמויות על פניה נראית שהיא מפלה ציבור אחד על רקע השתייכותו הדתית או על רקע מוצאו הלאומי, פגיעה זו היא פגיעה קשה ומבזה. בנוסף, הדבר פוגע ברגשות מיעוט זה, מעמיד בני מיעוט זה במקום נחות ומשפיל, דבר שפוגע בכבודו כאדם בצורה יסודית ועמוקה, כדברי השופטת דורנר בעניין אליס מילר נ' שר הביטחון בג"צ 4541/94, פ"ד מט (4) 94, 132:

"לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל

יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.

83. ביסודו של משטר המדינה טמון עקרון חופש הדת לכל אדם, זכות שמהווה חלק נכבד מעקרונות היסוד של המדינה. המחוקק מתוך הכרה בעניין הכבוד לכל אדם שחי במדינה העניק לחופש הדת והפולחן הגנה וכבוד גם לפני חקיקת חוקי היסוד שבאו לעגן את העקרונות שהיו קיימים. על ההגנה שהעניק המחוקק לחופש ופולחן והגישה למקומות הקדושים ניתן ללמוד מחוקים רבים כמו חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז 1967. וחוק העונשין, התשל"ז - שסעיף 173(2) קובע איסור על השמעת "כל מלה או קול" במקום ציבורי, שיש בהם "כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים" של פלוני, אשר בתחום שמיעתו הובעו הדברים.

בית המשפט העליון פסיקתו ציין:

"כאשר בני דתות שונים מבקשים לקיים פולחן דתי במקום המקודש להם, נובעת מחוק המקומות הקדושים החובה "למנוע כל פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם מקומות"

בג"צ 223/67 בן דב נ' שר הדתות, פ"ד כב (1) 440, 448.
בג"צ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (1) 29.

84. זכותם של התושבים המוסלמים ליהנות מחופש הדת ולהתפלל במסגד הנה זכות יסוד. כך שלא יכולה להישמע שום הצדקה למניעת תפילת המוסלמים במסגד וסגירת שעריו בפניהם. ההכרה בזכות להתפלל הוכרה בבית המשפט העליון כזכות על שיש להגן עליה על אף אי שביעות רצונם של חוגים בלתי סובלניים. וכך קבע בעניין כב' השופט מצא:

אין להשלים עם מצב, שחשש מפני תגובה אלימה מצד מגזר כלשהו של הציבור יביא לשלילת האפשרות של מגזר אחר לממש זכות הנתונה לו "

בג"צ 3358/95 ענת הופמן נ' מנכ"ל משרד רה"מ פ"ד נד(2) 345.

85. גם טענה לפיה, שמירת "הסטטוס קוו" העדין הקיים בעיר, בין בני הדתות השונות, המצדיקה דרישה לויתור על הזכות להתפלל במסגד מצדם של המוסלמים, אין בה די. לכך התייחס השופט המלומד:

**"תמיהה רבה במיוחד עוררה הערתה של ועדת המנכ"לים, כי
"מפני דרכי שלום נדרשים הצדדים לויתורים הדדיים". שהלוא
בהמלצתה להרחיק את העותרות כליל מרחבת הכותל גילתה
הוועדה את דעתה, כי רק העותרות נדרשות, מפני דרכי שלום,
לויתור מוחלט, בעוד שחוגי המתנגדים לנוכחותן של העותרות,
ושמחשש לתגובתם האלימה חתרה הוועדה לפתרון שונה מזה
שנתבקשה להציע, אינם נדרשים ואינם מצופים לויתור כלשהו."**

86. שומה על בית המשפט ומערכות השלטון להתחשב בשיקולים דתיים, שהרי התעלמות משיקולים אלו במערכת האיזונים אינה סבירה. היטיב להציג סוגיה זו כבי השופט ברנזון באומרו:

**"... דבר שניתן לעשותו בדרך אחת תוך התעלמות משיקולים
דתיים ובדרך אחרת בהתחשב עם שיקולים דתיים אבל בלי להטיל
על הציבור נטל כבד מנשוא, ודאי שהדרך השניה עדיפה"**

בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל פ"ד נ"א (2) 509.

87. עצם ההתנהלות המזלזלת והמזניחה של העירייה בסוגיית המסגד יש בה בכדי להראות על פגיעה מהותית ומתמשכת ברגשותיהם של כלל המוסלמים. נעילת שערי המסגד ללא מתן אפשרות כניסה וטיפול נאות במקום הינם פגיעה בלתי מוצדקת ובלתי סבירה בחופש בפולחן. זהו הפן האקטיבי של הפגיעה בחופש הפולחן. אלא שבענייננו מתווספת לפגיעה האקטיבית גם פגיעה על דרך המחדל. למשל ההזנחה המתמשכת, אי הטיפול והעדר השמירה, מהווים עלבון צורם לא פחות מן ההשחתה, הביזזה והחילול הבוטה. הן המעשים והן המחדלים נעשים שלא לצורך ואין להצדיקם. וכי מה יכול להצדיקם? ניתן להסביר ואולי אף להצדיק פגיעה בחופש הפולחן של בני עדה כלשהי אם ורק אם שמירה דווקנית על חופש הפולחן תגרור פגיעה ממשית וקשה בפולחן הדתי של בני עדה אחרת. על כך עמד כבי השופט זמיר בצינו:

**"רק פגיעה רחבה ועמוקה ברגשות הדתיים של ציבור אחד תעבור
את רמת הסיבולת באופן שיצדיק פגיעה בפולחן הדתי של ציבור
אחר"**

בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל פ"ד נ"א (2) 509.

88. במקרה דנן נפגעים רגשותיו של הציבור המוסלמי בבאר שבע, בנגב ובכל המדינה, בלא שהדבר יכול להיות מוצדק ע"י איזון ראוי מול פולחן דתי של בני עדה אחרת. לית מאן

דפליג כי יש למנוע פגיעה זו, כאשר על כף המאזניים לא נמצאים רגשותיו הדתיים של ציבור נוסף אלא, סחבת פושעת ומשפילה.

89. בשנת 1967 שבה הכנסת ואישרה את התחייבותה החגיגית לשמור על המקומות הקדושים הפעם במסגרת חוק שהצהיר רשמית כי:

"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.

סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967.

המהותית מבין הזכויות הקבועות בחוק הנ"ל הנה זכות הגישה למקומות הקדושים:

"על זכות זו אין עוררין ואין היא מוטלת בספק"

(דברי כב' השופט זמיר, בג"צ 7128/96, הנ"ל, עמ' 518)

וכן: סעיף 2 לחוק השמירה על המקומות הקדושים קובע כי:

(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 מקומות, דינו – מאסר חמש שנים.**

משמע, המחוקק הציב סנקציה פלילית בדמות עונש מאסר על כל אדם הפוגע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים. על אחת כמה וכמה כשמדובר ברשות ציבורית האמורה לשמש מודל לציות לחוקי המדינה ושמירה על עקרונותיה.

90. נוכח רגישות הנושא והיות המסגד מקום קדוש לציבור רחב של אזרחי המדינה המוסלמים, שומה על המשיבים להפעיל שיקול דעת מפליג ורגישות יתר בבואם להכריע בסוגייה המועלית בעתירה זו. יפים כאן דברי כב' השופט זמיר (בג"צ 7128/96 הנ"ל עמ' 551):

"כאשר בית המשפט מוסמך לדון בעניין הנוגע למקום קדוש, הוא מודע היטב לכך שמקום קדוש אינו מקום סתם, ככל מקום אחר. כידוע, יש עניינים במשפט בהם, בגלל מהות העניין, בית המשפט מוכן להקפיד על לשון הדין קלה כחמורה, כגון בדיני נפשות, שלא

ייעשה עוול לנקי. אך לעומתם יש עניינים אחרים, אף הם עניינים במשפט, שהם לא פחות מכך עניינים שבחברה, אמונה, מוסר ומדיניות. בעניינים כאלה עשוי בית המשפט שלא לדקדק בלשון הדין, אלא לפרש וליישם את הדין בגמישות, לאור שיקולים לבר-משפטיים, ככל שטובת הכלל מחייבת. וכך הם, בדרך כלל, עניינים הנוגעים למקומות קדושים.”

91. העותרים יטענו כי בנסיבות המקרה איזון אינטרסים מחייב, חד משמעית, מתן אפשרות תפילה לקהל המוסלמים במסגד הגדול. המסגד אינו משמש בשום תפקיד ציבורי, מה גם שבאם היה משמש המקום כמוזיאון הרי שאיזון האינטרסים היה מציב את חופש הפולחן על העליונה אל מול הזכות לפתיחת מוזיאון אשר יכול להיפתח בכל מקום מתאים אחר. רוצה לומר, אין קשר בין היות המבנה מסגד לבין שימושו כמוזיאון ואין שום חובה כי המוזיאון יאוכלס דווקא בבניין המסגד, נהפוך הוא. יתרה מזאת בכול מקרה ומקרה הקביעה, איזה אינטרס גובר במאבק שבין חופש הדת והפולחן ובין האינטרס הציבורי הכללי ומידת הפגיעה שתותר אם תותר, חייב שתוכרע תוך איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים:

הרי "הרמה (רמת הסיבולת של הרגשות- הוספה שלי ד.ס.) תיקבע לפי האיזון שבין האינטרסים המתנגשים בנסיבות המקרה והיא משקפת את המשקל היחסי, כלומר את החשיבות החברתית, של אינטרסים אלו" (בג"צ 7128/96, הנ"ל).

92. ראוי כי המדינה היהודית בשל עברה הטעון והקשה תהא בעלת רגישות יתר לזכויותיהם של המיעוטים היושבים בקרבה ובפרט לזכויותיהם הדתיות. הטיב להביע זאת כב' השופט ברנזון, בציינו:

"... בכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפליות רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיים שונות מכל עם'. מלומדי ניסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוזות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק הנמצא אתנו ורוצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו. [...] ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני-אדם בזכויות ובחובות"

(בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז (2), 764, 771).

משפט בינלאומי

93. העותרים יטענו כי בהתנהגות המשיבים יש משום פגיעה בזכותם האוניברסלית לחופש הפולחן. הזכות לחופש דת ופולחן מעוגנת, כמובן, באמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם. סעיף 18 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 קובע כי:

"Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice worship and observance."

פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

94. הבהרנו לעיל, כי הזכות לחופש הדת והפולחן וזכות הגישה למקומות הקדושים הינן זכויות יסוד בשיטת המשפט שלנו הנהנות ממעמד חוקתי. העותרים יוסיפו כי סגירת המסגד בפניהם והפיכתו למוזיאון הינה בבחינת פגיעה קשה בכבודם וברגשותיהם זאת בניגוד לסעיף 4 לחוק היסוד לפיו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, גופו ועל כבודו". ההגנה המוענקת בסעיף 4 הנ"ל נכונה לגבי כל אחד מהעותרים כמו כל התושבים המוסלמים בבאר שבע והנגב. הפגיעה בכבוד העותרים בולטת עקב ההשפלה המתמשכת כתוצאה ממניעת ממימוש מצוות דתם במסגד הגדול, היחד בבאר שבע. השפלה אשר מוצאת ביטוי במצבים בהם מגורשים התושבים המוסלמים בבושת פנים בבואם לערוך את תפילתם הפרטית בסמוך למסגד ועקב כך נאלצים הם לבצע את אקט התפילה היומי על הרצפה ברחוב במקומות שאינם מיועדים לקיום אקט פולחני בעוד הם רואים את המסגד אשר מיועד לכך במצב רעוע משפיל ומבוזה. הפגיעה בכבוד העותרים מתבטאת גם בעצם כניסת אנשים למסגד בלבוש לא צנוע ומבלי לחלוץ נעליים דבר אשר מהווה חילול קדושת המסגד.

95. בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין פוגעים או שוללים זכויות יסוד אלא בכפוף לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. כאמור, העותרים יטענו כי סגירת המסגד הגדול בפניהם ובפני המתפללים המוסלמים בבאר שבע, זאת כאמור, בניגוד לעקרונות שבחוק היסוד, אינה מעוגנת בחוק ואף אינה מכוח הסמכה מפורשת בחוק ועל כן אינה חוקית ודינה לחלוף מהעולם. לחילופין, יטענו העותרים כי הפגיעה בזכות היסוד שלהם אינה לתכלית ראויה ואינה מידתית, זאת בניגוד לפסקת ההגבלה, ולהלן נבהיר; בכל מקרה בו מונחת בפני בית המשפט סוגיה הקשורה להפרה של זכויות יסוד המוגנות על ידי חוקי היסוד, נבחנת ההפרה במשנה זהירות ובדקדוק יתר. כך שגם אם נניח כי המקור המשפטי לסגירת המסגד בפני העותרים והפגיעה בזכותם לחופש דת ופולחן נשאב מכוח חוק המוזיאונים, הרי הדבר לא נועד לתכלית ראויה. משמע, הכרזה על מקום קדוש כגון "המסגד הגדול" כמוזיאון, תוך פגיעה חמורה וכואבת ברגשות ציבור שלם והפרה בוטה לזכויות היסוד המוענקות לו על פי חוק יסוד, אינו בבחינת תכלית ראויה במיוחד לאור העובדה כי ניתן לשכן את המוזיאון (הסגור מזה 11 שנים) במקום אחר מבלי לפגוע בכל זכות בסיסית ולא בסיסית אחרת. מעבר לכך, הפיכת מסגד בעל היסטוריה ארוכת ימים ובעל חשיבות דתית ורגשית כבירה למוזיאון אינה הולמת ערכיה של מדינת ישראל אשר ביססה את ההגנה על הזכויות לחופש דת ופולחן עוד בראשית ימיה במסגרת מגילת העצמאות.

96. העותרים יטענו כי הפגיעה בזכויות היסוד שלהם, כמתואר בעתירה זו, אינם מידתיים. בית המשפט העליון קבע שלושה מבחני משנה למבחן המידתיות, אשר נראה כי שלושתם אינם מתקיימים לענייננו (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ. מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221):

א. **קיום קשר רציונלי של התאמה בין האמצעי למטרה** – העותרים יטענו, כי אין קשר, ובוודאי שלא רציונלי, מהפיכת המסגד הגדול למוזיאון לשם הקמת מוזיאון חדש בבאר שבע לבין סגירת מסגד קדוש שנועד להיות בית תפילה לעותרים. הקמת עוד מוזיאון בבאר שבע אינה בבחינת צורך חיוני שבלעדיו העיר באר שבע לא תוכל לקיים חיי תרבות תקינים ובוודאי אינה שקולה כנגד מניעת העותרים ממימוש זכויותיהם הבסיסיות ולהתפלל במסגד.

ב. **העדרו של אמצעי פוגע פחות** - על פי מבחן זה, האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות חוקתית, הנו ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות תהיה קטנה יותר. העותרים יטענו כי באפשרות המשיבים להקים מוזיאון בכל מקום אחר בעיר. אין הסבר לעצם בחירת המסגד הגדול בפרט להקמת מוזיאון בתוכו. המניעים כנראה זרים להקמת מוזיאון. העותרים יטענו כי למרות הבטחות המשיבים, כמובא לעיל, כי בקשתם תיבחן מחדש לכשיגיע מספר התושבים המוסלמים בעיר למספר סביר שיצדיק החזרת המסגד ליעודו, מעולם לא קוימה ואף מעולם לא נעשתה בחינה יסודית הנוגעת לצורכיהם האמיתיים של ציבור

המוסלמים תושבי ובאי העיר שבע להתפלל ולממש זכותם לחופש דת ופולחן.

ג. **היחס בין הפגיעה בזכות לבין הגשמת התכלית הוא ראוי** - לפי מבחן זה, אפילו אם האמצעי הנבחר מתאים להשגת המטרה ואפילו אם אין אמצעי מתון ממנו בפגיעה בזכות- עליו לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות החוקתית. העותרים יטענו כי ההחלטה לסגור המסגד בפניהם נגועה בחוסר מידתיות בכך שאינה מקיימת את המבחן האמור. אל מול התועלת שהמשיבים אמורים להשיג מפתיחת עוד מוזיאון בבאר שבע, כמו רווחת הציבור והעשרת הידע שלו, עומדת פגיעה קשה וגורפת בזכויות העותרים בפרט וכלל המוסלמים בכלל. כך שבמקרה בו עסקינן לא קיים יחס ראוי בין התועלת לבין היקף הפגיעה בזכות היסוד של העותרים. מסקנה זו מתחדדת נוכח העובדה כי מזה יותר מ- 11 שנים המוזיאון סגור בעוד שהמסגד נטוש ומוזנח. המשיבה אינה משפצת את מבנה המסגד ואינה מאפשרת לעותרים או לאחרים לשפצו על מנת לשמרו ולהחזירו לשימוש.

97. העותרים יטענו שזכויות יסוד שלהם מקופחות, מזה זמן רב, והמשיבים פוגעים בפגיעה קשה בזכות העותרים, ומונעים את גישתם למסגד ללא כל הסבר המצדיק פגיעה בזכות יסוד. כל פגיעה בזכות יסוד היא קשה, אך הפגיעה בזכות יסוד של קבוצות מיעוט היא קשה יותר מאחר ובפגיעה כזו טמון יסוד של יחוס מעמד נחות לקבוצה זו ומעמיד את זכויותיה בסימן שאלה, בשונה משאר האוכלוסייה. הדבר פוגע בעקרון השוויון ויוצר תחושת הדרה וקיפוח ממוסדים כנגד קבוצת מיעוט זו. הפגיעה קשה שבעתיים כשמדובר בזכויות רגישות כמו זכויות קשורות לחופש דת ופולחן, והפגיעה בהן מביאה לפגיעה בחופש במצפון וכבוד האדם.

98. הנה כי כן, ההחלטה בדבר מניעת גישת המוסלמים למסגד בבאר שבע, הנה בלתי חוקתית משום שהיא עומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תושבי ובאי באר שבע המוסלמים זכאים להגנה על זכויותיהם על ידי מתן חופש גישה למסגד הגדול, לקיום מצוות דתם, בהיות המסגד הגדול, היחיד והעתיק בעיר, אחד המקומות הקדושים החשובים לעותרים ולכלל המוסלמים.

הפגיעה בזכות לשוויון:

99. הזכות לשוויון הנה עיקר יסודי בשיטת המשפט הישראלי (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר-האוצר, פ"ד כג (1) 693). השוויון הוא "תחילת התחילות" (בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת פ"ד נ(3) 485).

100. מעיקרון שלטון החוק הנוהג במדינה נגזר כי כל רשות בישראל מחויבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה (ראו: פס"ד קעדאן בג"ץ 6698/95; בג"צ 2671/98 שדולת

הנשים נ' שר-העבודה, פ"ד נב (3) 630; זמיר וסובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה, 195).

101. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נתחזק מעמדה של הזכות לשוויון. הפליה על בסיס קבוצתי כגון דת, מין או לאום מהווה פגיעה בכבוד האדם. משכך, מוגנת הזכות לשוויון כזכות חוקתית (בג"צ 5394/92 הופרט נ' י"ד ושם), פ"ד מח (3) 353; בג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749; בג"צ 454,453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 521; בג"צ 4541 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94).

102. הפליה על רקע קבוצתי מהווה פגיעה קשה בכבודו של מי שמשתייך לקבוצה המופלית; היא מעוררת תחושת השפלה, תסכול וקיפוח, היא מעידה על נחיתות במעמד האזרחי, מצביעה עליו כשונה, פוגעת בתחושת השייכות ובמוטיבציה לתרום. מאידך היא מפתחת דעות קדומות, אצל האדם המשתייך לקבוצה המפלה, המבזות את הקבוצה המופלית. הפליה ככלל מעוררת דחייה וניכור בין הקבוצה המפלה לזו המופלית ולעיתים מזינה שנאה. כדבריו של כבוד הנשיא א' ברק:

"הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם". (בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפן, פ"ד מב (2) 309, 333).

103. חובתה של המדינה ורשויותיה לפעול בשוויון חלה גם לעניין הקצאת מקומות פולחן ושירותי דת. הרשות המקומית ומשרדי הממשלה חייבים להימנע מקיפוח בני הדתות השונות בכל הנוגע למתן נגישות ראויה למוסדות דת, ולשירותי דת.

104. לא יעלה על הדעת כי באר-שבע תנקוט העירייה איפה ואיפה בכול הנוגע למתן אפשריות הפולחן שהיא מעניקה לתושביה ולבאים בשערה. בעוד שהתושבים היהודיים נהנים ממספר גדול של בתי כנסת הפזורים ברחבי העיר (מספר בתי הכנסת), תושבי העיר המוסלמיים אינם זוכים אפילו למקום פולחן אחד שיענה על צורכיהם. אפליה זו מנקרת

עיניים במיוחד לאור המציאות היום יומית הכואבת של העדר שוויון בין המגזר הבדווי והמגזר היהודי, אי שוויון שמשתרע כמעט על כל תחומי החיים.

סוף דבר:

105. בית המשפט החוקתי הקנדי מעניק בגין הפרת זכות חוקתית סעד פוזיטיבי המקיים את הזכות ראו :

Peter W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (Carswell, 1996), 742-43.

ראו גם :

Sharpe, "Injunctions and the Charter", (1984) 22 *Osgoode Hall L.J.* 473.

השוו גם את דברי בית המשפט העליון האמריקאי בתקופת תנועת זכויות האזרח שם (1965), אשר קבע כי :

"[T]he court has not merely the power to but the duty to render a decree which will so far as possible eliminate the discriminatory effects of the past as well as bar like discrimination in the future."

Lousiana v. United States, 380 U.S. 145, 154.

ראו גם :

Dellinger, "Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword", 85 *Harv.L.Rev.* 1532 (1972).

106. העותרים יטענו כי, ההגנה על הזכויות החוקתיות של תושבי באר שבע והנגב המוסלמים, מחייבת את הרשויות לפעול באופן פוזיטיב למען ההגנה על זכויות אלו. לצד פגיעת המשיבים בזכויות היסוד של העותרים תוך פגיעה בסעיפים 1 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש להוסיף את האמור בסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המטיל חובה על הרשויות לכבד את הזכויות המנויות בחוק זה. כדברי הנשיא ברק :

"ניתן ליתן – וחייבים ליתן – סעדים גם בלא הוראה מפורשת. אכן, משהכירו חוקי-היסוד בזכויות האדם, מוטלת הבטחת אכיפתן על בית-המשפט. זכויות ללא סעדים עשויות להיות ללא תועלת. פרשנות תכליתית של הזכות חייבת להוביל ליצירת סעדים

**האוכפים את הזכות. זכות אינה קיימת בחלל; צמוד לה סעד
האוכף אותה. הסעד מגן על אותם סעדים אשר הזכות מגנה
עליהם.**

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית)(הוצ' נבו,
1994), עמ' 703.

107. הזכות ליהנות מהגנת בית המשפט על הזכות החוקתית הנפגעת אינה מתמצאת בסעד פסיבי של בית המשפט. דווקא סעד אקטיבי יקנה, כמו במקרה דנן, הגנה הולמת לזכות החוקתית. במקרה זה, הזכות של התושבים המוסלמים כוללת בתוכה הזכות לגישה למסגד כדברי הנשיא ברק:

**"אכן, לעיתים קרובות התרופה האקטיבית היא המתאימה ביותר,
ועל בית המשפט לעשות בה שימוש. קשיי התרופה אינם צריכים
למנוע את השימוש בה. על בית המשפט להעניק תרופה כמתבקש
מהפגיעה."**

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית)(הוצ' נבו,
1994), עמ' 712.

אי לכך ולאור האמור לעיל, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

דורג'אם סייף, עו"ד
ב"כ העותרים

מוראד אל-סאנע, עו"ד
ב"כ העותרים

עתירה זו הוכנה בסיועם של הסטודנטים אבי רו וגיל סלומון
מהתכנית לזכויות האדם, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.