

הר הבית

בין חלום לממשות



עורך:
ידידיה צ' שטרן



מאמרים

ההגנה על המקומות הקדושים

היבטים חוקיים והשוואתיים

עמחי כהן

מאמר זה סוקר סכסוכים על מקומות קדושים במבט השוואתי. הוא פותח בהגדרת מקום קדוש ובהצגת מאפייניו הייחודיים. משם עובר להצגת הטעמים לסכסוכים סביב מקומות קדושים כמו

גם את החקיקה במדינות שונות בנוגע להגנה עליהם.

מקומות קדושים מציבים בפני המדינה הדמוקרטית הליברלית דילמה מיוחדת. מחד גיסא, היא מבקשת לא להתערב בסכסוכים על רקע דתי; מאידך גיסא, סכסוכים דתיים מחייבים לעיתים את התערבותה כדי למנוע גלישה לאלימות.

.א
תקציר

חלקו השני של המאמר מנסה להציע קווים לפתרון דילמה זו. ראשית, מוצגת הבעיה שבתפיסת ה"זכויות" סביב המקומות הקדושים. המסקנה המוצעת היא שגישה של זכויות, ובמיוחד גישה של איזון בין זכויות, אינה מתאימה לפתרון סכסוכים במקומות קדושים; שנית, מוצגת גישה התומכת במעורבות רבה יותר של המדינה בניהול מקומות קדושים, ומוצעים כמה קווים עקרוניים הצריכים לעמוד בבסיס ניהול כזה.

1. מבוא

אנו נוטים לחשוב על מקומות קדושים כמקומות שבהם האלימות מוגבלת, ונשלטת על ידי היראה מהימצאות האל במקום והכבוד הנלווה לכך. תפיסה זו הובילה את יואב בן צרויה להיאחז בקרנות המזבח בניסיונו לברוח מהרודפים ששלח שלמה במצוות דוד אביו בצוואתו האחרונה.¹ תפיסה זו גם הביאה לכך שאוצרות מקדש אפולו בדלפי לא היו מוגנים כלל, ולפיכך היו קורבן לביזה במהלך "המלחמות הקדושות" ביוון העתיקה, שמומנו על ידי אותה ביזה. המציאות, בימינו לפחות, שונה. מקומות קדושים מעוררים רגשות עזים. הם מעוררים את המאמינים בקדושת המקום ואת יריביהם האמיתיים או המדומיינים לאימוץ עמדות קיצוניות, הגוררות לעיתים מעשים אלימים.

האם יש דרך להימנע מקונפליקט סביב מקום קדוש? האם יש משמעות להסדרים משפטיים בהקשר זה?

ספר זה עוסק בשאלת הר הבית. אכן, בשל העובדה שהוא קדוש לשתי דתות ברמת קדושה גבוהה ובשל העובדה שלאורך שנים רבות היה הר הבית מקום קדושה מרכזי, יש לו מאפיינים מיוחדים.

1 מלכים א, ב, כח-לד. הניסיון להיאחז בקרנות המזבח לא עזר ליואב, שנראה שמסך על כך שהיאחזות זו כן עזרה (באופן זמני) לאדוניה בן חגית, מתחרהו של שלמה על ירושת דוד (שם א א, ג-ג).

אולם השאלה סביב פתרונות להסדרת המקומות הקדושים אינה ייחודית לישראל או להר הבית. היא שאלה כללית, שהיבטים שונים שלה נדונו במדינות מסוימות ובנוגע למקומות קדושים מסוגים שונים. מטרת מאמר זה היא לתאר בקצרה את הבעיות השונות ואת ההסדרים השונים שהתקבלו בעולם בנוגע למקומות קדושים תוך מתן תשומת לב מיוחדת לסיווג המתחים הכרוכים בהם, ולהציג את הפתרונות המוצעים לבעיות אלו.

מאמר זה עוסק אפוא בשאלות ההסדרה מנקודת מבט השוואתית. בחלקו השני (מייד לאחר הקדמה זו) אעסוק בשאלת ההגדרה של מקום קדוש ואציג את סוגי הקונפליקטים המתעוררים סביב מקומות קדושים; בחלקו השלישי אנתח את הסיבות ואת הטעמים לקונפליקטים סביב מקומות קדושים; חלקו הרביעי יפרט את ההגנות המשפטיות על מקומות קדושים במקומות שונים בעולם; בחלק החמישי אסטה מעט מהניתוח העובדתי ואסביר מדוע ניתוח הזכויות הרגיל במדינה הרמוקרטיה הליברלית אינו מצליח להביא לפתרון בנושא המקומות הקדושים; חלקו האחרון של המאמר יציע שעל המדינה ליטול את האחריות לניהול מקומות קדושים ושעליה לעשות זאת תוך תשומת לב מיוחדת לבעיית המיעוטים הדתיים.

מהי ההגדרה של "מקום קדוש" נושא הדיון? כמובן, יש להבדיל בין ההגדרה הדתית הסובייקטיבית של המקום הקדוש בעיני המאמינים בקדושתו לבין ההגדרה החיצונית המשמשת את המדינה.

ג. הגדרת הבעיה: מקום קדוש והזכויות הכלולות בהגנה עליו

ההגדרה הדתית למקום קדוש מייחסת למקום גיאוגרפי מסוים משמעות דתית חיובית. המשמעות יכולה לנבוע מהשימוש העכשווי של מקום זה כמקום לתפילה או לטקס דתי מסוים. לחלק מהמקומות הקדושים משמעות היסטורית. כך למשל, מקומות המתוארים בכתבי הקודש או במסורת על פה של דת ככאלו שבהם קרה מעשה בעל משמעות דתית או לאומית חשובה הופכים ל"מקומות קדושים". פעמים שמאמיני אותה דת סבורים שבמקום מסוים מתאפשר קשר ייחודי בין האדם לאלוהיו, ולכן, ביצוע פעולה דתית מסוימת אפשרי רק במקום זה. כך

למשל מתארת מסכת יומא את עבודת הכהן הגדול ביום הכיפורים, היום היחיד בשנה אשר בו נכנס אדם אל המקום המקודש ביותר ליהדות: קודש הקדשים.²

לצרכים של הסדרה פוליטית במדינה ליברלית אין די בהגדרה דתית סובייקטיבית. השאלה מבחינת המדינה היא מהי המשמעות הפוליטית המיוחסת לאמונה הדתית. מקומות קדושים הדורשים הסדרה הם אלו שלגביהם מוכנים מאמיני דת מסוימת המייחסים להם קדושה להשקיע משאבים פוליטיים, חומריים, ואנושיים כדי לשמר את זהותם כמקומות בעלי משמעות לאותה דת.

מקום קדוש שונה מבחינת המדינה מאתרים אחרים שבהם מוכנים אנשים להשקיע משאבים כדי לקדם (מהבחינות ההיסטורית, התרבותית או הסביבתית). הטעם לכך הוא שתפיסת המאמינים בנוגע למקום הקדוש מתייחדת בשלושה מאפיינים שצירופם אינו קיים באתרים אחרים:

1. אתר אחוד – המאמינים רואים במקום הקדוש אתר שכל חלוקה שלו תפגע באופן משמעותי בערכו. ייתכן שחלקים מסוימים בו יהיו חשובים יותר מחלקים אחרים, אבל באופן עקרוני, כל פגיעה בו בכל מקום שהוא תגרע מקדושתו או מהחשיבות המיוחסת לו.

2. גבולות מוגדרים – אפשר לאתר את גבולותיו של המקום הקדוש, המגדירים את קדושתו.³

3. ייחודיות המקום – האתר הקדוש הוא מקום ייחודי שאי-אפשר להחליפו באתר אחר או בשוויו.⁴

כפי שאראה להלן, שלושת המרכיבים הללו בהגדרתו של אתר קדוש, הנובעים מהעמדה הדתית המיוחסת לו, הופכים כל קונפליקט בנוגע אליו קשה במיוחד לפתרון. בשל גבולותיו הברורים אי-אפשר להזיזו ממקומו; בשל מהותו האחדותית, כל חלוקה של השימוש בו היא פגיעה קשה במהותו כאתר "קדוש",

2 משנה, מסכת יומא, וכן ויקרא טז.

3 כמובן, קונפליקט עשוי להימנע אם שני הצדדים מגדירים את גבולות המקום הקדוש באופן שונה. ראו להלן בדיון בקדושת הר הבית.

ולכן קשה יותר לאזן בין תביעות מתחרות; מבחינת המאמינים אי-אפשר להחליפו בתמורה, וממילא, פתרונות כלכליים או דמוי-כלכליים אינם רלוונטיים לגביו. מקום שיש לו את התכונות האמורות הופך על פי הספרות העוסקת במשא ומתן "סוגיה בלתי-ניתנת לחלוקה" – מכשול בפני פתרון בדרך של משא ומתן.⁵

האם המרכיב הדתי הכרחי להגדרת מקום כקדוש? הספרות עוסקת בהתפתחות של מקומות קדושים "אזרחיים" המיוסדים על ידי המדינה המודרנית. בכלל מקומות קדושים אלו נמנים בתי קברות צבאיים, מצבות זיכרון ועוד כהנה דוגמאות למקומות בעלי מאפיינים של קדושה. ברור שגם סביב מקומות אלו עלולים להתגלע קונפליקטים, כאלו הדומים לקונפליקטים הדתיים וכאלו השונים מהם.⁶

בסעיף זה אתמקד בעיקר במקומות הקדושים בקדושה דתית. הקדושה החילונית, בגלל התפתחותה המאוחרת, מרוכזת באתרים שבנוגע אליהם יש פחות קונפליקטים. היא גם מייצגת לרוב את עמדת הרוב במדינה, וממילא יש פחות ניסיונות לנגוס בה. במקרים רבים ישנה נכונות רבה להתגמש סביבה, פשוט משום שעקרונות הקדושה החילונית פחות מקובעים ומעוצבים. מן הסתם יתפתחו עם השנים קונפליקטים גם סביב מקומות אלו. כמאמר זה לא אדון בהם באופן ישיר.

5 הספרות על התיאוריה של משא ומתן נרחבת מאוד. יסודה בתורת המשחקים, המתארת את התנהגותם של שחקנים רציונליים בפתרון בעיות. יש לה שימוש בפסיכולוגיה, בכלכלה, במשפט ובמדעי המדינה. כך למשל, השימוש של התיאוריה ביחסים בינלאומיים כדי להגדיר את דרך הפתרון המקובלת של בעיות בין המדינות. ראו למשל ABHINAV MUTHOO, BARGAINING THEORY WITH APPLICATIONS (1999); JACK S. LEVY & WILLIAM R. THOMPSON, CAUSES OF WAR (2010)

6 למשל, בפסק הדין ויכסלבאום, העוסק בכיחוב על מצבות צבאיות, מאתגרת ה"קדושה" האזרחית באמצעות מערכת ערכים ליברלית (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 [1993]). השוו לפסק הדין בעניין ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליון אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992), אשר בו נקבעת הזכות לכיחוב לועזי על מצבה בניגוד לעמדת הגוף הדתי שביצע את הקבורה.

.ד

קונפליקטים סביב מקומות קדושים

כאמור לעיל, לצורכי ההסדרה המשפטית חשובים במיוחד אותם מקומות קדושים שישנה מחלוקת בנוגע לשליטה או לשימוש בהם. בחלקו הראשון של תת-סעיף זה אדון בשלושה מרכיבים המגדירים את הקונפליקט סביב מקום קדוש.

ראשית, בשורש המחלוקת המתעוררת; שנית, במקומות הצפויים במיוחד למחלוקת; שלישית, סביב אילו זכויות היא מתעוררת. בחלקו השני של תת-סעיף אדון בגורמים המגבירים את הסיכוי למחלוקת סביב מקום קדוש; לבסוף אנסה להגדיר את הסוגיות שסביבן היא מתעוררת.

1. שורש המחלוקת המחלוקת סביב מקום קדוש עשויה לנבוע מכמה סיבות:

א. זהו מקום דתי שהוויכוח עליו נובע מצורך בשימוש בו, שאינו דתי – הקטגוריה הראשונה של מחלוקת היא כאשר מקום החשוב לדת מסוימת דרוש למדינה לצרכים שאינם דתיים. דוגמה עתיקה למחלוקת מעין זו היא המלחמה הקדושה השלישית ביוון העתיקה (356–346 לפני הספירה), שהוזכרה במבוא לסעיף זה. המלחמה נסבה בין השאר סביב השליטה במקדש אפולו בדלפי, שאוצרותיו שימשו את העיר פוקיס (Phocis) למימון המלחמה למשך תקופה ארוכה.⁷

עימותים מסוג זה נפוצים במיוחד כאשר מדינות מהגרים מודרניות נתקלות בטענות של קהילות ילידיות על קדושתם של אזורים מסוימים.⁸ במדינות מהגרים מודרניות אין בדרך כלל לקהילות הילידיות זכויות קנייניות מוכרות במקומותיהן

7 HASSNER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20.

8 דוגמה ידועה היא הפיתוח של אדמות הקדושות לילידים בצפון אמריקה (הילידים האמריקנים – Native Americans) לצרכים כלכליים ותרבותיים שונים. למשל, מקומות קבורה עתיקים הפכו בכמה מקומות למרכזים מסחריים. ראו למשל, Filipa Loannou, *San Dispute over Berkeley Project: Likely Sacred Indian Burial Site*, SAN FRANCISCO CHRONICLE (Jan. 14, 2017).

הקדושים.⁹ כמו כן, הטענות בעניין המקומות הקדושים נראות "חשודות" בעיני המהגרים משום שהן מבוססות על תפיסות עתיקות יותר של זכויות משפטיות.¹⁰ תפיסות אלו גם חשודות בעיני הרוב המהגר במדינה.¹¹ פעמים שהתביעות אינן מתועדות במסורות בכתב אלא בעל פה בלבד.¹² כך למשל, חלק מהשבטים הילידים בארצות הברית טוענים שהרים מסוימים הם מקור כוחו של השבט. מובן שאין לשבטים אלו בעלות על השטח, ומובן גם שהטענה נראית מוזרה ואקזוטית בעיניים מערביות.

9 המשפט בארצות הברית, למשל, אינו מכיר בזכויות הקנייניות של הילידים האמריקנים. ראו Angela R. Riley, *Indian Remains, Human Rights: Reconsidering Entitlement under the Native American Graves Protection and Repatriation Act*, 34 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 49, 83 (2002); William Bradford, *"With a Very Great Blame on Our Hearts": Reparations, Reconciliation, and an American Indian Plea for Peace with Justice*, 27 AM. INDIAN L. REV. 1, 27 (2002-2003). 1. כמוכך, חלק מההפליה נגד אותן קבוצות נובעת בדיוק מכך שצורת השליטה של הילידים האמריקנים באדמות בשטחי ארצות הברית הפכה חסרה כל משמעות משפטית, וממילא אפשר היה להזיזם ממקום למקום וללייחד את מגורייהם ל"שמורות". האמת היא שגם במקומות שבהם הכירו המהגרים המערבים בזכויותיהם הקנייניות של התושבים הילידים, בניו זילנד למשל, נעשה הדבר כנראה מחוץ מטרה "לקנות" מהם את הזכויות במהירות ובמחיר נמוך, ובכך להאיץ את ההתיישבות הקולוניאליסטית. ראו Stuart Banner, *Two Properties, One Land: Law and Space in Nineteenth-Century New Zealand*, 24 LAW & SOC. INQUIRY 807, 830-831 (1999)

10 הילידים באמריקה מייחסים קדושה ל-Devils Tower במדינת ויומינג. לפי האגדה, שבע אחיות מצאו מקלט על גבי הר כשברחו מדוב. ההר גדל עד שהאחיות הפכו לכוכבים בשמיים. ראו Charlton H. Bonham, *Devils Tower, Rainbow Bridge and the Uphill Battle Facing Native American Religion on Public Lands*, 20 LAW & INEQ. 157, 174 (2002). ראיית דברים זו מנוגדת כמוכך לתפיסה המקובלת במערב - הן הדתית הן המדעית.

11 אני משתמש במונח "הגירה" כאן באופן נרחב. אין כוונתי להגירה שהתבצעה לאחרונה דווקא. ראשוני האירופים היגרו לצפון אמריקה לפני יותר מחמש מאות שנה. אין הכוונה גם לקבוע שלמהגרים זכויות "פחותות" מאלו של התושבים הילידים. כוונתי רק לאתר תופעה של תרבויות מתנגשות סביב אותה פיסת ארץ. כמוכך גם שאין בכוונתי לטעון שהרוב היהודי בישראל הוא רוב "מהגר", שהרי הקשר בין היהדות לארץ ישראל הוא בן אלפי שנים.

12 ראו הדיון בגשר ליד העיר אדלייד באוסטרליה להלן הש"ש 39.

בחלק מהמדינות המוזכרות ניתנה הגנה חוקית, ולו גם מינימלית, למקומות הקדושים, כפי שיפורט להלן. הבעיה נוצרת כאשר מקום שהילידים מגדירים כקדוש נחוץ לפיתוחה ולקידומה של המדינה המודרנית. במקרה זה מתפתח עימות בין קהילת המהגרים לבין הקהילה הילידית.

ב. תחרות על המקום הקדוש – תופעה היסטורית ידועה היא שדתות "שואלות" מוטיבים זו מזו. מקום הקדוש לדת מסוימת היה לעיתים קרובות קדוש לדת קדומה יותר. במקרים רבים, הדת הקדומה אינה קיימת עוד. במקרים אחרים, שתי הדתות מייחסות קדושה לאותם מקומות. התוצאה היא "תחרות" בין שתי דתות שלכל אחת מהן דרישות דתיות בנוגע למקום הקדוש, העלולות לעמוד בסתירה זו לזו. הר הבית, או "חרם אל-שריף", הוא דוגמה לתופעה מעין זו. מקום הקדוש ליהדות הפך קדוש לנצרות ו"אומץ" בידי האסלאם כקדוש. ישנה טענה שבנוגע לכמה קברים בארץ ישראל התופעה קרתה גם במהופך.¹³

דוגמה מובהקת לאלומות הנובעת מתחרות על מקום קדוש לשתי דתות אירעה בעיר איודיה (Ayodhya) שבצפון הודו. ראשיתו של הסכסוך בשנת 1528, אז נבנה מסגד מוסלמי, כפי הנראה על גבי מתחם קדוש לדת ההינדו, שלפי המסורת ציין את מקום הקבורה של האל-מלך רמה. תחת השלטון הבריטי ניסו מאמיני ההינדו להקים מקדש ליד המסגד ולהתפלל סמוך אליו – ניסיונות שהבריטים מנעו לרוב.

עם עזיבת הבריטים החלו מאמיני ההינדו לפעול ביתר שאת. בשנת 1949, במהלך מהומות סביב המסגד, הוצבו בתוכו פסלים הינדים, וההינדים דרשו גישה אליהם. בשנת 1992 פרצו שוב מהומות סביב המסגד, שבמהלכן הוא נהרס אחרי שלמעלה ממאה וחמישים אלף איש צבאו עליו. במהומות שפרצו ברחבי הודו כתוצאה מהריסת המסגד מתו יותר מאלפי איש.¹⁴

13 דהיינו, היהדות שאבה את קדושת המקום ממסורת עתיקה אחרת. כך למשל חלק מהסברות בנוגע למקור קדושת קבר רחל.

14 Deepak Mehta, *The Ayodhya Dispute: Law's Imagination and the Functions of the Status Quo, in VIOLENCE AND QUEST FOR JUSTICE IN SOUTH ASIA* 291 (D. Mehta et al. eds., 2018)

ג. מקום קדוש כבסיס כוח – כאשר קבוצה לאומית אשר לה מקומות קדושים נאבקת בשלטון זר או ברוב השולט בה, היא משתמשת לעיתים במקומות קדושים כבסיס להתנגדות. המונח "בסיס" כאן משמש בשני מובנים: הראשון, בסיס פיזי. קבוצה דתית המתנגדת לממשלה יכולה לרכז כוח נגד הממשלה בתוך מקום קדוש או בסביבתו.¹⁵ לעיתים משתמשת הקבוצה הדתית במקום הקדוש לאחסון אמצעי לחימה, מתוך תפיסה שהמקום הקדוש מעניק הגנה מסוימת לאמצעי הלחימה, שכן הצד שכנגד יהסס לתקוף מקום קדוש, מטעמים דתיים ופרקטיים כאחד. נוסף על כך, מקום קדוש יכול להיות גם בסיס במובן הפוליטי המופשט. טענות סביב רצון השלטון לפגוע במקום קדוש או מסורות היסטוריות המייחסות למקומות קדושים סגולות הן דגל שסביבו אפשר לאגד את ההתנגדות לשלטון. דוגמה מובהקת לשימוש פוליטי וצבאי במקומות קדושים היא הקברים של האימאם עלי בעיר נג'ף ושל בנו האימאם חוסיין בעיר קרבלה שבעיראק. עלי וחוסיין הם מהדמויות הקדושות ביותר לאסלאם השיעי, שניות רק לנביא מוחמד. שניהם נהרגו במהלך המאבקים על השליטה באסלאם במאה השביעית. מקדשי הקבורה שלהם והמסגדים הגדולים שסביבם שימשו בסיס להתארגנות המרד השיעי נגד סדאם חוסיין בשנת 1991. קבר חוסיין גם היה אחד המעוזים האחרונים של המורדים באותו מרד, שבמהלך דיכוי הושמדו חלקים ניכרים מסביבת הקבר. צידו השני של המטבע הוא כאשר צד אחד של העימות תוקף מקום קדוש דווקא בשל החשיבות שהצד השני מייחס לו. אירוע מובהק בהקשר זה הוא התקפת הטרוריסטים המוסלמים ככעבה בשנת 1979, שכוונה לפגיעה משמעותית בלגיטימיות של השלטון הסעודי וביוקרתו כ"מגן המקומות הקדושים".¹⁶

15 למשל, בשנות השמונים התבצרו אלפי לאומנים מוסלמים סיקים במקדש הזהב בארמיסטר (עיר קדושה לסיקים בצפון הודו). ביוני 1984 הורתה ראשת ממשלת הודו לצבא ההודי לכבוש את המקדש (Operation Blue Star). כיבושו והריסתו החלקית תוך כדי הקרבות הביאו לחודשים של אלימות בהודו ולרציחת ראשת הממשלה בידי שומרי ראשה הסיקים.

16 ראו HASSNER, לעיל ה"ש 4. דוגמאות נוספות לכך הן השדמת פסלי בודהה בידי משטר הטליבאן. דוגמה אחרת היא התוכנית לפוצץ את כיפת הסלע, שהגו חלק מחברי המחתרן היהודית.

2. גורמים חגבידי קונפליקט

כמובן, לא בכל מקום קדוש – אפילו כזה שמתקיים לגביו אחד הטעמים המתוארים לעיל (משאב, תחרות או בסיס כוח) יתפתח קונפליקט.

הסיכון לכך שהוא יתפתח תלוי בשני גורמים נוספים: מרכזיותו של המקום הקדוש ומידת בלעדיותו או פגיעותו לשימושים אחרים.¹⁷

א. מרכזיות – אפשר למדוד מקומות קדושים לדתות על בסיס סולם של מרכזיות. לדתות רבות יש מדרג של קדושה. ביהדות יש מדרג של קדושה אשר בו הדרגה הנמוכה ביותר היא קדושתה של ארץ ישראל, והגבוהה ביותר היא קדושת קודש הקודשים.¹⁸ בקוראן נקבע מדרג קדושה למקומות שונים, המתבטאת ב"שוויה" של תפילה בכל אחד מהמקומות.¹⁹

ב. בלעדיות²⁰ – הגורם הנוסף בהיווצרות הקונפליקט הוא התחרות על המקום הקדוש. כלומר, המידה אשר בה הטענה בדבר קדושת המקום אינה מאפשרת יותר משימוש אחד, בשילוב עם צורך אחר (דתי או אחר) בשימוש באותו מקום, או לחלופין, שהגורם המתחרה על המקום הקדוש אינו מאפשר את הפרקטיקות הדתיות הרלוונטיות. התחרות עשויה להיות מבוססת על כך שהמקום קדוש לכמה דתות. היא יכולה להיות תחרות על משאב, ולהתבסס על כך שהדת שהמקום קדוש לה מונעת גישה למקום המסוגל לשמש אנשים מדת אחרת לצרכים אחרים. תחרות יכולה גם לנבוע מכך שקדושה לדת אחת "גוררת" קבוצות אחרות להציב דרישות דתיות או פוליטיות בנוגע לגישה לאותו מקום.

במקומות רבים, המרכזיות והבלעדיות הן תופעות המשלימות זו את זו. יתר על כן, ייתכן שמרכזיותו של מקום לדת אחת היא היוצרת את הרצון של קבוצות

17 Hassner, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33.

18 משנה, כלים א, ו"ט.

19 תפילה בכעבה שווה אלף תפילות; בירושלים, חמש מאות תפילות, וכן הלאה.

20 יצחק אנגלרד סבור ששאלת הבלעדיות היא החשובה ביותר בהגדרת המקום הקדוש. כמפורט כפרק זה, אני מסכים כמובן שהבלעדיות חשובה, אבל ברור שאיננה הסוגיה היחידה או אף המרכזית המייחדת את המקום הקדוש. ראו Izhak Englard, *The Legal Status of the Holy Places in Jerusalem*, 28 Isr. L. Rev. 589 (1994)

אחרות להיאבק עליו. עם זאת, יכולים כמובן להיות מקרים שבהם זהו מקום מרכזי לדת אחת שאין לגביו תחרות אמיתית עם דתות אחרות או עם שימושים אחרים, שכן אין טענה לבלעדיות. יכול כמובן גם להיות מצב אשר בו ישנה תחרות על מקום קדוש, אבל מקום זה אינו גבוה מאוד במדרג הקדושה של אחת הקבוצות או שתייהן. במקרים אלו, הסיכויים לפריצת סכסוך סביב המקום הקדוש נמוכים יותר, ולפיכך מידת ההגנה הנדרשת עליו קטנה יותר.²¹

3. נושאי המחלוקת

מחלוקת סביב מקומות קדושים מתעוררת סביב כמה סוגים של זכויות או הגנות. ההגנה הבסיסית ביותר היא לעצם קיומו של המקום. יש מקרים

שבהם צד אחד של המחלוקת מבקש להרוס את המקום הקדוש לדת אחרת. כך למשל בסכסוך בהודו סביב המקדש המוסלמי, שהוקם לטענת ההינדים על מקום הולדתו של האל רמה; כך למשל במקרה של פעילי המחתרת היהודית שביקשו לפוצץ את כיפת הסלע שעל הר הבית. הפגיעה בקיומו של המקום הקדוש אינה חייבת לכלול את השמדתו הפיזית. פעמים שפעולות מסוימות סביב המקום הקדוש גורמות לכך שהוא לא יתאים עוד למטרתו הרוחנית.

בעיה מסדר שונה היא שאלת הגישה למקום הפולחן והשימוש בו למטרות דתיות. תחרות דתית מובילה לחסימת יכולתם של בני דת מסוימת להשתמש במקום קדוש למטרות דתיות. השימוש יכול להיחסם מבחינה פיזית בידי בני דת אחרת המחזיקים במקום הקדוש ומונעים את הגישה אליו ממאמינים אחרים או בכך שבמקום נוצרת פרקטיקה שאינה מאפשרת לבני דתות מסוימות להשתמש בו למטרות דתיות. למשל, העמדת פסלים במקום הקדוש גם למוסלמים מונעת מהם את האפשרות להשתמש בו כמקום תפילה. הטענה ה"קיצונית" ביותר בהקשר זה

21 דוגמה לתחרות מעין זו היא בפרשה המסגד הגדול בבאר שבע, שחידון להלן. ראו בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדווים בישראל נ' עירית באר שבע (22.6.2011).

היא שעצם המעבר במקום קדוש והשימוש התיירותי בו פוגעים במהותו הקדושה והופכים את קיום הפרקטיקה הדתית בו לבלתי אפשרית.²²

ההגנה המשפטית על המקומות הקדושים מעוגנת בכמה רמות: ראשית, ישנה התייחסות מסוימת להגנה זו במשפט הבינלאומי; שנית, חלק מסוים מההגנה על המקומות הקדושים כלול בהגנות חוקתיות במדינות שונות; לבסוף, מדינות שונות מסדירות את ההגנה על המקומות הקדושים בהוראות חוק ספציפיות.

ה. ההגנה המשפטית על המקומות הקדושים

1. המשפט הבינלאומי
אמנות שונות במשפט הבינלאומי כוללות הגנה על חופש הפולחן, אבל לא התייחסות ספציפית למקומות קדושים.²³ התייחסות מפורשת למקומות קדושים בהסכם בינלאומי רב־צדדי מופיעה רק באמנה העוסקת בהגנה על נכסי תרבות בעת לחימה.²⁴ באמנה זו התחייבו המדינות באופן כללי להימנע מלתקוף נכסי תרבות בעת לחימה אלא במקרים ספציפיים המוגדרים באמנה (למשל: אם הם משמשים עמדות ירי). ב"נכסי תרבות" כלולים גם מקומות קדושים, ככל שהם עומדים בתנאי האמנה.²⁵ אמנות בינלאומיות דו־צדדיות מתייחסות לעיתים לסכסוך קונקרטי בין מדינות בנוגע למקומות קדושים.²⁶

22 ראו Bonham, לעיל ה"ש 10.

23 למשל, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 1040, 16 בדצמבר 1966, אושרה בידי ישראל ב־3 בינואר 1992). סעיף 18(1) לאמנה קובע כי "לכל אדם הזכות [...] לחופש הדת".

24 אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות בעת לחימה (14 במאי 1954).

25 סעיף 1 לאמנה מגדיר "נכסים בעלי חשיבות רבה למורשת של העמים" כנכסי תרבות.

26 סעיף 9 לחוזה השלום בין ישראל לירדן קובע ששתי המדינות יאפשרו גישה למקומות בעלי "משמעות דתית". אותו סעיף מכיר גם במעמדה המיוחד של ירדן "במקומות קדושים מוסלמיים בירושלים".

בבתי המשפט הבינלאומיים התנהלו מעט מאוד דיונים משפטיים בדבר ההגנה על מקומות קדושים. גם כשהתנהלו, עיקר המחלוקת כמעט מעולם לא היה על שאלת המקום הקדוש עצמו.²⁷

2. זכויות חוקתיות
חופש הפולחן מוגן בשורה ארוכה של חוקות והסדרים מדינתיים. בפועל, היקף ההגנה הניתן למקום הקדוש כתוצאה מהזכות לחופש הפולחן קטן למדי.

כך למשל, עיגונה של הזכות לחופש הפולחן בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית הוא עיגון חזק, שלכאורה אינו ניתן להגבלה אלא במקרים קיצוניים ביותר. עיגון זה הביא להתמקדות הניסיונות להגנה על המקומות הקדושים בארצות הברית בזכות זו.²⁸ הדיונים המרכזיים בנושא בארצות הברית התנהלו על רקע תביעות של ילידים-אמריקנים שטענו שפיתוח תירותי או יזמי של אזורים שונים בארצות הברית פוגע בקדושתם של מקומות אלו לפי המסורת הילידית.

אלא שפסקי הדין המרכזיים בנושא בארצות הברית הגבילו מאוד את הזכות לחופש הפולחן בהקשר להגנה על מקומות קדושים. בפסק הדין המרכזי בנושא, בעניין *Lyng*,²⁹ נקבע שעקרון חופש הפולחן מחייב את המדינה לא לכפות על

27 בפסק הדין של בית הדין הבינלאומי בתביעה של קמבודיה נגד תאילנד בשנת 1962 דחה בית הדין הבינלאומי את התביעה על בסיס עקרון ההתיישנות הדינית. ראו *Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, Cambodia v. Thailand* (ICJ, 26 May, 1962). פסק דין נוסף הוא פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בתביעה של קפריסין נגד טורקיה, אשר בו נקבע שמגבלות על התנועה של קפריסאים פגעו בין השאר גם ביכולתם להגיע למקומות הפילה שלהם, ובכך בחופש הפולחן שלהם, המוגן על ידי האמנה האירופית לזכויות אדם. ראו *Cyprus v. Turkey*, 35 Eur. Ct. H. R. 30 (2002).

28 התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית קובע כי - "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof"

Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n, 485 U.S. 439, 29 (1988) (להלן: עניין *Lyng*) 441-42

האזרח, באופן ישיר או בעקיפין, פרקטיקה או אמונה דתית מסוימות ולאסור עליו להאמין או לבצע פרקטיקות דתיות, ולהגן עליו מאכיפה כזאת בידי פרטים. עקרון חופש הפולחן אינו מחייב את המדינה לכלכל את ענייניה או להגביל את פעולתה באופן שבו שום אמונה דתית לא תיפגע.³⁰

חופש הפולחן גם אינו כולל הגנה על מקומות קדושים שהמאמין הדתי אינו נדרש לקיים בהם פולחן מסוים. פעמים רבות, המקום הקדוש אינו דורש גישה של המאמין או את קיומה של פרקטיקה דתית מסוימת באותו מקום.

הגנה דתית מסוג אחר ניתנת במדינות רבות. בסיסה הוא שימור המקומות הקדושים, כולל איסור חילולם, ובמקרים מסוימים, הגנה על הגישה אליהם.

3. הגנה פני פגיעה

דוגמה להגנה מעין זו היא חוק השמירה על המקומות הקדושים הישראלי. החוק קובע 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.³¹

סוג הגנה נוסף על מקומות קדושים בישראל מעוגן בחוק הפלילי האוסר על חילול מקומות קדושים. סעיף 170 לחוק העונשין קובע כי –

30 שם, עמ' 448: "The Free Exercise Clause affords an individual protection from certain forms of governmental compulsion; it does not afford an individual a right to dictate the conduct of the Government's internal procedures"

31 חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967.

ההורס, מזיק או מחלל מקום פולחן, או כל עצם המוחזק מקודש לקהל אנשים, בכוונה לבזות דתם, או ביודעין שהם עשויים לראות במעשה זה עלבון לדתם, דינו מאסר שלוש שנים.

הגנה דומה ישנה גם בהודו. שם קובע החוק הפלילי איסור דומה מאוד לחוק הישראלי.³²

חשוב לראות שגם בנוגע להגנות אלו נרתעים בתי המשפט באופן כללי מהפעלת החוק באופן הכופה על הממשלה צורת התייחסות מסוימת למקום קדוש ושוללת את סמכות החלטתה. בישראל, למשל, בית המשפט העליון נזהר מאוד בהפעלת החוק בכל הנוגע להר הבית ולזכויות התפילה בו, כנראה בעיקר בשל חוסר הרצון להתערב בשיקול הדעת המדיני בנוגע לניהול אתר זה.³³

בהודו הוצעה תוכנית לכרות תעלה עמוקה במצר שבין סרי לנקה לדרום הודו, שבחלקו רדוד ביותר. תעלה זו הייתה צפויה להזויל מאוד את עלויות הסחר הימי בדרום הודו, שכן היא הייתה אמורה לקצר באופן משמעותי את נתיבי הסחר. בכך הייתה התעלה אמורה להרים תרומה משמעותית לכלכלה ההודית. עם פרוסום התוכנית התעוררה התנגדות רבה לה. מאמינים הינדים טענו שהמקום

32 אין זה מפתיע, שכן הבריטים הם שניסחו את החוק המקורי בשני המקרים. סעיף 295 לקוד הפלילי ההודי קובע כי -

Whoever destroys, damages or defiles any place of worship, or any object held sacred by any class of persons with the intention of thereby insulting the religion of any class of persons or with the knowledge that any class of persons is likely to consider such destruction, damage or defilement as an insult to their religion, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to two years, or with fine, or with both.

33 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970).

שבו תוכננה התעלה הוא "גשר" שבנייתו מיוחסת בספרות הרתית ההינדית לאל רמה, שעבר עם צבאו בין הודו לסרי לנקה.³⁴

הפגיעה הנטענת כאן איננה בזכות מסוימת של פולחן אלא בשימור מקום קדוש בשל קדושתו גם אם אין לו קשר למקום תפילה ופולחן מסוימים. אכן, בית המשפט ההודי סירב לאסור את כריית התעלה, בטענה שאין מדובר כאן בהגנה על חופש הפולחן.³⁵

פתרון אחר, שהתקבל בכמה מדינות, בעיקר בנוגע להגנה על מקומות הקדושים לדתות של ילידים, הוא הטלת האחריות להגנה על הממשלה. סוג אחד של הגנה, הנהוג בעיקר בארצות הברית, היא זו הניתנת לאדמות השייכות לממשלה הפרדלית;³⁶ סוג שני של הגנה, הנהוג בניו זילנד³⁷ ובאוסטרליה,³⁸ הוא יצירת רשימה של מקומות קדושים המוגנים ברמה כזו או אחרת בידי סוכנויות ממשלתיות. במקומות אלו צריכות הרשויות לאזן בין הדרישות של הילידים לבין צורכי הפיתוח הכלליים. בתי המשפט נוטים בדרך כלל בפסיקתם להעדיף את צורכי הפיתוח.³⁹

34 Christian H. Brill, *Holy Places in Unholy World: Will Religious Beliefs Halt India's 'Suez of the East'?*, 35 N.C. JOUR. OF INT'L L. & COM. REG. 447 (2010).

35 בסופו של דבר נטשה כפי הנראה ממשלת הודו את החוכנית, מסיבות פוליטיות.

36 להגנה הניתנת למקומות קדושים המצויים על אדמות פדרליות ראו Brill, **לעיל** ה"ש 34.

37 ראו 9 & 6(f) Resource Management Act 1991, (הקובע מגבלות על השימוש בכל אתר בעל חשיבות היסטורית), וכן Heritage New Zealand Pouhere Taonga Act 2014 (המגדיר אתרים הקדושים למאורים כאתרים בעלי חשיבות היסטורית).

38 משנות השבעים העבירו במחוזות שונים באוסטרליה חוקים המגינים על זכויות האבוריג'ינים בקרקעות המקודשות להם. לרשימה מלאה של החקיקה ראו Brill, **לעיל** ה"ש 34.

39 בנוגע לארצות הברית ראו עניין *Lyng*, **לעיל** ה"ש 29; בנוגע לניו זילנד ראו *Watercare Services Ltd. v Minhinnick*, [1998] 1 N.Z.L.R. 294, 307 (C.A.) (בית המשפט לערעורים של וולונגטון אישר את ההחלטה לבנות צינור ביוב העובר באתר הקדוש למאורים. הוא קבע שקדושתו של האתר המאורי וחשיבותו ההיסטורית צריכות להישקל אל מול צרכי בריאות ובטיחות, וכאשר אלו חשובים במיוחד, ההגנה על האתר ההיסטורי

לסיכום: מדינות דמוקרטיות ליברליות נוקטות חקיקה מסוגים שונים להגנה על מקומות קדושים. עם זאת, מידת ההגנה שהחוקים מספקים מוגבלת. בתת-הסעיף הבא אנסה להסביר מדוע ההגנה המשפטית שהמדינה הדמוקרטית הליברלית מספקת, מוגבלת.

נטייתה של המדינה הליברלית היא להשתמש בכוחה המסדיר רק במידה המינימלית הנדרשת. רתיעתה מהתערבות במקומות קדושים מועצמת מכך שזוהי סוגיה דתית. מאז ראשית תקופת הנאורות נרתעת המדינה הליברלית מהתערבות בסוגיות דתיות. הטעמים לכך רבים ושונים, אבל

כולם מובילים אותה לרתיעה מפני התערבות בוטה בסוגיות דתיות.⁴⁰

כל הגורמים הללו מובילים את המדינה הליברלית לנסות לא להתערב בסוגיות המקומות הקדושים ולא לכפות הסדרים שונים בתחום זה. בתת-סעיף זה אבחן את ההנמקות האפשריות להגנה על המקומות הקדושים ואראה שההנמקות

א. הטעמים להגנה המוגבלת על המקומות הקדושים במדינה הדמוקרטית-ליברלית

נסוגה מפניהם). נראה שהדיון המורכב ביותר בהקשר זה היה סביב בניית הגשר לאי וינדמרש (Windmarsh Island). האי הוא אתר נופש הסמוך לאדלייד שבדרום אוסטרליה. הבעלים של מלון באי ביקשו להקים גשר בין העיר לאי. קבוצת נשים אבוריגיניות טענו שהקמת הגשר פוגעת בדתן, אבל סירבו לפרט את טענתן בפומבי משום שעל פי המסורת אפשר לגלות את אופי הפגיעה רק לנשים. השר המוסמך על פי החוק האוסטרלי מינה אישה לבדוק את הטענה, וזו המליצה לקבלה. השר פעל על פי החוק הרלוונטי, The Heritage Protection Act (1984), בלי לראות את הדוח בעצמו, שכן הוא גבר ולפיכך אינו יכול להיות חשוף למידע, ואטר את הקמת הגשר. בית משפט פדרלי אוסטרלי קבע שפעולתו של השר פסולה, שכן הוא פעל בלי להיות חשוף לחומר הרלוונטי. ראו, *Tickner v. Chapman*, 57 F.C.R. 451 (1995). ועדה ממשלתית קבעה מאוחר יותר שהטענה הדתית לא הייתה מבוססת. הפרלמנט האוסטרלי תיקן את החוק והחריג מסמכותו של השר את היכולת למנוע בניית גשרים. בית המשפט הגבוה באוסטרליה קבע שהחוקן לחוק התקבל כראוי. ראו *Kartinyeri v. Commonwealth* (1998) 195 CLR 337

המקובלות אינן מספקות הגנה נרחבת, וממילא, הגישה השלטת במשפט היא גישת חוסר ההתערבות.

הבעיה היא שגישה זו יוצרת כר פורה למחלוקות ולאלימות. בשל כך נאלצת בסופו של יום המדינה הדמוקרטית הליברלית, בניגוד לנטייתה הבסיסית, להתערב בהגנה על המקומות הקדושים.

כל זמן שמקומות קדושים המייצגים את תפיסת הרוב זוכים להגנת המדינה מפני פיתוח הקרקע (למשל, באמצעות מימון אחזקתם ושימורם) הם אינם יוצרים בעיה כלשהי.⁴¹ הבעיות צצות כאשר המקומות הקדושים הנפגעים הם אלו של המיעוט או כאשר ישנה התנגשות בין "קדושות" של הרוב ושל המיעוט, אשר בה המדינה מעדיפה את זכויותיה של קבוצה אחת על פני זכויותיה קבוצה אחרת. מקרים אלו מחייבים דיון בשיקולים המעורבים בנושא. טענתי המרכזית היא שהגישה הבלתי־מתערבת, סופה שהיא מביאה להתערבות.

1. חופש הפולחן
כפי שהראיתי לעיל בתת־הסעיף הקודם, למקומות הקדושים ניתנת מידה מוגבלת מאוד של הגנה מכוח הזכות לחופש הפולחן.

את ההצדקה להגנה המוגבלת שמעניק עקרון חופש הפולחן למקומות הקדושים מביאים דניאל סטטמן וגדעון ספיר.⁴² לדעתם, הזכות לחופש הפולחן מבוססת על הזכות לחופש המצפון. חופש המצפון הוא זכות מוגבלת מאוד, המגינה על אדם מפני כפייה על ידי המדינה רק כאשר ישנה פגיעה בעקרונותיו העמוקים ביותר, עקרונות שהוא אינו מוכן לוותר עליהם למרות לחץ מדינתי. מספר העקרונות הללו מוגבל מן הסתם, ולכן גם היקף הזכות לחופש המצפון, ולחופש הפולחן והדת, הנובעים ממנה, מוגבל ביותר.

41 ישנן כמובן מדינות שבהן חל איסור על המדינה להתערב בכל שאלה דתית (כמו ארצות הברית). בארצות אלו יהיה מימון המקומות הקדושים לדת בעייתי יותר.

42 דניאל סטטמן וגדעון ספיר, דת ומדינה בישראל: עיון פילוסופי משפטי 122 (2014).

ישנו ויכוח משמעותי בשאלת היכולת של בתי משפט חילוניים לבחון את מידת הפגיעה בחופש הדת. בפסיקה האמריקנית מובא בפירוש שאין בידי בתי המשפט לבחון זאת.⁴³ אולם עמדה זו מתעלמת משורה ארוכה של פסיקות שאפשר להבינן על רקע העובדה שבעיני בית המשפט, השאלה נגעה ב"פריפריה" של חופש הדת. נראה שאם אכן מבקשים לברר את עוצמת הפגיעה בחופש הדת כדי לברר אם הפגיעה פסולה בשל כך, אין ברירה אלא לבחון את עוצמתה.⁴⁴

בנוגע למקומות הקדושים, מספר המקומות שבהם יכול המאמין לקבוע באמת ובתמים שמדובר בכפייה נגד פרקטיקה דתית "עמוקה" כפי שהגדרתי לעיל, נמוך מאוד. תפילה דתית במקום מסוים עשויה אולי ליהנות מהילה או מחשיבות מסוימת, אבל מספר המקרים שבהם יכול אדם לטעון שהוא יכול לקיים את מצוות דתו רק במקום מסוים מוגבל מאוד.

כמובן, אם סף המבחן לפגיעה בחופש הפולחן כה גבוה, יהיו מקרים מעטים בלבד שבהם אכן נוכל לקבוע שחופש הפולחן נפגע. ברוב המקרים, הקביעה תהיה שחופש הפולחן לא נפגע, או על כל פנים נפגע באופן שאינו מצדיק את התערבות המדינה.

יתר על כן, גם במקומות שבהם נמצא שהפגיעה במקומות הקדושים היא פגיעה בחופש הפולחן, בית המשפט מאזן די בקלות את הזכות אל מול אינטרסים אחרים של הרשות. כך למשל נקבע בפרשת "המסגד הגדול" בבאר שבע שאת הפגיעה בחופש הפולחן יש לאזן אל מול שיקולים של סדר ציבורי.⁴⁵

ברור שכשישנה תחרות בין שתי דתות על גישה למקום מסוים, וכל אחת מהן (או אפילו רק אחת מהן) טוענת לבלעדיות על קדושת המקום, שאלת חופש הפולחן

43 עניין *Lyng*, לעיל ה"ש 29.

44 לדין נרחב ראו סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 42, בעמ' 139-143.

45 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדווים בישראל נ' עירית באר שבע (22.6.2011) (להלן: עניין הבדווים). ראו את הדיון בפסק הדין להלן בגוף הטקסט ליד ה"ש 62.

אינה יכולה לסייע לפתרון הבעיה. חופש הפולחן נטען על ידי שתי הדתות, וממילא אין סיבה לכך שדת אחת תקבל עדיפות על פני האחרת.⁴⁶

2. הפגיעה ברגשות דתיים
 טעם אחר להגנה על המקומות הקדושים הוא ההגנה מפני פגיעה ברגשות הדתיים. לכאורה, ההגנה מפני פגיעה ברגשות מתאימה בדיוק להגנה על המקומות הקדושים, שכן הפגיעה במקום קדוש, כל זמן שלא מנעה הגישה אליו לחלוטין, נראית כפגיעה ברגש הדתי יותר מאשר כהגבלה על פעולה דתית כלשהי.

אכן, נראה שהטעם העומד מאחורי חלק מהחקיקה שתוארה לעיל, דוגמת חוק השמירה על המקומות הקדושים הישראלי או האיסור הכלול בחוק העונשין הישראלי, נסב סביב פגיעה ברגשות.

הניתוח הליברלי של פגיעה ברגשות דתיים מעניק להם מעמד מוגבל בלבד. כך למשל סבורים סטמן וספיר שההגנה על רגשות דתיים מוצדקת, אבל מוגבלת למקרים שבהם הפגיעה ברגש הדתי מכוונת או למקרים שבהם אין הצדקה אחרת לפגיעה ברגשות. לטענתם, במקרים שבהם אין מדובר בפגיעה מכוונת או כאשר יש טעם לגיטימי חזק לפגיעה, אין מקום להגן מפני פגיעה ברגשות.⁴⁷ אבל לטענתם, כאשר התנאים הללו אינם מתקיימים, אין מקום להגנה מיוחדת על מקומות קדושים.⁴⁸

כפי שהבאתי לעיל, הבעיה בהגנה המשפטית על מקומות קדושים היא שגם אם תתקבל טענה בדבר פגיעה ברגשות, היא עשויה להיות מוצדקת הן מטעמי

46 ראו למשל פרשת המחלוקת בין הנזירים הנוצרים-קופטים לבין הנזירים הנוצרים-אחיופים על השליטה בקפלוה ליד כנסיית הקבר, שנדונה בבג"ץ 188/77 המוטראן הקופטי האורתודוקסי של הכסא הקדוש בירושלים ובמזרח הקרוב נ' ממשלת ישראל (1979). ראו להלן בגוף הטקסט דיון ליד ה"ש 66.

47 סטמן וספיר, לעיל ה"ש 42, בעמ' 164-166.

48 Statman & Sapir, לעיל ה"ש 40.

תחרות עם דרישה דתית נוגדת הן מטעמי איזון בין זכויות. בשל כך קשה לראות בפגיעה ברגשות טעם היכול להצדיק התערבות משמעותית בנושא ההגנה על מקומות קדושים.

3. הזכות לתרבות
שיח הזכויות מעלה אפשרות נוספת להגנה על מקומות קדושים: הזכות לתרבות. הזכות לתרבות היא זכות קולקטיבית, וככזאת היא נראית מתאימה להגנה על זכותם של ציבורים דתיים להגנה על מורשתם.

אכן, עבודתו של גדעון ספיר בנושא דת ומדינה מדגישה במיוחד את נושא הזכות לתרבות כרלוונטית להגנה על מיעוטים דתיים.⁴⁹ אלא שספיר (בעבודה זו ובעבודתו המשותפת עם דניאל סטטמן) מגביל את הזכות לתרבות בכמה מגבלות המטילות ספק באפשרות לשימוש משמעותי בה בהגנה על מקומות קדושים.

ראשית, ספיר וסטטמן סבורים שההגנה על הזכות לתרבות חזקה במיוחד כאשר זוהי הגנה על מיעוטים. זכותו של הרוב לתרבות זקוקה להגנה פחותה, או כמעט לא, משום שהמדינה הליברלית מגינה על הזכות לתרבות כזכות של הקבוצה ה"מפסידה" בוויכוח הציבורי להמשיך להתקיים ולשמר את תרבותה ההיסטורית, הלשונית והדתית.⁵⁰

מאותו טעם סבורים ספיר וסטטמן שעל הזכות לתרבות להיות מוקנית רק לגרעין הפרקטיקה הדתית, אותו גרעין שבלעדיו לא תצליח תרבות המיעוט להתקיים.⁵¹ כפי שכבר הבאתי לעיל, במקרים רבים, המקום הקדוש אינו גרעין הפרקטיקה הדתית, וממילא, לפי הצדקה זו ייתכן שהוא לא יזכה להגנה כלל.

Gidon Sapir, *Religion and State: A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579 (1999)

50 סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 42, בעמ' 127-129.

לבסוף, בהיעדר קבוצת רוב וקבוצת מיעוט "ברורות", התחרות סביב המקום הקדוש לא תוכרע באמצעות הדיון בזכות לתרבות.

4. בעיית השימוש באיזונים
 גם אם ההגנה על המקומות הקדושים תוכר כמוצדקת על פי כל אחת הזכויות המובאות לעיל, היא תהיה חלקית בלבד. ככל זכות, גם ההגנה על המקומות הקדושים (מכל אחד מהטעמים המובאים) צריכה להיות מאוזנת אל מול צרכים אחרים. בשל כך, השימוש בה יבחן לעולם אל מול הפגיעה שהיא תגרום לזכות או לאינטרס אחרים. השאלה אפוא איננה רק ההגנה על המקום הקדוש אלא גם מידת ההגנה הניתנת. סביר להניח שניתוח מידתיות, כפי שתואר לעיל, לא יספק את המאמינים המבקשים את ההגנה על המקום הקדוש, שכן לתפיסתם, קדושתו של המקום אינה ניתנת לחלוקה ולאיוון. גם מטעם זה, ההגנה הניתנת למקומות הקדושים באמצעות ניתוח הזכויות בעייתית מאוד.

דוגמה לאיוון מעין זה עלתה בבית המשפט העליון בפרשת הקמת מוזאון הסובלנות במתחם בית הקברות המוסלמי במרכז ירושלים.⁵² העותרים בפרשה זו טענו שהבנייה במתחם בית הקברות היא פגיעה ברגשותיהם הדתיים. בית המשפט קיבל את הטענה,⁵³ אבל איוון בין הפגיעה בכבוד המת לבין הצורך הציבורי בהקמת המוזיאון. בית המשפט מצא שאפשר להתיר את הבניה במתחם בית הקברות, והתנה זאת בהעתקת הקברים או בשימוש בשיטת בנייה הממזערת את הפגיעה בקברים.

שיטת האיזונים מתאימה לתחרות בין זכויות לאינטרסים, אבל אינה מספקת פתרון לבעיות אמיתיות של פגיעה במקומות קדושים. חוסר היכולת "לסחור" במקום הקדוש היא חלק מהגדרתו. המאמינים אינם יכולים "לאזן" בין הזכויות

52 בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי הקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon (29.10.2008) Wiesenthal Center Museum Corp.

53 שם, טעין 173 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ולקבל זאת. כמובן, אין זה אומר שבית המשפט צריך להסיר ידיו מכל דיון באיזון בין זכויות. כאשר זהו מקום שרמת קדושתו הדתית פחותה יכול בוודאי בית המשפט לקבוע פתרון מתוך ודאות סבירה שגם פגיעה במקום הקדוש הדתי לא תביא לאלימות רבה. אלא שככל שמדובר במקומות קדושים בעלי מרכזיות רבה יותר, הסיכון שהטענה הדתית תתלקח לכלל פעילות אלימה עולה כמובן.

5. לְטִיּוֹם הניתוח שהובא לעיל מביא למסקנה שהמשפט הנוהג במדינה דמוקרטית ליברלית מתקשה להעניק הגנה משפטית יעילה למקומות קדושים. לפי אותו היגיון, במקרה של תחרות בין דתות שונות על מקום קדוש, המדינה חסרה אמות מידה להכריע ביניהן. עמדה זו נראית לי בעייתית. ראשית, לסכסוכים סביב מקומות דתיים פוטנציאל נפיץ, ולפיכך ראוי שהמשפט יקבע עמדה בנושא; שנית, הניתוח כפי שנעשה עד כה מתעלם מהבעיה המרכזית: בעיית אי-השוויון. אפנה כעת לניתוחה.

6. מדינה, דת ואִ־שוויון הגישה הליברלית ליחסי דת ומדינה, שהובאה לעיל, מבקשת לתמוך את התערבותה של המדינה בהגנה על מקומות קדושים בטיעונים מתחום הזכויות, מנקודת מוצא שלפיה המדינה עצמה ניטרלית בנוגע לשאלות דת. ייתכן שגישה זו מייצגת את המודל האידיאלי של המדינה הליברלית חסרת הפניות, אבל בוודאי אינה מייצגת חלק ניכר ממדינות הלאום. במדינות רבות, ובהן גם מדינת ישראל, זהותה של המדינה אינה רק זהותה הליברלית אלא כוללת גם מרכיב של זהות לאומית כביטוי להגדה עצמית לעם מסוים. ככל שלעם זה ישנה זהות דתית, הדת היא חלק מהמדינה ולא גורם חיצוני לה. בשל כך, מדינות רבות, כולל מדינות ליברליות, כוללות סמלים דתיים מסוימים בפעולותיהן. כך למשל, מלכת אנגליה היא גם ראשת הכניסה האנגליקנית, ומדינות שונות באירופה מוגדרות כ"מדינות נוצריות". מובן שלאורך השנים הדת הייתה בסיס למדיניות כופה של המדינה ולשלילת זכויות ממיעוטים דתיים ומאחרים. אבל

העובדה שמעמד הדת נוצל לרעה אין משמעותה שאפשר לנתק את זהותה של המדינה מזהות דתית מסוימת.

כפי שהראיתי לעיל, הגישה הליברלית מספקת פתרון חלקי בלבד לבעיית המקומות הקדושים. לעומת זאת, אם הדת היא חלק מזהותה של המדינה, השמירה על מקומות קדושים היא חלק ממהותה, לפחות כאשר זו דת של רוב אזרחיה.

התעלמות ממרכיב חשוב זה בתרבותן של מדינות רבות גורמת לעיוות בתפיסת המציאות בהן. ככל שהדת מעורבת יותר בזהותה של המדינה, סביר יותר שהשמירה על המקומות הקדושים בה תידון כדיון של זהות ולא כדיון של זכויות. המדינה לא תפעיל כאן "זכויות משפטיות" כאשר תיישב בין הצדדים, אלא מנגנוני הסדרה אחרים.

אולם המנגנון אשר בו המדינה תומכת בזכויות של קבוצה אחת הוא אותו מנגנון המחייב אותה כלפי דת שאינה דת הרוב. לבחינת שאלה זו אעבור כעת.

7. המיעוט וזכויותיו במקומות קדושים בחברה אוטופית דתית, או בחברה שבה אין כמעט מיעוטים דתיים, ייתכן שהעובדה שדת היא חלק מהמדינה לא תגרום כל אפליה כלפי קבוצות אחרות. אלא שבמדינות רבות מאוד בעולם ישנם מיעוטים לאומיים ודתיים משמעותיים.⁵⁴ אם המדינה תומכת בדת מסוימת כחלק מזהותה, ישנו חשש שהיא תעדיף את דת הרוב על פני דת המיעוט.

כל זמן שמדובר במצב של קידום המקומות הקדושים לרוב וקידום מקביל של מקומות החשובים למיעוט אין בכך כל בעיה. יתר על כן, יש רגליים לטענה שהמיעוט הדתי במדינה בעלת זהות דתית מובהקת מוכן לקבל עדיפות מסוימת

54 המידע המקיף ביותר בנוגע לאפליית מיעוטים דתיים מפורסם בדוח שנתי של משרד החוץ האמריקני (Report on International Religious Freedom). על פי דוח זה, גם במדינות שבהן יש רוב עצום של מאמיני דת מסוימת (כמו יוון וכמו ארמניה) יש אפליה כנגד מיעוטים. ראו U.S. Department of State, 2019 Report on International Religious Freedom

ומוגבלת במימון של מקומות קדושים החשובים לרוב, שהם חלק מהגדרת זהותה של המדינה.⁵⁵

אולם אם קידום זכויותיו של הרוב נעשה על חשבון זכויות המיעוט במקום דתי ספציפי, כי אז נוצרת בעיה קשה של הפליה עקב העובדה שהמדינה נוקטת עמדה מסוימת על חשבון עמדת המיעוט.

בפועל, הבעיה כאן כפולה: לעיתים מבקש הרוב לפגוע במיעוט, והמיעוט מנצל את הפגיעה הנטענת במקומות דתיים כדי להעצים רגשות של קיפוח ולמצוא מעין דגל סמלי שסביבו יתרכזו טענות המיעוט המופלה.

חלק ניכר מהמאבקים הדתיים סביב מקומות קדושים שתוארו בסעיף זה הם למעשה שיקוף של מאבקים בין רוב למיעוט; בין קבוצות מהגרים חזקות ועשירות ממוצא אירופי לבין קבוצות מקומיות ומסורתיות; בין קבוצות דתיות שהן הרוב במדינה לבין קבוצות דתיות שהן המיעוט.

כפי שכתבתי לעיל, במקרה של "תחרות על הקדושה", אפשרות המשא ומתן אינה קיימת. אם אכן צדדים שונים או חזים בעמדות סותרות בנוגע לקדושת המקום, הסכסוך קשה לפתרון בדרך של פשרה. מקומות קדושים מרכזיים ופגיעים כפי שהגדרתי אינם מאפשרים ויתור ושיתוף בקדושה. במקרה של רוב ומיעוט, הנטייה האינטואיטיבית של המדינה היא לפעול לטובת הרוב בכל הכוח הפוליטי.

כאשר מדובר במקומות קדושים, משמעות מימושה של נטייה זו היא פגיעה קשה וחמורה במיעוט.

הטעם הראשון לכך שזוהי פגיעה קשה במיעוט הוא שאין מדובר בפגיעה בחופש הפולחן בלבד או בפגיעה ברגשות כי אם בפגיעה משמעותית וקשה בזכותו של המיעוט לשוויון. מדיניות כזאת מביאה לכך שקבוצה דתית מסוימת מובחנת על בסיס דת – אחד הגורמים הקלסיים להפליה לאורך ההיסטוריה. בגלל הקשר העמוק בין הקבוצה הדתית לבין אופי הפגיעה במקום הקדוש, פגיעה זו חזקה במיוחד. רוב הפוגע במיעוט, ואפילו במיעוט אתני, יכול לאורך השנים "לפצותו"

באמצעים של העדפה מתקנת. אולם אופיו של המקום הקדוש ככזה שאי־אפשר להחליף את ערכו גורם לכך שאי־אפשר להעניק למיעוט פיצוי על הפגיעה שנעשתה בו.

הטעם השני לכך שזוהי פגיעה קשה במיעוט הוא שפגיעה מעין זו, במיוחד במקומות קדושים המרכזיים לאותה דת, אינה רק פגיעה ברגשות או בחופש הפולחן. זוהי פגיעה בתרבותו של אותו מיעוט.

כפי שכתבתי לעיל, סטטמן וספיר מנתחים את הזכות לתרבות כרלוונטית רק כאשר זכותו של המיעוט נפגעת באופן העשוי להזיק לעקרונות היסודיים ביותר של התרבות, ובשל כך הם מגבילים מאוד את הרלוונטיות של הזכות לתרבות לפגיעה במקומות קדושים למיעוטים.⁵⁶ אבל אני סבור שבהקשר לפגיעה במקומות קדושים, ניתוח זה אינו מספק. לתרבות של מיעוט אופי משתנה, ואכן אפשר לומר – וכך טוענים למעשה סטטמן וספיר – שאם הפגיעה בתרבות המיעוט אינה אלא בעקרונות שאינם בבסיס זהותו, אפשר להניח שהיא אינה אלא חלק מדינמיות כללית של תרבות. אבל למקומות קדושים אופי קבוע יותר. כמובן, גם בפרקטיקות של מקומות קדושים ובהגדרתם חלים שינויים. אולם אופיים המוגדר גורם לכך שהשינויים בהגדרתם מובחנים יותר ומוגדרים יותר.

הטעם השלישי הוא שלפגיעה במקומות קדושים ישנה נטייה לכיוון המדרון החלקלק. הניסיון הילירי־אמריקני⁵⁷ וההודי⁵⁸ שהובא לעיל מראה שפגיעה התחלתית קטנה במקום קדוש מובילה לפגיעות נוספות, שבסופו של דבר מביאות לפגיעה גדולה ומשמעותית.

הטעם הרביעי הוא טעם תועלתני. כפי שכתבתי לעיל, לסכסוכים סביב מקומות קדושים פוטנציאל נפיץ. קל לנצל סכסוך סביב מקום קדוש ולהרחיבו לסכסוך זהותי כללי. מקומות קדושים עלולים להפוך בקלות למוקדים של התנגדות פוליטית לשלטון ומחאה בנוגע לפעילותו בתחומים שהם לא דווקא דתיים.

56 Sapir & Statman, לעיל ה"ש 40.

57 בנוגע לבתי קברות ולמקומות קדושים אחרים. ראו Bonham, לעיל ה"ש 10.

58 בנוגע לאירועים באיודיה שחוארו לעיל ליד ה"ש 14.

חוסר זהירות של משטר בנוגע לפגיעה במקומות קדושים למיעוט עלול אפוא להביא לערעור השלטון עצמו.

ל**בסוף**, גם כאשר אפשר לפתח מקומות דתיים "אלטרנטיביים", סיכויי של המיעוט לעשות זאת נמוכים משל הרוב. בפני המיעוט, מעצם היותו מיעוט, עומדים מכשולים כלכליים ופוליטיים בפיתוח מקומות קדושים "חדשים" שרוב אין סיבה לתמוך בפיתוחם, ולעיתים הוא אף יראה בהם איום. כוחו של המיעוט מספיק לעיתים לשמירה על מקומות קדושים קיימים, והוא אינו יכול לפתח חדשים.⁵⁹

לסיכום נקודה זו, אני סבור שבכל הנוגע לפגיעה במקומות קדושים ראוי לראות את הזכות לתרבות של המיעוט כמוגנת בצורה רחבה למדי, ושהמדינה, כאשר היא מנהלת את המקום הקדוש, חייבת להביא זאת בחשבון.

8. בעיית האלימות
הניתוח הליברלי את השמירה על המקומות הקדושים נתקל פעמים רבות בשאלת האלימות הנלווית לדיון בהם. כך למשל, בנושא תפילת יהודים בהר הבית,⁶⁰ בית המשפט הכריע את הדיון על פי מידת החשש מאלימות שתופעל נגד מי שמבקש לממש את זכותו לשימוש דתי במקום הקדוש.

בניתוח הליברלי של זכויות השימוש במקומות הקדושים, דבר זה בעייתי ביותר. האלימות אינה נדונה בדרך כלל כסוגיה האמורה להשפיע על מתחם הזכות, אלא לכל היותר על מימוש הזכות במקרה קונקרטי. יתר על כן, בפסקי הדין העוסקים במימוש זכויות חוזר ומדגיש בית המשפט שבעיית האלימות היא שיקול נחות

59 לעניין זה ראו הדיון לעיל ליד ה"ש 6 בנוגע למקומות קדושים אזרחיים במדינה המודרנית, המפוחחים כמובן בידי הרוב, לשימור תרבותו וזהותו.

60 ראו לדוגמה בג"ץ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה(4) 673 (1981); בג"ץ 67/93 תנועת "כך" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מז(2) 1 (1993); בג"ץ 3641/03 תנועת נאמני הר הבית נ' צחי הנגבי (28.4.2003).

למדי, שלכל היותר אפשר להשתמש בו באופן זמני, אבל בוודאי לא כדי לשלול זכות באופן קבוע. הממשלה אינה אמורה להעניק פרס לבריונות.⁶¹

עולה אפוא שניתוח הזכויות המעורבות מחד גיסא, וניתוח שיקולי הסדר הציבורי והחשש מאלימות מאידך גיסא, אינם מבהירים את מידת המעורבות הנדרשת של המדינה בסוגיית הסדרת המקומות הקדושים ואינם יכולים להביא לניתוח מלא של הסוגיה.

דוגמה לחוסר הבהירות שיוצר נושא האלימות בתחום ניתוח הזכויות בנוגע למקומות קדושים אפשר למצוא בפרשת המסגד הגדול בבאר שבע.⁶²

המסגד הגדול בבאר שבע נבנה בראשית המאה העשרים, ושימש את תושבי הערבים עד מלחמת העצמאות. מאז שנות החמישים ועד שנות התשעים של המאה העשרים שימש המסגד כמוזיאון. בשנת 1992 פונה המוזיאון מהמבנה משום שהוא היה רעוע. בראשית שנות האלפיים ביקשה עיריית באר שבע לשפץ את המבנה ולמקם בו מחדש את המוזיאון. ארגון המייצג תושבים בדווים בנגב ביקש שהמבנה יוחזר לייעודו המקורי כבית תפילה מוסלמי.

פסק הדין של בית המשפט העליון משקף מכוכה מסוימת. ניתוח הזכויות הביא את בית המשפט להכיר בטענות הבדווים כחוסות תחת "חופש הפולחן". כיוון שכך, הוא ביקש מעיריית באר שבע להסביר מדוע היא אינה מוכנה לייעד את

61 ראו למשל דברי השופטת ביניש בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (26.6.2006). במקרה זה הוגבלה כניסת חקלאים פלסטינים לאדמותיהם בטענה שהמטרה היא להגן עליהם (על הפלסטינים) מפני חוקפנות של מתנחלים. בפסקה 25 לפסק הדין קובעת השופטת ביניש:

בענייננו, השטחים הנסגרים הם שטחים פרטיים המוחזקים על ידי פלסטינים ואשר בגישה אליהם תלויה פרנסתם. מנגד, האיום הקיים על ביטחונם של הפלסטינים הוא ביצוע מעשי התנכלות מצד מפירי חוק ישראלים. בנסיבות אלה, סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות חוץ כניעה לאלימות ולמעשי עבריינות.

62 העובדות המופיעות כאן מבוססות על מה שנמסר בבג"ץ בעניין הבדווים, לעיל ה"ש 45.

המסגד הגדול לבית תפילה. הסברה של עיריית באר שבע היה בעייתי. לדעתה, הפיכת המסגד הגדול לבית תפילה פסול מטעמי פגיעה בסדר הציבורי.

אף שבית המשפט סבר שהטעם של פגיעה בסדר הציבורי הוא טעם בעייתי הוא קיבלו בסופו של דבר תוך שהוא קובע שעל עיריית באר שבע לשמור על זיקתה של הקהילה המוסלמית למסגד הגדול באמצעות הפיכת המסגד למוזיאון לתולדות האסלאם (סעד שלא נדרש כלל בעתירה ועלה רק כהצעה של בית המשפט).

ניתוח של פסק הדין על פי תורת ה"זכויות" הליברלית מוקשה. אם אכן הייתה זכות למיעוט, מדוע היא נדחתה מצד טיעונים של סדר ציבורי? ואם לא הייתה למיעוט כל זכות, מהיכן הגיע הפתרון של מוזיאון?

לאור התיאור של פגיעה במיעוט במקרה של קונפליקט סביב מקום קדוש יש להתבונן מחדש בשאלת הפרת הסדר הציבורי. אלימות והפרת סדר ציבורי פסולות. אבל בדרך כלל, השאלה הנשאלת במקרה של איזון בין סדר ציבורי לזכויות המפגינים לחופש ביטוי, פגיעה ברגשות וכדומה איננה מהי מידת האלימות המותרת אלא מהי מידת הכוח המשטרתי או הצבאי שיש להשקיע כדי לאפשר את הפעולה ללא הפרת הסדר הציבורי.

לטענתי, מידת הכוח שעל המשטרה להשקיע להגנה על יכולתו של המיעוט לקיים את הפרקטיקה הדתית שלו רבה מאוד וגדולה מזו הנדרשת כדי להגן על זכויות הרוב. זכויותיו של הרוב במדינה מוגנות בשורה של מנגנונים פוליטיים ומוסדיים. מחלוקת אתנית מציגה קו שבר עמוק בין הקבוצות, קו שבר העובר בפוליטיקה, בתרבות, בכלכלה ובמוסדות המדינה. זכויותיו של הרוב מוגנות בשורה של הגנות, ודרישה של הגנה נרחבת על זכותו הלגיטימית, המסוימת, צריכה להיבחן לאור המשאבים הזמינים.

לעומת זאת, ההגנה של הפוליטיקה על המיעוטים אינה מושלמת. אומנם חלק מהמיעוטים יכולים להשתתף במערכות הפוליטיות ולהשיג באמצעותן הישגים ניכרים. אולם ישנם מיעוטים שהמערכת הפוליטית אינה מעניקה להם הגנה מלבד הזכויות שהחוקה מעניקה להם. בספרו הידוע "דמוקרטיה וחוסר אמון" (*Democracy and Distrust*) הצדיק ג'ון הארט איליי (Ely) את ההגנה על זכויות

המיעוט בבית המשפט העליון על בסיס ההנחה שאלו זכויות של קבוצות מוכחנות ומודרות.⁶³ אכן, לקבוצות אלו צריכה המדינה לתת הגנה מיוחדת שתבטא במשאבים מיוחדים, לשמירה על זכויותיהם.

טענה זו חריפה אף יותר במקרה של מקומות קדושים. כפי שהראיתי לעיל, הפגיעה בזכויות של קבוצה במקום קדוש מאופיינת בכך שכל פשרה מאתגרת, שכן היא אינה מקובלת על אף לא אחד מהצדדים. המדינה אינה יכולה להניח אפוא שפתרון של פשרה יחזיק מעמד לאורך זמן. כוחה של קבוצת הרוב יביא בסבירות גבוהה לכך שכל פשרה תהיה רק בסיס לויתור הבא של קבוצת המיעוט. חובתה של המדינה לשמור על כוחה של קבוצת המיעוט במקום קדוש רב ביותר במקומות שבהם הקדושה הנטענת היא לטובת המיעוט.

9. לְטִיְנוֹם הניתוח המקובל של אחריות המדינה הדמוקרטית הליברלית להתנהגות במקומות קדושים מניח שתפקיד המדינה מתמצה בשמירה על זכויות הדתות השונות במקומות הקדושים (במובן של שימור המקום, שימור הפולחן, שימור זכות הגישה וכדומה). מכיוון שהזכויות המעורבות בכך צרות למדי, גם ההגנה שהמדינה ובית המשפט מעניקים לזכויות במקומות הקדושים מוגבלת למדי.

אל מול גישה זו הצעתי להתבונן בסכסוכים סביב מקומות קדושים ככאלו המעריבים סכסוך "זהותי" בין רוב למיעוט. תפקיד המדינה בסכסוך כזה, שמעצם מהותו אינו נוטה לפתרון של פשרה, להגן על המיעוט. הסעיף הבא, והאחרון, ינתח את מגוון הפתרונות הנגזרים מתפיסה זו, התומכת בהתערבות המדינה בסכסוכים סביב מקומות קדושים, בעיקר כדי להגן על מיעוטים דתיים.

T. ההסדרה של המקומות הקדושים: פתרונות אפשריים

1. כישלון ההסכמה
בין הצדדים

כאמור, הגישה הליברלית לשאלות הדת והמדינה, ובייחוד שאלת המקומות הקדושים, אינה מספקת קווים מנחים מספקים להגנה על מקומות אלו. ההנחה שהצדדים יצליחו להגיע ביניהם להסדר, והמדינה תתערב רק ב"שוליו" בשמירה על זכויות, אינה מוכיחה את עצמה. קבוצות המתחרות ביניהן על שימוש במקום קדוש יכולות להגיע לשני סוגי פתרונות, ושניהם אינם מספקים: הראשון הוא חלוקת השימוש, אשר בה כל אחד מהצדדים מפסיד אלמנט מהותי מהמקום הקדוש (שכן אלמנט האחדות הוא מרכיב חשוב בקדושתו של המקום); השני הוא "ניצחון" של צד אחד, המקבל את השליטה המלאה במכלול הקדוש כולו תוך הדרת הצד השני.

שני סוגי הפתרון אינם יציבים לטווח ארוך. הפתרון הראשון אינו יציב משום שכל צד מרגיש שהוא אינו זוכה לקבל את הקדושה האמיתית שהוא מבקש אלא את חלקה בלבד; הפתרון השני אינו יציב משום שהצד "המפסיד" מבקש כל העת לשנות את המצב. התוצאה היא שעל פניו, ככל שהמקום קדוש יותר וככל שהוא פגיע יותר – לדת אחת או לשתיים – כך גדל הסיכוי לעימות סביבו.

בגלל חוסר היכולת המובנית לפתור עימותים כאלו בדרך של משא ומתן (אלא בעידוד המסיבי של המדינה כפי שיפורט להלן) נוטים עימותים סביב מקומות קדושים להידרדר לקונפליקטים דתיים. ההיסטוריה מלמדת שלקונפליקטים דתיים נטייה להידרדר ל אלימות. בלי להיכנס לטעמים השונים והמורכבים לכך – המדינה הליברלית אינה יכולה להתעלם מסכנה זו.

לאור האמור לעיל, אל מול הנטייה הליברלית להותיר את הצדדים לפתור את הבעיות בעצמם ולהתערב רק בשולי הדברים אני מבקש להציע שעל המדינה חלה חובה פוזיטיבית להתערב בסכסוכים סביב מקומות קדושים. אדגיש, השאלה

כאן איננה שאלה נורמטיבית "טהורה". אינני מבקש לברר מה אמור להיות היחס האידיאלי למקומות הקדושים. כל צד בטוח בצדקתו המלאה, והמדינה הדמוקרטית הליברלית איננה יכולה להכריע בין הצדדים. המשימה, אפוא, מוגבלת יותר: להציג בפני המדינה הדמוקרטית הליברלית עקרונות למתווים של פתרונות שישנה אפשרות סבירה שיאפשרו ניהול מחלוקות בנוגע למקומות קדושים בלי להידרדר לאלימות.

2. נפיית חלוקה
 מהטעמים שפירטתי לעיל, חלוקה של השימוש בין קבוצות שונות היא פתרון שאינו יוצר יציבות. כמובן, בידי הממשלה לאכוף הסדר כזה. כלומר, אם המדינה מסוגלת לאתר חלוקה אפשרית בין הקבוצות, של השימוש במקום הקדוש, למשל – תוך חלוקה של זמנים או חלוקה גיאוגרפית – היא יכולה לנסות לכפות אותה על הצדדים.

מכיוון שכמפורט לעיל, הצדדים אינם מרוצים מההסדר, הוא אינו יציב. הצלחתו לאורך שנים תלויה בשני פרמטרים: נכונותה של המדינה להשקיע משאבים באכיפתו, ועד כמה תופסים הצדדים את המדינה כ"בורר הוגן" ביניהם. ככל שהמדינה מוכנה להשקיע משאבים כלכליים, ביטחוניים ופוליטיים בביצוע החלוקה היא תוכל כמובן לאכוף אותו על הצדדים; הפרמטר השני, מידת ההוגנות של המדינה, בעייתי יותר להגדרה. ברור שאם המדינה אינה מייצגת אף לא אחד מהצדדים, הסיכוי שהם יתפסו אותה כמתווך הוגן סביר יותר.

השאלה המרכזית היא כיצד תאתר המדינה את ההסדר ההוגן בין הצדדים. מתברר שבמקרים של חלוקה בין דתות שונות, מדינות בוחרות לעיתים הסדר של סטטוס-קוו. להסדר הסטטוס-קוו יתרונות משמעותיים, כפי שאפרט להלן. אלא שזהו הסדר נזיל בגלל האינטרס של שני הצדדים לאתגר אותו. ההצלחה במשימתה של המדינה לנסות לשמר את הסדר הסטטוס-קוו תלויה ברצונה וביכולתה להשקיע את המשאבים הדרושים לכך. מתברר שבמקומות רבים, המדינה אינה מעוניינת בהשקעה זו.

המקרים המובהקים של שמירה על הסטטוס־קוו נמצאים בכמה אתרים הקדושים לחלקים שונים בנצרות בירושלים ובבית לחם, שסביב חלק מהם התפתח הסדר בן מאות שנים של חלוקת השימוש בין עדות דתיות שונות (עדות נוצריות שונות, מוסלמים ויהודים).⁶⁴ חלק מההסדרים עוגנו בידי העות'מאנים במסמכים משפטיים רשמיים החל במאה השמונה עשרה, וחלקם עוגנו בהסכמים בינלאומיים.⁶⁵ הבריטים עיגנו את המחויבות לסטטוס־קוו הקיים בדבר המלך במועצה (המקומות הקדושים) 1924. על פי פסיקת בית המשפט העליון, לסטטוס־קוו כפי שעוגן בידי המנדט הבריטי יש מעמד חוקי מחייב.

בחלק ניכר מהמקומות הקדושים הכפופים לסטטוס־קוו, ההסדר מבוסס על חלוקה סבוכה של זכויות שימוש וחזקה בין קבוצות דתיות שונות. המקרה שהוא אולי הסבוך ביותר הוא זה של החזקה במקום הקדוש ביותר לנצרות, כנסיית הקבר. בכנסייה זו ישנן חזקות לשש עדות נוצריות שונות. השמירה על הסטטוס־קוו במתחם כנסיית הקבר היא משימה שדרשה מאז ומעולם השקעה ופטרון סכסוכים מצד גורמים שונים מטעם הריבון בירושלים. הגם שחלק ניכר מההסדרים נשמרו לאורך השנים, חלק מהעדות הדתיות מבקשות לתקוף את הסדרי החלוקה. במקרה ידוע אחד, תוך ניצול כמה דקות של חוסר תשומת לב מצד הנזירים הקופטים, הצליחו הנזירים האתיופים להשתלט על קפלות (מבני תפילה קטנים) סמוך לכנסיית הקבר והדירו משם את הקופטים – המחזיקים הקודמים במתחם. עשרות שנות דיונים משפטיים ומדיניים בנושא לא הצליחו להביא לפתרונם.⁶⁶

למעשה, חלק ניכר מההצלחה שיש לשמירת הסטטוס־קוו במתחם כנסיית הקבר יש לזקוף לעובדה שלאורך מאות השנים האחרונות, השלטון הריבוני באזור לא היה אחד הצדדים למחלוקת, ולכן יכול לשמש מתווך בין העמדות השונות. כך בוודאי בנוגע לשלטון העות'מאני, האחראי לרכיבים מההסדרים הנוכחיים במתחם.

64 לתיאור נרחב של ההסדרים ראו שמואל ברקוביץ' מלחמות המקומות הקדושים: המאבק על ירושלים והמקומות הקדושים בישראל, יהודה, שומרון וחבל עזה (2000).

65 שם, בעמ' 20.

66 הדין הגיע כמה פעמים לבית המשפט העליון, שדרש מהמדינה להתערב ולפתור את הנושא, ללא הועיל. ראו בג"ץ 188/77 המוטראן הקופטי נ' ממשלת ישראל (1977). ראו גם את ניתוחו של Englard, לעיל ה"ש 20.

כך גם בנוגע לשלטון הבריטי, שכן הכנסייה האנגליקנית אינה חלק מהעדות הנוצריות המתחרות על מתחם כנסיית הקבר. כך בוודאי בנוגע לממשלת ישראל. למעשה, העובדה שהריבון בפועל אינו חלק מהסכסוך הדתי היא המאפשרת את השמירה על הסטטוס־קוו ואת ניהול המתחם בצורה של "אלימות נסבלת".

3. התמיכה בפתרונות דתיים
 לדעת רון הסנר, הפתרון המיטבי לסכסוך בין־דתי או לסכסוך אשר בו אחד הצדדים טוען טיעונים דתיים הוא כאשר מנהיגים דתיים מעורבים בפתרונם. מנהיגים דתיים יכול לעיתים "להגמיש" את התפיסות הדתיות באחד ההקשרים ההופכים את הסכסוך הדתי לסכסוך שאינו נתון למשא ומתן או כזה המגביר את הקונפליקט.⁶⁷ אם מנהיגים דתיים מחליטים שמקום הקדושה אינו כה "מרכזי" או מחליטים לוותר על בלעדיות הגישה לאתר או להכיר בכך שהאתר אינו אחד או להזיז את גבולותיו, הבעיה עשויה להיפתר.

מתברר שלאורך ההיסטוריה היו כמה מקרים שבהם מנהיגים דתיים שינו את עמדתם באופן שהביא לכך ששני הצדדים הצליחו "להכיל" את הסכסוך. מנהיגים ילידים־אמריקנים בארצות הברית היו מוכנים לוותר על טענה דתית בדבר בלעדיות השימוש בקרקע לצרכים דתיים;⁶⁸ מנהיגי דת מוסלמים ויתרו על האיסור להשתמש בכוח במתחם הכעבה בערב הסעודית כדי להביא להשתלטות על טרוריסטים.⁶⁹ הסכסוך סביב הר הבית מותן לאורך שנים רבות בגלל העמדה

67 Hassner, לעיל ה"ש 4.

68 Bonham, לעיל ה"ש 10.

69 בנובמבר 1979 השחלטה קבוצה של כמה מאות קיצונים מוסלמים על מסגד אל מסג'ד אל־חרם שבמכה – המקום הקדוש ביותר לאסלאם. מנהיגי הקבוצה ביקשו להפיל את שלטון בית סעוד בערב הסעודית ולהעלות במקומו משטר מוסלמי דתי יותר. לאחר מצור בן כשבועיים פרצו כוחות הביטחון הסעודים למתחם, הרגו חלק מהמורדים ולכדו את השאר. הבעיה המרכזית הייתה האיסור המוחלט על שימוש בכוח במתחם. אישור כזה ניתן בידי מועצת חכמי הדת הסעודית (מג'ליס חיאט קיבאר אל־עולאמה), כפי הנראה תמורת הבטחה שערב הסעודית תאמץ מדיניות דתית קשוחה יותר, כפי שאכן קרה החל בשנות השמונים עד לעשור השני של המאה העשרים ואחת.

הדתית היהודית שלפיה חל איסור על יהודים לעלות להר הבית. כתוצאה מכך, שאלת בלעדיות השליטה המוסלמית על ההר לא הייתה שאלה משמעותית עד לשנות התשעים של המאה העשרים.

ניתוחו של הסנר ובחינת העובדות הכרוכות בכל אחד מהמקרים מגלים שבמקרים שבהם מנהיגים דתיים הגמישו עמדה מסוימת, הדבר נעשה בתמיכתה הפעילה והמסיבית – אם כי לא תמיד גלויה – של המדינה. במקרה של הילידים בארצות הברית ניתנו לשבטים הילידים זכויות ליהנות מפירות השימוש בשטח באופן נרחב ביותר. בערב הסעודית, הסכמת המנהיגים הדתיים לשימוש בכוח במתחם הכעבה הייתה כרוכה בויתורים משמעותיים שנעשו לטובת השליטה הדתית במתחם בידי הממשלה הסעודית. ניתוח ההכרזה הרבנית שאסור לעלות להר הבית מגלה שלמדינה הייתה מעורבות ניכרת בה. בכינוס הרכנים הראשיים שבו נקבעה עמדת הרכנות הראשית מנעו הרכנים הראשיים מהרכ גורן, שהיה הרב הצבאי הראשי במלחמת ששת הימים ולאחריה, להביא את עמדתו התומכת בהיתר עלייה להר – כפי הנראה בעקבות לחץ ממשלתי. גם לאחר מכן, כאשר הפך לרב ראשי, נמנע הרב גורן עקב לחצים פוליטיים מהבעת עמדה בנושא, עד לאירועי הר הבית בראשית שנות התשעים.⁷⁰

לדעתי, הניסיונות ליצור פתרונות דתיים, רלוונטיים במיוחד דווקא לתחרות בין פיתוח לבין עקרונות דתיים. במיוחד הדברים רלוונטיים כאשר מדובר בדת הרוב, דבר המבטל חלק ניכר מרגשות הקיפוח המתלווים לדיון הדתי. במקרים אלו ישנו סיכוי לא מבוטל לכך שמנהיגי הדת יהיו מוכנים לחפש פתרונות תוך דתיים שיאפשרו משא ומתן בנוגע למקום הקדוש.⁷¹ תהא אשר תהא התועלת בניסיונות ליצור פתרונות דתיים לסכסוך, ברוב המקרים פתרון כזה אינו אפשרי במקרים של תחרות בין-דתית.

70 ראו Hassner, לעיל ה"ש 4.

71 ייתכן למשל שהדת המייצגת את הרוב תהיה פתוחה יותר לפתרונות מקובלים מבחינה דתית לפינוי בתי קברות מאשר במקרים שבהם הבעיה נוגעת לבית קברות של מיעוט.

4. ניהול בידי החמשלה

פתרון אחר, שהתקבל בכמה מדינות בעיקר בנוגע להגנה על מקומות הקדושים לדתות של ילידים, הוא הטלת האחריות להגנה על הממשלה. סוג אחד של הגנה, המופעל בעיקר בארצות הברית, הוא הגנה על קרקעות השייכות לממשלה;⁷² סוג שני של הגנה, שכבר צוין לעיל, הנהוג בניו זילנד ובאוסטרליה, הוא יצירת רשימה של מקומות קדושים המוגנים ברמה כזו או אחרת בידי סוכנויות ממשלתיות.⁷³

לכאורה, לפתרון זה יתרונות רבים: ראשית, הוא מוציא את אחת הסוגיות המשמעותיות והרציניות ביותר אל מחוץ לדיון – שאלת השליטה של גורם דתי מסוים בשטח. בעיני הצדדים המצויים בקונפליקט, פעמים רבות עצם שליטת אחד הצדדים בשטח היא עילה לסכסוך; שנית, שליטתה של המדינה בשטח מכניסה אל הדיון את המשפט המנהלי, המסוגל לעיתים לשמש ככלי סביר להעלאת טענות הצדדים. המשפט המנהלי מחייב למשל הוגנות בהליך קבלת ההחלטות, שמיעת כל הצדדים, אוסר על שקילה של שיקולים זרים ומחייב הסתמכות על חומר מקצועי; שלישית, השליטה המנהלית של המדינה מביאה לידי ביטוי את האינטרסים של המדינה ושל שני הצדדים בניהול המקום הקדוש. למשל, אם יתקבלו טענות הילידים בארצות הברית בדבר מקומות קדושים והאיסור על השימוש התיירותי או העסקי בהם, הדבר יחסום למעשה כל שימוש אחר בשטחים נרחבים מאוד. לעומת זאת, גורמים פרטיים ועסקיים אינם יכולים ואינם צריכים לשקול כל שיקול "דתי" בניהול השטח. רק למדינה הלגיטימציה, הידע והאחריות לניהול השטח באופן שיביא לידי ביטוי את האינטרסים של שני הצדדים; רביעית, ניהול הקרקע בידי המדינה והחלת המשפט המנהלי על ניהול זה מייעד גם תפקיד מתאים יותר לבתי המשפט. לבתי המשפט אין יכולת אמיתית להכריע בנוגע לטיבן ההשוואתי של טענות דתיות מסוימות. למעשה, שופטים נרתעים מאוד מלנסות להעריך עמדה דתית לגופה.⁷⁴ לעומת זאת, טיעונים מכוח

72 הגנה הניתנת למקומות קדושים הנמצאים על אדמות פדרליות.

73 ראו בדיון לעיל ליד ה"ש 37 ובמקורות שם.

74 ראו למשל עניין *Lyng*, לעיל ה"ש 29. טענתם של סטטמן וספיר היא שכדי לבחון אם חופש הפולחן נפגע אין לבתי המשפט ברירה אלא להעריך את הטענות הדתיות לגופן. ראו

המשפט המנהלי הם לחם חוקם של שופטים. השאלות אם ניתנה זכות טיעון מתאימה, אם נשמרו זכויות המיעוט ואם החלטת הרשות התבססה על מידע אמין ומדויק הן שאלות שבתו המשפט הם מוסדות מתאימים לדון בהם.

בניתוח שערכה מרשיה יבלון לטיפול הרשויות הפדרליות האמריקניות במקומות קדושים של הילידים בארצות הברית היא הגיעה למסקנה שבעשורים האחרונים, ניהול האדמות הקדושות אכן הביא לשקילה ראויה של האינטרסים של שני הצדדים. מצד אחד, הילידים לא קיבלו זכות וטו מלאה על השימוש בכל האדמות שלגביהן טענו שהן קדושות; מצד שני, רשויות פדרליות שונות הגנו בצורה נרחבת למדי על אינטרסים של הילידים ועל מקומות ספציפיים ומוגדרים שבהם היו עדויות לפרקטיקות דתיות היסטוריות שלהם.⁷⁵ יבלון גם מצאה שהעתירות לבתי המשפט הפדרליים, שהתבססו על סטיות של הרשויות מכללי המשפט המנהלי של הוגנות, זכות טיעון וכדומה, הניבו תוצאות טובות לעותרים כאשר הצליחו להוכיח את טענתם.

נדמה לי שגם את פרשת המסגד הגדול בבאר שבע, שתוארה לעיל, ראוי לנתח על בסיס המשפט המנהלי ולא על בסיס ניתוח של "זכויות". ניתוח על פי המשפט המנהלי היה מגלה שעיריית באר שבע סירבה לבחון את הדרישה המוסלמית להקצות מקום תפילה מוסלמי באתר ההיסטורי של המסגד הגדול. חשש העירייה מבעיות של סדר ציבורי היה חשש בעלמא, ולא נתמך בנתונים מבוססים. דיון על פי כללי המשפט המנהלי היה מספק לבית המשפט קרקע נוחה יותר לדון בסוגיה (או להחזירה לדיון שיתנהל על פי הכללים הראויים).

מובן שלניהול קרקע בידי המדינה ישנם גם חסרונות שונים: ראשית, במקום שבו הניהול ההיסטורי של האתר היה בידי קבוצה מסוימת, נטילת ניהול האתר מידיה יכול להיות פגיעה דתית בפני עצמה. פגיעה כזאת חמורה במיוחד כאשר

סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 42, בעמ' 131. ייחכן שטענה זו נכונה מבחינה נורמטיבית, אבל נראה לי שמבחינה פוזיטיבית, רוב השופטים רואים עצמם מנועים מלשקול את ערכם של שיקולים דתיים.

מדובר בקבוצת מיעוט מודרת שאינה יכולה לראות את המדינה כמייצגת נכוחה את האינטרסים שלה; שנית, ניהול בידי המדינה מחייב הערכה של טענות על סמך נתונים אובייקטיבים בידי אנשי מקצוע. הדיון בדבר בניית הגשר ליד העיר אדלייד באוסטרליה, שהובא לעיל,⁷⁶ מראה שכלים של משפט מנהלי המנחים את המדינה בקבלת החלטות בעייתיים כאשר מדובר באמונות עתיקות שקשה להוכיחן בראיות מנהליות מודרניות; לבסוף, ניהול נכסים בידי המדינה מותיר בדרך כלל בידיה את האפשרות לשקול שיקולים נוגדים ולאזן בין חשיבות המקום הקדוש לבין החשיבות הציבורית של פיתוח האתר הקדוש הן מבחינה תיירותית הן מבחינה כלכלית.⁷⁷

5. עקרונות הניהול על מדינה המבקשת לנהל סכסוכים דתיים לעשות זאת תוך מודעות לכמה גורמים השלובים בידי המדינה

זה בזה: הבעיה ביצירת פתרונות מאזנים סביב מקומות קדושים; אופיו הזהותי של הסכסוך; התחשבות מיוחדת במיעוט דתי מודר. כל אלו אמורים להוביל את המדינה אל עבר פתרון.

א. ההכרה בטנטון כטנטון זהותי

הגישה הליברלית ה"קשיחה" אינה מחויבת להכרה במקומות קדושים מטעם דתי (דהיינו, הדת צודקת), פשוט משום שאפילו אם רוב האזרחים סבורים כך, המדינה הליברלית המודרנית אינה מחויבת לעמדה דתית. יתר על כן, לפי גישה זו, המדינה הליברלית המודרנית אינה מחויבת לדת אחת יותר מלאחרת.

יוצא אפוא שהמרב שאפשר לצפות מהמדינה הליברלית בנוגע למקומות קדושים הוא כיבודם בשל היותם חשובים לקבוצת אוכלוסייה מסוימת. המדינה מוכנה לאפשר את זכותם של אזרחים לחופש פולחן ולזכויות נוספות, ולעיתים אף לתמוך בה, כפי שנדון לעיל, אבל היא אינה עושה זאת בשם תפיסה המצדיקה את הדת אלא בשם תפיסה המכבדת את בחירתו ואת זכויותיו של האזרח.

⁷⁶ לעיל ה"ש 39.

⁷⁷ ראו המקורות לעיל ה"ש 39.

ב. התחשבות במיעוט דתי מודר

כפי שכתבתי לעיל, נראה לי שמבחינה פוזיטיבית, התייחסות בתי המשפט והמדינה למקומות קדושים של מיעוט שונה מהתייחסותם לאלו של הרוב. רמת ההגנה על המקומות הקדושים של מיעוט גבוהה יותר, ולעיתים היא הבסיס היחיד לקיומו של החוק.⁷⁸ לפיכך ניהול בידי המדינה צריך שיהיה תוך מודעות לחוסר השוויון המובנה ולקושיו של המיעוט לנהל משא ומתן בנוגע לזכויות באותו מקום קדוש. כמובן, ייתכן שהמדינה תציג מתווה פשרה מסוים, אבל היא תהיה חייבת להביא בחשבון במתווה זה את העובדה שבפגיעה במקומות קדושים, המיעוט הוא הנפגע המרכזי.

ג. העדפת הסטטוס־קוו

הסטטוס־קוו נתפס בעינינו בדרך כלל כפתרון זמני, כבריחה מאחריות. הוא יוצר פתרונות אנכרוניסטיים שאין בהם התאמה למציאות החיים המשתנה. הסטטוס־קוו גם נתפס כפוגע בשוויון וכבעל השפעה הרסנית על היכולת להגיע לפתרונות מספקים.

אולם דווקא חסרונותיו הם המעניקים לו יתרונות בתחום הסדרת הגישה למקומות הקדושים.

אם אכן הדיון סביב הגישה למקומות אלו כולל מרכיבים זהותיים של שני הצדדים, כי אז הצדדים אינם יכולים לוותר על עמדתם. כל שהם יכולים לעשות הוא להתפשר עם דרישות הצד השני או עם הכפייה של הממשלה. התפשרות כזאת יוצרת מתח קשה, לעיתים בלתי־נסבל.

הסטטוס־קוו הוא פתרון הממתן באופן מסוים את המתח הזהותי הכרוך בפשרה בנוגע למקומות קדושים. הוא בנוי על הסדר היסטורי שקבעו הדורות הקודמים. בכך הוא מאפשר לצדדים ריחוק מהסכסוך המשפטי הקונקרטי.⁷⁹ במסגרת דתית

78 כמו בניו זילנד ובאוסטרליה, שם המקומות הקדושים היחידים הם אלו שלהם טוענים הילידים.

79 Mehta, לעיל ה"ש 14.

יש להסדר כזה חשיבות עצמאית. אם הדורות הקודמים הצליחו לנהל אורח חיים דתי בחסות הסדר מסוים, כי אז ייתכן שהסדר כזה הוא הסדר נסבל, גם אם לא רצוי. בסופו של דבר, ייתכן שפרקטיקה דתית תתאים את עצמה לסטטוס־קוו עד שיהפוך חלק מהמסורת הדתית.

חוסר יכולתה של המדינה המודרנית להתמודד עם טענות מסורתיות בדבר מקומות קדושים, מתסכל. המדינה נתקלת בטענות שאינה יכולה להכילן, המבוססות על יסודות שלמוסדות

המדינה המודרנית אין יכולת להעריך את טיבן.

הנטייה הטבעית של המדינה המודרנית היא לפיכך למשוך את ידיה מעיסוק בסכסוכים הנובעים ממקומות קדושים. כך בנוגע לבתי משפט, וכך גם בנוגע למוסדות המדינה.

אולם מדיניות זו, בטעות יסודה. למעשה, רק ניהול המקומות הקדושים בחסות המדינה עשוי להביא ליציבות מסוימת בקונפליקטים הסובבים את המקומות הקדושים. כמובן, אין משמעות הדבר שהמדינה צריכה לנהל בעצמה את כל המקומות הקדושים. יכול בהחלט להיות מצב אשר בו המדינה תפריט את המקומות הקדושים לניהולה של דת מסוימת. אבל חשוב לדעת שפשרות ושילוב ניהול של כמה דתות אינו פתרון יציב. הפתרון היציב היחיד הוא ניהול אחוד של מקום דתי, הכפוף אך ורק למגבלות הנובעות מהזכויות הבסיסיות ביותר הקשורות אליו.

בקביעת פתרון זה, על המדינה להביא בחשבון בעיקר את הפגיעה במיעוט. פגיעה במקומות קדושים היא פגיעה קשה בכל מקרה, אבל היא קשה במיוחד למיעוט. ממילא, גם תגובתו של המיעוט לפגיעה זו עלולה להיות קשה, והמשאבים שיידרשו מהמדינה להתמודד איתה, עצומים.

הממשות, המציאות של הר הבית כיום על שלל היבטיה הפיזיים, הסוציולוגיים והמשפטיים. בחלקו השלישי מוצע מתווה מלא ועשיר של המשמעויות המעשיות של כל אחד מהחלומות היהודיים באשר להר בעת הזאת, כאשר "הר הבית בידינו".

הספר כולל מארג ייחודי של הגות טובי החוקרים באשר להר הבית, בתחומי הדעת השונים – פילוסופיה, מחשבת ישראל, תרבות, מזרחנות, אסלאם, ארכיאולוגיה, חברה ומשפט ישראלי ובינלאומי.

הר הבית מנקז אליו תודעות דתיות, פוליטיות ולאומיות רבות עוצמה. האם נדע להכיל אותן באופן אחראי? ספר זה מבקש לאפשר זאת באמצעות הרחבה של יריעת השיחה על ההר אל ממד העומק הראוי לה.

"הר הבית" הוא המקום הפיזי המרכזי ביותר בהווה היהודית. כך היה בתקופת המקדש וכך בשבעים דורות של גלות, שבהם נתפס כיעד-חפץ בלתי ממומש. כיום, כשההר נמצא בריבונות ישראלית מעל לחמישים שנה, הוא נושא מרכזי ונפיץ בשיחה הישראלית – בין יהודים לבין עצמם ובין יהודים לבין מוסלמים.

כל ניסיון לתאר את הר הבית בממדים קונקרטיים נתקל בקשיים משום שהיחס אליו מתנודד בין קטבים שונים: רציונליים ומיסטיים; פרטיקולריים ואוניברסליים; היסטוריים ומטה-היסטוריים; פיזיים ורוחניים. למרות זאת, ספר זה מבקש להסתכל על הר הבית מתוך עמידה על המתח שבו הוא מתקיים בין החלום לבין הממשות, שהפער ביניהם עצום. בחלקו הראשון מתואר החלום – על היבטיו הדתיים, הלאומיים והתרבותיים – הן מנקודת ראות יהודית הן מנקודת ראות מוסלמית. בחלקו השני מוצגת

מחיר מומלץ: 98 ש"ח

יוני 2022

www.idi.org.il

מסת"ב: 7-381-519-965-978



0 4500001289 9

דאנאקוד 450-1289