

הר הבית

בין חלום לממשות



עורך:
ידידיה צ' שטרן



מאמרים

הר הבית והמשפט הבינלאומי

רות לפידות | עמרי שלו

כל הדתות מטיפות לשלום, אבל בפועל, לעיתים קרובות הן גורמות לאיבה. לעיתים המלחמה פורצת בגלל סכסוך דתי, ולעיתים המנהיגים מגייסים את הדת לסכסוך שאינו דתי במקורו. יתרה מזאת, בעבר היה מקובל במדינות שונות שעל האוכלוסייה לקבל על עצמה את דתו של השליט: *cuius regio eius religio*. עינויים קשים ומעשי אכזריות נוראיים, כמו גם גירושים המוניים, בוצעו בשם הדת. מכיוון שהמקומות הקדושים, ובמיוחד המקדשים, הם הסמל המוחשי של הדת, אין זה מפליא שהם לעיתים מוקד הסכסוך. גם הר הבית הוא מוקד לסכסוך הערבי-ישראלי, משיקולים דתיים

.א
מבוא

* המחברים מודים לפרופ' ידידיה שטרן על עצותיו הטובות, ולגב' שירה לאורנס על עזרתה הרבה.

ופוליטיים גם יחד.¹ המשפט הבינלאומי עוד לא מצא פתרון כולל לבעיות אלו. במאמר זה נבדוק את הדינים שאולי יש בהם כדי להגן באופן חלקי על מקדשים בכלל ועל הר הבית בפרט. לא נעסוק בשאלת התביעות הטריטוריאליות להר הבית, שהיא שאלה כללית הנוגעת למזרח ירושלים כולה.

בהכרזה על הקמת מדינת ישראל (1948) נכתב שהיא "תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות". לשם כך היא נעזרת בכללים משפטיים מהמשפט הישראלי ומהמשפט הבינלאומי. במאמר זה נעסוק אך ורק במשפט הבינלאומי. כפי שכבר צוין לעיל, אין במשפט הבינלאומי מנהג כללי או אמנה רב־צדדית כללית המסדירים את מעמדם של המקומות הקדושים בכלל ושל הר הבית בפרט. לפיכך ניאלץ לחפש תשובות חלקיות בסוגיות רלוונטיות שונות: עקרון חופש הדת, ההגנה על מורשת התרבות והטבע של העולם וההגנה על נכסי תרבות.² בעקבות הדיון הכללי נעבור לחיפוש מקורות במשפט הבינלאומי הנוגעים ספציפית לישראל. בדיקה זו תוביל אותנו לניתוח שני מסמכים הנוגעים להר הבית. לבסוף נבחן את עמדתם של האו"ם ושל אונסק"ו (ארגון החינוך, המדע והתרבות שליד האו"ם) כלפי הר הבית.

כשמדובר במקומות קדושים מתעוררות בדרך כלל שתי שאלות. ראשית, האם אכן מדובר במקום קדוש, ושנית, מה הדינים החלים בו. במקרה של הר הבית, שאלת ההגדרה בדרך כלל אינה מתעוררת, שכן הרוב מסכימים שזהו מקום קדוש.

יצוין שמאמר זה עוסק אך ורק בהר הבית ואינו מתיימר לעסוק בכותל המערבי, שהוא חלק מהחומה החיצונית התומכת בהר הבית.

1 ראו למשל יפרח זילברמן ירושלים ואיודיה: דיוקנה של הקצנה דתית-פוליטית (1997).

Ernst Klinger Müller, *Heilige Stätten, in* WÖRTERBUCH DES VÖLKERRECHTS, 2 vol. 1, 779 (Karl Strupp & Hans-Jürgen Schlochauer eds., 1960); SACRED SITES, SACRED PLACES (David L. Carmichael, Jane Hubert, Brian Reeves, & Audhild Schanche eds., 1994); Christian Rumpf, "Holy Places," *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, vol. 2, 863 (Rudolf Bernhardt ed., 1995); Heribert Franz Koeck, "Holy Places," *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (Rüdiger Wolfrum ed., updated January 2008) (MPEPIL:להלן).

הר הבית הוא חלק מהעיר המזרחית שישראל כבשה ב־1967 ואיחדה עם העיר המערבית, שהייתה בשליטה ישראלית כבר משנת 1948. כאמור, לא נדון כאן בשאלות הכרוכות במעמדה של ירושלים המזרחית³ אף שהן רלוונטיות גם להר הבית.

1. המקומות הקדושים במשפט הבינלאומי

כאשר מקום קדוש אך ורק לבני האדם החיים במדינה שבה הוא נמצא, בדרך כלל אין היבט בינלאומי למעמדו.⁴ לעומת זאת, כאשר המקום קדוש גם לבני אדם שאינם מתגוררים באותה מדינה, מתעוררות שאלות בינלאומיות, ובמיוחד השאלה מי ובאילו תנאים רשאי להיכנס למדינה, לבקר באתר ולקיים בו תפילה ופולחן. בעבר הוסדרו שאלות אלו באמצעות הסכמים דו־צדדיים, ולפעמים אפילו רב־צדדיים. כך למשל אפשר להצביע על העובדה שמעמד הנוצרים והמקומות הקדושים להם באימפריה העות'מאנית הוסדר בהסכמים דו־צדדיים (חלקם הסכמי קפיטולציות) בין כמה ממעצמות המערב לבין העות'מאנים.⁵ בהקשר זה יש להזכיר גם את אמנת ברלין משנת 1878, אשר בה אושר מעמדם של שבעה מקומות קדושים לנצרות, חלקם בירושלים וחלקם בבית לחם. סעיף 62 לאמנה אישר את ההסדר שנקבע באמצעות פירמאן של הסולטן בשנת 1852 – הסדר שמקובל לכנותו "הסטטוס־קוו ההיסטורי", שעדיין תקף.⁶ נביא כאן דוגמה מעניינת נוספת: הליגה האמפיקטיונית (Amphictyonic) הגדולה,

3 לנושא זה ראו למשל שמואל ברקוביץ המעמד של ירושלים במשפט הבינלאומי והישראלי (2018).

4 במצבי סכסוך בין קבוצות שונות של תושבים עלולות להתעורר בעיות גם כשאלה תושבי אותה מדינה.

5 להתפתחות ההיסטורית ראו Koeck, לעיל ה"ש 2, בהערה 12–30.

6 The Treaty of Berlin, 13 July, 1878, Treaty for the Settlement of Affairs in the East, 45 Consolidated Treaty Series, 349 על הסטטוס־קוו ההיסטורי ראו LIONEL GEORGE ARCHER CUST, THE STATUS QUO AT THE HOLY PLACES (1929) (הודפס שוב בשנת 1980 בידי חברת אריאל).

שנועדה להבטיח את דלפי ואת מקרשי אפולו ודמטר באנתלה (Anthela). בליגה היו חברות שבע עשרה ערי מדינה, והיא כנראה הוקמה כבר בסביבות שנת 1100 לפני הספירה והמשיכה להתקיים כאלף ושבע מאות שנה. הליגה עסקה גם בנושאים אחרים.⁷

כפי שכבר צוין, בימינו עדיין אין אמנה כללית בדבר מעמדם של מקומות קדושים, אבל כפי שנראה להלן, אפשר למצוא הוראות רלוונטיות באמנות העוסקות בזכויות האדם וכן במסמכים המטפלים במורשת העולם ובנכסי תרבות.

האמנה העיקרית בנושא זכויות האדם העוסקת גם בחופש הדת היא האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.⁸ אין בה הוראה מיוחדת בדבר מקומות קדושים, אבל נראה שאפשר להסיק ממנה בנוגע לזכות הגישה והפולחן בהם:

סעיף 18:

1. לכל אדם הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת. זכות זו תכלול את החופש להיות בן דת או אמונה, לאמץ דת או אמונה שבחר, ואת החופש ליתן ביטוי לדתו או לאמונתו, ביחידות או בצוותא, אם בפומבי ואם באורח פרטי, בפולחן, שמירת מנהגים, מצוות מעשיות והוראה.

2. לא יהיה אדם נתון לכפייה אשר תפגע בחירותו להיות בן דת או אמונה, או לאמץ דת או אמונה שבחר.

7 ראו Koeck, לעיל ה"ש 2, בקטע מספר 14.

8 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 United Nations Treaty Series, 171 (להלן: UNTS). תרגום עברי מופיע באמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כרך לא, כ"א מספר 1040 (נפתחה לחתימה ב־1966). הוראות דומות, אם כי לא זהות, מופיעות באמנות רבות, כגון ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, UN Doc A/811; ההצהרה בדבר ביעור כל צורות חוסר הסובלנות וההפליה מטעמי דת ואמונה משנת 1981, החלטת העצרת, UN Doc A/36/684; האמנה האמריקנית על זכויות האדם משנת 1969, 123 UNTS 1144; האמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד משנת 1950, 221 UNTS 213 (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם). מחוך הספרות הענפה על זכויות האדם במשפט הבינלאומי ראו למשל Christian Walter, "Religion or Belief, Freedom of, International Protection," *MPEPIL* (updated January 2008)

3. החופש ליתן ביטוי לדתו או לאמונותיו של אדם יכול שיהיה כפוף רק לאותן הגבלות כפי שנקבעו בחוק והנחוצות לשם שמירתם של הביטחון, הסדר, הבריאות או המוסר הציבוריים או זכויותיו וחירויותיו של הזולת.

4. המדינות בעלות אמנה זו מתחייבות לכבד את חופש ההורים, ובמקרה המתאים את חופש האפוטרופוסים החוקיים, להבטיח חינוך דתי ומוסרי לילדיהם בהתאם להכרתם.

המילים "החופש ליתן ביטוי לדתו או לאמונותיו, ביחידות או בצוותא, אם בפומבי ואם באורח פרטי, בפולחן" עשויות להתפרש כזכות גישה למקומות קדושים ולפולחן בהם. הוועדה לזכויות האדם המטפלת באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות פרסמה בשנת 1993 הערה כללית לסעיף 18. בין היתר היא הבהירה מה כלול בזכות לקיים פולחן:

החופש ליתן ביטוי לדתו או לאמונתו בפולחן, בקיום מצוות, בפרקטיקה, ובהוראה [של הדת], מכיל בתוכו פעולות מסוגים רבים. המושג פולחן חל על פעולות פולחניות וטקסיות הנתונות ביטוי ישיר לאמונה וכולל נהגים שונים הכרוכים בפעולות אלו, בכלל זה בניית מקומות פולחן, שימוש בריטואלים מתחום הפולחן, הצגת סמלים והשמירה על ימי חג וימי מנוחה.⁹

CCPR General Comment No. 22, Article 18 (Freedom of Thought, 9 Conscience or Religion) Adopted on 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4:

The freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest (התרגום (שלנו).

פסקה מעניינת אחרת של "ההערה הכללית" עוסקת בשאלה באילו נסיבות ובאיזו מידה מותר לצמצם את חופש הדת (ובכלל זה את חופש הפולחן). הוועדה נותנת להוראות הסעיף פירוש מצמצם: הגבלות מותרות אך ורק מהסיבות שצוינו בסעיף 18(3). אפילו ביטחון לאומי אינו מצדיק הגבלה, אף על פי שבנוגע לזכויות אחרות הוא מוכר כיסוד להגבלות. צריך להיות קשר ישיר בין הסיבה להגבלה לבין ההגבלה, ועליו להיות מידתי. ההגבלות צריכות לחול באופן שוויוני וללא הפליה. הוועדה גם הזכירה שסעיף 18 אינו נמנה עם אותם סעיפים שהמדינה רשאית להשעותם בעת חירום לפי סעיף 4 לאמנה.

סעיף 18 דלעיל לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות לא נדון בפסיקה הבינלאומית בהקשר של הדינים שבהם אנו עוסקים. אבל ישנה פסיקה מעניינת בנוגע לסעיף דומה המופיע באמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד, הידועה כאמנה האירופית לזכויות אדם (סעיף 9)¹⁰. פסיקה זו של בית הדין האירופי לזכויות אדם מחדדת את ההוראות החלות על מקומות קדושים. בפסיקה, העוסקת במעשיה של טורקיה, שמנעה תנועה של קפריסאים יווניים למקומות תפילה בצפון קפריסין, קבע בית הדין שהגבלת חופש התנועה בהקשר זה מפירה את הזכות לפולחן, בייחוד במקומות קדושים הנמצאים מחוץ לכפרי מגוריהם של אותם אנשים.¹¹ נוסף על כך, בית הדין קבע בהחלטה אחרת שהרשויות אינן מחויבות לספק מקום פולחן לקהילה דתית. כמו כן, בית הדין התמודד עם מקרה אשר בו מדינה הסדירה פולחן של שתי קבוצות דתיות בכנסייה אחת כדי למנוע עימותים בין שתיהן. באותו מקרה קבע בית הדין שהמדינה פעלה במסגרת אחריותה לשמור על הסדר הציבורי, סובלנות והרמוניה דתית בחברה דמוקרטית.¹² יתרה מזאת, אליבא דבית הדין האירופי, הבטחת הסדר הציבורי היא מטרה לגיטימית¹³

10 האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 8, בסעיף 9.

Cyprus v. Turkey, no. 25781/94, para. 243-246, European Court of Human Rights (להלן: ECHR) 10 May 2001

Gromada Ukrayinskoyi Greko-Katolitskoyi Tserkvy Sela Korshiv v. Ukraine, no. 9557/04, para. 33-38 ECHR 26 May 2016

Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah and Others v. Turkey, no. 36195/10 and 8606/13, para. 95, ECHR 24 May 2016 (בצרפתית).

המעניקה למדינות שיקול דעת נרחב בסוגיות של בנייה, פיתוח ותכנון עירוני, גם בכל הנוגע למקומות קדושים.¹⁴

מקומות קדושים יכולים לזכות בהגנה מסוימת גם משום שהם חלק מהמורשת התרבותית של העולם: אמנת אונסק"ו משנת 1972 בדבר הגנה על המורשת התרבותית והטבעית של העולם מאפשרת רישום אתרים מתאימים במרשם של מקומות כאלה, והאמנה מעניקה להם הגנה מסוימת.¹⁵ גם העיר העתיקה של ירושלים וחומותיה רשומות במרשם זה, וכן במרשם של אתרים בסכנה.

עד כה דנו בהוראות כלליות החלות על מקומות קדושים. כעת מן הראוי לבדוק את ההוראות הרלוונטיות במשפט ההומניטרי הבינלאומי (הדינים החלים בעת סכסוך מזויין).¹⁶ כבר בשנת 1907 נכללה בתקנות המסופחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה הוראה שנועדה להגן על מוסדות שונים, בכללם מוסדות דת.¹⁷ מקומות קדושים נהנים גם מההוראה הכללית שאין לפגוע במטרות אזרחיות.¹⁸ יש להזכיר גם את החובה לאפשר מעבר של מצרכים הנחוצים לאזרחים כדי לקיים פולחן דתי,¹⁹ והצגנו לעיל את הקשר בין פולחן לבין מקומות קדושים.

14 שם, בפסקה 103.

Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1037 UNTS 151 (להלן: האמנה בדבר הגנת המורשת).

16 אין בכוונתנו לדון כאן בשאלה אם דינים אלה חלים כיום בהר הבית, שכן זו שאלה הנוגעת למזרח ירושלים כולו.

17 סעיף 56 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית, Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, Adam Roberts and Richard Guelff, Documents on the Laws of War, מהדורה שלישית, בעמ' 73. נראה שכבר לפני 1907 היו הוראות ברורות. ראו Giulia Pinzauti, *Attacks against Historical Monuments, Works of Art and Places of Worship, in The Companion to International Humanitarian Law* 189 (Dražan Djukić & Niccolò Pons eds., 2018).

18 *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977, 1125 UNTS 3, Article 52(1) (להלן: הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה).

19 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 75 UNTS 287, Article 23 (1949)

המקומות הקדושים נהנים מהגנה גם משום שהם נכסי תרבות. "נכסי תרבות" הם אובייקטים אשר להם ניתנת הגנה מיוחדת במשפט ההומניטרי, ואין לתקוף אותם אלא בנסיבות מיוחדות. אלו נכסים ניידים או לא ניידים בעלי חשיבות רבה למורשת התרבותית של עם, כגון "מונומנטים ארכיטקטוניים, אמנות והיסטוריה, דתיים או חילוניים"²⁰.

מונומנטים דתיים כוללים מקומות קדושים. אמנת האג שהוזכרה לעיל אוסרת ביצוע מעשי איבה נגד נכסי תרבות או שימוש בהם או בסביבתם למטרות העלולות להביא לגרימת נזק לנכסים.²¹ נוסף על כך יש להגן על נכסי תרבות מפני גנבה, בזיזה וונדליזם.²²

התייחסות מפורשת למקומות פולחן מופיעה בפרוטוקול II משנת 1977 לאמנות ז'נבה משנת 1949:²³

סעיף 16 – הגנת אובייקטים תרבותיים ומקומות פולחן:

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of 20
Armed Conflict, 14 May 1954, 249 UNTS 215, Article 1 (להלן: **אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות**); Yoram Dinstein, *The Protection of Cultural Property and Places of Worship in International Armed Conflicts*, in *STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE IN ONORE DI GAETANO ARANGIO-RUIZ*, vol. 3, 1907 (Arangio-Ruiz ed., 2004). בנוגע להגנה על נכסי תרבות ראו ROGER O'KEEFE, *THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY IN ARMED CONFLICT* (2006); Rüdiger Wolfrum, "Cultural Property, Protection in Armed Conflict," *MPEPIL* (updated July 2010), Pinzauti, לעיל ה"ש 17.

21 אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות, לעיל ה"ש 20, בסעיף 1(4).

22 שם, בסעיף 4(3).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 23 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609, Article 16 מופיעה בסעיף 53 לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 18. תרגום עברי פורסם בידי נציגות הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בישראל. לפרשנות ראו *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 27 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 1465 (1986)

מבלי לפגוע בהוראות אמנת האג להגנת נכסי תרבות בשעת כססוך מזוין מיום 14 במאי 1954, נאסר לבצע כל מעשי איבה המכוונים נגד מונומנטים היסטוריים, יצירות אמנות או מקומות פולחן המהווים את מורשתם התרבותית או הרוחנית של עמים, ולעשות בהם שימוש בתמיכה במאמץ הצבאי.

ההוראות הבינלאומיות שנסקרו לעיל חלות כמובן גם על ארץ ישראל, שכן כיום רובן מבוססות על כללים מנהגיים או על אמנות שישראל צד להן. נוסף על כך, ישנן כמה הוראות מיוחדות לארץ. תחילה נסקור בקצרה הסדרים מן העבר: תקופת השלטון העות'מאני (1517-1917) ותקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל (1922-1948).

ג. הוראות בינלאומיות בדבר מקומות קדושים בארץ

באשר לתקופה העות'מאנית, בתקופה זו חלו בארץ ההסכמים שהוזכרו לעיל, בין השלטון לבין מדינות זרות.

שינוי ניכר חל עם תחילת המנדט. המנדט על ארץ ישראל, שחבר הלאומים העניק לבריטניה, נכנס לתוקף ביום 29 בספטמבר 1923.²⁴ כזכור, את משטר המנדט הקים חבר הלאומים כדי לקדם אזורים שאינם עצמאיים, לקראת עצמאות.²⁵ לשם כך מונתה לכל שטח מעצמה מנדטורית מפותחת שתפקידה היה לנהל את השטח ולהכינו לעצמאות. המעצמות מינו את בריטניה לנהל את ארץ ישראל. בכתב המנדט משנת 1922 התבקשה בריטניה, בין היתר, לסייע בהקמת בית לאומי לעם היהודי.²⁶ תנאי המנדט נחשבים אמנה בינלאומית בין חבר הלאומים לבריטניה.

24 לרקע על המנדט ראו JACOB STOYANOVSKY, THE MANDATE FOR PALESTINE: A CONTRIBUTION TO THE THEORY AND PRACTICE OF INTERNATIONAL MANDATES 30-36 (McNair ed., 1928)

25 ספר הברית של חבר הלאומים, סעיף 22.

26 Terms of the Mandate, League of Nations, Official Journal 2002 (August 1922), מבוא וסעיף 2 (להלן: כתב המנדט). על הרקע למנדט ראו STOYANOVSKY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 40-48.

כתב המנדט דן בפרוטרוט בנושא חופש הדת והפולחן: על המעצמה המנדטורית הוטלה "האחריות בקשר למקומות הקדושים, בנייני הדת, והאתרים בארץ ישראל, ובכלל זה שמירה על הזכויות הקיימות וכן הבטחת חופש הגישה למקומות הקדושים, לבנייני דת ולאתרים, וכן חופש הפולחן, תוך כדי הבטחת הסדר הציבורי".²⁷ עם זאת, נכתב שהמעצמה המנדטורית אינה רשאית להתערב בניהול אתרים מוסלמיים בלבד (purely Moslem), ושיש להם חסינות.²⁸

המעצמה המנדטורית חויבה גם להקים ועדה מיוחדת שתבחן ותבדוק את הזכויות ואת התביעות בנוגע למקומות הקדושים, בכפוף לאישור מועצת חבר הלאומים,²⁹ אולם ועדה זו לא הוקמה עקב חילוקי דעות בין המעצמות על סדרי העבודה בה.

בתקופת המנדט הוקמה גם ועדה שדנה בהסדרים בכותל המערבי (1930), אבל כפי שצוין לעיל, נושא זה אינו נדון כאן.

מעניין שבכתב המנדט מובאת בקשה שהסעיפים בדבר המקומות הקדושים ימשיכו לחול גם עם תום המנדט.³⁰ נראה אפוא שלנושא יוחסה חשיבות רבה.

כשאנו עוברים לבדיקת המצב מאז קום המדינה, עלינו לבדוק אם ישנה הוראה רלוונטית בהסכמי שביתת הנשק משנת 1949. למעשה אין בהם התייחסות מחייבת לנושא, אבל בית הדין הבינלאומי בהאג סבר שלפי ההסכם בין ירדן לישראל מוטלת עליהן החובה להתיר גישה למקומות הקדושים. את מסקנתו ביסס בית הדין על ההבטחה שניתנה בהסכם שביתת הנשק בין ירדן לישראל (סעיף 9) שהצדדים ימשיכו לנהל משא ומתן במסגרת ועדה מיוחדת כדי להגיע להסכמים נוספים, במיוחד בנושאים שבנוגע אליהם ישנה כבר הסכמה עקרונית. אחד הנושאים הללו הוא חופש הגישה למקומות הקדושים.³¹ אולם המשא ומתן

27 כתב המנדט, לעיל ה"ש 26, בסעיף 13 (מירון מדזיני מחרגם, קובץ מסמכים בחולדות המדינה 1897-1979 [נורית גבזה-ברורמן עורכת, 1981]).

28 ש.ש.

29 ש.ש, בסעיף 14.

30 ש.ש, בסעיף 28.

31 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), ICJ Reports 136, para. 129, 9

לא הניב תוצאות חיוביות (פרט לחידוש פעילות הרכבת בין ירושלים לשפלה). מכיוון שלא הושגה הסכמה, קשה לטעון שעל יסוד זה הייתה התחייבות לחופש גישה.

בשנות התשעים של המאה הקודמת חלה התקדמות בנושא. בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (1995) הוסדר מעמדם של כמה מקומות קדושים ליהדות בגדה.³² מדובר ברשימת מקומות, והובטחה גישה אליהם והגנה עליהם.

הוראה חשובה ומעניינת נוספת מופיעה בסעיף 9 לאמנת השלום בין ירדן לישראל (1994):

1. כל צד יאפשר חירות גישה למקומות בעלי משמעות דתית והיסטורית.

2. בהקשר זה, בהתאם להצהרת וושינגטון, ישראל מכבדת את תפקידה ההיסטורי המיוחד הקיים של הממלכה ההאשמית של ירדן במקומות קדושים מוסלמיים בירושלים. כאשר יערך המו"מ על מעמד הקבע, תעניק ישראל עדיפות גבוהה לתפקיד הירדני ההיסטורי במקומות אלה.³³

הוראה זו עוסקת בשני נושאים שונים: מחד גיסא, חופש גישה; מאידך גיסא, סמכויות ניהול. חופש הגישה הובטח לכל המקומות הקדושים, ואילו ההכרה בסמכות הניהול של ירדן מוגבלת למקומות קדושים מוסלמיים הנמצאים בירושלים. ההוראה הכללית בדבר מקומות קדושים עוסקת רק בזכות הגישה, ואינה מזכירה זכות לקיים פולחן.

(2004). להסכם שביחת הנשק ראו הסכם ממלכת הירדן ההאשמית-ישראל על שביחת נשק כלילית, כ"א מספר 1, כרך 1 (נחתם ב-1949).

32 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 1071, כרך 33, נספח I, סעיף 5 וחוספה 4 (נחתם ב-1995).

33 חוזה שלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, כ"א מספר 1069, כרך 32 (נחתם ב-1994).

אירוע אחר שמן הראוי להצביע עליו הוא ההסכם שנחתם בין האפיפיור לישראל (1993).³⁴ ההסכם איננו עוסק ישירות במקומות קדושים אלא בסמכויות הכנסייה לנהל בתי ספר, ובסיוע לעלייה לרגל. מעניין שבהסכם זה הביעו הצדדים את רצונם לכבד את "הסטטוס־קוו ההיסטורי" שהוזכר לעיל בנוגע לשבעה מקומות קדושים לנצרות. בשנת 2000 נחתם הסכם בין האפיפיור לאש"ף.

להשלמת התמונה, אולי מן הראוי להזכיר כאן שוב שהעיר העתיקה וחומותיה מופיעות במרשם אתרי המורשת העולמית – עובדה המחייבת שמירה עליהן בעבור הדורות הבאים. הרישום נעשה לפי בקשת ירדן בשנת 1980, וכעבור שנה נוספו העיר העתיקה וחומותיה גם לרשימת האתרים בסכנה.

עד כה דנו בהוראות הנוגעות לכל המקומות הקדושים ובאלו החלות על המקומות הקדושים בישראל. כעת הגיעה השעה לדון בשתי הוראות בינלאומיות חשובות החלות בעיקר על הר הבית.

.ד

הוראות מיוחדות להר הבית

ביום 31 במרץ 2013 חתמו מלך ירדן עבדאללה השני ור"ר מחמוד עבאס, ראש הרשות הפלסטינית ואש"ף, על "הסכם להגן ביחד על מסגד אל-אקצה"³⁵. מטרתו העיקרית היא למנות את מלך ירדן לממונה על הר הבית. בעמודים אלה נביא את תמצית הוראות ההסכם ונתעכב על השטח הרחב שבו מדובר. כמו כן נדון בסמכויות הרחבות של הממונה.

נוסף על הסמכת מלך ירדן לממונה על המקומות הקדושים בירושלים מכיר ההסכם גם בזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים ובריבונותם על הקרקע שעליה

Fundamental Agreement between the Holy See and the State of Israel, 34
30 December 1993, *International Legal Materials*, Vol. 33, No. 1, 153-159
(JANUARY 1994). בשנת 1999 נחתם הסכם נוסף, אבל הוא אינו רלוונטי לאמור זה.

Ruth Lapidot, *A Recent Agreement on the Holy Places in Jerusalem*, 7 35
ISRAEL JOURNAL OF FOREIGN AFFAIRS 61 (2013); *Custodianship over Holy Sites*, KING
ABDULLAH OFFICIAL WEBSITE (2021). (להלן: ההסכם).

נמצאים המקומות הקדושים. אומנם ירדן התנתקה מהגדה המערבית ומירושלים בשנת 1988,³⁶ אבל לטענתה, הניתוק אינו חל על המקומות הקדושים.³⁷ ההצדקה למינויו של המלך עבדאללה היא היותו צאצא של השריף חוסיין בן עלי ממכה, שהיה בשעתו (1924) כליף וממונה על המקומות הקדושים. נראה לנו שהעובדה שאף לא אחד משני הצדדים אינו שולט בהר הבית אינה פוגעת בתוקפו לאור העובדה שישראל מסרה כבר ב-1967 את ניהול האתר לידי הווקף. כמו כן יש להזכיר את עמדתה של ישראל באמנת השלום עם ירדן, כפי שצוין לעיל. ההסכם נועד כנראה לחול גם על מקומות הקדושים הנצרות, בעיקר הפטריארכיה היוונית-אורתודוקסית, בהסתמך על חקיקה ירדנית משנת 1958.³⁸ אבל כיום המשפט הירדני אינו חל עוד בירושלים, אלא המשפט הישראלי.

את הדתות הלא-מוסלמיות מזכיר ההסכם באופן לקוני בלבד: "תוך הכרה בחשיבות של ירושלים לדתות אחרות".³⁹

אילו מקומות קדושים כפופים לממונה? לעיל הצגנו את הכוונה לכלול בהסדר גם עדות נוצריות מסוימות. הדבר בולט בעובדה שלעיתים הטקסט עוסק במקומות קדושים ללא הוספת המילה "מוסלמים".

באשר לשטח שבו מדובר, הוא גדול מאוד: "אל-מסג'יד אל-אקצה עם 144 הדונם שלו, ובכלל זה מסגד הקיבלי של אל-אקצה, מסגד כיפת הסלע וכל המסגדים שלו, בניינים, חצרות, חומות, שטחים צמודים מעל ומתחת לאדמה, וכן נכסי הוואקף הכרוכים במסג'יד אל-אקצה, לסביבתו או לעולים אליהם לרגל (שיקרא

Jordan: Statement Concerning Disengagement from the West Bank and Palestinian Self-Determination, 27 International Legal Materials 1637 (1988).

37 לפי הצהרה של ממשלת ירדן מיום 28 ביולי 1988, ההתנתקות איננה חלה על "הווקף, עניינים איסלאמיים וקדושים ובתי הדין השרעיים". הודעה רשמית של ממשלת ירדן על תפקידה של ירדן בירושלים פורסמה בין היתר ב-PASSIA, Documents on Jerusalem, vol. 3, 196-197 (Jerusalem, 2007)

38 על חוק זה ראו DAPHNE TSIMHONI, CHRISTIAN COMMUNITIES IN JERUSALEM AND THE WEST BANK SINCE 1948: A HISTORICAL, SOCIAL AND POLITICAL STUDY 41-42 (1993)

39 ההסכם, לעיל ה"ש 35, מבוא, בפסקה B.

להלן אל-חראם אל-שריף)⁴⁰, דהיינו, הר הבית כולו וסביבתו. נוסף על כך מדובר בכל המקומות הקדושים למוסלמים, ללא פירוט,⁴¹ ואף מוזכר "הסטטוס המיוחד של ירושלים כעיר קדושה באסלאם".⁴² מכאן שכל העיר עשויה להיחשב מקום קדוש לאסלאם. הגדרה רחבה זו עולה בקנה אחד עם נטיית המוסלמים להגביר את חשיבותה של ירושלים באסלאם.⁴³

כעת נבחן מה הם תפקידיו וסמכויותיו של הממונה. תפקידים אלה הוגדרו בהסכם באופן נרחב מאוד. עליו לשמר על המקומות הקדושים, במיוחד על הר הבית (בלשון ההסכם: אל-חראם אל-שריף). עליו להבטיח שהר הבית ויתר המקומות הקדושים יכובדו ויובטח למוסלמים חופש הגישה, ובכלל זה חופש הביקור, וכן חופש הפולחן. יש לנהל את המקומות הקדושים כך שיישמרו זהותם ומעמדם הדתי, וכן "חשיבותם ההיסטורית, התרבותית והאמנותית, וכן הפיזית".⁴⁴

יתרה מזו, לממונה גם תפקידים בינלאומיים. עליו לייצג את האינטרס של המקומות הקדושים בפורומים ובארגונים בינלאומיים. נוסף על כל אלה, עליו "לפקח על מוסד הוואקף בירושלים ולנהל אותו ואת נכסיו בהתאם לדינים של הממלכה ההאשמית של ירדן".⁴⁵

ההסכם גם צופה התייעצויות בין המלך לפלסטינים על נושאים הנוגעים למקומות הקדושים "כאשר זה נחוץ".⁴⁶

להסכם זה חסרונות רבים. הוא מתעלם מקיומה של מדינת ישראל, ויתרה מזאת, הוא מתיימר להעניק ריבונות על השטחים שבהם נמצאים המקומות הקדושים,

40 שם, מבוא, בפסקה C.

41 למשל שם, בפסקה B.

42 שם.

43 יצחק רייטר מירושלים למכה ובחזרה: ההתלכדות המוסלמית סביב ירושלים (2005).

44 ההסכם, לעיל ה"ש 35, בסעיף 2.

45 הצדדים להסכם התעלמו מתחולת המשפט הישראלי בירושלים. ראו ברקוביץ, לעיל ה"ש 3.

46 ההסכם, לעיל ה"ש 35, בסעיף 3.2.

לפלסטין. המקומות הקדושים נמצאים ברובם בעיר העתיקה ובאגן ההיסטורי, שיש חילוקי דעות בדבר מעמדם ואשר אולי בעתיד יתנהל משא ומתן על עתידם. הגדרת הר הבית בהסכם היא רחבה עד כדי כך שהיא עלולה לכלול את הכותל המערבי, הנמצא בחומה החיצונית של הר הבית. הניסיון לכלול בסמכות הממונה גם מקומות קדושים לדתות אחרות אינו סביר. בעיית ההגדרה המוגזמת מראה שוב שחשוב להגיע להסכם על רשימת המקומות הקדושים ועל גבולותיהם. המעלה של ההסכם היא בכך שהוא מקנה את השמירה על המקומות הקדושים לירדן – מדינה אשר לה אמנת שלום עם ישראל, ואשר נלחמת בטרור. ההסכם מקנה זכות גישה ופולחן למוסלמים בלבד, בשונה מעמדת ישראל כפי שתתואר בקטע הבא, אבל אינו שולל במפורש את זכות הביקור מבני דתות אחרות, כפי שעשתה סעודיה בנוגע למכה ולמדינה. הקביעה שהממונה יפעל על פי דיניה של ירדן, גם היא מעוררת תמיהה. ירדן הודיעה בשנת 1988 שהיא מתנתקת מהגדה, ובכלל זה מירושלים, ובשנת 1994 כרתה אמנת שלום עם ישראל, אשר בה רק הבטחה של ישראל שתכבד את קשריה של ירדן עם המקומות הקדושים לאסלאם בירושלים (ראו לעיל). לכן קשה להצדיק את הטענה בדבר תחולת המשפט הירדני על ניהול מקומות קדושים בירושלים. ייתכן שמקור הקביעה הזאת הוא ברצון להראות שישאל אינה שליטה חוקית בירושלים אלא זהו שטח כבוש.

לכסוף, עלינו להזכיר שמדובר כאן בהסכם דו-צדדי בין מלך ירדן לראש הרשות הפלסטינית ושהוא מחייב אך ורק את שני אלה ואת הגופים שהם מייצגים.

המסמך הבינלאומי הנוסף בדבר הר הבית הוא משנת 2015. באוקטובר 2015 בוצעו מעשי איבה חמורים על הר הבית בין פלסטינים, ערבים ישראלים ויהודים. המשבר יושב בתיווכו של שר החוץ של ארצות הברית: תחילה נמסרה הצהרה שלו, ולאחר מכן הצהרה אחרת, של ראש ממשלת ישראל בנימין נתניהו.⁴⁷ בהצהרה זו, ישראל הבטיחה שתקיים את הסטטוס-קוו על הר הבית. לאחר ניתוח ההצהרה הישראלית בדבר הסטטוס-קוו נבחן אם יש לה תוקף מחייב על פי

Statement by PM Netanyahu regarding the Temple Mount, ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS (Oct. 24, 2015) (online); Ruth Lapidoth & Tomer Tregler, *The Temple Mount: Israel's Commitment to the Status Quo*, 11 ISRAEL JOURNAL OF FOREIGN AFFAIRS 15 (2017)

המשפט הבינלאומי. אין אנו דנים כאן בהצהרה של ארצות הברית, משום שאין בה התחייבות.

הצהרתו של נתניהו החלה באזכור "חשיבותו של הר הבית ל-3 הדתות המונותאיסטיות". כמו כן הוא אישר שוב את "מחויבותה של ישראל לקיים ללא שינוי את הסטטוס קוו על הר הבית, בדיבור ובמעשים" (התרגום שלנו). אין לישראל כוונה לחלק את הר הבית, והיא הכירה באמנת השלום משנת 1994 בתפקידה המיוחד של ירדן ו"בתפקידו ההיסטורי של המלך עבדאללה השני". ייתכן שיש כאן רמז להסכם בין עבדאללה לעבאס, שנדון לעיל. את עיקרו של הסטטוס־קוו תיאר נתניהו כדלקמן: "מוסלמים מתפללים על הר הבית, אלה שאינם מוסלמים מבקרים בהר הבית". העמדה הזאת מתוארת כמדיניות רבת־השנים של ישראל, אבל כפי שנראה להלן, חלו שינויים חשובים בתוכן הסטטוס־קוו מאז 1967. ההצהרה גם מציינת שמן הראוי שהמתפללים והמבקרים לא יהיו אויביקט לאלומות, לאיומים ולהפחדה. המשפט הבא נראה לנו חשוב: "אנחנו נמשיך להבטיח גישה להר הבית למתפללים ולמבקרים שוחרי שלום תוך שמירה על הסדר הציבורי והביטחון". במשפטים הנוספים מדובר על הצורך בשיתוף פעולה עם הווקף הירדני (הווקף הפלסטיני אינו מוזכר). ראש הממשלה פנה לכל הרשויות כדי שיפעלו להפסקת האלימות ולהחזרת שקט יחסי.

כעת הגיעה השעה לבדוק את מרכיביו של אותו סטטוס־קוו שישראל התחייבה לקיים. המונח סטטוס־קוו מקורו בלטינית, ופירושו: "המצב כפי שהוא"⁴⁸. בעבר נהגו להשתמש בביטוי בהקשר של מלחמות: סטטוס־קוו *ante bellum* הוא המצב לפני המלחמה, ואילו סטטוס־קוו *post bellum* הוא מצב העמדות בתום הקרבות. המונח מתייחס בדרך כלל למצב העובדתי או המשפטי בנקודת זמן מסוימת. בהקשר שלנו, הכוונה היא כנראה למצב כפי שהיה בפועל, וכפי הנראה, למה שנתניהו קרא בנאומו "מדיניות רבת־שנים" (*long-standing policy*). מדיניות זו אוזכרה לעיל ("מוסלמים מתפללים על הר הבית, אלה שאינם מוסלמים מבקרים בהר").

Wilhelm G. Grewe, "Status Quo," *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 48 vol. 4, 687 (Rudolf Bernhardt ed., 2000); Susanne Wasum-Rainer, "Status Quo," *MPEPIL* (updated September 2006)

מן הראוי שנתאר בקצרה את התפתחות הסטטוס־קוו על הר הבית. במלחמת ששת הימים, ישראל כבשה את הר הבית, ומי שהיה אז שר הביטחון, משה דיין, הנהיג הסדרים מסוימים בו. הסדרים אלה כונו סטטוס־קוו, וכללו בעיקר את הנקודות הבאות:

- הווקף הממומן בידי ירדן ימשיך לנהל את המקום.
- יהודים יורשו לבקר בהר הבית, אבל יופנו לכותל המערבי לתפילה.
- ממשלת ישראל תהיה אחראית לביטחון על ההר.
- המשפט הישראלי יחול על ההר.
- יהודים יהיו רשאים לעלות להר רק דרך שער המוגרבים.

בשלב מאוחר יותר נקבע גם שאין להניף דגלים על ההר.⁴⁹

הסדרים אלה עברו שינויים עם השנים. צומצם מספר האנשים שהורשו לבקר בהר וצומצמו גם שעות הביקור; המשפט הישראלי לא הוחל על ההר. הדברים אמורים במיוחד בחוקי הבנייה והתכנון ובחוק העתיקות; התרחב תפקידה של ירדן בהר; שטחי התפילה המוסלמים גדלו מאוד באמצעות הקמת מסגדים נוספים (אל־מרוואני, אל־אקצא הקדום והפיכת כיפת הסלע למסגד).⁵⁰

מכיוון שבהצהרת נתניהו לא הוזכר תאריך אחר, יש להניח שדבריו מתייחסים לסטטוס־קוו כפי שהיה ביום מתן ההצהרה, דהיינו, 24 באוקטובר 2015. יש לציין שלהצהרה זו חשיבות רבה, שכן זו הפעם הראשונה שראש ממשלה של ישראל מצהיר שרק למוסלמים זכות להתפלל על הר הבית.

עלינו לבדוק אם ההצהרה יצרה התחייבות משפטית. כדי להשיב על שאלה זו, עלינו לבדוק באילו תנאים הצהרה חד־צדדית מחייבת על פי המשפט הבינלאומי. הדרכה לחיפוש התשובה אפשר למצוא במסמך של הוועדה למשפט בינלאומי

49 נדב שרגאי הסטטוס קוו בהר הבית: שינויים, גורמים ותהליכים נלווים 15 (2016).

50 שם, בעמ' 18-28. על הסטטוס־קוו בהר הבית ראו גם יצחק רייטר סטטוס־קוו בתהליכי שינוי: מאבקי שליטה בהר הבית (2016).

שליד עצרת האו"ם.⁵¹ הרוח של הוועדה קבע עקרונות מנחים (guiding principles), והוא מבוסס על פסקי דין רבים ושונים ועל הפרקטיקה. לפי הרוח, הצהרה חד-צדדית תהיה מחייבת מבחינה משפטית אם התקיימו התנאים הבאים: ההודעה ניתנה בפומבי, הנוסח והנסיבות מראים שאכן הייתה כוונה למסור הצהרה מחייבת, הנוסח ברור ומכיל הוראות ספציפיות והצהרה ניתנה בידי אדם המוסמך לתת אותה. נראה לנו שכל התנאים האלה התמלאו בהצהרת ראש הממשלה בעניין קיום הסטטוס-קוו. התחייבות חד-צדדית, כמו כל התחייבות, עשויה להתבטל בנסיבות מסוימות. יש לזכור שביטול צריך לענות על דרישות שונות המבטיחות תום לב והיעדר שרירות.⁵² למשל, בהתקיים תנאים מסוימים, ובכפוף לסייגים, אפשר לשנות או לבטל התחייבות חד-צדדית עקב שינוי יסודי בנסיבות. בנושא סמכות הביטול, ההנחיות מושפעות מהדינים המקובלים בנוגע לביטול אמנות.

בסעיף זה עסקנו במשפט הקיים, ולא בהצעות לשיפורים. במהלך השנים נוסחו מספר ניכר של המלצות והצעות ליישוב חילוקי הדעות בדבר הר הבית, כגון המלצותיו של נשיא ארצות הברית ביל קלינטון משנת 2000, יוזמת ז'נבה של ד"ר יוסי ביילין ויאסר עבד-רבו משנת 2003, ולאחרונה, ה"חזון" (vision) של נשיא ארצות הברית דונלד טראמפ (ביום 28 בינואר 2020).⁵³ תוכנית זו עוסקת גם בירושלים ובמקומות הקדושים, ובמיוחד בהר הבית. המסמך מציין את הביטחון שמדינת ישראל העניקה למקומות הקדושים ולהר הבית, וכן את כיבוד הסטטוס-קוו (סעיף 5). לפיכך יש לשמור על ירושלים כעיר מאוחדת תוך שימור הממשל

Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States 51 Capable of Creating Legal Obligations, UN Doc. A/CN.4/L.703, 20 July 2006 (להלן: עקרונות מנחים), התקבל על ידי הוועדה למשפט בינלאומי בשנת 2006. ראו Víctor Rodríguez Cedeño & María Isabel Torres Cazorla, "Unilateral Acts of States in International Law," *MPEPIL* (updated 2017); Edith Brown Weiss, *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World: General Course on International Law*, 396 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, 101-108 (2018).

52 סעיף 10 לעקרונות מנחים, לעיל ה"ש 51.

53 ראו Peace to Prosperity: A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and Israeli People (28 January, 2020)

הקיים בה (כלומר, שליטה ישראלית בהר הבית תוך שימור הסטטוס-קוו). ראש ממשלת ישראל הסכים לתכנית זו בכללותה אבל הרשות הפלסטינית דחתה אותה מכול וכול, והדבר גרם למשבר דיפלומטי חמור בין הפלסטינים לארצות הברית. יצוין שמבחינה משפטית, לתוכנית השלום האמריקנית אין שום תוקף מחייב, משום שהצדדים לא הגיעו להסכמה בנוגע אליה. הגם שזהו אולי מסמך בעל משמעות פוליטית, התוכנית אינה משפיעה על המצב בהר הבית מבחינה משפטית.

עד כה דנו בדינים החלים על הר הבית. מן הראוי לבדוק כעת את היחס אשר לו וזכה הר הבית מטעם שני ארגונים בינלאומיים רלוונטיים: האו"ם ואונסק"ו.

כידוע, האו"ם היה ועודנו מעורב בסכסוך הישראלי-פלסטיני, וגופיו השונים קיבלו בין היתר כמה החלטות הנוגעות למקומות הקדושים בירושלים, ובאופן מיוחד, למקומות הקדושים בהר הבית.

ה. הר הבית בדין האו"ם ואונסק"ו

לצורך בדיקה זו נבחין בין גופי האו"ם השונים: העצרת הכללית, מועצת הביטחון, המועצה לזכויות האדם ומועצת הנאמנות (שאינה פעילה עוד). הבחנה חשובה שיש לעשותה כבר בשלב זה היא התוקף המשפטי של החלטות הגופים הללו.

מועצת הנאמנות הייתה גוף שפעל בכפוף לסמכות העצרת הכללית. תפקידה היה לסייע ולעקוב אחר מצבם של שטחי נאמנות, כלומר, שטחים ללא עצמאות, כגון שטחי מנדט לשעבר.⁵⁴ למועצה לא הייתה סמכות לקבל החלטות מחייבות. פעילותה הופסקה בשנת 1994 משום שלא נותרו עוד שטחי נאמנות.

להחלטות העצרת הכללית שאינן נוגעות למינהל של האו"ם אין תוקף משפטי מחייב בעבור המדינות החברות,⁵⁵ משמע, החלטות העצרת הן בגדר המלצות והבעת עמדות של המדינות החברות בה.

הגוף המוסמך לקבל החלטות מחייבות הוא מועצת הביטחון. המועצה מוסמכת לקבל הן המלצות הן החלטות מחייבות בתנאים מסוימים,⁵⁶ אבל מכיוון שבנושא שלנו כל ההחלטות שהתקבלו עד כה הן במעמד של המלצות, לא נפרט מה הם התנאים הנדרשים כדי שהחלטות המועצה תהיינה מחייבות.

כעת נבחן את החלטות גופי האו"ם בנוגע למקומות הקדושים בישראל בכלל והר הבית בפרט. כבר בתוכנית החלוקה שהתקבלה בעצרת הכללית בנובמבר 1947, שהמליצה בין היתר על כינאום ירושלים, נקבע שהזכויות הקיימות בנוגע למקומות קדושים בארץ ישראל לא ישונו.⁵⁷ ההחלטה ממשיכה ומפרטת שיש להבטיח את הגישה ואת אפשרות הביקור במקומות הקדושים והמעבר אליהם לכל האזרחים והתושבים של שתי המדינות שהיו אמורות לקום, כמו גם לזרים, ללא הפליה על רקע לאום, ובכפוף לצורכי הביטחון הלאומי והסדר הציבורי.⁵⁸ נוסף על כך נקבע שיש לשמר את המקומות הקדושים⁵⁹ ולהימנע מגביית מיסים באופן שייצור הפליה בין מקומות קדושים שונים, וכן להימנע משינוי המיסוי הקיים בעת אימוץ ההחלטה.⁶⁰ על רקע הסכסוך הגובר בין היישוב היהודי והערבי בארץ, מועצת הביטחון קראה לכל הארגונים הפועלים בארץ – ובאופן מיוחד

55 שם, בטעיפים 10-14.

56 שם, בטעיף 25. לדיון בתנאים שלפיהם החלטות תהיינה מחייבות ראו *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Rep. 1971 (June 21), p. 16, para. 106-114

57 החלטת העצרת מספר 181 (II): *Future Government of Palestine* (29 November 1947) U.N. Doc A/RES/181(II), פרק 1, טעיף 1.

58 שם, בטעיף 2.

59 שם, בטעיף 3.

60 שם, בטעיף 4.

לסוכנות היהודית ולוועד הערבי העליון – להימנע מפעולות העלולות לסכן את המקומות הקדושים.⁶¹

לאחר שקמה מדינת ישראל ובמהלך מלחמת העצמאות חזרה העצרת הכללית וקבעה שיש להגן על המקומות הקדושים ולהבטיח גישה חופשית אליהם בהתאם לזכויות ולמנהגים ההיסטוריים הנהוגים.⁶² גם מועצת הביטחון השתמשה בשפה דומה.⁶³ במהלך מלחמת העצמאות קראה מועצת הביטחון לכל הממשלות המעורבות בלחימה לעשות ככל האפשר כדי להגן על המקומות הקדושים בירושלים ולאפשר את המשך פעולתם ואת הגישה אליהם.⁶⁴ הר הבית לא צוין במפורש, אבל המושג "מקומות קדושים" כולל מן הסתם גם אותו. בשנת 1949, לאחר תום הקרבות, חזרה העצרת הכללית של האו"ם על עמדתה שיש להשליט בירושלים משטר בינלאומי שיבטיח את ההגנה על המקומות הקדושים בעיר,⁶⁵ וביקשה ממועצת הנאמנות להכין את "חוקת ירושלים" – מסמך משפטי שיסדיר את המשטר הבינלאומי בעיר.⁶⁶ המועצה הגישה לעצרת הכללית הצעת חוקה זו בשנת 1950, אחרי שירדן לא נענתה לקריאת מועצת הנאמנות לשיתוף פעולה. המועצה קבעה שהסיכוי לשיתוף פעולה עם ממשלות ירדן וישראל ליישום החוקה אינו נראה סביר.⁶⁷ חוקת ירושלים כללה הוראה בדבר שמירה

61 S.C. Res. 46, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/46 (1948) 1(f) (להלן: החלטת מועצת הביטחון 46).

62 United Nations General Assembly Resolution 194 (III): Palestine – Progress Report of the United Nations Mediator (11 December 1948) U.N. Doc A/RES/194(III), Para. 7

63 החלטת מועצת הביטחון 46, לעיל ה"ש 61, שם.

64 S.C. Res. 50, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/50 (1948), Article 5

65 United Nations General Assembly Resolution 303 (IV): Palestine: Question of an international regime for the Jerusalem area and the protection of the Holy Places (9 December 1949) U.N. Doc A/RES/303(IV), Para. 1

66 שם, בסעיף 2.

67 United Nations Trusteeship Council Resolution 234: Question of

על חופש הדת⁶⁸ והסדר מפורט המסמיך ואף מחייב את מושל העיר ירושלים לשמר את המקומות הקדושים ולהגן עליהם.⁶⁹ החוקה התייחסה למקומות קדושים באופן כללי ולא להר הבית באופן מיוחד. היא מעולם לא יושמה בפועל.

לאחר מלחמת ששת הימים ואיחוד ירושלים ב־1967 התקבלה במועצת הביטחון החלטה 242 (1967), שהיא אבן פינה לכל ההסדרים בין ישראל לשכנותיה. החלטה זו לא התייחסה כלל למקומות הקדושים. החלטות מועצת הביטחון שהתקבלו בשנתיים שלאחר מכן על רקע החלת המשפט הישראלי על ירושלים המאוחדת ואשר אזכרו גם את החלטות 2253 ו־2254 של העצרת הכללית קראו לישראל לחדול מלבצע שינויים במעמדה של ירושלים.⁷⁰

ראוי לציין שעד שנת 1969 לא התייחסו החלטות מועצת הנאמנות, העצרת הכללית ומועצת הביטחון באופן מיוחד להר הבית או למקומות הקדושים בו.

לאחר הצתת מסגד אל־אקצא בשנת 1969 בידי צעיר נוצרי התייחסה מועצת הביטחון לראשונה, בהחלטה 271 (1969),⁷¹ באופן ישיר למסגד אל־אקצא, וקבעה שהנזק שנגרם למסגד ממחיש את הצורך בכך שישראל תפסיק להפר את החלטות המועצה⁷² ואת החלטות העצרת הכללית.⁷³ החלטה זו קישרה בין הצורך לשמור על המקומות הקדושים לבין הפעילות הישראלית, אשר לפי

an International Regime for the Jerusalem Area and Protection of Holy Places, T.C. Res 234, U.N. TCOR, T/RES/234(VII) (1950)

68 שם, נספח II לחוקת העיר ירושלים כפי שאושר בידי מועצת הנאמנות של האו"ם ביום 4 באפריל 1950, בטעיף 9.

69 שם, בטעיף 38.

70 ראו החלטת מועצת הביטחון S/RES/252:252, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/252, S.C. Res. 252, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/252 (1968), וכן החלטה 267:267, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/267 (1969), S.C. Res. 267, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/267 (1969).

71 S.C. Res. 271, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/271 (1969), Para. 3

72 החלטות 252 (1968) ו־267 (1969) של מועצת הביטחון של האו"ם.

73 החלטות 2253 (1967) ו־2254 (1967) של העצרת הכללית של האו"ם.

החלטות 252 (1968) ו-267 (1969) של המועצה שינתה את מעמדה של ירושלים. מעניין עוד לציין שהחלטה 271 של מועצת הביטחון קבעה שנוק או חילול של מקומות קדושים בירושלים מסכנים את השלום ואת הביטחון הבינלאומיים – טרמינולוגיה האופיינית למנגנון יישוב הסכסוכים בדרכי שלום שנדון בפרק שש של מגילת האו"ם.⁷⁴

בעקבות החפירה של מנהרות הכותל בשנת 1981 קבעה העצרת הכללית שחפירות ושינוי הנוף במקומות קדושים הם הפרה של המשפט הבינלאומי ושל אמנת ז'נבה הרביעית להגנה על אזרחים בזמן מלחמה,⁷⁵ ודרשה מישראל להפסיק את החפירות מתחת להר הבית. בהחלטה זו צוינו מסגד אל-אקצא וכיפת הסלע במפורש.⁷⁶ גם מועצת הביטחון המשיכה להזכיר את הצורך להגן על אופיים המיוחד של המקומות הקדושים.⁷⁷

בעקבות חקיקת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, בידי הכנסת בשנת 1980, הצהירה המועצה שזו הפרה של אמנת ז'נבה הרביעית וקראה לישראל לעמוד בחובותיה כמעצמה כובשת.⁷⁸ קריאה דומה הושמעה בעקבות מהומות הר הבית בשנת 1990.⁷⁹ בתקופה זו, הן העצרת הכללית הן מועצת הביטחון התייחסו באופן ישיר להר הבית ולמקומות הקדושים בו, וכן התייחסו לראשונה להפרות כביכול של המשפט הבינלאומי בידי ישראל בנוגע להר הבית, אם כי ללא פירוט אילו כללים הופרו. טרמינולוגיה זו נשמעה מצד מועצת הביטחון גם לאחר פתיחת

74 מגילת האו"ם, בסעיף 133(1).

United Nations General Assembly Resolution 36/15: Recent developments in connexion with excavations in eastern Jerusalem (28 October 1981) U.N. Doc A/RES/36/15, Para. 1

76 שם, בסעיף 3.

77 ראו למשל החלטת מועצת הביטחון 465: S.C. Res. 465, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/465 (1980)

78 S.C. Res. 476, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/476 (1980), para. 3

79 S.C. Res. 672, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/672 (1990), Para. 1, 3

מנהרות הכותל ב־1996⁸⁰ ולאחר עלייתו של אריאל שרון להר הבית בשנת 2000.⁸¹

בשנת 2015 קיבלה העצרת הכללית החלטה נגד ההתנחלויות הישראליות וקראה להימנע מהתגרות, מהרס ומאלימות מצד המתנחלים נגד הפלסטינים ומקומותיהם הקדושים, כולל במזרח ירושלים.⁸² שנה לאחר מכן חזרה העצרת וקראה לישראל לכבד את הסטטוס־קוו במקומות הקדושים ולהימנע מפרובוקציות, מהסתה ומאלימות בהם, כולל בהר הבית.⁸³ העצרת חזרה על קריאה זו גם בשנים⁸⁴ 2017 ו־2018,⁸⁵ והביעה בשנים האחרונות את חששה מפני מתיחות ואלימות במקומות קדושים בירושלים, כולל בהר הבית.⁸⁶

S.C. Res. 1073, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/1073 (1996) 80

S.C. Res. 1322, U.N. SCOR, U.N. Doc S/RES/1322 (2000), Para. 1, 3 81

United Nations General Assembly Resolution 70/89: Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the occupied Syrian Golan (15 December 2015) U.N. Doc A/RES/70/89, Para. 6 82

United Nations General Assembly Resolution 71/25: Jerusalem (16 December 2016) U.N. Doc A/RES/71/25, Para. 4 83

United Nations General Assembly Resolution 72/14: Peaceful settlement of the question of Palestine (7 December 2017) U.N. Doc A/RES/72/14 84

United Nations General Assembly Resolution 73/22: Jerusalem (30 November 2018) U.N. Doc A/RES/73/22 85

United Nations General Assembly Resolution 71/98: ראו לדוגמה 86
Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (23 December 2016) U.N. Doc A/RES/71/98; United Nations General Assembly Resolution 72/87: Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (14 December 2017) U.N. Doc A/RES/72/87; United Nations General Assembly Resolution 73/99: Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (18 December 2018) U.N. Doc A/RES/73/99, ולאחרונה, United Nations General Assembly Resolution

תופעה הבולטת בהחלטות גופי האו"ם היא אימוץ מוחלט של השם הערבי-מוסלמי "אל-חרם אל-שריף": Al-Haram Al-Sharif כדי לתאר את המתחם, שעה שהמונח הניטרלי Temple Mount לא אוזכר אף לא פעם אחת אף על פי שההחלטות מנוסחות בדרך כלל בראש ובראשונה באנגלית. בדומה לכך, הכותל המערבי נקרא בהחלטות גופי האו"ם "אל-בוראק": Al-Buraq Wall, ולא הוזכר אף לא באחת מההחלטות המונח Western Wall. שימוש מגמתי זה בשפה בנוגע להר הבית מלמד על עמדה לא אוכייקטיבית ומצערת מצד גופי האו"ם השונים. הכוונה היא כפי הנראה לעורר את הרושם שהר הבית קדוש למוסלמים בלבד.

כאמור, בכל החלטותיה, מועצת הביטחון "קראה" (called) לצדדים לפעול ולא "חייבה" (decided), כלומר, החלטות אלו לא יצרו חובה משפטית. אכן, עד כה כל ההחלטות של גופי האו"ם בעניין המקומות הקדושים בישראל הן בגדר המלצות בלבד.

שניים מגופי האו"ם עוסקים במיוחד בזכויות אדם: האחד הוא מועצת זכויות האדם (הירועה ביחסה העוין לישראל). המועצה הוקמה בשנת 2006 במקום הוועדה לזכויות האדם שהוקמה בשנת 1946;⁸⁷ השני הוא הנציב העליון לזכויות אדם, גוף שהוקם בשנת 1993 ואשר פועל עד היום. כמו החלטות רוב גופי האו"ם גם החלטותיהם של גופים אלה אינן מחייבות מבחינה משפטית.⁸⁸

74/89: Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (26 December 2019) U.N. Doc A/RES/74/89

"Brief History of UN Human Rights," *United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner* (online) 87 ראו

Beate Rudolf, "United Nations Commission on Human Rights/United Nations Human Rights Council," *MPEPIL*, para. 17, 20 (updated September 2008) 88

שני הגופים הללו התריעו על כך שישראל אינה מאפשרת כניסה חופשית לכל המוסלמים להר הבית. הדברים מופיעים הן בדוחות של הנציב העליון⁸⁹ הן בדוחות של מועצת זכויות האדם.⁹⁰ בהחלטות שונות הביעה מועצת זכויות האדם חשש כבד מהגבלת הגישה של פלסטינים למקומות הקדושים, כולל מסגד אל-אקצא.⁹¹ כמו כן היא דרשה מישראל להפסיק את החפירות הארכיאולוגיות במתחם אל-אקצא.⁹²

89 בחלק מהדוחות השנתיים, הבוחנים לכאורה אך ורק ציות לזכויות אדם, צוין שישראל מקשה באופן משמעותי על פלסטינים מהגדה המערבית ומעזה את הכניסה למסגד אל-אקצא. ראו לדוגמה Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1, U.N. Doc A/HRC/WG.6/3/ISR/3, 15 September 2008, para. 18 שהגבלת הגישה מצד ישראל פוגעת בזכות של פלסטינים לקיים פולחן. ראו לדוגמה Ensuring accountability and justice for all violations of international law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem: comprehensive review on the status of recommendations addressed to all parties since 2009, U.N. Doc A/HRC/35/19, 12 June 2017, para. 47 אלא עולה שעל ישראל מוטלת החובה לאפשר גישה להר הבית.

90 דוחות שנתיים כללו המלצות שקראו לישראל להימנע מחפירות ארכיאולוגיות טיב מסגד אל-אקצא. ראו לדוגמה Universal Periodic Review, Israel, U.N. Doc A/HRC/10/76, 8 January 2009, para. 41 (Commission of Inquiry) שבחנו אירועים מוגדרים מראש הובעה ביקורת על ההגבלות שהטילה ישראל על חופש הגישה למסגד אל-אקצא. ראו לדוגמה Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1, U.N. Doc A/HRC/29/CRP.4, 23 June 2015, para. 504 שנשלחו למזכ"ל האו"ם. ראו לדוגמה Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, U.N. Doc A/HRC/28/45, 5 March 2015, para. 55

91 ראו לדוגמה Religious and cultural rights in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (28 September 2007), U.N. Doc A/HRC/RES/6/19

92 ראו לדוגמה The grave human rights violations by Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (14 April 2010), U.N. doc A/HRC/RES/13/8, para. 7

ארגון בינלאומי נוסף שהוא רלוונטי למקומות הקדושים ולשמירה עליהם הוא ארגון אונסק"ו (UNESCO) שהוזכר לעיל. נפנה כעת לבחון את הארגון, את יחסיו עם ישראל ואת החלטותיו הנוגעות להר הבית.

מטרתו של אונסק"ו היא לתרום לשלום ולביטחון באמצעות קידום שיתוף פעולה בין מדינות בתחומי החינוך, המדע והתרבות כדי לשפר את כיבודם של ערכי הצדק, שלטון החוק, זכויות האדם וחירויות היסוד המובטחים במגילת האו"ם.⁹³ במסגרת זו, אונסק"ו עוסק רבות בנושא שימור המקומות הקדושים, ובכלל זה בסוגיית הר הבית.

לאונסק"ו שלושה גופים עיקריים: הוועידה הכללית, הקובעת את המדיניות ואת קווי הפעולה המנחים של הארגון;⁹⁴ חבר המנהלים, האחראי לביצוע התוכניות שהוועידה אימצה;⁹⁵ המזכירות, שהיא הגוף המנהלי של הארגון. בשל תפקידו הביצועי של חבר המנהלים נבחן את החלטותיו, המשקפות גם את סדר היום הכללי של הארגון.

גם פה מן הראוי לבחון בקיצור את התוקף המשפטי של החלטות אונסק"ו. המדינות החברות בארגון הסכימו לפתח אמצעי תקשורת בין העמים כדי לקדם הבנה הדדית במטרה למנוע מלחמות בעתיד,⁹⁶ וכן הסכימו שהארגון יקדם מטרות אלו באמצעות פעילות שתתרכז בקידום שיתוף פעולה והבנה בין מדינות, במתן המלצות ובייעוץ למדינות בהתאם לאמנות הבינלאומיות הרלוונטיות.⁹⁷ נמצא אפוא שההמלצות וההכרזות של אונסק"ו אינן מחייבות מבחינה משפטית, הגם שאפשר אולי לראותן כהתחייבויות פוליטיות ומוסריות שמדינות מקבלות

93 חוקת אונסק"ו, 4 UNTS 275, Article 1(1), 16 Nov. 1945

94 שם, בסעיף 4(2)(B).

95 שם, בסעיף 5(b)(6)(B).

96 שם, בהקדמה.

97 שם, בסעיף 1(2).

לאחר אירועי הירי במתחם הר הבית בשנת 1982 גינה הארגון את פעולות חיילי צה"ל נגד מסגד אל-אקצא.¹⁰³ גם עם פרוץ האינתיפאדה השנייה בשנת 2001 גינה הארגון את שימושה של ישראל בכוח במתחם הר הבית.¹⁰⁴ אומנם עולה מהחלטות אלו שישיראל חייבת להגן על המסגד ולהימנע מפגיעה בו, אבל הדבר לא נאמר במפורש.

נושא נוסף שספג גינוי רב מן הארגון היה חפירת מנהרות הכותל. אונסק"ו קרא לישראל לעמוד בהמלצות מומחי הארגון בנוגע לחפירות לאורך הכותל המערבי.¹⁰⁵ הארגון חזר וגינה את החפירות בכמה הזדמנויות¹⁰⁶ והביע חשש ליציבותו של מתחם הר הבית בעקבות ביצוען.¹⁰⁷ הארגון אף גינה את פתיחת מנהרות הכותל לתיירים בשנת 1996¹⁰⁸ וקרא לישראל להשיב את המצב לזה שהיה קודם פתיחתן.¹⁰⁹ בשנים האחרונות הביע אונסק"ו חשש מכך שישראל

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 127 EX/ DECISION 5.4.1, para. 10 (1987)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 103 114 EX/DECISION 5.4.2, para. 10 (1982); UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 116 EX/DECISION 5.4.1, para.10 (1983)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 104 161 EX/DECISION 3.4.2, para. 5 (2001)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 105 125 EX/DECISION 5.4.1, para. 14 (1986)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 106 ראו למשל Executive Board, 140 EX/DECISION 5.5.1, para. 4 (1992); UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 147 EX/DECISION 3.6.1, para. 6 (1995); UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 184 EX/DECISION 12, para. 6 (2010)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 107 145 EX/DECISION 5.5.1, para. 5 (1994)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 108 150 EX/DECISION 3.4.3. 6 (1996)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 109 151 EX/DECISION 3.3.1, para. 7 (1997)

מאפשרת פרובוקציות של דתיים קיצונים ושל חיילים ברחבת מסגד אל-אקצא וחזר על הצורך להגן על האותנטיות, על השלמות ועל המורשת התרבותית של המסגד,¹¹⁰ חשש שחזר על עצמו בהחלטות שהתקבלו מאז שנת 2012. דרישות אלו תואמות את חובתה של ישראל לשמר אתרים קדושים, אבל מעניין לציין שבכל החלטותיו עד שנת 2013 נמנע הארגון מלהתייחס באופן ישיר לחובות או להפרות של חובות לפי המשפט הבינלאומי שיש לישראל בנוגע למקומות הקדושים.

הדבר השתנה בשנת 2013, כאשר אונסק"ו גינה את הבנייה הישראלית של פלטפורמה באל-בוראק (השם המוסלמי של הכותל המערבי המופיע בהחלטה) תוך הפרה של אמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949, אמנת האג להגנת נכסי תרבות בעת עימות מזוין משנת 1954 והאמנה להגנה על אתרי מורשת עולמיים משנת 1972.¹¹¹ הייתה זו הפעם הראשונה אשר בה הארגון ציין שישראל הפרה כביכול נורמה בינלאומית ספציפית כגון אמנה בינלאומית. הארגון חזר על גינוי זה¹¹² והוסיף וגינה הפרות נוספות שיוחסו לישראל, למשל, מניעת כניסה למוזיאון אל-אקצא, התנכלות לאזרחים, ובכלל זה דמויות דתיות כגון שייח'ים וכמרים, ומניעת פעולות שיקום ליד המסגד.¹¹³ נוסף על כך, הארגון גינה מעצרים בידי ישראל ופציעת אזרחים בתוך מסגד אל-אקצא. הוא גם גינה כניסה של דתיים קיצונים ולובשי מדים (של כוחות הביטחון הישראליים) למסגד, ולראשונה דחק בישראל למנוע מעשים אלה, משום שהיא המעצמה הכובשת.¹¹⁴ גם כאן אפשר לראות התייחסות לחובות בינלאומיות, הנובעות בין היתר ממצב משפטי של

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 110 EX/DECISION 5, para. 14-15 (2012). גינויים אלה חזרו על עצמם בהחלטות 192 (2013), 194 (2014) ו-195 (2014).

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 111 EX/DECISION 11, para. 12 (2014). בהחלטה לא צוין אילו סעיפים באמנות הופרו.

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 112 EX/PX/DR.5.2 para. 12 (2014)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 113 EX/DECISION 1 (D), para. 6 (2014)

כיבוש ישראלי, ובכללן הגנה על מקומות קדושים. אונסק"ו חזר על גינויוו כלפי ישראל, וקרא לה להפסיק את מניעת ביצוע תשעה עשר פרויקטים לשיקום מסגד אל-אקצא.¹¹⁵ הוא גם התייחס באופן יותר ספציפי לנזק שכוחות ישראליים גרמו לחלונות מסגד אל-קיבלי באל-אקצא,¹¹⁶ למניעת שיקום שער אל-ראמה בירי ישראל¹¹⁷ ולפעולות חד-צדדיות בכל הנוגע לשער המוגרבים.¹¹⁸

בשנת 2015 חזרו על עצמם גינויים אלה בתוספת התייחסות ישירה לפעולות הבלתי-חוקיות המיוחסות לישראל נגד חופש הדת של המוסלמים ולהגבלת הכניסה למסגד אל-אקצא ולמתחם הר הבית¹¹⁹ תוך חזרה על האיסור על פעולות חד-צדדיות ישראליות על פי אמנת האג משנת 1954.¹²⁰ הארגון חזר על גינויים אלה בשנת 2016,¹²¹ ובהחלטה הידועה לשמצה משנת 2017 גינה את המשך החפירות, שלדעת הארגון אינן חוקיות לפי המשפט הבינלאומי.¹²² החלטה זו מקוממת במיוחד, שכן יש בה משום הנחה שהר הבית קדוש אך ורק למוסלמים.

תופעה הבולטת בהחלטותיו היא שארגון אונסק"ו, בדומה לעצרת הכללית ולמועצת הביטחון של האו"ם, עושה שימוש אך ורק בשם הערבי-מוסלמי "אל-חרם אל-שריף" כדי לתאר את הר הבית, ולא במונח ניטרלי. כפי שעולה גם

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 115
196 EX/DECISION 26 para. 8 (2015)

116 שם, בסעיף 9.

117 שם, בסעיף 10.

118 שם, בסעיף 14.

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 119
197 EX/DECISION 38, para. 7 (2015); UNESCO, Resolutions and Decisions
Adopted by the Executive Board, 199 EX/DECISION 19, para. 8 (2016)

120 שם, I.B.2.19, בסעיף 20.

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 121
ראו החלטה 200: UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the
Executive Board, 200 EX/DECISION 25 (2016)

UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 122
:202 EX/DECISION 30.I, para. 7 (2017). אמירה זו חזרה על עצמה בהחלטה
UNESCO, Resolutions and Decisions Adopted by the Executive Board, 202
EX/DECISION 38.I (2017)

מהחלטת הארגון משנת 2017, נראה שבשימוש זה הוא רומז לכך שההר שייך אך ורק למוסלמים. בהחלטות הארגון אין כל התייחסות לזכויות של בני דתות אחרות מעבר לאמירה הכללית שלפיה אין לשנות את אופייה הדתי, התרבותי וההיסטורי של העיר העתיקה של ירושלים, והכרה בחשיבותה הדתית למוסלמים, לנוצרים וליהודים.

.1

הערות סיכום

בהיעדר הסדר בינלאומי כולל ומקיף למעמד מקומות קדושים בכלל ולא לה שבהר הבית בפרט, חיפשנו תשובות חלקיות לשאלה מה מעמדו של הר הבית בדיני זכויות האדם ובכללים

בדבר הגנה על מורשת ועל נכסי תרבות. בהוראות העוסקות בחופש הדת והגנה על מורשת התרבות של העולם מצאנו זעיר שם זעיר שם הוראות על חופש הפולחן ועל ההגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזויין. באשר למקומות הקדושים בארץ, ראינו שבעבר הם נהנו מההסכמים בין האימפריה העות'מאנית למדינות אירופה. לאחר מכן חלו סעיפי כתב המנדט הבריטי בארץ ישראל. בהכרזה על הקמת המדינה משנת 1948 מופיעה הבטחה לשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות, אבל ספק אם זהו מסמך בינלאומי מחייב. לעומת זאת, הצטרפותה של ישראל לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מטילה עליה חובה להבטיח את חופש הדת, ובכלל זה חופש הפולחן. יש בסעיף גם הוראה מגבילה: אפשר להגביל את חופש הביטוי והפולחן מכוח חוק על פי דרישות "הביטחון, הסדר, הבריאות או המוסר הציבוריים, או זכויותיו וחירויותיו של הזולת". הגבלה זו מצדיקה לכאורה את האיסור על מי שאינו מוסלמי להתפלל על הר הבית, אבל אין זה ברור אם התמלא התנאי שהדבר ייקבע בחוק. אין זה ברור אם האמנה דורשת קיום חוק ספציפי בדבר מקומות קדושים או שמא די בחקיקה כללית על סמכויות המשטרה.

ההסכם בין עבדאללה מלך ירדן לאבו מאזן ראש הרשות הפלסטינית מסמך את מלך ירדן לשמור על המקומות הקדושים לאסלאם בירושלים. הוא מכיל הגדרה גיאוגרפית מוגזמת מאוד של הר הבית. מסמך זה מחייב כמובן רק את אלה שהם צדדים לו. מסמך בינלאומי נוסף העוסק בהר הבית הוא התחייבותו של ראש

ממשלת ישראל לכבד את הסטטוס־קוו על הר הבית. ראינו שזוהי הצהרה מחייבת במשפט הבינלאומי. מן הראוי להזכיר בהקשר זה שאין כל קשר בין הסטטוס־קוו ההיסטורי משנת 1852 בדבר שבעה מקומות קדושים לנצרות לבין הסטטוס־קוו על הר הבית אשר בו דנו לעיל.

הסקירות על עמדת האו"ם ואונסק"ו כלפי הר הבית מראות שלשני המוסדות הללו אין כיום גישה מאוזנת לנושא ושכשניהם מתקבלות החלטות המדגישות את קדושתו של ההר לאסלאם. הן גם אינן מזכירות כלל את קדושתו ליהדות ולנצרות. עם זאת, גופים אלה לא יצרו חובות משפטיות החלות על הר הבית.

במאמר זה סקרנו את הדינים המיוחדים החלים על מקומות קדושים בכלל ועל הר הבית בפרט. יש מקום לתמוה על כך שאין דינים מפורטים יותר, אבל יש לזכור שישנם גם דינים בינלאומיים כלליים החלים במקומות אלה, כגון דיני זכויות האדם והאחריות הבינלאומית. הר הבית ממשיך להיות אתר מסוכן שמדי פעם פורצים בו מעשי אלימות קשים, בעיקר עקב הסתה פרועה. הביטוי "אל־אקצא בסכנה" משלהב את הרוחות. יתרה מזאת, ישנן קבוצות של טרוריסטים שאימצו לעצמן את השם "יחידת אל־אקצא". האו"ם ואונסק"ו מכנים את הר הבית בשמו המוסלמי בלבד, ובכך במשתמע שוללים מהיהודים ומהנוצרים כל זכות על ההר. השימוש בשם הערבי בלבד תומך בטענה האבסורדית של מוסלמים מסוימים, שלפיה מעולם לא היה מקדש יהודי בהר הבית. עד כה אין מקיימים כאן את העיקרון של המשפט הבינלאומי שלפיו יש ליישב סכסוכים בדרכי שלום.

ובכל זאת נמשיך לקוות שלא ירחק היום אשר בו יוכלו בני כל הדתות להתפלל בשלום על הר הבית, כדברי הנביאים ישעיהו¹²³ ומיכה.¹²⁴

123 ישעיהו ב, ב-ד; נו, ז.

124 מיכה א, א-ב.

"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

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.

מחיר מומלץ: 98 ש"ח

יוני 2022

www.idi.org.il

מסת"ב: 7-381-519-965-978



0 4500001289 9

דאנאקוד 450-1289