

בתי הקברות בכפרים העקורים של 48

נייר עמדה ראשוני

נכתב על ידי ד"ר קייס נאסר וד"ר אילן סבן¹

תקציר

בתי הקברות של הכפרים העקורים של 1948 הם סוגייה רגישה. עבור החברה הערבית בישראל הם גם סוגיה מרכזית. נייר עמדה זה מבקש לקדם את השיח שעוסק בשמירה עליהם, בניסיון לשקמם במובן בסיסי (לטפח את חזותם: ניקיון, גינון, שילוט, תאורה וכדומה), ולאפשר בהם ביקור.

נושא זה הוא חלק מתוך נושא גדול יותר: **רכוש ההקדש המוסלמי וההקדשים הנוצריים בתחומי הקו הירוק**. רכוש ההקדש המוסלמי היה מצוי בחלקו הגדול בשליטת הממונה על נכסי נפקדים. האם זה השתנה בעקבות שינויים בהוראות הדין מהשנים האחרונות? (ראו בהקשר זה דיווח טורד מנוחה על פגישה שהתקיימה ב-2016 בין חברי כנסת לבין נציגי הממונה על נכסי נפקדים – חוות הדעת של עו"ד האלד דגש).

אשר לבתי הקברות. המסקנה המשפטית שלנו בעקבות קריאת הפסיקה – הנחה שאיננה החלטית אך היא בכל זאת חזקה – היא זו: **בתי המשפט יעניקו הגנה לבתי העלמין של 48 אם יוכח להם שאכן מדובר בבית קברות שכזה**. לעומת זאת, **טיפוח בית הקברות ואפשרות הביקור הם עניין אחר, סבוך יותר**.

פסק דין רלבנטי לעניין פעולת השמירה והטיפוח של בתי הקברות הוא פס"ד **דרוויש**, שמיד יוצג. פסק דין רלבנטי לעניין אפשרות הביקור בבית הקברות הוא פס"ד **סלוא סאלם-קובטי** בעניין בית הקברות במעלול, שממוקם עתה בתוך בסיס צבאי.

מה באשר לטענת הפליה בתקצוב? יש גופים ציבוריים שמתקצבים על ידי המדינה בכספים רבים. הם עוסקים במקומות הקדושים ליהודים בישראל. הממשלה הקימה עמותות ממשלתיות שזה תפקידן, והיא מתקצבת אותן. אין גופים כאלה שעוסקים במקומות קדושים למוסלמים ולנוצרים ולדרוזים בישראל; אין גם תקצוב רציני שמוקצה עבור המקומות הקדושים שאינם יהודים.

האם לא ניתן לדרוש שמדינה תקים גופים שכאלה ותתקצב אותם בשיעור מקביל? אך האם נרצה שהמדינה תקים גופים שכאלה? היינו הרי מעדיפים שהמדינה תתקצב את הגורמים הקיימים בחברה האזרחית הפלסטינית בישראל. היו הצעות חוק להקמת רשות מדינתית שתעסוק במקומות הקדושים למוסלמים אך הן לא קודמו.

¹ תודה לעו"ד אנהאר חג'אזי, ולסטודנטים עמית שפילברג ואמיר אמארה על עזרתם בגיבוש מסמך זה.

שאלת שאלה נוספת: מה תהיה משמעות הפעולה של העברת מידע מכיווננו על בתי העלמין למשרד הדתות, ולרשות מקרקעי ישראל, ולרשות הטבע והגנים? האם נעביר בכך אל כתפיהם נטל בעל משמעות, לפחות בכל הנוגע לשמירה על בתי הקברות הללו? (האם ניצור בכך סוג של "הערת אזהרה"?)

א. בתי הקברות- תיאור כללי

מצבם הפיזי של בתי הקברות בכפרים העקורים של 48 הוא בכי רע. הם נפגעים לעיתים קרובות, שכן חלקם נמצא בשטחי מרעה שאינם מגודרים, חלקם נחצה על ידי שבילי אופניים, וחלקם משמש לעיתים למסיבות טבע. בסביבות ערים וישובים יהודים האיום עליהם הוא גבוה עוד יותר בשל יוזמות פיתוח שונות. כשיוזמה כזו מקודמת הרי שרק בחלק מהמקרים אנחנו מצליחים לעצור את ההרס.

ב. מיפוי בתי הקברות

בפועל יש מאות בתי קברות שכאלה. בכדי לדעת את דרך הפעולה המתאימה לכל אחד ואחד מהם, יש צורך מקיף במיפויים. מיפוי שכזה נעשה לפני כעשרים שנה, אך יש להשלימו. נתייחס לכך מיד. המיפוי אמור לכלול את מיקומם של בתי הקברות, שטחם המשוער, שיוכם העדתי, ההיסטוריה של יצירתם ושל הפעלתם, וכן מצבם הנוכחי.

הרזולוציה הנדרשת היא גבוהה כי יש צורך בזיהוי הגבולות של כל אחד מבתי הקברות. במקומות שבהם התקיים הסדר מקרקעין – צפון המדינה וחלק גדול ממרכזה – יש מפות מנדטוריות שליוו את תהליך ההסדר, ולכן מפות אלה מהוות כלי עזר חשוב לתיעוד בתי הקברות. בחלק מהמקרים ישנן גם מפות עות'מאניות, וגם רישום בספרי ההקדש של העדות המוסלמיות והנוצריות. מעבר לכך יש, בחלק מהמקרים, תצלומי אוויר מלפני שנים רבות שמספקים עדויות שונות על גילם של בתי הקברות וגם על מיקומם והיקפם. ספרי המקרקעין גם הם אמורים להכיל עדות לקיומו של הקדש בקרקע כזו אחרת.

פרופ' מוסה אבו-רמזאן סיפר לנו כי בידי הרשות הפלסטינית (ועתה בידי מרכז מחקר שפועל מטעמה) מצוי עותק של ספרי המקרקעין של ישראל מתחילת שנות החמישים (משמע, לפני העברות הגדולות לממונה על נכסי נפקדים). חומר זה הועבר בזמנו לאו"ם וממנו לאש"ף ומשם, דרך הרשות הפלסטינית או ישירות, למרכז המחקר הנזכר.

סקרי-שדה/ מיפוי נערך בעבר על ידי עמותות של החברה האזרחית הפלסטינית בישראל – עמותת אל-אקצא ומואססת אל-אקצא, בתחילת שנות ה-2000 – וכן על ידי גיאוגרפים והיסטוריונים (כמו פרופ' מוסטפא כבהא ופרופ' ראסם ח'מאיסי). יחד עם זאת, כל אנשי המקצוע העוסקים במיפוי בתי הקברות, סבורים כי יש להשלים מלאכה זו ויש לעדכן את שנעשה (ראו המלצות מפורטות יותר בהקשר זה בחוות הדעת של פרופ' חמאיסי וד"ר סוויד).

ג. הגורמים האנושיים והמוסדיים הפועלים בנושא בתי-הקברות

הטיפול והמאבק ביחס לבתי הקברות מערב גורמים שונים. כל אחד מהם פועל במסגרת משפטית מסוימת ובהקשר חיים מסוים.

משפחותיהם של המתים. קרובי המתים הם בעלי העניין הישירים ביותר בבתי הקברות. לעיתים הם יהיו אלו העותרים לשמור על בתי הקברות, לשקם אותם, לאפשר ביקור בהם וכדומה. עם זאת, משפחות אלה הן חלק מקולקטיב רחב יותר: עקורים, צאצאי עקורים, חלק מהחברה הערבית-פלסטינית בישראל.

חשוב לנו עם זאת להוסיף, כי הרגישות כלפי בתי הקברות אינה מותנית בקרבת משפחה. **אדם בהיותו אדם** (ערבי ולא-ערבי) צפוי לגלות רגישות שכזו; ואדם ערבי בהיותו בן לעם מסוים, שעבר אסון, בן לדת מסוימת, שלה חובות של כיבוד המתים, יחוש גם בשל כך קרבה ורגישות כלפי בתי הקברות. יתר על כן, לחברה הערבית-פלסטינית יש חוב של כבוד כלפי הפליטים וצאצאיהם ובתי הקברות שלהם שנתרו כאן לאחר הנכבה.

עמותות וארגוני קהילה אזרחית. קיימים מספר ארגונים שפועלים בתחום בתי הקברות. ארגונים אלה פועלים, במישור המשפטי, התכנוני והציבורי, להגנת על בתי הקברות, שיקומם והתרת ביקורים בהם. השיח שמקדמים הארגונים הוא שיח של זכויות – זכויות פרט וזכויות קבוצה.

הרשויות המקומיות, רשות הטבע והגנים, קק"ל, צה"ל. בתי הקברות של 48 מצויים כמעט תמיד בתחומם של רשויות שלטוניות. רשויות אלה מכפיפות כל שימוש או פעולה בבתי הקברות לנהלים ולדינים החלים על הרשות. חלק מבתי הקברות של הכפרים הללו מצויים כיום בתחום רשויות מקומיות לא ערביות, או בתחומי שמורות טבע, או בשטחים צבאיים.

ניסיון העבודה מול גופים שלטוניים אלה מלמד על חשש (חשש מוזמן, חשש מופרז, אך תכופות חשש כן), מכך ששיקום בית קברות או התרת ביקור בו יחזקו את טיעון זכות השיבה לכפרים או יהוו תקדים לכך. קשה להבין את התעקשות המדינה ביחס לאיקרית ובירעם; את עמדתה בעניין המסגד הגדול של באר-שבע; את ההרס, פעם אחר פעם, עשרות פעמים, של אלערקיב, ללא החשש הזה. ואולם אנחנו דוחים נחרצות את החשש המוזמן הזה כאשר הוא מופנה כלפי הדרישות האנושיות שלנו, לשמור, לטפח, לאפשר ביקור בבתי הקברות הללו.

רשות העתיקות וועדות התכנון. ביצוע פעולות בניה או שיקום בבתי קברות כפופה לקבלת אישורים על פי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. הגורמים המעורבים במתן אישורים הם הוועדות המקומיות לתכנון ובניה וכן הוועדות המחוזיות לתכנון ובניה.

בהרבה מקרים בתי הקברות נופלים בתחום שטח עתיקות מוכרז, ולכן נדרש אישורה של רשות העתיקות לפעולות הנדרשות בבית הקברות. גופים אלה יכולים להידרש לעניין של בית קברות במקרים שבהם מוגשת בקשה להיתר בניה או לתכנית המבקשת לקדם פרויקט על שטח בית הקברות [כך קרה ביחס לתוכנית מוזיאון "הסובלנות" בבית הקברות ממילא בירושלים; כך קרה גם לאחרונה ביפו בבית הקברות אלעיסעאף].

קיימים לעיתים גופים פרטניים הקשורים בבתי קברות מסוימים, ולמעשה הגופים שהוצגו לעיל בהקשרם של בתי קברות אינם ממצים תמיד את התמונה.

ז. בתי הקברות במישור המשפטי

ניתן לחלק את הפעילות המשפטית הקשורה בבתי הקברות לשתיים: פעילות המבקשת מהמדינה לקיים את חובתה בשימור ובטיפוח בתי הקברות; ופעילות הגנתית על בתי הקברות מפני יוזמות שונות שאינן עולות בקנה אחד עם המקום.

1. מישור הפעילות הראשון כרוך במימון המדינה. מדובר בקו טיעון עקרוני, פרו-אקטיבי: ניסיון לגייס את המדינה להגנה ולטיפוח של מקומות קדושים ובכללם בתי קברות.

דוגמא מרכזית לפעולה במישור זה היא עתירתם של עמותת אלאקצא ועדאלה, שהוגשה ב 2004 [בג"ץ 10532/04 דרוויש נ' השר לענייני דתות (פסק הדין ניתן ב-2009)]. העתירה ביקשה כי בית המשפט יורה למדינה להתקין תקנות להגנה על מקומות קדושים מוסלמים, כפי שיש תקנות כאלו ביחס לחלק מהמקומות הקדושים ליהודים. בית המשפט דחה זאת, שכן המדינה הצהירה שהיא לא ממשיכה בנתיב של הרחבת התקנות למקומות קדושים למיניהם, יהודים ולא יהודים. במקביל התייחס בית המשפט בכל זאת להגנה על המקומות הקדושים למוסלמים, בקובעו:

"שוכנענו כי התקנת תקנות לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, אינה תנאי חיוני לשם הבטחת השמירה והכיבוד של המקומות הקדושים. ...

המשיבים [גורמי המדינה] אינם מכחישים את הצורך לפעול לשמירה על המקומות הקדושים למוסלמים ומאשרים כי בעקבות העתירה החלו לטפל ולבחון מהי הדרך ההולמת והמעשית לטפל בסוגיה. אין ספק שלא ניתן במציאות הישראלית בה פרושים מסגדים ובתי קברות ברחבי הארץ לפעול לשיקוםם של כל המקומות המוגדרים על ידי העותרים כמקומות קדושים. מנגד אין חולק כי מתחייבת פעולה הדרגתית, בהתאם ליכולת התקציבית ולסדרי עדיפויות, ליתן ביטוי לשמירה על מקומות קדושים למוסלמים. בא-כוח המדינה הודיע כי למטרה זו הוחלט להקצות בתקציב המדינה במסגרת תקציב מינהל מקרקעי ישראל סכום של 2 מיליון ש"ח לשנה לטיפול ושיקום מקומות כאלה. ...

אנו מניחות כי בעניין זה תקויים הידברות בין הצדדים וכי יקבעו נוהלים ודפוסי פעולה כיצד לקדם את התהליך באיזה היקף ועל פי אלו סדרי עדיפויות.

בכפופות להתחייבות בא-כוח המדינה לפעול בהתאם לאמור כדי לקבוע דפוסי טיפול במקומות הקדושים למוסלמים, העתירה נדחת.²

הנה כי כן, בית המשפט קיבע בפסק דין את התחייבות המדינה לטפל, באמצעיה שלה, אך בתקציב נמוך, במקומות קדושים או רגישים למוסלמים, זאת תוך מאמץ תיאום עם נציגי הקהילה המוסלמית.

פסק הדין הזה, ובעיקר התחייבות המדינה, ראויים מאד לביקורת. התקציב שאותו התחייבה המדינה להקצות – שני מיליון ש"ח בשנה – הוא לעג לרש. ראשית, לאחר 70 שנים של הזנחה קשה, הרי שדרישות של צדק מתקן מעצימות מאד את חובת המדינה לתקן ולהשלים את שנמנעה מלעשות במשך עשרות שנים. שנית, אפילו במישור של צדק חלוקתי, שמתבונן בהווה, ומשווה בין מה שהמדינה מקצה למקומות קדושים לערבים בהשוואה למקומות קדושים ליהודים, מתגלה פער גדול, בלתי נסבל.³

לדעתנו, לצד הטענה לאפליה בתקצוב, יש לחשוב על קידום הליך משפטי שיחייב את המדינה לקבוע קריטריונים להקצאה תקציבית למימון בתי הקברות. מפני שבית המשפט העליון קבע בפרשת דרוויש לעיל, שאין צורך בתקנות כדי לשמור על בתי הקברות, וכי המדינה אמונה על שמירתם, והיא תעשה זאת באופן מתמשך (אך תוך התחשבות במגבלות תקציביות), הרי שמוצדק לדעת כיצד – לפי איזה קריטריונים – היא מקצה.

² לא התקיימה, למיטב ידיעתנו, התדיינות ביחס למימון מדינה לשמירת מקומות קדושים לנוצרים.

³ הסכום המופיע בפסק הדין (שני מיליון ש"ח בשנה) פותח אפשרות לטענת אפליה, זאת משום שמתקיימת הגנה על מקומות קדושים ליהודים באמצעות מימון מדינתי גדול מאד המוקצה לשני גופים עיקריים: המרכז הארצי לפיתוח מקומות קדושים (ראה דו"ח כספי משנת 2018); הקרן למורשת הכותל המערבי (ראה דו"ח כספי משנת 2017).

במילים אחרות, מדיניות הממשלה בתחום השמירה והטיפוח של בתי הקברות ומקומות קדושים אחרים – יהודים, מוסלמים ונוצרים – צריכה להיקבע במסמך מדיניות/ בקריטריונים (מעין "קול קורא"). מסמך זה יסדיר, לפי הנחתנו, את ההליך להגשת בקשות לקבלת תקציבים לשיקום בתי הקברות. חיוב המדינה לגבש מסמך שכזה יסלול את הדרך לגורמים הנוגעים בדבר, מקרב העדה המוסלמית או הנוצרית, לפנות למדינה בבקשות קונקרטיות לשיקום בית קברות כזה או אחר או אתר חשוב-רגשית אחר.⁴

2.2. מישור שני של פעילות משפטית – מישור של התנגדות, של התגוננות.

מישור נוסף של התדיינות הוא התדיינות הגנתית: משמע, התערבות משפטית פרטנית למול איום הנשקף לבית קברות כזה או אחר מפני יוזמה תכנונית או נדל"נית לפיתוח השטח הכולל את בית הקברות.⁵

בשני מישורי הפעולה המשפטית, ובעיקר במישור השני – המתגונן – מופיעים ממדים משפטיים שונים. מבחינת המסגרת המשפטית מדובר במישורים מצטברים, ובמקרים מסוימים במישורים חלופיים, הכל לפי הקשר הדברים ונסיבות המקרה. מדובר בארבעה ממדים של משפט, שבהינתן נסיבות מתאימות ניתן להפעיל אותם לשם הגנה על בית קברות.

המימד הקנייני: מישור זה עוסק בעצם הזכות של הגורם היוזם את תוכנית הפיתוח הפוגעת בבית הקברות ליוזם תוכנית שכזו. היש לו הרשאה חוקית לכך? הרשאה זו יכולה להתגבש על יסוד בעלות, חכירה וכדומה. נציין עם זאת, כי יוזמת פיתוח על ידי רשות מקומית (כגון תכנית מפורטת) אינה טעונה הסכמה של הבעלים.

ראוי לציין עוד, כי רבים מבתי הקברות של 48 היו נכסי ווקף. בחלק גדול מאד של מקרים הם היו רשומים על שמה של המועצה המוסלמית העליונה, ומשזו הפכה בעיני ישראל לנפקדת, סווגו נכסיה כנפקדים והוקנו לאפוטרופוס על נכסי נפקדים. האפוטרופוס הוסמך בחוק נכסי נפקדים למכור אותם לרשות הפיתוח, וכך אכן עשה פעמים רבות. בחלק מהמקרים, בערים המערבות – עכו, חיפה, יפו, רמלה ולוד – הופקדו על נכסי ההקדשים וועדי נאמנים.

המימד התכנוני: מישור זה עוסק בשאלות ובתובנות תכנוניות, לרבות השאלה, מה הם שימושי הקרקע המותרים באדמה שבה נמצא בית הקברות, והאם מצויה הגנה תכנונית על בית הקברות (הגנה המבטלת לכאורה כל תכנית נוגדת); ועד כמה התכנון הנוגד (המציע פיתוח) הכרחי בבחינת "לית ברירה"?

המימד הערכי והזהותי: במיוחד בבתי הקברות בישובים של שנת 48 מודגש הערך האנושי, הלאומי וההיסטורי של בית הקברות: הזיכרון של הנכבה, של האירועים הקשים, הנרטיב, והערך המיוחד של בית הקברות כעדות פיזית לקיומו של הכפר המגורש/ ההרוס – עוגן לזיכרון.

המימד החוקתי והחברתי: ההגנה על כבוד המת וההגנה על רגשותיהם של בני-אדם כלפי הקבורים בבית הקברות וכלפי בית הקברות עצמו כאתר קדוש – אנושית ודתית – וכאתר זיכרון.

מתוך התבוננות בארבעת הממדים הללו ראוי להעיר את הנקודות הבאות:

א. המימד הקנייני בהגנת בתי הקברות הוא מימד שאותו החלישה ישראל מאד (כלפי החברה הפלסטינית בישראל). מה שעוזר לבתי הקברות הם הממדים הערכיים והחוקתיים שהוזכרו לעיל, שבתמצית הם הנדבך האנושי של זכויות האדם. **ואכן בתי המשפט מספקים בדרך כלל הגנה לבתי עלמין, אם מוכח להם שהשטח שבמחלוקת הוא אכן כזה.**

⁴ זה מהלך הדומה לקריטריונים של משרד הדתות ולקול הקורא שהוא מפרסם מעת לעת להקצאת תקציבים לשיקום כנסיות או מסגדים ברחבי הארץ.

⁵ פסק הדין המנחה הוא בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp (2008) [בית הקברות ממילא ומוזיאון הסובלנות].

ב. ההגנה מצד בתי המשפט תלויה, בין היתר, באינטרס הנוגד – כלומר, בעבור מה משמשת הקרקע בהווה ולמה מייעדים אותה; אבל גם אם מדובר בייעוד ציבורי חיוני יתעוררו שאלות של מידתיות – האין דרך להשיג את הייעוד הזה או את מרביתו תוך פגיעה מינימלית, אם בכלל, בבית הקברות?

ג. ההגנה תלויה גם בשאלת עתיקותו של בית הקברות ובמצבו. כך למשל השופטת פרוקציה בפסק הדין של מוזיאון הסובלנות מעניקה לבית הקברות ממילא רק הגנה חלקית וחסרה. זאת הן משום שהעותרים הגיעו לבית המשפט במאוחר, לאחר שהושקעו כספים רבים בתוכניות הפיתוח, והן, בעיקר, משום שמדובר בבית קברות עתיק שהקבורה בו נפסקה לפני כ-300 שנים. **במילים אחרות, בתי הקברות של 48 צפויים לזכות להגנה חזקה יותר.**

ד. מדוע? משום שראשית, בתי הקברות של 48 גלויים לעין בחלקם; ניתן להבחין בהם (בניגוד לחלק גדול מבית הקברות ממילא). שנית, מימד הזמן שונה לחלוטין בסדר הגודל שלו. במקרה שלנו מדובר רק בכשבעים שנים שחלפו מאז השימוש בבתי הקברות, לעומת בית הקברות ממילא, שהיה כאמור בן 300-400 שנים. שלישית, והחשוב ביותר, עוצמת הפגיעה והזיקה הרגשית של הפרט ושל הציבור הערבי בישראל לבתי הקברות של 48 היא גבוהה ביותר. בני המשפחות של המתים הקבורים בבתי הקברות עדיין בחיים, ורוצים לכבד את זכרם של יקיריהם וזוהי זכותם האנושית הנובעת מההגנה על כבודם. בנוסף, לציבור הפלסטיני בישראל זיקה לאומית, דתית ותרבותית מוגברת לבתי הקברות הללו בהיותם אתרי זיכרון לנכבה ולחיים שנפגעו ולעיתים נהרסו בעטייה.

ה. ניתן לומר, כי קיים פער אפשרי בין זיהויו של מקום כ"מקום קדוש", מבחינת המשפט, לבין ההבנה הדתית ביחס לזיהויו של מקום ככזה. עם זאת, הנקודה שחשוב לציין, היא שבית המשפט העליון מכיר, בכל מקרה, ברגישותם הגבוהה של מבני דת ושל בתי עלמין. לשון אחר, אין הכרח בהכרעה שמקום הוא מקום קדוש כדי שתקום חובה לגונן עליו. אפילו היה מדובר בבית קברות חילוני הרי שחשיבותו ורגישותו עומדים בעינם.

ו. הנה דבריה החשובים כל כך של השופטת ארבל בבג"ץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת השמל לישראל (2007)**, שמאוששים את שאמרנו זה עתה:

"הטיפול בבתי קברות יש בו כדי ללמד על החברה, על יחסה לעברה ועל הכבוד שהיא רוחשת לפרטים שבתוכה. ... הרגישות האמורה מתחייבת בהתייחס למתיה של כל דת ולאתרי הקבורה שלה, כמו גם ביחס למקומות קבורה שאין עימם נופך של זהות דתית."

אנו שואפים, כאמור, לא רק לשמירת בתי הקברות אלא גם לשימורם – טיפוחם – והאפשרות לבקר בהם. במישור המשפטי הדילמה היא בין קידום מהלך כוללני לבין פסיעה פרטנית ממקרה למקרה. הקושי בטיפול הפרטני הוא בכך שמדובר בעבודת נפילים – השקעה עצומה של מאמץ, זמן ומשאבים. מנגד, המישור הכוללני כרוך בקשיים דיוניים. בית המשפט מעדיף לדון במקרה פרטני מאשר בעניין כוללני ותקדימי. הוא אמור לבסס את הכרעתו על תשתית עובדתית קונקרטית, ויש לו העדפה להכרעה במקרה ספציפי עם נפגע ישיר.

בשל ההעדפה הזו, בתי המשפט מעמידים גם משוכות פרוצדורליות מקדמיות, דוגמת הצורך **במיצוי הליכים ובצירוף כל המשיבים הרלבנטיים**. והנה משום שמדובר במאות בתי קברות – ומשום שמעבר להגנה מפני פגיעה אנו תובעים גם טיפוח וגם אפשרות ביקור – הרי שלכאורה בכל מקרה ומקרה יש לפנות הן למחזיקים בקרקע (רשות מקרקעי ישראל, הקק"ל, רשות הטבע והגנים הלאומיים וכדומה) והן לרשויות המוניציפליות שבהן מדובר (העירייה, המועצה האזורית וכדומה). בנוסף לכך יש להניח כי ניתבע להצביע על המיקום המדויק שביחס אליו אנחנו דורשים הגנה, טיפוח ואפשרות ביקור.

דוגמא למהלך פרטני, שהצליח, בהקשרה של הזכות לבקר בבית הקברות, הוא זה של סלוא סאלם-קובטי בייצוגה של עדאלה. בג"ץ 280/19 סאלם-קובטי נ' משרד הביטחון (2019). העתירה הייתה לצו שיאפשר לה לבקר את קבר אביה שקבור בבית הקברות הנוצרי, הנמצא בשטחו של בסיס חיל האוויר, במה שהיה פעם הכפר מעלול. בבקשת המדינה למחיקת העתירה, היא הביעה הסכמתה לאפשר את ביקורה של גברת קובטי ובני משפחתה בקבר אביה כשלוש פעמים בשנה, בכפוף לעמידה בתנאים שונים באשר לכניסה לבסיס הצבאי. בנוסף לכך, קובטי ובני משפחתה מורשים לבצע פעולות אלמנטריות לטיפול וניקוי הקברים במהלך הביקורים. המדינה הדגישה כי היא מאפשרת את הביקורים חרף העובדה שמדובר בכניסת אזרחים לבסיס צבאי. ההסכמות שעליהן הצהירה המדינה קבלו תוקף של פסק דין. בעניינו יש בכך הכרה רשמית ברורה בזכות האישית והמשפחתית של בני-אדם לבקר את יקיריהם במקום שבו נקברו גם אם יש אינטרס ציבורי נוגד.

ה. הצעות לחקיקה

לצד פרשת דרויש לעיל, ראוי לציין כי לאורך השנים הוגשו הצעות חוק לביסוס מעמדם של בתי הקברות ונכסי הקדש אחרים ולעיגון הזכות לשיקומם.

אחת ההצעות הבולטות קודמה על ידי חברי כנסת ערבים ויהודים (מיכאל מלכיאור, אברהים צרצור, עתניאל שנלר [מקדימה], אחמד טיבי, איתן כבל, זכור עבאס, שי חרמש [מקדימה] ויוסי ביילין) – "הצעת חוק הקמת רשות לפיתוח מקומות קדושים למוסלמים, התשס"ח-2008". הצעת חוק זו, שהיו לה גלגולים מאוחרים, ב 2014 וב 2017, ביקשה להקים רשות לפיתוח מקומות קדושים למוסלמים. בידי הרשות אמורות להיות מופקדות סמכויות של ניהול, שמירה, אחזקה, טיפוח, פיתוח והפעלה של המקומות הקדושים. הוצע כמו כן, כי רשות זו תתייעץ באופן שוטף עם ועדי הווקף, שייבחרו על ידי מוסלמים בערים המעורבות: עכו, חיפה, יפו, לוד ורמלה, בכל הקשור לנכסי הווקף באותן ערים.

בדברי ההסבר להצעה נאמר "מטרת הצעת החוק היא למלא את החלל הקיים בתחום הזכויות ושירותי הדת של בני העדה המוסלמית בארץ. מאז הקמת המדינה אין גורם רשמי שתפקידו לפעול לשימור ולאחזקה נאותה של עשרות מסגדים, בתי עלמין וקברי קדושים מוסלמים הנמצאים באזורים שמוסלמים אינם מתגוררים בהם עוד. מקומות אלו היו לעזובה מתמשכת באופן שאינו מכבד מדינה נאורה. ראוי לה למדינת ישראל הדואגת למקומות הקדושים ליהודים בארץ והתובעת ממדינות אחרות לכבד את המקומות הקדושים."

יוזמה תחקיקתית חשובה זו מצריכה דיון רחב. אנחנו משמיעים כאן הערות ספורות למחשבה:

א. לא ברור אם אכן הציבור הערבי רוצה להפקיד את הטיפול בבתי הקברות בידי רשות ממלכתית. יש למהלך שכזה השלכות לכאן ולכאן, שראוי ללבן. אנו עצמנו לא גיבשנו עמדה החלטית בהקשר זה.

ב. הצעת החוק מתייחסת רק לבתי קברות מוסלמים ולא לבתי עלמין נוצרים.

ג. נוסף עם זאת, כי הכנסיות/ העדות הנוצריות מתנגדות לשליטה מדינתית ברכוש ובמקומות הקדושים שלהם.

ד. כמו כן, וככל שקיימת הסכמה על הקמת הרשות הממלכתית המוצעת, ראוי לשפר את ההסדר המוצע בעניינה. קונקרטי, ראוי להעניק לה, לרשות זו, כלים אופרטיביים לקידום מטרות החוק. כוונתנו בעיקר לצורך להעניק לה מעמד של גוף יוזם/ מתנגד/ מייעץ בהליכי התכנון והבניה והליכי הרישוי הנדרשים לשמירת בתי הקברות ושיקומם,

1. כיוון ההתמודדות במישורי התכנון

נפתח ראשית בשאלה: מה תהיה משמעות הפעולה של העברת מידע מצדנו (החברה האזרחית) על בתי קברות למשרד הדתות, ולרשות מקרקעי ישראל, ולרשות הטבע והגנים? האם נעביר בכך על כתפיהם נטל בעל משמעות, לפחות בכל הנוגע לשמירה על בתי הקברות הללו? [ראו התייחסות חלקית לכך בחוות הדעת של ד"ר סויד ופרופ' ח'מאיסי]. אין לנו עדיין תשובה ברורה לכך.

ההתייחסות החקיקתית העוסקת במישור התכנוני, ודרכו נוגעת בשמירה על בתי קברות, היא התייחסות דלילה.

חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 קובע כי ניתן לקבוע בתכנית מתאר מחוזית או בתכנית מתאר מקומית הוראות לעניין בתי קברות. כמו כן, סעיף 99 לחוק התכנון והבניה, מתנה אישור תכנית הנוגעת למקום קדוש בהתייעצות עם שר הדתות. אם למקום הקדוש יש גם חשיבות היסטורית אזי נדרש כי ההתייעצות תיערך גם עם שר התרבות. הוראה דומה מצויה בחוק העתיקות (סעיף 29 לחוק העתיקות).

מכוח חוק התכנון והבניה, אושרה בשנת 1987 תכנית מתאר ארצית לבתי קברות: תמ"א 19. תכנית זו מסדירה תהליכים להכנת תכניות מפורטות לבתי קברות ישנים וגם להקמת בתי קברות חדשים.

בהתאם למסגרת החקיקה הנ"ל, ניתן לחלק את הפעילות במישור התכנוני לשלושה סוגים: **תכנון יזום**, **תכנון מתנגד ותכנון משמר**; ואת שלושת הסוגים ניתן וראוי להפנות לבתי הקברות של 48.

בכל הנוגע ל**תכנון יזום**, הכוונה היא להכנת תוכניות מפורטות שיגדירו את בית הקברות ויקבעו את כל הפעולות הדרושות לשמירה עליו כגון שיקום מצבות, גידור, גינון, תאורה, ניקיון, שילוט, שירותים למבקרים וכדומה. תכניות אלה צריכות להיות מוגשות על ידי "בעל עניין בקרקע". ראוי לציין כי רשות מקומית שבתחומה מצוי בית הקברות היא בעלת סמכות, לפי החוק, ליזום תכנית מעין זו, ולכן הרשויות המקומיות הן בוודאי גורם רלוונטי.

במישור ה**תכנון המתנגד**, הכוונה היא לפעילות תכנונית ומשפטית שמבקשת לסכל יוזמות תכנון ונדל"ן המאיימות לפגוע בבית קברות. פעילות שכזו מצריכה מנגנון מעקב אחר יוזמות שכאלה, הגשת התנגדויות, השגות, והליכים משפטיים אחרים נגד היוזמות, זאת בהתאם לשלב התכנוני הרלוונטי. הטיעון בפני מוסדות התכנון אמור להציג שיקולים תכנוניים, וכן שיקולים של חשיבות המקום מבחינה היסטורית, דתית וכדומה. במקביל יעסוק התכנון המתנגד בעצם הצידוק התכנוני שניתן לפגיעה בבית קברות, כולל בחינת חלופות לפגיעה המתוכננת (למשל, תכנית להתווית כביש, הנחת צינור גז וכדומה).

בתכנון המשמר הכוונה היא להסתעפות של התכנון היוזם. משמע, מדובר בייזום של תוכניות לשימור בתי הקברות, זאת בהתאם לסעיף 76 לחוק התכנון והבניה והתוספת הרביעית לחוק. לפי החוק והתוספת הרביעית, ועדה מקומית וגורם "מעוניין" יכול להכין תכנית לשימור אתר. בית קברות של יישוב עקור יכול להיחשב כ"אתר" לצורך התוספת. אתר מוגדר שם כמקום בעל חשיבות היסטורית, לאומית, אדריכלית או ארכיאולוגית. היתרון והחשיבות של תוכנית לשימור אתר טמונים בכך שהיא יוצרת הגנה משפטית ותכנונית מקיפה מפני פגיעה בבית הקברות, והיא גם מסדירה את תהליכי שיקומו ושמירתו.

גורם נוסף שרלוונטי למלאכת התכנון המשמר, הוא ועדת שימור האתרים. לפי התוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה, אמורה לקום בכל רשות מקומית (עיר, מועצה מקומית, מועצה אזורית) ועדה כזו, ומטרתה להכין רשימת של אתרים הראויים לשימור, ורשימה זו תשמש את הוועדה הזו ואת ועדות התכנון השונות כשנשקלות בפניהן פעולות הנוגעות לאתרים השמורים.

ז. דרכי פעולה מומלצות

- א. השלמת המיפוי של בתי הקברות.
- ב. בחינת משמעות המהלך של העברת המידע/המיפוי (המידע שכבר נמצא בידינו והמידע הנוסף שנשקוד להשלים) לרשויות השלטוניות הרלבנטיות; זאת כדי להעביר אליהן את הנטל הנובע מכך שלא יוכלו עוד לומר: "לא ידענו".
- ג. קידום תכנית למעקב אחר ביצוע פסק הדין בפרשת **דרויש**, ובכלל זה חיוב המדינה בפרסום מנגנון/ אמות מידה מפורטות לתקצוב בתי הקברות.
אנו גם בעד בחינת התועלת שבהגשת עתירה בגין אפליה תקציבית. אפליה זו עולה לטעמנו בבירור מתוך ההשוואה בין מה שמוקצה למקומות קדושים לערבים לבין הסכומים המוקצים למקומות קדושים ליהודים. נגענו בכך בקצרה לעיל.
- ד. קידום תכנית מתאר ארצית (תיקון לתמ"א 19) לשימור, טיפוח ומתן אפשרות ביקור, בבתי הקברות הערביים הלא-פעילים המצויים בישראל.
- ה. קידום מהלכים אקטיביים שלנו להכרזה, כמוצע לעיל, על בתי קברות כאתרי שימור לפי התוספת הרביעית של חוק התכנון והבניה.
- ו. אנו ממליצים גם לבחון את שאלת עירובם של הגורמים הדתיים (נאמני ווקף, עמותות רלבנטיות וכן הכנסיות), לצורך קידום המהלכים הנדרשים לשימור בתי הקברות. כלומר, בדיקת האפשרות, במקרים מתאימים, שהגורמים הללו (מישהו מעוניין מהם) ייזום את מהלך השימור.

* המלצותינו מגיעות הן מתחום המשפט, הן מתחום ההתארגנות הקהילתית והן מתחום התכנון. חשוב לנו על כן להוסיף, כי אותן מהמלצותינו שהן במישור התכנון מטופלות ביתר פירוט ועמקות בחוות הדעת של פרופ' ח'מאיסי וד"ר סוויד.

פסיקה מרכזית מהשנים האחרונות –להלן פסיקה של בית המשפט העליון ואחר כך של בתי משפט מחוזיים, מסודרת בסדר כרונולוגי

- בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (2007) [בית הקברות בכפר ההרוס קטינה, סמוך לאליקים, הנחת צינור גז].
- בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (2007) [העותרת לא הוכיחה כי מדובר בבית קברות מוסלמי ומשכך נדחתה העתירה].
- בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp (29.10.2008). [פסק הדין המנחה: בית הקברות ממילא ומוזיאון הסובלנות].
- בג"ץ 4734/08 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' מקורות - חברת המים הלאומית (18.01.2009).
- בג"ץ 8497/04 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש נ' כרם מהר"ל - מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ (17.06.2009).
- בג"ץ 516/08 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' מושב אחיהוד - אגודה חקלאית (18.06.2009).
- בג"ץ 4199/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' מושב הבונים (09.07.2009). (מחיקת העתירה לאחר פשרה).
- בג"ץ 10532/04 דרוויש נ' השר לענייני דתות (2009) [פסק הדין שהוזכר לעיל: עתירת אלאקסא ועדאלה ביחס לתקנות שמירה על מקומות הקדושים למוסלמים]
- בג"ץ 3112/10 חברת מואססת אלאקסא בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (04.05.2010) [סעד חלופי לפנייה לבית המשפט לעניינים מנהליים].
- בג"ץ 3280/10 חברת מואססת אלאקסא בע"מ נ' החברה הלאומית לדרכים בע"מ (04.05.2010) [דחייה על הסף בשל אי מיצוי הליכים].
- ע"מ 6788/10 עמותת יפו לזכויות האדם נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (2011) [עתירה לפי חוק חופש המידע ובה ביקשו המערערים כי יימסר להם מידע המתייחס לכל נכסי הווקף המוסלמי בתל-אביב-יפו, שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים ולא שוחררו, וכן מידע על כל נכסי הווקף המוסלמי באזור תל-אביב-יפו ששוחררו והועברו על ידי האפוטרופוס לוועד הנאמנים של תל-אביב-יפו]
- בג"צ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (2011) [המסגד הגדול של באר שבע]
- בג"ץ 5703/12 חברת מואססת אלאקסא בע"מ נ' אוניברסיטת תל אביב (13.08.2012)
- בג"ץ 10163/09 חברת מואססת אלאקסא בע"מ נ' עיריית רחובות (13.12.2012).
- בג"ץ 8654/16 פיראס נ' נתיבי ישראל, החברה הלאומית לדרכים בע"מ (20.04.2017) (מחיקת העתירה לבקשת הצדדים).
- בג"ץ 2729/19 המועצה המוסלמית ביפו נ' קרן ת"א לפיתוח (18.06.2019) (מחיקת העתירה בשל סעד חלופי, הוגש לבית המשפט לעניינים מנהליים).

בג"ץ 8181/19 יעקוב נ' עיריית יהוד מונוסון (24.12.2019) (דחיה על הסף בשל קיומו של סעד חלופי).
בג"ץ 280/19 סאלם-קובטי נ' משרד הביטחון (2019) [עדאלה: זכות ביקור בבית הקברות הנוצרי
במעלות, הממוקם בתוך בסיס צבאי]

עת"מ (מחוזי י-ם) 32589-10-10 המועצה הדתית לענייני מוסלמים בארץ ואח' נ' מנהל מקרקעי
ישראל (2011).

ת"א (מחוזי חי') 36098-04-18 רשות הפיתוח במובן חוק רשות הפיתוח קרור אחזקות בע"מ נ' הנאמן
על ווקף ג'מע אלאסתקלאל של חיפה (2020).

עת"מ (מחוזי ת"א) 8552-07-19 המועצה האיסלמית הנבחרת נ' עיריית תל-אביב-יפו (2020).

עת"מ (מחוזי ת"א) 23561-06-20 המועצה המוסלמית ביפו נ' קרן תל אביב לפיתוח (2020).