

# "מה נורא המקום הזה" - על מקומות קדושים: בין דת, משפט וקדושה

ד"ר אביעד הכהן\*

לכל האמון על שיטת משפט מודרנית, נשמע החיבור בין "קדושה" ו"משפט" זר ומזרז: ה"קדושה" שאובה מעולם מושגים דתי, תיאולוגי, רוחני, שמקור סמכותו ותכניו שונים לחלוטין מאלה שבמערכת המשפט ה"אזרחית". למרות זאת, מערכת המשפט במדינת ישראל, כמו גם במדינות אחרות, נזקקת לא פעם להכריע בסוגיות שעל פניהן נראות כשייכות לעולם ה"קדושה". המאמר מתמקד בסוגיה העקרונית של הגדרת 'מקום קדוש' מבחינה משפטית, ומנסה להציע קריטריונים שונים להגדרת מונח זה, תוך עמידה על יתרונותיהם וחסרונותיהם. במקביל, בוחן המאמר את רצייתו של העיסוק המשפטי בעיסוק בשאלות של "קדושה", הן מבחינה מוסדית והן מבחינה מהותית. המחבר מציע לנתק, במידת האפשר, את חבל הטבור של סוגיית המקומות הקדושים מעולם המשפט.

קו זה הותווה כבר בתקופת המנדט, כשהמחוקק המנדטורי קבע שלעניינים רבים סוגיית המקומות הקדושים אינה "שפיטה". לטענת המאמר, "היעדר שפיטות" זה, אינו נובע מחוסר יכולתה של המערכת המשפטית להכריע בשאלת "קדושתו" של מקום מסוים, אלא מסיבות שונות לחלוטין. האחת: מבחינה מהותית יש אבסורד בכך שהחלטה שיפוטית או מנהלית, של שופט או פקיד, שפועלים מכוח סמכות חילונית ומונחים על ידי נורמות חילוניות יעסקו - וכריעו - בשאלות "התקדשותו" של מקום, אפילו מדובר בהכרעה שיפה רק לתחום המשפטי. הסיבה השנייה: מבחינה חברתית, אין זה רצוי שבית המשפט יכניס ראשו לסוגיות תיאולוגיות שמטיבן וטבען, דרך ההכרעה השיפוטית, החדה והחותכת, אינה יפה להן. עיסוקו של בית המשפט בסוגיות אלה עשוי לפגוע באימון שרוחש הציבור למערכת המשפט, לחדד מתחים ולהחריף מחלוקות במקום לרככם ולשככם. הסיבה השלישית: גישה עקרונית ולפיה שאלות בתחום הדת והמדינה בכלל, ושאלת המקומות הקדושים בפרט, ראוי להן שיהיו מוסדרות מחוץ לכותלי בית המשפט, בדרך של הסכמה, פשרה וגישור, ולא באמצעות החיל והכוח של אבחת החרב המשפטית. והסיבה הרביעית: עירוב התחומין הבולט לעין שבין השקפתו הפרטית-סובייקטיבית של השופט-הפרשן לבין פרשנות מונחים ערכיים דוגמת "מקום קדוש", מביאה לתוצאה שיפוטית שתלויה במידה רבה בזוהתו, האקראית כביכול, של השופט היושב בדיון, ועשויה אף היא לגרוע מהאימון שרוחש הציבור למערכת המשפט.

---

\* ד"ר אביעד הכהן מלמד משפט חוקתי ומשפט עברי במכללת "שערי משפט" ובאוניברסיטה העברית; מנהל המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו, מכללת "שערי משפט". מחקר זה נערך במסגרת "מוזאיקה - המרכז לחקר דת, חברה ומדינה". תודתי נתונה לעו"ד שלמה רבינוביץ, על סיועו הרב עמי בהבאת הדברים לדפוס.

- א. אקדמות מילין
- ב. "קדושה" - מהי?
- ג. מבחנים אפשריים לקדושתו של מקום
- ד. "מקום קדוש" במורשת ישראל
- ה. "מקום קדוש": זכויות וחובות
- ו. "מקום קדוש" בישראל - בין היסטוריה ומשפט
- ז. מה עניין 'מקום קדוש' אצל המחוקק?
- ח. פרשנות המונח "מקום קדוש": בין הראשית והתכלית
- ט. מי יכול ל"קדש" מקום?
- י. קו המשווה: "מקום קדוש" בשיטות משפט אחרות
- יא. "איזהו חכם? הרואה את הנולד!": הצורך באיפוק ומתינות בדין בקביעת "קדושתו" של מקום
- יב. אפילו: כחומר ביד היוצר

## א. אקדמות מילין

לכל האמון על שיטת משפט מודרנית, נשמע החיבור בין "קדושה" ו"משפט" זר ומוזר: ה"קדושה" שאובה מעולם מושגים דתי, תיאולוגי, רוחני, שמקור סמכותו ותכניו שונים לחלוטין מאלה שבמערכת המשפט ה"אזרחית". למרות זאת, מערכת המשפט במדינת ישראל, כמו גם במדינות אחרות,<sup>1</sup> נזקקת לא פעם להכריע בסוגיות שעל פניהן נראות כשייכות לעולם ה"קדושה".<sup>2</sup> מדינת ישראל זרועה "מקומות קדושים" לכל אורכה ורוחבה. חוקרים שונים, דוגמת י' בילו,<sup>3</sup> כבר עמדו על כך שבואם לתאר את פניה של ארץ בישראל, ש"מכוסים" - ספק מעוטרים ספק מצולקים - במאות אלפי אתרים שהגיון קיומם אינו קשור לשימושים מעשיים אלא להיותם 'אתרי זיכרון' (*lieux de m'moire*), בלשונו של פייר נורה,<sup>4</sup> כלומר אתרים המתחברים לעבר מיתי ולמציאות טרנסצנדנטית, והם משופעים במשמעויות סמליות של רוחניות וקדושה. לצפיפות האוכלוסין בארץ יש מקבילה בנוף הרוחש עומס מיתי ודחיסות מטא-היסטורית. דומה שגודש זה של קדושת הטריטוריה בא"י עיצב את תולדותיה ואת גורל יושביה יותר מכל גורם אחר".

מידה יתרה בעניין זה נטלה העיר ירושלים, עד שיכולים אנו לומר, על דרך מדרשם של חכמים, שאם "עשרה קבין של מקומות קדושים ירדו לעולם", נטלה ירושלים תשעה מהם והאחד הנותר - כל העולם כולו. ולא לחינם טבענו כותרת שבראש המאמר במטבעו של יעקב אבינו. אך ניעור הלה מחלומו - ולכולי עלמא היה זה שנים רבות לפני בניינן של העיר ירושלים, שלפי מסורת חז"ל הייתה ה"מקום" שעליו חלם, לאו דווקא ישן<sup>5</sup> - וכבר קרא בקול גדול: "מה נורא המקום הזה",<sup>6</sup> אין זה כי אם בית אלוקים וזה שער השמים!".

- 1 בארצות הברית, אוסטרליה ומדינות אחרות קיימת ספרות משפטית ענפה המתייחסת ל"מקומות קדושים" של שבטים בעלי ייחוד אתני וקבוצות מיעוט אחרות. וראו להלן.
- 2 למותר לומר, שאין כוונתנו כאן לשימוש הסיטוני במושג ה"קדושה" לצורכי חולין מובהקים. כך, לדוגמא, האנקדוטה בדבר אותו מהנדס שהעיד בתצהירו לבית המשפט כי אחת מתקנות התכנון והבנייה "דבר קדוש" היא... (ראו, לדוגמא: ע"א (ת"א) 2906/00 מויאל נ' מלון בלו ביי, תקדין 2002(2)5260). יש להעיר שתופעה זו של ייחוס "קדושה", שלא במקומה, קיימת גם בשפה הדתית. כך, לדוגמא, מדברים המקורות היהודיים על "קידוש לבנה" (בניגוד לצו הבסיסי שבעשרת הדברות של "לא תעשה לך פסל וכל תמונה אשר בשמים ממעל"), הגם שאיש אינו "מקדש" אותה אלא רק מברך על חידושה. וכבר העיר הרמ"א-רבי משה איסרליש (פולין, המאה ה-16), על שימוש מוטעה זה (דרכי משה, אורח חיים, סימן תכו, ב). וראו מסכת סופרים, כ, א.
- 3 י' בילו "פולחן ומקום קדוש בדת האזרחית ובדת העממית בישראל" מחקרי ירושלים בפולקלור יהודי יט-כ (תשנ"ז-תשנ"ח) 65. על עוצמת התופעה ניתן ללמוד ממספר המבקרים העולה משנה לשנה, שפוקד את ה"מקומות הקדושים" לסוגיהם, ומגיע כדי 7 מיליון מבקרים בשנה(0). ראו בילו שם, 75.
- 4 פ' נורה "בין זיכרון להיסטוריה" זמנים 45 (1993), 4.
- 5 לפי פשוטו של מקרא מפורש, ישן יעקב בבית אל, ולא בירושלים (ראו שם, בראשית, כח, יט: "ויקרא את שם המקום ההוא בית אל ואולם לזו שם העיר לראשונה". אכן, חז"ל דייקו שתיבת "המקום" ("מה נורא המקום הזה"), בה"א הידיעה, מכוננת כנגד בית המקדש שבהר המוריה שבירושלים, והוא-הוא "שער השמים". וראו פסחים, פח, א: "ועקב קרא לירושלים בית אל". בפירושו על אתר, מנסה רש"י, בעקבות חז"ל, ליישב סתירה זו בדרך מופלאה: "ואומר אני שנעקר הר המוריה ובא לכאן, וזו היא קפיצת הארץ האמורה בשחיטת חולין (חולין, צא, ב) שבא בית המקדש לקראתו עד בית אל...".
- 6 פרשה מרתקת בפני עצמה היא הבנת "נוראותו" של המקום. תרגום אונקלוס על אתר פירשו בלשון "מורא" החיובי: "מה דחיל אתרא הרין", ובעקבותיו הלכו רש"י ופרשנים נוספים. כך תרגמו גם כמה מן התרגומים בלעז: "How awe-inspiring is this place" [תרגום א' פוקס תנ"ך בהוצאת שוקן (1995)], או (JPS Bible, 1985) "How awe-some is this place". אכן, אחד מהם, "תנ"ך ירושלים" של א' הראל-פיש, הלך בדרך שונה במקצת ותרגם: "How dreadful is this place", ששומר על "נורא" במשמעותו השלילית(1) ואינו ממירו ב"מורא".

היותה של ירושלים בפרט, וארץ ישראל בכלל, מוקד פעילות - כמו גם סכסוכים - פוליטיים ודתיים, העלתה את סוגיית ה"מקומות הקדושים" שבהם על ראש שמחתם של אנשי דת ומצביאים, פוליטיקאים ומדינאים, ואף אנשי משפט לא משכו ידיהם הימנה. גם במדינת ישראל ניתן ביטוי לפניה השונים של סוגיה זו בדברי חוק<sup>7</sup> (שמבקשים להסדיר את מערכת הזכויות והחובות שנובעת מהגדרת שטח גיאוגרפי מסוים כ"מקום קדוש"), בהצעות חוק שלא תמיד צלחה דרכן,<sup>8</sup> בפסקי דין (שעניינם בעיקר המקומות הקדושים שבירושלים),<sup>9</sup> ובספרות מחקרית.<sup>10</sup>

בדברים הבאים, ביקשנו לסקור כמה מן הסוגיות העקרוניות שעולות בהקשר למקומות קדושים, להצביע על רקען ההיסטורי והתיאורטי, לעמוד על השאלה "כיצד" מתקדש מקום ועל פי אלו פרמטרים, מיהו בעל הסמכות ל"קדש" מקום או לעקר אותו מקדושתו. לא הרחבנו כאן בפרטים, בהשלכות השונות, בזכויות ובחובות, שנובעות מ"קידוש" של מקום, כמו גם בשאלת הסמכות להכריע בסכסוך שעניינו "מקום קדוש".<sup>11</sup> סוגיות כבודות משקל אלה קובעות ברכה לעצמן, ולא כאן מקומן. כפי שהודגש לעיל, ביקשנו להתמקד בעקרונות ובכללים ולא ב"מקרים הפרטיים". במידה ואלה נזכרו, הם לא באו אלא לשם הדגמה ולא לשם דיון ממצה בכל מקרה ומקרה פרטי לגופו.

בסוף הדברים, ביקשנו להציע פתרון שעיקרו העדפת ה"סדר" בסכסוכים שעניינם המקומות הקדושים מחוץ לכותלי מערכת המשפט על פני הכרעה שיפוטית שלדעתנו נזקה רב מתועלתה, ושכרה יוצא בהפסדה.

- 7 ראו לדוגמא: סעיפים 13-14 לכתב המנדט על א"י; דבר המלך במועצה על פלשתינה וא"י (המקומות הקדושים), 1924; דבר המלך במועצה על א"י (הכותל המערבי), 1931; חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967; תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשכ"ט-1969, ותיקון להן משנת תשמ"א-1981, ק"ת 4252 מיום 16.7.81 ע' 1212. וראו להלן, טקסט ליד הערה 76.
- 8 לדוגמא קיצונית, ראו את הצעת החוק שנדונה להלן בהרחבה, ובאה בעקבות נסיון של "נשות הכותל" להתפלל ברחבת הכותל המערבי ולקרוא בתורה כשהן עטופות בטלית.
- 9 ראו לדוגמא את פסקי הדין שנזכרו להלן בהערה 11, וכן את פסקי הדין שעסקו בפרשת "נשות הכותל" ונדונו להלן.
- 10 ראו לדוגמא: I. England "Legal Status of the Holy Places in Jerusalem" 28 ILR (1994) 589-600 נ' שרגאי הר המריבה - המאבק על הר הבית (ירושלים, 1995); וסדרת מחקריו המקיפה של ש' ברקוביץ, המעמד המשפטי של המקומות הקדושים בארץ ישראל (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ח) [להלן: ברקוביץ, דיסרטציה], ובעקבותיה: המעמד המשפטי של המקומות הקדושים בירושלים (ירושלים, 1997); מלחמת המקומות הקדושים (ירושלים, תש"ס).
- 11 סוגיות אלה העסיקו הרבה את בתי המשפט. ראו, לדוגמא: בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141; בג"צ 109/70 המוטראן הקופטי נ' שר המשטרה, פ"ד כה(1) 225; בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(1) 225; ולעניין תחולת דבר המלך על עבירות פליליות שבוצעו במקום קדוש, ראו: בג"צ 267/88 רשת כוללי האיראן נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728; בג"צ 4185/90 נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 282; בג"צ 67/93 תנועת "כך" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מז(2) 1; וכן אצל ברקוביץ, דיסרטציה (לעיל, הערה 10).

## ב. "קדושה" - מהי?

קודם שנעיין בסוגיה עצמה, נפנה את שימת הלב לכך שהמונח "קדושה" (*holiness, sanctity, heiligkeit*) עצמו אינו ברור כלל ועיקר. הוצעו לו עשרות הגדרות במהלך הדורות:<sup>12</sup> חלקן מגדירות את הקדושה על דרך החיוב, ורואות את הקדושה כנובעת מכוחו של "מעשה", לאמור: פעולות מסוימות הופכות מקום, אדם או דבר מסוים ל"קדוש"<sup>13</sup>. חלקן, מגדירות את הקדושה על דרך השלילה, ורואות אותה כנובעת מכוחו של "מחדל", של חדילה מעשיה, של צו "לא תעשה", לאמור: הימנעות מפעולות מסוימות (נעילת נעליים, מגע עם חיה "טמאה", אכילה, גרימת רעש, וכיו"ב) הופכות מקום, אדם או חפץ ל"קדוש"<sup>14</sup>. ומכל מקום, האבחנה שבין "קודש" ל"חול", אופיינית לדתות רבות ומהווה פרק נכבד ומהותי בהן.<sup>15</sup>

לפי תפישות מסוימות, מעיקרה נמצאת הקדושה רק באל עצמו, וכל שאר הקדושות - של חפצים, מקומות, ואנשים בשר ודם - אינן אלא נגזרות של קדושה זו. ביטוי חריף לכך, ניתן במקרא המדגיש "ואתה קדוש יושב תהילות ישראל" (תהלים, כב, ד), או בניסוחו המפורסם של הנביא ישעיהו (ו, ג), המשולש בהגשתו: "קדוש, קדוש, קדוש ה' צבאות"<sup>16</sup>. אך לצד מקרא זה,

---

12 כך, למשל, במילון א' אבן-שושן באה הגדרה למונח זה באמצעות המונח עצמו (*idem per idem*) "קדושה - קדש, אצילות עליונה, טהרה", ועל דרך השלילה: "הפך מן חול, חולין". וכן הוגדר המונח "קדוש - נעלה ונשגב, כליל השלמות והטהור... שהקדושה שורה בו, שאינו חולין".

13 כך למשל נקרא הנזיר "קדוש" ("קדוש יהיה גדל פרע שער ראשו" - במדבר ו) על השזיר והדיר עצמו מן היין. והשוו לעמדתו של אביי, מגדולי האמוראים, שלפיה דווקא ה"ציות לחוק", השמירה על הנורמות, הופכת אדם ל"קדוש": "אמר אביי: כל המקיים דברי חכמים נקרא קדוש" (יבמות, כ, א). גישה זו גורסת ש"קדושה" אינה נמדדת במעשים שחורגים מגדר הנורמה (כגון הינזרות מן היין או מנשים), אלא להפך. ושמה חבויה בה התפישה ש"קדושה" אינה מקדשת את האמצעים, ואין בכוחה לתת היתר לעברה על החוק. ראו להלן.

14 דוגמה מובהקת לדבר הוא הציווי "קדשים תהיו" (ויקרא, יט, ב), שנתפרש כקריאה להתנהגות נורמטיבית מסוימת: "פרושים תהיו". גם מצד הגדרתה, יש שבחרו להגדיר את הקדושה בדרך שירית, על דרך השלילה, כמשהו "שאינו חולין" או "שאינו טמא". במהלך הדורות הפך הכינוי "קדוש" (*saint*) שם נרדף לאנשים פרושים ו"חסידיים", שבשל תכונותיהם ומידותיהם הדתיות, הרוחניות והמוסריות נחשבו קרובים אל ה"קדושה" ומקורה יותר משאר אנשים. לא אחת תלו בהם כוחות על טבעיים, ולעתים הפך גופם או שרידיו (דוגמת שערות זקנו של מוחמד, שיניו של בודהה, עצמות קדושים או מים שהיו בביתו של צדיק עממי) לבעל "קדושה עצמאית", בעל משמעות פולחנית, לרליקויה (*reliquiae*), בעלת סגולה מאגית. על "יצירתם" של רליקויות חדשות במדינת ישראל, דוגמת "גלימתו של הצדיק" או הכיסא שישב עליו, ראו בילו לעיל הערה 3, בע' 81.

15 ראו בתמצית: צ' ורבלובסקי "קדושה" אנציקלופדיה עברית כרך כט, ע' 165.

16 ראו גם ישעיהו, י, כ ובריבוי: "אלוהים קדושים הוא" (יהושע, כד, יט) וירושלמי, ברכות, פ"ט. פן זה של הקדושה, המיוחדת לאל וקיימת רק בויקה אליו, הודגש והובלט בתורתם של הוגים שונים. ראו, לדוגמה, בדור האחרון, בדברים אופייניים של פרופ' ישעיהו ליבוביץ': "מלכתחילה ליבוביץ' הוא תואר אלוהי - 'קדוש קדוש קדוש ה' מלוא כל הארץ כבודו' אולם הוא רווח בעולמה של האמונה כקטגוריה של המציאות הטבעית והאנושית מבחינת קשר בינה לבין האלוקות; קדושה כמשימה המוטלת על המאמין, חתירת האדם לקרבת אלוהים (ואני קרבת אלקים לי טוב' - תהלים, עג, כח) ולעומתה קדושה כמענק אלוהי למציאות, שהיא נתון למרכיבים מסוימים של מציאות זו ומתגלם בהם" (י' ליבוביץ' שבע שנים של שיחות על פרשת השבוע (ירושלים, תש"ס) 1957. וכיוצא בו: בספר "רציתי לשאול אותך, פרופ' ליבוביץ'" (ירושלים, 1999) 236 ואילך. ליבוביץ' נהג תדיר לצטט בהקשר זה את דבריו של ה"אור שמח", רבי מאיר שמחה מדוינסק. ראו שם, בע' 240, ולהלן בהמשך המאמר.

יש מקורות רבים המדברים על קדושתם של מקומות, אנשים<sup>17</sup> ומלאכים<sup>18</sup>, ואף בפי חז"ל יש ניסיון למנות "שלוש קדושות"<sup>19</sup>, "עשר קדושות"<sup>20</sup> וכיו"ב.

מכוח עמימות זו, במהותה המדויקת של ה"קדושה", היקפה וגבולותיה, ניתנו גם למונח שנגזר ממנה, "מקום קדוש", משמעויות רבות שלעיתים קרובות תוכנן המדויק הוא תלוי הקשר. כך, למשל, קברו של מת, מהווה לפי ההלכה מקור לטומאה (ולכן נאסר לכהן להתקרב אליו) אך תדיר נחשב הוא כ"מקום קדוש" בעיני העם.<sup>21</sup> ומכל מקום, מדובר במונח שראשיתו בתחום הדתי וממנה הושאל גם לתחומים אחרים.

הלשון העברית שואבת ממעיינות מורשת דתית מפוארת. ממילא, אין זה מפליא שיש בה, כבלשונות עמים אחרים,<sup>22</sup> עשרות צירופי לשון המבטאים את ה"קדושה" לסוגיה: "לשון הקודש" - העברית, "ארץ הקודש" - ארץ ישראל, "קהילת קודש" ו"כלי קודש", "משכן",<sup>23</sup> "מקדש"

17 דוגמת כוהנים: "לאהרן קדוש ה'" (תהלים, קו, טז), שלגביהם אף נצטוו ישראל: "וקדשתו כי את לחם אלקיך הוא מקריב קדוש יהיה לך" (ויקרא, כא, ח), וכפי שפירשו חז"ל: "וקדשתו - לכל דבר שבקדושה, לפתוח ראשון" וכו' (תענית, כה, א); נביאים - "הנה נא ידעתי כי איש אלקים קדוש הוא" (מלכים, ב, ד); צדיקים (תהלים, לד, י): "יראו את ה' קדושו"; וחכמים גדולים דוגמת רבי יהודה הנשיא, עורך המשנה, שנקרא "רבנו הקדוש" על שום הזירותו בהלכות צניעות (שבת, קיח, ב), ויום שמת בו - בטלה קדושה (כתובות, קג, ב). ואף עם ישראל כולו נצטווה: "ואתם תהיו לי ממלכת כהנים וגוי קדוש" (שמות, יט), "ואנשי קדש תהיון לי" (שמות, כב, ל), וראו דברים, ז, ו: "עם קדוש אתה לה' אלקיך". לימים, הפך המונח "קדוש" כינוי למי שנהרג על "קדוש השם".

18 ראו לדוגמה דניאל, ה, יג: "ואשמעה אחד קדוש מדבר".

19 ראו לדוגמה ילקוט שמעוני תתל: "שלוש קדושות הן: קדושת שמו של הקב"ה, וקדושת שבת וקדושתן של ישראל". וכבר תמה הר"ד סולובייצ'יק: "לכאורה צריך עיון, הלא ישנן הרבה קדושות - קדושת כהונה, קדושת ארץ ישראל, קדושת מקדש וכיוצא בהן" (שיעורים לזכר אבא מארי ז"ל, חלק ב, בע' קכט). כידוע, נושא הקודש, הקדושה והמקדש, על כל סעיפיו וספיהיו העסיק הרבה את מחשבת ההלכה של תורת בריסק. ראו, לפי שעה: א' פיינטוך "קדושת ארץ ישראל והמקדש בתורת בריסק" סיני כו-קכז (קובץ לזכר הרב קצנלבוגן, תש"ס-תשס"א) ריג-רכו.

20 משנה כלים, א, ו. וכבר העירו על הקושי במניינה של משנה זו, שבכלל אתה מוצא "עשר קדושות" ואילו בפרט, כשנמנה את הקדושות אחת לאחת נמצא שמניינן עולה אחת עשרה. ראו כבר בפירושו המשנה לרמב"ם על אתר, ודבריו ב"משנה תורה" (הלכות בית הבחירה, ז, יב-יג): "כל ארץ ישראל מקודשת מכל הארצות, ואחר כך עשר קדושות הן בארץ ישראל, וזו למעלה מזו".

21 הד לפרדוקס של הפיכת קבר מטמא ל"מקום קדוש" ומוקד עלייה לרגל הוא עמדתו הנחרצת של הרמב"ם נגד העלייה לקברות צדיקים: "הוצדיקים אין בוגין להם נפש [=מצבה על קברותיהם], שדבריהם הם הם זכרונם. ולא יפנה אדם לבקר הקברות" (הלכות אבל, ד, ד). וראו לקמן, הערה 38. למותר לציין שלימים הכירה מדינת ישראל בקבר המיוחס לרמב"ם בטבריה כ"מקום קדוש". ראו: תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשכ"ט-1969, והתוספת שם.

22 במקצת מן הלשונות הללו, ניתן להבחין ברבדים שונים של "קדושה", כגון: holy, sacred ועוד.

23 חלק מצירופים אלה "חולנו" במתכוון. כך, למשל, מכונה בניין הפרלמנט הישראלי "משכן הכנסת" (ראו: חוק משכן הכנסת ורחבתו, התשכ"ח-1968) אף שלא ברור מהי ה"שכינה" השורה בו. בדומה, שובם של היהודים לארץ ישראל מכונה "עליה לארץ", והקמת ישוב מכונה "עליה על הקרקע", שמבטאת את מעמדה ה"גבוה" ומשקפת את המרת המונחים הדתיים דוגמת ה"עליה לרגל" לבית המקדש וה"עליה לתורה" לפעולות "חילוניות" מובהקות. לתופעה זו, ראו גם: א' הכהן "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש! - עיצוב 'ישות רבים יהודית' במדינת ישראל" בתוך: שני עברי הגשר - דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (בעריכת מ' בר-און וצ' צמרת ירושלים תשס"ג) 152, הערה 18, והפניות שם.

ו"קודשים", וכן "אדם קדוש".<sup>24</sup> ברבות הימים, נתקבע במסורת ישראל זיהוין של ערי ארץ ישראל כ"ערי קודש", ובמיוחד ארבע החשובות שבהן, מבחינה היסטורית וסמלית: ירושלים, חברון, טבריה וצפת, "ארבע ערי הקודש". יש לציין, שגם "סתם" קהילות יהודיות, בעיקר בגולה אך גם בארץ ישראל, מתעטרות בכתר של קדושה, ומכנות עצמן - עד ימינו - ק"ק, ראשי תיבות של "קהילת קודש" (או "קהל קדוש").<sup>25</sup> חלק ניכר מדוגמאות אלה מבטא את ה"סטטוס" השונה, את מעמדו המיוחד של הדבר ה"מקודש" (ויהא זה אדם, מקום או חפץ), שיש לו השפעות בכל תחומי החיים.<sup>26</sup>

## ג. מבחנים אפשריים לקדושתו של מקום

גם כאשר מדובר במרחב גאוגרפי "קדוש", דרכנו אינה סוגה בשושנים. כאמור לעיל, ארץ ישראל זרועה ב"מקומות קדושים" לכל אורכה ורוחבה. מציאות זו, לצד הרצון להימנע מחיכוכים על רקע דתי בין העדות השונות, מדגישה את אי ההיגיון שבהכרזה על כל אתר רווי תודעה וזיכרון היסטוריים כעל "אתר קדוש", שהרי הכרזה כזו גוררת אחריה מערכת ענפה של זכויות וחובות שאין הצדקה להחלתה על כל אתר ואתר.<sup>27</sup> יתר על כן: הרחבת רשימת המקומות הקדושים עשויה להביא עמה זילות בערכו של המונח, ולשחיקה במעמדו. ודומה שלא לחינם, בשעה שבא לחוקק את דבר המלך במועצה (המקומות הקדושים), 1924, נמנע המחוקק המנדטורי להגדיל את רשימת המקומות הקדושים ולהאדירה, אלא צמצם אותה עד למינימום. כמוהו נהגו גם כל ממשלות ישראל, שהוסיפו לרשימה מספר אתרים יהודיים לעניינים מסוימים,<sup>28</sup> אך עשו כן במשורה.<sup>29</sup> דבר המלך קיבע למעשה את ה"סטטוס קוו" בעניין המקומות הקדושים בארץ-ישראל למשך שנות דור, ובמידה רבה הפך את הסוגיה כולה ל"בלתי שפיטה" באופן מעשי.<sup>30</sup>

24 כינוי זה ניתן ליחיד סגולה. כך, כבר בתלמוד. ראו לדוגמא ירושלמי, ברכות, פ"ב, ה"ז (ה, ע"ב) ומקבילתו בירושלמי, מועד-קטן, פ"ג, ה"ה (פב, ע"ד): "רבי יוסי בר' חלפתא משבח בדרבי מאיר קומי ציפוראי: אדם גדול, אדם קדוש, אדם צנוע", ובדומה לכך קרא רבי על רבי חייה הגדול. ראו בראשית רבה, לג, ג. וכך בדורות אחרונים, נשתגר המונח "הארי הקדוש" - לרבי יצחק לוריא, ראש וראשון למקובלי צפת, המאה ה-16.

25 ואפשר ויש בכך ביטוי לרצון הקהילות להגשים את החזון שעליו נצטווה עם ישראל בתורה: "ואתם תהיו לי ממלכת כהנים וגוי קדוש". וראו האנקדוטה המעניינת בדבר היותה של העיר בני ברק "עיר הקודש", דברי הכנסת מיום ג' בתמוז תשי"ג (16.6.53), ע' 1626.

26 דוגמה בולטת לעירוב התחומין במשפט העברי בין "קודש" ובין "חול" היא הגדרת הקשר שבין איש לאשתו - "הרי את מקודשת לי" - במונח "קידושין". זיקתו של מונח משפטי מובהק זה שבדיני המשפחה ל"קודש" עולה מן התלמוד: "דאסר לה אכולי עלמא כהקדש [=שהאיש אוסר את אשתו על כל העולם]" (קידושין, ב, ע"ב). וראו שם, תוספות, ד"ה דאסר. מכאן מקור לדברים על "קדושת הנישואין" במשפט העברי.

27 ועדיין, בהחלט ייתכן שלמרות אי ההכרזה על מקום כ"קודש" הוא ייחשב ככזה לעניינים מסוימים דוגמת האיסור הפלילי לחללו או לבזותו. ראו להלן.

28 ראו התוספת לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981, ק"ת תשמ"א, בע' 1213.

29 בשנים האחרונות החלה התעוררות-רבתי בניסיון להוסיף לרשימת "המקומות הקדושים" עשרות אתרים נוספים. בשנת 1999 יום השר לענייני תמות דאז, אליהו סויסה, הוספה של עשרות "אתרים קדושים" לרשימה שתוספת לתקנות לעילי הערה 28, אך בשל התנגדות שר המשפטים הרשימה לא אושרה. תודתי נתונה לעו"ד איל ינון, איש פרקליטות המדינה, שמסר לי מידע בעניין זה.

30 גם אם עדיין יש עניינים, כגון עבירות פליליות במקום קדוש, שביט המשפט יזקק להם. ראו למשל פס"ד רשת כוללי האירדא (הערה 11 לעיל); ש' ברקוביץ מלחמת המקומות הקדושים (ירושלים תש"ס); I. England "The Legal Status of the Holy Places in Jerusalem" 28 ILR (1994) Pp. 589-600.

שאלת התקדשותו של מקום ניתנת להיבחן מזוויות מבט אחדות: תיאולוגיות,<sup>31</sup> הלכתיות,<sup>32</sup> משפטיות,<sup>33</sup> מנהליות,<sup>34</sup> היסטוריות,<sup>35</sup> פוליטיות,<sup>36</sup> פסיכולוגיות, סוציולוגיות, מיסטיות,<sup>37</sup> אנתרופולוגיות ופולקלוריסטיות.<sup>38</sup>

ובכן, נשאלת השאלה: מהו "מקום קדוש"? ומניין מקורו? יש שסוברים<sup>39</sup> כי "מקורו של המושג הדתי-גאוגרפי 'מקומות קדושים' הוא בנצרות". יתר על כן: לטענתם, "יש להבין את היווצרות המושג דווקא בנצרות על רקע היותה דת 'היסטורית' במובן מיוחד: בנצרות מקובל שהמאורעות הקדושים ביותר אירעו בזמנים ובמקומות מסוימים אשר אותרו על ידי המאמינים". אכן, עיון קל במקורות יהודיים קדומים ביותר, ובהם כאלה שקדמו לנצרות, מלמד שגישה זוהי מצויה כבר בהם,

31 ספרות רחבה הוקדשה לעניין זה. נציין כאן במיוחד את בית מדרשו של Mircea Eliade שראה ב"מקום קדוש" מפתח להבנת החוויה הדתית בכלל. ואת ספרו הקלאסי של ר' אוטו, Das Heilige, שהופיע לראשונה בשנת 1917, ולאחרונה בלבוש עברי: הקדושה (ירושלים, תשנ"ט).

32 ראו, לדוגמא: הרב שלמה גורן מחניים קטז.

33 ראו להלן.

34 כך לדוגמא רשימה שמכין הגורם המנהלי שמופקד על שמירת המקומות הקדושים לצורכי קביעת תקציבו וכיו"ב. ראו לדוגמא את רשימת המקומות הקדושים שהכין ארגון האו"ם בשנת 1949 שבה נמנו 113 "מקומות קדושים" בא"י (U. N. Doc. T/L 49 (7/3/50)), מוזכר אצל: ש' ברקוביץ המעמד המשפטי של המקומות הקדושים בירושלים (ירושלים, 1997).

35 ראו מאמרו של ריינר הנזכר להלן, הערה 36; ומחקרו: עליה ועלייה לרגל לארץ ישראל 1099-1517 (דיסרטציה, ירושלים תשמ"ח).

36 א' ריינר הראה שספרות "המקומות הקדושים" בימי הביניים, כמו גם העלייה לרגל אליהם והשליטה בהם ועיצוב הפולחן סביבם, טבעים בחותם המגמה שתכליתה ללמד "מי הוא האדון האמיתי על הארץ", שעמדה ביסוד הפולמוס הנוצרי-יהודי. ראו מאמרו: "השקף הגלוי והאמת הנסתרת: נוצרים, יהודים ומקומות קדושים בא"י במאה ה"ב" ציון סג (תשנ"ח) 160. ושם, בע' 161: "השליטה במקום קדוש מתפרשת בשפת הסימנים של עולי הרגל כהוכחה לצדקת דרכו של המחזיק בו".

37 ראו: H. Pedaya "The Divinity as Place and Time and the Holy Place in Jewish Mysticism", in: Sacred Space Shrine, City, Land (B. Z. Kedar, R. Z. Werblowsky (ed.), Jerusalem, 1998); 'י' דן על הקדושה (ירושלים, תשנ"ז).

38 ראו: ר' גונן (עורכת) אל קברי צדיקים - עליה לקברים והילולות בישראל (ירושלים תשנ"ח); וסדרת מחקריו המרתקים של 'י' בילו "פולחן ומקום קדוש" לעיל הערה 3 והמאמרים הנזכרים שם בהערות: ה"ל, "חלומותיו ומשאלותיו של הקדוש", בתוך: החוויה הבין תרבותית (מ' שוקד וש' דשן עורכים, ירושלים תשנ"ח), 77-100; ה"ל, "חקר התרבות העממית בעידן הפוסטמודרני: סיפור אישי" תיאוריה וביקורת 10 (1997) 37-54 [מאמר זה עוסק בדמותו של ר' יעקב וזאנה והשימוש שנעשה בדמותו כקדוש בעקבות פרסום ספר עליו בישראל והתפתחות מציאות חדשה של הערצתו בעזרת "אמרגני קדושים" מקצועיים...]; ה"ל, "חידוש פולחני קדושים בישראל: תרומת יוצאי מרוקו", בתוך: אל קברי צדיקים (ירושלים, 1998) בעמ' 27-45. על הקשרים אחרים, של הערצת ה"קדושים" ותוצאותיה, ראו בהרחבה: 'י' בן עמי הערצת הקדושים בקרב יהודי מרוקו (מחקרי המרכז לחקר הפולקלור היהודי ה, ירושלים תשמ"ד); ה"ל, צדיקי מרוקו ונפלאותיהם (ירושלים תשנ"ה); ה"ל, "פולחן הקדושים בקרב יהודים ומוסלמים במרוקו", בתוך: הגות עברית בארצות האסלאם (מ' זהרי עורך, ירושלים תשמ"ב) 175-180; מ' חלמיש "השתטחות על קברים באלול ובתשרי" בתוך: בהיותו קרוב (ישיבת אור עציון, תש"ס) 77-86; ע' יסיף "הערצת הקדושים במרוקו" תרביץ נה (תשמ"ו) 292-298; 'י' ליכטנשטיין "השתטחות על קברי צדיקים בתורתם של אדמו"רי החסידות ובמנהגיהם" דעת 46 (תשס"א) 81-97; מ' מלאכי "המעמד החברתי-דתי של עליות לקברי קדושים וסיפורי קדושים בקרב יהודי תוניסיה בחו"ל ובארץ" מהות כד (תשס"ב) 91-99.

39 ש' ברקוביץ המעמד המשפטי (לעיל הערה 34), בע' 15. המחבר נגרר אחר מקורות שדנו בסוגיה מנקודת מבט נוצרית מובהקת, ולא נתנו דעתם להופעת המונח והתופעה בדתות אחרות.



ומוטיב "קדושת המקום" עתיק הרבה יותר ומצוי, ברמה זו או אחרת, ברוב הדתות המרכזיות של העולם העתיק.

כבר במקרא מצויים ביטויים שונים להיותו של 'מקום קדוש'. למן הפסוק שנאמר ביעקב אבינו (בראשית, כח, טז-יז) ונזכר לעיל: "וייקץ יעקב משנתו ויאמר: אכן יש ה' במקום הזה ואנכי לא ידעתי. וירא ויאמר: מה גורא המקום הזה, אין זה כי אם בית אלוקים וזה שער השמים". כידוע, לימים זוהה המקום עם בית אל שמצפון לירושלים, ולא בכדי היה ישוב זה מרכז של קדושה ומוקד פולחני רב עצמה.<sup>40</sup>

אכן, כמו בנושאים רבים אחרים, גם כאן, גיוונו של המקרא ועושרו, אינם מאפשרים לצייר תמונה אחידה<sup>41</sup> באשר ל"תפישת עולם" כביכול, המשקפת את יחסו ל"מקום קדוש" בפרט, ול"קדושה" בכלל.<sup>42</sup> עם זאת, ניתן להציע קווי מתאר כלליים באשר לסוגיה זו.<sup>43</sup> לפי המתואר במקרא, מקום יכול להתקדש על ידי האל עצמו. כך לדוגמא במעשה הסנה, מזהיר הקב"ה את משה: "של נעליך מעל רגליך"<sup>44</sup> כי המקום אשר אתה עומד עליו – אדמת קודש הוא (שמות ג, ה), על אף שלא נתברר במה זכה אותו מקום ל"התקדש", פרט לציוויו של האל על כך. וממש בדומה לו, אצל תלמידו-ממשיכו יהושע: "ויאמר שר צבא ה' אל יהושע: של נעליך מעל רגליך כי המקום אשר אתה עומד עליו, קודש הוא. ויעש יהושע כן" (יהושע, ה, טו).

- 40 ראו: אנציקלופדיה מקראית, כרך ב, עמ' 56-67.
- 41 בהקשר זה יש להבחין כמובן בין ביטויים "נורמטיביים" להתקדשותו של מקום, המחייבים את האדם המצוי בו להתנהגות מסוימת (כגון: עליה לרגל, חליצת הנעלים, תפילה, טהרה) לבין ביטויים "תיאוריים" המדברים ב"קדושתו" של מקום מסוים, אך אינם מכוונים, לפחות לא באופן ישיר, כלפי הפן הנורמטיבי והמצווה שכרוך בו. על האמביוולנטיות שביחס היהדות לרעיון הקדושה שטבעה במקום פיזי, ראו גם בילו, "פולחן ומקום קדוש" לעיל הערה 3, בע' 66 והמקורות שנזכרו שם.
- 42 דומה שאין צורך בהכבדת מלים על מרכזיותה של ה"קדושה" בעולמו של המקרא. לעניין זה, ראו: אנציקלופדיה מקראית, כרך ז, 66-42.
- 43 לסוגיה זו, ראו בהרחבה: S. Japhet "Some Biblical Concepts of Sacred Place" בתוך הקובץ: Sacred Space הנוצר לעיל, בהערה 37, עמ' 27-55; ראו עוד: S. D. Kunin God's Place in the World (London-New York, 1998), תודתי נתונה לידידי ד"ר א' גושן-גוטשטיין שהפנה את תשומת לבי למקור זה. ראו גם S. Kunin "Judaism" in: J. Holm (ed.) Sacred Space (London, 1994), pp. 115-148.
- 44 ואף מכאן למדנו שהיותו המקום "קדוש" מחייבת התנהגות מסוימת שתבטא יחס זה של האדם כלפיו. מנהג זה של הסרת המנעלים במקום קדוש נוהג עד היום בבתי התפילה של המוסלמים. לחיוב דומה אצל היהודים, ראו לדוגמא מדרש שמות רבה, ב, ו: "כל מקום שהשכינה נגלית, אסור בניעילת הסנדל, וכן ביהושע 'של נעליך' וכן הכהנים לא שימשו במקדש אלא יחפים" (וכך עושים הכהנים עד היום, בשעה שבאים הם לברך את העם בבית הכנסת. ראו שו"ע או"ח, קכח, ה). ובדומה לכך אסור לאדם שייכנס להר הבית ב"מקלו ובמנעלו". ראו ברכות, ו, ב; רמב"ם, הלכות בית הבחירה, ז, א. ודיונו המקיף של הרב עובדיה יוסף בסוגיה זו, שו"ת יביע אומר, חלק ו, אר"ח, סימן כו. וראו עדותו המרתקת של הרשב"ש, רבי שלמה בן שמעון דוראן (אלג'יר, המאה ה"טו): "בארצות הנוצרים שאין אצלם ביוון שנכנס אדם, ואפילו לפני מלכם, במנעל, אם נכנס כן בבית הכנסת שבעירם אינו ביוון. ובארצות אלו [=שתחת שלטון האיטלים], שהוא ביוון ליכנס לפני גדוליהם, וכל שכן לפני מלכם במנעל, אסור ליכנס בעירם לבית הכנסת במנעל... שאיך אפשר שבבית ישמעאלי אחד, פחות שבפחותים, לא יוכל אדם ליכנס במנעל, ובבית אלוקים ייכנס?", וראו מאמרי "דת האסלאם ומאמיניה: היבטים הלכתיים ומשפטיים" מחניים 1 (תשנ"ב) 48.

אכן, מקום יכול להתקדש גם בידי אדם, בין אם מדובר בסמכות דתית,<sup>45</sup> ובין אם מדובר בסמכות שלטונית<sup>46</sup> שעל ידי מעשיה "מקדשת" מקום מסוים. וכך הוא הדין לגבי קדושת ארץ ישראל, שבחלקה היא אימננטית ובחלקה נובעת מעצם מעשה כיבושה בידי מלך ישראל. לגבי עילת "התקדשותו" של מקום, יש שהיא קשורה במעשה מסוים,<sup>47</sup> בהימנעות ממנו או בויקתו לאדם מסוים, דוגמת צדיק שנקבר בו.<sup>48</sup>

מפשוטו של מקרא, "ועשו לי מקדש",<sup>49</sup> נראה לכאורה שהאדם "עושה את המקדש" ומקדש אותו. אך מהי בדיוק "קדושה" זו? כיצד היא נוצרת? האמנם כל אדם רשאי ל"קדש" מקום? האמנם כל מקום טמונה בו יכולת להיהפך ל"מקום קדוש"? האם "קדושה" זו עומדת עד סוף כל הדורות? או שמא היא נפסקת עם הפסקת ניהוג פולחן מסוים הכרוך בה? האם הגדרת "מקום קדוש" נקבעת לפי מבחן אובייקטיבי ("האדם הסביר") או סובייקטיבי? האם המבחן ל"קדושתו" של מקום הוא מבחן דתי בלבד, או שמא עשוי להיות לו גם מבחן "חילוני"? האם מי שאינם דתיים יכולים ל"קדש" מקום?<sup>50</sup>

במוקד שאלות אלה עומדת שאלת התקדשותו של המקום. חוקר הדתות, הרולד טורנר,<sup>51</sup> ביקש לנתח את מהות קדושת המקום באופן פנומנולוגי ותיאולוגי, והבחין בין שני דגמים עיקריים: האחד, ה-*domus dei* - המקדש, מקום השראת השכינה; והאחר, ה-*domus ecclesiae* - מקום ההיקהלות, מעין בית כנסת, המשמש לצורכי פולחן. ניתן לכנות מבחן זה ה"מבחן הפונקציונלי", שמתמקד בתפקידו וייעודו של המקום המקודש. ניתן להציע גם קריטריונים אחרים לסיווג: התקדשות מקום בעקבות ההיסטוריה שלו או מכוח תופעה חברתית של עליות המונים לרגל אליו וכיצא באלה.

45 ראו לדוגמה במדבר, ז, א: "ויהי ביום כלות משה להקים את המשכן, וימשח אותו ויקדש אותו ואת כל כליו".  
46 דוגמה בולטת לכך היא מעשהו של שלמה המלך, המתואר במלכים א, ח, סד: "ביום ההוא קדש המלך את תוך החצר" ומקבילתו בדברי הימים ב, ז, ו: "ויקדש שלמה את תוך החצר אשר לפני בית ה' ", ומחלוקתם של חכמים בדבר רמתה והיקפה של קדושה זו: זבחים, נט, א.

47 דוגמת המאורע הכורך את הר הבית עם המקום שבו העלה אברהם אבינו את יצחק בנו לעקדה.  
48 לימים, הורחבה "קדושה" זו לכל בית קברות. כך כתב, למשל, המהרי"ל, מחכמי אשכנז במאה ה"ט, שביקש לתת טעם למנהג ה"עלייה" לרגל לקברי צדיקים: "דבבית הקברות מקום מנוחת הצדיקים, ומתוך כך הוא מקום קדוש וטהור, והתפילה נתקבלה ביותר על אדמת קודש" (ספר מהרי"ל, מנהגים, הלכות תענית, יח). וראו לעיל הערה 21.  
49 שמות, כה, ח.

50 לעניין "התקדשותו" של מקום ב"דת האזרחית", ראו למשל: 'י' שלהב עיירה בכרך (ירושלים 1991) 15-16, המצביע על קיומו של "מרחב מקודש" גם בחברה הישראלית החילונית, דוגמת בתי הקברות הצבאיים, יד ושם, אתרי מורשת הקרב, הר הצל (שהיה ל"מתחם מקודש" ולעתים הוצב כמעין משקל נגד חילוני להר המקודש במסורת היהודית, הר הזיתים) וכיכר רבין. ראו עוד: 'י' בילו "פולחן ומקום קדוש בדת האזרחית" (לעיל, הערה 3); ע' אלמוג הצבר - דיוקן (ת"א, 1997): מ' לנזמן "רבי אלעזר [=אבוהצירא] והקדושה החילונית בישראל, הרהורים על משמעויות חברתיות" בתוך: עין טובה (נ' אילן עורך, ת"א, תשנ"ט) 371-387; מ' עזריהו "חידוש והמשכיות - המסורת היהודית ועיצובם של פולחני הריבונות בישראל" שני עברי הגשר (מ' בר און, צ' צמרת עורכים, ירושלים, תשס"ב) 273-294. וראו להלן ליד הערה 81. האנקדוטה המשעשעת שיכולה להצביע על פיתוחה וטיפוחה של תופעה זו, היא "התקדשות" אחוזת הקבר בהרי הגלבוע של יהושע חנקין, "גואל העמק" [ומונח זה כשלעצמו מחלן את מושג ה'גאולה' ומדביקו, בדומה לשאר 'גואלי' הקרקע, לעולם חילוני-אזרחי מובהק], עד כדי יצירת מסורת "עליה לרגל לקברו של 'נבי שוע'...". ראו: ע' שנהר "מספר, סיפור, קהל" (ת"א, 1994); בילו, שם, ע' 83.

51 H. Turner From Temple to Meeting House: The Phenomenology and Theology of Places of Worship (1979) ראו גם: M. Eliade The Sacred and the Profane (New York, 1961)

יש לציין עוד כי קיימות גם רמות שונות של "קדושת מקום", שביטוין המעשי הוא בעיקר בזכויות ובחובות שמחלות עליהם. כך, לדוגמא, מקום ארון הברית הוא "קודש הקודשים" (שמות, כו, לג), והמשנה במסכת כלים<sup>52</sup> מפרטת "עשר קדושות" שנבדלות זו מזו בעיקר על פי קווי גבול גיאוגרפיים, שבכל אחד מהמתחמים שביניהם נוהגות נורמות שונות. יש מקומות, דוגמת הר הבית, מקום המקדש, שקדושתם עולמית, ויש מקומות שנתקדשו "לשעה" בלבד, לא לדורות. הדוגמה הבולטת ביותר לכך הוא הר סיני, שנתקדש בשעה שניתנה עליו תורה, והעם נצטווה להתרחק ממנו: "לא יוכל העם לעלות אל הר סיני, כי אתה העדתה בנו לאמר הגבל את ההר וקדשתו" (שמות יט, כג), אך מיד עם סיום מתן תורה פסקה קדושתו, ונשכח מקומו המדויק.

## ד. "מקום קדוש" במורשת ישראל

במקורות המשפט העברי המאוחרים יותר, ניתן להבחין בשתי גישות מרכזיות בסוגיה זו.<sup>53</sup> לפי תפיסה אחת, קדושתו של מקום נגזרת מהתנהגותם של אנשים בו. לגישה זו יש הדים כבר במשנה<sup>54</sup>:

ארץ ישראל מקודשת מכל הארצות... ומה היא קדושתה? שמביאים ממנה את העומר, הביכורים ושתי הלחם.

הווי אומר: לכאורה,<sup>55</sup> עולה ממקור זה שה"קדושה" אינה טבועה באדמת ארץ-ישראל, אלא היא תוצאה של קיום מצוות מסוימות בה: "שמביאין ממנה את העומר, הביכורים ושתי הלחם". תפיסה זו מובלטת בדברי ר' מאיר שמחה הכהן מדינסק, (ליטא, המאה ה-20). בעל "אור שמח", שבפירושו לתורה, "משך חכמה",<sup>56</sup> אומר בעניין שבירת לוחות הברית בידי משה רבנו:

ואל תדמו כי המקדש והמשכן המה עניינים קדושים בעצמם חלילה. השם יתברך שורה בתוך בניו ישעבדוהו, ואם המה כאדם עברו ברית, הוסר מהם כל הקדושה והמה ככלי חול באו פריצים ויחללוהו. וטיטוס נכנס לקודש הקודשים וזונה עמו ולא ניזוק, כי הוסר קדושתו. ויותר מזה הלוחות מכתב אלקים, גם המה אינם קדושים בעצמם, רק בשבילכם כשתקיימו מה שכתוב בהם...

52 ראו לעיל הערה 20.

53 שתי הגישות אינן סותרות בהכרח זו את זו, ויש מקומות שנתלתה בהן קדושה היונקת כוחה משני סוגי הקדושות. משנה, כלים, א, ו.

54 אכן, אפשר שיש לפרש גם משנה זו כמבטאת קדושה אימננטית, שגלומה בקרקע א"י עצמה, והשאלה "ומה היא קדושתה?" אינה מתנה את הקדושה בהבאת הביכורים אלא מתארת את תוצאותיה: תוצאות הקדושה הטבועה זה כבר באדמת א"י היא שצריך להביא מפורתיה ביכורים ועומר למקדש. ומכל מקום, יש לתת את הדעת לאופייה המיוחד של משנה זו, שאינה כוללת צו נורמטיבי אלא מהווה מעין "הקדמה" או פתיחה להלכות נורמטיביות שנשנו אחריה.

56 משך חכמה, שמות, לב, יט. גישתו נתחבבה על פרופ' ישעיהו ליבוביץ, שהרבה לצטטה בהזדמנויות שונות. ראו לדוגמא בספרו: אמונה, היסטוריה וערכים (ירושלים תשמ"ב) 118 ולעיל הערה 16.

סוף דבר, אין שום עניין קדוש בעולם. רק השם יתברך שמו הוא קדוש... כי אין בשום גברא קדושה בעצם, רק מצד שמירת ישראל התורה כפי רצון הבורא יתברך שמו הקדוש...

כל המקומות המקודשים, אין יסודם מן הדת, אלא באשר הוקדשו למעשה המצוות, והר סיני מקור הדת, כיוון שנסתלקה שכינה ממנו, עלו בו צאן ובקר.<sup>57</sup>

אכן, יש רבים הסוברים שיש למקומות מסוימים קדושה אימננטית, הטבועה בהם, ואינה תלויה במעשי האדם. לדעתם, לא המצוות המתקיימות במקום מסוים הופכות אותו לקדוש, אלא להפך, קדושת המקום היא שמחייבת קיום מצוות מיוחדות בו. המצווה אינה יוצרת את קדושת המקום אלא מצהירה עליו כ"מקום קדוש". רבים מחכמי ישראל מצדדים בדעה זו, כגון: הרמב"ן, ר' משה בן נחמן (ספרד, המאה הי"ג), ר' אשתורי הפרחי (פרובנס, צרפת, המאה הי"ד), החת"ם סופר (הונגריה, המאה הי"ח) והרב אברהם יצחק הכהן קוק (ארץ-ישראל, המאה ה-כ). ומאחר שלפי תפיסה זו, המקום אינו "מתקדש" על ידי האדם, ממילא גם קדושתו אינה פוקעת בהכרח אפילו אם האדם זונח אותו.<sup>58</sup>

## ה. "מקום קדוש": זכויות וחובות

משעה שנעשה מקום מסוים "קדוש", חלה עליו מערכת ענפה של זכויות וחובות. כך, במורשת ישראל, וכך במשפט בן ימינו.

בעולמה של מורשת ישראל, אחת הדוגמאות הבולטות לכך היא בית הכנסת, שהשוותה קדושתו לקדושת המקדש, עד שכונה "מקדש מעט".<sup>59</sup> לאחר חורבן הבית הוחלו על בית הכנסת הרבה מן ההלכות שנהגו במקדש. כך, למשל, נאסר לנתץ אבן מאבני בית הכנסת כמו שאסור לעשות כן באבני המקדש, שנאמר: "לא תעשון כן לה' אלהיכם",<sup>60</sup> וכמו שכתב הרמב"ם:<sup>61</sup> "הסותר אפילו אבן אחת דרך השחתה מן המזבח או מן ההיכל או משאר העזרה לוקה, שנאמר בעבודת כוכבים: 'כי את מזבחם תתוצוין', וכתוב: 'לא תעשון כן לה' אלקיכם". מכוח "קדושה" יתרה זו שנתלתה בבית הכנסת, נקבע שאף אם חרב, עדיין חלים עליו דינים מסוימים: "בית הכנסת שחרב - אין מספדין בתוכו, ואין מפשילין בתוכו חבלים, ואין פורשין בתוכו מצודות, ואין שוטחין על גגו

57 עם זאת, דומה שר' מאיר שמחה מדוינסק מדבר על "מקום קדוש" ברמה הרעיונית-תיאורטית. מבחינה מעשית, דומה שגם הוא יודה שגם כשאינן מקיימים מצוות בבית המקדש, עדיין יש לנהוג קדושה במקומו, ולא לבותו. דברים דומים בעניין זה כתב ר' מאיר שמחה בפירושו לפרשת בא, ד"ה והנה יש להאריך: "שכל מקומות המקודשים אין יסודם מן הדת רק מהאומה והשרשים כמו הר המוריה... והר סיני מקום הדת, כיוון שנסתלקה שכינה ממנו ועלו [=בו] צאן ובקר, שחלילה ההרגשות [=הרגשות] לא יתעו לייחס להדת איוו ציור רק ירושלים וכל ארץ ישראל והר המוריה בנויים על התייחסותם לאבותינו שרשי האומה".

58 לעניין זה, ראו שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רלד.

59 ראו: "זאהי להם למקדש מעט" (יחזקאל, יא, טז). אמר רבי יצחק: אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות שבבבל" (מגילה, כט, א).

60 דברים, יב, ד.

61 הלכות יסודי התורה, פרק ו, הלכה ז.

פירות, ואין עושין אותו קפנדריא [=קיצור דרך], שנאמר: 'והשמתי את מקדשיכם' - קדושתן אף כשהן שוממין".<sup>62</sup>

ועד כדי כך נתקדש בית הכנסת בתודעת העם, שבלשון הארמית המדוברת כינוהו, וכבר בדורות קדומים, "אתרא קדישא" - מקום קדוש. ויש שכינוהו בקיצור: "אתרא",<sup>63</sup> או "המקום".<sup>64</sup>

בדומה לכך, קובע המשפט הישראלי<sup>65</sup> הוראות שונות שמשקפות את החובה לשמור על המקומות הקדושים ולהימנע מ"חילולם", הן בהיבט הפיזי, הן בהיבט ההתנהגותי. במקביל, הוענקו ל"מקומות קדושים" זכויות שונות במישור האזרחי דוגמת פטור ממיסים.<sup>66</sup>

הכלל הגדול שבסעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 ובסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, קובע לאמור:

המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם.<sup>67</sup>

ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

62 משנה, מגילה, ג, ג.

63 ראו לדוגמה תרגום אונקלוס לבראשית: "מה נורא המקום הזה - מה דחיל אתרא הדין".

64 עדות מעניינת לכך מצויה בחוקי הקיסרות הרומית. א' לינדר מביא בספרו היהודים והיהדות בחוקי הקיסרות הרומית (ירושלים תשמ"ג) גוסס של אחד מחוקי הקיסרות הרומית, מחודש דצמבר 330, שנשתמר בקודקס תיאודוסיאנוס (16:8:4), ויש בו ביטוי לזוהות בין "מקום" לבין "בית כנסת", "מצווים אנו כי הכוהנים, ראשי הכנסת אבות הכנסת והאחרים המשרתים את בתי הכנסת יהיו חופשיים מכל ליטורגיה גופנית". כפי שהעיר לינדר, המונח "אתרא קדישא" ככינוי לבתי כנסת נפוץ גם בכתובות בתי הכנסת שנתגלו לרוב בחפירות ארכיאולוגיות, ואלה דבריו: "המונח *locus* וברבים: *loca* מציין מבני פולחן ומבנים מקודשים כמושג כללי, כהגדרתו של איסידורוס מסביליה בראש הפרק על מבני קודש: De aedificiis sacris. Scara sunt loca divinis cultibus instituta, utpote: "ea in quibus altaria litantibus de more pontificibus consecrantur" [=על מבני קודש. מקומות קדושים הם מקומות שהותקנו לפולחנים האלוהיים, כלומר מקומות שבהם מוקדשים מזבחות על ידי כהנים המקריבים קרבנות על פי המנהג]. בסביבות שנת 370 הגדיר המחוקק את בתי הכנסת במונח *loca religionum*. כפי שעולה ממקורות אלה, המבחן לקיומו של "מקום קדוש" בנצרות הקדומה הוא מתחם גיאוגרפי שבו מתקיים בפועל פולחן דתי". כעולה מן המקורות שהבאנו לעיל, הגדרה זו כמובן אינה "מחייבת" את המקורות היהודיים. תודתי נתונה לידידי דוד עמית שהפנה שימת לבי למקור זה.

65 לצד המשפט הפנימי יש לתת את הדעת גם להוראות שמן המשפט הבינלאומי, דוגמת אמנת האג בדבר הגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזוין, 1954, כתבי אמנה מס' 213, שמדינת ישראל נוהגת לפיה, הגם שלא קיבלה תוקף של חוק הכנסת ולפיכך אפשר שאינה מחייבת במישור המשפט הפנימי. לעניין זה, ראו: ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 130; בג"צ 103/67 דה אמריקן אירופיין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325; ברקוביץ, דיסרטציה (לעיל, הערה 10) 143 והערה 3 שם.

66 ראו לדוגמה סעיפים 1, 2, 4 לחוק הגנת הדייר (מוסדות ציבור), תשכ"ד-1964; סעיפים 95-96 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972; ברקוביץ, דיסרטציה (לעיל הערה 10) עמ' 532 ואילך.

67 יושם אל לב השינוי שבין "המקומות הקדושים" שברישא, לעניין חילול, לבין "המקומות המקודשים להם" שבסיפא, לעניין הפגיעה בחופש הגישה.

הסעיף מדבר הן על "חילול" הן על "פגיעה אחרת", ואפשר ויש להבחין בין שני המונחים. ניתן להציע, שכ"פגיעה אחרת" תיחשב פגיעה פיזית במקום הקדוש, דוגמת הרס, חציבה, כריה,<sup>68</sup> ביצוע תוכנית ניקוז, התקנת תעלת ביוב,<sup>69</sup> הריסת מבנה<sup>70</sup> וכיו"ב, שהיסוד העובדתי הוא עיקרם, אפילו אם לא נלווה אליהם יסוד נפשי של כוונה לפגוע. עצם התוצאה, ה"פגיעה" במקום הקדוש, יוצרת את מעשה העברה. המבחן לקיומה של "פגיעה" יהיה מבחן עובדתי ואובייקטיבי. לעומת זאת, המונח "חילול" עשוי לבטא, לכאורה, מבחן שהיסוד הנפשי הוא עיקר בו, ואפשר שהקריטריון יהיה סובייקטיבי. באמת אמרו: לא כל מעשה שנראה "חילול קודש" בעיני האחד, ייחשב כ"חילול" בעיני האחר.

ומכל מקום, מאליה עולה השאלה: האם "חילול" ייבחן בעיניו<sup>71</sup> של בן הדת או המאמין שרואה במקום "מקום קדוש", או שמא בעיניו של "אדם סביר" מן היישוב? על אף שבתי המשפט חיוו דעתם בסוגיה זו באופן כללי, נותרה הסוגיה עמומה ככתחילה,<sup>72</sup> וטרם נתבררו כל השאלות דלעיל, ולא באנו אלא להעיר עליהן בקצירת האומר.<sup>73</sup>

## ו. "מקום קדוש" בישראל - בין היסטוריה ומשפט

מתן מעמד מיוחד ל"מקום קדוש" במשפט הישראלי חובק בתוכו מערכת ענפה של זכויות וחובות, מסוגים שונים ובעלי היקף שונה. כבר בתקופת המנדט הבריטי, הוסדר מעמד המקומות הקדושים בסעיפים 13 ו-14 לכתב המנדט ובדבר המלך במועצה, משנת 1924. ברם, דברי חקיקה אלה לא הציבו פרמטרים ברורים לקביעה מהו "מקום קדוש".

בדומה למשפט המנדטורי, הכיר המשפט הישראלי מימים ימימה ב"חופש הגישה למקום קדוש", וב"חופש הפולחן במקום קדוש". זכויות אלה נתקבעו במשפט הישראלי כזכויות יסוד חוקתיות,

- 68 ראו לדוגמא סעיף 8 לפקודת המכרות, 1925; סעיף 77(א) לחוק הנפט, תשי"ב-1952, ועוד; ברקוביץ, שם, 535.
- 69 סעיף 14 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962; ברקוביץ, שם, 536.
- 70 סעיף 51 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה-1965.
- 71 ברי שאף לעניין זה ניתן, לפחות א-פרוירי, לדבר על "חילול" המקום בעיני אדם ספציפי או בעיניו של המאמין הסביר" של אותה דת שבעיניה נתקדש המקום.
- 72 ראו לדוגמא בג"צ 386/88 אגודת בני אור נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 757. והשוו להגדרת השופט שמגר בבג"צ הופמן (לקמן), הערה (73): "בדברו בחילול אשר מפניו יש לשמור את המקום הקדוש כיוון המחוקק למעשים מזיקים, אשר לפי טיבם או תוצאותיהם פוגעים בקדושת המקום"; או להגדרת השופט זמיר בבג"צ 7128/96 (הערה 145 לקמן), בפסקה 7 לפסק דינו: "אכן, חילול הוא הפיכת קודש לחול". ועדיין כל ההגדרות כולן, נותרו בעיממותן, ורק מדגישות את המבוכה שאליה נקלע בית המשפט בבואו להכריע בענייני "קדושה".
- 73 נוסף ונעיר כי בפסיקתם, יצרו לעתים בתי המשפט רובד נוסף של זכויות וחובות הנובעות מהיותו של מקום "קדוש", שלא בא זכרו בפסיקה. כך, לדוגמא, קבע השופט אלון כי "במקומות הקדושים קיימת - לאור נסיון העבר עליו עמדנו בהרחבה - חוקה ראייתית ולפיה כל סטייה מן הסטטוס קוו עשויה להביא להפרת הסדר הציבורי" - בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, ואנחנו לא ידענו מדוע די ב"נסיון העבר" ליצור "חוקה ראייתית" כה חזקה, ומה טעם לא יוחל גם כאן מבחן "הודאות הקרובה" כתנאי לאי שינוי הסטטוס קוו". יתר על כן; כפי שהוכח, גם הסטטוס קוו" (וגבולות הגזרה שלו הרי לא הוגדרו מעולם) אינו עומד על מקום אחד, והוא צועד אנה ואנה. כך, לדוגמא, שינוי הסדרי התפילה בכותל המערבי בעקבות מלחמת ששת הימים או שינוי הסדרי התפילה במערת המכפלה בעקבות הרצח שביצע במקום ברוך גולדשטיין תוך שינוי גדול מן הסטטוס קוו", לא הביא להפרת הסדר הציבורי.

בין אם נראה אותן כעומדות על רגליהן-שלהן, ובין אם נראה אותן כתת-זכות של הזכות הכללית לחופש דת, פולחן ומצפון. ביטוי לכך ניתן ב"מגילת הזכויות" הישראלית, הכרות העצמאות,<sup>74</sup> שבה נאמר מפורשות כי מדינת ישראל תבטיח חופש גישה למקומות הקדושים לבני כל הדתות. כפי שעולה מדברי ימי ישראל, גישה זו הייתה מקובלת על הכל, מימין ומשמאל.<sup>75</sup> לצד זכות היסוד החוקתית, באו במשפט הישראלי דברי חוק שונים שביקשו לעגן את מעמדו של "מקום קדוש" בדין בתחומים ספציפיים. דומה שניתן לחלק דברי חוק אלה לשלוש קבוצות עיקריות:

הקבוצה הראשונה כוללת חוקים שמצויה בהם הגדרה מפורשת - אם כי לא תמיד ברורה כל צרכה - של המונח "מקום קדוש", כגון פקודת המכרות המנדטורית, העומדת בתוקפה עד היום, המגדירה מהו "מקום קדוש": "כל מקום קדוש, בנין דתי או מקום דתי המסור להשגחתו של כל מוסד דתי בהתאם לסעיף 14 מכתב הממונות על פלשתינה (א"י)".<sup>76</sup>

בקבוצה השנייה נכללים דברי חוק שיש בהם הפניה לדבר המלך, כך, למשל, קובע סעיף 22 לחוק הגנים הלאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998 כי שר הפנים אינו רשאי להכריז על מקום קדוש, כמשמעותו בדבר המלך, אלא לאחר שהתייעץ עם שר הדתות והבטיח מילוי ההוראות שקבועות בדבר המלך לגבי שמירתו של מקום כזה.<sup>77</sup> הוא הדין לעניין פינוי "מקום קדוש" או הריסתו (סעיף 51 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965). סעיף 70 לחוק המים, התשי"ט-1959, מבחין בין "מקום קדוש" לבין "מקום פולחן דתי", וקובע שכל תכנית להקמת מפעל מים העשויה לפגוע במקום קדוש כמשמעותו בדבר המלך טעונה הסכמה של שר הדתות.

בקבוצה השלישית כלולים דברי חוק שאין בהם הגדרה ל"מקום קדוש" ואף אין בהם הפניה מפורשת לדבר המלך המנדטורי, ומכאן אולי פתח להגדרה שונה. החוק החשוב ביותר לעניין זה הוא חוק השמירה על המקומות הקדושים, שנוכר לעיל, וקובע 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".

---

74 על שלבי היווצרותה, ראו לאחרונה: י' שחר "הטיטות המוקדמות של הכרות העצמאות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 523-600.

75 ראו לדוגמה דבריו הנחרצים של מ' בגין, בנאואו במליאת הכנסת: "תמיד אמרנו איש לרעהו בכל הדינים על ירושלים כי אנחנו ניתן לנציגי הדתות לנהל את העניינים במקומות הקדושים להן. זה נכון. זו עמדתה המסורתית של הציונות מימי הרצל וז'בוטינסקי ועד ימינו. כבוד למקומות הקדושים לכל דת. אבל נציגי הדת הם שיפקחו על המקומות הקדושים האלה, לא נציגי מדינות... על הר הבית ניצבים שני בתי תפילה הקדושים לאיסלאם. אנחנו נכבד את בתי התפילה הקדושים לדת המוסלמית". עמדה זו משתלבת עם עמדתו הכללית של מנחם בגין בשאלות דת ומדינה וזיקתו למורשת היהודית, לאו דווקא הדתית, לדורותיה. לפיכך, אין זה גם מקרי שמנחם בגין בחר להיקבר ב"קבר פשוט על הר הזיתים", ליד קבריהם של לוחמי המחתרת ועולי הגרדום פינשטיין וברזני, וב"לוויה יהודית פשוטה", והעדיף אותם על פני לווייה ממלכתית בחלקת גדולי האומה שבהר הרצל. לעניין זה ראו בהרחבה: א' הכהן "בעזרת השם" - מנחם בגין ויחסו לדת" (עומד להופיע).

76 וראו סעיף 118 (א) לפקודה הקובע שתעודת היתר לכרייה או זכות כרייה אינם מתירים לבעליהם לכרות ב"כל אזור שיש בו מקום קדוש או הנמצא בתוך תחום של מאה מטר ממקום קדוש, אלא אם הסכים לכך המוסד הדתי הממונה על השגחת המקום הקדוש".

77 הוראות דומות יש בסעיף 70 לחוק המים, תשי"ט-1959; סעיף 14 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962.

## ז. מה עניין 'מקום קדוש' אצל המחוקק?

מבחינה היסטורית, ראוי לתת את הדעת לכך שהצורך בהגדרתו של המונח "מקום קדוש" עלתה בדיוני הכנסת כבר בשנת 1952, אגב הדיון בחוק הנפט.<sup>78</sup> סעיף 77 להצעת החוק קבע כי בעל זיכיון נפט שמבקש לחפש נפט חייב להתרחק 100 מטר ממקומות קדושים או מקומות היסטוריים,<sup>79</sup> ואסור לו לעשות כל פעולה בשטח זה אלא בהסכמת שר הדתות. הצעת החוק הוסיפה וקבעה שאם "מתעורר ספק אם מקום מסוים הוא מקום קדוש, יכריע שר הדתות".

בעת הדיון בוועדת הכספים, הציע ח"כ שמואל דיין (מפא"י), להוסיף לסעיף זה גם את חובת ההרחקה מ"בית קברות", כיוון שלדעתו גם הוא "מקום קדוש" ובעל חשיבות היסטורית.<sup>80</sup> אכן, בניגוד למה שנראה במבט ראשון, וכפי שעולה מהדיון שנתעורר בכנסת בעקבות הסתייגות זו, הצעתו של ח"כ דיין לא כוונה דווקא לבתי קברות שהדת קידשה (דוגמת אתרים שבהם נקברו רבנים וצדיקי עליון) אלא בעיקר לקבריהם של החלוצים בוני הארץ. וכך קרא ח"כ דיין בפאתוס מעל דוכן הכנסת: "בשביבולנו בית קברות הוא קודש הקדושים"<sup>81(1)</sup>, והוסיף:

אני מזכיר לעצמנו שטמנו את מתינו זה כמה דורות בישוב החדש. הם הם שכבשו את האדמה גם בחרב ובעיקר בזיעה, והם קדושים לנו. ונזכור במיוחד את מתינו אשר שחררו לנו את הארץ. נזכור גם תמיד שאנו מתחללים כשאנו שומעים על חילול בתי קברות יהודיים באיזה מקום שהוא. אינני חושב שיש אדם בארץ שיסכים כי יחטטו בעצמותיהם של מתינו.<sup>82</sup> על כל פנים חושבני כי יש להוסיף את הפיסקה הזאת כראוי לעם תרבותי.

ח"כ ישראל גורי, יו"ר ועדת הכספים דחה הסתייגות זו. עם זאת, גם הוא מדגיש שאין לראות בה עניין מצפוני ליחיד אלא אינטרס ציבורי ש"כל חברי הכנסת צריכים וחייבים להיות רגישים אליו". שר המשפטים דאז, חיים כהן (היועץ המשפטי לממשלה ולימים, שופט בית המשפט העליון) הוסיף בשם שר האוצר שהממשלה תעשה "כמיטב יכולתה" לא לנגוע בבתי קברות או בשטח הצמוד אליהם ברדיוס של 100 מטר מסביב להם, ותקבע תניה ברוח זו בזיכיון שיינתן למחפש הנפט.<sup>83</sup>

78 ראו סעיף 77(א) לחוק הנפט, תשי"ב-1952; ד"כ (ה' באלול תשי"ב-26.8.52) בעמ' 3147-3148.

79 הגדרת "אתר היסטורי" נקבעה לפי משמעותה בפקודת העתיקות.

80 עיוסקם היתר של המחוקק הישראלי ושל הרשות השופטת בבתי קברות מפליא כשלעצמו, ויש בו ביטוי ל"תרבות השכול" המפותחת שנגזרה על מדינת ישראל בעל כורחה, לבד ממקומה החשוב של הסוגיה במורשת היהודית. וראו הערת השופט חשין בבג"צ 7583/98 לאה בכרך נ' שר הפנים, לא פורסם.

81 ד"כ (יד בתמוז תשי"ב) 2561.

82 משפט אחרון זה נשמע לרוב בשנים האחרונות דווקא מפי אנשים דתיים וחרדים המבקשים לעשותו סעד וסמך למניעת עריכת חפירות ארכיאולוגיות באתרי קבורה. ראו לדוגמה בעלמא: המכון לארכיאולוגיה ויגאל שילה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533.

83 דברי הכנסת שם, בע' 3148.



גם בשנים מאוחרות יותר נחקקו חוקים אחרים שאינם מגדירים מהו "מקום קדוש". כך, למשל, קובע סעיף 99 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, שכל הוראה בתכנית מתאר מחוזית או מקומית בדבר שמירת מקום קדוש או בדבר בתי קברות תינתן בהתייעצות<sup>84</sup> עם שר הדתות. בדומה לכך, מבחין חוק הדרכים (שילוט), התשכ"ו-1966 בין מקום "קדוש" או "מקודש", שניתן להציב לצדם שלט המלמד על קיומם, אך אינו מגדיר אותם. מכל מקום, ברור שלעניין חוק זה הגדרת "מקום קדוש" יכולה להיות רחבה ביותר, ולמעשה ניתן שיקול דעת רחב בידי שר הדתות להכריע בעניין. למרות שסוגיית המקומות הקדושים והסדרת מעמדם בחוק עלתה על הפרק כבר בראשית ימיה של המדינה, היא שבה וניעורה, ובעצמה רבה, בשנת תשכ"ז-1967, עם שחרור ירושלים ושאר המקומות הקדושים שביהודה ושומרון (קבר רחל, מערת המכפלה, ועוד). עובדה הראויה לציון בהקשר ההיסטורי היא הסתייגותם, ולו למשמע אוזן ולמראית עין, של חלק מנציגי הציבור הדתיים מעיגון הסדר המקומות הקדושים בחוק של הכנסת. ביטוי חריף לכך ניתן בדבריו של ח"כ זרח ורהפטיג, סגן שר הדתות, מעל במת הכנסת:<sup>85</sup>

ההכרעה אינה בידינו, לא בידי משרד הדתות. משרד הדתות מתחשב בעניין זה עם כל רשות דתית של כל דת ודת. בשבילנו הרבנות הראשית היא הקובעת ולא אנחנו המקדשים מקומות.<sup>86</sup> אין בעניין זה מקום לחילוקי דעות ואנו משתדלים שלא להוסיף מקומות קדושים. די לנו באלה שיש לנו והם לא מעטים. נשיא מדינת ישראל [=יצחק בן צבי] כשהיה נשיא הועד הלאומי ערך בעניין זה מחקר הנמצא בידי משרד הדתות. בקטלוג שלו מופיעים כארבע מאות מקומות קדושים, ואותם מקומות קדושים שבהם אנו מטפלים נמצאים כולם ברשימה זו ובקטלוג זה שערכו נשיא מדינת ישראל לפני חמש עשרה שנה.

---

84 יש ליתן את הדעת לכך שכאן מדובר בנוסח מרוכך יותר המחייב רק "התייעצות" עם שר הדתות אך לא את הסכמתו. לצד זה, הוסף כאן במפורש "בית קברות" לצד "מקומות קדושים" (מבחינה פורמלית ניתן לומר שהוספה זו מלמדת על כך ש"בית קברות" סתם אינו "מקום קדוש" ולכן היה צורך לאזכרו מפורשות). וראו לעיל דברי ח"כ שמואל דיין.

85 ד"כ (י' באדר א' תשי"ז) 1009. כפי שעולה מדבריו של סגן השר, יש מספר מועט ביותר של מדינות שבהן קיים חוק מיוחד למקומות קדושים. בדיון זה נעשתה גם אבחנה בין "מקום היסטורי", שאפשר והיה קדוש בעבר, אך אינו משמש עוד לפולחן, לבין "מקום קדוש" שממשיך לשמש כמקום פולחן ועליה לרגל.

86 על הניסיון שכשל, להעביר כמה שיותר סמכויות לרבנות הראשית כדי לחזק את מעמדה, ראו בהרחבה מאמרי: א' הכהן "הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים" בתוך: הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה (א' ורהפטיג, עורך, ירושלים, תש"ס) 159-219.

לא חידשנו אף מקום קדוש אחד, ואין אנו להוטים לקדש מקומות.<sup>87</sup> סוף סוף גם התקציב לעניין המקומות הקדושים הוא קטן.

סגן השר ורהפטיג, שהיה במשך שנים רבות מבוני משרד הדתות וממעצבי דרכו, הבין שלא ניתן ליצור "מקומות קדושים" בהינף יד, של חתימת שר או רשות אחרת, וכך הוסיף בסוף דבריו:

אין לך דבר שהציבור רגיש לו יותר מאשר מקום קדוש. אם אתה מנסה לשנות משהו מן המבנה או מהסביבה מעורר הדבר מיד רגישות מרובה ואנו מצווים על זהירות.<sup>88</sup>

אכן, לצד הצהרות חד משמעיות אלה, ניסו חלק מאנשי משרד הדתות ליצור "מקומות קדושים" רבים ככל האפשר, לעתים תוך הישענות על מסורות מפוקפקות למדי.<sup>89</sup> עד כמה אבסורדי יכול להיות נסיונם של הרשות, המבצעת או המחוקקת, לקבע את "קדושתו" של מקום בכוח החוק, תוכלנה ללמדנו שתי הצעות חוק שהועלו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת.

הצעה אחת<sup>90</sup> ביקשה לעגן את מעמדו של הכותל המערבי בחוק כ"נכס לאומי השייך לעם היהודי". הרקע לה היה פרסום מחקר שבו נקבע כי למרות שלאחר מלחמת ששת הימים הופקעה

---

87 יש כמובן להיזהר בהצהרות מעין אלה, ולבחון בזהירות האמנם הרטוריקה עומדת במבחן המציאות. ראו לדוגמא מכתבו של שר הדתות ז' ורהפטיג לשר המשפטים, מיום 20.9.68, שממנו עולה כי משרד הדתות בחר קריטריונים מרחיבים ביותר להגדרת מקום כ"קדוש", ועיקרם שלושה: א. המקום הוא ציון קבר עתיק או מערה עתיקה שהמסורת העממית היהודית ייחסה לו קשר עם אישים מפורסמים מתקופת המקרא, המשנה והתלמוד, או ימי הביניים, ובגללה עלו יהודים במשך הדורות למקום זה להתפלל; ב. מסורת עממית זו מוזכרת בספרות היהודית או הלא-יהודית מלפני מאה שנה ויותר; ג. משרד הדתות מטפל במקום זה למעשה ומוציא עליו תקציבים והוצאות לשיפוצים ולאחזוקתו" (המכתב צוטט במלואו ע"י ברקוביץ, דיסרטציה (לעיל, הערה 10), עמ' 486-487. לעניין היותו של משרד הדתות (ושולחתו היום: המרכז הארצי למקומות הקדושים) סוכן מרכזי של "קידוש" מקומות, ראו: י' בילו (הערה 3 לעיל), בע' 75.

88 דברי הכנסת שם, בע' 1010. גישתו השקולה של ורהפטיג באה לביטוי גם בהמשך הדיון. בתגובה להאשמה שהוטחה במשרד הדתות, כאילו הוא מעורר "פולחן מקומות קדושים", הצביע ורהפטיג על המסורת היהודית עתיקת היומין שבה תפס יחס הכבוד לקברי צדיקים והתייחסות אליהם כאל מקום קדוש מקום נכבד, תוך מתן משקל הולם לדמות שמאחורי הקבר ולא רק לפולחן העממי שנקשר אליו. בנוסף, עמד ורהפטיג על חובת המדינה לדאוג גם לשמירתם של המקומות הקדושים לשאר הדתות, ודחה בתוקף טענות שלפיהן יש בכך משום סיוע ל"עבודה זרה". ראו דברי הכנסת שם, בע' 1116.

89 בהקשר זה ראו הסיפור שהבאתי בראש מאמרי "מקום קדוש" (לעיל, הערה 23), וראו הערתו של פרופ' מ' אבי יונה, מחשובי חוקריה של ארץ ישראל לעמיתו ש' ייבין, שנכתב כבר בראשית ימיה של המדינה, ביום 18.7.50: "צירת המקומות הקדושים החדשים כגון 'קבר דוד' ... היא מעשה זוועה מדעי". המכתב נמצא בארכיון המדינה 3738/5548/43 ואוחר ע"י מ' עזריהו פולחני מדינה (שדה בוקר, 1995) 157, הערה 72. וראו שם את הניסיונות ל"קדש" את הר ציון כמרכז מקדוש שינציח את זכר הנופלים ביום הזיכרון.

90 הצעת חוק פרטית זו, "הצעת חוק מעמדו של הכותל", הונחה על ידי ח"כ נעמי בלומנטל על שולחן הכנסת בחודש מאי, 1998. הצעת החוק זכתה להתנגדות חריפה של ראש הממשלה דאז, שנימק את התנגותו בפוטנציאל ההרס הפוליטי שלה, ובחשש להתלקחות סערה בינלאומית. כאמור בגוף המאמר, היה מקום להתנגד להצעה זו מבחינה מהותית ולא רק מפני החשש של "מה יאמרו".

הבעלות על רחבת הכותל והועברה למדינה, לא נכלל הכותל עצמו בהליך הפקעה זה ועדיין אין הוא "קניינה של המדינה". לפי דברי ההסבר שנלוו לה, נועדה הצעת החוק "להבטיח את השתייכותו הבלעדית של הכותל המערבי לעם היהודי ולמדינת ישראל".

וכאן הבן שואל: וכי חוק של הכנסת הוא שיקבע את מידת "קדושתו" של הכותל ו"השתייכותו הבלעדית לעם היהודי"? והיה ויבוא מחוקק אחר ויבטל את החוק, האם אז יאבד הכותל את משמעותו לעם היהודי? ומדוע, כפי שהציע מאן דהוא,<sup>91</sup> לא יחוקק על דרך זו חוק ש"יבטיח את השתייכותה של התורה לעם היהודי ומדינת ישראל", שהרי גם היא קניין מקנייניו מימות עולם? הצעת חוק זו לא עברה את משוכת הקריאה הטרומית, אך רעותה עברה גם משוכה זו, והייתה לאחד מספיחיה של פרשת "נשות הכותל". ראשיתה, בניסיון של שתי "קבוצות תפילה" של נשים להתפלל ליד הכותל המערבי ולקרוא בתורה כשהן מעוטפות בטלית.<sup>92</sup> בפסק דינו, קרא בית המשפט העליון לעותרות, בפסק דין ארוך ומנומק של המשנה לנשיא מ' אֶלון, להימנע מפגיעה ב"מנהג המקום" שנהוג בכותל המערבי. בפסק הדין נדונה בהרחבה זכותן של נשים לקיים "קבוצות תפילה" ואף להתעטף בטלית, הן מבחינת ההלכה הן מבחינת הדין, אך לצד אלה קרא השופט אֶלון (שאליו הצטרף הנשיא מ' שמגר, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ש' לוין) לעותרות להימנע מלקיים תפילה זו ברחבת הכותל ולמציאת פתרון חלופי באתר סמוך (קשת רובינסון). משנקפו השנים ודבר לא אירע, פנו העותרות בשנית לבית המשפט. זאת הפעם, נעתר בית המשפט לעתירה וקבע שיש לעותרות זכות להתפלל ברחבת הכותל.<sup>93</sup> פסיקה זו עוררה תרעומת קשה בקרב חוגים רחבים, בעיקר בציבור הדתי, שראו בהתערבות בית המשפט "חילול הקודש".

התגובה לא איחרה לבוא. ביום כ"ד באייר תש"ס (29.5.2000), הונחה על שולחן הכנסת "הצעת חוק המקומות הקדושים (תיקון - שמירה על הכותל המערבי), התש"ס - 2000". בהצעה, שהיוזמה לה באה מחברי הכנסת של המפלגות החרדיות, הוצע לתקן את החוק הקיים ולהוסיף את סעיף 2א לחוק המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967, בהאי לישנא:

מקום התפילה שברחבת הכותל המערבי יחולק לעזרת גברים ולעזרת נשים  
באמצעות מחיצה ולא תותר בו תפילה מעורבת של גברים ונשים;  
לא יקיים טקס דתי בעזרת הנשים של הכותל המערבי, הכולל הוצאת ספר תורה  
וקריאה בו, תקיעת שופרות, לבישת טליתות או תפילין.

אכן, עיקרו של החוק היה בסעיף העונשין שבו:

העובר על הוראות סעיף זה, דינו - מאסר שבע שנים.

91 ראו: מ' שלו ידיעות אחרונות 29.5.98.

92 פרשה זו תוארה בהרחבה בפסק הדין של בית המשפט הגבוה לצדק, ולפיכך קיצרנו בה כאן. ראו: בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265.

93 בג"צ 3358/95 ענת הופמן ואח' נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד נד(2) 345.

הדיון שהתקיים בכנסת בהצעת החוק היה סוער במיוחד, ונשמעה בו היטב התרעומת של חברי הכנסת החרדים כנגד בית המשפט העליון. לימים, "רוכך" מעט נוסח הצעת החוק, ובנוסף שעבר את הקריאה הטרוםית הופחת העונש המוצע והועמד על חצי שנה בלבד.<sup>94</sup> יאה אשר יאה, ניסיון זה, משקף את האבסורד שאליו עשויה להביא התערבותם של הרשות המחוקקת והמבצעת באכיפת נורמות של התנהגות בכוח החוק ובחיל הררה.

חשוב לציין שבמקרה ספציפי זה של "נשות הכותל", בית המשפט עצמו חזר בו, ובדיון הנוסף, שנתקיים לבקשת המדינה בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שבה הקערה ונהפכה על פיה.<sup>95</sup> ברוב של 5 שופטים נגד 4, דחה בית המשפט את בקשת העותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל עצמה ותבע מהממשלה לפעול לאלתר להכשרת האתר החלופי שהוצע להן בסמוך, באזור "קשת רובינסון".

דבריו של השופט חשין בדיון הנוסף מבטאים יפה את הגישה הראויה לסוגיות כגון אלה: "יאה היה להם להסדרי התפילה כי לא בית משפט יכריע בהם – לא בית המשפט הגבוה לצדק ולא כל בית משפט אחר". אכן, הוסיף השופט חשין ואמר: "משהובא העניין לפנינו, וזכותנו היא – יתירה מזאת: חובתנו היא – להחליט על פי דין".<sup>96</sup> את פסק הדין סיים השופט חשין בתפילת איחוליו של משורר התהלים: "שאלו שלום ירושלים ישליו אהביך. יהי שלום בחילך, שלוה בארמנותיך". ואכן, כפי שהדגיש מ' אלון, ה"שלום" – ולא דווקא ה"שלמות" – הם מעיקרי הצדק של מערכת המשפט ב"מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>97</sup> הלכה למעשה, הורה בג"צ לממשלה לאפשר ל"נשות הכותל" להתפלל ב"קשת רובינסון" בתוך שנה, והתרה בה שאם לא יוכשר האתר בתוך פרק זמן זה, תהא הממשלה חייבת לאפשר את תפילתן ברחבת הכותל המערבי עצמה.

## ח. פרשנות המונח "מקום קדוש": בין הראשית והתכלית

כפי שהראינו לדעת, המחוקק אינו מושך ידו כליל מה"מקומות הקדושים", ובלא מעט דברי חקיקה הוא אף מאזכר את ה"שם המפורש". ברם, האם בכל מקום יתפרש המונח בצורה זהה? דומה שהתשובה על כך צריכה להיות בשלילה. הדעת נותנת שהגדרת "מקום קדוש" לעניין החוק הפלילי, שאוסר על חילולו, תהא שונה מהגדרת המונח בחוק האזרחי, שהרי תכליתם שונה היא. מגמת החוק הפלילי היא למנוע פגיעה בערך החברתי של ביזוי מקומות בעלי ערך היסטורי ופגיעה ברגשותיהם של בני הציבור המאמינים בקדושתו של מקום. ממילא, אפשר שיינתן למונח תוכן רחב מספיק שיהא בו כדי להגן על הציבור מפני פגיעה כאמור. לא כן כאשר מדובר במשפט האזרחי, שבו יציקת תוכן למונח "מקום קדוש" עשויה לפגוע בזכויות קנייניות של בעליו או של

94 ראו הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים (תיקון) (שמירה על הכותל המערבי), התשס"א-2001, הצ"ח תשס"א, מיום ט' בסיון תשס"א (6.6.01), ע' 669.

95 דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראה"מ ואח' נ' ענת הופמן ואח'. את עמדת הרוב ביטא השופט חשין, והצטרפו אליו הנשיא ברק, והשופטים אור, טירקל ואנגלרד. בדעת המיעוט החזיקו המשנה לנשיא ש' לוין, והשופטים מצא, שטרסברג-כהן ובייניש (יש ליתן את הדעת לכך ששתי השופטות תמכו בעמדת העותרות הן בעתירה השניה הן בדיון הנוסף). פסק הדין ניתן ביום 6.4.03 ונכון למועד כתיבת הדברים טרם פורסם.

96 פסקה 45 לפסק דינו של השופט חשין.

97 ראו: מ' אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 269-341; הנ"ל "אמנות המשפט – שלום לעומת שלמות" שערי משפט א (תשנ"ז) 11-14.

בעלי מקרקעין שכנים ואין לנו עניין בהרחבת תחומי אלא להפך, בהצרתם. קצתם של דברים: פרשנות המונח "מקום קדוש" בחקיקה הישראלית אינה עשויה מעור אחד. מונח זה הוא רב משמעי. הוא פושט צורה ולובש צורה; הוא תלוי מקום, תלוי תרבות, תלוי הקשר. "והכל לפי הזמן, והעניין", ובענייננו במיוחד, גם "לפי המקום". אם כנים דברינו, איזוהי דרך ישרה שיבור לו פרשן החוק בבואו לחלץ את הפירוש ה"נכון" לדבר חקיקה מסוים?

עמדה נחרצת בשאלה זו הביע ש' ברקוביץ:<sup>98</sup> "בהיות המושג 'מקום קדוש' מעצם מקורו ומהותו מושג דתי, אין ספק שקדושתו של מקום הנטען להיות קדוש תיקבע בראש ובראשונה לפי מקורות הדת הנוגעת בדבר וההיסטוריה של המקום".

ועוד: "בהיות המושג 'מקום קדוש' מושג דתי, הגדרתו תימצא במקורותיה של הדת שמאמיניה טוענים לקדושתו של המקום. קל וחומר אמורים הדברים בהיעדר הגדרה סטטוטורית למונח הנדון. בעובדה זו יש לראות משום הפניה של המחוקק החילוני לדין הדתי לשם השלמת מסכת העובדות, כשהמחוקק החילוני קובע בעצמו את תוצאותיו המשפטיות של מתן מעמד מיוחד למקומות הקדושים"<sup>99</sup>.

עמדה דומה הביע לימים, השופט י' אנגלרד, בדיון הנוסף בפרשת "גשות הכותל"<sup>100</sup>. השופט אנגלרד דוחה את טענת המשנה לנשיא ש' לוין ולפיה בשל העובדה שהחוק הוא "חילוני" יש לפרש גם את הוראותיו בפרשנות "חילונית". לדעתו, "אין שום מניעה לכך שחוק חילוני יפנה אל המערכת הדתית"<sup>101</sup>, והראיה הטובה ביותר לכך היא חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין) וגירושין, תשי"ג-1953.

יתר על כן: לדעת השופט אנגלרד (בפיסקה 8 לפסק דינו), "יש חזקה כי ביטויים הלקוחים ממערכת דתית יש לפרשם על פי מערכת זו"<sup>102</sup>... הרעיון של קדושה - בהקשר הנדון לגבי מקומות מסוימים - הוא במובהק מושג דתי שאין לו משמעות מהותית בעולם החילוני"<sup>103</sup> סוף דבר, כותב

98 ש' ברקוביץ המעמד המשפטי של המקומות הקדושים בירושלים (ירושלים, 1997), 65, וכיוצא בו שם, בע' 16: "שהרי מקום עשוי להיות 'קדוש' רק מבחינה דתית, יש לפנות ראשית כל [=גם כאן יש סיוג להגדרה הקודמת, שהרי ראשית זו אינה בהכרח התכלית - א.ה.]. למקורות הדת, שמאמיניה טוענים לקדושתו של המקום הנדון, כדי לקבוע את קדושתו".

99 שם, בע' 17.

100 הערה 95 לעיל.

101 פסקה 7 לפסק דינו של השופט אנגלרד. הערה זו היא כמובן נכונה כשלעצמה, אך אינה רלבנטית לסוגייתנו, שכן קיים הבדל עקרוני בין חוק שיפוט בתי הדין הרבניים לבין החוקים שאותם הזכרנו לעיל: בראשון, יש הפניה מפורשת, בסעיף 2 שבו, ל"דין תורה", ואילו בכל אותם חוקים שבהם נזכר המונח "מקום קדוש", ובהם ענייננו כאן, אין הפניה כזאת, ואם היא נמצאת - הריהי דווקא הפניה לחוק המנדטורי החילוני ולא לחוק הדתי!

102 יש לציין כי השופט אנגלרד לא ציין למקורה של "חזקה" מעין זו. ומכל מקום, ברור שדעה זו אינה מקובלת על הכל. הדעות נחלקו בה בוודאי ביחס למונחים "נייטרליים" (דוגמת "גמירות דעת", "מוחזק וראוי", "רשות היחיד", וכיו"ב) שאף כי מקורם הוא במקורות הדתיים, פרשנותם לא תהא בהכרח כזו המתיישבת עם זו שניתנה להם במשפט הדתי (ראו המ' 89/51 מיטובה נ' קום, פ"ד ו, 4). הוא הדין לביטויים שתוכנם - ולא רק מקורם - נראה כמשתייך ל"מערכת הדתית" (ומונח עמום זה שנוכר על ידי השופט אנגלרד צריך פירוש בעצמו, בבחינת "ערבך - ערבא צריך", דוגמת "גיוור", "כשרות" מאכל, וכיוצא באלה).

103 וכאן מפנה השופט אנגלרד לספריו הקלאסיים של ר' אוטו על הקדושה, שנוכרו לעיל (הערה 31): R. Otto, Das Heilige (Breslau, 1917); Idem: The Idea of the Holy (Oxford, 2nd. Ed. 1950)

השופט אנגלרד, "איני יכול לקבל את גישתו הכללית של בית משפט זה, אשר ייחס, במסגרת חוק השמירה על המקומות הקדושים משמעות לאומית לכותל המערבי. כמובן, איני בא לחלוק על המשמעות הלאומית שעשויה להיות למקומות קדושים, אך לא זו הייתה מטרת החוק, שכוון במפורש לממד הקדושה של מקומות אלה. התוצאה היא כי את הביטויים הלוקחים מעולם המערכת הדתית, כגון "חילול", יש לפרש בראש ובראשונה על פי משמעותם הדתית".

לדעתנו, ובכל הכבוד הראוי, מסקנות אלה שהסיקו השופט אנגלרד וד"ר ברקוביץ' אינן הכרחיות כלל ועיקר. היעדר הגדרה סטטוטורית בחוק ל"מקום קדוש" אינו מלמד שהמחוקק החילונית ביקש להפנות את פרשן החוק לדין הדתי דווקא, וזאת משני נימוקים: א. עקרון פרשנות כללי ומקובל הוא שמיצא חוק לעולם, הריהו בבחינת "חי הנושא את עצמו". הזכרת מושג "דתי" או מונח "ש"ש" שאוב מלשון המקורות אינה מחייבת לתת למונח את הפרשנות שנודעה לו במקורות הדת.

ב. במקרה הספציפי שנדון כאן, קרוב לוודאי שהיעדר ההגדרה של "מקום קדוש" בחוק עצמו לא נועדה להפנות את הפרשן לדין הדתי,<sup>104</sup> אלא נובע מסיבה שונה לחלוטין. לא שכחה או חוסר תשומת לב יש כאן, אלא בעיקר רצון להימנע מהכרעה וקביעת גבולות והשארת הסוגיה להכרעת בתי המשפט והדורות הבאים. כך מלמדות ההיסטוריה החקיקתית של החוק בפרט, ותולדות הִסְדָּרֵת סוגיות דת ומדינה במערכת החקיקה בכלל.<sup>105</sup>

הפסיקה עצמה הכריעה לא אחת שמכיוון שהחוק והמחוקק - "חילוניים" המה, אפשר שגם מושגים דתיים מובהקים שמופיעים בחוק (דוגמת "יהודי"<sup>106</sup> "גיר" וכיו"ב) ובוודאי מונחים שיסודם במקורות דתיים (דוגמת "גמירות דעת") אך תוכנם "אזרחי" למהדרין, יתפרשו פירוש "חילוני", העומד על שתי רגליו שלו, ולמרות שמקורם - דתי הוא, אין חובה לתת להם את הפירוש שניתן להם במקורות הדתיים. יתר על כן: גישתם הפרשנית של השופט אנגלרד וד"ר ברקוביץ' מתעלמת לחלוטין מקיומה של "דת אזרחית" בישראל,<sup>107</sup> שמעניקה "קדושה" לאתרים שונים ללא כל זיקה לדתות המסורתיות.

104 ואפשר שיש כאן אף ראייה משתמעת שהתכוון למנוע את הפניה לדין הדתי, שהרי כאשר רצה המחוקק ליצור הפניה מעין זו - כמו בחוק שיפוט בתי"ד רבניים - עשה זאת בצורה מפורשת ולא "על דרך השתיקה"!

105 הדבר בולט בסוגיית "מיהו יהודי" שעומדת עד היום במוקד העימות שבין הדת והמדינה במדינת ישראל. כאשר יום את חוק השבות, תשי"ז-1950, נמנע דוד בן גוריון, בכוונה תחילה, מהגדרת המונח "יהודי", ואִפְשָׁר בכך הענקת זכויות "שבות" למאות אלפי עולים. רק בשלהי שנות הששים, עם התערורות הפולמוס בסוגיה זו, הוספה ההגדרה לחוק שתוקן בשנת תשל"ל. לסוגיה זו, ראו: ד' הכהן, "חוק השבות - תוכנו והויכוחים סביבו" בתוך: עצמאות - 50 השנים הראשונות (א' שפירא עורכת, ירושלים, תשנ"ח) 57-87; הנ"ל "חוק השבות - משמעויות והשלכות" הציגות כא (תשנ"ח) 289-319; לעניין "מיהו יהודי", ראו בהרחבה: א' בן רפאל זהויות יהודיות - תשובות חכמי ישראל לבן גוריון (שדה בוקר, 2001).

106 לעניין זה ראו את שתי הפרשיות המפורסמות בעניין "מיהו יהודי": בג"צ 72/62 דניאל רופאייזון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428; בעיקר בדברי השופט זילברג; בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477.

107 על ה"דת האזרחית" בישראל, ראו בהרחבה: E. Don Yehiya & C. Lieberman Civil Religion in Israel (Berkeley, 1983), ולענייננו הספציפי, המקורות שזכרו לעיל הערה 50.

בהמשך דבריו,<sup>108</sup> פונה ברקוביץ' לדרך שונה ומציע להבחין בין שתי דרגות של 'מקום קדוש': האחת, מקום קדוש "מדרגה נמוכה", היינו: מקום שמבחינה היסטורית "נתקדש" ברובד זה או אחר, אך כיום אינו משמש עוד מקום פולחן. לדעת ברקוביץ', לנוכח היותה של ישראל מדינה חילונית ולנוכח מספרם העצום של האתרים הקדושים מבחינה דתית לבני הדתות השונות, אין לתת למקום מעין זה מעמד חוקי של 'מקום קדוש'.

הסוג האחר כולל מקום קדוש "מדרגה גבוהה", היינו: מקום קדוש 'חי', שמשמש גם כיום בפועל כמקום פולחן. חולשתה של הצעה זו היא בשניים: הקביעה מהו "מקום פולחן"<sup>109</sup> – ובכלל, מהו "פולחן" – קשה ביותר, והגדרה זו אינה מפזרת את העמימות סביב הנושא אלא להפך, מגבירה אותה. זאת ועוד: לדעתנו, הדבר עשוי לפתוח פתח ליצירת פולחנים חדשים, כדי ל"קדש" מקומות מסוימים, כשסיבת הרצון ל"קדש" אותו מקום היא פוליטית בעיקרה, ואין לה זיקה של ממש ל"קדושת" המקום.

## ט. מי יכול ל"קדש" מקום?

לצד שאלת ה"מה", מהו מקום קדוש, עולה גם שאלת ה"מי" – מיהו ואיזהו הגורם שבידו ניתנה האפשרות ל"קדש" מקום מסוים או ל"חַלֵּן" את קדושתו, לנהלו ולפקח עליו. א-פריורי, ייתכן גם כאן לאבחן בין התחומים השונים. אפשר, דרך משל, שהרשות הדתית שהוכרה על ידי המדינה תהיה בעלת הסמכות לקבוע מהו "מקום קדוש", אולם ניהולו והפיקוח על שמירתו יהיו מסורים בידי גורם מנהלי דוגמת משרד הדתות, מנהל מקרקעי ישראל, רשות העתיקות וכיו"ב.

לשאלה מי יכול ל"קדש" מקום עשויות להיות תשובות שונות. אלה תלויות, בין השאר, בנקודת המבט שבה אנו בוחנים אותה. מנקודת מבטם של ההיסטוריון, האנתרופולוג או הסוציולוג, אפשר שהתשובה היא ש"מקום קדוש" הוא מקום שיש בידו די עדויות לגבי כי היה מקום עליה לרגל וניהוג פולחן מסוים במשך תקופה ארוכה.<sup>110</sup> לפי תפישה זו, האנשים ש"מצביעים ברגליהם", הם שקובעים את התקדשותו של מקום.

כפי שאמרנו לעיל, במורשת ישראל התמונה מורכבת למדי. יש מקורות המצביעים על כך שקדושה נוצרת על ידי האל,<sup>111</sup> אך גם מקורות אחרים שמהם עולה כי בנסיבות והקשרים מסוימים

108 שם, בעמ' 65-66.

109 האם הדבר נקבע לפי מספר המבקרים או המשתתפים בפולחן? האם הדבר תלוי במידת האינטנסיביות של קיום הפולחן? [במלים אחרות: האם עליה לרגל פעם בשנה, די בה כדי להפוך אתר מסוים ל"מקום פולחן"?].

110 משכה של התקופה עשוי להוות קריטריון, אך אין הוא הכרחי. כך, לדוגמא, בית המקדש בירושלים אינו משמש מזה כאלפיים שנה מקום פולחן, ואף רגלם של יהודים לא פקדה אותו מאות שנים, ולמרות זאת דומה שהכל יסכימו כי מבחינה היסטורית זהו "מקום קדוש" ליהודים.

111 ראו לדוגמא שמות, כ, י: "על כן ברח ה' את יום השבת ויקדשהו".

כל אדם עשוי ליצור "קדושה"<sup>112</sup> ואילו במקומות מסוימים עובר תהליך זה דרך הצינור של מוסד פורמלי כמו בית הדין או הציבור כולו.<sup>113</sup>

נוסף ונעיר, כי לנוהג או מנהג מעין זה, יכול שתהא אף נפקות משפטית באותן שיטות משפט (והמשפט הישראלי בכללן), שמעניקות משקל למנהג בעיצוב נורמות משפטיות.<sup>114</sup> מערכת משפטית - בין דתית ובין חילונית - נוטה, מעצם טיבה וטבעה, להימנע מהשאלה מי "יכול" לקדש מקום, ומתמקדת בשאלה מי "מוסמך" לקדש מקום מסוים. יש לשער כי המערכת המשפטית תציע ותקבע מסגרות פורמליות שלהן מסורה הסמכות, לפי כללי הסמכות במשפט המנהלי. אשר על כן, קרוב להניח<sup>115</sup> שבמערכות אלה יהא גורם מוסמך שבידו תינתן הסמכות ל"קדש" מקום.

ועם זאת, יש ליתן את הדעת לכך שאין זיקה הכרחית בין שאלת הסמכות לבין שאלת המהות: אפשר שהסמכות ל"קדש" מקום תימסר בידי רשות חילונית, דוגמת גורם מנהלי (לדוגמא, הממשלה או שר הדתות) או שיפוטי (בית המשפט), אך ייתכן - אם כי לא הכרחי<sup>116</sup> - שהפרמטרים שעל פיהם תפעל הרשות החילונית יהיו פרמטרים "דתיים" מובהקים.

בהיבט הפראקטי, יתרונה של מסירת הסמכות בידי גורם שלטוני חילוני ברור מאליו: כמו בתחומים אחרים, ריכוז הסמכויות בידי רשות אחת מאפשר עיצובה של מדיניות אחידה בנוגע להכרזה על מקום כ"קדוש".<sup>117</sup> האימון הבסיסי שרוחש הציבור, דרך כלל, למערכות השלטון, מקל על קבלת הכרעתו במקרים שבהם מתעורר סכסוך ביחס ל"קדושתו" של מקום בין רשויות דתיות שונות.

ברם, יתרון זה הוא גם חיסרון כאשר מדובר ברשות שמורכבת מגורמים פוליטיים, דוגמת ממשלה או שר שנמנה עם מחנה פוליטי מסוים, וקיים חשש - ולו למראית עין - שהחלטתו נגועה בשיקולים זרים.

---

112 כך לדוגמא לעניין "קידוש" החודש או המועד, שהאדם - במעשיו או בדבריו - "מקדש" אותו, לעומת קדושת השבת שקיימת וקבועה מכוח האל. אבחנה זו מצאה את ביטוייה בנוסח ה"קידוש", התפילה שנאמרת בלילות שבת וחג, כאשר בשבת הניסוח הוא "מקדש [=האל] השבת", ואילו בחג או בראש חודשים: "מקדש ישראל והזמנים", כפי שנתפרש על ידי חז"ל: "ישראל הם שמקדשים את הזמנים" (ביצה, יז, א). וראו רמב"ם, משנה תורה, הלכות שבת, כט, א. בדומה לזה, ישראל "מקדשים" גם את שנת היובל, שנאמר (ויקרא כה, י): "וקדשתם את שנת החמשים שנה" (וראו, סנהדרין, י, ב). והשוו לעניין "קידוש" מי חטאת, שנועדו לטהר אדם מטומאת מת: "הכל כשרין לקידוש המים חוץ מחרש, שוטה וקטן" (משנה פרה, ה, ד), או "קידוש ידים ורגליים" שבו היו הכוהנים נוהגים במקדש, טרם עבודתם בו (ובחים, כב, א).

113 ראו לדוגמא לעניין קידוש החודש, במשנה ראש השנה, ב, ז: "ראש בית דין אומר מקודש וכל העם עונים אחריו מקודש מקודש".

114 לסוגיה זו, ראו: ג' טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה (תשל"ג) 19; ר' גביוון, "ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה", משפטים יד (תשמ"ד), 325.

115 על אף שבמשפט הישראלי שאלה זו גופה נותרה ב"צריך עיון". ראו להלן, טקסט ליד הערה 119.

116 ראו עמדתם הנחרצת בשאלה זו של פרופ' י' אנגלרד ושל ד"ר ש' ברקוביץ, שהובאה לעיל.

117 לא כך הוא במערכת הדתית, שם לעתים קרובות מתחרות ביניהן כמה רשויות דתיות - לעתים בתוך אותה דת, לעתים בין הדתות השונות - על זכות הבכורה בעניין קביעת "קדושתו" של מקום. אפילו גוף דתי רשמי, דוגמת הרבנות הראשית לישראל, אינו יכול ליתן מענה מלא לבעייה זו בשל הערעור על סמכותו בקרב בני הדת עצמה. לעניין זה ראו מאמרי: "הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים", (לעיל, הערה 86).



מבחינה זו, הכרעה של גוף שלטוני "נייטרלי", דוגמת בית משפט (בהנחה שהוא זוכה לאימוץ הציבור), עדיפה על פני הכרעת הרשות השלטונית.

יאה אשר יהא, מבחינה מהותית, מנקודת מבטה של הדת יש אבסורד בכך שמקום הופך להיות "קדוש", ולו רק לצורך משפטי או מנהלי, מכוחה של החלטה שיפוטית או מנהלית.<sup>118</sup> בדרך כלל, "דברים שבקדושה", מעשים פולחניים מסוימים, הם שעשויים, אם בכלל, ל"קדש" מקום מסוים, ולא החלטה שיפוטית או מנהלית של פקיד או שופט במערכת חילונית, שעשוי להיות כופר בעיקר ואפיקורוס להכעים. בנסיבות מסוימות, מעשה מעין זה עשוי להביא לזילותו של מושג ה"קדושה", וליחס מזלזל כלפי מקום ש"נתקדש" רק מכוחה של הרשות החילונית.

כפי שציין ש' ברקוביץ,<sup>119</sup> שעסק בשאלה זו בהרחבה, "שום חוק לא העניק לשר הדתות במפורש את הסמכות להכריז על מקום מסוים כמקום קדוש, הכרזה שתהיה בעלת משמעות מחייבת לצורך כל דבר ועניין, כלפי כולי עלמא, להבדיל מסמכותו לקבוע לצורך עניין מסוים אם המקום שהוא נוגע אליו קדוש הוא אם לאו". בהמשך דבריו הוסיף והעיר שאין להסיק דבר מכך שאתרים מסוימים הוגדרו בתוספת לחוק כ"מקומות קדושים" בעוד שאתרים אחרים, ובהם אתרים חשובים ביותר במסורת היהודית (דוגמת מערת המכפלה וקבר רחל) אינם כלולים ברשימת ה"מקומות הקדושים". השר התקין תקנות לשמירה על המקומות הקדושים ליהודים בלי שטרם להכריז קודם לכן על אותם מקומות כקדושים.<sup>120</sup> המחוקק קבע שבמקומות מסוימים ינהגו באופן מסוים, אך בכך לא יצר "הסדר שלילי" שמצהיר מהן הנורמות שחלות על מקומות אחרים שלא באו במניין המקומות שבתקנות.

## י. קו המשווה: "מקום קדוש" בשיטות משפט אחרות

העיסוק ב"מקום קדוש" ובזכויות ובחובות שנובעים הימנו קיים גם בשיטות משפט אחרות. יש להבחין, כמובן, בין אותן מדינות, דוגמת ארצות הברית, שבהן קיימת הפרדה בין דת למדינה, ברמה זו או אחרת, וממילא זיקת המערכת השיפוטית ל"מקומות הקדושים" מוגבלת לשאלה החוקתית של חופש הדת והפולחן, לבין מדינות שמקיימות – ברמה זו או אחרת – זיקה לממסד הדתי, ומכוחה הן מתקצבות את המקומות הקדושים ושותפות פעילות באחזקתם וניהולם. בארצות הברית עלתה סוגיית "מקום קדוש" על הפרק בעיקר בנוגע לפיתוחם של שטחים פתוחים, שבגבולותיהם נכללו "מקומות קדושים" לאינדיאנים או לבני מיעוטים אחרים. אגב כך, הועלתה השאלה מהו "מקום קדוש" לצורכי המשפט? האם יש לסמוך על עדויות היסטוריות? האם מקום שאינו גורר אחריו שובל של עדות היסטורית אך נתקדש בעת החדשה על ידי מאות אלפי מאמינים לא יוכל להיחשב "מקום קדוש"?

118 לעניין זה ראו הערת השופט זילברג בפס"ד חוגים לאומים (לעיל, הערה 11), ע' 219: "קדושת הר הבית לעם ישראל... היא מן העולם ועד העולם ואינה תלויה בשלטון; מקומה של קדושת הר הבית היא מעבר לכל דיון, משפטי או אחר". וכיוצא בו, בדברי השופט חשין, בג"צ 33/92 ברוך בן יוסף ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מו(1) 855: "המקומות הקדושים היו, הינם ויישארו מקומות קדושים ליהודים, בין אם יותקנו תקנות, בין אם לאו".

119 ברקוביץ, דיסרטיציה (לעיל, הערה 10) בע' 492.

120 תקנות השמירה על המקומות הקדושים (קבר רשבי במירון), תשכ"ח-1968; תקנות השמירה על המקומות הקדושים (הגבלות על עיסוק ברחבת הכותל המערבי), תשל"ב-1972; ברקוביץ שם, בעמ' 492-493.

אחת העמותות הפרטיות שהיו פעילות בהגנה על אתרים היסטוריים, הקימה ועדה שניסתה למפות אתרים "קדושים", והרשימה שערכה מנתה למעלה מ-1500 אתרים. הממשל לא הסכים ל"קדש" כל מקומות אלה, וממילא נוצר הצורך בקביעת מבחנים ל"התקדשותו" של מקום לצורכי החוק.

זאת ועוד: בית המשפט האמריקני החיל את "תורת האיזונים" גם בסוגיה זו, וקבע שלא בכל מקום שבו יוכר אתר כ"קדוש", הוא ידחה את האינטרס הציבורי שבפיתוח האזור. גם כאן יש לשקול את האינטרסים השונים, מידת עצמתם והקשרם הספציפי.

כך, לדוגמא, נקבע באחד מפסקי הדין המנחים שניתנו בסוגיה זו בבית המשפט העליון האמריקני, פס"ד לינג (Lyng),<sup>121</sup> במקרה זה נדונה בקשת רשות היערות לסלול כביש בין שתי ערים במדינת צפון קרוליינה,<sup>122</sup> שהיה אמור לעבור במרכזו של שטח שהוגדר כ"מקום קדוש" לבני השבטים האינדיאנים שבאזור. בתחילה, הוצעה התוכנית לציבור, בשנת 1974. כעבור שלוש שנים, לאחר שנשמעו התנגדויות שונות, ערכה "רשות היערות" מחקר שבחן את האתרים המקודשים לשבטי האינדיאנים שבאזור. מסקנתו הייתה שסלילת הכביש תגרום נזק רציני לאותו "שטח קדוש". החוקרים המליצו אפוא להימנע מסלילת הכביש. למרות זאת, בחרה "רשות היערות" להימנע מקבלת ההמלצות והמשיכה בתוכניתה לסלילת הכביש. הניסיון למזער את הפגיעה באתר המקודש תוך הפניית הכביש לנתיב עוקף לא צלח כיוון שהדרך האלטרנטיבית הייתה אמורה לעבור בשטחים פרטיים, לצד בעיות של יציבות הקרקע באזור החלופי ופגיעה באתרים מקודשים אחרים.<sup>123</sup> במקביל, הובעה הכוונה לכרות חלק מן היערות שהיו באזור, תוך פגיעה נוספת באתר שקודש על ידי בני השבטים. בית המשפט המחוזי החליט שביצוע התוכנית המתוכננת תפגע ב"חופש הדת" החוקתי של בני השבטים ולפיכך דינה ליבטל. בית המשפט הכיר בכך שרק אינטרסים ממשלתיים מן "המדרגה הגבוהה ביותר" יהא ככוחם לגבור, במסגרת האיזון הנדרש, על האינטרס של חופש הדת, וגם אז רק כאשר הפגיעה אינה במידה שעולה על הנדרש, קרי: בהיעדר חלופה ראויה אחרת.<sup>124</sup> בנוסף, קבע בית המשפט המחוזי כי אופייה ה"לא אורתודוכסי" של ה"אמונה האינדיאנית" - שאינו מאופיין בהכרח בסממנים פולחניים חיצוניים בכל הנוגע ל"מקום קדוש" - אינו צריך להיות בעוכריה, וגם היא מוגנת במסגרת ההגנה החוקתית על "חופש הדת".

בעוד הערעור של רשות היערות תלוי ועומד, חוקק הקונגרס "חוק יערות" חדש שייתר את הצורך לדון בכריתת היער, והפכו לבלתי חוקי בלי קשר לשאלת "קדושתו" של האזור. אכן, גם

121 *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 108 S. Ct. 1319 (1988)

122 ראו: *Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n v. Peterson*, 565 F. Supp. 586 (1983)

123 אחד הטיעונים המעניינים של בני השבטים האינדיאנים היה שלפי אמונתם המנהגים הדתיים שלהם יונקים את כוחם מן ה"קרקע המקודשת", וכוחות אלה הם שמאפשרים להם למלא את חובותיהם הדתיות.

124 פס"ד נורת'יוסט הנ"ל (לעיל הערה 122) בע' 592. בית המשפט המחוזי הסתמך על נוסחת האיזון שנקבעה בפסק הדין המפורסם בפרשת יודר: *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972)

בית המשפט לערעורים קיבל את ניתוחו של בית המשפט המחוזי ביחס לפגיעה הצפויה בחופש הדת של בני השבט האינדיאני, וקבע כי רשות היערות לא הניחה תשתית מספיקה שתצדיק את הפגיעה בחופש הדת.<sup>125</sup>

רשות היערות המשיכה וערערה לבית המשפט העליון. הלה, קיבל את "נוסחת האיזון" שהוצעה בפס"ד Yoder<sup>126</sup> ולפיה רק אינטרס כבד משקל של המדינה יוכל לגבור על הפגיעה בחופש הדת של בני אמונה כלשהי. יתר על כן: השופט ברנן, ניתח בדעת המיעוט שכתב את משמעות הפגיעה בקרקע מנקודת המבט של בני ה"דת": לפי המסורת של שבטים אלה, הקרקע המקודשת אינה רק מקום פולחן, אמצעי לקיום תפילה, אלא יש בה עצמה קדושה מסוימת בהיותה חלק של ה"Native American God".

למרות זאת, בפסק דינם שהתיר את סלילת הכביש, דחו שופטי הרוב<sup>127</sup> את המסקנות שאליהן הגיעו בתי המשפט הקודמים. לדעת הרוב, עקרון חופש הדת שקבוע בתיקון הראשון לחוקה אינו יכול להוות שיקול בלעדי ואין די בו כדי למנוע את פיתוח האזור, אפילו במחיר פגיעה מסוימת באתר המקודש ו"בחופש הפולחן" של בני השבטים האינדיאנים. בנסיבות הספציפיות של המקרה, כך סברו שופטי הרוב, התוצאה של סלילת הכביש אינה "מונעת"<sup>128</sup> מהאינדיאנים לקיים את מצוות דתם אלא לכל היותר "מכבידה" עליהם מעט. ומכל מקום, אין בהכבדה זו כדי לפגוע באופן ישיר ולכפות על האינדיאנים לעשות מעשה שמנוגד לדתם.<sup>129</sup> בית המשפט לא ראה באיסור שקבוע בחוקה על פגיעה ב"חופש הדת" הקניית זכות אוטומטית ליחיד, לפרט, לעשות כל מעשה פולחן ללא הגבלה.<sup>130</sup> יתר על כן, בית המשפט קובע, למעשה, כי המדינה אינה יכולה "לעשות כרצון איש ואיש", ולספק את צורכי הדת של כל אזרח ואזרח.<sup>131</sup>

---

125 Peterson v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n, 795 F. 2d 688 (9th Cir. 1986). בית המשפט לערעורים לא ראה בדחיית הערעור "התערבות" של המדינה לטובת דת כלשהי, שאסורה לפי החוקה האמריקנית. הוא נימק זאת בכך שגם החוקה שדיברה על הפרדת הדת מהמדינה, לא נועדה ליצור "עוינות" לדת אלא רק לאפשר שוויון בין הדתות השונות, ברוח הפרשנות ה"מתאמת" (Accommodation) שניתנה לתיקון הראשון לחוקה. לעניין זה, ראו לדוגמה: Lynch v. Donnelly, 465 US 668 (1984).

126 ראו הערה 124 לעיל. בפסק דין זה הוכרה זכותם של בני כת ה"אמיש" לפטור ילדיהם מחינוך החובה בגיל התיכון, חינוך שלטענתם נגד את עיקרי אמונתם.

127 פסק הדין נכתב על ידי השופטת אוקונור והצטרפו אליה הנשיא רנקוויסט והשופטים וייט, סטיבנס וסקאליה. דעת המיעוט נכתבה ע"י השופט ברנן, והצטרפו אליו השופטים מרשל ובלקמן. השופט קנדי, שנתמנה זה מקרוב לבית המשפט לא הביע את עמדתו לגופו של עניין.

128 בית המשפט התמקד בשאלת ה"מניעות" לאור הפסקה בתיקון הראשון לחוקה שדורשת כי הממשל יימנע מחקיקת כל חוק – שהורחבה, לימים, לעשיית כל מעשה – שיש בו כדי "למנוע" (Prohibit) את חופש הדת.

129 פס"ד לינג (לעיל, הערה 121), בע' 1325. גישה זו, שרואה פגיעה ב"חופש הדת" רק כאשר מעשה הרשות כופה את בן הדת לעשות מעשה אסור לפי אמונתו, אומצה בשורה רחבה של פסקי דין על ידי בית המשפט העליון בישראל. ראו לדוגמה את דבריו המפורסמים של השופט זילברג, כבר בימים קדמונים: "חופש הדת אין פירושו החופש לעשות כל מה שהדת מתירה אלא למלא את אשר הדת מצווה" [בג"צ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, פ"ד ח 913].

130 אכן, יושם אל לב שבמקרה הנדון הקרקע הייתה בבעלות המדינה וקבלת טענת האינדיאנים הייתה פוגעת ב"זכות הקניין" של המדינה לעשות ברכושה כרצונה.

131 פס"ד לינג שם, בע' 1327. בית המשפט מוסיף כי קבלת עמדה זו הייתה הופכת את פעולת הרשות לבלתי אפשרית, שכן היה עליה לשיקול, בכל הכנת תוכנית לפיתוח אזור כלשהו, מיהם בני הדתות השונות שמצויות באותו אזור ומהם האינטרסים של כל אחד מבני דתות אלה. ראו שם, בעמ' 1329-1330.

לעומת זאת, סבר השופט ברנן, שייצג את דעת המיעוט, כי לא רק הטלת חובת "עשה" על בני דת מסוימת לעשות מעשה שמנוגד לדתם סותרת את העיקרון החוקתי של "חופש הדת", אלא גם "הכבדה" פורתא על קיום מצוות הדת, בדרך של "מחדל" (ובמקרה זה: פגיעה במקום המקודש שמונעת, בעקיפין, מבני הדת לקיים מצוות דתם כהלכתה) יש בה פגיעה בחופש הדת.<sup>132</sup> כצפוי, זכה פסק הדין של דעת הרוב לביקורת נוקבת מחוגים שונים, בעיקר שמרנים, שחלקם ראו בו ניגוד וסתירה לעיקרון החוקתי שמגן על חופש הדת של בני המיעוטים,<sup>133</sup> כמו גם סטייה מפסיקה קודמת של בית המשפט העליון עצמו בסוגיה זו.<sup>134</sup> אכן, יש לתת את הדעת לנתון נוסף שהודגש על ידי בית המשפט והוא מידת הפגיעה בחופש הדת של האינדיאנים והיקפה. במקרה זה, לא נמנעה לחלוטין זכותם של האינדיאנים ל"חופש גישה" או "פולחן" באתר המקודש, אלא שסלילת הכביש יצרה פגיעה מסוימת בהם. שונה הדבר כאשר זכות הגישה או הפולחן במקום המקודש נשללת כליל. זאת ועוד: לצד ההתמקדות במידת הפגיעה בדת, יש להפנות את המבט גם למידת הפגיעה באינטרס הציבורי אם לא תממש הרשות את כוונתה. ובנסיבות המקרה הספציפי: לצד ההכבדה והפגיעה באינטרס של בני השבט האינדיאני יש לבחון את מידת הפגיעה באינטרס הציבורי, של המדינה ותושבי האזור, שקיים בסלילת כביש שיאפשר חופש תנועה ומעבר בטוח. באיזון האינטרסים הועדף האינטרס ה"מדינתי",<sup>135</sup> ובנסיבות העניין לא סבר בית המשפט<sup>136</sup> כי תוצאת האיזון היא בלתי סבירה בעליל.

132 ראו דברי השופט ברנן שם, בע' 1335.

133 ראו לדוגמא: E. Page "The Scope of Free Exercise" *North Carolina Law Rev.* 68 (1990), 410.

134 ראו לדוגמא את פסק הדין בעניין שרברט שניתן 26 שנה קודם לכן; *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963). במקרה זה, השתייכה העותרת, גב' שרברט, לכנסיית האדונטיסטים - כת שומרי השבת. היא פוטרה מעבודתה לאחר שסירבה לעבוד בשבת, בניגוד לאמונתה הדתית. משביקשה לקבל דמי אבטלה, סורבה בקשתה מכיוון שלא קיבלה עבודות אחרות שהציע לה המעסיק. בקבלו את עתירתה קבע בית המשפט שסעיף "חופש הדת" מגן על אדם מפני אפלייה בשל אמונתו, גם אם אמונה זו אינה מקובלת על הרוב, ולפיכך פסק שהעותרת רשאית לקבל דמי אבטלה. אגב כך קבע בית המשפט כי אם הממשל יוצר, ולו בדרך אגב של חקיקת חוק, נטל על חופש הדת, יש בכך סתירה לעיקרון החוקתי, אלא אם יוכח שהחקיקה הייתה נחוצה להשגת אינטרס מדינתי שגובר על ההכבדה בקיום מצוות הדת. פסיקה זו אושרה בשורה ארוכה של פסקי דין עוקבים, שבהם נקבע כי שלילת דמי אבטלה בשל סירוב לעבוד במקום עבודה שיכריח את העובד לחלל את מצוות דתו אינה חוקתית. ראו לדוגמא: *Thomas v. Review Board of the Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n*, 480 U.S. 136 (1987). ראו גם: *Indiana Employment Security Division*, 450 US 707 (1981). במקרה זה העותר היה חבר בכת עדי ה', אך סירב להמשיך ולעבוד במפעל תחמושת בשל התנגדותו דתו למלחמה. בקשתו לקבלת פיצויי פיטורין סורבה. ביהמ"ש העליון קבע שיש להעניק לו פיצויים כיוון שסירובו נבע מטעמי דת, ואי מתן פיצויים יהווה פגיעה בחופש הדת שלו. יש ליתן את הדעת לכך שבמקרים אלה לא נשללה לחלוטין יכולתם של העובדים לקבל עבודה אצל מעבידים אחרים, אך ביהמ"ש הסתפק בכך שסיבת הפיטורין או שלילת הפיצויים נבעה מאמונתם ו"הכבידה" על חופש הדת שלהם כדי לראות בהם פגיעה בעיקרון החוקתי.

135 "נוסחת האיזון" שמצדדיה במקרים מסוימים פגיעה באינטרס של בן הדת לטובת האינטרס המדינתי הוצבה בפסק דין *Yoder* הנ"ל, הערה 124 לעיל.

136 על אף שלא פסק מפורשות כי האינטרס הציבורי במקרה זה הוא אינטרס מן ה"מדרגה הגבוהה ביותר", שאינו ניתן למימוש באמצעות חלופה אחרת, כפי שנקבע בפס"ד *Yoder*.

## יא. "איזהו חכם? הרואה את הנולד!": הצורך באיפוק ומתינות בדין בקביעת "קדושתו" של מקום

סוגיית "קדושתו" של מקום גאוגרפי עלתה ובאה לאחרונה לפני הרשות המנהלית בכמה הקשרים. במקרה אחד, היה מי שביקש מהשר כי יכריז על אתר קברו של ה"בבא סאלי", האדמו"ר רבי ישראל אבוחצירא ז"ל מנתיבות, כ"מקום קדוש"<sup>137</sup>. יש לציין, כי אתר זה מהווה מקור משיכה למאות אלפי מאמינים ו"עולי רגל", שפוקדים אותו מדי שנה. ככל הנראה, נועדה בקשה זו גם להעניק מעמד מיוחד לדמותו של חכם זה, שבערוב ימיו – ועוד יותר לאחר פטירתו – הפך להיות אדמו"ר למאות אלפי אנשים, לקבע אותה בתודעה הלאומית ושמא גם ליהנות מהתקצוב שמעניקה המדינה ל"מקומות קדושים". ככל הידוע, בקשה זו סורבה על ידי שר הדתות. לאחרונה, נתבקש השר להוסיף לרשימת המקומות הקדושים את האתר שמזוהה כ"מערת הרמב"ן", בסמוך לחלקת הקבר המיוחס ל"שמעון הצדיק" באזור שיח' ג'ראח שבירושלים, בואכה הר הצופים.<sup>138</sup> במשך שנים רבות שימש המקום, שמבחינה קניינית שייך לתושב ערבי המתגורר בסמוך, מקום עליה לרגל, במיוחד ביום ל"ג בעומר, אך איש לא תבע כי יוכרז כ"מקום קדוש". בעקבות סכסוך שמונע ככל הנראה גם על ידי הרצון להגביר את השליטה הפוליטית והריבונית של ישראל במזרח ירושלים,<sup>139</sup> נעשתה פניה לשר הדתות להכריז על המקום כ"מקום קדוש" כדי לקבע את השליטה הישראלית והיהודית בו, תוך פגיעה בקניינו של בעליו החוקי של המקום. בהקשר זה, לא מן הנמנע לצטט תשובה שהרחבנו בעניינה במקום אחר,<sup>140</sup> שנכתבה על ידי אחד מגדולי חכמי איטליה במאה הי"ז, רבי משה זכות. באותו מקרה עמדה לדיון שאלת הפגיעה בקניינו של היחיד לטובת האינטרס הציבורי של בניית בית כנסת, שלכולי עלמא, "מקום קדוש" הוא. בית הדין הנוכרי, שאליו פנו נציגי הציבור, פסק שהאינטרס הציבורי במקרה זה גובר. למרות זאת, פסק רבי משה זכות ש"אין זה מן השם [=מן הדין, אין זה ראוי] לבנות בית ה' בלא צדק ועליותו בלא משפט",<sup>141</sup> ולכן אין לפגוע בקניינו של היחיד אפילו לצורך דבר שבקדושה. והוא מוסיף:

---

137 על התפתחות פולחן ה"בבא סאלי", ראו: י' בילו "קדוש בצומתי משמעויות: על המיסטיפיקציה של הבבא סאלי" בתוך: מיתוס וזיכרון (ד' אוהנה ור' וסטריין עורכים, ירושלים, תשנ"ז) 290-303; י' שורץ "הילולת הבבא סאלי בנתיבות", בתוך: אל קברי צדיקים (ר' גונן עורכת, ירושלים, תשנ"ח) 63-73. על דמותו נכתבה ספרות רחבת היקף, הן ספרות יפה והן "ספרות קדושים" (הגם שלא הותר אחריו כל יצירה תורנית מעשה ידיו). ראו לדוגמא: י' וקנין הטלה הקדוש מנתיבות בבא סאלי (נצרת עילית, תשנ"ב); א"י הראל האדמו"ר רבנו ישראל אביחצירא: סיפור חייו ומופתיו (ברוקלין 1991); ש' מייזליש בבא סאלי – חיים ומופתים (קרית גת, תשנ"ה) ועוד.

138 לפי המסורת, זהו קברו של שמעון הצדיק, מכהני ירושלים במאה הרביעית לפנה"ס. על קדמותה של המסורת והמנהגים שנקשרו אודות הקבר, ראו בהרחבה: ז' וילנאי אנציקלופדיה אריאל (ת"א, תשל"ט) בעמ' 7898-7904.

139 אחרת, קשה להבין מה טעם בחרו המשיבים להיאחז במאבק על הכרזת מקום זה כ"קדוש", ולהימנע ממאבק דומה באשר לתביעה ל"קדש" עשרות אתרים דומים שקדושתם וייחוסם אינם פחותים ממערת הרמב"ן.

140 ראו: א' הכהן "וכי הרבים גזלנים הם? על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" שערי משפט 1 (תשנ"ז), 39-54.

141 הביטוי שאול, כמובן, מקינתו-זעקתו של הנביא ירמיהו (כב, יג): "הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותו בלא משפט".

פשיטא [=פשוט] שכל מה שעשו הממונים הנזכרים [=נציגי הציבור].... שלא כדין עשו, ואינו אלא עושק וגזל, כדכתיב (מיכה ב, ב) "וחמדו שדות וגזלו, ובתים ונשאו, ועשקו גבר וביתו, ואיש ונחלתו". וכן גם הם עשו בבית של אחרים כאדם העושה בשלו... ואף על גב דיהבי דמי [=שיתנו פיצוי לבעל הנכס], מכל מקום חמסני מקרי [=חמסנים, גזלנים הם נקראים]. ואם בנימוסי העכו"ם [=הדין הזר] יש כוח ואל [=יכולת] לבית תפלתם [=לכנסייה] לקחת קרקע שאינו שלו להרחיב גבולו, לא באלה חלק ישראל.

ושמא יאמר האומר שכך הוא הדין רק כאשר זכות היחיד - של ישראל היא, מוסיף רבי משה זכות וקובע שכך הדין גם כאשר האינטרס הציבורי של ישראל עומד כנגד אינטרס זכות הקניין של היחיד הנוכרי:

צא ולמד מדוד מלך ישראל שלבנות הבית [=בית המקדש, המקום המקודש ביותר ביהדות] הוצרך ללכת הוא בעצמו לבקש מאת ארוונה היבوسی שימכור לו שדהו כרצונו, דאפילו במתנה לא רצה לקחתו כדי שלא יהיה נראה כאונס.

אמור מעתה: אפילו אמרנו, שמבחינה משפטית הסמכות להוספת "מקום קדוש" לרשימה שבתוספת לחוק או גריעת אתר מסוים מרשימה זו ניתנה בידי השר לענייני דתות,<sup>142</sup> אין השר פטור לחלוטין מעולם של השיקולים שהובאו לעיל.

בסוגייה זו, כבעניינים רבים אחרים, צריכים השר - והרשות השופטת שנדרשת להחלטתו - לראות את הנולד, ולהתחשב הן באינטרס של היחיד שזכות הקניין שלו נפגעת, הן בהשלכות הציבוריות - לא רק המשפטיות - שעשויות להיות להכרזה כפויה על "מקום קדוש" תוך פגיעה בזכויות היחיד, ותוך יצירת סכנה, ברמה כזו או אחרת של הסתברות, ליצירת תבערה דתית גדולה. על פני הדברים, גם לו אמרנו שהשר קנה לו סמכות להכריז על מקום כ"קדוש", הריהי סמכות רשות. ככל סמכות מנהלית אחרת, צריכה היא תחילה לשיקול דעתו של השר. כאמור לעיל, המחוקק לא הציב תנאים ברורים להגדרת "מקום קדוש", וממילא השר רשאי - במסגרת מתחם הסבירות - לקבל כל הגדרה שתישען על בסיס עובדתי מוצק ושמסקנתה תהא נטועה על אדני ההיגיון. בין אם יחליט השר להוסיף מקום - אחד או רבים - לרשימת "המקומות הקדושים" שבתוספת, ובין אם יימנע מעשות כן, עשויה החלטתו לעמוד במתחם הסבירות ולעמוד בתוקפה המשפטי.

אכן, לא כל מה שנכון הוא גם סביר וראוי. יש לזכור שפתיחת השער להרחבת רשימת המקומות הקדושים, עשויה להביא עמה "אינפלציה" של בקשות להוספת אתרים לרשימה זו, וסופה מי ששורנה.<sup>143</sup> יש לזכור שהרחבת יתר - תרתי משמע - של רשימה זו תביא עמה בהכרח זילות

142 אכן, כפי שצוין לעיל (סקסט ליד הערה 119) סמכות השר להכריז על אתר מסוים כ"מקום קדוש" מוגבלת רק להקשרים מסוימים.

143 גם ללא הגושפנקה המשפטית, הולך רוב מספרם של המקומות הקדושים מיום ליום. ראו, לדוגמא: א' ששון "זחילת קברים" העברת ההגמוניה של קברי קדושים מן הצפון לדרום" בתוך: שדות נגב (מ' כהן עורך, תשס"ב) 117-134; הנ"ל "התהליך העממי של התקדשות קברים בישראל" כיוונים חדשים 4 (תשס"א) 153-170.

בהתייחסות ל"מקומות קדושים", ונמצא שכר ה"מצווה", ההכרזה על אתר מסוים כ"מקום קדוש", יוצא בהפסדה.

לצד השיקולים הפרטניים, יש לתת את הדעת גם לתמונה הרחבה יותר, למשמעות הבינלאומית שנודעת ל"מקומות הקדושים" בכלל, לאלה שבארץ ישראל בפרט, ולאלה שבירושלים בפרט. 144 הגם שבעיני המבקשים להוסיף אתרים לרשימת המקומות הקדושים, מהלך משפטי (או, אם תרצו, פוליטי-מנהלי) זה נעשה ל"תכלית ראויה", עשוי הוא להצית תבערה גדולה, פוליטית בעיקרה. ודומה כי טוב יעשו הרשויות, הן המבצעות הן השופטת, שישקלו בדעתם כפל כפליים קודם שיבואו לעשות מעשה, ויבחנו האם לא טוב היה שימשכו ידיהם מהעיסוק בסוגייה זו.

כידוע, חוק יסוד: השפיטה מעניק סמכות לבית המשפט הגבוה לצדק לתת סעד לעותר בעניינים שבהם רואה הוא כי נכון וראוי הוא "למען הצדק" להושיט לו סעד כאמור. אכן, בית המשפט מוסמך להושיט לעותר סעד זה, אך אין הוא חייב להושיט לו סעד זה. במסגרת שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, ושיקולים של צדק - לא רק חוק ומשפט פורמלי - בראש הם עומדים, ראוי הוא לבית המשפט שינהג איפוק מרבי בדונו בסוגיות שנושאות אופי דתי מובהק, ולא יתערב אלא במקום שבו אין העותרים יכולים למצוא להם סעד חלופי, מחוץ לכותלי בית המשפט.

כפי שהמציאות מלמדת, במקרים רבים, גם אם לא יוכרו אתר מסוים כ"מקום קדוש", עדיין תינתן לציבור שחפץ בכך זכות הגישה והפולחן אליו. יש לבכר אפוא הגעה להסדר עם בעליהם הקנייניים של המקרקעין על פני החלטה כופה וחד צדדית של הרשות המנהלית או של בית המשפט.

לא לחינם קבע דבר המלך משנת 1924 שמחלוקת בענייני המקומות הקדושים לא תוכרע על ידי בית המשפט ועל פי הדין, אלא על ידי הממשלה. חיקוק זה נועד להבליט שבענייני "קדושה" לא התוצאה המשפטית היא בהכרח הרצויה ביותר. כניסוחו של השופט זמיר:

חרב המשפט עלולה להיות חדה וכואבת יתר על המידה לצורך פתרון סכסוכים בקשר להר הבית או למקומות קדושים אחרים... יש עניינים אחרים, אף הם עניינים במשפט, שהם לא פחות מכך עניינים שבחברה, אמונה, מוסר ומדיניות. בעניינים כאלה עשוי בית המשפט שלא לדקדק בלשון הדין, אלא לפרש וליישם את הדין בגמישות, לאור שיקולים לבר-משפטיים, ככל שטובת הכלל מחייבת. וכך הם, בדרך כלל, עניינים הנוגעים למקומות קדושים.<sup>145</sup>

144 על חשיבות "ראית הנולד" והרגישות המיוחדת שעל בית המשפט לנקוט קודם שיבוא להכריע בעתירות שעניינן המקומות הקדושים, ראו דבריו של השופט זילברג בפס"ד חוגים לאומיים (לעיל, הערה 11): "לא הקלתי ראש בעתירת העותרים ומעולם לא זלזלתי בה. חשיבותה בשבילנו מרובה ודווקא משום כך יש לדון בה בדחילו ורחימו: בכבוד ראש, בעניינים פקוחות ובראיות הנולד".

145 בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נא(2) 513-514.

ויפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברים שהוסיף השופט א' גולדברג:<sup>146</sup>

המציאות בהר הבית אינה פשוטה כל עיקר. היא עדינה וסבוכה מאין כמוה, עד שאין בית המשפט רשאי לעצום עיניו מראותה, ולגדור עצמו במחלוקת האמורה בכללים המשפטיים שהוא אמון עליהם דרך כלל. זהו אחד המקרים בהם הכרעה שיפוטית אינה הדרך הסבירה לפסוק בסכסוך, וההכרעה היא מעבר לגבולות הדין, שאם לא כן ירד בית המשפט לזירה שכל כולה פוליטית, כשההכרעה הנדרשת היא בין הרגשות המתנגשים. מפוליטיזציה זו של בית המשפט יש להימנע, ועל הפתרון השיפוטי לפנות במקרה זה את מקומו להחלטה שהיא פוליטית בעיקרה.

אכן, אין לגזור היקש מהר הבית לשאר מקומות שמבקשים לראות בהם "מקום קדוש". העוצמה שונה, טיב המחלוקת והיקפה שונה, אך העיקרון הבסיסי עומד בעינו. כמאמר חכמים קדמונים, בשינוי מה, ניתן לומר: בכגון דא, בשעת הדיון במקומות הקדושים, "לא כל המרבה בשפיטה מחכים".

## יב. אפילו: כחומר ביד היוצר

בדומה לדרכי פרשנות רבים, גם פרשנות המונח 'מקום קדוש' תהא מושפעת בראש ובראשונה מ"אדון החוק", הפרשן. רקעו, חינכו, השקפתו הדתית, החברתית והתיאולוגית, כמו גם המטרה שאליה הוא שואף להגיע, כל אלה יעצבו את הפרשנות שייתן בדבר החקיקה, לעתים עד כדי בריאת פרשנות חדשה, יש מאין. הדיבורים על "כוונת החוק", "כוונת המחוקק" ו"תכלית החקיקה" עשויים להיות כסות עיניים בלבד, מעטפת מעין אובייקטיבית שנועדה לכסות את העמדה הסובייקטיבית בעליל של הפרשן הספציפי. לא יאה זה מקרי אפוא שפרשן שחיינו נטועים עמוק בשדה הדת<sup>147</sup> ייטה לפרשנות שתעלה בקנה אחד עם העמדה הדתית שעמה הוא מזדהה, ולהפך: פרשן "חילוני" ייטה להעניק תוכן "חילוני" למונח "מקום קדוש", תוך ניתוקו ממקורותיו הדתיים, במידה וישנם כאלה. הוא גם יבקש להעתיק את מרכז הכובד של סמכות ההכרעה בשאלה מהו 'מקום קדוש', מטרקלינה של הרשות הדתית (או סוכני המשנה שלה במדינת ישראל: משרד הדתות והרבנות הראשית) להיכלי הצדק והמשפט או למסדרונות הרשות המנהלית האזרחית-חילונית.

146 בג"צ 7128/96 הנ"ל (לעיל, הערה 145), בע' 528.

147 דוגמא יפה לכך עשוי לשמש פסק דינו של השופט מ' זילברג בעניין תפילת יהודים בהר הבית, בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה ואח' (לעיל, הערה 11), שרווי כולו בפאתוס דתי שניזון מההתעוררות הדתית שלאחר מלחמת ששת הימים. לדוגמא נוספת ראו פסק דינו של השופט מ' אלון, בג"צ 4185/90 נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז(5) 221.



יפים לענייננו דברים ששם ל' קרול בפיו של "המפטי-דמפטי":

"כשאני משתמש במילה", אמר המפטי דמפטי, "מובנה הוא בדיוק המוכן שאני בוחר בשבילה - לא פחות ולא יותר".

"השאלה היא", אמרה אליס, "אם אתה יכול לכפות על מילים מובנים כל כך רבים ושונים".

"השאלה היא", אמר המפטי דמפטי, "מי כאן האדון, זה הכל".<sup>148</sup>

"מי כאן האדון? זה הכל". זו ראשית הפרשנות וזו תכליתה. כך לגבי "מקום קדוש" בפרט, כך לגבי פרשנות משפטית בכלל. ואידך, כל השאר, פירושא הוא (תרתי משמע). זיל גמור.

---

148 ל' קרול מבעד למראה ומה אליס מצאה שם, בתרגום ר' ליטוין (ת"א, 1999) 109-110. ראו גם מחקרי: א' הכהן פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי (דיסרטציה, ירושלים, תשס"ג) בעמ' 37 ואילך.