



עצמאות

גיליון מסות מיוחד בנושא
משברים בישראל ובעולם, 2020-2023

כתב עת למדעי הרוח והחברה

כרך ו' | תשפ"ד מארס 2024

הפקולטה למדעי הרוח והחברה | הקריה האקדמית אונו

קשת

כתב עת למדעי הרוח והחברה

גיליון מסות בנושא משברים בישראל ובעולם, 2020-2023

עורך הגיליון:

דוד סורוצקין

עורכי כתב העת:

רויטל שיוביץ-סלע, מיכל ענבר ודוד סורוצקין

חברי המערכת:

עמנואל גרופר, הקריה האקדמית אונו
טובה הרטמן, הקריה האקדמית אונו
מארק צבי ברטלר, אוניברסיטת דיוק
אבי שגיא, אוניברסיטת בר אילן
חן שכטר, מכון מופ"ת

עריכת לשון:

נופר קידר

כתובת המערכת:

הקריה האקדמית אונו, רח' השדרה האקדמית 1, צומת סביון, קרית אונו

טל': 03-5156354

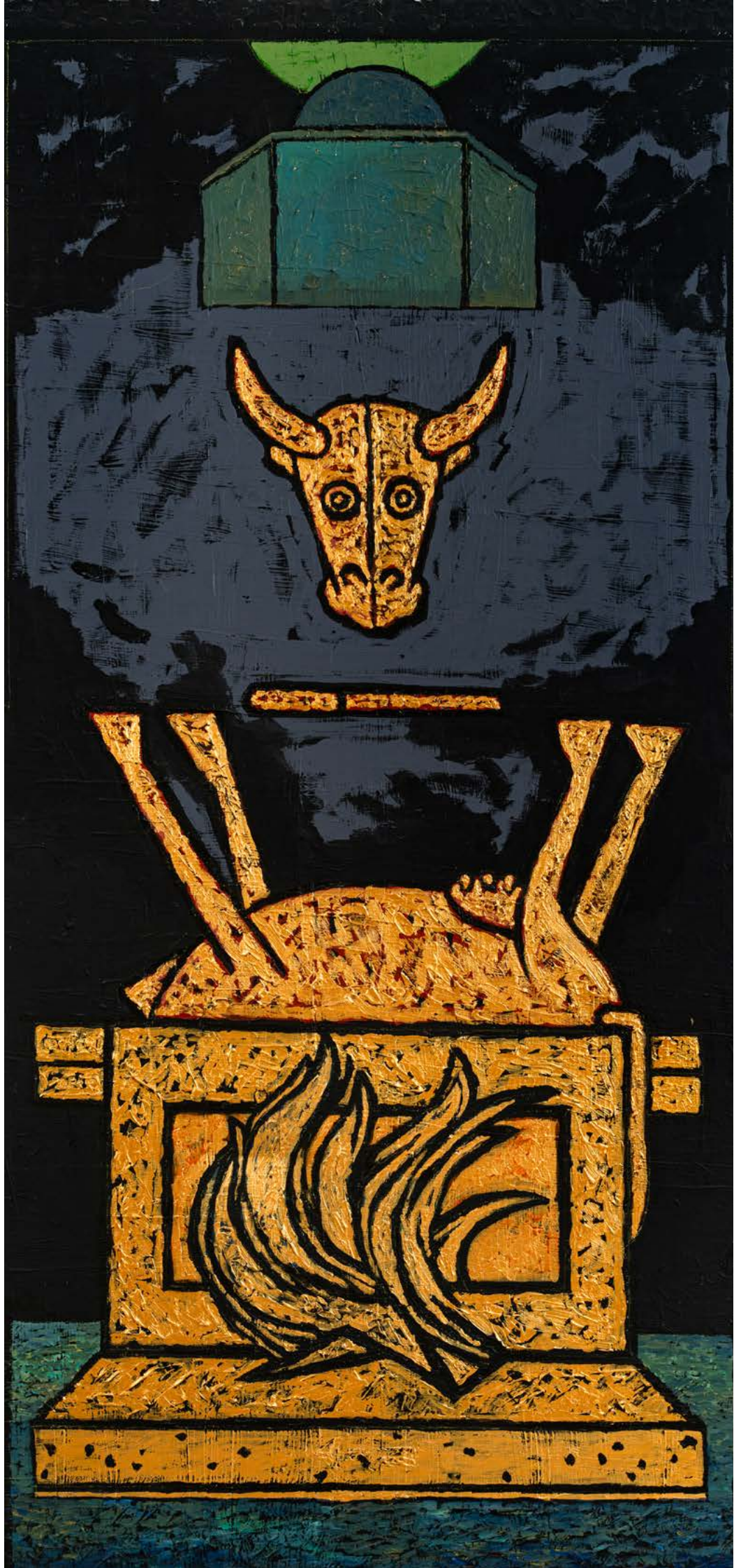
דואר אלקטרוני: ejournal@ono.ac.il

מדיניות המערכת:

כתב העת קשת הוא כתב עת שנתי שנועד לתת במה למחקר והגות על החברה הישראלית כחברה משלבת ורב-תרבותית, בהתאם לחזון של הקריה האקדמית אונו. מערכת כתב העת שואפת לשמש אכסניה למאמרים פרי עטם של אנשי הסגל ולחוקרים מחוצה לו בתחומי החינוך, מדעי הרוח, מדעי החברה, משפטים, מנהל עסקים ומקצועות הבריאות.

ISSN 2706-7475

תוכן עניינים		
עמ' 7		דבר העורך דוד סורוצקין
		מסות
עמ' 12	לשאלת הגבולות: משברי 2023 והחזרה לנקודת המוצא של הציונות	דוד סורוצקין
עמ' 30	משבר הישראליות 1.11.22–7.10.23 ואפילוג בימי מלחמה	חביבה פדיה
עמ' 58	משבר הר הבית, המשפט ותורת המשחקים	אורי וייס
עמ' 74	מקורות המשבר הפוליטי בישראל: מבט היסטורי-מדעי	אבנר בן־זקן
עמ' 88	נקנה ביושר: משבר מדעי הרוח במערב בן זמננו	בנימין בראון
עמ' 100	המשבר של הכול	עפרי אילני
עמ' 111	לייצג את הבלתי ניתן לייצוג	יהודה שנהב־שהרבני
עמ' 120	סוריאליזם פוליטי והחור הטראומטי לאחר רצח רבין: דן קדר – על פני תהום	חביבה פדיה
עמ' 138		על המחברים



דן קדר, "סלע קיומנו ופרה אדומה", 13.10.1996.
שמן על בד, 200X100 ס"מ.
מתוך המיצב **על פני תהום**, 1995-1997,
באדיבות עיריית חולון

משבר הר הבית, המשפט ותורת המשחקים

אורי וייס

אני מקדיש מסה זו לזכרו של מורי וחברי, יוסף אגסי

מבוא

בספר שכתבנו אנוכי ופרופ' יוסף אגסי ז"ל, *Games to play and games not to play*¹, אנו טוענים כי תורת המשחקים אפקטיבית ביותר לא בבחירה איך לשחק את המשחק, אלא בבחירה אילו משחקים שלא לשחק: בכך שהיא יכולה לעזור לנו לבחור מאילו משחקים עלינו להימנע. השאלה החשובה ביותר במדעי המדינה היא כיצד למנוע מלחמות; תורת המשחקים יכולה לתרום לדיון בשאלה – כיצד למנוע מלחמות? ולהשיב שיש להימנע ממשחקים שעלולים להוביל למלחמה, ואפילו להימנע ממשחקים שעלולים להוביל למשחקים שעלולים להביא למלחמה, בבחינת "התרחק מן הכיעור ומן הדומה לו". המדיניות האפקטיבית ביותר למניעת משחקים שעלולים להוביל למלחמות היא הגינות בלתי מותנה, כלומר מחויבות חד-צדדית לחוק הבין-לאומי, בצירוף נדיבות מותנה. התחייבות אמינה מצד המדינה לשמירה בלתי מותנה על החוק הבין-לאומי מכרסמת בתמריץ של שכנוותיה להתחמש כנגדה כדי למנוע פלישה מצידה, או להיכנס לבריתות צבאיות כנגדה ולפתח מוניטין של פגיעות טרוריסטיות בה לשם מניעת פלישות וכיבוש – כל זאת עד כדי נטרול אותו תמריץ.

תורת המשחקים מפריכה את הגישה הריאליסטית, שלפיה בגלל היעדר כביכול של אמצעי אכיפה אין חשיבות להסכמים בין-לאומיים ולחוקים בין-לאומיים. הואיל והיחסים הבין-לאומיים הם משחק חוזר, הרי שלמדינות יש אינטרס לשמור על מוניטין של כיבוד הסכמים. הסכמים בין-לאומיים גם משנים את הציפיות ההדדיות של הצדדים. יתר על כן, די בבחירה חד-צדדית של מדינה לכבד את החוק הבין-לאומי כדי להפחית את התמריץ להתחמש נגדה. קבלת עול החוק הבין-לאומי גם מאפשרת למדינה לוותר מבלי להיתפס כנכנעת לטרור – מה שמעודד טרור, אלא לוותר באופן שמאדיר את כבודה. לכן, כאשר המערכת המשפטית פוגעת במוניטין של המדינה כשומרת חוק בין-לאומי, היא פוגעת בביטחונה וביכולתה לפתור סכסוכים בדרכי שלום. במסה זו איישם את הנאמר בספרנו באשר למשחק על הר הבית: אנחנו חייבים למנוע את המשחק שעלול להוביל למשחק שעלול להוביל מלחמת דת.

בשאלת הר הבית ישראל פועלת באופן גרוע ביותר: כניסה מיותרת למשחק תוך כדי הנעה מובהקת של המוסלמים לאלומות. בית המשפט העליון התסיס למלחמת דת, לא פחות, כאשר קבע שליהודים יש זכות להתפלל בהר הבית, אלא אם כן תהא סכנה גדולה מספיק לשפיכות דמים.² בכך תמרץ בג"ץ את המוסלמים

1 Uri Weiss and Joseph Agassi, *Games to Play and Games not to Play: Strategic Decisions via Extensions of Game Theory* (Switzerland: Springer Nature, 2023).

2 ראו למשל את דברי הנשיאה בייניש בבג"ץ 4776/06 סלומון (18.12.2006): חשיבותן ומעמדן הרם של זכויות היסוד אשר בשמן מבקש העותר לעלות להר הבית – חופש הביטוי והפולחן וכן חופש התנועה והגישה למקומות הקדושים, מוכרת ומקובלת על הכל. למרכזיות של זכויות אלה בשיטתנו המשפטית נודעת חשיבות רבה בעיצוב דמותו של משטרנו

לשומר על איום מתמיד, ויצר אפוא משחק מסוכן מאוד – בניגוד למשה דיין, שוויתר על הר הבית (ובכך שגה שגיאה גסה של חוסר הסדרה מדינית). אם כן, המדיניות של בג"ץ גרועה יותר ממדיניות שמירת הסטטוס קוו שעליה מכריז נתניהו.

על הסכנה שבמלחמת דת סביב הר הבית אנו יכולים ללמוד מהתאוריה ומהניסיון. גדולי הרוח של העם היהודי התריעו בזמן אמת לבל תעורר התנועה הציונית מלחמת דת סביב הר הבית. עוד ב־1925 הזהיר הרב יוסף חיים זוננפלד ש"יעקב יהיה למשיסה" אם יהיה ממש בשמועות הבדויות שהציונים רוצים להשתלט על הר הבית. על כן פנה זוננפלד מיוזמתו לנציב העליון הבריטי בבקשה שיקבע שלט האוסר על עליית יהודים להר הבית.³ ב־1929 כתב פרויד שהמוסלמים לעולם לא יוותרו על מקומותיהם הקדושים, ולכן היה רוצה לראות את המולדת היהודית מיוסדת שלא בארץ הקודש.⁴ כפי שנראה בהמשך, לאחר קום המדינה יפעל בג"ץ בניגוד גמור לרב זוננפלד ולרבנים חרדים, שביקשו ליצור התחייבות בלתי מותנה לויתור מראש על הר הבית.

ואומנם, לאורך השנים נוכחנו לפגוש את תוצאות מלחמות הדת סביב הר הבית: לדוגמה בתרפ"ט, וייתכן מאוד שגם המרד הערבי הגדול ב־1936 פרץ מכיוון שבין היתר הבריטים ביקשו להכפיף את הווקף למועצה המחוקקת.⁵ המופתי מצידו תיאר את הציונות כתנועה שבאה להשתלט על אל־אקצא. לאחר קום המדינה אנו יכולים לזכור את פיצוץ שיחות קמפ דייוויד סביב הר הבית, בשנת 2000, ואת האינתיפאדה השנייה שפרצה באותה שנה על רקע עלייתם להר הבית של ראש האופוזיציה דאז אריאל שרון, פמליית חברי כנסת ושוטרים רבים מאוד. אפשר גם לציין את אירועי הדמים סביב פתיחת מנהרת הכותל, עקב הצבת המגנומטרים באזור, סביב הפרובוקציות של בן גביר וצועדי מצעד הדגלים ערב "שומר החומות" ובפסח 2022.

רבע מתושבי העולם הם מוסלמים. כפי שנוכחנו לדעת יש מהם שמוכנים למות ולהמית מטעמים דתיים, דוגמת שורת המתנדבים למלחמות בסוריה ולדאעש. במובן זה, מלחמה על הר הבית היא כזו שמעבירה את הסכסוך עם הפלסטינים לסכסוך עם העולם המוסלמי כולו, והופכת משחק של מלחמה לאומית למשחק של מלחמת דת. בכך היא גם מזמינה שחקנים חדשים, ובהם המוסוכנים ביותר, להצטרף למשחק. זאת ועוד, התססת העולם המוסלמי על רקע הר הבית מסכנת אותנו לא רק במלחמה עם מדינות מוסלמיות, אלא גם בטרור יחידים מקרבן – מה שמציב בעיה קשה בפני ישראל: את הפונדמנטליסט שיהיה נכון למסור את נפשו על הר הבית בפעולת טרור קשה הרבה יותר להרתיע. טרור יחידים עלול לבוא גם מצד מדינות שיש לישראל הסכמי שלום איתן. למשל יחידים ממצרים, שעלולים לסכן את יציבות השלום עם מדינה זו. ראינו דוגמה לכך ב־3 ביוני 2023, אז חייל מצרי סורר ירה למוות בשני חיילים ישראלים מתוך מוטיבציה להגן על אל־אקצא.

הדמוקרטי. בהתאם לכך, נקודת המוצא העקרונית של בית־משפט זה היתה ועודנה כי הזכות לממש פולחן דתי ואף לעלות להר הבית, עומדת לכל יהודי. יחד עם זאת, זכות זו, כזכויות יסוד אחרות, אינה מוחלטת ויש שעליה לסגת מפני אינטרסים אחרים, ובהם השמירה על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור ובטחונו. בהתאם לפסיקתו של בית־משפט זה, הזכות לחופש הביטוי והפולחן וכן זכות הגישה למקומות הקדושים ייסוגו לאחר, בהתקיים סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה וחמורה בשלום הציבור (ראו: פסק דינו של השופט [כתוארו אז] ברק בבג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449).

3 יוסף חיים זוננפלד, **ספר תורת חיים: שו"ת שלמת חיים** (ירושלים: מכון קרן רא"ם, תשע"ח).
4 ר' אוריאל, "המכתב ש'אסור להראותו לזרים: מה באמת חשב פרויד על הציונות?" **הספרנים: בלוג הספרייה הלאומית** (23 בספטמבר, 2019). https://blog.nli.org.il/freud_on_zionism/

5 ראו הידיעה בעיתון **דאר היום** (תרצ"ו, עמ' ו): "אם יוציאו את ענייני הוואקף מסמכות המועצה המחוקקת יהיה הכל בסדר". העיתון העברי דיווח על הנרטיב בעיתונו של המופתי, כי עד כה הווקף היה עצמאי בניהול נכסיו; אך התוכנית הבריטית הציעה שמעתה הווקף יהיה בפיקוח המועצה המחוקקת, שבה יהיו גם נציגים בריטים, נוצרים ויהודים – מה שעורר את התנגדות המופתי.

שנות השישים: בין הממשלה לבית המשפט העליון

מייד אחרי כיבוש '67 משה דיין אומנם העדיף את שארם א־שייח' על שלום, אבל היה נכון להעביר בלי תמורה את הר הבית לניהול הווקף המוסלמי. כריאליסט, דיין לא דאג להסדרה מדינית של הר הבית מאחר שלא ייחס לה חשיבות, אלא העביר דה־פקטו את המפתחות למופת, וכך הווקף הוא שקבע מי יתפלל בהר. מבחינת הריאליסטים מה שקובע הוא הסטטוס קוו ומאזן הכוחות, ואילו לחוזים בין־לאומיים ולחוקים ישנה השפעה זניחה.⁶ וכך בין כיבוש '67 ובין שנות ה־2000, ולמרות טיפוח חזון ארץ ישראל השלמה, הייתה המגמה הישראלית להשלים למעשה עם שליטת הווקף בהר הבית.

ארחיב את היריעה ואבחן צעד אחורה לפני המהלך של דיין, וצעד אחד לאחרי מהלך זה. כזכור, מוטה גור הכריז "הר הבית בידינו" ואף תלה דגל ישראל מעל המסגד,⁷ בעוד הרב גורן תקע בשופר ולפחות הרבה בקול רם באפשרות של פיצוץ המסגדים על הר הבית – עד שהשומר מטעם הרבנות הראשית היה משוכנע שאכן עומדים לעשות זאת. לעומתם, משה דיין שינה באחת את המשחק המסוכן ששיחקו, שהיה עלול להיגמר בקטסטרופה אדירה, והורה להסיר את הדגל. בפגישתו עם נציגי הווקף דיין התחייב בפניהם בעל פה, שהווקף יהיה אחראי על הפיקוח בהר הבית, וכי יהודים אומנם יבקרו במקום אך לא יתפללו בו. למרות זאת, הרב גורן ארגן תפילה המונית בהר הבית באוגוסט '67. בתגובה החליטה הממשלה שכוחות הביטחון יפנו מתפללים יהודים לכותל. ואולם, משנות השמונים ואילך בית המשפט העליון החל להתערב בהחלטת ממשלה זו. להלן אראה שהתערבותו של בית המשפט חרחה מלחמת דת. חוסר ההסדרה המדינית והמשפטית של ההסכמות שהגיע אליהן דיין יצר עמימות והותיר בזירה את מחנה גור־גורן, עד שבית המשפט העליון העניק להם רוח גבית ואהוד ברק חזר על שגיאתם.

לפני שאציג את פסיקתו של בית המשפט העליון בשנות השמונים, אציג את פסיקתו בשנות השישים. מפסיקה זו אומנם ניבטה מחלוקת על המשמעות המשפטית של הכיבוש – האם מדובר בגאולה שמשנה את המצב המשפטי – אך בשורה התחתונה הפסיקה הכירה בכך שהממשלה מוסמכת למנוע תפילת יהודים בהר הבית.⁸ בסוף שנות השישים בית המשפט העליון, בראשותו של הנשיא שמעון אגרנט, דן בעתירה לאפשר תפילת יהודים בהר הבית. שני שופטים, ברנזון וקיסטר, פסקו שלבית המשפט אין סמכות לדון במקומות הקדושים, שכן זוהי שאלה בלתי שפיטה: כך על סמך החוק המנדטורי שנקבע בדבר המלך במועצתו, שלפיו מדובר בשאלה בלתי שפיטה בידי בתי המשפט המנדטוריים. שני שופטים, זילברג ואולשן, פסקו שדבר המלך במועצתו אינו תקף עוד. זילברג נימק זאת בגאולה שענינתה את המצב המשפטי, בעוד השופט אולשן נימק את פקיעת ההוראה האמורה בדבר המלך במועצתו בהקמת המדינה דמוקרטית, שנדרש בה שלטון חוק, כמו גם בחקיקת חוק השמירה על המקומות הקדושים. בעמדתו של משה זילברג, שופט דתי, אפשר לראות את

6 להפרכת הריאלי־פוליטיק ראו Uri Weiss and Joseph Agassi, *Games to Play and Games not to Play*.

7 "The brigade's chief communications officer, Ezra Orni, retrieved an Israeli flag from his pouch and asked Gur whether he should hang it over the Dome of the Rock. "Yalla," said Gur, go up. Achmon accompanied him into the Dome of the Rock. They climbed to the top of the building and victoriously fastened the Israeli flag onto a pole topped with an Islamic crescent."

Yossi Klein Halevy, "The Astonishing Israeli Concession of 1967," *The Atlantic*, June 7, 2017.

8 איני דן כאן בפסק דין אחר של העליון, בג"ץ 223/67 **שבתאי בן דב נ' שר הדתות** (1967). העותר הליון על הגבלת חופש הגישה של יהודים להר הבית. באותו פסק דין השופט אגרנט דחה את העתירה, אך ציין שהוא לא דן בטענת האפליה יחסית למוסלמים, שכן העותר לא העלה אותה. זה למעשה השער הראשון שפתח בית המשפט העליון להתערבותו בשאלת הר הבית.

הזרעים שינבטו מאוחר יותר בשנות השמונים.⁹ הוא הכשיר את הקרקע להתערבות שיפוטית עתידית בתפילת יהודים בהר הבית,¹⁰ כאשר דחה את העתירה בנימוק שהשר טרם התקין תקנות באשר לעליית יהודים להר, וכי העותר במקרה זה לא ביקש שהשר יתקין תקנות כאלה. הנשיא אגרנט פסק שלבית המשפט העליון יש סמכות להכריע בגישה למקומות קדושים, אך לא בפולחן בהם, קרי לא בתפילת יהודים בהר הבית. פסיקתו נתפסה כהלכה המנחה.¹¹ באמצע שנות השבעים השופט ברנזון חזר על הלכה זו בהקשר של הר הבית, ודחה מכוחה עתירה של אדם שנעצר בדרכו להר הבית,¹² ובתחילת שנות התשעים השופט אלון חזר על הלכה זו בהקשר של בקשה נשות הכותל לערוך תפילת נשים בכותל:¹³ אך כבר בשנות השמונים – בחסות האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק – החל בית המשפט להכריע בשאלת התפילה במקומות הקדושים. ברק עסק בפסק דינו בתפילת חוסר סמכותו של בית המשפט להכריע בשאלת התפילה במקומות הקדושים. ברק עסק בפסק דינו בתפילת יחיד (להבדיל מתפילת רבים), הבחנה שזכרה לא בא בפסק דינו של אגרנט. לאמור, אפילו שבשנות התשעים בית המשפט המשיך בקו ששאלת התפילה במקומות היחידים היא בלתי שפיטה, למעשה בשנות השמונים הוא כבר פסק בה.

נימוקיו של הנשיא אגרנט מלמדים הן על פסק הדין הן על הגישות ההיסטוריות של הסכסוך (בעיניו), ואפשר לומר ששאף להמשיך בהן במידת מה. אגרנט הסביר שהמטרה של כתב המנדט למנוע התערבות שיפוטית במקומות הקדושים הייתה להמשיך בסטטוס קוו ערב מלחמת העולם הראשונה, ושוועדה בין-לאומית היא שתקבע מהו הסטטוס קוו. עקרון הקצאת זכויות הפולחן לפי הסטטוס קוו הוכרז בידי האימפריה העות'מאנית

9 זילברג השתלח ברטוריקה משיחית כטעון משפטי-חוקתי: "לבי לבי עם אותם המכסימליסטים' החוזים בעצמאותנו הלאומית: נאולה נכספת, בית שלישי, חידוש חיי האומה. ואם זו היא מהות העצמאות, הלא אפשר, בפרינציפ, לבדוק את הדופק של כל חוק מנדטורי ולראות, אם הוא חולם את הרוח המפעפעת בחוקי מדינתנו, העצמאית, החפשית" (בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה** [1970]). באמצעות תאולוגיה משפטית זו, נימק השופט מדוע הסעיף בדבר המולך במועצתו, שלפיו הסמכות להכריע באשר לפולחן במקומות קדושים מסורה לנציב העליון, ולא לבית המשפט, אינו בתוקף יותר. בכך דחה את טענת פרקליט המדינה, שלפיה לבית המשפט אין סמכות להתערב בעניין. טענתו של פרקליט המדינה נשענה על הסעיף בדבר המלך במועצתו, שלפיו

"[...] no cause or matter in connection with the Holy Places or religious buildings to sites in Palestine or the rights or claims relating to the different religious communities in Palestine shall be heard or determined by any Court in Palestine."

לעומת השופט זילברג, השופט ברנזון קבע שבית המשפט אינו מוסמך להתערב. כך בנימוק הבא:

הטענה הראשית של העותרים היא, כי המציאות המהפכנית שנוצרה בארץ בעקבות קום המדינה, ולא כל שכן אחרי שחרור מזרח ירושלים והר הבית במלחמת ששת הימים וצירופם למדינה, ביטלה מעיקרו את דבר המלך על המקומות הקדושים, שהוא בסתירה משוועת למציאות חדשה זו. טענה זו אין בידי לקבל. הקמת המדינה הביאה לכך שהשתחררנו מעל ושלטון זרים ונוצר המכשיר הריבוני – הכנסת – לקביעת דפוסי המשטר והחוק שלפיהם נחיה. מחוקק ריבוני זה הוא שהחליט, כי עד שלא ישונה על ידו, המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום קום המדינה ימשיך לעמוד בתקפו. הוא לא הוציא מכלל זה את דברי המלך השונים שניתנו בתקופת המנדט בשמו של המנדטור, מלך בריטניה (בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה** [1970]).

בעוד בית המשפט העליון קבע ברוב דעות בפסק דין זה שבית המשפט אינו מוסמך להתערב בעתירות להתפלל להר הבית, ובאמצע שנות השבעים השופט ברנזון חזר על הלכה זו, הרי שהפסיקה משנות השמונים התערבה בשאלה.

10 בפסק הדין הנ"ל שניתן ב-1970 זילברג כבר היה בשלב האקסטזה המשיחית. שנתיים קודם לכן הוא עוד היה בשלב ההלם: "ועדיין לא עיכלנו את ההלם ההוא, עדיין נתונים אנו בעיצומו של תהליך ההתאמה של מחשבותינו ורגשותינו אל המציאות החדשה." נימוק ההלם של זילברג שימש אותו לדחיית עתירה נגד הגבלות על גישת יהודים להר הבית ונגד כך שהחייילים השומרים במקום עישנו בשבת ואפשרו לאדם להכניס מצלמה בשבת, כך שאינם שומרים על קדושת המקום (בג"ץ 223/67 **שבתאי בן דב נ' שר הדתות**).

11 יש לציין כי השופט אולשן, בשלהי פסק דינו, חלק על כך שתוצאת הבחירות בין השופטים היא דעתו של השופט אגרנט. הוא טען שאגרנט במיעוט, שכן חבריו לא קיבלו את ההבחנה בין זכות התפילה לזכות הגישה, ועל כן נדרשת התערבות הכנסת שתכריע בעניין. ראו בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה** (15.9.1970). תורת הבחירה הציבורית אכן מראה, שלעיתים תוצאות ההצבעה תלויות בסדר השאלות שעליהן מצביעים (פרדוקס קונדורסה).

12 בג"ץ 99/76 **הרלוף כהן נ' שר המשטרה** (21.0.1976).

13 ראו בג"ץ 257/89 **ענת הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי** (1994).

כבר במאה ה־18, וגם הגנרל הבריטי אלנבי אימץ אותו בכובשו את ארץ ישראל. לפי כתב המנדט, יש לשמור על הזכויות הדתיות הקיימות,¹⁴ לאמור יש להמשיך בסטטוס קוו ערב מלחמת העולם הראשונה. מי שהייתה אמורה להכריע בדבר הזכויות הקיימות היא כאמור ועדה בין־לאומית.¹⁵ ועדה כזו הוקמה לגבי הכותל המערבי ב־1930. הבריטים הכירו בזכותם של יהודים להתפלל בכותל אך לא לתקוע בשופר, והגבילו את הזכות להכניס תשמישי קדושה שונים. הוועדה סמכה את ידה על רוב ההגבלות שהטילו הבריטים על תפילת יהודים בכותל. השופט אגרנט קבע, שאומנם כעת מי שיכריע בשאלת זכויות התפילה היא ממשלת ישראל, אך תישמר הנוסחה של אי־שפיטות לגבי עצם זכויות הפולחן. הוא סבר שמוטב שהממשלה היא שתכריע, שכן היא כשירה לשקול את השיקולים הרחבים. השופט אגרנט נתן כאן למעשה אור ירוק להמשיך במדיניות של משה דיין, מדיניות שלפחות בשאלת תפילת יהודים בהר הבית ממשיכה בעקרון הסטטוס קוו ערב מלחמת העולם הראשונה.

מעניין גם לציין, שבסיום פסק דינו העיר השופט אגרנט שיש פוסקי הלכה שאוסרים על העלייה להר הבית, ומכאן שיש בעייתיות בכך עבור המחנה היהודי. אגרנט הזכיר זאת מכיוון שבתחילת דבריו פסק שזכות הפולחן במקומות הקדושים היא זכות קולקטיבית. (גם השופט זילברג כתב בפסק הדין הנ"ל, שמגוחר יהיה להעניק לאדם זכות תפילה במקום שהאל שאליו הוא מתפלל אוסר על האדם להיכנס.) אילו המשיך בית המשפט העליון להחזיק בגישה שזכות הפולחן היא זכות קולקטיבית של הקהילה הדתית, הרי שכל טענות נאמני הר הבית היו נופלות בשל עמדת הרבנות, וזאת באופן בלתי תלוי בשאלת הסכנה שבמימושה (מה שהיה מונע את התמריץ לטרור שיוצרת הנוסחה שקבע ברק). בית המשפט לא היה יכול לעבור להגן על זכותם של אנשי הר הבית, אלמלא אימץ תפיסה שזכות הפולחן היא אישית (ברק), או תפיסה הלכתית, שלפיה ליהודים מותר לעלות לאזורים מסוימים בהר הבית. השופט אגרנט אכן ציין שזוהי דעתו של השופט זילברג. בהמשך הדברים, אראה שזו גם דעתו של השופט אלון. במילים אחרות, השופטים הדתיים לאומיים בבית המשפט העליון שימשו כפוסקי הלכה, בניגוד לעמדה המוסכמת על פוסקי ההלכה המקובלים.

שנות השמונים: הגורמים להאצת המשחק המסוכן על הר הבית

מה שכרסם בהשלמה הציונית עם שליטה מוסלמית בהר הבית היו שלושה גורמים. הראשון שבהם היה קידום של תפילת יהודים בהר הבית על ידי בית המשפט העליון, עוד בשנות השמונים; השני הוא התעקשות של ראש הממשלה, אהוד ברק, על זכויות תפילה ליהודים בהר הבית, ובכך להכשיל את שיחות השלום בקמפ דייוויד בשנת 2000; והשלישי הוא שינויים תאולוגיים בציבור הדתי־לאומי, שגרמו להתפשטות הפסיקה ההלכתית המתירה עליית יהודים להר הבית, בניגוד לעמדת הרבנות.

14 ראו סעיף 13 לכתב המנדט, ושימו לב לביטוי "הזכויות הקיימות":

כל האחריות בהקשר למקומות הקדושים ובניינים דתיים, או אתרים בפלשתינה, כולל שמור הזכויות הקיימות והבטחת גישה חופשית למקומות הקדושים, בניינים דתיים ואתרים וכן הזכות לפולחן חופשי, תוך כדי וידוא הסדר הציבורי והצניעות, כל אלה מופקדים בידי המנדטורי, אשר הוא לבדו נושא באחריות כלפי חבר־הלאומים בכל העניינים המוזכרים בזאת, בתנאי שדבר בסעיף לא ימנע מהמנדטורי מלהיכנס להסדרים המוערכים כסבירים על ידי הממשל במטרה לבצע את תנאי סעיף זה; וכן בתנאי שדבר בסעיף זה לא יתפרש כהתערבות המנדטורי במרקם או הניהול של המקומות המוסלמים הקדושים, אשר חסינותם מובטחת.

15 ראו סעיף 14 לכתב המנדט:

המנדטורי ימנה ועדה מיוחדת על מנת ללמוד, להגדיר ולקבוע את הזכויות והתביעות בקשר למקומות הקדושים וכן זכויותיהן ותביעותיהן של העדות הדתיות השונות בפלשתינה. שיטת המנוי, ההרכב והתפקידים של ועדה זו יוגשו לאישורה של מועצת חבר העמים, ובלי אישורה לא תמונה ועדה כזו ולא תיכנס למילוי תפקידה.

ראשית, כאמור, אכתוב בצער שהמתסיס הגדול של מלחמות דת בהר הבית היה כאמור בית המשפט העליון החל בשנות השמונים.¹⁶ כך סיכם שופט העליון, דוד מין, את הכלל המשפטי שהתפתח במהלך השנים:

במישור זה, נקבע לא פעם שחופש הפולחן וזכותו של הפרט להתפלל בהר הבית, היא ככל זכות אחרת, אפילו זכות יסוד, והיא אינה זכות מוחלטת אלא ניתנת להגבלה במקרים שבהם היא מתנגשת עם עקרונות אחרים ובתוכם טובת הכלל והאינטרס הציבורי לסדר, לשלום ולביטחון. עם זאת נפסק לא פעם, כי תוטל הגבלה על חופש הפולחן והחירות תישלל רק כאשר החשש לפגיעה בשלום הציבור וביטחונו ניכר וההסתברות שהפגיעה תתרחש היא גבוהה וקרובה לוודאית.¹⁷

אם כן, בית המשפט העליון קידם מחד גיסא זכות לחופש פולחן ליהודים בהר הבית,¹⁸ משל אין מדובר במקום בבעלות הווקף ובשטח כבוש,¹⁹ ובניגוד גמור לעמדת הרבנות.²⁰ מחד גיסא, בכך בית המשפט ביטל ההסכמות בין הווקף לנציג ישראל, משה דיין, שלפיהן מבקרים יהודים לא יתפללו בהר הבית – ומבלי שום

16 כאמור, את הזרעים לנוסחה שנפסקה החל משנות השמונים ניתן לראות בפסק דינו של השופט אולשן ב-1970. אולשן הכיר בזכותם של יהודים להתפלל בהר הבית, אך טען שבשל החשש להפרת השלום, המשטרה מוסמכת להחליט שהיא לא תאכזף זכות זו, ומכאן שהיא גם מוסמכת להחליט שתמנע מימוש זכות זו, וכי זה ניתן לשיקול דעתה, לפי השכל הישר שתפעיל. ראו בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה** (15.9.1970). אציין, שזו הייתה דעתו של אחד מחמישה שופטים בלבד. אולשן כאמור גם תבע חקיקת חוק מטעם הכנסת שיסדיר הסוגיה.

17 בג"ץ 8871/17 **פואה נ' ניצב יורם הלוי ואח'** (10.12.2017).

18 שיח הזכויות הליברליות שמכיר בחופש הפולחן אינו מכיר בזכותו של אדם להתפלל במקום השייך לאחר. פשיטא שאין זכות ליהודים משיחיים או ליהודים רפורמים לדרוש לקיים תפילה כרצונם בבית הכנסת השייך לרבי מגור. וכך זכויות התפילה במקומות קדושים בירושלים חולקו בין הדתות לפי עקרון הסטטוס קוו שלפני מלחמת העולם הראשונה. זה היה עיקרון עתיק, שממשלת ישראל למעשה קיבלה על עצמה באשר לחלוקת זכויות התפילה בהר הבית. לא כן בית המשפט העליון.

19 השופט אלון אף פסק:

ומובן ואין צריך לומר כי מריבונות מדינת ישראל על ירושלים המאוחדת בכלל ועל שטח הר-הבית בפרט נובע, כי כל חוקי המדינה – וביניהם חוק התכנון והבניה וחוק העתיקות – חלים בשטח הר-הבית, וזכותו של כל אדם לחופש פולחן, לחופש גישה למקומות הקדושים ולשמירה מפני חילולם עומדת לו גם בשטח הר-הבית (בג"ץ 4185/90 **נאמני הר-הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** [23.9.1993]). עמדתו זו של השופט אלון סותרת את החוק הבין-לאומי, שאוסר על סיפוח ואינו מכיר בסיפוח הישראלי במזרח ירושלים. כך, למשל, בית המשפט הבין-לאומי לצדק התייחס אל מזרח ירושלים כאל שטח כבוש, ואל ההתנחלויות בה כבלתי חוקיות. ראו גם: <https://vanl.ink/MwEPm>.

20 שופטיו הדתיים של בית המשפט העליון עסקו בהלכה היהודית, אף שהצהירו שלא יעשו כן – ומיד לאחר מכן התערבו, ולמעשה פסקו בניגוד לעמדת הרבנות. כך פסק השופט זילברג:

היו דורות בהם אסרו רבני ירושלים להיכנס להר הבית, כגון בימי ביקורו של משה מונטיפיורי, כידוע. בימינו אנו, הדעות מחולקות: הרבנות הראשית – בהעדיפה דעת המחמירים מבין המחברים של הדורות האחרונים, ובחששה, בעיקר, מפני הספק המקנן בלבם בנוגע למקומו המדויק של המקדש וקודש הקדשים (ראו מאמרו של הרב זולטי, תושבע"פ, כינוס עשירי, עמודים מד-מה, ומאמרו של הרב יוסף, שם, עמוד נ"ו למטה) – אסרו את הכניסה; לעומת זה מצויים בארץ ובחוץ לארץ תלמידי חכמים גדולים ויראי שמים, החוזרים אל דעת הראשונים (הראב"ד, המאירי, הרמב"ן והריטב"א), ובנקטם גישה יותר מדעית ויותר מודרנית אל הטופוגרפיה של הר הבית, סוברים, בצדק או שלא בצדק, כי בדורנו דוקא יש להתיר את הכניסה. אינני מתכוון כאן בשאלה, כי אין כל צורך בכך בשביל המשפט שלפנינו. [...] העולה מן האמור, כי בכל התקופות התפללו יהודים על הר הבית, ולכן עלינו לומר, כי סעיף 1 של החוק מקנה ליהודי גם זכות תפילה על ההר. באותו פסק דין כתב השופט קיסטר:

כדי שיהודים יוכלו לעלות על הר הבית באופן כזה, מותר לקוות, כי הרבנים הנכבדים היושבים על מדין יצליחו לברר ולקבוע את המקומות השונים בהר הבית מבחינת דיני כניסה אליהם, ללמד את בני ישראל את הלכות הקודש והמקדש, ולהורות להם דרכי טהרה ולהבינם מהות מורא המקדש וכבודו (בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה** [15.9.1970]).

לעומת אותם שופטים דתיים, השופט ברנזון סנט בפסק דין משנות השבעים ביהודי שרצה לעלות להר הבית ונעצר בידי המשטרה: אם אמנם חרד העותר כל כך על שמירת דיני ישראל בקשר להר הבית, אפשר היה לצפות ממנו שישעה לאזהרת הרבנים הראשיים המתנוססת על דלת הכניסה להר הבית כי הכניסה אסורה לשטח הר הבית כולו 'פן ייכשל ח"ו באיסור חמור בפגיעה בטהרת המקום הקדוש הזה', ובכלל יוקיר את רגליו ממנו" (בג"ץ 99/76 **הרלוף כהן נ' שר המשטרה** [21.3.1976]).

דיון רציני באותן הסכמות.²¹ מאידך גיסא, בית המשפט העליון אישר למשטרה למנוע זמנית את מימוש "חופש הפולחן" בשם ביטחון המדינה אם יש איום רציני בסבירות מספקת. (בית המשפט למעשה הפך את עיגון ההבנות בע"פ בין דיין לווקף בהחלטת ממשלה, שלפיה כוחות הביטחון יפנו מתפללים יהודים מההר לכותל - להסדר שלפיו כוחות הביטחון יפנו יהודים לכותל, אם ורק אם הסכנה הביטחונית גדולה מספיק).

מדיניות זו של בית המשפט בעייתית מאוד. היא מתמרצת את המוסלמים לשמור על איום מתמיד, שמכניס את ישראל למשחק מסוכן שעלול להיגמר במלחמת דת ובולם משחק של שלום. כזכור, מדיניותו של הרב זוננפלד בתחילת המאה ה-20 הייתה להודיע מראש על ויתור כדי למנוע את התמריץ לשפיכות דמים; לקראת סוף המאה הייתה המדיניות של העליון להכריז שלא נותר על הזכות של יהודים להתפלל בהר, אלא אם כן המוסלמים יאיימו עלינו מספיק. יתר על כן, השופט ברק אפילו הורה למשטרה לבדוק כל פעם מחדש אם האיום הנוכחי חזק דיו.²² לאחר שבית המשפט העליון נקט מדיניות זו במפורש לגבי הר הבית, נראה כי הרחיבה

21 בעוד הפסיקה התעלמה מן ההסכם בין משה דיין לווקף, בפסיקה מאוחרת משנת 2017 השופט רובינשטיין התייחס להסכם בין ישראל לירדן, וקבע שבגדרי החוק הישראלי הסמכות מהחל ועד כלה נתונה לישראל ולמשטרת ישראל. לאמור, השופט רובינשטיין מורה למעשה להפר הסכם בין-לאומי, מאחר שקבע שחזקה על המשטרה וגורמי הממשל שייתנו ביטוי לכבוד לאומי, תוך שמבחינתו כבוד לאומי דווקא להפר הסכמים בין-לאומיים. כך פסק בהאי לישנא:

כמובן בשכל הישר יש להבחין בין רגישות הר הבית - שכאמור אין ולא יתכן עליה חולק - והדרך הזהירה בכפפות של משי ועקב בצד אנודל שיש לנהוג בטיפול בנעשה בו, לבין התנהגות לא נאותה ואף פלילית מצד מאן דהו, ואנשי הוקף בתוכם. אכן יוזכר, כי לפי סעיף 9(2) לחוזה השלום עם ירדן, "[...] בהתאם להצהרת וושינגטון, ישראל מכבדת את תפקידה המיוחד הקיים של הממלכה ההאשמית של ירדן במקומות קדושים מוסלמיים בירושלים. בשעה שייערך המשא-ומתן על מעמד הקבע, תעניק ישראל עדיפות גבוהה לתפקיד הירדני ההיסטורי במקומות קדושים אלה." אציין, כמי שעמד בראש משלחת ישראל לחוזה השלום עם ירדן, כי סעיף זה (שעוד הופיע ב"הצהרת וושינגטון" מ-25.7.1994) נוסח ייחודית (ובאופן לא שגרתי וחרגי במידה רבה) על-ידי ראש הממשלה יצחק רבין עליו השלום אישית. סעיף זה בא במקורו ליתן ביטוי לזיקת ירדן למסגדים שעל ההר, תוך שהשושלת ההאשמית נחשבת ורואה עצמה כצאצאית הנביא מוחמד שביקר במקום לפי מסורת האסלאם במסע ליל פלאי; המלך עבדאללה, סבו של המלך חוסיין המנוח שבימינו נחתם חוזה השלום וסבא רבא של המלך הנוכחי הנושא את שמו, גם נרצח בנוכחות נכדו חוסיין במסגד על הר הבית, ומכאן קשר רגשי מיוחד, ולא אדרש להיבטי ירדן-פלסטינאים שהיו גם הם ברקע. הסעיף הוא, כפי שכתבה המדינה בתגובתה, הבסיס למעורבות הוקף. ואולם פשיטא, כמובן, שבגדרי תחולת החוק הישראלי, הסמכות החוקית מהחל ועד כלה נתונה לישראל ולמשטרת ישראל, וכפי שהצהיר בפנינו מפקד המרחב, היא מקוימת בהתחשב ברגישות - אך בנחישות. אנו יוצאים מן ההנחה כי גם אם לובשים אנשי הוקף מעין-מדים ונושאים תניות, מובהר להם היטב ישירות ובצינורות המתאימים בדרגים גבוהים יותר מהם נדרי נוכחותם, ועל כן יש חשיבות רבה מאוד לאכיפה כלפי המפרים את החוק מתוכם, באופן ברור. איננו נכנסים כשלעצמנו לנושאי ההצהרות מפי גורמי ממשל ירדניים שהושמעו בין אם לצרכי פנים והעולם הערבי ובין מטעמים אחרים, אך חזקה על המשטרה וגורמי הממשל הישראליים שייתנו ביטוי לאינטרסים ישראלים של כבוד לאומי וכנגד מחרפים, ויהיו אלה מקרוב ומרחוק, בלי קשר לטיפוח היחסים עם ירדן כמתחייב מחוזה השלום ומאינטרסי המדינה וכרצוי (בג"ץ 6421/16 חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי ואח' נ' ראש הממשלה ואח' [28.3.2017]).

22 "אכן, על המשטרה ללקחת ברצינות את זכותו של העותר לתפילה. אין זה דבר של מה בכך כי זכותו נשללת, הלכה למעשה, בכל פעם. אם תוגש למשטרה בקשה לעליית העותר להר הבית 'ביום רגיל' לצורכי תפילה של יחיד, המבקש להתייחד עם בוראו, יש לשקול אותה כראוי, בהתחשב, כמובן, בנסיבות הקיימות אותה עת. זאת הבטיחו המשיבים לעשות" (בג"ץ 4044/93 גרשון סולומון נ' מפקד מחוז ירושלים [20.2.1996]).

וראו גם דברי השופט ברק:

הערכתו היא כי כניסתו של העותר אל ההר תצית בוודאות סערה ציבורית שתוליך לפגיעה בחיי אדם. סערה זו עלולה לסכל את ההתקדמות שכבר הושגה במימוש יכולתם של יהודים לעלות אל ההר. נמסר לנו כי עניינו של העותר יישקל מחדש בעתיד שלוש פעמים בשנה, וייתכן כי עם מיסוד כניסה מסחרית להר-הבית (בפיקוח הוקף), ושינוי האווירה במקום, תתאפשר כניסתו של העותר אליו (בג"ץ 2697/04 גרשון סולומון נ' מפקד מחוז ירושלים - משטרת ישראל [1.4.2004]).

כך גם בדיון בעל פה בעתירה נגד הצבת השלט האוסר על תפילת יהודים בהר הבית ועל הכנסת תשמישי קדושה, "השופטת וילנר מיקדה את הדיון בטענת פינקלשטיין כי לא נעשית בחינה מעת לעת כפי שעולה מן השלט הקבוע ושאלה את נציג הממשלה: "האם נעשית בחינה שכזו?" (ראו: איילת כהנא, "זמני כבר 53 שנים: בג"ץ דן בזכויות התפילה בהר הבית", **מקור ראשון**, 21 בדצמבר, 2020). הבדיקה המתמדת שברק הורה עליה אומרת שאם יהיה חלון הזדמנויות של איראנים ביטחוני, אזי חובה לנצל את ההזדמנות ולהתיר תפילה של יחידה בהר הבית. משמע שהיא מתמרצת את המוסלמים שלא להותיר חלון הזדמנויות בלי איום בטחוני. בכך ברק הגביר את התמריץ של המוסלמים ליצור איומים ביטחוניים. בניגוד למדיניות זו של ברק, ובהקשר של נשות הכותל, השופט אלון קבע חזקה ששינוי סדרי הסטטוס קוו מסוכן מספיק כדי למנוע את חופש הפולחן.

לאחרונה גם לשייח' ג'ראח (בית המשפט השהה את האיום על בתייהם של תושבי שייח' ג'ראח רק לאחר שהפלסטינים פיתחו איום אמין לפעול באלימות נוכח האיום). וכי השופטים לא שאלו עצמם איזה תמריץ הם נותנים למוסלמים? בג"ץ אימץ במוצהר את הנוסחה לאיזון בין חופש הביטוי לביטחון המדינה: כך בנימוק של השגת הרמוניה משפטית בין הזכויות, וכי כך זכויות דומות יזכו להגנה דומה.²³

בג"ץ החמיץ את העובדה שהפעם מדובר במשחק שבו המטרה של הצד השני היא למנוע את מימוש הפולחן, ומכאן לאמץ קו שעלול להוביל למלחמת דת. זאת ועוד, בניגוד לשאלת חופש הביטוי, הפעם נוסחת האיזון היא כזו שמתמרצת את הצד השני לבחור אסטרטגיה תוקפנית. אסביר: בסיטואציה של מקבל החלטות יחיד – סיטואציית רובינזון קרוזו – הבחירה של השחקן אינה מתמרצת את השחקנים האחרים. לעומת זאת, בסיטואציה אינטראקטיבית הבחירה של השחקן מתמרצת את השחקנים האחרים באילו פעולות לנקוט.²⁴ כאשר בית המשפט העליון קובע, שחופש הביטוי מגיע עד הרגע שיש סיכון קרוב לוודאי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, הרי שככלל אין שחקן שירצה לגרום לצנזורה ועל כן הכלל הזה אינו מתמרץ לשמור על איום. לעומת זאת, במקרה הר הבית יש שחקן שמוכן לשלם הרבה מאוד כדי למנוע תפילת יהודים בהר הבית. על כן הכלל שקובע בג"ץ מעצב את תמריציו של השחקן, והכלל הקונקרטי שקבע בג"ץ מתמרץ אותו לשמור על איום אמין מתמיד באלימות נוכח תפילת יהודים בהר הבית. הכלל הזה גם מזיק מאוד לתהליך השלום. אילו הפלסטינים היו מכבדים את הסכמי אוסלו, אזי לפי פסיקת העליון הממשלה הייתה חייבת להגיב לשלום ולשלווה באפשרות תפילת יהודים בהר הבית. הפסיקה של העליון תמרצה את המחנה הפונדמנטליסטי בקרב הפלסטינים לשמור על מלחמה מתמדת. הגיוני מאוד שבית המשפט העליון לא הבין זאת, ומכך בדיוק הזהיר השופט אגרנט כשטען שיש להותיר את השאלה בלתי שפיטה בשל קוצר הבנת בית המשפט. יתרה מכך, לא רק שמדיניות העליון מתמרצת מוסלמים לאלימות, אלא שהיא גם עלולה לתמרץ יהודים משיחיים ליצור אלימות סביב הר הבית.

אציין שהמדיניות הזו שכפה העליון, שנגרר אחר שופטיו הדתיים, מנוגדת למדיניות הסטטוס קוו שהכריז עליה נתניהו, והיא בעיקר מכרסמת באמינותה. למשל: מדיניות העליון הובילה לכך שבניגוד גמור לסטטוס קוו שרווח עשרות שנים אחרי הכיבוש, כיום יש מנייני תפילות יהודים בהר הבית, עד שהמתנחלים תוהים הכיכר קרה הנס הזה.²⁵ זאת ועוד, המדיניות של "נאפשר תפילת יהודים אלא אם כן יהיה איום חמור מספיק" הובילה

23 כך קבע השופט ברק:

העיקרון שנקבע הוא, כי חופש הביטוי וחופש האספה וההפגנה צריכים לסגת בפני שיקולים של ביטחון הציבור רק כאשר ההסתברות של פגיעה בביטחון הציבור היא ברמה של "ודאות קרובה". אל די, אפוא, בחשש בלבד, אך אין גם לדרוש ודאות גמורה. המשפט הישראלי נוקט עמדת ביניים של הוודאות הקרובה. עיקרון זה אינו מבוסס לפירוש לשונה של הוראה חקוקה זו או אחרת, אלא הוא משקף "בסיס רעיוני רחב" (כלשונו של השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 [6], בעמ' 2411), אשר מקורו באופיה הדמוקרטי של ישראל. נראה לי אפוא, כי מן הראוי הוא, שמבחן זה של "הוודאות הקרובה" ישמש אף לקביעת "נוסחת האיזון" שבין חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן מזה לבין ביטחון הציבור מזה. בכך תושג הרמוניה בשיטתנו, וזכויות דומות תזכינה להגנה דומה. לא ניצור הבחנות נוספות, אשר קשה להצדיקן, אלא נלך בדרך המלך שהותוותה בפרשת קול העם, בג"ץ 73/53, 87 [3], אשר ההלכות שנקבעו בה "היו לאבן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הנלווים בהם מקובלים על הכול, עד שאין עוד להרהר אחריהם (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית ואחי נ' מפקד מחוז ירושלים – משטרת ישראל [18.5.1984])."

24 ההבדל הגדול בין סיטואציית רובינזון קרוזו לסיטואציה אינטראקטיבית, הוא שבסיטואציית רובינזון קרוזו תמיד כדאי שיהיו לשחקן כמה שיותר אופציות. לעומת זאת, בסיטואציה אינטראקטיבית שחקן יכול להרוויח מכך שיגביל את האופציות שלו, מכך שישרוף את גשר הנסיגה. לענייננו, הפסיקה של העליון תמרצה את המוסלמים לשרוף גשרי נסיגה ושלו.

25 "העולים כיום להר הבית מופתעים לראות לנגד עיניהם תפילות שחרית ומנחה קבועות ושמחים להצטרף אליהם. רבים אולי מודעים לשינוי שהתרחש בהר הבית בשנים האחרונות, אבל לא מודעים לתהליכים שהתרחשו מאחוריהם והביאו לידי כך." ראו: "תפילות מדי יום בהר הבית: איך קרה הנס?" ערוץ 7, 19 במאי 2022. <https://www.inn.co.il/news/550207>.

את החמאס להכריז לאחרונה שהוא בלם פלישת מתנחלים להר הבית. ההכרזה הזו לא הייתה באה לעולם אילו ננקטה המדיניות של הרב זוננפלד: לוותר מראש – וכנראה גם אילו נשמרה מדיניות שמירת הסטטוס קוו ערב מלחמת העולם הראשונה, ואולי גם אילו נשמרה המדיניות המשה דיין.

הגורם השני להעמקת המשחק המסוכן נבע מהיעדר הסכמות סביב הר הבית בפסגת קמפ דייוויד. במקרה זה היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין בלם את פשרת קלינטון לגבי הר הבית, בטענה שאסור שיהיה "ישראלוף".²⁶ מאוחר יותר, כשופט, קבע רובינשטיין שעל הממשלה מוטל ליצוק תוכן לסיסמה "הר הבית בדינו".²⁷ סיסמה זו למעשה רוקנה מתוכן כאשר משה דיין הפך את החלטת גור להניף דגל ישראלי על כיפת הסלע, והטיח בו אם הוא רוצה להעלות את המזרח התיכון באש.²⁸ במפגשי קמפ דייוויד בחר אהוד ברק בהר הבית על פני שלום, ולא הסכים לשלום בלי שאנשי הר הבית יוכלו להתפלל בו. לפי מנחם קליין, שהיה חבר בצוות יועצי ראש הממשלה אהוד ברק, ישראל דרשה להקצות מקום מוגדר בהר הבית לתפילת יהודים בציבור.²⁹

והנה, אהוד ברק אפשר לשיחות השלום להתפוצץ על המחלוקת על ירושלים, ובפרט על הר הבית, וכמה חודשים לאחר מכן ממשלתו אפשרה לאריאל שרון לעלות לשם, מלווה ב־3,000 שוטרים. הצטרפו אל אהוד ברק רבני הציונות הדתית החדשה, שקידמו תאולוגיה שמקדשת עלייה להר הבית, בניגוד למסורת של גדולי רבניהם מהדור הקודם. בכך הכניס אהוד ברק את ישראל למלחמת דת אימתנית שאת תוצאותיה קשה לאמוד. ואולם, ברק לא פעל בחלל ריק. מנחם קליין סבר שבפרשת נאמני הר הבית בית המשפט מילא תפקיד מוביל בעיצוב תודעה היסטורית־מיתית והפך לסוכן זיכרון קולקטיבי.³⁰ לגבי דידו, בכך כיוון בג"ץ לעיצוב המדיניות העתידית של הרשות המבצעת: "השופט אלון מזהה לחלוטין את הקדושה הדתית של הר הבית ביהדות עם הריבונות היהודית על המקום בעבר ובהווה. הוא קבע כי 'תולדותיו של הר הבית הם במידה רבה תולדותיה של האומה העברית עד שפסקה עצמאותה'.³¹ קליין נסמך בין היתר על מחקרו של בן ציון קדר, שהצביע על

26 דן מרידור. **קמפ דייוויד 2000**. מקור ראשון, 2020. <https://www.makorrishon.co.il/nrg/images/news1/CAMPDAVID.pdf>.

27 בג"ץ 6421/16 **חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי ואח' נ' ראש הממשלה ואח'** (28.3.2017), ונביא את מילותיו המדויקות של השופט רובינשטיין: "במלחמת ששת הימים, שבקרוב ימלא לה יובל, קרא מפקד חטיבת הצנחנים 55 אל"מ (לימים רב אלוף) מרדכי גור ע"ה 'הר הבית בדינו, קריאה שנזכרה לא אחת גם בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים, ככזו שיציקת תוכן לתוכה מוטלת על הדרג המדיני' (בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(2) [1997] 528, 509; בג"ץ 2955/07 **תנועת נאמני הר הבית נ' מדינת ישראל** [1.4.2007]).

השופט רובינשטיין הציג עצמו כמי שמסתמך על תקדים שקבע השופט גולדברג בבג"ץ 7128/96. אלא שהשופט רובינשטיין עיוות את דבריו של השופט גולדברג. בעתירה למנוע את הקמת מסגד אורות שלמה, פסק השופט גולדברג כי על הממשלה ולא על בית המשפט להכריע בעניין. הוא נימק:

מציאות 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 שבהם הכרעה שיפוטית אינה הדרך הסבירה לפסוק בסכסוך, וההכרעה היא מעבר לגבולות הדיון. 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. על הדרג המדיני, ולא על בית־המשפט, לתת תוכן ומשמעות לקריאה ההיסטורית: "הר הבית בדינו" (בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** [12.3.1997]).

השופט רובינשטיין פירש במניפולטיביות את דבריו של השופט גולדברג, משל יש חובה משפטית על הממשלה ליצוק תוכן לסיסמה "הר הבית בדינו". זאת בה בעת שהשופט גולדברג בא להסביר מדוע לנישתו אין חובה משפטית לכאן או לכאן, אלא שמדובר בהכרעה פוליטית.

28 Klein Halevy, "The Astonishing Israeli Concession," 2017.

29 מנחם קליין, **שוברים טאבו: המגעים להסדר קבע בירושלים 1994–2001** (ירושלים: מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל, 2001), פרסום מס' 89.

30 מנחם קליין, "בג"ץ וההיסטוריה המיתית של ירושלים", **המרחב הציבורי** 11 (2016), 39–62.

31 שם, 55.

העיוותים ההיסטוריים בנרטיב המיתי של השופט אלון. וכך כתב קליין על נרטיב זה: "[...] מיתוס זה על כל חלקיו וקני המידה הכפולים שבו קנה לו אחיזה איתנה בציבור הישראלי."³²

אהוד ברק פעל אפוא בעולם סמלי שיצר בית המשפט העליון, שבחר להתעלם משאלת הכיבוש ותחת זאת להכריע על חופש פולחן בהר הבית. בית המשפט אף עסק בשאלות הלכתיות, ופסק שמותר ליהודים לעלות לחלקים מהר הבית. השופטים עצמם עלו להר הבית, והשופט אלון הסביר בפסק הדין שהוא עלה לאותם מקומות שמותר הלכתית לעלות בהם. במילים אחרות, בית המשפט פסק הלכה במשתמע בניגוד לעמדת הרבנות.³³ אלון מפנה בין היתר לרב גורן,³⁴ אותו רב שהורה באפשרות לפוצץ את המסגדים על הר הבית, עד שעוזי נרקיס – אז מפקד פיקוד המרכז – איים עליו במעצר ובכליאה.³⁵ עינינו הרואות כי נרקיס, איש מחנה דיון, התייחס אל הרב גורן ב־1967 כאל פושע – ואולי אף כאל בוגד: ואילו השופט אלון כבר אימץ את פסיקתו ההלכתית המאוחרת של הרב גורן באשר להיתר להר הבית, ראה בו אוטוריטה רבנית המוסמכת, ועשה לו את גורן כרב. אלון אימץ פסיקה זו באופן אישי, ואף עלה לפיה כשופט להר הבית תוך שציין זאת בפסק דינו. בכך השופט אלון אימץ ולא אימץ את פסיקת הרב גורן.³⁶

32 שם, 59.

33 המגמה שבה שופטי העליון הדתיים עוסקים בפסיקות הלכה, בניגוד גמור למסורת היהודית, החלה בפסק דין האח דניאל. בפרשה זו העליון הכריע אם תכובד בקשתו של האח דניאל להירשם כבן הלאום היהודי, חרף כך שהתנצר לאחר שהכניסיה הצילה אותו בשואה. השופט זילברג פסק הלכה בניגוד להלכה הקהילתית, וזאת במוצהר מתוך שיקולים לאומיים. בפסק הדין הזה נוצרה תאולוגיה חדשה: זילברג השיג עצמו כשופט עליון של התאוקרטיה, ומייד עבר מפסיקת הלכה בהתאם להלכה לפסיקת הלכה בהתאם לתאוקרטיה (ראו בג"צ 72/62 **אוסולד רופאין נגד שר הפנים** [1962]). עם המעבר להלכה תאוקרטית, זילברג אימץ גישה טוטליטריסטית וקנאית: "דת ישראל, כמו כל דת אחרת, היא לפי עצם מהותה טוטלית, כל־כוללת, ואינה יכולה לראות עצמה כשותף עם מישהו אחר." דבריו אלו עומדים בסתירה למסורת היהודית של המבחינה בין קודש לחול. הגישה היהודית כלפי גזרות היא אנטי־טוטליטריסטית: "אין גזרים גזרה שהציבור אינו יכול לעמוד בה." זילברג, שהתחיל כפוסק הלכה בניגוד להלכה בשאלת מיהו יהודי, עבר לפסוק בניגוד להלכה בשאלת תפילת יהודים בהר הבית. עולמו הרוחני ניבט בשני פסקי דין: היהדות היא דת טוטלית, יש לאמץ תפישה מקסימליסטית כלפי המדינה, הגאולה משנה את המצב המשפטי והלאומיות היהודית משנה את ההלכה היהודית. אותו ערוב בין המשפט הקהילתי של ההלכה למשפט מדינתי, ובין קהילה למדינה, הוביל את השופט זילברג לקנאות משיחית מחרחרת מלחמות בשם הגאולה, ולעירוב מסוכן של הדת עם הפוליטיקה.

34 כך כותב השופט אלון בפסק דינו: "בנושא זה דן לאחרונה בארוכה הרב גורן, בספרו הנ"ל [מד], ובו קביעה מפורטת אילו הם החלקים בתוך הר־בית כיום שברור שאינם כלולים בהר־הבית המקורי (ראו פרקים טז–יז, כז ואילך [מד]). בדיונים אלה מוקדשת שימת לב מיוחדת גם לכך שאין לבוא לכלל עימות עם המוסלמים." את מרכזיות פסיקתו של שלמה גורן בעיני השופט אלון ניתן לראות בכך שכאשר פירט אלון כיצד עלה להר הבית, הוא נימק את מנהגו בהלכת הרב גורן ובכך אימץ את פסיקתו ההלכתית, וכל זאת בפסק דינו: סיוורנו בהר־הבית, כחלק מחובת השיפוט של בית המשפט העליון בישראל, המצווה על שמירת שלטון החוק במדינת ישראל וריבונותה, ראיתי בו משום כניסה להר־הבית "לדבר מצוה". ומיראת המקדש טבלתי במקווה טוהרה בטרם עלייתי להר־הבית, לא נעלתי מנעלי עור שברגליי, ולא נטלתי מעות עמדי (וראו הרב גורן, בספרו הנ"ל, סוף ההקדמה, מבוא, עמ' יט, ועמ' שעג [מד]; הרב קורן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 414 [נד]; הרב שילת, במאמרו הנ"ל, בעמ' 495, 511–512 [נט]; ד"ר קימלמן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 13–17 [ס]). (בג"צ 4185/90 **נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** [23/09/1993]).

35 כך תיאר נדב שרגאי בספרו **עלילת 'אלי־אקצא בסכנה': דיוקנו של שקר**: "לעתים קיים יסוד עובדתי לחשש, אך העלילה לעולם לא תבדיל בין גורם הקיצון, הפרטי, הלא־ממסדי, שמעמדו בחברה הישראלית שולי, שאולי מעניק לחשש הזה יסוד, לבין מדינת ישראל שעושה הרבה מאוד כדי למנוע פגיעה במסגדים, ולהגן עליהם. רק פעם אחת, תוך כדי המלחמה ב־1967, דיבר גורם ישראלי רשמי על פגיעה במסגדים, אך התגובה התקיפה והחד־משמעית של המפקד הצבאי הבכיר בשטח בלמה זאת. מדובר ברב שלמה גורן, לשעבר הרב הצבאי הראשי. אלוף פיקוד המרכז דאז, עוזי נרקיס, איים עליו במעצר ובכלא. לימים הכחיש גורן ששקל זאת, ואף הסביר כי לשיטתו הוא, לא היה טעם בתכנית וברעיון מסוג זה" (תל אביב: ספריית מעריב, 2012), 71.

36 אותה טכניקה של עמימות בפסיקת הלכה בידו ניתן למצוא אצל השופט אלון בפרשה אחרת, בפרשת נשות הכותל. מצד אחד השופט אלון יודע שלפי ההלכה אין הוא מוסמך להורות הלכות: "אין אני מתיימר לפסוק את הדין בשאלה זו או אחרת המובאת לפנינו מבחינת עולמה הפסיקתי של ההלכה. לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי." (בג"צ 257/89 **ענת הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, 1994). מצד שני, השופט אלון אחוז חזון תאוקרטי, ומייד לאחר מכן פוסק הלכה: "העותרות שבעתירה בג"צ 257/89 מבקשות לקיים תפילה, שמורכבת ומתנהלת כולה על־ידי נשים, כפי שנהוג במניין של גברים, היינו באמירת קדיש, 'ברכו' וכיוצא באלה. ברור כי זו נוגדת את ההלכה." באשר לקבוצות תפילה, הוא מציין שיש מחלוקת בין האורתודוקסים אך הרוב המכריע שולל קבוצות תפילה לנשים. את מתח בין חוסר סמכותו לפסוק הלכות לבין פסיקתו הלכות, תירץ השופט אלון כך: "כלל גדול בדינו: אל תיקרי הליכות אלא הלכות (השווה מגילה, כח, ב), ואותה מידה נוכל לומר, בדרך

אם כן בג"ץ, ובפרט שופטיו הדתיים לאומיים – זילברג, מנחם אלון³⁷ ורובינשטיין, בסיוע אהרן ברק בעל הרטוריקה הליברלית – שימשו כחלילנים שהוליכו את ישראל אל מלחמת הדת שאנו חווים כיום. הגורם האחראי כאן אינו איתמר בן גביר, שכן גורמים קיצוניים יהיו בכל החברה, אלא בית המשפט העליון שניסח מדיניות המאפשרת לבן גביר ולחבריו לכוון את דרכי המדינה ולהתסיס את השטח. מגמתו המשפטית של אלון הייתה להפוך את ישראל לתאוקרטיה רכה, והוא הצליח להוביל את ישראל לתסיסה משיחית, תוך שהוא נעזר ברטוריקה ליברלית של חופש דת מבית היוצר של השופט אהרן ברק.³⁸ שורש התפיסה התאולוגית של אלון היה הצגת המשפט ההלכתי לא כמשפטן של הקהילות היהודיות, אלא כמשפט הלאומי של עם ישראל: המשפט

הפרפראזה: על תיקרי הלכות אלא הליכות, שהרי הלכות משפט והליכות חיים ירדו כרוכים אלה באלה" (בג"ץ 153/87 **לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח'** [1988]).

נראה אפוא שאסטרטגיית ה"לפסוק הלכה ולא לפסוק" היא לפסוק מתוך התכחשות לאחריות ולהכרח ההלכתי לברר הסמכות. הואיל וחזונה התאוקרטי של הציונות הדתית מנוגד למסורת ההלכתית, הדיון בשאלת סמכות הפסיקה מאיים עליה. כל דיון בשאלת הסמכות ההלכתית יחייב את השופט אלון לברר אם בג"ץ הוא ערכאות של גויים (כמו בתי המשפט בארה"ב), או בית דין של הקהילה היהודית, או גרוע מערכאות של גויים כפי שפסק הגר"ע יוסף. פסיקתו של אלון ממחישה מדוע צדק הגר"ע יוסף: בית המשפט העליון הוא בית משפט של מדינה, אך מתחזה להיות בית דין של הקהילה היהודית. ההתחזות הזו עושה את בית המשפט הישראלי לנחות מבתי המשפט של המדינות השונות – שם בתי משפט מעמדם ההלכתי הוא של ערכאות של גויים. (ההלכה אינה מתנגדת לקיום ערכאות של גויים. להפך, הקמת מערכת דינים היא אחת משבע מצוות בני נוח.) הקהילה המשפטית התקוממה מדברים אלו של הגר"ע יוסף, אך הייתה עיוורת לכך שדברים אלו של הגר"ע היוסף הם שעולים בקנה אחד עם הגישה הדמוקרטית, המבחינה בין בתי המשפט של המדינה לבתי דין דתיים; ואילו הגישה שרואה במשתמע בבג"ץ את בית המשפט העליון של המדינה היהודית – מדינת העם היהודי – היא הגישה התאוקרטי דווקא.

37 כה קבע השופט אלון בפסק הדין (בג"ץ 4185/90 **נאמני הר-הבית, גרשון סלומון, עלי ארבל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, מפקד משטרת ישראל, ראש עיריית ירושלים ואח'**, 22.9.1993).

וכך חרזו בעלי האגדה את מרכזיותו של הר-הבית (מדרש תנחומא, פרשת קדושים, י [ד]):

ארץ ישראל טבור של עולם:

יושבת באמצעו של עולם

ויירושלים באמצעו של ארץ ישראל,

ובית המקדש באמצע ירושלים

וההיכל [קודש הקודשים] באמצע בית המקדש והארון באמצע ההיכל

ואבן השתייה לפני ההיכל

שממנה הושעת [נוסד] העולם.

ובניה של אומה זו, הן אלה שבארץ-ישראל והן אלה שבתפוצות, עלו אליו לרגל, בכל ימות השנה ובשלושת הרגלים, בעתות צרה כבימי שמחה, התנגעו אליו והתרפקו עליו. וכשם שקיומו של בית המקדש בהר-הבית היה הביטוי הנשגב ביותר לעצמאותו המדינית ולייחודו הדתי של עם ישראל, כך היה חורבנו למאורע הטראומתי ביותר בתולדות עם ישראל, שסימל את אובדן העצמאות המדינית בארצו ואת גלותו ופיזורו בין אומות העולם. ובוא וראה – עם חזרתה של האומה העברית לארצה והחזרת ריבונותה לאחר אלפיים שנות גלות עם הקמת מדינת ישראל, יש הקוראים לתקופתנו, על דרך ההשאלה, תקופת הבית השלישי.

ועוד הוסיף השופט אלון משלו למיתולוגיה שגולל:

במלחמת ששת הימים, ביוני 1967, כאשר ממלכת ירדן פתחה בהתקפה צבאית על מדינת ישראל ועל ירושלים היהודית, שוחררו הר-הבית והכותל המערבי מהכיבוש הירדני. בנוסף לקשר הדתי תרבותי בין הר-הבית לעם ישראל, קשר שלא נותק מעולם, הוחזרה גם הריבונות המדינית של ישראל על הר הבית, כפי שכך היה במשך תקופה ארוכה בדברי ימי האומה העברית, מאז בניין הבית הראשון על-ידי שלמה המלך מלפני כשלושת אלפים שנה. המעגל ההיסטורי חזר ונסגר.

38 אהרן ברק סייע במישורין ובעקיפין לקידום מטרותיו של המחנה המשחית בשלושה צמתים היסטוריים: ראשית, כיועץ משפטי הוא אימץ את הטיטוט של פליאה אלבק כפי עדותה: "אחרי הטיסה ההיא היו עוד מסעות רבים, שבהן וידאה כי הקרקע המיועדת להתנחלות אינה מעובדת ונופלת בהגדרה של 'אדמת מדינה'. בתחילה הכינה אלבק טיוטות לחתימת היועץ המשפטי. אבל יורשו של ברק, יצחק זמיר, העביר לידיה את הסמכות. 'פעם, כשכתבתי שאי אפשר וזו לא אדמת מדינה, זמיר אמר לי שאינו מעז לחתום ואם אני רוצה שאחתום בעצמי. חתמתי, וכך זה הוגש לממשלה. מאז עברו לבקש חוות דעת שלי" (אלוף בן, "בהתנחלויות יש אלמנט של זמניות, למתנחלים אין זכות קניין על בתיהם", **הארץ**, 3 באפריל 2004). לאחר פרישתו הכריז השופט ברק, כי ההתנחלויות אינן חוקיות, וכל זאת מבלי לאזכר את חלקו בהפיכת גזל הפלשתינים לזכות משפטית (ראו: שמעון כהן, "אהרן ברק: ההתנחלויות לא חוקיות", **ערוץ 7**, 21 בדצמבר 2012); שנית, בפרשת הר הבית, שעליה עומד מאמר זה; שלישית, בכך שתרם מאוד לכישלון שיחות השלום בטאבה כשטען טענה חסרת בסיס משפטי כלהלן: שמכוו הלכת הסבירות, סמכות ממשלת מעבר להגיע להסכמי שלום הולכת ונגנסת עם הבחירות (בג"ץ 9063/96 **פרופ' הלל יוס נ' ממשלת ישראל ואח'** [16.2.1998]). בכך כפה ברק על ממשלות מעבר להמשיך במלחמה בלי אופציה של שלום.

העברי.³⁹

גישה זו של בית המשפט העליון מנוגדת גם למדיניות הסטטוס קוו של נתניהו. כאן אתייחס לגורם השלישי בכרוסום התפיסה המוקדמת לגבי הר הבית: מעמדו בהסכמי אברהם שנחתמו בשנת 2020. הסכמי אברהם מעגנים זכות לכל מוסלמי להתפלל בהר הבית (כזכור, חתנו של טראמפ הציג חזון של הגעת צליינים מוסלמים לכאן בהמוניהם), וזכות לכל אדם להתפלל ביתר המקומות. חשוב להדגיש, כי הישראלים לא קראו את הסכמי אברהם וכי נתניהו הציג לציבור הישראלי נרטיב שגוי בנוגע להסכמים אלה. מההסכמים משתמע שנתניהו ויתר על הר הבית, ובפרט על הזכות של יהודים להתפלל בו. ככל שההסכם יצר את הציפיות הללו אצל המוסלמים, או אפילו את ההבנה שכך מתחייב מההסכם, כך תפילת יהודים בהר הבית נהיית למסוכנת יותר. נתניהו לא הסביר לישראלים למה הם התחייבו, וישראל נוהגת משל לא התחייבה לכך. דומני שההסכם אכן הגביר את הציפייה בקרב המוסלמים – שהר הבית יהיה למקום תפילה למוסלמים בלבד, ואת נכונותם להילחם על מה שהובטח להם בהסכמים הבין-לאומיים השונים: הסכמים שלמעשה אימצו את התחייבותו בעל פה של משה דיין. מכל אלה עולה שילוב בין המדיניות שהכריז עליה בג"ץ, ובין ההכרזה של הממשלה על מחויבות לסטטוס קוו, והחתימה על הסכמי אברהם; ובנוסף להן הפרקטיקה של התרת תפילת יהודים בהר הבית – בניגוד לסטטוס קוו שהיה ערב מלחמת העולם הראשונה ותוך הפסקתה במקרה טרור – כל אלה יוצרים מצעד איווולט. זהו שילוב שמתמרץ טרור דתי, ושמכניס אותנו למשחק מסוכן שבו אנו בוחרים בין תבוסה לוקלית מפני טרור ובין הסתכנות במלחמת דת שעלולה להיגמר בקטסטרופה.

סוף דבר

אני מצביע כאן על הבעיה הגדולה, שאותה יש לפתור עוד היום. חובה עלינו לצאת מהמשחק הזה לעבר משחק של שלום מתוך אצילות, ולשנות את המדיניות הישראלית לגבי הר הבית. נדרש שינוי יסודות במדיניות הישראלית: ויתור בלתי מותנה על הר הבית שלא מתוך כניעה לטרור, אלא מתוך מחויבות מוסרית ומתוך קבלת עול החוק הבין-לאומי, להיות שוחרי שלום ואף נדיבים כלפי שכנינו ולהביע רצון טוב כלפיהם, וכל זאת מתוך כבוד למסורת הדתית היהודית שאוסרת בכלל לעלות להר הבית. ניתן ליישם זאת בדרכים שונות, אך היישום המינימלי חייב להיות הכרזת ישראל שהר הבית לא יישאר בריבונותה בכל הסכם שלום. קבלת עול החוק הבין-לאומי מאפשרת להסכים לווייתור המתחייב מהחוק הבין-לאומי, מבלי לצאת נכנעים לטרור. האדם האחרון שנקט במדיניות שוחרת שלום לגבי הר הבית היה חכם שלום כהן, הנשיא המנוח של מועצת חכמי התורה של ש"ס. חכם שלום כהן ניצל את ההזדמנות של הסכמי אברהם, הזמין את השגריר האמירתי ואשרר בפניו את המסורת היהודית, כך: "הר הבית זה לא לנו, אסור לנו לעלות לשם, הערבים שולטים שם".⁴⁰ בהזמנת השגריר מאחת ממדינות ערב החלשות, ובהכרזתו כי הערבים שולטים בהר – מבלי לציין מי מהמדינות עושה

39 כך בספרו **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (ירושלים: מאגנס, 1973). זוהי תפיסה מיתולוגית של המשפט היהודי. בעוד אנשי חוכמת ישראל שאפו ללימוד מדעי של היהדות, אלון עושה מיתולוגיזציה ציונית-דתית למשפט היהודי תחת אצטלה של לימוד מדעי. מעמדו הרם והנישא של מנחם אלון בקרב קהילת חוקרי המשפט העברי הוביל לשממה בתחום, ולהפיכת קורסים במשפט עברי לקורסים שערכם המדעי מוטל בספק. מבלי לתקן טעות זו, אי אפשר לנהל מחקר מדעי של המשפט העברי.

40 הרב שלום כהן, "הר הבית לא לנו, אסור לעלות לשם, הערבים שולטים שם", **ערוץ 7**, 30 במאי, 2021.

<https://www.inn.co.il/news/494262>

זאת - הלך החכם לפי עצת המשנה: "גזל אחד מחמשה ואין יודע מאיזה גזל, כל אחד אומר: אותי גזל, מניח גזילה ביניהן ומסתלק, דברי רבי טרפון" (יבמות טו, ז). דרך זו פוטרת את היהודים מלהיכנס בריב בין מלכויות שונות, מי מהן תשלוט בהר הבית, ובכך חכם שלום כהן אפשר ויתור חד־צדדי על הר הבית, אותו עושר השמור לכובשיו לרעתו. עלינו לוותר על הר הבית כבני חורין אציליים, חרף המדיניות של בג"ץ שכופה עלינו להתחיל כגברתנים ולגמור כנכנעים לטרור.

אדגיש את מסקנתי העיקרית: הכלל שקבע בית המשפט העליון, שלפיו ליהודים יש זכות להתפלל בהר הבית, אך הרשויות מוסמכות להגביל אותה אם יש סכנה בהסתברות קרובה לוודאי לפגיעה חמורה בביטחון, הוא כלל שבבירור מתמרץ אלימות, מחרחר מלחמות ובולם שלום. עדיפה עליו לאין שיעור האסטרטגיה של היהדות החרדית ושל פרויד: לוותר מראש על כל עליית יהודים להר הבית. אסטרטגיה זו מונעת את התמריץ לאלימות ומאפשרת בסיס לשלום. משה דיין היה נכון לוותר על תפילת יהודים בהר הבית, אך הוא לא הסדיר זאת מדינית. בעוד בית המשפט העליון של אגרנט קיבל את הנוסחה של דיין, בית המשפט של ברק כבר כפה כניסה למשחק מסוכן שעלול להוביל למלחמת דת.