בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4844/16

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שהם

העותרים: 1. חננאל בוצקו
2. יובל נולר

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל - משטרת ישראל - מרחב דוד

עתירה למתן צו על-תנאי וצו מוחלט

בשם העותרים: עו"ד מנשה צ' יאדו

בשם המשיבה: עו"ד מיכל צוק-שפיר

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

העותרים הורחקו מהר הבית, ולטענתם מתנערת המשטרה מחובתה לקיים הליך מנהלי תקין במניעת עלייתם אל ההר.

עיקרי העתירה

1. לטענת העותרים, הפרקטיקה הנוהגת בהר הבית היא שכאשר מחליט שוטר כי מבקר יהודי עשה בהר הבית מעשה שיש בו משום הפרה של הסדר הציבורי, חשש להפרה כאמור, או הפרה של כללי הביקור, כי אז שוללת המשטרה את זכותו לעלות אל ההר או מתנה אותה בתנאים. קודם לכן מוזמן אותו אדם לפגישה שמכונה "שימוע", למרות ששימוע זה לא מנוהל כדין, לא "בלב פתוח ובנפש חפצה", מבלי למסור חומר

או מידע לגבי נושא השימוע לקראת עריכתו, וגם לאחריו לא ניתן פרוטוקול ולא נשלחת החלטה כתובה ומנומקת. במסגרת השימוע מוצע בדרך כלל לאותו אדם לחתום על התחייבות, ואם אינו מסכים, כי אז נמסר לו בעל-פה כי לא יוכל לשוב ולעלות להר הבית. לטענת העותרים, התנאת זכותו של אזרח לעלות להר הבית בחתימה על המסמך אינה חוקית.

2. העותרים, בדומה לעשרות אנשים במקרים אחרים, אינם יודעים מה המעשה או המחדל שבעטיו הורחקו מההר, מהי העילה, מה מקור הסמכות, ומהו משך זמן ההרחקה. לטענתם, חירויות יסוד נשללות בעל-פה, ומבלי לקיים בירור של ממש אם אכן התפללו על ההר ומה עשו.

3. במהלך סיור שהתקיים ביום 14.2.2016 בהר הבית ניגש שוטר אל העותר 1 והודיעו כי עליו לרדת מן ההר. העותר שאל את השוטר לפשר הדבר, אך השוטר נמנע מלהשיב. העותר 1 עוכב בתחנת המשטרה בקישלה ושוחרר כעבור 40 דקות מבלי שנאמר לו מה עשה. כאשר נשלח לדרכו אמר לו שוטר כי אם יבקש לשוב ולעלות אל ההר, ידרש להתייצב לשימוע ולחתום על "מסמך התחייבות". העותר 1 הגיע לשימוע ביום 28.2.2016 בלוויית בא-כוחו. מפקד התחנה הטיח בו כי התפלל בקול רם, וכי עובר להורדתו מן ההר העירו לו השוטרים שוב ושוב כי אין להתפלל בהר הבית. העותר השיב כי רק במהלך השימוע שמע לראשונה מדוע הורד מן ההר, הכחיש כי התפלל, וטען כי אף אחד לא התריע בפניו כי הוא צפוי להיות מורד מן ההר מחמת התנהגותו. מפקד התחנה בדק את הראיות ועמד על דעתו כי העותר 1 לא יוכל לשוב אל ההר מבלי שיחתום תחילה על מסמך ההתחייבות. בהמשך פנה ב"כ העותר 1 במכתב אל מפקד התחנה, טען את טענותיו של העותר וביקש לקבל פרוטוקול והחלטה. אלו לא נתקבלו עד להגשת העתירה. מכאן טענת העותר 1 על הרחקתו מן ההר מבלי שניתנה החלטה שמציינת באופן גלוי ומפורש מה עילת הרחקתו מן ההר, ומבלי שניתן לברר מה תוקף ההרחקה וכיצד ניתן להשיג עליה. בעתירתו מבקש העותר 1 להורות למשטרה למסור פרוטוקול של ישיבת השימוע והחלטה שניתנה בעקבותיו לגבי הרחקתו מן ההר.

4. במהלך הסיור הנ"ל, הורד גם העותר 2 מן ההר על-ידי שוטר, עוכב גם הוא למשך כ-40 דקות, וכשהופטר לדרכו נמסר לו כי על מנת לשוב ולעלות אל ההר יהיה עליו להתייצב לשימוע ולחתום על התחייבות. ביום 23.3.2016 נערך לעותר 2 שימוע, מבלי לכתוב פרוטוקול, ובסופו נמסר לעותר 2 כי באם לא יחתום על התחייבות לא יוכל לשוב ולעלות להר. לשאלתו, נאמר לעותר 2 כי לא יקבל החלטה כתובה, ועוד

זאת – כי הגבלת עלייתו להר הבית אינה קצובה בזמן. בהמשך שלח ב"כ העותר 2 מכתב למפקד התחנה שערך את השימוע, ובו טען על כך שהשימוע נערך בלי פרוטוקול, ועל כך שההחלטה על שלילת זכותו של העותר 2 לא לעלות להר לא ניתנה בכתב חרף בקשתו. בתשובתו של מפקד תחנת המשטרה לב"כ העותר 2, לא צוין המעשה או המחדל שבגינו הורחק העותר 2 מן ההר, זולת אמירה עמומה כי הלה "התנהל בניגוד לכללי הביקור המוכרים אותם קיבל טרם הכניסה להר". לטענת העותר 2, אין זה מתקבל על הדעת שלא יטיחו בו את המעשה שביסוד ההחלטה לשלול את זכותו, כדי שיוכל ליתן מענה, הדבר עומד בניגוד לכללי הצדק הטבעי, ומדובר בחריצת דין בלא משפט. ב"כ העותר 2 שב וביקש לקבל פרוטוקול והחלטה, אך לא נענה. העותר 2 דורש לערוך לו שימוע שבו יאמר לו מה המעשה או המחדל המיוחסים לו, ועובר לשימוע להמציא לו חומרים על מנת שידע במה הוא חשוד, וכדי שיוכל להערך בהתאם. העותר 2 תובע לשמוע את דבריו נגד אותו חשד, לשקול את טענותיו בלב פתוח ובנפש חפצה, ולמסור לו פרוטוקול של השימוע והחלטה שבה תיכתב הסנקציה, מקור הסמכות, התחולה בזמן ודרכי ההשגה.

עיקרי תגובת המשיבה

5. בתגובת המשיבה נאמר כי המשטרה לא קיבלה החלטה על הרחקתם של העותרים מהר הבית. לנוכח הפרת הכללים החלים בהר, נתבקשו השניים, עובר לעליה נוספת שלהם להר הבית לחתום על התחייבות כי לא יפרו שוב את הכללים. לתגובת המשיבה צורפו שני זכ"דים שנערכו ביחס לעותר 1 וצוין שאין זכ"דים שכאלה לגבי העותר 2. מכיוון שהסעד שהתבקש בעתירה הוא העברת המסמכים הנ"ל, הרי שהעתירה התייתרה ודינה להימחק. להשלמת התמונה, הוסיפה ב"כ המשיבה וציינה, כי לאחרונה, ללא קשר לעתירה, מקיימת המשטרה בחינה מחודשת בשיתוף עם משרד המשפטים ביחס למסמך ההתחייבות.

נוהל הגבלת גישה להר הבית

6. העותרים ביקשו לצרף "נוהל הגבלת גישה להר הבית מתאריך 17.08.14" שהגיע לידיהם לאחרונה, בעקבות בקשה שהגישו לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998, ואשר ממנו, לטענתם, עולה באופן מפורש כי דין העתירה להתקבל, משום שכל הסעדים שביקשו בעתירתם הם סעדים שמחובתה של המשטרה ליתן להם לפי הנוהל המשטרתי עצמו, ה"מהווה למעשה גילוי של בסיס נורמטיבי מוצק לכל דרישותיהם". ב"כ העותרים הפנה לסעיפיו השונים של הנוהל כדי להוכיח את טענתו על הפרת הנוהל המשטרתי בידי המשטרה בקשר להגבלה שהוטלה על העותרים במניעת עלייתם להר הבית: סמכות להרחיק אדם מהר הבית נתונה למפקד המחוז (סעיף 3ד); החלטה על

הרחקה תינתן בכתב ותימסר למורחק (סעיף 3ה); ההרחקה מוגבלת לתקופה של ששה חודשים (סעיף 3ו); החלטה על הרחקה תינתן לאחר התייעצות עם מפקד המרחב והיועץ המשפטי (סעיף 3ז); לא יוחלט על הרחקה אלא רק לאחר שימוע (סעיף 3ח), ובאם קיים חשש ממשי שלפיו המורחק עלול לעשות בהר הבית מעשים שיגרמו לפגיעה חמורה בשלום הציבור ובבטחונו (סעיף 3א ו-ב).

7. ב"כ המשיבה שבה וציינה בתגובה לטענות בהתייחס אל הנוהל הנ"ל, כי לא נתקבלה כל החלטה על הרחקתם של העותרים מהר הבית: "העותרים יכולים לעלות להר, זאת בכפוף לקבלת תדריך בדבר הכללים החלים, מידי קצין משטרה". מכיון שלא נתקבלה החלטה על הרחקתם מהר הבית, ממילא הנוהל הנ"ל אינו רלבנטי כלל ועיקר. ב"כ המשיבה עדכנה כי לאחרונה אושר נוסח מעודכן של מסמך ההתחייבות, ומשטרת ישראל שוקדת בימים אלה על אופן ישומו בשטח. ב"כ המשיבה ביקשה להגיש הודעה מעדכנת נוספת עם תחילת היישום בשטח, ולפרט באותה הודעה על אודות המסמך ומהותו.

בקשה למחיקת העתירה ולפסיקת הוצאות

8. בהודעה מיום 26.10.2016 עדכנו העותרים כי בחול המועד סוכות עלו להר הבית, בלא התנאה או דרישה כלשהי מצד משטרת ישראל, ובכך התייתרה למעשה העתירה, שהתמקדה באי-החוקיות שבהתנאת חתימה על מסמך ההתחייבות לצורך מימוש הזכות לעלות להר הבית; באופן הרחקתם של העותרים מן ההר; מבלעדי החלטה; בלא תחימה בזמן; ומבלי להציג מקור סמכות למניעת הגישה אל ההר במשך 8 חודשים.

9. משהוסרה המניעה הבלתי-חוקית לעלייתם של העותרים להר הבית, הפכה העתירה לתאורטית, לדבריהם, משום שהסעד שנתבקש במסגרתה התקבל במלואו. לפיכך, לטענת העותרים, בד בבד עם מחיקת העתירה, מן הדין ומן הצדק לפסוק לזכותם שכ"ט עו"ד והוצאות.

10. המשיבה מתנגדת לפסיקת הוצאות, משום שהסעד שנתבקש בעתירה היה העברת מסמכים ולא עליה להר הבית, ומכל מקום, שלא כנטען על-ידי העותרים, לא התקבלה החלטה על הרחקתם מהר הבית, ולפיכך לא נעשה להם שימוע. לנוכח הפרת הכללים החלים על המבקרים בהר הבית בביקורם הקודם, ביקשה המשטרה מן העותרים לחתום על מסמך התחייבות כי לא יפרו את הכללים עובר לעליה נוספת להר הבית. ביני לביני, ומבלי קשר לעתירה הנדונה, שונה מסמך ההתחייבות. משביקשו

העותרים לעלות להר הבית בחול המועד סוכות, נבחנו הדברים על-פי תמונת המצב העדכנית, ועליית העותרים להר הבית נתאפשרה, לאחר שקיבלו תדרוך כללי ופרטני מקצין המשטרה, במסגרתו הובהרו להם כללי הביקור במקום. אין מדובר במצב דברים שבו הגשת העתירה הובילה לסעד.

11. בתגובתם טוענים העותרים, כי עתירתם כוונה נגד הפרקטיקה הדיונית שהיתה מקובלת במשטרה בשנים האחרונות ועד להגשת העתירה: דרישה בעל-פה לחתום על מסמך ההתחייבות, שאם לא כן, לא תינתן רשות לעלות להר, למשך תקופה שאינה קצובה בזמן, מבלי לציין את מקור הסמכות להגבלה. בעתירתם לא ביקשו העותרים רק לקבל את הפרוטוקולים של ישיבות השימוע, אלא טענו גם למקור הסמכות החוקי, למתן החלטות בכתב, לציון משך זמן ההרחקה, ולקיום שימוע כדין, בלב פתוח ובנפש חפצה. משהודיעה המשיבה במסגרת עתירה זו על הפסקת הפרקטיקה שנהגה, אשר היוותה עילה להגשת העתירה, מן הראוי, לטענת העותרים, לפסוק הוצאות לטובתם.

12. כשלעצמי, דומני כי אכן נכרכה דרישת החתימה על כתב ההתחייבות כהתנאה למימוש זכות העלייה להר הבית, בניגוד לנוהל המשטרתי, כפי שפורט לעיל, ושלא כדין. כך כתב מפקד תחנת המשטרה בזכ"ד מיום 25.5.2016 לגבי העותר 1: "משכך הדבר, ומכיוון שהגיעו ביחד (עם עו"ד) דבר שאינו בשגרה הסכמתי לערוך בדיקה נוספת אם יש סרטון שמתעד את הביקור. בכל מקרה הנושא יבחן ואני יעמוד בקשר עם העו"ד. <u>עד אז חננאל לא מורשה לעלות להר הבית לביקור</u>". כך כתב מפקד תחנת המשטרה בזכ"ד מיום 31.3.2016 לגבי העותר 2: "מאחר וסרב הודעתי לו כי תימנע ממנו עליה להר הבית, עד שיחתום על כתב התחייבות". האופן שבו התנהלו גורמי המשטרה אל מול העותרים ובא כוחם – אם במעשה, אם במחדל – גרם לעותרים לחשוב כי מוטל עליהם איסור לעלות להר הבית. על פני הדברים, לא היתה עילה חוקית למניעת העליה להר הבית, מכל מקום, לא ננקטו ההליכים המתחייבים לשם כך. העותרים, בדרך התנהלותם, לא הקלו על המשטרה במקום חשוב וטעון כהר הבית. ברם, קשה להימנע מן החשש שנוח היה לגורמים במשטרה עם מניעת העליה להר הבית דה- פקטו, גם אם לא דה-יורה. הגשת העתירה הביאה לתיקון מצב דברים זה. פניות ב"כ העותרים לפני הגשת העתירה נותרו ללא מענה, ומבחינתם לא היתה ברירה אלא להגיש את העתירה; וזו נשאה פרי.

13. העתירה נמחקת אפוא בזאת. המשיבה תישא בהוצאות העותרים בסך (כולל) של 5,000 ₪.

ניתן היום, ו׳ בכסלו התשע״ז (6.12.2016).

שופט שופט שופט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16048440_O15.doc עב
מרכז מידע, טל׳ 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il