



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5887/17

לפני: כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים: 1. ג'בארין  
2. נ'בארין  
3. ג'בארין

נגד

המשיבות: 1. משטרת ישראל  
2. המחלקה לחקירת שוטרים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ב' באב התשע"ז (25.07.2017)

בשם העותרים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד מוחמד בסאם

בשם המשיבות: עו"ד אבי מיליקובסקי

### פסק-דיו

1. העתירה שלפנינו כוונה כלפי החלטתה של משטרת ישראל לדרוש התחייבויות שונות מהעותרים כתנאי להעברת גופותיהם של שלושה מפגעים שביום 14.7.2017 ביצעו את מתקפת הטרור באזור הר הבית שבה נפלו השוטרים כמיל שנאן ז"ל והאיל סתאווי ז"ל. בנוסף לכך, התבקש בה סעד שעניינו ביצוע נתיחה שלאחר המוות בגופות. העותרים הם הוריהם של המפגעים.

2. המשטרה מתנה את העברת הגופות לידי ההורים בהסכמתם של האחרונים לתנאים שבהם ייערכו הלוויות, הכוללים הגבלות שונות, ובכלל זה על מספר המשתתפים ושעת קיומן.

3. במהלך הימים האחרונים קיימנו ישיבות רבות שארכו שעות ארוכות במטרה להביא את הצדדים להסכמה על מתווה הלוויות, אולם ללא הועיל. לצערנו הרב, נותרו בין הצדדים מחלוקות שונות באשר לשעת קיום הלוויות ומספר המשתתפים בהן. משלא הצלחנו להביא את הצדדים להסכמה אין לנו מנוס אלא להכריע בעתירה שלפנינו.

4. אכן, לא ניתן לחלוק על כך שקיים בסיס לחששות המשטרה מפני הפרות סדר ודברי הסתה שעלולים ללוות את לוויית המפגעים. אולם, לא זו השאלה שעלתה בעתירה שבפנינו. אין ספק שבידי המשטרה סמכויות רבות בתחום של שמירה על הסדר הציבורי, והיא רשאית ואף חייבת לעשות בהן שימוש בכל הנוגע לאירועי התקהלות שיש בהם הפרות סדר, ככל שיש כאלה. עם זאת, העתירה העלתה שאלה אחרת – האם המשטרה מוסמכת להתנות את העברת הגופות לידי המשפחות בהסכמה למתכונת מסוימת של לווייה (להבדיל משאלת סמכותה לפקח על הסדר הציבורי לאחר מכן, שעליה אין חולק). על שאלה זו אין מוצא מלהשיב בשלילה. בעיקרו של דבר, אנו סבורים כי דין העתירה להתקבל ככל שהיא עוסקת בסעד העיקרי שהתבקש בה, מאחר שהמדינה לא הצביעה על מקור סמכות המאפשר לה להחזיק בגופות כתנאי להסכמה על מתווה הלוויות.

5. בראש ובראשונה, המשטרה ביקשה להסתמך על סעיפים 3 ו-4א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה) כמקור סמכות למניעת העברתן של גופות המפגעים. אולם, לא מצאנו בעמדה זו ממש.

6. סעיף 3 לפקודת המשטרה אינו אלא סעיף כללי המגדיר את תפקידי המשטרה וקובע כי עליה לעסוק "במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". אין בו מקור הסמכה עצמאי.

7. אכן, בשונה מכך, סעיף 4א לפקודת המשטרה כולל רשימת סמכויות המוקנות לשוטרים. אולם, אף בו לא מוקנית סמכות להימנע מהעברת גופות לצורך קבורה,

מעבר להסדרים הקבועים בדין. על מנת להסביר את עמדתנו, בקצרה, ראוי להביא סעיף זה, הרלוונטי לענייננו, בלשונו:

"(א) מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא –  
 (1) להורות לכל אדם הנמצא באזור או במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם הצלת הנפש או הרכוש או למניעת הפגיעה, ובכלל זה להורות על מניעת גישה לאזור או למקום, או יציאה ממנו;  
 (2) להורות לגוף הצלה, כהגדרתו בסעיף 90א, לפעול במסגרת תפקידו וסמכויותיו על פי כל דין;  
 (3) לצורך הצלת הנפש או הרכוש –  
 (א) להיכנס לכל מקום שהכניסה אליו דרושה באופן חיוני ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע סמכות הכניסה כאמור, ובלד שהשוטר זיהה עצמו לפני מי שנמצא במקום והודיע לו את המטרה שלשמה נדרשת הכניסה, ביקש את הסכמתו לכניסה והזהירו כי יש בכוונתו להשתמש בכוח לצורך הכניסה; חובת הזיהוי, ההודעה והאזהרה כאמור לא יחולו אם נוכח השוטר לדעת כי לא נמצא איש במקום;  
 (ב) לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע פעולה כאמור".

8. עמדת המשטרה היא שסעיף זה המכוון לעשיית "כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך פעולה כאמור" חל על "כל פעולה", ובכלל זה הימנעות ממסירת גופות לקבורה.

9. עמדה זו של המשטרה אינה מתיישבת עם הדרישה להסמכה "מפורשת" בכל הנוגע לפעולה הפוגעת בזכויות יסוד. בענייננו, מספר זכויות יסוד עומדות על כף המאזניים, ובראשן כבוד האדם.

10. הדרישה להסמכה מפורשת לצורך פגיעה בזכויות יסוד היא מחויבת המציאות כיום לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, למעשה, אין מדובר בחידוש. כבר בשנותיו הראשונות של בית משפט זה הוא נמנע באופן ברור מהכרה בסמכויות עזר שכרוכות בפגיעה בזכויות אדם (ראו למשל: ע"פ 40/58 היועץ המשפטי נ' זיאד, פ"ד יב 1358 (1958)). אין צריך לומר שדרישה זו חזרה ואומצה מאז בהקשרים רבים אחרים, לרבות כאלה של אכיפת חוק (ראו למשל בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010)). הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך שסעיף 4א לפקודת

המשטרה מקנה את הסמכות לכל "שוטר", וממילא אין מקום להנחה שהמחוקק בחר להקנות סמכות כה רחבה בידיו של כל שוטר.

11. יש לציין כי במהלך הדיון בפנינו ביקשה המשטרה להפנות להוראות נוספות בפקודת המשטרה כמקורות סמכות אפשריים, כדוגמת הסמכויות המחייבות קבלת רישיון לאסיפות ותהלוכות (סעיפים 83-90 לפקודת המשטרה). עם זאת, לאמיתו של דבר, אף לגישת המשטרה סעיפים אלה חלים רק על אסיפות ותהלוכות כמובנן בפקודת המשטרה, וממילא אינם יכולים לחול, כפשוטם, על לוויה שמתקיימת ללא מרכיבים של אסיפה ותהלוכה.

12. אנו מבקשים להבהיר: פסק דיננו זה מתמקד למעשה בשאלה אחת, ובשאלה אחת בלבד: האם המשטרה מוסמכת להימנע מהעברת גופותיהם של המפגעים לידי בני משפחותיהם לצורך קבורתם. אין בדברינו אלה כדי לגרוע מסמכותה ואף מחובתה של המשטרה להפעיל את מכלול סמכויותיה האחרות בתחום של שמירה על חוק וסדר, ובכלל זה לפקח על התקהלויות או להתנות ניהולן של תהלוכות ברישיונות מתאימים. במסגרת זו נציין כי גם לא נטען לפנינו כי עצם העברת הגופות, שלא בדומה ללוויות עצמן, עלולה להוביל לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש.

13. לעומת זאת, לא ראינו לנכון לקבל את העתירה ככל שהיא נוגעת לבקשת העותרים כי נורה על ביצוע נתיחה שלאחר המוות בגופותיהם של בני העותרים, נוכח קיומו של סעד חלופי בדמות פניה לבית משפט השלום בהתאם להוראת סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958.

14. לא נוכל לסיים מבלי לציין כי התרשמנו כי הן העותרים והן המדינה משווים נגד עיניהם את האינטרס הציבורי ואת החתירה לכך שאירועי הלוויה והקבורה יתנהלו כסדרם מבלי לפגוע בשלום הציבור. במסגרת הדיונים נמסרו התחייבויות ברורות מטעמן של המשפחות, כמו גם מטעם אנשי ציבור רלוונטיים ובראשם ראש עיריית אום-אל-פחם, לעשות את המרב לשמירה על כך שהלוויות לא יפגעו בסדר הציבורי. אנו מבקשים להביע תקוותנו כי כך ייעשה.

15. סוף דבר: אנו עושים צו מוחלט כדלקמן:

א. לאחר שתיתן לעותרים התראה על כך שעתיים מראש לפחות תמסור משטרת ישראל לעותרים את גופות בניהם, על מנת שאלה תובאנה לקבורה

בבית הקברות שליד מסגד אל פארוק באום אל פחם. ההתראה תינתן לא יאוחר מ-30 שעות ממועד שחרור פסק דין זה.

ב. למותר לציין כי משטרת ישראל תהיה רשאית לקבוע תנאים והוראות, לפי מיטב שיקול דעתה, על מנת להבטיח שההלוויות עצמן תערכנה תוך שמירה על הסדר הציבורי ולשם מניעת הפרות סדר ו אלימות.

ג. רשמנו לפנינו את הצהרות והתחייבויות העותרים, בא כוח העותרים, נציג משפחות העותרים וראש עיריית אום אל פחם לפיהן הם מתחייבים להבטיח את הסדר הציבורי ולמנוע את הפרתו בסמוך לפני, במהלך ובסמוך לאחר ההלוויות.

ד. רשמנו לפנינו את הצהרות חברי הכנסת ג'בארין וסעדי – מפי בא כוח העותרים – כי אף הם מתכוונים לפעול להבטחת הסדר הציבורי ולמנוע את הפרתו כמפורט מעלה.

ה. רשמנו לפנינו את הצהרת בא כוח העותרים כי כל הסיכומים שהושגו בין העותרים לבין המשיבות בנושאים שהיו תחילה במחלוקת בין הצדדים יכובדו על ידי העותרים ונציגיהם.

16. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ב' באב התשע"ז (25.7.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט