|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני** | **כבוד השופט מרדכי בורשטין** | |
| **תובע** | | **איתמר בן גביר** |
| **נגד** | | |
| **נתבעים** | | **1.ניצן דואניס**-התביעה נדחתה  **2.הווקף המוסלמי**- ניתן פסק דין  **3.מדינת ישראל** ע"י ב"כ עו"ד ל. סקברר מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי) |
|  | | |
|  | |  |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

**מבוא**

1. לפני כשנתיים וחצי ימים בחול המועד סוכות, ביום יז' בתשרי תשע"ו (30.09.15), הגיע התובע לשער הכניסה למתחם הר הבית, שם המתין במשך כשעה וחצי על מנת לעלות להר הבית.

התובע פנה לשוטר שהיה במקום בעמדת הבידוק ושאל מדוע ממתינים זמן כה מרובה, אך לא נענה. זמן קצר לאחר תלונתו על ההמתנה במקום, התאפשר למבקרים היהודים, בכללם- התובע, לעלות להר הבית.

בזמן הביקור בהר הבית עקבו אנשי הווקף אחר התובע אשר ביקש מהשוטרים כי אלה יתרחקו. לאחר שהתובע שמע במתחם הר הבית קריאות "**אללה אכבר"**, קרא "**עם ישראל חי"** ואז עוכב, נלקח לחקירה, שוחרר לביתו וביום למחרת התקיים דיון למתן צו הרחקה.

בדיון האמור נדחתה בקשת המשטרה, בהעדר ראייה לכך שהתובע הפריע לפעולת הבידוק (מ"י 374-10-15).

2. חלפו מספר ימים והתביעה דנן הוגשה ובה נטען שהתובע הופלה בכניסה להר הבית על רקע דתו , כי נפגעה פרטיותו וכי הוא עוכב שלא כדין. התובע תבע פיצויים כספיים בשל כל אלה.

3. ביום 25.02.16 ניתן פסק דין המחייב את הנתבע 2 לשלם לתובע פיצוי בגין הפגיעה בפרטיות וזאת לאחר שהלה לא התגונן.

4. התביעה הוגשה גם כנגד השוטר שעיכב את התובע, הוא הנתבע 1 ואולם המדינה הודיעה על קיומה של חסינות עובד ציבור בהתאם להוראות סעיפים 7א'-7ב' לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

5. נותרה אפוא לדיון והכרעה התביעה שהוגשה כנגד המדינה (להלן: "**הנתבעת"**) ובה טען התובע לעיכוב שלא כדין, להפליה ולפגיעה בפרטיות.

**הפגיעה בפרטיות**

6. התובע תבע פיצוי בשל הפגיעה בפרטיותו.

דין התביעה בעניין זה כנגד המדינה-הנתבעת להידחות.

בכתב התביעה נטען שעובדי הווקף נצמדו למבקרים בניגוד לרצונם ועקבו אחריהם מרגע הכניסה, תוך הטרדת התובע בפרט ויתר המבקרים היהודים בכלל וזאת בהעדר סמכות חוקית ותוך הפרה בוטה של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

בסעיפים 33-36 לכתב התביעה נטען שהנתבע 2 הוא שהפר את חוק הגנת הפרטיות וכי יש לחייבו בפיצוי בגין כך.

בסיכומיו הודה התובע בכך שהפרת חוק הגנת הפרטיות לא יוחסה לנתבעת בכתב התביעה, אך טען שהשוטרים נהגו ברשלנות כשלא מנעו הפגיעה בפרטיות.

מאחר שלא נטענה טענה בנדון בכתב התביעה במפורש כלפי הנתבעת ולא נדרש כל סעד כנגדה בנדון, מהוות טענות התובע במישור הגנת הפרטיות הרחבת חזית.

על כן נדחות טענותיו בעניין זה.

**חוק איסור ההפלייה וחלותו בהר הבית**

7. לפני כ-18 שנים נחקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "**החוק"; "חוק איסור הפליה**"), שנועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים כפורט בסעיף 1 לחוק.

סעיף 3 (א) לחוק קובע איסור הפליה במתן כניסה למקום ציבורי.

סעיף 3 (ג) מגדיר את המפלה כאחראי בפועל על הכניסה למקום הציבורי.

סעיף 3 (ג1) קובע שהפליה היא גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

סעיף 3 (ד1) קובע שלא רואים הפליה "**כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי"**.

סעיף 6 (4) לחוק מקים חזקת הפליה אם הוכח שהנתבע עיכב כניסה למקום ציבורי "**לנמנים עם קבוצה מאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא עיכב כאמור, באותן נסיבות, את מי שאינם נמנים עם אותה קבוצה".**

8. סעיף 11 לחוק קובע שלעניין חוק זה "**דין המדינה כדין כל אדם".**

המחוקק לא החריג את הכניסה להר הבית מחוק זה.

חוק זה חל בישראל וממילא חל גם בכניסה להר הבית.

למותר לציין שגם חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 שעניינו שמירה על המקומות הקדושים, קובע בסעיף 3 כי הוא "**בא להוסיף על כל דין ולא לגרוע ממנו**".

9. בפסק דין שניתן לאחרונה, נדחתה עתירה להורות שהליכי הבידוק יעשו על פי קריטריונים שווים ענייניים ואחידים. נפסק ש"**דרך הבידוק של העולים להר דרך שער המוגרבים, ואופן ההתנהלות הנוגעת למבקרים במתחם הר הבית-כל אלה נמצאים בליבת שיקול הדעת של המשטרה"** וכי "**לא בנקל יתערב בית המשפט באופן מימוש הריבונות הישראלית במתחם הר הבית, ובמתחם שיקול הדעת במשרעת שבין רגישות לנחישות, הנתון למשטרת ישראל"** (בג"ץ 19/17 **עמותת שוחרי הר הבית והמקדש ואח' נ' השר לביטחון פנים – ממשלת ישראל** (21.01.18)).

בחינת פרוטוקול הדיון שהוגש, מעלה שמפקד מחוז ירושלים מסר לבית המשפט העליון כי אין תור נפרד לקבוצות שונות ואולם מסרטים שהוצגו בדיון שבפני, עולה ברורות כי התור במועד האירוע היה נפרד. על כן אין בפסק הדין האמור כדי להשליך על תיק זה ויש להניח שאכן כיום אין תור נפרד לתיירים וליהודים.

אולם, שומה עלינו לבחון את נסיבות המקרה דידן השונה ממצב הדברים דהיום.

**פסק דין גליק והשלכותיו למקרה דנן**

10. קודם שנבחן נסיבות המקרה דנן, יש לבחון האם אין בהכרעה שבפרשת **גליק** (רע"א 2063/16 **יהודה גליק נ' משטרת ישראל** (19.01.17)), כדי למנוע מהתובע לטעון טענותיו באשר להפרת חוק איסור ההפליה.

בעניין גליק, נקבע שישנם מקרים שאינם מתאימים לתקיפה ישירה של המעשה המנהלי וכי הדרך לתקוף החלטה מנהלית היא במסלול המנהלי. עם זאת, נחלקו השופטים בדעתם.

המשנה לנשיאה השופט א. רובינשטיין סבר שקיומה של אפשרות לתקיפה ישירה של פעולת הרשות אינה חוסמת בהכרח את דרכו של המבקש לתקוף את החלטת המשיבה באמצעות הגשת תביעה נזיקית ואילו השופט י. עמית סבר שהמסלול המנהלי הוא דרך המלך כדי לתקוף החלטה מנהלית וכי המסלול שבחר המבקש הוא בבחינת כביש עוקף למסלול המנהלי.

השופט עמית עמד על שמונה סוגים אפשריים של עילות לתביעת פיצוי כנגד רשויות ציבור, שחמישה מהם נובעים מהמשפט הפרטי ושלושה מהם עניינם בפגיעה שהפיצוי הנתבע נובע מעילות במשפט הציבורי-מעשה או מחדל שלא כדין תוך הפרה של נורמה מנהלית; מעשה או מחדל של הרשות הפוגע כדין וללא אשם בזכות חוקתית ופגיעה בלתי חוקתית בזכות חוקתית, בגינם מורה בית המשפט על ביטול החוק.

ביחס לשלושת מקרים אלה, "**עוולה** **היברידית"** - "**עוולה ששורשיה יונקים ממי התהום של המשפט המינהלי וענפיה תחומים בעוולת הרשלנות"**, יש לנקוט בזהירות, לבחון האם מדובר במעשה עשוי או בנזק שהתגבש, שאם לא כן, על התובע למצות את ההליך המינהלי תחילה ובהמשך על בית המשפט לבחון את התביעה בבחינת עילות הסף בדין המינהלי, לאחר מכן יש לבחון את ההתרשלות מהפן המינהלי והנזיקי.

השופט עמית סבר שיש לדחות בקשת רשות הערעור מהטעמים שנמנו ומאחר שננקטה תקיפה ישירה, תוך עקיפת בית המשפט הגבוה לצדק.

השופט צ. זילברטל הצטרף למסקנתו של השופט עמית מהטעם שהתובענה האזרחית שהוגשה, הייתה כסות בלבד לתקיפה ישירה של המעשה המינהלי, אך הכיר למעשה באפשרות להגיש תביעה אזרחית כאשר מעשי הרשות מהווים עוולה כלפי האזרח.

11. בחינת המקרה דנן, בו נתבע פיצוי בגין הפרת חוק איסור השוויון מלמדת שהתביעה היא תביעה אזרחית במשפט הפרטי, שכן הפעולות המיוחסות למדינה, הן פעולות עוולתיות, בפעילות שיש לה מקבילה במשפט הפרטי, כפי שכל בעל מועדון ובית עסק אחראי על הכניסה למקום עסקו, כך גם אחראית הנתבעת על הכניסה למקום שבו היא השולטת על אופן הכניסה.

אין מדובר בטענות חוקתיות בהכרח, שכן מעשה הנתבעת סותר חוק וממילא לא מדובר רק בהפרה של נורמה מנהלית.

על כן יש לבחון את טענות התובע לגופן.

**איסור הפלייה-בחינה קונקרטית**

12. החוק חל אפוא במקרה דנן ויש לבחון את התנהלות הנתבעת.

האבחנה בין אנשים עולה כדי הפליה פסולה מקום שאינה מבוססת על שוני רלבנטי ומהותי לעניין ביניהם וכאשר ההפליה היא מנהג שרירותי של איפה ואיפה שאין לו כל הצדקה (בג"ץ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר** פ"ד מג(2) 501, 508; רע"א 8821/09 **פאבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (16.11.11)).

הנתבעת טענה שהתיירים המבקשים לעלות להר הבית נדרשים לאבטחה שונה ופחותה, לעומת עליית יהודים להר הבית המחייבת ליווי ואבטחה של משטרת ישראל וכי הסדרי הביקור בהר הבית, נקבעים בין היתר, בהתאם ליכולתה של המשטרה לאבטח את המבקרים, בשים לב למשאביה וחלוקת הכוחות שלה מצד אחד, ולהיקף הסיכון מהצד האחר.

הנתבעת הודתה בכך שלעיתים נאלצים מבקרים יהודים להמתין בתור במשך זמן לא מועט, כדי להיכנס להר הבית עם אבטחה ברמה הנדרשת וביתר שאת בחגים.

13. פרט לתובע, העידו מטעמו הלל גליק ומנחם קלכהיים שהיו במקום בעת האירוע ובנוסף העיד מר אסף פריד על שיטת האבטחה המיושמת בהר הבית.

מטעם הנתבעת העידו שלומי טובול מפקד הר הבית במשטרת ישראל במועדים הרלבנטיים, הנתבע 1 ניצן דואניס ששימש כקצין משמרת בהר הבית במשטרת ישראל, מוטי גבאי המשמש כאחראי עמדת הבידוק בעמדה בהר הבית והשוטר עדי עזאם שליווה את התובע לאחר עיכובו.

מר מנחם קלכהיים שהמתין גם הוא ביום האמור, העיד שהמתין כשעתיים וחצי (ע' 8 ש' 35-36).

השוטר מוטי גבאי העיד שיתכן שהתובע חיכה שעה וחצי, כי הוא מכין את קבוצות המבקרים היהודים לכניסה שלאחר מכן עולות להר. כאשר קבוצה יוצאת משער אחר ממתחם הר הבית עולה קבוצה אחרת. הוא אישר שבחול המועד הסיורים קצרים ועל כן לא היה הסבר ממשי מדוע היה על התובע לחכות שעה וחצי (ע' 19).

עם זאת, התובע העיד שנכנסו קבוצות לפניו, אף שמדובר במעט קבוצות (ע' 5).

סנ"צ טובול העיד שבהר הבית אין הפליה (ע' 20 ש' 31) וכי במועד האירוע נכנסו 241 אנשים (ע' 21 ש' 3)

מכאן שלא נסתרה טענת הנתבעת לפיה קודם לכניסת התובע נכנסו קבוצות אחרות של יהודים, אף אם קצב כניסתם היה איטי ביחס לכניסת התיירים.

14. בגדרו של חוק איסור ההפליה, רשאי המפלה להוכיח שעשה כן "**כאשר הדבר מתחייב מאופיו"** של **"המקום הציבורי"**, כאמור בסעיף 3(ד1) לחוק.

המקום הציבורי דנן אינו מקום כשאר המקומות הציבוריים. קולמוסי דיו נשתברו על הכניסה להר הבית ועל רגישותו של המקום (ראו למשל: בג"ץ 4185/90  **עמותת נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**  פ"ד מז(5)221). ממילא, רשאית משטרת ישראל לשקול שיקולים נוספים, על מנת להבטיח את המתרחש בהר הבית, ובלבד שמדובר בשיקולים שאינם שרירותיים.

אמנם, לא ניתן להתעלם מכך שבעמדת הבידוק נראה כי במשך דקות ארוכות אין כל כניסה של יהודים למתחם הר הבית וכי אזור הבידוק חסום בצורה בלתי הולמת על ידי המאבטח שהוצב במקום. עם זאת, שרירותיות בהפעלת שיקול הדעת והתעמרות בקהל המבקרים היהודיים לא הוכחו.

המשאבים שבידי משטרת ישראל מוגבלים.

כל עוד משטרת ישראל מאפשרת ליהודים לעלות להר הבית, תוך הליווי הנדרש ותוך אבטחת שלום המבקרים, אף אם הדבר כרוך מעת לעת בהפליה הנדרשת מאופיו של הר הבית כמקום ציבורי רגיש הדורש משאבי אבטחה מרובים, קמה למדינה הגנה באשר להפליה (על המשאבים: ראו והשוו: בג"ץ 1555/06 **אריה יצחק קינג נ' עירית ירושלים ואח'** (15.05.06)).

15. התובע טען כי המשטרה יכולה לנקוט בשיטת אבטחה אחרת, אך בגדר תביעה זו, לא די בראיות שהובאו על מנת לקבוע כי המשטרה אינה פועלת כנדרש וממילא לא הוכחו שיקולים זרים או מניעים פסולים בהפעלת כוח השיטור ביום האירוע, בעת שהתובע ביקש להיכנס להר הבית.

16. לפיכך, נדחית התביעה לפיצוי בגין הפרת חוק איסור הפלייה.

**העיכוב**

17. בתיעוד האירוע, נראה התובע כשהוא פונה אל השוטרים ומבקש מהם כי יפעלו לכך שאנשי הווקף יפסיקו לעקוב אחרי המסיירים במקום ואומר כי זו הפרת חוק הגנת הפרטיות. לאחר שנשמעו מספר קריאות **"אללה הוא אכבר"**, קרא התובע "**עם ישראל חי**" ואמר "**הם קוראים אללה הוא אכבר ואני אומר עם ישראל חי**", אנשי הווקף פנו אז לשוטרים ומיד לאחר מכן, פנה השוטר דואניס ואמר לתובע שהוא מעוכב, התובע שאל אותו על מה הוא מעוכב ודואניס סירב להשיב.

העיכוב למעשה החל בהוצאת התובע מקבוצת המבקרים, תוך שהוא מלווה בשוטר ואיש ווקף שעוקב אחריו, במסלול שיועד למבקרים היהודים באותו יום והוצאת התובע ממתחם הר הבית. בכל אותה עת שהתובע הורחק, המשיכה הקבוצה במסלולה כרגיל והאווירה במתחם הר הבית לא השתנתה.

18. התובע טען שעוכב שלא כדין ואילו הנתבעת כופרת בכך.

19. בחינת התנהלות התובע מעלה שלא היה מקום לעכבו וכי העיכוב היה שלא כדין.

תחילת סיפור המעשה- בעמדת הבידוק.

התובע כלל לא הפריע להתנהלות המשטרה בעמדת הבידוק, שכן בעת פניותיו לשוטר, לא עשתה המשטרה כל פעולה שאפשרה כניסה וכל שעשתה היה מתן אפשרות למאבטח המוצב בעמדת הבידוק לפצוח בשירה כלפי התובע ולנהוג בו בצורה לא נאותה (ע' 19 ש' 22).

התובע זכאי ככל אזרח, לבקש להבין מדוע מתעכבת כניסת יהודים להר הבית וממילא אין בפנייה זו כדי להפריע לשוטר בעת מילוי תפקידו.

ביום האירוע נטען כלפי התובע כי הוא השתולל במקום בעת שהמתין וכמעט גרם לפרובוקציה (נספח ג' לתצהיר התובע שק 27-28), אך כעולה מסרטון שהוצג ומהעדויות שהובאו, לא מיניה ולא מקצתיה .

כך העיד עד התביעה מוטי גבאי, המשמש בתפקידו כ30 שנה בהר הבית, במהלכן עיכב עשרות אנשים בעמדת הבידוק. גבאי אישר שהתובע לא עוכב בעמדת הבידוק והעיד שבאותו זמן חשב שאין צורך לעכב (ע' 16 ש' 30). גבאי העיד שהתובע עמד בכניסה למגנומטר וחסם כניסה לאחרים (ע' 16 ש' 13), אף שאישר לאחר שצפה בסרטון כי התובע כלל לא חסם את העמדה וכי האדם שחסם את המגנומטר היה המאבטח במקום וכי היה עליו להזיז את המאבטח שחסם (ע' 19).

דואניס העיד ששמע בקשר ממוטי גבאי שהתובע "**מפריע בעבודה ולא נותן לבצע בידוק צועק במקום ומפריע"** (ע' 28 ש' 20-21). אף אם מדובר בקשר פנימי, הוכח שהתובע כלל לא הפריע לעבודה, שלא הייתה במקום, ממילא הבידוק או העדר הבידוק לא היה קשור בתובע אלא במאבטח או בשיקולי המשטרה ועל כן לא היה כל מקום לעכב את התובע בשל התנהלותו בעמדת הבידוק ובשל בקשתו המוצדקת להבין מדוע עליו להמתין זמן רב בעוד קבוצות תיירים נכנסות בלא להמתין.

הסרטון שהוצג מעקר אפוא את גרסת השוטרים.

גם העובדה שהתובע לא עוכב בעמדת הבידוק מעידה כאלף עדים שלא היה מקום לעכב את התובע לאחר מכן בגין כך, שכן משטרת ישראל יודעת לעכב בעמדת הבידוק ונציגה המוסמך לא סבר בזמן אמת, שהתנהלות התובע מצדיקה עיכוב.

מכאן המסקנה, שלא היה מקום לעכב את התובע בגין התנהלותו בעמדת הבידוק.

20. המשך סיפור המעשה היה בכניסת התובע להר הבית. התובע היה זכאי לפנות לאנשי המשטרה על מנת לדרוש מהם כי אנשי הווקף יורחקו בעת ביקורו ולא יפגעו בפרטיותו, ומשעשה כך לא זכה לכל תגובה, לא לחיוב ולא לשלילה מאנשי המשטרה שליוו אותו.

אך לאחרונה נדחתה עתירה שעניינה סמכויות אנשי הווקף המוסלמי בהר הבית ונפסק שהסמכות החוקית נתונה לשוטרי משטרת ישראל. בבית המשפט העליון הודיעה המדינה כי אין לאנשי הווקף סמכות לפעול ישירות מול המבקרים וככל שמתרחש אירוע שלטעמם של אנשי הווקף פוגע בניהול האתר כמקום קדוש, עליהם לפנות לשוטרי משטרת ישראל וכי הפעלת שיקול הדעת וההחלטות ביחס לצעדים אופרטיביים לטיפול, נתונה אך ורק בידי שוטרי משטרת ישראל (בג"ץ 6421/16 **חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי נ' ראש הממשלה ואח'** (28.03.17)).

כפי שאנשי הווקף רשאים לפנות לשוטרי משטרת ישראל, כך רשאי התובע לפנות אליהם והיה על השוטרים להגיב, בצורה כזו או אחרת לבקשותיו של התובע, תוך הפעלת שיקול דעת.

טובול העיד כי אסורה פעולה מחאתית בהר הבית, הן פעילות מחאה יהודית והן פעילות מחאה מוסלמית (ע' 31 ש' 35-36).

תוך כדי הסיור ולאחריו, נשמעו קריאות "**אללה אכבר**". חלקן הושמעו כקריאות הפגנתיות, לעומתיות ומתריסות ממש, תוך שחלק מהאנשים, עושים שימוש רב בתנועות בידיהם. דואניס נשאל על כך ולא שלל את העובדה שקריאות אלה נעשו בכוונה להתריס (ע' 31 ש' 11).

אין כל פסול באמירת האמרה "**עם ישראל חי**" ואין בכך כל עבירה, כפי שהעיד גם טובול (ע' 26 ש' 22).

עם זאת, טובול העיד שצעקת התובע בתקופה הנפיצה מבחינה ביטחונית, באופן שבו נאמרה האמירה, הייתה אמירה מתריסה (ע' 26 ש' 15-27).

מיד לאחר שהתובע אמר "**עם ישראל חי**", הוא עוכב וכלל לא הוזהר בנדון.

השוטר דואניס אישר שהיה עליו להזהיר את התובע שאם ימשיך בצורה הזו "**יעכב אותו החוצה**", אף שסבר שהזהירו בשלב כל שהוא (ע' 34 ש' 3-6) ואולם אין כל אסמכתא בדוח שנרשם בסמוך לאירוע (ע' 34 ש' 13-14).

לא הוכח שהתובע הוזהר כנדרש.

העדר אזהרת התובע לבל יפסיק את קריאתו "**עם ישראל חי**", ככל שהשוטרים היו סבורים שקריאה זו מתריסה בזמן אמת, תומכת במסקנה בדבר העדר סבירות פעולת השוטרים.

כפי שקבע כב' סגן הנשיא השופט מנחם הכהן, יום למחרת האירוע (מ.י 374-10-15), התובע לא נשא תפילה באומרו "**עם ישראל חי**" ולא ביצע פעולה מובהקת העולה לכדי הפרת הסדר הציבורי.

לא הייתה כל מניעה לתובע לפנות לאותם אלה שקראו בשבח האל ואין בקריאתו "**עם ישראל חי**", שלא לוותה בכל מעשה, בנסיבות בהם נשמעו קריאות רבות של "**אללה הוא אכבר**", כדי להפר את שלום הציבור.

דואניס העיד שהחשיבות באותו מועד הייתה לאבטח את קבוצת המבקרים היהודים (ע' 31 ש' 19).

אולם, בחינת האירוע מלמדת שלא נשקפה כל סכנה למבקרים היהודים, כי לא חל שום שינוי ממשי עקב קריאתו של התובע וכי אין בצורך באבטחת המבקרים כדי למנוע מהתובע לפנות בצורה שאינה מפגיעה כלפי אחרים ואין בהתנהגותו כדי להפר את שלום הציבור.

למותר לציין, שלא הוגש כל כתב אישום כנגד התובע בעניין זה, וד"ל.

21. האבחנה הבולטת לעין בפעולות המשטרה, הייתה שגם כאשר אחת מהמבקרות המוסלמיות, אמרה למבקר יהודי בשפה הערבית **"לך מכאן יכלב"** ופנתה אדם על מנת לקבל את פרטיה, סירבו השוטרים לסייע בקבלת פרטי האישה וממילא גם לא טרחו לעכב אותה.

גם בהמשך כאשר דחף אדם מוסלמי אדם יהודי, לא פעלה המשטרה לעכבו (ע' 35 ש' 36).

טובול העיד שמאות פעילות מורביתת עוכבו ונעצרו במהלך שנת 2015 (ע' 24 ש' 32-34) ואף שאמר שביום האמור עוכבו גם מבקרים מוסלמים וכי יומצא מסמך בנדון (ע' 25 ש' 1-8)- לא הומצא כל מסמך באשר לאדם שעוכב ביום האירוע.

ממילא נותרת בעינה טענת התובע לפיה העיכוב היה תוך הפליה.

מכאן שהעיכוב היה גם תוך הפליה של התובע.

22. מחד גיסא, יש להישמר מפני חיוב המשטרה בחובת זהירות נוקשה מדי, שתביא להססנות ולסרבול באופן קבלת ההחלטות של הדרגים המבצעיים ומאידך גיסא, יש בעילות הנזיקיות כדי לתמרץ את שוטרי משטרת ישראל להתנהג באופן נורמטיבי וסביר ולעמוד על המשמר מפני התנהלות רשלנית (ע"א 1678/01 **מדינת ישראל ואח' נ' משה וייס ואח'** פ"ד נח (5) 167, 181-182)).

עיכוב אדם פוגע בחירותו האישית, אך יש לבחון את נסיבות העיכוב(ראו, גם לעניין רף הפיצוי: רע"א 4672/14 **יהודה גליק נ' מדינת ישראל** (06.01.15)).

אף שהתובע עוכב, התאפשר לו להשלים את מסלול הביקור בהר הבית באותו יום. התובע נחקר והלך לדרכו בחלוף זמן ולמחרת התייצב לדיון בעניינו בבית המשפט.

התובע עוכב, מבלי שהוזהר ומבלי שנמסר לו בזמן אמת מדוע הוא מעוכב, רק לאחר מכן, בעת שנחקר, נמסר לו כי הוא עוכב גם בשל התנהגותו בעמדת הבידוק, שכאמור לא היה בה כל דופי.

מעשיו של התובע לא גרמו להפרת השלום ולא היו עלולים להוביל להפרת השלום ברמת הסתברות של וודאות קרובה, בעוצמה המצדיקה את עיכובו והרחקתו מהר הבית.

אף לא נסתרה טענת התובע, לפיה חלק מהתנהלות המשטרה בעת העיכוב נבעה מהיכרותה המוקדמת עמו.

מאחר שהייתה חלופה קלה של אזהרת התובע, חלף עיכובו ומאחר שלא הייתה הצדקה לעכב את התובע בעת שעוכב, מתבקשת המסקנה שהעיכוב נעשה תוך התרשלות ולפיכך קמה זכאותו של התובע לפיצוי.

בהתחשב במכלול נסיבות המקרה וברף הפיצוי שנפסק במקרים דומים, מחייב הנתבעת לשלם לתובע פיצוי בסך 6,000 ₪ בגין העיכוב שלא כדין.

**בטרם נעילה**

23. למרבה הצער, ועל אף שהמקום מקודש ליהודים ולמוסלמים, צפייה בסרטונים שהוצגו לא מלמדת על כל קדושה במקום בעת האירוע שצולם.

מציאות זו אינה תואמת את חזון הנביאים ואת טענות הצדדים באשר לקדושת המקום.

מציאות זו אף אינה תואמת את דבריו של הנשיא ש. אגרנט :"**קדושת הר הבית לעם ישראל, עם כל המשתמע מכך, אינה עומדת כלל לדיון. קדושתו היא מן העולם ועד העולם ואינה תלויה בשלטון. מקומה של קדושת הר הבית היא מעבר לכל דיון, משפטי או אחר"** (בג"ץ 22/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה**  פ"ד כד(2)141, 219).

על קדושת המקום עמד המשנה לנשיא מ. אלון: "**קדושת הר הבית לעם ישראל, ימיה כשלושת אלפים שנה מאז בניין הבית הראשון, וכאלף שנה מלפני כן מאז עקידת יצחק בהר המוריה. מפאת מרכזיותו של הר-הבית בהיסטוריה הרוחנית, החברתית והמדינית של עם ישראל, נקראו תקופות שלמות על שמו: תקופת בית ראשון (מן המאה העשירית למאה החמישית לפני הספירה) ותקופת בית שני (משיבת ציון במאה החמישית לפני הספירה עד 70לספירה). ואף לאחר חורבן הבית, המשיך הוא לעמוד במרכז הווייתו הדתית והרוחנית של עם ישראל, וחומת הר-הבית המערבית, הכותל המערבי, הוא האתר המקודש ביותר במסורת ישראל (סעיפים 4-16, 22-23, 28-30). לבני הדת המוסלמית מקודש הר-הבית מזה כאלף ושלוש מאות שנה, ובא הוא במעלתו לאחר מכה ומדינה; ואף בני הדת הנוצרית ייחסו חשיבות דתית להר-הבית (לעיל סעיפים 17-22, 33-34, 39)"** (בג"ץ 4185/90  **שם** 291).

הנביא ישעיהו ניבא נבואה שאין נכונה הימנה לימינו אנו: "**והיה באחרית הימים נכון יהיה הר בית ה' בראש ההרים ונשא מגבעות ונהרו אליו כל הגויים"** ומי ייתן שנבואה זו תתגשם במהרה. לא למותר לציין את המשך הנבואה בה מובטח שהתורה תצא מירושלים - "**כי מציון תצא תורה**" ושהעמים יכתתו "**חרבותם לאתים וחניתותיהם למזמרות, לא ישא גוי אל גוי חרב ולא ילמדו מלחמה"** (ישעיה ב, ב-ד).

"**חזון ישעיהו הוא סמל לאידאליסמוס הגואל. ישעיהו הוא מאנשי הפלאים הנושאים דבר לאלף דור. חזונו נשאר חלום. חלום הוא אפילו בספרות המקראית עצמה. אבל אין ספק שגם באשר הוא חלום השפיע השפעה עמוקה על רוח האדם. קורן הוא לפניו מאז ככוכב ורומז לו לשאת עיניו אל על, ואין ספק שהשפעתו ההיסטורית העולמית עוד לא נשלמה"**(פרופ' יחזקאל קויפמן, מובא אצל ח. גבריהו "שתי הנוסחאות של 'והיה באחרית הימים'" **מחניים**  קכד).

יש לייחל ליום שבו תשרה הקדושה בהר הבית, כתפילה השגורה מדי יום ביומו "**ולירושלים עירך ברחמים תשוב ותשכון בתוכה כאשר דיברת",** אך בד בבד שומה על

המשטרה, לדאוג לשמירה על קדושת המקום לכלל הדתות.

התובע אישר שמצב ביקורי קבוצות היהודים כיום הוטב ביחס למצב בעבר והדבר גם עולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון שניתנו לאחרונה. עד שיבוא לציון גואל מוטל תפקיד לא קל על המשטרה שיש לקוות שתשכיל למלאו על הצד הטוב ביותר.

**סוף דבר**

24. התביעה לפיצוי התובע בשל הפרת פרטיותו ופגיעה בחוק איסור הפליה בשירותים- נדחית.

בגין עיכוב התובע שלא כדין, זכאי התובע לפיצוי בסך 6,000 ₪.

25. מחייב הנתבעת לשלם לתובע פיצוי בסך 6,000 ₪.

במכלול נסיבות העניין ובהתחשב בכך שמרבית התביעה נדחתה, מחייב הנתבעת לשלם לתובע הוצאות משפט בסך 500 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך 1,500 ₪ ומע"מ.

ניתן היום, כ"ז ניסן תשע"ח, 12 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

