

בג"צ 257/89

בג"צ 2410/90

1. ענת הופמן

2. ד"ר בונה הברמן

3. ד"ר יהודית גרין

4. רנדל פייז רובינסון

נגד

1. הממונה על הכותל המערבי

2. המשרד לענייני דתות

3. הרבנים הראשיים לישראל

4. השר לענייני דתות

5. שר המשפטים

6. מפקד תחנת העיר העתיקה, משטרת ישראל, ירושלים

7. מפקד מרחב ירושלים, משטרת ישראל

8. משטרת ישראל

9. התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס

10. הרב שמחה מירון

11. אגודת החרדים – דגל התורה

12. הרב אברהם רביץ [בג"צ 257/89](#)

1. סוזן אלטר

2. פרופ' סוזן אראנוף

3. פרופ' פיליס צ'סלר

4. גב' רבקה האוט

5. פרופ' נורמה באומל-יוסף

6. פרופ' שולמית מגנוס

7. הוועד הבינלאומי למען נשות הכותל אינק

נגד

1. השר לענייני דתות

2. הממונה על הכותל המערבי

3. המפקח הכללי, משטרת ישראל

4. היועץ המשפטי לממשלה [בג"צ 2410/90](#)

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[26.1.94]

לפני הנשיא מ' שמגר, המשנה לנשיא מ' אלון, השופט ש' לוי

[תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים](#) (תיקון), תש"ן-1990, ק"ת 190, תקנה 1 [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#), תשכ"ז-1967, ס"ח 75, סעיפים 1, 2, 2(ב), 4 – תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981, ק"ת 1212, תקנות 1, 2, 2(א)(א), 3, 4, 5 - [חוק-יסוד: ירושלים](#) בירת ישראל, ס"ח תש"ם 186, סעיף 3- דבר

המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, ח"א כרך ג, (ע) 2805, (א) 2625, סימנים 2, 3- חוק-סוד:
הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, סעיף 29- [חוק הרבנות הראשית לישראל](#), תש"ך-1980, ס"ח 90.

מיני-רציו:

- * משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש הדת והפולחן
- * משפט חוקתי – מקומות קדושים – שמירתם
- * משפט מינהלי – חקיקת משנה – תוקפה
- * משפט עברי – מנהג – כדין

עניינן של העתירות בסדרי התפילה ברחבה שלפני הכותל המערבי בירושלים. העותרות מבקשות לקיים תפילתן ברחבת התפילה אשר בכותל המערבי, כשהן נושאות ספרי תורה ועטופות בטלית. העותרות **בבג"צ 257/89** מבקשות לקיים "קבוצות תפילה" הקוראות בתורה. העותרות **בבג"צ 2410/90** מייצגות כאלף נשים יהודיות המשתייכות לזרמים שונים ביהדות, אורתודוקסים, קונסרבטיבים, רפורמים ומתחדשים. בתפילתן אין הן מבקשות לקיים "מניין" של תפילה, אך הן עוטפות עצמן בטלית וקוראות מספר תורה שאותן הן נושאות עמן. כניסתן של העותרות לרחבה אשר בכותל המערבי, כדי לקיים את תפילתיהן כמתואר, זכתה להתנגדותם החריפה של המתפללים במקום. המחלוקת בין המתפללים לבין העותרות לוותה בהתפרעויות, בזריקת חצץ ועפר אל עבר העותרות-המתפללות, בשימוש בכוח ובאלימות מילולית.

במהלך בירורה של העתירה **בבג"צ 257/89**, תוקנה תקנה 2(א) **לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים**, תשמ"א-1981, באופן שהוספה לה תקנה 1(א), האוסרת על עריכת טקס דתי בכותל המערבי שלא על-פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום.

לטענת העותרות, התקנה החדשה בטלה מעיקרא, או לחלופין, דינה להיבטל, מאחר שלוקה היא בחוסר סבירות קיצוני, בהפליה פסולה, בשיקולים זרים ובחריגה מסמכות. עוד טענו, כי תפילתן אינה מנוגדת ל"מנהג המקום" וכי הן מקפידות לנהוג לפי דיני ההלכה.

לטענת המשיבים, זכותן של העותרות לגשת אל הכותל המערבי ולהתפלל בו אינה שנויה במחלוקת. אשר נמנע מהן הוא התפילה על-פי דרכן, היינו, כשהן מגיעות בקבוצה, עטופות בטליתות, נושאות ספרי תורה וקוראות בהם. תפילה כמתואר גרמה למהומות קשות ברחבת הכותל, הופר הסדר הציבורי ונפגעו הנימוסים ההולמים.

מטעמים אלה תקפה התקנה נושא העתירות, ועל פיה יש לבדוק את הדרך שבה קיימו העותרות את תפילתן בכותל.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, אינו שולל את סמכותו של בית המשפט לדון בשמירה על הסדר הציבורי ובמניעת עבירות פליליות. הוא שולל אך את סמכותו של בית המשפט לדון בחופש הפולחן במקומות הקדושים (298 ב-ד).

(2) עניינן של העתירות דנן בחופש הגישה אל הכותל המערבי, בסכנת חילולו של המקום ובפגיעה האפשרית ברגשות המתפללים, ובית המשפט מוסמך לדון באלה (298 ד).

ב. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): השאלות העולות בעתירות דנן, מבחינת דיני ההלכה, עניינן בדיני התפילה: האחת – האם רשאיות נשים לעטוף עצמן בטלית ובציצית; השנייה – האם מותר להן לשאת ספר תורה ולקרוא בו. לשני נושאים אלה קודם בירורו של נושא נוסף והוא, אופן קיום התפילה בציבור על-ידי נשים (302 א-ב).

ג. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) לפי ההלכה, לשם קיום חובת תפילה בציבור יש צורך ב"מניין", היינו עשרה גברים; רק במניין נאמרים "דברים שבקדושה" (303 א).

(2) נשים חייבות בתפילה, אך אין הן חייבות בתפילה בציבור. נשים פטורות מקיום מצוות "עשה" שהוזמן גרמן, היינו, שביצוען תלוי במועד ובזמן קבועים. מי שפטור ממצוות "עשה" שהוזמן גרמה, אינו יכול להימנות עם ההרכב הדרוש והמחייב ליצור מניין של עשרה (303 ה-ו, ג-306).

(3) קיום תפילה המורכבת מנשים והמתנהלת כולה על-ידי נשים, כפי שנהוג במניין של גברים, נוגד את ההלכה (306 ז-307 א).

(4) נשים פטורות מלבישת ציצית ומהתעטפות בטלית, על שום שמצווה זו נמנית עם מצוות "עשה" שהוזמן גרמן, מאחר שהחיוב בה הוא לפרק זמן מוגבל, אך הן מותרות לקיים מצווה זו (307 ו).

(5) הדרישה כי קיום המצווה יהא מתוך מטרה לקיימה, ולא מתוך מניע של אי-התחשבות בדין שבהלכה, בגלל "שיקולים זרים" של התנגדות עקרונית לעצם הפטור על שום שפוגע הוא באישה, משמשת יסוד מוסד בעולמה של הלכה, בהתקנת תקנות, בהנהגת מנהגים ובהכנסת שינויים בהם (308 ה).

ד. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) המנהג הוא אחד המקורות המשפטיים היוצרים והקובעים במשפט העברי (312 ד).

(2) המנהג יכול שיהיה כללי ויכול שיהיה מקומי, היינו, מוגבל למקום או למקומות מסוימים, כאשר גורמים שונים, לגיטימיים, משפיעים על כלליותו או על מוגבלותו, וכן עשוי הוא מעצם טבעו להשתנות, לפי המקום והזמן, הכול לפי קיומם של גורמים לגיטימיים שבמקום ובזמן, המצדיקים שינוי זה (312 ד-1).

(3) לא כל אי-מציאותו של מנהג היא ראייה של "הסדר שלילי"; בנסיבות מסוימות יש בכך משום "לאקונה", שמקום יש למלא אותה, בהגיע השעה והצורך לכך, אם אין בכך משום איסור הלכתי (313 ב-ג).

(4) מנהג שבא לסטות ממנהג קודם ששלל את המנהג שמבקשים לחדש, ושאינו מוצדק בשל שינויים חברתיים ואידיאולוגיים לגיטימיים בעולמה של הלכה, אין לנהוג לפיו (314 ו).

(5) זהירות מיוחדת מצויה בעולמה של הלכה משמדובר בהכנסת מנהג חדש בבית הכנסת. עובדה זו באה לכלל ביטוי בקשר למנהג של "קבוצות תפילה", שהוא נושא מרכזי בעתירות דנן (318 א).

ה. (1) (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) במקום התפילה שלפני הכותל המערבי, שדינו כדין בית-כנסת ולמעלה מזה, לא התקיים מנהג של תפילת נשים (319 ה).

- (2) היענות לעתירות יש בה משום שינוי מובהק של מנהג המקום בבית הכנסת, כפי שהתקיים במשך דורות על גבי דורות (319 ה).
- (3) כלל גדול הוא בעולמה של הלכה, שאין לשנות מן המנהג "מפני המחלוקת". כלל זה נאמר לעניין כל מנהג שבהלכה. קל וחומר שחל הוא לעניין מנהג ממנהגי בית הכנסת; וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שחל הוא לעניין בית הכנסת שברחבה שלפני הכותל המערבי (319 ה-ו).
- (4) נושא העתירות דנן – שעניינו דיני תפילה ומנהגיה – רגיש הוא במיוחד בעולמה של הלכה, עם אוצר דיניה ומכלול ערכיה. וכשם שחלוקים חכמי ההלכה ופוסקים בדיניה, כך יכול שחלוקים יהיו בערכיה או באופן יישומם (321 א-ב).
- (5) הדעת נותנת כי השינוי המהותי שחל במעמדה של האישה ומקומה במאה הנוכחית, ייתן את אותותיו במשך הזמן, כדי להביא לפתרון הולם גם בנושא הסבוך והרגיש של קיומן של "קבוצות תפילה". אך לא מקום התפילה שליד הכותל המערבי הוא המקום ל"מלחמת" מעשים ודעות בסוגיה זו (329 ב-ג).
- ו. (1) (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) כשם שהר הבית, ובית המקדש אשר שכן בו, סימל את עולמו הדתי-ייחודי ואת עצמאותו המדינית של עם ישראל, כך סימל הכותל המערבי, שריד בית המקדש שחרב, את המקום המקודש ביותר לעם ישראל ואת שאיפתו וכמיהתו להחזרת העצמאות הלאומית-מדינית (333 ו-ז).
- (2) (אליבא דנשיא מ' שמגר): הכותל המערבי הוא מקדש מעט מבחינת ההלכה הדתית; מבחינה לאומית הוא סמל לעצב הדורות ולשאיפה לשיבת ציון ולהחזרת קוממיותו של עם ישראל. על-כן, הוא ביטוי לכוחה ולחיותה של האומה, לשורשיה העתיקים ולנצחיותה (353 ז).
- (3) (אליבא דשופט ש' לוי): הכותל המערבי ורחבתו הוא אתר מקודש מדורי דורות לעם ישראל כאתר דתי וכאתר תפילה, אולם בד בבד נודעת לו גם משמעות סמלית לאומית, כשריד היסטורי של חומות בית המקדש. בנסיבות אלה, העובדה שאתר הכותל משמש כאתר תפילה אינה מכרעת, בהכרח, קביעת היקף הפעילויות המותרות בו. אין אפוא לקבל כמובן מאליו שיש לראות את הכותל לכל עניין ודבר כ"בית-כנסת" שחלים על הפעילות המתנהלת בו דיני ההלכה המתפרשים על בית-כנסת, ואין זולתם (356 ד-ו).
- ז. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) מתוך עיון בדבר ימיהם של המקומות הקדושים עולה עד כמה רבה רגישותם של מקומות אלה, שסכסוכים, מחלוקות ורגשות עזים אינהרנטים להם. הטיפול במקומות הקדושים מתאפיין בזהירות ובמתינות מרובות, בניסיונות פישור וגישור בין הצדדים ובהימנעות מקביעת כללים חד-משמעיים או פתרונות חותכים (339-340 א).
- (2) דרך טיפול זו אינה הולמת, מטבעם של דברים, את הרשות השופטת, שמורגלת היא בהכרעות חותכות על סמך כללים משפטיים ברורים. על-כן, יוחד הטיפול במקומות הקדושים לראשות המבצעת (340 א).
- (3) הרשות המבצעת נעזרה בכלל שנתפתח ברבות השנים, של שמירה על "הסטטוס קוו". השמירה על המצב הקיים היא הדרך היחידה המבטיחה כי השקט, השלווה והנימוס הציבורי – החיוניים כל כך במקומות שהדרת קודש שרויה בהם – יישמרו (340 א).
- ח. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) הכלל, שלפיו חופש הפולחן הנתון לאדם אינו חופש מוחלט, אלא עליו לסגת אם קיימת וראות קרובה לפגיעה בציבור, אינו אלא לבוש אחר-

לבוש ההולם את המקומות הקדושים – לעקרון השמירה על "הסטטוס קוו" (340 ב). (2) במקומות הקדושים קיימת, לאור ניסיון העבר, חזקה ראייתית, ולפיה סטייה מן ה"סטטוס קוו" עשויה להוביל להפרת הסדר הציבורי. חזקה ראייתית זו, בהצטרף אליה ראיות נוספות ואולי אף היא כשלעצמה, יהיה בה, במקרים מתאימים, כדי לבסס את התשתית הראייתית הדרושה, לפי מבחן ה"וודאות הקרובה", על-מנת להגביל את חופש הפולחן במקומות הקדושים ולסייגו מפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי (342 ה-1).

(3) בנסיבות דנן, ההתנגשות האפשרית אינה רק בין חופש הפולחן של העותרות מזה לבין האינטרס שבשמירה על הסדר הציבורי מזה. התנגשות אפשרית נוספת קיימת בין חופש הפולחן של העותרות מזה, לבין חופש הפולחן של המתפללים האחרים מזה (342 ו-ז).

(4) במקומות הקדושים אין מנוס – במקרה של התנגשות בין חופש הפולחן של המתפללים השונים בינם לבין עצמם – מלנסות ולמצוא את המכנה המשותף לכל המתפללים, אם כתוצאה מכך עשוי חופש הפולחן של האחד לבוא במקצת על חשבון חופש הפולחן של האחר (342 ז-343 א).

ט. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) העתירות דנן מוליכות אל דרך החתחתים הקשה של ניסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו עם זו. בהקשר זה יש לזכור כי התמקדות הבלעדית בפרישת הקושיות והבעיות לפני בית המשפט אינה בהכרח פתרון ראוי ותרופה רצויה לכל התחלואים (354 ז-355 א).

(2) יש לכבד את החיפוש אחר המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם. המכנה המשותף משמעו הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך וללא פגיעה ברגשות המאמינים (355 ב).

(3) יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות כן בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים (355 ה).

(4) נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים, אך אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח תפילתו בדרכו (355 ה-1).

י. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) תקנת משנה (א1) לתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים – שנתקנו מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 מבטאת את עקרון השמירה על "הסטטוס קוו", באשר

"מנהג המקום" האמור בה ו"הסטטוס קוו" – חד הם (344 ד-ז).

(2) מתקין התקנה לא חרג מהסמכות שהקנה לו המחוקק בחוק השמירה על המקומות הקדושים; הוא פעל במסגרת הפעולה שהתווה לו המחוקק הראשי, בסעיף 1 לחוק, למנוע חילולו של מקום קדוש – הוא הכותל המערבי – ואת הפגיעה ברגשותיהם של המתפללים במקום כלפי הכותל (344 ז-345 ב).

(3) לפני מתקין התקנה היו די והותר ראיות לכך שתפילה בדרך של העותרות, שהיא הפרה של "מנהג המקום", מביאה לפגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי, ומתוך כך מביאה היא לחילולו של הכותל המערבי (345 ג).

(4) התקנה היא סבירה בתתה ביטוי לעקרון השמירה על "הסטטוס קוו", לעקרון השמירה על הסדר הציבורי במקום קדוש, ובעיקר – בייצגה את המכנה המשותף הרחב ביותר

- המשותף לכל המתפללים במקום. סבירותה עולה אפוא מן המדיניות שביסוד התקנה ומן המטרה שבאה היא להגשים (1346-ז, 347ה).
- יא. (דעת מיעוט – השופט ש' לוינ): (1) לעניין הפעילות ברחבת הכותל המערבי, אין מועיל בנקיטת קנה המידה של המכנה המשותף הרחב ביותר. המכנה המשותף שיש להביאו בחשבון הוא המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים בתום-לב לפתחו של אתר הכותל ורחבתו, בין לצורך תפילה ובין למטרות לגיטימיות אחרות (356 ז-357 א).
- (2) אין להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואין שיקולים של סכנה ודאית וקרובה של הפרת השלום חייבים בהכרח להצדיק הטלת איסור כאמור (357 ד).
- (3) שומה על הרשויות הנוגעות בדבר לגבש את התנאים המתאימים כדי לאזן בין כל האינטרסים הנוגעים בדבר, כדי שכל השוחרים להתכנס ליד הכותל ורחבתו יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם, בלי לפגוע יתר על המידה ברגשותיהם של אחרים (356 ג-ד, 357ד).
- (4) תקנה 2(א1) לתקנות נושא העתירות אינה חורגת מגדר **חוק השמירה על המקומות הקדושים**, אך הדיבור "מנהג המקום" שבה אינו צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים; טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגייהם של האחרים (357 ה-ו).
- (5) בנסיבות דנן, אפשר ליתן פסק-דין עקרוני המכיר בזכותן בתום-לב של העותרות להתפלל בחברת הכותל, כשהן עטופות בטלית ובידן ספרי תורה, בתנאי שאין בפעילותן משום "חילול", "פגיעה אחרת" או "פגיעה ברגשות" באופן בלתי נסבל, כמקובל בחברה דמוקרטית (357 ז-358 א).
- יב. (אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון): (1) הגישה, שלפיה אין להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, היא גישה חדשה לחלוטין בפסיקת בג"צ והיא עומדת בניגוד מוחלט לשורה ארוכה של פסקי-דין שניתנו על-ידיו (351 ה-352 א).
- (2) בפסקי הדין הוכר איסור על יהודים להתפלל ברחבת הר הבית, כדי לשמור על הסדר הציבורי וכדי למנוע סכנה קרובה של פרעות והתפרעויות. חופש הפולחן נסוג אפוא מפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי, עד כדי ביטול כל הפולחן הדתי היהודי על הר הבית (352 א-ב).
- (3) הר הבית שממזרח לכותל המערבי אינו שונה מרחבת התפילה שממערב לכותל, ששניהם מקומות קדושים הם. מאחר שעל-פי פסיקת בית המשפט העליון אסור לכל יהודי להתפלל על הר הבית, והדבר עולה בקנה אחד עם חופש הפולחן, הרי איסור הוספת פרט מסוים בטקס התפילה, שהרוב המכריע של המתפללים מתנגד לו, אף הוא אין בו משום פגיעה בחופש הפולחן (353 ב-ג).
- יג. (אליבא דנשיא מ' שמגר): אין להכריע בסוגיות נושא העתירות בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה. יש להציע לממשלת ישראל לשקול מינוי ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים בכפוף להמלצה זו, יש לדחות את העתירות (355 ז-356 א).

- פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:
- [1] בג"צ 4185/90 נאמני הר-הבית – עמותה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז (5) 221.
- [2] בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141.
- [3] בר"מ 1/81 י' נגר נ' א' נגר, פ"ד לח (1) 365.
- [4] בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221.
- [5] בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח', פ"ד מג (2) 661.
- [6] בג"צ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נ' שר המשטרה ואח', פ"ד כה (1) 225.
- [7] בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי האורתודוכסי של הכסא הקדוש בירושלים ובמזרח הקרוב נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לג (1) 225.
- [8] בג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2.101.
- [9] בג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (3) 377.
- [10] בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה, ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449.
- [11] בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393.
- [12] בג"צ 223/67 בן-דב נ' שר הדתות, פ"ד כב (1) 440.
- [13] בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 337.
- [14] בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94.
- [15] בג"צ 58,57/53 טבק הויז ואח', שותפות רשומה, ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד ז 701.
- [16] בג"צ 67/93 תנועת "כך" ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מז (2) 1.
- [17] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 481.

קורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] ברכות, כ, א-ב.
- [ב] רמב"ם, תפילה, א, ב; ח, ד-ו; יב, יז.
- [ג] שו"ע, או"ח, יז, ב; כט; נה, א; סט, א; פח, א, הגה; קו, א-ב; רפב, ג.
- [ד] מג"א, שו"ע, או"ח, קו, ס"ק ב; רפב, ס"ק ו.
- [ה] שו"ת שאגת אריה, יד.
- [ו] משנה ברורה, שו"ע, או"ח, כט, ס"ק ג; קו, ס"ק ב; קנא; ס"ק ב; רפב, ס"ק ב.

- [ז] מגילה, כג, א-ב; כט, א.
- [ח] אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך בית כנסת, עמ' קצב ואילך; כרך ד, ערך ברכות הודאה, עמ' שיח-שיט;
כרך ו, ערך דבר שבקדושה, עמ' תשיד ואילך.
- [ט] רמב"ן, מלחמות ה', רי"ף, מגילה, ה, א.
- [י] מאירי, ברכות, מז, ב.
- [יא] ר"ן, רי"ף, מגילה, יט, ב, ד"ה הכל כשרין ועוד; שם, מגילה, כג, א, ד"ה הכל עולין למנין שבעה.
- [יב] מרגליות הים, סנהדרין, עד, ב, סימנים ו, כז.
- [יג] Frimer 23women and minyan tradition", .rabbi(4) (1988). Etc 54
- [יד] rabbi a. Weiss, women at prayer 124- 123, (1990,n. J) 5-11, 13-56, 67-83, 118,112-107,98-85
- [טו] משנה, קידושין, א, ז.
- [טז] קידושין, לב, א; לד, א.
- [יז] רמב"ם, עבודה זרה, יב, ג.
- [יח] רמב"ם, ציצית, ג, ט.
- [יט] סוכה, כח, א.
- [כ] J. Berman, s. "the status of women in halakhic judaism tradition" 13-11 (1973) 14(2).
- [כא] הרב אלינסון, בין האשה ליוצרה, האשה והמצוות, ספר ראשון, מהדורה שניה, ירושלים, תשמ"ב, עמ' 30 ואילך.
- [כב] תהילים, מה, יד.
- [כג] אבודרהם השלם, סדר תפילות של חול, השער השלישי, ברכות המצוות.
- [כד] שו"ת אגרות משה, אורח חיים, קד; אורח חיים, חלק רביעי, מט.
- [כה] עקידת יצחק, בראשית, השער התשיעי.
- [כו] הרב שמשון רפאל הירש, ויקרא, כג, מג.
- [כז] תוספות, קידושין, לא, א, ד"ה דלא מפקידנא.
- [כח] חידושי הרמב"ן, קידושין, לא, א, ד"ה מאן דאמר לי.
- [כט] חידושי הריטב"א, קידושין, לא, א, ד"ה כתבו בתוספות.
- [ל] הראב"ה, חלק ב, סימן תקצו.
- [לא] שיירי כנסת הגדולה, אורח חיים, סימן נה, הגהות בית יוסף, אות ד.
- [לב] שו"ת פרח מטה אהרון, ח"א, יט.
- [לג] שו"ת שבות יעקב, ח"ב, כה.
- [לד] השגות הראב"ד, רמב"ם, ציצית, ג, ט.
- [לה] הראב"ד, ספרא, ויקרא, פרשתא ב.

- [לו] תשובת הרב טנדלר (מכתב).
- [לז] תשובת ופסקים מהר"ם מרוטנבורג, פסקים ומנהגים (מהדורת י' ז' כהנא) כד, עמ' קמא.
- [לח] שו"ת צמח צדק, אורח חיים, ג.
- [לט] הרב י' מ' טולידאנו, נר המערב, עמ' 155.
- [מ] ש' אשכנזי, האשה באספקלרית היהדות (תשי"ג), חלק א, עמ' קלז.
- [מא] שו"ת מהרי"ל החדשות (ירושלים, תשל"ז), אורח חיים, ז, עמ' יג-יד.
- [מב] כף החיים, או"ח, יז, ס"ק ח.
- [מג] ערוך השולחן, או"ח, יז, סעיפים ב-ג; רפב, סעיף ו.
- [מד] הרב ש' ישראלי, נשים בקיום מצוות, פורסם בקובץ האשה וחינוכה (אמונה, תש"ם) 29.
- 154- m. Meiselman, jewish woman in jewish law(1978,new york) 44-45, [מה]
152,146-140
- [מו] תרגום יונתן בן עוזיאל, דברים, כב, ה.
- [מז] שו"ת יחיה דעת, ח"ב, סימנים א, כט.
- [מח] תוספות, ראש השנה, לג, א, ד"ה הא רבי יהודה הא רבי יוסי.
- [מט] שו"ת מהרש"ם, ח"א, קנח.
- [נ] דברים, יב, ל; יד, א; לא, י-יג.
- [נא] רמב"ם, ספר תורה, י, ח.
- [נב] שו"ע, יו"ד, רפב, ט.
- [נג] הרב צבי שכטר, "צאי לך בעקבי הצאן", בית יצחק, כרך יז, תשמ"ה, עמ' 134-118.
- [נד] שו"ת שרידי אש, ח"ג, סימנים, צג, צו.
- 81-79 .rabbi a. Berkowitch, jewish women in time and torah(1990,.n. J) [נה]
- [נו] שו"ת מלמד להועיל, אורח חיים, טז.
- [נז] שו"ת יביע אומר, ח"ו, או"ח, כט, סעיף ד.
- [נח] שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, או"ח, כח.
- [נט] שו"ת אורח משפט, לה.
- [ס] שמות רבה, ב, ב.
- [סא] יחזקאל, יא, טז.
- [סב] צבי קפלן, הכותל המערבי בהלכה, שנה בשנה, תשכ"ח, עמ' 174-175.
- [סג] הרב עובדיה יוסף, הכותל המערבי וסביבתו בהלכה, בתוך: הכותל המערבי, ירושלים, תשל"ו, עמ' 9-13.
- [סד] פסחים, נ, א-ב.

[סה] תשובת הרב אברהם שפירא (מכתב).

[סו] תשובת הרב מרדכי אליהו (מכתב).

[סז] שו"ת זכרון יהודה, לז.

[סח] שו"ת הריב"ש, חקיב.

[סט] תשבץ, ח"ב, רד; ח"ג, קעו.

[ע] משפטי עוזיאל, ח"ג, חו"מ, עמ' רכח.

[עא] י' ד' גילת, "לא תתגודדו" ספר השנה של האוניברסיטה בר אילן, כרך יח-יט (תשמ"א) 88 ואילך.

[עב] ים של שלמה, בבא קמא, פרק רביעי, סימן ט.

[עג] משיב דבר, ח"א, מו.

[עד] שבת, י, א.

[עה] פירוש הגר"א (מקראות גדולות, פרדס), משלי, ו, ד.

[עו] פירוש "משנה ראשונה", משנה, פיאח, ח, ט (מהדורת האלמנה והאחים ראם, וילנה, 1908).

[עז] דרישה, טור, חו"מ, א, ס"ק ב.

התנגדות לצווים על-תנאי-מיום, 25.5.89, 28.2.90 ומיום 3.6.90. העתירות נדחו ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט ש' לויץ.

ה' קדש, א' גנור – בשם העותרות [בבג"צ 257/89](#); נ' ארד, מנהל מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיבים 1-8 בבג"צ 257/89 והמשיבים [בבג"צ 2410/90](#); צ' טרלו – בשם המשיבים 9-12 בבג"צ 257/89; א' שפאר – בשם העותרים בבג"צ 2410/90

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' אלון: אקדמות מילין

נדרשים אנו לדון בשתי עתירות שעניינן סדרי התפילה ברחבה שלפני הכותל

המערבי אשר בירושלים, בירתה של ישראל. העובדות ותוכן העתירה המבוקשת בכל אחת מן העתירות שונים במהותם, אך לרגל הנושא המשותף החלטנו לדון בשתיהן במאוחד.

נושא העתירות, מטבעו וממהותו, רגישות רבה כרוכה בו. מבחינת התוכן – מדובר בהלכות תפילה והליכותיה, שהן נושא מרכזי בעולמה של הלכה ויהדות. מבחינת המקום – מדובר במקום המקודש ביותר לעם היהודי מאז חורבן בית המקדש. וכבר ידענו גם ידענו, מתוך חקיקה מיוחדת ופסיקה נרחבת שיצאה מלפני בית-משפט זה, עד כמה הנושא של המקומות הקדושים בארצנו רגיש ורווי מתח הוא. והדבר בא לידי ביטוי גם בעובדות שבכל אחת משתי העתירות שלפניו ובטענות שבפי באי-כוחן המלומדים של העותרות.

נעייין אפוא בכל אלה, דבר דבור על איפניו, והייתה משנתנו סדורה.

וזהו סדר דיוננו. לאחר עיון בנושא העתירות (פיסקאות 1-3), נעמוד במפורט על פרטי העובדות שבכל אחת ואחת מהעתירות, שחשיבות נודעת להן לדיוננו ולהכרעתנו (פיסקאות 114-1). ועל טענות העותרים והמשיבים (פיסקאות 12-17). כאמור, השאלות שאנו נדרשים להכריע בהן שלובות הן בנושאים שבענייני תפילה ודיניה, שהם מכבשון עולמה של הלכה, ובהם נתחיל דיוננו (פיסקה 18). לאחר שנעמוד על שינויים חברתיים במעמדה ובתיפקודה של האישה בימינו (פיסקאות 19-20), נעייין בדיני תפילה ב"מניין", מצוות עשה שהזמן גרמן, "קבוצות תפילה" של נשים, התעטפות נשים בטלית וקריאה בתורה על-ידי נשים (פיסקאות 21-27) מכאן נעבור לעייין בנושא המנהג בעולמה של הלכה, שחשיבות מיוחדת לו לנושא דיוננו: המנהג בכלל, בבית הכנסת בפרט ובכותל המערבי במיוחד, השינוי במנהג, מניעת מחלוקת ועשיית אגודות אגודות (פיסקאות 28-32); ומתוך כך נעמוד על חריפותם של חילוקי הדעות בנושא סוגייתנו, על הדין והערכים בעולמה של ההלכה (פיסקאות 33-36), הוצאת דין אמת לאמתו (פיסקאות 37-38) וסיכומה של עמדת ההלכה בנושא דיוננו (פיסקה 39). ומעולמה של הלכה נעבור לעולמה של מערכת המשפט בישראל: המקומות הקדושים, הסטטוס קוו (פיסקאות 40-43) והסכסוכים בעניינם (פיסקאות 44, 48-49); הכותל המערבי בתקופת המנדט ולאחר שחרורו במלחמת ששת הימים (פיסקאות 45-46); מניעת תפילת יהודים בהר הבית (פיסקה 47) וסיכום דברי ימי המקומות הקדושים (פיסקה 50). ומשנבוא לכאן נדון בעקרון חופש הפולחן, איזונו וסייגו (פיסקאות 51-53), בתקנה בדבר השמירה על "מנהג המקום" ואי-פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום בכותל המערבי (פיסקה 54) – סבירותה, תקינותה והכרחיותה של התקנה (פיסקאות 55-60). ונסיים בסיכומם של דברים (פיסקה 61) בפסקת דין אמת לאמתו בנושא דיוננו (פיסקה 62), ובהערה לדברים שנאמרו על-די חב"י הנכבדים (פיסקה 63).

בבג"צ 4185/90 נאמני הר-הבית – עמותה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [1] דנו בעתירה שעניינה עבודות המבוצעות בהר הבית, היינו בצדו המזרחי של הכותל המערבי. בעתירות שלפנינו דנים אנו באירועים שאירעו בצדו המערבי של הכותל. שני פסקי הדין דנים אפוא באירועים שמשני עברי הכותל. ומתוך שעמדנו במפורט על תולדות הר הבית והכותל המערבי **בבג"צ 4185/90** [1], לא ראינו צורך בפסק-דיננו בנושא סוגייתנו לחזור על מה שכבר נאמר בבג"צ 4185/90 [1]; לעתים הפנינו מכאן לשם, ולעתים אף לא הפנינו. והמעייין יעייין שם וכאן, והיו לאחדים בידו.

בג"צ 257/89

1. ביום י"ד באדר ב' תשמ"ט (21.3.89) הגישו העותרות **בבג"צ 257/89** עתירה למתן צו-על-תנאי, לאמור: א. כנגד המשיבים 1-3 - המה הממונה על הכותל המערבי, המשרד לענייני דתות והרבנים הראשיים לישראל :

"מדוע הם אוסרים על העותרות בפרט ועל נשים יהודיות בכלל ו/או מונעים בעדן לשאת ספרי תורה בכותל ולקרוא בהם ו/או להתעטף בטליתות בעת תפילתן" (סעיף א.2. לכותרת העתירה).

ב. כנגד המשיבים 6-8 - המה מפקד תחנת המשטרה בעיר העתיקה, מפקד מרחב ירושלים במשטרת ישראל ומשטרת ישראל:

"מדוע לא יגנו על העותרות בפרט ועל נשים יהודיות בכלל בבואן לממש בכותל את זכותן לחופש האמונה, הדת, הפולחן והמצפון" (סעיף ב.2. לכותרת העתירה).

ביום כ' באייר תשמ"ט (25.5.89) ניתן, בהסכמת בא-כוח המדינה המייצג את המשיבים האמורים, צו-על-תנאי כמבוקש.

בדיון שקיימנו ביום כ' באב תשמ"ט (21.8.89) החלטנו להורות על צירופם של תנועת ש"ס, הרב שמחה מירון, אגודת דגל התורה והרב אברהם רביץ כמשיבים 9-12 לעתירה, בהתאם לבקשתם של משיבים אלו (בשג"צ 318/89, בשג"צ 319/89).

2. ביום ג' באדר תש"ן (28.2.90) הגישו העותרות – בעקבות התקנת תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון) תש"ן-1990, תיקון שעליו נעמוד בהמשכם של דברים – עתירה מתוקנת, ובה הוסיפו בקשה נוספת, והיא, כי יינתן צו-על-תנאי כנגד השר לענייני דתות ושר המשפטים (המשיבים 4-3) –

"מדוע לא יצהיר בית המשפט על בטלותן של תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן-1989 ... ולחלופין מדוע לא יבטלן" (סעיף ב' לכותרת העתירה המתוקנת).
בהסכמת המשיבים ניתן צו-על-תנאי מתוקן על יסוד העתירה המתוקנת.

בג"צ 2410/90

3. ביום י' בסיון תש"ן (3.6.90) הגישו העותרים בג"צ 2410/90 –

"עתירה למתן צו נגד המשיבים (השר לענייני דתות, הממונה על הכותל המערבי, המפקח הכללי של משטרת ישראל והיועץ המשפטי לממשלה – מ' א') האוסר עליהם למנוע מאת העותרות 1-6 להתפלל ליד הכותל המערבי וברחבת הכותל כשהן עוטפות את עצמן בטליתות וקראות בספר התורה והמחייב אותם לאפשר לעותרים להכניס ספר תורה לרחבת הכותל ולהבטיח תפילה כג"ל על-ידי העותרות ללא הפרעה ופגיעה" (כותרת העתירה).

במועד הגשת העתירה ניתן בה צו-על-תנאי.

הדיון בהתנגדות לצווים-על-תנאי התנהל במאוחד, ביום י"ג באדר תשנ"א (27.2.91), בשתי העתירות – בג"צ 257/89 ובג"צ 2410/90- כפי שכך ביקשו העותרים בבג"צ 2410/90

העובדות

בג"צ 257/89

4. העותרות בעתירה זו הן נשים יהודיות, תושבות ירושלים. העותרת 1 הינה חברת מועצת עיריית ירושלים. העותרות באות "להתפלל בכותל בצוותא עם נשים יהודיות אחרות במועדים שונים בקבוצה המכונה 'קבוצת ראש חודש'" (סעיף א.1 לעתירה המתוקנת). בעת תפילתן הן מתעטפות בטלית וקוראות בתורה. העותרות 1-2 "הינן בעלות קריאה ומשמשות גם מעת לעת כשליחות ציבור, כל אחת בקהילה אליה היא משתייכת" (סעיף א.3 לעתירה המתוקנת).

טוענות העותרות כי שעה שבאו להתפלל כמתואר ברחבת הכותל המערבי, הופרעה תפילתן. תחילתם של דברים בראש חודש טבת תשמ"ט (9.12.88), שאז אירעה "התנהגות אלימה ... (כלפיהן – מ' א') מצד חרדים" (נספח א' לעתירה המתוקנת). על אירועי ראש חודש אדר א' תשמ"ם מספרת העותרת השלישית, ד"ר יהודית גריין:

"בבוקר יום ב', א' באדר א' (6.2.89) ... בשעה 6:30 החלה קבוצה של כ-25 נשים בתפילות ראש חודש ברחבת הכותל ... הודענו מראש למשטרה ביום לפני כן, יום א', ל' בשבט (5.2.89) על כוונתנו לקיים את התפילה ומסרנו את כל הפרטים המלאים ...

ואכן בבוקר ראינו ניידת מול הכותל, בה ישבו כ-10 שוטרים ואנשי מג"ב. חשבנו שהם נמצאו שם כדי לראות מה יקרה ולהתערב אם יתעורר הצורך לכך. התפללנו שחרית והלל ללא הפרעה רצינית, אך כאשר התחלנו בקריאת התורה החלו כמה נשים חרדיות להפריע לנו ולקלל אותנו. לבסוף הן רצו אל המחיצה וקראו לגברים החרדיים לעזרתן. הגברים פרצו דרך המחיצה והחלו להרביץ לנו. הם חטפו סידורי תפילה וניסו לחטוף את ספר התורה שלנו. 'תגבורת' הגיעה משיבות שונות ברובע היהודי (כנראה) וברגע זה הלכו כמה גברים שדאגו לשלומנו אל הגיידת וביקשו עזרה. השוטרים אמרו להם שאל להם להתערב ועליהם לתת למשטרה 'לעשות את העבודה שלה'. כאשר החלו החרדים להשליך כסאות ושולחנות עלינו, אני פניתי לשוטרים וביקשתי עזרה. אמרו לי לא לדאוג, שהם שולטים במצב וכבר הזעיקו עזרה. כמה אנשים אחרים גם פנו אל השוטרים אבל אף לא אחד מהם טרח לרדת מהניידת. בשלב זה דאגנו לשלום ספר התורה ולשלומם של הגברים שביקשו להגן עלינו. לכן עזבנו את המקום כקבוצה, מסודרות מסביב לספר התורה, כאשר החרדים המשיכו לקלל אותנו ולהכות בנו. אף שוטר או איש מג"ב לא

נכנס לאזור הארוע האלים הזה, למרות שהוא התרחש ממש לפני עיניהם.

בצאתנו פגשנו שוטר שאמר שהוא מפקד האיזור. הוא אמר שהוא לא ידע על רצוננו לקיים תפילת ראש חודש בבוקר זה. אותה שעה עמדו איתו מספר שוטרים שהיו בניידת והם המשיכו לגעור בנו על כך שניסינו להעיר להם איך לעשות את עבודתם" (נספח א' לעתירה המתוקנת).

בעקבות האירועים המתוארים נתקיים משא ומתן בין המשיבים לבין העותרות, אך הוא לא נשא פרי. העותרות הודיעו למשיב 1 כי הן "תבואנה להתפלל בכותל ביום תענית אסתר וללא טליתות וללא ספרי תורה", והמשיב 1 התחייב לדאוג "לשלומן ולקיום תפילתן" (סעיף 9.א לעתירה).

וזוהו שאירע – לטענת העותרות – ביום תענית אסתר תשמ"ט:

11. " (א) ביום 20.3.89 (יום תענית אסתר) נתקבצו העותרות יחד עם חברותיהן, בקבוצה שמנתה כמה עשרות נשים, לתפילה בכותל, ללא טליתות וללא ספרי תורה...

(ב) בעת כניסתן לעזרת הנשים בכותל קמה מהומה גדולה מצד אברכים, אנשים ונשים אחרים שהיו במקום, אשר עלבו בעותרות וחברותיהן וניסו לתקפן. שוטרי מג"ב אשר נכחו במקום איבטחו את כניסתן לעזרת הנשים ללא פגע.

(ג) בעת תפילתן החלו גברים פורעי חוק וסדר לנסות ולפרוץ אל תוך עזרת הנשים, לצעוק ולקלל, להשליך כסאות ואבנים לעבר קבוצת המתפללות. נשים קיצוניות אשר נכחו בעזרת הנשים הוסיפו אף הן בגידופיהן ובאגרופיהן.

(ד) שוטרי מג"ב ניסו תחילה להגן על קבוצת המתפללות ולתפוס את העבריינים, אך עד מהרה, ובהתאם להוראה מגבוה, פינו את הכותל והרחבה והשאירו את קבוצת המתפללות לחסדיהם של המתפרעים האלימים. סדרני הכותל שנכחו במקום קצרה ידם מלהושיע.

(ה) ב"כ העותרות אשר נכח בעת הארוע ודרש מהשוטרים את הגנת המשטרה על המתפללות, הופנה אל המשיב 6 (מפקד תחנת העיר העתיקה – מ' א').

(ו) המשיב 6 עמד בעת הארוע במרפסת נקודת המשטרה בקירבת הכותל והשקיף על הנעשה בחיבוק ידיים וללא מעש, בבחינת 'ישחקו הנערים לפנינו'.

(ז) ב"כ העותרות, אשר פנה אל משיב 6 וביקש את התערבותו המהירה

עקב התקיפות וההתפרעויות והחשש לשפיכות דמים בכותל, נדרש בתקיפות רבה לפנות את נקודת המשטרה. (ח) ההתפרעויות האלימות בכותל נמשכו ללא התערבות המשטרה, לרבות השלכת בקבוק וניפוצו בעזרת נשים, השלכת כסאות ואבנים, צעקות ושריקות.

(ט) כתוצאה מהשלכת כסא על ראשיהן של המתפללות נפגעו אחדות מהמתפללות. הגב' רחל לויין נפגעה בראשה וטופלה לאחר מכן ב'הדסה'...

(י) משליך הכסא הנ"ל נמלט בריצה מעזרת הנשים אל תוך ה'קרדו' כאשר ב"כ העותרות ואחרים דולקים אחריו. שוטרי מג"ב שעמדו בכניסה ל'קרדו' ונתבקשו לעצור את העבריין הנמלט, עמדו מהצד ואיפשרו לו להימלט ולהיעלם בתוככי ה'קרדו'. הם הפנו את המלינים אל מפקדם המשיב 6.

12. לאחר כ-45 דקות התערבה סוף סוף המשטרה תוך פיזור רימוני גז ברחבת הכותל והרחקת הגברים. כתוצאה מרימוני הגז נמנע גם המשך תפילתן של העותרות וחברותיהן, והן נאלצו לעזוב את עזרת הנשים בגועות, חבולות ודומעות, ולסיים את תפילתן הרחק מחוץ לרחבת הכותל.

13. כל עת תפילתן של העותרות בכותל ביום 20.3.89 נכח במקום מנכ"ל משרד הדתות וצפה במתרחש" (סעיפים א.11 - א.13 לעתירה המתוקנת).

יום לאחר אירועי תענית אסתר הגישו העותרות, כאמור, את העתירה שלפנינו.

5. המשיבים הציגו גירסה שונה לאירועים שאירעו עד למועד הגשת העתירה. וכך מתוארים הדברים על-ידי המשיב 1, הרב גץ, הרב הממונה על הכותל המערבי ויתר המקומות הקדושים מסביב להר הבית, במכתבו מיום כ"ב באדר תש"ן (19.3.90) אל מנהלת מחלקת הבג"צים:

"במשך למעלה מעשרים שנה, מיום קבלתי את תפקידי כרב הכותל, היתה רחבת הכותל המערבי אי שקט ורגוע בים הסוער של חיינו בארץ.

מליוני יהודים באים לבקר ליד הכותל מדי שנה בשנה, מהארץ ומהתפוצות, ולשפוך צקון לחשם ליד שריד בית מקדשנו וכל אחד יכול להתיחד עם קונו בשלוה ובבטחה.

כולם שוים לפני בורא עולם, דל ושוע, תלמיד חכם ועם הארץ, משכיל ובור, ומתפלל תפילתו בנוסח ספרד, אשכנז, עדות המזרח, סדור מתוקן, בעברית,

אנגלית או צרפתית או בכל אחרת. בלי פוצה ומצפצף ונוסף עליהם, באלף אלפי הבדלות, מוסלמים, קטוליים, פרוטסטנטים, פריסבטרים ועד לאנשי המקויה היפניים, וזכינו לראות כמו עינינו את החזון הגעלה בבחינת 'כי ביתי בית תפלה יקרא לכל העמים'.

נהר הצרות של עם ישראל משתפך ברגיעה ליד האבנים עתיקות היומין ואחינו ואחיותינו יוצאים ממנו בהרגשת פורקן והקלה.

וזה עד ליום המר והוא כב' בכסלו תשמ"ט (1.12.88) עת קבלתי הודעה אנונימית בסוף הלילה בהיותי בלשכתי בכותל, מאדם שהזהירני שתבואנה נשים פימיניסטיות לכותל והן תהפוכנה את המחיצה המפרידה בין נשים לגברים. לא האמנתי למשמע אזני וחשבתי שהוא חומר לו.

אך בכל זאת השכמ בבוקר, הודעתי למפקד המשטרה על כך ודרשתי תגבורת משטרתית תוך הסתייגות מנאמנות ההודעה.

ובראותי, סמוך לשעה 07:00, צבא צלמים ועתונאים ישראלים וזרים, הזעקתי את המנכ"ל לעניני דתות מר ז. אורלב, שהגיע מיד, והעמדתני את כל צוות הסדרנים ויתר עובדי הכותל בכוננות ליד המחיצה.

כעבור מחצית השעה אכן, כחמישים-ששים נשים הגיעו לשטח, בחלקן עטופות בטלית או חובשות כיפות וביד אחת מהן ספר תורה, וזה הצית מיד את הרגשות של המתפללים והמתפללות.

לא מנעתי מהן להכנס לרחבת הכותל ואף הרגעתי את הרוחות הנזעמות בהסבירי לכל דכפין שמבחינה הלכתית-משפטית אין איסור אלא שזה נוגד את המנהג ולא מתקבל בעם ישראל וכך שכנתי את רוגזם של המוחים. חשבתי לתומי שזוהי תופעה חד פעמית ותחלוף ותעבור מן העולם רך אגב אני מכחיש בתוקף שידעתי, וגם לא דווח לי, על בוא נשים, או אשה בודדה, לכותל המערבי עטופה בטלית וגם לא הצהרתי על כך (!).

ומה גם הופתעתי שבתצהירים לעתונות על שלוחותיה הודגש על ידי העותרות שזוהי מעתה מדיניות קבועה ושטתית ולכן פניתי לכב' הרבנים הראשיים לישראל שיחוו דעתם מבחינה הלכתית והם פסקו בתאריך יז' בשבט תשמ"ט לאסור, וזאת לאחר שבראש חדש טבת (9.12.88), שוב חידשו את התופעה והפעם נתקלו בתגובות זועמות-מלוליות של המתפללים.

ענין בוא הנשים עטופות בטלית וספר תורה בידן, קבל צורה חמורה של הפרת הסדר הצבורי והפך את רחבת הכותל לזירת קרב מבישה וכדי בזיון וקצף.

והעותרות מצדן מוסיפות אש למדורה ע"י הודעות לעתונות חדשים לבקרים דבר שגרר תגובות זועמות מהצד שכנגד.

בר"ח שבט לא קרה דבר כי זה חל ביום שבת קדש.

בר"ח אדר א' (6.2.89) שוב התחדש החזיון הקשה. הגיעה קבוצת נשים כנ"ל מלוות עתונאים וצלמים לרוב, הפעם היתה הסלמה משום שהודעותיהן לעיתונות 'גייסו' מתנגדים לרוב, ומצדן הוסיפו פרט של שירה, דבר שנוגד במפורש את ההלכה.

לא ידוע לי על פגיעה פיזית כל שהיא. אך המדהים הוא שהנ"ל טענו במפורש שקבלו היתר ממני לערוך תפלתן. עם הרבנות הראשית לישראל והנהלת משרדנו, קיימנו כמה דיונים להגביל את הנזק ולצמצם את הבושה. אישית, פניתי לאנשי צבור שונים ובקשתים להשפיע על המת ובמיוחד על העותרת מס' 1, להמנע מלגרום חלול ה' ולא לגרור את הצבור לחלול הקודש.

ביום יא' אדר ב', התקימה בלשכת המנכ"ל ישיבה משותפת ובה נכחו גם נציגות של העותרות. הן דרשו שנגן עליהן בבואן ביום תענית אסתר ובה הצהרנו בצורה חד משמעית שהן מפירות את הסדר הצבורי ומצדנו נקפיד על השמירה עליו...

אי לזאת נערכתי ליום זה, יג' אדר ב' תשמ"ט (יום תענית אסתר – מ' א') (20.3.89) ובתאום עם המשטרה ומפקדה, תגברתי את המערך של הסדרניות תוך הדגשה שהמשטרה תתערב רק במקרה והסדרנים יאבדו את השליטה בשטח.

ושוב חזר המקרה של הודעות לעתונות, רכוז צלמים ועתונאים מבעוד מועד, והנשים נתקלו בחומת אדם שנסו לחסום בפניהן את הגישה לכותל והסדרנים סוככו על הנשים ואיפשרו להן זאת; אלא שזעקות ונסיונות פגיעה פיזיים, אלצוני לבקש את התערבותה של המשטרה אשר פזרה את ההפרעות על ידי שני רמוני גז מדמיע.

ופני מתכסים בושה וכלימה על כך, למה כל זאת? ומה יכולע להן באם הן תתפללנה כרצונן בבתייהן או בבתי תפילה שלהן, היה צורך בכל המהומה הזאת? (נספח מש/ב לכתב התשובה מטע המשיבים מיום 8.4.90).

6. ממועד הגשת העתירה, היינו מיום י"ד באדר ב' תשמ"ט (21.3.89), ועד למועד הדיון הראשון בעניינה של העתירה, היינו עד ליום כ' באייר תשמ"ט (25.5.89), שככה המהומה ברת הכותל המערבי. וכך מתוארים הדברים במכתבו הנ"ל של הרב גץ:

"לקראת כ"ח ניסן תשמ"ט (6.4.89) בתאום עם הנהלת המשרד, גייסתי צוות של נשים אשר תוכלנה להשתלט על נשים מתפללות המנסות להתנגד לבואן.

וגם סילקתי את הכסאות מהשטח הן הגברים והן של הנשים. ואכן בבואן לרחבה, נמסר לי על-ידי בא כחן 'תצהיר משפטי' שהים באות ללא ספר תורה וללא טלית ושלא תתקרבנה לעזרת נשים. ואכן פרט לזעקה בודדת, היו כל תגובות מצד כל שהוא.

כך היה גם בר"ח אייר (6.5.89). הסברתי לבאות שזה לא הזמן להקים מהומות ושהן צריכות לזכור שרק אתמול נשפך דמם של שני יהודים במרכז ירושלים ושעליהן להתנהג באיפוק.

אך בכל זאת, בפותחן בשירה במהלך התפילה שהיתה עד כה שקטה, נשמעו קריאות מחאה מצד מתפללות ומתפללים וחישי הן עזבו את השטח " (נספח מש/ב לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 8.4).

וכך ניתן ללמוד על האירועים עד למועד הדיון הראשון בעניינה של העתירה ממכתבו מיום ב' באייר תשמ"ט (7.5.89) של מר זבולון אורלב, מנכ"ל משרד הדתות דאז, אל מנהלת מחלקת הבג"צים:

"הריני מתכבד להעביר לך דיווח על השתלשלות האירועים בקשר לתפילות קבוצת הנשים הפמניסטיות הנוהגות לאחרונה להתפלל בכותל המערבי מידי ראש חודש.

אישית, אני מלווה ענין זה במהלך ראשי החודשים שבט, אדר א', אדר ב', ניסן ואייר. כמוכן נפגשתי גם אישית יחד עם הרב גץ, הרב הממונה בכותל המערבי, עם נציגות הקבוצה לה בנושא.

ראשית הענין הובא לידיעתי דרך כלי התקשורת שפירסמו שהקבוצה תתפלל בכותל עטופות בטלית ותוך קריאה בספר תורה.

בראשי החודשים הראשונים קדמו לתפילה הודעות בכלי התקשורת ועל פי ניתוח תוכנן אין לי כל ספק כי המקור לידיעות היה מצד הנשים.

הודעות אלה יצרו תגובות נגד בעיתונות החרדית וגרמו לחימום האוירה וליצירת ציפיות למאבק.

גם כשהנשים הגיעו לכותל בלי טליתות וספרי תורה היו תגובות חריפות מצד החרדים הואיל והם האמינו לידיעות בכלי התקשורת וציפו שהנשים תממשנה את מה שפורסם.

תרמו לכך הליווי המובלט של הפוליטיקאים שהלכו בראש הקבוצה, וצוותי טלוויזיה רבים, צלמים וכתבי עתונות שליוו את קבוצת הנשים שנכנסה לרחבה כגוף אחד בשורות וטורים מסודרים כמו במצעד הפגנתי מובהק.

משרדנו השקיע מאמצים רבים להבהיר מחד גיסא לנשים כי לא תותר כניסתן אם הם תתפללנה בטליתות ובקריאה בספרי תורה, ולחרדים, מאידך גיסא, כי אם הנשים מבטיחות לא לשנות ממנהגי המקום – הן לא תפרנה את הבטחתן.

ואמנם בר"ח ניסן, נשא המאמץ פרי, ולמעט כמה קריאות קולניות של מספר מצומצם של גברים ונשים כנגד קבוצת הנשים, לא היתה כל הפרעה משמעותית. קריאות אלה באו על רקע הכניסה המאורגנת ההפגנתית וליווי צמוד של כלי התקשורת שלא הוזמנו על ידינו או על ידי הצד השני...

לקראת ר"ח אייר, לא הופיעו בכלי התקשורת שום ידיעות בנושא. קבוצת הנשים הופיעה ללא הבלטת הפוליטיקאים וכתוצאה מכך יש לשער, גם בהעדר ליווי צוותי טלוויזיה, צלמים וכתבי עתונות. אני שמח לדווח לך כי הקבוצה נכנסה ללא כל הפרעה (לא נכנסו במסדר אלא בקבוצה טבעית) התפללו כחצי שעה ועזבו בנחת את הרחבה. במהלך התפילה, לאחר שהקבוצה החלה להתפלל תוך כדי שירה מאורגנת בקול רם – בניגוד להחלטת הרב הממונה על הכותל – צעקו 2 שנים חרדיות שהשירה הפריעה להן, ושהושתקו על ידי סדרני הכותל.

השתלשלות אירועים זו מוכיחה ומביאה לידי המסקנות הבאות:

- א. כל עוד האירוע מקבל ציביון של הפגנה מצד הנשים, הוא גם זוכה לתגובת הצד השני, ולהיפך.
 - ב. כל עוד האירוע מתנהל במסגרת הנחיות הרב הממונה על הכותל, אין תגובות חריפות ומהומות, ולהיפך.
- מתוך שיחות שקיימתי עם מפקד משטרת העיר העתיקה סנ"צ יאיר מוסט, הנמצא עמי יחד בכל אירוע, אני יודע כי הוא שותף לניתוח האירוע ומסקנותיו" (נספח 1/ש) לכתב התשובה שהגישו המשיבים [בבשג"צ 312/89](#) ביום 15.8.89).

7. במועד הדיון בעתירה ניתן, כאמור, צו-על-תנאי בהסכמת המדינה. כן נרשמה הודעת המדינה, ולפיה "ידאגו הרשויות המוסמכות באזור רחבת הכותל המערבי ... לשמור על שלומן, ובטחונן של העותרות וכי לא תופרענה בתפילתן ברחבת הכותל המערבי", בכפוף לכך שהעותרות ימשיכו ויקיימו תפילות בכותל "כפי מנהגי התפילה המקובלים כיום במקום, לאמור – יתפללו בעזרת הנשים, בלא טליתות וספרי תורה" (סעיפים 2, 3 להודעת המדינה מיום 24.5.89).

למרבה הצער, הסדר ביניים זה לא הביא להפסקת ההתכתשויות ברחבת הכותל המערבי.

8. ביום ו' באב תשמ"ט (7.8.89) הגישו העותרות בקשה "ליתן צו ביניים המורה למשיבים לנקוט בכל הצעדים הדרושים כדי להבטיח את קיום תפילתן של העותרות וחברותיהן ללא אלימות פיזית או מילולית וללא הפסקה" (בשג"צ 312/89). בבקשה זו תיארו העותרות את האירועים שאירעו, לטענתן, לאחר הסדר הביניים המתואר. וכך מתוארים אירועי ראש חודש סיוון תשמ"ט (4.6.89) במכתבו של בא-כוח העותרות אל היועץ המשפטי לממשלה ואל מנהלת מחלקת בג"צים מיום 5.6.89:

"א. בראש חודש סיוון 4.6.89, ניסו העותרות ביחד עם חברותיהן להתפלל בעזרת הנשים בכותל. הן הגיעו לכותל ללא טליתות וללא ספר תורה והתפללו בתוך עזרת הנשים. במקום התו הארועים הבאים: 1. קבוצת נשים הרעישה בצעקות וגידופים מחרישי אזניים והפריעה לתפילה.

2. קבוצת גברים, מהצד השני של המחיצה צעקו והפריעו לתפילה.

3. נשים אחדות ניסו בדחיפות להדוף את המתפללות, כאשר אלו מנסות להתפלל, אל מחוץ לרחבה.

4. לגבי ענת הופמן חטפו את הסידור, קימטו אותו וירקו עליה, למתפללת אחרת חטפו את הסידור והשליכו אותו לריצפה."

5. במתפללת נוספת פגעה אבן שהושלכה עליה.

ב. בהכירן את הודעת המדינה, שנמסרה בכתב כהתחיבות המדינה, בבית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ בעתירת הנשים בתיק 257/89, פנו הנשים לעזרת הסדרנים והמשטרה.

ג. אלו גם אלו עמדו מנגד, אדישים, ונמנעו מ'לשמור על שלומן ובטחונן של העותרות וכי לא תופרענה בתפילתן ברחבת הכותל המערבי' (ציטוט מתוך התחיבות המדינה הנ"ל).

ד. אם לא די במתואר לעיל, נדהמו הנשים כאשר הגיע אליהן מר שמואל מרקוביץ, שהיה קצין המשטרה האחראי במקום, ודרש בשמו של הרב גץ שהנשים תתפללנה אך ורק בלחש או שהמשטרה תפעל כנגד הנשים המתפללות.

ה. כהרגלן, פנו הנשים לבית הכנסת 'החורבה' ושם התרחשו הארועים הבאים: 1. המקום היה 'תפוס' על ידי קבוצת גברים חרדים.

2. כשניסו הנשים להתפלל במקום נמוך יותר, שפכו עליהן הגברים

מים, וחרדים ניסו להתפרץ פנימה, אל בין המתפללות. תוך כדי כך, פגעו במרים קלץ ובהלן לואיס, שנפלו, נחבלו נזקקו לטיפול רפואי.

3. המשטרה לא ניסתה, באופן רציני, לאפשר לנשים להתפלל.

4. הנשים שהגישו תלונות טורטרו כהוגן בין הקישלה, מגרש הרוסים, משרד התיירות וכו'. ומשתי המתלוננות שנפגעו לא נתקבלה תלונה אלא לאחר טרטורים רציניים" (נספח ב' לבקשת העותרות בבשג"צ 312/89).

תיאור נוסף של אירועי ראש חודש סיון מובא על-ידי העותרות במכתבן אל שר הדתות מיום כ"ו בסיון תשמ"ט (29.6.89):

1. "... למרות התחייבות המדינה גילינו בראש חודש סיון (4 יוני 89) שהאלימות כלפינו נמשכת, ושמשרדך לא הצליח להגן על שלומנו בצורה יעילה כפי שהובטח בבית המשפט.

בראש חודש סיון לא הצליחו הסדרנים להגן עלינו והרב גץ שהיה נוכח במקום לא הזעיק את משטרת ישראל לעזרה. סדרני הכותל טענו שאין הם מוכנים לגעת באישה ואפילו היא מתפרעת, מכה ומקללת מתפללות אחרות. כדי לפתור בעיה זו העלית הצעה להזמין סדרניות לכותל ואנו ברכנו על יוזמה זו שלך.

2. ... מאז דצמבר 88, בראשי חודשים, חגים וערבי שבתות אנו נוקטות באותו מנהג, אנו מגיעות לרחבת הכותל בשקט כיחידות או בזוגות. מתכנסות בעזרת הנשים לקבוצה, ובלא תורה וטליתות מתפללות יחדיו.

בראש חודש סיון לא שינינו דבר ממנהגנו למרות הדיווח בכתב שנמסר לך על-ידי הרב גץ" (נספח ד' לבקשת העותרות בבשג"צ 312/89).

בראש חודש תמוז תשמ"ט (4.7.89) ובראש חודש אב תשמ"ט (2.8.89) חלה החמרה בתופעות האלימות, כפי שמצהירות על כך העותרת הראשונה, גב' ענת הופמן, והעותרת השנייה, ד"ר בונה הברמן, בתצהירן מיום 6.8.89:

3. "...

(ג) בעת תפילתנו ב- א' בתמוז וב- א' באב הקצה משרד הדתות כוח של נשים סדרניות, אשר אמורות היו להגן עלינו בפני תוקפינו האלימים ולאפשר את תפילתנו ללא הפרעה. אלא שבמקום זאת הצטרפו אף הסדרניות לאלה המנסים להחריש את תפילתנו. משניסינו להמשיך את תנו כרגיל אף שהיינו בלא טליתות ובלא ספר תורה – נגררנו אנו וחרבותינו, תוך שימוש בכוח ובטרם נסיים תפילתנו, אל

מחוץ לעזרת הנשים, תוך שנשים, המתכנות 'חרדיות' מנצלות את ההזדמנות כדי לסקול אותנו בחצץ ולהטיח בנו ברוץ ועפר.

4. לא זו בלבד שנגררנו בכוח וגורשנו מתוך עזרת הנשים באורח משפיל ומבזה לעיני כל, אלא שהממונה על הכותל הרב גץ, הצהיר בפני בא כוחנו עו"ד הרצל קדש – כפי שהלה דיווח לנו – שלהבא לא יאפשר כלל את כניסתנו לתוך עזרת הנשים. דברים דומים פורסמו באמצעי התקשורת כדברים שנאמרו מטעמו של משרד הדתות.

5. אלה מאיתנו המתפללות בכותל מדי יום ששי (בקבוצה של 10-25 נשים) נתקלות אמנם באלימות מילולית, אך עד כה לא סוכלה תפילתן, כפי שארע בראשי החודשים.

...

7. (א) הרשויות מתיימרות לתרץ התנהגותן זו בהבחנה מלאכותית שהן עושות בין 'תפילה' ו'שירה' ובהגדרת תפילתנו כשירה. בכך מבקשות הן להתחמק מאחריותן ומחובתן הן חוק והן על-פי התחייבותן בבג"צ.

(ב) אנו מתפללות מתוך סידורי תפילה בלבד, תפילתנו היא בנוסח אשכנזי מקובל. אנו מתפללות בקבוצה, בקול, עם שליחת ציבור. נוסח התפילה כולל בין השאר 'פסוקי דזימרה' ובתוכם 'שירת הים', וכן כולל תפילות כגון 'צור ישראל' ו'עלינו לשבח'. בראשי חודשים כולל התפילה גם 'הלל'. 'תפילות אלה נקראות בקול' (תצהירן של העותרות הוגש בתמיכה לבקשתן בבשג"צ 32/89).

עוד צירפו העותרות לתצהירן האמור תמונות המתארות את אירועי ראש חודש אב. בתמונות אלו נראתה קבוצת נשים יושבת על רחבת הכותל, כשסדרניות הכותל מנסות להרים אחת מן הנשים; הנשים בקבוצה זאת נראו שוכבות על רחבת הכותל והסדרניות מנסות להרים אחת מהן; אישה נראתה כשהיא מפונה מן הרחבה על-ידי סדרנית; ואישה "חרדית" נראתה כשהיא נאבקת בעזר תיקה עם אחת מן הנשים שישבו ברחבת הכותל.

9. המשיבים הסבירו את אשר אירע בראש חודש סיוון, תמוז ואב בכך שהעותרות הפרו את הסדר הביניים שסוכם עליו בדיון מיום כ' באייר תשמ"ט (25.5.89):

7. "(א) ...

(ב) משנדונה העתירה למתן צו על-תנאי בפני בית המשפט הנכבד, הוסכם על הצדדים כי עד אשר ימוצו ההליכים המשפטיים ינהגו העותרות על פי מנהג המקום – ומחמת שנושא העתירה התמקד בענין

ספציפי, הודגשה בהודעה ההתייחסות לאותו עניין, דהיינו, תפילת הנשים כשהן וראות בתורה ועטופות טליתות. (ג) מדברים אלה, למדו העותרות ככל הנראה, כי ניתן היתר בידן להפר מנהג המקום בכל המצוי מחוץ לגדר עתירתן, ומכאן ואילך, בבואן להתפלל תפילת ראש חודש, פתחו בשירה.

בעשותן כן, חרגו העותרות ממנהג המקום, ביודעין, כאשר לטענתן ממלאות הן בכך אחר מנהגיהן הן בקהילותיהן" (תשובת המדינה מיום 15.8.89 בבשג"צ 312/89).

כן הביאו המשיבים תיאור שונה של אירועי ראש חודש סיוון, תמוז ואב. על אשר אירע בראש חודש סיוון תשמ"ט (4.6.89) עומד הרב גץ במכתבו הנזכר לעיל אל מנהלת מחלקת הבג"צים:

"בראש חודש סיוון תשמ"ט (4.6.89) שוב נשנה הענין של השירה המתגרה וההתנגדות של המתפללים ואיך שהוא השתלטתי על המצב" (נספח מ/ש/ב לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 8.4.90) אירועי ראש חודש תמוז תשמ"ט (4.7.89) מתוארים על-ידי הרב גץ במכתבו אל מנכ"ל משרד הדתות מיום א' בתמוז תשמ"ט (4.7.89), הוא יום האירועים:

"הבוקר, א' דראש חודש תמוז, באה קבוצה מהנשים הריפורמיות ובראשה גב' ע. הופמן. היתה קבוצה קטנה יחסית מזו שצפינו לה, ובסה"כ כ- 40-50 נשים.

קודם לכן הנחיתי את הסדרנים, וגם את הסדרניות שגייסנו לצורך שעה בהוראות מדויקות... כן ערכתי תאום מלא עם מפקד המשטרה מר י. מוסט וכן לחצתי על המתפללים והמתפללות שלא להתערב כלל ועיקר ולהשאיר לי בלעדית את הטפול. ובהגיע קבוצת הנשים הנ"ל לשטח בס לשעה 07:00, חולקה לכל אחת מהן פנייתי בעברית ומעבר לדרך באנגלית (בה נתבקשו המתפללות לא לשנות 'ממסורת הדורות של עמנו בשום עניין': נספח מ/ש/2 (א) לבשג"צ 312/89 מ'א).

ללא כל הפרעה הן התקרבו לכותל והחלו להתפלל. אך מדי פעם, הן פתחו בשירה והסדרניות בקשו מהן באדיבות לשתוק ופה ושם נשמעו קולות מחאה של נשים בודדות. אך כאשר הן פתחו קולי קולות, ולא רצו להפסיק, הוריתי לסדרניות לפעול להוצאתן – ללא תוקפנות מיוחדת – מהרחבה. המתפללות הנ"ל בראותן זאת, נרגעו וסיימו את קטעי התפלה שלהן בשקט ועלו למדרגות הרובע לקריאת תורה וכו'. יצויין שגב' ע. הופמן רצה כל הזמן מאחת לשניה וכנראה ניסתה ללבות את היצרים וללא הצלחה מרובה.

בסכום – וכן מצטרף לדעתי מפקד כח המשטרה שלא היה כל צורך להשתמש בו זוהי כנראה, עד להכרעה המשפטית, שטת הטפול הנאותה ובזאת זכינו ברוך ה' להשליט סדר ללא כל פגיעה היא לא גופנית ולא נפשית" (נספח מ/ש/2 לכתב התשובה שהוגש בבשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

עוד מן הראוי להביא כאן את ההנחיות שהנחה הרב גץ את הסדרניות לקראת ראש חודש תמוז:

"מתפקידך היום:

א. למנוע כל הפרעה לכל אשה הבאה להתפלל ברחבת הכותל ולהגן עליה.

ב. למנוע כל הפרעת הסדר הציבורי מכל צד שהוא.

ג. ובהתאם לסעיף 4(ג) מתקנות הכותל (תשמ"א) גם להרחיק פיזית מרחבת הכותל כל אדם כאשר תקבלי הוראות לכך מהח"מ (הרב גץ – מ' א') (נספח מ/ש/2) לכתב התשובה שהוגש ב"צ 312/89 ביום 15.8.89).

האירועים החמורים שאירעו בראש חודש אב תשמ"ט (2.8.89) מתוארים על-ידי הרב גץ במכתבו אל מנכ"ל משרד הדתות מיום א' באב תשמ"ט (2.8.89), הוא יום האירועים:

"הבוקר, הופיעה קבוצת הנשים הריפורמיות שמנתה הפעם מספר גדול מהרגיל כ- 70-80 אשה. קדמו לבואן, נציגי טלביזיה, ישראלית וזרה, וכן צלמים ועתונאים.

בבואן, הן נתבקשו ע"י הסדרניות לשמור על הסדר ולכבד את מנהגי המקום. הסדרנים שלנו עמדו ליד המחיצה מצד עזרת הגברים בכדי למנוע כל התפרצות מצד מתפללים.

הריפורמיות החלו את תפלתן בשקט ולא הפרעו כלל ועיקר. אך בפותחן בשירה היתה תגובה כללית של קריאה לשקט; שגרתי כמה מהמתפללות בעזרת הנשים לדבר על לבן ולבקשן באדיבות מור על קדושת המקום.

לרגע, השירה פסקה, ושוב הן פתחו בה בקולי קולות. ולאחר שהוזהרו להפסיק, החלו הסדרניות להוציאן; ואז עפ"י אות מוסכם, התישבו כולן בבת אחת על הרצפה, והגבירו את קרה, בצורה פרובוקטיבית ביותר.

נאלצתי איפוא להורות על הוצאתן הפיזית אחת אחת, תוך בלימה בפתח ע"י סדרנים, למניעת חזרתן לשטח. מאד מאד לא נעמה לי התמונה. אך הן לא השאירו לי כל ברירה אחרת. אני מצדין לשבח את עמידת המשטרה בפקודו של מפקח מרקוביץ אם כי לא ראיתי צורך להפעילה (מוסט נמצא בחופשה).

לסכום, אני רואה הסלמה בתופעה ואני מציע לשקול הפעם את אי כניסתן לשטח, בכדי שלא לחזור על המחזה הקשה של היום" (נספח מ/ש/3 לכתב התשובה שהוגש בבשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

וכך נאמר במכתבו של הרב גץ אל מנהלת מחלקת בג"צים:

"... לעומק ההשפלה של קדושת הכותל המערבי הגענו בראש חודש אב (2.8.89). כיאה לחורבן, חזיתי מראש את שעלול לקרות, גייסתי צוות סדרנים וסדרניות מתוגבר, תאמתי עם משטרה וגם פניתי באגרת כתובה בעברית ובאנגלית ובה קיבלתי את פני הבאות בברכת אחים ובבקשה לבל תפרנה את הסדר הציבורי, ממש התחננתי אליהן שתתנהגנה באיפוק ולא תגררנה לרובוקציות.

ואומנם בתחילה הן החלו להתפלל בשקט אך פתאום פתחו בשירה קולנית ולמרות בקשותיי החוזרות ונשנות הן התעלמו לחלוטין מהן ואף הגביהו את האוקטבה.

ומצד שני כמוכן באה התגובה הצפויה ומחשש להתפתחויות קשות ואלומות, הוריתי לסדרניות להוציאן החוצה ואז לפי אות מוסכם נתישבו כולן בבת אחת על הרצפה תוך שילוב זרועות ושירה בקולי קולות.

למרות הכאב הצורב שאני חש עד עצם היום הזה, הוריתי לגררן החוצה לעיני המצלמות הרבות, שכרגיל הוזעקו מבעוד מועד" (נספח מ/ש/ב לכתב התשובה מיום 8.4.90).

תמונה דומה של אירועי ראש חודש אב מוצגת במכתבו של מר זבולון אורלב אל מנהלת מחלקת הבג"צים מיום ב' באב תשמ"ט (3.8.89). לפי האמור במכתב:

"... מפרות הנשים את כללי התפילות וההתנהגות במקום ע"י שירה מכוונת, מאורגנת ומופגנת.

בר"ח אב (2.8.89) הגדילו לעשות בכך שבאו בקבוצה מאורגנת בהיקף גדול וכליווי צמוד של פוליטיקאים וכלי התקשורת (עתונות כתובה, רדיו וטלוויזיה) שהוזמנו על ידם.

אנו רואים בכך הפרה בוטה של פסק הבג"צ שקבע כי התפילות תיעשנה במסגרת הכללים הנוהגים במקום ולכן אבקש לנקוט באמצעים משפטיים על הפרת הבג"צ וביזיון בית המשפט.

כמו כן, אתכבד להודיעך כי לאור הפרות חוזרות ונישנות של כללי המקום ע"י הקבוצה, אנו שוקלים שלא לאפשר להם להכנס יותר לרחבה בקבוצה מאורגנת אלא כבודדים" (נספח מ/ש/4 לכתב התשובה שהוגש בבשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

10. בסופו של הדיון שהתקיים ביום כ' באב תשמ"ט (21.8.89) בעניין בקשתן של העותרות לצו ביניים, כמתואר לעיל, ולאור האירועים המתוארים, החליט בית-משפט זה לאמור:

"לענין צו הביניים, יש להמשיך במצב הקיים בלא לשנותו, לא לכאן ולא לכאן. כל שינוי בסדרי התפילה יוכל לבוא, אם בכלל, רק בעקבות החלטה שיפוטית של בית משפט זה לאחר דיו בעתירה לגופה. אשר על כן יש לאפשר לעותרות לקיים תפילה במקום על פי מנהגי המקום, כפי שרוב הכותל מצהיר עליהם. משמעות הדבר, בין היתר, כי תפילתן תהא ללא טלית וספרה. אשר לשירה במקום או תפילה בקול רם, אף עניין זה חייב להעשות – כל עוד לא נדון הדבר לגופו בבית משפט זה – על פי מנהגי המקום כאמור. את תפילתן של העותרות, על פי מנהגי המקום, צריכים המשיבים לאפשר ולדאוג על-ידי סידורי בטחון נאותים כי הדבר יבוצע כראוי" (ההחלטה בבשג"צ 312/89).

לאחר החלטה זו שבה השלווה אל עזרת הנשים, ותפילתן של העותרות – בהתאם למנהגי המקום – עברה בהשקט ובביטחה. עומד על כך הרב גץ במכתבו הנזכר לעיל מיום כ"ב באדר תש"ן (12.3.90) אל מנהלת מחלקת הבג"צים:

"הורדת הקיטור" חלה בתאריך י"ט מנחם אב תשמ"ט (20.8.89) (צריך להיות: כ' מנחם אב תשמ"ט (21.8.89) – מ' א') בהנתן צו מכבוד בית המשפט העליון שעליהן לציית להוראות רב הכותל ושלא לשנות ממנהגי המקום.

ופרט לניסיון מסויים של הפרת סדר בראש חודש אלול תשמ"ט (1.9.89), חלה רגיעה מוחלטת ומדי ראש חודש באות קבוצות גדולות או קטנות של נשים, ללא הודעות מוקדמות לעתונות, מתפללות בכותל בשקט ככל בנות ישראל והולכות כלעומת שבאות והן מתקבלות בסבר פנים יפו" (נספח מש/ב לכתב התשובה מיום 8.4.90).

כן עולה הדבר ממכתבו מיום כ"ח כסלו תש"ן (29.11.89) של מר צבי הופמן, מנהל המחלקה למקומות קדושים במשרד הדתות, אל מר זבולון אורלב:

"הבוקר, ראש חודש כסלו, הופיעה קבוצת הנשים הריפורמיות שמנתה הפעם כ-100 אשה בשעה 20:7 בבוקר. הקבוצה היתה יחסית גדולה מזה הרגיל. קדמו לבואן נציגי התקשורת, וכן צלמים ועיתונאים. בבואן הן נתבקשו ע"י המזכיר של הרב גץ, מר צ. הכט (היות והרב גץ לאה נוכח במקום עקב מחלתו) לשמור על הסדר ולכבד את מנהגי המקום.

ללא כל הפרעה הן התקרבו לכותל והחלו את תפילתן בלי שום שירה ובלא הרמת קול. כעבור בערך 20 דקות הן גמרו את תפילתן והן עלו למדרגות הרובע לקריאת התורה וכו'.

בסכום – לא היה כל צורך להשתמש בכוח המשטרתי וגם לא בסדרניות שהוזמנו על ידינו. וזה רק מראה שתפלותן יכולות להתקיים כפי מנהגי המקום בלי שום בעיות" (נספח מש/ג לכתב התשובה מיום 8.4.90).

בג"צ 2410/90

11. עובדות עתירה זו – אף שמעלות הן נושא אחד – שונות הן תכלית השינוי מעובדות העתירה בבג"צ 257/89. העותרות 1-6 בעתירה זו הינן נשים יהודיות תושבות ארצות-הברית. תרות הקימו את העותר 7- הוועד הבינלאומי למען נשות הכותל – ולטענתן הן "מייצגות ציבור של 1000 נשים יהודיות לפחות, המשתייכות לזרמים העיקריים של היהדות לרבות האורתודוקסים, הקונסרבטיבים והרפורמים והמתחדשים" (סעיף 1 לעתירה).

אשר לדרך תפילתן של העותרות והציבור שאותו הן מייצגות-

13. "אפיון תפילתו של ציבור זה הינו כי מאחר והנשים שייכות לזרמים שונים, אם כי בעיקר אורתודוקסיים, החליטו הן לאמץ את הכלל ללכת על פי המכנה המשותף להן, היינו תפילה המקובלת על הזרמים כולם.

14. לאור החלטה זו מתפלל צבור זה על פי ההלכה האורתודוקסית ועל פיה בלבד, שכן אין בכך כדי לפגוע בתפיסתה הדתית של אף אחת מחברותיו ועקב כך מקיימות טכסי תפילה אשר מורים על פי ההלכה כמקובל בעולם האורתודוקסי היהודי הדתי.

15. לאור זאת מקפידות העותרות בתפילתן המשותפת, אשר נעשית בצוותא: (א) שלא לקרוא לעצמן ושלא להחשב 'מנין' לשום דבר וענין.

(ב) שלא לקרוא את אותן התפילות אשר מותרות רק במסגרת מנין, כך שאין הן אומרות את הקדיש, אין הן אומרות את 'ברכו ...', אין חזרת שליח ציבור לאחר תפילת שמונה עשרה וכמה.

(ג) אין הן מקיימות סדרי קריאת התורה ולא מברכות או 'עולות' לקרוא בתורה.

16. למעשה מקיימות העותרות תפילת יחיד, על איפיוניה ומגבלותיה,

בצוותא, ובתוספת שתיים אשר מותרות גם מותרות על פי ההלכה -

(א) עוטפות את עצמן בטלית בעת תפילתן;

(ב) קוראות מספר התורה אשר הן נושאות עימן" (עיקרי הטיעון מטעם העותרים מיום 27.2.91).

על הרקע להגשת העתירה נאמר בה כדלקמן:

4. "בין מאמצייהן לקשור קשר אמיץ ומעמיק עם ירושלים, נשות הכותל הביאו לירושלים לקראת סוף 1989 ספר תורה והשאירו אותו בירושלים בין היתר כדי שבעת ביקוריהן החוזרים תוכלנה לקרוא בו במהלך תפילותיהן.

5. נשות הכותל בקשו להתפלל כנ"ל בראש חודש כסלו (29.11.1989) ליד הכותל כשהן עוטפות את עצמן בטליתות וקוראות בספר התורה שהביאו כנ"ל.

6. כשנמסר לנשות הכותל שהמשיב מס' 2 (הרב גץ, הממונה על הכותל – מ' א') עלול לנסות ולמנוע את תפילתן כנ"ל, כפי שעשה כלפי קבוצת נשים ישראליות, אשר עתירתן בנדון תלויה בפני כבוד בית משפט זה בתיק 257/89, דחו העותרות מס' 1-6 את מועד התפילה המיועד ליום ה', ה- 30.11.1989, וב- 26.11.1989 פנו למשיב מס' 2 ולנציג המשיב מס' 3 (מפכ"ל משטרת ישראל

מ- מ' א') בעיר העתיקה, תוך משלוח העתקי פנייתן למשיבים מס' 1 (השר ני דתות – מ' א') ומס' 4 (היועץ המשפטי לממשלה – מ' א')... על-מנת שהמשיבים יוכלו לנקוט בצעדים הדרושים כדי למנוע הפרעה בתפילתן המיועדת כנ"ל. המכתבים נמסרו לתעודתם לא יאוחר מיום 28.11.1989.

...

12. בשעה שיועדה כנ"ל לתפילתן באו נשות הכותל אל רחבת הכותל כשבידיהן טליתות וספר התורה, אך נציג המשיב מס' 1 מנע את כניסתן אל רחבת הכותל תוך טענה שבהיותן נשים אין הן רשאיות לעטוף את עצמן בטליתות ולקרוא בספר התורה, וזאת על סמך החלטה של המשיב' 2... נאמר לעותרות מס' 1-6 שכניסתן לרחבת הכותל ותפילתן שם תמנע בכוח" (סעיפים 4-6, 12 לעתירה בבג"צ 2410/90).

עם זאת מדגישים העותרים כי-

"עם מניעת כניסתן לרחבת הכותל כאמור לעיל, התפזרה קבוצת העותרות והמלווים אותן באותו יום 30.11.89, בשלום ובשקט כשהן לא ניסו לחצות את גדר השמירה שמחוץ לרחבת הכותל מכיוון שער האשפות, ובשום מקרה, לא בעבר ולא אחרי הגשת העתירה, לא ביקשו העותרות ים את תפילתן ליד הכותל המערבי כמנהגן עקב עמדת המשיבים כנ"ל.

... ותפילתן לא גרמה לשום הפרה בסדר הציבורי, שכן היא לא נעשתה אף פעם בכותל, לידו או ברחבה שממולו" (סעיפים 17, 20 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים מיום 27.2.91).

טענות הצדדים

טענות העותרים

12. [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#), תשכ"ז-1967, קובע כדלקמן:

"שמירת 1. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני הילול

המקומות וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע

הקדושים בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות

המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

עבירות 2. (א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו – מאסר שבע שנים.

(ב) העושה דבר העלול לפגוע בחופש

הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, דינו – מאסר
חמש שנים.

שמירת 3. חוק זה בא להוסיף על כל דין ולא לגרוע

ממנו.

ביצוע 4. שר הדתות ממנה על ביצוע חוק זה, והוא

ותקנות רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים, ובהסכמת

שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו."

כאשר הוגשה העתירה המקורית בבג"צ 257/89, קבעו [תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים](#),
תשמ"א-1981 שנתקנו לפי האמור בסעיף 4 [לחוק השמירה על המקומות הקדושים](#) – בין היתר, לאמור:

"הגדרות 1. "בתקנות אלה-

'מקומות קדושים' – הכותל המערבי

ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי

או תת קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה; ...

'הממונה' – מי ששר הדתות מינהו, על פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל, להיות הממונה חראשי או הממונה על מקום קדוש פלוני.

מעשים 2. (א) בתחומי המקומות הקדושים, בכפוף

אסורים לאמור בתקנה-משנה (ב), אסורים:

(1) חילול שבת ומועדי ישראל;

(2) תלבושת שאינה הולמת;

(3) הצבת קיוסקים או דוכנים, עיסוק ברוכלות או בכל עסק אחר; (4) מתן שירותי דת מכל סוג שהוא שלא בהיתר מאת הממונה; (5) חלוקת פרסומים שלא בהיתר מאת הממונה; (6) נשיאת נאום, הכרזה בקול רם או נשיאת כרזות או שלטים, והכל שלא בהיתר מאת הממונה ולפי תנאיו; (7) פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען; (8) שחיטה; (9) אכילה, שתיה או עריכת חגיגה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה; (10) עישון; (11) לינה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה; (12) הכנסת בעלי חיים.

...(ב)

הגבלות על 3. ...

העיסוק

בצילום

ברחבת

הכותל

המערבי

סמכויות 4. (א) הממונה רשאי, על רעת הרבנים הראשיים הממונה לישראל ושר הדתות, ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים האמורים בתקנה 2.

(ב) כל אדם הנמצא בתחומי המקומות הקדושים חייב לציית להוראות הממונה שניתנו כדין.

(ג) הממונה רשאי להרחיק ממקום קדוש

אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3.

עונשין 5. העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3,

דינו – מאסר ששה חרשים או קנס 500 שקלים".

משכך היה נוסח התקנות בעת הגשת העתירה המקורית [בבג"צ 257/89](#), טענתן העיקרית של העותרות בעתירה זו הייתה כי-

"תקנות השמירה אינן אוסרות תפילת נשים בעזרת נשים, ואף אינן אוסרות קריאת נשים בתורה או התעטפותן בטליתות" (סעיף ב.3 לעתירה המקורית).

וכן טענו כי הממונה על הכותל והרבנים הראשיים אינם מוסמכים "להטיל איסורים ולגזור גזירות אשר אינם מפורשים בתקנות השמירה, ואם עשו זאת הרי חרגו מסמכותם" (סעיפים ב.5-4 ב.5 לעתירה מקורית). על-כן טענו העותרות כי אין למנוע מהן תפילה בכותל המערבי כשן קוראות בתורה או מתעטפות בטלית, וכי על משטרת ישראל להבטיח את זכותן לכך.

13. ביום ד' בטבת תש"ן (1.1.90) – בטרם הגישה המדינה את תצהיר תשובתה לעתירה – הודיעה המדינה לבית המשפט על דבר הוצאתן של [תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים](#) תיקון), לפיהן הוכנס תיקון לתקנה 2 שהובאה לעיל, לאמור:

"תיקון 1. "בתקנה 2(א) לתקנות השמידה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981, אחרי פסקה (1) יבוא': (א1) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום."

כאמור לעיל, לאור תיקון התקנות הנ"ל הגישו העותרות בבג"צ 257/89 את העתירה המתוקנת.

14. בעתירתן המתוקנת טענו העותרות בהרחבה נגד תוקפו של התיקון האמור לתקנה 2 של [תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים](#). לפי טענתן, התקנות החדשות בטלות מדעיקרא או, חלופין, דינן להיבטל, מאחר שלוקות הן בפגמים מפגמים שונים: חוסר סבירות קיצוני, איה פסולה, שיקולים זרים ומטרה זרה, חריגה מסמכות ופגיעה בעיקרי הצדק (סעיף 14 לעתירה המתוקנת; סעיף ו' לעיקרי הטעון מטעם העותרות בבג"צ 257/89).

עוד טענו כי תפילתן כשהן עטויות בטלית וקוראות בספר התורה אינה נופלת בגדר האיסור שקבעו התקנות החדשות. טעמה של טענה זו – שתפילה בדרך המתוארת אינה מנוגדת ל"מנהג המום" (סעיף ב.6 (א) לעתירה מתוקנת; סעיף 7.1 לעיקרי הטעון מטעם העותרות).

15. העותרים בבג"צ 2410/90 חזרו, בעיקרם של דברים, על טענות העותרות בבג"צ 257/89, תוך שהם עומדים על ההבדלים העובדתיים הקיימים בין שתי העתירות.

במיוחד הדגישו העותרים בעתירה זו את הקפדתם שלהם לנהוג לפי דיני ההלכה. כן הדגישו העותרים את העובדה שהם – בשונה מהעותרות בבג"צ 257/89 – לא גרמו להפרת הסדר הציבורי (סעיפים 18-20 לי הטעון מטעם העותרים בבג"צ 2410/90).

טענות המדינה

16. בתשובתה הדגישה המדינה כי זכות הגישה של העותרות לכותל המערבי וזכותן להתפלל בו אינן שנויות במחלוקת. אשר נמנע מן העותרות הוא להתפלל בכותל על-פי דרכן, היינו כן מגיעות בקבוצה, עטופות בטליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בו. טעמה של מניעה זו על שום שבעת שקיימו העותרות תפילה כמתואר, נגרמו מהומות קשות ברחבת הכותל, הופר הסדר הציבורי ונפגעו הנימוסים ההולמים (סעיף 3 לעיקרי הטעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

מתוקף הסמכות שהוקנתה לו [בחוק השמירה על המקומות הקדושים](#) התקין השר

לענייני הדתות את **תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים**, לאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל ובהסכמתו של שר המשפטים, כפי שכך נדרש בסעיף 4 לחוק. בתקנות אלו נקבעו הסדרים שנועדו לקיים את מטרתו של החוק, לאמור: אי-חילול או אי-פגיעה אחרת במקומות הקדושים, ויא-פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום. הסדרים אלו מבטיחים כי במקום הקדוש הסדר הציבורי והנימוסים ההולמים.

כחלק מההסדרים האמורים, קובעת תקנה 2 שורה ששים אסורים "בתחומי המקומות הקדושים. בין המעשים האסורים מצוי האיסור על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" – תקנה 2(א) (סעיפים 6-7 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

כדי להגשים את החובה לשמור על הסדר הציבורי והנימוס במקומות הקדושים קיים העיקרון בדבר שמירה קפדנית על הסדרי הסטטוס קוו במקומות הקדושים. במגילת העצמאות הצהירה מדינת ישראל כי תבטיח את חופש הדת וכי "תשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות". הבטחה נשמרה במציאות בכך שהוקפד על קיום הסדר הציבורי והנימוס בכל המקומות הקדושים, תוך שמירה על ה"סטטוס קוו" שבאותם מקומות. מדיניות זו של ממשלת ישראל מצאה ביטוי גם **בחוק השמירה על המקומות הקדושים** ובסעיף 3 **לחוק-יסוד: ירושלים** בירת ישראל (סעיפים 1-15 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

על-פי האמור, התקנה נושא הדיון בעתירתנו תקפה היא, ועל פיה יש לבדוק את הדרך שבה קיימו העותרות את תפילתן בכותל. כן טענה המדינה כי לצורך יישומן של הוראות התקנה כל העותרות, השאלה הנשאלת היא אם תפילה בדרכן של העותרות הייתה אי פעם מנהג המקום בתל המערבי. התשובה על שאלה זו היא שלילית, ותפילה בדרכן של העותרות בכותל המערבי יש בה משום פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום (סעיפים 19-22 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

המדינה התייחסה לחוות הדעת שנתנו הרבנים הראשיים בסוגיה שלפנינו, שבהן הביעו התנגדות תקיפה נגד קיום טקסי התפילה בכותל בדרכן של העותרות. לטענת המדינה, חוות-דעת אלה ניתנו בתוקף הסמכות שהוקנתה לרבנים הראשיים כמפורש בסעיף 4 **לחוק השמירה על המקומות הקדושים**, שלפיו קיימת חובת היוועצות בנציגי הדתות הנוגעות בדבר. כן קובע סעיף 4 לחוק הנ"ל כי שר הדתות רשאי להתקין תקנות לפי הצעתם של נציגי הדתות הנוגעות בדבר (סעיף 23 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

טענות הצדדים ביחס לסמכות בית המשפט

17. בתחילתם של דברים לא העלתה המדינה כל טענה באשר לסמכות שיפוטו של בית-משפט זה בנושא העתירה. המשיבים 9-12 **בבג"צ 257/89** – תנועת ש"ס, הרב מירון, אגודת דגל התורה הרב רביץ – הם שטענו כי-

"העניין נשוא העתירה... אינו בתחום סמכותו של בית משפט נכבד זה בשל

הוראות סעיף 2 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924 " (סעיף 7 (א) לתצהירו של הרב מירון מיום 17.8.89 ולתצהירו של הרב רביץ מיום 18.8.89).

בעיקרי הטיעון שהגישה המדינה ביום י' באדר תשנ"א (24.2.91) הסבירה את נימוקיה לאי-העלאת הטענה בדבר סמכותו של בית-משפט זה. העתירות מכוונות כלפי ההסדרים שנקבעו בתקנת השמירה על מקומות קדושים ליהודים, ואשר מכוחם נמנע מן העותרות לקיים תפילתן בכותל על-פי דרכן. וכן העותרות בבג"צ 257/89 השיבו באריכות ובפירוט לטענה בדבר חוסר סמכותו של בית-משפט זה (פרק ב' לעיקרי הטיעון מטעם העותרות מיום 24.2.91). איננו רואים מקום להאריך בכך לצורך הדיון שלפנינו.

דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924 איננו שולל את סמכותו של בית המשפט לדון בשמירה על הסדר הציבורי ובמניעת עבירות פליליות, כפי שנקבע בחוק ובתת השמירה על מקומות קדושים ליהודים. בבג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה דשומה ואח' נ' שר המשטרה (להלן פרשת חוגים לאומיים [2]) דעת הרוב היא שדבר המלך אמנם את סמכותו של בית המשפט לדון בחופש הפולחן במקומות הקדושים, אך הוא אינו שולל את הסמכות לדון בחופש הגישה למקומות הקדושים, בחובת השמירה מפני חילולם של המקומות הקדושים ובחובת ההגנה על רגשותיהם של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, שבהם דנות התקנות האמורות שבענייננו. עניינה של העתירה בחופש הגישה של העותרות אל הכותל המערבי, בסכנת חילולו של המקום ובפגיעה האפשרית ברגשות המתפללים, ובית המשפט מוסמך לרון בנושא העתירה.

נושא דיוננו בעולמה של הלכה

18. השאלות שאנו נדרשים להכריע בהן שלובות הן בנושאים שבענייני תפילה

ודיניה, שהם מכבשון עולמה של הלכה. אין אני מתיימר לפסוק את הדין בשאלה זו או אחרת המובאת לפנינו מבחינת עולמה הפסיקטי של ההלכה. לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי; מעיין אני בדבריהם של הכמים ופוסקים, והוגה אני בהגותם ובהגיגיהם של בעלי מחשבה והוגים, ומביע אני בנידון. עיון זה ראוי הוא על שום שבעלי הדין האריכו במעניתם לפנינו בשאלה זו מבחינה הלכתית, במיוחד על-ידי הגשת חוות-דעת של פרופ' פנחס שיפמן (בבג"צ 257/89), שפרופ' שמואל שילה (בבג"צ 2410/90), ושל פרופ' אליאב שוחטמן, שהגיש תחילה חוות-דעת עניין בג"צ 257/89, והוסיף חוות-דעת לעניין בג"צ 2410/90 שהוגש כעבור זמן. משום כבודם, אומר אף אני דברים אחדים בנושא זה. עיון זה דרוש לשם הבנת נושא דיוננו, שמתה הוא לשאלות מובהקות שבדיני ההלכה ומבוסס הוא על עולמה של הלכה וערכיה. מן הראוי ומן הנכון אפוא לדון בקצירת האומר – בטרם ניכנס לצדדים המשפטיים שבסוגייתנו בנושאי העתירה, כפי שהם באים לידי ביטוי בהלכה ועולמה.

שינויים חברתיים במעמדה ובתיפקודה של האישה

19. נושא זה שבסוגייתנו – תפילת נשים, חיובן ופטורן ונושאים נוספים הקשורים לכך – נדון בספרות ההלכה וההגות מני אז. דיון הולך וגדל בנושא זה מצוי הוא במיוחד בדורנו, על רקע השינויים החברתיים שנעמד עליהם להלן, ונתחברו בעניינינו ספרים ומאמרים רבים, שלחלקם נציין בדברינו.

בעיית מעמדה של האישה בעולמה של הלכה, על רקע השינוי שחל במעורבותה החברתית, במעמדה ההשכלתי ובתפקידים שממלאת האישה בחיי יום יום – כולל האישה השומרת תורה ומצוות – נושא מרכזי הוא בעיונם של חלק מפוסקי ההלכה והוגי דעות בימינו. ואף אנו דנו בשאלה זו באריכות בפסיקתו של בית-משפט זה (ראה בד"מ 1/81 י' נגר נ' א' נגר – להלן – נגר [3]; בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' (להלן – פרשת שקדיאל [4])), לעניין לימוד תורה על-ידי אישה בהקשר לפסיקתנו בדבר החובה ללמד את הבן ולחנכו – שמוטלת היא בשווה על האב והאם (פרשת נגר [3]; ראה פרשת שקדיאל [4], בעמ' 265), ובעניין הזכות לבחור ולהיבחר לתפקידים ציבוריים (פרשת שקדיאל [4]). לאחר דיון מפורט בשתי הסוגיות האמורות, סיכמנו ואמרנו (שם, בעמ' 268):

"לעניין לימוד תורה לאישה, מצויה הלכה מפורשת בתלמוד ובכל הפוסקים, שלא רק שפטורה היא מלימוד תורה אלא אף אסורה היא בלימוד תורה, ודין זה נסמך על לימוד מפסוק שבתורה – ולמדתם אותם את בנכם – ולא בנותיכם. אך בעקבות שינויים חברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה שאירעו ורות אחרונים, חל שינוי מהותי ומרחיק לכת בסוגיה זו, ונקבע, שלא רק שאיסור אין, אלא האישה אף חייבת בלימוד תורה, ולא רק שלומדת היא לעצמה, אלא מלמדת היא אף בניהם אחרים. ואם כך עלה בסוגיית לימוד תורה לאישה, קל וחומר שכך צריך שיעלה לעניין בחירת אישה על-ידי הציבור למילוי 'משימה' ציבורית, שלדעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה אין לכך כל איסור מפורש בהלכה התלמודית גופה, ולדעת חלק מן הפוסקים, כמה וכמה ראשונים חולקים על דעתו של הרמב"ם, הסובר, שכל משימות אין ממנים בהם אלא איש. ואם חל שינה מהותי כביטול האיסור החמור של לימוד תורה לאישה בעקבות תמורות חברתיות ואידיאולוגיות, על שום מה לא יחול שינוי, שהוא הרבה פחות מהותי, בעקבות אותן תמורות חברתיות אידיאולוגיות גופן, ואישה תהא רשאית לכהן כחברה במועצה דתית? וכי אין הנימוק – שבדי הרב מלכה לחיוב האישה בימינו בלימוד תורה, היינו 'שבימינו אלה, שהנשים לוקחות חלק גדול באורחות חיים, חודרות אל מעמקי החכמות החיצוניות וממלאות ספסלי האוניברסיטאות, מנהלות משרדים ובעלות עסקים ויש להן יד ושם בהנהגת המדינה ובענייני הפוליטיקה' כדי להוות נימוק מכריע וקובע להתיר לאישה זו גם לקחת חבל בפיתוח קיום השירותים הדתיים במקום מגוריה, וזאת על-ידי כהונתה כחברה במועצה המופקדת על-פיתוח וקיום אלה? והאם אין במניעת אפשרות כהונתה של

אישה זו במועצה הדתית דווקא, שעה שלוקחת היא חלק פעיל בתחומים חינוכיים, לימודיים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים שונים משום עלבון קשה לכבודה ולמעמדה כאישה דתית דווקא? למלא תפקידים מתפקידים ציבוריים בכל תחומי החיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים – כן, אך למלא תפקיד ציבורי בגוף ציבורי שדואג לאורחות חייה הדתיים – לא? יציבא בארעא, וגירוא בשמי שמיא? (האזרח בארץ, והגר בשמי שמים? בבא קמא, מב, א)."

ועוד הוספנו ואמרנו (שם, בעמ' 269):

"ודאי ואין צריך לומר, כי בעולמה של הלכה אין אנו דנים בשאלה הלכתית בלבד, בחינת זכויות וחובות משפטיות, אלא שלוב וכרוך הוא נושאנו, קשר בל ינתק, בעולמה הערכי-אידיאולוגי של אורחות חיי תורה ומצוות. שהרי כלל גדול בדינו: אל תיקרי הליכות אלא הלכות (השווה מגילה, כח, ב), ואותה מידה נוכל לומר, בדרך הפרפראזה: על תיקרי הלכות אלא הליכות, שהרי הלכות משפט והליכות חיים ירדו כרוכים אלה באלה. ואכן ראינו בכל דבריהם של חכמים ופוסקים שעמדנו עליהם, שבנוסף לבחינה המשפטית של נושאנו, דנים הם, באר ובמפורט, באספקטים-מושגים של מהות המשפחה בעולמה של יהדות, בתפקידי האב והאם, האישה והגבר, בשלום בית, במושג הצניעות וכיוצא באלה, שהרי העיון במושגים אלה הכרחי הוא וחלק מהותי הוא מהפסיקה ההלכתית-משפטית, שהתעוררה בנושאנו, אך במושגים חשובים אלה יש לדון הן לפי משמעותם המקורית והן לפי זמן הדיון בהם. כפי שכך למדנו דעת מדברים שעמדנו עליהם וציטטנו מהם. טול, למשל, מושג אחרון זה, על משמעותו העמוקה בעולמה של יהדות באשר לכל אדם, כדברי מיכה המורשתי: 'הגיד לך אדם מה טוב ומה ה' דורש ממך – כי אם עשות משפט, ואהבת חסד והצנע לכת עם אלקיך' (מיכה ו, ח; וראה מכות, כד, א)."

בהקשר לכך ציטטנו (שם) מדבריו של הרב א' ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון אשר באלון שבות שבגוש עציון (במאמרו שפורסם בקובץ האשה וחינוכה (אמונה, תש"ם) 158):

"השאלה היא, באיזו מידה רוצים להנציח את המצב ההתחלתי הקיים בהלכה או לשנות אותו בדרכים הלכתיות לגיטימיות, בהתחשב בהתפתחויות הסטוריות. זו שאלה השקפתית שאינה מיוחדת רק לבעיה שלנו, אלא לעוד הרבה שאלות, כגון שביעית, היתר עיסקה ועוד. כשאנו עוקפים את ההלכה, בכלים הלכתיים כמובן, האם יש לומר שההלכה רצתה אז כך, והיום היא רוצה אחרת? או שההלכה דורשת אותו דבר גם היום ואנחנו לא מסוגלים לעמוד בזה? כדי לדון בבעיה זו צריך לראות לא רק את השאלה הספציפית העומדת על הפרק, אלא גם את העומק הערכי של הבעיה. כשאנחנו באים לרקון את העומק הערכי של הבעיה."

את ההלכה בכלים כשרים, יש לשאול האם זה למען השבר שמבחינה ערכית ותורנית הוא משמעותי או לא. יש הבדל אם עוסקים בהערמה על מנת להאכיל כמה נשים עניות כמו במקרה של ר' טרפון בירושלמי (יבמות פ"ד הי"ב) או כדי שמישהו ירוויח עוד כמה לירות.

לבעיית שינוי או תיקון מעמד האשה, אם ניתן לבנות חברה בריאה ושלימה יותר, מתחשבת בערכי תורה והלכה, יש לטעון שמה שהיה פעם – התאים למצב של אז, והיום יש מקום להתייחס למציאות היום בחלל ריק. אי אפשר לחזור למצב של פעם, זה לא ריאלי. אי אפשר להחיות את התמימות הפשטנית שהיתה לאשה אז. מכאן שצריך להחליף את ה'צאנה וראנה' במשנה 'חולין', ללמד נשים יותר ולתת להן תוכן חיים שהוא קרוב יותר לגבר, כדי שהנשים תפקנה תועלת מן המציאות הקיימת. אבל לא זה ולא זה ודאי שאי אפשר. לא אמונה תמימה כמות פעם ולא לימוד תורה רצי כן האשה תיפול בין שני הכסאות וזה וודאי לא טוב" (ההדגשות שלי – מ' א').

ועל כך הוספנו ואמרנו (פרשת שקדיאל [4], עמ' 269-270):

"כך דרכה של הלכה מני אז ומני קדם. אמרנו על כך במקום אחר (מ' אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו עקרונותיו י"ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח) טו – מ' א')...: בתולדות דיני המשפט העברי, מוסדותיו ונושאים, משתקפים במידה רבה תולדותיה של האומה העברית. שהרי המשפט העברי נמשך והתפתח, כשהוא אחוז ושזור בחיי המציאות ובעיות, כשהוא מדריך מציאות זו ומודרך על ידה. לפני חכמי ההלכה ומנהיגי הציבור עמדה כפולה: מצד אחד הדאגה המתמדת להמשך יצירתו ופיתוחו של המשפט העברי, ומצד שני האחריות הגדולה של שמירה על רוחו, מגמתו ורציפותו של המשפט העברי, על הרעיון המרכזי שביטודו של כל מוסד ומוסד משפטי. ביצוע משימה כפולה זו של מציאת הכרעה ופתרון משפטיים, המושתתים על העבר והמשרתים את הצרכים המרובים של בני אותו דור, עולה מאליה לפני המעיין בתולדות המשפט העברי לכל תקופותיו..." (וכן ראה, שם, בעמ' 45-מ' א').

ולשם כך נזקקה מערכת המשפט העברי למקורותיה המשפטיים של מערכת זו, היינו אותם מקורות שמערכת ההלכה עצמה מכירה בהם כאמצעים ליצור ולפתח את דיני מערכת המשפט העברי שם, בעמ' טו ו-45 - מ' א').

אכן, כך דרכה ועולמה של הלכה, וכל בעיה או סוגיה העולות לפניה, לרגל מציאות חברתית וסוציאלית משתנה, טעונות הן עיון ודיון מעמיקים בדיניה של ההלכה, בעקרונותיה ובערכיה כדי להביא לכלל פתרון הולם ונכון – באמצעות המקורות היוצרים

המצויים בתוך מהלכה – הן מבחינת פתרון הבעיה העולה והן מבחינת עולמה הרוחני והערכי של מערכת ההלכה. וככל שהנושא הוא עקרוני יותר, ומקיף יותר, צריך שעיון זה ייעשה בעיון מעמיק יותר ואחראי יותר. וכך הוא, במידה לא מעטה, לעניין הנושאים העולים בעתירות שלפנינו, שעליהם נעמוד עתה.

20. השאלות העולות בעתירות שלפנינו, מבחינת דיני ההלכה, עניינן בדיני התפילה: האחת – האם רשאיות נשים לעטוף עצמן בטלית ובציצית; והשנייה – האם מותר להן לשאת ספר תורה ולקרוא בו. לשני נושאים אלה קודם בירורו של נושא נוסף, והוא – אופן קיום התפילה בציבור על-ידי נשים. נושא אחרון זה מודגש במיוחד על-ידי העותרות **בבג"צ 2410/90**, שהן מקפידות שקבוצת התפילה שהן מקיימות תהינה "על פי ההלכה כמקובל בעולם האורתודוקסי היהודי הדתי", "שלא לקרוא לעצמן ושלא להחשב 'מנין', לשום דבר וענין", "שלא לקרוא את אותן התפילות אשר מותרות רק במסגרת מנין" ועוד (ראה לעיל, פסקה 11).

כאמור בפתיחתם של דברינו, דברים רבים ומאלפים נפסקו ונאמרו בנושאים אלה, ובנושאים רבים נוספים הקשורים אליהם, בספרות התלמודית, במפרשים, בפוסקים ובהגותם של חכמים. במיוחד הולך ורב הדיון בכל אלה לאחרונה, לרגל השינויים במציאות החברתית ומקומה ותיפקודה של האישה במציאות זו, שינויים שעמדנו עליהם זה עתה בדברים שבהם פתחנו את העיון בנושא דיוננו בעולמה של הלכה. לא כאן המקום להאריך בכל אלה, ואין אנו מתיימרים ואין אנו רואים צורך למצות את הדיון והעיון בהם. נעמוד, בקצירת האומר, על כמה מעיקרי הדברים שבנושאי הסוגיות שבדיוננו.

ראויה לציון התופעה המעניינת, שספרות הלכתית ניכרת וחשובה בנושאים אלה מצויה – בספרים ומאמרים – בשפה האנגלית (ראה: ספרו של הרב אברהם ווייס, *at prayer women* ספר הרב משה מיזלמן, *jewish woman in jewish law* וספרו של הרב פרופ' אליעזר ברקובי *jewish women in time and torah*, וכן מאמריהם של הרב דוד בלייך (2) "survey of halakhic periodical literatures" (1973) 113, של הרב שאול ברמן "the status of women in halakhic judaism" ושל הרב אריה פרימר *women and minyan*, "עוד, ואליהם נציין בהמשכם של דברים).

תופעה זו, שאינה שכיחה ברובם המכריע של נושאים הלכתיים אחרים, יסודה בכך שההתעניינות, מתחילה ועד היום, ביישום הנושאים האמורים מצויה, במידה מרובה, במיוחד בקהילות שונות שבארצות-הברית. וגם לכך עניין יש משנבוא להכריע מבחינה משפטית בנושא עתירתנו.

תפילה ב"מנין"

21. נשים חייבות בתפילה, אך אין הן חייבות בתפילה בציבור (ברכות כ, א-ב[א]; רמב"ם, תפילה, א, ב[ב]); שו"ע, או"ח, קו, א-ב[ג], מג"א, שו"ע, או"ח, קו, ס"ק ב[ד]; שו"ת שאגת אריה, יד[ה]). הדעות חלוקות אם נשים חייבות בכל שלוש התפילות היומיות – ערבית, שחרית ומנחה – או רק בחלקן. לדעת אחד הפוסקים המקובלים בדורנו, ר'

ישראל מאיר מראדין, בספרו משנה ברורה, זנשים חייבות בתפילת שחרית ומנחה (משנה ברורה, שו"ע, או"ח, קו, ס"ק ב[ו]). על הנימוק שנשים אינן חייבות בתפילה בציבור נעמוד להלן, בדברינו באשר למצוות עשה שהזמן גרמן.

לפי ההלכה, לשם קיום חובת תפילה בציבור יש צורך ב"מניין", היינו עשרה גברים, ורק ב"מניין" נאמרים "דברים שבקדושה" (מגילה, כג, ב[ז]), היינו תפילות וברכות שמקדשים בהם את השם, כגון תפילת קדיש, ו"ברכו" ו"קדושה", וכן חזרת הש"ץ [שליח-ציבור] את תפיל שמונה עשרה. נשים אינן נמנות עם הרכב "מניין" של עשרה, ולהלן נעמוד על טעמו של. גם לעניין דברים נוספים, כגון נשיאת כפים (על-ידי הכהנים), ברכת הזימון בעשרה ועוד, צורך יש במניין של עשרה גברים, אך נחלקו הפוסקים בטעמו של דבר (ראה רמב"ם, תפילה, ח, ד-ו[ב]; שו"ח, או"ח, נה, א[ג]; סט, א[ג]; וראה על כל הנ"ל במפורט באנציקלופדיה תלמודית, כרך ו, ערך דבר שבקדושה, עמ' תשיד ואילך[ח]).

נשים אינן נמנות עם הרכב "מניין" הנדרש, כאמור, פרט לעניינים מסוימים ומטעמים מסוימים, לפי דעותיהם של חכמי הלכה שונים, מבין הראשונים והאחרונים.

דרך משל – לעניין את המגילה וברכת "הרב את ריבנו" שלאחר הקריאה (ראה רמב"ן, מלחמות ה', רי"ף, מג ה, א[ט]; מאירי, ברכות, מז, ב[י]; ר"ן, רי"ף, מגילה, יט, ב, ד"ה הכל כשרין, ועוד[יא]); לעניין קידוש ה' בפרהסיא (ראה הרב ר' ראובן מרגליות, מרגליות הים, סנהדרין, ב, סימנים, ו, כז[יב], ומקורות שמביא שם); לעניין ברכת הגומל (ראה שו"ע, א [ג], במשנה ברורה, שו"ע, או"ח, כט, ס"ק ג [ו] ומקורות שמביא שם; וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך ברכות הודאה, עמ' שיח-שיט[ח]), ועוד; ולא כאן המקום להאריך (ראה מאמרו המפורט של הרב א' פרימר [יג] 54 Etc (1988) a. (4) "23tradition" women and minyan", Frimer וספרו של הרב א' ווייס) [יד] 13-56 (1990, n.j) Weiss, a.

"מצוות עשה שהזמן גרמן"

22. בקשר לשאלות שבנושא סוגייתנו, והנימוקים שביסודן, מן הראוי לעמוד על העיקרון שבהלכה, שלפיו נשים פטורות מקיום מצוות עשה שהזמן גרמן, היינו שביצוען תלוי במועד ומן קבועים (ביום ולא בלילה, במועדים מסוימים ביום, בימים ובחגים מסוימים, וכיוצא בזה; משנה, קידושין, א, ז[טו]; קידושין, לב, א[טו]; רמב"ם, עבודה זרה, יב, ג[יז]; רמב"ם, ציצית, ג, ט[יח]; שו"ע, או"ח, יז, ב[ג]). בטרם נעיין בהסברה של הלכה זו, מן הראוי להעיר כי בעולמה של הלכה מצויים לא מעט יוצאים מן הכלל לכלל זה, ונשים חייבות מספר ניכר של מצוות עשה שהזמן גרמן – כגון אמירת (או שמיעת) קידוש בשבת, אכילת מצה בליל ראשון של פסח ועוד (ברכות, כ, א-ב[א]; קידושין, לד, א[טז]; סוכה, כח, א [יט] ועוד; וראה (2) "14traditin" judaism s.j. (1973) berman, the status of women in halakhic [ב] 11-13).

לפטור זה ניתנו נימוקים שונים (ראה, לדוגמה, הרב אלינסון, בין האשה ליוצרה ,

האשה והמצוות, ספר ראשון, מהדורה שניה, ירושלים, תשמ"ב, עמ' 30 ואילך [כא]; הרב ברמן, במאמרו הנ"ל [כ]. הדעה המקובלת היא שמטרתו של פטור זה היא להקל על האישה במילוי תפקידיה, ולא בשל נחיתותה ביחס לגברים. בעולמה של יהדות התפקיד המרכזי שנועד לאישה הוא בניין הבית והמשפחה – "כל כבודה בת מלך פנימה" (תהלים, מה, יד [כב]); אשר-על-כן קבעו חכמים כי כל מעשה שביצעו תלוי בזמן מסוים, אין היא מחויבת בעשייתו, כדי לא להכביד עליה במילוי תפקיד מרכזי זה. נימוק זה מופיע הוא בספרות ההלכה עוד בימי הראשונים (ראה, דרך משל, ספר אבודרהם השלם, סדר תפילות של חול, השער השלישי, ברכות המצוות[כג]).

נציין לדברים שנאמרו על-ידי הרב ר' משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים בדורנו, בדיונו בנושאים שבסוגייתנו (שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק רביעי, מט[כד]). וזה לשונו:
"כי סתם נשים בעולם אינן עשירות ועליהן מוטל גידול הילדים והילדות, שהיא מלאכה היותר חשובה, להשם יתברך ולהתורה. ...

טבע הנשים מסוגל יותר לגידול הילדים, שמצד זה הקל עליהן שלא לחייבן בלמוד התורה, ובמצוות עשה שהזמן גרמן.

שלכן, אף אם ישנה סדור החיים בעולם גם לכל הנשים ולעשירות בכל הזמנים, ואף כשאפשר למסור הגידול לאיזה אינשי ונשי כבמדינתנו – לא נשתנה דין התורה ואף לא דין דרבנן".

ובהמשכם של דברים, מוסיף הרב ר' משה פיינשטיין ואומר:

"צריך לדעת, כי אין זה בשביל שנשים פחותות במדרגת הקדושה מאנשים, דלענין הקדושה שוות לאנשים לענין שייכות החיוב במצוות. שרק מצד הקדושה דאיכא בישראל הוא ציווי המצוות, וגם לנשים נאמרו כל הקראי (=הפסוקים) דקדושה.

בין תחלת תנאי קבלת התורה: 'והייתם לי סגולה ואתם תהיו לי גוי קדוש' שנאמר לבית יעקב, אלו הנשים, ותגיד לבני ישראל, אלו האנשים... ובכל מקום שנמצא ענין קדושה דישראל נאמר גם לנשים.

ולכן, גם הנשים מברכות בלשון: 'אשר קדשנו במצותיו', כמו האנשים, אף על המצות שלא חייבתן תורה.

ורק שהוא קולא מאיזה טעמי השם יתברך שרצה להקל לנשים כדלעיל, ולא מצד גריעותא (=גריעות), חס ושלום.

ובהחייבים בין איש לאשתו איתא (=יש) חיוב הכבוד על האיש לאשתו ועל האשה לבעלה בלא שום חילוק.

והרבה מהנשים שהיו נביאות ויש להן כל דיני נביא שבאנשים.
ובהרבה דברים נשתבחו, בין בקראי (=פסוקים) בין בדברי חז"ל, עוד יותר מלאנשים.
וליכא שום זלזול בכבודן ובכל דבר, בזה שנפטרו מלמוד התורה וממצוות שהזמן גרמן, וליכא כלל שום סיבה להתרעם כלל.

וזה יש לכבוד תורתו להסביר בכל פעם ופעם."

דברים מאלפים אנו שומעים מפיו של ר' יצחק עראמה, בעל עקידת יצחק, מגדולי ההוגים ופרשני של תורה, שחי בסופה של המאה ה-15, בדור גירוש ספרד. ואלה דבריו (עקידת יצחק, בראשית, השער התשיעי[כה]):

"והנה בשני השמות – 'אשה', 'חווה' – נתבאר שיש לאשה שתי תכליות: האחד מה שיורה עליו שם 'אשה', כי מאיש לוקחה, וכמוהו תוכל להבין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות, וכאשר יורה פשט פרשת 'אשת חיל' (משלי לא).

והשני עניין ההולדה... וגידול הבנים, כאשר יורה עליה שם 'חווה' – אם כל חי."

והנה תהיה האשה כאשר לא תלד מנועה מהתכלית הקטן [= השני דלעיל] ותישאר להרע או להטיב כמו האיש אשר לא יוליד, ונאמר עליהם [= על האיש העקר והאשה העקרה]: 'ונתתי להם בביתי ובחומותי יד ושם, טוב מבנים ומבנות' (ישעיה, נו, ה), כי ודאי עיקר תולדותיהם צדיקים מעשים טובים [= רש"י בראשית ו, ט, ד"ה 'אלה תולדות נח']. על כן חרה אף יעקב ברחל, כאשר אמרה: 'הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי' (בראשית, ל, ב), לגעור בה ולילה בזה בעניין הנכבד והוא, שהיא אינה מתה לפי התכלית המשותף, כאשר מנע ממנה פרי בטן, כמו שיהיה בו העניין גם כן אם (= הוא) לא יוליד."

התכלית הראשונה של האישה, שכבעלה, כך היא – "תוכל להבין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות"; והתכלית הקטנה, השנייה, הוא עניין ההולדה וגידול הבנים. סדר הדברים מעניין ומאלף, והוא חורג ממה שמקובל היה בעולמה של הגות באותם ימים (וראה עוד הרב ווייס, בספרו הנ"ל [יד], בעמ' 115).

נימוק מאלף, מיוחד בטבעו, ניתן על-ידי הרב שמשון רפאל הירש, בעל אסכולת

"תורה ודרך ארץ" (בפירושו לתורה, ויקרא, כג, מג[כו]):

"ברור, שפטור נשים ממצוות שהזמן גרמן איננו נובע מחשיבותן הפחותה כביכול, או מתוך שהתורה לא מצאה אותן ראויות כביכול לקיים מצוות אלה.

הטעם לאי חיובן במצוות אלה הוא, כפי שנראה לנו, בכך שאין התורה חושבת שנשים זקוקות למצוות אלה ולקיומן. התורה מניחה אצל נשותינו חיבה יתרה והתלהבות קודש לתפקידן בעבודת הבורא, יותר מאשר אצל הגברים. הגברים, שהנסיגות בחייהם המקצועיים מסכנים את נאמנותם לתורה, זקוקים מזמן לזמן לתזכורות מדרבנות ומזהירות בצורת מצוות שהזמן גרמן. לא כן הנשים, שצורת חייהן כוללת פחות נסיגות וסיכונים כאלה."

"23. הפטור" מחיוב קיום מצוות עשה שהזמן גרמן – כגון תפילה בציבור, תקיעת שופר (בראש השנה), נטילת לולב (בסוכות) – אינו שולל אפוא מהאישה את הרשות לקיים את מצוותה" אם תרצה בכך, וכפי שראינו, לדעת פוסקים רבים, כאשר האישה מקיימת מצוות עשה גרמא, אזי רשאית היא גם לברך את הברכה המתאימה שנאמרת על-ידי הגברים: "... אשר קדשנו במצוותיו וצונו" (תוספות, קידושין, לא, א, ד"ה דלא מפקידנא [כז]; חידושי הרמב"ן, קידושין, לא, א, ד"ה מאן דאמר לי [כח]; חידושי הריטב"א, קידושין, לא, א, ד"ה כ בתוספות [כט]; הראב"ה, חלק ב, סימן תקצו [ל]). אכן, כאמור לעיל, אישה הבאה להתפלל בציבור אינה נחשבת עם מרכיבי ה"מניין" של עשרה. ניתן לכך, בין היתר, נימוק סביר והגיוני, והוא שמי שפטור מן המצווה אינו יכול להימנות עם ההרכב הדרוש והמחייב כדי ליצור מניין של עשרה. בגלל אותו נימוק גופו, דרך משל, גם גבר שפטור מקיום מצוות – כגו שמת עליו קרובו שצריך לשבת עליו "שבעה" והנפטר טרם הובא לקבורה – נחשב ל"אונן" הפטירה ועד להבאת הנפטר לקבורה, ובתקופה הזו הינו פטור מקיום מצוות בגלל אבולו וטרדתו בקבורת המת, והמצב הנפשי שהוא נתון בו. לדעת רבים מפוסקי ההלכה, בתקופה זו של "אוננות", מאחר שפטור הוא מחובת התפילה, אין הוא יכול להיחשב עם מרכיבי הרכב של "מניין" (שיירי כנסת הגדולה, אורח חיים, סימן נה, הגהות בית יוסף, אות ד[לא]; שו"ת פרח מטה אהרון, ח"א, יט[לב]; שו"ת שבות יעקב, ח"ב, כה[לג]). ומשום כך נשים נמנות עם הרכב "מניין" לעניין דברים שהן מחויבות בהם, מנימוק זה או אחר (כגון לעניין קריאת מג, קידוש ה' בפרהסיה ועוד (ראה דברינו לעיל; וראה ווייס, בספרו הנ"ל [יד], בעמ' 44-54).

"קבוצות תפילה" של נשים

24. עד לעת החדשה נשים לא היו הולכות, בדרך כלל, לבית-כנסת לשם תפילה בציבור. בעת החדשה החלו נשים לבוא לבית הכנסת לתפילה בשבתות ובחגים; התפילה וקריאת התורה התנהלו כולן על-ידי הגברים שנמצאו בעזרת הגברים; הנשים ישבו בעזרת נשים שהיא נפרדת מעזרת הגברים ומילאו תפקיד פאסיבי בלבד, היינו התפללו בעזרת נשים את כל התפילה שנאמרה ונוהלה בעזרת הגברים.

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. לעומתן, העותרות שבעתירה [בג"צ 2401/90](#) מבקשות אף הן לקיים תפילה שמורכבת ומתנהלת כולה על-ידי נשים, אך לא כפי שנהוג ב"מניין" של גברים – היינו שנאמרים בתפילה קדיש, ברכו וכיוצא באלה – אלא ללא אמירתם של אלה, וזאת כדי לא לפגוע בדיני ההלכה. עותרות אלה מכנות את טקס תפילתן בשם "קבוצות תפילה" (באנגלית – prayer groups או tefillah groups), כדי להבחין בין מעמדה של קבוצת תפילה זו למעמדו של "מניין" גברים. אך לעניין שני נושאים, ככל שנוגע לנושא עתירתן, נוהגות הן "בקבוצת התלה" כפי שנהוג ב"מניין" הגברים, והוא – שמתעטפות הן בטלית וציצית וקוראות הן בתור אך בלי לברך ו"לעלות" לתורה כנהוג ב"מניין" הגברים.

25. כאמור, הנשים הנמנות עם "קבוצות התפילה" אינן נוהגות כדרכן של העותרות [בבג"צ 257/89](#), משום שדרכן של אלה אינה עולה בקנה אחד עם דיני ההלכה; לטענתן, הדרך של "קבוצות התפילה", כמתואר לעיל, כן תואמת את דיני ההלכה. חלק מהרבנים הנמנים עם היהדות האורתודוקסית תומכים ב"קבוצות תפילה" אלה. אך חלק אחר מהרבנים הנמנים עם היהדות האורתודוקסית, שאף המה מודעים לתיפקודה החברתי וההשכלתי של האישה שומרת תורה ומצוות בימינו ומעודדים אותה לכך, חולקים על דרכן זו של "קבוצות התפילה" ורואים בהן פגיעה בעולמה של הלכה. כיום הזה, מספרן של "קבוצות התפילה" הנ"ל אינו רב; תחילתן וייסודן ביהדות ארצות-הברית, ובארץ מספרן מועט מאוד.

בין שתי הגישות האמורות ביהדות האורתודוקסית, שרב גם המשותף ביניהן, מצויים כאמור חילוקי דעות חריפים, הבאים לידי ביטוי בכתיבה ענפה למדי, שמקצתה נזכיר להלן, ונעמו על אי אלה פרטים שבהן. חילוקי דעות אלה חריפים הם עוד הרבה יותר, כיום הזה, והמכריע של היהדות האורתודוקסית שולל שלילה מוחלטת את "קבוצות התפילה" ורואה בהן פגיעה חמורה בדיני ההלכה ובעולמה. על טיבם ומהותם של חילוקי דעות אלה נעמוד בהמשכם שדברים. אך בטרם נעייין בכך, נאמר בקצרה דברים אחדים על התעטפות בטלית ובציצית וקריאת התורה על-ידי נשים.

התעטפות נשים בטלית

26. נשים פטורות מלבישת ציצית ומהתעטפות בטלית, על שום שמצווה זו נמנית עם מצוות עשה שהזמן גרמן, מאחר שהחייב בה הוא לפרק זמן מוגבל (שעות היום, ולא בלילה). אך כפי שאמרנו לעניין מצוות עשה שהזמן גרמן שנשים פטורות מלקימן, אך מותרות לקימן, כך גם לעניין מצוות ציצית, והרמב"ם אף מביא עיקרון כללי זה בהקשר למצוות ציצית. וזה לשונו (רמב"ם, ציצית, ג, ט[ח]):

"נשים... פטורין מן הציצית מן התורה; נשים שרצו להתעטף בציצית, מתעטפים בלא ברכה. וכן שאר מצוות עשה שהנשים פטורות מהן, אם רצו לעשות אותן בלא ברכה, אין ממחין בידן."

וכן היא דעת הראב"ד (השגות הראב"ד, רמב"ם, ציצית, ג, ט [לד]), ומוסיף שיש לנשים גם רשות לברך על קיום המצוות (וראה עוד דברי הראב"ד, ספרא, ויקרא, פרשתא ב[לה]).

מתוך כך, אנו עומדים גם על חילוקי דעות בעולמה של הלכה אם נשים, שמקיימות מצוות עשה שהזמן גרמן מרצונן, רשאיות לברך על עשייתן של מצוות אלה. בדברינו הקודמים עמדנו דעת אלה מחכמי ההלכה, ובראשם רבינו תם, מגדולי בעלי התוספות, שרשאיות הן לברך קדשנו במצוותיו... וצונו, וכך היא גם דעת הראב"ד כאן לעניין נשים המתעטפות בת, שרשאיות הן לברך על כך. לעומת זאת, דעת הרמב"ם היא, כאמור, שרשאיות הן להתעטף ביצית אבל בלי ברכה, וזוהי שיטה שונה, שרבים מגדולי ההלכה, במיוחד מבין חכמי הספרדי, נקטו אותה (וראה עוד דברינו להלן).

וכן קובע הרב ר' משה פיינשטיין בתשובתו האמורה שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק רביעי, סימן מט[כד]), כי כשם שנשים רשאיות לקיים מצוות עשה שהזמן גרמן, ולברך עליהן, כך גם לעניין מצוות ציצית – "שייך לאשה שתצוה ללבוש בגד שיהיה בצורה אחרת מבגדים, אבל יהיה בד' כנפות ולהטיל בו ציצית ולקיים מצוה זו". הרב ר' משה פיינשטיין מוסיף סייג לכך, סייג שעובר כחוט השני בכל דבריו, והוא –

"אבל פשוט שהוא רק בחשקה נפשה לקיים מצוות אף כשלא נצטווה.

אבל מכיון שאינו לכוונה זו אלא מצד תרעומתה על תורתו, אין זה מעשה מצוה כלל אלא אדרבה מעשה איסור, שהאיסור דכפירה שחושבת דשייך שיהיה איזה חלוף בדיני התורה היא עושיית גם במעשה שחמיר."

דרישת כוונה זו של קיום המצווה מתוך מטרה לקיימה,, ולא מתוך מניע של איהתחשבות בדין שבהלכה בגלל "שיקולים זרים" של התנגדות עקרונית לעצם הפטור על שום שפוגע הוא באישה, משמשת היא יסוד מוסד בעולמה של הלכה, בהתקנת תקנות, בהנהגת מנהגים ובהכנסת שינויים בהם. בעלי הדין הגישו לנו מכתב שנכתב על-די הרב טנדלר, נכדו של הרב ר' משה פיינשטיין, המבהיר את גישת סבו, באשר לחשש הגדול שמניעיהן של קבוצות התפילה נובעים מהשיקולים הזרים כאמור, וההיתר לעטיפת טלית הינו אך ורק כאשר ברור כי "כוונתן לשם שמים, בלי שום ערעור על תורת ישראל ומנהגי ישראל": תשובת הרב טנדלר (מכתב) [לר].

נימוק זה נמנה הוא עם התפיסות הערכיות שבעולמה של הלכה, שמשמשות גורם נכבד במדיניות פסיקתה של ההלכה בכלל, ובנושאים רגישים ומיוחדים כגון זה שלפנינו

-בפרט. ועוד נדון בכך בהמשכם של דברים.

בדורות הראשונים והאחרונים היו נשים שנהגו להתעטף בציצית, ולברך עליה, על דעתם של חכמים (תשובות ופסקים מהר"ם מרוטנבורג, פסקים ומנהגים (מהדורת י' ז' כהנא) כד, עמ' קמא [לז]; שו"ת צמח צדק (לאדמור השלישי בשושלת חב"ד), אורח חיים,

ג [לח], שם מצוי דיון מפורט ומלא בנושא; הרב י' מ' טולידאנו, נר המערב, עמ' 155 [לט]; וכן ראה ש' אשכי, האשה באספקלרית היהדות (תשי"ג), חלק א, עמ' קלז [מ]. יחד עם זאת, לא נהגו נשים, לפחות בדורות האחרונים, ללבוש ציצית ולהתעטף בטלית, בשונה ממצוות אחרות שהזמן גר – כתקיעה בשופר, נטילת לולב ושיבה בסוכה שנוהגות הן לקיימן. הטעם לכך יסודו נעוץ; במנהג, המוזכר לראשונה על-ידי המהרי"ל (שו"ת מהרי"ל החדשות (ירושלים, תשל"ז), אורה חיים, ז, עמ' יג-יד[מא]) שנשים תימנענה מכך. המנהג הובא ברמ"א (שו"ע, אור"ח יז, ב, גה [ג]), אשר זה לשונו:

"ומ"מ אם רוצים לעטפו ולברך עליו הרשות בידן כמו בשאר מצוות עשה שהזמן גרמן... אך מחזי כיוהרא. ולכן אין להן ללבוש ציצית הואיל ואינו חובת גברא."

מתוך דבריהם של חלק מבין הפוסקים האחרונים עולה אכן שהמנהג כיום הוא שאין נשים מתעטפות בציצית (כף החיים, אור"ח יז, ס"ק ח[מב]); ערוך השולחן, אור"ח, יז, סעיפים ב-ג[מג], וראה שם הסברו של בעל "ערוך השולחן" לדברי הרמ"א ש"מחזי כיוהרא", וסיום דבריו: 'ולכן אין מניחים לנהוג מצוה זו, וכן המנהג, ואין לשנות'; הרב ש' ישראלי, נשים בקיום מצוות שפורסם בקובץ האשה וחינוכה (אמונה, תש"ם) 29[מד]; וכן ראה מייזלמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 44-45, 152-154[מה]). למען שלמות הדיון יש להוסיף גם את האמור בתרגום יונתן בן עוזיאל, דברים, כב, ה[מו]: "לא יהיה כלי גבר" וכו', אך נימוק זה לא נתקבל על דע רוב הפוסקים (וראה תשובת ר' משה פיינשטיין, שעליה עמדנו לעיל [כד], וכן הדיוק בדיו האמורים: בגד שיהיה בצורה אחרת מבגדי אנשים). מן הראוי להעיר, באשר לנימוק של "מיחזי כיוהרא", כי לעניינים אחרים שבקשר אליהם מובא נימוק זה בעולמה של הלכה, לא תמיד היה בו כדי להביא לכלל איסור המקובל על הכול. כך, דרך משל, חלק מגדולי הלכה ומלים, כגון רבי יצחק לוריא, האר"י, הורו שאין ללבוש ציצית מחוץ לבגדים מטעם יוהרא, וחכמי הלכה אחרים הורו שלא להניח תפילין של רבינו תם משום יוהרא, לעניין שני הדברים, ובמיוחד לעניין הראשון שלא ללבוש ציצית מעל לבגדים, חלק ניכר משומרי תורה ומצוות בימינו אינם נוהגים כך (וראה על הנ"ל במפורט בדבריו של הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחיה דעת, ח"ב, א[מז]).

קריאה בתורה על-ידי נשים

27. לדעת רוב הפוסקים, נשים פטורות ממצוות קריאת התורה כיוון שנחשבת היא למצוות עשה שהזמן גרמא (תוספות, ראש השנה, לג, א, ד"ה הא רבי יהודה הא רבי יוסי[מח]; וראה דיון מפורט ברוב נושאי סוגיית דינונו; ר"ן על הרי"ף, מגילה כג, א, ד"ה הכל עולין למנין שבעה[יא]; שו"ת מהרש"ם, ח"א, קנח [מט]; ערוך השולחן, אור"ח, רפב, סעיף ו[מג]).

לשם ברור נושא זה שבדיונו מן הראוי לעיין, בקצרה, בהנמקותיו של בעל ערוך השולחן (שם [מג]). בתחילת דבריו אומר הוא שמצוי מקור בהלכה שהימנו ניתן להסיק שנשים כן חייבות בשמיעת קריאת התורה:

"ודע, דנמצא במסכת סופרים (פרק יח, הלכה ד) שנשים חייבות לשמוע קריאת ספר כאנשים וכו' ומן הדין הוא לתרגם לעם, לנשים ותינוקות, כל סדר ונביא של שבת לאחר קריאת התורה עד כאן לשונו."

אך דוחה הוא ראייה זו, וזה לשונו:

"ונראה לי דלאו חיוב גמור קאמר, אלא דומיא דתינוקות, שהרי פטורה מתלמוד תורה.

ועוד – דאין לך זמן גרמא יותר מזו.

ומה שאשה עולה למניין שבעה (= בקריאת התורה; הכוונה לאמור במסכת מגילה, כג, א), כבר כתבו התוספות בראש השנה (לג, א, סוף ד"ה הא), דזהו כמו שמברכות על כל מצות עשה מן גרמא... .

ואין לדמות למצות הקהל, שצותה התורה (= דברים, לא, יב): 'הקהל את העם, האנשים והנשים והטף', שזו היא מצוה מיוחדת פעם לשבע שנים שהיה המלך בעצמו קורא ספר משנה תו דברי כבושין."

כוונת הדברים היא לאמור בספר דברים, לא, י-יג [נ], ומן הראוי להביאם במילואם, מאחר שהאמור בהם שימש כאחד המקורות המובאים בהקשר לנושא דיונו. וכך נאמר בפסוקים האמורים:

"ויצו משה אותם לאמור: מקץ שבע שנים במועד שנת השמיטה בחג הסכות.

בבוא כל ישראל לראות את פני ה' אלקיך במקום אשר יבחר, תקרא את התורה הזאת נגד כל ישראל באזניהם.

הקהל את העם האנשים והנשים והטף וגרך אשר בשעריך, למען ישמעו ולמען ילמדו ויראו את ה' אלקיכם ושמרו לעשות את כל דברי התורה הזאת.

ובניהם אשר לא ידעו ישמעו ולמדו ליראה את ה' אלקיכם כל הימים אשר אתם חיים על האדמה אשר אתם עוברים את הירדן שמה לרשתה".

מסקנת בעל ערוך השלחן היא אפוא, שאין באלה כדי להוכיח קיום חיוב לנשים בקריאת התורה. וכך מסיים הוא את דבריו:

"אבל שנאמר, שמחוייבים בכל שבת בקריאת התורה – וודאי הוא מילתא דתמיה (= דבר תמוה), ומעשים בכל יום יוכיחו; ועל פי רוב אי אפשר להן לשמוע. אלא ה'מסכת סופרים' אומר, על דרך המוסר, בזמן שהיו מתרגמים, שנכון לתרגם לפניהן ולפני התינוקות להשריש בלבן ית ה' ואהבתו יתברך."

וכן ראה משנה ברורה, או"ח, רפב, ס"ק יב [1].

לעומת דעה זו, עולה מדבריו של בעל "מגן אברהם" (מג"א, שו"ע, או"ח, רפב, סק"ו [ד]), לכאורה, שניתן להסיק מהמקורות המובאים בערוך השלחן שנשים חייבות בקריאת התורה. לאחר שהמגן אברהם מביא את האמור במסכת מגילה, כג, א[ז], ש"הכל עולין לשבעה" (ראה לעיל), והפירושים השונים שניתנו לכך, ממשיך הוא ואומר:

"משמע מכאן דאשה חייבת לשמוע קריאת התורה;

ואף על פי שנתקנה (= קריאת התורה) משום תלמוד תורה ונשים אינן חייבות בתלמוד תורה, מכל מקום מצוה לשמוע, כמו מצות הקהל שהנשים והטף חייבים בה. עיין סימן קמ"ו.

ומיהו יש לומר, דאף על פי שאינן חייבות – עולות למנין; וכן כתבו התוספות סוף (מסכת) ראש השנה.

אבל במסכת סופרים, פרק יח, כתוב הנשים חייבות לשמוע קריאת הספר כאנשים, ומצוה לתרגם להם שיבינו; עד כאן לשונו.

אך גם בעל מגן אברהם מסיים את דבריו לאמור:

"וכאן נהגו הנשים לצאת חוצה."

ולא כאן המקום להאריך, בסוגיה זו, לצורך דיוננו. ומתוך נימוק זה גופו לא מצאנו מקום לדון באמור במסכת מגילה, שם[ז], וברמב"ם, תפילה יב, יז[ב], ובשו"ע, או"ח, רפב, [ב], בעניין הנימוק של "כבוד הציבור" (בדבר משמעותו של נימוק זה, ראה דיון מפורט אצל ווייס, בספרו הנ"ל, בעמ' 67-83[יד]; וכן ראה מיזלמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 140-146[מה]).

מצוות קריאת התורה מוגדרת כמצוות עשה שהזמן גרמא, על שום שמתחמת היא לזמנים קבועים. נשים אינן מצטרפות אפוא להרכבת "מניין" של עשרה לקריאת התורה, כשם שאינן מרכיבות "מניין" לתפילה. אך מותרות הן בקריאת התורה, משמדובר ב"קבוצת תפילה" המורכבת כולה מנשים, ואופייה של קריאה זו. השאלה העולה היא באשר לברכת "ברכו", שהותקנה על-ידיים בעת קריאת התורה, שהיא נמנית עם "דברים שבקדושה" (ראה לעיל). דיונים רבים הביאו להצעות שונות בקשר לברכה אחת הנאמרת בפני קריאת התורה, והיא נאמרת לפני תפילת שח, שניתן אפוא לאומרה. כאמור, בעתירתן של העותרות [בבג"צ 2410/90](#), שמבקשות לקיים קבוצת תפילה תוך שמירת דיני ההלכה, נאמר שהן "קוראות מספר תורה אשר הן נושאות עימן", – "אין הן מקיימות סדרי קריאת התורה ולא מברכות או 'עולות' לקרוא בתורה" (לעיל, פסקה

11) אשר-על-כן איני רואה מקום להאריך מעבר לכך. נציין למה שנאמר במכתבו האמור של הרב טנדלר, שעליו עמדנו בדברינו לעיל, לאחר שהדגיש את התאורטיות בדבר עצם האפשרות לקיים "קבוצת התפילה" של נשים שכוונתן לשם שמים, כי-

"וגם יכולות לקרוא מספר תורה, רק יזהרו שלא לעשותו באופן שיש לטעות שזה במעשה קריאה בציבור. למשל, לא יברכו בפרהסיא, או יסמכו על מה שברכו מקודם, או במקרה שעדיי ברכו – יברכו לעצמן" [לו].

וכן ראה בסיומו של המכתב האמור: "ואין איסור גמור לאשה נידה מלהסתכל או ליגע בספר תורה, גם שנכון להחמיר, מכל מקום נתפשט שמקילות בזה" [לו] (וראה רמב"ם, ספר תורה, י, ח[נא]; שו"ע, יו"ד, רפב, ט[נב]; וראה דברי הרמ"א על שו"ע, או"ח, פח, א, הגה [ג], דיון בקשר לכך אצל ווייס, בספרו הנ"ל [יד], בעמ' 85-98[יד]).

ואשר לקריאה בדרך זו בבית-כנסת, נדון בהמשכם של דברים.

המנהג בעולמה של הלכה

28. משבאנו לכאן, מן הראוי לומר דברים מספר בקשר לכוחו של המנהג במערכת ההלכה, שתפקיד מיוחד נועד לו בנושא הסוגיה שלפנינו.

א. על המנהג כאחד מהמקורות המשפטיים היוצרים והקובעים במשפט העברי דנתי בהרחבה במקום אחר (ראה ספרי הנ"ל, בעמ' 713 ואילך). המנהג יכול שיעיד על קיומו של דין משכבר הימים, שבא בשעתו לעולמה של הלכה בדרך המדרש, התקנה וכיוצא באלה, ויכול שישמש הוא עצמו מקור יוצר לדין, בנסיבות מסוימות ולאחר מילוי תנאים מסוימים; השוני שבכוחו של המנהג בעניינים שבאיסורא לתחומי הלכה אחרים; הוכחת קיום המנהג, ופיקוחם של חכמי ההלכה על המנהג – אם מקורו בטעות, אם הוא מנהג גרוע, אם הוא לטורח על הציבור וכיוצא באלה (ראה שם). לא כאן המקום להאריך בנושא גדול ורחב היקף זה. רק עוד זאת נציין, שהמנהג כשם שיכול שיהיה כללי יכול שיהיה מקומי, היינו מוגבל למקום או למקומות מסוימים, כאשר גורמים שונים, ימיים, משפיעים על כלליותו או על מוגבלותו, וכן עשוי הוא מעצם טבעו להשתנות, לפי המקום והזמן, הכול לפי קיומם של גורמים לגיטימיים שבמקום ושבזמן, המצדיקים שינוי זה (ראה: שם; מפתח השאלות והתשובות של חכמי ספרד וצפון אפריקה – המפתח המשפטי (המכון קר המשפט העברי, בעריכת מ' אלון, תשמ"ו) כרך א, ערך "מנהג", עמ' 230-233; וראה עוד ספרו המקיף והמפורט של פרופ' ד' שפרבר, מנהגי ישראל, מקורות ותולדות (מוסד הרב קוק, כרך א, תשמ"ט) ס-סא, וה"ש 18; כרך ב (תשנ"א).

ב. בנושא סוגייתנו אומר על כך הרב צבי שכטר ("צאי לך בעקבי הצאן", בית יצחק, כרך יז, תשמ"ה, עמ' 118, 127[נג]):

"מעולם לא שמענו ולא ראינו הנהגה כזו, שיסדרו קריאת התורה וקריאת

המגילה לנשים לבדן, וכן שיסדרו הקפות לנשים לבדן, ועלינו מוטלת החובה להמשיך במסורת אבותינו ואבות אבותינו באופן עשיית המצוות."

ואשר-על-כן-

"שמאחר שמעולם לא נהגו הנשים לקיים מצוות תפילה וקריאת התורה וכו' באופן כזה, אין לנו לשנות ממסורת אבותינו ולבדות מליבנו אופני הנהגות מחודשות... ולא זו בלבד שעלינו להמשיך במסורת אבותינו, אלא איסורא נמי איכא לשנות במנהגים. ואף דקיימא לן 'דינו אינה ראייה', מכל מקום כבר ביאר הש"ך ליורה דעה (סימן א', ס"ק א')... דהנהגה כזו קובעת על כל פנים את המנהג... וממילא יש בהנהגות האלו איסור משום שינוי במנהג" (שם, בעמ' 128-129[נג]).

קביעה זו אינה נקייה מספק. לא כל אי-מציאותו של מנהג היא ראייה של "הסדר שליילי"; בנסיבות מסוימות יש כאן משום "לאקונה", שמקום יש למלא אותה, בהגיע השעה והצורך לכך, ובן אם אין בכך משום איסור הלכתי.

ג. דוגמה מעניינת לכך מצויה בשתי תשובות שניתנו על-ידי הרב ר' יחיאל וויינברג, מחשובי הפוסקים בדורנו, בעל מחבר שו"ת שרידי אש, ח"ג, סימנים צג, צו [נד]. הרב שכטר, בסימוכין לדבריו, מביא תשובה אחת משתי תשובות אלה – זו שבסימן צו – כסימוכין לדבריו (שם, בעמ' 128[נג]), אך מתוך השוואת האמור בשתי התשובות האמורות עולה מסקנה שונה. ניין קמעא, בקצירת האומר, בדבר.

בתשובה שבסימן צו דן הרב ר' יחיאל וויינברג בשאלה, אם מותר לתת סם הרדמה לילד בעת המילה, או לגדול בעת שמלים אותו – כגון גר או מי שלא נימול בקטנותו – כדי להקל עליו את הייסורים הכרוכים במילה. תשובתו היא שלילית, במיוחד לעניין מילתו של גדול. בה האחרת – זו שבסימן צג – נשאל הרב ר' יחיאל וויינברג בדבר קיום חגיגת בת-מצווה לב בהגיעה לגיל מצוות, כשהיא בת 12, כשם שמאז ומעולם נהגו לחגוג בר-מצווה לבן בהגיעו לעול תורה ומצוות, משמלאו לו 13 שנים. לעניין זה תשובתו היא חיובית, וכי יש לקיים חגיגת בת-מצווה גם לבת. המשותף לשני העניינים שבשתי התשובות הוא הכנסת נוהג חדש, ליין ברית מילה ולעניין חגיגת בת-מצווה. את תשובתו השלילית לעניין שימוש בסם שינה בת ברית המילה מנמק ר' יחיאל וויינברג, בתשובה ארוכה ומפורטת, בכך, שאפשרות זו קיימת הייתה מקדמת דנא, עוד בתקופת התלמוד, אך הובעה התנגדות לכך על-ידי חכמי ההלכה, מנימוקים הלכתיים המפורטים בתשובתו, ובכגון דא חל הכלל ש"מנהג ישראל תורה הוא", ואין לסטות הימנו. לעומת זאת, אשר לקיום חגיגת בת-מצווה, תשובתו היא חיובית. ומאלפים מאוד הם נימוקיו לתשובה זו. אכן, גם חגיגת בת-מצווה לא הייתה נהוגה בדורות עברו, ומתוך כך -

"ויש טוענים נגד ההיתר של חגיגת הבת מצוה, משום שהוא נגד מנהג הדורות הקודמים, שלא נהגו מנהג זה" (שם, בעמ' רצו, טור ראשון[נד]).

טענה זו נדחית על-ידי. וכל כך למה?

"אבל באמת אין זו טענה כי בדורות שלפנינו לא הצטרכו לעסוק בחינוך הבנות, לפי שכל אחד מישראל היה מלא תורה ויראת שמים, וגם האויר (= האוירה) בכל עיר ועיר בישראל, הימלא וממולא ברוח היהדות... אבל עכשיו נשתנו הדורות שינוי עצום..." (שם).

וזאת אף זאת:

"והרי זה דבר מכאיב לב, שבחינוך הכללי, לימודי שפות וספרות חילונית ומדעי הטבע והרוח דואגים לבנות כמו לבנים, ואילו בחינוך הדתי, לימודי תנ"ך וספרות המוסר של חז"ל, וחינוך למצוות מעשיות שהנשים חייבות בהן, מזניחים לגמרי. לאשרנו עמדו גדולי ישראל בדור הקודם על הקלקלה הזאת ותקנו מוסדות של תורה וחיזוק דתי בעד בנות ישראל. הקמת רשת גדולה ומקיפה של בית יעקב היא ההפגנה הנהדרה ביותר של דורנו. ושורת ההגיון הישר וחובת העיקרון הפדגוגי מחייב, כמעט, לחוג גם לבת את הגעתה לחיוב במצוות.

ההפליה זו שעושים בין הבנים והבנות בנוגע לחגיגת הבגרות פוגעת קשה ברגש האנושי של הבת הבוגרת" (שם, עמ' רצז, טור שני [נד]).

ואשר לחשש של "שיקולים זרים" בהכנסת מנהג חדש זה של חגיגת בר-מצווה-

היינו חיקוי למנהגי הגויים וכיוצא באלה, מוסיף הוא ואומר:

"ואלה מאחינו שהנהיגו זה מחדש חגיגת בת מצוה אומרים, שהם עושים כן כדי לחזק בלב הבת, שהגיעה למצוות, רגש אהבה ליהדות ולמצוותיה, ולעורר בה רגש הגאון על יהדותה ועלותה בת לעם גדול וקדוש. ולא איכפת לנו מה שגם הגויים חוגגים חגיגת הקונפרמציון בלבנים ובין לבנות, הם בדידהו ואנן בדידן (= הם בשלהם ואנחנו בשלנו), הם מתפללים וכרעים בכנסיות שלהם, ואנחנו כורעים ומשתחווים ומודים לפני מלך מלכי המלכים הקדוש בר הוא" (שם, עמ' רצז, טור ראשון [נד]).

ד. סיכומם של דברים. מנהג שבא לסטות ממנהג קודם ששלל את המנהג שבמבקשים לחדש – כגון לעניין אמצעי הרדמה בברית מילה – ושאינו מוצדק בשל שינויים חברתיים ואידיאולוגיים לגיטימיים בעולמה של הלכה, אין לנהוג לפיו, שהרי זהו כוחו של מנהג, שהיה כל הצדקה עניינית-הלכתית בשינויו. לעומת זאת, הכנסת מנהג חדש – כגון חגיגת בת-מצווה לבת – שאינו נוגד את הדין, ואי-קיומו בעבר נבע ממצויאות חברתית-אידיאולוגית מס שכיום הזה השתנתה לחלוטין (ראה גם דברים שהובאו על-ידינו לעיל – פסקה 19- בפרש נגר [3] ושקדיאל [4] בעניין השוני שחל בתיפקודן החברתי ובהשכלתן של נשים בדורנו), מן הנכון ומן הראוי שיתקבל, לגופו של עניין וכדי

למנוע בדורנו, כדבריו האמורים של הרב ר' יחיאל וויינברג – "הפליה זו שעושים בין הבנים והבנות בנוגע לחגיגת הבגרות (= שהיא) פוגעת קשה ברגש האנושי של הבת הבוגרת [נד]].

על הבחנה מהותית זו בדרכו של המנהג לאור שתי תשובותיו האמורות של הרב וויינברג, עמד תלמידו הרב פרופ' אליעזר ברקוביץ (a. Berkowitch) בספרו Jewish [נה] 79-81 (n. J) 1990, woman in tinme and torah and בהסיקו מכך (שם, בעמ' 81[נה]) גם לעניין "קבוצות התפילה" של נשים, לפי הסייגים שנהגו לפיהן, כאמור בדברינו לעיל.

ה. שאלת הנהגת חגיגת בת-מצווה בהגיע הבת לגיל שתיים-עשרה נדונה גם על-ידי הרב ר' משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, אורח חיים, קד[נד]). בתשובתו מפקפק הוא בעצם נכונות הכנסת המנהג של חגיגת בת-מצווה, ואין הוא רואה בחגיגה זו משום "דבר מצוה וסעודת כי הוא רק כשמחה של יום הולדת בעלמא". הרב ר' משה פיינשטיין אוסר באופן מוחלט לקיים חגיגת בת-מצווה בבית הכנסת, ומתיר לעורכה רק בבית; לכך מוסיף הוא, כפי שראינו בתשובותיו הקודמות, גם את השיקול שיש בחגיגה זו משום שיקול זה של חיקוי למה בחוגים שאינם מקבלים עליהם כל עיקר עולה של הלכה. בתשובתו האמורה מסכים הרב ר' יחיאל וויינברג לסייג זה של הרב ר' משה פיינשטיין שלא לערוך החגיגה בבית הכנסת "כי בית פרטי או באולם הסמוך לבית הכנסת" (שם, בעמ' רצז, טור א [נד]), זאת משום הנימוק של השיקול הזר שבחיקוי.

דרך אגב, בתשובתו דן הרב ר' יחיאל וויינברג על שום מה יש לראות בעובדה שמקורו של מנהג הוא בחיקוי בעל אופי שלילי משום "שיקול זר" הפוגם במנהג, ולכן מן הראוי שחגיגת בת המצווה לא תתקיים בבית הכנסת. הנימוק הוא על שום שבחיקוי זה מדובר בחיקוי שבתנועה הרפורמית שביקשה להביא, והביאה אצל אלה שנמנו עמה, לביטול הלכות עקרוניות בותר בעולמה של יהדות, ובין היתר "מחקו מסידור התפילות כל זכר לשיבת ציון וסדר העבודה לירושלים" (שם, סימן צג, עמ' רצח[נד]); וראה עוד בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח' [5], דיונו המפורט בעמדתה של התנועה הרפורמית, אז וכיום, שאינה מכירה במערכת ההלכה כמערכת נורמטיבית מחייבת, גם בדברים עקרוניים ביותר בעולמה של יהדות; שם, בעמ' 709-705; וראה שו"ת שרידי אש, ח"ג, סימן צג[נד], תשובה מאלפת בשם הרב פרופסור ר' דוד צבי הופמן, מחשובי הפוסקים בדור שעבר, בשו"ת להועיל, אורח חיים, טז [נר], בעניין איסור עוגב בבית הכנסת, משום שיקול זה שלי שלילי. סייג זה, שהסכים לו גם הרב ר' יחיאל וויינברג, יסודו גם בזהירות המיוחדת הדרושה בשינוי מנהגים בבית הכנסת, כפי שנעמוד על כך להלן.

ו. מתשובתו האמורה של הרב ר' משה פיינשטיין עולה שאין דעתו נוחה מעצם הכנסת המנהג של חגיגת בת-מצווה, כמפורט לעיל. בקשר לכך מעניינת היא פסיקתו של הראשון לציון הרב ובדיה יוסף, הרואה קיומו ועידודו של מנהג זה בחיוב גמור, ואף ממליץ על כך:

"...נראה בודאי שיש מצוה לערוך סעודה ושמחה לבת מצוה, על פי מה שכתב מהרש"ל (= ר' שלמה לוריא, מגדולי ההלכה במאה השש עשרה בפולין) בספר ים של שלמה (פרק ז, בבא קמא, סימן לד), שסעודת בר מצוה אין לה סעודת מצוה גדולה מזו. והכי נמי (= וכך גם) בת שמתחייבת בכל המצוות שהאשה חייבת בהן, והוה לה (= והריהי) מצווה ועושה, שפיר יש לעשותו יום טוב, ומצוה נמי איכא "... (שו"ת יביע אומר, ח"ו, או"ח, כט, סעיף ד[נד]).

באותו נושא דן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף גם במקום אחר (שו"ת יחווה דעת, ח"ב, כט[מז]), ושם מוסיף הוא ואומר (בעמ' קיא) [מז]:

"ובאמת שמניעת חגיגות לבנות מצוה, נותנת יד לפושעים לקטר על חכמי ישראל, שכאילו מקפחים את בנות ישראל, ועושים הפליה בין הבנים לבנות".

וכן מביא הוא, ומסתמך, על דבריו האמורים של הרב ר' יחיאל ויינברג, בסימן צג [נד], שאין בכך משום חיקוי לחוקות הגויים, ואי-קיום חגיגת בת מצווה יש בו משום הפליה לגבי הבת ומשום פגיעה קשה ברגש האנושי שבה.

בהמשך הדברים מסתמך הרב ר' עובדיה יוסף על תשובות נוספות מביין חכמי הלכה ספרדיים בני זמננו; וביניהם הרב ר' עובדיה הדאיה (שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, או"ח, כח[נח]) שסובר כך, וכן עולה מדברי הגאון רבי יוסף חיים בספר בן איש חי (ראה שו"ת יביע אומר שם) ויחווה דעת, שם [מז].

הרב עובדיה יוסף מתייחס לדעתו של הרב ר' משה פיינשטיין שמפקפק בנכונות המנהג של חגיגת בת-מצווה, כפי שעמדנו על כך לעיל, ומסתייג הוא מדבריו:

"...וראיתי להרב הגאון ר' משה פיינשטיין שליט"א, בשו"ת אגרות משה, חלק אורח חיים, סימן קד. ...

ובמחילת כבוד תורתו אין דבריו מחוורים. שמכיון שנכנסה למצוות והיא כגדולה המצווה ועושה, בכל המצוות שהאשה חייבת בהן, בודאי שיש בזה מצוה..." (שו"ת יביע אומר, שם [נד]; וראה בשו"ת יחווה דעת, שם – עמ' קי-קיא [מז] – שחולק על דבריו נוספים שכתב הרב רמשה פיינשטיין בנושא זה להצדקת עמדתו; עיין שם).

וכך מסכם הראשון לציון הרב עובדיה יוסף את פסיקתו (יחווה דעת, שם[מז]):

"המנהג שנוהגים לעשות מסיבה חגיגית וסעודת הודאה ושמחה לבת מצוה ביום מלאת לה שתים עשרה שנה ויום אחד, הוא מנהג טוב והגון. וטוב שיאמרו שם דברי תורה, ושירות ותשבחות להשם יתברך. אולם יש לשמור

בקפדנות על כללי הצניעות לפי דעת תורתנו הקדושה... והשם יתברך לא ימנע טוב להולכים בתמים".

יש להעיר שבדבריו, בשתי תשובותיו, אין הרב עובדיה יוסף מתייחס לדבריו של ר' יחיאל וויינברג שלא לקיים את שמחת בת המצווה בבית הכנסת.

בהקשר לכך מן הראוי להביא דברים שאמרנו בקשר לדעתו של הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל ז"ל, באשר לדעתו שיש ליתן לנשים זכות בחירה, בדומה לגברים, למוסדות ונים של הציבור. וכך נאמר בפרשת שקדיאל [4], בעמ' 257:

"מאלפת היא דרכו של הרב עוזיאל בהבאת ראיות 'עקיפות' מרוחה של ההלכה, ראיות המצביעות על מדיניות הפסיקה הרצויה. לפי ההלכה, המביא קורבן סומך ידיו על ראש הבהמה. ובעניין זה נאמר בספרא, ויקרא, פרשה ב: 'וסמך ידו על ראש העולה (ויקרא, א, ד) – בני ישראל סומכין ואין בנות ישראל סומכות', היינו, דין הסמיכה על קורבן הבהמה אינו חל על האישה.

על כך נאמר בהמשכם של דברי הספרא:

'אמר רבי יוסי, אמר לי אבא אלעזר: היה לנו עגל זבחי שלמים והוצאנוהו לעזרת נשים (בבית המקדש) וסמכו עליו הנשים, לא מפני שהסמיכה בנשים, אלא מפני נחת רוח של נשים.'

ואם כך יש לנהוג לגבי דבר שמצד הדין הוא אסור – סמיכה על ראש קורבן הבהמה – קל וחומר, ממשיך ואומר הרב עוזיאל, שכך יש לנהוג לעניין מתן זכות בחירה לנשים, שאין שום איסור מצד הדין, 'והמניעה מלשתפן (בבחירות) תהיה להן לעלבון והונאה."

ומכלול דברים אלה, ומדיניות הפסיקה העולה מהם, יפים הם גם לנושא דיונו.

ז. כך דרכו של המנהג כמקור יוצר בעולמה של הלכה. המנהג יסודו בעקרונות מקובלים בעולמה של הלכה, בדיניה ובערכיה. בימינו, משבנות ישראל לומדות ומלמדות, יודעות את הדין ואת דרכי ההלכה, מן הראוי שמשמגיעה היא למצוות שמאורע זה ייחגג, כפי שכך הוא אצל בניו. אך יש וקיימים שיקולים, שאף הם לגיטימיים, המשפיעים על קבלת המנהג על-ידי חכמי ההלכה בסייגים אלה או אחרים מחשש של חיקוי והשפעות זרות – איש איש לפי דרכו בפסיקת ההלכה ולפי מידת קיומו של חשש החיקוי במקום זה או אחר. בעולם ערכיה של הלכה שתהא משמעות גם לחשש זה, לאחר בדיקה ועיון זהירים וראויים. ועל כך עוד נעמוד בהמשכם של דברים.

שינוי מנהג בבית-כנסת

29. זהירות מיוחדת מצויה בעולמה של הלכה משמדובר בהכנסת מנהג חדש בבית הכנסת. עובדה זו באה לכלל ביטוי בקשר למנהג של "קבוצות תפילה", שהוא נושא מרכזי בנושא דיוננו. "קבוצות תפילה" אלה מתקיימות, בדרך כלל, מחוץ לכותלי בית הכנסת, במקומות מיוחדים שיועדו לכך. וכך נאמר על-ידי הרב אברהם ווייס, בספרו הנ"ל, בעמ' 118[יד]: "Even in communities where women's groups have been Exceptions, been declared off limits to them. In virtually by the rabbinic approved". "all cases, they are held in homes or rented hotel facilities leadership, the synagogue has, with few לקיומה של תפילה, ודבריו ראויים לעיון. אך מבחינת דיוננו בטיבו של מנהג ובאופן קיומו, נמצאנו למדים כי למעשה "קבוצות התפילה" ברובן המכריע אינן מתקיימות בבית הכנסת עצמו, דבר המעיד על הבעייתיות המיוחדת הקשורה בהכנסת שינוי על-ידי מנהג בכל הנוגע להנהגות שבבית הכנסת (וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך בית כנסת, עמ' קצב ואילך [ח], בעניין השימוש בבית הכנסת, בקדושתו ובכבודו, שם; הרב צבי שכטר, שם, עמ' 130[נג]; וראה שו"ת אורח משפט (להרב הראשי לארץ ישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק), לה[נט]).

בית הכנסת ברחבת הכותל

30. דברים שאמרנו זה עתה, עניין מיוחד להם לנושא דיוננו – קיום תפילתן של העותרות ברחבת הכותל. מקום התפילה שליד הכותל המערבי הוא בית הכנסת המקודש ביותר בעולמה של לכה ויהדות. זהו המקום, שעליו נאמר במדרש (שמות רבה, ב, ב[ס], ועוד):

"לעולם אין השכינה זזה מכותל מערבי."

אכן, הכותל המערבי אינו חלק מבית המקדש עצמו, אלא הוא מחומות הר הבית שבו שכן בית המקדש. אך במסורת היהודית מקובל לראות את הכותל כ"שריד בית מקדשנו". התפילה המתקיימת בבתי-כנסת באה במקום עבודת בית המקדש לאחר חורבנו, ובתי-כנסיות מכונים בישראל בשם "מקדש מעט":

"ואהי להם למקדש מעט בארצות אשר באו שם" (יחזקאל, יא, טז [סא]) – אמר רבי יצחק: אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות שבבבל" (מגילה, כט, א [ז]) וראה [בג"צ 4185/90](#) [1], בעמ' 2302).

יהודים, בכל הדורות, ראו מעלה יתרה בקיום התפילה ליד מקום המקדש, ובמיוחד בסמוך לכותל המערבי – השריד היחיד שנותר ממנו (וראה [בג"צ 4185/90](#) [1] הנ"ל, בעמ' 245-246, וד).

לרגל העובדה שהרחבה שלפני הכותל המערבי שימשה באופן קבוע לתפילתם של יהודים, קבעו חכמי ההלכה שלרחבה זו דין של בית-כנסת. וכך נאמר במאה הקודמת על-ידי הרב הלל משה גלבשטיין בספרו "משכנות לאביר יעקב":

"מצוה לכבד ולרומם המקום שהוא בכל מה דאפשר, כמו בית הכנסת על כל פנים – ונוסף לזה... כיון שהוא לפני המקום הקדוש והנורא... נשתדל בכל כוחינו לעשות... רצפה נאה, מהודר ומיופה... ומכל שכן לשמור מבזיון בכל מה דאפשר... בקל וחומר מבית הכנסה... שכותל בית הכנסת מבחוץ כקדושת בית הכנסת".

זאת ועוד: במקום הכותל המערבי חלה המצווה של "שמירת מקדש", שאף-על-פי שאי-אפשר לקיימה בזמן הזה במקום המקדש ממש, אפשר לקיימה בסמוך להר הבית, דהיינו ליד הכותל המערבי (דבריו של הרב גלבשטיין מובאים במאמרו של צבי קפלן, הכותל המערבי בהלכה, שנה בשנה תשכ"ח, עמ' 174-175[סב]).

וכך פסק הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף:

"המקום הזה בודאי צריך להיות לא פחות מבית כנסת שהוא בית מקדש מעט. כן גם לגבי הלכות בית כנסת... בודאי שכל מה שנהוג שם נוהג גם לגבי הכותל המערבי. . . יש לשוות לו הפחות את החומרה של בית כנסת ומקדש מעט" (הכותל המערבי וסביבתו בהלכה, בתוך: כותל המערבי, ירושלים, תשל"ו, עמ' 139[סג]).

איסור שינוי מנהג "מפני המחלוקת"

31. במקום התפילה שלפני הכותל המערבי, שכאמור דינו כדין בית-כנסת ולמעלה מזה, לא התקיים מנהג של תפילת נשים, לא בצורה שמבקשות העותרות בבג"צ 257/89, ולא בצורה של "קבוצות תפילה", כמתואר בבג"צ 2410/90. היענות לעתירתן של העותרות יש בה משום שינוי מובהק של מנהג המקום בבית הכנסת, כפי שהתקיים במשך דורות על גבי דורות. כלל גדול הוא בעולמה של הלכה, שאין לשנות מן המנהג "מפני המחלוקת" (פסחים, נ, א-ב[סד]). כלל זה נאמר לעניין כל מנהג שבהלכה; קל וחומר שחל הוא לעניין מנהג ממנהגי בית הכנסת; וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שחל הוא לעניין בית הכנסת שברחבה לפני הכותל המערבי. וזוהי דעתם החד-משמעית של הרבנים הראשיים לישראל, ועליה עמדנו לעיל.

במכתבו של הרב הראשי לישראל, הרב אברהם שפירא, נאמר:

"נוסף לכך, מלבד האיסור מצד ההלכה, וכנ"ל, יש גם יסוד של איסור שמבטלים מנהג, שמעולם לא נהגו, הן לגבי ציצית והן לגבי מנין של תפילה לנשים, ומעולם לא נשמע כדבר ואינו מקובל בישראל, ומפני זה לחוד, הוי בניגוד לדין, משום שמנהג ישראל תורה הוא.

כל זה אמור אפילו אם יעשו כן לעצמן בביתן שלהן. אבל כשבאות לשנות את ההלכה והמנהג בפני רבים, במקום קדוש ככותל המערבי, דבר שמעורר ריב ומדון וקטטות, יש בכך גם איסור של ריבוי מחלוקת בישראל, וביזוי מקום קדוש" (תשובת הרב אברהם שפירא (מכתב) [סה]).

וכן היא מסקנת דבריו של הראשון לציון, הרב מרדכי אליהו, בחוות-דעתו האמורה:

"אנו מצווים ומוזהרים לא לשנות שום מנהג ובפרט במנהגי תפילה ובית הכנסת... ולפיכך אסור לעשות שום שינוי בסדרי התפילה המקובל מדורי דורות בכותל המערבי, שהוא שריד בית מקדשנו ותפארתנו, מלבד שהוא התקדש בקדושה נוספת של מקום תפילת כל פה" (תשובת הרב מרדכי אליהו (מכתב) [סו]).

וכפי שנעמוד על כך להלן, לחוות-דעת של הרבנים הראשיים לישראל נודעת חשיבות משפטית, בנושא הנדון בעתירות שלפנינו, במערכת משפטה של מדינת ישראל.

32. רבות נכתב ונאמר על החומרה הרבה שבגרימת מחלוקת, במיוחד בבתי-כנסיות. נסתפק בציטוט מדבריו

של בעל החפץ חיים (משנה ברורה, או"ח, קנא, ס"ק ב[ו]):

"... וכל שכן שיש ליהרר בבית הכנסת ובית המדרש מעוון דיבורים אסורים כגון לשון הרע ורכילות ומחלוקת וקטטות. כי מלבד שהם עוונות חמורים מאוד, עוד יגדל העוון יותר במקום קדוש כי הוא מזלזל בכבוד השכינה, ואינו דומה החוטא בינו לבין עצמו לחוטא בפלטיין של מלך, לפני המלך.

ועוד תגדל הרעה בזאת שהוא מכשיל גם את הרבים בעוונות החמורים הנ"ל, כי 'האי תיגרא דמיא לבדיקא דמיא' [= ראה סנהדרין, ז, א; תיגרה זאת דומה לשטפון של מים], ומתחילה הוחל העוון באיזה אנשים, ולבסוף יתלקטו ויתחברו חבורות לריב איש ברעהו עד שנעשה כל בי הכנסת כמדורה גדולה, ובעוונותינו הרבים באין מזה כמה פעמים לידי חרפות וגידופין לבנת פנים ברבים ולידי הכאות ומלשינות וגודל חילול שם שמים".

כלל גדול נקבע בעולמה של הלכה, במיוחד בתחום המנהגים, על-פי האמור בתורה (דברים, יד, א[נ]): "לא תתגודדו", שחכמים פירשוהו כאיסור חמור של עשיית "אגודות אגודות", מפני המחלוקת (ראה ספרי הנ"ל, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, בעמ' 759; וראה שו"ת זכרון יהודה, לז [סז]; שו"ת הריב"ש, חקייב [סח]; תשב"ץ, ח"ב, רד[סט]; שח"ג, קעו[סט]; משפטי עוזיאל, ח"ג, חו"מ, עמ' רכח[ע]). והקפדה מיוחדת הקפידו חכמים על שינויים במנהגי בתי הכנסת מכוח הציווי של "לא תתגודדו" (ראה מאמרו של פרופ' י' ד' גילת, "לא תתגודדו", ספר השנה של אוניברסיטת בר-אילן, כרך יח-יט (תשמ"א) 88 ואילן).

חריפותם של חילוקי הדעות בנושא בעולמה של הלכה

33. על חריפותה של מחלוקת זו בנושא דיונו, נוכחנו דעת מהתיאור העובדתי המפורט המצוי בעתירות ובכל מה שאירע בפרשת הדברים שלפנינו: מקום התפילה שליד הכותל המערבי ל"שדה קרב" של מעשים אלימים ביותר, מהלומות, זריקת פצצות גז, השתטחות גופנית על רצפת מקום התפילה שלפני הכותל והסתה בלתי פוסקת; וכל אלה לעיני כלי התקשורת למיניהם ולסוגיהם. אך לא בכך בלבד באה מחלוקת זו לכלל ביטוי. כפי שאמרנו, נושא זה – שעניינו דיני תפילה ומנהגיה – רגיש הוא במיוחד בעולמה של הלכה. עולמה של הלכה, משמעותו ופירושו – אוצר דיניה ומכלול ערכיה; וכשם שחלוקים הם חכמי ההלכה ופוסקה בדיניה, כך יכול שחלוקים יהיו בערכיה, או ליתר דיוק באופן יישום ערכיה. במקצת כבר עמדנו לעיל על כל אלה בנושא סוגייתנו. מן הראוי להוסיף ולעייין עיון מיוחד בדין ודברים, שבעיקרם המה הלכתיים ערכיים, בין שתי גישות נוגדות, בסוגייתנו, גם כשדרכה של ההלכה והמחויבות לה משותפות לשתייהן. על כך נימצא למדים מתוך עיון במאמרו של הרב צבי שכטר, המכהן כראש ישיבה ביישוב יוניברסיטי שבניו יורק שכבר הזכרנוהו לעיל ("צאי לך בעקבי הצאן", בית יצחק, כרך יז, תשמ"ה, עמ' 118-134 [נג]), ובספרו הנ"ל של הרב אברהם ווייס [יד], שגם האמור בו כבר עלה לפנינו. נעמוד על דוגמאות אחדות.

א. כאמור, העותרות **בבג"צ 2410/90** מקיימות "קבוצת תפילה" של נשים, שאינה נחשבת כ"תפילה במניין", אין בה אמירת "ברכו", "קדושה", "חזרת הש"ץ", ואין בה פגם הלכתי פורמאלי כלשהו. אך לדעת הרב שכטר אין לקיים "קבוצת תפילה" לנשים, משום כדבריו – "אילו היו מתפללות בבית הכנסת במנין הרגיל, היו מקיימות מצוות התפילה בשלמותה (היינו עם אמית "ברכו", קדיש וכולי), ובמה שעושות 'מנין' לעצמן, הרי הן מחסרות ומגרעות בקיום התפילה שלהן" (שם, עמ' 118 [נג]).

נימוק זה קשה להולמו. כאמור לעיל, נשים אכן מצוות, לפי ההלכה, להתפלל באופן פרטי, אך אינן מחויבות להתפלל בציבור, ומשום כך אינן נוטלות חלק בהרכבת "מניין" מבחינה הלכתית. מה חיסרון יש אפוא לאישה שאינה מתפללת – בעזרת נשים במניין של גברים, אלא בקבוצת תפילה של נשים, בעובדה שאינה שומעת "ברכו" וכיוצא בזה, שהיא אינה חייבת בהם? (ווייס, שם, עמ' 55-56 [יד]). זאת ועוד. "קבוצת תפילה" של נשים (ללא אמירת "דברים שבקדושה"), נהוגה בבתי-ספר ובמכללות לבנות של כל מערכות החינוך האורתודוקסיות, ומעולם לא נהגו להביא לתפילתן "מניין" של גברים לצורך אמירת "ברכו" וכדומה; ואותו פגם הרב שכטר, לעניין קריאת התורה על-ידי נשים בלי אמירת "ברכו", ולעניין דברים נוס.

ב. הרב שכטר רואה בקבוצת התפילה של הנשים האורתודוקסיות "מעשה של זיוף התורה" (שם, עמ' 119 [נג]). וכל כך למה? על שום "שכונתן להראות לכל שאף הנשים חשובות הן כמו האנשים". הרב שכטר מסתמך על דבריו של המהרש"ל, רבי שלמה לוריא, מגדולי ההלכה בפולין במאה השש-עשרה, שנאמרו לעניין שונה בתכלית (ים של שלמה, בבא קמא, פרק רביעי, סימן ט"ב). המהרש"ל אוסר באופן מוחלט ותקיף לימוד תורה

לאינו יהודי, בגלל סכנות רוחניות ואחרות הכרוכות בכך, וחולק הוא על אלה "שנמצאו במדינת ספרד ולועז וארץ ישמעאל הלומדים תורת ה' עם האומות בעבור הנאתן ותשלי שכוון", היינו יהודי ספרד וארצות המזרח שנהגו ללמוד ולהתווכח עם שאינם יהודים. ויגעתו ולא מצאתי גם בדבריו של המהרש"ל את המונח "זיוף של תורה"! על כל פנים, קשה להבין מה קשר יש בין דבריו של המהרש"ל לבין הנושא של קבוצות תפילה של נשים, ומה פגם- בעולמה של הלכה – שנשים רואות עצמן חשובות כאנשים ומקיימות מסגרת של תפילה בצי – שלא נאמרים בה דברים שבקדושה! ג. לדעת הרב שכטר, תפילה בציבור של אותן נשים אורתודוקסיות יש בה משום

"חוקות עכו"ם" (שם, עמ' 131[נג]). וזאת על שום מה? על שום ש-

"והנה הדבר ידוע, שהנהגות אלו לא נתחדשו בזמננו אנו מתוך החלל, אלא בתורת תוצאה מהתנועה הכללית לשחרור הנשים, אשר ענינה ותכליתה בשטח הזה הוא לשם פריצות, להשוות הם לאנשים בכל מאי דאפשר" (שם[נג]).

ולא משום חוקות עכו"ם סתם, אלא משום "חוקות עכו"ם בעשיית המצוות" (שם [נג]), ומפנה הוא לדברי הרמב"ן, דברים יב, ל [נ], על הפסוק: "השמר לך פן תנקש אחריהם". עם כל הכבוד הראוי למחבר הנכבד, דברים אלה קשה לרדת לסוף כוונתם. מדוע לחשוך באלה המשתתפות תפילה בציבור המיוחדת לנשים והמנוהלת על-ידיהן בכוונות ובמגמות כה חמורות, כהנהגתה מוכיחה הקפדה על דיני ההלכה שלא לומר דברים שבקדושה, כגון חזרת הש"ץ וכיוצא בזה. האם אין בכך בלבד כדי להוכיח שמגמתם של מארגני תפילת ציבור זו של נשים – תוך שמירה על מסגרת ההלכה ודיניה – היא צורך נפשי הנובע מתוך ידע וידיעה של מצוות והלכה, של תורתם ודרכם של תלמידי חכמים והוגי דעות, לרגל העובדה שילדות, בחורות ונשים המקפידות על אורחות הלכה, קלה כחמורה, למדו שנים על גבי שנים במוסדות חינוך והשכלה תורה עם דרך ארץ, ומתוך השכלתן זו מבקשות הן ביטוי שלהן, במסגרת דיני ההלכה, באמצעות "קבוצות תפילה" נושא דיוננו? ואכן כך רואה הרב ר' יחיאל וויינברג, בעל שרידי את כוונתם ושאיפתם הנכונה של אותם הורים ובנות המבקשים לחוג את בת-המצווה, כפי שעמדנו על כך במפורט מתוך דברים שציטטנו מתשובתו שבה הוא מחייב לקיים לבת חגיגת בת-מצווה, וכך המה דבריו המפורשים של הראשון לציון הרב עובדיה יוסף, אשר אף אותם הבאנו לעיל.

ד. בהתנגדותו החריפה של הרב צבי שכטר ל"קבוצות התפילה" של הנשים, גם כאשר אין הן בגדר "מניין", מסתמך הרב שכטר על פסיקתם של שניים מגדולי הפוסקים בדור, המה הרב ר' משה פיינשטיין ז"ל והרב ר' יוסף דוב סולובייצ'יק ז"ל:

"והנה דבר ידוע ומפורסם הוא, אשר שני גדולי חכמי דורנו, אשר כולנו סרים למשמעתם, מורנו הגרי"ד סאלאוויטשיק, שליט"א, ומרן הגר"מ פיינשטיין, שליט"א, שניהם מתנגדים מאוד לכל ההנהגות הנ"ל להקפות המיוחדות

לנשים, ול'מנינים' המיוחדים לתפילה, ולקריאת הרה, ולקריאת המגילה. ועי' לשון התוספות בבבא בתרא (נא, ב) ד"ה ברם, ע"ש רבינו תם, אם כל גדולי הדור חולקים עליו, אם כן אין ממש בדבריו" (שם, עמ' 126[נג]).

בצדק מעיר על כך הרב ווייס, שדברים אלה אינם מדויקים. אשר לדעתו של הרב סולובייצ'יק ז"ל – אין בדינו דברים שכתבם, והדברים מיוחדים לו על-פי דברים שנאמרו ולתלמידים ששאלו בעצתו, ומהם עולה שלא התנגד לעצם קיומן של קבוצות תפילה, אלא לפרט זה או אחר שנהגו בקבוצות אלה, כגון אמירת ברכת התורה לפני קריאת התורה ואחריה הרב ווייס, שם, עמ' 107-108[יד]. ואשר לדעתו של הרב ר' משה פיינשטיין ז"ל, הרי זו מצויה בתשובה מפורטת (אגרות משה, אורח חיים, חלק רביעי, מט[כד]) שעליה עמדנו לעיל. בתשובה זו אין שלילה עקרונית של קבוצות תפילה של נשים, אם אכן כוונתן לשם שמים, פרט לשינויים לעניין זה או אחר הנהוג בקבוצות תפילה אלה, בקשר לקריאה בתורה (ראה הרב ווייס, שם, עמ' 108-110[יד]; וראה בהערות שם, דברים שנכתבו בשמו של הרב פיינשטיין על-ידי נכדו הרב מרדכי טנדלר, ועמדנו עליהם לעיל; וכן ראה שם, עמ' 111-112, ה"ש 39[יד]).

34. מן הראוי ומן הנכון לציין כי התנגדות תקיפה זו של הרב צבי שכטר לקבוצות תפילה של נשים מיוחדת היא לנושא זה בפרט, ואין היא נובעת מגישה כללית בדבר אי-הכרה במציאותם של התפתחות ושינויים בעולמה של הלכה, לדורותיה ולתקופותיה, על-פי הדרכים המוכרות והמיוחדות לכך במערכת ההלכה גופא. הרב שכטר מדגיש עמדתו זו בכמה וכמה מקומות במאמרו, ומן הראוי להביאם (שם, עמ' 122-123[נג]):

"דבר ברור הוא שההלכה היא לא קפואה. מרוב שינויי המצבים הוכרחה ההלכה להשתנות. השאלות של שנת תשמ"ה אינן כלל אותן השאלות של שנת תשל"ה, וממילא, בהרבה מקרים, דרושות תשובות שונות.

אבל עוד יותר מזה. כשם שיש התקדמות בעולם המדע, כמו כן יש התקדמות בעולם ההלכה. עיין בראשית רבה לפרשת וירא (פרשה מט סימן ב), שאין יום ויום שאין הקב"ה מחדש הלכה בבית דין של מעלה. ועיין ילקוט שמעוני לספר שופטים (רמז מט) שביארו את הפסוק 'יבחר אלקים חדשים או לחם שערים' וגו', דקאי אמלחמתה של תורה, שהקב"ה אוהב חידושי תורה. ובלשון הגר"ח מוולאזין (בספר 'נפש החיים' שער ד, פי"ב), חידושים אמיתיים דאורייתא המתחדשים ע"י האדם, אין ערוך לגודל נוראות נפלאות ענינם ופעולתם למעלה".

בהמשך הדברים מביא הוא את תשובת הנצי"ב מוולאזין (משיב דבר, ח"א, מו[עג]). והוא ממשיך ואומר (שם, עמ' 123[נג]):

"ועיין שם בפנים התשובה, דהוא הדין והוא הטעם בחידושים בהנהגה דבעושה דבר שהוא מצוה, אפילו עושה שלא לשמה, מצוה על כל פנים עביד.

אבל בעושה הנהגה מחודשת, אם אינו עושה לשמה, אין שמה מה שיקבע אותה ההנהגה כמצוה כלל. וזוהי כוונת המשנה באבות (ב, כל העוסקים עם הציבור יהיו עוסקים עמהם לשם שמים, דעסקנות הנעשית שלא לשמה, אינה מצוה כלל. דבעסקנות אין שמה שום מעשה-מצוה מסויים (כהנחת תפילין וכתקיעת שופר וכדומה) שיקבע את המעשה כמעשה מצוה, ובעינין בדוקא שתהי' העשייה לשמה בכדי לקבוע על העסקנות שלו שם של מעשה מצוה".

על-אף גישה חיובית כללית זו אין הדברים יפים, לדעת הרב שכטר, לנושא דיונו.

"ומה שמעדיפות לעשות 'מנין' (הכוונה לקבוצת תפילה – מ' א') לעצמן הוא לא מהטעם ההלכתי ד'מצוה בו יותר מבשלווחו', אלא מטעם הרגשת הלב דרוצה אדם בקב שלו יותר מתשע קבין של חברו, וב'מנין' שלהן יש לנשים הרגשה זו שזהו הדבר שלהן. אכן כדאי אינו כדאי אבד בידים הקיומים ההלכתיים הנוספים אשר הזכרנו למעלה (אות א'), בעד ההרגשה הזאת. ואדרבא, עלינו להרגיל את הנשים המלומדות והמחוכמות שירגילו ויתקנו את כוחות הנפש שלהן, עד שיתאימו הרגשותיהן לחישובי ההלכה" (שם, עמ' 121[נג]).

ואשר-על-כן (שם, עמ' 122[נג])--

"וכן עלינו להסביר לנשים דין, אשר בעזרת השם יתברך אפשר דרא (= הוכשר הדור), ומלומדות הן בעיני תורה וחכמה יותר מאשר בדורות הקודמים... דכל הנשים שלנו מיקרו חשובות, ומעולם לא היה נהוג אצלנו לקפח זכויותיהן של נשים. וכל מגמת תנועת שחרור הנשים אין לה צורך ולא תכלית אצלנו, שהרי קבעה ההלכה כמה שעבודים על הבעל לגבי אשתו, כמו שבעה שעבודים על האשה לגבי בעלה, וכיניהם לאהוב את אשתו כגופו ולכבדה יותר מגופו... ומצינו בכמה מקומות בתנ"ך ובתלמוד ששיבחו את הנשים יותר מן האנשים, ואף להלכה קיי"ל דהבת נעשית גדולה ב"ב והבן ב"ג, דבינה יתירה נתן הקב"ה לאשה יותר מן האיש, כמה וכמה ענינים כאלו. וממילא, אליבא דאמת, אין לנשים שלנו להרגיש כאילו זה עתה יצאו לחירות משעבודן, ולנהוג בפסיכולוגיה של עבד כי ימלוך, אלא לראות בעיניהן ולהבין בליבותם שאצלנו תמיד כן היה, שגדולה הבטחה שהבטיחן הקב"ה לנשים יותר מן האנשים, נתהווה במחננו באמת שינוי עקרוני או שיטתי בהשקפתנו על דבר חשיבותה וערכה של האשה, אלא רק שינויים בפרטים, ודבר זה הוא מפני שכל העולם השתנה בשנים האחרונות, אך לא שינויים בכללים".

35. אמרתי מה שאמרתי, והשגתי מה שהשגתי, על שום שכך דרכה של תורה ו"מלחמתה" של תורה. והארכתי בדבריו האמורים של הרב שכטר, כדי לתת את הדעת

ולחצביע על הפרובלמטיקה המיוחדת הכרוכה בנושא דיוננו. כאמור בדבריו שזה עתה הבאנום, לדעת הרב שכטר, לכה, מעצם מהותו, אינו קופא על שמריו, ונתון הוא לחידושי הלכות ותקנות, לפי צורכי השעה והזמן. אך מצויים בהלכה דברים ועקרונות שהיצירה ההלכתית בהם מחייבת זהירות מרובה, ולדעתו נושא סוגייתנו נמנה עם אלה. ער הוא לשינויים שחלו בדורות האחרונים במעמדה החברתי של האישה, בידיעותיה בהלכה ובהשכלתה, אך אין בכל אלה, לדעתו, כדי לתת יד לשינוי של קבוצות התפילה המיוחדות לנשים, המושפע מ"שיקולים זרים" לבר-הלכתיים, על כל הכרוך בכך מבחינת מקומם המרכזי של התפילה ובית הכנסת במסורת ישראל (וראה עוד, שם, סוף עמ' 125[נג], ובעמ' 127[נג] ואילך בדבר "עמוד המצוה במעשי המצוות", ובעמ' 130-131 [נג] בדבר ההחמרה המיוחדת "במנהגי בית הכנסת").

36. בכך סיימנו את דיוננו בנושא סוגייתנו, ולא זה המקום ולא זו השעה להאריך מעבר לכך. דיון מפורט ומלא בנושא עקרוני זה הלוא מצוי הוא במקורות רבים נוספים שבעולמה שהלכה, ובמאמרים ובמחקרים נוספים על אלה שציינו אליהם, והמעייין יעיין בכל אלה.

כפי שכבר רמזנו לכך בדברינו לעיל, מקום נכבד נתייחד בחילוקי הדעות והגישות בנושא גדול, סבוך ורגיש זה לא רק לבירורו של הדין שבמערכת ההלכה, אלא גם להערכת הערכים שבלם ההלכה – שאף הם חלק מן הדין במשמעותו הרחבה – ולאופן יישומם של ערכים אלה בנושא שלפנינו; על המצוי ועל הרצוי, על המדיניות הפסיקית-הלכתית הראויה – על יסודות, לאור המציאות שבהווה ולרגל השאיפה בעתיד. אלה הם שיקולים מקובלים ולגיטימיים, בעולמה של הלכה בכלל, ותופסים הם מקום נכבד במיוחד בנושא רגיש כגון זה שלפנינו. ואמנם כן, אלה ואלה דעתם נתונה הן לעולמה של הלכה והן לעולמה של המציאות בימינו, בכל הנוגע למעמדה של האישה – גם זו השומרת הלכה ומקפידה על קלה כחמורה – מבחינת תפקודה ומעמדה החברתי, וידיעתה בלימודה של תורה ומצוותיה, בהוויות עולם ובהשכלתה. אך חלוקים הם בהערכתם, ומתוך כך – במסקנתם.

מובן ואין צריך לומר שתנאי קודם לכל בירור הלכתי ראוי לשמו הוא דיון מעמיק במקורות ההלכה, מתוך ידיעה והבנה, כמקובל מדור דור – דבר שהוא תנאי בלעדי והכרחי, קודם למעשה הבירור של כל דבר הלכה ושל הנושא שלפנינו. לתנאי זה מיתוספת הערכת ערכיה של עולם ההלכה ואופן יישומם של ערכים אלה בכל דור ודור, לפי בעיותיו וצרכיו. תנאי כפול הוא וכל אחת משתי הגישות בנושאנו, שעמדנו עליהן, טוענת ומתיימרת לעמוד בתנאיו של תנאי כפול זה.

בהקשר לכך מן הראוי להוסיף כאן דברים אחדים באשר לגורם החיקוי, שמשמש הוא כנימוק אשר לו נודעת השפעה על מדיניות הפסיקה בדרך קביעת הדין והכשרת המנהג בעולמה של הלכה. כפי שראינו, גורם זה נזכר הוא לעתים קרובות על-ידי פוסקים והוגי דעות בנושא סוגו, כשהכוונה היא לחיקוי בעל אופי שלילי למה שנהוג מחוץ לעולמה של הלכה ויהדות, אם במישרין, היינו חיקוי ל"חוקות הגוים", ואם בעקיפין, היינו חיקוי לתנועה הרפורמית המשפעת במידה מרחיקת לכת מדברים הנוגדים את עקרונותיה

הבסיסיים של יהדות והלכה, כגון לעניין דיני כשרות אלמנטריים, נישואין וגירושין, גיור, ובשעתו – גם ביטול הזיקה הלאומית-דתית לארץ-ישראל, וכיוצא באלה, שיש בהם משום ניגוד מוחלט לכלל עולמה של הלכה. כך ראינו, דרך משל, שהרב ר' יחיאל וויינברג אינו רואה ב"קונפירמציון" של העולם הנוצרי, שמתקיים הן לבנים והן לבנות, כגורם שיש בו כדי להשפיע על נכונותו של המנהג יום חגיגת בת-מצווה בעולמה של יהדות, כדבריו – "שהם בשלהם ואנחנו בשלנו". כך הוא לעניין עצם קיומה של חגיגת בת המצווה. אבל בקשר לשאלה אם לקיימה בבית הכנסת עצמו או מחוצה לו, מביא הוא בחשבון את העובדה שביהדות הרפורמית חגיגת בת המצווה מתקיימת בבית הכנסת, וכדי למנוע השפעתה של זו – שכלל אינה מכירה בסמכותה המחייבת של ההלכה – על עולם ההלכה, דעתו היא שמן הראוי שלא לקיים את חגיגת בת המצווה בבית הכנסת עצמו, כמנהג הרפורמים אותה שעה בהשפעת גורמים שמחוץ לעולמה של יהדות, אלא באולם הסמוך לבית הכנסת.

מתן משקל לגורם החיקוי השלילי, בתור שיקול זר בעולמה של הלכה, מצוי הוא, מבחינה עקרונית, גם במערכת המשפטית הכללית בתחום המשפט המינהלי והציבורי, ומכונה הוא בשם "שיקול זר", ומשם "שאלתיו". לשון אחר; יכול שבית המשפט יפסול החלטה מינהלית על שום שנתבלה מתוך מניעים ושיקולים שהם זרים לנושא ההחלטה. וכך בעולמה של הלכה, יישקלו דיו מנהג חדשים גם לפי קנה מידה של טיב השיקולים שהביאו לידי יצירת הדין והמנהג, ואם שיקולים אלה הם שלא מן העניין, ולעתים אף סותרים את רוח ההלכה וערכיה, הרי אלה הם שיקולים זרים שיש בהם כדי להביא לביטול הדין או המנהג החדשים. וכדרכה של שקילת "השירול הזר" במערכת המשפטית הכללית, כך דרכה של שקילה זו בעולמה של הלכה. במקרים מסוימים תהא המסקנה שלא קיים כלל ועיקר שיקול זר של השפעה "לא רצויה" מעולמה של תרבות והגות אחרת; במקרים אחרים ייתכן שקיימת השפעה מסוימת, אך אין בה בהשפעה זו משום השפעה שלילית במידה שצריכה להביא לביטול הדין או המנהג החדשים; ובמקרים אחרים תהא המסקנה שהשלילה שבשיקול הזר היא כזו שמן הראוי ומן הנכון שתביא לביטולו של הדין או המנהג החדשים. הכרעה זו שבין האפשרויות השונות הכרעה ערכית היא, ועניינה מדיניות הפסיקה בעולמה של הלכה, כפי שכך הוא, במידה ניכרת, גם בהחלטה שיפוטית במערכת המשפט הכללית בשר למידת קיומו או אי-קיומו של שיקול זר בהחלטה המינהלית.

37. את מאמרו המפורט מסיים הרב שכטר לאמור[נג]:

"וא-ל אמת נתן לנו תורת אמת, ובתורה דכתיב בה אמת, בלתי אל האמת עינינו, וברוך שומר הבטחתו אמת, כי לא תשכח תורת אמת מפני זרע אמת."

באשר לאמת בעולמה של הלכה, מצויה אמרה גדולה של הגאון מוילנה, בפירוש דבריהם של חכמים שעל הדין לדון "דין אמת לאמיתו" (שבת, י, א[עד], ועוד). בפיהם של חכמי הלכה רבים נשאלת השאלה: "אמת לאמיתו" מהו? וכי ישנה "אמת" שאינה "לאמיתו"? ומה טיבה של אמת זו שהיא לאמיתו?

אומר על כך הגר"א:

"הדיינים צריכין להיות בקיין גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא אמת לאמתו, כלומר אף על פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בעניני תורה ותפיקה בעניני עולם" (פירוש הגר"א (מקראות גדולות, פרדס), משלי, ו, ד[עה]).

דין תורה המשולב בטבעו של עולם הוא "אמת לאמתו"; דין תורה לבד, בלי להיות פיקח בעניני העולם, הוא "אמת" אך לא "אמת לאמתו". לדעת הרב צבי שכטר, בנושא שבסוגייתנו יש לדון דין תורה, דין אמת, ו"טבעו של עולם" – שהוא בעניינינו המציאות החברתית וההשכלתית של האישה בימינו – אין בו, מפאת טיב הנושא ומרכזיותו ו"השיקולים הזרים" העלולים להיות מעורבי כדי להשתלב בדרך פסיקה הדין "אמת לאמתו". ועדיין השאלה היא – האם אכן גישה היא אמיתה של האמת? 38. הרב אברהם ווייס, בספרו המקיף האמור, דן בנושא דיונו, ובין היתר גם משיג על מאמרו האמור של הרב צבי שכטר כמה מן הדברים שהשגנו לעיל. ומסיים הוא את דיונו באשר לקבוצות תפילה של נשים, בין היתר, במלים הבאות (עמ' 123-124

:[יד])

Within halakhic guidelines, women may participate in women's" prayer groups, as ... Category of tefillah and not minyan long as these groups fall into the halakhic Judaism. Quite the contrary. They are seeking to instill greater participants in such groups are not rebelling against torah Religious meaning in their lives. Heir purpose is not to And halakhic observance... Diminish the torah, but to enhance their jewish commitment . Their quest to reach nobly to attain this lofty objective"should be applauded דברים נכוחים אלה ראויים הם לעיון ולדיון, על רקע הרגישות המיוחדת בעולמה של הלכה באשר לשינוי מנהגי בית הכנסת, כפי שעמדנו על כך לעיל (וראה דברי הרב ווייס, שם, עמ' 118 ואילך[יד]). ומשהזכרנו את דברי הגר"א לעניין פירושו של המושג "אמת לאמתו" שין חייב לעשות כדי להגיע למימוש, נזכיר כאן פירוש נוסף למושג זה, שיפה הוא לדברים שזה עתה ציטטנו ואמרנו (ראה פירוש "משנה ראשונה", משנה, פיאה, ח, ט (במהדורת והאחים ראם, וילנה, 1908)[עו]), על האמור במשנה, שם: וכן דיין שדן דין אמת לאמתו):

"לפי שיש מקום לדיין למנוע עצמו מלדון בטענה שאפילו יהא נראה לו בדעתו שדן דין אמת, עדיין יש לחוש שאם היה בא דין זה לפני גדול ממנו

יתברר לו שטעה, ואם כן אין לך אדם שיזדקק לדון שמא יטעה; על זה אמר: לאמתו, שאין לו אלא לפי האמת שלו, לאפוקי אם יודע שהוא שקר. אבל אם בעיניו הוא דין אמת, אין לו לחוש יותר, שאפילו אם טעה – אין לו אשמה, כיון שדקדק לפי ראות עיניו.

והכי איתא בהדיא בגמ' ספ"ק (= סוף פרק קמא, והוא מצוי בדף ו, ב) דסנהדרין: 'שמא יאמר הדיין מה לי ולצרה הזאת שאם אטעה איענש וירצה למנוע עצמו מהדין? תלמוד לומר: 'ועמכם בדבר המשפט', אין לדיין אלא מה שעניו רואות, ופירוש רש"י: לפי מה שעניו רואות יוציאו לצדקו ולאמתו."

ואף זה במכלול דיונו של דין "אמת לאמיתו".

סיכומה של הלכה בנושא סוגייתנו

39. כפי שראינו, נושא העתירות דנן רגיש הוא, רגיש מאוד, בעולמו של העם היהודי בכלל ובעולמה של הלכה בפרט. עתירתן של העותרות **בבג"צ 257/89** נוגדת את עולמה של הלכה ופסיקתה מדורי דורות. גם בעולמה של היהדות האורתודוקסית חלוקות הדעות בצורה חריפה ביותר. הדעה האחת היא זו שבעתירה **בבג"צ 2410/90**, שמצאה את ביטויה בדיונים ממצים בספרו של הרב אברהם ווייס בדבר קבוצות תפילה של נשים, ואשר אף בה מצויים לבטים באיזו מידה רך זו ניתנת לביצוע, אם במסגרת בית הכנסת ואם במקום מיוחד מחוצה לו, בגלל הרגישות המיוחדת של שינוי מנהגי בית הכנסת לעומת שינוי במנהגים אחרים בדרך כלל. הגישה השנייה היא זו שמצאה את ביטויה במאמרו המפורט של הרב צבי שכטר, שעל-אף הכרתה בעצם קיומה של השתנות מנהגים ודינים, לפי הדרכים המקובלות בעולמה של הלכה, מתנגדת היא בצורה חפה לדרך המוצעת על-ידי העותרות **בבג"צ 2410/90**, גם באשר לקיומן של "קבוצות תפילה" מועד לתחומי בית הכנסת. התנגדות חריפה ביותר לדרך זו באה לידי ביטוי בחוות-דעתם של שי הרבנים הראשיים לישראל. על חלק מדבריו של הרב הראשי אברהם שפירא עמדנו לעיל (פיסה 31), ובסיכום חוות-דעתו נאמר לאמור:

"קיצור הדברים: מבחינת הדין כל הדברים הנ"ל, גם לבישת ציצית לנשים, וגם עריכת מגין לנשים לדברים שבקדושה, הם בניגוד להלכה ובניגוד למנהג, ולא מקובלים בישראל, ויש כאן רק מעשה שטן להרבות מחלוקת ולעורר קטרוגים על ישראל. ומרוב פשיטותן של הדברים, יותר להאריך בזה" [סה].

גם על חלק מדבריו של הראשון לציון, הרב מרדכי אליהו, עמדנו לעיל (פיסקה 31), ובסיכום דיונו הוא מוסיף ואומר:

"שום אומה ולשון לא פגמו במקום המקודש להם אפילו שמנהגיהם הם בקום ועשה כחליצת נעלים וכו'. אנו שרוצים להמשיך במנהגי אבותינו המקודשים

יבואו מבני ישראל לבטל מנהג היה לא תהיה. זה פגיעה בכל הנשים הצדקניות מדורי דורות, פגיעה בנשים הבאות יום להתפלל, ופגיעה בתורת ישראל" [סו].

חילוקי דעות נוקבים וחריפים אלה יש להבינם על רקע הנושא המיוחד שבדיוננו. מדובר בנושא שתופס מקום מרכזי ביותר בעולמה של הלכה וברדת ישראל. כאמור לעיל, בית הכנסת במסורת ישראל הוא "מקדש מעט", זכר והמשך לבית המקדש שבהר הבית. בית הכנסת משמש ושימש כמקום מרכז וריכוז בהווה הדתית של העם היהודי, וכל שינוי בדינים ובמנהגים הנוהגים בו זכה להתייחסות מיוחדת בעולמה של הלכה. מצוי השוני המהותי שבין נושא סוגייתנו לבין הנכונות והפתיחות לשינויים בעולמה של הלכה במעמד של האישה בעניין לימוד ותלמוד תורה, בעניין הזכות לבחור ולהיבחר לתפקידים ציבוריים ולנושאים נוספים. הדעת נותנת כי השינוי המהותי שחל במעמדה של האישה במאה הנוכחית, שגם נשים שומרות תורה ומצוות הן שותפות מלאות בו, ייתן אותותיו במשך הזמן, כדי להביא לפתרון הולם גם בנושא סבוך ורגיש זה של קיומן של קבוצות תפילה, כאמור לעיל. אך לא מקום התפילה שליד הכותל המערבי הוא המקום ל"מלחמת" מעשים ודעות בסוגיה זו. כיום הזה המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלכה, כולל הרבנים הראשים לישראל, יש בהיענות לעתירת העותרים, גם זו שבבג"צ 2410/90, משום חילול מנהגי בית הכנסת וקדושתו. כך הוא באשר למנהגי התפילה בבית הכנסת, ומכל שכן שכך הוא לעניים התפילה של הכותל המערבי, שהוא בית הכנסת המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות.

המקומות הקדושים ועקרון השמירה על הסטטוס קוו

40. משבאנו לכאן, נשוב ונעיין בנושא סוגייתנו לפי החוק והפסיקה במערכת משפטה של ישראל.

אין כמקומות הקדושים כמקור לסכסוכים, מהומות והתלקחויות דמים. עוצמת הרגשות למקומות אלו עזה היא, נובעת מעומקי לבו של אדם עד כי עשויה היא להצית אש תבערה. זהירות מרובה דרושה אפוא בהתמודדותן של הרשות המבצעת והרשות השופטת עם סכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים. והדברים ידועים, ואין צורך להאריך בהם.

סקירה היסטורית מקיפה, שעניינה הסכסוכים על המקומות הקדושים בארץ ישראל, מובאת על-ידי ד"ר ש' ברקוביץ, המעמד המשפטי של המקומות הקדושים בארץ ישראל (חיבור לשם קבלת תאר דוקטור למשפטים, תשל"ח), והמבקש לעיין בפרטי הדברים יעיין שם.

41. דברי ימיהם של המקומות הקדושים בארץ-ישראל ראשיתם לפני כשלושת אלפים שנה, עם בניית שלמה המלך את בית המקדש הראשון על הר המוריה. ואף כאלף שנים לפני כן, מאז עקירת יצחק על-ידי אברהם אבינו "בארץ המוריה", היה הר המוריה מקודש לעם ישראל (ראה בהה דברינו בבג"צ 4185/90 [1], בעמ' 228-240).

ראשיתם של הסכסוכים במקומות הקדושים מלאחר חורבן הבית. תחילתם במאה השביעית, בין הנוצרים למוסלמים, והחל במאה השלוש-עשרה ועד למלחמת העולם הראשונה נשאו סכסוכים אלה אופי של מאבק בין הכנסיות הנוצריות לבין עצמן. בשל סכסוכים אלה בא לעולם בשנת 757 הסדר המכונה "הסטטוס קוו העותמאני", ותולדותיו של הסדר זה הלוא מובאים הם בדבריו הנשיא אגרנט המנוח בפרשת חוגים לאומיים [2] הנ"ל, בעמ' 196.

המנדט הבריטי

42. עם סיום מלחמת העולם הראשונה ומסירת המנדט על ארץ-ישראל לידי בריטניה הוסדר נושא המקומות הקדושים בסעיפים 13-14 לכתב המנדט.

באשר לסעיפים אלו בכתב המנדט אומר הנשיא אגרנט המנוח בפרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 195, את הדברים הבאים:

"בסעיף 13 הוגדרה האחריות שהוטלה על המעצמה המנדטורית בגין המקומות הקדושים ושאר המקומות הדתיים (בניינים ואתרים) בארץ-ישראל. אחריותה זו כללה את החובה לשמור, באשר למקומות אלה, על 'זכויות קיימות'; להבטיח את חופש הגישה אליהם ואת חופש הפולחן. את, נקבע, כי מילוי החובות הללו יהיה כפוף לאחריותה לקיים שם את דרישות הסדר הציבורי והנימוס (the requirements of public order and decorum).

הערתי הראשונה נוגעת למשמעות הביטוי 'זכויות קיימות'. יצויין שאין בכוונתי לעסוק כאן בפרשנות של הביטוי הזה או לקבוע מסמרות לגבי מובנו. עיקר מטרתי היא להעיר, שבתקופת המנדט רווח הפירוש, שהחובה לשמור על 'זכויות קיימות' כמוה כחובה לשמור על ה- *staus quo ante bellum*; כלומר, על אותן הזכויות, בנוגע למקומות הקדושים, שהיו קיימות הלכה למעשה ערב פרוץ מלחמת העולם הראשונה (ראה הספר *palestine the mandate for* ד"ר י' סטינובסקי, עמ' 293) (ההדגשה שלי – מ' א').

סעיף 14 לכתב המנדט הורה על הקמת ועדה מיוחדת בעניין המקומות הקדושים, שהרכבה אמור היה להיקבע על-ידי המעצמה המנדטורית, בכפוף להסכמת מועצת חבר הלאומים. ועדה זו לא הוקמה, ועל-כן התקינה ממשלת בריטניה את דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים) (ראה פרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 198).

דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים)

43. שתיים הן ההוראות האופראטיביות בדבר המלך. האחת, סימן 2, באה להוציא מידי בית המשפט את הסמכות לדון ולהכריע בכל עניין הנוגע למקומות הקדושים:

"למרות כל הוראה בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, או בכל פקודה אחרת או בכל חוק אחר בישראל, האומרת את ההיפך, לא יבורר ולא יוחלט על ידי שום בית משפט בישראל כל משפט או ענין הקשורים במקומות הקדוש בבנינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדויות השונות בישראל...".

ההוראה השנייה – הוראת סימן 3- היא הוראה משלימה, שהעניקה לנציב העליון את הסמכות להכריע בשאלה המקדמית "אם איזה משפט או ענין נופלים בגדר הסעיף הקודם". החלטתו של הנציב העליון בשאלה זו היא "החלטת גמר ומחייבת את כל הצדדים". לפי האמור בסימן 3, סמכותו של הנציב העליון נועדה להיות זמנית, "עד שתוקם ועדה שינתן לה השיפוט על ענינים המפורטים בסעיף הקודם". הוועדה הנזכרת לא הוקמה, כאמור.

בפרשת חוגים לאומיים [2] עומד הנשיא אגרנט המנוח על הטעמים לחקיקת דבר המלך:

"כפי שראינו, מהסעיף האמור (סעיף 14 לכתב המנדט – מ' א') מתחייב שהסמכות להכריע בזכויות ובתביעות, המתייחסות למקומות הקדושים, לא נמסרה למעצמה המנדטורית, אלא נועדה לוועדה שתתמנה באישור מועצת חבר הלאומים. מכאן, שהמעצמה המנדטורית לא חשבה את עצמה – ולא יכלה לחשוב את עצמה – כבעלת סמכות להכריע בזכויות ובתביעות כנ"ל, אף לא באמצעות בתי-המשפט שהוקמו על-ידה בארץ-ישראל; ולפיכך היא קבעה, על-ידי התקנת דבר המלך משנת 1924, שהענינים הללו אינם שפטים. מכאן גם, שהעניקה לנציב העליון אך את הסמכות הצומצמת וה'מזערית', שזכרה בא סימן 3 לדבר המלך, סמכות שאין בינה לבין חיתוך מהותי בסכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים, ולא כלום" (שם, בעמ' 202).

ובהמשכם של דבריו, בעמ' 203:

"אם ישאל השואל: כיצד, בתנאים אלה, ראה שלטון המנדט למלא... את האחריות שהוטלה עליו, בנוגע למקומות הקדושים, לפי סעיף 13 לכתב-המנדט – כי אז התשובה, שצריכה להינתן, תהא כפולה. ראשית, כיוון שבסעיף הזה נקבע, כי אחריותו לשמור על 'זכויות קיימות' ולהבטיח את חופש הגישה והפולחן כפופה לחובה לקיים את דרישות הסדר הציבורי והנימוס במקומות הללו, הילכך נהג שלטון המנדט (או התחזה לנהוג) בהתאם לעקרון שהחובה האחרונה קודמת לאחרות ושהוא מצווה למלאה בלי להיכנס בעבי הקורה של הזכויות והתביעות, שהן מחלוקת בין הכיתות הדתיות היריבות; אך שיחד עם זאת, שומה עליו לעשות, במידת האפשר, כדי לשמור – וזהו העקרון השני ועוד ידובר עליו – על המצב המשקף בעיניו את 'הסטטוס קוו' (ההדגשה שלי – מ' א')."

44. בשנת 1929 הכין I. G. A. Cust, לשעבר הממונה על מחוז ירושלים, דו"ח סודי בעבור ממשלת המנדט: the status quo in the holy places (להלן – דו"ח קוסט).

הדו"ח נועד לסייע לפקידי המנדט בקבלת החלטות בעניין פירושו ויישומו של הסטטוס קוו במקומות הקדושים (ראה הערת הפתיחה לדו"ח, שנכתבה על-ידי h. C. Luke, המזכיר הראשי של ממנדט); הדו"ח אכן היה בסיס להפעלת הסטטוס קוו העותמני בתקופת המנדט (ברקוביץ, בחיברו הנ"ל, בעמ' 34).

הדו"ח מתייחס בפירוט רב לזכויות השונות הנתונות לעדות הנוצריות במקומות הקדושים לנצרות, והם כנסיית הקבר הקדוש בירושלים; מקום העלייה לשמים, בפסגת הר הזיתים; כנסיית קבר הבתולה בגת שמנים; וכנסיית המולד בבית-לחם. כדוגמה לפירוט הרב של הזכויות במקומות הקדושים – פירוט שהיה מחויב המציאות בשל הסכסוכים הרבים – נביא מן הדו"ח את התמצית העוסקת בכנסיית הקבר הקדוש. בכנסייה זו תובעים לעצמם זכויות האורתודוקסים, הקים והארמנים, הקופטים, האתיופים והיעקוביטים: In the various present moment can be component parts of the church the position at the" (1)summarized as follows , the entrance doorway and the facade, the stone of unction the parvis of the rotunda, the great dome and the edicule The entrance courtyard is in common use, but of the costs of any work of repair between them in equal are .alone the .proportion common property. The three rites consent to the partition orthodox have the right to clean it The dome of the katholikon is claimed by the Communities do not being under their exclusive jurisdiction. The other(2)orthodox as Costs of repair. The orthodox, however, recognize this, maintaining that it is part refuse to share payment of the general fabric of the church, and demand a share in any Mutandis chapel,to the helena cd by the armenians, and the with any other .chapel of the invention of the cross community. The same conditions apply mutatis dispute (3)The ownership of the seven arches of the virgin is in claimed by the latins between the latins and the orthodox, of the chapel Of st. Nicodemus between the The Jacobites, and the delt al sultan between the copts and armenians and the syrian other doing any work of repair or to divide the costs. Abessinians in these cases (4)The chapel of the apparition, the calvary chapels, and the neither party will agree to Or other of commemorative shrines are in the sole possession of one

Therein. Any projected innovation or work of repair is to the rites, but the others
The katholikon, the engoy certain rights of office .be notified to the other rites
(other than the orthodox chapels on the west) (5)galleries and the chapels in the
Rites, but subject to the main principles of the status quo are in the courtyard
exclusive jurisdiction of one or other of the

As being within the ensemble of the holy sepulchre (דו"ח קוסט, בעמ' 14-15) כן כלל
דו"ח קוסט התייחסות למקומות הקדושים ליהודים, והם הכותל המערבי וקבר רחל (דו"ח קוסט, בעמ' 43-48).

הכותל המערבי

45. על יחסה של האומה היהודית לכותל המערבי עמדנו בהרחבה בבג"צ 4185/90 [1], ונביא את תמציתם

של הדברים:

"הר-הבית הוא המקום הקדוש ביותר, ראשון במעלת הקדושה, לאומה העברית מזה כשלושת אלפים
שנה, מאז בנה שלמה את המקדש הראשון על הר המוריה (דברי הימים ב, ג, א); והר המוריה עצמו מקודש היה
לעם ישראל עוד כאלף שנה לפני כן, מאז עקידת יצחק על-ידי אברהם, אבי האומה העברית – ב'ארץ המוריה'
(בראשית, כב, ב), 'הר-הבית הוא הר המוריה', מקדש נעקד יצחק אבינו' (רמב"ם, בית הבחירה, ב, א-ב; ה, א).
קדושה ראשונית זו של הר-הבית בעינה עומדת, עד עצם היום הזה, גם לאחר חורבן הבית, הראשון והשני: 'ואין
שם בית לדורי הדורות אלא בירושלים בלבד ובהר המוריה... ואומר: 'זאת מנוחתי עדי עד' (תהלים, קלב, יד)
(רמב"ם, שם, א, ג). וחומת הר-הבית המערבית (הכותל המערבי), שקיימת עצם היום הזה, הוא האתר המקודש
ביותר במסורת ישראל" (שם, בעמ' 244).

משנכבשה הארץ בידי זרים, כל כובש עניין מיוחד היה לו, במידה זו או אחרת, בהר הבית (ראה על כך
בהרחבה בבג"צ 4185/90 [1], בעמ' 240-243). גם במצבים אלה שמרו היהודים, במשך כל שנות הגלות, על
הקשר להר הבית ועל קיום תפילות במקום (ראה שם, בעמ' 245-246) וכשם שהר הבית, ובית המקדש אשר
שכן בו, סימל את עולמו הדתי-ייחודי ואת עצמאותו המדינית של עם ישראל, כך סימל הכותל המערבי, שריד
בית מקדשנו שנחרב, את המקום היותר לעם ישראל ואת שאיפתו וכמיהתו להחזרת העצמאות הלאומית-
המדינית (ראה בבג"צ 415/90 [1] הנ"ל, בעמ' 228-229, 232, 233-234, 237-239, 270-271).

בעת החדשה רבו הסכסוכים סביב הכותל המערבי, תוך ניסיון לשלול מן היהודים את

זכויותיהם ההיסטוריות במקום:

"באותה תקופה (אמצע המאה ה-19 - מ' א') נעשו ניסיונות רבים מצד היהודים לשפר את מעמדם במקום המקודש להם. בשנות ה-50 (של המאה ה-19 - מ' ח') ניסה החכם עבדאללה מבומבי לקנות את הכ', אך נכשל. מונטיפיורי ניסה לשווא להשיג רשיון לעשות לנוחיות המתפללים ע"י העמדת ספסלים (או אבנים גדולות) לשיבה והתקנת מחסה מגשם מעל לרחבה; ליהודיה רק הרשות לרצף את הרחבה. יש עדויות שלפרקים הועמדו ליד הכ' שולחן לקריאת התורה, ואף נפרשה יריעה מעל ראשי המתפללים; אולם סידורים אלו היו ארעיים, והם בוטלו מפעם עם ע"פ דרישת ראשי הוואקף (ההקדש המוסלמי), שחששו שהיהודים ירכשו להם זכות חזקה במקום. ב-1887 העלה הברון רוטשילד את התכנית לרכוש את כל שטח שכונת-המוגרבנים, לסלק אבניו העלובים ולהפכו – בהסכמת רבני ירושלים – להקדש יהודי... אולם בסופו-של-דבר בטל העניין מסיבות שלא נודעו בציבור ולא הובהרו כל-צרכם עד היום... ערב מלה"ע ה'י שוב נעשה ניסיון, הפעם מצד בנק אפ"ק, לרכוש את סביבות הכה"מ ליהודים; המו"מ בעניין זה הופסק עם פרוץ המלחמה. בינתיים החלו היהודים לכתוב כתובות על הכ', לתקוע בו מסמרים, שים בו פתקים ולהעמיד ברחבה אביזרי-תפילה ספסלים, מחיצה בין גברים לנשים, ארון-זכוכית לנרות, שולחן לקריאת התורה, וכד'. הדבר הביא ב-1912 לתלונה של הממונה על הוואקף לפני השלטונות התורכיים, והללו הורו לסלק את כל האביזרים הללו – שמציאותם כמעט היתה למסורת – כדי למנוע 'חזקה' יהודית על הכ'.

.....

לאחר שהצהרת בלפור והמנדט היקנו ליהודים מעמד לאומי מוכר בא"י, החלו הללו בהבלטת חשיבותו של הכה"מ כסמל לאומי, נוסף על משמעותו הדתית המסורתית. לעומת-זה השתמש המופת... בטענה שהיהודים מתכוונים להשתלט על הכ' – כדי להסית את עדתו נגד 'הציונים'. כך הכריז על הכ', ללא כל אסמכתא דתית או היסטורית, כעל אתר מוסלמי מקודש. הכה"מ, שלפנים לא ייחסו לו המוסלמים כל חשיבות – שלעתים אף לא נמנעו מלזהם אותו, כדי להקניט את היהודים – נתכנה עתה { 'אל בוראק', ע"ש בהמת-הרכיבה של מוחמד, שנקשרה לחומה זו בביקורו האגדי של הנביא בירושלים. חיכוכים בין-עדתיים על רקע הכה"מ אירעו, במשך כל שנות ה-20. כדי להציק ליהודים, פקד המופתי, שהשקיף על הכ' ממושב ב'מחכמה' הסמוכה, לפתוח בדרום הרחבה פתח ששר עם שער המוגרבנים; בכך הפך את רחבת התפילה ממבוי סתום למעבר לעוברי-אורח ולבהמות כדי להדגיש את בעלות המוסלמים על הכ', הוקמו עליו (בצפוננו) כמה נדבכים חדשים, ובצפון הרחבה הוקמה חומה, שהעוברים בפתחה הטרידו את המתפללים.

מאחורי החומה, ובסמוך ברחבת הר-הבית קויימו עתה במתכוון טקסים מוסלמים ממושכים בקולי-קולות. כל אל לתלונות והחריפו את המתיחות הבין-עדתית. המוסלמים עירערו במיוחד על העמדת אביזרי-תפילה ברחבה בידי היהודים, ובשל מחאותיהם סולקה בכוח – בידי המשטרה הבריטית – בין גברים לנשים בעצם יוה"כ תרפ"ט (1928). באוגוסט 1929 התפרץ המון מוסלמי מוסת דרך הפתח שפתח המופתי בדורום הרחבה, פרע במתפללים והשמיד תשמישי קדושה, ובהמשך ההתרגשות ואי-השקט פרצו ימים אחדים לאחר-מכן מאורעות תרפ"ט' הקטלניים...

בעקבות מאורעות אלה הוקמה ע"י הבריטים ועדת חקירה. בדו"ח שלה נכללת הערה מפורשת על השימוש באגדת אל-בוראק בידי המופתי כדי להסית ביהודים; יחד-עם-זה הוצע להקים ועדה בין-לאומית לפתרון 'בעית הכ'. הועדה מונתה מטעם חבר-הלאומים; חבריה היו שוודי, שוויצ'י והולנדי, והיא ניהלה בירושלים בקיץ 1930 את 'משפט-הכ'. הדו"ח שלה (מדצמבר 30 קבע שלמוסלמים הבעלות המוחלטת על הכ', אך ליהודים זכות בלתי-מעוררת לגישה אליו שם תפילה; עם-זאת נקבע שאין להם רשות לא להעמיד ברחבה ספסלים ולא לתקוע שם בשופר. הערבים דחו את מסקנות הוועדה; היהודים קיבלו. ברם, איסור התקיעה לא נתקבל על דעת הציבור היהודי, שראה בכך עלבון צורב, ומדי שנה נהגו צעירים לאומנים לתקוע ליד הכ' במוצאי יוה"כ, דבר שהביא תמיד להתערבות המשטרה הבריטית ולמאסרים ("הכותל המערבי" האנציקלופדיה העברית (החברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ, כרך כ, תשל"א) 1122-1124).

ואשר להמלצות הוועדה, אלה-

"קיבלו תוקף של דבר חקיקה, הוא דבר המלך במועצה על א"י (הכותל המערבי), 1931. הכל מסכימים שדבר המלך הזה שבק חיים במדינת ישראל" (פרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 208).
(על הכותל המערבי ראה עוד מ' בן דב, מ' נאור, ז' ענר, הכותל (מהדורה 13, תשמ"ט).

שחרור הכותל המערבי במלחמת ששת הימים

46. עם הכיבוש הירדני, בשנת 1948, נמנעה הגישה לכותל המערבי מהיהודים תושבי מדינת ישראל. בתקופה זו – מבחינת המחוקק הישראלי – לא הצריכו המקומות הקדושים מעשה חקיקה יחד, משנמצאו הם בידי זרים. מצב זה השתנה עם שחרור הכותל המערבי במלחמת ששת הימים. עמדנו על כך בבג"צ 4185/90 [1] הנ"ל, בעמ' 246-247:

"במלחמת ששת הימים, ביוני 1967, כאשר ממלכת ירדן פתחה בהתקפה צבאית על מדינת ישראל ועל ירושלים היהודית, שוחרר הר-הבית והכותל

המערבי מהכיבוש הירדני. בנוסף לקשר הדתי-תרבותי בין הר-הבית לעם ישראל, שלא נותק מעולם, הוחזרה גם הריבונות המדינית שלא 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. עוד בעת שחרור הר-הבית על ידי צבא-ההגנה-לישראל, בעיצומם של הקרבות, פקדו מפקדי צה"ל שלא לפגוע במקומות הקדושים של בני דתות אחרות ולהקפיד על יחס של כבוד אליהם (ראה גור, ג' ריבלין, הר-הבית בדינו, (מערכות) 323-322; אמנת ירושלים הנ"ל, קטע רביעי, והביבליוגרפיה המצויה שם). כך חשו והורו לוחמי ישראל, כפי שחזה נביא ישראל, מיכה המורשתי: 'כי כל העמים ילכו איש בשם אלוהיו, ואנחנו נלך בשם ה' אלוהינו לעולם ועד' יכה, ד, ה)....

...

ימים אחדים לאחר שחרור הר-הבית החליטה ממשלת ישראל, מטעמים מדיניים ובטחוניים ולשם שמירת הסדר הציבורי, להורות לפלוגת הצנחנים ששהתה על הר-הבית לפנות את המקום, הוקמה עמדת תצפית של משמר הגבול, ובמקום מצויה שמירה מתמדת (שילר, בעמ' 40). כן החליטה הממשלה לאפשר למוסלמים להמשיך לקיים את נוכחותם בהר הבית ואת תפילותיהם. מנימוקים אלה גופם, ומנימוקים נוספים... וכן כדי למנוע חיכוכים עם המוסלמים, החליטה ממשלת ישראל שלא להתיר עריכת תפילות בציבור של יהודים בהר-הבית."

מציאות זו הובילה לכך שביום י"ט בסיוון תשכ"ז (27.6.67) נתקבל בכנסת [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#), אשר צוטט בדברינו לעיל (פיסקה 12).

והדברים נשנו ונאמרו בהוראת סעיף 3 [לחוק-יסוד: ירושלים](#) בירת ישראל, לאמור:

"שמירת 3. המקומות הקדושים יחיו שמודים מפני חילול וכל

המקומות פגיע אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש

הקדושים הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם

או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות."

פרשת חוגים לאומיים [2]

47. מששוחזר הר הבית, ביקשו יהודים להתפלל בו, אך – וכך אירע ב--1968

המשטרה מנעה זאת מהם. לאור זאת, עתרה אגודת חוגים לאומיים לבית המשפט הגבוה לצדק ובפיה בקשה לצוות על משטרת ישראל לדאוג "למתן שמירה נאותה... על מנת למנוע הפרעות לתפילת יהודים על הר הבית" וכן "להימנע מלהפריע לתפילת יהודים על הר הבית". העתירה הועברה להרכב מורחב שישה שופטים. כל שופטי ההרכב הסכימו

לדחיית העתירה, אולם נחלקו הם בנימוקיהם. השופטם כולם, ואף נציגי המדינה, הסכימו כי זכות התפילה של היהודים על הר הבית, כשלעצמה, לעולם היא עומדת. ובמילותיו של הנשיא אגרנט המנוח:

"למותר הוא לציין... שזכות התפילה של היהודים על הר הבית היא זכותם הטבעית המושרשת עמוקות בהיסטוריה הארוכה של עם ישראל" פרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 221).

על-אף זאת הוחלט לדחות את העתירה. מ"מ הנשיא זילברג המנוח סבר שיש לדחותה, מן הטעם שלא ניתן להגשים את [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#) בלי להתקין תקנות שיגדירו באופן מעשי כיצד תמומש זכות התפילה בהר הבית, מכיוון שמדובר במקום שהוא קדוש לתפילה לשני העמים, היהודי והמוסלמי. הואיל והעותרים בעתירתם לא ביקשו כי השר יתקין תקנות אלו, יש לדחות את עתירתם (שם, בעמ' 153-156). עם זאת הדגיש, כי לדעתו מוסמך בית המשפט לדון בנושא העתירה – אף-על-פי שעוסקת היא במקום קדוש – מן הטעם שדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), שהגביל את סמכותו של בית המשפט, עבר ובטל מן העולם עמ תום המנדט (שם, בעמ' 156-158).

השופט ויתקין סבר גם הוא שדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים) נתבטל עם הקמת המדינה או לפחות עם חקיקת [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#) (שם [2], בעמ' 16162), אך לגישתו זכותם של העותרים לבקש את עזרת המשטרה לשם קיום תפילה על הר הבית מוגבלת היא לפי "מבחן השכל הישר" (שם, בעמ' 168). בעניין העתירה "המצב רגיש והרהר סכנות על רקע בין-עדתי, והמקום מועד לפורענות" (שם). ועל-כן אין עילה להתערבותו של בית המשפט בשיקול הדעת שהפעילה המשטרה בהחליטה שלא לסייע לעותרים (שם, בעמ' 166-168).

השופט ברנזון סבר כי דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים) שריר וקיים, ועל-כן, משעוסקת העתירה במקום קדוש, אין בית המשפט מוסמך לדון ולהכריע בה. בעניין זה מוסמכת לדון הממשלה, לפי סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (בעמ' 170-178). זו הייתה, בעיקרם של דברים, גם גישתו של השופט קיסטר המנוח (שם, במ' 182-189).

לעומתם, סבר הנשיא אגרנט המנוח ש[חוק השמירה על המקומות הקדושים](#) ביטל מכללא את דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים). ביטול [pro tanto](#). חוק השמירה על המקומות הקדושים קובע זכויות מהותיות באשר למניעת חילולו של מקום קדוש; באשר לחופש האל המקום הקדוש; ובאשר למניעת פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם (ראה סעיף 1 לחוק). אך החוק אינו אומר מילה וחצי מילה באשר לזכות הפולחן במקומות הקדושים. לגישת הנשיא אגרנט, חוק השמירה על

המקומות הקדושים ביטל אפוא את דבר המלך בכל הנוגע לעניינים הנזכרים בו בחוק זה, אך דבר המלך שריר וקיים בכל הנוגע לזכות ולחן שאינה נזכרת בחוק. מכאן, שבית המשפט מוסמך לדון במניעת חילולו של מקום קדוש, בחופש הגישה למקום קדוש ובמניעת הפגיעה ברגשותיהם של בני הדתות אל המקום הקדוש, אך הוא אינו מוסמך לדון בזכות הפולחן במקומות הקדושים. הטיפול בעניין זה מסור לידיה של הרשות המבצעת (פרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 218-228).

משסברו שניים מן השופטים – מ"מ הנשיא זילברג המנוח והשופט ויתקון המנוח כי דבר המלך עבר ובטל מן העולם, ושניים מן השופטים – השופטים ברנזון וקיסטר כי דבר המלך שריר וקיים, נתקבלה להלכה גישתו של הנשיא אגרנט, לפיה דבר המלך בוטל חלקית, והוא נשאר בתוקפו בנוגע לזכויות הפולחן במקומות הקדושים. ולא כאן המקום להאריך.

פרשיות המוטראן הקופטי

48. דוגמה מובהקת לרגישותם הרבה של המקומות הקדושים מצויה היא בפרשיות המוטראן הקופטי. בבג"צ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נ' שר המשטרה ואח' (להלן – פרשת המוטראן הקופטי הראשונה [6]) נזקק בית-משפט זה לסכסוך בין בני העדה הקופטית לבין בני העדה האתיופית. נושא המריבה היה שתי כנסיות קטנות, הקפלות של "ארבע החיות" ו"מיכאל הקדוש" (הסמוכות לכנסיית הקבר הקדוש, אשר על "חלוקתו" בין הכיתות הנוצריות השונות עמדנו לעיל, בפסקה 44, בדו"ח קוסט), והמעבר שדרכו נכנסים אליהן. קיום השליטה בפועל במעבר ובקפלות נעשה על-ידי קביעת מנעולים בפתחי המעבר משני צדדיו והחזקת המפתחות המשמשים לפתיחתם ולסגירתם. עד למאורע שגרם להגשת העתירה, נמצאו המעבר והקפלות בחזקתם של הקופטים, אך האתיופים טענו לזכויות חזקה ופולחן בלעדיות במקום. בחגיגות הפסחא של שנת 1970, בעוד הקופטים עומדים ומתפללים בכנסיית הקבר הקדוש, החליפו האתיופים את המנעולים והקבועים בפתחי המעבר משני הצדדים. בעקבות זאת, הגיש המוטראן הקופטי עתירה לבית-משפט זה, ובה ביקש להורות על השבת המצב לקדמותו (פרשת המוטראן הקופטי הראשונה [6], 229-234).

בפסק-דינו, שאליו הצטרפו השופטים לנדוי, ברנזון, ויתקון וקיסטר, עומד הנשיא אגרנט על כך שאין בית המשפט נכנס בעובי הקורה של בירור תביעותיהם הסותרות של הצדדים באשר זכויות הבעלות והחזקה בנושא המריבה, הואיל ובית המשפט אינו מוסמך לכך, כאמור בפרשת חוגים לאומיים [2] (פרשת המוטראן הקופטי הראשונה [6], בעמ' 234-235). עם זאת, סבר הנשיא אגרנט כי בקשת הסעד של העותר יש לה, עקרונית, על מה שתסמוך, בהתבסס על האיסור על עשיית דין עצמית. מכיוון שכך, הורה, ביום י"ט באדר תשל"א (16.3.71), כי הצו-על-תנאי ייעשה מוחלט כנגד שר המשטרה, אולם -

... "ביצוע הצו המוחלט יעוכב עד ליום 6 באפריל 1971, כדי לאפשר

לממשלה, אם תמצא לנכון, להשתמש בסמכותה – הנתונה בידה בכל עת – ולטפל בסכסוך המהותי הנדון בכל דרך שתיראה לה. ברור, כי במקרה כזה תוכל הממשלה להוציא, בכל עת, צווי-ביניים לצדדים, לצורך קביעת הסדר ארעי של החזקה, שיחול עד שהסכסוך יוכרע או יוסדר באופן סופי" (שם, 252).

49. בזה לא נסתיימה פרשת הדברים. השתלשלות הדברים מאז פרשת המוטראן הקופטי הראשונה [6] מובאת בבג"צ 188/77, המוטראן הקופטי האורתודוכסי של הכסא הקדוש בירושלים ובמזרח הקרוב נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן – פרשת המוטראן הקופטי השנייה [7]). הממשלה הוציאה צו-ביניים שלא לשנות את סדרי החזקה בקפלות, היינו להשאיר את החזקה בידי העדה האתיופית ולהשאיר זכות גישה לבני העדה הקופטית. כן מינתה הממשלה ועדת שרים שתכריע בסך בין שתי הכנסיות. ועדת השרים קיימה דיונים רבים ושמעה טענות מפורטות וניסתה – ללא הועיל – להביא את הצדדים לידי פשרה. חלפו ארבע שנים, ממשלה נתחלפה, וועדת שרים חדה נתמנתה, ושוב לא הגיעו הצדדים לידי פשרה. בית המשפט ניסה אף הוא לסייע לצדדים להגיע להסדר מוסכם, אך גם הצעת בית המשפט נדחתה. זמן נוסף חלף, וב-1977 ממשלה חדשה נברה. ראש הממשלה דאז, מר מנחם בגין המנוח, החליט להביא את כל העניין לטיפול של ועדת השרים לענייני ירושלים. ועדה זו הקימה מבין חבריה ועדת משנה לעניין הסכסוך הקופטי-אתיופי, זאת לאחר שהוגשה העתירה בפרשת המוטראן הקופטי השנייה [7], שבה נתבקש בשפט לעשות למען ביצוע הצו ההחלטי שניתן בפרשת המוטראן הקופטי הראשונה [6]. ועדת המנה קיימה דיונים רבים ושמעה גם היא את טענות הצדדים, בית המשפט עשה ניסיון נוסף לייא את הצדדים לידי הסכם, אך כל המאמצים עלו בתוהו. לבסוף, משנאלץ בית-משפט זה להכריע בעתירה, נחלקו בו הדעות.

דעת המיעוט של הנשיא לנדוי, שאליה הצטרף, בעיקרם של דברים, השופט ויתקון, הייתה כי יש לקבל את העתירה ולחייב את הממשלה להחליט בתביעותיו של המוטראן הקופטי במהירות סבירה (שם, בעמ' 241, 248-249). דעת הרוב של השופטים אשר, בכור ו-ש' לויין הייתה כי לדחות את העתירה מן הטעם ש"מימד הזמן להכרעה הוא ענין שכמעט ואין ולא כלום בין הגישה של בית-משפט אליו לבין הגישה של גוף מדיני למימד זה" (שם, בעמ' 246).

כזאת וכזאת עלה, בדוגמה אחת, במחלוקת ומריבה כאשר למקום אחד מהמקומות הקדושים. ומכאן אזהרה רבתי לנושא הסוגיה שלפנינו.

סיכומו של עיון בדברי ימיהם של המקומות הקדושים

50. מתוך העיון עד כה בדברי ימיהם של המקומות הקדושים עולה עד כמה רבה רגישותם של מקומות אלה, פסכוכים, מחלוקות ורגשות עזים אינהרנטיים להם. הטיפול במקומות הקדושים מתאפיין בזהירות ובמתנות מרובות, בניסיונות פישור וגיבור בין

הצדדים ובהימניעת כללים חד-משמעיים או פתרונות חותכים. דרך טיפול זו אינה הולמת, מטבעם של את הרשות השופטת, שמורגלת היא בהכרעה חותכת בסכסוכים על סמך כללים משפטיים ברורים. על-כן, בפועל, יוחד הטיפול במקומות הקדושים לרשות המבצעת. זו נעזרה בכלל שנתפתח ברבות השנים, של שמירה על ה"סטטוס קוו". השמירה על המצב הקיים היא הדרך היחידה המבטחה כי השקט, השלווה והנימוס הציבורי - החיוניים כל כך במקומות שהדרת קודש שרויה – יישמרו.

חופש הפולחן ומבחן הוודאות הקרובה

51. את עקרון השמירה על הסטטוס קוו ניתן להציג בדמותם של כללים משפטיים הנקוטם בידינו בהקשרים קרובים. כך הוא הכלל שלפיו חופש הפולחן הנתון לאדם אינו חופש מוחלט, א עליו לסגת אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי. כלל משפטי זה, כמדומה, אינו אלא לבוש אחר – לבוש ההולם את המקומות הקדושים לעקרון השמירה על הסטטוס קוו.

חופש הפולחן והדת זכות יסוד הוא במערכת משפטנו. כך נפסק עוד בבג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו [8], והדברים הם מן המוסכמות שאינן שנויות במחלוקת:

"...דת ופולחן אינם רק דברים שבהלכה, בחינת ניתן ספר וניחוי, אלא בעיקרם הם דברים שבלב, באמונה ויראה, ואף בטעם וחוש, ואלה אינם נמדדים בקנה מידה אובייקטיבי השווה לכל" (מדברי השופט ח' כהן, שם, בעמ' 2105).

"...בהחלטתה האמורה (שלא להשכיר ליהדות המתקדמת אולם ציבורי בחג הסוכות – מ' א') מגלה המועצה נטיה לעמדה דתית אחת השוללת את זכות קיומה של מגמה אחרת, ובנימה יומרני במקצת קובעת היא, שאותה צורה של תפילה, הנהוגה מאז ומתמיד בכפר, מסוגלת לספקרכים הדתיים של תושבי המקום. כסבור הייתי, כי עניינו של כל פרט ופרט הוא לעשות נ-נפש להחליט, מה היא עבודת הקודש וצורת התפילה, בהן ימצא סיפוק נפשי והתרוממות הרוח. ואם לאחדות בחיי הציבור, אליה שואפת המועצה, ולמניעת פילוג, הרי לא בכפיה ניתהשיג מטרות אלו, ולא על חשבון חופש המצפון והדת" (דברי השופט ויתקון, שם, בעמ' 2113).

ובלשונו של הנשיא זוסמן:

"...לא עליה (על המועצה המקומית – מ' א') להחליט שתושבי המקום יתפללו בנוסח פלוני ולא יתפללו בנוסח אלמוני... מגילת העצמאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לביצוע על דרך של תביעה משפטית, אורח חייהם של

אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח לרגליה" (שם, בעמ' 2116).
וכך נאמר לאחרונה בפסק-דינו של הנשיא שמגר בג"צ 650/85 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות ואח' [9], בעמ' 381:

"חופש הדת והפולחן הוא מחירויות היסוד המוכרות לפי שיטתנו המשפטית ומהוות חלק ממנה. ביטוייה של החירות האמורה הם, כמובן, בעיקרם, בחופש ההבעה והמעשה הדתיים, אולם בכך לא סגי. בין היתר, נובע מקיומה של החירות האמורה, שינהגו במאמינים במידה של שוו, וכי רשויות השלטון ירחיקו עצמן מכל מעשה או מחדל כלפי המאמינים על זרמיהם, לרבארגוניהם ומוסדותיהם, שטעם של הפליה פסולה מתלווה אליו.

מכאן, כי פעולה כללית של רשות שלטונית בתוקף תפקידה הממלכתי מחייבת גישה פתוחה והוגנת, שאינה מותנית דווקא בהזדהות עם השקפתו של זרם זה או אחר אלא מבטאת יחס של שן, אשר לו זכאים כל הזרמים."

52. חופש הפולחן אינו חופש מוחלט, ונסוג הוא מפני זכויות ואינטרסים אחרים:

"חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן, עד כמה שהוא מוצא מכוח האמונה אל פועל המעשה, אינו חופש מוחלט... זכותי להתפלל אינה מתירה לי להסיג את גבולו של חברי או לבצע כלפו מטרד. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן הוא חופש יחסי. יש לאזן בינו לבין זכו ואינטרסים הראויים אף הם להגנה, כגון הקניין הפרטי והציבורי וחופש התנועה. אחד נטרסים שיש להתחשב בהם הוא זה של הסדר הציבורי ובטחון הציבור" (דברי השופט ברק בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה, ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים [10], בעמ' 455).

באשר ל"נוסחת האיזון" בין חופש הפולחן מזה ובין הסדר הציבורי וביטחון הציבור מזה, נפסק כי הנוסחה היא זו הגלומה במבחן ה"וודאות הקרובה":

"... חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן מוגבל ומסווג כדי הדרוש וההכרחי לשם שמירה על ביטחון הציבור והסדר הציבורי. כמובן, בטרם תיעשה כל פעולה, שיש בה כדי לפגוע ולצצם חופש זה בשל פגיעה בביטחון הציבור, מן הראוי הוא שהמשטרה תנקוט את כל האמצעים הבירים העומדים לרשותה כדי למנוע את הפגיעה בביטחון הציבור, בלא לפגוע בזכות האמונה, הדת והפולחן. על-כן, אם החשש הוא מאלימות של קהל עוין כנגד המתפללים, על המשטרה לפעול נגד אלימות זו, ולא נגד המתפללים. אך אם פעולה סבירה של המשטרה אין בכחה, לאור מגבלותיה, להסיר את הפגיעה, הלכה למעשה, בביטחון הציבור, אין מנוס מהגבלת חופש המצפון והדת,

כנדרש לשם שמירה על ביטחון הציבור.

...הכוח העומד לרשות המשטרה אינו בלתי מוגבל. מוטלות עליה מטלות רבות. הגנה על זכות המצפון, האמונה, הדת והפולחן היא מחובתה של המשטרה, אך אין היא חובתה היחידה. ה להגן גם על החירויות האחרות ואף על חירות המצפון והדת של אנשים אחרים. במצב דברים זה עשוי להיווצר מצב, בו חרף פעולתה של המשטרה, עדיין יעמוד בעינו החשש של פגביטחון הציבור. היש בקיומו של חשש זה, שלכדי ודאות אינו מגיע, כדי להצדיק שלילתו גבלתו של חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן? ...לא די... בחשש בלבד, אך אין גם לדרוש ודאות גמורה. המשפט הישראלי נוקט בעמדת ביניים של הוודאות הקרובה... נראה לי איפוא, כי מן הראוי הוא, שמבחן זה של 'הוודאותקרובה' ישמש אף לקביעת 'נוסחת האיזון' שבין חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן ביטחון הציבור מזה" (שם, בעמ' 455-456).

הקביעה כי קיימת ודאות קרובה לכך שמימוש חופש הפולחן יפגע בסדר הציבורי, טעונה היא ביסוס ראייתי. ראייה כגון זו עשויה להימצא בניסיון העבר:

"הדרישה היא לראיות 'של ממש'... ההערכה צריכה להתבסס על עובדות ידועות, לרב) ות נסיון העבר. אין די בהשערות, בספקולציות ובחששות" (דברי השופט ברק בבג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [11], בעמ' 411).

במקומות הקדושים קיימת – לאור ניסיון העבר שעליו עמדנו בהרחבה – חזקה ראייתית, ולפיה סטייה מן הסטטוס קוו עשויה להוביל להפרת הסדר הציבורי. חזקה ראייתית זו, בהצטליה ראיות נוספות ואולי אף כשהיא לעצמה, יהיה בה, במקרים מתאימים, כדי לבסס את ית הראייתית הדרושה, לפי מבחן הוודאות הקרובה, על-מנת להגביל את חופש הפולחן במקומות הקדושים ולסייגו מפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי. במקומות הקדושים העקרון על הסטטוס קוו אינו אלא, לעתים קרובות, לבוש קונקרטי למבחן הוודאות הקרובה.

חופש הפולחן והצורך במציאת המכנה המשותף למתפללים

53. בעניין העתירה שלפנינו ההתנגשות האפשרית אינה רק בין חופש הפולחן של העותרות מזה לבין האינטרס שבשמירה על הסדר הציבורי מזה; התנגשות אפשרית נוספת קיימת בין חופש הפולחן של העותרות מזה לבין חופש הפולחן של המתפללים והמתפללים האחרים מזה. הכללשפטי אשר צריך לחול בעניין ההתנגשות האחרונה – כאשר עולה היא במקומות הקדושים – כלל המבקש למצוא את המכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללים. במקומות הקדושים אין מנוס – במקרה של התנגשות בין חופש

הפולחן של המתפללים השונים לבין עצמם – מלנסות ולוא את המכנה המשותף לכל המתפללים, אף אם כתוצאה מכך עשוי חופש הפולחן של האחד לבובמקצת על חשבון חופש הפולחן של האחר. הדרת הכבוד המיוחדת הנלווית למקומות הקדושיאופיים מחייבים כי הפולחן במקומות הקדושים ייעשה בשקט ובנימוס, ללא סכסוכים וכשכל איש ואיש יוכל לעבוד את קונו בלי לפגוע בפולחנו של חברו. אין דרך להשיג מטרה זו אלא בדרך של מציאת המשותף למתפללים כולם.

למבחן זה, של מציאת המכנה המשותף הרחב, כיוון השופט קיסטר המנוח בבג"צ 223/67 בן-דב נ' שר הדתות [12], שם דובר על ההתנגשות – במקום קדוש אחד – בין חופש הפולחן של ב דת אחת לבין חופש הפולחן של בני דת אחרת:

... "בשטח הנתון בידי מדינת ישראל ישנם מקומות.. המקודשים ליותר מאשר לבני דת אחת, והמחוקק רצה להתייחס בשוויון לכל הדתות ולדאוג לשמירת המקומות המקודשים לכל דת ודת. מצד אחד קבע המחוקק את חובת השמירה כדי לא לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני נקבעה חובת שמירה מפני חילול וכל פגיעה אחרת וכן חובה למנוע פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם המקומות. לכל דת ישנם דיניםנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף תנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת – מצד אוכיבוד ואי-פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת מצד שני" (שם, בעמ' 448).

וביתר הרחבה עמד על כך השופט קיסטר בפרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 181-180:

"חופש הגישה להתפלל אינו מקנה לאדם זכות לפעול באופן הפוגע באחרים או בהסדר הקיים במקום והמשטרה רשאית למנוע פגיעות כאלה.

לדוגמה: אדם המזדמן לכניסה נוצרית קתולית בין שהוא נוצרי קתולי ובין שהוא זר, ומתנהג באופן פוגע או מרגיז כגון מופיע בלבוש שלפי המקובל אין להופיע בו בכניסה או ראשו כאשר המקובל שם לגלות ראשו, או עומד בזמן שאחרים כורעים וכל שכן אם משוחח בשעת טכס או עושה עוויות של לעג, לא יוכל לבוא בטרוניה אם המשטרה תסלק אותו מן המקויתכן שיהא גם מקום למשפט פלילי; ואין הדברים אמורים בכניסה בלבד אלא גם במקום אמקודש לנוצרים או בתהלוכה או בטכס אחר. כן לא יוכל נוצרי להיכנס למקום המיוחד לכמוה או גבר מושלמי אינו בעל זכות כניסה למסגד נשים".

ולמטה משם בעמ' 181-182:

"טבעי הדבר כי במקרה שאתר פלוני מקודש בעיני בני דתות שונות עלולות

להתעורר בעיות ואף סכסוכים על כך באיזו מידה בני כל אותן הדתות זכאים לערוך טכסים דתיים באותו אתר יתר-על-כן: ייתכן שעריכת טכס או העמדת סמלי דת על-ידי בני דת אחת מהווה פגיעה בדת בני דת אחרת ויש ויראו בכך חילול המקום הקדוש להם (דוגמה קיצונית בהיסטוריה יהוית היתה העמדת פסל או מזבח לאליל בבית המקדש בזמנו של אנטיוכוס אפיפנס). ובמקרה ייתכן שלא תהא אפשרות שבני הדתות השונות יערכו טכסיהם באותו אתר המקודש אלא לכל היותר כי בני אותה דת שטכסיה פוגעים כנ"ל יתפללו כיחידים וללא כל טכס מבלי להפריע לרים, ואף ייתכן שאף אחת מבני הדתות לא תוכל לערוך טכסים מסודרים, אם מה שבעיני דת סויימת הוא פולחן, בעיני הדת האחרת הוא חילול המקום.

אפילו אין ניגודים כה גדולים, קשה לצוות על המשטרה שתאפשר לבני כל דת ודת לערוך תפילות או פולחנים באותו מקום כרצון כל איש ואיש, שהרי עלול הדבר להביא להתנגשויות למהומות".
יש שבמקומות הקדושים ימצא המכנה המשותף לכל המתפללים בדמותש עקרון השמירה על הסטטוס קוו. במקרים אלו, השמירה על הסטטוס קוו היא הדרך הראויה לילך בה.

"מנהג המקום" ועקרון השמירה על הסטטוס קוו

54. משבאנו לכאן, נפנה ונבחן לאורם של כללים אלו את התקנה שהתקין שר הדתות, ואשר תוקפה שנוי הוא במחלוקת בין הצדדים.

כאמור, תקנת משנה (א1) לתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים קובעת כדלקמן:

"מעשים 2. (א) בתחומי המקומות הקדושים, בכפוף לאמור בתקנת-משנה (ב), אסורים: (1)...

(א1) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום. הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" (ההדגשה שלי – מ'א').

תקנה זו מבטאת את עקרון השמירה על הסטטוס קוו; "מנהג המקום" והסטטוס קוו חד הם. בהתקנת התקנה לא חרג שר הדתות מן הסמכות שהקנה לו המחוקק בחוק השמירה על המקומות הקים. עמד על כך הנשיא שמגר בבג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח' 13], בעמ' 357-358:

"אמת המידה לתקפותה של חקיקת משנה עולה בכל מקרה מדברו של המחוקק הראשי; הוא שמתווה למחוקק המשנה את תחומי הפעולה על-ידי הקניית סמכות פוזיטיבית לבצע אקטים של משנה בנושאים מוגדרים, ובלעדי הענקת הסמכות על-פי דברו של המחוקק הראשי אין למחוקק המשנה ולא כלום. מחוקק המשנה אינו שואב כוחו אלא מהקניית הסמכות בחוק האם, המגדיר את מסגרת הפעולה המותרת לו".

בענייננו פעל מחוקק המשנה במסגרת הפעולה שהתווה לו המחוקק הראשי. [חוק השמירה על המקומות הקדושים](#) קובע כי המקומות הקדושים – ובכלל זה, כמוכח, הכותל המערבי – יהיו שים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע ברגשותיהם של בני הדתות כלי המקומות המקודשים להם (סעיף 1 לחוק), ומטרת התקנה היא להגשים הוראת חוק זו – למע את חילולו של הכותל המערבי ואת הפגיעה ברגשותיהם של המתפללים במקום כלפי הכותל.

55. לפני שר הדתות היו די והותר ראיות לכך שתפילה בדרך של העותרות תפילה שהיא, כפי שעמדנו על כך, הפרה של "מנהג המקום" – מביאה לפגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי, ותוך כך מביאה היא לחילולו של הכותל המערבי. ראיות אלו הובאו בפירוט רב בתחילתם של ברינו, בתיאור הרקע העובדתי לעתירות (ראה פסקאות 114-).

האירועים המתוארים יוצרים תשתית ראייתית מספקת, שיש בה כדי לבסס את הצורך בהתקנת תקנת משנה (א1) לשם מניעת חילולו של הכותל המערבי. "...הדיבור 'שמירה מפני חילול' פושו הוא 'שמירה על כיבוד...' (דברי מ"מ הנשיא זילברג המנוח בבג"צ 223/67 [12], בע' 447). האירועים שאירעו ברחבת הכותל בשעה שביקשו העותרות להתפלל במקום כדרך – הנו, כשהן עטויות בטלית, קוראות בספר התורה ומתפללות בקולות שיר – מלמדים על הפגיעה הקשה שנגרמה לכבודו של הכותל; על החילול שחולל. נשים יושבות ונשים שרועות ברחתל, נשים המפונות מן הרחבה, מתפללים המשליכים בוץ ועפר, כיסאות, שולחנות ואבנים על זה, ומעל לכול – שימוש ברימוני גז – כל אלו הם מחזות שאין הדעת סובלתם במקום הקדוש הזה. וכל אלה לעיני כלי התקשורת ש"נודמנו" למקום. והאירועים שאירעו בשעה שנ העותרות בבג"צ 257/89 מממש את זכותן להתפלל ברחבת התפילה שליד הכותל, מלמדים על ירועים הצפויים להתרחש אם ינסו העותרות בבג"צ 2410/90 להתפלל באותו מקום. כאן מן הראוי לציין, לזכותן ולכבודן של העותרות בבג"צ 2410/90, כי משנאמר להן שתפילתן ליד ותל כשהן עטופות בטליתות וקוראות בספר תורה יש בה משום פגיעה במנהג המקום וברגשות המתפללים שליד הכותל, נמנעו מלקיים תפילתן כאמור (ראה פסקה 11 לעיל), בניגוד לעותרת שבבג"צ 257/89 שבהתנהגותן הביאו לכלל מהומות קשות ומרירות, תוך שהן שרועות ברחבת הכותל, וכיוצא באלה, ולא חששו לביזוי המקום הקדוש ולחילולו.

56. טוענות העותרות כי "אם יש למשטרה חשש מפני אלימות של קהל עויין כלפי

המתפללות עליה לפעול נגד אלימות זו ולא נגד המתפללות" (סעיף ב.13.א) לעתירה המתוקנת בבג"צ 257/9. בהקשר זה כבר נפסק, כי-

"...אם פעולה סבירה של המשטרה אין בכוחה, לאור מגבלותיה, להסיר את הפגיעה, הלכה למעשה, בביטחון הציבור, אין מנוס מהגבלת חופש המצפון והדת, כנדרש לשם שמירה על ביטח הציבור" (דברי השופט ברק בבג"צ 292/83 [10] הנ"ל, בעמ' 455; ההדגשה שלי – מ' א').

במקומות הקדושים סבירות פעולתה של המשטרה נקבעת לא רק על סמך שיקולים כגון "הכוח העומד לרשות המשטרה" (שם, בעמ' 456), אלא גם על סמך אופיו המיוחד של המקום הקדוש. הזה של עשרות שוטרים מצוידים באלות העומדים בטבורה של עיר אינו דומה למחזה של עשרות שוטרים כשהם עומדים במקום קדוש. עצם הצבתם של שוטרים אלה במקום קדוש עשויה להבילולו של המקום. על-כן, כאשר לשם הגשמת חירות הפולחן של פלוני עלולה המשטרה להידלפעולות כגון שימוש ברימוני גז, מגיעים אנו למסקנה כי פעולה זו של המשטרה, כשהישית במקום קדוש, אינה פעולה שיש לכפות על המשטרה לבצעה.

57. על-אף התשתית הראייתית שהייתה, כאמור, לשר הדתות, לא התקין השר את התקנה, הנדונה בעתירה שלפנינו, מיד לאחר האירועים המתוארים, אלא ניסה תחילה להביא את הצד. דים לידי הסדר, על דרך השלום והפשרה. וטוב שנהג כך השר, שהרי ההליכה בדרכי שלום, שטובה היא בכל עת, טובה היא במיוחד במקומות הקדושים.

רק משהסתבר לשר הדתות כי לא ניתן ליישב את הסכסוך בדרכי שלום, נאלץ להתקין את התקנה על-מנת למנוע חילולו של הכותל המערבי. ומעלה יתרה יש בה בתקנה זו, ש"מנהג המקשאליו מתייחסת התקנה, לא רק שנועד הוא למנוע את חילולו של הכותל, אלא מבטא הוא אמכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללים במקום. כפי שעמדנו על כך עת התייחסנו לעמדת הלכה, תפילה בדרכן של העותרות היא תפילה המכילה מרכיבי טקס שאינם מקובלים על הרוב הכריע של קהילות ישראל, והמכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללות ברחבת הכותל מצוי הו בדרך התפילה הנוהגת, מדור דור, ברחבת התפילה שליד הכותל – למתפללים ולמתפללות המיים במקום יום יום, שנה שנה ובכל עונות השנה, ואף לעותרות. המכנה המשותף למתפללות ורחבת הכותל מצוי הוא בתפילה לפי הנוסח הנוהג ברוב המכריע של קהילות ישראל, לל התעטפותן של המתפללות בטלית וקריאה בספר תורה.

58. מתוך כך באים אנו לכלל מסקנה כי התקנה שהתקין שר הדתות תקפה היא.

התקנת התקנה מצויה היא בגדר סמכותו של שר הדתות; התקנה לא נועדה להפלות בין המתפללים, אלא כל כוה נוצרה בשל אילוצים, המתחייבים מקדושתו של הכותל המערבי; התקנה סבירה, בתתה ביטולעקרון השמירה על הסטטוס קוו, לעקרון השמירה על הסדר הציבורי במקום קדוש, ובעיקבייצגה את המכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללים במקום. בהקשר זה, מעניין לעניאמר על-ידי הנשיא שמגר בבג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה (להלן – פרשת דקה [14]), בעמ' 103-105:

"לא כל קביעה שיש בה, לדעת בית-המשפט, מידה זו או אחרת של אי-סבירות, די בה כדי לפסול תקנה. אי-סבירות לצורך הענין שבפנינו צריכה להיות בגדר אי-סבירות קיצונית בי ולא אי-סבירות של מה בכך.

...

...מופעל גם כאן הכלל הגדול שבית-המשפט לא ימיר את שיקול-דעתה של הרשות שהתקינה תקנה בשיקול-דעתו הוא והעובדה שבית-המשפט היה קובע כללים אחרים, גמישים יותר, לו הידבר מסור לשיקולו ולסמכותו, אין בה כשלעצמה להצדיק פסילתה של תקנה...

...

בית-המשפט ינהג, בדרך-כלל, בריסון עצמי רב, בכואו לשיקול תקפה של חקיקת-משנה. "וכן הם דברי הנשיא אולשן בבג"צ 57/53, 58 טבק הויז ואח', שותפות רשומה, ואח' נ' עירית חיפה ואח' [15], בעמ' 707, לפיהם מגמת היסוד של בתי המשפט היא להכשיר את חקיקת-משנה במידת האפשר ולא לפוסלה.

בהמשכם של דברים בפרשת דקה [14] הנ"ל מוסיף הנשיא שמגר, בעמ' 106, לאמור: "אין להסיק מסקנה בדבר סבירותה של תקנה, לאור יישומה למקרה קונקרטי בלבד, מבלי שפונים ושוקלים יחד עם זה גם את מטרתה הלגיטימית הכוללת. הסבירות גם כאן איננה מושגולוטי אלא מושג יחסי, ועל-כן יכול שיווצר מצב בו יפחת המשקל שיש לייחס לפגיעה בהנובעת מן התקנה, וזאת אם מציבים מולו את המדיניות שבאה לידי ביטוי בתקנה ושיש לה סוד ומסד בחקיקה הראשית המסמיכה".

בענייננו, סבירותה של תקנת המשנה עולה היא מן המדיניות שביסוד התקנה ומן המטרה שבאה היא להגשים – מטרה המעוגנת [בחוק השמירה על המקומות הקדושים](#) – והיא שמירה על המהקדוש מפני חילולו.

ההיוועצות ברבנים הראשיים

59. העותרות הלינו, כאמור, על היוועצותו של שר הדתות, קודם להתקנת התקנה, ברבנים הראשיים. בטענה זו אין ממש. סעיף 4 [לחוק השמירה על המקומות הקדושים](#) קובע מפורשות לאר:

"שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע(ההדגשה שלי – מ' א').

לענייננו, נציגי הדת הנוגעת בדבר הם הרבנים הראשיים:

"עד כה לא הוצאו תקנות בדבר זכות תפילה על הר-הבית לבני הדתות הנוגעות בדבר..."

...וכאשר יגיע הענין לשר הדתות הוא יהיה חייב לברר מהי עמדת ראשי הדת המושלמית וכן דעת הרבנות הראשית" (פרשת חוגים לאומיים [2], בעמ' 189; ההדגשה שלי – מ' א').

הרבנות הראשית היא "הסמכות ההלכתית העליונה במדינה" (בג"צ 47/82 [5], בעמ' 682). ולא כל שכן כך הוא לאחר שנחקק חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980, שעם חקיקתו-

"חוזק מעמדה של הרבנות הראשית כרשות דתית ממלכתית של כלל הציבור היהודי, לפי התפקידים שיועדו למועצה בסעיף 2 לחוק" (בג"צ 47/82 [5], בעמ' 693).

על שר הדתות מוטל היה אפוא להיוועץ ברבנים הראשיים טרם התקנת התקנה האמורה.

"מנהג המקום" בתפילה שלפני הכותל

60. העותרות העלו טענות שונות לעניין השוני שבנוסח התפילה בין עדות אשכנז לספרד וכיוצא בזה; בטענות אלה אין ממש, ובין אלה לבין נושא סוגייתנו באשר לטקס תפילה של נ בהתעטפות בטלית, קריאה בתורה וכיוצא בזה אין ולא כלום.

טענה תמוהה אחרת שבפי העותרות היא, כי -

"הן לפי די i ו"ח הועדה הבינלאומית (לענייני הכותל, 1930 - מ' א') ואף לפי דו"ח ועדת שו על המאורעות בארץ ישראל באוגוסט 1929... הובהר שבשנים ההן לא היתה מחיצה ליד הכותל ולאכל ריהוט שהוא, פרט לארון קודש נייד שהיה מותר להביאו לרחבה בימים מוגדרים" (סעיף 6 לעיקרי הטיעון הנ"ל).

בעניין זה צירפו העותרות בבג"צ 2410/90 צילומים מתקופות שונות, לפני שנת 1948, ומהם עולה, כלשונו, כי "לא היה אפילו מנהג של הפרדה בין מתפללים ומתפללות יהודים ליותל" (סעיף 65 ונספחים ע/19 - ע/23 לעיקרי הטיעון הנ"ל).

טענה זו מוטב היה לה שלא נטענה משנטענה. כפי שעמדנו על כך בדברינו לעיל-

"חיכוכים בין-עדתיים על רקע הכה"מ אירעו במשך כל שנות ה-20... המוסלמים עירערו במיוחד על העמדת אביזרי-תפילה ברחבה בידי היהודים ,

ובשל מחאותיהם סולקה בכוח – בידיטרה הבריטית – מחיצה בין גברים לנשים בעצם יוה"כ תרפ"ט (1928). באוגוסט 1929 התהמון מוסלמי מוסת דרך הפתח שפתח המופתי בדרום הרחבה, פרע במתפללים והשמיד תשמישי-דושה, ובהמשך ההתרגשות ואי-השקט פרצו ימים אחדים לאחר-מכן 'מאורעות תרפ"ט' הקטלניים" (האנציקלופדיה העברית, כרך כ הנ"ל, בעמ' 1123-1124; ההדגשה שלי – מ' א').

כיצד ניתן ללמוד על היעדרו של "מנהג המקום" באשר להפרדה בין נשים לגברים ממציאות שנכפתה על היהודים מכוח גזירת השלטון הזר? אתמהה.

השאלה העומדת לדיון היא אפוא, אם "מנהג המקום" בכותל הוא שנשים המתפללות במקום מתעטפות בטלית או קוראות בתורה, וכן אם מתפללות הן במסגרת של "מניין" ובקולות שירה.

התשובה לשאלה זו ברורה. מצוי לפנינו תצהירו של הרב גץ, שלפיו-

"מאז ומתמיד לא התקיימה תפילת נשים ברחבת הכותל בדרך ובאופן המבוקשים על ידי העותרות, אף לא בכל שנות כהונתי כרב הכותל מאז שנת 1986" (סעיף 3 לתצהירו של הרב גץ 7.2.91).

העותרות טענו כי היה אירוע שבו התפללו "בנוסח זהה או דומה" בטקס ליד הכותל (סעיף 81(ב) לעתירה בבג"צ 2410/90). מובן ואין צריך לומר שאין בכך כדי להעיד על "מנהג המק", כפי שהצהיר על כך הרב גץ:

"אם בכלל התקיים אירוע מעין זה ברחבת הכותל כנטען בעתירה, הרי היה זה אירוע חריג, שאין בו כדי להעיד אף לא ללמד על הכלל" (סעיף 3 לתצהירו של הרב גץ מיום 7.2.91).

סיכומם של דברים

61. ברור ואין כל ספק שההיענות לעתירות שלפנינו תגרום למחלוקת קשה, מרירה וחריפה ביותר, מלווה באלימות שסופה שפיכות דמים. עובדה שאינה שנויה במחלוקת היא שהרוב המכר של המתפללים הפוקדים את מקום התפילה בכותל המערבי יום ויום ולילה לילה, נמנים עה הסוברים ומאמינים, בכנות ובתום לב, שהשינויים המתבקשים בשתי העתירות שלפנינו ישבהם משום חילול מקום התפילה שליד הכותל המערבי; לא זו בלבד שמתוך כך יבואו הדברים ידי מחלוקת אלימה וקשה ביותר, אלא שמבחינת דיני ההלכה יימנע מהם, אנשים כנשימם את תפילתם ליד הכותל. כיום הזה, הגישה לכותל והתפילה לידו פתוחות ומותרות הן בן ישראל ובת ישראל, המתפללים ושופכים צקון לחשם כרצון כל אישה ואיש לפי דברים שמש כל אחד להשיח בינו לבין קונו, על פה או מפי הכתב. אין להעלות על הדעת שבמקום התלה שליד הכותל המערבי ייקבעו מועדים וזמנים שונים לטקסי תפילתם של חוגים שונים, ורלו של מקום מקודש זה יהא

חלוקתו, לפי מועדים וחלקים בו, בין בני העם היהודי, על חגיו וזרמיו השונים, כפי שעלה בגורלם של מקומות מקודשים לבני דתות אחרות, כפי שנוכחו לדעת ולראות בדברינו לעיל (פיסקאות 44, 48, 49). כאמור לעיל (פיסקה 39), השימהותי שחל במעמדה של האישה ומקומה במאה הנוכחית, שגם נשים שומרות תורה ומצוות הן תפות מלאות בו, יכול שייתן אותותיו במשך הזמן גם בנושא סבוך ורגיש זה של קיומן שלבוצות תפילה, כאמור לעיל. אך לא מקום התפילה שליד הכותל המערבי הוא המקום ל"מלחמתמעשים ודעות בסוגיה זו. כיום הזה המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלל הרבנים הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירות העותרים, גם זו שבבג"צ 2410/90, מש חילול מקום התפילה שבכותל המערבי שהוא המקום המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדותלבני כל העם היהודי. מקום התפילה ליד הכותל המערבי משמש כיום גם המקום האחד ו בכל העולם היהודי, המפולג בדעותיו ובמנהגיו, שבו מובטחת הגישה החופשית לכל יהודי, איש ואישה, באשר הם. הכותל מהווה נכס, רוחני וגשמי, יחיד ומיוחד המאחד את בני כל העם היהודי, ועל כך מצויים אנו לשמור מכל משמר. מטרה זו תושג על-ידי מציאת המכנה המתן לבני כל העם היהודי באשר הם, כבואם לשפוף שיחם לפני בוראם במקום התפילה שליד התל המערבי. מטרה זו תושג אך ורק על-ידי שמירה קפדנית על האמור בתקנה 2(א)1(א) שהותנה על-ידי שר הדתות, בהתייעצות עם הרבנים הראשיים ובהסכמת שר המשפטים, שלפיו אס"עריכת טכס דתי שלא ועל-פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום". על-פי כל האמור לעיל, תקנה זו, שהותנה על-ידי שר הדתות לפי הסמכות המסורה לו על-ידי המחוקק, סבירה היא ואף הכרחית היא, ואין בה משום שיקול זר שיש בו כדי לפוסלה ולבטלה. היענות לעתירות שפנינו יש בה משום שינוי מהותי של מנהג המקום, ובקיום טקס התפילה המבוקש בעתירות ישמשום פגיעה קשה וחמורה ברגשות הרוב המכריע של ציבור המתפללים כלפי המקום. כלל גדומקובל בדינו שאין אנו מתערבים בחקיקת משנה אלא במקרים של חוסר סבירות קיצונית ומם של שיקולים זרים. לא אלה הן הנסיבות במקרה דנן. מטרתה של התקנה היא מציאת המכנההמשותף כדי לאפשר תפילתו של כל יהודי באשר הוא במקום המקודש ביותר לעם היהודי, עת מחלוקת קשה ואלימה במקום האחד והמיוחד שבו מתאחדים בני כל העם היהודי. מטרה זו טובה היא, סבירה היא ורצויה היא, בנתונים ובנסיבות שעמדנו עליהם לעיל.

מובן ואין צריך לומר כי העותרות זכאיות להתפלל בדרךן שלהן בקהילותיהן ובבתי-כנסת שלהן, ואיש לא ימנע זאת מהן. חופש הפולחן של העותרות קיים הוא ועומד. אך בשל ייחודול הכותל המערבי והרגישות הרבה במקום המקודש ביותר לבני כל העם היהודי, יש לקיהתפילה במקום יחיד ומיוחד זה, לפי המכנה המשותף המאפשר תפילתו של כל יהודי באשר ; והוא – מנהג המקום הקיים בו מדורי דורות, ועליו יש להקפיד.

דין אמת לאמיתו

62. בדברינו עמדנו על המושג "דין אמת לאמיתו" שחכמים ראוהו כיעד הראוי והרצוי

שאליו צריך לשאוף השופט בפסיקתו (פיסקאות 137-38; וראה עוד ספרי הנ"ל, המשפט העברילדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, בעמ' 226-232, 1075 ועוד). עמדנו על שני פירושים זה, ודומה כי מן הראוי לסיים את דיוננו בפירוש נוסף שניתן לתפקידו של הדיין אמת לאמתו". פירוש זה הוא משל ר' יהושע ולק כ"ץ, מגדולי וראשוני פרשני הטהשלחן ערוך, במאה השבע-עשרה בפולין, וזה לשונו (דרישה, טור, חו"מ, א, ס"ק ב[עז]):

"שכוונתם במה שאמרו 'דין אמת לאמתו', רוצה לומר שדן לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמתו, ולאפוקי (= להוציא) שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש. כי לפעמים שצריך הדיין לפס לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת – אינו לאו. על דרך שאמרו חז"ל: לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפני משורת הדין. ועל זה נאמר: לא תסור מכל הדברים אשר יורוך ימין ושמאל, שדרשו רז"ל לילוי אומרים לך על ימין שמאל וכו', וכל שכן שאומרים על ימין ימין וכו'."

משמדובר בעניין רגיש ומרכזי בעולמה של הלכה, במקום שהוא המקודש ביותר בעולמה של יהדות וישראל, בדורות שזמנם שמאז חורבן הבית – מן הראוי ומן הנכון לנהוג לפנים משורת הדין, לפי המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם, למען ייגשו אל הכותל בכל עת ובכל שוייצקו לחשם לפני קונם, למען שלומה ושלמותה של ירושלים בירתם. והיה דינו דין אמת אמיתו.

אשר על כל אלה, אני מציע לחבריי לדחות את העתירות.

למען הבא את בעלי הדין לקיומם של הדין והלפנים משורת הדין אני מציע לא להשית הוצאות.

63. קראתי את דבריו של השופט ש' לוין, ואיני רואה מקום להוסיף על דברים ברורים ומפורטים שכתבתי. אתייחס רק למסקנה שאליה מגיע חברי, והיא:

"שאינן להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואין שיקולים של סכנה ודאית וקרובה של הפרת השלום חייבים, בהכרח, הצדיק הטלת איסור כאמור; אלא שומה על הרשויות הנוגעות בדבר לגבש את התנאים המתאימים כדי לאזן בין כל האינטרסים הנוגעים בדבר, כדי שכל השוחרים להתכנס ליד הכותל יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם בלי לפגוע יתר על המידה ברגשותיהם של אחרים".

ועל-כן יש לקבל, לדעתו, את העתירות.

זוהי גישה חדשה לחלוטין בפסיקתו של בית-משפט זה, והיא עומדת בניגוד מוחלט לשורה ארוכה של פסקי-דין, מאז פרשת חוגים לאומיים [2]. פסיקה זו נוגעת למקום הקדוש ביותר מה היהודית מהעבר המזרחי של הכותל, היינו הר הבית, שבו שכנו בית המקדש הראשון ובית המקדש השני, ובו היה קודש הקודשים (ראה על כל זה במפורט בג"צ 4185/90 [1], בעמ' 228-247), וקדושתו של הכותל המערבי היא על שום היותו "שריד בית מקדשנו". בכל פסקי ה האמורים, ללא יוצא מן הכלל, נקבע שמצד אחד זכותם של בני העם היהודי להתפלל על הר הבית אינה ניתנת לערעור, היא נצחית, היא קיימת מקדמת דנא ותהא קיימת לכל עתיד שיבוא, ואימרות שפר כיוצא באלה; אך מצד אחר, כדי לשמור על הסדר הציבורי וכדי למנוע סכנה קרובה של פרעות והתפרעויות, נאסר על היהודים להתפלל ברחבת הר הבית; חופש הפולחן נסו אפוא מפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי, עד כדי ביטול כל הפולחן הדתי היהודי ער הבית. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד מפסק-דין שנייתן על-ידי בית-משפט זה לפני כשמונה חודשים, ב-4.4.93, ובו נדונה, בין היתר, עתירה של יהודי המבקש להיכנס להר הבית "שעה שהוא עטור תפילין, לובש טלית, או נושא עפר קודש..." (בג"צ 67/93 תנועת "כך" ואח' נ' השר לענייני דתות ואח' [16], בעמ' 3). העתירה נדחתה, ובנימוקי פסק הדין (מפי השופט גולדברג – והסכימו עמו השופטים ברק ומצא) נאמר, בין היתר, בעמ' 5-6:

"לא למותר הוא לציין, כי עמדת פרקליטות המדינה בבג"צ 99/76 הנ"ל הייתה ... כי: 'זכות הגישה של העותר להר הבית היא זכות יסודית, שגובשה גם בחוק, ואיננה ומעולם לא היתה שנויה במחלוקת. מותר להניח שאיש אף לא יטריח עצמו לברר אם בעת שהותו במקום נשגב זה – יבקש העותר לשוח לתומו עם בוראו. אך אם רוצה הוא בתפילה הפגנתית... שאני'.

דברים אלה מתיישבים לכאורה עם טענת העותרים. כי אם זכות הגישה להר הבית היא זכות יסודית, שאינה נפגעת אף אם במהלך מימושה משיח המבקר לתומו עם בוראו, על שום מה תימנתפילת לחש רק משום שברשות המבקש סידור תפילה, או ספר קודש אחר, או כשהוא עטור תן או עוטה טלית? דא עקא, כי לדעת המשטרה קיים חשש ממשי, כי מעשה כזה יתפרש כפרובוקציה, ויגרום להפרת הסדר, שבבקבותיה אף עלולה להיגרם שפיכות דמים...

והשאלה היא, האם יש בדינו לקבוע כי החשש שמעלה המשטרה חשש שווא הוא, וכי שיקוליה נטולי יסוד, עד שעלינו להתערב בהם? דומה כי התשובה לכך מובנת מאליה, נוכח הרגישות יצאת הדופן של המקום, שאין לה אח ורע בכל מקום אחר בארץ. מכאן, שגם אם מבינים אנו לכו של מבקר, המבקש בתום-לב להתפלל ביחידות כשעמו תשמישי קדושה, אין בדינו לראות א עמדתה של המשטרה, לעת הזאת, כפגומה מבחינת סבירותה".

וכאן ישאל השואל: כיצד זה יעלה על הדעת שליהודי אחד יחיד אסור לעלות להר הבית (והמדובר הוא באותם חלקים שבהר הבית שבהם הכניסה מותרת לדעת רבים וגדולים מחכמי ההלכה במפורט בג"צ 4185/90 [1]), בעמ' 259-268) כשהוא עוטה טלית או מחזיק סידור תפילין, כששליה מוחלטת זו של חופש הפולחן מוצדקת על-ידי בית-משפט זה מהטעם של קיומנה לסדר הציבורי והתפרעויות; ולעומת זאת, שלילת תפילה של נשים העוטפות טלית וקוּת בספר תורה, שאין בה אלא משום ויתור מסוים בטקס הדתי ופרט לכך הן חופשיות להתפלצונן ליד הכותל, וזאת כאשר אינו מוטל בספק שכך הוא מנהג המקום מאז ומתמיד, וש סכנה של ודאות קרובה למהומות, מריבות ופצצות גז – כפי שכך כבר אירע בעבר – על-אף זאת, הכנסת שינוי זה יש להתיר כדי למנוע פגיעה בחופש הפולחן! במה שונה הר הבית מזרח לכותל מרחבת התפילה שממערב לכותל, ששניהם מקומות קדושים הם? לכל יהודי, אפילו אחד, אסור, לפי פסיקת בית-משפט זה, להתפלל על הר הבית, וזה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש הפולחן, אבל איסור הוספת פרט מסוים בטקס התפילה, שמעולם לא נהגו כך בכותל, ושהרוב המכריע של המתפללים שם מתנגדים לכך חמורות, איסור כזה יש בו משום פגיעה בחופש הפולחן? אשר-על-כן, ראוי ונכון יהיה, כדי למנוע איפה ואיפה, שהוועדה שתוקם, כהצערי הנשיא, וכן בית המשפט כשיחזור ויזקק לנושא, ידונו במכלול חופש הפולחן, משני הכותל המערבי.

כאמור בדבריי לעיל, יש לדחות את העתירה.

הנשיא מ' שמגר: 1. עתירות אלה מתמקדות, להלכה ולמעשה, בשאלת פרשנותם ומשמעותם של סעיף 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל ושל חוק השמירה על המקומות הקדושים, והתקנות הותקנו מכוחו.

חיקוקים אלה מבטאים את דאגתה של המדינה למניעת החילול של המקומות הקדושים וכל פגיעה אחרת בהם. בד בבד קובעות ההוראות האמורות, שהמקומות הקדושים יהיו שמורים מפניכר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, או בתיהם כלפי אותם מקומות.

ניתן בכך ביטוי, בחוק החרות, לקביעותיה של מגילת העצמאות, המצהירה שמדינת ישראל תבטיח חופש דת ומצפון ותשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות.

2. הכותל – המקיף את הר הבית מצדו המערבי – נתקדש במסורת הדתית של עם ישראל, כשריד בית מקדשנו. במסורתנו הלאומית הוא סימל במשך אלפי שנים את אשר אבד לנו עם חורבן הבית, ויחד עם זאת, את המשכיות קיומנו הלאומי. הוא מקדש מעט, מבחינת ההלכה הדתית; מנה לאומית הוא סמל לעצב הדורות ולשאיפה לשיבת ציון ולהחזרת קוממיותנו, והוא, על-כן ביטוי לכוחה ולחיותה של האומה, לשורשיה העתיקים ולנצחיותה. על-כן, בין היתר, נפתחו בימינו יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, ומושבעים חיילים, כשהם ניצבים מולו.

החשיבות שבשמירתו – במעמדו הנעלה והמכובד ובכוח המאחד והמחזק המוקרן על-ידיו על כל חלקי העם בישראל ובתפוצות – גדלה והתעצמה עקב ההגבלות הזמניות שהוטלו, הלכה למעשה, על-ידי ממשלות ישראל, על חופש הגישה של יהודים להר הבית.

לנוכח מעמדו של הכותל המערבי בעיני כל העם, מובנות הדאגה והשק ידה על שני היעדים הבאים, והם: קיום חופש הגישה לכותל והחלת החובה לשמור על כבוד המקום על כל הבאים אליו. ביטוי ליעדים שונים אלה ניתן עוד בחוק מתשכ"ז: בדברו בחילו אשר מפניו יש לשמור את המקום הקדוש – כיוון המחוקק למעשים מזיקים, אשר לפי טי תוצאותיהם פוגעים בקדושת המקום. יחד עם זאת נקבע, כי יש לקיים את חופש הגישה של מי שהמקום מקודש בעיניו ויש למנוע כל פגיעה בנגישות אל המקום; עוד מורה החוק, כי יש להישמר מפני פגיעה ברגשותיהם של בני הדת שהמקום מקודש להם ולמונעה (ראה גם סעיף (ב) לחוק הנ"ל). אך מובן, שיעדים מרכזיים אלה אינם מתיישבים זה עם זה בהכרח בכל מיגוון הנסיבות האפשריות, ואם מתגלה ניגוד, יש לחפש אחר הדרך הנאותה לאיזון בין היע הללו, על-מנת להבטיח שלא ייפגע העיקר.

מצער, על-כן, כאשר מקום קדוש הופך לזירת מריבות, מילוליות או פיסיות, ואם נוהגים בו בדרך שאינה מכבדת את המקום ואת באיו. יש לזכור, כי קשה לשמור על כבודו של מקום קש, אם לא נשמר גם כבודו של האדם העולה אליו.

על-כן הדגשנו בהזדמנויות שונות, כי בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת וך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם. כך גרסנו, למשל, בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום]], כי חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסבלנו, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים שאינן גריני הרוב כמקובלות או כרצויות.

עם זאת יש לזכור, כי הסובלנות והסבלנות אינן נורמות בעלות מגמה חד-סטריית, אלא הן נורמות היקפיות ורב כיווניות. חברה נאורה גם מכבדת את אמונותיו ודעותיו של מי שדבק בלהט ובהזדהות שאינם בהכרח מדרכו של האדם מן השורה.

ההבנה של הזולת עולה בחשיבותה על ההבנה העצמית. הציווי של "דע את עצמך", הלקוח ממסורת תרבותית אחרת, כבו, אך הוא אינו יכול לבוא במקום האימוץ של עקרון הסובלנות, כביטוי, בכלל הגדול לך סני לחברך לא תעביד" (מה ששנוא עליך, אל תעשה לחברך). סובלנות אינה סיסמה לצבירת זכויות, אלא אמת מידה להענקת זכויות לזולת. סוף דבר, סובלנות חייבת להיות הדפגנים כוחניים השאובים לעתים מנוהגיהן של חברות אלימות, ממערב או ממזרח, אינם הולם אותה.

כל זאת מוליך אותנו אל דרך החתחתים הקשה של ניסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו עם זו. בהקשר זה טוב לזכור כי ההתמקדות הבלעדית בפרישת

הקושיות והבעיות לפני בית המשפט, אותה "תרופת פלא" של דורנו, אינה בהכרח פתרון ראוי ותרופה צויה לכל תחלואינו. טמון בה לא אחת הרצון, כי ייקבע פתרון של כפייה, הנשען על הציווי השיפוטי, מקום בו הניסיון להגיע להבנה ולהידברות בין בעלי הגישות השונות נראורה קשה יותר. דא עקא, שפתרון של הסכמה והבנה, מעלתו עולה מתוכן, והרוח שהביאה למה גם שורה על תוצאותיה.

3. הניתוח ההלכתי וההיסטורי המעמיק אשר בפסק-דינו של חברי הנכבד, המשנה לנשיא (בדימוס) השופט אלון, הוא מרשים ומאלף לעילא.

אף קריאתו של חברי הנכבד לחיפוש אחר המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם מכובדת עליי; המכנה המשותף משמעו, לטעמי, הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך וללא פגיעה ברגהמאמינים. אין משמעו כפיית הגישה המחמירה ביותר. אגב, לו היו הולכים בדרך האימוץ הגישה המחמירה ביותר, אסור היה לאף יהודי לעלות להר הבית.

אני גם שותף למסקנתו, כי לאור רגישותה יוצאת הדופן של הסוגיה שלפנינו לא ניתן לפותרה במחי יד, תוך התעלמות משורשיה העמוקים. מאידך גיסא, אינני משוכנע כי אין הפרד המשיבים בהצגת הניגודים והפערים. כך, דרך משל, יצא הקצף על שירת העותרות, למרועובדה שמדובר על שירתם של דברי תפילה; וכי חל בכלל איסור על שירה ליד הכותל? הרקדים ושרים שם לא אחת, ואין להעלות על הדעת שימנעו שירת עולי רגל, ישראלים או נוכחם, חיילים או חיילות, אזרחים או אזרחיות, הנעשית בצורה מכובדת. על-כן ייתכן, ואנדגיש את התיבה "ייתכן", כי למתנגדים נתערבכה בהתנגדות לזהות השרים גם התנגדות לשהשירה, וכך לא ייעשה.

לטעמי, יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות כן בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של מילתם של אחרים. נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים. אך אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח תפילתו בדרכו, וכך עולה ברורות מן ביעות שבחוקים הנ"ל.

כבר הערתי, כי ייתכן שבית המשפט הזה אינו ט הגורם היעיל ביותר – ובוודאי שלא הבלעדי – היכול לנסות, בדרך של מגע עם הגורמים השונים, למצוא דרכים מעשיות למימוש התכלית החקיקתית בשני החוקים הנ"ל, שהיא המשכו וישו של העיקרון ההצהרתי שבמגילת העצמאות.

אם יעלה רצון טוב מלפני הנוגעים בדבר, מן הראוי כי ייעשה לגבי הכותל המערבי לפחות ניסיון להגיע להסדר ההולם את דרכי כל השואפים לעלות אל הכותל.

על-כן דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך

סכסוך משפטי מן השורה. הנני מציע לממשלה לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעוקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים.

על-כן הייתי דוחה בשלב הנוכחי את העתירות, וזאת בכפיפות להמלצתי הנ"ל. שערי בית המשפט פתוחים תמיד, אך, כאמור, ראוי תחילה למצות דרכים פתוחות אחרות.

השופט ש' לויין: מקבל אני את דעתו של חברי הנכבד, המשנה לנשיא, בדבר סמכותו של בית-משפט זה לדון בנושא העתירה, ועם זאת איני רואה עין בעין עמו במרב הנמקותיו ובתוצאה האופראטיבית של העתירות. אנמק בקיצור את השקפתי בנדון: א. אין, לדעתי, להכריע בנושא העתירה אך על יסוד שיקולי הלכה. הרי אך ברור הוא שחוק השמירה על המקומות הקדושים (להלן – החוק) הינו חוק חילוני; הוא מביא בחשבון שיקולים של בני הדתות הנוגעות בדבר, ובכללם גם את שיקוליהם של הרבנים הראשיים (ראה, אך לא רק שיקולים אלה, ואת המונחים הכלולים בו יש לפרש לפי המכנה המשותף המקובל על הציבור בישראל בכללותו. לפיכך יש לפרש את הדיבור "חילול", "פגיעה אחרת" ו"דבר העול לפגוע ... ברגשותיהם (של בני הדתות – ש' ל') כלפי אותם המקומות" בסעיף 1 לחוק, ירוש שייתן ביטוי, מצד אחד, לזכות לחופש הפולחן והדת, כפי שהוא מקובל בחברה דמוקרטית ו"נסבל בה", ומצד אחר, לשמירה על אינטרסים של שלום הציבור ופגיעה "בלתי נסגשות הזולת כמקובל באותה חברה.

ב. אין ספק בדבר שהכותל המערבי (ורחבתו) הוא אתר מקודש מדורי דורות לעם ישראל כאתר דתי וכאתר תפילה, אולם בד בבד נודעת לו גם משמעות סמלית לאומית כשריד היסטורי ייחודי של חומות בית המקדש, סמל למלכות ישראל שאליו ערגו המוני בית ישראל מדורי דורנסיכות אלו, העובדה שאתר הכותל משמש כאתר תפילה אינה מכרעת, בהכרח, בקביעת היקף ילויות המותרות באתר זה. במובן זה איני מוכן לקבל מראש וכמובן מאליו שלעניין החוק יש לראות את הכותל המערבי לכל עניין ודבר כ"בית-כנסת", שעל הפעילות המתנהלת בו חלים אך כל דיני ההלכה המתפרשים על בית-כנסת ואין זולתם.

ג. לאמור לעיל שתי תוצאות מרכזיות. האחת – לעניין הזכות לחופש הפולחן באתר הכותל, והאחרת – לעניין הזכות לקיים פעילויות אחרות בעלות אופי מתאים באתר זה. באשר לשני סגי עניינים אלה יש לקבוע קיומו של היתר עקרוני לפעילות, ובלבד שאין באותה פעילות מום "חילול", "פגיעה אחרת" ו"פגיעה ברגשות" במובן שאותו כבר הזכרתי לעיל. לעניין זה- כך אני סבור – אין מועיל בנקיטת קנה המידה של המכנה המשותף הרחב ביותר – במובן ברי הנכבד השתמש בו; כך, למשל, אפילו יש הסבורים שדרך תפילה מסוימת אסורה באיסור חמור לפי ההלכה או שפעילות בעלת אופי לאומי באתר הכותל היא לצנינים בעיניהם, אין בעדה זו, כשהיא לעצמה, כדי להצדיק הטלת

איסור על פעילויות מן הסוג האמור. לדידי המכ המשותף שיש להביאו בחשבון בסוגיה שלפנינו – ואני מסכים שאפשר לעשות שימוש במבחן – הוא המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים בתום-לב לפתחו של אתר הכותל המערבי בין לצורך תפילה ובין למטרות לגיטימיות אחרות. אם לא תאמר כן, נמצאת נותן פול בלעדי להשקפה פלוגית בדבר חופש הביטוי על פני רעותיה, ויצאה הזכות לפולחן ולחופש הביטוי לקויה בחסר.

ד. מהדברים אותם הזכרתי אין ללמוד קיום איסור על הטלת סייגים על פעולה זו או אחרת באתר הכותל. בלי להיות ממצה בסוגיה זו, יכול שיהא צידוק לסייג פעילות של פולחן דתי ו פעילות אחרת באתר הכותל, כאשר לפי המכנה המשותף של הציבור השוחר באופן לגיטימי לאתר הכותל ולא רק סקטור אחד שבו – יהא בפעילות שבה מדובר פגיעה "בלתי נסבלת" שיש במשום "חילול" האתר, או שהפעילות מבוצעת שלא בתום-לב ואך לשם הלהטת היצרים או יצירת פרובוקציה, או שהנסיבות מצדיקות קביעה שפעילות קונקרטיה עשויה, מבחינת עוצמתה, להביא להפרת הסדר הציבורי בנסיבות שבהן מניעת הפעולה (באותן נסיבות קונקרטיה) גוברת על זכות הפולחן או הפעולה של הנוגעים בדבר, תוך הבטחת חלופות מתאימות לקיומה של הפעולה כדי להקטין את הסכנה לשלום הציבור הנובעת מביצועה.

ה. הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא שאין להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואין שיקולים של סכנה ודאית וה של הפרת השלום חייבים, בהכרח, להצדיק הטלת איסור כאמור; אלא שומה על הרשויות הנוגעות בדבר לגבש את התנאים המתאימים כדי לאזן בין כל האינטרסים הנוגעים בדבר, כדי שכל השוחרים להתכנס ליד הכותל המערבי יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם בלי לפגוע יתר על המידה ברגשותיהם שרים.

ו. אני מסכים עם חברי הנכבד, המשנה לנשיא, שאין תקנה 2(א)1 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים חורגת מגדר החוק; אך לדידי אין הדיבור "מנהג המקום" צריך להת דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, גדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגיהם של אחרים, באותם סייגים שאותם כבר הזכרתי לעיל.

כבר חלפו כארבע שנים מאז האירועים שהביאו להגשת העתירות שלפנינו, ותקופה זו ארוכה דייה כדי שגם העותרות וגם המשיבים יוכלו לבחון את עמדותיהם הקונקרטיה מחדש, לפי הקיום המנחים שצוינו לעיל. נוכח הזמן הרב שחלף מאז האירועים דלעיל גם אין מקום לקבועתה אם השימוש בזכות על-ידי מי מהעותרות נעשה בשעתו בתום-לב אם לאו.

בנסיבות אלו נחה דעתי שדי בשלב זה במתן פסק-דין עקרוני המכיר בזכותן בתום-לב של העותרות להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית ובדין ספרי תורה, הכול

בכפיפות לסייגשאותם כבר הזכרתי לעיל. כך הייתי מחליט. נוכח רגישותו של הנושא והצורך להיערך יישומו של פסק הדין ואולי גם לקביעת הסדרי חקיקה שיסדירו את הנושא, הייתי מציע לחבריי שפסק הדין הנוכחי יינתן בכפיפות לכך שצו הביניים שניתן יישאר בתוקפו במשך שנחת מהיום.
כמו המשנה לנשיא גם אני לא הייתי עושה בעתירה זו צו להוצאות.
הוחלט ברוב דעות לדחות את העתירות, בכפיפות להמלצה שבפסק-דינו של אב בית הדין.

ניתן היום, י"ד בשבט תשנ"ד (26.1.94).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה. חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)