

מדינת ישראל

משרד הממשלה

מדינת ישראל

גנזך המדינה

יש להחזיר את התיקים לגנזך המדינה, לא יאוחזר

מ-60 ימים מתאריך 12.5.13

משרד חוץ
ד. רפאלי

הכותל המערבי הנוכחית

-873-

-6453-

7/96-7/94

כרב א'

מס' תיק מקורי, יוהאס ל.מ.

18/1

מחלקת חקירה
א. רפאלי



הכותל המערבי הר הבית כרך א'

שם:

גל - 1 / 52423

מזהה פיזי:

מס פריט: 1303841

74.1/5 - 804

מזהה לוגי:

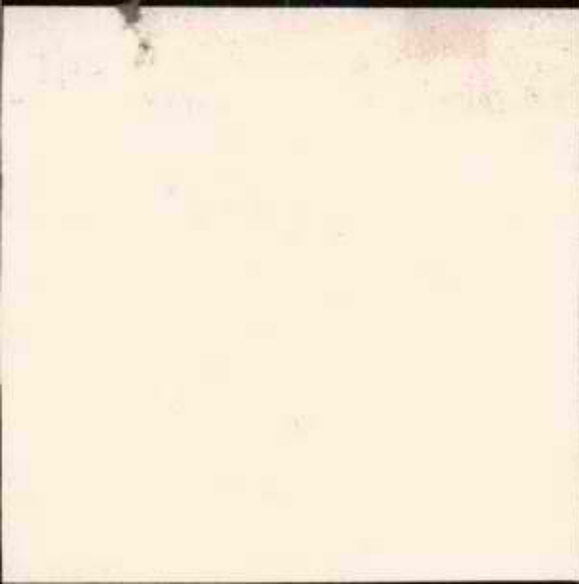
08/05/2013

02-120-09-09-05

כתובת:

22/7
25

· 8.11.17



תיק

200
2



הכנסת

64.53

חבר הכנסת

א' באב התשנ"ו
17 ביולי 1996

מס' ה... לשכת השר דואר נכנס	
22-07-1996	
מס'	164015
נופתח	
תיק	

תיק

לכבוד
ניצב אריה עמית
מפקד מחוז ירושלים

א.נ.

רצ"ב העתק מכתבו של ברוך ליברמן החובע את עלבונה של מכללת הרצוג להכשרת מורים, אשר נמנע ממנה לקיים סיור לימודי מכובד בהר הבית כמו לכל קבוצה אחרת.

המכתב מדבר בעד עצמו, ועלי להוסיף כי לי אישית כמורה במכללה וכמי שמכיר את ערכה וטיב עבודתה המקצועית, גרם סרובכם על רקע חזותם של תלמידיה, זעזוע עמוק.

אני תובע ממך כמי שמופקד על הסדר הציבורי ועל הבטחת הזכויות לכל חלקי האוכלוסיה ללא אפליה, לאפשר לקבוצה ממכללת הרצוג לקיים את הסיור הלימודי תוך סדרי אבטחה נאותים.

אצפה לתשובתך המהירה.

בברכה נאמנה

חה"כ חנן פורת

חנן פורת

העתיקים:

- רה"מ ושר הדתות - בנימין נתניהו
- מפכ"ל המשטרה - אסף חפץ
- שר לבטחון פנים - אביגדור קהלני
- שר המשפטים - פרופ' יעקב נאמן ✓
- הידוע המשפטי לממשלה - מיכאל בן יאיר
- הרב יצחק לוי - המכון להכשרת מורים אלון שכות
- עו"ד ברוך ליברמן

מלכה - אהרונים - ליברמן, עשרו עורכי דין

MALKA - AHARONY - LIBERMAN LAW OFFICES

רח אסא הל' 10 רמת גן 61000 ISRAEL

AVISHALOM MALKA ADV.
AHARON AHARONY ADV.
BARUCH LIBERMAN ADV.

מלוא אישולם עדי
אהרונ אהרן עדי
ליטמן טיה עדי
בס"ד

כ"ט בתמוז התשנ"ו
16 ביולי 1996

משרד המשפטים
לשכת השר
דואר נכנס
22-07-1996
מס' _____
מפתח <u>164043</u>
תיק _____

באמצעות פקס: 02-991477

לכבוד
ניצב אריה עמית
מפקד מחוז ירושלים
תחנת הבירה
מגדש הרוסים
ירושלים

אשר

6553

א-1

הודון: אישור לסיור לימודי בתר-מגין

1. בפגישה שנערכה ביום 15/7/96 אצל ניצב משנה דוד קראוזה, בנוכחות קציני משטרה נוספים, הח"מ, הרב יצחק לוי - מדריך הקבוצה במכללת הרצוג להכשרת מורים אשר באלון שבות ומר חגי יקותיאל, הוסבר לנו "אחר כבוד" כי המלצת ניצב משנה קראוזה תחא שלא לאפשר עליית קבוצה של תלמידי מכללת הרצוג להכשרת מורים שבאלון שבות, במסגרת של כ-50 איש, אלא בקבוצות של שבעה-שבעה לערך.
2. הוסבר לנו כי נכון שקיימות קבוצות אחרות כדוגמת המכון להשתלמויות מורים, בתי-ספר שדה, החברה להגנת הטבע והארכאולוג דן בחט, אשר במסגרתן ניתן לעלות לסיור לימודי בקבוצות של כ-50 איש, ברם עקב צורחן הויזואלית של אנשי המכון, קרי: כיפות, ועיטורי זקן, לא ניתן לאשר הבקשה. הקבוצה לדברי ניצב משנה קראוזה אינה "קבוצה רגילה".
3. אפלייה חדשה נולדה בישראל, אזרחים ומשרתים בצה"ל המקיימים את כל חובותיהם למדינה ככל אזרח, אינם רשאים להנות מזכויות הקיימות אצל עמיתיהם במסגרות דומות, בגלל שיהדותם ניכרת על פניהם ו/או בגדיהם והינם לצנינים בעיני הווקף.
4. יש להדגיש כי סרובנו לקבל את המלצת ניצב משנה קראוזה, אינה נובעת רק מטעמים של אפליה גרידא. אורך סיור לימודי נאמד בין 3 ל-4 שעות, מאחר וכך אין כל טעם מעשי לסיור הנערך בקבוצות של שבעה-שבעה ולמעשה חסיור אינו יכול לצאת אל הפועל במסגרת המכון להכשרת מורים שבאלון שבות.

מלכא - אהרונים - ליברמן, שטרך עורכי דין

MALKA - AHARONY - LIBERMAN LAW OFFICES

רח אבא הלל 17 יפא ע' ג'נתו ISRAEL 6822 RAMAT GAN 57172121

AVESHALOM MALKA ADV.
ATTARON AHARONY ADV.
BARUCH LIBERMAN ADV.

עלום אישולס ע"ד
אצתי אצון ע"ד
ליטען בוך ע"ד

5. להזכירך, קיבלנו מהמשרה אישור עקרוני לעלייתם של 50 איש, עובדה אשר אושרה בישיבת אתמול ע"י ניצב משנה שאול נעים - היוע"מ"ש.

הסכמנו בזמנו לכל הזנאים אשר המשטרה תציב על מנת שנוכל לערוך את הטיור הלימודי במסגרת המבוקשת, לרבות הכנסת ציציות אל תוך הבגד, קביעת מסלול שייקבע ע"י המשטרה ושאר נוהלים שייראו לכם על מנת שהטיור הלימודי יוכל להתקיים.

כיום, הטיור לא יצא אל הפועל לאחר שתמשטרה חזרה בה מהסכמתה תעקרונית כיום הטיור עצמו לאחר מאמצים מרובים והכנות שנעשו על ידי המכון להכשרת מורים ותלמידי הקבוצה, מטעמים ותלויים על בלימה (ראה מכתבי מיום 8/5/96)

6. אנו מבקשים ממך לשקול פעם נוספת ובחיוב בקשתנו לטיור הלימודי במסגרת כיתת המכון להכשרת מורים שבאלון שבות, היינו כ-50 איש, בהר-הבית.

אנו מצידנו נסכים לכל תנאי הגיונו אשר יש בו כדי להפחית את תשומת הלב המיוחדת שאות אמונתנו, אנו מקווים כי "צורתנו" לא תעמוד בעוברנו.

בבגד רגל
ליברמן ברוך, עו"ד

העונות:

1. הרב יצחק לוי - המכון להכשרת מורים, אלון שבות

2. ח"כ חנוך פורת

(10) מ-3022

בניית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

כג"צ 257/89
כג"צ 2410/90

כבוד הנשיא מ' שמגר
כבוד המשנה לנשיא מ' אלון
כבוד השופט ש' לוין

בפני:

1. ענת הופמן
2. ד"ר בונה הכרמן
3. ד"ר יהודית גרין
4. רנדל פיין רובינסון

העותרות:
(כג"צ 257/89)

נ ג ד

1. הממונה על הכותל המערבי
2. משרד הדתות
3. הרכנים הראשיים לישראל
4. מפקד תחנת העיר העתיקה, משטרת ישראל, ירושלים
5. מפקד מרחב ירושלים, משטרת ישראל
6. משטרת ישראל
7. התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס
8. הרב שמחה מירון
9. אגודת החרדים - דגל התורה
10. הרב אברהם רביץ

המשיבים:
(כג"צ 257/89)

1. סוזן אלטר
2. פרופ' סוזן אראנוף
3. פרופ' פיליס צ'סלר
4. נכ' רבקה האוט
5. פרופ' נורמה באומל-יוסף
6. פרופ' שולמית מגנוס
7. הועד הבינלאומי למען גשות הכותל אינק.

העותרים:
(כג"צ 2410/90)

נ ג ד

1. השר לענייני דתות
2. הממונה על הכותל המערבי
3. המפקח הכללי, משטרת ישראל
4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים:
(כג"צ 2410/90)

- כ' באייר התשמ"ט (25.5.89)
- כ' באב התשמ"ט (21.8.89)
- ג' באדר התש"ן (28.2.90)
- י"ג באדר התשנ"א (27.2.91)

תאריכי הישיבות:

עו"ד הרצל קדוש, עו"ד אורי גנור	כשם העותרות: (כג"צ 257/89)
עו"ד נילי ארד	כשם המשיבים 1-6: (כג"צ 257/89)
עו"ד צבי טרלו	כשם המשיבים 7-10: (כג"צ 257/89)
עו"ד ארנולד שפאר	כשם העותרים: (כג"צ 2410/90)
עו"ד נילי ארד	כשם המשיבים: (כג"צ 2410/90)

פ ס ק - ד י נ

המשנה לנשיא מ' אלון:

אקדמות מילין

נדרשים אנו לדון בשתי עתירות שענינן סדרי התפילה ברחבה שלפני הכותל המערבי, אשר בירושלים, בירתה של ישראל. העובדות ותוכן העתירה המכוקשת בכל אחת מן העתירות שונות הן כמהותם, אך לרגל הנושא המשותף החלטנו לדון בשתיהן במאוחד.

נושא העתירות, מטבעו וממהותו, רגישות רבה כרוכה בו. מבחינת התוכן - מדובר בהלכות תפילה והליכותיה, המהות נושא מרכזי בעולמה של הלכה ויהדות. מבחינת המקום - מדובר במקום המקודש ביותר לעם היהודי מאז תורבן 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 שבפנינו ובטענות שבפי באי כוחם המלומדים של העותרות. נעיין, איפוא, בכל אלה, דבר דבור על אופניו, והיתה משנתנו סדורה.

וזהו סדר דיוננו. לאחר עיון בנושא העתירות (פיסקאות 1-3), נעמוד כמפורט על פרטי העובדות שבכל אחת ואחת מהעתירות, שחשיבות נודעת להן לדיוננו ולהכרעתנו (פיסקאות 4-11), ועל טענות העותרות והמשיבים (פיסקאות 12-17). כאמור, השאלות שאנו נדרשים להכריע בהן שלוכות הן בנושאים שבעניני תפילה ודיניה, שהם מככשון עולמה של הלכה, ובהם נתחיל דיוננו (פיסקה 18). לאחר שנעמוד על שינויים חברתיים במעמדה ובתיפקודה של האשה בימינו, (פיסקאות 19-20), נעיין בדיני תפילה ב"מנין", מצוות עשה שהזמן גרמן, "קבוצות תפילה" של נשים, התעטפות נשים בטלית וקריאה בתורה על ידי נשים (פיסקאות 21-27); ומכאן נעבור לעיין בנושא המנהג בעולמה של הלכה, שחשיבות מיוחדת לו לנושא דיוננו: המנהג בכלל, בבית הכנסת בפרט, ובכותל המערבי במיוחד, כשינוי כמנהג, מניעת מחלוקת ועשיית אגודות אגודות (פיסקאות 28-32); ומחוך כך נעמוד על חריפותם של חילוקי הדעות בנושא סוגיתנו, 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 בענינם (פיסקאות 44, 48-49); הכותל המערבי בתקופת המנדט ולאחר שחרורו כמלחמת 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 וסייגיו (פיסקאות 51-53), התקנה כדבר השמירה על "מנהג המקום" ואי פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום בכותל המערבי (פיסקה 54),

בסכירותה, תקינותה והכרחיותה של התקנה (פיסקאות 55-60). ונסיים בסיכומם של דברים (פיסקה 61) בפסיקת דין אמת לאמיתו בנושא דיוננו (פיסקה 62), ובהערה לדברים שנאמרו על ידי חבריי הנכבדים (פיסקה 63).

כבג"צ 4185/90, נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם) דנו בעתירה שעניינה עבודות המכוצעות בהר הבית, היינו כצדו המזרחי של הכותל המערבי. בעתירות שבפנינו דנים אנו באירועים שאירעו כצדו המערבי של הכותל. שני פסקי הדין דנים איפוא באירועים שמשני עברי הכותל. ומתוך שעמדנו במפורט על תולדות הר הבית והכותל המערבי כבג"צ 4185/90, לא ראינו צורך בפסק דיננו בנושא סוגיתנו לחזור על מה שכבר נאמר כבג"צ 4185/90; לעתים הפנינו מכאן לשם, ולעתים אף לא הפנינו. והמעייין יעיין שם וכאן, והיו לאחדים בידו.

כב"צ 257/89

1. כיום י"ד באדר ב' התשמ"ט (21.3.89) הגישו העותרות כבג"צ 257/89 עתירה למתן צו על-תנאי, לאמור:

א. כנגד המשיבים 1-3 - המה הממונה על הכותל המערבי, משרד הדתות והרבנים הראשיים לישראל:

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

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

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

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

בדיון שקיימנו ביום כ' באב התשמ"ט (21.8.89) החלטנו להורות על צירופם של תנועת ש"ס, הרב שמחה מירון, אגודת דגל התורה והרב אברהם רביץ כמשיבים 7-10 לעתירה, בהתאם לבקשתם של משיבים אלו (בשג"צ 318/89, בשג"צ 319/89).

2. ביום ג' באדר התש"ן (28.2.90) הגישו העותרות - בעקבות תיקון תקנות השמירה על המקומות הקדושים, תיקון עליו נעמוד בהמשכם של דברים - עתירה מתוקנת, ובה הוסיפו בקשה נוספת, והיא, כי ינתן צו על-תנאי כנגד המשיבים 4 ו-5, המה שר הדתות ושר המשפטים -

"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.

כג"צ 2410/90

3. ביום י' בסיון התש"ן (3.6.90) הגישו העותרים כבג"צ 2410/90 -

"עתירה למתן צו נגד המשיכים [=שר הדתות, הממונה על הכותל המערבי, המפקח הכללי של משטרת ישראל והיועץ המשפטי לממשלה] האוסר עליהם למנוע מאת העותרות מס' 1-6 להתפלל ליד הכותל המערבי וברחבת הכותל כשהן עוטפות את עצמן בטליתות וקוראות בספר התורה והמחייב אותם לאפשר לעותרים להכניס ספר תורה לרחבת הכותל ולהבטיח תפילה כנ"ל על-ידי העותרות ללא הפרעה ופגיעה" (כותרת העתירה).

במועד הגשת העתירה, ניתן בה צו על-תנאי.

הדיון בהתנגדות לצוים על-תנאי התנהל במאוחד, ביום יג באדר התשנ"א (27.2.91), בשתי העתירות - כג"צ 257/89 וכג"צ 2410/90 - כפי שכך ביקשו העותרים כג"צ 2410/90.

העובדות

כג"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 כמועדים שונים כקבוצה המכונה 'קבוצת ראש חודש'". (סעיף א.1 לעתירה המתוקנת). בעת תפילתן הן מתעטפות בטלית וקוראות בתורה. העותרות 1 ו-2 "הינן בעלות קריאה ומשמשות גם מעת לעת כשליחות ציבור, כל אחת נקתילה אליה היא משתייכת" (סעיף א.3 לעתירה המתוקנת).

טוענות העותרות כי שעה שכאו להתפלל כמתואר ברחבת הכותל המערבי, הופרעה תפילתן. תחילתם של דברים בראש חודש טבת התשמ"ט

(9.12.88), שאז אירעה "התנהגות אלימה ... [כלפיהן] מצד חרדים" (נספח א' לעתירה המתוקנת). על ארועי ראש חודש אדר א' התשמ"ט מספרת העותרת השלישית, ד"ר יהודית גרין:

"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 משיכות שונות ברוכע היהודי (כנראה) וכרגע זה הלכו כמה גברים שדאגו לשלומנו אל הניידת 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 כמצב 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.

כצאתנו פגשנו שוטר שאמר שהוא מפקד האיזור. הוא אמר שהוא לא ידע על רצוננו לקיים תפילת ראש חודש בבוקר זה. אנתה 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

והעותרות, אשר לא נשא פרי. העותרות הודיעו למשיב f כי הן "תכואנה

להתפלל בכותל ביום תענית אסתר וללא טליתות וללא ספרי תורה",
 והמשיב 1 התחייב לדאוג "לשלומן ולקיום תפילתן" (סעיף א.9
 לעתירה).

וזוהו שארע - לטענת העותרות - ביום תענית אסתר החשמ"ט:

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

(ב) בעת כניסתן לעזרת הנשים בכותל קמה
 מהומה גדולה מצד אנרכים, 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) כ"כ העותרות אשר נכח בעת הארוע ודרש
 מהשוטרים את הגנת המשטרה על
 המתפללות, הופנה אל המשיב 6 [מפקד
 חחנת העיר העתיקה].

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

(ז) כ"כ העותרות, אשר פנה אל משיב 6
 וביקש את התערבותו המהירה עקב
 התקיפות וההתפרעויות והחשש לשפיכות

דמים בכוחל, נדרש בתקיפות רבה לפנות את נקודת המשטרה.

(ח) ההתפרעויות האלימות בכוחל 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 כראשה 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 המליננים אל מפקדם המשיב 6.

12. לאחר כ- 45 דקות התערכה 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 פגועות, חבולות ודומעות, ולסיים את תפילתן הרחק מחוץ לרחבת הכותל.

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

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

העתירה שבפנינו.

5. המשיבים הציגו גירסה שונה לארועים שארעו עד למועד הגשת העתירה. וכך מתוארים הדברים על ידי המשיב 1, הרב מאיר יאודה גץ, הרב הממונה על הכותל המערבי ויתר המקומות הקדושים מסכיב להר הבית, במכתבו מיום כ"ב באדר התש"ן (19.3.90) אל מנהלת מחלקת הכג"צים:

"כמשך 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 ומתפוצות, ולשפוך צקון להשם 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, אשכנזי, עדות המזרח, סדור מתוקן, בעברית, אנגלית או צרפתית או בכל שפה אחרת. בלי פוצה ומצפץ ונוסף עליהם, כאלף אלפי הכדלות, מוסלמים, קטוליים, פרוטסטנטים, פריסקטרים ועד לאנשי המקויה היפניים, וזכינו לראות כמו עינינו את החזון הנעלה בבחינת 'כי ביתי בית תפלה יקרא לכל העמים'.

נהר הצרות של עם ישראל משתפך כרגיעה 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 לצון.

אך בכל זאת השכם כבוקר, 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 לענייני דתות מר ז. אורלב, שהגיע מיד, והעמדתי את כל צוות הסדרנים ויתר עובדי הכותל בכוננות ליד המחיצה.

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

לא מנעתי מהן להכנס לרחבת הכותל ואף הרגעתי את הרוחות הנזעמות בהסכירי 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 זתחלוף ותעבור מן העולם (דרך אגב אני

מכחיש בתוקף שידעתי, וגם לא דווח לי, על כוא נשים, או אשה בודדה, לכותל המערבי עטופה בטלית וגם לא הצהרתי על כך!.

ומה גם הופתעתי שכתצהירים לעתונות על שלוחותיה הודגש על ידי העותרות שזוהי מעתה מדיניות קבועה ושטתית ולכן פניתי לכב' הרבנים הראשיים לישראל שיחוו דעתם מבחינה הלכתית והם פסקו כתאריך 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 כוא 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 כיום שבת קדש.

בר"ח אדר א' (6.2.89) שוב התחדש התזיון 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 הכושה. אישית, פניתי לאנשי צבור שונים ובקשתיים להשפיע על המנהיגות ובמיוחד על העותרת מס' 1, להמנע מלגרום חלול ה' ולא לגרור את הצבור לחלול הקודש.

כיום יא' אדר ב', התקימה בלשכת המנכ"ל ישיבה משותפת ובה נכחו גם נציגות של העותרות. הן דרשו שנגן עליהן כבואן כיום 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] (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 מכעוד 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 כאם הן תתפללנה כרצונן בבתייהן או בבתי תפילה שלהן, היה צורך בכל המהומה הזאת? (נספח מש/ב לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 8.4.90)

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

"לקראת כ"ח ניסן תשמ"ט (6.4.89) כתאום עם הנהלת המשרד, גייסתי צוות של נשים אשר תוכלנה להשתלט על נשים מתפללות המנסות להתנגד לבואן. וגם סילקתי את הכסאות מהשטח הן של הגברים והן של הנשים. ואכן כבואן לרחבה, נמסר לי על-ידי כא כחן 'תצהיר משפטי' שהנשים כאות ללא ספר תורה וללא טלית ושלא תתקרבנה לעזרת נשים. ואכן פרט לזעקה בודדת, לא 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 ככל זאת, כפותחן כשירה במהלך התפילה שהיתה עד כה שקטה, נשמעו קריאות מחאה מצד מתפללות ומתפללים וחיש הן עזבו את השטח" (נספח מש/ב לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 8.4.90).

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

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

אישית, אני מלווה ענין זה במהלך ראשי החודשים שבת, אדר א', אדר ב', ניסן ואייר. כמוכן נפגשתי גם אישית יחד עם הרב גץ, הרב הממונה בכותל המערבי, עם נציגות הקבוצה לשיחה 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 כעיתונות החרדית וגרמו לחימום האוירה וליצירת ציפיות למאבק.

גם כשהנשים הגיעו לכותל כלי טליתות וספרי תורה היו תגובות חריפות מצד החרדים הואיל והם האמינו לידיעות ככלי 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 כמצעד 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 מכטיחות 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 הכלטת 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 כקבוצה טובעית) התפללו

כחצי שעה ועזבו בנחת את הרחבה. כמהלך התפילה, לאחר שהקבוצה החלה להתפלל תוך כדי שירה מאורגנת בקול רם - בניגוד להחלטת הרב הממונה על הכותל - צעקו 2 נשים חרדיות שהשירה הפריעה להן, ושהשתקו 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 סג"צ יאיר מוסט, הנמצא עמי יחד בכל אירוע, אני יודע כי הוא שותף לניתוח האירוע ומסקנותיו. (נספח מש/1 לכתב התשובה שהגישו המשיבים בכשג"צ 312/89 כיום 15.8.89).

7. במועד הדיון בעתירה ניתן, כאמור, צו על-תנאי בהסכמת המדינה. כן נרשמה הודעת המדינה לפיה "ידאגו הרשויות המוסמכות באזור רחבת הכותל המערבי... לשמור על שלומן, ובטחונן של העותרות וכי לא תופרענה בתפילתן כרחבת 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 כרחבת הכותל המערבי.

8. ביום ז' באב התשמ"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). כבקשה זו תיארן העותרות את האירועים שאירעו לטענתן, לאחר הסדר הביניים המתואר. וכך מתוארים ארועי ראש חודש סיוון התשמ"ט (4.6.89) במכתבו של בא-כוח העותרות אל היועץ המשפטי לממשלה ואל מנהלת מחלקת כג"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 התרחשו 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. לגב' ענת הופמן חטפו את הסידור, קימטו אותו וירקו עליה, למתפללת אחרת חטפו את הסידור והשליכו אותו לריצפה".
5. כמתפללת נוספת פגעה אבן שהושלכה עליה.

ב. בהכירן את הודעת המדינה, שנמסרה בכתב כהתחיבות המדינה, כבית המשפט העליון, בשבתו ככג"צ בעתירת הנשים כתיק 257/89, פנו הנשים לעזרת הסדרניים והמשטרה.

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

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

ה. כהרגלן, פנו הנשים לבית הכנסת 'החורכה' 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 ונזקקו לטיפול רפואי.
3. המשטרה לא ניסתה, באופן רציני, לאפשר לנשים להתפלל.
4. הנשים שהגישו תלונות טורטרו כהוגן בין הקישלה, מגרש הרוסים, משרד החירות וכו'. ומשתי המתלוננות שנפגעו לא נתקבלה תלונה אלא לאחר טרטורים רציניים" (נספח כ' לבקשת העותרות בבשג"צ 312/89)

תאור נוסף של ארועי ראש חודש סיון מובא על ידי העותרות

במכתבן אל שר הדתות מיום כ"ו בסיון התשמ"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 כעיה זו העלית הצעה להזמין סדרניות לכותל ואנו ברכנו על יוזמה זו שלך.

2. ... מאז דצמבר 88, בראשי חודשים, תגים וערבי שבתות אנו נוקטות באותו מנהג, אנו מגיעות לרחכת הכותל כשקט כיחידות או בזוגות. מתכנסות בעזרת הנשים לקבוצה, וכלא 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 התשמ"ט (4.7.89) ובראש חודש אב התשמ"ט

(2.8.89) חלה החמרה כתופעות האלימות, כפי שמצהירות על כך העותרת

הראשונה, גב' ענת הופמן, והעותרת השנייה, ד"ר בונה הכרמן, כתצהירן

מיום 6.8.89:

"3.

(ג) בעת תפילתנו כ- א' כתמוז וכ- א' כאב הקצה משרד הדתות כות 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 תפילתנו כרגיל - אף שהיינו בלא טליתות ובלא ספר תורה - נגררנו אנו וחברותינו, תוך שימוש בכוח ובטרם נסיים תפילתנו, אל מחוץ לעזרת הנשים, תוך שנשים, המתכנות 'חרדיות', מנצלות את ההזדמנות כדי לסקול אותנו בחצץ ולהטיח בנו בוך 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 מתימרות לתרץ התנהגותן זו בהכחנה מלאכותית שהן עושות בין 'תפילה' ו'שירה' ובהגדרת תפילתנו כשירה. בכך מנקשות הן להתחמק מאחריותן ומחובתן הן על-פי החוק והן על-פי התחייבותן כנג"צ.

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

עוד צרפו העותרות לתצהירן האמור תמונות המתארות את ארועי ראש חודש אב. בתמונות אלו נראתה קבוצת נשים יושבת על רחבת הכותל, כשדרניות הכותל מנסות להרים אחת מן הנשים; קבוצת הנשים נראתה כשהן שכובות על רחבת הכותל והסדרניות מנסות להרים אחת מהן; אשה נראתה כשהיא מפונה מן הרחבה על ידי סדרנית; ואשה "חרדית" נראתה כשהיא נאבקת בעזרת תיקה עם אחת מן הנשים שישבו ברחבת הכותל.

9. המשיכים הסבירו את אשר אירע בראש חודש סיוון, תמוז ואב בכך שהעותרות הפרו את הסדר הכינייים שסוכם עליו בדיון מיום כ' באייר התשמ"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 - ומתמת שנושא העתירה התמקד בענין ספציפי, הודגשה בהודעה ההתייחסות לאותו עניין, דהיינו, תפילת הנשים כשהן קוראות בתורה ועטופות טליתות.

(ג) מדברים אלה, למדו העותרות ככל הנראה, כי ניתן היתר בידן להפר מנהג המקום ככל המצוי מחוץ לגדר עתירתן, ומכאן ואילך, בכואן להתפלל תפילת ראש חודש, פתחו בשירה.

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

כן הביאו המשיבים תאור שונה של ארועי ראש חודש סיוון, תמוז ואב. על אשר אירע בראש חודש סיוון התשמ"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 השתלטי על המצב" (נספח מש/ב לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 8.4.90).

ארועי ראש חודש תמוז התשמ"ט (4.7.89) מתוארים על ידי הרב גץ במכתבו אל מנכ"ל משרד הדתות מיום א' בתמוז התשמ"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 כהוראות מדויקות... כן ערכתי תאום מלא עם מפקד המשטרה מר י. מוסט וכן לתצתי על המתפללים והמתפללות שלא להתערב כלל ועיקר ולהשאיר לי בלעדית את הטפול. ובהגיע קבוצת הנשים הנ"ל לשטח כסמוך לשעה 07:00, חולקה לכל אחת מהן פנייתי בעברית ומעבר לדף באנגלית [= כה נתבקשו המתפללות לא לשנות 'ממסורת הדורות של עמנו בשום עניין' (נספח מש/2(א) לבשג"צ 312/89)].

ללא כל הפרעה הן התקרבו לכותל והחלו להתפלל. אך מדי פעם, הן פתחו בשירה והסדרניות בקשו מהן באדיבות לשחוק ופה ושם נשמעו קולות מחאה של נשים כודדות. אך כאשר הן פתחו בקולי קולות, ולא רצו להפסיק, הוריתי לסדרניות לפעול להוצאתן - ללא תוקפנות מיוחדת - מהרחבה. המתפללות הנ"ל בראותן זאת, נרגעו

וסיימו את קטעי החפלה 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 להשחמש בו - זוהי כנראה, עד להכרעה המשפטית, שטת הטפול הנאותה ובזאת זכינו ברוך ה' להשליט סדר ללא כל פגיעה שהיא לא גופנית ולא נפשית".
(נספח מש/2 לכתב התשובה שהוגש בכשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

עוד מן הראוי להביא כאן את ההנהיות 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]. (נספח מש/2 (ב) לכתב התשובה שהוגש בכשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

הארועים החמורים שארעו בראש חודש אב התשמ"ט (2.8.89)

מתוארים על ידי הרב גץ במכתבו אל מנכ"ל משרד הדתות מיום א' באב

התשמ"ט (2.8.89), הוא יום הארועים:

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

ככואן, הן נתבקשו ע"י הסדרניות לשמור על הסדר ולכבד את מנהגי המקום. הסדרנים שלנו עמדו ליד המחיצה מצד עזרת הגברים ככדי 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 לכן ולבקשן כאדיבות לשמור על קדושת המקום.

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

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

לסכום, אני רואה הסלמה בתופעה ואני מציע לשקול הפעם את אי כניסתן לשטח, בכדי שלא לתזור על המחזה הקשה של היום. (נספח מש/3 לכתב החשובה שהוגש בכשג"צ 312/89 כיום 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 מפקד המשטרה וגם פניתי באגרת כתובה בעברית ובאנגלית ובה קיבלתי את פני הכאות בכרכת אחים ובבקשה לכל תפרנה את הסדר הציבורי, ממש התחננתי אליהן שתתנהגנה כאיפוק ולא תגררנה לפרובוקציות.

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 כמובן באה התגובה הצפויה ומחשש להתפתחויות קשות ואלימות, 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 הרכות, שכרגיל הוזעקו מבעוד מועד" (נספח מש/ב לכתב התשובה מיום 8.4.90).

תמונה דומה של ארועי ראש חודש אב מוצגת במכתבו של מר זכולון אורלב אל מנהלת מחלקת הבג"צים מיום ב' באב התשמ"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 ובליווי 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 מש/4 לכתב התשובה שהוגש בבשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

10. בסופו של הדיון שהתקיים ביום כ' באב התשמ"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 כעקבות החלטה שיפוטית של בית משפט זה לאחר דיון בעתירה לגופה. אשר על כן יש לאפשר לעותרות לקיים תפילה במקום על פי מנהגי המקום, כפי שרכ הכותל מצהיר עליהם. משמעות הדבר, בין היתר, כי תפילתן תהא ללא טלית וספרי תורה. אשר

הריפורמיות החלו את תפלתן בשקט ולא הפרעו כלל ועיקר. אך בפותחן בשירה היתה תגובה כללית של קריאה לשקט; שגיתי כמה מהמתפללות בעזרת הנשים לדבר על לכן ולבקשן כאדיבות לשמור על קדושת המקום.

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

נאלצתי איפוא להורות על הוצאתן הפיזית אחת אחת, תוך בליטה בפתח ע"י סדרנים, למניעת חזרתן לשטח. מאד מאד לא נעמה לי התמונה. אך הן לא השאירו לי כל ברירה אחרת. אני מצוין לשבח את עמידת המשטרה בפקודו של מפקח מרקוביץ אם כי לא ראיתי צורך להפעילה (מר 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 מש/3 לכתב התשובה שהוגש בכשג"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 מפקד המשטרה וגם פניתי כאגרת כתובה בעברית ובאנגלית ובה קיבלתי את פני הבאות בכרכת אחים ובבקשה לכל תפרנה את הסדר הציבורי, ממש התחננתי אליהן שתתנהגנה באיפוק ולא תגררנה לפרובוקציות.

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 ואלימות, 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 מש/ב לכתב התשובה מיום 8.4.90).

תמונה דומה של ארועי ראש חודש אב מוצגת כמכתבו של מר זכולון

אורלב אל מנהלת מחלקת הבג"צים מיום כ' באב התשמ"ט (3.8.89). לפי

האמור כמכתב:

"... 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 ובליוי 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 וכיזיון 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 מש/4 לכתב התשובה שהוגש בבשג"צ 312/89 ביום 15.8.89).

10. בסופו של הדיון שהתקיים ביום כ' באב התשמ"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 נעקבות החלטה שיפוטית של בית משפט זה לאחר דיון בעתירה לגופה. אשר על כן יש לאפשר לעותרות לקיים תפילה במקום על פי מנהגי המקום, כפי שרב הכותל מצהיר עליהם. משמעות הדבר, בין היתר, כי תפילתן תהא ללא טלית וספרי תורה. אשר

לשירה במקום או תפילה כקול רם, אף עניין זה תייב להעשות - כל עוד לא נדון הדבר לגופו ככית משפט זה - על פי מנהגי המקום כאמור. את תפילתן של העותרות, על פי מנהגי המקום, צריכים המשיבים לאפשר ולדאוג על-ידי סידורי נטחון נאותים כי הדבר יבוצע כראוי" (החלטה בכשג"צ 312/89)

לאחר החלטה זו שבה השלווה אל עזרת הנשים, ותפילתן של העותרות - בהתאם למנהגי המקום - עברה בהשקט ובכיטחה. עומד על כך הרכ גץ במכתבו הנזכר לעיל מיום כ"ב באדר התש"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)] 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 שכאות והן מתקבלות בסבר פנים יפות" (נספח מ/כ 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 7:20 בבוקר. הקבוצה היתה יחסית גדולה מזה הרגיל. קדמו לבואן נציגי התקשורת, וכן צלמים ועתונאים. בבואן הן נתבקשו ע"י המזכיר של הרכ גץ, מר צ. הכט (היות והרכ גץ לא היה נוכח במקום עקב מחלתו) לשמור על הסדר ולכבד את מנהגי המקום.

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

בסכום - לא היה כל צורך להשתמש בכוח המשטרה 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-הכרית. העותרות הקימו את העותר 7 - הועד 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 תפילתם של העותרות והציבור אותן 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 מותרים 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 וכדומה.
- (ג) אין הן מקיימות סדרי קריאת התורה ולא מברכות או 'עולות' לקרוא בתורה.

16. למעשה מקיימות העותרות תפילת יחיד, על איפיוניה ומגבלותיה, בצותא, ובתוספת שתיים אשר מותרות גם מותרות על פי ההלכה -

- (א) עוטפות את עצמן בטלית כעת 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 כמהלך 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] 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, וכ- 26.11.1989 פנו למשיב מס' 2 ולנציג המשיב מס' 3 [מפכ"ל משטרת ישראל] בעיר העתיקה, תוך משלוח העתקי פנייתן למשיבים מס' 1 [שר הדתות] ומס' 4 [היועץ המשפטי לממשלה]...

על-מנת שהמשיבים יוכלו לנקוט בצעדים הדרושים כדי למנוע הפרעה בתפילתן המיועדת כנ"ל. המכתבים נמסרו לתעודתם לא יאוחר מיום 28.11.1989.

...

12. כשעה 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 שנהיותן נשים אין הן רשאיות לעטוף את עצמן בטליתות ולקרוא בספר התורה, וזאת על סמך החלטה של המשיב מס' 2... נאמר לעותרות מס' 1-6 שכניסתן לרחבת הכותל ותפילתן שם תמנע בכוח" (סעיפים 4-6, 12 לעתירה בכג"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, וכשום מקרה, לא נעבר ולא אחרי הגשת העתירה, לא ביקשו העותרות לקיים את תפילתן ליד הכותל המערבי כמנהגן עקב עמדת המשיבים כנ"ל.

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

טענות הצדדים

טענות העותרים

12. חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, קובע כדלקמן:

1. שמירת המקומות הקדושים

המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש

הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

2. עבירות

(א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו ככל 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.

3. שמירת דינים

חוק זה בא להוסיף על כל דין ולא לגרוע ממנו.

4. ביצוע ותקנות

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 לביצועו."

כאשר הוגשה העתירה המקורית בכג"צ 257/89, קבעו תקנות השמירה

על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 - שנתקנו לפי האמור בסעיף

4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים - בין היתר, לאמור:

"1. הגדרות

בתקנות אלה -

'מקומות קדושים' - הכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מכנה וכל מעבר עילי או תת קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה...;
'הממונה' - מי ששר הדתות מינהו, על פי המלצת הרכנים הראשיים לישראל, להיות הממונה הראשי או הממונה על מקום קדוש פלוני.

2. מעשים אסורים

(א) בתחומי המקומות הקדושים, ככפוף לאמור בתקנת 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)

3. הגבלות על העיסוק בצילום ברחבת הכותל המערבי

...

4. סמכויות הממונה

- (א) הממונה רשאי, על דעת הרבנים הראשיים 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.

5. עונשין

- העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חודשים או קנס 500 שקלים".

משכך היה נוסח התקנות בעת הגשת העתירה המקורית ככג"צ

257/89, טענתן העיקרית של העותרות בעתירה זו היתה 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 והרכנים הראשיים אינם מוסמכים "להטיל איסורים ולגזור גזירות אשר אינם מפורשים בתקנות השמירה, ואם עשו זאת הרי חרגו מסמכותם" (סעיפים ב.4 - ב.5 לעתירה מקורית). על-כן טענו העותרות כי אין למנוע מהן תפילה ככותל המערבי כשהן קוראות בתורה או מתעטפות בטלית, וכי על משטרת ישראל להבטיח את זכותן לכך.

13. כיום ד' בטבת התש"ן (1.1.90) - כטרם הגישה המדינה את תצהיר תשובתה לעתירה - הודיעה המדינה לבית המשפט על דבר הוצאתן של תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן-1989 (ק"ת 5237, התש"ן (31.12.1989), עמ' 190), לפיהן הוכנס תיקון לתקנה 2 שהובאה לעיל, לאמור:

"תיקון תקנה 2

1. בתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981, אתרי פיסקה (1) יבוא:

'(זא) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום'."

כאמור לעיל, לאור תיקון התקנות הנ"ל, הגישו העותרות ככג"צ

257/89 את העתירה המתוקנת.

14. בעתירתן המתוקנת טענו העותרות בהרחבה נגד תוקפו של התיקון האמור לתקנה 2 של תקנות השמירה. לפי טענתן התקנות החדשות בטלות מדעיקרא או, לחלופין, דינן להיבטל מאחר שלוקות הן כפגם מפגמים שונים: חוסר סבירות קיצוני, אפליה פסולה, שיקולים זרים ומטרה זרה, חריגה מסמכות ופגיעה בעיקרי הצדק (סעיף 14 לעתירה המתוקנת; סעיף ו' לעיקרי הטיעון מטעם העותרות בכג"צ 257/89).

עוד טענו כי תפילתן כשהן עטויות בטלית וקנראות בספר התורה אינה נופלת בגדר האיסור שקבעו התקנות החדשות. טעמה של טענה זו – שתפילה בדרך המתוארת אינה מנוגדת ל"מנהג המקום" (סעיף ב.6 (א) לעתירה מתוקנת; סעיף ו.7 לעיקרי הטיעון מטעם העותרות).

15. העותרים בכג"צ 2410/90 חזרו, בעיקרם של דברים, על טענות העותרות בכג"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 בכג"צ 257/89 – לא גרמו להפרת הסדר הציבורי (סעיפים 18 – 20 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בכג"צ 2410/90).

טענות המדינה

16. בחשוכתה 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 כשהן מגיעות בקבוצה, עטופות בטליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בו. טעמה של מניעה זו על שום שכעת שקיימו העותרות תפילה כמתואר נגרמו מהומות קשות ברחבת

הכותל, הופר הסדר הציבורי ונפגעו הנימוסים ההולמים (סעיף 3 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

מתוקף הסמכות שהוקנתה לו בחוק השמירה על המקומות הקדושים התקין שר הדתות את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, לאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל ובהסכמתו של שר המשפטים, כפי שכך נדרש בסעיף 4 לחוק. כתקנות אלו נקבעו הסדרים שנועדו לקיים את מטרתו של החוק, לאמור אי-חילול או אי פגיעה אחרת במקומות הקדושים, ואי פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום. הסדרים אלו מבטיחים כי במקום הקדוש יישמרו הסדר הציבורי והנימוסים ההולמים. כחלק מההסדרים האמורים, קובעת תקנה 2 שורה של "מעשים אסורים" בתחומי המקומות הקדושים. בין המעשים האסורים מצוי האיסור - על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" (סעיפים 6-7 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

כדי להגשים את החובה לשמור על הסדר הציבורי והנימוס במקומות הקדושים קיים העקרון 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 זו 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 ביטוייה גם בחוק השמירה על המקומות הקדושים ובסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (סעיפים 15-17 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

על פי האמור, התקנה נשוא הדיון בעתירתנו תקפה היא, ועל פיה יש לכדוק את הדרך בה קיימו העותרות את תפילתן בכותל. כן טענה

המדינה כי לצורך יישומן של הוראות התקנה כלפי העותרות, השאלה הנשאלת היא האם תפילה בדרכן של העותרות היתה אי פעם מנהג המקום בכותל 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 ציינה לחוות הדעת שנתנו הרבנים הראשיים בסוגיה שכפנינו, בהן הביעו התנגדות תקיפה נגד קיום טכסי התפילה בכותל בדרכן של העותרות. לטענת המדינה, חוות דעת זו ניתנה בחוקף הסמכות שהוקנתה לרבנים הראשיים כמפורש בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, שלפיו קיימת חובת היוועצות כנציגי 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 דבריהם, לא העלתה המדינה כל טענה כאשר לסמכות שיפוטו של בית משפט זה בנושא העתירה. המשיבים 7-10 בכג"צ 257/89 - תנועה ש"ס, הרב מירון, אגודת דגל התורה והרב רביץ - הם שטענו כי -

"העניין נשוא העתירה... אינו בתחום סמכותו של בית משפט נכבד זה בשל הוראות סעיף 2 לדבר המלך כמועצה 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 התשנ"א (24.2.91) הסבירה את נימוקיה לאי-העלאת הטענה בדבר סמכותו של בית משפט זה.

העתירות מכוונות כלפי ההסדרים שנקבעו בתקנות השמירה על המקומות הקדושים, ואשר מכוחם נמנע מן העותרות לקיים תפילתן בכותל על פי דרכן. וכן העותרות בכג"צ 257/89 השיבו באריכות ובפרוט 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 שכפנינו.

דבר המלך על המקומות הקדושים איננו שולל את סמכותו של בית המשפט לדון בשמירה על הסדר הציבורי וכמניעה עבירות פליליות, כפי שנקבע בחוק ובתקנות השמירה על המקומות הקדושים. כפרשת חוגים לאומיים (כג"צ 222/68, פד"י כד(2) 141) דעת הרוב היא שדבר המלך שולל 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 שכעניננו. עניינה של העתירה בחופש הגישה של העותרות אל הכותל המערבי, בסכנת חילולו של המקום ובפגיעה האפשרית ברגשות המתפללים, ובית המשפט מוסמך לדון 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 מתימר לפסוק את הדין בשאלה זו או אחרת המובאת בפנינו מבחינת עולמה הפסיקטי של ההלכה. לא פוסק ולא כן פוסק אנוכי; מעיין אני בדבריהם של חכמים ופוסקים, והוגה אני בהגותם והגיגיהם של כעלי מחשבה והוגים, ומביע אני את דעתי אני כנדון. עיון זה ראוי הוא על שום שבעלי הדין האריכו במעניתם בפנינו בשאלה זו מכחינה הלכתית, במיוחד על ידי הגשת חוות דעת של פרופ' פנחס שיפמן (בכג"צ 257/89), של פרופ'

שמואל שילה (כבג"צ 2410/90), ושל פרופ' אליאב שוחטמן, שהגיש תחילה חוות דעת לענין כג"צ 257/89, והוסיף חוות דעת לענין כג"צ 2410/90 שהוגש כעבור זמן. משום כבודם, אומר אף אני דברים אחדים בנושא זה. עיון זה דרוש לשם הבנת נושא דיוננו שמתחס הוא לשאלות מובהקות שכדיני ההלכה ומכוסס הוא על עולמה של הלכה וערכיה. מן הראוי ומן הנכון, איפוא, לדון בקצירת האומר - כטרם ניכנס לצדדים המשפטיים שכסוגיתנו - בנושאי העתירה כפי שהם באים לידי ביטוי בהלכה ועולמה.

שינויים חברתיים כמעמדה ובתיפקודה של האשה

19. נושא זה שכסוגיתנו - 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 עליהם נעמוד להלן, ונתחברו בענינו ספרים ומאמרים רבים, שלחלקם נצוין בדברינו.

בעית מעמדה של האשה בעולמה של הלכה, על רקע השינוי שחל במעורבותה החברתית, מעמדה ההשכלתי והתפקידים שממלאת האשה בחיי יום יום - כולל האשה 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, נגר נ' נגר פד"י לח(1) 365; כג"צ 153/87, שקדיאל נ' השר לעניני דתות, פד"י מב(2) 221), לענין לימוד תורה על ידי אשה בהקשר לפסיקתנו כדבר החובה ללמד את הבן ולחנכו שמוטלת היא כשווה על האב והאם (פרשת נגר הנ"ל; ראה פרשת שקדיאל, עמ' 265), ובענין הזכות לבחור ולהבחר לתפקידים צבוריים (פרשת שקדיאל הנ"ל). לאחר דיון מפורט בשתי הסוגיות האמורות, סיכמנו ואמרנו (פרשת שקדיאל, עמ' 268):

"לענין 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 שנתורה - ולמדתם אותם את בניכם - ולא בנותיכם. אך בעקבות שינויים חברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה שאירעו בדורות 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 של 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 שינוי כה 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 - שכדברי הרב מלכה - לחיוב האישה בימינו בלימוד תורה, היינו 'שכימינו 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 ובעניני הפוליטיקה' (ההדגשה שלי - מ' א') כדי להוות נימוק מכריע וקובע להחיר 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 כאשה דתית דווקא? למלא תפקידים מתפקידים ציבוריים בכל תחומי החיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים - כן, אך למלא תפקיד ציבורי בגוף ציבורי שדואג לאורחות חיייה הדתיים - לא? יציבא כארעא, וגירא כשמי שמיא? (האזרח כארץ, והגר כשמי שמים? כבא קמא, מכ, א)."

ועוד הוספנו ואמרנו (שם, עמ' 269):

"ודאי ואין צריך לומר, כי בעולמה של הלכה אין אנו דנים בשאלה הלכתית בלבד, כחינת זכויות

וחובות משפטיות, אלא שלוב וכרוך הוא נושאנו, קשר כל יינתק, בעולמה הערכי-אידיאולוגי של אורחות חיי תורה ומצוות. שהרי כלל גדול בידינו: אל תיקרי הליכות אלא הלכות (השווה מגילה, כת, ב), ואותה מידה נוכל לומר, כדרך הפרפראזה: על חיקרי הלכות אלא הליכות, שהרי הלכות משפט והליכות חיים ירדו כרוכים אלה כאלה. ואכן ראינו בכל דכריהם של חכמים ופוסקים שעמדנו עליהם, שכנוסף לכחינה המשפטית של נושאנו, דנים הם, כאריכות ובמפורט, כאספקטים-מושגים של מהות המשפחה בעולמה של יהדות, כתפקידי האב והאם, האישה והגבר, בשלום בית, במושג הצניעות וכיוצא באלה, שהרי העיון במושגים אלה הכרחי הוא וחלק מהותי הוא מהפסיקה הרלכתית-משפטית, שהתעוררה בנושאנו, אך במושגים חשובים אלה יש לדון הן לפי משמעותם המקורית והן לפי זמן הדיון בהם. כפי שכן 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, עמ' 269) מדבריו של הרב א. ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון אשר כאלון שכות שכגוש עציון (במאמרו "האשה וחינוכה", הוצאת אמנה, תש"ם, עמ' 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 היום לעקוף את ההלכה בכלים כשרים, יש לשאול האם זה למען השגת דבר שמכחינה 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.

לכעיית שינוי או תיקון מעמד האשה, אם ניתן לבנות חברה כריאה ושלימה יותר, מתחשבת בערכי תורה והלכה, יש לטעון שמה שהיה פעם - החאים למצב של אז, והיום יש מקום להתייחס למציאות היום כחלל 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 'תולין', 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 רציני, אם כן האשה תיפול בין שני הכסאות וזה וודאי לא טוב".

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

"כך דרכה של הלכה מני אז ומני קדם. אמרנו על כך במקום אחר (= המשפט העברי, מהדורה שלישית, תשמ"ח, עמ' טו):

'... בתולדות דיני המשפט העברי, מוסדותיו ונושאו, משתקפים במידה רבה תולדותיה של האומה העברית. שהרי המשפט העברי נמשך והתפתח, כשהוא אחוז ושזור בחיי המציאות ובעיותיה, כשהוא מדריך מציאות זו ומודרך על ידה. לפני חכמי ההלכה ומנהיגי הציבור עמדה משימה 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 שביסודו של כל מוסד ומוסד משפטי. ביצוע משימה כפולה זו של מציאת הכרעה ופתרון משפטיים, המושחתים על העבר והמשרתים את הצרכים המרובים של בני אותו דור, עולה מאליה לפני המעיין כתולדות המשפט העברי לכל תקופותיו...' (וכן ראה, שם, בעמ' 45).

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 (ראה שם, בעמ' טו ו-45).

אכן, כך דרכה ועולמה של הלכה, וכל בעיה או סוגיה העולה בפניה, לרגל מציאות חברתית וסוציאלית משתנה, טעונה היא עיון ודיון מעמיקים בדיניה, עקרונותיה וערכיה כדי להביא לכלל פתרון הולם

ונכון - באמצעות המקורות היוצרים המצויים בתוך מערכת ההלכה - הן מבחינת פתרון הבעיה העולה והן מבחינת עולמה הרוחני והערכי של מערכת ההלכה. וככל שהנושא הוא עקרוני יותר, ומקיף יותר, צריך ועיון זה ייעשה בעיון מעמיק יותר ואחראי יותר. וכך הוא, במידה לא מעטה, לענין הנושאים העולים בעתירות שכפנינו, עליהן נעמוד עתה.

20. השאלות העולות בעתירות שכפנינו, מבחינת דיני ההלכה, ענינם בדיני התפילה: האחת - האם רשאי נשים לעטוף עצמן בטלית וציצית; והשניה - 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 ככג"צ 2410/90, שהן מקפידות שקבוצות התפילה שהן מקיימות תהיינה "על פי ההלכה כמקובל בעולם האורתודוכסי 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 בפתחתם של דברינו, דברים רבים ומאלפים נפסקו ונאמרו בנושאים אלה, וכנושאים רבים נוספים הקשורים אליהם, בספרות התלמודית, כמפרשים, כפוסקים ובהגותם של חכמים. כמיוחד הולך ורכ הדיון ככל. אלה לאחרונה, לרגל השינויים במציאות החברתית ומקומה ותיפקודה של האשה כמציאות זו, עליה עמדנו זה עתה בדברים בהם 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 שכנושאי הסוגיות שבדיוננו.

ראויה לציון התופעה המענינת שספרות הלכתית ניכרת וחשובה בנושאים אלה מצויה - בספרים ומאמרים - כשפה האנגלית (ראה ספרו של

הרב אברהם ווייס Women at Prayer, הרב משה מייזלמן Jewish Woman
 in Jewish Law, של הרב פרופ' אליעזר ברקוביץ - in Jewish Women
 Survey of Recent Time and Torah, וכן מאמריהם של הרב דוד בלייך Halakhic
 Periodical Literature (in: Tradition, 14:2 (1973) p.
 113), של הרב שאול ברמן, The Status of Women in Halakhic Judaism,
 ושל הרב אריה א' פרימר, Women and Minyan, ועוד, אליהם נציין
 בהמשכם של דברים). תופעה זו, שאינה שכיחה ברובם המכריע של נושאים
 הלכתיים אחרים, יסודה בכך, שהתענינות, מתחילה ועד היום, ביישום
 הנושאים האמורים מצויה, במידה מרובה, במיוחד בקהילות שונות
 שבארצות הכרית. וגם לכך ענין יש משנבוא להכריע מכחינה משפטית
 בנושא עתירתנו.

תפילה ב"מנין"

21. נשים חייבות בתפילה, אך אין הן חייבות בתפילה בציבור (ברכות
 כ, א-ב; רמב"ם, הלכות תפילה, א, ב; שו"ע אורח חיים סימן קו, א-ב,
 ומגן אברהם, שם, סעיף קטן ב; שו"ת שאגת אריה, יד) הדעות חלוקות אם
 נשים חייבות בכל שלושת התפילות היומיות - ערבית, שחרית ומנחה - או
 רק בחלקן. לדעת אחד הפוסקים המקובלים בדורנו, ר' ישראל מאיר
 מראדין, בספרו "משנה ברורה", נשים חייבות בתפילת שחרית ומנחה
 (משנה ברורה על שולחן ערוך אורח חיים, סימן קו, סעיף קטן ד). על
 הנימוק שנשים אינן חייבות בתפילה בציבור נעמוד להלן, בדברינו באשר
 למצוות עשה שהזמן גרמן.

לפי ההלכה, לשם קיום חובת תפילה בציבור, יש צורך כ"מנין",
 היינו עשרה גברים, ורק כ"מנין" נאמרים "דברים שכדושה" (מגילה,
 כג, ב), היינו תפילות וברכות שמקדשים בהם את השם, כגון תפילת
 קדיש, ו"ברכו" ו"קדושה", וכן תזרת הש"ץ (= שליח-ציבור) את תפילת

שמונה עשרה. נשים אינן נמנות על הרכב "מנין" של עשרה, ולהלן נעמוד על טעמו של דבר. גם לענין דברים נוספים, כגון נשיאת כפים (= על ידי הכהנים), ברכת הזימון בעשרה, ועוד, צורך יש במנין של עשרה גברים, אך נחלקו הפוסקים בטעמו של דבר (ראה רמב"ם, הלכות תפילה, פרק ה, הלכות ד-ו; שלחן ערוך, אורח חיים, סימן נה, סעיף א וסימן סט, א; וראה על כל הנ"ל במפורט באנציקלופדיה תלמודית כרך ו, בערך "דבר שבקדושה", עמ' תשיד ואילך).

נשים אינן נמנות על הרכב "מנין" הנדרש, כאמור, פרט לענינים מסוימים ומטעמים מסוימים, לפי דעותיהם של חכמי הלכה שונים, מבין הראשונים והאחרונים. דרך משל - לענין קריאת המגילה וברכת "הרב את ריבנו" שלאחר הקריאה (ראה רמב"ן, מלחמות ה', על הרי"ף, מגילה, ה, א; מאירי, ברכות, מז, ב; ר"ן על הרי"ף, מגילה יט, ב, ד"ה הכל כשרין, ועוד); לענין קידוש ה' בפרהסיא (ראה הרב ר' ראובן מרגליות, מרגליות הים, סנהדרין, עד, ב, סימנים ו, כז, ומקורות שמביא שם); לענין ברכת הגומל (ראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן כט, במשנה ברורה, סעיף קטן ג, ומקורות שמביא שם; וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, עמ' שיח-שיט, בערך "ברכות הודאה"), ועוד; ולא כאן המקום להאריך (וראה מאמרו המפורט של הרב אריה פרימר, *Women and Minyan*, in: *Tradition* 23(4) 1988, p. 54 etc. *Women at prayer*, p. 13-56).

"מצוות עשה שהזמן גרמן"

22. בקשר לשאלות שבנושא סוגיתנו, זיהנימוקים שביסודן, מן הראוי לעמוד על העקרון שבהלכה, לפיו נשים פטורות מקיום מצוות עשה שהזמן גרמן, היינו שכיצוען תלוי במועד ובזמן קבוע (כיום ולא בלילה,

במועדים מסוימים כיום, כימים וכחגים מסוימים, וכיוצא באלה; משנה קידושין, פרק א, משנה ז; קידושין לב, א; רמב"ם, הלכות עבודה זרה, פרק יב, הלכה ג; הלכות ציצית, פרק ג, הלכה ט; שולחן ערוך, אורח חיים, סימן יז, סעיף כ). בטרם נעיין בהסברה של הלכה זו, מן הראוי להעיר כי בעולמה של הלכה מצויים לא מעט יוצאים מן הכלל לכלל זה, ונשים חייבות במספר ניכר של מצוות עשה שהזמן גרמן - כגון אמירת (או שמיעת) קידוש כשבת, אכילת מצה כליל ראשון של פסח ועוד (ברכות כ, א-ב; קידושין לד, א; סוכה, כח, א ועוד; וראה, S. J. Berman, "The Status of Women in Halakhic Judaism" Tradition 14, 11-13 (1973).

לפטור זה ניתנו נימוקים שונים (ראה, לדוגמה, הרב אלינסון, בין האשה ליוצרה, האשה והמצוות, ספר ראשון, מהדורה שניה, ירושלים, תשמ"כ, עמ' 30 ואילך; הרב ברמן, שם). הדעה המקובלת היא שמטרתו של פטור זה היא כדי להקל על האשה במילוי תפקידיה, ולא בשל נחיתותה ביחס לגברים. בעולמה של יהדות התפקיד המרכזי שנועד לאשה הוא בנין הבית והמשפחה - "כל כבודה בת מלך פנימה" (תהלים, מה, יד); 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).

נציין לדברים שנאמרו על ידי הרב ר' משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים כדורנו, בדיונו בנושאים שבסוגיתנו (אגרות משה, אורח חיים, חלק רביעי, סימן מט). וזה לשונו:

"כי סתם נשים בעולם אינן עשירות ועליהן מוטל גידול הילדים והילדות, שהיא מלאכה היותר חשובה, להשם יתכרך ולהתורה... .

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

שלכן, אף אם ישתנה סדור החיים בעולם גם לכל הנשים ולעשירות בכל הזמנים, ואף כשאפשר למסור הגידול לאיזה אינשי ונשי ככמדינתנו - לא נשתנה דין התורה ואף לא דין דרכנן".

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

"צריך לדעת, כי אין זה כשכיל שנשים פחותות כמדרגת 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 כלשון: '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.

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

והרכה מהנשים שהיו נביאות ויש להן כל דיני נביא שבאנשים.

ובהרכה דברים נשתחו, בין בקראי (=פסוקים) בין בדברי תז"ל, עוד יותר מלאנשים.

ולכא שום זלזול בכבודן ובכל דבר, בזה שנפטר 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 ופרשניה של תורה, החי בסופה של המאה ה-15, כדור גירוש ספרד. ואלה דבריו (עקידת יצחק, בראשית, השער התשיעי):

"והנה בשני השמות - 'אשה', 'תוה' - נתבאר שיש לאשה שתי תכליות:

האחד מה שיורה עליו שם 'אשה', כי מאיש לוקחה', וכמוהו תוכל להכין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות, וכאשר יורה פשט פרשת 'אשת תיל' (משלי לא).

והשני עניין ההולדה... וגידול הבנים, כאשר יורה עליה שם 'תוה' - 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 בכיתי ובחומותי יד ושם, טוב מבנים ומכנות' (ישעיה, נו, ה), כי ודאי עיקר תולדותיהם של צדיקים מעשים טובים [= רש"י בראשית ו, ט, ד"ה 'אלה תולדות נח']. על כן חרה אף יעקב כרחל, כאשר אמרה: 'הכה לי בנים ואם אין מתה אנכי' (בראשית, ל, ב), לגעור בה ולהשכילה כזה 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 האשה, שכבעלה, כך היא - "תוכל להכין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות"; והתכלית הקטנה, השניה, הוא ענין ההולדה וגידול הבנים. סדר הדברים מענין ומאלף, והוא חורג ממה שמקובל היה בעולמה של הגות באותם ימים (וראה עוד הרב אברהם ווייס, *Women at Prayer*, 1990, עמ' 5-11).

נימוק מאלף, מיוחד בטבעו, ניתן על ר' שמשון רפאל הירש, בעל

אסכולת "תורה ודרך ארץ" (בפירושו לתורה, ויקרא, כג, מג):

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

23. "הפטור" מחיוב קיום מצוות עשה שהזמן גרמן - כגון תפילה בציבור, תקיעת שופר (בראש השנה), נטילת לולב (בסוכות), אינו שולל, איפוא, מהאשה את הרשות לקיים את מצוות העשה אם תרצה בכך, וכפי שראינו, לדעת פוסקים רבים, כאשר האשה מקיימת מצות עשה שהזמן גרמן, אזי רשאית היא גם לברך את הברכה המתאימה שנאמרת על ידי הגברים: "... אשר קדשנו במצוותיו וצונו" (תוספות קידושין, לא, א, ד"ה דלא מפקידנא; רמב"ן, שם, ד"ה מאן דאמר לי; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה כתבו בתוספות; הראב"ה, חלק ב, סימן תקצ"ז). אכן, כאמור לעיל, אשה הנאה להתפלל בציבור אינה נחשבת על מרכיבי ה"מנין" של עשרה. ניתן לכך, בין היתר, נימוק סביר והגיוני, והוא שמי שפטור מן המצוה אינו יכול להימנות על ההרכב הדרוש והמחייב כדי ליצור מנין של עשרה. בגלל אותו נימוק גופו, דרך משל, גם נבר שפטור מקיום מצוות - כגון שמת עליו קרובו שצריך לשבת עליו "שבעה" והנפטר טרם הובא לקבורה - נחשב ל"אונן" מעת הפטירה ועד להבאת הגפטר לקבורה, ובתקופה הזו הנו פטור מקיום מצוות בגלל אכלו 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 על מרכיבי הרכב של "מנין" (שיירי כנסת הגדולה, אורח חיים, סימן נה, הגהות בית יוסף,

אות ד; שו"ת פרח מטה אהרון, חלק א, סימן יט; שו"ת שכות יעקב, חלק ב, סימן כה). ומשום כך נשים נמנות על הרכב "מנין" לענין דברים שהן מחויבות בהם, מנימוק זה או אחר (כגון לענין קריאת מגילה, קידוש ה' בפרהסיה ועוד (ראה דברינו לעיל; וראה ווייס, שם, עמ' 44-55).

"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 התנהלה כולה 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 במנין של גברים, היינו כאמירת קדיש, "ברכו" וכיוצא באלה. ברור כי עמדה 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"מנין" 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 "מנין" גברים. אך לענין שני נושאים, ככל שנוגע לנושא עתירתן, נוהגות הן "קבוצות התפילה" כפי שנהוג ב"מנין" הגברים, והוא - שמתעטפות הן בטלית וציצית, וקוראות הן בתורה, מבלי לברך

ו"לעלות" לתורה, כנהוג ב"מנין" הגברים.

25. כאמור, הנשים הנמנות על "קבוצות התפילה" אינן נוהגות כדרכן של העותרות בכג"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 על היהדות האורתודוקסית תומכים ב"קבוצות תפילה" אלה. אך חלק אחר מהרבנים הנמנים על היהדות האורתודוקסית, שאף המה מודעים לתפקודה התכתי וההשכלתי של האשה שומרת תורה ומצוות כימינו ומעודדים אותה לכך, חולקים על דרכן זו של "קבוצות התפילה", ורואים בהן פגיעה חמורה 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 ביניהם, מצויים כאמור חילוקי דעות חריפים, הנאים לידי ביטוי בכתיבה עניפה למדי, שמקצתה נזכיר להלן ונעמוד על אי אלה פרטים שבהן. חילוקי דעות אלה חריפים הם עוד הרכה יותר, כיום הזה, בינן לכין הרוב המכריע של היהדות האורתודוקסית, השולל שלילה מוחלטת את "קבוצות התפילה", ורואה בהם פגיעה חמורה בדיני ההלכה ובעולמה. על טיבם ומהותם של חילוקי דעות אלה נעמוד בהמשכם של דברים. אך בטרם נעיין בכך, נאמר בקצרה דברים אהדים על התעטפות בטלית וכציצית וקריאת התורה על ידי נשים.

התעטפות נשים בטלית

26. נשים פטורות מלבישת ציצית ומהתעטפות בטלית, על שום שמצווה זו

נמנית על מצוות עשה שהזמן גרמן, מאחר והחיוב בה הוא לפרק זמן מוגבל (שעות היום, ולא בלילה). אך כפי שאמרנו לענין מצוות עשה שהזמן גרמן שנשים פטורות מלקיימן, אך מותרות לקיימן, כך הוא גם לענין מצוות ציצית, והרמב"ם אף מביא עקרון כללי זה בהקשר למצוות ציצית. וזה לשונו (רמב"ם, הלכות ציצית, פרק ג, הלכה ט):

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

וכן היא דעת הראב"ד (כהגהות הראב"ד, שם); ומוסיף שיש לנשים גם רשות לברך על קיום המצוות (וראה עוד דברי הראב"ד בפירוש לספרא, ויקרא, פרשתא ב).

מתוך כך, אנו עומדים גם על חילוקי דעות בעולמה של הלכה באם נשים, שמקיימות מצוות עשה שהזמן גרמן מרצונן, רשאיות לברך על עשייתן של מצוות אלה. בדברינו הקודמים עמדנו על דעת אלה מחכמי ההלכה, וכראשם רבינו חס, מגדולי בעלי התוספות, שרשאיות הן לברך "אשר קדשנו במצוותיו... וצונונו", וכך היא גם דעת הראב"ד כאן לענין נשים המתעטפות בציצית שרשאיות הן לברך על כך. לעומת זאת, דעת הרמב"ם היא; כאמור, שרשאיות הן להתעטף בציצית אבל בלי ברכה, וזוהי שיטה שונה, שרבים מגדולי ההלכה, במיוחד מבין חכמי הספרדים, נקטו בה (וראה עוד דברינו להלן).

וכן קובע הרב ר' משה פיינשטיין כתשובתו האמורה (אגרות משה, אורת חיים, חלק רביעי, סימן מט), כי כשם שנשים רשאיות לקיים מצוות עשה שהזמן גרמן, ולברך עליהן, כך גם לענין מצוות ציצית - "שייד לאשה שתרכה ללכוש בגד שיהיה בצורה אחרת מכגדי אנשים, אבל יהיה כד'

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 נצטוה.

אבל מכיון שאינו לכוונה זו אלא מצד תרעומתה על תורתו, אין זה מעשה מצוה כלל אלא אדרכה מעשה איסור, שהאיסור דכפירה שחושבת דשייך שיהיה איזה חלוף כדיני התורה היא עושית גם כמעשה שחמיר".

דרישת כוונה זו של קיום המצוה מתוך מטרה לקיימה, ולא מתוך מניע של אי התחשבות בדין שנהלכה בגלל "שיקולים זרים" של התנגדות עקרונית לעצם הפטור על שום שפוגע הוא באשה, משמשת היא יסוד מוסד בעולמה של הלכה, בהתקנת חקנות, בהנהגת מנהגים, והכנסת שינויים בהם. בעלי הדין הגישו לנו מכתב שנכתב על ידי הרב טנדלר, נכדו של הרב ר' משה פיינשטיין, המכהיר את גישת סבו, באשר לחשש הגדול שמגיעיהם של קבוצות התפילה נובע מהשיקולים הזרים כאמור, וההיתר לעטיפת טלית הנה אך ורק כאשר ברור כי "כוונתן לשם שמים, כלי שום ערעור על תורת ישראל ומנהגי ישראל".

נימוק זה נמנה הוא על התפיסות הערכיות שבעולמה של הלכה, שמשמשות גורם נכבד במדיניות פסיקתה של ההלכה בכלל, ובנושאים רגישים ומיוחדים כגון זה שכפנינו - כפרט. ועוד נדון בכך בהמשכם של דברים.

כדורות הראשונים והאחרונים, היו נשים שנהגו להתעטף בציצית, ולכרך עליה, על דעתם של חכמים (ראה י.ז. כהנא, חשובות ופסקים מהר"ם מרוטנבורג, פסקים ומנהגים, עמ' קמא, סימן כד; שו"ת צמח צדק,

לאדמור השלישי כשולת חכ"ד, חלק אורח חיים, סימן ג, שם מצוי דיון מפורט ומלא בנושא; הרב י. מ. טולידאנו, נר המערב, עמ' 155; וכן ראה ש. אשכנזי, האשה באספקלרית היהדות, תשי"ג, חלק א, עמ' קלז). יחד עם זאת, לא נהגו נשים, לפחות בדורות האחרונים, ללבוש ציצית ולהתעטף בטלית, בשונה ממצוות אחרות שהזמן גרמן - כתקיעה בשופר, נטילת לולב וישיבה בסוכה שנוהגות הן לקיימן. הטעם לכך יסודו נעוץ כמנהג, המוזכר לראשונה על ידי המהרי"ל (שו"ת מהרי"ל ל החדשות, ירושלים, תשל"ז, אורח חיים, סימן ז, עמ' יג-יד) שנשים תמנענה מכך. המנהג הובא ברמ"א (שולחן ערוך, אורח חיים, סימן יז, סעיף ב), אשר זה לשונו:

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

מתוך דבריהם של חלק מכין הפוסקים האחרונים עולה אכן שהמנהג כיום הוא שאין נשים מתעטפות כציצית (כף החיים, אורח חיים, סימן יז, סעיף קטן ח; ערוך השולחן, אורח חיים, סימן יז, סעיפים ב-ג, וראה שם הסברו של בעל "ערוך השולחן" לדברי הרמ"א ש"מתזי כיוהרא", וסיום דבריו: 'ולכן אין מניחים לנהוג מצוה זו, וכן המנהג, ואין לשנות'; הרב ש. ישראלי כמאמרו "נשים בקיום מצוות" בתוך: האשה וחינוכה, הוצאת "אמונה", תש"ס, עמ' 29; וכן ראה מייזלמן, שם, עמ' 44-45, 152-154). למען שלמות הדיון יש להוסיף גם את האמור בתרגום יונתן בן עוזיאל על הפסוק בתורה (דברים, כב, ה): לא יהיה כלי גבר וכו', אך נימוק זה לא נתקבל על דעת רוב הפוסקים (וראה תשובת ר' משה פיינשטיין, עליה עמדנו לעיל, וכן הדיוק בדבריו האמורים: כגד שיהיה בצורה אחרת מכגדי אנשים). מן הראוי להעיר, כאשר לנימוק של "מיחזי כיוהרא", כי לענינים אחרים שבקשר אליהם מובא נימוק זה בעולמה של הלכה, לא תמיד היה כו כדי להביא לכלל איסור המקובל על

הכל. כך, דרך משל, חלק מגדולי הלכה ומקובלים, כגון רבי יצחק לוריא, האר"י, הורו שאין ללבוש ציצית מחוץ לכגדים מטעם יוהרא, וחכמי הלכה אחרים הורו שלא להניח תפילין של רבינו תם משום יוהרא; לענין שני הדברים, וכמיוחד לענין הראשון שלא ללבוש ציצית מעל לכגדים, חלק ניכר משומרי תורה ומצוות כימינו אינם נוהגים כך (וראה על הנ"ל כמפורט בדבריו של הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחיה דעת, חלק ב, סימן א).

קריאה כתורה ע"י נשים

27. לדעת רוב הפוסקים, נשים פטורות ממצוות קריאת התורה כוון שנחשבת היא למצווה עשה שהזמן גרמא (תוספות, ראש השנה, לג, א, ד"ה הא רבי יהודה הא רבי יוסי; וראה שם דיון מפורט כרוכ נושאי סוגית דיוננו; ר"ן על הרי"ף, מגילה כג, א, ד"ה הכל עולין למנין שבעה; שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן קנ"ח; ערוך השולחן, אורח חיים, סימן רפב, סעיף קטן ו).

לשם כירור נושא זה שבדיוננו מן הראוי לעיין, בקצרה, בהנמקותיו של בעל ערוך השולחן (שם). כתחילת דבריו אומר הוא שמצוי מקור בהלכה שהימנו ניתן להסיק שנשים כן חייבות בשמיעת קריאת התורה:

"ודע, דנמצא כמסכת סופרים (פרק ית, 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 ראיה 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 שכעה (= 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 שהזמן 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 תורה שהם דברי כבושין".

כוונת הדברים היא לאמור בספר דברים, פרק לא, פסוקים י-ג,

ומן הראוי להביאם במילואם, מאחר שהאמור בהם שימש כאחד המקורות

המובאים בהקשר לנושא דיוננו. וכך נאמר בפסוקים האמורים:

"ויצו משה אותם לאמור: מקץ שבע שנים כמועד שנת השמיטה כחג 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.

וכניהם 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, איפוא, שאין באלה כדי להוכיח

קיום חיוב לנשים בקריאת התורה. וכך מסיים הוא את דבריו:

"אבל שנאמר, שמחוייבים בכל שנת בקריאת התורה - וודאי הוא מילתא דתמיה (= דבר תמוה), ומעשים בכל יום יוביחו; ועל פי רוב אי אפשר להן לשמוע. אלא ה'מסכת סופרים' אומר, על דרך המוסר, בזמן שהיו מתרגמים, שנכון לתרגם

לפניהן ולפני התינוקות להשריש בלכך יראת ה'
ואהבתו יתברך".

וכן ראה "משנה ברורה", שם, שם, סעיף קטן יב.

לעומת דעה זו, עולה מדבריו של בעל "מגן אברהם" (על שולחן
ערוך, אורח חיים, סימן רפב, סעיף קטן ו), לכאורה, שניתן להסיק
מהמקורות המובאים בערוך השלחן שנשים חייבות בקריאת התורה.

לאחר שהמגן אברהם מביא את האמור במסכת מגילה, כג, א, ש"הכל
עולין לשבעה" (ראה לעיל), והפרושים 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, בסוגיא זו, לצורך דיוננו. ומתוך נמוק
זה גופו לא מצאנו מקום לדון באמור במסכת מגילה, שם, וכרמכ"ס,
הלכות תפילה פרק יב, הלכה יז, ובשו"ע, אורח חיים, סימן רפב, סעיף
ג, בענין הנימוק של "כבוד הציבור" (כדבר משמעותו של נימוק זה, ראה

דיון מפורט אצל ווייס, שם, עמ' 67-83; וכן ראה מייזלמן, שם, עמ' 140-146).

מצות קריאת התורה מוגדרת כמצות עשה שהזמן גרמא, על שום שמוחמת היא לזמנים קבועים. נשים אינן מצטרפות, איפוא, להרכבת "מנין" של עשרה לקריאת התורה, כשם שאינן מרכיבות "מנין" לתפילה. אך מותרות הן בקריאת התורה, משמדובר ב"קבוצת תפילה" המורכבת כולה מנשים, ואופיה של קריאה זו. השאלה העולה היא כאשר לברכת "ברכו", שהותקנה על ידי חכמים בעת קריאת התורה, שהיא נמנית על "דברים שבקדושה" (ראה לעיל). דיונים רבים הביאו להצעות שונות בקשר לברכה אחת הנאמרת בפני קריאת התורה, והיא נאמרת לפני תפילת שחרית, שניתן, איפוא, לאמרה. כאמור, בעתירתן של העותרות בכג"צ 2410/90 שמבקשות לקיים קבוצת תפילה תוך שמירת דיני ההלכה, נאמר שהן "קוראות מספר תורה אשר הן נושאות עמן", אך - "אין הן מקיימות סדרי קריאת התורה, ולא מכרכות או 'עולות' לקרוא בתורה" (לעיל, פסקה 11); אשר על כן איני רואה מקום להאריך מעבר לכך. נציין למה שנאמר במכתבו האמור של הרב טנדלר, עליו עמדנו בדכרינו לעיל, לאחר שהדגיש את התאורטיות כדבר עצם אפשרות קיום "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 שעדיין לא ברכו - יברכו לעצמן".

וכן ראה בסיומו של המכתב האמור: "ואין איסור גמור לאשה נידה מלהסתכל או ליגע בספר תורה, גם שנכון להחמיר, מכל מקום נתפשט שמקילות בזה" (וראה רמכ"ס, הלכות ספר תורה, פרק י, הלכה ח; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רפכ, ט; וראה דברי הרמ"א על שולחן ערוך,

אורח חיים, סימן פח, א, ודיון בקשר לכך אצל ווייס, עמ' 85-98).

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 כמערכת ההלכה, שתפקיד מיוחד נועד לו בנושא הסוגיה שבפנינו.

א. על המנהג כאחד מהמקורות המשפטיים היוצרים והקובעים במשפט העברי דנתי בהרחבה במקום אחר (ראה המשפט העברי, מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 713 ואילך). המנהג יכול ויעיד על קיומו של דין משכבר הימים, שבא בשעתו לעולמה של הלכה בדרך המדרש, התקנה וכיוצא באלה, ויכול וישמש הוא עצמו מקור יוצר לדין, בנסיבות מסוימות ולאחר מילוי תנאים מסוימים; השוני שבכוחו של המנהג בענינים שכאיסורא 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 המשפט העברי, שם). לא כאן המקום להאריך בנושא גדול ורחב היקף זה. רק עוד זאת נציין, שהמנהג כשם שיכול גיהיה כללי כך יכול ויהיה מקומי, היינו מוגבל למקום או מקומות מסוימים, כאשר גורמים שונים, לגיטימיים, משפיעים על כלליותו או מוגבלותו, וכן עשוי הוא מעצם טבעו להשתנות, לפי המקום והזמן, הכל לפי קיומם של גורמים לגיטימיים, שכמקום ושכזמן, המצדיקים שינוי זה (ראה המשפט העברי, שם; מנחם אלון (עורך), מפתח השאלות והתשובות של חכמי ספרד וצפון אפריקה, הוצאת המכון לחקר המשפט העברי, המפתח המשפטי, ירושלים תשמ"ו, כרך א, ערך "מנהג", עמ' 230-233; וראה עוד ספרו המקיף והמפורט של פרופ' דניאל שפרכר, מנהגי ישראל, מקורות ותולדות, חלק א, תשמ"ט-1989, ושם, עמ' ס-סא,

והערה 18; חלק ב, תשנ"א-1991).

ב. בנושא סוגיתנו אומר על כך הרב צבי שכטר ("צאי לך בעקבי הצאן", פורסם ב"כית יצחק" כרך יז, תשמ"ה, 118, בעמ' 127):

"מעולם לא שמענו ולא ראינו הנהגה כזו, שיסדרו קריאת התורה וקריאת המגילה לנשים לכדן, וכן שיסדרו הקפות לנשים לכדן, ועלינו מוטלת החובה להמשיך כמסורת 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 ולכדות מליבנו אופני הנהגות מחודשות... ולא זו בלבד שעלינו להמשיך במסורת אבותינו, אלא איסורא נמי איכא לשנות במנהגים. ואף דקיימא לן' דלא ראינו אינה ראייה', מכל מקום כבר ביאר הש"ך ליוורה דעה (סימן א', ס"ק א')... דהנהגה כזו קובעת על כל פנים את המנהג... וממילא יש בהנהגות האלו איסור משום שינוי במנהג" (שם, עמ' 128-129).

קביעה זו אינה נקיה מספק. לא כל אי מציאותו של מנהג מהוה ראייה של "הסדר שלילי"; בנסיבות מסוימות יש כאן משום "לאקונה", שמקום יש למלא אותה, כהגיע השעה והצורך לכך, כמובן אם אין בכך משום איסור הלכתי.

ג. דוגמא מעניינת לכך מצויה בשתי תשובות שניתנו על ידי הרב ר' יחיאל וויינברג, מחשובי הפוסקים בדורנו, בעל מחבר שו"ת שרידי אש, כחלק שלישי, סימנים צג ו-צו. הרב שכטר, כסימוכין לדבריו, מכיא תשובה אחת משתי תשובות אלה - זו שבסימן צו - כסימוכין לדבריו (שם, עמ' 128), אך מתוך השוואת האמור בשתי התשובות האמורות, עולה מסקנה שונה. נעיין קמעא, כקצירת האומר, בדבר.

כתשובה 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, כמיוחד לענין מילתו של גדול. כתשובה האחרת - זו שבסימן צג - נשאל הרב ר' יחיאל וויינברג בדבר קיום חגיגת בת מצוה לכת בהגיעה לגיל מצוות, כשהיא בת 12, כשם שמאז ומעולם נהגו לחגוג כר"מ מצוה לכן בהגיעו לעול תורה ומצוות, משמלאו לו 13 שנים. לענין זה תשובתו היא חיובית, וכי יש לקיים חגיגת בת מצוה גם לכת. המשותף לשני הענינים שבשתי התשובות הוא הכנסת נהג חדש, לענין ברית מילה ולענין חגיגת בת מצוה. את תשובתו השלילית לענין שמוש בסם שינה בעת ברית המילה מנמק ר' יחיאל וויינברג, כתשובה ארוכה ומפורטת, ככך, שאפשרות זו קיימת היתה מקדמת דנא, עוד כתקופת התלמוד, אך הוכחה 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 מצוה, תשובתו היא חיובית. ומאלפים מאוד הם נימוקיו לתשובה זו. אכן, גם חגיגת בת מצוה לא היתה נהוגה בדורות עברו, ומתוך כך -

"ויש טוענים נגד ההיתר של חגיגת הכת מצוה, משום שהוא נגד מנהג הדורות הקודמים, שלא נהגו מנהג זה" (שם, עמ' רצז, טור ראשון).

טענה זו נדחית על ידו. וכל כך למה?

"אבל כאמת אין זו טענה כי בדורות שלפנינו לא הצטרכו לעסוק בחינוך הכנות, לפי שכל אחד מישראל היה מלא תורה ויראת שמים, וגם האויר (= האוירה) בכל עיר ועיר בישראל, היה מלא וממלא 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 לכנות כמו לכנים, 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 כנות 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.

והפליה זו שעושים בין הכנים והכנות בנוגע לחגיגת הכנרות פוגעת קשה ברגש האנושי של הכת הכוגרת" (שם, עמ' רצז, טור שני).

ואשר לחשש של "שיקולים זרים" בהכנסת מנהג חדש זה של חגיגת

כר מצוה - היינו חיקוי למנהגי הגויים וכיוצא באלה, מוסיף הוא

ואומר:

"ואלה מאחינו שהנהיגו זה מחדש חגיגת כת מצוה אומרים, שהם עושים כן כדי לתזק כלב הכת, שהגיעה למצוות, רגש אהבה ליהדות ולמצוותיה, ולעורר בה רגש הגאון על יהדותה ועל היותה בת לעם גדול וקדוש. ולא איכפת לנו מה שגם הגויים חוגגים חגיגת הקונפרמציון בין לכנים ובין לכנות, הם בדידהו ואנן כדידן (= הם בשלהם ואנחנו בשלנו), הם מתפללים וכורעים בכנסיות שלהם, ואנחנו כורעים ומשתחווים ומודים לפני מלך מלכי המלכים הקדוש כרוך הוא" (שם, עמ' רצז, טור ראשון).

ד. סיכומם של דברים. מנהג שכא לסטות ממנהג קודם ששלל את המנהג

שכמבקשים להחדש - כגון לענין אמצעי הרדמה בכרית מילה - ושאינו

מוצדק כשל שינויים חברתיים ואידיאולוגיים לגיטימיים בעולמה של

הלכה, אין לנהוג לפיו, שהרי זהו כוחו של מנהג, שהיה לדין, ואין כל

הצדקה עניינית-הלכתית בשינויו. לעומת זאת, הכנסת מנהג חדש - כגון חגיגת בת מצוה לכת - שאיננו נוגד את הדין, ואי קיומו בעבר נבע ממצואות חברתית-אידיאולוגית מסוימת שכיום הזה השתנתה לחלוטין (ראה גם דברים שהובאו על ידינו לעיל - פסקה 19 - כפרשת נגר ושקדיאל בענין השוני שחל בתפקודם החברתי והשכלתם של נשים כדורנו), מן הנכון ומן הראוי שיתקבל, לגופו של ענין וכדי למנוע כדורנו, כדבריו האמורים של הרב ר' יחיאל וויינברג - "הפליה זו שעושים בין הבנים והבנות בנוגע לחגיגת 'הכרות' (= שהיא) פוגעת קשה ברגש האנושי של הבת הנוגרת".

על הנחנה מהותית זו בדרכו של המנהג לאור שתי תשובותיו האמורות של הרב וויינברג, עמד תלמידו הרב פרופ' אליעזר ברקוביץ בספרו *Jewish Woman in Time and Torah*, ניו ג'רסי, 1990, בעמ' 79-81, בהסיקו מכך (שם, עמ' 81) גם לענין "קבוצות התפילה" של נשים, לפי הסייגים שנהגו לפיהן, כאמור בדברינו לעיל.

ה. שאלת הנהגת חגיגת בת מצוה בהגיע הבת לגיל שתיים עשרה נידונה גם על ידי הרב ר' משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, אורח חיים, סימן קד). בתשובתו מפקפק הוא כעצם נכונות הכנסת המנהג של חגיגת בת מצוה, ואין. הוא רואה בחגיגה זו משום "דבר מצוה וסעודת מצוה, כי הוא רק כשמחה של יום הולדת בעלמא". הרב ר' משה פיינשטיין אוסר באופן מוחלט לקיים חגיגת בת מצוה בבית הכנסת, ומתיר לערכה רק בבית; לכך מוסיף הוא, כפי שראינו כבר בתשובותיו הקודמות, גם את השיקול שיש בחגיגה זו משום שיקול זר של חיקוי למה שנהוג 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 אם בבית פרטי או כאולם הסמוך לבית

הכנסת" (שם, עמ' רצז, טור א), 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-המצוה לא תתקיים בבית הכנסת. הנימוק הוא על שום שבחיקוי זה מדובר בחיקוי שיסודו בתנועה הרפורמית שביקשה, והביאה אצל אלה שנימנו עליה, לביטול הלכות עקרוניות ביותר בעולמה של יהדות, ובין היתר "מחקו מסידור התפילות כל זכר לשיבת ציון וסדר העבודה לירושלים" (סימן צג, שם, עמ' רצח; וראה עוד בג"צ 47/82, קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פד"י מג(2) 661, דיוננו המפורט בעמדתה של התנועה הרפורמית, אז וכיום, שאינה מכירה במערכת ההלכה כמערכת נורמטיבית מחייבת, גם בדברים עקרוניים ביותר בעולמה של יהדות; שם, עמ' 709-705; וראה שם, שו"ת שרידי אש, סימן צג, תשובה מאלפת בשם הרב פרופסור ר' דוד צבי הופמן, מחשובי הפוסקים בדור שעבר, בשו"ת מלמד להועיל, אורח חיים, סימן טז, בענין איסור עוגב בבית הכנסת, משום שיקול זה של חיקוי שלילי). סייג זה, שהסכים לו גם הרב ר' יחיאל וויינברג, יסודו גם בזהירות המיוחדת הדרושה בשינוי מנהגים בבית הכנסת, כפי שנעמוד על כך להלן.

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

"... נראה בודאי שיש מצוה לערוך סעודה ושמחה לכת מצוה, על פי מה שכתב מהרש"ל (= ר' שלמה לוריא, מגדולי ההלכה במאה השש עשרה בפולין)

בספר ים של שלמה (פרק ז, כבא קמא, סימן לז),
 שסעודת בר מצוה אין לך סעודת מצוה גדולה מזו.
 והכי נמי (= וכך גם) בת שמתחייבת בכל המצוות
 שהאשה חייבת בהן, והוה לה (= והריהי) מצוה
 ועושה, שפיר יש לעשותו יום טוב, ומצוה נמי
 איכא... " (שו"ת יביע אומר, חלק שישי, חלק
 אורח חיים, סימן כט, סעיף ד).

באותו נושא דן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף גם במקום אחר

(שו"ת יחווה דעת, חלק שני, סימן כט), ושם מוסיף הוא ואומר (כעמ'

קיא):

"ובאמת שמניעת חגיגות לבנות מצוה, נותנת יד
 לפושעים לקטרג 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, שאין בכך משום חיקוי לחוקות הגויים, ואי קיום

חגיגת בת מצוה יש בה משום הפליה לגבי הבת ומשום פגיעה קשה ברגש

האנושי שבה.

בהמשך הדברים מסתמך הרב ר' עובדיה יוסף על חשוכות נוספות

מבין חכמי הלכה ספרדיים בני זמננו; וביניהם הרב ר' עובדיה הדאיה

(שו"ת ישכיל עבדי, חלק ה, חלק אורח חיים, סימן כח) שסובר כך, וכן

עולה מדברי הגאון רבי יוסף חיים בספר בן איש חי (ראה שו"ת יביע

אומר ויחווה דעת, שם).

הרב עובדיה יוסף מתיחס לדעתו של הרב ר' משה פיינשטיין שמפקפק

בנכונות המנהג של חגיגת בת מצוה, 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, ככל המצוות שהאשה חייבת בהן, כודאי
שיש כזה מצוה... " (שו"ת יכיע אומר, שם; וראה
בשו"ת יחווה דעת, שם - עמ' קי-קיא - שחולק על
דברים נוספים שכתב הרב ר' משה פיינשטיין
בנושא זה להצדקת עמדתו; עיין שם).

וכך מסכם הראשון לציון הרב עובדיה יוסף את פסיקתו (יחווה

דעת, שם):

"המנהג שנוהגים לעשות מסיבה חגיגית וסעודת
הודאה ושמחה לכת מצוה כיום מלאת לה שתיים עשרה
שנה ויום אחד, הוא מנהג טוב והגון. וטוב
שיאמרו שם דברי תורה, ושירות וחשבנות 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
מתיחס לדבריו של ר' יחיאל וויינברג שלא לקיים את שמחת בת המצוה
בבית הכנסת.

בהקשר לכך מן הראוי להביא דברים שאמרנו בקשר לדעתו של
הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל ז"ל, כאשר לדעתו שיש
ליתן לנשים זכות כחירה, בדומה לגברים, למוסדות השונים של הציבור.
וכך נאמר בפרשת שקדיאל (כג"צ 153/87, פד"י מב(2) 221, בעמ' 257):

"מאלפת היא דרכו של הרב עוזיאל בהכאת ראיות
'עקיפות' מרוחה של ההלכה, ראיות המצניעות על
מדיניות הפסיקה הרצויה. לפי ההלכה, המביא
קורבן סומך ידיו על ראש הבהמה. וכעניין 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 זכחי שלמים והוצאנוהו לעזרת נשים
(בכית 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 הכהמה - קל וחומר, ממשיך
ואומר הרב עוזיאל, שכך יש לנהוג לעניין מתן
זכות בחירה לנשים, שאין שום איסור מצד הדין,
'והמניעה מלשתפן (בבחירות - מ' א') תהיה להן
לעלבון והונאה'".

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

ז. כך דרכו של המנהג כמקור יוצר בעולמה של הלכה. המנהג יסודו
בעקרונות מקובלים בעולמה של הלכה, בדיניה ובערכיה. בימינו, משכנות
ישראל לומדות ומלמדות, יודעות את הדין ואת דרכי ההלכה, מן הראוי
שממגיעה היא למצוות - שמאורע זה ייחגג, כפי שכך הוא אצל בניס. 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, יכול ותהא משמעות גם לחשש
זה, לאחר בדיקה ועיון זהירים וראויים. ועל כך עוד נעמוד בהמשכם של
דברים.

שינוי מנהג בכית כנסת

29. זהירות מיוחדת מצויה בעולמה של הלכה משמדובר בהכנסת מנהג חדש
בכית הכנסת. עוכדה זו באה לכלל ביטוי בקשר למנהג של "קבוצות
תפילה", שמהוה נושא מרכזי בנושא דיוננו. "קבוצות תפילה" אלה

אכן, הכותל המערבי אינו חלק מבית המקדש עצמו, אלא הוא מחומות הר הבית שבו שכן בית המקדש. אך כמסורת 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) - אמר רבי יצחק: אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות שכבבל" (מגילה, כט, א; וראה בג"צ 4185/90 נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם, פסקה 5).

יהודים, בכל הדורות, ראו מעלה יתירה בקיום התפילה ליד מקום המקדש, ובמיוחד בסמוך לכותל המערבי - השריד היחיד שנותר ממנו (וראה בג"צ 4185/90 הנ"ל, פסקה 23, ועוד).

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 ההוא בכל מה דאפשר, כמו בית הכנסת על כל פנים - ונוסף לזה... כיון שהוא לפני המקום הקדוש והנורא... נשתדל ככל כוחינו לעשות... רצפה נאה, מהודר ומיובה... ומכל שכן לשמור מבזיון. בכל מה דאפשר... נקל וחומר מבית הכנסת... שכותל בית הכנסת מבחוץ כקדושת בית הכנסת".

זאת ועוד: במקום הכותל המערבי חלה המצוה 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).

וכך פסק הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף:

"המקום הזה כודאי צריך להיות לא פחות מכית כנסת שהוא בית מקדש מעט. כן גם לגבי הלכות בית כנסת... בודאי שכל מה שנהוג שם נהוג גם לגבי הכותל המערבי... יש לשוות לו לכל הפחות את החומרה של בית כנסת ומקדש מעט" (הכותל המערבי יוסביבתו בהלכה, בתוך: כותל המערבי, ירושלים תשל"ו, עמ' 9-13).

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 כבג"צ 257/89, ולא בצורה של "קבוצות תפילה", כמתואר כבג"צ 2051/90. היענות לעתירתם של העותרות יש בה משום שינוי מובהק של מנהג המקום בכית הכנסת, כפי שהתקיים במשך דורות על גבי דורות. כלל גדול הוא בעולמה של הלכה שאין לשנות מן המנהג "מפני המחלוקת" (פסחים, נ, א-ב). כלל זה נאמר לענין כל מנהג שבהלכה; קל וחומר שחל הוא לענין מנהג ממנהגי בית הכנסת; וקל וחומר כן בנו של קל וחומר שחל הוא לענין בית הכנסת שכרחכה לפני הכותל המערבי. וזוהי דעתם החד משמעית של הרבנים הראשיים לישראל, עליה עמדנו לעיל.

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

"נוסף לכך, מלכד 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 הזה, ואינו מקובל

בישראל, ומפני זה לחוד, הוי בניגוד לדיון, משום שמנהג ישראל תורה הוא.

כל זה אמור אפילו אם יעשו כן לעצמן כביתן שלהן. אכל כשכאות לשנות את ההלכה והמנהג בפני רבים, במקום קדוש ככותל המערבי, דבר שמעורר ריב ומדון וקטטות, יש בכך גם איסור של ריבוי מחלוקת בישראל, וכיזוי מקום קדוש".

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 ככותל המערבי, שהוא שריד בית מקדשנו ותפארתנו, מלבד שהוא התקדש בקדושה נוספת של מקום תפילת כל פה".

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

32. רבות נכתב ונאמר על החומרה הרבה שכגרימת מחלוקת, במיוחד בכתי כנסיות. נסתפק בציטוט מדבריו של בעל החפץ חיים (משנה ברורה, אורח חיים, סימן קנא, סעיף קטן ב):

"... וכל שכן שיש ליהרר בכית 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 לחוטא כינו לכין עצמו לחוטא בפלטין של מלך, לפני המלך.

ועוד תגדל הרעה כזאת שהוא מכשיל גם את הרבים כעונות החמורים הנ"ל, כי 'האי תיגרא דמיא לכדיקא דמיא' [= ראה סנהדרין, ז, א; תיגרה

זאת דומה לשטפון של מים], ומתחילה הוחל העוון באיזה אנשים, ולכסוף יתלקטו ויתחברו חבורות לריב איש ברעהו עד שנעשה כל בית הכנסת כמדורה גדולה, ובעוונותינו הרכים באין מזה כמה פעמים לידי חרפות וגידופין והלכנת פנים ברכים ולידי הכאות ומלשינות וגודל חילול שם שמים".

כלל גדול נקבע בעולמה של הלכה, במיוחד בתחום המנהגים, על פי האמור בתורה (דברים, יד, א): "לא תגודדו", שחכמים פירשוהו כאיסור חמור של עשיית "אגודות אגודות", מפני המחלוקת (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, עמ' 759; וראה שו"ת זכרון יהודה, סימן לז; שו"ת הריב"ש, סימן חקיב; תשכ"ץ, חלק ב, סימן רד; שם, חלק ג, סימן קעו; משפטי עוזיאל, חלק ג, חושן משפט, בסופו, עמ' רכח). והקפדה מיוחדת הקפידו חכמים על שינויי מנהגי בתי הכנסת מכוח הציווי של "לא תגודדו" (ראה מאמרו של פרופ' יצחק דוב גילת, לא תגודדו, ספר השנה של אוניברסיטת בר-אילן, כרך יח-יט (תשמ"א), עמ' 88 ואילך).

חריפותו של חילוקי הדעות בנושא בעולמה של הלכה

33. על חריפותה של מחלוקת זו בנושא דיוננו, נוכחנו דעת מהתיאור העובדתי המפורט המצוי בעתירות ובכל מה שאירע בפרשת הדברים שבפנינו: מקום התפילה שליד הכותל המערבי היה ל"שדה קרב" של מעשים אלימים ביותר, מהלומות, זריקת פצצות גז, השתטחות גופנית על רצפת מקום התפילה שלפני הכותל והסתה כלתי פוסקת; וכל אלה - לעיני כלי התקשורת למיניהם ולסוגיהם. אך לא בכך בלבד באה מחלוקת זו לכלל ביטוי. כפי שאמרנו, נושא זה - שענינו דיני תפילה ומנהגיה - רגיש הוא במיוחד בעולמה של הלכה. עולמה של הלכה, משמעותו ופירושו - אוצר דיניה ומכלול ערכיה; וכשם שחלוקים הם חכמי ההלכה ופוסקיה בדיניה, כך יכול וחלוקים יהיו בערכיה, או ליתר דיוק באופן יישום

ערכיה. במקצת כבר עמדנו לעיל על כל אלה בנושא סוגיתנו. מן הראוי להוסיף ולעיין, עיון מיוחד, בדין ודברים, שנעיקרם המה הלכתיים ערכיים, בין שתי גישות נוגדות, כסוגיתנו, גם כשדרכה של ההלכה והמחויבות לה משותפות לשתיהן. על כך נימצא למדים מתוך עיון במאמרו של הרב צבי שכטר, המכהן כראש ישיבה בישיבה יוניברסיטי שבניו יורק שכבר הזכרנוהו לעיל ("צאי לך בעקבי הצאן", בית יצחק, כרך יז, תשמ"ה, עמ' 118-134), ובספרו של הרב אברהם ווייס, *Women at Prayer, A Halakhic Analysis of Women's Prayer Groups*, הוצאת "כתב" ניו ג'רסי, 1990), שגם האמור בו כבר עלה בפנינו. נעמוד על דוגמאות אחדות.

א. כאמור, העותרות בבג"צ 2410/90 מקיימות "קבוצות תפילה" של נשים, שאינה נחשבת כ"תפילה במנין", אין בה אמירת "ברכו", "קדושה", "חזרת הש"ץ", ואין בה פגם הלכתי פורמלי כלשהוא. 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 אמירת "ברכו", קדיש וכו'), ובמה שעושות 'מנין' לעצמן, הרי הן מחסרות ומגרעות בקיום התפילה שלהן" (שם, עמ' 118).

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 "מנין" מבחינה הלכתית. מה חסרון יש, איפוא, לאשה שאינה מתפללת - בעזרת נשים - במנין של גברים, אלא בקבוצת תפילה של נשים, כעובדה שאינה שומעת 'ברכו' וכיוצא בזה, שהיא אינה חייבת בהם? (ווייס, שם, עמ' 55-56). זאת ועוד. "קבוצת תפילה" של נשים (ללא אמירת "דברים שנקדושה"), נהוגה בכתי ספר

ובמכללות לבנות של כל מערכות החינוך האורתודוקסיות, ומעולם לא נהגו להביא לתפילתן "מנין" של גברים לצורך אמירת "ברכו" וכדומה; ואותו פגם מוצא הרב שכטר, לענין קריאת התורה על ידי נשים בלי אמירת ברכו, ולענין דברים נוספים.

ב. הרב שכטר רואה בקבוצות התפילה של הנשים האורתודוקסיות "מעשה של זיוף התורה" (שם, עמ' 119). 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 לענין שונה בתכלית (ים של שלמה, בבא קמא, פרק רביעי, סימן ט). 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 ותשלומי שכרן", היינו יהודי ספרד וארצות המזרח שנהגו ללמוד ולהתכח עם שאינם יהודים. ויגעתי 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 לענין הנושא של קבוצות תפילה של נשים, ומה פגם יש - בעולמה של הלכה - שנשים רואות עצמן חשובות כאנשים ומקיימות מסגרת של תפילה בציבור - שלא נאמרים בה דברים שנקדושה!

ג. לדעת הרב שכטר, תפילה בציבור של אותן נשים אורתודוקסיות יש בה משום "חוקות עכו"ם" (שם, עמ' 131). 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 הנשים לאנשים בכל מאי דאפשר" (שם, שם).

ולא משום חוקות עכו"ם סתם, אלא משום "חוקות עכו"ם בעשיית המצוות" (שם), ומפנה הוא לדברי הרמב"ן, דברים יב, ל, על הפסוק: "השמר לך פן תנקש אחריהם". עם כל הכבוד הראוי למחבר הנכבד, דברים אלה קשה לרדת לסוף כוונתם. מדוע לחשוד באלה המשתתפים בתפילה כציבור המיוחדת לנשים ומנוהלת על ידם, בכוונות ובמגמות כה חמורות, כאשר כל הנהגתם מוכיחה הקפדה על דיני ההלכה שלא לומר דברים שבקדושה, כגון תזרת הש"ץ וכיוצא בזה. האם אין בכך כלבד 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 כמוסדות חינוך והשכלה של תורה עם דרך ארץ, ומתוך השכלתם זו מבקשות הן ביטוי שלהן, במסגרת דיני ההלכה, באמצעות "קבוצות תפילה" נושא דיוננו? ואכן כך רואה הרב ר' יחיאל וויינברג, בעל שרידי אש, את כוונתן ושאיפתן הנכונה של אותם הורים וכנות המבקשות לחוג את כת המצוה שלהן, כפי שעמדנו על כך במפורט מתוך דברים שציטטנו מתשובתו בה הוא מחייב לקיים לכת חגיגת כת מצוה, וכך המה דבריו המפורשים של הראשון לציון הרב עובדיה יוסף, אשר אף אותם הכאנו לעיל.

ד. בהתנגדותו החריפה של הרב צבי שכטר ל"קבוצת התפילה" של הנשים, גם כאשר אין הן בגדר "מנין", מסתמך הרב שכטר על פסיקתם של שניים מגדולי הפוסקים בדור, המה הרב ר' משה פיינשטיין ז"ל והרב ר' יוסף דוב סולובייציק 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 התורה, ולקריאת המגילה. ועי' לשון התוספות ככבא בתרא (נא, ב) ד"ה ברס, ע"ש רבינו תם, שאם כל גדולי הדור חולקים עליו, אם כן אין ממש בדבריו" (שם, עמ' 126).

בצדק מעיר על כך הרב ווייס, שדברים אלה אינם מדויקים. אשר לדעתו של הרב סולובייצ'יק ז"ל - אין בידינו דברים שכתכם, והדברים מיוחסים לו על פי דברים שנאמרו על ידו לרבנים ותלמידים ששאלו בעצתו, ומהם עולה שלא התנגד לעצם קיומן של קבוצות תפילה, אלא לפרט זה או אחר שנהגו בקבוצות אלה, כגון אמירת ברכת התורה לפני ואחרי קריאת התורה (ראה הרב ווייס, שם, עמ' 107-108). ואשר לדעתו של הרב ר' משה פיינשטיין ז"ל, הרי זו מצויה בתשובה מפורטת (אגרות משה, אורח חיים, חלק ד, סימן מט) עליה עמדנו לעיל. בתשובה זו אין שלילה עקרונית של קבוצות תפילה של נשים, באם אכן כוונתן לשם שמים, פרט לשינויים לענין זה או אחר הנהוג בקבוצות תפילה אלה, בקשר לקריאה בתורה (ראה הרב ווייס, שם, עמ' 108-110; וראה בהערות שם, דברים שנכתבו בשמו של הרב פיינשטיין על ידי נכדו הרב מרדכי טנדלר, עליהם עמדנו לעיל; וכן ראה שם, עמ' 111-112, הערה 39).

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 במציאותה של התפתחות ושינויים בעולמה של הלכה, לדורותיה ולתקופותיה, על פי הדרכים המוכרים והמיוחדים לכך במערכת ההלכה גופא. הרב שכטר מדגיש עמדתו זו בכמה וכמה מקומות במאמרו, ומן הראוי להביאם (שם, עמ' 122-123):

"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.

אכל 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 ככית דין של מעלה. ועיין ילקוט שמעוני לספר שופטים (רמז מט) שביארו את הפסוק 'יבחר אלקים חדשים אז 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"כ מוולאזין (משיב דבר,

חלק א, סימן מו). והוא ממשיך ואומר (שם, עמ' 123):

"ועיין שם בפנים התשובה, דהוא הדין והוא הטעם בחידושים בהנהגה דבעושה דבר שהוא מצוה, אפילו עושה שלא לשמה, מצוה על כל פנים עבד. אבל בעושה הנהגה מחודשת, אם אינו עושה לשמה, אין שמה מה שיקבע אותה ההנהגה כמצוה כלל. וזוהי כוונת המשנה כאבות (ב, ב) שכל 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 כדוקא שתי' העשייה לשמה בכדי לקבוע על העסקנות שלו שם של מעשה מצוה".

על אף גישה חיובית כללית זו אין הדברים יפים, לדעת הרב

שכטר, לענין נושא דיוננו.

"ומה שמעדיפות לעשות 'מנין' (= הכוונה לקבוצת תפילה - מ' א') לעצמן הוא לא מהטעם ההלכתי ד'מצוה בו יותר מבשלוcho', אלא מטעם הרגשת הלכ דרוצה אדם נקב שלו יותר מתשע קבין של חברו, וב'מנין' שלהן יש לנשים הרגשה זו שזהו ה'דבר שלהן'. אכן בודאי אינו כדאי לאכד בידים

הקיומים ההלכתיים הנוספים אשר הזכרנו למעלה (אות א'), בעד ההרגשה הזאת. ואדרכא, עלינו להרגיל את הנשים המלומדות והמחוכמות שירגילו ויתקנו את כוחות הנפש שלהן, עד שיתאימו הרגשותיהן לחישובי ההלכה" (שם, עמ' 121).

ואשר על כן (שם, עמ' 122) -

"וכן עלינו להסכיר לנשים דידן, אשר בעזרת השם יתברך אכשר דרא (= הוכשר הדור), ומלומדות הן בעינינו תורה וחכמה יותר מאשר כדורות 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 הנעל לגבי אשתו, כמו שקבעה שעבודים על האשה לגבי בעלה, וכיניהם לאהוב את אשתו כגופו ולכבדה יותר מגופו... ומצינו בכמה מקומות כתנ"ך ובתלמוד ששיבחו את הנשים יותר מן האנשים, ואף להלכה קיי"ל דהבת נעשית גדולה בי"כ והבן בי"ג, דכינה יתירה נתן הקב"ה לאשה יותר מן האיש, ועוד 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, ושלא נתהווה במחננו באמת שינוי עקרוני או שיטתי בהשקפתנו על דבר השיבותה וערכה של האשה, אלא רק שינויים בפרטים, ודבר זה הוא מפני שכל העולם השתנה כשנים 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 ולהצביע על הפרוכלמטיקה המיוחדת הכרוכה בנושא דיוננו. כאמור בדבריו שזה עתה הבאנוס, לדעת הרב שכטר, עולמה של הלכה, מעצם מהותה, אינה קופאת על שמריה, ונתונה היא לחידושי הלכות ותקנות, לפי צרכי השעה והזמן. אך מצויים בה דברים ועקרונות שהיצירה ההלכתית בהם מחייבת זהירות מרובה, ולדעתו נושא סוגיתנו נמנה על

אלה. ער הוא לשינויים שחלו בדורות האחרונים כמעמדה החברתי של האשה, בידיעותיה בהלכה ובהשכלתה, אך אין בכל אלה, לדעתו, כדי לתת יד לשינוי של קבוצות התפילה המיוחדות לנשים, המושפע מ"שיקולים זרים" ובר-הלכתיים, על כל הכרוך בכך מבחינת מקומם המרכזי של התפילה ובית הכנסת במסורת ישראל (וראה עוד, שם, בסוף עמ' 125, ובעמ' 127 ואילך בדבר "עמוד המצוה כמעשי המצוות", ובעמ' 130-131 בדבר ההחמרה המיוחדת "במנהגי בית הכנסת").

36. בכך סיימנו את דיוננו בנושא סוגיתנו, ולא זה המקום ולא זו השעה להאריך מעבר לכך. דיון מפורט ומלא בנושא עקרוני זה, הלוא מצוי הוא במקורות רבים נוספים שבעולמה של הלכה, ובמאמרים ומחקרים נוספים על אלה שצינו אליהם, והמעייין יעיין בכל אלה.

כפי שכבר רמזנו לכך בדברינו לעיל, מקום נכבד נתיחד בחילוקי הדעות והגישות בנושא גדול, סבוך ורגיש זה לא רק לבירורו של הדין שבמערכת ההלכה אלא גם להערכת הערכים שבעולם ההלכה - שאף הם חלק מן הדין במשמעותו הרחבה - ואופן יישומן של ערכים אלה בנושא שכפנינו; על המצוי ועל הרצוי, על המדיניות הפסיקתית-הלכתית הראויה - על יסודות העבר, לאור המציאות שבהוה ולרגל השאיפה בעתיד. אלה הם שיקולים מקובלים ולגיטימיים בעולמה של הלכה בכלל, ותופסים הם מקום נכבד במיוחד בנושא רגיש כגון זה שכפנינו. ואמנם כן, אלה ואלה דעתם נתונה הן לעולמה של הלכה והן לעולמה של המציאות כימינו, בכל הנוגע למעמדה של האשה - 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.

מוכן ואין צריך לומר שתנאי קודם לכל בירור הלכתי ראוי לשמו, הוא דיון מעמיק במקורות ההלכה, מתוך ידיעה והכנה, כמקובל מדור דור - דבר שהוא תנאי כלעדי והכרחי, קודם למעשה הבירור של כל דבר הלכה ושל הנושא שבפנינו. לתנאי זה מתווספת הערכת ערכיה של עולם ההלכה ואופן יישומן 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 סוגיתנו, 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 המושפעת במידה מרחיקת לכת מדברים הנוגדים את עקרונותיה הכסיסיים של יהדות והלכה, כגון לענין דיני כשרות אלמנטריים, נישואין וגירושין, גיור, וכשעתו - 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 ווינברג אינו רואה ב"קונפירמציון" של העולם הנוצרי, שמתקיים הן לבנים והן לבנות, כגורם שיש בו כדי להשפיע על נכונותו של המנהג של קיום חגיגת בת-מצוה בעולמה של יהדות, כדבריו - "שהם בשלהם ואנחנו בשלנו". כך הוא לענין עצם קיומה של חגיגת הבת-מצוה. אבל בקשר לשאלה אם לקיימה בבית הכנסת עצמו או מחוצה לו, מכיא הוא חשבון את העובדה שביהדות הרפורמית חגיגת בת-המצוה 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 המצוה בבית הכנסת עצמו, כמנהג הרפורמים אותה שעה בהשפעת גורמים שמחוץ לעולמה של יהדות, אלא כאולם הסמוך לבית הכנסת.

מתן משקל לגורם החיקוי השלילי, כתור 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 אחרת; יכול ובית המשפט יפסול החלטה מינהלית על שום שנתקבלה מתוך מניעים ושיקולים שהם זרים לנושא ההחלטה. וכך בעולמה של הלכה, יישקלו דין או מנהג חדשים גם לפי קנה מידה של טיב השיקולים שהביאו לידי יצירת הדין והמנהג, ואם שיקולים אלה הם שלא מן הענין, ולעתים אף סותרים את רוח ההלכה וערכיה, הרי אלה הם שיקולים זרים שיש בהם כדי להביא לביטול הדין או המנהג החדשים. וכדרכו של שקילת "השיקול 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 שתבוא לביטול של הדין או המנהג החדשים. הכרעה זו שבין האפשרויות השונות הכרעה ערכית היא, וענינה מדיניות הפסיקה בעולמה של הלכה, כפי שכך הוא, במידה ניכרת, גם בהחלטה שיפוטית במערכת המשפט הכללית באשר למידת קיומו או אי קיומו של שיקול זר בהחלטה המינהלית.

37. את מאמרו המפורט מסיים הרב שכטר לאמור:

"וא-ל אמת נתן לנו תורת אמת, וכתורה דכתיב בה אמת, בלתי אל האמת עינינו, וזכרוך שומר הבטחתו אמת, כי לא תשכח תורת אמת מפי זרע אמת".

באשר לאמת בעולמה של הלכה, מצויה אימרה גדולה של הגאון מוילנא, בפירוש דבריהם של חכמים שעל הדיין לדון "דין אמת לאמיתו" (שבת, י, א, ועוד). בפיהם של חכמי הלכה רבים נשאלת השאלה: "אמת לאמיתו" מהו? וכי ישנה "אמת" שאינה "לאמיתו"? נמה טיבה של אמת זו שהיא לאמיתו?

אומר על כך הגר"א:

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

דין תורה המשולב בטבעו של עולם, הוא "אמת לאמיתו"; דין תורה לכד, מבלי להיות פיקח בעניני העולם, הוא "אמת" אך לא "אמת לאמיתו". לדעת הרב צבי שכטר, בנושא שכסוגיתנו יש לדון דין תורה, דין אמת, ו"טבעו של עולם" - שהוא בעניננו המציאות החברתית וההשכלתית של האשה בימינו - אין בו - מפאת טיב הנושא ומרכזיותו ו"השיקולים הזרים" העלולים להיות מעורבים בו, כדי להשתלב בדרך פסיקת הדין "אמת לאמתו". ועדיין השאלה היא - האם אכן גישה זו היא אמיחה של האמת?

38. הרב אברהם זוייס, בספרו המקיף האמור, דן בנושא דיוננו, 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):

"Within halakhic guidelines, women may participate in women's prayer groups, as long as these groups fall into the halakhic category of tefillah and not minyan..."

Participants in such groups are not rebelling against Torah Judaism. Quite the contrary. They are seeking to instill greater religious meaning in their lives. Their purpose is not to diminish the Torah, but to enhance their Jewish commitment and halakhic observance...

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 כאשר לשינוי מנהגי בית הכנסת, כפי שעמדנו על כך לעיל (וראה דברי הרב זוייס, שם, עמ' 118 ואילך). ומשהזכרנו את דברי הגר"א לענין פירושו של המושג "אמת לאמיתו" שהדיין חייב לעשות כדי להגיע למימושו, נזכיר כאן פירוש נוסף למושג זה, שיפה הוא לדברים שזה עתה ציטטנו ואמרנו (ראה פיאה, פרק ח, משנה ט, בפירוש "משנה ראשונה", שכמהדורת האלמנה והאחים ראם, וילנה, 1908, על האמור במשנה, שם: וכן דיין שדן דיך אמת לאמיתו):

"לפי שיש מקום לדיין למנוע עצמו מלדון בטענה שאפילו יהא נראה לו כדעתו שדו דיו 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 כגמ' ספ"ק (= סוף פרק קמא, והוא מצוי בדף ו, כ) דסנהדרין: 'שמא יאמר הדיין מה לי ולצרה הזאת שאם אטעה איענש וירצה למנוע עצמו מהדין? תלמוד לומר: 'ועמכם בדבר המשפט', אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, ופירוש רש"י: לפי מה שעיניו רואות יוציאו לצדקו ולאמתו".

ואף זה במכלול דיונו של דין "אמת לאמיתו".

סיכומה של הלכה בנושא סוגיתנו

39. כפי שראינו, נושא העתירות דנן רגיש הוא, רגיש מאד, בעולמו של העם היהודי בכלל ובעולמה של הלכה בפרט. עתירתן של העותרות כבג"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 שכעתירה כבג"צ 2410/90, שמצאה את ביטויה כדיונים ממצים כספרו של הרב אנרהם ווייס בדבר קבוצות תפילה של נשים, ואשר אף בה מצויים לכטים כאילו מידה דרך זו ניתנת לכיצוע, אם במסגרת בית הכנסת ואם במקום מיוחד מחוצה לו, כגלל הרגישות המיוחדת של שינוי מנהגי בית הכנסת מאשר שינוי במנהגים אחרים בדרך כלל. הגישה השניה היא זו שמצאה את ביטויה במאמרו המפורט של הרב צבי שכטר, שעל אף הכרתה בעצם קיומן של השתנות מנהגים ודינים, לפי הדרכים המקובלות בעולמה של הלכה, מתנגדת היא בצורה חריפה לדרך המוצעת על ידי העותרות כבג"צ 2410/90, גם כאשר לקיומן של "קבוצות תפילה" מחוץ לתחומי בית הכנסת. התנגדות חריפה ביותר לדרך זו באה לידי ביטוי בחוות דעתם של שני הרבנים הראשיים לישראל. על חלק מדבריו של הרב הראשי אנרהם שפירא עמדנו לעיל (פסקה 31), ובסיכום חוות דעתו נאמר לאמור:

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

גם על חלק מדבריו של הראשון לציון, הרב מרדכי אליהו, עמדנו

לעיל (פסקה 31), ובסיכום דיונו הוא מוסיף ואומר:

"שום אומה ולשון לא פגמו במקום המקודש להם אפילו שמנהגיהם הם נקום ועשה כחליצת נעלים וכו'. אנו שרוצים להמשיך במנהגי אבותינו המקודשים יבואו מבני ישראל לבטל מנהג זה? היה לא תהיה. זה פגיעה בכל הנשים הצדקניות מדורי דורות, פגיעה בנשים הבאות יום יום להתפלל, ופגיעה בתורת ישראל".

חילוקי דעות נוקבים וחריפים אלה יש להכניס על רקע הנושא

המיוחד שבדיוננו. מדובר בנושא שתופס מקום מרכזי ביותר בעולמה של הלכה ובדת ישראל. כאמור לעיל, בית הכנסת במסורת ישראל הוא "מקדש מעט", זכר והמשך לבית המקדש שבהר הבית. בית הכנסת משמש ושימש כמקום מרכז וריכוז בהויה הדתית של העם היהודי, וכל שינוי בדינים ובמנהגים הנהוגים בו זכו להתיחסות מיוחדת בעולמה של הלכה. בכך מצוי השוני המהותי שבין נושא סוגיתנו לבין הנכונות והפתיחות לשינויים בעולמה של הלכה במעמד של האשה בענין לימוד ותלמוד תורה, בענין הזכות לבחור ולהבחר לתפקידים ציבוריים, ולענין נושאים נוספים. הדעת נותנת כי השינוי המהותי שחל במעמדה של האשה ומקומה במאה הנוכחית, שגם נשים שומרות תורה ומצוות הן שותפות מלאות בו, יתנו אותותיהן במשך הזמן, כדי להביא לפתרון הולם גם בנושא סכוך ורגיש זה של קיומן של קבוצות תפילה, כאמור לעיל. אד לא מקום

התפילה שליד הכותל המערבי הוא המקום ל"מלחמת" מעשים ודעות כסוגיה
 39. כיום הזה המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלכה, כולל
 הרבנים הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירת העותרים, גם זו שכנגד"צ
 2410/90, משום חילול מנהגי בית הכנסת וקדושתו. כך הוא באשר
 למנהגי התפילה בבית הכנסת, ומכל שכן שכך הוא לענין מקום התפילה של
 הכותל המערבי, שהוא בית הכנסת המקודש ביותר בעולמה של הלכה
 ויהדות.

המקומות הקדושים ועקרון השמירה על הסטטוס קוו

40. משכאנו לכאן, נשוב ונעיין בנושא סוגיתנו לפי החוק והפסיקה
 במערכת משפטה של ישראל.

אין כמקומות הקדושים כמקור לסכסוכים, מהומות והתלקחויות
 דמים. עוצמת הרגשות למקומות אלו עזה היא, נובעת מעמקי לבו של אדם
 עד כי עשויה היא להצית אש תבערה. זהירות מרובה דרושה איפוא
 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 תואר דוקטור למשפטים,
 התשל"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 עקידת יצחק על ידי אברהם אבינו "בארץ המוריה", היה הר המוריה מקודש לעם ישראל (ראה בהרחבה בדברינו כבג"צ 4185/90 נאמני הר הכית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', טרם פורסם, כסעיפים 4-16).

ראשיתם של הסכסוכים במקומות הקדושים מלאחר חורבן הכית. תחילתם במאה השביעית, בין הנוצרים למוסלמים, והחל מן המאה השלוש עשרה ועד למלחמת העולם הראשונה נשאו סכסוכים אלה אופי של מאבק בין הכנסיות הנוצריות לבין עצמן. בשל סכסוכים אלה בא לעולם בשנת 1757 ההסדר המכונה "הסטטוס קוו העותמאני", ותולדותיו של הסדר זה הלוא מובאים הם בדבריו של הנשיא אגרנט המנוח בפרשת חוגים לאומיים הנ"ל (פד"י כד(2) 141, בעמ' 196).

המנדט הבריטי

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

כאשר לסעיפים אלו בכתב המנדט אומר הנשיא אגרנט המנוח בפרשת

חוגים לאומיים (בג"צ 222/68, פ"ד כד(2) 141) את הדברים הבאים:

"כסעיף 13 הוגדרה האח"יות שהוטלה על המעצמה המנדטורית בגין המקומות הקדושים ושאר המקומות הדתיים (כנסיים ואתרים) בארץ-ישראל. אח"יותה זו כללה את ההוכה לשמור, כאשר למקומות אלה, על 'זכויות קיימות'; להבטיח את חופש הגישה אליהם ואת חופש הפולחן. עם זאת, נקבע, כי מילוי החובות הללו יהיה כפוף לאח"יותה 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, שכתקופת המנדט רווח הפירוש, שהחובה לשמור על 'זכויות קיימות' כמות כחובה לשמור על ה- Status quo ante bellum; כלומר, על אותן הזכויות, כנוגע למקומות הקדושים, שהיו קיימות הלכה למעשה ערב פרוץ מלחמת העולם הראשונה (ראה הספר The Mandate for Palestine מאת ד"ר י' סטוינובסקי, עמ' 293) "שם, כעמ' 195).

סעיף 14 לכתב המנדט הורה על הקמת ועדה מיוחדת בענין 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 משנת 1924 (ראה פרשת חוגים לאומיים, עמ' 198).

דבר המלך כמועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924

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

"2. למרות כל הוראה בדבר המלך כמועצה 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 הקדושים או בכנינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתכיעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בישראל...".

ההוראה השניה - 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 "סופית ומחייבת את כל הצדדים". לפי האמור בסימן 3, סמכותו של הנציב העליון נועדה להיות זמנית, "עד שתוקם ועדה שיינתן לה השיפוט על ענינים המפורטים בסעיף הקודם". הועדה הנזכרת לא הוקמה, כאמור.

בפרשת חוגים לאומיים עומד הנשיא אגרנט המנוח על הטעמים

לחקיקת דבר המלך:

"כפי שראינו, מהסעיף האמור [סעיף 14 לכתב המנדט] מתחייב שהסמכות להכריע בזכויות ובתכיעות, המתייחסות למקומות הקדושים, לא נמסרה למעצמה המנדטורית, אלא נועדה לוועדה שתמנה באישור מועצת חבר הלאומים. מכאן, שהמעצמה המנדטורית לא חשבה את עצמה - ולא יכלה לחשוב את עצמה - כבעלת סמכות להכריע בזכויות ובתכיעות 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 שפיטים. מכאן גם, שהעניקה לנציב העליון אך את הסמכות המצומצמת 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:

"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) כהתאם לעקרון שהחובה האחרונה קודמת לאחרות ושהוא מצווה למלאה בלי להיכנס בעובי הקורה של הזכויות והתכיעות, שהן נשוא המחלוקת בין הכיתות הדתיות היריבות; אך שיחד עם זאת, שומה

עליו לעשות, במידת האפשר, כדי לשמור - וזהו העקרון השני ועוד ידובר עליו להלן - על המצב המשקף בעיניו את ה'סטטוס קוו' (שם, בעמ' 203).

44. בשנת 1929 הכין L.G.A. Cust, לשעבר הממונה על מחוז ירושלים, דו"ח סודי עבור ממשלת המנדט: The Status Quo in the Holy Places. הדו"ח נועד לסייע לפקידי המנדט בקבלת החלטות בענין פירושו ויישומו של הסטטוס-קוו במקומות הקדושים (ראה הערת הפתיחה לדו"ח, שנכתבה על-ידי H.C. Luke, המזכיר הראשי של ממשלת המנדט); הדו"ח אכן היווה בסיס להפעלת הסטטוס קוו העותמני בתקופת המנדט (ברקוביץ, שם, בעמ' 34).

הדו"ח מתייחס בפרוט רב לזכויות השונות הנתונות לעדות הנוצריות במקומות הקדושים לנצרות, והם כנסית הקבר הקדוש בירושלים; מקום העליה לשמיים, בפסגת הר הזיתים; כנסיית קבר הבתולה בגת שמנים; וכנסיית המולד בבית לחם. כדוגמא לפרוט הרב של הזכויות במקומות הקדושים - פרוט שהיה מחוייב המציאות בשל הסכסוכים הרבים - נביא מן הדו"ח את התמצית העוסקת בכנסיית הקבר הקדוש. בכנסיה זו תובעים לעצמם זכויות האורתודוכסים, הקתולים והארמנים, הקופטים, האתיופים והיעקוביטים:

"In the various component parts of the Church the position at the present moment can be summarized as follows:

- (1) The Entrance Doorway and the Facade, the Stone of Unction, the Parvis of the Rotunda, the great Dome and the Edicule are common property. The three rites consent to the partition of the costs of any work of repair between them in equal proportion. The Entrance Courtyard is in common use, but the Orthodox alone have the right to clean it.

- (2) The Dome of the Katholikon is claimed by the Orthodox as being under their exclusive jurisdiction. The other Communities do not recognize this, maintaining that it is part of the general fabric of the Church, and demand a share in any costs of repair. The Orthodox, however, refuse to share payment with any other Community. The same conditions apply mutatis mutandis to the Helena Chapel, claimed by the Armenians, and the Chapel of the Invention of the Cross claimed by the Latins.
- (3) The ownership of the Seven Arches of the Virgin is in dispute between the Latins and the Orthodox, of the Chapel of St. Nicodemus between the Armenians and the Syrian Jacobites, and the Delt al Sultan between the Copts and Abessinians. In these cases neither party will agree to the other doing any work of repair or to divide the costs.
- (4) The Chapel of the Apparition, the Calvary Chapels, and the Commemorative shrines are in the sole possession of one or other of the rites, but the others enjoy certain rights of office therein. Any projected innovation or work of repair is to be notified to the other rites.
- (5) The Katholikon, the Galleries and the Chapels in the Courtyard (other than the Orthodox Chapels on the West) are in the exclusive jurisdiction of one or other of the rites, but subject to the main principles of the Status Quo 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 בכג"צ 4185/90 נאמני הר-הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם), 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', 'ובמקדש נעקד יצחק אבינו' (רמב"ם, הלכות בית הכחירה, פרק ב, הלכות א-ב; פרק ה, הלכה 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 עד עצם היום הזה, הוא האתר המקודש ביותר כמסורת ישראל" (שם, כפיסקה 22).

משנכבשה הארץ בידי זרים, כל כובש עניין מיוחד היה לו, כמידה זו או אחרת, בהר הבית (ראה על כך בהרחבה בכג"צ 4185/90, שם, כפיסקאות 17-20). גם כמצבים אלה שמרו היהודים, במשך כל שנות הגלות, על הקשר להר הבית ועל קיום תפילות במקום (ראה בכג"צ 4185/90 הנ"ל, כפיסקה 23). 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 המקודש ביותר לעם ישראל ואת שאיפתו וכמיהתו להחזרת העצמאות הלאומית-המדינית (ראה בכג"צ 4185/90 הנ"ל, פסקאות 4, 7, 10, 15 ו-34).

בעת החדשה רבו הסכסוכים סביב הכותל המערבי, תוך ניסיון

לשלול מן היהודים את זכויותיהם ההיסטוריות במקום:

"כאותה תקופה [= אמצע המאה ה-19] נעשו ניסיונות רבים מצד היהודים לשפר את מעמדם במקום המקודש להם. בשנות ה-50 [של המאה ה-19] ניסה החכם עבדאללה מבומכיי לקנות את הכותל, אך נכשל. מונטיפיורי ניסה לשווא להשיג רשיון לעשות לנוחיות המתפללים על ידי העמדת ספסלים (או אבנים גדולות) לישיבה והתקנת מחסה מגשם מעל לרחבה; ליהודים ניתנה רק הרשות לרצף את הרחבה. יש עדויות שלפרקים הועמדו ליד הכותל שולחן לקריאת התורה, ואף נפרשה יריעה מעל ראשי המתפללים; אולם סידורים אלו היו ארעיים, והם בוטלו מפעם לפעם על פי דרישת ראשי הוואקף (ההקדש המוסלמי), שחששו שהיהודים ירכשו להם זכות חזקה במקום. ב-1887 העלה הברון רוטשילד את התכנית לרכוש את כל שטח שכונת המוגרבים, לסלק את מבניו העלובים ולהפכו בהסכמת רבני ירושלים - להקדש יהודי... אולם בסופו של דבר בטל העניין מסיבות שלא נודעו בציבור ולא הובהרו כל צרכם עד היום... ערב מלחמת העולם הראשונה שוב נעשה ניסיון, הפעם מצד בנק אפ"ק, לרכוש את סביבות הכותל המערבי ליהודים; המשא ומתן בעניין זה הופסק עם פרוץ המלחמה. בינתיים החלו היהודים לכתוב כתובות על הכותל, לתקוע בו מסמרים, לשים בו פתקים ולהעמיד ברחבה אביוזרי תפילה - ספסלים, מחיצה בין גברים לנשים, ארון זכוכית לנרות, שולחן לקריאת התורה, וכדומה. הדבר הביא ב-1912 לתלונה של הממונה על הוואקף לפני השלטונות התורכיים, והללו הורו לסלק את כל האביוזרים הללו - שמציאותם כמעט כבר היתה למסורת - כדי למנוע 'חזקה' יהודית על הכותל...".

לאחר שהצהרת בלפור והמנדט היקנו ליהודים מעמד לאומי מוכר בארץ ישראל, החלו הללו בהבלטת חשיבותו של הכותל המערבי כסמל לאומי, נוסף על משמעותו הדתית המסורתית. לעומת זה השתמש המופתי... בטענה שהיהודים מתכוונים להשתלט על הכותל כדי להסית את עדתו נגד 'הציונים'. לשם כך הכריז על הכותל, ללא כל אסמכתא דתית או היסטורית, כעל אתר מוסלמי מקודש. הכותל המערבי, שלפנים לא ייחסו לו המוסלמים כל חשיבות - שלעתים אף לא נמנעו מלזהם אותו, כדי להקניט את היהודים - נתכנה עתה 'אל בוראק', על שם בהמת הרכיבה של מוחמד שנקשרה לחומה זו בכיקורו האגדי של הנביא כירושלים. חיכוכים בין עדתיים על רקע הכותל המערבי אירעו במשך

כל שנות ה-20. כדי להציק ליהודים, פקד המופתי, שהשקיף על הכותל ממושבו ב'מחכמה' הסמוכה, לפתוח בדרום הרחבה פתח שהתקשר עם שער המוגרבים; בכך הפך את רחבת התפילה ממבוי סתום למעבר לעוברי אורח ולנהמות. כדי להדגיש את בעלות המוסלמים על הכותל, הוקמו עליו (כצפוננו) כמה נדבכים חדשים, וכצפון הרחבה הוקמה חומה, שהעוברים בפתחה הטרידו את המתפללים. מאחורי החומה, ובסמוך לה, כרחבת הר הבית קויימו עתה במתכוון טקסים מוסלמים ממושכים בקולי קולות. כל אלה גרמו לתלונות והחריפו את המתיחות הבין-עדתית. המוסלמים ערערו במיוחד על העמדת אביזרי התפילה כרחבה כידי היהודים, ובשל מחאותיהם סולקה נכות - כידי המשטרה הבריטית - מחיצה בין גברים לנשים בעצם יום הכיפורים תרפ"ט (1928). באוגוסט 1929 התפרץ המון מוסלמי מוסת דרך הפתח שפתח המופתי בדרום הרחבה, פרע במתפללים והשמיד חשמישי קדושה, ובהמשך התרגשות ואי השקט פרצו ימים אחדים לאחר מכן 'מאורעות תרפ"ט' הקטלניים...

בעקבות מאורעות אלה הוקמה על ידי 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 בינלאומית לפתרון 'בעית הכותל'. הועדה מונתה מטעם חבר הלאומים; חבריה היו שוודי, שווייצי והולנדי, והיא ניהלה בירושלים בקיץ 1930 את 'משפט הכותל'. הדו"ח שלה (מדצמבר 1930) קבע שלמוסלמים הבעלות המוחלטת על הכותל, אך ליהודים זכות בלתי מעוררת לגישה אליו לשם תפילה; עם זאת נקבע שאין להם רשות לא להעמיד כרחבה 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 הכותל כמוצאי יום הכיפורים, דבר שהביא תמיד להתערבות המשטרה הבריטית ולמאסרים ("הכותל המערבי" האנציקלופדיה העברית, כרך 20 (התשל"א) עמ' 1122-1124).

ואשר להמלצות הועדה, אלה -

"קיבלו תוקף של דבר חקיקה, הוא דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הכותל המערבי), 1931. הכל מסכימים שדבר המלך הזה שבק חיים כמדינת ישראל" (פרשת חוגים לאומיים, בעמ' 208).

(על הכותל המערבי ראה עוד: הכותל, מאת מאיר בן דב, מרדכי נאור, זאב ענר, מהדורה 13, אלול תשמ"ט - ספטמבר 1989).

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 מיוחד, משנמצאו הם בידי זרים. מצב זה השתנה עם שחרור הכותל המערבי במלחמת ששת הימים. עמדנו על כך בכג"צ 4185/90 הנ"ל:

"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 של ישראל על הר הבית, כפי שכך היה במשך תקופה ארוכה בדברי ימי האומה העברית, מאז בנין הבית הראשון על ידי שלמה המלך מלפני כשלושת אלפים שנה. המעגל ההיסטורי חזר ונסגר. עוד בעת שחרור הר הבית על ידי צבא ההגנה לישראל, בעיצומן של הקרבות, פקדו מפקדי צה"ל שלא לפגוע במקומות הקדושים של בני דתות אחרות, ולהקפיד על יחס של כבוד אליהם (ראה הר הבית בידינו, מאת אלוף מוטה גור ואלוף משנה גרשון ריבלין, הוצאת 'מערכות' צבא הגנה לישראל, משרד הבטחון, עמ' 322-323; אמנת ירושלים, תשנ"ב, קטע רביעי, והכיבליוגרפיה המצויה בחוברת האמנה, הוצאת המשרד לענייני ירושלים, שם). כך חשו והורו לוחמי ישראל, כפי שחזה נביא ישראל, מיכה המוהשתי: "כי כל העמים ילכו איש בשם אלוהיו, ואנחנו נלך בשם ה' אלוהינו לעולם ועד" (מיכה, ד, ה) ...

ימים אחדים לאחר שחרור הר הבית החליטה ממשלת ישראל, מטעמים מדיניים, בטחוניים 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, עורך 'הר הבית ואתריו' אריאל - כתב עת לידיעת ארץ ישראל (טבת, תשמ"ט) בעמ' 40). כן החליטה הממשלה לאפשר למוסלמים להמשיך לקיים את נוכחותם בהר הבית ותפילותיהם. מנימוקים אלה גופם, ונימוקים נוספים..., וכדי למנוע

חיכוכים עם המוסלמים, החליטה ממשלת ישראל שלא להתיר עריכת תפילות בציבור של יהודים בהר הבית" (כג"צ 4185/90 נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', טרם פורסם, בפסקה 24).

מציאות זו הובילה לכך שכיום י"ט בסיון התשכ"ז (27.6.67) נתקבל בכנסת חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, אשר צוטט בדברינו לעיל (פסקה 12).

והדברים נשנו ונאמרו כהוראת סעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, לאמור:

3". שמירת המקומות הקדושים

המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות".

פרשת חוגים לאומיים

47. משוחרר 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 של חמישה שופטים. כל שופטי ההרכב הסכימו לדחיית העתירה, אולם נחלקו הם בנימוקיהם. השופטים כולם, ואף נציגי המדינה, הסכימו כי זכות התפילה של היהודים על הר הבית כשלעצמה לעולם היא עומדת. ובמילותיו של הנשא אגרנט המנוח:

"למותר הוא לציין... שזכות התפילה של היהודים היא זכותם הטבעית המושרשת עמוקות בהיסטוריה הארוכה של עם ישראל" (כג"צ 222/68, פד"י כד(2), בעמ' 228).

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 מבלי להתקין תקנות שיגדירו באופן מעשי כיצד תמומש זכות התפילה בהר הכית, מכיון 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 על המקומות הקדושים, שהגביל את סמכותו של בית המשפט, עבר ובטל מן העולם עם תום המנדט (שם, בעמ' 156-158).

השופט ויתקון סבר גם הוא שדבר המלך כמועצה על המקומות הקדושים נתכטל עם הקמת המדינה או לפחות עם חקיקת חוק השמירה על המקומות הקדושים (שם, בעמ' 162-164), אך לגישתו זכותם של העותרים לבקש את עזרת המשטרה לשם קיום תפילה על הר הכית מוגבלת היא לפי "מבחן השכלי הישר". בעניין העתירה "המצב רגיש והרהר סכנות על רקע בין עדתי, והמקום מועד לפורענות", 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 על 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" (שם, בעמ' 170-178). זו היתה, בעיקרם של דברים, גם גישתו של השופט קיסטר המנוח (שם, בעמ' 182-189).

לעומתם, סבר הנשיא אגרנט המנוח שחוק השמירה על המקומות הקדושים ביטל מכללא את דבר המלך על המקומות הקדושים, ביטול סזו tanto. חוק השמירה על המקומות הקדושים קובע זכויות מהותיות כאשר למניעת חילולו של מקום קדוש; כאשר לחופש הגישה אל המקום הקדוש; וכאשר למניעת פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם (ראה סעיף 1 לחוק). אך החוק אינו אומר מילה וחצי מילה כאשר לזכות הפולחן במקומות הקדושים. לגישת הנשיא אגרנט, חוק השמירה ביטל איפוא את דבר המלך בכל הנוגע לעניינים הנזכרים בו כחוק זה, אך דבר המלך שריר וקיים בכל הנוגע לזכות הפולחן 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 בענין זה מסור לידיה של הרשות המבצעת (פרשת חוגים לאומיים, 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. דוגמא מובהקת לרגישותם הרבה של המקומות הקדושים מצוייה היא בפרשיות המוטראן הקופטי. בפרשת המוטראן הקופטי הראשונה (כג"צ 109/70, פד"י כה(1) 225) 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, כדו"ח של Cust), והמעבר דרכו נכנסים אליהן. קיום השליטה בפועל כמעבר 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 בכנסית הקבר הקדוש, החליפו האתיופים את המנעולים הקבועים בפתחי המעבר משני הצדדים. כעקבות זאת, הגיש המוטראן הקופטי עתירה לבית משפט זה, ובה ביקש להורות על השכת המצב לקדמותו (פרשת המוטראן הקופטי, שם, בעמ' 229-234).

בפסק דינו, אליו הצטרפו השופטים לנדוי, ברנזון, ויתקון וקיסטר, עומד הנשיא אגרנט על כך שאין בית המשפט נכנס בעובי הקורה של בירור תביעותיהם הסותרות של הצדדים באשר לזכויות הבעלות והחזקה בנושא המריבה, הואיל ובית המשפט אינו מוסמך לכך, כאמור בפרשת חוגים לאומיים (פרשת המוטראן הקופטי, שם, בעמ' 234-235). עם זאת, סבר הנשיא אגרנט כי בקשת הסעד של העותר יש לה, עקרונית, על מה שחסמוך, בהתבסס על האיסור על עשיית דין עצמית. מכיוון שכך הורה,

ביום י"ט באדר תשל"א (16.3.1971), 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 ככל עת - ולטפל בסכסוך המהותי הנדון בכל דרך שתראה 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, בעמ' 252).

49. בזה לא נסתיימה פרשת הדברים. השתלשלות הדברים מאז פרשת המוטראן הקופטי הראשונה מובאת בפרשת המוטראן הקופטי השניה (כג"צ 188/77, פ"ד לג(1) 225).

הממשלה הוציאה צו כיניים שלא לשנות את סדרי החזקה בקפלות, היינו להשאיר את החזקה בידי העדה האתיופית ולהשאיר זכות גישה לכני העדה הקופטית. כן מינתה הממשלה ועדת שרים שתכריע בסכסוך 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 חדשה 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 נבחרה. ראש הממשלה דאז, מר מנחם בגין המנוח, החליט להביא את כל העניין לטיפול של וועדת השרים לענייני ירושלים. ועדה זו הקימה מבין חבריה ועדת משנה לעניין הסכסוך הקופטי-אתיופי, זאת לאחר שהוגשה העתירה בפרשת המוטראן הקופטי השנייה, בה נתבקש בית המשפט לעשות למען ביצוע הצו ההחלטי שניתן בפרשת המוטראן הקופטי הראשונה. ועדת המשנה קיימה דיונים רבים ושמעה גם היא את טענות הצדדים, בית המשפט עשה נסיון נוסף להביא את הצדדים לידי הסכם, אך כל המאמצים

עלו בתוהו. לבסוף, משנאלץ בית משפט זה להכריע בעתירה נחלקו בו הדעות.

דעת המיעוט של הנשיא לנדוי, אליה הצטרף, בעיקרם של דברים, השופט ויתקון, היתה כי יש לקבל את העתירה ולחייב את הממשלה להחליט כתביעותיו של המוטראן הקופטי במהירות סבירה (שם, בעמ' 241 ובעמ' 248-249). דעת הרוב של השופטים אשר, בכור וש' לוין היתה כי יש 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, כדוגמה אחת, במחלוקת ומריבה כאשר למקום אחד מהמקומות הקדושים. ומכאן אזהרה רבתי לנושא הסוגיה שבפנינו.

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, שסכסוכים, מחלוקות ורגשות עזים אינהרנטיים להם. הטיפול במקומות הקדושים מתאפיין בזהירות ובמתינות מרובים, בניסיונות פישור וגישור בין הצדדים ובהימנעות מקביעת כללים חד-משמעיים או פתרונות חותכים. דרך טיפול זו אינה הולמת, מטבעם של דברים, 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 כרכות השנים, של שמירה על ה"סטטוס-קוו". השמירה על המצב הקיים היא הדרך היחידה המבטיחה כי השקט, השלווה והנימוס הציבורי - החיוניים כל כך במקומות שהדרת קודש שרויה בהם - יישמרו.

חופש הפולחן ומבחן הוודאות הקרובה

51. את עקרון השמירה על הסטטוס-קוו ניתן להציג כדמותם של כללים משפטיים הנקוטים בידינו בהקשרים קרובים. כך הוא הכלל לפיו חופש הפולחן הנתון לאדם אינו חופש מוחלט אלא עליו לסגת אם קיימת וודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי. כלל משפטי זה, כמדומה, אינו אלא לבוש אחר - לכוש ההולם את המקומות הקדושים - לעקרון השמירה על הסטטוס-קוו.

חופש הפולחן והדת זכות יסוד היא במערכת משפטנו. כך נפסק עוד בבג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י טז 2101, והדברים הם מן המוסכמות שאינן שנויות במחלוקת:

"דת ופולחן אינם רק דברים שנהלכה, נחינת ניתי ספר וניחזי, אלא בעיקרם הם דברים שכלב, 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 כחג הסוכות] מגלה המועצה נטיה לעמדה דתית אחת השוללת את זכות קיומה של מגמה אחרת, ובנימה יומרנית במקצת קובעת היא, שאותה צורה של תפילה, הנהוגה מאז ומתמיד בכפר, מסוגלת לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום. כסבור הייתי, כי עניינו של כל פרט ופרט הוא לעשות חשבון נפש להחליט, מה היא עבודת הקודש וצורת התפילה, בהן ימצא סיפוק נפשי והתרוממות הרוח. ואם לאחדות כחיי הציבור, אליה שואפת המועצה, ולמניעת פילוג, הרי לא בכפיה ניתן להשיג מטרות אלו, ולא על חשבון חופש המצפון והדת" (דברי השופט ויתקון, שם, בעמ' 2113).

ובלשונו של הנשיא זוסמן:

"לא עליה [= על המועצה המקומית] להחליט שתושבי המקום יתפללו בנוסח פלוני ולא יתפללו בנוסח אלמוני... מגילת העצמאות הכתיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לכיצוע על דרך של תביעה משפטית, אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה" (שם, בעמ' 2116).

וכך נאמר לאחרונה בפסק דינו של הנשיא שמגר ככג"צ 650/85

התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות ואח', פד"י

מכ(3) 377, 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 שוויון, וכי רשויות השלטון ירחיקו עצמן מכל מעשה או מחדל כלפי המאמינים על זרמיהם, לרבות ארגוניהם 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 מכטאת יחס של שוויון, 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 כלפיו מטרד. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן הוא חופש יחסי. יש לאזן בינו לבין זכויות ואינטרסים הראויים אף הם להגנה, כגון הקניין הפרטי והציבורי וחופש התנועה. אחד האינטרסים שיש להתחשב בהם הוא זה של הסדר הציבורי וכטחון הציבור" (דברי השופט ברק ככג"צ 292/83 נאמני

הר הכית ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים,
 פד"י לח(2) 449, 455.

כאשר ל"נוסחת האיזון" בין חופש הפולחן מזה ובין הסדר
 הציבורי ובטחון 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. כמוכן, בטרם
 תיעשה כל פעולה, יש בה כדי לפגוע ולצמצם
 חופש זה בשל פגיעה בטחון הציבור, מן הראוי
 הוא שהמשטרה תנקוט את כל האמצעים הסבירים
 העומדים לרשותה כדי למנוע את הפגיעה בביטחון
 הציבור, בלא לפגוע בזכות המצפון, 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 בכוחה, 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. עליה להגן
 גם על החירויות האחרות ואף על חירות המצפון
 והדת של אנשים אחרים. כמצב דברים זה עשוי
 להיווצר מצב, בו חרף פעולתה של המשטרה, עדיין
 יעמוד בעינו החשש של פגיעה בטחון הציבור.
 היש בקיומו של חשש זה, שלכדי ודאות אינו
 מגיע, כדי להצדיק שלילתו והגבלתו של חופש
 המצפון, האמונה, הדת והפולחן?

... לא די... כחשש 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 'הודאות
 הקרובה' ישמש אף לקביעת 'נוסחת האיזון' בין
 חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן מזה לבין
 בטחון הציבור מזה" (שם, נעמ' 455-456).

הקביעה, כי קיימת וודאות קרובה לכך שמימוש חופש הפולחן יפגע בסדר הציבורי, טעונה היא ביסוס ראיתי. ראיה כגון זו עשויה להימצא בניסיון העבר:

"הדרישה היא לראיות 'של ממש'... ההערכה צריכה להתבסס על עובדות ידועות, לרבות ניסיון העבר. אין די בהשערות, בספקולציות ובחששות" (דברי השופט ברק בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פד"י לח(2) 393, 411).

במקומות הקדושים קיימת - לאור ניסיון העבר עליו עמדנו בהרחבה - חזקה ראיתית לפיה סטייה מן הסטטוס-קוו עשויה להוביל להפרת הסדר הציבורי. חזקה ראיתית זו, בהצטרף אליה ראיות נוספות, ואולי אף כשהיא לעצמה, יהיה בה, במקרים מתאימים, כדי לבסס את התשתית הראיתית הדרושה, לפי מבחן הוודאות הקרובה, על מנת להגביל את חופש הפולחן במקומות הקדושים ולסייגו מפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי. במקומות הקדושים עקרון השמירה על הסטטוס-קוו אינו אלא, לעתים קרובות, לבוש קונקרטי למבחן הוודאות הקרובה.

חופש הפולחן והצורך במציאת המכנה המשותף למתפללים

53. בעניין העתירה שבפנינו ההתנגשות האפשרית אינה רק בין חופש הפולחן של העותרות מזה ובין האינטרס שבשמירה על הסדר הציבורי מזה; התנגשות אפשרית נוספת קיימת בין חופש הפולחן של העותרות מזה לבין חופש הפולחן של המתפללות והמתפללים האחרים מזה. הכלל המשפטי אשר צריך לחול ביחס להתנגשות האחרונה - כאשר עולה היא במקומות הקדושים - הוא 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 ולמצוא את המכנה המשותף לכל המתפללים, אף אם כתוצאה מכך עשוי חופש הפולחן של האחד לבוא במקצת

על חשבון חופש הפולחן של האתר. הדרת הכבוד המיוחדת הנלווית למקומות הקדושים ואופיים מחייבים כי הפולחן במקומות הקדושים יעשה בשקט ובנימוס, ללא סכסוכים ומדון, כשכל איש ואיש יוכל לעבוד את קונו מכלי 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 בכג"צ 223/67 בן דב נ' שר הדתות, פד"י כב(1) 440, שם דובר על ההתנגשות - במקום קדוש אחד - בין חופש הפולחן של בני דת אחת לבין חופש הפולחן של בני דת אחרת:

"... בשטח הנתון כידי 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 דינים ומנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף תנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומות המקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת - מצד אחד, וכיבוד ואי פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת - מצד שני" (שם, כעמ' 448).

וביתר הרחבה עמד על כך השופט קיסטר כפרשת חוגים לאומיים:

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

לדוגמא: אדם המזדמן לכנסיה נוצרית קתולית בין שהוא נוצרי קתולי ובין שהוא זר, ומתנהג באופן פוגע או מרגיז כגון מופיע בלכוש שלפי המקובל אין להופיע בו בכנסיה או מכסה 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 כטרוניה אם המשטרה תסלק אותו מן המקום וייתכן שיהא גם מקום למשפט פלילי; ואין הדברים אמורים בכנסיה בלבד אלא גם במקום אחר המקודש לנוצרים או בתהלוכה או בטכס אחר. כן לא יוכל נוצרי להיכנס למקום המיוחד לכמורה או גבר מושלמי אינו בעל זכות כניסה למסגד נשים" (שם, בעמ' 180-181).

ולמטה משם:

"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 ברגשות בני דת אחרת ויש ויראו בכך חילול המקום הקדוש להם (דוגמה קיצונית בהיסטוריה יהודית היתה העמדת פסל או מזבח לאליל בכית המקדש בזמנו של אנטיוכוס אפיפנס). ובמקרה כזה ייתכן שלא תהא אפשרות שבני הדתות השונות יערכו טכסים באותו אתר המקודש אלא לכל היותר כי בני אותה דת שטכסיה פוגעים כנ"ל יתפללו כיחידים וללא כל טכס מכלי להפריע לאחרים, ואף ייתכן שאף אחת מבני הדתות לא תוכל לערוך טכסים מסודרים, אם מה שבעיני דת מסויימת 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 ואף למהומות" (שם, בעמ' 181-182).

יש וכמקומות הקדושים ייצא המכנה המשותף לכל המתפללים בדמות

עקרון השמירה על הסטטוס-קוו. במקרים אלו, השמירה על הסטטוס קוו

היא הדרך הראויה לילך בה.

"מנהג המקום" ועקרון השמירה על הסטטוס-קוו

54. משכאנו לכאן, נפנה ונבחן לאורם של כללים אלו את התקנה שהתקין

שר הדתות, ואשר תוקפה שנוי הוא כמחלוקת בין הצדדים.

כאמור, תקנת משנה (א1) לתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות

קדושים ליהודים קובעת כדלקמן:

2. מעשים אסורים

(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".

תקנה זו מכטאת 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 הקדושים. עמד על כך הנשיא שמגר ככג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר החכורה ואח', פד"י לז(3) 337,

:357

"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 חקיקת 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, כמוכן, הכותל המערבי - יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע ברגשותיהם של בני הדתות כלפי המקומות המקודשים להם (סעיף 1 לחוק), ומטרת התקנה היא להגשים הוראת חוק זו - למנוע את חילולו של הכותל המערבי ואת הפגיעה ברגשותיהם של המתפללים במקום כלפי הכותל.

55. בפני שר הדתות היו די והותר ראיות לכך שתפילה בדרכן של העותרות - תפילה המהווה, כפי שעמדנו על כך, הפרה של "מנהג המקום" - מביאה לפגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי, ומתוך כך מביאה היא, לחילולו של הכותל המערבי. ראיות אלו הובאו בפירוט רב בתחילתם של דברינו, בתאור הרקע העובדתי לעתירות (ראה פסקאות 4-11).

הארועים המתוארים יוצרים תשתית ראייתית מספקת, שיש בה כדי לבסס את הצורך בהתקנת תקנת משנה 1(א) לשם מניעת חילולו של הכותל המערבי. "הדיבור 'שמירה מפני חילול' פירושו הוא 'שמירה על כיבוד'" (דברי מ"מ הנשיא זילברג המנוח בכג"צ 223/67 בן דב נ' שר הדתות, פד"י כב(1) 440, 447). הארועים שארעו ברחבת הכותל נשעה שביקשו העותרות להתפלל במקום כדרכן - היינו, כשהן עסויות בטלית, קוראות בספר התורה ומתפללות בקולות שיר - מלמדים על הפגיעה הקשה שנגרמה לכבודו של הכותל; על החילול שחולל. נשים יושבות ונשים שרועות ברחבת הכותל, נשים המפונות מן הרחבה, מתפללים המשליכים בוך ועפר, כסאות, שולחנות ואבנים זה על זה, ומעל לכל - שימוש ברימוני גז - כל אלו הם מחזות שאין הדעת סובלתם במקום הקדוש הזה. וכל אלה - לעיני כלי התקשורת ש"נזדמנו" למקום. והארועים שארעו נשעה שניסו העותרות בכג"צ 257/89 לממש את זכותן להתפלל ברחבת התפילה שליד הכותל, מלמדים על הארועים הצפויים להתרחש אם ינסו העותרות בכג"צ 2410/90 להתפלל באותו מקום. כאן מן הראוי לציין, לזכותן ולכבודן של העותרות בכג"צ 2410/90, כי משנאמר להן שתפילתן ליד הכותל 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 לעותרות שבכג"צ 257/89 שבהתנהגותן הביאו לכלל מהומות קשות ומרירות, תוך שהן שרועות בגופן ברחבת הכותל, וכיוצא באלה, ולא חששו לכיזוי 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 בכג"צ 257/89. בהקשר זה כבר נפסק, כי -

"אם פעולה סבירה של המשטרה אין בכוחה, לאור מגבלותיה, להסיר את הפגיעה, הלכה למעשה, בכיטחון הציבור, אין מנוס מהגבלת חופש המצפון והדת, כנדרש לשם שמירה על כטחון הציבור" (דברי השופט ברק בכג"צ 292/83 הנ"ל, בעמ' 455).

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. עשרות שוטרים מצויידיים באלות העומדים בטבורה של עיר אינו דומה למחזה של עשרות שוטרים כשהם עומדים במקום קדוש. עצם הצבתם של שוטרים אלה במקום קדוש עשויה להביא לחילולו של המקום. על כן, כאשר לשם הגשמת חירות הפולחן של פלוני עלולה המשטרה להידרש לפעולות כגון שימוש ברימוני גז, מגיעים אנו למסקנה כי פעולה זו של המשטרה, כשהיא נעשית במקום קדוש, אינה פעולה שיש לכפות על המשטרה לבצעה.

57. על אף התשתית הראייתית שהיתה, כאמור, לשר הדתות, לא התקין השר את התקנה, הנדונה בעתירה שבפנינו, מיד לאחר הארועים המתוארים, אלא ניסה תחילה להביא את הצדדים 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 הסיכסוך בדרכי שלום, נאלץ להתקין את התקנה על מנת למנוע חילולו של הכותל המערבי.

ומעלה יתרה יש בה בתקנה זו, ש"מנהג המקום", אליו מתייחסת התקנה, לא רק שנועד הוא למנוע את חילולו של הכותל אלא מבטא הוא את המכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללים במקום. כפי שעמדנו על כך עת התייחסנו לעמדת ההלכה, תפילה בדרכן של העותרות היא תפילה המכילה מרכיבי טכס שאינם מקובלים על הרוב המכריע של קהילות ישראל, והמכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללות ברחבת הכותל מצוי הוא בדרך התפילה הנוהגת, מדור דור, ברחבת התפילה שליד הכותל - למתפללים ולמתפללות המצויים במקום יום יום, שנה שנה ובכל עונות השנה, ואף לעותרות. המכנה המשותף למתפללות ברחבת הכותל מצוי הוא כתפילה לפי הנוסח הנוהג ברוב המכריע של קהילות ישראל, שאינו כולל התעטפותן כטלית וקריאה בספר תורה.

58. מתוך כך באים אנו לכלל מסקנה כי התקנה שהתקין שר הדתות תקפה היא. התקנת התקנה מצוייה היא בגדר סמכותו של שר הדתות; התקנה לא נועדה להפלות בין המתפללים, אלא כל כולה נוצרה בשל אילוצים, המתחייבים מקדושתו של הכותל המערבי; התקנה סבירה, בתיתה ביטוי לעקרון השמירה על הסטטוס-קוו, לעקרון השמירה על הסדר הציבורי במקום קדוש, ובעיקר - בייצגה את המכנה הרחב ביותר המשותף לכל המתפללים במקום. בהקשר זה, מענין לענין, נאמר על ידי הנשיא שמגר בכג"צ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, פד"י (2) 94, 103-105:

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

אתרים, גמישים, לו היה הדבר מסור לשיקולו
ולסמכותו, אין בה כשלעצמה להצדיק פסילתה של
תקנה.

...

בית המשפט ינהג בדרך כלל בריסון עצמי רב,
בבואו לשקול תקפה של חקיקת משנה".

וכן הם דברי הנשיא אולשן בכג"צ 57/53, 58 טבקהויז ואח' נ'

עירית חיפה ואח', פד"י ז' 701, 707:

"חקיקת המשנה... יש להתייחס אליה בהבנה
ובנכונות ללכת לקראתה. מכאן מגמת היסוד של
כתי המשפט להכשיר אותה במידת האפשר ולא
לפסלה".

בהמשכם של דברים בפרשת פאוזי דקה הנ"ל מוסיף הנשיא שמגר לאמור:

"אין להסיק מסקנה בדבר סבירותה של תקנה, לאור
יישומה למקרה קונקרטי בלבד, מכלי שפונים
ושוקלים יחד עם זה גם את מטרתה הלגיטימית
הכוללת. הסבירות גם כאן איננה מושג אבסולוטי
אלא מושג יחסי, ועל כן יכול שיווצר מצב בו
יפחת המשקל שיש לייחס לפגיעה בפרט הנובעת מן
התקנה, וזאת אם מציבים מולו את המדיניות שבאה
לידי ביטוי בתקנה ושיש לה יסוד ומסד בחקיקה
הראשית המסמיכה" (שם, בעמ' 106).

בענייננו, סבירותה של תקנת המשנה עולה היא מן המדיניות
שביסוד התקנה ומן המטרה שבאה היא להגשים - מטרה המעוגנת בחוק
השמירה על המקומות הקדושים - היא המטרה של שמירה על המקום הקדוש
מפני חילולו.

ההיועצות ברכנים הראשיים

59. העותרות הלינו, כאמור, על היועצותו של שר הדתות, קודם
להתקנת התקנה, ברכנים הראשיים. בטענה זו אין ממש. סעיף 4 לחוק

השמירה על המקומות הקדושים קובע מפורשות לאמור:

"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 לביצועו".

לענייננו, נציגי הדת הנוגעת בדבר הם הרכנים 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 המוסלמית וכן דעת הרכנות הראשית" (פרשת חוננים לאומיים, בעמ' 189).

הרכנות הראשית היא "הסמכות ההלכתית העליונה במדינה" (כג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח', פד"י מג(2) 661, 682). ולא כל שכן כך הוא לאחר שנחקק חוק הרכנות הראשית לישראל, התשמ"מ-1980, שעם חקיקתו -

"חוק מעמדה של הרכנות הראשית כרשות דתית ממלכתית של כלל הציבור היהודי, לפי התפקידים שיועדו למועצה בסעיף 2 לחוק" (כג"צ 47/82 קרן הנ"ל, שם, בעמ' 693).

על שה הדתות מוטל היה, איפוא, להיוועץ ברכנים הראשיים טרם התקנת התקנה האמורה.

"מנהג המקום" כתפילה שלפני הכותל

60. העותרות העלו טענות שונות לענין השוני שבנוסח התפילה בין עדות אשכנז וספרד וכיוצא בזה; בטענות אלה אין ממש ואין בין אלה לבין נושא סוגיתנו כאשר לטכס תפילה של נשים בהתעטפות בטלית, קריאה בתורה וכיוצא בזה, ולא כלום.

טענה תמוהה אחרת שבפי העותרות היא, כי -

"הן לפי דו"ח הועדה הכינלאומית [= לענייני הכותל, 1930] ואף לפי דו"ח ועדת שו על המאורעות בארץ ישראל באוגוסט 1929... הובהר שבשנים ההן לא היתה מחיצה ליד הכותל ולא היה כל ריהוט שהוא, פרט לארון קודש נייד שהיה מותר להביאו לרחבה בימים מוגדרים" (סעיף 64 לעיקרי הטיעון הנ"ל).

בעניין זה צרפו העותרות בבג"צ 2410/90 צילומים מתקופות שונות, לפני שנת 1948, מהם עולה, כלשונו, כי "לא היה אפילו מנהג של הפרדה בין מתפללים ומתפללות יהודים ליד הכותל" (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 הכותל המערבי אירעו כמשך כל שנות ה-20... המוסלמים ערערו במיוחד על העמדת אביזרי התפילה כרחבה בידי היהודים, ובשל מחאותיהם סולקה ככוח בידי המשטרה הבריטית - מחיצה בין גברים לנשים כעצם יום הכיפורים תרפ"ט (1928). באוגוסט 1929 התפרץ המון מוסלמי מוסת דרך הפתח שפתח המופתי בדרום הרחבה, פרע כמתפללים והשמיד תשמישי קדושה, ובהמשך ההתרגשות ואי תשקט פרצו ימים אחדים לאחר מכן 'מאורעות תרפ"ט' הקטלניים" ("הכותל המערבי" האנציקלופדיה העברית, כרך 20 (התשל"א) עמ' 1123-1124).

כיצד ניתן ללמוד על העדרו של "מנהג המקום" באשר להפרדה בין

נשים לגברים ממציאות שנכפתה על היהודים מכוח גזירת השלטון הזר?

אתמהה.

השאלה העומדת לדיון היא, איפוא, האם "מנהג המקום" ככותל הוא שנישים המתפללות במקום מתעטפות בטלית או קוראות בתורה, וכן אם מתפללות הן במסגרת של "מנין" ובקולות שירה רמים.

התשובה לשאלה זו ברורה. מצוי בפנינו תצהירו של הרב גץ,

לפיו -

"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 מיום 7.2.91).

העותרות טענו כי היה אירוע שבו התפללו "בנוסח זהה או דומה" בטכס ליד הכותל (סעיף 18(ב) לעתירה בכג"צ 2410/90). מובן ואין צריך לומר שאין בכך כדי להעיד על "מנהג המקום", 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).

סיכום של דברים

61. ברור ואין כל ספק שההיענות לעתירות שבפנינו תגרום למחלוקת קשה, מריחה וחריפה ביותר, מלווה באלימות שסופה שפיכות דמים. עובדה שאינה שנויה במחלוקת היא שהרוב המכריע של המתפללים הפוקדים את מקום התפילה בכותל המערבי יום יום ולילה לילה, נמנים על אלה הסוברים ומאמינים, ככנות ובתום לב, שהשינויים המתבקשים בשתי העתירות שבפנינו יש בהם משום חילול מקום התפילה שליד הכותל

המערכי; לא זו בלבד שמתוך כך יבואו הדברים לידי מחלוקת אלימה וקשה ביותר, אלא שמכחינת דיני ההלכה יימנע מהם, אנשים כנשים, לקיים את תפילתם ליד הכותל. כיום הזה, הגישה לכותל והתפילה לידו, פתוחים ומותרים הם לכל בן ובת ישראל, המתפללים ושופכים צקון לתשם כרצון כל אשה ואיש לפי דברים שמבקש כל אחד להשיח בינו לבין קונו, על פה או מפי הכתב. אין להעלות על הדעת שכמקום התפילה שליד הכותל המערבי ייקבעו מועדים וזמנים שונים לטכסי תפילתם של חוגים שונים, וגורלו של מקום מקודש זה יהא חלוקתו, לפי מועדים וחלקים בו, בין בני העם היהודי, על תוגיו וזרמיו השונים, כפי שעלה בגורלם של מקומות מקודשים לבני דתות אחרות, כפי שנוכחנו לדעת ולראות בדברינו לעיל (פסקאות 44, 48, 49). כאמור לעיל (פסקה 39), השינוי המהותי שחל במעמדה של האשה ומקומה במאה הנוכחית, שגם נשים שומרות תורה ומצוות הן שותפות מלאות בו, יכול ויתן אותותיו במשך הזמן 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 הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירות העותרים, גם זו שכנגד"צ 2410/90, משום חילול מקום התפילה שבכותל המערבי שהוא המקום המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות, לבני כל העם היהודי. מקום התפילה ליד הכותל המערבי משמש כיום גם המקום האחד והיחיד בכל העולם היהודי, המפולג בדעותיו ובמנהגיו, שבו מובטחת הגישה החפשית לכל יהודי, איש ואשה, באשר הם. הכותל מקווה נכס, רוחני וגשמי, יחיד ומיוחד המאחד את בני כל העם היהודי, ועל כך מצווים אנו לשמור מכל משמר. מטרה זו תושג על ידי מציאת המכנה המשותף לבני כל העם היהודי כאשר הם, בכואם לשפוך שיחם בפני בוראם במקום התפילה שליד הכותל המערבי. מטרה זו תושג אך ורק על ידי שמירה קפדנית על האמור בתקנה 2(א) 1(א) שהותקנה על ידי שר הדתות, בהתייעצות עם הרבנים

הראשיים ובהסכמת שר המשפטים, שלפיו אסורה "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום". על פי כל האמור לעיל, תקנה זו, שהותקנה על ידי שר הדתות לפי הסמכות המסורה לו על ידי המחוקק, סבירה היא ואף הכרתית היא, ואין בה משום שיקול זר שיש בו כדי לפסלה ולכטלה. היענות לעתירות שבפנינו יש בה משום שינוי מהותי של מנהג המקום, ובקיום טכס התפילה המבוקש כעתירות יש משום פגיעה קשה וחמורה ברגשות הרוב המכריע של ציבור המתפללים כלפי המקום. כלל גדול מקובל בידינו שאין אנו מתערכים בחקיקת משנה אלא כמקרים של חוסר סבירות קיצונית וקיומם של שיקולים זרים. לא אלה הן הנסיבות כמקרה דנן. מטרתה של התקנה היא מציאת המכנה המשותף כדי לאפשר תפילתו של כל יהודי באשר הוא במקום המקודש ביותר לעם היהודי, ומניעת מחלוקת קשה ואלימה במקום האחד והמיוחד שבו מתאחדים בני כל העם היהודי. מטרה זו טובה היא, סבירה היא ורצויה היא, כנתונים וכנסיבות שעמדנו עליהם לעיל.

מוכן ואין צריך לומר כי העותרות זכאיות להתפלל בדרכן שלהן כקהילותיהן ובבתי כנסת שלהן, ואיש לא ימנע זאת מהן. תופש הפולחן של העותרות קיים הוא ועומד. אך כשל ייחודו של הכותל המערבי והרגישות הרבה במקום המקודש ביותר לבני כל העם היהודי, יש לקיים את התפילה במקום יחיד ומיוחד זה, לפי המכנה המשותף המאפשר תפילתו של כל יהודי באשר הוא; 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 (פסקאות 37 ו-38;

וראה עוד המשפט העברי, מהדורה שלישית, תשמ"ח-1988, עמ' 226-232, 1075 (ועוד). עמדנו על שני פירושים למושג זה, ודומה כי מן הראוי לסיים את דיוננו בפירוש נוסף שניתן לתפקידו של הדיין לדון "דין אמת לאמיתו". פירוש זה הוא משל ר' יהושע ולק כ"ץ, מגדולי וראשוני פרשני הטור והשלחן ערוך, במאה השבע עשרה בפולין, וזה לשונו (דרישה על טור חושן משפט, סימן א, סעיף קטן ב):

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

משמדובר בענין 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 יגשו אל הכותל בכל עת ובכל שעה, ויצקו לחשם לפני קונם, למען שלומה ושלמותה של ירושלים כירתם. והיה דיננו דין אמת לאמיתו.

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

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

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

"שאינן להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל - אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואינן שיקולים של סכנה ודאית וקרובה של הפרת השלום חייבים, בהכרח, להצדיק הטלת איסור כאמור; אלא שומה על הרשויות הנוגעות, כדבר לגבש את התנאים המתאימים כדי לאזן בין כל האינטרסים הנוגעים בדבר, כדי שכל השוחרים להתכנס ליד הכותל ורחבתו יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם מבלי 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 החוגים הלאומיים. פסיקה זו נוגעת למקום הקדוש ביותר לאומה היהודית מהעבר המזרחי של הכותל, היינו הר הכית, שבו שכנו בית המקדש הראשון ובית המקדש השני, ובו היה קודש הקדשים (ראה על כל זה במפורט בג"צ 4185/90 נאמני הר הכית נ' היועץ המשפטי לממשלה, טרם פורסם, פסקאות 4-24), וקדושתו של הכותל המערבי היא על שום היותו "שריד בית מקדשנו". ככל פסקי הדין האמורים, ללא יוצא מן הכלל, נקבע שמצד אחד זכותם של בני העם היהודי להתפלל על הר הכית אינה ניתנת לערעור, היא נצחית, היא קיימת מקדמת דנא ותהה קיימת לכל עתיד שיבוא, ואימרות שפר כיוצא באלה, אך מצד שני, כדי לשמור על הסדר הציבורי וכדי למנוע סכנה קרובה של פרעות והתפרעויות, נאסר על היהודים להתפלל ברחבת הר הכית; חופש הפולחן נסוג איפוא בפני הצורך בשמירה על הסדר הציבורי

עד כדי ביטול כל הפולחן הדתי היהודי על הר הכית. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד מפסק דין שניתן על ידי בית משפט זה לפני כשמונה חדשים, כ- 4.4.93, בו נדונה, בין היתר, עתירה של יהודי המבקש להכנס להר הכית "שעה שהוא עטור תפילין, לובש טלית, או נושא עמו ספר קודש" (בג"ץ 67/93, לא פורסם, פסקה 2). העתירה נדחתה, ובנימוקי פסק הדין (מפי השופט גולדברג - והסכימו עמו השופטים ברק ומצא) נאמר, בין היתר:

"לא למותר הוא לציין כי עמדת פרקליטות המדינה בבג"צ 99/76 הנ"ל היתה... כי -

'זכות הגישה של העותר להר הכית היא זכות יסודית, שגובשה גם בחוק, ואיננה ומעולם לא היתה שנויה במחלוקת. מותר להניח שאיש אף לא יטריח עצמו לברר אם בעת שהוחו 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 הכית היא זכות יסודית, שאינה נפגעת אף אם במהלך מימושה משיח המבקר לתומו עם בוראו, על שום מה תמנע תפילת לחש רק משום שכרשות המבקש סידור תפילה, או ספר קודש אחר, או כשהוא עטור תפילין או עוטה טלית? דא עקא, כי לדעת המשטרה קיים חשש ממשי כי מעשה כזה יתפרש כפרובוקציה, ויגרום להפרת הסדר, שבעקבותיה אף עלולה להגרם שפיכות דמים.

והשאלה היא, האם יש בידינו לקבוע כי החשש שמעלה המשטרה, חשש שוא הוא, ושיקוליה נטולי יסוד, עד שעלינו להתערב בהם? דומה כי התשובה לכך מובנת מאליה, נוכח הרגישות יוצאת הדופן של המקום שאין לה אח ורע בכל מקום אחר בארץ. מכאן שגם אם מבינים אנו ללבו של מבקש המבקש בחום-לב להתפלל ביחידות כשעמו חשמישי קדושה, אין בידינו לראות את עמדתה של המשטרה, לעת הזאת, כפגומה מבחינת סבירותה" (שם, פסקאות 5-6).

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 - ראה במפורט בג"ץ
4185/90, לא פורסם, פסקאות 28-32) כשהוא עוטה טלית, או מחזיק
סידור תפילה בידו, כששליה מותלטת זו של חופש הפולחן מוצדקת על
ידי בית משפט זה מהטעם של קיום סכנה לסדר הציבורי והתפרעויות;
ולעומת זאת, שלילת תפילה של נשים העוטפות טלית וקוראות בספר תורה,
שאינן בה אלא משום ויתור מסוים בטכס הדתי, כשפרט לכך הן חפשיות
להתפלל כרצונן ליד הכותל, וזאת כאשר אינו מוטל בספק שכך הוא מנהג
המקום מאז ומתמיד, ושקיימת סכנה של ודאות קרובה למהומות, מריבות,
ופצצות גז - כפי שכך כבר אירע בעבר - על אף כל זאת, הכנסת שינוי
זה יש להתיר כדי למנוע פגיעה בחופש הפולחן! במה שונה הר הבית
שמזרח 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 בטכס התפילה, שמעולם לא נהגו כך בכותל, והרוב
המכריע של המתפללים בפניו מתנגדים לכך חמורות, איסור כזה יש בו
משום פגיעה בחופש הפולחן? אשר על כן, ראוי ונכון יהיה, כדי למנוע
איפה ואיפה, שהועדה שתוקם, כהצעת חברי הנשיא, וכן בית המשפט
כשיחזור ויזקק לנושא, ידונו במכלול חופש הפולחן, משני עברי הכותל
המערבי.

כאמור בדברי לעיל, יש לדחות את העתירה.

המשנה לנשיא

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, התשכ"ז-1967, והחקנות שהותקנו מכוחו.

חיקוקים אלה מנטאים את דאגתה של המדינה למניעת החילול של המקומות הקדושים וכל פגיעה אחרת בהם. בד בבד קובעות ההוראות האמורות, שהמקומות הקדושים יהיו שמורים מפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, או ברגשותיהם 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 מצידו 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; מבחינה 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, נפתח בו בימינו יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, ומושבעים חיילים, כשהם ניצבים מולו.

החשיבות שנשמירתו - 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.

לנוכה מעמדו של הכותל המערבי בעיני כל העם, מובנות הדאגה והשקידה על שני היעדים הנאים, והם: קיום חופש הגישה לכותל והחלת החובה לשמור על כבוד המקום על כל הנאים אליו. ביטוי ליעדים שונים אלה ניתן עוד בחוק מהחשכ"ז: בדברו בחילול, אשר מפניו יש לשמור את המקום הקדוש - כיוון המחוקק למעשים מזיקים, אשר לפי טיבם או תוצאותיהם פוגעים בקדושת המקום. יחד עם זאת נקבע, כי יש לקיים את חופש הגישה של כל 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 ולמנעה (ראה גם סעיף 2(ב) לחוק הנ"ל). אך מובן, שיעדים מרכזיים אלה אינם מתיישבים זה עם זה בהכרח ככל מגוון הנסיבות האפשריות, ואם מתגלה ניגוד יש לחפש את הדרך הנאותה לאיזון בין היעדים הללו, על מנת להכטיח שלא ייפגע העיקר.

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

על כן, הדגשנו בהזדמנויות שונות, כי בניה וכנותיה של חברה חופשית שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה נקראים לכבד את התחושות

האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם. כך גרסנו, למשל, בע"א 294/91 (חברת קדישא גחש"א נ. קסטנבאום, פד"י מ"ו(2), 481), כי תברה חופשית ממעטת כהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסכלנות, בסובלנות ואף בנסיון להכין את האחר, גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות.

עם זאת יש לזכור, כי הסובלנות והסכלנות אינן נורמות בעלות מגמה חד-סטרית אלא הן נורמות היקפיות ורב-כווניות. תברה נאורה גם מכבדת אמונותיו ודעותיו של מי שבק בהן כלהט ובהזדהות שאינם כהכרח מדרכו של האדם מן השורה. ההכנה של הזולת עולה כחשיבותה על ההכנה העצמית. הצווי של "דע את עצמך" הלקוח ממסורת תרבותית אחרת, כבודו במקומו, אך הוא אינו יכול לבוא במקום האימוץ של עיקרון הסובלנות, כביטוי, בכלל הגדול "דעלך 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 הדדית. מפגנים כוחניים השאובים לעתים מנוהגיהן של חברות אלימות, ממערב או ממזרח, אינם הולמים אותה.

כל זאת מוליך אותנו אל דרך החתחתים הקשה של נסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו עם זו. כהקשר זה טוב לזכור, כי ההתמקדות הבלעדית בפרישת הקושיות והבעיות בפני בית המשפט, אותה "תרופת פלא" של דורנו, אינה מהווה כהכרח פתרון ראוי ותרופה רצויה לכל תחלואינו. טמון בה לא אחת הרצון, כי ייקבע פתרון של כפיה, הנשען על הצווי השיפוטי, מקום בו הנסיון להגיע להכנה

ולהידברות בין בעלי הגישות השונות, נראה לכאורה קשה יותר. דא עקא, פתרון של הסכמה והכנה, מעלתו עולה מתוכם, והרוח שהביאה להסכמה גם שורה על תוצאותיה.

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

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

אני גם שותף למסקנתו, כי לאור רגישותה יוצאת הדופן של הסוגיה שכפנינו לא ניתן לפתרה כמחיי-יד, תוך התעלמות משורשיה העמוקים. מאידך גיסא, אינני משוכנע כי לא הופרו מצד המשיבים בהצגת הניגודים והפערים. כך, דרך משל, יצא הקצף על שירת העותרות למרות שמדובר על שירתם של חברי הפילה; וכי חל בכלל איסוד על שירה ליד הכותל? הרי רוקדים ושרים שם לא אחת, ואין להעלות על הדעת שימנעו שירת עולי רגל, ישראלים או נכרים, תיילים או חיילות, אזרחים או אזרחיות, הנעשית בצורה מכובדת. יתכן, על כן, ואני מדגיש את התיבה "יתכן", כי למתנגדים נתערבבה בהתנגדות לזהות השרים גם התנגדות לעצם השירה, וכך לא ייעשה.

לטעמי, יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, לפיהן כל אדם המבקש לפנות לכוראו כתפילה יהיה רשאי לעשות כן כסגנונו וכדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם 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 כדרכו, וכך עולה ברורות מן הקביעות שבחוקים הנ"ל.

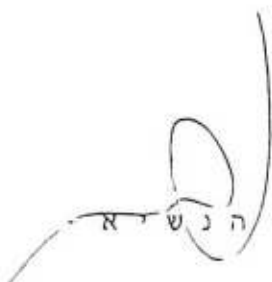
כבר הערתי, כי יתכן שבית המשפט הזה אינו הגורם היעיל ביותר - וכוודאי שלא הבלעדי - היכול לנסות בדרך של מגע עם הגורמים השונים למצוא דרכים מעשיות למימוש התכלית החקיקתית בשני החוקים הנ"ל, שהיא המשכו ומימושו של העיקרון ההצהרתי שבמגילת העצמאות.

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

על כן דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שבפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך בה נחתך סכסוך משפטי מן השורה. הנני מציע לממשלה לשקול מינוייה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה כרגשות 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.

הנשיא



השופט ש' לוינ:

1. 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 במירב הנמקותיו וכתוצאה האופרטיבית 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, תשכ"ז-1967 (להלן-החוק) הינו חוק חילוני; הוא מביא בחשבון שיקולים של בני הדתות הנוגעות בדבר ובכללם גם את שיקוליהם של הרבנים הראשיים (ראה סעיף 4), אך לא רק שיקולים אלה, ואת המונחים הכלולים בו יש לפרש לפי המכנה המשותף המקובל על הציבור בישראל ככללותו. לפיכך יש לפרש את הדיבור "חילול", "פגיעה אחרת" ו"דבר העלול לפגוע ... ברגשותיהם (של בני הדתות) כלפי אותם המקומות" בסעיף 1 לחוק האמור, פירוש שיתן ביטוי מצד אחד לזכות לחופש הפולחן והדת, כפי שהוא מקובל בחברה דמוקרטית ו"נסכל בה" ומצד שני לשמירה על אינטרסים של שלום הציבור ופגיעה "בלתי נסכלת" ברגשות הזולת כמקובל באותה חברה;

ב. אין ספק בדבר שהכותל המערבי (ורחבתו) הוא אתר מקודש מדורי דורות לעם ישראל כאתר דתי וכאתר תפילה, אולם כד בכד נודעת לו גם משמעות סמלית לאומית כשריד הסטורי יחודי של חומות בית המקדש, סמל למלכות ישראל שאליו ערגו המוני בית ישראל מדורי דורות. כנסיבות אלו אין העובדה שאתר הכותל משמש כאתר תפילה מכרעת, בהכרח, קביעת

היקף הפעילויות המותרות באתר זה. כמובן זה אינני מוכן לקבל מראש וכמובן מאליו שלענין החוק יש לראות את הכותל המערבי לכל ענין ודבר כ"בית כנסת" שהלים על הפעילות המתנהלת בו אך כל דיני ההלכה המתפרשים על בית כנסת ואין זולתם.

ג. לאמור לעיל שתי תוצאות מרכזיות. האחת - לגבי הזכות לחופש הפולחן באתר הכותל והאחרת - לגבי הזכות לקיים פעילויות אחרות בעלות אופי מתאים באתר זה. כאשר לשני סוגי עניינים אלה יש לקבוע קיומו של היתר עקרוני לפעילות ובכלכד שאין באותה פעילות משום "חילול", "פגיעה אחרת" ו"פגיעה ברגשות" כמובן אותו כבר הזכרתי לעיל. לענין זה - כך אני סבור - אין מועיל בנקיטת קנה המידה של המכנה המשותף הרחב ביותר - כמובן בו השתמש חכמי הנכבד; כך, למשל, אפילו אם יש הסבורים שדרך תפילה מסויימת אסורה באיסור חמור לפי ההלכה או שפעילות בעלת אופי לאומי באתר הכותל היא לצנינים בעיניהם אין בעובדה זו, כשהיא לעצמה, כדי להצדיק הטלת איסור על פעילויות מן הסוג האמור. לדידי המכנה המשותף שיש להביאו בחשבון בסוגיה שלפנינו - ואני מסכים שאפשר לעשות שימוש במבחן כזה - הוא המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים בתום לב לפתחו של אתר הכותל ולרחבתו בין לצורך תפילה והן למטרות לגיטימיות אחרות. אם לא תאמר כן נמצאת נותן מונופול בלעדי להשקפה פלונית בדבר חופש הביטוי על פני רעותיה ויצאה הזכות לפולחן ולחופש הביטוי לקויה בחסר.

ד. מהדברים אותם הזכרתי אין ללמוד קיום איסור על הטלת סייגים לגבי פעולה זו או אחרת באתר הכותל. מכלי להיות ממצה בסוגיה זו יכול ויהא צידוק לסייג פעילות של פולחן דתי או 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 "כלתי נסבלת" שיש בה משום "חילול" האתר, או שהפעילות מכוזעת שלא כתום לב, ואך לשם הלהטת היצרים או יצירת פרובוקציה, או שהנסיבות מצדיקות קביעה שפעילות קונקרטיית עשויה מבחינת עצמתה ועיתויה להביא להפרת הסדר הציבורי בנסיבות שבהן מניעת הפעולה (כאותן נסיבות קונקרטיות) גוברת על זכות הפולחן או הפעולה של הנוגעים בדבר, תוך הכטחת 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 וקרובה 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 השותרים להתכנס ליד הכותל ורחבתו יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם מבלי לפגוע יתר על המידה ברגשותיהם של אחרים.

ו. אני מסכים עם חברי הנכבד המשנה לנשיא שאין תקנה 2(א1) לתקנות השמירה על מקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981 חורגת מגדר החוק; אך לדידי אין הדיבור "מנהג המקום" צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלורליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגיהם של אחרים, באותם סייגים אותם כבר הזכרתי לעיל.

כבר חלפו כארבע שנים מאז האירועים שהביאו להגשת העתירות

לכחון את עמדותיהם הקונקרטיות מחדש, לפי הקווים המנחים שצויינו לעיל. נוכח הזמן הרב שחלף מאז האירועים שדלעיל גם אין מקום לקבוע עתה 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 כתום-לב של העותרות להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית ובידן ספרי תורה, הכל בכפיפות לסייגים אותם כבר הזכרתי לעיל. כך הייתי מחליט. נוכח רגישותו של הנושא והצורך להיערך לקראת יישומו של פסק הדין ואולי גם לקביעת הסדרי חקיקה שישדירו את הנושא, הייתי מציע לחברי שפסק הדין הנוכחי ינתן בכפיפות להשאתו של צו הביניים שניתן בתקפו כמשך שנה אחת מהיום.

כמו המשנה לנשיא גם אני לא הייתי עושה בעתירה זו צו להוצאות.



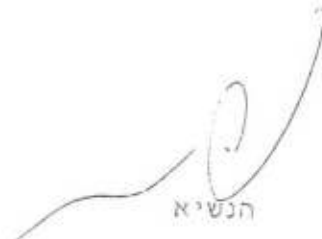
שופט

הוחלט ברוב דעות לדחות את העתירות, בכפופות להמלצה שבפסק
דינו של אב בית הדין.

ניתן היום, י"ד בשבט תשנ"ד (26.1.94).


שופט


המשנה לנשיא


הנשיא

משרד המשפטים
לשכת השר
דואר נכנס

תאריך: 20-10-94

מס' תיק: _____

מס' פקיד: _____

מס' _____

הערה מחאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
צש/93-10/גצ25789+גצ25789ב

ל התלמידים

מחבר שלו התלמה ויצי
התלמידים לצנין התקדמות הקדושים מילג
16.8.67 לקיבלת מן של התלמה מילג
ב-20.8.67.

לפי בקשתנו יצי ארבע שנה
ל נשלמה סטנדרטית מילג ויצי התלמיד.

אלו התלמידים בלב של בקשתך
בשנתך.

בהערה

לשם

...

11

1. Introduction

The purpose of this report is to provide a detailed analysis of the data collected during the experiment. The data shows a clear trend of increasing values over time, which is consistent with the theoretical model. The results are presented in the following sections.

The first part of the report discusses the experimental setup and the methods used to collect the data. The second part presents the results of the experiment, including the measured values and the comparison with the theoretical model.

The third part of the report discusses the sources of error and the uncertainty in the measurements. The fourth part concludes the report and provides a summary of the findings.

Conclusion

יעקב נאמן

לפי
הר המע



הר הבית - דף עמדה

64.53

א. 1. המצב הנוכחי - עובדות

מי שולט?

מזה שנים שולט בהר הבית הו'אקף המוסלמי, וניתן להבחין בהתבססותו המתמדת - בבטחון עצמי הגובר עם השנים - להורות ממש לשוטרים מי ייכנס ומי לא, את מי יש להוציא מיד וכד'. המשטרה תמיד מציינת, ורק מעמידה פנים כאילו היא מנהלת את העניינים. בפועל, משטרת ישראל מעניקה 'שירותי משטרה' לו'אקף המוסלמי ופועלת על-פי הכוונתו.

הברית בין ממשלת ישראל לאש"ף הפכה את מנגנון הו'אקף לחלק אינטגרלי של הרשות הפלשתינית. מנהלו - חסן טהבוב - הוא שר הדתות הפלשתיני, והרשות גם מינתה מופתי חדש - עכרמה סברי - אשר דחק החוצה את המופתי מטעם ירדן, וכך התפוגגה גם השליטה הירדנית במנגנון הו'אקף. לאחרונה גם הודיע ערפאת שהוא עומד למנות למשרות ניהול הו'אקף את תומכי החמאס שחברו לרשות הפלשתינית.

נוצרה אפוא חריגה רבתי מהסכמי אוסלו, שכן 'משרד ממשלתי' של הרשות פועל בלב ירושלים, במשרדים אשר ב'שער המג'לס' של הר הבית. ממשלת ישראל משלימה עם העניין "בשל דגישותו", ובג"ץ - (בעתירת ארגון 'בצדק') - סירב להתערב בכך.

לסיכום המצב העובדתי: בהר הבית מתקיימת כיום מיני-מדינה פלשתינאית בתוך בירת ישראל, בגיבויין ובאבטחתן של רשויות השלטון הישראלי...

על "חופש הביקור"

בכל שערי ההר ישנם 'משמרות משותפים' של אנשי ו'אקף ומשטרה (רבים מן השוטריים בהר הם ערבים, שכניהם וידידיהם של אנשי הו'אקף). למוסלמים - כניסה חופשית, בכל השערים, בדרך כלל ללא כל בדיקה. תיירים נכנסים בדרך-כלל רק בשער המוגרבים ונבדקים 'בדיקה קלה'. יהודי דתי-כלל אינו מורשה להיכנס בכל שערי ההר (ישנם תשעה) ומופנה רק לשער המוגרבים. שם הוא נבדק בקפדנות, נדרש להציג תעודת זהות, וממתין - לפעמים זמן רב - עד שייתפנה 'סיוור משותף' של אנשי ו'אקף ומשטרה ללוותו. הכניסה מותרת רק ביחידים או בזוגות, וכך כמעט נמנעת מיהודים היכולת לסייר בהר בקבוצות.

המשטרה מנמקת את השמירה ההדוקה הזאת בסיבות בטחון - כאילו שומרת היא על המסיירים - אך הכוונה האמיתית היא להבטיח שהלכו לא יתפללו בה, חלילה וחס.

שעות הפתיחה של ההר למבקרים שאינם מוסלמים נקבעות ע"י הו'אקף המוסלמי. בעוד שלמוסלמים מתאפשרת הכניסה בכל שעות היום והערב, הרי ליהודים ההר פתוח - במגבלות הנ"ל - רק בשעות הבוקר, וכשעתיים אחה"צ.

על "חופש הפולחן"

אין חופש פולחן בהר הבית. ישנו דיכוי אלים של כל נסיון תפילה אשר יעז יהודי לנסות. אם אך ימלל בשפתיו - או אם יעצור את הליכתו כדי להתרכז - מיד יזדעקו אנשי הו'אקף ויחלו לתקוף ולגרור את האיש (או גם האשה), למשוק ולקרוע מידו את הסידור, וכד'. הם גם יזעיקו את אנשי המשטרה אשר תמיד יטפלו בפושע - כתף אל כתף עם הו'אקף - יסלקוהו בדחיפה מז ההר (אם המקרה 'קל') ויובילוהו למעצר (ברוב המקרים). בהמשך, יועמד האיש לדין על 'התנהגות פסולה במקום ציבורי', בתוספת נופך - שקרי - של אשמות על הפרעה לשוטרים והכשלתם, ואף 'תקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות'. עשרות מתפללים כבר נתונים בהליכי משפטים כנגדם.

תלונות חמורות - ומתועדות בצילומים - שהוגשו כנגד התוקפים, אנשי הו'אקף, לא טופלו כמובן, שכך עומדת להם חסינותו של הריבון בהר, והשתוללותם הינה אפוא 'לגיטימית'. זאת על אף שתקיפתם הביאה מספר מז העולים להר לטיפול בבתי חולים!

א. 2.

המצב הנוכחי - חוק, משפט ומינהל.

אמנם לא מוזכר 'חופש הפולחן' במפורש - לא ב'חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז, ולא ב'חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל' - אך הוא בהחלט משתמע מהם. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' יוצר מציאות משפטית המונעת למעשה מז השלטון את היכולת לפגוע בחופש התנועה - וגם בחופש הפולחן (שוב, ללא איזכור) - ללא חוק שיאסור זאת במפורש. חוק כזה - ברור ה' - איננו בספר החוקים.

פעמים הרבה אמר בג"ץ - בתשובה לעתירות שונות - שזכות התפילה הינה זכות מוכרת, מרכזית וחשובה. לאחרונה, (בתשובה לעתירת נאמני הר-הבית), הוא אף הגדיר את הזכות הזו כ"זכות מז המעלה הראשונה, זכות חוקתית". דא עקא, את עיתוי מימושה של הזכות הותיר בג"ץ, עד עתה, בידי הרשות המבצעת - ממשלה ומשטרה - והלכו 'בורחות' ממימוש זה כמפני אש...

המצב החוקי נותר אפוא מעורפל. לממשלה ישנם כל הכלים והסמכויות להתיר מיד את התפילה - אין צורך לשם כך בשום חקיקה - אלא היא נמנעת מכך, ומנמקת את הימנעותה זו בשלושה טעמים: החשש לפגיעה בשלום הציבור בשל התנגדות המוסלמים, החלטת ממשלה מ-1967 (מס' 761) אשר אסרה על הרב גורן לקיים תפילה במניין, ורצף של החלטות בג"ץ אשר הותיר, כאמור, את הסמכות בידיה.

"ערפל" משפטי זה גורם - כמעט יום יום - להיתקלויות ובעיות בין המבקשים להתפלל לבין השוטרים בהר, אשר מתנהגים בגסות, כאמור, על אף שמעולם לא נחקק חוק - ולא החליטה הממשלה, באופן גורף וכולל - שאסור ליהודים להתפלל בהר הבית.

עניין נוסף הוא סמכותו החוקית של הו'אקף. ובכך - אין לו כל מעמד בשטחים הפתוחים של ההר, להבדיל מן המסגדים. עמדה זו קבע בג"ץ בהחלטותיו כמה פעמים, ובעצם זוהי גם עמדת המדינה ועיריית ירושלים (בתצהירים שונים בבג"ץ). הו'אקף עצמו טוען אמנם - איך לא? - שכל שטח ההר הוא 'מסגד מוסלמי', והתנהגות המשטרה והרשויות תומכת בכך דה-פקטו, אך בעצם - אין כלום בעמדה זו של הו'אקף. נשויף בה - כבבועת סבון - ואיננה...

1.3.

מה צריך לעשות - בתחום החוק והמשפט?

למרבה הפלא, אין כמעט צורך לעשות דבר...

החלטת הממשלה הנ"ל היתה אד-הוק - החלטה חד-פעמית שאסרה על הרב גורן, כתביעת משה דיון, לקיים תפילה על ההר ב'שבת נחמו' שלאחר שחרור ירושלים. עיון בפרוטוקול מלמד שהודגש היטב בממשלה שהחלטה אינה באה לאסור לתמיד את תפילת היהודים, אלא רק במקרה ספציפי זה. תיעוד הדיון הנ"ל - (ודבריו הברורים של השר מנחם בגין ז"ל) - מצוי בספרו של נדב שרגאי 'הר המריבה', הוצ' כתר, עמ' 31, 37-8.

נימוק זה נופל אפוא, ומלכתחילה הוא מועלה ע"י המשטרה רק כזריית חול בעיניהם של 'טרדנים'.

רצף החלטותיו של בג"ץ מהווה אסמכתא מצויינת להוראת היתר התפילה ע"י הממשלה, שכן לכל מטבע שני צדדים: הממשלות הקודמות השתמשו בסמכותן כדי לאסור, ובאותה מידה תוכל ממשלה חדשה להשתמש בסמכותה כדי להתיר. כאמור, את התשתית הערכית-חוקתית לכך כבר הניח בג"ץ בעצמו, וכל הדרוש הוא היענות לאתגר וסיומה של 'מדיניות' ההתחמקות והמחדל.

לכן ראוי כי השר לענייני דתות בממשלה החדשה ינקוט מיד בשתי פעולות משלימות: יכלול את הר הבית ברשימת האתרים הנלווית ל'חוק המקומות הקדושים' - (כיום נמצאים בה, מלבד הכותל, רק קברים) - ויתקיף את התקנות הדרושות להסדרת תפילתם של יהודים בהר (כלהלן).

היעדרן של תקנות אלה היה גם הוא עד עתה 'קולב' לתלות בו את אי-האפשרות להתפלל, אלא שעיכוב-התקנתן היה כמובן חלק ממדיניות מכוונת.

ב.2.

מה צריך לעשות - בתחום המבצעי המידי?

אין ספק שהמשטרה והשב"כ יפחידו את הממשלה החדשה - ואת ראש הממשלה - בחוות דעת עתירות איומים בנוסח 'רתחת השטח', 'גיוס כללי של המוסלמים' נוכח היתר תפילת היהודים, וכד'. כניעת הממשלה לאורך שנים הגבירה אמנם מאד את חוצפת המוסלמים - וכאמור לאחרונה גם סיבכו ההסכמים את המצב עוד יותר - אך אני מציע סידרת החלטות מהירה, תוך 'שידור' בטחון רב ואי-היתפסות לפניקה. זרועות-הבטחון ייאלצו - וגם יצליחו - להתאים את עצמם למדיניות החדשה.

בנוסף למעשה-שר-הדתות - כאמור לעיל - יש להורות למשטרה לחדול מלהיות 'מריונטה' של הו'אקף, לטפל כראוי בכל פורע ומפריע, ולבצע שינוי מדיניות מידי כדלקמן:

1. השעות בהן פתוח הרר ליהודים תורחבנה, ולא תהיה עוד אפליה בינם לביני המוסלמים.
2. תותר ותאובטח כניסתן של קבוצות יהודים - גם כאשר הם חובשים כיפה - מכל שערי הרר.
3. תבוטל 'שמירתם' של אנשי הו'אקף בשערי הרר, ויהיו בהם שוטרים בלבד. אנשי ו'אקף יוכלו להמשיך לשהות ולפקח אך ורק במסגדים ובכניסות אליהם.
4. קבוצות ויחידים ילוו, לפי הצורך, ע"י שוטרים - אך לא ע"י אנשי ו'אקף.
5. יהודי יחיד - בטלית ותפילין - יוכל לשאת תפילה בהר היכן שיירצה, אך לא יותר לו לעשות כך בסמיכות לכניסות המסגדים, במקום שהוא עלול להפריע לכניסה ויציאה של מוסלמים.
6. קבוצות אשר תבקשנה להתפלל במניין תופנינה לשטח אשר יוגדר ויייוחד לכך. השטח המוצע הוא באיזור הצפון-מזרחי של הרר, ליד שער השבטים וליד קטע של החומה המזרחית. במקום זה אין כל הפרעה לכניסת מוסלמים אל הרר, והוא מתאים מאד גם לדרישות ההלכה, (כמסקנת עבודתו ההלכתית החשובה של הרב יצחק שילת ב'תחומין' כרך ז' - 'בניית בית-כנסת בהר הבית בימינו').

הסדר זה - של הפרדה בשטחי התפילה - יהווה, עקרונית, העתק של הסדר-ההפרדה אשר יושם בשנה האחרונה במערת המכפלה, כהמלצת וועדת שמגר. כיון שההר הוא רחב ידיים ושעריו רבים, הרי מן הבחינה הטכנית יהא ההסדר קל ונוח לאין שיעור מחלוקת מבנה המערה. והלוא דברים קל-וחומר: אם בחברון - הנתונה תחת ממשל צבאי ולא בריבונות מלאה - היה הדבר אפשרי, הרי וודאי שנדרש הוא להבטחת חופש הפולחן ליהודים בליבה של בירת ישראל.

ג.

מבט לעתיד

באותו שטח בצפון מזרח יש להיטרק להקמת בית כנסת, כדי לאפשר קריאה בתורה ותפילה גם בימות החורף. מכיון שדף עמדה זה מתייחס לשינוי מידי ומהיר - האמור להיות מבוצע ע"י הממשלה החדשה - אין טעם להיכנס עתה לפרטים בעניין בית הכנסת, ואסתפק בהצבעה על המגמה הזו.

* * *

מ"מ 2

ה"מ :

23181

91231

מ"מ

ה"מ :

מ"מ

ה'י וקיים

למלכות ישראל

02-9974833

ת.ד. 23181, ירושלים 91231. טל. 087, מיקוד 91010 - (ת.ד. 1087, מיקוד 91010)

משרד המשפטים
לשכת השר
דו"ר נכנס

25-06-1996

159277

בס"ד, ד"ר בתמונת תשנ"ו

1087

לכבוד
שר המשפטים
פרופ' יעקב נאמן
משרד המשפטים, רח' צאלח א-דין ירושלים - (ת.ד. 1087, מיקוד 91010)

לכבוד השר - ברכה ושלוש,

כל ברכותינו ואיחולינו לבניסתך לתפקיד.

תנועת 'חי וקיים' מנהלת מזה שנים מאבק ציבורי למימוש זכות תפילתם של יהודים בהר הבית, במקומות המותרים בכניסה על פי ההלכה, ובאופן הראוי על-פיה. ההר הזה נושא ומקפל בו את כל תקוות האומה מאז שנבנה בו מקדש שלמה, ותקוות אלה לא כבו גם משחרבו לנו שני בתי מקדש. אדרבא: עזה אמונתנו כי ההר הוא לב האומה וכיתרה של הארץ כולה, והתוודעות חוזרת של העם לאלוקיו - בתפילה, דווקא על במת הר הבית - הינה הכרחית גם כדי לבטא את היבונות ישראל בירושלים ובחבלי לב הארץ.

הדברים מקבלים חשיבות כפולה דווקא משום שכיום נתון ההר בריבונות אש"ף, שכן מנגנון הו'אקף המוסלמי נשלט זה מכבר בידי הרשות הפלשתינית: חסך סהוב, מנהלו, הפך להיות 'שר הדתות בממשלה הפלשתינית' - והוא פועל ממשרדו שבהר הבית, תוך הפרה בוטה של ההסכמים - והשו"ך עכרמה סברי (המפזר הצהרות מתלהמות ואלימות) הינו המופתי של ירושלים מטעם אש"ף, שדחק את רגליו של קודמו הירדני.

כבוד השר, אנו פונים אליך להיות קשוב דווקא לקולות המעמיקים של עמנו - ולתת את ידך לאישור תפילת יהודים על הר הבית, כמוכז, במסגרת חוקי המדינה.

הממשלה הקודמת גילתה אטימות לב לכל פניותינו. את משטרת ישראל היא הפעילה נגדנו, כאשר ניסינו להתפלל בהר, כחוק, והפכה אותה בכך למעין מגינה של מדינות הו'אקף אשר תפילת היהודים היא לצנינים בעיניו. גם רשויות התביעה והפרקליטות המשיכו בדרך זו, ותבעו אותנו לסידרת משפטים, על אף שלהבנתנו - הנתמכת גם בחוות-דעתם של משפטים בכירים ביותר - התפילה בהר הינה חוקית בהחלט, ועל המשטרה להגז על המתפללים, ולא לסייע לפורעים המבקשים להפריע להם. (ר' גם דיסרטציה של ד"ר שמואל ברקוביץ': מעמד המשפטי של המקומות הקדושים בישראל).

שמחנו להיווכח כי הממשלה החדשה כללה את הנושא דנך בקווי היסוד שלה - בסוף הפרק: דת ומדינה - ומקווים אנו שלא תיוותר זו הצהרה דיקנית אלא יוצק בה תוכן של ממש, ובמידה רבה בידך לסייע בכך, תוך שינוי מדיניותה של הפרקליטות.

פנינו גם לשר לבטחון. פנים בבקשה לתאם עם המשטרה את סדרי התפילה, זמנה ומועדיה, ובמקביל פונים אנו גם אליך בבקשה לשנות את מדיניות רשויות התביעה ויועמ"ש המשטרה (מחוז י-ם) בסוגיית התפילה בהר הבית.

נודה לך מאד אם תיאות להזמין אותנו ליחד עם יועצנו המשפטי לפגישה בנושא בהקדם האפשרי - ומכל-מקום נצפה בדריכות גם לתשובתך העניינית למכתבנו, כדי שנדע לכלכל את צעדינו בעתיד הקרוב.

רצ"ב גם העתיק מכתבנו לראש הממשלה, על נספחיו.

בברכה חמה -

יהודה עציון

ראש תנועת 'חי וקיים'.

הי וקיים

למלכות ישראל

ת.ד. 23181, ירושלים 91231. טל.

02-9974833

בס"ד, אור לב' בתמוז תשנ"ו

לכבוד

ראש ממשלת ישראל,

מר בנימין נתניהו

קריית הממשלה, ירושלים

הנדון: הר הבית

קשה למצוא מלים וברכות שלא תישמענה קלישאות. עם כל שלומי אמוני ישראל - ואולי, הלואי, עם כל תקוות הדורות - אני שב ופונה אליך בנושא שכבר נדון ביננו בעבר: מעמד עם ישראל בהר הבית, פעם אחת בתכתובת ישירה, ופעם במעין 'תכנית מגירה' שהעברתי לידיך באמצעות חגי בז ארצי.

כאשר ענית למכתבי, בתאריך ה' אדר ב' תשנ"ה - (7 במרץ 1995) - כחבת:

"קראתי בעיון את מכתבך. זכותו של העם היהודי על מקום קדשו - הר הבית - איננה ניתנת לערעור. אני סבור שיש להסדיר זכות תפילה של יהודים במקום זה, על אחת כמה וכמה כשאנו נותנים חופש פולחן לכל הדתות בירושלים.

ברור שיש לטפל בנושא זה ברגישות הראויה, ואני מאמין שנוכל לעשות זאת כיאות לאחר שנחזור להנהגת המדינה".

את נייר העבודה שכתבתי לפני כמחצית השנה, הנני שב ומצרף כאן - והוא עודנו תקף במלואו.

אם יותר לי לומר, שינוי המצב בהר הבית הוא מסוג הדברים שיש לעשותם מיד, בטרם תתארגן התנגדות יעילה של הכוחות השונים המבקשים לשמר את איסלמיותו הבלעדית והקנאית של הר הבית.

חשיבות העניין אף מוכפלת, מפני שמנגנון הו'אקף המוסלמי בהר הפך ללשכה הראשית של 'משרד הדתות' של הרשות הפלשתינית, ומר חסן טהבוב - מנהל הו'אקף - הוא כיום שר הדתות הפלשטיני, הפועל בלב ירושלים. פעילות זו הינה הפרה בוטה של הסכמי אוסלו - בוטה ומפורשת אף יותר מפעילותו של האורייןט-האוז.

שמחתי להיווכח שהנושא דנן קיבל ביטוי בקווי היסוד של ממשלתך, אדוני, גם-אם בצורה מעורפלת ומוכללת. גדולה אפוא תקוותי שאכן קרוב היום בו תותר תפילת יהודים בהר הבית, ברוח הדברים המפורטים במסמך.

יך ומתי? - על כך אמתין בדריכות לתשובתך, והנני מצרף גם חוות-דעת משפטית מל מומחה.

רק חזק ואמץ - אדוני, ראש ממשלת ישראל - אל תירא ואל תחת, כי עמך ה' אם תהיה אתה עימו...

בברכה כנה -

ראש תנועת 'חי וקיים'
יהודה עציון.

העתיקים:

שר המשפטים ✓

שר לענייני דתות

שר לבטחון פנים

נפתלי ורצברגר

עורך - דין

רחוב החבצלת 9, ירושלים
טל: 244452/37 פקס: 231008

תפילת יהודים בהר הבית מצב משפטי

אני עושה חוות דעתי זו לבקשת תנועת חי וקיים ועל סמך ניתוח המצב המשפטי כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוקי מדינת ישראל ופסיקת ביהמ"ש העליון בסוגיות הכרוכות בשאלה.

"זכותם של היהודים לגישה חופשית להר הבית וזכותם להתפלל שם. זכות הגישה החופשית אל הר הבית היא לא רק זכות היסטורית שאין חולק עליה אלא שניתן לה גם ביטוי בחקיקה" בג"ץ 537/81 שטנגר -נ- מ. י. פד"י לה' (4) 673.

פסיקת ביהמ"ש העליון מבחינה בין שאלת חופש הגישה להר הבית לשאלת חופש התפילה, הבחנה זו מקורה בראש ובראשונה בחקיקה אשר קיבעה את חופש הגישה להר כחלק מחופש הגישה של בני הדתות השונות למקומות המקודשים להם, בעוד שאלת התפילה המצויה במסגרת חופש הפולחן נותרה במסגרתו של דבר המלך במועצה המקומות הקדושים 1924 אשר קבע כי עניינים הקשורים לזכויות העדות השונות במקומות הקדושים לא יהיו שפיטים ע"י ביהמ"ש.

שאלת התפילה בהר הבית נוכח דבר המלך במועצה עלתה בכל חריפותה בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים -נ- שר המשטרה פד"י כד' (2) 141. ביהמ"ש בהרכב של חמישה שופטים נחלק בשאלה כאשר ברוב דעות נתקבלה להלכה גישת הנשיא דאז השופט אגרנט תוך הקביעה כי שאלת מימושה של זכות הפולחן אינו מסור בידי בית המשפט כי אם עניין זה נתון בתחום הטיפולי של הרשות המבצעת (שם בעמ' 221).

לאחרונה חזר ביהמ"ש העליון בבג"ץ 2496/96 יקותיאל -נ- ניצב עמית (לא פורסם) על העמדה החוזרת ונשנית בפסיקת ביהמ"ש בעניין, כי מימוש זכות התפילה שעל מרכזיותה אין חולק מסור בידי הממשלה, ובית המשפט אינו יכול ואינו אמור להעמיד את עצמו במקום הממשלה בעניין. מה עמדת הממשלה בסוגיית תפילת יהודים בהר הבית?

בתי המשפט יצאו מנקודת מוצא, כי קיימת ועומדת החלטת ממשלה לפיה נאסרת תפילת יהודים בהר, הנחה זו שהיתה נחלת הכלל נתגלתה לאחרונה כבלתי נכונה מבחינה עובדתית בעקבות חשיפת פרוטוקולים ומסמכים ע"י העיתונאי נדב שרגאי בספרו, הר המריבה, המאבק על הר בית (הוצאת כתר).

העולה ממחקרו של שרגאי הוא כי ממשלת ישראל מעולם לא דנה והחליטה כי יהודים לא יתפללו על הר הבית כמדיניות מכוונת, כל שהיה הוא החלטה נקודתית לאירוע של תפילה שביקש הרב גורן לקיים בהר בשנת 68 לו נדרשה הממשלה והחליטה כי לא תרשה את אותו אירוע ובאיו יופנו אל הכותל (החלטה מס' 761).

ניסיונות שרים בממשלה להרחיב את תחומי ההחלטה למדיניות כוללת נדחו כפי העולה מן הספר תוך שבאורח מודע מובעת בממשלה התנגדות לאסור תפילת יהודים בהר הבית (ר' עמ' 37-38 לספרו של שרגאי).

מן האמור עולה כי למצב הקיים בפועל לפיו אין יהודים מורשים להתפלל בהר הבית בכל דרך אם ביחיד ואם בציבור אין גיבוי בהחלטת ממשלה כאשר אף בית המשפט העליון מושך ידו ממימוש הזכות נוכח דבר המלך במועצה ומפנה את העניין להחלטת הממשלה.

במסגרת זו אני מבקש גם להפנות את הקורא למחלוקת שהתגלעה לאחרונה בביהמ"ש העליון בבג"ץ 4044/93 גרשון סלומון - נ- מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם) ואשר עסק בזכות הגישה של העותר להר נוכח איומי מוסלמים. ברוב של שלושה שופטים נגד שניים אישר אמנם ביהמ"ש העליון את גישת המשטרה ככורח של המציאות, אבל יחד עם זאת ראויה לעיון דעת המיעוט בסוגיה האמורה, הרואה בעמדת המדינה "תשלום מס שפתיים לעקרונות יסוד", וכי למעשה המדובר בפגיעה קשה בזכויות יסוד תוך הימנעות של המדינה מהשלטת החוק ומוראו על שטח הר הבית. הימנעות זו מוקעת ע"י שופטי המיעוט כבלתי סבירה ועל כן יש לקבל את העתירה, לדעתם.

לסיכום:

בוואקום החוקי והחוקתי בו שרוי הר הבית מסור העניין להכרעת הממשלה אשר מן הראוי, עפ"י עקרונות החופש והחרות, לאפשר מימוש של זכות הפולחן היהודית בהר, תוך איזון והתחשבות ולהימנע מהמצב הקיים דה פקטו לפיו הר הבית הוא טריטוריה מוסלמית בלעדית שאין יהודים רשאים להימצא בה אלא בחסותו של הווקף המוסלמי ועפ"י שיקול דעתו, כאשר זה מאיים במישרין ובעקיפין על כל יהודי אשר חפץ להתפלל במקום.

על ממשלת ישראל לפזר את הערפל תוך דיון ושיקול ענייני בהוראה למשטרה לנהוג במתפללים בהתאם לחוק ולרוחו, ולשנות את המדיניות הקיימת של המשטרה.

נ. ורצברגר, עו"ד

חי וקיים

למלכות ישראל

02-9974833

ת.ד. 23181, ירושלים 91231. טל.

בס"ד, ד' בתמוז תשנ"ו

לכבוד
שר המשפטים
פרופ' יעקב נאמן

משרד המשפטים, רח' צאלח א-דין ירושלים - (ת.ד. 1087, מיקוד 91010)

לכבוד השר - ברכה ושלום,

כל ברכותינו ואיחולינו לכניסתך לתפקיד.

תנועת 'חי וקיים' מנהלת מזה שנים מאבק ציבורי למימוש זכות תפילתם של יהודים בהר הבית, במקומות המותרים בכניסה על פי ההלכה, ובאופן הראוי על-פיה. ההר הזה נושא ומקפל בו את כל תקוות האומה מאז שנבנה בו מקדש שלמה, ותקוות אלה לא כבו גם משחרבו לנו שני בתי מקדש. אדרבא: עזה אמונתנו כי ההר הוא לב האומה וכיתה של הארץ כולה, והתוודעות חוזרת של העם לאלוקיו - בתפילה, דווקא על במת הר הבית - הינה הכרחית גם כדי לבטא את ריבונות ישראל בירושלים ובחבלי לב הארץ.

הדברים מקבלים חשיבות כפולה דווקא משום שכיום נתון ההר בריבונות אש"ף, שכן מנגנון הו'אקף המוסלמי נשלט זה מכבר בידי הרשות הפלשתינית: חסך טהוב, מנהלו, הפך להיות 'שר הדתות בממשלה הפלשתינית' - והוא פועל ממשרדו שבהר הבית, תוך הפרה בוטה של ההסכמים - והשייך עכרמה סברי (המפזר הצהרות מתלהמות ואלימות) הינו המופתי של ירושלים מטעם אש"ף, שדחק את רגליו של קודמו הירדני.

כבוד השר, אנו פונים אליך להיות קשוב דווקא לקולות המעמיקים של עמנו - ולתת את ידך לאישור תפילת יהודים על הר הבית, כמובן, במסגרת חוקי המדינה.

הממשלה הקודמת גילתה אטימות לב לכל פניותינו. את משטרת ישראל היא הפעילה נגדנו, כאשר ניסינו להתפלל בהר, כחוק, והפכה אותה בכך למעין מגינה של מדיניות הו'אקף אשר תפילת היהודים היא לצנינים בעיניו. גם רשויות התביעה והפרקליטות המשיכו בדרך זו, ותבעו אותנו לסידרת משפטים, על אף שלהבנתנו - הנתמכת גם בחוות-דעתם של משפטנים בכירים ביותר - התפילה בהר הינה חוקית בהחלט, ועל המשטרה להגן על המתפללים, ולא לסייע לפורעים המבקשים להפריע להם. (ר' גם דיסרטציה של ד"ר שמואל ברקוביץ: מעמדם המשפטי של המקומות הקדושים בישראל).

שמחנו להיווכח כי הממשלה החדשה כללה את הנושא דרך בקווי היסוד שלה - בסוף הפרק: דת ומדינה - ומקווים אנו שלא תיוותר זו הצהרה ריקנית אלא יוצק בה תוכן של ממש, ובמידה רבה בידך לסייע בכך, תוך שינוי מדיניותה של הפרקליטות.

פנינו גם לשר לבטחון פנים בבקשה לתאם עם המשטרה את סדרי התפילה, זמנה ומועדיה, ובמקביל פונים אנו גם אליך בבקשה לשנות את מדיניות רשויות התביעה ויועמ"ש המשטרה (מחוז י-ם) בסוגיית התפילה בהר הבית.

נודה לך מאד אם תיאות להזמין אותנו (יחד עם יועצנו המשפטי) לפגישה בנושא בהקדם האפשרי - ומכל-מקום נצפה בדריכות גם לתשובתך העניינית למכתבנו, כדי שנדע לכלכל את צעדינו בעתיד הקרוב.

רצ"ב גם העתק מכתבנו לראש הממשלה, על נספחיו.

בברכה חמה -

יהודה עציון

ראש תנועת 'חי וקיים'.

נפתלי ורצברגר

עורך - דין

רחוב החבצלת 9, ירושלים
טל: 244452/37 פקס: 231008

תפילת יהודים בהר הבית מצב משפטי

אני עושה חוות דעתי זו לבקשת תנועת חי וקיים ועל סמך ניתוח המצב המשפטי כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוקי מדינת ישראל ופסיקת ביהמ"ש העליון בסוגיות הכרוכות בשאלה.

"זכותם של היהודים לגישה חופשית להר הבית וזכותם להתפלל שם. זכות הגישה החופשית אל הר הבית היא לא רק זכות היסטורית שאין חולק עליה אלא שניתן לה גם ביטוי בחקיקה" בג"ץ 537/81 שטנגר -נ- מ. י. פד"י לה' (4) 673.

פסיקת ביהמ"ש העליון מבחינה בין שאלת חופש הגישה להר הבית לשאלת חופש התפילה, הבחנה זו מקורה בראש ובראשונה בחקיקה אשר קיבעה את חופש הגישה להר כחלק מחופש הגישה של בני הדתות השונות למקומות המקודשים להם, בעוד שאלת התפילה המצויה במסגרת חופש הפולחן נותרה במסגרתו של דבר המלך במועצה המקומות הקדושים 1924 אשר קבע כי עניינים הקשורים לזכויות העדות השונות במקומות הקדושים לא יהיו שפיטים ע"י ביהמ"ש.

שאלת התפילה בהר הבית נוכח דבר המלך במועצה עלתה בכל חריפותה בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים -נ- שר המשטרה פד"י כד' (2) 141. ביהמ"ש בהרכב של חמישה שופטים נחלק בשאלה כאשר ברוב דעות נתקבלה להלכה גישת הנשיא דאז השופט אגרנט תוך הקביעה כי שאלת מימושה של זכות הפולחן אינו מסור בידי בית המשפט כי אם עניין זה נתון בתחום הטיפולי של הרשות המבצעת (שם בעמ' 221).

לאחרונה חזר ביהמ"ש העליון בבג"ץ 2496/96 יקותיאל -נ- ניצב עמית (לא פורסם) על העמדה החוזרת ונשנית בפסיקת ביהמ"ש בעניין, כי מימוש זכות התפילה שעל מרכזיותה אין חולק מסור בידי הממשלה, ובית המשפט אינו יכול ואינו אמור להעמיד את עצמו במקום הממשלה בעניין. מה עמדת הממשלה בסוגיית תפילת יהודים בהר הבית?

בתי המשפט יצאו מנקודת מוצא, כי קיימת ועומדת החלטת ממשלה לפיה נאסרת תפילת יהודים בהר, הנחה זו שהיתה נחלת הכלל נתגלתה לאחרונה כבלתי נכונה מבחינה עובדתית בעקבות השיפת פרוטוקולים ומסמכים ע"י העיתונאי נדב שרגאי בספרו, הר המריבה, המאבק על הר הבית (הוצאת כתר).

העולה ממחקרו של שרגאי הוא כי ממשלת ישראל מעולם לא דנה והחליטה כי יהודים לא יתפללו על הר הבית כמדיניות מכוונת, כל שהיה הוא החלטה נקודתית לאירוע של תפילה שביקש הרב גורן לקיים בהר בשנת 68 לו נדרשה הממשלה והחליטה כי לא תדרשה את אותו אירוע ובאיו יופנו אל הכותל (החלטה מס' 761).

ניסיונות שרים בממשלה להרחיב את תחומי ההחלטה למדיניות כוללת נדחו כפי העולה מן הספר תוך שבאורח מודע מובעת בממשלה התנגדות לאסור תפילות יהודים בהר הבית (ר' עמ' 37-38 לספרו של שרגאי).

מן האמור עולה כי למצב הקיים בפועל לפיו אין יהודים מורשים להתפלל בהר הבית בכל דרך אם ביחיד ואם בציבור אין גיבוי בהחלטת ממשלה כאשר אף בית המשפט העליון מושך ידו ממימוש הזכות נוכח דבר המלך במועצה ומפנה את העניין להחלטת הממשלה.

במסגרת זו אני מבקש גם להפנות את הקורא למחלוקת שהתגלעה לאחרונה בביהמ"ש העליון בבג"ץ 4044/93 גרשון סלומון - נ- מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם) ואשר עסק בזכות הגישה של העותר להר נוכח איומי מוסלמים. ברוב של שלושה שופטים נגד שניים אישר אמנם ביהמ"ש העליון את גישת המשטרה ככורח של המציאות, אבל יחד עם זאת ראויה לעיון דעת המיעוט בסוגיה האמורה, הרואה בעמדת המדינה "תשלום מס שפתיים לעקרונות יסוד", וכי למעשה המדובר בפגיעה קשה בזכויות יסוד תוך הימנעות של המדינה מהשלטת החוק ומוראו על שטח הר הבית. הימנעות זו מוקעת ע"י שופטי המיעוט כבלתי סבירה ועל כן יש לקבל את העתירה, לדעתם.

לסיכום:

בוואקום החוקי והחוקתי בו שרוי הר הבית מסור העניין להכרעת הממשלה אשר מן הראוי, עפ"י עקרונות החופש והחרות, לאפשר מימוש של זכות הפולחן היהודית בהר, תוך איזון והתחשבות ולהימנע מהמצב הקיים דה פקטו לפיו הר הבית הוא טריטוריה מוסלמית בלעדית שאין יהודים רשאים להימצא בה אלא בחסותו של הווקף המוסלמי ועפ"י שיקול דעתו, כאשר זה מאיים במישרין ובעקיפין על כל יהודי אשר חפץ להתפלל במקום. על ממשלת ישראל לפזר את הערפל תוך דיון ושיקול ענייני בהוראה למשטרה לנהוג במתפללים בהתאם לחוק ולרוחו, ולשנות את המדיניות הקיימת של המשטרה.

נ. ורצברגר, עו"ד

ישיבת ההסדר האיראן
ירושלים
מיסודו של הרב הראשי מרן הגר"ש גורן זצוק"ל

6453

ירושלים, עיה"ק
ד' אב, תשנ"ו
23 יולי, 1996

מס' ת.ד. ט.ל.י. מ.

ל ש ב ת ה ש ר

ד ו א ר נ כ נ ט

24-07-1996

164388

מס' כ.ת.נ.ח. ת.י.ל.

2901

לכבוד
פרופ' יעקב נאמן
שר המשפטים

ה ש ל ו מ ו ה ב ר כ ה ,

לתדהמתי נודע לי הבוקר שלא יתאפשר לנו לעלות כמדי שנה לבית הכנסת
ה"מחכמה" לתפילות ולקינוח ביום תשעה באב.

בבית כנסת זה אורגנו תפילות ביום תשעה באב וביום כיפור מאז שחרור העיר
העתיקה, ע"י הגר"ש גורן זצ"ל ובתפילות אלו השתתפו אנשי צמרת הבטחון של
מדינת ישראל כגון: רב אלוף משה לוי, ח"כ ושרים.

החלטה זו ניתנה ע"י מפקד המחוז בירושלים מטעמי שלום הציבור.

החלטה זו הינה חסרת תקדים כיון שבזמן האינתיפדה כשהיו ימים קשים מאד לעם
ישראל, התנהלו התפילות בבית הכנסת ה"מחכמה" כהרגלם.

לכן, פונה אני אליך בבקשת עזרה לשינוי החלטה זו לטובת הציבור הנוהג להתפלל
מידי שנה בבית כנסת זה.

ב כ ב ו ד ר ב ,

יואל עמיחי

מנהל מוסדות האיראן

11/6/94

]

אברה

החומר הכבד זוש
אברה - האזרבי

נא לשלוח אתרדו, גולדן, מאוס
לשלוש ארבע.

הסדרי תפילה ברחבת הכותל המערבי

הצעה להחלטה

מחליטים:

- בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בבג"צ 257/89, הופמן ואח' נ. הממונה על הכותל המערבי ואח', בנושא היקף זכות הגישה על הכותל המערבי
- א. על מינוי ועדת מנכ"לים בראשותו של מנכ"ל משרד ראש הממשלה ובהשתתפות מנכ"ל המשרד לענייני דתות, מנכ"ל משרד הפנים, מנכ"ל משרד המשטרה והיועץ המשפטי למשרד ראש הממשלה;
- ב. הועדה תתבקש להציע פתרון אפשרי שיקיים את חופש הגישה לכותל המערבי ואת חופש התפילה ברחבתו, תוך צמצום הפגיעה ברגשות המתפללים במקום;
- ג. הועדה תגיש הצעותיה לממשלה בתוך ששה חדשים מהיום.

דברי הסבר

1. קבוצת נשים מהארץ ומחו"ל ביקשה לקיים תפילות ברחבת הכותל המערבי כשהן עטופות בטליתות, קוראות בספר תורה ושרות באתר. נסיונותיהן לממש את רצונן גרמו למתח ולמהומות במקום ונדרשה התערבות המשטרה.
2. המבקשות עתרו לבג"ץ ועתירתן נדחתה ברוב דעות. יחד עם זאת, הנשיא שמגר הציע לממשלה "לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים".
3. לאחרונה הגישו העותרות בקשה לדיון נוסף בבג"ץ וביקשו את ביהמ"ש לדון, בין היתר, בסמכויות להסדיר את סדרי התפילה והפולחן ליד הכותל המערבי בכלל, וזכותן של העותרות להתפלל בכותל כרצונן בפרט.
4. בהתאם לפסיקת ביהמ"ש, כאמור, מוצע למנות את הועדה לנושא הנ"ל בהרכב המפורט בהצעת ההחלטה.

מוגש על ידי ראש הממשלה והשר לענייני דתות

28.9.93

(קז"ג י"ט)



ניתי ארץ, שלום ו

כפי שי"ח יוכל להשיג אשר,

אנא ציינוהו באיזו אבטחתי-

שלום, כמי שטיבולו בעתירה

בענין נשיא כרמיה, אצו.

דמשה ובעזרה, גא.

1870

לשכת שר המשפטים

היוזם הגםכני לאגודה

אילו האמיתי זל יחבת הנוח

האזיבו, ואיך הולוה החץ הילבסיות?

אז זיטוי

26/2/93

משרד המשפטים
לשכת היועץ המשפטי למושל
ג ב ב ס
בברכה 27-09/1993
28279 ✓

ק"מ
איו"ע ק"מ
מ"מ
ק"מ



לכבוד
פרופ' ליבאי
שר המשפטים.

א.נ.

הנדון: תכנון כולל לאתר הכותל המערבי

סמוכין שלכם 4/11 מ-21.10.87

סמוכין מפרקליטות המדינה פ.מ. 5 מ-10.8.87

משנת 1970 כל הממשלות בישראל דחו מסיבה זו או אחרת חקיקת חוק ו/או בחירת תוכנית אב לרחבת הכותל המערבי.

בישיבת הכנסת ב-15.6.93 בקשתה אדוני השר מח"כ שהציעו לחוקק חוק להשעות את הצעותיהם והגשת ההצעות אמנם הושעו פעם נוספת. ביודעין או לא ביודעין מצב זה מאפשר לכל מיני גופים אינטרסנטיים לפעול בשטח הרחבה ולבצע בדרך בלתי חוקית כל מיני שינויים שהם אולי ברגע זה נחשבים לגביהם שיפור, אבל לגופו של ענין הם פוגעים בכבוד המקום שאין עוררין עליו שהוא הנכס הלאומי הקדוש והחשוב לחוויה היהודית כולה. גופים שונים מתעלמים או עוקפים חוק שנקבע לשמירה ומימוש של הזכויות לעם כנאמר בהוראות המטרות והמגבלות בתוכנית מתאר מקומית עמ/9 לירושלים העתיקה והסביבה תש"ל 1970.

סעיף 8.2.2 נאמר "שטח רחבת הכותל יתוכנן סופית כשטח בעל עצוב מיוחד אשר פרטיו יאושרו ע"י הועדות המוסמכות בהיותו מקום מקודש להתיחדות ולתפילה".

סעיף 8.41 כנ"ל "כל בניה חדשה או תוספת בניה או הריסה בשטח זה תעשה תוך שמירה קפדנית של האופי המיוחד שלו. כל פעולה בשטח זה תעשה אך ורק עפ"י תוכנית שיקום ושימור מפורטת".
עד כה דברי החוק הקיים.

בישיבה מ-15.6.93 אמר ח"כ אדרי "לא יתכן שהמקום הזה ישאר פרוץ ולא יוסדר, כיאה וכראוי לו.

אני מאוד מבקש מרבתי להתגבר על כל החישובים הקואלציוניים. זה נושא שמאחד את ירושלים, עושה את כל ישראל חברים, העיר שחוכרה לה יחדיו במרכז החיים הרוחניים הלאומיים של עם ישראל.
כולם יתאחדו כדי להצביע עבור חוק הסדרת קדושת הכותל ורחבתו".
דבריו של ח"כ רפי אדרי כה אמיתיים וכה כבדים והכנסת לא עמדה בפרץ.

פניתי במכתב ב-21.6.83 (העתק רצ"ב) בדיוק לפני עשר שנים לכל מיני גורמים אפשריים בבקשה לנקוט פעולה בנדון. כולם כאחד השתמטו מנקיטת פעולה כל שהיא בתירוץ זה או אחר. לעומת זאת העשייה ברחבת הכותל מתבצעת זה אחרי זה בכסוי תהליכי קבלת אישור בניה רגילים שאינם מיועדים לאתר זה ו/או בהעדר רשיון כל שהוא.

לדוגמא כך בוצעו :

1. סלילת דרך חדשה משער אשפות לרחבת התפילה.
2. התקינו מנורות כאנדרטת זכרון לשואה.
3. הוקתנה שורת סככות המשמשות כשערים או מקום המתנה לאוטובוסים (בעקיפין חצו את הרחבה וקבעו את גבולותיה).
4. למזלינו הושעתה ביצוע כוונת העיריה לגבי בניית שלוש חנויות על פי "פרוגרמה מינימלית" לדברי העיריה.
5. כנ"ל נדחתה תוכנית העיריה המבקשת להוסיף מבנה שרותים לרבות פעילות מסחרית.
6. הרחבה חולקה לשני מישורים, בתחתון רחבת תפילה, בעליון רחבה כללית שהופרדה ע"י הסככות ושערים מיתר חלקי האתר שגבולותיו הטבעיים הם החומה ושער גא/שפות מדרום.

לא די בזאת, מתברר כעת מהעתונות שלעירית ירושלים ומשרד הדתות מתכוונים להגיש תוכנית המדברת על סילוק המדרון המוביל מהרחבה לשער מוגרבים ובמקום תלות גשר "שקוף".

זאת היא השעה בה אנו עומדים לפני הכרעות היסטוריות. מחובתינו לקבוע עובדות לא בשיטת טלאי על טלאי אלא על פי תוכנית אב מאושרת, אחרת עלולים אנו להצטער על כך לאורך ימים.

בכבוד רב,


יעקב פרג

רצ"ב

מכתבי מ-211.6.83

העתק משרד המשפטים :

פ.מ. 5 מ-10.10.87

4-11 מ-21.10.87

מדינת ישראל

משרד המשפטים
פרקליט המדינה

תאריך: טו' באב התשמ"ז
10 באוגוסט 1987

מספרנו: 5 די 5

לכבוד
מר יעקב פרג
רחוב והקין 5
חיפה.


א.נ.א.

הנדון: חכנון כולל לאחר הכוול המערבי

הריני מאשר קבלת מכתבך בנדון מיום 26.7.87.

מאחר שנושא מכתבך אינו כלול בתחום הטפול של הערקליטרה, מעביר אני
העתקים ממנו לחשונח לב היועץ המשפטי לממשלה, ונתנהו - מר י. אליאסוף.

בכבוד רב


י. בלטמן
פרקליט המדינה

העתקים: 1. היועץ המשפטי לממשלה

2. מר י. אליאסוף, הנתנה ליועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, כח' בתשרי תשמ"ח
21 באוקטובר 1987

11

לכבוד
מר יעקב פרג
רח' ויתקין 5
חיפה

א.נ.,

הנדון : תכנון כולל לאתר הכותל המערבי -
מכתבך בנדון לפרקליט המדינה

1. מכתבך הנדון הועבר לטיפול.
2. פניתי ליועץ המשפטי של עיריית ירושלים וביקשתי תגובתו לטענות המועלות במכתבך.
3. אני מניחה כי עמדתה של עיריית ירושלים בנדון תועבר אלינו בהקדם ונוכל להתייחס לנושא זה בכובד הראש הראוי לו.

בכבוד רב,



עו"ד תמר רוה
ממונה על נושאי תכנון ובניה

ירושלים, כ"ז באלול התשנ"ג
13 בספטמבר 1993

מספרנו: (74664)

לכבוד
מר יעקב פרג
רח' ויתקין 5
חיפה

שלום רב,

הריני מאשר בתודה קבלת מכתבך (ללא תאריך) אל שר
המשפטים.

למאזני 1/6

הבאתי מכתבך בפני השר.

בכבוד רב,

עדי חדר, עו"ד
עוזר לשר

עה/גא

על-מנת שהמשיבים יוכלו לנקוט כצעדים
הדרושים כדי למנוע הפרעה בחפילתן המיועדת
כנ"ל. המכתבים נמסרו לתעודתם לא יאוחר
מיום 28.11.1989.

...

12. בשעה שיועדה כנ"ל לתפילתן כאו 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 מס' 2... נאמר לעותרות
מס' 1-6 שכניסתן לרחבת הכותל ותפילתן שם
תמנע ככוח" (סעיפים 4-6, 12 לעתירה בכג"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 וכשקט כשהן לא ניסו
לחצות את גדר השמירה שמחוץ לרחבת הכותל
מכיוון שער האשפות, ובשום מקרה, לא כעבר ולא
אתרי הגשת העתירה, לא ביקשו העותרות לקיים 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 שמולו" (סעיפים 17, 20 לעיקרי הטיעון
מטעם העותרים מיום 27.2.91).

טענות הצדדים

טענות העותרים

12. חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, קובע כדלקמן:

"1. שמירת המקומות הקדושים

המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל
פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש

- (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) פשיסת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען;
- (8) שחיטה;
- (9) אכילה, שתיה או עריכת תגיגה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;
- (10) עישון;
- (11) לינה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;
- (12) הכנסת בעלי חיים.

(כ) ...

3. הנכללות על העיסוה בצילום ברחבת הכיכר המערבי

...

4. סמכויות הממונה

- (א) הממונה רשאי, על דעת הרבנים הראשיים לישראל ושר הדתות, ליתן הוראות להכטחת 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 כמילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3.

5. עונשיו

- העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חודשים או קנס 500 שקלים".

משכך היה נוסח התקנות בעת הגשת העתירה המקורית בכג"צ
257/89, טענתן העיקרית של העותרות בעתירה זו היתה כי -

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

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

13. כיום ד' בטבת התש"ן (1.1.90) - כטרם הגישה המדינה את תצהיר
חשוכתה לעתירה - הודיעה המדינה לבית המשפט על דבר הוצאתן של תקנות
השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן-1989 (ק"ת 5237,
התש"ן (31.12.1989), עמ' 190), לפיהן הוכנס תיקון לתקנה 2 שהובאה
לעיל, כאמור:

"תיקון תקנה 2

1. כתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות
קדושים ליהודים, התשמ"א-1981, אחרי פסקה (1)
יבוא:

'(א) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום,
הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי
המקום'."

כאמור לעיל, לאור תיקון התקנות הנ"ל, הגישו העותרות בכג"צ

257/89 את העתירה המתוקנת.

14. בעתירתן המתוקנת טענו העותרות כהרחבה נגד תוקפו של התיקון האמור לתקנה 2 של תקנות השמירה. לפי טענתן התקנות החדשות בטלות מדעיקרא או, לחלופין, דינן להיכטל מאחר שלוקות הן כפגם מפגמים שונים: חוסר סבירות קיצוני, אפליה פסולה, שיקולים זרים ומטרה זרה, חריגה מסמכות ופגיעה בעיקרי הצדק (סעיף 14 לעתירה המתוקנת; סעיף ו' לעיקרי הטיעון מטעם העותרות ככג"צ 257/89).

עוד טענו כי תפילתן כשהן עטויות בטלית וקנראות בספר התורה אינה נופלת בגדר האיסור שקבעו התקנות החדשות. טעמה של טענה זו – שתפילה כדרך המתוארת אינה מנוגדת ל"מנהג המקום" (סעיף כ.6 (א) לעתירה מתוקנת; סעיף ו.7 לעיקרי הטיעון מטעם העותרות).

15. העותרים ככג"צ 2410/90 חזרו, בעיקרם של דכרים, על טענות העותרות ככג"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 ככג"צ 257/89 – לא גרמו להפרת הסדר הציבורי (סעיפים 18 – 20 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים ככג"צ 2410/90).

טענות המדינה

16. כתשובתה 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 כשהן מגיעות כקבוצה, עטופות בטליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בו. טעמה של מניעה זו על שום שבעת שקיימו העותרות תפילה כמתואר נגרמו מהומות קשות כרחכת

הכותל, הופר הסדר הציבורי ונפגעו הנימוסים ההולמים (סעיף 3 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

מתוקף הסמכות שהוקנתה לו כחוק השמירה על המקומות הקדושים התקין שר הדתות את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, לאחר התייעצות עם הרכנים 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, ואי פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום. הסדרים אלו מבטיחים כי במקום הקדוש ישמרו הסדר הציבורי והנימוסים ההולמים. כחלק מהסדרים האמורים, קובעת תקנה 2 שורה של "מעשים אסורים" בתחומי המקומות הקדושים. בין המעשים האסורים מצוי האיסור - על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" (סעיפים 6-7 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

כדי להגשים את התוכה לשמור על הסדר הציבורי והנימוס במקומות הקדושים קיים העקרון בדבר שמירה קפדנית על הסדרי הסטטוס קוו במקומות הקדושים. כמגילת העצמאות הצהירה מדינת ישראל כי תכטיח את הופש הדת וכן "תשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות". הנטתה זו נשמרה כמצאות בכך שהוקפד על קיום הסדר הציבורי והנימוס בכל המקומות הקדושים, תוך שמירה על ה"סטטוס קוו" שכאותם מקומות. מדיניות זו של ממשלת ישראל מצאה ביטוייה גם בחוק השמירה על המקומות הקדושים ובסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים כירת ישראל (סעיפים 15-17 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

על פי האמור, התקנה נשוא הדיון בעתירתנו תקפה היא, ועל פיה יש לכדוק את הדרך בה קיימו העותרות את תפילתן ככותל. כן טענה

המדינה כי לצורך יישומן של הוראות התקנה כלפי העותרות, השאלה הנשאלת היא האם תפילה בדרכן של העותרות היתה אי פעם מנהג המקום בכותל המערבי. התשובה על שאלה זו היא שלילית, ותפילה בדרכן של העותרות בכותל המערבי יש בה משום פגיעה כרגשות ציבור המתפללים כלפי המקום (סעיפים 19-22 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 24.2.91).

המדינה ציינה לחוות הדעת שנתנו הרכנים הראשיים בסוגיה שבפנינו, בהן הכיעו התנגדות חקיפה נגד קיום טכסי התפילה בכותל בדרכן של העותרות. לטענת המדינה, חוות דעת זו ניתנה בתוקף הסמכות שהוקנתה לרכנים הראשיים כמפורש בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, שלפיו קיימת חובת היוועצות כנציגי 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 7-10 בכג"צ 257/89 - תנועת ש"ס, הרב מירון, אגודת דגל התורה והרב רביץ - הם שטענו כי -

"העניין נשוא העתירה... אינו כתחום סמכותו של בית משפט נכבד זה כשל הוראות סעיף 2 לדבר המלך כמועצה 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).

כעיקרי הטיעון שהגישה המדינה ביום י' באדר התשנ"א (24.2.91) הסכירה את נימוקיה לאי-העלאת הטענה בדבר סמכותו של בית משפט זה.

העתירות מכוונות כלפי ההסדרים שנקבעו בתקנות השמירה על המקומות הקדושים, ואשר מכוחם נמנע מן העותרות לקיים תפילתן ככותל על פי דרכן. וכן העותרות בבג"צ 257/89 השיבו כאריכות ובפרוט 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 שכפנינו.

דבר המלך על המקומות הקדושים איננו שולל את סמכותו של בית המשפט לדון בשמירה על הסדר הציבורי וכמניעת עבירות פליליות, כפי שנקבע בחוק וכתקנות השמירה על המקומות הקדושים. כפרשת הנגים לאומיים (בג"צ 222/68, פד"י כד(2) 141) דעת הרוב היא שדבר המלך שולל 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 שכענינו. עניינה של העתירה כחופש הגישה של העותרות אל הכותל המערבי, בסכנת חילולו של המקום וכפגיעה האפשרית ברגשות המתפללים, ובית המשפט מוסמך לדון בנושא העתירה.

נושא דיוננו כעולמה של הלכה

18. השאלות שאנו נדרשים להכריע בהן שלובות הן בנושאים שכעניני תפילה ודיניה, שהם מכבשון עולמה של הלכה. אין אני מתימר לפסוק את הדין כשאלה זו או אחרת המוכחת בפנינו מכחינת עולמה הפסיקתי של ההלכה. לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי; מעיין אני בדבריהם של חכמים ופוסקים, והוגה אני בהגותם והגיגיהם של כעלי מחשבה והוגים, ומכיע אני את דעתי אני כנדון. עיון זה ראוי הוא על שום שבעלי הדין האריכו כמעניתם בפנינו כשאלה זו מכחינה הלכתית, כמיוחד על ידי הגשת תוות דעת של פרופ' פנחס שיפמן (בבג"צ 257/89), של פרופ'

חיכוכים עם המוסלמים, החליטה ממשלת ישראל שלא להתיר עריכת תפילות בציבור של יהודים בהר הבית" (בג"צ 4185/90 נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', טרם פורסם, בפסקה 24).

מציאות זו הובילה לכך שביום י"ט בסיון התשכ"ז (27.6.67) נתקבל בכנסת חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, אשר צוטט בדברינו לעיל (פסקה 12).

והדברים נשנו ונאמרו בהוראת סעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, לאמור:

"3. שמירת המקומות הקדושים

המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או כרגשותיהם כלפי אותם המקומות".

פרשת חוגים לאומיים

47. מששחרר הר הבית, כיקשו 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 לפגוע הפרעות לתפילת יהודים על הר הבית" וכן "להימנע מלהפריע לתפילת יהודים על הר הבית". העתירה הועברה להרכב מורחב של חמישה שופטים. כל שופטי ההרכב הסכימו לדחיית העתירה, אולם נחלקו הם בנימוקיהם. השופטים כולם, ואף נציגי המדינה, הסכימו כי זכות התפילה של היהודים על הר הבית כשלעצמה לעולם היא עומדת. ובמילותיו של הנשא אגרנט המנוח:

כאמור, תקנת משנה (א1) לתקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות

קדושים ליהודים קובעת כדלקמן:

"2. מעשים אסורים

(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".

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 הקדושים. עמד על כך הנשיא שמגר כבג"צ 337/81 מיטרגני ואח' נ' שר החתירה ואח', פד"י לז(3) 337,

:357

"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 חקיקת 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, כמובן, הכותל המערבי - יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע ברגשותיהם של בני הדתות כלפי המקומות המקודשים להם (סעיף 1 לחוק), ומטרת התקנה היא להגשים הוראת חוק זו - למנוע את חילולו של הכותל המערבי ואת הפגיעה ברגשותיהם של המתפללים במקום כלפי הכותל.

אחרים, גמישים, לו היה הדבר מסור לשיקולו ולסמכותו, אין בה כשלעצמה להצדיק פסילתה של תקנה.

...

בית המשפט ינהג כדרך כלל בריסון עצמי רב, כבואו לשקול תקפה של חקיקת משנה".

וכן הם דברי הנשיא אולשן כבג"צ 57/53, 58 טבקהויז ואח' נ'

עיריית חיפה ואח', פד"י 701, 707:

"חקיקת המשנה... יש להתייחס אליה כהבנה ובנכונות ללכת לקראתה. מכאן מגמת היסוד של בתי המשפט להכשיר אותה במידת האפשר ולא לפסלה".

בהמשכם של דברים כפרשת פאזי דקה הנ"ל מוסיף הנשיא שמגר 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 מושג אבסולוטי אלא מושג יחסי, ועל כן יכול שיווצר מצב בו יפחת המשקל שיש לייחס לפגיעה בפרט הנוכעת מן התקנה, וזאת אם מציבים מולו את המדיניות שבאה לידי ביטוי בתקנה ושיש לה יסוד ומסד בחקיקה הראשית המסמיכה" (שם, כעמ' 106).

כענייננו, סבירותה של תקנת המשנה עולה היא מן המדיניות שביסוד החקנה ומן המטרה שבאה היא להגשים - מטרה המעוגנת בחוק השמירה על המקומות הקדושים - היא המטרה של שמירה על המקום הקדוש 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 לאמור:

"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 ככל הנוגע לכיצועו".

לענייננו, נציגי הדת הנוגעת בדבר הם הרכנים הראשיים:

"עד כה לא הוצאו תקנות בדבר זכות תפילה על הר-הכית לבני הדתות הנוגעות בדבר... וכאשר יגיע הענין לשר הדתות הוא יהיה חייב לברר מהי עמדת ראשי הדת המוסלמית וכן דעת הרכנות הראשית" (פרשת חובנים לאומיים, בעמ' 189).

הרכנות הראשית היא "הסמכות ההלכתית העליונה במדינה" (כג"צ

47/82 קרו התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח',

פד"י מג(2) 661, 682). ולא כל שכן כך הוא לאחר שנחקק חוק הרכנות

הראשית לישראל, התש"מ-1980, שעם חקיקתו -

"חוק מעמדה של הרכנות הראשית כרשות דתית ממלכתית של כלל הציבור היהודי, לפי התפקידים שיועדו למועצה בסעיף 2 לחוק" (כג"צ 47/82 קרו הנ"ל, שם, בעמ' 693).

על שה. הדתות מוטל היה, איפוא, להיוועץ כרכנים הראשיים טרם

התקנת התקנה האמורה.

"מנהג המקום" כתפילה שלפני הכותל

60. העותרות העלו טענות שונות לענין השוני שבנוסח התפילה בין

עדות אשכנז וספרד וכיוצא בזה; בטענות אלה אין ממש ואין בין אלה

לכין נושא סוגיתנו כאשר לטכס תפילה של נשים בהתעטפות בטלית, קריאה

כתורה וכיוצא בזה, ולא כלום.

TO: [faint text]
FROM: [faint text]

[faint text]

[faint text]

[faint text]

[faint text]

[faint handwritten notes]

משרד המשפטים
פרקליטות המדינה

תאריך: ט"ו בשבט תשנ"ד
27 בינואר 1994

מספרנו: בג"צ 257/89

17/1/94

137

אל: ① שר המשפטים
2. היועץ המשפטי לממשלה

הנדון: בג"צ 257/89 - ענת הופמן ואח'
בנושא - סדרי התפילה ברחבת הכותל המערבי

1. מצ"ב לעיונכם פסק הדין רחב היריעה והמאלף בפרשת תפילתן של נשים ברחבת הכותל המערבי כשהן עטופות בטליתות וקוראות בספר תורה.

פרשה זו, תחילתה במתח רב ביותר שהגיע לכדי אלימות פיזית, מהומות והתערבות המשטרה בקרב קבוצות המתפללים ברחבת הכותל; המשכה - בהתדיינות משפטית רחבת היקף בבג"צ; סופה - בפסק הדין בו נדחו העתירות ברוב דעות המשנה לנשיא השופט אלון והנשיא שמגר, כנגד דעת המיעוט של השופט ש. לוין "בכפיפות להמלצה שבפסק דינו של אב בית הדין" כב' הנשיא, השופט מ. שמגר.

2. מטבעו של נושא הדיון בעתירה זו, שהוא בעל רגישות רבה ביותר, שלא נשלם בהכרעה שיפוטית לעתיד לבוא. על כן הציע כב' הנשיא, השופט מ. שמגר לממשלה "לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים."

בכפיפות להמלצתנו זו, דחה אף הנשיא את העתירות, "בשלב הנוכחי" תוך ציון כי "שערי בית המשפט פתוחים תמיד, אך, כאמור, ראוי תחילה למצות דרכים אחרות" (שס, בעמ' 121).

המשנה לנשיא, השופט אלון, מוסיף בשולי פסק דינו, תוך כדי התייחסותו לדעתו החולקת של השופט ש. לוין כי:

"ראוי ונכון יהיה, כדי למנוע איפה ואיפה, שהועדה שתוקם, כהצעת חברי הנשיא, וכן בית המשפט כשיחזור וייזקק לנושא, ידונו במכלול חופש הפולחן משני עברי הכותל המערבי" (שם בעמ' 116).

כוונת הדברים לאיסור התפילה על הר הבית, מצידו המזרחי של הכותל.

3. לאור האמור לעיל, הצעתי היא כי הנושא יובא לידיעתו של ראש הממשלה המכהן גם כשר הדתות ולהמשך פעולתה של הממשלה, כמוצע בפסק הדין, בהקמת ועדה מיוחדת שתדרש לענין, או אחרת.

הריני נכונה, כמובן, להיות לעזר, ככל שיידרש, בהמשך הטיפול בנושא.

בברכה,

נילי ארד

מנהלת מחלקת הבגצ"ים
בפרקליטות המדינה

העתק: פרקליטת המדינה

אד/914

סמער-הצלה-1807

03-6916
א"ר



הכנסת

חברת הכנסת

כ"א בשבט התשנ"ד
2 בפברואר, 1994

אדוני ראש (קצת) כולל

אליהו

3335

לכבוד
יו"ר הכנסת
ח"כ שבה וייס
הכנסת

אדוני חינו"ר,

אבקש להעלות על סדר יומה של הכנסת כמצעה תפילת את הנושא:

תפילה נשים בכותל

דברי הסבר

מזה מספר שנים מנסה מבוצת נשים מהתנועה הרפורמית והאורתודוקסית לקיים תפילה בכותל כמנהגו, עטיפת טלית, נושאות לספר תורה ושירות.

פסק דין של בית-הדין העליון קבע שיש בזה פגיעה ברב המתפללים בכותל ויש בזה משום היכול המקום וקדושתו.

מעמדה של האשה בעיני החלכה ותפילה כזו או אחרת, הוא בלתי ניתן לערעור, והשאלה היא האם הכותל הוא בחזקת בית-כנסת ואם כן לפי איזה זרם ביהדות? אם הכותל הוא "בית-כנסת" יכריעו בו דתיים, ואם אינו - חייבים לקיים בו שוויון. מוצע בפסק הדין להקים ועדה שתחליט בענין תפילת נשים, האם אכן תוקם ועדה כזו ולפי איזה קריטריונים תחליט?

ב ב ר כ ה

יעל דיין, ח"כ



DIRECTOR GENERAL
MINISTRY OF RELIGIOUS AFFAIRS
JERUSALEM ISRAEL

המנהל הכללי

משרד לעניני דתות

ב"ח, כ"ז בשבט ה'תשנ"ד
8 בפברואר 1994

תשובה לחצוזה לסודר יום של ח"כ יעל דיין בענין תפילת נשים בכותל

בית המשפט העליון פסק שאין לחתיר לנשים וריפורמיות לתפיל בכותל בדרך שיש בה משום פגיעה ברגשות המתפללים בחילול קדושת המקום.
מנכ"ל משרד הדתות הודיע שהוא ידון עם היועץ המשפטי על משמעות החלטה בענין הקמת הועדה כפי שעולה מפסק הדין.
כאשר תוקם הועדה היא תקבע לעצמה את נוחלי הדין הוקראיונים לפיהם היא תמבל החלטות.

रविशंकर प्रसाद

भारत