

11

מדינת ישראל

משרדי הממשלה

משרד

מס' תיק תפיל (ג') כחמ"ה רג"א

תפיל נשים (נחב"ה) (נחב"ה)

2/90 - 2/91

מס' תיק מקורי

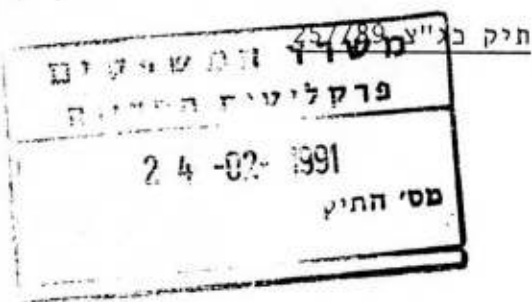
מחלקה

לית נשים ברחבת הכותל - תכונת

13299 13299/1-ג

1327805 מס' פריט R0005r30 סידור ביטוי

09/01/2021 תאריך הדפסה 2-108-7-6-3 סידור ביטוי



בבית המשפט העליון
בשכתו בבית משפט גבוה לצדק

1. ענת הופמן
2. ד"ר בונה הכרמן
3. ד"ר יהודית גרין
4. רנדל פיין רובינסון
- כולן ע"י ב"כ עוה"ד ה. קדש
- ו/או א. גנור,
- מרח' יפו 97 ירושלים 94342
- טל' 227678, פקס 240046

העותרות

נ ג ד

1. הממונה על הכותל
2. משרד הדתות
3. הרכנים הראשיים לישראל
4. השר לענייני דתות
5. שר המשפטים
6. סנ"צ יאיר מוסט
7. תנ"צ י. כיבי
8. משטרת ישראל
- המשיבים 1-8 ע"י פרקליטות המדינה
- רח' צלאח א-דין, ירושלים
9. התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס
10. הרב שמחה מרון
11. אגודת החרדים - דגל התורה
12. הרב אברהם רביץ
- המשיבים 9-12 ע"י ב"כ עו"ד צ. טרלו
- רח' קק"ל 8 ירושלים 92428

המשיבים

עקרי סיעון מטעם העותרות

- א. רקע עובדתי
1. העותרות משתייכות לקבוצת נשים המתכנה "נשות ראש חודש" אשר נוהגות להתפלל בצוותא ברחבת הכותל המערבי כימי ראש חודש, וחלקן אף בכל יום שישי.
 2. העותרות וחברותיהן נוהגות להתפלל בצוותא, כקבוצה, כשהן עוטות טליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בספר התורה.
 3. קריאתן בתורה והתעטפותן בטלית נעשית מתוך כוונה שכלב כדרך זו של תפילה הן חשות התרוממות הרוח.
 4. העותרות נוהגות להתפלל בכותל בשעות הבוקר. בשעת תפילתן הן מהוות כדר"כ לפחות כמחצית מכלל הנשים המתפללות במקום.
 5. ייחודו של הכותל הוא במיגוון הרחב של מנהגי התפילה והפולחן הרווחים בו.
 6. המושג "מנהג המקום" הינו זר לחלוטין לכותל המערבי, אלא אם כן תאמר ש"מנהג המקום" הוא כמובן של רבגוניות המנהגים.
 7. לא זו כלבד שתפילתן של העותרות כדרך זו איננה חילול הקודש או חילול המקום הקדוש, אלא אדרכא תפילתן הינה בהתאם להלכה היהודית. למרות זאת, נפלו הן קרבן לאלימות פיזית ומלולית מצד פורעים ופורעות למיניהם, עד כדי חכלה גופנית ממש.
 8. הממונה על הכותל, אשר הצהיר בפני העותרות כי תפילתן איננה מנוגדת להלכה ואף הציע להן להתפלל בבית הכנסת שלו במחילות הכותל, ביטל את דעתו בפני דעתם של הרבנים הראשיים, פסק שתפילתן הינה כניגוד לדין וכניגוד למקובל, ודרש מהן במפגיע שלא לעטות טליתות, לא לשאת ספר תורה וכמובן לא לקרוא בספר תורה ברחבת הכותל.
 9. המשטרה נמנעת מלהגן על העותרות כתפילתן, לתפוס את העבריינים ולהביאם לדין, כנימוק שתפילתן בצוותא מהווה כביכול "התקהלות כלתי חוקית", ותפילתן הינה "כניגוד למקובל וגורמת להפרת סדר הצבורי".
 10. המשטרה רואה ברחבת הכותל כשטח הנתון למרותו של הממונה על הכותל, ונמנעת מלהיכנס לתחומו ולהפעיל שם את סמכויותיה, כל עוד לא הוזמנה ע"י הממונה על הכותל.

11. השר לענייני דתות נמנע מלהתקין תקנות אשר יסדירו את תפילתן של העותרות כשקט וכביטחה. אדרבא, כעקבות הגשת העתירה התערב השר בדרך של חקיקת משנה ותיקן את התקנות על ידי קביעת איסור חדש גורף וכוללני, אשר אמור להיות כיום את האיסור החקיקתי לתפילתן של העותרות.

כ. הסמכות והשפיטות

המדינה לא העלתה בכתב התשובה לעתירה כל טענה כדבר העדר סמכות שיפוט או אי שפיטות. אולם שאלת הסמכות הועלתה ע"י עו"ד צבי טרלו כשם המשיכים שצורפו עפ"י בקשתם בתיק כשג"צ 318/89. הטענה מתבססת על הוראות דבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים) 1924, (להלן דבר המלך). לפיכך, נתייחס להלן לשאלה זו.

1. א- עניינה של העתירה הוא הסדרתה ושמירתה של זכות התפילה של העותרות במקום קדוש תוך שמירת הרשויות על הסדר הצבורי, מניעת הפרעה למתפללות ומניעת חילול המקום ע"י המתפרעים והעמדתם לדיון.

ב- היבט נוסף של העתירה הוא מציאת האיזון בין זכות היסוד לחופש הדת והפולחן לבין שמירת הסדר הצבורי.

ג- פגיעות כרגשי דת ומסורת, עלבון לדת, הפרעה לפולחן, שימוש באלים פזיות ואלים מילוליות כנגד המתפללות ברחבת הכותל, כל אלה מוגדרים כעבירות פליליות הן לפי סעיפים 173 - 170 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, והן לפי סעיף 2 לחוק השמירה על מקומות קדושים, התשכ"ז - 1967 (להלן - חוק השמירה) ולפי תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א - 1981 (להלן - תקנות השמירה).

ד- העותרות מבקשות בעתירתן בין השאר שהמשטרה תמלא את תפקידה, במיוחד כהתאם להוראות סעיף 5 (1) ו- 5 (2) לפקודת המשטרה (נוסח חדש) התשל"א - 1971, תמנע תקיפתן של העותרות, חילולו של המקום הקדוש ע"י המפריעים והמתפרעים למיניהם והעמדתם לדיון פלילי. העותרות קובלות על כך שרשויות המדינה המוסמכות אינן פועלות כדי לאפשר להן לממש את זכותן לחופש הדת והפולחן ככותל המערבי בין בכך שהרשויות מפרשות שלא כהלכה את הדיון הקיים ובין בכך שהן אינן קובעות הסדר מתאים בחקיקת משנה, כאופן שתימנע פגיעה בעותרות כבואן לממש את זכותן.

ה- דבר המלך איננו שולל סמכות כג"צ לדון בשמירת הסדר הצבורי ובמניעת עבירות פליליות. המדינה עצמה מעמידה עכריינים לדין כגין עבירות שביצעו במקומות קדושים. זאת ועוד, כבר נפסק שאחת התכליות של דבר המלך היא להכטיח שהסדר הצבורי והנימוס הטוב ישררו במקומות הקדושים. שלילת סמכות השיפוטית בעניינים של הפרת הסדר הצבורי והנימוס כמקום קדוש תפגע כחוכתה של המדינה ובהשגת התכלית הנ"ל.

ראה: 1. כג"צ 267/88 רשח כוללי האידרא ואח' נ. בית המשפט לעניינים מקומיים, פד"י מ"ג (3) 728, כמיוחד בעמ' 237 מול האות ז', עמ' 738 מול האות א', 739 מול ו-ז, 741 מול ב-ד.

2. כג"צ 109/70 המוטראן הקופטי נ. שר המשטרה, פד"י כ"ה (1) 225.

3. כג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ. ממשלת ישראל, פד"י ל"ג (1), 225, 234.

4. וכן ראה אימרות אגב ב: כג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ. שר המשטרה, פד"י כ"ד (2) 141, בעמ' 204 מול האות א' (הנשיא אגרנט) וכעמ' 171 מול האות ז' (השופט ברנזון).

2. אין המדובר בענייני כהכרעה כזכויות ובתביעות מהותיות המתחייבות למקום קדוש. אין כאן עתירה להכרעה כעצם קיומה של זכות התפילה. לית מאן דפליג שיש לעותרות זכות תפילה בכותל. זכותן המהותית קיימת. ההכרעה המתבקשת איננה בשאלת זכותן המהותית אלא האם במסגרת זכותן זו רשאיות הן להתפלל ללא הפרעה כשהן עוטות טליתות נושאות ספר תורה וקוראות בו.

3. א- כבר כפרשת "חוגים לאומיים" (כג"צ 222/68 הנ"ל) היתה דעת הרוב שסעיף 2 לדבר המלך איננו שולל את סמכות הבג"צ לדון בזכות הגישה למקומות הקדושים.

ב- להלן ניתוח עמדות השופטים כפרשות חוגים לאומיים:
מ"מ הנשיא זילברג (בעמ' 157 מול האות ג') והשופט ויתקון (בעמ' 162 מול האות ג') שוללים את תוקפו של דבר המלך לאחר קום המדינה.
הנשיא אגרנט מכיר אמנם כתקפו של דבר המלך אך רק בכפוף לזכויות המהותיות שקובע חוק השמירה, דהיינו חופש הגישה למקומות הקדושים ושמירתם בפני חילול ופגיעה.
(השופטים ברנזון (בעמ' 177) וקיסטר (בעמ' 189) קובעים כי דבר המלך תקף וכי אין סמכות שיפוט).

ג- התוצאה: עפ"י דעת הרוב (הנשיא, מ"מ הנשיא והשופט ויתקון) יש סמכות שיפוט בעניין הוראותיו של חוק השמירה.

ד- חוק השמירה עוסק כשמירת מקומות קדושים מפני חילולם ומפני פגיעה בהם, כחופש הגישה אליהם וכרגשותיהם של בני הדחות בקשר לאותם מקומות, כאמור כסעיף 1 לחוק.

ה- עניינה של העתירה דנן נופל בד' האמות של סעיף 1 לחוק השמירה על כל מרכיביו, הן מבחינת הפגיעה במקום וכרגשי המתפללים והמתפללות והן מבחינת חופש הגישה.

ו- "חופש הגישה", אשר גם עליו מכוססת העתירה, כולל לא רק את הגישה הפיזית אל המקום הקדוש כי אם גם את זכות התפילה והפולחן במקום הקדוש.

ראה: כג"צ 222/68 הנ"ל - בעמ' 153 מול האות ג' (מ"מ הנשיא), בעמ' 168 מול האות ו' (השופט ויתקון), בעמ' 176 מול האות ז' (השופט ברנזון), ובעמ' 189 מול האות ה (במשתמע מדברי השופט קיסטר).

ז- משמעותו הרחבה של "חופש הגישה" נלמדת גם מכך שמכוח סעיף 1 לחוק השמירה, הדן בחופש הגישה, הותקנו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן - 1990, שעוסקות בטכסים דתיים ובמנהגים.

ח- לשר לענייני דתות יש סמכות להתקין תקנות שעניינן נוהגי תפילה בכותל המערבי אך ורק אם נפרש את "חופש פגישה" כמוכנו הרחב. אם "חופש הגישה" משמעו רק הגישה הפיזית כי אז אין לשר סמכות להתקין תקנות כאלה ואין לאסור על הנשים את תפילתן.

ט- המסקנה: דעת הרוב ככג"צ 222/68 הנ"ל היתה שיש לבית המשפט סמכות שיפוט כזכויות המהותיות שנקבעו בחוק השמירה, לרבות חופש הגישה.

דעת הרוב ככג"צ 222/68 הנ"ל היתה שחופש הגישה כולל גם את זכות התפילה והפולחן.

מכאן שמוסמך בית המשפט לדון בנושא התפילה והפולחן בכותל המערבי, וכודאי שמוסמך הוא לדון בשמירת הכותל מפני חילולו ופגיעה בו.

4. א- התוצאה של כג"צ 222/68 הנ"ל - קרי הימנעותו של בית המשפט מהתערבות - איננה משנה את ההלכה שנפסקה שם כפי שפורטה לעיל.

ב- המצב העובדתי, המצב המשפטי, מהות השאלה שבמחלוקת ומיהות הצדדים לסכסוך כבג"צ 222/68 היו שונים מאשר בענייננו, ולכן כבג"צ לא התערב שם.

ג- כפרשת "חוגים לאומיים" מדובר היה בסכסוך רגיש ביותר מכחינה בין דתית ובין לאומית. אילו קיבל כבג"צ את העתירה שם היה הדבר עלול לגרום לעימות חריף ביותר ואולי אף למלחמת דת בין העולם היהודי ובין העולם המוסלמי, בין מדינת ישראל לבין מדינות ערב. בענייננו לעומת זאת, המחלוקת היא בין יהודים לבין עצמם, ללא מטען חומר נפץ העלול לסכר את המדינה במלחמה ובעימות בינלאומי.
ראה: כבג"צ 222/68 הנ"ל בעמ' 221 (השופט ויתקון).

ד- כפרשת "חוגים לאומיים" לא נקבע בתקנות הסדר תפילה בהר הבית, ובהעדר הסדר גדולה הסכנה לפגיעה בטובת המדינה. בענייננו - יש תקנות, הרב גץ הוסמך מכוחן, ומכוחן הוא אף מתיימר לפעול כשהוא אוסר על תפילת העותרות כדרכן. העברת תקנות השמירה - פרשנותן, חוקיותן, תקפותן ואופן הפעלתן - תחת בקורת שיפוטית של כבג"צ היא כמוכן בסמכות כבג"צ, למרות דבר המלך.

ראה: כבג"צ 222/68 הנ"ל בעמ' 172 מול האות א' (השופט ברנזון), ובעמ' 188 מול האות ה' (השופט קיסטר).
דעות אלה מצטברות כמוכן לדעות מ"מ הנשיא והשופט ויתקון לפיהן דבר המלך איננו בתוקף וממילא יש סמכות שיפוט.
ראה גם דברי מ"מ הנשיא בעמ' 153 מול האות ו', בעמ' 155 מול האות א' ובעמ' 156 מול האות א', וכן דברי הנשיא בעמ' 219 מול האות א'.

5. שאלת חוקיות פעולותיו והוראותיו של הממונה על הכותל, שאלת תוקפן המשפטי של הוראותיו, שאלת פעילותו כגדר סמכותו או תוך חריגה ממנה - כל אלה ודאי שהן בסמכות הבג"צ.

6. אם תאמר שיש תקנות אך אין לבית המשפט סמכות לדון בהן - אז יש דין ולית דיין.

7. שלילת סמכות השיפוט של כבג"צ בנושא של העברת בקורת שיפוטית על חקיקת משנה או על רשות מנהלית פוגעת באושיות הדמוקרטיה.

8. כמו כן אין חולק שדבר המלך איננו שולל ואינו יכול לשלול את סמכותו של כבג"צ לצוות על שר הדתות להתקין תקנות מכוח חוק השמירה.

9. סמכות השיפוט לעניין מקומות קדושים אשר נתונה "לוועדה שתוקט" עפ"י סעיף 3 לדברי המלך, (ואשר מוענקת לממשלה כסמכות שיורית עפ"י חוק יסוד: הממשלה), איננה שוללת את סמכות הכ"צ להעביר את הפתרון או ההסדר שקבעה הממשלה במבחן של כללי משפט מנהלי תקין.
10. אין לכבול את בית המשפט מלהתערב בשל תורת השפיטות כלכד כשמדובר בקיום הסדר הצבורי, אחרת תיווצר אנדרלמוסיה ואי סדר כמקום קדוש.
ראה: כג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ. ממשלת ישראל, פד"י ל"ג (1) 225.
11. כדי לשלול סמכות שיפוט חייב החוק לדבר דברים ברורים ומפורשים.
ראה: כג"צ 222/68 הנ"ל בעמ' 172 (השופט כרנזון).
12. א- עקרון הפרדת הרשויות מחייב מניעת שליטה של כקורת שיפוטית של הרשות השופטת על הרשות המכצעת. זהו אינטרס צבורי.
ראה: כג"צ 188/77 הנ"ל בעמ' 251 (השופט אשר).
- ב- בעבר כבר התערב כג"צ בנושאים אשר לכאורה היו בלתי שפיטים, כגון בהליכי החקיקה בכנסת. כג"צ מצא לנכון להתערב כמה שקורה - בתוך הרשות המחוקקת, וזאת בשם עקרון הפרדת הרשויות, בשם האינטרס הצבורי.
- ראה: 1. כג"צ 669/85 כהנא נ. יו"ר הכנסת, פד"י מ' (4) 393.
2. זאב טריינין/כית המשפט הגבוה לצדק ידון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק/הפרקליט ל"ח (א) 189.
13. כל עוד לא הוקמה ועדה מיוחדת לפי סעיף 3 לדבר המלך מצויה סמכות השיפוט לכאורה בידי הממשלה מכוח סמכותה השיורית לפי סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, כלומר הממשלה היא גם המכצעת וגם השופטת, בכך נפגע עקרון הפרדת הרשויות.
14. הימצאותה של סמכות השיפוט בידי הממשלה כאמור לעיל מנוגדת להוראות סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, שלפיו מי שבידו סמכות שפיטה אין עליו מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של הדין. והממשלה הרי כפופה לכנסת ולפיכך נתונה למרותה.
15. כעת קביעת הלכת "חוגים לאומיים" לא היה בנמצא עדיין חוק יסוד השפיטה. כיום יש לפרש את דבר המלך כפוף לחוק יסוד זה. יש לכך חשיבות לענין סמכות כג"צ לפי סעיף 15 (ד) לחוק זה.
16. לחלופין, יש לכג"צ סמכות מקבילה מכוח סעיף 15 (ד) (2) לחוק יסוד: השפיטה.
ראה: כג"צ 222/68 הנ"ל בעמ' 176 (השופט כרנזון).

17. א- דבר המלך במועצה (המקומות הקדושים), 1924, איננו חל ואף בעבר לא היתה לו תחולה, על הכותל המערבי. לגבי הכותל היה בתוקף דבר חקיקה מיוחד שכלל אף הוראות שיפוט מיוחדות - זהו דבר המלך במועצה (הכותל המערבי) 1931.
- ב- דבר המלך מ- 1931 לא נקלט במשפטנו עם קום המדינה בין משום שהכותל היה מצוי מחוץ לגבולות המדינה ובין משום שהוראותיו הפלו את העם היהודי לרעה ושללו את זכויותיו.
- ג- מכל מקום, בסמוך לפני קום המדינה הדין שנקלט הוא כפי שהיה בתוקף, משמע: דבר המלך, 1924, לא חל אותה שעה על הכותל מאחר ולגביו היה כאמור חיקוק מיוחד. דבר המלך, 1924, נקלט כשהוא "קצוץ כנפיים", ללא הכותל.
- ד- עם איחוד ירושלים ושחרור הכותל המערבי נשאר המצב המשפטי שלפיו דבר המלך, 1924, איננו חל על הכותל, כשם שלא חל לגביו כל דבר מלך אחר.
ראה: סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948.
18. ספק אם דבר המלך, 1924, מכיון בכלל להסדרת סכסוכים בין בני אותה עדה דתית. נראה יותר שהמחוקק המנדטורי כיוון בדבריו אך ורק לסכסוכים בין עדות דתיות בקשר למקומות הקדושים.
19. בעבר כבר דן בג"צ כסכסוכים שעניינם סדרים והתנהגות במקומות קדושים, על יסוד תקנות השמירה והוראותיו של הממונה על המקומות הקדושים, ולא פסל עצמו כשל העדר סמכות או אי שפיטות.
ראה: בג"צ 386/88 אגודת בני אור ואח' נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (4) עמ' 757.
20. לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לשנות את ההלכה בענין תקפותו של דבר המלך (המקומות הקדושים) 1924 במשפטנו.
21. כבר נפסק שבג"ץ הוא "המעוז הבטוח והאוביקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריכו עם השלטון, אין תפקיד זה נתון לשום סייג מהותי, תרופתי או דיוני מלבד אותם סייגים שכית המשפט רואה לנכון לפי חוש המידה והאחריות שלו. ברור איפוא שהמקרים שבהם בית המשפט יימנע מלהפעיל את סמכותו צריכים להיות מינימליים והחלטיים ביותר."
ראה: בג"צ 287/69 מירון נ. שר העבודה, פד"י כד (1) 337 בעמ' 362.

ג. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן - חירות יסוד

1. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן (להלן - חופש הדת) הוא אחת מחירויות היסוד של הפרט שמדינת ישראל מושתתת עליהן.
ראה: 1. כג"צ 292/83 נאמני הר הכית נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים, פד"י ל"ח (2) 449.
2. מגילת העצמאות.
3. כג"צ 262/62 פרץ נ. כפר שמריהו, פד"י ט"ז (4) 2101.
4. כג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (3) 377.
2. לפיכך יש לפרש כל חוק וכל סמכות כמכירים בחופש הדון.
ראה: כג"צ 292/83 הנ"ל כעמ' 454.
3. כשדנים בהגבלת חופש הדת בדומה להגבלת זכויות יסוד אחרות - הרי כל ספק פרשני מן הדין שיתפרש לכיוון שמירתה של זכות היסוד ולא לצמצומה. הגבלתה של זכות היסוד צריכה להיעשות ע"י הוראה מפורשת של חוק חרות ולא כמשתמע, ואף לא בדרך של פרשנות מצמצמת של הזכות או בדרך של פרשנות גורפת וכוללנית אשר מכרסמת בזכות זו.
ראה: 1. כג"צ 868/86 טרודלר נ. ראש המועצה המקומית רמת השרון, פד"י מ"א (1) 694.
2. כג"צ 570/85 מור נ. מועצת הפירות, פד"י מ' (4) 101.
3. כג"צ 809/86 ינוכיץ נ. ורכין, ראש המועצה המקומית רמת השרון, פד"י מ"א (4) 309, 314.
4. כג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" נ. עיריית פתח תקוה, פד"י ל"ד (2) 566, 584, ה-ו.
5. כג"צ 1/49 בז'רנו נ. שר המשטרה, פד"י כ' 80, 82 -ז, 83-ב.
4. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים לגבי פרשנות של חקיקת משנה. כבואו לפרש חקיקת משנה יניח בית המשפט כהנחת יסוד שלא היתה למחוקק הראשי הכוונה להסמיך את מחוקק המשנה להגביל את חירות הפרט. הבדיקה של חקיקת משנה תהא קפדנית במיוחד כאשר מדובר בהגבלתה של זכות יסוד.
ראה: כג"צ 491/86 עיריית ת"א נ. שר הפנים, פד"י מ"א (1) 757.
5. א- זכות התפילה, זכות הפולחן, של העותרות מעוגנת גם ב"חופש הגישה לבני הדתות אל המקומות הקדושים להם", כאמור בסעיף 1 לחוק השמירה.
ב- "חופש הגישה" כמשמעותו הרחבה - משמעות אשר היא דעת הרוב בפסיקה, כפי שנטען לעיל - כולל לא רק את הגישה הפיזית אל הכותל אלא גם את חופש התפילה והפולחן כרחבת הכותל.

ג- מתן הפרשנות הרחבה למלים "חופש הגישה" מתבקש גם מההלכה הפסוקה הנ"ל לגבי דרך פרשנותן של זכויות יסוד ושל הגבלות חוק על זכויות אלה.

6. מכל מקום, אף ללא הוראת סעיף 1 לחוק השמירה, יש לעותרות זכות יסוד לחופש הדת, וזאת מעצם היות מדינת ישראל מדינה דמוקרטית בעלת ערכים דמוקרטיים. זכות זו הינה אחת מאבני היסוד עליה מושתתת מדינת ישראל.

ד. חופש הדת - זכות יחסית - מבחן הוודאות הקרובה

1. בדומה לחופש הבטוי וזכויות יסוד אחרות כך גם חופש הדת הינו חופש יחסי. מבחן זה מוגבל מקום בו קיימת ודאות קרובה כי כעקבות מימוש החופש האמור יבואו מעשים שיפגעו באופן ממשי בסדר החכתי או בשלום הצבורי או באושיות הדמוקרטיה.

2. כהפעלתה של אמת המידה בדבר הסכנה הקרובה לוודאי - כך נפסק - יש לראות אמצעי אחרון ולא ראשון. ראשית יש לבחון אם אי אפשר למנוע או להקטין את הסיכון באמצעים אחרים זולת מניעת מימוש זכות היסוד.

3. אין לפסול מראש כאורח כוללני וגורף כל מימוש עתידי של זכות יסוד עפ"י חשש שהדבר יגרום להפרת הסדר הצבורי. מבחן הוודאות הקרובה מחייב מטבעו בדיקה עניינית המעוגנת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ההחלטות אם ומתי להגביל את מימוש זכות היסוד צריכות להיות החלטות "אד - הוק".

- ראה: 1. בג"צ 292/83 הנ"ל. (נאמני הר הבית)
2. בג"צ 399/85 כהנא נ. הוועד המנהל של רשות השידור, פד"י מ"א (3), 255.
3. בג"צ 14/86 לאור נ. המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פד"י מ"א (1) 421, במיוחד 437 - 434.
4. בג"צ 411/89 חנועת נאמני הר הבית נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים, פד"י מ"ג (2) 17.
5. יוניברסל סיטי סטודיוס נ. המועצה לבקורת סרטים ומחזות פד"י מ"ג (2) 22.

4. א- סעיף 1 לחוק השמירה משלב בחוכו שני אינטרסים בני הגנה - האחד: חופש הגישה, והאחר: מניעת פגיעה כרגשותיהם של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם.

ב- כשם שזכות הגישה שמורה לעותרות וחברותיהן, כך שמורה היא ליהודים האחרים המתפללים ברחבת הכותל. אין להעדיף את חופש הדת של המתפללים האחרים על פני חופש הדת של העותרות. יש לקיים את שתי הזכויות, של שתי קבוצות המתפללים, זו לצד זו, ולא זו על חשבון זו.

- ג- כאותה מידה, כשם שרגשותיהם של המתפללים האחרים בני הגנה הם, כך אף רגשותיהן של העותרות וחברותיהן.
- ד- מן הראוי למצוא את האיזון בין מימוש "חופש הגישה" וחופש הדת של העותרות לבין מימוש חופש הגישה, חופש הדת, של המתפללים האחרים.
- ה- מן הראוי למצוא את האיזון בין שמירה על רגשותיהן של העותרות וחברותיהן, לכל תיפגענה, לבין רגשותיהם של המתפללים האחרים.
- ו- יש למצוא איזון בין כל האינטרסים בני ההגנה תוך הקפדה על שמירת קדושתו של הכותל ומניעתו חילוולו.
- ראה: בג"צ 153/87 שקדיאל נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (2) 277, 242, 221.
- ע"כ 3,2/84 נימון נ. יו"ר ועדת חכירות, פד"י ל"ט (2) 225.
5. א- תפילת העותרות בכותל, כשלעצמה - בין אם עוטות הן טליחות וקוראות בתורה ובין אם לא - איננה "הפרת הסדר הצבורי" ואיננה "התקהלות בלתי חוקית" אלא מימוש זכות יסוד לחופש הדת.
- ב- תקיפת העותרות, נקיטת אלימות פיזית ואלימות מלולית כלפיהן מצד חלק מהצבור כרחכת הכותל, היא הפרת הסדר צבורי.
6. א- סמכויותיו של הממונה על הכותל, עפ"י תקנות השמירה, איננה מפקיעה את סמכותה ואת חובתה של המשטרה להשליט חוק וסדר בכל מקום, לרכות בכותל וברחבתו.
- ב- הכותל ורחבתו אינם שטח אכסטרטוריאלי למשטרת ישראל.
- ג- על המשטרה להחזיר למניעת אלימות בכותל ולהעמדת העבריינים לדין בכל מקרה שנודע לה על אלימות והתפרעויות, וזאת אף מבלי שתצפה בנעשה לנגד עיניה ותמתין להזמנתה ע"י הממונה על הכותל.
- ד- אין זה מסמכותה של משטרת ישראל לפסוק ולהכריע מהי "תפילה כמקובל" ומה איננה "תפילה כמקובל".
- ה- משטרת ישראל איננה כפופה למרותו ולסמכותו של הממונה על הכותל.
- ו- הכותל ורחבתו אינם בחזקתו הפרטית של הממונה על הכותל, אשר אין המשטרה אמורה להיכנס אליהם ולהפעיל שם את סמכויותיה כל עוד לא הוזמנה ע"י "המחזיק".

ז- אם יש למשטרה חשש מפני אלימות של קהל עויין כלפי העותרות, עליה לפעול נגד אלימות זו ולא נגד המתפללות. אין ליתן לקהל העויין זכות וטו על מימוש זכות היסוד של העותרות.

ראה: כג"צ 292/83 הנ"ל בעמ' 455.

כג"צ 606/87 מרציאנו נ. מפקד המחוז הדרומי, פד"י מ"א (4)

452, 449.

ח- הימנעות המשטרה מלהתערב כל עוד לא נתבקשה ע"י הממונה על הכותל, עלול ליצור אנרכיה ואנדרלמוסיה.

7. באיזון היחסי הנדרש בין חופש הדת לבין שמירת הסדר הצבורי יש ליתן,

ככל האפשר, עדיפות לחופש הדת.

ראה: כג"צ 292/83 הנ"ל. (נאמני הר הכית).

ה. תקנות השמירה וסמכויות הממונה על הכותל

1. חוק השמירה הסמיך את שר הדתות להתקין תקנות לכיצועו של החוק. מכוח הוראה זו הותקנו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א - 1981.

2. תקנות אלה קבעו כמקורן רשימת מעשים אסורים. (להלן - האיסורים).

3. הממונה על הכותל, הוסמך עפ"י התקנות, "ליטון הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים" הנ"ל. מתן ההוראות כאמור צריך להיעשות על דעת הרבנים הראשיים ושר הדתות.

4. הממונה כלל לא הוסמך לאסור איסורים חדשים ולהטיל גזירות חדשות.

5. א- למרות זאת אסר הממונה על העותרות וחברותיהן להיכנס לרחבת הכותל כשהן עוטות טליחות ונושאות ספר תורה, וכמוכן אסר עליהן לקרוא כתורה ברחבת הכותל.

ב- הממונה על הכותל הרחיק לכת וקבע כי כהתאם לפסיקתם של הרבנים הראשיים וכמגמה למנוע כל הפרה של הסדר הצבורי הוא אוסר "עריכת כל סוג תפילה שאינה לפי הדין ולפי המקובל". (ראה נספח ג' 2 לעתירה המתוקנת).

ג- בהטילו את האיסורים הנ"ל התיימר הממונה על הכותל לפעול כביכול מכוח תקנות השמירה.

6. שמירת הסדר הצבורי ככותל וברחבתו אינה בסמכות הממונה על הכותל, אלא בסמכות משטרת ישראל.

7. סמכות הממונה מצומצמת ומוגבלת אך ורק לכיצוע האיסורים המפורשים בתקנה 2 לתקנות השמירה.

8. הממונה על הכותל לא הוסמך כלל להתערב בפולחן הדתי של היהודים הבאים אל הכותל לממש את זכות היסוד שלהם לחופש הדת.
9. מטרתן של תקנות השמירה, כמו גם של חוק השמירה, היא שמירה על קדושת המקום הקדוש ואופיו.
ראה: כג"צ 386/88 אגודת בני אור נ. השר לעניני דתות, פד"י מ"ב (4) 757.
מטרתו אינה לשמור על פולחן זה או אחר.
10. הממונה על הכותל איננו רשאי לשקול שיקולים של חוקיותה של התפילה או התאמתה או אי התאמתה ל"דין" ולמה ש"מקובל". בוודאי איננו מוסמך להכריע בענינים אלה.
11. הממונה על הכותל לא הוסמך כלל - ואין זה רצוי שיוסמך - לפסוק ולהכריע באיזון הרק שצריך להיות בין חופש הדת, מחד גיסא, לבין שמירת הסדר הצבורי, מאידך גיסא.
12. וראי וודאי שלא הוסמך הממונה על הכותל להגביל ולצמצם את חופש הדת של העותרות - כמעט עד כדי ריקונו מכל תוכן - ע"י הטלת איסור גורף, כוללני ומראש, תוך העדפת האינטרס של הסדר הצבורי, ובכך גם העדפת קבוצת מתפללים אחת על פני רעותה.
13. בהטילו את האיסורים הנ"ל שם עצמו הממונה הן במקומו של המחוקק - ואף במקומו של המחוקק הראשי אשר רשאי לצמצם זכות יסוד בחוק חרות - הן במקומו של השופט (שכן הוא זה שאמור לפסוק כביכול אם החפילה היא כ"דין" וכמקובל) והן כמוציא לפועל (מכוח סמכותו לסלק מהכותל כל מי שאינו מציית להוראתו).
14. בהטילו את האיסורים והגזירות הנ"ל, מפרש הממונה שלא כהלכה את סמכותו, את תקנות השמירה ואת חוק השמירה.
15. בהטילו את האיסורים והגזירות הנ"ל חרג הממונה מסמכותו.

16. החלטתו של הממונה על הכותל לאסור "תפילה שלא כדין ושלא כמקובל" מנוגדת לחופש הדת, למטרתו של חוק השמירה ולמטרתן של תקנות השמירה, והיא נגועה בפגמים של חוסר סמכות, אפליה פסולה, שיקולים זרים ולא ענייניים, מטרה זרה, אי סבירות קצונית, כוללניות, סתמיות, ופגיעה בעקרי הצדק וההגיון.
 - ראה: 1. כג"צ 651/86 מלכה נ. שר המשטרה, פד"י מ' (4) 645, 658 - 657.
 2. כג"צ 953/87, 1/88 פורז נ. ראש עיריית ת"א, פד"י מ"ב (2) 309, 324 - ו', 329 ז' - א', 330 א', 333 א-ב.
-
17. זאת ואף זאת, אפילו היו הוראותיו הנ"ל של הממונה כבחינת הוראות לבצוע האיסורים שבתקנות השמירה, גם אז היו הן חסרות תוקף משפטי כל עוד לא נתפרסמו ברשומות כהיותן תקנות בנות פועל תחיקתי.
 - ראה: 1. סעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש).
 2. ע"פ 213/56 היוהמ"ש נ. אלכסנדרוביץ, פד"י י"א 695.
 3. ע"פ 402/63 רובן נ. היוהמ"ש, פד"י י"ח (3) 172.
 4. קלינגהופר/משפט מנהלי - השלטון, החוק וחקיקת משנה, עמ' 223-224.
 5. כג"צ 491/86 עיריית ת"א נ. שר הפנים, פד"י מ"א (1) 757, עמ' 775 מול האות ה.
-
18. כנוסף לכך פגומה החלטתו של הממונה על הכותל בכך שהממונה ביטל את דעתו הוא בפני דעתם של הרכבים הראשיים, ובכך יישם שלא כהלכה את הוראת סעיף 4 (א) לתקנות השמירה.
 - (ראה בעניין זה הפירוט העובדתי שבסעיף 7 (ב) (ג) לעתירה המתוקנת).
-
19. אף הרכבים הראשיים אינם מוסמכים להטיל איסורים ולגזור גזירות אשר אינם מפורשים בתקנות השמירה. אין הם יכולים גם לכפות רצונם זה כפסק הלכה על הממונה על הכותל.
-
20. אין הממונה על הכותל מחוייב לנהוג כהתאם לחוות דעתם של הרכבים הראשיים, כאשר חוות דעתם זו מנוגדת לחופש הדת, ובמיוחד שעה שחוות דעתם נוגדת את השקפת עולמו של הממונה עצמו, ואשר על פיה תפילתן של העותרות עם טלית ותורה איננה נוגדת את הדין.
-
21. יש יסוד לסברה שהמשיבים (הממונה על הכותל, השר לענייני דתות ושר המשפטים) היו ערים לכל הפגמים המשפטיים הנ"ל, לפחות בריעבד, ולפיכך מצאו לנכון להתקין את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון) התש"ן - 1989, בתקוה שכך מרפאים הם את הפגמים.
-
- ו. תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן - 1989
 1. תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן - 1989 (להלן - התקנות החדשות) נגועות כפגם של חוסר סבירות קיצוני, כיו השאר, כמפורט להלן:

- א- הן פוסלות מראש ובאורח גורף כל טקס דתי "שלא על פי מנהג המקום, הפוגע כרגשות ציבור המתפללים כלפי המקום".
- ב- באמצעותן מוענקת למעשה (בצרוף עם תקנה 4 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א - 1981) הסמכות לממונה על הכותל - אשר איננו רשות שיפוטית - לפסוק ולהכריע "מהו טקס דתי ומה איננו טקס דתי", מהו "מנהג" ככלל ו"מנהג המקום" בפרט: איזו התנהגות תואמת את מנהג המקום ואיזו אסורה על פיו: מה הם "רגשות ציבור המתפללים": איזה ציבור מתפללים רגשותיו טעונים הגנה מפני פגיעה, ואיזה ציבור - רגשותיו הפקר הם ואינם בני הגנה, מה מהותו ומה אופיו של טקס דתי, שלא עפ"י מנהג המקום ושפוגע ברגשות המתפללים.
- ג- התקנות החדשות טעונות פרשנות במידה גדולה במיוחד לצורך יישומן הלכה למעשה, ואין זה סביר כלל למסור את הפרשנות לידי גורם אדמיניסטרטיבי ממונה. הפרשנות יכולה להיות שונה מאדם לאדם. דרך פרשנותה של המדינה לתקנות החדשות ביחס לעותרות ידועה כבר מתוך הוראות כיצוע שהוציא הממונה על הכותל, עוד לפני התקנת התקנות, וכן מהתנהגות הרשויות הממונות. דרך פרשנות זאת פוגעת באורח קיצוני ובלתי סביר בחופש הפולחן והדת.
- ד- התקנות החדשות קובעות נורמות של התנהגות שיש להן גם אספקט פלילי. לא ייתכן שעכירה פלילית תהא מנוסחת בצורה כל כך רחבה הניתנת לפרשנויות שונות, באופן שהפרט הרוצה לנהוג בדרך מסוימת, באופן שלא יעבור עכירה פלילית, יצטרך לקבל תחילה את הסבריו ופרשנותו של הממונה על הכותל, או לקבל פס"ד הצהרתי כטרם יפעל. נורמה פלילית חייבת להיות מנוסחת בצורה ברורה וחד משמעית.
- ראה: כג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" נ. עיריית פתח תקוה, פד"י ל"ד (2) 566, 584 ה - ו.
- ה- הלכה למעשה העכירו התקנות החדשות את החפקיד השיפוטי של שמירת חופש הפולחן והדת ומציאת האיזון בין זכות הגישה למקומות הקדושים לבין השמירה על רגשות המתפללים, לידי גוף אדמיניסטרטיבי ממונה. השקפת עולמו הדתית של גוף זה וזיקתו לציבור מתפללים מסויים הן ברורות וידועות. מן הראוי שמשרד הדתות ימצא הסדר בדרך של איזון אינטרסים לטובת כלל היהודים, ולא בדרך של מסירת ההכרעה באורח גורף ובלתי ספציפי לאדם אחד.
- ו- התקנות החדשות מגבילות את חופש הפולחן והדת בעילה שלא נקבעה כחוק המסמך, דהיינו הגבלת הפולחן הדתי ככך שהוא חייב להיות עפ"י "מנהג המקום".

ז- התקנות החדשות מתעלמות מהעובדה הידועה שהכותל הוא נחלתו של כל העם היהודי, הן בארץ והן בתפוצות, וכמספר קהילות ישראל כך גם מספר המנהגים המקובלים כיום בכותל. התקנות מניחות כאילו קיים בכותל מנהג אחד, מנהג המקום - ולא הוא.

ח- אין בתקנות החדשות כל נסיון למצוא הסדר של איזון בין אינטרסים שונים של מתפללים שונים ובעלי מנהגים שונים.

ט- התקנות החדשות אינן עונות, בצורה סבירה, לצרכים הדתיים של יהודים עם מנהגים שונים ותפיסות עולם שונות כתחום הדת וההלכה.

י- יש בתקנות החדשות משום פגיעה קשה וכלתי סבירה בחופש הפולחן והדת.

יא- התקנות החדשות מתיימרות להשליט ברחבת הכותל המערבי את התפיסה היהודית של אלה המופקדים על המשרד הדתות, הרכנות הראשית והממונה על הכותל.

יב- האם כל פעם שהמצב הפוליטי בארץ יוליד שר דתות חדש יהיו המנהגים המותרים והאסורים בכותל כהתאם לשר הדתות החדש? כהתאם לממונה על הכותל החדש?

ראה: בג"צ 262/62 פרץ נ. כפר שמריהו, פד"י ט"ז (4) 2101.
בג"צ 516/75 הופרט נ. שר הדתות, פד"י ל' (2) 490, 501.

2. התקנות החדשות נגועות בפגם של אפליה פסולה בכך שהן מפלות לרעה ציבור מתפללים אחד לעומת ציבור מתפללים אחר, והכל על יסוד השקפת עולמו של הממונה על הכותל, ותוך התעלמות מפגיעה כרגשותיו של ציבור אחר, בכך שנאסר עליו לקיים טקס דתי עפ"י מנהגו ואמונתו, וללא נסיון למצוא איזון בין קבוצות המתפללים השונות על מנת שגם אלה וגם אלה יוכלו לממש את זכותם היסודית לחופש הפולחן והדת עפ"י מצפונם ואמונתם וללא כפיה. אף בחוץ העולם ההלכתי עצמו, קיימות גישות שונות ואין להפלות בין ציבור אחד לאחר, וזאת גם אם גישה זו או אחרת הינה כמיעוט. גם חופש הדת והפולחן של המיעוט טעון הגנה.

ראה: 1. בג"צ 262/62 הנ"ל.

2. בג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת נ. השר לעניני דתות, פד"י מ"ב (3) 377.

3. בג"צ 153/87 שקדיאל נ. השר לעניני דתות, פד"י מ"ב (2) 221, 244, 275, 277.

4. בג"צ 516/75 הופרט נ. שר הדתות, פד"י ל' (2) 490, 501.

3. התקנות החדשות נגועות בפגם של שיקולים זרים ומטרה זרה. כל הורתן ולירתן של תקנות אלה לא באה לעולם אלא כדי לסלק מן הדרך את טענותיהן הצודקות של העותרות, אשר זכותן לחופש הפולחן והדת לא כובדה ע"י המשיב 1 מכלי שהיתה לו כל סמכות חוקית לכך עפ"י המצב המשפטי דאז, ואילו עתה, כמהלך דיון תלוי ועומד ככ"צ הותקנו התקנות כדי להכשיר, כביכול, את הפגום.
4. א- התקנות החדשות נגועות בפגם של חריגה מסמכות, בכך שהן מגבילות שלא כדין את "זכות הגישה", בכך שהן מגבילות זכות יסוד בעילה שאין לה יסוד כחוק המסמין - עילת "מנהג המקום", ובכך שאין כחוק המסמין כדי להקנות לשר הדתות ולשר המשפטים את הסמכות להתקין תקנות שאינן סבירות באורח קיצוני ו/או שהן נועדו להשיג מטרה זרה או שהתקנתן נובעת משיקולים זרים.
- ב- אין להעלות על הדעת שהמחוקק הראשי התכוון להפקיד בידיו של שר הדתות את הסמכות לקבוע בחקיקת משנה ובדרך של פרשנות את תפיסת העולם הדתית שתשלוט ככותל, ובדרך של כפיה על יהודים אחרים, בעלי תפיסה שונה. לא כל שכן כשהסמכות מועברת, למעשה, מהשר לממונה.
5. התקנות החדשות פוגעות בעיקרי הצדק.
ראה: ע"א 262/62 הנ"ל (פרץ - כפר שמריהו).
6. כשל כל הפגמים הנ"ל, כולם או מקצתם, התקנות החדשות הינן בטלות מעיקרן או בנות ביטול ויש לבטלן.
ראה: כג"צ 491/86 עיריית ת"א נ. שר הפנים, פד"י מ"א (1), 757.
7. מכל מקום, תפילתן של העותרות, כשהן עטויות בטליתות, וקריאתן בספר התורה ברחבת הכותל, איננה נופלת בגדר האיסור שקבעו התקנות החדשות וזאת כשל הנמוקים שלהלן:
- א- התעטפות בטלית איננה "טקס דתי".
לדעת פרופ' שוחטמן, מטעם המשיבים, "טקס דתי" הוא "קיום פולחן דתי כציבור, בצוותא, כחגיגות ועפ"י סדר קבוע". התעטפות בטלית, לדבריו, היא פולחן דתי, וכאשר היא נעשית כמניין יכולה היא להיחשב כעריכת טקס דתי. (עמ' 5 לחוות דעתו). יוצא גם עפ"י פרופ' שוחטמן, התעטפות בטלית שלא כמניין - איננה טקס דתי. ואפילו נעשה הדבר כמניין - אין הכרח שזה יחשב כ"טקס דתי" אם כי יש אפשרות פרשנית כזו.

ב- התעטפות אשה בטלית, נשיאת ספר תורה על ידה וקריאתה בתורה איננה נוגדת את המנהג בכלל ואת "מנהג המקום", כפרט, ובוודאי שאיננה בניגוד לדין - והכל כמפורט וכמוכהר בחוות הדעת המלומדת של פרופ' שיפמן ושל פרופ' שילה, ובתצהירים התומכים כעתירה.
ראה: ע"א 262/62 הנ"ל (פרץ - כפר שמריהו).

ג- לחלופין, מכל מקום יש לפרש את התקנות ואת "מנהג המקום" בכפוף להוראות חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א - 1951.

ירושלים, היום 24/2/91


הרצל קדוש, עו"ד
ב"כ העותרות

ר י כ ו ז א ס מ כ ת א ו ת :

א. חקיקה:

1. דבר המלך כמועצה על א"י (המקומות הקדושים) 1924.
2. חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967.
3. תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א - 1981.
4. תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן - 1989.
5. חוק העונשין, התשל"ז - 1977 (סעיפים 170-173).
6. פקודת המשטרה (נוסח חדש) התשל"א - 1971 (סעיף 5).
7. חוק יסוד: השפיטה (סעיפים 2,1 ו-15).
8. חוק יסוד: הממשלה (סעיף 29).
9. דבר המלך כמועצה על א"י (הכותל המערבי) 1931.
10. מגילת העצמאות.
11. פקודת הפרשנות (נוסח חדש) (סעיף 17).
12. פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948 (סעיף 11).
13. חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א - 1951.

ב. פסיקה:

1. כג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ. בית המשפט לעניינים מקומיים, פד"י מ"ג (3) 728.
2. כג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ. שר המשטרה, פד"י כ"ד (2) 141.
3. כג"צ 109/70 המוטראן הקופטי נ. שר המשטרה, פד"י כ"ה (1) 225.
4. כג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ. ממשלת ישראל, פד"י ל"ג (1) 225.

5. כג"צ 386/88 אגודת בני אור נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (4) 757.
6. כג"צ 287/69 מירון נ. שר העבודה, פד"י כ"ד (1) 337.
7. כג"צ 292/83 נאמני הר הבית נ. מפקד משטרת ירושלים, פד"י ל"ח (2) 449.
8. כג"צ 669/85 כהנא נ. יו"ר הכנסת, פד"י מ (4) 393.
9. כג"צ 868/86 טרודלר נ. ראש המועצה המקומית רמת השרון, פד"י מ"א (1) 694.
10. כג"צ 570/85 מור נ. מועצת הפירות, פד"י מ (4) 101.
11. כג"צ 809/86 ינוביץ נ. ורכין, ראש המועצה המקומית רמת השרון, פד"י מ"א (4) 309.
12. כג"צ 491/86 עירית ת"א נ. שר הפנים, פד"י מ"א (1) 757.
13. כג"צ 339/85 כהנא נ. הועד המנהל של רשות השידור, פד"י מ"א (3) 255.
14. ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ. אלכסנדרוביץ, פד"י י"א 695.
15. ע"פ 402/63 רונן נ. היועץ המשפטי, פד"י י"ח (3) 172.
16. כג"צ 537/81 שטנגר נ. ממשלת ישראל, פד"י ל"ה (4) 673.
17. כג"צ 262/62 פרץ נ. כפר שמריהו, פד"י ט"ז (3) 210.
18. כג"צ 153/87 שקדיאל נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (2) 221.
19. כג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת נ. השר לענייני דתות, פד"י מ"ב (3) 377.
20. כג"צ 516/75 הופרט נ. שר הדתות, פד"י ל' (2) 490.
21. כג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ. עירית פתח תקוה, פד"י ל"ד (2) 566.
22. כג"צ 1/49 כז'רנו נ. שר המשטרה, פד"י כ' 80.
23. כג"צ 606/87 מרציאנו נ. מפקד המחוז הדרומי, פד"י מ"א (4) 449.

24. בג"צ 14/86 לאור נ. המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פר"י מ"א (1)
421.
25. ערעור בחירות 3,2/84 נימן נ. יו"ר ועדת הבחירות, פר"י ל"ט (2)
225.
26. בג"צ 411/89 תנועת נאמני הר הבית נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים,
פר"י מ"ג (2) 17.
27. בג"צ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס נ. המועצה לבקורת סרטים,
פר"י מ"ג (2) 22.
28. בג"צ 651/86 מלכה נ. שר המשטרה, פר"י מ' 4, 645.
29. בג"צ 953/87, 1/88, פורז נ. ראש עיריית ת"א, פר"י מ"ב (2) 309.

ג. ספרות משפטית:

1. זאב טריינין/כית המשפט הגבוה לצדק ידון בעניינים שהוא רואה צורך
לחת כהם סער למען הצדק/הפרקליט ל"ח (א) 189.
2. קליגהופר/משפט מנהלי כשלטון החוק וחקיקת משנה.
3. אלון/המשפט העברי, מהדורה שניה, כרך א'.

בג"צ 2410/90
קבוע: 27.2.90

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

סוזן אלטר ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד א. שפאר
רחוב בן יהודה 2, ירושלים

ה ע ו ת ר י ם

נ ג ד

השר לעניני דתות ואח'

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

ה מ ש י ב י ם

בג"צ 257/89

ענת הופמן ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד ה. קדש או א. גנור
מרחוב יפו 97, ירושלים

ה ע ו ת ר ו ת

נ ג ד

1. הממונה על הכותל ואח'

על ידי פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

2. התאחדות הספרדים שומרי תורה -
תנועת ש"ס ו-3 אח'

ע"י ב"כ עו"ד צבי טרלו
רחוב קק"ל 8, ירושלים

ה מ ש י ב י ם

עיקרי טיעון מטעם המשיבים

פרקליטות המדינה מתכבדת להגיש להלן עיקרי טיעון מטעם המשיבים 1-6 בתיק בג"צ 257/89 ומטעם המשיבים בעתירה בתיק בג"צ 2410/90 (להלן - המשיבים).

עיקרי טיעון אלה יבואו בנוסף לעובדות ולטענות המפורטות בתצהיר התשובה שהוגש מטעם המשיבים על כלל נספחיו, בתצהיר המשלים שהוגש מטעמם ובחוות דעת משלימה שהוגשה מטעם המשיבים - כל אלה יהוו חלק בלתי נפרד מעיקרי טיעון אלה.

1. (א) בהתייחס לטענה המקדמית שמעלה ב"כ, העותרות בתיק בג"צ 2410/90 (להלן - העתירה השניה) נבקש להעמיד דברים על מכונם כדלהלן:

ענינה של העתירה השניה זהה לענינה של העתירה בתיק בג"צ 257/89 (להלן - העתירה הראשונה) בהיבט העובדתי-משפטי שהוא בעל החשיבות לעניננו. לאמור: דרך התפילה שמבקשות לקיים ברחבת הכותל העותרות בעתירה השניה זהה לדרך התפילה אשר קיימו בפועל ומבקשות להמשיך ולקיים העותרות בעתירה הראשונה.

אלה גם אלה - מציגות עצמן כקבוצת נשים, עליה נמנות נשים מזרמים שונים ביהדות, המבקשות להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית, מחזיקות ספר תורה וקוראות הימנו.

במאמר מוסגר ייאמר כי בקשה שהגישה קבוצת נשים נוספת - שדולת הנשים בישראל - בתיק בשג"צ 3341/90 להצטרף כעותרת נוספת לעתירה הראשונה - נדחתה על ידי בית משפט נכבד זה מן הטעם ש"צירופה של המבקשת כעותרת נוספת ישבש את הליכי הדיון בעתירה זו...".

(ב) הפרות הסדר ברחבת הכותל, התרחשו בכל עת שקבוצת נשים הגיעה למקום וקיימה תפילה בדרך המתוארת לעיל.

אירועים אלה מצאו בטויים בהליכי ביניים שהתקיימו בעתירה הראשונה ונפסקו רק לאחר שביום 21.8.89 יצאה החלטתו של בית המשפט הנכבד (בתיק בשג"צ 312/89; 320/89) בה נקבע כי "יש לאפשר לעותרות לקיים תפילה במקום על פי מנהגי המקום, כפי שרוב הכותל מצהיר עליהם... משמעות הדבר, בין השאר, כי תפילתן תהא ללא טלית וספרי תורה...".

(ג) העתירה השניה הוגשה לאחר כל הדברים האלה, אך הסעד המתבקש בה זהה לסעד המבוקש בעתירה הראשונה: בזו גם בזו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כי יאפשרו תפילת הנשים על פי דרכן בכותל המערבי.

(ד) לאור כל הדברים האלה ונוכח בקשתו של ב"כ העותרות בעתירה השניה לאחד הדיון בשתי העתירות - הוגשה הודעה מטעם המשיבים בה התבקש בית המשפט הנכבד לראות בתצהיר התשובה שהוגש מטעמם בעתירה הראשונה מענה לצו-על-תנאי שיצא מלפני בית המשפט הנכבד בעתירה השניה; בנוסף הובעה הסכמה לבקשת ב"כ העותרות בעתירה השניה, כי הדיון בשתי העתירות יתקיים במאוחד - הואיל וענינן אחד הוא.

(ה) לגוף הענין - הפיצול שמבקש ב"כ העותרות לעשות בין שתי העתירות הינו מלאכותי, במיוחד לנוכח בקשתו הוא לאיחוד הדיון בהן.

(ו) לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות הטענות המקדמיות בתיק בג"צ 2410/90 ולהזקק לדיון בעתירות לגופן.

2. (א) **בפתח דבר** נבקש להבהיר כי לשיטתם של המשיבים, אין נושא העתירות דורש הכרעה בזכות התפילה של העותרות בכותל, או בזכות הגישה שלהן אל הכותל.

על כן, ולשיטתנו - נתונה הסמכות לבית המשפט הנכבד לדון בעתירות, באשר למעשה, מכוונות הן כלפי ההסדרים שנקבעו בתקנות ואשר מתוקפם נמנע מן העותרות לקיים תפילותיהן בכותל, על פי דרכן.

(ב) מאידך, אם לשיטתן של העותרות, יתבקש בית המשפט הנכבד להכריע במחלוקת אמיתית שענינה בזכויותיהן של העותרות להתפלל בכותל על פי דרכן - כי אז ורק אז, נבקש לטעון, בהסתמך על ההלכה הפסוקה, כי הכרעה במחלוקת

מעין-זו אינה בסמכות של בתי-המשפט.

1. בג"צ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, (להלן - בג"צ חוגים לאומיים).
2. בג"צ 109/70 המוטראן הקופטי נ' שר המשטרה, פ"ד כ"ה, 225.
3. בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ' ממשלת ישראל, פ"ד לג (1) 225.
4. בג"צ 99/76 הרלוף כהן נ' שר המשטרה, פ"ד ל (2) 505, בעמ' 507 מול האותיות (ג)-(ז).
5. בג"צ 537/81 חיים שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה (4) 673, בעמ' 677 מול האותיות (ג)-(ד).
6. בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לענינים מקומיים, פ"ד מג (3) 728 בעמ' 742 בין האותיות (ב)-(ז).

3. (א) זכות הגישה של העותרות לכותל המערבי *זכותן להתפלל בו - אין שנויות במחלוקת כלל ועיקר. בפועל נשמרות זכויותיהן אלה, אין פוגע ואין מפריע ואין מונע בעדן מלבוא לרחבת הכותל ולהתפלל בה.
- (ב) אשר נמנע מן העותרות הוא להתפלל בכותל על פי דרכן, לאמור - כשהן מגיעות בקבוצה, עטופות בטליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בו (להלן - על פי דרכן).
- (ג) בעת שקיימו העותרות תפילות, על פי דרכן, כמבואר לעיל, נגרמו מהומות קשות ברחבת הכותל, שהגיעו כדי תגרות ידיים ונדרשה התערבות המשטרה כדי לנסות ולהחזיר הסדר על כנו.
- הוברר בעליל כי במהלך קיום התפילות, על פי דרכן, ברחבת הכותל הופר הסדר הצבורי ונפגעו הנימוסים ההולמים אשר ההקפדה על קיומם חיונית והכרחית ברחבת הכותל המערבי, שהוא מקום קדוש.
- (ד) הממונה על הכותל המערבי (להלן - הממונה) נאלץ להורות לעותרות שלא להוסיף ולקיים התפילות על פי דרכן; משלא נעתרו לבקשותיו אף לא להוראותיו, נאלץ הממונה להורות על הרחקתן מרחבת הכותל. בעשותו כן, פעל הממונה בתוקף הסמכות המוקנית לו בדיון ועל פי דין.

ההוראות המסמיכות שבדין לפעולתו זו של הממונה:

4.

חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן - חוק השמירה).

תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן - התקנות).

בנוסף על הוראות אלה, נבקש להפנות להוראות חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (המקומות הקדושים), 1924 (להלן - דבר המלך).

חוק השמירה על המקומות הקדושים

5.

בסעיף 1 לחוק הצהרה ברורה בדבר זכויותיהם של בני הדתות השונות ולפיה:

"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."

סעיף 2 לחוק מכיל הוראות עונשין כלפי "המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת" וכלפי "העושה דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות".

בסעיף 3 לחוק - נאמר כי -

"חוק זה בא להוסיף על כל דין ולא לגרוע ממנו."

ובסעיף 4 נקבע ביצוע החוק ותקנות ולפיו:

"שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע."

מתוקף הסמכות שהוקנתה לו התקין שר הדתות תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, לאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל ובהסכמתו של שר המשפטים.

על פי מטרתן מכוונות התקנות לקבוע הסדרים אשר יבטיחו זכות גישה וזכות תפילה במקומות הקדושים ליהודים.

בד בבד נקבעו בהן הסדרים אשר נועדו לקיים מטרתו של חוק השמירה - אי-חילול או אי פגיעה אחרת במקומות הקדושים ואי-פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום.

הסדרים אלה באים להבטיח כי יישמר הסדר הצבורי הנדרש דרך כלל והנדרש באופן מיוחד במקומות קדושים בהם נדרשת אף השמירה על הנמוסים הטובים.

להגשמת מטרת אלה נקבעו בתקנה 2 "מעשים אסורים" בתחומי המקומות הקדושים ובתקנה 3 הגבלות על עיסוק בצילום ברחבת הכותל המערבי.

הרשות המוסמכת אשר הופקדה על שמירת ההסדרים שנקבעו במקום, הינו "הממונה" - אשר "שר הדתות מינהו, על פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל."

בתקנה 4 נקבע כי -

"(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 תפקידו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3."

בתקנה 5 נקבע עונשו של העובר על תהוראה מהוראות תקנות 2 או 3.

7. בין המעשים האסורים המנויים בתקנה 2 מצוי האיסור בתקנה 2(א)(א1) לפיו:

בתחומי המקומות הקדושים אסור:
"עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום."

(להלן - התקנה).

תקנה זו הותקנה לאחר הגשתה של העתירה בתיק בג"צ 257/89 ובעקבותיה תיקנו העותרות עתירתן - בהתאם.

הוספת התקנה על דרך התיקון נדרשה לאחר שהוברר בעליל כי אין ניתן ליישב את הסכסוכים שנתגלעו ואת ההפרעות החמורות בסדר הצבורי ולא ניתן היה למנוע פגיעה בנמוסי המקום הקדוש, אשר התהוו בכל עת שהעותרות באותה עתירה, הגיעו לרחבת הכותל וקיימו בה תפילות על פי דרכן.

8. נגד הוראותיה של תקנה זו והסמכויות המוקנות מתוקפה לממונה על הכותל, מופנות העתירות והסעד המבוקש בשתיהן הינו, כי בית המשפט יורה על ביטולה של התקנה ובטול סמכותו של הממונה על הכותל בהתאם - לאסור על העותרות לקיים תפילתן בכותל, על פי דרכן.

9. המשיבים יבקשו לטעון כי התקנה הותקנה במסגרת הסמכות שבדין, כי עולה היא בקנה אחד עם הוראות הדין, כי הוראותיה סבירות ראויות ודרושות

ליישומן של הוראות החוק ולשמירה כי אותן הוראות יתקיימו הלכה למעשה.

10. לפיכך, ובהסתמך על ההלכה הפסוקה, יטענו המשיבים כי בית המשפט הנכבד לא יידרש למבוקש בעתירות ולא יורה על ביטול הוראותיה של התקנה.

11. בנושא זה יסמכו המשיבים טענותיהם על ההלכות שנפסקו בפסקי הדין המנחים שלהלן.

1. בג"צ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94.
2. בג"צ 702/81 מינצר נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד לו(2) 1.
3. בג"צ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 477.
4. בג"צ 491/86 עיירת ת"א יפו ואח' נ' ישראל הפנים, פ"ד מא(1) 757.
5. המשפט על חקיקת משנה: מאמרו של ד"ר אהרון ברק, הפרקליט כ"א (תשכ"ה) עמ' 463.

12. נבקש לטעון כי הוראות התקנה עולות לא רק בקנה אחד עם הוראות החוק המסמיך אלא גם עם הוראות אחרות שבדין החלות במאטריה המיוחדת בה נתונים החוק והתקנות.

13. התכלית אשר אותה באו הוראותיה של התקנה להגשים הינה כי יישמרו הסדר הצבורי והנמוס הטוב הנדרשים במקום קדוש.

אלה יישמרו על פי לשון התקנה בהימנעות מ"עריכת טכס דתי, שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות צבור המתפללים כלפי המקום".

דרישה זו הינה מעצם מהותו ואופיו של מקום קדוש באשר הוא ובעלת משמעות יתירה וחזקה פי כמה - כשהדברים אמורים בכתל המערבי.

באשר, כדברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז), כב' השופט זילברג, בבג"צ חוגים לאומיים:

"יחסנו אל הכותל הוא היחס החזק ביותר והאינטימי ביותר."
(שם בעמ' 149).

14. החובה להבטיח את הדרישות של סדר צבורי ונימוסים הולמים - "Public order and decorum" - עוברת כחוט השני בכל דברי החקיקה.

כזאת נדרש עוד בכתב המנדט והינה מתכליתו הברורה וממטרתו של דבר המלך מ-1924.

בהקשר זה נבקש להפנות לפסק הדין בבג"צ חוגים לאומיים, לסקירותיהם ולדבריהם של כב' השופט קיסטר בעמ' 1822 ואילך ושל כב' הנשיא אגרנט בעמ' 194 ואילך ולדברי כב' השופט א. ברק, בבג"צ 267/88 רשת כולל האידרא, שם בעמ' 737 בין האותיות א'-ג'.

15. שמירה קפדנית על הסדרי הסטטוס קוו במקומות הקדושים אשר נגעו לעדות השונות, היוותה עקרון נלווה אשר בא להגשים את החובה לשמור על הסדר הצבורי והנימוס במקומות הקדושים.

השמירה הקפדנית על הסדרי הסטטוס קוו עמדה אף היא ביסוד כתב המנדט ובדרך בה נהגה הלכה למעשה ממשלת המנדט (כפי הבנתה באותם ימים).

בנדון זה נבקש להפנות במיוחד לבג"צ חוגים לאומיים - סקירתו של כב' השופט קיסטר בעמ' 186 (בראשית העמוד) ולסקירתו של כב' הנשיא אגרנט בעמ' 204 מול האות ג' - עמ' 207.

16. במגילת העצמאות הצהירה מדינת ישראל כי תבטיח חופש הדת וכי "תשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות".

הבטחה זו נשמרה במציאות בכך שהוקפד על קיום הסדר הצבורי והנימוס בכל המקומות הקדושים, תוך שמירה על "הסטטוס קוו" באותם מקומות. ראה בג"צ חוגים לאומיים, סקירתו של כב' הנשיא אגרנט, שם בעמ' 213,

ובהמשך בעמ' 225(ז) ובעמ' 226.

17. מדיניותה של ממשלת ישראל לגבי המקומות הקדושים מצאה בטויה בדברי שר הדתות בכנסת, בעת הצגת הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים לקריאה ראשונה, והוכרזה כמושתתת על שלושת העקרונות הבאים:

- "(א) תובטח למקומות הקדושים של כל הדתות שמירה מעולה מכל חילול ומכל פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות שהמקומות האלה מקודשים עליהם.
- (ב) תובטח לכל בני הדתות בכל מקום שהם גישה חופשית למקומות המקודשים להם...
- (ג) ניהול פנימי של המקומות הקדושים על ידי הרשות האחראית של אותה דת לה קדוש המקום."

דברי הכנסת, כרך 49, עמ' 2421-2422;

מדיניות זו בדבר שמירת המקומות הקדושים באה ידי ביטוי ברור בהצהרת המטרות בסעיף 1 לחוק השמירה ובסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.

18. המשיבים יבקשו להוסיף ולטעון כי התקנה עונה במלואה על אמות המידה שהותוו ועל העקרונות והקווים המנחים שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד, לענין סבירותן של תקנות ומידת התערבותו של בית המשפט לביטולן.

19. יישום הוראותיה של התקנה והפעלתה הלכה למעשה כלפי העותרות הינו כורח המציאות.

בכל הנוגע ליישום הוראותיה של התקנה על הדרך בה קיימו העותרות תפילתן בכותל נבקש לסמוך ולהפנות לדברים האמורים בחוות דעתו של פרופ' אליאב שוחטמן ראש המכון לחקר המשפט העברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, המצורפת כנספח מש/ד לתצהיר התשובה שהוגש מטעם המשיבים, ולתוספת לחוות הדעת המצורפת לעיקרי טעון אלה והמסומנת מש/ה. התוספת לחוות דעת מוגשת בתגובה לחוות-הדעת אשר הוגשה לפני ימים מספר מטעם העותרות בתיק בג"צ 2410/90.

20. בסוגיה זו יבקשו המשיבים לטעון כי לצורך יישומן של הוראות התקנה כלפי העותרות, אין צורך להזקק לכלל מנהגי המקום או לכלל מנהגי התפילה במקום. בחינת ענינן של העותרות ייעשה בהיבט המיוחד לטכס התפילה אשר מקיימות העותרות על פי דרכן ולברור השאלה אם טכס תפילה זה והמיוחד אותו - היה אי פעם, או הוכח להיות כיום, מנהג המקום בכותל המערבי.

21. כפי העולה מן העתירות, אין העותרות טוענות כדברים האלה. אין הן טוענות - או מבססות טענה - כי טכס התפילה שהן מקיימות ומבקשות לקיים - כשהן עטופות בטלית וקוראות מספר תורה - היה אי פעם או הינו כיום - מנהג המקום ברחבת הכותל המערבי.

בסעיף 2 לעתירה בבג"צ 2410/90 מעידות העותרות על מטרותן והיא "לקדם את התפילה היהודית בכלל ובירושלים ליד הכותל המערבי בפרט, הכל בהתאם להלכה".

על נוהגן להתפלל על פי דרכן, מעידות העותרות בסעיף 3 לעתירה, כי -

"כך נוהגות נשות הכותל כ-15 שנה בבתי כנסת שונים, לרבות בתי כנסת שונים, לרבות בתי כנסת אורתודוקסיים בארצות הברית ובמקומות אחרים, וכך בקשו ומבקשות להתפלל גם בירושלים בביקוריהן העונתיים לרבות ליד הכותל, אשר הינו מקום קודש לכל יהודי ואשר מאידך איננו בית כנסת המיוחד לקהילה זו או אחרת."

22. עריכתו של טכס דתי שלא על פי מנהג המקום - כדרך שמקיימות העותרות - יש בו פגיעה ברגשות צבור המתפללים כלפי המקום.

בהיות טכס התפילה שמקיימות העותרות זר למנהג המקום, שונה וחדש בכותל המערבי - אשר מעולם לא קיימו בו תפילת נשים בדרך שמבקשות העותרות לקיים - שומה על העותרות לנהוג לפי מנהגם של המתפללים במקום, אף אם שונה הוא ממנהגן במקומות מהן באו.

ראה פירוש של ההלכה בנדון זה, על ידי מנחם אלון בספרו: המשפט העברי, בעמ' 759.

23. חוות הדעת שנתנו הרבנים הראשיים בסוגיה נושא העתירה והעמדה שהביעו כנגד טכסי התפילה בכותל על פי דרכן של העותרות, ניתנו בתוקף הסמכות שהוקנתה להם מפורשות בחוק השמירה על המקומות הקדושים, המחייב בסעיף 4 הימנו היועצות בנציגי הדתות הנוגעים בדבר, קודם להתקנת תקנות, או פעולה "לפי הצעתם".

על חובה זו, ביישום הוראות חוק השמירה, עמד כב' השופט קיסטר בפסק דינו בבג"צ חוגים לאומיים (שם בעמ' 189(ו)-(ז)); כך נקבע על ידי המשנה לנשיא, כב' השופט מ. אלון בפסק הדין בבג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נגד שרי הדתות ואח', פ"ד מג (2) 661, 693(ב)-(ג).

בנדון זה ראויים אף דברי השופט צבי ברנזון במאמרו חופש הדת והמצפון במדינת ישראל, פורסם בעיוני משפט ג' /405, שם נאמרו בין היתר הדברים הבאים:

"בכל זאת, מותר גם מותר לרשות ציבורית, ולפעמים היא גם חייבת להביא בחשבון שיקולים של דת, כאשר הדבר נעשה תוך מילוי התפקידים הלגיטימיים המוטלים עליה." (שם בעמ' 411).

24. לאור כל האמור לעיל, יבקשו המשיבים לדחות עתירתן של העותרות בתיק בג"צ 257/89 כי שר הדתות יתקין תקנות אשר יאפשרו קיום תפילתן של העותרות על פי דרכן.

למעלה מזאת, בית המשפט הנכבד לא יידרש להתערב בשיקול דעתו של שר הדתות אילו תקנות עליו להתקין, כל עוד לא הותקנו - ולא יחייבו לעשות כן.

כדברי כב' השופט יהודה כהן בבג"צ 537/81 שטנגר:

"דעתנו היא, כי לא היתה הצדקה להתערבותו של בית משפט זה ולהפעלת סמכותו לחייב את שר הדתות להתקין תקנות בדבר זכות התפילה - אף אילו היינו סבורים שחוק המקומות הקדושים מתייחס לזכות זו - כשהוראת סעיף 4 משאירה עניין זה לשיקול דעתו של השר" (שם, בעמ' 681 מול האותיות (ג)-(ד)).

25. לטענות העותרות כי המושגים בתקנה אינם ברורים דיים כדי לעמוד בדרישות סעיף העונשין שבתקנות יבקשו המשיבים לטעון כי האיסורים שנקבעו בתקנה כמוהם כאיסורים אחרים מסוגם בתקנות, העולים כולם בקנה אחד עם העבירות המנויות בסעיף 2 לחוק השמירה על המקומות הקדושים.

בית המשפט בדונו בעבירות מעין אלה, יזקק בסופו של דבר, לקבוע אם התמלאו יסודות העבירה, כפי שהם מוצאים בטוים בהוראות החוק ובתקנות.

כך בבג"צ 223/67 שבתאי בן דב נגד שר הדתות, פ"ד כב(1) 440 נאמר ע"י מ"מ הנשיא כב' השופט זילברג, בהתייחס לדרישה שבסעיף 1 לחוק לשמירה מפני חילול:

".. לא קל להגדיר חילול הקודש מהו, והטעם הפשוט הוא משום שלא ייקל, ואף יקשה שבעתיים, להגדיר את עצם מהות הקדושה... " (שם בעמ' 446 סעיף 3).

ובהמשך -

"... אפשר איפא לומר, כי אם הדיבור 'שמירה מפני חילול' פירושו הוא 'שמירה על כיבוד', הרי עד כמה שכיבוד זה נוגע ליהודים והר הבית לא יצר המחוקק הישראלי יש מאין, אלא הלך בדרך שנכבשה על ידי התורה והתלמוד." (שם בעמ' 447 סעיף 4).

על המושג "רגשות הציבור" עמד כב' השופט עציוני בבג"צ 124/70 כוכבי שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505 בעמ' 516, וחזר על דבריו אלה בבג"צ 531/77 מ. ברוך נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לב(2) 160,

שם אמר:

"המושג 'רגשות הציבור' הוא בעל משמעות רחבה והנושא עצמו הוא רגיש ביותר. לא קל לבוע מה כן ומה לא יפגע ברגשות הציבור והדבר תלוי, בנסיבות המקרה ובהקשר ענינים שבהם השאלה מתעוררת. כשמדובר למשל בפגיעה ברגשות ציבור דתי, יהא המבחן המתאים דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו הציבור ולא דעותיהם הקטביות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצועי בהשקפותיו." (שם בעמ' 167 בין האותיות (ד)-(ה)).

25. המשיבים יטענו כי בדיקת הוראותיה של התקנה ויישומה כלפי העותרות בזיקה למטרתה ולרקעה - כל אלה מצביעים על סבירות התקנה והיותה מעשה מקשה אחת המשולבת במסגרת הוראות החוק והעשויה למען הגשתו.

לחילופין, יטענו המשיבים, כי בית המשפט הנכבד לא יזקק לפסול התקנה מחמת אי סבירות באשר על פי ההלכה הפסוקה:

"לא כל קביעה שיש בה לדעת בית המשפט, מידה זו או אחרת של אי-סבירות די בה כדי לפסוק תקנה. אי הסבירות לצורך הענין שבפנינו צריכה להיות בגדר אי-סבירות קיצונית ביותר ולא אי-סבירות של מה בכך" כך למשל, במקרה בו דבור "על חקיקת-משנה לגביה ברור לחלוטין שהיא בלתי צודקת בצורה משוועת ואין לה כל בסיס עבודתי, ציבורי, או חברתי."

בג"צ 156/75 פאוזי דקה, שם בעמ' 103 סעיף 6.

וכן נאמר בהמשך הדברים:

"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 הנוגעת מן התקנה וזאת אם מציבים מולו את המדיניות שבאה לידי ביטוי בתקנה ושיש לה

יסוד ומסד בחקיקה הראשית. " (שם בעמ' 106).

הדברים הללו טובים וראויים גם לענין נושא דיוננו.

26. נוכח הנטען לעיל, והנטען בתצהירי התשובה על נספחיהם יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות ולבטל את הצו-על-תנאי שיצא מלפניו.

היום, י' באדר תשנ"א
24 בפברואר 1991



נילי ארד

מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

רשימת אסמכתאות:

1. בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141.
2. בג"צ 109/70 המוטראן הקופטי נ' שר המשטרה, פ"ד כ"ה, 225.
3. בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ' שר המשטרה, פ"ד לג (1) 225.
4. בג"צ 99/76 הרלוף כהן נ' שר המשטרה, פ"ד ל (2) 505.
5. בג"צ 537/81 חיים שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה (4) 673.
6. בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לענינים מקומיים, פ"ד מג (3) 728.
7. בג"צ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2), 94.
8. בג"צ 702/81 מינצר נ' הועדה המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד לו (2), 1.
9. בג"צ 571/81 הפטקה נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לו (3) 477.
10. בג"צ 491/86 עירית ת"א נ' שר הפנים, פ"ד מא (1) 757.
11. בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג (2) 661.
12. בג"צ 223/67 שבתאי בן דב נ' שר הדתות, פ"ד כב (1) 440.
13. 124/70 כוכבי שמש נ' רשם התבורות, פ"ד כה (1) 505.
14. בג"צ 531/77 מ. ברוך נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לב (2) 160.

חקיקה:

1. The Palestine (Holy Places) Order in Council, 1 1924.
2. חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967.
3. תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981.
4. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.
5. דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (המקומות הקדושים), 1924.
6. דברי הכנסת, כרך 49, עמ' 2-2421.

ספרות

7. המשפט העברי, פרופ' מנחם אלון.
8. חופש הדת והמצפון בישראל, עיוני משפט, צבי ברנזון, ג' 2, עמ' 405.

1. סוזן אלטר, חברת מועצת עיריית
ניו-יורק, 463 איסט 19 סטריט
ניו-יורק 11226, ארה"ב של
אמריקה,
 2. פרופ' סוזן אראנוף, 489 איסט
18 סטריט ניו-יורק 11226, ארה"ב
של אמריקה,
 3. פרופ' פיליס צ'סלר,
 4. גב' רבקה האוט, 852 איסט 13
סטריט ניו-יורק 11230, ארה"ב
של אמריקה,
 5. פרופ' נורמה באומל-יוסף, 800
אושן פרקוויי, ניו-יורק, 11230,
ארה"ב של אמריקה,
 6. פרופ' שולמית מגנוס, 6706
לינקולן דרייב, פילדלפיה,
19119, ארה"ב של אמריקה,
 7. הועד הבינלאומי למען נשות הכותל
אינק. ע"י העותרת מס' 1,
ניו-יורק, ארה"ב של אמריקה,
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד ארנולד שפאר
ו/או חגי סיטון ו/או ישראל גבל,
שכתובתם למסירת מסמכים היא
רחוב בן-יהודה 2, ירושלים,

העותרים

נ ג ד

1. השר לענייני דתות, משרד הדתות,
רחוב יפו 236, ירושלים,
2. הרב מ.י. גץ, הממונה על הכותל
המערבי ויתר המקומות הקדושים
מסביב להר הבית, העיר העתיקה,
ירושלים,
3. המפקח הכללי, משטרת ישראל,
ירושלים,
4. היועץ המשפטי לממשלה, משרד
המשפטים, רחוב צאלח-א-דין
29, ירושלים,

כולם ע"י פרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רחוב צאלח-א-דין 29,
ירושלים,

המשיבים.

עיקרי טיעון

ב"כ העותרים מתכבד להגיש לבית המשפט הנכבד את עיקרי טיעוניו

בכתב.

1. למטרות עיקרי הטיעון יחלקו העותרים את טענותיהם לפי פרקים דלקמן:

(א) שאלה מקדמית;

(ב) רקע עובדתי;

(ג) זכויות יסוד: הזכות לחופש הפולחן, האמונה, הדת ולשוויון;

(ד) שפיטות;

(ה) חריגת המשיבים מחובותיהם המינהליות;

(ו) (1) תקנה 2(א) (א1) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981, כפי שהותקנה בשנת 1989 (להלן "תקנת 1989") - תוקפה;

(2) תקנת 1989 - פרשנותה, באם תקפה;

(ז) "מנהג המקום";

(ח) קביעות ההלכה;

(ט) הסדר הצבורי ושמירתו.

א. הטענה המקדמית

2. בטרם הטעון לגבי עצם ההתדיינות על העותרים לעמוד על אי קיום הצו על תנאי ותקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, (להלן "התקנות"), על-ידי המשיבים.

3. בעתירה זו ניתן ב-3.6.1990 צו על תנאי הדורש הגשת תצהיר תשובה מאת המשיבים בדרך הרגילה תוך 30 יום ממסירת הצו.

4. ב-9.7.1990 לא הגישה ב"כ המשיבים תצהיר כלשהו אלא הודעה המפנה את בית המשפט ואת העותרים לתשובה שהוגשה בעתירה 257/89 בה העותרים בעתירה זו אינם צודים. להודעת המשיבים אפילו לא צורף העתק של אותה תשובה.

5. (א) על כן הגישו העותרים ב-27.7.1990 בקשה לעשיית הצו על תנאי להחלטי;

(ב) ב-4.9.1990 השיבה ב"כ המשיבים תוך המצאה לב"כ העותרים העתק התשובות והתצהירים שהגישה בעתירה 257/89 (להלן "העתירה האחרת"). לא הוגש כל תצהיר בעתירה הנוכחית ולא נעשה כל נסיון להפריד מהתצהיר בעתירה האחרת את הענינים הרבים שלא נוגעים כלל לעותרים בעתירה זו.

6. יצויין שבתשובות ובתצהירים הנ"ל בעתירה האחרת חלק ניכר מוקדש לטענות על התנהגות העותרות בעתירה האחרת, ענינים שאין להם כל קשר לעתירה הנוכחית, ואף נטען שהעותרות שם אינן זכאיות לסעד לאור התנהגותן, טענה ששוב לא שייכת לעתירה הנוכחית. כהדגמה מופנה כב' בית המשפט לטענות שבעתירה האחרת המופיעות בסעיפים 1-3 ו-21 לתשובת המשיבים ולסעיפים 1 ו-7-10 לתשובה לפני מתן הצו על תנאי שם המסומנת מש/א ולצירופים מש/1, מש/4, מש/ב ומש/ג ואח' אשר בכולם כאילו צידוק לאי קיום חובות המשיבים עקב התנהגות העותרות שם.

7. אין כל הצדקה להעמיס על העתירה הנוכחית טיעונים אלה אשר רק עשויים לפגוע בעותרים בעתירה זו ולהשמיצם ללא כל בסיס.

8. (א) לאור הנ"ל פנו העותרים ב-18.10.1990 לכב' בית המשפט וביקשו לעשות את הצו להחלטי בהעדר תצהיר תשובה כמחויב עפ"י הצו על תנאי והתקנות ותוך הפניה לסרבוול ולפגיעה האפשרית שנוצרו בדרך שב"כ המשיבים אימצה מבלי אפילו לבקש רשות לכך;

(ב) כב' השופט גולדברג בהחלטה מיום 3.12.1990 קבע ששאלות מקדמיות אלה ידונו בעת שמיעת העתירה וכך מבקשים העותרים.

9. (א) אף אם פרקליטות המדינה מבקשת לחסוך לעצמה עבודה לא יתכן שחסכון זה יפגע בצד שכנגד ויכניס לפלוגתאות בין הצדדים מערכת עובדות שבינה לבין העתירה אין ולא כלום;

(ב) גם לא מתקבל על הדעת שצר יתעלם מהוראות הצו על תנאי והתקנות מטעמי נוחות כלבד ויעשה כנדון דין לעצמו.

ב. הרקע העובדתי

10. בעתירה זו פונים העותרות מס' 1-6 והעותר מס' 7 בשמם ובשם ציבור גדול של יהודי התפוצות ומבקשים מכית המשפט הנכבד להורות למשיבים שלא למנוע מהן 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.

11. הרקע לפניה זו הינה מניעת כניסתן לרחבת הכותל של העותרות מס' 1-6 (להלן "העותרות") יחד עם ציבור מלוויהן כשהן נושאות עמן ספר תורה במטרה לקרוא בו ולהתפלל כשהן מתעטפות בטלית, כל זאת ביום 30.11.1989.

12. העותרים מייצגים ומאגדים כאמור צבור של נשים יהודיות מארה"ב וממדינות אחרות, אשר שייכות לזרמים השונים של היהדות ואשר מקיימות מזה שנים תפילותיהן בבתי כנסת אורתודוקסיים שונים בארה"ב.

13. אפיון תפילתו של צבור 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 ש"ץ לאחר תפילת שלוש עשרה וכד'.

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

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

(א) עוטפות את עצמן בטלית בעת תפילתן;

(ב) קוראות מספר התורה אשר הן נושאות עימן.

17. עם מניעת כניסתן לרחבת הכותל כאמור לעיל, התפזרה קבוצת העותרות והמלווים אותן באותו יום 30.11.1989, בשלום ובשקט כשהן לא ניסו לחצות את גדר השמירה שמחוץ לרחבת הכותל מכיוון שער האשפות, ובשום מקרה, לא בעבר ולא אחרי הגשת העתירה, לא ביקשו העותרות לקיים את תפילתן ליד הכותל המערבי כמנהגן עקב עמדת המשיבים כנ"ל.

18. מכאן גם ההבדלים הבסיסיים בין עתירתן לבין העתירה האחרת אשר אומנם מעוררת שאלות דומות של זכות התפילה והפולחן ליד הכותל המערבי, אך נבדלת במסכת העובדתית לגבי צורת התפילה והנסיונות לאכיפת זכות התפילה בפועל במקום.

19. למרות הבדלים עובדתיים אלה התיימרו המשיבים כאמור להשיב לעתירת העותרים באותה תשובה אשר נתנו בעתירה האחרת כשתשובתם זאת מבוססת על שתיים:

(א) על כך שהעותרות בעתירה האחרת מהוות "מניין" ותפילתן נעשית בצורה האסורה על פי ההלכה;

(ב) על כך שתפילת העותרות בעתירה האחרת גרמה לפגיעה בסדר הציבורי.

20. מבלי להיכנס לנכונות או לרלבנטיות של טענות תשובה אלה לעתירה האחרת, אין בהן על פניהן, כדי להוות תשובה לעתירת העותרים דכאן, שכן, כאמור, אין העותרות מתפללות בשום צורה האסורה עפ"י ההלכה ותפילתן לא גרמה לשום הפרה בסדר הציבורי, שכן היא לא נעשתה אף פעם בכותל, לידו או ברחבה שממולו.

21. העובדה הרלבנטית הנוספת המתעוררת בהליכים אלה הינה כי חודש ימים לאחר שמנעו המשיבים מהעותרות את זכותן להתפלל ליד הכותל המערבי כאמור לעיל, הותקנה התקנה 2(א) (א1) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן "תקנות השמירה"), לפיה התיימר המשיב מס' 1, בהסכמת שר המשפטים, לאסור:

"(א1). עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות צבור המתפללים כלפי המקום";

22. תקנה זו לא היתה בתוקף כאמור, כאשר מנעו המשיבים מהעותרות את זכותן לפולחן ליד הכותל המערבי.

ג. זכויות יסוד: הזכות לחופש הפולחן, האמונה, הדת ולשוויון.

23. פסק בית משפט נכבד זה:-

"כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון, האמונה הדת והפולחן. חופש זה מובטח לכל אדם, בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח, על כן, לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם... חופש זה מעוגן בחלקו בסימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, ובחלקו האחר הריהו אחד מאותן "זכויות יסוד' שאינן כתובות עלי ספר', אלא הן נובעות במישרין מאופיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש"... מכח דינים אלה ועל פי האמור בהכרזת העמצאות - יפורש כל חוק ותפורש כל סמכות, כמכירים בחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן..." (כב' השופט ברק בבג"צ 292/83 (נאמני הר הכית) פד"י ל"ח (2) 449, 454 (ז-ו) ור' כל האסמכתאות המצוטטות שם).

24. השאלה המכרעת בעתירה שלפנינו הינה איפוא זכותן הבסיסית והטבעית ביותר של העותרות, כנשים יהודיות, להתפלל במקום המקודש ביותר לעם היהודי בהתאם להלכה היהודית ומחוצה לה, באין מפריע ובמידת הצורך תוך מתן הגנה אפקטיבית על-מנת שזכותן זאת תוכל להתממש.

25. מכאן גם שכל פעולות המשיבים, לרבות דבר חקיקת המשנה אשר התיימרו להתקין כאמור לעיל, יש לבודקן ולפרשן על רקע הזכות החוקתית - יסודית הזאת וכן על רקע עיקרון השוויון בין המינים, הוא זכות יסוד חוקתית נוספת אשר גם על פיה מבססים העותרים את בקשתם לאפשר לעותרות להתפלל כפי מצפונן והבנתן במקום המקודש להן, ללא הפרעה, ללא פחד וללא מורא.

ראה:

✓ (א) (1) חוק שוויון זכויות האשה, תשי"א-1951;

(2) בג"צ 953/87, 1/88 (פורז) פד"י מ"ב (2) 399, 342-330;

(3) בג"צ 153/87 (לאה שקדיאל) פד"י מ"ב (2) 221, 240

(ב'-ז');

שלושתם על מעמד זכות השוויון בין המינים, לרבות על ביטול הוראה בהיותה נוגדת את חוק שוויון הזכויות.

(ב) (1) בג"צ 953/87, 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 328-331, 333;

✓ (2) בג"צ 868/86 (טרודלר נגד ראש המועצה המקומית רמת השרון) פד"י מ"א (1) 694, 699 (ה'-ו');

(3) בג"צ 491/86 (עיריית תל-אביב - יפו נגד שר הפנים ואח') פד"י מ"א (1) 757, 771 (ו');

✓ (4) בג"צ 428/86 (ברזילי) פד"י מ' (3) 505, 595.

כולם על-כך שיש לפרש הוראה ו/או מעשה מינהלי כבא להגשים ולשמור על זכויות היסוד, הכל תוך ראייה קונסטיטוציונית כוללת ורחבה וכשכל ספק בפרשנות פועל לטובת העקרון של שמירת הזכות הבסיסית ולא לפגיעה בה;

✓ (ג) בג"צ 806/88 (אולפני "יוניברסל") פד"י מ"ג (2) 22, 40 (ז).
על כך שהיקף ההתערבות של בית המשפט הנכבד הינו רחב יותר ככל שמדובר בהגנה על זכות קונסטיטוציונית;

(ד) (1) בג"צ 29/86 (קבוץ גבים) פד"י מ' (2) 36, 41;

✓ (2) ע.ב. 1/88 (ניימן) פד"י מ"ב (4) 177, 186 (ג') ו-187 (ד').

שניהם על כך שפגיעה בזכות יסוד ובחרויות מחייבת חקיקה ראשית מפורשת וחד משמעית של הכנסת אשר לא תשאיר שיקול דעת רחב לרשות המנהלית ו/או לגוף מנהלי, וכשיש לפרשה בצמצום ודווקנות כך שתופעל במקרים קיצוניים וברורים.

26. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת שעיקרון נוסף אשר משמש נר לרגלי המינהל הציבורי הינו השוויון ואי ההפליה שיש לנהוג כלפי הזרמים השונים ביהדות, עקרון המובא כאן להשוואה בלבד, משכאמור מבקשים העותרים לפעול במסגרת ובהתאם להלכה כמקובל וכמפורש על-ידי היהדות האורתודוקסית.

ראה:

(א) בג"צ 650/88 (התנועה ליהדות מתקדמת) פר"י מ"ב (3) 377,
381 (ו'-ז'); ;

(ב) בג"צ 262/62 (פרץ נגד כפר שמריהו) פר"י ט"ז 2102, 2107
(ב'-ג') ו-2113 (ה'-ו').

27. אין חולק גם שלגבי זכות הגישה למקומות הקדושים, ובמקרה זה לכותל ולרחבת הכותל, נתונה לעותרות זכות מוקנית בלתי מסוייגת בדיון ולא עוד אלא שבחוק יסוד של מדינת ישראל.

ראה:

(א) חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, סעיף 3;

(ב) חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, סעיף 1 (להלן "חוק השמירה");

(ג) בג"צ 222/68 (חוגים לאומיים) פר"י כ"ד (2) 141, 224
(א'-ב').

28. לעומת נושא הגישה למקומות הקדושים אשר חוקק בחוק חרות, מעוגן עדיין נושא חופש הפולחן בחקיקה מנדטורית, אך אין בכך כדי לגרוע שהוא זה מחירות זו וממעמדה היסודי במשטר החוקתי של המדינה כפי שמצויין על-ידי כב' השופט ברק בבג"צ 292/83 (נאמני הר הבית) הנ"ל. (ראה גם סעיף 83 לדבר המלך במועצתו 1922).

ד. שפיטות

29. מאחר והמשיבים לא מעוררים שאלת שפיטותם של הנושאים העומדים על הפרק, לא נתייחס לנושא זה, אך מאחר ולעתירה האחרת צרדים אשר לא הצטרפו לעתירה זו ואשר מעוררים שם את שאלת השפיטות, נתייחס לטיעוניהם בעת הדיון בפני בית המשפט הנכבד במידה ויוחלט כי הם נוגעים גם לעתירה זו.

ה. חריגת המשיבים מחובותיהם המינהליות

30. המשיבים מנעו כאמור, מהעותרות את זכותן לגשת לכותל המערבי עם

הנ"ל
לדבר המלך
במועצתו
1922

ספר תורה ולהתפלל בו. פעולה זו של המשיבים נעשתה ללא סמכות כלל, בחוסר תום לב ולוקה בחוסר סבירות קיצונית כאשר פירושה היחיד הינו הפלית העותרות הן עקב היותן נשים והן עקב תפיסתן הדתית, אשר למרבה האירוניה, תואמת דווקא את ההלכה כפי שעולה הן מהבעת הדיעה של הרב גורן (צרוף ע/1) והרב פיינשטיין ז"ל (צרוף ע/2) והן מחוות הדעת של פרופ' שילה שהוגשה מטעם העותרים ואף מחוות הדעת של פרופ' שוחטמן המצורפת לתשובת המשיבים בעתירה האחרת, כאשר מיישמים אותה בנתונים הנכונים אודות תפילת העותרות ואופיה.

31. חוסר הסמכות של המעשה נובע מהעובדה הפשוטה שתקנות השמירה בנוסחן דאז לא כללו בתקנה 2 שבהן, או בכלל, כל איסור אשר התיימר להסדיר את דרכי התפילה בכותל, להבדיל מאיסורים ספציפיים הבאים למנוע חילול המקום ושמירת כבודו כמקום קדוש וכזה בלבד.

32. הסמכויות הספציפיות שניתנו לממונה, הוא המשיב מס' 2, (ראה תקנה 4 לתקנות השמירה), לא כללו אז (וגם לא כיום) שום סמכות למניעת כניסת אנשים לרחבת הכותל, וודאי לא הוראה המאפשרת קביעת אופן תפילתו של יהודי במקום, אלא מהות מסגרת להפעלת האיסורים הקבועים בתקנה 2 בלבד.

ראה: ד"ר בנבנישתי "מול החומה הסגורה" (ויידפלד וניקולסון, ירושלים 1973) בעמ' 254 על כך שהצעת תקנה לפיה יוסדרו גם סדרי תפילה בכותל במסגרת תקנות מכח חוק השמירה נפסלה מפורשות על-ידי שר המשפטים ותקנה ברוח זו לא הותקנה.

33. נוסף על כך לא התקבלה כל תגובה מטעם המשיב מס' 3, למרות שהופנתה אליו פניה להבטחת תפילת העותרות ומלוויהן לקראת אותו ה-30.11.1989 (צרוף ע/4 לעתירה), דבר המעיד על כך שלא התעוררה כל בעייה של שמירת הסדר הצבורי במקום, אשר בהעדר הוראה מפורשת בחיקוק כלשהו הנוגע למקומות הקדושים, לרבות חקיקה מנדטורית, נמצאת באחריות בלעדית של המשיב מס' 3, ולא נופל כלל בין הסמכויות ו/או השיקולים שעל הממונה להפעיל בעצמו במסגרת סמכויותיו כפי שנקבעו בתקנות השמירה.

34. כדי להתגבר על בעייה זו כנראה, תוקנו התקנות ב-31.12.1989 בכך שהוספה התקנה (א1) אשר צוטטה לעיל.

ו. (1) תקנה 2(א) (א1) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981, כפי שהותקנה בשנת 1989 (להלן "תקנת 1989") - תוקפה.

35. לטענת העותרים תקנת 1989 בטלה מדעיקרה משהיא תוקנה בניגוד לסמכויות מתקין התקנות, משיקולים זרים ופסולים גרידא, כשהיא מתיימרת לפגוע בזכויות מוקנות בדין, כשלוקה בחוסר סבירות קיצונית וכשהיא מפלה בין המינים, בין זרמי היהדות לגווניםיהם ובין יהודי ליהודי.

36. באשר לחריגה מסמכות. אין דבר בחוק השמירה אשר מעיד על כך שהוא דן בזכויות התפילה במקומות הקדושים להבדיל מזכויות הגישה ומניעת הפגיעה בכבודם של מקומות אלה ושל רגשות בני הדת אשר המקום קדוש להם.

37. הדברים נאמרו מפורשות על-ידי כב' הנשיא אגרנט בבג"צ 222/68 (חוגים לאומיים) הנ"ל בעמ' 221 (2) לפיו אין חוק זה דן בכלל בזכויות הפולחן והוא לא מתיימר להסדיר נושא זה.

38. אם החקיקה הראשית איננה דנה כלל בנושא הפולחן, כיצד מתיימרת חקיקת המשנה להסדיר אותו? ברי כי התיימרות זו הינה אולטרה וירס לחוק ומעבר למה שמסמין ועל כן בטלה ומבוטלת.

ראה:

(א) בג"צ 953/87, 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 333 (ה'-ו') ו-335;

(ב) בג"צ 29/86 (קבוץ גבים) הנ"ל בעמ' 41 (ד'-ה').

39. זאת ועוד, איסור עריכת טכס דתי על ידי יהודים במקום המקודש להם מנוגד לחוק (סעיף 83 לדבר המלך הנ"ל), לתכלית התחיקתית ולזכויות היסוד כמוסבר לעיל. בנסיבות אלה ברי כי כל פגיעה בזכות ממין זה יש לעשותה, אם בכלל, הרי אז רק בחקיקה ראשית, ובהתאם להוראה מפורשת וחד משמעית שאיננה משתמעת לשתי פנים ושאיןנה משאירה בידי פקיד (הממונה) את שיקול הדעת להכריע ממי ומתי לשלול את זכותו להתפלל במקום הקדוש הזה לפי מנהגו.

ראה:

(א) פה"ד שצוטטו בסעיף 25(ב) ו-(ד) הנ"ל;

(ב) ע"א 492/73 (שפיזר נגד המועצה להסדר הימורים בספורט)

פר"י כ"ט (1) 22, 26;

(ג) בג"צ 156/76 (פאוזי דקה נגד שר התחבורה) פר"י ל' (2) 94,
103;

(ד) בג"צ 29/86 (קבוץ גבים) הנ"ל.

השווה ל':

(א) בג"צ 491/86 (עיריית תל-אביב נגד שר הפנים) הנ"ל;

(ב) בג"צ 344/89 (ח.ס.ה. נגד שר התעשייה) פר"י מ"ד (1) 456,
465-466;

(ג) בג"צ 141/82 (רובינשטיין) פר"י ל"ז (3) 141 ובג"צ 98/69
(ברגמן) פר"י כ"ג (1) 694, בהם בוטלה הוראת מימון מפלגות
אשר נגדה את חוק יסוד הכנסת ועיקרון השוויון שבו.

40. ויפה כאן אמירת השופט ויתקון בבג"צ 222/68 (חוגים לאומיים)
הנ"ל בעמ' 168 (א):

"אילו נבצר מיהודי להתפלל על יד
הכותל, אין לי ספק שהמטרה היתה ממלאת
את תפקידה להשליט את הסדר ולהבטיח לכל
אחד את זכותו..."

41. אין גם כל סבירות בנוסח תקנת 1989 כפי שהותקנה. ודוק:

(א) אין לדעת אם התנאים הם מצטברים (גם טכס דתי, גם לא לפי
המנהג וגם פוגע ברגשות הצבור) או חילופיים;

(ב) מי יגדיר מהו "טכס דתי" והאם טכס סתם, שאיננו דתי, גם אם
מנוגד ל"מנהג המקום" יאופשר. (ויזכר בהקשר זה שהכותל
הינו מוקד לטכסים צבאיים ולאומיים (כגון השבעת חיילים)
שאינן בינם לבין פולחן ודת ולא כלום ואשר נערכים מבלי
שהמונה יתיימר להתערב בהם).

(ג) מהו "מנהג המקום" ומי יקבע אותו ויתחמו?

(ד) ממתי אנו מונים את "מנהג המקום"?

(1) בהקשר זה יזכר כי עד שחרור הכותל במלחמת ששת הימים התפללו נשים וגברים בצוותא, ללא מחיצה ביניהם, (ולא כפי הטענה הבלתי נכונה בתשובת המשיבים על קיום מנהג במשך "דורי דורות" לגבי צורת התפילה במקום) בסימטה צרה וללא כסאות וציוד קבוע;

(2) זאת ועוד, דווקא בשל הנסיון להציב מחיצה ב-1929 פרצו מאורעות תרפ"ט הידועים לשימצה ובעקבותיהן נאסר מפורשות להציב מחיצה במקום, וזאת כדי למנוע הפרת הסטטוס קוו אשר היה קיים מאות של שנים ושלא תאם את המתואר על-ידי ב"כ המשיבים בתשובתה;

ראה:

(א) דבר המלך במועצתו (הכותל-המערבי), 1931, סעיף ב(3) ו- (4) לנספח הראשון וסעיף 3 לנספח השני;

(ב) עדויות בפני הועדה הבינלאומית ומסקנות הועדה מ-1931 (ראה "משפט הכותל - דו"ח ועדת הכותל המערבי הבין-לאומית" הוצאת "תל-אביב" תרצ"א);

(ג) לקט תמונות מהשנים שלפני 1967 המראות תפילה של גברים ונשים במעורב ליד הכותל (ראה להלן);

(ה) על איזה "מנהג" אפשר לדבר במקום שבו כל עדה ועדה מתפללת לפי מסורתה ומנהגיה, כשהשירה וקול התפילה המגוונים והשונים משולחן לשולחן וממנין למנין מאפיינים אותו, כשעם קיבוץ הגלויות באים להתפלל בני עדות שונות בעלי מנהגי תפילה שונים, לרבות אלה שרק לאחרונה עלו ארצה אל חיק האומה (העדה האתיופית למשל)?

ראה:

(1) בג"צ 262/62 (פרץ נגד כפר שמריהו) בעמ' 2107 (א) מפי השופט כהן:

"אבל יודעים אנחנו ועדים שאין לך עדה ואין לך קהילה ואין לך "מנין" בישראל שאין מנהגי הפולחן ונוסחות התפילות שהיו נהוגים בידי אבותיהם בתפוצות

הגולה, הם הנהוגים כבתי-הכנסיות שלהם
היום בישראל. אם יש כאן פילוג, אפשר
לומר שהוא כללי ונפוץ עד כדי היותו,
הוא עצמו, מנהג של קבע";

(2) בעמ' 2113 (ו) מפי השופט ויתקון:

"כסבור הייתי, כי ענינו של כל פרט
ופרט הוא לעשות חשבון-נפש להחליט, מה
היא עבודת הקודש ויצורת התפילה, בהן
ימצא סיפוק נפשי והתרוממות הרוח. ואם
לאחדות בחיי הציבור, אליה שואפת
המועצה, ולמניעת פילוג, הרי לא בכפיה
ניתן להשיג מטרות אלו, ולא על חשבון
חופש המצפון והדת."

(ו) מי הוא אותו "צבור המתפללים הנפגע" מ"הטכס הדתי"? האם
הוא איננו עדת ישראל כולה, ללא הבדל דרמים, מין, השקפה או
כמילים אחרות, האדם הסביר בן הדת היהודית? או שמא הכוונה
כאן רק לאותו צבור מתפללים אשר סר למרותה של אוטורייתה
אורתודוקסית זו או אחרת כלכד? או שמא מדובר כאן בשמירת
רגשי הצבור אשר באופן מסורתי התפלל בכותל מאז 1967 בבחינת
"כל הקודם זוכה"?

ראה: בג"צ 287/69 (מירון) פר"י כ"ד (1) 337, 349 (ו).

42. חוסר סבירות בולט נראה גם לאור העובדה שהאיסור בתקנת 1989
איסור פלילי הוא על-פי הוראת תקנה 5 לתקנות השמירה וכיצד אפשר יהיה
להאשים אדם על פיו בנוסחו?

43. נדמה כי תקנת 1989 עונה בדיוק לטרונתו של כב' המשנה לנשיא
בבג"צ 264/87 (התאחדות הספרדים שומרי תורה) פר"י מ"ג (2) 728, 735
(א'-ג') לפיה חייבת כל הוראה חוקית מבחן נורמטיבי אובייקטיבי מינימלי,
מינימום, אשר עם כל הכבוד, אין למצוא בתקנת 1989 אשר מכוחה מבקשים
המשיבים לצמצם את חופש הפולחן של היהודיות (ולא היהודים) במדינה ואת
זכותן לגשת לכותל המערבי עם ספר תורה כפי שהתיימרו לעשות כלפי
העותרות, ואשר הינה איפוא, עם כל הכבוד, בטלה ומבוטלת גם עקב כך.

ראה:

(א) בג"צ 265/87 (ברספורד) פר"י מ"ג (4) 793, 836-837;

(ב) על עילת הסבירות המאפשרת ביטול מעשה חקיקת משנה בג"צ

156/75 (פאוזי דקה נגד שר התחבורה) פר"י ל (2) 94,

; (1) 101

(ג) בג"צ 989/80 (דפי זהב) פר"י ל"ה (1) 421.

44. באשר למניע המפלה הפסול של מתקיני התקנות ניתן ללמוד מתשובת ב"כ המשיבים וממעשיהם על פיהם כל טכס או אקט אשר איננו נעשה על פי קנה-המידה המקובל על הרבנות הראשית בישראל פסול בעיניהם. מכאן שיהודי אשר הינו אישה או יהודי אשר איננו נמנה על הזרם האורתודוקסי אינו יכול, מכח תקנות 1989, להביע את רגשותיו ולממש את זכותו הטבעית לפולחן, בצורה המקובלת עליו, אף אם היא תואמת את ההלכה, וזאת משום שצורת תפילתו לא נראית לרבנות הראשית ו/או לממונה ו/או לחלק מהאנשים אשר נמצאים במקום ומתפללים בו. ומותר להזכיר: הרבנות הראשית אינה המנהיגה הרוחנית והפולחנית של רוב היהדות, ספק אם בארץ ובודאי שלא בעולם.

45. כל שיקול מפלה הינו פסול כשלעצמו (בג"צ 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 336), מבלי שנזדקק להביא את הפסיקה העניפה באשר לפסול בהפליה ובטלות המעשה המינהלי המפלה.

ו. (2) תקנת 1989 - פרשנותה - האם תקפה.

46. באם יבוא בית המשפט הנכבד לפרש את תקנת 1989 באם ימצא כי אין לבטלה בשל החריגה מהסמכות שבהתקנתה ו/או בשל חוסר סבירותה הקיצונית והמניע המפלה שמאחוריה, כי אז יש לפרשה על רקע זכויות היסוד והמצב הקונסטיטוציוני המכבד ומגן על זכות השוויון, הדת הפולחן והאמונה ושומה עליו לתת לה פרשנות דווקנית ומצומצמת על-מנת להמעית בפגיעות אלה. ראה פסה"ר שצוטטו בסעיף 25(ב) ו-(ד) הנ"ל.

47. עולה איפוא, לאור עקרונות אלה, שיש לראות בכל התנאים שנקבעו בתקנת 1989 תנאים מצטברים שרק בהתקיימם של כולם ביחד יופעל האיסור כנגד מפר התקנה.

48. שאלה נוספת היא האם לפרש את התקנה בהתאם להלכה או שמה על פי התפיסה החילונית - הליברלית - הדינמית משהדובר בהוראה "חילונית" שבחקיקת משנה. (ראה כבג"צ 265/87 (ברספורד) הנ"ל המחלוקת בין המשנה לנשיא אלון והשופט ברק הנכבדים בעמ' 827 (ג'-ד') ו-845-846).

וראה בנושא זה רק דוגמאות של הפסיקה לאחרונה:

(א) בג"צ 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 323 (ד') - 324 (א');;

(ב) בג"צ 47/82 (קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נגד השר לענייני דתות) פר"י מ"ג (2) 661, 719 (ו'-ז');;

(ג) בג"צ 264/87 (התאחדות הספרדים - תנועת ש"ס נגד מנהל מינהל אוכלוסין) הנ"ל בעמ' 734 (דעת מיעוט);

(ד) בג"צ 153/87 (לאה שקדיאל) הנ"ל בעמ' 242 (ג'-ד').

49. עם כל הכבוד נדמה שבין אם נפרש את התקנה לאור מבחני ההלכה ובין אם נפרשה פרוש לאומי חילוני, אין להסיק ממנה כל איסור אשר יכול למנוע את תפילת העותרות כמבוקש.

50. ודוק. תפילת העותרות אינה אסורה אלא מותרת עפ"י ההלכה הן בנושא התעטפות בטלית, הן בנושא נשיאת ספר התורה והן בנושא קריאה מספר התורה, והכל כשאין העותרות מתיימרות לנהל תפילת מנין אלא רק תפילת יחיד כמוסבר לעיל.

ראה:

(א) תשובת הרב משה פיינשטיין ז"ל, גדול הפוסקים של העולם האורתודוכסי במאה הזו;

(ב) תשובת הרב גורן, לשעבר הרב הראשי לישראל;

(ג) חוות הדעת של פרופ' שילה ופרופ' שוחטמן.

(ד) ספרו של הרב אברהם וייס "WOMEN AT PRAYER" (ניו ג'רסי 1990-תש"ן) (ספר אשר זכה לשבחים מאת הרבנים שאול י. ברמן, עמנואל רקמן, נגיד אוניברסיטת בר-אילן ושלמה ריסקין).

51. משהטכס הדתי אשר העותרים מבקשים לערוך בכותל מותר עפ"י ההלכה, לא יתכן שיהיה בו כדי לפגוע ברגשי המתפללים האחרים במקום כלשון תקנת 1989 מהטעם הפשוט שהמבחן האובייקטיבי לרגשות אלה חייב להיות כשרותו של הטכס עפ"י ההלכה ולא התייחסותו של כל מתפלל ומתפלל לטכס זה.

52. כן לא יתכן לפרש את תקנת 1989 כאילו האיסור שבה מופנה כלפי בן

אותה דת אשר המקום מקודש לו, אלא רק כלפי בני דתות או כתות אחרות אשר טוענות אף הן לזכויות כלשהן במקום, כשלא יתכן שרגשות הצבור יפגעו מתפילת בני אותה דת במקום בצורה שלא אסורה על פי הדת עצמה.

53. יש לתת למונח "רגשות צבור המתפללים" שבתקנת 1989 פרוש אובייקטיבי אשר כולל את כל המבקש להתפלל במקום, ללא כל קשר לזרם אשר הוא משתייך או למינו, ולא כמתייחס לחלק מצבור זה, ולמספר המתפללים בפועל במקום והשתייכותם לזרם זה או אחר.

54. בקשר לפרוש תקנת 1989 אם אינה בטלה כנטען בפרק ו(1) יש לאמץ פרוש המונע הפליה על-ידי הענקת זכויות יתר לחלק מצבור מסויים בכותל תוך מניעת תפילה של נשים באשר הן נשים ו/או של צבור שאיננו אורתודוכסי לפי הגדרת הרבנות הראשית בישראל או אף שנוקט בנוסח שאיננו מקובל על הרבנות הראשית, באשר הוא. והכל כשהמונה לא מודרך עפ"י דין תורה משאין כזו הדרכה בחוק השמירה או בתקנות השמירה ואי לכך עליו לפעול כרשות "חילונית" לכל דבר. השווה בג"צ 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 324 (ו'-ז') ו-325 (ז').

55. הוא הדין לגבי מניעת פרוש תקנת 1989 כאילו ניתנה משיקולים זרים המכוונים לפגוע בזכות השוויון וזכות הפולחן והדת על-מנת להטיב עם חלק מצבור מסויים אשר כביכול רגשותיו נפגעים כשאחרים ובתוכם נשים מבקשים להתפלל במקום לפי צורתם אך בהתאם להלכה. השווה בג"צ 1/88 (פורז) הנ"ל בעמ' 322.

ז. "מנהג המקום"

56. מושג זה מופיע בחקיקה לראשונה בתקנת 1989 ויש לברוק מה משמעותו כשהדבר לא נקבע בחקיקה כולל תקנות השמירה.

57. ראשית, מתעוררת השאלה האם בכלל ניתן לייחס מושג של "מנהג המקום" למקום קדוש כפי הכותל המערבי. יתכן שהמושג מתאים לנהוג בקהילה מסויימת או בבית כנסת מסויים השייך לה, אך לטענת העותרים אין לייחס אותו למקום פולחן צבורי ומרכזי ליהדות העולם אשר בו מקובלים מנהגי פולחן ותפילה רבים ומגוונים וכשאין למנוע מזרמיה השונים אפשרות להתפלל במרכז רוחני זה לפי המקובל עליהם.

58. איש לא יוכל להטיל על העדה האתיופית או על העדה התימנית או על העדות הצפון אפריקאיות או הספרדיות למיניהן או על העדות החרדיות הרבות והשונות והקהילות האירופאיות להתאים את תפילתן ליד הכותל לנוסח

התפילה שנראה לרבנות הראשית דווקא.

59. נראה שבהליך הנוכחי אין צורך להביע דעה על השאלה אם ניתן למנוע פולחן דתי ליד הכותל שאיננו תואם את ההלכה היהודית וזאת כשאין למעשה חולק על כך שההלכה איננה אוסרת תפילה בצורה המקובלת על העותרות ורבבות ויותר יהודיות ברחבי העולם. ה"מכשול" שלטענת המשיבים מונע את הדבר איננו בהלכה אלא ב"מנהג המקום" כשכל פניות העותרות לקבל הגדרת מושג זה לגבי הכותל הושבו ריקם על-ידי המשיבים (ראה צרופים ע/8א, ע/9, ע/11א' וע/12-14 לעתירה).

60. העובדה שיש חוגים ביהדות שאינם רגילים לקיים תפילה בצורה זו איננה פוסלת את זכות העותרות להתפלל כעתירתן ואין להטיל עליהן ועל קהילות אחרות אשר אינן מתפללות לפי כללי הרבנות הראשית בישראל את מרותה של זו האחרונה על בסיס "מנהג המקום".

61. אך אף אם ניתן תאורטית לטעון שלגבי הכותל והרחבה יש להתחשב ב"מנהג המקום" מיד נשאלת השאלה איזה "מנהג" קיים על יד הכותל וברחבת הכותל.

62. ב"כ המשיבים טוענת בתשובתה בעתירה האחרת שמזה "דורי דורות" ו"מאות בשנים" מקובל להתפלל על יד הכותל בצורה המונעת את צורת התפילה של העותרות. טענות אלו מועלות ללא כל אסמכתא ואין להן כל בסיס היסטורי כשהעובדות לפני 1967 וגם לאחר מכן לא תואמות טיעון זה.

63. התפילה על-יד הכותל התקיימה מאז חיסול הממלכה הצלבנית בסימטה צרה שאורכה היה כ-35 מטר ורוחבה כ-3 מטר ושעל ידה בניני מגורים שהוקדשו כווקף למען מוסלמים צפון אפריקאיים וזאת על-ידי אפדל, בנו של צלאח א-דין, כנראה בשנת 1193 (ראה דו"ח ועדת החקירה הבינלאומית לעניני הכותל - 1930, עמ' 40 (להלן "דו"ח הועדה הבינלאומית"). הבעלות הן בכותל והן ברחבת הכותל, היתה מאז לפחות בידי המוסלמים (ראה דו"ח הועדה הבינלאומית ודבר המלך במועצתו (הכותל המערבי) 1931). יצויין שגם היהודים לא חלקו על כך וראה בנדון את דו"ח הועדה הבינלאומית בעמ' 39 איפה שבין היתר מוזכר הנדון בנאום הסיכום של הנציג היהודי (פרטיכל עמ' 908) שהיה עו"ד ד"ר מרדכי עליאש ז"ל.

64. הן לפי דו"ח הועדה הבינלאומית ואף לפי דו"ח ועדת שו על המאורעות בארץ ישראל באוגוסט 1929 (פורסם ב-1930) עמ' 28 ואילך שקדמה לדו"ח הועדה הבינלאומית הובהר שבשנים ההן לא היתה מחיצה ליד הכותל ולא היה כל ריהוט שהוא, פרט לארון קודש נייד שהיה מותר להביאו לרחבה

בימים מוגדרים.

65. ברור שבמאות השנים הנ"ל לא היה אפילו מנהג של הפרדה בין מתפללים ומתפללות יהודים ליד הכותל ומצ"ב כדוגמאות צלומים המראים את הדבר והמסומנים:

- 19/ע - (א) תמונות מ"ירושלים בירת ישראל" - זאב וילנאי;
- 20/ע - (ב) תמונות מ"ירושלים" - מישל גואין - למברט;
- 21/ע - (ג) תמונות מ"נזר תפארתנו" - שאול שכר;
- 22/ע - (ד) תמונות מ"עמוד האש" - יגאל לוסיך;
- 23/ע - (ה) תמונות מ-ORDINANCE SURVEY OF JERUSALEM - צ'רלס וילסון, 1865.

66. כך היה "מנהג המקום" עד לשנת 1967 ואין לדלות מהידוע לא דבר ולא חצי דבר לגבי צורת התפילה של נשים יהודיות במקום או אם היה ואם כך מה היה "מנהג המקום" בנדון. משכך עולה השאלה האם בכלל ניתן ליצור "מנהג המקום" בתקופה מ-1967 עד 1989.

67. בשנים 1967/8 התחוללה באזור מהפכה. הבעלות בשטח ובחלקים גובלים עברה למדינה עפ"י הפקעה. נוצרה רחבת כותל שונה לחלוטין על-ידי פינוי המשפחות המוסלמיות שהתגוררו ליד הסימטה הצרה שעד אז שימשה לתפילה יהודית והבנינים שבמקום נהרסו. איש לא יוכל לטעון שבשטח חדש זה היה "מנהג מקום" כלשהו. לא רק שפנו כל בתי המגורים שהיו בשטח, אלא רצפת הרחבה ליד הכותל הונמכה בשני נדבכי אבנים של הכותל, כך שנוצר מקום שונה לחלוטין לתפילה שלא היה דוגמתו אי פעם קודם לכן, כשימי הבית השני התפללו בתוך הבית וחצרו ולא מחוצה לו ואין לראות איך ניתן ליחס למקום התפילה החדש שנוצר "מנהג מקום" כלשהו.

68. בשלב השני של "מהפכת" 1967/8 הוקמה ברחבה הגדולה שנוצרה לראשונה מחיצה והונהגה הפרדה בין מתפללים ומתפללות. מעניין לציין לגבי "מנהגי המקום" שבתחילה הצד הצפוני של הרחבה שימש לתפילת הנשים והחלק הדרומי שימש לתפילת הגברים, אלא שכעבור זמן מה הפכו סדר זה, דבר אשר כנראה לא ראו בו פגיעה ב"מנהג המקום". (ראה מירון בנכנשתי, "מול החומה הסגורה", ירושלים 1973, פרק כ"ג "מלחמות יהודים בכותל המערבי" עמ' 251-261).

69. עד כמה ששלטונות ישראל ראו צורך לשנות מ"מנהג המקום", במידה והיה כזה, ניתן ללמוד מהתקנות בדבר הגבלות על עיסוק בכותל המערבי מ-1972 (קובץ תקנות מס' 2803, תשל"ב, עמ' 609) בהן לא רק נתחמו גבולות רחבת הכותל החדשה, אלא גם נאסרו פעולות שכנראה היוו חלק ממנהג המקום עד אז, כגון תצלום בשכר וקבוץ נדבות.

70. איסורים אלה הורחבו נוספות בתקנות השמירה משנת 1981 בתקנה 2 הקובעת, שורה ארוכה של פעולות שכנראה היו חלק מ"מנהג המקום" ואשר מצאו לנכון לאסור כדי להבטיח את המעמד המכובד של המקום. (השווה בנדון את דו"ח הועדה הבינלאומית בעמ' 32 בו מוזכרות אותן תופעות לא רצויות שסגן מושל ירושלים ביקש להפנות את הועדה אליהן).

71. דווקא הצורך באיסורים, בשינויים ובשיפורים אלה הוא אשר מוכיח שעד לאחרונה לא היה כל קובץ כללים שניתן לכנותו "מנהג המקום" ובודאי שלא לגבי צורת התפילה הן של גברים והן של נשים. אלא, ומה הפלא, גם לאחר 1967 לא התנגד איש לכך שיתנהלו ליד הכותל טכסים בהם נשים יהודיות התעטפו בטליתות וקראו בתורה, ודי להפנות בנדון לצרופים ע/10 לעתירה.

72. לאור הנ"ל טוענות העותרות שליד הכותל לא היה ואין כל "מנהג המקום" שהיה ניתן להגדרה וכן שאחרי 1967 לא קם מנהג כזה ובהתחשב בשינויים שהיו ובזמן הקצר שעבר גם לא יכול היה לקום.

73. במיוחד לא נוצר מנהג בכותל, מבחינת ההלכה, אשר קובע נוסחאות לפולחן במקום, כשידוע לכל שבכותל כל מנין ומנין מתפלל על פי נוסחו וטעמו, כשנערכים שם סיבובי ריקוד ושירה תוך כדי תפילה על-ידי תלמידי ישיבה וחסידים למיניהם; כשבעזרת הנשים התנהלו טכסי בת מצווה של נשות הרסה תוך כדי התעטפות בטליתות וקריאה בתורה, כשעדות חדשות, כמו העדה האתיופית, מתפללת במקום בצורה שלא היתה מוכרת כלל עד עלייתה למדינה וכד'. (ראה על כך בחוות הדעת של פרופ' שילה שאין דברים חדשים בבחינת נימוק לאסורם ובלבד שהם תואמים את ההלכה, כמו במקרה זה וכן גם בספרו הנ"ל של הרב אברהם וייס עמ' 116 ו-63).

74. (א) גם במובן החילוני - לאומי אין לדבר על מנהגים שגובשו בכותל המערבי, הוא הסמל הלאומי לתחיית ציון, שיקום חיינו הלאומיים בארץ ישראל וקיבוץ גלויות;

(ב) ידוע לכל מעמד הכותל בתודעה הלאומית הישראלית והיהודית

כאחד, ומכאן גם היותו מוקד משיכה לכל יהודי באשר הוא, ולא דווקא מטעמים דתיים גרידא. היתכן שצורת התפילה של יהודים אלה תוגבל אך ורק עקב היותן נשים?

(ג) ויזכר בהקשר זה כי בכותל וברחבתו נערכים באופן קבוע טכסים לאומיים מובהקים, כגון ימי זכרון והשבעת חיילי צה"ל וכן משמש הכותל למוקד עליה לרגל של כל התפוצות ולכל היהודים ללא קשר להשתייכותם הדתית הצרה לזרם זה או אחר.

75. כל עוד לא הסתיים הליך קבוץ הגלויות, וכל עוד לא גובש מנהג של מאות שנים רצופות הנמשך במשך "דורי דורות" (כדברי ב"כ המשיבים) בכותל, אין לדבר על "מנהג" במקום זה, מה גם שמתן פרוש "המצלם את המצב" דהיום (אם יש כזה) כפי בקשת המשיבים, פירושו טריקת דלת בפני כל יהדות העולם לבוא לקיים בנוכחותם והתמדתם מנהגים ונוהגים בכותל ובסביבתו, ללא הצדקה, תוך העדפת הצבור האורתודוכסי לפי הגדרת הרבנות בישראל מטעמים שאין בינם לבין חופש הפולחן ושמירת הזכויות הבסיסיות, לרבות שוויון זכויות המינים, ולא כלום.

ח. קביעות ההלכה

76. ההלכה היא לפי חוק הפרשנות חלק מדין מדינת ישראל ועל כן אין מקום להוכיח את קביעותיה בתצהירים, אלא במידת הצורך כלליה צריכים להיקבע על-ידי בית משפט נכבד זה.

77. מאידך אין כל מניעה שיובאו בפני כב' בית המשפט חוות דעת של משפטנים שהתמחו בהלכה ובדין העברי, כשהבעות וחוות דעותיהם משקלן כטענות פרקליטים הטוענים בפני כב' בית המשפט.

78. (א) בנדון זה כבר הוזכר בסעיף 50 דלעיל מהן האסמכתאות המראות שצורת התפילה שאומצה על-ידי העותרות תואמת את ההלכה;

(ב) המשיבים הגישו בנדון את חוות הדעת של פרופ' שוחטמן. יצוין שגם הוא איננו שולל את זכות האשה היהודיה המתפללת לעטוף את עצמה בטלית, לשאת את ספר התורה ולקרוא בו, אלא, ופה הסייג, אסור שפעולות אלה תבוצענה במסגרת "מנין". כפי שכבר הודגש לעיל העותרות תמיד קבלו את הסייג הזה ופעלו על פיו ותפילתן איננה מתיימרת להיות תפילה במנין, כך שבסיס טיעונו של הפרופ' שוחטמן נשמט למטרות עתירה זו (ראה סעיף 15 לעיל).

ט. הסדר הצבורי ושמירתו

79. (א) המשיכים בתשובתם מייחסים פרק נרחב לסוגיית הפרת הסדר, אשר כאמור איננה מתעוררת בעתירה זו, ואשר לבשה צורת אלימות שהופעלה על-ידי חוגים דתיים קיצוניים כנגד העותרות בעתירה האחרת;

(ב) אין ספק בכך שאף זכויות יסוד זכויות יחסיות הן ושיש למצוא את האיזון הראוי בין מימושן לבין שמירת הסדר הצבורי ואולם האיזון לא יכול להיות איסור מוחלט על קבוצה אחת מלממש לעולם את זכות הפולחן שלה במקום הקדוש לה.

80. (א) הפסיקה הדנה בסוגיה ספציפית זו התמודדה עד כה במצב בו היתה קיימת "וראות קרובה" של התנגשות בין עדתית (יהודים מול מוסלמים) לגבי המקומות הקדושים לשתי הדתות או לגבי פגיעה בדת אחת (נוצרית) או לתהלוכות פוליטיות חד פעמיות, אשר שוב הציב עדות שונות זו מול זו;
ראה:

(1) בג"צ 292/83 (נאמני הר הבית) הנ"ל;

(2) בג"צ 806/88 (אולפני "יוניברסל") פר"י מ"ג (2) 22, 31
(ג'-ד');

(3) בג"צ 411/89 (תנועת נאמני הר הבית) פר"י מ"ג (2) 17,
20 (ו').

(ב) מכאן גם שיש להתייחס בצורה שונה אל סכנה של הפרת הסדר הצבורי הנובעת מהפעלת אלימות בתוך עדה אחת על רקע ויכוחים אידיאולוגיים או אחרים שבינה לבין עצמה;

(ג) זאת ועוד, הכלל היסודי הוא כי על המשטרה לנקוט בכל אמצעי סביר כדי להבטיח את קיום הזכות וזאת בטרם ישלל מימושה.

ראה:

(1) בג"צ 292/83 (נאמני הר הבית) הנ"ל בעמ' 455-456;

(2) בג"צ 109/70 (המוטראן הקופטי) פר"י כ"ה (1) 225.

81. במקרה שלנו, עם כל הכבוד, הפגיעה בסדר הצבורי הינה פגיעתן של קבוצות קיצוניות דתיות כנגד העותרות, פגיעה אשר יש לטפל בה הן במישור הפלילי והן במסגרת התערבות משטרתית, אך וודאי ולא על-ידי מתן פרס לתוקף ולמתפרע תוך שלילה תמידית של זכויות היסוד גבי המקום הקדוש לצבור גדול המהווה את רובו של העם היהודי ואשר לא מזדהה עם קבוצות קיצוניות אלה.

ירושלים, היום יום 27 בפברואר 1991,



ב"כ העותרים.

העותרים: ענת הופמן ו-3 אח'
על-ידי עוה"ד ה' קדש ו-א' גנור,
רחוב יפו 97, ירושלים 342 94

נ ג ד

- המשיבים: 1. הממונה על הכותל, הרב גץ
2. משרד הדתות
3. הרבנים הראשיים לישראל
4. סנ"צ יאיר מוסס
5. תנ"צ א' ביבי, מפקד מרחב ירושלים,
משטרת ישראל
6. משטרת ישראל
על-ידי גב' נילי ארד, מנהל מחלקת בג"צ,
פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רחוב צלאח א-דין, ירושלים
7. התאחדות הספרדים שומרי תורה -
תנועת ש"ס
8. הרב שמחה מירון
על-ידי עוה"ד צבי טרלו, רחוב קרן קיימת לישראל 8
(כניסה 5), ירושלים 92 428 (טל. 634413; 240929)
9. אגודת החרדים - דגל התורה
10. הרב אברהם רביץ
על-ידי עוה"ד צבי טרלו והרב שמחה מירון, אשר מענם כנ"ל

עיקרי הטיעון מטעם המשיבים 7 - 10

ארבעה המשיבים דלעיל מתכבדים לטעון לאמור:

1. ארבעת המשיבים הנ"ל צורפו כמשיבים בעתירה זאת, על-פי בקשותיהם בתיקי בשג"צ 318/89 ו-319/89.
2. בבקשותיהם בתיקים הנ"ל ביקשו המשיבים האמורים כי תצהיריהם של המשיבים מס' 8 ו-10 ייראו ככתב-חשובה מטעמם וכעיקרי הטיעון בתיק העיקרי.
3. עיקרי טיעון אלה חוזרים, איפוא, בעיקרם על האמור בתצהיריהם של המשיבים מס' 8 ו-10, בתוספת איזכור חיקוקים ואסמכתאות, והתייחסות לתיקון בתקנות, לתקנות החדשות משנת התש"ן.
4. תחום-התפילה בכותל המערבי אינו מאפשר, מטבעו, לכל מי שרוצה בכך לחרוג בצורה בולטת לעין או בקול רם ממינהגי התפילה המקובלים, בלי שחריגה זאת תפגע ברגשותיו של ציבור שומרי התורה. (סעיף 4 לתצהיריהם של המשיבים 8 ו-10).
5. מן העובדות שהובאו בתיק העיקרי בשם רשויות המדינה, המשיבות בו, עולה כי העותרות באותו תיק חרגו ממינהגי התפילה המקובלים, פגעו ברגשותיו של ציבור שומרי התורה וגרמו להפרת הסדר הציבורי במקום הקדוש הזה (סעיף 5, שם).

6. ארבעת המשיבים טוענים:

(א) העניין נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו בתחום סמכותו של בית-משפט נכבד זה, בשל הוראות סעיף 2 לדבר המלך במועצה לארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924:

- (1) בג"צ 222/68, פ"ד כ"ד (2) 141, 170, 178, 188-189
(2) בג"צ 99/76, פ"ד ל' (2) 505;
(3) בג"צ 537/81, פ"ד ל"ה (4) 673.

(ב) אין לעותרות בתיק העיקרי זכות שבדין לנשוא-העתירה, לא לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, ולא לפי דין אחר, חילוני או דתי.

(ג) נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו ממין הענינים שבהם רואה בית-משפט נכבד זה לתת סעד למען הצדק:

- (4) בג"צ 222/68, שם, 158; 167;
(5) בג"צ 58/68, פ"ד כ"ג (2) 477 (חוות הדעת של כבוד הנשיא אגרנט ושל כבוד השופט לנדוי).

(6) בג"צ 47/82, פ"ד 681/2, 682 (אילן (דנין))

(ד) המשיבים בתיק העיקרי פעלו כדין בענין נשוא העתירה, אם מכוח חוקים ספציפיים, אם מכוח חוקים כלליים:

- (7) חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל
(8) חוק שמירת המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967
(9) דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924
(10) תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981
(11) תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן - 1989.
(12) חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם - 1980.
(13) חוק יסוד: הממשלה, סעיף 29
(14) חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981.

(ה) התקנות המתקנות (אסמכתא 11) הותקנו כדין, אינן מפלות ואין בהן כל פסול אחר.

(12) ע"פ 112/50, פ"ד ה' 1494, 1496

(ו) אף ללא התקנות החדשות, פעלו הרשויות כדין, מכוח התקנות העיקריות (אסמכתא 10).

(ז) אף ללא התקנות (אסמכתאות 10 - 11) פעלו הרשויות כדין (אסמכתאות 13 - 14).

7. ארבעת המשיבים עשויים להיזקק גם לפסקי-הדין הבאים:

(13) בג"צ 109/70, פ"ד כ"ה (1) 225;

(14) בג"צ 223/67, פ"ד כ"ב (1) 440;

(15) בג"צ 188/77, פ"ד ל"ג (1) 225;

(16) בג"צ 292/83, פ"ד ל"ח (2) 449.

אשר על כן, מחבקש בית משפט נכבד זה לבטל את הצו על-תנאי שניתן בתיק העיקרי, לדחות את העתירה ולחייב את העותרות בחשלוט הוצאות המבקשים, כולל שכר טרחת עורך-דין ומע"מ, הכל צמוד ונושא רבית כחוק.

היום, י' באדר התשנ"א
(24.2.91)



עו"ד צבי סרלן
בשם כ"ח המשיבים 7 - 10

759
בשג"צ 2410/90
בג"צ 2410/90
(קד"ו ופ"א 23.2.90)

בבית המשפט העליון
היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק
ב י ר ו ש ל י מ

- המבקשים: 1. התאחדות הספרדים שומרי תורה -
תנועת ש"ס
2. הרב שמחה מירון
על-ידי עוה"ד צבי טרלו, רח' קרן קיימת לישראל 8
(כניסה 5), ירושלים 92 428 (טל. 634413; 240929)
3. אגודת החרדים - דגל התורה
4. הרב אברהם רביץ
על-ידי עוה"ד צבי טרלו והרב שמחה מירון, אשר מענם כנ"ל

נ ג ד

- המשיבים: 1. סוזן אלטר
2. פרופ' סוזן אראנוף
3. פרופ' פיליס צ'סלר
4. גב' רבקה האוס
5. פרופ' נורמה באומל-יוסף
6. פרופ' שולמית מגנוס
7. הועד הבינלאומי למען נשות הכותל
על-ידי עוה"ד א' שפאר, חגי סיסון, ישראל גבל,
רחוב בן-יהודה 2, ירושלים
(העותרות בבג"צ 2410/90)
8. השר לעניני דתות
9. הרב מ"י גץ
10. המפקח הכללי של משטרת ישראל
11. היועץ המשפטי לממשלה
על-ידי גב' נילי ארד, מנהלת מחלקת בג"צ
פרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' צלאח א-דין, ירושלים
(המשיבים בבג"צ 2410/90)

בקשה לצירוף המבקשים כמשיבים מס' 5 - 8 בבג"צ 2410/90

ביום שנקבע לשמיעת הצדדים בבג"צ 257/89 ובבג"צ 2410/90
יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על צירוף המבקשים כמשיבים מס' 5 - 8
בבג"צ 2410/90, ולהורות כי התצהירים שהוגשו מטעמם בבג"צ 318/89 ו-319/89
בבג"צ 257/89, וכי עיקרי הטיעון בבג"צ 257/89, ייראו ככתבי-תשובה ועיקרי
הטיעון גם בבג"צ 2410/90.

ואלה נימוקי הבקשה

1. המבקשים צורפו כמשיבים 7 - 10 לעתירה בבג"צ 257/89.
2. המשיבות מס' 1 - 7 בבקשה זאת הן העותרות בבג"צ 2410/90,
והמשיבים 8 - 11 בבקשה זאת הם המשיבים 1 - 4 באותו חיק.
3. (א) לבא-כוח המבקשים לא היה ידוע כי הוגשה עתירה בבג"צ 2410/90,
כי ניתן בה צו על-תנאי, וכי במצורף לעתירה הוגשה, עוד בתחילת יוני 1990,
בקשה לדון בעתירה יחד עם העתירה בחיק 257/89. זאת מן הנימוקים כי "נושא
עתירה זאת דומה ביותר לנושא העתירה בחיק 257/89", כי "בעתירה בחיק 257/89
ניתן צו על-תנאי, והוא ממתיך לשמיעה", וכי "נדמה שיחסוך זמן אם עתירה
זו תידון יחד עם העתירה בחיק 257/89".

(ב) יצויין כי המבקשים לא צורפו כמשיבים לבקשת איחוד הדיון.
(ג) אל בא-כוח המבקשים לא הגיעה החלטה של בית משפט נכבד זה על איחוד הדיון בשתי העתירות.

(ד) יתר על כן: בעותק ההזמנה לדיון ליום 27.2.91 נזכר רק בג"צ 257/89, כך שגם מההזמנה לא יכול היה ללמוד על איחוד הדיון.

(ה) רק לפני כשלושה שבועות, באקראי, תוך שיחה עם בא-כוח העותרות בתיק האחר - בג"צ 257/89 - נודעו לחותם מטה דבר הגשת העתירה בבג"צ 2410/90 ומתן הצו על-הנאי בה, וכי הדיון ביום 27.2.91 יהיה גם בעתירה זאת.

(ו) בא-כוח המבקשים פנה לפרקליטות המדינה וקיבל מגב' ארד לפני ימים מספר את החומר הנוגע לתיק 2410/90.

4. בשולי הבקשה, מבקש בא-כוח המבקשים להעיר כי בידו היתה החלטה של בית-משפט נכבד זה, המצויה בתיק 'ג'שג"צ 3341/90 בבג"צ 257/89 שניתנה כחודש לאחר מתן הצו על-הנאי בבג"צ 2410/90, ואשר הגיעה אליו סמוך למתן אותה החלטה. בהחלטה זאת סירב כב' השופט מלץ להתיר לעותרת אחרת - שדולת הנשים בישראל - להצטרף לבג"צ 257/89. תצלום ההחלטה מצורף.

5. מילוי המבוקש בראש בקשה זאת אינו כרוך בשום עיכוב בהליכים, שכן המבקשים אינם מבקשים להגיש תצהירים נוספים, ותצהיריהם ועיקרי הטיעון בבג"צ 257/89 אינם מכילים עובדות או טענות שאינן "מכוסות" על-ידי העתירה בבג"צ 2410/90.

6. (א) אם לא יתמלא המבוקש, ייוצר מצב בלתי-סביר נוכח איחוד הדיון, שכן יהיה מקום לטענה פורמלית לאמור כי בא-כוח המבקשים לא יוכלו להגיב על טיעוניהם של באי-כוח העותרות בבג"צ 2410/90, ובאי-הכוח של העותרות לא יוכלו להגיב על טענותיהם של באי-כוח המבקשים - שהם המשיבים בבג"צ 257/89.

(ב) בקשה זאת באה, איפוא, להסיר מכסול פורמלי זה.

7. המבקשים טוענים כי מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש בראש בקשה זאת.

8. עותק מבקשה זאת יועבר ישירות לבאי-כוח המשיבים.
(א) בא-כוח המבקשים מס' 1-7, יאן/21/91, קם הגזעיים/איוני הטיעון שהמשיבים מס' 10-7 בבג"צ 257/89.
היום, י' באדר התשנ"א
(24.2.91)



עו"ד צבי סרלין
בשם באי-כוח המבקשים

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 257/89

בפני: כבוד השופט י. מלץ

העותרת: שדולת הנשים בישראל

נגד

המשיב: הממונה על הכותל

בקשה להצטרף לעתירה

ה ח ל ט ה

צירופה של המבקשת כעותרת נוספת ישבש את הליכי הדיון בעתירה

זו שכבר ממתינה לדיון למעלה משנה, ויחייב דחיות נוספות.

הבקשה נדחת.

ניתנה היום, טז' בתמוז תש"ן (9.7.90).

ש ו פ ט



העתק מתאים למקור
שמריהו כהן
מזכיר ראשי
שס/

בש"ג צ 89/219
בג"צ 257/89
קבוע ליום 21.8.89

בבית-המשפט העליון
היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק
ב י ר ו ש ל י ם

ה מ ב ק ש י ם :

1. אגודת החרדים - דגל התורה
2. הרב אברהם רביץ

ע"י עוה"ד צבי סרלו, הרב שמחה מירון, ד"ר יעקב
וינרוט, רח' קק"ל 8 (כניסה 5), ירושלים 92 428
(סל. 240929;634413)

ב ג ד

ה מ ט י ב י ם :

1. ענת הופמן
2. ד"ר בונה הברמן
3. ד"ר יהודית גרין
4. רנדל פיין רובינסון
על-ידי עו"ד ה' קדש ו-א' גנור,
רחוב יפו 97, ירושלים 94 342
5. הממונה על הכותל, הרב גץ
6. משרד הדתות
7. הרבנים הראשיים לישראל
8. סנ"צ יאיר מוסס
9. חנ"צ א' ביבי, מפקד מרחב ירושלים,
מסרת ישראל
10. מסרת ישראל
על-ידי גב' נילי ארד, מנהלת מחלקת בג"צ,
פרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רחוב צלאח א-דין, ירושלים

בקשה לצירוף המבקשים
כמשיבים בתיק בג"צ 257/89

המבקשים מתכבדים לבקש כי ביום שנקבע לשמית הצדדים בתיק בג"צ 257/89
(להלן - התיק העיקרי), יראה בית משפט נכבד זה לטוב לפניו להחליט כי
יצורפו כמשיבים נוספים בתיק העיקרי, וכי תצהירו של הרב אברהם רביץ
המצורף לבקשה זאת, ייראה ככתב-תשובה מטעם וכעיקרי הטיעון שלהם בתיק
העיקרי.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. למבקשים עניין רב-מסקל בנשוא התיק העיקרי - כאמור בסעיף 3
לתצהיר מטעמם.

2. המבקשים טוענים כי יש בפיהם טענות חשובות בענין נשוא-העתירה, מהן שלא נטענו כלל על-ידי המשיבים בתיק העיקרי (הטענות שבסעיף 7 של התצהיר הנ"ל); ומהן הטענות בחוכנן מטענות המשיבים (כגון הטענות בסעיפים 4 ו-6).

3. המבקשים טוענים כי מן הדין ומן הצדק שבית הסופט נכבד ייעתר לבקשתם זאת.



צבי סרלור, עו"ד
בא-כוח המבקשים

היום, י"ח במנחם-אב התשמ"ט
(18.8.89)

תצהירו של הרב אברהם רביץ מטעם המבקשים

אני החותם מטה, הרב אברהם רביץ, מצהיר בזה לאמור:

1. אני חבר באגודת החרדים – דגל התורה, המבקשת הראשונה בבקשה זאת, וראש סיעתה בכנסת. אני המבקש השני בבקשה זאת.
2. אני עושה תצהירי זה בהמיכה לבקשות המבקשים המפורסות בראש בקשתנו לצירופנו כמשיבים נוספים בבג"צ 257/89 (להלן – התיק העיקרי).
3. המבקשת הראשונה מייצגת ציבור גדול של שומרי תורה, ויש לה ענין בכך שיישמרו מינהגי התפילה המקובלים כיום בכוהל המערבי, ושלא תהיה חריגה ממינהגים אלה, העלולה לפגוע ברגשותיהם של שומרי תורה כלפי המקום הקדוש הזה.
4. חחום-התפילה בכוהל המערבי אינו מאפשר, מטבעו, לכל מי שרוצה בכך, לחרוג בצורה בולטת לעין או בקול רם ממינהגי התפילה המקובלים, בלי שחריגה זאת תפגע ברגשותיו של ציבור שומרי התורה.
5. מן העובדות שהובאו בתיק העיקרי בשם רשויות המדינה, המסיבות בו, עולה כי העותרות באותו תיק חרגו ממינהגי התפילה המקובלים, פגעו ברגשותיו של ציבור שומרי התורה וגרמו להפרת הסדר הציבורי במקום הקדוש הזה.
6. אף עולה מן העובדות ההן כי העותרות בתיק העיקרי עשו דין לעצמן – הן לפני ההליכים בבית-המשפט הנכבד הזה והן תוך כדי ההליכים אלה – ופגעו בסדר הציבורי. מכאן שמטעם זה בלבד אינן זכאיות לסעד.
7. עוד יטענו המבקשים:

(א) הענין נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו בתחום סמכותו של בית-משפט נכבד זה, בשל הוראות סעיף 2 לדבר המלך במועצה לארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924 :

- (1) בג"צ 222/68, פ"ד כ"ד (2) 141, 170, 178, 188-189 (דעת הרוב);
 (2) בג"צ 99/76, פ"ד ל" (2) 505; ה-פ"ק;
 (3) בג"צ 537/81, פ"ד ל"ה (4) 673. שג"ר

(ב) אין לעותרות בתיק העיקרי זכות שבדין לנשוא-העתירה, לא לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, ולא לפי דין אחר, חילוני או דתי.

(ג) המשיבים בתיק העיקרי פעלו כדין בענין נשוא העתירה, אם מכוח חוקים ספציפיים, אם מכוח סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, ואם מכוח סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

(ד) אין עילה לחייב את שר הדתות להתקין תקנות לגבי נשוא העתירה
בתיק העיקרי:

(4) בג"צ 222/68, שם, 155-156. חז"ל. אלו"ר

(ה) נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו ממין בעינינים שבהם רואה בית-מספט
נכבד זה להת סער למען הצדק:

מלחמה
מסחר

(5) בג"צ 222/68, שם, 158, 167;

(6) בג"צ 58/68, פ"ד כ"ג (2) 477 (חוות הדעה של כבוד הנשיא
אגרנט ושל כבוד השופט לנדוי).

8. המבקשים עשויים להיזקק גם לפסקי-הדין הבאים:

(7) בג"צ 109/70, פ"ד כ"ה (1) 225; הגולסטאן הקולט I

(8) בג"צ 223/67, פ"ד כ"ב (1) 440; לבטא, כן גם

(9) בג"צ 188/77, פ"ד ל"ג (1) 225; הגולסטאן הקולט II

(10) בג"צ 292/83, פ"ד ל"ח (2) 449. (אלמני, הרב הרב)

אשר על כן, מהבקש בית מספט נכבד זה לבטל את הצו על-תנאי שניתן בתיק
העיקרי, לדחות את העתירה ולחייב את העותרות בחשלוס הוצאות המבקשים,
כולל שכר טרחת עורך-דין ומע"מ, הכל צמוד ונושא רבית כחוק.

אני מצהיר כי זה שמי וזאת התימתי, כי תוכן הסעיפים 1, 2, 3 בתצהירי הוא
אמת, וכי תוכן הסעיפים 4, 5, 6 בתצהירי הוא אמת לפי ביטוי ידיעתי ואמונתי.

הרב אברהם רביץ

א י ט ר

אני החותם מטה, צבי טרלו, עו"ד, מאשר בזאת שהיום הזה הופיע לפני
הרב אברהם רביץ, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר את
האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, חתם לפני
על תצהירו הנ"ל.

עו"ד צבי טרלו

היום, י"ז במנחם-אב התשמ"ט
(18.8.89)

17.8.89 - 2
3/8/89
בש"גצ 257/89
קבוע ליום 21.8.89

בניית-המשפט העליון
היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק
ב י ר ו ש ל י ם

1. התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס
2. הרב שמחה מירון
על-ידי עו"ד צבי טרלו, רחוב קרן קיימה לישראל 8
(כניסה 5), ירושלים 92 428 (טל. 634413 ; 240929)

ה מ ב ק ש י ם :

נ ג ד

1. ענח הופמן
2. ד"ר בונה הברמן
3. ד"ר יהודית גרין
4. רננל פיין רובינסון
על-ידי עו"ד ה' קדש ו-א' גנור,
רחוב יפו 97, ירושלים 94 342
5. הממונה על הכותל, הרב גץ
6. משרד הדתות
7. הרבנים הראשיים לישראל
8. סנ"צ יאיר מוסס
9. חנ"צ א' ביבי, מפקד מרחב ירושלים,
מסרת ישראל
10. מסרת ישראל
על-ידי גב' נילי ארד, מנהלת מחלקת בג"צ,
פרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רחוב צלאח א-דין, ירושלים

ה מ ט י ב י ם :

(העותרות בבג"צ 257/89)

(המשיבים בבג"צ 257/89)

בקשה לצירוף המבקשים
כמשיבים בתיק בג"צ 257/89

המבקשים מתכבדים לבקש כי ביום שנקבע לשמית הצדדים בתיק בג"צ 257/89
(להלן - התיק העיקרי), יראה בית משפט נכבד זה לטוב לפניו להחליט כי
יצורפו כמשיבים מס' 7 ו-8 בתיק העיקרי, וכי תצהירו של הרב שמחה מירון
המצורף לבקשה זאת, ייראה ככתב-תשובה מטעם וכעיקרי הטיעון שלהם בתיק
העיקרי.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. למבקשים עניין רב-משקל בנושא התיק העיקרי - כאמור בסעיף 3
לתצהיר מטעמם.

2. המבקשים טוענים כי יש בפיהם טענות חשובות בענין נשוא-העתירה, מהן של נסענו כלל על-ידי המשיבים בתיק העיקרי (הטענות שבסעיף 7 של התצהיר הנ"ל); ומהן השונות בחוכנן מטענות המשיבים (כגון הטענות בסעיפים 4 ו-6).

3. המבקשים טוענים כי מן הדין ומן הצדק שבית המשפט נכבד ייעתר לבקשתם זאת.



צבי סרלור, עו"ד
בא-כוח המבקשים

היום, ט"ז במנחם-אב התשמ"ט
(17.8.89)

תצהירו של הרב שמחה מירון מטעם המבקשים

אני החוהם מטה, הרב שמחה מירון, מצהיר לאמור:

1. אני עורך-דין, היועץ המשפטי של התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס, המבקשת הראשונה בבקשה זאת; ואני הטבקס השני בבקשה זו.
2. אני עושה תצהירי זה בהתיכה לבקשות המבקשים המפורטות בראש בקשתנו לצירופנו כמשיבים נוספים בבג"צ 257/89 (להלן - התיק העיקרי).
3. המבקשת הראשונה מייצגת ציבור גדול של שומרי תורה, ויש לה ענין בכך שיישמרו מינהגי התפילה המקובלים כיום בכותל המערבי, ושלא תהיה חריגה ממינהגים אלה, העלולה לפגוע ברגשותיהם של שומרי תורה כלפי המקום הקדוש הזה.
4. תחום-התפילה בכותל המערבי אינו מאפשר, מטבעו, לכל מי שרוצה בכך, לחרוג בצורה בולטת לעין או בקול רם ממינהגי התפילה המקובלים, בלי שחריגה זאת תפגע ברגשותיו של ציבור שומרי התורה.
5. מן העובדות שהובאו בתיק העיקרי בשם רשויות המדינה, המשיבות בו, עולה כי העותרות באותו תיק חרגו ממינהגי התפילה המקובלים, פגעו ברגשותיו של ציבור שומרי התורה וגרמו להפרת הסדר הציבורי במקום הקדוש הזה.
6. אף עולה מן העובדות ההן כי העותרות בתיק העיקרי עשו דין לעצמן - הן לפני ההליכים בבית-המשפט הנכבד הזה והן תוך כדי ההליכים אלה - ופגעו בסדר הציבורי. מכאן שמטעם זה בלבד אינן זכאיות לסעד.
7. עוד יטענו המבקשים:

(א) הענין נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו בתחום סמכותו של בית-משפט נכבד זה, בשל הוראות סעיף 2 לדבר המלך במועצה לארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924 :

✓ (1) בג"צ 222/68, פ"ד כ"ד (2) 141, 170, 178, 188-189 (דעת הרוב);

✓ (2) בג"צ 99/76, פ"ד ל" (2) 505; הוצא להן נ. טי המסכת

(3) בג"צ 537/81, פ"ד ל"ה (4) 673. צ"ע ח"מ ט"ש נ. אהרן שמואל

(ב) אין לעותרות בתיק העיקרי זכות שבדין לנשוא-העתירה, לא לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, ולא לפי דין אחר, חילוני או דתי.

(ג) המשיבים בתיק העיקרי פעלו כדין בענין נשוא העתירה, אם מכוח חוקים ספציפיים, אם מכוח סעיף 29 לחוק יסוד : הממשלה, ואם מכוח סעיף

17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

המסכת אהרן שמואל
פ"ד ל"ה (2) 505
הוצא להן נ. טי המסכת
צ"ע ח"מ ט"ש נ. אהרן שמואל

(ד) אין עילה לחייב את שר הדתות להתקין תקנות לגבי נשוא העתירה
בתיק העיקרי:

(4) בג"צ 222/68, שס, 155-156. אלל/אלל

(ה) נשוא העתירה בתיק העיקרי אינו ממין הענינים שבהם רואה בית-משפט
נכבד זה להת סעד למען הצדק:

(5) בג"צ 222/68, שס, 158, 167; אלל/אלל

(6) בג"צ 58/68, פ"ד כ"ג (2) 477 (חוות הדעת של כבוד הנשיא
אגרנט ושל כבוד השופט לנדוי).
שטר (סקי הישג)

המבקשים עשויים להיזקק גם לפסקי-הדין הבאים:

(7) בג"צ 109/70, פ"ד כ"ה (1) 225; המזכיר הקופס' (שי הדסר)

(8) בג"צ 223/67, פ"ד כ"ב (1) 440; סגני גן-דג (שי הדג)

(9) בג"צ 188/77, פ"ד ל"ג (1) 225; המזכיר הקופס' האוניברסי' (המזכיר מילר)

(10) בג"צ 292/83, פ"ד ל"ח (2) 449. (מזכיר הו' ג'ר) (מסקנ' מילר)

אשר על כן, מתבקש בית משפט נכבד זה לבטל את הצו, על-תנאי שניתן בתיק
העיקרי, לדחות את העתירה ולחייב את העותרות בתשלום הוצאות המבקשים,
כולל שכר טרחה עורך-דין ומע"מ, הכל צמוד ונושא רבית כחוק.

אני מצהיר כי זה שמי וזאת חתימתי, כי תוכן הסעיפים 1, 2, 3 בתצהירי הוא
אמת, וכי תוכן הסעיפים 4, 5, 6 בתצהירי הוא אמת לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.

הרב שמחה מירון

א י ס ר

אני החותם מטה, צבי טרלו, עו"ד, מאשר בזאת שהיום הזה הופיע לפני
הרב שמחה מירון, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר את
האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, חתם לפני
על תצהירו הנ"ל.

עו"ד צבי טרלו

עו"ד צבי טרלו

היום, ט"ז במנחם-אב התשמ"ט
(17.8.89)

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

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

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ה. קדש או א. גנור
מרחב 97, ירושלים

ה ע ו ת ר ו ת

נ ג ד

1. הממונה על הכותל, הרב גץ
2. משרד הדתות
3. הרבנים הראשיים לישראל
4. סנ"צ יאיר מוסט, מפקד תחנת העיר העתיקה, ירושלים
5. תנ"צ א. ביבי, מפקד מרחב ירושלים
6. משטרת ישראל

המשיבים 1-6 על ידי פקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

7. התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס
8. הרב שמחה מירון
9. אגודת החרדים - דגל התורה
10. הרב אברהם רביץ

המשיבים 7-10 ע"י ב"כ עו"ד צבי טרלו,
רחוב קק"ל 8, ירושלים

ה מ ש י ב י ם

כתב תשובה מטעם המשיבים

עיקריה של העתירה המתוקנת, נושא דיוננו, בזכות הגישה של העותרות לכותל המערבי וזכותן להתפלל בו - דרך כלל - ועל פי דרכן - ויישומה, ובתקפותן של תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), התש"ן-1989 (להלן - התיקון לתקנות).

בכתב תשובה זה דיון ומענה לראשי העתירה, כשהאמור בו נתמך בתצהירי המשיבים, ככל שיידרש ועל פי הקשר הדברים, הכל פי שיפורט להלן.

1. בפתח דבר וראש לכל, יודגש כי המשיבים אינם חולקים כלל ועיקר על דבר זכות הגישה של העותרות לרחבת הכותל המערבי או על זכות התפילה שלהן במקום. בנדון זה, באות העותרות בקהל המבקרים והמתפללים בכותל; אין מונע בעדן לממש זכותן זו ובפועל הרי הן מקיימות אותה בהשקט ובבטחה, מאז חוייבו על ידי בית משפט נכבד זה (בצו ביניים שהוצא ביום 21.8.89) לקיים תפילתן בכותל "על פי מנהגי המקום".

אלא, שהעותרות מבקשות כי יותר להן לקיים טכס תפילה ברחבת הכותל המערבי כשהן מתעטפות בטליתות נושאות ספר תורה וקוראות בו.

נוהגן זה של העותרות עומד בניגוד גמור לפסיקה ההלכתית המקובלת ולמנהגי התפילה המקובלים בבתי כנסת בכלל ובכותל בפרט. כתוצאה מכך נפגעו רגשות המתפללים במקום וכלפי המקום. מכאן, בכל פעם שהעותרות הגיעו לכותל וביקשו לקיים את טכס תפילתן, על פי דרכן, הופר הסדר הציבורי כדי כך. שהיה צורך בהזעקת סדרנים ומשטרה לבוא ולהשכיך את השלום בכותל ולהחזיר את הסדר על כנו.

2. על שהתרחש ברחבת הכותל מאז חודש כסלו תשמ"ט ועד שיצא צו הביניים מלפני בית המשפט הנכבד, מדי ראש חודש בחודשו, ניתן ללמוד מכתב תשובה על נספחיו, שהגישו המשיבים לבית המשפט הנכבד ביום 15.8.89.

לשם הסדר הטוב מצ"ב עותק הימנו - מסומן מש/א.

מש/א

כן, נבקש להפנות למכתבו של הרב הממונה על הכותל המערבי הרב מאיר יאודה גץ מיום כ"ב באדר התש"ן (19.3.90) אשר צילום הימנו מצ"ב ומסומן כנספח מש/ב ולמכתבו של מנהל המחלקה למקומות קדושים במשרד לענייני דתות מר"ח כסלו תש"ן - המסומן מש/ג.

מש/ב

מש/ג

העולה במקובץ מכל אלה הוא כי משעה שהפרו העותרות את מנהג המקום, בקיימן טכסי תפילה בקהל גדול כשהן עטופות בטליתות ונושאות ספר תורה או מתפללות בקול זמרה - נמנע מכלל המתפללים האחרים במקום לממש זכותם להתפלל בהשקט ובבטחה, כראוי וכנדרש במקום שהוא מקודש לכלל עם ישראל.

3. מטעם המשיבים 1-4, נעשו נסיונות להידבר עם העותרות ולהגיע עימן לכלל הבנה במטרה להניאן מלקיים טכס התפילה כמבוקש על-ידן, תוך שהוסבר להן כי טכס מעין זה מנוגד למנהג המקום וכפי שנוכחו לדעת, תוצאתו המידית היא פגיעה ברגשות המתפללים ברחבת הכותל המערבי.

העותרות לא נענו לפניוניהם של רב הכותל ושל המנהל הכללי במשרד לענייני דתות ועמדו על דעתן להמשיך ולקיים תפילתן כשהן עטופות טליתות ומחזיקות ספרי תורה, תוך שהן מגיעות לרחבת הכותל מלוות בקהל רב ונציגים של אמצעי תקשורת.

בנסיבות אלה, לא היתה עוד ברירה בידי של הרב הממונה על הכותל, ומשפרצו במקום תגרות ידיים ומהומות, במהלך טכס התפילה שבקשו העותרות לקיים, נאלץ להורות לסדרנים ולמשטרה להרחיקן מרחבת הכותל המערבי. גם אז סרבו העותרות להתפנות מרצונן הטוב, כדי כך שלמרבה הצער והבושה היה צורך בגרירתן מן המקום.

ארועים אלה גרמו, בכל פעם מחדש, לפגיעה רצינית וחמורה לא רק בסדר הציבורי, אלא גם בנימוס הנדרש מכל הבא בתחומיו של מקום קדוש, על אחת כמה וכמה ברחבת הכותל המערבי.

ההסדר החוקי

4. היחס שבין חובות השלטון כלפי השמירה על המקומות הקדושים לבין תפקיד בתי המשפט לעניין זה, היה מונחה, מאז ומתמיד, על ידי התכלית העיקרית לפיה יש להבטיח כי הסדר הציבורי והנימוס הטוב ישררו במקומות הקדושים, בהתחשב באופיים הסבוך והעדין של מקומות אלה.

תכלית זו, נקבעה החל מראשית המנדט הבריטי בכתב המנדט ובדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924 והמשכה בחקיקה הישראלית ובפירוש שניתן לכל אלה בהלכה הפסוקה.

5. החובה להבטיח את הסדר הציבורי במקום קדוש נדונה בהרחבה ב"פרשת חוגים לאומיים", ובין היתר בפסק-דינו של כב' השופט י. קיסטר, שם נדונו, בין היתר, הוראות סעיף 13 של המנדט בו "הוטלה על המעצמה המנדטורית אחריות למקומות קדושים ואתרי דת בארץ-ישראל. אחריות או חובה זו כוללת:

(א) שמירה על זכויות הקיימות לאותם אתרים.

(ב) הבטחת זכות גישה חפשית אליהם ופולחן דתי בהם וכל זה נתון לסייג של הבטחת דרישות סדר ציבורי ונימוס הולמים (WHILE ENSURING THE REQUIREMENTS OF PUBLIC ORDER AND DECORUM).

(פרשת חוגים לאומיים, שם בעמ' 183(ב)-(ג)).

6. דרישה זו, להקפיד במקום קדוש על קיומם של הסדר הציבורי ונימוס הולמים - היה בה אך כדי לתת בטוי לכללי ההתנהגות במקומות קדושים שהיו תקפים משך הדורות ואשר עומדים, למעשה, בפני עצמם, כמו גם ביסוד כל דבר חקיקה הלכתי או חילוני - בבואנו להגשים את זכות הגישה למקומות הקדושים והפולחן הדתי בהם.

הפן האחר של אותה דרישה לשמור על קיומם של הסדר הציבורי ונימוס הולמים במקום קדוש - היא הקביעה אשר מצאה ביטוייה בכתב המנדט כי הזכויות שהיו קיימות באתר הקדוש ימשיכו להתקיים. ובמלים אחרות - כי יישמר הסטטוס-קוו המבוסס על המנהגים המקובלים מדורי דורות.

בדרך זו נהגה בזמנו ממשלת המנדט, ולאחריה ממשלת ישראל, כאשר ההקפדה על הסטטוס קוו נעוצה בעקרון המרכזי שביסוד השמירה על המקומות הקדושים, הוא העקרון שאין לפגוע ברגשות הציבור ביחס למקומות אלה ויש לשמור עליהם. (ר' "פרשת חוגים לאומיים", בעמ' 212-213).

7. בסיכומו של פרק זה ייאמר כי העותרות, כמוהן ככל שאר המבקרים והמתפללים ברחבת הכותל המערבי, גם עליהן החובה להמנע מלפגוע ברגשות המתפללים האחרים במקום וכלפי המקום.

אי לכך, משהוברר כי בסדרי התפילה שהן מבקשות לקיים בכותל יש כדי שינוי רב משמעות ממנהגי התפילה שהיו קיימים במקום מאז ומתמיד - ונראה כי על כך אף אין העותרות חולקות, שומה עליהן שלא לשנות ממנהג המקום. בעיקר, לאחר שנוכחו לדעת עד כמה חמורה הפגיעה שנפגעו המתפללים האחרים במקום - מדרכי התפילה שלהן.

חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967

8. בדברי הפתיחה לחוק השמירה על המקומות הקדושים, בדיון שהתקיים בכנסת בקריאה הראשונה, אמר שר הדתות דאז מר ז. ורהפטייג, בין היתר, את הדברים הבאים:

"...לישראל כל הארץ קדושה היא, אכן יש דרגות בקדושה וישנם מקומות קדושים ביותר. עשר קדושות, אומרת המשנה, ירדו על ארץ ישראל, שמונה מהן קיבלה ירושלים. ובמרכז הכותל המערבי שלדברי חכמינו ז"ל, זה הכותל לא זזה ממנו השכינה מעולם. ככתוב 'הנה זה עומד אחר כותלנו'..."

כבוד ושמירה על המקומות הקדושים הם נחלת כל עם תרבותי. כבוד ושמירה על המקומות הקדושים הם במסורת הטובה והמפוארת של עם ישראל ומדינת ישראל.... עלינו לחנך את ציבורנו ואת עצמנו ליחס של כבוד, וכדברי הרב קוק ז"ל, לעמידה ביראה מרחוק ממקומות קדושים. חרדת קודש במקום קדוש.

...מדיניותה של ממשלת ישראל לגבי המקומות הקדושים מושתתת על שלושת העקרונות הבאים: א) תובטח למקומות הקדושים של כל הדתות שמירה מעולה מכל חילול ומכל פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות שהמקומות האלה מקודשים עליהם. ב) תובטח לכל בני הדתות בכל מקום שהם גישה חופשית למקומות המקודשים להם... ג) ניהול פנימי של המקומות הקדושים על ידי הרשות האחראית של אותה דת, לה קדוש המקום."

(דברי הכנסת, כרך 49, עמ' 2421-2, 27 ביוני 1967).

9. דברים אלה, אכן מצאו בטוים בחוק השמירה על מקומות קדושים, אשר בסעיף 1 הימנו נקבע:

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

ההלכה הפסוקה נדרשה להגדרת הכללים לשמירה על מקום קדוש מפני פגיעה וחילול, על פי עקרונות מנחים כמפורט להלן:

עקרונות הדת לה מקודש המקום:

10.

בית המשפט מייחס חשיבות רבה לקביעותיה של הדת אשר לה מקודש המקום. כדבר הזה נקבע מפורשות בהלכות הבאות (גבי מקומות קדושים בכלל - והכולל בפרט):

(א) "התשובה לשאלה" האם יש ליהודים זכות בהר הבית "תינתן לאחר בדיקת המקורות ההיסטוריים, המשפטיים וההלכיים של היהדות. אמרתי "ההלכיים" אף על פי שידוע אני כי חוק השמירה הוא חוק חילוני ולא דתי כי התפילה היא על כל פנים ענין דתי..." (מ"מ הנשיא, כב' השופט זילברג, בפרשת חוגים לאומיים, בעמ' 148(ג)-(ד)).

(ב) "אין תימה בכך שחוק השמירה אינו מתייחס למערכות זכויות התפילה והפולחן של הדתות השונות במקומות המקודשים להם, שכן זכויות אלו הן זכויות הטבועות בהיסטוריה ובמסורת של כל דת ודת" (כב' הנשיא אגרנט, שם בעמ' 225(ה)-(ו)).

(ג) "התקנות שרשאי שר הדתות לפי סעיף 4 לחוק השמירה להתקין הן תקנות שמטרתן להסדיר הסדרים שיבטיחו אי חילול או אי פגיעה אחרת במקומות הקדושים, גישה אליהם לבני הדתות שהם מקודשים להם ואי הפגיעה ברגשותיהם כלפי אותם מקומות והכל לפי נימוסי הדתות הנדונות, עליהם יעמוד שר הדתות מתוך התייעצות עם הנציגים של בני הדתות" (כב' הנשיא אגרנט שם בעמ' 225(ג)-(ה)).

(ד) לכותל ולחר הבית מעלה קדושה מיוחדת העליונה על כל מידת קדושה אחרת.

"ככל שהמטרה היא יותר יהודית, יותר אכסלוסיבית, העצם הוא יותר קדוש.... אין כל ספק כי מצווה היא מן התורה לכבד את המקדש, שלא לבזותו ושלא לנהוג בו קלות ראש, בגלל המקדש שעל ההר משתרעת חובת כיבוד זאת על כל הר-הבית... אפשר איפוא לומר, כי אם הדיבור 'שמירה מפני חילול' פירושו הוא 'שמירה על כיבוד', הרי עד כמה שכיבוד זה נוגע ליהודים והר-הבית, לא יצר המחוקק הישראלי יש מאין, אלא הלך בדרך שנכבשה על ידי התורה והתלמוד". (מ"מ הנשיא כב' השופט זילברג, *בג"צ 223/67 שבתאי בן-דב נגד שר הדתות, פ"ד כב (1) עמ' 447(א)-(ג)).

(ה) ערכו של הכותל אינו מתמצה בחשיבותו הדתית בלבד אלא יש לו ערך וחשיבות לאומית ורוחנית:

"יחסנו אל הכותל או היחס החזק ביותר והאינטימי ביותר, והלא מקורו הוא בכך שהכותל מהווה חלק של חומת הר-הבית המערבית" (מ"מ הנשיא כב' השופט זילברג, "פרשת חוגים לאומיים" בעמ' 149 (ד)-(ה)).

11. עקרונות הדת החלים במקום - ייקבעו על פי אלה:

בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים ליהודים נקבע לאמור:

(א) "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."

נציגי הדת הנוגעת בדבר לענייננו - הינם הרבנים הראשיים, שהם אף הסמכות ההלכתית העליונה בישראל (ר' *בג"צ 47/82 קרו התנועה ליהדות מתקדמת, פ"ד מג (2) 661) הם אף הגוף המוסמך על פי הוראותיו של חוק זה לייצג לשר הדתות, או להציע לו בנושא התקנת התקנות.

כדברי השופט קיסטר בפרשת חוגים לאומיים:

"וכאשר יגיע העניין לשר הדתות הוא יהיה חייב לברר מהי עמדת ראשי הדת המוסלמים וכן דעת הרבנות הראשית."

(שם בעמ' 189 (ו)-(ז) ובעמ' 190 (ב)-(ג) וכן דברי כב' הנשיא אגרנט בעמ' 228 (ג)).

(ב) המנהגים המקובלים במקום גם הם מכתיבים את כללי ההתנהגות במקום:

כבר ועדת התקירה של המנדט, בנוגע למקומות הקדושים קבעה את הוראותיה בדבר סדרי התפילה על סמך המנהג המושרש מזה דורות. כך למשל נקבע בסעיף 13 לכתב המנדט כי מוטלת על המעצמה המנדטורית חובה להבטיח זכות גישה חופשית אליהם ופולחן דתי בהם וכל זה נתון לסייג של הבטחת דרישות סדר ציבורי ונימוסים הולמים (ORDER AND DECORUM) ("פרשת חוגים לאומיים", השופט קיסטר, עמ' 182-183).

(ג) המנהג יכול לשמש מקור להכריע לא רק בין הזכויות של הדתות השונות לגבי מקום מסויים אלא גם כמקור מחייב לקביעת פולחן דתי יהודי אחיד בארץ-ישראל.

כך, במסגרת דיון בענין מזונות אלמנה במנהג ארץ ישראל משך הדורות ובימינו, אמר בית המשפט:

"אנו עומדים עתה בתקופה של קיבוץ גלויות ולא יתכן שעולי כל ארץ וארץ ינהגו כאן בדורנו ובדורות הבאים לפי מנהגי ארץ מוצאם. אלא יש לקבוע במקרים אלה של חילופי מנהגים ופסקים מה היה המנהג בארץ-ישראל מאז ומעולם, ולנהוג על פיו. עלינו להשוות עד כמה שאפשר, את המידות, ולא 'לתת תורת כל אחד ואחד בידו'" (ע"א 100/49 מילר נ' מילר, פ"ד ה' 1301, 1312).

ה' 1301, 1312. ארץ ישראל ח. ח. כהן, כהן, נ. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

(ד) באשר לתפילה במקומות קדושים, נאמר ע"י כב' השופט קיסטר, "בפרשת חוגים לאומיים":

"... ואף ייתכן שאף אחת מבני הדתות לא תוכל לערוך טכסים מסודרים, אם מה שבעיני דת מסוימת 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' 182(א)).

בקביעה זו כרוכה החובה לשמור על מנהג המקום בחובה לשמור מפני פגיעה ברגשות המתפללים.

(ה) שמירה על הסטטוס-קוו: קיים חשש מפני כל פגיעה בסטטוס-קוו המבוטס על המנהגים המקובלים; הנסיון להגן על הסטטוס קוו מתבטא כבר בכתב המנדט (סעיף 13(א)) כאשר ממשלת המנדט נהגה לפי עקרון זה ("פרשת חוגים לאומיים", 205-207) וסרבה לקבוע הנחיות מהותיות במקומות הקדושים ולא שינתה את הסטטוס קוו והמנהגים שהיו מקובלים מדורי-דורות ו"צמצמה את פעולותיה בגינם לקיום דרישות הסדר הציבורי והנימוס וכן שמירה על הסטטוס קוו" (שם בעמ' 212(ג)-(ד)).

ממשלת ישראל שמרה אף היא על הסטטוס-קוו, תוך נסיון לשמור על הסדר הציבורי והנימוס (שם, עמ' 213(ד)-(ה)). השמירה על הסטטוס קוו נועדה לשמור על העקרון המרכזי המתייחס לשמירה על המקומות הקדושים - העקרון שיש לשמור על רגשות הציבור ביחס למקומות אלו.

השמירה על רגשות הציבור ביחס למקומות הקדושים:

12.

עקרון השמירה על רגשות הציבור כלפי המקומות הקדושים קבוע בסעיפים 1, 2 (ב) סיפא לחוק השמירה על המקומות הקדושים ובסעיף 4 לחוק יסוד: ירושלים.

טעמיה של חובה זו הם באלה:

(א) עקרון ההדדיות -

"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." (כב' השופט א. ברק, *בג"צ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 456(ב)-(ג)).

באופן זה מפרש כב' הנשיא אגרנט (בפרשת חוגים. לאומיים) את הוראתו של סעיף 1 לחוק השמירה בנדון זה באמרו:

"הנכון הוא שהסעיף בא להעניק לבני הדתות מערכת זכויות לגבי המקומות המקודשים להם, זכויות שמולן עומדות חובות קורלטיביות שלא להפר אותן." (שם בעמ' 222(ב)-(ג)).

(ב) בשל עוצמת הרגשות הלאומיים והדתיים אותם מעורר המקום הקדוש קיים חשש שכל שינוי של הסטטוס קוו והמנהג הקיים עלול לעורר מהומות והפרה חמורה של הסדר הציבורי.

חשש זה קובע את היקף השמירה על הסטטוס קוו והמנהג במקומות הקדושים: יש לשמור על הסטטוס קוו לא רק ביחס לזכויות הקניין במקומות הקדושים (בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי (ב), פ"ד לג(1) 225, 239(ו)-(ז)), או זכויות התפילה בהם ("פרשת חוגים לאומיים", בעמ' 186) אלא גם ביחס לכל פגיעה בסטטוס קוו העלולה לגרום להפרת הסדר הציבורי.

בהלכה הפסוקה קיימות אמרות רבות המכילות חשש זה. כך, לשם הדוגמא:

1. נקבע כי תפקיד המשטרה הוא לעזור כאשר יש חשש של הפרת הסדר ומעשי אלימות או סכנה של התנגשות אלימה ולהבטיח לכל את זכות הפולחן והגישה (פרשת חוגים לאומיים 166-168).

2. "...חופש הגישה להתפלל אינו מקנה לאדם זכות לפעול באופן הפוגע באחרים או בסדר הקיים במקום והמשטרה רשאית למנוע פגיעות אלו" (השופט קיסטר, פרשת חוגים לאומיים, 180(2)).

3. קשת הפגיעות האפשרית רחבה ביותר, ונעה בין פעולות הפגנות, סכסוכים על זכות לתפילה וסכסוכים פנים עדתיים ופנים דתיים.

דוגמא שנתן, כב' השופט קיסטר לפגיעה ברגשות המתפללים, בפרשת חוגים לאומיים:

"אדם המזדמן לכנסיה נוצרית קתולית בין שהוא נוצרי קתולי ובין שהוא זר ומתנהג באופן פוגע או מרגיז כגון מופיע בלבוש שלפי המקובל אין להופיע בו בכנסיה או מכסה ראשו כאשר המקובל שם לגלות ראשו, או עומד בזמן שאחרים כורעים וכל שכן אם משוחח בשעת טקס או עושה עוויות של לעג, לא יכול לבוא בטרוניה אם המשטרה תסלק אותו מן המקום ויתכן שיהא גם מקום למשפט פלילי..." (שם בעמ' 180-181).

(4) בהמשך הדברים מביא כב' השופט קיסטר תאור סכסוכים שנתגלו בין הדתות בשל זכויות במקומות הקדושים, כפי שהתבררו מדו"ח CUST ושאינם בלתי אקטואליים גם בימינו אלה:

"הסכסוכים נוגעים לזכות חזקה או חזקה משותפת באתרים שונים, זכות או חובה לתקנם, דרך עריכת טקסים דתיים באתרים אלה על ידי כל אחת מהדתות או הכיתות, וביניהם פרטים כגון אלו, מי מבין כהני דת רשאי לנהל את הטקס ומי רשאי ללבוש בגדי כהונה השפה בה מותר להשתמש, גישה לבעל דרגות כהונה שונות למקומות מיוחדים באתרים כאלה ולא לכל המבקרים. מוצאים גם הסברים בדבר פרטים הנראים כפעוטים כגון ענייני שטיחים וחפצים המשמשים לטקסים, ריהוט ומי זכאי לנקות את האתר..." (שם, בעמ' 185).

(5) "כדי ליישב סכסוכים ולמצוא פתרונות, יש צורך להתייחס בהבנה לכל פרט שהוא לכאורה פחות ערך, ללמוד כל הבעיות ולהבין לרגשותיהם של בני הדתות שהעניין נוגע להם, ובראש ובראשונה, לנסות ולהסדיר בדרכי שלום; ההחלטה הניתנת היא למעשה פשרה כפוייה על הצדדים כאשר בקושי ניתן למצוא יסוד משפטי להכרעה". (כב' השופט קיסטר, שם בעמ' 186(א)-(ב)).

ואולם, ניתן למנוע מקבוצה או מאדם פרטי את הזכות לקיים טכס דתי או פולחן, אם יש באלה כדי לפגוע ברגשות ולהוות עילה להתנגשויות ומהומות (שם בעמ' 182(א)).

(6) כפי שנאמר על ידי כב' השופט א. ברק בפרשת נאמני הר-הבית:

"חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן עד כמה שהוא מוצא מכוח האמונה אל פועל המעשה אינו חופש מוחלט. זכות להתפלל אינה מתירה לי להשיג 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... אחד האינטרסים שיש להתחשב בהם הוא זה של הסדר הציבורי ובטחון הציבור..."

... על כן, חופש המצפון, האמונה הדת, והפולחן מוגבל ומסווג כדי הדרוש והכרחי לשם שמירה על בטחון הציבור והסדר הציבורי. כמובן, בטרם תיעשה כל פעולה, שיש בה כדי לפגוע ולצמצם חופש זה בשל פגיעה בבטחון הציבור, מן הראוי הוא שהמטרה תנקוט את כל האמצעים הסבירים העומדים לרשותה כדי למנוע את הפגיעה בבטחון הציבור מלבי לפגוע בזכות המצפון, האמונה, הדת והפולחן. על כן, אם החשש הוא מאלימות של קהל עויין כנגד המתפללים, על המטרה לפעול נגד אלימותו ולא נגד המתפללים. אך אם פעולה סבירה של המטרה, אין בכוחה, לאור מגבלותיה, להסיר את הפגיעה, הלכה למעשה, בבטחון הציבור, אין מנוס מהגבלת חופש המצפון והדת, הנדרש לשם השמירה על בטחון הציבור."

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר המדובר הוא בהשכנת הסדר הציבורי במקום קדוש, כמו רחבת הכותל המערבי, אשר מעצם טיבו וטבעו, החובה הראשונית שיש לקיים בו הוא הימנעות מחילול ופגיעה ברגשות המתפללים בו.

הפעלתן של תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981

13. בתוקף הסמכות הנתונה לו בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים ולאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים, התקין שר הדתות תקנות לביצוע החוק.

על פי ההגדרה בתקנה 1, נמנה "הכותל המערבי ורחבתו" על "מקומות קדושים"; "הממונה" - הוא "מי ששר הדתות מינהו על-פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל", להיות הממונה הראשי או הממונה על מקום קדוש פלוגי.

בתקנה 2 לתקנות מפורטת רשימת המעשים האסורים בתחומי המקומות הקדושים.

אלה באים בגדר דרכי התנהגות ופעולה שבסעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים. לאמור - איסור מפני מעשים שיש בהם "חילול וכל פגיעה אחרת" העלולים לפגוע ברגשותיהם של בני הדת היהודית "כלפי אותם המקומות" הקדושים.

סמכויות הממונה הוגדרו בתקנה 4 לתקנות ולפיהן:

- (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 ו-3.

תקנה 4 קובעת את העונשין שיוטלו על העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 ו-3.

14. (א) יישום הוראותיו של חוק השמירה על המקומות הקדושים בתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהדות נעשה לאחר היוועצות ברבנים הראשיים, ובהתאם נקבעה בתקנות חובת היוועצות בהם, בדרך הפעלתן של התקנות.

על מעמדה של הרבנות הראשית נאמרו הדברים דלהלן, *בבג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת (פ"ד מג (2) 661) על ידי המשנה לנשיא, כב' השופט מ. אלון, הדברים הבאים, אשר בכל הכבוד, טובים אף לעניננו:

"אין, איפוא, להעלות על הדעת כי אסור לו לשר להתייעץ ולקבל חוות דעתה של הרבנות הראשית, שהיא הסמכות ההלכתית העליונה במדינה" (שם בעמ' 682 (ג)).

"עם תקיפת חוק הרבנות הראשית, תש"ס-1980, חוזק מעמדה של הרבנות הראשית כרשות ממלכתית של כלל הציבור היהודי, לפי התפקידים שיועדו למועצה בסעיף 2 לחוק. לפי האמור בסעיף זה, תפקידה של המועצה במתן תשובות וחוות דעת בעניני הלכה הוא ל'אלה השואלים בעצתה' (סעיף קטן 1)... (שם בעמ' 693 (ב)).

פעולת הרשויות במסגרת הדין

15. (א) בתוקף הוראות הדין, ראה הרב הממונה על הכותל, הרב גץ, לשאול הוא בעצתם של הרבנים הראשיים כיצד עליו לנהוג, לנוכח טכסי תפילה שקיימו העותרות בכותל תוך שהן מתעטפות בטליתות ומחזיקות ספר תורה. הממונה נזקק לעצת הרבנים, כאשר התגלעו בקרב המתפללים בכותל סכסוכים והופר הסדר הציבורי, במהלך אותם טכסי תפילה וכתוצאה מהם.

(ב) היוועצות הממונה ברבנים הראשיים לא רק שאין בה פסול, אלא שמעוגנת היא מפורשות בהוראות החוק והתקנות. בדרך זו, מן הראוי להתייחס להוראה שהוציא הממונה במכתבו מר"ח אדר א' תשמ"ט לצוות הסדרנים בכותל, בדבר איסור "עריכת כל סוג תפילה שאינה לפי הדין ולפי המנהג המקובל. האיסור הנ"ל חל גם על תפילתן של נשים הבאות עטופות בטלית ועם ספר תורה" (נספח ג (2) לעתירה).

16. (א) הוראתו זו של הממונה, הופנתה לצוות הסדרנים ולאחראי על רחבת הכותל במשטרת ישראל וניתן לראות בה, בראש ובראשונה, פעולה אשר נעשתה במסגרת השמירה על הסדר הציבורי במקום הקדוש - מתוקף העקרונות הכלליים שנקבעו עוד בדבר המלך משנת 1924.

למעלה מזאת, וכדברי הנשיא אגרנט ב"מוטראן הקופטי (א)": "פשיטא, כי האחריות של השלטון לדאוג להבטחת קיום הסדר הציבורי בכל מקום הנמצא בתחום שליטתו, לרבות המקומות הקדושים".

(ב) במקרה זה, פעל הממונה בעצה אחת גם עם המנהל הכללי במשרד לענייני דתות לאחר שהוברר, כי בכל ראש חודש, חוזרות על עצמן הפרות הסדר וההתפרעויות, כתוצאה מהטכס הדתי שהעותרות קיימו בכותל - לפי דרכן.

(ג) מצב העניינים ברחבת הכותל הלך והתדרדר, העותרות התמידו בקיום התפילות על פי דרכן, וכתוצאה מכך, לקראת כל ראש חודש גברה המתיחות בקרב הרשויות המופקדות על השכנת הסדר במקום, ובקרב המתפללים במקום.

או אז, בחודש מרץ 1989 הוגשה לבית משפט נכבד זה העתירה המקורית, ובעקבותיה יצא הצו-על-תנאי מלפני בית המשפט הנכבד. בהסכמת המשיבים, אשר בהתאם במורכבותה של הסוגיה ורגישותה המיוחדת, סברו כי יעלה בידם להביא לידי השכנת שלום והפגת המתח.

(ד) הפרת הסדר הציבורי בכותל נמשכה, כאשר העותרות התייצבו במקום וקיימו טכס תפילה תוך שהן פותחות בשירה ומתפללות בקול רם. גם הדיו של סכסוך זה הגיעו לבית המשפט הנכבד, אשר בצו-ביניים שהוציא מלפניו הורה בין היתר, כי "יש לאפשר לעותרות לקיים תפילה במקום על פי מנהגי המקום, כפי שרוב הכותל מצהיר עליהם".

17. על רקע הדברים האלה, סבר שר הדתות לאחר שנועץ ברבנים הראשיים וקיבל אישורו של שר המשפטים לכך, כי מן הראוי להוסיף תיקון לתקנות, מקום בו יימצא כי נערך טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, וכי בכך פוגע הוא בציבור המתפללים כלפי המקום - רשאי הממונה, על דעת הרבנים הראשיים ושר הדתות לאסור את קיומו, וכל אדם הנמצא בתחומי המקום הקדוש חייב לציית להוראותיו של הממונה שניתנו כדין.

באופן זה נעשה התיקון לתקנה 2 שענינה מעשים אסורים, ונקבע בסעיף (א1) האיסור גם על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום".

הוראה זו מקיימת את הדרישה בסעיף 1 לחוק לפיה יהיו המקומות הקדושים "שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת... ברגשותיהם של בני הדתות כלפי המקומות הקדושים".

18. (א) באשר לטענות שמעלות העותרות כנגד תקפותה של חקיקת משנה ולהתערבותו של בית המשפט הנכבד לשינויה הרי שעל פי העקרונות שנקבעו בהלכה הפסוקה, יהא בית משפט, המתבקש לבחון תקפותה של חקיקת משנה, נוטה הכשירה וליתן לה תוקף ולא לפסלה. שכן, יש להעמיד את מחוקק המשנה בחזקתו, כי הוא מבקש לפעול בגדר הסמכות שהוענק לו.

בית המשפט גם לא יטה, דרך כלל, לצמצם את מרחב הסמכות שהעניק המחוקק הראשי למחוקק המשנה על דרך פירוש מצמצם של סמכויותיו.

(ב) עוד נפסק כי בית המשפט הנכבד יהסס היסוס רב מהפוך על פיה פרקטיקה פלונית שהשתרשה במרוצת השנים. ואם נאמרו הדברים גבי עניינים שבנוהג הרשות, על אחת כמה וכמה אמורים הם לענין נוהג מדורי דורות במקום קדוש.

אשר על כן, בעניננו, לא יזקק, בית המשפט הנכבד להתערב בחקיקת המשנה לשנותה או לבטלה.

19. נותר, עתה, איפוא, לבחון ולהכריע האם סדרי התפילה שמבקשות העותרות להתיר להן לקיים בכותל, אכן באים בגדר "המעשה האסור" שנקבע באותה תקנה, שאז עליהן לציית להוראות הממונה ולהמנע מלקיימן במהלך תפילתן ברחבת הכותל.

סוגיה זו, נבחנה ונדונה בחוות דעתו של פרופ' אליאב שוחטמן, ראש המכון למחקרי חקיקה באוניברסיטה העברית בירושלים, המצורפת לכתב תשובה זה, כחלק קלתי נפרד הימנו כנספח מש/ד. מש/ד

בחוות-דעתו נדרש פרופ' שוחטמן, בין היתר, לחוות דעתם של הרבנים הראשיים לישראל שלפיהן יש לאסור, מבחינת ההלכה היהודית, עריכת טכס תפילה במניין של נשים בכותל; לשני מכתביו של הרב שלמה גורן - האחד אשר צורף לחוות דעתו של פרופ' פנחס שיפמן והאחר המופנה לרב הראשי, הרב מרדכי אליהו ואשר בו מבהיר הרב גורן את עמדתו בסוגיה זו.

עקרי חוות הדעת של פרופ' שוחטמן הם כדלקמן:

(א) "טכס דתי" הוא פולחן דתי הנעשה בצוותא ובחגיגות ועל פי סדרים קבועים.

(ב) עטיפה בטלית וקריאה בתורה בשעת התפילה, כשהדברים נעשים בציבור נחשבים ל"טכס דתי".

- (ג) קריאת התורה היא מצווה דתית. כל קריאה בתורה שנעשית לצורך קיום מצוות התורה, מקיימת את ההגדרה של "עריכת טכס דתי".
- (ד) גם אם יש דעות בהלכה המתירות לבישת ציצית באישה, המנהג הוא שלא להניח לנשים להתעטף בציצית ואין לשנות ממנהג זה.
- "כל המקורות המתירים לנשים להתעטף בציצית אינם עוסקים אלא בקיום מצוות ציצית על ידי אישה בינה לבין עצמה. אין המקורות הללו מתייחסים כלל לעטיפה בטלית בבית כנסת במסגרת של תפילה בציבור..."
- (ה) "כל התארגנות של נשים לנשיאת ספרי תורה לצורך קריאה בהם במסגרת של "מנין נשים" - התארגנות שיסודה ברצון להשוות את מעמדן של נשים לאלה של גברים בעולמה של ההלכה היהודית, יש בהם משום הטעיה שכאילו גם בנשים תיתכן קריאת התורה בציבור - דבר שהוא מנוגד להלכה".
- (ו) גם אם ניתן למצוא במקורות ההלכה היהודית דעות היכולות לשמש יסוד לעטיפה בטלית ולקריאה בתורה על ידי נשים, מכל מקום אין להתחשב אלא בהלכה כפי שזו התגבשה במרוצת הדורות ובוודאי שהמנהג מהווה גורם מכריע בתחום זה.
- (ז) קיים איסור הלכתי על שמיעת קול זמר של אשה בזמן תפילה. נשים המבקשות לארגן לעצמן מניין נפרד ברחבת הכותל, לבטח עלולות להפריע בזימרתן את תפילתם של אחרים - דבר שיש בו איסור גמור.
- (ח) על רחבת הכותל חלה קדושת בית כנסת ואין היא בגדר רשות הרבים סתם.
- (ט) במסורת ההלכה היהודית תוקפו של מנהג שפשט והתקבל בציבור הוא כשל דין גמור ואין אפשרות לשנותו. מבחינה זו, יש חומרה יתירה בשינויים של מנהגי תפילה בבית כנסת.
- (י) "רחבת הכותל משמשת איפוא מזה דורות רבים כמקום התפילה המקודש ביותר לכל עדות ישראל, ובכך היא נבדלת מכל מקום תפילה אחר בעולם היהודי. יחס הקדושה המיוחד הקיים כלפי המקום, כשמתלווה לכך העובדה שמעולם לא התקיימו מנייני נשים ברחבת הכותל, באופן ובצורה שמבקשות העותרות - דבר המנוגד למנהגיהן של כל העדות - בוודאי שמשמש יסוד למסקנה כי הנהגתן של תפילות מעין אלו המוצעות יהווה פגיעה ברגשות ציבור המתפללים".
- (יא) למעשה, כדי לעמוד על גישתה של ההלכה היהודית לנושא הנדון, די בחוות-דעתם של שני הרבנים הראשים לישראל, הקובעים שניהם בצורה חד-משמעית, כי קיום תפילה למנייני נשים אסורה בהחלט הן לפי הדין והן לפי המנהג.

(יב) על יסוד כל המקורות המובאים בחוות דעתו ולאור חוות דעתם המוסמכת של שני הרבנים הראשיים בנדון, דעתו של פרופ' שוחטמן היא "שהפעולות נשוא העתירה, דהיינו קיום תפילת נשים כשהן עטופות בטליתות וקריאת תורה על ידי נשים, מנוגדים הן לפסיקה ההלכתית המקובלת והן למנהגי התפילה המקובלים בבתי כנסיות בכלל ובכותל בפרט, ועל יסוד הנימוקים הנזכרים לעיל יש בהתנהגות זו משום פגיעה ברגשות ציבור המתפללים כלפי הכותל המערבי, במובן התקנה".

סיכום של דברים

20. לא רק מכוחה של התקנה, אלא מכוחו, מרוחו וממטרתו של החוק, של דבר המלך משנת 1924, ולמעלה מכל אלה - ממסורת ישראל לדורותיה - כל אלה דורשים כי המתפללים בכותל המערבי יקפידו בראש ובראשונה על כללי ההתנהגות והנימוס הנוהגים במקום, באופן שלא תגרם פגיעה ברגשות המתפללים האחרים, או הפרה כלשהי של הסדר הציבורי.

רק בדרך זו, יוכלו ציבור המתפללים וכלל באי המקום לממש את זכות הגישה וזכות התפילה שלהם בהשקט ובבטחה וברוח הכבוד והיראה הנדרשת מהבאים בתחומיו.

בתוך אלה, באות אף העותרות, אשר, כאמור איש אינו מונע בעדן לבוא לכותל ולהתפלל בו בהשקט ובבטחה.

21. בנסיבותיה של עתירה זו והאירועים הכרוכים בה, אין לנו אלא לסיים בדבריו של מ"מ הנשיא, כב' השופט זילברג בפרשת חוגים לאומיים, ואשר טובים הם ויפים, בכל הכבוד, אף בעניננו:

"...נשוא העתירה הוא הר הבית, מקום המקדש, שכיית החמדה של ירושלים, ועל ירושלים נאמר (ב"מ, ל, ע"ב): 'לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה!'" פירושו של דבר, וכך יש להבין לדעתי את ההסבר התלמודי שם: ישנם ערכים כל כך נעלים, נעלים על הכל ודוחים את הכל, עד ששיקולי גמישות ופרגמטיות של ה'לפנים משורת הדין' או 'לפנים משורת החוק' עדיפים לגביהם מן הקו הנוקשה, הבלתי גמיש של הדין או החוק. (שם בעמ' 159).

22. לכתב תשובה זה מצורפים תצהיריהם של הרב מ. י. גץ הממונה על הכותל המערבי ושל המנהל הכללי של המשרד לענייני דתות - לאימות העובדות המפורטות לעיל בכתב תשובה זה.

23. אשר על כן, ועל יסוד כל האמור לעיל, יבקשו המשיבים לטעון כי בית המשפט הנכבד לא יזקק לעתירה וידחנה מלפניו.

היום, י' בניסן תש"ן
5 באפריל 1990


נילי ארד
מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

אד/504

בג"צ 259/87

ב"ה, י' בניסן תש"ן
5 באפריל 1990

ת צ ה י ר

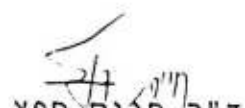
אני הח"מ, זבולון אורלב, מצהיר בזה לאמור:

1. אני המנהל הכללי של המשרד לענייני דתות ועושה תצהירי זה בתמיכה לעמדת המשיבים כי דין העתירה להדחות.
2. האמור בסעיפים 1, 2, 3, 14, 16, 17, 20, לכתב התשובה שהוגש מטעם המשיבים אמת.
והריני מצהיר כי האמור לעיל בתצהירי אמת.


זבולון אורלב

א י ש ו ר

אני הח"מ, ד"ר חיים חפץ, היועץ המשפטי של המשרד לענייני דתות מאשר בזאת כי ביום 4.90.5, הופיע בפני מר זבולון אורלב, המוכר לי, ולאחר שהזרתיו כי עליו להצהיר אמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו דלעיל.


ד"ר חיים חפץ
היועץ המשפטי
משרד הדתות

ת צ ה י ר

אני הח"מ, הרב מאיר יאודה גץ, מצהיר בזה לאמור:

1. אני משמש בתפקיד הממונה על הכותל המערבי, ואחד המשיבים לעתירה בתיק בג"צ 257/89 ואני עושה תצהירי זה בתמיכה לעמדת המשיבים כי דין העתירה להדחות.

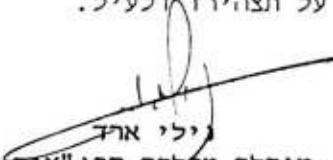
2. האמור בסעיפים 1, 2, 3, 15, 16, 20, לכתב התשובה שהוגש מטעם המשיבים אמת.

והריני מצהיר כי האמור לעיל בתצהירי אמת.


הרב מאיר יהודה גץ

א י ש ו ר

אני הח"מ, נילי ארד, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה מאשרת בזאת כי ביום 5.4.90, הופיע בפני הרב מאיר יהודה גץ, המוכר לי, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר אמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו דלעיל.


נילי ארד
מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

16/11

בשג"צ 312/89
בג"צ 257/89
קבוע:

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

ענת הופמן ואח'

ע"י עו"ד ה. קדש או א. גנור
מרחוב יפו 97, ירושלים

ה ע ו ת ר ו ת

נ ג ד

הממונה על הכותל ואח'

על ידי פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

ה מ ש י ב י ם

כתב תשובה

1. בקשה זו באה בגידרה של העתירה המקורית שהגישו העותרות בתיק בג"צ 257/89 - ומכוחה.

בעתירתן של העותרות נשמעה הטענה לפיה - לשיטתן:

"תפילת נשים יהודיות בכותל, בשקט ובנחת, בין אם עוסקות הן טליתות ובין אם לאו, בין אם קוראות הן בתורה ובין אם לאו, איננה 'הפרת הסדר הצבורי' ואיננה 'התקהלות בלתי חוקית'" (פרק ב' לעתירה, סעיף 8 עמ' 6).

2. נושא העתירה והצו-על-תנאי שיצא בעקבותיה היה, איפוא, אם וכיצד תתאפשר תפילתן של העותרות ברחבת הכותל כשהן קוראות בתורה או מתעטפות בטלית בעת תפילתן.

3. בהודעה שהוגשה מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, בתגובה לעתירה נאמר בין היתר, כי:

"עד אשר יגיעו העניינים נושא העתירה לכלל הסדר או הכרעה יתבקשו העותרות להמשיך ולקיים תפילות בכותל ככל שימצאו לנכון, כפי מנהגי התפילה המקובלים כיום במקום, לאמור - יתפללו בעזרת הנשים, בלא טליתות וספרי תורה" (סעיף 2(ג) להודעה).

"בכפוף לאמור לעיל, ידאגו הרשויות המוסמכות באזור רחבת הכותל המערבי (משטרת ישראל ורוב הכותל, הוא - "הממונה") לשמור על שלומן ובטחונן של העותרות כי לא תופרענה, בתפילתן ברחבת הכותל המערבי" (סעיף 3 להודעה).

4. משך הזמן אשר התבקש להגשת תצהיר התשובה, ואשר בית המשפט נענה לו, בהתחשב בנושא העתירה, נקבע עד ליום 31.12.89. פרק זמן זה, נדרש למשיבים כדי לשוב ולבחון מהן הדרכים ליישוב המחלוקת נושא העתירה, וכיצד ניתן להסדירה בדרך הנאותה והראויה.

5. אין, כמובן, כל מניעה שהיא כי העותרות - יתפללו ברחבת הכותל, כמוהן ככל מאות ואלפי המתפללים האחרים הבאים בתחומה.

ואולם, עמדת המשיבים היא כי בעשותן כן, שומה על העותרות שלא לחרוג ממנהגי התפילה המקובלים כיום במקום, אלא הקיימים והנוהגים בו מזה מאות שבשנים.

6. הכותל המערבי הינו "מקום קדוש" ויחסו של עם ישראל לכותל הינו "היחס החזק ביותר והאינטימי ביותר" (כדברי כב' מ"מ מקום הנשיא, כתוארו אז, השופט מ. זילברג, בבג"צ 222/68 חוגים לאומיים, פ"ד כד (2) 141, שם בעמ' 149 ד'-ה').

המשיבים רואים לעצמם, להבטיח בראש ובראשונה, כי יתקיימו דרישותיהם להבטחת "הסדר הציבורי והנימוס", אשר רק בכפוף אליהם, יובטח "מקום קדוש" דרך כלל, ורחבת הכותל המערבי בפרט,

"מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות" (סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967).

7. (א) על שהתרחש ברחבת הכותל עובר להגשת העתירה, נמצאנו למדים, מן האמור במכתבו של המנהל הכללי של המשרד לענייני דתות (להלן - המנכ"ל) מיום 7 במאי 1989.

מש/1 מצ"ב צילום הימנו - מסומן מש/1.

(ב) משנדונה העתירה למתן צו-על-תנאי בפני בית המשפט הנכבד, הוסכם על הצדדים כי עד אשר ימוצו ההליכים המשפטיים, ינהגו העותרות על פי מנהג המקום - ומחמת שנושא העתירה התמקד בעניין ספציפי, הודגשה בהודעה התייחסות לאותו עניין, דהיינו, תפילת הנשים כשהן קוראות בתורה ועטופות טליתות.

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

בעשותן כן, חרגו העותרות ממנהג המקום, ביודעין, כאשר לטענתן - ממלאות הן בכך אחר מנהגיהן הן בקהילותיהן.

8. על שהתרחש ברחבת הכותל מדי ראש חודש, למדים אנו ממכתביו של הרב מ. גץ, הממונה על רחבת הכותל המערבי.

(א) מש/2 במכתב מיום א' דר"ח תמוז תשמ"ט מתאר הרב גץ את ארועי אותו יום (מצ"ב צילום הימנו מסומן מש/2).

כך, למדים אנו, כי נעשתה פניה אישית לכל הנשים המתפללות בשפות עברית ואנגלית, בה התבקשה כל אחת מהן, בין היתר,

"לשמור על קדושת המקום שלא תופר חליה ואל נא תשני ממסורת הדורות של עמנו בשום ענין."

מש/2א' צילום מהפניה מצ"ב מסומן נספח מש/2א'.

במקביל נתן הממונה הנחיות ברורות לסדרניות:

"למנוע כל הפרה לכל אשה הבאה להתפלל ברחבת הכותל ולהגן עליה" ו"למנוע כל הפרעת הסדר הציבורי מכל צד שהוא."

מש/2ב' מצ"ב מסומן - מש/2ב'.

כל אלה לא הועילו, וכפי שמתאר הרב גץ במכתבו העותרות "פתחו בקולי קולות ולא רצו להפסיק". רק לאחר שניתנה הוראה להוציאן מחוץ לרחבה "נרגעו וסיימו את קטעי התפילה שלהן בשקט ועלו למדרגות הרובע לקריאת תורה".

(ב) במכתב מראש חודש מנחם אב התשמ"ט, מתאר הממונה, את שהתרחש באותו בוקר (מצ"ב צילום הימנו - מסומן מש/3).

על אף שהתבקשו "לשמור על הסדר ולכבד את מנהגי המקום", פתחו העותרות - במהלך תפילתן - בשירה "בקולי קולות".

לאחר שלא שעו לאזהרות להפסיק שירתן זו, "החלו הסדרניות להוציאן. ואז על פי אות מוסכם, התיישבו כולן בבת אחת על הרצפה והגבירו את קול השירה, בצורה פרובוקטיבית ביותר".

כתוצאה מכך, נאלץ הממונה "להורות על הוצאתן הפיזית אחת אחת, תוך בלימה בפתח על ידי סדרנים, למניעת חזרתן לשטח".

9. המנהל הכללי של משרד הדתות, נתן אף הוא דעתו לאירועים החמורים שהתרחשו ברחבת הכותל, ובטוי לעמדתו נמצא במכתבו מיום 3 באוגוסט 1989 אל הח"מ - מצ"ב צילום הימנו מסומן מש/4.

10. (א) המשיבים יבקשו לטעון, כי מזה למעלה מעשרים שנה, ביקרו ברחבת הכותל והתפללו בה מיליוני בני-אדם, כאשר מדי שנה נערכות כשלוש מליון כניסות לרחבה.

הבאים בשערי המקום נמנים על קהילות ישראל השונות והמגוונות, כמו גם מי שאינם יהודים. הכל נוהגים בכבוד המקום, ועל הכל חלה בראש ובראשונה החובה לשמור על הנימוס והסדר הציבורי.

(ב) בהתחשב במעמד הייחודי השמור לכותל המערבי ולרחבתו, מובנות רגישות המיוחדת של העותרים לכל התנהגות שיש בה, או שמשמעת הימנה, התרסה מכוונת ביודעין כנגד מנהג המקום, באשר תוצאתה המיידית - הפרת הסדר הציבורי.

(ג) הצהרת המשיבים והתחייבותם בעינה עומדת.

כל עוד ינהגו העותרות על פי מנהגי המקום ובגידרם, תשמר זכותן להתפלל במקום, ללא הפרעה, בין כל שאר המתפללים, גברים ונשים, הפוקדים את רחבת הכותל המערבי מידי יום ביומו.

(ד) אין לנו אלא לסיים, בתקווה כי העותרות יתרמו חלקן להשכנת שלום, בדרכי שלום ונועם, ברחבת הכותל המערבי שהיא מנשמת אפו של העם היהודי בדורותיו, ובעצה אחת עם המשיבים יתרמו להרגעת הרוחות ולשמירה על קדושת המקום, ועל הנימוס והסדר הציבורי במהלך התפילות שהן מקיימות.

היום, באב תשמ"ט
באוגוסט 1989

נילי ארד
מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה