

## על זכויות אדם וסדרי תפילה בכותל

רות גביזון

### מבוא – מסד לאמנה חדשה בין זרמים יהודיים בענייני דת ומדינה

הטיפול בעניין תפילת הנשים ברחבת כותל המערבי המוצג כאן הוא חלק ממפעל רחב, המנסה ליצור מסד לאמנה מקיפה במכלול הסוגיות המפלגות יהודים בענייני דת ומדינה. הניסיון התגבש ביוזמת ישראל הראל. הוא היה מבוסס על דיאלוג אינטנסיבי בין שני אנשים – הרב יעקב מדין משיבת הר עציון שבאלון שבות, ואנוכי. בשנה הראשונה נעשתה העבודה במסגרת מכון הרטמן בירושלים, שאירח גם את קבוצת הביקורת שבפניה הוצגו ההסכמות שהושגו. בשלב השני נעשתה העבודה על המסמך במסגרת מרכז רבין לחקר ישראל. החיבור נחתם בקיץ תשס"א, ואנו מקווים כי יעשה מאמץ להשתמש בו כזרז לדיון ציבורי בסוגיות הנדונות בו. המסמך כולל, בנוסף להצעות מוסכמות ומפורטות בנושאים כגון שבות, רישום, גיור, נישואין וגירושין, שבת, כשרות, קבורה, מועצות דתיות, צה"ל, גם הקדמה משותפת על מטרות המפעל, ושתי הקדמות אישיות מפורטות, שבהן מוצגת תפיסת העולם של המשתתפים הן לגבי הסוגיות והן לגבי עצם הניסיון להגיע להבנות מקיפות.<sup>1</sup>

\* היוזמה להרחיב את הדיון בסוגיה זו למאמר הייתה של יוסי דוד, שהרים תרומה חשובה לרוחב היריעה ולמבנה הטיעון. אני מודה לשלומית וגמן על עזרה במחקר. מאמר זה מבוסס על גרסת אוגוסט 2001 של האמנה. הפרק הסופי באמנה עצמה כולל תוספות ושינויים.  
1 רות גביזון ויעקב מדין, מסד לאמנה חדשה בין חופשיים ושומרי מצוות בישראל, תשס"ב.

מטרתנו לא הייתה **לגשר** על ההבדלים בין ההשקפות השונות. שנינו סברנו כי אי אפשר לגשר ביניהן, שכן הנחות היסוד העומדות ביסוד ההשקפות השונות אינן מתיישבות זו עם זו. מחויבותנו לאמנה נובעת מן ההכרה המשותפת כי דווקא כאשר ההבדלים בין השקפות החיים עמוקים ובלתי ניתנים לגישור, חובה היא לנסות למצוא מסגרת פוליטית משותפת שבהן תוכלנה הקבוצות לפעול להשגת יעדים משותפים.

נקודת המוצא הערכית-הפוליטית הייתה ההסכמה על כך שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. הוסכם גם כי יש להגן בה על חופש הדת של המאמינים, על כל זרמיהם, ועל החופש מדת של אלה שאינם שומרי מצוות. המפעל הזה אינו עוסק במכלול הנושאים הכרוכים בשניות שבין יהודיות ובין דמוקרטיה, אלא רק בנושאים הקשורים למתחים בין יהודים, על כל קשת תפיסותיהם, לגבי המשמעות של יהדותם. אין פה חלוקה בין שתי גישות, אלא קשת רחבה של גישות אפשריות. בצדה האחד עומדות גישות חרדיות א-ציוניות ואף אנטי ציוניות, היא עוברת דרך מכלול גישות ציוניות של אורתודוקסים, מסורתיים, לא אורתודוקסים וחילוניים, ומגיעה אל יהודים חילוניים שהם א-ציוניים או אף אנטי-ציוניים. בדרך הטבע, דיאלוג בין שניים משקף בצורה המלאה ביותר את עמדותיהם – עמדה ציונית-דתית אורתודוקסית ועמדה ציונית חילונית ליברלית. אולם המחויבות שלנו היא להסדר שצריך להיות קביל על חסידי כל הגישות כולן. הגישה לפתרון המחלוקות במתח הזה מקבלת על עצמה, מראש, הכרה בעומק האמונה של שומרי מצוות, על כל זרמיהם, במה שמתחייב – לדעתם – מאמונתם הדתית, בצד כיבוד רצונם של מי שאינם שומרי מצוות לנהל את חייהם על פי ערכיהם ואמונתם, ולא להיות כפויים לשמור מצוות. חופש דת כזה אינו יכול להתיישב עם מונופולין משפטי לזרם זה או אחר, שייפגע בחופש הדת של המשתייכים לזרמים אחרים. עם זה, חופש מדת יכול בהחלט להתיישב עם רצונו של הציבור היהודי-החילוני לשמור על מאפיינים יהודיים של הפרהסיא בישראל כחלק מתרבותו הייחודית. הציבור היהודי שאינו שומר מצוות יכול גם להסכים כי על מנת לשמור על שותפות אפשרית באורחות חיים יינקטו צעדים המאפשרים לשומרי מצוות אורתודוקסיים להשתתף במסגרות עם כאלה שאינם שומרים מצוות (כגון הבטחת

כשרות מטבחים משותפים). במקרה כזה, שימור של יסודות מן המסורת הדתית אינו חייב להתנגש בעיקרון של החופש מדת.

גישה זו הכתיבה את מבנה המסמך שהתגבש. לגבי כל אחת מן הסוגיות שנבחנו, אנחנו מציעים הסדר משותף ומוסכם. שנינו, כל אחד מנקודת המבט הייחודית שלו, מוכנים להגן על ההסדר המוצע במונחים שלנו. אני רואה ביכולתנו להגיע להצעות משותפות כאלה, גם בנושאים טעונים ושנויים מאוד במחלוקת, אחד ההישגים החשובים של המפעל. בצד ההסדר המשותף, שעליו הסכמנו ומאחוריו אנחנו עומדים, כתב כל אחד מאתנו דברי הסבר. בהרבה מקרים הנחות היסוד שלנו, כמו התקוות שלנו מן ההסדר המוצע, שונות. לעתים קרובות אנחנו מסבירים ומצדיקים את ההסדר, מתוך דאגות שונות ומתוך הדגשים מנוגדים. ודאי שאנחנו עושים את הדבר מתוך עולם שונה של מקורות ושל אסמכתאות. שוב, בעיניי מבנה זה הוא אחד מנקודות החוזק של המפעל המשותף שלנו.

מבחינתי, כמי שיש לה מחויבות להגנה על זכויות האדם הבסיסיות, והמאמינה כי הן אוניברסליות וקודמות למשפט הפוזיטיבי של המדינה, המפעל הזה חייב הבחנה מדוקדקת בין עניינים שנדרשים על ידי ההגנה על זכויות האדם – שעליהם איני יכולה להתפשר, ואשר ההגנה עליהן היא עניין שאנשים זכאים לו בלי קשר לשאלה אם החברה שלהם מכירה בזכותם – ובין הסדרים שאני רוצה לקדם אותם מפני שהם נראים לי עדיפים על הסדרים חלופיים. אחת הבעיות של המתחים והמחלוקות בנושאי דת ומדינה בין יהודים בישראל היא כי מקובל על כל הצדדים להציג כמעט כל עמדה שלהם כנובעת מזכויות האדם הבסיסיות.<sup>2</sup> מכיוון שכך,

---

2 אין זה מפליא כי נטייה זו ניכרת יותר אצל חילוניים ואצל לא אורתודוקסים, שמחויבות לזכויות אדם היא חלק טבעי ממערכת הערכים שלהם. אורתודוקסים נוטים יותר להדגיש את ההסדר הפוליטי-החוקי ואת הנורמות הדתיות ההלכתיות על פי פירושם, ואם הם מציינים זכויות אדם – הם מתבססים על הזכות לחופש דת, שהיא הדרך לבסס את טיעוניהם בפני בתי המשפט של המדינה.

תביעה זו אינה כפופה כלל למשא ומתן פוליטי, וראוי להכיר בה ולתת לה הגנה.<sup>3</sup> מבחינה מוסדית, הטענה היא כי ההגנה על זכויות אלה יכולה להיעשות בפשטות בבית המשפט, בלי קשר להסדרים מנהליים או חקיקתיים שאומצו בחברה. אני סבורה כי הרחבה זו של מה שנובע מזכויות האדם היא מטעה ומסוכנת, שכן היא שוללת מן המערכת הציבורית-הפוליטית את הכוח להסדיר חלק גדול מדי מן העניינים השנויים במחלוקת בין קבוצות בחברה באופן המביא בחשבון את הרגישויות והאינטרסים של הצדדים. היא גם מעבירה נושאים סבוכים, שראוי שהמאבק עליהם יתנהל ויוכרע בזירה הציבורית, להכרעה בבית המשפט העליון (או, להבדיל, בערכאות דתיות למיניהן). לטעמי, הדבר מחליש הן את בית המשפט הנעשה שנוי במחלוקת ונתפש כשחקן פוליטי אחד מרבים ולא כבורר מוסמך על פי כללי המשחק המוסכמים – והן את החברה האזרחית כולה.

בחרתי להדגים בפניכם את הגישה הכללית הזאת בדיון בנושא של הסדרת התפילה ליד הכותל המערבי, נושא שמעורר מחלוקת רצינית בציבור הישראלי. המחלוקת הזאת חותכת גם את הציבורים עצמם. יש שומרי מצוות, אורתודוקסים ושאינם אורתודוקסים, הרוצים בהכרה בזכותן של נשות הכותל להתפלל לידו כדרך, ויש גם לא אורתודוקסים וחילוניים שאינם סבורים כי ראוי להכיר בזכות זו. בנוסף, נושא זה מחדד גם את ההיבט **המוסדי** של הכרעות כאלה: הוא הוכרע כבר פעמיים בבית המשפט הגבוה לצדק, והוא תלוי ועומד בו עתה פעם נוספת. אני מקווה כי הדיון הזה ישיג שלוש מטרות: ידגים את הגישה הכללית שהנחתה אותי, יבהיר את הכוח וכמה מן המגבלות של שיח המתאר מחלוקות במונחים של זכויות אדם,

3 חשוב לציין כי יש כאן דמיון מבני בין עמדות אורתודוקסיות ובין עמדות של אלה המחויבים לשיח זכויות האדם. שניהם סבורים כי יש הגבלה תוכנית על כוח החקיקה של מוסדות אנושיים, לרבות הכנסת. אלא שהאורתודוקסים סבורים כי ההגבלה הזאת נובעת מן ההלכה על פי פירושם, בעוד לא אורתודוקסים סבורים כי ההגבלה נובעת מזכויות האדם או מעקרונות אוניברסליים. זאת הסיבה שלמרות הדמיון המבני בין הטענות – יש פה הטיה מובנית של בתי המשפט של המדינה כלפי טענותיהם של החופשיים והלא אורתודוקסים. הדרך לתקן את ההטיה הזאת, במידה שתיוקן כזה מוצדק, היא באמצעות מתן פירוש רחב לחופש הדת.



ובכך ירים תרומה מסוימת להבהרת הדיון הציבורי בנושא התפילה בכותל המערבי. אביא תחילה את ההצעה המשותפת. לאחר מכן אסביר מה משמעותה בעיניי ומדוע אני תומכת בה. בעיקרו של דבר, אלה הם דברי ההסבר המופיעים מטעמי בחוברת של האמנה המוצעת. אלא שהדברים מופיעים שם כחלק מחיבור כולל. אני מצרפת להסברים כאן יסודות המופיעים בחיבור הרחב יותר בהקשר אחר, על מנת שהחיבור הזה יוכל לעמוד טוב יותר בזכות עצמו.<sup>4</sup>

#### א. תפילה ברחבת הכותל – הצעה משותפת

1. רחבת הכותל המערבי והאזור הסמוך לה הוא אתר בעל משמעות דתית ולאומית ליהודים.
2. יש לאפשר גישה לרחבת הכותל למעוניינים בכך, בד בבד עם שמירה על הסדר הציבורי ועל כללי התנהגות התואמים את אופיו של המקום.
3. הסמכות להכריע לגבי התנהגות התואמת את אופיו של המקום תופקד בידי אדם או גוף שיוסמכו על ידי השר לענייני דתות והשר לביטחון פנים. במקרה של מחלוקת, יכריע לגבי הפקדת הסמכות ראש הממשלה.
4. הרשות המוסמכת תפעל מתוך רגישות לשלום הציבור ולחופש הפולחן והדת של הכל. אין בהחלטות אלה משום נקיטת עמדה לגבי הלגיטימיות של סגנון תפילה או צורת התנהגות אלה או אחרות. החלטות הגוף המוסמך לעניין זה לא תהיינה נתונות לביקורת שיפוטית.

למען הסר ספקות מודגש כי החלטה של הרשות המוסמכת, כי רחבת התפילה הנוכחית של הכותל תיחשב כבית כנסת הנוהג לפי מנהגים אורתודוקסיים, אינה פוגעת באופן בלתי מוצדק בחופש הפולחן של מי שחפץ להתפלל בדרך אחרת.

4 בעיקרו של דבר, אני מצרפת לדיון הזה כמה קטעים הלקוחים מן ההקדמה הכללית לגבי מהות שיח זכויות האדם ומגבלותיו, ולגבי השלכות המוסדיות של שיח זכויות.

הצעה אפשרית, לדעתנו, היא הבחנה בין החלק הקדמי של רחבת הכותל, המשמש כיום כבית כנסת, שבו ניתן לדרוש תפילה כמנהג המקום (האורתודוקסי), ובין החלק המרוחק יותר שלה, שבו מתקיימים טקסי ההשבעה של צה"ל, ואשר בו ניתן גם לקיים תפילות בנוסחים אחרים. אולם, להצעה זו שלנו אין ייחוד, שכן עיקרה של ההכרעה הוא בכך שתתקבל במנגנון נכון של קבלת החלטות, שייקח בחשבון את השיקולים כולם.

### ב. הסבר ראשוני: הסדרה באמצעות הסמכה לעומת הסדרה מהותית

תגובתם של רבים – בעיקר מבין אלה שאינם מצדדים בהמשכו של הסטטוס קוו – להסדר המוצע, היא של אכזבה גדולה. הניסוח מסובך, ולא ברור ממנו מה בעצם מוצע כאן. אחרי שמתעמקים ומנסים להבין, נראה כי לא עשינו דבר – העברנו את הסוגיה הנוקבת להכרעת רשויות פוליטיות, ועוד קבענו כי היא אינה כפופה לביקורת שיפוטית. אנחנו מסתתרים תחת הוראות מורכבות, אך בעצם מגבים את הסטטוס קוו האורתודוקסי, ומונעים מנשות הכותל לממש את זכותן להתפלל כדרך ליד הכותל, כמצוות בית המשפט. נראה אפוא כי יש פה מיקח טעות שלם.<sup>5</sup>

אכן, ההסדר המוצע אינו נוקט עמדה מפורשת, לגופו של עניין, לגבי השאלה הספציפית אם מותר לנשות הכותל (או לכל קבוצה אחרת) להתפלל בכותל כדרך. הוא קובע רק כי יש חובה לאפשר גישה כללית למקום, וכי אפשר להגביל את מה שניתן לעשות בו משיקולי סדר ציבורי או משיקולים הקשורים לאופיו של המקום. זה כשלעצמו אינו מפתיע. הסדר כללי ממילא אינו יכול להסדיר כל אירוע או כל תביעה מסוימת. אלא שבנושאים שנויים במחלוקת, ברור כי זהות מקבלי ההחלטות תשפיע על תוכן ההחלטה. ואכן, ההסדר המוצע מטפל בצורה מפורשת בזהות מקבלי ההחלטות. נקבע כי מקבלי ההחלטות ייקבעו בהסכמה על ידי שר הדתות

5 ראו, למשל: אוריה שביט, 'שלום חבר', מוסף הארץ, 13 באפריל 2001.

(בגלל החשיבות הדתית של הכותל) ועל ידי השר לביטחון פנים (בשל הרגישות של המקום והחובה להתחשב בשיקולי סדר ציבורי). אם אלה לא יוכלו להסכים – תוטל האחריות להסמיך את המחליט על ראש הממשלה, שבידו הראייה הכוללת של המצב. בעינינו, עדיפה החלטה כזאת על חקיקה. אולם, אם לא יהיה מנוס צריך שההסדר ייקבע בחוק. נקבע גם במפורש כי בג"ץ איננו המוסד המתאים להכריע בסוגיה זו.

המשמעות של ההסדר המוצע, מבחינתי, היא כי פרט לזכות לגישה לכותל, אין כאן נושא המוכתב ומוגדר על ידי שקלול ידוע מראש של זכויות אדם. מכיוון שברור כי ישנן תפיסות שונות לגבי מה ראוי לעשות בכותל, כל החלטה מהותית עלולה להיראות מקוממת לחלק מן האוכלוסייה. במצב כזה הדרך הנכונה לחיים משותפים היא להסכים על זהות מקבל ההחלטות. המאבק על ההסדר הראוי יהיה אפוא מאבק על מי שייבחר כמקבל ההחלטות. להסדר כזה יש שני יתרונות בולטים: ראשית, הוא מאפשר סיום יעיל של המחלוקות. שנית, להחלטה שתתקבל אין משמעות נורמטיבית עצמאית, הנגזרת **מתוכנה**. זו אינה ההחלטה הנכונה או הראויה, והיא אינה נותנת לגיטימיות לצורה זו או אחרת של התנהגות. זו פשוט ההחלטה **המוסמכת**, והצורך בקבלת החלטה מוסמכת מקובל על הכל. הוויכוח על ההחלטה הראויה יוכל להימשך כוויכוח ציבורי, תוך כדי ניסיון להשפיע על מקבלי ההחלטות לקבל את ההחלטה הנראית לצדדים כראויה.

אם תתקבל החלטה כי רחבת התפילה הנוכחית שליד הכותל תתפקד תמיד כבית כנסת אורתודוקסי, תוכלנה כמובן נשות הכותל, או כל קבוצה אחרת, להמשיך במאבקן הפוליטי והציבורי לשנות קביעה זו. אם, לעומת זאת, תתקבל החלטה לאפשר לנשות הכותל תפילה כדרך בזמנים מסוימים – לא תהיה זו אמירה כי דרכן היא לגיטימית מבחינה דתית. כך או כך, מדובר כאן בהסדרה פוליטית, לא דתית, של כללי התנהגות במקום קדוש ורגיש. גם המאבק על שינוי ההחלטה, שצריכה להיות רגישה לשינויי העתים, צריך להיות מאבק ציבורי ופוליטי.

לטעמי, רק דרך זו של החלטה נמנעת באמת מפגיעה בחופש הדת או בחופש מדת,

ורק בה אין בהכרעה אמירה של לגיטימציה או של דה-לגיטימציה של דרכי פולחן מסוימות ביהדות. שכן רק בדרך זו מופקדת ההחלטה בידי גורמים פוליטיים, ולכן אין במנגנון ההכרעה, ככזה, הכרעה בשאלות פנים-דתיות. יתרה מזו, מכיוון שמנגנון ההכרעה הוא פוליטי – אנחנו מונעים את ההצגה של ההכרעה הנכונה בסכסוך כעניין הנובע חד-משמעית מן הדת עצמה, כפי שהיא נראית לזה או לאחר. או כעניין הנובע, ללא שיקול דעת נוסף, מתפישה ראויה של זכויות האדם. השאלה היא שאלה שראוי שהחברה תכריע בה לפי מה שמתאים לה, ומנגנון ההחלטה הפוליטי הוא זה המתאים ביותר לצורך זה.

צריך להודות כי בהקשר הישראלי יש בהחלטה זו קושי, שכן שר הדתות הוא תמיד אדם אורתודוקסי, ובשנים האחרונות אף נציגה של מפלגה חרדית. שיקולי סדר ציבורי תמיד יביאו להעדפה להימנע מאירועים המעוררים תסיסה ודורשים אבטחה. ראש הממשלה בדרך כלל פועל מתוך שיקולים קואליציוניים, והוא תמיד צריך לזכור כי גורלו עשוי להיות תלוי בעמדות הגוש האורתודוקסי. לכאורה, הצענו מנגנון החלטה פוליטי ונייטרלי, אולם למעשה אנחנו מעגנים בהמלצה את הסטטוס קוו האורתודוקסי.

שתי תשובות לטענה זו. שתיהן אינן מספקות באופן מלא. התשובה הראשונה היא כי המציאות הפוליטית אמנם כוללת כוח פוליטי רב לאורתודוקסים, אבל היא כוללת גם רוב לא אורתודוקסי. כאשר רוב זה עומד על זכויותיו – אי אפשר להתעלם ממנו. נכון שנושא תפילת נשות הכותל אינו נהנה, בהכרח, מתמיכה פוליטית גדולה. אבל המעמד של הכותל אינו רק עניין לנשות הכותל. יש רוב גדול בציבור היהודי בישראל, כולל בציונות הדתית, המתנגד באופן נחרץ למונופולין אורתודוקסי על כל רחבת הכותל, כך שכולה תהפוך לבית כנסת. הוא חפץ בשיקוף העובדה כי הכותל הוא אמנם אתר דתי, אבל הוא גם אתר לאומי בעל חשיבות ראשונה במעלה. רוב זה חפץ בכך שרחבת הכותל במובן הרחב תהיה מקום שניתן יהיה לערוך בו טקסים ממלכתיים, לאומיים או צבאיים מגוונים. במילים אחרות, יהיה רוב פוליטי ניכר שיבקש לשמר את הסטטוס קוו הקיים ולפיו רחבת הכותל, במובנה הרחב, איננה בית כנסת אורתודוקסי. עמדה זו משותפת, כאמור, לציונות

הדתית ולציבור הלא אורתודוקסי כולו. דווקא עמידה על זכותן של נשים להתפלל בכותל כדרכן עלולה להביא, כתגובת נגד, לשחיקה בסטטוס קוו הזה לטובת ראיית כל הרחבה כבית כנסת אורתודוקסי. פשרה של חלוקת רחבת הכותל, מבחינה מרחבית, לבית כנסת אורתודוקסי (שלא צריך בהכרח למצות את כל החלק הראוי לגישה של הכותל עצמו) ולרחבה יהודית-לאומית פתוחה, פשרה כזאת עשויה להיות נכונה יותר מאשר התעקשות על פשרה ברחבת התפילה עצמה. שנית, גם אם הוצאתו של בג"ץ מן התמונה אינה אופטימלית, השארתו בתמונה כחרב מתהפכת טובה עוד פחות. אשוב לשתי נקודות אלה בהמשך.

### ג. ייחוד הנושא של תפילה ליד הכותל: ייחוד עקרוני ורקע משפטי-ציבורי

מבחינה עקרונית, לא הייתי רואה צורך מיוחד להתייחס לנושא זה. הגישה למקום מסוים, מיוחד וקדוש ככל שיהיה, היא עניין פוליטי רגיל. אלא שבישראל נהיה נושא הגישה לכותל וצורות התפילה בו טעון ושנוי במחלוקת עמוקה דווקא בשל ייחודו של הכותל במסורת הדתית והלאומית. בשל ייחוד זה הוא הפך הזדמנות לחידוד סוגיות כלליות ביחסים בין יהודים הן לגבי מעמדן של נשים ביהדות, והן לגבי היחס בין צורות פולחן אורתודוקסיות ואחרות. כידוע, יש נקודות מפגש בין שתי הסוגיות: אחד מן ההבדלים בין הזרמים ביהדות נוגע גם למעמד הנשים בה. הן הקונסרבטיבים והן הרפורמים מקיימים תפילות מעורבות, ובשני הזרמים מותר לנשים למלא תפקידים דתיים. אלא שהתעוררות לגבי מעמד הנשים, ורצון לשנות כמה מן הכללים האורתודוקסיים בנושא זה, קיימים גם בתוך היהדות האורתודוקסית. והראיה, כי בין נשות הכותל נמצאות גם נשים אורתודוקסיות. ומכיוון שכך, כל הנשים האלה, גם הלא אורתודוקסיות שביניהן, מקבלות על עצמן, לצורך המאבק הזה, את עקרון התפילה הנפרדת. בנוסף, יש הרואים במאבקן של נשות הכותל מאבק על דחיית המונופולין הדתי-האורתודוקסי על מקום האמור להיות משותף ליהדות על כל צורותיה, דתיות ולא דתיות כאחד.

ייחוד זה של הכותל מצדיק בעיני נשות הכותל את מאבקן לכך שתורשינה להתפלל

כדרך דווקא בו (ולא, למשל, בבתי כנסת אורתודוקסיים חשובים כגון היכל שלמה). ראשית, הכותל המערבי, להבדיל מבתי כנסת או מוסדות אחרים, הוא מקום ציבורי. מונופולין אורתודוקסי למקום ציבורי פירושו הדרה או הכשרה של הדרה של אחרים, בעוד שהסכמה כי במקומות פרטיים מסוימים תהיה שליטה אורתודוקסית היא חלק מחופש הדת וחופש ההתאגדות של קהילות אורתודוקסיות. שנית, הכותל הוא מקום מרכזי במורשת היהודית על כל צורותיה, לאו דווקא הדתיות. לכן הדרה של צורות פולחן יהודיות מסוימות מן הכותל משמעה חמור יותר מהדרה כזו בהקשרים מרכזיים וייחודיים פחות. מה שלא ניתן לעשות בבית כנסת אורתודוקסי, לפי טענה זו, הוא רק בניגוד ליהדות על פי פירושה האורתודוקסי הנוכחי. זרמים לא אורתודוקסיים, או קולות אורתודוקסיים חריגים, יכולים לחיות עם קביעה זו בשלום. מה שאי אפשר לעשות בכותל המערבי, ייטען, מוצג כלא שייך ליהדות על כל צורותיה וזרמיה. אף אם אין לנשות הכותל זכות להתפלל כדרך בכל מקום ובכל זמן – יש להן זכות להתפלל כדרך במקום כה ייחודי וחשוב למסורת ולמורשת היהודית.

באופן מעשי, המחלוקת הציבורית התרכזה, בינתיים, בשני נושאים: תפילות מעורבות של גברים ונשים על ידי קהילות רפורמיות וקונסרבטיביות, ותפילה של 'נשות הכותל', קבוצה המורכבת מנשים מכל הזרמים, הרוצות להתפלל בעזרת הנשים של הכותל על פי דרך – עטויות בכיפות ובטליתות, קוראות בספרי תורה בקול רם, תוך כדי שירה וריקודים. יש מחלוקת בשאלה מה עמדת ההלכה לגבי תפילה כזו. אולם לצרכי אין צורך להיכנס למחלוקת זו, ולא אנסה לעסוק בכך. מוסכם גם כי שני הנוהגים האלה חורגים בבירור ממנהגי התפילה האורתודוקסית והחרדית כפי שהתגבשו במקום בשנים האחרונות.<sup>6</sup> ניסיונות של נשות הכותל או

6 צריך להדגיש הבדל בין מנהגי התפילה של נשות הכותל, המכבדות את עקרון הפרדה בין נשים וגברים, ובין מנהגי התפילה של הזרמים הלא אורתודוקסיים, המתירים תפילה משותפת. דווקא לגבי תפילה משותפת נראה כי מנהג המקום התפתח 'לטובת' הפרדה רק בזמן האחרון. תמונות של תפילות יהודים ליד הכותל מלפני קום המדינה מגלות את העדרה הבולט של מחיצה. נראה כי כך היה המצב גם בשנים הראשונות לאחר מלחמת ששת הימים. הדבר ביטא את העמדה כי הכותל משמש מקום לתפילה

של לא-אורתודוקסים להתפלל כדרכם ברחבת הכותל נזקקו בעבר לאבטחת משטרה, בשל התנכלויות של מתפללים חרדים.

שלב נוסף בפרשה החל כאשר נשות הכותל עתרו לבג"ץ. בהחלטה הראשונה, משנת 1997, פסק בית המשפט כי עקרונית יש לנשות הכותל זכות לחופש הפולחן, אולם יש לחפש דרך למימוש הזכות כך שלא תפגע יתר על המידה ברגשות המתפללים (זו הייתה עמדתו של הנשיא דאז, מאיר שמגר. השופט מנחם אלון סבר כי הכותל צריך להיראות כבית כנסת אורתודוקסי, בעוד השופט שלמה לוין סבר כי יש להוציא לאתר צו המחייב את הרשויות לדאוג לסידורי תפילה עבורן).<sup>7</sup> בינתיים נמצאה פשרה בין הממשלה והלא-אורתודוקסים, לפיה הלא-אורתודוקסים יתפללו תפילה מעורבת באתר הסמוך לכותל אך מחוץ לרחבת התפילה המוסדרת (קשת רובינסון). תפילה כזאת התקיימה ללא הפרעה. מצד שני, המו"מ בין הממשלה ובין נשות הכותל לא התקדם. בינתיים הן ממשיכות להתפלל במקום בראש חודש, ובדרך כלל הן מתפללות כמנהג המקום. נציגי הממשלה הציעו מקומות שונים פרט לרחבת הכותל, ואלה לא נתקבלו על דעתן של הנשים. בקיץ 2000 פסק בג"ץ בעתירה, פה אחד; בהחלטה זו פירש בג"ץ את פסק הדין הקודם כקובע כי יש לנשים זכות להתפלל ליד הכותל עצמו, וכי כל מה שצריך לארגן הוא ההסדרים לכך. בג"ץ העניק לממשלה פסק זמן של שישה חודשים לדאוג להסדרי אכיפה.<sup>8</sup>

---

אישית, ואינו מתפקד כבית כנסת. בשנים האחרונות הוכרזה רחבת הכותל כבית כנסת ממש. צריך לציין כי ישנה 'התרחבות' איטית של מנהגי הפרדה בין המינים גם לרחבה כולה. כך, למשל, בתפילות ט' באב תשס"א היה ניסיון לאכוף הפרדה גם בחלק האחורי של הרחבה.

7 בג"ץ 257/89; 2410/90 הופמן נגד המדינה על הכותל המערבי פ"ד מח (2) 345. אשוב לכמה נקודות בפסק הדין הזה בדיון שלמטה. כאן אציין רק כי השופט לוין תוקף לא רק את המונופולין האורתודוקסי על דרכי הפולחן ברחבת התפילה, אלא את המונופולין הדתי על רחבת הכותל כולה.

8 בג"ץ 3358/95 הופמן ושות' נגד מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואחרים פ"ד נד (2) 345 (החלטה מ-22.5.00).

כתגובה הוצעו בכנסת תיקונים לחוק. הצעה אחת מגדירה את הכותל כבית כנסת אורתודוקסי, ואילו אחרת יוצרת עברה פלילית שדינה שבע שנות מאסר אם אישה תעטה טלית ברחבת הכותל.<sup>9</sup> לא נראה כי יש חשש אמיתי שהצעות אלה תהפוכנה לחוקים, אולם הן שידרו מסר כי המפלגות הדתיות והחרדיות אינן מתכוונות לקבל בשתיקה את החלטת בג"ץ בעניין. בד בבד נשמעו בציבור קולות מגוונים כלפי החלטת בג"ץ. יש כאלה ששיבחו אותה על שהיא עומדת על משמר הפלורליזם הדתי ומעמד הנשים, ואחרים סברו כי יש בה שוב ראייה לעמדתו האקטיביסטית מדי של בית המשפט ולהטייתו האנטי-דתית. בינתיים נקבע העניין לדיון נוסף בבג"ץ, ודיון כזה אמור להתקיים בפני הרכב מורחב, בסתיו 2001.

שתי שאלות מתעוררות כאן. ראשית, האומנם יש לנשות הכותל זכות להתפלל כדרכן דווקא ליד הכותל? שנית, האם נכון כי קביעה מסוג זה תיעשה על ידי בית המשפט? שתי השאלות קשורות זו בזו. אם יש לנשים זכות להתפלל ליד הכותל עצמו, המוסד המתאים להכרזה על הזכות ולאכיפת הרשויות לדאוג למימושה, הוא אכן בית המשפט. אם זה המצב – הצעתנו אינה במקומה, שכן היא אינה נותנת הגנה נכונה לזכות קיימת. ההגנה על זכויות האדם מפני רשויות השלטון ומפני התאנותם של פרטים או קבוצות הוא אחד מתפקידי הייחודיים של בית המשפט דווקא. לעומת זאת, אם שאלת ההסדר הנאות של התנהגות ליד הכותל אינה מוכתבת בבירור על ידי שיח הזכויות – מן הראוי שההסדרה של הנושא לא תיכפה על ידי בית המשפט לבדו.

בשלב זה אציין רק כי למרות שהמאבק שנמצא היום בדיון הוא זה של נשות הכותל, קשה להניח שהוא לא יורחב – אם הן תזכינה בעתירתן – גם לזרמים לא אורתודוקסיים. אם יש לנשות הכותל זכות חזקה להתפלל בכותל כדרכן, לא ברור מדוע לא תוכר זכות דומה, במגבלות דומות של זמן, גם לקבוצות אחרות הרוצות להתפלל או לפעול בכותל בצורה הנראית בעיניהן ביטוי ליהדותן.

9 הצ"ח פ/1176 של דוד אזולאי ואח' מיום 23.1.2000; הצ"ח פ/1794 של יעקב ליצמן ואח' מיום 1.6.2000.



#### ד. האם יש לנשות הכותל זכות להתפלל כדרכן ליד הכותל?

הטענה לקיומה של זכות כזאת מתבססת על צירוף של כמה זכויות: זכות לגישה למקומות קדושים, זכות לחופש הפולחן ולחופש הביטוי, וזכות לשוויון בין גברים ובין נשים. התשובה לשאלה תהיה תלויה בנייתוח של ההיקף של זכויות אלה, ובנייתוח של הטעמים המקובלים כמצדיקים הגבלות מוצדקות על זכויות.

#### ד.1 מושכלות ראשונים

ראוי להזכיר כאן כמה מושכלות יסוד לגבי שיח זכויות בכלל. זכויות האדם מבטאות אינטרסים אנושיים יסודיים ובסיסיים, שיש בהם משום הגבלה חמורה על חירות ההסדרה של חברות כלפי הפרטים בתוכן. יש כמובן מחלוקת על זיהוין של זכויות אלה, אולם ישנה הסכמה רחבה למדי על אלה הכלולות, למשל, בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם של האו"ם. הזכויות לחופש דת וחופש הפולחן כלולות ביניהן. כך גם הזכות הכללית לחופש התנועה. זכות הגישה למקומות קדושים, לעומת זאת, אינה מצוינת בהכרזה במפורש. אין זה מפני שאינה חשובה, אלא מפני שהיא נגזרת מן הזכות לחופש התנועה ולחופש הפולחן.

גם בהכרזה האוניברסלית, ובוודאי בחוקים המעניקים הגנה לזכויות בתוך שיטות משפט קיימות, זכויות האדם אינן מוחלטות. יש חוקים או חוקות המפרטים טעמים המתירים הגבלה של זכויות אלה, ויש מסמכים שאינם עושים זאת. אלה גם אלה זוכים לפרשנות. אבל העיקרון הוא, כי עם כל חשיבותן של זכויות, יש מקרים שבהם ההגנה המלאה עליהן מתנגשת עם הרצון להגן על אינטרסים לגיטימיים אחרים, כגון סדר ציבורי או ביטחון, או עם הרצון להגן על זכויות אחרות (כגון, כאשר הזכות לחופש ביטוי מתנגשת בזכות לשם טוב או לפרטיות). במקרים כאלה,

ההסדר המשפטי המפורט אינו יכול לתת לזכויות הגנה מלאה, וההגנה הנכונה היא תוצאה של שקלול של הפגיעה בזכות המוגנת ושל הפגיעות באינטרסים או בזכויות האחרים.

ואכן, ברוב הגדול של המקרים שיש לגביהם מחלוקת של ממש, המחלוקת אינה לגבי עצם קיומן של זכויות יסוד, כגון זכות לחופש פולחן או חופש ביטוי. השאלה השנויה במחלוקת היא שאלה משולשת: מה הוא ההיקף של הזכות המוגנת? מה הוא השקלול הנכון בין הזכות המוכרת הזאת ובין זכויות ואינטרסים אחרים? ומי הוא הגוף המתאים לתת תשובה לשאלה זו? אמרתי למעלה כי שאלות של זכויות ראוי שתוכרענה על ידי בית המשפט, כי מטרת הזכות היא להגן על הפרט (או הקבוצה) הנהנה ממנה מפני הקביעות של המערכת הפוליטית, אף אם יש לקביעותיה רוב. ברור כי רוב אינו יכול לשלול את הזכות לחופש הפולחן של אלה החברים בו והרוצים לקיים פולחן חורג מן המוסכמה. אבל האם הוא אינו רשאי לקבוע את גבולותיה, ואת השקלול הנכון בינה ובין זכויות ובין אינטרסים אחרים? איך נזהה איזה שקלול כזה הוא, בסופו של חשבון, פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות האדם, ואיזה שקלול כזה הוא רק מימוש ראוי וסביר של הרצון להגן על מכלול זכויות ואינטרסים לגיטימיים, שיכולה להיות לגבי מחלוקת סבירה אך הכוח להחליט בה נתון בידי מוסדות החברה?

זוהי למעשה שאלת המפתח כאן. אם נענה על השאלה הזאת בשלילה מוחלטת, ונפקיד גם את הסמכות להכריע בשקלול הנאות בידי בתי המשפט, נימצא שוללים מן הרוב ומקבוצות בחברה את הכוח להכריע ברוב השאלות העומדות על סדר היום הציבורי. כל שאלה כזאת ניתן להציג במונחים של פגיעה בזכות יסוד מסוימת. לעומת זאת, אם נענה עליה בחיוב מוחלט – אנחנו מצמצמים עד מאוד את כוחו של שיח זכויות האדם, ושל זרועו המוסדית בדמות בית המשפט, לפעול נגד פגיעות חמורות, היורדות עד שורש הזכות. ולכן התשובה חייבת להיות עיקרון פחות ברור ופחות נוח, מאשר אמירה כי זכויות הן מוחלטות, או – להפך – כי השקלול צריך

תמיד להיקבע בידי המערכת הפוליטית.<sup>10</sup>

יש המבחינים בין איזון בין זכות אדם אחת ובין זכות אדם אחרת מצד אחד, ובין איזון בין זכות אדם ובין אינטרס אחר, כגון סדר ציבורי, מצד שני. בדרך כלל, איזון בין זכויות אדם נחשב 'מיוחס' יותר מאיזון בין זכויות ובין אינטרסים, שכן זכויות האדם נועדו לתת לאנשים מעין 'חיסון' כנגד זה שייקחו בחשבון אינטרסים מנוגדים לזכות. אינני בטוחה כי הבחנה זו מועילה. לעתים פגיעה בזכות אחת היא שולית מאוד, ואין היא מצדיקה הגבלתה של זכות. לעומת זאת, הפגיעה באינטרס אחר, כגון ביטחון או סדר ציבורי, עלולה להיות גדולה וודאית ומצדיקה הגבלה כזאת. מכל מקום, במקרה שלפנינו, שתי הטענות יכולות להישמע: הן זו כי זכותן של נשות הכותל לחופש הפולחן בכותל מתנגשת עם זכותם של אורתודוקסים לאסור תפילה כזאת מכוח חופש הדת שלהם. והן הטענה כי הצורך לאבטח לאורך זמן את תפילת הנשים בכותל הוא טעם מספיק על מנת לחפש פתרון אחר.

על רקע דברים אלה יכולה המלצתנו להיות מובנת יותר: אני טוענת בה כי ההחלטה לגבי אופני התפילה המותרים בכותל המערבי איננה מוכתבת על ידי שיח הזכויות – לא זה של נשות הכותל ואף לא זה של המתפללים המתנגדים לתפילתן. לכן הפתרון שאני ממליצה עליו אינו יכול להיות פתרון תוכני, והוא חייב להיות פתרון דינמי, הקובע רק מי מוסמך להחליט. מחויבותי במקרה זה אינה לפתרון זה או אחר, אלא למתן הכשר לכך שמוסדות החברה ימצאו, בכל נקודת זמן, את ההסדר הנכון לחברה באותו זמן. על ההסדר הזה צריך להגן מפני הנטייה של מתנגדיו להציג אותו כפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות האדם, שתוכרז ככזאת על ידי בתי המשפט, שיצוו על החברה לחרוג מן ההסדר הנראה לה נכון בעבורה.

10 לדיון רחב יותר בסוגיה מרכזית זו ראו: ר' גבזון, זכויות אדם ודמוקרטיה, האגודה לזכויות האזרח, ירושלים 1985.

## 2. ד. הזכות לגישה למקומות הקדושים

בהמלצתנו אנחנו מבחינים בין הזכות לחופש פולחן ליד הכותל ובין זכות הגישה לכותל (ולמקומות קדושים אחרים). זכות הגישה של הכל למקומות הקדושים היא זכות שצריכה להיות מובטחת מעצם אופיים של המקומות האלה כקדושים. היא קיימת בעצמה גדולה יותר כלפי אלה שעבורם המקומות האלה קדושים, אבל היא קיימת גם כלפי אחרים. כאמור, זכות הגישה למקומות קדושים אינה שונה מזכות הגישה לאתרים אחרים שאדם חפץ להגיע אליהם, והיא מוגנת מכוח הזכות הכללית לחופש התנועה.<sup>11</sup> מבחינה היסטורית, היא נועדה להצהיר על חוסר הלגיטימיות של נטייתם של שלטונות שלא לאפשר לקבוצות דתיות או לאומיות שנראו להן מאיימות או בלתי רצויות להיכנס למקומות קדושים להם, הנמצאים בריבונות של מדינות זרות. אין מחלוקת גדולה לגבי מהותה של הזכות. חופש גישה למקומות קדושים כשמו כן הוא – הזכות שלא יהיו הסדרים שימנעו מאדם את היכולת הפיזית או המשפטית לגשת למקומות שהם קדושים עבורו. אלא שבמציאות הפוליטית שלנו, קביעה זו רחוקה מלהיות מובנת מאליה. למרות התחייבות ברורה לאפשר גישה למקומות קדושים שהייתה כלולה בהחלטת החלוקה של 1947, לא התאפשרה גישה לכותל המערבי מאז מלחמת 1948 ועד למלחמת 1967. חוק השמירה על המקומות הקדושים נחקק במפורש על מנת להרגיע את החששות של מוסלמים ונוצרים כי ישראל תגביל אף היא את הגישה למקומות הקדושים לנצרות ולאיסלם.<sup>12</sup>

11 ואכן, זכות זו נעדרת מן ההכרזה הבינלאומית על זכויות האדם, ואף מההכרזה על הקמת המדינה. ההכרזה, וכן כתב המנדט, מדברים במפורש על חובה לשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות.

12 לדיון מפורט בהסדרים השונים ראו: ש' ברקוביץ, המאבק על המקומות הקדושים, ירושלים 2000.

זכות הגישה למקום קדוש היא תנאי מוקדם לקיום פולחן במקום כזה, אולם ההכרה בזכות הגישה אינה כורכת בהכרח גם הכרה בחופש הפולחן באותם מקומות. הבחנה זו נעשתה בבית המשפט העליון שלנו, כאשר התבקש להכריז על זכותם של יהודים להתפלל על הר הבית. בית המשפט קבע כי עומדת ליהודים הרוצים בכך הזכות לגשת להר הבית, אולם מזכות זו לא נובעת גם הזכות להתפלל שם. מכיוון שהממשלה החליטה לא לאפשר תפילה כזו, מטעמי סדר ציבורי, לא התערב בכך בית המשפט.<sup>13</sup> נשוב לשאלה זו בדיון בחופש הפולחן בהמשך.

חשוב להדגיש כי אף הזכות לגישה למקומות קדושים אינה מוחלטת. ראשית, אף מקומות קדושים אינם חייבים להיות נגישים כל היום וכל הימים. שנית, לעתים מוצדקות אף הגבלות הרבה יותר רדיקליות. כך, למשל, מאז ראש השנה 2000 לא ניתנת ליהודים זכות של גישה לרחבות המסגדים, מכוח החלטת הווקף. כן מוגבלת לתקופות מסוימות זכות הכניסה של מתפללים מוסלמים על ידי כוחות הביטחון הישראליים. יש הבדל בין השניים. ליהודים כלל לא ניתנת גישה לרחבת המסגדים, בלי קשר להגבלות של מספר. ההגבלה על זכות הגישה של מוסלמים נוגעת להגבלות על מספר ועל גיל, מחשש להפרעות סדר. הפגיעה בזכות הגישה של יהודים, שהיא כללית ומתמשכת, חמורה יותר. אולם אף לגביה לא ברור כי הסוגיה היא עניין שיכול וצריך להיחתך בבג"ץ. ואכן, ביולי 2001 הגיע הנושא לדיון בבג"ץ, וזה נאלץ להודות כי מקום שמשטרת ישראל מוסרת ששינוי המצב הקיים לפיו מותרת הכניסה להר הבית למוסלמים בלבד עלול בהסתברות גבוהה להביא להפרת הסדר הציבורי ולסכנה חמורה של התדרדרות – לא יחייב בג"ץ את הממשלה לאפשר אף גישה למקומות הקדושים, למרות שאין כל ספק כי זכות זו קיימת, וכי חלק מרכזי ממהותה הוא כי כל המעוניין בכך, ובוודאי יהודים להם המקום הזה קדוש, יוכלו לגשת אליו.<sup>14</sup>

13 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נגד שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141. סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967 קובע במפורש רק כי מקומות קדושים יישמרו, ותובטח אליהם גישה.

14 בג"ץ נאמני הר הבית. יצוין כי העובדה שבג"ץ לא אישר כניסה למתחם הר הבית למטרת טקס

### 3. ד. הזכות לחופש הדת והפולחן

לעומת הבהירות היחסית של הזכות לגישה למקומות קדושים, היקפה של הזכות לחופש פולחן ברור פחות. שאלת חופש הפולחן וגבולותיו היא שאלה מורכבת ומסובכת ביותר, שהדיון בה על רקע המציאות הישראלית הייחודית לא פותח דיו. כך למשל, האם ההגנה על חופש הפולחן פירושה הכרה בזכותו של כל פרט לממש את 'פולחנו' שלו, בדומה להגנה על זכות הקניין הפרטי, או שהגנה זו חלה רק על צורות פולחן המקובלות בדתות הממוסדות, כך שהיא מוענקת רק לקהילה ממוסדת של מאמינים? אם נכונה התשובה השנייה לשאלה זו, מה דינם של חברי קהילה ממוסדת, שיש להם תפישה שונה של פולחן מאשר למנהיגי קהילתם? האם חובת המדינה בהקשר זה מצטמצמת ליצירת אפשרות למימוש הפולחן הקבוצתי ללא הפרעה, או מורחבת עד כדי מתן אפשרות מימוש של כל צורות הפולחן? האם המדינה צריכה להגן על זכות הפרטים לקיים פולחן כרצונם, או שמא היא צריכה להגן דווקא על זכות הקבוצות לקבוע בעצמן את פולחנן? והאם רשאית המדינה (או אולי אף חייבת) לעודד דרכי פולחן המועדפות מבחינת השקפת העולם השוויונית או להסתייג מאלה הנוגדות אותה? ובמקביל, האם זכות הפולחן היא זכות לקיימו בכל מקום ובכל זמן, או שמא מותר למדינה, מטעמים שונים, להגביל פולחנים למקומות ולזמנים מסוימים? מובן כי שאלות אלה קשות במיוחד כאשר קיימות מחלוקות פנימיות, בין דתות ובתוך דתות, לגבי מקומות קדושים ודרכי פולחן מקובלים. הסדרי התפילה במערת המכפלה או בהר הבית הן רק דוגמא אחת לסוג הקשיים העלולים להתעורר.

---

הנחת הפינה המסורתית של ט' באב לא הועילה לגמרי למנוע התפרעויות. צריך לציין כי פנייה זו לבית המשפט מצביעה על כך שלמרות שליהודי מאמין יש חשיבות רבה גם ביכולת **להתפלל** על הר הבית (במקומות המותרים לכך), גם חופש הגישה אל המקום חשוב בעיני העותרים.

להבדיל מהזכות לגשת למקומות קדושים, שאינה זכות יסוד בזכות עצמה, אך יש לה הכרה כמעט מוחלטת, הזכות לחופש הפולחן היא זכות יסוד, שהיא חלק מרכזי מן הזכות החשובה והמרכזית לחופש דת, אך יש עליה הגבלות חשובות. אין ספק כי הזכות של חופש הפולחן היא, בעת ובעונה אחת, זכות של פרטים ושל קבוצות דתיות. פולחן, בעיקרו של דבר, הוא דרך ביטוי של קבוצה דתית. אבל הזכות שלא יגבילו את חופש הדת כוללת גם את זכותם של פרטים, ושל קבוצות של פרטים בעלי השקפות דומות, כי לא יוגבל חופש הפולחן שלהם. הרקע ההיסטורי לקביעות אלה הוא מלחמות הדת ורדיפות הדת, הן ברמה הבינ-דתית והן ברמה שבינ זרמים דתיים במסגרת אותה דת. הזכות לחופש הדת והפולחן היא בעת ובעונה אחת חלק מן הזכות הכללית יותר לחופש מצפון ודעה – ומיוחדת בגלל הקשר המיוחד שלה לחוויות דתיות. פולחן הוא יותר מאשר מצפון ודעה, כי יש עמו מעשה. והוא אף יותר מאשר 'דיבור', אם כי חלק מפולחן יכול להיות דיבור (כגון, במעשים של תפילה, הוראת דת, הטפה דתית, או אף של פעילות מיסיונרית).

איסור פלילי על אדם או על קבוצה לקיים פולחן כרצונו הוא שלילה מובהקת של חופש הפולחן. כאשר האיסור הזה הוא גורף, ומטרתו למנוע את הפולחן, ואת המשך קיומה של הדת שאלה הם פולחניה – אין כל קושי בקביעה כי זה בדיוק סוג האיסור שנחזה על ידי המסמכים המכירים בחופש הדת והפולחן; זאת מבחינת ההיקף של הזכות. אולם גם זכות זו אינה מוחלטת. מה לגבי חוק כללי במדינה האוסר קרבנות, כאשר חיה במדינה אוכלוסייה דתית שקרבנות כאלה הם חלק מפולחנה הדתי המקובל? או איסור ביגמיה כאשר חיה במדינה קבוצה דתית שריבוי נשים הוא אצלה מצווה דתית (כפי שקיים לגבי המורמונים, לפחות בתקופה מסוימת ולפי פרשנות מסוימת)? או חוק האוסר על שימוש בסמים במקום שבו חיות קהילות אינדיאניות ששימוש מוסדר בסמים מעוררי הזיות הוא חלק מפולחנם? או חוק המחייב ביצוע מילה, אם בכלל, רק בהרדמה ובמועדים מסוימים, השונים מאלה הנדרשים על ידי הדת?

כל השאלות האלה התעוררו בארצות מערביות. בדרך כלל, נתקבלה העמדה כי מותר למדינה לאסור את ההתנהגויות האלה בלי שיש בכך פגיעה בלתי מוצדקת

בחופש הפולחן. אבל לגבי חלק מן המקרים, הלחץ של קבוצות – דתיות ואחרות – הוביל להיתר מפורש בחקיקה על פעילויות כאלה כאשר הן חלק מפולחן דתי. בדרך כלל, ההיתר החוקי מתקבל במקרים בהם המנהג הדתי אינו מנוגד באופן עמוק לערכי היסוד של החברה בה מדובר. כך צריכת סמים במסגרת פולחן, או טקסי מילה או שחיטה, מותרים לפרקים. ביגמיה או קרבנות אדם (או אף קרבנות של בעלי חיים) בדרך כלל נאסרים, למרות הפגיעה בחופש הדת והפולחן.

מה שעולה בבירור מדוגמאות אלה הוא שהזכות לחופש הפולחן אינה מוחלטת. לפיכך, גם השאלה מי הוא הגוף המוסמך להחליט בשאלות כאלה שנויה במחלוקת עמוקה למדי. בארצות הברית היא הניבה פסק דין שנוי במחלוקת המאשר חוק האוסר שימוש בסמים, שמכוחו פוטרו מעבודתם אינדיאנים שנטלו סם משכר במסגרת פולחן דתי. בינתיים נקבע בחוק חריג לפולחן כזה, אולם הפרשה ממשיכה להדהד, אגב ניסיון של המחוקק להגן על חופש הדת באמצעות חקיקה, וביטול החוק הזה על ידי בית המשפט העליון שם.<sup>15</sup>

אבל אנו איננו עוסקים כאן בפרקטיקות, הנראות בעיני החברה כפסולות, ואשר מהוות חלק מפולחן דתי של קבוצות מסוימות. תפילה מעורבת, או תפילת נשות הכותל כדרכן, אינן בלתי מוסריות (גם לפי תפיסה הרואה אותן כמנוגדות לפירוש מסוים של ההלכה). הקושי כאן נובע מן העובדה שיש פה צורת פולחן דתית שאינה מקובלת על המנהיגות הממוסדת של אחד מן הזרמים בה. מחלוקת כזאת אינה מצדיקה איסור גורף על צורת הפולחן הנתפסת כ'חריגה'. איסור כזה הוא פגיעה חמורה בחופש הדת והפולחן של אלה שחפצים להתפלל בדרך זו, ואין לקבל אותו. ממסקנה זו לא נובע כי לכל אדם יש זכות לקיים כל פולחן בכל זמן ובכל מקום.

15 לסקירה מרתקת של הסוגיה, על היבטיה החוקתיים, ראו: M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton 1999.



שאלה זו קיימת, כמובן, גם לגבי צורות לא דתיות של התבטאות. הכלל הוא כי הסדרה של התבטאות העשויה להשפיע על הציבור, במונחים של זמן ושל מקום, להבדיל מהסדרה על בסיס של **תוכן**, יכולה להיות מותרת. לעניין נשות הכותל, איש לא יעלה על הדעת לאסור על נשות הכותל להתפלל כמנהגן באופן גורף. ואכן, נשים מתפללות בצורה זו באופן סדיר, במקומות שבהם נהגי תפילה כאלה מקובלים. מצד שני, נשים אינן תובעות, בדרך כלל, **זכות** להתפלל כדרך בבית כנסת שדרך זו אינה מקובלת על הקהילה המשתמשת בו ועל הרב המנהל אותה. גם הן מכירות בכך שאין להן זכות להתפלל כמנהגן בבית כנסת אורתודוקסי, בזמן ובמקום שבו האחראים עליו יתנגדו לכך, או בבית פרטי של מי שיתנגד לכך. נראה כי ברור גם שבג"ץ לא יאכוף על אלה להסכים לכך שנשות הכותל תתפללנה כדרך במקומות כאלה (וסביר גם שלא ייעתר לתביעה של אורתודוקסים לאסור על רב של בית כנסת להתיר להן לעשות זאת). הסיבה לכך היא כי בתי כנסת ספציפיים, ובוודאי בתי פרטיים, נמצאים בשליטת בעליהם או מחזיקיהם. בית כנסת הוא אמנם מקום פולחן, וייתכן כי הוא אף ממומן על ידי המדינה, אבל הדבר אינו מקנה לכל קבוצת מתפללים זכות לבקש לפעול שם כמנהגה. הסמכות להחליט על דרך ההתנהגות בבית הכנסת המסוים נתונה בידי פרנסיו. אם יש בין הנשים המתפללות בבית הכנסת הזה כאלה המעונינות להתפלל כמנהג נשות הכותל – הן צריכות לנהל משא ומתן עם מנהיגי קהילתן, ולבקש כי יותר להן, בזמן התפילה או בזמן אחר, לעשות כן. סביר כי אף הן תקבלנה את העיקרון כי הסמכות להחליט, בסופו של דבר, היא בידי הקהילה, באמצעות מקבלי ההחלטות המוסמכים שלה. ואכן, יש בתי כנסת וקהילות, ברובם לא אורתודוקסיים, המאפשרים תפילת נשים בדרך בה מבקשות נשות הכותל להתפלל בכותל.

כאשר מדובר במקומות פרטיים, ההתנגשות היא בין חופש הפולחן וזכות הקניין, וזכות הקניין של המתנגד לפולחן גוברת. אולם, גם במקומות ציבוריים כגון בתי כנסת אורתודוקסיים, ההתנגשות יכולה להיות, כפי שאמרנו, בין חופש הפולחן של קבוצה אחת, ובין הזכות לחופש הדת של קבוצה שנייה.

כללים אלה של הגבלה הדדית לעניין זמן ומקום מטעמים של התנגשות זכויות מקובלים לא רק לגבי תפילת נשים. ציינתי כבר למעלה את ההסדרים שהגבילו תפילת יהודים בהר הבית. שם ההגבלה לא נבעה משיח זכויות אדם, אלא מהכפפת זכות חופש הפולחן של היהודים לרצון שלא להפר את הסטטוס קוו במקום. יתרה מזו, אני מניחה כי יהיו כאלה שיסברו כי גם ביחסי יהודים-מוסלמים או יהודים-נוצרים, חופש פולחן של אדם בן דת מסוימת במקום הקדוש לאותה דת – גם אם הוא קדוש גם לדת אחרת – הוא עניין הנחתך סופית בשיח זכויות האדם. אין חלקי עמהם. גם ללא עניין שיקול הסדר הציבורי, הלוא מול זכותו של היהודי להתפלל ברחבת המסגדים עומדת תחושתו של המוסלמי כי תפילה כזאת היא איום עליו וחילול קודשיו. במחלוקת כזאת איני רואה דרך להכריע אלא דרך פוליטית, שתיקח בחשבון שיקולים כלליים ורגישויות הדדיות, שדבר אין להם עם מימוש ההגנה על זכויות. ואכן, במערת המכפלה שיקולים של כוח ושל חופש דת הניבו הסדרי חלוקה בזמן ובמקום שיאפשרו למתפללים משתי הדתות להתפלל במקום. בכל מקום צריכים הסידורים להיות רגישים למציאות המורכבת של המקום. זכויות אדם, מטיבען, אינן כוללות רגישויות כאלה.

ההבדלים בין ההסדרים של מערת המכפלה (חלוקה של זמן ומקום בין מוסלמים ובין יהודים, שלשניהם יש זכויות לחופש פולחן במקום, בחסות החוק) ובין ההסדר בהר הבית עד אוקטובר 2000 (הכפפת זכותם של יהודים להתפלל בהר לסטטוס קוו המופעל על ידי הווקף) מרמז כי גם לעניין חופש הפולחן יש הבחנה בין הגבלת זכות בשל התנגשות בין זכויות, שאז עדיף לאפשר מימוש חלקי לשתי הזכויות על פני שלילה גורפת של אחת מהן, ובין הגבלת זכויות משיקולי סדר ציבורי, העשויים להצדיק גם הגבלה גורפת מבחינת הזמן במקומות רגישים מסוימים. אבל יהיו שייטענו כי ההבחנה הזאת אינה יכולה להיות קיימת בוויכוח שהוא בעיקרו פנים-יהודי. בוויכוח בין היהדות והאיסלאם, יאמרו, אין ברירה אלא לעגל פינות. הזכות המלאה אמנם קיימת, אבל קצרה ידינו מלממש אותה. אין זה כך בוויכוח הפנים-יהודי. שם, אם אמנם הזכות קיימת, אין לנו צידוק לתת למתנגדיה זכות וטו על מימושה. לפי טענה זו, כל התחשבות בשיקולי סדר ציבורי על מנת למנוע תפילת נשים בכותל עצמו על פי דרכן היא בעצם כניעה לאורתודוקסים, המתנגדים לתפילה

זו. מכיוון שאמרנו כבר כי אין למדינה ככזו התנגדות מטעמי מוסר לתפילת נשים בכותל, אין היא יכולה – לפי טיעון זה – להתגייס על מנת לאפשר מניעת מימושה של הזכות.

איני מקבלת טענה זו. עדיף אמנם כי שיקולי סדר ציבורי לא יכתיבו פתרונות שיש בהם פגיעה חמורה בזכויות. מצד שני, לא כל הגנה על כל זכות מצדיקה הוצאות ניכרות במונחים של אבטחה סדירה. לפעמים עדיף לחפש דרכים חלופיות לממש את הזכות, ולהגיע למצב של הפחתת ההתנגדות בדרך של משא ומתן והסכמים. כל מקרה צריך להיחתך על עובדותיו המיוחדות. הפגיעה בזכותם של יהודים להתפלל על הר הבית, ועתה אף לגשת אליו, גדולה יותר מהפגיעה בזכותן של נשות הכותל להתפלל בו כדרכן. אין להן שום קושי או מניעה להתפלל בכותל כמנהג המקום. הן יכולות להגיע להסכם להתפלל כדרכן סמוך מאוד אל הכותל, מחוץ לרחבת התפילה. לא ברור מדוע יש הצדקה לדרוש מן הציבור ומן המשטרה כי יאבטחו מה שנראה בעיני חלק מן המתפללים החרדיים כפרובוקציה לשמה.

#### ד.4 הזכות לשוויון בין גברים ובין נשים

הטענה האחרונה גורסת כי, בנוסף לזכות לחופש הפולחן, טענת נשות הכותל מתחזקת כי פולחן הוא פשוט הבעת המשאלה שיותר להן להתפלל בצורה בה מתפללים הגברים. לפי טענה זו, קביעת דרכי תפילה שונות לגברים ולנשים, ובעיקר האיסור על תפילה ושירה בקול רם לנשים, היא הפליה פסולה ובלתי מוצדקת. נשים רשאיות לבקש לבטא את רגשותיהן כלפי בוראן וקהילתן באותה צורה בה עושים זאת גברים. טענתן זו של נשים מתחזקת בעיקר מפני שעל פי פרשנויות רבות של ההלכה, האיסור על תפילת נשים בצורה זו אינו מן התורה.

הטענה כי הדת מפלה נשים לרעה אינו מיוחד לסידורי התפילה. נתקלנו בו בצורה בולטת בדיון שלנו בענייני נישואין וגירושין. אמרנו שם כי בעיית היחס השונה של דיני הדת לנשים (פרט, כמובן, למצבים בהם מותר לפגוע בהן פגיעות בגוף או

אף ברכוש) היא בעיה מורכבת. מולה עומדת זכותו של הממסד הקהילתי לקבוע את כלליו ואת קצב השתנותם. בפני נשים שההלכה אינה נראית להן עומדות כמה אפשרויות. הן יכולות לצאת מן הקהילה ולא לחיות על פי חוקי ההלכה. הן יכולות לעזוב את הקהילה האורתודוקסית ולהצטרף לקהילה לא אורתודוקסית שיחסי המינים בה מתאימים להן יותר. הן יכולות להילחם בתוך קהילתן לשינוי הכללים.<sup>16</sup> האפשרות של גיוס כוח המדינה על מנת לאכוף על הממסד הדתי של קהילתן את שינוי הנורמות הדתיות היא בעייתית ביותר. ראשית, יש בכך פגיעה בחופש הדת של המנהיגות הדתית של קהילותיהן. שנית, לא ברור כי תביעה מסוג זה יכולה להצליח.

אבל נושא כגון חוסר שוויון בהלכות גירושין הוא חמור יותר מבחינות אלה מאשר תפילת הנשים בכותל. אישה אינה יכולה להתגרש כרצונה, או להשתחרר מעגינותה, בכל מקום. נשות הכותל, כאמור, יכולות להתפלל כדרך במקומות רבים, שבהם מותר להן לעשות זאת. יתרה מזו, לו הייתה הבעיה באמת בעיה של שוויון, מדוע מוגבלת תביעת השוויון דווקא לתפילות ראש חודש בכותל? מדוע לא תעלה אותה דרישה, באותו כוח, גם כלפי כל התפילות, בכל בתי הכנסת האורתודוקסיים?

נראה אפוא כי עיקר התביעה כאן הוא בעניין הסמלי של הדרה של סגנון התפילה המסוים הזה דווקא מן הכותל. לכן, נחזור עתה, לטיעון הזה.

#### 5. ד. זכות לנשות הכותל להתפלל כדרך בכותל?

אנחנו בשלים עתה לענות על השאלה הראשונה ועל השאלה השנייה. יש לנשות הכותל (כמו לכל אדם) זכות לגשת לכותל. יש להן גם זכות (כמו לכל אדם) להתפלל

<sup>16</sup> ואכן, נשים אורתודוקסיות רבות עולות לתורה, קוראות בספרי תורה וכדומה, תוך כדי הסכם עם רב הקהילה, בבתים פרטיים או בשעות שבהן אין תפילות בבית הכנסת.

במקום המיועד לכך, כמנהג המקום. האם יש להן גם זכות להתפלל בכותל כדרכן, הכוללת יסודות פומביים הסוטים באופן ברור ממנהג המקום? זו נקודת המחלוקת העיקרית. ראינו כי גם נשות הכותל עצמן מקבלות על עצמן מרכיבים מסוימים של מנהג המקום (כגון, איסור תפילת נשים בעזרת הגברים). מה הבסיס לטענה כי לגבי מרכיבים אחרים (תפילה כדרכן) הן טוענות כי יש להן זכות לגבור על מנהג המקום?

נראה כי את טענתן, כי יש להן זכות להתפלל בעזרת הנשים של הכותל כדרכן, הן מבססות על ייחודיותו של הכותל המערבי מבחינת מעמדו בתודעה של העם היהודי, ועל חובת המדינה לאפשר פלורליזם בתוך היהדות לגבי צורות הפולחן, בעיקר כאשר הדבר נוגע למעמדן של נשים, במקום ציבורי שיש לו מעמד כה ייחודי ביהדות.

אלא שמייחודו של הכותל לא נובעת, לדעתי, המסקנה שמבקשות נשות הכותל להסיק. אם אכן הפתרון היחידי לסוגיה היה נקיטת עמדה ממשית של המדינה במחלוקת: מונופולין אורתודוקסי או הכרה מפורשת בריבוי דתי וצורות פולחן ביהדות, ואם המדינה הייתה חייבת לבחור בין אחת משתי הדרכים – נכון כי המדינה לא הייתה יכולה להעדיף דווקא את המונופולין האורתודוקסי. אולם אסור למדינה לבחור לגופו של עניין בין שתי העמדות, ולא יהיה חכם מצדה לנסות לעשות זאת. מבחינת שיח הזכויות – המצב כאן הוא סימטרי לחלוטין. מונופולין אורתודוקסי הוא הדרת הנשים ופולחן המיוחד. אבל החלטה לטובת הנשים היא כפייה על רוב המתפללים – האורתודוקסים – לתת הכשר לצורת פולחן הנראית להם כצלם בהיכל. תפילת הנשים כדרכן נראית לחלק מהם כחילול המקום הקדוש הזה. חופש הדת שלהם נפגע על ידי הכורח הזה לא פחות מאשר נפגע חופש הדת של הנשים כאשר נאסר עליהן להתפלל בכותל כדרכן.

נובע מכך ששיח הזכויות בכלל, ואף חופש הדת וחופש הפולחן בפרט, אינו יכול לקבוע תשובה אחת לשאלה. כל תשובה תפגע בחופש הדת והפולחן של חלק מן המתפללים. האם אפשר לחלק את החלל או את הזמן כך שכולם יצאו מרוצים,

ויוכלו לממש את תפישתם בחלק מן הזמן? זו הצעתן של הנשים, המוכנות להתפלל כדרכן רק בראש חודש, בשעה מסוימת בבוקר. זו גמישות ראויה לשבח, אלא שהיא אינה פותרת בהכרח את הבעיה. אם היה הסידור הזה מוסכם על האחראים האורתודוקסים על הכותל, היה זה יכול להיות פתרון מצוין. אלא שאלה מתנגדים בחריפות. ולהתנגדותם יש טעם: לתפיסתם, אין הבדל בין חירות להתפלל כך כל הזמן, ובין חירות להתפלל כך חלק מן הזמן. התפילה שלא לפי מנהג המקום פוגעת, לתפיסתם, בקדושתו של המקום.

למותר לציין כי אינני שותפה לתפיסת הקדושה של המקום בכלל, או להשלכותיה לעניין תפילת הנשים בפרט. עם זה, אין זה מתפקידה של המדינה (או בית המשפט) לקבוע עבור מאמינים הלכות קדושה. מותר למדינה לקבוע כי היא רוצה בחופש מלא לתפילה בכל צורה. במקרה כזה, חובת המשטרה תהיה לאבטח את המתפללות. אבל מותר לה גם לקבוע כי היא מפקידה את ההחלטה בידי שרים, מתוך ידיעה כי בעתיד הנראה לעיין יטיל הדבר את נטל השכנוע על נשות הכותל. תגענה להסדר עם האחראים על הכותל – תתפללנה בו כדרכן. לא תצלחנה בכך – תוכלנה להתפלל בכותל עצמו כדרך המקום, ובמקומות אחרים – כדרכן.

כאמור, לטעמי, ניתן היה בהחלט להחליט כי, בשל החשיבות הלאומית הכללית של הכותל, יראו אותו כמקום מיוחד של העם היהודי לדורותיו, ולא יקבעו לגביו כללים מיוחדים לגבי צורות תפילה או צורות הזדהות עם העם היהודי. לו הייתה מתקבלת החלטה כזאת, היא הייתה בעיניי רצויה ומבורכת. היא הייתה מעודדת מקום אחד, בעל חשיבות היסטורית וסמלית עצומה, שבו יש כר ניסוי פתוח לדרכים שונות ומגוונות לביטוי זהות יהודית. היא הייתה מחזקת גם מגמות רצויות של חופש לנשים להחליט בעצמן על דרכי התפילה הנראות להן.

אף אם לא היה חשש ממשי להפרעות סדר רציניות בשל הריבוי הזה, נראה לי כי מותר גם לקבוע כי מקום שיש בו מרכיב דתי כה מרכזי יראה, לפחות בחלקו, כבית כנסת. וכי בבית הכנסת יש לכבד את מנהגי הדורות ולנהוג בצורה הקבילה על כל באי בתי הכנסת – זאת אומרת בצורה המתיישרת כלפי המנהגים האורתודוקסיים.

ומכל מקום, כי ההחלטה על ראיית הכותל כבית כנסת, וההפקדה של החלטות לגביו בידי רבנים אורתודוקסיים, אינה אמירה של המדינה ה'נותנת ציונים' לצורות תפילה או פולחן. מבחינת המדינה, משמעותה של החלטה כזאת אינה הפליה לרעה של הנשים הרוצות להתפלל דווקא בכותל כדרך, אלא החלטה כי המדינה עצמה לא תנקוט עמדה לגופה במחלוקת לגבי דרכי התפילה, וכי היא תאמץ הסדר שיאפשר לכל המתפללים לממש את זכותם לחופש פולחן. מבחינה זו, הסטטוס קוו דומה להחלטה כי מטבחים ציבוריים יהיו כולם כשרים, על מנת לאפשר לשומרי מצוות לאכול בהם. כך גם כאן – דווקא מפני שהכותל הוא אחד – אי אפשר לפרוט אותו לפרוטות של סוגי בתי כנסת. ואם הוא מוכרח להיות מקום היכול לשמש לתפילתם של הכל – הוא חייב להיות בית כנסת אורתודוקסי. אין לנשות הכותל חובה להתפלל רק כדרך. יש כנראה מי שסבור כי חובה דתית עליו למנוע חילולו של הכותל באמצעות תפילה שאינה כמנהג המקום.<sup>17</sup>

מבחינת שיח הזכויות, כאמור, המצב הוא סימטרי. אולם ההחלטה להעדיף בשלב זה את הרוב האורתודוקסי יכולה להיות מוצדקת גם משיקולים של סדר ציבורי. נשות הכותל תטענה כאן כי הדבר משול להפקדת זכות וטו על דיבור מסוים בידי אלה שאותם הוא מקומם. נכון שאסור לתת למתנגדי דעה מסוימת זכות להשתקתה. אולם לא נובע מזה כי כל דעה צריכה להיות מושמעת בכל מקום ובכל זמן ובכל תנאי. מותר לא להרשות הפגנה אנטי-ערבית באום-אל-פאחם, ומותר למנוע הפגנה אנטי-חרדית בשבת במאה שערים בירושלים. כאמור, ההבחנה

---

17 צריך לומר כי המסקנה הזאת מאכזבת, שכן אחרי כל המלים, התוצאה היא כי ניתן לאורתודוקסים להחליט איך יתפללו במקום, ובכך המדינה אולי אינה נותנת הערכה לסוגי פולחן, אבל בכל זאת מפקידה את השליטה עליהם בידי האורתודוקסים. אין פה פשרה של חלוקה בזמן או במקום ברחבת התפילה, אלא הרחקה של הנשים הרוצות להתפלל כדרך מן הרחבה. מבחינה נורמטיבית, ההבדל הוא חשוב. בהחלטה שבית הכנסת ברחבת הכותל המצומצמת צריך לנהוג לפי מנהג המשותף לכל נאמר רק כי זה הוא המנהג המשותף לכל. לא נאמר כי מנהגים אחרים, המקובלים רק על חלק מן הקהילות, טובים פחות.

נעשתה גם בהקשר של הר הבית עצמו, עוד לפני שהמצב בו היה כה רגיש: כאשר רצו מתפללים יהודים לקיים תפילה ביום שחרור ירושלים ליד השער המערבי להר הבית (שער המוגרבים), נקבע שאין למתפללים זכות קנויה לקיים תפילה במקום בכל הנסיבות ובכל מחיר. בג"ץ קבע אז שבאופן עקרוני חופש המצפון, האמונה, הפולחן והדת, בדומה לחופש ההתאספות וההפגנה הנם יחסיים ומוגבלים אשר ידחו מפני האינטרס הציבורי וביטחון הציבור באם ישנו חשש בוודאות קרובה לפגיעה בו (בג"ץ 292/83, פ"ד לח(2)).

בדומה לאיזון זה שנעשה בעבר בפסיקה, ניתן לומר שזכות הגישה לעזרת הנשים שברחבת התפילה קיימת (לרבות האפשרות להתפלל שם לפי מנהג המקום המקובל), בעוד זכות הפולחן כדרכן יכולה להתממש בחלק אחר של הכותל (קשת רובינסון).<sup>18</sup>

לכן, אני סבורה כי בג"ץ טעה כאשר פסק שהחלטה המציעה לנשות הכותל אתר תפילה חלופי אינה מאפשרת להן לממש את זכותן. זכותן היא להתפלל. הן יכולות להתפלל בכל בית כנסת – כדרכן. הן יכולות להתפלל במקומות בהן הדבר מתאפשר – כדרכן. אין להן זכות יסוד להתפלל כדרכן גם במקומות שבהן נהוגים מנהגים אחרים. ושאלת מנהגי המקום היא זו השנויה במחלוקת. נשות הכותל אינן צריכות לקבל זכות לקבוע מכוח החלטת בג"ץ את אופיו של הכותל. הכרעה זו אינה משפטית אלא דתית-ערכית-פוליטית, ועל כן סביר יותר יהיה כי ההחלטה תיקבע במנגנון של פשרה פוליטית. אם יהיה צורך – מוטב כי מנגנון הפשרה או אף ההסדר לגופו ייקבעו על ידי המערכת הפוליטית באמצעות חוק הכנסת.

18 צריך להדגיש כי אם תצלח תביעתן של נשות הכותל, לא תוכלנה הפשרות האחרות שהתקבלו להחזיק מעמד. נשות הכותל מקבלות (לפחות בינתיים) את כלל הפרדה בין עזרת נשים ועזרת גברים. אבל מי שאינו מקבל את ההפרדה הזאת (כגון קונסרבטיבים ורפורמים) יתקשה להסכים להיות מודר מן הכותל אם נשות הכותל רשאיות להתפלל שם כדרכן.



בעניין הכותל, ניתן בהחלט לנהל את המאבק גם בזירה הציבורית, ולקבוע בחקיקה כי האחראי לכותל יבטיח זכות גישה חופשית ופולחן ייחודי לקבוצות המעוניינות בכך. בשני המקרים קביעות כאלה תהיינה מוצדקות; בשני המקרים הן לא תנבענה אוטומטית מזכויות אדם או מן הזכות לשוויון נשים, אלא מהסכמה חברתית רחבה על הצורה שבה תביעות אלה מתבטאות בחיים הציבוריים בישראל.

### ה. שלילת הביקורת השיפוטית

ההמלצה שלנו להוציא את בית המשפט, באופן מפורש ומכובד, מן ההסדרים בענייני דת ומדינה בכלל, ומן ההחלטה בעניין שקלול הזכות לחופש הפולחן בכותל בפרט, קנתה לנו מבקרים רבים. הם רואים בכך חלק ממסע לצמצום כוחו של בית המשפט. אכן, יש בהצעה מתוך צמצום תחום העניינים שיגיעו להכרעה בבית המשפט. אבל, לטעמי, הדבר נחוץ על מנת לחזק את בית המשפט, ולא כדי להחליש אותו (והוא טוב גם לטיב ההסדרים עצמם). כבר מי שחוקק את דבר המלך במועצתו הבין כי עניינים בין-דתיים אינם מתאימים להכרעה שיפוטית, והוציא את ענייני המקומות הקדושים במפורש מתחום ההכרעה השיפוטית. בחשבון הארוך, היכולת של חלקים במערכת הפוליטית לגייס את בג"ץ למאבקים בתחום דת ומדינה מחזקים את בג"ץ בעיני אותם חלקים במערכת הפוליטית – אבל מחלישים אותו בעיני האחרים. בעיניי, בטווח הארוך הניסיונות האלה משבשים את ההסדרים הנאותים בתחומי דת ומדינה, ומחלישים את מעמדו של בג"ץ כפוסק מוסמך אחרון בעיני כל חלקי האוכלוסייה.<sup>19</sup>

אבל לעניין תפילת נשים כדרכן בכותל ניתן להדגים הן את החשש מהוצאתו של

19 הסברתי את עמדתי בעניין זה בחלקי בספר: גביזון, קרמניצר ודותן, אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, ירושלים 2000.

בג"ץ, והן את החשש מהתערבותו, על רקע הדיונים השיפוטיים שכבר נעשו והתגובות עליהם. ההתנגדות להוצאת בג"ץ מן התמונה אינה מבוססת רק על רצון שהוא יכריע לגופו של עניין במחלוקות. התחושה היא כי הממסד האורתודוקסי הינו כוחני ושרירותי לעתים קרובות, בעיקר ביחסו אל הזרמים הלא אורתודוקסיים. ללא האיום האמין בהתערבות בג"ץ, נטען, לא יהיה לנציגי זרמים אלה כוח לגרום לממסדים האורתודוקסיים, ולמערכות הפוליטיות התלויות בהם, להיכנס אתם למשא ומתן, על מנת להכיר בזכותם העקרונית ולמצוא דרכים הוגנות לאפשר מימושן. כך, למשל, רק איום בפנייה לבג"ץ יכול היה להניב נכונות לשקול הסדרים חלופיים כגון קשת רובינסון. ללא איום אמין כזה, לא היה לרשויות שום תמריץ לחפש ולמצוא פתרונות כאלה.

ואכן, כך היה גם לעניין נשות הכותל. רק הקביעה, שנקבעה בפסק הדין הראשון, כי יש להן זכות עקרונית, הביאה לניסיון כלשהו למצוא הסדרים חלופיים. גרירת הרגליים וחוסר היכולת להגיע לפתרון מוסכם גרם לבסוף להכרעתו של בג"ץ כי הזכות העקרונית היא למעשה זכות התובעת מימוש ליד הכותל ממש.

אלא שהדוגמא הזאת מוכיחה יותר מדי. האיום הוא אמין רק אם, בסופה של הדרך, בג"ץ אכן יכריע. אם השיפוט המושכל שלנו הוא כי לא טוב שבג"ץ יכריע – הדבר אכן משפיע על אמינות האיום. יתרה מזו, דינמיקה ושיח של בחינה לגופו של עניין ושל אפשרות להתערב עלולים להניב תוצאות שתיראינה בלתי רצויות גם בעיני בג"ץ עצמו. הטיפול של בג"ץ בעניין הכותל התחיל בפסק דין שמחזיר את ההכרעה למערכת הפוליטית, מתוך הכרזה ברורה כי הנושא אינו הולם הכרעה שיפוטית.<sup>20</sup> למרות זאת, בהחלטה השנייה, הכעס המוצדק על מה שנראה כגרירת

20 כך אני קוראת את עמדתו של הנשיא שמגר בפסק הדין הראשון. להערכתו, חל במעבר בין שני פסקי הדין בלבול בין שני מובנים של 'זכות'. המובן הראשון, בו השתמש שמגר, היה של זכות לכאורה, לפני השקלולים עם זכויות ואינטרסים אחרים. (שמגר עצמו דן בעיקר בשקלול עם הסדר הציבורי ורגישויות אחרות. השופט אלון מציין במפורש גם התנגשות עם חופש הדת של האורתודוקסים.)

רגליים וכזלזול בבית המשפט הניב תוצאות משפטיות שפירושו סטייה מפורשת מאותה תובנה.

אני מסכימה, בצער, כי לעתים אין לממסדים דתיים ופוליטיים תמריץ עצמאי מספיק לעשות מה שנחוץ לעשות על מנת לכבד זכויות יסוד של אחרים. גם הם מבינים רק כוח. בג"ץ עושה לנו שירות חשוב בכך שהוא מספק חלק מן הכוח הזה. אבל, למרות זאת, ייתכן כי חסרונות מעורבותו גוברים על יתרונותיה.

בג"ץ יכול להועיל, בטווח הארוך, רק במקרים שבמערכת הפוליטית יש די כוח ורצון כדי למנוע שינוי החוק כך שהחלטת בג"ץ בעניין מסוים תסוכל. לא נראה כי זה הוא המקרה בעניין נשות הכותל. כבר כאשר החלה הבעיה, ועם האיום הראשון בעתירה, שונה החוק כך שיוגדר כי יש לנהוג בכותל כמנהג המקום. הרוב של ההרכב הראשון לא ראה בכך מניעה לקביעה כי יש לנשות הכותל זכות עקרונית להתפלל בכותל כדרכן. פסיקה זו לא קוממה את הממסד האורתודוקסי ולא הביאה לתגובות חקיקה, מפני שההנחה הייתה כי ימצא פתרון פשרה מוסכם. אבל די ברור כי ההחלטה השנייה, אם תישאר על כנה, תיעקף בחוק. אז יטענו כי החוק עצמו אינו תקף, בגלל כבוד האדם וחירותו, ותהיה לנו הזדמנות נוספת להתנגשות חזיתית בין הכנסת ובין בית המשפט.

במלים אחרות, נוכחותו של בג"ץ טובה כאיום, אבל כוחו של האיום מותנה בכך שהוא שולח קריאות כיוון, אך לא מחייב פעולה. אם היה בג"ץ משכיל לפעול

---

מבחינה זו, אין מחלוקת כי איסור על נשות הכותל להתפלל בו כדרכן הוא פגיעה בזכות לחופש הפולחן. לכן קובע שמגר כי מוטב שהשקלול יעשה במערכת הפוליטית. אם היה מגיע למסקנה כי, לאחר השקלול, יש זכות – התוצאה שלו הייתה צריכה להיות כמו זו בפסק הדין השני. ואכן, ההרכב השני נתן ל'זכות' מובן חזק הרבה יותר – זכות אחרי שכבר שקללנו את כל השיקולים. יכול להיות כי השקלול של ההרכב השני נכון. אבל הטעות בפסק הדין היא בכך שהוא מתיימר לא להחליט החלטה חדשה, אלא לתת תוקף להחלטה הקודמת. כאן, לדעתי ההרכב השני שוגה. אבל איני רוצה להרחיב בעניין, הן לגופו והן מחמת שהנושא תלוי ועומד עתה בבית המשפט.

בצורה זו, הייתי שמחה לא להגביל את סמכותו. מרגע שבג"ץ פועל, וחוזר ופועל, בדרך של הנחיות מחייבות – שאני.

את הפתרון למלכוד אני רואה בסעיף 4 להצעה המשותפת. פתרון זה קובע את גבולות כוחה של המערכת הפוליטית, ומחייב אותה לקחת בחשבון גם את שיקולי הזכויות לחופש דת ופולחן של מי שנוהג להתפלל שלא כמנהג האורתודוקסי. במלים אחרות, הרשות המוסמכת אינה מקבלת שיקול דעת בלתי מוגבל. נאמר במפורש כי היא רשאית (וחייבת) לקחת בחשבון שיקולים של שלום הציבור, אבל גם שיקולים של חופש הפולחן והדת של הכל. אנחנו גם מבהירים כי החלטה שרחבת התפילה הנוכחית תיחשב כבית כנסת אורתודוקסי אינה פגיעה בלתי מוצדקת בחופש הפולחן. אבל רחבת התפילה הנוכחית אינה כוללת את כל רחבת הכותל, ואין שום דבר קדוש בהיקפה. ניתן לשנות אותה לפי הצורך. טוב לחפש פתרונות יצירתיים לאיזון בין ייחוד חלק מן המרחב כבית כנסת (אורתודוקסי) ודרכי פולחן או טקסים אחרים. אסור להרחיב אותה על כל הרחבה.

כל עוד תהיה החלטת הרשות המוסמכת במסגרת אילוצים אלה של סמכותה – לא תהיה עליה ביקורת שיפוטית. בג"ץ לא יוכל להעמיד את שיקול דעתו על סבירות ההחלטה מול שיקול דעתה של הרשות. מצד שני, אם הרשות תפעל מתוך התעלמות מכך שיש פה בעיה רצינית של חופש דת (של לא אורתודוקסים) ושל חופש פולחן – ייתכן כי ייקבע שהרשות חרגה מסמכותה.

מבנה זה נותן תמריץ מספיק לניסיון רציני של השלטון לא לשלול לחלוטין את זכותם של זרמים לא אורתודוקסיים ושל נשות הכותל לתת ביטוי לצורות הפולחן שלהן גם בכותל במובנו הרחב. הוא לא מבטיח כי יימצא פתרון הולם. צריך לזכור כי איום אמין יותר של בג"ץ, וקל וחומר פסיקה כמו שניתנה, אינם נותנים תמריץ למשא ומתן. להפך – הם משמשים תמריץ להתעקשות על מימוש הזכות בצורה הדווקאנית ביותר. בג"ץ הוא מנגנון הכרעה. במקרים רבים יש לו כוח להיות מנגנון הקובע את המצב המשפטי באופן סופי. נכון כי גם המערכת הפוליטית היא מערכת כוחנית. אבל זו המערכת הכוחנית שבידיה מופקדות ההכרעות הערכיות בדבר

## סדרי העדיפויות של חיינו.

שוב, השאלה חוזרת ליושנה. אם נקבל שהשאלה כאן אינה נחתכת בשיח זכויות האדם לבדו – לא טוב כי בג"ץ יוסמך להכריע בה. להפך. הפקדת סמכות ההכרעה בידי עלולה רק להפוך אותו לפגיע יותר הן אם יתערב, והן אם יחליט לא להתערב. מוטב לו – ולחברה בישראל – לדעת שיש חוליים שתיקונם מופקד בידי המערכת הפוליטית על כל מגבלותיה. רק במקרים חמורים וברורים – צריך לחייב את בית המשפט להציל את החברה מנטייתיה לסטות מערכים ראויים.

את הנושא של תפילת נשים בכותל מוטב לנהל, בראש ובראשונה, בתוך המנהיגות של הקהילות הדתיות. אם הקול התומך יצא בבירור מכולן – גם המציאות הפוליטית תיראה אחרת. וצריך לזכור כי בצד המאבק בין זרמים דתיים וצורות פולחן ישנו גם דיון ציבורי נוקב לגבי המשמעות הלאומית שאינה דתית של הכותל. וגם דיון ציבורי לגבי המידה בה ראוי שנקשור משמעות סמלית כה רבה למקומות מסוימים. זה הוא דיון חשוב הן בתוך הדת, על כל זרמיה, והן בתוך התרבות היהודית. מרוב עיסוק במאבקים על סגנונות תפילה בכותל, איננו עוסקים די בהיבטים רחבים יותר אלה. שוב, אם תשובותינו לשאלות אלה תהיינה ברורות יותר – נוכל לתת הדרכה טובה יותר למשפטנים שלנו איך נכון יהיה להחליט במחלוקות שתתעוררנה.

