

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3358/95

לפני:

כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרות:

1. ענת הופמן
2. חיה בקרמן
3. הוועד הבינלאומי למען נשות הכותל
אינק. - על-ידי גב' מרים בנסון

נ ג ד

המשיבים:

1. מנכ"ל משרד ראש הממשלה
2. מנכ"ל משרד הדתות
3. מנכ"ל משרד הפנים
4. מנכ"ל משרד המשטרה
5. היועץ המשפטי למשרד ראש הממשלה
6. יועצת ראש הממשלה למעמד האישה
7. ממשלת ישראל

התנגדות לצו על-תנאי

בשם העותרות:

עו"ד יונתן מישייקר ועו"ד פרנסס רדאי

בשם המשיבים:

עו"ד עוזי פוגלמן

פסק-דין

השופט א' מצא:

עניינה של עתירה זו בבקשת העותרות לקביעת הסדרי-ביצוע שיאפשרו להן להתפלל, ברחבת התפילה שליד הכותל המערבי, "בקבוצות תפילה של נשים, ביחד עם נשים יהודיות אחרות, כשהן עטופות בטליתות וקוראות בקול מהתורה", כמיצוות פסק-דינו של בית-משפט זה בבג"ץ 257/89, 2410/90 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (להלן: "פסק הדין הראשון").

עובדות בסיסיות

2. העותרות 1-2 הן נשים יהודיות ישראליות, המבקשות להתפלל ולקרוא בקול בספר-תורה ביחד עם נשים אחרות, בכותל המערבי, כשהן עטופות בטליתות. העותרות 3 הינה תאגידי רשום בארצות הברית, המאגד נשים יהודיות מארצות שונות, שאף הן מבקשות להתפלל בכותל המערבי בדרכן של העותרות 1-2. בשלהי שנות השמונים ניסו קבוצות של נשים, בהן העותרות, להתפלל ברחבת הכותל כמנהגן. ניסיונות אלה עוררו התנגדות עזה מצד המתפללים במקום. ההפרעות לתפילה בנוסח שונה מן המקובל במקום לוו בהתפרעויות, באלימות מילולית ואף בניסיונות לפגוע פיזית במתפללות. המשטרה התערבה, לפי הצורך, לשם הגנה על שלומן של המתפללות; אך לרוב לא עלה בידי המתפללות לסיים בהצלחה את תפילתן. על רקע הדברים הללו הוגשו העתירות בהן ניתן פסק הדין הראשון. עתירות אלו הציבו לפני בית המשפט את השאלה, אם ועד כמה זכאיות העותרות להתפלל ליד הכותל המערבי כמנהגן, חרף היותו מנהג שונה ממנהגי התפילה המקובלים על רובם המכריע של המתפללים ברחבת הכותל, ולנוכח החשש שקיום תפילה בדרכן המיוחדת של העותרות יפגע ברגשותיהם של ציבורי מתפללים גדולים, שעקב כך עלולים אף להיגרר למעשים שיפירו את שלום הציבור. העותרות 1 ו-3- דנא נמנו עם העותרות גם בעתירות הקודמות.

פסק הדין הראשון

3. במהלך בירורן של העתירות הקודמות תוקנה תקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א 1981-. במסגרת התיקון הוספה תקנת-משנה 1(א), המוסיפה לאיסורים החלים בתחומי המקומות הקדושים (בכללם "הכותל המערבי ורחבתו") איסור על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום". בבואו להכריע בעתירות הקודמות נדרש, אפוא, בית המשפט גם לשאלות שנתחייבו מהתקנתה של תקנה 2(א)1(א) הנ"ל: כלום התקנתה נעשתה בגדר הסמכות שהוענקה לשר לענייני-דתות בחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז 1967-? ואם התשובה לכך היא בחיוב, כיצד יפורש המושג "מנהג המקום" שנתחדש בתקנה?

4. בפסק הדין הראשון (שניתן ביום 26.1.94) קבע בית המשפט (ולעניינים אלה פה-אחד) כי לעותרות אכן נתונה זכות עקרונית להתפלל בדרכן וכמנהגן, וכי תקנה 2(א)1(א) אינה חורגת מגדרו של חוק השמירה על המקומות הקדושים. ואולם ביחס לשלושה עניינים אחרים נחלקו דעות השופטים: בדבר זכותן של העותרות לממש ליד הכותל, הלכה למעשה, את הזכות העקרונית לחופש פולחן הנתונה להן; בדבר פירושו של "מנהג המקום" כמשמעו בתקנה 2(א)1(א) הנ"ל; ובדבר מהות ההכרעה בעתירות.

5. המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, סבר כי דין העתירות להידחות מכול וכול. אף לשיטתו זכאיות העותרות לחופש לקיים את פולחן הדתי כמנהגן. כן מצא, שבמנהגי התפילה המקובלים על העותרות (לעניין

ההתעטפות בטליתות, נשיאת ספרי-תורה וקריאה מתוכם בקול) אין משום הפרה של איסורים הלכתיים. אלא שזכותן לקיים את פולחן המיוחד ברחבת הכותל המערבי נדחית מפני ייחודו של הכותל ומפני מנהג המקום המחייב בו. תקנה 2(א)(א1) מבטאת, לדעתו, את עקרון השמירה על ה"סטטוס קוו" במקומות הקדושים. המושג "מנהג המקום", שמשמעותו המעשית זהה ל"סטטוס קוו", נתפרש על-ידיו במשמעותו ההלכתית, היינו כאחד המקורות המשפטיים ליצירתו של דין. לשינוי מנהגי בית הכנסת מתייחסת ההלכה בזהירות מיוחדת. במקום התפילה שליד הכותל המערבי, שדינו לעניין זה כדין בית-כנסת, לא התקיים מעולם מנהג של תפילת נשים; ותפילה במקום זה כמנהגן של העותרות, החורג מגדר המכנה המשותף הרחב המאפשר תפילת כל יהודי באשר הוא, תנגוד את מנהג המקום. כדבריו בסיכום פסק-דינו (בעמ' 350):

"היענות לעתירות שלפנינו יש בה משום שינוי מהותי של מנהג המקום, ובקיום טקס התפילה המבוקש בעתירות יש משום פגיעה קשה וחמורה ברגשות הרוב המכריע של ציבור המתפללים כלפי המקום. ... מטרתה של התקנה היא מציאת המכנה המשותף כדי לאפשר תפילתו של כל יהודי באשר הוא במקום המקודש ביותר לעם היהודי, ומניעת מחלוקת קשה ואלימה במקום האחד והמיוחד שבו מתאחדים בני כל העם היהודי. - - -

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

6. השופט ש' לוי סבר, כי בנושא העתירות אין להכריע על יסוד שיקולי הלכה. חוק השמירה על המקומות הקדושים הוא חוק חילוני, המביא בחשבון שיקולים של בני הדתות הנוגעות בדבר, "ואת המונחים הכלולים בו יש לפרש לפי המכנה המשותף המקובל על הציבור בישראל בכללותו". כדבריו (בעמ' 356):

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

בהגדרת פעילות באתר הכותל כאסורה, בשל כך שיש בה משום "חילול" או "פגיעה ברגשות", אין, לדעת השופט לוין, להיזקק לקנה המידה של המכנה המשותף הרחב ביותר; שכן (כדבריו בעמ' 356-357):

"...אפילו יש הסבורים שדרך תפילה מסוימת אסורה באיסור חמור לפי ההלכה או שפעילות בעלת אופי לאומי באתר הכותל היא לצנינים בעיניהם, אין בעובדה זו, כשהיא לעצמה, כדי להצדיק הטלת איסור על פעילויות מן הסוג האמור. לדידי, המכנה המשותף שיש להביאו בחשבון בסוגיה שלפנינו...הוא המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים בתום-לב לפתחו של אתר הכותל ולרחבתו בין לצורך תפילה ובין למטרות לגיטימיות אחרות. אם לא תאמר כן, נמצאת נותן מונופול בלעדי להשקפה פלונית בדבר חופש הביטוי על פני רעותיה, ויצאה הזכות לפולחן ולחופש הביטוי לקויה בחסר".

הוא הדין גם ביחס לפרשנות הדיבור "מנהג המקום", שאינו צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. הלוא "טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגייהם של אחרים". אכן, גם השופט לוין היה נכון להניח, כי במקרים חריגים יכול שיהיה צידוק להטלת סייג על פעילות דתית או אחרת ליד הכותל; זאת כאשר, על-פי המכנה המשותף לכלל הציבור, המדובר בפעילות שיש בה משום חילול האתר, פעילות המבוצעת שלא בתום-לב ואך לשם יצירת פרובוקציה והלהטת היצרים, או פעילות העלולה, עקב עוצמתה ועיתויה, להביא להפרת הסדר הציבורי. ואולם (כדבריו בעמ' 357) -

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

בסיכום פסק-דינו קבע השופט לוין, "שדי בשלב זה במתן פסק-דין עקרוני המכיר בזכותו בתום-לב של העותרות להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית ובידן ספרי תורה, הכול בכפוף לסייגים שאותם הזכרתי לעיל".

7. הנשיא שמגר עמד בפסק-דינו על האיזון הנדרש, בין קיום חופש הגישה לכותל המערבי לכל מי שהמקום מקודש בעיניו, לבין הימנעות מפגיעה בקדושת המקום וברגשותיהם של מתפללים אחרים. ההכרח באיזון כזה, הנלמד מהבנת תכליתם של חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל ושל חוק השמירה על המקומות הקדושים, מעוגן בהיותנו חברה חופשית שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה. כדבריו (בעמ' 354):

"על כן, הדגשנו בהזדמנויות שונות, כי בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם... כי חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו של הפרט ונוהגת בסבלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות.

"עם זאת יש לזכור, כי הסובלנות והסבלנות אינן נורמות בעלות מגמה חד-סטרית, אלא הן נורמות היקפיות ורב-כיווניות. חברה נאורה גם מכבדת את אמונותיו ודעותיו של מי שדבק בהן בלהט ובהזדהות שאינם בהכרח מדרכו של אדם מן השורה. - - - סובלנות אינה סיסמה לצבירת זכויות, אלא אמת מידה להענקת זכויות לזולת. סוף דבר, סובלנות חייבת להיות הדדית. מפגנים כוחניים השאובים מנוהגיהן של חברות אלימות, ממערב או ממזרח, אינם הולמים אותה".

להלן (בעמ' 355) ציין הנשיא שמגר, כי אף עליו מקובלת קריאתו של המשנה לנשיא, שיש לחתור אל "המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם". אלא שלטעמו, מכנה משותף אין משמעו אימוץ וכפיית הגישה המחמירה ביותר, אלא "הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה **לכל אחד**, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך וללא פגיעה ברגשות המאמינים" [ההדגש במקור - א' מ']. ובהתייחסו למשמעותו - ולהשלכתו על ההכרעה - של "מנהג המקום", הוסיף הנשיא (בעמ' 355) ואמר:

"לטעמי, יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות כן בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים. נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים. אך **אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח את תפילתו בדרכו...**" [ההדגש שלי - א' מ']".

חרף הדברים הללו, ומשיקולים של מדיניות שיפוטית, החליט הנשיא להימנע מהכרעה בעתירה לגופה. בהתחשב באופי ההכרעה הנדרשת ("דרך החתחתים הקשה של ניסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו עם זו"), יש, לדעתו, להעדיף פתרון של הסכמה והבנה על פני הכרעה שיפוטית שיש בה משום כפייה של פתרון. הואיל ובית המשפט אינו הגורם היעיל ביותר - ובוודאי לא הבלעדי - היכול לנסות, בדרך של מגע עם הגורמים השונים, למצוא דרכים מעשיות למימוש תכליתם החקיקתית של חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל וחוק השמירה על המקומות הקדושים, מן הראוי, לדעתו, "כי יעשה לגבי הכותל המערבי לפחות ניסיון להגיע להסדר ההולם את דרכי כל השואפים לעלות אל הכותל". את עמדתו בנושא העתירה סיכם הנשיא (בעמ' 355-356) בדברים הבאים:

"על כן דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה. הנני מציע לממשלה לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים [ההדגש שלי - א' מ']".

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

8. תוצאת פסק הדין הראשון היתה, אפוא, שברוב דעות - ובכפוף להמלצה שנכללה בפסק-דינו של הנשיא שמגר - החליט בית המשפט לדחות את העתירות. אך יושם אל לב, כי על-פי התפלגות הדעות שבפסק הדין, שניים מן השופטים סברו וקיבלו שלעותורות עומדת זכות להתפלל כמנהגן גם ליד הכותל. ההבדל בין גישותיהם התמקד, לאמיתו של דבר, רק בכך, שבעוד שהשופט לוין היה נכון להצהיר בפסק-דין על זכותן האמורה של העותרות, סבר הנשיא שמגר כי תחילה, ובטרם יובא נושא העתירות להכרעה שיפוטית, יש למצות דרכים אחרות לגיבושו של הסדר מוסכם, שמחד, "יקיים את חופש הגישה לכותל", ומאידך, "יצמצם פגיעה ברגשות המתפללים".

ההתפתחויות לאחר פסק הדין הראשון

9. בעקבות פסק הדין הראשון החליטה הממשלה, ביום 17.5.94, למנות ועדת מנכ"לים, בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה, על-מנת שתמליץ, תוך שישה חודשים, על פתרון אפשרי (החלטה מס' 3123). וזה לשון ההחלטה:

"3123. הסדרי תפילה ברחבת הכותל המערבי

מ ח ל י ט י ם :

בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בבג"צ 257/89, הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח', בנושא היקף זכות הגישה אל הכותל המערבי:

א. על מינוי ועדת מנכ"לים בראשותו של מנכ"ל משרד ראש הממשלה ובהשתתפות מנכ"ל המשרד לעניני דתות, מנכ"ל משרד הפנים, מנכ"ל משרד המשטרה והיועץ המשפטי למשרד ראש הממשלה.

יועצת ראש הממשלה למעמד האשה תצורף כמשקיפה לוועדה.

ב. הועדה תתבקש להציע פתרון אפשרי שיקיים את חופש הגישה לכותל המערבי ואת חופש התפילה ברחבתו, תוך צמצום הפגיעה ברגשות המתפללים במקום.

ג. הועדה תגיש הצעותיה לממשלה בתוך ששה חודשים מהיום".

10. ביני לביני פנו העותרות לבית המשפט בבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין הראשון (דנג"צ 882/94 אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'). בדחותו עתירה זו (ביום 12.6.94) ציין המשנה לנשיא, השופט א' ברק, כי "יש להמתין להמלצות הוועדה (אשר אמורות להינתן בתוך ששה חודשים מיום הקמת הוועדה)". עם זאת, הוסיף וקבע כי:

"אם המלצות אלה לא ייראו למבקשים, הרשות בידיהם לחזור ולפנות לבית-משפט זה (בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק). בפסק-דינו ציין הנשיא, בעניין זה, כי 'שערי בית המשפט פתוחים תמיד, אך, כאמור, ראוי תחילה למצות דרכים פתוחות אחרות'".

11. ביום 20.11.94 החליטה הממשלה (בהחלטה מס' 4221), להאריך את המועד להגשת המלצות ועדת המנכ"לים בשישה חודשים נוספים, היינו עד ליום 17.5.95. בדברי ההסבר להצעת ההחלטה נאמר, כי הצורך בהארכת המועד נובע מ"מורכבותו של הנושא, והבעיות הכרוכות בו, ובהתחשב בנסיגות הנעשים כדי להגיע לפתרון שיתקבל על דעת הצדדים המעורבים במידת האפשר". ואולם, גם עד למועד שנקבע בהחלטה זו, לא הגישה ועדת המנכ"לים את המלצותיה; ועל רקע זה הוגשה העתירה הנוכחית.

התפתחויות במסגרת העתירה הנוכחית

12. העתירה הנוכחית הוגשה לבית המשפט ביום 30.5.95. נתבקש בה צו-על-תנאי המורה למשיבים 5-1, חבריה הממונים של ועדת המנכ"לים, ליתן טעם "מדוע לא יגישו ללא כל דיחוי את ההצעות שהוטל עליהם להגישן לממשלת ישראל עד למועד 17.5.95 בהתאם להחלטת הממשלה מס' 3123 מיום 17.5.94". כן נתבקש בעתירה צו-על-תנאי נגד ממשלת ישראל (המשיבה 7), למתן טעם "מדוע לא תימנע מלהחליט על הארכה נוספת של המועד להגשת הצעות המשיבים 5-1". בנוסף עתרו העותרות למתן צו המצהיר על זכותן להתפלל ליד הכותל המערבי כמנהגן, זאת עד להגשת המלצות ועדת המנכ"לים ועד להחלטת הממשלה בהמלצות, וכן למתן צו המורה לממשלה לנקוט באמצעים הדרושים להבטחת שלומן של העותרות בעת תפילתן, מפני פגיעה בהן על-ידי פורעי חוק ומפרי סדר אלימים. לעתירה הוסיפה גם בקשה למתן צו-ביניים, המורה למשיבה 7 להימנע מלהחליט על הארכת המועד להגשת הצעות ועדת המנכ"לים.

השופט דורנר, שהעתירה הובאה לפניו, החליטה (ביום הגשת העתירה) לדחות את הבקשה למתן צו-ביניים, בעוד שאת העתירה למתן צו-על-תנאי הורתה לקבוע לדיון לפני הרכב. מקץ כחודש (ביום 2.7.95)

שבה הממשלה והחליטה (בהחלטתה מס' 5806) להאריך את המועד להגשת המלצות ועדת המנכ"לים בשישה חודשים נוספים. בדברי ההסבר להצעת ההחלטה נאמר, כי הפתרון המתגבש והולך בדיוני הוועדה הוא "הקצאת מקום ספציפי" לתפילת העותרות, וכי גיבוש פתרון מסוג זה מחייב תיאום בין מספר משרדי ממשלה וגורמים נוספים. העתירה נקבעה לדין בפני הרכב ליום 5.10.95, ואולם לנוכח החלטת הממשלה מיום 2.7.95, ומתוך רצון לאפשר לוועדת המנכ"לים לסיים את עבודתה, דחה בית המשפט את מועד הדיון בעתירה.

13. דו"ח ועדת המנכ"לים: ביום 2.4.96 הגישה ועדת המנכ"לים לראש הממשלה את המלצותיה. בטרם נבוא אל ההמלצות נקדים ונתאר את מסלול הברור לפני הוועדה, ככל שהוא נלמד מן החומר שלפנינו.

14. מן האמור בדו"ח עולה, כי סמוך לאחר מינויה פנתה הוועדה אל הרבנים הראשיים לישראל, בבקשת חוות-דעתם, בהיותם הממונים על רב הכותל. בתגובתם קבעו הרבנים הראשיים, כי מאחר וההצעה לערוך תפילה במתכונת המבוקשת על-ידי העותרות "הינה שינוי מהמסורת המסורה לנו מדור דור, ומהווה פירצה באופיה של התפילה כפי שהיה מקובל עד היום, מורים אנו שאין לשנות את הסטטוס-קוו הקיים ויש להמשיך ולהתפלל בכותל המערבי כפי שהיה נהוג ומקובל עד היום".

לאחר סיום מקיף ראשון באזור הכותל וסביבתו, ושמיעת עמדתה של משטרת ישראל, נפנתה הוועדה לבדיקת האפשרות להקצות לעותרות מקום תפילה חלופי בסביבתו הקרובה של הכותל. בתוך כך פנו אל הוועדה נציגי "המרכז לפלורליזם יהודי", בבקשה שבמסגרת דיוניה תיידרש הוועדה גם לבקשותיהן לתפילה בכותל המערבי של קהילות רפורמיות וקונסרבטיביות מישראל ומהעולם. העותרות התנגדו לעירוב הטיפול בעניינן ובבקשותיהן של קבוצות אחרות, שלמנהגי התפילה המקובלים עליהן ולמנהגי תפילתן של העותרות אין ולא כלום. העותרות התנגדו גם למגמת הוועדה לבחון אתרי תפילה חלופיים. בפסק הדין הראשון - טענו באי-כוחן - הוכרה זכותן של העותרות לחופש הגישה אל הכותל ולקיום תפילה במקום זה; ואת האיזון בין יכולתן לממש זכות מוכרת זאת לבין הימנעות מפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים, ניתן ויש להשיג, לא על-ידי הרחקתן מרחבת התפילה שליד הכותל, אלא על-ידי כך שייקצב להן זמן קבוע לתפילה ליד הכותל (כגון, שעה אחת בכל ראש חודש, למעט ראש חודש תשרי, ובסך הכול אחת-עשרה שעות בשנה).

לאחר סיום נוסף באזור הכותל וברור עמדותיהם של רשות העתיקות והחברה לפיתוח מזרח ירושלים, שיגרה הוועדה לכל הנוגעים בדבר מסמך שהוכתר בשם "מצע לדיון". ביחס לאפשרות, להתיר לעותרות תפילה כמנהגן ברחבת התפילה של הכותל המערבי, נאמר במסמך, כי לוועדה התברר ש"רחבת הכותל המערבי המוכרזת הינה בעייתית ביותר", וכי על רקע זה, ותוך התחשבות בחוות-דעת המשטרה, בחנה

הוועדה מספר חלופות מוצעות: באזור "הכותל הדרומי", בסמוך לפינה הדרומית-מזרחית של הר הבית; באזור "מדרגות חולדה"; ומצפון ל"קשת רובינסון" שבסמוך לפינה הדרומית-מערבית של הר הבית. ביחס לכל אחת מן החלופות צירפה הוועדה את הערותיה, ובסיכום המצע לדין נאמר, כי "על הוועדה להכריע על איזו מהחלופות המוצעות תבחר להצביע כמועדת".

ביום 19.2.96 הגיבו באי-כוח העותרות בכתב על ה"מצע לדין". בתגובתם נאמר, כי הנחת הוועדה, כאילו ניתן למנוע מן העותרות מלממש את זכותן לתפילה ליד הכותל, אינה עומדת במבחנו של פסק הדין הראשון, וכי הכוונה המסתמנת, להרחיק את העותרות מרחבת הכותל למקומות אחרים, לבד מהיותה בלתי-סבירה ומפלה, הריהי משפילה ומכאיבה. להלן הוטעם, כי הנחיית הנשיא שמגר, בפסק הדין הראשון, היתה למציאת פתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם את הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים, אך בהנחיה זו, שנועדה לשקף מידה של איזון ראוי בין ההכרה בזכותן של העותרות לבין ההתחשבות ברגשותיהם של ציבורים אחרים, אין בשום פנים ואופן אישור לתת עדיפות מוחלטת לרגשות המתפללים בדרך של שלילת זכות הגישה לכותל מן העותרות. להלן מחו באי-כוח העותרות על כך שהוועדה מצאה בחוות-דעת המשטרה אסמכתה לשלילת זכותן של העותרות. להערכת המשטרה, טענו, ניתן לייחס משקל רק לצורך קביעת הגבולות למימוש הזכות, אך הערכת המשטרה אינה יכולה להוות בסיס לשלילתה המוחלטת של זכות-יסוד מוכרת. חרף עמדתן העקרונית של העותרות, השוללת פתרון על דרך הצעתן של חלופות, התייחסו באי-כוחן, בתגובתם למצע לדין, גם לחלופות המוצעות. את רוב החלופות המוצעות פסלו מכול וכול. ביחס להצעת האזור שמצפון לקשת רובינסון נמנעו מנקיטת עמדה, מן הטעם שמהמצע עצמו עולה ש'אין אפשרות לקיים תפילות בצורה כלשהי' שם. בכך כיוונו לעמדת רשות העתיקות, שבהתייחסה לחלופה מוצעת זו כתבה כי "לא נראה שבשטח זה אפשר יהיה לקיים תפילות בצורה כל שהיא". ואולם ביחס להצעת אתר קשת רובינסון, כמקום תפילה חלופי, הוסיפו באי-כוח העותרות הערה זו:

"יש להעיר שמכל המקומות שהוצעו מחוץ לרחבת הכותל, אזור זה הוא האזור היחיד הצמוד לרחבת הכותל המערבי אשר יכול היה לאפשר תפילה של קבוצות בגודל בינוני של בין 50 ל-100 מתפללים, אך כדי להפוך את המקום לפתרון של ממש, צריך רצון והשקעה שמקומם לא יכירם במצע".

לקראת סיכום דיוניה הוגשה לוועדת המנכ"לים חוות-דעת מטעם המשרד לבטחון הפנים, בגדרה הובאו עמדת מפכ"ל המשטרה ועמדת מפקד מחוז ירושלים של המשטרה. בהתבסס על ניסיון העבר חיוותה המשטרה את דעתה, שקיום תפילה ברחבת הכותל בדרכן של העותרות "תיתפש כפרובוקציה בעיני הציבור הנוהג להתפלל במקום, תפגע ברגשות המתפללים ותגרום להפרות סדר חמורות במקום". ביחס להצעת

העותרות, לקצוב להן זמנים לתפילה, נאמר בחוות הדעת, כי "ההצעה לערוך איזון ראוי ע"י חלוקת זמני הגישה לכותל, אין לה השלכה לגבי עמדת המשטרה, שכן רחבת הכותל משמשת כמקום תפילה במשך רוב שעות היממה". עם זאת, צוין בחוות הדעת, כי "המשטרה תעשה כל הדרוש והניתן על מנת להבטיח את הסדר הציבורי בכל הסדר שייקבע על-ידי הוועדה".

15. בכך הגיעה הוועדה לסיכום מסקנותיה. מן העיון בדו"ח המסכם שהוגש על-ידיה לממשלה עולה, כי בהסתמכה על חוות הדעת שהוגשו לה, על-ידי הרבנים הראשיים לישראל ועל-ידי המשטרה, הגיעה הוועדה לכלל מסקנה, כי לא ניתן לאפשר לעותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל המערבי. כדברי הוועדה בסיכומה:

"הכותל המערבי, רחבתו והסביב לו שייכים לכל יהודי באשר הוא יהודי וזכות התפילה בכותל המערבי שמורה לכולם.

"עם זאת, הקדושה הנודעת לכותל המערבי על ידי עם ישראל, נפגעת על ידי מחלוקות, תגרות ושימוש בכח בשטחו, כפי שבית המשפט העליון עמד על כך, בפסק דינו בנושא זה.

"חוות-הדעת המשטרית מצביעה על כך שגם היום לא השתנה המצב העובדתי בכותל. ואף הסדר המתייחס לחלוקת זמני התפילה לא ימנע פגיעה בסדר הציבורי בוודאות קרובה ביותר. ויש להדגיש כי אין המדובר ביכולת ההשתלטות של המשטרה על המהומות, אלא במניעתן המכובדת; ומפני דרכי שלום נדרשים הצדדים לוותרים הדדיים.

"כדי להגיע לאיזון הנדרש מהוועדה בהחלטת הממשלה, בין חופש הגישה לכותל לבין צמצום הפגיעה ברגשות המתפללים, לא מצאה הוועדה כי בשלה העת לאפשר תפילה ברחבת הכותל המערבי גופא, אשר היא שונה מהתפילה המסורתית המקובלת בו".

במסגרת הדו"ח סקרה הוועדה ארבעה מקומות תפילה חלופיים בסביבת הכותל (הרחבה שלמרגלות קשת רובינסון; האזור שלפני שערי חולדה; הפינה הדרום מזרחית של חומת הר הבית; ואזור "הכותל הקטן"). הוועדה המליצה על הפינה הדרום-מזרחית בחומת הר הבית, כחלופה היותר מתאימה, והציעה להכשיר את השטח במקום זה ולהתאימו לצורכי תפילה.

16. מששבה העתירה ונקבעה לדיון, ליום 15.4.96, נענה בית המשפט לבקשת פרקליטות המדינה והחליט לדחות את מועד הדיון פעם נוספת. בהחלטה נאמר, כי משהוגשו לממשלה מסקנות ועדת המנכ"לים יש ליתן לממשלה שהות סבירה לגיבוש עמדתה. ביום 21.4.96 החליטה הממשלה (בהחלטה מס' 777) לרשום לפנייה את המלצות ועדת המנכ"לים ולמנות ועדת שרים "אשר תבחן את המלצות ועדת המנכ"לים ודרכי יישומן ותחליט בענין זה על-דעת הממשלה". בראשות ועדת השרים הוצב שר המשפטים, וזולתו נכללו בהרכבה השר לענייני דתות, שר החינוך, התרבות והספורט, השר לבטחון הפנים, והשרים ביילין ועמיטל.

17. ואולם בטרם הספיקה ועדת השרים לעשות דבר וחצי-דבר התקיימו הבחירות לכנסת הארבע-עשרה, שבעקבותיהן כוננה ממשלה חדשה. משנוכחו העותרות כי הממשלה החדשה איננה ממחרת לחדש את הטיפול בעניינן, הגישו בקשה לתיקון עתירתן. במסגרת התיקון ביקשו העותרות להוסיף סעד נוסף, היינו שאם ממשלת ישראל תחליט, בסופו של דבר, שלא לאפשר לעותרות להתפלל על-פי מנהג בכותל המערבי, יתבקש בית המשפט לקבוע את ההסדרים למימוש זכותן של העותרות לגישה ולתפילה בכותל המערבי. בישיבתו מיום 24.10.96 החליט בית המשפט לתקן את העתירה כבקשת העותרות. עם זאת נענה בית המשפט לבקשת המדינה ודחה את המשך הדיון בעתירה "לתקופה של לא יותר מ-4 חודשים", על מנת ש"בתקופת הדחייה ייעשה כל מאמץ על-ידי המשיבים כדי להגיע לפתרון הבעיה בדרך שתהיה מקובלת גם על העותרות".

אך ההתפתחויות לא הדביקו את הציפיות. בהודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה לבית המשפט לקראת ישיבת יום 4.3.97, נמסר, כי בדיון שהתקיים בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ביום 28.11.96 נבחנו ארבע החלופות שהוזכרו בדו"ח ועדת המנכ"לים. מן ההודעה עולה, כי ברקע הדיון ניצבה מסקנתה של ועדת המנכ"לים, כי "מטעמים של שמירת הסדר הציבורי, אין ניתן לאפשר לעותרות להתפלל ברחבת הכותל המערבי, בשים לב לייחודו של המקום כמקום קדוש המחייב שלא לפגוע ברגשות המתפללים ולהימנע מהפרות סדר חמורות". ובנסיבות אלו, "התגבשה החלטה לפיה ניתן להציע לעותרות מקום חלופי נאות, בו יוכלו לממש את מבוקשן ולהתפלל לפי דרכן, וזאת בשני אתרים בתחומי הגן הארכיאולוגי" - 'מדרגות חולדה' והפינה הדרום-מערבית של הכותל המערבי, המכונה 'קשת רובינסון' - אך זאת "מבלי שתוקנה להן 'חזקה' כלשהי על מקום מסוים בתוך המיתחם הזה". בתגובת העותרות להצעה זו, שאף היא הובאה בגדר ההודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, נאמר, כי מבלי לוותר על דרישתן לממש את זכותן לגישה ותפילה ברחבת הכותל המערבי, ולמרות שבמצבו הנוכחי אין לראות במיתחם של 'קשת רובינסון' רחבת תפילה מכובדת, מוכנות העותרות "לשקול הצעה רשמית להפוך את מיתחם קשת רובינסון לרחבת תפילה הדומה לרחבת הכותל המערבי, במצבה כיום, לרבות עזרת נשים נפרדת, בדרך שתהפוך את מיתחם קשת רובינסון להמשך ישיר של רחבת התפילה בצד המערבי של הר הבית" (ההדגש במקור - א' מ'). כן צוין בהודעה, כי בסמוך לקבלת תגובת העותרות נתקבלה אצל היועץ המשפטי גם פנייה מטעם האיגוד העולמי ליהדות מתקדמת, בדבר "דרישתן של קהילות יהודיות לא-אורתודוקסיות מהארץ ומחו"ל להתפלל ברחבת הכותל על-פי דרכן". על רקע הדברים הללו נתבקש בית המשפט ליתן למדינה שהות נוספת לגיבוש עמדתה. ואולם בישיבתו מיום 4.3.97 החליט בית המשפט להוציא צו-על-תנאי על יסוד העתירה המתוקנת.

18. החלטת ועדת השרים לענייני ירושלים: עד להגשתו, ביום 10.6.97, של תצהיר התשובה לעתירה, הובא עניין של העותרות לדין לפני ועדת השרים לענייני ירושלים, שביום 2.6.97 הוציאה מלפניה את החלטתה (החלטה מס' 14/). להלן נוסח הפרוטוקול וההחלטה:

"14/). סדרי תפילה ברחבת הכותל המערבי בנוגע לעתירה בבג"צ של 'נשות הכותל':

המנהלת הכללית של משרד המשפטים סוקרת את הנושא ואת השתלשלות הטיפול בו עד כה, לרבות בועדת המנכ"לים ובוועדת השרים המיוחדת אשר כוננו בשעתו לפי החלטת הממשלה.

בדיון משתתפים: ראש הממשלה בנימין נתניהו, השרים אליהו סוסיסה, זבולון המר, משה קצב, דן מרידור, צחי הנגבי, דוד לוי, סגן השר אריה גמליאל, הגב' נילי ארד וה"ה אהוד אולמרט, אמיר דרורי; יאיר יצחקי, מפקד מחוז ירושלים במשטרת ישראל, וראש מרחב ירושלים של השב"כ.

מ ח ל י ט י ם:

א. לרשום את הודעתו של ראש הממשלה, לפיה ממשלת ישראל מכירה בזכות חופש הפולחן והדת של כל אדם, והעותרות בכלל זה.

ב. לקבוע כי בהסתמך על הערכת משטרת ישראל לא ניתן לאפשר תפילת העותרות, לפי דרכן, ברחבת הכותל המערבי, וכי לפי הערכת גורמי הבטחון האחרים שהוצגה לאחרונה, שינוי בסטטוס-קוו בנוגע להסדרי תפילה, באתרים החילופיים שהוצעו, עלול להוות סכנה לשלום הציבור.

ג. בהתאם לאמור לעיל, להשאיר בשלב הנוכחי את המצב הקיים על כנו. לפעול לבחינת אפשרות להסדרת אתר תפילה חילופי מתאים ולבקש דחיית המשך הדיון בבית-המשפט לשלושה חודשים נוספים לבחינת המצב בהיבט הבטחוני באתרים המוצעים.

ד. הערכת רשויות הבטחון תובא לדין נוסף בוועדת השרים לענייני ירושלים ולהחלטה בנושא".

המלצות ועדת נאמן

19. הדיון בעתירה נקבע ליום 24.9.97. בעיקרי הטיעון מטעמם הציעו המשיבים לאפשר לעותרות להתפלל באחד משני אתרים חלופיים: האחד, מיתחם "קשת רובינסון"; זאת "מבלי שייפגע ה'סטטוס קוו' במקום, במובן זה שלא יהפוך למקום תפילה מוסדר ומוצהר, כי אם חלק ממהלך הדברים הרגיל כיום במקום זה, והכל בכפוף לשיקולי בטחון, בכל עת"; והשני, "אתר הנמצא בסמיכות לשערי הכניסה לרחבת הכותל, בצד דרום מערב, מקום ממנו ניתן לראות את הכותל, וכן ניתן יהיה ליתן בו הגנת המשטרה לעותרות". המשיבים

טענו כי

"הצעות אלה מחוייבות המציאות הן, לאחר שנעשה האיזון הנדרש בין האינטרסים השונים והסותרים של הנוגעים בדבר, וכדי שלא יהפוך המקום הקדוש ביותר לעם ישראל לזירת מריבה, עד כדי חילול, ופגיעה ברגשות המתפללים במקום, בכבודם ובגופם".

לחלופין, הציעו המשיבים להביא את עניינן של העותרות לדיון מחודש בפני ועדה בראשות שר האוצר יעקב נאמן, שלעת ההיא עמד בראש ועדה לגיבוש המלצות בנושא הגיור. מעיקרה דחו העותרות הצעה זו. אך בעקבות הערותינו, ומשהוצע להן כי נציגות מטעמן תצורפנה להרכב הוועדה, נאותו ליתן למסלול ההידברות סיכוי נוסף.

בדיון מיקדמי, שהתקיים ביום 11.11.97 בלשכת שר האוצר נאמן, הוצע כי הוועדה שהתמנתה לדון בנושא הגיור, תדון גם בעניינין של העותרות. העותרות חזרו ודחו את ההצעה, בטענה ש"וועדה זו הינה ועדה לקביעת מדיניות, ואילו בעניינין יש צורך בוועדה אשר תקבע, אך ורק, דרכי ביצוע של מדיניות מותווית". ברם, בעקבות ברור נוסף של העניין בישיבת בית המשפט מיום 26.11.97, הטילו הצדדים על ועדת נאמן להידרש לגופה של המחלוקת, הכול על רקע התפיסה שלאור חשיבות הנושא, מורכבותו וקשיותו, מן הראוי למצות גם דרך זו לברורו מחוץ לכותלי בית המשפט, במטרה להגיע להסדר מוסכם בדרכי שלום.

20. ועדת נאמן קיימה ארבע ישיבות וכן ערכה סיור באזור הכותל. ביום 23.9.98 הגישה הוועדה דו"ח בו סיכמה את מסקנותיה. ברוב דעות שללה הוועדה תפילה כמנהג העותרות ליד הכותל. ביסוד עמדה זו ניצבה חוות-דעתם של מפקד מחוז ירושלים במשטרת ישראל וחבר עוזריו, לפיה "תפילה בעזרת הנשים ברחבת הכותל תיצור מהומות והפרות סדר קשות, זאת בהסתמך על נסיון העבר ולאור הערכות על רקע מצב הדברים כיום". הוועדה הזכירה את השקפת המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, בפסק הדין הראשון, כי "תפילה של נשות הכותל ברחבת הכותל המערבי היא בניגוד למנהג המקום" וכי "אין זה המקום בו יעשה השינוי הנדרש על ידי נשות הכותל בהרגלי התפילה המסורתיים". הוועדה הוסיפה, ש"קיום תפילה ברחבת הכותל בנוכחות משטרה או בהתערבותה הפעילה, יש בה כשלעצמה פגיעה קשה ברגשותיהם של כלל המתפללים ופגיעה חמורה בקדושת המקום לכל באיו". להלן הצביעה הוועדה גם על החשש, שהיענות לעותרות עלולה "להוות תקדים לתביעות לערכת טקסי תפילה אחרים ושונים מאלה של נשות הכותל".

על רקע מסקנתה האמורה, נפנתה הוועדה לבחינת התאמתם של ארבעה מקומות תפילה חלופיים: אזור מגרש החניה שבסמוך לכניסה לרחבת הכותל; האתר המצוי מדרום לרחבת הכותל המערבי והידוע בשם "הכותל הדרומי"; אתר "רחבת הדגלים" - רחבה הסמוכה לרחבת התפילה בכותל המערבי בה מוצבים דגלי

הלאום; ואתר "קשת רובינסון". בחלופה הראשונה גילתה הוועדה חסרונות שונים. החלופה השנייה נפסלה בשל ריחוקו הרב של המקום מרחבת הכותל; בחלופה השלישית (רחבת הדגלים) נמצאו, אמנם, יתרונות רבים, אך גם היא הורדה מעל הפרק בשל עמדת המשטרה, כי "תפילה של נשות הכותל באתר תעורר מהומות והפרות סדר קשות". בחירת הוועדה נפלה על אתר "קשת רובינסון". במנותה את מעלותיה של חלופה זו ציינה הוועדה, בעיקר, כי אתר זה מהווה למעשה המשך ישיר לרחבת הכותל המערבי, וכי בהיותו "נושק לכותל המערבי וצמוד אליו... למתפללים במקום תתאפשר גישה ישירה ומגע עם הכותל המערבי". כן צוין כי האתר, שהוכשר לקליטת מבקרים רבים, קולט בפועל מאות מבקרים מדי יום. לוועדה היה ברור, שקיום תפילה באתר זה חייב לעמוד בדרישותיהן של רשות העתיקות ושל החברה לפיתוח מזרח ירושלים, המתנגדות לכל שינוי באופי האתר, המהווה חלק מן הגן הארכיאולוגי ומוקד משיכה לחוקרים ולמבקרים רבים. על יסוד כל האמור הגיעו רוב חברי הוועדה לכלל מסקנה, כי

"הפתרון של קיום תפילות באתר 'קשת רובינסון' הינו החלופה המעשית ביותר לצרכיהן ולתביעותיהן של נשות הכותל. זאת, לאחר בחינת היתרונות והחסרונות של כל אחת מהחלופות דלעיל. כזאת נעשה, תוך שקילה ואיזון בין הצורך למצוא מקום תפילה הולם שיענה על צרכיהן של נשות הכותל ודרישותיהן, לבין העקרון החשוב שלפיו יש להימנע מפגיעה ברגשות כלל המתפללים ברחבת הכותל המערבי ושלא לפגוע במנהג המקום".

21. יצוין כי נציגות העותרות בדיוני הוועדה דחו, מכול וכול, את כל החלופות המוצעות ועמדו על מימוש זכותן של העותרות לקיום תפילה כמנהגן בעזרת הנשים שברחבת התפילה שליד הכותל. נציגות העותרות חזרו על ההצעה, אותה העלו בשעתו לפני ועדת המנכ"לים, לקצוב להן זמן קבוע לתפילה ליד הכותל: שעה אחת בכל ראש חודש, למעט ראש חודש תשרי, ובסך הכול אחת-עשרה שעות בשנה. אולם הצעתן לא נתקבלה.

הדיון בעתירה

22. במצב דברים זה - קרוב לארבע שנים לאחר הגשתה - חזרה העתירה להכרעת בית המשפט. העילה המקורית להגשתה (אי-הגשתו במועד של דו"ח ועדת המנכ"לים) שוב לא עמדה עוד על הפרק; ועניינה של העתירה התמקד עתה בבקשת הסעד, שהוסף לעתירה במסגרת תיקונה (ביום 24.10.96), היינו שאם ממשלת ישראל תחליט, שלא לאפשר לעותרות להתפלל על-פי מנהגן בכותל המערבי, יתבקש בית המשפט לקבוע את ההסדרים למימוש זכותן של העותרות לגישה ולתפילה בכותל המערבי.

לקראת מועד הדיון, שנקבע לפנינו ליום 17.2.99, השלימו הצדדים את עיקרי-טיעוניהם. מן העיון בחומר שבכתב, ומטיעוני הפרקליטים לפנינו, עלה, כי שורש מחלוקתם של הצדדים נעוץ בהבנה שונה של

ההכרעה שנפלה בפסק הדין הראשון. הנחת המוצא של המשיבים היתה, כי פסק הדין הראשון, אף שהכיר בזכותן העקרונית של העותרות לגישה ולתפילה ברחבת הכותל המערבי, לא הכיר בזכותן לממש את זכות הגישה והתפילה, הנתונה להן, הלכה למעשה. עניין זה הניח פסק הדין לקביעתה של ועדה שתמונה על-ידי הממשלה. בפועל נבדק העניין בידי שלוש ועדות, וכולן הגיעו לכלל מסקנה, שקיום תפילה כמנהג העותרות ברחבת התפילה של הכותל המערבי כרוך בסכנה ממשית לחיכוכים ולאלימות. מטעם זה התמקדו הוועדות בחיפוש אחר מקום תפילה חלופי בסביבת הכותל. המשיבים טענו, כי המלצתה של ועדת נאמן, לאפשר לעותרות לקיים את תפילותיהן באתר שלמרגלות קשת רובינסון, משקפת איזון בין סיפוק זכותן של העותרות לבין שיקולים רלוונטיים אחרים; שכן, אימוץ המלצה זו יאפשר לעותרות להתפלל באתר המהווה חלק מן הכותל המערבי, מבלי לפגוע ברגשות המתפללים ברחבת הכותל גופה ומבלי לעורר חשש ממשי לחיכוכים ולאלימות שיחללו את קדושת המקום. על יסוד עמדה זו ביקשו המשיבים לדחות את העתירה.

23. העותרות טענו, כי מרכיבי נוסחת האיזון נקבעו בפסק הדין הראשון. על-פי נוסחה זו, האיזון בין חופש הגישה לכותל של העותרות לבין הפגיעה הצפויה ברגשות המתפללים האחרים, מחייב פתרון **שיקיים** את זכותן של העותרות לתפילה ברחבת הכותל אך **יצמצם** את הפגיעה ברגשות המתפללים. הצעת ועדת נאמן הושתתה על בסיס אחר: הנחתה היתה, כי עליה **להימנע** מפתרון הכרוך בגרימת פגיעה ברגשות כלל המתפללים האחרים; ולפיכך המליצה על פתרון השולל מן העותרות את היכולת לממש את זכותן המוכרת, לחופש גישה לכותל המערבי. כן טענו העותרות כי המלצות ועדת נאמן לא הובאו מעולם לאישור הממשלה, ולפיכך אין בהן משום יישום הנחיותיו של פסק הדין הראשון.

העותרות שללו, גם לגופה, את ההצעה שתקיימנה את תפילותיהן באתר קשת רובינסון. המקום, המנותק מרחבת הכותל, מצוי בלבו של הגן הארכיאולוגי. הגישה אליו לנכים ולמוגבלים אחרים היא קשה מאוד, והמקום עצמו צר מלהכיל את המתפללות כמנהג העותרות. לאתר זה, המהווה אטרקציה תיירותית מבוקשת, נכנסים מדי יום מאות מבקרים, וכולם משתמשים בדרך צרה אחת לתנועה דו-סטריית (פנימה והחוצה). קיום תפילה על גבי דרך זו, תוך חשיפה להתחככות מתמדת עם ציבורי המבקרים והתיירים, אינו אפשרי. גם הגישה לחומת הר הבית, שבמקום זה אכן מהווה המשך ישיר של הכותל המערבי, חסומה ואינה אפשרית. נמצא כי הפתרון המוצע אינו מממש, ולוא במקצת, את זכותן לתפילה בכותל המערבי.

24. נראה לנו, כי במחלוקתם של הצדדים, גבי משמעות ההכרעה שנפלה בפסק הדין הראשון, הדין הוא עם העותרות. כפי שכבר ציינו (בפיסקה 8 לעיל), הרי שעל-פי התפלגות הדעות שבפסק הדין, שניים מן השופטים סברו וקיבלו שלעותרות עומדת זכות להתפלל כמנהגן גם ליד הכותל; כשההבדל בין גישותיהם

התבטא רק בכך, שבעוד שהשופט ש' לויין היה נכון להצהיר בפסק-דין על זכותן האמורה של העותרות, סבר הנשיא שמגר, כי בטרם יובא נושא העתירות להכרעה שיפוטית, יש למצות דרכים אחרות לגיבושו של הסדר מוסכם. העתירה נדחתה, אפוא, ברוב דעות, אך דחייתה הוכפפה להמלצתו של הנשיא שמגר, שהממשלה תמנה ועדה עליה יוטל "להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים". לא למותר להדגיש, כי "חופש הגישה לכותל", אליבא דהנשיא שמגר, חייב להתפרש כזכות להתפלל ליד הכותל, בדרכו ובסגנונו המיוחדים של המבקש לעשות כן. כך מתחייב מגישת הנשיא, עליה כבר עמדנו, כי חתירה אל "המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם", אין משמעה אימוץ וכפיית הגישה המחמירה ביותר, אלא "הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך" (בעמ' 355 לפסק הדין). כך מתחייב גם מפרשנותו של הנשיא ל"מנהג המקום", לאמור, כי "נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים, אך אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח את תפילתו בדרכו" (שם). העמדה הברורה הנלמדת מניתוח דבריהם של הנשיא שמגר והשופט ש' לויין - ויצוין שלגוף העניין מקובלת עמדה זו גם עלינו - הינה, שלעותרות עומדת זכות להתפלל כמנהגן גם ברחבה שליד הכותל המערבי.

25. אכן, בגיבוש עמדתו בפסק הדין הראשון לא נעלם מעיני הנשיא שמגר, שקיום תפילה כמנהג העותרות ליד הכותל יהיה כרוך בפגיעה ברגשותיהם של ציבורי מתפללים אחרים. מטעם זה ראה טעם במינוי ועדה, עליה יוטל להציע פתרון שיהיה בו משום צמצום הפגיעה. ודוק: צמצומה של הפגיעה, ולא מניעתה מכול וכול. שכן, מניעתה לחלוטין של פגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים אינה יכולה להיות מושגת אלא בשלילת זכותן של העותרות, תוצאה שנפסלה בפסק-דינו של הנשיא, בהיותה זהה ל"אימוץ וכפיית הגישה המחמירה ביותר" ובבחינת "סגירת הדלת" בפני קיום זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח את תפילתו בדרכו המיוחדת. יושם אל לב, כי החשש מפני תגובה אלימה מצד גורמים קיצוניים מקרב המתפללים ברחבת הכותל, לא הוזכר בהמלצת הנשיא כשיקול שבכוחו להצדיק לשלול מהעותרות את זכותן לקיום תפילה כמנהגן בכותל המערבי. מדברי הנשיא, אודות החובה לנהוג בסובלנות, נקל להסיק שגישתו לעניין זה לא נשנתה מגישת השופט ש' לויין, היינו, כי "אין להטיל איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם" וכי "שומה על הרשויות הנוגעות בדבר לגבש את התנאים המתאימים כדי לאזן בין כל האינטרסים הנוגעים בדבר, כדי שכל השוחרים להתכנס ליד הכותל ורחבתו יוכלו להביא לכלל מיצוי את זכויותיהם מבלי לפגוע יתר על המידה ברגשותיהם של אחרים".

26. יצוין כי החלטות הממשלה בנושא (שקדמו לדו"ח ועדת המנכ"לים) התבססו על הבנה נכונה של הכרעת פסק הדין הראשון. בהחלטתה למנות את ועדת המנכ"לים הטילה הממשלה על הוועדה "להציע פתרון

אפשרי שיקיים את **חופש הגישה לכותל המערבי** ואת **חופש התפילה ברחבתו**, תוך **צמצום הפגיעה** ברגשות המתפללים במקום". גם בשורת ההחלטות שנתנה הממשלה, להארכת המועד שנקבע להגשת מסקנות ועדת המנכ"לים, דובר בוועדה שמתפקידה להגיש המלצות "לענין מציאת פתרון להסדרי התפילה ברחבת הכותל המערבי". משמע, שהמנדט שניתן לוועדת המנכ"לים היה למציאת פתרון שיאפשר לעותרות לממש את זכותן להתפלל ברחבת הכותל המערבי, תוך צמצום הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים. אך ועדת המנכ"לים בחרה בפתרון שונה מזה שנתבקשה לגבש ולהציע. היא ייחסה משקל מכריע לעמדת המשטרה, שהזהירה מפני האפשרות שתפילת העותרות ברחבת הכותל תגרור התנגדות אלימה ותגרום להפרות סדר חמורות וקשות. לנוכח הערכה זו באה הוועדה לכלל מסקנה, כי לא ניתן לאפשר לעותרות לקיים ברחבת הכותל תפילה בנוסח שונה מן התפילה המסורתית הנוהגת בו, ולפיכך הציעה לספק את העותרות בהקצאת מקום תפילה חלופי. ואולם המלצת ועדת המנכ"לים, לא זה בלבד שנגדה את הנחיותיו המפורשות של פסק הדין הראשון, אלא גם חרזה ממטרת מינויה של הוועדה כפי שהוגדרה בהחלטת הממשלה.

גם הוועדות שבאו בעקבות ועדת המנכ"לים - ועדת השרים לענייני ירושלים וכן ועדת נאמן - הלכו בעקבותיה. המכנה המשותף להמלצות שהוגשו בידי כל הוועדות שנדרשו לנושא התבטא במסקנה, כי האיזון בין זכות העותרות להתפלל ברחבת הכותל, לבין הפגיעה שתפילת העותרות תגרום לאחרים וההתנגדות שהיא תעורר, יכול להימצא רק בהרחקת העותרות מרחבת הכותל וחיובן להסתפק במקום תפילה חלופי כזה או אחר. ואין צריך לומר, כי גם המלצות אלו - כמו המלצתה של ועדת המנכ"לים - חרגו מנוסחת האיזון שבפסק הדין הראשון.

לא למותר להעיר, כי גם בהנמקת מסקנתן גלשו הוועדות הנכבדות לתפיסות שנדחו על-ידי רוב השופטים בפסק הדין הראשון. כך, למשל, בגיבוש עמדתה של ועדת המנכ"לים יוחס משקל לקביעת הרבנים הראשיים "שאינן לשנות את הסטטוס קוו הקיים ויש להמשיך ולהתפלל בכותל המערבי כפי שהיה נהוג עד היום". עמדה זו, המקדשת את ה"סטטוס-קוו", נתמכה בפסק הדין הראשון רק על-ידי המשנה לנשיא, השופט אלון, אך נדחתה מכול וכול על-ידי הנשיא שמגר והשופט ש' לוי. הערה זו יאה גם לנוסחת האיזון, על-פיה הינחתה את עצמה ועדת נאמן, בה יוחס משקל גם לשיקול "שלא לפגוע במנהג המקום". תמיהה רבה במיוחד עוררה הערתה של ועדת המנכ"לים, כי "מפני דרכי שלום נדרשים הצדדים לויתורים הדדיים". שהלוא בהמלצתה להרחיק את העותרות כליל מרחבת הכותל גילתה הוועדה את דעתה, כי רק העותרות נדרשות, מפני דרכי שלום, לויתור מוחלט, בעוד שחוגי המתנגדים לנוכחותן של העותרות, ושמשש לתגובתם האלימה חתרה הוועדה לפתרון שונה מזה שנתבקשה להציע, אינם נדרשים ואינם מצופים לויתור כלשהו.

27. לקראת הדיון בעתירה הוצג לפנינו, מטעם המשיבים, תצהיר מפי ניצב יאיר יצחקי, מפקד מחוז ירושלים במשטרת ישראל. בתצהירו חזר ניצב יצחקי על העמדה אותה הציגה המשטרה בפני ועדת המנכ"לים, בפני ועדת השרים לענייני ירושלים ובפני ועדת נאמן. לפי עמדה זו, "תפילת נשות הכותל, כמבוקש על-ידן, לרבת ההצעה לקיים תפילה מוגבלת בזמן, אחת לחודש בראש חודש, עלולה, ברמת הסתברות של ודאות קרובה, להביא לנקיטת צעדים אלימים מצד המתפללים במקום ולגרום למהומות גדולות, להפרות סדר ולסכנה ממשית לשלומם של המתפללים". על הערכה זו, שבעיקרה סומכת על ניסיון העבר, חזר ניצב יצחקי גם בהסבריו על-פה במעמד הדיון בבית המשפט. עם זאת ציין, כפי שנעשה גם בחוות הדעת שהגישה המשטרה לוועדת המנכ"לים, כי המשטרה תפעל בכל הדרכים העומדות לרשותה לאכיפתו של כל הסדר שייקבע בסופו של דבר.

אנו סבורים כי האפשרות, שהכרה בזכות העותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל עלולה לגרור תגובות אלימות מצד חוגים שהסובלנות כלפי הזולת היא מהם והלאה, כבר הובאה בחשבון בגיבוש הכרעתו של בית המשפט בפסק הדין הראשון. אין להשלים עם מצב, שחשש מפני תגובה אלימה מצד מיגזר כלשהו של הציבור יביא לשלילת האפשרות של מיגזר אחר לממש זכות הנתונה לו. לא מן הנמנע אמנם, שבנסיבות נתונות עשויה המשטרה למנוע מאדם, או מקבוצה, לממש זכות הנתונה להם, אם קיים יסוד ממשי לחשש שמימוש הזכות יגרור התפרצות אלימה העלולה להפר את שלום הציבור, וכשאינן בידי המשטרה למנוע באמצעים סבירים תוצאה קשה כזאת. אך - כפי שציין השופט ש' לויין בפסק הדין הראשון - "אין להטיל איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואין שיקולים של סכנה ודאית וקרובה של הפרת השלום חייבים, בהכרח, להצדיק הטלת איסור כאמור".

ביקור במקום

28. בשלב העיון לקראת מתן פסק הדין החלטנו כי ניטיב לעשות אם בטרם נכריע בעתירה נקדים ונבקר, ביחד עם הצדדים ופרקליטיהם, ברחבת הכותל המערבי וכן באתרים שהוצעו לעותרות, בשלבים השונים של ההליך, כאתרי תפילה חלופיים. מן הפן העקרוני, עריכת ביקור זה חרגה מצורכי ההכרעה; שהלוא זכותן של העותרות להתפלל כמנהגן ליד הכותל כבר הוכרה, למעשה, במסגרת פסק הדין הראשון. עם זאת מצאנו טעם בהפקת התרשמות בלתי-אמצעית מאתרי התפילה החלופיים שהוצעו לעותרות. ראשית, כדי להיווכח אם איזו מן החלופות שהוצעו לעותרות עשויה להיחשב, למצער, כמימוש-בקירוב של זכות התפילה ברחבת הכותל. ושנית, על רקע עמדתן של העותרות עצמן, שמהערותיהן ל"מצע לדיון" של ועדת המנכ"לים, וכן מתגובתן להצעה שהובאה בפניהן בעקבות הדיון בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן לכאורה להסיק שאילו פעלו

הרשויות להפיכתו של אתר קשת רובינסון לרחבת תפילה כדוגמת רחבת התפילה שליד הכותל, עשויות היו העותרות להסתפק באתר תפילה חלופי זה.

ביום 1.2.2000 ביקרנו ברחבת הכותל ובכל אתרי התפילה החלופיים: רחבת קשת רובינסון, אזור הכותל הדרומי, שערי חולדה והמדרגות המובילות אליהם, הפינה הדרום-מזרחית של הר הבית ורחבת החניה שבסמוך לכניסה לרחבת הכותל. בביקור השתתפו נציגות של העותרות, באי-כוח הצדדים, נציג היועץ המשפטי לממשלה, מנכ"ל המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים, מנהל רשות העתיקות, מנכ"ל החברה לפיתוח מזרח ירושלים ונציגי משטרת ישראל. על יסוד התרשמותנו ממראה עינינו ומשמיעת הסבריהם והערותיהם של הצדדים ושל הנלווים האחרים ביחס לאתרים השונים, קובעים אנו כי באף אחת מן החלופות, שהוצעו ונדונו בשלביו השונים של ההליך, אין משום מימוש - ולוא גם חלקי - של זכות התפילה ברחבת הכותל. אתר קשת רובינסון - היחיד מבין האתרים שיש טעם להתעכב עליו - מהווה חלק מן הגן הארכיאולוגי. אילו פעלו הרשויות להפיכתו לאתר תפילה, ייתכן ואפשר היה לראות בו מעין המשך לרחבת התפילה שליד הכותל. ואולם הפיכתו לאתר תפילה כרוכה בפגיעה קשה באופיו הקיים של האתר. רשות העתיקות מתנגדת לכך בתוקף וכשלעצמו היינו מציעים לממשלה שלא להתעלם מעמדה זו.

29. משנוכחנו כי פסק הדין הראשון הכיר, למעשה, בזכותן העקרונית של העותרות לקיים תפילה כמנהגן ברחבת התפילה שליד הכותל, וכי הוועדות שטיפלו בנושא העתירה בעקבות פסק הדין הראשון, לא עשו את שהוטל עליהן, על-פי הנחיית פסק הדין, קמה השאלה, כיצד נכריע בעתירה שלפנינו. באי-כוח העותרות קיוו לשכנענו, שכדי לשים קץ לסחבת הקשה, שאיפיינה את הטיפול בפרשתן של העותרות, מן הראוי שבית המשפט עצמו יקבע את הסדרי הביצוע אשר יאפשרו לעותרות לממש את זכותן לתפילה באתר הכותל המערבי. עם כל ההבנה למצוקתן של העותרות, אין בידנו להיענות לבקשתן זו. קביעתם של הסדרים מתאימים, שיקיימו את זכות העותרות לגישה ולתפילה ליד הכותל, ראוי לה שתיעשה, בראש ובראשונה, על-ידי הממשלה. אין זה מן המידה שבשלב זה ייקבעו הסדרים כאלה על-ידינו, הן מפני שדבר קביעתם על-ידינו, בטרם תהיה על כך החלטת ממשלה, לא נכלל בגדר העתירה, והן מפני שלא כל הנתונים הנדרשים לקביעתם מצויים לפנינו. אין צריך לומר, שלעותרות שמורה הזכות לשוב ולעתור בעניינן, אם וכאשר תהיה להן עילה לכך.

30. אשר על כן הננו מחליטים לעשות בעתירה זו מוחלט, המורה לממשלה לקבוע את ההסדרים והתנאים המתאימים, בגדרם תוכלנה העותרות לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל המערבי. לשם הבהרת-יתר נוסף, כי הקביעה הנדרשת מתייחסת רק לתנאים הקונקרטיים בהם תוכלנה העותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל, כגון המקום והמועדים בהם תוכלנה לעשות כן, תוך מיתון הפגיעה ברגשותיהם של

מתפללים אחרים ותוך קיום סידורי האבטחה הנדרשים. לנוכח העובדה שהטיפול בעניינין של העותרות התארך, עד כה, על פני תקופה ארוכה, מתבקשת הממשלה להשלים את טיפולה בקביעת הסדרים לתפילתן ברחבת הכותל המערבי, מבלי להתנות זאת בקביעת הסדרי-תפילה לציבורים אחרים, וזאת תוך שישה חודשים מיום מתן פסק-דינו. המדינה תשלם לעותרות את הוצאות העתירה בסך 20,000 ש"ח.

שופט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

שופט

השופט ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' מצא.

ניתן היום, י"ז באייר תש"ס (22.5.2000).

שופט

שופט

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
F10.95033580