

בבית המשפט העליון

דנג"ץ 4128/00

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לזין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים:

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 האשה
7. ממשלת ישראל

נ ג ד

המשיבים:

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

תאריך הישיבה:

י"ד בחשוון תשס"ב (31.10.2001)

בשם העותרים:

עו"ד אוסנת מנדל

בשם המשיבים:

עו"ד פרנסס רדאי

דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון
בבג"ץ 3358/95 מיום 22.5.2000 שניתן על-ידי
כב' השופטים: א' מצא, ט' שטרסברג-כהן,
ד' ביניש

פסק-דין

מקדש ראשון מפני מה חרב? מפני שלושה דברים שהיו בו: עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים.

אבל מקדש שני, שהיו עוסקין בתורה ובמצוות וגמילות-חסדים, מפני מה חרב? מפני שהיתה בו שנאת חנם, ללמדך ששקולה שנאת חנם כנגד שלש עבירות: עבודה-זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים.

(יומא ט ע"ב). כך היה בירושלים הנצורה שעה שטיטוס שליח רומי הרחוקה נגח בחומותיה. האוייב צָר מחוץ בבקשו להשמיד ולהאביד עם וממלכה, ובני-ישראל בתוככי ירושלים - בני ירושלים ומי שנקבצו אל ירושלים מכל קצות ארץ-ישראל - ידם היתה איש ברעהו. צר מחוץ וצר מפנים. זו דרכם של מדנים; זו דרכה של שנאה; שמדנים ושנאה מכלים כל חלקה טובה, שמכרסמים הם עד-כלות ביחסי אנוש, שמאבידים הם אדם ובהמה ועץ השדה. כך היא השנאה, כך היא הקנאה, כך היא הקנאות; והקנאות עלתה על פְּלָנָה.

הכותל המערבי הוא שריד מקדשנו השני ועליו ניצים עתה הניצים ביניהם. האם לא נלמד מתולדות עמנו המיוסר?

רקע

2. ענייננו זו הפעם הוא דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 3358/95 ענת הופמן ואח' נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד נד(2) 345. בפסק-דין זה החליט בית-המשפט הגבוה לצדק - מפי השופט אליהו מצא ובהסכמת השופטות טובה שטרסברג-כהן ודורית ביניש - להורות את הממשלה "לקבוע את ההסדרים ואת התנאים המתאימים שבגדרם תוכלנה העותרות לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל המערבי." העותרים שלפנינו - ממשלת ישראל והעושים מטעמה (ממשלת ישראל או הממשלה) - סבורים כי אין לצוות אותם כציווי של בית-המשפט,

הואיל ועובר למתן פסק-הדין האמור לעיל כבר נקבעו הסדרים ותנאים כנדרש בהחלטתו של בית-המשפט. בפסק-דינו דחה בית-המשפט טענה זו, ועתה מבקשת הממשלה שנקבע אנו - בדיון נוסף - כי אכן מילאה אחרי הנדרש ממנה.

3. חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (חוק השמירה) - חוק שחוקק כשבועיים לאחר תום מלחמת ששת הימים - מורנו בלשון נחרצת וחד-משמעית על שמירת המקומות הקדושים מפני חילול ומפני פגיעה בהם, על שמירת חופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם ועל איסור פגיעה ברגשותיהם כלפי אותם מקומות:

<p>1. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.</p>	<p>שמירת המקומות הקדושים</p>
---	------------------------------

באותה לשון, מלה במלה, דובר אלינו סעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת-ישראל (חוק ירושלים). חוק השמירה - ולימים: גם חוק ירושלים - נועד לשנות מקצה-אל-קצה את הסטטוס-קוו-אנטה. שעד לתחילת חוק השמירה - כך בתקופת המנדט וכך לאחר קום המדינה, שעה שהכותל המערבי ומקומות קדושים אחרים ליהודים היו בשלטון הממלכה ההאשמית של ירדן - חלו הגבלות, לעיתים הגבלות חמורות ומביישות, על זכויותיהם של היהודים למקומות המקודשים להם. ואילו מעתה הוסרו ההגבלות וסולקו המיכשולים.

חוק השמירה לא אך ליהודים נברא; שמא נאמר: בעיקר לא ליהודים נברא. נברא הוא למוסלמים, נברא הוא לנוצרים, נברא הוא לבני כל דת אחרת שמקומות מקודשים להם בישראל. זכויותיהם של כל אלה נקבעו בחוק, לא עוד אלא בחוק יסוד. מעמדם של היהודים ביחס למקומות המקודשים להם נקבע כמעמדם של בני דתות אחרות למקומות המקודשים להם, תוך שוויון מלא וללא הפליה - כל בן דת והמקומות המקודשים לו.

בתוך עמנו אנו יושבים, ועד הנה לא שמענו תלונה רצינית על פגיעה שנפגעו בני דתות אחרות בעניינם של המקומות המקודשים להם. המדינה שומרת בקפדנות יתירה על זכויותיהם של אלה, אין פרץ ואין צווחה. וראה זה פלא, ואפשר אין הוא פלא: דווקא היהודים דעתנו לא נחה ממה שנעשה וממה שלא נעשה במקומות המקודשים לנו - פעם מכאן, פעם מכאן. ענייננו-שלנו בדיון הנוסף הוא אחד מאותם חילוקי-דעות שנתגלעו בין היהודים, ביניהם-לביין-עצמם.

4. זו לנו הפעם הרביעית שנדרשים אנו לנושא שלפנינו, ונביע תקווה כי תהא זו הפעם האחרונה. הפעם הראשונה היתה בבג"ץ 257/89, 2410/90 ענת הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי; סוזן אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(2) 265 (פסק-הדין הראשון או העתירה הראשונה). הפעם השניה היתה בדנג"ץ 882/94 סוזן אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח' (לא פורסם), שעה שהעותרות מן העתירה הראשונה ביקשו קיומו של דיון נוסף בפסק-הדין הראשון (הדיון הנוסף). הפעם השלישית היתה בפסק-הדין שאנו דנים בו עתה דיון נוסף, הלא הוא בג"ץ 3358/95 ענת הופמן ואח' נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד נד(2) 345 (פסק-הדין השני או העתירה השניה). והנה נפגשים אנו בפעם הרביעית.

להבנת חילוקי-הדעות וטיעוניהם של בעלי-הדין איננו רואים מנוס מסקירה - ולו סקירה קצרה - של ההליכים שהיו עד כה. אכן, ההליכים שהיזכרנו זה-עתה היו כאבני-מחרוזת מחרוזת זו-בצד-זו להיותן מחרוזת אחת; ועד שנשחיל על המחרוזת אבן חדשה, שומה עלינו ללמוד ולהבין טיבה של אותה מחרוזת - מהו.

האירועים הראשונים והעתירה הראשונה

5. תחילת הדברים היתה בראש חודש טבת תשמ"ט (9.12.1988), שעה שקבוצת נשים יהודיות, תושבות ירושלים, ביקשו להתפלל יחדיו ברחבת הכותל המערבי. מינהג אותן נשים הוא, שלעת תפילתן עוטפות הן עצמן בטלית וקוראות הן בקול בספר התורה כמקובל בקריאת התורה. כך ביקשו הנשים לעשות אל-מול הכותל המערבי מדי חודש בחודשו ובמועדים מיוחדים. באותו ראש חודש טבת לא היו נכונים מתפללות ומתפללים אחרים שליד הכותל להתיר לנשים להתפלל כחפצן, ומשעה שהחלו אלו

מתפללות התנהגו אותם מתפללות ומתפללים כלפיהן באלימות. לקראת ראש חודש אדר א', למודות נסיון, הודיעו הנשים למשטרה מבעוד מועד על כוונתן להתפלל ליד הכותל כדרכן. אך ללא הועיל. במהלך התפילה החלו מתפללות אחרות - והחרו-החזיקו אחריהן מתפללים - להפריע לקבוצת הנשים: לקלל אותן, לשלח בהן דברי-בלע, ואף לחטוף את סידורי-התפילה מידיהן, להשליך עליהן חפצים ולהכותן.

6. אחר הדברים האלה נפגשו הנשים עם הרב גץ ז"ל, מי שהיה הרב הממונה על רחבת הכותל המערבי, ולקראת תענית אסתר של אותה שנה, נעשה הסדר והנשים הסכימו להתפלל ליד הכותל בלא טליתות ובלא סיפרי תורה. הרב גץ, מצידו, נטל על עצמו לדאוג לשלומן של אותן נשים ולקיים את זכותן להתפלל. ההסדר לא צלח שכן לא עלה בידי הרב גץ לקיים את הבטחתו. התפילה בתענית אסתר הפכה סוערת במיוחד, ולסופו של יום נאלצה המשטרה לפזר קהל מתפרעים אלימים באמצעות רימונים של גז מדמיע.

7. למחרת יום האירועים הקשים של תענית אסתר, ביום י"ד באדר ב' תשמ"ט, 21 במארס 1989, הגישו אותן נשים את עתירתן הראשונה (בג"ץ 257/89). כך נפתחה הפרשה הראשונה.

8. המתנגדים לתפילתן של אותן נשים המשיכו להתנהג כלפיהן בכוחנות, אך אלו ידן לא רפתה. הנשים המשיכו להגיע לכותל בראשי חודשים ולהתפלל לידו, אך ההתנגדות הנחרצת שגילו מתפללים במקום - ועימהם הרב הממונה על רחבת הכותל - לא שככה. בחילופי הדברים בין המחנות הניצים לא נחסכו מילים קשות - על-פה ובכתב - ואף האלימות גילתה את פניה המכוערות. על קורות המאבק עובר לפסק-הדין בעתירה הראשונה עומד בהרחבה המישנה לנשיא אֶלון בפסק-הדין הראשון, בעמ' 277 עד 292.

9. בשילהי שנת 1989 זכתה קבוצת הנשים הראשונה לעידוד ולתיגבור קבוצה נוספת של נשים יהודיות, תושבות ארצות-הברית (הקבוצה השניה). אלו הקימו "ועד בינלאומי למען נשות הכותל" - מאז אותה עת זכתה הקבוצה הראשונה ועימה הקבוצה השניה לתואר "נשות הכותל" - ובד-בבד ביקשו לבוא אל הכותל מעת לעת ולהתפלל לידו. תפילתן של נשות הקבוצה השניה נעשתה - ונעשית - על-פי ההלכה האורתודוקסית. הואיל ונשות אותה קבוצה נמנות עם זרמים שונים ביהדות, וכדי שכולן

תתאחדנה והיו לגוף אחד, בחרה הקבוצה לעצמה את נוסח התפילה המחמיר מבין כל האסכולות. נשים אלו מתפללות בצוותא תפילת יחיד, דהיינו: אין הן מחשיבות עצמן "מניין" וממילא נמנעות הן מהתפלל אותן תפילות המותרות אך במניין, כתפילת קדיש. הן עוטפות עצמן בטלית וקוראות בקול מספר התורה - כמינהגן של נשות הקבוצה הראשונה - אך בה-בעת מקפידות הן שלא לקיים סידרי קריאה בתורה הנוהגים אך במניין, כגון ברכה ועליה לתורה.

10. לקראת ראש חודש כסלו תש"ן ביקשו נשות הקבוצה השניה להתפלל ליד הכותל - בצוותא, כדרכן - אך משהגיעו לרחבת הכותל, עטופות בטליתות וספר תורה עימהן, נמנעה כניסתן לעזרת הנשים. תקרית זו הוליכה לחילופי מכתבים עם נציגי המשרד לענייני דתות, ומשהסתבר להן כי התכתבות זו לא תעלה פרי, עתרו נשות הקבוצה השניה אף-הן לבית-המשפט הגבוה לצדק. עתירה זו - אשר הוגשה לבית-המשפט ביום 3 ביוני 1990 - היא העתירה בבג"ץ 2410/90 סוזן אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'. הדיון בעתירה זו אוחד עם הדיון בעתירה הראשונה, ושתי העתירות בצוותא חדא יצרו את הפרשה הראשונה. להשלמה נוסף עוד זאת, שבקבוצת נשות הכותל יש גוונים מגוונים שונים - כמוהן כקבוצות שהורגלנו לראותן ביהדות - אך לענייננו-שלנו כולן שותפות לדרישה כי יינתן להן להתפלל ליד הכותל בצוותא חדא, עטופות בטליתות וקוראות בקול בתורה, כמוהן כגברים העוטפים עצמם בטליתות וקוראים בקול בתורה ואין מחריד.

11. להשלמת הדברים נוסף עוד זאת: כהוראת סעיף 4 לחוק השמירה, הוסמך השר לענייני דתות, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של אותו חוק. השר לענייני דתות עשה שימוש בסמכותו זו כמה וכמה פעמים, ולענייניו של הכותל המערבי (ומקומות קדושים נוספים ליהודים) התקין תקנות הקרויות תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981 (תקנות השמירה). והנה, לאחר הגשתה של העתירה הראשונה לבית-המשפט - זו עתירה של קבוצת נשות-הכותל הראשונה - וקודם הגשתה של העתירה השניה, פירסם השר ביום 31 בדצמבר 1989 תיקון לאותן תקנות - לאחר שנועץ עם הרבנים הראשיים לישראל - בהוסיפו להוראת תקנה 2 בהן הוראת-מישנה וסימנה (א1). וזה לשון התיקון:

מעשים
אסורים 2. (א) בתחומי המקומות הקדושים, ...
אסורים:

(1)

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

לעניינה של תקנת-מישנה זו נוסף ונידרש בהמשך דברינו להלן, ונוסיף עתה אך זאת, שעל סמך האמור בתקנת-מישנה זו (ותקנה 4 לתקנות), כמסתבר, ביקש הרב הממונה על רחבת הכותל המערבי לאסור את כניסתן של נשות-הכותל לעזרת הנשים שברחבה.

פסק-הדין בעתירה הראשונה

12. עתירותיהן של נשות הכותל - זו עתירה בבג"ץ 257/89 וזו עתירה בבג"ץ 2410/90 - עלו ובאו לפני בית-המשפט הגבוה לצדק במותב הנשיא מאיר שמגר, המישנה לנשיא השופט מנחם אלון והשופט שלמה לוין. משחלף זמן - זמן לא מועט - ומשלא עלה בידי בעלי-הדין לבוא לעמק השווה, הכריע בית-המשפט בדין. פסק-הדין ניתן ביום 26 בינואר 1994, ושלושה השופטים שישבו בדין כתבו בו שלוש חוות-דעת נפרדות. כל השלושה הסכימו "כי העותרות זכאיות להתפלל בדרכן שלהן בקהילותיהן ובבתי הכנסת שלהן, ואיש לא ימנע זאת מהן"; כי "חופש הפולחן של העותרות קיים הוא ועומד" (מדברי השופט אלון, שם, 350); וכי תפילתן של נשות-הכותל "אין בה פגם הלכתי פורמאלי כלשהו" (השופט אלון בעמ' 321 לפסק-הדין). ואולם בכך נתגלעו חילוקי דעות בין השופטים, בשאלה אם רשאיות הן נשות הכותל, הלכה למעשה, להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי, ולממש על דרך זו את הזכות העקרונית הקנויה להן לחופש פולחן.

13. השופט אלון סבר - בפסק-דין שראוי הוא כי יכונה מונומנטאלי ואנציקלופדי - כי אין להן לנשות-הכותל זכות להתפלל ברחבת הכותל כמינהגן, ואת הכרעתו בדין בונה הוא כך. ראשית לכול, כך קובע המישנה לנשיא, מקום התפילה שליד הכותל

המערבי הוא בית כנסת; לא עוד אלא "בית-הכנסת המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות" (שם, 318). במקום אחר קובע המישנה לנשיא כי מקום התפילה שלפני הכותל המערבי "דינו כדין בית כנסת ולמעלה מזה" (שם, 319). שנית, אורח תפילתן של נשות-הכותל, הגם שאין הוא מנוגד להלכה, אורח תפילות הוא שאינו מקובל. "שאינו מקובל", קרא: שאינו מקובל בבית כנסת אורתודוכסי; שנוגד הוא את אורח התפילות בבית כנסת אורתודוכסי. מסקנה: אורח תפילתן של נשות הכותל, לדעת המישנה לנשיא, אורח תפילה הוא העומד בניגוד ל"מינהג המקום".

בהקשר זה מזכיר המישנה לנשיא את הוראת תקנה 2(א)(א1) לתקנות השמירה - הוראה שלפיה נאסרה ליד הכותל עריכת טכס דתי "שלא על פי מינהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" - ומוסיף הוא וקובע כי הוראה זו "מבטאת את עקרון השמירה על הסטטוס-קוו; 'מינהג המקום' והסטטוס קוו חד הם." (שם, 344). עוד אומר המישנה לנשיא אלון, "שתפילה בדרכן של העותרות - תפילה שהיא ... הפרה של 'מינהג המקום' - מביאה לפגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי, ומתוך כך מביאה היא לחילולו של הכותל המערבי." (שם, 345). אכן (שם, 329):

... המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלכה, כולל הרבנים הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירת העותרים, גם זו שבבג"ץ 2410/00, משום חילול למנהגי בית הכנסת וקדושתו. כך הוא באשר למנהגי התפילה בבית הכנסת, ומכל שכן שכך הוא לעניין מקום התפילה של הכותל המערבי, שהוא בית הכנסת המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות.

(ראו עוד, בעמ' 350). והמסקנה המתבקשת היא כי:

... 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, ...

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 (שם, 350) (ההדגשות במקור - מ' ח').

כך הוא אף לעניין החשש החמור שמא יופר הסדר הציבורי. חופש הפולחן שנשות הכותל קנו לעצמן חייב להסיג עצמו מפני התנגדותם העזה של רוב המתפללים במקום, התנגדות שמקורה הוא בפגיעה הקשה שייפגעו אותם מתפללים אם מבוקשן של נשות-הכותל יינתן בידן והן תורשינה להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי. וכלשונו של השופט אלון (שם, 349-350):

ברור ואין כל ספק שההיענות לעתירות שלפנינו תגרום למחלוקת קשה, מרירה וחריפה ביותר, מלווה באלימות שסופה שפיכות דמים. עובדה שאינה שנויה במחלוקת היא שהרוב המכריע של המתפללים הפוקדים את מקום התפילה בכותל המערבי יום ויום ולילה לילה, נמנים עם אלה הסוברים ומאמינים, בכנות ובתום לב, שהשינויים המתבקשים בשתי העתירות שלפנינו יש בהם משום חילול מקום התפילה שליד הכותל המערבי; לא זו בלבד שמתוך כך יבואו הדברים לידי מחלוקת אלימה וקשה ביותר, אלא שמבחינת דיני ההלכה יימנע מהם, אנשים כנשים, לקיים את תפילתם ליד הכותל. כיום הזה, הגישה לכותל והתפילה לידו פתוחות ומותרות הן לכל בן ישראל ובת ישראל, המתפללים ושופכים צקון לחשם כרצון כל אישה ואיש לפי דברים שמבקש כל אחד להשיח בינו לבין קונו, על פה או מפי הכתב. אין להעלות על הדעת שבמקום התפילה שליד הכותל המערבי ייקבעו מועדים וזמנים שונים לטכסי תפילתם של חוגים שונים, וגורלו של מקום מקודש זה יהא חלוקתו, לפי מועדים וחלקים בו, בין בני העם היהודי, על חוגיו וזרמיו השונים, כפי שעלה בגורלם של מקומות מקודשים לבני דתות אחרות ... (ההדגשות במקור - מ' ח')

המישנה לנשיא אלון סבר איפוא כי יש לדחות את עתירתן של נשות-הכותל מכל-וכל, וכי אין להתיר להן להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי.

14. מן העבר האחר - בקוטב הנגדי למישנה לנשיא - התייצב השופט לוין. בניגוד לדעתו של המישנה לנשיא אלון, סבר השופט לוין כי לנשות הכותל זכות להתפלל

ברחבת הכותל כמינהגן. לא עוד אלא שלאחר חלוף כארבע שנים מאז האירועים שהולידו את העתירות הגיעה עת, לדעתו, להכריע בדין ולהעניק לעותרות את מבוקשן.

15. ראשית לכל, כך קבע השופט לוין, חוק השמירה חוק חילוני הוא, ועל-כן אין להכריע בעתירה אך על יסוד שיקולי הלכה בלבד. דברים אלה שאמר השופט לוין עומדים בסתירה בולטת לדעתו של המישנה לנשיא אלון; שהמישנה לנשיא מפרש ומיישם את חוק השמירה על-פי ההלכה העברית ובהסתמכו על אסמכתאות רבות מן המשפט העברי. לדעת השופט לוין, אתר הכותל המערבי מקודש לעם ישראל הן כאתר דתי וכמקום תפילה והן כמקום שנודעת לו משמעות לאומית, סמל למלכות ישראל, ולסברתו על דרך זה יש לפרש את דרכי ההתנהגות בסביבותיו ואת זכויות היהודים לפעילות בקירבתו. יתר-על-כן: אתר הכותל המערבי אין הוא בית-כנסת וממילא לא יחולו עליו דיני ההלכה הפורשים עצמם על בית כנסת. המיבחן שיש להחזיק בו באשר לפעילות המותרת ברחבת הכותל המערבי יסוב על "המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים בתום-לב לפתחו של אתר הכותל ולרחבתו בין לצורך תפילה ובין למטרות לגיטימיות אחרות" (בעמ' 357).

אשר למושג "מינהג המקום" כהוראת תקנה 2(א)(א1) לתקנות השמירה, הביע השופט לוין דעתו כך:

לדידי אין הדיבור "מנהג המקום" צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגייהם של אחרים, באותם סייגים שאותם כבר הזכרתי לעיל.

בה-בעת, כך סבר השופט לוין, ניתן להטיל סייגים על פעילות זו או אחרת באתר הכותל (שם, 357):

בלי להיות ממצה בסוגיה זו, יכול שיהא צידוק לסייג פעילות של פולחן דתי או פעילות אחרת באתר הכותל, כאשר לפי המכנה המשותף של הציבור השוחר באופן לגיטימי לאתר הכותל ולא רק סקטור אחד שבו - יהא בפעילות שבה מדובר פגיעה "בלתי נסבלת" שיש בה משום "חילול" האתר, או שהפעילות מבוצעת שלא בתום-לב ואך לשם הלהטת היצרים או יצירת פרובוקציה, או שהנסיבות מצדיקות קביעה שפעילות

קונקרטיית עשויה, מבחינת עוצמתה ועיתויה, להביא להפרת הסדר הציבורי בנסיבות שבהן מניעת הפעולה (באותן נסיבות קונקרטיות) גוברת על זכות הפולחן או הפעולה של הנוגעים בדבר, תוך הבטחת חלופות מתאימות לקיומה של הפעולה כדי להקטין את הסכנה לשלום הציבור הנובעת מביצועה.

הפועל היוצא הוא (שם, שם):

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

כיוון שחלפו כארבע שנים מאז האירועים שהולידו את העתירות, לא יהא זה ראוי לקבוע - לאחר זמן כה-ממושך - "אם השימוש בזכות על-ידי מי מהעותרות נעשה בשעתו בתום-לב אם לאו" (שם, שם), ועל כן החליט השופט לוין "בנסיבות אלו" כך:

נחה דעתי שדי בשלב זה במתן פסק דין עקרוני המכיר בזכותן בתום-לב של העותרות להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית ובידן ספרי תורה, הכול בכפיפות לסייגים שאותם כבר הזכרתי לעיל. כך הייתי מחליט.

בה-בעת, ובהיותו ער לקשיים שהממשלה עלולה להיתקל בהם ביישומה על ההחלטה, הוסיף השופט לוין והחליט כי יש לדחות את תחילתה של ההכרעה. ובלשונו (שם, 358):

נוכח רגישותו של הנושא והצורך להיערך לקראת יישומו של פסק הדין ואולי גם לקביעת הסדרי חקיקה שיסדירו

את הנושא, הייתי מציע לחבריי שפסק-הדין הנוכחי יינתן בכפיפות לכך שצו הביניים שניתן יישאר בתוקפו במשך שנה אחת מהיום.

16. פסק-הדין השלישי - השני על-פי הפירסום בפ"ד - נתנו הנשיא שמגר. בראשית דבריו עומד הנשיא שמגר על מעמדו הרם של הכותל המערבי - הן במסורת הדתית הן במסורת הלאומית של עם ישראל - ואלה היו דבריו (שם, 353):

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

בהמשך דבריו מוסיף הנשיא שמגר ומדבר הוא על-אודות הסובלנות והסבלנות (שם, 354):

... 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. כך גרסנו, למשל, ... כי חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסבלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות.

סובלנות וסבלנות "אינן נורמות בעלות מגמה חד-סטרית אלא הן נורמות היקפיות ורב-כיווניות" (שם, 354), ועל כן:

... סובלנות חייבת להיות הדדית. מפגנים כוחניים
השאובים לעתים מנוהגיהן של חברות אלימות, ממערב
או ממזרח, אינם הולמים אותה.

לאחר דברי הקדמה אלה מודיענו הנשיא שמגר כי "כל זאת מוליך אותנו אל
דרך החתחתים הקשה של ניסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו
עם זו" (שם, 354), ובהקשר זה מוסיף הוא כי ראוי היה שפיתרון חילוקי-הדעות ימצא
על דרך של הידברות. ובלשונו (שם, 354-355):

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

17. אשר לגופם של דברים, לא נידרש להעמקת-יתר ונגלה כי דעת הנשיא שמגר
היא שהעותרות קנו זכות להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי. כדרכו של המישנה
לנשיא אלון, גם הנשיא שמגר סובר כי יש לחפש ולמצוא את "המכנה המשותף לכל
היהודים באשר הם" (שם, 355); ואולם, שלא כדעתו של המישנה לנשיא אלון, דעת
הנשיא שמגר היא זו (שם, 355):

... המכנה המשותף משמעו, לטעמי, הסתפקות בעיקרי
ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל
אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו
רוצה בכך וללא פגיעה ברגשות המאמינים. אין משמעו
כפיית הגישה המחמירה ביותר. אגב, לו היו הולכים
בדרך האימוץ של הגישה המחמירה ביותר, אסור היה
לאף יהודי לעלות להר הבית (ההדגשה במקור - מ' ח').

הנשיא שמגר מסכים כי "לאור רגישותה יוצאת הדופן של הסוגיה שלפנינו לא ניתן לפותרה במחי יד, תוך התעלמות משורשיה העמוקים"; ואולם, כך מוסיף הוא, "אינני משוכנע כי אין הפרזה מצד המשיבים בהצגת הניגודים והפערים." בהמשך לדברים אלה מביע הנשיא שמגר דעתו בלשון שאינה-משתמעת-לשתי-פנים על-אודות זכותן של נשות-הכותל. ובלשונו (שם, 355):

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 תפילתו בדרכו, וכך עולה ברורות מן הקביעות שבחוקים הנ"ל.

18. הנשיא שמגר סבור כי ראוי לנסות ולהמשיך במאמצים להגיע להסדר מקובל על הכל:

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

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

ומטעם זה דעתו היא כי אין לחתוך את הדין לאלתר (שם, 355-356):

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.

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.

19. נעיין מקרוב בחוות-הדעת שכתבו שלושה השופטים בפרשה הראשונה וידענו כי נחלקים הם לרוב ולמיעוט בשל טעמים שונים. להבנת הדברים לאשורם נלך עתה מעט אחורה: נבחן את עתירותיהן של נשות-הכותל ולאחר-מכן נחזור אל חוות-דעתם של השופטים.

עתירתן העיקרית של העותרות בבג"ץ 257/89 (הקבוצה הראשונה) כיוונה עצמה נגד הממונה על הכותל המערבי, המשרד לענייני דתות והרבניים הראשיים לישראל, ולפיה נדרשו אלה ליתן טעם:

מדוע הם אוסרים על העותרות בפרט ועל נשים יהודיות בכלל ו/או מונעים בעדן לשאת ספרי תורה בכותל ולקרוא בהם ו/או להתעטף בטליתות בעת תפילתן.

אשר לקבוצה השניה - אלו נשות-הכותל שעתרו בבג"ץ 2410/90 - עתירתה העיקרית היתה זו:

עתירה למתן צו נגד המשיבים ... האוסר עליהם למנוע מאת העותרות מס' 1-6 להתפלל ליד הכותל המערבי וברחבת הכותל כשהן עוטפות את עצמן בטליתות וקוראות בספר התורה והמחייב אותם לאפשר לעותרות להכניס ספר תורה לרחבת הכותל ולהבטיח תפילה כנ"ל על-ידי העותרות ללא הפרעה ופגיעה.

עתירות אלו נדחו ברוב דעות של הנשיא שמגר ושל המישנה לנשיא אלון, ואולם בעוד אשר טעמיו של המישנה לנשיא באו ממזרח, הביא הנשיא את טעמיו שלו ממערב.

20. המישנה לנשיא אלון סבר - לגופה של העתירה, כפי שראינו - כי לנשות-הכותל אין זכות להתפלל כמינהגן ליד הכותל המערבי, ועל-כן החליט לדחות את העתירות. גם הנשיא שמגר סבר כי יש לדחות את העתירות, אך שלא כמות המישנה לנשיא, דעתו היתה כי טרם בשלה העת להכריע בהן במשפט ועל-כן החליט כי יש לדחותן. עתירותיהן של העותרות עתירות מוקדמות הן, כך סבר הנשיא שמגר: טרם מוצו כל הדרכים לפיתרון חילוקי-הדעות בדרכי-שלום - ושלא בהכרעת בית-המשפט - ועל-כן לא יהא זה נכון להכריע בהן ולחתוך בזכויות הצדדים על-פי דין. המישנה לנשיא מכאן והנשיא מכאן - כל אחד מהם מטעמיו-שלו - הגיעו לכלל מסקנה אופרטיבית משותפת כי יש לדחות את העתירות ולבטל את הצווים על-תנאי שהוצאו, אך טעמיהם להחלטתם שונים היו מקצה-אל-קצה. השופט לוין היה, לעניין זה, בדעת מיעוט, שלדעתו היה מקום לעשות צו מוחלט בניסוח מסויים.

עד כאן - לעניין הסעד האופרטיבי.

21. שלא כחילוקי-הדעות בהחלטה האופרטיבית היו חילוקי-הדעות בנושא המהותי, קרא: בנושא זכותן של נשות-הכותל להתפלל ליד הכותל כמינהגן. בנושא זה נתפלגו דעות השופטים בדרך אחרת מזו שלעניין הסעד האופרטיבי.

דעתו של המישנה לנשיא, השופט אלון היתה, כאמור, כי אין להן לנשות-הכותל זכות להתפלל ליד הכותל כמינהגן. מן העבר האחר, דעתו של השופט לוין היתה כי בכפיפות לסייגים מסויימים עומדת להן לנשות-הכותל זכותן להתפלל בתום-לב ליד הכותל כמינהגן, כשהן עטופות בטלית ובידיהן ספר תורה. לעניין זה היתה דעתו של הנשיא שמגר כדעתו של השופט לוין, דהיינו, כי זכותן של נשות הכותל עומדת להן להתפלל בתום-לב ליד הכותל כמינהגן. אכן, הנשיא שמגר סבר, כפי שראינו, כי: "נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים. אך אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח תפילתו בדרכו, וכך עולה ברורות מן הקביעות שבחוקים הנ"ל" (בעמ' 355). בה-בעת, והגם שלגופם של דברים דעתו של הנשיא שמגר היתה כדעתו של השופט לוין, נחלקו השניים באשר לסעד האופרטיבי; ומטעמים שעמדנו עליהם בדברינו לעיל סבר הנשיא שמגר כי יש לבטל את הצו על-תנאי ולדחות את העתירה.

22. סיכום העתירה הראשונה הוא איפוא זה, שעל-פי דעת הרוב קנו נשות-הכותל זכות להתפלל כמינהגן ליד הכותל המערבי. בה-בעת, ועל-פי דעת רוב (אחר), נדחתה עתירתן.

ההליכים שהיו לאחר פסק-הדין בעתירה הראשונה;
הגשתה של העתירה השניה

23. הנשיא שמגר סבר כי טרם מוצו כל האפשרויות להשגתו של פיתרון מוסכם, ובמובן זה הלך השופט לוין עם הנשיא שמגר מיקצת מן הדרך (ראו-נא בפסקה 15 לעיל, באשר לסעד האופרטיבי שלדעתו של השופט לוין היה מקום להעניק לעותרות). הנשיא שמגר לא קצב זמן לבירור האפשרויות להשגתו של פיתרון מוסכם, ואולם מיתחם האיזון נקבע מפורשות בחוות-דעתו. הבאנו את הדברים לעיל (בפסקה 17), ונחזור עליהם:

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 תפילתו בדרכו, וכך עולה ברורות מן הקביעות שבחוקים הנ"ל.

לשון אחר: לנשות-הכותל זכות עקרונית לשטוח תפילתן לפני בורא-עולם כמינהגן - כך במקומן וכך נוכח הכותל המערבי - ובלבד "שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים".

24. בפסק-הדין נושא הדיון הנוסף - הוא פסק-הדין בעתירה השניה - סקר בית-המשפט בהרחבה את השתלשלות האירועים שהיתה לאחר פסק-הדין בעתירה הראשונה (ראו עמ' 352 עד 361 לפסק-הדין בעתירה השניה), ועל-כן נקצר במקום שיכולנו להאריך.

25. עברו חודשים אחדים לאחר פסק-הדין הראשון, וממשלת ישראל החליטה ביום 17 במאי 1994 - בעקבות המלצת הנשיא שמגר - למנות ועדה אשר נתבקשה כך:

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

עם חברי הוועדה נימנו מנכ"ל משרד ראש הממשלה (יו"ר), המנכ"לים של המשרד לענייני דתות, של משרד הפנים ושל משרד המשטרה, והיועץ המשפטי למשרד ראש הממשלה. כן צורפה לוועדה, כמשקיפה, יועצת ראש הממשלה למעמד האשה (ועדת המנכ"לים). הממשלה הוסיפה וקצבה לוועדה שישה חודשים להגשת הצעותיה.

26. משראו כי פסק-הדין הראשון לא נתן בידן את מבוקשן, עתרו נשות-הכותל לבית-המשפט העליון בבקשה לקיומו של דיון נוסף בפסק-הדין הראשון (דנג"ץ 882/94 סוזן אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', לא פורסם). המישנה לנשיא, השופט אהרן ברק, החליט לדחות את הבקשה, וביסוד החלטתו נטע את החלטת הממשלה. וכך כתב המישנה לנשיא בהחלטתו:

דין הבקשה להידחות. ביסוד השקפתי מונחים דבריו של הנשיא שמגר בפסק-הדין נשוא הבקשה. בפסק-דינו ציין הנשיא כי בשלב זה, אין הוא מכריע בעתירה. תחת זאת, הוא הציע לממשלה לשקול מינוייה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו, כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים.

המישנה לנשיא מצטט את החלטת הממשלה, ובהמשך דבריו כך הוא אומר:

על יסוד השתלשלות דברים זו, נראה לי כי יש להמתין להמלצות הוועדה (אשר אמורות להינתן בתוך ששה חודשים מיום הקמת הוועדה). 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".

27. נחזור לוועדה. חלפו שישה חודשים שקצבה הממשלה לוועדה. לאחריהם חלפו-עברו שישה חודשים נוספים (בעקבות ארכה שהממשלה החליטה עליה), והצעות הוועדה בוששו לבוא. משראו כך, עתרו נשות-הכותל לבג"ץ, זו הפעם בכוחות מאוחדים (בג"ץ 3358/95 ענת הופמן ואח' נ' מפכ"ל משרד ראש הממשלה ואח').

עתירה זו השניה לא חידשה דבר על העתירה הראשונה. בקשתן של נשות הכותל זו הפעם לא היתה אלא שהממשלה תקבע 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"; והכל כמיצוות פסק-הדין הראשון. ראו פסק-הדין השני, פ"ד נד(2) 345, 347. לשון אחר: העתירה השניה היתה במהותה עתירה לכפות על הממשלה את שבית-המשפט הורה אותה בעתירה הראשונה.

28. לא חלף זמן רב לאחר הגשת העתירה, וביום 2 ביולי 1995 החליטה הממשלה להאריך בשישה חודשים נוספים את התקופה שנקצבה לוועדה להגשת הצעותיה.

לסוף, ביום 2 באפריל 1996, הניחה הוועדה את הצעותיה על שולחן הממשלה. וזה היה עיקר המלצתה של הוועדה:

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.

בהחליטה את שהחליטה נתנה הוועדה מישקל רב לדבריהם של מפכ"ל המשטרה ומפקד מחוז ירושלים של המשטרה, אשר חיוו דעתם על-אודות השלכותיה של תפילת נשות-

הכותל על שלום הציבור. עמדת השניים היתה כי הסדר ולפיו יחולקו זמני תפילה ברחבת הכותל לא ימנע פגיעה בסדר הציבורי. הוועדה הוסיפה ובחנה ארבעה מקומות תפילה חלופיים בסביבת הכותל: האתר שלמרגלות "קשת רובינסון"; האזור שלפני שערי חולדה; הפינה הדרומית-מזרחית של חומת הר-הבית; ואזור "הכותל הקטן". מבין חלופות השונות סברה הוועדה כי הפינה הדרומית-מזרחית היא החלופה המתאימה ביותר.

29. משהונחו המלצות ועדת המנכ"לים על שולחנה, החליטה הממשלה למנות ועדת שרים "אשר תבחן את המלצות ועדת המנכ"לים ודרכי יישומן ותחליט בעניין זה על-דעת הממשלה." החלטה זו נתקבלה ביום 21 באפריל 1996, ואולם הואיל ופרק זמן קצר לאחר מכן נערכו הבחירות לכנסת הארבע-עשרה, נתפזרה ועדת השרים מאליה.

30. חלפה-עברה שנה נוספת, עד שביום 2 ביוני 1997, ולאחר שהמלצותיה של ועדת המנכ"לים הונחו על שולחנה, החליטה ועדת השרים לענייני ירושלים לאמץ את ההמלצות. וזו היתה החלטתה של ועדת השרים:

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 שהוצגו לאחרונה, שינוי בסטטוס-קוו בנוגע להסדרי תפילה, באתרים החלופיים שהוצעו, עלול להוות סכנה לשלום הציבור.

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

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

31. ידי הממשלה לא רפו בנסיונותיה לנסות ולחפש פיתרון מוסכם לתפילתן של נשות-הכותל. באותם ימים הוקמה ועדה שמתפקידה היה לגבש המלצות בסוגיית הגיור (ועדת נאמן), והממשלה הציעה כי ועדה זו תידרש גם לעניינין של נשות-הכותל. בתחילה דחו נשות-הכותל הצעה זו, אך לאחר שיג-ושיח בבית-המשפט - במהלך הדיון בעתירה השניה - עברה הסוגיה לבירורה בוועדת נאמן.

32. ואלה היו החברים בוועדת נאמן, לצד היושב-ראש, שר האוצר דאז יעקב נאמן: עו"ד אריאל וייס; עו"ד פרופ' דב פרימר; הרב נחום רבינוביץ, ראש ישיבת מעלה אדומים; הרב אורי רגב, נציג התנועה הרפורמית; והרב אהוד בנדל (מחליפו של הרב ראובן המר), נציג התנועה הקונסרבטיבית. לדיוני הוועדה הוזמנו נציגי הצדדים וכן השתתפו בדיונים נציגי גופים נוספים הנוגעים בדבר, בהם: רשות העתיקות, המשרד לענייני דתות, משרדי המשפטים, בטחון הפנים ומשרד השר לענייני תפוצות, משטרת ישראל ועוד. הוועדה ערכה ישיבות מיספר ובמהלך דיוניה אף סיירה בחמישה אתרי תפילה אפשריים: איזור מגרש החניה הסמוך לכניסה לרחבת הכותל וליד המדרגות; איזור הכותל הדרומי; עזרת הנשים ברחבת הכותל המערבי; איזור המצוי במעלה רחבת הכותל והקרוי "רחבת הדגלים"; ואיזור "קשת רובינסון".

ביום 23 בספטמבר 1998 הגישה הוועדה דין-וחשבון שכתבה, ולכל חלופה מן החלופות המוצעות מנתה בדו"ח יתרונות בצד חסרונות. לסופו של הדו"ח הגיעה הוועדה לכלל מסקנה כי תפילה באתר "קשת רובינסון" היא "החלופה המעשית ביותר לצרכיהן ולתביעותיהן של נשות הכותל. זאת לאחר בחינת היתרונות והחסרונות של כל אחת מהחלופות ... [ו]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". מסקנות אלו נתקבלו בניגוד לדעתו החולקת של הרב אורי רגב.

פסק-הדין השני

33. המלצתה של ועדת נאמן לא נתקבלה על דעתן של נשות-הכותל. אלו סברו כי ההמלצה אינה באה במיתחם האיזון של הנשיא שמגר, ועל-כן דבקו בעמדתן ועמדו על

זכותן להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי. כך אף טענו לפני בית-המשפט בעתירה השניה. עמדת הממשלה, למותר לומר, היתה אחרת ונוגדת. לדעתה של הממשלה, לא השמיענו הנשיא שמגר אלא זאת, שיש לקיים איזון בין חופש הגישה לכותל לבין הפגיעה בריגשות הציבור ובשלומם. איזון זה, כך הוסיפה הממשלה וטענה, נשמר כראוי בוועדת נאמן, והמלצתה של הוועדה מהווה איזון סביר בין השיקולים המושכים לצדדים. בית-המשפט נדרש איפוא להכריע בסוגיה אם החלטת הממשלה והוועדות שפעלו מטעמה עולה בקנה אחד עם ההכרעה שהיתה בפסק-הדין הראשון.

34. פסק-הדין בעתירה השניה כתבו השופט מצא והסכימו עימו השופטות שטרסברג-כהן וביניש. פסק-הדין סוקר את השתלשלות האירועים שהיתה עד להינתנו, ובבוחנו את פעולת הוועדות אל-מול מיתחם האיזון שקבע הנשיא שמגר, כך מורה הוא אותנו (שם, 364-365):

... המלצת ועדת המנכ"לים, לא זה בלבד שנגדה את הנחיותיו המפורשות של פסק-הדין הראשון, אלא גם חרגה 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 "שאין 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 ועל-ידי השופט ש' לויין. הערה זו יאה גם לנוסחת האיזון, שעל-פיה הנחתה את עצמה ועדת נאמן, ובה יוחס משקל גם לשיקול "שלא לפגוע במנהג המקום".

תמיהה רבה במיוחד עוררה הערתה של ועדת המנכ"לים, כי "מפני דרכי שלום נדרשים הצדדים לוותרים הדדיים". שהלוא בהמלצתה להרחיק את העותרות כליל מרחבת הכותל גילתה הוועדה את דעתה, כי רק העותרות נדרשות, מפני דרכי שלום, לוותר מוחלט, בעוד שחוגי המתנגדים לנוכחותן של העותרות, ושמחשש לתגובתם האלימה חתרה הוועדה לפתרון שונה מזה שנתבקשה להציע, אינם נדרשים ואינם מצופים לוותר כלשהו.

אשר לגבולותיו של מיתחם האיזון אשר נקבע (בדעת רוב) בפסק-הדין הראשון, מוסיף השופט מצא דברים אלה (שם, 366):

... פסק הדין הראשון הכיר, למעשה, בזכותן העקרונית של העותרות לקיים תפילה כמנהגן ברחבת התפילה שליד הכותל, ו[[הוועדות שטיפלו בנושא העתירה בעקבות פסק הדין הראשון לא עשו את שהוטל עליהן, על-פי הנחיית פסק הדין...

אשר לחשש מפני התגובות האלימות של המתנגדים לתפילתן של נשות-הכותל, הוסיף בית-המשפט וקבע כי איזון שיש בו כדי לבטל את זכותן של נשות-הכותל מטעמים של שמירה על שלום הציבור, איזון מעין-זה חורג ממיתחם האיזון שנקבע בפסק-דינו של הנשיא שמגר (שם, 365):

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.

35. זו היתה איפוא ההכרעה בפרשה השניה העומדת לדיון נוסף לפנינו: משנמצא לו כי ה"איזונים" שערכו הוועדות השונות אינם תואמים את הנחיות פסק-הדין הראשון, החליט בית-המשפט (שם, 367) לעשות צו מוחלט -

המורה לממשלה לקבוע את ההסדרים ואת התנאים המתאימים שבגדרם תוכלנה העותרות לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל המערבי.

גם זו הפעם, כבפרשה הראשונה, מנע בית-המשפט עצמו מקביעת פרטיו של ההסדר הראוי, ואולם בהמשך דבריו מצא השופט מצא לנכון להדגיש כי "הקביעה הנדרשת [לעניינו של ההסדר] מתייחסת רק לתנאים הקונקרטיים שבהם תוכלנה העותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל, כגון המקום והמועדים שבהם תוכלנה לעשות כן, תוך מיתון הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים ותוך קיום סידורי האבטחה הנדרשים" (שם, בעמ' 367).

בית-המשפט הוסיף והחליט להשעות את ביצועו של פסק-הדין, בקוצבו תקופה בת שישה חודשים - דהיינו: עד לסוף חודש נובמבר 2000 - לקביעתם של ההסדרים הנדרשים.

העתירה לדיון נוסף

36. פסק-הדין השני ניתן ביום 22 במאי 2000, וכשבועיים לאחר-מכן - ביום 6 ביוני 2000 - עתרו הממשלה והעושים מטעמה (מנכ"ל משרד ראש הממשלה, המנכ"לים של משרד הדתות, משרד הפנים ומשרד המשטרה, היועץ המשפטי למשרד ראש הממשלה ויועצת ראש הממשלה מעמד האשה) לקיומו של דיון נוסף בפסק-הדין. הנשיא ברק נעתר לבקשה ביום 13 ביולי, ולאחר-מכן החליט המותב שנקבע לדיון הנוסף, להוסיף ולהשעות את ביצועו של צו בית-המשפט בפסק-הדין השני עד להכרעה בדיון הנוסף.

37. ניטול פסק-זמן קצר ונשלים דברים. בעוד הליכי הדיון הנוסף תלויים ועומדים, הגישו שתי עמותות - עמותת "קולות הכותל" ועמותת "עם אחד" - בקשה להצטרף לדיון כעותרות נוספות - עותרות ציבוריות - בצד הממשלה. עמותות אלו לא היו צד

להליכי הבג"ץ אך עתה ביקשו להצטרף להליכי הדיון הנוסף לאחר שאלה החלו במסעם. עמותת "קולות הכותל" הציגה עצמה כעמותה שחברות בה "נשים דתיות ומסורתיות אשר רואות בערך קיום ושימוש התפילה המסורתית בכותל המערבי, כשריד אחרון למקום המקדש, ערך עליון בהמשכיות החיים היהודים והמסורת היהודית". אשר לעמותת "עם אחד", זו הציגה עצמה כתנועה דתית אשר חבריה באים "ממגוון רחב של 'זרמים' בתוך היהדות האורתודוקסית בארץ ובתפוצות." עמותה זו הביעה "דאגה מרובה משינוי או הסטייה מדרך התפילה המקובלת מדורי דורות במקום הכותל המערבי המשותף לכלל יהודי העולם", ומכאן בקשתה, כך הסבירה, להוסיף ולטעון לפני בית-המשפט בצד הממשלה.

38. לאחר שעיינו בבקשות שתי העמותות ובסיכומיהן בכתב - סיכומים אשר הוגשו לאחר סיכומיה הנרחבים של פרקליטות המדינה - היגענו לכלל מסקנה כי אין בפי אותן מבקשות כדי להוסיף על טיעוניה המפורטים ורחבי-היריעה של הפרקליטות. מטעם זה החלטנו, ביום 19 בנובמבר 2000, לדחות את בקשת העמותות להצטרף כעותרות נוספות לדיון הנוסף.

אכן, בבקשה של גוף בעל אינטרס ציבורי כללי להצטרף כצד לדיון בהליכים לפני בג"ץ, הלכה היא מלפנינו כי נדון בקפידה "אם יש בהצטרפות כדי לתרום לבירור הנאות והמלא של הפלוגתא": בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2)1, 32; וראו עוד בעמ' 31, שם. אם אלה דברים אמורים בהליכי בג"ץ, לא-כל-שכן ייאמרו הדברים בהליכי דיון נוסף. וכך, משנמצא לנו כי אין בפי העמותות להשמיענו טענות שאינן נשמעות מפי הממשלה, החלטנו לדחות את הבקשה.

לאחר אתנחתא קצרה זו הבה נחזור לענייניו של הדיון הנוסף.

39. פרקליטות המדינה, בשם הממשלה ובנותיה, שבה וטענה לפנינו - כפי שטענה מאז תחילת ההתדיינות בעניינן של נשות-הכותל - כי נשות-הכותל לא קנו זכות להתפלל כמינהגן לפני הכותל וברחבת הכותל, בהוסיפה שחולקת היא על קביעת בית-המשפט בפסק-הדין השני כי פסק-הדין הראשון קבע הלכה. אסמכתא לדבריה מוצאת הפרקליטות בדברי הנשיא שמגר - בפסק-הדין הראשון, שם, 355-356 - כי "אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי", ובדברי המישנה לנשיא השופט ברק, אשר בדחתו את בקשת נשות-הכותל לדיון נוסף בפסק-הדין הראשון, קבע כי "בפסק דינו

[בפרשה הראשונה] ציין הנשיא [שמגר] כי בשלב זה, אין הוא מכריע בעתירה. " ראו לעיל, פסקה 26.

40. אני מתקשה לקבל את טענת הפרקליטות כי נושא זכותן של נשות-הכותל לא הוכרע בעתירה הראשונה. הבאנו באריכות מדברי השופטים בפסק-הדין הראשון, ולדעתנו הכריע בית-המשפט לזכותן של נשות הכותל להתפלל כמינהגן נוכח הכותל המערבי. ראו דברים שהבאנו לעיל, בפסקאות 15 עד 18 ובפסקה 21, לעיל. נזכור-נא, אל-נשכח, כי בין שאר דבריו בפסק-הדין הראשון קבע הנשיא שמגר מפורשות, כי "אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח תפילתו בדרכו, וכך עולה ברורות מן הקביעות שבחוקים הנ"ל" (שם, 355). בדברו על "הקביעות שבחוקים הנ"ל" כיוון הנשיא שמגר להוראת סעיף 1 לחוק השמירה ולמקבילה-הזהה לה בסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ולפיה "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות".

הנשיא שמגר הוסיף ודיבר בשני חוקים אלה גם בהמשך חוות-דעתו, באומרו כי יש "לנסות, בדרך של מגע עם הגורמים השונים, למצוא דרכים מעשיות למימוש התכלית החקיקתית בשני החוקים הנ"ל, שהיא המשכו ומימושו של העיקרון ההצהרתי שבמגילת העצמאות" (שם, 355). על אותו "עיקרון הצהרתי" עמד הנשיא שמגר בראשית חוות-דעתו (שם, 353), בקובעו כי הוראת-היסוד שעמדנו עליה בשני החוקים שלעניין, נותנת "ביטוי, בחוק החרות, לקביעותיה של מגילת העצמאות, המצהירה שמדינת ישראל תבטיח חופש דת ומצפון ותשמור על המקומות הקדושים לכל הדתות." (שם, 353). הנותר בלב מי ספק כלשהו בכך שהנשיא שמגר הכיר בזכותן של נשות הכותל להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל המערבי? השאלה שאלה והתשובה בה.

קביעתו של הנשיא שמגר על-אודות זכותן של נשות-הכותל להתפלל כמינהגן לפני הכותל המערבי, מתבהרת ומתפרשת גם בהמשך דבריו ועל רקע והצעתו לממשלה "לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים" (שם, 356). הקורא דברים אלה לתומו ילמד וידע כי נשות-הכותל קנו זכות להתפלל כדרכן לפני הכותל המערבי, וכי אותה ועדה שהנשיא שמגר המליץ על מינוייה לא נועדה אלא

למציאת פיתרון ש"יקיים" את חופש הגישה - כלשונו של הנשיא - ובה-בעת יצמצם פגיעה בריגשות המתפללים. התיבה "יקיים" חופש גישה אינה ניתנת לשני פירושים; אך פירוש אחד לה, והוא, שזכותן של נשות-הכותל עומדת להן להתפלל לפני הכותל, כמינהגן. זכות זו, ועימה הצורך לצמצם פגיעה בריגשות המתפללים, נגזר עליהם - על הזכות ועל הצורך - לחיות יחדיו.

41. משבא בית-המשפט בפרשה השניה לבחון את פעולות הממשלה והוועדות מטעמה אל-מול מיתחם האיזון שנקבע על-ידי בית-המשפט בפרשה הראשונה, נמצא לו כי הפעולות הן לעצמן ומיתחם האיזון הוא לעצמו, לאמור: כי אין הפעולות באות בתוככי המיתחם. עתירת הממשלה עתה מאיתנו היא, אפוא, כי נשיב את גלגל השנים לאחור וכי נהפוך על פיו לא אך את פסק-הדין השני אלא את פסק-הדין הראשון אף-הוא. מכל מקום, דברו של הרוב בפסק-הדין הראשון ברור הוא ואינו צורך פירוש.

42. במהלך הדיונים לפנינו ביקשנו לקרב את עמדות בעלי-הדין זו-אל-זו; ביקשנו ולא עלתה בידינו. הממשלה חזרה לפנינו על הצעתה של ועדת נאמן ולפיה תתפללנה נשות הכותל כמינהגן באתר "קשת רובינסון". וכלשונה של הממשלה בסיכומיה בכתב:

המשיבים יטענו כי התפילה ב"קשת רובינסון" מקיימת את שני התנאים שהציב הנשיא שמגר, קרי, קיום חופש הגישה לכותל וצמצום פגיעה ברגשות המתפללים. חופש הגישה לכותל יישמר (כמו גם חופש הפולחן) שכן קשת רובינסון היא כאמור ממקטעי הכותל, והתפילה בו תייתר חיכוכים ותמנע פגיעה ברגשות המתפללים בכותל בדרך הנהוגה מימים ימימה.

.....

הפתרון הינו מכובד, הוגן ובר יישום באופן מייד. מן הראוי שההלכה שתצא מלפני בית המשפט הנכבד בסוגיית הסדרי התפילה במקומות הקדושים תאפשר את הגמישות הנדרשת על מנת לקיים את חופש הגישה והפולחן מזה, ומניעת חיכוכים ואלומות מזה.

אתר "קשת רובינסון", ידענו כולנו, שריד הוא מן החומה המערבית של הר-הבית, כמוהו ככותל המערבי. ואולם איש לא יחד כי בתודעה הקולקטיבית והאינדיווידואלית של בני העם היהודי אין חלק זה של החומה המערבית ניצב בדרגת קדושה ויחודיות השווה לאותו חלק מן החומה המערבית הקרוי הכותל המערבי; הכותל המערבי - שתי פעמים בה"א היידוע. נוסיף עם זאת, כי בשנים האחרונות נעשה לעתים שימוש באתר הסמוך ל"קשת רובינסון" - אתר המצוי באחריותה של רשות העתיקות - כאתר תפילה לתנועה הקונסרבטיבית. השאלה שעמדה לפנינו היתה איפוא זו, אם אתר "קשת רובינסון" יסכון לתפילתן של נשות הכותל.

43. שופטי פסק-הדין השני בחנו את הצעתה של ועדת נאמן לעניינו של אתר "קשת רובינסון", ודעתם היתה כי אתר זה אינו עשוי לספק אתר תפילה ראוי כחלופה לרחבת הכותל באשר אין בו כדי לקיים את מיתחם-האיזון שנקבע בפסק-הדין הראשון. בית-המשפט ביקר אמנם באתרי התפילה החלופיים שהוצעו לנשות-הכותל - בהם אתר "קשת רובינסון" - אך הוסיף וקבע בפסק-הדין (בעמ' 366) כי "עריכת ביקור זה חרגה מצורכי ההכרעה, שהלוא זכותן של העותרות להתפלל כמנהגן ליד הכותל כבר הוכרה, למעשה, במסגרת פסק הדין הראשון". אשר לנו, נזכור כי יושבים אנו לדין בדיון נוסף.

44. מתוך רצוננו העז לנסות ולמצוא פיתרון ראוי, ובדרכי-שלום, לסיכסוך המתמשך והולך בין בעלי-הדין, החלטנו כי אף אנו נבקר באתר "קשת רובינסון". ואכן, ביקורנו במקום וזכינו לקבל הסברים מפיהם של אנשי רשות העתיקות ומפי נציגיהם של גופים אחרים הנוגעים בדבר. לאחר שהתרשמנו ממראה עינינו ובחנו את הצורך בחינה, היגענו לכלל מסקנה - כמונו כשופטי פסק-הדין השני - כי תפילה באתר "קשת רובינסון" במצבו כיום אינה מהווה מימוש ראוי לזכות נשות-הכותל להתפלל נוכח פני הכותל. אכן, לו פעלה הממשלה להפיכת האתר לאתר תפילה מסודר, ניתן היה לראות בו - אמנם, לא בנקל - מעין-המשך של רחבת הכותל. ואולם אתר "קשת רובינסון" במצבו הפיסי כיום אינו עשוי לשמש אתר ראוי לתפילה. נחה דעתנו כי חלופה זו לא תצלח, ולא נוכל להלין על נשות-הכותל שאין הן מסכימות להיעתר להצעה. עוד נזכיר, כי אתר "קשת רובינסון" משמש כיום גן ארכיאולוגי יחיד ומיוחד במינו המצוי באחריותה של רשות העתיקות ורשות העתיקות אינה מסכימה כי ייערכו באתר שינויים כלשהם להכשרתו למקום תפילה.

45. צר לנו על-כי בעלי-הדין לא מצאו דרך לגשר על הפער ביניהם ולו בהליכה על גשר צר. ניתן היה וראוי היה כי ימצא הסדר מתאים, והנה עומדים אנו לפני שְׁכָר. יאה היה להם להסדרי התפילה כי לא בית-משפט יכריע בהם - לא בית-המשפט הגבוה לצדק ולא כל בית-משפט אחר. ואולם משהובא העניין לפנינו, זכותנו היא - יתירה מזאת: חובתנו היא - להחליט על-פי דין.

46. הכותל המערבי מקום קדוש הוא ליהודים. קדוש הוא הכותל גם לנשות הכותל גם למי שמתנגדים נחרצות לאורח תפילתן של נשות הכותל. והנה, מעבר מזה עומדת זכותן של נשות הכותל לתפילה כדרכן ליד הכותל, ומעבר מזה ניצבת התנגדותם הנחרצת של שומרי-מיצוות אחרים, שאורח תפילתן של נשות הכותל פוגע קשות ברגשותיהם כלפי מקום המקודש להם. וקדושה, כידוע, אינה ניתנת לחלוקה. הנה-הינו הקושי העיקרי הניצב על דרכנו למצוא פיתרון משפטי ראוי לחילוקי הדעות שנתגלעו בין בעלי-הדין.

47. שקלתי בדבר, הפכתי בו שוב ושוב, ולסוף באתי לכלל מסקנה זו: זכותן של נשות הכותל זכות היא העומדת להן להתפלל ליד הכותל כדרכן. כך הוחלט בפסק-הדין הראשון. כך נישנה בפסק-הדין השני, ואני לא נמצא לי הצדק לעקור הלכה זו ממקומה. ואולם זכותן של העותרות להתפלל כדרכן ליד הכותל, ככל זכות במשפט, אין היא זכות ללא-גבולות. זכות היא הנדרשת - ככל זכות אחרת במשפט - כי נמוד אותה ונשקלנה כנגד זכויות אחרות הראויות להגנה אף-הן. אכן, עלינו לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מיצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל, ועל דרך זו אף למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים. ובלשונו של הנשיא שמגר בפסק-הדין השני (שם, 355):

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 תפילתו בדרכו ...

כדי לנסות ולהכיל גם את אלה גם את אלה, סבורני כי למיצער לעת הזו ראוי להן לנשות הכותל כי תתפללנה כדרכן ליד הכותל המערבי באתר "קשת רובינסון" ובלבד שהאתר יוכשר כראוי וכיאות לכניסת אנשים אליו ולשהיית אנשים בו. כפי שאמרנו - וראינו זאת במו-עינינו - מצבו הפיסי של האתר כיום אינו מאפשר לקיים בו תפילה כראוי, והמתפלל אף אינו יכול לגעת בכותל כדרכם של מתפללים ליד הכותל. מסקנה נדרשת מכאן היא, כי אין לראות את אתר "קשת רובינסון" במצבו כיום כאתר ראוי לתפילה. אלא שאם יוכשר האתר כיאות וכנדרש, ניתן יהא לראות בו חלופה לרחבת הכותל לתפילה בו. וכך, אם תכשיר הממשלה את אתר "קשת רובינסון" - כיאות וכנדרש - בתוך שנים-עשר חודשים מהיום, כי-אז יינתן לנשות הכותל להתפלל כדרכן במקום זה. באומרי כי שומה עליה על הממשלה להכשיר את המקום "כיאות וכנדרש", מכוון אני, בין השאר, לקביעתם של סידרי בטיחות ראויים ולהכשרת גישה נוחה ובטוחה למקום התפילה ולכותל עצמו.

48. ואילו אם לא יוכשר המקום - תוך שנים-עשר חודשים - כיאות וכנדרש, ומשלא נמצא הסדר המקובל על שני בעלי-הדין, חובה היא המוטלת על הממשלה לקבוע הסדר המצוי בתחומי הנחיותיו של הנשיא שמגר בפסק-הדין הראשון והנחיותיו של בית-המשפט בפסק-הדין השני. לשון אחר: שומה עליה על הממשלה לקבוע הסדרים ותנאים מתאימים שבגידרם תוכלנה נשות-הכותל לממש את זכותן לתפילה כמינהגן ברחבת הכותל המערבי. רחבת הכותל רחבה רחבת-ידיים היא, ובמעט רצון טוב תוכל הממשלה להקצות לנשות הכותל דל"ת אמות לתפילתן כמינהגן. אין נשות-הכותל דורשות הרבה. נכונות הן לספק עצמן במעט; למשל: תפילה במשך שעה אחת, פעם בחודש, בראש חודש (למעט ראש חודש תשרי); סך-הכל אחת עשרה שעות בשנה (ראו: פסק-הדין השני, 355ג). יכולה היא הממשלה לעשות הסדר לְמַעַט זה. אוסיף ואזכיר דברים שכתב בית-המשפט בפסק-הדין השני - ואמליץ כי נאמץ לנו דברים אלה - שקביעת הממשלה באשר להסדרים ולתנאים מתאימים עניינה הוא אך-ורק בתנאים הקונקרטיים שבהם תוכלנה המשיבות להתפלל כמינהגן ברחבת הכותל - כגון המקום והמועדים שבהם תוכלנה להתפלל כדרכן - תוך מיתון הפגיעה, ככל-הניתן, ברגשותיהם של מתפללים אחרים ותוך קיום סידורי אבטחה נדרשים.

ממשלה נבראה כדי שתמשול אשר-על-כן ממשלה תיקרא. וכחובתה על-פי דין שומה עליה על הממשלה למצוא דרך ראויה ולאפשר לנשות-הכותל לקיים בתום-לב את תפילתן, כדרכן, ברחבת הכותל המערבי.

אפילו

49. בית-המקדש השני חרב ועלה בלהבות בשנת 70 לספירה. לא נותרו ממנו אלא שברים, ומעט. מאז, ובמשך כאלף ותשע מאות שנים, היו השברים בשברים של זרים. היהודים היו בקודשיהם כמבקרים-לשעה, כבני-רשות. ביום כ"ח באייר תשכ"ז, 7 ביוני 1967, שוחרר הכותל המערבי - שריד החומה החיצונה של בית-המקדש - מידי הזרים שהחזיקו בו. לא מעצמו נפדה הכותל משביו. היו אלה הצנחנים, צנחני צבא-ההגנה-לישראל ששיחררו אותו מעול זרים. ומאז השיחרור בני-בית אנו בשריד זה של בית-המקדש. צנחנים אלה ששיחררו את הכותל, מיקצתם היו שומרי-מיצוות ומיקצתם היו שאינם שומרי-מיצוות. וגם שומרי-מיצוות מביניהם לא מקום אחד באו. ואלה כולם היו שליחיו של עם ישראל. של עם ישראל כולו. משתמה המלחמה ההיא - ובעצם, מיד בסמוך לאחר שיחרור הכותל משביו - עשו הצנחנים כחובתם ומסרו לעם ישראל את הפיקדון היקר שהחזיקו בו ואשר נקנה בדם. הכותל נמסר לעם ישראל כולו, לא אך לחלק מן העם. ועם ישראל כולו - לא אך חלק מן העם - קנה זכות בכותל. "[כשם שהר הבית, ובית המקדש אשר שכן בו, סימל את עולמו הדתי-ייחודי ואת עצמאותו המדינית של עם ישראל, כך סימל הכותל המערבי, שריד בית מקדשנו שחרב, את המקום המקודש ביותר לעם ישראל ואת שאיפתו וכמיהתו להחזרת העצמאות הלאומית-מדינית". כך כתב המישנה לנשיא השופט אלון בפסק-הדין הראשון (שם, 333). אכן כן הוא הדבר. הכותל הוא לעם ישראל כולו, לא אך לחלק בו.

סוף דבר

50. סוף דבר: אמליץ לחבריי כי נחליט כאמור בפיסקאות 47 ו-48 לעיל.

ובתפילת-איחוליו של משורר תהילים נסיים את דברינו (תהילים קכ"ב ו'-ז'):

שָׁלוֹם יְרוּשָׁלַם יִשְׁלִי אֶהְבֶּיךָ.
 יְהִי-שְׁלוֹם בְּחֵילְךָ שְׁלֹנָה בְּאַרְמְנוֹתֶיךָ.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

מסכים אני לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין.

נִשְׂיָא

המשנה לנשיא (בדימ.) ש' לוין:

הייתי דוחה את העתירה ללא סייג, לאחר שהגיעה השעה לתת בה פסק-דין סופי לפי דין. איני רואה מקום להורות, שלא על דרך של פשרה, על הכשרת אתר קשת רובינסון המשמש כיום כגן ארכיאולוגי יחיד ומיוחד במינו כאתר תפילה כנגד חוות דעתה של רשות העתיקות.

המשנה לנשיא (בדימ.)

השופט ת' אור:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין.

ש פ ט

השופט א' מצא:

כחברי הנכבד, המשנה לנשיא, אף אני סבור כי דין העתירה להידחות ללא הוספת סייגים כלשהם. זכותן של נשות הכותל להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל המערבי הוכרה, בהכרעת רוב השופטים, בפסק-הדין שניתן בעתירתן הראשונה (בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(1) 265), וחזרה והוכרה - הפעם בהכרעה שנתקבלה פה-אחד - בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף (בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345). גם חברי השופט חשין, שחוות-דעתו בנושא ההכרה בזכותן של נשות הכותל מקובלת על רוב השופטים בדיון-נוסף זה, איננו מפקפק בצדקת ההכרעה האמורה. עם זאת מציע הוא להתערב במהות הסעד, שהוענק לנשות הכותל בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, באופן שאת זכותן להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל תהיינה הן רשאיות לממש רק אם העותרים לא יכשירו - וכל עוד לא יכשירו - עבורן, כמקום תפילה חלופי, את אתר "קשת רובינסון". בהתייחסו לאתר זה, המשמש כיום כגן ארכיאולוגי ראוי לשמו, מודה אמנם חברי, "כי בתודעה הקולקטיבית והאינדיבידואלית של בני העם היהודי אין חלק זה של החומה המערבית ניצב בדרגת קדושה ויחודיות השווה לאותו חלק מן החומה המערבית הקרוי הכותל המערבי". חרף זאת מציע חברי לראות באתר זה (ובלבד שאכן יוכשר לשמש כאתר תפילה) משום חלופה שעל נשות הכותל להסתפק בה ולפחות לעת הזאת למחול על מימוש זכותן המוכרת להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל. סייג זה מציע השופט חשין להוסיף לפסק הדין, כדבריו, משום חובתנו "לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מיצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל, ועל דרך זו אף למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים".

להצעה זו, שבכל הכבוד יש בה משום ריקון זכותן המוכרת של נשות הכותל מתוכנה, אין בידי להסכים. כפי שכבר ציינו בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, "האפשרות שהכרה בזכות [נשות הכותל] 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". יתרה מזאת: גם בגיבוש הכרעתנו בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף הקפדנו לציין, כי על הממשלה לקבוע את ההסדרים והתנאים, כגון המקום והמועדים שבהם תוכלנה נשות הכותל לקיים את

תפילותיהן ברחבת הכותל, "תוך מיתון הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים ותוך קיום סידורי האבטחה הנדרשים". חשוב להטעים, כי ההסדרים שהממשלה חויבה לקבוע נועדו לאפשר לנשות הכותל לממש את זכותן לתפילה ברחבת הכותל, להבדיל מאשר ליד הכותל. כידוע, רחבת הכותל משתרעת על פני שטח גדול. בחלק מן השטח, הצמוד לכותל המערבי והמופרד בבירור מחלקיה היותר מרוחקים של הרחבה, מתרכזים רוב המתפללים. בחיוב הממשלה לקבוע הסדרים שיאפשרו לנשות הכותל לממש את זכותן לתפילה - כאחת-עשרה שעות בשנה בסך-הכול - במקום שיימצא מתאים לכך ברחבת הכותל, ניתן ביטוי מתאים וראוי להתחשבות ברגשותיהם של כלל המתפללים האחרים. נוסחה זו משקפת איזון נאות בין הצורך לאפשר לנשות הכותל להתפלל כמנהגן לבין הצורך למתן ככל האפשר את הפגיעה שתיגרם עקב כך לרגשותיהם של שומרי מצוות אחרים. התערבות במהות הסעד שהוענק לנשות הכותל בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף תפר את האיזון האמור.

דעתי היא, אפוא, כי יש לדחות את העתירה ולקצוב את המועד שבגדרו תחויב הממשלה לקבוע את ההסדרים שעל קביעתם נצטוותה בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף.

ש ו פ ט

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

דעתי היתה ועודנה כי יש לאפשר לנשות הכותל לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל וכי על הממשלה לאפשר מימוש זה על ידי קביעת הסדרים מתאימים, כפי שנקבע בפסק-דיננו בבג"ץ 3358/95.

אשר על כן, מצטרפת אני לעמדת חבריי המשנה לנשיא, ש' לויין והשופט א' מצא, לפיה דין העתירה להידחות. עם זאת הייתי מקדמת בברכה כל פשרה שתושג בין הצדדים המעורבים, על דעת כולם.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

1. כחברי הנכבד השופט מ' חשין, סבורני גם אני, כי בחירתו של אתר "קשת רובינסון" לשמש מקום תפילה למשיבות [שזכו לכינוי "נשות הכותל" - י' ט'] היא

הפיתרון ההולם, הראוי והמאוזן למחלוקת שהובאה לפנינו; אולם, לדעתי, אין לאמץ פיתרון זה "על תנאי", כפי שהציע חברי, אלא כפיתרון קבע. גם דרכי אינה כדרכו. אילו נשמעה דעתי הייתי מבטל את הצו שנתן בית משפט זה (כבוד השופט א' מצא, כבוד השופט ט' שטרסברג-כהן וכבוד השופט ד' ביניש) בבג"ץ 3358/95 ענת הופמן ואח' נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד נד(2) 345 (להלן - "פסק הדין השני") שהורה לממשלה "לקבוע את ההסדרים והתנאים המתאימים בגדרם תוכלנה העותרות [המשיבות בעתירה שלפנינו - י' ט'] לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל המערבי". ממילא קם ועומד על מכונו הפיתרון של אתר "קשת רובינסון", שעליו המליצה הועדה המכונה ועדת נאמן. כפי שנראה, העתירה שלפנינו בדין יסודה - "בדין" פשוטו כמשמעו - מטעמים שבדין ולא דווקא מטעמים שבדיני תפילה.

אי התערבות בשיקול הדעת המנהלי

2. אפתח במושכלות ראשוניים. שיקול דעת הניתן לרשות המנהלית הוא הכוח לבחור בין פתרונות אפשריים שונים. הכלל הוא כי בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המנהלית שעליה הוטלה החובה להחליט בדבר. כך נאמר:

"דבר אחד נעלה מכל ספק, והוא - שבית המשפט לא ינסה לשים את שיקול-דעתו במקום שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת ולא יכפה דעתו הוא על אלה שהמחוקק נתכוון לסמוך על תכונתם והגיונם, על ידיעתם ונסיונם בחיי המעשה; בקיצור - על שיקול-דעתם הם המבוסס על ידיעת המצב לאשורו מכל הבחינות והתנאים ---" (דברי השופט צ' ברנזון בע"א 311/57 י"מ נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג(2) 1026, 1039).

עוד נאמר על כך, בין היתר:

"שיקול דעת ניתן לרשות מינהלית --- כדי שבמילוי תפקידיה הרב-גווניים שנסיבותיו שונות ומשתנות מידי פעם לפעם, ואין הן ניתנות לקביעה מדוייקת מראש, יהא לה חופש פעולה. חופש זה מאפשר לרשות לשקול בדעתה את נסיבות כל ענין וענין כשהוא בא לפניה, ולמצוא לו את הפתרון המתאים. לשון אחר: שיקול-דעת פירושו, חופש הבחירה בין

פתרונות אפשריים שונים, או ברירה שניתנה בידי הרשות המינהלית, והואיל והרשות הוסמכה לבחור ולבור לה את הפתרון המתאים לפי דעתה, לא יתערב בית-המשפט בדבר על שום כך בלבד שהוא היה בוחר בפתרון אחר. התערבות כזו כמזה כשלילת שיקול-הדעת מהרשות המינהלית והעברתו לבית המשפט ---" (דברי השופט י' זוסמן בד"נ 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פ"ד טז 1209, 1215. וראו גם: דברי השופט מ' לנדוי בבג"ץ ריכרד וייס נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1592, 1595; דברי השופט א' וינוגרד בבג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי מושב עובדים ואח' נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701, 708).

בבסיסו של כלל זה עומד עקרון הפרדת הרשויות, ש"על פיו סמכות ההחלטה בענייני ביצוע וניהול נותרת - פרט למקרים קיצוניים - בידי הרשות המבצעת, ואילו הרשות השופטת מצמצמת עצמה לקיום ביקורת שיפוטית על חוקיות ההחלטה של הרשות" (ר' הר-זהב המשפט המנהלי הישראלי (תשנ"ז) עמ' 436). עם זאת נתגבשו בפסיקת בתי המשפט מספר עילות להתערבות בשיקול הדעת של הרשות המינהלית; בין השאר: החובה לפעול במסגרת החוק; החובה להימנע מהפליה ולנהוג בשוויון; החובה להפעיל את שיקול הדעת בסבירות; החובה לפעול בהגינות ולא בשרירות; החובה שלא לפעול מתוך שיקולים זרים או למטרות זרות. כך נאמר:

"נראה לי, כי בעניין זה המסגרת הנורמטיבית, החלה לעניין השימוש בכל שיקול-דעת מינהלי, חלה גם לענייננו. הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, העדר שרירות והפליה וכיוצא בהן אמות מידה, החלות על השימוש בכל שיקול-דעת מינהלי, חלות גם בענייננו." (דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 34).

האם בהחליטה לייחד לתפילתן של המשיבות את אתר "קשת רובינסון" פעלה הממשלה במסגרת שיקול הדעת שניתן לה? האם מתקיימת כאן עילה מן העילות המצדיקות התערבות בהחלטתה? ומכאן - האם יש להורות לממשלה לקבוע הסדרים ותנאים כאמור בצו שניתן בפסק הדין השני?

הפעלת שיקול הדעת

3. בבואנו להשיב על שאלות אלה נקדים וניתן את דעתנו על מקצת גלגוליה של הפרשה. בבג"ץ 257/89, 2410/90 ענת הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח'; סוזן אלטר ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(2) 265 (להלן - "פסק הדין הראשון") - שבו נדרש בית משפט זה (כבוד הנשיא מ' שמגר, כבוד השופט מ'

אלון וכבוד השופט ש' לויין) בפעם הראשונה לנושא שלפנינו - "הוחלט ברוב דעות לדחות את העתירות, בכפיפות להמלצה שבפסק דינו של אב בית הדין --- לשקול מינוייה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים".

בעקבות פסק הדין הראשון ולפי המלצתו האמורה של הנשיא שמגר, החליטה הממשלה, ביום 17.5.94, למנות ועדת מנכ"לים שנתבקשה "להציע פתרון אפשרי שיקיים את חופש הגישה לכותל המערבי ואת חופש התפילה ברחבתו, תוך צמצום הפגיעה ברגשות המתפללים במקום" (להלן - "ועדת המנכ"לים"). ועדת המנכ"לים המליצה 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". הצעות ועדת המנכ"לים הונחו על שולחן הממשלה ביום 2.4.96. ביום 21.4.96 הקימה הממשלה ועדת שרים אשר "תבחן את המלצות ועדת המנכ"לים ודרכי יישומן ותחליט בעניין זה על-דעת הממשלה" (להלן - "ועדת השרים"). ביום 2.6.97, החליטה ועדת השרים לאמץ את המלצות ועדת המנכ"לים. באותם ימים הוקמה ועדה על מנת לגבש המלצות בסוגיית הגיור (ועדת נאמן) וזאת נתבקשה על ידי הממשלה לגבש המלצות גם בעניין תפילתן של נשות הכותל, שהן כזכור, המשיבות שלפנינו. ביום 23.9.98 הגישה ועדת נאמן דין וחשבון שבו הגיעה למסקנה כי תפילה באתר "קשת רובינסון", אשר "נושק לכותל וצמוד אליו ---", היא "החלופה המעשית ביותר לצרכיהן ולתביעותיהן של נשות הכותל". הועדה הדגישה כי הגיעה למסקנתה 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" [ההדגשות שלי - י' ט']. המסקנה אומצה על ידי הממשלה, כפי שעולה מהודעת העותרים לפיה "מסקנות ועדת נאמן מציגות איזון סביר בין מבוקשן של העותרות להתפלל על פי דרכן בכותל המערבי לבין שיקולים רלבנטיים אחרים" (פסקה 13 להשלמת עיקרי הטיעון של המשיבים דָּשָׁם, שהם העותרים שלפנינו, לקראת הדיון שבו ניתן פסק הדין השני).

מסקנתה של ועדת נאמן נדונה בפסק הדין השני והיא עומדת גם בלב הדיון שלפנינו. כאמור, הגיעה ועדת נאמן למסקנתה אחרי שבחנה ושקלה אתרי תפילה אפשריים אחרים, אחרי "שקילה ואיזון" של השיקולים השונים ואחרי שמצאה כי "החלופה המעשית ביותר" היא באתר "קשת רובינסון". הועדה בחרה, אפוא, פתרון

אחד מבין הפתרונות האפשריים השונים שהונחו לפניה, שביניהם היה גם האתר של עזרת הנשים ברחבת הכותל המערבי. אפילו סברתי כי ניתן היה לבחור בפתרון אחר אין יסוד לומר כי ועדת נאמן - ובעקבותיה, הממשלה - לא היתה רשאית לבחור בפתרון שבו בחרה או שנתקימה כאן עילה מן העילות המצדיקות התערבות במסקנתה. משסברה, אפוא, הממשלה כי ראוי לבחור בחלופה שעליה המליצה ועדת נאמן, אל לו לבית משפט זה לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה, בין על דרך של פסילת החלטתה ובין על דרך של החזרת הענין לדיון נוסף לפניה, כפי שנעשה בפסק הדין השני.

מסקנתה של ועדת נאמן – טעמים נוספים לאימוצה

4. לדעת חברי השופט מ' חשין: "אתר "קשת רובינסון", ידענו כולנו, שריד הוא מן החומה המערבית של הר-הבית, כמוהו ככותל המערבי. ואולם איש לא יחדר כי בתודעה הקולקטיבית והאינדיבידואלית של העם היהודי אין חלק זה של החומה המערבית ניצב בדרגת קדושה ויחודיות של אותו חלק מן החומה המערבית הקרוי הכותל המערבי: הכותל המערבי - שתי פעמים בה"א היידוע". דברים אלה אינם מקובלים עלי, ולא רק משום שהתרשמתי שלי שונה היא, אלא, בעיקר, משום שלא הובאו לפנינו מקורות הילכתיים והיסטוריים שמהם ניתן ללמוד כי קדושתו של חלק מסוים של הכותל המערבי – הכותל שהוא בעיני כל החומה המערבית של הר הבית - נעלה מקדושתו של חלק אחר.

כך מתקשה אנוכי להסכים למסקנתו כי: "לו היתה הממשלה פועלת להפיכת האתר לאתר תפילה מסודר, אפשר ניתן היה לראות בו – אמנם לא בנקל - מעין-המשך של רחבת הכותל". סבורני כי קדושתו של מקום אינה מתהווה מתוך בינויו והכשרתו של מקום, אלא היא טבועה בו מטבע ברייתו. יוער לענין זה כי אתר "קשת רובינסון" משמש אתר תפילה לתנועה המסורתית הרואה בו את "הכותל המסורתי". (ראו מודעה של התנועה המסורתית שפורסמה בעיתון "כל העיר" ביום 16.6.00 שצורפה כנספח "ב" לסיכומים בכתב שהגישו העותרים וכן מכתבו של מזכיר הממשלה דאז, עו"ד יצחק הרצוג, לנשיא התנועה המסורתית שצורף כנספח "א" לסיכומים בכתב שהגישו העותרים).

5. ראוי לציין, כי על פי המלצתה של ועדת נאמן, תישמר למשיבות - שלטענתן מנהגן הוא "מנהג אורתודוכסי" - זכות הגישה לעזרת הנשים שכרחת הכותל המערבי, לרבות זכותן להתפלל שם לפי מנהג המקום. ההגבלה היחידה על תפילתן של המשיבות שם תהיה רק לגבי מנהגן להתפלל "תפילה בקבוצה, עטופות טליתות, נושאות ספר תורה וקוראות בו"; אולם מנהג זה יהיו רשאיות לקיים באתר "קשת רובינסון" שהוא המשכו של הכותל המערבי. המשיבות יהיו רשאיות, אפוא, לקיים את כל מנהגי התפילה שלהן, מקצתם ברחבת התפילה שנוכח פני הכותל המערבי ומקצתם באתר "קשת רובינסון". גם מטעם זה הפתרון שבו בחרה ועדת נאמן ואותו אמצע הממשלה הוא פתרון הולם, ראוי ומאוזן.

מסקנה זאת איננה עומדת בסתירה לדבריו של הנשיא שמגר בפסק הדין הראשון שבו אמר: "הנני מציע לממשלה לשקול מינוייה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעומקו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים" [ההדגשה שלי - י' ט']. מסופקני אם כוונתו של הנשיא שמגר בדבריו האמורים, היתה לקבוע כי למשיבות, נשות הכותל, עומדת הזכות להתפלל ברחבת הכותל המערבי - במשמעותו המצומצמת דווקא, שאינה כוללת את אתר "קשת רובינסון" - ולפי מנהגיהן דווקא. דומה שכוונתו משתמעת מכך שבניגוד לעמדת השופט (כתוארו אז) ש' לויין בפסק הדין הראשון - שביקש ליתן פסק דין המכיר בזכותן של נשות הכותל "להתפלל ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית ובידן ספרי תורה" - נקט הנשיא שמגר בלשון של "חופש הגישה לכותל" ותו לא. מסקנתה של ועדת נאמן מבטיחה, אפוא, הן את זכות הגישה והן את זכות התפילה של המשיבות, לפי המלצת הנשיא שמגר, אולם מסייגת מקצת מנהגי התפילה שלהן ל"מקצת" הכותל המערבי, שהוא אתר "קשת רובינסון". בכך אין מקום להתערב.

משפט שלום

6. בבואי לחתום את הדברים, מילים מספר על דרכי שלום. נאמר במסכת דרך ארץ זוטא, פרק השלום: "תמן תנינן רשב"ג אומר על ג' דברים העולם קיים על הדין ועל האמת ועל השלום. א"ר מונא ושלשתן דבר אחד הן נעשה הדין נעשה אמת נעשה שלום. ושלשתן בפסוק אחד נאמרו שנאמר (זכריה ח) אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. כל מקום שיש משפט יש שלום ---". המשפט שעשתה הממשלה באמצע את החלופה שנבחרה הוא משפט והוא שלום.

7. אילו נשמעה דעתי, היינו נעתרים לעתירה, מבטלים את הצו שנתן בית המשפט בפסק הדין השני, ומצהירים כי משאימצה הממשלה את מסקנתה של ועדת נאמן בדבר בחירת אתר "קשת רובינסון" כמקום תפילה למשיבות, יצאה ידי חובתה. אולם, משהגיע חברי השופט מ' חשין - בדרכו שלו, שהיא דרך של פשרה - למסקנה, ש"ראוי להן לנשות הכותל כי תתפללנה כדרכן ליד הכותל המערבי באתר 'קשת רובינסון'", מצרף אני דעתי לאמור בסעיף 47, סיפא, לפסק דינו.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

מצטרפת אני לדעת חבריי, המשנה לנשיא ש' לוין, והשופטים א' מצא וט' שטרסברג-כהן, הסבורים כי דין העתירה להידחות; לא שיניתי מדעתי כי זכותן של נשות הכותל להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל, וכי על הממשלה לקבוע את ההסדרים והתנאים שיהיה בהם כדי לצמצם, ככל הניתן, את הפגיעה ברגשות המתפללים האחרים, הן מבחינת המיקום המתאים, הן מבחינת המועדים, והן מבחינת סדרי האבטחה.

ש ו פ ט ת

השופט י' אנגלרד:

חולק אני על חבריי השופטים, בעלי דעת הרוב, בכל לשון של מחלוקת; לא מחלוקת נקודתית, אלא מחלוקת לכל אורך החזית, החל בפרשנותה של ההלכה שנפסקה, כביכול, בפסק הדין בפרשה הראשונה, הלוא היא בג"ץ 257/89, 2410/90 הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח', פ"ד מח(2) 265 (להלן: "הפרשה הראשונה"), וכלה לגופה של הגישה שנתקבלה על דעת בית משפט זה בפרשה השנייה,

שהיא בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש-הממשלה, פ"ד נד(2) 245 (להלן: "הפרשה השנייה"), מושא דיון נוסף זה.

1. אתחיל בהבנת השונה של ההלכה שנפסקה בפרשה הראשונה. חברי השופט א' מצא ניסה להסיק מתוך שלוש חוות הדעת השונות, שניתנו בפרשה הראשונה, הלכת רוב - שהיא בבחינת הנחייה מחייבת - המכירה בזכותן העקרונית של העותרות להתפלל כדרכן ברחבת הכותל המערבי. דא עקא, נסיון מעין זה, שהתרכז סביב חוות דעתו של הנשיא מ' שמגר, הוא בעייתי ביותר, משום שמבחינה משפטית התוצאה היחידה של פסק הדין הייתה דחיית העתירה של העותרות, בכפוף להמלצה לממשלה לשקול מינויה של ועדה. מכאן, כי כל יתר הדברים של הנשיא שמגר, תהא משמעותם אשר תהא, לא היו אלא אמרות אגב, שאין בהן חיוב משפטי כלשהו. ואמנם, הנשיא שמגר קובע במפורש בסוף דבריו שדעתו היא "כי אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה" והוא מוסיף "שערי בית המשפט פתוחים תמיד, אך, כאמור, ראוי תחילה למצות דרכים פתוחות אחרות". על רקע דברים אלה, איני יכול להסכים להנחתו של בית המשפט זה בפרשה השנייה כי הוועדות שעסקו בסוגיה "גלשו לתפיסות שנדחו על ידי רוב השופטים בפסק הדין הראשון". יתרה מזו, כפי שקבע הנשיא שמגר, במסגרת החיפוש אחר דרכים מעשיות שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות זאת בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים" (שם, בעמ' 335-ה-ו; ההדגשות לא במקור). לכן, אף לפי מבחן "דעת הרוב", אין לבוא בטרוניה כלשהי לוועדות שבדקו ומצאו כי התפילה בדרכן ובסגנון של העותרות פוגעת פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים, ומשום כך הציעו מה שהציעו. יצוין, כי בשמירת מנהג המקום, אין משום מניעה עקרונית לעותרות לגשת ולהתפלל סמוך לכותל. המניעה נוגעת לדרכי הפולחן החיצוניות ולכך אשוב בהמשך דבריי. אסתפק כאן בהערה: תנאי מוסכם על הכל הוא כי קיומה של זכות התפילה צריך להיות בתום לב (שמגר, פרשה ראשונה, בע' 355-ה-ו; לוין, שם, בע' 357-ג; מצא, פרשה שנייה, בע' 363-ד). והנה, יש הגורסים כי דרך תפילתן של העותרות היא בבחינת "פרובוקציה" או "מלחמה" להשגת מטרות אידיאולוגיות, שלא הכותל המערבי הוא המקום הנאות לנהלה [אלון 329, 350] גם שאלה זו לא נבחנה על ידי בית המשפט בפרשה הראשונה. מכל האמור עולה, כי, לטעמי, אין בסיס משפטי להנחה של בית משפט זה כי הוועדות שטיפלו בנושא העתירה בעקבות הפרשה הראשונה לא עשו את שהוטל עליהן על פי הנחיית פסק הדין. הנחייה מעין זאת לא הייתה קיימת, ולכן, רק מנימוק זה בלבד, דין העתירה בדיון נוסף להתקבל.

2. אולם, ברי כי הנימוק הפורמלי הנזכר אין די בו כדי לסיים את הדיון בעתירה זו. כי סוף סוף, מאחורי ההסתמכות הפורמלית על פסק הדין בפרשה הראשונה עומדת השקפה עניינית שהדריכה את חבריי בפרשה השנייה, השקפה שאימצה ביסודה את דעתו של חברי השופט ש' לויין בפרשה הראשונה, תוך כדי דחייה מכל וכל של השקפת המשנה לנשיא מ' אלון. מן הראוי, אפוא, כי אתיחס לגישה העניינית כפי שבאה לידי ביטוי בפרשה השנייה. אומר מיד, כי גישה זו מוקשית בעיניי מאד בשל בסיסה המשפטי הרעוע. הקושיות הן רבות, ולא מצאתי בחוות הדעת של חבריי, השופטים ש' לויין, בפרשה הראשונה, א' מצא, בפרשה השנייה, ומ' חשין בעתירה זו, מענה טוב להן. אגע בעיקריות שבהן בקצרה.

3. הסוגיה העקרונית הראשונה נוגעת לסמכותו הכללית של בית משפט זה לעסוק בנושא חופש הפולחן במקומות קדושים. סוגיה זו הוזכרה והוכרעה, בדרך קצרה, בפרשה הראשונה על-ידי המשנה לנשיא מ' אלון (שס, בעמ' 297-298). יצוין, כי טענת חוסר הסמכות הועלתה לא על-ידי המדינה אלא על-ידי משיבים אחרים. וכך אומר שם בית המשפט מפי המשנה לנשיא אלון:

דבר המלך על המקומות הקדושים איננו שולל את סמכותו של בית המשפט לדון בשמירה על הסדר הציבורי ובמניעת עבירות פליליות, כפי שנקבע בחוק ובתקנות השמירה על המקומות הקדושים. בפרשת חוגים לאומיים (בג"צ 222/68, פד"י כד(141) (2) דעת הרוב היא שדבר המלך שולל אמנם את סמכותו של בית המשפט לדון בחופש הפולחן במקומות הקדושים, אך הוא אינו שולל את הסמכות לדון בחופש הגישה למקומות הקדושים, בחובת השמירה מפני חילולם של המקומות הקדושים ובחובת ההגנה על רגשותיהם של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, שבהם דנות התקנות האמורות שבעניננו. עניינה של העתירה בחופש הגישה של העותרות אל הכותל המערבי, בסכנת חילולו של המקום ובפגיעה האפשרית ברגשות המתפללים, ובית המשפט מוסמך לדון בנושא העתירה.

יצוין, כי השופט ש' לויין הביע את הסכמתו לדעה זו בדבר סמכותו של בית המשפט לדון בנושא העתירה (שס, בעמ' 356[ב]).

4. דא עקא, מסקנה זו בדבר סמכותו של בית המשפט, על רקע הוראות דבר המלך במועצה ודעת הרוב בפרשת בג"ץ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (להלן: פרשת חוגים לאומיים), אינה עומדת בפני

הביקורת. העניין הנדון כאן נוגע במישרין לחופש הפולחן ולא לחופש הגישה או לעבירות פליליות המתייחסות למקומות הקדושים. כנזכר, אין מונעים מן העותרות לגשת ולהתפלל סמוך לכותל, אלא המניעה הבלעדית היא בדבר אופן הפולחן החיצוני. סכסוך מעין זה נתפס, לטעמי, על-ידי הוראות דבר המלך במועצה, וזאת גם בכפוף לסייגים שנקבעו על-ידי הנשיא ש' אגרנט בפרשת חוגים לאומיים. יצוין, כי הלכת הרוב בפרשת חוגים לאומיים מקובלת על בית משפט זה, כפי שעולה גם מבג"צ 4185/90 נאמני הר-הבית - עמותה ואח' נו' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז(5) 221, בעמ' 282:

אכן, אף זאת נפסק על ידי בית משפט זה כי הסמכות להסדיר מימושה של זכות הפולחן נתונה לרשות המבצעת ולא לרשות השופטת, שכן כך קובע סימן 2 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924, כפי שנתפרש בפרשת חוגים לאומיים הנ"ל.

נכון אמנם, כי בעלי הדין בפרשה הנדונה לא העלו טענה זו, אך מאחר שמדובר בסמכות עניינית, אין בית המשפט חי מפיהם. בית המשפט מצווה לעורר ביוזמתו עניין של העדר סמכות עניינית, משום שהוא נוגע לשורש מעמדו השיפוטי ובכך לתוקף פסק דינו. כידוע, אין הסכמת הצדדים יכולה לרפא חוסר סמכות עניינית. יתכן, כי יש מקום לעיין מחדש בדעת הרוב שבפרשת חוגים לאומיים, אך כל זמן שההלכה שנפסקה בה לא בוטלה, הסמכות להסדיר סדרי פולחן במקומות קדושים, הכוללים את רחבת הכותל, נתונה באופן בלעדי לרשות המבצעת. לשם המחשת הדבר, האם היה עולה על דעת בית משפט זה להתערב בסדרי פולחן של העדות הנוצריות השונות בכנסיית הקבר בירושלים, תוך כדי שינוי הסטטוס קוו הקיים?! האם לא היה מובן מאליו כי על-פי דבר המלך במועצתו הנזכר, סכסוך בין-עדתי מעין זה אינו שפיט?!

5. לשם המשך הדיון אניח כי ניתן להתגבר על בעיית חוסר הסמכות, כפי שגרס בית משפט זה בשתי הפרשיות הנזכרות. כלומר, אצא מן ההנחה כי ניתן לשבץ את המקרה שלפנינו לתוך הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים ולתוך חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. חברי השופט ש' לויין הביע בפרשה הראשונה את השקפתו בעניין משמעותם של חוק השמירה על המקומות הקדושים והתקנות שהותקנו על-פיו. השקפתו זו אומצה במלואה - כך נראה - בפרשה השנייה. אביא תחילה את דבריו של חברי השופט ש' לויין לגבי חוק השמירה על המקומות הקדושים (שס, בעמ' 356-357):

א. אין, לדעתי, להכריע בנושא העתירה אך על יסוד שיקולי הלכה. הרי אך ברור הוא שחוק השמירה על המקומות

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

ב. אין ספק בדבר שהכותל המערבי (ורחבתו) הוא אתר מקודש מדורי דורות לעם ישראל כאתר דתי וכאתר תפילה, אולם בד בבד נודעת לו גם משמעות סמלית לאומית כשריד הסטורי יחודי של חומות בית המקדש, סמל למלכות ישראל שאליו ערגו המוני בית ישראל מדורי דורות. בנסיבות אלו אין העובדה שאתר הכותל משמש כאתר תפילה מכרעת, בהכרח, קביעת היקף הפעילויות המותרות באתר זה. במובן זה איני מוכן לקבל מראש וכמובן מאליי שלענין החוק יש לראות את הכותל המערבי לכל ענין ודבר כ"בית כנסת" שחלים על הפעילות המתנהלת בו אך כל דיני ההלכה המתפרשים על בית כנסת ואין זולתם.

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

כאמור, השקפה זו אומצה על-ידי בית המשפט בפרשה השניה. עיין ודוק שם, בעמ'

6. לפני שאגע בהשקפתו הבסיסית הנזכרת של בית משפט זה בעניין משמעותו של חוק השמירה על המקומות הקדושים ופרשנותו, מן הראוי להזכיר גם את תקנה 2(א)(א) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981, שהוספה בעקבות הסכסוך מושא עתירה זו. וזו לשון התקנה:

מעשים אסורים

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

בית משפט זה בפרשה הראשונה הסכים כי תקנה זו אינה חורגת מגדר החוק. ראה דברי השופט ש' לוי, שס, בעמ' 357[ה]. עם זאת, גרס השופט ש' לוי בדבר פרשנותה של תקנה זו, כי:

אך לדידי אין הדיבור "מנהג המקום" צריך להתפרש דווקא לפי ההלכה או לפי המצב הקיים. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העתים, ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגיהם של אחרים, באותם סייגים שאותם כבר הזכרתי לעיל.

7. לטעמי, הגישה הפרשנית שנתקבלה על דעת בית משפט זה אינה נכונה. הרעיון כי בשל אופיים החילוני של חוק השמירה על המקומות הקדושים ושל התקנות שהותקנו על-פיו יש לפרש את הביטויים המופיעים בהם גם הם על-פי מבחנים חילוניים - רעיון זה אינו עומד בפני הביקורת. וזאת עלינו לדעת: כל החוקים של הכנסת הם, מעצם טיבם, נורמות חילוניות, משום שהכנסת אינו מוסד דתי. לכן, אין ללמוד דבר ממהותם של חוקי הכנסת על דרך פרשנותם של הביטויים המופיעים בהם. אין שום מניעה עקרונית לכך שחוק חילוני יפנה אל המערכת הדתית. וכך אמנם נעשה, לשם מתן דוגמא אחת מני רבות, במסגרת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. איש אינו חולק על כך כי הביטוי "דין תורה" בסעיף 2 לחוק, כוונתו למערכת ההלכה היהודית. העובדה כי חוק שיפוט בתי דין רבניים הוא חוק חילוני אינה מעלה ואינה מורידה מבחינת כוונתו של המחוקק להפנות למערכת המשפט הדתי.

8. מן האמור עולה כי אופיו החילוני של חוק השמירה על המקומות הקדושים אינו אומר דבר על דרך פרשנותם של הביטויים המופיעים בו או בתקנות שהותקנו על-פיו. הכל תלוי בכוונתו של המחוקק בהשתמשו בביטויים האלה. נהפוך הוא, יש חזקה כי ביטויים הלקוחים ממערכת דתית, יש לפרשם על פי מערכת זו. יתרה מזו, הרעיון של

קדושה - בהקשר הנדון לגבי מקומות מסוימים - הוא במובהק מושג דתי, שאין לו משמעות מהותית בעולם החילוני. השווה בעניין זה את הספר הקלאסי R. Otto, *Das Heilige* (Breslau, 1917); id., *The Idea of the Holy* (trans. J.W. Harvey, Oxford, 1923, 2nd ed. 1950). לכן, איני יכול לקבל את גישתו הכללית של בית משפט זה, אשר ייחס, במסגרת חוק השמירה על המקומות הקדושים, משמעות לאומית לכותל המערבי. כמובן, איני בא לחלוק על המשמעות הלאומית שעשויה להיות למקומות קדושים, אך לא זו הייתה מטרת החוק, שכוון במפורש לממד הקדושה של מקומות אלה.

9. התוצאה היא כי את הביטויים הלקוחים מעולם המערכת הדתית, כגון "חילול", יש לפרש בראש ובראשונה על-פי משמעותם הדתית. דבר זה בולט לעין בתקנה 2(א1) לתקנות השמירה, האוסר על "חילול שבת ומועדי ישראל". וכי יש להטיל ספק בכך כי הכוונה היא להפנייה להלכה היהודית המגדירה מהו "חילול שבת ומועדי ישראל" ?!

10. חולק אני בכל לשון של מחלוקת על הרעיון שהובע על-ידי חברי השופט ש' לוין בפרשה הראשונה, כי אין הוא "מוכן לקבל מראש וכמובן מאליו שלעניין החוק יש לראות את הכותל המערבי לכל עניין ודבר כ'בית כנסת', שעל הפעילות המתנהלת בו חלים אך כל דיני ההלכה המתפרשים על בית-כנסת ואין זולתם", שם, בע' 356[ה]. חוק השמירה על המקומות הקדושים והתקנות שהותקנו על-פיו, בדברם על הכותל המערבי ורחבתו כמקום קדוש, חייבים היו להתכוון לכותל המערבי כבית כנסת. כי זהו המעמד שהעניק למקום זה, על פי התפיסה ההלכתית, את קדושתו. דבר זה עולה מפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון, אשר הרחיב על כך את הדיבור בפרשה הראשונה והגיע למסקנה כי דינה של רחבת הכותל כדין של בית כנסת. ראה שם, בעמ' 318-319, בו מובאים, בין היתר, דבריו של הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף:

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

11. על רקע דברים אלה עולה המסקנה כי גם תפיסתו של בית משפט זה בדבר משמעות הביטוי "עריכת טקס דתי שלא על-פי מנהג המקום" בטעות יסודה. "מנהג המקום" הוא ביטוי הלכתי מובהק, כפי שיוצא מדבריו של המשנה לנשיא מ' אלון

בפרשה הראשונה. מטרתו של "מנהג המקום" היא לבטא קיום דרכי תפילה מסורתיות המיוחדות למקום תפילה נתון. לכן, אין כל בסיס להשקפתו של בית משפט זה כי "בגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלוראליסטית וסובלנית ולדעותיהם ולמנהגייהם של אחרים". לטעמי, פרשנות זו נוגדת ניגוד מוחלט הן את כוונתו של מתקין התקנות, הן את לשונה של התקנה, ולכן אין למצוא לה בסיס משפטי.

12. התוצאה היא כי בהנחה שהתקנה הנזכרת הותקנה במסגרת החוק - הנחה שמקובלת עלי ועל בית משפט זה - הרי ההחלטה לעשות בעתירה מושא הדיון צו מוחלט אינה יכולה לעמוד. אולם בכך לא די. לפי פסקי ההלכה שהוזכרו בפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון, אשר ניתנו על-ידי הרבנים הראשיים הרב אברהם שפירא והרב מרדכי אליהו, יש בהיענות לעתירת העותרות משום חילול מנהגי בית כנסת וקדושתו. (פרשה ראשונה, בעמ' 328-329 וכן שם, בע' 319-320). בהקשר זה כותב המשנה לנשיא אלון (שם, בעמ' 350):

כיום הזה המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלכה, כולל הרבנים הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירות העותרים... משום חילול מקום התפילה שבכותל המערבי שהוא המקום המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות, לבני כל העם היהודי.

תמהני מנין לבית משפט זה הסמכות לחלוק על פסקי הלכה אלה, שעל-פיהם יש בהיענות לעתירה משום פגיעה בהוראת סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, השומר על הכותל המערבי מפני חילול?

13. לבסוף, גם אם אתעלם מכל הבעיות המשפטיות אותן מניתי בחוות דעתי, הרי יש רגליים לסברה כי על רקע המצב ההלכתי, יש בקבלת העתירה, המרשה לעותרות לנהוג על-פי סגנון ועל-פי דרכן, משום פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים (שמגר, פרשה ראשונה, בע' 355[ה]) או פגיעה יתר על המידה ברגשותיהם של אחרים (לויז, שם, בע' 357[ה]), דהיינו פגיעה גם על-פי המבחינים המקובלים על דעת בית משפט זה.

14. בשולי הדברים הערה בדבר המקום החלופי שהוצע לעותרות ב"קשת רובינסון". בביקור בית המשפט באתר התברר כי, עקרונית, המקום מתאים לעריכת תפילה סמוך לכותל. עם זאת, הביעו אנשי רשות העתיקות התנגדות לכל שינוי, ויהי הקטן ביותר, באתר. ההתנגדות נגעה לאבן שנפלה מן החומה העתיקה ואשר לדעת

אנשי רשות העתיקות אסור להזיזה או אף להסתירה. לא השתכנעתי כי יש מניעה של ממש להסדיר את המקום, כך שתתאפשר גישה לכותל עצמו, תוך פגיעה מזערית באבן הנפולה. צר לי כי התרשמתי שבעיני אחדים, "קדושת" הארכיאולוגיה עולה על קדושת בית הכנסת.

אי לכך, לו דעתי הייתה נשמעת, העתירה לדיון נוסף הייתה מתקבלת ופסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 3358/95 היה מתבטל.

אולם, מאחר שדעתי זו נשארת דעת מיעוט, מסכים אני, למצער, לחלק הראשון של החלטתו של חברי השופט מ' חשין, לפיו אם תכשיר הממשלה את אתר "קשת רובינסון" – כיאות וכנדרש – בתוך שנים-עשר חודשים מהיום, כי-אז יינתן לנשות הכותל להתפלל כדרכן במקום זה.

ש ו פ ט

אנו מחליטים ברוב דעות של הנשיא ברק והשופטים אור, חשין, טירקל ואנגלרד, בניגוד לדעתם של המישנה לנשיא לויין והשופטים מצא, שטרסברג-כהן וביניש, כאמור בפסקה 47 סיפה לחוות דעתו של השופט חשין, לענין הכשרתו של אתר "קשת רובינסון" כמקום תפילה לנשות הכותל. ואולם אם לא יוכשר אתר "קשת רובינסון" כמקום תפילה לנשות הכותל בתוך שנים עשר חודשים מיום פסק-הדין, כי-אז מחליטים אנו ברוב דעות של הנשיא ברק, המישנה לנשיא לויין והשופטים אור, מצא, חשין, שטרסברג-כהן וביניש, בניגוד לדעתם של השופטים טירקל ואנגלרד, כאמור בפסקה 48 לחוות דעתו של השופט חשין, דהיינו, כי חובה היא המוטלת על הממשלה לקבוע הסדרים ותנאים מתאימים שבגידרם תוכלנה נשות-הכותל לממש את זכותן לתפילה כמינהגן ברחבת הכותל המערבי.

בנסיבות הענין לא נצווה צו להוצאות.

היום, ד' בניסן תשס"ג (6.4.2003).

ש ו פ ט

המשנה לנושא (בדימ).

נ ש י א

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט