



פרשת נשות הכותל: הצורך בהכרעה ערכית-ליברלית

יוסי נחושתן*

א. מבוא. ב. על טיבה של פרובוקציה. ג. על הבריחה ממחוזות הערכים למחוזות הניטרליות המדומה. ד. פרשת נשות הכותל ודוקטרינת "נפרד אבל שווה". ה. במקום סיכום: על שופטים והכרעות ערכיות.

א. מבוא

פרשת נשות הכותל, שראשיתה בשנות השמונים המאוחרות של המאה הקודמת, מסרבת לגווע.¹ פסק הדין האחרון בעניין זה,² שנחזה להיות פסק דין העוסק בדיני מעצרים, מוסיף לבנה לחומה המשפטית העקומה והרעועה שמלווה את נשות הכותל, לעתים סוגרת עליהן ולעתים מגנה עליהן מפני הרשעות, חוסר הנאורות והטיפשות של הרשויות. הדבר העקבי והברור ביותר ביחס של בתי המשפט לנשות הכותל הוא חוסר העקביות והעמימות. פסק הדין נשוא רשימה זו, על אף שהוא עקבי וברור בינו לבין עצמו, אינו מסיים את הפרשה אלא מוסיף לה נדבך חדש שמשנה מעט את המציאות אליה הורגלנו בשנים האחרונות. מבחינה זו בלבד, חוסר העקביות והעמימות נשמרים.

שלוש קביעות חשובות נקבעו על ידי השופט משה סובל, מבית המשפט המחוזי בירושלים. ראשית, תפילת נשות הכותל (המאופיינת בתפילה בקול, שירה, התעטפות בטליתות והנחת תפילין) אינה מנוגדת ל"מנהג המקום" (מונח הקבוע בתקנה 2(א)1) לתקנות המקומות הקדושים), שכן יש לפרש מונח זה בדרך "פלורליסטית-חילונית-לאומית" ולא בדרך הלכתית-אורתודוקסית. שנית, לא קיים יסוד סביר לחשש שנשות הכותל יסכנו בעצמן או בדרך תפילתן את "בטחוננו של אדם" או את ביטחון הציבור (גם אם התנהגותן עשויה לגרום להפרה של שלום הציבור על-ידי אחרים). שלישית, פסק הדין בדיון הנוסף משנת 2003 בעניין הופמן, שהוא ה"מילה האחרונה" של בית המשפט העליון בפרשת נשות הכותל, לא הכיל צו האוסר על תפילת נשות הכותל ברחבת הכותל, אלא לכל היותר צו המותנה בכך שרחבת "קשת רובינסון" תוכשר כאתר תפילה חלופי.

ברשימה זו לא אדון בשאלה אם בית המשפט המחוזי בפסד הדין שלפנינו שיקף באופן מדויק את הלכת הופמן משנת 2003. אמנע מלדון בבעיות נוספות העולות מפסק הדין שלפנינו – ומפרשת נשות הכותל בכללה.

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למנהל.
1 לתיאור מפורט של הרקע העובדתי ושל פסיקות בית המשפט בעניין זה לאורך השנים ראו: פרנסס רדאי "תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל – סאגה בבית המשפט העליון" המשפט יג 401 (2008).

2 עמ"י (י-ם) 23834-04-13 מדינת ישראל נ' ראס (פורסם בנוב, 24.4.2013).



אסתפק בהצבעה על כמה כשלים מרכזיים ברטוריקה ובהנמקה העולים מהתנהלות המדינה ובתי המשפט בפרשה זו. ראשית, אדון בקביעה המוטעית שלפיה יש לסווג את ההתנהגות של נשות הכותל כפרובוקציה. לאחר מכן אסקור את עמדות השופטים בפרשה זו ואבקר את הרצון להימנע מעיסוק ישיר בהכרעות ערכיות תוך בריחה לניטרליות מדומה. לבסוף אומר כמה מילים על היעדר הדיון בעקרון השוויון בפרשת נשות הכותל לדורותיה.

ב. על טיבה של פרובוקציה

בפסק הדין שלפנינו, ציין השופט סובל כי מטרת המשטרה, כפי שנוסחה על ידי המשטרה עצמה, היא "להשקיט את הרוחות, ולהרחיק את אותן נשים שמבצעות פרובוקציות במקום".³ הפרקליטות, באופן תמוה ומצער, תמכה בעמדה זו וטענה כי "עצם הגעת המשיבות לרחבת הכותל כשהן עטופות בטליתות (וחלקן אף מעוטרות בתפילין) מהווה פרובוקציה".⁴

השופט סובל לא התייחס ישירות לשאלת הפרובוקציה, אך הביא מדברי בית המשפט קמא שקבע כי "לא המשיבות הן אלו שהפרו את הסדר והחלו בפרובוקציה. ככל שהופר הסדר, האחריות לכך מוטלת על אנשים אחרים שנכחו במקום והביעו את מחאתם נגד נשות הכותל".⁵ חשוב להדגיש כי אין כל קשר בין השאלה "מי הפר את הסדר" לבין השאלה "מי החל בפרובוקציה". לא כל הפרת סדר היא פרובוקציה. הפרת סדר יכולה להיגרם בתגובה לפרובוקציה (וגם מסיבות אחרות) אך היא עצמה אינה בהכרח פרובוקציה. העובדה שהפרת הסדר נגרמה על ידי מתפללים אחרים ולא על ידי נשות הכותל היא עובדה שאין עליה עוררין אך מפרי הסדר לא "החלו בפרובוקציה". הם פשוט הפרו את הסדר. האם נשות הכותל החלו בפרובוקציה? בעיני רבים, התשובה היא חיובית.

טענת הפרובוקציה אינה חדשה. השופט יצחק אנגלרד, בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף בשנת 2003, האשים את "נשות הכותל" בהתנהגות פרובוקטיבית וחסרת תום לב.⁶ עמדה זו נפוצה גם בקרב הציבור בכללותו. בסקר דעת קהל שנערך באפריל 2013, נמצא ש-48% מהנשאלים תומכים בדרישת נשות הכותל להתפלל כדרכן

3 שם, פס' 2 לפסק הדין.

4 שם, פס' 4 לפסק הדין.

5 שם, פס' 3 לפסק הדין.

6 "תנאי מוסכם על הכול הוא כי קיומה של זכות התפילה צריך להיות בתום-לב [...] והנה, יש הגורסים כי דרך תפילתן של העותרות היא בבחינת 'פרובוקציה' או 'מלחמה' להשגת מטרות אידאולוגיות": דג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003), פס' 1 לפסק דינו של השופט אנגלרד. (להלן: "עניין הופמן 2003"). על-אף הניסוח המרומז ("יש הגורסים"), קריאת פסק-הדין אינה מותירה ספק בנוגע לעמדתו של השופט אנגלרד בעניין זה.



בכותל המערבי, לעומת 38% המתנגדים לכך.⁷ יש להניח שהמתנגדים, רובם ככולם, רואים בתפילת נשות הכותל "פרובוקציה".

במסגרת הדיון בשאלת הפרובוקציה, יש להבחין בין שלוש שאלות עיקריות: האחת, האם התנהגות מסוימת היא פרובוקציה; השנייה, האם התנהגות מסוימת היא מוצדקת; שלישית, מהי התגובה הראויה לאותה התנהגות. להלן אדון בעיקר בשתי השאלות הראשונות.

הפרקליטות, משטרת ישראל, השופט אנגלרד ו-38% מהציבור המתנגדים לתפילת נשות הכותל, טועים כשהם מייחסים לנשות הכותל חוסר תום לב וכוונה לעורר פרובוקציה. משמעה של פרובוקציה היא התנהגות שמטרתה לפגוע באחר או לעורר בו רגשות שליליים או חוסר נוחות. כדי שהתנהגות מסוימת תחשב התנהגות פרובוקטיבית, חייבת להתלוות לה כוונה ליצור פרובוקציה, היינו כוונה לפגוע באחר או לעורר בו רגשות שליליים או חוסר נוחות. לא די בעצם הידיעה של מבצע הפעולה שהתנהגותו תפגע באחר. עליו לרצות בכך ועליו לבצע את הפעולה בשל רצייה זו.

כל הרואים בהתנהגות נשות הכותל משום פרובוקציה למדים (בטעות) על המניע לפעולה מסוימת מתוך תוצאותיה של אותה פעולה. ההנחה המוטעית היא כי מכיוון שנשות הכותל יודעות שפעולתן פוגעת באחרים ומעוררת מהומה ותגובות אלימות, ובכל זאת אינן נמנעות מפעולה זו, הן מתכוונות לפגוע באחרים, כלומר, לעורר פרובוקציה. זו הנחה בעייתית שאינה מבחינה בין פגיעה-תוצאה מכוונת לבין פגיעה-תוצאה אגבית. הבחנה זו חשובה מבחינה מוסרית ומשפטית כאחד. מבחינה מוסרית, תחת ההנחה ש- *all other things being equal*, יש טעם חזק יותר לגנות את מי שמתכוון לפגוע באחר לעומת את מי שהתנהגותו פוגעת באחר, אך הוא לא התכוון לכך, גם אם חזה את הפגיעה. יש לדחות מכול וכול את הסברה שלפיה ידיעה שהתנהגות מסוימת תוביל לתוצאה מסוימת, כמוה ככוונה לגרום לאותה תוצאה.⁸ מבחינה משפטית, יש להטיל סנקציות משפטיות שונות (אם בכלל) על מי שהתכוון לגרום לתוצאה מסוימת ועל מי שידע שמעשיו יגרמו לתוצאה מסוימת אך לא התכוון לכך.

⁷ הסקר נערך במסגרת פרויקט "מדד השלום", שנערך בחסות של תכנית אוונס לגישור ופתרון סכסוכים (אוניברסיטת תל אביב) ושל המכון הישראלי לדמוקרטיה. הסקר נערך בקרב 600 מרואיינים, המהווים מדגם ארצי מייצג של כלל האוכלוסייה הבוגרת בגילאי 18 ומעלה. הסקר פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה: www.idi.org.il (2.6.2013). אגב, באופן לא מפתיע, הסקר העלה כי "התמיכה בנשות הכותל גבוהה בקרב החילונים (63.5%) והמסורתיים הלא-דתיים (53%), ונמוכה בהרבה בקרב המסורתיים-דתיים (26%), הדתיים (27.5%) ובקרב החרדים (0%)".

⁸ בהקשר זה, סעיף 20(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן", הוא לא יותר מאשר פיקציה משפטית, מנותקת מהמציאות ומפוקפקת מבחינה מוסרית, שהרי ברור לחלוטין שלא כל ראייה מראש של התרחשות תוצאה כאפשרות קרובה לוודאי – כמוה כמטרה לגרום לאותה תוצאה.



אם אכן ההבחנה בין פגיעה-תוצאה מכוונת לבין פגיעה-תוצאה אגבית היא בעלת משמעות, כיצד נבחין בין השתיים? התשובה טמונה ב"מבחן האלמלא". עלינו לשאול אם האדם שהתנהג בצורה שפגעה באחר היה מתנהג באותה צורה גם אם האחר לא היה צפוי להיפגע מכך. במילים אחרות, האם הכוונה לפגוע באחר היא תנאי הכרחי להתנהגות בדרך מסוימת, תנאי שאם אינו מתקיים לא נותרים טעמים אחרים, חזקים מספיק, המצדיקים את אותה התנהגות (בעיני מבצע ההתנהגות). כך, למשל, אדם בעל חזות לא אסתטית במיוחד המתהלך ברחוב ללא חולצה משום החום הכבד, עשוי לדעת היטב שהמראה הלא נעים של פלג גופו העליון החשוף יפגע באחרים ויעורר תחושות לא נוחות בקרב אחרים, אך אין לייחס לו כוונה לפגוע בהם או לעורר פרובוקציה, משום שסביר להניח שהוא היה מתנהל באותה צורה גם אם אף אחד לא היה נפגע מהתנהלות זו. ייתכן שניתן להאשימו בחוסר התחשבות באחרים אך לא בכוונה לפגוע באחרים. אדם המכין לעצמו ארוחה דשנה בצהריי יום הכיפורים, כשריח הכנת התבשילים אופף את בניין המגורים שבו הוא מתגורר, יודע שהריחות עלולים להטריד את הצמים בבניין אך אין לייחס לו כוונה לפגוע בצמים או לעורר פרובוקציה אם הוא היה מכין את אותה ארוחה גם אם ריחות הכנתה לא היו מטרידים איש. בהתאם, כאשר ביקשו "נשות הכותל" להתפלל בכותל, ניתן להניח שהן ידעו כי תפילתן תפגע באחרים. אולם אין די בכך להגיע למסקנה שהן התכוונו לפגוע במתפללים האחרים או ליצור פרובוקציה. הפגיעה ברגשותיהם של אחרים היא תוצאה-לוואי של פעולה ש"נשות הכותל" היו מבצעות גם אם איש לא היה נפגע ממנה. מכיוון ש"נשות הכותל" היו מבקשות להתפלל בכותל גם אם איש לא היה נפגע מתפילתן, אי-אפשר לטעון שכוונת התפילה שלהן הייתה לפגוע באחרים, ולפיכך אי-אפשר לטעון שמדובר בפרובוקציה.

נדמה שאלו הסבורים, בטעות, שהתנהגות נשות הכותל היא פרובוקציה אינם מפרידים כראוי בין השאלה אם דבר מסוים הוא פרובוקציה לבין השאלה אם דבר מסוים הוא מוצדק או לא. אלו הסבורים ש"נשות הכותל" אינן רשאיות להתפלל בכותל, היינו אלו הסבורים שדרישתן להתפלל בכותל בדרכן אינה מוצדקת, ממהרים להגדיר את התנהגותן כפרובוקטיבית. בהירות מושגית מחייבת את המתנגדים לתפילת נשות הכותל לומר כי בדרישתן להתפלל בכותל אין כוונה ליצור פרובוקציה, אין בה כוונה לפגוע, ובכל זאת אין להיענות לדרישה זו.

אם יש טעם בהבחנה בין הגדרת התנהגות מסוימת כפרובוקציה לבין סיווג אותה התנהגות כמוצדקת או כלא מוצדקת, השאלה הבלתי-נמנעת היא כיצד נחליט אם התנהגות מסוימת היא מוצדקת או לא, ללא קשר להיותה פרובוקטיבית.

ג. על הבריחה ממחוזות הערכים למחוזות הניטרליות המדומה

ההחלטה אם התנהגות מסוימת היא מוצדקת חייבת להישען על שיפוט מוסרי של אותה פעולה, ולמעשה על שיפוט מוסרי של הטעמים לאותה פעולה. על המדינה, רשויות האכיפה ובית המשפט – לקחת צד בוויכוח. עליהם להחליט אם תפילת נשות הכותל היא יישום של ערכים מוסריים לגיטימיים ואם ההתנגדות לתפילה מבוססת על ערכים



מוסריים לגיטימיים. באופן ממוקד יותר, על רשויות המדינה להכריע אם תפיסה דתית שלפיה נשים אינן רשאיות להתפלל בדרכן במקום ציבורי המנוהל על ידי המדינה (דרך זהה לחלוטין לדרך התפילה של גברים באותו מקום) היא תפיסה הנסמכת על ערכים מוסריים קבילים, על ערכים שהמדינה מוכנה להגן עליהם – ולא רק בדרך של אי-התערבות בפרקטיקות שנראות למדינה פסולות, אלא באמצעות כפיית אותן פרקטיקות על מי שמתנגד להן.

מקריאת פסקי הדין שעסקו בפרשת נשות הכותל בעשורים האחרונים עולה תמונה מעציבה. אף אחד מהשופטים שפסקו בפרשה בפסק הדין משנת 1994 לא עסק בשאלה המוסרית-משפטית בדבר קבילות הערכים המבססים את ההתנגדות לתפילת נשות הכותל.⁹ מבין חמשת שופטי הרוב שדחו את עתירת נשות הכותל בדיון הנוסף משנת 2003, שני השופטים הדתיים (השופטים יעקב טירקל ויצחק אנגלרד) דחו את עתירתן תוך התבססות על הנמקות דתיות בעיקרן ועל תפיסת עולם א-ליברלית. שלושת השופטים האחרים (השופטים אהרן ברק, תיאודור אור ומישאל חשין – שכתב את פסק הדין העיקרי) קבעו שזכות נשות הכותל להתפלל בדרכן בכותל המערבי, על אף שהיא קיימת, נדחית מפני הצורך להימנע מפגיעה ברגשות המתפללים במקום ומפני הצורך לשמור על הסדר הציבורי. ההנמקה של שלישיית השופטים החילוניים הסתכמה בדברים הבאים: "עלינו לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל, ועל דרך זו אף למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים".¹⁰ בכל הכבוד הראוי, זו הנמקה מטעה ומקוממת. היא מטעה, משום שהיא נחזית להיות ניטרלית, על אף שאינה כזו. היא מקוממת, משום שהיא, במשמע, "לוקחת צד" בעימות אך את הצד הלא נכון. כאמור, השופט חשין קבע כי "עלינו לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל". יש כאן שלוש בעיות. ראשית, על אף שהרטוריקה נחזית כניטרלית, אין כאן למעשה עריכת מאזן של נזק, המכמת באופן "ניטרלי" את הנזק הנגרם לכל צד בעימות, אלא רצון למזער נזק של צד אחד בלבד. שנית, אין רמז בפסק הדין לטעם התומך בצורך "למזער את הפגיעה ששומרי מצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל". מדוע זו המטרה אליה יש לשאוף? מדוע המטרה אינה דווקא "למזער את הפגיעה בנשות הכותל בשל התנהגותם של המתנגדים לתפילה"? שלישית, אין בפסק הדין של השופט חשין כל התייחסות לערכים העומדים בבסיס ההתנגדות לתפילת נשות הכותל. השופט חשין מסתפק בכך שיש הנפגעים מתפילה זו אך הוא אינו חוקר ושואל מדוע הם נפגעים מכך. ממילא, השופט חשין, יחד עם השופטים אור וברק, אינם שואלים אם המדינה החילונית-סובלנית-ליברלית צריכה להגן על רגשות של אנשים הנפגעים מהתנהגות מסוימת דווקא משום שהם לא-סובלניים ואנטי-ליברליים. אין דיון בשאלה אם המדינה צריכה להגן על רגשות כאלה במחיר של פגיעה בחופש הדת של קבוצה סובלנית.

⁹ בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994), השופטים שמגר, אלון וש' לוי.

¹⁰ בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345, פס' 47 (2000). (להלן: "עינין הופמן 2000").



השופט חשין הוסיף וקבע כי עלינו "למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים". ניסוח אומלל זה חזר גם בפסק הדין של השופט סובל, שקבע כי "כוחות המשטרה שהיו במקום חצצו בין הניצים".¹¹ מכיוון שהשפה מעצבת את התודעה, על השופטים להיזהר בתיאור העובדות. הניסוח של השופט סובל – ויותר מזה הניסוח של השופט חשין – מצביעים על מציאות מדומה בה שני הצדדים בעימות אחראים במידה שווה להפרת הסדר הציבורי ואולי אפילו הפרו את הסדר הציבורי במידה שווה. הקורא את הדברים, מבלי להכיר את העובדות, עלול להתרשם שפרשת נשות הכותל כמוה כקרב כנופיות בנוסח "כנופיות ניו-יורק" (מרטין סקורסזה, 2003) שבו שני צדדים לעימות פותרים אותו תוך שימוש הדדי ומוסכם באמצעים אלימים. זו, כאמור, מציאות מדומה. אין כאן "התנגשות בין שני מחנות ניצים" המפרים יחדיו את הסדר הציבורי. יש כאן קבוצה של נשים המבצעות פעולות לא אלימות, ללא כוונת להתגרות או לפגוע באחר – ומולן עומדת קבוצה של בריונים (ובריוניות) לא-סובלניים, אלימים, שכל מטרתם היא פגיעה באחר. נשות הכותל אינן מבקשות למנוע מאחרים להתפלל כדרכם או למנוע מהם גישה לכותל. המתנגדים לתפילת נשות הכותל רוצים בדברים אלה בדיוק. הסימטריה שיוצרים השופטים בין שני המחנות היא מקוממת. יתירה מכך, תיאור המחנה החרדי האלים כמחנה "המפר את הסדר הציבורי" לוקה אף הוא בחוסר דיוק. יש דרכים רבות להפר את הסדר הציבורי או לפגוע בשלום הציבור. ניתן לעשות זאת באמצעות חסימת כבישים, פגיעה ברכוש ציבורי או פרטי וכדומה. במקרה שלפנינו, "הפרת הסדר הציבורי" משמעה פגיעה פיזית, אישית וישירה בנשות הכותל ויש לציין דברים כהווייתם. בסופו של יום, רוב השופטים שדנו בפרשת נשות הכותל לדורותיה, לא רק שגזרו גזירה שווה בין נשות הכותל לבין תוקפיהן האלימים, אלא אף לא גינו – אפילו לא פעם אחת ואפילו לא במשתמע – את האלימות כלפי נשות הכותל. לא נאמרה ולו פעם אחת האמירה הברורה מאליה, שלפיה גם אם נניח שנשות הכותל פעלו בחוסר תום לב ויצרו פרובוקציה מכוונת, רשויות המדינה אינן רשאיות לסבול תגובה אלימה נגדן. אין כלל משפטי או מוסרי המתיר תגובה אלימה ותקיפה פיזית – גם כלפי מי שפגע במכוון ברגשותיו של אחר. משכך, מאמצי רשויות האכיפה היו צריכים להיות מופנים כלפי מבצעי הפעולות האלימות נגד נשות הכותל ולא כלפי נשות הכותל, גם אם נניח שהן פעלו בחוסר תום לב.

בתוך האפלה המוסרית והניטרלית שאפפה את עמדות השופטים בפרשות נשות הכותל, זרחה אמירה מוסרית ובהירה של השופט מצא. אמירה זו נאמרה בהסכמת שתי השופטות האחרות בפסק הדין בעניין הופמן בשנת 2000 (השופטות טובה שטרסברג-כהן ודורית ביניש).¹² השופט מצא חזר על אמירה זו בדיון הנוסף בשנת

¹¹ עניין ראס, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק הדין. חשוב לציין כי בהמשך הדברים השופט סובל מציין במפורש כי אין כל חשש שנשות הכותל תפרנה בעצמן את שלום הציבור (ראו פס' 9 לפסק הדין).

¹² עניין הופמן 2000, לעיל ה"ש 10, פס' 27 לפסק הדין.



2003, בשם שופטי המיעוט הצודק (השופטים אליהו מצא, שלמה לוי, שטרסברג-כהן וביניש).¹³ השופט מצא קבע כי:

"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".
ואידך זיל גמור.

ד. פרשת נשות הכותל ודוקטרינת "נפרד אבל שווה"

באופן מוזר, פסקי הדין שעסקו בפרשת נשות הכותל לדורותיה, כמעט ולא דנו בעקרון השוויון. זה מוזר משום שפרשת נשות הכותל היא דוגמה מובהקת למקרה של הפרדה (segregation) או של הדרה, ובכך היא אינה שונה מהפרדת-הפלייט נשים בהקשרים אחרים.

העובדות מלמדות שהבריונים האלימים ברחבת הכותל, רשויות המדינה ושופטי הרוב בדיון הנוסף בשנת 2003 לא התנגדו לתפילת נשות הכותל ככזו – ובלבד שהיא תעשה רחוק מהעין ורחוק מהאוזן, במקום מבודד ומגודר שאינו חלק מרחבת הכותל המערבי. זו גישה מובהקת של הפרדה במובן הישן והרע, גישה של "נפרד אבל שווה". נשות הכותל רשאיות להתפלל כפי שגברים מתפללים אך במקום נפרד, בלתי-נראה ובלתי-נשמע. זהו המשך טבעי של הפרדת נשים אגב הפלייט נשים בחברה החרדית-אורתודוקסית, שבה נשים רשאיות להתפלל בבית הכנסת כל עוד הן תחומות בכלוב הנשים; ילדות, נערות ונשים רשאיות ללמוד אך במסגרת נפרדת המלמדת תכנים נפרדים; נשים רשאיות להשתמש בתחבורה ציבורית אך רק אם תשבנה בחלק האחורי של האוטובוס; ועוד.

המדינה הליברלית יכולה לסבול, גם אם לא בלי קושי, קיומן של פרקטיקות לא סובלניות, אנטי-ליברליות ומפלגות, אם הן נעשות בתוככי הקהילה הלא ליברלית ותחת תנאים מסוימים (שהפרקטיקה לא תהיה אכזרית ומשפילה; שלא תהיה בה שלילה קשה ומשמעותית מידי של זכויות אדם; שתישמר לפרט הזכות והאפשרות המעשית לעזוב את הקהילה הלא ליברלית, ועוד). המדינה הליברלית אינה יכולה לסבול, מבלי לאבד את אופייה הליברלי, קיומן של פרקטיקות לא סובלניות, אנטי-ליברליות ומפלגות במרחב הציבורי, באירועים ממלכתיים ובאתר לאומי-דתי ככותל המערבי.

¹³ עניין הופמן 2003, לעיל ה"ש 6, פסק הדין של השופט מצא.



ההתעלמות של בתי המשפט משאלת השוויון היא אולי מוזרה אך למעשה אינה מפתיעה. היא עוד פן של הבריחה ממחוזות הערכים לניטרליות מדומה. עיסוק בשאלת השוויון מחייב הכרעה בשאלות ערכיות. לא ניתן לקבוע אם שני פרטים הם שווים לעניין מסוים או אם קיימת ביניהם שונות הרלבנטית לעניין מסוים, מבלי לבסס קביעה זו על ערכים מוסריים. בענייננו, עיסוק בשאלת השוויון מחייב הכרעה בשאלה האם יש שוני רלבנטי בין גברים לבין נשים המתיר למדינה להתייחס אחרת לנשים ברחבת הכותל המערבי, ואם כן – מהו אותו שוני בדיוק. ישנם שופטים בירושלים המעדיפים לא להכריע בשאלות אלה ובמקום זאת להסתפק בדיון כאילו ניטרלי בשאלות "האם הייתה פרובוקציה", "מי נפגע יותר", "האם הייתה הפרה של הסדר הציבורי" וכיוצא באלה.

ה. במקום סיכום: על שופטים והכרעות ערכיות

פרשת נשות הכותל, כמו מקרים רבים אחרים העוסקים בזכויות אדם, יכולה להיות מוכרעת בשלוש דרכים עיקריות: האחת, צידוד מפורש בערכים אנטי-ליברליים; השנייה, צידוד מפורש בערכים ליברליים; השלישית, אימוץ ניטרליות ערכית, אמתית או מדומה.

השופטים הדתיים בפרשת נשות הכותל לדורותיה (השופטים טירקל ואנגלרד, ובמידה פחותה השופט אלון) לא הכירו בזכות של נשות הכותל להתפלל בכותל בדרך, תוך הסתמכות על ערכים דתיים, אנטי-ליברליים. בהתחשב בזהות אותם שופטים, זו הכרעה כנה וצפויה (אין הדבר אומר, כמובן, שכל אדם דתי צפוי לאמץ ערכים כאלה ולהתנגד לתפילת נשות הכותל).

חלק מהשופטים החילוניים בפרשה (השופטים מצא, ש' לוי, שטרסברג-כהן ובייניש) אימצו במפורש ערכים ליברליים ובהתאם הכירו בזכות מלאה ולא מסויגת של נשות הכותל להתפלל בדרך בכותל המערבי. עמדה זו ראויה לשבח בשל כנותה ובשל תוכנה.

השופטים החילוניים שהכריעו את הכף נגד נשות הכותל בדיון הנוסף משנת 2003 (השופטים ברק, אור וחשין) אימצו רטוריקה של ניטרליות ערכית, אך בפועל, כפי שקורה לא מעט, "לקחו צד בוויכוח" מבלי להצדיק בחירה זו. זו עמדה בעייתית הן משום חוסר היושרה השיפוטית הטמון בה והן משום שאותם שופטים חילוניים וליברליים פעלו למעשה על סמך ערכים לא סובלניים ואנטי-ליברליים.

הבריחה (הלכאורית) מהכרעות ערכיות ואימוץ רטוריקה ניטרלית, שמסתירה עמדה ערכית, אינה אופיינית רק לשופטי בית המשפט העליון אלא גם לרשויות המדינה. כל אחד בתורו משתמש בטכניקה אחרת כדי לברוח מהנמקות ערכיות. השימוש במונח "פרובוקציה" נועד לברוח משאלות ערכיות ולהציב במקומן שאלה ניטרליות: "מי התחיל?". ההנחה המוטעית היא ש"מי שהתחיל" הוא זה שהפר את הסטטוס קוו והוא גם האשם, ללא כל דיון בערכים המצדיקים את התנהגות הצדדים בעימות. השימוש בנוסחאות של מאזן נזק או פגיעה, מבלי לשאול



האם הערכים של הצד הנפגע (או הפוגע) ראויים להגנה, יוצר גם הוא חזות ניטרלית. אותם דברים אמורים לגבי השימוש בקריטריון של "הפרת הסדר הציבורי" וההמנעות מלדון בעקרון השוויון.

פסק הדין של השופט סובל, אף על פי שעוסק לכאורה בערר בדיני מעצרים בלבד, עשוי להחזיר את פרשת נשות הכותל לכתלי בית המשפט העליון, עשר שנים בדיוק לאחר ההכרעה האחרונה בעניין זה. פסק הדין של השופט סובל מניח יסודות ליברליים לדיון בפרשה. הקביעה של השופט סובל שלפיה תפילת נשות הכותל אינה מנוגדת ל"מנהג המקום", תוך דחייה מבורכת של פרשנות-השתלטות הלכתית-אורתודוקסית במרחב הציבורי, נוסף לקביעה שלא נשות הכותל מפרות את שלום הציבור אלא המתפללים הלא-סובלניים במקום, הן קביעות חשובות. המסקנה הנגזרת מכך בפסק הדין היא מאוד צרה. הקביעה האופרטיבית של השופט סובל היא כי "אין מקום להטיל, במסגרת ערובה, הגבלות על חופש התנועה והגישה שלהן אל רחבת הכותל".¹⁴ הגיע העת שבית המשפט העליון יאמר את דברו בעניין זה, בצורה ברורה וסופית, תוך הכרעה בהירה וערכית, לא "ניטרלית", בשאלה האם מדינת ישראל מוכנה ליישם ולאכוף בכותל המערבי, כאתר לאומי-דתי, נורמות התנהגות ליברליות, שוויוניות ומכבדות או נורמות דתיות, אנטי-ליברליות ומפלות.

עניין ראס, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9 לפסק הדין.