



נשות הכותל: תחנה לא סופית, אבל טעונה משמעות

פנינה להב*

עוד חוליה נוספה לשלשלת הארוכה של ההיסטוריה של נשות הכותל.¹ קרוב לוודאי שגם היא רק אתגחתא, לא סוף פסוק. המאבק ימשיך. אך פסק הדין בעניין מדינת ישראל נגד בוני ריבה ראס² הוא ציון דרך חשוב במאבק להכרה בזכותן של נשות הכותל להתפלל בצוותא בכותל המערבי. לא פחות חשוב – הוא פסק דין בנוי היטב, קצר, רזה וענייני – דוגמה מצוינת לשימוש יעיל, בוטה ומקצועי בטכניקות ידועות ובדוקות של ניתוח משפטי. כדאי ללמוד וללמד אותו.

מאז 2003 לא בא עניינן של נשות הכותל לפני בית משפט. והנה דווקא בחודש אייר, הוא החודש שבו נולדה מדינת ישראל, בחרו קברניטי הפרקליטות לתת מתנה למדינה בצורה של ערר מעצר ימים (עמ"י) בשם "מדינת ישראל נגד בוני ריבה ראס" ועוד ארבע נשים. חמש נשים כמספר חומשי התורה, או אם תרצו, ה' נשים, כמו ה' באייר, היום שבו קמה מדינת ישראל. המדינה באה בתלונה על אותן החמש שהן "מתעטפות בטלית וקוראות מספר תורה בקול רם" וביקשה צו שירחיק אותן מן הכותל למשך שלושה חדשים. שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, משה סובל, אף הוא נתן מתנה למדינה: הוא החליט ש"דין הערר להידחות" וכי עומדת לנשים הזכות להתפלל "כמנהגן" בכותל. השופט סובל לא דיבר על מתנות ולא הוסיף מילה וחצי מילה על המשמעות העמוקה של מתנות שכאלה. כפי שנראה, הוא הגביל את עצמו לארבע פינות של המשפט. אבל קשה לא להרהר על משמעות ההשלכות. מתנת הפרקליטות השחירה את פני המדינה. נשים יהודיות נעצרו בגלל שניסו להתפלל כקבוצה, עם הסממנים של קבוצת תפילה, סממנים שמספר ניכר של רבנים (גברים) בקיאים בתורה מודים שהם כשרים על פי דין תורה. כאילו באה המדינה להכריז: שורו וראו: זו הדרך שבה שומרת המדינה היהודית על חופש הפולחן של יהודים באתר הקדוש של העם היהודי. השופט סובל אולי הלבין את פני מי שחשבו שקצת אלימות מתובלת במעצר משטרתי ואיום בתביעה פלילית "ישימו את הנשים במקומן", אבל הוא גם החזיר למדינה את עטרת עקרונות היסוד שבשםם ולשםם הוקמה: המחויבות לשוויון, לכבוד, לחופש הפולחן.

על שלושה דברים עומד פסק הדין.

* פרופסור, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בוסטון. תודה לעו"ד אורלי ארזו ליחובסקי ולד"ר צבי טריגר שעברו על כתב היד.
1 בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד (2) 345 (2000); דג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז (3) 289 (2003).

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



ראשית, לא די בטענות של "פרובוקציה" כדי להצדיק אישום של הפרת הסדר הציבורי. השופט סובל ניתח את סעיף 13 לחוק המעצרים.³ השווה אותו לסעיף המקביל בחוק הקודם – חוק סדר הדין הפלילי נוסח משולב – כדי לעמוד על תכליתו וגיבה את המסקנה בשלל תקדימים ומאמר מלומד. בעזרת המבנה הטכני והיציב הזה (לשון החוק, ההיסטוריה של החוק, הפסיקה, הערת פסיקה), הגיע למסקנה שאישום בהפרת הסדר הציבורי דורש "יסוד סביר לחשש ש[תפילת הנשים] תסכן את ביטחון הציבור או את ביטחונן של אדם כלשהו השווה ברחבת הכותל". בלי ראיות כאלה, קבע סובל, אי-אפשר לשלול את חופש התנועה של הנשים. לשון אחר, בלי ראיות, "קשה מאוד לראות כיצד נשקף מפניהן סיכון לביטחון".⁴ הקביעה הזו, שמיקומה האסטרטגי הוא בסוף ההחלטה, סוגרת את המעגל שפתח את ההחלטה. בפסקה הראשונה של ההחלטה סוקר השופט סובל את ממצא בית משפט השלום באותו העניין: "המשיבות לא הפרו את הסדר הציבורי ומשכך לא מתקיימת עילה למעצרן ולהתניית שחרורן בערובה". הממצא הפותח (לא הייתה פרובוקציה ולא הפרת הסדר מצד הנשים) מתחבר לניתוח המשפטי המדוקדק בסוף ההחלטה: חוט השני, שאותו מאמנים תלמידי משפטים לאתר, העובר דרך סדרה של פסקי דין הוא שנחוצו יסוד סביר לחשש של סיכון הביטחון של הציבור. אין מה לעשות, קובע השופט סובל ביובש, יסוד סביר כזה לא קיים.

שנית, השופט סובל חזר למושכלות ראשונות של משפט פלילי. כדי לעכב אדם, לעצור אותה או להטיל עליה ערובה⁵ (שמטרתה סילוק מן הכותל) צריך תנאי מוקדם: עילת מעצר לפי סעיף 13 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים, תשנ"ו – 1996). איפה העילה? לטענת המדינה הנשים הפרו איסור שנקבע בפסק דין קודם של בג"ץ, הלא הוא דג"ץ הופמן.⁶ כדי לברר אם יש עילה, יש צורך להבין מה קבע דג"ץ הופמן ומה לא קבע זו. שאלה משפטית לעילא.

מה לדג"ץ הופמן ולחמש הנשים – ה"חשודות" – נשוא הבקשה להרחקה (נשוא הדיון)? אם נדקדק בתורת התקדים ובתורת מעשה בית דין, נמצא שהתשובה היא לא כלום. שום דבר לא מקשר בין השניים. החמש שלפנינו לא היו צד להליך בדג"ץ הופמן ועל כן "אין האמור בפסק הדין יכול להיחשב להוראה חוקית שהופנתה למשיבות והופרה על ידן".⁷ פסק דין של בג"ץ לא יכול לחוקק עבירות פליליות שהפרה שלהן מקימה עילה למעצר. זאת ועוד. אפילו היו צד לדג"ץ הופמן, מה בדיוק נפסק שם שצריך לחייב אותן? כדי שהדג"ץ ישמש עילת מעצר, מורה סובל, צריך שיהיה בו "צו האוסר על נשות הכותל תפילה ברחבת הכותל". אם היה שם צו כאמור, כי אז אפשר היה, אולי, לקבוע שחמשת "החשודות" הפרו את הצו. דא עקא שהדג"ץ לא כלל צו כזה. סובל משגר קרן

3 שם, סע' 5–6.

4 שם, פס' 9.

5 שם, פס' 5.

6 דג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003).

7 עניין ראס, לעיל ה"ש 3, פס' 7 (פורסם בנבו, 24.4.2013).



לייזר לליבת הפסק: התוצאה האופרטיבית שלו. מה בדיוק התרופה שניסח הדנג"ץ? הוא מצטט ומפרש: בדנג"ץ נאמר "למצער לעת הזו ראוי להן לנשות הכותל כי תתפללנה כדרכן ליד הכותל המערבי באתר 'קשת רובינסון'⁸ כאן משתמש השופט סובל בפרשנות דווקנית ומדגיש את "התוצאה האופרטיבית". הדנג"ץ מורה ש"ראוי" להן לנשות הכותל ולא מצווה עליהן שיעשו כך: "פסק הדין בדנג"ץ הופמן לא הטיל על נשות הכותל איסור תפילה – למצער לא איסור שהפרתו מקימה סנקציה פלילית – במקום כזה או אחר".⁹ העיקרון המדריך את הפרשנות הדווקנית הזו הוא מעמודי התווך של המשפט הפלילי: עבירה פלילית אסור שתהא מנוסחת בלשון מעורפלת ואם בכל זאת היא מתבוססת בערפל שומה על השופט לפוגג אותו על ידי קריאה דווקנית שתימנע מלייחס לבני אדם פעילות עבריינית. זו מושכלה ראשונה, אך יש עוד. הצו לא הופנה לנשות הכותל. הוא הופנה לממשלה. וגם עוד: לשונו לא הייתה נחרצת אלא לשון של התניה. וזו הנוסחה שמוצא השופט סובל בחלק האופרטיבי של הדנג"ץ ומצטט אותה מילולית לבל תיפול טעות. אם הממשלה תעמוד בתנאים ותכשיר את קשת רובינסון לתפילה כי אז ראוי יהיה שנשות הכותל תתפללנה שם. מכלל הן נשמע הלאו. ואם לא תעמוד הממשלה בתנאים, ולא תכשיר את קשת רובינסון כהלכתה, כי אז כל התוצאה האופרטיבית מתמוטטת כמגדל קלפים. שום דבר לא נעשה ולא צווה. שימו לב לפרטנות המדוקדקת שבה מסכם השופט סובל את מסקנתו: "בשים לב לכך שתוצאת דנג"ץ הופמן נוסחה בדרך של התניה, ובהעדר קביעה שיפוטית בעת ביצוע העבירות המיוחסות למשיבות שתאשר כי הממשלה מילאה אחר התנאי שנקבע בדנג"ץ הופמן, לא ניתן לראות בפסק הדין האמור משום צו מוחלט, המחיל הוראה סופית וחד-משמעית המסוגלת להקים אחריות פלילית בשל הפרתה".¹⁰

ציטטה זו כוללת פנייה לפרקליטות. קברניטי הפרקליטות הרוצים להמשיך ולהטיל את מורא המעצרים על נשות הכותל מתבקשים/ות להקדים ולקבל קביעה שיפוטית שהממשלה אכן מילאה את התנאים. כידוע לכל מי שמצוי בעניין, הממשלה לא עמדה בתנאים. אפשר להניח שהממשלה קיוותה שהתעלמות מהנושא תוציא את נשמתו עד שתיפח. אבל מה לעשות ונשות הכותל ממשיכות לרצות להתפלל לבוראן, דווקא כקבוצה, כשהן מצוידות בפסקי הלכה שמאשרים את כשרות הפעולה?

שלישית, האם נשות הכותל עשו מעשה שנאסר על ידי תקנות המקומות הקדושים? תקנה 2(א)(א1) אוסרת על "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום".¹¹ התקנה מנוסחת בלשון אובייקטיבית ואין בה התייחסות לנשים בכלל או לנשות הכותל בפרט. אם נערך טכס דתי "שלא על פי מנהג המקום" והוא גם "פוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום" – הרי שנעשה מעשה שהפר את התקנה.

8 שם.
9 שם.
10 שם.
11 שם, פס' 8.



השופט סובל מפרש את לשון התקנה. מהו אותו מנהג המקום? כדי לענות על השאלה המהותית הבוחנת מנהג המקום מהו, יש צורך לשאול שאלה של הליך: מי מחליט מהו מנהג המקום? על פי העקרון החוקתי של הפרדת רשויות המקובל על המשפט הישראלי פרשנות של תקנה נעשית על ידי הרשות השופטת. מה פסק בג"ץ, הערכאה העליונה במדינה, שנדרש לשאלה? השופט סובל אוסף את פסקי הדין שדנו בנושא, כולם בעניין נשות הכותל וכתרתם "הופמן". המטלה אינה פשוטה כי אין בפסקי הדין האלה רציו דסידנדי מפורש. השופט סובל בודק את חוות הדעת בכל אחד משלושת פסקי הדין וסופר. בפסק דין הופמן הראשון, הוא מזכיר, גם השופט לוין וגם השופט שמגר הכירו בזכותן של נשות הכותל להתפלל ברחבת הכותל כקבוצת תפילה. שני שופטים. כך גם קבע פה אחד מותב של שלושה שופטים בבג"ץ הופמן השני. ביחד חמישה שופטים. מה על דג"ץ הופמן (הופמן השלישי)? השופט סובל מצטט מה שנאמר שם מפי שופטי הרוב: "לדעתנו הכריע בית המשפט [בבג"ץ הופמן הראשון] לזכותן של נשות הכותל להתפלל כמנהגן נוכח הכותל המערבי".

את הציטוט הזה תומך השופט סובל בדבריו של השופט בדימוס אנגלרד, מי שצרף דעתו לדעת הרוב באותו הדג"ץ (אבל שלל זכותן להתפלל כקבוצה), כי אמנם ואכן הפרשנות הפלוראליסטית-חילונית-לאומית של "מנהג המקום", המכירה בזכותן של נשות הכותל להתפלל כקבוצה, היא "הגישה הפרשנית שהתקבלה על דעת בית משפט זה". יוצא ששלושה שופטים שדנו בדג"ץ בשאלה מה קבע בג"ץ הופמן הראשון הסכימו שהוא קבע כי מנהג המקום מכיר בזכות הנשים להתפלל כקבוצה. יחד – שמונה שופטים. (שמגר, לוין, מצא, ביניש, שטרסברג-כהן, חשין, ברק, אור). המסקנה העולה מן הפירוט המדוקדק הזה של דעתו של כל שופט ושופט שהתייחס לפרשנות התקנה היא שאת הביטוי "מנהג המקום" צריך לפרש על פי תורה פלורליסטית-חילונית-לאומית. פלורליסטית – זו המכירה בכל זרמי היהדות: אורתודוקסיה, אורתודוקסיה מודרנית, קונסרבטיבית, רפורמית וגו'. כל זרם יהודי זכאי ורשאי להתפלל בקבוצה ואין חובה להתיישר לפי קו אחד, אורתודוקסי או אחר. חילונית – זו החוזרת למושכלות ראשונים ומכבדת את עקרונות מגילת העצמאות – שוויון בין המינים וחופש הפולחן. לאומית – זו שרואה את מדינת היהודים כמדינתם של כל היהודים, ואשר בה אין למנהגה של יהודייה אחת עליונות על מנהגה של יהודייה אחרת. ודוק: השופט סובל איננו אומר שזו הפרשנות היחידה שאפשר לתת למונח "מנהג המקום". הוא קובע קביעה צרה הרבה יותר: זו הפרשנות המתבקשת כאשר המדינה חושדת באיש או אישה שהם עבריינים. וכל כך למה? כי כאן עסקינן במשפט הפלילי, וגם כי כאן עסקינן במקום שמנקז אליו את כיסופיה של כל האומה, באשר היא שם, לא של קבוצה אחת שנטלה לעצמה מונופול על אורח הפולחן של יהודים ויהודיות. לכן חשוב שהפרשנות תהיה פלורליסטית, חילונית ולאומית.

עצמתו של פסק הדין היא ברזונו – אין בו שומן, רק שרירים - ובטכניקה המהוקצעת ועם זאת היבשה של הניתוח המשפטי. כדי להעריך את גודל ההישג אפשר להרהר במה שיכול היה השופט סובל או שופטת אחרת אליה היה מתגלגל העניין לעשות ולא עשה.



למשל, יכול היה להקשיב לקול קטן ומפתה שאולי לחשש באזנו "עזוב, למה לך?" "מה יצא לך מזה?" מדוע להיכנס ברבנים אדירי כוח שעוד עלולים לסמן אותו בעתיד כעוכר ישראל? ואם יסמנו, כמה יזנקו לעזרו? תן צו הרחקה בלי לדבר יותר מדי, וזהו.

או יכול היה לכתוב רשימה מלומדת שופעת רטוריקה נהדרת, על ההיסטוריה של הכותל, חשיבותה בתולדות האומה, על המלחמות לשחרור, על הדם שנשפך, על הדיו שנשפכה במגילת העצמאות שהכירה בפשטות ישרה בזכות האישה לשוויון, על חשיבותו של שלטון החוק, היעדר איפה ואיפה, חובת המשטרה לשמור גם על זכותן של אלה שמרגיזות, במיוחד כשהן דורשות זכויות שעד עכשיו לא היו להן. גם יכול היה לצטט מדברי חכמים, מן התלמוד, המשנה. להזכיר את ברוריה. ואז, בסופו של הדיון המלומד, המלבב והארוך לסיים בפסקה מתנצלת, אבלה ושפלת עפעפיים: לא עכשיו. הנה צו הרחקה. לא נעים אבל אין ברירה. המגזר האורתודוקסי מתעקש והוא חזק. ואתן הנשים, כבר אמרנו שהצדק אתכן, אבל לכו לכן, לכו וזהו.

או יכול היה לזעוק: לא זה הדרך. נשים באות להתפלל ונוהגים בהן כעברייניות? למה מה הן כבר רוצות? שעתיים מקסימום פעם בחודש, בבוקר מוקדם. 0.14% מסך כל שעות השנה. יכול היה לצטט באריכות מספר לא קטן של רבנים מכובדים וידועי שם שביססו את זכותן של הנשים להתפלל בקבוצה, אם גם לא כמניין. למשל הרב פרופסור דניאל שפרבר או הרב מנדל שפירן.¹² ואז יכול היה לסיים בקביעה: תפילה כקבוצה פעם בחודש? בוודאי. זהו.

יכול ולא עשה. במקום זאת נתן השופט סובל פסק דין שהוא מעשה מחשבת של טכניקה משפטית. מי שרוצה ללמוד איך הפורמליזם המשפטי יכול אף הוא לקדם את זכויות האישה והאיש, או מי שיש נפשה לדעת את הפרקטיקה של "בלי מורא ובלי משוא פנים", ילכו לפסה"ד בעניין מדינת ישראל נגד בוני ריבה ראס. אפילו לא יצליח גם בסיבוב הזה, עדיין יש לו מקום של כבוד במקדש האוצר את פסקי הדין שהם לתפארת מדינת ישראל.

¹² .WOMEN AND MEN IN COMMUNAL PRAYER: HALAKHIC PERSPECTIVES (Chaim Trechtman ed., 2010).