

תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל — סאגה בבית המשפט העליון

פרנסס רדאי*

1. מבוא
2. הרמנויטיקה או יציאה — סוגיות של זהות
3. פולחן פמיניסטי — קריאת תיגר על הפטריארכיה
4. זיהוי הבסיס האידאולוגי לעימות
5. גישתה של המערכת המשפטית
6. הזכות לשוויון וזהותן של נשים דתיות
7. איזון חוקתי
8. סיכום

1. מבוא

נשות הכותל הן נשים דתיות המתעטפות בטלית, מתפללות עם ספר תורה ונושאות את תפילתן בקול רם ובקבוצה — הכול בדומה לגברים. שלושה אלמנטים אלה נוסחו על ידי נשות הכותל במילים: טלית, תורה, תפילה.

במאמר זה אתאר ואתח את מאבקן של נשות הכותל לשוויון בהגדרת זהותן הדתית אל מול האלימות הדתית שהופעלה נגד נוהג התפילה שלהן בכותל ואל

* פרופסור למשפטים. ראש מרכז "קונקורד" לחקר קליטת המשפט הבין-לאומי בישראל, בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, ראש הקתדרה לדיני עבודה על שם אליאס ליברמן באוניברסיטה העברית בירושלים ויו"ר האגודה ללימודים פמיניסטיים ולחקר המגדר. מאמר זה הוא ביטוי להערכתי כלפי נשות הכותל. אני רוצה לציין את תרומתה של עו"ד נירה עזריאל, שהייתה יד ימיני, ואת תרומתו של עו"ד יונתן מישייקר, שעזר לנו רבות במאבק על זכויות נשות הכותל בבית המשפט העליון לאורך עשר השנים שבהן התנהלו הדיונים. אני מודה לטרודי דויטש על הסיוע במחקר ולליי-אן רדאי על התרגום לעברית. מאמר זה ניתן לראשונה בהרצאה בכנס של מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת היידלברג ויופיע בספר: Frances Raday, *Constitutional Claim to Equal Religious Personhood and Identity: The Case of the Women of the Wall — a Supreme Court Saga, in RELIGION AND LAW IN GERMANY AND ISRAEL* (Michael Karyanni & Max Planck ed., forthcoming).

מול הווטו הציבורי שהתלווה אליה¹. מאבק זה הוביל את נשות הכותל להתדיין בבית המשפט העליון שלוש פעמים במשך חמש־עשרה השנים האחרונות². נשות הכותל פועלות למען הגדרה מחדש של זהותן כנשים דתיות³. הן פועלות מול הפטריארכיה היהודית בהתאם לאסטרטגיה פמיניסטית, הדורשת שוויון במסגרת הדת האורתודוקסית ולא באמצעות מימוש זכות היציאה ממנה, האפשרית רק על דרך המרת היהדות האורתודוקסית ביהדות קונסרבטיבית או רפורמית או על דרך עזיבת הדת בכלל. מאבקן נגד השתקתן במתחם הכותל המערבי הוא סמלי בנסותו להגדיר מחדש את ההתנהלות הדתית האורתודוקסית כמרחב הציבורי, התנהלות שהוכתבה עד כה על ידי הנוהג הפטריארכלי, בגיבוי הרשויות הדתיות. מסכת הדיונים שהתקיימו בבית המשפט העליון תורמת רבות לבחינת הפוטנציאל והמגבלות שטמונים במשפט כאמצעי להגדרת זהות דתית שוויונית לנשים.

2. הרמנויטיקה⁴ או יציאה — סוגיות של זהות

נשים פמיניסטיות דתיות בדתות המונותאיסטיות (יהדות, נצרות ואסלאם) ניצבות מול דילמה בבחירת אסטרטגיית הפעולה למימוש זכותן לזהות דתית שוויונית. לפניהן אפשרויות שונות: דרגות שונות של רפורמה הרמנויטית במסגרת הדת האורתודוקסית הקיימת; הצטרפות לענף אחר של הדת הפתוח יותר לרפורמה פמיניסטית; הקמת כת לנשים; או לבסוף, עזיבת הדת לטובת תנועות רוחניות תורניות או פוסט־תורניות. לכל אחת מאסטרטגיות אלו השלכות לא פשוטות, הן מבחינת זהותן הדתית של הנשים והן מבחינת הגשמתן העצמית הפמיניסטית. נשות הכותל לוקחות חלק בגל חדש של אקטיביזם פמיניסטי הנאבק לבטא עצמו באמצעות רפורמה הרמנויטית, בתוך מסגרת היהדות האורתודוקסית הקיימת. הן מנהלות את מאבקן בלב המרחב הציבורי של היהדות האורתודוקסית — בכותל המערבי. נשות הכותל — ברובן נשים אורתודוקסיות — מאוחדות בשאיפתן לשוויון במסגרת ההגבלות של ההלכה האורתודוקסית. הן מחפשות דרך להתפלל כשותפות שוות, בתוך המסורת היהודית האורתודוקסית, במקום בדממה ובפסיביות כצלליות של הגברים. עם זאת, הן אינן קוראות תיגר על הקורפוס הפטריארכלי

- 1 הכותבת שימשה כיועצת לנשות הכותל מאז שנת 1989, ואף ייצגה אותן בבית המשפט בשתי העתירות האחרונות שהגישו.
- 2 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, מח (2) 265 (1994) (להלן: עניין הופמן 1). בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, נד (2) 345 (2000) (להלן: עניין הופמן 2). דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, נו (3) 289 (2003) (להלן: עניין הופמן 3).
- 3 לאנתולוגיה של כתבים על חוויותיהן של המנהיגות הרוחניות של נשות הכותל, ראו: WOMEN OF THE WALL: CLAIMING SACRED GROUND AT JUDAISM'S HOLY SITE (Phyllis Chesler & Rivka Haut ed., 2003).
- 4 זוהי גישה ייחודית לחקר טקסטים, ויש המתארים אותה כמדע הפרשנות.

תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל

האורתודוקסי בשלמותו: הן בחרו שלא להתפלל בקבוצות מעורבות של גברים ונשים, אלא ב"עזרת נשים" בכותל; הן אינן מבקשות להתפלל במניין, אלא בזהרות להתפלל בקבוצה שאינה מניין; כל שכן הן אינן קוראות את התפילות הדורשות מניין. בנוסף, הן בחרו להדגיש את הנרטיב הנשי שקיים ביהדות, ובהתאם לכך נפגשות בכל ראש חודש — זמן משמעותי עבור נשים בתפיסה היהודית.⁵

הבחירה באסטרטגיה של הרמנויטיקה מחייבת נשים פמיניסטיות דתיות להתמודד עם זהות כפולה: אורתודוקסית ופמיניסטית. אסטרטגיה זו מסכנת את התקבלותן למסגרת הקהילה האורתודוקסית כמו גם למסגרת הקהילה הפמיניסטית. כל אחת מהקהילות עלולה לרחות את תקפות הוויתורים שנעשים כדי להחזיק בשתי הזהויות גם יחד.

ההתנגדות האורתודוקסית התגלתה במלוא עצמתה במקרה של נשות הכותל. התנגדות זו לא הסתכמה בתגובתם האלימה של קנאים במתחם הכותל, אלא לוותה גם בגינוי חריף מצד אנשי דת מהמסד. מבין המנהיגים במסד האורתודוקסי בישראל, לא נשמע אף קול שתמך בנשות הכותל.

מזווית הראייה הפמיניסטית, הניסיון לשנות את המונותאיזם באמצעות פרשנות נראה לכאורה חסר שחר. ישנה טענה שלפיה המסר העיקרי של הדתות המונותאיסטיות הוא הייררכי ופטריארכלי במהותו, ולכן אין כל אפשרות לטרנספורמציה פרשנית. קרול קריסט (Christ), למשל, טוענת שהמסר העיקרי של התנ"ך הוא מסר של חוסר סובלנות, ושהסימבוליקה שלו מציגה את השלטון הגברי כשלטון לגיטימי — השתקפות עלי אדמות של הסמכות הגברית ממעל.⁶ פמיניסטיות קיצוניות דתיות ופמיניסטיות חילוניות כאחד, עלולות לתהות מה מניע רדיקליות דתיות, דוגמת נשות הכותל, לנסות לרבע את המעגל. תשובה אפשרית לתהייה זו טמונה בכך שחלק מהפמיניסטיות הדתיות אינן רוצות או שאינן יכולות לנתק עצמן מהזהות הרוחנית של הדת האורתודוקסית, שבתוכה גדלו והתחנכו. אכן, עומקה של המחויבות הרוחנית ניכרת במקרה של נשות הכותל: זוהי הדת שלהן, הטלית שלהן, התורה שלהן והמקום שלהן ב"עזרת נשים".

יתרה מכך, לא רק טעמים שמקורם בזהות הדתית של נשים אלה עומדים ביסוד בחירתן, אלא גם טעמים שמקורם בזהותן הקהילתית והמשפחתית. יציאה מהקהילה האורתודוקסית, משמעה היפרדות מהקהילה ומהמשפחה בכל הקשור למקום ולאורח התפילה והפולחן, לאירועים המשותפים ולחיי הקהילה העשירים. זהו מחיר כבד עבור נשים דתיות, המעמיד אותן בפני בחירה קשה. על כן בחירתן של נשות הכותל היא למתוח את גבולות המרחב הפמיניסטי-יהודי בתוך המסגרת האורתודוקסית הנתונה. מחוץ למסגרת האורתודוקסית, בחירה זו עלולה להיראות

5 פרקי דרבי אליעזר, פרק מ"ה.

CAROL P. CHRIST, *The Laughter of Aphrodite: Reflections on a journey to the Goddess*, 6
56–60 (1987) in Rita M. Gross, *FEMINISM AND RELIGION: AN INTRODUCTION* 140–146 (1996)

לכאורה מוגבלת או אפילו כפויה. אולם מוכנותן של נשות הכותל לעמוד אל מול האלימות ולתור אחר פתרונות משפטיים מבהירה שאין זה מקרה של הסכמה כפויה לתרבות או לדת פטריארכליים, אלא בחירה אמיתית⁷. הבנת מאבקן של נשות הכותל וההתנגדויות לו דורשת הוספתן של שתי הערות חשובות:

ראשית, אף שנוהג התפילה של נשות הכותל — טלית, תורה, תפילה — אינו אסור על פי ההלכה, הסמכויות הרבניות האורתודוקסיות והרבנים הראשיים אינם רואים בו תפילה מקובלת לנשים⁸. עם זאת, נוהג תפילה זה אינו נדחה פה אחד על ידי הסמכות הרבנית האורתודוקסית, וכל אחד ממרכיבי התפילה אף מקובל על בעלי סמכות אורתודוקסיים מסוימים⁹. יתרה מזו, נוהג תפילה זה כלל אינו נחשב לאסור בקרב רוב הקהילות האורתודוקסיות המודרניות מחוץ לישראל¹⁰. בכך, נוהג תפילתן של נשות הכותל מובחן מנוהג תפילתם של יהודים רפורמים וקונסרבטיבים — שבו מתפללים גברים ונשים ביחד ובו נשים יכולות להיות חלק ממניין — מנהג הפסול בעיני הסמכויות הרבניות האורתודוקסיות.

שנית, מאבקן של נשות הכותל על שיתוף נשים באופן שוויוני בפולחנים האורתודוקסיים נערך במרחב הציבורי של המדינה, ולא במרחב הפרטי של היהדות. מיקומו של מאבק זה אינו בבית כנסת פרטי, אלא במרחב ציבורי שהוא רב-משמעות לפי מושג הקדושה היהודי הדתי. הבחירה במקום זה נובעת מהייחודיות הסימבולית של הכותל המערבי עבור היהדות הדתית ומהמשיכה הרוחנית של הנשים בקבוצה אל אתר זה. ברם, ניסיונותיהן להתפלל ב"עזרת נשים" ברחבת הכותל המערבי נתקלו בתגובות אלימות מצד מתפללים יהודים אורתודוקסים אחרים.

3. פולחן פמיניסטי — קריאת תיגר על הפטריארכיה

הדרת נשים מתפקידי מנהיגות בקהילה ומהשתתפות במנהגים טקסיים, היא שגרמה לנשים פמיניסטיות דתיות רבות לצאת כנגד הסטטוס קוו הפטריארכלי. לדברי ריטה גרוס (Gross):

7 לריון נרחב יותר בנושא ההסכמה לפטריארכיות, ראו: Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, 1(4) Icon, 663 (2003). בחירתן של נשים באסטרטגיה של הרמנויטיקה במקום באסטרטגיה של יציאה מהדת אינה בחירה אמיתית. דוגמה לכך היא המקרה של קהילות מוסלמיות, שם החוק, הקהילה והמשפחה חוברים יחדיו כדי למנוע ניסיון של יציאה מהדת, ועונש חמור מאיים על כל ניסיון כזה.

8 בהסתמך על חוות דעת מומחה של פרופ' אליאב שוחטמן שהוגשה לבית המשפט בעניין הופמן 1 (עותק שמור במערכת).

9 בהסתמך על חוות דעת מומחה של פרופ' שמואל שילה שהוגשה לבית המשפט בעניין הופמן 1 (עותק שמור במערכת).

10 Chesler & Haut, לעיל ה"ש 3, בעמ' xxvii.

"בנצרות וביהדות [...] התבוננות ממושכת והתנסות הובילו אותנו להכיר בכך שמרחיקים אותנו מהפולחן ומההנהגה בשל תפיסות תיאולוגיות מסוימות, ובראשן הדימוי האלוהי כזכרי. עמדנו על כך שהסרת השליטה הפטריארכאלית בפולחן תלווה בשינוי בכינוי הפטריארכאלי של האל, מה שיכול להוביל לתמורות בתחומי המעשה (praxis) ובתחומים אחרים"¹¹.

הרחקת נשים אורתודוקסיות מקריאה בציבור בספר התורה, ממנהג ההתעטפות בטלית ומתפילה בקול בקבוצה, היא ביטוי ברור להדרת נשים מהפולחן ומההנהגה הדתיים. מאבקן של הנשים נגד ההדרה הפטריארכלית מהפולחן מהווה צעד משמעותי במחאה נגד הפטריארכליות של היהדות האורתודוקסית בכללותה. נוהג התפילה של נשות הכותל על כל מרכיביו, קורא תיגר על ההגמוניה הפטריארכלית של הדת. הסיבות הניתנות על ידי הסמכויות הדתיות לאופיים הפוגעני של כל אחד משלושת מרכיבי התפילה של נשות הכותל, מדגימות היטב את התפיסה הפטריארכלית על פי השיח הפמיניסטי. הן מסבירות את ההתנגדות האלימה של גורמים פונדמנטליסטיים לקיום תפילה זו. בה בעת הן מסבירות מדוע לשינוי מנהגי הפולחן חשיבות כה רבה עבור הפמיניזם האורתודוקסי. נבחן אפוא את בסיסן וטעמן של ההתנגדויות למרכיבי התפילה של נשות הכותל.

נפתח במאפיין המשותף לשלושת מרכיבי נוהג התפילה של נשות הכותל – השתתפות בתפילה בציבור. מאפיין זה קושר את נוהג התפילה שאימצו, באופן ישיר או עקיף, למילוי פעיל של מצוות בזמנים קבועים: "מצוות עשה שהזמן גרמן"¹². על פי ההלכה היהודית, נשים אינן מחויבות במצוות אלו, ואף ישנן דעות סותרות באשר לזכאותן לוותר על פטור מקיום המצוות. הפטור והגורמים לו עשויים ללמדנו רבות על הטעמים העומדים ביסוד ההתנגדות להשתתפותן של נשים בתפילה בציבור. לכאורה, נראה כי ההתנגדות לכך שנשים ייטלו חלק פעיל בתפילה בציבור, הכרוכה במילוי מצוות בזמנים קבועים, קשורה באופן כזה או אחר לתפקיד האישה במשפחה ולחשש שמא נשים תזנחנה את תפקידן המסורתי בגידול הילדים. אולם בדיקה מדוקדקת יותר מגלה שפטור זה, הנראה לכאורה כפטור פרגמטי, הוא בעל משקל רב מזה. טקסט מימי הביניים בשם "ספר אבודרהם" מפרט את המשימות המוטלות על נשים במסגרת המשפחה, ומבהיר כיצד הן עומדות בניגוד למילוי מצוות בזמנים קבועים. מקור זה מבהיר שהפטור מקיום "מצוות עשה שהזמן גרמן" נובע משעבוד האישה לבעלה, וממחויבותה לספק את צרכיו. מחד גיסא, אילו הייתה האישה מחויבת במצוות אלו, אפשר שבשעת המצווה יצווה עליה הבעל לעשות דבר אחר. כך, אם לא תמלא אחר מצוות הבעל, תעבור על מחויבותה כלפיו. מאידך גיסא, אם לא תמלא אחר מצוות האל, תעבור על מחויבותה

11 Gross, לעיל ה"ש 6, בעמ' 200. בתרגום חופשי מהמקור.

12 משנה, קידושין, א, ז.

כלפיו. "לפיכך פטרה הבורא ממצוותיו כדי להיות לה שלום עם בעלה"¹³. מעטים המקורות הממחישים באופן כה ברור את הקשר בין פולחן לבין זכריות האל ולבין הכוח ההייררכי של גברים בקרב המשפחה והחברה¹⁴. יתרה מזאת, דברים אלה מלמדים כי גם ביסוד התנגדותה של היהדות האורתודוקסית לנוהג התפילה של נשים בציבור עומדת תפיסה פטריארכלית של הסמכות הגברית המנהיגה והשולטת לעומת האישה הצייתנית והכנועה.

כאמור, המרכיב השני של מנהג תפילתן של נשות הכותל המערורי התנגדות הוא קריאה בציבור מספר התורה. ההתנגדות לקריאה בציבור מספר תורה היא ביטוי להרחקת נשים ממקור הידע של הדת היהודית ומתפקידים ציבוריים. כאן נוצר חיבור, המוכר בספרות הפמיניסטית, בין הרחקה מפעילות במרחב הציבורי לבין מניעת כוח מנשים באמצעות ידע וסמכות רוחנית. בספרה מסכמת ג'ין אלשטיין (Elshstain) את מהלכה של הציוויליזציה המערבית מאז ימי היוונים:

"התבטאות ציבורית ופוליטית אמיתית הייתה שמורה לגברים שהיו אזרחים חופשיים. לא נשים ולא עבדים היו בעלי ישות ציבורית; הם החרישו ביחס לענייני היומיום הציבוריים. גדעו את דיבורם מהמעשה: הוא מילא את האוויר, הדהד מעט ואז נבלע בזיכרון הציבורי בלי להותיר זכר ומבלי שייכלל במערך הציבורי"¹⁵.

המרכיב השלישי בתפילתן המערורי התנגדות הוא התעטפותן של הנשים בטלית, למצער במרחב הציבורי. פרופסור אליאב שוחטמן, המומחה בענייני ההלכה מטעם המדינה בדיון בעתירתן של נשות הכותל, טען שעל אף ההרשאה התאורטית, תהיה זו "הירות" מצדן אם תעשינה זאת. יהירות, הסביר, היא מה שנחשב להתנהגות גסה וגאה המביעה זלזול באחרים ונחשבת לבלתי רגילה בקהילה, כזו שאי-אפשר להרשותה. יתר על כן, שוחטמן הצביע על כך שההתעטפות בטלית מנוגדת לאיסור בתורה שלפיו: "לא יהיה כלי גבר על אישה"¹⁶, שבמצוות "לא

13 ספר אבודרהם (סדר תפילות של חול, שער ג' ברכת המצוות). גם עבור הסקפטיים שבינינו, קטע זה מצייר תמונה פטריארכלית בלתי צפויה. הוא אינו נוגע בחובת הילודה המוטלת על האישה או בנטל גירול הילדים, אלא מתמקד בתחרות שבין חובות האישה כלפי בעלה לבין חובותיה כלפי האל. יש לציין שקיימים מקורות דתיים הרוחים את הרעיון שלפיו האישה צריכה להיות כנועה וצייתנית, רעיון המתגלם באיסור שחל על הבעל לכפות יחסי מין על אשתו. אף על פי כן, בהקשר של "מצוות עשה שהזמן גרמן", כובד המשקל הוא על חובת האישה כלפי בעלה, והתחרות בין בעלה לבין בורא עולם על צייתנותה מהווים ביטוי מפורש להגמוניה הפטריארכלית.

14 ודאי שסמכותיות הבעל במשפחה ממחישה את הפטריארכליות כולה. ראו: SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY (Basic Books, USA, 1989).

15 JEAN BETHKE ELSHTAIN, PUBLIC MAN, PRIVATE WOMAN: WOMEN IN SOCIAL AND POLITICAL THOUGHT 14 (1981). בתרגום חופשי מהמקור.

16 דברים כב 5.

תעשה" של הרמב"ם מקבל את הפירוש: "לא תעדה אישה עדי האיש"^{17,18}. עולה מכך שאף התנגדות זו לנוהג תפילתן של נשות הכותל מקורה בשאיפת היהדות האורתודוקסית לשמור על העליונות הגברית.

נראה שההתנגדות האמוציונלית החזקה ביותר לנוהג תפילתן של נשות הכותל, עניינה בתפילה בקול בקבוצה, ומקורה בטענה שלפיה אסור לשמוע את קולן של נשים שרות. החשש מפני ההשפעה המטרידה של קולות נשיים מופיע לראשונה בתלמוד הבבלי. מקום שבו דן התלמוד בשאלת צניעות לכושן של נשים, הוא מציין את הפיתוי בקולה של אישה, כפי שנאמר: "קול באשה ערוה"¹⁹. אמירה זו פורשה כדרישה שנשים ישמרו על צניעותן לא רק באמצעות הימנעות מחשיפת גופן בציבור, אלא גם באמצעות הימנעות מנשיאת קולן בציבור²⁰. מאיסור השמעת קולן של נשים בציבור²¹ אפשר ללמוד על קיומה של זיקה בין הפחד הפסיכולוגי מפני גילוי חושניות נשית לבין השתקת נשים בפוליטיקה של השלטון הגברי. כך, להשתקה יש תכלית כפולה: השתקת נשים כדי להגן על הגברים מפני חושניות והשתקת נשים כמימוש הדרתן מהמרחב הציבורי. נמצא כי גם ההתנגדות לתפילת נשים בקול בקבוצה מבוססת על אדני הפטריארכיה הדתית ונחיתותן של נשים.

אפשר אפוא לסכם ולומר שההתנגדות לנוהג התפילה של נשות הכותל הכולל: טלית, תורה ותפילה משקפת את הפחדים הפטריארכליים מפני שיתופן של נשים כשותפות פעילות במרחב הציבורי והחברתי. התוצאה היא דחיקת רגליהן של נשים לשולי החברה, כפי שכותבת אלשטיין:

"מכיוון שבמרחב הציבורי נשים הושתקו לאורך חלק ניכר מההיסטוריה המערבית, דעותיהן והתפקיד שהן מילאו בתהליך ההומניזציה, נלקחו כמובן מאליו או שנתפסו כבעלי חשיבות פחותה בהשוואה לפעילות הציבורית והפוליטית של הגברים. סיבה חלקית להשתקתן תלויה בהגדרות מהן לא יכולות נשים להימלט — מיניות, ילודה והגוף האנושי (דימויים של טומאה

17 משנה תורה לרמב"ם, ספר המדע, הלכות עבודה זרה וחוקות הגויים, יא 10.
18 איסור זה מזכיר את הדין בספרה של נעמי וולף "מיתוס היופי", המתייחס לתפקיד שיחקה ההבחנה בין לברוש של גברים ונשים בשימור העליונות הגברית. נעמי וולף מיתוס היופי: על השימוש בייצוגים של יופי נגד נשים (דרור פימנטל וחנה נוח מתרגמים, 2004).
19 בבבלי, ברכות, כד, א.

20 הדרישה שנשים לא ישאו את קולן בשירה בשעת התפילה מוצאת ביטוי מאוחר יותר כאיסור מובהק בשולחן ערוך (שולחן ערוך, ר' יוסף קארו [קובץ דינים ומנהגים] נכתב בשנת 1564). האיסור המקורי לאמירה "קול באשה ערוה" נבע מפשט לשיר השירים שבו נאמר: "יונתי בחגורי הסלע, בסתר המדרגה, הראיני את־מראייך, השמיעיני את־קולך" (שיר השירים ב 14). המשמעות המיוחדת לטקסט זה על פי התלמוד מסגירה רבות. מתיאור החוגג את יופייה של האישה באמצעות תיאורים כמעט ארוטיים, חולצה פסיקה שרואה ביופייה החושני של אישה פיתוי מביש.

21 לציל, ה"ש 19.

וטאבו, חזון של תלותיות, חוסר אונים ופגיעות) — נושאים שהושמטו מהשיח הציבורי²².

4. זיהוי הבסיס האידאולוגי לעימות

ב-9 בדצמבר 1988, ערכה קבוצה של פמיניסטיות אורתודוקסיות ישראליות את התפילה הראשונה שלה בכותל. הטקס נערך ב"עזרת הנשים" ברחבת הכותל המערבי בהתאם לנוהג תפילה קבוצתי שהונהג על ידי פמיניסטיות יהודיות בארצות-הברית, הכולל, כאמור, טלית, תורה ותפילה. הנשים ספגו התעללות מילולית מהמתפללים ומהמתפללות. הגברים שהתפללו מעבר למחיצה צעקו עליהן והשתמשו בשפת גוף מאיימת. ב-1989, קבוצה נוספת של נשים מארצות-הברית, שבהמשך ייסדה את "הוועד הבין-לאומי של נשות הכותל"²³, החלה גם היא לערוך תפילות בכותל. בטקסי התפילה הבאים החמירה האלימות שהופגנה כלפי המתפללות. גברים ונשים אורתודוקסים תקפו פיזית את הנשים שהתפללו בכותל, זרקו עליהן חפצים, דחפו אותן והיכו אותן. על האלימות החוזרת ונשנית ניצחו קבוצות קטנות של דתיים קנאים, בעיקר בתורי ישיבות שלמדו וגרו בקרבת הכותל. אלא שהאלימות שהופגנה כלפי נשות הכותל חרגה בהרבה ממספרם המוגבל של הנשים שביצעו את הפשע, והיא באה לידי ביטוי במישורים נוספים. כך, במקום לגנות את מעשי האלימות, העדיפו רבים לנזוף בנשים על שעוררו את התגובה האלימה שהופנתה נגדן. רבים אחרים, שלא היו מעלים על דעתם את האפשרות להצדיק מוצא אלים שכזה בנסיבות אחרות, לא עשו דבר כדי להוקיע את התנהגות המתפללים הקיצוניים.

תיאור קשה זה מעורר את השאלה מדוע נתקלה תפילת נשות הכותל בתגובה כה אלימה? אף שהמנהג שאימצו נשים אלה אינו נוהג התפילה שבו בוחרות רוב הנשים האורתודוקסיות היהודיות, אי-אפשר לענות בנקל על השאלה מדוע מעורר מנהג זה התנגדות כה עזה המגיעה לכדי אלימות. מה כל כך מאיים במנהג תפילה זה, שאף אינו נוגס בזכותם של אחרים להתפלל בדרכם? אין עסקינן במנהג תפילה העובר על איסורי ההלכה, ויש אף הסבורים שמנהג תפילה זה לגיטימי. בנוסף לכך, המתנגדים למנהג מבססים את התנגדותם לא על איסורים על פי ההלכה, אלא על "אייקבילות" התפילה ועמידתה בניגוד ל"מנהג המקום". על אף כל אלה עורה, כאמור, ניסיון של נשות הכותל להתפלל בדרכן התנגדות חריפה ואלימות קנאית. אפשר אפוא רק לשער שהסיבה לאלימות שהופנתה נגד נשות הכותל נעוצה בכך שתפילתן מחלחלת אל תוך האמונה הדתית ומאיימת על דבר מה העומד בעומקה, החורג מגבולות פולמוס הלכתי. לדעתי, "דבר מה" זה, האחראי להתנגדות האלימה

22 Elshain, לעיל ה"ש 15, כעמ' 15. בתרגום חופשי מהמקור.
23 ICWK — International Committee for Women of the Kotel

לנשות הכותל, הוא רצונה של היהדות האורתודוקסית כממסד לשמר את ההגמוניה הפטריארכלית כנגד קריאת התיגר של הפמיניזם הדתי. דעה זו, מן הראוי לציין, שנויה במחלוקת. ישנן שתי גישות אלטרנטיביות להבנת הגורמים לעימות בין נשות הכותל לבין הממסד האורתודוקסי הדתי. הגישה הראשונה היא זו שאומצה על ידי לאה שקדיאל (Shakdiel), המציגה את העימות כברית לאומית-דתית המאוחדת בהתנגדותה לקריאת התיגר הפמיניסטית²⁴. הגישה השנייה היא זו שאומצה על ידי רן הירשל (Hirschl), המציג את העימות כמאבק על ההגמוניה התרבותית בין האליטה החילונית, הדוגלת בעקרונות החופש, לבין קבוצות המצויות באופן מסורתי בשולי החברה, במקרה זה – הקהילה האורתודוקסית החרדית²⁵. אבחן שתי גישות אלו באופן מפורט.

לגישה של שקדיאל, מרבית הישראלים רואים בנשות הכותל ובדרישתן לשינוי נוהג התפילה בכותל המערבי קריאת תיגר על הלאומיות היהודית-ישראלית. נקודת מבט זו היא המעוררת את ההתנגדות העזה לכל ניסיון להפר את הסטטוס קוו השורר בכותל. לדעתה, מדובר בברית לאומית-דתית המעמידה מחסום שוביניסטי בפני נשות הכותל. לטענתה: "נשות הכותל בחרו להיאבק מול המערך הפוליטי הכפול הזה, באתר ספציפי שמאחד את הכוחות המשתתפים בייצור המשמעות הכפולה שלו, דתית וגם לאומית"²⁶. שקדיאל מגדירה את כישלונן של נשות הכותל להשיג שוויון מגדרי, ככישלון שנובע מהפוליטיקה החילונית לא פחות מאשר מהפוליטיקה התורנית. כך, לטענתה, הפמיניסטיות החילוניות אינן מצליחות במחאתן נגד הפטריארכיה החילונית יותר משמצליחות הפמיניסטיות הדתיות במחאתן נגד הפטריארכיה הדתית²⁷.

אני סבורה שטענתה של שקדיאל אינה משכנעת. ההתנגדות הנמרצת לנשות הכותל היא בעלת אופי דתי בלבד, אשר די בקנטור הפמיניסטי-דתי כדי לעוררה. אין כל צורך להציע טעם נוסף, דוגמת להט לאומי נגד נשות הכותל, כדי להסביר תופעה זו. בעבר היו הפגנות דומות של זעם ואלימות מצד המגזר הדתי האורתודוקסי, במצבים שכלל לא נגעו לסמלים לאומיים. חרדים הפגינו באלומות בשורה של מקרים אחרים: נגד נסיעת מכוניות בדרכים ראשיות בשבת; נגד הכרה בזכויותיהם של הומוסקסואלים; נגד ההצעה לגייס בני ישיבות לצבא; נגד הכרה בזכותן של נשים לשבת במועצות דתיות או בגוף הבחור ברב ונגד הכרה בזכותן של נשים לחלק שווה ברכוש המשותף במקרה של דיון בגירושין בבתי הדין הרבניים. דוגמאות אלו מבהירות שקיימת אג'נדה פוליטית-דתית הנבדלת לגמרי

Leah Shakdiel, *Women of the Wall: Radical Feminism as an Opportunity for New Discourse* 24
in *Israel*, 21 JOURNAL OF ISRAELI HISTORY, 150–151 (2002)

RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND THE CONSEQUENCES OF THE NEW
CONSTITUTIONALISM 67–68 (2004)

Shakdiel, לעיל ה"ש 24, בעמ' 129. בתרגום חופשי מהמקור.

שם, בעמ' 152–154.

מסוגיית הלאומיות, ואף עומדת, לא פעם, בניגוד ברור אליה. אג'נדה זו היא התנגדות הממסד הדתי לקריאת תיגר כלשהי על ההגמוניה הדתית האורתודוקסית. אמנם הפטריארכליות הדתית זוכה לתמיכת המדינה, אלא שתמיכה זו מבוססת על שיקולים פוליטיים פרגמטיים. בהתאם לכך, מה שמניע את המדינה לתמוך בסטטוס קוו הדתי במקרה של נשות הכותל אינו עניין לאומי או סקסיזם. במקום לנסות ולגלות מניעים לאומיים או פטריארכליים נסתרים לגיבוי הנמשך הניתן על ידי הכנסת להפליה דתית נגד נשים, מן הראוי שנוכיר לעצמנו את המחיר שיגבו הציבור הדתי והמפלגות הדתיות אם ייעשה ניסיון לשנות הסדר זה. כך, הגיבוי שניתן לפטריארכיה האורתודוקסית מהווה חלק מהגיבוי הכללי שנותנת המדינה להגמוניה הדתית, גיבוי המבטא פרגמטיזם פוליטי יותר מאשר אידאולוגיה אנטי פמיניסטית.

ובהמשך לכך, ברצוני לערער על טענתה של שקדיאל שלפיה הישגיהן של הפמיניסטיות בתחום האזרחי-חילוני זעומים כהישגיהן בתחום הדתי, דבר המלמד על הברית שנכרתה בין הפטריארכיה החילונית לבין רעותה הדתית. בחינת הישגיהם של שדולת הנשים וארגוני נשים נוספים, מגלה כי אלה זכו להצלחה רבה בביצור נורמות מתקדמות של שוויון בחקיקה ובפסיקה בשורה ארוכה של תחומים. זאת, לבד מאשר בתחום הדין האישי הנמצא בסמכות בתי הדין הדתיים של שלוש הקהילות – היהודית, המוסלמית והנוצרית – ואשר נותר בשל כך פטריארכלי במובהק²⁸. ממילא עולה מכאן המסקנה שאי-אפשר לבסס את ההתנגדות לנשות הכותל כביטוי לאידאולוגיה משותפת – חילונית ודתית – נגד פמיניזם. יתרה מכך, יש לזכור שהתנגדות דתית-פונדמנטליסטית לזכויות נשים בכלל, ולזכותן לשוויון בפרט, שמקורה באידאולוגיה פטריארכלית, אינה ייחודית ליהדות או לירושלים. אפשר אפילו לומר שהפונדמנטליזם הדתי – ששעבוד נשים נמצא במקום נכבד בסדר היום שלו – הוא אחד הביטויים העוינים ביותר של הפוליטיקה הפטריארכלית בעידן זה. בפתח המאה ה-21, מהווה, למעשה, ההגמוניה הפטריארכלית בדת גרעין פטריארכלי ששרד את השינויים בחברה, העומד בניגוד לשאיפה להכיר בזכותן של נשים לשוויון. כך, שואף הפונדמנטליזם היהודי לא רק להרחיק נשים מהשתתפות פעילה בחיים הדתיים-ציבוריים, אלא גם לשמר את הדגם הפטריארכלי של המשפחה תוך שמירת זכותו הבלעדית של הבעל לתת גט לאשתו; הפונדמנטליזם הנוצרי שואף לשלוט על גופן של נשים, שאיפה שביטויה בהתנגדות לשימוש באמצעי מניעה ולזכותן של נשים לעבור הפלה. בנוסף, מטיף הפונדמנטליזם הנוצרי לחזרה לערכי המשפחה המסורתיים הכוללים את צייתנות האישה לבעלה ואת חינוך הילדים בבית; הפונדמנטליזם המוסלמי חושף נשים לפוליגמיה, וקובע את חובתן להישמע למרותו של הבעל בכל עניין מיני או חברתי.

28 לדין רחב יותר בנושא ראו פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האישה בחברה ובמשפט 93 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

הרעלה נוטלת מנשים את יכולת התקשורת מחוץ לכותלי המשפחה, ובכך מצמצמת את יכולתן להשתתף בחיים הציבוריים ואת כוחן. הפוליטיקה הפטריארכלית ניכרת לא רק בדתות המונותאיסטיות ואינה בלעדית להן. פונדמנטליסטים הינדיים, למשל, מנסים לקדם את השבת מנהג ה"סאטי" שלפיו אלמנה שורפת את עצמה כאש מדורת השרפה של בעלה. בנוסף לכך, הקהילות הדתיות הפונדמנטליסטיות אינן מסתפקות בהיאחזות באתוס הקהילתי של פטריארכיה. הן מנסות להעניק לאתוס זה מקום בין הנורמות של המדינה. באופן דומה, המתנגדים לנשות הכותל, כפונדמנטליסטים בכל העולם, אינם מסתפקים בשמירת האופי הפטריארכלי של פולחני היהדות האורתודוקסית במרחבים פרטיים (למשל בית כנסת אורתודוקסי), אלא עומדים על כך שהפטריארכיה תהיה גלויה לעין במרחב הציבורי – במקרה זה, במרכז לאומי בעל משמעות סימבולית.

לבסוף, יש לזכור שגם להתנגדות החילונית שהושמעה נגד נשות הכותל אפשר למצוא הסבר שאינו מצריך היזקקות למניעים הלאומיים שמציגה שקדיאל. התגובה הרווחת לנשות הכותל בקרב החילונים הייתה עוינת והתבטאה בעיקר באדישות לזכויותיהן של נשים אורתודוקסיות ובחוסר סובלנות כלפי שאיפותיהן. הקונצנוס בקרב הרוכ החילוני בישראל הוא שהדת היהודית היא מה שהמסד האורתודוקסי אומר שהיא. לקהילה החילונית הליברלית אין שום עניין בכך שמאבקן של הנשים יקדם את האורתודוקסיה ויהפוך אותה לשוויונית יותר, מכיוון שהיא אינה רואה כיצד מהלך זה רלוונטי למאבק לקידום זכויות אדם. על פי גישה זו, אם נשות הכותל בוחרות להתפלל בהתאם ליהדות האורתודוקסית, עליהן לקבל את העובדה שבחירה זו כוללת גם את ההפליה המופנית כלפיהן בתוך הקהילה הדתית. לפי גישה זו, הקהילה התרבותית או הקהילה הדתית הן הומוגניות, ולכן אין מקום להתערבות במחלוקת הקיימת בתוך הקהילה. זו גישה מוכרת היטב מהספרות הרב-תרבותית, ולכן אינה זקוקה לרציונל המניעים הלאומיים המוצג על ידי שקדיאל כדי להסביר אותה.

עתה נשוב להסבר המוצע להתנגדות התריפה לנשות הכותל על ידי רן הירשל. הירשל מאפיין את הקונפליקט שסביבו סב מקרה נשות הכותל, כתחרות על ההגמוניה התרבותית בין האליטה החילונית, השואפת לערכים ליברליים, לבין קבוצות פריפריאליות, המצויות באופן מסורתי בשולי החברה, ובמקרה דנן – הקהילה התרבותית.²⁹ לפי גישה זו, המצויה בשיח הרב-תרבותי בישראל³⁰, התרשים

29 לעיל, ה"ש 25. תיוג נשות הכותל כחלק מהאליטה החילונית השואפת לשוויון מהדהדת גם אצל שקדיאל. היא מציגה את הזיקה בין נשות הכותל לאליטה החילונית כאלוהי הנובע מה"אקסקלוסיביות היהודית-אשכנזית" של הקבוצה, מהמאבק למען פלורליזם במסגרת הדת היהודית, ומפנייתן למערכת המשפט. כך נוצרה מלכודת הכופה עליהן זהות.

30 ראו אלוהי הראל ואהרון שנירן "הפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71 (2003). להשקפה מנוגדת ראו נוי רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99, 112 (2003). ראו גם אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי

משתייכים לשולי החברה הישראלית, ולכן הם חסרי אונים, מוגבלים ומורחקים מהחברה. בהמשך לכך, טוען הירשל שתמיכה בנשות הכותל יוצרת "מקום מקלט" עבור האליטות החילוניות המצויות תחת איום³¹. ואכן, שקדיאל מצדיקה את התיאור של הירשל בטענתה שנשות הכותל: "אינן יכולות להתחמק מהבעיות המתלוות לאסטרטגיה שלהן: [...] מאבק אנטי-דתי המסווה את עצמו בפולחנים של הלאומיות החילונית"³².

אלא שגישה זו והגדרות אלה מתבססות, לדעתי, על קריאה לא נכונה של המציאות הישראלית. השאיפות הרוחניות של נשות הכותל הן שמבדילות ומייחדות אותן כקבוצה יהודית נפרדת. אמנם בהחלט אפשר לומר שהחברות בקבוצה הן בעיקר נשים אשכנזיות הבאות מהעולם המערבי או מושפעות ממנהגים שמקורם במערב, אבל ה"ייחודיות" של הקבוצה אינה נובעת מבחירה. מטרתן של נשות הכותל היא לשתף את כל הנשים היהודיות-דתיות באשר הן בנוהג התפילה שלהן. התעקשותן להתפלל דווקא ליד הכותל נובעת במידה רבה מפילוסופיית שיתוף זו. השימוש בטיעונים ובהליכים ליברליים-פלורליסטיים במאבקן אינו נובע מהפילוסופיה שלהן. בחירתן הייתה להתפלל בדרכן, אך דרכן נחסמה על ידי הזרוע החילונית של המדינה. הדרך היחידה להרים מחסום זה הייתה הליך משפטי שימנע את הפרת זכויות האדם שלהן, וישמור על זכותן השווה לגישה אל המתחם הציבורי — אזור התפילה ברחבת הכותל. עולה מכאן שהבחירה בשדה הפעולה הליברלי-חילוני נעשתה דווקא על ידי הממונה על הכותל והמשרד לענייני דתות, ולא על ידי נשות הכותל. נכון יותר יהיה לומר אפוא שקבוצת נשות הכותל אינה מתבדלת כי אם מובדלת.

חולשה נוספת בטיעונו של הירשל היא שבהיות המיעוט החרדי בעל כוח פוליטי ניכר, מאפייניו כקבוצה אינם עולים בקנה אחד עם הפרופיל של קבוצות פריפריאליות. לאורך ההיסטוריה של המדינה היה לנציגי מגזר זה תפקיד משמעותי בכל אחת מהקואליציות הממשלתיות שהורכבו. הם השתמשו בכוחם הפוליטי כדי לשמר את המימון למוסדות החינוך הגבוה ולבתי הספר במגזר שלהם; כדי להבטיח את המשך קיומו של פטור לבחורי ישיבות מגיוס לצה"ל; כדי לקדם הקצאת תקציבים מיוחדים לצורכי דת בחינוך הממלכתי וכדי להותיר על כנו את המונופול האורתודוקסי בהליכי נישואים וגירושים. עולה מכאן שהצגת הקהילה החרדית כקבוצה פריפריאלית הנאבקת באליטה החילונית, אינה יכולה לעמוד. לבסוף, הצגת מאבקן של נשות הכותל כמאבק בין החילוני לדתי חוטאת

ז"ל 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998). להשקפה מנוגדת ראו ז'וז'ה ברונר ויואב פלך "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית", רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 107 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).

31 Hirschl, לעיל ה"ש 25, בעמ' 67-68.

32 Shakdiel, לעיל ה"ש 24, בעמ' 154. בתרגום חופשי מהמקור.

בהתעלמות ממטרותיהן הדתיות של נשים אלו. גישה זו מהווה לא רק הבעת זלזול בעמדתן, אלא גם הבעת זלזול במחויבות שגילו, משך שבע-עשרה שנים, לשאיפתן להתפלל בדרכן ליד הכותל. כאמור, מתודת המאבק שנכפתה על נשים אלה היא אולי חילונית, אך מטרתן היא דתית. יתרה מכך, קשה להבין כיצד אפשר לאפיין ויכוח בין שתי קבוצות של יהודים שומרי מצוות כוויכוח חילוני-דתי.³³

5. גישתה של המערכת המשפטית

הכותל המערבי הוא אתר מוגן על פי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז–1967 הקובע: "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"³⁴. הממונה על הכותל הופקד מטעם משרד הדתות על יישום חוק זה, תוך התייעצות עם הרבנים הראשיים.³⁵ מכאן שהכותל הוא מקום קדוש הכפוף למשפט הציבורי.

כשנשות הכותל הותקפו לראשונה התערבה המשטרה. אך למרבה הפלא, התערבותה לא הייתה על מנת להרחיק את הגורמים האלימים מרחבת הכותל. במקום להגן על הנשים מול המתקפה האלימה ולעצור את התוקפים, אילצה המשטרה דווקא את הנשים לעזוב את המקום, ובכך שללה מהן את הגישה לכותל. שוטרות אף גררו נשים שהביעו התנגדות, בטענה שיש למנוע את הפרת שלום הציבור ואת חילול הכותל. בהמשך לכך, הוציא הרב גץ, הממונה על הכותל בזמנו, הוראה שלפיה נאסר על נשות הכותל להתפלל בכותל אם הן עטופות בטלית וקוראות מספר התורה. הוראה זו ניתנה על אף הודאתו המוקדמת שלפיה תפילתן אינה אסורה על פי ההלכה.³⁶

בתגובה להתרחשויות אלה עתרו, ב־21 במרץ 1989, נשות הכותל לבג"ץ בבקשה כי זה יורה על ביטול האיסור על תפילתן. עתירתן התבססה על זכותן החוקתית לחופש פולחן, על זכות הגישה לכותל ועל זכותן לשוויון כנשים. כמו כן, הן טענו שההוראה של הממונה על הכותל חורגת מסמכותו הסטטוטורית, הקבועה בתקנות³⁷. לאחר הגשת העתירה שינה השר לענייני דתות את התקנות כך

Linda C. McClain & James E. Fleming, Constitutionalism, Judicial Review and Progressive Change, lecture presented to the Maryland/Georgetown Discussion Group on Constitutional Law, March 4–5, 2005

34 תק' 1 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א–1981 (להלן: "התקנות") מגדירה את הכותל המערבי כמקום קדוש ליהודים. קביעה דומה אפשר למצוא בס' 3 לחוקייסוד: ירושלים בירת ישראל.

35 הגדרת הממונה מצויה בתק' 1 לתקנות, וסמכויותיו מפורטות בתק' 4. יש לציין שכעת הממונה שייך למשרד התיירות עקב סגירת משרד הדתות.

36 Chesler & Haut, לעיל ה"ש 3, בעמ' xx.

37 תק' 4 לתקנות.

שאלה יכללו גם מניעה של טקסים דתיים שאינם כמנהג המקום ושפוגעים ברגשותיו של ציבור המתפללים³⁸.

בשנת 1994 דחה בית המשפט הגבוה לצדק את עתירת נשות הכותל (עניין הופמן 1), מהטעם שבית המשפט אינו המקום המתאים ביותר להכרעת העניין, ובמילותיו של השופט שמגר:

“דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שבפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך בה נחתך סכסוך משפטי מן השורה. הנני מציע לממשלה לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותברוק 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”³⁹.

הוא ביסס המלצה זו על הצורך בסובלנות הדדית בין קבוצות ובעלי דעות שונים, ועל הצורך בשמירה על כבוד האדם. עם זאת, השופט לא הזכיר את הפגיעה בזכות הנשים לשוויון או את הצורך להבטיח את זכותן החוקתית להשתתפות שווה במרחב הציבורי. נוסף על כך, ביקר בהיסוס את התופעה המעידיה יותר מכול על הפגיעה בשוויון הנשים והיא ההתנגדות להשמעת קולן בציבור:

“יצא הקצף על שירת העותרות למרות שמדובר על שירתם של דברי תפילה; וכי חל בכלל איסור על שירה ליד הכותל? הרי רוקדים ושרים שם לא אחת, ואין להעלות על הדעת שימנעו שירת עולי רגל, ישראלים או נכרים, חיילים או חיילות, אזרחים או אזרחיות, הנעשית בצורה מכובדת. יתכן, על כן, ואני מדגיש את התיבה ‘יתכן’, כי למתנגדים נתערבבה בהתנגדות לזהות השרים גם התנגדות לעצם השירה, וכך לא ייעשה”^{40, 41}.

השופט לויין ביסס את הכרתו בזכותן של נשות הכותל להתפלל בדרך על יסוד ליברלי. בנוסף למשמעותו הדתית של הכותל הוא ייחס לו גם משמעות לאומית והיסטורית, עבור אלו המגיעים לשם בתום לב כדי להתפלל או לכל מטרה לגיטימית אחרת⁴².

כלומר השופטים שמגר ולויין, ברוב דעות, הכירו עקרונית בזכותן של נשות

38 תק' 2(א)(א1) לתקנות.

39 עניין הופמן 1, לעיל ה”ש 2, בעמ' 356, פסקה 3.

40 שם, בעמ' 355.

41 מן הראוי לציין שלאחר מתן פסק הדין התעוררה מחלוקת לגבי פשר פסיקתו של השופט שמגר. המדינה טענה כי השופט שמגר נמנע מלהכיר בזכותן של נשות הכותל לחופש פולחן ולחופש גישה לכותל, ובכך הצטרף לחוות דעת הרוב ולעמדתו של השופט אלון. דעות הרוב של השופט מצא בעניין הופמן 2 ושל השופט חשין בעניין הופמן 3 החזיקו בעמדה שלפיה השופט שמגר דווקא כן הכיר בזכויות התפילה והגישה של הנשים.

42 עניין הופמן 1, לעיל ה”ש 2, בעמ' 356–357.

הכותל לחופש פולחן ולחופש גישה לכותל. קרי, הם הכירו בזכותן של העותרות להתפלל בתום לב ברחבת הכותל כשהן עטופות בטלית וכידן ספר תורה. מדברים אלה עולה שפסיקות הרוב לא הזכירו את זכותן של נשות הכותל לשוויון. הן תמכו בצורך להגן על הפלורליזם אך נמנעו מלגעת בפטריארכליות הדתית. רק בחוות דעת המיעוט, שנכתבה על ידי השופט אלון שהחזיק במושג הדתי בבית המשפט העליון, עלתה שאלת השוויון. השופט אלון בחן בקפידה את הדעות השונות המצויות בהלכה בנוגע לתפילת נשים בקבוצה והגיע למסקנה שלפיה:

“השינוי המהותי שחל במעמדה של האשה במאה הנוכחית, שגם נשים שומרות תורה ומצוות הן שותפות מלאות בו, ייתן אותותיו במשך הזמן, כדי להביא לפתרון הולם גם בנושא סבוך ורגיש זה של קיומן של קבוצות תפילה, כאמור לעיל. אך לא מקום התפילה שליד הכותל המערבי הוא המקום ל'מלחמת' מעשים ודעות בסוגיה זו. כיום הוזה המציאות היא שלדעת הרוב המכריע של פוסקי ההלכה, כולל הרבנים הראשיים לישראל, יש בהיענות לעתירות העותרים, גם זו שבבג"צ 2410/90, משום חילול מנהגי בית הכנסת וקדושתו [...] ומכל שכן כך הוא לעניין התפילה של הכותל המערבי שהוא בית הכנסת המקודש ביותר בעולמה של הלכה ויהדות”⁴³.

בתגובה להמלצת בית המשפט העליון, הקימה הממשלה שורה של ועדות. תחילה הוקמה ועדת מנכ"לים ממשרדי ממשלה שונים. לאחר שנתיים של דיונים הציגה הוועדה את המלצותיה: נשות הכותל יכולות להתפלל בדרך. עם זאת, הדגישה הוועדה, יש לקיים תפילה זו בפינה הדרום-מזרחית של כותלי העיר העתיקה, הרחק מהכותל, מטעמי ביטחון פנים – משמע, מחשש להפרת שלום הציבור. היות שהמלצה זו לא הייתה מקובלת על נשות הכותל, מינתה הממשלה ועדת שרים, ואחרי שנה נוספת של דיונים הגיעה זו למסקנה שגשות הכותל אינן יכולות להתפלל בכותל המערבי מטעמי ביטחון פנים. יתרה מכך, בניגוד לקודמתה, סברה ועדה זו שגשות הכותל אינן יכולות להתפלל בכל אתר אחר שהוצע מטעמי ביטחון חוץ, שעיקרם החשש מפני התלקחות עם הפלסטינים המשקיפים על האתרים השונים מכיפת הסלע. בעקבות החלטה סתומה זו, הוקמה ועדה שלישית, ועדת נאמן, וזו המליצה כי תפילת נשות הכותל תתקיים בקשת רובינסון, שהייתה לגישתה חלופה מעשית. קשת רובינסון היא אתר ארכיאולוגי המצוי מדרום לרחבת הכותל המערבי, ונפרד ממנו על ידי גשר העולה להר הבית ומחוץ לטווח הראייה של הרחבה. הוא סמוך לכותל אך מעולם לא היה מקום תפילה מסורתית. ערכו העיקרי טמון בממצאים הארכיאולוגיים במקום. לאחר שהוגשו מסקנות הוועדה הראשונה, פנו שוב נשות הכותל לבג"ץ, הפעם בייצוגי. טענתנו הייתה שמאחר

שהממשלה הוכיחה בכירור שהיא אינה מסוגלת ליישם את המלצות בית המשפט ולהבטיח את זכותן של נשות הכותל להתפלל במקום, מוטל יישום ההמלצות על בית המשפט עצמו. בנוסף, הדגשנו את נושא השוויון ואת שלילת זכות ההשתתפות של הנשים בטקסי פולחן על פי בחירתן. הטיעונים הושמעו בפני השופטים מצא, ביניי ושרטרברג-כהן, ואלה, לפני שהגיעו להחלטה, ערכו סיורים בכותל ובכל האתרים החלופיים שהציעו הוועדות השונות. רק לאחר הצגת מסקנות הוועדה השלישית ולאחר דחיות חוזרות ונשנות של הממשלה, הגיעו הדיונים הארוכים בבית המשפט לידי סיום, ובמאי 2000 התקבלה החלטה בעניין הופמן 2.

פסק הדין בעניין הופמן 2 נכתב על ידי השופט מצא, ואליו הצטרפו השופטות שבמותב. בית המשפט לא דן מחדש בזכויות הנידונות ולא נגע בשאלת זכותן של נשים לשוויון. הוא קבע שהרוב בעניין הופמן 1 הכיר בזכותן של נשות הכותל להתפלל בדרך וכמנהגן בכותל עצמו, ומכאן הסיק שהמלצות הוועדות הממשלתיות, בחיפושן אחר אתרים חלופיים, עומדות בניגוד להוראות בית המשפט. יתרה מכך, הסיור באתרים עצמם הוביל את השופטים לקבוע שאף אחד ממקומות החלופיים אלה אינו יכול לממש, ולו באופן חלקי, את זכותן של נשות הכותל להתפלל ברחבת הכותל. לפיכך, הורה בית המשפט לממשלה לאפשר את מימוש זכות התפילה של נשות הכותל ברחבת הכותל בתוך שישה חודשים⁴⁴.

פסק דין זה היווה פריצת דרך וקידם משמעותית את יישום זכותן של נשות הכותל להתפלל בדרך במקום – זכות שנותרה ערטילאית עד לקבלת החלטה זו. עם זאת, בית המשפט נמנע מהתערבות פעילה בהסדרת התפילה בכותל, ונימק את הימנעותו בעובדה שהממשלה לא קיבלה עדיין החלטה בעניין אימוץ המלצת ועדת נאמן. ייתכן שהסירוב להתערב על בסיס נימוק עמום זה נבע מהתגוננות בית המשפט בפני הטענות כי הוא אקטיביסטי מדי, בעיקר בעניינים הנוגעים לדת ולמדינה.

פסק הדין גרר תגובות אגרסיביות במישור הפוליטי. המפלגות הדתיות העלו הצעת חוק שלפיה האזור סביב הכותל יהפוך לבית כנסת המיועד רק לפולחן דתי אורתודוקסי, והציעו עונש של שבע שנות מאסר לכל אישה שתפר את הסטטוס קוו של המנהג האורתודוקסי בכותל⁴⁵. הצעת חוק זו אף קיבלה את תמיכתם של כמה חברי כנסת ממפלגות חילוניות. גם ברשות המבצעת, התגובה הייתה חריפה. היועץ המשפטי דאז, אליקים רובינשטיין, ביקש מנשיא בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף ולהפוך את ההחלטה בעניין הופמן 2. רובינשטיין טען, בין השאר, שבית המשפט הבין שלא כהלכה את הופמן 1. בקשה זו הייתה מאוד לא שגרתית מבחינה משפטית, בהתחשב בעובדה שההחלטה בעניין הופמן 2 התקבלה פה אחד. אף

44 עניין הופמן 2, לעיל ה"ש 2, בעמ' 368.

45 הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים (תיקון) (שמירה על הכותל המערבי), התשס"א–2001, ה"ח 3010.

על פי כן, נעתר השופט אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון דאז, לבקשת היועץ המשפטי לקיים דיון נוסף ומינה הרכב מורחב של תשעה שופטים כדי לבחון מחדש את הנושא⁴⁶. כך נסללה הדרך לפסק דין שלישי בעניין נשות הכותל – עניין הופמן³. לדעתי, היה בבקשת היועץ המשפטי – וכך גם בהיענותו של השופט ברק לבקשה – משום טעם פוליטי וכניעה לאינטרסים של הממסד הדתי. בעניין הופמן³ נחלק בית המשפט העליון בדעתו ונתן פסק דין דר-משמע'י. בפסק הדין שניתן על ידי השופט חשין, שאליו הצטרפו השופטים ברק ואור, נקבע שמאז עניין הופמן¹ הוכרה זכותן של נשות הכותל להתפלל בדרכן ברחבת הכותל המערבי. אלא שהשופט הוסיף וקבע שזכות זו אינה מוחלטת ושהמימוש הטוב ביותר של זכות זו – כזה שיפגע במידה הפחותה ביותר כרגשות המתפללים במקום – יהיה לספק לנשות הכותל אתר תפילה חלופי בקשת רובינסון⁴⁷. ארבעה מתוך חברי ההרכב – השופטים מצא, ביניש, שטרסברג-כהן ולוין – כתבו את חוות דעת המיעוט שלפיה יש לקבל את עתירת נשות הכותל ולאפשר להן להתפלל ברחבת הכותל. שני השופטים הדתיים בהרכב, השופטים אנגלרד וטירקל, התנגדו לכל הכרה בזכותן של נשות הכותל להתפלל ברחבת הכותל המערבי.

כסופו של דבר, פסיקת הרוב הייתה שאם הממשלה לא תהפוך את קשת רובינסון לאתר תפילה ראוי בשנים-עשר החודשים הקרובים, יוכלו נשות הכותל להתפלל בדרכן ברחבת הכותל. פסיקה זו זכתה לרוב בקרב תשעת השופטים הודות לשיקולים טקטיים⁴⁸: רוב של חמישה, לטובת החלופה של קשת רובינסון, התקבל בזכות הצטרפותם של השופטים הדתיים אנגלרד וטירקל לחשין, לברק ולאור. השופט אנגלרד נימק החלטתו: "מאחר שדעתי זו נשארת דעת מיעוט, מסכים אני, למצער, לחלק הראשון של החלטתו של חברי השופט מ' חשין, שלפיו אם תכשיר הממשלה את אתר 'קשת רובינסון' – כיאות וכנדרש – בתוך שנים-עשר חודשים מהיום, כי אז יינתן לנשות הכותל להתפלל כדרכן במקום זה"⁴⁹. הוא אף הוסיף שאם העניין היה תלוי בו אזי היה בית המשפט הופך את ההחלטה שנתקבלה בעניין הופמן²⁵⁰.

קשת רובינסון לא משכה אליה מתפללים לאורך ההיסטוריה של התפילה היהודית. רוב התפילות המתנהלות שם כיום הן של יהודים רפורמים וקונסרבטיבים, אשר בניגוד לנשות הכותל אינם יכולים לקיים את התפילות המעורבות שלהם ברחבת הכותל מפאת ההפרדה הקיימת בה בין נשים לגברים. ההחלטה שלפיה על

46 ס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984.

47 עניין הופמן³, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312.

48 רוב של שבעה שופטים, להיתר להתפלל ברחבת הכותל במקרה שהממשלה לא תכין את האתר החלופי, התקבל בזכות דעתם של ארבעת השופטים שתמכו ממילא באפשרות זו כאפשרות הבלעדית.

49 עניין הופמן³, לעיל ה"ש 2, בעמ' 336.

50 שם.

נשות הכותל להתפלל בקשת רובינסון משמעה למעשה הרחקתן של נשים אלה מהמרחב הציבורי הנתפס בעיני הקונצנזוס הדתי כמקודש. בהתאם לפסיקת בג"ץ, השקיעה הממשלה סכומי כסף נכבדים בהכשרת קשת רובינסון לאתר תפילה, זאת מבלי לפגוע בגישה לממצאים הארכיאולוגיים החשובים. העבודה לא הסתיימה במסגרת שנים-עשר החודשים שהוקצבו, אבל היועץ המשפטי חזר לבקש דחייה נוספת כדי לאפשר את סיום העבודות במקום, ובקשתו נענתה. מאז הושלמו עבודות הבנייה בקשת רובינסון, נשות הכותל אינן רשאיות, למעשה, להתפלל בדרכן, עם טלית ותורה, ברחבת הכותל המערבי, אלא רק בקשת רובינסון.

6. הזכות לשוויון וזהותן של נשים דתיות

נשות הכותל טענו מלכתחילה שמניעת זכותן להתפלל בדרכן בכותל מהווה פגיעה בזכותן לשוויון. בהליכים הופמן 2 והופמן 3 הפכה טענה זו לטענה מרכזית. טענה זו התבססה על תקדימים בפסיקת בית המשפט בשתי עתירות: שקדיאל⁵¹ ופורז⁵². עם זאת, כל השופטים שהכירו בזכותן של נשות הכותל להתפלל בדרכן בכותל — והם השופטים החילוניים — התעלמו לגמרי מנושא זכות הנשים לשוויון⁵³. השופטים בחרו לבסס את הכרתם בזכותן של הנשים להתפלל בדרכן בכותל על זכותן לחופש הגישה, חופש הביטוי וחופש הפולחן, אך לא על זכותן של נשים אורתודוקסיות לשוויון. בחירה זו מעוררת תמיהה, מאחר שההשלכות שיש להכרה בחופש הפולחן בעייתיות יותר. חופש הפולחן יכול, למשל, להביא למצב שבו יטענו "יהודים למען ישרו" לזכותם להתפלל עם צלבים בכותל המערבי⁵⁴. עולה מכאן, שבחירת השופטים מעידה על העדפתם לתת תוקף פוטנציאלי למה שנחשב בעיני הדתיים ככפירה דתית, מאשר חלילה לעסוק בשוויון נשים במסגרת הדת. יש להניח שהעדפה זו לא הייתה מודעת, שהרי הקושי שמעוררת הכרה בחופש הפולחן כלל לא הוזכר בטיעוני המדינה. ההימנעות מלדון בזכות לשוויון של נשים דתיות במסגרת הדת נובעת, כנראה, מהעובדה שעבור החילונים, דרכיה של הדתיות מצויות מחוץ לטווח הדיון החילוני בנושאים אתיים. על פי גישה זו, הקהילייה הדתית היא קהילייה סגורה שחבריה פועלים בהתאם לנורמות משלהם.

51 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988) (להלן: עניין שקדיאל).

52 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988) (להלן: עניין פורז).

53 יש לציין שגם בעניין שקדיאל וגם בעניין פורז, לא קבע בית המשפט העליון את עליונותה של זכות הנשים לשוויון על פני ערכים פטריארכליים של הדת, אפילו בהקשר של המשפט המנהלי החל על מוסדות ציבוריים ולא דתיים-פרטיים. להרחבה בעניין זה ראו: Frances Raday, *On Equality — Judicial Profiles*, 35 *Isr. L. Rev.* 380 (2003).

54 "יהודים למען ישרו" היא קבוצה של נוצרים שהוקמה בארצות-הברית, ושמה לה למטרה לשכנע יהודים שישו הוא המשיח והאלוהים. הם טוענים שהאמונה בישו כמשיח היא הגשמה נבואית של כתבי קודש עבריים.

הקהיליות הדתיות זכאיות לאוטונומיה, ולכן על בית המשפט לנסות להימנע, ככל האפשר, מכפייה של ערכים אוניברסליים על הארגון הפנימי שלהן. גישה זו מבוססת בוודאי על הרציונל של חופש הדת או על תפיסה רבת-תרבותית שנמנעת מלקיחת אחריות על תתי-קבוצות מדוכאות – בענייננו, של נשים – בתוך הקהילה הדתית האוטונומית. עמדה זו רואה בעצם השתייכותן של תתי-קבוצות לקהילה הדתית משום סוג של הסכמה לכלל המנהגים והמוסכמות של אותה קהילה, אפילו לאלו שמעמידים את אותן תתי-קבוצות במעמד לא שוויוני. מאחר שאלו הם פני הדברים, נושא השוויון של נשים במסגרת הדת הופך, עבור החילונים, לנושא שאין לדון בו. השופט היחיד שדן בנושא שוויון הנשים הוא, כאמור, השופט אלון בדעת המיעוט שלו בעניין הופמן¹. כשופט דתי מתקדם, הוא רואה את הדת כדרך חיים שצריכה לספק פתרונות לבעיות חברתיות בהווה, ביניהן מעמד האישה. פסיקתו של השופט אלון בעתירתה של לאה שקדיאל, שביקשה לאכוף את בחירתה למועצה הדתית, מבהירה שהוא תומך ברעיון שלפיו מוסדות הדת צריכים להביא בחשבון את השינוי במעמדן של נשים במאתיים השנים האחרונות. הוא פסק בעניין זה שאין לפרש את ההלכה כאוסרת על בחירתן של נשים למוסדות ציבוריים (כמקרה זה המועצות הדתיות)⁵⁵. למרות זאת, בעתירת נשות הכותל קבע השופט אלון שהכותל המערבי איננו מקום הולם לקונפליקט שהשינוי בפולחן הדת עלול להוביל אליו. באופן אירוני ומשמעותי, הוא סבר שהכותל הוא מרכז חשוב מבחינה רוחנית ודתית מכדי להכיל את מאבקן של נשות הכותל. המסר שעולה מפסק דינו הוא דחיקת סוגיית מעמד הנשים הדתיות לשולי השיח הציבורי, אפילו על ידי אותם הוגי דעות המבקשים לקדם שינוי בקהילה האורתודוקסית.

השופטים הדתיים האחרים שישבו בדין, השופטים טירקל ואנגלרד, לא הזכירו את הזכות לשוויון. עם זאת, הם התייחסו לזהותן של הנשים כנשים. השופט טירקל הדגיש כי נשות הכותל בהיותן נשים יכולות להמשיך ולהתפלל ב"עזרת נשים", כל עוד הן אינן מתפללות בקבוצה עם טלית ותורה. השופט אנגלרד רמז ("יש הגורסים") שהתנהגותן של נשות הכותל פרובוקטיבית וחסרת תום לב. גישתו זו של השופט אנגלרד נובעת, ככל הנראה, מחוסר יכולתו להעלות על הדעת את הרעיון שלנשים דתיות יש צורך רוחני אמיתי לבטא את עצמן בשוויוניות במסגרת היהדות האורתודוקסית.

הדרישה להכרה בזהותן הפמיניסטית-אורתודוקסית של נשות הכותל לא קיבלה מענה ברטוריקה של השופטים החילונים ונדחתה על ידי השופטים הדתיים. הפתרון שהציע בית המשפט בפסיקתו מוביל לתוצאה דו-משמעית. מחד גיסא, אפשר לראות את הפתרון כמקדם את מטרתן של פמיניסטיות אורתודוקסיות בכך שהוא מספק להן "חלל ציבורי משלהן". בית המשפט העניק לקבוצה את הזכות להתפלל במרחב ציבורי בעל חשיבות היסטורית-תרבותית, ודרש מהממשלה להשקיע לשם

55 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 51, בעמ' 270–271.

כך משאבים בהכשרת מקום המצוי במרחק נגיעה מאבני הכותל. מאידך גיסא, בית המשפט לא אפשר לנשות הכותל להתפלל במקום המרכזי לתפילה האורתודוקסית, בכותל המערבי, ב"עזרת הנשים". הוא סירב לאפשר להן לקיים גרסה שוויונית של פולחן אורתודוקסי כשותפות שוות בקהילה האורתודוקסית. בכך, מנע מהן בית המשפט את הזהות והמורשת שתבעו כנשים יהודיות אורתודוקסיות.

7. איזון חוקתי

הסוגיה החוקתית שעולה ממקרה נשות הכותל היא זכותן של נשים לשוויון בישות הדתית שלהן. בהתמודדות עם העימות בין ערכים תרבותיים פטריארכליים לבין הזכות של נשים לשוויון, מוטלת על המדינה, מכוח דיני זכויות אדם הבין-לאומיות, חובה להעדיף את השוויון על פני מסורת מפלה. גם דפוסי ההתנהגות בדתות נכללים בדרישה זו⁵⁶. אמנת CEDAW⁵⁷ קובעת בסעיף 5א:

"המדינות בעלות האמנה ינקטו את כל האמצעים המתאימים: כדי לשנות את דפוסי ההתנהגות הסוציאלית והתרבותית של גברים ונשים, במגמה להשיג את ביעורם של דעות קדומות ושל מנהגים מקובלים ואחרים המבוססים על הרעיון של נחיתות או עליונות של אחד מן המינים או של תפקידים סטראוטיפיים לגברים ולנשים".

את העיקרון במשפט הבין-לאומי של עליונות הזכות לשוויון על ערכים תרבותיים או דתיים-מסורתיים יש להחיל גם כעיקרון חוקתי. ביססתי עמדה זו במאמר אחר⁵⁸, ובמסגרת מאמר זה אביא רק חלק מהטענות האמפיריות והתאורטיות המובאות שם. העובדה שנשים מורדות בסטנדרטים פטריארכליים של חברות מסורתיות הגורמים להן נזק, היא עובדה אמפירית. מרתה נוסבאום (Nussbaum) תיעדה את היקף ההתנגדות בקרב נשים בתרבויות מסורתיות או קהיליות דתיות במחקרה המופתי על נשים ותרבות⁵⁹. נוסבאום דנה בעמדה הטוענת שמעמדן של נשים בחברות מסורתיות אינו צריך להיבחן בהתאם לערכים אוניברסליים החותרים תחת הגיוון התרבותי. בנתחה "שיחות אנטי-אוניברסליות", היא מציגה תשובות משכנעות

56 Frances Raday, *Culture, Religion and CEDAW's Article 5(a)*, in *THE CIRCLE OF EMPOWERMENT: 25 YEARS OF THE UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN* (Schopp Schilling & Cees Flinterman eds., forthcoming)

57 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (האמנה לביעור כל צורות ההפליה של נשים). יש לציין שישראל חתמה על אמנה זו ב-17 ביולי 1980 ואשררה אותה ב-3 באוקטובר 1991 ולכן היא צד לה.

58 Frances Raday, *Religion, Multiculturalism and Equality – The Israeli Case*, 25 *Israel Y.B. Human Rights*. 193 (1995)

59 MARTHA C. NUSSBAUM, *WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH* (2000).

לטענות שעולות אך ככל זאת מסכמת כך: "מושגים אוניברסליים רבים של בני האדם נוטים ללקות ביהירות צרת אופקים ולהזניח את ההבדלים בין תרבויות ודרכי חיים"⁶⁰. מסיבה זו היא מנסה ליישב את הוויכוח בין ערכים ליברליים אוניברסליים לבין נורמות תרבותיות ודתיות מבלי להתבסס על עדיפות הזכות לשוויון. בהתאם לכך, היא מאמצת את "גישת היכולות" (Capabilities Approach) של אמרטיה סן (Amartya Sen) כדי לנסח עקרונות חוקתיים של המדינה בהתאם לצרכים הייחודיים של כל אומה⁶¹. "גישת היכולות" גורסת שיש להבטיח לכל בן אדם יכולות למלא תפקידים מרכזיים הדרושים לחיים בכבוד ובחירות.

הרגישות של נוסבאום לנושא המגוון התרבותי בעלת חשיבות רבה. אי-אפשר להתכחש לעובדה שצורות חיים תרבותיות ודתיות מסורתיות מילאו לאורך ההיסטוריה תפקיד מרכזי בשמירה על הלכידות החברתית ובהענקת נחמה ליחיד. בנוסף, אין ספק שמסורות ודתות אלו אינן עומדות להיעלם, לפחות לא בעתיד הנראה לעין. לכן, הן מבחינה אידאולוגית והן מבחינה פרגמטית, המאמצים המופנים להשגת שוויון לנשים צריכים להיעשות, עד כמה שאפשר, במסגרת המגבלות של התרבות המסורתית או הדתית. עם זאת, התנאי לכך הוא שמאמצים אלו יכבדו את חשיבות המגוון התרבותי רק עד גבול מסוים. ואכן, גם על פי נוסבאום, כיבוד המגוון התרבותי אינו יכול לבוא על חשבון זכותן של נשים ליהנות מהיכולות המרכזיות, וביניהן הזכות לשוויון.

אף על פי שהגישה של נוסבאום מדגישה בצדק את הצורך לגלות רגישות להבדלים בדת ובתרבות, הפתרון שהיא מציעה לדילמת המאבק בין ערכים ליברליים אוניברסליים לבין נורמות של דת או תרבות, מחזיר אותנו בעצם לעדיפות הזכות לשוויון על פני נורמות של הדת. היא מציעה מודל אוניברסלי להתמודדות עם דילמות דתיות: "המדינה וסוכניה יכולים להטיל עול משמעותי על הדת רק כאשר הם יכולים להצביע על אינטרס מחייב. אבל [...] ההגנה על יכולותיהם המרכזיות של אזרחים צריכה תמיד להתפרש כאינטרס מחייב עבור המדינה"⁶². הגנה זו על יכולות מרכזיות נוגעת לפונקציות חיוניות לבני אדם, כדי לאפשר להם לחיות בכבוד ובחופש ולתכנן את חייהם בשיתוף פעולה והדדיות. רשימת היכולות הפונקציונליות המרכזיות של בני אדם שמציעה נוסבאום, כוללת יכולות רבות הנמנעות מנשים בתרבויות מסורתיות ועל פי נורמות של הדת: היכולת להחזיק ברכוש או לחפש תעסוקה על בסיס שוויוני; היכולת להשתתף ולהשפיע בבחירות פוליטיות; היכולת לנוע בחופשיות ממקום למקום; היכולת לשלוט באופן מלא על הגוף והיכולת להיות מוגנים מפני התעללות מינית. בניסוחה של נוסבאום, הבסיס הסוציאלי לכבוד עצמי, לאי-השפלה ולזכאות ליחס שוויוני של כבוד, דורש

60 Martha C. Nussbaum, *Sex and Social Justice* 39 (1999). בתרגום חופשי מהמקור.

61 Nussbaum, לעיל ה"ש 59, בעמ' 105.

62 שם, בעמ' 202. בתרגום חופשי מהמקור.

“באופן הבסיסי ביותר, את ההגנה נגד אפליה על רקע גזע, מין, העדפה מינית, דת, קְּטָה, אתניות או לאום”⁶³.

מבחינה חוקית או חוקתית, כל הדרישות של נוסבאום מתורגמות בקלות יחסית לשפה של זכויות האדם, המוגנות על פי אמנות האו"ם ועל פי עקרונות חוקתיים. יתרה מכך, מבחינה חוקתית, הדרך לממש את “גישת היכולות” של סן ונוסבאום היא להבטיח אותן באמצעות זכויות פוליטיות, אזרחיות, כלכליות וחברתיות. נוסבאום עצמה מכירה בקרבת ה”יכולות” לזכויות אלו ובחשיבותן של האחרונות כשלעצמן⁶⁴. גישתה של נוסבאום, בהדגישה את הצורך לגלות רגישות כלפי הבדלים בדת ובתרבות⁶⁵, נבדלת מגישתה של סוזן מולר אוקין (Okin):

“אין לדון על בסיס כבוד עצמי או חופש, שנשים חברות תרבות מעוניינות באופן ברור בשימורה. לאמיתו של דבר, עדיף היה להן אילו התרבות שלתוכה הן נולדו הייתה נעלמת כליל (וכך חבריה ישתלכו בתרבות הסקסיסטית פחות הסובבת אותם) או, וזו האפשרות העדיפה, שיעודדו אותה לשנות את עצמה ולחזק את מעמדן השוויוני של נשים”⁶⁶.

לדעתי, אפשר לטעון על יסוד הזכות לחופש, שנשים החברות בתרבות מסורתית או בקהילה דתית יכולות דווקא להיות בעלות עניין בשימורה של התרבות או הדת. יתרה מזאת, קיימות נסיבות שבהן נשים הן בעלות זכות חוקתית לשוויון לא רק מבחינת אפשרות היציאה מהמסגרת התרבותית או הדתית, אלא גם מבחינת מימוש זכויות שוות בתוך אותה תרבות או דת. המקרה של נשות הכותל מדגים זאת היטב.

יש שתי דרכים שונות שבהן נשים החברות בתרבות מסורתית או בקהילה דתית, הכופה עליהן נורמות פטריארכליות, יכולות לממש את זכותן החוקתית לשוויון: הראשונה היא השאיפה לישות שוויונית בתוך הקהילה והשנייה היא חיפוש השוויון מחוץ לקהילה — זכות היציאה⁶⁷. נשות הכותל טוענות לישות שווה במסגרת הקהילה הדתית. זוהי דרישה שלמה ומקיפה יותר מדרישת זכות היציאה. זוהי טענה המשקפת הלך רוח חדש בקהילה הבינ־לאומית של נשים דתיות. ההתייחסות לפרספקטיבה הפמיניסטית הדתית הולכת ותופסת תאוצה במסגרת המחקר האקדמי. שרמה ויאנג (Sharma & Young) פרסמו לאחרונה מחקר השוואתי הנוגע לפרספקטיבות של נשים בדתות העולם: הינורואיזם, בודהיזם, קונפוציוניזם, טאוואיזם, יהדות, נצרות ואסלאם. בכל המקרים מגיעות הכותבות

63 שם, בעמ' 79. בתרגום חופשי מהמקור.

64 שם, בעמ' 96–101.

65 שם, בעמ' 192. בתרגום חופשי מהמקור.

66 Okin, לעיל ה"ש 14, בעמ' 22–23. בתרגום חופשי מהמקור.

67 לעיל ה"ש 7, לדין נרחב בנושא זכות היציאה.

למסקנה שאפשר וצריך למצוא שוויון לנשים במסגרת הדת, אך באף אחד מהמקרים לא חשו הנשים כאילו מטרה זו כבר הושגה.⁶⁸

מקרה נשות הכותל הוא עדות ברורה למחשבה הפמיניסטית שצומחת בתוך הדתות ודורשת הגדרה מחדש של ההיררכיות הדתיות, כדי להבטיח שוויון לנשים דתיות במסגרת האמונה והדת שאליהן הן משתייכות. עד כה לא נעשו ניסיונות פרקטיים או תאורטיים רבים לתרגם את הדרישה של נשים דתיות פמיניסטיות למושגים של זכות חוקתית. אולם כבר הוצגו תביעות כאלו בנוגע לתרבויות מסורתיות. בארצות-הברית ובקנדה⁶⁹, למשל, הציגו נשים שבטיות דרישה לישות תרבותית שווה: הן ביקשו לשמר את השתייכותן לשבט גם כאשר נישאו לאנשים מחוץ לשבט. תביעותיהן נדחו על ידי בתי המשפט העליונים בשתי המדינות, אך התביעה של הנשים הקנדיות, נגד המדיניות הקנדית לאפשר את שלילת הזכויות השבטיות שלהן, אושרה על ידי ועדת זכויות האדם, שהיא ועדת האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. לאחר החלטה זו תוקן החוק הקנדי⁷⁰.

זהו סוג התביעה שמציבות נשות הכותל בדרישה שירשו להן להתפלל בדרכין במרחב ציבורי, בתפילה פעילה השמורה באופן מסורתי לגברים. דרישה זו של נשים בקבוצות אלו תקפה לחלוטין, בהיותה ניסיון לשפר את תנאי חברותן ולקדם את האינטרסים שלהן בעניין שוויון מגדרי בקהילה. עם זאת, ישנה לכאורה אנומליה כלשהי שעולה מדרישה זו. מצד אחד, היא מתבססת על הרצון לממש את הזכות לחברות ומצד שני, על דחיית תנאי החברות שהקהילה מציעה. כאשר נשים מתרבויות מסורתיות ומקהילות דתיות שואפות לישות שווה בתוך הקהילה, ההיענות של המדינה לדרישה שהן מציבות עלולה להביא לתוצאה שלילית שעיקרה פגיעה באוטונומיה של הקהילה. הדרישה לשוויון במסגרת קבוצה מסורתית עלולה לשנות את ה"מודוס ויִוְנְדִי"⁷¹ של הקבוצה באופן כזה שיעמוד בניגוד לרצון הרוב בקרב חברי הקבוצה, נשים וגברים כאחד. אם כך, נראה כי המדינה צריכה לשקול בזהירות את התערבותה בקבוצות דתיות או תרבותיות וצריכה, בדרך כלל, להימנע מערעור על האוטונומיה של הקהילה. לכן התביעה של אישה אינדיווידואלית לא בהכרח תצדיק את התערבות המדינה להגביל את הנורמות והמנהגים של קהילות מסורתיות. אולם לכלל הזהירות ישנם חריגים: ישנן נסיבות שבהן יכולה וצריכה להינתן תמיכה חוקתית לדרישה לשוויון בזהות הדתית. יש דרכים שבהן המדינה

68 FEMINISM AND WORLD RELIGIONS 18–22 (Arvind Sharma & Katherine K. Young eds., 1999)

69 Canada (Attorney General) v. Lavell [1974] S.C.R. 1349

70 Communication No. 24/1977 (1)–(2), decided July 30, 1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 224 (1990)

71 "מודוס ויִוְנְדִי" הוא ביטוי בלטינית המשמש לתיאור מצב פוליטי ודיפלומטי שבו שני הצדדים של עימות מסוים חולקים הסכמה ארעית ולא רשמית על הפסקה של עימות זה, מתוך נכונותם להגיע או לציית להסדרים מסוימים שיבטיחו את מסלולם התקין של חייהם. כאשר שני צדדים מגיעים למצב של "מודוס ויוונדי" ביחס למחלוקת מסוימת, פירוש הדבר שלמרות המחלוקת, אומצה דרך שתאפשר לשני הצדדים לחיות אתה.

יכולה וצריכה להתערב. אם ההפליה הדתית מביאה לפגיעה בכבוד האדם של נשים, באמצעים אלימים או בפגיעה כלכלית, ההתערבות היא מוצדקת והכרחית. יתר על כן, גם במקרים של הפליה בהשתתפותן של נשים, בתפקידים או בטקסים של הדת, המדינה צריכה לפעמים לנקוט עמדה חוקתית. זאת, למשל, כאשר הדרישה לשוויון עולה בקנה אחד עם פרשנות פנימית בעלת סמכות לנורמות של הקבוצה או כשקבוץ בלתי מבוטל של נשים מתוך הדת תומך בדרישה לשוויון. במקרים שבהם מתקיים אחד מתנאים אלו, אמנם על המדינה להיזהר באופן שבו היא מתערבת כדי להזים את ההפליה בתפקידים או בטקסים, אך, לכל הפחות, מוטל עליה להפסיק את תמיכתה, על משאביה ושירותיה, בפעילות המפלה של הקהילה הדתית.

במקרה נשות הכותל, הקריטריונים להתערבות קיימים. ראשית, אף שמדובר בתפילה שנויה במחלוקת, תפילתן עולה בקנה אחד עם פרשנויות בעלות סמכות מתוך הקהילה הדתית האורתודוקסית ביחס לנורמות מחייבות. שנית, יש קבוצה נכבדת של נשים שמשתתפות או תומכות בנוהג התפילה של נשות הכותל. שלישית, נשות הכותל מבקשות ממדינת ישראל למנוע את שירותיה ומשאביה של המדינה ממנהגים מפלים, שבמקרה זה מגובים גם בקנאות אלימה. יתרה מזאת, הן מבקשות מהמדינה למנוע סיפוח של מקום מרכזי בעל משמעות סמלית לאומית למען מטרות פטריארכליות.

8. סיכום

סוגיית יעילות ההתערבות השיפוטית בסוגיות חוקתיות של שוויון נשים ודת היא סוגיה מורכבת. אמנם ברמה הבין-לאומית, כאמור לעיל, נקבעה ההגמוניה הנורמטיבית של השוויון המגדרי בהתנגשותו עם נורמות תרבותיות או דתיות. אולם בחלק מבתי המשפט החוקתיים במדינות אחרות ניסו ליישם שוויון מגדרי אל מול התנגדות דתית. מאמצים אלו בדרך כלל לא הצליחו להכריע את העניין בשטח במקרים שבהם הממשלה פעלה בניגוד לקביעות השיפוטיות החוקתיות. צריך להיות ברור לגמרי שהבטחת זכויות האדם של נשים אינה יכולה להיות מוטלת רק על בתי המשפט. מחויבות בין-לאומית, כמו גם תאוריה חוקתית, דורשת את תמיכתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.⁷²

מקרה נשות הכותל מדגים את יכולת ההשפעה המוגבלת של המערכת השיפוטית בהיעדר תמיכה ממשלתית. אף על פי שמתוך אחד-עשר שופטי בית המשפט העליון, שישבו בשימועים השונים, שמונה הכירו בזכותן להתפלל בדרכן ברחבת הכותל המערבי, לא ניתנה להן, לבסוף, זכות זו. אף על פי כן, סיפור נשות הכותל ממחיש

72 לעיל ה"ש 7. מסקנה זו מתבססת על מחקר השוואתי בנושאי חקיקה ותקנות בין-לאומיות הנוגעות לעימות בין דת ותרבות לבין זכותן של נשים לשוויון.

גם את חשיבות תרומתו של ההליך בבית המשפט. נשות הכותל זכו להכרה של המדינה, בשונה מהיחס השלילי שזכו לו מההנהגה הדתית האורתודוקסית. בשל ההליכים בבית המשפט זכה נוהג התפילה של נשות הכותל והשיח הפמיניסטי הדתי שממנו הוא נובע, להכרה ציבורית, מה שקרוב לוודאי לא היה קורה אחרת. ההליכים המשפטיים לו בעלייה הדרגתית במספר קבוצות הנשים המתפללות עם טלית, תורה ותפילה בבתי כנסת בכל רחבי ישראל⁷³. אף על פי שאי־אפשר להוכיח יחס חד־משמעי של סיבה ותוצאה, נראה שההליכים המשפטיים תרמו להתפתחות התרבותית והחברתית של מסר נשות הכותל.

תיק נשות הכותל טעון מבחינה סמלית. הסאגה של נשות הכותל מבטאת את השאיפה לנשות את המרחב הפטריארכלי הדתי כך שנשים יוכלו לחלוק בו עם הגברים ולהשמיע בו את קולן. ההתנגדות האלימה שהן עוררו – התנגדות שזכתה לתמיכה שערווייתית של הציבור ולמחילת הממשלה – מסמלת את ההשתקה של נשים לאורך הדורות, ומצביעה על הפטריארכליות הדתית המצויה בלבה של האומה. עתירות נשות הכותל שואפות לאתיקה אוניברסלית פמיניסטית. הן דורשות ישות דתית מלאה ושווה. גורלן הוא בעל חשיבות רבה לא רק עבור נשים וגברים דתיים, אלא גם עבור החברה האזרחית כולה. הצלחתן הייתה יכולה לסמל את ניצחון הפלורליזם והסובלנות על פני הפונדמנטליזם. התוצאה האמביוולנטית מעידה על חולשתה של מערכת בתי המשפט בניסיונה לשמור על זכויות האדם של נשים מול התנגדות דתית אלימה, ללא תמיכתה של הממשלה. רתיעתו של המשטר הפוליטי והמשפטי בישראל מלתמוך בתביעתן של נשות הכותל לממש את זכותן לשוויון והכניעה לגורמים דתיים קיצוניים ואלימים, אינם משרים טובות לערכים הדמוקרטיים של המדינה.

73 יש לציין שחלק מהקבוצות, שלא כמו נשות הכותל, מתפללות במניין. ראו תמר וייס "שירה חדשה" – מניין הלכתי אחר" דעות 15, 15 (2003).