

דינו של הסכם פוליטי

בעקבות בג"צ 5364/94 ואח' ולנר ואח' נ'
יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח' (טרם פורסם)

אריאל בנדור*

א. פתיחה. ב. פסק-הדין; 1. העובדות; 2. עמדותיהם של שופטי הרוב; (א) עמדת הנשיא שמגר; (ב) עמדת השופט גולדברג; (ג) עמדת השופט חשין; 3. עמדותיהם של שופטי המיעוט; (א) עמדת המשנה-לנשיא ברק; (ב) עמדת השופט אור. ג. הסכם פוליטי במשפט; 1. מהותו של הסכם פוליטי; (א) פסיקה; (ב) ספרות; (ג) הגישה המוצעת; 2. הדין החל על הסכם פוליטי; (א) התוקף המשפטי; (ב) ענף המשפט; (ג) הגישה המוצעת. ד. במקום סיכום.

א. פתיחה

1. שעה קלה לפני שבית-המשפט הגבוה לצדק מסר את פסק-דינו בדבר תוקפו של ההסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לבין תנועת ש"ס (להלן, פסק-הדין), שבו הוסכם על הצטרפות ש"ס לממשלה, הודיעה תנועת ש"ס על חזרתה מן ההסכם. למרות שבפסק-הדין נקבע ברוב דעות כי אין עילה לפסילתו של ההסכם, לא הופתע איש מכך שמפלגת העבודה – שנציגיה בבית-המשפט הגנו בעוז על ההסכם, וכפי שהתברר אף בהצלחה – לא פנתה אל בית-המשפט בבקשת סעד כנגד הפרתו. דומה כי הימנעות זו לא נבעה רק מן העובדה שההסכם היה טעון אישור מאת המוסד המוסמך של מפלגת העבודה מזה ומאת מנהיג ש"ס – הרב עובדיה יוסף – מזה, או רק מן השיקול הפוליטי של מפלגת העבודה, שלא לעורר עליה את חמת ועמה של ש"ס. על דעת המפלגה לא עלה כי בכוחו של הסכם כלשהו לחייב מפלגה אחרת להצטרף לממשלה בניגוד לרצונה. יש להניח כי אף תנועת ש"ס לא היתה תובעת לדין את מפלגת העבודה אילו היתה חוזרת בה מן ההסכם ומסרבת לצרף את ש"ס לממשלה, קובעת לצירופה תנאים שונים מאלה שעליהם הוסכם או מסרבת לקיים התחייבויות אחרות שלה שעוגנו בהסכם הקואליציוני.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי לשולמית אלמוג על הערותיה החשובות.

מאליה מתעוררת איפוא השאלה, מהו היסוד המשפטי להימנעות הצדדים מעמידה על מימוש ההסכם, ועל מה ולמה טרחו חמישה שופטים נכבדים של בית-המשפט העליון וכתבו פסק-דין המשתרע על פני 106 עמודים, ובו דיון בתוקפו של הסכם שבו אף אחד מן הצדדים אינו קשור.

לשם כך יש לפנות, ראשית לכול, לעובדות נושא פסק-הדין ולנימוקיהם השונים של השופטים. אמנם פסק-הדין הוא עצום בהיקפו, ואין לא טעם ולא אפשרות לפרט כראוי ברשימה זו את כל נימוקי השופטים. ואולם פטור בלא כלום אי אפשר, ואשתדל לסקור את עיקר הדברים. רשימה זו תתמקד, אגב פסק-הדין, בכמה סוגיות מרכזיות הנוגעות למעמדו של הסכם פוליטי במשפט, שהדיון בהן בפסק-הדין היה בעיקרו במסגרת אמרות-אגב: מהותו של הסכם פוליטי, תוקפו של הסכם פוליטי, והדין החל עליו.

בפסק-הדין נדרש בית-המשפט העליון בעיקר לעניין הסכמים פוליטיים הפסולים בשל תוכנם ככלל, וכמובן לסוגיית פסלותו של ההסכם הספציפי נושא פסק-הדין, שבו הסכימו הצדדים על ביטולן של הלכות שיקבע בית-המשפט בעתיד, אם יביאו להפרת "הסטטוס-קוו" בענייני דת. כן נדונה סוגיית שפיטותם של הסכמים פוליטיים, לרבות שיקול הרעת של בית-המשפט בדיון בהסכמים פוליטיים ובמתן סעדים בעניינם. בסוגיות אלה – הראויות לרשימה נפרדת – לא אדון ברשימה זו.

ב. פסק-הדין

1. העובדות
2. לבית-המשפט הגבוה לצדק הוגשו עתירות אחדות כנגד ההסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לבין תנועת ש"ס. כבין סעיפי ההסכם – שהתמקד כולו בשמירת "הסטטוס קוו" בענייני דת – מצא בית-המשפט כבעייתי מבחינה משפטית רק את סעיף 3, שבו נקבע:

במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה.

לאחר תחילת הדיון בבית-המשפט והוצאתו של צו-על-תנאי, וכנראה בעקבות הערות של בית-המשפט, נחתם על-ידי מפלגת העבודה ותנועת ש"ס מסמך הנושא את הכותרת "הבהרה". וכך נאמר בו:

הואיל וש"ס ומפלגת העבודה מעוניינות לשמור על הסטטוס קוו בענייני דת כפי שהיה נהוג ערב הקמת הממשלה הנוכחית. והואיל והתעוררה שאלה בדבר כוונת הצדדים באשר להפעלת שיקול דעת הצדדים מכוח זכרון הדברים ביניהם מיולי 1994 [כלומר, ההסכם הקואליציוני]. מובהר בזאת על ידי הצדדים כי מטרת זכרון הדברים, ובכלל זאת

סעיף 3 לו, הינה להביא לבחינה, דיון ובדיקה של כל מקרה בו תועלה טענה בדבר הפרת הסטטוס קוו.
 בכל מקרה כאמור בו יסברו הצדדים כי הסטטוס קוו הופר, יבדקו הצדדים באופן ענייני וסביר, תוך הפעלת שיקול דעת בכל מקרה לגופו, את הדרכים להשבת הסטטוס קוו לקדמותו ויפעלו בהתאם. היה ויתברר כי הדרך היחידה להשבת הסטטוס קוו היא בדרך של חקיקה – יפעילו הצדדים שיקול דעת בדבר תוכנה הראוי של חקיקה כזו.
 הצדדים מסכימים כי הבהרה זו הינה חלק בלתי נפרד מזכרון הדברים שבין שתי המפלגות מיולי 1994.

לעניין פירושו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני, שלדעת בית המשפט "ההבהרה" האמורה לא שינתה אותו, נקבע מפי הנשיא שמגר שכוונתו הברורה היא "כי כל אימת שפסיקה של בית משפט זה תהיה, לדעת החתומים על ההסכם, בגדר הפרה של הסטטוס קוו בענייני דת, יבוא בעקבות זאת, ipso facto, תיקון בחוק המחזיר את המצב לקדמותו. ... גובשה הסכמה כללית והחלטית מראש לשנות חקיקה אך ורק כדי לבטל תוצאותיה של הכרעה שיפוטית, מבלי לדעת טיבה של הפסיקה, הנמקתה, הגיונה וצידקתה".²

2. עמדותיהם של שופטי הרוב

3. העתירה לביטול ההסכם – לרבות סעיף 3 שבו – נדחתה ברוב דעותיהם של הנשיא שמגר והשופטים גולדברג וחשין, כנגד דעתם של המשנה-לנשיא ברק והשופט אור, שסברו כי על בית המשפט לקבוע כי סעיף 3 להסכם בטל ומבוטל.
 כל אחד משופטי הרוב ביסס את מסקנתו על הנמקה שונה. אסקור בקצרה את עמדותיהם.

(א) עמדת הנשיא שמגר

4. הנשיא שמגר ביקר קשות את ההסכם, שבו יש, לדבריו, "כדי לפגוע באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון. ... האינטרס הציבורי יוצא נזיק מן הסמכות שנטלו לעצמם הצדדים להסכם. ... החלטה מראש על יצירת מכש מול התהליכים המשפטיים הסדירים, הבאים לענות על צרכי החברה והאדם המשתנים, מבלי להותיר את העניין להתייחסות פרטנית ועניינית לאחר מעשה, היא החלטה בלתי ראויה".³
 הנשיא הוסיף ועמד על העיקרון, כי "תוכנו של הסכם קואליציוני הוא בתחום הפיקוח השיפוטי".⁴

1. האמור בסוגריים המרובעים הוסף.
 2. פסק-הדין, 13 (מתוך סעיף 6 לפסק-הדין של הנשיא שמגר).
 3. פסק-הדין, 17 (מתוך סעיפים 9 ו-10 לפסק-הדין של הנשיא שמגר). ההדגשה במקור.
 4. שם, 22 (מתוך סעיף 14 לפסק-הדין של הנשיא שמגר).

5. עם זאת, לדעתו יש מקום לפסילה משפטית של הסכם קואליציוני רק כאשר תוכן ההסכם לוקה בפגמים שיש בהם כדי לפסול רשימה מהשתתפות בבחירות לכנסת,⁵ כלומר שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה או הסתה לגזענות; או כאשר ההסכם "נושא סימני שחיתות או השחתה, בעיקר בתחומי הממון וטוהר המידות".⁶ הנשיא שמגר הוסיף וציין, "כי אין לראות בכך רשימה סגורה, וניתן להביא דוגמאות נוספות של פגיעה ערכית מהותית, היורדת לשורשו של העניין והמחייבת התערבות שיפוטית, כגון נסיבות בהן יש פגיעה מהותית בתקנת הציבור".⁷ המבחן המנחה הוא, "אם רשימה, שהיתה מצהירה במצע הבחירות על מטרתה המדינית בנוסח ההסכם נושא דיוגנו, הייתה נפסלת ...".⁸ הנשיא שמגר לא מצא כי ההסכם נושא הדין נכנס לגדר עילות פסילה אלה. הטעם לדחיית העתירה על-ידי הנשיא שמגר היה נעוץ איפוא בתפיסתו הדמוקרטית: הצורך להקנות לגורמים הפוליטיים את החופש המרבי להביע את עמדותיהם, לרבות התקשרות בהסכמים להגשמתן. הנשיא שמגר סיים את פסק-דינו בהבעת האמונה כי "גורמים אשר ינסו לצמצם תפקידו החיוני של בית המשפט בחברה דמוקרטית יקומו ויחלפו, אולם בית המשפט העצמאי והבלתי תלוי במדינת ישראל לעולם עומד".⁹

(ב) עמדת השופט גולדברג

6. אף השופט גולדברג – למרות שצייד בדחיית העתירה – לא חסך את שבט לשונו מן ההסכם ומחותמיו. לדבריו, "אין לראות ... את חותמי ההסכם הקואליציוני הנדון אלא כמי שלקו בליקוי מאורות, שעה שבאו לכרסם באיזון שבין הרשויות. ... חותמי ההסכם ... העדיפו, מטעמים שלהם, לפגוע באינטרס הציבורי הכללי, המגולם בתפקידו של בית המשפט".¹⁰

7. השופט גולדברג מודע לכך כי לכאורה, על-יסוד דעתו האמורה, דינו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני הנדון היה להתבטל בהיותו נוגד את תקנת הציבור. מדוע איפוא הוא צידד בדחיית העתירה? משום שבקבלת עתירה כנגד פגיעה במעמדו של בית-המשפט "עלול בית המשפט להראות כמי שחצה את הקו האדום של התערבות בהסכם פוליטי, רק בשל היותו מעורב, שלא בטובתו, בהסכם עצמו".¹¹ לשיטתו, "רק באי

5. כאמור בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

6. פסק-הדין, 23 (מתוך סעיף 15 לפסק-הדין של הנשיא שמגר).

7. שם, שם.

8. שם, 23-24 (מתוך סעיף 16 לפסק-הדין של הנשיא שמגר).

9. שם, 26 (מתוך סעיף 17 לפסק-הדין של הנשיא שמגר).

10. שם, 67 (מתוך סעיף 2 לפסק-הדין של השופט גולדברג).

11. שם, שם (מתוך סעיף 5 לפסק-הדין של השופט גולדברג).

התערבותנו בהסכם כזה מעבירים אנו את המסר הברור והחד-משמעי כי עניינו של בית-משפט זה אין הוא ב'קרב על השליטה', אלא בהשלטת עליונות המשפט...¹². עם זאת, ציין השופט גולדברג כי היה מקבל את העתירה אילו סבר כי ההסכם אכן יוצא לפועל, ואולם במקרה זה הוא העדיף להשליך את יהבו "על חברי הכנסת אשר ישכילו ביום פקודה (תרתי משמע), להצביע בכל מקרה ומקרה בו תונח הצעת חוק 'מתקנת בג"צ', מתוך מחשבה ושיקולים ענייניים, ולא מתוך משמעת ציבורית, שיהא בה לכרות את הענף אשר כולנו יושבים עליו"¹³. השופט גולדברג סבר כי "יש קירבה לוודאות לקיום 'סעד חלופי' ברשות המחוקקת"¹⁴, ועל כן לא מצא כי על בית-המשפט להפעיל את סמכותו ולהעניק סעד כנגד ההסכם הנדון, למרות פסלותו.

(ג) עמדת השופט חשין

8. השופט חשין סמך את שתי ידיו על המלים הקשות שניתנו מפי כל חבריו על סעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד.¹⁵

עם זאת, סבר אף הוא כי דין העתירה להידחות. לכך הביא שני נימוקים: ראשית, בדומה לדעתו של הנשיא שמגר סבר אף השופט חשין כי היות שמפלגה רשאית להתמודד בבחירות לכנסת על יסוד מצע שתוכנו כתוכן ההסכם הנדון, אין אף יסוד "שלא להכיר בזכותה המלאה של אותה מפלגה להגשים את מצעה על דרך כריתתו של הסכם קואליציוני. למיצער נכונים הדברים ככל שהמדובר הוא בעיקרו של מצע. לא נותר להרחיק בשמאל בעוד ימין מקרבת"¹⁶. שנית, הסכם פוליטי אינו עשוי להקנות זכויות משפטיות ולהטיל חובות משפטיות בין הצדדים לו, ועל כן – בכפיפות לכוחו של בית-המשפט להכריז עליו כהסכם לא-חוקי או כהסכם הסותר את תקנת הציבור – אין הוא "שפיט".

אף השופט חשין, ככל הנראה, פסק כפי שפסק מתוך אמונה כי ההסכם לא יוצא לפועל, והנזקים הצפויים ממנו לא יתממשו. ובלשונו: "אין אני חש לא למעמדה של הרשות השופטת, לא לעצמאותה, לא לכבודה ולא לאמון הציבור בה. העם בישראל חכם הוא; גם נבחריו של העם בנייתבונה הם; והכל ידעו את דרכם הראויה"¹⁷.

3. עמדותיהם של שופטי המיעוט

9. השופטים בעלי דעת המיעוט – המשנה-לנשיא ברק והשופט אור – חלקו על התוצאה שבה צידדו שופטי הרוב. הם סברו כי דין העתירה להתקבל, במובן זה שייקבע כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני הנדון בטל ומבוטל. שני השופטים אף הסכימו ביניהם בדבר הנימוקים לקבלת העתירה.

12. שם, 70 (מתוך סעיף 5 לפסק-הדין של השופט גולדברג).

13. שם, 70-71 (מתוך סעיף 6 לפסק-הדין של השופט גולדברג). ההדגשה במקור.

14. שם, 72 (מתוך סעיף 8 לפסק-הדין של השופט גולדברג).

15. שם, 83.

16. שם, 91 (מתוך סעיף 7 לפסק-הדין של השופט חשין).

17. שם, 105 (מתוך סעיף 18 לפסק-דינו של השופט חשין).

(א) עמדת המשנה-לנשיא ברק

10. המשנה-לנשיא ברק סבר כי דינו של סעיף 3 בהסכם הקואליציוני להתבטל בהיותו נוגד את תקנת הציבור החוקתית. ניגוד זה הוא משתי בחינות: 18 ראשית, הסעיף פוגע במעמדה של הרשות השופטת, ואגב כך אף עלול לפגוע בעצמאותם של השופטים ובאמון הציבור בהם. הסעיף פוגע עמוקות במעמד בית המשפט – ובמיוחד בית המשפט העליון – כמכריע בסכסוכים בענייני עובדה ודין. מפגם זה אף נגזרות פגיעה באי-התלות העניינית של השופטים, בכך "שמדריכים" אותם שלא לשנות בפסיקתם את "הסטטוס-קוו" בענייני דת, כדי שהפסיקה לא תבוטל; ופגיעה באמון הציבור בשופטיו, בכך שהציבור יימנע מפנייה לבית המשפט אם ידע שהפסדו מובטח, ובכך שהציבור עלול להניח כי השופטים יושפעו על-ידי האיום שביסוד ההסכם. שנית, הסעיף פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. השופט ברק סובר כי הסעיף "הורס את הגשר אשר הפרדת הרשויות נשענת עליו. ... הרשות המחוקקת נקראת על פיו לשנות את הפרשנות השיפוטית, בלא לשקול אותה לגופה, בלא לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה, ובלא לעיין בה כלל. ... די בהחלטה של המשה חברים שנקבעו בהסכם הקואליציוני כדי להפעיל את גלגלי החקיקה". 19

11. לדעת המשנה-לנשיא, מפגיעות מהותיות אלה בתקנת הציבור נגזרת בטלות הסעיף, יהיה מעמדו המשפטי העקרוני של ההסכם הפוליטי אשר יהיה. עם זאת, מאחר שהשופט חשין – באמרת-אגב, כך סבר השופט ברק – שלל את עצם תוקפם המשפטי ושפיטותם של הסכמים פוליטיים, השיב לו השופט ברק אף בעניין זה, והביע דעתו כי הסכם פוליטי הוא הסכם משפטי מחייב, הנשלט על-ידי המשפט הציבורי.

12. השופט ברק דחה את עמדתו של השופט גולדברג, כי על בית המשפט להשתמש בשיקול הדעת הנתון לו ולהימנע מלהכריז על בטלותו של ההסכם. שכן, לדעתו, סעיף 3 הנדון פוגע ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי ובערכיו המהותיים. הפגיעה היא קשה והחשש לנזק הוא סביר וממשי, ועל כן יש מקום להתערבות בית המשפט.

(ב) עמדת השופט אור

13. כאמור, השופט אור הצטרף לעמדתו ולמסקנתו של המשנה-לנשיא ברק. סעיף מיוחד בפסק-דינו ייחד השופט אור לפולמוס עם עמדתו של השופט גולדברג כי למרות הפסול שבסעיף 3 בהסכם הקואליציוני דין העתירות להידחות, וזאת לנוכח החשש

18. השופט ברק הותיר ב"צריך-יעיין" את השאלה אם ההסכם אינו פסול לנוכח ההגבלה שיש בו על שיקול הדעת של הסיעה בכנסת, ואת השאלה אם סיעה רשאית להעביר את שיקול דעתה לוועדה של חמישה חברים, אשר על-פיה יישק דבר. ראו פסק-הדין, 47-49 (סעיף 16 לפסק-הדין של המשנה-לנשיא).

19. סם, 39-40 (מתוך סעיף 11 לפסק הדין של המשנה-לנשיא ברק).

שבית-המשפט ייראה כבא להגן על נפשו שלו ובכך ייפגע אמון הציבור בו, ולנוכח ההנחה שחברי הכנסת לא יפעלו על-פי האמור בהסכם.

באשר לטעמו הראשון של השופט גולדברג, ציין השופט אור כי "הסמכות שהוקנתה לבית המשפט הגבוה לצדק הוקנתה לו על מנת שיפעילה כל אימת שהוא נדרש לכך, ואין הוא יכול להתפרק מחובתו זו. ... החשש מתגובה כזו או אחרת של חלק מהציבור אינו צריך להרתיע את בית המשפט מלמלא את חובתו ולהכריע בעניין שבפניו על פי עקרונות ואמות מידה משפטיים"²⁰.

באשר לטעמו השני של השופט גולדברג, כתב השופט אור כי אין הוא שותף להנחה האופטימית כי ההסכם לא יקוים. משמעת קואליציונית מופעלת על מנת שהסכמים קואליציוניים יקוימו, נסיבות המקרה מלמדות שהמפלגות החתומות על ההסכם מתייחסות אליו ברצינות, וההסכם אף לא תוקן למרות הערות השופטים במהלך הדיון. "מכל מקום, ההתחייבות הגלומה בסעיף 3 היא כה חמורה, עד שאין להסתכן ולסמוך על הנחה כאמור [כי ההסכם לא יקוים], כשאין לה כל בסיס בהתנהגות הצדדים להסכם הקואליציוני הנדון עד כה"²¹.

ג. הסכם פוליטי במשפט

1. מהותו של הסכם פוליטי

14. בפסק-הדין, אף שכל חמשת השופטים ציינו וסבו וציינו כי עניינו בהסכם פוליטי, אין דיון בשאלה, ולא כל שכן הגדרה, "הסכם פוליטי" מהו. ההסכם שנדון היה הסכם קואליציוני שעניינו הצטרפות לממשלה, ולכן ברור כי האמור בפסק-הדין באשר ל"הסכמים פוליטיים" נוגע - למצער, בין השאר - להסכם כזה.²²

(א) פסיקה

15. סוגיית מהותם של "הסכמים פוליטיים" או "הסכמים ציבוריים", התעוררה בכמה פסקי-דין קודמים. האם אפשר לומר כי הדיון בסוגיה במסגרת פסק-דין זה לא נדרש לנוכח הלכה ברורה שכבר נקבעה בפסקי-דין קודמים אלה?

20. שם, 77-79 (מתוך סעיף 8 לפסק-הדין של השופט אור).

21. שם, 83 (מתוך סעיף 10 לפסק-הדין של השופט אור). המלים שבסוגריים המרובעים הוספו.

22. השופט ברק גם ציין כי "רבים הם ההסכמים הבינלאומיים (כגון, הסכמי שלום) שכל כולם פוליטיים, אך המשפט הבינלאומי חל עליהם ומעניק להם בית קיבול משפטי" (פסק-הדין, 62 (מתוך סעיף 31 לפסק-הדין של המשנה-לנשיא ברק)). אך מדברים אלה אף מובן כי הסכם בין-לאומי אינו "הסכם פוליטי" שפסק-הדין מתייחס אליו, שכן הסכמים פוליטיים מוסדרים לפי שיטתו של השופט ברק על-ידי המשפט הציבורי, בעוד שהסכמים בין-לאומיים מוסדרים על-ידי המשפט הבין-לאומי.

בפסק-הדין בבג"צ רובין²³ – שבו נדון תוקפם של הסכמים לשיתוף פעולה בין סיעות בלשכת עורכי הדין במסגרת הבחירות לרשויות הלשכה ולאחריהן – דובר על "הסכמים ציבוריים". הסכמים אלה הוגדרו על-ידי השופט ברק כהסכמים שבהם גמירת-הדעת היא להתחייב על-פי המשפט הציבורי (להבדילו מן המשפט הפרטי).²⁴ ובהמשך:

ישאל השואל, הסכם מתחומי המשפט הציבורי מהו? התשובה היא, כי קיימות קטיגוריות רבות של הסכמים, שהמסגרות הקיימות של המשפט הפרטי אינן מתאימות להם, ואשר הדרך לבחינתם היא מזווית הראייה של המשפט הציבורי. במסגרת זו ניתן לכלול הסכמים, בהם הצדדים כולם הם גורמים הפועלים במשפט הציבורי, כגון הסכם קואליציוני במישור הממשלתי, או הסכמים בהם אחד הצדדים הוא גורם ציבורי והצד האחר הוא גורם פרטי, כגון עסקת טיעון.²⁵

גם בבג"צ לוי²⁶ דובר על "הסכם ציבורי". עניינו של פסק-דין זה היה בהתחייבויות הנוגעות לתחום הסמכויות הסטטוטוריות שיהיו בעתיד בידי צד זה או אחר להסכם בין-מפלגתי.

בפסק-הדין רחבי-היריעה בבג"צ זרז'בסקי²⁷ נדון תוקפו של הסכם בין שתי סיעות בכנסת, בדבר פעולה משותפת שלהן בכנסת והופעתן כרשימה משותפת בבחירות הבאות. בית-המשפט העליון סיווג הסכם זה כ"הסכם פוליטי". בג"צ זרז'בסקי יוחד לקביעת המשטר המשפטי החל על הסכמים פוליטיים (להבדילם מחוזים). לעניין מהותו של הסכם פוליטי כתב השופט ברק:

זהו הסכם בין מפלגות או סיעות באשר למדיניות ולמכנה של השלטון ובאשר לדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות. ... הסכם פוליטי אינו הסכם שמדינת ישראל (כאישיות משפטית בתחומי המשפט הפרטי) צד לו. הסכם פוליטי הוא הסכם בין גופים הפועלים במשפט הציבורי – חברי-כנסת, סיעות פרלמנטריות ושרים – באשר לסמכויות שלטוניות.²⁸

23. בג"צ 669/86, בשג"צ 451,456/86 רובין נ' ברגר ואח', פ"ד מא (1) 73 (להלן, בג"צ רובין).

24. שם, 78 (סעיף 6 לפסק-הדין של השופט ברק).

25. שם, 78-79 (סעיף 7 לפסק-הדין של השופט ברק).

26. בג"צ 1523,1540/90 לוי ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מד (2) 213 (להלן, בג"צ לוי).

27. בג"צ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749 (להלן, בג"צ זרז'בסקי).

28. שם, 836 מול האות ב; 838 מול האות ה.

המשנה-לנשיא אלון הבחין בבג"צ ז'רד'בסקי בין הסכם ציבורי לבין הסכם פוליטי. לשיטתו, כל הסכם שרשות ציבורית היא צד לו – לרבות הסכם עם אזרח בעניין כלכלי או מסחרי – הוא הסכם ציבורי. הסכם פוליטי הוא סוג של הסכם ציבורי, המוגדר כהסכם

שכל מטרתו לקבוע את דמותו הפוליטית של הממשל לפי רצונו הפוליטי ולפי משאלתו החברתית של הציבור, שמכוחו באו נציגיו על ההסכם.²⁹

בבג"צ שליט³⁰ הוחלה ההלכה שנקבעה בו בדבר פרסום הסכמים על הסכמים קואליציוניים או אופוזיציוניים שנערכו לקראת כינון ממשלה, ובלשון בית-המשפט: "הסכמים בין סיעות לבין עצמן ובין סיעות לחברי-כנסת או בין חברי-כנסת לבין עצמם, שענינם פעולת הרשות המחוקקת או המבצעת, שנערכו לקראת כינון הממשלה".³¹ עם זאת, אפשר כי הלכה זו חלה על הסכמים פוליטיים בכלל, תהיה הגדרתם אשר תהיה.³²

16. מן הפסיקה עולה אפוא אי-בהירות בדבר מהותם והגדרתם של הסכמים פוליטיים. יש שמדובר בהסכמים בדבר הפעלת שיקול דעת שלטוני בכלל (לרבות, למשל, הסדרי טיעון), יש שמדובר בהסכמים בין גופים "פוליטיים" מסוימים הפועלים בתחומי המשפט הציבורי – כגון חברי הכנסת, סיעות פרלמנטריות ושרים – לבין עצמם בדבר הפעלת סמכויותיהם השלטוניות, ויש שמדובר בהסכמים קואליציוניים או אופוזיציוניים לקראת כינון ממשלה.

(ב) ספרות

17. אי-בהירות בעניין זה – או, אולי, אי-הסכמה – עולה גם מן הספרות המשפטית העשירה למדי שנכתבה בסוגיית הסכמים אלה בישראל. ד"ר דפנה ברק הגדירה הסכמים פוליטיים בהרחבה רבה למדי:

הסכם פוליטי הוא התחייבות מטעמם של אדם או גוף בעלי מעמד ציבורי, אשר נעשתה כדי להגשים מטרות פוליטיות ומתייחסת לאמצעים שיועדו להשגתן.³³

29. שם, 786 בין האותיות ב-ד.

30. בג"צ 1604/90-1601, בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מד (3) 353 (להלן, בג"צ שליט).

31. שם, 362 מול האות ז.

32. ראו פסק-הדין, 65 (מתוך סעיף 34 לפסק-הדין של השופט ברק): "אנו פסקנו כי הסכם פוליטי יש לפרסם...".

33. ד' ברק, האחריות החוזית של רשויות המינהל (1991) 41.

עם זאת, כדוגמות להסכמים פוליטיים ציינה המחברת הסכם קואליציוני והסכם הצבעה. היא אף הטעימה כי "כמניעים להתקשרות בהסכם כאמור משמשים שיקולי תועלת פרטיים או אידיאולוגיות של הצדדים לו".³⁴
פרופ' יצחק גל-נור, איש מדע המדינה, כתב:

"הסכם" הוא מעין חוזה, שניתן להביאו לבית המשפט, לרב או לבורר. "פוליטי", במובן הניטרלי של המושג, הוא תהליך שנועד להביא להכרעות מחייבות והוא מבוסס על שקלא וטריא: פשרות, מיקוח והבנות. "הסכמים פוליטיים" הם אפוא כל ההתחייבויות של פוליטיקאים ושל גופים פוליטיים בענייני ציבור. הקמת גוש פרלמנטרי, מצע של מפלגה, נאום בחירות, הסכם קואליציוני, קווי יסוד – כולם, למרות ההבדלים, הם בגדר הסכם פוליטי. אפילו "סימביוזה" בין פוליטיקאי לעתונאי היא מעין הסכם: הדלפות תמורת פרסום.³⁵

פרופ' יצחק זמיר ציין,

ללא יומרה לדיוק מלא, כי בהסכם פוליטי המרכיב הדומיננטי הוא ענין פוליטי, כלומר, ענין שלטוני. המרכיב השלטוני הוא המבדיל בין ההסכם הפוליטי לבין חוזה רגיל, בו המרכיב הדומיננטי הוא, בדרך כלל, ענין כלכלי.³⁶

לדעתו של פרופ' זמיר, דוגמה מובהקת להסכם פוליטי הוא הסכם קואליציוני בין סיעות בכנסת להרכבת ממשלה. עם זאת, גם הסכמים נוספים – כגון הסכם בין סיעות בכנסת בדבר דרך הצבעתן, או התחייבות של ראש הממשלה למנות או לפטר שר מסוים – הם הסכמים (ולפי שיטתו של פרופ' זמיר – חוזים) פוליטיים.³⁷
פרופ' נילי כהן, הגדירה במאמרה³⁸ הסכם פוליטי בהרחבה, כ"הסכם בין מפלגות, סיעות בתוך מפלגה, מועמדים למשרות ציבוריות או בעלי משרות ציבוריות, הנוגע למדיניות השלטון, למבנהו ולדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות". בדומה למחברים אחרים, הדגימה אף היא הסכם פוליטי בהסכם קואליציוני.

34. שם, 42.

35. "גל-נור, "הסכמים פוליטיים", מדינה ממשל ויהסים בינלאומיים 38 (תשנ"ג) 97.

36. "זמיר, "חוזים פוליטיים", עומד להתפרסם בספר לנדוי (1995). לתרגום הרשימה לאנגלית

ראו I. Zamir, "Political Contracts", 26 Israel L. Rev. (1992) 461.

37. שם.

38. נ' כהן, "ההסכם הפוליטי", המשפט א (תשנ"ב) 14.

הגדרה מצומצמת יותר - שהתמקדה בהבחנה בין הסכמים והבטחות ציבוריים ככלל לבין הסכמים פוליטיים - נתנה פרופ' נילי כהן בספרה המשותף עם פרופ' דניאל פרידמן. וכך, בין השאר, נכתב שם:

ההבדל בין הסכמים מהסוג הקודם לבין הסכמים פוליטיים נעוץ במטרה. הסכמים מהסוג הקודם מתייחסים במישרין להפעלתה של הסמכות ... לעומת זאת, הסכמים פוליטיים נעשים מתוך כוונה להבטיח קבלת שלטון, משרה, סמכות או טובות הנאה לגוף או לאדם פוליטי.³⁹

פרופ' דוד קרצמר הגדיר הסכמים פוליטיים כך:

Political agreements are agreements between participants in the political arena - politicians, political parties or groupings, parliamentary factions - whose object is to regulate the exercise or division of political power. The prime examples of such agreements are coalition agreements, whose object is to assure parliamentary support for a government in which those parties shall be represented.⁴⁰

לשיטתו של פרופ' קרצמר, עיקר ההבדל בין הסכמים פוליטיים לבין חוזה ממשל הוא בכך שבעוד שחוזי ממשל נערכים בשם המדינה ומוסדותיה, נערכים הסכמים פוליטיים בשם של המפלגות ומוסדותיהן.⁴¹ אכן, שני סוגי ההסכמים עשויים לכלול התחייבויות בדבר הפעלתן בעתיד של סמכויות שלטון. אך לדעתו של פרופ' קרצמר, התחייבויות מסוג זה - הכלולות לעתים גם בחוזי ממשל - הן "טעם הקיום" של הסכמים פוליטיים.⁴² פרופ' גבריאלה שלו ביססה את הגדרתה להסכמים פוליטיים על הדגמה. וכך היא כתבה:

הסכמים פוליטיים יכולים להיערך בשלטון המרכזי או בשלטון המקומי. הם כוללים הסכמים בין-מפלגתיים (קואליציוניים או אופוזיציוניים) והסכמים פנים-מפלגתיים (הסכמי הצבעה, הסכמי רוטציה). הסכמים אלה מהווים מסגרת משפטית להסכמה בין

39. ד' פרידמן, נ' כהן, חרזים (1991) 359.

40. D. Kretzmer, "Political Agreements - A Critical Introduction", 26 Israel L. Rev. (1992) 407, 408.

41. שם, 408-409.

42. שם, 409.

מפלגות או גופים אחרים (כמו סיעות) וכלי להסדר מוקדם של היחסים בין הגופים המתקשרים. הם כוללים התחייבויות הדדיות של אנשים או גופים פוליטיים והסכמה אשר הושגה כדי להגשים מדיניות שלטונית ומטרות פוליטיות. במקרים רבים נערכים ההסכמים הפוליטיים לקראת הקמת ממשלה, והם מיועדים לקבוע את הרכבה ואת איוש התפקידים בתוכה.⁴³

(ג) הגישה המוצעת

18. מצב זה, של הלכות (לרבות אמרות-אגב וחילוקי דעות בין שופטים וכותבי ספרות משפטית) שנושאן - או שמא, מושאן - עמום ולא-ברור, כמובן אינו רצוי. שכן, משמעותן של הלכות כאלה מעורפלת, וקשה ליישמן.

זאת ועוד: ספק אם אפשר, ולמצער אם ראוי, להחיל אותם דינים עצמם על מובנים שונים של "הסכמים ציבוריים" (או "הסכמים פוליטיים"). כך, למשל, דינים ההולמים הסדרי טיעון לא יהלמו בהכרח הסכמים קואליציוניים. אף אם הסכמים אלה נדונים כולם - במידה זו או אחרת - על-פי כללים שיסודם במשפט הציבורי, הרי שהשוני במאפייניהם מחייב כי יחולו עליהם דינים שונים.

יטענו הטוענים, כי למעשה אין חילוקי דעות מהותיים בדבר הגדרתם של הסכמים פוליטיים, וההבדלים בין ההגדרות השונות הם בעיקרם סמנטיים. ראיה לטיעון כזה אפשר למצוא בכך שרובם ככולם של השיפטים והמחברים שאת דעותיהם סקרת, הדגימו הסכמים פוליטיים בהסכמים קואליציוניים או בהסכמים דומים להם, כהסכמי הצבעה. אלא שאף אם נכון כי הכול יודעים הסכם פוליטי מהו, ואילו העמימות וחילוקי הדעות נסבים רק על גוסס ההגדרה, הרי שמן ההגדרות השונות - כעניין של מהות, ולא של סמנטיקה או רטוריקה בלבד - נגדרים, ולמצער עשויים להיגדר, דינים מהותיים שונים. כך, למשל, בבג"צ זרז'בסקי⁴⁴ גזר השופט ברק את דיני ההסכמים הפוליטיים מן הקביעה כי "ההסכם הפוליטי עוסק בהפעלת סמכות שלטונית, וזו מעצם טבעה כפופה אך לכללים של משפט ציבורי".⁴⁵

19. לדעתי, המייחד את ההסכמים הפוליטיים מכלל החוזים, חוזים מינהליים ואף הסכמים ציבוריים ככלל, אינו התייחסותם להפעלת סמכויות שלטוניות כשלעצמה. המייחד הסכמים כאלה הוא "התמורה", שבה זוכה על-פיהם לפחות אחד הצדדים, המתבטאת בכוח או בעמדת השפעה פוליטיים.⁴⁶ "תמורה" הסכמית כזאת עשויה להיות השלטון במדינה, ברשות מקומית או בכל רשות ציבורית אחרת, קידום האפשרות לזכות בשלטון בעתיד, כהונה במשרות שלטוניות או מינהליות, הגדלת עוצמתה של האופוזיציה, וכיוצא באלה.

43. ג' שלו, "הסכמים פוליטיים", עיוני משפט טז (תש"ן-תשנ"א) 215, 216.

44. לעיל, הערה 27.

45. שם, 838 בין האותיות ב-ג.

46. ראו גם ד' פרידמן ונ' כהן (לעיל, הערה 39) 359.

בעצם ההגשמה של השקפת עולם או דעה פוליטית של אחד הצדדים או שניהם אין כדי להפוך את ההסכם ל"הסכם פוליטי". נושא ההסכם הפוליטי הוא הכוח הפוליטי כשלעצמו.

אמנם, הקניית כוח פוליטי מהווה, במקרים רבים, הפעלה של סמכות ציבורית, לפחות במובן רחב. עם זאת, עשויים להתקיים הסכמים פוליטיים מובהקים שאינם נסבים על הפעלה של סמכות כזאת. כך, למשל, הסכם בין שתי מפלגות שכל אחת מהן מתמודדת בבחירות על השליטה בכמה מן הרשויות המקומיות, שעל-פיו תפעל כל מפלגה להצלחת מועמדי המפלגה האחרת בבחירות שבהן מתמודדת רק אחת מהן, הוא בוודאי הסכם פוליטי, אך אין הוא נוגע להפעלת סמכות. אף במקרים שבהם מבחינה פורמלית מוגשמת הקניית הכוח על-ידי הפעלת סמכות שלטונית על-פי דין – למשל, מינוי שרים בממשלה או הצבעת אמון בה, המתבצעים על-יסוד הוראות אלה ואחרות שבחוק-יסוד: הממשלה – הרי שממד ההפעלה של סמכות שלטונית טפל לממד הקניית השלטון.

זאת ועוד: ייחודו של ההסכם הפוליטי אינו בעצם ההתחייבות בדבר הפעלת הסמכות, שכמותה עשויה להיות כלולה אף בחוזה מינהלי "רגיל",⁴⁷ כגון: התחייבות חוזית בדבר הקצאת מטבע-חוזן או הימנעות מהקצאתו,⁴⁸ ואף בהסכם ציבורי שאינו הסכם פוליטי, כגון הסדר טיעון⁴⁹ או הסדר לייצוב המשק.⁵⁰ ייחודו של ההסכם הפוליטי הוא בתמורת הכוח הפוליטי שבה זוכים הצדדים בהסכם או לפחות אחד מהם.

מאפיין זה – המייחד הסכמים פוליטיים משאר החוזים וההסכמים – מצדיק לדעת הכול את הכפפתם לכללים משפטיים מיוחדים. בכך אדון עתה.

2. הדיון החל על הסכם פוליטי

20. בפסק-הדין לא נדרש בית-המשפט העליון להכריע מהו הדין החל – אם בכלל – על הסכמים פוליטיים. שכן, על הכול הוסכם (בכפיפות לשיקול הדעת של בג"ץ במתן סעדים) כי יהיה דין זה כאשר יהיה, ייפסל הסכם פוליטי אם הוא לוקה באי-חוקיות מהותית או בפגיעה מהותית בתקנת הציבור.

עם זאת, באמרות-אגב מפורטות, נחלקו ביניהם בשאלה זאת המשנה-לנשיא ברק והשופט חשין. בעוד שהשופט ברק נקט עמדה שלפיה הסכמים פוליטיים הם בעלי תוקף משפטי מחייב וכי הם נשלטים על-ידי המשפט הציבורי, סבר השופט חשין כי הסכמים אלה כלל אינם מחייבים את הצדדים בהם, ובלשונו, כי הם אינם "שפיטים".

השופט חשין לא הבחין בין השאלה אם בית-המשפט ידון בהסכם ויתן סעדים לצדדים בו, לבין השאלה אם ההסכם מחייב מלכתחילה. לדעתי, רק השאלה הראשונה היא שאלה

47. ראו י' זמיר (לעיל, הערה 36).

48. ראו בג"צ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה ואח', פ"ד טו 1989.

49. ראו בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח', פ"ד מ (2) 393.

50. ראו חוק לייצוב המשק, התשמ"ה-1985.

של שפיטות.⁵¹ השאלה השנייה היא שאלה רגילה של דין מהותי. שאלה זו אינה שונה, למשל, מן השאלה אם הסכם בעליפה למכירת דירה, או הסכם שבו לא צוין המחיר, או הסכם שאחד הצדדים בו הוא קטין, הוא הסכם מחייב. בתשובה שלילית לשאלה בדבר תוקפה המחייב של פעולה או החלטה אלה ואחרות אין כדי להפוך את השאלה – כמו גם את הפעולה או החלטה עצמן – ל"לא-שפיטות". ההיפך הוא הנכון: היכולת והנכונות להשיב על השאלה הן-הן שפיטותה. לעניין זה אין כל חשיבות אם התשובה הניתנת היא בחיוב או בשלילה. על-כן, לאמיתו של דבר, נדמה לי כי עמדתו של השופט חשין לא היתה – למרות נוסח דבריו – כי חוים פוליטיים אינם שפיטים, אלא כי אין הם מהיבים. לדעתי, דווקא גישתו של השופט גולדברג – שתמך בדחיית העתירה למרות שקיבל את טענותיהם המהותיות של העותרים, משום שסבר כי בנסיבות העניין אין זה ראוי כי בית-המשפט יעניק סעד – מבוססת על השקפה בדבר "איי-שפיטות" של העתירה הנדונה.⁵²

(א) התוקף המשפטי

21. בית-המשפט העליון כמעט שלא נדרש לדון עד כה בתביעות לסעדים בשל הפרת הסכמים פוליטיים. על כן, לא היה עליו – למעשה – להכריע בשאלה אם הם נורמות משפטיות או, לשון אחר, אם הדין מטיל על הצדדים להסכמים כאלה חובה לקיימם.⁵³ עם זאת, בכמה אמרות-אגב מפורסות, שניתנו בשנים האחרונות, הוצגה העמדה כי הסכמים ציבוריים, ובתוכם הסכמים פוליטיים, עשויים להיות – בכפיפות לכוונת הצדדים – הסכמים משפטיים מחייבים. וכך הסביר עמדה זאת השופט ברק בבג"צ זרזר/בסקי:

ההגנות מחייבת, כי הסכמים יש לכבד. חזרה מהסכם היא לכאורה התנהגות בלתי סבירה. אם כריתת החוזה היא פעולה סבירה, הרי גם כיבודו של ההסכם הינו התנהגות סבירה, וממילא הפרתו של ההסכם הינה פעולה בלתי סבירה. ... ההסכם הפוליטי הוא מכשיר חיוני במשטר דמוקרטי המבוסס על מפלגות פוליטיות והנשען על הצורך

51. ראו די קרצמר (לעיל, הערה 40) 410-411. השוו דברי השופט ברק בבג"צ 910/86 רסלר ואחי' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 473-496; א' בנדור, "השפיטות בבית-המשפט הגבוה לצדק", משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 592, 594-595.

52. ראו לעיל, סעיף 7.

53. בבג"צ זרזר/בסקי (לעיל, הערה 27) 866 – שבו הותקף הסכם פוליטי על-ידי צדדים חיצוניים, שלא היו קשורים בהסכם – נמנע השופט גולדברג מלהביע עמדה בסוגיה זו, שהעסיקה את עמיתו, בציינו בין השאר:

לא תוקפו המחייב של ההסכם הוא שצריך הכרעה, כשהוא מותקף ב"תקיפה חיצונית", הנשענת על כך שהצדדים רואים עצמם לפותים בעבותותיו של ההסכם. ... הפגם הנטען ב"תקיפה חיצונית" כלפי המעשה אינו נעוץ בכך שמדובר בהסכם דווקא. ... לא בתוקפו המחייב של הסכם פוליטי אנו עוסקים, אלא בתוקפו של המעשה שנעשה, או אמור להיעשות, בעקבות ההסכם.

לקיים באופן שוטף את אמון הרשות המחוקקת ברשות המבצעת. ... הצורך לקיים שלטון, השאיפה להבטיח הסכמה בין גורמי שלטון, הצורך להגשים אמון הציבור ברשויות השלטון - כל אלה חוברים יחדיו ומעמידים את החובה לקיים הסכמים פוליטיים כחובה מהמשפט הציבורי, הנגזרת ממעמד האמון שיש לאיש הציבור ומעוגנת בחובה לפעול בהגינות ובסבירות. במסגרת דיני החוזים שבמשפט הפרטי אנו מגינים, בין השאר, על אינטרס הציפייה ואינטרס ההסתמכות של המתקשר השני. ... אינטרסים אלה קיימים גם בהסכם הפוליטי. מפלגה או סיעה המתקשרת בהסכם פוליטי והפועלת על פיו משנה את מצבה בעקבות ההסכם. היא זכאית להגנת המשפט בגין שינוי מצב זה, כמו גם על ציפייתה שנתאכזה.⁵⁴

בפסק־הדין נושא רשימה זאת - בהתפלמסו עם השופט חשין, שהסכים אף הוא, כאמור, לפסילת הסכמים פוליטיים שתוכנם סותר באופן מהותי את החוק או את תקנת הציבור - צירף השופט ברק לנימוקים אלה נימוקים נוספים. וכך, בין השאר, כתב:⁵⁵

אם כל מה שההסכם יוצר הוא "התחייבות שאינה התחייבות", כיצד זה עשויה "התחייבות שאינה התחייבות" שכזו לפגוע "בערכי היסוד של שיטת המשפט" או "לכרסם באורח מהותי בתקנת הציבור"? כיצד זה יכולה "התחייבות שאינה התחייבות" לתשלום כסף תמורת שלטון או למתן ערבות לשמירה על השלטון - עניינים שנפסלו על ידנו בעבר - לנגוד את טובת הציבור? כיצד זה קובע המחוקק ... מערכת דינים שלמה ומסועפת לעשיית הסכמים ומתן התחייבויות בהסכמים פוליטיים ... אם אלה אינם אלא "התחייבות שאינה התחייבות"?

עם זאת, ציין השופט ברק באשר להסכם פוליטי באופן נחרץ - שלא כמו בעבר⁵⁶ - כי "אין זה הסכם שניתן לתבוע אכיפתו, או הסכם שניתן לתבוע פיצויים על הפרתו".⁵⁷ זאת ועוד: השופט ברק הטעים כי "החשש שכנגדו יש לפעול בעתירות שלפנינו אינו החשש כי הסיעות לא יראו עצמן מחויבות בגין 'התחייבות שאינה התחייבות' זו. החשש שכנגדו יש לפעול הוא החשש כי הסיעות יראו עצמן מחויבות בגין 'התחייבות שאינה התחייבות' זו".⁵⁸

54. שם, 842-843.

55. פסק־הדין, 62-63 (מתוך סעיף 31 לפסק־הדין של המשנה-לנשיא ברק).

56. ראו בג"צ זרד/בסקי (לעיל, הערה 27) 845-846.

57. פסק־הדין, 62 (מתוך סעיף 31 לפסק־הדין של המשנה-לנשיא ברק).

58. שם, 64 (מתוך סעיף 32 לפסק־הדין של המשנה-לנשיא ברק).

הדעה כי הסכמים פוליטיים עשויים ליצור - בכפופות, כמובן, לכוונת הצדדים - נורמות משפטיות מחייבות, התקבלה אף על-ידי מחברים אחדים.⁵⁹

22. דעה שונה הביע השופט חשין, הסובר כי הסכם פוליטי אינו הסכם מחייב מבחינה משפטית. ואלה טעמיו: ראשית, הסכמים פוליטיים הם מטבעם לא-מסוימים, עמומים ומעורפלים, ואין הדבר הולם התחייבות משפטית. דומה כי טענה זו היא גורפת. יש ויש הסכמים פוליטיים המנוסחים באופן ברור ומסויים.⁶⁰ שנית, הסכם פוליטי "מתחדש" מיום ליום, והוא קיים - אף זאת להבדילו מן ההסכם המשפטי - רק כל עוד הצדדים בו חפצים כולם בקיומו: "התחייבות לכשארצה". שלישית, הצדדים בהסכמים פוליטיים אינם משמשים כנאמנים של הציבור כולו אלא אך ורק כנאמנים וכשליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחרים, ועל כן אין בחובת הנאמנות הציבורית - המהווה מקור לחובה לקיים הסכמים ציבוריים ככלל - כדי לחייב קיום הסכמים פוליטיים.

23. למסקנה דומה - אך לא דווקא מאותם טעמים - הגיעו מחברים אחדים. פרופ' פרידמן ופרופ' כהן שוללים את היותם של הסכמים פוליטיים נורמות מחייבות.⁶¹ לדעתם, מחד גיסא, עקב המטריה הלא-כלכלית שלהם - המתבטאת בראש ובראשונה בכך שפיצויים אינם עשויים לשמש סעד בשל הפרתם - הסכמים פוליטיים אינם יכולים להיות חוזים המחייבים מכוח המשפט הפרטי. מאידך גיסא, לנוכח העובדה שאין הם מכוונים בהכרח לטובת הציבור בכללותו אלא להשגת כוח שלטוני, אין הם עשויים להיות הסכמים ציבוריים המחייבים מכוח המשפט הציבורי. אף פרופ' קרצמר⁶² שולל מתן תוקף מחייב להסכמים פוליטיים. לדעתו, צדדים להסכמים פוליטיים מקיימים אותם בדרך כלל אף בהעדר חובה משפטית, התכחשות להסכמים כאלה אינה פוגעת באמון הציבור במוסדות הממשל, ועל כל פנים, התכחשות להסכמים פוליטיים או פגיעה במוסדות הממשל במתכונת הקיימת אינן בהכרח תוצאה שלילית, שיש למונעה באמצעות מתן תוקף משפטי מחייב להסכמים אלה.

24. בפסק-הדין נושא רשימה זו הביעו כל השופטים, לרבות שופטי הרוב, את תקוותם כי ההסכם - ובמיוחד סעיף 3 בהסכם, שבו התמקדה המחלוקת - לא יוגשם. מכך אפשר להסיק כי אף אחד מן השופטים לא ראה את הצדדים מחייבים על-פי דין לקיים את ההסכם. שכן, אין להניח כי שופטי בית-המשפט העליון היו מתירים לעצמם להביע בפסק-דינם תקווה כי הצדדים יפרו את חובותיהם המשפטיות וינהגו שלא כדין.

59. ראו ג' שלו (לעיל, הערה 43); י' זמיר (לעיל, הערה 36). עם זאת, פרופ' זמיר - שלא כמו פרופ' שלו - סובר כי חזקה על צדדים להסכם פוליטי כי לא התכוונו לתת לו תוקף משפטי מחייב. חזקה זו ניתנת, לדעתו, להפרכה.

60. ראו י' זמיר, שם.

61. ראו ד' פרידמן ונ' כהן (לעיל, הערה 39) 361-363; ג' כהן (לעיל, הערה 38) 16-18.

62. ד' קרצמר (לעיל, הערה 40) 417-422.

הדבר אינו מעורר קושי מיוחד באשר לעמדותיהם של השופט גולדברג, שסבר כי ההסכם אינו כדין ודחה את העתירה מטעמים שאינם נוגעים לעצם חוקיותו, ושל השופט חשין, שסבר כי הסכם פוליטי אינו מחייב. לעומת זאת, מתעוררת אי־בהירות בעניין עמדתו של הנשיא שמגר. דומה, כי מכך שהנשיא הביע את תקוותו כי ההסכם לא יוגשם עולה כי הוא סובר שאין הצדדים בו חייבים לקיימו. בהיעדר התייחסות מפורשת לסוגיה זו בפסק־דינו, אין לדעת אם עמדה זו של הנשיא שמגר נובעת אך מהנחתו כי הצדדים להסכם הנדון לא התכוונו ליטול על עצמם מחויבות משפטית, או שמא מתפיסה – כדוגמת עמדתו של השופט חשין – שלפיה הסכם פוליטי אינו מחייב את הצדדים בו, יהיו רצונם וכוונתם כאשר יהיו.

(ב) ענף המשפט

25. בפסק־דין קודמים שלו בנושא ההסכמים הפוליטיים ציין השופט ברק כי הוא "נוטה" לעמדה כי הסכמים פוליטיים נשלטים – בדומה להבטחות מינהליות – על־ידי המשפט הציבורי בלבד, וכי דיני החוזים שמתחום המשפט הפרטי אינם חלים על הסכמים כאלה מעיקרם.

בבג"צ רובין⁶³ סמך השופט ברק עמדה זאת על רצונם המשוער של הצדדים. בבג"צ ז'רד'בסקי⁶⁴ הוא נטה לעמדה כי תהיה כוונת הצדדים להסכם פוליטי כאשר תהיה, אין הם רשאים להחיל על ההסכם את דיני החוזים הכלליים, שמתחום המשפט הפרטי, אלא ההתקשרות כפופה – מעצם מהותה – למשפט הציבורי בלבד. זאת, משום ש"הפעלת סמכות שלטונית צריכה להיחתך על־פי כללים של משפט ציבורי ולא על־פי כללים של משפט פרטי"⁶⁵.

דעה דומה בתוכנה – הגם שלא במקורותיה המשפטיים⁶⁶ – נקט בבג"צ ז'רד'בסקי השופט אלון.⁶⁷

בפסק־הדין נושא רשימה זו הביע השופט ברק דעה זו בנחרצות גמורה, ושוב – בכפיפות להיותה אמרת־אגב – אין היא בגדר "נטייה" בלבד.

26. לגישה זאת של בית־המשפט העליון, שעל־פיה נשלטים הסכמים פוליטיים על־ידי המשפט הציבורי ולא על־ידי דיני החוזים, קמו תולקים בספרות.

63. לעיל, הערה 23, 78 בין האותיות א-ד.

64. לעיל, הערה 27, 838 בין האותיות א-ו.

65. שם, 838 מול האות ג.

66. בעוד שהשופט ברק ראה בהלכה זו חלק מ"פיתוח המשפט" על־ידי בתי־המשפט, שהוא בסמכות בית־המשפט בשיטה של משפט מקובל, הרי שהשופט אלון הסתמך על המשפט העברי, שהוא חלק מ"מורשת ישראל", הקבועה בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, כמקור למשפט בישראל.

67. ראו שם, 778-784.

לצד המחברים שהזכרתי,⁶⁸ השוללים את עצם תוקפם המשפטי של חוזים פוליטיים, סוברים מחברים אחרים – פרופ' זמיר⁶⁹ ופרופ' שלו⁷⁰ – כי הסכמים פוליטיים, בדומה לחוזים מינהליים, הם חוזים מיוחדים. יש לדון בהם עליפי דיני החוזים הכלליים, ולצדם – אך לא במקומם – נורמות שמתחום המשפט הציבורי (כגון החובה לפרסם הסכמים פוליטיים, הכות להשתחרר מהם במקרים מסוימים, וצמצום סעד הפיצויים בשל הפרתם).

(ג) הגישה המוצעת

27. לדעתי, בהסכמים פוליטיים – לרבות בשאלת תוקפם המשפטי – יש לדון בראש ובראשונה עליפי דיני החוזים הכלליים.

דינים אלה עוסקים בנורמות שיסודן בהסכמה הדדית של שני צדדים או יותר. הסכמה כזאת יכולה להיות בעניין מסחרי מובהק, אך עשויה להיות אף בעניין שאינו כזה, ומה גם שלא תמיד אפשר להבחין בהדות בין השניים.⁷¹ אכן, מקצת דיני החוזים הכלליים, ובמיוחד דיני התרופות בשל הפרת תווה, הולמים יותר מכול חוזים בעלי אופי מסחרי. אך בצורך להתאים את דיני החוזים הכלליים לסוג התווה הנדון, צורך הרלוונטי לסוגים נוספים של חוזים – לרבות, למשל, חוזים מינהליים, חוזי מתנה, חוזים אחידים ועוד רבים – אין כדי לשלול את עצם האפשרות להתקשר בתווה בעניין פוליטי.

השאלה אם הסכמות אלה ואחרות הן בעלות תוקף מחייב ומועילות ליצור נורמה משפטית, מוכרעת אף היא במסגרת דיני החוזים הכלליים, למשל, הדינים בדבר יצירת תווה ופגמים בה, הדינים בדבר חוזה פסול והדינים בדבר תרופות בשל הפרת תווה (ובתוכם הסייגים למתן תרופות). על כן, השאלה אם הסכם פוליטי מהווה נורמה משפטית מחייבת, יכולה וצריכה להיפתר במסגרת דיני החוזים עצמם. כך, למשל – כאמור בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן, חוק החוזים הכללי) – בהסכמה שאינה מסוימת או שאינה מעידה על גמירת דעת להתחייב התחייבות משפטית אין כדי ליצור תווה מחייב.⁷²

אין בהסכמים פוליטיים דבר התופך אותם – במהותם – לשונים מחוזים אחרים. אכן, הוהות של הצדדים להסכמים פוליטיים והמקרה הפוליטית המוסדרת בהם מביאים לתחולת נורמות שמתחום המשפט הציבורי כנורמות מיוחדות, המצטרפות לדיני החוזים הכלליים, ובמקרים של סתירה אף גוברות עליהם. כפי שאפרט להלן, מאפיינים אלה של הסכמים פוליטיים עשויים להביא אף לשלילת תוקפן המחייב של התחייבויות רבות שבהסכמים פוליטיים. אך שלילה זו אינה נובעת מכך שהסכמים פוליטיים אינם חוזים או מכך שאין הם נשלטים עליידי דיני החוזים. מקורה הוא בדיני החוזים עצמם, השוללים את תוקפם של התחייבויות וחוזים אלה ואחרים.

68. ראו לעיל, סעיף 23.

69. לעיל, הערה 36.

70. לעיל, הערה 43.

71. ראו י' זמיר (לעיל, הערה 36).

72. ראו חוק החוזים הכללי, סעיפים 2 ו-5.

28. לדעתי, בדרך כלל הסכמים פוליטיים – חוץ מתקנונים של מפלגות⁷³ – אינם עשויים להעניק זכויות משפטיות או להטיל חובות משפטיות בכל הנוגע להקניית הכוחות או עמדות ההשפעה הפוליטיים. לשון אחר, הדין אינו מחייב את הצדדים בהסכם להגשים התחייבויות שנטלו על עצמם שעניינן צירוף או הצטרפות לממשלה, השתתפות או שיתוף ברשימת מועמדים לכנסת או התפטרות ממנה (לרבות במסגרת "רוטציה"), הצטרפות לגוש אופוזיציוני, וכיוצא באלה.

ודוק, עצם ההתקשרות בהסכמים מסוג זה כמו גם מימושו של ההתחייבויות הכלולות בהם – לרבות אלה שעניינן הקניית הכוח הפוליטי – אינם בהכרח לא־חוקיים או אסורים. אכן, בשעתו הביע השופט חיים כהן דעה כי הסכם בדבר "רוטציה" בכהונה בכנסת הוא פסול, בהיותו מנוגד לתקנת הציבור.⁷⁴ ואולם, היו שחלקו על דעה זו.⁷⁵ על כל פנים, ברור כי יש סוגים אחרים של הסכמים פוליטיים – כגון הוראות בהסכמים קואליציוניים בדבר צירוף שרים לממשלה – שאין חולק על חוקיותן או על חוקיות מימושו. הסכמים פוליטיים ומימושם כשלעצמם עשויים איפוא להיות חוקיים, אלא שההתחייבויות הכלולות בהם שעניינן הקניית הכוח הפוליטי אינן מהוות נורמות משפטיות מחייבות. אין משמעות הדברים שהסכמים כאלה אינם "שפיטים" או אך שהפרתן של התחייבויות כאלה אינה מקנה סעדים בבית־המשפט. המשפטנים, לרבות בתי־המשפט, דנים בהסכמים פוליטיים. נורמות מסוימות הנוגעות להתקשרות בהסכמים כאלה – כגון נורמות בדבר הסמכות לעשותם ותוכנם⁷⁶ או בדבר פרסומם⁷⁷ – אף עשויות להיאכף. ואולם, ככלל, הוראות בהסכמים פוליטיים שעניינן הקניית כוח פוליטי אינן מחייבות את הצדדים מבחינה משפטית.

במידה מסוימת נראית לי איפוא מסקנתו של השופט חשין בעניין זה (שהיא גם מסקנתם של המחברים פרופ' פרידמן ופרופ' כהן⁷⁸ ופרופ' קרצמר⁷⁹). עם זאת, מסקנתי זהה למסקנתם רק בחלקה, וטעמי – הנסמכים על הוראות חוק החוזים הכללי – שונים מטעמיהם. אפרט איפוא את דעתי ואנמקה.

73. לשאלת מהותם של תקנוני מפלגות כחוזים ראו א' בנדור, "דיני מפלגות בפסיקת בתי־ המשפט בישראל", חוק המפלגות בישראל (ד' אבנון – עורך, 1993), 63, 71-80. דאו גם להלן, סעיף 32.

74. ראו בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה (2) 262.

75. ראו דברי המשנה־לנשיא אלון בבג"צ זרד/בסקי (לעיל, הערה 27) 793-794.

76. ראו חוק־יסוד: הממשלה, סעיף 13א; בג"צ לוי (לעיל, הערה 26); בג"צ 4478/93, 4319, 3094, בשג"צ 4409/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 404; בג"צ 4269, 4287, 4634/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מז (5) 441.

77. ראו חוק־יסוד: הממשלה, סעיף 13ב; בג"צ שליש (לעיל, הערה 30).

78. לעיל, הערות 38 ו-39.

79. לעיל, הערה 40.

29. בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי נקבע:

חווה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.

דומה כי עניינו של הדיבור "כריתה" בסעיף זה אינו בעצם תוכנו של החוזה, המוזכר בו בנפרד, אלא ביצירתו של חוזה כנורמה משפטית מחייבת. לשון אחר, אף חוזה לביצוע פעולה שעצם תוכנה אינו לא-חוקי, לא-מוסרי או סותר את תקנת הציבור, עשוי להיפסל עליפי הסעיף, אם החוק, המוסר או תקנת הציבור שוללים התחייבות משפטית לביצוע האמור בחוזה (אף אם לא את הביצוע עצמו). דברים אלה מודגמים היטב בכללים שמתחום דיני המינהל הציבורי, המגבילים את כוחן של רשויות מינהליות לכבול את שיקול דעתן.⁸⁰ עצם הפעלתו של שיקול דעת מינהלי בדרך מסוימת זו או אחרת עשויה להיות חוקית למהדרין, ועם זאת, התחייבות להפעילה באותה דרך עצמה עשויה להיות פסולה ובטלה.

מובן כי משמעותה של בטלות החוזה, כאמור בסעיף 30, תלויה בשאלה אם יסוד פסלותו הוא בכריתתו בניגוד לחוק, למוסר או לתקנת הציבור השוללים התחייבות משפטית בנושא החוזה, או שיסוד פסלותו הוא בכך שביצוע ההתחייבות המעוגנת בו הוא לא-חוקי, לא-מוסרי או סותר את תקנת הציבור. בעוד שבמקרה הראשון, תהיה משמעות הבטלות אך שהצדדים לא יהיו מחויבים לקיים את הסכמתם, הרי שבמקרה השני, תהיה משמעותה אף – למצער ככל שמדובר בגופים ציבוריים, המנועים מלפעול לא רק באופן לא-חוקי, אלא אף באופן לא-מוסרי או הסותר את תקנת הציבור – איסור על הצדדים לקיימה.

30. הקמת קואליציה או גיבוש אופוזיציה, שיתוף ברשימת מועמדים בכנסת וכיוצא באלה, אינם – כמוכן – אסורים. השאלה היא אם הסכמה לתת תוקף משפטי מחייב להסכמים בעניינים אלה מתיישבת עם תקנת הציבור.

לדעתי, בדרך כלל יש להשיב לשאלה זו בשלילה. אין להעלות על הדעת, למשל, כי על ראש הממשלה יוטל חיוב משפטי לצרף סיעה זו או אחרת לממשלה, או כי על סיעה יוטל חיוב משפטי להצטרף לממשלה או לתמוך בה, ואף לא להישאר באופוזיציה. ודוק: עניינה של גישתי אינו אך בסעדים, בכוונה המשוערת של הצדדים, או ב"שפיטות", אלא בראש ובראשונה במהות. כלומר, הטעם לכך שאין להניח כי בית-המשפט היה, למשל, מחייב את סיעת ש"ס להצטרף לממשלה על יסוד ההסכם הקואליציוני, נושא פסק-הדין, אינו אך בכך שאכיפת ההסכם היא בגדר "כפיה לעשות או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי", או כי "ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל", או כי האכיפה היא "בלתי צודקת בנסיבות הענין", כאמור

80. ראו, למשל, ב' ברכה, משפט מינהלי (כרך ראשון, 1987) 153-129; י' זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, 88-85.

בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. אי-החיוב לקיים את ההסכם אף אינו תלוי בשאלה אם הצדדים התכוונו לתת להסכם תוקף של חוזה מחייב, וגם אינו נוגע ל"שפיטות" ההסכם, במובן יכולתו או שיקול דעתו של בית-המשפט לדון בהסכם או לתת בעניינו סעדים. העדר החובה המשפטית של סיעת ש"ס להצטרף לממשלה נובע - ראשית לכול - מכך שנטילת התחייבות משפטית בעניין זה סותרת את תקנת הציבור, ועל כן - כאמור בסעיף 30 האמור לחוק החוזים הכללי - היא בטלה.

31. לכלל זה, שעל-פיו מתן תוקף של התחייבות משפטית להסכמה בדבר הקניית כוח פוליטי סותר את תקנת הציבור ועל כן בטל, יש יוצא מן הכלל. יוצא מן הכלל זה עניינו בהוראות שבתקנוני מפלגות בדבר בחירתם של מוסדות המפלגה וסמכויותיהם. על-פי הפסיקה, תקנון המפלגה הוא חוזה בין המפלגה לבין חבריה ובין החברים לבין עצמם, ולכל חבר נתונה הזכות לקבל סעד כנגד הפרת התקנון.⁸¹ על-פי ההגדרה שהצעת, ההוראות בתקנון מפלגה המסדירות את בחירתם של מוסדות המפלגה וסמכויותיהם, הופכות את התקנון להסכם פוליטי, שכן עניינו הוא בהקניית כוח פוליטי למוסדות ולהבריהם.

למרות זאת, הוראות אלה הן בעלות תוקף משפטי מחייב, משום שתקנת הציבור אינה שוללת קביעת הסדרים משפטיים מחייבים בדבר הנהלתן של מפלגות, לרבות בחירת מוסדותיהן וסמכויותיהם. ההיפך הוא הנכון. בעוד שקיים עניין שלא לחייב, למשל, השתתפות בממשלה או שיתוף בה בניגוד לרצונם של הגורמים הנוגעים בדבר, הרי שתקנת הציבור - כפי שאף באה לביטוי בחוק המפלגות, התשנ"ב-1992 - דורשת כי מפלגות יפעלו על-פי תקנוניהן.

32. לעתים קרובות כלולות בהסכמים פוליטיים התחייבויות שענינן אינו הקניית כוח פוליטי. במקרים אלה, בתמורה לקבלת הכוח הפוליטי מתחייב צד בהסכם לנקוט - במסגרת משרתו השלטונית - צעדים מסוימים אלה ואחרים. דוגמה טובה להסכם פוליטי כזה הוא ההסכם הקואליציוני נושא פסק-הדין, שבו - בתמורה להצטרפותה של סיעת ש"ס לקואליציה - הובטח לה בין השאר, לצד מתן המשרות השלטוניות, גם לתקן בחקיקה את הפרת הסטטוס-קוו בענייני דת אם יופר. התחייבויות בדבר הפעלתן של סמכויות שלטוניות אינן לא-חוקיות, לא-מוסריות או סותרות את תקנת הציבור כשלעצמן. לא רק ביצוען של התחייבויות כאלה עשוי להיות מותר, אלא גם מתן תוקף משפטי להן אינו בהכרח פסול. חוזים מינהליים חוקיים רבים כוללים התחייבויות מסוג זה, הנתונות אף - בכפיפות להוראת סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי והמדינה כבעל דין, תשי"ח-1958 - לאכיפה.⁸²

81. ראו ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' לוי ואח', פ"ד לא (2) 265, 270 מול האות ד; א' בנדור (לעיל, הערה 73) פסקי-הדין המאוזכרים בהערות 34-35. אך ראו שם, 72-74.

82. ראו ג' שלו, חוזי רשות בישראל (1985) 113-121.

מתעוררת איפוא השאלה, מה דינה של התחייבות שעניינה הפעלת סמכות שלטונית, הכלולה בהסכם פוליטי, שבו כלולות אף התחייבויות שעניינן הקניית כוח פוליטי? לדעתי, יש לראות הסכמים פוליטיים שבהם, בתמורה להתחייבות של צד אחד בדבר הקניית כוח פוליטי לצד האחר, מתחייב הצד האחר כדין להפעיל את סמכותו השלטונית בדרך שבה מעוניין הצד האחר, כמעין "חוזי אופציה"⁸³. כלומר, אם הצד האחד יקנה כוח פוליטי לצד האחר כמפורט בהסכם וכל עוד הוא יעסה כן וימבלי שהוא יכול להיות מחויב לכך על-פי ההסכם, חייב הצד האחר – כמובן בכפיפות לחוק, למוטר ולתקנת הציבור, מזה, ולתורת ההשתחררות, מזה – להפעיל את סמכויותיו בדרך הקבועה בהסכם. חובה זו היא "שפיטה", ובית המשפט המוסמך – בג"ץ או בית המשפט האזרחי, לפי העניין – יוכל לתת סעדים, לרבות אכיפה, בשל הפרתה.

ודוק: ההסכם יתפרש כ"חווה אופציה", אף כאשר הצדדים התכוונו להתקשר בחווה רגיל, המחייב את שני הצדדים. שכן, מאחר שהתקשרות כזאת (בדרך כלל) אינה בדין, יש להפעיל מעין "עיפרון כחול"⁸⁴, ולפרשה כך שיינתן לה מרב התוקף שהדין מאפשר, מבלי להביא לביטולה הכליל.

33. עם זאת, נראה כי בנסיבות ענייננו ההסכם הקיאליציוני בכללותו – ולא רק ככל שעניינו בהשתתפותה של סיעת ש"ס בממשלה ובתמיכתה בה – אינו מחייב מבחינה משפטית את הצדדים בו. לכך שני טעמים:

ראשית, ספק רב אם הצדדים התכוונו ליטול על עצמם התחייבות משפטית. שנית, ובכך העיקר, נראה לי כי נטילת התחייבות משפטית בדבר תוכנה של תחיקת הכנסת היא פסולה (להבדילה מביצוע ההתחייבות על-ידי קבלת חוקים שהתחייבו לקבלתם). תקנת הציבור אינה סובלת כי חברי הכנסת יהיו מחויבים על-פי חוזה – בין הסכם פוליטי ובין הסכם או חוזה אחר – לחוקק חוקים מסוימים אלה ואחרים.

34. בפסק הדין נושא רשימה זו כתב השופט ברק:

לקיומו המשפטי של ההסכם הפוליטי השלכות רבות ומגוונות. אחת מהן היא החובה לפרסמו. השלכה אחרת, הרלבנטית לענייננו, היא בחוקיות ההסתמכות עליו בעת הפעלת שיקול הדעת השלטוני. אם אכן ההסכם הפוליטי – אותה "התחייבות שאינה התחייבות" – תקף, כי אז ראויים הצדדים לו (בענייננו – הסיעות) להתחשב בו בהפעלת שיקול דעתם. אם נכריז על ההסכם

83. השווה ס' דויטש, "הצעה בלתי-חוזרת ואופציה: האמנם סמנטיקה בלבד?", עיוני משפט יב (תשמ"ז) 275, 283-286; ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה, 1995) 111.

84. הכוונה זמיר (לעיל, הערה 36).

הפוליטי בטל ומבוטל, נצהיר מראש, כי אין להתחשב בו ואין להביאו בכלל השיקולים.⁸⁵

לדעתי, דברים אלה – שבהם התפלמס השופט ברק עם דברי השופט חשין כי הסכם פוליטי הוא "התחייבות שאינה התחייבות" – גורפים יתר על המידה. בכך שהסכם פוליטי אינו מועיל ליצור התחייבות משפטית (למצער, באשר להקניית כוחות ועמדות השפעה פוליטיים), אין כדי למנוע מן הצדדים בו להתחשב בו בהפעלת שיקול דעתם, לרבות בהפעלת סמכויותיהם על-פי דין. בחובת הפרסום כשלעצמה אין כדי להפוך את ההסכם למחייב.

אכן, מקום שבו הסכם פוליטי נפסל בשל תוכנו הלא-חוקי, הלא-מוסרי או הסותר את תקנת הציבור, אסור לרשות ציבורית להתחשב בהסכם בהפעלת שיקול דעתה. זאת ועוד: אסור לרשות לראות עצמה מחויבת מבחינה משפטית על יסוד ההסכם שאין בכוחו ליצור חיוב כזה, אלא עליה להפעיל את שיקול הדעת שנתן לה הדין על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים.

ואולם, מכך שהסכם אינו תקף – במובן זה שאין הוא יוצר התחייבות משפטית – אין כדי לשלול מן הצדדים בהסכם, מיניה וביה, את זכותם להתחשב בו בהפעלת שיקול דעתם. טלו, למשל, הסכם בדבר סעודת ערב. מכך שהסכם זה אינו מחייב מבחינה משפטית – בין משום שהצדדים התכוונו לעשות הסכם "ג'נטלמני", שלא יטיל עליהם התחייבות משפטית, ובין משום שדיני החוים אינם מאפשרים התחייבויות בעניינים מסוג זה – אין כדי לשלול מן הצדדים את הזכות, ודומה שאף את החובה שבנימוס, להתחשב בקיומו של ההסכם כאשר הם מתכננים את בילוי הערב שלהם. הוא הדין לעניין ההסכם פוליטי. בכך שצדדים להסכם כזה לא התכוונו ליטול על עצמם מחויבות משפטית, או שהם התכוונו ליטול על עצמם מחויבות כזאת אך שיקולים שבתקנת הציבור שוללים את תוקפה, אין כדי למנוע אותם מלהתחשב בהסכם – אף אם לא יצר התחייבות משפטית – בהפעלת שיקול דעתם.

זאת ועוד: לשיטתי, כאמור, הסכמים פוליטיים רבים הם בגדר "חוזי אופציה", שעל-פיהם אין על הצד האחד חובה משפטית להקנות כוח פוליטי לצד האחר, אך משעשה זאת, חייב הצד האחר לתת לו על כך תמורה, בדרך כלל באמצעות הפעלת סמכותו שעל-פי דין כפי שסוכם בחוזה. במקרה כזה דומה כי אף אחד מן הצדדים אינו מגוע מלהתחשב בקיומו של ההסכם, לרבות הצד שההסכם לא הטיל עליו כל חובה, אלא העניק לו "אופציה".

באשר לחובת הפרסום, היא עשויה להתקיים אף בהסכם שאינו מחייב משפטית את הצדדים בו (ומה גם, שכאמור, הסכם פוליטי עשוי להיות במתכונת של "חוזה אופציה" המחייב את אחד הצדדים). כפי שציינתי, צדדים בהסכם פוליטי חוקי זכאים להתחשב בו בהפעלת שיקול דעתם אף כאשר אינו מחייב. על כן עליהם לפרסמו. מבחינה זו דומים הסכמים פוליטיים לקווי-היסוד של הממשלה. למרות שקווי-היסוד אינם יוצרים חיוב

85. פסק-הדין, 63-64 (מתוך סעיף 32 לפסק-הדין של המשנה-לנשיא ברק).

משפטי, 86 חובה להציגם בפומבי. 87 למותר לציין כי הממשלה ושריה זכאים להתחשב בקווי-היסוד בהפעלת שיקול דעתם, אף שאלה - כאמור - אינם מחייבים.

ד. במקום סיכום

35. דומה איפוא כי התשובה לשאלה שהעליתי בהתחלת רשימה זו - מדוע לא פנתה מפלגת העבודה לבית-המשפט כדי לחייב את סיעת ש"ס להצטרף לממשלה כאמור בהסכם הקואליציוני שביניהן (כשם שיש להניח שאף סיעת ש"ס לא היתה עושה כן אילו מפלגת העבודה היא שהיתה "מפרה" את ההסכם) - היא שהמפלגה הניחה כי הסכם זה, למרות שביצעו מותר, אינו מועיל להקים התחייבות משפטית. לדעתי, העיגון לתוצאה זו - אף אם אין היא נובעת מכוונת הצדדים - הוא בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, שעל-פיו, חוזה שכריתתו סותרת את תקנת הציבור - בטל. אך מאחר שבטלות ההסכם מסיבה זו לא שללה את זכותם של הצדדים לממשו, נדרש בית-המשפט לפסוק אם ההסכם אינו פסול ובטל עקב תוכנו, שאז אסור לצדדים לממשו. שאלה זו - שבה נחלקו הדעות בין השופטים - ראויה, כאמור, לרשימה נפרדת.

86. ראו חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, "המשמעות ההוקתית של קווי יסוד", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.410 כרך ב (1.1.1972); וכן א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, 1991) 517-519.

87. ראו חוקי-יסוד: הממשלה, סעיף 15.