כיצד מרקדין לפני הכלה

חיים ה' כהן*

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

א. שטר תנאי שידוכין. ב. דין כלה מכוערת. ג. קוו, קוו, קוו. ד. שאלה של טעם. ה. התערטלות שיפוטית.

א. שטר תנאי שידוכין

מפלגת העבודה הישראלית ("התתן") ותנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה ("הכלה") הסכימו ביניהן שהכלה תיכנס לחופת הקואליציה הממשלתית, ובלבד שתקבל התחייבות פורמלית תחילה שהתנאים שהתנתה להצטרפותה לקואליציה יקוימו במועדם וכהלכתם. העותרים – מקצתם אזרחים נסערים, מקצתם מפלגות מתחרות, ויתרם ארגוני זכויות האדם וחופש הדת – עתרו לבית־המשפט כי יצהיר שהתנאים הללו בטלים הם ויצווה שלא להתנותם ושלא לקבלם. השטר שהיה מונח לפני בית־המשפט היה טיוטת ההסכם, אשר בו מאשררים הצדדים הסכם קודם שנעשה ביניהם ושנחתם בראשי תיבות. ואלה התנאים המפורטים בשטר זה:

1. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו יתוקן ככתוב בטיוטה המצורפת לשטר, וכל מרכיבי הקואליציה יתמכו בתיקון זה. מנוסח הצעת התיקון עולה כי תכליתו היא "שמירת סטטוס קוו בענייני דת" (שהיא גם הכותרת המוצעת); אלא נסחי ההצעה אינם מסתפקים בהוראה, שלפיה יצריך כל שינוי בסטטוס זה קולות של רוב חברי הכנסת (כלומר, רוב מיוחס של 61); הם דורשים גם להעלותו לדרגה קונסטיטוציונית עליונה, לאמור: "לא יהיה תוקף לחקיקה חדשה בענייני דת העומדת בסתירה לחוק יסוד זה (לאחר תיקונו), אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי ההצבעה במליאת הכנסת, ברוב של חברי הכנסת". "ענייני דת" מוגדרים שם בלשון זו: "כל הוראה שבדין שחלה ערב תחילתו של חוק זה ובאה להגן על אורח חייו של הציבור הדתי ורגשותיו".

* ממלא־מקום קבוע לנשיא בית־המשפט העליון (בדימוס).

nevo.co.il

2. תתמנה ועדת משפטנים שתמליץ "על הקיקה הולמת לעיגון הסטטוס קוו בענייני דת והבטחת קיומו ושמירתו"; ומשתמעת הבטחה שהמלצות הוועדה לא יהיו לריק.

3. "במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על־ידי תקיקה מתאימה".

הסעיף האחרון היה לצנינים בעיני בית־המשפט על כל חמשת שופטי ההרכב שלו, שופט שופט וצניניו וסגנונו. נימוקיהם (הממלאים מאה עמודים ויותר) מוקדשים לפירושו ולהוקעתו של סעיף זה. רק הנשיא שמגר חשף בחוות־דעתו גם את ערוותן של יתר הוראות ההסכם. גם אנו נעיף מבט על ההוראות הללו בטרם נגיע לעיקר, שהוא סעיף 3 הנזכר.

כידוע, אין חוקי היסוד החדשים משריינים את הוראותיהם על־ידי קביעת רוב מיוחס לשינויים: לא כבוד האדם משוריין, לא חירותו משוריינת. על־פי ההצעה שלפנינו רק הסטטוס קוו בענייני דת (להלן, הסק"ד) בלבד ראוי לשריון. בייחוד השריון לענייני דת בלבד יש, בלשון הנשיא, משום "הפרה של האיזון התקיקתי הראוי": יש בו כדי לגרוע "ממעמדן הראוי של החירויות בחברה דמוקרטית". בתוקף שריונם המיוחד יעמדו ענייני דת בפסגת סולם הערכים, למעלה מכל חירויות היסוד ומכל ערכי הדמוקרטיה. חוששני שיהא בכך משום שיבוש, ואף משום שלילה, של אופי המדינה כמדינה לא רק "יהודית" כי גם "דמוקרטית".

בנוסח המוסכם של כתב מינוי ועדת המשפטנים, אמור ראש הממשלה לכתוב ולחתום כי הוא "רואה בשמירת הסטטוס קוו בענייני דת ערך יסוד ממלכתי להבטחת הקיום ביחד של כל חלקי העם". הרבה כבר נאמר ונכתב על הסק"ד (וגם אנו עוד נוסיף ונכתוב עליו) – אך חידוש גדול הוא שהסק"ד נמנה עם ערכי היסוד הממלכתיים. אם ראש הממשלה אמנם סבור שהוא נמנה עמהם, אולי החליט שבאיזון בין ערכי יסוד המתנגשים זה בזה, יש להעדיף את הסק"ד הקדוש גם על פני כל חירויות האדם וגם על פני מעמדו ויוקרתו של בית־המשפט העליון. יתכן שהאיזון וההעדפה אינם שלו, והוא התחייב לאמצם לעצמו כאילו כפאו שד. על כל פנים, זהו המוהר שהוא נדרש לתת לכלה אם הוא רוצה לשאתה לו לקואליציה. הכלה נחשקת בעיניו עד כדי כך שגם מוהר יקר שכזה אינו מחיר גבוה מדי להכניסה אל תחת חופתו.

או טלו את ועדת המשפטנים: כשיש צורך בעיני הצדדים להציע תקיקה בענייני דת, אין הם סומכים עוד על המומחים המנוסים והמיומנים בשדה התקיקה – לא על היועץ המשפטי לממשלה, לא על עוזריו נסחי החוקים, ולא על היועצים המשפטיים של המשרדים שבידיהם. אין להם אמון אלא בארבעה עורכי דין הנקובים בשמותיהם, ועל שופט בדימוס ששמו נשאר פתוח (ותמהני, אם יימצא שופט בדימוס שיהא מוכן לקבל על עצמו משימה-מזימה זו). העובדה שאף לא אחד מהם עסק אי פעם בתקיקה, אינה שקולה כנגד מהימנותם האישית (הבלתי מוסברת) של ארבעתם שיעשו רצון שולחיהם כמצופה מהם. הסמכתם לקבוע טיבו והיקפו של הסק"ד, אף בניגוד להלכות פסוקות, עלולה לפגוע, כלשון הנשיא, "באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון". ואין צריך לומר שהיא פוגעת – שלא בצדק – ביוקרתו של משרד המשפטים ובמעמדם של בתי־המשפט.

הדברים האלה הם זוטות בעיני השופטים. השופט ברק פסק במפורש כי הם עברו

nevo.co.il

בהצלחה את הביקורת השיפוטית – אך הוא נמנע מלגלות לנו כיצד עברו. לי נראה שגם התניות הללו פגומות על פניהן. אין אני תמה על הצד שדרש להכניס תניות אלה לתוך ההסכם: תמהני על הצד שנענה לדרישות שכאלה.

התניה היחידה שלא עברה את הביקורת השיפוטית היא זו הקובעת שכל הפרה של הסק"ד תבוא על תיקונה בדרך חקיקה. אולי ניתן היה לפרש תניה זו כאילו הכוונה היא להפרות מצד הרשות המבצעת: כלומר, כשרשות מרשויות המדינה תעשה מעשה שיש בו משום הפרת הסק"ד, כי אז יחוקקו חוק שיאסור מעשה שכזה וימנע הישנותו. אילו פירשוה כך, כי אז מן הסתם גם היא היתה עוברת את הביקורת השיפוטית ללא פגע.

ואולם בית־המשפט – על כל שופטי המותב – פירש את התניה לאמור, שאם יופר הסק"ד על־ידי פסיקה של בית־משפט, ובמיוחד של בית־המשפט הגבוה לצדק, תבוטל ההלכה הפסוקה בדרך חקיקה. אין ספק שבפירושו זה ביטון בית־המשפט דעתו לכוונת הצדדים; וכנראה לא נשמעה טענה מפי מי מן המשיבים שלא לכך התכוונו. מה שפסק בית־המשפט לא מזמן, שבתי־דין רבניים חייבים לזכות אישה בחלקה ברכוש המשותף על־פי חוק,[1] עורר חמתם של חסידי הסק"ד; וקרוב אני לחשוב כי "הפרה" זו של הסק"ד על־ידי בית־המשפט היא שהביאה לידי הדרישה שעוול מעין זה יתוקן מיד בדרך החקיקה.

השופטים תמימי דעים היו שאין כל פסול בחקיקה הבאה לשנות או לבטל הלכה שנפסקה על־ידי בית־המשפט – ואמנם כבר היו דברים מעולם (והמפורסם שבהם הוא תיקון חוק השבות כתגובה על פסק־הדין בפרשת שליט). אבל גם בזאת היו כולם תמימי דעים, שלא ייתכן להתחייב לחקיקה שכזאת מראש – התחייבות גורפת וכללית, ללא אפשרות לדעת מראש מה ייפסק ומה ייחקק.

למעשה אין פסיקה בענייני דת שלא תהא בה הפרה, בכוח או בפועל, של הסק"ד. וכבר הדגיש השופט אור, שאפילו ידון בית־משפט מחר במעשים שנעשו תמול שלשום, ויהיו פסולים ומכוערים ככל שיהיו, עלול הסק"ד להשתנות. ובלשונו שלו: גם בדבר "התנהגות פסולה מכל וכל" שנהגו בעבר, לא יוכל בית־המשפט לומר דברו, מבלי שתחול ההתחייבות לתת "לגיטימיזציה" למעשים חמורים שאין להתירם, רק משום שלא נדונו עוד עד היום". קדושת הסק"ד תהא תלויה מעל ראשו של בית־המשפט כחרב המתהפכת: גם השופטים, גם המתדיינים, גם הציבור יידעו שפסיקת בית־המשפט בענייני דת לא תהא "טובה אלא לשעה קלה בלבד", לא תהא "אלא אפיזודה, שכן סופה הקרוב הוא שתבוטל". ובלשונו של השופט גולדנברג: "מה שהיה לפני פסק הדין הוא שיהיה אחריו, ואין לו לבית־המשפט לטרוח כלל להעמיד את הדין על מכונו, שממילא תהא פסיקתו לריק". והמשנה לנשיא, השופט ברק, כותב כי פסק־דינו של בית־המשפט לא יהא "מכריע בסכסוך" ולא יקבע את הדין, "אלא הוא מהווה עילה לביטולו של עצמו... מתן הפסק הוא המקור לבטלותו"; הוא "חסר תועלת"; בית־המשפט "מתבקש, הלכה למעשה, לטחון מים; ההליך כולו הופך למשחק"; כל פסק־דין שכזה "כולל את גלולת המוות שלו... הפסיקה הורסת את עצמה".

1. בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית־הדין הרבני הגדול ואח' (טרם פורסם)

nevo.co.il

כיוון שכך, אין תימה שאחת דינה של תניה כזאת בהסכם קואליציוני להיפסל. לפי השופט ברק, אין "הדעת הקונסטיטוציונית" סובלתה: היא נוגדת את "תקנת הציבור החוקתית"; היא "פוגעת עמוקות בתפיסות היסוד של משטרנו החוקתי" – ועוד כהנה וכהנה. השופט גולדברג כותב על בעלי הסכם קואליציוני שכזה שהם "לקו בליקוי מאורות", ואינם מבינים את "המבנה השלטוני שלנו המחייב דו־קיום בשלום בין הרשות השיפוטית ויתר רשויות המדינה" – ועל כן לוקים "בתפיסתם הבסיסית". וכיד המליצה הטובה עליו הוא מוסיף כי תקיקה הבאה לתקן הפרת הסק"ד היא בגדר "החורת עטרת ליושנה (תרתי משמע)". והנשיא שמגר, מתוך ריסון נשיאותי מרשים, כותב כי "החלטה מראש על יצירת מכבש מול התהליכים המשפטיים הסדירים... היא החלטה בלתי ראויה" (ההדגשה במקור). על כל אלה תותם השופט חשין ואומר כי הוא סומך שתי ידיו "על המלים הקשות שנתנו מפי" חבריו השופטים על ההוראת הנדונה שבהסכם הקואליציוני המיועד.

למקרא דברים אלה כל בר־בי־רב מבין מה טיבו ומה כיעורו של שטר שידוכין זה. אין אנו יודעים אם התתן דנן היה מודע למידת הכיעור של התנאים שהסכים להם: אם לא ידע, אין לו להלין אלא על בורותו, או חוסר הבחנתו, או תפיוותו, אם יגלה בחופתו כלה מכוערת; אם ידע, הסכים כנראה כמי שכפאו שד: מפני צרכים קואליציוניים מתעוורות גם עיני חכמים.

ב. דין כלה מכוערת

ראיתי מעשה ונזכרתי הלכה.

> תנו רבנן: כיצד מרקדין לפני הכלה? בית שמאי אומרים, כלה כמות שהיא; ובית הלל אומרים, כלה נאה וחסודה. אמרו להם בית שמאי לבית הלל, הרי שהיתה תיגרת או סומא, אומרים לה כלה נאה וחסודה? והתורה אמרה, מדבר שקר תרחק; אמרו להם בית הלל לבית שמאי, לדבריכם – מי שלקח מקח רע מן השוק, ישבחנו בעיניו או יגננו בעיניו?

אין מחלוקת בין הפוסקים אלא לגבי הכלה המכוערת. לפני כלה נאה וחסודה מרקדין כמות שהיא גם לפי בית שמאי. אך הריקוד לפני כלה מכוערת שנוי במחלוקת: אלה אומרים להתעלם מן הכיעור ולרקוד לפניה באותה התלהבות שבה רוקדים לפני נאה וחסודה; ואלה אומרים, אין לעשות שקר, לא עם עצמנו ולא עם הכלה – רק אם על אף כל כיעורה אתה יכול לרקוד לפניה, רקוד! התקשו המפרשים להאמין שבית הלל אמנם יתירו לשקר, ולו רק לשמת כלה או לשבח מקח מן השוק; כשם שהתקשו להאמין שבית שמאי יתירו להלבין פני הכלה המכוערת ביום שמחת לבה. וכדרכם מצאו תירוץ יפה גם לאלה וגם לאלה: לבית שמאי רוקדים לפני הכלה כמות שהיא בעיני החתן, ולבית הלל רוקדים לפני הכלה שבעיני החתן נאה וחסודה היא. הדעת נותנת שיש גם לכלה מכוערת

nevo.co.il

תכונות הגוף והנפש המחבבות אותה על החתן, שאחרת מסתמא לא היה נושא אותה לו לאישה; כשם שגם למקח בשוק צריכים להיות יתרונות מסוימים, שאחרת לא היה הלוקח משלם מחירו. אולם, כלה אשר היא נאה וחסודה עד מאוד בעיני החתן, יכול ותיראה לא נאה ולא חסודה כולי האי בעיני הרקדנים – ולמרבה המזל לא יהיה בכיעורה בעיניהם כדי לגרוע מיופיה בעיניו.

יש שכלה היא מכוערת באשר היא חיגרת או גיבנת או בעלת מום אחר; ויש שהיא מכוערת באשר התנתה תנאים מכוערים לנישואיה. הדין הוא שהנישואין תופסים בכלה מכוערת כמו בכלה נאה; אבל אם תנאיה מכוערים – הקידושין תופסים והתנאים בטלים. האומר, הרי את מקודשת לי על מנת שנחיה לפי תנאייך ונאכל חזיר – היא מקודשת ותנאה בטל; שכל המתנה על מה שכתוב בתורה, תנאו בטל. אלא מצב משפטי אידיאלי זה אינו עומד במבחן המציאות הפוליטית דהאידנא. מה טוב ומה נעים היה אילו אפשר היה לבטל את התנאים המכוערים שהתנתה הכלה דנן, ובעת ועונה אחת לראות את הקואליציה עמה על תלה עומדת. אך נוכח עקשנותה של הכלה אין זאת אלא אשליה בעלמא: אם לא יקבלו תנאיה, לא תיכנס לקואליציה – ומה בכך שיש בתנאיה משום התניה על מה שכתוב בתורת המשפט.

אבל השופטים נקראו לרקוד לפניה (ולו רק ריקודים מוקדמים): אלה רוקדים, כלה נאה וחסודה, שהרי התתן לא ראה פגם בכיעורה, והוא להוט אחריה למרות כל כיעוריה; ואלה רוקדים, כלה כמות שהיא, שדווקא כיעורה הוא אשר (ככל הנראה) מצא חן בעיני התתן. או שמא תרצו לומר, דין "כלה נאה וחסודה" כדין אי־התערבות, ואילו דין "כלה כמות שהיא" כדין הצהרה נורמטיבית: הנמנע מלהתערב, כאילו סומך על טעמו של החתן ומסרב לגרוע מבחירתו כהוא זה; ואילו "המתערב" תושף את הכיעור קבל עם ועדה, ספק אזהרה לחתן מפני מה שצפוי לו מבלתו, ספק עצה להיפטר ממנה בעוד מועד. אלה אומרים, אין מתפקידנו או מסמכותנו לתחוב אפנו (תרתי משמע) לתוך רזי אהבה קואליציונית וקסמיה; ואלה אומרים, תוכתנו היא להוקיע ולמנוע זיווגים המסכנים לא רק את שלומם של בני הזוג אלא, והוא העיקר, את שלטון המשפט.

פסקו הלכה כבית הלל שמצווה לקלס כל כלה כנאה וחסודה – לא רק משום שבמחלוקת בין בית שמאי ובית הלל, ההלכה הולכת אחר בית הלל, אלא גם משום שגילו שעל פניה של כל כלה משוך ביום חתונתה "חוט של חסד": הנוי והחסד הם מגת חלקה של כל כלה מכות אושרה ושמחת לבה המשתקפים לעיני כל רואיה. בנקודה זו נפרד המשל מן הנמשל. לא נוי ולא חסד מתגלים על פניה של מפלגה המצטרפת לקואליציה, על כל פנים לא מכות עצם צירופה. אם ניתן לדבר על מפלגה נאה, הנוי נעוץ בתכונותיה, במצעה, בסגולות מנהיגיה, וכיוצא באלה דברים שאינם תלויים בשמחות קואליציוניות. שום "חוט של חסד" אינו משוך על פני מפלגה פוליטית: מבחינה זו אין מפלגה דומה לכלה לעולם.

ג. קוו, קוו, קוו.

בשנת 1947 הבטיח דוד בן־גוריון למפלגות הדתיות כי במדינה היהודית שתוקם לא יחולו כל שינויים בנהגים שהיו נהוגים בארץ־ישראל המנדטורית בענייני הדת היהודית, שפורטו

nevo.co.il

שם. מתן הבטחה זו היה התנאי שהתנתה אגודת־ישראל להימנעותה מלהתנגד להקמת המדינה: המוסדות הלאומיים היו מעוניינים מאוד להציג חזות יהודית מאוחדת ואחידה לפני אומות העולם. בן־גוריון קיים הבטחתו: בהסכם הקואליציוני הראשון (אפריל 1949) נקבע כי השבת ומועדי ישראל ייקבעו בחוק כימי מנוחה ליהודים; כי כל מטבח ממשלתי "ליהודים (ההדגשה במקור) תישמר בו הכשרות"; כי "צרכי הדת הציבוריים" יסופקו על־ידי המדינה או הרשויות המקומיות, "אולם לא תהיה כפיה בעניני דת מצד המדינה"; כי לא יעשה "חוק של נישואין וגיטין אזרחיים במדינה" (ההדגשה במקור), אלא החוק הקיים ישאר בתוקפו; וכי "הורמים המוכרים בחינוך ייהנו גם להבא ממעמדם האוטונומי במערכת החינוך של המדינה". זהו הסק"ד המקורי: בקביעתו וביישומו יצאה הממשלה ידי כל חובה שהיתה מוטלת עליה כלפי המפלגות הדתיות.

מן הראוי להזכיר שבאותו הסכם קואליציוני ראשון נקבע גם כי "יובטח חופש הדת וחופש המצפון, זאת אומרת, כל אורח במדינת יוכל לשמור על־פי דרכו את מנהגי דתו, ולא תהיה מבחינה זו כל כפייה מצד הממשלה. כמו כן יובטח לכל איש חופש המצפון לפעול לפי הכרתו הפנימית, בתנאי שלא יפגע בחוקי המדינה ובזכויות הזולת". ואולי כדי לסתום מראש פי העתידים לטעון שמתן שיווי זכויות לאישה עשוי לשנות מן הסק"ד, הוסיפו וקבעו שם לאמור: "המצב התוקי של האישה במדינת ישראל יושווה בכל העניינים האזרחיים, הסוציאליים, המדיניים, הכלכליים והתרבותיים לזכויות הגבר, ושוויון זה יחייב את בתי הדין הדתיים כשיפסקו בשאלות המצב האישי, ירושה, מזונות וכו'". גם המזרחי והפועל המזרחי, גם אגודת ישראל ופועלי אגודת ישראל, סמכו ידיהם על הוראות אלו; מוסכם היה על כולם שגם הן הן חלק אינטגרלי של הסק"ד.

"סטטוס קוו", שהוא קיצור (נבער אך נפוץ) של status quo ante, משמעו מצב או מעמד ששררו קודם לכן ולא השתנו ואינם משתנים עם שינוי העתים והנסיבות. לשמור על הסטטוס קוו פירושו להמשיך בקיים ולא להביא בו שינוי. ואמנם נשמרו וקוימו כל הדברים הדתיים שנקבעו ושררו מיד לאחר הקמת המדינה: חוק ימי המנוחה בזוהרו עומד; הכשרות נשמרת בכל המטבחים הציבוריים; שירותי הדת היהודיים ממומנים על־ידי המדינה והרשויות המקומיות; לא נעשה חוק נישואין וגירושין אזרחיים; והזרמים האוטונומיים בחינוך פורחים והולכים. לכאורה, דעת חסידי הסק"ד יכולה לנוח: מה שהיה נשמר ונשאר, הסק"ד על תלו עומד, ואיש אינו זומם לגרוע ממנו.

•

אלא הסק"ד הוא בריה משונה: בניקום להישאר כמות שהוא, הוא הלך וגדל והשמין והתנפח – הוא השתנה ומשתנה מדי פעם בניגוד גמור לטבע ברייתו. תחילה הוחק תוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"א-1951, שהרחיב בהרבה את סמכות שיפוטם של בתי־דין רבניים ואת תחולת דין התורה – והאישה ששוויונה הבלכלי וכולי היה צריך לחייב את בתי־הדין הדתיים, יצאה וידה על התחתונה. זאת היתה מעין אוברטורה רבת־מצלול למערכות רצופות של הרחבת הסק"ד: על הסטטוס־קוו ניתוספו עוד קוו ועוד קוו ועוד קוו – וככל הנראה אין לדבר סוף. עתה מכיל הסק"ד את כשרות הבשר המיובא, פטור בתורי ישיבות ובנות דתיות משירות הצבא, איסור גידול חזירים, איסודי העבדה והעסקה בשבתות, המלחמה במיסיון, האנטומיה והפתולוגיה וההפלות, הארכיאולוגיה, ועוד

כהנה וכהנה. השופט ברק מביא בפסק־דינו מובאות מהסכמים קואליציוניים שונים, מהם הקובעים שמירת הסק"ד על דרך סתם, ומהם המפרטים מרכיבים מיוחדים של הסק"ד, כמו התחבורה הציבורית בשבתות או חוקי נישואין וגירושין. הסכמים אלה נעשו בתקופות שונות, והסק"ד האמור בהסכם קודם כבר אינו דומה לסק"ד האמור בהסכמים שבאו אחריו.

נכון הוא שנעשו בסק"ד על צורותיו השונות גם "כרסומים" למיניהם. הסק"ד בענייני השיפוט הרבני, למשל, "כורסם" על־ידי הכפפת בתי־הדין לכללי הצדק הטבעי, ועוד יותר על־ידי הכרת המתוקק בוכות האישה הידועה בציבור. כל הפרה – או חשש הפרה – של הסק"ד מעוררת את המפלגות הדתיות לתגובות של זעם וחימה, שתוצאתן – הצפויה והרצויה – היא לא פעם מעין פיצוי בדרך הענקת קונצסיות דתיות חדשות; ואין צריך לומר שגם קונצסיות אלו מיתוספות מיד על הסק"ד. לעומת המחאות הדתיות על ה"כרסומים", הפרות הסק"ד על־ידי הרחבתו אינן מעוררות, בדרך כלל, מחאה חילונית של ממש; ואם נמצא מי שמותה, נעשית מחאתו בקול ענות חלושה ואינה נשמעת. במידה שאותם "כרסומים" בעינם עומדים, עשוי היה הסק"ד להצטמצם ולא להתרחב – וגם זה קרה, כאמור. התוצאה היא, בלשונו הקולעת של השופט חשין, כי "הסטטוס קוו נוסח ישראל – מושג עמום מעורפל וגמיש: האוחזים בו מזה ומזה ימשכו אותו כל אחד מהם לעברו הוא, והרי הוא כחומר ביד היוצר – מי המרחיב ומי המקצר...".

"אוחזים מזה ומזה": המחנה החילוני נאחז בקש הסק"ד בבחינת הרע במיעוטו. הלא המפלגות הדתיות שואפות להשליט במדינה את דין התורה על כרעיו ועל קדביו; במקום להיות למדינה תיאוקרטית, מוטב לפייסן בסק"ד. גם השופט חשין מכשיר מצע מפלגה המבטיח להשליט את המשפט הדתי כולו; ומכאן הוא למד קל־וחומר לכשרותו של הסכם קואליציוני לקיום הסק"ד. והנשיא שמגר מזכירנו אף זאת, כי הבטחה להשליט את דין התורה כמותה כהבטחה לבטל את בית־המשפט העליון. עד שנגיע לאלה, נשליכה נא יהבנו על הסק"ד שישמש לנו סכר מפני מפלי מים רבים. ואולי מכאן (בין השאר) נכונותו של התתן דנן לקבל תנאיה של הבלה ולהנציח את הסק"ד.

אך אין בכל אלה כדי לשנות מן העובדה שמה שרצו עתה להעלות לדרגת קדושה עילאית, יצור משונה הוא. אין לו מידה, ואין לו פנים. אין פלא שצפו מראש מחלוקת אין קץ בדבר טיבו והיקפו – ולכן רצו להקדים רפואה למכה: תמישה משפטנים ישבו שבעה נקיים וינסחו הצעת חוק, שיעגן את הסק"ד וינציח אותו: תחילה יקבעו מה הוא זה ואיזה הוא, ואחר יעגנו אותו. הכוונה היתה, ככל הנראה, שהסק"ד כפי שיעוגן יעמוד איתן בקרושתו, וטומאת כרסומו על־ידי בית־משפט, או אף על־ידי בית־המחוקקים ברוב פשוט, לא תיגע בו. מה שהיה בגדר משלות מנות מחתן לכלה, יהפך לערך עליון של המדינה היהודית והדמוקרטית.

השופט ברק מביא מספרו של מחבר מלומד,[2] מתוך הסכמה עמו, את הדברים האלה: הסק"ד הוא "עיקרון מנחה" הבא למנוע "הבאתן מחדש של בעיות קשות ורגישות לתחום הדיון הציבורי־פוליטי, ומציע להן, באמצעות התקדים המחייב, פתרון נוח החוסך מריבות וטורח...". בתמונה אידילית זו יש אולי תיאור נכון של כוונת ממציאי הסק"ד, בן־גוריון

2. ח' דון יחיא, הדת בישראל (1975) 15.

וחבריו ויועציו ובעלי־דברו הדתיים; בינתיים הפך "העיקרון המנחה" המשכין שלום למעין מצורה (תרתי משמע) של גדודי המפלגות הדתיות, ומעוזה וחימושה מתחזקים ומתעצמים מעונה לעונה. ניסיון אחרון זה של קידוש שם הסק"ד, מעתה ועד עולם, אינו אלא תתנה נוספת בדרכי הכפייה הדתית והמחלוקת בעם. והא ראיה שהסק"ד לא הצלית במשך כחמישים שנות צמיחתו למנוע או למתן מריבות וחיכוכים בין היהודים על זרמיהם ואמונותיהם ודעותיהם. נהפוך הוא: הסק"ד מילא תפקיד מצער בליבוי המחלוקת בין דתיים לחילוניים: יש בו כדי לפגום באחדות העם ולא לעודדה. ככל שהסק"ד מתרחב ומעמדו מתחזק, מורת הרוח והעוויגות מצד חילוניים נגד דתיים הולכות ומתעמקות; ככל שהקונצטיות למפלגות הדתיות מתרבות, תחושת עלבון ופגיעה בחירויות יסוד מורגשת יותר. וכן להיפך: שום מידה של כפייה דתית מוצלחת לא תספיק לרכך את שאט־הנפש שבלב דתיים על חילוניים. כפשרה בין היריבים בעם והבאת שלום אחים, נכשל הסק"ד בישלון גמור. הניסיון להעלותו עתה לערך עליון עלול רק להחריף ולחדד את המחלוקת.

תהא אשר תהא תגובתם המשפטית או הרגשית של חילוניים, אין להתעלם מן העובדה שבשביל דתיים רבים – ובוודאי בשביל הכלה דנן – יש בקיום הסק"ד משום מצווה דתית. בעצם, מן הדין היה לכפות על כל עם ישראל קיום תרי"ג המצוות כולן. רק באשר מבחינה מעשית ריאלית אין לכפייה כללית שכזו כל סיכוי להתממש – והוא כל עוד רוב העם אינו שומר מצוות מרצונו – מסתפקים, בעל כורחם, במועט: הסק"ד הוא בגדר חסד שהם עושים עמנו. כאילו אמרה הכלה, מן הדין הייתי להתנות שתקיים כל התורה כולה; אך כדי שלא להכביד עליך יתר על המידה המדודה שלך, הריני עומדת על קיום הסק"ד בלבד. הכלה יודעת על שום מה נכנסת לחופה: על שום שיקודש לכל הפחות הסק"ד.

מן הבחינה המשפטית הסק"ד מתחלק לשניים: חלק ממנו כבר מעוגן בחוק או בתקנות: חלק אחר משתקף בנהגים שהשתרשו בממשלה או בציבור. נוהג ממשלתי לבש, בדרך כלל, צורה של מדיניות: המונופולין של הממשלה, למשל, לייבא בשר, כדי למנוע יבוא בשר לא כשר, שהוצג לפני בית־המשפט כמדיניות כלכלית, כבר נחשף כמדיניות דתית בתוקף הסק"ד.[3] דוגמה לנוהג ציבורי היא התחבורה הציבורית בשבתות, שהיא מותרת בחיפה ואסורה בכל יתר הערים ובתנועה בין־עירונית – והוא לפי המצב שהיה קיים ערב הקמת המדינה. ואולם אין לכחד שנוסף על שני מקורות אלה, הרבה מן הסק"ד, ובעיקר הגבלותיו, מקורו בפסיקת בית־המשפט העליון; אך בית־המשפט לא קבע מעולם מה נכנס במסגרת הסק"ד ומה אינו נכנס; הוא פירש חוקים ותקנות במישב שפיטתו, ועקב פרשנותו יכול שהחוק נמצא מפגר אחרי הסק"ד או מוסיף עליו. הסק"ד בתור שכזה, ובשמו המפורש, לא שימש נושא לפרשנות בית־המשפט; אבל בעצם העלאת פרט זה או אחר מן הסק"ד לדיון, טמון היה סיכון או סיכוי לשינויו.

אולי יש להצטער על כך שבית־הבשפט התמיך הנדמנות טובה זו שנזדמנה לידיו עתה לבדוק את הסק"ד ולבקרו "ביקורת שיפוטית". כמו לפני פסק־דינם כן לאחריו אנו מגששים באפלה, מה טיבו של סק"ד זה, מה מעמדו המשפטי, מה סבירותו ומה צדקתו. אולי יש בעצם קיומו משום פעולה לא־חוקית ולא־סבירה של הרשות המבצעת? אולי יש

3. בג"צ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז (5) 485.

nevo.co.il

בו או במקצתו או בהשלכותיו משום תשש פגיעה בכבוד האדם ותירותו? אולי יש במונופולין של הרבנות האורתודוקסית משום הפרה של חופש העיסוק? והאם לא רייה להעמדת שאלות אלו כדי לצפות לתשובה שיפוטית?

ואפילו תאמר שאין כל פסול בחקיקה "דתית", שהרי ריבונות המתוקק בעניין נשוא חקיקתו אינה מוטלת בספק, כשרות הסק"ד המחייב את המתוקק לתוקק או להימנע מלחוקק, מוטלת בספק גדול. לימדונו אבות הדמוקרטיה שתפקיד מחוקק הוא להתקדם ולקדם את המשפט, ולצעוד עם הזמן ולשנות כל הטעון שינוי, ולהביע רצונו ומאוויו של רוב העם. האם ממשלה הכופה משמעת קואליציונית לשם קיום הסק"ד ולמניעת שינויו אינה מועלת בתפקידה? האם עצם קיומו של הסק"ד, ולא כל שכן העלאתו לדרגת קדושה, אינו שולל מן המתוקקים שיקול־דעת תופשי לגופם של ענייני דת? ועל שום מה עדיפים "רגשות הציבור הדתי" (האמורים בנספת להסכם הקואליציוני) על פני רגשות הרוב החילוני?

אילו מצאו את הסק"ד עצמו פסול, ההסכם הקואליציוני היה לוקה עקב עצם המטרה המפורשת להנציחו, ולא רק עקב הפגיעה במעמד בית־המשפט העליון. אך השופטים הניחו כולם שהסק"ד הוא כשר (ולו רק "למהדרין" בלבד), ואף לא אחד מהם נרתע מהנצחתו. השופט ברק כותב במפורש כי קיום הסק"ד הוא "מטרה כשרה" – אלא שגם מטרה כשרה אינה מצדיקה או מכשירה אמצעים פסולים. המחלוקת בין השופטים בדבר כשרות האמצעים לא היתה צריכה להתעורר כלל, אילו נפסלה המטרה מינה וביה.

אבל הסק"ד שרד, גם לאחר פסק־הדין שלפנינו, ללא פגע. ימים יגידו מה עוללות יעולל לנו עוד.

ד. שאלה של טעם

כולי עלמא לא פליגי שההסכם הקואליציוני אינו אכיף – בין אם שלילת האכיפות היא תניה סמויה המוסכמת מראש על כל הפוליטיקאים, ובין שחוסר האכיפות נובע מטיבו של הסכם פוליטי שאכיפתו בידי בית־המשפט היא בלתי־אפשרית, או לפחות בלתי־יעילה, או אף בלתי־צודקת. יש כנראה הסכמה בין השופטים גם על כך, שהסכמים פוליטיים שכאלה אין דיני חוזים יכולים לחול עליהם – בין אם חסרה בהם גמירות־דעת לכרות חוזה של ממש, ובין שאין "חוזה" שעל הפרתו לא ניתן להתנות פיצוי כספי.[4]

במקום שגדולי הפוסקים והסופרים תמימי דעים הם,[5] צפצופיה של ציפור יחידה אינם נשמעים. לא רק משום כך בלבד לא אאריך בזה, אלא בעיקר משום שנראה לי שאינו רלוונטי לענייננו – במחילה מכבוד השופטים שהאריכו בסוגיה זו והקדישו לה אמרות־

4. בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מ"ה (1) 749 (להלן פרשת ז'רז'בסקי); וראו ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (1992) 365.

5. רשימה מלאה של הספרים והמאמרים שנכתבו בנושא זה, מצויה אצל י' זמיר, "חוזים פוליטיים" (עומד להופיע בספר לנדוי). אני נוטה לדעת זמיר כי גם התוזה הפוליטי "נשלט, בראש וראשונה, על־ידי דיני התוזים הכלליים, אך נוסף לכך חלות עליו הלכות מיוחדות, כמו החובה לפרסם הסכמים קואליציוניים...".

nevo.co.il

אגב של עשרות עמודים. אין הדבר דרוש לעניין, שהרי אליבא דכולי עלמא הסכם קואליציוני, ככל הסכם פוליטי, הוא שפיט – קרי: פתוח וכפוף לביקורת שיפוטית. אם אין המשפט הפרטי חל עליו, הרי חל עליו המשפט הציבורי, שאלת מהותו של המשפט הציבורי לעניין זה שנויה במחלוקת שופטים.

השאלה הזאת כבר באה לפני בית־המשפט בפרשת ז'דז'בסקי. המשנה לנשיא דאז, השופט אלון, מצא שאי־אפשר להכריע בשאלה זו על־פי דבר חקיקה, הלכה פסוקה, או בדרך ההיקש, ועל כן מוטלת עלינו מצוות חוק יסודות המשפט, התשמ"ם-1980, לפסוק על־פי עקרונות ממורשת ישראל. השופט ברק גרס לעומתו, כי שאלה זו ניתנת להכרעה על־פי ההלכה הפסוקה ועל דרך ההיקש מדיני החוזים. בין אם יש להיזקק כאן לחוק יסודות המשפט ובין אם לאו, כשלעצמי הייתי שמח במוצא שלל רב, אילו אמנם מצויים היו במשפט העברי סימוכין לכך שהסכם קואליציוני בין־מפלגתי כמו זה שלפנינו, שריר וקיים הוא אף אם בתורת חוזה לא היה תקף אלא בטל. ואילו ידעו או חששו מנהיגיה הרוחניים של הכלה דנן שההסכם שכבר הסכימו לו מחייבם על־פי ההלכה להצטרף לקואליציה, מן הסתם לא היו משליכים אותו לכלבים. אלא פוסקי ההלכה מקדמת דנא כלל לא יכלו להעלות על דעתם שיקומו בישראל גופים פוליטיים שיעשו את ענייני הציבור וטובת הכלל קרדום לחפור בו יתרונות פוליטיים לעצמם: שאילו ידעו, היו יודעים להתקומם ולהסתייג. החזקה שפוסקי ההלכה העמידו בה את פרנסי הקהילות, שכשהם מתחייבים מטעם הציבור, אין הם "משתים" אלא מתכוונים לקיים מה שהבטיחו, אף אם התחייבותם לא היתה תופסת מן הבחינה הפורמלית – אין לה ולא בלום עם "פרנסים" מודרניים העושים הסכמים בינם לבין עצמם לתועלת הפוליטית שלהם.

מבין עקרונות הצדק והיושר שבמורשת ישראל אפשר היה להחיל גם על הסכמים קואליציוניים את מצוות "ועשית הישר והטוב", או את מצוות "צדק צדק תרדוף", או את מצוות "לא תונו איש את עמיתו". דווקא מצוות כגון אלו לא ראה השופט אלון להחיל על ההסכם הקואליציוני: הוא פסק שיהיו הסכמים כאלה "בלתי־סבירים", קרי: בלתי־צודקים או לא־טובים, ככל שיהיו, אין בית־המשפט יכול לבטל אותם. ודווקא גרסתו שרק אי־תוקיותם יכולה לשמש עילה לביטולם, מן הסתם לא היתה מתקבלת על דעת פוסקי ההלכה, שהרי המדובר הוא בהפרה של תוקים חילוניים גרידא. אלא העקרונות היסודיים של צדק ויושר הם, כמובן, מאבני היסוד של משפטנו: והעובדה שגם במורשת ישראל תופסים הם מקום בראש, מוסיפה להם הדר, אף אם אין בה למלא שום חלל ריק.

ותוזרת שאלה למקומה: אימתי הסכם קואליציוני כשר, ואימתי הוא פסול, על־פי הוראות המשפט הציבורי שלנו?

הנשיא שמגר מתחיל לענות על שאלה זו בצורה פשוטה ואלגנטית: התוק מונה שלוש עילות הפוסלות מצעי־בחירות מפלגתיים: והן הן העילות הפוסלות הסכמים קואליציוניים. כידוע, עילות אלו הן, ראשית, שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; שנית, שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; ושלישית, הסתה לגזענות.[6]

6. סעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת.

ואמנם איש מן השופטים (או בכלל) לא הטיל ספק בכך שהסכם קואליציוני הבא לממש אחת המזימות הללו, פסול על־פי חוק. ואולם הנשיא לא הסתפק בהתחלה פשוטה זו: הוא הוסיף לפסול גם הסכמים קואליציוניים הנושאים "סממני שחיתות או השחתה, בעיקר בתחומי הממון וטוהר המידות", שאותם הוא מכנה בנגועים בפסול "היורד לשרשו של עניין". תוספת זו מאמצת את ההלכה הפסוקה הקודמת שבעקבותיה תוקן גם חוק־היסוד.[7] ועדיין לא נחה דעתו של הנשיא: מי יודע מה יוליד יום, איזו רשעויות יתגלו בעתיד שבית־המשפט טרם הוקיען; והוא משאיר את הדלת פתוחה, לכל צרה שלא תבוא, לעילות פסלות נוספות: "אין לראות בכך רשימה סגורה"; יכול שיתרחשו דברים שתהא בהם" פגיעה מהותית בתקנת הציבור" עד כדי צורך לפסול הסכמים כאלה.

והשופט חשין מחזה מחזיק אחרי הנשיא. במסה מרתקת הוא בונה בניין להשכין בו מצעים מפלגתיים והסכמים קואליציוניים בהרמוניה שלמה. בשאלתו הרטורית – התוורת ונשגית – כיצד זה יכול הסכם לביצוע מצע להיות פסול, כשהמצע עצמו כשר למהדרין, הוא חוזר, ככל הנראה והנשמע, על טענותיו כפרקליט בפרשת דרד'בסקי. אם מצע של מפלגה דתית המבטיחה לבוחריה השלטת דין התורה כולה, כשר הוא בתכלית (שאם לא כן, "גזרנו כרת על מפלגות של שומרי מצוות חרדיים") – צריכה גם הגשמתו בהסכם קואליציוני להיות כשרה: "הגשמתו של המצע הוא המצע... אין מצע אלא בהגשמתו. מדוע קויתי לעשות ענבים ויעש באושים?" לא שהסכם מעין זה היה בהכרח מוצא חן ושכל טוב בעיני השופט חשין; אבל

> ענייננו המיידי אינו לא בביקורת הנקרא ולא באתיקה ציבורית... ענייננו הוא בתחום המשפט... השאלה... איננה אם יפה הוא ההסכם המיועד או אם יש בו כיעור. השאלה היא אם עבר את גבול המותר כדי להיותו פסול מבחינה משפטית... מצויים אנו על הגבול של המערכת המשפטית, ועיסוקנו בהתווית גבולות. השאלה היא אם פגע ההסכם בערכי יסוד, כדי כך ששיטת המשפט תעלה עליו את החרב המתהפכת ותגזור עליו כליה.

על שאלה זו עונה השופט חשין בשלילה. אבל גם הוא משאיר ex abundante cautela, את הדלת פתוחה: "הסכם הפוגע בעיקר מעיקרי החברה או ביסוד מיסודי בית־המשפט", יכול בית־המשפט להכריז עליו כלא־חוקי או כנוגד את תקנת הציבור. "אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, והסכם קואליציוני הפוגם בתקנת הציבור באורח מהותי כמוהו כנחש על עקבנו. על הסכם קואליציוני בלתי־חוקי ייאמר, וביערת הרע מקרבך – וכך נעשה".

לא הנשיא שמגר ולא השופט חשין דאו בהסכם הקואליציוני דנן לא פגיעה בחוק ולא ניגוד מהותי לתקנת הציבור. לעניין זה נשארו במיעוט.

השופט גולדברג פסק שההסכם שלפנינו פוגע בתקנת הציבור עד כדי כך שאחת דינו "להיבטל מן העולם". בו בזמן שמצע מפלגה לבתירות נתנה מחופש הביטוי, האמונה

7. פרשת דרד'בסקי (לעיל, הערה 4) ובג"צ 1623/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מה (2) 213.

nevo.co.il

וההתאגדות, ואינו נפסל מחמת דעות חריגות, הרי המעשה שבעלי הסכם קואליציוני מתחייבים לעשותו, וכן "השלכותיו מן ההיבט המינהלי", אינם נהנים מחופש שכזה: פה אין לנו עוד עניין בדעות, ולא במידת "הוודאות של הסכנה הנשקפת" מהן, אלא במעשה שפגיעתו רעה בעצם עשייתו.

גם השופט אור דואה בהסכם דנן "פגיעה חוזית קשה ובוטה במעמדה של הרשות השופטת", והיא "פגיעה מהותית בתקנת הציבור ובעקרונות יסוד של משטרנו הדמוקרטי".

ואחרון חביב: השופט ברק פוסק כי הסכם קואליציוני הנוגד "עקרונות היסוד של המבנה החוקתי ונוגדת על כן את תקנת הציבור" (ההדגשה במקור) – הוא בטל. גם אם במצע מפלגתי שלפני הבחירות היו רואים איתן ההוראות עצמן ככשרות במובן זה שאין בהן כדי לפסול את המפלגה מלהשתתף בבחירות – בהסכם קואליציוני הן פסולות מכול וכול. בביטול הסכם קואליציוני אין כדי לגרוע מזכות־היסוד לבחור ולהיבחר: "זכות זו כבר מומשה", שעה שניגשים לכריתת קואליציה; ומה שנראה כשר במצע שלפני הבחירות עלול להיפסל בהסכם שלאחריהן. מצע מפלגתי לקיים או לקדם את הסק"ד הוא כשר; אבל אסור להגשימו בהסכם "הפוגע מהותית בתקנת הציבור החוקתית שלנו...".

העולה מן המקובץ והמתומצת: הסכם פוליטי, אף שדיני חוזים אינם חלים עליו, פסול לפי המשפט הציבורי, אם יש בו פגיעה מהותית בתקנת הציבור. עד כאן כל חמשת השופטים תמימי דעים הם. השאלה השנויה במחלוקת ביניהם היא שאלת מידתה של "מהותיות" הפגיעה, ואולי גם שאלת מהותה של תקנת הציבור. למקרא פסקיהם מתקבל הרושם שאלה הן שאלות של מידה ולא של מהות; שאלות של טעם יותר מאשר שאלות של משפט. תניה כמו זו שבהסכם דנן פגיעה מהותית היא בעיני זה ופגיעה לא מהותית בעיני זה; זה אומר, אין תקנת הציבור יכולה לדור עמה בכפיפה אחת; וזה אומר, תקנת הציבור על תלה תעמוד ולא נודע כי באה זו אל קרבה. כאילו קיימות "תקנת ציבור" של זה ו"תקנת ציבור" של זה, שאף אם אופיין ותכליתן שווים, מידתן והיקפן שונים.

מותר להניח שהכול מסכימים כי מעמדו ואי־תלותו של בית־המשפט הם מיסודות תקנת הציבור במדינה דמוקרטית ("הכול" – אולי פרט לכלה דנן). אך כיצד פוגעים בהם "פגיעה מהותית"? שמא תאמר, בהתכית הסכמים לא סגי, כל עוד לא בוצעו בפועל? אולי לעולם אין פגיעה על־ידי כריתת הסכם או מתן התחייבות שבלאו הכי אינם אכיפים? השופט חשין סבור שהסכם פוליטי שאינו אכיף ושביצועו העתידי מותנה בתנאים בלתי־ידועים ובלתי־מסוימים שמקורם בצרכים הפוליטיים של השעה – אינו מסוגל לפגוע מהותית בתקנת הציבור. כאילו תקנת הציבור חסינה מפני איומים, ועל כן איומים גרידא אינם יכולים לפגוע בה. לדעת שופטי הרוב יכול הסכם בלתי־אכיף לפגוע מהותית בתקנת הציבור, ואין נפקא מינה אם יבוצע אם לאו.

מסתבר כי תקנת הציבור אינה ניתנת להגדרה – ובכך אינה שונה תקנת הציבור כמשמעותה במשפט הציבורי מתקנת הציבור כמשמעותה במשפט הפרטי. היבטים או מרכיבים של תקנת הציבור עשויים להתגלות מדי פעם בפעם לפי טיב המעשים המוצגים כפגיעות בה; משל לצדק המתגלה במעשה אי־צדק. ובאשר אינה ניתנת להגדרה, מן הסתם אינה יכולה להימנות עם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: היא בגדר צורך או מצרך

nevo.co.il

המשתנים מעת לעת, מציבור לציבור, ממדיניות למדיניות. השופט ברק מדבר על "תקנת ציבור חוקתית" – כנראה תקנת ציבור מיוחדת במינה: האם תחומה הוא במסגרת המוסדות החוקתיים שאנו חיים עמהם, או שמא מסוגלת היא לפרוס כנפיה על כל דמוקרטיותה ויהדותה של המדינה?

הוא הדין למהות "הפגיעה המהותית": כנראה שאין אמת־מידה אובייקטיבית ונורמטיבית שניתן להתוות בה גבול בין מהותיות לשוליות; והדבר מסור, כאמור, למצפונו של השופט והשקפותיו המוסריות והמדיניות. יש בכך כדי לגרוע הרבה מן הערך התקדימי של פסיקה מעין זו. אילו פסק בית־המשפט כי במקרה של ספק, אם בדבר מהותיות הפגיעה ואם בדבר סיבה של תקנת הציבור, יש תמיד להתמיר – אולי היה בכך משום תרומה להבהרת הדין, לפחות נתבשרנו עתה כי מוימה לפגוע במעמדו של בית־המשפט עולה כדי פגיעה (כלשהי) בתקנת הציבור; כשם שכבר למדנו קודם לכן שעסקי ממון עלולים לפסול הסכמים קואליציוניים. אבל מה זה מועיל, שעה שהשערים פתוחים לפני מעללים קואליציוניים שעין עוד לא ראתה (אם כי כבר ראינו "מסריחים"): לא נוכל להוציא מכלל אפשרות שמפלגה בישראל שוב תעין פניה להתנות להצטרפותה לקואליציה תנאים שיש בהם כדי לחתור תחת אושיות המשפט או המוסר או אף הסבירות. יש לנו רק לקוות שאם תימצא מפלגה שתתנה תנאים מכוערים כאלה שהתנתה הכלה דנן, לא יימצא עוד חתן שיהין להשפיל עצמו לקבלם.

ה. התערטלות שיפוטית

משקבע הרוב שההסכם הקואליציוני דנן פוגע מהותית בתקנת הציבור, נזקק בית־המשפט לבירור השאלה אם שומה עליו, או מן הראוי או הרצוי הוא, ליתן לעותרים סעד הצהרתי פורמלי, או שמא מן הדין הוא שבית־המשפט ירסן עצמו מלהתערב וידחה את העתירות. אין צריך לומר ששאלה זו לא התעוררה אצל שופטי המיעוט שבלאו הכי לא ראו משום פגיעה מהותית בתקנת הציבור בהסכם ההוא; לדידי לא היתה השאלה צריכה להתעורר אף אצל שופטי הרוב.

ואולם גם הנשיא שמגר ראה צורך להאריך (באמרות אגב מובהקות) בשאלה זו. הוא כתב כי "יש להבחין בין ביקורת חוקתית־עניינית לבין המסקנה כי על בית־המשפט להתערב על־ידי הפעלת סמכויותיו, כדי לבטל תוקפו של הסכם בין שתי מפלגות...": אנו חייבים לתת "אפשרות לפעולתם החפשית של כוחות פוליטיים המקדמים מטרותיהם לעתים אף לפי תפיסות שאינן מקובלות על מי ששוקד על הגשמת ערכים דמוקרטיים מושלמים. תופש הפעולה הפוליטי הוא חלק חיוני של תפיסות המשטר שלנו, ושלילתו הבלתי זהירה עלולה לשנות מאופיה של הדמוקרטיה". ולמטה מן העניין: "אי־הפעלת סמכויות משפטיות של איסור או ביטול הפעולה, אינו צריך להתפרש כגורע בהוא זה מן הביקורת או השלילה העניינית, להם ראוי מהלך פוליטי זה או אחר". מתברר שביקורת שיפוטית – חריפה וקטלנית ככל שתהא – לגיטימית היא תמיד, ובבודה במקומו מונח; אבל בית־המשפט ירסן עצמו מליתן סעד הצהרתי או אחר המתבקש מן הביקורת, כדי שלא לפגום בחופש הפעולה הפוליטי.

nevo.co.il

משתמע מזה כי חופש הפעולה הפוליטי – שיכול שהוא מעין תולדה של חופש הביטוי, ויכול שהוא קטגוריה חדשה ונפרדת של "חופש" דמוקרטי – בעינו עומד ולא נגרע ולא נפגם, אף אם בית־המשפט מוקיע מימושו וגילוייו כנוגדים את החוק ואת תקנת הציבור. כאילו הפוליטיקאי רשאי לומר, מצפצף אני על דעת בית־המשפט, כל עוד לא יצא נגדי צו־איסור מפורש. דעות השופטים (השוקדים "על הגשמת ערכים דמוקרטיים מושלמים") יכולות להיות מעניינות מאוד ומנומקות היטב ומשקפות את המצב המשפטי לאשורו, אבל אני איני רואה מקום לדגול בהן ולאמצן לי, אלא אני אנהג ככל הישר והמועיל בעיני שלי. זכותי לחופש פעולה פוליטי עדיפה על חובתי לעשות משפט, כל עוד בית־המשפט לא הצהיר בצו פורמלי שחובתי למשפט קודמת לזכותי בפוליטיקה.

כבר נודמן לו לבית־המשפט לפסיק הלכה כי צו "נורמטיבי" – כמו צו הצהרתי – (להבדילו מן הצו "האופרטיבי" – כמו צו־איסור) אינו מטיל שום חובת עשה או לא־תעשה, אלא אך "מפרש את סמכויותיהן של הרשויות";[8] ואם הרשויות בוחרות להתעלם אף מהצהרה פורמלית שכזאת, לא יהא בכך משום ביזיון בית־המשפט. כאילו הדברים קל־וחומר: אם הצהרת בית־המשפט בצו פורמלי אינה מחייבת התנהגות הולמת, הצהרה ללא כל צו פורמלי על אחת כמה וכמה. אלא היקש זה עשוי ללמדנו גם שאין רבותא בהצהרה פורמלית, אם גם ממנה אפשר להתעלם.

התיאוריה המונחת ביסוד התוק האוסר על בתי־המשפט הרגילים לתת צווי מניעה או ביצוע נגד המדינה,[9] היא שאין שום צורך במתן צווים כאלה: דייה להצהרת בית־המשפט "המפרשת סמכויותיה", כדי שכל רשות מרשויות המדינה תפעל או תימנע מלפעול בהתאם. מן הבחינה התיאורטית אין נפקא מינה אם ההצהרה היא פורמלית אם לאו, כל עוד סמכויות הרשות מפורשות בה: העובדה שההצהרה היא תמיד פורמלית, נובעת אך מסדרי־הדין המחייבים את בית־המשפט ליתן פסק־דין. ער אני לכך שלא הרי הממשלה ורשויותיה כהרי מפלגה פוליטית, שאלה בחזקת כשרות עומדות, ואילו זו בעלת "חופש פעולה פוליטי"; אבל אף אם אין מעמידים מפלגות בחזקת כשרות, אולי מותר לצפות מהן שגם הן ינהגו כמשפט (ברם, החתן דנן הוא ראש הממשלה ומפלגתו, שהיא סיעת הרוב בכנסת ובממשלה, ואולי חזקת הכשרות אינה נופלת כה רחוק מהם).

אילו התלבט בית־המשפט בשאלה אם לתת לעותרים צו אופרטיבי, או אם דיים בצו נורמטיבי, היה שיקול־הדעת צריך לעניין. העתירות התלופות שהוגשו לבית־המשפט היו למתן צו האוסר על הצדדים להתום על ההסכם הקואליציוני ביניהם, או למתן צו המצהיר על ביטולו או פסלותו של ההסכם, או למתן שני הצווים כאחד. אפשר להבין את בית־המשפט אם יירתע מלפגוע באותו "חופש־פעולה פוליטי" על־ידי מתן צו אופרטיבי, שהפרתו עלולה להוביל את הפוליטיקאים לבית־הסוהר. אבל סכנה איומה זו אינה מרחפת על ראשי פוליטיקאים בעקבות התעלמותם מצו "נורמטיבי" גרידא. מבחינת הפוליטיקאים המורדים, אין נפקא מינה אם ההצהרה ניתנת בצו פורמלי אם לאו.

8. בג"צ 306/85 כהנא נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד לט (4) 485, 487.

9. סעיף 5 לתוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח־1958.

nevo.co.il

השופט גולדברג, שנמנה כזכור עם שופטי הרוב ואמר בלשון מפורשת כי הסכם קואליציוני זה "דינו להיבטל מן העולם", בכל זאת נמנע מלתת הצהרה פורמלית על ביטולו או בטלותו, משני טעמים מצטברים: ראשית, בית־המשפט דן פה במעמדו ובכבודו שלו, ומבחינת הצדק הטבעי ומראית־העין יש פגם בפסקו בנושא שהוא עצמו בעל עניין בו. "האיפוק והריסון העצמי המדריכים אותנו תמיד, מקבלים משנה תוקף" כשצריך להסיר ספק שמא "על עצמנו באנו לבקש". ושנית: לא ההסכם כשלעצמו, מכוער ככל שיהא, הוא הפוגע בתקנת הציבור, אלא יישומו בפועל; ואין ודאות קרובה כי ההסכם אמנם יבוצע. השופט גולדברג "מעדיף להשליך יהבו על חברי הכנסת אשר ישכילו ביום הפקודה (תרתי משמע) להצביע... מתוך מחשבה ושיקולים ענייניים ולא מתוך משמעת עיוורת... המצפן שיורה לחבר הכנסת את דרך הצבעתו, יהא צו מצפונו ולא תכתיב של רעיון קולקטיבי". ומשהשליך יהבו על תבונתם ומצפונם של חברי הכנסת, נוצרה בעיניו "קרבה לוודאות" שברשות המחוקקת יהא לעותרים סעד חלופי: אם יבואו שם על סיפוקם, לא יפסידו ולא כלום אם בית־המשפט לא יפעיל סמכותו בעניין הנוגע לו עצמו. האם אטעה לחשוב שאלולא אמונו בשיקול־דעתם הגבון והבלתי־תלוי של חברי הכנסת, שישכילו לעמוד בפרץ, היה השופט גולדברג מתגבר על רתיעתו כבעל־עניין ונותן הצהרה פורמלית?

דומני כי מבחינה אובייקטיבית אין מקום לחששותיו של השופט גולדברג שמאן דהו יראה בית־משפט הדן בעניין מעמדו שלו, בעין לא יפה. לפי השיטה המשפטית הנהוגה אצלנו רק בית־המשפט עצמו מוסמך לעמוד על משמר מעמדו וסמכויותיו, שעה שבעלי־הסכם עתירי כוח מתחייבים אהדדי לעשות מעשים החותרים תחתם. כל ציבור המתדיינים כבר מורגל לבית־המשפט שלא ירתע מלדון ולהכריע בכגון דא. השופט אור מביא מדברי השופט ברנזון, כי בעניינים אלה בית־המשפט דן "לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות, אלא מתוך דאגה ברורה ואמונה עמוקה" כי החותר תחת סמכות השיפוט והביקורת של בתי המשפט "עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בניין המדינה".[10]

ואשר לתבונתם ולעצמאיותם של חברי הכנסת, אופטימיותו התמימה של השופט גולדברג מרהיבה את הלב. חוששני כי עצם הברת החוק במשמעת קואליציונית מזימה את הנחותיו. הניסיון מוכיח כי המשמעת הקואליציונית משמשת, חדשים לבקרים, נשק פעיל ויעיל להשתיק את המצפון האישי ולשרש יוזמתו של חבר כנסת אינדיבידואלי. במקום להעמיד את חברי הכנסת בחזקה (מוטעית) שיצביעו תמיד לפי שיקול־דעתם לגופם של עניינים, מוטב להעמיד את הסיעות הקואליציוניות בחזקה (נכונה) שיכפו על חבריהן בכנסת את קיום התחייבויותיהן שבהסכם הקואליציוני. השופט גולדברג עצמו הביע זאת בלשון ברורה ומפורשת בפסק־דין קודם, לאמור: "כשמבקש גורם חיצוני, שאינו צד להסכם פוליטי, מבית המשפט להכריז על בטלותו או פסלותו, הנחת היסוד היא כי כוונתם ורצונם של הצדדים עצמם לקיים את ההסכם, יש בידם לקיימו, והם רואים אותו כבעל

10. בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, 172.

nevo.co.il

תוקף לכל דבר".[11] אף כאן הנחת היסוד צריכה להיות שיש ברצונם ובידיהם של בעלי ההסכם לכפות קיומו על סיעות הקואליציה. אין צריך לומר כי חזקה זו ניתנת להזמה: במצבים פוליטיים חדשים (כמו אלה שחזה השופט חשין) ייתכן שלא יהיו עוד להוטים אחר הקואליציה הזאת. אבל החזקה בעינה עומדת כל עוד לא נסתרה למעשה.

ברם, כל הסק"ד כולו לא היה חי ופורח אלולא המשמעת הקואליציונית שמנעה הכרעות אישיות מנוגדות על־פי שיקול־דעת תופשי. ואין סיבה להתמסר לאשליה שבדרך המשמעת הקואליציונית לא היו מצליחים גם להנציח את הסק"ד לשם קיום ההסכם דנן.

יש דמיון מה בין דעת השופט גולדברג ובין דעת השופט חשין בדבר עתידו המשוער של ההסכם הקואליציוני. השופט חשין רואה בו מעין זיכרון־דברים בלתי מחייב, שיישומו תלוי כל כולו ברצון הצדדים (או אחד מהם) לכשתבוא שעתו. ואם אז ירצו ליישמו כולו או מקצתו, תבוא התקיקה הדרושה לכך לא "משום אותה התחייבות פוליטית", אלא משום שהמפלגה "תסבור שכך עליה לעשות אם חפצת חיים היא" – שהרי אם לא תעשה כן, תתפרק הקואליציה. ולא זו בלבד שבבוא היום רשאית המפלגה לנער הוצנה מן ההסכם הפוליטי, אלא אף ייתכן כי בנסיבות מסוימות תהא זו "חובתם של נבחרים לבוחריהם שלא לקיים הסכם פוליטי שעשו, שהרי זו דרכה של העשייה הפוליטית" (ההדגשה במקור). ודרך זו של עשיית פוליטיקה עשויה להיות סבירה מאוד.

בו בזמן שהשופט גולדברג "משליך יהבו" על מצפונם ותבונתם של חברי הכנסת, בונה השופט חשין על דחיית מצפונם ותבונתם מפני הצרכים הפוליטיים של השעה. או, לשון אחר: זה רואה לסמוך על מצפונם ותבונתם של חברי הכנסת גם מול פני צרכים פוליטיים-קואליציוניים, וזה גורם כי חופש הפעולה הפוליטי לפי צורכי השעה עדיף ומתגבר על נטיות אינדיווידואליות. זה אומר, יש מוסר גם בפוליטיקה, וזה אומר, חופש הפעולה הפוליטי אינו נזקק למוסר. הצד השווה שבהם שיש סיכוי של ממש שהסכם מכוער זה לא יבוצע בפועל.

השופט חשין אינו רואה טעם או צורך במתן הצהרה על פסלות ההסכם, משום שבעיניו בלאו הכי אינו מחייב ולא כלום (ומה גם שאינו פוגע מהותית בתקנת הציבור). ואולם מן השופט גולדברג היינו מצפים, עם כל הכבוד והיקר, שיהא נאה מקיים את אשר נאה דרש; וכה אמר:

> ההסכם הינו מסגרת שבה בא לידי ביטוי הרצון המשותף לבצע את המעשה, ואפשר שיש לראותו כמאין לביצועו של המעשה... וכשם שרשאי מי שרשאי לבקש סעד מבית־המשפט כנגד ביצועה של החלטה פסולה של גוף ציבורי, כן רשאי הוא לבקש סעד כנגד ביצועה של התחייבות פסולה הבאה מכוחו של הסכם פוליטי... טלו דוגמה (דמיונית), שבה נתקבלה החלטה במפלגה פלונית, כי תעניק לחבר המפלגה משרה מסוימת, אם זה יתרום לה סכום כסף,

11. פרשת ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 4) בעמ' 866.

nevo.co.il

> האם לא ניתן לתקוף החלטה זו ולבקש את ביטולה כדי למנוע את ביצועה?... שעריו של בית־המשפט פתוחים כדי להקדים רפואה למכה ולמנוע מעשה אסור.[12]

דברים כדרבנות – ומדוע לא ניתן לבקש ביטולה של התחייבות פסולה הנוגדת תקנת הציבור כדי למנוע את יישומה?

את כל התשובות נותן השופט ברק. גם אם ההסכם הפוליטי אינו אכיף, ואף אם קיים סיכוי כלשהו שלא יושם בפועל, הרי הוא יוצר "מציאות משפטית שיש בה פגיעה בעקרונות היסוד של המבנה החוקתי שלנו": הוא "בטל על פניו, ויש להכריז על כך מיד, בלא להמתין לעתיד", וזאת גם אם כל אחד מהצדדים אינו "חייב לכבדו" או "לא יהיה מוכן, בהגיע יום הדין, להגשים את שהסכים לעשות". ההימנעות מלהכריז מיד על בטלות ההסכם "היא עצמה פוגעת בשלטון החוק", שהרי הכרזה כזו "נובעת מתפיסות יסוד של החברה המבקשת להקדים תרופה למכה ולהגן על עצמה מפני המבקשים לפגוע בערכיה היסודיים, והו ביטוי של "דמוקרטיה מתגוננת...".

גם לי נראה כי הכרזה על בטלות, בהצהרה פורמלית, אינה אלא פועל־יוצא, טבעי והגיוני וכמעט מובן מאליו, של קביעת רוב השופטים שההסכם נוגד את תקנת הציבור. העותרים טענו שיש בו פגיעה בתקנת הציבור, וטענתם נתקבלה ברוב דעות: למה תידחה עתירתם? אפשר לסרב להם סעד מסוים זה או אחר – אבל איך אפשר לסרב להם סעד הצהרתי על מסקנותיו הכתובות והחתומות של בית־המשפט? מן הבחינה האקדמית אין פורמליות ההצהרה מוסיפה ולא כלום על המסקנות המנומקות שבגוף פסקי־הדין, ואפשר לוותר עליה, שהרי כבר נתגלו לנו רזי התורה על פרטיהם ודקדוקיהם; אבל מבחינה משפטית-פרוצדורלית, ביצד ייתכן שהשורה האחרונה, התחתונה, של פסק־הדין – הצו הפורמלי – תעמוד בסתירה עניינית לגופן של ההכרעות הכלולות בו? הסמכות נתונה בידי בית־המשפט להימנע מליתן סעד כשאין הוא רואה צורך בנתינתו לשם עשיית צדק; איש מן השופטים לא העלה על דל שפתיו שבדחיית עתירות אלה הוא השתמש בסמכות זו. האם הצדק לא היה מחייב כי בית־המשפט יצהיר ויכריז קבל עם ועדה כי הסכם קואליציוני אשר כזה פסול הוא בתכלית?

התוצאה המצערת של דחיית העתירות היא שהחתן דנן ראה דרכו סלולה לפניו לקחת את הכלה הנחשקת, על כל כיעור תנאיה, אל תחת חופת הקואליציה הממשלתית השלטת בישראל. מצהלות החתן יישמעו בהרי יהודה ובהוצות ירושלים, כי בית־המשפט העליון פתח לו שער לפגוע בתקנת הציבור ובערכיה היסודיים של המדינה. הוא יוכל לסמוך על אי־מתן הסעד נגדו, בהניחו כי גם בית־המשפט רוקד לפני כלה מכוערת כאילו היתה נאה ותסורה. נתמול מזלו, ומן השמים התערבו: הכלה השליכה לו תנאיה והבטחותיה מעל גבה לפני רגליו – כאילו גילתה ברגע האחרון שהחתן אינו מכוער די צורכו שיתאים לה להזדווג עמו; או אולי כאילו תסידותה המובהקת בעיני עצמה ובעיני אנשי שלומה מונעת

12. פרשת ז'רז'בסקי, שם; ההדגשות במקור.

nevo.co.il

זיווגה עם חתן שהיה מסוגל לקבל את תנאיה המכופרים. בין כה וכה הוציא בית־המשפט החלטתו לריק – משל לאורח שהוזמן להתוגה ומצא שהכלה ברחה לה על נפשה והשאירה את החתן עומד בדד תחת חופתו העזובה: אין עוד שום חפץ במתגה שהביא לו.

בסמוך לסוגיית ביצד מרקדין לפני הכלה, מספרת הגמרא שכאשר הסמיכו את רבי אמי ורבי אסי, שרו לפניהם: כל כמותכם תסמיכו לנו! והם המשיכו לשיר, את מי שלא להסמיך – למשל פספטנים וסמרטוטים. בין הבלתי־כשירים מצויים גם "חמיסין" ו"טרמיסין" שהפרשנים התקשו לזהות. יש הגורסים שחמיסין הוא שיבוש של "זמיסין", וזמיס ביוונית הוא מחצה; וסרמיסין נגזר מן המילה היוונית תרמיס שמשמעו שליש; והכוונה היא למועמדים להסמכה שאינם יודעים אלא מחצית או שליש של מה שהיו צריכים לדעת.[3] ואולי הכוונה היא למורי הוראה הנרתעים מליתן תשובה מלאה, כל הסעד כולו, ומסתפקים במחצית או בשליש ממנו?

12. ח"י קוהוט, ספר ערוך השלם, כרך ד (1982) 429; י' לוי, אוצר לשון התלמודים והמדרשים, כרך 2 (1924) 73.

nevo.co.il