

בג"צ מס' 5364/94
בג"צ מס' 5373/94
בג"צ מס' 5377/94
בג"צ מס' 5432/94
בג"צ מס' 5458/94
בג"צ מס' 5466/94

עו"ד זאב ולנר

נגד

1. יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית
2. מפלגת העבודה הישראלית בג"צ 5364/94
1. עו"ד אליעד שרגא
2. ד"ר דרור זאבי
3. עו"ד מיכאל פרתם
4. עו"ד זאב ליפשיץ
5. דרור גרינפילד
6. קלמן שחם
7. אריאל טובל
8. אילנה שקד
9. צבי רביב
10. התנועה למען איכות השלטון בישראל

נגד

1. יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל
2. מפלגת העבודה הישראלית
3. אריה דרעי
4. תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה
5. היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר בג"צ "5373/94"

צומת" התנועה לציונות מתחדשת

נגד

1. ראש ממשלת ישראל

2. מפלגת העבודה הישראלית

3. תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה

אמיתי, אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה

2. ראש הממשלה

3. מפלגת העבודה הישראלית

4. תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה בג"צ 5432/94

1. ש.י.ן. - התנועה לשוויון ייצוג נשים

2. לח"מ - למען חופש מכפייה

3. עו"ד אמנון בן-דרור

נגד

1. ראש הממשלה, יצחק בין

2. שר המשפטים, דוד ליבאי

3. תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה Z 004 בג"צ 5458/94

1. התנועה ליהדות מתקדמת בישראל

2. התנועה המסורתית

3. תהיל"ה - אגודה ישראלית ליהדות הומניסטית חילונית

4. שדולת הנשים בישראל

5. חמד"ת - האגודה לחופש מדע, דת ותרבות בישראל

נגד

1. ראש ממשלת ישראל, שר הפנים והשר לענייני הדתות, יצחק רבין

2. מפלגת העבודה הישראלית

3. תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה בג"צ 5466/94

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[3.2.95]

לפני הנשיא מ' שמגר, המשנה לנשיא א' ברק והשופטים

א' גולדברג, ת' אור, מ' חשין

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים א, 8, 10-חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69, סעיפים 4, 6א(ב), 7א, 7א(2), 14, 46-חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, סעיפים 2, 7- חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, ס"ח 103, סעיף 64- חוק המעבר, תש"ט-1949, ס"ח 1, סעיף 11(ז) פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, סעיף 7(א) - חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78, סעיפים 2, 15, 15(ג) - חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, סעיפים 13א, 13א(א), 13א(ג), 13ב.

מיני-רציו:

- * משפט חוקתי – הפרדת רשויות – משמעותה
- * משפט חוקתי – כנסת – סיעות בכנסת
- * משפט מינהלי – בג"ץ – שפיטות
- * משפט מינהלי – חוזה שלטוני – הסכם פוליטי

העתירות נסבו על תוקפו וחוקיותו של הסכם קואליציוני, שעיקרו סוכמו בין המשיבה 2 בבג"צ 5364/94 (להלן - המשיבה 2) לבין המשיבה 4 בבג"צ 5373/94 לטענת העותרים, על בית המשפט למנוע בעד הצדדים להסכם מלחתום עליו וכן על בית המשפט להצהיר על בטלותו של סעיף 3 בהסכם, הקובע כי אם יופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על-ידי חקיקה מתאימה. לטענת העותרים, כוונתו הברורה של סעיף 3 היא, כי כל אימת שפסיקת בית המשפט העליון תהיה, לדעת החתומים על ההסכם, בגדר הפרה של הסטטוס קווי בענייני דת, יבוא בעקבות זאת תיקון בחוק המחזיר את המצב לקדמותו. ב"הבהרה" שהגישה המשיבה 2 במהלך הדיון בעתירות, נאמר כי כוונת הצדדים להסכם היא להביא לבחינה, לדיון ולבדיקה כל מקרה שבו תועלה טענה בדבר הפרת הסטטוס קוו. אם יתברר כי הדרך היחידה להשבת הסטטוס קוו היא דרך של חקיקה, יפעילו הצדדים שיקול-דעת בדבר תוכנה הראוי של חקיקה זו.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) שריון ההגבלות שנקבעו בענייני דת על-ידי דרישת רוב מיוחס, מול אי-שריון חירויות היסוד של היחיד, הוא בעל משמעות של קביעת סולם ערכים חוקתי. חקיקה קונסטיוציונית נועדה לקבוע עקרונות של המבנה השלטוני וליצור מעמד מוכר ומוגן לחירויות היסוד של האדם (774 ז-775 א).
- (2) השאיפה להצבת איסורים משוריינים בענייני דת, כמוצע בנסיבות דנן, בדרגה גבוהה יותר מן החירויות, אשר אין לגביהן הוראה מפורשת של שריון, היא בגדר היעדר איזון חוקתי נאות; כפועל יוצא מכך, נגרע ממעמדן הראוי של החירויות בחברה דמוקרטית (755 א).
- (3) ליקויים מבניים או ניסוחיים בהצעת חוק, להבדיל מנושאים שבתוכן או במהות, אינם כשלעצמם עילה להתערבות בג"צ. ההתמודדות עם הבעיות העולות בקשר לקביעת מבנה ונוסח ואף בקשר למעמד החקיקה, היא, בדרך כלל, מסמכותו ומתפקידו של המחוקק (775 ה-ו).

ב. (1) אין לחלוק על כוחה של הרשות המחוקקת לפעול בתחום שיוחד לה, היינו, לחוקק את חוקי המדינה. אין לחלוק גם על הסמכות של רשימות בכנסת או של חברי הכנסת לזיזם דבר חקיקה ועל זכותה של מסגרת פוליטית לנסות ולקדם מטרותיה, במידת הצורך, אף בדרך של חקיקה (776 א-ב).

(2) בחקיקה או בתקדים המשפטי אין כדי לכסות מראש את כל שטחי הדין, שכן שינוי העתים והנסיבות החדשות והמתחדשות הם שמחייבים, לא אחת, בחינה חוזרת של הדין הרלוואנטי; המשפט מתפתח הן על יסוד החקיקה והן מתוך מכלול הפסיקה (776 ד-ה).

(3) הרחבתו של מיתחם ההלכה הנולדת בדרך פרשנות הדין, יכול גם שתנבע מכך שעולה בעיה עובדתית שטרם זכתה לעיון ולדיון, או עקב בחינה חוזרת של מסקנות משפטיות מן העבר, המועברות מחדש בשבט הביקורת השיפוטית; המשפט מתפתח לשם מתן מענה לצורכי היחיד והחברה ובנוי רובד על פני רובד על יסודות הקיים והגלמד ממנו (776 ו-ז).

(4) אין חולק על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הבאים לשנות הלכות פסוקות. מסמכותה לשנות, בדרך החקיקה, אותן הלכות פסוקות - המפרשות חוקים או היוצרות משפט מקובל - אשר אינן נראות לה ראויות (784 ב-ג).

(5) שינוי ההלכה הפסוקה בדרך החקיקה אינו פוגע ברשות השופטת ואין בו ביטוי לחוסר אמון בשפיטה; שינוי בהלכה הפסוקה הוא ביטוי לשיתוף פעולה פורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. הרשות האחת יוצרת את החוק והרשות השנייה מפרשת אותו. אם הפירוש אינו נראה, מטעם זה או אחר, למחוקק, הוא משנה את החוק, והשינוי יעמוד לפירוש מחודש, וחוזר חלילה (784 ג-ה).

(6) פסק-דינו של בית המשפט יפה לעת נתינתו, על-פי המערך החוקי ששרר אותה שעה, ואילו החוק ה"מתקן" יוצר עם חקיקתו מציאות חוקית שונה, שפניה, בדרך כלל וכמתחייב, לעתיד לבוא. בדרך זו אין רשות אחת נוגעת בחברתה וכל אחת פועלת בתחום סמכותה שלה: בית המשפט עומד על משמר קיומו של החוק, ואילו הכנסת יוצרת את החוק (808 ה-ו).

ג. (1) בנסיבות דנן, הכוונה העולה מן ההסכם נושא העתירות היא לקבוע באופן כללי, כי פסיקה עתידה (או שמא גם קיימת) הסוטה, לדעת הנוגעים בדבר, מן ה"סטטוס קוו" בענייני דת - דינה להתבטל בדרך החקיקה. ההסכמה מתייחסת לפסיקה ידועה, אך היא גם חלה, מראש, על כל מה שייפסק בעתיד בתחום זה, בלי יכולת לדעת מראש מה תוכן הדברים, מה הנמקתם ומה צדקתם (776 ז-777 א).

(2) קביעה מוצהרת מראש של גוף המשמש מעין ועדת ביקורת על פסיקתו של בית המשפט, יש בה כדי לפגוע באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון. יש בה כדי לזנוח את הכללים המקובלים של יחסי הרשויות זו אל זו וזו מול זו (778 א-ב).

(3) בהצעה נושא העתירות יש משום מגמה של ביטול תוצאותיה של פסיקת העבר, של הקפאת המצב המשפטי לעתיד ושל ניסיון דחיקת חירויות הפרט למעמד משני באופן יחסי, במקום שיוקנה להן מעמד-על מפורש. זוהי תוצאה בלתי טבעית בחברה חופשית ומתפתחת: האינטרס הציבורי יוצא ניזוק מן הסמכות שנטלו לעצמם הצדדים להסכם, בגד תכתיב מראש לעצמם, אשר לפיו לא ייתנו לאף התפתחות הסוטה ממה שיוגדר כ"סטטוס קוו" לקום ולהתקיים - תהיה מהותה מוצדקת ככל שתהיה (778 ג-ד).

(4) החלטה מראש על יצירת מכבש מול התהליכים המשפטיים הסדירים, הבאים לענות על צורכי החברה והאדם המשתנים מבלי להותיר את העניין להתייחסות פרטנית ועניינית לאחר מעשה, היא החלטה בלתי ראויה; הרשות הממלכתית היא בגדר נאמן של הציבור, ואופייה זה חייב לשמש לה קן מנחה באורחותיה ובקביעת הסדריה, שכן בממשל תקין יש מקום לאיזון ואף בלמים בין הרשויות, תוך פיקוח הדדי מוגדר (778 ד-ז).

ד. (1) בהבהרה שהגישו המשיבים, בנסיבות דנן, הודגשו שני עניינים: ראשית, כי לשם מימוש ההסכמה העקרונית ייבדק כל מקרה קונקרטי שבו תעלה הטענה בדבר שינוי הסטטוס קוו. שנית, ייבדקו דרכים חלופיות לביטול הסטייה מן הסטטוס קוו, והכוונה היא לדרכים מינהליות או לדרכי איגוף אחרות של פסיקת בג"צ (779 ג-ד).

(2) ההבהרה, בנסיבות דנן, נועדה להסביר את הכתוב ולא לבטלו. היא מנסה "לרכך" את הכתוב בהסכם. אלא שהאמור בו נשאר ללא שינוי, ומגמתו ומטרתו אף הן לא שינו צורה ותוכן (779 ד-ה).

ה. (1) יש להבחין בין ביקורת חוקתית-עיונית לבין המסקנה כיעל בית המשפט להתערב, על-ידי הפעלת סמכויותיו, כדי לבטל תוקפו של הסכם בין שתי מפלגות. בחינתו וניתוחו של ההסכם מחייבים שקילה של הערכים המתנגשים ושל ההשלכות אשר להסכם על מירקם החיים החוקתיים ועל הגשמת תפיסות היסוד החוקתיות. הוא הדין, ולא פחות מכך, בהכרעה בעניין התערבותו של בית המשפט (779 ז-780 א).

(2) אי-התערבותו של בית המשפט היא בגדר יישום של אמות המידה המקובלות של הריסון העצמי של הרשות השופטת. אי-הפעלת סמכויות משפטיות לאיסור הפעולה או לביטולה אינה צריכה להתפרש כגורעת מן הביקורת או השלילה העניינית, שלהן ראוי מהלך פוליטי זה או אחר (781 א-ב).

(3) תוכנו של ההסכם הפוליטי הוא בתחום הפיקוח השיפוטי, אולם שאלת ההתערבות ומידתה צריכות להיבחן כמקובל, תוך איזון נאות בין המגמות העקרוניות המתנגשות זו בזו: מחד גיסא, מדובר על הסכם בעל תכונות בלתי רצויות במטרותיו ובמגמותיו. מאידך גיסא, מדובר על גופים מפלגתיים-פוליטיים העורכים הסכם ובו הצהרה על כוונותיהם בתחום ייזום החקיקה וקידום האינטרס הפוליטי שלהם (781 ב-ד).

(4) בג"צ אינו מתערב בטיבו ומהותו של מצע מפלגתי-פוליטי, אלא במקרים קיצוניים ביותר. התערבות בג"צ צומצמה עד כה למקרים קיצוניים ביותר, מקום שעלתה סכנה של פגיעה בטוהר המידות ובטוהר השיקול השלטוני (781 ד-ה).

(5) (אליבא דמשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור): סמכות לביקורת שיפוטית של רשויות השלטון קיימת תמיד. עם זאת, הפעלתה של סמכות זו נתונה לשיקול-דעתו של בית המשפט. במסגרת שיקול-דעת זה, ובכל הנוגע לביקורת חוקיות ה"ניהול העצמי" של ענייני הכנסת, מטיל בג"צ על עצמו ריסונים עצמאיים ניכרים על היקף הביקורת השיפוטית, לאמור, בהפעלת הביקורת השיפוטית יתחשב בית המשפט במידת הפגיעה במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי. רק כאשר הפגיעה הנטענת ניכרת ויש בה פגיעה בערכים מהותיים, תופעל הביקורת השיפוטית על הליכים פנים-פרלמנטריים של הכנסת (798 א-ג).

ו. (אליבא דנשיא מ' שמגר והשופט מ' חשין): (1) בנסיבות שבהן מדובר על הסכם בדבר קווי פעולה מתוכננים לעתיד של שתי מפלגות, המבחן אשר ראוי היה שימש קו מנחה לבית המשפט בבואו לשקול התערבותו הוא, אם רשימה, שהייתה מצהירה במצע הבחירות על מטרתה המדינית בנוסח ההסכם נושא העתירות, הייתה נפסלת על-פי הדין החל בכגון דא. התשובה לכך, בנסיבות דנן, היא שלילית (782 ב-). (2) אין איסור שבדין על שאיפה לקדם מטרת המצע של מפלגה בהליכים פרלמנטריים, ובין היתר, בהסכמים בין-מפלגתיים; אין צורך להסכים לרעיון כלשהו כדי לראותו בגדר הבעת דעה מותרת או כשאיפה היכולה למצוא מקומה במשחק הכוחות הפוליטי. אף אם רואים גישה מפלגתית-פוליטית פלוניית כמזיקה או כבלתי ראויה, אין בכך כדי להניח תשתית מספיקה להתערבות בג"צ. האיזון הנכון בין הרשויות אינו מצדיק מתן הצהרה על בטלות משפטית של ההסכם נושא העתירות (782 ד-ה).

(3) בית המשפט פוסק על-פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפוננו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות, הלבר-משפטיות, אשר יהיו. בית המשפט מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על-פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות של המשטר. הידיעה כי זוממים לבטל דברו המוסמך של בית המשפט אחרי השמעתו, אין בה כדי לשחרר את בית המשפט מחובותיו, כדי לרפות את ידיו או כדי לפגוע בשיקולו העצמאי, לפי מיטב מצפוננו והבנתו (783 ה-ו).

ז. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) העובדה, כי רשימה המתמודדת בבחירות לכנסת לא הייתה נפסלת אילו חרטה על מצעה את המטרה הגלומה בהסכם נושא הדין דנן, אינה סיבה לאי-פסילתו של ההסכם. לא הרי העילות לפסילת רשימה כעילות לפסילת הסכם פוליטי; חופש המצע הפוליטי רחב הוא לאין שיעור מחופש ההסכם הפוליטי, תוקפם הנורמאטיבי שונה ותחום הביקורת אף הוא ממילא שונה לגבי השניים. הבעת דעה חריגה במצע של רשימה עדיין אינה מצדיקה, על-פי התפיסה הדמוקרטית, את פסילתה של הרשימה (809 א-ב).

(2) ההסכם הפוליטי נבחן באמות ביקורת של המשפט המינהלי. לא הדעה ומידת הוודאות של הסכנה הנשקפת ממנה הן שעוברות תחת שבט הביקורת, אלא המעשה שהצדדים התחייבו לעשותו על-פי ההסכם, והשלכותיו מן ההיבט המינהלי (809 ג-ד).

(3) ההסכם נושא הדין הוא יחיד ומיוחד ושונה מכל ההסכמים הפוליטיים שנדונו עד כה. עניינו של ההסכם נוגע ישירות בבית המשפט העליון, במעמדו ובתיפקודו. מכאן החשש כי בקבלת העתירות דנן עלול בית המשפט להיראות כמי שחצה את הקו האדום בהתערבות בהסכם פוליטי, רק בשל היותו מעורב, שלא בטובתו, בהסכם עצמו (809 ה-ו).

(4) הגם שבעצם קיומה של התחייבות גורפת לבטל כל פסיקה שלא תתיישב עם סטטוס קוו בנושא מסוים, קיימת פגיעה באמון הציבור בבית המשפט, אין לתקן פגיעה זו בפגיעה באמון הציבור בבית המשפט, העלולה אף היא להיגרם באופן מיידי עקב התערבותו של בית המשפט בהסכם דנן, שהוא בעל איפיונים מיוחדים (810 א-ב).

(5) בנסיבות דנן, לא ההתחייבות כשלעצמה סותרת את המבנה הקונסטיטוציוני שיש להגן עליו, אלא יישומה של ההתחייבות. מכאן, אילו הייתה קיימת קרבה לוודאות שכוונתם של עושי ההסכם תוצא מן הכוח אל הפועל, ניתן להעדיף את ההגנה על דמותה של

החברה הדמוקרטית אף במחיר פגיעה אפשרית באמון הציבור בבית המשפט. אולם יש להעדיף את הגישה, שלפיה חברי-כנסת ישכילו להצביע בכל מקרה ומקרה שבו תונח הצעת חוק "מתקנת בג"צ" מתוך מחשבה ושיקולים ענייניים, ולא מתוך משמעת עיוורת, שיהיה בה כדי לכרות את הענף שעליו יושבים הכול. מן הראוי הוא שבג"צ לא יפעיל את סמכותו כאשר קיים "סעד חילופי" ברשות המחוקקת (810 ב-ד, 811-ב-ג).

(6) (אליבא דשופט מ' חשין): כל ההבדלים וההבחנות בין מצע לבין הסכם קואליציוני הם הבדלים והבחנות שוליים וטפלים, למצער, ככל שמדובר בעיקרו של מצע או בחלק מרכזי בו. כאשר מכירים במצע של מפלגה ומתירים למפלגה לבקש אמון של בוחרים על-פי מצע שמפלגה מציגה לפנייהם, דומה כי אין רשאים - על-פי הגיונם של דברים - שלא להכיר בזכותה המלאה של אותה מפלגה להגשים את מצעה על דרך כריתתו של הסכם קואליציוני (821 ד-ה, 822-ה-1).

ח. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור): (1) ההוראה נושא הדין, הכלולה בהסכם פוליטי בין סיעות בכנסת, בטלה, שכן היא נוגדת את עקרונות היסוד של המבנה החוקתי ועל-כן נוגדת את תקנת הציבור (785 ו).

(2) סעיף 3 להסכם הקואליציוני, נושא הדין, פוגע עמוקות במעמד בית המשפט כמכריע בסכסוכים, ופגיעתו העיקרית היא בבית המשפט העליון: הסכמה מראש לשינוי ההלכה השיפוטית, שאינה מתחשבת בנסיבותיו של הסכסוך המובא לבית המשפט והמנותק מהגיונה הפנימי של ההלכה השיפוטית, מהנמקתה ומכוח השכנוע שלה, משמיטה את הקרקע מתחת לתפקידו המוסדי של בית המשפט כמכריע בסכסוך וכמגבש, אגב כך, את הדין. באופן זה, כל פסק-דין של בית המשפט העליון שיש בו "הפרה" של הסטטוס קוו בענייני דת כולל גם את "גולת המוות" שלו, והפסיקה תהא הורסת את עצמה. תוצאות אלה אין הדעת הקונסטיטוציונית סובלתן והן נוגדות את תקנת הציבור החוקתית (786 ד-787 ד).

(3) תוצאת לוואי ראשונה מפגיעתו של ההסכם הקואליציוני בתפקיד בית המשפט כמכריע בסכסוך, היא בפגיעתו האפשרית בעצמאות השיפוטית; סעיף 3 להסכם הקואליציוני טומן בחובו את האפשרות של השפעה על שיקול הדעת השיפוטי בכל הנוגע ל"הפרת" הסטטוס קוו בענייני דת. הוא מהווה "איום מוסווי" הניתן מראש והמכוון אל השופט האמור לדון בסכסוך המעורר ענייני דת. "איום" זה חריג הוא במסורת הדמוקרטית ואין הוא תואם את התפיסה בדבר העצמאות השיפוטית (787 ז-788 ו).

(4) תוצאת לוואי שנייה, הנגזרת מן הפגיעה בתפקידו של בית המשפט והקשורה לפגיעה באי התלות השיפוטית, היא הפגיעה באמון הציבור בשופטיו. פגיעה אפשרית זו היא בעלת שני היבטים: ראשית, ריקון בית המשפט מתפקידו כמוסד המכריע בסכסוך משפיע במישרין על מעמד השופט, שכן הציבור לא יתייחס ברצינות לעבודה השיפוטית, אם מראש ידוע כי נעשית היא לריק. שנית, קיים חשש שהציבור עשוי לחשוב שהכרעות שיפוטיות בעניינים הנוגעים בסטטוס קוו בענייני דת מושפעות מהאיום המוסווי על הרשות השופטת, המונח ביסוד ההסכם, באופן שההכרעה השיפוטית לא נעשתה באופן הגון, תוך מתן יחס שווה לצדדים (789 ג-1).

(5) הפגיעה העיקרית השנייה של סעיף 3 להסכם הקואליציוני היא בעקרון הפרדת הרשויות,

שהוא עיקרון מרכזי במשפט החוקתי. משמעותו של עיקרון זה היא כפולה: ראשית, מוכרת ההבחנה בין רשויות שלטוניות שונות, כאשר לכל רשות שלטונת מיוחדת פונקציה שהיא עיקרית ומרכזית לה. שנית, בין הרשויות השלטוניות השונות קיימים יחסי גומלין, באופן שכל רשות בולמת ומאזנת את הרשויות האחרות (790 ג-ד).

(6) על-פי התפיסה האמורה של עקרון הפרדת הרשויות, הפונקציה העיקרית והמרכזית של הרשות המחוקקת היא יצירתן של נורמות משפטיות כלליות ("חוקים" במובנם הפונקציונאלי). הפונקציה העיקרית והמרכזית של הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוכים, היינו, קביעת העובדות ומתן פירוש לחוקים. סעיף 3האמור הורס את הגשר אשר הפרדת הרשויות נשענת עליו. הרשות המחוקקת נקראת על פי לשונות את הפרשנות השיפוטית בלא לשקול אותה לגופה, בלא לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה ובלא לעיין בה כלל (790 ו-ז, 791-792 א).

ט. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור): (1) פגיעתו של סעיף 3 בהסכם הקואליציוני בתפקיד השפיטה ובשילוש הרשויות מהווה פגיעה ערכית מהותית היורדת לשורשו של העניין. על-כן יש בו פגיעה מהותית בתקנת הציבור, ודי בכך כדי להכריז עליו כבטל (793 ג-ה, 813-814 א).

(2) הכרות הבטלות מבוססת על החשש המעשי עד מאוד, כי הצדדים ינהגו על-פי ההסכם הלכה למעשה. הכרות הבטלות נועדה להביא לכך שהצדדים לא יקימו את שהסכימו לקיים, אם אילולא הכרות הבטלות הם היו חייבים לעשות כן ואם לאו; מכוחו של סעיף 3האמור אמורים להיעשות מעשים הנוגדים את עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת, ועל-כן הוא פוגע מהותית בתקנת הציבור החוקתית (794 א-ד).

(3) בפסילתו של סעיף 3להסכם האמור אין משום התערבות בהליכי החקיקה, שכן לא הייתה כל הצעה לחוקק את סעיף 3הוראת חוק. ההלכה השיפוטית, שלפיה בית המשפט אינו מתערב בהליכי החקיקה, מבוססת על ההשקפה כי ראוי להמתין לסיומו של הליך החקיקה, ולבחון את חוקתיות החוק רק לאחר שהחוק חוקק. בנסיבות דנן, אין כל הליכי חקיקה שיש להמתין להתגבשותם, ועל-כן אין כל התערבות בהליכי חקיקה (799 א-1).

(4) אין לקשור את שאלת השתתפותה של מפלגה בבחירות לכנסת בשאלת תוקפו של ההסכם הקואליציוני שהיא עושה לאחר מכן להגשמת מצעה. הערכים המתנגשים בפתרונה של כל אחת מהן שונים הם, וממילא האיזון שנמצא שונה; בבחינת חוקיותו של ההסכם הקואליציוני הזכות לבחור ולהיבחר אינה מתנגשת עם אינטרסים חיוניים נוגדים. הזכות לבחור ולהיבחר כבר מומשה. על-כן, שליית האופי הדמוקרטי של המדינה לעניין מניעת השתתפותה של רשימה בבחירות צריכה לקבל מובן צר הרבה יותר מאשר המבחן של "פגיעה ערכית ומהותית" היורדת לשורשו של עניין, המשמשת אמת מידה למעורבות שיפוטית בבטלותו של הסכם קואליציוני (800 ב-ג, 801 ד-1).

(5) יש להשאיר בצריך עיון את השאלה בדבר יכולתה של הכנסת לחוקק חוק (או חוק יסוד) בעל תוכן הזהה לזה של סעיף 3להסכם הקואליציוני. הכרעתה אינה נחוצה בעתירות דנן, שכן ההסכם הקואליציוני אינו קובע שיש להפוך את סעיף 3שבו להוראה חקוקה (802 ב-ד). י. (דעת מיעוט - השופט ת' אור והמשנה לנשיא א' ברק): (1) בנסיבות דנן, מדובר, למעשה, לא

בסעיף "עוקף בג"צ", אלא בסעיף המחייב ביטול פסיקת בג"צ. התחייבות כזו היא מרחיקת לכת ופסולה, בכך שהיא באה לפגוע בתיפקודם של בתי המשפט; היא פוגעת באיזון ובחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, והיא פסולה אף בתוכנה, במובן זה שהיא כוללת התחייבות ללגליזציה של כל מעשים הקשורים לענייני דת, אפילו אלה מעשים חמורים שאין להתיר, רק משום שלא נדונו עד היום על-ידי בתי המשפט (812 ד, 813 א).

(2) אם התחייבות בהסכם קואליציוני כמו זו שהיא נושא העתירה לא תיפסל, ובג"צ לא יעמוד בשער כנגד המתנכלים לו ולמעמדו כרשות השיפוטית העליונה, יהא בכך פתח לעיקור נוסף של מעמדו (813 דה).

(3) הסמכות שהוקנתה לבג"צ הוקנתה לו כדי שיפעילה כל אימת שהוא נדרש לכך, ואין הוא יכול להתפרק מחובתו זו. החשש מתגובה כזו או אחרת של חלק מהציבור אינה צריכה להרתיע את בית המשפט מלמלא את חובתו ומלהכריע בעניין שלפניו על-פי עקרונות ואמות מידה משפטיים (815 ג-ד).

(4) בהחליטו לפסול סעיף אשר יש בו פגיעה במעמדו של בג"צ וביחסי הגומלין וחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, לא לעצמו עושה הוא. הדבר נעשה מתוך כך שהביקורת של בתי המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בניין המדינה (816 ה-ו).

(5) אין כל יסוד לצאת מהנחה שהסיעות החתומות על ההסכם חתמו עליו על-מנת שלא לקיימו. הוראות סעיף 3 כלולות בהסכם קואליציוני המהווה תשתית ומצע מוסכם לסיעות בכנסת החתומות עליהם. התופעה שחברי-כנסת פועלים על-פי המתחייב ממשמעת קואליציונית, תהיה דעתם אשר תהיה, אינה תופעה חריגה (817 א-ה).

יא. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) ההסכם הפוליטי אינו יוצר כוח להקנות זכויות ולהטיל חובות בתחום המשפט בין הצדדים לו, שהרי משכנו - כמכשיר ליצירת זכויות וחבויים בין בעלי ההסכם - אל מחוץ למחנה המשפט. מדובר "בהסכם פוליטי" בתחומי המערכת המשפטית, ואין לומר כי הסכם פוליטי אינו נושא עמו התחייבות ציבורית או התחייבות מוסרית לקיימו, ואולם אלה מחוץ לתחום המשפט הן (823 א, 824 א).

(2) להבדיל מ"הסכם משפטי" ומ"התחייבות משפטית", האמורים להיות מרוכזים, נחרצים, ספציפיים וחד-משמעתיים בלשונם, "ההסכם הפוליטי" וה"התחייבות הפוליטית" אינם מכוונים עצמם, אלא להתוויית קווי מדיניות עקרוניים לפעילות הגופים שחתמו על ההסכם ונטלו על עצמם התחייבות; היסוד העיקרי המאפיין "הסכם פוליטי" ו"התחייבות פוליטית" הוא בהתחדשות מיום ליום ובהקיים מיום ליום ומשעה לשעה, הסכמה על דרך פעולה מסוימת בתחום הציבורי. בעוד שבהסכם המשפטי מגבשות עצמן ההתחייבויות אחת ולתמיד, בעת כריתתו של ההסכם, הרי יש מעין "מאזן אימה" מתמיד בין השותפים להסכם הפוליטי, שבו כל העת בוחנים הם איש את רעהו, והמשך קיומו של ההסכם תולה עצמו במסקנות שכל אחד מהם מסיק לעצמו (826 ד-827 א).

(3) אם זה דרכו של ההסכם הפוליטי, כי אז ממילא אין משמעות למושג "ההפרה". הפרה תיתכן רק במקום בו מתקיימת התחייבות במובנה המשפטי, ואילו בהיעדרה של התחייבות, ובהסכם פוליטי אין "התחייבות", ממילא לא תקום הפרה. בעולם הפוליטיקה, להבדיל מעולם המשפט, כל עוד לא בוצעה התחייבות שצד להסכם פוליטי נטל על

עצמו, יש לצד האחר ציפייה לקיומה של ההתחייבות, אך ציפייה זו אין החוק מספק לה הגנה, אין זה ראוי שהחוק יספק לה הגנה (827 ב-1).

(4) הסכם פוליטי, על-פי עצם טיבו, כפוף הוא לטובת הבוחרים ולטובת המפלגה, כפי שהן מעת לעת וכפי שמנהיגי המפלגה מפרשים אותה טובה. משמגיעים מנהיגי המפלגה לכלל מסקנה כי טובת המפלגה והחברים היא שלא לקיים הסכם פוליטי בנסיבות מסוימות, כי אז מוצדקים הם בהחלטתם זו, ואין זו נורמה פסולה. מכאן, ש"התחייבות" שבהסכם פוליטי היא "התחייבות-לכשארצה", והתחייבות כזו אינה כלל התחייבות משפטית (829 א-ב).

(5) (אליבא דמשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור): ההסכם הפוליטי אינו מחוץ למשפט. הוא חי וקיים בעולם המשפט: המשפט קובע את קיומו וגבולותיו והמשפט קובע גם את החופש מהמשפט. ההסכם הפוליטי חי ונושם במשפט הציבורי, שם הוא נולד ושם עולם ההתייחסות שלו. גם החופש הניתן לצדדים להסכם הפוליטי ניתן להם על-ידי המשפט, שכן כל קיומם של הצדדים להסכם הפוליטי לא בא להם אלא בשל המשפט (805 ה-1, 806 ג-ד).

יב. (אליבא דשופט מ' חשין) (1) המחזיק בשרת שלטון ובסמכויות על-פי חוק אינו אלא נאמן הציבור ונאמן החוק, ומחובתו לנהוג כנאמן. אולם אין להסכים לאמור ככל שמדובר הוא במנהיגי מפלגה בתורת שכאלה, במי שחותמים על הסכם קואליציוני בשם מפלגתם. לעניינו של הסכם פוליטי בתורת שכזה, בין לפני חתימה עליו, בין בעת חתימה עליו, בין לאחר החתימה עליו, אין החותמים עליו משמשים נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם (829 ג-ה).

(2) השאלה, אם יקיים צד ל"הסכם פוליטי" את התחייבויותיו על-פי אותו הסכם או אם לא יקיים, תיבחן בין מנהיגי המפלגה לבין חבריה. לאחרונים חייבים הראשונים את נאמנותם, להם ולא לאחרים זולתם. כל זאת יודעים הכול מראש, והדברים נכונים לגבי כל מפלגה ומפלגה, אם חפצת חיים היא (829 ו).

(3) מפלגה פוליטית חפצת חיים לא תרחיק לכת יתר על המידה ומדברים שכתבה במצעה. מטעם זה, אין לומר, כי בית המשפט, בשבתו לדין, זורע רוח וקוצר סופה: אם תסבור המשיבה 2- לאחר שתמנה ותספור כל יתרונות וחסרונות, מעלות ומורדות - שראוי ונכון הוא כי ייחקק חוק להפיכת הלכה שקבע בית המשפט העליון, לכך היא תכוון מהלכיה. אם תסבור אחרת, תעשה כחפצה. בין כך ובין כך, יוכרע הכול על-פי מצב הדברים ביום העלאת הדרישה לתיקון החוק, תוך מתן אמון בתבונתם של נבחרי הציבור ובבגרותו של הבוחר בישראל (830 א-1).

(4) בנסיבות דנן, שלא כמו בעבר, נוסח ההסכם בלשון בוטה וכוחנית. הסכם מיועד זה אינו ראוי מבחינתו הציבורית, אך אין עילה משפטית להתערב בו ולהכריז עליו כבלתי חוקי (831 א).

(5) (אליבא דמשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור): אין לקבל את ההבחנה בין אלה שיש בידם שורת שלטון לבין מנהיגי המפלגה: סיעה בכנסת היא גוף ציבורי מעולם המשפט הציבורי; אין היא אלא למפלגה, שכן היא יחידה עצמאית בפני עצמה. חבר הכנסת המרכיב את הסיעה, אינו "נציג" של המפלגה אלא אורגן של המדינה, שהתחייב לשמור

אמונים למדינה. עליו אפוא לפעול כנאמן של הציבור שמוטלות עליו חובות אמון של המשפט הציבורי. אל לו ולסיעה כגוף בכנסת ליטול על עצמם הסכמים פוליטיים הפוגמים בתקנת הציבור; אסור להם להתחשב, בפעולתם בכנסת, בהסכמים פוליטיים בלתי חוקיים (806 ז-ג.807).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 1000/92 ח' בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח (2) 221.
- [2] ע"א 300/64 ברגר ואח' נ' מנהל מס עבון, פ"ד יט (2) 240.
- [3] ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר ו-ערעור שכנגד, פ"ד כ (1) 589.
- [4] ע"א 135/68 ט' בר אלי ואח' נ' מנהל מס עזבון, ירושלים, פ"ד כג (1) 393.
- [5] ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה ואח', פ"ד כה (1) 561.
- [6] בג"צ 562/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת מנחם סבידור, פ"ד לו (2) 197.
- [7] בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.
- [8] בג"צ 325/85 מיערי ואח' נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל ואח', פ"ד לט (3) 122.
- [9] בג"צ 482/88 רייסר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מב (3) 142.
- [10] בג"צ 620/85 מיערי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מא (4) 169.
- [11] בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29.
- [12] בג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2.101.
- [13] ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.
- [14] ע"ב 2,843 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225.
- [15] בג"צ 1604-1601/90; בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מד(3) 353.
- [16] בג"צ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749.
- [17] בג"צ 1523/90, 1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל ואח'; ר' מינצר ואח' נ' מודעי ואח', פ"ד מד (2) 213.
- [18] בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421.
- [19] בג"צ 723/84, בשג"צ 327/85 צבן נ' השר לעניני דתות ואח', פ"ד מ (4) 141.
- [20] בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.
- [21] בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 463,448, בשג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505.
- [22] ע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 57.
- [23] בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה (2) 262.
- [24] בג"צ 669/86, בשג"צ 451/86, 456 רובין נ' ברגר ואח', פ"ד מא (1) 73.

- [25] ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.
- [26] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז (2) 464.
- [27] בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז (1) 749.
- [28] בג"צ 10/59 לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח', פ"ד יג 1.182.
- [29] בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד מט (1) 661.
- [30] ב"ש 166/84 (בג"צ 780/83) ישיבת תומכי תמימים מרכזית ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח (2) 273.
- [31] בג"צ 761/86 מיעארי ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מב (4) 868.
- [32] בג"צ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 340.
- [33] ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מב (4) 177.
- [34] בג"צ 142/89, 172 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529.
- [35] בג"צ 6177, 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229.
- [36] בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441.
- [37] בג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כד (1) 337.
- [38] בג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח', פ"ד טו 197.
- [39] בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1.
- [40] בג"צ 4634, 4287, 4267/93 אורחים - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 441.
- [41] בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141.
- [42] בג"צ 142/70 שפיראנ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה (1) 325.
- [43] בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז (5) 485.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[44] 52myers v. United states . 272U. S (1926).

[45] 19cohens v. Virginia . 264U. S (1821).

פסקי-דין ניוזילנדיים שאוזכרו:

46 [z. L. R. N 1 . . 73N. Z. L. R 1 1981 [brader v. Ministry of transport]] 1982 [drivers' association v. New zealand carriers

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

[א] שמואל ב, ב, יד.

התנגדות לצווים-על-תנאי מיום 12.10.94. העתירות נדחו ברוב דעות נגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא א' ברק והשופט ת' אור. הצווים-על-תנאי בוטלו.

העותר בג"צ 5364/94 טען לעצמו:

א' לורך - בשם המשיבים בבג"צ 5364/94; המשיבה 2 בבג"צ 5373/94, ובבג"צ 5377/94 ובבג"צ 5466/94; המשיבה 3 בבג"צ 5432/94; א' שרגא, ע' שפירא - בשם העותרים בבג"צ 5373/94; א' מנדל, סגן בכיר א וממונה על ענייני בג"צים בפרקליטות המדינה-

בשם המשיבים

1-5 בבג"צ 5373/94; המשיב 1 בבג"צ 5377/94; המשיבים 1 - בבג"צ 5432/94

ובבג"צ 5458/94; המשיב 1 בבג"צ 5466/94; א' אברמוביץ, י' שנלר, א' דיסקין, ר' ברדנשטיין - בשם העותרת בבג"צ 5377/94; ד"ר ח' משגב - בשם העותרת בבג"צ 5432/94; א' בן-דרור, ל' פרידלנד - בשם העותרים בבג"צ 5458/94; א' רגב, ר' בנוזימן - בשם העותרים בבג"צ 5466/94

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. עתירה זו עניינה הסכם קואליציוני שעיקריו סוכמו בין מפלגת העבודה הישראלית לבין תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה.

העותרים בכל אחת מן העתירות שלפנינו מבקשים התערבותו של בית-משפט זה כדי שיורה על הימנעות מחתימה או מקיום ההסכם האמור, ובעיקר של הסעיפים שבו המתייחסים לפסיקתו של בית המשפט העליון, או כי יצהיר על בטלותו.

2. להלן יובאו ההסכם והמסמכים הנלווים אליו, שהוליקו להגשת העתירות: (א) ההסכם הקואליציוני נושא הדיון אומר כדברים האלה:

"הסכם קואליציוני

בין מפלגת העבודה לבין תנועת ש"ס - התאחדות הספרדים שומרי תורה.

1. שתי המפלגות מאשררות את ההסכם שנחתם ביניהן בראשי תיבות ביום ב' בניסן התשנ"ד (13.3.94).

2. מפלגת העבודה מתחייבת לתמוך בכנסת בתיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על-פי הנוסח המצורף להסכם זה, נספח א' תפעל כי כל מרכיבי הקואליציה יתמכו בו.

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

4. (א) ראש הממשלה ימנה ועדת משפטנים בת חמישה חברים, אשר תמליץ בתוך מאה יום ממועד הסכם זה על חקיקה הולמת לעיגון הסטטוס קוו בענייני דת והבטחת קיומו ושמירתו.

(ב) כתב המינוי של הועדה יהיה על פי הנוסח המצורף להסכם זה, נספח ב'.

5. מפלגת העבודה מתחייבת כי תתמוך בכנסת בחקיקה כאמור, וכן תפעל כי כל מרכיבי הקואליציה יתמכו בה.

6. הסכם זה, טעון אישור המוסד המוסמך של מפלגת העבודה וכב' הרב עובדיה יוסף.

(-) (-)

מפלגת העבודה הישראלית תנועת ש"ס

התאחדות הספרדים שומרי תורה". (ב) הצעת החוק המוזכרת בסעיף 2 להסכם והמצורפת אליו, קובעת לאמור:

" נספח א'

הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון הדין בענייני דת) 1. סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יסומן (א) ולאחריו יבוא: 'שמית סטטוס קוו בענייני דת (ב) מבלי לגרוע בכלליות האמור בפיסקה (א) אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין בענייני דת, שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה.

בחוק זה 'ענייני דת' - כל הוראה שבדין, שחלה ערב תחילתו של חוק יסוד זה ובאה להגן על אורח חייו של הציבור הדתי ורגשותיו.

(ג) אין לפגוע בדין בענייני דת ואין לשנות סעיף קטן (ב) אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי החקיקה, ברוב של חברי הכנסת.

(ד) לא יהיה תוקף לחקיקה חדשה בענייני דת העומדת בסתירה לחוק יסוד זה, אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי ההצבעה במליאת הכנסת, ברוב של חברי הכנסת".

(ג) זו לשונו של כתב מינוי המוצע של הועדה המוזכרת בסעיף 4 להסכם:

" נספח ב'

נוסח כתב המינוי לועדה

בתקופת כהונתה של הממשלה בראשותי הקפדתי על שמירת הסטטוס קוו

בענייני דת, על מנת להבטיח את צביונה היחודי של המדינה ברוח של כבוד הדדי בין דתיים לחילוניים.

אני רואה בשמירת הסטטוס קוו בענייני דת ערך יסוד ממלכתי להבטחת הקיום ביחד של כל חלקי העם.

על מנת להבטיח את הסטטוס קוו מפני כל שינוי - מן הדין שהוא יעוגן בחקיקה מתאימה.

ראיתי איפוא לנכון לפנות אליכם לכהן כועדה אשר תגיש לי המלצות לחקיקה כאמור, ואני שמח על הסכמתכם לכך.

אודה לכם באם הועדה תסיים את עבודתה ותגיש לי המלצותיה עד

בכבוד רב,

(-)

יצחק רבין

ראש הממשלה. הרכב הועדה:

השופט (בדימוס), עו"ד יגאל ארנון, ד"ר יעקב ויינרוט, עו"ד חנן מלצר, עו"ד יצחק הרצוג.

(ד) אחרי תחילת הדיון והוצאתו של צו-על-תנאי, וכנראה בעקבות הערות של בית המשפט בעת הישיבה הראשונה בתיק זה, נחתם מסמך הנושא את הכותרת "הבהרה", ונוסחו, שהוגש לנו, מובא להלן:

"הבהרה

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.

מובהר בזאת על ידי הצדדים כי מטרת זכרון הדברים, ובכלל זאת סעיף 3לו, 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.

(-) (-)

מפלגת העבודה הישראלית תנועת ש"ס

התאחדות הספרדים שומרי תורה."

3. העתירות שלפנינו הוגשו בנפרד על-ידי שורה של עותרים, והם, לפי סדר העתירות, עו"ד זאב ולנר, התנועה למען איכות השלטון בישראל בראשות עו"ד אליעד שרגא, תנועת "צומת", אמיתי (אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות), ש.י.ן. (התנועה לשוויון ייצוג נשים), לח"מ (למען חופש מכפייה), עו"ד אמנון בן דרור, התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, התנועה המסורתית, תהיל"ה (אגודה ישראלית ליהדות הומניסטית חילונית), שדולת הנשים בישראל וחמד"ת (האגודה לחופש מדע, דת ותרבות בישראל).

חלק מן העתירות הופנו לא רק כלפי שתי המפלגות שצוינו לעיל, אלא גם נגד שורה של נושאי תפקידים, והם: ראש הממשלה שחתם על ההסכם, חבר הכנסת אריה דרעי, וכן היועץ המשפטי לממשלה, שלגביו נתבקש, בתמצית, שייתן טעם מדוע לא יחוה דעתו כי ההסכם בלתי חוקי או סותר את תקנת הציבור. תחילה הופנתה אחת העתירות גם נגד שר המשפטים, אך לאחר שהשר הודיע על הסתייגותו מן ההסכם, נתבקשה מחיקתו כמשיב.

מובן שדנו בכל העתירות במאוחד, שהרי נושאן אחד.

4. שתיים השאלות הניצבות לפנינו:

(א) מהי משמעות תוכנו של ההסכם על נספחיו, לרבות מסמך ההבהרה.

(ב) האם יש מקום להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, כמבוקש בעתירות.

5. (א) בראשית דברינו נפנה לעניין משמעות תוכנו של ההסכם. סעיף 10

לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - חוק היסוד) קובע לאמור:

"שמירת דינים 10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

סעיף 10 נועד לשמר את תוקפם של דינים שהיו בתקף ערב תחילתו של חוק היסוד, לרבות אותם דינים שאינם עונים לדרישותיו של סעיף 8 לחוק, הקובע לאמור:

"פגיעה בזכויות 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

התיקון המוצע לסעיף 10הנ"ל, אשר עליו הוסכם בין מפלגת העבודה לתנועת ש"ס

ואשר נוסחו הובא בסעיף 2(ב) לעיל, מורכב ממספר רבדים; הוא מתייחס, ראשית, לחקיקה הקיימת בענייני דת; שנית, לרוב הדרוש לתיקוני חקיקה הפוגעים בדין הקיים בענייני דת; שלישית, לרוב הדרוש לתיקון סעיף 10(ב) החדש שיוסף מכוח התיקון; רביעית, לרוב הדרוש לכל חקיקה חדשה בענייני דת. נפרט עתה משמעותו של התיקון המוצע.

(ב) בעניין שמירת הקיים, הרי בכל הנוגע לחקיקה הקיימת בענייני דת מאמצת ההצעה את הוראותיה המהותיות של סעיף 10 הקיים, שנוסחו הובא לעיל, תוך התייחסות ייחודית לדין בענייני דת שהיה קיים ערב תחילתו של החוק. החקיקה המוצעת, ברובד הראשון שבה, משמרת את החוק הקיים בענייני דת, כפי שסעיף 10, בנוסחו הנוכחי, קובע ממילא באופן כללי לגבי כל דין. לשון אחר, בו בזמן שסעיף 10 קובע שמירת דינים כוללנית, הרי התוספת חוזרת וקובעת את שמירת הדינים הייחודית בענייני דת. אין בה אפוא חידוש חקיקתי, פרט לאיזכור הייחודי של הסוגיה של ענייני הדת.

(ג) הנושא השני עניינו, כאמור, הרוב הדרוש להצבעה בשלבי החקיקה השונים בכנסת. בחוק היסוד אין כיום דרישה לרוב מיוחד, יהיה זה לשינוי או לביטולו של סעיף 10, ויהיה זה לגבי שינויה או ביטולה של הוראה כלשהי מן ההוראות האחרות שבחוק היסוד. בהיעדר הוראה מפורשת, הנושא עצמו פתוח לפרשנויות שונות וטרם הוכרע בו.

החוק המוצע מבקש להוסיף ולקבוע כי מעתה יהיה דרוש רוב מיוחד (רוב של חברי הכנסת) כדי לשנות דין קיים בענייני דת, לרבות סעיף 10(ב) החדש הנ"ל, או כדי לחוקק חקיקה חדשה בתחום האמור, וזאת בכל שלבי החקיקה, היינו בכל הקריאות של החוק.

משמע, ההוראות בעניין פגיעה בזכויות קיימות בענייני דת, בעניין שינוי סעיף 10(ב) החדש ובעניין חקיקה חדשה בענייני דת יהיו ייחודיות בשריון המפורש בנוסח החוק, ככל שהדבר נוגע לקבלתן, בכל שלבי החקיקה, בכנסת. המגמה העולה מהצעתן של הוראות החוק החדשות כמפורט לעיל, היא אפוא, כי בחוק היסוד, הווי אומר, בחקיקה החוקתית הרלוואנטית, יהיו רק ההוראות בסעיפים 10(ב) עד (ד) החדשים בעלות מעמד מיוחד ומשוריין על יסוד הוראה מפורשת בחוק היסוד, בו בזמן שהרוב הדרוש לשינוי או לביטול של כל הוראה אחרת אשר בחוק היסוד הוא, לדעת הצדדים להסכם, ככל הנראה, רוב רגיל.

לשם שלמות התמונה ראוי להזכיר בהקשר זה, כי יש דוגמאות קודמות לחקיקת חוק יסוד המייחד רק סעיפים נבחרים שבו על-ידי קביעת דרישה לרוב מיוחד לשם שינויים או לחקיקה הסותרת אותם (ראה, למשל, סעיפים 14 ו-46 לחוק-יסוד: הכנסת); אולם אין ספק שבתוך מערכת ההוראות המהותיות שבחוק היסוד שלפנינו, שרובו מונה חירויות הפרט ודרכי ההגנה עליהן, יש בייחודן של ההוראות המובאות בסעיפים 10(ב) עד (ד) משום הפרה של האיזון החקיקתי הראוי. שריון ההגבלות שנקבעו בענייני דת על-ידי דרישת רוב מיוחד, מול אי-שריון חירויות היסוד של היחיד, הוא בעל משמעות של קביעת סולם ערכים חוקתי. חקיקה קונסטיטוציונית נועדה לקבוע עקרונות של המבנה השלטוני וליצור

מעמד מוכר ומוגן לחירויות היסוד של האדם. חקיקה זו היא הביטוי הנאמן של תפיסות היסוד הערכיות הקובעות את דרכי המשטר ואת זכויות הפרט. השאיפה להצבת איסורים משוריינים בענייני דת, כמוצע, בדרגה גבוהה יותר מן החירויות, אשר אין לגביהן הוראה מפורשת של שריון, היא בגדר היעדר איזון חוקתי נאות; כפועל יוצא מכך נגרע ממעמדן הראוי של החירויות בחברה דמוקרטית.

(ד) אינני רואה צורך לנקוט כאן עמדה כדי לדון בשאלה מהו ההליך הדרוש לשינוי או לביטול של ההוראות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות אלו אשר בסעיף 8הנ"ל לחוק היסוד. אלו שאלות הראויות לדיון נפרד שלא ירחק יומנו, אך אשר אין מקומו בעתירה זו.

אעיר רק, בהקשר זה, כי יכולה לעלות מסקנה פרשנית מעצם הכללתן של כל ההוראות שבחוק היסוד, בתוך חקיקה המסווגת כחקיקה חוקתית.

זאת ועוד, חקיקתם בתשנ"ד של סעיף 1א ושל התיקון לסעיף 8(הוספת הסיפה) ברוב מיוחס, במסגרת חקיקתו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, מעלה שאלות בעניין הרוב שיהיה דרוש לגבי שינוי או ביטולן בעתיד של שתי ההוראות אלה.

מול כל אלה ניתן להעלות את התיזה הפרשנית הנגדית, אשר לפיה יהיה באמור בסעיפים 10(ג) ו-10(ד), הדורשים רוב של חברי-כנסת לצורך חקיקה הפוגעת בסוגי ההוראות המוזכרות בהם, כדי להוליך למסקנה שהיעדרה - בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - של הוראה הקובעת את דרך השינוי או הביטול של ההוראות (האחרות) שבו, יש בו כדי ליצור חלל חקיקתי בהשוואה להוראה המובאת בסעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

כאמור, לא אנקוט כאן עמדה בשאלות שאינן צריכות לענייננו, אולם יש בכל אלה כדי להדגיש מחדש כי הגיעה העת לחקיקתו של חוק-יסוד: חקיקה, שיקבע בחוק חרות, באופן כללי, את ההסדרים החקיקתיים העתידיים בדבר דרך קבלתה בכנסת, שינויה או ביטולה של כל הוראה שבחוק יסוד.

אוסף בהקשר זה, כבר עתה, כי לדידי ליקויים מבניים או ניסוחיים בהצעת חוק, להבדיל מנושאים שבתוכן או במהות, אינם כשלעצמם עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. ההתמודדות עם הבעיות העולות בקשר לקביעת מבנה ונוסח ואף בקשר למעמד החקיקה, היא, בדרך כלל, מסמכותו ומתפקידו של המחוקק.

6. עיקר הביקורת של העותרים מופנית כלפי סעיף 3מזן ההסכם העומד לדיון, אשר לפיו-

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

ברור בעליל כי פניו של סעיף 3הנ"ל וחודו אינם מופנים אל שינויי סטטוס קוו

כתוצאה משיגרת חיי היום-יום עקב תהליכים חברתיים או כלכליים. הכוונה הברורה של סעיף 3 הנ"ל 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 בקוץ המחזיר את המצב לקדמותו.

אין חולק על כוחה של הרשות המחוקקת לפעול בתחום שיוחד לה, היינו, לחוקק את חוקי המדינה. אין גם חולק על הסמכות של רשימות בכנסת או של חברי הכנסת לזווג דבר חקיקה, ועל זכותה של מסגרת פוליטית כאמור לנסות ולקדם מטרותיה, במידת הצורך, אף בדרך החקיקה. פשוט וברור הוא, ועל כך אין צורך להרבות במילים. גם שמירת מעמדן הראוי של הוראות בענייני דת, כבודה במקומה.

החריג במקרה דנן מתבטא בכך שגובשה הסכמה כללית והחלטית מראש לשנות חקיקה אך ורק כדי לבטל תוצאותיה של הכרעה שיפוטית, בלי לדעת טיבה של הפסיקה, הנמקתה, הגיונה וצדקתה.

לשון אחר, הוסכם בין המשיבים לנטרל מראש את הכרעותיו של בית המשפט מסוג מוגדר, הגם שאלו מעוגנות כדבעי בדין ומוצדקות מבחינה עניינית. לא הדין ולא השיקול הענייני יהיו מורי הדרך ליוזמי החקיקה, אלא תאומץ אך ורק אמת מידה אחת, והיא, אם הייתה סטייה מן הסטטוס קוו או לאו. הבעייתיות העולה מכך גלויה לעין.

7. המשפט אינו סטאטי, כי החיים אינם סטאטיים, לא אלה של הפרט ולא אלה של הכלל. בעיות חדשות או בעלות לברוש חדש קמות ועולות מדי יום, ועל בית המשפט להיזקק אליהן ולפותרן, אם הן מובאות בשעריו. אין בחקיקה או בתקדים המשפטי כדי לכסות מראש את כל שטחי הדין, כי שינויי העתים והנסיבות החדשות והמתחדשות הם שמחייבים, לא אחת, בחינה חוזרת של הדין הרלוואנטי. המשפט מתפתח הן על יסוד החקיקה והן מתוך מכלול הפסיקה. בית המשפט אינו נפנה לנושאים אקדמיים טהורים התלויים על בלימה, אשר אינם מעוגנים בהתדיינות (lis) קונקרטיים. ההכרעה השיפוטית מתפתחת על יסוד התדיינות בין פרט לפרט או בין הפרט לרשות שלטונית. בית המשפט אינו מזמין התדיינות אלא דן, כחובתו, בהליך שנפתח לפניו כדין, על יסוד תביעה או עתירה המוגשות לו. כל פסיקה היא תולדה של עיון ודיון בטיבה של המחלוקת הקונקרטי שלפני בית המשפט ושל יישום אמות המידה המשפטיות הנוגעות לנושא. לא אחת מתפתח המשפט על יסוד הרחבתה כדין של היריעה, כאשר ההרחבה חיונית לצורך פתרון כדין של הנושא המועלה לפני בית המשפט. יש שנדרשת הרחבת האופק השיפוטי הנסקר עקב מהותה של הפלוגתה שהיא בעלת מאפיינים חדשים. כאמור, הרחבתו של מיתחם ההלכה הנולדת בדרך פרשנות הדין, יכול גם שתבצע מכך שעולה בעיה עובדתית שטרם זכתה לעיון ולדיון, או עקב בחינה חוזרת של מסקנות משפטיות מן העבר, המועברות מחדש בשבט הביקורת השיפוטית. המשפט מתפתח לשם מתן מענה לצורכי היחיד והחברה ובנוי רובד על פני רובד על יסודות הקיים והנלמד ממנו.

8. מכאן לסעיף 3 להסכם: הכוונה שעולה מן ההסכם היא לקבוע, כאמור, באופן כללי,

כי פסיקה עתידה (או שמא גם קיימת) אשר סוטה, לדעת הנוגעים בדבר, מן הסטטוס קוו בענייני דת - דינה להתבטל בדרך החקיקה. ההסכמה מתייחסת לפסיקה ידועה כבר עתה, כפי שיודגם בהמשך הדברים, אולם ההסכמה גם חלה, מראש, על כל מה שייפסק בעתיד בתחום זה, בלי יכולת לדעת כמובן מראש מה תוכן הדברים, מה הנמקתם ומה צדקתם.

ניתן להמחיש את האמור לעיל, בכל הנוגע לפסיקה הקיימת כבר, על-ידי דוגמה מציאותית. פסיקתו של בית-משפט זה בעניין זכויות קניינין של בת-זוג, על יסוד חזקת השיתוף וההכרה בקיומה של החובה להכיר בהן לפני כל ערכאה שיפוטית, לא באה לעולמה, אלא אחרי שהתברר לראשונה, במקרה קונקרטי שהובא לפנינו, כי הזכות הקניינית האמורה, שהתגבשה עוד טרם פנייתם של בני הזוג לבית הדין הרבני, אינה מקובלת על בית הדין הרבני בדונו בזכויות קניינין של בני הזוג המבקשים להתגרש. מובן שהנושא האמור שעלה לראשונה בבית-משפט זה בבג"צ 1000/92 ח' בלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' (להלן - עניין בבלי [1]) לא נדון אלא על יסוד התשתית המשפטית הקיימת, כביטוייה בפסיקתו רבת השנים של בית-משפט זה, שיצרה ופירשה את חזקת השיתוף (ראה: ע"א 300/64 ברגר ואח' נ' מנהל מס עזבון [2]; ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר ו-ערעור-שכנגד [3]; ע"א 135/68 ט' בראלי ואח' נ' מנהל מס עזבון ירושלים [4]; ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה ואח' [5]). משמע, רק כאשר נתברר כי בית-משפט זה ניצב מול גישה שיפוטית השוללת מבת הזוג זכות קניין, המוקנית לה לפי משפטנו, נתחייבה הכרעה שהייתה, לכאורה בלבד, בגדר חידוש. אולם הכרעה זו נבעה מן הפרשנות הברורה והגלויה של בית-משפט זה מאז שנות השישים. היה כאן יישום של כללי המשפט הקיימים לנסיבות קונקרטיות שהתבררו לראשונה לפני בית-משפט זה.

זכות קניינין המוזכרת לעיל מוכרת ומקובלת במשפטנו זה עשרות בשנים. משנתגבשה זכות כאמור, היא מחייבת על-כן גם את בתי הדין הרבניים, שלא ראו לפעול לפיה עד אז, כפי שמחייב אותם רישום דירה או בית במרשם המקרקעין. היו שראו בכך, לצערי, הפרה של הסטטוס קוו וכינו זאת "פגיעה בדין בענייני דת", שאינו מכיר בחזקת השיתוף. אין צריך לומר שבי-משפט זה היה רחוק מכל כוונת פגיעה כמתואר. כל שעמד לפניו היה השאלה אם יכול שזכות קניינין של בת הזוג, הקיימת ומוכרת כדיון, תיעלם בשל כך שההתדיינות מתקיימת לפני בית-דין רבני.

מכאן לנושא שלפנינו: אם סעיף 3 של ההסכם יופעל לגבי הילכת בבלי [1], יבוצע תיקון החוק על-ידי חקיקה המחזירה את המצב לקדמותו ומבטלת את תחולת חזקת השיתוף. ביתר דיוק, המשיבים התחייבו בסעיף 3 הנ"ל כי ההכרה בזכויות האישה לפי חזקת השיתוף - ככל שהיא נוגעת לבתי הדין הרבניים - תבוטל.

9. ההכרעה בשאלה מה הם הנושאים המחייבים חקיקה כדי להבטיח קיום הסטטוס קוו ושמירתו נמסרה לוועדה של חמישה, והיא אשר תגבש את ההמלצות לחקיקה לשמירת הסטטוס קוו. לשון אחר, היה ופסק-דין פלוני של בית המשפט העליון ייראה בעיני ועדת החמישה כמשנה את הסטטוס קוו או סוטה ממנו, יהיה בהמלצתה כדי לשנות את הדין

בישראל כפי שנתפרש על-ידי הערכאה המשפטית המוסמכת, וגלגלי החקיקה יונעו כדי ליצור מצב משפטי הנראה בעיני הוועדה כדרוש להחזרת המצב לקדמותו. משמעות הדבר היא כי מתקבלת החלטה, מראש, לאיין תוצאותיה של כל פסיקה המשנה מן הסטטוס קוו, וזאת כמובן בלי לדעת מראש טעמיה של הפסיקה והנמקותיה.

קביעה המוצהרת, מראש, של גוף המשמש מעין ועדת ביקורת על פסיקתו של בית המשפט, יש בה, לטעמי, כדי לפגוע באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון. יש בה גם כדי לזנוח את הכללים המקובלים של יחסי הרשויות זו אל זו וזו מול זו, כפי שבאו לידי ביטוי בשורה ארוכה של פסקי-דין של בית-משפט זה שדנו ביחסו של בית-משפט זה לפעולותיו ולדברו של המחוקק (ראה, למשל: בג"צ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת מנחם סבידור [6]; בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת [7], בעמ' 142; בג"צ 325/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל ואח' [8]; בג"צ 482/88 רייסר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' [9]; בג"צ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' [10]).

10. יש בהצעה משום מגמה של ביטול תוצאותיה של פסיקת העבר, של הקפאת המצב המשפטי לעתיד, ושל ניסיון לדחיקת חירויות הפרט למעמד משני באופן יחסי, במקום שיוקנה להן מעמד-על מפורש. זוהי תוצאה בלתי טבעית בחברה חופשית ומתפתחת. האינטרס הציבורי יוצא ניזוק מן הסמכות שנטלו לעצמם הצדדים להסכם, בגדר תכתיב מראש לעצמם, אשר לפיו לא ייתנו לאף התפתחות הסוטה ממה שיוגדר כסטטוס קוו לקום ולהתקיים - תהיה מהותה מוצדקת ככל שתהיה. הדוגמה של חזקת השיתוף (עניין בבלי [15]) שהובאה לעיל ואשר הייתה כמסתבר גם אחת העילות הבולטות לדרישה להחזרת המצב המשפטי לקדמותו, מסבירה את סיבת הדאגה הטבעית העולה מול גישה השוללת מראש כל התפתחות, בלי לדעת את טיבה וטבעה. החלטה מראש על יצירת מכבש מול התהליכים המשפטיים הסדירים, הבאים לענות על צורכי החברה והאדם המשתנים, בלי להותיר את העניין להתייחסות פרטנית ועניינית לאחר מעשה, היא החלטה בלתי ראויה.

11. סיכומם של דברים, מן המוסכם במסמכים שהובאו בראשית דברינו עולה, כי הצדדים להסכם נוטלים על עצמם כבילה גורפת, מראש, של שיקול-דעתם, ללא הותרת דרך אמיתית וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלוואנטית, הטעונה עיון ובחינה בשל המחלוקת שהיא מעוררת. זוהי החלטה מראש בדבר הצבת מחסומים גבוהים, קשוחים ובלתי ניידים במקום דיון לגופו של עניין בבעיה קונקרטית, שלגביה ניתן לקבוע עובדות ומסקנות אחרי בחינה ובדיקה ענייניות (ראה בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים [11]).

הדבר מצער, כי לצורך ההנחיה וההכוונה של רשויות שלטון יש לזכור לעולם כי הרשות הממלכתית היא בגדר נאמן של הציבור (בג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו (להלן - פרשת פרץ [12]), בעמ' 2115), ואופייה זה חייב לשמש לה קו מנחה באורחותיה ובקביעת הסדריה. זאת ועוד, כאשר מדברים בממשל תקין, הכוונה, בין היתר, לאיזון ואף לבלמים בין הרשויות, תוך פיקוח הדדי מוגדר (בג"צ 306/81 [7], בעמ' 141).

בשולי הדברים יוער, כי לא כל הסדר וכל פעולה ביחסים בין פרט אחד למשנהו, שאינם נושאים על גבם תווית מפורשת של איסור או של פסול, הם גם בגדר המותר, כאשר הם נעשים על-ידי רשות ציבורית. זו האחרונה חייבת לסנן את כללי המותר והאסור שהיא מאמצת לעצמה, בקפידה רבה יותר. לשם הסרת ספק ייאמר, כי השאלה אינה רק של מראית פני הדברים אלא גם של מהות ותוכן.

12. במכתב ליועץ המשפטי לממשלה שכתב שר המשפטים, פרופ' דוד ליבאי, ואשר הוגש לבקשתו לבית-משפט זה, מביע שר המשפטים ביקורתו והסתהיגותו מן ההסכם הנ"ל, שתכונותיו מתארות על-ידיו במכתבו. אני מסכים, עם כל הכבוד, לדברי הביקורת.

13. אחרי תחילת הדיון הוגש לנו המסמך הנושא את הכותרת "הבהרה", שנוסחו הובא בסעיף 2(ד) לעיל. בא-כוחה המלומד של מפלגת העבודה, עורך-דין אמנון לורך, הצביע על כך כי מטרתה של הבהרה, כאמור בה, היא לציין כי כוונת הצדדים להסכם "להביא לבחינה, דיון ובדיקה של כל מקרה בו תועלה טענה בדבר הפרת הסטטוס קוו". כל מקרה ייבדק באופן ענייני וסביר תוך הפעלת שיקול-דעת בכל מקרה לגופו. אולם אם יתברר כי הדרך היחידה להשבת הסטטוס קוו היא דרך החקיקה "יפעילו הצדדים שיקול דעת בדבר תוכנה הראוי של חקיקה כזו". בהבהרה ביקשו להדגיש, למעשה, שני דברים: ראשית, כי לשם מימוש ההסכמה העקרונית ייבדק גם כל מקרה קונקרטי שבו תעלה הטענה בדבר שינוי הסטטוס קוו; וכן כי ייבדקו גם דרכים חלופיות לביטול הסטייה מן הסטטוס קוו, והכוונה ככל הנראה לדרכים מינהליות או לדרכי איגוף אחרות של פסיקתו של בית-משפט זה.

ההבהרה, ככותרתה, נועדה להסביר את הכתוב ולא לבטלו. היא מנסה לרכך את הכתוב בהסכם. דא עקא, שהאמור בסעיף 3 להסכם נשאר ללא שינוי, ומגמתו ומטרתו אף הן לא שינו צורה ותוכן.

לטעמי, אין בהבהרה כדי לשנות מן המשמעות האמיתית והעקרונית של האמור בסעיף 3 להסכם, אשר נשאר בגדר חוט השני של ההסכם. אין בהבהרה גם כדי לשנות מן המשמעות שבתיקון לסעיף 10 ובמינוי ועדת המומחים כפי שבוארה לעיל.

14. השאלה השנייה והנפרדת הניצבת לפנינו, עניינה דבר קיומה של עילה להתערבותו של בית-משפט זה לשם ביול תוקפו של ההסכם או לחלופין של סעיף 3 שבו, כפי שנחקש בעתירות.

שתי השאלות הניצבות לפנינו בעתירה זו, היינו, ראשית, משמעות תוכנו של ההסכם, ושנית קיום עילה להתערבותו של בית המשפט, עולות מניה וביה, השנייה מתוך הראשונה. אולם המענה לשאלה השנייה אינו פועל יוצא אוטומטי מן המענה לשאלה הראשונה. יש להבחין בין ביקורת חוקתית-עיונית לבין המסקנה כי על בית המשפט להתערב, על-ידי הפעלת סמכויותיו, כדי לבטל תוקפו של ההסכם בין שתי מפלגות.

בחינתו וניתוחו של ההסכם מחייבים שקילה של הערכים המתנגשים ושל ההשלכות אשר להסכם על מירקם החיים החוקתיים ועל הגשמת תפיסות היסוד החוקתיות. הוא הדין, ולא פחות מכך, בהכרעה בעניין התערבותו של בית המשפט. המענה לשאלה זו מחייב אף הוא מתן הדעת, מראש, למשמעות הדבר מבחינת כיבוד תפיסות היסוד של משטרנו החוקתי, אשר ביניהן כלולים גם, ראשית, קיום ושמירה של חופש הפעולה הפוליטי שהוא חלק אינטגרלי וחיוני בכל משטר דמוקרטי, ושנית, קיום הלכה למעשה של הפרדת הרשויות. הבאה בחשבון של כל הערכים והתפיסות שהן תכונות יסוד של חברה דמוקרטית, מחייבת לא רק יצירת בסיס לפעולה עצמאית ובלתי תלויה של בית המשפט, אלא גם איזון נכון בין הרשויות ומתן אפשרות לפעולתם החופשית של כוחות פוליטיים, המקדמים מטרותיהם, לעתים אף לפי תפיסות שאינן מקובלות על מי ששוקד על הגשמת ערכים דמוקרטיים מושלמים. חופש הפעולה הפוליטי הוא חלק חיוני של תפיסות המשטר שלנו, ושליטתו הבלתי זהירה עלולה לשנות מאופייה של הדמוקרטיה. תוך ראיית מאפייני הדמוקרטיה כהתמודדות כוחות ורעיונות חופשית ככל האפשר, היא תמיד מקובלת על כל הרשויות כי יש, למשל, להעניק חופש פעולה לגופים פוליטיים שמטרותיהם קיצוניות בלבד ובמהותן. היו כאלה שביקשו לכונן משטר של דיקטטורה של הפרולטריון (שיטה שבה יש לבית המשפט בעיקר תפקיד של מוציא לפועל של רצון השלטון), והיו מי שביקשו לשנות את שיטת המשפט שלנו לחלוטין; היו אף בתחום הפוליטי מי שהביעו דעות אשר היו על גבול הכפירה באופייה היהודי של המדינה (ראה, למשל, ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה ואח' [13]). פעילויות פוליטיות אלו לא נאסרו ומצעי המפלגות לא בוטלו. כפי שצוין לא אחת, יש מחיר לדמוקרטיה והוא נובע, בין היתר, מן ההשלכות הקיצוניות אשר מתלוות לעתים לחירות הביטוי ולחופש הפעולה הפוליטי, לרבות המפלגתי, אך מחיר זה הוא ראוי וכדאי כדי לשמור על חיים חופשיים.

מבחנה של הדמוקרטיה אינו רק בהגשמת רעיונותיה ותפיסותיה בטהרתן האבסולוטית, אלא לא פחות מכך בקיומה של חירות ההתמודדות של כוחות פוליטיים, אף אם הם מייצגים רעיונות הראויים לביקורת ואף לשלילה, כל עוד אינם עוברים את הגבולות שהותוו בחוק. עמדתי על כך בנושא קרוב - אך לא זהה - היינו בע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה (להלן - פרשת ניימן [14]), בעמ' 277:

"...הדילמה הכרוכה בהגבלת חירויות, אשר לפנינו ניצבות לא אחת רשויות השלטון, אינה מתעוררת בדרך כלל, כאשר עולות שאלות, הקשורות לזכויותיהם של גופים, שקיומם ודעותיהם אינם שנויים במחלוקת. היא נוצרת בכל חריפותה, כאשר מושמעות דעות שיש בהן כדי לעורר את התנגדותו ההחלטית של הרוב ואף כדי לקומם את שומעיהן; מבחן האמת לקיומה של זכות אינו ברגעים בהם מתנהלים אירועים המבטאים יישוב הדעת, סובלנות והבנה; קיומה של זכות עומד במבחן ברגעים מכאיבים ואף מרגיזים ולא במעט, מקום בו אין אהדה לזהותו של הטוען לזכות פלוגית

ולהשקפותיו... ההגנה על חירות הביטוי או על זכות הפגנה אינה חשובה רק כאשר מושמעים דברי חכמים, הנאמרים בנחת ובתבונה, שהרי קיומה של זכות איננו בעייתי, מקום בו יש וויכוח תרבותי ורוגע; קשה יותר לשמור על חירות הביטוי ועל זכויות יסוד דומות או קרובות, כאשר מועלות אמונות, דעות והשקפות, אשר מקוממות בתוכן ואשר סולדים מהן".

לשון אחר, אי-התערבותו של בית המשפט היא, בתחום זה, בגדר יישום של אמות המידה המקובלות של הריסון העצמי של הרשות השופטת (דברי חברי המשנה לנשיא בבג"צ 652/81 [6] הנ"ל, ודברי בבג"צ 620/85 [10] ובבג"צ 306/81 [7]), בעמ' 141. אי-הפעלת סמכויות משפטיות לאיסור הפעולה או לביטולה, אינה צריכה להתפרש כגורעת כהוא זה מן הביקורת או השלילה העניינית, שלהן ראוי מהלך פוליטי זה או אחר.

15. נקודת המוצא שלנו היא, כי תוכנו של הסכם קואליציוני הוא בתחום הפיקוח השיפוטי (דברי בבג"צ 1604-1601/90 בשג"צ 1890/90, שליט ואח' נ' פרס ואח' (להלן - פרשת שליט [15])); בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח' (להלן - פרשת ז'רז'בסקי [16]). אולם שאלת ההתערבות ומידתה צריכות להיבחן, כמקובל עלינו, תוך איזון נאות בין המגמות העקרוניות המתנגשות זו בזו. מחד גיסא, מדובר על הסכם אשר התכונות הבלתי רצויות שנתגלו במטרותיו ובמגמותיו תוארו, בתמצית, בסעיפים הקודמים. מאידך גיסא, מדובר על גופים מפלגתיים-פוליטיים העורכים הסכם ובו הצהרה על כוונותיהם בתחום ייזום החקיקה וקידום האינטרס הפוליטי שלהם.

איננו מתערבים בטיבו ובמהותו של מצע מפלגתי-פוליטי, אלא במקרים קיצוניים ביותר (ראה ע"ב 2/88 [13] הנ"ל). צמצמו התערבותנו עד כה, כאמור, למקרים קיצוניים ביותר, מקום שעלתה סכנה של פגיעה בטוהר המידות וטוהר השיקול השלטוני (כגון כאשר ביקשו להגביל שיקול-דעתה של רשות סטטוטורית בכירה ביותר על-ידי הצמדת איום בתשלום כספי גבוה, כל אימת שתפעיל שיקול-דעתה בניגוד לרצונו של צד להסכם).

המקרים שבהם ראינו מקום לפסילה הם אלה: ראשית, כאשר מתגלים הפגמים והאיסורים שסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת מונה אותם, ואלו הם: (א) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (ב) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (ג) הסתה לגזענות.

נוסף על כך ומעבר לכך, פסלנו הסכם קואליציוני כאשר גילינו בו תניות שדבק בהן פסול היורד לשורשו של עניין, הנושא סממני שחיתות או השחתה, בעיקר בתחומי הממון וטוהר המידות, ועל הסכם זה הצהרנו כבטל (בג"צ 152390, 1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל ואח'; ר' מינצר ואח' נ' מודעי ואח' [17]; פרשת ז'רז'בסקי [16]). 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.

16. בית המשפט אינו מפעיל סמכויותיו עקב מהותו הערכית של הסדר פוליטי או בשל היעדר האסתטיות שבו, אלא בוחן ישימותם של מבחני הדין לנסיבות נתונות. אף אם יש השגות על הסדרים פוליטיים ואף אם מסתייגים מהם, אין בכך עדיין, על אתר, עילה להתערבותו של בית המשפט. חיים דמוקרטיים מחייבים, כאמור כבר, פעולה פוליטית-מפלגתית חופשית כחלק מהותי מהם, ובית המשפט נזקק לנושאים אלה רק בהתעורר חשש של פגיעה בחוק או בעקרונות המשטר החוקתי, ואף במקרים אלה אינו ממהר להתערב. במקרה כגון זה שלפנינו, שבו מדובר על הסכם בדבר קווי פעולה מתוכננים לעתיד של שתי מפלגות, המבחן אשר ראוי היה, לטעמי, שישמש קו מנחה לבית המשפט בבואו לשקול התערבותו הוא, אם רשימה, שהייתה מצהירה במצע הבחירות על מטרתה המדינית בנוסח ההסכם נושא דיונו, הייתה נפסלת על-פי הדין החל ככגון דא (סעיף 7א(2) לחוק-יסוד: הכנסת וסעיף 64 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, או אמות המידה האחרות שתוארו בסעיף 15 לעיל). תשובתי לכך במקרה דנן היא שלילית. במה דברים אמורים.

הוזכר כבר כי יש רשימות השואפות במצען הפוליטי להשלטת דין תורה במקום המשפט האזרחי-החילוני, קרי לביטול בית המשפט לחלוטין; יש רשימות ששמירת הסטטוס קוו הדתי חרותה על דגלן. אין לפי תפיסותינו איסור שבדין על שאיפה להשגת מטרות כמודגם לעיל, ועל ניסיון לקדם מטרות המצע בהליכים פרלמנטריים, ובין היתר בהסכמים בין-מפלגתיים. כאמור, אין צורך להסכים לרעיון כלשהו כדי לראותו בגדר הבעת דעה מותרת או כשאיפה היכולה למצוא מקומה במשחק הכוחות הפוליטי. אף אם רואים גישה מפלגתית-פוליטית פלונית כמזיקה או כבלתי ראויה, אין בכך כדי להניח תשתית מספיקה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. האיזון הנכון בין הרשויות אינו מצדיק מתן הצהרה על בטלות משפטית של הסכם כמתואר.

גם הסכמה מראש על גישה אחידה בהפעלת שיקול הדעת החקיקתי אינה פוסלת את ההחלטה. הצבעה אחידה במסגרת קבוצות הסכמה פוליטיות זכתה גם לגושפנקא עקיפה על-ידי המחוקק, וראה סעיף 11(ז) לחוק המעבר, תש"ט-1949, וסעיף 6א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת.

לטעמי, יש להותיר לחופש הפעולה המפלגתי-הפוליטי בדמוקרטיה את ההכרעה ואת הסקת המסקנות מהשפעתם של מצע או הסכם פוליטיים על תקינות הממשל, כל עוד אין בכך משום שחיתות המידות או עיוות מוסרי, או פגיעה מהותית בתקנת הציבור או בשלומו, וכל עוד אינם חלים הסייגים הערכיים האחרים שצוינו בסעיף 15 לעיל. כפי שמפלגה רשאית להתנגד לחקיקת מגילת זכויות האדם, היא גם רשאית להטיף לפיחות בערכם של מגילת זכויות או של חוק יסוד ולשאוף לביטול חוקי היסוד, ולהתקשר עם

מפלגה אחרת לקידום ענייניה. ניתן - ואף ראוי לטעמי - שלא להסכים לכך, וניתן להיאבק בכך במישור הפוליטי והציבורי, אך כאן נדונה שאלת החוקיות של המטרה ולא השפעתה על דימוי המדינה והמשטר השורר בה.

לא בית המשפט הוא שצריך לחרוץ את הדין בכגון דא. בדמוקרטיה יש תהליכים אחרים שבהם מובעת הדעה על אופייה, מהותה ומטרתה של פעולה פוליטית.

סוף דבר, דברי הביקורת שהובאו לעיל שרירים וקיימים. כמוסבר, גם ההבהרה לא פעלה פעולה מקלה או מרגיעה, אם נתכוונה לכך. אולם, ככל שהדבר נוגע להתערבותו של בית המשפט במהלכים המפלגתיים המתוכננים, לא ראיתי מקום להפעלת סמכויותינו על-פי דין.

17. אוסיף דבר בעניין מעמדו ודרכו של בית המשפט. בבג"צ 306/81 [7], בעמ' 141, אמרתי כי ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטת כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטוייה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר. סמכותו הראשונית של בית המשפט היא הפרשנות המוסמכת של החוק. בקשר לכך נאמר שם כי:

"כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה".

בית המשפט פוסק על-פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפונו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות הלב-שיפוטיות אשר יהיו. בית המשפט אינו פוזל לעבר רשויות אחרות כדי להשביע רצונן, אלא מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על-פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות שלנו. הידיעה כי זוממים לבטל דברו המוסמך של בית המשפט אחרי השמעתו, אין בה כהוא זה, כדי לשחרר את בית המשפט מחובותיו, כדי לרפות ידיו או כדי לפגוע בשיקולו העצמאי, לפי מיטב מצפונו והבנתו. הנאמנות לחוק ולמצפון היא נכס צאן ברזל של כל רשות שיפוטית במדינה דמוקרטית, ובוודאי של זו הפועלת בישראל.

גורמים אשר ינסו לצמצם את תפקידו החיוני של בית המשפט בחברה דמוקרטית יקומו ויחלפו, אולם בית המשפט העצמאי והבלתי תלוי במדינת ישראל לעולם עומד.

18. הייתי דוחה את העתירות ומבטל את הצווים שיצאו בעקבותיהן, ללא צו להוצאות.

המשנה לנשיא א' ברק: צר לי, אך עליי לחלוק על פסק-דינו של חברי, הנשיא שמגר. אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו קובעים כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה הישראלית לבין תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה, בטל ומבוטל. הוא בטל, שכן הוא נוגד את עקרונות היסוד שעליהם מושתת המשטר החברתי שלנו. הוא בטל שכן תוכנו נוגד את תקנת הציבור החוקתית. ניגוד זה הוא כפול: ראשית, הוא פוגע במעמדה של הרשות השופטת. אגב כך הוא עשוי לפגוע גם בעצמאותו של השופט ובאמון הציבור בשופטיו. שנית, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. אין זה הסכם "עוקף בג"צ". זהו הסכם "עוקף דמוקרטיה". הסכם כזה הוא בטל על פניו. מקור לא יכירנו במדינה המעגנת "בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

אין חולק על סמכות הכנסת לשנות הלכה פסוקה

1. ייאמר מיד ובבירור: איני חולק כלל על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הבאים לשנות הלכות פסוקות. הכנסת היא "הרשות המחוקקת" (סעיף 7א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948). מסמכותה לשנות, בדרך החקיקה, אותן הלכות פסוקות (המפרשות חוקים או היוצרות משפט מקובל), אשר אינן נראות לה ראויות. עקרונית, שינוי הלכה פסוקה בדרך החקיקה אינו פוגע כשלעצמו ברשות השופטת, ואין בו ביטוי לחוסר אמון בשפיטה. "אין כל פגיעה ברשות השופטת, כשהרשות המחוקקת מתקנת את החוק אחרי שבית המשפט אמר את דברו ופירושו אינו מניח את דעת המחוקק" (א' ויתקון, משפט ושיפוט (שוקן, תשמ"ח) 136). שינוי בהלכה הפסוקה הוא ביטוי לשיתוף פעולה פורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת (ראה Isr. L. Rev 18"legislative reaction to judicial klinghoffer, 30 decisions in public law" (1983)). הרשות האחת יוצרת את החוק, והרשות השנייה מפרשת אותו. אם הפירוש אינו נראה מטעם זה או אחר למחוקק, הוא משנה את החוק, והשינוי יעמוד עתה לפירוש מחודש, וחוזר חלילה. חקיקה בעקבות פסיקה היא "פראקטיקה בריאה" (ראה Douglas, ed. , legal institutions today and "legal institutions in america" tomorrow" 292, 274 by m. 1959, Paulsen), ובלבד שהיא אינה הופכת למגפה, כלומר כל עוד נעשית היא במידה ולאחר בחינה ועיון מדוקדקים (ראה Cox 716, 707, congress v" (1981-82) . Mercer l. Rev 33"the supreme court). אכן, לא פעם ביטאו שופטים בעבר, בפסקי-דין ובכתיבתם המדעית, את ההשקפה כי הכנסת צריכה לגלות מעורבות גדולה יותר במעקב אחרי ההלכה הפסוקה (ראה: י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213; א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ג) 72)). על-כן, אם פסק-דין של בית המשפט העליון הנוגע "בסטטוס קוו בענייני דת" אינו נראה למחוקק, הרשות בידו לחוקק כל חוק הנראה לו, כדי להביא לשינוי הדין בעניין זה. דבר זה הוא מן המוסכמות, ואינו עומד כלל לדיון בעתירה שלפנינו.

הבעיה אינה הסטטוס קוו בענייני דת

2. זאת ועוד: בטלותו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני אינה קשורה כלל בכך שהוא

עוסק בהפרת הסטטוס קוו בענייני דת. לא תוכנו של ההסדר שאותו מבקשים לשמור הוא הפוגע בתפיסות היסוד. הפגיעה נובעת מהעמדה המונחת ביסוד ההסכם כלפי השפיטה כרשות וכלפי השופט כאורגן באותה רשות - כלפי כל בית-משפט וכלפי כל בית-דין, כלפי כל שופט וכל דיין. על-כן, הייתי קובע באותו אופן, כי הסכם קואליציוני הוא בטל ומבוטל אם נקבע בו כי כל פסק-דין אשר יינתן בעתיד על-ידי בית דין רבני ואשר שומר על הסטטוס קוו בענייני דת, יתוקן בדרך החקיקה. אכן, לא קיומו של סטטוס קוו בענייני דת או שינויו של סטטוס קוו זה הם המכריעים בעתירה זו. על-כן מסקנתי לא הייתה משתנה אילו לא היה ההסכם הקואליציוני עוסק בענייני דת, אלא בענייניו של המיגזר החקלאי, בתושבי יהודה ושומרון, או בכל נושא אחר.

תוכן ההסכם הקואליציוני

3. סעיף 3 להסכם הקואליציוני קובע:

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

חברי הנשיא עמד על פירושה של הוראה זו. פרשנותו של הנשיא מקובלת עליי.

משמעותה של הוראה זו הינה, 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 את תוצאותיה של הכרעה שיפוטית, בלי לדעת טיבה של הפסיקה, הנמקתה, הגיונה וצדקתה.

...הוסכם בין המשיבים לנטרל מראש את הכרעותיו של בית המשפט מסוג מוגדר, הגם אלו מעוגנות כדבעי בדין ומוצדקות מבחינה עניינית".

המסמך הנוסף אשר קיבלנו, ואשר מהווה "הבהרה" של ההסכם המקורי, אינו משנה את ההסדר שהצדדים הגיעו אליו, כפי שחברי, הנשיא שמגר, פירש אותו. בצדק ציין חברי הנשיא, "שהאמור בסעיף 3 להסכם נשאר ללא שינוי, ומגמתו ומטרתו אף הן לא שינו צורה ותוכן". על רקע זה באה מסקנתי, כי הוראה שכזו בהסכם פוליטי בין סיעות בכנסת בטלה, שכן היא נוגדת את עקרונות היסוד של המבנה החוקתי, ועל-כן נוגדת את תקנת הציבור. ניגוד זה מתבטא בשני אלה: ראשית, ההסכם פוגע במעמדה של הרשות השופטת כמוסד המכריע בסכסוכים. אגב כך, ההסכם פוגע גם בעצמאות השיפוטית ובאמון הציבור בשפיטה. שנית, ההוראה סותרת את עקרון הפרדת הרשויות ואת יחסי הגומלין הראויים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת; שני אלה בנפרד ובהצטברם מביאים לידי כך שהוראת ההסכם פוגעת בתפיסות היסוד של שיט המשפט בישראל, ועל-כן ההוראה בטלה בהיותה נוגדת את תקנת הציבור. אעמוד עתה ביתר פירוט על כל אחת מהפרופוזיציות הללו.

פגיעה במעמד הרשות השופטת

4. בית המשפט נועד להכריע בסכסוכים (באשר לעובדות ובאשר לדין). זהו תפקידו בשילוש הרשויות (ראה r. L. Abel, "a comparative theory of dispute", Society rev&(1974)217). הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך" (ש' אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 233, 256). בין הפרטים לבין עצמם מתעוררים סכסוכים משפטיים. סכסוכים כאלה מתעוררים גם בין הפרט לבין רשויות השלטון. בית המשפט הוא המוסד השלטוני, אשר עליו הוטל התפקיד ואשר לו ניתנה הסמכות להכריע בסכסוכים. ההכרעה בסכסוך משתרעת על קביעת העובדות ועל קביעת הדין. מקובל לומר כי אגב ההכרעה בעובדות על השופט לגבש את הדין שעל פיו יוכרע הסכסוך. כאשר הדין הוא פשוט וברור, גיבושו הוא מעשה מכאני. השופט הוא "הפה של המחוקק" (כאימרתו של מונטסקיה). אך לעתים הדין אינו פשוט ואינו ברור. בגיבושו מתבטאת יצירתית שיפוטית. בשני המקרים גיבוש הדין הוא "תוצר לוואי" אינצינדנטאלי של הסכסוך המוכרע. אינצינדנטאליות זו של גיבוש הדין בולטת בפסיקתה של הערכאה הראשונה (הדיונית). לעומת זאת, גיבוש הדין - והפעלתו המחייבת מכוח עקרון התקדים המחייב - הוא התפקיד המרכזי של בית המשפט העליון. אכן, בעוד שבית המשפט לערעורים נועד לתקן טעויות שנפלו בהחלטתה של הערכאה הראשונה והמשפיעות על זכויותיהם של הצדדים, הרי בית המשפט העליון נועד לתקן טעויות שנפלו בערכאות האחרות והמשפיעות על המשפט במדינה. הסכסוך המונח לפני בית המשפט העליון אינו אך סכסוך באשר לעובדות. זהו בעיקר סכסוך באשר לדין, אשר יחול לא רק בין הצדדים, אלא בשיטה כולה.

5. סעיף 3 להסכם הקואליציוני פוגע עמוקות במעמד בית המשפט כמכריע

בסכסוכים. פגיעתו העיקרית היא בבית המשפט העליון. הוא משמיט את הקרקע שעליה בנויה הפונקציה של בית המשפט כמכריע בסכסוכים (בענייני עובדה ודין). על פיו, פסק-דין של בית המשפט אינו מכריע בסכסוך ואינו קובע את הדין, אלא מהווה עילה לביטולו של הפסק. גלגלי השפיטה מופעלים לריק. ההכרעה בסכסוך וקביעת ההלכה השיפוטית המהווה חלק ממנה הן אך למראית עין, שכן הביטול החקיקתי מתבקש מעצם ההכרעה עצמה. מתן הפסק הוא המקור לבטלותו. אמת, הפרט הזוכה בדין עשוי לשמור על פרי זכותו, שכן שינוי החקיקה לא יפעל למפרע. אך גם אם שינוי זה אינו משפיע על "מעשה בית הדין" (res judicata), הוא משפיע על גיבוש הדין על-ידי השופט. אך מעבר לכך: רבים הם הפונים (כגון תובעים או עותרים מוסדיים) שעניינם הוא בעיקר העיקרון המשפטי אשר ייקבע אגב ההכרעה בסכסוך. אך מעל לכול - וזהו העיקר - בית המשפט העליון בשיטה נועד בעיקר כדי לקבוע את ההלכה אגב ההכרעה בעובדות. "הסכסוך" שלפניו מתרכז בעיקר בדין ולא בעובדות, ב"הלכה" ולא ב"מעשה". בבית המשפט העליון העיקר אינו "מעשה בית הדין" אלא התקדים. תפקידו של בית המשפט העליון אינו בהסתכלות אחורה אל העובדות שהתרחשו, אלא בהסתכלות קדימה על הדין במדינה. בפרשנות שהוא נותן לחוק, הוא מכוון לא רק את הצדדים שלפניו, אלא את הציבור כולו.

בפונקציה שיפוטית עיקרית זו פוגע סעיף 3 להסכם הקואליציוני. פסק-דינו של בית המשפט על-פי ההסכם הקואליציוני הופך כתוצאה מכך חסר תוחלת. בית המשפט העליון מתבקש, הלכה למעשה, לטחון מים. ההליך כולו הופך למשחק ("יקומו נא הנערים וישחקו לפנינו" (שמואל ב, ב, יד א]). בית המשפט העליון חדל מלמלא את תפקידו המרכזי. בית המשפט הפך להיות אות אזהקה לתחילת תהליך החקיקה, המיועד להביא לתוצאה הפוכה מזו שנקבעה על-ידיו. כל פסק-דין של בית המשפט העליון שיש בו "הפרה" של הסטטוס קוו בענייני דת כולל את "גלולת המוות" שלו. הפסיקה הורסת את עצמה. לא רחוק השלב שבו יצטרך בית המשפט לומר כי אינו דן בעניין כלל שכן הדיון הוא חסר ערך. תוצאות אלו, אין הדעת הקונסטיטוציונית סובלתן. הן נוגדות את תקנת הציבור החוקתית. בית-משפט אינו "אות אזהקה"; בית-משפט אינו "פיון" על לוח שחמט פוליטי; בית המשפט הוא מוסד שיפוטי להכרעה בסכסוכים (באשר לעובדות ובאשר לדין). פונקציה זו ניטלה ממנו בהסכם הקואליציוני שלפנינו. ודוק: הפגיעה בבית המשפט כמוסד שיפוטי המכריע בסכסוך ואגב כך קובע את הדין אינה מתרחשת אם, לאחר מתן פסק הדין ולאחר שקילה ובחינה עניינים, נמצא לראוי, בנסיבות מתאימות, לחוקק חוק המשנה את ההלכה שנקבעה בפסק הדין. זוהי "פראטיקה בריאה" שאינה פוגעת במעמדו של בית המשפט. המייחד את המצב שלפנינו הוא ההסכמה מראש לשינוי ההלכה השיפוטית, שאינה מתחשבת בנסיבותיו של הסכסוך המובא לבית המשפט, והמנותקת מהגיונה הפנימי של הלשכה השיפוטית, מהנמקתה ומכוח השכנוע שלה. הסכמה זו מראש לשינויה של כל הכרעה שיפוטית היא שמשמיטה את הקרקע מתחת לתפקידו המוסדי של בית המשפט כמכריע בסכסוך וכמגבש, אגב כך, את הדין. לעניין זה אין נפקא מינה אם השינוי החקיקתי - על-פי המוסכם בין הצדדים להסכם הקואליציוני ינקוט צעד שהוא חמור ובלתי נסבל (וכיום כנראה גם בלתי חוקתי) של ביטול רטרואקטיבי של תוצאת פסק הדין לגבי הצדדים, או יבחר באופציה "המתונה" יותר של שינוי פרוספקטיבי של "ההפרה". בשני המקרים חדל בית המשפט מלמלא את תפקידו בחברה דמוקרטית. ושוב: הפגיעה בשפיטה אינה מבוססת על הבחנה משפטית-טכנית בין שינוי מראש (ex nunc) לבין שינוי למפרע (ex tunc) של הכרעה שיפוטית. הפגיעה בשפיטה מבוססת על השוני המהותי בין קביעה כללית מראש שהלכות שנקבעו בפסקי-דין בתחום מסוים יבוטלו - קביעה המשמיטה את הבסיס לתפקיד בית המשפט כמכריע בסכסוכים - לבין נכונות לשקול לאחר מעשה את תוצאותיה של הכרעה שיפוטית אינדיווידואלית.

תוצאות לוואי נוספות

6. אגב פגיעה זו בתפקידו המוסדי של בית המשפט מתרחשות שתי פגיעות נוספות הנגזרות ממנה. הן מהוות מעין תוצר לוואי של הפגיעה העיקרית. האחת, עניינה הפגיעה האפשרית בעצמאות (או באי התלות העניינית) של השופט; השנייה, עניינה הפגיעה האפשרית באמון הציבור בשופטיו.

פגיעה אפשרית בעצמאות השיפוטית

7. תוצאת לוואי ראשונה מפגיעתו של ההסכם הקואליציוני בתפקיד בית המשפט

כמכריע בסכסוך, היא בפגיעתו האפשרית בעצמאות השיפוטית. מן המפורסמות היא, כי עצמאותה (או אי-תלותה) של השפיטה היא אחד מערכיה המרכזיים של הדמוקרטיה הישראלית. "קיומה של מערכת עצמאית של בתי-משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הוא מערכי היסוד של המדינה" (בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' [18], בעמ' 433-434). עצמאות זו מתבטאת בהיבטים אישיים ("אי-תלות אישית") ובהיבטים מהותיים ("אי-תלות מהותית"). מנקודת המבט המהותית - והיא זו המעניינת אותנו בעתירות שלפנינו - משמעותה של העצמאות הינה, כי "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין" (סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה). כל ניסיון, מכוון או בתום-לב, ישיר או עקיף, של גופים פוליטיים להשפיע על ההכרעה השיפוטית, פוגע בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי שלנו. כך, למשל, ציין פרופ' דה-סמית (de smith) כי חוק המבטל פסק-דין בעל תוקף למפרע, פוגע בעצמאות השיפוטית, והוא בלתי חוקתי (unconstitutional) על-פי הנהגים החוקתיים האנגליים (ראה s. A. De smith, constitutional and administrative law 778 h. Street and r. Brazier 1985, th ed., by administrative law (5, harmondworth) 175 j. Deschenes (1985, dordrecht) the contemporary debate:judicial (independence)).

אכן, אי התלות העניינית של השפיטה משמעותה, בין השאר, כי "אסור לגורם ציבורי כלשהו לנסות ולהדריך את הערכאה השיפוטית" (ב' אקצין, תורת המשטרים (אקדמון, כרך א, מהדורה 2, תשכ"ח) 329). לדעת, טומן בחובו סעיף 3 להסכם הקואליציוני אפשרות של פגיעה באי התלות העניינית של השופט. הפגיעה היא בכך שהסעיף טומן בחובו את האפשרות של השפעה על שיקול הדעת השיפוטי בכל הנוגע ל"הפרת" הסטטוס קוו בענייני דת. על-פי קו מחשבה זה, מי שאומר לבית המשפט במפורש ומראש: "אם 'תפר' את הסטטוס קוו בענייני דת ישונה החוק והחלטתך תבוטל", אומר לבית המשפט במשתמע ומראש: "עשה ככל יכולתך שלא 'להפר' את הסטטוס קוו בענייני דת". ודוק: אין כל פגיעה בעצמאות השפיטה ובאי-תלותה העניינית, אם לאחר מתן פסק הדין, ותוך בחינת הנמקתו, מגיע המחוקק למסקנה כי יש לשנות את ההלכה השיפוטית. האפשרות הפוטנציאלית לשינוי עתידי, המבוססת על בחינה עניינית, קיימת תמיד בחברה דמוקרטית, ואין בה כל פגיעה באי התלות השיפוטית. לא כן האפשרות של "איום מוסווה" הניתן מראש והמכוון אל השופט אשר אמור לדון בסכסוך המערור ענייני דת. "איום" זה חריג הוא במסורת הדמוקרטית שלנו. אין הוא תואם את תפיסתנו את העצמאות השיפוטית. ושוב: אין אני קובע כי כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים להסכם הקואליציוני הייתה להשפיע על בית המשפט. מניח אני כי כל כוונתם לא הייתה אלא להסדיר את שינויי החקיקה. עם זאת, תוך שהם מסדירים את התוצאות של "הפרת" הסטטוס קוו על-ידי בית המשפט, הם יוצרים, ולו שלא מרצונם, אווירה אפשרית של "איום מוסווה". אכן, במה שונה הסכם זה מדיון בכנסת על שינוי שיחול בתוצאות פסק-דין אם הוא "יפר" את הסטטוס קוו, והמתקיים שעה שהדיון תלוי ועומד בבית המשפט? חברי הכנסת אינם רוצים להשפיע על בית המשפט, אך עצם קיום הדיון יוצר

"אווירה" אשר במסגרתה דיון שיפוטי ראוי אינו יכול להתקיים. הוא הדין בעניינו של ההסכם הקואליציוני. אפילו אין הוא מכוון להשפיע על השופט, הוא מהווה, בעקיפין וללא כוונה, "איום מוסווה" כלפיו. כמובן, משוכנע אני כי כל שופט יתגבר על אותו איום מוסווה, ויפעיל את שיקול-דעתו השיפוטי בלא להתחשב ב"לחץ" הפוליטי המופעל עליו. חזקה על כל שופט שיפעל על-פי הדין, ומקום שיש לו שיקול-דעת, יפעל על-פי מיטב מצפונו והכרתו. עם זאת, האיסור הקונסטטוציוני נועד למנוע את התרחשותו של מצב דברים שבו יצטרך בית המשפט "להתגבר" על לחצים חיצוניים. עצם האפשרות של הלחץ הפוליטי, היא עצמה - בלא כל קשר להשפעת הלחץ בפועל - מהווה פעילות לא חוקתית.

פגיעה באמון הציבור בשופטיו

8. תוצאת לוואי שנייה, הנגזרת מן הפגיעה בתפקידו של בית המשפט והקשורה לפגיעה באי התלות השיפוטית, היא הפגיעה באמון הציבור בשופטיו. אף כאן, מן המפורסמות הוא כי ביסוד המשטר הדמוקרטי מונח אמון הציבור בשופטים. ידועה אימרתו של דה-בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה (ראה בג"צ 732/84 בשג"צ 327/85 צבן נ' השר לענייני דתות ואח' [19], בעמ' 148). ההסכם הקואליציוני עשוי לפגוע באמון הציבור בשופטיו. פגיעה אפשרית זו היא בעלת שני היבטים: ראשית, ריקון בית המשפט מתפקידו כמוסד המכריע בסכסוך משפיע במישורין על מעמד השופט. מי יתייחס ברצינות לעבודה השיפוטית אם מראש ידוע כי נעשית היא לריק? האין זו "כרוניקה של מוות ידוע מראש"? היש טעם לערער לבית המשפט העליון או לפנות אליו בעתירה כאשר לסטטוס קוו בענייני דת, אם ידועה מראש התגובה החקיקתית, ותגובה זו תמיד אך תרע את המצב מנקודת מבטו של הפונה? מי יפנה לבית-משפט שבו ניתן, מנקודת המבט העקרונית, רק להפסיד? מי יפנה לרופא אשר מטופליו מתים זה אחר זה? שנית, קיים חשש כי הציבור עשוי לחשוב שהכרעות שיפוטיות בעניינים הנוגעים בסטטוס קוו בענייני דת מושפעות מהחרב המתהפכת של ביטול כל החלטה שיפוטית שיש בה משום "הפרה" של הסטטוס קוו בענייני דת. הציבור עשוי לסבור, כי רצונו של השופט לשמור על תוקף הילכתו הפסוקה - שלא תבוטל מניה וביה על-ידי המחוקק כמובטח בהסכם הקואליציוני - ישפיע על עצם הכרעתו. הציבור עשוי להניח, כי "האיום המוסווה" על הרשות השופטת, המונח ביסוד ההסכם, יפעל את פעולתו המזיקה. הציבור עשוי לטעון כי ההכרעה השיפוטית לא נעשתה "באופן הוגן, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה" (בג"צ 732/84, בשג"צ 327/85 [19] הנ"ל, בעמ' 148) - תנאים מינימאליים החיוניים לפעולה תקינה של הרשות השופטת - אלא מתוך רצון למנוע את שהיה בלתי נמנע אילו ההכרעה השיפוטית הייתה אחרת. סברות אלה של הציבור בטעות יסודן. השופט פועל על-פי מיטב הכרתו ומצפונו. "איום מוסווה" או גלוי לא ישפיע עליו. בצדק ציין חברי הנשיא כי:

"בית המשפט פוסק על-פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפונו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות הלב-שיפוטיות אשר יהיו. בית המשפט

אינו פוזל לעבר רשויות אחרות כדי להשביע את רצונן, אלא מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על-פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות שלנו. הידיעה כי זוממים לבטל דברו המוסמך של בית המשפט אחרי השמעתו, אין בה, כהוא זה, כדי לשחרר את בית המשפט מחובותיו, כדי לרפות את ידיו או כדי לפגוע בשיקולו העצמאי, לפי מיטב מצפוננו והבנתו. הנאמנות לחוק ולמצפון היא נכס צאן ברזל של כל רשות שיפוטית במדינה דמוקרטית, ובוודאי של זו הפועלת בישראל".

זו עמדתנו כשופטים, וכך אנו נוהגים יום-יום. אך קיים החשש כי הציבור סבור אחרת. חשש זה - שעליו בנויים, בין השאר, דיני judice- sub-judice ודינים הקשורים לזילות בית-משפט - בחברה כשלנו, שאין בה קונסנזוס בענייני דת ומדינה, עשוי לפגוע באמון הציבור בשופטיו.

פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות

9. הפגיעה העיקרית השנייה של סעיף 3 להסכם הקואליציוני היא בעקרון הפרדת הרשויות. עקרון הפרדת הרשויות הוא מרכזי במשפט החוקתי שלנו. "משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות" (בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת [20], בעמ' 158). משמעותו של עיקרון זה כפולה: ראשית, מוכרת הבחנה בין רשויות שלטוניות שונות, כאשר לכל רשות שלטונית מיוחסת פונקציה שהיא עיקרית ומרכזית לה; שנית, בין הרשויות השלטוניות השונות קיימים יחסי גומלין, באופן שכל רשות בולמת ומאזנת את הרשויות האחרות. עמד על כך הנשיא שמגר בצינינו:

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר" (בג"צ 306/81 [7], בעמ' 141).

אכן, הפרדת רשויות אינה אבסולוטיזם של כל רשות בתחומה היא. אבסולוטיזם כזה פגע בחירות, אשר הגשתה הוא הבסיס להפרדת הרשויות. הפרדת הרשויות לא נועדה להגביר את היעילות, אלא לשמור על החירות (ראה פסק-דינו של השופט ברנדייס (brandies) ב-293 [44] 293, at-293 (myers v. United states(1926)). הפרדת רשויות משמעותה "לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (בג"צ 73/85 [20] הנ"ל, בעמ' 158). הפרדת רשויות משמעותה "סינכרוניזציה בין הסמכויות השונות תוך איזון ובקרה ביניהן" (בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86).

ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [21], בעמ' 601). על-פי תפיסה זו של הפרדת הרשויות, הפונקציה העיקרית והמרכזית של הרשות המחוקקת היא יצירתן של נורמות משפטיות כלליות ("חוקים" במובנם הפונקציונאלי). הפונקציה העיקרית והמרכזית של הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוכים, דהיינו, קביעת העובדות ומתן פירוש לחוקים, השלמת חסר בהם, או פיתוח משפט מקובל (ראה א' ברק, פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית (נבו, 1992) 279). אכן, חקיקה היא אצילה לפרשנות. לשפוט משמע לפרש.

10. במסגרת "הגשרים" שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, ממלא שיתוף הפעולה בין שתי הרשויות במפעל החקיקה תפקיד מרכזי. בצדק ציין הנשיא אגרנט, כי "לעניין מפעל החקיקה מקיימות ביניהן הרשויות המחוקקת והשופטת שיתוף פעולה נמשך והולך" (אגרנט, במאמרו הנ"ל, בעמ' 233). "בשותפות" זו השותף הבכיר הוא המחוקק. הוא מניח את היסוד למפעל החקיקה בקובעו את הטקסט (החוק) על בסיס המדיניות הלאומית הנראית לו ראויה. טקסט זה משמש בסיס לפרשנות. השותף הזוטר בשותפות זו הוא השופט. הוא נותן בפרשנותו מובן לטקסט החוקק על בסיס אותה מדיניות לאומית. מובן זה עשוי לשמש בסיס ליצירתו של חוק חדש, המשנה את הפרשנות השיפוטית. טקסט חדש זה משמש אובייקט חדש לפרשנות השיפוטית, וחוזר חלילה. אכן, המחוקק מניח את המסד, והשופט בונה את הטפחות. הטפחות עשויות לשמש כמסד חדש, שעליו בונה השופט טפחות חדשות. עמד על כך פרופסור ידן, בציינו:

... "קשר הדדי הדוק, עדין ומסובך קיים בין החוק לבין פרשנותו, בין המחוקק לבין השופט.

... והיה הדבר כאילו עמדו שניהם, המחוקק והשופט, האחד מול השני, זה משתדל להיות מובן וזה משתדל להבין, והגשר ביניהם - המילה החרותה על ספר החוקים" (א' ידן, "צל פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט יג (תשי"ז) 305).

שותפות זו של חקיקה ושפיטה, של מחוקק ושופט, היא רבת פנים וסבוכה. לה היבטים ומשמעויות רבות ושונות. לענייננו, מן הראוי הוא להדגיש את ההיבט הבא: בפרשנותו את דבר החקיקה השופט מגלה נאמנות לתכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה. "השופט מפרש את הדיבור בהניחו את מטרת התחיקה נר לרגליו, ורק בדרך זו ישרת את המחוקק נאמנה" (השופט זוסמן בע"פ 94/65 תורג'מן נ' היועץ המשפטי לממשלה [22], בעמ' 80). פרשנותו אינה מתבטאת אך בציווי. ההליך השיפוטי מבוסס על נאמנות לטקסט, על טיעון הגיוני, על איזון בין ערכים ועל הסבר ושכנוע בדבר קיומה של זכות או בדבר היעדרה (ראה, I. L. Fuller, "the forms and limits of adjudication" 92 Harv. L. Rev (1979) 353). מכאן הצורך הבסיסי של בית המשפט לנמק את החלטתו. כנגד זה עומד הצורך הבסיסי להקשיב להנמקה (השווה J. trub. a. r. "Yale L. J. 93" constitutional law and the teaching of the parables" 486, 455 (1983-84)). אכן, בחוקקו חוק הבא לשנות מפסיקתו של בית המשפט, המחוקק מגלה הבנה לפעילות השיפוטית הפרשנית, שוקל אותה לגופה ומגיב עליה על בסיס יתרונותיה וחסרונותיה. זהו ה"דו-שיח" הבלתי פוסק בין מחוקק ושופט, בין אורגן אחד של גוף המדינה לאורגן אחר שלו. ביטוי יפה ל"דו-שיח" זה ניתן למצוא בתגובת המחוקק (בתקנו את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת) על פסק-דיננו בעניין זכותן של רשימות הפוגעות בדמוקרטיה או המטיפות לגזענות להשתתף בבחירות (פרשת ניימן [14]).

11. סעיף 3 להסכם הקואליציוני הורס את הגשר אשר הפרדת הרשויות נשענת עליו.

הוא מפרק את השותפות בין הרשויות במפעל החקיקה. הוא בונה חומה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. הוא יוצר שבר בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת הרשות

המחוקקת נקראת על פיו לשנות את הפרשנות השיפוטית, בלא לשקול אותה לגופה, בלא לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה, ובלא לעיין בה כלל. אפילו מתבקשת הפרשנות השיפוטית מתוך מירקם המבנה השיטתי, ואפילו נגזרת היא באופן טבעי וראציונאלי מתוך מיגוון העקרונות והערכים, ואפילו משרתת היא את מרב האינטרסים והערכים הראויים להגנה, ואפילו קשורה היא בקשר אמיץ עם מכלול ההסדרים בשיטה - אין בכל אלה כדי להצדיק ולו עיון קל בפסק ובהגיונו, בהלכה ובהנמקתה. העין החקיקתית לא קוראת את הפסק. האוזן החקיקתית לא קולטת אותו. הלב החקיקתי לא חש בו. די בהחלטה של חמישה חברים שנקבעו בהסכם הקואליציוני כדי להפעיל את גלגלי החקיקה. בצדק ציין חברי, הנשיא שמגר, כי:

"החלטה מראש על יצרת מכבש מול התהליכים המשפטיים הסדירים, הבאים לענות על צורכי החברה והאדם המשתנים, בלי להותיר את העניין להתייחסות פרטנית ועניינית לאחר מעשה, היא החלטה בלתי ראויה.

...זוהי החלטה מראש בדבר הצבת מחסומים גבוהים, קשוחים ובלתי ניידים במקום דיון לגופו של עניין בבעיה קונקרטית, שלגביה ניתן לקבוע עובדות ומסקנות אחר בחינה ובדיקה עניינית."

ובהתייחסו במפורש לפגיעתו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני בהפרדת הרשויות

קובע חברי הנשיא:

"...מתקבלת החלטה, מראש, לאיין תוצאותיה של כל פסיקה המשנה מן הסטטוס קוו, וזאת כמובן בלי לדעת מראש טעמיה של הפסיקה והנמקותיה.

הקביעה המוצהרת, מראש, של גוף המשמש מעין ועדת ביקורת על פסיקתו של בית המשפט, יש בה לטעמי, כדי לפגוע באיזון הראוי בין שלוש רשויות השלטון. יש בה כדי לזנוח את הכללים המקובלים של יחסי הרשויות זו אל זו מול זו..."

לדברים אלו אני מסכים. כמו חברי הנשיא, אף אני סבור כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני אינו ראוי, וכי הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. לדעתי, זו אינה רק החלטה בלתי ראויה. זו החלטה פסולה, שכן היא פוגעת עמוקות בתפיסות היסוד של משטרנו החוקתי. היא נוגדת את תקנת הציבור החקיקתית שלנו.

עמדת שר המשפטים

12. ביטוי ראוי לפגיעה בערכי היסוד החוקתיים הנגרמים על-ידי סעיף 3 להסכם הקואליציוני, נתן שר המשפטים, פרופ' דוד ליכאי. במכתבו ליועץ המשפטי לממשלה, אשר צורף לכתב התשובה של היועץ המשפטי, הוא כותב:

"מכניזם זה שאותו יוצר ההסכם פוגם בהפרדת הרשויות ובהליך הדמוקרטי התקין ... ההסכם הקואליציוני מחבל באיזון העדין שבין רשויות השלטון במדינה. הוא פוגע בעצמאות הרשות השופטת - מתוך שהוא מכתוב מראש

תהליך לתיקון פסיקה שיפוטית. ודוק: אין כוונתי שהמחוקק אינו רשאי לחוקק חוק 'בתגובה' לפסק דין. המחוקק רשאי לעשות כן, ובמקרים רבים זוהי אף חובתו. ואולם, ההסכם הנדון כאן אינו עוסק בכך. ההסכם הנדון מעניק לגוף חיצוני - ועדה או סיעה - 'סמכויות על' לפקח על בית המשפט ולחרוץ אם פסיקתו 'מפירה' או שאינה 'מפירה'. הוא יוצר תהליך אוטומטי לשינוי הפסיקה. בכך הוא מפנה 'אצבע מאיימת' קבועה לכיוונו של בית המשפט. בכך פגיעתו הרעה".

לדברים אלה אני מסכים. יש בהם כדי לסכם את עיקרי השקפתי בפסק-דיני זה.

תוצאת הפגיעה בעקרונות היסוד - בטלות הסעיף הפוגע בהיותו נוגד את תקנת הציבור 13. הגעתי לכלל מסקנה, כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני פוגע במעמד הרשות השופטת. תוך כדי כך הוא יוצר אפשרות של פגיעה בעצמאותה של השפיטה ובאמון הציבור בה. הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. מה התוצאה המתבקשת מכך? בעניין זה מקובלת עליי עמדתו של חברי, הנשיא שמגר, כי הסכם פוליטי שיש בו "פגיעה ערכית מהותית היורדת לשורשו של העניין" - בטל; כמו כן בטל הסכם פוליטי שיש בו "פגיעה מהותית בתקנת הציבור". כזה הוא סעיף 3 להסכם הקואליציוני. פגיעתו בתפקיד השפיטה ובשילוש הרשויות מהווה פגיעה ערכית מהותית היורדת לשורשו של העניין. על-כן, יש בו "פגיעה מהותית בתקנת הציבור". לעניין זה אין כל צורך לדון ולבחון את מעמדו המשפטי העקרוני של ההסכם הפוליטי. אין כל חשיבות לשאלה, אם ההסכם "מחייב" או לא, או אם הוא "שפיט" או לא. בית המשפט ביטל את ההסכם הפוליטי שבו התחייבו הצדדים לרוטאציה בחברות בכנסת, בלי ששפיטותו של ההסכם הטרידה את בית המשפט (ראה בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה (להלן - פרשת זועבי [23]). אכן, די בכך שסעיף 3 נוגד את עקרונות היסוד החוקתיים ואת תקנת הציבור, כדי להכריז עליו כבטל. גם הסכם ג'נטלמני להשתתף בארוחת ערב - שעל-פי המקובל אינו יוצר מערכת חוזים מחייבת - יוכרז כבטל, אם ייאמר בו כי באותה ארוחה ינסו להשפיע על שופט. בדומה, הסכם פוליטי בין שתי מפלגות, שבו הן מסכימות ביניהן להשפיע על שיקול-דעתם של שופטים בהכרעותיהם השיפוטיות, הוא בטל - ועל בית המשפט להכריז שכך הוא - גם אם סוברים כי ההסכם הפוליטי אינו "שפיט". אי-שפיטותו של ההסכם - לדעת אלה הגורסים כך (ואני איני נמנה עמיהם; ראה: בג"צ 669/86, בשג"צ 451/86, 456/86 רובין נ' ברגר ואח' (להלן פרשת רובין [24]); פרשת שליט [15]; פרשת ז'רז'בסקי [16]) - אינה מחסנת אותו מפני הכרזת בטלות, אם בגדר ההוראות הלא שפיטות נקבע הסכם (לא שפיט) לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה. אם תרצה, ניתן לומר, כי עצם תוכן ההסכם (הלא שפיט) שיש בו פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה, עושה אותו חלק שבו הפוגע בתקנת הציבור החוקתית לשפיט. אכן, הכרזת הבטלות של ההסכם הפוגע נובעת מתפיסת היסוד של החברה, המבקשת להקדים תרופה למכה, והמבקשת להגן על עצמה מפני המבקשים לפגוע בערכיה היסודיים. זהו ביטוי של "דמוקרטיה מתגוננת" (בלשונו של השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית [25], בעמ' 390), המגינה על

עצמה מפני אפשרות סבירה וממשית - סבירה וממשית מאוד בענייננו - של פגיעה בערכיה הבסיסיים ביותר. הכרזת הבטלות אינה קשורה בהכרח לאופי ההסכמי המחייב של ההתקשרות אלא לסיכון הממשי והסביר שהיא יוצרת לערכי היסוד ולתקנת הציבור. לא חובתם המשפטית של הצדדים לקיים את סעיף 3 להסכם הקואליציוני היא הגורם המביא להכרזת הבטלות של הוראה זו. הכרזת הבטלות מבוססת על החשש המעשי - המעשי עד מאוד - כי הצדדים ינהגו על-פי ההסכם הלכה למעשה. הכרזת הבטלות נועדה להביא לכך שהצדדים לא יקיימו את ההסכמי לקיים, אם אילולא הכרזת הבטלות הם היו חייבים לעשות כן ואם לאו. לא חובתם של הצדדים לקיים את ההסכם, אלא החשש המבוסס שהם יעשו כן, מונח על כף המאזניים. בצדק העיר חברי, השופט גולדברג, בפרשת ז'רז'בסקי [16], בעמ' 866, כי:

"...לא בתוקפו המחייב של הסכם פוליטי אנו עוסקים, אלא בתוקפו של המעשה שנעשה, או שאמור להעשות, בעקבות ההסכם, האם בלתי חוקי הוא או האם פסול הוא על פי הנורמות המקובלות עלינו מן המשפט הציבורי. דהיינו, אם מתיישב המעשה, או אינו מתיישב, במהותו עם עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת המנחים אותנו בפסיקתנו".

על-פי השקפתי, מכוחו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני אמורים להיעשות מעשים הנגדים את עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת, ועל-כן הוא פוגע מהותית בתקנת הציבור החוקתית. ואכן - שוב בלשונו של חברי, השופט גולדברג - סעיף 3 "אינו יכול לעמוד", "וראוי לו" "שסעיף זה שבהסכם יבוטל" (שם, בעמ' 867). למותר לציין, כי על-פי השקפתי שלי, ההסכם הפוליטי יונק חיותו מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, ועל-כן הוא מתבטל אם הוא נוגד את עקרונות היסוד. עמדתי על כך בפרשת ז'רז'בסקי [16], בצייני, בעמ' 845:

"תוקפו של הסכם פוליטי נגזר מעקרונות יסוד של המשפט והמשטר. אותם עקרונות עצמם, הנותנים תוקף להסכם הפוליטי, הם גם הקובעים כי ההסכם לא יתפוס, אם כריתתו, תוכנו, מטרתו או המשך ביצועו סותרים את תקנת הציבור. כוחו המחייב של ההסכם הפוליטי נשען על תקנת הציבור. משנופלת משענת זו, נופל עמה כל ההסכם הפוליטי".

כזה הוא סעיף 3 להסכם הקואליציוני.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

על בטלותו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני - לפי המובן המקורי שלו - עמד לפנינו גם היועץ המשפטי לממשלה, ואלה דבריו:

"התחייבות שכזו, הניתנת מבלי לקבוע מראש כי תהא התייחסות עניינית וסבירה, בכל מקרה לגופו, הן לעצם הצורך בשינוי החקיקה והן באשר לתוכנה, אינה ראויה ואין לנהוג לפיה, ככל שאין מופעל שיקול דעת בכל מקרה לגופו."

בטיעונו בעל-פה הוסיפה גברת מנדל, באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה, כי משמעות הדבר היא ש"ההתחייבות בטילה". כאמור, דברים אלה התייחסו לנוסח המקורי של ההסכם. כפי שראינו, עמדתו של הנשיא שמגר, שלה אני שותף, היא כי ההבהרה לא שינתה דבר בעניין זה.

הגשמת ההסכם בעתיד

14. בטיעונו לפנינו ציין מר לורך, בא-כוחה של מפלגת העבודה, כי ההסכם הקואליציוני אינו אכיף, כי אין סנקציה על הפרתו, וכי המפלגה ככולה בתקנותיה ותפעל על פיהם. תשובה זו אינה ממין העניין. השאלה אינה אם ההסכם הקואליציוני אכיף אם לאו. השאלה היא, אם קיימת הסכמה פוליטית בין שתי מפלגות שתוצאתה היא פגיעה במעמדה של הרשות השופטת ובעקרון הפרדת הרשויות. אם אכן קיימת הסכמה פוליטית אשר אלה הם מרכיביה - ולפי דעתי, זהו המקרה שלפנינו - הרי הסכמה פוליטית זו (גם אם אינה אכיפה וגם אם אין סנקציה על הפרתה) היא בטלה ומבוטלת, בהיותה נוגדת את תפיסות היסוד החוקתיות, וממילא גם את תקנת הציבור שאינו אלא ביטוי לתפיסות חוקתיות אלה (ראה: ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [26], בעמ' 531; בג"צ 693/91 אפרת נ' ממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח' [27]). ודוק: השאלה אינה, אם ניתן יהא לחייב את מפלגת העבודה לקיים את הסכמתה לחוקק חוקים המתקנים את "ההפרה" שנגרמה על-ידי בית המשפט. השאלה הינה, אם הסכם פוליטי, שבו מסכימה מפלגת העבודה לתקן "הפרות" כאלה, אינו יוצר, עתה ועכשיו, מציאות פוליטית שיש בה פגיעה בעקרונות היסוד של המבנה החוקתי שלנו. כך, למשל, הסכם פוליטי להשפיע על הכרעות שיפוטיות עתידיות בטל על פניו, ויש להכריז על כך מיד, בלא להמתין לעתיד, וזאת גם אם כל אחד מהצדדים איננו "חייב" לכבדו וגם אם כל אחד מהצדדים לא יהיה מוכן, בהגיע יום הדין, להגשים את שהסכים לעשות. הוא הדין בענייננו. קיומו של ההסכם הקואליציוני והאפשרות הסבירה והממשית להגשמתו די בהם כדי להצדיק, במקרה שלפנינו, הכרזה משפטית על בטלותו. יש להניח - כך מתבקש מעקרון שלטון החוק כי בעקבות הכרזת הבטלות יבוא שינוי בהתנהגות הצדדים להסכם. הם לא יפעלו ללא שיקול-דעת, ועל בסיס החלטתה של ועדה זו או אחרת, לשינוי פסק-דין הקשור בסטטוס קוו בענייני דת. הם יעיינו בפסקי-דין עתידיים שיינתנו בסוגיית הסטטוס קוו בענייני דת. הם יבחנו את תוצאותיהם, משמעותם, הגיונם צודקתם. ואם לאחר כל זאת הם יחליטו "לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה", הם יפעלו בדל"ת אמות תפקידם החוקתי.

הסכמים קואליציוניים בעבר בדבר סטטוס קוו בענייני דת

15. במהלך הטענות לפנינו נטענה הטענה, כי גם בעבר נערכו הסכמים קואליציוניים שבהם הובטחה שמירת הסטטוס קוו בענייני דת. הסכמים אלה לא נתפסו כפוגעים בעקרונות היסוד, ועל-כן אין כל סיבה לגישה שונה באשר לסעיף 3 להסכם הקואליציוני דנן. טענה זו יש לדחות. עברתי על הסכמים קואליציוניים רבים בעניין דת ומדינה. הנוסחה המקובלת היא זו הקובעת, כי "ישמור הסטטוס קוו הקיים בנושאים דתיים

בחקיקה, בנוהלים ובתקנות" (סעיף 42 להסכם הקואליציוני בין סיעות הליכוד, המפלגה הדתית-לאומית, יהדות התורה-אגודת ישראל, תנועת מסורת ישראל). לעתים יש התייחסות ספציפית יותר, כגון: "יישמר הסטטוס-קוו בתחבורה הציבורית בשבת ובימי חגים", "כנ"ל יישמר הסטטוס קוו בענין חוק הנישואין והגירושין ובכל שאר עניני דת" (סעיף 3(ה) להסכם הקואליציוני בין המערך לבין המפלגה הדתית-לאומית). המאפיין הסכמים אלה הוא שהם כוונו כלפי הרשות המחוקקת והמבצעת. הצדדים הבטיחו כי הם עצמם לא ישנו את הסטטוס קוו (ראה א' מילשטיין הטיעון הדתי בתהליך התחיקה בישראל (1972) 134). ואכן -

"ההסכמה על סטטוס קוו בעניני דת, הקיימת מאז קום מדינת ישראל, היתה מתוך מגמה להימנע מהכרעות עקרוניות השנויות במחלוקת חריפה, על מנת לאפשר המשכו של הקיום יחדיו, בו היו מעוניינים כל הצדדים. קיומו של עקרון מנחה זה מונע הבאתן מחדש של בעיות קשות ורגישות לתחום הדיון הציבורי-פוליטי, ומציע להן באמצעות 'התקדים המחייב' פתרון נוח, החוסך מריבות וטורח, ומאפשר את המשך שיתוף הפעולה ותקינות הממשל" (א' דון-יחיא, הדת בישראל (1975) 15).

התפיסה המקובלת הייתה כי פרשנות שיפוטית מהווה, הלכה למעשה, חלק מתוך הסטטוס קוו (ראה דון-יחיא, שם, בעמ' 16). עם זאת, במספר מקרים נערכו הסכמים קואליציוניים ספציפיים באשר לשינוי הלכות שיפוטיות. כך, למשל, נקבע באחד ההסכמים הקואליציוניים כי "יתוקנו הכרסומים שחלו בסמכויות שיפוט של בתי הדין הרבניים מאז קבלת החוק" (סעיף 40 להסכם הקואליציוני בין סיעות הליכוד, המפלגה הדתית-לאומית, יהדות התורה-אגודת ישראל מ-19.6.1977). אך אף כאן, ההתייחסות הייתה אל "הכרסומים שחלו" בעבר. לא מצאתי כל הסכם קואליציוני אשר בו התחייבו הצדדים לשנות פסיקה עתידה של בית המשפט, בלי לבחון את מהותה, תוכנה, הצדקתה ונימוקה. רעיון זה לא עלה כלל על הדעת בעבר. חדש הוא עמנו.

הגבלת שיקול-דעתה של הסיעה

16. הצבעתי על מספר פגמים מהותיים אשר מאפיינים את סעיף 3 להסכם הקואליציוני. די בהם כדי להביא לבטלותו של הסעיף. לאור מסקנתי זו, מבקש אני להשאיר בצריך עיון את השאלה - אשר נדונה לפנינו ארוכות - אם אין להכריז על פסלותו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני משני טעמים נוספים: האחד, שיש בו כדי להגביל את שיקול-דעתה של הסיעה בכנסת. על-פי קו מחשבה זה, סיעה היא "יחידה חוקתית". היא ממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין. אין מחלוקת כי ההסכם הקואליציוני אשר לפנינו אינו רק הסכם בין שתי מפלגות, אלא גם בין שתי סיעות בכנסת. על פיו כל סיעה שוללת מעצמה, מראש, כל שיקול-דעת באשר לחקיקה עתידית, אשר באה "לתקן הפרות" של הסטטוס קוו בענייני דת. חברי הנשיא הדגיש עניין זה בציינו:

"מן המוסכם במסמכים שהובאו... עולה, כי הצדדים להסכם נוטלים על עצמם כבילה גורפת, מראש, של שיקול-דעתם, ללא הותרת דרך אמיתית

וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלוואנטית, הטענה עיון ובחינה בשל המחלוקת שהיא מעוררת. זוהי החלטה מראש בבר הצבת מחסומים גבוהים, קשוחים ובלתי ניידים במקום דיון לגופו של עניין בבעיה קונקרטית, שלגביה ניתן לקבוע עובדות ומסקנות אחרי בחינה ובדיקה ענייניות...".

על-פי הטענה, שלילה ספציפית כזו פסולה היא על-פי המשפט הציבורי בישראל (ראה פרשת ז'רז'בסקי [16]). טענה זו חזקה היא. לולא סברתי שהטענות האחרות חזקות ממנה, הייתי בוחן עניין זה נוספות. הטעם השני הוא, כי אפילו רשאית סיעה להגביל את היקף שיקול-דעתה באשר לחקיקה, אין היא רשאית להשתחרר משיקול-דעתה ולהעבירו לוועדה של חמישה חברים, אשר על פיה יישק דבר. העברה כזו התרחשה בהסכם הקואליציוני שלפנינו. עמד על כך הנשיא שמגר, בצינו:

"ההכרעה בשאלה מה הם הנושאים המחייבים חקיקה כדי להבטיח קיום הסטטוס קוו ושמירתו נמסרה לוועדה של חמישה, והיא אשר תגבש את ההמלצות לחקיקה לשמירת הסטטוס קוו. לשון אחר, היה ופסק-דין פלוני של בית המשפט העליון ייראה בעיני ועדת החמישה כמשנה את הסטטוס קוו או סוטה ממנו, יהיה בהמלצתה כדי לשנות את הדין בישראל כפי שנתפרש על-ידי הערכאה המשפטית המוסמכת, וגלגלי החקיקה יונעו כדי ליצור מצב משפטי הנראה בעיני הוועדה כדרוש להחזרת המצב לקדמותו".

על-פי הטענה, העבה כזו של שיקול הדעת הנתון לסיעה פרלמנטרית לגוף חיצוני לה, אינה חוקית. אף טענה זו חזקה היא. לא דנתי בה, כי הנימוקים שנראים לי כמכריעים חזקים ממנה. אכן, טענות אלה מעוררות סבך שאלות הקשורות במעמדה החוקתי של הסיעה. הן מעוררות מיגוון של שאלות הנוגעות לעצמאות שיקול-דעתו של חבר הכנסת במשטר הפרלמנטרי כשלנו (ראה ק' קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" משפטים ה (תשל"ג-ל"ד) 308). כך, למשל, עולה השאלה, האם גישה המקובלת בפרלמנטים אחרים, ולפיה על חבר הפרלמנט מוטלת החובה להצביע על-פי מצפונו שלו בלבד ולא על-פי הוראות, וזאת מתוך לקיחה בחשבון של קיומה של משמעת סיעתית, תופסת גם אצלנו? האם דבריו של בורק (burke) במכתבו הידוע מ-1774: "Your representative owes you, not his industry only, but his judgement you, if he; sacrifices it to your opinion"

"sacrifices it to your opinion"

נכונים גם אצלנו? האם דבריו של מירבו "לא נבחרתי בשל דעותיכם, אלא בשל דעותי", תואמים את המבנה החוקתי שלנו? מכיוון שאין ההכרעה בעתירות שלפנינו מחייבת מתן תשובות לשאלות קשות אלה, אני מבקש להשאירן בצריך עיון.

ביקרת שיפוטית

17. הגעתי לכלל מסקנה, כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני פוגע בעקרונות היסוד

החוקתיים שהמשטר שלנו בנוי עליהם. מטעם זה יש בו פגיעה מהותית בתקנת הציבור. האם מן הראוי הוא להימנע מהכרזה על בטלותו של ההסכם? לכאורה, הימנעות כזו היא עצמה פוגעת בשלטון החוק. אכן, השאלה אינה פשוטה כלל ועיקר. הדעה המקובלת זה שנים רבות הינה, כי סמכות לביקורת שיפוטית של רשויות השלטון קיימת תמיד. עם זאת, הפעלתה של סמכות זו נתונה לשיקול-דעת בית המשפט. "סירובו של בית-המשפט 'להתערב' לטובת מבקש כזה אינו נובע מהעדר סמכות ... אלא מכך, כי סמכותו של בית- המשפט היא 'שיקול-דעתי', ובית-המשפט לא ראה צורך לפסוק בענין למען הצדק" (השופט זוסמן בבג"צ 10/59 לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח' [28], בעמ' 1194). במסגרת שיקול-דעת זה, ובכל הנוגע לביקורת חוקיות "הניהול העצמי" של ענייני הכנסת, הטיל בית המשפט הגבוה לצדק על עצמו ריסונים עצמאיים ניכרים על היקף הביקורת השיפוטית. בעניין זה נקבע, כי בהפעלת הביקורת השיפוטית יתחשב בית המשפט, "במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי" בג"צ 652/81 [6], בעמ' 204). "רק כאשר הפגיעה הנטענת ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי, תופעל הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת שהם בגדר 'הליכים פנים פרלמנטריים'" (בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח' [29], בעמ' 700). מוכן אני - בלי לפסוק בדבר - לאמץ אמת מידה דומה בכל הנוגע לבחינת חוקיותו של הסכם פוליטי בין שתי סיעות בכנסת. האם הטענות הנטענות בגדר סעיף 3 להסכם הקואליציוני מקיימות מבחן זה? 18. לדעתי, התשובה היא בחיוב. סעיף 3 להסכם הקואליציוני פוגע פגיעה קשה" ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי". הוא פוגע "בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי". אכן, אין לנו עניין כאן בהסכם פוליטי שתוצאתו שולית. עניין לנו בהסכם פוליטי אשר מצטברות בו פגיעה במעמד הרשות השופטת (ואגב כך פגיעה אפשרית בעצמאות של השפיטה ובאמון הציבור בשופטיו) ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. כל אחת מהפגיעות הללו אינה נוגעת לעניינים שוליים או משניים, וההסתברות להגשמתם, הלכה למעשה, היא סבירה וממשית. הצטברותם פוגעת בלב ההסדרים החוקתיים. הפעלת סמכות הביקורת השיפוטית נראית לי כמתחייבת. אכן אם היינו נכונים בעבר להפעיל את סמכותנו, ולהכריז על בטלותו של סעיף 3 בהסכם קואליציוני בעניין ערבות כספית (בג"צ 1523/90, 1540 [17]) ובעניין תשלום חובות של סיעה אחרת (פרשת ז'רד'בסקי [16]), האם לא נפעיל את סמכותנו ונכריז על בטלותו של הסכם החותר תחת מבנה השפיטה ותיפקודה? אכן, סעיף 3 להסכם הקואליציוני מהווה פגיעה היורדת לשורש העניין, ופגיעתו בתקנת הציבור היא מהותית. שכן זאת יש לדעת: להסכמים פוליטיים נוסח סעיף 3 להסכם הקואליציוני יש נטייה להתפשט. זו מחלה מידבקת. תמיד מצויה קבוצה שאינה מרוצה מפסק-דינו של בית המשפט וממערובותו בעניין הנוגע לה. אם לא נכריז על פסילתו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני אנו עשויים להיות עדים לסעיפים נוספים מסוג זה בהסכמים קואליציוניים עתידיים. "ההפרה" של בית המשפט בסטטוס קוו קיימת לא רק בענייני דת. היא קיימת בכל סוגיה שבה קיים אינטרס לשמור על הסטטוס קוו. היא קיימת אפוא בכל הסוגיות כולן. אנא נגיע? הלוא עמדתנו היא עקרונית. אם הוראת סעיף 3

להסכם הקואליציוני, שעניינו סטטוס קוו בענייני דת, היא תקפה, כל ההוראות הדומות לה, בכל עניין שהוא, הן תקפות. ומה יהיה על מעמד בית המשפט ושופטיו בחברה המוקרטית? ומה יהיה על הפרדת הרשויות? אכן, אל לנו הירתע. אנו שומרי החומה החוקתית. עלינו לסתום את הפירצה הזו, שאם לא כן קיים חשש לגורל החומה כולה.

אין התערבות בהליכי החקיקה

19. יטען הטוען: בפסילתו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני יש משום התערבות בהליכי החקיקה. על-פי טענה זו, המקרה שלנו אינו דומה למקרי "הניהול הפנימי" של ענייני הכנסת, אלא לאותו קו של הלכות שיפוטיות אשר קבע כי "איננו רואים מקום להתערבות בפעולתה של הרשות המחוקקת, ואנו נוהגים להימנע מן הטיפול השיפוטי בנושאי החקיקה שהופקדו על פי החלוקה בין הרשויות, בידיה של רשות אחרת" (השופט גולדברג בכ"ש 166/84 (בג"צ 780/83) ישיבת תומכי תמימים מרכזית ואח' נ' מדינת ישראל ואח' [30], בעמ' 276; ראה גם: בג"צ 761/86 מיעארי ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [31]; בג"צ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [32], בעמ' 343). אין בידי לקבל טענה זו, וזאת משני טעמים: ראשית, לא הייתה כל הצעה לחוקק את סעיף 3 להסכם הקואליציוני כהוראת חוק. אילו זאת הייתה ההצעה, ניתן לטעון - טענה שאף אותה היה מקום, לדעתי, לדחות - כי בביטול סעיף 3 להסכם הקואליציוני יש משום "התערבות" בהליכי החקיקה. בעניין שלפנינו, הליכי החקיקה הרלוואנטיים עניינם חוקים מיוחדים שיוחקו בעתיד כדי "לתקן את ההפרה" שתיגרם על-ידי בית המשפט. הליך חקיקה זה טרם החל (ראה בג"צ 3424/91 [32] הנ"ל, בעמ' 342), וסעיף 3 אינו מהווה חלק ממנו. כפי שציינת, הכנסת חופשית לשנות מהילכתו של כל פסק-דין. על-כן, כאשר תוגש בעתיד הצעת חוק לתיקון "ההפרות" שנגרמו על-ידי בית המשפט, לא נתערב בהליך זה כל עוד לא הסתיים. שנית, ההלכה השיפוטית, שלפיה בית המשפט אינו מתערב בהליכי החקיקה, מבוססת על ההשקפה כי ראוי להמתין לסיומו של הליך החקיקה ולבחון את חוקתיות החוק רק לאחר שהחוק חוקק. זה הטעם המונח ביסוד "הריסון העצמי המוטל על הרשות השופטת, אשר תימנע מהתערבות בהליך החקיקה, כל עוד הוא נמשך, ותפעיל את הביקורת השיפוטית רק לאחר סיום הליכי החקיקה, כאשר המוצר המוגמר יפורסם ברשומות, ויתעורר סכסוך אשר במסגרתו יוכרע תוקפו" (פסק-דין בבג"צ 761/86 [31] הנ"ל, בעמ' 874). טעם זה אינו קיים כלל בענייננו. הטענה הינה כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני, הוא עצמו, בעצם קיומו ובהסתברות הגשמתו, "אינו מתיישב, במהותו עם עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת, המנחים אותנו בפסיקתנו" (השופט גולדברג בפרשת זרז'בסקי [16], בעמ' 866). אין אפוא כל הליכי חקיקה שיש להמתין להתגבשותם, ועל-כן אין כל התערבות בהליכי חקיקה.

אין קשר בין השתתפות רשימה בבחירות ובין תוקף ההסכם הקואליציוני

20. טענה אחרת אשר נבחנה בטיעונים בעל-פה - ואשר מצאה אוזן קשבת בפסק-דינו של חברי, הנשיא שמגר - עוסקת ביחס בין תוקפו של ההסכם הקואליציוני לבין זכותה של מפלגה להשתתף בבחירות. על-פי גישה זו, יש מקום לפסול סעיף בהסכם

הקואליציוני רק אם הכללתו של אותו סעיף במצע המפלגה הייתה מונעת את השתתפותה בבחירות לכנסת (מכוח הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת). עמד על כך חברי, הנשיא שמגר, בציינו:

"...המבחן אשר ראוי היה, לטעמי, שישמש קו מנחה לבית המשפט בבואו לשקול התערבותו הוא, אם רשימה, שהייתה מצהירה במצע הבחירות על מטרתה המדינית בנוסח ההסכם נושא דיונו, הייתה נפסלת על-פי הדין החל בכגון דא..."

21. לדעתי, אין לקשור כלל את שאלת השתתפותה של מפלגה בבחירות לכנסת בשאלת תוקפו של ההסכם הקואליציוני שהיא עושה לאחר מכן להגשמת מצעה. אלה שתי שאלות נפרדות. הערכים המתנגשים בפתרונה של כל אחת מהן שונים הם, וממילא האיזון שנמצא שונה. מוכן אני להניח - בלי לפסוק בדבר - כי הוראה, אשר לו הופיעה במצעה של מפלגה הייתה מונעת ממנה השתתפות בבחירות לכנסת, הייתה נפסלת אילו נכללה בהסכם קואליציוני. אך היפוכו של דבר אינו מתחייב כלל. עשויות להיות הוראות רבות במצעה של מפלגה שלא יהיה בהן כדי למנוע מהמפלגה השתתפות בבחירות, ואילו אותן הוראות עצמן, אם ייכללו בהסכם פוליטי, עשויות לפסול את ההסכם הפוליטי כעומד בניגוד לתפיסות היסוד החוקתיות ולתקנת הציבור. אכן, אין קשר הכרחי בין הגשמת זכותה של מפלגה להשתתף בבחירות לבין נקיטת אמצעים מעשיים להגשמת מצעה. תפיסה חברתית ראויה עשויה להכיר בזכותה של מפלגה להשתתף בבחירות, בלי להכיר בכוחה להגשים היבטים מסוימים של מצעה. הלכה למעשה, אין בכך סתירה פנימית, ואין בכך הולכת שולל של הבוחר. יש בכך איזונים בנקודות שונות של ערכים חברתיים חיוניים בהתנגשותם. טול מפלגה שמצעה גזעני. מפלגה כזו יכולה הייתה בעבר להשתתף בבחירות (בטרם הוחק סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת: ראה פרשת ניימן [14]). לעומת זאת, הסכם פוליטי בעל תוכן גזעני, אשר מפלגה כזו הייתה צד לו, היה נפסל בהיותו מנוגד לתפיסות היסוד החוקתיות ולתקנת הציבור (ראה פרשת רובין [24], בעמ' 79). טול כיום הוראה במצעה של מפלגה, שלפיה תינתן ערבות כספית להגשמת התחייבויות סטטוטוריות שיוטלו על נציגיה בממשלה. אינני משוכנע שהוראה כזו במצע תפסול את המפלגה מלהשתתף בבחירות. הוראה כזו בהסכם קואליציוני היא בטלה (בג"צ 1523/90, 1540 [17]). בדומה, טול מצע של מפלגה, הקובע, כי אם בעתיד היא תעשה הסכם קואליציוני עם מפלגה אחרת, לא יהיו לה תביעות כספיות כלפי אותה המפלגה. ספק בעיניי אם הוראה זו במצע מונעת את עצם השתתפותה של המפלגה בבחירות. אך הוראה זו בהסכם קואליציוני תהא בטלה ומבוטלת (פרשת ז'רז'בסקי [16]).

22. אכן, מניעת השתתפותה של מפלגה בבחירות היא צעד קיצוני ביותר. הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר. "...הזכות להתמודד בבחירות היא זכות מדינית, אשר בה באים לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית" (הנשיא שמגר בפרשת ניימן [14], בעמ' 264). כמוכן, אין זו זכות מוחלטת, וככל זכות אחרת היא

ניתנת להגבלה. עם זאת, ההגבלות המוטלות על זכות זו צריכות להיות מינימאליות, ועליהן להגן על אינטרסים חיוניים ביותר (קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי, מניעת הסת לגזענות). זאת ועוד: "...פרשנותה של ההוראה מן הנכון שתהיה דווקנית, צרה ומצמצמת, ואשר לאורה לא יופעלו הוראותיו של סעיף 7 אלא במקרים קיצוניים ביותר (הנשיא שמגר בע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה [35], בעמ' 187). כך, למשל, הלכה פסוקה היא, כי -

"הסמכות שהוענקה בסעיף 7 אינה מיועדת לדברים שהם שוליים ואשר השלכתם על המכלול הרעיוני או הביצועי איננה משמעותית ורצינית. הכוונה לתופעות ... שהן בגדר מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה..." (שם).

כמו כן נפסק, כי לשם שלילת השתתפותה של רשימה בבחירות נדרש כי הרשימה

"תפעל למען מימוש מטרותיה לשם הפיכתן מרעיון להגשמה, כאשר ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה, וכאשר היסודות השליליים שבמהות הרשימה באים לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתם" (השופט ש' לויין בע"ב 13/2/88, בעמ' 248). על רקע זה מוכן אני להניח - בלי לפסוק בדבר - כי מפלגה אשר יש לה קשת רחבה של נושאים לגיטימיים שאותם היא מבקשת להגשים והכוללת במצעה הוראה כי היא תפעל לשנות פסקי-דין של בית המשפט שיש בהם "הפרה של הסטטוס קוו בניני דת", לא תימנע השתתפותה בבחירות. מסקנה זו עשויה להתבסס, בין השאר, על האופי הלא דומיננטי של אותה הוראה ועל היעדר ראיות כי המפלגה תפעל למען מימוש אותה מטרה.

23. שונים פני הדברים לעניין ההסכם הקואליציוני: בבחינת חוקיותו של זה אינה מתנגשת הזכות לבחור ולהיבחר עם אינטרסים חיוניים נוגדים, שעניינם קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי ומניעת הסתה לגזענות. הזכות לבחור ולהיבחר כבר מומשה. ההתנגשות לעניין ההסכם הקואליציוני היא בין הגשמת יעדיה של המפלגה וחופש הפעולה שלה, לבין תפיסות יסוד חוקתיות. הוראה במצע, שאין בה כדי להביא לצעד הדראסטי של מניעת ההשתתפות בבחירות, עשויה עם זאת להביא לפסילתה כהוראה בהסכם פוליטי. אכן, "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה" לעניין מניעת השתתפותה של רשימה בבחירות צריכה לקבל מובן צר הרבה יותר מאשר המבחן של "פגיעה ערכית ומהותית היורדת לשורשו של עניין", המשמשת אמת מידה למעורבות שיפוטית בבטלותו של הסכם קואליציוני. אכן, אין קורלאציה מלאה בין הזכות להשתתף בבחירות לבין הזכות לעשות הסכמים קואליציוניים. הזכות הראשונה מקיפה יותר ומהותית יותר. לא כל פגיעה בעקרונות יסוד, המצדיקה פגיעה בהסכם קואליציוני, מצדיקה גם פגיעה בזכות להשתתף בבחירות.

אין קשר בין תוקף חוק להסכם קואליציוני לגביו

24. בטיעון בעל-פה עלתה לדיון שאלה נוספת: האין לומר, כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני הוא תקף, שהרי אין מניעה שהכנסת תחוקק אותו כהוראת חוק (או חוק

יסוד); ואם החוק (או חוק היסוד) שיבוא בעקבות ההסכם - חוק שיקבע כי כל פסק-דין עתידי של בית המשפט שיפר את הסטטוס קוו יתבטל - תופס, ממילא גם ההסכם הקואליציוני המונח בבסיסו תופס. לדעתי, אין לקשור כלל בין תוקפו של החוק, שיבוא בעקבות ההסכם, לבין תוקפו של ההסכם הקואליציוני. הדברים שהדגשתי באשר לשוני שבין הוראה במצע המפלגה לבין הוראה בהסכם פוליטי, חלים אף כאן. אכן, מפלגה אשר מטרתה הדומיננטית היא "הסתה לגזענות" אינה רשאית להשתתף בבחירות, בלא כל קשר לשאלה אם חוק (או חוק יסוד) גזעני הוא חוקתי אם לאו. על-כן, אפילו ייקבע כי ניתן לחוקק את סעיף 3 להוראת חוק (או חוק יסוד) שתעבור את הבחינה החוקתית, אין בכך כדי להכשיר את ההסכם הקואליציוני. אשר לשאלה בדבר יכולתה של הכנסת לחוקק חוק (או חוק יסוד) בעל תוכן הזהה לזה של סעיף 3 להסכם הקואליציוני - מבקש אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון. זו שאלה קשה, הקשורה בלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על רקע עקרונות יסוד שאינם חקוקים עלי חוק יסוד (השווה פסק-דין בכג"צ 172,142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [34], בעמ' 554-551; ראה גם: New zealand brader v. Ministry of [46]drivers' association v. New; 78, at zealand carriers 121, (1982) [47]commission transport; 390, at [48]jat (1984), שבהם נקבע כי גם בהיעדר חוקה או חוק יסוד משוריינים, המחוקק "הרגיל" כפוף לעקרונות יסוד מסוימים). זוהי שאלה לא פשוטה, לא לעניין חוק "רגיל" שאין מעליו חוקה, ולא לעניין תיקון בחוקה עצמה. מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה. על כל פנים, הכרעה אינה נחוצה כלל בעתירות שלפנינו. כאמור, ההסכם הקואליציוני אינו קובע שיש להפוך את סעיף 3 שבו להוראה חוקה. ההסכם הקואליציוני דן בחקיקה שתבוא לאחר הפסיקה ו"תתקן" את "ההפרות" שנפלו באותה פסיקה. הוראה זו - מהטעמים שעמדתי עליהם - פסולה היא, ודינה להתבטל.

אין פגיעה בפעילותן של מפלגות וסיעות

25. מפלגה פוליטית וסיעה פרלמנטרית הן "יחידות חוקתיות" (ראה: פרשת שליט [15]; פרשת ז'רז'בסקי [16]). יש להן מעמד חוקתי. המפלגות ממלאות תפקיד חיוני בדמוקרטיה הייצוגית שלנו. יש להן "תפקיד ראשוני בתכנון הפוליטי ובעיצוב הפעילות המדינית החברתית, וכן מיסודי היסודות של ביסוס המשטר על רצון האזרח" (י' ה' קלינגהופר, "המסגרת החוקית של מפלגות פוליטיות בישראל" ספר אורי ידין (בורסי, בעריכת א' ברק, ט' שפניץ, כרך ב, תש"ן) 199, 202). לסיעה הפרלמנטרית מעמד חוקתי בגדר פעילותה בכנסת (ראה, למשל, סעיף 11(ז) לחוק המעבר). כל מבנה חוקתי צריך להעניק להן מרחב תמרון רחב. רשויות השלטון אינן צריכות להתערב בפעולותיהן. משמעות דבר זה היא כפולה. ראשית, מבחינת הדין החל על תוקף פעולות המפלגה או הסיעה, יש להכיר במיתחם רחב של חופש תמרון. "אי-התערבות" של השלטון - לרבות בית המשפט - אינה מבוססת על איפוק מהפעלת סמכות ביקורת, אלא על חוקיות ההתנהגות, המבוססת על חופש הפעולה של המפלגות והסיעות המייצגות את רצון העם במדינה הדמוקרטית שלנו. מקובלת עליו גישתו של חברי הנשיא בדבר "קיום ושמירה של חופש הפעולה

הפוליטי שהוא חלק אינטרגלי וחיוני בכל משטר דמוקרטי" וכי "חופש הפעולה הפוליטי הוא חלק חיוני של תפיסות המשפט שלנו, ושלילתו הבלתי זהירה עלולה שנות מאופייה של הדמוקרטיה". שנית, מבחינת היקף הביקורת השיפוטית, זו צריכה להיות מוגבלת, תוך הכרה כי ייתכן שתהיינה פעולות שהן אסורות (על-פי המשפט הציבורי) אך מצויות מחוץ לביקורת השיפוטית. בצדק מציין חברי הנשיא, כי "אי-התערבותו של בית המשפט היא, בתחום זה, בגדר יישום של אמות המידה המקובלות של הריסון העצמי של הרשות השופטת". בהקשר זה העליתי את האפשרות - בלא להכריע בה - כי נאמץ בעניין זה מבחן דומה לזה החל בתחום פיקוח בית המשפט על "הניהול הפנימי" של ענייני הכנסת. גישה זו מעניקה למפלגה ולסיעה חופש חוקתי נרחב. במסגרתו של זה, הנני סבור כי שאר חלקי ההסכם הקואליציוני נושא עתירות אלו אינו פסול, שכן הוא בגדר החופש של המפלגות והסיעות לעצב את עמדותיהן הפוליטיות בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית. מקובל עליו כי יום הדין שלהן הוא יום הבחירות. השופט שלהן הוא העם. על-כן מקובל עליו כי אין לפסול הסכם פוליטי בין מפלגות או סיעות שנועד לשנות מחוקי היסוד. בצדק ציין חברי, הנשיא שמגר, כי "כפי שמפלגה רשאית להתנגד לחקיקת מגילת זכויות האדם, היא גם רשאית להטיף לפיחות בערכם של מגילת זכויות או של חוק יסוד ולשאוף לביטול חוקי היסוד" עם זאת, החופש הנתון למפלגות ולסיעות אינו בלתי מוגבל. הן חייבות לפעול במסגרת "האמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים" (פסק-דין, בבג"צ 6163/92, 6177 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [35], בעמ' 266). כרשויות שלטוניות, עליהן לפעול כנאמני הציבור. למפלגות ולסיעות יש חופש רחב מאוד בעיצוב התוכן של ההסכמים הפוליטיים שהם עורכים. עם זאת, חופש זה אינו בלתי מוגבל. בדמוקרטיה חוקתית כל גוף שלטוני הוא מוגבל. אכן, יהיו אלה מקרים מיוחדים שבהם ייפסל הסכם פוליטי בהיותו נוגד את תקנת הציבור החוקתית, ויהיו אלה מקרים חריגים במיוחד שבהם יפעיל בית המשפט את שיקול-דעתו להכריז על הסכם פוליטי פסול כבטל ומבוטל. כזה הוא המקרה שלפנינו. זה מקרה מיוחד במינו, שבו קיימת "פגיעה בתקנת הציבור"; "זהו מקרה חריג, שבו נדרשת התערבות שיפוטית להכריז על בטלות ההסכם. בטלות סעיף 3 להסכם הקואליציוני נגזרת ממגבלות אלה המוטלות על מפלגות וסיעות. משפט הציבור אינו תחליף למשפט ציבורי.

שאר חלקיו של ההסכם הקואליציוני

26. אם תישמע דעתי, נכריז על בטלותו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני. בשאר חלקיו לא נפלו פגמים כמו אלה שסעיף 3 נגוע בהם. בעניין זה מקבלת עלי התוצאה שחברי הנשיא הגיע אליה, ולפיה אין עלה לפסילתם. משעברו את ביקורת החוקיות, לא אביע דעה באשר לביקורת התבונה. שני אלה, כידוע, אינם היינו הך.

תגובה לחוות-דעתו של השופט גולדברג

27. קראתי בעיון את פסק הדין של חברי, השופט גולדברג. דרך ארוכה הולך אני עם השופט גולדברג. כמוהו סבור אף אני כי חותמי ההסכם הקואליציוני לקו "בליקוי מאורות" וכי הדברים הכתובים בסעיף 3 להסכם הקואליציוני "אינם מתיישבים עם הנורמות

המקובלות עלינו מן המשפט הציבורי, כשם שאינם מתיישבים במהותם עם עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת". כמוהו אף אני סבור כי הוראת סעיף 3 להסכם הקואליציוני "מערערת את היסוד הקונסטיטוציוני של משטרנו, הבנוי על הדדיות ואיזון בין הרשויות". כחברי, השופט גולדברג, אף אני סבור, כי ההסכם הקואליציוני נבחן באמות הביקורת של המשפט המינהלי. כמוהו אף אני סבור כי "מציאות שבה כל פסיקה שלא תתיישב עם סטטוס קוו בנושא מסוים (ואין נפקא מינה שבענייננו מדובר בסטטוס קוו בענייני דת) תגרור אחריה 'חקיקה מתקנת', מערערת את היסוד הקונסטיטוציוני של משטרנו, הבנוי על הפרדה ואיזון בין הרשויות". כמוהו אף אני גורס כי "לכאורה דינו של סעיף 3 להסכם היה, על-פי הכללים שהצבנו בפסיקתנו, להיבטל מן העולם, בהיותו נוגד את תקנת הציבור". עד כאן הולך אני יד ביד עם חברי. מכאן נפרדות דרכינו. חברי נעצר בשלב זה - הוא שלב "לכאורה". מפעיל הוא את הסמכות השיקול-דעתית של בית המשפט הגבוה לצדק, וסובר הוא כי ראוי הוא שלא להפעיל את הביקורת השיפוטית. "עילה" לפסילת ההסכם הקואליציוני מצויה בדין, אך לדעת חברי אין זה ראוי להפעיל את הסמכות ולהכריז על פסילתו של הסעיף. לדעתי, יש לצעוד את הצעד הנוסף ולהכריז לא רק על כך שסעיף 3 להסכם הקואליציוני "דינו להיבטל לכאורה", אלא כי דינו להתבטל ממש. כלומר, יש להכריז על בטלותו (או פסלותו) של סעיף 3 להסכם הקואליציוני.

תגובה לחוות-דעתו של השופט אור

28. עיינתי בפסק-דינו של חברי, השופט אור. מסכים אני עם כל דבריו. גישתו גישתי; מסקנתו - מסקנתי.

תגובה לחוות-דעתו של השופט חשין

29. עיינתי בחוות-דעתו של חברי, השופט חשין. מבקש אני להעיר מספר הערות המתבקשות ממנה. אפתח בשאלת היחס בין מצע הרשימה לבין הסכם קואליציוני להגשמתו של המצע. אין כל פסול במצעה של רשימה המבקשת לשמור על סטטוס קוו בענייני דת. מוכן אני להניח - בלא שבדקתי הדבר - כי רבות הן המפלגות שהדבר כלול במצען. אין דבר בשמירת הסטטוס קוו בענייני דת השולל את האופי הדמוקרטי של המדינה. יש מדינות בעלות אופי דמוקרטי אשר אופיין כמדינות דמוקרטיות נשמר בהפרדת הדת מהמדינה (כפי המצב בארצות-הברית), ויש מדינות שאופיין הדמוקרטי נשמר בהיעדר הפרדה בין הדת ולמדינה (כפי המצב בקנדה, בגרמניה ובישראל). עד כאן מצעה של הרשימה והשתתפותה בבחירות. משהצליחה רשימה בבחירות, מתעוררת שאלת הגשמת המצע. בעניין זה רשאית הרשימה (או הסיעה בכנסת) להגשים את מצעה, ובלבד שתפעל במסגרת הדין. על-כן אסור לה להגשים את מצעה באופן הפוגע מהותית בתקנת הציבור החוקתית שלנו. לדעתי, ניסיון להגשים מצע שעניינו "סטטוס קוו בענייני דת" באמצעות הוראה הקובעת מראש כי כל פסק-דין שיינתן בענייני "סטטוס קוו בענייני דת" יתבטל, הוא ניסיון להגשים מצע כשר בדרכים שאינן כשרות. אכן, מה שפוסל את סעיף 3 להסכם הקואליציוני אינו רצונו להגשים את הסטטוס קוו בענייני דת. מה שפוסל את סעיף 3 להסכם הקואליציוני הוא הדרך שבה מבקשים להגשים רצון זה. המטרה הכשרה

(שמירת הסטטוס קוו בענייני דת) אינה מצדיקה אמצעי פסול (הסכם קואליציוני הקובע מראש בטלות פסיקה "מפרה" את הסטטוס קוו).

30. שואל חברי, השופט חשין: ומה הדין אם כל עיקרו של המצע - החלק הדומיננטי שבו - אינו אלא התחייבות מראש לבטל בדרך החקיקה כל פסק-דין של בית המשפט העליון 'המפר' את הסטטוס קוו בענייני דת - האם מפלגה כזו תעבור את מבחנו של סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת? את התשובה לשאלה זו הייתי רוצה להשאיר להליך שבו נשב בערעור על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית. החופש לבחור ולהיבחר כה חיוני ויקר הוא, שאין זה רצוי כלל לנקוט לגביו עמדה באימרות אגב שאינן נוגעות לעניין. אומר רק זאת (באימרת אגב): איני מוציא מכלל אפשרות שהוראה כזו - בדומה לכל הוראה אחרת המבקשת לבטל מראש פסקי-דין של בית המשפט העליון בתחום זה או אחר - צריכה להיפסל בגדריו של סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת. כמוה כהוראה האומרת כי הרשימה, אם תיבחר, תפעל לביטול הכנסת או הממשלה או בית המשפט. כמוה כהוראה הקובעת כי הרשימה תפעל להשפיע על שופטים. בעניין, הוראה במצע בדמות סעיף 3 להסכם הקואליציוני - בהנחה מרחיקת הלכת כי זהו הסעיף היחיד או הדומיננטי במצע - היא אכן הוראה אשר יש בה "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה". ושוב: הוראה כזו, למיטב ידיעתי, אינה מצויה במצע של שום מפלגה בישראל. כל שנאמר שם הוא לעניין השמירה על הסטטוס קוו בענייני דת. ושמירה כזו, כפי שציניתי, עולה בקנה אחד עם האופי הדמוקרטי של המדינה.

31. חברי, השופט חשין, מקדיש חלק ניכר מחוות-דעתו לשאלת שפיטתו של ההסכם הפוליטי. בעניין זה מקובל על כולנו כי הסכם פוליטי הפוגע בערכי היסוד של שיטת המשפט - הפוגע באופן מהותי בתקנת הציבור - בטל הוא, ויש מקום להכריז על בטלותו. סבור הייתי כי די בפרופוזיציה (מוסכמת) זו כדי להכריע בשאלה המונחת ביסוד עתירה זו. לא כן חברי, שביקש להוסיף מספר דברים בעניין זה. אין מנוס אלא להגיב במספר אימרות אגב לאימרות האגב של חברי. אכן, מקובל עליי כי "הסכם פוליטי" אינו "הסכם משפטי" כמשמעו במשפט הפרטי. אין זה הסכם שניתן לתבוע אכיפתו, או הסכם שניתן לתבוע פיצויים על הפרתו. אך לא מקובל עליי כי "הסכם פוליטי" הוא מחוץ למשפט. רבים הם ההסכמים הבינלאומיים (כגון, הסכמי שלום) שכל כולם פוליטיים, אך המשפט הבינלאומי חל עליהם, ומעניק להם בית קיבול משפטי. הוא הדין בהסכמים פוליטיים בגדריה של שיטת משפט נתונה. כשם שהאקט הפוליטי מכל-פוליטי - מלחמה - נתון לדינים ולכללים של המשפט הבינלאומי הפומבי (דני המלחמה) בעלי אופי משפטי, כך גם אקט פוליטי צנוע יותר ופשוט יותר, כהסכם הפוליטי בין סיעות, הוא פעולה משפטית, שהמשפט קובע את דיניה. אין זה המשפט הפרטי, ואין אלו דיני החוזים. זהו המשפט הציבורי, ואלה הדינים הקובעים את דרכי ההתנהגות של הרשויות והגופים הציבוריים. ושוב: מקובל עליי כי בתנאים מסוימים רשאים הצדדים להסכם פוליטי להשתחרר ממנו. גם במשפט הפרטי קיימים סוגים רבים של הסכמים, שביסודם מונח אמון הדדי, ואם התפורר האמון, רשאים הצדדים - אם הם פועלים בתום-לב - להשתחרר מהחובה. בוודאי כך הוא, ועוד יותר, במשפט הציבורי. אך מכאן לא נובע כי ההסכם

הפוליטי חסר ערך משפטי. אכן, אם כל מה שהסכם 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-ידינו בעבר - לנגוד את טובת הציבור? כיצד זה קובע המחוקק - בחוק-יסוד: הממשלה - מערכת דינים שלמה ומסועפת לעשיית הסכמים ומתן התחייבויות בהסכמים פוליטיים (סעיפים 33 ו-13 לחוק-יסוד: הממשלה) אם אלה אינם אלא "התחייבות שאינה התחייבות"? טול, למשל, את סעיף 13א(א) לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "לא ייעשה הסכם ולא תינתן התחייבות בענין תפקידו של אדם כשר או כסגן שר, אלא בידי נציגים מוסמכים של סיעות הכנסת שהן צד להסכם". האין להניח כי לפחות לאחר חקיקתם של סעיפים אלה ואחרים הופך ההסכם הפוליטי לעניין שפוט? כיצד זה ניתן לראות בהסכמים הקואליציוניים "התחייבות שאינה התחייבות", אם הם "מכשיר פוליטי-משפטי חיוני, אשר במשטר החוקתי שלנו נודעת לו חשיבות רבה בגיבוש המהלכים הפוליטיים" (פרשת שליט [15], בעמ' 363)? 32. אכן, נקודת המוצא העקרונית שלי הינה כי ההסכם הפוליטי חי וקיים בעולם המשפט. המשפט קובע את קיומו. המשפט קובע את גבולותיו. המשפט קובע את החופש מהמשפט (השווה בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון [36]). ההסכם הפוליטי חי ונושם במשפט הציבורי. שם הוא נולד. שם עולם ההתייחסות שלו. החופש הניתן לצדדים להסכם הפוליטי הוא רב. זהו חופש שניתן להם על-ידי המשפט, שכן כל קיומם של הצדדים להסכם הפוליטי לא בא להם אלא בשל המשפט. לקיומו המשפטי של ההסכם הפוליטי השלכות שונות ומגוונות. אחת מהן היא הובה לפרסמו. השלכה אחרת, הרלוואנטית לענייננו, היא בחוקיות ההסתמכות עליו בעת הפעלת שיקול הדעת השלטוני. אם אכן ההסכם הפוליטי - אותה "התחייבות שאינה התחייבות" - תקף, כי אז רשאים הצדדים לו (בענייננו - הסיעות) להתחשב בו בהפעלת שיקול-דעתם. אם נכריז על ההסכם הפוליטי בטל ומבוטל, נצהיר מראש כי אין להתחשב בו וכי אין להביאו בכלל השיקולים. זו חשיבותה של הכרזת הבטלות, המונחת ביסוד חוות-דעת. 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.

33. האופי הנורמאטיבי של ההסכם הפוליטי בא לו מהמשפט הציבורי. רשויות הציבור הן נאמנות הציבור, ועליהן לפעול כאשר לנגד עיניהן מונחת נאמנות זו. זהו הבסיס שעליו מושתת האופי המשפטי של ההסכם הפוליטי. כפי שהבטחה שלטונית עשויה לשמש בסיס למחויבות במישור הציבורי, כך עשוי גם הסכם פוליטי לשמש בסיס למחויבות במשפט הציבורי. בעניין זה מבחין חברי, השופט חשין, בין אלה המחזיקים "בשררת שלטון ובסמכויות על-פי חוק" לבין מנהיגי "מפלגה בתורת שכלאה". מנהיגי מפלגה אינם משמשים, לדעת חברי, "נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם". להבחנה זו אין בידי להסכים. סיעה בכנסת - וכפי

שראינו ההסכם הקואליציוני בענייננו הוא בין סיעות בכנסת - היא גוף ציבורי מעולם המשפט הציבורי. אין היא זהה למפלגה. היא יחידה חוקתית עצמאית לפני עצמה. חבר הכנסת, המרכיב את הסיעה, אינו "נציג" של המפלגה. הוא אורגן של המדינה. הוא התחייב "...לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת" (סעיף 14 לחוק-יסוד: הכנסת). הוא אינו מתחייב לשמור אמונים למפלגתו ולמלא באמון את שליחותה בכנסת. כל חבר-כנסת הוא "נציג" של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור. כמובן, הוא נבחר בשיטת בחירות שיש בה משקל מכריע למפלגה. מוטלת עליו משמעת סיעתית. בעקבות זאת נוצר מתח מתמיד בין תפקידו בכנסת לבין מעמדו בסיעה או במפלגה. אך בכל אלה אין כדי לגרוע מהדמיון הבסיסי, לעניין חובות האמון בגדרי המשפט הציבורי, בין שר לבין חבר-כנסת. על חבר הכנסת כיחיד, ועל סיעה בכנסת כגוף, מוטלות חובות אמון של המשפט הציבורי. אסור להם ליטול על עצמם הסכמים פוליטיים הפוגעים בתקנת הציור. בפעולתם בכנסת, אסור להם להתחשב בהסכמים פוליטיים בלתי חוקיים.

34. הנה כי כן, הסכם פוליטי, בתור שבזה, הוא "שפיט" (נורמטיבית). יש לו קיום בעולם המשפט. זו ההשקפה המקובלת לא רק עליי. זו בקווים כלליים גם השקפתם של חברי הנשיא ושל חברי השופטים גולדברג ואור. מודעים אנו למורכבותה של גישה זו. יודעים אנו מעלותיה וחסרונותיה. כאשר החלטנו, לפני עשר שנים, לצעוד בדרך זו, עשינו זאת כאשר בידנו הסמכה מלאה לכך מחוק-יסוד: השפיטה (סעיף 15). עשינו כך משום שסברנו כי ראוי הדבר שייעשה למען טוהר השלטון ואמון הציבור במשרתיו. עשינו כן כדי לחזק את הדמוקרטיה הישראלית. הכנסת עצמה תרמה אף היא את תרומתה החשובה. אנו פסקנו כי הסכם פוליטי יש לפרסם (ראה פרשת שליט [15]). הכנסת המשיכה וקבעה הוראות נוספות וחשובות (סעיף 13 ב לחוק-יסוד: הממשלה). פסקנו כי הסכם לערבות כספית תמורת הצבעה הוא במהותו משחית, ועל-כן "אסור ובלתי חוקי" (בג"צ 1523/90, 1540, [17], הנ"ל, בעמ' 215). הוספנו ופסקנו כי אין קונים שלטון בכסף (פרשת ז'רזובסקי [16]), והסכם פוליטי בעניין זה הוא בטל. הכנסת הוסיפה כי "לא תינתן ערבות במישרין או בעקיפין, בכסף, בשווה כסף, בשיות או בכל טובת הנאה אחרת, להבטחת ביצועם של הסכם או של התחייבות כאמור בסעיף זה, ולא יהיה תוקף לערבות כאמור" (סעיף 13א(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). זהו אותו שיתוף פעולה פורה בין שופט למחוקק בתחום רגיש וחשוב זה של חיינו הציבוריים. אין לי אלא להצר על שחברי, השופט חשין, מבקש להחזיר אותנו אחורה, אל מציאות שלתומי סברתי - וכך גם סברה הכנסת עצמה - היא נחלת העבר. חבל.

סוף דבר

35. העתירה שלפנינו מעוררת שאלות יסוד באשר למהות התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית. הוראת ההסכם היא חריגה בניסוחה. אין לה אח ורע, לא בישראל ולא בעולם. אך המציאות גוברת על כל דמיון. חברי, הנשיא שמגר, קובע כי "גורמים אשר ינסו לצמצם את תפקידו החיוני של בית המשפט בחברה דמוקרטית יקומו ויחלפו, אולם בית המשפט העצמאי והבלתי תלוי במדינת ישראל לעולם עומד". חושש אני כי בדברים אלה יש משום

אופטימיות יתרה. המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על משמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים ודורות עשויים להיגדע בהינף גרזן אחד (השווה בג"צ 732/84, 19]327/85, בעמ' 148). לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק. כולנו - כל הרשויות כולן, כל המפלגות והסיעות כולן, כל גופים כולם - צריכים לשמור על הדמוקרטיה הצעירה שלנו. במיוחד מוטל תפקיד שמירה זה על הרשות השופטת בכלל, ועל בית המשפט העליון בפרט. שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם.

השופט א' גולדברג: 1. לא יכול להיות ספק בדבר משמעותם של סעיפים 3-5

שבהסכם הקואליציוני ובדבר כוונת מנסחיהם של סעיפים אלה. לא נתכוונו הצדדים להסכם האמור, על-אף מסמך ה"הבהרה", אלא לכך כי הסטטוס קוו בענייני דת יישמר, וכל פסיקה של בית המשפט העליון אשר תביא לשינוי הסטטוס קוו תמצא את "תיקונה" בדרך של חקיקה, כדי "להחזיר עטרה ליושנה" (תרתי משמע).

2. אינני רואה טעם במסגרת עתירה זו לעמוד על מקומה של הרשות השיפוטית בחברה דמוקרטית. מי שנוזק להסבר על המבנה השלטוני שלנו המחייב דו-קיום בשלום בין הרשות השיפוטית ליתר רשויות המדינה, לוקה בתפיסתו הבסיסית.

על-כן, אין לראות את חותמי ההסכם הקואליציוני הנדון אלא כמי שלקו בליקוי מאורות, שעה שבאו לכרסם באיזון שבין הרשויות. דעתם שלהם בוודאי אינה משקפת את דעת רוב רובו של הציבור כי בית המשפט העליון הוא "המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריב עם השלטון" (בג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה ואח' [37], בעמ' 362), והגורם המרכזי בשמירת שלטון החוק וזכויות האזרח. חותמי ההסכם, לעומת זאת, העדיפו, מטעמים שלהם, לפגוע באינטרס הציבורי-הכללי, המגולם בתפקידו של בית המשפט.

3. ואדגיש הדגש היטב, ועל כך עמד חברי, המשנה לנשיא השופט ברק: אין כל פסול בכך כי הכנסת תחוקק, כל אימת שייראה לה לנכון לעשות כן, חוק שיש בו לשנות תוצאתו של פסק-דין, ובלבד שיהא "חוק חוקי" (על-פי חוקי היסוד). בכך לא נפגמת ריבונותו ועצמאותו של בית המשפט, וכבר היו דברים מעולם. פסק-דינו של בית המשפט היה יפה לעת נתינתו, על-פי המערך החוקי ששרר אותה שעה, ואילו החוק ה"מתקן" יצר עם חקיקתו מציאות חוקית שונה, שפניה (דרך כלל, וכמתחייב) לעתיד לבוא. בדרך זו אין רשות אחת נוגעת בחברתה, וכל אחת פועלת בתחום סמכותה היא: בית המשפט עומד על משמר קיומו של החוק, ואילו הכנסת יוצרת את החוק. אולם הסעיפים בהסכם שמדובר בהם אינם מתיישבים עם הנורמות המקובלות עלינו מן המשפט הציבורי, כשם שאינם מתיישבים במהותם עם עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת (כדברינו בפרשת ז'רז'בסקי [16], בעמ' 866), כיוון שיש בהם מודעה מראש לכולי עלמא, ובכלל זה לבית המשפט עצמו, כי כל פסק-דין ש"יפר" את הסטטוס קוו בענייני דת, כאילו לא בא כלל לעולם. להווי ידוע, אומר ההסכם, כי מה שהיה לפני פסק הדין הוא שיהיה אחריו, ואין לו לבית המשפט לטרוח כלל להעמיד את הדין על מכונו, שממילא תהא פסיקתו לריק. מציאות

שבה כל פסיקה שלא תתיישב עם סטטוס קוו בנושא מסוים (ואין נפקא מינה שבעניינינו מדובר בסטטוס קוו בענייני דת) תגרור אחריה "חקיקה מתקנת", מערערת את היסוד הקונסטיטוציוני של משטרנו, הבנוי על הפרדה ואיזון בין הרשויות.

4. העובדה, כי רשימה המתמודדת בבחירות לכנסת לא הייתה נפסלת, אילו חרטה על מצעה אותה מטרה הגלומה בהסכם, אינה, לדעתי, סיבה לאי-פסילתו של ההסכם. לא הרי העילות לפסילת רשימה כעילות לפסילת הסכם פוליטי, ולא בכדי מנה סעיף 7א לחוקיסוד: הכנסת את עילות הפסילה, שאין בלתן. חופש המצע הפוליטי רחב הוא לאין שיעור מחופש ההסכם הפוליטי, תוקפם הנורמאטיבי שונה, ותחום הביקורת אף הוא ממילא שונה לגבי השניים. הבעת דעה חריגה במצע של רשימה עדיין אינה מצדיקה, על-פי תפיסתנו הדמוקרטית, את פסילתה של הרשימה. חופש הדיבור, חופש האמונה וחופש ההתאגדות הם נכסי צאן ברזל בחברה דמוקרטית, ואין רשימה נפסלת אך בשל דעותיה הנראות בעינינו כחריגות, גם אם מבקשת היא ליישמן בדרך פוליטית. זאת, כל עוד אין הן נכנסות לגדרן של המגבלות שבסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, המתארות נסיבות שליליות קיצוניות המהוות סיכון חמור קרוב לוודאי למשטרה ולאופייה של המדינה, שיש למונעו. על-כן, לא בכדי ציין הנשיא שמגר, בע"ב 1/88[33], בעמ' 186, כי "קביעת הגבלות בעלות תחולה כללית וכן הסמכה לקביעת הגבלות בנסיבות ספציפיות טעונות חקיקה של הכנסת...". לא כן הסכם פוליטי, אשר נבחן באמות ביקורת של המשפט המינהלי. לא הדעה ומידת הוודאות של הסכנה הנשקפת ממנה הן שעוברות תחת שבט הביקורת (כבדיון לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת), אלא המעשה שהצדדים התחייבו לעשותו על-פי ההסכם, והשלכותיו מן ההיבט המינהלי.

5. העולה מדברינו, כי לכאורה דינו של סעיף 3 להסכם היה, על-פי הכללים שהצבנו בפסיקתנו, להיבטל מן העולם, בהיותו נוגד את תקנת הציבור.

אלא שההסכם שאנו דנים בו הוא יחיד ומיוחד ושונה מכל ההסכמים הפוליטיים שדנו בהם עד כה. עניינו של הסכם זה נוגע ישירות בבית המשפט העליון, במעמדו ובתפקודו. במלים אחרות, עלינו להחליט בנושא שבו אנו, לכאורה, בעלי עניין מכאן החשש כי בקבלת עתירה זו עלול בית המשפט להיראות כמי שחצה את הקו האדום של התערבות בהסכם פוליטי, רק בשל היותו מעורב, שלא בטובתו, בהסכם עצמו. החשש בעיניי הוא כי מתוך מגמה שלא לפגוע במעמד הרשות השופטת, בעצמאות השיפוטית ובאמון הציבור בשופטיו, אנו מסתכנים במקרה זה בחשיפה לתגובה ציבורית אשר תביא לתוצאה הפוכה מזו שרצינו בה, כשכל כוחו של בית המשפט באמון הציבור בו. כפי שמציין פרופ' י' זמיר במאמרו "משפט ופוליטיקה" בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, בעריכת י' זמיר, תשנ"ג) 209, 223, "אם כך יקרה, מעורבותו של בית-המשפט בעניינים פוליטיים, שנועדה לשרת את טובת הציבור, עשויה לפעול כמו חרב פיפיות, לא רק נגד בית-המשפט אלא גם נגד הציבור".

האיפוק והריסון העצמי המדריכים אותנו תמיד, מקבלים משנה תוקף במקרה זה, כדי להסיר כל אבק ספק כי לא על עצמנו באנו לבקש. רק באי-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 ובכפיפותן של כל רשויות המדינה למשפט, ואנו חותרים למטרה זו לא בדרך של "קטיביזם שיפוטי", אלא באקטיביזם מחשבותי.

אכן נכון הדבר, שבעצם קיומה של התחייבות גורפת לבטל כל פסיקה שלא תתיישב עם סטטוס קוו בנושא מסוים, קיימת פגיעה באמון הציבור בבית המשפט, והיטיב לבטא זאת המשנה לנשיא השופט ברק, באומרו: "מי יתייחס ברצינות לעבודה השיפוטית אם מראש ידוע כי נעשית היא לריק"? אלא שאת הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט, כתוצאה מקיומה של ההתחייבות האמורה, אין, לדעתי, לתקן בפגיעה באמון הציבור בבית המשפט העלולה אף היא להיגרם באופן מיידי עקב התערבותנו בהסכם, שעל אפיונו המיוחד עמדנו לעיל.

6. זאת ועוד. לא ההתחייבות כשלעצמה סותרת את המבנה הקונסטיטוציוני שעלינו להגן עליו, אלא יישומה של ההתחייבות. מכאן, שאילו סברתי כי ישנה קרבה לוודאות כי כוונתם של עושי ההסכם תוצא מן הכוח אל הפועל, רואה הייתי להעדיף את ההגנה על דמות חברתנו הדמוקרטית אף במחיר פגיעה אפשרית באמון הציבור בבית המשפט. אולם במקרה זה מעדיף אני להשליך את יהבי על חברי הכנסת אשר ישכילו, ביום פקודה (תרחי משמע), להצביע בכל מקרה ומקרה שבו תונח הצעת חוק "מתקנת בג"צ", מתוך מחשבה ושיקולים ענייניים, ולא מתוך משמעת עיוורת, שיהא בה לכרות את הענף אשר כולנו יושבים עליו. שכן, לדידי, בהתנגשות בין הפעלת שיקול הדעת על-ידי חבר הכנסת כיצד יצביע לבין ההתחייבות שנטלה על עצמה מפלגתו בהסכם הפוליטי הנדון, ידה של הראשונה חייבת להיות על העליונה. בנושא כה עקרוני, הנוגע לאושיות חיינו הקונסטיטוציוניים, מוכן אני לצאת מן ההנחה כי המצפן שורה לחבר הכנסת את דרך הצבעתו יהא צו מצפוני, ולא תכתיב של "רעיון קולקטיבי" (פרשת רובין [24]), בעמ' 82).

7. אמונתי בכנסת ישראל כי תדע לעמוד בפרץ, היא שמביאה אותי לדחות את העתירה. ולוואי שלא אתבדה.

8. ולבסוף הערות הבהרה המתחייבות מדבריו של חברי, השופט אור.

דבר יום ביומו הוא בבית המשפט הגבוה לצדק כי אף שהסכסוך המובא לפניו הוא בתחום סמכותו, מחליט הוא, לאחר ששקל את מכלול האינטרסים, שלא להתערב בסכסוך. בדרך זו מיישם הוא את סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. בכך שבית המשפט מפעיל את שיקול-דעתו אם להתערב בסכסוך, אין הוא מושך ידו מחובתו המשפטית, אלא מפעיל הוא חובה זו. לעניין זה אין לי אלא להביא מדבריו של הנשיא שמגר בבג"צ 620/85 [10], בעמ' 191:

"מקום בו מצא בית המשפט הגבוה לצדק, כי יש לו סמכות לדון בעניין וכי להכרעה בדין מצויות אמות מידה משפיות, רשאי הוא, למרות זאת, לשקול, אם מן הראוי להתערב בסכסוך המובא לפניו. שיקול הדעת הוא ביטוי לקיומו של הצורך באיזון בין אינטרסים נוגדים ושונים... לא בכל עתירה, המעלה נושא שלגביו מסורה בידיו הסמכות, יהיה בית המשפט הגבוה לצדק מוכן

להפעיל את סמכותו, אף אם מתקיימים תנאי השפיטות שהוגדרו" (ההדגשה שלי - א' ג').

על עיקרון זה חזר הנשיא שמגר בבג"צ 910/86 [36], בעמ' 516, באומרו:
 "...לא בכל עתירה, המעלה נושא המסור לסמכותו, יהיה בית המשפט הגבוה לצדק נכון להפעיל את כוחותיו, אף אם מתקיימים תנאי השפיטות."

שיקול הדעת והאיזון בין השיקולים והאינטרסים השונים והמנוגדים, הם מילות המפתח להפעלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, והם שהדריכוני בהחלטתי שלא להפעיל את סמכותנו במקרה הנדון.

כיוון שבמקרה מיוחד זה נוגע ההסכם לבית המשפט הגבוה לצדק עצמו, סברתי כי ראוי הוא שלא נפעיל את סמכותנו, כדי שלא ייפגע אמון הציבור בבית המשפט, כשיש קרבה לוודאות לקיום "סעד חלופי" ברשות המחוקקת.

השופט ת' אור: 1. מקובלות עליי עמדתו ומסקנתו של חברי, המשנה לנשיא, על נימוקיהן. דעתי כדעתו. אם רואה אני להוסיף דברים משלי, אין זאת אלא משום חשיבותה של סוגיה אשר הועלתה בעתירות אלה.

2. השאלה שבה יוכרע הדיון בעתירות אלה היא שאלת חוקיותו של סעיף 3 להסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה הישראלית לבין תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה, אשר זו לשונו:

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

אף כי הדברים אינם נאמרים מפורשות בהסכם, תכליתו של הסעיף אחת היא. אותה "הפרה" הנזכרת בו, שאותה מתחייבים לתקן, אינה אלא פסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בענייני דת, שעה שיפעל במסגרת סמכותו ויפרש את הדין בענייני דת ויישמו על המקרים שיבואו לפניו. עומד על כך שר המשפטים, פרופ' דוד ליבאי, במכתבו ליועץ המשפטי לממשלה, בהדגישו את חומרת המשתמע מסעיף 3:

"דומה, כי שיאו של הקלקול החוקתי שמציע ההסכם הוא בהתחייבות המוחלטת אשר גם הפעם נוטלת מראש וללא כל הפעלת שיקול דעת או סייג - לתקן כל 'הפרה' של הסטטוס קוו בענייני דת 'על-ידי חקיקה מתאימה' (סעיף 3). המילה 'הפרה' מתייחסת - אם כי הדבר לא נאמר במפורש - לפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. ההסכמה מניחה, כי פסיקה של בית המשפט העליון עלולה 'להפר', כביכול, את החקיקה המעגנת את הסטטוס קוו בענייני דת. את התרחשותה של 'הפרה' כזו, מתחייבים הצדדים 'לתקנה' בדרכי חקיקה. התחייבות זו של הצדדים זכתה לכינוי 'סעיף עוקף בג"צ', באשר זו בדיוק מטרתה - לעקוף את פסיקת בג"צ בכל מקרה בו יוחלט שפסיקה זו 'מפירה' את הסטטוס קוו הדתי שתעוגן בחקיקה".

3. העניינים הנדונים והמוכרעים על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק מובאים לפניו ביוזמת המבקשים את התערבותו. רק כשמתעורר סכסוך בדבר פרשנות הדין ונדרשת פסיקתו, יאמר בית המשפט את דברו. לפיכך, פרשנות הוראות דין רבות ומחלוקות בדבר יישומו של הדין בנסיבות מקרה פלוני יכול שימתינו עת ארוכה עד הגיע "יומם" לפני בית המשפט. ה"סטטוס קוו" המשפטי בענייני דת, כמו בעניינים אחרים, הינו על-כן - תמיד - מצב של טרם פירוש כל הוראות הדין, מצב אשר לפני שנקבעה דרך יישומו של הדין במקרים עתידיים רבים. פירוש ויישום כאלה יבוא יומם כשהמחלוקת הפרשנית או המחלוקת בדבר יישום הדין יהיו דרושים לצורך הכרעה משפטית בעניין אשר יבוא לפני בית המשפט.

פרשת בבלי [1], שאותה מזכיר חברי הנשיא, הינה דוגמה לכך. פסק הדין בעניין בבלי [1] קבע, שהילכת השיתוף בין בני-זוג, אשר קיימת עמנו זה עשרות שנים, כוחה עמה גם כשדן בית-די רבני ומחליט בדבר זכויותיהם הקנייניות של בני-זוג המבקשים להתגרש. מדובר בפרשנות של דין קיים ובהחלטה הקובעת שהוא ישים גם בדיון המתקיים לפני בית-דין רבני. על-אף זאת, התקבל פסק-דין זה על-ידי חוגים דתיים כפסק-דין החורג מה"סטטוס קוו" בענייני דת. לשיטתם, כל מה שטרם הוחלט עליו בפסק-דין של בית המשפט אינו בגדר חלק מה"סטטוס קוו" המחייב. הנה כי כן, החתומים על ההסכם האמור רואים בכל פסק-דין אשר יש לו השלכה על ענייני דת פסק-דין המשנה - "מפר" - את הסטטוס קוו. ומכאן, שלפי סעיף 3 להסכם, תקום חובה על הצדדים להסכם לשנות בדרך חקיקה את ההלכה הנובעת מפסק הדין.

4. המדובר, למעשה, לא בסעיף "עוקף בג"צ", אלא בסעיף המחייב ביטול פסיקת בג"צ. מטרתו היא ביטולה של כל פסיקה כזו. מתחייבים לכך הצדדים להסכם, אשר בהיותם משתייכים למפלגות השלטון, יש בידם להבטיח שכך יקרה; יודע על כך ציבור המתדיינים, קודם שיבוא להתדיין לפני בית המשפט הגבוה לצדק בענייני דת; יודעים על כך השופטים עצמם, אשר בוודאי יהיו מודעים לכך שכל פסיקה שיש עמה "הפרה" של הסטטוס קוו במובנו האמור תבוטל בחקיקה; ויידע על כך הציבור כולו, ויבין שפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק" בענייני דת" אינה טובה אלא לשעה קלה בלבד, אינה אלא אפיזודה, שכן סופה הקרוב הוא שתבוטל.

5. וחשוב להדגיש, המדובר הוא בהסכמה לשנות ולתקן בדרך של חקיקה כל פסיקה עתידה בענייני דת בכל עניין אשר טרם נדון, שהרי כל פסיקה עתידית בעניין שטרם נדון כמוה כשינוי ה"סטטוס קוו". וגם זאת, ההתחייבות לפעול לתיקונה של פסיקה כזו יחול גם על פסיקה בעניינים אשר לא ניתן לצפותם. נתאר לנו מקרה שבו פועלים כיום בענייני דת שלא כדין, או בצורה הנוגדת באופן בולט מושכלות ראשונים של סדר ומוסר ציבוריים. הדבר טרם עלה עד כה על שולחן הדיונים, אך בעתיד יובא להכרעה בבית המשפט הגבוה לצדק. בסעיף 3 של ההסכם ניתנת התחייבות להכשיר מראש בדרך חקיקה כל התנהגות כזו, אפילו יחליט בית המשפט הגבוה לצדק, וכל בר-דעת יבין, כדבר מובן מאליו, שההתנהגות פסולה מכול וכול.

על-כן, דעתי היא שההתחייבות שנטלו על עצמם הצדדים בסעיף 3 להסכם הינה התחייבות מרחיקת לכת ופסולה, הן בכך שהיא באה לפגוע בתיפקודם של בתי המשפט לפי שיטתנו המשפטית; היא פוגעת באיזון ובחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון; והיא פסולה אף בתוכנה, במובן זה שהיא כוללת התחייבות ללגליזציה של כל מעשים הקשורים לעניני דת, אפילו אלה מעשים חמורים שאין להתירם, רק משום שלא נדונו עד היום על-ידי בתי המשפט.

6. כל חברי ההרכב בתיק זה מאוחדים בביקורת על הוראת סעיף 3 להסכם. המחלוקת ביניהם היא בשאלה אם סעיף כזה בהסכם קואליציוני מצדיק את התערבותו של בית-משפט זה על-ידי החלטה בדבר בטלותו.

חברי הנשיא מתווה את העילות לפסלות תנאי בהסכם קואליציוני, ומבהיר שתנאי בהסכם הקואליציוני הכולל פגיעה ערכית מהותית היורדת לשורשו של העניין, כגון נסיבות שיש בהן פגיעה מהותית בתקנת הציבור, תצדיק התערבות שיפוטית של בית-משפט זה לפסילתו של התנאי. אך בנסיבות ענייננו, על-אף היותו של הסעיף הנדון בלתי ראוי בתוכנו ובהשלכותיו, דעתו היא שלא נתקיימו בענייננו נסיבות אשר תצדקנה את התערבותו של בית-משפט זה.

דעתי בעניין זה שונה. ההסכמה שבסעיף 3 מהווה, לדעתי, פגיעה חזיתית קשה ובוטה במעמדה של הרשות השופטת וסותרת את עקרון הפרדת הרשויות ואת יחסי הגומלין הראויים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, כמבואר בהרחבה בפסק-דינו של חברי המשנה לנשיא. פגיעה כזו מהווה פגיעה מהותית בתקנת הציבור ובעקרונות יסוד של משטרנו הדמוקרטי. חוששני, שאם התחייבות בהסכם קואליציוני כמו זו שבענייננו לא תיפסל, ובית-משפט זה לא יעמוד בשער כנגד המתנכלים לו ולמעמדו כרשות השיפוטית העליונה, יהא בכך פתח לעיקור נוסף של מעמדו, וסופו מי ישורנו. אכן, שעה קשה תהיה זו למשטרנו הדמוקרטי אם הסכמה כדוגמת זו שבסעיף 3, על כל השלכותיה, תישאר על כנה, וקשה להגזים בחומרתה של השעה. היום מוסכם בהסכם קואליציוני שפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק בענייני דת אינה אלא אפיוזודה, מחר יוסכם בהסכם קואליציוני שפסיקתו בעניינים אחרים דינה יהיה דומה. ובעצם, אם ניתן להתחייב מראש לאיין כל פסיקה שלו בנושא אחד, למה לא ניתן לעשות כן בכל הנושאים כולם? מדוע לא יוכלו מפלגות או סיעות בכנסת להסכים על סטטוס קוו בעניינים כולם, ולהתחייב לתקן בחקיקה כל שינוי בסטטוס קוו שיבוא עקב פסיקת בית המשפט, ובכך לרוקן מכל תוכן כל פסיקה עתידית של בית המשפט, יהיו תוכנה וצדקתה אשר יהיו.

7. עיינתי בפסק-דינו של חברי, השופט גולדברג, ובמסקנה שאליה הגיע. מבחינת מידת הפסלות שבסעיף 3 של ההסכם, דומה שדעתו תואמת את דעתו של חברי המשנה לנשיא ואת דעתי שלי. לדבריו, החתומים על ההסכם הקואליציוני "לקו בליקוי מאורות"; הם "העדיפו, מטעמים שלהם, לפגוע באינטרס הציורי-הכללי, המגולם בתפקידו של בית המשפט"; אותה חקיקה מתקנת עליה התנו בסעיף 3 של ההסכם "מערצת את היסוד

הקונסטיטוציוני של משטרנו, הבנוי על הפרדה ואיזון בין הרשויות"; הפעלת הוראות סעיף 3 על-ידי החתומים על ההסכם היא "בה לכרות את הענף אשר כולנו יושבים עליו". מכאן גם מסקנתו "כי לכאורה דינו של סעיף 3 להסכם היה, על-פי הכללים שהצבנו בפסקתנו, להיבטל מן העולם, בהיותו נוגד את תקנת הציבור."

דברים כדורבנות, והם מקובלים עליי.

לנוכח דברים ברורים אלה, הרואים בהוראות סעיף 3 הוראות שיש עמן ערעור היסוד הקונסטיטוציוני של משטרנו ופגיעה באינטרס ציבורי כללי, ניתן היה לצפות למסקנה המתבקשת בדבר בטלותו של הסעיף. אך חברי, השופט גולדברג, בחר שלא ללכת בדרך המלך המתבקשת מפרשנותו את סעיף 3 והשלכותיו. מסקנתו היא שדין העתירות להידחות.

שני נימוקים עומדים ביסוד החלטתו זו: א. החשש שפסילת הסעיף תעלה, כנגד בית המשפט העליון, את החשד שעל נפשו בא לבקש; כאילו המסקנה שאליה הגיע באה רק כדי להגן על סמכותו ועל מעמדו, ובכך ייפגע האמון של הציבור בבית המשפט. ב. הנחתו שחברי הכנסת לא יפעלו על-פי האמור בהסכם, וההתחייבות הגלומה בסעיף 3 לא תמומש.

צר לי, אך אין בידי להצטרף לאף אחד מנימוקים אלה כנימוקים המצדיקים את דחיית העתירות. להלן אתייחס לנימוקים אלה. אך רואה אני להדגיש, שעמדתו של חברי, השופט גולדברג, היא - כדעת חברי המשנה לנשיא וכדעתי - שסעיף 3, על-פי תוכנו, פסול בהיותו נוגד את תקנת הציבור.

אתייחס תחילה לנימוקו הראשון של חברי. השאלה שהוא מעורר היא, אם החשש שהוא מעלה בנימוקו זה צריך להניא את בית המשפט מלפסוק סעיף 3 פסול ובטל מעיקרו? 8. הסמכות שהוקנתה לבית המשפט הגבוה לצדק הוקנתה לו על-מנת שיעילה כל אימת שהוא נדרש לכך, ואין הוא יכול להתפרק מחובתו זו. כדבריו של השופט ויתקון בבג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח' [38], בעמ' 208:

"השמירה על הסמכויות שני לאווין בה, שעלינו להזהר מהם: אחד שלא נחרוג מגדר סמכותנו ואחד שלא נהסס למצות אותה עד תומה."

והדברים עתיקים. בעניין דומה נאמרו בפרשת *cohens v. Virginia* (1821) [45], דברים המצוטטים בפסק-דינו של חברי, המשנה לנשיא, בבג"צ 910/86 [36], בעמ' 494: "We have no more to decline the exercise of jurisdiction Other wouldbe treason to the constitution. Questions may which" occur, is given than to usurp that which is not given. The one or the But we cannot avoid them. All we;which we would gladly avoid . do is, to exercise our best judgment, and conscientiously"to Can perform our duty

הסוגיה שלפנינו קשורה בעניינים פוליטיים ושנויה במחלוקת ציבורית, ולא קשה לצפות שתוצאה כזו או אחרת של פסק-דין זה תיראה ראויה ורצויה לחלק האחד של הציבור, בעוד שחלקו האחר יחשוב היפוכם של דברים. אך בשל כך אל לו לבית המשפט להימנע מלפסוק את פסקו. יפים לעניין זה דבריו של מ"מ הנשיא לנדוי בבג"צ 390/79 דו"קאק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [39], בעמ' 4, אשר ראוי לחזור ולצטטם:

"...עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במונח זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעלל מחלוקות המפללות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים".

אכן, החשש מתגובה כזו או אחרת של חלק מהציבור אינה צריכה להרתיע את בית המשפט מלמלא את חובתו ולהכריע בעניין שלפניו על-פי עקרונות ואמות מידה משפטיים. כדברי חברי המשנה לנשיא בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 463, בבג"צ 320/86 [21], בעמ' 585-586:

"אנו אחת מזרועות השלטון, ותפקידנו שלנו הוא לפקח על כך, כי הזרועות האחרות תפעלנה במסגרת הדין כדי להבטיח את שלטון החוק בשלטון. זרועות החוק רמות הן, אך החוק רם מכולנו. לא נמלא את תפקידנו השיפוטי, אם לא נעביר, במסגרת עתירות שהוגשו כדין, תחת שבט ביקורתנו את פעולותיהן של הרשויות האחרות..."

וראה גם בג"צ 4267/93, 4287, 4634 אמיטי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל ואח' [40], בעמ' 474-475.

9. עד כאן דומה שאין מחלוקת. השאלה שבה חלוק אני על חברי, השופט גולדברג, היא זו: האם בכואו להכריע בעניין המובא לפניו ראוי שבית המשפט הגבוה לצדק יימנע מלהכריע הכרעה עניינית לגופו של עניין, רק בשל כך שהחלטה נוגעת למעמדו של בית המשפט העליון? האם על בית המשפט העליון להחליט במקרה כזה, במסגרת שיקול הדעת המסור לו, למשוך את ידו מהכרעה עניינית הנראית לו צודקת, בשל חשש שהחלטה כזו תיחשב כהתערבות לא רצויה בעניין הנוגע לו עצמו? אכן, הרגישות בעניינים רבה במיוחד. עוסקים אנו במעשים - הסכמה לפעולה המכוונים כנגד הערכאה העליונה של הרשות השופטת, כנגדנו אנו כבית המשפט הגבוה לצדק. אך כלום בשל כך נימנע מלהחליט את ההחלטה המתחייבת מן הנסיבות?

לדעתי, יש לענות לשאלה זו בשלילה. לעניין זה ראויים דבריו של השופט ברנזון בבג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה [41], בעמ' 172:

"כידוע, אין בתי-המשפט מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם זאת, לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות, אלא מתוך דאגה ברורה ואמונה עמוקה כי סמכות השיפוט והבקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה."

לדעת חברי, השופט גולדברג, הואיל ובית המשפט העליון מעורב, שלא בטובתו, בהסכם עצמו, החלטה שלו בדבר פסלות של סעיף בהסכם עלולה לפגוע באמון הציבור בו. לדעה זו אין בידי להסכים. ראשית, בית המשפט פועל במסגרת החוק ועל-פי צו מצפוננו, ולנגד עיניו אמו מידה חוקתיות. חזקה עליו שישפוט משפט צדק, לא יטה משפט ולא יכיר פנים. דבריו מנומקים, גלויים וברורים. הציבור אשר יבחן את הדברים לגופם, יבין וישתכנע ששיקולים משפטיים בלבד הנחו את בית המשפט בהחלטתו, וכי פעל לא רק במסגרת סמכותו אלא גם במסגרת חובתו להכריע את הדין משיקולים ענייניים בלבד. ולהפך, אם ייווכח הציבור לדעת שבית המשפט העליון אינו פוסק את פסקו כפי שמחייבים הנסיבות והדין, רק בשל חשש תגובת הציבור, דווקא גישה כזו של בית המשפט עלולה לפגוע קשות במעמדו וביוקרתו. שנית, כפי שכבר נאמר, בית המשפט אינו יכול להתפרק מסמכויותיו וחובותיו, כולל חובתו להפעיל את שיקול-דעתו באופן ענייני כמתחייב מהנסיבות שלפניו. אל לו להימנע ממילוי חובתו כחוק בשל חשש שדבריו לא יהיו לרוחו של חלק זה או אחר של הציבור, בין שהוא מיעוט ובין שהוא רוב הציבור. שלישי, אם יימנע בית המשפט העליון מלמלא את תפקידו במסגרת הסמכויות המוקנות לו כדין, רק מכיוון שלהחלטתו יש השלכה על פגיעה אפשרית בבית המשפט עצמו, נמצא הציבור במצב של לית דיין ולא יהא מי שיאכוף את הדין. אין גוף משפטי אחר אשר לו הסמכות לדון ולהכריע בסכסוך אשר הובא לפניו.

והשוב לחזור ולהדגיש: בהחליטו לפסול סעיף אשר יש בו פגיעה במעמדו של בית המשפט הגבוה לצדק וביחסי הגומלין וחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, לא לעצמו עושה בית המשפט הגבוה לצדק. הדבר נעשה "מתוך ידיעה ברורה ואמונה עמוקה כי ... הבקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות הוא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה" (בג"צ 222/68, המ' 15/69 [41] הנ"ל, בעמ' 172).

על-כן, גישתי היא שאף כי החלטה בדבר פסילת סעיף 3 להסכם יש עמה שמירה על מעמדו של בית המשפט הגבוה לצדק, עובדה זו אינה מצדיקה שלא נחליט על פסילת הסעיף.

10. חברי, השופט גולדברג, מניח שיישומה של ההתחייבות הגלומה בסעיף 3

לא תמומש. הנחתו היא, שחברי הכנסת, אשר ההסכם הקואליציוני נחתם בשמם, לא ייתנו את ידם ליישום הסעיף בשל החומרה הרבה שתהיה לכך. ובמילים אחרות, מילותיי שלי,

הוראות הסעיף הן כל כך פסולות ובלתי מתקבלות על הדעת, עד כי אין להעלות על הדעת שצו מצפונם של חברי הכנסת יתיר להם לפעול על פיהן. מסתבר, שהיותן של הוראות הסעיף כה נוגדות את טובת הציבור, משמש בידי חברי מנוף לביטול החשש שיפעלו על פיהן. נראה שחברי, השופט חשין, שותף גם הוא להנחה האמורה.

איני יודע מניין שואבים חבריי הנחה אופטימית זו.

הסכמים קואליציוניים מהווים תשתית ומצע מוסכם לסיעות בכנסת החתומות עליהם. ההסכמים נחתמים על-מנת שיקוימו. משמעת קואליציונית מופעלת לא אחת על חברי הסיעות החתומים עליהם, והתופעה שחברי-כנסת פועלים על-פי המתחייב ממשמעת קואליציונית, תהיה דעתם אשר תהיה, אינה תופעה חריגה.

וגם זאת, נסיבות המקרה מלמדות שהמפלגות החתומות על ההסכם הקואליציוני הנדון מתייחסות אל האמור בו ואל הכוונה לממשו במלוא הרצינות. עובדה היא, שעד ההכרעה בעתירות בתיק זה התעכבה כניסת תנועת ש"ס לקואליציה. הדבר מלמד על רצינות כוונתה של סיעה זו לממש את ההסכם, וחברי סיעת מפלגת העבודה בוודאי מבינים שכניסתה של ש"ס לקואליציה, כמו המשך הישארותה בה, מותנים במימוש ההסכם.

במהלך הדיון הושמעו הערות בית המשפט על המשמעות החמורה המתבקשת מהוראות

סעיף 3 להסכם. אך המפלגות החתומות על ההסכם לא ראו לתקן את ההסכם ולא חזרו בהן מהתחייבותן בסעיף זה. כפי שהבהיר חברי הנשיא בפסק-דינו, ארכה שניתנה לסיעות החתומות על ההסכם לשקול את עמדתן מחדש לא הביאה אלא לאותה "הבהרה", שאין בה להקהות את חומרת ההתחייבות גלומה בסעיף 3.

על-כן, אין לנו כל יסוד לצאת מהנחה שהסיעות החתומות על ההסכם חתמו עליו על-מנת שלא לקיימו.

עמדתו של חברי היא, למעשה, שהסכם לחדוד ויישומו לחדוד, וקיימת הנחה שהחותמים על ההסכם אינם מתכוונים ליישמו, כאילו התחייבות בהסכם פוליטי אינה אלא מילה ריקה מתוכן. ובלשונו של חברי, השופט חשין, "התחייבות-לכשארצה". במילים אחרות, אין בעצם חשיבות להתחייבויות בהסכם קואליציוני, ואין להתייחס אליהן ברצינות.

נראה לי, שהנחה זו אינה מבוססת. לדעתי, יש להתייחס אל המפלגות החתומות על ההסכם, כמו גם אל התחייבויותיהן בהסכם וכוונתן לקיימן, במלוא הרצינות. ואמנם, בא-כוח מפלגת העבודה, עורך-דין לורך, לא ביקש בטיעונו לפנינו שנתייחס להוראות סעיף 3 של ההסכם כאל התחייבות לאו-בת-מימוש. הוא חזר והבהיר, שאם ישונה הסטטוס קוו בענייני דת על-ידי פסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק, עומדות בתוקפן התחייבות החותמים על ההסכם לפעול על-פי סעיף 3 של ההסכם וכוונתם לפעול על פיו. מכל מקום, ההתחייבות הגלומה בסעיף 3 היא כה חמורה, עד שאין להסתכן ולסמוך על הנחה כאמור, כשאין לה כל בסיס בהתנהגות הצדדים להסכם הקואליציוני הנדון עד כה.

11. כאמור, מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, המשנה לנשיא.

השופט מ' חשין: אני מסכים לפסק-דינו של חברי הנשיא. לצערי לא אוכל להסכים להכרעת הדין של חברי, המשנה לנשיא. אסמוך שתי ידיי על המילים הקשות שניתנו מפי חבריי אלה - מפיהם ומפי חבריי השופטים גולדברג ואור - על הוראת סעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד; אסמוך עליהן ידיי ואוסיף. בה בעת אזכור כי ענייננו המידי אין הוא לא בביקורת הנקרא ולא באתיקה ציבורית באשר הן. ענייננו הוא בתחום המשפט, ובו יתרוצצו אנה ואנה זכויות וחובות וכוחות וחסינויות. השאלה שהציגה עצמה לפנינו להכרעה בה איננה אם יפה הוא ההסכם המיועד או אם יש בו כיעור. השאלה היא אם עבר ההסכם את גבול המותר כדי היותו פסול מבחינה משפטית. אם אינטרסים אלה ואחרים נעטפו - או ראוי להם שיעטפו - בזכויות ובחבוינות שמתחום המשפט, או שמא מקומם אל מחוץ למחנה המשפטי. מצויים אנו על הגבול, על גבולה של המערכת המשפטית, ועיסוקנו בהתוויית גבולות. השאלה שלפנינו היא אם פגע ההסכם נושא הדיון בערכי יסוד, כדי כך ששיטת המשפט תעלה עליו את החרב המתהפכת ותגזור עליו כליה; אולי נשלים עם קיומו של ההסכם; ואפשר ענייננו בגרמים שמשכנם בחלל אל מעבר לגלקסיה המשפטית גרמים שאינם נמשכים כלל אל מרכז הכבידה המשפטי.

מצעה של מפלגה ביחסו להסכם קואליציוני; הסכם קואליציוני פסול הנסמך על מצע כשר 2. סעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד - והוא נושא הדיון - קובע וזו לשונו: "במידה ויפור הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה."

כולנו הסכמנו כי צירוף לשון זה שבסעיף 3 להסכם המיועד לא בא להשמיענו אלא זאת, שהלכה כי תצא מלפני בית המשפט העליון, הלכה שלדעת בעלי ההסכם יהיה בה כדי להפר את הסטטוס קוו בענייני דת, כי אז יעשו בעלי ההסכם לביטולה של אותה הלכה - ולהחזרת המצב לקדמתו - אך באשר הופר הסטטוס קוו; כל כך, בלא לתת את הדעת לא לתוכנה של ההלכה (חוץ משאלת הפרתו של הסטטוס קוו), לא לצדקתה, לא לטוב שהיא באה להשפיע ולא לרע שהיא נועדה לשרש. זו תחנת המוצא לכל הדיון כולו, וממנה נצא לדרכנו.

3. והנה, במהלך הדיון על-פה שאלתי את באי-כוח העותרים, שאלתי וחזרתי ושאלתי, על דבר הקשר האפשרי בין מצעה של מפלגה לבין הסכם קואליציוני המייסד עצמו על אותו מצע. הנה זו מפלגה פלונית, כך הצגתי לבאי-כוח העותרים, והיא מפלגה של שומרי מצוות. עיקר בעיני חבריה ומועמדיה הוא אימוצו והשלטתו של דין תורה - לא כל שכן שמירת הסטטוס קוו ביחסי דת ומדינה - וכך מכריזה היא במצעה. הוראת סעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד (בתוכנה) היא במרכז, ושאר נושאים: נושאי חברה וכלכלה ומדיניות הולכים סובבים אותה סביב-סביב ומשתחוים לה. והנה היא מפלגה אלמונית, אף היא מפלגה של שומרי מצוות. גם בעיני חבריה ומועמדיה של זו עיקר הוא אימוצו והשלטתו של דין תורה - לא כל שכן שמירת הסטטוס קוו - וכך מכריזה אף היא במצעה. גם במצעה של זו יבוא סעיף 3 הנזכר כבריח התיכון, וכל שאר נושאים של חברה ומדינה

וכלכלה לא יהיו אלא נושאי שובל. אם מצע של זו כשר ומצע של זו כשר, כך הקשיתי לבאי-כוח העותרים, כיצד זה שהסכם קואליציוני כי תערוכנה ביניהן השתיים, ובטבורו אותו סעיף 3, יהיה ההסכם פסול? הייתכן שכשר וכשר - ומאותו מין וסוג יעלו טרף? ואם כשר וכשר יעלו כשר, מה היא טענתם של העותרים ותישמע? השיבו באי-כוח העותרים מה שהשיבו, ומתשובותיהם כולן לא הבינתי אלא את תשובתו של עו"ד אורי רגב, והוא בא-כוח התנועה ליהדות מתקדמת. טען עו"ד רגב כי מצען של אותן מפלגות פסול הוא מעיקרו; המפלגות לא תותרנה כלל להשתתף בבחירות; וממילא לא יעלה ולא יבוא הסכם קואליציוני כזה המונח לפנינו. וכל כך למה? בהתאם לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אין מונעים רשימת מועמדים מהשתתף בבחירות לכנסת אלא אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות.

אמר עו"ד רגב, כי אותן מפלגות תיפסלנה מעיקרן הואיל ועוברות הן על לאו של "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה"; ומשפסול הוא המצע, פשוט הוא שגם הסכם קואליציוני - הנותן ביטוי לאותו מצע - פסול אף הוא. משהגבתי על תשובתו זו בתמיהה - מטעמים ידועים ומבוררים, והרי בתוך עמנו אנו יושבים - חזר עו"ד רגב על תשובתו בהדגש יתר. בבחינת הגיונם הפנימי ועקביותם של הדברים, התשובה היא תשובה, אך דומני שאיש לא יעלה על דעתו ברצינות לפסול מפלגה של שומרי מצוות אם תעלה מצע של דין תורה או של סטטוס קוו כהוראת סעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד. בה בעת, תשובתו זו של עו"ד רגב לימדה אותנו כי גם לדעתו יש קשר פנימי בין מצע לבין הסכם קואליציוני.

חזרה אפוא שאלה למקומה: כיצד זה שמפלגה תפנה אל בוחרים בהניפה דגל של סטטוס קוו כבענייננו, אך משזכתה לאמונם של הבוחרים לא תורשה לקדם את מצעה על דרך של הסכם קואליציוני שתוכנו כתוכן מצעה? הנקבל כי ימין תקרב בעוד שמאל תרחיק? קושיה זו הטרידה אותי בעבר, מוסיפה היא ומטרידה אותי כיום, ותשובה ראויה בצדה לא מצאתי. האומנם מכאן ראיה כי ההסכם הקואליציוני המיועד לא נפלו בו לא פגם ולא סירכה משפטיים? 4. חברי, המשנה לנשיא, אינו מתעלם מן הקושי הניצב על דרך, ומנסה הוא להתמודד עמו (בפיסקאות 20 עד 23 לפסק-דינו). קראתי וחזרתי וקראתי בדבריו (כך אף בדבריו של חברי, השופט גולדברג), ותשובה לקושיה לא מצאתי. אוסיף ואדגיש: אין ענייננו בהוראה שולית שבמצעה של מפלגה פלונית. ענייננו הוא בהוראת אמצע, בהוראה שכל שאר הוראות טפלות לה, משרתות אותה ומשתחוות לה, והיא בבחינת "סבוני גם סבבוני". עצם קיומה של מפלגה פלונית, הפרימאט שהיא מרכינה ראש לפניו - וללא עוררין -

הוא השלטת מצוות התורה. חוק המדינה יתיר לה להכריז במצעה על מטרתה באותיות של זהב, ויאפשר לה לתור אחר בוחרים החפצים בה. והסכם קואליציוני על אותו נושא עצמו לא תותר לכרות? חברי המשנה לנשיא מדבר על מצע המכיל הוראות רבות ושונות מעמד, וממנו אומר הוא ללמוד לענייננו. ואילו אנו, מדברים אנו באידיאולוגיה של עיקר. מכאן שהאיזונים השונים שחברי מדבר בהם - איזון בפסילת מצע מזה ואיזון בפסילת הסכם קואליציוני מזה - אינם לענייננו כלל.

חברי מוסיף ומזכיר את נושא הגזענות. עד שתוקן חוק-יסוד: הכנסת והוספה הוראת סעיף 7א ב, רשאית הייתה מפלגה ולה מצע גזעני להשתתף בבחירות לכנסת (פרשת ניימן [14]), ואילו הסכם פוליטי בעל תוכן גזעני שאותה מפלגה הייתה אומרת להיות צד לו, היה נפסל בהיותו מנוגד לתפיסות היסוד החוקתיות ולתקנת הציבור. מכאן ראייה, כך אומר חברי, שמצע לעצמו והסכם קואליציוני לעצמו: אפשר שזה יתפוס ואילו זה ייפול. על כך אשיב ואומר: ראשית לכול, דוגמת הגזענות הינה דוגמה קשה. תמיד סברתי כי אין מביאין ראייה לא מן השוטים, לא מן הגזענים, אף לא ממערכות קיצוניות כיוצא באלו, שהדוגמה נושאת עמה שובל של קונוטציות ואסוציאציות המערפל את התמונה ואת החשיבה הנקייה. למותר לומר שענייננו שונה מקצה אל קצה. שנית, אינני בטוח כי באותה עת שמצע של גזענות הותר, היה זה נכון לפסול הסכם קואליציוני שנועד לקדם מטרות שהחוק ראה אותן כלגיטימיות (ועל כך נוסף עוד ונעמוד בסמוך). מכל מקום, המחוקק עמד על המוזרות שבדבר, ובהטילו איסור על מצע של גזענות, פר אותנו מעולה של הדוגמה.

5. מוסיף חברי ואומר: הזכות לבחור ולהיבחר זכות נעלה היא, מי ישווה לה ומי ידמה לה, והרי היא על כס מלכות. לא נפגע בה אפוא אלא במקרים קיצוניים ביותר, וההגבלות עליה תהיינה מעטות מכל מעטות. וממשיך הוא ואומר:

"על רקע זה מוכן אני להניח - בלי לפסוק בדבר - כי מפלגה אשר יש לה קשת רחבה של נושאים לגיטימיים שאותם היא מבקשת להגשים והכוללת במצעה הוראה כי היא תפעל לשנות פסקי-דין של בית המשפט שיש בהם הפרה של הסטטוס קוו בעניני דת', לא תימנע השתתפותה בבחירות. מסקנה זו עשויה להתבסס, בין השאר, על האופי הלא דומיננטי של אותה הוראה, ועל היעדר ראיות כי המפלגה תפעל למען מימוש אותה מטרה".

שונה עניינו של הסכם קואליציוני; ובלשונו של חברי:

"שונים פני הדברים לעניין ההסכם הקואליציוני: בבחינת חוקיותו של זה אינה מתנגשת הזכות לבחור ולהיבחר עם אינטרסים חיוניים נוגדים, שעניינם קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי ומניעת הסתה לגזענות. הזכות לבחור ולהיבחר כבר מומשה. ההתנגשות לעניין ההסכם הקואליציוני היא בין הגשמת יעדיה של המפלגה וחופש הפעולה שלה, לבין תפיסות יסוד חוקתיות. הוראה במצע, שאין בה כדי להביא לצעד הדראסטי של מניעת ההשתתפות בבחירות,

עשויה עם זאת להביא לפסילתה כהוראה בהסכם פוליטי. אכן, 'שליחת האופי הדמוקרטי של המדינה' לעניין מניעת השתתפותה של רשימה בבחירות צריכה לקבל מובן צר הרבה יותר מאשר המבחן של 'פגיעה ערכית ומהותית היורדת לשורשו של עניין', המשמשת אמת מידה למעורבות שיפוטית בבטלותו של הסכם קואליציוני. אכן, אין קורלאציה מלאה בין הזכות להשתתף בבחירות לבין הזכות לעשות הסכמים קואליציוניים. הזכות הראשונה מקיפה יותר ומהותית יותר. לא כל פגיעה בעקרונות יסוד, המצדיקה פגיעה בהסכם קואליציוני, מצדיקה גם פגיעה בזכות להשתתף בבחירות".

דברים אלה קשים לי ומכבידים עליי.

הנה זו מפלגה של שומרי מצוות. עיקר במצעה הוא שמירת מצוות תורה", החזרת עטרה ליושנה", דבקות בסטטוס קוו ובסעיף 3 להסכם הקואליציוני המיועד (קרי: בתוכנו המהותי). לאסוף בוחרים תחת דגל זה יותר לה - זו הדמוקרטיה, ועל כך נסכים כולנו - אך לכרות הסכם קואליציוני להגשים את מצעה לא נתר לה? האין אלה בבחינת תרתי דסתרי? אם לקדם את מצעה לא יינתן לה, מה טעם תלך לבחירות ותניף דגל שהיא מניפה, והרי כולנו נדע - מראש - כי דגל כזב הוא, ואת שהיא מבטיחה לבחוריה לא תוכל להגים? היעלה על הדעת כי יינתן לה למפלגה - על-פי חוק להבטיח לבחוריה כך וכך, אך להגשים מטרותיה נאסור עליה? ואנו נעמוד ונשאל: ומה ההבדל בין מצע לבין הגשמתו של מצע? הגשמתו של מצע הוא המצע, והרי ידענו כי אין מצע בלא הגשמתו. מדוע קיוויתי לעשות ענבים ויעש באושים? אכן, כל הבדלים והבחנות בין מצע לבין הסכם קואליציוני נדמו בעיניי להבדלים ולהבחנות שוליים וטפלים, למצער ככל שמדובר הוא בעיקרו של מצע או בחלק מרכזי בו. לא אקבל כי עיקרו של מצע יהיה כלי לגיטימי על-פי דין, אך הסכם קואליציוני אשר נועד לקדמו ולהוציאו מן הכוח אל הפועל ינגוד עיקרי יסוד של חיינו במדינה. אלה השניים היו לאחדים, יחדיו יעלו ויחדיו ייפלו. ואם נכיר במצע - ואכן מכירים אנו בו - ההכרה בהסכם הקואליציוני תבוא מאליה.

6. אכן, הסכם קואליציוני אינו אלא המשכו של מצע, הוצאתו לפועל של מצע. ואם המצע מותר הוא - כן יהי, על דרך העיקרון, דינו של ההסכם הקואליציוני. בוודאי כך במקום שענייננו הוא בעיקרו של מצע. יתר-על-כן: אם בטל הוא הסכם קואליציוני המייסד עצמו על מצע כשר - ביתר דיוק: מצע שהוכר ככשר לעת בחירות - אך מסקנה טבעית היא שהמצע עצמו אף הוא בטל, אם לא לענין של בחירות הנה ככל שהמדובר הוא בקווי פעולה לממשלה. לשון אחר: כשם שהעותרים זכאים, אליבא דחברי המשנה, לזכות בפסק המצהיר על בטלות ההסכם הקואליציוני, כן יהיו הם זכאים לפסק מצהיר לעניינו של המצע כמדיניות ביצוע מנחה למפלגה המשתתפת בממשלה גם ללא הסכם קואליציוני. שהרי השניים חד הם, וההסכם הקואליציוני אינו אלא בנו הלגיטימי של המצע. בנו של כשר יהיה כשר ובנו של טרף יהיה טרף. וכלשונו של השופט ברק בבג"צ 3619/86, בעמ' 507:

"ההסכם הקואליציוני הינו מכשיר מקובל בישראל. הוא מהווה מסגרת להסכמה פוליטית בין המפלגות. אין הוא יכול, כשלעצמו, להפוך לחוקית פעולה שבלעדיו אינה חוקית. אין להסכים בהסכם קואליציוני לבצע פעולות, שעל-פי הדין אסור לבצען. בדומה, אין בעצם העובדה שפעולה מסוימת נכללת בהסכם קואליציוני כדי להפוך אותה פעולה לבלתי חוקית, אם לולא אותו ההסכם הפעולה הינה חוקית".

וכן הם דבריו של השופט גולדברג בפרשת ז'רז'בסקי [16], (בעמ' 866):

"התחייבות לעשות מעשה בלתי חוקי או פסול שקיבלו על עצמם לעשות במשותף צדדים להסכם פוליטי אינה רעה, על-פי תוכנה, יותר מאשר החלטה בלתי חוקית או פסולה, באותו עניין, של אחד הגופים, רק של כך שמדובר בהסכם. ההסכם הינו מסגרת שבה בא לידי ביטוי הרצון המשותף לבצע את המעשה, ואפשר שיש לראותו כמאיץ לביצועו של המעשה, אולם לא תבניתו הפורמאלית היא שמשליכה על תוכנו".

הנקבל אפוא כי מצע אשר הוכר ככשר לעניינן של בחירות נראה בו טרף לעניינן של ממשל? הנסכים כי העותרים שלפנינו יהיו זכאים לקבל פסק המצהיר כי מצעה של ש"ס - ומצעה של מפלגות אחרות של שומרי מצוות - הוא פסול ככלי בשלטון, אך באשר מקדש הוא את הסטטוס קוו כדי הפיכת פסקי-דין של בית המשפט העליון על פיהם? והרי בכך גזרנו כרת על כל מפלגות של שומרי מצוות חרדים. אכן, מה בצע בהכרתו של מצע ככשר לעניינן של בחירות אם אין ניתן להוציא מן הכוח אל הפועל? תמיהה היא ותהי לתמיהה. המסקנה מכל אלה מתבקשת מאליה: אם הכרנו במצע למצער: בעיקרו של מצע - כמכשיר לגיטימי לאסוף בוחרים אל מחנה אחד, לא נוכל שלא להכיר בהסכם קואליציוני כי יעשה לביצועו של אותו מצע, להוציא אותו מצע מן הכוח אל הפועל.

7. כללם של דברים: בהכירנו במצע של מפלגה, בהתירנו למפלגה לבקש אמונם של בוחרים על-פי מצע שמפלגה מציגה לפניהם, דומה כי אין אנו רשאים - על-פי הגיונם של דברים - שלא להכיר בזכותה מלאה של אותה מפלגה להגשים את מצעה על דרך כריתתו של הסכם קואליציוני. למצער נכונים הדברים ככל שהמדובר הוא בעיקרו של מצע. לא נותר להרחיק בשמאל בעוד ימין מקרבת. כך בענייננו וכך בכל עניין אחר.

ההסכם הפוליטי - מהותו ושפיטותו

8. שאלה לעצמה היא, ושאלה נכבדה היא, אם ההסכם פוליטי הינו בן-שפיטה-

שפיט, בלשונונו - קרי: אם ההסכם פוליטי עשוי לשמש בית-יוצר ומבוע להקנייתן של זכויות ולהטלתן של חובות במשפט, לאמור, זכויות וחובות בין הצדדים להסכם, ביניהם לבין עצמם. נושא זה עלה לדיון לפני בית המשפט העליון כמה וכמה פעמים, והובעו בו דעות מדעות שונות. ראו: פרשת ז'רז'בסקי [16], פרשת רובין [24], פרשת שליט [15] ופרשת זועבי [23]. ייזכרו בעיקר דבריהם (באימרות אגב) של חברינו, המשנה לנשיא השופט אלון

והשופט ברק בפרשת ז'רז'בסקי [16], שבה הניפו השניים, כל אחד מהם, דגל על ספינתו שלו, והפליגו, כל אחד מהם, אל ימים רחוקים. גם אנשי אקדמיה לא הדירו עצמם מן הנושא, ודעותיהם כצבעי הקשת. אקדים ואומר כי מספח אני עצמי אל מחנה השוללים את היותו של ההסכם הפוליטי הסכם בן-שיפוט, והוא ביחסים בין בעלי ההסכם ביניהם לבין עצמם. לשון אחר: דעתי היא כי אין ההסכם הפוליטי אוצר כוח להקנות זכויות ולהטיל חובות בתחום המשפט בין הצדדים לו, והרי משכנו - כמכשיר ליצירת זכויות וחבויות בין בעלי ההסכם - אל מחוץ למחנה המשפט. וזאת נדע: השאלה אינה אם ניתן ליצור מערכת נורמות להסכמים פוליטיים, אלא אם ראוי הוא לעשות כן (שאלה: אם "הסכם פוליטי" הוא בן-שפיטה, מדוע לא יהיה אף "מצע פוליטי" - והוא "הסכם פוליטי" בין חבר מפלגה לבין מפלגתו - מקור לזכויות ולחובות? מדוע לא יהיה חבר מפלגה ראוי לתבוע את ראשיה לדין בבית-משפט של המדינה, בטענה כי סוטים הם "שלא באורח סביר" מ"אמנה פוליטית" שכתרו עמו והוא מצע המפלגה - ולבקש מבית-משפט, למצער, פסק המצהיר על כך?). אני מסכים לעיקרי דבריה של פרופ' נ' כהן במאמרה "ההסכם הפוליטי" המשפט א (תשנ"ג) 59 ואילך, אך לא אאריך בדברים הואיל ואין הם במישרין לענייננו. ראה עוד ד' פרידמן ו-נ' כהן, חוזים (אבירים, כרך א, תשנ"א) 359 ואילך.

אין פירוש הדבר ש"הסכם פוליטי" לא יבוא לעולם בשעריו של בית המשפט, וכי בית המשפט לא ידבר משפטים בגנותו. הנה כי כן, הסכם קשר (קונספירציה) בין שניים לביצועו של פשע לא יהיה כלי לגיטימי להקנייתן של זכויות ולהטלתן של חובות משפט, אך עצם כריתתו של ההסכם עשוי לשלח את בעליו אל בית האסורים לשנים רבות. אף אתה אמור, וכולנו נאמר: בית-משפט לא ידיר עצמו מדיון בהסכם פוליטי אך באשר הסכם פוליטי הוא, ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו - בין במפורש בין מכללל - כהסכם בלתי חוקי או כהסכם הנוגד את תקנת הציבור. לשון אחר: היותו של הסכם "פוליטי" לא יקנה לו להסכם "חסינות" מפני הבאתו לבית-משפט כנושא לדיון; בית-משפט יכול שיטפל בו כראוי לו, והוא במקום שעשוי הוא לפגום בעיקר מעיקרי החברה או ביסוד מיסודי המשפט. 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, וכן נעשה. וכלשונו של השופט גולדברג בפרשת ז'רז'בסקי [16], בעמ' 866 (דברים אותם מביא חברי המשנה לנשיא אף הוא):

... "לא בתוקפו המחייב של הסכם פוליטי אנו עוסקים, אלא בתוקפו של המעשה שנעשה, או שאמור להיעשות, בעקבות ההסכם, האם בלתי חוקי הוא או האם פסול הוא על פי הנורמות המקובלות עלינו מן המשפט הציבורי. דהיינו, אם מתיישב המעשה, או אינו מתיישב, במהותו עם עקרונות היסוד של מדינה מתוקנת, המנחים אוננו בפסיקתנו".

אסכים אפוא עם חברי, המשנה לנשיא - כיצד אוכל אחרת - שלו הוכח לנו כי ההסכם הקואליציוני המיועד (ביתר דיוק: סעיף 3בו) פוגע בערכי יסוד של שיטת המשפט, כי מכרסם הוא באורח מהותי בתקנת הציבור, כי אז לא הייתי מהסס, אני כחברי, להכריז על בטלותו. משלא נמצא לי כך, כנשיא כמוני, ממילא לא אוכל לצרף דעתי לדעתו. אכן,

מערכת המשפט אין היא מתעלמת מקיומו של "הסכם פוליטי" - כיצד תוכל להתעלם מקיומו - והרי הוא "קיים" אי-שם בחלל הציבורי. ואולם למיטב ידיעתי מעולם לא החליט בית המשפט העליון, בדרך מושכלת ומודעת לבעייתיות, כי "הסכם פוליטי", באשר הוא, יש בו כדי לשמש מקור לזכויות ולחובות במשפט בין הצדדים לו, בינם לבין עצמם. ואדגיש: מדבר אני ב"הסכם פוליטי" בתחומי המערכת המשפטית. לא אמרתי - ולא אומר - כי "הסכם פוליטי" אינו נושא עמו התחייבות ציבורית או התחייבות מוסרית לקיימו. ואולם, אלו מחוץ לתחום המשפט הן, ואנו בתחום המשפט אנו.

בהקשר דברים זה ביקשתי לומר כמה מילים על מהותו של ההסכם הפוליטי ועל טעם אחד שהולך אותי למסקנה כי אין לראות בו מקור לזכויות ולחובות במשפט. ולאחר שנאמר דברים בנושא זה נקשר אותם לענייננו שלנו.

9. ההסכם הפוליטי מנוסח לעתים כמסמך משפטי לכל דבר ועניין, משל היה חוזה בין בעליו למיקח ולממכר של סחורות ושירותים. ואולם למותר לומר שלא ניסוחו של ההסכם יקבע אלא כוונת הצדדים לו ומהותו בתורת שכנו. על כוונת הצדדים ועל מהות ההסכם ביקשנו לומר עתה מילים אחדות. עולמם של אנשי המדינה, הפוליטיקאים, שונה הוא במהותו מעולמם של אנשי המשפט, דרך חשיבתם שונה ושפתם שונה. אותן תיבות עצמן הנהגות בפיו של המשפטן ובפיו של הפוליטיקאי הוראתן יכולה שתהיה שונה, משמעותן יכולה שתהיה שונה, והמסקנה הנדרשת מהן יכולה שתהיה שונה. כך, למשל, המושג "התחייבות" בעולם המשפט, דומה עליו כי הוראתו שונה מהוראתו של אותו מושג עצמו בעולם הפוליטיקה. ואם אמנם כך הוא, לא יהיה זה נכון וראוי ליתן ל"התחייבות פוליטית" אותם כוח ועוצמה שאנו נכונים להעניק ל"התחייבות במשפט", שראשונה נולדה בעולמה שלה ונושמת היא אוויר של "פוליטיקה", ואחרונה נולדה בעולמה שלה ונושמת היא אוויר של משפט. הוא הדין במושג "הסכם": צרף אל "הסכם" את המושג "משפטי" להיות השניים "הסכם משפטי", ונמצאת מחזיק בידך יצור נורמאטיבי המוכר לנו היטב. צרף אל "הסכם" את המושג "פוליטי" להיות השניים "הסכם פוליטי", ונמצאת מחזיק בידך יצור נורמאטיבי שונה בתכלית שאפשר רק דמיון חיצוני בינו לבין הדומה לו לכאורה. במקום אחר עמדנו על העתקתם של כללי משפט ממערכת משפט אחת אל מערכת משפט אחרת, ואלה דברים שאמרנו (חשין, מיטלטלין בדין הנזיקין (מאגנס, תשל"א): 167

"...מוסד משפטי ניתן לדמותו לצמח וכמו צומח הוא על קרקע שיטת משפט פלונית, ממנה הוא יונק וניזון. ניתקת אותו מהמושגים המייחדת את שיטת המשפט בה צמח וגדל, תימצא מחזיק בידך גוף מדולדל, בחינת אבר באין נשמה בו. שתלת אותו בקרקע זרה - שילבת אותו במערכת הנורמות של סדר משפטי אחר - והוא שלח שרשיו ונאחז בקרקע החדשה - נמצאת מחזיק בידך מוסד משפטי חדש, שרק דמיון חיצוני בינו לבין קודמו בגלגול."

כך הוא בהעתקת כללי משפט ממערכת משפט אחת לרעותה, וכך יכול שיהיה בתוככי אותה מערכת משפט עצמה. ואמנם: עד שנבוא להחיל על "הסכם פוליטי" נורמות מן

המוכן שיצרה מערכת המשפט לעניינם של "הסכמים משפטיים"; או, קודם שננסה ליצור עבור "הסכמים פוליטיים" נורמות של משפט על דרך הכלל; חייבים אנו לשאול עצמנו אם אמנם "הסכם פוליטי" "הסכם" הוא. לשון אחר: אם ראוי ונכון הוא לראות בו הסכם היונק חיות מערכת המשפט; אם ראוי ונכון הוא שמערכת המשפט תאמץ אותו כבן לה; אם קורץ הוא מאותם חומרים העושים נורמות של משפט; אם נועד הוא להשיג תכליות שהסכם משפטי נועד להשיגן, ולו תכליות דומות; אם בחיי החברה משמש הוא מטרות שאותן משמש הסכם משפטי, ולו מטרות דומות; ועוד כיוצא באלו שאלות המנסות לתהות על קנקנו של ההסכם הפוליטי.

10. בחינה מקרוב של כל אלה תגלה לנו, כך דומה עליי, שלא הרי "הסכם פוליטי" כהרי "הסכם משפטי", והשוני בין השניים אינו אך בשוליים אלא בעיקרים היוצרים את האחד ואת האחר. כך, למשל, אדם האומר להתחייב התחייבות משפטית כלפי זולתו, חייבת אותה התחייבות לנסח עצמה בלשון ברורה וחדה, שאם לא כן לא תקום ולא תהיה "התחייבות במשפט". התחייבות כללית ובלתי ברורה, התחייבות עמומה ומעורפלת, התחייבות בלתי מסוימת, לא נכיר בה כ"התחייבות במשפט" אך בשל כך שהיא כללית ובלתי ברורה ומעורפלת ובלתי מסוימת. ראה, למשל: פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 265 ואילך; ג' שלו, דיני חוזים (דין, מהדורה 2, תשנ"ה) 88 ואילך, 103 ואילך. לענייניו של "הסכם פוליטי" - שאני, שדווקא אלה הם מאפייניו: היותו כללי, היותו עמום ומעורפל, היותו ניתן לעוד ועוד פירושים. אדרבא: עמימות משהו היא מסימני היופי של הסכם פוליטי. ועוד: "הסכם משפטי" לא יישא סתירה בין הוראות שונות בו, ובמקום של סתירה לכאורה יעשו אנשי המשפט כמיטבם לסילוקה של הסתירה. "הסכם פוליטי" - שאני, שסתירה בין הוראות בו אינה חזון בלתי נפרץ. אכן, "הסכם משפטי" גוזר קטע צר מן החיים ואומר הוא להשליט בו משטר נורמטיבי הדוק כאשר הסכימו הצדדים. "הסכם פוליטי", על דרך הכלל, הינו רחב אברה, סתירות שבו לא תעוררנה פליאה, והרי משקף הוא - ואומר הוא לשקף - חיים מלוא היקף, חיים שהם עצמם מלאי סתירות ופירכות. "הסכם משפטי" ייכתב בדקדקנות מתישה, מכאיבה ומשעממת - יש אומרים: זה טיבו וטבעו - להיותו ספציפי ו"בהיר". "הסכם פוליטי" ייכתב במשיכת מכחול רחבת היקף, בערך ובקירוב, בניגוד גמור ל"הסכם משפטי". "הסכם משפטי" נעשה הוא כפי שהוא נעשה כדי שהצדדים יידעו בבירור את זכויותיהם ואת חובותיהם - מראש ומעת לעת במשך חיי החוזה - וכדי שיוכלו לתבוע זכויותיהם בבוא עת - אם תבוא העת - בבית המשפט. ואילו "הסכם פוליטי" נעשה הוא כפי שהוא נעשה - כך נעשה הוא כיום וכך נעשה הוא בעבר - משום שאין הוא אמור לבוא בבית המשפט ומשום שאין הוא נושם לקיומו אויר של משפט. ועל כל אלה: דרכו של המשפט היא דרכה של הגיליוטינה: חיתוך חד, קביעה נחרצת, הכרעה לכאן או לכאן, זכאי וחיוב, טוב ורע, שחור ולבן, צד זוכה וצד מפסיד. אם זה טיבו של התהליך, ממילא לא נכניס למכונת המשפט אלא נושאים שניתן וראוי להכריע בהם כך בדרך נחרצת. ואילו נושאים שיש לעגלם, להתפשר בהם, לחיות על דרך ויתורים ובשיטה של תן-וקח, נשאיר אותם להכרעתן של מערכות נורמטיביות אחרות. שאלה היא אפוא אם יוכל ההסכם הפוליטי לחיות בעולם המשפט. דג לא יחיה ביבשה. היחיה ההסכם הפוליטי בעולם המשפט?

כך הם דברים על קצה המזלג, תחילת-תחילתם של דברים לעניינם של "הסכם משפטי" מזה ושל "הסכם פוליטי" מזה.

11. מה הוא היסוד המיוחד "הסכם פוליטי", מיוחד אותו לעצמו ומבדיל אותו מ"הסכם משפטי"? נפתח בהסכם משפטי. ב"הסכם משפטי" נוטלים צדדים על עצמם התחייבויות הדדיות, התחייבויות שאותן אמורים הם לקיים במועדים כפי שהוסכם ביניהם. אותן התחייבויות מגבשות עצמן ביום ההסכם, ולמעט מקרים מיוחדים אין הן אמורות להשתנות במשך חייו של ההסכם. כל אחד מן הצדדים לחוזה סומך על התחייבות האחר - סומך עליה ומסתמך עליה - והוא "אינטרס ההסתמכות" ששיטת המשפט בה לעטוף אותה בזכות של משפט. רק התחייבות חד-משמעית להתנהגות מסוימת בעתיד מעוררת ועשויה לעורר "הסתמכות", והיא מיסודי ההסכם המשפטי. אותה התחייבות ניתנת בתחילת חייו של החוזה, ואמורה היא להמשיך ולהתקיים כמות שהיא (ובכפוף ליוצאים) כל ימי חייו, ימים ולילות.

עניינו של "הסכם פוליטי" שונה מקצה אל קצה, והרי הוא היפוכו של ההסכם המשפטי. חיי הפוליטיקה הם דינמיים: שחור של היום יכול שיהיה לבן של מחר, הן של היום יכול שיהיה לאו של מחר, ובעל ברית של היום יכול שיהיה יריב של מחר. ההסכם הפוליטי, על-פי טבעם של דברים, אמור הוא לשקף - וחייב הוא לשקף - את חיי הפוליטיקה, וממילא יגרש מעל פניו גם התחייבויות ארוכות טווח גם התחייבויות חד-משמעיות בלשונן. מה הם אפוא "הסכם פוליטי" ו"התחייבות פוליטית", ובמה שונים הם מ"הסכם משפטי" ומ"התחייבות משפטית"? דומה בעיניי, כי להבדיל מ"הסכם משפטי" ומ"התחייבות משפטית" - האמורים להיות מרוכזים, נחרצים, ספציפיים וחד-משמעיים בלשונם - "הסכם פוליטי" ו"התחייבות פוליטית" אינם מכוונים עצמם אלא להתוויית קווי מדיניות עקרוניים לפעילות הגופים שחתמו על ההסכם ונטלו על עצמם "התחייבויות". ואולם לא רק כך. היסוד העיקרי המאפיין, לדעתי, "הסכם פוליטי" ו"התחייבות פוליטית" הוא בהתחדשותם מיום ליום, ובהקימם מיום ליום - אם תרצה: משעה לשעה - הסכמה על דרך פעולה מסוימת בתחום הציבורי.

בעלי הסכם פוליטי נדמו בעיניי לשניים (אם שניים הם), המחזיקים איש ביד רעהו ומהלכים יחדיו, זה בצד זה, אל עבר יעד שקבעו לעצמם כיעד משותף. יש שהאחד ימשוך ימינה מן המתוכנן והאחר יימשך אחריו ויילך ימינה שלא ברצון, אך לא ימשוך ידו מידו של חברו; ויש שהאחר ימשוך שמאלה מן המתוכנן, והאחר ימשוך וילך עמו יד ביד, גם אם סר וזעף. יש שהאחד ינוח וחברו עמו ויש שהאחר ינוע וחברו עמו. יש יום שהשניים יסכימו על הכול; יש יום שראובן יוותר לשמעון; יש יום ששמעון יוותר לראובן; וכך יקיימו השניים "הסכם פוליטי" ביניהם מיום ליום ומשעה לשעה. אכן, אפשר שההתחייבויות ההדדיות של השניים תנוסחנה בהסכם הפוליטי בלשון משפט קפדנית - בדרך כלל לא כך הוא - אך כל אנשי הפוליטיקה יודעים שלא הניסוח עיקר: העיקר הוא שההתחייבויות אהדדי הן מעת לעת, להבדיל מהתחייבויות ב"הסכם משפטי", המגבשות עצמן "אחת ולתמיד" בעת כריתתו של ההסכם. יש מעין "מאזן אימה" מתמיד בין

השותפים ל"הסכם הפוליטי": כל העת בוחנים הם איש את רעהו. מעת לעת עושה כל אחד מן השניים "מאזן הישגים", והמשך קיומו של ההסכם תולה עצמו במסקנות שכל אחד מן השניים מסיק לעצמו. ועל דרך הדימוי נאמר: מתחילה חייבת שתהיה שפה משותפת בין השותפים להסכם פוליטי - ולו שפה דלה בת כמה עשרות מילים - ובשפה זו, דלה ככל שתהיה, מנסחים הם את ההסכם ביניהם. כל עוד השפה המשותפת מתקיימת והולכת, יכולים השניים להמשיך ולהידבר ביניהם. ואולם אם נושרות מילים מאותה שפה, שוב אפשר שנגיע למצב שבו אין עוד בין השותפים שפה משותפת. באותו יום נדע שההסכם נעלם ואיננו עוד.

אם זה דרכו של ההסכם הפוליטי, כי אז ממילא אין לעניינו משמעות למושג ה"הפרה". הפרה תיתכן רק במקום בו מתקיימת "התחייבות" (במובנה המשפטי); ואילו בהיעדרה של "התחייבות" - ובהסכם פוליטי אין "התחייבות" במובנה המשפטי - ממילא לא תקום הפרה.

12. דרך אגב: בחינת הדעה הנוגדת את דעתנו, לאמור: הדעה הסוברת כי הסכם פוליטי יש בכוחו להקנות "זכויות" ו"חובות" במשפט, יש בה כדי לתמוך דווקא בדעתנו שלנו. הנה כי כן, כך אומרים לנו, מפלגה יכולה להשתחרר מ"הסכם פוליטי", אם מעשה ההשתחררות עומד במבחן הסבירות (ראה פרשת ז'רז'בסקי [1], בעמ' 844-845, מפי השופט ברק). במקרה מעין זה לא תתחייב המפלגה בהפרת ההסכם. ואולם מושג ה"סבירות" בעולם הפוליטי משמעו הוא, להלכה ולמעשה, מערך כוחות שנשתנה, מושגים שנשתנו, מצבים שנשתנו. ואם שינויים אלה - ושינויים אחרים כיוצא בהם עשויים לשמש צידוק לביטולו של "הסכם פוליטי" - ולדעתנו אמנם כך הוא - כי אז שקולים הדברים כנגד אמירה שההסכם מלכתחילה לא היה אלא "הסכם-לכשארצה" (at-will-contract) - הסכם שהצדדים לו רשאים להיסוג ממנו כרצונם - לאמור, כלי שאינו מוכר כלל במשפט כהסכם. ראה: פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 329, 383, שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 330-329 'אכן, היסוד המייחד "הסכם משפטי" הוא, כפי שאמרנו, התחייבויות חד-משמעיות שנוטלים על עצמם בעלי ההסכם אהדדי. ואילו אם צדדים להסכם - קרי: "הסכם פוליטי" - רשאים לסגת מ"התחייבויותיהם" על פיו במקום שאותה נסיגה הינה "סבירה", שוב אין אותן "התחייבויות" ראויות להיותן התחייבויות במשפט והרי הן "התחייבויות פוליטיות". אלו, כמוהן כ"הסכם פוליטי", אין להן תוקף במערכת המשפט. בעולם הפוליטיקה - להבדילו מעולם המשפט - כל עוד לא בוצעה התחייבות שצד להסכם פוליטי נטל על עצמו, יש לצד האחר ציפיה (אקספקטיצה) לקיומה של ההתחייבות, אך ציפיה זו אין החוק מספק לה הגנה.

ואין זה ראוי שהחוק יספק לה הגנה.

13. ומן הכלל אל הפרט: לא הארכתי לדבר בנושא מהותו של ההסכם הפוליטי כדי לאשש השקפתי כי הסכם זה אינו בר-שיפוט. שאלה זו אינה עומדת לפנינו ומקומה אינו אלא בשולי דרכנו. לא אמרתי כל דברים שאמרתי אלא כדי להסביר דעתי, כי ההסכם המוצג לפנינו, אין למוד אותו באותה אמת מידה שבה מודדים הסכם משפטי. "הסכם פוליטי" אינו אלא משל ל"הסכם משפטי". משל אינו אלא משל ולעולם לא יבוא עדי נמשל. ובלשון פשוטה: מפלגת העבודה אומרת ליטול על עצמה "התחייבות פוליטית"

לעשות כך וכך, אך "התחייבות" זו - שלא כהתחייבות משפטית - אך בשמה היא "התחייבות" ואילו בתוכנה אין בה התחייבות (משפטית). פירושה בלשון איש הפוליטיקה אינו אלא זה: בבוא יום, ובהעלות טענה כי בית המשפט העליון סטה מן הסטטוס קוו כפי שהסכמנו עליו, כי אז נשקול - על-פי תנאי המקום והשעה - אם יש ונכון וראוי לשנות חוק. וכאשר יוכרע במפלגת העבודה, כן יוכרע. בתורת משל: נניח כי עד אותו יום תתרחב הקואליציה ותלך. חשבון פשוט יעלה שכוחה של ש"ס נצטמצם והלך, ואילו מפלגת העבודה - כשהיא לעצמה - תסבור שלא יהיה זה ראוי ונכון לשנות את החוק. תאמר מפלגת העבודה לעצמה ולש"ס: בכל הכבוד והיקר שאנו רוחשים לשותפות בינינו, חוששים אנו שלא נוכל להסכים לשנות את החוק. עת לווייתורים מצדכם הוא היום הזה. באומרה דברים אלה שתאמר, לא תפר מפלגת העבודה כל "הסכם פוליטי" שעשתה, שהרי "התחייבותה" הפוליטית תלתה עצמה מראש בשינויים אפשריים כי יבואו בזירה הפוליטית. ש"ס תוכל להסכים או שלא להסכים כי תימשך שמאלה (או ימינה, על-פי המשל שהמשלנו למעלה), ועל-פי החלטתה תימשך ותלך - או שלא תימשך ותלך - השותפות בקואליציה. כל אחד מבעלי ההסכם הפוליטי יעשה חשבון נפש בינו לבינו (למשל: מזה תיקון חוק ומזה חברות בממשלה ומשרד ממשלתי ועליהם כך וכך תקציבים ומחזיקי בשורה), וכאשר יכריע כן יכריע.

ואפשר שאחרת יהיה, ומפלגת העבודה תאמר לקיים את התחייבותה ולהביא לתיקון החוק כפי שתידרש. אם כך יהיה, כך יהיה. ואולם תיקון החוק שיעשה לא יבוא משום אותה "התחייבות" פוליטית שמפלגת העבודה נטלה על עצמה, אלא משום שמפלגת העבודה תסבור - ביום העלאת הדרישה לתיקון החוק - שכך עליה לעשות אם חפצת חיים היא. גם כאן אפוא יוכרעו דברים על-פי המצב ביום העלות הרישה; הכרעה לא תיפול ביום שתיפול אך בשל אותה "התחייבות" שניתנה בימים עברו. אותה "התחייבות" לא הייתה, מעיקרה, אלא "קו לפעולה", וקו לפעולה על-פי טיבו וטבעו ניתן הוא לשינוי על-פי שינויי האקלים מעת לעת.

14. הבה נשאל את עצמנו: "התחייבות" שמפלגת העבודה אומרת ליטול על עצמה, האומנם התחייבות בלתי מסויגת היא? נניח, למשל, כי ביום העלות הדרישה לתיקון החוק - להפיכת הלכה שקבע בית המשפט העליון - יקומו בוחרי מפלגת העבודה עליה, וחברים מן השורה יאיימו על מנהיגיהם כי לא עוד יילכו עמם במחנה אחד. נניח כי "יושבי ספסלים אחוריים" במפלגת העבודה יניפו נס מרד ויודיעו למנהיגיהם כי לא יילכו אחריהם בתיקון החוק. נניח כי מקצת מנהיגים במפלגת העבודה לא יסכימו אף הם לשינוי החוק, ויבטאו את דעתם בפומבי ובקול גדול. מפלגת העבודה תגיע לשעת חשבון נפש ויהיה עליה לשקול מה תעשה. ההכרעה תיפול על-פי יחסי הכוחות שיהיו באותו יום של הכרעה, שכך הוא בעולם הפוליטי. בנסיבות אלו, כולן או מקצתן: האם הפרה מפלגת העבודה "התחייבות" שנטלה על עצמה? לדעתי התשובה היא בשלילה, ובאורח נחרץ. אדרבא: ניתן לטעון כי בנסיבות מעין אלו חובתם של נבחרים לבחוריהם היא של לקיים הסכם פוליטי שעשו, שהרי זו דרכה של העשייה הפוליטית. דרך זו היא אף סבירה (ככל שסבירות היא מבחן לעשייה).

מבנה המחשבה הוא פשוט (אם כי הוא מלאכותי משהו, וכשאני לעצמי לא אדרש לו כלל): הסכם פוליטי, על-פי עצם טיבו, כפוף הוא לטובת הבוחרים ולטובת המפלגה כפי שהן מעת לעת וכפי שמנהיגי המפלגה מפרשים אותה טובה. הסכם פוליטי אסור לו שיהפוך עניבת חנק על צווארה של מפלגה. ומשמגיעים מנהיגי המפלגה לכלל מסקנה כי טובת המפלגה והבוחרים היא שלא לקיים הסכם פוליטי בנסיבות מסוימות, כי אז מוצדקים הם בהחלטתם זו. ב"הסכם פוליטי" אין זו נורמה פסולה. ומשודעים אנו כל זאת מראש, נאמר כבר מעתה: "התחייבות" שב"הסכם פוליטי", אל תקרי "התחייבות" אלא "התחייבות-לכשארצה", וידענו כי "התחייבות-לכשארצה" אינה כלל "התחייבות" (קרי: התחייבות משפטית).

15. יקשה המקשה: ומה על הנאמנות של החותמים על "הסכם פוליטי"? כולנו ידענו כי איש הציבור אינו אלא נאמן הציבור: משלו אין לו ולא כלום, וכל שיש לו אין הוא מחזיק בו אלא בנאמנות בעבור הציבור. מכאן שהתחייבות - ולו ב"הסכם פוליטי" - יש וחייבים לכבדה, שזו נאמנותו של איש הציבור. על כך נאמר שניים ושלושה: אנו מסכימים לאותה קונצפציה של נאמנות כלפי הציבור ככל שהמדובר הוא במי שמחזיק בשררת שלטון. כך נקבעה הלכה בתחילה (ראה, למשל: פרשת פרץ [12]; בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לישכת עורכי-הדין ירושלים [42]), ואכן כן הוא. המחזיק בשררת שלטון ובסמכויות על-פי חוק, אינו אלא נאמן הציבור ונאמן החוק, ומחובתו לנהוג כנאמן. ואולם לא אסכים לקונצפציה זו ככל שהמדובר הוא במנהיגי מפלגה בתורת שכאלה, לאמור: במי שחותמים על הסכם קואליציוני בשם מפלגתם. בביצועו של הסכם קואליציוני, ובהתמנותם של פלוני ואלמוני להיותם שרים (למשל), נאמני הציבור הם בשררת שרים. כך דינו של שר וכך דינו של כל המחזיק בשררת שלטון ובסמכויות על-פי דין. ואולם לעניינו של "הסכם פוליטי" בתורת שכזה - בין לפני חתימה עליו, בין בעת חתימה עליו, בין לאחר החתימה עליו - אין החותמים עליו משמשים נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם. אלה שלחום למקום ששלחום, להם חייבים הם הסבר ותירוץ, בידיהם נשפטים הם יום-יום, לפניהם עתידים הם ליתן דין וחשבון, וביום פקודה לפניהם יתייצבו ולהם יסבירו מה עשו ומה לא עשו: מדוע ולמה וכיצד.

אם אלה פני הדברים - ואלה הם פניהם, לדעתנו - כי אז השאלה אם יקיים צד ל"הסכם פוליטי" את "התחייבותיו" על-פי אותו הסכם או אם לא יקיים, שאלה זו תיבחן בין מנהיגי המפלגה לבין חבריה: ראשונים שואבים כוחם מאחרונים, ולאחרונים חייבים ראשונים את נאמנותם - להם ולא לאחרים זולתם. כל זאת יודעים הכול מראש, והרי הדברים נכונים לגבי כל מפלגה ומפלגה אם חפצת חיים היא. ואם ידענו כל זאת מראש, פשוט הוא שבעלי "הסכם פוליטי" כך רואים וכך מפרשים הם "הסכם פוליטי", כך ולא אחרת. "הסכם פוליטי" אמור הוא לעמוד במבחני הזמן, יום-יום שעה-שעה, וקיומו הוא על פי האינטרס (הכולל) של בעליו. ירצו - ימשיכו, לא ירצו - יבטלו; ירצו - יוותרו, לא ירצו - לא יוותרו. הכול יודעים "הסכם פוליטי" למה הוא נעשה, למה אמור הוא לשמש, מה סברו ומה כוחו, וראוי שהדברים יאמרו ויודעו לענינו.

16. משידענו כל אלה, שוב יקשה עלינו למצוא הבחנה של ממש בין "התחייבות" מראש ב"הסכם פוליטי" - קרי: התחייבות-שאינה-התחייבות - לבין ביצועה של אותה התחייבות. הכול מסכימים כי חקיקת חוק להפיכת הלכה שהורה בית המשפט העליון, אין בה כל פסול: הרשות המחוקקת היא הרשות המחוקקת, לה נתכנו עילות התחיקה, ובכפוף לחוקי-על (ולעקרונות-על: עקרונות של חיים במשפט הטבע ועקרונות של קיום חברה) מי יאמר לה מה תעשה. כל כך לאחר מעשה. ואם "התחייבות" מראש אין פירושה, כפי שראינו, אלא קיום בדיעבד - על-פי תנאי המקום והשעה - שוב נעשה הגבול בין שתי הממלכות דק-מכל-דק. מאותו טעם עצמו לא אראה בהסכם הנדון "הסכם 'עוקף דמוקרטיה'", כדבר חברי, המשנה לנשיא, ולא אראה את בית המשפט העליון בשבתו לדין כמי ש"טוחן מים", זורע רוח או קוצר סופה. בית המשפט העליון גם אינו כאותם נערים ששיחקו לפני אדוניהם, ופסק-דינו לא יכיל בקרבו את קצו שלו. מפלגה פוליטית חפצת חיים לא תרחיק לכת יתר על המידה מדברים שכתבה במצעה. מפלגה, כל מפלגה, זקוקה כל העת לאמון בוחריה ולמי חיים שירוה. כך היה מעולם וכך יימשכו דברים ויילכו. והרי הדברים הם על דרך של ממה נפשך: אם תסבור מפלגת העבודה לאחר שתמנה ותספור כל יתרונות וחסרונות, מעלות ומורדות - שראוי ונכון הוא כי יחקק חוק להפיכת הלכה שקבע בית-משפט עליון, לכך תכוון מהלכה; ואילו אם תסבור מפלגת העבודה אחרת, שוב תעשה כחפצה. בין כך ובין כך, הכול יוכרע על-פי מצב הדברים ביום העלות הדרישה לתיקון החוק.

על קומו ועל מעמדו של בית המשפט; על פגיעה במעמד הרשות השופטת, בעצמאותה ובאמון הציבור בשופטים 17. חברי המשנה לנשיא סובר שתוקף כי נכיר לסעיף 3 להסכם הקואליציוני, יביא הדבר - או עלול הוא להביא - לפגיעה במעמדה של הרשות השופטת, לכירסום בעצמאותה ולהפחתת אמון הציבור בשופטיו. כמוהו סוברים חבריי, השופטים גולדברג ואור. אכן, כשופט וכבן לעמי ולארצי אני חרד, כמוני כחבריי, למעמדה של הרשות השופטת, לעצמאותה ולאמון הציבור בשופטי ישראל. וכולנו ידענו כי בהנמכת קומתה של הרשות השופטת ייפרע עם ותאבד ממלכה. ואולם חששותיו של חברי אינם חששותיי. אני מאמין בתבונתם של נבחרי הציבור, אני מאמין בבגרותו של הבוחר בישראל, ואני יודע כי בבוא יום יידעו כל אלה את דרכם. יתרה מזאת: בדבריי למעלה הסברתי באריכות על שום מה ולמה יש לפרש את ההסכם הקואליציוני המיועד ככלי שאין בו כדי לפחת ממעמדה ולהמעיס מדמותה של הרשות השופטת - ולו מפאת מעמדו כ"הסכם פוליטי" גרידא - ודומני שגם בדברים אלה יש כדי להפיג חששות.

כללם של דברים

18. סעיף 3 של ההסכם הקואליציוני נושא הדיון אינו ראוי, לדעתי, מבחינתו הציבורית. ביחסי דת ומדינה חיינו מאז ומקדם עם עקרון הסטטוס קוו, קרי: סטטוס קוו אגנטה. סטטוס קוו זה היה "סטטוס 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" (מתוך בג"צ 3072/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח' [43], בעמ' 506-507). ואולם שלא כבעבר, נוסח עקרון הסטטוס קוו זו הפעם בלשון בוטה וכוחנית, באורח מתגרה ומתנשא. והלשון מובילה אל תוכן שונה מבעבר. הסכם מיועד זה אינו ראוי בבחינתו הציבורית, אך לא מצאתי עילה משפטית להתערב בו ולהכריז עליו כבלתי חוקי.

אסיים באומרי זאת: שלא כחברי המשנה לנשיא וכחבריי, השופטים גולדברג ואור, אין אני חש לא למעמדה של הרשות השופטת, לא לעצמאותה, לא לכבודה ולא לאמון הציבור בה. העם בישראל עם חכם הוא; גם נבחריו של העם בני תבונה הם; והכול יידעו את דרכם הראויה.

אני מצטרף לחוות-דעתו של חברי הנשיא כי דין הצווים-על-תנאי

להיבטל.

הוחלט, ברוב דעות כבוד הנשיא וכבוד השופטים גולדברג וחשין נגד דעתם החולקת של כבוד המשנה לנשיא וכבוד השופט אור, לדחות את העתירות ולבטל את הצווים-על-תנאי.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, ג' באדר א' תשנ"ה (3.2.95).