

ההסכם הפוליטי

פרופ' נילי כהן*

הצגת הבעיה

הסכם פוליטי הוא הסכם בין מפלגות, סיעות בתוך מפלגה, מועמדים למשרות ציבוריות או בעלי משרות ציבוריות, הנוגע למדיניות השלטון, למבנהו ולדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות¹. הסכמים מסוג זה יכולים להיכרת קודם לבחירות, וגם אחריהן. דוגמה מובהקת להסכם פוליטי היא הסכם קואליציוני, הנעשה בדרך כלל לאחר הבחירות, והקובע חלוקת תיקים בממשלה בין המפלגות השותפות להסכם, התווית קווי פעולה מדיניים, אופן הפעלתן של סמכויות ביצוע (למשל, הקצאת כספים למטרות מסוימות) ואופן הפעלתם של הליכי החקיקה והפיקוח הפרלמנטרי על הרשות המבצעת (למשל אופן ההצבעה של נציגי המפלגות בכנסת).

התופעה של ההסכם הפוליטי נפוצה בישראל הן במישור הארצי, הן במישור המקומי. ניתן לראותה כפועל יוצא משיטת הממשל שלנו, הבנויה על ריבוי מפלגות ועל העדר רוב מכריע בשלטון למפלגה אחת. במישור הארצי הפכו ההסכמים הפוליטיים צורמים לאור קיומו של מעין תיקו פוליטי בין שני גושים גדולים. חבר כנסת בודד, שלא לדבר על סיעה או מפלגה קטנה, עשויים להפוך לשון מאזניים, בעלת כוח מיקוח, שעצמתה משתקפת בהסכמים, שעוררו לא אחת תגובה ציבורית חריפה².

* פרופסור מן המגזין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב ומרצה בבית הספר למשפטים במכללה למנהל.

1 להגדרה דומה: בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 836 (השופט ברק). (להלן: עניין ז'רז'בסקי).

2 ראה דברי השופט אלון בעניין ז'רז'בסקי, לעיל, הערה 1, בע' 794. "כל מי שרמת התרבות הפוליטית יקרה לו, סולד ממנהגים פוליטיים אלה, שיש בהם פגיעה קשה בדמות הפוליטית, החברתית והמוסרית של גופים פוליטיים שונים... קהל הבוחרים... והציבור בכללו, הגיבו עליהם בחומרה יתרה, ויש לקוות שתגובה זו תביא תיקונן של תופעות נלחצות אלה". מובן שקיימים הסכמים פוליטיים של פורשי מפלגה עם מפלגה אחרת המבוססים על כך שהקבוצה הפורשת עושה זאת מטעמים אידיאולוגיים. הסכם פוליטי מהסוג האחרון אינו מקומם. אולם קשה ביותר למתוח את הקו בין הסכם שמטרתו קידומה של טובת הנאה אישית או מוסרית במישור הפוליטי להסכם שמטרתו ייצוג לגיטימי של קבוצה פוליטית. להבחנה: א'

העובדה שבית המשפט עוסק בשאלת ההסכם הפוליטי באינטנסיביות יחסית מקורה, בין השאר, בהשתלטותם של כללים ומוסדות משפטיים על אורחות החיים. כך, למשל, בעבר חשבו שיש סכסוכים חוקתיים, שהם בלתי שפטיים. כלומר שאין לבית המשפט כלים להכרעה בהם, וכי מוטב שיוכרעו בשדה הפוליטי. היום קיימת דעה הכופרת בקיומה של חסימה חוקתית מחמת שפיטות³.

שאלת דינם של הסכמים פוליטיים שייכת לקטגוריית השפיטות. לא ייפלא שאתו יכוח נוקב בנוגע לשפיטות במשפט הציבורי, התפתח גם לגבי ההסכם הפוליטי⁴. המערכת השיפוטית קנתה לה, בצדק, מקום של כבוד בין מערכות השלטון. כאשר צדדים להסכם פוליטי מכנים אותו חוזה, הם, או לפחות אחד מהם, מאמינים כי המנגנון המשפטי יבטיח את קיומו בדרך נאותה, ולמעשה ינציח את היתרון הפוליטי שהיה לבעל הזכות בעת עריכת ההסכם. המשפט, לא רק בהקשר של סכסוך הנוגע להסכם פוליטי, נתפס בעיני רבים כתרופה לכל מדווה. אולם האם נכון לפתוח את השערים בפני סכסוך מסוג זה?

הפסיקה העוסקת בהסכמים פוליטיים לא נתנה תשובה ברורה לשאלה, ובעיני, כל מה שנאמר בה נקבע אגב אורחא. בעבר נקבע כי הסכם פוליטי אינו שפיט⁵, אולם

רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה 4, תשנ"א, כרך א) 446-447.

3 גישה זו, שפותחה על ידי השופט ברק, מבחינה בין חוסר שפיטות נורמטיבית לבין חוסר שפיטות מוסדית. חוסר שפיטות נורמטיבית הוא כאשר טיב העניין אינו מאפשר הכרעה משפטית בשל העדר אמות מידה משפטיות לדין בסכסוך. חוסר שפיטות מוסדית הוא כאשר ראי כי הסכסוך יוכרע בפורום אחר מחוץ לכתלי בית המשפט. השופט ברק כופר בדיקטרינה של חוסר שפיטות נורמטיבית, אך הוא מודה כי יש לשקול את השימוש בחוסר השפיטות המוסדית "במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני הפגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני הפגיעה באמון הציבור במשפט". בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 496.

לתיאור שתי הגישות ולביקורת על הגישה ה"שוללת": מ' לנדוי, "צל שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד (1989) 5.

4 ורדיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 765-774 (השופט אלון המכיר במחסום השפיטות והמבקר את ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית); 885-857 (ולעומתו השופט ברק המגן על שיטתו תוך הדיפת הביקורת).

להדגמת גישותיהם החולקות גם בפרשנותו של עקרון תום הלב: השופט אלון בע"א 391/80 לטרסון נ' שייכין עובדים, פ"ד לח(2) 237, 262-263, הדוגל בהחלה מצומצמת של העיקרון לעומת השופט ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 836, הדוגל בהחלתו המרחיבה. שני המקרים עסקו בפרשנותו של סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. המחלוקת באה לביטוי מוחץ גם בפרשנותו של סעיף 12 לחוק החוזים בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 471-473 (השופט אלון שביטא את דעת הרוב שצמצמה את החבות על פי הסעיף); 478-486 (השופט ברק ברעת מיעוט, שדגלה בהרחבת החבות).

5 בג"צ 313/67 אקסלרוד נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 80, 83. כך אומר השופט ויתקון על ההסכם הפוליטי: "עוקצו לא ניטל ממנו חדרלו להיות "מחייב". בלאו הכי אין הסכם פוליטי כזה שפיט".

במקרה אחד, הושארה שאלת השפיטות בצריך עיון, והיתה נכונות להחיל על הסכם פוליטי נורמות חוזיות טהורות⁶. לאחר מכן, כעבור עשרים שנה, נקבע כי ההסכם אינו שפיט כחווה לפי כוונת הצדדים במשפט הפרטי אך הוא שפיט כהסכם במשפט הציבורי⁷. על עיקרי דעה זו חזרו בעניין ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה⁸, שבו נותח בהרחבה טיבו של הסכם פוליטי, ובו נקבע שהסכם פוליטי תקף, והוא שפיט, ללא קשר לכוונת הצדדים, רק במשפט הציבורי⁹. היקף שפיטותו במשפט הציבורי שנוי היה במחלוקת. השופט ברק קבע כי כולו שפיט, ואילו השופט אלון קבע כי חלקו הפוליטי אינו שפיט¹⁰. בכל הפסיקה שדנה בשאלה היתה התייחסות לשאלת הקשר בין תוקף ההסכם הפוליטי לבין הדוקטרינה של תקנת הציבור¹¹. יש המסיקים מזה שהסכם פוליטי הוא חווה, אלא שמתעוררת לגביו בעיה של פסלות¹².

לא ברור, אפוא, מה דינם של הסכמים אלה. האם מוטלת חובה לקיימם או שאין כלל חובה כזו, ולכל צד רשות לקיימו, אם ירצה? ואולי אף מוטלת חובה שלא לקיימם? אם מוטלת חובה לקיימם, מה היקפה ומהם הסעדים העומדים לכל צד בשל אי-הקיום? ואם אין חובה לקיימם או אפילו מוטל איסור לעשות זאת, האם יש למי שקיים עילה לתבוע את חברו?

שאלות אלה נוגעות בלבם של דיני חוזים. הן מחייבות אותנו לקבוע אם הסכם פוליטי בגדרם של דיני חוזים, אם כן באיזה חוזה מדובר ואם לא, האם מדובר בכלל בהתחייבות חוץ-חוזית ומהי. לשם הבהרת הבעיה אצביע על הגוונים העיקריים האפשריים של חוזים בגדר דיני חוזים ועל הסכמים המצויים מחוץ לתחום החוזי¹³.

6 בג"צ 501/80 זועבי נ' אברירביעה, פ"ד לה(2) 262. השופט ח' כהן הפעיל נורמות חוזיות כדי להגיע לתוצאה שביטול ההסכם בשל תרמית אינו עומד לו לעותר בשל שהוי.

7 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר ואח', פ"ד מא(1) 73, 77-78. השופט ברק השתית דעתו על כוונת הצדדים.

8 בג"צ 1635/90, פ"ד מה(1) 749.

9 ז'רז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 796-799 (השופט אלון); 839-838 (השופט ברק, שכבר לא התייחס לכוונת הצדדים כאל היסוד המכריע לסיווגו של ההסכם הפוליטי: שם, 836-838). וכן אמרה קודמת בכיוון זה בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 507, שבו הביע השופט ברק דעה כי הסכם קואליציוני עשוי להטיל חובה מתחום המשפט הציבורי לבצעו.

10 ז'רז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 788-790 (השופט אלון) 843-844 (השופט ברק).

11 בג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח(4) 603, 610; בג"צ 501/80 זועבי נ' אברירביעה, פ"ד לה(2) 262, 267; בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73; בג"צ 1540/90, 1523 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד(2) 213; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749.

12 בבג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח(4) 603, 610 ציין השופט ברנזון: "הסכם בין-מפלגתי אינו פסול בתור שכזה, אבל הוא עלול להיפסל כשהוא נעשה יסוד לפעולה הסותרת את עקרונות החוק". מכאן מסיק השופט ברק בעניין ז'רז'בסקי כי לכאורה מדובר בהסכם שפיט.

13 לדין כללי בבעיית השפיטות החוזית בכלל ובהסכם פוליטי בפרט: ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 320-385.

חוזים "מושלמים", "רופפים", בטלים, פסולים ובלתי שפיטים

המשפט מגן על הסכם המטיל חובה המוכרת כדין. משמעות הדבר היא שחובה לקיימו ומי שאינו עושה כן כפוף בשל כך לנסקציות, שמטרתן להעמיד את הנפגע במצב בו היה, לו קיים עמו החוזה. הסנקציה החוזית מגינה על האינטרס שבקיימו של החוזה. סנקציות אלה מופעלות בעיקר על ידי בית המשפט, המצויד במנגנון לאכיפתן, ולעתים אף על ידי הצדדים עצמם. החוזה "המושלם" הוא זה המכיל, אפוא, חובת קיום המוגנת באמצעות סערי אכיפה ופיצויים.

לא כל חוזה זוכה להגנתו המלאה של הדין. קיימים חוזים "רופפים" מסוגים שונים. למשל, כאלה שאי קיומם, אינו מהווה כלל הפרה, כגון התחייבות למתנה, שהמתחייב זכאי לחזור בו ממנה¹⁴; או שהפרתם מעניקה רק מקצת מהסעדים לצד הנפגע, למשל, הדין אינו מעניק סעד אכיפה בשל הפרת חוזה לשירות אישי¹⁵; או כאלה שאינם זוכים לא לאכיפה, אף לא לפיצויים¹⁶, דוגמת חוזי הימורים¹⁷. קיימים "חוזים" שאינם מחייבים כלל, בהיותם בטלים ובהם שתי קטגוריות משנה: ראשית, הסכמים שלא מילאו את תנאי התוקף ליצירת הזכות החוזית, למשל "חוזה" למכירת מקרקעין שלא ענה על דרישת הכתב¹⁸. חוזה כזה יכונה על ידי בהמשך "חוזה בטל" כדי להבחינו מחוזה פסול, שאף הוא בטל. חוזים בטלים ניתן לקיים, אך אין חובה לעשות זאת. הקטגוריה השנייה של החוזים הבטלים היא זו של החוזים הפסולים¹⁹, שלגבי מרביתם לא רק שאין חובה לקיימם, אלא שאף אסור לעשות זאת. בשני המצבים התכוונו הצדדים לקשור קשר חוזי מחייב, אך כוונתם זו לא עלתה יפה מטעמים שונים. במקרה הראשון, של החוזה הבטל, בשל כך שלא נכנעו לתכתיב פנימי של דיני חוזים. במקרה השני, של החוזה הפסול, בשל כך שנורמה או עקרון החורגים, למעשה, מדיני החוזים גורסים כי מה שעשו הצדדים פסול.

מחוץ לקטגוריות החוזיות מצויים כל אותם הסכמים, שדיני חוזים אינם מתייחסים לשאלת קיומם או אי-קיומם, כמו למשל, "הסכם ג'נטלמני"²⁰. לאותה מסגרת ניתן

- 14 סעיפים 5(ב) ו-6(ג) לחוק המתנה, תשכ"ח — 1968.
- 15 סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א — 1970.
- 16 דוגמה מובהקת לחוזה שהוא כמעט בלתי מוגן, היא חוזה שהתיישן. אך בנושא ההתיישנות לא נדון, שכן דין ההתיישנות אינו מוגבל לקטגוריה מסוימת של חוזים. הוא חל על כלל החוזים, ולמעשה על כלל החיובים. זהו הסדר כללי של הדין (חוק ההתיישנות, תשי"ח — 1958), ואין הוא מעורר בעיות מיוחדות בנושא השפיטות החוזית.
- 17 לדין בחוזה הימורים: ר' פרידמן, ג' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 343-355.
- 18 אם אין הוא מקיים את דרישת הכתב המהותית, לא ניתן לומר עליו כי הוא חוזה. לדרישת הכתב: ג' כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח (1988), 383, 438.
- 19 סעיף 30 לחוק החוזים.
- 20 המחוקק אינו מקפיד על ההבחנה הלשונית בין "הסכם" ל"חוזה". למשל, חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז — 1957 עוסק בהסכמים מחייבים, כלומר בחוזים. אולם על הפרתו של הסכם קיבוצי מוטלת הגבלה. סעיף 24 לחוק קובע כי "על אף כל דין לא יהיה ארגון עובדים או ארגון מעבידים חייב בפיצויים על הפרת חובותיו לפי הסכם קיבוצי, אלא במידה שהתחייב בהם במפורש בהסכם קיבוצי כללי".

לשייך גם הסכמי פרס, תואר ותחרות, שלגביהם קובע החוק (סעיף 33 לחוק החוזים) כי "אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט"²¹. הסכם ג'נטלמני אינו נושא לדיון בבית משפט, ולכן פעולות על פיו, אף כי הן מותרות, אינן יוצרות זכות משפטית בדיני חוזים. דיני חוזים לא יתערבו כדי להחזיר לקדמותו את מה שנעשה; אף לא כדי לצוות על עשייתו של מה שלא נעשה.

השאלה מתי יחשוב הדין חוזה למושלם ומתי יתייחס לחוזה כאל רופף, בטל או בלתי מחייב תלויה בטעמים מגוונים. הטעם העיקרי נערך במטרתם של דיני חוזים. החוזה הוא מנגנון חברתי, שתכליתו העיקרית ייצור עושר וחלוקתו. עיסוקם המרכזי של דיני חוזים הוא בהעברת תועלות כלכליות²². תפקידם העיקרי הוא לבצר את האמון במערכת התכנון הכרוכה בהעברת תועלות אלה. לשם כך מגייסים דיני החוזים את כוח הכפייה של המדינה. דיני חוזים מייצגים תכנון, הסתמכות, משטר המאפשר מימוש התכנון, חובה, כפיה. מה שמחוץ לעולמם מייצג שינוי, שיקול דעת, ברירה, חירות. תחומים שהמשפט מבקש להותיר בהם חופש פעולה או שיקול דעת לנושאי, אינם מתאימים לתחולתם של דיני החוזים. טעמים אחרים המשפיעים על השאלה אם לפנינו חוזה ומה דרגת תוקפו, נעוצים בכוננת הצדדים, במידת התועלת של החוזה מול הנוק שהוא עשוי לגרום וברקע שבו נוצר.

התחייבות למתנה זוכה להגנה רופפת, בהיותה חד-צדדית ובתחום המעגל החברתי-משפחתי, שלגביו קיימת רתיעה מהתערבות "שלטונית". במשפט האנגלי הגנתה של התחייבות למתנה מצומצמת אף יותר: דיני החוזים האנגליים, המבוססים על רעיון התמורה, שוללים תוקף מחייב מחוזה מתנה, אף שמותר כמוכן לקיימו. אצלנו עוצמת ההסתייגות פחותה²³. הסכם הימורים הוא הסכם לא-יצרני שהדין מסתייג ממנו מסיבות ברורות, לעתים באופן מוחלט על ידי פסילתו (הסכם הימורים לא חוקי), לעתים באופן חלקי על ידי שלילת סעדים בשל הפרתו (הסכם הימורים רופף). הסכם פסול (העומד בניגוד לחוק או בניגוד לתקנת הציבור) הוא הסכם המנוגד לערכים חברתיים הזוכים לעדיפות על זה של כיבוד ההבטחה, ומשום כך הוא בטל. הסכם בטל (שאינו ממלא אחר דרישות החוק, כגון שלא נתקיימה בו דרישת הכתב) עשוי להטיל צל על כוננת הצדדים

21 לדיון: ד' פרידמן, ג' כהן חוזים (חשנ"א, כרך א) 332-343.

22 השווה זרז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 796-797: "שוני רב ומהותי קיים בין... החוזה במשפט הפרטי לבין... ההסכם הפוליטי, במיוחד מאחר שאינו בעל אופי כלכלי" (השופט אלון); שם, 837-838: הגישה לפיה כוננת הצדדים לא תועיל ליצור חוזה "אינה חלה מקום שקיים אינטרס כלכלי" (השופט ברק).

הדגשת היסוד הכלכלי הולידה בעבר את הכלל שנקבע על ידי בית הלורדים בראשית המאה הנוכחית ולפיו בתביעה בגין הפרת חוזה זכאי התובע לפיצוי בגין נזקיו הכלכליים, אך אין לפסוק לו פיצויים בגין צער ובושת שנגרמו עקב הפרת חוזה. סייג זה לדיני הפיצויים רוכך בינתיים באנגליה. *Addis v. Gramophone & Co.* [1909] A.C. (בהקשר לפיטורין). ואילו אצלנו ניתן לבית המשפט בסעיף 13 לחוק התרופות שיקול דעת לפסוק פיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון. אך יש להדגיש: נזק שאינו ממוני, בניגוד לנזק ממוני, הוא עדיין בגדר חריג בדיני חוזים, ואין הוא מוענק לנפגע כעניין שבזכות.

23 למעמד עסקות חסד במשפט הישראלי: ד' פרידמן, ג' כהן חוזים (חשנ"א, כרך א) 471 ואילך.

האמיתית לקשור חוזה. הסכם "ג'נטלמני" הוא הסכם שהצדדים ביקשו שלא יהיה חוזה, ומדוע לא לכבד את רצונם? ואילו הסכם למתן תואר עוסק בתחום הרוח והכבוד²⁴. תחום שאינו שייך באופן מסורתי לדיני חוזים. תחומי הרוח והכבוד, שאליהם ניתן להוסיף גם את תחומי הרגש (למשל, הסכם ידידות), הם תחומים הממוקמים מחוץ לדיני חוזים, לא רק משום שזו בדרך כלל כוונת הצדדים, אלא גם משום שהם עוסקים בטובות הנאה שאין טעם שהמשפט יכפה העברתן²⁵, מה גם שאין בידו לכפות ידידות או כבוד (אם כי הוא יכול לכפות גילוייהם החיצוניים). כוונת הצדדים היא שיקול מרכזי בשאלה אם חוזה הוא מחייב, אך לא יחיד. קיימים תחומים היוצאים משליטת דיני החוזים ללא קשר לכוונת הצדדים, ולעתים אף בניגוד לכוונה זו²⁶.

24 שיקול אחר לאי-ההתערבות בחוזים מסוג זה קשור להבחנה בין חוסר שפיטות נורמטיבית למוסדית. לעיל הערה 3. יש הגורסים כי בית המשפט לא יתערב במתן ציון בשל כך שקיים פורום חילופי להכרעה. זהו הסברו של השופט ברק בעניין זרז'בסקי, לעיל, הערה 1, בע' 855-856, המביא כראיה מקרים שבהם התערב בית המשפט בשאלה של מתן ציון: בג"צ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236. כאשר טיבה של טובת ההנאה שולל תחולתם של דיני חוזים, ניתן לדבר על אי-שפיטות נורמטיבית; לעומת זאת, קיומו של פורום חילופי להכרעה כשיקול לאי-שפיטותו של ההסכם, מקביל לחוסר שפיטות מוסדית. לבחינתו הכללית של שיקול זה: ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 330-332.

כהקשר להסכם פוליטי מדבר השופט אלון על "משפט הציבור", כלומר על כך שיש לתת לציבור "לשפוט" מתקשר שלא קיים חלקו בהסכם פוליטי. ואילו השופט ברק, הגורס כי הסכם פוליטי שפוט, מדבר על המשפט הציבורי, לאמור על כפיפותו של ההסכם לנורמות מתחום המשפט (המינוחים חוזים לאורכו של פסק הדין. המושג "משפט הציבור" מתקשר לרעיון של פורום הכרעה, בלתי פורמלי, השולל שיפוטו של בית המשפט, אך כל אימת שהסכם נחשב ללא שפוט הוא עובר לתחום שיפוטו הלא-פורמלי של הסביבה שבה נכרת. כך, למשל, הסכם מתנה בלתי שפוט עובר לתחום שיפוטו הלא-פורמלי של הפורום המשפחתי, וכמהוה הסכם פוליטי בלתי שפוט. הפורום החילופי הבלתי-פורמלי הוא תוצאה של הגדרתו של הסכם כלא-שפוט, לא-רדוקאטיבה עצמאית להיותו כזה.

25 השווה: Calabresi & Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 Har. L. Rev. (1972) 1089, 1111-1115.

26 בדיון התיאורטי בתורת השפיטות החוזית שתי גישות. האחת סוברת כי המבחן המכריע בשאלה זו הוא כוונתם של הצדדים, וכי אין זולתו. גישה זו נתמכת בדיון הישראלי על ידי עמדתו המוצהרת של חוק החוזים, שאינו מכיל כל הגבלה על סוגה של טובת ההנאה הכשייה להיות נשוא לחוזה. קיימים הסכמים הנדחקים מחוץ לדיני החוזים או אל שוליהם בשל פסלותם, אולם, גם סייג זה אינו מסייע לנו, שכן ההנחה בסוגיית השפיטות "הטהורה" היא שההסכמים הנדונים במסגרתה הם חוקיים ומותרים, ולמרות זאת, אין המשפט מתייחס אליהם כאל חוזים מחייבים. הגישה הראשונה גורסת, אפוא, כי ברמה התיאורטית אין כל מגבלה על סוגי ההסכמים הכשירים לבוא במעגל דיני החוזים.

הגישה השנייה לשאלת השפיטות גורסת כי קיימים עקרונות הטבועים בכסיסו של מושג החוזה, המסייגים את היקף פריסתו והנמצאים מחוץ לשליטתם של הצדדים. עקרונות קוגנטיים אלה מושגות, בעיקרו של דבר, על סוג טובת ההנאה הכשירה להיות נשוא לחוזה Von Mehren, A General View of Contract 7 Int. Encyc. Compar. Law 27) במיוחד טקסט להערות 117 ו-124). לדיני החוזים תחולה על פעולה שהיא בעיקרה

כיבודה של כוונת הצדדים, קידום כלכלה חופשית ובריאה, הגנה על ערכים מקובלים על החברה, רתיעה מהתערבות משפטית ביחסי חברה ומשפחה וביחסים של רוח, כבוד ורגש — כל אלה מסבירים לנו את סולם ההיררכיה החזוי. ועתה, להבדלים הנובעים מסיווגם השונה של הסכמים.

תוצאות ההבחנה בין פסלות, בטלות ואי־שפיטות

בעבר נקט הדין האזרחי, בעקבות המשפט האנגלי, גישה דומה כלפי חוזים פסולים וחוזים בלתי שפטיים. בשני המקרים נמנעו בתי המשפט מלהורות על השבה, והשאירו את המצב כמות שהוא²⁷. כיום השתנתה הגישה כשיטתנו ביחס לחוזים פסולים, והיא קירבה את הדין הנוגע להם לדינם של החוזים הבטלים מחמת אי קיומה של דרישה שהציב הדין כתנאי לתוקף החוזה. הדין אינו אדיש למה שנעשה בשני המצבים: כל צד שקיבל טובת הנאה על פי "חוזה" בטל, מצווה על השבתה²⁸. המשפט לא יורה על עשייתו של מה שלא נעשה²⁹, אולם הוא יתערב כמה שכבר נעשה.

עם זאת, קיים הבדל מהותי בין שני סוגי החוזים. במקרה הראשון, כאשר לא קוימה דרישה לתוקפו של החוזה, הדין אינו מתנגד לעשייתה של העסקה, אך הוא מציב 'תנאי' לתוקפה ולכוחה המחייב; במקרה השני, של החוזה הפסול, מתנגד הדין לעשייתה של העסקה. מכאן, גם ההבדל לעניין סעד ההשבה בין שני המקרים: בראשון, חובת ההשבה מוחלטת; בשני, נתונה היא לשיקול דעתו של בית המשפט. אולם באופן מפתיע, דווקא בחוזה פסול ניתן לבית המשפט בתנאים מסוימים הכוח לצוות על קיומו של החוזה, זאת מכוח האמור בסעיף 31 לחוק החוזים. ואילו כאשר החוזה בטל מחמת אי־קיום דרישה שהוצבה כתנאי לתוקפו, אין הוראה דומה, אם כי קיימות דוקטרינות דוגמת השתק הבטחה ועקרון תום הלב, שבכוחן להביא לתוצאה דומה³⁰.

כלכלית. לכן התחייבות לרחוש ידידות לא יכולה להפוך לחוזה, אפילו היתה זו כוונתם של הצדדים. גישה זו נטה השופט ברק לקבל בעניין זרז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 838, והיא מקובלת עלינו: ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (תשנ"א, כרך א) 327.

קיימים מקרים הפוכים, שבהם על פי לשונו של ההסכם, לא התכוונו הצדדים כי להסכם שכרתו יהיה תוקף מחייב, ברם חרף הצהרתם זו, יהיה ההסכם שכרתו שפיט, והוא ייצור זכויות וחובות בדין. הדוגמה השכיחה היא זו של תניית פטור המתכוונת להפוך באופן מלאכותי את החוזה שהצדדים כרתו להסכם בלתי מחייב. ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (תשנ"א, כרך א) 378–382.

27 זאת בכפוף למספר חריגים; ד' פרידמן "תוצאות אי־חוקיות בדין הישראלי" עיוני משפט ה (1977) 618, 637–643; עיוני משפט ו (1978) 172.

28 להשבה בחוזה שדרישת הכתב לא קוימה לגביו: נ' כהן, "צורת החוזה" הפרקליט לח (1989) 438, 398, 450; להשבה מחמת אי קיומה של עילה ראה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשנ"ב) 402 ואילך.

29 בכפוף לכך שלפי סעיף 31 ראשי בית המשפט להורות על קיומו של חוזה בלתי חוקי, אם קיים הצד הדורש את הקיום את מה שהיה עליו לקיים לפי החוזה.

30 נ' כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (1986) 13, 51–54.

בחווה פסול ההשבה היא, כאמור, בשיקול דעתו של בית המשפט. באותם מקרים שלא יינתן סעד זה ואף לא סעד של קיום, יוצא חוזה כזה מתחום התערבותם של דיני חוזים, אם כי, כמובן, לא מהתערבותו של המשפט בכללותו³¹. עולה כי בגזרה זו דומה דינו של החוזה הפסול לזה של ההסכם הלא שפוט, שכן בשני המקרים אין המערכת החוזית מתערבת בקיומו או באי-קיומו של ההסכם³². אולם הנימוק לאי-התערבות שונה. במקרה של חוזה פסול נמנע בית המשפט מלהתערב כדי לא לתת גושפנקא למעשה אסור, אך סביר להניח שתהיה התערבות של גזרות משפט אחרות, בעיקר המשפט הפלילי. במקרה של הסכם בלתי שפוט ("הסכם ג'נטלמני", למשל), הריהו מותר, אך בית המשפט אינו מתערב כדי לא לפגוע בפן השלילי של חופש החוזים, המאפשר לצדדים להסכים שמה שעשו אינו חוזה.

ראוי להדגיש שהסכם עשוי להיפגם בעת ובעונה אחת הן בשל היותו פסול, הן מחמת היותו בלתי שפוט, או מחמת היותו בטל. מובן, כי למרות עמדתו המרוככת של הדין בנוגע לחוזים פסולים, אין חוזה כזה יכול להיות בעל מעמד עדיף מזה שלו זוכה הסכם מקביל שהוא בטל או בלתי שפוט, מבלי שדבק בו כתם הפסלות. כך, נגיח שנכרת הסכם בלתי חוקי למכירת מקרקעין, למשל, משום שהצדדים החליטו במסגרתו להערים על שלטונות המס. עם זאת, לוקה ההסכם בפגם נוסף, כגון, שהוא לא הועלה על הכתב, או שהצדדים לא התכוונו לקשור ביניהם יחסים משפטיים. מובן, שלא ניתן להורות על אכיפתו של ההסכם הפסול (מכוח סעיף 31 לחוק החוזים). שעה שהסכם חוקי מקביל היה בטל לחלוטין או שלא היה מקנה זכות משפטית, ולכן, ממילא, גם לא היה ניתן לאכיפה.

השאלה אם יש לערב את בתי המשפט בהכרעה הנוגעת לסכסוך בין צדדים להסכם פוליטי תלויה בסיווגו: האם מדובר בחוזה מחייב לכל דבר, מוגן חלקית, בטל בשל אי-קיום דרישה של הדין, בטל בשל פסול המצוי בו או בלתי שפוט? על פי מה נקבע זאת? ומהן התוצאות הדבקות בהסכם פוליטי לאור סיווגו?

הסכם פוליטי כחוזה מחייב במשפט הפרטי

בפסיקה שעסקה בנושא הושמעה בעבר אמירה שלפיה כשמדובר בהסכם פוליטי, כוונתם של הצדדים אינה ליצור חוזה³³. מכאן השתמע כי כוונתם של צדדים להסכם פוליטי מכריעה בשאלה אם התקשרו ביניהם בחוזה מחייב. האמירה והמסקנה הנובעת ממנה מעוררות קושי ניכר.

31 להשבה בחוזה בלתי חוקי: סעיף 31 לחוק החוזים. לפרשנותו: ד' פרידמן "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי" עיוני משפט ה (1977) 618; עיוני משפט ו (1978) 172.

32 זה היה המצב לפי הדין הקודם, לעיל טקסט להערה 27.

33 השופט ברק בבג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 81. אולם בעניין זרביבסקי, לעיל הערה 1, בע' 836-838, 846, כבר לא נטה לייחס אותה חשיבות לכוונת הצדדים, ועולה כי הדבר הוא מחוץ לשליטתם.

ייתכן שבעבר עשוי היה המכשיר של כוונה ליצירתו של קשר משפטי³⁴ להוציא באופן פורמלי הסכם פוליטי מחוץ לדיני החוזים, בלי שבית המשפט יצטרך להתמודד עם בסיס תיאורטי אחר, שיוציא את ההסכם הפוליטי מתחום שיפוטו החוזי. אולם כיום מנוסחים הסכמים פוליטיים על ידי יודעי דת ודין, וכדי להימנע מטענה שצדדים להסכמים פוליטיים לא התכוונו לקשר משפטי מחייב, טענה המחסלת מיידית את אופיו המתייב, כביכול, של ההסכם, קובעים הם בהסכם הוראות המעידות על כוונה לחוזה, כגון הוראות בדבר סנקציות כספיות. ניטול לדוגמה את ההסכם הפוליטי בין סיעת הליכוד לבין הסיעה לקידום הרעיון הציוני, שפרשה ממנה³⁵. הסכם זה, שהוביל להקמתה של הממשלה בשנת 1990, קבע שאם יוטל על ראש סיעת הליכוד להרכיב את הממשלה, הוא ימנה לתפקידים מסוימים אנשים מהסיעה השנייה. נקבע גם שלא תופעל הסמכות על פי הסעיפים 17 (סמכות הממשלה לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים) ו-21א (סמכות ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו) לחוק יסוד: הממשלה. עוד נקבע שהליכוד מותר לצד השני על תביעותיו הכספיות כלפיו; שכל צד ייתן לצד השני ערבות כספית לשם הבטחת ההתחייבות בהסכם, וכן שייקבע בורר שיחליט מהם הערובות והביטחונות לביצוע ההסכם. הסכם כזה מעיד בעליל על כוונתם של הצדדים להיות קשורים בחוזה. ובכל אופן נראה כסמוך כי לא ניתן תוקף לכוונתם זו.

בעניין לוי נ' ראש הממשלה³⁶ הגיש צד שלישי, שלא היה קשור להסכם הנדון, עתירה לפסילת התניה בדבר מתן ערבות כספית לקיומו של ההסכם. בית המשפט לא דן בעניין לאחר שנמסר לו כי היועץ המשפטי גרס כי חלק זה של ההסכם הקואליציוני פסול, ודרישת הערבות הוסרה. אולם אגב הדחייה הפורמלית של העתירה, הביע נשיא בית המשפט העליון, השופט שמגר, עמדה חריפה הפוסלת הרכבת יסוד כספי על הסכם קואליציוני, שכן יש בכך "כדי להכניס לתחומי ההסכם הציבורי אלמנט זר, הכובל,

34 חוק החוזים אינו מציב דרישה עצמאית של כוונה לקשור יחס משפטי מחייב. ניתן לומר כי באופן פורמלי נלמד יסוד זה מדרישתו של חוק החוזים, שתהא לשני הצדדים גמירת דעת ליצור חוזה. אכן, הפסיקה שהתייחסה ליסוד גמירת הדעת פירשה אותו כוונה ליסוד הכוונה ליצירת יחס משפטי מחייב. ע"א 440/75 זנרבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 266, 266; ע"א 51/83 מרום נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד לז(3) 518, 521-522. ס' דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בידי חוזים במשפט העברי, האנגלי וישראלי" שנתון המשפט העברי ו-1 (1979-1980) 73, 99.

למרות שניתן להתייחס ליסוד גמירת הדעת (סעיפים 1 ו-5 לחוק החוזים) כאל הקנקן שבו אצורה דרישת הכוונה לקשר משפטי מחייב, נראה שמהותית מעוגן יסוד הכוונה ברעיון של חופש החוזים. אותו חופש המאפשר לצדדים לכבול עצמם בחוזה (חופש הצדדים במובנו החיובי), הוא גם החופש המאפשר להם להתקשר בהסכם שאינו חוזה (חופש החוזים במובנו השלילי). חוק החוזים חל מעצם הגדרתו של "חוזה", דהיינו על הסכמה בין הצדדים המכוונת להיות בעלת תוצאות משפטיות. כל מה שאינו מכוון להיות בעל תוצאות משפטיות אינו בבחינת חוזה, ולכן אין הוא כפוף כלל לתחולתו של חוק החוזים: ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 325-326.

35 ההסכם הוליד את העתירות בג"צ 1523, 1540/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד(2) 213 ובעניין זרובסקי, לעיל הערה 1.

36 בג"צ 1523, 1540/90, פ"ד מד(2) 213.

למעשה, את שיקול הדעת הסטטוטורי שלא כדין... יש כאן שילוב של הענקת טובת הנאה כספית לתחום היחסים הפוליטיים והמהות המשחיתה שבכך ברורה בעליל. מכאן האופי הפסול והאנטי-ציבורי ההופך הסכם ערבויות כאמור לאסור ולבלתי חוקי". הלכה זו הוחלה בעניין ז'רז'בסקי³⁷ שבו נקבע כי תניה שלפיה מותר צד אחד לשני על תביעותיו הכספיות כלפיו, היא פסולה ובטלה. ועוד נקבע שם כי התניה שלפיה ימונה בורר שיחליט "מהן הערובות והביטחונות לביצוע החוזה" תפורש לאור ההנחה שהבורר יפעל כדין ולא יטיל ערבויות לא-חוקיות.

למסקנה לפיה הרכבת יסוד כספי על הסכם פוליטי היא פסולה, שני יסודות. האחד, עוסק בשאלה האם ניתן לסחור בסמכות שלטונית. השני, עניינו בשאלה האם הסכם שהכוונה להופכו לחוזה היא פסולה, יכול להיחשב לחוזה.

אשר ליסוד הראשון: הסכם פוליטי כרוך בהסכמה על הפעלת סמכות שלטונית. מבחינה זו אין הוא שונה מהסכמי רשות אחרים³⁸, למשל, הסכם לשימוש בסמכות שלטונית כדי לסייע ליזם להקים מפעל או הסכם להשתמש בכוח שלטוני כדי להעניק מונופול³⁹. אך כשם שלא ניתן להתייחס להסכמים שלטוניים כאל חוזים לכל דבר, כך, אף ביתר שאת, לגבי הסכמים פוליטיים.

ציינו כי דיני חוזים מהווים בראש ובראשונה מנגנון להעברתן של טובות הנאה כלכליות-מסחריות. טובות הנאה אלה עבירות וסחירות מעצם טבען. הסכם שלטוני, שבו מתקשרת רשות שלטונית בהסכם המגביל את סמכותה, תמורת פעילות כלכלית, מעורר על פניו בעיה. סמכות שלטונית אינה נושא למסחר ועל עבירותה מוטלת הגבלה. הרשות אינה יכולה "למכור" את סמכותה או להעביר אותה בדרך אחרת בתמורה ליתרון הכלכלי, שהיא מפיקה מההסכם. כנאמן הציבור עליה להפעיל את סמכותה לטובת הכלל; אין היא יכולה ליטול על עצמה התחייבות להפעיל סמכותה בדרך מסוימת, שכן דרך זו עשויה להתנגש עם האינטרס של טובת הציבור. שיקולים אלה עשויים היו להוביל למסקנה שאין תוקף להסכם שלטוני המגביל סמכות, והוא בטל⁴⁰. אולם המשפט הישראלי דחה עמדה זו. במקומה נקבע כלל מתון, העורך איוון בין אינטרס הציבור, המיוצג על ידי הרשות, לבין אינטרס הפרט, הסומך על הבטחת הרשות, ולפיו כעקרון הסכמי הרשות הם תקפים, אלא שהם ניתנים לביטול. לרשות יש כוח להשתחרר מהם, אם צרכי הציבור יצדיקו זאת⁴¹. הילכת ההשתחררות דוחה את העיקרון הקיים

37 זרז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 810-812 (השופט אלון) 851-852 (השופט ברק).

38 לאבחנות השונות בין הסכמים במישור המשפט הציבורי: ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 355-358.

39 מכלל ההסכמים השלטוניים יוצאים הסכמים מסחריים גרידא בין רשות שלטונית לפרט או בין רשויות שלטוניות בינן לבין עצמן. אלה מהווים חוזים לכל דבר ועניין, בכפוף לדינים המיוחדים הנובעים מהיותה של הרשות צד להתקשרות.

40 זוהי ההלכה האנגלית שנקבעה בעניין *Amphitrite v. the King* (1921) 3 K.B 500, להלכה זו מצוי אף ביטוי בפסיקה הישראלית: בג"צ 594/78 אומן נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד לב(3) 469, 474. לביקורת ג' שלו חוזי רשות בישראל (ירושלים, 1985) 98-99.

41 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989; בג"צ 124/79 צובא נ' שר הביטחון, פ"ד

בבסיסם של דיני חוזים, הוא עקרון המחויבות. הסכמי רשות הם, אפוא, "הסכמים רופפים". אין הם מהווים חוזים במישור המשפט הפרטי⁴², ודאי לא חוזים כמובן המקובל של מושג זה⁴³, וכוח חיובם הרופף נובע מן המשפט הציבורי ונשלט על ידו. הדעה לפיה הסכם שלטוני אינו חוזה, יפה, ומקל וחומר, לגבי הסכם פוליטי⁴⁴. בעוד שהסכם שלטוני כולל הן יסוד כלכלי, הן שלטוני, הרי הסכם פוליטי עוסק כולו בהסדרת

לד(2) 572; בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 81,73; בג"צ 764/87 התאחדות האיכרים בישראל נ' שר החקלאות, פ"ד מג(1) 309, 314-315; בג"צ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג(2) 182, 179: "להבטחת רשות שלטונית יכולה להיות רק נפקות מוגבלת, המתייחסת לתקופה נתונה; הבטחה כזו לעולם אינה נתפסת כוויתור מצד הרשות על שימוש בסמכויותיה השלטוניות...". (השופט מצא); ע"א 250/88 קופת חולים נ' עיריית בארשבע, פ"ד מג(4) 488 (שבו לא הוחלה הילכת ההשתחררות על הסכם הפטר את קופת חולים מתשלום מס). וכן ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, פ"ד מד(3) 769 (הילכת ההשתחררות כפופה לעקרון תום הלב).

הילכת ההשתחררות לא חלה על חוזים מסחריים רגילים של הרשות: ר"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821.

42 ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה(1974) 598; ג' טדסקי "הסכמי המנהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב(1982) 227. השווה ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 276, 272 (השופט כן: אין חוזה בין משטרה למלטשת יהלומים המחייב את המשטרה להיות מוכנה לקבל אזעקה מהמלטשה ולהגיב עליה; לכל היותר ניתן לרבר על שיתוף פעולה עם המשטרה בעניין זה).
43 הדעה שלפיה גם הסכמים שלטוניים הם חוזים, הכופים לדואליות נורמטיבית: ג' שלו חוזי רשות בישראל (תשמ"ה) 37-38; ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המנהל (תשנ"א) 33-41 (בכפוף לסייגים, למשל, הסכם פוליטי: שם, 41-51).

44 אמנם ניתן, לכאורה, לטעון כי במקרים רבים מי שקושר את ההסכם אינו בעל הסמכות החוקית המיידית אלא גופים השואפים להגיע לשלטון, למשל, מפלגה (הפועלת במשפט הפרטי כעמותה), המתחייבת להעניק שליטה על סמכויות חוקיות מסוימות למפלגה אחרת ולצמצם את סמכויותיה שלה, שיופעלו על ידי נציגיה בשלטון. בעיני אין לדבר חשיבות, שכן בכל מקרה מדובר בהסכם המתייחס להפעלתה בהווה או בעתיד של סמכות שלטונית.
בבג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 81, נטען כי ההסכמים בין הסיעות השונות פסולים, שכן יש בהם להגביל את שיקול דעתם בעתיד של נושאי משרות במוסדות לשכת עורכי הדין. בית המשפט לא כחן טענה זו לגופה, בציינו כי אפילו נכונה הטענה הזו בעתיד, אין בכך כדי להביא לפסילתה בהווה. שכן, הגישה המקובלת בישראל היא כי הסכמים המגבילים סמכות שלטונית אינם בטלים כשלעצמם.

עמדת בית המשפט אינה מקובלת עלינו על שני ראשיה: העובדה שמדובר בהתחייבות לעתיד, אינה מחסנת את ההסכם מביקורת שיפוטית (כלי קשר לשאלה אם ההסכם הינו חוזה אם לאו). וכן העובדה שהסכם שלטוני אינו בטל אלא רק ניתן לביטול, אינה הופכת כל הסכם שלטוני לכשר. מה עוד, שאינני סוברת כי על הסכם פוליטי חל דינו של הסכם שלטוני.

העובדה שהסכמים פוליטיים מתייחסים במקרים רבים להפעלתה בעתיד של סמכות שלטונית, הניעה את השופט אלון לקבוע כי בעתיד תהווה פניה מוקדמת לייצן המשפטי תנאי להערכותו של בית המשפט (בעתירה הנוכחית דן לגופה בהיותה ראשונה מסוגה): דרז'בסקי, לעיל הערה 1, כ"ע 800-802. עמדה זו רוחה השופט ברק. הטעם לכך הוא שאם ההסכם פסול, ניתן להכריז על פסולתו כבר עתה. ואם ההסכם מגביל סמכות שלטונית, מרדע לא לפתוח שערי בית המשפט בפני מי שטוען לבטלות התניה כבר גם אם יסתבר כי פרשנותה הנאותה של התניה לא תביא לבטלותה, אלא רק תכפיף את הפעלת הסמכות להלכת ההשתחררות (שם 863-865).

מערכת שלטונית בלבד. הסכם העוסק בחלוקת השלטון ובהסדרים שלטוניים אחרים אינו יכול להיחשב חוזה במשפט הפרטי. אכן בעניין זרובסקי נ' ראש הממשלה הסכימו השופטים אלון וברק כי המערכת החוזית הרגילה אינה מתאימה לחול על הסכם פוליטי⁴⁵ וכי הילכת ההשתחררות החלה על חוזים שלטוניים רגילים חלה, אף ביתר שאת, גם על הסכם פוליטי⁴⁶. הפן החיובי של החלטתם, כלומר התפיסה שהסכם פוליטי מחייב במשפט הציבורי אינו מקובל עלי, ואסביר זאת בהמשך. אך בנקודה זו אני מבקשת להדגיש את הפן השלילי של החלטתם, כלומר זה השולל אופי של חוזה מהסכם פוליטי. הדברים מקבלים מישנה תוקף, כאשר מצויה בהסכם פוליטי תניה של פיצויים (או כל סנקציה כספית אחרת) למקרה של הפרת התחייבות הכלולה בו. הסכם כזה נגוע בפגם הבסיסי הנובע מכך ש"אין קונים שלטון בכסף"⁴⁷. ויותר מכך: הוא יוצר ניגוד בין חובת בעל הסמכות לפעול לטובת הציבור לבין האינטרס העצמי או המפלגתי שלו⁴⁸. חששו כי יחויב (או כי מפלגתו תחויב) לשלם פיצוי לצד השני אם לא יקיים ההתחייבות, עלול להמריצו לפעול להגבלת סמכותו, גם אם לא יהיה הדבר לטובת הציבור. בכך יפר חובתו כנאמן הציבור. משום כך ברור כי התחייבות כזו בטלה בהיותה נוגדת את תקנת הציבור⁴⁹. אך הדבר משליך לא רק על ההתניה הספציפית אלא גם על אופיו של ההסכם כולו, והדבר מתקשר ליסוד השני שאליו התייחסתי קודם לכן⁵⁰: העיקרון שאסור להרכיב סנקציה כספית על הסכם פוליטי, מונע התחבטות בשאלה אם הסכם פוליטי

45 זרובסקי, לעיל הערה 1, בע' 797 (השופט אלון); 838-839 (השופט ברק).

46 שם, בע' 795-796, 806-807 (השופט אלון); 844-845 (השופט ברק).

47 שם, בע' 851 (השופט ברק). תניה כזו עשויה להיפסל אף בהסכם שלטוני רגיל.

48 לעניין זה העלה השופט ברק בעניין זרובסקי, לעיל הערה 1, בע' 850, את השאלה אם יש הבדל בין הסכם שבו כובל עצמו בעל הסמכות לבין הסכם שבו מתחייבת מפלגה להביא לידי כך שבעל סמכות יפעל על פי ההסכם האמור. בעיני השוני בין הצדדים להסכם אינו משפיע על טיבו של ההסכם: שני סוגי ההסכמים אינם חוזים לאור טיבה של טובת ההנאה (סמכות שלטונית) שבה הם עוסקים. גם אם לא מעורב בהם בעל סמכות שלטונית בהווה, די בכך שיש בהם הנחיה המופנית לבעל סמכות בעתיד. מדובר בהסכמים מתחום המשפט הציבורי, שהסמכות לדון בהם היא כבג"צ. השאלה מתקשרת לנושא בשלות העתירה והפניה המוקדמת ליועץ המשפטי, שנדון לעיל בהערה 44.

הבדל בולט בין ההסכמים נוגע, כמובן, לצד הפרסונלי שלהם. הסכמים בין מפלגות אינם מחייבים את בעלי הסמכות עצמם (אם אינם חתומים עליהם או אינם צדדים להם בצורה אחרת), אם כי ייתכן שנבחר שלא יפעל כאמור בהסכם גורם למפלגתו או לסייעתו להפר את ההסכם שעליו חתמה. אך אם כפי שנראה לי נכון לסבור, ההסכם אינו מחייב כלל, לא תעמוד כלפי המפלגה שלא קיימה אותה עילת תביעה חוזית בשל הפרת חוזה, וכלפי בעל הסמכות לא תעמוד עילה בשל גרם הפרת התחייבות ציבורית. השווה להלן הערה 53.

49 השווה ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 235, שבו פסל הנשיא שמגר התחייבות אפוטרופוס להביא לאישורו על ידי בית משפט של חוזה בין פסול הדין לבין מתקשר אחר. בהתחייבות טבוע ניגוד בין חובת האפוטרופוס לפעול לטובת פסול הדין לבין האינטרס העצמי של האפוטרופוס שיובילו לקבלת האישור, אפילו העסקה אינה לטובת פסול הדין, מחשש שמא יהיה כפוף לסנקציה אם לא יעשה זאת.

50 לעיל טקסט לאחר הערה 37.

הוא חוזה. כיצד ניתן להתייחס להסכם שאסור לקבוע בו תניה של פיצויים קבועים מראש כאל חוזה? הסכם שסנקציה כספית בשל הפרתו פסולה, אינו ראוי להיחשב חוזה ואינו יכול להיחשב כך מלכתחילה.

מעמדו של הסכם פוליטי במישור המשפט הפרטי הוא זה: הסכם פוליטי כשלעצמו אינו פסול. הוא מותר (בכפוף לכך שהוא עולה מבחינת תוכנו בקנה אחד עם החוק ועם תקנת הציבור), אולם אסור להופכו לחוזה, ולכן אין הוא יכול להיחשב חוזה. האיסור להטיל סנקציה כספית על הפרתו שולל תוקפה של תניה הקובעת פיצויים מראש, או תוקפה של תניה הקובעת כי לצד הנפגע תהיה זכות לממש שעבוד⁵¹ או שטר, אם לא יקוים החיוב שבהסכם, או כל תניה המעניקה יתרון כספי ישיר לצד התובע, כגון מחילה על חובותיו או תשלום חובותיו על ידי הצד השני. הסכם פוליטי אינו חוזה⁵², אי קיומו אינו בגדר הפרת חוזה⁵³ ומכאן שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 אינו חל עליו. חשוב לציין כי העמדה הפוסלת הרכבת יסוד כספי על הסכם קואליציוני זכתה לגיבוש חוקי בחוק יסוד: הממשלה שתוקן בשנת 1991⁵⁴. סעיף 13א שהוסף בחוק המתקן לחוק יסוד: הממשלה, קובע שייג לעשיית הסכמים מסוימים לגבי תפקיד אדם כשר או כסגן שר: ההסכם ייעשה רק בידי נציגים מוסמכים של סיעות הכנסת שהן צד להסכם [13א (א)]; כן נקבע כי לא ייעשה הסכם לגבי אי העברה של אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה, בשירות המדינה, בתאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבורי אחר [13א (ב)]; נוסף על כך נקבע כי לא תינתן ערבות במישרין או בעקיפין בכסף, או בשווה כסף בשירות או בכל טובת הנאה אחרת להבטחת ביצועם של הסכמים כאמור, ולא יהיה לערבות כזו תוקף [13א (ג)].

אני סבורה כי החוק לא רק שהוא שולל תוקף מחייב מהסכמים הנדונים בו, דהיינו הופך אותם ללא שפויים, אלא שהוא גם הופך אותם לאסורים, בהיותם מנוגדים לתקנת הציבור. החוק מדגיש את חוסר יכולתם של הצדדים להפוך הסכם פוליטי לחוזה. אולם נראה לי שמסקנה זו מתייחסת לא רק להסכמים הפוליטיים שעליהם מדבר החוק אלא לכל הסכם פוליטי שהוא, וזאת על סמך העיקרון הכללי שנקבע בפסיקה. ציינתי כי בעניין ז'רז'בסקי קבעו השופטים אלון וברק כי אף שהסכם פוליטי מחייב באופן מוגבל, אין המערכת החוזית הולמת אותו⁵⁵. השופט אלון היה אף נכון להשוות בין הסכם הימורים להסכם פוליטי, לאו דווקא בשל כך שהסכם פוליטי גם הוא מבוטל

51 טפלותו של המשכון לחיוב: "ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז–1967 (תשל"ה) 11, 48. השווה סעיף 15 לחוק המשכון: "חדל החיוב, יפקע המשכון" לעיל. השווה לעיל טקסט להערות 27–32.

52 אולם לדעה לפיה הסכם פוליטי הוא חוזה (שעל בית המשפט להינזר מטיפול בו): ג' של "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז (1991) 215.

53 לכן גם לא ניתן לגרום להפרתו של הסכם פוליטי: השווה ע"א (חי') 131/86 רקובר נ' ארמון, פ"מ תשמ"ח (1) 336, שבו נדחתה תביעה בשל גרם הפרתו של הסכם קואליציוני. צוין שם כי אפילו היה ההסכם אכיף, לא יכול היה התובע לתבוע שכן לא היה צד לחוזה.

54 התיקון נקרא: חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), ס"ח 1345, תשנ"א 90, 91. הוספת סעיף 13א נקבעה בסעיף 3 (2) לחוק הנ"ל.

55 לעיל הערה 45.

לעתים על הימור⁵⁶, אלא בשל העובדה שהפרתם של שני ההסכמים אינה מעניקה לנפגע סעד של פיצויים, אף לא סעד של אכיפה⁵⁷.

ההשוואה נכונה מבחינה זו שבשני המקרים עניין לנו בהסכמים בעייתיים ביותר, אולם ראוי להדגיש, בכל זאת, את ההבדל ביניהם: בהסכם הימורים אין איסור חוקי על קביעת סעד כספי למקרה של הפרה⁵⁸ ואין בעובדה זו ניגוד לתקנת הציבור, אף שבית המשפט לא יאכוף תניה כזאת. מנגד, קביעה כזו בהסכם פוליטי היא בלתי חוקית. במלים אחרות, הסכם הימורים רופף יכול להיות על גבול החוזה, והוא אף מכונה כך בחקיקה, אך לא כן הסכם פוליטי, שכן, כאמור, הסכם שסנקציה כספית בשל הפרתו לא רק שאינה אכיפה אלא שהיא בלתי חוקית לחלוטין, אינו חוזה.

מכאן שאסור לקיים הבטחות כספיות בהסכם פוליטי, זאת בניגוד להסכם בלתי אכיף (חוזה הימורים) או בלתי שפיט (הסכם ג'נטלמני) שמותר לקיימן. כך, למשל, נניח שנקבע בהסכם ג'נטלמני או אפילו בהסכם הימורים, שצד שיפר אותו, ישלם לצד השני סכום פיצויים קבוע מראש בשל הפרה. קביעה כזו היא חוקית. מותר לקיים את הסכם הפיצויים. לכן לצד שקיים הסכם לא שפיט "רגיל", אין כלל עילת השבה. לעומת זאת, מתוך האיסור על קביעת הבטחות כספיות בהסכם פוליטי, נובע כי אסור גם לקיימן. ואם קוימו, ניתן לדרוש השבתן. אפשר שהעילה להשבה של צד שנתן טובות הנאה כספיות בהסכם פוליטי תהיה מבוססת על חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט — 1979. אך אפשר שתהיה אנלוגית לעילת ההשבה הקבועה בסעיף 31 לחוק החוזים: אנלוגית ולא ישירה, כי לא מדובר כלל בחוזה (קיום חוזה הוא ההנחה ההתחלתית לתחולתו של סעיף 31). אולם הדמיון להסדר של סעיף 31 נובע מזה שמדובר במתן טובת הנאה בלתי חוקית על פי הסכם, וראוי להעניק לבית המשפט שיקול דעת אם להכיר בזכותו של התובע להשבה⁵⁹.

נחזור, אפוא, לשאלת הקשר בין כוונת הצדדים, לבין שפיטות ואי חוקיות. למעשה מתוך מה שאמרתי קודם הופכת כוונת הצדדים ללא רלבנטית בתחום זה. שכן אם לא התכוונו שההסכם הפוליטי יהיה שפיט, ממילא לא יהיה שפיט (לפחות לא במשפט הפרטי). אך גם אם התכוונו לכך, לא יוכלו להגשים את כוונתם, שכן אסור להם להתכוון לכך. זוהי הלכה מעניינת הקובעת שיש קטגוריה של חוזה בלתי שפיט, הנובעת מזה שעצם הכוונה המובעת להופכו לחוזה שפיט, היא בלתי חוקית ופסולה⁶⁰.

יוצא שאפילו לא הוטל איסור להפוך הסכם פוליטי לחוזה, לא ניתן היה לעשות זאת מכוח המגבלה הטבעית של דיני חוזים⁶¹, ומשחל איסור כזה, ודאי כך. המסקנה: אסור

56 אך גם בגלל יסוד זה: "ולוא דמיסתפינא הייתי אומר שיש משהו משותף באופי של שניהם": השופט אלון בעניין ורדיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 797.

57 שם, שם.

58 לדיון בהסכם הימורים: ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 343-355.

59 שם, בע' 366. גם אם עילת ההשבה מושחתת על חוק עשיית עושר, יהיה לבית המשפט שיקול דעת אם להורות על השבה על פי סעיף 2 לחוק.

60 לעיל טקסט להערות 27-32.

61 לעיל הערה 26.

להפוך הסכם פוליטי לחוזה, מכאן שאינו שפיט כחוזה במשפט הפרטי, ומה במשפט הציבורי?

הסכם פוליטי במשפט הציבורי

בעניין ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה הסכימו השופטים אלון וברק כי המערכת החוזית הרגילה אינה מתאימה לחול על הסכם פוליטי וכי הוא מחייב במישור המשפט הציבורי⁶². אמנם כפוף הוא, אף יותר מהסכם שלטוני רגיל להלכת ההשתחררות⁶³, אך מוטלת חובה לקיימו.

בשעתו אף נעשתה השוואה בין הסכם פוליטי להסכם שלטוני אחר, כגון עסקת טיעון, והובעה נכונות להחיל על שני סוגי ההסדרים דין זהה⁶⁴. בעסקת טעון מתקשרת הרשות בהסכם המגביל את סמכותה לשם ייעול ההליכים של עשיית הצדק⁶⁵. בעסקת זו חסר היסוד הכלכלי, המאפייין (חלקית) הסכמי רשות אחרים (הסכם מגביל סמכות לשם מתן מונופול)⁶⁶. מבחינה זו דומה עסקת טעון להסכם פוליטי, אך מעבר לכך רב השוני ביניהם. הסכם פוליטי, ככל הסכם שלטוני אחר, אמנם עוסק בהפעלתה של סמכות חוקית, אולם בעוד שהסכמים שלטוניים "רגילים" (לרבות עסקת טעון) מתייחסים במישרין להפעלתה של הסמכות, ולפחות לכאורה אין הם מעוררים בעיה של שימוש בסמכות בשל מטרה זרה, נעשים הסכמים פוליטיים מתוך כוונה להבטיח קבלת שלטון, משרה, סמכות או טובות הנאה לגוף, לאדם פוליטי, ועל פניהם עשויים הם לעורר בעיה של מטרה זרה. לגבי הסכם שלטוני רגיל ניתן להניח כי נעשה למטרה שלשמה נועדה הסמכות. לגבי הסכם פוליטי הנחה זו אינה מובנת מאליה.

כשמדובר בהסכם פוליטי, האמירה כי "איש ציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל"⁶⁷, היא בבחינת אמירה נורמטיבית (של ראוי) ולא בהכרח דסקריפטיבית (של מצוי). לעתים נכרת הסכם כזה אף כאשר הדבר אינו משרת מטרת של הציבור בכללותו, שלא לדבר על כך שהוא עשוי לעמוד בניגוד להן, ואז תהיה תקנתו של הציבור דווקא באי קיומו. הדבר בולט במיוחד במציאות הפוליטית הדינמית שלנו. השינויים הפוקדים אותה גורמים לא אחת לכך שהסכם פוליטי הופך למכביד ולמיותר. בעוד שבהסכמים בין הרשות לבין הפרט הנוגעים להפעלתה של סמכות שלטונית, יש לערוך איזון נכון בין אינטרס הפרט המסתמך על ההבטחה לבין אינטרס הציבור המיוצג על ידי הרשות, הרי שכאשר מדובר בהסכמים בין

62 ז'רז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 797-799 (השופט אלון); 838-389 (השופט ברק).

63 שם, בע' 795-796, 806-807 (השופט אלון); 844-845 (השופט ברק).

64 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא (1) 73, 78.

65 לשאלת מיקומה הנורמטיבי של עסקת טעון: בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב,

פ"ד מ (2) 393 (השופט ברק).

66 לביקורת ההשוואה: ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המנהל (תשנ"א) 47-48.

67 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא (1) 73, 78.

גופים ציבוריים, כגון, מפלגות, סיעות פוליטיות או נושאי תפקידים שלטוניים, אין מקום לאיזון דומה. ההשוואה בין הסכם שלטוני להסכם פוליטי מצביעה על הבדל ניכר בין השניים, ואינה מצדיקה החלת דינו של ההסכם השלטוני על ההסכם הפוליטי. נראה לי שאופי ההסכם מחייב שניתן יהיה להשתחרר ממנו ללא סנקציה משפטית.

עמדת הפסיקה

השופטים אלון וברק הגורסים כי להסכם הפוליטי תוקף במשפט הציבורי, התייחסו לשאלת הסנקציה או הסעדים העומדים למי שנפגע מהפרתו של הסכם פוליטי. השופט אלון גורס כי הסעד היחיד הוא הצהרת⁶⁸. השופט ברק סובר כי התרופה העיקרית תהיה ביטול⁶⁹. במקרים חריגים יהיה מוכן לשקול הענקתה של תרופת אכיפה, אף כי זו "סבוכה הרבה יותר"⁷⁰ והתרופה הראויה תהיה זו המכריזה על הפרת הסכם (סעדים נלווים לכך הם הודעה על הפרה או התנצלות)⁷¹. מכאן ששניהם מסכימים שהתרופה הראויה היא הצהרה ואילו סעד הפיצויים הוא בלתי קביל על שניהם. עולה כי למרות גרסתם שהסכם פוליטי תקף, הריהו חלש יותר מהסכם שלטוני רגיל. סעד האכיפה, שהוא השגרתי בשל הפרתה של הבטחה שלטונית⁷², אינו ראוי בהקשר של הסכם פוליטי, ותרופת הפיצויים שניתן להעניקה בניסיונות חריגות בגין הפרת הסכם שלטוני⁷³, אינה אפשרית בכלל. עם זאת, יש חשיבות לנכונות להעניק הצהרה⁷⁴, במיוחד

68 ורדיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 796-797.

69 שם בע' 845.

70 שם, שם.

71 שם בע' 846.

72 לרוב יינתן הצו על ידי בג"צ. לעתים יכול להינתן צו הצהרתי על ידי בית המשפט המחוזי: למשל, ע"א 250/88 קופת חולים נ' עיריית באר שבע, פ"ד מג (4) 488 (הצהרה לפיה הסכם הפוטר את קופת חולים מתשלום מס מחייב את הרשות). בשאלת הסמכות לא נדון.

73 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2005; בג"צ 124/79 צובא נ' שר הביטחון, פ"ד לד (2) 752, 754, 755; ע"א 64/80 בנק א"י בריטניה נ' מדינת ישראל — משרד השיכון, פ"ד לח (3) 589, 603; בג"צ 2167/90 מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מה (1) 45, 55 (השופט אור). להצעת רוויזיה בכל דיני הבטחה המנהלית, שבמסגרתה ייקבע גובה הפיצויים לא על פי כללים נוקשים אלא על פי חוש הצדק: א' שטיין, "הבטחה מנהלית" משפטים יד (1985) 255, 292, ואף בעניין זה שאלה היא אם יש מקום להבחין בין הסכם מנהלי בעל אופי כלכלי מסחרי (למשל, הסכם לשימוש בכוח שלטוני כדי לסייע ליוזם להקים מפעל) לבין הסכם ציבורי (למשל, עסקת טעון).

74 אולם למרות הצהרת בית המשפט על הפרת הסכם, לא תהיה לצד הנפגע עילה לפי פקודת בזיון בית המשפט. השווה בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85, שבו נבקש בית המשפט לצוות על יו"ר הכנסת וסגניו להניח הצעות חוק של העותר על שולחן הכנסת, ובית המשפט הפך הצו להחלטי במובן זה שהצהיר על כך שהמשיבים אינם רשאים שלא להניח הצעות העותר על שולחן הכנסת. משלא הונחו הצעות העותר כאמור, ביקש לכופף את יו"ר הכנסת לעשות זאת, על פי פקודת בזיון בית המשפט, אך בית המשפט דחה את הבקשה: בג"צ 306/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 485. וראה הסבריו של השופט בעניין ורדיבסקי, לעיל הערה 1' בע' 797-798.

לאור ההנחה כי במישור המשפט הציבורי תכבד הרשות את עמדת בית המשפט, אפילו אינה מנוסחת בלשון חיוב⁷⁵.

למרות האמירות בפסק דינו של השופט אלון בדבר תקפותו של ההסכם הפוליטי, נראה כי השיקולים המרכזיים שהובאו על ידו אינם תומכים במסקנה זו. כזכור, קבע השופט אלון כי רק חלקן של הסכם פוליטי שפיט. מהו אותו חלק שפיט? אותו חלק הכפוף לנורמות של חובת הגילוי⁷⁶, של עקרון החוקיות ואולי אף של תקנת הציבור⁷⁷. נראה כי נורמות אלה אינן מלמדות על מסקנה בדבר תקפותו של ההסכם פוליטי: כפיפותו של ההסכם לחובת גילוי אינה נובעת מתוקפו המחייב אלא מהיותו חלק ממצע של גופים פוליטיים. ואילו כפיפותו לחוק (ואף לתקנת הציבור) נובעת מהעיקרון שכל רשות שלטונית חייבת לפעול לפי החוק ולפי העקרונות החוקתיים. מה שנבחן הוא הפעולה (או כוונתה של סמכות שלטונית לפעול בעתיד) ולא תוקפה כהסכם מחייב. משמעותה של הכרזה על בטלות התניה הפסולה היא שניתן צו האוסר על הרשות (או על הרשות בכוח) לפעול כפי שהתחייבה על פי ההסכם. לגרסתו של השופט אלון, חלקיו האחרים, הכשרים, של ההסכם אינם שפיטים כלל. ומכאן עולה באופן עקיף מדבריו שהסכם פוליטי אינו מחייב כלל: הביקורת על החלק שכונה על ידיו "שפיט" נובעת מהעובדה שהוא מבטא פעולה של הרשות (או מכוונתה לפעול בדרך מסוימת) ולא מסיווגו של ההסכם כתקף במשפט הציבורי. ואילו החלק האחר ממילא אינו שפיט. יתר-על-כן: נראה שבדונו בסעד ההצהרתי עושה השופט אלון תפנית מסוימת, והוא מוכן להכיר בכך שבנסיבות מסוימות ניתן להעניק סעד הצהרתי בשל הפרת ההסכם⁷⁸. ממילא הוא הופך את החלק הפוליטי של ההסכם לשפיט, ומבלי משים הוא נמצא מסכים לעמדתו של השופט ברק, שעליה הוא חולק בחריפות.

תפיסתו של השופט ברק כי ההסכם שפיט לכל האורך וכי לבית המשפט סמכות לבחון אם היה צידוק לאי קיומו (על פי מבחן הסבירות ועקרון ההגנות השלטונית⁷⁹)

- 75 למשל, בג"צ 694/75 אלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (2) 382, 388-389. אפשרות זו הורחבה משהוכר כוחו של בית המשפט להעניק סעד הצהרתי זמני: ע"א 144/79 יוטבין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 344; בג"צ 341/80 דרויק נ' בכר, פ"ד לה (2) 197; ב"ש 441/83 מערף נתיבי אור נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 732 (שבו נדחתה הבקשה לסעד זה). לדיון ראה י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 6, 1990) 29-30, 120, 529, 583.
- 76 זרזיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 786-788. חובת הגילוי נקבעה בבג"צ 160/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353, וכיום היא קבועה בסעיף 13 לחוק יסוד: המשלה, שחוקן בסעיף 3 (2) לחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12) ס"ח 1345, תשנ"א 90, 91.
- 77 להסתייגותו של השופט אלון מפיקוח בעילה זו: בעניין זרזיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 790-795. לעמדתו החד משמעית של השופט ברק בעניין זה: שם, 845, 862-863.
- 78 ונראה שאין מדובר בהצהרה המתייחסת לחובת הגילוי או לפטולתו של ההסכם, שכן השופט עצמו מבהיר, כי הכוונה ל"סעד שניתן במקרה שבית המשפט יחליט על הפרת ההסכם על ידי אחד הצדדים": שם, בע' 798.
- 79 השופט ברק שם, בע' 840-845; ביקורתו של השופט אלון, שם, 770-771, ותשובתו של השופט ברק למבקרו: שם, 857-858, 861-863.

מעמידה את עיקר הקושי במישור האנליטי. אמנם מסקנתו כי התרופה העיקרית בשל הפרת הסכם פוליטי היא ביטול, מחלישה את הנחתו שמדובר בהסכם תקף ושפיט. הטעם לכך הוא שתרופת הביטול היא סעד עצמי, שלשם הפעלתו אין צורך בסיועו של בית המשפט. כשמדובר בהסכם בלתי שפיט, זהו ה"סעד" הטבעי. כפי שצינו, הסכם לא שפיט הוא הסכם המאפשר לצדדים לקיימו או שלא לקיימו לפי רצונם. היכולת לבטל את ההסכם משמעותה היא שהצד רשאי (או לפחות יכול) שלא לקיים הסכם, מבלי שהמשפט יעמוד לו למכשול. הביטול הוא, אפוא, חופש שלא לקיים (מבחינת המשפט). לחוסר שפיטות משמעות זהה. שלא במודע משמש, אפוא, המונח ביטול, בהקשר זה, מונח נרדף לחוסר שפיטות, שממנו מבקש השופט ברק להסתייג.

עם זאת, מההכרה בסמכותו ההצהרתית של בית המשפט (המקובלת על שני השופטים) להכריז על אי-קיומו של הסכם פוליטי כעל הפרה, ומהאפשרות להעניק במקרים חריגים סעד אכיפה (שבה מכיר רק השופט ברק), נובע כי ייתכנו נסיבות שבהן יהיה אסור להפר הסכם פוליטי. סעדים אלה מבססים באופן אנליטי טענה כי הסכם פוליטי הינו הסכם תקף. הוויכוח עובר, אפוא, למישור העקרוני. חשוב להדגיש כי בשלב זה של ההתפתחות השיפטית אין אף לא דוגמה אחת לשימוש בכוח שיפוטי למטרה זו, וטוב שכך הדבר. התערבות כזו תעניק למערכת הסכמים בעייתית עצמה, שכבר כיום עולה היא על הרצוי, ותגרור את בית המשפט למעורבות בלתי רצויה ביחסיו עם הרשות המחוקקת והמבצעת.

ניקח, למשל, את המקרה של הסכם הרוטציה בין חברי הכנסת, שבו קיים צד אחד את ההסכם והתפטר מחברותו ככנסת לטובת הצד השני, אך זה דבק בכיסאו ולא התפטר לטובת השלישי. בית המשפט לא התערב⁸⁰, בסוברו כי המקרה נבחן לפי תוקף ההתפטרות, ולא לפי המניע לו (כלומר, ההסכם). בית המשפט גם נטה לקבוע כי ההסכם מנוגד לתקנת הציבור. קיימות דעות אחרות לפיהן הסכם כזה אינו נוגד לתקנת הציבור⁸¹. בהנחה שבית המשפט אינו רואה כל פסול בהסכם כזה, האם ראוי שיצהיר על זכותו של הבא בתור להיכנס לכנסת? האם בכך לא ייפגע עקרון המשטר שלפיו מכהן חבר כנסת לאורך כל תקופת כהונתו? האם הסכם פוליטי יכול לגבור על עקרונות המשטר? היכול הסכם ליצור מניעות הגוברת על כלל חוקת⁸²? וודאי שאין מקום לעודד הסכם כזה ולפתוח שערי בית המשפט בפני מי שנפגע מהפרתו⁸³.

80 בג"צ 501/80 זועבי נ' אבר-רביעה, פ"ד לה (2) 262. הפרשה הסתיימה כעבור מספר שנים באופן טרגי: חבר הכנסת שסירב לפנות מקומו נרצח.

81 זרזיבסקי, לעיל הערה 1, בע' 794 אומר השופט אלון: "דעתי כדעת הסוכרים שאין בהסכם רוטציה משום ניגוד לתקנת הציבור". האם נובע מכאן היתר לעשות הסכם רוטציה חודשי (ואולי יומי) בין מועמדי סיעה לכנסת?

82 דומה שלא ניתן להשוות בין הסכם היוצר מניעות במשפט הפרטי לבין הסכם כזה במשפט הציבורי. השווה נ' כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז (1986) 13. לשאלת המניעות במשפט הציבורי: א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים יד (1985) 255, 292. וכן בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד מה (2) 133, 139-140 (הבטחה חורגת מסמכות אינה תופסת. בכך תורחב סמכות השלטון מעבר לגבולות החוק).

83 השופט אלון, שאינו רואה ניגוד בין הסכם מסוג זה לתקנת הציבור, הביע עמדה ברורה לפיה

ובאשר ליחסי הרשות השופטת והמבצעת: אם, למשל, מטיל הסכם קואליציוני חובה על ראש הממשלה ליזום חקיקת חוק מסוים, הראוי שבית המשפט ייתן הצהרה בעניין זה או שיודיע על הפרה? היצווה בית המשפט (על ידי הצהרה) על הקצאת תקציבים לפי מה שהובטח בהסכם קואליציוני? אם תחליט הממשלה על גיוסם של תלמידי ישיבה בניגוד להסכם קואליציוני, ובלי שחלה הרעה במצב הבטחוני, היתערב בית המשפט?⁸⁴ ומה יעשה בית המשפט אם תחליט הממשלה על הפסקת התנחלויות מעבר לקו הירוק, זאת בניגוד מוחלט להסכם הקואליציוני? מעבר לבעיה המוסדית, מתעוררת גם הבעיה הנורמטיבית: קנה המידה שהוצע לבחינת השאלה אם הופר הסכם פוליטי הוא עקרון ההגיונות והסבירות⁸⁵. הפעלתו של עקרון זה מעוררת קשיים ניכרים, הנובעים מעמימותו ומכפיפותו להלכת ההשתחררות. האם מי שמתוך רצון להגיע לשלטון, כורת הסכם בתקווה שלא יקיימו, פועל בהגיונות ובסבירות? האם טוב הדבר שבית המשפט יכריע הכרעות פוליטיות מסוג זה? בעניין זה מקובלת עלי עמדתו של השופט אלון, לפיה רצוי להשאיר את השאלה מחוץ לזירת המשפט⁸⁶.

כאמור, אני סבורה כי אין לייחס תוקף מחייב להסכם פוליטי, לא במישור החוזי, ולא במישור המשפט הציבורי. אך אין זאת אומרת שהצדדים להסכם רשאים להתנהג כאילו המשפט אינו קיים. האמירה שהסכם פוליטי אינו תקף, משמעותה היא רק שהצד הנפגע אינו רשאי לתבוע את הצד השני מכוחו של ההסכם. אך אין שום מניעה שלצד הנפגע תהיה עילה שלא מכוחו של ההסכם, ודאי גם אין מניעה שלצד שלישי תהיה עילה הנובעת מקיומו של ההסכם או מן הכוונה לקיימו. הסכם פוליטי קובע קו להפעלת סמכות שלטונית. התערבות שיפוטית בהסכם פוליטי משמעותה בחינת החוקיות והחוקיות של הפעלתה בפועל (או בכוח) של הסמכות השלטונית.

הפסיקה בעניין זה תוכיח: לראשונה נדונה הבעיה אגב בחינת שיקול דעתו של שר הדתות לגבי אופן קביעת חברי המועצה הדתית, מינוי המסור לו על פי חוק. שר הדתות הנחה עצמו על פי הסכם בין שתי מפלגות, שקבע הסדר בעניין זה. צד שלישי, נציג מפלגה אחרת, ביקש להיות מיוצג במועצה הדתית, ועתירתו נדחתה בשל שהו ובשל חוסר אפשרות חוקית לשנות את הרכב המועצה. בית המשפט לא התייחס להסכם ככזה, אלא לשאלה אם היה מקום לכך שההסכם הפוליטי ישמש בסיס להפעלת שיקול דעתו של שר הדתות, והוא קבע כי הפעלת שיקול דעתו של השר היתה בעניין זה פסולה, שכן היא נשענה על "קריטריון נוקשה הקובע מראש את תוצאת המינויים"⁸⁷. במקרה דומה פטל השופט ויתקון את שיקול דעתו של השר, למרות שהשר לא התייחס להסכם

אל לו לבית משפט לדון בהסכמים מסוג זה: בעניין זרובסקי, לעיל הערה 1, בע' 794. השווה בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 496 שדן בגיוס תלמידי ישיבה תוך ניסיון לכפות על שר הביטחון לעשות זאת, בניגוד להבנה הקואליציונית).

85 לעיל הערה 79.

86 שם, בע' 762-776.

87 בג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח(4) 603, 610.

הבין-מפלגתי כאל מחייב, אלא רק כאל מנחה⁸⁸. אנו רואים, אפוא, כי ההסכם הפוליטי נדון באותם מקרים אגב הדיון בחוקיות המעשה המנהלי. מפסק דין זה ודאי לא ניתן להסיק כי להסכם הפוליטי יש תוקף כלשהו.

בעניין זועבי נ' אבו-רביעה⁸⁹, נדון הסכם הרוטציה בין חברי הכנסת, שבו התחייב חבר כנסת לפרוש מהכנסת בתום תקופה מסוימת כדי שהשני ברשימה יכהן כחבר כנסת. השני התחייב באופן דומה כדי לפנות מקומו לשלישי ברשימה. הראשון קיים את ההסכם, אך השני סירב לפנות מקומו לשלישי. מכאן, עתירתו של הראשון, שטען כי התפטרותו אינה תקפה, שכן הושגה במרמה, שהרי השני, כך נטען, מעולם לא התכוון לקיים חלקו בחוזה. בית המשפט קבע כי תוקף ההתפטרות מהכנסת נבחן לא על פי המגיע לו (הנכונות לקיים הסכם ומידת תוקפו או בטלותו) אלא על פי מעשה ההתפטרות עצמו: זה תאם את קני המידה הקבועים בחוק, ולכן היה תקף⁹⁰. גם כאן נדונה השאלה לא באספקלריה של חוקיותו או שפיטותו של ההסכם אלא בוו של חוקיותו ותוקפו של המעשה השלטוני. מעניין לציין כי מקרה זה הוא היחיד שבו נבעה התביעה מאי-קיומו של ההסכם הפוליטי והוא היחיד שבו נדון ההסכם ביחסים בין הצדדים בינם לבין עצמם. וגם כאן לא נודעה כל חשיבות לעובדה כי ההסכם "הופר". המשפט לא התערב כדי למנעה או לתקן את תוצאותיה.

בעניין רובין נ' ברגר⁹¹ נדון הסכם שנעשה בין סיעות לקראת הבחירות ללשכת עורכי הדין, ואשר קבע חלוקת תפקידים במוסדות הלשכה ואירושם בין אותן סיעות ומועמדיהן לאחר הבחירות. הסכם זה התיימר להטיל התחייבות על נושאי משרות במוסדות הלשכה לבחור במועמד לתפקיד מסוים על פי שיוכו הסיעתי.

כמו בפרשת המינויים למועצה הדתית, עלתה בעניין רובין נ' ברגר שאלת תוקפם המחייב של ההסכמים על ידי צד שלישי⁹², שהשתתף במערכת הבחירות ללשכת עורכי הדין, ואשר טען לבטלותם של ההסכמים בנימוק שהם עומדים בניגוד לתקנת הציבור⁹³. וכמו בפרשת המינויים למועצת הדתית, התעוררה השאלה דווקא עקב נכונותם ורצונם של הצדדים להסכם לקיימו⁹⁴.

בעניין רובין נ' ברגר נטען כי ההסכמים בין הסיעות השונות פסולים, שכן יש בהם להגביל את שיקול דעתם בעתיד של נושאי משרות במוסדות לשכת עורכי הדין. אך בית

88 בג"צ 313/67 אקסלרוד נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 80, 83.

89 בג"צ 501/80, פ"ד לה(2) 262.

90 שם, בע' 267.

91 בג"צ 669/86, פ"ד מא(1) 73.

92 כמו בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, אלא ששם דובר בהסכם בין השלטון לבין פרט.

93 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 77-78.

94 אף כי טענו שאין מדובר בחוזה אלא בהצהרת כוונות: בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 77. אולם בעיני יכולת ההתערבות אינה מושפעת מסיווגו של ההסכם. השווה סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 המתייחס לקו פעולה שקבע גוף עסקי לחבריו או שהומלץ על ידיו העלול למנוע תחרות בעסקים ביניהם, כאל הסדר כובל. ראה גם סעיף 1 המגדיר "הסדר": "... בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו".

המשפט לא בחן טענה זו לגופה, ודחה את העתירה, בציינו כי אפילו נכונה הטענה בעתיד אין בה להביא לפסילתו של ההסכם בהווה.

עמדתו של בית המשפט אינה מובנת. ההסכם כלל תניה שבה כבילה מכנית של שיקול דעתו של בעל הסמכות⁹⁵. העובדה שדובר בכבילה פסולה אך עתידית לא היתה סיבה להימנע מפסילתה כבר בהווה⁹⁶.

השופט גולדברג עקף באותו מקרה את הבעיה על ידי כך שראה את ההסכם לא כמחייב אלא כהנחיה וכחלק ממצע הבחירות של הרשימות המתקשרות. הוא פירש אותו חלק מההסכם כעולה בקנה אחד עם העדר הגבלה על הבחור ועל הנבחר, וכך לא רק ששלל למעשה את הכוח המחייב שהצדדים להסכם ביקשו להקנות לו, אלא גם אסר על קיומו⁹⁷.

בעיה דומה של חקיפת הסכם פוליטי, שמימושו בעתיד, על ידי צד שלישי התעוררה בעניין ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, אך כאן כבר היה מוכן בית המשפט העליון לרדן בתנייתו של ההסכם ובשאלת חוקיותו והתאמתן לתקנת הציבור, למרות שדובר בהפעלה עתידית של סמכות חוקית. הקדשנו לעיל דיון להיבט הכספי של ההסכם, שאותו פסל בית המשפט⁹⁸, ועתה לתניות האחרות שנדונו בו, שעוררו בעיה של כבילת סמכות חוקית.

באותו עניין נדונו, בין השאר, תניות המחייבות צד להסכם שלא לפעול על פי הסמכויות הקבועות בסעיפים 17 לחוק יסוד: הממשלה (המעניק סמכות לממשלה לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים) ו-21א לאותו חוק (המאפשר לראש הממשלה לפטר שר). בית המשפט, בהסכמת הצדדים, שנקטו בעת הדיון כל צעד אפשרי להכשרתו של ההסכם, ביטל, למעשה, את הנוסח של הסעיפים, וקרא אותם כאילו נאמר בהם שהרשות תהיה רשאית לסטות מן ההסכם, אם יצדיקו זאת הנסיבות⁹⁹. כך אומצה

95 וזכור, הביא הדבר לפסילת שיקול דעתו של שר הדתות בפסקי הדין שעסקו במינוי למועצה הדתית: בג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח(4) 603, 610; בג"צ 313/67 אקסלרוד נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 80, 83.

במישור מקביל, בדיני חברות, נקבע כי הסכם בין שני דירקטורים המחייב אחד מהם להצביע יחד עם חברו, אינו תקף בהיותו נוגד את תקנת הציבור: ע"א 365/54 מן נ' איזן, פ"ד יא 1612. מסקנת פסלות זו מתחייבת, ומקל וחומר, לגבי הסכם המורה לנציגי ציבור להצביע מראש לפי השייך המפלגתי. לפיכך ראוי היה שביט המשפט בעניין רובין נ' ברגר, יבחן את הסוגייה לגופה, ויכריז על בטלותו של אותו חלק בהסכם במידה שהיה בו משום הנחיה לנהוג לפי שיקולים בלתי ענייניים. למעשה בפרשת ז'רז'בסקי, לעיל הערה 1, נקט כבר בית המשפט עמדה שונה.

96 לעיל הערה 44.

97 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 82, למרות שהוא מציין כי אין הוא דן בשאלת חוקפם המשפטי של ההסכמים בין הצדדים להם: שם, בע' 81.

98 לעיל טקסט להערות 35-37.

99 ז'רז'בסקי, לעיל הערה 1, בע' 805-808 (השופט אלון); 846-850 (השופט ברק).

הטכניקה של השופט גולדברג בעניין רובין נ' ברגר¹⁰⁰, המאפשרת להימנע מפסילת תניות בהסכם פוליטי על ידי שינוי תוכנו, וייחוס כוונה לצדדים לפעול על פי העקרונות החוקתיים.

מעניין כי למרות חילוקי הדעות בין השופטים אלון וברק לא היתה ביניהם כל מחלוקת לגבי פרשנותו של ההסכם. הדבר נובע מכך שלא התעוררה בו שאלת קיומו אלא דווקא בטלותו. וגם כאן נראית לי עמדתו של השופט גולדברג שהצביע בצדק על כך שהואיל והצדדים רצו לקיימו, אין כל חשיבות לשאלה מהו מעמדו, ויש להתרכז בשאלה האם הפעולה שהתחייבו הצדדים לבצע עולה בקנה אחד עם החוק ועם העקרונות החוקתיים¹⁰¹.

מסקנה

בעניין ההסכם הפוליטי ראוי להבחין בין שני נושאים מרכזיים. האחד, תוקפו וכוח חיובו המשפטי ביחסים בין הצדדים בינם לבין עצמם. השני, האחריות המוטלת על המתקשרים כלפי הציבור (צדדים שלישיים) וכלפי רשויות המדינה בעקבות כריתת הסכם זה או בעקבות פעולה על פיו.

אשר לנושא הראשון, חרף קיומן של אמרות אגב, ההלכה הפסוקה אינה תומכת במסקנה כי הסכם פוליטי מחייב את הצדדים מבחינה משפטית זה כלפי זה. אף לא רצוי לתמוך בכלל כזה. הסכם פוליטי אינו חוזה כמובנו במשפט הפרטי, ואין הוא ראוי להיחשב כתקף במשפט הציבורי.

ומכאן לנושא השני: הסכם פוליטי אינו חומק מפיקוחו של המשפט. הוא כפוף לחובות מכוח המשפט הציבורי (למשל, המשפט החוקתי, המשפט המנהלי) והמשפט הפרטי (למשל, דיני עשיית עושר ולא במשפט). בעיה זו יוצאת מתחום תוקפו הנורמטיבי של ההסכם, והיא עוסקת בהשלכות המנהליות (ובמקרים קיצוניים אף הפליליות) של עובדת קיומו ואפשרות ביצועו. כאמור, הסכם כזה כפוף לכלל המחייב גילויו לציבור. וכן, אם הכוונה לפעול על פיו עומדת בניגוד לחוק, הרי ניתן יהיה לאסור ביצועו מראש. אם כבר בוצע המעשה (למשל, מינוי שלא במקומו או תשלום כספי אסור) אפשר יהיה במקרים המתאימים לבטלו או לנקוט צעדים נאותים להחזרת המצב לקדמותו. במלים אחרות, לצורך הערכתו של המעשה שנעשה מכוח ההסכם, אין כל רלבנטיות לשאלה אם מדובר בהסכם תקף.

100 השופט גולדברג ישב לדיון גם בעניין זרובסקי, לעיל הערה 1.

101 שם, בע' 865-867.