

מאמרים

תפקיד הכנסת בכריתת אמנות*

מאת: ד"ר שמעון שטרית

מוקדש לזכרו של אחי
ידידי נצמית, עו"ד ישראל
שטרית ז"ל, שנקטף באמצע
שירת חייו.

1. מבוא
2. תפקיד הרשות המחוקקת בכריתת אמנות: המישור העיוני-עקרוני
א. הצדקת שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות.
ב. התפתחות הסדרים לשיתוף הפרלמנט בהיעדר דרישה חוקתית חרוטה.
ג. התאמת הדרישה העקרונית לצרכי המציאות.
ד. ביקורת העמדה הרשמית בישראל.
ה. תוצאות הפרת דין חוקתי פנימי בכריתת אמנות.
3. סמכות כריתת אמנות בישראל: ההסדר הכללי
4. כריתת אמנות חשובות: המדר מיוחד עליפי מנהג חוקתי
5. סקירת האמנות שהופאו לאישור הכנסת
א. הצטרפות למגילת האו"ם, 1948.
ב. הסכמי שביתת הנשק, 1949.
ג. האמנה נגד הג'נוסייד.
ד. הסכם הפרדת הכוחות עם מצרים, 1974.
ה. הסכם הפרדת הכוחות עם סוריה, 1974.
ו. הסכם הביניים עם מצרים, 1975.
ז. הסכמי קמפ־דויד, 1978.
ח. הסכם השלום עם מצרים, 1979.
ט. הסכם הכח הרבי-לאומי בסני, 1981.
י. הסכם ישראל-לבנון, 1983.
יא. התחייבות בענין הסכם האוטונומיה.
יב. הסכמים אחרים.
6. יסודות המנהג החוקתי: הרקע העיוני
א. המנהג והנהג במשפט: כללי.
ב. יישום המנהג במשפט הציבורי.
ג. המוסכמות החוקתיות.
7. הזכות יסודות המנהג המחייב אישור הכנסת לאמנות חשובות
8. השתתפות הכנסת בקליטת אמנות למשפט הפנימי: הצורך ברפורמה
9. תפקיד נשיא המדינה בכריתת אמנות
10. נפקות משפטית של פגמים בכריתת אמנות
11. תפקיד הכנסת בכריתת אמנות: לקראת שינוי
12. סיום

1. מבוא*

תהליך כריתת האמנות, על רשויות המדינה המשתתפות בו, משתייך לאותן סוגיות בדין החוקתי בישראל, שטרם הוכרעה בבירור. סוגיה חוקתית זו, ובמיוחד שאלת תפקידה של הכנסת בכריתת אמנות, מנסרת בחלל עולמנו כמעט מאז קום המדינה, והדי המחלוקת לגביה מצאו את ביטויים בדיוני הכנסת¹, ובכתבי המשפטנים². שאלה זו נדונה ביתר שאת בשנים האחרונות, בין השאר בעקבות המשאומתן עם מצרים וכריתת הסכמי קמפ־דייד והסכם השלום עמה³.

במרכז חיבור זה תעמוד שאלת תפקידה של הכנסת בכריתת אמנות⁴. במסגרת הדיון בשאלה זו נתייחס גם לתפקידו של נשיא המדינה בהקשר זה. מוקד החיבור יהיה ניתוח תהליך כריתת אמנות בישראל מבחינת הדין הפנימי-החוקתי של מדינת ישראל, להבדיל מההסדרים על פי המשפט הבינלאומי.

אנו נתייחס להסדרים במישור הבינלאומי במידה שהדבר יהיה דרוש לניתוח הדין החוקתי-הישראלי בסוגייה. במהלך הדיון ננתח את התפקיד שמילאה הכנסת באמנות בעלות חשיבות מיוחדת, וכן באמנות, שהגשמתן מחייבת חקיקה, ובאמנות המטילות מעמסה כספית על המדינה.

בפרשת קמיאר נ' מדינת ישראל⁵ קיבל בית המשפט העליון את עמדת הממשלה, כי היא לבדה מוסמכת לחתום על אמנות ולאשררן. אולם הלכת קמיאר נפסקה על רקע עובדתי מסויים – כריתת אמנת הסגרה – והתבססה על מנהג חוקתי.

הלכת קמיאר, על־כן, אינה מהווה סוף פסוק לגבי תהליך כריתת אמנות מסוגים אחרים, שלא עמדו לדיון בפני בית המשפט בפרשת קמיאר, כגון אמנות בעלות חשיבות מדינית מיוחדת. כמורכב, על־פי הלכת קמיאר, המכירה במנהג חוקתי כמקור ליצירת סמכות שלטונית ולהסדרת חלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה, ניתן להראות, שקיים – או התפתח – מנהג חוקתי, המסדיר בצורה שונה את תהליך כריתתן של אמנות מסוג אחר, שלא נדון בפרשת קמיאר. זאת ועוד; אף לגבי אותו סוג אמנות שנדון בקמיאר, אין מניעה להראות, שהתפתח מנהג שונה מהמנהג כפי שהיה קיים בעת שנפסקה הלכת קמיאר.

* המחקר לקראת כתיבת חיבור זה נתמך על־ידי המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, ונערך במסגרת הפרויקט על המנהג שיופ' פרופ' גד טדסקי.

תודתי נתונה לפרופ' טדסקי על עידודו. אני מכיר תודה לגעמי שטאל, משה הרפו ואירית חביב שסייעו בידו בתקופות שונות של עריכת המחקר.

1. ראה, למשל, הדיון בכנסת בענין האמנה נגד ג'נוסייד ד"כ 3 (תש"ט) 313-316, 323-324, 345; וראה גם ד"כ 10 (תשי"ב) 366 (ח"כ בדר בדיון על חוק הצהרת מוות); ד"כ 23 (תשי"ח) 2024 (ח"כ ריפתין בדיון על חוק חופשה שנתית); ד"כ 24 (תשי"ח) 2217 (האמנה בנושא דיוני סחורות והחקיקה לעגונה). וראה הדיונים בכנסת בנושא ההסכמים הנסקרים להלן בפרק 4.

2. ר' לפידות, "הסמכות לכרות אמנות בשם מדינת ישראל" קובץ לזכר הירש לאוטורפכט (הוצאת מגנס, נ' פיינברג, עורך, 1962) 210, להלן: קובץ לאוטורפכט; ר' לפידות, "על תוקפה של אמנת ההסגרה בין ישראל ושוויץ" הפרקליט כב (תשכ"ו) 328, להלן: לפידות; Blum, "The Ratification of Treaty in Israel" 2 *Isr. L. Rev.* (1967) 120.

3. ראה פרוטוקול יום עיון בכנסת בנושא: שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים (14 במאי 1978); וראה ש' שטרית, "פגמים בחוקיות אמנת השלום" מעריב (8.6.79); י' רוזנטל, "ההסכם שלא אושרר" הארץ (5.4.79).

4. אנו משתמשים בביטוי "אמנות" במובנו הרחב, הכולל הסכמים בינלאומיים מכל סוג דהיינו: הן "הסכמים פשוטים" (שאינם טעונים אשרור) והן הסכמים יותר תגיגיים הטעונים אשרור, ואשר נהוג לכנותם "אמנות", על־פי המבחנים המקובלים במשפט הבינלאומי. המונח "כריתת אמנות" מתייחס גם להצטרפות לאמנה קיימת, כגון הצטרפות למגילת האר"ם. המונח "כריתה" כולל את כל השלבים של התקשרות באמנה, (משאומתן, חתימה, אשרור) ואינו מיוחד לאחד מהם.

5. ע"פ 67 / 131, פ"ד כב (2) 89, להלן: קמיאר.

התיוזה העיקרית של חיבור זה היא, כי על-פי מנהג חוקתי שהתפתח מאז קום המדינה והתגבש בעשר השנים האחרונות לנורמה משפטית מחייבת, נדרש אישור הכנסת בתהליך כריתת הסכמים בינלאומיים בעלי חשיבות מדינית מיוחדת. על-פי המנהג החוקתי מבקשת הממשלה את אישור הכנסת לפני כניסתו לתוקף של ההסכם בשלב שלאחר חתימתו או לאחר גיבושו הסופי לפני חתימתו.

המסקנה בדבר קיומו של מנהג חוקתי, המחייב קבלת הסכמת הכנסת לאמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת, נובעת מניתוח חפידה של הכנסת בתהליך כריתת אמנות כאלה מאז קום המדינה, ובכלל זה: הצטרפות ישראל למגילת האו"ם, הסכמי שביתת הנשק 1949, האמנה כנגד ג'נוסייד, הסכמי הפרדת הכוחות עם מצרים ועם סוריה וכן הסכם הביניים עם מצרים 1975, הסכמי קמפ-דויד, הסכם השלום עם מצרים והסכם ישראל – לבנון.

2. תפקיד הרשות המחוקקת בכריתת אמנות: המישור העיוני – עקרוני

א. הצדקת שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות

מבחינת המשפט הבינלאומי, שלבי כריתת הסכם בינלאומי כוללים משא-ומתן, חתימה ואשרור. המשא-ומתן והחתימה נעשים, בדרך-כלל, על-ידי הרשות המבצעת בלבד, ואילו בתהליך האשרור נוטלות חלק רשויות מדינה אחרות ובעיקר המוסדות המייצגים של המדינה, היינו הרשות המחוקקת. כתב האשרור גופו נתחם על-ידי ראש המדינה, גם כאשר הוא איננו בעל סמכויות אקסקוטיביות אלא מוסד מייצג בלבד, כנהוג אצלנו לגבי נשיא המדינה. במקרה כזה הוא חותם על כתב האשרור לאחר שהממשלה אשררה את ההסכם הבינלאומי, ובדרך-כלל מצטרפת לחתימת ראש מדינה כזה חתימת קיום של שר בממשלה. מבחינה עיונית, הדרישה להשתתפות הרשות המחוקקת בתהליך האשרור יסודה בעקרון הדמוקרטי, המחייב מתן אפשרות ביטוי לנציגי העם הנבחרים בתהליך קבלת התחייבויות בינלאומיות על-ידי המדינה. מבחינה היסטורית, בתקופת המשטרים האבסולוטיים לא היה צורך עיוני להבחין בין החתימה על האמנה ובין אשרורה, שכן כאשר לא הכירו עדיין בתורה הדמוקרטית בדבר הפרדת הרשויות, לא היה בסיס עיוני להפרדה בין החתימה, שנעשתה על-ידי הריבון האבסולוטי או נציגיו, לבין אשרור, שהוא בגדר חזרה מדוייקת על אותה פעולה בידי אותה רשות.

לפיכך, בתקופת המשטרים האבסולוטיים, המלך היה מחוייב לאשרר את ההסכמים הבינלאומיים, שנחתמו על-ידי שליחיו, אלא אם כן הוכחה חריגה מסמכות⁶. עם התפתחות המשטרים הדמוקרטיים ניתנה למדינות האפשרות שלא לאשרר הסכמים בינלאומיים, כאשר המוסדות המאשררים החליטו שלא לאשררם, אף בהעדר חריגה מסמכות.

הנטייה בעולם היא לשתף את הרשות המחוקקת בתהליך כריתת הסכמים בינלאומיים על-ידי הבעת ההסכמה בשלב שלאחר החתימה. המגמה הזו כולטת במיוחד בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה. ניכרת גם מגמה להרחיב את סוגי האמנות המובאות בפני הרשות המחוקקת, הן על-ידי שינוי מפורש בחוקה והן מכוח ניהגים שהתפתחו⁷.

על-פי ההשקפה הדמוקרטית, הדרישה להבעת הסכמה של הרשות המחוקקת בצורתה השונות מתחזקת ביתר שאת באותן שיטות משפט כגון בארצות-הברית בהן אמנות בינלאומיות הופכות, עם אשרורן, לחלק מהמשפט הפנימי, ללא צורך בטרנספורמציה

6. קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 211 וראה האסמכתאות בהערה 4.

7. שם, בע' 226 והאסמכתאות בהערות 59-61.

(קליטה לתוך המשפט הפנימי בחקיקה מתאימה)⁸. ישראל משתייכת לקבוצת המדינות, שהסכם בינלאומי אינו הופך לחלק ממשפט הפנימי, אלא על-ידי טרנספורמציה על-ידי חוק או על פי⁹. זוהי השיטה הנהוגה בכריטיניה ובארצות אחרות, שהלכו – כמו ישראל – אחרי השיטה הבריטית, כגון קנדה ואוסטרליה¹⁰. מן הראוי להעיר, כי אמנות דקלרטיביות, המגבשות לתוכן מנהגים מוכרים במשפט הבינלאומי, נקלטות במשפט הפנימי ללא צורך בהליך טרנספורמציה, שכן המנהג במשפט הבינלאומי אינו טעון טרנספורמציה, והעובדה, שעוגן באמנה, אינה משנה לענין זה¹¹. ייתכן, שהעובדה שבבריטניה, בקנדה ובישראל הסכמים בינלאומיים שנכנסו לתוקף אינם הופכים לחלק מהמשפט הפנימי ללא טרנספורמציה, לא חייבה הכרעה ברורה בצורת חקיקה מפורשת בשאלה העקרונית של שיתוף הרשות המחוקקת בתהליך כריתת הסכמים בינלאומיים. שכן באורח פורמלי, תורת הפרדת הרשויות נשמרת, משום שניהול יחסי החוץ, להבדיל משינויים בחוק הפנימי, הוא בתחום סמכויותיה של הרשות המבצעת. הפיקוח והבקרה על הרשות המבצעת על-ידי הרשות המחוקקת מושאר לכלים המקובלים של פיקוח פרלמנטרי על הממשלה, לפרוצדורה של הבעת אי-אמון בממשלה, או סנקציה של סירוב לחוקק חוק לשינוי המשפט הפנימי כמתחייב מאמנה, שהרשות המבצעת תתמה עליה ואישררה אותה.

ב. הסדרים לשיתוף הפרלמנט בהיעדר דרישה חוקתית חרותה במקום הכרעה ברורה, בצורת חקיקה מפורשת, בסוגיית שיתוף הרשות המחוקקת בכריתת אמנות התפתחו בקנדה, בכריטיניה ובישראל נוהגים או מנהגים לשיתוף הרשות המחוקקת בכריתת אמנות.

בישראל הובאו לאישור הכנסת אמנות בעלות חשיבות מדינית או צבאית; על פרטי הפרקטיקה הזו ועל טיבה המשפטי נדון להלן בפירוט¹².

בקנדה התפתח נוהג להביא לאישור הפרלמנט אמנות חשובות לפני כניסתן לתוקף. אף כי אין צורך על-פי דין מפורש לקבל את אישור הפרלמנט לשם כריתת אמנה וכניסתה לתוקף, הממשלה מניחה לפני שני בתי הפרלמנט את האמנה ומתקבלת החלטה בכל אחד מהם לאשר את האמנה. בין השנים 1946 ל-1966 הובאו לאישור הפרלמנט כרבע מכלל האמנות

8. יש לדייק כי קיימת אבחנה בין *self executory treaties* ובין *non self executory treaties*. הראשונות הופכות לאכיפות במשפט הפנימי האמריקאי מייד עם כניסתן לתוקף לאחר אישור הסניט, ואילו האחרונות מחייבות פעולת חקיקה מתאימה לשם הפיכתן לאכיפות. לענין כריתת אמנות בארצות-הכרית ראה סעיף 2 (2) לחוקה האמריקאית, וכן סעיף 1 (10) לחוקה העוסקים בכריתת אמנות.

וראה *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920).

לדיון כללי בסוגיית כריתת אמנות בארצות-הברית ראה:

McLaughlin, "The Scope of the Treaty Making Power in the United States" 42 *Minn.*

L. Rev. (1958) 709; 43 *Minn. L. Rev.* (1959) 651; Hackworth, *International Law* (1943)

. V 5-25; Hyde, *International Law* (2nd ed., 1945) II 1383-1405.

9. ראה ע"א 25/55 סמארה נ' האפוטרופוס על נכמי נפקדים, פ"ד ו 1825. וראה להלן פרק 7 בדבר טרנספורמציה באמצעות התקנת תקנות.

10. אשר לאנגליה ראה: A.D. McNair, *The Law of Treaties: British Practice and Opinions* (1938) 7-8, 13-23.

אשר לקנדה ראה: J. G. Castel, *International Law* (3rd ed., 1976) 933-935; Harris,

Cases and Materials in International Law (1973) 560-561.

כן ראה קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 227-229; דינשטיין, אמנות בינלאומיות (שוקן,

תשל"ד) 31.

11. ראה פיינברג, "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיוכיות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (1968)

433. להלכות בית המשפט העליון בסוגייה ראה: ע"א 65/67 קורץ ולטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא (2)

20; בג"צ 103/67 דא אמריקן אורפן בית אל מישן נ' שר המער, פ"ד כא (2) 325.

12. ראה להלן בפרקים 3, 4, 6.

שאושרו על-ידי קנדה.¹³

בבריטניה, על-פי הדין החוקתי הפנימי הסמכות (פררוגטיבה) לחתום ולאשרר אמנות מסורה בידי הכתר, גם כאשר בפועל הכתר אינו פועל אלא על-פי המלצות הממשלה. אף שלא היה צורך בכך על-פי הדין, התפתחו נוהגים לשיתוף הפרלמנט בתהליך כריתת אמנות. על-פי הכלל הידוע כ - Ponsonby Rule, הנוהג בבריטניה מאז 1924, מונחת כל אמנה הטעונה אשרור על שולחן הפרלמנט 21 יום לפני האשרור, כדי לאפשר לפרלמנט להביע דעתו על ההסכם. הסכמים בעלי חשיבות מובאים לדין בפרלמנט.¹⁴

אמת, נכון הדבר ששיטות משפט אלו, וישראל בתוכן, לא הכריעו על-ידי חקיקה מפורשת בזכות השתתפות הרשות המחוקקת בתהליך אשרור אמנות. אולם, התפתחותם של הסדרים להבאה לידיעת הפרלמנט או לאישורו, הסכמים בינלאומיים חשובים על-פי תוכנם, מעידה כי השיטות הללו חשו בחולשה הנעוצה בפרוצדורה של כריתת הסכמים בינלאומיים וקשירת המדינה בהתחייבויות בינלאומיות ללא מעורבות הרשות המחוקקת. הסכמים בינלאומיים מביאים בהכרח להשפעות פנימיות בעלות חשיבות במישור המעשי ולעיתים כופים על הרשות המחוקקת להכניס שינויים במישור המשפטי, כדי למנוע מצב של הפרת התחייבויות בינלאומיות על-ידי המדינה, במקרה שהחקיקה הדרושה לשינוי המשפט הפנימי – כמתחייב מההסכם הבינלאומי – תידחה על-ידי הפרלמנט.¹⁵

על כן קשה לקבל כתשובה הולמת במישור התיאורטי את ההסבר, כי כריתת אמנות היא בד אמות סמכות ניהול יחסי החוק, השייכת לרשות המבצעת, ואין צורך בשיתוף הרשות המחוקקת. והוא הדין אף אם המדובר בשיטת משפט, שבה אמנות טעונות טרנספורמציה בטרם תיקלטנה במשפט הפנימי.

גישה צרה, הדוחה את הצורך בשיתוף הכנסת בכריתת אמנות, הובעה על-ידי השופט ח' כהן בענין קמיאר, על יסוד השקפה, כי כריתת אמנות נופלת למסגרת סמכויותיה של הממשלה לנהל את עניני המדינה¹⁶ וכי אמנות, המחייבות שינוי המשפט הפנימי, מחייבות חקיקה על-ידי הכנסת.

בכל הכבוד, קשה לקבל עמדה זו מהטעמים שמנינו לעיל, המיוסדים על התפיסה הדמוקרטית, המחייבת שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות, אף אם אין צורך בשינוי המשפט הפנימי, בשל ההשפעות האחרות הנובעות מכריתת אמנות.

13. ראה קסטל, לעיל הערה 10: וכן ראה: Hogg, Constitutional Law (Toronto, 1977) 184.

14. Stewart, "Treaty-Making Procedure in the United Kingdom" 32 American Political Science Review (1938) 655, 661; דינשטיין, אמנות בינלאומיות, לעיל הערה 10, שם; קובין לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 228-229.

15. ראה, לדוגמא, את פרשת היינות בישראל, כאשר הכנסת, בלידת ברירה, חוקקה את החוק להגשמת האמנה בין ישראל וצרפת בדבר איסור שימוש בשמות צרפתיים ליינות ישראליים, למרות שרבים מחברי הכנסת היו נמנעים מלתמוך בהוראה כזו ורק כדי למנוע קשיים ביחסי החוק והפרת התחייבות בינלאומית, החליטו לתמוך בחוק. ראה קובין לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 244-245, המביא שם ציטוט מתוך הדיונים בכנסת על החוק.

16. "יצירתם וקיומם של יחסים בינלאומיים בכלל, וכריתת הסכמים בינלאומיים בפרט, ענין מובהק הם לרשות המבצעת, ואין הם ענין לרשות המחוקקת כל עיקר. בנדון זה שונה מצבנו החוקתי ממצבן של אותן המדינות אשר בהן נודע לאמנות בינלאומיות מעמד או תוקף של חוק, גם של חוק מיוחד: במדינות שכאלה יש בכריתת אמנות בינלאומיות ממילא משום מעשה חקיקה. מה שאין כן אצלנו, ששום אמנה בינלאומית אין לה תוקף חקיקתי, כל עוד לא ניתן לה תוקף כזה בחוק מפירש מיד הכנסת... יוצא כי "מחלוקת הסמכויות" מובטחת כדבעי: במידה ובמקרה שאמנה בינלאומית מצריכה חקיקה, בין שיש בהוראותיה כדי להשפיע על החוק הקיים, ובין שיש בהן חיובי עשייה או התנהגות שאין לכפותם ולבצעם בלעדי חקיקה – תידרש הכנסת לחוקק חוק... ולא – לא תהא האמנה ברת ביצוע: ואולם אמנה שניתן לבצעה על-ידי הממשלה חוץ כדי ניהול עניניה של המדינה... אין (היא) ענין לכנסת לענות בו, אלא לממשלה בלבד". קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 97.

מן הראוי לציין, כי המגמה לשיתוף הרשות המחוקקת בכריתת אמנות מכוח נהוג קיימת לא רק במדינות בהן אין כל הוראה חוקתית מפורשת בדבר הצורך באישור של הרשות המחוקקת, כנהוג בבריטניה, קנדה וישראל. מגמה זו קיימת גם כאשר קיימת חובה על-פי הוראה מפורשת להביא הסכמים בינלאומיים לאישור הרשות המחוקקת, אך היא חלה על סוגים מסויימים, ומכוח נהוג זה הורחבה רשימה זו¹⁷. לעיתים הורחבה החובה אף על-ידי שינויים מפורשים בחוקה¹⁸.

בהיעדר הוראה חוקתית ברורה, המסדירה כריתת אמנות, יש להעיר, כי השתתפות הפרלמנט מבחינת הדין הפנימי איננה חייבת להיראות בהכרח כמרכיב של האשרור. ניתן לראות בכך אישור כריתת האמנה, מבחינת הדין הפנימי, ואילו הפעולה של האשרור בדין הבינלאומי יכולה להיעשות בפעולה נפרדת על-ידי הרשות המבצעת. האישור יכול לבוא בשלב כלשהוא לאחר גיבוש הוראות האמנה.

ג. התאמת הררישה העקרונית לצרכי הגוציאות

כאמור, התפיסה הדמוקרטית מחייבת שיתוף המוסדות מייצגים של העם בתהליך הבעת ההסכמה לכניסת המדינה להתחייבויות בינלאומיות (ובאמצעות מסויימות גוררת כניסת האמנה לתוקף גם שינוי החוק הפנימי ללא טרנספורמציה). מול השקפה דמוקרטית זו עמדו צרכי המציאות. נתרבו ההסכמים הבינלאומיים, ותהליך אשרורם תוך שיתוף הרשות המחוקקת השתהה יתר על המידה בשל דוחק זמנם ומלאכתם המרובה של הפרלמנטים. גם יעילות ניהול יחסי החוץ על-ידי הרשות המבצעת, בין השאר באמצעות הסכמים בינלאומיים, נפגעה על-ידי הצורך הפורמלי בקבלת הסכמתה של הרשות המחוקקת. צרכים אלה גרמו ליצירת האבחנה בין הסכם פשוט לבין אמנה¹⁹. הסכם פרוש נכנס לתוקף מכוח חתימה של נציגי המדינות שהן צד להסכם, ואילו אמנה נכנסת לתוקף רק לאחר אשרור ההסכם וחילופי כתבי האשרור. אף הבחנה זו מקורה בהתפתחות שלא על-פי חקיקה מפורשת. היא באה להקל על הרשות המבצעת בהתקשרויות בינלאומיות ולשחררה מן הצורך לבקש את אישורה של הרשות המחוקקת. בארצות-הברית קוראים להסכמים פשוטים "executive agreements" והנשיא או נציגו מסמכים להתקשר בהם ללא צורך באישור 2/3 הסינט כנדרש לגבי "treaties"²⁰.

הנה כי כן, ניתן להצביע על שתי מגמות מנוגדות: האחת שואפת – מטעמי יעילות – לשחרר את הרשות המבצעת מהצורך להביא אמנות לאישורה של הרשות המחוקקת על יסוד ההבחנה בין "הסכם פשוט" לבין "אמנה", וזאת גם בארצות, שבהן הבעת ההסכמה של הרשות המחוקקת לאמנה דרושה באופן מפורש על-פי הדין התוקף הפנימי. המגמה השנייה שואפת לשתף את הרשות המחוקקת בכריתת הסכמים בינלאומיים, בהיעדר הוראה חוקתית הדורשת את הבעת ההסכמה של הרשות המחוקקת.

ד. ביקורת העמדה הרשמית בישראל

מבחינה עיונית העמדה הפורמלית הרשמית של ממשלת ישראל, לפיה הממשלה לבדה, ללא צורך בשיתוף הכנסת, מוסמכת לאשרר את כל סוגי ההסכמים הבינלאומיים, תהא אשר תהא חשיבותם²¹, מנוגדת באופן בולט להשקפה הדמוקרטית, ומהווה חריג מבחינה השוואתית בשיטות המשפט. רוב שיטות המשפט מעניקות תפקיד לרשות המחוקקת בתהליך ההחלטה

17. קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 227, והאסמכתאות בהערה 61.

18. שם, והאסמכתאות בהערה 60.

19. ראה כללית, י' דינשטיין, אמנות בינלאומיות, לעיל הערה 10.

20. S. Hackworth, International Law (1943) 397; United States v. Guy Capps Inc. 204 F. 2d .20 (4th Cir. 1953), affirmed 348 U.S. 296 (1955).

21. ראה להלן פרק 2.

22. ראה, למשל, סעיף 50 לחוקה האוסטרית, 1929; סעיף 73 (ח) לחוקת בורמה, 1974; סעיף 23 לחוקת איסלנד, 1973; סעיף 29 (5) (2) לחוקת אירלנד, 1937. סעיף 33 (2) לחוקת ירדן, 1952, ההפניות לעיל ולהלן לחוקות השונות נשאבו מקובץ החוקות בעריכת בלאוסיין: Blaustein, Constitutions of the Countries of the World (New York, 1983).

וראה גם קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בהערה 44.

על כריתת אמנות. צורת ההשתתפות מגוונת: לעיתים הבעת ההסכמה נעשית בהחלטה²² בפרוצדורה של אישור מכללא²³ (Negative Procedure), ולעיתים האישור הפרלמנטרי ניתן בחוק²⁴. ברוב המדינות האלה נדרשת השתתפות הרשות המחוקקת באמנות העוסקות בנושאים מסויימים בעלי חשיבות, וכחלקן ההשתתפות נדרשת בכל האמנות.

העמדה הפורמלית של הממשלה יוצאת מן ההנחה, כי במקום שהממשלה לא ביקשה את הכנסת לטמוך ידה על אמנה, "הפיקוח הפרלמנטרי הכללי על פעולות הממשלה בתחום עשייתם של הסכמים בינלאומיים מופעל על-ידי הפרוצדורה של הצעות להבעת אי-אישור²⁵". ההנחה הזו, כאילו הצבעת אי-אישור בממשלה היא מכשיר פיקוח נאות לביקורת פרלמנטרית על כריתת אמנות על-ידי הממשלה, איננה מתיישבת עם המציאות. הצבעת אי-אישור כמכשיר פיקוח פרלמנטרי על כריתת אמנות סובלת מחולשות ברורות²⁶: ראשית, אין בהצבעת אי-אישור כדי לבטל רטרואקטיבית התחייבות שהמדינה נטלה על עצמה במישור הבינלאומי. זהו פיקוח שלאחר מעשה, ואין בו כדי למנוע את הממשלה מלהיכנס להתחייבויות, שלדעת בית המחוקקים אינן רצויות. זאת ועוד: כדי למנוע מבוכה בינלאומית, בית המחוקקים יירתע מלשים מכשולים בדרך ביצועה של התחייבות, שהמדינה נטלה על עצמה.

שנית, הצבעת אי-אישור היא מכשיר קיצוני, שהכנסת אינה ששה לעשות בו שימוש כמעשה שבשגרה. סביר להניח, שבית המחוקקים יירתע מלהשתמש בסנקציה הקיצונית של הפלת הממשלה על-ידי אי-אישור, כדי להביע מורת רוח על כריתת אמנה. יתרה מזו: מאחר שבהצבעת אי-אישור גורלה של הממשלה עומד על הכף, השיקולים שינחו את חברי הכנסת לא יהיו קשורים לעמדתם לגבי האמנה העומדת לדיון, ויושפעו, באופן מכריע, על-ידי מחוייבותם המפלגתית. יהא זה בלתי מציאותי להניח, שחבר פרלמנט, חבר המפלגה השלטת, יתן ידו להפלת הממשלה, רק בשל העובדה, שאין הוא שלם עם התחייבות בינלאומית שהממשלה נטלה על עצמה בשם המדינה, וקל וחומר שלא ינהג כן, אם רק חלק קטן מהאמנה הוא למורת רוחו.

שלישית, הצבעת אי-אישור כמכשיר פיקוח איננה מאפשרת התייחסות עניינית לחלקים השונים של האמנה, אלא כופה על הפרלמנט להתייחס לאמנה בכללותה. כך ייתכן, שהפרלמנט אינו שלם עם הוראות אחדות הכלולות באמנה, אך נחה דעתו מיתר חלקי האמנה. הצבעת אי-אישור אינה מאפשרת הפרדה בין חלקי האמנה השונים והתייחסות עניינית לכל אחד מחלקיה, אלא כופה דיון כוללני, שאינו תורם לאיכות הדיון ולביקורת פרלמנטרית עניינית.

ה. תוצאות הפרת דין חוקתי פנימי בכריתת אמנה

המשפט הבינלאומי אינו קובע מסמרות בשאלה, איזוהי רשות המדינה המוסמכת להתקשר באמנות, אם כי מקובל, כי ראש המדינה הוא המאשר אמנות. גישתו של המשפט הבינלאומי לשאלת תוצאותיהם של פגמים בחוקתיות תהליך כריתת הסכמים בינלאומיים מבחינת הדיון הפנימי מגובשת כיום באמנת וינה, הקובעת, כי הסכמים בינלאומיים הם תקפים, אף אם הופר הדיון הפנימי בתהליך כריתתם, אלא אם כן הוכח, כי נכרתו תוך הפרה בולטת של הוראת הדיון

23. דיינו האמנה מונחת לפני הרשות המחוקקת לתקופת המסויימת, ואם אין נרשמת התנגדות, נחשב הדבר לאישור מכללא. ראה, למשל, סעיף 29(5) לחוקת אירלנד, 1937; סעיף 6 לחוקת הולנד, 1956. וראה גם קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בהערה 46.

24. ראה, למשל, סעיף 80 לחוקת איטליה, 1948, סעיף 169 לחוקת קפריסין; סעיף 59 לחוק היסוד של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, 1949. סעיף 53 לחוקת צרפת, 1958. ראה גם קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בהערה 45.

25. ראה תזכיר הממשלה בענין כריתת אמנות שהוגש לאר"ם:

Law and Practices Concerning the Conclusion of Treaties (United Nations Legislative Series St. / Leg / Ser. B / 3, 1953) 67 et seq.

26. השווה, באופן כללי, קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בע' 240.

החוקתי הפנימי, המתייחסת לדין בעל חשיבות יסודית²⁷. זוהי נוסחת פשרה, המאזנת בין האסכולות השונות במשפט הבינלאומי בסוגיה זו. אסכולה אחת גרסה, כי ראש המדינה הוא בעל הסמכות לאשרר אמנות, ואשרורו מחייב את המדינה אף במקרה שהופר הדין החוקתי הפנימי. אסכולה קרובה לה גרסה, כי הרשות המבצעת היא המוסמכת לחייב את המדינה במשפט הבינלאומי, ואין המדינה יכולה להשתחרר מהתחייבויות בהסתמך על הפרת הדין הפנימי שלה. לפי אסכולה שלישית, הרשות שבידיה, למעשה, היכולת לעשות ולבצע הסכמים, היא המוסמכת לאשררם; ואסכולה רביעית גרסה, כי הסמכות לאשרר אמנות במישור הבינלאומי מצויה בידי הרשות, שהוסמכה לכך על-ידי המשפט הפנימי²⁸. כאמור, אמנת וינה אינה מתעלמת כליל מהמשפט הפנימי, אך מגבילה את ההתייחסות אליו רק להפרה בולטת של הוראה המתייחסת לכלל בעל חשיבות יסודית.

3. סמכות כריתת אמנות בישראל: ההסדר הכללי

הדעה המוצהרת היא, שהסמכות לכרות אמנות בשם מדינת ישראל מסורה בידי הממשלה, וזו מוסמכת לבדה, ללא השתתפות הכנסת, לחתום על אמנות, וכשהן טעונות אשרור – אף לאשררן. עמדה זו מצאה את ביטוייה בתזכיר משנת 1951, אשר הוגש לאו"ם על-ידי הממשלה, ובו הצהירה הממשלה על תהליך כריתת אמנות בישראל. באותו תזכיר נאמר²⁹:

"(a) The legal power to negotiate, sign and ratify international treaties on behalf of Israel is vested exclusively in the Government of Israel and is in the charge of the Minister of Foreign Affairs; (b) where the Knesseth has given its approval to the ratification of the treaty, the act of ratification is signed by the President..."

באשר לפירושו של סעיף 6 לחוק המעבר (היום: סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה³⁰), שקבע כי הנשיא יחתום על אמנות עם מדינות זרות, שאושרו על-ידי הכנסת, קבעה הממשלה באותו תזכיר כי סעיף זה פירושו:

"When in fact the Knesseth has expressed its approval to the ratification of the treaty, the act of ratification will be signed by the President... This Provision is one relating to the powers of the President. It does not import any modification in the general law about treaty making or about the authority of the Knesseth to ratify treaties."

27. הפרת הדין החוקתי הפנימי מוכרת במשפט הבינלאומי באמנת וינה (סעיף 46) כעילה לביטול התחייבות של המדינה אם:

"that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental significance". "Vienna Convention of the Law of 'Treaties'" 63 A.J.I.L. (1969) 875. מהי "הפרה בולטת" ומהו "דין בעל חשיבות יסודית" לא נאמר. ראה בענין גישת המשפט הבינלאומי בסוגיה זו, דינשטיין, אמנות בינלאומיות, לעיל הערה 10, בע' 53-55.

28. על האסכולות השונות ראה קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 212-217.

29. Law and Practices Concerning the Conclusion of Treaties, *supra* note 25.

בהמשך התזכיר נאמר (בנוסחו העברי):

"(ג) מקום שנשיא המדינה עושה פעולות הקשורות בכריתת אמנות, ישאו המסכמים, חתימת קיום של שר החוץ, הפועל בשם הממשלה ומכוחה.

(ד) הפיקוח הפרלמנטרי הכללי על פעולות הממשלה בתחום עשייתם של הסכמים בינלאומיים מופעל על-ידי הפרוצדורה של הצעות להבעת אי-אמון;

(ה) אם האמנה הבינלאומית דורשת שינויים במשפט הפנימי, לא תאשר הממשלה את האמנה בדרך כלל, אלא לאחר שביררה את עמדת הכנסת". (ראה שם, בע' 71-72).

29א. ס"ח תשכ"ד 118.

הממשלה ביססה את סמכותה לכרות אמנות על סעיף 14 (א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948³⁰ הקובע, כי "כל סמכות שהיתה על-פי החוק בידי מלך בריטניה או אחד ממזכירי המדינה שלו, וכן כל סמכות שהיתה על-פי החוק בידי הנציב העליון, הנציב העליון במועצתו או ממשלת ארץ ישראל, תהא מעתה נתונה לממשלה הזמנית בלתי אם ניתנה למועצת המדינה הזמנית על-פי אחת הפקודות שלה". הסמכות לכרות אמנות בתקופת המנדט נבעה מכתב המנדט ומחוק השיפוט בארצות נכר³⁰.

פירושו הנכון של סעיף 14 (א) טרם הוכרע. אף אחד משלושת המקורות האפשריים להקניית הסמכויות, שהיו בידי הכתר הבריטי והנציב העליון לממשלה על-פי סעיף 14 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אינו יכול לספק תשובה ברורה ונקייה מספקות לענין סמכות כריתת האמנות ואשרורן (או לענין הסמכויות הפרורגטיביות של הכתר הבריטי, בכללן). שלושת המקורות האפשריים הם: חוק השיפוט בארצות נכר, 1890, כתב המנדט וסימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922.

חוק השיפוט בארצות נכר אינו יכול לספק תשובה, משום שניתן לטעון, כגרסת פרופ' לפידות³¹, "כי אין הוא נכנס לגדר חוק" כהגדרתו בסעיף 2 לפקודת הפירושים 1945³². הבסיס לטענה זו הוא, כי חוק זה, אשר קבע את סמכויותיו של מלך בריטניה בארצות נכר, מעולם לא עמד בתוקף בארץ ישראל.

הפסיקה טרם הכריעה בשאלה זו. השופט זילברג בענין גורלי נ' דיסקין פסק, בדעת מיעוט, כי פירושם הנכון של המלים "כל סמכות שהיתה על-פי החוק בידי מלך בריטניה" משמעותן היא: כל סמכות שהיתה נתונה לו, בארץ ישראל המנדטורית עד ליום תקומת המדינה, על פי חוקי פלשתינה (א"י), ולא כל סמכות שהיתה נתונה לו ועדיין נתונה לו, על-פי חוקי אנגליה, באנגליה גופה או בתחומי האימפריה הבריטית³³. בענין גורלי עמד להכרעה פירושו של סעיף 14 (ב), ולגביו נפסק, בדעת רוב, כי סעיף זה, הנותן לקונסולים ישראלים את סמכויות הקונסולים הבריטיים "על-פי החוק", מתייחס לחוק הבריטי³⁴.

פרופ' רובינשטיין סבור, על-פי היקש מהלכת גורלי, כי פירושו הנכון של סעיף 14 (א) מחייב להעניק לממשלה גם סמכויות שהיו נתונות לכתר על-פי חוק בריטי³⁵. פרופ' רובינשטיין סבור, כי לאור לשון סעיף 14 (א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, שלא הוגבל בסייג המופיע בסעיף 11 לאותה פקודה – "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל", עולה המסקנה, "כי המחוקק רצה אמנם להעביר את כל סמכויות הכתר האנגלי, כולל סמכויות הפרורגטיביות לממשלת ישראל". חיזוק למסקנה זו מוצא פרופ' רובינשטיין בנימוק, "שבצעדי העברה זו יחסרו לממשלת ישראל מספר סמכויות חיוניות במישור היחסים הבינלאומיים. ממשלת המנדט לא היתה ממשלה של מדינה עצמאית, אלא ממשלה זרה של מדינות חסות. לא היו לה על-פי החוק הארץ ישראלים סמכויות הכרות מלחמה, והיא לא כרתה בשמה אמנות בינלאומיות. סמכויות אלה הופעלו לגבי ארץ ישראל על-ידי הכתר מכוח דין אנגלי".

30. ע"ר תוס' א (ע) 1, להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט.
 31. ראה קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 230-232, 246-249.
 32. שם, בע' 246-247; לפירות, לעיל הערה 2, בע' 339-340.
 33. שהוא חוק הפרשנות שיחול במקרה זה. ראה חוק הפרשנות תשמ"א – 1981, ס"ח 302. וראה פקודת הפרשנות [נוסח חדש], תשי"ד – 1954, נ"ח 2. ופקודת הפירושים, 1945. והשווה קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2, בע' 247, הערה 142.
 34. ע"א 54/19 גורלי נ' דיסקין, פ"ד ח 521, 526.
 35. שם, שם.
 36. א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3, תש"ם) 353-355, להלן: רובינשטיין.

הגישה, שרק הסמכויות שהיו לכתר על-פי החוק הארץ-ישראלי עברו לממשלת ישראל, תביא לדעת פרופ' רובינשטיין לכך, שהממשלה תישאר "מחוסרת סמכויות בשטחים רבים, בלי שהכנסת תחוקק הסדר אחר"³⁶.

אינני רואה בהלכת גורלי הלכה פסקנית בנושא, וקשה לי לקבל כנימוק משכנע את הטיעון, כי אי-העברת סמכויות הכתר לממשלת ישראל תותיר אותה "מחוסרת סמכויות". ראשית, גם בהיעדר הסדר העברה, הכולל את סמכויות הכתר, ניתן היה להניח – על בסיס ההשקפה של סמכויות ביצוע כלליות – שלממשלה יהיו הסמכויות החיוניות לנהל את עניני המדינה הן במישור הפנימי והן במישור יחסי החוץ שלה. ואמנם, השקפה זו הוכרה בפסיקה³⁷, ואחר-כך גובשה במשפטנו בסעיפים 1 ו-29 לחוק יסוד: הממשלה³⁸. שנית, וכך מודה אף פרופ' רובינשטיין, קבלת הפירוש המרחיב יוצרת קושי, משום שסמכויות הכתר האנגלי מוגבלות על-ידי קונבנציות חוקתיות המקובלות בבריטניה, ומכיוון שאינן בבחינת "דין", לא ייקלטו למשפט הישראלי, וכלשון פרופ' רובינשטיין "נמצאנו מקנים לממשלת ישראל סמכויות, שלא בא זכרן בחוק הארץ ישראלי, ואף סמכויות גדולות מאלה של הכתר בבריטניה"³⁹.

גם כתב המנדט אינו יכול להיות המקור להעברת סמכויות הכתר, לרבות אמנות, משום שכתב המנדט אינו בגדר "חוק" כמשמעותו בפקודת הפירושים. ואף אם תנקוט בפירוש מרחיב של המונח "חוק", כדי שיכלול את כתב המנדט, לא יהיה בכך כדי לשנות מן המסקנה, כי סעיף 14 (א) לא התכוון להעביר לממשלה סמכויות על-פי כתב המנדט. זאת משום הסייג של 'השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה' הקבוע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁴⁰, והנובע במשתמע – גם בהיעדר סייג מפורש בסעיף 14 (א) – בשל ההבדל בין סוגי המשטרים⁴¹.

המקור האפשרי היחיד, הנכלל במונח "חוק" כמשמעותו בפקודת הפירושים, הוא סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. אולם כפי שציינה פרופ' לפידות⁴², ספק גדול אם הוא שימש כמקור לסמכות השלטונות המנדטוריים לכריתת אמנות, משום שהוא בא לקבוע מקורות משפט, שעל פיהם ידונו בתי המשפט האזרחיים, אם נתגלתה לאקונה, ולא להסדיר את סמכויותיהן של רשויות המנדט ביחסי חוץ. אמנם לשון הסעיף היא כללית, אך נראה, שסייג של התאמה לתנאי הארץ ותושביה לא איפשר מעבר של נורמות חוקתיות זרות לארץ ישראל. יתרה מזו: בתקופת המנדט לא היתה לאקונה בשאלה זו, שהרי הסמכות לכרות אמנות הוסדרה בחוק השיפוט בארצות נכר וכתב המנדט. גם אין לומר, שעם הקמת המדינה וביטולם של המקורות האחרים נוצרה לאקונה, ואזי ניתן להיזקק לסימן 46. הטעם לכך הוא, כאמור, שסימן 46 לא נועד להסדיר סמכויות של שלטונות המנדט ביחסי החוץ, וכן משום העובדה, ששאלת הסמכות לכרות אמנות הוסדרה במשפטנו, אף כי לא באופן ממצה ומקיף. ההסדר מבוסס על סעיף 6 לחוק המעבר, שעוגן אחר-כך בסעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: גשיא המדינה, ועל מנהג חוקתי, שהתפתח במשך השנים.

36. שם, בע' 353-355.

37. ראה, למשל, בג"צ 61 / 282 אלסרוני נ' שר הדתות, פ"ד יז 188 וראה באופן כללי קמייאר, לעיל הערה 5.

38. ס"ח 540.

39. רובינשטיין, לעיל הערה 35, 354.

40. קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בע' 247.

41. השווה באופן כללי, אקצין, "על הפררוגטיבה במדינת ישראל" הפרקליט ז (תש"י) 566, 568 ואילך, וכן ראה שם, במיוחד בע' 593: לגבי הסמכויות הפררוגטיביות, אומר פרופ' אקצין, כי במשטר רפובליקאי "אין מקום למושג הפררוגטיבה, שהוא קשור באופן אורגאני למוסד מונרכי והמהווה שריד מתפיסת המלך הריבון, תפיסה העומדת בסתירה יסודית למשטר הרפובליקאי, הדמוקרטי והפרלמנטרי בישראל".

42. קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בע' 248.

בפרשת קמיאר⁴³, שעסקה באמנת הסגרה, קיבל בית המשפט העליון את עמדת הממשלה, שהיא לבדה וללא השתתפות הכנסת מוסמכת לחתום על אמנות ולאשררן. בית המשפט לא הכריע בשאלה, אם סעיף 14 (א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט מהווה מקור לסמכותה של הממשלה⁴⁴. יתרה מזו; השופט ח' כהן דחה את הגישה הנוקת למשפט הטרומ – מדינתי בשאלה זו: "אין אני גורס שלענין סמכויותיהן הכלליות והיסודיות של רשויות המדינה, מן הראוי או מן הצורך להיזקק לחיפוי סמכויות מקבילות בידי שליטים בריטיים או מנדטוריים בתקופה טרום מדינית ולהיבנות על ירושתם של אלה. יש בכך משום טעם לפגם"⁴⁵. בית המשפט ביסס את סמכות הממשלה לכרות אמנות על סמכותה הכללית של הממשלה לנהל את עניני החוץ של המדינה ועל מנהג חוקתי⁴⁶ רצוף, שעל פיו כל האמנות הטעונות אשרור אושררו על-ידי הממשלה ללא שיתוף הכנסת⁴⁷.

בפרשת קמיאר התייחס בית המשפט העליון לסעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אשר בא במקום סעיף 6 לחוק המעבר, מבלי לשנות את תוכנו. סעיף זה קובע, כאמור, שהנשיא יחתום על אמנות שאושרו על-ידי הכנסת. בית המשפט קבע, כי אין סעיף זה מחייב אישור הכנסת על אמנות, אלא דורש את חתימת הנשיא על אמנות, שבפועל הובאו לאישורה של הכנסת⁴⁸.

התייחסות השופטים לסעיף 11 (א) (5) אינה זהה. מדבריהם של כל השופטים שישבו בדין עולה, כי אין לראות בסעיף זה מקור לדרישה לאישור האמנות על-ידי הכנסת. אולם אין השופטים מאמצים במפורש את הפרוש שנתנה הממשלה לסעיף בתזכיר שהוגש על ידה לאו"ם⁴⁹. השופט לנדוי מדגיש את העובדה, שהכנסת אימצה את הנוסח של סעיף 6 לחוק המעבר מבלי לשנות את תוכנו, למרות שבתקופה שהיה בתוקף התפתחה הפרקטיקה שלא להביא אמנות לאישור הכנסת⁵⁰. מכאן עלתה כוונת המחוקק שלא להביא אמנות לאישור הכנסת. אולם השופט לנדוי גם מזכיר את הבטחת הממשלה להביא בפני הכנסת אמנות בלתי שגרתיות. אף התחייבות זו עמדה לנגד הכנסת, לפי אותה גישה פרשנית, בעת שנחקק חוק יסוד: נשיא המדינה. לפיכך, כשם שניתן לטעון כאילו סמכה הכנסת ידה על הפרקטיקה של אי הבאת אמנות לאישור הכנסת, כך ניתן לומר שהכנסת, בעת שחוקקה את חוק יסוד: נשיא המדינה, ראתה לנגד עיניה את התחייבות הממשלה, שניתנה פעמיים לפני שנחקק אותו חוק יסוד⁵¹, כי אמנות בלתי שגרתיות יובאו בפני הכנסת. מכאן שאין לראות בדברי השופט לנדוי אימוץ מפורש וחד משמעי של עמדת הממשלה. לעומת זאת, נראה, כי השופט אגרנט מאמץ את עמדת הממשלה⁵².

43. לעיל הערות 3 ו-5.

44. שם, בע' 97 (השופט ח' כהן), ובע' 112 (השופט לנדוי).

45. שם, בע' 97.

46. בית המשפט משתמש במונח "נוהג חוקתי" אולם מבחינה עיונית מדוייק יותר להשתמש במונח מנהג חוקתי. וראה להלן פרק 5 פסקה א.

47. "העובדה שזהו אמנם "הנוהג החוקתי" של המדינה, (שהממשלה מוסמכת לכרות אמנות – ש"ש) מוכח מתוך המספרים שהביא לנו היועץ המשפטי בראשית דבריו: עד כה כרתה הממשלה, בשם מדינת ישראל, 780 הסכמים בינלאומיים, מהם 356 אמנות שהיו טעונות אישרור, וכולן אושררו בידי הממשלה... והוא אשר מורה המג'לה, כל שקבעו המנהג, כאילו קבעו הכתוב (סעיף 45)". קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 98 (השופט ח' כהן). ראה גם בע' 113 מול האותיות ב"ג (השופט לנדוי).

48. קמיאר, שם, בע' 97 (השופט ח' כהן), בע' 112-113 (השופט לנדוי), בע' 129 (השופט אגרנט).

49. ראה עיקרי התזכיר, לעיל טקסט והערה 25.

50. "חייבים אנו לראות בכך הבעת דעה ברורה שמצב זה קיים כדין לגבי אמנות שאושרו בעבר בדרך זו, כגון האמנה הנדונה, ושהוא יוסיף להתקיים, אלא אם ישונה בעתיד על-ידי חקיקה מפורשת של הכנסת" קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 113.

51. ההתחייבויות ניתנו ב-9 בינואר 1963, וב-10 ביוני 1964. ראה להלן הערה 191 והטקסט הצמוד לה. חוק יסוד: נשיא המדינה נתקבל בכנסת ביום 16 ביוני 1964.

52. קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 130.

האם התוצאה מניחה את הדעת מבחינת הפרשנות של סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה? לי נראה, שאין הדבר כן. מה טעם בהתייחסות לאמנות "שאושרו על-ידי הכנסת", אשר מחייבות חתימת הנשיא, אם המחוקק ראה לנגד עיניו הסדר, שעל פיו הממשלה חותמת ומאשרת את כל האמנות? הדבר נראה תמוה, שהמחוקק יוצר הסדר של חתימת הנשיא על אמנות, באותם מקרים אשר מסיבה כלשהיא יובאו על-ידי הממשלה לאישור הכנסת, כאשר המקרים אינם מאוזכרים או מוסדרים כלל בהסדר חקיקתי⁵³.

למרות הקשיים הנעוצים בפרשנות סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, זוהי הפרשנות המקובלת כיום בעקבות פסק הדין של קמיואר⁵³. אולם זאת יש לזכור: פסק-דין קמיואר עוסק בהסדר הכללי בסוגיית כריתת אמנות; אין הוא מוציא מכלל אפשרות הסדרים מיוחדים, העשויים לנבוע מהסדר חקיקתי או ממנהג חוקתי, המסדיר בצורה שונה את תהליך כריתת האמנות בענינים מסויימים.

4. תהליך כריתת אמנות חשובות: הסוד מיוחד על-פי מנהג חוקתי

ההסדר הכללי שנקבע בהלכת קמיואר לענין כריתת אמנות הוא, כי אין חובה לקבל את הסכמת הכנסת לכריתת אמנות: סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה המתייחס ל"אמנות שאושרו על-ידי הכנסת" אינו מחייב קבלת אישור הכנסת בכל מקרה של כריתת אמנה, אלא מחייב את חתימת הנשיא על אמנות רק באותם מקרים שהאמנה מובאת על-ידי הממשלה בפני הכנסת, והכנסת מאשרת אותה.

הנה כי כן, תהליך כריתת אמנות אינו מוסדר בישראל על-ידי הוראת חקיקה מפורשת, אלא על-ידי מנהג חוקתי כפי שנפסק בענין קמיואר.

על-פי גישתנו נתגבש הסדר מיוחד, מכח מנהג חוקתי, שהתפתח מאז קום המדינה וגובש בעשור האחרון. על-פי הסדר מיוחד זה, אמנות בעלות חשיבות מיוחדת מובאות על-ידי הממשלה לאישור הכנסת לפני אשרורן וכניסתן לתוקף. האישור מתבקש לאחר החתימה על האמנה או – לפני החתימה לאחר הגיבוש הסופי של האמנה.

בדיקה מדוקדקת של תהליך כריתתן של אמנות בעלות חשיבות מיוחדת מאז קום המדינה מובילה למסקנה, כי המנהג החוקתי מבהין בין שני סוגים של הסכמים ואמנות: הסכמים ואמנות שגרתיים, כגון: אמנות הסגרה, תעופה ותעבורה, מצד אחד, ואמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת, כגון: הסכמים מדיניים-צבאיים, מצד שני. לגבי הסכמים ואמנות רגילים קובע המנהג החוקתי, כי הממשלה מוסמכת לכרות אותם לכדה ללא השתתפות הכנסת. אולם לגבי אמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת קובע המנהג החוקתי הסדר מיוחד, על פיו הסכמים אלו יובאו לאישור הכנסת לפני כניסתם לתוקף, לאחר חתימתם או לפני חתימתם לאחר שנוסחם גובש סופית.

יש להבהיר היטב כי אנו עוסקים בתהליך כריתת האמנות המתחייב על-פי הדין החוקתי הפנימי, ולא במישור המשפט הבינלאומי. על-כן אין לערב שני מושגים הנבדלים זה מזה: אישור ואשרור. גישתנו גורסת, שהדין החוקתי הפנימי מחייב קבלת הסכמתה של הכנסת לאמנות בעלות חשיבות מיוחדת. לאחר קבלת הסכמתה של הכנסת (דהיינו אישורה), פתוחה הדרך למתן תוקף לאמנה, ואם לצורך כך דרוש אקט של אשרור, אזי הממשלה מאשררת. גישתנו זו הולכת בכל הכבוד, בעקבות חוות דעתו של הנשיא אגרנט בהלכת קמיואר⁵⁴.

53. השווה רובינשטיין, לעיל הערה 35, בע' 370.

54א. קמיואר, לעיל הערה 5.

54. "השאלה) אם לשם אישרור האמנה הנדונה היה דרוש שתינתן הסכמת הכנסת – הינה, בראש וראשונה, שאלה הנוגעת לענין התקיימותו כדין של ההליך הפנימי הנעוץ ביצירת רצונה של מדינת ישראל להיות קשורה לאותה אמנה... רק המשפט הפנימי-הקונסטיטוציוני של המדינה המתקשרת הוא הקובע, ויכול לקבוע, מי ומי הוא אורגן המדינה, המוסמך להתליט בדבר התקשרותה בהסכם בינלאומי, ואין זה ענין בשביל המשפט הבינלאומי לענות בו" קמיואר, לעיל הערה 5, בע' 123-124 (הנשיא אגרנט).

גישתנו גורסת, כי אישור אמנות החשובות על-ידי הכנסת נדרש על-פי הדין החוקתי הפנימי במסגרת יצירת רצונה של מדינת ישראל להתקשר באמנה, ואילו האשרור דרוש על-פי המשפט הבינלאומי במסגרת ההצהרה על רצונה של מדינת ישראל להתקשר באמנה עם רעותה. אין אנו חולקים על הדעה, המקובלת בעקבות הלכת קמיאר, כי האשרור נעשה על-ידי הממשלה בכל סוגי האמנות, וכך אמנם נוהגים הלכה למעשה. עמדתנו היא, כי לפי המשפט החוקתי של מדינת ישראל יש להביא הסכמים ואמנות בעלי חשיבות מיוחדת לאישור הכנסת לפני כניסתם לתוקף וזאת מכוח מנהג חוקתי.

לאור הלכת קמיאר ניתן, לכאורה, לטעון, כי הממשלה מוסמכת לכרות לבדה וללא אישור הכנסת את כל סוגי האמנות. ולא היא: הלכת קמיאר עסקה בהסדר הכללי של כריתת אמנות רגילות, כגון: אמנת הסגרה, שעליה נסב הדיון באותו ענין. לגביהן ודומות להן, נקבע כי קיים מנהג חוקתי במשפטנו החוקתי הפנימי, המסמיך את הממשלה לבדה – וללא צורך באישור הכנסת – לחתום עליהן ולאשררן כשנדרש אשרור. אולם, אין הלכה זו משיבה על השאלה, מה קובע המנהג החוקתי בישראל לגבי תהליך כריתתן של אמנות בעלות חשיבות מיוחדת. צריך לזכור, כי בהלכת קמיאר נדחתה עמדתו של המערער, כי כל האמנות טעונות אישור הכנסת מכוח סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה. אולם אין ללמוד מכך, שבית המשפט היה דוחה את העמדה, הגורסת קיומה של חובה על-פי מנהג חוקתי לאישור הכנסת של אמנות בעלות חשיבות מיוחדת. ואמנם, בפרשת קמיאר לא עלתה השאלה ולא נטענה ולכן לא נדחתה העמדה המוצעת על ידנו. יתרה מזאת: מכיוון שתהליך כריתת אמנות נקבע במנהג חוקתי, הרי הלכת קמיאר אינה שוללת את האפשרות, שיתפתח הסדר מיוחד לגבי כריתת אמנות מסוג מסויים; במקרה כזה, תהליך כריתת אמנות אלה יהיה שונה מההסדר הכללי.

העולה מן האמור הוא כי אין בהלכת קמיאר כדי להכריע בשאלה, מהו המנהג החוקתי בישראל לגבי תהליך כריתת אמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת ומובן, שאין היא יכולה למנוע התפתחות הסדר מיוחד לגבי אמנות מסוג מסויים. כדי להכריע בשאלה אם התפתח הסדר מיוחד מכוח מנהג, עלינו לבדוק, כיצד נהגו בעבר לגבי הסכמים בינלאומיים כאלה. מבדיקה של תהליך כריתתם של הסכמים ואמנות בעל חשיבות מיוחדת עולה, כי הממשלה ביקשה את אישור הכנסת⁵⁵ לגביהם וכי אישור זה, כאמור, נתבקש בשלב שלפני כניסת ההסכמים לתוקף. בדרך-כלל, נתבקש האישור לאחר שההסכמים נחתמו בחתימה מלאה או בראשי תיבות, או לפני החתימה אך לאחר שנוסח ההסכם גובש סופית. המנהג להיוקק לאישור הכנסת בהסכמים ובאמנות בעלות חשיבות קיים לאו דוקא לגבי הסכמים שבהם נדרש אשרור.

המסקנה, כי קיים הסדר מיוחד מכוח מנהג חוקתי, המחייב אישור הכנסת לכריתת הסכמים ואמנות בעלי חשיבות מיוחדת, עולה לאור ניתוח תהליך כריתתם של ההסכמים הבאים⁵⁶: הצטרפות מדינת ישראל למגילת האומות המאוחדות; החתימה על הסכמי שביתת הנשק עם לבנון, מצרים, ירדן וסוריה; הצטרפות מדינת ישראל לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם; החתימה על הסכם הפרדת הכוחות עם מצרים; הסכם הפרדת הכוחות עם סוריה; הסכם הביניים עם מצרים; הסכמי קמפ-דויד; הסכם השלום עם מצרים והסכם ישראל – לבנון. מסקנה זו מתחזקת לאור התחייבותו של ראש הממשלה מר מנתם בגין (שניתנה במהלך הדיון על הסכם השלום עם מצרים) להביא לאישור הכנסת גם את ההסכם בדבר הסדרי האוטונומיה, וכן על-ידי הדיון שהתקיים בכנסת בענין הסכם השילומים.⁵⁶ להלן נביא סקירה של הפרוצדורה שבה נהגו בתהליך כריתתם של ההסכמים האמורים.

55. כפי שיבואר בסקירה, להלן בפרק 4, לעתים היה האישור מתבקש מכללא על-ידי מתן הודעה בפני הכנסת על ההסכם, (ראה למשל הפרודצדורה שנגקשה בקשר להסכמי שביתת הנשק, להלן בפרק 4, פסקה ב). בעשור האחרון האישור מתבקש באופן מפורש וישיר, ונוסח ההסכם הנדון מונח בפני הבית לאישור.

56. ראה דיון מפורט בכל אחד מן ההסכמים להלן בפרק 4.

5. סקירת האמנות שהובאו לאישור הכנסת

א. הצטרפות למגילת האו"ם 1948

הצטרפות ישראל למגילת האו"ם נעשתה לאחר אישור מועצת המדינה הזמנית. מלשון ההצהרה בדבר הצטרפות מדינת ישראל לאו"ם, המציינת במפורש, כי היא נעשית מתוקף ייפוי-כח מאת מועצת המדינה, עולה, כי הממשלה והמועצה הזמנית היו בדעה, כי הצטרפות ישראל למגילת האו"ם טעונה אישור מועצת המדינה הזמנית וכי לא היה די בהחלטת ממשלה⁵⁷. "ההצהרה בדבר קבלתן של התחייבויות הכלולות במגילת האומות המאוחדות" מיום 29 בנובמבר 1948 קבעה לאמור:

"בשם מדינת ישראל, אני משה שרתוק, שר החוץ, בהיותי מיוזפה כוח על-ידי מועצת המדינה של ישראל, מצהיר, שמדינת ישראל מקבלת ללא הסתייגות את התחייבויות של מגילת האומות המאוחדות ומתחייבת לכבדן מיום התקבלה כחברה לאומות המאוחדות.

(חתום) משה שרתוק, שר החוץ, הממשלה הזמנית של ישראל⁵⁸.

ב. הסכמי שביתת הנשק 1949

הסכמי שביתת הנשק הובאו בפני הכנסת בשתי הזדמנויות. בראשונה הובאו בפני הכנסת בהודעה מאת ראש הממשלה, מר דוד בן גוריון, הסכמי שביתת הנשק עם מצרים לבנון וירדן⁵⁹ ובשניה הובאו בפני הכנסת, בהודעה מאת שר החוץ, מר משה שרתוק, הסכם שביתת הנשק עם סוריה⁶⁰.

ההסכמים הובאו בפני הכנסת זמן מה לאחר חתימתם. מלכתחילה הממשלה לא ביקשה במפורש אישור הכנסת, אלא ביקשה להשיג אישור ההסכמים מכללא, מתוך שתקיה שבהסכמה. אולם בשני המקרים התפתח דיון בעקבות הודעות הממשלה והיתה לבסוף הצבעה, שבה נדחו הצעות נציגי האופוזיציה⁶¹. עוד לפני שהובאו ההסכמים עם סוריה בפני מליאת הכנסת, דיווח שר החוץ לוועדה לענייני חוץ ובטחון (כתארה אז) על יסודות ההסכמים וזכה בהסכמה מכללא לנהל את המשא-ומתן על בסיס אותם יסודות⁶². גם בקשר להסכמים עם מצרים, לבנון וירדן אישרה המועצה הזמנית את העקרונות שהוצעו על-ידי שר החוץ לניהול המשא-ומתן, וחברי כנסת ראו בכך משום מתן ייפוי-כוח לניהול המשא ומתן וחתומה על ההסכם⁶³. יש באלה כדי ללמד על תודעת החיוב של הממשלה לגבי הצורך באישור הכנסת להסכמים בעלי חשיבות. במהלך הדיון נאמרו דברים תקיפים בזכות שיתופה של הכנסת בתהליך כריתת הסכמים חשובים מעין אלה⁶⁴.

57. השווה קובץ לאוטורפכט, לעיל הערה 2, בע' 237.

58. כ"א 1 (תש"ט) 254. יש להעיר כי מעמדה של הממשלה הזמנית ביחס למועצת המדינה הזמנית היה שונה במקצת ממעמדה של הממשלה הדיומ לאור הוראות סעיף 2 (ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 הקובע כי הממשלה הזמנית תפעל בהתאם לקווי המדיניות שתתווה מועצת המדינה, תבצע את החלטותיה ותדווח לה על פעולותיה וחתמן בפניה דין-וחשבון על פעולותיה. כידוע סעיף זה בוטל (תיקון מס' 11, ס"ח תשכ"ח 232). לדעתנו, אין לשינוי זה משמעות משום שהסדר המיוחד מכוח מנהג חוקתי התפתח ללא קשר לשאלת הגדרת מעמדה המדויק של הממשלה ביחס לכנסת. והיותו של סעיף כזה בחוק לא מנע מן הממשלה לנקוט בעמדה הרחבה שהציגה בתזכיר משנת 1951, המאפשר לה באופן בלעדי לכרות אמנות ללא אישור הכנסת. על כן אין, לדעתנו, לראות בהבאת ההסכמים בפני מועצת המדינה או בפני הכנסת כפעולה על-פי סעיף זה, שהרי הממשלה לא ראתה בו נורמה מגבילה לסמכותה. אם הובאו הסכמים בינלאומיים לאישור הכנסת או המועצה הזמנית הם הובאו כחלק מההתפתחות שהביאה ליצירת ההסדר המיוחד מכוח מנהג מיוחד. לענין מעמדה של הממשלה ראה גם ק' קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריות הישראלית" משפטים ה (תשל"ד) 308.

59. ד"כ 1 (תש"ט) 285.

60. ד"כ 2 (תש"ט) 1095.

61. ד"כ 1 (תש"ט) 308; ד"כ 2, שם, בע' 1236.

62. ד"כ 2, שם, בע' 1098. (ח"כ ז' אהרונוביץ, יו"ר הוועדה לענייני חוץ ובטחון).

63. ד"כ 1 (תש"ט) 291 (ח"כ ז' ורהפטיג).

64. ד"כ 1, שם, בע' 289 (ח"כ ברינור).

ג. האמנה נגד ג'נוסייד

האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם⁶⁵ אושרה במפורש על-ידי הכנסת⁶⁶ לאחר שנחתמה ולפני שאושרה. מלכתחילה הביאה הממשלה רק הצעת חוק המבוססת על הוראות האמנה⁶⁷. במהלך הדיון נמתחה ביקורת על כי הממשלה לא הביאה את האמנה לאישור הכנסת בנפרד מתהליך החקיקה⁶⁸. לאחר דיונים על נוסח ההחלטה הצריכה להתקבל בכנסת הושגה לבסוף פשרה ונתקבלה ההחלטה בזו הלשון:

"הכנסת מחליטה כי יינתן אישור לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, אשר עליה חתם נציג מדינת ישראל ביום ז' אלול תש"ט. תעודת האישור תופקד בידי המזכיר הכללי של האו"ם, בהתאם לאמור בגוף האמנה"⁶⁹.
על הנימוקים שהניעו את הממשלה להביא את אמנת הג'נוסייד לאישור הכנסת ניתן ללמוד מתשובתו של שר המשפטים לדרישה, שהסכם בנושא הצהרות מוות יובא אף הוא בנפרד לאישור הכנסת, לפני הבאת דבר החקיקה המיועד להגשימו:

"הדוגמא של ח"כ בדר על האמנה על הג'נוסייד אינה דוגמא מתאימה. היתה סיבה מיוחדת לכך, שהממשלה חשבה לנכון להביא אמנה כזאת לכנסת לשם אישור – זו היתה אמנה, שהיתה לה משמעות מדינית רצינית (ההדגשה אינה במקור), והעם היהודי רצה לשמוע מה אומר עליה בית המחוקקים שלנו. לכן מצאה הממשלה לנכון דווקא במקרה זה לבוא לכנסת ולהציע לה תגיגית לאשר את האמנה. אך אין הדבר חל על כל מיני אמנות קטנות, שלא מקובל כלל וכלל בעולם להטריד בתי מחוקקים לשם אישורן"⁷⁰.

מכאן, שהממשלה הרגישה תחושת חובה להביא לאישור הכנסת הסכמים בעלי חשיבות מיוחדת, במקרה זה אמנה בעלת משמעות מדינית רצינית.

ד. הסכם הפרדת הכוחות עם מצרים, 1974

ב-13 בנובמבר 1973 הודיעה ראש הממשלה, הגב' גולדה מאיר, על חתימת הסכם שש הנקודות, שכלל סעיף בדבר הפרדת הכוחות והכנסת רשמה את ההודעה בפניה. אפשר לראות בכך בקשת אישור מכללא להסכם שש הנקודות. בעקבות זאת התקיים המשא-ומתן בקילומטר ה-101, ולבסוף הושג הסכם הפרדת הכוחות. לאחר שהממשלה החליטה לחתום על ההסכם, חתם עליו הרמטכ"ל. בטרם נחתם ההסכם הודיעה הממשלה לד"ר קיסנינג'ר, כי ההסכם יובא לפני הכנסת. ואכן, הגב' גולדה מאיר הגיחה את ההסכם בפני הכנסת (הוא צורף לדברי הכנסת) וביקשה את אישורה. הגב' מאיר ראתה באישור הכנסת תנאי מוקדם לכניסתו לתוקף; כך עולה בבירור מדבריה בכנסת:

"אני קוראת לכנסת לחוק את ידיה של הממשלה בהכרעתה. אם הכנסת תסמוך ידיה על ההסכם יוחל בביצועו המתוכנן, ביום ששי, 25 בינואר"⁷².

65. כ"א 1, ע' 65.

66. ד"כ 3 (תש"ט) 345.

67. ד"כ 3, שם, בע' 313.

68. שם, בע' 317 (ח"כ בר יהודה); בע' 322 (ח"כ קליבנוב); ובע' 323 (ח"כ ורהפטיג).

69. שם, בע' 345. על משמעות נוסח זה להבדיל מההצעות האחרות שהועלו ראה קובץ לאוטורפכת, לעיל הערה 2, בע' 238-239. אינני מייחס כל חשיבות לנוסח שהתקבל לבסוף, לענין דרישת האישור על-ידי הכנסת. העובדה שהכנסת החליטה כי "יינתן אישור" וכי "תעודת אישור" תופקד, מלמדת אמנם שהכנסת הסכימה כי פעולת האשרור תיעשה בידי הממשלה ולא בידי הכנסת, והמונח "אישור" בנוסח ההחלטה משמעו אשרור. אולם הדיון וההחלטה מלמדים שהכנסת עמדה על כך שהכנסת תאשר את האמנה, דהיינו תיתן את הסכמתה לאמנה, וכי ההסכמה הזו צריכה להינתן בנפרד ולא כחלק מתהליך חקיקת החוק הקולט את האמנה לתוך המשפט הפנימי.

70. ד"כ 10 (תשי"ב) 368.

71. ד"כ 69 (תשל"ד) 10.

72. שם, בע' 12.

מכלל הן אתה שומע לאו: אם לא יינתן האישור – לא יוחל בביצועו. כך עולה גם מההודעה המפורשת לצד השני, כי ההסכם כפוף לאישור הכנסת. אותה מסקנה עולה מדבריו המפורשים של שר החוץ וסגן ראש הממשלה דאז, מר יגאל אלון:

"כל זה (פעילות הממשלה - ש' ש') בתחום הסמכות שקיבלה גם מן הכנסת בבירוריה הקודמים וגם מתוך כך שבלאו הכי לא התחייבנו. אמרנו שלא נתחיל בשום צעד מעשי לפני שראש הממשלה תביא את דבר ההסכם לא רק לועדת החוץ והבטחון באמצעות שר הבטחון, אלא גם פה במישרין, לפני מליאת הכנסת"⁷³.

לאחר דיון התקבלה בהצבעה הצעת סיכום, לפיה "הכנסת סומכת את ידיה על ההסכם הישראלי-מצרי בדבר הינתקות הכוחות עליו מסר ראש ממשלה לכנסת בהודעתה ביום ג', כח' בטבת תשל"ד - 22 בינואר 1974"⁷⁴.

ה. הסכם הפרדת הכוחות עם סוריה, 1974

גם הסכם הפרדת הכוחות עם סוריה הובא לאישור מפורש של הכנסת. לאחר שהממשלה החליטה לחתום על ההסכם, ולאחר שנוסחו הסופי גובש, והצדדים הסכימו על חתימת ההסכם בג'נבה, הביאה ראש הממשלה, הגב' גולדה מאיר, את ההסכם לאישור הכנסת (ההסכם צורף לדברי הכנסת). הגב' גולדה מאיר ביקשה את הכנסת "לסמוך את ידיה על החלטת הממשלה לחתום על הסכם הפרדה עם סוריה"⁷⁵. במהלך הדיון הושמעה ביקורת על-כך ששלחו את האלופים שפיר ושיאון לג'נבה עוד בטרם אישרה הכנסת את ההסכם. על דברי ביקורת אלו השיבה הגב' מאיר כי "לא היו נחוצים לנו כל עידוד ולא כל הפרעה ולא קריאת ביניים כדי לקיים את חובתנו בצורה הנכונה היחידה: (ההדגשות אינן במקור) לשלוח אותם לשם, לא לחתום על שום דבר עד שיקבלו ידיעה שהכנסת אישרה את זאת"⁷⁶.

דברים אלו מעידים בבירור, כי ההסכם הובא לאישור הכנסת מתוך תודעת מחויבות לצורך בקבלת הסכמת הכנסת בתהליך יצירת רצונה של ישראל להתקשר בהסכם.

לאחר דיון נתקבלה הצעת הסיכום, לפיה "הכנסת סומכת את ידיה על ההסכם הישראלי-סורי בדבר הינתקות הכוחות כפי שמסרה לכנסת היום, ט' בסיון תשל"ד, 30 במאי 1974"⁷⁷.

ו. הסכם הביניים עם מצרים, 1975

אף הסכם הביניים עם מצרים הובא לאישור הכנסת. לאחר שהממשלה החליטה על חתימה על ההסכם, הוא נחתם בראשי תיבות. בשלב זה הביא ראש הממשלה יצחק רבין את ההסכם לאישור הכנסת וביקש את הכנסת "לסמוך ידה על ההסכם"⁷⁸. לאחר דיון בהסכם, שנוסחו בעברית ובאנגלית הונח בפני הכנסת וצורף לדברי הכנסת⁷⁹, התקבלה הצעת סיכום, לפיה "הכנסת סומכת את ידיה על ההסכם בין ישראל ומצרים על נספחיו"⁸⁰. יש לציין שבחודש מרץ 1975, כשנכשל הנסיון להגיע לידי הסכם ביניים, דיווח על-כך ראש הממשלה רבין לכנסת והתקיים דיון ממצה⁸¹, דבר, המלמד על תחושת החובה הקיימת בממשלה לגבי דיווח ושיתוף הכנסת בתהליך כריתת הסכמים בעלי חשיבות מסוג זה.

ז. הסכמי קמפ־דייב

לאחר שראש הממשלה, מר מנחם בגין, בהסכמת הממשלה, חתם על הסכמי קמפ־דייב, הובאו ההסכמים לאישור הכנסת⁸². מר בגין הודיע למר קרט, נשיא ארצות-הברית, ולמר

73. שם, בע' 60.

74. שם, שם.

75. ד"כ 70 (תשל"ד) 1459.

76. שם, בע' 1462.

77. שם, בע' 1509.

78. ד"כ 74 (תשל"ה) 4080.

79. שם, בע' 4138.

80. שם, בע' 4134.

81. ד"כ 73 (תשל"ה) 2307.

82. ד"כ 83 (תשל"ח) 4058 (25 ספטמבר 1978).

סאדאת, נשיא מצרים, כי סוגיית הורדת היישובים מפיתחת רפיח תובא להכרעת הכנסת. הסכמי קמפ־דויד בנוסח האנגלי והעברי הונחו בפני הכנסת (וצורפו לדברי הכנסת), ונתקיים דיון ממושך בהסכמים. לאחר מכן התקבלה הצעת סיכום, לפיה "הכנסת מאשרת את הסכמי קמפ דויד שנחתמו על־ידי ראש הממשלה בבית הלכן ביום 17 בספטמבר 1978. אם במשא ומתן על חוזה השלום בין מצרים לבין ישראל יסוכמו כל הבעיות הגוגעות לחוזה זה, וההסכמה תמצא ביטויה במסמך כתוב, מסמיכה הכנסת את הממשלה להוציא את המתיישבים מסיני וליישבם מחדש"⁸³.

ה. חוזה השלום עם מצרים

לאחר שגובש נוסח הסכם השלום עם מצרים ונספחיו ולפני חתימתו, הונח ההסכם על נספחיו בפני הכנסת, וראש הממשלה "בשם הממשלה ועל דעתה" ביקש, "שהכנסת תאשר (היום) את חוזה השלום בין ישראל ומצרים, על נספחיו ומכתבי הלוואי שלו"⁸⁴. לאחר דיון ממושך אישרה הכנסת הצעת סיכום, לפיה "הכנסת מאשרת את חוזה השלום בין ישראל ומצרים על נספחיו ומכתבי הלוואי"⁸⁵.

ט. הסכם הכח הרב־לאומי בסיני, 1981

גם ההסכם בדבר הצבת הכוח הרב לאומי בסיני הובא לאישור הכנסת. בהביאו את ההסכם לאישור, בחודש יולי 1985, פנה מר יצחק שמיר, שר החוץ, לחברי הכנסת לאמור: "בשם הממשלה אני מבקש לאשר את ההסכם בדבר הקמת הכח הרב־לאומי על נספחיו". לאחר דיון על ההסכם ונספחיו שהונחו על שולחן הכנסת, התקבלה הצעת הסיכום כי "הכנסת מאשרת את ההסכם (פרוטוקול) בין ישראל למצרים בדבר הקמת כח רב־לאומי על נספחיו ומכתבי הלוואי שלו"⁸⁵.

י. הסכם ישראל־לבנון, 1983

במאי 1983 הובא לאישור הכנסת ההסכם בין ישראל לבין לבנון בדבר נסיגת כוחות צה"ל מלבנון, הסדרת היחסים ביניהן וקביעת הסדרי בטחון בין שתי המדינות בעקבות מלחמת לבנון.

הדיון נפתח בהודעת הממשלה מפי שר החוץ, מר יצחק שמיר. (נוסח ההסכם הונח בפני הכנסת). לאחר דיון ממושך ותשובת הממשלה מפי שר הבטחון מר משה ארנס נתקבלה ההחלטה, כי "הכנסת מאשרת את ההסכם בין ישראל לבין לבנון שהונח על שולחן הכנסת ואשר עיקריו נמסרו לכנסת בהודעת הממשלה ביום כח' באייר התשמ"ג – 11 במאי 1983"⁸⁶.

יא. התחייבות לגבי הבאת הסכם האוטונומיה לאישור הכנסת

ראוי לציין את התחייבות ראש הממשלה, מר מנחם בגין, להביא את ההסכם בנוגע להסדרי האוטונומיה לאישור הכנסת. מר בגין ציין, כי הסכם האוטונומיה לא ייחתם על־ידי הממשלה אלא לאחר שיאושר על־ידי הכנסת⁸⁷. התחייבות זו מלמדת על השתרשות המנהג להביא לאישור הכנסת הסכמים בעלי חשיבות מיוחדת דוגמת ההסכמים שנסקרו.

יב. הסכמים אחרים

בנוסף להסכמים שנסקרו, ואשר הובאו לאישור הכנסת, מן הראוי להתייחס גם להסכם השילומים עם גרמניה המערבית. ראש הממשלה, מר דוד בן־גוריון, מסר לכנסת הודעה על

83. שם, בע' 4192.

84. ד"ב 85 (תשל"ט) 1898.

85. שם, בע' 2085.

86. ראה ד"ב, מושב ראשון, ישיבה ג הכנסת ה־10, בע' 43 (28 ביולי 1981). לנאומי של שר החוץ ראה שם, בע' 2 (27 ביולי 1981). בדבריו, ציין שר החוץ כי: "השבנו שהסכם בעל חשיבות כזאת, המהווה חלק של חוזה השלום ותהליך השלום בין ישראל ומצרים, ראוי שיקבל את אישורה של הכנסת".

87. ראה פרוטוקול סטנוגרפי של ישיבות הכנסת העשירית, מושב שלישי, ישיבה מאתיים ושתיים, בע' 220 א (16 במאי 1983). ראה הודעת שר החוץ שם, בע' 6 (11 במאי 1983) ראה נוסח ההסכם הארץ (17.5.83).

1.

87. לעיל הערה 84, שם.

המגעים שהתנהלו בענין זה עם גרמניה ועל כוונתו לנהל משאומתן בנושא זה עם גרמניה וקיבל, למעשה, ייפוי-כוח לנהל משאומתן ולחתום על הסכם⁸⁸. אף כי הפרוצדורה שננקטה כאן שונה מהמקרים האחרים, יש בכך כדי ללמד על תחושת החובה בדבר שיתוף הכנסת בתהליך כריתת הסכמים בעלי חשיבות מדינית.

מן הראוי להזכיר גם את פרשת הנסיגה ממדבר סיני ומעזה לאחר מלחמת קדש ב-1956. הנסיגה מסיני והחזרת השטחים שנתפסו במבצע קדש לא נעשתה על-פי הסכם, אלא בלחץ המעצמות ולאחר החלטות מועצת הבטחון ועצרת החרום של האו"ם. הממשלה דיווחה על המגעים וההתרחשויות לועדת החוץ והבטחון, וראש הממשלה מסר הודעות לכנסת בנושא⁸⁹.

מן הראוי להוסיף כי הסכמים בינלאומיים כלכליים הובאו בפני הכנסת לדיון, אולם ההליך שננקט היה מסירת ההודעה על ההסכם. כך נהגו בשנת 1975 בהסכם עם הקהילה האירופית לאיזור סחר חופשי⁸⁹, וכך נהגו בהסכם לכינון אזור סחר חופשי עם ארצות-הברית באפריל 1985⁸⁹. בשני המקרים נמתחה בקורת מפי חברי הכנסת על אי שיתופה של הכנסת באופן ראוי בתהליך אישור ההסכם והודגשה חשיבות השתתפותה של הכנסת בתהליך זה⁸⁹. במהלך הדברים הסתמכו חברי הכנסת על תקדימים בהם הובאו הסכמים לאישור הכנסת, כגון הסכם קמפ דויד והסכם השלום.

6. יסודות המנהג החוקתי: הוקע העיוני

לצורך ההכרעה בשאלה אם הדרך שבה נהגו הממשלה והכנסת בכריתת אמנות חשובות, אשר נסקרו לעיל, עולה כדי מנהג חוקתי מחייב, כפי שהצענו, יש צורך לבדוק מהם יסודות המנהג החוקתי, והאם התקיימו יסודות אלו בסוגיית כריתת אמנות חשובות. בפרק זה נעסוק בניחות כללי של יסודות המנהג במשפט, בכלל, ויסודות המנהג החוקתי, במיוחד. כמריכך נדון כקונבנציות החוקתיות האנגליות ובמקבילותיהן הישראליות: המוסכמות החוקתיות.

בפרק שלאחריו נעסוק בשאלה אם מתקיימים יסודות המנהג החוקתי בענין כריתת אמנות חשובות.

א. יסודות המנהג: כללי

בצד חקיקה ופסיקה מנהג הוא מקור עצמאי וישיר ליצירת נורמות משפטיות, וכאשר משפט המדינה – באמצעות בתי-משפט – מכיר בו, הוא מהווה נורמה מחייבת ככל נורמה משפטית אחרת⁹⁰. המנהג נבדל ממקורות המשפט האחרים בדרך יצירתו, שאינה באמצעות המחוקק או בית המשפט, אלא על-ידי דפוס התנהגות מתמיד, המקובל על הנוגעים בדבר כמחייב⁹¹, ואשר מקבל הכרה בבית המשפט.

88. ד"כ 10 (תשי"ב) 965-895.

89. ד"כ 21 (תשט"ז) 215-195. ד"כ 21 (תשט"ו) 261-256; ד"כ כרך 21 (תשי"ז) 826-851.

89א. ד"כ 73 (תשל"ה) 2730.

89ב. ד"כ (א באייר, תשמ"ה) 2350.

89ג. לענין ההסכם עם הקהילה האירופית ראה ד"כ 73 (תשל"ה) 2730, 2732 ואילך. לענין ההסכם עם ארצות-הברית, ראה ד"כ (א באייר, תשמ"ה) 2353 (ח"כ דן תיכון, ח"כ חייקה גרוסמן); 2355 (ח"כ מאיר וילנר); 2356 (ח"כ בר און); 2358 (ח"כ גרשון שפט, ח"כ מרדכי וירשובסקי); 2359 (ח"כ מתי פלד); 2360 (ח"כ א' ורדיגר).

90. ע"א 47/49 זילביגר נ' דיקמן, פ"ד י 253. המנהג בישראל נבדל מן המנהג באנגליה בכך שדרישת העתיקות, והתנאי שהמנהג לא יתפשט על פני שטח המדינה כולה אינם מהווים תנאי ליצירת המנהג.

91. ראה ע"א 25/50 וולפסון נ' חברת הספינים בע"מ, פ"ד ה 265, שם מגדיר השופט זילברג מנהג כהתנהגות מסוימת שהציבור קיבל על עצמו כנורמה משפטית מחייבת כאילו נגזרה על-ידי המחוקק. דפוס ההתנהגות המהווה מנהג אינו חייב להיות נהוג על-ידי כלל הציבור, אלא הוא יכול להתייחס לנושא משרה מסוימת.

הטוען לקיומו של מנהג חייב להוכיח שלושה יסודות: תחושת חובה, מימד זמן והתמדה⁹². תחושת החובה, או 'תודעת החיוב' כלשון פרופ' טדסקי⁹³ היא היסוד המבדיל בין המנהג לבין דפוסי התנהגות אחרים, הנובעים מהרגל, מקריות, נוחיות, או מבחירה חופשית מטעם אחר של הנפשות הפועלות. קיומו של המנהג מוכח, כאשר הנפשות הפועלות נוהגות על פיו מתוך מחשבה, שמוטלת עליהן חובה לנהוג באותו מצב בדרך זו, וכי אינן חופשיות להעדיף דפוס התנהגות אחר⁹⁴.

היסוד השני של המנהג מתייחס למימד הזמן⁹⁵. המנהג לפי טיבו הוא דפוס התנהגות, ומתגבש בהדרגה⁹⁶. דרישת מימד הזמן – במונח ותק המנהג – בניגוד לדין האנגלי, אינה נוקשה. במשפטנו אין הטוען למנהג נדרש להוכיח, שהמנהג התחיל בזמן פלוני⁹⁷. משך הזמן שיידרש להוכחת המנהג תלוי באופי המנהג. אולם במשפטנו משך הזמן שבו נהגו באורח מסויים, כדי שאותה התנהגות תעלה למעלה מנהג מחייב, יכול להיות קצר⁹⁸.

היסוד השלישי להוכחת המנהג הוא דרישת ההתמדה. כדי להצביע על קיומו של מנהג יש להראות שהמנהג מתמיד, דהיינו, שההתנהגות, אשר טוענים כי היא בגדר מנהג, חוזרת ונשנית במשך זמן מסויים. יסוד זה של המנהג אינו מקפל בתוכו דרישה כמותית מינימלית, אלא הוא תלוי בטיב העניין. אם מדובר במנהג המתייחס לדרך התנהגות לגבי ארוע המתרחש אחת לכמה שנים, הרי הדרישה המספרית תהא קטנה⁹⁹, ואילו אם מדובר בפעולות רווחות ותדירות, הדרישה המספרית תהיה גבוהה יותר¹⁰⁰.

לענין דרישת ההתמדה, אם-כן, הבדיקה תתמקד לא רק בשאלה כמה פעמים חזרו על דרך ההתנהגות הנדונה, אלא גם כמה פעמים נשנתה ההתנהגות הנדונה מתוך המספר הכולל של ההזדמנויות שהיו לחזור עליה. דרישת ההתמדה ודרישת מימד הזמן קשורות זו בזו, ובמקרים בהם המחזוריות של ההתנהגות הנדונה גבוהה, אין הכרח לעמוד על תקופת זמן מסוימת, אף כי השתרשות מנהג מחייבת, מטבע הדברים, מרוץ זמן מסויים.

יש להבהיר את ההבחנה בין "מנהג" לבין "נוהג". נוהג הוא למעשה דרך התנהגות מקובלת ורווחת, וכוחו נובע מכך, שעל-פי הדין מניחים, שהצדדים לעסקה מאמצים אותו

92. ראה דיון כללי על המנהג בישראל: ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד" משפטים ה (תשל"ג) 9, להלן: טדסקי.

93. שם, בע' 19.

94. שאלת יסוד תודעת החיוב במנהג היא שאלה מרכזית משום שהיא מלמדת על אופיה המחייב של הנורמה. יש לציין כי לא נדרשת קיומה של סנקציה מסורתית כדי ללמד על קיומה של נורמה משפטית. ראה בענין זה הדיון לגבי מהותו של המשפט הבינלאומי. המכתן המיוסד על דרישת הסנקציה כגרסתו של אוסטין אינו רואה במשפט הבינלאומי בגדר "משפט".

J. Austin, Lectures on Jurisprudence (Campbell, 4th ed., 1873) 231-232; J. Austin, Lectures on Jurisprudence (Campbell, 5th ed., 1911) I 79-103.

יש מלומדים כגון קלטן הרואים באפשרות המלחמה ופעולות הגמול כממלאות את דרישת הסנקציה. ראה: י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן, תשל"א) 22. אולם לא הכל רואים ביסוד החיוב בהגדרת המשפט כמחייב קיומה של סנקציה. המלומד פולוק, למשל, גורס כי די בהרגשת חובה לכבד נורמה כדי שאותה נורמה תיכנס לגדר המונח משפט ואין צורך בקיומה של סנקציה דווקא: J. Pollock, First book of Jurisprudence (London, 1896) 1-15.

95. Salmond, On Jurisprudence (London, 12th ed., by P.J. Fritzgerald, 1966) 201-203.

96. ראה דברי השופט וילברג, בפסק הדין וולפסון, לעיל הערה 91.

97. המשפט האנגלי דורש שהמנהג יהיה מוכר ככזה משנת 1189. ראה סלמונד, לעיל הערה 95.

98. ראה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 36.

99. למשל, סדרי מינוי הרמטכ"ל, וראה ד' אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי בעקבות ועדת אגרנט" משפטים ז (תשל"ז) 201.

100. למשל, פעולה לפי הנחיות פנימיות. השווה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 55.

101. השווה ר' כר' ישראל, המנהגים כיוספי העבודה האישיים: קשריהם להסכמים הקיבוציים (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, תשל"ח) 12-13.

לתוך תנאי ההתקשרות שביניהם¹⁰². אולם, שלא כמו המנהג, אין הנהגה מהווה כלל עצמאי-משפטי העומד בפני עצמו והחל על הענין ללא ההנחה שהוא אומץ לתוך תנאי ההתקשרות, כפי שהראה פרופ' טדסקי¹⁰³.

לעתים קרובות אין מקפידים בהבחנה בין "מנהג" לבין "נוהג" ועושים בהם שימוש מתחלף. מן הראוי, על כן, להדגיש, כי המנהג הוא נורמה משפטית מחייבת העומדת בפני עצמה, ואילו הנהגה היא הנחה עובדתית מכוח הדין. מן הראוי להעיר, כי לעתים משתמשים במונח "נוהג" כמובן – פרקטיקה שגורה, הנעדרת יסוד נורמטיבי. "הנהג" כמובן זה עומד בדרגה הנמוכה ביותר של נורמטיביות, והוא נבדל מן המנהג לצורותיו, המהווה נורמה משפטית עצמאית, היוצרת זכויות או סמכויות או מסדירה התנהגות. הנוהג, כמובן פרקטיקה שגורה ללא יסוד נורמטיבי, אף נבדל מן הנהגה כמובן הנחה עובדתית מן הדין. ולבסוף, הנהגה כמובן פרקטיקה שגורה כאמור, נבדל גם מן המוסכמה החוקתית ("קונבנציה חוקתית") אשר טיבה ויסודותיה הייחודיים יבוארו להלן. בשלב זה חשוב להדגיש, כי בניגוד לפרקטיקה השגורה, יש במוסכמה החוקתית יסוד נורמטיבי, היוצר תחושת חובה לנהוג על פיה.

יש להזכיר את ההבחנה בין מנהג הנוגד חוק (Contra Legem) ובין מנהג המתיישב עמו (Praeter Legem)¹⁰⁴. בקטיגוריה השניה של המנהגים נכללים מנהגים המסדירים התנהגות בענינים שהמחוקק לא עסק בהם כלל, או בנושאים מסויימים שלא הוסדרו באופן כולל וממצה על-ידי חקיקה שעסקה באותו תחום¹⁰⁵. מנהג נוגד חוק קיים, כאשר דפוס התנהגות המעוגן במנהג עומד בסתירה לנורמה משפטית הקבועה בחוק.

כעקבות המשפט האנגלו-אמריקאי¹⁰⁶ מקנה המשפט הישראלי לחקיקה מעמד עדיף על המנהג. כאשר קיים מנהג הנוגד חוק, הרי הוא נדחה מפני החוק, גם אם בפועל לא נעשה שימוש בחוק, ואף אם המנהג מאוחר לחוק¹⁰⁷. הטעם העומד ביסוד השקפה זו הוא, כי נורמות משפטיות פרי יצירתו של הריבון עדיפות על פני כל מקור משפטי אחר. יישום השקפה זו ניתן להדגמה בכל תחומי המשפט¹⁰⁸. היישום הדווקני של השקפה זו ממותן במידת מה מכוחה המכריע של המציאות החברתית הזוכה להכרה משפטית, למרות ההשקפה המוצהרת, כי חוק עדיף על מנהג. בתי-משפט מעניקים הכרה עקיפה למנהג נוגד חוק, אף כי באופן מוצהר הם נשארים נאמנים להשקפה, כי חוק עדיף על מנהג-נוגד. תוצאה זו מושגת על-ידי פרשנות שיפוטית; כך, למשל, כאשר חוק מסויים ניתן להתפרש בכמה דרכים, בית המשפט מעדיף את הפירוש העולה בקנה אחד עם המנהג, למרות שפירוש כזה מתיישב פחות עם לשון החוק מפירושים אחרים.¹⁰⁹

דרך אחרת למיתון ההשקפה המוצהרת בענין מנהג-נוגד-חוק הוא מתן פירוש מצומצם לחוק באופן כזה שהחוק אינו עומד בניגוד למנהג. דוגמא מאלפת לטכניקה שיפוטית זו מצאנו בענין דמי המפתח.

102. אין בכוחו של נוהג לשנות דין או להתגבר על חוזה שבין הצדדים. יש להזכיר את ההבחנה שבין "נוהג חוזה" – תנאים שהצדדים מאמצים לתוך תנאי ההתקשרות ביניהם מכוח ההסכם, ובין "נוהג חוקי" שהוא נוהג עובדתי המאומץ על-ידי הדין. ראה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 12-9. במשפט האנגלי נדרש כי הנהגה יהיה ידוע, סביר ומוגבל לתחום או לעסוק מסויים.

103. טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 15-9. וראה בג"צ 135/60 גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, פ"ד יד 1085, 1088 (השופט כהן).

104. טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 25.

105. כמובן זה המנהג ממלא בתוכן חללים במערכת דין החרות.

106. לסקירה מקפת של הספרות ולדיון השוואתי בעמדת שיטות המשפט השונות ראה: ד' אבן, דאסואטודו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ז) 79. המשפט הקונטיננטלי מכיר באפשרות שמנהג מאוחר יבטל חוק.

107. ראה, למשל, בג"צ 164/56 מלך נ' פקיד השומה למהוו ירושלים, פ"ד יא 219, 220.

108. ד' אבן, לעיל הערה 106, בע' 174 ואילך.

109. שם, בע' 174.

בארץ התפתח מנהג לפיו היה משלם שוכר הנכנס למושכר לשוכר היוצא, דמי מפתח, שחלק מהם היה עובר לבעל הבית. דמי מפתח אלה גילמו את ההפרש בין מחיר השכירות הריאלי לבין דמי השכירות של דייר מוגן על-פי חוק הגנת הדייר. תשלום כזה עמד בניגוד לכוונתו המוצהרת של המחוקק להגן על השכבות החלשות, ועל-כן נאסרה קבלת דמי מפתח בסעיף 7 לפקודת הגבלת שכר דירה (דירות), 1940¹¹⁰. למרות איסור זה היתה המציאות החברתית חזקה ממצוות המחוקק ומנהג דמי-מפתח לא עבר מן העולם: לפי הגישה הנקוטה במשפטנו הרי לא זו בלבד שלא היה בקיומו של המנהג-הנוגד לבטל את החוק, אלא להפך: היה על בית המשפט לראות במנהג זה דבר אי-חוקי וככזה להכריזו כבטל. בפועל פירשו בתי המשפט את לשון הסעיף בצורה כה מצמצמת, עד כי נוצרו דרכים רבות לתשלום דמי-מפתח שלא נגדו את החוק. התוצאה היתה, שמנהג תשלום דמי-מפתח שוב לא עמד בניגוד ללשון החוק אלא התקיים בצידו¹¹¹.

במידה מסויימת, אף הפרשנות של סעיף 11 (א) לחוק יסוד: נשיא המדינה לאור המנהג החוקתי בדבר סמכות כריתת אמנות על-ידי הממשלה מהווה דוגמא לפרשנות של חוק כדי ליישב אותו עם מנהג-נוגד. לשון הסעיף הניחה, שלכנסת יש תפקיד בכריתת אמנות, וכי הכנסת מאשרת אמנות. מתוך הנחה זו קבע הסעיף, כי אמנות שהכנסת מאשרת ייחתמו על-ידי הנשיא. פרשנות הגיונית זו נדחתה על-ידי בית המשפט בפרשת קמיאר¹¹², והועדף הפירוש לפיו אין לכנסת כל תפקיד בכריתת אמנות, למרות מה שהשתמע מלשון הסעיף. הערה אחרונה בסוגיית המנהג מתייחסת לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980¹¹². אין לראות בביטולו של סימן 46 מכוח סעיף 2 לחוק זה משום פגיעה כלשהיא במעמדו של המנהג כמקור משפט¹¹³. אין גם לראות בהיעדרו של המנהג מרשימת המקורות הנזכרים בחוק כמדריכים את השופט בפסיקת דינו¹¹⁴, משום פגיעה מכללא במנהג כמקור משפטי. המנהג מוכר בהלכות הפסוקות, ומכוחו הוא ימשיך להיות מקור משפטי, אף אם אין הוא מוכר במפורש בחוק יסודות המשפט.

ב. יישום המנהג במשפט הציבורי

המנהג והנוהג ממלאים תפקיד בכל ענפי המשפט, אם כי, כפי שציין פרופ' טדסקי, "תוקפם וחשיבותם שונים בכל ענף וענף"¹¹⁵. בתחום המשפט הציבורי¹¹⁶ שימשו המנהג והנוהג יסוד ליצירת סמכויות לרשויות השלטון, להטלת מגבלות עליהן בהפעלת סמכותן, להענקת זכויות לאזרח וכן לקביעת סדרי-דין שלא נקבעו בחוק. ביטוי לכך ניתן למצוא בפסיקה בנושאי המשפט החוקתי והמנהלי, המשפט הדיוני והמשפט הפלילי, כפי שנבאר להלן. בתחילת הדברים מן הראוי להעיר, כי הפסיקה משקפת רק את קצה הקרחון הנראה לעין. קיימים בשטח מנהגים ונוהגים רבים, שהרשויות פועלות על פיהם, ואשר טרם נודמן לבתי המשפט ליתן גושפנקה שיפוטית לקיומם, משום שלא נדונו בבתי המשפט או שלא היה טיעון שהסתמך עליהם¹¹⁷. להמחשת יישום המנהג במשפט הציבורי, מבלי להתיימר להציג תמונה

110. פקודת הגבלת שכר דירה (דירות), 1940, ע"ר תוס' 1, (ע) 230.

111. לדוגמאות נוספות ראה ד' אבן, לעיל הערה 106, בע' 180 ואילך.

112. קמיאר, לעיל הערה 5.

112א. ס"ח 163.

113. בין השאר מכוח הוראת סעיף 2 (ב) לחוק יסודות המשפט כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה" והן מכוח העובדה שהמנהג נקבע מכוח הוראת המג'לה, ולא היה קשור בטבורו למשפט האנגלי.

114. במקרה של לקונה בדין.

115. טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 52.

116. נבהיר כי המושג משפט צבורי במובנו הרחב אינו מצטמצם למשפט המנהלי והחוקתי אלא כולל גם את דיני הראיות, דיני העונשין, סדר הדין האזרחי וסדר הדין הפלילי ותחומים אחרים בהם מופעלת באופן חד-צדדי סמכות שלטונית על-ידי הרשות צבורית. ראה ב' אקצין, "על המשפט הצבורי" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים (תשכ"ח) כרך שלישי, חוברת 5.

117. ראה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 56.

ממצה או מקיפה¹¹⁸, נציג פסיקה שהכירה במנהג ובנוהג בהיבטים שונים של המשפט הציבורי¹¹⁹.

המנהג מילא תפקיד נכבד בתחום המשפט הדיוני, כולל סדרי הדין האזרחי והפלילי ודיני הראיות. ניתן למנות שורה ארוכה של הסדרים, שמקורם במנהגים ונוהגים: דרישת הסיוע לעדות שותף בעבירה ומתלוננת בעבירות מין¹²⁰, קיום משפט זוטא¹²¹, הזכות להשמיע טענות לפני העונש בשלב שלפני מתן גזר הדין¹²² והטלת עונשי מאסר חופפים על עבירות שנדונו כהליך אחד¹²³ – כל אלה מקורם במנהג. והוא הדין גם לגבי טענת "אין למה להשיב"¹²⁴. כן ניתן למנות את חובתו של בית המשפט לאפשר למערער להשיב על טענות המשיב במשפט הפלילי, שיסודה "במנהג... מבוסס וידוע שאין איש פוסח עליו או פוגע בו"¹²⁵; ומחיקת ערעור פלילי כשהמערער לא הופיע לערעור¹²⁶. בתחום המשפט הדיוני מילא

118. ראה טדסקי, שם, בע' 23-5.
119. כיום מעוגנים רבים ממנהגים אלה בחקיקה כגון: בתקנות סדר הדין האזרחי או בחוק סדר הדין הפלילי. הדוגמאות מובאות כאן להדגמת מנהגים בעת שניתנו פסקי הדין המאוזכרים.
120. כ"ע"פ 53/50 הסון נ' היוהמ"ש, פ"ד ד 855,843 בהתייחסו לאסור של הרשעה על-פי עדות שותף בלבד אמר השופט, (כתארו אז) אולשן: "אומנם איסור כזה לא הוטל על ידי החוק החרות, אבל זהו כלל שנוהגים על-פיו, ומשמעו הוא, שאין להאמין לעדותו של עבריין, שותף לעבירה, בהעדר עדות מסייעת". המנהג מעניק זכות מהותית לעבריין בהקימו תריס בפני הרשעה על סמך עדות יחידה העשויה לעוות את הדין. ראה גם א' הרנון, דיני ראיות (המכון למחקר חקיקה ע"ש הרי סאקר, מהדורה שלישית, תשמ"ב) 53.
121. כאשר נאשם מתנגד לקבלת הודאתו במשטרה מאחר שזאת לא ניתנה, לטענתו, מתוך "רצון חופשי" כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (נ"ח 421) אוי חייב בית המשפט לערוך משפט זוטא. אומנם אין על-כך הוראה בחוק החרות אך זהו נוהג עוד מימי המנדט שנשתרש במשפטנו כך שיש לראותו כאחת מזכויות הנאשם. ראה הרנון, שם, בע' 278.
122. כ"ע"פ 9/55 ע"ר פלוגי נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, 1732-1733 אומר השופט ברנזון: "בתביעות פליליות באנגליה הנוהג כיום הוא שאתרי הרשעה ולפני גזר הדין מקבל בית-המשפט אינפורמציה מפי באי-כוח החביעה ומאת הנאשם או באי-כוחו על עברו ואפיו הכללי של הנאשם ועל כל נסיבה אחרת העשויה לעזור לבית-המשפט להגיע לכלל החלטה על העונש המתאים... סדר זה, גם באותם מקרים שבית-המשפט אינו מצווה לנהוג לפיו על פי הוראת חוק חרות, השתרש גם אצלנו, ולפי מיטב ידיעתי מקיימים אותו בבתי-המשפט ככל משפט פלילי. כשאני לעצמי הייתי סבור כי אי קיומה של מצוה זו – גם כאשר מקורה אינו בחוק החרות כי אם בנוהג מורשש – יש בו לשמש עילה לפסילת גזר-הדין".
123. ע"פ 63/52 קפון נ' היוהמ"ש, פ"ד ו 793. בע"פ 22/52 הוניגמן נ' היוהמ"ש, פ"ד ז 296, 304. מכיר השופט הלוי בקיומו של הנוהג אך מוסיף "שאינו כלל או נוהג נוקשה נגד עונשים מצטברים". מהקשר הדברים עולה כי במקרה שבוצעו העבירות במקומות שונים, בנסיבות שונות ובתקופות ממושכות – יש מקום להתעלם מהנהג להטיל עונשים חופפים. נוהג זה גובש בחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], תשל"ו-1970, ס"ח 109 בסעיף 11 (א), בו נאמר שמי שנדון במשפט אחד למספר עונשי מאסר יהיו עונשי המאסר חופפים, אלא אם הורה בית המשפט אחרת.
124. מקור הטענה בנוהג כדברי השופט חשין בבג"צ 6/53 בלכר, נ' שמיר, שופט שלום ת"א, ואח, פ"ד ז 1109, 1105: "אומנם בבתי המשפט בארץ נקבע, כאמור, כלל שבנוהג בתביעה פלילית, לשמוע בשלב הביניים טענת "אין על מה להשיב" ובע"פ 26/49 היוהמ"ש נ' חוסין חמדן, פ"ד ב 837 מוסיף השופט חשין "נוהג זה דין הוא ואין משנים ממנו".
125. ע"פ 69/49 לוי נ' היוהמ"ש, פ"ד ד 8: ע"פ 26/49 היוהמ"ש נ' חוסין חמדן, שם; בג"צ בלכר, שם.
126. על יסוד נוהג שנתגבש בבתי-משפט, מוחקים ערעור פלילי כשהמערער לא הופיע לערעור, אף כי סעיף 189 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 לא דיבר על מחיקה אלא קבע כי בית המשפט יכול לדון בערעור שלא בפני המערער. ראה ע"פ 542/77 ברנד נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 277: ע"פ 7/59 פרושנסקי נ' תיב, פ"ד יג 832.

המנהג תפקיד בהסדרת היחסים שבין בית המשפט למתדיינים ובאי כוחם¹²⁷ ובקביעת הצורה הנכונה לפתיחת ההליך, אם בהמרצה או בתביעה רגילה¹²⁸. בדיני ההוצאה לפועל התפתחו נוהגים אחדים שזכו לגושפנקה שיפוטית¹²⁹. בתחום דיני העונשין, "נוהג עשוי בדרך כלל לשמש הגנה במשפט פלילי, כשמוכיחים כי במסיבות דומות או דומות בקירוב לאלה שהוכחו במשפט, נוהגים הבריות בדרך שנהג הנאשם"¹³⁰. כמו כן מילאו מנהגים ונוהגים, בקבוצות אוכלוסיה מסויימות, תפקיד בקביעת העונש¹³¹, ובהערכת עדויות¹³².

בתחום המשפט החוקתי והמנהלי נוצרו מכוח המנהג הסדרים משפטיים כאשר ליחסים שבין רשויות המדינה, ונקבעו סמכויות וחובות שלא הוסדרו בחוק מפורש.

אף סדרי עבודתה של הכנסת מבוססים בחלקם הגדול על נוהגים ומנהגים. יש מהם המסדירים תחומים שלא הוסדרו כלל בתקנון הכנסת, ויש מהם המשלימים הסדרים שנקבעו בתקנון¹³³. גם עבודת ועדות השרים (עד לעיגונן בסעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה) וסדרי עבודת הממשלה, הקבועים כיום על-פי חוק¹³⁴, גובשו לפני כן בנהג.

מכח מנהג חוקתי הוכרה סמכותה של הממשלה לכרות אמנות ולאשררן¹³⁵; השתתפותו של שר המשפטים בתהליך קבלת החלטתו של נשיא המדינה לחון עבריינים¹³⁶; בית המשפט הגבוה לצדק סירב להפנות את מי שעתרו אליו נגד פסק-דין בהוצאה לפועל לסעד חילופי בבתי המשפט, משום שפניה כזו לבג"צ כנגד פסק-דין של יושב-ראש ההוצאה לפועל היתה בגדר "נוהג אשר נתאזרה בדיני ההוצאה לפועל של פסקי-דין מזה עשרות שנים"^{136א}; כן הכירו בתי המשפט בכוחו של המנהג ליצור לתנאים מוקדמים להפעלת סמכות על-ידי רשות ציבורית, ובלבד שאינם סותרים את החוק או משנים אותו, להבדיל ממילוי תוכן של מסגרת הקבועה בחוק¹³⁷.

גם בתחום היחסים שבין האזרח לשלטון מילאו הנוהגים תפקיד. נוהג שלטונות המס לראות בדו"ח מס הכנסה של הנישום כהצעה ראשונית לצרכי משא-ומתן עם פקיד השומה, הביא להרשעת הנישום בסעיף אישום פחות חמור מהסעיף שבו הואשם על-ידי הפרקליטות (הרשעה בסעיף 217 לפקודת מס הכנסה במקום בסעיף 220)¹³⁸. בענייני מסים יש להזכיר, כי הנוהג לגבי שיטת הערכת מלאי¹³⁹ ולגבי חישוב מחיר מוצרי יבוא¹⁴⁰ שימש נר לרגלי בית המשפט לצורך הכרעה בשאלות מיסוי.

כפי שהערנו לעיל¹⁴¹ הפסיקה עושה שימוש מתחלף במונחים "מנהג" ו"נוהג" ואינה

127. בג"צ 74 / 63 מחמוד סעיד נ' בתי-המשפט המחוזי, פ"ד כח (2) 37, 42-43. (תיקון טעות בפסק-דין על-פי פניית באי-כח בעל-דין).

128. ע"א 58 / 121 צוקר נ' פקיד השומה, פ"ד לה 102; ע"א 58 / 355 קוארט ונלר נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד יג 94.

129. ע"א 52 / 382 קרימר נ' צינלר, פ"מ ט 36. ע"א 71 / 311 שטאובר נ' מוחה, פ"ד כו (1) 419, 416 בג"צ 55 / 50 יחזקאל נ' יר"ר ההוצ"ל"פ, פ"ד ט 1617.

130. ע"פ 57 / 54 דרבסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 662.

131. ע"פ 77 / 737 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 575.

132. ע"א 66 / 588 בוכבזה נ' בוכבזה, פ"ד כא (2) 3.

133. ראה צידון, בית הנבחרים (אחיאסף, מהדורה 5, תשכ"ט) 101-114. ד' אבן, "המנהג כמקור לסדרי עבודתה של הכנסת" משפטים.

134. אושר בישיבתה מיום יב בסיון תשכ"ט (8.6.68) ואחר כך אושר מתדש על-ידי ממשלתו של מר מנחם בגין עם כינונה.

135. קמיאר, לעיל הערה 5.

136. בג"צ 77 / 483 ברזילי נ' ראש הממשלה, פ"ד לא (3) 671.

136א. בג"צ 52 / 87 עציון נ' יו"ר ההוצ"ל"פ, פ"ד ו 484.

137. בג"צ 52 / 214 שוחט נ' סהר, פ"ד ז 987 (מנהג בענין מינויי שוטרים ופיטוריהם).

138. ע"פ 77 / 280 אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 533, 536-537; ע"פ 76 / 838 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 249, 250.

139. עמ"ה 59 / 309 הוצאת ספרים בע"מ נ' פקיד שומה, פ"מ כו 111.

140. ע"א 77 / 245 מדינת ישראל נ' פלדת פלדום בע"מ, פ"ד לב (1) 15, 18.

141. לעיל הערה 103 והטקסט בסמוך לה.

מבחינה באופן חדי-משמעי, בפסקי הדין שהוזכרו בסקירה לעיל, אם התייחסה למנהג או לנוהג במובנם המדוייק כפי שהוגדר על ידינו במהלך הדברים¹⁴² באופן כללי ניתן לומר, כי כל אימת שמדובר ביצירת סמכות¹⁴³, בהכשרת השתתפותה של רשות אחת בהליך שלטוני שנמסר לסמכותה של רשות אחרת¹⁴⁴ או ביצירת תנאים להפעלת סמכות¹⁴⁵ – עוסקים במנהג, אף כי פסק הדין עושה שימוש במונח "נוהג". והוא הדין כאשר מדובר בהסדר המקנה זכויות לאורח¹⁴⁶ או קובע סדרי-דין¹⁴⁷. לעומת זאת, כאשר מדובר בהסדר היוצר הנחה עובדתית מכוח הדין בכיוון מסויים¹⁴⁸, נוטים אנו לדעה, כי מדובר בנוהג, במובנו המדוייק. מעבר לאי-הבהירות בשימוש במונחים "נוהג" ו"מנהג" ברור כי הסקירה דלעיל מלמדת על קיומו של יישום נרחב למנהג במשפט הציבורי. פסק הדין של קמיאר, המכיר בסמכות הממשלה לכרות אמנות ולאשררן מכוח מנהג חוקתי, אינו עומד, איפוא, לבדו, אלא הוא חלק מפסיקה רחבה יותר בסוגיית המנהגים והנהגים בתחום המשפט הציבורי.

ג. המוסכמות החוקתיות

למען שלמות הניתוח המושגי מן הראוי להבחין בין מנהג חוקתי, המהווה חלק בלתי נפרד מן המשפט החוקתי הפוזיטיבי במובנו הצר, לבין מוסכמה חוקתית, השייכת למערכת הרחבה של הנורמות החוקתיות המסדירות את התנהגותן של רשויות המדינה ומלאי התפקידים השלטוניים, אולם אינה מהווה חלק מן המשפט החוקתי הפוזיטיבי במובנו הצר. המונח "מוסכמה חוקתית" הוא התרגום הרעיוני שאנו מציעים למונח "קונבנציה חוקתית" המקובל באנגליה ובארצות משפט המקובל הקשורות עמה כגון קנדה, אוסטרליה וניר-זילנד¹⁴⁹.

מבחינה רעיונית, קיומו של רובד בלתי כתוב של כללים מנחים להתנהגות רשויות המדינה ונושאי משרות שלטוניות, הקיים בצד הדין החוקתי-פוזיטיבי, איננו תופעה ייחודית לאנגליה. צורות מגוונות של הסדרים חוקתיים בלתי כתובים הבאים למלא תוכן חללים בדין החוקתי הכתוב קיימות בכל שיטה משפטית¹⁵⁰.

142. ראה לעיל טקסט להערות 102-105.

143. ראה, למשל, קמיאר, לעיל הערה 5; ברנד, לעיל הערה 126;

144. ראה ברזילי, לעיל הערה 136.

145. ראה שוחט, לעיל הערה 137.

146. ראה בלכר וחמדן, לעיל הערה 124; לוי, לעיל הערה 125; עו"ד פלוני, לעיל הערה 122; הסון, לעיל הערה 120;

147. ראה לעיל הערה 121 והטקסט כסמוך לה.

148. אליהו וימלכה, לעיל הערה 138; הוצאת ספרים, לעיל הערה 139; פלדת פלדום, לעיל הערה 140.

149. ראה באופן כללי: G. Marshall and G.C. Moodie, Some Problems of the Constitution (rev. ed., 1961) 29 et seq; Sir I. Jennings, The Law of the Constitution (5th ed., 1959) 134-136; Sir I. Jennings, Cabinet Government (3rd ed., 1959) 5-13; O. Hood Philips, Constitutional and Administrative Law (5th ed., 1973); Munro, "Laws and Conventions Distinguished" 91 L.Q. Rev. (1975) 218.

150. השווה דברי המלומד סיר ווליאם הולדסוורת בענין זה:

W. Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" 17 Iowa L. Rev. (1932) 161, 162:

"In fact conventions must grow up at all times and in all places where the powers of the government are vested in different persons or bodies... where in other words there is a mixed constitution. 'The constituent parts of a state' said Burke [French Revolution, 29] 'are obliged to hold their public faith with each other, and with all those who derive any serious interest under their engagements, as much as the whole state is bound to keep its faith with separate communities.' Necessarily conventional rules spring up to regulate the workings of the various parts of the constitution, their relations to one another, and to the subject."

הקונבנציות החוקתיות באנגליה מוגדרות ככללים בלתי כתובים, המסדירים את היחסים בין רשויות המדינה ואת דרכי הפעלת סמכותן. כללים אלו מקובלים על-ידי רשויות המדינה הנוגעות בדבר ככללים מחייבים. ייחודן של הקונבנציות החוקתיות הוא בכך, שהן אינן ניתנות לאכיפה בבתי המשפט, והסעד על הפרתן אינו בחחום המשפטי אלא בחחום הפוליטי. התנאים להיווצרות קונבנציה חוקתית במשפט האנגלי דומים במידת מה לדרישות יצירת המנהג: דפוסי התנהגות החוזרים ונשנים בליווי תחושת חובה לפעול על-פי אותם דפוסי התנהגות. לפי המבחן המוצע על-ידי סיר איוור ג'נינגס, כדי שדרך התנהגות תוגדר כקונבנציה חוקתית יש להראות תקדימים, שבהם פעלו על-פי אותו דפוס התנהגות, וכי הנפשות הפועלות באותם תקדימים ראו עצמן מחוייבות לנהוג על-פי אותו דפוס התנהגות. כמרכון יש להראות מהי הסיבה לאותו דפוס התנהגות. לעתים תקדים אחד המלווה בסיבה טובה יכול כשלעצמו ליצור קונבנציה, ואילו שורה ארוכה של תקדימים ללא סיבה כזו, לא ייצרו קונבנציה, אלא אם כן ברור לחלוטין, שהאנשים הנוגעים בדבר ראו עצמם מחוייבים לפעול על-פי דפוס ההתנהגות הנדון.¹⁵¹

המטרה של הקונבנציות החוקתיות היא להבטיח, שהמסגרת המשפטית של המערכת החוקתית תופעל בהתאם לערכים ולעקרונות החוקתיים המקובלים. הקונבנציות החוקתיות הן בדרך-כלל בלתי כתובות, אם כי לעתים הן מאוזכרות בכתובים, במסמכים חוקתיים ובמובאות לדברי חקיקה.¹⁵² לעתים התוצאה של הקונבנציות החוקתיות היא העברת הסמכות הממשית מידי בעל הסמכות המשפטית אל מוסד שלטוני אחר. במובן זה הקונבנציות החוקתיות קובעות הסדר, הנוגד את ההסדר החוקי הפוזיטיבי.¹⁵⁴

באנגליה, קנדה ואוסטרליה ממלאות הקונבנציות החוקתיות תפקיד נכבד בקביעת ההסדרים החוקתיים היסודיים ביותר של מערכת המשטר. כך, למשל, הדרישה הבסיסית, שאם האופוזיציה זוכה ברוב בבחירות, הממשלה חייבת להתפטר מייד, אינה מועגנת באנגליה או בקנדה בחוק כתוב, אלא מוסדרת על-ידי קונבנציה חוקתית. הדרישה שמי שעומד בראש הממשלה חייב להנות מאימון הפרלמנט והדרישה להתפטרות הממשלה במקרה של הבעת אי-אימון, אף הן אינן כתובות, אלא הן מוסדרות על-ידי קונבנציות חוקתיות. כמרכון, מרבית סמכויות הכתר אינן מופעלות אלא על-פי המלצה מאת ראש הממשלה או הממשלה ולמעשה מופעלות סמכויות הכתר על-ידי הממשלה.

כאמור, בתי המשפט אינם אוכפים קונבנציות חוקתיות. ניתן להוכיח כמה טעמים עיקריים לכך.¹⁵⁴ ראשית, הקונבנציה לא נוצרה על-ידי הלכה פסוקה, אלא על-ידי תקדימים של רשויות מדינה אחרות. יתרה מזו, אכיפת הקונבנציות מצריכה קיום צורה כלשהי של סנקציה פורמלית על הפרתן. אולם, השיטה המשפטית אינה מניחה קיומה של סנקציה כזו. ישנו טעם כבד משקל להשקפה המקובלת, כי אין אוכפים קונבנציות חוקתיות. בדרך כלל הקונבנציות עומדות בסתירה לכללים משפטיים, ובתי המשפט אנוסים לאכוף את הכללים המשפטיים, ולא את הקונבנציות החוקתיות המנוגדות להם. כך, למשל, במקרה אחד ניצבו בתי המשפט בקנדה בפני ההכרעה האם לאכוף חוק שהמושל הכללי סירב לחתום עליו בניגוד לקונבנציה החוקתית, לפיה אין הוא רשאי לטרוח לחתום על חוקים. בית המשפט פסק, שכל עוד החוק לא נחתם על-ידי המושל הכללי, אין בית המשפט יכול לאכוף.¹⁵⁵

151. Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, supra note 149, at p. 136.

152. כגון: בדיונים אימפריאליים בין השלטונות הבריטיים ונציגי המושבות לשעבר קנדה, אוסטרליה ונירזילנד, או במבוא לחוק הווסטמיניסטר משנת 1931 שקבע את ההסדר החוקתי בין המדינות הנ"ל ובין בריטניה.

153. P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977) 7.

154. *Attorney General of Manitoba v. Attorney General of Canada* (1981) 6 W.W.R. 1, 99 per Martland, J. (פסק-דין זה עסק בענין השתתפות הפרובינציות בקנדה בתהליך תיקון החוקה ויאוזכר להלן כפסק הדין בענין תהליך תיקון החוקה הקנדית).

155. *Gallant v. R.* (1949) 2 D.L.R. 425 (P.E.I. C.A.); See comment on the case of K.M. Martin in 24 *Can. Bar Rev.* (1946) 434.

יש להדגיש, כי אף שבתי המשפט אינם אוכפים קונבנציות חוקתיות, הם הכירו בהן¹⁵⁶ וגם השתמשו בהן בפרקטיקה לצרכי פרשנות¹⁵⁷.

בפסיקה של ארצות המשפט המקובל ניתן למצוא תמיכה בגישה הדוגלת באפשרות שקונבנציה חוקתית תפתח לדין חוקתי מחייב¹⁵⁸; אם כי קיימת גישה הפוכה הגורסת, שכלל התנהגות שמקורו בקונבנציה חוקתית אינו יכול להתפתח לדין חוקתי מחייב¹⁵⁹. בפסק־דין של בית המשפט העליון הקנד¹⁶⁰ משנת 1981 נדון בהרחבה תהליך התהוות עקרונות חוקתיים מחייבים מתוך נוהגים ופרקטיקות של רשויות הממשל. באותו ענין נדונה השאלה, האם הדין החוקתי בקנדה מחייב את הפרלמנט הפדרלי לבקש את הסכמת הפרובינציות שמהן מורכבת הקונפדרציה הקנדית בטרם יפנה לפרלמנט הבריטי לשנות את חוק צפון אמריקה, 1865 (הוא חוק היסוד הקנדי עד אימוץ החוקה ב־1981), כאשר השינוי נוגע במישרין ליחסי השלטון הפדרלי והפרובינציות. בית המשפט קבע (ברוב דעות)¹⁶¹, כי מבחינת הדין החוקתי הפוזיטיבי לא מוטלת על הפרלמנט הפדרלי חובה כזו, אולם פסק (ברוב דעות, בהתפלגות שונה של השופטים)¹⁶², כי קיימת קונבנציה חוקתית המטילה חובה על הממשל הפדרלי להשיג מידה מסוימת¹⁶² של הסכמה מצד הפרובינציות בטרם יפנה לבריטניה לחקיקת השינוי האמור.

כאמור, קיומו של רובד בלתי כחוב של כללים מנחים להתנהגות רשויות המדינה ונושאי משרות שלטוניות בצד הדין החוקתי הפוזיטיבי אינו ייחודי לאנגליה. גם בישראל נוהגים הסדרים בלתי כתובים רבים הממלאים חללים בדין החוקתי הפוזיטיבי. אנו מציעים את המונח "מוסכמה חוקתית", שהינו המוסד הישראלי הקובע כלל בלתי כתוב כזה, והמקביל – אך אינו זהה – לקונבנציה החוקתית האנגלית. מכיוון שאין הכרח שטיבו של המוסד הישראלי יהיה זהה בתכונותיו, בדרכי יצירתו ובאפשרות אכיפתו לקונבנציה האנגלית, עדיף שלא לשאול את המינוח המילולי האנגלי, אלא להשתמש במושג שונה.

דוגמא להסדר חוקתי בלתי כחוב הוא ההסדר המתייחס לאופן קביעת חבר הכנסת שעליו יטיל נשיא המדינה את הרכבת הממשלה. סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה קובע, כי משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על "אחד מחברי הכנסת". במשך השנים התפתחה פרקטיקה, שטיבה הנורמטיבי טרם הוכרע, כי הנשיא מטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על ראש הסיעה או מומלץ הסיעה אשר לה המספר הגדול ביותר של מושבים בכנסת. לאחר התפטרותו של ראש

156. *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* (1969) 1 A.C. 645; (1968) 3 All E.R. 561; Reference re Weekly Rest in Industrial Undertakings (1936) S.C.R. 461; (1936) 3 D.L.R. 673; (1937) A.C. 326 (The Labour Convention Case); See Duff C.J.C. in (1936) S.C.R. at p. 466-467; *Br. Coal Corp. v. R.* (1935) A.C. 500; *A.G. v. Jonathon Cape Ltd., A.G. v. Times Newspapers* (1976) 1 Q.B. 752; (1975) 3 All E.R. 484; *Copyright Owners Reproduction Soc. Ltd.* (1958) 100 C.L.R. 597 (Aust. H.C.); *Blackburn v. A.G.* (1971) 1 W.L.R. 1037; (1971) 2 All E.R. 1380 (C.A.); *A.G. Man. v. A.G. Canada* (S.C.C.) (1981) 6 W.W.R. 1, 102 and the authorities cited therein.

157. *The Australia Copyright Case* (1958) 100 C.L.R. 597 (H.C. Australia).

158. ראה הפסיקה הנוכרת לעיל בהערה 156.

159. "It is our view that it is not for the courts to raise a convention to the status of a legal principle" — *A.G. Man. v. A.G. Can.* (1981) 6 W.W.R. 1, 131 per Laskin, C.J.

160. *ibid.*

161. Majority: Laskin, C.J., Dickson, Beetz, Estey, McIntyne, Chouinard, Lamer J.J.; Minority: Martland and Ritchie J.J.

162. Majority: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer J.J., Minority: Laskin, C.J., Estey and McIntyre J.J.

162א. דווקא: מידה מסוימת של הסכמה של הפרובינציות, ולא הסכמה פה-אחד של הפרובינציות לתקון החוקה המוצעת.

הממשלה מר מנחם בגין בקיץ 1983, בעת שהנשיא החל בהתייעצויות לקראת הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת, התעוררה השאלה, האם משמעות הפרקטיקה המקובלת היא, שעל הנשיא להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת מהסיעה הגדולה ביותר, או על חבר הכנסת שיש לו הסיכויים הטובים ביותר להרכיב ממשלה חדשה. מר שמעון פרס היה מועמדה של הסיעה הגדולה ביותר, סיעת המערך, בעוד שמר יצחק שמיר, מועמד סיעת הליכוד, הקטנה יותר מסייעת המערך, נתמך על-ידי למעלה מרוב חברי הכנסת, ועל כן הוא היה בעל הסיכויים הגדולים ביותר להרכיב ממשלה. הנשיא הרצוג הכריע בעד הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על מר יצחק שמיר.

ניתן אמנם ללמוד מסעיף 9 לחוק יסוד: הממשלה, כי שיקול הדעת של הנשיא מוגבל כאשר רוב חברי הכנסת מבקשים בכתב הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני. אולם סעיף 9 לא חל מייד בתחילת תהליך הרכבת הממשלה, אלא לאחר שעברו התקופות הקבועות בחוק להרכבת הממשלה. על כן יש לראות בהטלת התפקיד על מר שמיר בשנת 1981, הגדרה יותר מדויקת של הפרטיקה בנושא זה, דהיינו, שהתפקיד יוטל על חבר הכנסת שלו הסיכויים הגדולים ביותר להרכיב ממשלה, והמבחן איננו מבוסס על קנה-מידה חשבוני בלבד של מספר הנציגים שיש לסיעתו בכנסת. יש לציין, שהחלטת הנשיא הרצוג להטיל את הרכבת הממשלה על מר שמיר, לא נתקלה בביקורת משמעותית, ועל כן יש להניח שהפרקטיקה שהתגבשה על ידו התקבלה על כל הנפשות הפועלות.

לאחר בחירות 1984 התעוררה שוב השאלה, ואז הכריע הנשיא מר הרצוג, בעד הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על שמעון פרס, נציג סיעת המערך, משום שהתברר "כי סיעות המייצגות מספר גדול יותר של חברי כנסת ממליצות על מועמדות מר פרס" ומשום שסיעת המערך גם זכתה בבחירות בהפרש של קרוב ל-63,000 קולות יותר מסייעת הליכוד¹⁶².

רבים מהסדרים החוקתיים, אשר מוגדרים כאנגליה כמוסכמה חוקתית, עוגנו בשיטת המשפט הישראלי בחקיקה מפורשת. חובת ממשלה לבקש אימון הפרלמנט לשם כינונה¹⁶³ והפסקת כהונתה של ממשלה אם הפרלמנט הביע בה אי-אמון¹⁶⁴ מעוגנות בישראל בחקיקה מפורשת. החוק בישראל קובע במדויק אימתי רואים ממשלה כמתפטרת בהיבחר פרלמנט חדש ואימתי נפסקת כהונת ממשלה שהובע בה אי-אמון. על שאלות אלה אין תשובה חדה בפרקטיקה האנגלית, ופרופ' דייסי הביע בזמנו את הדעה, כי אלו שאלות שהסדרתן משתנה מדור לדור¹⁶⁵. סדרי הרכבת הממשלה מוסדרים במפורט בחקיקה בישראל, מה שאין כן באנגליה ובארצות המשפט המקובל, כגון קנדה. ההבדל היסודי הזה שבין המערכת החוקתית בבריטניה לבין המערכת החוקתית בישראל יש בו כדי להעמיד בספק את האפשרות לערוך הקבלות בלתי מסוייגות לגבי תחולת ההבחנות המושגיות הקיימות באנגליה בין קונבנציה חוקתית לבין דין חוקתי פוזיטיבי. אני נוטה לדעה, שבמישור זה חל ניתוק בין המשפט האנגלי לבין המשפט הישראלי, לא רק משום שהמחוקק הישראלי בחר להסדיר במפורש רבים מהעניינים שכאנגליה מוסדרים על-ידי מוסכמות חוקתיות, אלא גם משום ההבדל הבסיסי שבין שיטת המשטר הרפובליקנית בישראל לעומת המלוכה החוקתית באנגליה. גישה זו מוצאת לה תמיכה בפסיקת בתי המשפט בישראל, שסירבו ללמוד מהפרקטיקה האנגלית בשאלות חוקתיות שהתעוררו בעבר¹⁶⁶, והוא אף אם החקיקה מפנה

162. ראה נאום נשיא המדינה במעמד הטלת תפקיד הרכבת הממשלה מיום 5.8.84 (נוסח הנאום הנוצא למחבר על-ידי כב' נשיא המדינה).

163. סעיף 15 לחוק יסוד: הממשלה.

164. סעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה.

165. Dacey, *The Law of the Constitution* (10th ed., 1959) 30-31.

166. ד"ר 13/60 היועץ המשפטי נ' מתאנה, פ"ד טז 430: ע"א 57/65 העני נ' בן גוריון, פ"ד יא 403.

במפורש לקונטקסט האנגלי כמו סעיף 14 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט¹⁶⁷.
העולה מן האמור הוא, כי ההכרעה בדבר הדרגה הנורמטיבית של פרקטיקה מסוימת
במישור החוקתי בישראל אינה תלויה בהבחנה – במושגים המקובלים באנגליה – בין
קונבנציה חוקתית לבין דין מחייב. המבחן תלוי בתפיסת המשפט המקובל הישראלי בדיני
חוקה.

הגישה שהצענו לעיל מוצאת לה תמיכה ברורה במשפט המקובל הישראלי, כפי שהדבר
משתקף היטב מפסק הדין בענין קמיאר¹⁶⁸. בפסק־דין זה לא נעשתה הבחנה בין מוסכמה
חוקתית (קונבנציה חוקתית) ובין מנהג, המהווה דין מחייב במובנו הצר. בפסק הדין קמיאר
התייחסו למנהג שהוכר כדין מחייב לכל דבר ולא נאמר דבר על כך, שהנורמה המשפטית
שהוכרה כמנהג חוקתי שונה מנורמה משפטית אחרת, המהווה חלק ממערכת המשפט
החוקתי הפוזיטיבי. מבחינת טיב הענין ניתן היה להכניס את נשוא פסק הדין למסגרת
הנושאים שלפי התפיסה המושגית הבריטית מוסדרים על־ידי קונבנציה חוקתית. הענין הוא
פוליטי במהותו: חלוקת הסמכויות בין הכנסת והממשלה, תפקיד הנשיא בתהליך כריתת
אמנות.

מכאן יש לומר, כי לא נדרשת היוקקות למושג הקונבנציה החוקתית האנגלית במסגרת
ניתוח הנורמטיביות של פרקטיקה מסוימת בישראל, על כן אין מניעה, שפרקטיקה מסוימת
תיקרא מוסכמה חוקתית, ובית המשפט בישראל יחליט, שהיא עברה למעלת מנהג חוקתי
מחייב, המהווה חלק בלתי נפרד מן הדין החוקתי הפוזיטיבי. כמרכז אין הכרח להניח,
שהמוסכמה החוקתית אינה אכיפה בבתי המשפט.

לאור תוצאה זו, ניתן לראות במוסכמה חוקתית כשלב בהתפתחותו של המנהג החוקתי
ואין לראות בשני מושגים אלה, המנהג והמוסכמה החוקתית, כמושגים נפרדים. לפי גישה
זו, בשיטת המשפט הישראלי אין מקום להסתמכות ישירה על המושג האנגלי של הקונבנציה
החוקתית או ללמוד ממנו אנלוגיה ישירה.

7. הוכחת יסודות המנהג המחייב אישור הכנסת לאמנות חשובות

לאור הסקירה המפורטת של האמנות שהובאו לאישור הכנסת, ולאור הניתוח העיוני של
יסודות המנהג לסוגיו והיישומים שהובאו לעיל, האם ניתן לתמוך את התיזה העיקרית
שהצגנו, בדבר היווצרות מנהג חוקתי מחייב להבאת אמנות בעלות חשיבות מדינית או
צבאית לאישור הכנסת?

נראה לנו, כי סקירת האמנות שהובאו לאישור הכנסת מראה באופן משכנע, כי התגבש
מנהג חוקתי מחייב, הדורש הבאת אמנות בעלות חשיבות מדינית או צבאית לאישור הכנסת.
הסקירה מראה, כי במהלך הבאת האמנות האמורות לאישור הכנסת נהגו הנפשות הפועלות
– נציגי הממשלה וחברי הכנסת – מתוך תודעת חיוב ולא מתוך מקריות או הרגל. מספר
הפעמים בהן נהגו לפי המנהג המוצע ומשך הזמן שבו נהגו לפיו עומדים בדרישות המשפט
הישראלי לגבי יצירת מנהג.

בתהליך השתרשות המנהג ניתן להבחין בין שתי תקופות: האחת – מקום המדינה עד
מלחמת יום הכיפורים ב־1973, והשנייה – מאז מלחמת יום הכיפורים. עד מלחמת יום
הכיפורים היתה קיימת תודעת חיוב בדבר השתתפות הכנסת בכריתת אמנות חשובות, אולם
צורת ההשתתפות לא היתה מגובשת בבירור. יתרה מזו, בחלק מן המקרים שבהם הובאה
האמנה לאישור, נעשה הדבר לאחר שהכנסת לחצה על הממשלה, כגון בפרשת אישור
האמנה נגד הג'נוסייד. אולם לאחר מלחמת יום הכיפורים התגבשה הצורה להשתתפות
הכנסת בכריתת אמנות.

ניתן להבחין בשלושה יסודות במינהג המחייב קבלת אישור הכנסת לאמנות חשובות:
עצם קיום תחושת חובה מצד הנפשות הפועלות לקיים את המנהג בדבר קבלת אישור הכנסת

167. קמיאר, לעיל הערה 5, במיוחד דברי השופט ח' כהן, בע' 97, המצוטטים לעיל טקסט להערה 45.

168. ש.פ.

לאמנות חשובות, הפרוצדורה לקבלת האישור, ומועד מתן האישור. כאמור, תחושת החובה לשתף את הכנסת באמנות חשובות היתה קיימת מראשית ימי המדינה, אולם לא בצורה מגובשת; מאוחר יותר התגבשה החובה, אולם צורת ההשתתפות של הכנסת טרם גובשה בבירור.

מאז מלחמת יום הכיפורים התגבשה הפרוצדורה, שניתן להגדירה כדלהלן¹⁶⁹: בדרך-כלל ראש הממשלה או שר החוץ, מציגים את עיקרי האמנה ורקעה בפני חברי הכנסת; נוסח האמנה מוגח על שולחן הכנסת, מתקיים דיון ובסופו מוגשת הצעת החלטה לאשר את האמנה. בדרך-כלל נואם מנהיג האופוזיציה הראשית מייד לאחר הצגת האמנה על-ידי ראש הממשלה או שר החוץ. מעניין לציין, כי נשיא המדינה נכת כיציע האורחים החשובים בעת נאומו של ראש הממשלה ומנהיג האופוזיציה בדיונים על אישור האמנות החשובות.

לפני התגבשות הפרוצדורה המתוארת לאישור אמנות חשובות על-ידי הכנסת השתתפה הכנסת בכריתתן בצורות מגוונות. הצטרפות ישראל למגילת האו"ם נעשה על-פי יפוי-כוח של מועצת המדינה לשר החוץ¹⁷⁰; הסכמי שביתת הנשק נחתמו לאחר שעיקרי קווי המדיניות לגבי המשא-ומתן הוצגו בפני הועדה לענייני חוץ ובטחון זכו לאישורה, מאוחר יותר הוצגו בפני הכנסת לקבלת אישור מכליל ורק לאחר מכן התפתח דיון ובעקבותיו הצבעה¹⁷¹; האמנה נגד ג'נוסייד הובאה לאישור הכנסת כההליך נפרד רק לאחר הצגת דרישה לכך מצד חברי הכנסת, בעוד שמלכתחילה הוגשה לכנסת במסגרת הצעת חוק לגבוש האמנה לתוך המשפט הפנימי¹⁷².

לענין מועד בקשת אישור האמנה על-ידי הכנסת, המנהג כפי שהתגבש, מחייב הבאת האמנה לאישור הכנסת לפני כניסתה לתוקף, בין אם לאחר חתימתה ובין לפני כן, לאחר שגובש באופן סופי תוכנה של האמנה. ברוב המקרים הובאה האמנה לאישור לאחר שנחתמה על-ידי הממשלה או נציגיה, בחתימה מלאה או כראשי תיבות. אולם במספר מקרים הובאה האמנה לאישור לאחר שנוסחה גובש, אך לפני חתימתה. כך, למשל, נהגו לגבי הסכם ההפרדה עם סוריה, הסכם השלום עם מצרים והסכם ישראל-לבנון¹⁷³.

לענין הוכחת המנהג מן הראוי להבחין בין שתי צורות הוכחה מצטברות: ההוכחה החיובית וההוכחה השלילית. קיומו של המנהג מוכח באופן חיובי על-ידי השורה הארוכה של האמנות בעלות חשיבות שהובאו לאישור הכנסת. אולם הוכחת קיומו של המנהג מתחזקת גם מן ההיבט השלילי, דהיינו: מהעובדה, ששום הסכם בעל חשיבות מיוחדת לא נכרת ללא אישור הכנסת¹⁷⁴. יתרה מזו; כאשר ניסתה הממשלה לפעול בקשר לאמנות חשובות מבלי שהאמנה אושרה על-ידי הכנסת, נתקל הדבר בהתנגדות חברי הכנסת. כך היה, למשל, לגבי נסיונה של הממשלה להציע את החוק נגד הפשע השמדת עם מבלי שהביאה לפני-כך את האמנה לאישור הכנסת כההליך נפרד וכך גם לגבי הסכמי שביתת הנשק¹⁷⁴.

המנהג שהתגבש מחייב, אם כן, להביא אמנות חשובות לאישור הכנסת לפני כניסת האמנה לתוקף. השאלה היא: אילו הן האמנות החשובות שהמנהג מחייב להביאן לאישור הכנסת? במהלך עבודתנו השתמשנו במספר מונחים כדי לציין אמנות אלו: "אמנות חשובות", "אמנות בעלות חשיבות מיוחדת", "אמנות בעלות חשיבות מדינית או צבאית".

169. ראה לעיל סקירת האמנות שהובאו לאישור הכנסת, פרק 5, פסקאות ד - ט.

170. ראה לעיל פרק 5, פסקה א.

171. ראה לעיל פרק 5, פסקה ב.

172. ראה לעיל פרק 5, פסקה ג.

173. ראה לעיל פרק 5, פסקאות ה, ת, ט.

174. השווה פסק הדין הקנדי בענין השתתפות הפרובינציות הקנדיות לתיקון החוקה הקנדית: (לעיל הערה 154, בע' 110).

174 א. גם לגבי הסכמים כלכליים חשובים נמתחה ביקורת על אי הגשתם לאישורה של הכנסת, ראה לעיל הערה 189, אולם לא התפתחה עדיין אותה פרוצדורה מחייבת של אישור, כפי שהתפתחה לגבי הסכמים בעלי חשיבות מדינית-צבאית.

ניתן למיין אמנות בעלות חשיבות מיוחדת, שהמנהג מחייב להביאן לאישור הכנסת, על-פי מספר יסודות, שבהתקיים אחד מהם באמנה, הרי תחול החובה על-פי המנהג להביא אותה לאישור הכנסת. בשלב זה, לאור סקירת האמנות שהובאו לאישור הכנסת טרם כניסתן לתוקף, ניתן למנות את היסודות הבאים: אמנות הקובעות הסדרים צבאיים ומדיניים בעקבות מלחמה¹⁷⁷, אמנות הכוללות הסדר טריטוריאלי או זיתור טריטוריאלי¹⁷⁸, אמנות הקובעות שינוי רדיקלי ביחסים עם מדינה אחרת¹⁷⁹, אמנות בעלות חשיבות מדינית-מוסרית¹⁸⁰. אין לראות ביסודות אלו רשימה סגורה של היסודות לפיהן תמויין אמנה כאמנה בעלת חשיבות מיוחדת החייבת לקבל אישור הכנסת טרם כניסתה לתוקף. ניתן, לדעתנו, ללמוד מהיסודות שמנינו, בדרך היקש, על אמנות חשובות אחרות, שאף הן טעונות אישור על-ידי הכנסת על-פי המנהג.

יתרה מזו; מכיוון שהמנהג מתפתח ואינו קופא על שמריו, ייתכן שתתרחש התפתחות, אשר תביא לידי יצירת מנהג המחייב אישור הכנסת לאמנות מסוגים נוספים. כך, למשל, ייתכן שיתפתח מנהג שהממשלה חייבת להביא לאישור מוקדם של הכנסת אמנה המחייבת שינוי במשפט הפנימי¹⁸¹, או אמנה המטילה מעמסה כספית מהותית¹⁸² על המדינה.

אינני מייחס משקל לטענה האפשרית, כי במקרים שנסקרו, כאשר הובאו אמנות חשובות והסכמים מדיניים-צבאיים לאישור הכנסת הם הובאו לשם קבלת תמיכה פוליטית מהכנסת במסגרת הביקורת הפרלמנטרית על פעולות הממשלה, ולכן יש לראות באישורם פעולה פוליטית ולא אקט משפטי. בכל פעולה של הכנסת יש יסוד פוליטי; גם בהצבעה על חוקים יש יסוד פוליטי, אך איש לא יטען, כי תהליך החקיקה אינו תהליך משפטי אלא תהליך פוליטי. הוא הדין לגבי תהליך כריתת אמנות; תהליך זה הוא תהליך משפטי, וכאשר מדובר באמנות בעלות חשיבות מיוחדת כולל תהליך זה, על-פי המנהג החוקתי כפי שהוסבר, אישור של הכנסת לפי כניסת האמנה לתוקף.

הטענה, שההסכמים הובאו לאישור הכנסת לקבלת תמיכה פוליטית בלבד, מופרכת בצורה ברורה באמצעות ההצהרות שנאמרו על-ידי ראשי הממשלות והשרים בעת שהביאו את האמנות לאישור. הצהרות אלו מגלות באופן ברור תודעת חיוב להביא את האמנות לאישור הכנסת, ולא רק צורך פוליטי להשיג את ברכתו של בית המחוקקים¹⁸³. ההיזקקות לפרוצדורה של אישור הכנסת מבוססת על התפיסה, שההסדר החוקתי מחייב את השתתפות הכנסת בתהליך כריתת אמנות ואין השתתפותה מוגבלת למסגרת הפיקוח הפרלמנטרי שלאחר מעשה על-ידי הצעות לסדר היום והבעת אי-אמון.

175. ראה לעיל פרק 5, פסקה ג.

176. ראה שם.

177. הסכמי שביתת הנשק, לעיל פרק 5, פסקה ב, ההסכמים עם מצרים וסוריה בעקבות מלחמת יום הכפורים: שם, פסקאות ב ו. הסכם ישראל לבנון, שם, פסקה ט.

178. הסכמי שביתת הנשק וההסכמים בעקבות גולחמת יום הכיפורים ומלחמת לבנון, ראה שם. וכן ראה: הסכמי קמפ דויד, והסכם השלום עם מצרים, לעיל פרק 5, פסקאות ו ז.

179. הסכם השלום עם מצרים, הסכמי קמפ דויד, הסכם השילומים.

180. הצטרפות למגילת האו"ם, לעיל פרק 5, פסקה א; הצטרפות לאמנה נגד ג'נוסייד, לעיל פרק 5, פסקה ג.

181. יש לציין שהיו מספר מקרים שהכנסת הביעה מורת רוח מאי הבאת אמנה לאישור הכנסת לפני שהוגשה חקיקה לגיבושה לחוק פנימי, והוא אף כאשר אותן אמנות לא היו בעלות חשיבות מדינית. בכלל זה יש להזכיר את חוק חסינות וזכויות יתר, ואת חוק הקרן הדו-לאומית למחקר ולפיתוח. ראה שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים (יום עיון בכנסת של האגודה לפרלמנטריות, 14 במאי 1978) 38 (ד"ר י' רזונטל), 27 (ח"כ ת' טובי).

182. מעמסה כספית מהותית להבדיל, למשל מהצטרפות לארגון בינלאומי הכרוכה בהתחייבות לתשלום דמי חבר. לענין אמנות המטילות מעמסה כספית ראה להלן.

183. ראה לעיל פרק 5, פסקה ג (דברי שר המשפטים); שם, פסקה ה, (דברי הגב' מאיר); שם, פסקה י (דברי ראש הממשלה מר בגין).

פיסקה אחת מחוות דעתו של השופט לנדוי בפרשת קמיאר, שהנשיא אגרנט תמך בה, מחייבת התייחסות מיוחדת. השופט לנדוי בפרשו את סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה קובע, כי "עובדה היא שבשנת תשכ"ד חוקקה הכנסת... מחדש בסעיף 11 (א) (5) של חוק היסוד: נשיא המדינה. היא עשתה כן בידעה על הנוהג החוקתי הקבוע שהתפתח בינתיים, לפיו אישרה (או אישרה) הממשלה בעצמה את כל האמנות הבינלאומיות הרבות מאד שהיו טעונות אישור, בלי שאף אחת מהן אושרה על-ידי הכנסת. כאשר הכנסת נהגה כך, תוך הורדת הצעות חוק פרטיות, שביקשו לשנות מצב זה, מסדר יומה, חייבים אנו לראות בכך הבעת דעה ברורה שמצב זה קיים כדין לגבי אמנות שאושרו בעבר בדרך זו, כגון האמנה הנדונה, ושהוא יוסיף להתקיים, אלא אם ישונה בעתיד על-ידי חקיקה מפורשת של הכנסת"¹⁸⁴.

בכל הכבוד, לא נראה לנו, כי פסקה זו עומדת למכשול בפני עמדתנו. הצעות החוק הפרטיות, שביקשו לתקן את תהליך כריתת האמנות, לא הציעו לקבוע חובה להביא את האמנות החשובות לאישור הכנסת. הצעות החוק הפרטיות דיברו על אישור כל האמנות על-ידי ועדת החוץ והבטחון, ואין בינן לבין עמדתנו ולא כלום. לכן דחיית הצעות אלו וחקיקת סעיף 11 (א) (5) בנוסח שהיה קיים בסעיף 6 לחוק המעבר ללא שינוי – אין בהם כדי לשלול את קבלת עמדתנו, כי על-פי מנהג חוקתי, שהתפתח במקביל לסעיף 11 (א) (5) מאז קום המדינה, ובמיוחד באופן ברור מאז 1974, אמנות בעלות חשיבות מיוחדת מובאות לאישור הכנסת, בין אם הן טעונות אישור ובין אם לאו.

יתרה מזו; חייבים אנו לצאת מן ההנחה שבוארה לעיל¹⁸⁵, כי השופט לנדוי היה ער לעובדה, שהממשלה לא ראתה עצמה בת חורין לכרות את כל האמנות בשם המדינה ללא כל השתתפות של הכנסת. מכאן, שאין לראות בדברי השופט הנכבד משום סגירת הדלת בפני התפתחות שתחייב הבאת חלק מן האמנות לאישור הכנסת לפני כניסתן לתוקף. בהקשר זה יש להדגיש שוב, כי בחוקקה את חוק יסוד: נשיא המדינה, עמדה לנגד עיני הכנסת אף התחייבות הממשלה לשיתוף הכנסת בכריתת אמנות חשובות¹⁸⁶.

קיימים מספר טעמים המצדיקים את הצורך בקיום המנהג המחייב אישור הכנסת לאמנות חשובות.

ראשית, התפיסה הדמוקרטית, כפי שבוארה לעיל, מחייבת שיתוף הרשות המחוקקת בתהליך כריתת אמנות. כאשר האמנה מחייבת במישרין שינוי המשפט הפנימי, הרי מן הראוי, שהרשות המחוקקת לא תעמוד בפני עובדה מוגמרת ותצטרך לבחור בין קבלת עמדת

184. קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 113.

185. לעיל פרק 3, טקסט והערות 50-52.

186. ראה פירוט הטענה, שם. באשר לאפשרות הרחוקה שכל טיעונינו לא יתקבלו, הרי אף אם תאמר שהמנהג החוקתי שציינו עומד בסתירה לסעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אליבא דפרושו של השופט (כתוארו אז) לנדוי, הרי שאין לומר בהכרח, שהמנהג החוקתי בטל בהיותו נוגד חוק. נבהיר את דברינו: אומנם הדין במשפט הישראלי מורה שיש לראות את החוק פרי יצירת הריבון (במקרה דנן, סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה) כעדיף על פני כל מקור משפט אחר ומכאן שהמנהג החוקתי בטל. אך כפי שציינו לעיל טקסט והערות 106-112, ייתכנו מקרים שבהם ממשיך המנהג הנוגד חוק להתקיים ואף זוכה בהכרה של בית המשפט, כשזה נשאר לכאורה נאמן לעמדתו הבסיסית דהיינו כי כל גורמה ממקור משפטי הנוגדת גורמה של המחוקק בטלה. תוצאה זו מושגת על-ידי שימוש בטכניקות משפטיות כגון נתינת פירוש מצמצם עד כמה שניתן לחוק. והוא הדין בענין דנן: עצם העובדה כשלעצמה שיכול והמנהג החוקתי עומד בסתירה לסעיף 11 (א) (5) אין בה כדי לבטל באופן אוטומטי את המנהג החוקתי, ואם יכיר בית המשפט בקיומו של המנהג החוקתי הנ"ל, ודאי לא יתקשה למצוא טכניקה שתאפשר את קיומו בצד סעיף 11 (א) (5).

הטענה כאילו המנהג הוא בכחינת מנהג נוגד חוק, הובאה רק לצורך שלמות הניתוח האקדמי, ואינה נראית בעינינו בעלת משקל כלשהו. כפי שצויין לעיל, הלכת קמיאר הכירה למעשה במנהג הנוגד חוק, משום שפירושו הפשוט והטבעי של סעיף 11 (א) (5) מחייב אותנו להניח שהכנסת הניחה שלכנסת יש חלק ונחלה בתהליך כריתת אמנות, ולא ההיפך. וראה לעיל טקסט והערות 112.

הממשלה וחוקיקת החוק, לבין יצירת מצב מביך, שבו המדינה תפר התחייבות בינלאומית. אף אם אין האמנה מחייבת שינוי המשפט הפנימי, הריהי יוצרת השפעות עקיפות וישירות על חיי האזרחים, אשר מן הדין ליתן לרשות המחוקקת את ההזדמנות להביע את הסכמתה לגביהן.

זאת ועוד; מבחינת סדר חוקתי תקין, שיתוף הפעולה בין הכנסת לבין הממשלה יש בו כדי לשפר את איכות החלטות של המדינה במישור יחסי החוץ שלה, שכן החלטות בענין אמנות חשובות זכות לליבון יסודי ובירור מעמיק ואינן מתקבלות בתהליך נחפו במסגרת הרשות המבצעת בלבד¹⁸⁸.

פרופ' בלום¹⁸⁹ ופרופ' לפידות¹⁹⁰ העירו על כך, שהממשלה לא פעלה לפי התחייבותה, שניתנה פעמיים מעל דוכן הכנסת, להניח על שולחן הכנסת אמנות בלתי שגרתיות בעלות משמעות מיוחדת. ההתחייבות ניתנה מפי מר דב יוסף, שר המשפטים דאז, וזה לשון ההתחייבות:-

"הממשלה מסכימה - בנוסף על האמנות הבאות בלאו הכי לפני הכנסת בשעת הדיון על חוקים הדרושים להגשמתן - להניח על שולחן הכנסת, לידיעת חברי הבית, את נוסחן של אמנות שנחתמו בשם המדינה, במידה שהן חורגות מהסכמים שגרתיים שאין בהם משמעות מיוחדת או שמשמעותם מועטת בלבד. בדרך כלל תעשה הממשלה כן עוד לפני האשרור הפורמלי של אותן אמנות... ביחס להסכמים שאינם טעונים רטיפיקציה, אלא מתכשרים על-ידי עצם החתימה, תינתן האינפורמציה סמוך אחרי כריתת האמנה"¹⁹¹

ואכן, פרט לאמנות עבודה, שהנחתן על שולחן הכנסת נעשית על-פי מצוות חוקת העבודה הבינלאומית, ופרט לתיקונים במגילת האו"ם בנוגע להרחבת המועצה הכללית והחברתית של האו"ם, שהונחו לאחר אשרורם¹⁹², הרי לפי מיטב בדיקתנו, לא הונחו אמנות על שולחן הכנסת על-פי ההתחייבויות הנ"ל¹⁹³. לפי גירסתנו אין לתמוה על כך שלא הונחו בפני הכנסת אמנות בעלות חשיבות מדינית מיוחדת, כפי שהתחייבה הממשלה. הטעם לדבר הוא, שאמנות כאלה מובאות לאישור הכנסת על פי המנהג, שהתפתח כפי שהראינו. לכן, אין צורך בהנחתן על שולחן הכנסת על-פי ההתחייבות הנדונה. הבאת אמנות בעלות משמעות מיוחדת לאישור הכנסת מייתרת את הצורך בהנחתן על שולחן הכנסת על-פי ההתחייבות המינימלית של שר המשפטים.

הנחיות היועץ המשפטי בענין אמנות בינלאומיות משנת 1972¹⁹³ אינן מזכירות כלל את תפקידה של הכנסת בתהליך כריתת אמנות, פרט, כמובן, לצורך בחקיקה לשם הגשמת האמנות בדין הפנימי. ההנחיות אף אינן מפרטות את תפקיד נשיא המדינה, ואף, למרבה

187. השווה, קובץ לאוטרפכט, לעיל הערה 2.

188. כך, למשל, הדיון החפוז בממשלה במוזכר ההכנה בין ארצות-הברית וישראל עורר ביקורת חמורה על הליכים קלוקלים באישור צעדים מדיניים רבי חשיבות. ברור שתשומת הלב שהיתה ניתנת לדיון כזה בכנסת היתה הרבה יותר אינטנסיבית ומקיפה.

189. בלום, לעיל הערה 2, בע' 125-126.

190. לפידות, לעיל הערה 2, בע' 344. מהרצאתה של פרופ' לפידות ביום עיון בכנסת בשנת 1978 ניתן להסיק כי המקרים שבהם הוכאו הסכמים לאישור הכנסת, הם בבחינת הגשמת ההתחייבות הנזכרת. פרופ' לפידות מאזכרת מספר אמנות שהוכאו בפני הכנסת ומתייחסת לפרוצדורה כהבאת האמנות "לידיעת חברי הכנסת".

ראה: שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים, לעיל הערה 181, בע' 13. בכל הכבוד, אין לראות במקרים שהוזכרו בבחינת הבאת האמנות "לידיעת" הכנסת. הסקירה שהובאה לעיל מראה כי מדובר בהבאת אמנות לאישור הכנסת מתוך תודעת חויב.

191. ד"כ 35 (תשכ"ג) 773-772. ראה גם ד"כ 40 (תשכ"ד) 2050.

192. בלום, לעיל הערה 2, בע' 125. ראה ד"כ 43 (תשכ"ו) 28.

193. דוק: על-פי ההתחייבות מתשכ"ג ד"תשכ"ד. בקיץ 1983 הוסכם על הסדר חדש, המבואר להלן בפרק 11, אשר עוגן בתקנון לעבודת הממשלה בסעיף 5, בראשית 1984.

193. הנחיות היועץ המשפטי מס' 64.000 מיום 1.8.72.

הפלא, אינן מזכירות כלל את ההתחייבות של הממשלה להניח על שולחן הכנסת אמנות בלתי שגרתיות. אין לייחס כל משמעות להשמטות אלו, משום שההנחיות מנוסחות על בסיס טכני מובהק, ועוסקות יותר במינהל הפנימי ובתיאום הארגוני של דרכי ניהול משא-ומתן וחתמת הסכמים בינלאומיים מאשר בבעיות היסוד החוקתיות הנוגעות לתהליך כריתת אמנות. בשנת 1984 עודכנו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות הנהגת ההסדר של הנחת אמנות בפני הכנסת לפני אשרורן על-ידי הממשלה.¹⁹³ הנחיות אלו חוזרות על העמדה המוצהרת של הממשלה בדבר סמכותה לכרות אמנות לבדה, אולם כלולה בהן ההנחיה, בעקבות האמור בתקנון הממשלה, כי "הממשלה רשאית לקבוע כי אמנה פלונית, בשל חשיבותה תובא גם לאישור הכנסת או לאשרורה"¹⁹³. היועץ המשפטי לממשלה ייטיב לעשות אם יעדכן שוב את ההנחיות בעניין זה באופן שתשקפנה את הדין הקיים, כולל המנהג החוקתי הנזכר, ותנתחנה את תפקידי הכנסת והנשיא בכריתת אמנות, ובמיוחד חובת קבלת אישור הכנסת לכריתת אמנות בעלות חשיבות מיוחדת.

8. השתתפות הכנסת בקליטת אמנות למשפט הפנימי: הצורך ברפורמה

כפי שבואר לעיל, בישראל, כדוגמת אנגליה, אין אמנה בינלאומית מהווה חלק מהמשפט הפנימי, אלא לאחר שעברה תהליך קליטה לתוך המשפט הפנימי, הליך טרנספורמציה¹⁹⁴. הדרכים הנהוגות לטרנספורמציה של אמנות הן: דרך החקיקה הראשית של הכנסת והדרך של חקיקת משנה של שרים.

טרנספורמציה על-ידי חקיקה של הכנסת יכול שתיעשה על-ידי חוק ספציפי, הקולט לתוך המשפט הפנימי הוראות אמנה ספציפית¹⁹⁵, ויכלו שתיעשה מכוח סעיף כללי הקולט לתוך המשפט הפנימי מראש ובאופן סיטוני אמנות מסוג מסויים¹⁹⁶, ללא צורך במעשה חקיקה נוסף של הכנסת או בתקנות של שרים.

בצד טרנספורמציה בחקיקה ראשית, כמבואר, קיימים במשפט הישראלי הסדרים המאפשרים לקלוט אמנות למשפט הפנימי גם על-ידי תקנות שרים. התקנות יכולות להיות מכוח הסמכות הכללית של השר להתקין תקנות בתחום שבו עוסקת האמנה¹⁹⁷ והן יכולות להיות מכוח הסמכה מיוחדת בחוק המעניקה לשר סמכות לקלוט למשפט אמנות בעניין מסויים¹⁹⁸. לעתים מסמיך המחוקק את השר לקבוע בהודעה או בצו, כי אמנה פלונית תיקלט

193. א. הנחיה מס' 64.000 א מיום 1.8.84.

193. ב. שם, בסעיף ז.

194. ראה ע"א 22/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמארה, פ"ד י 1825; ע"א 140/58 ריצוק נ' מדינת ישראל, פ"ד יג 959. וראה לעיל פרק 2 של המאמר. כן ראה דיון כללי בדרכי הטרנספורמציה, ר' לפידות, "על מתן חוקה במשפט הישראלי לאמנות בינלאומיות בתחום המיסים", רבעון לענייני מיסים (תשכ"ט) 21.

195. ראה, למשל, החוק נגד הפשע השמדת עם, תשי"ז 1950 ס"ח 137.

196. חוק מס רכוש וקרן פיצויים (תקון מס' 3), תשכ"ז 1967, ס"ח 26. כיום סעיף 46א' לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א 1961: ס"ח 100; "קיים הסכם בר-תוקף עם מדינה וזה בדבר הקלה ממסי-כפל בשל מס המוטל על קרקע כמשמעותה בחוק זה, יחולו הוראות ההסכם מן היום שנקבע על-פיו לתחולתן כאילו היו חלק מחוק זה". ראה גם סעיף 21 לחוק ההסגרה, תשי"ד 1954, ס"ח 174 הקובע: "הותנה בין ישראל לבין מדינה זרה בהסכם בענין הסגרה" הסדר אחר מהקבוע בחוק, "ינהגו כמותנה, על אף האמור בחוק זה או בכל חוק אחר".

197. ראה, למשל, תקנות לביצוע אמנת האג (פרוצדורה אזרחית), תשי"ד 1954 ק"ת 444.

198. למשל, סעיף 13 לחוק אכיפת פסקי חוק, תשי"ח 1958, ס"ח 68; סעיף 10 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955, ס"ח 17; סעיף 190 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח 1968 ס"ח 108; סעיף 232 לפקודת המכס [נוסח חדש]; סעיף 14 לחוק עזרה משפטית למדינות זרות [נוסח משולב], תשל"ו 1977. וראה דוגמאות אחרות, לפידות, לעיל הערה 194, בע' 23 הערות 22-14.

במשפט הפנימי. הדבר מקובל בחקיקת-מס, המעניקה סמכות לשר האוצר לקלוט אמנות מס למשפטנו¹⁹⁹, לעתים אף אם הוראות האמנה נוגדות חוק²⁰⁰. הסדר המאפשר קליטת אמנות על-ידי תקנות אף כנגוד לחוק, קיים גם בתחום סדרי-דין בבתי המשפט²⁰¹.

דרכי הטרנספורמציה הנהוגות בישראל ראויות לביקורת. קליטה מראש ובאופן סיטוני של אמנות מסוג מסויים כמוה כמזון פטור מחובת הטרנספורמציה²⁰², שכן המחוקק למעשה התנער מסמכותו ליתן תשומת לב אינדיבידואלית לכל אמנה כדי להגשים את סמכות החקיקה שלו. הוא הדין לגבי אמנות המעבירות את מרכז הכובד של הטרנספורמציה לרשות המבצעת על-ידי הסמכה מיוחדת או הסמכה כללית הן על-ידי תקנות, והן על-ידי הודעות. דרכי הטרנספורמציה הללו אינן מתיישבות עם ההשקפה הבסיסית העומדת ביסוד דרישת הטרנספורמציה. השקפה זו מיוסדת על הצורך במעשי החקיקה של המחוקק כדי לשנות את המשפט הפנימי. קליטה סיטונית מראש או הסמכת הרשות המבצעת להסדיר את קליטת האמנה למשפט הפנימי על-ידי תקנות עולות כדי מתן פטור מחובת הטרנספורמציה והפיכת מעשה כריתת האמנות וכן קליטתן לתוך המשפט הפנימי לפונקציה אקזוטיבית בלעדית. לאור דרכי הטרנספורמציה הנהוגות במשפטנו מן הדין להנהיג הסדר של אישור מוקדם על-ידי הכנסת של אמנות המצריכות שינוי המשפט הפנימי. האישור המוקדם יבטיח את השתתפותה המעשית של הכנסת בהחלטה על כריתת האמנה ויצמצם במידה מסויימת את הסתירה הקיימת בין דרכי הטרנספורמציה הנהוגות בארצנו לבין ההשקפה הדמוקרטית המחייבת חקיקה ראשית ספציפית לקליטת אמנות המשנות את המשפט הפנימי. בעיה דומה קיימת לגבי אמנות כלכליות המטילות מעמסה כספית על המדינה ומחייבות הקצאות תקציביות²⁰³. מן הראוי, שההכרעה בדבר כריתת אמנות כאלו לא תישאר לשלב החקיקה הקולטת את האמנות הללו לתוך המשפט הפנימי, כאשר המדינה התקשרה כבר בהתחייבות במישור הבינלאומי. מן הזין הוא שאמנות כאלו יובאו לאישור מוקדם של הכנסת לפני כניסתן לתוקף, ואם הן מתאשרות, ניתן יהיה להגיש הצעות חוק לקליטתן לתוך המשפט הפנימי.

לענין צורת האישור המוקדם, דעתנו היא, שיש לחייב אישור פוזיטיבי של אמנות אלה בועדה המתאימה של הכנסת, אשר תוכל, במקרה הצורך, להביא את האמנה לדיון במליאה. אינני נוטה לגישה הדוגלת באישור מכללא במסגרת הפרוצדורה הנגטיבית²⁰⁴, וזאת מהטעם שההשקפה הדמוקרטית מחייבת השתתפות פעילה של הכנסת באישור אמנות מסוג זה, ואין די, לדעתי, בהסכמה שבשתיקה, שאינה מקפלת בתוכה מעורבות מספקת של הרשות המחוקקת.

199. למשל, סעיף 196 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961, נ"ח 122: סעיף 6א לחוק מס עובד, תש"ט-1949, שהוסף בחוק מס עובד (תיקון), תשי"ז-1957, ס"ח 43: סעיף 31 לחוק מס קניה (סחורות ושירותים), תשי"ב-1952, ס"ח 344. וראה דיון מפורט של הסוגיה לענין אמנות מס, ר' לפידות, שם.
200. סעיף 196 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) קובע כי הסכם שהודיע עליו שר האוצר מכוח הסעיף יהיה לו תוקף, "על אף האמור בכל חיקוק".
201. סעיף 14 לחוק עזרה משפטית למדינות חוץ (נוסח משולב), תשל"ז-1977, ס"ח 90 "נקבעו בהסכם בין ישראל לבין מדינת חוץ הוראות בענינים המפורטים להלן והותקנו תקנות לביצוען, יהיה להן תוקף של דין על אף האמור בחוק זה או בכל חוק אחר: (1) המצאת מסמכים, הוכחתם, אימותם ואישורם; (2) גביית עדות, הצגת מסמכים או ביצוע כל פעולה משפטית אחרת..." וראה גם סעיף 21 לחוק ההסגרה, לעיל הערה 196, המקנה עדיפות להוראות אמנות ההסגרה בנושאים מסויימים, אף בניגוד להוראות חוקי מדינת ישראל.
202. השווה פרופ' קלינגהופר, יום העיון בכנסת על שיתוף פרלמנט בכריתת אמנות, לעיל הערה 181, בע' 32.
203. לפידות, לעיל הערה 124, בע' 22.
204. השווה לפידות, שם, בע' 27. יש לציין כי מכוח סעיף 20 להצעת חוק יסוד: חקיקה (ה"ח תשל"ח 328) יוכנס הסדר כללי לפיקוח פרלמנטרי על תקנות שרים באמצעות הפרוצדורה הנגטיבית, והסדר זה יחול גם על תקנות שרים הקולטות אמנות למשפט הפנימי.

כפי שנאמר כבר לעיל²⁰⁵, השימוש באי-אמון כמכשיר פיקוח פרלמנטרי על ההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה סובל מחסרונות חמורים, ועליכן אין בו משום פתרון חליף נאות לדרישת האישור המוקדם של הכנסת.

9. תפקיד נשיא המדינה בכריתת אמנות

תפקידו של נשיא המדינה בכריתת אמנות תלוי בהשתתפותה של הכנסת בכריתת האמנה. לפי הפירוש שניתן לסעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, נשיא המדינה צריך לחתום על אמנות אשר בפועל אושרו על-ידי הכנסת. על-פי פירוש זה, שנפסק בהלכת קמיואר, אין הסעיף קובע דבר באשר לשאלה אם ואימתי יש להביא אמנות לאישור הכנסת, אלא רק קובע, כי כאשר אמנה מובאת לאישור הכנסת, והכנסת מאשרת אותה, הרי הנשיא צריך אף הוא לחתום על האמנה.

האישור שבו מדובר בסעיף 11 (א) (5) הוא הבעת הסכמה של הכנסת לכריתת האמנה, ולא אשרור במובן המשפט הבינלאומי. העולה מן האמור הוא, כי הדרישה לחתימת הנשיא אינה תלויה בשאלה אם האמנה טעונה אשרור. השאלה המכרעת לענין דרישת חתימת הנשיא היא, אם הובאה האמנה לאישור הכנסת וזכתה לאישור. אם נעשה כן, הרי חתימת הנשיא נדרשת, בין אם האמנה טעונה אשרור ובין אם לאו²⁰⁶. לפיכך הדעה המקובלת, כי הנשיא חותם רק על אמנות הטעונות אשרור, והוא חותם על כתב האשרור, מנוגדת לפירושו הנכון של סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה לאור הלכת קמיואר, כפי שביארנו.

לפי פרושנו עשוי להתעורר מצב של אי-התאמה בדרג של נציגי המדינה החותמים על האמנה. לפי התוצאה שאליה הגענו, אם הובאה אמנה לאישור הכנסת יכול שיחתמו על האמנה נציגי צדדים בדרגת שגריר או ציר או שמפקדי הצבאות או נציגים מטעמים יחתמו על האמנה. בהיעדר דרישה לאשרור תיחתם, אם כן, האמנה – בצד חתימותיהם של השגרירים או המפקד – גם על-ידי הנשיא מטעם ישראל, ואילו מטעם הצד השני ישאר הנציג בדרג נמוך. לעניות דעתי קושי זה אינו צריך להיות בעל משקל. אם הגענו למסקנה המשפטית כי, סעיף 11 (א) (5) דורש חתימת הנשיא על אמנות שאושרו על-ידי הכנסת, אזי העובדה, שחתימת הנשיא על האמנה תיצור אי-התאמה בדרג, אינה יכולה לשנות מהמסקנה המשפטית. עובדה היא, שלגבי אמנות שאינן מאושרות על-ידי הכנסת יכול שתיווצר אי-התאמה לכיוון ההפוך: שמצד ישראל חותם ומאשרר – למשל – שר החוץ, ואילו מהצד השני חותם ראש המדינה²⁰⁷.

מכיוון שהדעה המקובלת (ולעניות דעתי, כאמור, זו אינה מבוססת כדיון) היא, כי הנשיא צריך לחתום רק על אמנות הטעונות אשרור, הרי במקרים שהחתימו את הנשיא, הוא חתם על כתב האשרור, ובהיעדר אשרור הוא לא חתם כלל. לעניות דעתי, כשם שהנשיא חותם על חוקים בצד חתימותיהם של השר וראש הממשלה, מתחייב מלשון החוק על-פי פירושו כמוסכר, שהנשיא יחתום על גבי האמנות בצד חתימותיהם של נציגי המדינה שחתמו על אותן אמנות שהובאו לאישור הכנסת²⁰⁸, כפי שנקבע מפי השופט לנדוי באופן ברור בענין קמיואר; "ההנחה היא שהמחוקק הלאומי מדבר בלשונו, היא לשון הציווי של המשפט הפנימי בלי לשלוח את פרשן דברו אל מחוץ למסגרת המשפט הפנימי"²⁰⁹. כאשר המחוקק קבע

205. ראה לעיל פרק 2, פסקה ד, טקסט והערה 26.

206. לדעה אחרת ר' קובין לאומטרפכט, לעיל הערה 1, בע' 249-251.

207. כך קרה בחתימת ברית ידידות בין וולטה עילית וישראל, שמצד וולטה עלית חתם נשיא וולטה עילית ומצד ישראל חתמה שרת החוץ. ראה לפידות, לעיל הערה 1, בע' 344 וראה כ"א 12, ע' 519.

208. השווה הלשון הזוהה שבה השתמש המחוקק לענין חתימה על חוקים ולענין חתימה על אמנות: סעיף 11 (א) (1) לחוק יסוד: נשיא המדינה קובע: "נשיא המדינה יחתום על כל חוק חוץ מחוקים הנוגעים לסמכויותיו". וסעיף 11 (א) (5) קובע כי "נשיא המדינה יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על-ידי הכנסת".

209. קמיואר, לעיל הערה 5 בע' 112.

בסעיף 11 (א) (5) כי נשיא המדינה "יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על-ידי הכנסת", הרי אין הכרח שהוא יחתום דווקא על גבי כתב אשרור. אם אין צורך באישור, הנשיא יכול לחתום, כאמור, בצד חתימות נציגי המדינה שחתמו על האמנה. ניתן, אמנם, לצמצם את ההסכמים הבינלאומיים שהנשיא צריך לחתום עליהם, אף אם אושרו על-ידי הכנסת, על-ידי מתן פירוש מצמצם למונח "אמנות" המופיע בסעיף 11 (א) (5). לפי קו מחשבה זה הביטוי "אמנות" ייוחד להסכמים חגיגיים הטעונים אשרור. הסכמים שאינם טעונים אשרור – אינם טעונים אף חתימת הנשיא, אפילו אושרו על-ידי הכנסת. גישה זו אינה מתקבלת על לבי, משום שהסכם המובא לאישור הכנסת, חזקה עליו שאינו הסכם פשוט, אף אם אינו טעון אשרור. העובדה שבמישור המשפט הבינלאומי רואים בהסכם שאינו טעון אשרור "הסכם פשוט" אינה יכולה להעלות או להוריד בעיני המשפט החוקתי הפנימי. בפועל נראה, שאין מקפידים להביא לחתימת הנשיא הסכמים שאושרו על-ידי הכנסת, בין שהם טעונים אשרור²¹⁰ ובין שאינם טעונים אשרור. נשאלת השאלה, מהי התוצאה המשפטית של אי-חתימת הנשיא על הסכמים ואמנות שאושרו על-ידי הכנסת? על שאלה זו השיב השופט לנדוי תשובה ברורה המיוסדת על המשפט הלאומי הפנימי, ולא על המשפט הבינלאומי:

"אילו הובאה איוז אמנה בינלאומית לאישור הכנסת ואילו הוכח שנשיא המדינה לא חתם על האמנה, כדרוש לפי סעיף 11 (א) (5) של חוק יסוד: נשיא המדינה, האם בית-משפט ישראלי לא היה חייב לומר שאמנה כזאת אינה "קיימת" במובן סעיף 2 של חוק ההסגרה (דהיינו בעיני המשפט הפנימי – ש' ש'), אם כי לפי כללי המשפט הבינלאומי היה אולי מישוהו יכול לטעון שהאמנה מחייבת את מדינת ישראל על-אף הפגם הזה?"²¹¹

לאור עמדה ברורה זו ייטיבו העוסקים בנושא האמנות להקפיד ולהחתים את הנשיא על כל אמנה המובאת לאישור הכנסת, בין שהיא טעונה אשרור ובאין אם לאו. מענין לציון, כי נשיא המדינה נכח בתחילת הדיון בישיבות הכנסת, בהן נדונו ההסכמים המדיניים והצבאיים מאז התקופה שלאחר מלחמת יום הכיפורים. בדרך-כלל נכח הנשיא בעת הודעת ראש הממשלה ונאמו של מנהגי האופוזיציה.

10. נפקות משפטית של פגמים בכריתת אמנות

כפי שעולה בברור מדברי השופט לנדוי בענין התוצאה המשפטית של היעדר חתימת הנשיא על האמנה שאושרה על-ידי הכנסת, נודעת חשיבות משפטית מכרעת לקיום הוראות הדין החוקתי הפנימי המסדיר את תהליך כריתת האמנות. כידוע, יש להבחין – בשאלת הנפקות המשפטית של פגמים בכריתת אמנות – בין מישור הדין החוקתי הפנימי לבין מישור המשפט הבינלאומי. במישור המשפט הבינלאומי נכנסת אמנה לתוקפה על-ידי מילוי התנאים המקובלים במשפט הבינלאומי וכמתחייב מהאמנה הנדונה. בדרך-כלל, כוללים תנאים אלו משאומתן וחתימה על האמנה על-ידי הנציג המוסמך של המדינות החתומות עליה, אשרור האמנה על-ידי רשויות המדינה המוסמכות לכך והחלפת כתבי אשרור. המשפט הבינלאומי, כפי שכבר הוסבר, עוסק בהצהרת רצונה של המדינה להתקשרות. המשפט הפנימי, לעומת זאת, עוסק ביצירת הרצון להתקשר. במישור המשפט הפנימי, הדין החוקתי של המדינה קובע תהליך לכריתת אמנה, וקובע את רשויות המדינה המשתתפות בתהליך זה. הפרת הדין החוקתי הפנימי המסדיר את תהליך כריתת האמנות עשויה לשלול את תוקפה של האמנה מבחינת המשפט הפנימי.

יש להדגיש, כי במישור המשפט הבינלאומי אין המדינה יכולה להסתמך על משפט הפנימי כדי להשתחרר מהתחייבויותיה, אלא אם כן מדובר בהפרה בולטת של הוראות הדין

210. הנשיא לא חתם על אמנת הג'נוסייד, אף שזו אושרה על-ידי הכנסת. השווה סוכן לאוטרפכט, לעיל הערה 1, בע' 240.

211. קמיאר, לעיל הערה 5, בע' 112.

החוקתי המתייחסת לכלל בעל חשיבות יסודית²¹². מכאן נובע, כי ייתכן מצב שבו אמנה תהא תקפה במישור הבינלאומי אך תהא מחוסרת תוקף במשפט הפנימי. ואכן, בענין קמיאר פסק הנשיא אגרנט בהתייחס לאמנת ההסגרה בין ישראל לשויצריה כי "גם אם היינו יוצאים מתוך ההנחה, כי אמנת ההסגרה הנדונה תופסת במישור הבינלאומי, במובן זה, שמדינת ישראל מנועה מלכפור, ביחסים שבינה למדינת שויצריה, בקיומה הפורמלי של האמנה, לא היה בכך, לא כדי להעלות ולא כדי להוריד לגבי הסכסוך, בעל האופי המקומי, שהתנהל כאן בין מדינת ישראל לאזרח בדבר הסגרתו לשלטונות שויצריה ואשר בו הועלתה טענת הכפירה כאמור, על-ידי זה האחרון"²¹³.

הפרת הדין החוקתי הפנימי עשויה, איפוא, לשלול מהמשלה את האפשרות החוקתית להסתמך על האמנה לצורך ביצוע פעולות במשפט הפנימי, כאשר ביצוע הפעולות תלוי בקיומה של אמנה תקפה. יש להדגיש בקשר לכך, כי לפי השיטה הנהוגה בישראל אמנות בינלאומיות אינן מהוות חלק מהמשפט הישראלי הפנימי, אלא אם נתקבלה לשם כך חקיקה מתאימה. כאשר קיומה של אמנה תקפה במשפט הישראלי הפנימי מהווה תנאי להפעלת סמכות על-ידי המשלה מכוח דין או חוק, לא תוכל המשלה לפעול בהיעדר אמנה תקפה. כך, למשל, כפי שהוזכר, אי-אפשר להסגיר אדם למדינה אחרת אלא אם קיימת אמנת הסגרה תקפה על-פי הדין החוקתי הפנימי של מדינת ישראל. ייתכן גם מצב שהפרת הדין החוקתי הפנימי תעלה כדי הפרה כולטת של הוראות הדין החוקתי הפנימי המתייחסות לכלל בעלות חשיבות יסודית, ובמקרה כזה יישלל גם תוקפה של האמנה במישור המשפט הבינלאומי. חשוב להדגיש, כי לא כל פגם פוסל הליך שלטוני, ועל כן לא כל פגם יגרום לפסילת הליך כריתת האמנה ויפגום בתוקפה של אמנה. הפגם צריך לחרוג מגדר פגם טכני או פגם בעל חשיבות שולית²¹⁴. אימתי ייראה פגם כפגם השולל תוקפה של אמנה? אף כי הדבר תלוי בנסיבות הענין ובחומרת הפגם מותר להניח, כי אם הדין החוקתי מחייב השתתפותה של רשות מדינה בהליך כריתת אמנה, בדרך של אישור האמנה, כמתחייב מן המנהג בדבר אישור הכנסת לאמנות חשובות, או בדרך של חתימה עליה לאחר חתימתה ואישורה, כמתחייב מסעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אי השתתפותה של אותה רשות מדינה תביא לפגם חמור בהליך כריתת האמנה ותגרור אחריה בטלות האמנה. לעומת זאת, אם הפגם מתייחס להיבטים פחות חשובים של הליך כריתת האמנה, למשל שהונח בפני הכנסת רק הנוסח העברי, והנוסח האנגלי שונה במשמעותו בתחום בלתי חשוב מן המשתמע מהנוסח העברי שאושר על-ידי הכנסת, לא יהא בכך כדי לפגום בהליך כריתת האמנה ובתוקפה של האמנה.

212. שם, בע' 128; וראה גם י' דינשטיין, אמנות בינלאומיות (שוקן, תשל"ד) 53-54.

213. שם, בע' 129.

214. ראה על כך דין כללי: ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) 42, 63-65. וראה דין מפורט בפסיקה מן הזמן האחרון, ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" (עומד להתפרסם).

215. השוואת הנוסח הסופי של אמנת השלום ונספחיה כפי שצורפו לכתב האשרור המקורי (שנחתם על-ידי הנשיא ושר החוץ ביום כג בניסן תשל"ט - 20 אפריל 1979) עם נוסח האמנה ונספחיה שהונחו בפני הכנסת ואושרו על ידה מגלה שהוכנסו תוספות ושינויים אחדים בנוסח הפרוטוקול הצבאי לאמנה. להלן פרטי השינויים: פרטי שלב הביניים לנסיגה לקו נסיגת הביניים (פסקה 2 בנספח 1 לצרופה 1 לנוסח הסופי), השווה ד"כ 84 (תשל"ט) 2107-2108 (21.3.79); סדרי פיקוח על-ידי צד ג, פסקה 5 סעיף קטן ג לנוסח הסופי, והשווה ד"כ 84 (תשל"ט) 2109 (21.3.79); וכן הסרת מתקנים ישראליים בעת הנסיגה מקו הביניים (השווה סעיף קטן 5 בפסקה 5 בנוסח הסופי עם הנוסח המקביל שאושר בכנסת, שם, בע' 2110). בפסקה 6 סעיף קטן 3, בסוף, הוספה המגבלה "unless otherwise agreed by the joint commission שלא הופיעה בנוסח שאושר בכנסת. ראה שם, בע' 2110, בס"ק 4 מייד בסמוך לשם הוחלפה המילה "undertakes" שהופיע בנוסח שאושר בכנסת, בביטוי "Will make its best efforts".

בעיה דומה התעוררה, אם כי לא נדונה בערכאות השיפוטיות, בקשר להסכם השלום עם מצרים. הסכם השלום על נספחיו ומכתבי הלוואי הובא לאישור הכנסת, אך לאחר אישור הכנסת עוד התנהלו מגעים והוכנסו שינויים ותוספות בנספחים להסכם²¹⁵. האם הכנסת השינויים פגמה בהליך כריתת אמנת השלום עם מצרים ופגמה בתוקפה של האמנה? ניתן לטעון, כי יסוד חשוב בדרישת האישור על-ידי הכנסת מכוח המנהג החוקתי הוא, כי בפני הרשות המאשרת יובא אותו נוסח עצמו העומד להכנס לתוקף. לכן ההסכם צריך להיות מובא לאישור לאחר שנוסחו גובש סופית. לפי השקפה זו הכנסת שינויים ותוספות לנוסח המאושר של אמנה סותרת את רעיון האישור ומהווה פגם בהליך כריתת האמנה, ולא פגם פרוצדורלי בלבד כי הכנסת שינויים ותוספות על-ידי רשות אחרת במסמך הטעון אישור של רשות אחרת לאחר שהאישור ניתן, מעוררת בעיות של חריגה מסמכות, שלגביהן נוהגים בתי המשפט בדיוקנות²¹⁶.

לי נראה, שהשאלה המכרעת היא מה טיבם של השינויים והתוספות. אם השינויים והתוספות הם שוליים ועוסקים בהסדרים טכניים, שניתן להגית, כי הרשות המאשרת היתה סומכת ידה עליהם, לא יהיה בהכנסת השינויים משום פגם בהליך, ומכאן שבמקרה כזה הפגם לא יפגע בתוקפה של האמנה. בענין הסכם השלום עם מצרים דעתי היא, שהשינויים והתוספות אכן נפלו לגדר הקטיגוריה של שינויים שאינם בעלי חשיבות, ועל כן לא פגמו בהליך כריתת האמנה²¹⁷.

פגמים בהליך כריתת האמנה או אי-קיום הוראות הדין החוקתי בדבר תהליך כריתת האמנה יכולים להיות עילה לפנייה לערכאות. דיון משפטי בשאלות אלו יכול להתקיים ביוזמת בעל-דין שיש לו זכות עמידה במסגרת התקפה חוזיתית על האמנה או תהליך כריתתה, בדרך של פנייה לבג"צ בעתירה לצוות על הרשויות לפעול בכריתת אמנות בהתאם לדין החוקתי – המנהג המחייב אישור אמנות חשובות על-ידי הכנסת, או סעיף 11 (א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, המחייב חתימת הנשיא על אמנה שאושרה על-ידי הכנסת. כל אחת מן הרשויות המשתתפות בהליך כריתת אמנות תוכל לפנות לבג"צ לאכוף את הדין. לא ברור אם אדם מן השורה החפץ ביקרו של הדין החוקתי יוכר כבעל מעמד לאכוף את החוק.

ההתקפה החוזיתית על תוקפה של האמנה או כשרות הליך כריתתה אינה הדרך היחידה לתקוף פגמים בכריתת אמנות. כאמור, ייתכן שהאמנה מהווה בסיס משפטי לפעולה שלטונית הנוגעת לאדם. אותו אדם יכול לתקוף את הפעולה המשפטית מהטעם שהבסיס המשפטי המצוי באמנה איננו קיים בדין משום שנפל פגם בכריתת האמנה. במצב זה תוקפה של האמנה מועמד למבחן משפטי כשאלה נגררת לתוקפה של הפעולה המשפטית המבוססת על האמנה (תקיפה עקיפה).

11. תפקיד הכנסת בכריתת אמנות: לקראת שינוי

סוגית כריתת אמנות ותפקידה של הכנסת בתהליך כריתתן עדיין נחוגים בתהליך של שינוי ועיצוב. בקיץ 1983 נתקיים דיון בכנסת בסוגיה זו בעקבות הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת רובינשטיין שעל פיה תהיה הממשלה חייבת להניח על שולחן הכנסת כל אמנה הטעונה אשרור, ותהיה לעשרה חברי כנסת הזכות לדרוש דיון באותה אמנה²¹⁸. חבר-כנסת רובינשטיין לא היה נחרץ בדעתו לגבי צורת השתתפות הכנסת בכריתת אמנות או לגבי היקף השתתפותה. הוא הביע נכונות לשנות את פרטי ההסדר המוצע כגון "במקום עשרה חברי כנסת יהיו עשרים חברי כנסת, או שתצומצם הקטגוריה של האמנות הטעונות הבאה

216. אני נוטה לגישתם של השופטים ברק ולנדוי המשתקפת מן הפסיקה מן הזמן האחרון לפיהם תורת הבטלות היחסית והגישה היחסית ככלל חלה גם על הפרת דיני הסמכות, ולא רק על הפרת עיקרי הצדק הטבעי והפרות דיוניות אחרות. ראה על כך ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" (עומד להתפרסם).

217. ראה לעיל הערה 215. מדובר בהסדרים טכניים ביצועיים ושינוי לשון קלים.

218. ראה בג"צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו (2) 197.

218א. ראה פרוטוקול דברי הכנסת ישיבה ר"כ של הכנסת, מיום 29.6.83, ע' 124 ואילך.

לכנסת²¹⁹. אולם לדעת חברי-כנסת רובינשטיין מן הראוי לעגן את העקרון בחוק. שר המשפטים, מר משה נסים, דחה את הנסיון לעגן בחקיקה את סדרי השתתפות הכנסת בכריתת אמנות. לדעתו, "הנוהג החוקתי הקיים במדינת ישראל אינו גורם כל תקלה שיש לתקנה בחוק. וגם אין סיבה או הצדקה לשנות את החוק"²²⁰. מתוך השקפה שכריתת אמנות היא חלק בלתי נפרד מהאחריות של הממשלה לניהול יחסי החוץ המצויים בסמכותה הבלעדית, אין לדעת השר, מקום לשיתוף הכנסת בתהליך כריתת אמנות, אלא במקום שדרושה חקיקה להגשים התחייבויות הכלולות באמנות²²¹. על יסוד זה קבע השר, כי "יש להשאיר את הנוהג החוקתי הקיים בעינו ולא לכטלו בחקיקה. כידוע, נהגה הממשלה להביא מיוזמתה לאישור הכנסת אמנות בעלות משמעות מיוחדת, בעלות המשמעות העמוקה ביותר, כמו בשנים האחרונות – הסכם קמפ דויד, הסכם השלום עם מצרים, ההסכם המדיני עם לבנון וכיוצא באלה הסכמים"²²².

שר המשפטים הזכיר את ההתחייבויות שניתנו בעבר בפני הכנסת על-ידי שרי משפטים קודמים להניח על שולחן הכנסת "אמנות שנחתמו בשם המדינה במידה שהן חורגות מהסכמים שיגרתיים שאין בהם משמעות מיוחדת או משמעותם מועטת בלבד"²²³. שר המשפטים הביע נכונות להרחיק לכת מעבר להתחייבות זו:

"אני מוכן שנקיים, הלכה למעשה, את ההצעה הזו ואפילו להוסיף עליה. המנות ד"ר דב יוסף הציע בדרך כלל אמנות, לא כל האמנות, כפי שנאמרו והדברים כשציטטתי את דבריו. אני מוכן שיחול הדבר לגבי כל אמנות כדי להבטיח שלחברי הכנסת תהיה אפשרות לא רק לקרוא את האמנה אלא אולי להשפיע גם על אשרורה או אי-אשרורה, ואולי להציע שינוי אם הדבר יהיה בגדר האפשר. אני מוכן שהממשלה תקבע בתקנונה שאמנות לא יובאו לאשרור הממשלה, אלא שבועיים לאחר שהונחו על שולחן הכנסת, כמובן למעט מקרים שדחיפותם אינה מוטלת בספק"²²⁴.

על יסוד הודעתו של שר המשפטים הסיר חברי-כנסת רובינשטיין את הצעתו. ואמנם תקנון עבודת הממשלה תוקן והונהג הליך של הנחת אמנות הטעונות אשרור על שולחן הכנסת שבועיים לפני מועד אשרורן בממשלה, בכפוף לתריגים.

הסכמת הממשלה להניח את כל האמנות הטעונות אשרור על שולחן הכנסת, היא צעד חיובי בעיצוב סדרי השתתפות הכנסת בכריתת אמנות. יחד עם זאת, נראה לנו, כי אין בהסדר זה משום השפעה על חובתה של הממשלה, מכוח המנהג החוקתי הקובע הסדר מיוחד לגבי אמנות חשובות כאמור, להביא לאישור פוזיטיבי של הכנסת אמנות חשובות לפני כניסתן לתוקף. חשוב לציין, כי במהלך דבריו שצוטטו לעיל הזכיר שר המשפטים, מר נסים, במפורש את האמנות בעלות החשיבות שלגביהן קיים הסדר מיוחד, דבר המראה כי הוא ער להסדר המיוחד. קשה לקבוע מהי עמדתו של השר לגבי כוחו הנורמטיבי של ההסדר המיוחד. את עיקר דבריו ייחד השר להצעה שתטיל על הממשלה חובת פיקוח אינטנסיבי בכריתת אמנות, חובה שתחול על כל האמנות. דבריו צריכים להיות מובנים כמתייחסים לסוגייה זו. אולם, אין ללמוד מהם, כי הוא שולל את כוחו הנורמטיבי של ההסדר המיוחד המחייב הבאת

219. שם, בע' 127.

220. שם, בע' 128.

221. "חיוב הממשלה להביא לאישור הכנסת אמנות בינלאומית ככלל, שלא במסגרת החוק לביצוע האמנה בישראל, משמעותו הענקת זכות וטו לכנסת בענין חיוני לניהול השוטף של יחסי החוץ של מדינת ישראל. הכנסת תיהפך לשותף קונסטיטוציוני הכרחי לממשלה בעיצובה וכביצועה של מדיניות החוץ, הנמצאת בישראל, בידי הממשלה לבדה. הגבלת חרותה של הממשלה בענין זה, גם כשאינו לו נגיעה לחקיקה, אינה מקדמת לא את הפרדת הרשויות ולא את ההליך הדמוקרטי, אלא להיפך: היא כובלת שלא כדין את ידי הממשלה בניהול יחסי הבינלאומיים של המדינה" שם, בע' 131.

222. שם, שם.

223. שם, שם.

224. שם, בע' 132.

אמנות חשובות לאישור הכנסת²²⁵.

אין דעתנו נוחה מההשקפה המצמצמת העולה מדברי השר נסים באשר להיקף השתתפותה של הכנסת בתהליך כריתת אמנות. כאמור, דעתנו היא, שבענינים מסויימים, כגון – כאשר האמנה כרוכה בשינוי הדין הפנימי או בהטלת מעמסה תקציבית על המדינה – מן הדין שההסכם יובא לאישור פוזיטיבי ולא יהיה די בהנחת האמנה על שולחן הכנסת לפי ההסדר המוצע.

יש לציין כי הממשלה נוקטת בעמדה המסורתית כי אין היא חייבת להביא הסכמים לאישור הכנסת. הדבר מצא את ביטויו בתקנון הממשלה ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא אשרור אמנות שעודכנו ביום 1.8.84. בסעיף 5 לתקנון הממשלה, לאחר התיקון משנת 1984, נקבע כי "הממשלה רשאית לקבוע כי אמנה פלונית, בשל חשיבותה, תובא גם לאישור הכנסת או לאשרורה²²⁵". לפי גישתנו לשון "רשאית" הנקוטה בסעיף 5 לתקנון הממשלה וכן בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה²²⁵, משמעה "חייבת" באותם מקרים שהמנהג החוקתי מחייב אישור הכנסת, כפי שביארנו בחיבורנו.

12. סיום

החיוזה העיקרית בחיבור זה היא, כי נוצר הסדר מיוחד הדורש את אישור הכנסת לאמנות חשובות. הסדר מיוחד זה נתפתח והתגבש למנהג חוקתי מחייב, והוא שונה מההסדר הכללי בישראל לכריתת אמנות, שאף הוא נקבע מכוח מנהג חוקתי, המסמיך את הממשלה לבדה לכרות אמנות ובכלל זה – לאשררן. על-פי ההסדר המיוחד מכוח המנהג החוקתי מובאות אמנות חשובות על-ידי הממשלה לאישור הכנסת לפני כניסתן לתוקף, בין אם לאחר חתימתן, ובין אם לפני חתימתן, לאחר שנוסחן גובש סופית²²⁶.

על יסוד בדיקת האמנות שהובאו לאישור הכנסת ניתן למנות מספר יסודות, שבהתקיים אחד מהם יחול ההסדר המיוחד מכוח המנהג החוקתי המחייב הבאת האמנה לאישור הכנסת. בין שאר יסודות אלה, שנמנו בפירוט לעיל, ניתן להזכיר: הסדר טריטוריאלי או ויתור טריטוריאלי, הסדרת יחסים עם מדינות בעקבות מלחמה, שינוי רדיקלי ביחסים עם מדינה, הצטרפות לארגון בינלאומי רב חשיבות והצטרפות לאמנה בעלת חשיבות מדינית מוסרית. כפי שבואר, אין לראות ביסודות אלה ואחרים, שנמנו לעיל ברשימה המפורטת, משום רשימה סגורה, אלא ניתן ללמוד מהם – על-פי היקף וגזירה שווה – על יסודות נוספים, שבהתקיימם באמנות ידרוש המנהג החוקתי אישור הכנסת לאותן אמנות²²⁷.

מן הראוי להעיר, כי היעדר הגדרה מדוייקת וחד-משמעית לאמנות שאישור הכנסת נדרש לגביהן, אין משמעותו שההגדרה לקויה. גם ההגדרות המצויות בחוקות כתובות והקובעות אימת יובאו אמנות לאישור הרשות המחוקקת אינן תמיד מדוייקות וחד-משמעיות²²⁸. הדבר

225. על יסוד דברי השר כי הממשלה "מיוממתה" (ראה שם, בע' 131) הביאה הסכמים חשובים לאישור הכנסת, ניתן לטעון כי לא קיימת חובה, אלא הממשלה עושה זאת מיוממתה היא. אם אכן דעתו של השר היא כי ההסדר המיוחד נובע מרצונה הטוב של הממשלה או ממדיניות הניתנת לשינוי כשיעלה הרצון כך מלפניה הרי, בכל הכבוד, אין דעתו משקפת את הדין החוקתי מכוח מנהג חוקתי כפי שהצגנו לעיל, והקובע הסדר מיוחד של אישור הכנסת לאמנות חשובות כמובן שבואר לעיל. אולם, כאמור, קשה ללמוד מדברי השר מהי עמדתו, שכן לא זו היתה השאלה שעמדה לדיון, ועל כן אנו יוצאים מן ההנחה שאוכר ההסדר המיוחד לגבי האמנות חשובות, מלמד דווקא על הכרה נוספת בקיומו של ההסדר מכוח המנהג החוקתי, ולא על התעלמות ממנו או שלילת קיומו.

225א. תקנון לעבודת הממשלה כפי שאושר ביום 24.3.84.

225ב. ראה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 64.000 א וסעיף ז מיום 1.8.84.

226. ראה לעיל פרק 5, 6, 7.

227. ראה לעיל פרק 7.

228. כך, למשל, סעיף 80 לחוקת איטליה, 1948 מחייב אישור של הרשות המחוקקת (בחוק) לאמנות בינלאומיות "בעלות אופי פוליטי"; סעיף 59 לחוק היסוד של הרפובליקה הגרמנית, 1949, מחייב אישור של הרשות המחוקקת (בחוק) במקרה של אמנות "המסדירות את היחסים הפוליטיים של הפרציה". השווה הצעת פרופ' קלינגהופר לגבי קטגוריות שמן הדין לחייב לגביהן אישור הכנסת, הכללות "הסכם פוליטי", ראה הדיון בכנסת, לעיל הערה 181, בע' 31.

נובע מטיב העניין שאינו מאפשר הגדרה חדה ונוקשה. יש לציין, כי ניתן למצוא בחוקות העולם יסודות מקבילים ליסודות שעל-פי המנהג החוקתי בישראל קיומם באמנה מחייב הבאת האמנה לאישור הכנסת²²⁹.

מעבר למנהג החוקתי הקובע הסדר המחייב אישור הכנסת לאמנות בעלות חשיבות יש לפי דעתנו, צורך ברפורמה במה שקשור לסדרי קליטת אמנות בינלאומיות לתוך המשפט הפנימי, כאשר הגשמתן מחייבת זאת. אמנות כאלה, וכן אמנות המחייבות שינוי הדין הפנימי, מן הדין שתובאנה לאישור הכנסת לפני כניסתן לתוקף²³⁰. כמובן יש להצטער על-כך, שהמשפט הישראלי מאפשר קליטת אמנות לתוך המשפט הפנימי על-ידי תקנות של הרשות המבצעת ללא פיקוח פרלמנטרי ראוי לשמו. בנושאים אלו, שאינם קבועים בהסדר חקיקתי, אין צורך בשינוי חקיקתי, כדי להשיג הסדרים טובים יותר. ייתכן שהכנסת יכולה להשיג את המטרה הזו על-ידי קבלת החלטה על סדרי כריתת אמנות המחייבות שינוי חקיקתי, והמטילות מעמסה תקציבית. משום שקביעת תקציב ושינוי בחוק הם במסגרת סמכותה של הכנסת. יש בכך משום הקפדה על הפרדת הרשויות ושמירת סמכותה של הרשות המחוקקת ולא פגיעה בסמכות האקזקוטיווית של הממשלה.

אין לנו ספק, שישראל מצויה בעידן פורמטיבי במה שקשור לסדרי כריתת אמנות, וכי תפקידן היחסי של הכנסת והממשלה בכריתת אמנות צפוי לעבור תהליך של גיבוש והגדרה נוספת. בתהליך זה מן הדין ליתן את הדעת על העניינים שעמדנו עליהם במהלך עבודה זו והנוגעים בין השאר, לתפקיד נשיא המדינה בכריתת אמנות ולתפקידם של המנהגים המוסכמות החוקתיות בדין החוקתי בישראל.

229. הסדר טריטוריאלי מחייב אישור הרשות המחוקקת, למשל בחוקת צרפת (סעיף 53) וחוקת איסלנד (סעיף 23). חוקת צרפת גם מחייבת הבאת אמנות שלום לאישור (סעיף 53). ישנן אמנות המסייגות את הדרישה הכללית לאישור אמנות על-ידי הרשות המחוקקת על ידי ציון האמנות הלא חשובות שאינן כפופות להליך האישור. כך למשל, סעיף 62 לחוקת הולנד מזכיר בין השאר אמנות שאינן מטילות מעמסה כספית משמעותית לתקופה של שנה, וסעיף 29 לחוקת אירלנד, מסייג את חובת האישור ופוטר "הסכמים או אמנות בעלות אופי מנהלי או טכני" מחובת האישור.

230. ראה לעיל פרק 8.