

המנהג במשפט הציבורי*

מאת

שמעון שטרית**

דברי מבוא. א. הצגת הנושא. ב. מעמד המנהג כמקור משפט בתחום המשפט הציבורי. ג. יסודות המנהג במשפט הציבורי. ד. מיון המנהגים במשפט הציבורי. 1. מנהג ונוהג; 2. מנהג נוגד חוק; 3. מוסכמות חוקתיות; ה. יישום המנהג במשפט הציבורי: מבט כללי כראי הפסיקה. ו. היבטים ייחודיים לאכיפת המנהג במשפט הציבורי. ז. יחסי גומלין בין חוק למנהג. 1. גיבוש המנהג לחוק; 2. המנהג והנהגה במשפט הציבורי כמכשירי פרשנות; 3. מנהג מסייג: לסמכותה השיורית של הממשלה; 4. השפעת מנהגים ונוהגים על אכיפת החוק; ח. הסדרים מנהגיים במשפט הציבורי: דוגמאות. 1. הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי הנשיא; 2. הסדרים ביחסי השלטון המרכזי והמקומי; 3. כריתת אמנות; ט. סיכום.

דברי מבוא

את הפסוקים והפרקים הראשונים במשפט הציבורי למדתי מפיו של פרופ' יצחק קלינגהופר, מורי ורבי, לו אני חב את כלי החשיבה-המדוייקים ואת הגישה המושגית הבהירה בסוגיות השונות. פרופ' קלינגהופר היה אחד מעמודי-התווך בתחום עיצוב המשפט המינהלי והחוקתי.

הוא סייע למקצוע המשפט בישראל, ולענפיו — השפיטה, הפרקליטות ועורכי-הדין העצמאיים — לעצב את שלטון החוק — ולבסס את מרכזיותו בחברה הישראלית. פרופ' קלינגהופר העלה תרומתו זו הן בהוראה ובמחקר מן הקתדרה באוניברסיטה העברית, והן כפרלמנטר בעל שאר-רוח בחקופת כהונתו בכנסת משך תריסר שנים.

א. הצגת הנושא

המנהג ממלא תפקיד חשוב במשפט הציבורי. קשה לתאר את פעולתם של מוסדות

* מאמר זה מבוסס על מאמר שנתפרסם: Shetreet, "Custom In Public Law", 21 *Isreal Law Rev.* (1986) 450. המאמר המקורי מבוסס על מחקר על המנהג במשפט הציבורי שנערך לפני שנים מספר ביוזמתו הברוכה של פרופ' גד טרסקי. כמו רבים אחרים גם אני נעניתי לכח השכנוע שלו, שאין לעמוד בפניו, לערוך מחקר על המנהג בקטע הקרוב לתחום התעניינותי, המשפט הציבורי. אני חב תודה לפרופ' טרסקי על כך שהודות למחקר זה רכשתי זוויות ראייה מיוחדות לבחינת המשפט הציבורי.

** פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. פרופ' שמעון שטרית, ח"כ, מכהן עתה כשר הכלכלה והתכנון בממשלת ישראל.

שלטוניים רבים, והסדרים שלטוניים רבים ללא הרובד הכלתי-כתוב של כללי התנהגות מנהגיים הקובעים דרכי-פעולה. ישנם תחומים שבהם התפתחו מערכת נורמות ומערכת מוסדות מקבילות לאלה הקבועות בחוקים הכתובים. זהו, למשל, המצב בסוגיית הצנזורה על העתונות שתידון בהמשך הדברים. אלו הם המקרים החריגים. ברוב המקרים המנהג משלים חללים או פערים¹ בהסדרים המשפטיים מן החוק ומן הפסיקה. השלמות אלה מכח מנהג קיימות בכל תחום ותחום של המשפט הציבורי; בין השאר, ביחסי-הגומלין בין רשויות השלטון – הממשלה, הנשיא, הכנסת, השלטון המרכזי והשלטון המקומי; באכיפת חוקים או באי-אכיפתם; בגיבוש כללי התנהגות של נושאי משרות שלטוניות, במינויים למשרות שלטוניות ולגופים שלטוניים. קיים תהליך מעניין של גיבוש בחקיקה של נורמות התנהגות שהתפתחו למנהג; כמו כן קיימים יחסי-גומלין בין חוק למנהג, בכך שהמנהג מסייע לפרשנות החוק. לעתים מתפתחים יחסי ניגוד בין המנהג לחוק.

המנהג מתפתח בהדרגה. תחילה זוהי פרקטיקה או פעולה חוזרת מטעמי נוחיות או הרגל, ואלה מתפתחים לנוהג, דהיינו: הנחה שיפעלו בדרך מסוימת כאשר עושים פעולה פלונית. ולבסוף, אותה דרך התנהגות הופכת למנהג, דהיינו: לנורמה משפטית עצמאית המחייבת את הנפשות הפועלות, וזאת לאחר שהתמלאו יסודות המנהג: תחושת חובה, מימד הזמן והתמדה. לכשנתמלאו התנאים, המנהג הופך נורמה משפטית עצמאית בעלת כוח מחייב משל עצמה. הנוהג הוא הנחת עובדות מן הדין, שבהתקיים נסיבות ידועות הדין מחייב הנחה מסוימת. במשפט האנגלי קיים מוסד ה"קונבנציות החוקתיות" שהן יצור מיוחד במינו, ייחודי למשפט האנגלי. בדומה להן – אך בשונה מהן – קיימות גם בישראל מוסכמות חוקתיות (constitutional practices), שהן שלב בהתגבשותה של דרך התנהגות מסוימת למנהג חוקתי מחייב.

עבודה זו תעסוק בתפקידו של המנהג במשפט הציבורי. בחלקה הראשון ינותח המנהג כמקור משפט בתחום המשפט הציבורי; ייבחנו יסודות המנהג, ויוצג מיון המנהגים במשפט הציבורי, דהיינו: הניתוח המושגי של המנהג, הנוהג והמוסכמות החוקתיות. כן תובא סקירה כללית של יישום המנהג במשפט הציבורי בראי הפסיקה. יידונו יחסי-הגומלין בין מנהג לחוק, ובכלל זה השפעת מנהגים ונוהגים באכיפת חוקים, ותפקיד המנהג בפרשנות חוקים ומסמכים. בחלקה השני של העבודה יידונו הסדרים מנהגיים בכמה תחומים: בין השאר יידונו סדרי הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי הנשיא, עניינים אחדים שבהם ממלא המנהג תפקיד ביחסי השלטון המרכזי והמקומי, והסדרים מנהגיים בכריתת אמנות בינלאומיות.

ב. מעמד המנהג כמקור משפט בתחום המשפט הציבורי

בשנים האחרונות התפרסמו כמה חיבורים שעסקו במעמדו של המנהג כמקור משפטי².

- 1 לשאלת הפערים בחוק ראה ר' גביוון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 337 ואילך.
- 2 ראה טרסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד), 9. כן ראה

חיבורים אלה מאפשרים לדון בקיצור במעמד המנהג כמקור משפט בתחום המשפט הציבורי. כמו־כן נחקקו שני דברי־חוק הנוגעים לעניין: חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980³, והחוק לביטול המג'לה, תשמ"ד-1984⁴. תחילה נתייחס לשני דברי־החוק.

באשר לחוק יסודות המשפט, לדעתנו אין לראות בביטולו של סימן 46 מכוח סעיף 2 לחוק זה משום פגיעה כלשהי במעמדו של המנהג כמקור משפט⁵. אין גם לראות בהיעדרו של המנהג מרשימת המקורות הנזכרים בחוק כמדריכים את השופט בפסיקת־דינו (במקרה של לאקונה כדין), משום פגיעה מכללא במנהג כמקור משפטי. המנהג מוכר בהלכות הפסקות, ומכוחו הוא ימשיך להיות מקור משפטי, אף אם אין הוא מוזכר במפורש בחוק יסודות המשפט⁶. והוא־הדין לעניין השפעת החוק לביטול המג'לה. דעתנו היא שעל אף ביטול המג'לה⁷ המנהג חי וקיים במשפט הישראלי כמקור משפטי מכוח חקיקה ישראלית ומכוח המשפט המקובל בישראל⁸. אנו מסכימים עם העמדה, כי רצוי לקבוע בחקיקה מפורשת את המנהג כמקור עצמאי למשפט; אולם רצוי, בהזדמנות מתאימה, שגם פסיקת בתי־המשפט תסיר את הספקות הקיימים בסוגיית⁹.

לדעתנו, לפני ביטול המג'לה התקיים המנהג כמקור משפטי מכוח המג'לה בכל תחומי המשפט (לרבות המשפט הציבורי), ולא היה מצומצם למשפט הפרטי בלבד¹⁰. זאת, במקביל לקיומו של המנהג כמקור משפטי מכוח המשפט המקובל הישראלי ומכוח הוראות חקיקה ישראלית¹¹.

במספר רב של חוקים הוכר המנהג כמקור למשפט¹². המחוקק היה מודע לצורך להכיר במנהגים ובנוהגים כחלק ממערכת כללים שמטרתה להסדיר ביעילות יחסים

גביוון, לעיל הערה 1; אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי – בעקבות דר"ח ועדת אגרנט" משפטים ז' (תשל"ה-תשל"ו), 201.

3 ס"ח 163.

4 ס"ח 119.

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

6 פרוקציה, "חוק יסודות המשפט תש"מ-1980" עיוני משפט י' (תשמ"ד) 147; גביוון, לעיל הערה 1 בעמ' 360-358.

7 בחוק לביטול המג'לה, ראה לעיל הערה 4.

8 גביוון, לעיל הערה 1 בעמ' 349, 353.

9 שם, בעמ' 366.

10 ראה טדסקי, לעיל הערה 2 בעמ' 52. אבן, לעיל הערה 2, בעמ' 205-207; אבל השווה גביוון, לעיל הערה 1, בעמ' 349.

11 ראה גביוון, לעיל הערה 1.

12 ראה רשימת חוקים במאמרו של טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 10, הערות 8-10 וניתוח הוראות חקיקה, גביוון, לעיל הערה 1 בעמ' 353 ואילך.

משפטיים שונים. בכלל זה הוכרו המנהג והנוהג אף בחקיקה בתחום המשפט הציבורי. כך, למשל, חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963¹³ קובע בסעיף 17:

"עובד מדינה שעשה בישראל או בחו"ל אחד מאלה אשם בעבירת משמעת: (1)...(2) לא קיים את המוטל עליו כעובד מדינה על פי נוהג חוק או תקנה".

דוגמא אחרת היא צו המועצות המקומיות (מועצות איזוריות), תשי"ח-1958¹⁴, הדין בפיתורי עובדים והשעייתם. סעיף 61 לצו קובע, כי:

"ראש המועצה או מי שהוסמך על ידו רשאי לפטר עובד בשכר אם אין הוראה ממעטת מכל זכות או התחייבות לפי הסכם או לפי נוהג בעבודה".

הוראה דומה קבועה בחוק השיפוט הצבאי, סעיף 133 כפי שתוקן בתשל"ט¹⁵. ההוראה קובעת כעבירה שעונשה שנת מאסר, אי-קיום הוראה: בהתאם "לנוהג צבאי". דוגמא מובהקת לחקיקה המפנה לנוהג בתחום המשפט הציבורי היא סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת¹⁶, הקובע כי במידה שסדרי העבודה של הכנסת לא נקבעו בחוק או בתקנות, "תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהל המקובלים בה". נוסף על ההפניות לנוהג ולמנהג בהוראות החקיקה הישראלית, קיים בסיס איתן לתמוך עליו את המנהג כמקור משפט. זהו המשפט המקובל הישראלי שנוצר בפסיקה בתי-המשפט. השופט לנדוי, במאמרו "הלכה ושיקול-דעת בעשיית משפט"¹⁷, כותב:

"בין כה וכה הרימה ספינת הפסיקה הישראלית את העוגן האנגלי, ועליה להפליג ללב ים בכוחות עצמה. אין להם מעתה מצפן אחר, אלא החוק החרוט. ובמידה שזה אינו מספק את התשובה, שיקול-דעתם של בתי-המשפט שעליהם ליצור את המשפט המקובל הישראלי החדש. זאת משימה רבת אחריות אבל כל ניבהל ממנה. קטונו מאבותינו ומגדולי המשפט האנגלי. אך לא לעולם נוכל להדריך עצמנו עפ"י דברים שיצאו מפיהם של השופטים האנגלים במאה ה-18 וה-19. ועל כורחנו נצטרך לעשות כמותם ולהשתתף ביצירת ההלכה לפי צורכי המאה ה-20. כמו במדינת ישראל"¹⁸.

יישומה של גישה זו על-ידי השופטים הביאה להכרה בזכויות שעל-פי נוהג. כך

- 13 חוק שירות המדינה, תשכ"ג-1963 (ס"ח 50). ראה גם סעיף 47.
- 14 צו המועצות המקומיות (מועצות איזוריות), תשי"ח-1958 (ק"ת 256).
- 15 ראה סעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 12), תשל"ט-1979 (ס"ח 108).
- 16 ס"ח תשי"ח 69.
- 17 לנדוי, "הלכה ושיקול-דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח-תשכ"ט) 292.
- 18 שם, בעמ' 292.

עשה בית-המשפט העליון, מפי השופט ויתקון, בדונו בשאלה מן המשפט הציבורי¹⁹ כדבר זכותו של הצד הזוכה במשפט להחזרת הוצאותיו. בית-המשפט פסק כי זכותו זו

”זכות מהותית ולא דיונית היא. אך אפילו חסרה היא בסיס סטטוטורי. קרוב אני לומר שהזכות קיימת ומשנוהגים לפיה בבתי-משפטנו יום יום זה למעלה מיובל שנים, מאוחר מדי לערער עכשיו על קיומה, גם בכוחנו ליצור 'משפט מקובל' משלנו”.

כוחו של הנוהג להקנות זכות לאזרח הוכרה בבג”צ 29/62 כהן נ’ שר הבטחון ואח”כ²⁰. העותר שימש ככתב צבאי של שבועון ”העולם הזה” והיה מואמן על-ידי צה”ל ככתב מאז 1956. כשאר עמיתיו הכתבים הצבאיים הוזמן העותר לסיורי לימודים, לביקורים, לפגישות עם קציני צה”ל וכיו”ב. לאחר 5 שנים בוטלה האמנתו על-ידי ראש ענף הקשר לעתונות, ומכאן העתירה. המשיבים בעתירה, בבקשם לבטל את הצו שהוגש נגדם, טענו שהזכות לשמש כתב צבאי מואמן על-ידי צה”ל אינה זכות המוקנית בחוק ולכן אין לקבול על שלילתה. השיב על טענה זו השופט ויתקון:

”אין לנקוט במידה נוקשה לגבי שום זכות, שעל שלילתה או על הפגיעה בה ניתן להתלונן בבג”ץ... אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית הכתובה בחוק לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות שלא בא זכרון בשום הוראה משפטית ואילו בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לצורות המוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית המתנהלת בצידה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה”²¹.

אנו ערים לכך שקיים הבדל בין פרשנות חוק במקרה של ספק והכרעה בשאלה משפטית שאינה מוסדרת בחקיקה באמצעות יצירה שיפוטית, לבין מילוי פערים על-ידי מנהג ונוהג. ייתכן, שדברי השופט ויתקון בעניין כהן יש בהם גם פתרון שיפוטי יצירתי בשאלה משפטית כדבר זכותו של העותר כהן לקבל סעד מבג”ץ בעניין הנדון. אולם, לדעתנו, אין לשלול את כוחם של הדברים כמקנים מעמד לנוהג ולמנהג כמקור משפטי. יתירה מזו: לדידם של המצדדים בתפישה רחבה של ”פערים” בחוק, המשאירה מקום רחב להסתמכות על מנהגים²², יש לראות בדברי השופט ויתקון הכרה במנהג כמקור לנוהג משפטי.

19 ע”א 180/71 לביא נ’ קצין התגמולים, פ”ד כו (2) 501, 509.

20 בג”צ 29/62 כהן נ’ שר הבטחון ואח”, פ”ד טז 1023.

21 שם, 1027. בפרשת כהן לא זכה העותר בעתירתו, אולם ראה בג”צ 509/80 יונס נ’ מנכ”ל

משרד ראש הממשלה, פ”ד לה (3) 589.

22 גביוון הערה 1 לעיל, בעמ’ 337.

במשפט הישראלי ממעטים להיזקק לטיעונים ולהנמקות המבוססים על מנהג במשפט הציבורי. ייתכן שהדבר נובע מהיעדר מחקרים במספר נאות בנושא זה; נסיבה אפשרית נוספת היא תודעה נמוכה בדבר חשיבות תפקידו של המנהג במשפט הציבורי בשל כך שגט עורכי-הדין וגם השופטים אינם נזקקים לסוגיא זו. דוגמא להתעלמות משימות של המנהג במשפט הציבורי היא פסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק בעניין קביעת מועד להצבעה על הצעת אי-אמון²³.

בפרשה האמורה התעוררה השאלה, האם יו"ר הכנסת (או ממלא מקומו) מחויב לפעול על-פי נוהג שהתגבש בין הסיעות, ששינה את תוכן ההוראה בתקנון ושפעלו לפיו כ-6 שנים. מדובר היה בהסכמה בין הסיעות שפעלו לפיה מאז הכנסת ה-10, לפיה למרות האמור בסעיף 36 לתקנות (הקובע כי הצעת אי-אמון תועלה לדיון ולהצבעה תוך 24 שעות), נהגו לקיים את הדיון באי-אמון לאחר 48 שעות.

בג"ץ פסק, כי הסכמה בין הסיעות ואפילו של הסיעות הגדולות אינה יכולה לבוא במקום הוראה מפורשת של תקנון הכנסת, והיא נעדרת תוקף חוקי גם אם היא הולכת ונמשכת זמן לא מועט²⁴. למרבה הצער, בג"ץ נמנע מלהיזקק לשאלת תחולת הנוהג או המנהג למקרה דנן, ונמנע מלהתייחס לספרות משפטית בנושא זה מן השנים האחרונות.

ג. יסודות המנהג במשפט הציבורי

כפי שראינו, בצד חקיקה ופסיקה, המנהג הוא מקור עצמאי וישיר ליצירת נורמות משפטיות. כאשר משפט המדינה — באמצעות בתי-המשפט — מכיר בו, הוא מהווה נורמה מחייבת ככל נורמה משפטית אחרת²⁵. המנהג נבדל ממקורות המשפט האחרים בדרך יצירתו, שאינה באמצעות המחוקק או בית-המשפט, אלא על-ידי דפוס-התנהגות מתמיד, המקובל על הנוגעים בדבר כמחייב²⁶, ואשר מקבל הכרה בבית-המשפט²⁷. על-פי הדינים שגובשו בפסיקה, הטוען לקיומו של מנהג חייב להוכיח שלושה יסודות: תחושת חובה, מימד זמן והתמדה²⁸. תחושת החובה — או: 'תודעת החיוב', כלשון פרופ' טדסקי²⁹ — היא היסוד המבדיל בין המנהג לבין דפוס התנהגות אחרים,

23 בג"צ 1179/90 ר"צ נ' מ"מ יו"ר הכנסת, פ"ד מד (2) 31.

24 שם, בעמ' 35.

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

26 ראה ע"א 25/56 וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ, פ"ד ה 267. שם מגדיר השופט זילברג מנהג כהתנהגות מסוימת שהציבור קיבל על עצמו כנורמה משפטית מחייבת, כאילו נגזרה על-ידי המחוקק. רפוס ההתנהגות המהווה מנהג אינו חייב להיות נהוג על-ידי כלל הציבור, אלא הוא יכול להתייחס לנושא משרה מסוימת.

27 כתהליך ההכרה השיפוטית במנהג יש גם פעולת סינון לפי מבחנים מסוימים, כגון תקנת הציבור או סבירות. גביון לעיל הערה 1, בעמ' 338-339.

28 ראה דיון כללי על המנהג בישראל: טדסקי, לעיל הערה 2.

29 שם, בעמ' 19.

הנובעים מהרגל, ממקורות, מנוחיות או מבחירה חופשית 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 אחר. שאלת קיומה של תודעת החיוב במנהג היא שאלה מרכזית משום שהיא מלמדת על אופיה המחייב של הנורמה. יש לציין, כי לא נדרש קיומה של סנקציה מסורתית כדי ללמד על קיומה של נורמה משפטית³⁰.

היסוד השני של המנהג מתייחס למימד הזמן³¹. לפי טיבו, המנהג הוא דפוס התנהגות המתגבש בהדרגה³². בניגוד לדין האנגלי, דרישת מימד הזמן – במובן של ותק המנהג – אינה נוקשה. במשפטנו אין הטוען למנהג נדרש להוכיח שהמנהג התחיל בזמן פלוני³³. משך הזמן שיידרש להוכחת המנהג תלוי באופי המנהג; משך הזמן שבו נהגו באורח מסוים, הדרוש לשם כך שאותה התנהגות תעלה למעלת מנהג מחייב, יכול להיות קצר³⁴.

היסוד השלישי להוכחת המנהג הוא דרישת ההתמדה. כדי להצביע על קיומו של מנהג יש להראות שהמנהג מתמיד, היינו: שההתנהגות אשר טוענים כי היא בגדר מנהג חוזרת ונשנית במשך זמן מסוים. יסוד זה של המנהג אינו מקפל בתוכו דרישה כמותית מינימלית, אלא תלוי בטיב העניין. אם מדובר במנהג המתייחס לדרך התנהגות לגבי אירוע המתרחש אחת לכמה שנים, כגון סדרי מינוי של נושא משרה, הרי הדרישה המספרית תהיה קטנה³⁵; ואם מדובר בפעולות רווחות ותדירות, כגון פעולה לפי הנחיות פנימיות של המינהל, הדרישה המספרית תהיה גבוהה יותר³⁶. אם כן, לעניין דרישת ההתמדה, הבדיקה תתמקד לא רק בשאלה כמה פעמים חזרו על דרך ההתנהגות הנדונה, אלא גם כמה פעמים גשנתה ההתנהגות הנדונה מתוך המספר הכולל של ההזדמנויות שהיו לחזור עליה. דרישת ההתמדה ודרישת מימד הזמן קשורות זו בזו, ובמקרים שבהם המחזוריות של ההתנהגות הנדונה גבוהה, אין הכרח לעמוד על תקופת זמן מסוימת, אף כי השתרשותו של מנהג מחייבת, מטבע הדברים, מירון זמן מסוים.

30 ראה בעניין זה הדיון לגבי מהותו של המשפט הבינלאומי. המבחן המיוסד על דרישת הסנקציה כגירסתו של אוסטין אינו רואה את המשפט הבינלאומי בגדר "משפט".

Austin, *Lectures on Jurisprudence* (Campbell, 4th ed. 1873) 231–232; Austin, *Lectures on Jurisprudence* (Campbell, 5th ed. 1911) 77–103. יש מלומדים כגון קלסן הרואים באפשרות המלחמה ופעולות הגמול כממלאות את דרישת הסנקציה. ראה דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (1971) 22. אולם לא הכל רואים כיסוד החיוב בהגדרת המשפט כמחייבת 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. Pollalk, *First Book of Jurisprudence* (London, 1896) 1–15.

31 Salmond, *On Jurisprudence* (London, 12th ed., by P.J. Fitzgerald 1966) 201–203.

32 ראה דברי השופט זילברג בע"א 25/56, לעיל הערה 26.

33 המשפט האנגלי דורש שהמנהג יהיה מוכר ככזה משנת 1189; ראה סלמונד, לעיל הערה 31.

34 ראה טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 36.

35 למשל, סדרי מינוי הרמטכ"ל. ראה אבן, "מעמדו של המנהג כתחום המשפט הציבורי בעקבות ועדת אגרנט" משפטים ז (תשל"ר-תשל"ז) 201.

36 השווה טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 55.

הוכחת המנהג במשפט הציבורי מבוססת על שני היבטים: היבט חיובי בדבר פעולה של הרשויות לפי הנורמה אשר טוענים כי היא בגדר מנהג; והיבט שלילי, שבכל פעם שהתעורר הצורך לפעול באותו עניין, לא פעלו בדרך השונה מאותה נורמה. אם פעלו בדרך שונה, והדבר עורר ביקורת וגינוי בהסתמך על כך שקיים מנהג המחייב לנהוג לפי הנורמה, אזי הביקורת מעידה על תמיכה בקיום המנהג. לעומת זאת, אם הסטייה מן המנהג עברה ללא כל ביקורת, יחליש הדבר את הטיעון בדבר קיומו של מנהג.

ד. מיון המנהגים במשפט הציבורי

1. מנהג ונוהג

יש להבחיר את ההבחנה בין "מנהג" לבין "נוהג". נוהג הוא למעשה דרך התנהגות מקובלת ורווחת. כוחו נובע מכך, שעל-פי הדין מניחים שהצדדים לעסקה מאמצים אותו לתוך תנאי ההתקשרות שביניהם³⁷. אולם, שלא כמו המנהג, אין הנוהג מהווה כלל עצמאי-משפטי העומד בפני עצמו, החל על העניין ללא ההנחה שהוא אומץ לתוך תנאי ההתקשרות, כפי שהראה פרופ' טדסקי³⁸.

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 הנוהג הוא הנחה עובדתית מכוח הדין. מן הראוי להעיר, כי לעתים משתמשים במונח "נוהג" במובן של פרקטיקה שגורה, הנעדרת יסוד נורמטיבי. במובן זה, "הנוהג" עומד בדרגה הנמוכה ביותר של נורמטיביות, והוא נבדל מן המנהג לצורותיו – המהווה נורמה משפטית עצמאית, היוצרת זכויות או סמכויות או מסדירה התנהגות. הנוהג, במובן של "פרקטיקה שגורה ללא יסוד נורמטיבי", אף נבדל מן הנוהג במובן של "הנחה עובדתית מן הדין". ולבסוף, הנוהג במובן של פרקטיקה שגורה כאמור, נבדל גם מן המוסכמה החוקתית 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.

מן הראוי לעמוד על כמה התאמות הנדרשות בהחלת הנוהג במשפט הציבורי. כידוע הנוהג במשפט הפרטי הוא הנחה עובדתית, ואין בכוחו להביא לתוצאות משפטיות, אלא אם כן נעשתה "עסקה משפטית"³⁹. יש שאותה הנחה עובדתית נלמדת מרצון

37 אין בכוחו של נוהג לשנות דין או להתגבר על חוזה שבין הצדדים. יש להזכיר את ההבחנה שבין "נוהג חוזי" – תנאים שהצדדים מאמצים לתוך תנאי ההתקשרות ביניהם מכוח ההסכם – לבין "נוהג חוקי", שהוא נוהג עובדתי המאומץ על-ידי הדין. ראה טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 9-12. במשפט האנגלי נדרש כי הנוהג יהיה ידוע, סביר ומוגבל לתחום או לעיסוק מסוים.

38 טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 9-15. כן ראה בג"צ 1350/60 גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, פ"ד יד 1085, בעמ' 1088, דברי השופט כהן.

39 טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 16.

הצדדים ללכת על-פי הנוהג, ויש שאותה הנחה עובדתית שמקורה בנוהג היא הנחה עובדתית מן הדין, שאין אפשרות לסתור אותה⁴⁰. על כל פנים דרושה עסקה משפטית להחלת הנוהג, שהוא ההנחה העובדתית.

על רקע זה עשויה להתעורר שאלה באשר להחלת הנוהג במשפט הציבורי. אם נאמר "שעסקה משפטית" היא חוזה, שליחות, שכירות, וכיוצא באלה עסקאות בין פרטים, אזי אין לדבר על עסקה כזו במשפט הציבורי, והתוצאה עשויה להיות שלילת קיומו של הנוהג במשפט הציבורי. אולם ניתן ללכת בדרך הפירוש המרחיב למונח "פעולה משפטית", שאז יחול הנוהג בלי קושי מיוחד גם במשפט הציבורי. כגרסת כמה מלומדים, ניתן להגדיר את הפעולות המשפטיות כפעולות אנושיות היוצרות, משנות או מבטלות זכויות וחובות⁴¹. הגדרה זו המיושמת לחוק ספציפי אשר בהקשרו היא נדונה⁴², אומצה על-ידי בתי-המשפט בארץ. נפסק, כי "פעולה משפטית... כוללת כל מעשה אשר כתוצאה ממנו נוצרות זכויות או חובות עפ"י דין"⁴³. פירוש כזה למונח "עסקה משפטית" יובילנו בהכרח למסקנה שאין להבחין בין נוהג במשפט הפרטי לנוהג במשפט הציבורי. פעולות במשפט הציבורי, כגון הענקת רשיון, הענקת סמכות, והטלת מס ייכנסו לד' אמותיו של המונח "פעולה משפטית" באשר הן משנות חובות וזכויות של פרטים. "עשיית פעולה משפטית" כזאת יכול שתהיה כפופה לנוהג בדבר הנחה עובדתית משוערת או מוסכמת, ותביא לשינוי בתוצאות המשפטיות. העולה מן האמור הוא, כי נוהג במשפט צבורי הוא הנחה עובדתית מכוח הדין, או כזו המקובלת על כל הצדדים כפעולה משפטית הנערכת במישור המשפט הציבורי, אך אין היא חייבת להיות מוזכרת במפורש בבצוע אותה פעולה⁴⁴.

שאלה מעניינת מתעוררת לגבי מעמדן של הנחיות מינהליות. ניתן לראות בהן גיבוש של נוהגים מנהליים שלפיהם פעלה ופועלת הרשות המינהלית⁴⁵. גישה זו מחייבת להכיר בזכותו של האזרח להסתמך על אותן הנחיות, ושוללת את העמדה שההנחיות הן בגדר הסדרים פנימיים שבין הפקידים לממונים עליהם בלבד⁴⁶. גישה הפסיקה בנושא זה היא כי להנחיות הפנימיות אין תוקף של חוק ואין הן מטילות על הפקידים

40 גביוון, לעיל הערה 1, בעמ' 353.

41 Paton, *A Textbook of Jurisprudence* (3rd ed. 1964, Oxford) 279-283; סלמונד, לעיל הערה 31, בעמ' 233-234.

42 ראה פרוקצ'יה, "הפעולה המשפטית כחקיקה האזרחית החדשה" קובץ הרצאות כימי עיון לשופטים (תשל"ה, בעריכת ש' שטרית) 31.

43 ע"א 425/63 מזרחי נ' מזרחי, פ"ד יח (1) 325, בעמ' 334, שם נדון המושג בהקשר לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. ראה גם Tedeschi, "Authorization of Torts", 4 *Is.L.R.* (1969) 1 וכן ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי) 27-86.

44 כבג"צ 244/64 אריזי נ' מבקר המדינה, פ"ד יט (1) 401, דן השופט ח' כהן במשמעותו המשפטית של נוהג. העולה מפסק-הדין הוא, כי נוהג, להבדיל מדין, אינו מהווה מעצם מהותו מקור לזכויות ולחובות, ויש צורך להוכיח זאת מלכתחילה; לא די בכך שיוכח כי הנוהג חל על מקרה פלוני. פסיקה זו עשויה לשמש בסיס לטיעון כי הנחיות הן בגדר נוהג.

45 ראה בג"צ 164/56 מלך נ' פקיד השומה למחוז ירושלים ואח', פ"ד יא 219.

46 ע"א 145/59 זמורות בע"מ נ' היועמ"ש, פ"ד יד 1436.

חובה חוקית לנהוג על-פיהן, "אך הוראות אלו, המכילות הנחיות וכללים להתנהגותם של הפקידים, מהוות מדיניות מוצהרת של הממשלה בשטח פעולה מסוים, הידועה היטב לצבור המעוניינים וסטיה ממנה שיש בה כדי לפגוע באינטרס של מעוניין כזה מהווה עילה לבית-משפט זה להתערב ולמנוע את הפגיעה", אם הסטייה היתה שלא כדין.⁴⁷

מהפסיקה עולה, כי מקום שהסטייה מהנהגים באה משיקולים עניינים בית-המשפט לא יתערב בכך, אפילו אם נהגו על-פיהם בתדירות גבוהה ובמשך זמן רב.⁴⁸ פרופ' טדסקי מעלה את ההשערה כי במקרים המתאימים לא טענו כי אותן הנחיות נבעו ממנהג או הפכו למנהג מחייב, או שבהעדר הנחיות לא נטען שקיים מנהג מינהלי.⁴⁹ אני נוטה לדעה כי הנחיות מינהליות עשויות להתפתח לכדי נוהג, ובמקרים מסוימים אף לכדי מנהג מינהלי. הדבר יהיה תלוי בהוכחת קיום יסודות הנוהג או המנהג לפי המקרה. התוצאה מכך תהיה, שאם חלה התפתחות כזו לא תוכל הרשות המינהלית לשנות את ההנחיות אלא בחקיקה. במקרה כזה תתעורר בעיה מעניינת: האם חקיקת-משנה (תקנות) עשויה לגבור על המנהג המינהלי (להבדיל מנוהג). דעתי היא, שאם הוכח כי ההנחיות עלו למעלת מנהג מינהלי (להבדיל מנוהג), הרי אין הן ניתנות לשינוי אלא בחקיקה ראשית. שכן אז יש לומר שהן פשטו את לבושן כהוראות מינהל המגבשות מדיניות, וילבשו אדרת של מנהג מינהלי שאין לשנותו אלא בחקיקה ראשית, וחקיקת-משנה לא די בה.

2. מנהג נוגד חוק

במיון המנהגים מבחינים בין מנהג הנוגד חוק (Contra Legem) לבין מנהג המתיישב עמו Praeter Legem.⁵⁰ בקטיגוריה השנייה נכללים המנהגים המסדירים התנהגות בעניינים שהמחוקק לא עסק בהם כלל, או בנושאים מסוימים שלא הוסדרו באופן

47 בג"צ 150/58 וולט נ' מנהל רשות הפיתוח ואח', פ"ד יג 891, בעמ' 895. גישה דומה עולה אף מדברי השופט אולשן בבג"צ 327/52 זמיר נ' המפקח על התעבורה בדרכים, פ"ד ז 358, בעמ' 363, בו הוכרה זכותו של המפקח על התעבורה בדרכים לקבוע הנחיות לעובדי משרדו. ההנחיות נתפשו בבחינת עקרונית למנוע הפליה בחלוקת רשיונות למוניות, העלולה להיווצר כאשר לא ניתן להענות לכל המבקשים רשיונות כנ"ל. לדיון מפורט בנושא הנחיות מינהליות, ראה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 60.013.

48 בג"צ 80/54 נוחימובסקי נ' שר המשפטים ואח', פ"ד ה 1991; בג"צ 180/57 נחיסני נ' ראש המועצה הרצליה ואח', פ"ד יב 272. אך אסור לרשות להפלות לרעה מתוך מניעים פסולים. בג"צ 177/62 ברד נ' שר הפיתוח, פ"ד טז (3) 2141. זאת ועוד: ייתכן שהאזרח יהא זכאי להסתמך על הנהג שהיה קיים בעבר ולחבוע על-פיו זכויות, אף שלאחר מכן נוצר נוהג חדש. זאת, כאשר יצליח להוכיח כי רכש זכות בנוהג הקודם. ראה בג"צ 134/67 ואנונו נ' משרד התחבורה, פ"ד כא (2) 710, בעיקר עמ' 710-717.

49 טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 55.

50 טדסקי, לעיל הערה 22, בעמ' 25. כן ראה גביוון, לעיל הערה 1 בעמ' 340-344.

כולל וממצה על-ידי חקיקה שעסקה באותו תחום⁵¹. מנהג נוגד חוק קיים, כאשר דפוס התנהגות המעוגן במנהג עומד בסתירה לנורמה משפטית הקבועה בחוק. במסגרת זו ניתן לדבר על מנהג משנה, מסייג או מבטל חוק.

בעקבות המשפט האנגלו-אמריקאי⁵² המשפט הישראלי מקנה גם לחקיקה מעמד עדיף על המנהג. כאשר קיים מנהג הנוגד חוק, הריהו נדחה מפני החוק, גם אם בפועל לא נעשה שימוש בחוק ואף אם המנהג מאוחר לחוק⁵³. 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 המשפט⁵⁴. היישום הדווקני של השקפה זו ממותן במידת-מה מכוחה המכריע של המציאות החברתית הזוכה להכרה משפטית — למרות ההשקפה המוצהרת — כי חוק עדיף על מנהג. כתיי-המשפט מעניקים הכרה עקיפה למנהג נוגד חוק, אף כי באופן מוצהר הם נשארים נאמנים להשקפה כי החוק עדיף עליו. תוצאה זו מושגת באמצעות פרשנות שיפוטית: כך, למשל, כאשר ניתן לפרש חוק מסוים בכמה דרכים, בית-המשפט יעדיף את הפירוש העולה בקנה אחד עם המנהג, למרות שפירוש כזה מתיישב עם לשון החוק פחות מפירושים אחרים⁵⁵. כשמדובר בחוק דיספוזיטיבי שניתן להתנות עליו, הגישה כלפי מנהג נוגד תהיה גמישה יותר.

דרך אחרת למיתון ההשקפה המוצהרת בעניין מנהג נוגד חוק היא מתן פירוש מצמצם לחוק באופן כזה שהחוק אינו עומד בניגוד למנהג⁵⁶. מנהגים של אי-אכיפה או הנחיות של רשויות האכיפה, המסייגות את האכיפה לפי השתנות הנורמות החברתיות

51 כמובן זה המנהג ממלא תוכן חללים או פערים במערכת הדין החרות. ראה גביון, לעיל הערה 1, בעמ' 336-337.

52 לסקירה מקפת של הספרות ולדיון השוואתי בעמדת שיטות המשפט השונות ראה אבן, דה סואטורו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשלז-1977) עמ' 79 ואילך. המשפט הקונטיננטלי מכיר באפשרות שמנהג מאוחר יבטל חוק.

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

54 אבן, לעיל הערה 52, בעמ' 174.

55 שם, עמ' 174.

56 דוגמא מאלפת לטכניקה שיפוטית זו מצאנו בעניין דמי-מפתח. בארץ התפתח מנהג לפי שוכר הנכנס למושכר היה משלם 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 נאטרה קבלת דמי-מפתח בסעיף 7 לפקודת הגבלת שכר-דירה (דירות), 1940 (ע"ר תוספת 1, 230). 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 מנהג זה כאי-חוקי ולהכריזו כבטל. בפועל כתיי-המשפט פירשו 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 בצדו. לדוגמאות נוספות ראה אבן, לעיל הערה 52, בעמ' 180 ואילך.

ביחס להוראות החוקים, הם טכניקות אחרות למיתון ההשקפה שמנהג אינו יכול להיות נוגד חוק⁵⁷. כך, במיוחד במקרים שבהם קיימים אילוצים לשינוי החוק⁵⁸. במידה מסוימת, אף פרשנותו של סעיף 11(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה לפי המנהג החוקתי בדבר סמכות כריתת אמנות על-ידי הממשלה, מהווה דוגמא לפרשנות של חוק שנעשתה 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 קמיאר⁵⁹, והועדף הפירוש לפיו אין חובה כללית לשתף את הכנסת באישור כריתת האמנה, למרות שכך משתמע, לדעתי, מלשון הסעיף.

3. מוסכמות חוקתיות

למען שלמות הניתוח המושגי, מן הראוי להבחין בין מנהג חוקתי, המהווה חלק בלתי נפרד מן המשפט החוקתי הפוזיטיבי במובנו הצר, לבין מוסכמה חוקתית. המוסכמה החוקתית שייכת למערכת רחבה של נורמות חוקתיות המסדירות את התנהגותן של רשויות המדינה וממלאי התפקידים השלטוניים, אולם אין זה ברור אם היא מהווה חלק מן המשפט החוקתי הפוזיטיבי במובנו הצר. בין השאר, הדבר נובע מהמגבלות הקיימות במשפט הציבורי על אכיפתן של המוסכמות החוקתיות בשל היותן קשורות לעתים בעניינים בלתי-שפיטים או בעניינים שאין זכות עמידה לעותרים להבטיח אכיפתן. המונח "מוסכמה חוקתית" (Constitutional Practice) הוא התרגום הרעיוני שאנו מציעים למונח "קונבנציה חוקתית", המקובל באנגליה ובארצות המשפט המקובל הקשורות עמה, כגון קנדה, אוסטרליה ונידלנד⁶⁰. זהו תרגום רעיוני ביישום ישראלי, אולם אין זה מוסד משפטי זהה.

מבחינה רעיונית, קיומו של רובד בלתי-כתוב של כללים מנחים להתנהגות רשויות המדינה ונושאי משרות שלטוניות, הקיים בצד הדין החוקתי-הפוזיטיבי, איננו תופעה ייחודית לאנגליה. צורות מגוונות של הסדרים חוקתיים בלתי-כתובים, הבאים למלא תוכן חלקי בדין החוקתי הכתוב, קיימות בכל שיטה משפטית⁶¹.

57 גביון, לעיל הערה 1, בעמ' 340-341.

58 שם. ראה גם (1972) *The Decision to Prosecute* A.F. Wilcox.

59 ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 89 (להלן: קמיאר).

60 ראה, באופן כללי: Marshall and Moodie, *Some Problems of the Constitution*, (rev. ed. 1961) 29; Sir Jennings, *The Law of the Constitution* (5th ed., 1959) 134-136; Sir Jennings, *Cabinet Government* (3rd ed. 1959) 5-13; Hand Philips, *Constitutional and Administrative Law* (5th ed., 1973); Munro, "Laws and Conventions Distinguished", 91 *L.A. Rev.* (1975) 218.

61 השווה דברי המלומד סיר ווליאם הולדסוורת בעניין זה: Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" 17 *Iowa L. Rev.* (1932) 161, at 162 "In fact conventions must grow up at all times and in all places where the powers of the government are rested in different persons of bodies... where in other words there is a mixed Constitution."

באנגליה הקונבנציות החוקתיות מוגדרות ככללים בלתי-כתובים, המסדירים את היחסים בין רשויות המדינה ואת הדרכים להפעלת סמכותן. כללים אלה מקובלים על רשויות המדינה הרלבנטיות. ייחודן של הקונבנציות החוקתיות הוא בכך, שהן אינן ניתנות לאכיפה בכתב-המשפט, והסעד על הפרתן אינו בתחום המשפטי אלא בתחום הפוליטי.

התנאים להיווצרותה של קונבנציה חוקתית במשפט האנגלי דומים במידת-מה לדרישות המקובלות בארץ ליצירת מנהג. הכוונה לדפוסי התנהגות, החוזרים ונשנים בליווי תחושת חובה לפעול על-פיהם. לפי המבחן שהציע סיר איוור ג'נינגס, כדי שדרך התנהגות מסוימת תוגדר בקונבנציה חוקתית, יש להראות תקדימים שבהם פעלו על-פי אותו דפוס התנהגות, וכי הנפשות הפועלות באותם תקדימים ראו את עצמן מחויבות לנהוג על-פיו. כן יש להראות מהי הסיבה לאותו דפוס התנהגות. לעתים תקדים אחד המלווה בסיבה טובה יכול לכשעצמו ליצור קונבנציה, ואילו שורה ארוכה של תקדימים ללא סיבה כזו לא ייצרו קונבנציה – אלא אם כן ברור לחלוטין שהאנשים הנוגעים בדבר ראו את עצמם מחויבים לפעול על-פי דפוס ההתנהגות הנדון.⁶²

מטרת הקונבנציות החוקתיות היא להבטיח שהמסגרת המשפטית של המערכת החוקתית תופעל בהתאם לערכים ולעקרונות החוקתיים המקובלים.⁶³ בדרך-כלל הקונבנציות החוקתיות הן בלתי-כתובות, אם כי לעתים הן מאוזכרות בכתובים, במסמכים חוקתיים ובמובאות לדברי-חוקקה. לעתים התוצאה של הקונבנציות החוקתיות היא העברת הסמכות הממשית מידי בעל הסמכות המשפטית למוסד שלטוני אחר. במובן זה הקונבנציות החוקתיות קובעות הסדר הנוגד את ההסדר החוקי הפוזיטיבי.⁶⁴

באנגליה, בקנדה ובאוסטרליה ממלאות הקונבנציות החוקתיות תפקיד נכבד בקביעת הסדרים החוקתיים היסודיים ביותר של מערכת המשטר. כך, למשל, הדרישה הבסיסית, לפיה אם האופוזיציה זוכה ברוב בבחירות על הממשלה הנוכחית להתפטר מיד, אינה מעוגנת באנגליה או בקנדה בחוק כתוב, אלא מוסדרת על-ידי קונבנציה חוקתית. הדרישה, שהעומד בראש הממשלה חייב ליהנות מאמון הפרלמנט, והדרישה להתפטרות הממשלה במקרה של הבעת אי-אמון אף הן אינן כתובות, אלא מוסדרות

'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 separated communities'. Necessarily conventional rules spring up to regulate the workings of the various parts of the constitution, their relations to one another, and the subject".

Jennings, *The Law and the Constitution* supra note 60 at p. 136 62

63 כגון בדיונים אימפריאליים בין השלטונות הבריטיים לנציגי המוסדות לשעבר בקנדה, באוסטרליה ובניו-זילנד, או במבוא לחוק הוסטמיניסטר משנת 1931 שקבע את ההסדר החוקתי בין המדינות הנ"ל לבין בריטניה.

Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977) 7 64

על-ידי קונבנציות חוקתיות. כמו-כן, 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 להזכיר כמה טעמים עיקריים לכך⁶⁵: ראשית, הקונבנציה לא נוצרה על-ידי הלכה פסוקה אלא על-ידי תקדימים של רשויות מדינה אחרות. יתירה 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 לתתו עליו בניגוד לקונבנציה החוקתית, לפיה אין הוא רשאי לסרב לתתו על חוקים. בתי-המשפט פסק, שכל עוד החוק לא נחתם על-ידי המושל הכללי, אין בתי-המשפט יכול לאכפו⁶⁶.

יש להדגיש, כי אף שבתי-המשפט אינם אוכפים קונבנציות חוקתיות, הם הכירו בהן⁶⁷ וגם השתמשו בהן כפרקטיקה לצרכי פרשנות⁶⁸. בתי-משפט אינם אוכפים קונבנציות חוקתיות אולם קיימות דרכים פוליטיות לאכיפת הקונבנציות. מקרה מעניין במיוחד התרחש באוסטרליה ב-1975 כאשר המושל הכללי ג'והן קר פיטר את ראש הממשלה ג'ון ויטלם לאחר שלא הצליח לזכות באישור התקציב בסנט. הפיטורין נומקו בכך שעל-פי ההקונבנציה, בהעדר אישור לתקציב חובה על ראש הממשלה להתפטר או להודיע על בחירות⁶⁹.

בפסיקה של ארצות המשפט המקובל ניתן למצוא תמיכה בגישה הדוגלת באפשרות שקונבנציה חוקתית תתפתח לדין חוקתי מחייב⁷⁰; עם זאת, קיימת גם הגישה ההפוכה

65 ראה *Attorney General of Manitoba v. Attorney General of Canada* 1981/6 W.W.R., 1 at 99 per Martland, J פסק-דין זה עסק בעניין השחתפות הפרובינציות בתהליך תיקון החוקה ויאוזכר להלן כפסק-דין במתן תהליך תיקון החוקה הקנדית.

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

67 *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* (1969) 1 A.C. 645 (1963) 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 466-467; *Br. Coal Corp v. R* (1935) A.C. 500; *A.G. v. Jonathan Cape Ltd.*, *A.G. v. Times Newspapers* (1976) 1 D.B. 752, (1975) 3 All E.R. 484; *Copyright Owners Reproductions 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, at 102 and the authorities cited therein.

68 *Copyright Owners*, supra note 67

69 Howard, *Australian Federal Constitutional Law* (3rd ed. 1985) 135-138

70 ראה הפסיקה הנזכרת, לעיל, הערה 67.

הגורסת, שכלל התנהגות שמקורו בקונבנציה חוקתית אינו יכול להתפתח לדין חוקתי מחייב⁷¹.

בפסק-דין של בית-המשפט העליון הקנדי משנת 1981⁷² נדון בהרחבה תהליך התהוותם של עקרונות חוקתיים מחייבים מתוך נוהגים ופרקטיקות של רשויות הממשל. באותו עניין נדונה השאלה, האם הדין החוקתי בקנדה מחייב את הפרלמנט הפדרלי לבקש את הסכמת הפרובינציות שמהן מורכבת הפדרציה הקנדית בטרם יפנה לפרלמנט הבריטי לשנות את חוק צפון אמריקה, 1965 (הוא חוק-היסוד הקנדי עד אימוץ החוקה ב-1981). זאת, כאשר השינוי נוגע במישורן ליחסי השלטון הפדרלי והפרובינציות. בית-המשפט קבע ברוב דעות⁷³, כי מבחינת הדין החוקתי הפוזיטיבי אין מוטלת על הפרלמנט הפדרלי חובה כזו, אולם פסק (ברוב דעות, בהתפלגות שונה של השופטים), כי קיימת קונבנציה חוקתית המטילה חובה על הממשל הפדרלי להשיג מידה מסוימת של הסכמה מצד הפרובינציות בטרם יפנה לבריטניה לחקיקת השינוי האמור. ודוק: הקונבנציה דרשה השגת מידה מסוימת של הסכמה מאת הפרובינציות, ולא הסכמה פה אחד של הפרובינציות לתיקון המוצע לחוקה.

כאמור, קיומו של רובד בלתי-כתוב של כללים מנחים להתנהגות רשויות המדינה ונושאי משרות שלטוניות, בצד הדין החוקתי הפוזיטיבי, אינו ייחודי לאנגליה. גם בישראל נוהגים הסדרים בלתי-כתובים הממלאים חללים בדין החוקתי הפוזיטיבי. אנו מציעים את המונח "מוסכמה חוקתית", שהינו המוסד הישראלי הקובע כלל בלתי-כתוב כזה, ומקביל — אך אינו זהה — לקונבנציה החוקתית האנגלית. מכיוון שאין הכרח שטיבו של המוסד הישראלי יהיה זהה לקונבנציה האנגלית בתכונותיו, בדרכי יצירתו ובאפשרות אכיפתו, עדיף שלא לשאול את המינוח המילולי האנגלי אלא להשתמש במושג שונה⁷⁴.

רבים מההסדרים החוקתיים, אשר מוגדרים באנגליה כמוסכמה חוקתית, עוגנו בשיטת המשפט הישראלי בחקיקה מפורשת. חובת הממשלה לבקש את אמון הפרלמנט לשם כינונה⁷⁵, והפסקת כהונתה של ממשלה אם הפרלמנט הביע אי אמון בה⁷⁶ מעוגנות בישראל בחקיקה מפורשת⁷⁷. החוק בישראל קובע במדויק אימתי רואים ממשלה

71 "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. at 131 per Laskin, C.J.

72 *Supra*, note 71.

73 בדעת הרוב היו: Laskin, C.J., Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer. J.J. בדעת המיעוט היו: Martland and Ritchie J.J.

74 יש הגורסים, למשל, כי קונבנציה חוקתית אינה יכולה להוות בסיס להתפתחותו של דין חוקתי מחייב, ראה, לעיל הערה 71; אולם אין הדבר כך במשפטנו שבו בהחלט ייתכן שמוסכמה חוקתית תתפתח למנהג חוקתי מחייב.

75 סעיף 15 לחוק-יסוד: הממשלה.

76 סעיף 24 לחוק-יסוד: הממשלה.

77 חוק-יסוד: הממשלה, בגירסתו המקורית יוחלף ותחתיו יכנס לחוקף החל מהכנסת הארבע-עשרה נוסח חדש לחוק-היסוד, נוסח השונה מקודמו בתכלית השינוי. (ס"ח תשנ"ב 1396 בעמ' 2143). החל מהבחירות לכנסת הארבע-עשרה ייבחר ראש הממשלה בבחירות אישיות (ס' 3(ב)); לא יירש עוד אמון הכנסת כדי לכונן ממשלה, אלא יהיה די בהצגת הממשלה לפני

כמתפטר בהיבחר פרלמנט חדש, ואימתי נפסקת כהונת ממשלה שהובע בה אי-אמון. על שאלות אלה אין תשובה חדה בפרקטיקה האנגלית. פרופ' דייסי הביע בזמנו את הדעה, כי אלה הן שאלות שהסדרתן משתנה מדור לדור⁷⁸. סדרי הרכבת הממשלה מוסדרים במפורט בחקיקה בישראל, מה שאין כן באנגליה ובארצות המשפט המקובל, כגון קנדה. הכולל יסודי זה בין המערכת החוקתית בבריטניה לבין המערכת החוקתית בישראל, יש בו כדי להעמיד בספק את האפשרות לערוך הקבלות בלתי-מסויגות 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 שמוסדרים באנגליה על-ידי קונבנציות חוקתיות, אלא גם עקב ההבדל הבסיסי שבין שיטת המשפט הרפובליקנית בישראל לעומת המלוכה החוקתית באנגליה. גישה זו מוצאת לה תמיכה בפסיקה בתי-המשפט בישראל, שסירבו ללמוד הלכה ישירה מהפרקטיקה האנגלית בשאלות חוקתיות שהתעוררו בעבר⁷⁹, והוא אף אם החקיקה מפנה במפורש לקונטקסט האנגלי כמו סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁸⁰. 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 בתפישת המשפט המקובל הישראלי בדיני חוקה.

הגישה שהצענו לעיל מוצאת תמיכה ברורה במשפט המקובל הישראלי, כפי שהדבר משתקף היטב בפסק-הדין בעניין קמיאר⁸¹. בפסק-דין זה לא נעשתה הבחנה בין מוסכמה חוקתית לבין מנהג, המהווה דין מחייב במובנו הצר. בפרשת קמיאר הכירו במנהג לפיו הממשלה מאשררת את האמנות הטעונות אשרור, והתייחסו למנהג שהוכר כדין כמנהג מחייב לכל דבר. לא נאמר דבר על כך שהנורמה המשפטית שהוכרה כמנהג חוקתי שונה מנורמה משפטית אחרת, המהווה חלק ממערכת המשפט החוקתי הפוזיטיבי. מבחינת טיב העניין ניתן היה להכניס את נשוא פסק-הדין למסגרת הנושאים שלפי התפישה המושגית הבריטית מוגדרים על-ידי קונבנציה חוקתית. העניין הוא פוליטי במהותו: חלוקת הסמכויות בין הכנסת לממשלה ותפקיד הנשיא בתהליך כריתת אמנות.

מכאן יש לומר, כי לא נדרשת היזקקות למושג הקונבנציה החוקתית האנגלית במסגרת

הכנסת (ס' 14); הבעת אי-האמון כממשלה בגירסת החוק המקורית הפכה בגירסה החדשה להבעת אי-אמון בראש הממשלה, אשר יכולה להתקבל רק ברוב חברי הכנסת וכמוה כהחלטת הכנסת על התפזרותה (ס' 19).

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

79 ד"ר 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430; ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא 403.

80 קמיאר, לעיל הערה 59, כמיוחד דברי השופט ח' כהן, בעמ' 97.

81 לעיל, הערה 59.

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. כמו-כן אין הכרח להניח, שהמוסכמה החוקתית אינה אכיפה בבתי-המשפט.

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

ה. יישום המנהג במשפט הציבורי: מבט כללי בראי הפסיקה

המנהג והנהג ממלאים תפקיד בכל ענפי המשפט, אם כי — כפי שציין פרופ' טרסקי — "תוקפם וחשיבותם שונים בכל ענף וענף"⁸². בתחום המשפט הציבורי⁸³ שימשו המנהג והנהג יסוד ליצירת סמכויות לרשויות השלטון, להטלת מגבלות עליהן בהפעלת סמכותן, להענקת זכויות לאזרח וכן לקביעת סדר-הדין שלא נקבעו בחוק. ביטוי לכך ניתן למצוא בפסיקה בתחומי המשפט החוקתי ומשפט המינהלי, המשפט הדיוני והמשפט הפלילי, כפי שנבאר להלן.

בתחילת הדברים מן הראוי להעיר, כי הפסיקה משקפת רק את קצה הקרחון הנראה לעין. בפועל קיימים מנהגים ונוהגים רבים שהרשויות פועלות על-פיהם, ושטרם נודמן לבתי-המשפט ליתן גושפנקא שיפוטית לקיומם — משום שלא נדונו בבתי-המשפט או משום שלא היה טיעון שהסתמך עליהם⁸⁴. לשם הדגמת יישום המנהג במשפט הציבורי — מבלי להתיימר להציג תמונה ממצה או מקיפה — נציג פסיקה שהכירה במנהג ובנוהג בהיבטים שונים של המשפט הציבורי⁸⁵. כיום מעוגנים רבים ממנהגים אלה בחקיקה, כגון בתקנות סדר-הדין האזרחי או בחוק סדר-הדין הפלילי. הדוגמאות שיובאו מתייחסות למנהגים שהיו קיימים בעת שניתנו פסקי-הדין המאוזכרים. המנהג מילא תפקיד נכבד בתחום המשפט הדיוני, כולל סדר-הדין (האזרחי והפלילי) ודיני הראיות. בתחומים אלה ניתן למנות שורה ארוכה של הסדרים, שמקורם במנהגים ובנוהגים, שאחר כך זכו להכרה שיפוטית.

דרישת הסיוע לעדות של שותף לעבירה ולעדוטה של מתלוננת בעבירות מין,

82 טרסקי, לעיל הערה 2 בעמ' 52.

83 המושג "משפט ציבורי" במונחו הרחב אינו מצטמצם למשפט המינהלי והחוקתי, אלא כולל גם את דיני הראיות, דיני העונשין, סדר-הדין האזרחי, סדר-הדין הפלילי ותחומים אחרים שבהם מופעלת באופן חריצודי סמכות השלטונות על-ידי הרשות הציבורית. ראה אקצין, "על המשפט הציבורי" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, כרך שלישי, חוברת 5 (תשכ"ח).

84 השווה טרסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 56.

85 במונחו הרחב, ראה, לעיל הערה 83.

תחילתה ככלל מנהגי⁸⁶. בהתייחסו לאיסור של הרשעה על-פי עדות שותף בלבד אמר השופט (כתוארו אז) אולשן:

“אמנם איסור כזה לא הוטל על-ידי החוק החרות, אבל זהו כלל שנוהגים על-פיו, ומשמעו הוא, שאין להאמין לעדותו של עברייני, שותף לעבירה, בהעדר עדות מסייעת”.

המנהג מעניק זכות מהותית לעברייני בהקימו תריס בפני הרשעה על-סמך עדות יחידה העשויה לעוות את הדין⁸⁷.

אף קיומו של משפט זוטא מקורו בנוהג. כאשר נאשם מתנגד לקבלת הודאתו כמשטרה מאחר שזאת לא ניתנה, לטענתו, מתוך “רצון חפשי” כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל”א-1971⁸⁸, חייב בית-המשפט לערוך משפט זוטא. אומנם אין על כך הוראה בחוק החרות, אך זהו נוהג שתחילתו עוד בימי המנדט, והוא נשתרש במשפטנו עד כדי כך שיש לראותו כאחת מזכויות הנאשם⁸⁹. הזכות להשמיע טענות לעניין העונש בשלב שלפני מתן גזר-הדין מקורה בנוהג. בע”א 9/55, עו”ד פלוני נ’ יו”ר וחברי המועצה המשפטית⁹⁰ אמר השופט ברנזון:

“בתביעות פליליות באנגליה הנוהג כיום הוא שאחרי ההרשעה ולפני גזר הדין מקבל בית-המשפט אינפורמציה מפי בא-כוח התביעה ומאת הנאשם או בא-כוחו על עברו ואופיו הכללי של הנאשם ועל כל נסיכה 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 בכל משפט פלילי. כשאני לעצמי הייתי סבור כי אי קיומה של מצווה זו – גם כאשר מקורה אינו בחוק החרות כי אם בנוהג מושרש – יש בו לשמש עילה לפסילת גזר-הדין”.

המנהג עמד ביסוד ההלכה בדבר הטלת עונשי מאסר חופפים על עבירות שנדונו בהליך אחד⁹¹. בע”פ 22/52, הוניגמן נ’ היוהמ”ש⁹² הכיר השופט הלוי בקיומו של הנוהג, אך הוסיף “שאינ כלל או נוהג נוקשה נגד עונשים מצטברים”. מהקשר הדברים עולה כי במקרה שבוצעו העבירות במקומות שונים, בנסיבות שונות ובתקופות ממושכות – יש מקום להתעלם מהנוהג להטיל עונשים חופפים. נוהג זה גובש בחוק

86 כת”פ 53/50 חסון נ’ היוהמ”ש, פ”ד ד 843.

87 שם, בעמ’ 855. ראה גם הרנון, דיני ראיות (מהדורה שלישית, תשמ”ה, חלק ב’), עמ’ 16-22.

88 נ”ח 421.

89 ראה הרנון, לעיל הערה 87 בעמ’ 278.

90 פ”ד י 1720, בעמ’ 1732-1733.

91 ע”פ 63/52 קפון נ’ היוהמ”ש, פ”ד ו, 793.

92 פ”ד ז 296, בעמ’ 304.

דיני עונשין (דרכי ענישה) (נוסח משולב), תשל"ל-1970⁹³ בסעיף 11(א), בו נאמר שמי שנדון במשפט אחד למספר עונשי מאסר יהיו עונשי המאסר חופפים, אלא אם הורה בית-המשפט אחרת.

גם טענת "אין למה להשיב" מקורה בנוהג. כדברי השופט חשין בכג"צ 6/53 בלכר נ' שמיר, שופט שלום בתל-אביב⁹⁴: "ואמנם בבתי-המשפט בארץ נקבע, כאמור כלל שבנוהג בתביעה פלילית, לשמוע בשלב הביניים טענת "אין על מה להשיב". בע"פ 26/49, היוהמ"ש נ' הוסיין חמדן⁹⁵ הוסיף השופט חשין:

"נוהג זה דין הוא ואין משנים ממנו". כן ניתן להזכיר את חובתו של בית-המשפט לאפשר למערער להשיב על טענות המשיב במשפט הפלילי, שיסודה "במנהג... מבוסס וידוע שאין איש פוסח עליו או פוגע בו"⁹⁶.

הפרוצדורה של מחיקת ערעור פלילי כשהמערער לא הופיע לערעור יסודה בנוהג. על יסוד הנוהג, שנתגבש בבתי-משפט, מוחקים ערעור פלילי כשהמערער לא הופיע לערעור, אף כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי⁹⁷ לא דיברו על מחיקה אלא קבעו כי בית-המשפט יכול לדון בערעור שלא בפני המערער⁹⁸. בתחום המשפט הדיוני מילא המנהג תפקיד בהסדרת היחסים שבין בית-המשפט למתדיינים ובאי-כוחם ובקביעת הצורה הנכונה לתחילת ההליך⁹⁹ — אם בהמרצה או בתביעה רגילה¹⁰⁰. אף בדיני ההוצאה לפועל התפתחו נוהגים שזכו לגושפנקה שיפוטית¹⁰¹.

בתחום דיני העונשין, "נוהג עשוי בדרך כלל לשמש הגנה במשפט פלילי, כשמוכיחים כי כמסיבות דומות או דומות בקירוב לאלה שהוכחו במשפט, נוהגים הבריות בדרך

93 ס"ח 109. כיום מוסדר הנושא בסעיף 45 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

94 פ"ד ז, 1105, בעמ' 1109.

95 פ"ד ב 837.

96 ע"פ 69/49 לוי נ' היוהמ"ש, פ"ד ד 8; ע"פ 36/49 היוהמ"ש נ' חוסיין חמדן, לעיל הערה 96; בג"צ בלבר, לעיל הערה 95.

97 בעבר סעיף 189 לחוק סדר-הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, וכיום סעיף 208 לחוק סדר-הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982.

98 ע"פ 542/77 בונד נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 277; ע"פ 7/59 פרושינסקי נ' תיק, פ"ד יג 832.

99 בג"צ 63/74 איזמירו מחמוד סעוד נ' בית-המשפט המחוזי, פ"ד כח (2) 37, בעמ' 42. (תיקון טעות בפסק-הדין על-פי פניית ב"כ בעל-דין).

100 ע"א 121/58 צוקר נ' פקיד השומה, פ"ד לה 102; ע"א 355/58 קוארט וגלר נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד יג 95.

101 ע"א 382/52 קרמר נ' ציגלר, פ"מ ט 36; ע"א 311/71 שטאובר נ' מוחה, פ"ד כו (1) 416, בעמ' 419; בג"צ 50/55 יחזקאל נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד ט 1617.

שנהג הנאשם¹⁰². כמו־כן, בקבוצות אוכלוסיה מסוימות מילאו מנהגים ונוהגים תפקיד בקביעת העונש¹⁰³ ובהערכת עדויות¹⁰⁴.

בתחום המשפט החוקתי והמינהלי נוצרו מכוח המנהג הסדרים משפטיים באשר ליהסים שבין רשויות המדינה, ונקבעו סמכויות וחובות שלא הוסדרו בחוק במפורש. סדרי עבודתה של הכנסת מבוססים בחלקם הגדול על נוהגים ומנהגים; יש מהם המסדירים תחומים שלא הוסדרו כלל בתקנון הכנסת, ויש מהם המשלימים הסדרים שנקבעו בתקנון¹⁰⁵. גם עבודת ועדות השרים (עד לעיגון בסעיף 27 לחוק יסוד: הממשלה) וסדרי עבודת הממשלה, הקבועים כיום על־פי סעיף 26 לחוק יסוד: הממשלה¹⁰⁶, גובשו לפני כן בנוהג.

יש שמנהג מעניק סמכות, ויש מנהג מטיל חובה. מכוח מנהג חוקתי הוכרו סמכותה של הממשלה לכרות אמנות ולאשררן¹⁰⁷; השתתפותו של שר המשפטים בתהליך קבלת החלטתו של נשיא המדינה לחון עבריינים¹⁰⁸; סירובו של בג"ץ (עד לשינוי בחקיקה) להפנות את העותרים נגד פסק־דין בהוצאה לפועל לסעד חילופי כבתי־המשפט, משום שפנייה כזו לבג"ץ כנגד פסק־דין של יושב־ראש ההוצאה לפועל היתה בגדר "נוהג אשר נתאזרח בדיני ההוצאה לפועל של פסק־דין מזה עשרות שנים"¹⁰⁹; וכן הכירו בתי־המשפט בכוחו של המנהג ליצור תנאים מוקדמים להפעלת סמכות על־ידי רשות ציבורית, ובלבד שאינם סותרים את החוק או משנים אותו, להבדיל ממילוי תוכן של מסגרת הקבועה בחוק¹¹⁰.

גם בתחום היחסים שבין האזרח לשלטון מילאו הנוהגים תפקיד. נוהג שלטונות המס לראות בדו"ח מס הכנסה של הנישום הצעה 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)¹¹¹. בענייני מסים יש להזכיר, כי הנוהג לגבי שיטת הערכת מלאי¹¹². ולגבי חישוב מחיר מוצרי יבוא¹¹³ שימש נר לרגלי בית־המשפט לצורך הכרעה בשאלות מיסוי. כפי שהערנו לעיל¹¹⁴, הפסיקה עושה שימוש מתחלף במונחים "מנהג" ו"נוהג"

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

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

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

105 ראה צידון, בית הנבחרים (מהדורה 5, תשכ"ט) 101-114.

106 אושר בישיבתה מיום יב בסיון תשכ"ט (8.6.68). נוסחים מחודשים אושרו לאחר מכן.

107 קמיאר, לעיל הערה 59.

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

109 בג"צ 87/52 עציין נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד ו 484.

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

111 ע"פ 280/77 עזרא אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 536-537; ע"פ 838/76 מלכה נ'

מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 250.

112 עמ"ה 309/59 הוצאת ספרים בע"מ נ' פקיד השומה, פ"מ כז 111.

113 ע"א 245/77 מדינת ישראל נ' פלדת פלדום בע"מ, פ"ד לב (1) 16, בעמ' 18.

114 ראה, לעיל הערה 38, והסמוך לה.

ואינה מבהירה באופן חד-משמעי, בפסקי-הדין שהוזכרו בסקירה לעיל, אם התייחסה למנהג או לנוהג במוכנס המדויק כפי שהוגדר על-ידינו במהלך הדברים¹¹⁵. באופן כללי ניתן לומר, כי כל אימת שמדובר ביצירת סמכות¹¹⁶, בהכשרת השתתפותה של רשות אחת בהליך שלטוני שנמסר לסמכותה של רשות¹¹⁷ אחרת או ביצירת תנאים להפעלת סמכות¹¹⁸ — עוסקים במנהג, אף כי פסק-הדין עושה שימוש במונח "נוהג". הוא-הדין כאשר מדובר בהסדר המקנה זכויות לאזרח¹¹⁹ או קובע סדרי-דין¹²⁰; לעומת זאת, כאשר מדובר בהסדר היוצר הנחה עובדתית מכוח הדין בכיוון מסוים¹²¹, אנו נוטים לדעה כי מדובר בנוהג, במוכנו המדויק.

מעבר לאי-הבהירות בשימוש במונחים "נוהג" ו"מנהג" ברור כי הסקירה דלעיל מלמדת על קיומו של יישום נרחב למנהג במשפט הציבורי.

ו. היבטים ייחודיים לאכיפת מנהג במשפט הציבורי

המנהגים במשפט הציבורי נבדלים, כמובן, מן המנהגים במשפט הפרטי, כאשר תוכנם מסדיר שאלות בענפי משפט שונים. אולם, קיים היבט ייחודי למנהג במשפט הציבורי והוא במידת אכיפתו על-ידי בתי-המשפט. המגבלות לאכיפתם של מנהגים במשפט הציבורי נובעות מכך שחלק מן הנושאים המוסדרים במנהגים במשפט הציבורי — ובמיוחד אלה הנוגעים ליחסיה-הגומלין בין רשויות השלטון — עשויים לפי התפישות השיפוטיות הנכללות בדרך-כלל בגדר מכחי אי-השפיות. מגבלות האכיפה מקורן גם בדיני זכות העמידה כבג"ץ ובהלכות השוללות דיון בעתירה או מתן סעד מטעמים של צדק ויושר. בשאלת המגבלות לאכיפה שיפוטית של מנהגים במשפט הציבורי ייחכנו שתי גישות חלופיות. לפי הראשונה, בהיעדר אפשרות לאכיפה אין מנהג. לפי גישה זו, מנהג, ככל דין, יוצר זכויות, סמכויות וכוחות. אחד ממאפייניו של דין הוא אפשרות לאכיפתו בערכאות משפטיות. מכאן שהיעדר דרכים לאכיפתו המשפטית של מנהג — למשל, בשל מיגבלות שפיות, זכות עמידה, או שיקולי צדק בבג"ץ — שולל את האפשרות להגדיר את הנורמה העומדת לדיון כמנהג מחייב¹²².

הגישה השנייה היא שמגבלות על אכיפה משפטית אינן שוללות מהנורמה הנדונה את מעמדה כמנהג במשפט הציבורי. אולם הנורמה המשפטית שנוצרה על-ידי המנהג

115 ראה, לעיל, טקסט והערות 37-40.

116 ראה, למשל, קמיאר, לעיל הערה 59; ברנד לעיל הערה 98.

117 ראה ברזילי, לעיל הערה 108.

118 ראה שוחט, לעיל הערה 110.

119 ראה בלכר ותמנדן הערות 95-96 לעיל; לוי, לעיל הערה 96; עו"ד פלוני, לעיל הערה 90;

חסון, לעיל הערה 86.

120 ראה, לעיל, טקסט והערה 88.

121 ראה פסקי-הדין בעניין אליהו ומלכה, לעיל הערה 111; הוצאת ספרים, לעיל הערה 112;

פלדת פלדום, לעיל הערה 113.

122 ראה טרלו, סמכויות הממשלה (ירושלים, תשל"ה) 1-24.

במקרה כזה סובלת ממגבלת אכיפה. למה הדבר דומה? לזכות כמשפט הפרטי, שאין חולקין על קיומה, אך אין אפשרות לאכיפה בנסיבות מסוימות. לדעתנו עדיפה הגישה השנייה¹²³. ידוע כי לא כל זכות ניתנת לאכיפה, ואין בצדה של כל נורמה משפטית סנקציה המבטיחה אכיפתה. כך, למשל, לפי התפישה המשפטית המקובלת בארצנו, בסיטואציה של התיישנות בעל זכות אינו יכול לאכוף את זכותו משחלפה תקופת ההתיישנות, אולם הזכות עצמה עומדת וקיימת. אם יימנע נתבע מלהעלות טענת התיישנות, הרי התובע יוכל לאכוף את זכותו כנגד הנתבע¹²⁴. הוא־הדין באשר להיעדר אפשרויות אכיפה של מנהג מתחום המשפט הציבורי בשל החלת דיני אי־השפיטות וזכות העמידה, בשל הנוראות חסינות פרוצדורלית, בשל סירוב לדון בעתירה מטעמים שביושר, כגון שיהוי או אי ניקיון־כפיים, או בשל סירוב ליתן סעד משיקולי צדק. היעדר אפשרות לאכיפה אינו שולל את קיומו של המנהג. כך, למשל, נפסק, כי דחיית עתירה מחמת שיהוי אינה מונעת אכיפת הזכות נשוא העתירה בהליך חילופי כבית־משפט, כאשר זו קיימת. בפרשת בנק איגוד לישראל נ' מדינת ישראל¹²⁵ אמר, בעניין זה, השופט ח' כהן:

"העובדה שהשהה העותר את עתירתו עד כדי שבג"ץ לא יראה עוד צורך לתת לו סעד למען הצדק, אינה אומרת ואינה נותנת שתביעתו באותה עילה התיישנה בבית־המשפט הנותן סעד עפ"י הדין. עתירה שנדחתה מחמת השהוי עדיין יכולה לבוא כתביעה בבית־משפט מוסמך כל עוד לא התיישנה. מקום שבג"ץ דוחה עתירה על הסף, אין הדחיה הזאת משום מעשה בית־דין שבכחו לסתום תביעה כאותה עילה בבית־משפט אחר".

לדעתנו, לאחר שבג"ץ סירב לאכוף מנהג בשל היעדר זכות עמידה, אי־שפיטות, מטעמים שביושר או בשל שיקולי צדק – המנהג קיים גם כאשר אין פורום חילופי לאכיפת המנהג.

יש להדגיש כי אנו נוקטים עמדה זו גם במקרים שבג"ץ דן לגופו של עניין, אך מסרב ליתן סעד משיקולי צדק¹²⁶. יש להודות, שגישה זו מעוררת קושי במקרים של דחיית עתירה בשל היעדר זכות עמידה, כאשר בית־המשפט מיישם את המבחן הכפול

123 ויכוח דומה קיים סביב השאלה "משפט בינלאומי משפט הוא". ראה על כך, לעיל, הערה 30.
124 גישה זו אומצה בסעיף 2 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112: "אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה".

125 ע"א 292/71 בנק איגוד לישראל נ' מ"י, פ"ד כז (1) 245, 252.
126 דוגמא קיצונית לכך היא פרשת סולימן בלאן (בג"צ 36/68, פ"ד כב (1) 617). במקרה זה היה לעותר זכות לצוד מכח החוק להגנת חיות בר, חשט"ו-1956, אך בג"ץ התעלם מזכות זו מכיוון שחוש הצדק שלו נפגע. ביקורת על פסק־דין זה ראה זמיר, "על הצדק בבית־המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ל) 212; וכן אסנת, "מושגי הצדק של בית־המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"א) 243.

של זכות העמידה — דהיינו: זכות העמידה הדיונית והמהותית. בנסיבות כאלה, כדברי השופט ויתקון בבג"צ 194/74, איגוד הייעול נ' שר העבודה,

"קשה להפריד בין בדיקת זכות העמידה כתנאי דיוני מוקדם לפתיחת שערי בית-המשפט לפני העותר, ובין בדיקת זכותו המהותית כבסיס להיענות בית-המשפט לעתירה לגופה. במקרים אלה שתי הבדיקות מתמזגות ורק סדר חקירתן מתחלף. בראש בודקים את הזכות המהותית שהעותר טוען לה לגופה ואם מבוססת היא ובעלת משקל והצדק דורש שתגן עליה, ממילא נמצאנו למדים שלעותר זכות עמידה"¹²⁷.

נראה, כי יש להבחין בין הדיון בזכות המהותית במסגרת הדיון בעתירה לגופה, ובין הדיון בזכות המהותית בהקשר של הכרעה בזכות העמידה. אין לומר, כי הכרעה שלילית בשאלת זכות העמידה אשר במסגרתה נבדקת הזכות המהותית (כאשר דנים במנהג), יש בה בהכרח גם הכרעה שלילית בזכות המהותית (דהיינו: שהנורמה הנדונה לא עלתה לדרגת מנהג)¹²⁸.

שאלה דומה מתעוררת בסוגיית השפיטות, שהרי לאחרונה ההתפתחות הפסיקתית כאשר למבחני השפיטות בודקת את ההיבט המהותי — את מידת הפגיעה במירקם החוקתי — של המעשה שכנגדו מופנית העתירה, לצורך הכרעה בשאלת השפיטות¹²⁹. אף בעניין זה דעתנו היא שסירוב לזון מטעמי אי-שפיטות אינו שולל את קיומו של המנהג.

ניתן להדגים את יישומם של עקרונות היסוד שהוצעו לעיל על מקרה ספציפי. על-פי המנהג החוקתי, הנשיא מטיל את הרכבת הממשלה על חבר-הכנסת מהסיעה הגדולה ביותר, או על חבר-הכנסת שיש לו הסיכוי הגדול ביותר להרכיב ממשלה¹³⁰. אם תוגש

127 בג"צ 194/74 איגוד הייעול בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד כט (1) 645, בעמ' 649. לעניין זכות העמידה המהותית והדיונית ראה: סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק (1986) 23 ואילך. ראה גם בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729; בג"צ 419/83 דורון נ' המפקח על משפט חוץ פ"ד לת (2) 323.

128 חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בבג"צ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657. אמנם חזור שם מ"מ הנשיא לנדוי על דברי השופט ויתקון בבג"צ איגוד הייעול, אך מוסיף: "ברם אין ללמוד שגם ההיפך נכון: שכאשר יש לעותר זכות עמידה דיונית כדי לבוא בשערי ביה"מ, ממילא הוא כבר הוכיח את זכותו המהותית... מכל מקום זכות עמידה לחוד וזכות המהותית לחוד". דהיינו: אין זכות העמידה והזכות המהותית בכחינת שניים שהם אחד. לפי שיטתו של השופט לנדוי, ייתכנו מקרים שדחיית עתירה בשל היעדר זכות עמידה אין בה כדי לומר שגם זכות מהותית אין בפנינו.

129 בג"צ 682/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו (2) 197. ראה גם בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85; בג"צ 73/85 כץ נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (3) 141; בג"צ 325/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (3) 122.

130 ראה להלן, פרק ח(1).

לבג"ץ עתירה בעניין זה כנגד הנשיא במישרין, במקרה שהוא סטה מהמנהג, העתירה תידחה מחמת אי־שפיטות וחסינות הנשיא¹³¹.

דחיית העתירה, אין בה כדי ללמד על אי־קיומו של המנהג, אלא על היעדר אפשרות משפטית לאכיפתו. בהקשר לכך יש לציין שהדרך להתגבר על חלק מן המגבלות הקיימות לאכיפת מנהגים במשפט הציבורי, היא להשתמש בדרך התקיפה העקיפה ולא בדרך התקיפה הישירה. כך, למשל, מעשיו של הנשיא כפופים לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה אך לא בתקיפה ישירה¹³².

ז. יחסי גומלין בין החוק לבין המנהג

בהעדר חוק, ממלאים המנהג, הנוהג, ובמקרים מתאימים גם המוסכמה החוקתית, תפקיד חשוב בהסדרת התנהגותם של מוסדות שלטון. אולם גם כאשר קיימים דברי־חוקיה ממשיך המנהג למלא תפקיד. תפקיד המנהג יכול להיות במישור הסיוע לפרשנות החוק ובמישור השלמת פערים בחוק; אולם המנהג יכול שיהיה מנהג מסייג חוק. ויכול שהמנהג יקים מערכת שלמה של מוסדות ונורמות המקבילה לחוק. כאשר נוצר מנהג בהיעדר חקיקה, הרי, כפי שציין פרופ' טרסקי, גיבוש של המנהג בחוק הוא גולת הכותרת של התפתחותו¹³³. להלן יידונו היבטים אחדים של יחסי־הגומלין בין החוק לבין המנהג במשפט הציבורי.

1. גיבוש המנהג לחוק

בתחום המשפט הפרטי נהוג להציג את עניין תשלום פיצויי פיטורין כדוגמא קלסית לתהליך גיבושו של מנהג לחוק. תהליך כזה התרחש פעמים רבות במשפט הציבורי; להלן נביא דוגמאות אחדות.

מינוי הרמטכ"ל על־ידי הממשלה בהמלצת שר הבטחון, אשר היה נוהג מקובל, קיבל גושפנקא בסעיף 3(ג) לחוק־יסוד: הצבא¹³⁴. כפיפותו של הרמטכ"ל לשר הבטחון ולממשלה היתה נוהג מוכר, שלא היו עליו עוררין. בעקבות מלחמת יום הכיפורים, התעוררה מחלוקת כאשר לבסיס החוקי של נוהג זה ובאשר לטיבם המדויק של יחסי־הגומלין בין הרמטכ"ל לבין שר הבטחון באשר לאחריות האופרטיבית של ניהול המלחמה. במיוחד התעוררה השאלה, האם שר הבטחון הוא רמטכ"ל־על. לדעתנו, טענה ועדת אגרנט כאשר לא ייחסה משקל ראוי למנהג שהיה קיים בעניין זה¹³⁵.

131 בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' וייצמן, פ"ד ה 801.

132 ד"נ 13/60 היועץ המשפטי נ' מתאנה, פ"ד טז 430; בג"צ 428/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505 (פרשת השב"כ).

133 טרסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 27.

134 ס"ח תשל"ו 156.

135 ראה דיון בנושאים אלו: Shetreet, "The Grey Area and War Powers: The Case of Israel" 45 *The Jerusalem Quarterly* (1988) 27.

כפיפות הרמטכ"ל לשר הבטחון ולממשלה הוסדר בחוק-יסוד הצבא בסעיף 3(ב), הקובע כי הרמטכ"ל נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון¹³⁶. לפני חקיקת חוק-יסוד: הצבא, סמכות הרמטכ"ל להוציא פקודות צבא לא היתה מבוססת בחיקוק כלשהו. לדעתנו, סמכות זו התבססה על מנהג¹³⁷. מנהג זה עוגן בסעיף 5 לחוק-יסוד: הצבא, ובתיקון מקביל לחוק השיפוט הצבאי¹³⁸.

המנהג להגיש מדי שנה את חוק התקציב השנתי וכן המנהג להגיש ולאשר תקציבי-ביניים ותוספות לתקציב גובשו בסעיף 3 לחוק-יסוד: משק המדינה¹³⁹. הנוהג למנות ועדות שרים לטיפול בנושאים ספציפיים, כגון חוץ ובטחון, כלכלה, חקיקה וכיו"ב, מצא את ביטויו בתקנון לעבודת הממשלה¹⁴⁰, וגובש לחוק בחוק-יסוד: הממשלה, בסעיף 27.

הנוהג של יו"ר הכנסת לפרסם את הרכב הממשלה ב"רשומות" נקבע בהתייעצות עם נציגי הכנסת, משרד ראש הממשלה ומשרד המשפטים ב-1416.5.58. נוהג זה גובש לחוק בסעיף 41(א)(1) לחוק-יסוד: הממשלה. הנוהג להציג את קווי-היסוד של הממשלה כשעת הצגת הממשלה החדשה בפני הכנסת, גובש בחוק בסעיף 15 לחוק-יסוד: הממשלה. הנוהג במשרדי הממשלה וברשויות המקומיות לנמק החלטות שליליות לבקשות האזרח, ככלל יסודי במנהל הציבורי, היה קיים ונהגו על-פיו. נוהג זה זכה לגיבוי אף בהחלטת הממשלה, בהמלצות מבקר המדינה ובפסיקה, וגובש בסופו של דבר בחוק לתיקון סדרי המינהל (הנמקות), תשי"ט-1958¹⁴².

לעתים — כמו במקרה זה — יש בגיבוש המנהג לחוק יסוד של קטיעת תהליך וסיוגו. כפי שכתבנו במקום אחר, חוק ההנמקות עצר תהליך של התפתחות פסיקתית, שהיתה מעניקה לאזרח זכויות רחבות יותר להנמקה מאלו שנקבעו בחוק¹⁴³. יש לציין שישנם מצבים שבהם נוהג שהיה קיים במשך תקופה מסוימת הופך לבלתי-חוקי כתוצאה מחקיקה, ומופסק¹⁴⁴.

136 ש.ס.

137 לענין מעמדן של פקודות הצבא לפני חוק-יסוד: הצבא, ראה רובינשטיין, "תקנות ההגנה המנדטוריות — הדין והצורך בשינויו" הפרקליט כח (תשל"ב-תשל"ג) 486; 3; הדר, "מעמדן המשפטי של פקודות הצבא" הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 232.

138 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 12) תשל"ט 1979, ס"ח 108.

139 מאידך, שנת הכספים הוגדרה עד לשנת 1990 כנמשכת מאפריל עד מרץ וזאת עוד משנת 1954 בפקודת הפרשנות. החל משנת 1990 שונתה ההגדרה והיום שנת הכספים חופפת את השנה הגרגוריאנית (ראה חוק שנת הכספים, תשנ"א-1990 ס"ח 30).

140 ראה, למשל, סעיף 37 לתקנות עבודת הממשלה מיום 5.11.61, סעיף 19 לתקנות מיום 9.6.74. 141 צידון, לעיל הערה 105 בעמ' 305-306 והערה 9.

142 ראה דברי ח"כ יצחק רפאל, ד"כ 25 (1958) 303, וראה חוק לתיקון סדרי המינהל (הנמקות) תשי"ט-1958.

143 שטרית, "כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ד-תשל"ח) 42. ראה גם שטרית, "מגמות חדשות בעקרי הצדק הטבעי" הפרקליט לז (תשמ"ז) 325.

144 בג"צ 265/77 ועד מקומי סביון נ' שר הפנים, פ"ד לב (1) 566.

2. המנהג והנוהג במשפט הציבורי כמכשירי פרשנות

המנהג והנוהג עשויים לשמש מכשיר חשוב בפרשנות חוקים, כדברי השופט ויתקון בע"א 29/59:

"אין פירושו של דבר שנוהג מושרש ומקובל אינו עשוי להשפיע על החלטת בית-המשפט. עצם העובדה כי משך זמן רב נהגו שופטים ופרקליטים לפי שיטה מסוימת ולא קמו עוררין עליה, רב כחה לשמש ראיה שאמנם בדין יסודה. אך במה דברים אמורים? כאשר יש ספק כלב השופט, הנדרש להחליט בעניין, אם אמנם היתה זו שיטה נכונה או לא"¹⁴⁵.

ובעניין אחר ציין בג"ץ כי פירוש "שהיה נהוג ומקובל במשך תקופה ארוכה על כל הנוגעים בדבר, מחייב את הצדדים המעוניינים ומצריך את ההנחה שזהו הפירוש הנכון"¹⁴⁶.

כאשר הרשות בפועל מעדיפה פירוש מסוים של החוק, ונוהגת על-פיו במשך תקופה ארוכה, יהיה בכך כדי ליתן משקל מכריע לאותו פירוש. בעניין יבנה נ' שר החקלאות, ציין בית-המשפט הגבוה לצדק כי "גם דרך ביצוע החוק במשך שש שנים על-ידי המועצה יש בה כדי לתמוך בפירוש שבו דוגלים המשיבים"¹⁴⁷.

חשיבותם של המנהגים עולה במצבים של ספקות. כדברי השופט אלון, "והרי מקובלנו כי הנוהג יש בו כדי להכריע במקרה של ספק או חוסר ודאות"¹⁴⁸, הנוהג משמש עזר לא רק בפירוש חוקים אלא גם לפרשנות של חוזי מדינה ושל חוזי רשות¹⁴⁹. בהכרעה בשאלות של פרשנות חוק, המחוקק מוחזק כמי שנוהגים עומדים לנגד עיניו. בע"א 406/54 נטענה הטענה כי מחוקק-המשנה חרג מסמכותו כאשר במסגרת חוק-עזר המגדיל שיעורי מס, נתן תוקף למפרע להעלאת המס. זאת, כאשר החוק המאפשר את העלאת שיעורי המס, חוקק רק באמצע שנת הכספים¹⁵⁰. על כך אמר השופט לנדוי:

145 ע"א 29/59 עין חרוד נ' לוגסי, פ"ד יג 1883, בעמ' 1899.
 146 בג"צ 148/71 בתי הדין בהיפח נ' ביה"ד לעבודה, פ"ד כו (1) 18, 25 (באותו מקרה נדחתה הטענה). וראה גם ת.א. ת"א 427/57 מפעלי ארטיק נ' מנהל הארנונה לפיצויי מלחמה, פסקים מחוזיים טז 367, בעמ' 370.
 147 בג"צ 61/75 יבנה נ' שר החקלאות פ"ד ל (1) 437, בעמ' 441. לדעה תומכת ראה גם בג"צ 333/68 מושבי הדרום נ' מס רכוש, פ"ד כג (1) 512, 568.
 148 בג"צ 442/77 קטן נ' עיריית חולון, פ"ד לב (1) 494, בעמ' 498. כאן היה מדובר בפירוש מסמך של הרשות בקשר למכרז.
 149 קטן, שם; ע"א 891/75 מדינת ישראל נ' אשר מעוז, פ"ד ל (3) 748, בעמ' 758.
 150 אר"ץ בע"מ נ. ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר, תל אביב-יפו, פ"ד י 1643, בעמ' 1645.

"כאשר חוקקה הכנסת את חוק התיקון הנ"ל היה לנגד עיניה (כך עלינו להניח) נוהג מושרש של חקיקת חוק עזר למס עסקים באמצע שנת הכספים, שלהם ניתן תוקף למפרע מתחילת שנת הכספים, על סמך תיקונים של החוק הראשי שנעשו אחרי תחילת שנת הכספים. נוהג זה בעבר נתן יסוד להנחה, שכך תנהג עיריית ת"א וגם הפעם במסיבות מיוחדות אלה הנני סבור, שאילולא סמכה הכנסת את ידיה על נוהג זה, היתה צריכה לומר מפורשות, שתוקף התיקון החדש הוא רק מתחילת שנת הכספים הבאה, שמתחילה ב-1.4.53¹⁵¹."

כבר עסקנו לעיל בהשקפת המשפט הישראלי כי מנהג אינו יכול לבטל חוק¹⁵², ולא נחזור כאן על עניין זה. אולם מן הראוי להציג את השאלה, האם פירוש מוטעה, שנשתרש במשך תקופה ארוכה, קנה מכוח זאת מעמד מכריע? התשובה היא, כי אין בכוחו של הנוהג להכשיר פירוש מוטעה של החוק. נוהג שהיה קיים בעבר יכול להשפיע על פירוש החוק, אך לא במקרה שהשופט מגיע למסקנה שהנוהג היה מבוסס על-פירוש מוטעה¹⁵³.

בבג"צ 154/51 נדונה שאלת סמכותו של בג"ץ לפי סימן 43 לדברי-המלך במועצתו, 1922 להעניש אדם בגין בזיון בית-המשפט. השופט ויתקון קבע כי,

"אם נמצא שהמחוקק המנדטורי חקק חוק והעניק סמכות מיוחדת לבית-משפט זה, והסמכות חורגת מד' אמותיו של סעיף 43, יהיה החוק Ultra Vires, ואין הסמכות סמכות וגם זה ברור: אפילו ראו את הסמכות במשך זמן ממושך כדבר שריר וקיים, אין בכוחו של נוהג ליצור סמכות שיפוטית שאינה קיימת על-פי חוק".

נראה, כי יש לצמצם את דברי השופט ויתקון למקרים של סמכות המבוססת על חוק או על חוקים שנחקקו בחריגה מסמכות, שאז יחול העקרון שנפסק מפי השופט ויתקון. אולם אם סמכות נוצרה על-ידי מנהג, אף שאין לה בסיס חוקי מפורש, הסמכות היא סמכות. כתמיכה בגישה זו ניתן להפנות לכמה פסקי-דין שהכירו ביצירת סמכות על-ידי מנהג, הן בידי הרשות המבצעת. כך, למשל, בעניין קמיאר¹⁵⁵ נפסק שמכוחו של המנהג קמה לממשלה סמכות לאשרר אמנות בינלאומיות. סמכות זו ניתנה גם בידי

151 ע"פ 19/53 בריל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 561, בעמ' 562.

152 ראה, לעיל, פרק ד(2).

153 בבג"צ 148/71 בתי הזיקוק, לעיל הערה 147. וראה טרסקי, לעיל הערה 2 בעמ' 34; בבג"צ

547/84 עוף העמק נ' מועצה מקומית רמת ישי, פ"ד מ (1) 113, בעמ' 146.

154 בבג"צ 14/51 היועץ המשפטי נ' עורך "דבר", פ"ד ה 1017, 1022.

155 לעיל הערה 59.

בתי-המשפט¹⁵⁶. באשר לסמכויות בתי-המשפט מעניינים דבריו של השופט חיים כהן בע"א 527/72:

"נראה לי שבעניינים הנוגעים לסדרי-הדין ולסמכויות השיפוט חייבת ההלכה להיות ולהישאר יציבה ככל האפשר, ובפרט שעל-פי הפסיקה נוצר נוהג הנהוג הלכה למעשה, והנה ההלכה הנדונה כאן נוגעת לסמכויות שיפוט; ואם כי אינו יודע אם אמנם נוהגים לפיה גם בתי-הדין הדתיים הלכה למעשה, הרי על כל פנים בעלת ותק היא, שיסודותיה הונחו כאמור עוד לפני עשרים שנה ומעלה"¹⁵⁷.

ואומנם, בע"א 145/52 כבר באה לידי ביטוי גישה דומה. באותו עניין נקבע, כי "זה שנים אחדות נוהגים בתי-המשפט המחוזיים בארץ לתת פסקי-דין המצהירים על גילו של אדם, אין אנו רואים שום עילה לבטל נוהג זה של מחצית יובל שנים ומעלה, אשר זכויותיהם של מאות אנשים נקבעו על-פיו"¹⁵⁸.

3. מנהג מסייג: לסמכותה השירות של הממשלה

סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת על רשות אחרת". ישנם שני פירושים אפשריים לסעיף 29. לפי הראשון, סעיף 29 רק מצייין את האורגן – הממשלה – אשר מוסמך לפעול בשם המדינה, ואילו סמכויות המדינה קבועות בדין החוקתי ובדין הבינלאומי. לפי השני, סעיף 29 אינו רק מצייין את האורגן, אלא גם מהווה מקור הסמכה לכל פעולה שלא נמסרה לרשות אחרת.

הפירוש השני הוא המקובל בפסיקה¹⁵⁹, והוא נתמך באופן ברור בהיסטוריה החקיקתית ובדיוני הכנסת¹⁶⁰. על-פי פירוש זה, סעיף 29 יוצר חבילת סמכויות בלתי-מוגבלת המוקנית לממשלה. בחבילה זו נכללים דברים ידועים, כגון יציאה למלחמה או התקשרות עם מדינות אחרות באמנות; אבל אותה חבילה כוללת גם סמכויות נעלמות. נשאלת השאלה, האם ניתן לסייג את סמכותה השירות של הממשלה כדי שתהיה מוצבת בתוך גבולות עקרוניים שיצמצמו את אי הוודאות בהגדרת הסמכות

156 ראה גם, לעיל, הדוגמאות שנסקרו בפרק ה', העוסקות בהכרה בסמכות של בתי-המשפט כגון מחיקת ערעור עקב אי-הופעה והשבתו לאחר הנמקה משתרעת (טקסט והערה 98).

157 ע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד כז (2) 20, בעמ' 23.

158 ע"א 145/52 דורפמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 1132.

159 בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, בעמ' 178; בג"צ 109/70 המוטרן הקופטי נ' שר המשטרה, פ"ד כה (1) 225.

160 ראה דברי ח"כ ח' צדוק, יו"ר ועדת משנה לחוקי יסוד, ד"כ 52, (1968) עמ' 3097: "תמיד יישאר תחום של עניינים שטרם הוסדרו על-ידי חוק מפורש. באותו תחום הממשלה חייבת לפעול, ואנו חייבים להסמיך אותה ולומר: באותם תחומים בלתי מוסדרים על-ידי חוקים מפורשים, הממשלה היא הזרוע הפועלת בשם המדינה".

השיורית של הממשלה. בכך גם יצומצם הבסיס לביקורת שמתחו מלומדים כמו פרופ' קלינגהופר על סעיף 29, בשל היותו נוגד את שלטון החוק.

לעמדתנו, סעיף 29 מוגבל הן על-ידי פרשנות חוקית, הן על-ידי מנהג. באשר לפרשנות חוקית, סעיף 29 מוגבל בכך שפעולותיה של הממשלה חייבות להיות ממוננות כדין על-פי הוראות החוקים העוסקים במשק, כספים ותקציב. כן מוגבל סעיף 29 בהלכה המסייגת פגיעה בזכויות-יסוד אלא אם קיימת הסמכה מפורשת לכך¹⁶¹. הגבלות אלה אינן נוגעות לתחום המנהג. אולם, קיים, לדעתנו, סייג חשוב להוראת סעיף 29, שישודרו גם במנהג. הסייג הוא שמכות סעיף 29 יוקנו לממשלה רק סמכויות השייכות במהותן לתחומים המקובלים של הרשות המבצעת. לעומת זאת, סמכויות השייכות במהותן לרשות השופטת או לרשות המחוקקת, לא יוכלו להיות מוקנות לממשלה. לפי גישה זו, אם סמכויות של חקיקה לא נמסרו לגוף אחר, אין ללמוד מסעיף 29 שהן נמסרו לממשלה. הוא-הדין, אם בעניין פלוני נשללה סמכות השיפוט מבית-משפט: אין בכך כדי להקים לממשלה סמכות לדון באותו עניין. פירוש זה נתמך בשני ראשים. לפי הראשון, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת, ומכאן שסמכויות המוקנות לממשלה מכח סעיף 29 צריכות להיות בתחום הרשות המבצעת. טיעון זה אינו חד-משמעי משום שהרשות המבצעת עוסקת גם בשפיטה וחקיקה. על כן, יש צורך בתמיכה וחיזוק מאת הראש השני, שהוא המנהג. על-פי המנהג שהתפתח בשנות קיומה של המדינה, בהעדר הוראות חוק מפורשת, הפעילה הממשלה בשם המדינה רק סמכויות שלפי טיבן שייכות לתחום הרשות המבצעת. להדגמת גישה זו נזכיר את פסק-הדין בעניין קמיאר¹⁶², שהכיר בסמכות הממשלה לכרות אמנות בינלאומית מכוח מעמדה כרשות מבצעת; וכן הכיר בסמכותה גם לאשררן — וזאת מכוח מנהג חוקתי.

לפי ההשקפה שסעיף 29 יכול להקנות לממשלה רק סמכויות השייכות לפי טיבן לרשות המבצעת, טעה בית-המשפט העליון בעניין המוטרן הקופטי¹⁶³, כאשר קבע כי כאשר הוצא עניין פלוני מסמכותם של בתי-המשפט הרי הגוף המוסמך מכוח סעיף 29 הוא הממשלה. לדעתנו, לפי פרשנות נכונה ומכוח המנהג, סעיף 29 אינו יכול לחול על סמכויות שיפוטיות. כפי שציין פרופ' קלינגהופר¹⁶⁴, פירוש כזה יביא לידי כך שכל הוראת חוק המונעת בקשת סעד מבתי-המשפט — וקיימות הוראות חוק רבות כאלה — יאפשר לפנות לממשלה בבקשת סעד.

161 ראה שטרית, דיני מינהל ציבורי (א): מושגי יסוד מערכות הסמכה והחלטות מוסדיות, (ירושלים, תשל"ט) 100-101.

162 קמיאר, לעיל הערה 59.

163 המוטרן הקופטי, לעיל הערה 160.

164 קלינגהופר, "נציב קבילות הציבור" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 148 בעמ' 165.

4. השפעת מנהגים ונוהגים על אכיפת החוק

חוקים נחקקים על-ידי המחוקק במישור הכללי, ועל בסיס נתונים מסוימים הנוכחים לשעתם. כדיקת תוצאות אכיפתו של החוק במקרה אינדיבידואלי-יחיד, או על קבוצת מקרים, הוא עניין לרשויות האכיפה. אכיפת החוק על-ידי רשויות האכיפה היא התרגום של ציווי החוק לחיי המעשה. במהלך התרגום המעשי הזה, יש צורך לערוך את ההתאמות הדרושות הנובעות מצרכים חברתיים, מנסיבות משתנות, ומתוצאות קשות מנשוא של אכיפה במקרים מסוימים.

השאלה היא מה מקומם של מנהגים ונוהגים במסגרת השיקולים של רשויות האכיפה. השאלה תתעורר כאשר התביעה הפלילית, ובראשה היועץ המשפטי לממשלה, צריכים להחליט על העמדה לדין פלילי¹⁶⁵. אחרי פסק-הדין בערכאה ראשונה, יש גם צורך להחליט בשאלת הגשת הערעור. כמו-כן תעמוד השאלה בפני בית-המשפט בהכרעת הדין וכן בפסיקת העונש. אותה שאלה עשויה לעמוד בפני רשויות האכיפה של חקיקה, כגון תכנון ובנייה, רישוי עסקים או מערכת הדינים בנושא החינוך.

ניתן לומר באופן חד-משמעי, כי רשויות האכיפה אינן מתעלמות ממנהגים חברתיים ומנוהג נפוץ. הדבר נכון באכיפה הפלילית הן בשלב ההעמדה לדין, הן בשלב הכרעת הדין, והן בשלב פסיקת העונש. הוא-הדין באכיפה המינהלית. באשר לאכיפה הפלילית, היועץ המשפטי לממשלה מאז ומתמיד ראה את עצמו מחויב להביא את המנהגים החברתיים בחשבון שיקולי האכיפה. בעבר הוציא היועץ המשפטי לממשלה¹⁶⁶ הנחיות לגבי הפלה מלאכותית, יחסי-מין הומוסקסואליים ובעילת קטינה¹⁶⁷. גם כאשר היה עליו להכריע במקרים אינדיבידואליים לעתים נמנע היועץ המשפטי מלהעמיד לדין, בנימוק שההתנהגות העבריינית היא נפוצה ומקובלת, כגון הגשת דו"חות כוזבים על הוצאות נסיעה¹⁶⁸. לעתים, בנוסף להחלטה שלא להעמיד לדין במקרה פלוני בשל היות ההתנהגות האסורה נפוצה, פוסק היועץ המשפטי לממשלה שמכאן ולהבא העבריינים יועמדו לדין. כך נהג היועץ המשפטי פרופ' זמיר בעניין הוצאת פרסום על-ידי ראש ראשות מקומית שהוגדר כתעמולת בחירות¹⁶⁹: היועץ המשפטי החליט שלא להעמיד לדין את ראש הרשות המקומית, בשל היות הנוהג נפוץ, אולם הוציא הנחיות שמכאן ולהבא מי שיעבור על הוראות החוק יועמד לדין¹⁷⁰. לעתים, יסודה של מדיניות אי-אכיפה של חוקים נעוץ במנהגים חברתיים ועמדות

165 סעיפים 59-62 לחוק סדר-הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982.

166 לעניין הנחיות היועץ המשפטי ומעמדן ראה זמיר, "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" משפטים ה' (תשל"ד) 750.

167 ראה באופן כללי, רובינשטיין, "אכיפה ומוסר בחברה מתורנית", משפטים ז' (תשל"ו) 353 בעמ' 354, וראה גביון, לעיל הערה 1, בעמ' 340-343.

168 בג"צ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד' (2) 634.

169 בעניין הפרסום ראה תר"מ 2/83 יהודית נאות ואחרים נ' עיריית חיפה, פ"ד לז' (4) 183.

170 ראה הנחיה 21.779 (1.2.85).

מוסריות רווחות הנוגדות את החוק, אולם שינוי חקיקתי בושש לבוא בשל אילוצים פוליטיים או סיבות אחרות¹⁷¹. כזה היה בעבר המצב בסוגיית ההפלה המלאכותית, וכן בסוגיית קיום יחסי-מין הומוסקסואליים. לעתים אי-האכיפה מקורה בהתאמת מדיניות התביעה לכוונתו האמיתית של המחוקק, אף כי זו לא נאמרה במפורש: כזה היה בעבר (עד 1988) המקרה של ההנחיות בעניין בעילת קטינה, שלפיהן לא העמידו לדין כאשר הקטינה קיימה יחסים עם בן גילה, או עם מי שלא היו לה עמו יחסי תלות או מרות. היום, מנהג זה עוגן בחוק¹⁷². לעיתים אי-האכיפה יסודה כתפישה כי החוק אינו משקף את הגישה הנכונה, כגון אי העמדה לדין של מי שנחשד בנסיון התאבדות. אי אכיפה עשויה גם לנבוע מההתחשבות במנהגי עדות מסוימות. כך היה בעבר המצב באכיפת עבירת הביגמיה. עם חקיקת החוק האוסר ריבוי נישואין, השתדלו להתחשב בקבוצות שריבוי הנישואין היה מנהג חברתי מקובל אצלם. גם בתי-המשפט שהעבריינים הוכחו כפניהם התחשבו בכך:

”כאשר הובאו המשפטים הראשונים לפני בתי-המשפט בעניין ביגמיה, התחשבו בתי-המשפט בנסיבות השונות של הנאשמים ובעיקר בארצות מהן באו וכמה שהיה נהוג בעבר בסביבותיהם”¹⁷³.

בקרב יהודי גרוזיה קיים מנהג של חטיפה ואינוסה של נערה שהגבר חפץ ביקרה, כאשר הוא נתקל בסירוב מצד משפחתה לשאתה לאשה: מבחינה חברתית, באמצעות החטיפה והאונס קונה לו החוטף חוקה על הנערה. כאשר הובאו חוטפים לדין, בתי-המשפט התחשבו במנהג זה בפסיקת העונש¹⁷⁴. כמו-כן, בתי-המשפט לא התעלמו ממנהגים ונוהגים שרווחו בקרב עדות מסוימות וקבוצות אוכלוסיה מסוימות בקביעת העונש¹⁷⁵, בהערכת עדויות¹⁷⁶ ובפסיקה לגבי הגנות¹⁷⁷. יש שאי-האכיפה נובע משיקולים מדיניים. חוקי הביגמיה לא נאכפו על ערביי מזרח-ירושלים לאחר סיפוח ירושלים בשנת 1967. לגבי אכיפת החוק במזרח-ירושלים ניתן לציין כמה תופעות מובהקות של פשרה באכיפת החוק¹⁷⁸: חוקי התכנון והבנייה אינם נאכפים בתקיפות, וכן חוקי-העזר בעניין הצגת בשר באיטליזים והצגת שלטים בעברית אינם נאכפים במזרח-ירושלים. גם מערכת הדינים בנושא החינוך אינה נאכפת.

171 ראה טדסקי, לעיל הערה 2, בעמ' 41.

172 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 353.

173 ע"פ 44/60 ברבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 925; ע"פ 737/77 זיו כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 572.

174 במקרה אחד, בפרשת חישאווילי, הפחית בית-המשפט העליון את העונש בערעור מ-6 שנות מאסר ל-3 שנות מאסר בלבד, בשל נסיבות העניין (לא פורסם).

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

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

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

178 ראה בר סלע, "אכיפת החוק בירושלים המזרחית", ירושלים — היבטים משפטיים (עורכת, א' אחימאיר, תש"ם) 26.

בתחום המעמד האישי אין אוכפים על ערכי מזרח-ירושלים את ההיזקקות לבתי-הדין השונים שהוקמו על-פי חוקי מדינת ישראל, ומתירים להם להמשיך ולהיזקק לבתי-הדין השרעיים הקיימים שם מתקופת השלטון הירדני.

לפי הדין בישראל, משעה שהוגש אישום כנגד פלוני, אף אם אין אוכפים את הוראת החוק כדרך-כלל, לא תתקבל טענתו כנגד אכיפה כלפיו של חיקוק או דין שלגביו קיימת מדיניות אי-אכיפה¹⁷⁹. תוצאה זו נובעת מכך שבית-משפט אינו מוכן להורות לרשות שלא לאכוף את החוק. כך הוא הדין באכיפה פלילית ובאכיפה מינהלית, והוא אף אם הוכיח הטוען כי החוק הנדון לא נאכף. תוצאה זו ראויה לביקורת, במובן זה שהיא מאפשרת שימוש בלתי-הוגן באכיפה של חוק שלא נאכף על-ידי רשויות האכיפה¹⁸⁰.

בתי-המשפט בישראל מכירים בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתחשב בתפוצתו של נוהג כשיקול לאי העמדה לדין¹⁸¹. אולם, אם מועמד אדם לדין בגין התנהגות אסורה, העובדה שהנוהג נפוץ לא הכשירה את ההתנהגות האסורה¹⁸². לעתים, כתוצאה מהנוהג, נטו בתי-המשפט להרשיע בסעיף אישום חמור פחות, כך, למשל, היה בעניין הגשת דו"ח מס הכנסה לא מדויק לצורכי הדיינות ופשרה עם פקיד השומה¹⁸³.

דגם מעניין ביותר לאכיפה חילופית של הוראות חוק על-יסוד הסכם מנהגי הוא אכיפת חוקי הצנזורה. זהו הסדר שתחילתו בהסכם אשר ברבות השנים נעטף במעטפה מנהגית.

לפי סעיף 2 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, "רשאי הצנזור לפסול כל דבר אשר לפי דעתו פוגע בבטחון המדינה". זוהי סמכות רחבה ביותר המעניקה שיקול-דעת מוחלט לצנזור. חרף הוראת חוק זה, ועל אף חשיבותה של הצנזורה בעיני רשויות הבטחון של מדינת ישראל, התפתח נוהג שלפיו הטיפול הצנזוריאלי בעתונות היומית המאוגדת בוועדת העורכים, מושגת על הסדר מנהגי על-פי הסכם¹⁸⁴. ראשיתו של

179 בג"צ 146/66 הרשקוביץ נ' הועדה המחוזית, פ"ד כ (2) 465; המ' 460/63 אדית לש נ' ועדת השומה, פ"ד יח (1) 318; בג"צ 301/69 שמילוביץ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד כד (1) 304. לגבי מצבים שבהם ימנע בית-משפט בארה"ב אכיפה סלקטיבית ראה *U.S. v. Falk* 479 2nd 616 (1973).

180 גביון, לעיל הערה 1 בעמ' 343.

181 וינוגרד, לעיל הערה 169.

182 ראה, למשל, ע"פ 126/76 מדינת ישראל נ' שפר, פ"ד ל (3) 466; ע"פ 647/75 קליין נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 275; ע"פ 216/75 תמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (2) 169.

183 ע"פ 280/77 אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 533; ע"פ 143/73 מדינת ישראל נ' זיירל, פ"ד כח (2) 19, בעמ' 26; ע"פ 838/76 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 249.

184 ההוראות העיקריות של ההסכם קובעות: 1. תקנות ההגנה אמנם שרירות וקיימות אך לא יופעלו כלפי העתונים החברים בוועדת העורכים. 2. לא תופעל צנזורה על עניינים פוליטיים, על דעות ועל פרשנות, או על כל פרסום אלא אם יש בו גילוי מידע צבאי. 3. נושאים כחומים מסוימים יעברו לצנזורה מוקדמת. 4. תוקם ועדה מיוחדת שבה חברים קצין הממונה מטעם הרמטכ"ל, עורך שהוא חבר ועדת העורכים, ואיש ציבור הנבחר בידי שניהם והממשל כיו"ר הוועדה. ועדה זו היא המוסמכת להכריע בחלונות הצנזורה והעתונים לגבי הפרות ההסכם. החלטות הוועדה כפופות לוטו של הרמטכ"ל (אלא אם כן התקבלו פה אחד), אך אם מפעיל

הנוהג בהסכם שנערך בין ועדת התגובה של העתונות העברית לכין ההגנה לפני 1948. בהסכם שני, אשר אף הוא חודש ותוקן מאוחר יותר, הוסכם בין ראש אגף המודיעין במטכ"ל לבין ועדת העורכים, שבהתעורר בעיה המחייבת טיפול הצנזור – הטיפול בעיתונים המאוגדים יעשה בדרך מוסכמת על שני הצדדים מבלי להיזקק לבתי-משפט. ההסדר מקובל על הכל כמחייב¹⁸⁵ וכל הצדדים פועלים על-פיו מיום שנחתם למעט מקרים ספורים ביותר של הפרות.

בניחוח ההסדר כולטת חשיבותו של המנהג כנורמה משפטית. הצנזור חייב לפנות לבית-הדין של הצנזורה (אלא אם כן הוא מוכן להפר ההסדר), המורכב על-ידי ועדת הצנזורה של ועדת העורכים. בהרכב בית-הדין יש רוב לסקטור האזרחי – נציגי העתונות ונציגי-ציבור מול נציגי כוודד של הצנזור. גם הליכי הדיון, אופי השיפוט והסקנציות מבוססים כולם על נוהג ורובם לטובת העתונות¹⁸⁶.

ח. הסדרים מכוח מנהג במשפט הציבורי: דוגמאות

כדי להדגים את חשיבותו של המנהג במשפט הציבורי בחרנו לסקור כמה תחומים שבהם ממלא המנהג תפקיד. הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה, יחסי השלטון המרכזי והשלטון המקומי, וכריתת אמנות.

1. הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי הנשיא

בהליך הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה ישנם כמה היבטים שלגביהם נוצרו הסדרים מנהגיים. הראשון הוא הליך ההתייעצות הקודם להטלת התפקיד, והשני – מיהותו של חבר-הכנסת שעליו יוטל תפקיד הרכבת הממשלה. הוראות החוק בעניין¹⁸⁷ הטלת תפקיד הרכבת הממשלה הטילו חובה על הנשיא

הרמטכ"ל זכות זו כדי לבטל החלטה שהתקבלה בגנותו של הצנזור – הוא חייב לשמוע אישית את טענותיו של העורך הנוגע בדבר קודם ביטול ההחלטה.

185 לבקשתנו השיבו הן הצנזור הראשי לשעבר, תא"ל בראון, וכן 5 עורכי עתונים המאוגדים בוועדת העורכים, כי הם רואים בהסכם נורמה המחייבת אותם והם פועלים רק על-פיו.

186 יש לציין כי רוח ההסכם חלה על כל העתונים, גם אלה שאינם חברים בוועדת עורכי העתונות, עתונות זרה, רדיו וטלביזיה. ההבדל נעוץ באשר לסנקציה. עתונות המאוגדת בוועדת העורכים פונה לוועדה מיוחדת. לגבי שאר העתונים אין פונים לוועדה בשל התנגדות ועדת העורכים לקבל עתון שאינו יומי, והצדדים נאלצים על כן לפנות לבית-המשפט.

187 סעיף 9 לחוק המעבר, תש"ט-1949, קבע כי "לאחר התייעצות עם נציגי הסיעות בכנסת יטיל נשיא-המדינה על אחד מחברי הכנסת את התפקיד להרכיב את הממשלה". סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, לפי הגרסה התקפה עד לסוף כהונת הכנסת השלוש-עשרה קובע כי: "משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי-הכנסת שהודיע לנשיא, תוך 3 ימים מהיום שנשאל, שהוא מוכן לקבל את התפקיד". בנוגע לחוק-יסוד: הממשלה החדש ראה טקסט ליד הערות 193-191 להלן וכן, לעיל הערה 78.

להתייעץ בנציגים של סיעות בכנסת. ניתן לפרש הוראות אלה בשתי דרכים. פירוש אחד מחייב כי הנשיא יזמין את נציגי כל הסיעות בכנסת; פירוש שני הוא זה הנותן תוקף לכוונת המחוקק שביקש לחסוך מזמן ההתייעצות באמצעות הימנעות מהזמנתם של נציגי המפלגות הקטנות. כמו-כן אין בחוק כל הוראה לגבי השאלה מי מחברי-הכנסת המוזמנים יתבקש להרכיב את הממשלה, כך שבידי הנשיא שיקול-דעת מוחלט הן בשאלה את מי להזמין להתייעצות ובאיזה סדר והן בשאלת זהות האיש שעליו יוטל התפקיד בתום ההתייעצות.

בארץ השתרש נוהג, לפיו קורא הנשיא להתייעצות את נציגי כל הסיעות בכנסת לפני הטלת תפקיד זה על אחד מחברי-הכנסת. כן השתרש הנוהג שהנשיא קורא לסייעות להתייעצות לפי סדר גודלן¹⁸⁸. אולם, לאחר הבחירות בשנת 1984 כשנבחר ח"כ מאיר כהנא, נמנע הנשיא מלהזמין להתייעצות לקראת הטלת התפקיד על הרכבת הממשלה. כמו כן קיים הסדר מנהגי המתייחס לאופן קביעת חברי-הכנסת שעליו יטיל נשיא המדינה את הרכבת הממשלה. סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי לאחר שהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת, יטיל נשיא המדינה את התפקיד להרכיב ממשלה על "אחד מחברי הכנסת". במשך השנים התפתחה פרקטיקה, שטיבה הנורמטיבי טרם הוכרע בבתי-המשפט, 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 הממשלה מר מנחם בגין בקיץ 1983, הנשיא 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 חברי-הכנסת מהסיעה הגדולה ביותר, או על חברי-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 מסיעת המערך — נתמך על-ידי רוב גדול של 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, אומנם, ללמוד מסעיף 9 לחוק-יסוד: הממשלה כי שיקול-הדעת של הנשיא מוגבל כאשר רוב חברי-הכנסת מבקשים בכתב הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חברי-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 1983, הגדרה יותר מדויקת של פרקטיקה בנושא זה, דהיינו: שהתפקיד יוטל על חברי-הכנסת שלו הסיכויים הגדולים ביותר להרכיב ממשלה,

188 גם צידון עומד על הנוהג הזה שהשתרש במשך שנות קיומה של המדינה: "החוק לא מגביל את הנשיא בבחירת האיש עליו יטיל את התפקיד של הרכבת הממשלה, ולהלכה, הוא חופשי להטיל גם על חבר של סיעה קטנה... אך מסיבות מעשיות הנשיא נוהג להטיל את התפקיד הזה על אחד מחברי הסיעה הגדולה ביותר, שסיכוייה הצליח במשימה זו קרובים יותר". ראה צידון, לעיל הערה 105 בעמ' 302.

והמבחן אינו 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 התקבלה בביקורת משמעותית, ועל כן יש להניח שהפרקטיקה שהתגבשה על-ידו התקבלה על כל הנפשות הפועלות.

לאחר הבחירות ב-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" ומסום שסיעת המערך גם זכתה בבחירות בהפרש של קרוב ל-63,000 קולות יותר מסייעת הליכוד¹⁸⁹. כידוע, חוק-יסוד: הממשלה בגרסתו המקורית, אשר לפיה הובאו הדברים לדעיל, הוחלף¹⁹⁰, ובגרסתו החדשה נכנס לתוקפו החל מהבחירות לכנסת הארבע-עשרה. לפי החוק החדש ייבחר ראש הממשלה בבחירות אישיות¹⁹¹, ולנשיא לא יהיה עוד תפקיד בהליך הרכבתה של ממשלה חדשה¹⁹².

2. הסדרים ביחסי השלטון המרכזי והשלטון המקומי

עניינים חשובים הקשורים ליחסי גומלין בין השלטון המקומי לשלטון המרכזי מוסדרים על-ידי נוהגים שלטוניים: למשל, הסדרי המימון של שירותים חברתיים המסופקים על-ידי הרשויות המקומיות מבוססים על מפתח מסוים (30% רשות מקומית ו-70% הממשלה), וקבועים בנוהגים ולא בחקיקה. הסדרים כאלה קבועים בארצות אחרות בחקיקה¹⁹³; בישראל הסדר זה קבוע בנוהג. הוא-הדין בנושא מימון שירותי החינוך. אין הסדר סטטוטורי לחלוקת נטל הוצאות החינוך בין משרד החינוך לבין הרשויות המקומיות. הנוהג הוא, שמשרד החינוך משלם למורים במישרין את משכורותיהם (וזאת בהתאם לאמור בהסכם העבודה הקיבוצי), ואילו הרשויות המקומיות מממנות את שאר ההוצאות, קרי: אחזקת מבנים, בניית מבנים חדשים וכדומה. יש לציין כי גם בהוצאות אלה אין הרשויות המקומיות נושאות לבדן, ומשרד החינוך מסייע בידן גם באלה; אך מידת העזרה אינה קבועה אלא משתנה מרשות מקומית אחת לרעותה על-פי שקולים שונים.

מן הפסיקה אנו למדים על הסדרים מנהגיים נוספים ביחסים שבין השלטון המקומי לשלטון המרכזי. כך, למשל, היה קיים נוהג להעברת מסים מקומיים לוועד מקומי

189 ראה נאום נשיא המדינה כמעמד הטלת תפקיד הרכבת הממשלה מיום 5.8.84 (נוסח הנאום הומצא למחבר על-ידי כב' נשיא המדינה).

190 ס"ח תשנ"ב 214.

191 סעיף 3.

192 ראה גם לעיל הערה 77.

193 ראה, למשל, Canada Assistance Plan Act, אשר על-פיו החלוקה על הוצאות רווחה בין המדינה והשלטון הפדרלי הוא לפי מפתח של חצי-חצי. ראה Inventory of Income Security (Programs in Canada, July 1985-1986).

(שאיננו רשות מקומית). נוהג זה נאסר בחקיקה¹⁹⁴. נוהג אחר הוא השיטה – המקובלת הן על משרד הפנים, הן על הרשויות המקומיות – לאפשר לרשויות המקומיות להוציא כספים על-פי תקציבי מילואים של רשות מקומית, גם כטרם נתקבל אישורו של שר הפנים כמתחייב על-פי החוק¹⁹⁵. בית-המשפט סירב להכשיר את הנוהג הזה, גם אם הפך לשגרה, משום שהוא נוגד את החוק.

3. כריתת אמנות בינלאומיות

המנהג ממלא תפקיד חשוב בנושא מערכות ההסמכה בכריתת אמנות, באישורן ובאשרורן.

בנושא זה חלה התפתחות מעניינת. ראשית התגבש מנהג שהעניק לממשלה סמכות לאשרר אמנות הטעונות אשרור; מאוחר יותר נוצר מנהג נוסף אשר קבע כי אמנות בעלות חשיבות מיוחדת טעונות אישור של הכנסת לפני השלמת כריתתן¹⁹⁶.

סמכות הממשלה לכרות אמנות קנויה לה מכוח מעמדה כרשות המבצעת של המדינה; אולם התעוררה השאלה מי מוסמך במשפטנו לאשרר אמנות. עמדת הממשלה הייתה מאז 1951 שהסמכות לכרות אמנות בשם מדינת ישראל מסורה בידי הממשלה, וזו מוסמכת לברר לחתום על אמנות ללא השתתפות הכנסת; וכשהן טעונות אשרור – אף לאשרורן¹⁹⁷. השאלה אם מוסמכת הממשלה לאשרר אמנות הועמדה להכרעה בעניין קמיאר¹⁹⁸, שעסק בתוקפה של אמנת הסגרה.

בפרשת קמיאר¹⁹⁹ קיבל בית-המשפט העליון את עמדת הממשלה כי היא לברר וללא השתתפות הכנסת מוסמכת לחתום על אמנות ולאשררן. בית-המשפט לא הכריע בשאלה אם סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט מהווה מקור לסמכותה של הממשלה²⁰⁰. בית-המשפט ייסד את סמכות הממשלה לכרות אמנות על סמכותה הכללית של הממשלה לנהל את ענייני החוץ של המדינה, ועל מנהג חוקתי²⁰¹ רצוף שעל-פיו כל האמנות הטעונות אשרור (356 במספר) אושררו על-ידי הממשלה ללא שיתוף הכנסת²⁰².

194 ראה בג"צ 265/77 ועד מקומי סביון נ' שר הפנים, פ"ד לב (1) 566.

195 בג"צ 609/85 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מ (1) 77.

196 לדיון מפורט בנושא זה ראה ש' שטרית, "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפוקליט לו (תשמ"ו) 349; ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי", לעיל הערה 143.

197 ראה תזכיר של הממשלה שהוגש לאו"ם: *Law and Practices Concerning the Conclusion of Treaties* (United Nation P. 67 Legislative Series St.Le/Leg/Ser B/3).

198 לעיל הערה 59.

199 שם.

200 ראה שם, בעמ' 97 (השופט ח' כהן), בעמ' 112 (השופט לנרדי).

201 בית-המשפט משתמש במונח "נוהג חוקתי"; אולם מבחינה עיונית מדויק יותר להשתמש במונח מנהג חוקתי.

202 "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

בפרשת קמיאר נדון סעיף 11(א) (5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, אשר בא במקום סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1948 מבלי לשנות את תוכנו. סעיף זה קובע כי הנשיא יחתום על אמנות שאושרו על-ידי הכנסת. בית-המשפט קבע כי סעיף זה אינו מחייב את אישור הכנסת על אמנות, אלא דורש את חתימת הנשיא על אמנות שבפועל הובאו לאישורה של הכנסת²⁰³.

ההסדר הכללי שנקבע בהלכת קמיאר לעניין כריתת אמנות הוא כי אין חובה לקבל את הסכמת הכנסת לכריתת אמנות; סעיף 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, המתייחס "לאמנות שאושרו על-ידי הכנסת", אינו מחייב את קבלת אישור הכנסת בכל מקרה של כריתת אמנה, אבל 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 בעניין קמיאר.

על-פי גישתנו נתגבש הסדר מיוחד מכוח מנהג חוקתי שהתפתח מאז קום המדינה וגובש בעיקר בעשור שהסתיים ב-1983. על-פי הסדר 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. ב-1983 התקבלה גם החלטת ממשלה ויצאה הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה להניח אמנות על שולחן הכנסת לפני אשרורן על-ידי הממשלה.

בדיקה מדוקדקת של תהליך כריתתן של אמנות בעלות חשיבות מיוחדת מאז קום המדינה מובילה למסקנה, כי המנהג החוקתי מבחין בין שני סוגים של הסכמים ואמנות: הסכמים ואמנות שגרתיים כגון אמנות של הסגרה, תעופה ותעבורה מצד אחד, ואמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת, כגון הסכמים מדיניים-צבאיים, מצד שני. לגבי הסכמים ואמנות רגילות קובע המנהג החוקתי כי הממשלה מוסמכת לכרות אותם לבדה, ללא השתתפות הכנסת; אולם לגבי אמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת קובע המנהג החוקתי הסדר מיוחד, לפיו הסכמים אלה יובאו לאישור הכנסת לפני כניסתם לתוקף, לאחר חתימתם, או לפני חתימתם לאחר שנוסחם גובש סופית²⁰⁴.

אישורו, וכולן אושרו בידי הממשלה... והוא אשר מורה המגילה, כל שקבעו המנהג כאילו קבעו הכתוב (סעיף 45). קמיאר, לעיל הערה 59 בעמ' 98 (השופט ח' כהן). ראה גם בעמ' 113, מול האותיות ב-ג (השופט לנדוי).

203 קמיאר, לעיל הערה 59 בעמ' 97 (השופט ח' כהן), בעמ' 112-113 (השופט לנדוי), עמ' 129 (השופט אגרוט).

204 ודוק: אישור הכנסת, נאמר; לא נאמר אשרור הכנסת. יש להבהיר היטב כי אנו עוסקים בתהליך של 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 את קבלת הסכמתה של הכנסת לאמנות בעלות חשיבות מיוחדת. לאחר קבלת הסכמתה של הכנסת (היינו: אישורה), פתוחה הדרך למתן תוקף לאמנה, ואם לצורך כך דרוש אקט של אשרור, אזי הממשלה מאשררת. גישתנו זו, בכל הכבוד, הולכת בעקבות חוות דעתו של הנשיא אגרוט בהלכת קמיאר (לעיל הערה 59, בעמ' 123-124). גישתנו גורסת כי אישור אמנות חשובות על-ידי הכנסת נדרש על-פי הדין החוקתי הפנימי במסגרת יצירת רצונה של

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 ההסגרה שעליה נסב הדיון באותו עניין. לגביהן ולגבי דומות 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 של הכנסת מכוח סעיף 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה. אולם אין ללמוד מכך, כי בית-המשפט היה דוחה את העמדה הגורסת את קיומה של חובה, על-פי מנהג חוקתי, לאישור הכנסת לאמנות בעלות חשיבות מיוחדת. בפרשת קמיאר לא עלתה השאלה ולא נטענה; לכן גם לא נדחתה העמדה המוצעת על-ידינו, כי המנהג החוקתי בסוגיית תהליך כריתת אמנות מבחין בין שני סוגים של אמנות: אמנות והסכמים רגילים ושגרתיים, כגון אמנת הסגרה ותעופה שהממשלה רשאית לכרתם לבדה ללא אישור הכנסת, ואמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת, שהמנהג החוקתי מחייב לקבל את הסכמת הכנסת בטרם ייכנסו לתוקף. יתירה מזאת: מכיוון שתהליך כריתת אמנות נקבע במנהג חוקתי, הלכת קמיאר אינה שוללת את האפשרות שיתפתח הסדר מיוחד לגבי כריתת אמנות מסוג מסוים. במקרה כזה תהליך כריתת אמנות אלה יהיה שונה מההסדר הכללי.

עולה מן האמור, כי אין בהלכת קמיאר כדי להכריע בשאלה מהו המנהג החוקתי בישראל לגבי תהליך כריתת אמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת, ומוכן שאין היא יכולה למנוע התפתחות של הסדר מיוחד לגבי אמנות מסוג מסוים. כדי להכריע בשאלה אם התפתח הסדר מיוחד מכוח מנהג, עלינו לבדוק כיצד נהגו בעבר לגבי הסכמים בינלאומיים כאלה. מבדיקת תהליך כריתתם של הסכמים ואמנות בעלי חשיבות מיוחדת עולה, כי הממשלה ביקשה את אישור הכנסת לגביהם, וכי אישור זה 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 להיזקק לאישור הכנסת בהסכמים וכאמנות בעלי חשיבות קיים לאור-דווקא לגבי הסכמים שבהן 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

מדינת ישראל להתקשר באמנה. 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 אך התוקף המשפטי החוקתי של מדינת ישראל מכוח מנהג חוקתי יש להביא הסכמים ואמנות בעלי חשיבות מיוחדות, לאישור הכנסת לפני כניסתם לתוקף.

הבאים²⁰⁵: הצטרפות מדינת ישראל למגילת האומות המאוחדות (1948); החתימה על הסכמי שכיתת הנשק עם לבנון, מצרים, ירדן וסוריה (1949); הצטרפות מדינת ישראל לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (1949); החתימה על הסכם הפרדת הכוחות עם מצרים (1974); הסכם הפרדת הכוחות עם סוריה (1974); הסכם הביניים עם מצריים (1975); הסכמי קמפ דייוויד (1978); הסכם השלום עם מצרים (1979) הסכם הכוח הרב לאומי בסיני (1981) והסכם ישראל-לבנון (1983). מסקנה זו מתחזקת לאור התחייבותו של ראש הממשלה מר מנחם בגין (שניתנה במהלך הדיון על הסכם השלום עם מצרים) להביא לאישור הכנסת גם את ההסכם בדבר הסדרי האוטונומיה וכן על-ידי הדיון שהתקיים בכנסת בעניין הסכם השילומים.

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

ניתן למיין אמנות בעלות-חשיבות מיוחדת, שהמנהג מחייב להביאן לאישור הכנסת, על-פי כמה יסודות. בהתקיים אחד מהם כאמנה, תחול החובה מכוח 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 מלחמה²⁰⁶, אמנות הכוללות הסדר טריטוריאלי או ויתור טריטוריאלי²⁰⁷, אמנות הקובעות שינוי רדיקלי ביחסים עם מדינה אחרת²⁰⁸, אמנות בעלות חשיבות מדינית מוסרית²⁰⁹. אין לראות ביסודות אלה רשימה סגורה של היסודות למיון אמנות; לדעתנו, ניתן ללמוד מהיסודות שמנינו בדרך היקש על אמנות חשובות אחרות, שאף הן טעונות אישור של הכנסת על-פי המנהג.

יתירה מזו: מכיוון שהמנהג מתפתח ואינו קופא על שמריו, ייתכן שתתרחש התפתחות, אשר תביא לידי יצירת מנהג מחייב אישור הכנסת לאמנות מסוגים נוספים. כך, למשל, ייתכן שיתפתח מנהג שהממשלה חייבת להביא לאישור מוקדם של הכנסת

205 ראה דיון מפורט בהסכמים אצל שטרית, לעיל הערה 196, בעמ' 362-366. ראה דיון ביסודות המנהג שם, בעמ' 376-381.

206 הסכמי שכיתת הנשק. שטרית, לעיל הערה 196 בעמ' 362; ההסכמים עם מצרים וסוריה בעקבות מלחמת יום הכיפורים: שם, בעמ' 363-364, 362; הסכם ישראל-לבנון: שם, בעמ' 365.

207 הסכמי שכיתת הנשק וההסכמים בעקבות מלחמת יום הכיפורים ומלחמת לבנון. וכן ראה: הסכמי קמפ-דייוויד והסכם השלום עם מצרים. שם בעמ' 364-365.

208 הסכם השלום עם מצרים, הסכמי קמפ-דייוויד והסכם השילומים.

209 הצטרפות למגילת האו"ם. שטרית, לעיל הערה 196 בעמ' 362; הצטרפות לאמנה נגד ג'נוסייד, שם, 363.

אמנה המחייבת שינוי במשפט הפנימי²¹⁰, או אמנה המטילה מעמסה כספית מהותית²¹¹ על המדינה.

ט. סיכום

המנהג במשפט הציבורי חי וקיים, וממלא תפקיד חשוב בהסדרת דרכי פעולתם של גופי שלטון ונושאי משרות ציבוריות. ישנם היבטים ייחודיים ובעיות המיוחדות למנהג במשפט הציבורי, אולם כעיקרו של דבר אין הוא שונה ביסודו מאחיו במשפט הפרטי. יסוד ייחודי חשוב שיש להדגיש לגבי המנהג במשפט הציבורי הוא הדינמיות המתמדת שלו. הדינמיות המתמדת מחייבת מעקב קפדני אחר ההתפתחויות בנוהגים ובמנהגים בתחומים השונים של המשפט הציבורי. פיתוח המחשבה המשפטית מחייבת את המשפטנים בארצנו להיות עירניים לטוגיות אלה וליתן להם תשומת-לב בכתיבתם המדעית או בטיעוניהם המשפטיים בעולם המעשה.

במאמר זה נבחנו הנושאים המרכזיים הקשורים לנוהג ומנהג במשפט הציבורי. אף שהמנהג כבר אינו מצויין באופן מפורש כמקור משפטי במשפט ישראלי, לאחר ביטולה של המג'לה שקבעה את המנהג כמקור דין, ולמרות ההימנעות מהוספת המנהג ברשימה של מקורות הדין שצויינו בחוק-יסודות המשפט תש"ם-1980, בפועל נשאר המנהג כמקור דין בישראל. זאת, מכוח ההכרה של המשפט המקובל הישראלי וכן בתוקף החקיקה הישראלית המפנה למנהג ולנוהג כמקור לנורמות להסדרת מעשים והתנהגות.

המנהג נבדל משאר מקורות המשפט – חקיקה ופסיקה – בכך שהוא נוצר על-ידי דפוס התנהגות מתמיד, מקובל ונראה על-ידי הצדדים כמחייב ומוכר על-ידי בית-המשפט ככזה. מנהג יוכר על-ידי המשפט אם הוכחו שלושה תנאים: דפוס ההתנהגות הנטענת כמנהג באופן מתמיד, והנוגעים בדבר נהגו כך מתוך תחושת חובה – לאורך תקופת זמן ארוכה.

למרות ששופטי ארצנו לא תמיד הקפידו על שימוש מדויק במונחים "מנהג" ו"נוהג", עלינו להיות מודעים היטב להבדלים ביניהם: נוהג הוא דפוס התנהגות מקובל ונפוץ; החוק מניח שהצדדים קיבלו אותו כחלק מהתנאים בעסקאות שבהן הם מתקשרים. לעומת זאת, מנהג הוא נורמה משפטית המחייבת באופן עצמאי את כל הצדדים הנוגעים בדבר.

210 יש לציין שהיו כמה מקרים שבהם הכנסת הביעה מורת-רוח עקב אי-הבאת אמנה לאישור הכנסת לפני שהוגשה חקיקה לגיבושה לחוק פנימי. כך אף כאשר אותן אמנות לא היו בעלות חשיבות מדינית. בכלל זה יש להזכיר את חוק החסינות וזכויות יתר, ואת חוק הקרן הדור-לאומית למחקר ולפיתוח. ראה "שיתוף הפרלמנט בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים" (יום עיון בכנסת של האגודה לפרלמנטרים, 14 במאי 1978), עמ' 38 (ד"ר י' רוזנטל), עמ' 27 (ח"כ ח' טובי).

211 מעמסה כספית מהותית, להבדיל, למשל, מהצטרפות לארגון בינלאומי הכרוכה בהתחייבות לתשלום דמי-חבר.

המנהג מתחלק לשתי קבוצות עיקריות: הראשונה כוללת מנהגים המסדירים עניינים שהדין אינו עוסק בהם כלל או שאינו מסדיר אותם באופן מקיף. הקבוצה השנייה כוללת מנהגים המנוגדים לחוק. הקטיגוריה השנייה לא הוכרה בישראל: אצלנו החוק עדיף על המנהג. למרות זאת, בתי-המשפט הכירו בעקיפין במנהג המנוגד לחוק באמצעות פירוש חקיקתי המתחשב במנהג.

מאחר שמנהג במשפט הציבורי דומה באופן בסיסי למנהג במשפט הפרטי, ההערות דלעיל חלות על מנהג במשפט הפרטי והציבורי כאחד. בכל זאת, כאמור, ישנם כמה הבדלים בין שני אלה.

המנהג במשפט הציבורי שונה ממנהג במשפט הפרטי בכך שהוא נאכף במידה מוגבלת יותר על-ידי בית-המשפט. המגבלות על האכיפה של מנהג במשפט הציבורי נובעות מן העובדה שנושאים רבים המוסדרים על-ידי מנהג במשפט הציבורי, במיוחד אלה הנוגעים ליחסים בין רשויות המימשל יכולים ליפול בתוך המבחן של אי-שפיטות, לפי דוקטרינות משפטיות מורששות. מגבלות אלה יכולות גם לנבוע מדיני זכות העמידה בבג"ץ ומעקרונות פסיקטיים בקשר לדחיית עתירות לכג"ץ מטעמי צדק ויושר. דחיות מעין אלה – מטעמי צדק ויושר – יכולות לבוא הן על הסף, לפני שהעתירה נשמעת לגופה, או לאחר הדיון לגופו. במאמר זה הבענו את הדעה, כי הגבלות אלה אינן מונעות העלאת טענה בדבר מנהג במשפט הציבורי. זאת ועוד: מנהג יכול להתקיים אפילו אם בית-משפט דחה את העתירה בשל אי-שפיטות, העדר זכות עמידה או דחייה מטעמי צדק ויושר (כגון שיהוי או אי נקיון-כפיים).

למנהג במשפט החוקתי נודעת חשיבות מיוחדת בקשר ליישום ישראלי של רעיון אנגלי בדבר "מוסכמה חוקתית". כותב שורות אלו חלק על השימוש במושג זה במשפט הישראלי. הצעתי, כי בעניינים חוקטיים ראוי להשתמש במושגים של "נוהג חוקתי" כשלב בהתפתחות של מנהג חוקתי. דעתי היא שהשימוש הנעשה בישראל, על-ידי חוקרים אקדמיים ואחרים במושג "מוסכמה חוקתית", שהושאל מאנגליה, אינו מתאים. המוסכמה החוקתית האנגלית אינה קיימת בישראל באופן ישיר או בדרך של היקש. להבדיל מהמוסכמה החוקתית האנגלית. יש להדגיש, כי הנוהג החוקתי הישראלי יכול לחול באופן משפטי ולהתפתח למנהג חוקתי מחייב.

המנהג במשפט הציבורי ממלא תפקיד חשוב. במאמר זה הוצגו דוגמאות רבות בתחומים שונים של המנהג במשפט הציבורי. ההדגמות כוללות מנהגים ונוהגים שהוכרו על-ידי בתי-המשפט, וכן אחרים שטרם הוכרו ככאלה.

דוגמא מובהקת למנהג חוקתי שהוכר על-ידי בית-המשפט הוא בפרשת קמיאר. מנהג זה מעניק לממשלה את הסמכות לאשרר אמנות הטעונות אישור בלא שנדרשת הסכמת הכנסת. כמאמר זה הוצגה העמדה שמעבר למנהג כללי זה הקשור בכריחת אמנות, התפתח מנהג מיוחד הדורש אישור פרלמנטרי של הכנסת של אמנות בעלות חשיבות מדינית או צבאית. אלה כוללות אמנות לגבי הסדרים טריטוריאליים או ויתורים, הסכמים הקובעים הסדרים פוליטיים או צבאיים לאחר מלחמה, הסכמים

הקובעים שינויים קיצוניים ביחסים עם מדינות אחרות, והסכמים בעלי חשיבות מוסרית או פוליטית.

מנהג ונוהג ממלאים תפקיד בהעדר חוקים בנושא; אבל הם ממלאים תפקיד גם אם קיימים חוקים. מנהג משמש ככלי עזר חשוב בפרשנות חוקים ובהשלמת חללים בחוקים קיימים. מנהג יכול למתן את אכיפת החוק בגין סיבות רבות. המנהג אף יכול, בנסיבות נדירות, ליצור מערכת מוסדית ונורמטיבית נוסף ובמקביל לחוק, כמו בעניין ההסדר המנהגי לגבי צנזורה בטחונות של העתונות. בישראל קיימים אפוא, יחסים גומלין רבים ומרובים בין חוק למנהג; לעתים קרובות מנהג מתגבש לחוק. תפקידם של מנהגים ככלי פרשנות חקיקתית מוגבל על-ידי כמה עקרונות חשובים: כך נוהג המבוסס על-פירוש מוטעה של החוק לא יגבר על הפירוש הנכון. מנהג יכול להיות לעזר רב בפירוש הוראות חוק. המנהג המגביל שהתפתח בהקשר לסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה הוא הדגמה טובה. למרות שהסמכות השיורית של הממשלה על-פי סעיף 29 אינה מוגבלת, עמדנו היא כי בתוקף מנהג חוקתי שנתמך גם על-ידי פרשנות חקיקתית, הסמכות השיורית מכוונת לסמכויות ביצועיות ולא לסמכויות חקיקתיות או שיפוטיות.

דעתנו היא כי המנהג במשפט הציבורי, מצדיק ומצריך את תשומת-לכם של המשפטנים הישראלים. עליהם להיות מודעים לשאלות הקשורות במנהג ולעסוק בהם במסגרת כתיבה ומחקר אקדמי, בטיעונים בפני בתי-המשפט ובפסיקה של בית-משפט. התייחסות יותר תדירה לסוגיית המנהג במשפט הציבורי תקדם את הכנתנו בנושא ותהיה לנו לעזר בהכרעה בסוגיות בתחום זה שלא בוררו עד כה.

חלק רביעי

היועץ המשפטי לממשלה

הערת העורך

היועץ המשפטי לממשלה הינו אחד המוסדות המרכזיים המופקדים על שלטון החוק במדינה. במילוי תפקידו הוא פועל בשני מישורים. מצד אחד, הוא יועץ למדינה במילוי משימותיה, ובין היתר הוא מייצג אותה בבתי-המשפט בפעילותה להשלטת החוק. מן הצד השני, הוא מפקח על רשויות המדינה, שלא יפגעו בשלטון החוק.

המעמד והיעילות של היועץ המשפטי לממשלה במילוי תפקידים אלה מותנים במידת העצמאות שלו כלפי הממשלה, לרבות שר המשפטים. שאלת העצמאות של היועץ המשפטי לממשלה, כיוון שלא הוסדרה בחוק, היתה שנוייה במחלוקת במשך תקופה ארוכה. לבסוף נתגלגלה המחלוקת והגיעה, בשנת 1962, כדי סכסוך חריף וגלוי בין שר המשפטים דב יוסף והיועץ המשפטי לממשלה גדעון האוזנר. הסכסוך הניע את הממשלה למנות ועדת משפטים לבדיקת שאלות אחדות הנוגעות לסמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ובעיקר שאלת המעמד של היועץ המשפטי לממשלה כלפי שר המשפטים. הוועדה הורכבה מן השופט שמעון אגרנט כיושב-ראש (ולכן היא קרוייה בדרך כלל בשם ועדת אגרנט), השופט צבי ברנזון ועורך-הדין אברהם לוין. חוות-הדעת של הוועדה מקבלת, בעיקרו של דבר, את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה חובה עליו להפעיל את סמכויותיו בתחום הפלילי באופן עצמאי, בלי להיות כפוף להוראות שר המשפטים או הממשלה.

חוות-הדעת של ועדת אגרנט אומצה על-ידי הממשלה. בכך יושבה, באופן רשמי, המחלוקת בשאלת העצמאות של היועץ המשפטי לממשלה. דו"ח הוועדה משמש מאז בסיס איתן למילוי תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה במאבק על שלטון החוק. על דו"ח ועדת אגרנט, ובדרך כלל על מילוי תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה, ראה גוטמן, היועץ המשפטי נגד הממשלה (ירושלים, תשמ"א); סגל, דמוקרטיה ישראלית (תשמ"ח), 181-165; גביוון, שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק (ירושלים, תשנ"א); רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ"א), 582-569; זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", עיוני משפט יא (תשמ"ז) 411; זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)", ספר אורי ידין (כרך ב') (ירושלים, תש"ן). ברק וּשפניץ עורכים, 47.

עם זאת, עדיין מתעורר לעתים צורך, בעיקר בעת משבר, לפנות אל חוות-הדעת של ועדת אגרנט, ולמצוא בה תימוכין בשאלות הנוגעות למעמד של היועץ המשפטי לממשלה. אולם מי שנוקק לחוות-הדעת זאת, עשוי להיתקל בקושי להגיע אליה, כיוון שלא ניתן לה פרסום רשמי. לפיכך ראיתי טעם לפרסם אותה כאן כלשוונה.

מעניין לציין כי חוות-הדעת של ועדת אגרנט נוקטת, בחלק האחרון (פיסקה ח') של הדו"ח, עמדה פושרת בשאלת התוקף של חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות משפטיות שמחוץ לתחום הפלילי. לגבי שאלות אלה אמרה הוועדה כי "בדרך

כלל" תתייחס הממשלה אל חוות-הדעת "כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת, רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסויים, לפי שיקול-דעתה." משמעות הדברים, בהקשר בו נאמרו, אינה ברורה לגמרי. משום-מה גם הבחינה הוועדה לעניין זה בין הממשלה לבין יתר הרשויות המינהליות, וכך אמרה (ש.מ.): "כאשר ליתר הרשויות, השייכות לזרוע המבצעת במדינה, סבורים אנו, כי לא יכול להיות ספק בדבר, כי מחובתן לראות את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות חוק ומשפט." מכל מקום, בעניין זה חלה התפתחות, למעשה ולהלכה. מצד המעשה, חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה רכשו לעצמן מעמד מחייב, לא רק כלפי רשויות המינהל, אלא גם כלפי הממשלה. ומצד ההלכה ניתנה להן לאחרונה הכרה, גם על-ידי בית-המשפט העליון, כבעלות תוקף מחייב. כבג"צ 73/85, סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 152, אמר השופט ברק כי, "סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו שלו מחייב אותה פנימה." ראה גם כבג"צ 1635/90, זרזיבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749, 800, 864.

ובכל זאת, הוויכוח על משרת היועץ המשפטי לממשלה לא תם ולא נשלם. המיוחדות של משרה זאת בהשוואה למשרות דומות במדינות אחרות, והמשקל הרב הנודע לה בתחומים שונים של חיי המדינה, מעוררים מפעם לפעם וויכוח על המצוי והרצוי במשרה זאת. פרופ' קלינגהופר היה שותף לוויכוח זה ונקט, כמו בנושאים אחרים, עמדה ביקורתית, הסוטה מדרך המלך של ההשקפה הרווחת. בטאון לשכת עורכי-הדין בירושלים ביקש להציג את עמדתו ולעמת אותה עם עמדתו. שני מאמרים, המציגים את שתי העמדות, פורסמו בבטאון הלשכה, גליון 5, ינואר 1989, והם מובאים כאן, לאחר דו"ח ועדת אגרנט.