

המנהג החוקתי – האומנם חוקתי?

אהרן גרבר
שי-ניצן כהן

פורום
החלת
למדדיניות
ריבונות לאומית. חירות הפרט.

כסלו תשפ"א – נובמבר 2020
נייר מדיניות מס' 67

עו"ד שי ניצן-כהן חוקר בפורום קהלת

בוגר תואר ראשון בהצטיינות יתרה במשפטים ובתוכנית "אמירים" במדעי הרוח באוניברסיטה העברית בירושלים.



עו"ד אהרן גרבר סגן ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת

בוגר תואר ראשון ושני במשפטים באוניברסיטה העברית עם התמחות במשפט ציבורי ובינלאומי ותלמיד לתואר שלישי.



המחברים מודים למשה דה-הרטוך על הסיוע במחקר.

המנהג החוקתי – האומנם חוקתי?

אהרן גרבר
שייניצן כהן



בסלו תשפ"א - נובמבר 2020
נייר מדיניות מס' 68

**המנהג החוקתי – האומנם חוקתי?
אהרן גרבר ושייניצן כהן**

נדפס בישראל, חשון תשפ"א – נובמבר 2020

מסח"ב 3-83-7674-965-978 ISBN



תוכן העניינים

1	תקציר
5	הקדמה
9	א. מנהג חוקתי – מובנים אפשריים
15	ב. סקירת הפסיקה בישראל
33	ג. משפט משווה
49	ד. קשיים נורמטיביים
61	סיכום
63	הערות



**”במסמך זה אנו
מבקשים לעמוד על
הסכנות הטמונות
בקליטת דוקטרינה
זו בתחומי המשפט
המנהלי והחוקתי.”**

בשנים האחרונות יש המבקשים לקדם בישראל גישה המעניקה מעמד משפטי עצמאי ל”מנהגים חוקתיים”. מקורו של מונח זה, ”מנהג חוקתי”, במסורת המשפט המקובל והוא משמש לציון מנהגים העוסקים בכללים מוסדיים המתווים את יחסי הגומלין בין רשויות השלטון. בית המשפט העליון הישראלי נמנע עד היום מלהכיר בקיומו של מנהג חוקתי בעל מעמד מחייב (ולאחרונה אף הביע סלידה מפורשת מן הרעיון), אולם קולות התומכים במהלך עודם נשמעים מעת לעת בשיח האקדמי־משפטי המקומי. במסמך זה אנו מבקשים לעמוד על הסכנות הטמונות בקליטת דוקטרינה זו בתחומי המשפט המנהלי והחוקתי.

החוקרים שעסקו בסוגיה זו, וכמותם שופטי בית המשפט העליון שהתייחסו לסוגיה בכמה אמרות־אגב, חטאו בעמימות רעיונית בדבר המובנים המשפטיים השונים שאפשר לייחס למונח ”מנהג חוקתי” ונקטו אי־בהירות ביחס למשמעותו ונפקותו המשפטית. פגמים אלה הביאו את חלקם להסתמך – באופן מוטעה – על הגות ופסיקה זרה, וליישמן באופן שגוי בשיטת המשפט הישראלית. כדי לדון במושג זה לאשורו, מן ההכרח אפוא להציגו תחילה באופן מסודר ולהבהיר את משמעויותיו.

**”השופט הנדל,
בעניין אבירם,
אף הרחיק לכת
וציין (באמרת־אגב
גם הוא) כי לדידו
בכוחו של השופט
לזהות מנהג גם
בהיעדר אינדיקציה
עובדתית
חד־משמעית
ובלבד שהוא
סבור כי מדובר
במנהג ראוי.”**

בפרק הראשון של מסמך זה אנו מבחינים בין כמה פרשנויות אפשריות שונות למונח ”מנהג חוקתי“: (1) מנהג מוסדי בלתי מחייב מצד רשות שלטונית אשר נעדר כל נפקות נורמטיבית; (2) מנהג מוסדי המעוגן בחקיקה ומחייב מכוחה; (3) מנהג מוסדי בעל נפקות נורמטיבית וולונטרית שאינו ניתן לאכיפה בבית המשפט; (4) מנהג מוסדי מחייב ואכיף מבחינה משפטית; (5) מנהג מוסדי בעל נפקות משפטית עקיפה (כחלק מפרשנות הדין או מבחינת שיקול הדעת שבבסיס החלטה מנהלית). קטגוריות אלו משמשות אותנו בפרקים הבאים כדי לנסח באופן מדויק ואנליטי את העמדות שהושמעו בנושא בישראל וכדי לבחון בעין ביקורתית את השימוש שעשו עמדות אלו בכתיבה ופסיקה זרות.

סקירתנו בפרק השני מעלה כי מלבד אזכורים בודדים, עיסוקה של הפסיקה הישראלית במושג ”מנהג חוקתי” במשפט הציבורי החל רק בראשית שנות ה־2000 וצומצם עד עתה לשורת אמרות־אגב בלבד. שופטים שונים הביעו דעות שונות באשר למעמדו הנורמטיבי של המנהג החוקתי: אחדים ראו בו מקור להשלמת לקונות, ורובם הזכירוהו כשיקול בפרשנות הדין. חלקם הסתמכו על פסיקה זרה ועמדו על שלושת התנאים לזיהויו: (1) קיומה של פרקטיקה חוזרת ונשנית; (2) המצטרפת לתודעת חיוב מצד הגורם המבצע; (3) ומבוססת על רציונל ברור. השופט הנדל, בעניין **אבירם**, אף הרחיק לכת וציין (באמרת־אגב גם הוא) כי לדידו בכוחו של השופט לזהות מנהג גם בהיעדר אינדיקציה עובדתית חד־משמעית ובלבד שהוא סבור כי מדובר במנהג ראוי. חרף כל אלו, נמנע עד היום בית המשפט מלהכיר במנהג כמקור משפטי עצמאי. לאחרונה, בעניין **הוועדה לבחירת שופטים של הכנסת ה־23**, אף הבהיר בית המשפט כי עמדתו נובעת מן הבעיות העקרוניות הטמונות במהלך כזה, אשר יוצר מסלול עוקף־נבחרי־ציבור לקביעת כללים נורמטיביים בני אכיפה. אכן, כפי שנראה בהרחבה בפרק הרביעי, הכרה בקיומו של מנהג עצמאי כעילת ביקורת עצמאית ואכיפה סותרת את עקרון הכרעת הרוב ואת עקרון שלטון החוק, וכן פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות.

בפרק השלישי בחנו את משמעותו של המונח ”מנהג חוקתי” בכמה שיטות משפט זרות אשר משמשות כמקור השראה (מוטעה) למי שתומכים בהקניית מעמד משפטי עצמאי למנהג במשפט הציבורי הישראלי. בחינתנו מעלה כי הניסיון להיתלות בפסיקתם של בתי המשפט באותן מדינות שגוי הוא מעיקרו ונשען על אי־הבירות הרעיונית שהוזכרה לעיל. כפי שנראה להלן, בתי המשפט במדינות המערב אינם מעניקים למנהג החוקתי מעמד נורמטיבי עצמאי ואכיף

**”הניסיון לחדש
עילת ביקורת
שיפוטית עוצמתית
אינו רק רעיון
שגוי מבחינה
קונספטואלית,
הפוגע
בעקרונות היסוד
הדמוקרטיים,
ויש בו גם כדי
פגיעה ממשית
במעמדו של בית
המשפט. מדינת
ישראל שרויה
בשנים האחרונות
במשבר חוקתי
מתמשך, ומידת
אָמון הציבור בבית
המשפט הישראלי
סובלת מירידה
דרמטית.”**

מבחינה משפטית. בבריטניה, בארצות הברית ובאוסטרליה הובהר כי לא ניתן לאכוף הפרת מנהגים חוקתיים וכי השימוש המשפטי שנעשה במנהגים הוא פרשני גרידא – כל עוד הללו לא עוגנו בחקיקה. אומנם בקנדה בית המשפט יכול להעניק סעד הצהרתי, בדמות הכרזה על הפרת מנהג חוקתי, אך גם שם אין אפשרות לזכות בסעד מעשי של אכיפת המנהג. הוא הדין לשיטת המשפט ההודית: אומנם יש שטענו כי בית המשפט ההודי אוכף מנהגים חוקתיים אך עיון מדוקדק בפסיקה המדוברת מלמד כי עד היום לא נאכפה הפרת מנהגים כאלה כשלעצמה.

בפרק האחרון נעמוד על הפגמים הכרוכים בהפיכתו של המנהג החוקתי למקור משפט לגיטימי בשיטות משפט מודרניות. נראה כיצד התפיסות הרדיקליות בדבר ייחוס מעמד משפטי עצמאי למנהג סותרות הן את ה”תיאוריה הטהורה של המשפט” מבית מדרשו של קלזן, הן את ”כלל ההכרה” של הארט. נוסף על כך, נצביע על הקשיים שנובעים מהניסיון לייחס מעמד משפטי עצמאי למנהג, במקרים שבהם שוררת מחלוקת באשר להתקיימות המבחנים לזיהוי מנהגים. בפרק זה נצביע גם על הפגיעה הקשה ביסודות המשטר הדמוקרטי – בעקרון הכרעת הרוב, בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות – אשר טמונה בייחוס מעמד עצמאי למנהג. נוכח כל הפגמים הללו נתריע מפני מהלך שיעניק מעמד נורמטיבי עצמאי למנהג החוקתי בתחום המשפט הציבורי.

כאמור, קשיים אלה לא נעלמו מעיניהם של שופטי ישראל, והם הבהירו שוב לאחרונה כי לא ייתכן שמנהג יזכה למעמד נורמטיבי שיגבר על חקיקה. אולם הניסיון לחדש עילת ביקורת שיפוטית עוצמתית אינו רק רעיון שגוי מבחינה קונספטואלית, הפוגע בעקרונות היסוד הדמוקרטיים, ויש בו גם כדי פגיעה ממשית במעמדו של בית המשפט. מדינת ישראל שרויה בשנים האחרונות במשבר חוקתי מתמשך, ומידת אָמון הציבור בבית המשפט הישראלי סובלת מירידה דרמטית. ברי אפוא כי הניסיונות האקדמיים לחדש עילות ביקורת שיפוטית ייחודיות ועוקפות־כנסת, שאינן מקובלות ברחבי העולם, רק יחריפו מצב עניינים זה – וודאי שלא יביאו להשבת שיווי המשקל שבין רשויות השלטון. טוב עשו שופטי ישראל שגדרו את הפרצה והבהירו את גבולות הדוקטרינה. כך ראוי לנהוג.





הקדמה

**”אך לצד הטמעת
המנהג בחקיקה
ושימוש פרשני
בו, הרי שמערכות
משפט מודרניות
שללו את אימוץ
המנהג כקובע כלל
עצמאי אכיף.”**

ביסודה של כל מערכת משפטית מצויים כללים המחייבים ציות ומערכת אכיפה. לכן עסקו חכמי תורת המשפט בשאלת מקורות המשפט הפורמליים, היינו המקורות הקובעים מהו ההליך הנדרש ליצירת כללי משפט מחייבים.¹

במסגרת זו נידונה גם שאלת מעמדו הנורמטיבי של המנהג. למנהג הנוהג בחברה פלונית שמור מקום של כבוד במערכת החוקים שלה. יוצרי החוק ופרשניו בוחנים אותו תדיר, והוא משמש מקור השראה קדם־חקיקתי למחוקק ובסיס לפרשנות בעבור מי שמיישם את החוק. כאשר המחוקק סבור כי ראוי לייחס מעמד משפטי מחייב למנהגים הנוהגים בחברה מסוימת, יעוגנו הללו בחקיקה; כאשר החוק סובל פירושים שונים, שופטים עשויים להעניק למנהג מעמד פרשני ולבכר פרשנות שמקיימת את המנהג. אך לצד הטמעת המנהג בחקיקה ושימוש פרשני בו, הרי שמערכות משפט מודרניות שללו את אימוץ המנהג כקובע כלל עצמאי אכיף.

בשיטות משפט דמוקרטיות המיוסדות על עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק, דרך המלך לקביעת כללים משפטיים היא חקיקה. החוק נקבע בידי נציגי הציבור בבית המחוקקים ושואב את תוקפו מכך שנציגי הריבון הם שקבעו את החוק. בשיטות המשפט שפסעו בנתיבי המשפט המקובל, הוכר לצד החקיקה גם כוחו המוגבל של בית המשפט ליצור חקיקה שיפוטית;² אך ”הלכות שיפוטיות” הן לעולם שניות לחקיקה – שיכולה לעצבן ולשנותן – ומוגבלות להשלמת לקונות נקודתיות.

הכרה בכוחו הנורמטיבי של המנהג מעוררת קושי מחמת כמה היבטים עיקריים. ראשית, אין הצדקה להענקת מעמד מחייב למנהג רק משום שנהג בעבר ומבלי שעוגן בחקיקה פוזיטיבית. הכפפת

**”בפועל ישנו
קושי ”מסדר שני”
לזהות מנהגים
מחייבים. אם נבחן
את המקרים שבהם
נידונה בישראל
שאלת מעמדו של
המנהג החוקתי,
נגלה כי לרוב
הדיון כלל מחלוקת
עובדתית על עצם
קיומו של המנהג.”**

נבחרו הציבור לפרקטיקות־עבר וכבילת שיקול דעתם למנהג פוגעים בעקרון הכרעת הרוב, דהיינו במובנה הבסיסי של הדמוקרטיה כמנגנון לקביעת כללי התנהגות מחייבים באמצעות נבחרו הציבור – שנבחרו לשם כך. מלבד הכשל הדמוקרטי, קשה להלום דוקטרינה הכובלת את נבחרו הציבור להכרעות קדומות רק משום שנהגו בעבר ומבלי שהוסדר מנגנון ישיר לשינוי המנהג.

נוסף על כך, בהפקדת הסמכות לזיהוי מנהג בידי בית המשפט יש משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. בית משפט המאמץ מנהג פלוני (או שולל את אימוצו), מתוך התבססות על תוקפו, בוחן את תוכנו של המנהג כדי לקבוע האם הוא מחייב; אלא שלמעשה ההכרעה כי מנהג פלוני מחייב משמעה הוא שבית המשפט סבור שמדובר בכלל ראוי. אם כן, לא המנהג הוא שיוצר את חובת הציות אלא בית המשפט. בניגוד לדוקטרינות משפטיות אחרות, שבהן השופט מיישם כלל קיים, כאן הוא יוצר אפוא כלל יש מאין.

לבסוף, אפילו אם נכיר ברציונל ההכרה במנהג כבעל תוקף מחייב, הרי שבפועל ישנו קושי ”מסדר שני” לזהות מנהגים מחייבים. אם נבחן את המקרים שבהם נידונה בישראל שאלת מעמדו של המנהג החוקתי, נגלה כי לרוב הדיון כלל מחלוקת עובדתית על עצם קיומו של המנהג ואף נתגלעה מחלוקת על אופן זיהויה של פרקטיקה עובדתית מסוימת כמנהג. כתוצאה מכך, במקרים רבים חלק מרכזי מהדיון המשפטי בסוגיה זו סובב־הולך על השאלה האם אכן ישנו מנהג מקובל בתחום הנידון, ולפיכך קשה לקבל את הטענות כי המנהג משקף פרקטיקה מוסכמת שמעניקה לו את תוקפו.

כפי שנראה להלן בפרק המשווה, הקשיים שהזכרנו אינם ייחודיים לשיטת המשפט הישראלית; כתוצאה מהם, שיטות משפט ברחבי העולם נמנעות מלייחס למנהג מעמד נורמטיבי עצמאי. בתי המשפט בעולם נמנעו במישרין לייחס למנהג החוקתי מעמד משפטי אכיף, ושופטים ברחבי העולם מנועים מלהעביר ביקורת שיפוטית ישירה המיוסדת על המנהג בהיעדר הצדקה דמוקרטית לכך, וזאת למרות ניסיונותיהם של מספר מלומדים להרחיב את תחולתו.³

מכאן נגזרת חשיבותו של המשפט המשווה. עד כה, שיטות המשפט המערביות לא ייחסו למנהג אלא מעמד פרשני ולא ראו בו מקור משפטי עצמאי במשפט הציבורי. בסופו של דבר, חשיבותם של כללי המשחק המוסדיים מחייבת לנהוג בהם בזהירות יתרה ולהבטיח כי ייקבעו בידי הרשות שהוסמכה לכך, מבלי לכבול את שיקול דעתם של חבריה ומבלי ליצור אי־ודאות בדבר הכללים המחייבים.

דרכנו בחיבור זה תהא כדלהלן. בפרק א נציג את מנעד האפשרויות הפרשניות למעמדו הנורמטיבי של המנהג. בפרק ב נסקור את השימוש שנעשה עד כה בדוקטרינת המנהג החוקתי במסגרת הפסיקה הישראלית. בפרק ג נעמוד על השימוש בדוקטרינה זו במערכות משפט אחרות. לבסוף, בפרק האחרון, נסביר מדוע הניסיון לאמץ דוקטרינה זו, תוך הכרה במנהג כמקור משפטי עצמאי, שגוי מבחינה נורמטיבית.





א. מנהג חוקתי – מובנים אפשריים

מטבע הלשון "מנהג חוקתי" (constitutional convention) נוצר בבריטניה נעדרת החוקה הכתובה. בהיעדר חוקה כתובה, המעצבת את יחסי הכוחות בין גורמי הממשל, התפתח בבריטניה עיסוק במנהגים החוקתיים. אולם המונח "מנהג חוקתי" עשוי להטעות: למנהגים ממין זה אין בבריטניה מעמד נורמטיבי עליון ואין הם דומים לחוקה (כלומר מנהג חוקתי אינו גובר על חקיקה ראשית או משנית). מינוח זה אינו אלא מבהיר כי מנהגים ממין זה עוסקים בכללים מוסדיים המתווים את יחסי הגומלין בין הרשויות ואת דרכי עבודתן – נושאים שמקובל להסדיר בחוקה.

מטבע הלשון "מנהג חוקתי" עשוי לסבול פירושים שונים, והבחנה ביניהם חיונית לענייננו. יתרה מכך: לא תמיד נשמרת ההבחנה בין היחס למנהג בענפי המשפט השונים, ולתוקף שניתן בהם למנהג, ועובדה זו יוצרת חוסר בהירות בדבר תוקף ההסדר המשפטי שאליו מתייחסים.⁴ בשורות הבאות נסקור את המובנים האפשריים שניתן לייחס למנהג החוקתי ואת דרכי הפעולה האפשריות של שופט שהונחה בפניו בקשה לביקורת שיפוטית המבוססת על המנהג.

תפקידם העיקרי של הכללים המוסדיים והמנהגים המוסדיים ("החוקתיים") הוא להסדיר את עבודת הרשויות באמצעות קביעת גבולות גזרה ברורים לרשויות השלטון ולסמכויותיהן. הגדרת הגבולות מבהירה את דרכי הפעולה האפשריות העומדות בפני הרשויות השונות ומבטיחה יציבות שלטונית באמצעות קביעת כללים ברורים וידועים שאותם מפעילים השחקנים הפוליטיים. טשטוש ההבחנה בין מובנים שונים של המנהג דווקא בתחום קביעת ההסדרים המוסדיים, וחוסר ההכרעה רבי-השנים בשאלת

מעמדו המשפטי־נורמטיבי במשפט הציבורי, משפיעים בצורה הפוכה ומגבירים את חוסר היציבות של הכללים שמסדירים את יחסי הרשויות שלנו. כפועל־יוצא, עמימות זו מגבירה את חוסר היציבות של המערכת הפוליטית: בהיעדר כללים ברורים לא ידוע מהם כללי המשחק והיכן מוצבים גבולות הסמכות של הרשויות.

כדי לדון במעמדו הנורמטיבי של המנהג יש להבחין בין כמה מובנים אפשריים של המונח "מנהג":

(א) מנהג מוסדי בלתי מחייב. מנהג כזה מכונה בחלק מן המקורות בישראל "נוהג", והוא חסר כל נפקות נורמטיבית. מדובר בהתנהגות סדירה, או בפרקטיקה חוזרת ונשנית, של גורם השייך לרשויות השלטון, אשר חורגת מציות להוראות הדין גרידא ואינה מחייבת בעתיד – לא גורמים נוספים ואף לא את הגורם המבצע. לדוגמה, מקובל שנשיא המדינה מזמין את נציגי הסיעות להתייעצות בבית הנשיא בטרם יטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת, אך אין חובה שהפגישה תיערך בבית הנשיא וניתן לערוך את ההתייעצות עם נציגי הסיעות בדרך אחרת.

(ב) מנהג מוסדי שעוגן בחקיקה ומחייב מכוחה. מנהג מוסדי מחייב אשר יונק את סמכותו הנורמטיבית ממקור משפטי אחר המפנה אליו – אך אינו מחייב בפני עצמו. כיוון שמנהג זה מבוסס על נורמה משפטית חיצונית, הרי שהוא גם בראיפה על ידי בתי המשפט. לדוגמה, בחוק־יסוד: הכנסת נקבע כי "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהל המקובלים בה"⁵. במקרה זה, מעמדו הנורמטיבי של המנהג נקבע בחקיקה ומחייב מכוח החוק.⁶

(ג) מנהג מוסדי שאינו ניתן לאכיפה משפטית. מנהג מוסדי

שגורמי ממשל מאמצים באופן וולונטרי ככלל המסדיר את פעילותם. הכלל אינו מבוסס על מקור נורמטיבי מחייב ולכן לא נתפס כבעל נפקות משפטית ואין לאוכפו בבית המשפט. הסנקציה המוטלת במקרה שמנהג זה מופר היא ציבורית-פוליטית ועקיפה בלבד (לדוגמה, ביקורת תקשורתית ואובדן מצביעים) ולא ניתן לקבל בעבורה סעד בבית המשפט. בכמה מדינות, הפרה של המנהג יכולה להוביל לסעד שיפוטי בדמות הכרזה על הפרת המנהג (אף שאינו אכיף); אך גם בהן השופט אינו אוכף את המנהג באופן ישיר (כלומר אינו פוסל את הפעולה החורגת, אינו מורה לגורם החורג לפעול אחרת, ואף אינו מטיל סנקציה) שכן המנהג נעדר נפקות משפטית. במדינות אלו, השופט משמש כמוכיח בשער ומתריע על החריגה בפני יתר הגורמים שאימצו את המנהג הוולונטרי ובפני הציבור. פעולת ההתרעה מקבילה במידה רבה להכרזתו של שופט כי הסכם קואליציוני הופר, הכרזה שתיתכנה לה השלכות פוליטיות-ציבוריות שיביאו לשינוי ההתנהגות בפועל (בדומה לרציונל העומד בבסיס הצהרות על אי-חוקקיותה של חקיקה בשיטת המשפט האנגלית) – הא ותו לא.

(ד) מנהג מוסדי מחייב ואכיף משפטית. ניתן לייחס למנהג

החוקתי סמכות נורמטיבית עצמאית. במקרה זה, המנהג בר-אכיפה על ידי המערכת המשפטית, אף שנפקותו אינה נובעת ממקור נורמטיבי חיצוני. במקרה זה, השופט מזהה נוהג הקובע התנהלות מוסדית ומסדיר אותה; אך בניגוד לפעולת ההכרזה, כאן מגדיר השופט את המנהג כבעל נפקות משפטית ולפיכך מנהג זה בר-אכיפה על ידו באמצעות מגוון כלים אופציונליים (אין הכרח שכולם יהיו נתונים לשימוש השופט במסגרת שיטת משפט נתונה): צו עשה, הטלת סנקציות על הגורם החורג, פסילה שיפוטית וכיוצא בזה. בהקשר זה, יש לבחון את מעמדו העצמאי של המנהג ביחס לכלל הנורמות (חוקה, חוק, תקנות), שכן מבחינה תיאורטית בית המשפט יכול לייחס למנהג מעמד עצמאי הגובר אפילו על דבר חקיקה. יצוין כי בתי המשפט ברחבי העולם נמנעו עד כה מלייחס מעמד כזה למנהג.

”חיבור זה לא
יעסוק אפוא
בשאלת מעמדו
של המנהג בתחום
האזרחי או בתחום
הפלילי אלא
יתמקד במעמדו
של המנהג בגדרי
המשפט הציבורי
בכל הנוגע
להסדרת יחסי
הרשויות וקביעת
כללים מוסדיים.”

(ה) מנהג מוסדי בעל נפקות משפטית עקיפה. גם אם אין למנהג מעמד משפטי עצמאי, הרי שניתן לייחס לו מעמד משפטי ”חלש” באמצעות ייחוס משקל מכריע למנהג כתשתית לפרשנות החוק או כמדד ליישום סמכות מנהלית בשיקול דעת ראוי. השופט יכול לזהות מנהג חוקתי עובדתי ולהשתמש בו בכלי עזר בפרשנות החקיקה. במקרה שכזה, המנהג עצמו נטול נפקות משפטית (ואולי אף נטול נפקות נורמטיבית בכלל), ואילו הנפקות המשפטית המחייבת היא זו של החוק העומד במוקד הפרשנות. החוק מעניק את הסמכות, או יוצר את החיוב, אלא שייחוס מעמד פרשני מכריע למנהג יוצר למעשה מנהג בעל מעמד משפטי. חשוב אפוא להבחין בין מעמד פרשני ”חלש”, שבו המנהג הוא פרשנות אפשרית לחוק, לבין מעמד פרשני ”חזק”, שלפיו החוק מתפרש על פי המנהג באופן בלעדי (בדומה למעמדן של הנחיות מנהליות) או כאשר חובה לפרש את החוק באופן שיקיים את המנהג. לחלופין, יכול בית המשפט להציג סטייה מהמנהג כפעולה הכרוכה בשיקול דעת פגום של הגורם המנהלי מקבל ההחלטה. מדובר במעין תחום אפור – לכאורה אין למנהג נפקות משפטית, לא עצמאית ואף לא נגזרת, אך בפועל הוא בראיפה בכל הנוגע לבחינת החלטות מנהליות, בעקיפין, כאילו הייתה לו נפקות שכזו.

העיסוק במנהגים המוסדיים שונה מהעיסוק במנהגים בתחום האזרחי או בתחום הפלילי. בתחום האזרחי, ניתן לראות במנהג ביטוי לברירת המחל או לציפייה האובייקטיבית של הצדדים לסכסוך. כתוצאה מכך, שיטות משפט מודרניות עיגנו בחקיקה האזרחית את מעמדו המיוחד, אשר מאפשר לדיין להתחקות אחר כוונותיהם של הצדדים לסכסוך ואחר ציפיותיהם.⁷ בתחום הפלילי, הכיר המשפט הרומי בעקרון הדסואטודו (desuetudo), שלפיו הוראה חוקית עשויה לפקוע ולאבד את כוחה הנורמטיבי כאשר היא הופכת ל”אות מתה” ואינה נאכפת על ידי רשויות האכיפה.⁸ במשפט הרומי הוסבר כי התנהלות מעין זו ממחישה את רצון העם,⁹ שכן העובדה שכלל מסוים לא נאכף מורה שכלל זה מעולם לא נקלט. עם זאת, המשפט הרומי לא זיהה את המנהג כמקור משפטי עצמאי, היוצר כללים משפטיים עצמאיים; כוחו של המנהג עמד לו רק לביטול כללים שלא נאכפו.¹⁰ בין כך ובין כך, שיטת המשפט המקובל נמנעה מלאמץ עיקרון זה והוא נותר תקף בשיטות המשפט הקונטיננטליות לבדן.¹¹ חיבור זה לא יעסוק אפוא בשאלת מעמדו של המנהג בתחום האזרחי או בתחום הפלילי אלא יתמקד במעמדו של המנהג בגדרי המשפט הציבורי בכל הנוגע להסדרת יחסי הרשויות וקביעת כללים מוסדיים.

**”יש לבחון האם
ניתן לעתור כנגד
סטייה של גוף
שלטוני מהמנהג,
כלומר האם סטייה
מהמנהג במקום
שבו החוק שותק
יכולה לשמש עילת
ביקורת שיפוטית
עצמאית ואכיפה.
נוסף על כך, יש
לבחון האם המנהג
יכול לשמש מקור
סמכות עצמאי
לפעולת הרשויות.”**

בישראל, הבהיר בית המשפט – פעם אחר פעם – כי אין להעניק למנהג מעמד עצמאי הגובר על חקיקה. למרות זאת, טרם הוכרע מעמדו של המנהג, וזאת בשני מובנים עיקריים שיידונו להלן. תחילה, יש לבחון האם ניתן לעתור כנגד סטייה של גוף שלטוני מהמנהג, כלומר האם סטייה מהמנהג במקום שבו החוק שותק יכולה לשמש עילת ביקורת שיפוטית עצמאית ואכיפה. נוסף על כך, יש לבחון האם המנהג יכול לשמש מקור סמכות עצמאי לפעולת הרשויות. המשפט המנהלי מלמדנו כי גוף שלטוני מנוע מלפעול ללא חוק מסמין המעניק לו סמכות פעולה; זהו עקרון חוקיות המנהל. השאלה היא האם ניתן לראות במנהג מקור סמכות עצמאי העומד בדרישות המשפט המנהלי ומממש את עקרון חוקיות המנהל באמצעות יצירת מקור סמכות חליפי. אכן, גם אם יש לייחס למנהג תוקף של מקור סמכות, הרי שאין בכך כדי להוביל למסקנה שביט המשפט מוסמך לאכוף סטייה מהמנהג. כאמור, שופטי ישראל נמנעו עד היום מלייחס למנהג החוקתי מעמד עצמאי והשאירו את מעמדו הנורמטיבי ב”צריך עיון”; אולם חוסר ההבחנה בין המובנים השונים של המנהג החוקתי ואי־מיצוי הדיון בו מקשים על הבנת המצב המשפטי ופוגעים ביציבותם של כללי המשחק המוסדיים. חיבור זה מבקש לשרטט את המצב המשפטי השורר כיום ולהציג את המצב המשפטי הראוי, בכל הנוגע למעמדו הנורמטיבי של המנהג, וזאת כדי למנוע שימוש שגוי בדוקטרינת המנהג החוקתי.





ב. סקירת הפסיקה בישראל

1. מבוא

”עוד בטרם
בוטלה המג'לה
שררה מחלוקת
בשאלת תוקף
הסעיפים הכלליים
הללו ומעמדו
של המנהג.“

בשנת 1984 ביטלה הכנסת בחוק מיוחד את מעמדו של הקודקס העות'מאני האזרחי (המג'לה), שחלקים ממנו היו בתוקף עד אותה עת.¹² בדברי ההסבר לחוק קבע המחוקק כי מעמדו של המנהג ייוותר כפי שהיה קודם ביטול המג'לה, וזאת מבלי להכריע מהו מעמדו של המנהג: ”יצוין כי בביטול המג'לה אין כוונה לעקור את המנהג במידה שהוא קיים כמקור משפטי בישראל.“¹³ הרקע לניסוח פתלתל זה נבע ממחלוקת בנוגע למעמד המנהג עובר לביטול המג'לה, שחלקה הכללי עיגן את מעמדו של המנהג כמקור משפטי עצמאי.¹⁴ מתנגדי הביטול הצביעו על ביטול מעמדו העצמאי של המנהג כמקור משפטי כאחת התוצאות השליליות של ביטול המג'לה,¹⁵ בעוד עמדת משרד המשפטים הייתה שבמערכת משפט מודרנית אין צורך במנהג כמקור משפטי.¹⁶ למעשה, עוד בטרם בוטלה המג'לה שררה מחלוקת בשאלת תוקף הסעיפים הכלליים הללו ומעמדו של המנהג, והיו מי שסברו שהמנהג אינו מעוגן כמקור משפטי עצמאי בדין הישראלי.¹⁷ בין כך ובין כך, דברי ההסבר לחוק מצביעים על חוסר הבהירות בדבר מעמדו הנורמטיבי של המנהג בעת ביטול המג'לה ועל חוסר רצון להכריע בשאלה זו. נוסף על כך, גם אם מקבלים את הסברה שלפיה נהנה המנהג ממעמד נורמטיבי מיוחד בדין האזרחי, מכוח המג'לה, הרי שאין בכך כדי להכיר בקיומו של מנהג בעל מעמד נורמטיבי בתחום המשפט הציבורי.

”לא נאמר בחופזה
כי המנהג של
ימים שמכבר שבק
חיים־לכל־חי, כי
בר־מינן הוא לכל
דבר ועניין. ואולם,
נדע כי עוצמתו
[של המנהג],
ככל שיש בו
עוצמה, תמצא את
ביטויה בַשוליים:
בכללי פרשנות
או כממלאת חלל
במקרי חירום.“

2. אשרור אמנות בינלאומיות

כמה מלומדים ביקשו ללמוד על תוקפו של המנהג בתחום המשפט הציבורי,¹⁸ מתוך פסק דין שכתב השופט חיים כהן בשנת 1968¹⁹ בפסק דין זה, דן השופט כהן בערעור על הליך הסגרה של עבריין מישראל לשווייץ. בדיון טען העבריין, בין היתר, כי הסכם ההסגרה פגום מאחר שאושר על ידי הממשלה בלבד (בהתאם להליך הסטנדרטי לאישור כל הסכמי ההסגרה); לטענתו, פרשנות לחוק־יסוד: נשיא המדינה מלמדת על הצורך באשרור של הכנסת לאמנות בינלאומיות. חוק־יסוד: נשיא המדינה מלמדנו כי הנשיא ”יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על ידי הכנסת”,²⁰ ומכאן ביקש המערער ללמוד על חובה לאשרר בכנסת כל אמנה בינלאומית. בית המשפט דחה את הערעור ופסק כי האמנה תקינה וכי האסיר בר־הסגרה. השופט כהן הבחין בהקשר זה בין אמנות המשנות את הדין הפנימי, ודורשות אשרור של הכנסת, לבין אמנות ביצועיות שאותן הממשלה מוסמכת לאשר. הוא הצביע על הודעתה של ממשלת ישראל לאו”ם בדבר הדרך שבה מאשררות אמנות בממשלת ישראל, וציין כי מאות אמנות אושררו על ידי הממשלה ולא הונחו מעולם בפני הכנסת. בסיום דבריו אף ציטט כהן מתוך המג’לה בדבר כוחו של המנהג ומכאן היו מי שביקשו ללמוד על מעמדה גם בתחומי המשפט הציבורי.

כאמור, מלומדים שונים מצאו בפסק דין זה תמיכה לטענתם בדבר מעמד נורמטיבי עצמאי השמור למנהג במשפט הציבורי בישראל;²¹ ברם, ספק אם ניתן לתלות קביעה כה משמעותית בפסק דין זה. המערערים באותו עניין העלו טענה כוללנית בדבר צורך לאשרר כל אמנה בכנסת, והשופט כהן דחה כאמור את עמדתם באמצעות פרשנות לחוק־יסוד: נשיא המדינה. הפרשנות שהציע כהן נתמכה אומנם גם בפרקטיקה הקיימת אך לא התבססה רק עליה – וניתן היה להגיע לתוצאה פרשנית זהה ללא מרכיב המנהג. כך אכן עשו חלק מיתר שופטי ההרכב,²² כפי שכתב השופט חשין על הפרשה שנים רבות לאחר מכן:

כבעלי ניסיון רב־שנים לא נאמר בחופזה כי המנהג של ימים שמכבר שבק חיים־לכל־חי, כי בר־מינן הוא לכל דבר ועניין. ואולם, נדע כי עוצמתו [של המנהג], ככל שיש בו עוצמה, תמצא את ביטויה בַשוליים: בכללי פרשנות או כממלאת חלל במקרי חירום, כפי שאירע בע”פ 131/67 קמאר נ’ מדינת ישראל. באותו מקרה, כזכור, הכיר בית־המשפט בפרקטיקה, ולפיה נהגה הממשלה לאשר אמנות בינלאומיות

**”בעשורים
האחרונים, אחר
שבית המשפט
שָׁחַק את עילות
הסף ובשל
ריבוי העתירות
הציבוריות, שבה
ועלתה שאלת
מעמדו של המנהג
במשפט הציבורי.”**

בלא להידרש לאישור הכנסת. לו אחרת נפסק, כי אז הייתה מוצגת ישראל ”קבל משפחת העמים כמי שאינה מסוגלת, מבחינת משפטה הפנימי, לכרות אמנות בינלאומיות”; יתר-על-כן, ”פירוש כזה היה מביא לתוצאות בלתי נסבלות לעתיד וגם לעבר...” (שם, 113, מפי השופט לנדוי). ואולם אין צורך בדמיון משפטי מפליג כדי לגלות כי בפירושו של החוק היה ניתן להסיק אותה מסקנה גם בלא להידרש ל”מנהג” כמקור של דין...²³

לבסוף, חוות הדעת שכתב השופט חיים כהן בעניין **קמיאר** איננה מבוססת על המג'לה, שכאמור מסדירה את כללי המשפט הפרטי ולא הציבורי, אף שזו מוזכרת בדבריו.²⁴ יתרה מכך, גם אם ניתן ללמוד מחוות דעת זו על מעמדו של המנהג במשפט הציבורי, הרי שלכל היותר היא מצביעה על מעמד פרשני אפשרי – הא ותו לא.

מלבד פסק דין זה, עד לשנות האלפיים אין בנמצא פסקי דין מובהקים שבהם נידון באופן ישיר מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי.²⁵ אין זה פלא. המנהגים החוקתיים בתחום המשפט הציבורי עוסקים בהתנהלות גופים שלטוניים, בסמכויותיהם ובהסדרת דרכי עבודתם, ועד לשנות התשעים של המאה העשרים נחשבו סוגיות אלו לבלתי שפיטות.²⁶ מעבר לכך, בהתאם לתנאי הסף שרווחו במערכת המשפטית דאז, אזרח שהיה קובל כנגד מנהג חוקתי היה נדחה כאמור בהיעדר זכות עמידה.²⁷ אולם בעשורים האחרונים, אחר שבית המשפט שָׁחַק את עילות הסף ובשל ריבוי העתירות הציבוריות, שבה ועלתה שאלת מעמדו של המנהג במשפט הציבורי. בית המשפט החל להתייחס באמרות־אגב ל”מנהג החוקתי”, אף שהבהיר כי הדוקטרינה מעולם לא אומצה בישראל כהלכה מחייבת. ככלל, הפסיקה נמנעה עד היום מלדון במעמדו של המנהג והותירה את הנושא ב”צריך עיון” תוך הימנעות מהכרה בסמכות שיפוטית לאכיפת המנהג. בה בעת, היא פיתחה מבחנים לזיהוי מנהגים, תוך אזכור שב־ונשנה מצד השופטים כי מעמד המנהג כמקור משפטי עצמאי טרם הוכרע.

3. הגבלת סמכויות ממשלה יוצאת

בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה (2001) עסק לראשונה בבקשה להעביר ביקורת שיפוטית מחמת סטייה ממנהג. העותרים טענו כי יש לייחס מעמד משפטי-עצמאי למנהג החוקתי ופנו לבית המשפט בדרישה לאכיפתו.²⁸ העתירה הוגשה לאחר שראש הממשלה דאז, אהוד ברק, התפטר מתפקידו משאיבד את תמיכת הרוב בכנסת, ובשל כך הוכרזו בחירות חדשות. בפרק הזמן שנותר עד לקיומה של מערכת הבחירות, המשיך ראש הממשלה היוצא בניהול משאומתן מדיני עם הרשות הפלסטינית, והדבר הוביל את העותרים לפנות לבית המשפט בבקשה לעצירת המשאומתן.

העותרים טענו כי ממשלה יוצאת מנועה מלהמשיך בניהול משאומתן עד לאחר הבחירות. העתירה נדחתה תוך קביעה כי סמכויותיה של ממשלה יוצאת זהות לסמכויות הנתונות לממשלה רגילה. פסק הדין התמקד בשאלת קיומן של מגבלות על פעילות ממשלת מעבר, אולם בית המשפט התייחס בשוליים גם לטענת העותרים בדבר קיומו של מנהג חוקתי המגביל ממשלה יוצאת ומאפשר לה לקיים פעולות שוטפות בלבד. העותרים טענו כי המשך ניהול המשאומתן פוגע בשני מנהגים חוקתיים נפרדים: מנהג חוקתי המגביל את סמכויות הממשלה היוצאת, ומנהג נוסף שלפיו אמנות בינלאומיות מאושררות בכנסת, וכי לכן נדרשת הסכמתה מראש בטרם תקבל הממשלה החלטה על כינון אמנה בינלאומית.

בפסק הדין לא הרחיב בית המשפט על אודות המנהג החוקתי אך ציין כי "שאלת תוקפו של המנהג החוקתי בישראל טרם נבחנה על ידי בית משפט זה", וקבע כי אין צורך לדון במעמדו של המנהג שכן העותרים לא הוכיחו שקיים מנהג המגביל את סמכויותיה של ממשלה יוצאת.²⁹ השופט ברק, שכתב את חוות הדעת העיקרית, הוסיף – באוביטר – התייחסות אוהדת למנהג: "כשלעצמי, מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי המנהג החוקתי הוא מקור משפטי ליצירת דין חוקתי מחייב בישראל", אך בה בעת ציין במפורש כי גם במדינות שבהן מקובל להכיר בכוחו הנורמטיבי של המנהג החוקתי, לא ניתן לו מעמד נורמטיבי משפטי עצמאי:

אכן, בספרות המשווה, שבה מקובל לעתים מנהג חוקתי המצמצם את סמכויותיה של ממשלה יוצאת, הדגש מושם על הביקורת הפוליטית על החלטות הממשלה היוצאת ולא על ביקורת שיפוטית.³⁰

”אכן, בשיטת המשפט שלנו אין בכוחו של המנהג שלא לנהוג על-פי החוק, לשנות את החוק או לבטלו (אין Desuetudo) קל וחומר, שאין בכוחו לשנות, או להגביל – כנורמה מחייבת ובת-אכיפה – סמכות ושיקול-דעת שמקורם בנורמה חוקתית על-חוקית, כמו סמכות ההקלה בעונש שבחוק-יסוד: נשיא המדינה.”

לצידו, ציין השופט זמיר בלקוניות שקיומו של מנהג חוקתי מחייב הוכחה וכי ”בית המשפט אינו אמור ליצור מנהג, יש מאין, בפסק דין”.³¹ אולם, כאמור, העיסוק במעמדו של המנהג החוקתי לא עמד במוקד פסק הדין, ולכן קשה ללמוד ממנו מהו מעמדו הראוי. בהקשר זה לא התקיים דיון ממצה בנושא, לא נאמרו אמירות ברורות ולא התקבלו כל הכרעות – בוודאי שלא במסגרת ”הרציו” של פסק הדין שקובע הלכה.

4. קציבת מאסר עולם

שנתיים לאחר מכן זכתה שאלת מעמדו הנורמטיבי של המנהג בשיטת משפטנו להרחבה נוספת, בבג”ץ 849/00 שץ נ’ שר **המשפטים** (2002).³² העתירה הוגשה על ידי אסיר עולם שטען כי קיים ”נוהג חוקתי” שלפיו הנשיא קוצב מאסרי עולם ל-24 שנים, וביקש מבית המשפט לאוכפו. לטענתו, המנהג היה מקובל מאז שנות החמישים ועד לכהונתו של עזר ויצמן כנשיא בשנת 1993. העתירה נדחתה, משום שהעותר לא הצליח להוכיח את קיומו של המנהג החוקתי הנטען. בניגוד לעניין **וייס**, שבו הסתפק השופט ברק בקביעה שהמנהג לא הוכח, הרי שבעניין שץ נידונו לראשונה שני מבחנים לזיהויו של מנהג חוקתי. על פי פסק הדין, מנהג יוכר רק כאשר העותר הוכיח את קיומה של פרקטיקה שהשתרשה וכן הוכיח כי נוצרה תודעת חיוב ביחס אליה.

השופט ברק הדגיש בפסק הדין כי אפילו יוכר המנהג החוקתי כבעל מעמד נורמטיבי, הרי שמעמד זה ישמש למילוי לקונות במקרי קצה או כרקע לפרשנות חקיקה בלבד. לדבריו, אין מקום לעיסוק במנהגים חוקתיים כשחוק מסדיר את הנושא; קל וחומר שאין לכך מקום כאשר הנושא הוסדר בחקיקת יסוד. כלשונו:

מעבר לנדרש נוסף עוד, כי גם לו היה בידי העותר לבסס ”מנהג” של נשיא המדינה בנדון, ספק בעיניי אם היה במנהג זה כדי לצמצם את שיקול-דעתו של נשיא המדינה, שכן סמכות ההקלה בעונש – ושיקול-הדעת שביסודה – קבועים ונובעים מחוק-יסוד: נשיא המדינה (סעיף 11[ב] לחוק היסוד). אכן, בשיטת המשפט שלנו אין בכוחו של המנהג שלא לנהוג על-פי החוק, לשנות את החוק או לבטלו (אין Desuetudo) קל וחומר, שאין בכוחו לשנות, או להגביל – כנורמה מחייבת ובת-אכיפה – סמכות ושיקול-דעת שמקורם בנורמה חוקתית על-חוקית, כמו סמכות ההקלה בעונש שבחוק-יסוד: נשיא המדינה.³³

**”בין כך ובין אחרת,
עיקר הוא, לדעתי,
שנדע כי המנהג
של ימים עברו אינו
נושא עמו בימינו
כוח נורמטיבי,
כוח של הפריה,
בדין הפוזיטיבי.”**

השופט חשין הצטרף למסקנתו של ברק ועמד על כך שהמנהג חדל מלשמש כמקור משפטי עצמאי בשיטות המשפט המודרניות בכלל ובשיטה הישראלית בפרט:

בימי־קדם היווה המנהג מקור חשוב ליצירת דין. כך בחברות הפרימיטיביות וכך במדינות או במעין־מדינות של אותם ימים. השלטון היה דצנטרליסטי, התחבורה הייתה קשה, האנשים לא ידעו קרוא וכתוב, ומשקלם המצטבר של גורמים אלה – ועמם גורמים נוספים – הוליד ככורח מציאות את המנהג כמקור עצמאי לדין המחייב. לא כימים ההם ימים אלה; מכל מקום, לא במדינות המערב ובהן ישראל. המנהג ירד מגדולתו ותחומי מחייתו נצטמצמו, בעיקר, ללימודי אקדמיה בתורת המשפט ובתולדות האדם והחי, ולמרב – בלבוש של מנהג או בלבוש של מעין־מנהג – כמקור מהותי וכיסוד לבר־משפטי למקורות הדין המקובלים, כחקיקה.³⁴

הוא הדגיש שהמנהג כבר אינו משמש כמקור משפטי־נורמטיבי, אך הוסיף והסביר כי ניתן להמשיך לעשות בו שימוש כמקור פרשני או למילוי לקונות בשעת חירום:

בין כך ובין אחרת, עיקר הוא, לדעתי, שנדע כי המנהג של ימים עברו אינו נושא עמו בימינו כוח נורמטיבי, כוח של הפריה, בדין הפוזיטיבי. אם כך על דרך הכלל, לא־כל־שכן לאחר היות חוק יסודות המשפט, תש”ם–1980³⁵ שהמנהג בולט בו בהיעדרו כמקור למשפט ישראל. להבהרה נוסיף כי איננו מדברים בתחומי־משפט ייחודיים שבהם יהיה תוקף למנהג; כך, למשל, מנהגי הסוחרים במשפט המסחרי. כבעלי ניסיון רב־שנים לא נאמר בחופזה כי המנהג של ימים שמכבר שבק חיים־לכל־חי, כי בר־מינן הוא לכל דבר ועניין, ואולם נדע כי עוצמתו, ככל שיש בו עוצמה, תמצא את ביטויה בַשוליים: בכללי פרשנות או כממלאת חלל במקרי חירום.³⁶

מעמדו של המנהג לא הוכרע אפוא בעניין שַץ, אך הובהר בו כי הן לדעת חשין הן לדעת ברק אין בכוחו לגבור על דבר חקיקה. שניהם הסכימו כי לכל היותר ניתן לעשות במנהג שימוש פרשני וכי במקרי קצה בלבד ניתן להשלים לקונות בהתבסס עליו. קביעתם בעניין השלמת לקונות על יסוד המנהג משמעה תמיכה בייחוס מעמד נורמטיבי עצמאי למנהג תוך סיוג פרקטיקה זו למקרים חריגים, אך דבריהם נותרו סתומים ולא זכו לפיתוח.

5. סגן שר במעמד שר: האם ראש הממשלה יכול לכהן במקביל כשר?

לקראת מינוי ממשלת ישראל ה-32, במרץ 2009, נחתם הסכם קואליציוני בין מפלגות הליכוד ויהדות התורה, שלפיו ימונה נציג מטעמה של האחרונה כסגן שר במעמד שר במשרד הבריאות. נגד סעיף זה הוגשה עתירה לבג"ץ שבמסגרתה נידון מעמדו של המנהג ביוצר מקור סמכות.³⁷ העותרים ביקשו מבית המשפט להתערב ולפסול את מוסד סגן שר במעמד שר במדינת ישראל. בית המשפט דחה את הבקשה, אך הכריז על התראת בטלות שלפיה מינוי נוסף של סגן שר במעמד שר יהפוך לבלתי סביר.

השופט מלצר דן באוביטר בשאלה האם ראש הממשלה מוסמך, נוסף על תפקידו זה, לעמוד גם בראש משרד ולכהן כשר.³⁸ השאלה התעוררה משום שראש הממשלה מונה מבחינה רשמית לשר במשרד שבו התמנה סגן השר במעמד השר. הנוסח הישן של חוק-יסוד: הממשלה, שהיה בתוקף בזמן שנהגה בישראל בחירה ישירה לראשות הממשלה, קבע במפורש כי ראש הממשלה יכול לכהן במקביל כשר, אולם במסגרת ביטול מנגנון הבחירה הישירה בוטל גם אותו סעיף.³⁹ השאלה הפרשנית שבה דן השופט מלצר הייתה האם מחיקת הסעיף היא הסדר שלילי או שמא ניתן לפרש את החוק כך שראש הממשלה רשאי לכהן כשר גם לאחר תיקון החוק, בדומה לפרקטיקה הקיימת. השופט מלצר הסביר שלשון החוק יכולה לסבול את שני הפירושים; וכתוצאה מכך הכריע כי ראש הממשלה יכול לכהן כשר על פי הפרשנות שמקיימת את המנהג.⁴⁰ מלצר הדגיש כי גם לשיטתו, שימוש פרשני במנהג אינו מכריע וניתן לסטות ממנו: "אם נגיע למסקנה שהפירוש החדש עדיף על הפירוש הנוהג, נבחר בו רק אם נמצא כי היתרונות שבו עולים על התקלות שבזניחת הפירוש הישן".

בניגוד לשופט מלצר, הנשיאה ביניש התנגדה לייחוס מעמד עצמאי לפרקטיקה שלפיה ראשי ממשלה כיהנו כשרים;⁴¹ אולם גם מלצר הגביל כאמור את מעמדו של המנהג למשמעות פרשנית בלבד, והבהיר שאפילו אם נזהה מנהג חוקתי – כוחו יוגבל לפרשנות שאינה מחייבת.

6. שיקול דעת שר המשפטים בחתימת קיום להחלטת הנשיא על חנינה

חוקי־סוד: נשיא המדינה מעניק לנשיא את הסמכות לחון עבריינים, אך במקביל קובע כי חתימתו על כל מסמך רשמי מצריכה חתימת קיום של שר משרי הממשלה. בשנת 2006 התעורר דיון בשאלת אופייה של חתימת הקיום של שר המשפטים. העותרים בבג"ץ 10021/06 **זוהר נ' שר המשפטים** (2008) ביקשו מבית המשפט להורות לשר המשפטים לחתום על כתב חנינה שנתן נשיא המדינה, בניגוד להמלצת מחלקת החנינות. בית המשפט קבע שאין לשר שיקול דעת וכי תפקידו מתמצא בהנגשת המידע הרלבנטי לנשיא. כתוצאה מכך, חויב השר לחתום על החנינה כאשר החומר לגיבוש ההחלטה עמד בפני הנשיא. כנגד קביעה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף,⁴² שהפך את ההלכה וקבע כי מעמדו של שר המשפטים הוא כשל רשות מסייעת לנשיא, שבמקרים חריגים יכולה למנוע מתן חנינה בשל חריגה משיקול הדעת של הנשיא.

הנשיאה ביניש, שכתבה את חוות הדעת המרכזית בדיון הנוסף, ביקשה לחזק את עמדתה באמצעות הסתמכות על הפרקטיקה הנוהגת.⁴³ ביניש אומנם הדגישה שטרם נידון מעמדן של המוסכמות החוקתיות במדינת ישראל, אך לצד זאת עמדה ביניש על המבחנים לזיהוין והראתה כיצד יישומם בשאלת מעמד השר בהליך החנינה מוביל למסקנה ששר המשפטים נהנה משיקול דעת, תוך שימוש בכוחו של המנהג כיוצר מקור סמכות עצמאית. מעבר לכך, הוסיפה הנשיאה מבחן שלישי על המבחנים לזיהוין מנהג שמנה ברק בעניין **שץ**. מלבד הצורך לבחון האם אכן קיימת פרקטיקה מושרשת והאם ישנה תודעת חיוב, הסבירה ביניש כי יש לבחון גם את תוכנו של המנהג באמצעות בחינת הרציונל העומד ביסוד הפרקטיקה. היא קבעה כי באותו עניין לא היה צורך להכריע האם הנוהג עולה לכדי מוסכמה חוקתית, ולמרות זאת הסתייעה בפרקטיקה כדי לחזק את פרשנותה לסמכות הנשיא.⁴⁴ השופט רובינשטיין הצטרף לדבריה והדגיש את חשיבות המנהג החוקתי במקומות נעדרי חוקה כמו מדינת ישראל.⁴⁵

על פי ביניש, יהא אשר יהא מעמדו של הנוהג, הוא משמש כראיה נוספת למצב חוקי קיים ורצוי, ולכן יכול לשמש כראיה מסייעת לאימוץ פרשנות מקיימת. אף שלכאורה העניקה הנשיאה ביניש מעמד חזק יותר למנהג מזה שהוכר קודם לכן, הרי שהשימוש במנהג היה למעלה מן הצורך (אוביטר) ולא התייחס אלא למעמדו של המנהג כמקור סמכות חליפי. בין כך ובין כך, אין מדובר עדיין

בבלי מכריע, או באמצעי בעל מעמד נורמטיבי עצמאי, אלא רק בבלי העשוי לסייע לשופט להצדיק את הכרעתו.

ב.7. דיון מכריע בשאלת סמכותו של ראש ממשלה לכהן במקביל כשר

בשנת 2015, לאחר הבחירות לכנסת ה-20, נכרת שוב הסכם קואליציוני בין מפלגות הליכוד ויהדות התורה, שבו נקבע כי נציג יהדות התורה יכהן כסגן שר במעמד שר במשרד שבו ראש הממשלה יכהן כשר – חרף שלילת הפרקטיקה על ידי השופטים בעניין **ההסתדרות הרפואית** שנדבר לעיל.⁴⁶ בית המשפט ביטל את מינוי סגן השר במעמד שר (לימים תוקן החוק וכיום הוא מאפשר זאת) ודחק בעותרים לתקן את העתירה באופן שיאפשר לבית המשפט לדון גם בשאלת סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל לתפקידו גם כשר.⁴⁷

כזכור, במסגרת שינוי חוק-יסוד: הממשלה וביטול שיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה, בוטל הסעיף שלפיו יכול ראש הממשלה לכהן במקביל כשר. העותרים ביקשו לראות בביטול הסעיף יצירת הסדר שלילי ואילו המשיבים טענו שהחוק שותק, וביקשו להיבנות מהנוהג הרווח מאז קום המדינה שלפיו ראש הממשלה מוסמך להתמנות במקביל לשר. בית המשפט דחה את טענת העותרים וקבע כי ניתן לפרש את חוק היסוד באופן שמעניק לראש הממשלה סמכות לכהן במקביל כשר – בין היתר בהתבסס על המנהג. הדיון נסוב על מעמדו של הנוהג כמקור חלופי לעקרון חוקיות המנהל

הנשיאה נאור, שכתבה את חוות דעת הרוב, טענה שהחוק שותק ואינו מלמד על קיומו של הסדר שלילי, ופירשה אותו באמצעות פרשנות תכליתית. השופט מלצר, בדעת מיעוט, טען כי פרשנות חוק היסוד מלמדת על קיומו של הסדר שלילי, ולכן התנגד לייחוס מעמד פרשני למנהג נגד החוק. מלצר הבהיר כי הוא מתנגד לניסיון להכשיר את הפרקטיקה על פי המנהג של ראשי ממשלה לכהן במקביל לתפקידים גם כשרים, וטען כי מנהג חוקתי יכול להביא לביטול הוראה בחוקה אך לא ליצור סמכות חדשה:

המשיבים, בכל הכבוד, אינם מדייקים בהצגת המצב המשפטי בסוגיה זו. בסיטואציה שבה קיימת חוקה כתובה – אין בכוחו של נוהג קונסטיטוציוני **להוסיף** על הוראות החוקה וליצור יש מאין. הנוהג הקונסטיטוציוני יכול, לכל היותר, להביא רק להתעלמות מהוראה חוקתית שלא הופעלה מזה זמן רב, והפכה לאות מתה.⁴⁸

השופט נאור הצטרפה למלצר ודחתה את טענת המשיבים כאילו המנהג החוקתי יכול להקים מקור סמכות עצמאי. בפועל, עשתה נאור שימוש פרשני במנהג, התבססה על החוק כמקור נורמטיבי, אך קיימה את המנהג באמצעות פרשנות תכליתית.

8. מינוי נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים:

דיון ראשון

הוועדה לבחירת שופטים מורכבת מתשעה חברים ובכללם שני נציגי הכנסת, הנבחרים בהצבעה חשאית של חברי הכנסת.⁴⁹ החוק אינו מגביל את שיקול דעתם של חברי הכנסת לעניין זהות הנבחרים, מן הקואליציה או מן האופוזיציה, אך בעשורים האחרונים בחרה הכנסת על פי רוב נציג מהאופוזיציה ונציג מהקואליציה.⁵⁰ לאחר הבחירות לכנסת ה-20, נבחר ח"כ רוברט אילטוב לחבר הוועדה בשעה שמפלגתו ישבה באופוזיציה. אלא שכשנה לאחר מכן הצטרפה מפלגתו לקואליציה, וכתוצאה מכך הוגשה עתירה לבג"ץ בדרישה לאכוף מנהג חוקתי המחייב את חברי הכנסת לבחור נציג אופוזיציה לוועדה.⁵¹ העתירה נדחתה מפאת שיהוי, שכן הוגשה כשנה לאחר שח"כ אילטוב הצטרף לקואליציה; יחד עם זאת, כחלק מפסק הדין זכתה סוגיית המנהג החוקתי ותוקפו להתייחסות שיפוטית נוספת – ונרחבת.

השופט הנדל, שכתב את חוות דעת הרוב, פתח את הדיון בפסקה כללית שבה ציין כי לעיתים יזכה המנהג למעמד נורמטיבי בהקשרים משפטיים שונים ובנסיבות שונות. לביסוס דבריו הפנה הנדל לעניינים אזרחיים ולמקרים שבהם החוק עיגן את המנהג במפורש, ולצד זאת ציין כי מעמדו של המנהג במשפט הציבורי טרם הוכרע:

בפסיקה ובספרות עלתה השאלה האם ניתן לייחס תוקף מחייב למנהג חוקתי או מנהלי בדין הישראלי... טרם נקבעו מסמרות חזקים בסוגיה זו הלכה למעשה. בית משפט זה אף נמנע מכך, ובחר להדגיש כי מוכן הוא להניח שקיים מנהג, ובהתאם לכך להמשיך בנייתו הסוגיה המונחת לפניו.. אף עולה כי בית משפט זה הביע אהדה מסוימת במספר הזדמנויות לכיוון ההכרה במנהג החוקתי, או "מוסכמה חוקתית"⁵²...

**”הנדל, שדחה את
העתירה על הסף
מחמת שיהוי, ראה
צורך לנמק את
החלטתו, לדון
במנהג החוקתי,
ולהבהיר כי
מדובר בפרקטיקה
שמעולם לא הוכרה
בדין הישראלי
כבעלת תוקף
נורמטיבי עצמאי.”**

הנדל, שדחה את העתירה על הסף מחמת שיהוי, ראה צורך לנמק את החלטתו, לדון במנהג החוקתי, ולהבהיר כי מדובר בפרקטיקה שמעולם לא הוכרה בדין הישראלי כבעלת תוקף נורמטיבי עצמאי:

דומני כי שיטה חוקתית בריאה השואפת להתפתחות ולבהירות רשאית לצפות כי שאלות יסוד לא ייוותרו ללא מענה עשרות בשנים... מכל מקום, כאמור וכפי שיוסבר, מכיוון שדין העתירה הידחות מחמת שיהוי, והואיל ועסקינן לא רק בנוהג אלא גם בפרשנותו – איני סבור כי זהו המקרה בו יש לפסוק לראשונה בסוגיית תוקפו המחייב של מנהג חוקתי... למעשה, גישה זו של המשך ניתוח מבלי להכריע בסוגיה היסודית תואמת את מסורת הפסיקה, שקבעה תנאים מקדימים לקיומו של מנהג חוקתי בלא פסיקה מחייבת בדבר תוקפו של האחרון⁵³.

הנדל הרחיב בנוגע למבחנים לזיהוי מנהג חוקתי שנזכרו אצל ביניש בדיון הנוסף בעניין **זוהר**; כמותה, אף הוא לא הבחין בין מבחנים לזיהוי מנהג כמקור סמכות לבין מנהגים כעילת ביקורת שיפוטית שאין לסטות מהם משום שתוכנם ראוי לאכיפה.⁵⁴

כזכור, על פי המבחנים שטבעו ברק וביניש, פרקטיקה תוכר כמנהג רק כאשר היא מושרשת, משהוכחה תודעת חיוב, וכאשר עומד מאחוריה רציונל. הנדל סבר כי באשר לנוהג למנות נציג האופוזיציה לוועדה למינוי השופטים, המבחנים מתמלאים וכי ניתן לראות בנוהג זה מנהג חוקתי; בדבריו, התמקד בפיתוח ”מבחן הרציונל ההגיוני” (המבחן השלישי) שבאמצעותו בוחן השופט את תוכן המנהג כדי להכריע בדבר תוקפו. בפרט, הוא הרחיב בדבר יכולת השופט לסנן מנהגים בהתאם למהותם:

מכאן נולד, לדעתי, מבחן הרציונל ההגיוני. יש לשאול – האם הנוהג טוב? ברם, לטעמי יש מקום לחדד מבחן זה, ולהוסיף לו ממד נורמטיבי. קרי, על אף הלשון שבה נוסח המבחן, לאמיתו של דבר אין המדובר במבחן אנליטי-לוגי בלבד. מטרת המבחן לבדוק את התאמת הרציונל שבבסיס המנהג החוקתי לעיקרי המשטר החוקתי.⁵⁵

זוהי אמירה מרחיקת לכת. למעשה, הנדל הופך את היוצרות ומבקש לתקף את מעמדו של המנהג גם כשלא נהג בפועל. לדידו של הנדל,⁵⁶ לשופט מסור שיקול דעת שמכוחו הוא יכול לזהות מנהג גם אם היסוד העובדתי לקיומו אינו חד־משמעי, ובלבד שהלה סבור כי מדובר במנהג ראוי:

יתר על כן. אף הובעה עמדה בפסיקה המודרנית לפיה קיימת מעין מקבילית כוחות בין היסוד הנורמטיבי של המנהג ובין היסודות העובדתיים שלו.

אף שהשופט הנדל הדגיש כי אינו קובע הלכה בשאלת ההכרה במנהג חוקתי בדין הישראלי, הרי שבפועל הוא פסע צעד נוסף לקראת תמיכה בקיומו של מנהג חוקתי נורמטיבי עקיף בישראל. הוא אומנם הבהיר כי המנהג אינו יכול לגבור על הוראה חוקתית או הוראה חוקית מפורשת,⁵⁷ ובכל זאת היה מוכן לנקוט גישה פרשנית מרחיבה מאוד כדי להסביר שאין לראות בהוראות החוק בדבר בחירת הוועדה לבחירת שופטים הסדר חוקי ששולל את המנהג. על פי הנדל, יש לייחס למנהג מעמד נורמטיבי עקיף באמצעות פרשנות מקיימת. החידוש הגדול בפסק הדין נובע מהאופן שבו הוא הגמיש את המבחנים לזיהוי מנהג. הנדל היה מוכן לזהות הסדר כ"מנהג" גם כאשר אין פרקטיקה שנהנית מתודעת חיוב, כל עוד היא מובילה לתוצאה ראויה בעיני השופט. הוא הבהיר כי לדעתו כי יש להעניק למנהג מעמד נורמטיבי, והדגיש כי מנהג יכול לשמש אינדיקציה למצב המשפטי הראוי, שבעזרת השופט יוכל להפוך גם למצב המשפטי הקיים.

**"זוהי אמירה
מרחיקת לכת.
למעשה, הנדל
הופך את היוצרות
ומבקש לתקף את
מעמדו של
המנהג גם כשלא
נהג בפועל."**

”השופט עמית,
שכתב את פסק
הדין, עמד על
קיומה של סמכות
מפורשת לפיזור
הכנסת בחוק
היסוד, ולכן
נמנע מלדון
בשאלת ההכרה
במנהג החוקתי
כמקור מחייב.”

9. פיזור הכנסת לאחר ניסיון של מועמד אחד בלבד להרכיב את הממשלה

לאחרונה, הועלתה טענה להפרת מנהג חוקתי בעתירה נגד החוק שחוקקה הכנסת ה־21 לפיזורה. לאחר הבחירות לכנסת ה־21 (בחירות מועד א' 2019), הטיל נשיא המדינה את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו. כשהתברר שהלה אינו מצליח להרכיב ממשלה, חוקקה הכנסת חוק ספציפי לפיזורה בטרם תוטל אפשרות הרכבת הממשלה על מועמד אחר – כפי שקבוע בחוק. עתירה שהוגשה לבג"ץ קראה לשופטיו לבטל את החוק, מחמת טענות שונות, ובכללן טענה להפרת מנהג חוקתי מחייב המאפשר למועמד נוסף לנסות להרכיב ממשלה בטרם ייקבעו בחירות נוספות.⁵⁸ העתירה נדחתה על בסיס הסמכה מפורשת בחוק־יסוד: הכנסת. השופט עמית, שכתב את פסק הדין, עמד על קיומה של סמכות מפורשת לפיזור הכנסת בחוק היסוד, ולכן נמנע מלדון בשאלת ההכרה במנהג החוקתי כמקור מחייב.⁵⁹ מדבריו עולה כי אפילו אם נייחס למנהג מעמד נורמטיבי, אין ביכולתו לגבור על דבר חקיקה שנחקק על פי הוראת חוק היסוד.

10. מינוי נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים: דיון שני

במקרה האחרון – לעת עתה – שבו נידון הנושא בבית המשפט העליון, באוגוסט 2020, עניין **התנועה למען איכות השלטון**,⁶⁰ נדרשו השופטים לשוב ולבחון האם קיים מנהג חוקתי שמחייב את הכנסת לבחור נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים. העותרים תמכו את עתירתם בפסק הדין בעניין **אבירם** וביקשו מבית המשפט לשנות את הרכב הוועדה, לאחר שהכנסת ה־23 בחרה שני נציגים מקרב שורות הקואליציה. לדברי העותרים, מחוות דעתו של השופט הנדל בעניין **אבירם** עולה מעין התראת בטלות:

אומר זאת בצורה ברורה: אין אנו מתערבים במקרה הנוכחי. עם זאת, היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה – תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית.⁶¹

”תרומתו העיקרית של פסק הדין לדיון העקרוני בדבר המנהג החוקתי נובעת מההבחנה החדה שערכו השופטים בין שאלת מעמדו העצמאי של המנהג לבין שאלת אכיפתו השיפוטית.“

חרף דבריו, חזרה כאמור הכנסת ובחרה בשני נציגי קואליציה. אולם השופטים קבעו כי לא ניתן לזהות מנהג שאוסר זאת, ועל אחת כמה וכמה שאין לזהות בעניין תודעת חיוב, ולפיכך דחו את העתירה.⁶²

השופטים (עמית, ברק-ארז וברון) נהגו כקודמיהם ונמנעו מלהכריע בשאלת קיומו של מנהג חוקתי בישראל, ולכן מרבית פסק הדין היא אמרת-אגב. יחד עם זאת, יש לו חשיבות מיוחדת, שכן השופטים שללו בו את הניתוח המשפטי שערך השופט הנדל באוביטר בעניין **אבירם** והבהירו כי כוחה של דוקטרינת המנהג החוקתי מוגבל.⁶³ עוד הבהירו השופטים כי אפילו אם ייוחס למנהג מעמד עצמאי הרי שיהא זה מעמד עקיף בלבד שייסוג מפני הסדר שנקבע בחקיקה או מכוחה, ואף מפני החלטות הכנסת.⁶⁴ לדבריהם, המנהג אינו יכול לשמש אלא כמקור פרשני אפשרי או כמדד לבחינת סבירותה של החלטה מנהלית – הא ותו לא.

תרומתו העיקרית של פסק הדין לדיון העקרוני בדבר המנהג החוקתי נובעת מההבחנה החדה שערכו השופטים בין שאלת מעמדו העצמאי של המנהג לבין שאלת אכיפתו השיפוטית (שנזכרה כבר בדברי השופט ברק בעניין **וייס**). השופטים הבהירו כי שני היבטים אלה אינם צועדים שלובי זרוע:⁶⁵

האמת ניתנת להיאמר: שאלת האכיפה לא זכתה להתייחסות מספקת בטיעוניהם של העותרים. זאת, הגם שלאמיתו של דבר, היא-היא השאלה העיקרית שהעתירות מעוררות. בתחום שנמצא על ”התפר” שבין המשפט לזירה הציבורית בית משפט זה הכיר כבר לפני שנים רבות בהתאמה הנדרשת לעתים בדיני הסעדים.⁶⁶

השופטת ברק-ארז הצביעה על כך שגם במדינות שבהן הוכר מעמדו של המנהג – אין הוא אכיף,⁶⁷ ונזפה בעותרים שביקשו להסתמך על משפט זר מבלי שפרשו את כל רוחב היריעה:

עוד אוסיף כי הפנייה לשיטות משפט אחרות חייבת להיעשות תוך התייחסות למוסד המנהג החוקתי, על מכלול חוזקותיו וחולשותיו. ניתן היה להתרשם כי העותרים בחרו להדגיש את חוזקותיו.⁶⁸

המסקנה שאליה הגיעו השופטים היא שאפילו אם יוכר מעמדו של המנהג, הרי שככל הנראה אין הוא אכיף, ולכן השימוש העיקרי בו יהא פרשני או ככלי לבחינת סבירותן של פעולות מנהליות:

**”השופטים הרחיבו
אומנם בדבר
התוצאה הראויה
על פי השקפת
עולמם, אך הבהירו
כי אין ביכולתם
להפוך באמצעות
המנהג את הדין
הראוי לדין המצוי.”**

המנהג החוקתי, עם כל חשיבותו, אינו נאכף במישרין באמצעות צווים שיפוטיים. בית המשפט עשוי להכיר בו ולהיעזר בו – למשל בהקשרים פרשניים (כמו בעניין זוהר). בדומה לכך, במקרים אחרים המנהג עשוי להשליך על הערכת סבירותה של החלטה מינהלית.⁶⁹

בפועל, בית המשפט גם שלל אימוץ פרשנות רחבה שתכיר דה־פקטו במנהג. בניגוד למסקנתו של השופט הנדל בעניין **אבירם** – שלפיה ניתן לראות את ההסדר החקיקתי כשותק ולאמץ פרשנות שתקבע חובת בחירה בניציג אופוזיציה – כעת נקבע שההסדר המפורט בחקיקה ובתקנון הוא הסדר שלילי ואין מקום לפרשנות הפוכה:

הפרקטיקה והמנהג יכולים לצמוח בין חריציו של החוק, אך הם ניגפים בפני הסדרה חקיקתית. לנוכח מכלול ההוראות המעוגנות בחוק יסוד: השפיטה, בחוק בתי המשפט ובתקנון הכנסת, ההסדר החוקתי בסוגיה שלפנינו אינו מותר חרף שדרכו יכול המנהג הנטען להכות שורש. ההיסטוריה החקיקתית מלמדת גם כן כי המחוקק בחר במודע להימנע מהטלת חובה לבחור נציג מטעם סיעות האופוזיציה.⁷⁰

השופטים הרחיבו אומנם בדבר התוצאה הראויה על פי השקפת עולמם, אך הבהירו כי אין ביכולתם להפוך באמצעות המנהג את הדין הראוי לדין המצוי. הבחנה זו דוחה למעשה את המבחן השלישי לזיהוי מנהגים שהציע השופט הנדל בעניין **אבירם** – הגם שדחייה זו לא נאמרה במפורש. בית המשפט הבהיר אפוא כי אין מקום לזיהוי מנהג מחייב, גם אם השופטים רואים בפרקטיקה מסוימת הסדר ראוי.

פסק הדין בעניין **התנועה למען איכות השלטון** נמנע אומנם מלהכריע בדבר מעמדו המדויק של המנהג, אך הובהר בו כי גם אם ייוחס למנהג מעמד עצמאי לא יהיה בכוחו לגבור על חקיקה וכי קיימים קשיים המונעים את זיהויו כעילת ביקורת שיפוטית אכיפה. כתוצאה מכך, גם אילו יאומץ המנהג, השימוש המשפטי בו יוגבל לפרשנות ולהעברת ביקורת שיפוטית מנהלית בלבד.

11. סיכום פסיקת בית המשפט העליון בישראל

אף שבית המשפט נמנע מלהכריע בדבר מעמדו המדויק של המנהג החוקתי, סקירת הפסיקה דלעיל מאפשרת זיהוי מדויק יותר של המצב המשפטי הנוהג. כאמור, עד היום טרם התקיים דיון ממצה בשאלת מעמדו הנורמטיבי של המנהג, ולכן התבטאויות השופטים בעניין זה ניתנו במסגרת אמרות־אגב. בכפוף לעובדות אלו ניתן לסכם את המנעד הפרשני האפשרי בדבר מעמדו של המנהג בתחומי המשפט הציבורי בישראל בראשי הפרקים הבאים.

(1) אין חולק שניתן לעגן מנהגים בחקיקה.

(2) אין חולק כי ניתן לייחס למנהג מעמד פרשני. עם זאת, פעם אחר פעם הבהירו שופטי בית המשפט העליון כי גם במקרה שכזה, לא יהיה בכוחו של מנהג לגבור על חקיקה והוא ישמש רק לבחינת מעשי מנהל או יסייע בפרשנות חקיקה במקום שבו החוק שותק.

(3) בית המשפט לא הבחין בין השימושים השונים של המנהג – כיוצר סמכות או כיוצר חובה אכיפה – הגם שקיימים טעמים טובים להבחין ביניהם.

(4) בפסקי הדין של בית המשפט הובהר כי כל עוד מדובר בהפעלת סמכות חוקתית, כלומר ביקורת חקיקה נוכח מנהג חוקתי, אין מקום לביקורת שיפוטית מבוססת־מנהג. יוצא מן הכלל לעניין זה השופט מלצר, שמציג אפשרות שלפיה מנהג שלא לאכוף הוראה חוקתית יגבר על החוק (דסואטודו) בתחומי המשפט הציבורי;⁷¹ וזאת אף שהובהר לא פעם בפסיקה כי הדין הישראלי דחה את האפשרות שלפיה מנהג ישמש לביטול חקיקה הזוכה להתעלמות גורמי האכיפה.⁷²

(5) כאמור, המנהג כמקור פרשני יכול לשמש גם לפרשנות חקיקה ואפילו לפרשנות חקיקת יסוד. בין השופטים התגלעה מחלוקת בנוגע לפרשנות תכליתית שנועדה לקיים את המנהג באמצעות הכרזה על הטקסט החוקי כשותק ביחס למנהג.⁷³ יכולתו של השופט לקבוע בכל מקרה כי ההסדר החוקי דורש פרשנות, וביסוסה באמצעות מנהג, מעוררת את החשש המפורסם מפני שימוש בלתי מרוסן בפרשנות תכליתית הסוטה מלשון החוק.⁷⁴ כאשר אנו עוסקים בפרשנות תכליתית להסדרים חוקתיים, החשש גדל, שכן שימוש בפרשנות שיפוטית רחבה ביחס לחוקי היסוד פוגע ביכולתם ליצור הסדרים ברורים ולכוון את התנהגות הרשויות – התכלית העיקרית שלשמה נחקקו.⁷⁵

”ההכרה במנהג
מבוססת על קיומה
של פרקטיקה
מוסכמת, ולפיכך
חוסר יכולת לזהות
אם אכן קיימת
פרקטיקה כזו
שומט את
הקרקע מתחת
לדוקטרינה כולה.”

(6) פסקי הדין בעניין וייס ובעניין התנועה למען איכות השלטון מזהירים מפני ריקון לשון החוק מתוכן ומדגשים כי כאשר ההסדר החוקי ברור, אין לאפשר פרשנות תכליתית מבוססת־מנהג, תוך שהם מזהירים – במשתמע – מפני אימוץ מבחן סובייקטיבי חליפי לזיהוי מנהגים. ההבחנה שנעשתה לאחרונה, בעניין התנועה למען איכות השלטון, בין שאלת ההכרה במנהג החוקתי לבין שאלת אכיפתו, שולחת מסר לעותרים פוטנציאליים ומאותתת להם שבית המשפט לא יקבל עתירות המבוססות על טענה להפרת מנהג חוקתי בלבד.

(7) נדרש פיתוח המבחנים לזיהוי מנהג בשל מעמדו הפרשני. בטרם ההכרעה בדבר מעמדו הנורמטיבי הרצוי של המנהג, יש לבחון מהו המנהג המדובר. מבחני הזיהוי השונים שנזכרו בפסיקה מאפשרים הכרה בפרקטיקות בעלי מאפיינים שונים שאינם אינטואיטיביים כאשר אנו מדברים על ”מנהג”.

12. מבחני הזיהוי

בעניין התנועה למען איכות השלטון, שלל בית המשפט את קיומו של מנהג מחייב לבחירת נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים, בניגוד לעניין אבירם שבו נקבע כי קיים מנהג ממין זה. תוצאתם ההפוכה של שני פסקי דין אלה מצביעה על חולשתם של מבחני הזיהוי ועל כך שהמבחנים הנדרשים לזיהוי של מנהג חוקתי מעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב – עוד בשלב זיהוי הפרקטיקה כנוהג וזיהוי קיומה של תודעת חיוב. את התוצאות השונות שאליהן הגיע בית המשפט, בכל אחד מהדיונים, ניתן לתלות בסכנה הכרוכה בייחוס משמעות נורמטיבית לפסקי דין שניתנו באמרות־אגב (עניין אבירם נדחה כאמור בשל שיהוי של העותרים) או למגבלות ההליך האדברסרי בקביעת עובדות לאור שוני בתגובת המשיבים;⁷⁶ אך מעבר לכך נראה כי הפער בין זיהוי המנהג בשני פסקי הדין מורה על קושי אובייקטיבי הכרוך בזיהוי מנהג עובדתי. קושי זה אמור להטריד את מי שמבקשים לייחס למנהג מעמד עצמאי. ההכרה במנהג מבוססת על קיומה של פרקטיקה מוסכמת, ולפיכך חוסר יכולת לזהות אם אכן קיימת פרקטיקה כזו שומט את הקרקע מתחת לדוקטרינה כולה.

חמור מכך. השופטים ביניש והנדל עמדו על המבחנים לזיהוי מנהג והעניקו לבית המשפט עוצמה רבה בתהליך ההכרה במנהגים באמצעות פיתוח מבחן נוסף סובייקטיבי – ”מבחן הרציונל ההגיוני” – המאפשר לשופט להכיר במנהג על סמך תוכנו.⁷⁷ בניגוד לשופט ברק שמנה מבחנים אובייקטיביים לזיהוי מנהג חוקתי, הסתמך

**”גם אם נסבור כי
קיימים טעמים
טובים לקביעת
המנהג כמקור
משפטי עצמאי,
עומדים בפנינו
מכשולים מעשיים
שעשויים להביא
למצב שבו יצא
שכרנו בהפסדנו.”**

הדוקטרינה לזיהוי מנהגים על פי תוכנם שומטת את הקרקע מתחת לרציונל ההכרה במנהג כמבטא הסכמה רחבה או התייחסות של הצדדים לנהוג על פי פרקטיקה מסוימת. הסטה זו מדגימה כיצד הדוקטרינה משמשת ככלי שיפוטי להכרעה ערכית, תוך הדגשת תפקידו של השופט והשקפת עולמו ביצירת המנהג. דבריו של הנדל, שציין כי יכיר במנהג כאשר הוא ראוי בעיניו גם אם קלוש הוא הביסוס העובדתי לקיומו כפרקטיקה מחייבת, הופכים את המשמעות של המנהג ויוצרים כלי למעורבות שיפוטית בקביעת הסדרים מוסדיים תוך שאיבת לגיטימציה ממקור חיצוני – מנהג – וחתירה תחת הרציונל המוצהר שעומד בבסיסו. האופן שבו ביניש והנדל מציעים להכיר במנהגים חושף בעיות מסדר שני המובנות בהכרה שיפוטית במנהגים. לדידם, גם אם מכירים באופן עקרוני בכוחו של המנהג, הרי שבית המשפט חייב לסנן את המנהגים שלהם הוא מייחס מעמד נורמטיבי – על בסיס תוכנם – מחשש לאימוץ מנהגים שאינם ראויים בעיניו. לכן, גם אם נסבור כי קיימים טעמים טובים לקביעת המנהג כמקור משפטי עצמאי, עומדים בפנינו מכשולים מעשיים שעשויים להביא למצב שבו יצא שכרנו בהפסדנו. אימוץ דוקטרינה זו, משמעו יצירת עילת התערבות משפטית חדשה שתאפשר לשופטים להתערב בעבודת הרשויות מתוך התבססות על תפיסתם הערכית ולא על המנהג – תוך ריקון המונח ”מנהג” ממשמעותו.



ג. משפט משווה

1. מבוא: מנהג חוקתי כדוקטרינה שאינה אכיפה – משפט משווה

כפי שציינו שופטי ישראל בפסיקתם, העיסוק האקדמי (והשיפוטי) במנהג החוקתי ובמאפייניו התפתח בעיקר במדינות שבהן נוהג המשפט המקובל, ובראש ובראשונה בבריטניה.⁷⁸ שם, בערש מודל וסטמינסטר של הדמוקרטיה הפרלמנטרית, במדינה בעלת מסורת משטרית ארוכת שנים הנטולה טקסט חוקתי, תפסו המסורות הבלתי־רשמיות מקום מרכזי בהתנהלות מוסדות השלטון ונתפסו כחלק מהחוקה הלא־כתובה. בעקבות זאת התקבע המנהג החוקתי כמנגנון פיקוח ומשטור גם בשאר מדינות חבר העמים הבריטי: לא רק בניו־זילנד נעדרת החוקה הכתובה,⁷⁹ אלא גם במדינות דוגמת אוסטרליה וקנדה אשר אימצו ברבות השנים טקסטים חוקתיים.⁸⁰

אולם, גם כאשר בחרו השופטים באותן מדינות לעסוק בצורה כזו או אחרת בקיומו של מנהג חוקתי, הדבר לא נעשה כדוקטרינה משפטית. אדרבה, המלומד האנגלי דייסי (Dicey), ההוגה המרכזי שבחן וניתח את מקומם של מנהגים חוקתיים במסגרת "החוקה" הבריטית במובנה הרחב, קבע כי אין מדובר במושג משפטי הניתן לאכיפה על ידי בתי המשפט:⁸¹

...conventions of the constitution, which consisting (as they do) of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics... [They] are admittedly not laws; they are not (that is to say) rules which will be enforced by the courts...

”ההוגה המרכזי שבחן וניתח את מקומם של מנהגים חוקתיים במסגרת ”החוקה” הבריטית במובנה הרחב, קבע כי אין מדובר במושג משפטי הניתן לאכיפה על ידי בתי המשפט.”

2. בריטניה: למנהג אין מעמד נורמטיבי עצמאי אך נעשה בו שימוש פרשני

בתי המשפט בבריטניה אימצו תזה זו והבהירו כי אין בסמכותם לאכוף מנהגים חוקתיים, גם כאשר סטייה מהם מובילה לתוצאות שנתפסות כבלתי ראויות. פסק הדין של המועצה המלכותית (Privy Council) בעניין **Madzimbamuto**⁸², שניתן בשנת 1968, מדגים זאת היטב.

פסק הדין עוסק ביחסים שבין הפרלמנט הבריטי ובין השלטון באחת מהקולוניות באפריקה – רודזיה הדרומית (כיום זימבבואה). ההנהגה הלבנה של הקולוניה, שניהלה באותה עת מלחמת אזרחים נגד קבוצות מורדים שפעלו כדי לשחרר את האוכלוסייה המקומית משלטון המיעוט, החליטה להכריז על עצמאותה כרפובליקה של רודזיה. המהלך נתקל בהתנגדות הן מצד המושל הכללי המקומי (נציג בית המלוכה) הן מצד הפרלמנט הבריטי, אשר חוקק חוק ייעודי שהכריז כי הפרלמנט הרודזי העצמאי חסר כל סמכות.⁸³ חקיקה זו קודמה בניגוד למנהג החוקתי שהנחה את מערכת היחסים שבין בריטניה והקולוניות, ולפיו השלטון הבריטי אינו מחוקק חוקים הנוגעים להן בלא הסכמת השלטונות המקומיים. בסמוך להכרזת העצמאות, שלווה בחקיקת חוקה, האריך הפרלמנט הרודזי החדש את מצב החירום ששרר במדינה עוד לפני כן, ושמכוחו הוחזק במעצר בעלה של העותרת, דניאל מדזימבאמוטו, לאומן אפריקני ומתנגד למשטר. לאחר הליכים בפני הערכאות המקומיות, הגיע המקרה לפתחה של המועצה המלכותית בלונדון (ערכאת הערעור העליונה דאז על מערכות בתי המשפט בקולוניות). הלורד ריד (Reid) בדעת רוב, קיבל את עמדת העותרת, וקבע כי הכרזת העצמאות החד-צדדית אינה תקפה. כמו כן, כיוון שהחוק הבריטי שלל את סמכות הפרלמנט הרודזי, הוסיף ריד והכריז כי הארכת מצב החירום שמכוחה הוחזק מדזימבאמוטו במעצר אף היא חסרת תוקף. בהערת-אגב, התייחס הלה גם לכך שהחוק הבריטי עומד בתוקפו חרף העובדה שנחקק – לכאורה – באופן פטרנליסטי החותר תחת המנהג החוקתי שהסדיר את התנהלות השלטון המרכזי והקולוניות.

לדבריו –

It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to

”But they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world.”

do such things. If Parliament chose to do any of them, the Courts could not hold the Act of Parliament invalid. It may be that it would have been thought before 1965 that it would be unconstitutional to disregard this convention. But it may also be that the unilateral Declaration of Independence released the United Kingdom from any obligation to observe the convention. Their Lordships in declaring the law are not concerned with these matters. They are only concerned with the legal powers of Parliament.⁸⁴

בית המשפט העליון הבריטי חזר ואישש עמדה זו לפני שנים אחדות, בעניין **Miller**,⁸⁵ שבו נדחתה טענתה של ממשלת סקוטלנד כי הסכמתה היא תנאי הכרחי לחקיקת חוק הברקזיט (Brexit), שנועד להביא לפרישת המדינה מן האיחוד האירופי. בדומה לטענות שעלו בעניין **Madzimbamuto**, הממשל הסקוטי טען כי פרישה בלא הסכמתו מנוגדת למנהג חוקתי (המכונה The Sewel Convention), שלפיו השלטון האנגלי המרכזי חייב לקבל את הסכמת שלטונות סקוטלנד, ויילס או צפון אירלנד בטרם יחוקק חוק המשפיע על הסמכויות שהועברו להם מן השלטון המרכזי (תהליך שהחל בשלהי שנות התשעים ומכונה ”הדבולוציה“). בכל הנוגע לסקוטלנד, המנהג אף זכה להתייחסות רשמית מסוימת בלשון החקיקה המסדירה את מערכת היחסים שבין השלטונות בלונדון ובאדינבורו, ואשר לפיה –

...it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament.⁸⁶

למרות זאת, בית המשפט דחה את הטענה, הזכיר את פסק הדין בעניין **Madzimbamuto**, וציין:

Judges... are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question... but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world. As Professor Colin Munro has stated, ‘the validity of conventions cannot be the subject of proceedings in a court of law’...⁸⁷

לצד קביעתו הברורה כי לא ניתן לאכוף מנהג חוקתי, בית המשפט הבריטי הסתמך על קיומו של מנהג כמרכיב בפרשנות הדין והבהיר כי הסתמכות שכזאת לעיתים אף רצויה.

”שיטת המשפט האמריקנית דחתה מלכתחילה כל ניסיון לייחס למנהג מעמד משפטי עצמאי.”

דוגמה עדכנית להסתמכות שכזו ניתן למצוא בפסק הדין של בית הדין המנהלי הגבוה בעניין Evans⁸⁸, שבו נידונה עתירה לפרסום תכתובות שקיים הנסיך צ'רלס עם משרדי ממשלה ובהן המליץ על קידום מדיניות מסוימת. בהתאם לסעיף 2(2) לחוק חופש המידע הבריטי, הטלת חיסיון על המסמכים תלויה במידה שבה אינטרס הציבור בפרסומם גובר על אינטרס הציבור שלא יפורסמו. בית הדין הסכים לקביעה כי פגיעה בהתנהלות מנהג חוקתי פוגעת באינטרס הציבור, והתייחס לקיומו של מנהג חוקתי שלפיו הנסיך רשאי לקבל עדכונים על אודות פעילותם של משרדי הממשלה (מנהג המכונה The Education Convention ומבוסס על הצורך של הנסיך להתכונן להכתרתו). עם זאת, בית הדין הוסיף וקבע כי התכתובות נשואות העתירה אינן חוסות תחת אותו מנהג, שכן הנסיך חרג בהן מגדר הבעת עניין גרידא, ביטא את דעותיו ואף עסק בניסיונות שכנוע. קביעה זו ניצבה כשיקול מרכזי בהוראתו של בית הדין לפרסם את המסמכים.⁸⁹

אם כן, בתי המשפט בבריטניה בהחלט עוסקים בזיהוי מנהגים חוקתיים עובדתיים בעלי נפקות נורמטיבית ואף נתלים בקיומם במסגרת פרשנות הדין. אולם, הם נזהרים שלא להעניק למנהגים הללו נפקות משפטית עצמאית, מבהירים כי הם אינם ניתנים לאכיפה שיפוטית, ונמנעים מלהצהיר כי פעולות השלטון נעשו בניגוד להם.

3. ארצות הברית: היעדר מעמד נורמטיבי עצמאי

בניגוד לבריטניה, המשפט החוקתי בארצות הברית מיוסד על קיומה של חוקה כתובה שבה מוגדרים החוקים וההליכים המסדירים את סמכות השלטון. מסיבה זו, שיטת המשפט האמריקנית דחתה מלכתחילה כל ניסיון לייחס למנהג מעמד משפטי עצמאי. בארצות הברית, משמש המנהג ככלי לפרשנות החוקה (Historical Gloss)⁹⁰, או כנורמה פוליטית חוץ-משפטית שאינה ניתנת לאכיפה בידי מערכת המשפט.

הדוגמה המפורסמת ביותר להיעדר אכיפה משפטית של מנהגים חוקתיים בארצות הברית נוגעת למגבלה על מספר תקופות הכהונה של נשיא ארצות הברית. ג'ורג' ושינגטון כיהן כנשיאה הראשון של המדינה במשך שתי קדנציות, ויותר על תקופת כהונה שלישית. בעקבות זאת התבסס מנהג שלפיו כהונה של למעלה משתי קדנציות היא בלתי ראויה ובלתי פטריוטית. בדיון שהתעורר בנוגע להתמודדותו של הנשיא קליבלנד לכהונה שלישית, סירבה הוועידה הארצית של המפלגה הדמוקרטית למנותו

כמועמד, מאחר שלדבריה תהיה זו הפרה של ה"unwritten law of the republic" [91]. במהלך השנים, היו נשיאים שהעלו את האפשרות כי יתמודדו על קדנציה שלישית ואף שזכו לביקורת ציבורית העניין לא נתפס כהפרה של החוק שניתן לאכוף בבית המשפט.⁹² אכן, בי-1940 התמנה הנשיא רוזוולט לכהונה שלישית ושאלת חוקתיות המינוי מעולם לא התעוררה בהליכים משפטיים. למעשה, תוקפו המשפטי של המנהג ניתן לו רק לאחר עיגונו בתיקון ה-22 לחוקת ארצות הברית.

דוגמה נוספת לאופן שבו התנהגות שלטונית יוצרת נורמות עצמאיות היא המוסכמה שהתבססה מימיו של הנשיא ג'פרסון שלפיה נאום מצב האומה (State of the union) מועבר על ידי הנשיא לקונגרס בכתב בלבד ולעולם לא בנאום בעל־פה. החוקה עצמה לא התייחסה לאופן שבו יש להעביר את ההודעה, אלא רק הטילה על הנשיא חובה עקרונית להעביר את המידע לקונגרס. נורמה זו נתפסה כמחייבת, עד להפרתה בידי הנשיא וילסון שחרג מהמנהג והחליט להעביר את ההודעה בנאום בעל־פה.⁹³

אף שהמנהג לא זכה למעמד עצמאי בארצות הברית, בית המשפט העליון האמריקני מסתייע בו ככלי פרשני של החוקה במקרים שבהם סמכויותיה אינן חד־משמעיות. המינוח המזוהה עם תפיסה זו הוא ה"Historical Gloss" שטבע השופט פרנקפורטר בפסק דינו בעניין **Youngstown**. בפסק דין זה דן בית המשפט האמריקני בסמכותו של הנשיא טרומן להלאים טחנות פלדה במהלך המלחמה בקוריאה, במטרה למנוע שביתה מצידן. בפסק דינו, בחן השופט פרנקפורטר את השאלה האם קיים מנהג ארוך שנים העשוי לבסס סמכות נשיאותית כזו:

...it is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them.⁹⁴

המונח Historical Gloss מסביר את השימוש במנהג ככלי לפרשנות הטקסט החוקתי. בהמשך דבריו הסביר השופט פרנקפורטר את כוונתו בנוגע לאופי המנהג החוקתי:

...a systematic, unbroken, executive practice, long pursued to the knowledge of the Congress and never before questioned, engaged in by Presidents who have also sworn to uphold the Constitution, making as it were such exercise of power part of the structure of our government, may be treated as a gloss on "executive Power" vested in the President.⁹⁵

השופט פרנקפורטר הציב תנאים־מספר להתקיימותו של מנהג אשר עשוי לצקת תוכן למונח "סמכות מבצעת" המופיע בחוקה: (1) התנהגות נשיאותית שיטתית (2) שלא הופרה (3) שהופעלה זמן ממושך בידיעת הקונגרס (4) ואשר מעולם לא עורער תוקפה. תנאים מצטברים אלה מבססים רף נורמטיבי גבוה במיוחד והם הוגמשו מעט במהלך השנים.⁹⁶ בשנים האחרונות ניתנו שני פסקי דין שמדגימים זאת – בעניין **Noel Canning**, ובעניין **Zivotofsky**. בשני פסקי הדין הללו דן בית המשפט האמריקני בשימוש במנהג ככלי פרשני בלבד.⁹⁷

4. אוסטרליה: היעדר מעמד נורמטיבי עצמאי

מדינה נוספת שבה המנהג החוקתי אינו נאכף על ידי בית המשפט אך משמש כבסיס לפרשנות הדין היא אוסטרליה. מנהגים חוקתיים מנחים את התנהלות הרשויות באוסטרליה בשורה ארוכה של נושאים שבאופן מכוון אינם מוסדרים בלשון חוקתה הכתובה.⁹⁸

לדוגמה, בעניין **EMI**,⁹⁹ שנידון בשנת 1958, עסק בית המשפט העליון האוסטרלי בשאלה מהו הסדר זכויות היוצרים החל במדינה. בפני השופטים ניצבו שלוש אפשרויות: (1) חוק משנת 1911 שחוקק בפרלמנט הבריטי ואומץ באופן רשמי לאחר חקיקתו כחלק מהדין המחייב במדינות חבר העמים הבריטי ובהן אוסטרליה; (2) תיקון לאותו חוק שחוקק בפרלמנט הבריטי בשנת 1928; (3) חוק חדש שחוקק בבריטניה בשנת 1956. שלוש החלופות היו אפוא חוקים בריטיים ולא מקומיים וזאת מחמת מערכת היחסים המשפטית בין שתי המדינות. גם לאחר שהכריזה אוסטרליה על עצמאות מן השלטון האנגלי ב־1901, נותרו במערכת המשפט המקומית שרידים לעברה;¹⁰⁰ בין היתר, נותרה בידי הפרלמנט הבריטי הסמכות לחוקק חוקים בעבור המשטר האוסטרלי. בשנת 1931 חוקק הפרלמנט הבריטי חוק שביטל את הסמכות לחוקק חוקים בעבור שיטות המשפט של מדינות הכתר ללא הסכמתן המפורשת של הממשלות המכהנות בהן.¹⁰¹ חוק זה אומץ באופן רשמי על ידי הפרלמנט האוסטרלי בשנת 1942.¹⁰²

מבין שלוש החלופות שניצבו בפני בית המשפט האוסטרלי, הראשונה הוחלה אפוא בשיטת המשפט המקומית, ואילו השלישית לא הייתה רלבנטית לשיטה המקומית, שכן לא נחקקה בפרלמנט הבריטי לבקשת הממשל האוסטרלי. אולם, מה באשר לחלופה השנייה אשר נחקקה בבריטניה עוד בטרם הסיר מעצמו הפרלמנט האוסטרלי את עול הפריבילגיות המשפטיות של השלטון הבריטי?

באשר לחלופה זו ביצע בית המשפט העליון האוסטרלי מהלך פרשני וקבע כי בהתאם למנהג החוקתי שהסדיר את מערכת היחסים בין השלטונות עוד בטרם החקיקה משנת 1931, תחולת המשפט הבריטי באוסטרליה מחייבת את הסכמתו המפורשת של השלטון המקומי. כלומר, להבנת בית המשפט האוסטרלי, החוק משנת 1931 רק עיגן נורמה קיימת כנורמה משפטית, ולפיכך החלופה הראשונה היא שחלה על הסכסוך בין הצדדים. דוק: בית המשפט לא אכף באופן ישיר את המנהג החוקתי העובדתי שזיהה, אלא השתמש בקיומו כבסיס לשאלה הפרשנית בדבר תחולת הדין שעמד במוקד הפרשה, ובפרט לצורך הקביעה כי אין לשנות את המצב הקיים (דהיינו תחולת חוק זכויות היוצרים משנת 1911 לבדו).

בעניין **FAI Insurances**¹⁰³ ביצע בית המשפט הגבוה האוסטרלי פרשנות מבוססת-מנהג-חוקתי של דיני הצדק הטבעי במשפט המנהלי במדינה. העותרת, חברת ביטוח הפועלת במדינת ויקטוריה (אחת ממדינות הפדרציה האוסטרלית), החזיקה באישור מסוים שהיה הכרחי לפעילותה. בהתאם לחוק באותה מדינה, ההחלטה האם לחדש את האישור הופקדה בידי ה-Governor-In-Council – המושל שמשמש כנציג בית המלוכה האנגלי; זהו הגורם הרשמי המקבל את ההחלטה אך בפועל הוא עושה זאת בהתאם לעצת הרשות המבצעת במדינה. בקשתה של העותרת לחידוש האישור סורבה מבלי שניתנה לה הזדמנות לשימוע והיא עתרה לבית המשפט בטענה לפגיעה בכללי הצדק הטבעי. כיוון שהחלטות נציגי המלכה חוסות, ככלל, תחת הפררוגטיבה המלכותית, הן מוגנות מפני ביקורת שיפוטית כל עוד לא נתקבלו בחריגה מסמכות. לכן, בית המשפט הגבוה נדרש לברר תחילה האם כללי הצדק הטבעי חלים על החלטת המושל. השופט מסון (Mason), שאליו הצטרפו השופטים סטיבן (Stephen) ואייקין (Aickin), ציינו כי בהתאם למנהג החוקתי החל במדינה (כמו ביתר המדינות הפועלות על פי מודל וסטמינסטר), אף שהמושל הוא בעל ההסמכה הרשמית, הוא מחויב להחליט בהתאם להמלצת הרשות המבצעת. נוכח מנהג זה, קבע השופט כי יש לפרש את לשון החוק כאילו מדובר בהחלטה מנהלית רגילה; לכן, כללי הצדק הטבעי חלים על המקרה, וקמה החובה לקיים לעותרת שימוע בטרם ההחלטה בדבר חידוש רישיונה.

בעניין נוסף¹⁰⁴ קבע בית המשפט הפדרלי (ערכאה פדרלית הכפופה לבית המשפט הגבוה) כי מנהג חוקתי עובדתי בעל משמעות נורמטיבית רלבנטי לשאלת החיסיון על מסמכים ממשלתיים. העתירה עסקה בבקשה לגילוי טיוטות ורשימות שנכתבו במסגרת דיוני קבינט. במסגרת בחינת איזון השיקולים בעד חשיפת המסמכים

”במילים אחרות:

גם במקרה זה

שימש המנהג

החוקתי חומר

רקע (חלקי)

בלבד למהלך

פרשני, שהסיק

עיקרון משפטי מן

הטקסט החוקתי

ויישם אותו על

דיני הדיבה.”

ונגדה, ציין בית המשפט כי קיים אינטרס ציבורי בשמירה על המנהג החוקתי בדבר אחריותה הקולקטיבית של הממשלה (Collective Responsibility), שלפיו חברי הממשלה אינם חושפים בציבור את חילוקי הדעות המתגלעים ביניהם. מנהג זה, קבע בית המשפט, תומך בהטלת חיסיון על המסמכים. עם זאת, בסופו של דבר נקבע כי השיקולים נוטים לטובת חשיפת המסמכים.¹⁰⁵

לפני שנים־מספר הועלתה הטענה כי חל שינוי בשיטת המשפט האוסטרלית, שהתבטא בכך שמנהגים חוקתיים מסוימים, הנגזרים מעקרון אחריות הממשלה בפני העם (Responsible Government), ניתנים כיום לאכיפה ישירה בבתי המשפט במדינה.¹⁰⁶ שינוי זה יוחס לפסק הדין של בית המשפט הגבוה בפרשת Lange,¹⁰⁷ שבו נידונה תביעת דיבה של ראש ממשלת ניו־זילנד לשעבר נגד גוף תקשורת אוסטרלי אשר פרסם תחקיר ובו טענות כי הלה ביצע מעשי שחיתות במהלך כהונתו כראש מפלגת הלייבור במדינה. אף שלשון החוקה האוסטרלית אינה כוללת הגנה מפורשת על חופש הביטוי, בית המשפט הכיר בקיומה ביחס לביטויים הנוגעים לנושאים פוליטיים, בהתבסס על היות המדינה דמוקרטיה ייצוגית. לדברי השופטים, אופייה בדמוקרטיה ייצוגית נשען על שני אדנים: ייצוגיות השלטון את העם (Representative Government), הנלמדת מסעיפי החוקה הנוגעים לבחירות ולהרכב בתי הפרלמנט; ואחריות המדינה בפני העם, הנלמדת הן מסעיפי החוקה הן ממנהגים חוקתיים הרווחים בדמוקרטיות ממודל וסטמינסטר, ובכללן אוסטרליה. לפי אותה טענה, בפסק הדין הכיר בית המשפט במעמד המחייב של אותם מנהגים העומדים בבסיס עקרון הייצוגיות, ולפיכך ביכולתו לאכוף אותם ישירות.¹⁰⁸ יחד עם זאת, קריאת פסק הדין מעלה שהטענה דלעיל אינה אלא משאלת לב: בפועל, באותו מקרה, השופטים הסיקו את חופש הביטוי מעיקרון **משפטי**, שבתורו נלמד משילוב של הטקסט החוקתי ומנהגים חוקתיים. במילים אחרות: גם במקרה זה שימש המנהג החוקתי חומר רקע (חלקי) בלבד למהלך פרשני, שהסיק עיקרון משפטי מן הטקסט החוקתי ויישם אותו על דיני הדיבה. המנהגים החוקתיים עצמם – אלו אשר שימשו אינדיקציה לקיום העיקרון המשפטי – לא נאכפו כלל, ובית המשפט אף לא הזכיר, ולו במשתמע, כי בסמכותו לאכוף אותם.¹⁰⁹

5. קנדה: סמכות בית המשפט להכריז על הפרת המנהג

”בית המשפט הקנדי מוכן להצהיר כי פעולות השלטון חרגו מגבולות מנהג חוקתי עובדתי בעל נפקות נורמטיבית. עם זאת, כפי שנראה להלן, גם במקרה זה הקפידו השופטים להבהיר כי המנהג אינו בראיפה בבתי המשפט – ולפיכך אינו בעל נפקות משפטית עצמאית.

פסק הדין המנחה במדינה בסוגיית המנהג החוקתי (שאוזכר, כאמור, גם על ידי בתי משפט במדינות אחרות ובכללן ישראל), נכתב ביחס לתיקון החוקתי של שנת 1982,¹¹⁰ אשר נועד לכונן בקנדה מגילת זכויות אדם חוקתית ולשנות במידה משמעותית את הליך תיקון החוקה. עד אותה עת, הליך תיקון החוקה הקנדית כלל שריד לעברה הקולוניאלי של קנדה: הצעה לתיקון שהייתה מתקבלת בפרלמנט הפדרלי הייתה חייבת אָשרור של הפרלמנט הבריטי בטרם תיכנס לתוקף (כלומר עד לאותו תיקון היסטורי, היה הפרלמנט הבריטי הגוף המוסמך היחיד לכונן בפועל את תיקוני החוקה הקנדית). ככלל, תיקונים חוקתיים קודמים שהשפיעו על הפרובינציות והטריטוריות השונות המרכיבות את הפדרציה הקנדית אושרו בפרלמנט הפדרלי רק לאחר התייעצות עימן. אולם, כשהוצע תיקון החוקה שכלל את מגילת זכויות האדם החדשה, הוא זכה רק להסכמת חלק מהפרובינציות. למרות זאת, הפרלמנט הפדרלי החליט לאשרו ולהניחו לכינון בפני הפרלמנט הבריטי. שלוש פרובינציות (קוויבק, ניופאונדלנד ומניטובה) הגישו לערכאות המשפטיות העליונות שבגבולותיהן בקשות לבחינת צעדי הפרלמנט הפדרלי; בפרט, נשאלו ערכאות אלו האם מוסמך היה הפרלמנט הפדרלי לקדם תיקון לחוקה, הכולל מגילת זכויות אדם, שתשפיע באופן ישיר על סמכויות הממשלים הפרובינציאליים והטריטוריאליים, בלא שקיבל את הסכמתם. כן נשאלו בתי המשפט האם קידום הצעת התיקון נעשתה בניגוד למנהג חוקתי, ולפיו במקרים שכאלו על הממשל הפדרלי לקבל את הסכמת הפרובינציות והטריטוריות המושפעות. הערכאות הפרובינציאליות סיפקו חוות דעת שונות, והערעור הובא לפתחו של בית המשפט העליון הפדרלי.

בטרם נפנה לפרטי עמדת בית המשפט הפדרלי בפרשה, ראוי לעצור ולשאול: כיצד בית המשפט הקנדי, שככל ערכאה שיפוטית נועד לפתרון סכסוכים משפטיים, מוסמך לספק הצהרה בעלמא כי

בטרם נפנה לפרטי עמדת בית המשפט הפדרלי בפרשה, ראוי לעצור ולשאול: כיצד בית המשפט הקנדי, שככל ערכאה שיפוטית נועד לפתרון סכסוכים משפטיים, מוסמך לספק הצהרה בעלמא כי

”כל שופטי ההרכב הבהירו כי המנהג החוקתי בשיטת המשפט הקנדית אינו ניתן לאכיפה בבתי המשפט.”

פעולת השלטון חרגה ממנהג חוקתי, בעודו מבהיר כי המנהג עצמו אינו בר־אכיפה בבית המשפט? האין מדובר בסתירה? התשובה טמונה במאפייניה הייחודיים של שיטת המשפט הקנדית, ובפרט בקיומו של הליך ייעודי המכונה ”בחינה אבסטרקטית” ומאפשר לממשלה לפנות לבית המשפט העליון בבקשה לקבל חוות דעת גם כאשר הדבר אינו מערב סכסוך משפטי קונקרטי.¹¹¹ הליך שכזה קיים הן ברמה הפדרלית, הן במסגרת הפרובינציות והטריטוריות השונות המרכיבות את הפדרציה (כאשר על חוות דעת של הערכאה השיפוטית העליונה בכל פרובינציה או טריטוריה ניתנת זכות ערעור בפני בית המשפט העליון הפדרלי). כך אכן קרה גם בפרשת התיקון החוקתי. חוקי הפרובינציות שהוזכרו לעיל, בנוסחיהם דאז, אפשרו לממשלותיהן להפנות לבתי המשפט העליונים הפרובינציאליים כל שאלה שהם מוצאים לנכונה.¹¹² משאלו סיפקו את חוות הדעת שלהם, הובא הנושא לערעור בפני הערכאה הפדרלית.

חוות הדעת הפדרלית חולקה לשתי הכרעות שונות: האחת, בנוגע לשאלה האם מוטלת על הממשל הפדרלי מגבלה חוקית לקדם את הצעת תיקון החוקה גם ללא הסכמת הפרובינציות; השנייה, בנוגע לשאלה האם קיים בקנדה מנהג חוקתי שלפיו על הממשל הפדרלי לקבל את הסכמתן של לפחות חלק משמעותי מן הפרובינציות והטריטוריות בטרם יקדם תיקון לחוקה המשפיע על סמכויות הממשלים הפרובינציאליים והטריטוריאליים. ביחס לשאלה הראשונה קבע בית המשפט בדעת רוב של שבעה שופטים כי אין כל מגבלה חוקית על קידום תיקון החוקה גם ללא הסכמת הפרובינציות. שני שופטים, בדעת מיעוט, סברו כי אף שלשון החוק והחוקה אינם דורשים הסכמה כאמור, קיימת מגבלה חוקתית על המהלך, הנגזרת מעקרון הפדרטיביות החוקתי אשר מעוגן בהוראות החוקה המגדירות את קנדה כפדרציה.¹¹³ באשר לשאלה השנייה, השופטים הסכימו פה אחד כי מעבר לטקסטים החוקתיים הכתובים ולמסורת כללי המשפט המקובל, כוללת ”חוקת קנדה” (במובנה הרחב) גם מנהגים חוקתיים.¹¹⁴ נוסף על כך, הסכימו כל חברי ההרכב על התנאים ההכרחיים להוכחת מנהג חוקתי עובדתי (קיומה של התנהלות חוזרת ונשנית, שהמבצעים אותה רואים בה מחייבת מבחינה נורמטיבית, ושבבסיסה עומד היגיון מסוים),¹¹⁵ אך נחלקו בדבר קיומו של מנהג חוקתי במקרה הנידון (וכפועל־יוצא גם באשר לשאלה האם פעולת הממשל הפדרלי עלתה כדי חריגה ממנהג כאמור).¹¹⁶ עם זאת, כל שופטי ההרכב הבהירו כי המנהג החוקתי בשיטת המשפט הקנדית אינו ניתן לאכיפה בבתי המשפט, ולא בכדי:

”Perhaps the main reason why conventional rules cannot be enforced by the courts is that they are generally in conflict with the legal rules which they postulate and the courts are bound to enforce the legal rules.”

The conventional rules of the constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach. Perhaps the main reason why conventional rules cannot be enforced by the courts is that they are generally in conflict with the legal rules which they postulate and the courts are bound to enforce the legal rules. The conflict is not of a type which would entail the commission of any illegality.¹¹⁷

הנה כי כן, אף ששופטי הרוב, אשר סברו כי התנהלות השלטון הפדרלי חרגה מן המנהג החוקתי המקובל, מצאו לנכון להתריע על כך – ובעשותם כן הלכו צעד אחד נוסף מעבר למקובל במדינות המשפט המקובל האחרות שהוזכרו לעיל – בפועל נותר בעבורם המנהג החוקתי מושג חוקתי לבר־משפטי, הניתן לאכיפה רק על ידי המערכת הפוליטית.¹¹⁸ מעבר לכך, הם הוסיפו והבהירו שאין ביכולת המנהג לפתח נפקות משפטית עצמאית, אף אם מדובר במנהג ארוך שנים.¹¹⁹ קביעות אלו חזרו ואושררו בהמשך בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון במדינה.¹²⁰

6. הודו: מעמד עצמאי או רקע פרשני?

בתי המשפט במדינות שהוזכרו עד כה התבססו על מנהגים חוקתיים בעלי נפקות נורמטיבית כבסיס לפרשנות הדין, או לכל היותר התריעו כשסברו כי רשויות השלטון חרגו מאותם מנהגים. לאחרונה, הוזכרה בכתיבה אקדמית (שאף הוזכרה בסקירתה של השופטת ברק־ארז בעניין **התנועה למען איכות השלטון**¹²¹) האפשרות כי בשיטת המשפט ההודית נמצאה לראשונה דוגמה לאכיפה שיפוטית של מנהג חוקתי בעל נפקות משפטית עצמאית.¹²² עם זאת, בחינה מדוקדקת של הפסיקה המדוברת מעלה כי קביעה חד־משמעית זו אינה מדויקת.

טענה זו מבוססת בעיקר על צמד פסקי דין של בית המשפט העליון בהודו, שנפסקו בהפרש של יותר משני עשורים אך עסקו באותו נושא.¹²³ במסגרת **פרשת השופטים השנייה**,¹²⁴ נידונה עתירה נגד הליך בחירת השופטים לערכאות העליונות במדינה. כדי לפשט את תיאור השתלשלות האירועים, נתמקד בסמכות מינוי השופטים לבית המשפט העליון עצמו, אף שההליך הנידון (וכן ההליך שקדם לו) עסקו בכמה סמכויות שונות.

סעיף 124 לחוקה ההודית דאז קבע כי נשיא המדינה (ראש המדינה, אך לא ראש הרשות המבצעת) הוא שמוסמך למנות את השופטים, אך עליו להיוועץ בשורת גורמים, ובהם נשיא בית המשפט העליון. בפסק דין קודם, **בפרשת השופטים הראשונה**,¹²⁵ קבע הרכב מצומצם של בית המשפט כי מדובר בסמכות ריאלית – דהיינו, לאחר היוועצות בגורמים השונים, נשיא המדינה הוא שמחליט על זהות השופט שימונה.¹²⁶ דעת הרוב בפרשת השופטים השנייה, שנוסחה על ידי נשיא בית המשפט ורמה (Verma), הפכה את ההלכה וקבעה כי נשיא המדינה מוגבל ליישום המלצת נשיא בית המשפט העליון. למעשה, הפך בית המשפט את הגורם המייעץ לגורם הקובע. נוסף על כך, בהסתמך על פרשנות סעיף החוקה, קבע בית המשפט כי מחובתו של נשיא בית המשפט העליון להתייעץ עם בכירי השופטים המכהנים תחתיו בטרם יעביר לנשיא המדינה את המלצתו המחייבת (שיטה זו כונתה "שיטת ה־Collegium").¹²⁷ הנשיא ורמה אומנם הזכיר בקצרה ובאופן אגבי את העובדה שגם לאחר **פרשת השופטים הראשונה**, נשיאי המדינה (ככלל) נהגו בפועל למנות את שופטי בית המשפט העליון בהתאם לעצת הנשיא.¹²⁸ אולם, עובדה זו נותרה שולית בפסק דינו, אשר נשען באופן בלעדי על פרשנות לשון החוקה והרקע ההיסטורי לכינונה.¹²⁹

לענייננו חשובה דווקא חוות דעתו של השופט קולדיפ־סינג (Kuldip Singh), שהצטרף לדעת הרוב, אך סיפק נימוקים נוספים משלו. חוות דעתו, כך נטען, היא המקרה הראשון בשיטת המשפט ההודית (ואולי בעולם) שבו תמך בית המשפט באופן מובהק באכיפה ישירה של מנהג חוקתי.¹³⁰ אכן, במסגרת פסק דינו תהה השופט האם קיים בהודו מנהג חוקתי שלפיו ממנה נשיא המדינה את שופטי בית המשפט העליון בהתאם להמלצת נשיא בית המשפט,¹³¹ וענה על כך בחיוב.¹³² הוא אף הזכיר את פסק הדין הקנדי **בפרשת התיקון החוקתי**, מתח ביקורת על בית המשפט העליון הקנדי, וקבע כי לטעמו לאור העקרונות שנזכרו בפסק הדין, ההכרזה השיפוטית אינה מספקת. לדבריו, משעה שזיהה בית המשפט חריגה ממנהג חוקתי, אין זה ראוי להימנע מלאכוף אותו. בעבורו, מרגע זיהוי

המנהג החוקתי העובדתי על ידי בית המשפט, הוא הופך מיניה וביה למנהג חוקתי עובדתי בעל נפקות משפטית עצמאית.¹³³ לכאורה, לפנינו מקרה ברור שבו שופט מזהה מנהג חוקתי עובדתי ומעניק לו נפקות משפטית הגוברת מבחינה נורמטיבית על מעשה מנהלי (החלטת נשיא המדינה למנות שופט בניגוד להמלצת נשיא בית המשפט העליון).

עם זאת, בחינה מדוקדקת של פסק הדין מעלה כי הדברים נכתבו בפועל כאמרת־אגב, שכן בסופו של דבר גם השופט קולדי־פסינג פסל את המעשה המנהלי נשוא הדיון בהתבסס על פרשנות סעיף החוקה המתייחס להליך המינוי.¹³⁴ פרשנות זו אומנם נעשתה נוכח קיומו של המנהג החוקתי שזיהה הלה (כמו גם נוכח סעיפי חוקה אחרים והעיקרון המשפטי של עצמאות הרשות השופטת), אך בכך אין כל הבדל מפסיקות בתי המשפט במדינות אחרות במסורת המשפט המקובל, אשר צוינו לעיל. כלומר, אף שפסק הדין בפרשת **השופטים השנייה** אכן כלל אמרת־אגב שתמכה באופן מובהק באכיפה ישירה של מנהג חוקתי הגובר על מעשה מנהלי, בפועל אותו מעשה נפסל כיוון שסתר את החוקה, כפי שזו נתפרשה **נוכח** אותו מנהג (וכן היסטוריית החקיקה ועקרונות משפטיים).

כמה שנים אחר כך, שיטת המינוי החדשה, יצירת הפסיקה, חזרה וקובעה כמחייבת, ואף פותחה ושוכללה, בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון ההודי, בפרשת **השופטים השלישית**.¹³⁵ אולם, בשנת 2014 ביקשו הרשויות בהודו לשנות את החוקה, ולהעניק את סמכות בחירת השופטים לוועדת מינויים שתורכב משלושה שופטי בית המשפט העליון (ובהם נשיאו), משר המשפטים ומשני נציגים שזהותם תיקבע במשותף על ידי השר, נשיא בית המשפט העליון ויו"ר האופוזיציה בבית התחתון של הפרלמנט. לשם כך תוקנה חוקת המדינה וחוקק חוק ייעודי המסדיר את פעילות הוועדה. תוקפם של אלו עמד במוקד פסק הדין בפרשת **השופטים הרביעית**.¹³⁶

כדי להבין כהלכה את דקויות פסק הדין באותו עניין, עלינו להתייחס תחילה למרכיב חשוב בדיני החוקה ההודיים – דוקטרינת "המבנה הבסיסי". לפי גישה זו, שאינה מקובלת במדינות המערב, חוקת המדינה הכתובה כוללת מאפיינים מסוימים שהם כה בסיסיים עד כי עריכת שינויים בהם, או פגיעה בהם, ייצרו בפועל חוקה חדשה. בהתבסס על פרשנות החוקה, שופטי בית המשפט קבעו כי הם המופקדים על זיהוי המאפיינים הללו – פעולה שתיעשה על סמך לשון סעיפי החוקה הכתובה. כיוון שלא ניתן להחליף את החוקה במסגרת הליך שנועד רק לתיקונה, קבעו שופטי בית המשפט

העליון ההודי כי כל תיקון הנוגד מאפיינים אלה, שיחדיו יוצרים את "המבנה הבסיסי" של החוקה, הוא תיקון חוקתי לא חוקתי, ולכן בטל מעיקרא.¹³⁷ נוסף על כך, עוד בראשית דרכה של הדוקטרינה קבע בית המשפט ההודי כי בכלל אותם מאפיינים יש למנות גם את עקרון עצמאות בית המשפט.¹³⁸

זהו, אם כן, הרקע לדיון בפרשת השופטים הרביעית. משהוגשה עתירה בדבר חוקתיותם של התיקון לחוקה והחוק, נדרש בית המשפט לבחון האם הם חותרים תחת מאפייניה הקרדינליים של החוקה. השופטים חזרו והזכירו את פרשת השופטים השנייה,¹³⁹ וטענו כי לפי ההלכה שנקבעה בה, עליונות עמדת השופטים במסגרת הליך המינוי (Judicial Primacy) היא חלק מעקרון עצמאות הרשות השופטת (Judicial Independence).¹⁴⁰ השופט לוקור (Lokur) אף הזכיר לחיוב את אמרת האגב של השופט קולדיפ־סינג בדבר מעמדו המשפטי הראוי של המנהג החוקתי.¹⁴¹ לבסוף, בדעת רוב (ארבעה שופטים מול דעת המיעוט של השופט צ'למסוואר [Chelameswar]) קבע בית המשפט כי התיקון לחוקה אשר מבטל את שיטת ה־Collegium נוטל מנשיא בית המשפט העליון את הבכורה במסגרת הליך בחירת השופטים, ולפיכך נוגד את עקרון עצמאות בית המשפט. לכן נקבע כי התיקון לחוקה אינו חוקתי. כיוון שהחוק הנידון ינק את כל סמכותו מן התיקון לחוקה, גם הוא נפסל, ולחלופין נטען כי החוק עצמו מנוגד למבנה הבסיסי של החוקה – מטעמים דומים.¹⁴²

התמקדות בשורה התחתונה של פסק הדין עלולה ליצור את הרושם כי לפנינו מקרה חריג ותקדימי שבו פסל בית המשפט חקיקה, ואף חקיקה חוקתית, כיוון שהללו מנוגדות להסדר שבעצמו נשען על מנהג חוקתי (מתן עליונות לדעת נשיא בית המשפט העליון בהליך בחירת השופטים); יש אף שיטענו כי בית המשפט רומם את המנהג החוקתי בעניין הליך המינוי והפך אותו לחלק מן "המבנה הבסיסי" החוקתי עצמו.¹⁴³ ולא היא. ראשית, כפי שצינו לעיל, פסק הדין בפרשת השופטים השנייה התבסס על פרשנות החוקה נוכח קיומו של המנהג החוקתי בנושא, ולא קבע כי למנהג נפקות משפטית עצמאית הגוברת על המעשה המנהלי. לפיכך, שיטת ה־Collegium ועליונותה על פעולות מנהליות התבססו – עוד לפני פסק הדין – על החוקה עצמה ולא על מושג חיצוני לה. מבחינה זו, התייחסותו החיובית של השופט לוקור לאמרת האגב של השופט קולדיפ־סינג אינה מעלה ואינה מורידה. למעשה, דבריו של לוקור בנושא הם אמרת־אגב בעצמם, שכן גם הוא מתייחס להלכה בפרשת השופטים השנייה כתוצאה של מהלך פרשני.¹⁴⁴ שנית, וחשוב מכך, בניגוד לפרשת השופטים השנייה, הרי שבפרשת השופטים

”אכן, מדובר
במהלך קיצוני של
אקטיביזם שיפוטי,
אך בעייתיותו
אינה נוגעת
למעמד המנהג
החוקתי בשיטת
המשפט ההודית.
ניתן לבקר את
תיאוריית המבנה
הבסיסי, ולטעון כי
באמצעות פרשנות
נטל בית המשפט
ההודי כוח לא־לו
ושם עצמו עליון
אפילו על
מכונני החוקה.”

הרביעית המנהג החוקתי כלל לא שיחק תפקיד בקביעת ההלכה. הוא לא רומם להיכלל במסגרת ”המבנה הבסיסי”, כיוון שהמקור היחיד לביאור המאפיינים הנכללים בגדר הדוקטרינה הוא לשון סעיפי החוקה.¹⁴⁵ פסילת התיקון לחוקה והחוק נעשתה כיוון שלדברי השופטים הללו חתרו תחת **מרכיב בעקרון עצמאות הרשות השופטת**, שהוכר כחלק מ”המבנה הבסיסי” עוד מימים ימימה.¹⁴⁶

אכן, מדובר במהלך קיצוני של אקטיביזם שיפוטי, אך בעייתיותו אינה נוגעת למעמד המנהג החוקתי בשיטת המשפט ההודית. ניתן לבקר את תיאוריית המבנה הבסיסי, ולטעון כי באמצעות פרשנות נטל בית המשפט ההודי כוח לא־לו ושם עצמו עליון אפילו על מכונני החוקה; אך דוקטרינה זו נהפכה למרכיב מרכזי בדיני החוקה במדינה עשרות שנים קודם **פרשת השופטים הרביעית**, ובין כה וכה עניינה הוא אכיפה של עקרונות **משפטיים**, על ידי בית המשפט, הגוברים – כך נקבע – על תיקונים לחוקה. ניתן גם לטעון כי פסק הדין **בפרשת השופטים השנייה** כלל לא קבע שעליונות עמדת השופטים במסגרת הליך המינוי היא חלק מהעיקרון המשפטי של עצמאות הרשות השופטת, וכי לפיכך ניסיונות השופטים להיתלות בו **בפרשת השופטים הרביעית** אינם קבילים. לחלופין, גם אם כך אכן פסק בית המשפט **בפרשת השופטים השנייה**, ניתן לטעון שהפקדת סמכות המינוי בידי הוועדה לא תפגע בעליונות השופטים במסגרת ההליך, שכן בית המשפט לא קבע כי שיטת ה־Collegium, יצירת הפסיקה, היא הדרך היחידה לשמור על עליונות השופטים. אכן, ביקורות שכאלו בהחלט נשמעו לאחר פרסום פסק הדין.¹⁴⁷ עם זאת, קריאה דקדקנית בפסק הדין אינה מאפשרת להתחמק מן המסקנה: להוציא כמה אמרות־אגב, פסקי הדין שהוזכרו לעיל,¹⁴⁸ שעל בסיסם נטען כי שיטת המשפט ההודית אימצה מנהג חוקתי הגובר על חקיקה, מעולם לא אכפו מנהג חוקתי בבסיס לפסילת מעשה מנהלי, חוק או תיקון לחוקה. פסילת החוק והתיקון לחוקה **בפרשת השופטים הרביעית** הייתה אפוא תוצאה של שילוב תיאוריית המבנה הבסיסי ההודית עם שימוש במנהג חוקתי בעל משמעות נורמטיבית כבסיס לפרשנות הדין – שימוש הנפוץ, כפי שראינו לעיל, במדינות אחרות הנוהגות על פי מסורת המשפט המקובל.





ד. קשיים נורמטיביים

”סלילת דרך
עוקפת, המדלגת
באמצעות המנהג
על מנגנון ההכרעה
הדמוקרטי,
מעוררת קשיים
ניכרים. ראשית,
כבילתה של כנסת
נוכחית להכרעות
שנתקבלו בעבר
מנוגדת באופן
חזיתי לתכלית
הדמוקרטית של
מנגנון הבחירות.”

ייחוס מעמד נורמטיבי עצמאי למנהג כרוך בשורת קשיים נורמטיביים ויש בו כדי חריגה מעקרונות משטריים רבים העומדים ביסוד שיטת המשפט הדמוקרטית. פרק זה יסקור את הקשיים הללו.

1. דמוקרטיה, הכרעת הרוב והפרדת רשויות

אין חולק על כך שקביעת הכללים המגדירים את תפקידי הרשויות בדמוקרטיה הישראלית מסורים – בראש ובראשונה – לידי הכנסת, כפי שנגזר מעקרון הכרעת הרוב ועקרון שלטון החוק. במדינה דמוקרטית, מתקיימות מעת לעת בחירות שבהן האזרח בוחר את נציגיו, והם המחזיקים בסמכות להסדיר את כללי המשחק ואת הנורמות המשפטיות המחייבות – על פי הכרעות הרוב בכובעם כרשות מכווננת באמצעות חוקי היסוד ובכובעם כרשות המחוקקת באמצעות חקיקה. בדמוקרטיה הייצוגית הישראלית, חברי הכנסת משמשים כידם הארוכה של האזרחים ולכן נהנים מלגיטימציה של הציבור, ובכך מוגשם העיקרון הדמוקרטי הבסיסי.

סלילת דרך עוקפת, המדלגת באמצעות המנהג על מנגנון ההכרעה הדמוקרטי, מעוררת קשיים ניכרים. ראשית, כבילתה של כנסת נוכחית להכרעות שנתקבלו בעבר מנוגדת באופן חזיתי לתכלית הדמוקרטית של מנגנון הבחירות. כל כנסת נבחרת מחדש, בידי הריבון (העם), כדי לבטא את הכרעות הציבור בזמן נתון. מה טעם יש בקיום מערכת בחירות אם הנבחרים כבולים להכרעות שנתקבלו בעבר ומנועים מלשנותן?! תמיהה זו מתעצמת כאשר המנהג הנטען מבוסס על פרקטיקה שנהגה בידי נבחרי ציבור בעבר – כפי שנטען לגבי נוהגם של חברי הכנסת לבחור נציג מן האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים (וכפי שנטען, באופן מוטעה, כי מקובל בדין ההודי).

**”מטבע הלשון
'מנהג חוקתי' אינו
אלא כסות עיניים
לכלל אחר לגמרי,
שעניינו החלפת
שיקול דעתה של
הרשות הייצוגית
המוסמכת בשיקול
דעתו של הפרשן –
על ידי מבחני זיהוי
סובייקטיביים.”**

שנית, חקיקה שיפוטית שתכבול את הכנסת לדוקטרינה של מנהג חוקתי תפגע בהפרדת הרשויות – באמצעות תיקוף הדוקטרינה בבית המשפט ויצירת מסלול ליצירת כללים מחייבים שלא דרך בית הנבחרים.

ולבסוף, גם באשר לשלב יישומה של הדוקטרינה מדובר בפגיעה בהפרדת הרשויות. כפי שראינו, מטבע הלשון ”מנהג חוקתי” אינו אלא כסות עיניים לכלל אחר לגמרי, שעניינו החלפת שיקול דעתה של הרשות הייצוגית המוסמכת בשיקול דעתו של הפרשן – על ידי מבחני זיהוי סובייקטיביים. למשל, מבחינה עובדתית קיים נוהג של הכנסת שלא לבחור אישה לתפקיד נשיא המדינה; למרות זאת, ברור לכול שאין לאסור על הכנסת לבחור בעתיד אישה לתפקיד זה. ההבחנה – ההכרחית – בין מנהג ראוי לבין מנהג שאינו ראוי מעקרת מתוכן את כל מהותה של הדוקטרינה, המתיימרת להותיר את שיקול הדעת ליצירת המנהג בידי הרשות המוסמכת.

הלכה למעשה, מדובר בפגיעה בהפרדת הרשויות גם בשלב יישום הדוקטרינה, בפגיעה בסמכות החוקתית של הכנסת, ובניסיון להחליף את שיקול הדעת שהעניק המחוקק לכנסת בשיקול הדעת של העותרים ושל בית המשפט. קושי זה מתעצם כאשר מדובר בהסדרים נורמטיביים מוסדיים שנועדו לקביעת כללי המשחק ומסגרת הפעולה של רשויות השלטון. הכרה במנהגים מאפשרת הגמשה של כללי המשחק באמצעות יצירת כללים חדשים, תוך זיהוי פרקטיקות והכרה בהן – גם כאשר קיימת מחלוקת על דבר תוכנן.

2. עקרון חוקיות המנהל

עקרון חוקיות המנהל עומד ביסוד המשפט המנהלי. על פי עיקרון זה, רשות ציבורית מוסמכת לפעול רק מכוח סמכות שהוקנתה לה בחוק, כפי שהסביר יצחק זמיר:

הדמוקרטיה מקנה את הריבונות לעם. העם הוא שמקנה לממשלה ולכל רשות מנהלית אחרת את כל הסמכויות שיש בידיהן. הוא עושה זאת באמצעות חוקים. הסמכויות שהחוק הקנה לרשות הן כל הסמכויות שיש בידיה. החוק, אם כך, הוא לא רק המקור, אלא גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות. שני היבטים יש לעיקרון בדבר חוקיות המנהל: העיקרון דורש לגבי כל מעשה מנהלי, ראשית – הסמכה בחוק, ושנית – התאמה לחוק.¹⁴⁹

**”כאשר מדובר
ברשויות
שמפעילות סמכויות
חוקתיות, התערבות
בשיקול דעתן –
בשם טענות של
מנהג – מפירה את
מעמדן החוקתי
ואת חוקי היסוד
שמסמיכים אותן.”**

בניגוד לדיון בדבר מעמדו של המנהג במשפט האזרחי, הרי שכאשר אנו בוחנים את מעמד המנהג בתחומי המשפט הציבורי, עקרון חוקיות המנהל שולל את האפשרות לייחס מעמד משפטי עצמאי למנהג. במשפט האזרחי, המנהג יכול לשמש כראיה לציפייה סבירה של הצדדים: צדדים אזרחיים יכולים להתנות ביניהם דבר מה ולייחס להסכמתם מעמד נורמטיבי. על כך מבוססת העמדה המייחסת מעמד עצמאי למנהג בדיון האזרחי. שונה הוא המצב במשפט הציבורי: עקרון חוקיות המנהל קובע כי בענפי המשפט הציבורי אסור לרשויות לפעול ללא מקור הסמכה מפורש בחוק.¹⁵⁰

עקרון חוקיות המנהל מממש את עקרון שלטון החוק בשדה המנהלי, ובתשתיתו מונחת הקביעה כי מן ההכרח שיתקיים סדר ציבורי שהכול כפופים לו ופועלים מכוחו. החוק הוא שיצר את הממשל ורשויותיו ואין להם קיום בלעדיו. החוק נוצר באמצעות הליך מוסכם היוצר נורמות ידועות וכלליות ומסדיר את התנהלות המדינה, וניתן לאוכפו. לכן, רק כלל שהתקבל על פי הליך מוסכם, בידי נבחרי הציבור, מחייב ציות. המנהג אינו ממלא אחר תנאים אלה.¹⁵¹

מי שמבקש לייחס מעמד עצמאי למנהג חפץ למעשה לייחס לו מעמד חלופי – לצורך עקרון חוקיות המנהל. אך מאפייני המנהג פוגעים בהתממשות הערכים שעליהם מגן עקרון שלטון החוק (שמכוחו נקבע עקרון חוקיות המנהל). עקרון שלטון החוק נוצר כדי להבטיח שהליך קבלת החוק יהא תקין: החוק צריך להתקבל בהליך מסודר, עליו להיות כללי ופומבי, ואין זה ראוי שיחול באופן רטרואקטיבי. מכאן נובע קושי נוסף הכרוך בייחוס מעמד עצמאי למנהג ובהכרה מאוחרת בו כיוצר סמכות לעניין עקרון חוקיות המנהל.

3. פגיעה בשיקול הדעת של הרשויות המוסמכות

עקרונות היסוד של המשפט הציבורי עומדים על חשיבות שיקול הדעת של הגורם המוסמך ואוסרים התפרקות עצמית משיקול הדעת והפיכת הגורם המוסמך ל”חותמת גומי”. אולם, ככל שגורם מוסמך יחויב לפעול על פי מנהג, הרי שלמעשה יבוטל שיקול דעתו והוא ייהפך ל”חותמת גומי”. מובן כי אם לרשות אסור להתפרק משיקול דעתה, מיוזמתה, כל שכן שאין לכפות עליה התפרקות כזו.

כאשר מדובר ברשויות שמפעילות סמכויות חוקתיות, התערבות בשיקול דעתן – בשם טענות של מנהג – מפירה את מעמדן החוקתי ואת חוקי היסוד שמסמיכים אותן. לכן נראה כי גם מי שיביר בדוקטרינת המנהג החוקתי ביחס לפעולות ומצבים שלא הוסדרו בחוקי היסוד – לא יוכל להשיתה על הכנסת או על בית המשפט והממשלה כאשר אלה פועלות מכוח חוקי היסוד.

”הפגיעה במעמדו של בית המשפט וחוסר הלגיטימציה שבזיהוי מנהגים משפטיים אכיפים מתעצמים כאשר ההכרה במנהג נשענת על עמדתו הסובייקטיבית של השופט.“

4. החקיקה השיפוטית והמנהג

למרות הקשיים שמנינו, היו מי שהציעו לראות את המנהג כחריג הדומה לכוחו היוצר של בית המשפט, החורג מעקרון הפרדת הרשויות בטהרת¹⁵² – אלא שהנידון אינו דומה לראיה. כמה הבדלים מצטברים יוצרים הבחנה בין כוחם היוצר של השופטים לבין ייחוס מעמד משפטי עצמאי חזק למנהג.

ראשית, כוחה של החקיקה השיפוטית מוגבל ומגודר. בית המשפט אינו יכול – ואינו אמור – לקבוע בפסיקה כל כלל שעולה על דעתו. רק כאשר מצויה בחוק לקונה נקודתית, רשאי שופט להשלימה. אין ביכולתו של בית המשפט לקבוע הסדרים משפטיים יש מאין.¹⁵³ יתרה מכך, בית המשפט אינו אמור ליצור הסדרים חדשים ראשוניים אלא להעביר החלטות בסד הביקורת השיפוטית בלבד, כפי שציין השופט רובינשטיין בעניין מתווה הגז:

אחד מהיבטיה העמוקים של הדמוקרטיה הוא התפיסה כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי הציבור צריך שתתקבלנה על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה... ויתור המחוקק לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים מנוגד לשלטון החוק, הדורש ש”כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי... אכן, יש שיאמרו, גם בית המשפט העליון אינו נבחר ולהכרעותיו כוח גדול; התשובה לכך היא כי בית המשפט אינו מעצב – ואינו רוצה לעצב – הסדרים מיוזמתו אלא בוחן בביקורת שיפוטית הסדרים שנעשו, לשם בדיקת חוקיותם או חוקתיותם, וההבדל מהותי.¹⁵⁴

בניגוד לכך, הכרה בכוחו של המנהג כבעל כוח חוקתי מפקיעה מהכנסת את בלעדיותה לעצב את ההסדרים הראשוניים בשיטתנו המשפטית. כאשר בית המשפט קובע כי קיים מנהג, וכי למנהג מעמד משפטי עצמאי ואכיף, הוא מבצע שתי פעולות שונות: הוא יוצר הסדר חדש, ובה בעת מיישם הסדר זה ומעביר ביקורת שיפוטית מכוחו.¹⁵⁵

הפגיעה במעמדו של בית המשפט וחוסר הלגיטימציה שבזיהוי מנהגים משפטיים אכיפים מתעצמים כאשר ההכרה במנהג נשענת על עמדתו הסובייקטיבית של השופט – כפי שהציע השופט הנדל במבחן הזיהוי השלישי שקבע בעניין **אבירם**. הנדל אומנם החמיר את הקושי כשטען שניתן להכיר במנהג גם כאשר היסוד העובדתי

**”המנהג חוקתי,
לעומת זאת, אינו
יכול להשתנות
באופן ישיר
וממילא מעניק
לבית המשפט
סמכות בלתי
קונבנציונלית
שבאמצעותה יוכל
למנוע שינוי של
כללי המשחק
בידי המחוקק.”**

לקיומו רעוע, אך הבעיה טמונה בעצם ההכרה במנהגים – יהא יסודם העובדתי אשר יהא. אין מי שסבור כי ראוי לאמץ את כל הפרקטיקות שנהגו בעבר וכללו תודעת חיוב; לכן, תמיד יפעיל השופט שיקול דעת סובייקטיבי בבואו להכריע היש לאמץ מנהג מסוים אם לאו. ממילא, הכרה במנהג איננה מבטאת את הסכמתו של הציבור לפעול על פיו.

הבחנה שנייה, בין הכרה במנהג בעל כוח משפטי לבין כוחו היוצר של בית המשפט, עוסקת במנגנוני השינוי של ההסדרים. שיטת ממשל דמוקרטית כוללת מנגנון לביטול תוקף של כללים משפטיים, אולם ככל שמיחוס למנהג מעמד חזק, הגובר אפילו על חקיקה, הרי שהריבון מנוע מלשנות כלל תקף – בניגוד לתפיסת היסוד הדמוקרטית. בית הנבחרים יכול כמובן לשנות כל דבר חקיקה או הסדר נורמטיבי עקרוני שנקבע בפסק דין, ולכן ניסיון לייחס למנהג מעמד משפטי חזק אינו זהה למעמד כוחה היוצר של הפסיקה כפי שהסביר זאת אהרן ברק:

החקיקה השיפוטית – כך אנו מניחים – פועלת במתחם הלגיטימיות הפורמלית, היא שואבת אפוא את כוחה מהדין עצמו, והדין יכול לבטל אותה. בכך ניתנת תשובה פורמלית לכל טיעון ”דמוקרטי”. מחוקק שאינו מרוצה מהחקיקה השיפוטית, הכוח בידיו לשנותה כרצונו. כוח זה ראוי הוא, ויש לעודדו. חוק המשנה הלכה שיפוטית אינו פוגע ברשות השופטת. נהפוך הוא: הוא מחזק את הלגיטימיות הפורמלית של החקיקה השיפוטית.¹⁵⁶

חקיקה שיפוטית יכולה לעולם להשתנות באמצעות חקיקה או באמצעות החלטה שיפוטית חדשה, שכן ”הפה שאסר הוא הפה שהתיר”. מנהג חוקתי, לעומת זאת, אינו יכול להשתנות באופן ישיר וממילא מעניק לבית המשפט סמכות בלתי קונבנציונלית שבאמצעותה יוכל למנוע שינוי של כללי המשחק בידי המחוקק – על ידי הכרזה שיפוטית כי הללו מבוססים על מנהג חוקתי.

יצירת מנהג קפוא, שאין לשנותו באמצעות הפרוצדורה שבה התקבל, איננה מקבילה אפוא למעמד החקיקה השיפוטית. ככל שיוכר מעמדו המשפטי של המנהג ככלל מחייב ואכיף, יוקפא המצב ולא ניתן יהיה לסטות ממנו, וזאת רק משום שבית המשפט החליט להכיר בו.

”בניגוד לחקיקה השיפוטית, הרי שהמנהג עלול לקבע את המשפט ולכבול את ידי הציבור להסדר שעוגן בשל עתירה שהונחה בעבר באופן מקרי.”

יתרה מכך, בית המשפט, כמוסד אדברסרי, מוגבל לזיהוי מנהגים בהליכים שהובאו לפתחו. קביעה של בית המשפט בדבר קיומו של מנהג היא המעניקה לו את תוקפו המשפטי (ככל שיוכר כזה). כלומר, בניגוד לטבע הפוליטי, שבו דברים משתנים מעת לעת בתהליכים פנימיים, אם בית המשפט יתפוס את התהליך בנקודה שבמקרה יש בה רציפות של נוהג – ויכריז על מנהג תקף – יוקפא נוהג זה אף שתהליכים פוליטיים רגילים עשויים היו לשנותו; ואילו אם במקרה לא הוגשה עתירה אלא רק אחרי כמה שנים שבהם הנוהג השתנה – לא ייווצר כלל מחייב.¹⁵⁷ בניגוד לחקיקה השיפוטית, הרי שהמנהג עלול לקבע את המשפט ולכבול את ידי הציבור להסדר שעוגן בשל עתירה שהונחה בעבר באופן מקרי. זאת ועוד, המנהג יכול להתקבל ללא דיון רק משום שהיה מקובל בעבר, הא ותו לא, בעוד החקיקה השיפוטית נקבעת לאחר דיון פומבי שבו מוצגות עמדות בעד אימוץ התקדים ונגדו.

שלישית, בשיטת המשפט הישראלית מעמדה של החקיקה השיפוטית מעוגן בסעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה. אין חולק כי המחוקק רשאי לעגן – בחקיקה – את מעמדו של מנהג מסוים או את מעמדו העקרוני של המנהג בתחום מסוים. במקרים הללו, כוחו הנורמטיבי של המנהג נקבע בידי המחוקק בחוק ולא בידי בית המשפט.

”התיאוריה הטהורה” של המשפט, מבית מדרשו של קלזן, מלמדת כי יש לבחון את מערכת המשפט כמערכת סגורה וכי אין קיום לשתי מערכות משפט שונות במקביל.¹⁵⁸ כשם שהדין הדתי בענייני נישואין וגירושים מחייב במדינת ישראל מכוח החוק הישראלי שאימץ אותו, ולא מכוח דיני התורה, וכשם שאין לדין הזר תחולה בישראל כל עוד לא אומץ בידי המחוקק, כך גם המנהג שואב את כוחו מהחוק ונעדר תוקף עצמאי, חיצוני למערכת המשפט. על פי קלזן, רק נורמה היונקת את תוקפה מהנורמה הבסיסית של המערכת היא נורמה תקפה; ולכן לא ייתכן מנהג בעל מעמד משפטי עצמאי. כל עוד אין בנמצא נורמה המורה על כיבוד המנהג, הרי שהוא חסר תוקף: אין לו מעמד במבנה המשפטי הסגור, שמשתלשל מהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל, נורמה המורה על כיבוד חוקי היסוד.¹⁵⁹

אפילו הארט, שחלק על קלזן וכפר בקיומה של מערכת כללים סגורה, סבר כי אין לייחס למנהג החוקתי תוקף עצמי. הארט סבר כי ניתן לזהות כלל משפטי תקף באמצעות ”כלל ההכרה” במקום שבו שורת הסכמה על קיומו של כלל כזה. כדי להבחין בין החוק לבין כללי מוסר ונימוס או מנהגים, שאינם חלק מהחוק, הבדיל הארט בין כללי התנהגות עצמאיים לבין כללי התנהגות שנוצרו בתוך שיטה

**”רק לכללים
שנקבעו על
פי הפרוצדורה
שנקבעה בכללים
המשניים ישנו
מעמד משפטי
עצמאי – ומכאן
שאין לייחס
תוקף עצמאי
למנהגים חוקתיים
המתפתחים ללא
הליך מסודר ושאינ
בנמצא מנגנון
מסודר לשינויים.”**

הכוללת כללים מסדר שני אשר קובעים את הפרוצדורה לקביעת כללים מחייבים (במערכת כללים נתונה).¹⁶⁰ לדעת הארט, אין לזהות חוק במקום שבו אין פרוצדורה סדורה לקביעתו. הוא הסביר כי מערכת משפט כוללת כללים ראשוניים ומשניים: הכלל הראשוני קובע נורמה ספציפית ומכווין התנהגות, ואילו הכלל המשני קובע כיצד ניתן לקבוע כללים תקפים ולשנותם. לדעתו, רק לכללים שנקבעו על פי הפרוצדורה שנקבעה בכללים המשניים ישנו מעמד משפטי עצמאי – ומכאן שאין לייחס תוקף עצמאי למנהגים חוקתיים המתפתחים ללא הליך מסודר ושאינ בנמצא מנגנון מסודר לשינויים.

אף שהארט הדגים את שיטתו תוך התייחסות ספציפית למנהגים חוקתיים, ועמידה על כך שהללו אינם תקפים,¹⁶¹ לאחרונה ישנם מי שמבקשים לייחס למנגנוני עיצוב המנהגים מעמד של כללים משניים ולהסביר כי אין מניעה תיאורטית לזהות את המנהגים כחוק – תוך ייחוס מעמד של כללים משניים למנגנוני זיהוי המנהג ושינויו.¹⁶² לדעתם, גם אם אין למנהגים מעמד מחייב מכוח כלל ההכרה – שהרי אין מייחסים להם מעמד אכיף – אין מניעה תיאורטית מהכרה בהם בעתיד כמחייבים על פי התיאוריה של הארט. חרף טענה זו, נראה כי במישור המעשי אין בכך כדי להוביל להכרה בכוחו הנורמטיבי של המנהג, משום שכלל הזיהוי המקובל ברחבי העולם נמנע מלזהותם ככללים משפטיים אכיפים. חשוב מכך: גם בפן התיאורטי ישנם הבדלים משמעותיים בין הכללים המשניים, הקובעים את מעמד דרכי החקיקה, לבין מבחנים לזיהוי מנהגים. בעוד דרכי החקיקה מוסדרות בכללים ברורים, המסדירים את הליכי קביעת הכללים הראשוניים, הרי שמבחני הזיהוי לשינוי מנהגים – או לזיהוים – לא נועדו ליצירת תוקף משפטי עצמאי. תוקפם בא להם ממקור חיצוני והם עוסקים בתוכן המנהג. כפי שנוכחנו לראות בסקירת הפסיקה הישראלית, מבחני הזיהוי סובייקטיביים ומעניקים לבית המשפט שיקול דעת נרחב להכריע בדבר קיומו של מנהג. גיבושם של מבחני זיהוי כה עמומים מקשה גם הוא על הכרה במבחני הזיהוי כמקיימים כלל משני להכרה במנהגים.¹⁶³

5. קשיים מסדר שני: בין תיאוריה לפרקטיקה

על הקשיים העקרוניים שהצענו לעיל יש להוסיף קשיים מסדר שני, קשיים פרקטיים ההופכים בפועל לקשיים מהותיים. הטעון בעד הכרה במנהג כמקור משפטי עצמאי גם בשיטות משפט מודרניות מבוסס על ניסיון לראות בו כמבטא את הסכמת האזרחים. משטר דמוקרטי תר אחר המנגנון הראוי לזיהוי רצון העם, הדמוס, ולפיכך התומכים בעיגונו של המנהג רואים בו מעין מסלול של דמוקרטיה

”שקשה לקבל את הנחת המוצא המזהה את המנהג, בפרט המנהג החוקתי בתחומי המשפט הציבורי שזוהה על ידי שופטים, כמבטא את רצון העם.”

ישירה, המבטל את הצורך במנגנון הדמוקרטיה הייצוגית, מאחר שהוא משקף הסכמה:¹⁶⁴

ההצדקות להכרה בתוקפו המשפטי המחייב של המנהג הן שונות ומגוונות. בראש ובראשונה, ניתן להצביע על הסכמת הצדדים להעניק לפרקטיקה מסוימת תוקף משפטי מחייב. לעיתים הסכמה כזו לובשת צורה של חוק כללי. לעיתים צורה של דין פרטי, כגון חוזה. ולעיתים – צורה של מנהג. למרות השוני בין המקרים, הבסיס לחיוב המשפטי הוא זהה: הסכמת הצדדים. אם כי עוצמות החיובים מצויות, כמובן, על מדרג רחב, מחיוב ממש ועד להעדר חיוב. משקל רב יש גם לשיקולים של הדדיות והסתמכות, האופפים לעיתים את המנהג.¹⁶⁵

מלבד הקושי הדמוקרטי – הפגיעה בעקרונות הכרעת הרוב, הפרדת הרשויות, חוקיות המנהל ושלטון החוק שעליה עמדנו עד עתה – הרי שקשה לקבל את הנחת המוצא המזהה את המנהג, בפרט המנהג החוקתי בתחומי המשפט הציבורי שזוהה על ידי שופטים, כמבטא את רצון העם. זאת ועוד, גם כאשר מדובר במנהגים שיוסדו על הסכמה, ייתכנו מנהגים מסורתיים המבטאים תפיסות עולם מנוגדות לתפיסות המקובלות בחברה כיום, שמהן מבקשים השופטים להתנער, ומכאן שלא ההסכמה היא שמעניקה למנהג את כוחו. כדוגמה ניתן לציין מהלך לחיזוק סמכויות הרשויות המקומיות בישראל על חשבון השלטון המרכזי בכל הנוגע לאכיפת דיני המנוחה בשבת.¹⁶⁶ קשה להלום תפיסה שלפיה כל הפרה של סטטוס־קוו בנושא זה או בנושא אחר תיבחן כהפרה של מנהג חוקתי.

כדי לדחות מנהגים לא ראויים, מציעים תומכי המנהגים החוקתיים לייחס מעמד נורמטיבי רק לחלק מהמנהגים, וזאת באמצעות שלושת המבחנים שעליהם עמדנו לעיל. עם זאת, עיון במבחנים הללו, ובאופן שבו הם מיושמים, מלמד כי הם שומטים את הקרקע מתחת להצדקה העיקרית להכרה במנהגים כמשקפים הסכמה ציבורית קיימת. המבחנים נועדו להכריע האם הפרקטיקה נהגה באופן ממושך, מתוך תודעת חיוב של מי שהפעילו אותה ושתוכנה ראוי, אך בפועל מעניקים לשופטים כלי רב־עוצמה המאפשר להם להתגבר על חקיקת הכנסת בהכרעות הליבה של הדמוקרטיה. הקושי גדול כאשר מבקשים לייחס למנהג החוקתי מעמד פרשני מכריע, אך אין לשאתו כאשר מבקשים להעניק למנהג מעמד מכריע הגובר על חקיקה ראשית ואשר נבחרי הציבור מנועים מלשנותו. אם המנהג מבטא הסכמה ולפיכך יש לאמצו, אין מקום למבחן השלישי

**”בעיה נוספת
הכרוכה בהכרה
במנהג חוקתי
שעצם קיומו
מצוי במחלוקת
נעוצה בהיבט
הרטרואקטיבי
שמאפיין אותו.
כאשר בית המשפט
מכיר במנהג
שכזה, הוא קובע
כלל ביחס למקרה
ספציפי שבא
לפניו ובאופן
רטרואקטיבי.”**

של השופט הנדל הבודק את תוכנו של המנהג או לאותה ”מקבילית” המאפשרת הכרה במנהג גם כשביסוסו העובדתי קלוש. משעה שבית המשפט בוחן את תוכנו של המנהג כדי להחליט האם ראוי הוא, הרי שבית המשפט הוא המעניק למנהג תוקף – הוא, ולא ההסכמה הציבורית.

נוסף על כך, ישנה חשיבות להבחנה בין שני מצבים אפשריים: (א) מקרים שבהם ישנה פרקטיקה שאין חולק על קיומה ומוסכם כי הופרה, וכל שנשאל הוא מה מעמדה הנורמטיבי; (ב) מקרים שבהם המחלוקת נסובה על עצם קיומה של פרקטיקה מובהקת. במצבים מן הסוג השני, בית המשפט הוא שנדרש ליצור את המנהג – ולא הסכמת הצדדים היא היוצרת אותו. בניגוד לחוק, המוכר לכול, הרי שאין אנו יודעים כיצד לזהות מנהג. ההכרעה בדבר קיומו של מנהג היא שיוצרת את ההסכמה והיא נקבעת על ידי השופט, אף שייתכנו מקרים שבהם רוב החברה מתנגדת למנהג.

הקושי הכרוך בזיהוי המנהג שומט את הקרקע גם מתחת ליכולת לקבוע הסדרים מוסדיים יעילים. ההסדרים המוסדיים נועדו ליצור יציבות ולקבוע את כללי המשחק, אך הסדרים גמישים העשויים להשתנות בכל החלטה של בית המשפט – אף שאין ידוע על קיומם – אינם יכולים לשמש בסיס לכללים מוסדיים, אשר נועדו לקבוע את יחסי הגומלין בין הרשויות. בניגוד לחוסר הוודאות באשר לפרשנות לא ידועה (הקיים עד שבית המשפט פוסק בעניינו של חוק חדש), הרי שבמנהג, התהליך אמור להיות הפוך. התיאוריה התומכת במנהג החוקתי מציגה מצג של פרקטיקה מוסכמת, הנתפסת בעיני כל הצדדים כמחייבת, ורק נאכפת על ידי בית המשפט. בפועל, במקרים שבהם קיימת מחלוקת על עצם קיומו של המנהג – המצב הפוך.

בעיה נוספת הכרוכה בהכרה במנהג חוקתי שעצם קיומו מצוי במחלוקת נעוצה בהיבט הרטרואקטיבי שמאפיין אותו. כאשר בית המשפט מכיר במנהג שכזה, הוא קובע כלל ביחס למקרה ספציפי שבא לפניו ובאופן רטרואקטיבי. ספרות ענפה דנה בדבר קווי המתאר של החקיקה הראויה והללו אינם מתקיימים בזיהוי מנהגים: כפי שאין זה ראוי לחוקק באופן רטרואקטיבי, וביחס למקרה מסוים, כך אין ראוי שהסדר הנורמטיבי שאמור להסדיר את יחסי הרשויות לא יהיה ידוע מראש לציבור ולגורמי הממשל שפועלים על פיו, אלא ייקבע על פי עמדת בית המשפט במקרה הנקודתי שבו הוא דן.¹⁶⁷

”יש להתריע מפני שימוש בלתי מרוסן בפרשנות תכליתית התולה בחוק מה שאין בו. כאשר שופט בוחר לקיים מנהג ולהופכו להסדר נורמטיבי, הוא יכול להסתמך מבחינה פורמלית על החוק, בעוד אליבא דאמת הוא מייחס למנהג מעמד עצמאי.”

מכיוון שהמנהגים בתחום המשפט הציבורי עוסקים בדרך כלל בהסדרים מוסדיים, הדברים הנזכרים נכונים מקל וחומר. הסדר מוסדי ראוי צריך להתקבל מאחורי מסך של בערות,¹⁶⁸ וההכרעה צריכה להיקבע שלא ביחס למקרה ספציפי. כאשר בית המשפט דן במקרה שבו מתגלה מחלוקת בדבר עצם קיומו של מנהג, ומערב בהכרעה בדבר קיומו של מנהג גם שיפוט נורמטיבי ביחס לתוכנו, כל העקרונות הללו מופרים. כאשר הפגיעה בעקרונות האלה נעשית ללא לגיטימציה ציבורית בהעדר נציגי ציבור הקושי מתעצם.

6. על מנהג ופרשנות: מובן רך

אין מי שסבור שקיימת מניעה לאמץ מנהג כפרשנות אפשרית לדבר חקיקה כאשר יש במנהג כדי יישום אפשרי של החוק. כאשר עומדות בפני השופט שתי אפשרויות פרשניות, הוא יכול להעדיף פרשנות שמקיימת את המנהג על פני פרשנות ששוללת אותו. בדרך זו תוקפה המשפטי של ההכרעה נובע מהחוק, ולא מהמנהג. בדרך זו המנהג משמש את השופט רק כדי להכריע בין אפשרויות שקולות – אפילו במקרים שבהם, אלמלא המנהג, היה השופט מבכר את הפרשנות השנייה.

עם זאת, יש להתריע מפני שימוש בלתי מרוסן בפרשנות תכליתית התולה בחוק מה שאין בו. כאשר שופט בוחר לקיים מנהג ולהופכו להסדר נורמטיבי, הוא יכול להסתמך מבחינה פורמלית על החוק, בעוד אליבא דאמת הוא מייחס למנהג מעמד עצמאי. הטכניקות הפרשניות שאימצו חלק משופטי ישראל מאפשרות סטייה ניכרת מהטקסט, באמצעות פרשנות המקיימת את התכלית שמתאימה לתפיסת עולמו של השופט. שאלת דוקטרינת הפרשנות שראוי לאמץ היא סוגיה העומדת בפני עצמה.¹⁶⁹ סוגיית הפרשנות מעלה חששות כבדים לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, עד כדי ייחוס כוח מופרז לשופט שעלול להפוך את החוק הכתוב לחלול.¹⁷⁰ שופט עשוי לייחס לחוק פרשנות שמשנה את משמעותו, גם אם הוא מציג את הכלל שיצר כפרשנות לחוק גרידא.

נוכח האמור לעיל, יש להתריע מפני שימוש בפרשנות תכליתית מרחיבה, שאינה אלא הכרה בפועל במנהגים, חרף כל הקשיים העקרוניים שעליהם הצבענו. לטעמנו, קשיים אלה צריכים להרתיע אפילו שופטים הרואים בפרשנות התכליתית שיטת פרשנות לגיטימית. כפי שהדגשנו, תפקידם של ההסדרים המוסדיים הוא לנסוך יציבות במערכת ולקבוע את כללי המשחק. לכן, מן ההכרח שיהיו פומביים וברורים וייקבעו מאחורי מסך בערות. יש פסול

במנהגים שנקבעים אד־הוק ביחס לסיטואציות מסוימות. אימוץ פרשנות תכליתית מרחיבה מבוססת־מנהג חותר תחת הרציונלים שמביאים אותנו לקבוע הסדרים מוסדיים מלכתחילה, ולכן אינו ראוי. הניסיון לתלות בטקסט את מה שאין בו, ביחס למקרה נקודתי, פוגע בהפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. גם אם יינתן מענה פורמלי לצורך במקור משפטי, בדמות החוק שעליו יצביע השופט כבסיס לפרשנות התכליתית, לא יוגשמו העקרונות והרציונלים שביסוד הצורך בקביעת הסדרים נורמטיביים מוסדיים, ונימצא כולנו חסרים.

יפים לעניין זה דבריה של השופטת פרוקצ'יה:

ערכים כלליים של השיטה, ובכלל זה עקרונות חוקתיים הנובעים מחוקי יסוד ומההלכה הפסוקה, עשויים להשתלב בפרשנות התכליתית של הנורמה החקיקתית ובלבד שזו מצויה במתחם המסגרת הלשונית הקיימת, ואינה חורגת ממנה. הפרשנות התכליתית איננה סוס פרא הדוהר למרחבים בלא רסן. היא דומה יותר לסוס מאולף, הנע בתלם חרוש, שאת תחומיו וגבולותיו מגדירים הלשון והנוסח.¹⁷¹



”עיון בפסיקה הישראלית ובפסיקה הזרה מלמד כי אף שבתי משפט ברחבי העולם ראו במנהג מקור פרשני, גם הם נמנעו מלהעניק למנהג שלא עוגן בחקיקה מעמד נורמטיבי עצמאי. החשש מפני ייחוס מעמד נורמטיבי למנהגים נבע מהבנה של חולשות הדוקטרינה ומן החשש מפני פגיעה בעקרונות היסוד העומדים בבסיס שיטות הממשל הדמוקרטיות הליברליות, ובהם: הכרעת הרוב, שלטון החוק והפרדת הרשויות.

עיון בסדור בפסיקה הישראלית מלמד כי מלבד הקושי העקרוני קיימים גם קשיים בזיהוי מנהגים. במקרים רבים, שורת מחלוקת על זיהוי פרקטיקה מסוימת כמנהג בעל תודעה מחייבת. בתי המשפט פיתחו מבחנים לזיהוי מנהגים, אך הללו נטו לסובייקטיביות והפקידו בידי השופטים את הכוח לקבוע האם קיים מנהג, עוד בטרם יקבעו האם הוא מחייב. השופט הנדל אף הגדיל לעשות וביקש להכיר במנהגים שהביסוס העובדתי לקיומם קלוש, ככל שייחשבו כמוצדקים בעיני השופט הבוחן.

הקשיים הללו לא נעלמו מעיניהם של שופטי ישראל, והם הבהירו כי לא ייתכן שמנהג יזכה למעמד נורמטיבי הגובר על חקיקה. יתרה מכך, לאחרונה – בעניין בחירת נציגי הכנסת ה־23 לוועדה לבחירת שופטים – הם חזרו והבהירו כי מעמדו של המנהג והפיכתו לעילת ביקורת שיפוטית אכיפה הם שתי סוגיות שונות ונפרדות.

הרעיון שלפיו בית המשפט יכול לזהות ”מנהג חוקתי” ולייחס לו משמעות נורמטיבית, אף שלא עוגן בחקיקה, קוסם למי שמבקשים להעניק לבית המשפט כלי נוסף לביקורת שיפוטית על נבחר הציבור. יש אף מי שביקשו להעניק למנהג מעמד חוקתי שיחסום את המחוקק מלפעול לשינויו בחקיקה ראשית.

עיון בפסיקה הישראלית ובפסיקה הזרה מלמד כי אף שבתי משפט ברחבי העולם ראו במנהג מקור פרשני, גם הם נמנעו מלהעניק למנהג שלא עוגן בחקיקה מעמד נורמטיבי עצמאי. החשש מפני ייחוס מעמד נורמטיבי למנהגים נבע מהבנה של חולשות הדוקטרינה ומן החשש מפני פגיעה בעקרונות היסוד העומדים בבסיס שיטות הממשל הדמוקרטיות הליברליות, ובהם: הכרעת הרוב, שלטון החוק והפרדת הרשויות.

עיון בסדור בפסיקה הישראלית מלמד כי מלבד הקושי העקרוני קיימים גם קשיים בזיהוי מנהגים. במקרים רבים, שורת מחלוקת על זיהוי פרקטיקה מסוימת כמנהג בעל תודעה מחייבת. בתי המשפט פיתחו מבחנים לזיהוי מנהגים, אך הללו נטו לסובייקטיביות והפקידו בידי השופטים את הכוח לקבוע האם קיים מנהג, עוד בטרם יקבעו האם הוא מחייב. השופט הנדל אף הגדיל לעשות וביקש להכיר במנהגים שהביסוס העובדתי לקיומם קלוש, ככל שייחשבו כמוצדקים בעיני השופט הבוחן.

הקשיים הללו לא נעלמו מעיניהם של שופטי ישראל, והם הבהירו כי לא ייתכן שמנהג יזכה למעמד נורמטיבי הגובר על חקיקה. יתרה מכך, לאחרונה – בעניין בחירת נציגי הכנסת ה־23 לוועדה לבחירת שופטים – הם חזרו והבהירו כי מעמדו של המנהג והפיכתו לעילת ביקורת שיפוטית אכיפה הם שתי סוגיות שונות ונפרדות.

**”הניסיונות
האקדמיים לחדש
עילות ביקורת
שיפוטית ייחודיות
ועוקפות-כנסת,
שאינן מקובלות
ברחבי העולם, רק
יחריפו את המצב,
ולא יביאו להשבת
שיווי המשקל בין
רשויות השלטון.”**

נוסף על כך, הם ציינו בצדק את תמימות הדעים בקרב שופטי הנֶכֶר, המתריעים השכם והערב מפני שימוש במנהגים חוקתיים כעילת ביקורת אכיפה.

אולם הניסיון לחדש עילת ביקורת שיפוטית עוצמתית אינו רק רעיון שגוי מבחינה קונספטואלית הפוגע בעקרונות היסוד הדמוקרטיים. מדינת ישראל שרויה במשבר חוקתי מתמשך, ובית המשפט הישראלי סובל מירידה באמון הציבור. הניסיונות האקדמיים לחדש עילות ביקורת שיפוטית ייחודיות ועוקפות-כנסת, שאינן מקובלות ברחבי העולם, רק יחריפו את המצב, ולא יביאו להשבת שיווי המשקל בין רשויות השלטון. טוב עשו שופטי ישראל שגדרו את הפרצה והבהירו את גבולות הדוקטרינה. כך ראוי לנהוג.

- 1 יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 154 (2019).
- 2 אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" **משפטים** יג 25, 80 (1983): "החקיקה השיפוטית היא חלק ממציאות חיינו המשפטיים. השופט יוצר משפט. אין הוא רק ראי המשקף את תמונת הדין... בכל אלה אין לו לשופט יד חופשית לחלוטין. בפרשנותו השיפוטית הוא מוגבל בתווים הקיימים. הוא חייב לבצע יצירה קיימת. במסגרתו של משפט מקובל הוא מוגבל בכלים שכעתם ניתן לבצע את היצירה".
- 3 Farrah Ahmed, Ricahrd Albert & Adam Perry, *Judging Constitutional Conventions*, 17 INT'L J. CONST. L. 787, 799–802 (2019); Oren Tamir, *Constitutional Norm Entrepreneurship* (16.4.2020), 80 MARYLAND LAW REVIEW, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3577781>; מתן גוטמן "הבו לנו יועמ"שים צייתנים!" (ICON-S-IL Blog 27.11.2018). על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת".
- 4 דוגמה להתייחסות כללית למנהג מבלי להבחין בתוקפו הנורמטיבי בענפי המשפט השונים ראו אצל אהרן ברק **פרשנות המשפט** 193 (1992). דוגמה לאי-הבחנה בין מעמדם הנורמטיבי של פרקטיקות שונות ראו בבג"ץ 4956/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** 20.8.2020; להלן: "עניין התנועה למען איכות השלטון": "השימוש במונחים פרקטיקה, נוהג, מנהג חוקתי או מוסכמה חוקתית, שימשו בעניין אברים בערבוביה..." (שם, פס' 15); "יש להבחין בין פרקטיקה בחיי המעשה; העשויה להפוך לנוהג (שהוא דרך התנהגות רווחת ומקובלת); היכול בתורו להתגבש לכדי מנהג המהווה נורמה משפטית עצמאית" (שם, פס' 129). לייחוס מעמד נורמטיבי הגובר על חקיקה למנהג ראו גוטמן, "הבו לנו", לעיל ה"ש 3.
- 5 ס' 19 לחוק יסוד: הכנסת.
- 6 לדוגמה נוספת ראו ס' 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963.
- 7 לדוגמה בולטת מהדין האזרחי ראו ס' 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנהגה הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנהגה המקובלת בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמסוכמים".
- 8 דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" **משפט וממשל** כ 477, 484 (1995). לתפיסה דומה במשפט העברי ראו יחסו של הרמב"ם לתקנות שלא פשטו בציבור (רמב"ם, משנה תורה, ממרים, פרק ב, הלכה ו).
- 9 Digest, Book I, Title III, Section 32
- 10 אדרבה, עקרון החוקיות דורש שלא להעניש אדם אלא על יסוד חקיקה כתובה וברורה. ראו בועז סנגיר "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" **עלי משפט** ג 165, 165-173 (2003).
- 11 ראו אנגלרד **מבוא לתורת המשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 158.
- 12 חוק לביטול המגילה, התשמ"ד-1984.
- 13 דברי ההסבר מתוך הצעת חוק לביטול המגילה, התשמ"ד-1984, הצ"ח 1681, מיום 14.5.1984, הצ"ח תשמ"ד, 246.

- 14 סעיפים 36-45 הסדירו את מעמדו של המנהג. להלן נוסחם בתרגומו של פרומקין: (36) המנהג - בורר. כלומר המנהג וההרגל, בין שהוא כללי ובין שהוא פרטי, נעשה בורר להוכיח על פיו דין השרע; (37) מעשי בני אדם ראה, ונוהגים לפיהם; (38) כל שלא ייתכן על פי המנהג, רואים אותו כנמנע באמת; (39) אין לחדד שעם חילופי העיתים משתנים אף הדינים עמיהם; (40) יש להניח פשוטו של דבר על פי הוראת המנהג; (41) אין כוחו של מנהג יפה, אלא כשהוא מתמיד או מכריע; (42) יש ערך למכריע, כשהוא מפורסם ולא נדיר; (43) כל הידוע על פי המנהג הרי זה כאילו התנו עליו; (44) כל הידוע בקרב הסוחרים הרי זה כאילו הותנה ביניהם; (45) כל שקבעו המנהג הרי זה כאילו קבעו הכחוב.
- 15 גד טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" **משפטים** 9, 57-59 (1973).
- 16 דברי שר המשפטים, י"ש שפירא, בישיבת הכנסת מיום 7.11.1972. במסגרת הדיון לביטול דינים עות'מאניים, התשל"ב-1971, דברי כנסת שביעית, מושב רביעי, בעמ' 311.
- 17 ראו (1974) 22 ISR. L. REV. 9 Ya'akov Meron Is Custom A Source of Law in Israel.
- 18 דליה אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי - בעקבות דו"ח ועדת אגרנט" **משפטים** 201, 205-207 (התשל"ו-התשל"ז); שמעון סטרית "המנהג במשפט הציבורי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 375, 386-391 (יצחק זמיר עורך, 1993).
- 19 ע"פ 131/67 **קמאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד (כב) 85 (1968).
- 20 ס' 11(א) (5) לחוק יסוד: נשיא המדינה.
- 21 שטרית הוא החוקר הבולט ביותר שביקש לייחס למנהג מעמד נורמטיבי עצמאי גם בתחומי המשפט הציבורי, אך מסקנותיו אינן מוכרחות והוא נותר בודד בעמדתו. ראו אליקים רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** א 95-96 (1996): "פרופ' סטרית הרוחק לכת וציין כי אין מניעה שפרקטיקה מסוימת תיקרא מוסכמה חוקתית, ובית המשפט יחליט שהיא עברה למעלת נוהג חוקתי מחייב, המהווה חלק בלתי נפרד מן הדין החוקתי הפוזיטיבי, באופן שהמוסכמה תהיה אכיפה בבית המשפט. אין עדיין אסמכתא נוספת לדעה זו".
- 22 ראו לדוגמה בחוות דעתו של השופט לנדוי.
- 23 בג"ץ 849/00 **שץ נ' שר המשפטים**, פ"ד (נ) 571 (2002), חוות דעתו של השופט חשין, בעמ' 576.
- 24 ראו רות גביון "ביטול המגילה - המנהג ועקרונות הפסיקה" **משפטים** יד 325, 349-350 (1985): "בפסיקה היה אמנם שימוש אחד לפחות בהוראת סעיף 45 למגילה כדי לבסס מנהג בתחום המשפט הציבורי, אולם באותה פרשה עצמה היו שפסקו על קיומו של מנהג ללא הסתמכות על המגילה. בעניין זה לא נוצרה אפוא פרשנות מוסמכת, ובהעדרה של זו, יש לדון בעניין לפי עקרונות פרשניים רגילים. נראה לי, כי אין סיבה להניח שהמגילה התכוונה לקבוע את מקורות המשפט המחייבים בתחומי משפט שלגביהם לא היתה לה כל נגיעה".
- 25 ראו גביון, "ביטול המגילה", לעיל ה"ש 24, בעמ' 349, ה"ש 91, שמשכירה מדוע דוגמות נוספות שהובאו אצל אבן אינן דוגמות מובהקות.
- 26 שטרית "המנהג במשפט הציבורי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 395, מצביע על עילות הסף של השפיטות וזכות העמידה כחסם להגשת עתירות בענייני מעמדו של המנהג במשפט הציבורי.
- 27 ראו דברי השופט ברק: ארו בעניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 4, פס' 2 לחוות דעתה, שבהם הצדיקה את זכות העמידה של העותרים (דבריה באו בהמשך לשאלות שנשאלו העותרים על ידי השופט עמית כמהלך הדיון בדבר זכות העמידה שלהם): "הגם שהעותרים לא הניחו תשתית להענקת הסעד המבוקש, אני מוצאת לנכון להבהיר כי לא מצאתי דופי בהגשת העתירה עליהם, אף שאינם מייצגים את מפלגות האופוזיציה. לכאורה, ניתן היה לתהות שמא יש מקום לדיון בעתירה כאשר ה'נפגעות' הישירות כביכול, אותן מפלגות, נמנעו מהגשתה. איני סבורה כך. כאשר קיים חשש לפגיעה בזכויותיה של האופוזיציה הנפגע מכך הוא כלל הציבור במדינת ישראל. לאופוזיציה יש תפקיד חיוני במשטר הדמוקרטי. אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם נציגי האופוזיציה יימנעו מנקיטת הליכים משפטיים - משיקולים פוליטיים או אף משיקולי נוחות. אולם, אם על הכף מונחות זכויות האופוזיציה, הרי שעמן מונח שם האינטרס הציבורי כולו, ועל כן אין לומר, אפירורית, שזהו מצב של מי שימתעבר על ריב לא לוי". להרחבה בדבר שחיקת עילות הסף ראו אהרן גרבר **זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל** (2019).
- 28 בג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש-הממשלה**, פ"ד (נה) 455 (2001).
- 29 שם, פס' 7 לחוות דעתו של השופט ברק. בנוגע לטיעון השני, התחייבה הממשלה כי ככל שיושג הסכם, הוא יובא לאשרור הכנסת.
- 30 שם, פס' 15 לחוות דעתו של השופט ברק.
- 31 שם, בעמ' 477.

- 32 בג"ץ 849/00 שץ נ' שר המשפטים, פ"ד נו(1) 571 (2002).
- 33 שם, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 34 שם, בעמ' 575.
- 35 לעניין מעמדו של המנהג לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט ראו גביוון, "ביטול המגילה", לעיל ה"ש 24, בעמ' 358-360.
- 36 שם, בעמ' 576.
- 37 בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009) (להלן: "עניין ההסתדרות הרפואית").
- 38 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט מלצר: "ומילא לנוכח הנוהג החוקתי הקיים - לא היה מקום לעשות בה שימוש זו הפעם, במסגרת העתירה שלפנינו".
- 39 שם: "טענת העותרת הייתה כי חוק יסוד: הממשלה אינו מסמיך את ראש הממשלה לכהן במקביל כשר. טענתה של העותרת נסמכה בעיקר על השמטתה של הוראת ס' 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה משנת 1992 מנוסחו העדכני של חוק היסוד, כפי שתוקן בשנת 2001 (להלן: 'חוק היסוד הנוכחי'). ההוראה האמורה קבעה מפורשות כי 'ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד'. כן הפנתה העותרת לס' 24 לחוק היסוד הנוכחי, המסדיר את המקרים בהם יכול ראש הממשלה למלא באופן זמני את מקומו של שר".
- 40 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר: "הפירוש האחר האפשרי (המקובל והנוהג עד היום)... מתבסס על שלושה אדנים: (א) הנוהג הקונסטיטוציוני הקיים, שיש בו כדי לשמש מכשיר חשוב בפרשנות, לרבות חוקתית, ולעיתים אף ליצור הווייה...".
- 41 שם, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "איני רואה צורך להכריע בשאלה אם 'פרקטיקה' זו התגבשה כדי 'קונבנציה חוקתית' אך מכל מקום אין חולק כי מדובר בפרקטיקה נהוגת".
- 42 דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421 (2010) (להלן: "עניין זוהר").
- 43 שם, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שם הבהירה כי לא הכריעה בשאלת מעמדו של המנהג בישראל וכי הדין על אודות מעמדו של המנהג אינו נצרך להכרעה (הגם שהוא מחזק אותה) ולכן ניתן לראותו כאוביטר: "אין הכרח להכריע בשאלה זו כעת. לגישתי, קיומו של נוהג - בין אם עלה לרמת המוסכמה החוקתית ובין אם לאו - רק מחזק את המסקנה לפיה לשר המשפטים מסור שיקול דעת בחתימת הקיום, הנתמכת בנימוקים כבדי משקל אחרים המצדיקים קיומה של בקרה על הפעלת סמכות החנינה".
- 44 שם.
- 45 שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "תומך אני מאוד בדוקטרינת המוסכמה החוקתית שתוארה הנשיאה. בעיני, מעבר לאמות המידה שעליה דיברה, יש להכרה במוסד של מוסכמה חוקתית חשיבות חינוכית וערכית, המקרינה יציבות והמשכיות במערכת הנורמטיבית, והמאפשרת - גם במדינה שמלאכת כינון חוקתה לא הושלמה עד תום, ומוסדותיה החוקתיים אינם מושרשים במלואם בחוקה כתובה ככל משפטה - להנחיל מורשה חוקתית מדור לדור".
- 46 ראו לעיל בסעיף ב.5.
- 47 בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.04.2016) (להלן: "עניין יש עתיד").
- 48 שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט מלצר.
- 49 הרכב הוועדה כולו הוא שלושה שופטים, שני נציגי לשכת עורכי הדין, שני שרים ושני חברי כנסת. ראו: ס' 4(ב) לחוק יסוד: השפיטה (1984); ס' 6 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.
- 50 כחוות הדעת שהוגשה על ידי מ"מ היועץ המשפטי של הכנסת, שנית אפיק, לקראת ההצבעה על נציגי הכנסת ה-53 צוינה שורת מקרים שבהם הכנסת ססתה מנוהג זה.
- 51 בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 01.02.2017) (להלן: "עניין אבירם").
- 52 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 53 שם.
- 54 ראו לעיל ה"ש 41.
- 55 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

- 56 הנדל מבקש להסתמך על פסק הדין בקנדה שיובא להלן כפרק ג, ו [1981] *Re Resolution to Amend the Constitution* S.C.R. 753, 888. חשוב להעיר כבר כעת כי בית המשפט בקנדה הבהיר, כבר באותו פסק דין, שאין למנהג מעמד נורמטיבי עצמאי אכיף כעילת ביקורת שיפוטית. בקנדה, בית המשפט יכול להכריז על הפרת המנהג – אם הוא נשאל על כך – אך אין כוונתו להתערב גם אם הופר המנהג.
- 57 גם השופט עמית הדגיש זאת בחוות דעתו (ולצד המלצה לתיקון החקיקה): “הוראות החוק הן ברורות והפרקטיקה והמנהג ניכרים בפני חוק מפורש של הכנסת. לדידי, די בטעם זה כדי לדחות את העתירה, ומבלי לקבוע מסמרות בנושא המנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב. העתירה הציפה סוגיה חשובה שראוי ליתן לה את הדעת. טוב יעשה המחוקק אם יעביר בחוק בתי המשפט את הפרקטיקה הנוהגת עליה עמדנו לעיל...”.
- 58 בג”ץ 3747/19 **אבירם נ’ כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 18.6.2019).
- 59 שם פס’ 16: “ניתן לסכם ולומר כי החוק לפיזור הכנסת, שעבר ברוב של 74 חברי כנסת, התקבל בהתאם להוראות חוק יסוד: הממשלה וחוק יסוד: הכנסת. לפיכך, בהעדר כל אחיזה, ולו מינימאלית, לטענה כי לפנינו דבר חקיקה הסותר הוראה בחוק יסוד, נשמט הבסיס תחת טענת העותרים כי החוק בלתי חוקתי וכי דינו להתבטל...לאור האמור לעיל, איננו נדרשים לשאלת ההכרה במנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב, סוגיה שטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה”.
- 60 ראו לעיל ה”ש 4.
- 61 עניין אבירם, לעיל ה”ש 51, פס’ 19 לחוות דעתו של השופט הנדל.
- 62 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה”ש 4, פס’ 8 לחוות דעתו של השופט עמית.
- 63 שם, פס’ 19 לחוות דעתו של השופט עמית.
- 64 שם, פס’ 20: “בהינתן כוחה של הכנסת לחוקק חוק שעומד בניגוד למנהג; בהינתן שהדבר עלול לכבול ידה של הכנסת הבאות; ובהינתן הריסון השיפוטי וההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית שניתן להפעיל על החלטת רוב חברי הכנסת בנושא שיש בו מאפיין בעל גוון פוליטי. כידוע, ההתערבות כשיקול הדעת של חברי הכנסת מוגבלת למצבים חריגים ולנסיבות קיצוניות” וראו גם בפס’ 16 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.
- 65 שם, פס’ 14 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.
- 66 שם פס’ 15.
- 67 שם.
- 68 שם, פס’ 6.
- 69 שם פס’ 5.
- 70 פס’ 29 לחוות דעתו של השופט עמית וראו גם פס’ 10.
- 71 ראו לעיל ליד ה”ש 48.
- 72 שטרית “המנהג כמשפט הציבורי”, לעיל ה”ש 18, בעמ’ 385. ייתכן שבשלב היעדר הדיון הממצה, מלצר רק מצביע על האפשרות העקרונית לאמץ מנהג ולא קובע כי קיימת סמכות כזו בישראל.
- 73 המחלוקת בין הנשיאה נאור לשופט מלצר בעניין **יש עתיד** מדגימה זאת היטב. כיוצא בכך גם הפרשנות החד-משמעית שהעניק השופט עמית לחקיקה המסדירה את בחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים בעניין **התנועה למען איכות השלטון** אל מול מסקנתו השונה של השופט הנדל בעניין **אבירם**.
- 74 ראו לדוגמה בשי”א 834/14 **פלוגית נ’ פלוגי** פס’ 9-11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.04.2014), ואת המחלוקת שנתגלעה בין השופטים שטיין וברק-ארז בעניין בר”מ 2283/18 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ’ נכסי יד החרוצים** (פורסם בנבו, 1.1.2019) (דבריהם הובאו בהרחבה להלן ה”ש 170).
- 75 יואב דותן “הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה – שאלת האחריות: מבט השוואתי” **משפט וממשל** י 489, 499 (2007).
- 76 ראו דברי השופט עמית בעניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה”ש 4, פס’ 4 לפסק דינו.
- 77 הנשיאה ביניש עשתה זאת בדיון הנוסף בעניין **זוהר**, והשופט הנדל בעניין **אבירם**.
- 78 לדוגמה, אייבור ג'נינגס (Jennings) הבריטי היה מי שניסח את המבחן המשולש לקיומו של מנהג חוקתי שהוזכר כאמור בפסיקה הישראלית, וכן בפסיקה הקנדית וההודית, כפי שיובא להלן. ראו Ivor Jennings, *The Law And The Constitution* (5th ed, 1995). 136.

- 79 להרחבה בדבר חוקתה הלא-כתובה של ניוזילנד והמנהגים החוקתיים הנהוגים במחוזותיה, לרבות העובדה כי אלו אינם נתפסים כמחייבים מבחינה משפטית ולכן אינם נאכפים על ידי בתי המשפט במדינה, ראו Grant Duncan, *New Zealand*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS: CONTROVERSIES, CHANGES AND CHALLENGES 217 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015)
- 80 Brian Galligan & Scott Brenton, *Constitutional Conventions* IN WESTMINSTER SYSTEMS: CONTROVERSIES, CHANGES AND CHALLENGES 8, 8–9 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015)
- 81 .ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 417, 439 (1945) ואת להבדיל מכללי המשפט המקובל (Common Law), המפותחים בבית המשפט ונאכפים על ידו. ראו גם Galligan & Brenton, *Constitutional Conventions*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 12-13. יציין כי אף שהמונח מיוחס לרוב לדייסי, נעשה בו שימוש על ידי הוגים נוספים בני תקופתו. ראו Nicholas Aroney, *Law and Convention*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS: CONTROVERSIES, CHANGES AND CHALLENGES 24, 24–25 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015). להרחבה בנושא ראו ("Conventions are rules of the constitution which are not enforced by the law courts. Because they are not enforced by the law courts they are best regarded as non-legal rules"); Joseph Jaconelli, *The Nature of Constitutional Convention*, 19 LEGAL STUD. 24, 30 (1999) ("[Constitutional convention] is a rule, characterised by a 'critical reflective attitude', which looks on the outward pattern of behaviour as a standard to be followed. Any deviation from the practice attracts – and is rightly regarded as attracting – criticism and pressure to conform. The ('idea of a social rule, it is submitted, captures the essence of a constitutional convention
- 82 *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* [1968] UKPC 18
- 83 *The Southern Rhodesia Act 1965*, c. 76
- 84 עניין *Madzimbamuto*, בעמ' 26. יציין כי השלטון הרודזי התעלם מפסיקת המועצה והמשיך להתנהל כמדינה עצמאית בלתי מוכרת עד לתום מלחמת האזרחים והקמת רפובליקת זימבבואה בשנת 1980.
- 85 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU* [2017] UKSC 5 (להלן: "עניין *Miller*").
- 86 *Scotland Act 2016*, c. 11, s. 2. למעשה, נועד החוק להסדיר פעימה נוספת של העברת סמכויות מן השלטון המרכזי לשלטון האוטונומי הסקוטי, בהמשך לחוקים דומים שחוקקו בשנים 1998 ו-2012 ולמשאל העם בדבר עצמאות חבל הארץ שנערך בשנת 2014.
- 87 עניין *Miller*, פס' 146 לפסק הדין.
- 88 *Evans v. Information Commissioner* [2012] UKUT 313 (AAC)
- 89 במקום לערער על פסק הדין, החליט ה-*Attorney General* הבריטי להשתמש בסמכויותיו בהתאם לחוק חופש המידע ולהודיע כי הוא אוסר בכל זאת את פרסום המסמכים, שכן הוא חולק על נימוקי בית הדין. העותר עתר גם נגד ההחלטה החדשה, והתיק הגיע עד לבית המשפט העליון, אשר ביטל את איסור הפרסום בטענה כי ה-*Attorney General* לא סיפק הצדקה מספקת לסטייתו מהחלטת בית הדין. ראו *R (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21.
- 90 Keith E. Whittington, *The Status of unwritten constitutional conventions in the United states*, 2013 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 1847, 1854 (2013)
- 91 שם, בעמ' 1856.
- 92 Curtis A. Bradley and Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Constitutional Conventions, and the Judicial Separation of Powers*, 105 GEORGETOWN LAW JOURNAL 255, 258, 267 (2017)
- 93 Adrian Vermeule, *The Small-c constitution*, Circa 1925, JOTWELL (2010)
- 94 (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 610 (1952) (Frankfurter, J., concurring
- 95 שם, בעמ' 611.
- 96 Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Madisonian Liquidation, and the Originalism Debate*, 106 VIRGINIA L. REV. 1 (2020)
- 97 *NLRB v. Noel Canning*, 134 S. Ct. 2550, 2556 (2014); *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. 1059, 1066 (2015)

- Nicholas Barry & Narelle Miragliotta, *Australia*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS: 98
 .CONTROVERSIES, CHANGES AND CHALLENGES 204, 204–205 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015)
 It is also generally accepted that constitutional conventions are not legally” :206-205 בעמ' שם, בעמ' 206-205
 binding... The non-justiciable quality of conventions renders their observance dependent on the
 “...continuing cooperation and perceptions of self-interest of those who command them
- (Copyright Owners Reproduction Society v. EMI (Australia) Pty Ltd [1958] 100 C.L.R. 597 HC (Aust 99
 (להלן: "עניין EMI").
- שרידי משפט בריטי לא היו נחלתה הבלעדית של אוסטרליה. ניתן היה למצוא אותם גם במדינות אחרות בחבר העמים 100
 הבריטי, ובהן קנדה ועל כך להלן. למעשה, גם כיום ניתן למצוא שרידים שנאלו בשיטות משפטן של כמה מדינות. כך,
 למשל, הוועדה השיפוטית של המועצה המלוכנית הבריטית (The Judicial Committee of the Privy Council),
 הממוקמת בלונדון, משמשת גם כיום כערכאת ערעור עליונה (בנושאים מסוימים) על החלטות בתי המשפט המדינתיים
 במספר מצומצם של מושבות בריטיות לשעבר וראו למשל לבני בית המשפט העליון של מאוריציוס אצל שי ניצן כהן, שמעון
 נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים - משפט השוואתי** 68 [2019].
- Statute of Westminster, 1931, c. 4, s. 4 101
- Statute of Westminster Adoption Act 1942 102
- FAI Insurances Ltd v. Winneke (1982) 151 CLR 342 103
- Commonwealth v. Northern Land Council (1991) 30 FCR 1 104
- בערעור לבית המשפט הגבוה נהפכה החלטה בדעת רוב (שישה שופטים אל מול אחד); ראו Commonwealth v. 105
 Northern Land Council [1993] HCA 24. מעניין לציין כי דעת הרוב בערעור, שלגוף העתירה החליטה כי איזון השיקולים
 נוטה דווקא לטובת הטלת חיסיון על המסמכים, ציינה גם היא את האינטרס הציבורי בשמירה על האחריות הקולקטיבית
 הממשלתית, אך התייחסה אליה לא כמנהג חוקתי אלא כעיקרון. כפי שיועד להלן, זהו אינו המקרה היחיד שבו מתגלה
 הבלבול בין שני המונחים בשיטת המשפט האוסטרלית ובכתיבה האקדמית המנתחת אותה.
- Geoffrey Lindell, *Judicial Review and the Dismissal of an Elected Government in 1975: Then and Now?*, 38 106
 AUSTRALIAN BAR REVIEW 118, 130–132 (2014): "If my analysis is sound, it would seem to be highly arguable that
 some rules of constitutional convention have now become transformed into rules of law so as to become
 "constitutionally entrenched
- Lange v. Australian Broadcasting Company (1997) 189 CLR 520 107 (להלן: "עניין Lange")
- נקודת המוצא של הטענה (וראו לעיל ה"ש 106) היא משבר חוקתי שחוותה המדינה בשנת 1975, שבמהלכו השתמש 108
 המושל הכללי בסמכותו לפטר את ראש הממשלה המכהן, בניגוד למנהג החוקתי המקובל, בשל השיחוק שחוותה המערכת
 הפוליטית ומפלגת השלטון אומנם החזיקה ברוב הכרחי בבית התחתון של הפרלמנט, אך הייתה במיעוט בבית העליון,
 אשר סירב לאשר את חוק התקציב השנתי. אותו מנהג - חובתו (הנורמטיבית, אך לא החוקית) של המושל הכללי, נציג
 הכתר, לפעול רק בהתאם להמלצתו של הדרג המבצע - נחשב גם הוא לנגזרת של עקרונות אחריות הממשלה בפני העם.
 נטען לפיכך, כי אם גישתו אכן נכונה, הרי שלאחר פסק הדין בעניין Lange יכול בית המשפט האוסטרלי למנוע מן המושל
 הכללי לחרוג מן המנהג (וראו שם, בעמ' 136-138). לפרטים נוספים על אודות המשבר החוקתי של שנת 1975, לרבות
 מנהגים חוקתיים נוספים, ולעיתים סותרים, אשר הנחו את התנהלות רשויות השלטון במהלכו, ראו Barry & Miragliotta
 , *Australia*, לעיל ה"ש 98, בעמ' 207-210.

- 109 לביקורת ברוח זו נגד הטענה כי מנהגים הנגזרים מעקרונ אחריות הממשלה בפני העם ניתנים כיום לאכיפה בבתי המשפט האוסטרליים ראו IAN KILLEY, CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN AUSTRALIA: AN INTRODUCTION TO THE UNWRITTEN RULES OF AUSTRALIA'S CONSTITUTIONS 12-15 (2009) ובפרט שם, בעמ' 15. כן ראו Aroney, *Law and Convention*, לעיל הי"ש 80, בעמ' 41-42. יצוין כי גם הלה חוטה בקריאה מבלבלת של הפסיקה בכל הנוגע להבדל שבין מנהג חוקתי ובין עיקרון שיפוטי, כשהוא מתייחס (שם, בעמ' 40) לפסק הדין של בית המשפט הגבוה בעניין *Egan v. Willis* (1998) CLR 424, שבו נידונה עתירתו של שר בממשלת אחת ממדינות הפדרציה, אשר נדרש להתייצב לשימוע בפני הבית העליון של אותה מדינה, שנשלט על ידי מפלגת האופוזיציה, ומשסירב - הושעה מדיוני הפרלמנט באותו יום ואף סולק מן הבניין. כיוון שחוקת המדינה ולהבדיל מהחוקה הפדרלית לא הגדירה במפורש את סמכויות שני בתי הפרלמנט, נדרש בית המשפט לשאלה האם חרג הבית העליון מסמכותו כשזימן את העותר לשימוע והפעיל נגדו סנקציות בעקבות סירובו. בית המשפט הסתמך על שנפסק בעניין *Lange*, דן בעקרון אחריות הממשלה בפני העם, קבע שהוא חל על שני בתי הפרלמנט, והסיק ממנו כי בסמכויותיו הטבועות של הבית התחתון מנויות גם הסמכות לזמן את שרי הממשלה (המדינית) לשימוע ולהפעיל נגדם סנקציות ככל שסירבו (וראו שם, פס' 35-45 לפסק הדין). בניגוד לטענתו של איירוני, בית המשפט הגבוה כלל לא דן בפסק הדין כמנהג החוקתי, אלא התמקד אך ורק בעיקרון המשפטי, אשר שימש כבסיס לפרשנות סמכויותיו הטבועות של הפרלמנט. ראו בהקשר זה גם את האמור אצל CHRISTOS MANTZIARIS, EGAN V. CHADWICK: RESPONSIBLE GOVERNMENT AND PARLIAMENTARY PRIVILEGE 11 (Department of Parliamentary Library, 2000), available at: <https://www.apb.gov.au/binaries/library/pubs/rp/1999-2000/2000orp12.pdf>: "...the *Egan* cases confirm that the judiciary is more likely to recognise the doctrine of responsible government as a resource for constitutional interpretation rather than as a direct source of rights that may be enforced by the courts. Sometimes this is captured by classifying responsible government - or its better known components such as ministerial responsibility - as 'conventions' rather than 'laws'. The important distinction however, is that between the use of the doctrine to interpret rights and obligations otherwise conferred and the use of the doctrine to confer rights and obligations. In conformity with the preference for a flexible and non-prescriptive doctrine, the court's clear preference is "for the 'recognition' approach
- 110 Re Resolution to amend the Constitution [1981] 1 SCR 753 (ולהלן: "פרשת התיקון החוקתי").
- 111 ההסדר כיום מאפשר לשלטון הפדרלי לבקש מבית המשפט העליון במדינה חוות דעת בשאלות עובדתיות או משפטיות חשובות הנוגעות, בין השאר, לפרשנות החוק או החוקה או לסמכויות הממשלה או הפרלמנט הפדרליים, הפרובינציאליים או הטריטוריאליים (וראו S-26, s.53, c. 1985, R.S.C. Supreme Court Act). יצוין כי הנוסח המקורי של הסעיף היה רחב יריעה בהרבה. חוות הדעת הניתנות על ידי בית המשפט במסגרת בחינה אבסטרקטית אינן מחייבות, אך הרשויות בפועל לעולם אינן מתעלמות מהן. בהקשר זה ראו ANDREW C. BANFIELD, *Canada*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS: CONTROVERSIES, CHANGES AND CHALLENGES 189, 196 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015). James L. Hoffman & Mardilyn Saathoff, *Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction*, 74 MINN. L. REV. 1251 (1990), ובפרט את הסקירה ההיסטורית שם, בעמ' 1255-1263.
- 112 פרשת התיקון החוקתי, בעמ' 767-768. עובדה זו הייתה נדבך משמעותי בהחלטת בית המשפט הפדרלי לחוות את דעתו בנושא המנהג החוקתי, חרף היותו מושג לבר-משפטי. ראו שם, בעמ' 884.
- 113 שם, בעמ' 846-849.
- 114 בהקשר זה הוזכרה ההבחנה בין המנהג החוקתי, שאינו אכיף מבחינה משפטית, ובין כללי המשפט המקובל, שחרף היותם אמורפיים, בהחלט ניתנים לאכיפה בבתי המשפט (ראו שם, בעמ' 1775).
- 115 שם, בעמ' 889.
- 116 שישה שופטים סברו כי אכן קיים מנהג חוקתי שלפיו הממשל הפדרלי מבקש את הסכמת חלקן המשמעותי של הפרובינציות והטריטוריות וכן כי הפרלמנט הפדרלי חרג ממנו. לעומתם, שלושה שופטים סברו כי מנהג שכזה אינו קיים (בעיקר נוכח פרשנותם את השאלות שניסחו הפרובינציות כעוסקות במנהג המחייב את הסכמת כל הפרובינציות והטריטוריות, ולא רק רובן). ראו שם, בעמ' 856.
- 117 שם, בעמ' 880-881. ראו גם שם, בעמ' 905: "It would not be appropriate for the Court to devise in the abstract a specific formula which would indicate in positive terms what measure of provincial agreement is required for the convention to be complied with. Conventions by their nature develop in the political field and it will be for the political actors, not this Court, to determine the degree of provincial consent required

118 **ראו שם, בעמ' 885:** "Nor are we asked to enforce a convention. We are asked to recognize it if it exists." Courts have done this very thing many times in England and the Commonwealth to provide aid for and "background to constitutional or statutory construction."

119 **שם, בעמ' 882:** "This conflict between convention and law which prevents the courts from enforcing conventions also prevents conventions from crystallizing into laws, unless it be by statutory adoption להבדיל, השופטים לא פסלו את האפשרות לחוקק חוק המעגן הסדר שבטרם החקיקה עמד בבסיס מנהג חוקתי וראו שם, בעמ' 1784). באופן זה יש להבין את עמדותיהם של הוגים הסבורים כי שיטת המשפט הקנדית כוללת מנהג חוקתי אשר הפך סמכויות מסוימות המוגדרות כלשון החוקה לאות מתה. ראו לרונמה Richard Albert, *Constitutional Amendment* (2014) 641, 657–667 *J. Comp. Law* 641, 657–667. המחבר טוען שם לקיומו של מנהג כאמור ביחס לכמה סמכויות המוגדרות בלשון חוקת קנדה: סמכות המושל הכללי להשהות את חתימתו על חקיקה חדשה עד לקבלת אישור הממשלה הבריטית; סמכות ממשלת בריטניה לבטל חקיקה קנדית שנכנסה לתוקף, עד שנתיים ממועד פרסומה; וכן סמכויות דומות שמעניקה החוקה לממשל הפדרלי ביחס לחקיקת הפרובינציות והטריטוריות הקנדיות. נוסף על כך, מעלה המחבר את האפשרות לקיומו של מנהג דומה גם ביחס לפסקת ההתגברות החוקתית, המאפשרת לפרלמנט הפדרלי לשוב ולחוקק חוקים שנפסלו על ידי בית המשפט העליון, ושלא יושמה מעולם ברמה הפדרלית ושם, בעמ' 670'672). עם זאת, הוא שב ומבהיר כי גם מנהגים אלה, ככל שהם קיימים, אינם ניתנים לאכיפה על ידי בית המשפט (שם, בעמ' 654'655).

120 Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board) [1993] 3 SCR 327, 362 ("The enforcement of conventions lies in the political, not the legal field. They can be broken, and the courts have no power to prevent this, but there is a political price to pay"); Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98 ("The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the Patriation Reference, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions"). נן ראו את האמור בעניין Ontario English Catholic Teachers' Ass. v. Ontario (Attorney General), [2001] 1 SCR 470, at pa. 63–64

121 **עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 4, פס' 8** לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז, וראו גם יניב רוזנאי "אכיפה משפטית של מנהג חוקתי" IDC Law-Blog (2020.8.14).

122 Ahmed, Albert & Perry, *Judging Constitutional Conventions*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 799'802.

123 נוסף על כך מוזכרים שלושת המחברים הנ"ל שני פסקי דין נוספים שבהם לטענתם הוזכרה האפשרות כי מנהג חוקתי ישמש בסיס לפסילת חקיקה. עם זאת, במקרה הראשון, *Consumer Education Research Society v. Union of India*, 9 S.C.C. 648 (2009) (India) טענת העותרים בדבר קיום מנהג חוקתי עובדתי הוזכרה בשולי פסק הדין ונדחתה; ולפיכך שאלת עליונותו הנורמטיבית של מנהג על חקיקה כלל לא ידונה בו. המקרה השני, *Madras Bar Association v. Union of India*, AIR 2015 S.C. 1571 (ולחל: "עניין Madras", עסק בחקיקה שמועדה להקים בית דין חדש לענייני מיסים, ולהעביר אליו סמכויות שהופקדו עד אותה עת בבתי המשפט הגבוהים ברחבי המדינה. החוק אכן נפסל, משני טעמים: ראשית, היותו מנוגד למנהג חוקתי רווח בדמוקרטיה הפועלות לפי מודל וסטמינסטר, שלפיו כאשר ערכאה חדשה מוקמת חלף ערכאה קיימת, הליכי המינוי, תנאי הסף לכהונת השופטים, ותנאי הוותק שלהם בערכאה החדשה חייבים להיות זהים לאלו של הערכאה הישנה ושם, פס' 71, 85'86, ופסק הדין); שנית, וחשוב מכך, בית המשפט קבע כי החוק החדש חותר תחת דוקטרינת "המבנה הבסיסי" של החוקה (נעילה המשמשת כהודו, ככלל, לפסילת תיקונים לחוקה, אף שבמקרה זה הייתה בסיס לפסילת חוק רגיל; ראו הרחבה להלן). כלומר החקיקה נשואת הדין הייתה נפסלת גם אם לא היה נידון המנהג החוקתי כלל. מעבר לכך, התייחסותו של בית המשפט בפסק הדין למנהג חוקתי עסקו יותר במנהגים הרווחים כשיטות משפט זרות הפועלות לפי מודל וסטמינסטר, ולא בפרקטיקה חוזרת ונשנית הרווחת כהודו עצמה. לפיכך, ניתן לפרש את אותן התייחסויות כמעין סקירת משפט משווה, ובכל מקרה אין מדובר באכיפה ישירה של מנהג חוקתי הודי במובן שבו עסקינן במסמך זה.

124 (India) 4 S.C.C. 441 (1993) *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (ולחל: "פרשת השופטים השנייה").

125 (India) 2 S.C.R. 365 (1982) *S.P. Gupta v. Union of India*, (ולחל: "פרשת השופטים הראשונה").

126 ראו תיאור נוסף בפרשת השופטים השנייה, פס' 32'36 לפסק הדין.

127 שם, פס' 107 לפסק הדין.

- 128 שם, פס' 73 לפסק הדין: "the process must be initiated by the Chief Justice of India in the case of the... Supreme court... This is the general practice prevailing, by convention, followed over the years, and continues to be the general rule even now, after S.P. Gupta. The executive itself has so understood the correct procedure, notwithstanding S.P. Gupta, and there is no reason to depart from it when it is in consonance with the concept of the independency of the judiciary" יצוין כי באי כוח המדינה הצהירו בעצמם כי רק במקרים חריגים ביותר חרג נשיא המדינה מהמלצת נשיא בית המשפט העליון בכל הנוגע להליך המיני (ראו שם, פס' 44 ו-466'468 לפסק הדין).
- 129 שם, פס' 22 ו-37'41 לפסק הדין.
- 130 Ahmed, Albert & Perry, *Judging Constitutional Conventions*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 800'801.
- 131 **פרשת השופטים השנייה**, פס' 455'458 לפסק הדין.
- 132 בהתבסס על המבחן המשולש שאומץ גם בפסיקה הקנדית. ראו שם, פס' 471'474 לפסק הדין.
- 133 שם, פס' 447'451 לפסק הדין.
- 134 שם, פס' 479'485 לפסק הדין, ובפרט שם, פס' 485 לפסק הדין: "The Framers of the Constitution placed a limitation on the power of Executive in the matter of appointment of Judges to the Supreme Court and the High Courts. The requirement of prior 'consultation' with the superior Judiciary is a logical consequence of having an "independent Judiciary" as basic feature of the Constitution. If the Executive is left to ignore the advice tendered by the Chief Justice of India in the process of consultation, the very purpose and object of providing consultation with the Judiciary is defeated. We have, therefore, no doubt in our mind that the Executive is bound by the advice/recommendation of the Chief Justice of India in the process of consultation under Articles 124(2) and 217(1) of the Constitution"
- 135 In re: Appointment and Transfer of Judges, AIR 1999 SC 1 (India) (להלן: "**פרשת השופטים השלישית**").
- 136 (Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India, (2016) 4 S.C.C. 1 (India) (להלן: "**פרשת השופטים הרביעית**").
- 137 ראו Kesavananda Bharati v. State of Kerala, (1973) S.C.C. 255 (India) (להלן: "**פרשת Kesavananda**"); פרשת השופטים הרביעית, פס' 143'146 לפסק דינו של הנשיא קהאר (Khehar); N. R. Madhava Menon, *Basic Structure: After 30 Years, in THE SUPREME COURT VERSUS THE CONSTITUTION: A CHALLENGE TO FEDERALISM* 59, 137 (Pran Chopra ed., 2006).
- 138 פרשת Kesavananda, בעמ' 768.
- 139 שם, פס' 283'285 ו-366 לפסק דינו של השופט לוקר (Lokur), ופס' 18'19 לפסק דינו של השופט גואל (Goel).
- 140 שם, פס' 220 לפסק דינו של הנשיא קהאר, פס' 346 לפסק דינו של השופט לוקר, ופס' 18'19 לפסק דינו של השופט גואל.
- 141 שם, פס' 361'362 לפסק דינו של השופט לוקר: "This constitutional convention has been exhaustively dealt with by Justice Kuldip Singh in the Second Judges case and it was concluded that a constitutional convention is as binding as constitutional law... It is this constitutional interpretation and constitutional convention that results in binding the recommendation of the Chief Justice of India on the executive"
- 142 ראו לדוגמה **פרשת השופטים הרביעית**, פס' 238'239 לפסק דינו של הנשיא קהאר. כאמור, אף שדוקטרינת המבנה הבסיסי משמשת, ככלל, לבחינת חוקפה של חקיקה חוקתית, בפסק הדין בעניין Madras, לעיל ה"ש 123, היא שימשה, באופן חריג, כבסיס לפסילת חקיקה רגילה. בפרשת השופטים הרביעית התגלעה מחלוקת בדבר רלבנטיות הדוקטרינה לבחינת חוקתיות חוקים, להבדיל מתיקונים לחוקה. נשיא בית המשפט העליון קהאר אימץ את ההלכה שנקבעה בעניין Madras וסבר כי קביעה שלפיה חוק רגיל סותר עיקרון שהוא חלק מן המבנה הבסיסי של החוקה כמוה כפסיקה שהחוק סותר את כל אחד מסעיפי החוקה שמהם הוסק העיקרון (ראו שם, פס' 221 לפסק דינו של הנשיא קהאר). לעומתו, השופט לוקר הביע התנגדות לאותה הלכה, אך קבע בכל זאת שדין החוק להיפסל שכן הוא יונק את כל סמכותו מן התיקון החוקתי הפסול ושם, פס' 390 ו-586 לפסק דינו של השופט לוקר). כן ראו שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט גואל, שהשאיר את הנושא ב"צריך עיון".

- 143 "Parliament's attempt to replace the collegium system would be invalid if the conventions relating to judicial independence—giving judges primacy in appointment decisions—formed part of the unamendable basic structure of the Constitution. Through four complex separate opinions spanning almost 400 pages, the majority in NJAC held that they did. The Court struck down the proposed Acts because they would subvert the conventions relating to judicial primacy in appointments..." Ahmed, Albert & Perry, *Judging Constitutional Conventions*, 3 בעמ' 802.
- 144 ראו לדוגמה **פרשת השופטים הרביעית**, פס' 285 לפסק דינו של השופט לוקור. ראו התייחסות ברוח זו גם שם, פס' 220 לפסק דינו של הנשיא קהאר.
- 145 שם: "This Court, while carving out each of the above 'basic features', placed reliance on one or more Articles of the Constitution (some times, in conjunction with the preamble of the Constitution). It goes without saying, that for carving out each of the 'core' or 'basic features/basic structure' of the Constitution, only the provisions of the Constitution are relied upon. It is therefore apparent, that the determination of the 'basic features' or the 'basic structure', is made exclusively from the provisions of the Constitution"
- 146 שם. כן ראו שם, פס' 334-347 לפסק דינו של השופט לוקור ופס' 18-19 לפסק דינו של השופט גואל. לניתוח פסק הדין ברוח זו ראו Rehan Abeyratne, *Upholding Judicial Supremacy in India: The NJAC Judgment in Comparative Perspective*, 49 GEO. WASH. INT'L L. REV. 569, 588-595 (2017).
- 147 Suhrith Parthasarathy, *An Anti-constitutional Judgment*, *The Hindu* (30.10.2015), available at: <https://www.thehindu.com/opinion/lead/njac-verdict-an-anticonstitutional-judgment/article7819287.ece>; Suhrith Parthasarathy, *Assessing the NJAC Judgment*, 3 J. NATIONAL L. U. DELHI 25 (2016); Gautam Bhatia, *The NJAC Judgment and Its Discontents*, *Indian Constitutional Law and Philosophy Blog* (16.10.2015), available at: <https://indconlawphil.wordpress.com/2015/10/16/the-njac-judgment-and-its-discontents/>
- 148 ראו Ahmed, Albert & Perry, *Judging Constitutional Conventions*, לעיל ה"ש 3, וכן הדין בסעיף זה.
- 149 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 73 (2010).
- 150 בג"ץ 7803/06 **אבו עפרה נ' שר הפנים**, פס' 56 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 13.9.2017).
- 151 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה 375 (2000)
- 152 גביון, "ביטול המגילה", לעיל ה"ש 24, בעמ' 341. חשוב לציין שגביון לא ייחדה את דבריה למנהג בהקשריו המוסדיים במשפט הציבורי - המנהג החוקתי.
- 153 ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" **משפטים** יג 25, 57 (1983) וראו לדוגמה דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול** פ"ד סדן 533, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010): "אם השינוי המוצע בפרשה זו - על פי כל אחת מן המתכונות המוצעות - הוא שינוי הצומח באופן טבעי מ'האורגניזם החי' של שיטת המשפט, והאם הוא מתאים לפיתוח באמצעות המשפט המקובל, או שמא נדרשת פעולת חקיקה לצורך הסדרתו? האם עניינו בשינוי שהוא בבחינת 'אבולוציה' טבעית של המשפט, או ב'רבולוציה' שמשמעה מהפך מהותי בדין, שאינו בגדר פיתוח טבעי, אורגני, בתחומי הדין הקיים, אלא יצירה של דפוס דין חדש".
- 154 בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו 27.3.2016), פס' קכח לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.
- 155 למרות דברי השופט רובינשטיין, ישנם מקרים שבהם בית המשפט חורג מיישום ביקורת שיפוטית ואף יוצר כללים בעצמו, ולכן לא ניתן להסתפק בהבחנה הראשונה.
- 156 ברק, "חקיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 54.
- 157 כן ראו לדוגמה את דברי השופטת ברק-ארז בנוגע לעלייתו ונפילתו של הנוהג בדבר בחירת נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים בעייתן **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לחוות דעתה.
- 158 הנס קלון **אלוהים, מדינה, טבע, אדם** 134 (יצחק אנגלרד עורך, 2010).
- 159 אנגלרד **מבוא לתורת המשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154.
- 160 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 92 (1994).
- 161 ראו לדוגמה **דיונו של גרמי וולדרון**, 75 *FORDHAM L. REV.* Jeremy Waldron, *Are Constitutional Norms Legal Norms?*, 75 *FORDHAM L. REV.* 1697 (2006).

- 162 Léonid Sirota, *Towards a Jurisprudence of*; לעיל ה"ש 3; Oren, *Constitutional Norm Entrepreneurship* 162 *Constitutional Conventions*, 11 OXFORD UNIVERSITY COMMONWEALTH LAW JOURNAL 29 (2011).
- 163 Ashraf Ahmed, *The Conventional Constitution* 32–33 (14.10.2020) Available at SSRN: ראו <https://ssrn.com/abstract=3710601> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3710601>
- 164 טדסקי, "המנהג במשפטנו", לעיל ה"ש 15, בעמ' 43.
- 165 עניין אבירם, לעיל ה"ש 51, פס' 5 לחוות דעתו של השופט הנדל.
- 166 דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 26.10.2017)
- 167 Lon Fuller, *The Mortality Of Law*, 1969. ראו גם יניב רוזנאי "רטרואקטיביות - יותר מאשר ירק עניין של זמן! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" **משפט ועסקים** 6 395, 405 (2008).
- 168 JOHAN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 118 (1999)
- 169 רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי **משפטים על אתר יב** (2018); ניב קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737 (2002).
- 170 ראו דברי השופטת ברק-ארז והשופט שטיין בבר"מ 2283/18 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' נכסי יד החרוצים** (פורסם בנבו, 1.1.2019). השופטים, שהגיעו לאותה תוצאה, נחלקו בדבר כללי הפרשנות תוך ששניהם הצביעו על החשש שבאימוץ פרשנות מנותקת מהטקסט. ברק-ארז כתבה: "כמוכן שפרשנותנו צריכה להיות פרשנות נאמנה, המכבדת את עקרונות הפרדת הרשויות ואת הוודאות המשפטית, אך עקרונות אלה אינם מיוחדים לגישה הפרשנית המוצעת עלי-ידי חברי, אלא מהווים מושכלות יסוד גם של גישת הפרשנות התכליתית". לעומת זאת, השופט שטיין כתב: "פרשנות חוק אשר נצמדת ככל שניתן ללשונו עדיפה בעיניי על פרשנות תכליתית רחבה מכמה בחינות, שלא כאן המקום לפרט. אציין בקצרה, כי יתרונותיה של פרשנות טקסטואלית - אשר תרה אחר משמעות ההוראה החקוקה כעניין של עובדה אמפירית - כוללים את קיומו של רצון המחוקק, הקפדה על ההפרדה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, הגברת הוודאות במערכת המשפט, וכן כיבוד זכויות והגנה על אינטרס ההסתמכות של האזרחים... פרשנות כאמור צריך שתתבסס, בראש ובראשונה, על לשון החוק, ורק כאשר זו איננה ברורה ראוי שהפרשן יביא בחשבון את תכלית החוק וההיסטוריה החקיקתית".
- 171 עע"מ 2190/06 **מדינת ישראל נ' Bueno Gemma** (פורסם בנבו, 13.5.2008).



חברות נוספות בסדרה



אלול תשע"ט - ספטמבר 2019
נייר מדיניות מס' 53



תשרי תש"פ - אוקטובר 2019
נייר מדיניות מס' 52



אלול תשע"ט - ספטמבר 2019
נייר מדיניות מס' 51



שבט תש"פ - פברואר 2020
נייר מדיניות מס' 56



חשוון תש"פ - נובמבר 2019
נייר מדיניות מס' 55



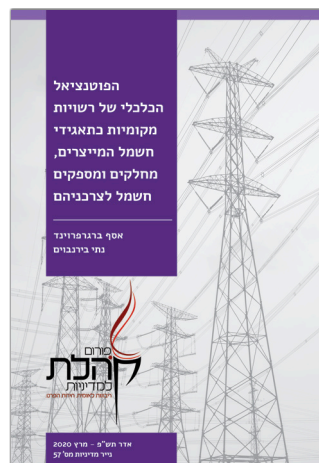
כסלו תש"פ - דצמבר 2019
נייר מדיניות מס' 54



סיון תש"פ - יוני 2020
נייר מדיניות מס' 59



אדר תש"פ - מרץ 2020
נייר מדיניות מס' 58



אדר תש"פ - מרץ 2020
נייר מדיניות מס' 57



אלול תש"פ - ספטמבר 2020
נייר מדיניות מס' 62



אב תש"פ - אוגוסט 2020
נייר מדיניות מס' 61



סיון תש"פ - יוני 2020
נייר מדיניות מס' 60

פורום קהלת

פורום קהלת הוא מכון מחקר השוכן בירושלים ופועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל במדינת הלאום של העם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. הפורום איננו מפלגתי ונשען על מקורות עצמאיים פרטיים ללא מימון ישיר או עקיף ממדינת ישראל או מכל ישות מדינית אחרת. כל תוצרי הפורום מוגשים למקבלי ההחלטות ולציבור ללא תמורה.



פורום קהלת (ע"ר)

רח' עם ועולמו 8
ירושלים, 9546306

טל' 02-6312720
פקס' 077-318-2028

office@kohelet.org.il
www.kohelet.org.il

ISBN 978-965-7674-83-3



9 789657 674833