

## מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי — בעקבות דו"ח ועדת אגרנט

מאת

דליה אבן

### א. מבוא

דו"ח ועדת אגרנט מעורר מחדש את שאלת מעמדו של המנהג כמקור למשפט הישראלי. והפעם בתחום המשפט הציבורי. בדין וחשבון החלקי, אשר פורסם באפריל 1974, קבעה הוועדה ש"חסרות הגדרות ברורות לחלוקת הסמכויות, החובות והאחריות בענייני בטחון בין שלוש הרשויות העוסקות בעניינים אלה, דהיינו, הממשלה וראש הממשלה, שר הבטחון וראש המטה הכללי העומד בראש צה"ל ולקביעת יחסי הגומלין בין ההנהגה המדינית והפיקוד העליון של צה"ל"<sup>1</sup>. ובהמשך נאמר: "דבר אחד ברור על כל פנים מבחינת חוקתית: לא נקבע מעולם ששר הבטחון הוא מעין 'רמטכ"ל-על', החייב להנחות את הרמטכ"ל בתחום אחריותו של זה בשטח האופרטיבי, או שהוא בבחינת מפקד עליון של צה"ל מכוח היותו שר הבטחון"<sup>2</sup>. למסקנה זו הגיעה הוועדה מ"הראיות"<sup>3</sup> שהובאו לפנייה. מהן אותן ראיות, לא נאמר בדו"ח. בנספח א' לדו"ח השלישי והאחרון, אשר הוגש בינואר 1975, המוקדש לסוגיות משפטיות סוקרת הוועדה את המצב המשפטי הקיים בהסתמך על דברי חקיקה בלבד. על כן המסקנה המתבקשת היא כי הוועדה התעלמה מהאפשרות שעשוי להיות מקור אחר למשפט, ואשר איננו דבר חקיקה, ממנו ניתן לשאוב את ההגדרות והקביעות אשר חסרו לוועדה<sup>4</sup>.

1 "מקורות משפט" ניתן לסווג לשני סוגים עיקריים: מקורות משפט פורמליים, שהם אותן דרכים המוכרות על-ידי שיטת המשפט עצמה כיוצרים כללי התנהגות בחברה, ולעומתם מקורות משפט מטריאליים, שהם המקורות מהם נשאב תוכנו של כלל התנהגות מחייב, בהבדל מתקפו ראה: *Salmond On Jurisprudence*, by P. J. Fitzgerald, 12th ed., 1966. London, Sweet & Maxwell. לכל מקור משפט פורמלי, המחייב בשיטה משפטית נתונה, יש מקור מטריאלי ממנו נשאב תוכנו. המנהג עשוי לשמש כאחד מהמקורות המטריאליים. אך בהקשר זה מעניין אותי המנהג במשמעותו הראשונה דווקא, היינו כמקור משפט פורמלי. דו"ח ועדת אגרנט, תשל"ה, תל-אביב, עם עובד, עמ' 25 (שיקרא להלן — "הדו"ח"). (הרגשה שלי).

2 שם, עמ' 26 (הרגשה שלי).

3 שם, עמ' 25.

4 אינני מתעלמת מהעובדה כי הדו"ח כפי שפורסם איננו הדו"ח כולו כפי שהוגש לראש הממשלה. נספח א' לדו"ח השלישי והאחרון המוקדש לסוגיות משפטיות הינו חלק מהפרק הן בסוגיות משפטיות במסגרת הדו"ח החלקי אשר הוגש לממשלה ביולי 1974 ו"אשר

ואשר הסרונון "בתחום הבטחון, תחום שאין למעלה ממנו לחיזיונות, מכביד על אפקטי- ביות הפעולות, גורע ממיקוד האחריות החוקית ואף גורם אי-בהירות ומבוכה בקרב הציבור"<sup>6</sup>. שהרי אין החקיקה המקור היחיד והבלעדי למשפט בשיטת המשפט הישראלית?<sup>7</sup>

כוונתי היא לאפשרות קיומם של מנהגים ביחסי הגומלין שבין שלוש הרשויות אליהם התייחסה הוועדה, מנהגים אשר אפשר ויצרו כללי התנהגות מחייבים במסגרת שיטת המשפט הישראלית, כללים מהם ניתן לשאוב הגדרות וקביעות לחלוקת הסמכויות, החובות והאחריות בענייני בטחון.

מסקנתי זאת, כי הוועדה התעלמה מאפשרות קיומו של מנהג כמקור עצמאי למשפט, מתחזקת גם נוכח העובדה כי במקום אחר קובעת הוועדה "אף לא מצאנו אסמכתא מפורשת בחוק לנוהג, שלפיו מתמנה הרמטכ"ל על-ידי הממשלה לפי המלצת שר הבטחון"<sup>8</sup>.

הוועדה אמנם משתמשת במושג "נוהג", ולא ב"מנהג", אך ההסדר לפיו מתמנה הרמטכ"ל על-ידי הממשלה לפי המלצת שר הבטחון, אם אכן הוא קיים, עשוי להיות, אם בכלל, מנהג ולא נוהג. שני מושגים אלה מייצגים כל אחד מוסד משפטי שונה. "ובכן מה בין מנהג לנוהג?" סאל כבוד היושפט זילברג בע"א 25/50<sup>9</sup>, והשיב: "מנהג הוא התנהגות מסויימת שהציבור קיבל על עצמו כנורמה משפטית, מחייבת, כאילו נגזרה על-ידי המחוקק; 'נוהג' הוא התנהגות מסויימת שהצדדים המתקשרים רואים אותה, בדרך כלל, כאילו נכללה בתנאי ההסכם שביניהם". הציבור אשר קיבל על עצמו את ההתנהגות המסויימת כנורמה משפטית, אינו חייב להיות ציבור רחב מבחינה כמותית, די בכך שההתנהגות המסויימת קיימת במרביתו של אותו ציבור אשר אצלו קיימת האפשרות להתנהג בדרך האמורה, ובמקרה זה המדובר ברמטכ"לים, בממשלה ובשרי הבטחון. הנוהג לעומת זאת, כמוהו, כתנאי מכללא בעיסקה המשפטית במובנה הרחב<sup>10</sup>. ולכן, מן הראוי היה להשתמש, בהקשר זה, במושג "מנהג".

מדבריה של הוועדה משתמע כי מנהג כזה לפיו מתמנה הרמטכ"ל על-ידי הממשלה בהמלצת שר הבטחון צריך להיות מעוגן בחוק הכתוב. התייחסות זו מחזקת את מסקנתי

לגביו אינה דורשת, לדעתה, סודיות מטעמי בטחון: שם, עמ' 54. לכן אפשר ובמסגרת הד"ח המלא יש התייחסות אל אפשרות קיומו של מנהג המגדיר את הסמכויות בין הרשויות. ואותם שזכו לקרוא את הד"ח כולו ימצאו את הדברים מיותרים. אך "זוכים" אלה מועטים הם, ואפשרות שזכו גם איננה נובעת מקריאת הד"ח, המסיים את הפרק הרון בסוגיות משפטיות באמרו: "כללו של דבר, דבריקה אלה, אינם נותנים תשובה ועל כל פנים אינם נותנים תשובה חרישמשמעות, אם על-פי הדין הישראלי מוקנית סמכות להנחות את צה"ל בנוגע לפעולותיו בשטח האופרטיבי או אף בנוגע לסדר הכוחות והערך כותם — במישרין לאחד השרים...". שם, עמ' 99 (הדגשה שלי).

6 הד"ח, שם, עמ' 26.

7 ראה סעיפים 36-45 למג'לה, וסעיף 33 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, ס"ה תשי"ז, 152.

8 הד"ח, שם, עמ' 25-26.

9 ע"א 25/50 ש. וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ, פד"י ה' 267, 275 (ההדגשות במקור).

10 ראה: ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד", משפטים, ה (תשל"ג), עמ' 9, 26-29.

מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי — בעקבות דו"ח אגרנט

כי הוועדה לא התייחסה לאפשרות קיומו של מנהג כמקור עצמאי למשפט. שהרי, אם אכן קיים מנהג אין צורך שמנהג מסויים זה, מבחינת תוכנו, יהיה פרי חקיקה. די בכך שהשיטה המשפטית מכירה באפשרות קיומם של מנהגים כמקור למשפט, ואז, אם קיים מנהג, הוא מחייב ומהווה נורמה משפטית ויש להתנהג על פיו.

משום כך, השאלה שברצוני להתמודד עמה במסגרת זו, היא באיזה מידה אכן מהווה המנהג מקור בשיטתנו המשפטית בתחום המשפט הציבורי, ושעל כן יכלה הוועדה להתייחס אליו במידה ואכן הוא קיים. אין בכונתי לקבוע עובדתית שמנהג כזה אכן קיים. ברצוני לבדוק אם בכלל מהווה המנהג מקור למשפט בתחום המשפט הציבורי, ואם התשובה חיובית, מוטל היה על הוועדה לקבוע אם אכן הוא קיים ומה תוכנו.

### ב. מעמדו של המנהג כמקור למשפט מכוח הסעיפים 36–45 למג'לה

בין מאת הסעיפים הראשונים של המג'לה, התקפים עדיין בשיטתנו המשפטית<sup>11</sup>, שמור מעמד מיוחד לסעיפים 36–45. לגבי סעיפים אלה נקבע הן בתקופה המנדטורית<sup>12</sup> והן לאחר קום המדינה<sup>13</sup> כי מהווים הם את האסמכתא לראיית המנהג כמקור משפט פורמלי. מכוח סעיף 36 מכירה השיטה המשפטית בישראל בתוקפו של מנהג כמקור ליצירת כללי התנהגות מחייבים בחברה: "המנהג — בורר", ומוסיף ומחזק סעיף 45 למג'לה: "כל שקבעו המנהג, כאילו קבעו הכתוב". בהסתמך על סעיפים אלה התקבל כמחייב, המנהג לשלם פיצויי פיטורין לעובד, והמנהג בדבר דמי תיווך המגיעים למתווך. סעיפים 36 ו-45 שימשו בסיס להכרה במנהגם של בתי-משפט לצוות על מפקיע קרקע לצרכי ציבור לשלם ריבית מיום שהיה למחזיק הקרקע המופקעת<sup>14</sup>. סעיף 45 למג'לה, שימש לכבוד השופט ח' כהן כבסיס להכרה ב"גוהג החוקתי" של המדינה, לפיו מוסמכת הממשלה לאשרר אמנות<sup>15</sup>, ועוד רבים אחרים. כפי שמראות דוגמאות אלה, המנהגים אשר קיבלו תוקף בהסתמך על סעיפי המג'לה, אינם מוגבלים לתחום משפטי מסויים או לציבור מסויים של מתנהגים. סעיפי המג'לה שימשו בסיס להכרה במנהגי הציבור, מנהגי בית-המשפט ומנהגי הרשות המבצעת והמחוקקת. דעה שונה בדבר מעמדו של המנהג, הביע זה מקרוב ד"ר י' מירון במאמרו

"Is Custom A Source of Law in Isarel?"<sup>16</sup>, לדעתו —

"The purely religious maxims in the introduction to the Megelle never had the force of law in the Ottoman Empire. Consequently they cannot become legal principles through the expression 'Ottoman Law' which appears in the article 46 of the Palestine Order in Council, 1922."<sup>17</sup>

11 אך ראה ה"ח לביטול דינים עותומניים, תשל"ב-1971, ה"ח תשל"ב, 149.

12 C.A. 5/40 *S. Cohen and Company v. A. Capun*, 7 P.L.R. 80, 84, 87-88.

13 ע"א 47/49 ארתור וילביגר ווילברג'ס בע"מ נ' גורברט דיקמן, פד"י י' 253.

14 ע"א 110/58 ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר חיפה נ' אלכסנדר עליאני, פד"י י"ד 1581, 1588.

15 ע"פ 131/67 הישגים קמאר נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ב (2) 85, 98.

16 9 (1974), *Is. L. Rev.* 221.

17 *Ibid*, 227.

לדעתו של הד"ר מירון מחברי המגילה עצמם הוזהרו מפני השימוש במאה הסעיפים הראשונים של המגילה כמקור להכרעת הדין.<sup>19</sup> ומקסימות אלה לא באו לספק צורך משפטי אלא צורך מוסלמי דתי.<sup>20</sup> גם אותם סעיפים שמהם משתמע לכאורה כאילו מהווה המנהג מקור משפט עצמאי (סעיפים 168, 188, 389, 622, 1629) אינם אלא אימוצה של דרך התנהגות – המקויימת בפועל ואשר הציבור רואה אותה כמחייבת – כמקור של ידיעה (source of information). וממשקלם המצטבר של נימוקים אלה מגיע ד"ר מירון למסקנתו כי לא היה המנהג מקור למשפט בשיטת המשפט העוותומנית ולפיכך לא יכול היה להיקלט בשיטת המשפט הישראלית באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל, 1922.

פרופ' ג' טדסקי מעלה שורה של נימוקים שיש בהם כדי לסתור את מסקנתו של הד"ר י' מירון<sup>21</sup>; ולא נותר לי אלא להסכים עמו. נימוקו העיקרי נראה לי כנא לידי ביטוי בדבריו הבאים:

"כללי הפיקה הם בגדר חוק עותומני כיהר סעיפי המגילה, ואילו דברי הוועדה המחברת אינם כזה; אף-על-פי שפורסמו רשמית יחד עם המגילה עצמה, אין הם בגדר "Ottaman Law" על-פי לשון סימן 46 לדבר המלך. ולביסוס טיעונו של ד"ר מירון לא היה אפילו מספיק שישתנו לחוק, היה דרוש שיעלו עליו, כדי לייתרו ולבטלו"<sup>22</sup>.

גם אם צודק ד"ר מירון בדבר כוונתם של מחברי המגילה שלא לייחס תוקף של דין מחייב למאה הסעיפים הראשונים של המגילה, הרי משכללו אותם במסגרת המגילה הפכו הם לדין מחייב, וכך גם התייחסו אליהם מפרשי המגילה.<sup>23</sup> וכיוון שכך יש לראותם כחלק מהמשפט העותומני אשר אומץ על-ידי סימן 46 לדבר המלך. כפי שראינו היתה זו גם עמדתם של בתי-המשפט בארץ-ישראל המנדטורית ועמדת המשפט בישראל לאחר קום המדינה. ועמדה כזו משתמעת גם מה"ח לביטול דינים עותומניים, תשל"ב-1971,<sup>24</sup> אשר ראתה צורך לבטל את כאת הסעיפים הראשונים של המגילה כחלק מהדינים העותומניים העוכדים עדיין בתוקפם בשיטת המשפט הישראלית.<sup>25</sup>

18 "... שופטי בתי-המשפט השרעיים אין להם להתוך דין על יסוד אותם כללים בלבד, כל עוד לא ימצאו סמך לדבר. ואילו רב ערד שימושם לשם דעת הלכות הפיקה, וכל ששנה אותם רכש לו את ידיעת ההלכות וטעונו, ויכולים גם שאר הפקידים לעיין בהם בשעת הצורך, וכן יכול אדם להתאים לפיהם את עסקיו לדין השרעי ככל האפשר". מתוך הדין וחשבון של הוועדה: המגילה, בתרגומו של ג' פרומקין, תרס"ח, ירושלים.

19 אזהרה זו נידונה על-ידי השופט ג' פרומקין בה"ש 12, עמ' 87-88, אך נדחתה באשר לסעיפים 36-45 שלגביהם, די בהכרתו של המחוקק ביכולתו של המנהג לשמש מקור לדין, בעוד שיתר הסעיפים שבהקדמה יש להם תחולה רק כאשר יש להם סימוכין בגוף המגילה.

20 Meron, *op. cit.*, 226

21 טדסקי, ה"ש 10, בעמ' 13-15.

22 שם, בעמ' 15.

23 סלים באז בפירושו למגילה, 1923, ביירות. וראה טדסקי, שם, עמ' 14.

24 ח"ח תשל"ב, 149.

25 כיון שהרברים הם בגדר הצעת חוק ולא נתקבלו על-ידי הכנסת, אין לראות בכך את עמדתו של המחוקק אלא את עמדת כציע החוק בלבד.

מכאן, כי על-פי המצב השורר כיום בשיטתנו המשפטית מהווה המנהג מקור משפט מחייב "ואם היה זמן שלעיתים סירב בית-המשפט להכיר במנהג, כיום אין עוד איש המכחיש קיומו וכי על בית-המשפט להכיר בו ולפסוק בהתאם לו"<sup>26</sup>.

### ג. תחולתם של הסעיפים 36–45 למגילה בתחום המשפט הציבורי

קביעת "הגדרות ברורות לחלוקת הסמכויות, החובות והאחריות בענייני בטחון בין שלוש הרשויות העוסקות בעניינים אלה, דהיינו הממשלה וראש הממשלה, שר הבטחון, וראש המטה הכללי העומד בראש צה"ל"<sup>27</sup>, שייכות לתחום המשפט הציבורי. אם יש תחולה לסעיפים 36–45 למגילה גם על תחום משפט זה, הרי שלא צדקה הוועדה בחפשה את ההגדרות שבה חסרו לה בדברי חקיקה בלבד. אפשר שמאז קום המדינה התפתח מנהג אשר הגדיר בצורה ברורה את חלוקת הסמכויות והטיל חובות ואחריות בענייני בטחון.

ועל כן, ראשית יש לנסות ולהשיב על השאלה, אם אכן חלים סעיפי המגילה הנותנים תוקף של מקור למשפט למנהג, גם בתחום המשפט הציבורי. בית-המשפט העליון נתן תוקף למנהג השייך לתחום המשפט הקונסטיטוציוני — מנהג שעניינו סמכות הממשלה לאשרר אמנות בינלאומיות — בע"פ 131/67 ה'רשמט קמיאר נ' מדינת ישראל<sup>28</sup>. השופט ח' כהן מסתמך על העובדה כי מאז קום המדינה, הממשלה היא שאישררה את האמנות הבינלאומיות הטעונות אישור, כעל יצירת "הנוהג החוקי של המדינה", והוא רואה במתן תוקף למנהג זה ובהכרת סמכותה של הממשלה לאשרר אמנות, יישומו של הכלל הקבוע בסעיף 45 למגילה בדבר מעמדו של המנהג<sup>29</sup>. השופט לנדוי, באותו פסק-דין, על אף שאינו מזכיר את סעיפי המגילה, קובע כי העובדה "שבשנת תשכ"ד חוקקה הכנסת את ההוראה הבלתי-ברורה שבחוק המעבר מחדש בסעיף 11(א) (5) של חוק היסוד: נשיא המדינה<sup>30</sup>, היא עשתה כן בידעה על הנוהג החוקי הקבוע שהתפתח בינתיים, לפיו אישרה (או אישררה) הממשלה בעצמה את כל האמנות הבינלאומיות הרבות מאוד שהיו טעונות אישור, בלי שאף אחת מהן אושרה על-ידי הכנסת. כאשר הכנסת נהגה כך, ... חייבים אנו לראות בכך הבעת דעה ברורה שמצב זה קיים כדין לגבי אמנות שאושרו בעבר בדרך זו, כגון האמנה הנדונה, ושהוא יוסיף להתקיים אלא אם ישונה בעתיד על-ידי חקיקה מפורשת של הכנסת"<sup>31</sup>.

26 ה"ש 14, עמ' 1588.

27 ה'רשמט, שם, עמ' 25.

28 ה"ש 15.

29 שם, עמ' 98.

30 סעיף זה בא במקום סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1949, והוא קובע כי אמנות המתאשרות בידי הכנסת טעונות חתימתו של נשיא המדינה. בהסתמך על סעיף זה טענו בערעור כי הכנסת הינה הגוף המוסמך לאשרר אמנות, ולפיכך אין תוקף לאמנת ההסגרה עם שוויצריה אשר אושררה על-ידי הממשלה. טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון.

31 ה"ש 15, עמ' 113 (ההדגשה שלי).

עינינו הרואות כי לדעת בית-המשפט העליון בישראל, מהווים סעיפי המג'לה אסמכתא לראיית המנהג כמקור למשפט, גם בתחום המישפט הציבורי. דעה כזו הביע גם הפרופ' טדסקי במאמרו "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", באמרו<sup>32</sup> :

"אין המג'לה מגבילה את כלליה בדבר המנהג לענף משפטי זה או אחר ואין לראות מאיזה מקור אחר תבוא המניעה".

ודבריו אלה מתייחסים ל"שאלת הסככות" שבתחום המישפט הציבורי. ואכן, אין בלשונם של סעיפי המג'לה, המתייחסים למנהג, מיוזם מניעה להחילם גם בתחום המישפט הציבורי. ניסוחם של סעיפים אלה כללי דיו כדי לחול ולהתפשט על פני כל סוגי המנהג בתחומי המישפט השונים. אותם הסוברים כי מנהג מלבד היותו חזרה על דפוס התנהגות מסויים צריך להיות מקובל בציבור הרחב, ישללו תוקפם של מנהגים שהינם נחלת אדם אחד או קבוצת אנשים מצומצמת הנושאים תפקיד ציבורי. אך אין לקבל עמדה זו. ההתנהגות המקובלת שהיא בבסיסו של מנהג, צריכה מדרך הטבע להיות מקובלת על אותו ציבור של אנשים שאליו מתייחסת ההתנהגות האמורה. ההתנהגות המקובלת על נושא משרה ציבורית, עשויה להפוך למנהג המקובל באותה משרה ציבורית, ומעצם טבעה אין התנהגות זו יכולה להיות מקובלת על מי שכלל אין לו הזדמנות להתנהג בדרך האמורה.

מנהג הינו תוצר של יחסי גומלין בין פרטים. נטייתו של פרט לאמץ לו דפוסי התנהגות קבועים משמשת נקודת מוצא לציפיותיהם ההדדיות של פרטים המקיימים ביניהם יחסי גומלין. הישענות על דפוסי התנהגות אלה, מאפשרת לפרט לכוון את פעולותיו מתוך צפיה סבירה שרעהו ימשיך ויתנהג באותה דרך שהיתה מקובלת עליו עד כה. לפיכך יכול מנהג להיווצר גם בין שני אנשים ואין הכרח שיתפשט על פני ציבור רחב של פועלים. על קיומו של מנהג יש להכריע לפי טיב ההתנהגות ולא לפי מספר האנשים המתנהגים. רק מקום שההתנהגות המקובלת מתייחסת לציבור הרחב, מהווה שאלת היותו מקובל על מרביתו של אותו ציבור, שאלה קרדינלית. בכל מקרה אחר צריכה ההתנהגות המקובלת להיות נחלתו של "הציבור" שאליו היא מתייחסת, ויהיה "ציבור" זה מצומצם ככל שיהיה.

מאידך גיסא, אין להתעלם מן העובדה שהמג'לה מהווה קובץ דינים בתחום המישפט האזרחי<sup>33</sup>, ושעל כן ניתן לטעון כי גם מאה הסעיפים הראשונים של המג'לה, מהווים אמנם דין מחייב, אבל אך ורק בתחום המישפט האזרחי, דהיינו באותם תחומי מישפט בהם עוסקת המג'לה גופא. גם פרופ' טדסקי, בספרו מחקרים במישפט איצנו<sup>34</sup>, אסר פורסם בשנות החמישים, מביע את הספק "אם כללים אלה (דהיינו, סעיפים 36, 37, 45

32 ה"ש 10, עמ' 52.

33 "המג'לה היא ספר החוקים האזרחי שעליהם נהגים כיום בתי-המשפט בארץ-ישראל בדיני ממונות, פרט לענייני מסחר ושאלת המצב האישי...". מתוך מבוא למג'לה מאת המתרגם ג' פרומקין, תרפ"ח, ירושלים. ובהמשך הוא אומר: "המג'לה או מגילת אחכאם אל-עדליה" (קובץ-דיני-צדק) הוא ספר חוקים שבא למלא לכאורה מקום קובץ-דינים אזרחי...". שם, עמ' כ"ט.

34 מהדורה שניה, תשי"ט, ירושלים-תל-אביב, הוצאת ספרים מ' ניומן בע"מ, עמ' 108-110.

מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי — בעקבות דו"ח אגרט

למג'לה — חוספת שלי), על כל רוחב לשונם, מכוונים לחול על עניינים החורגים ממסגרת המשפט הפרטי והנוגעים לעצם מקורות המשפט<sup>85</sup>. מבין שתי גישות אפשריות אלה, עדיפה בעיני הגישה הראשונה דווקא. מבין מאה הסעיפים הראשונים של המג'לה, שמור לסעיפי 36–45 אופי מיוחד. אין הם בבחינת כללים אשר אין להם קיום עצמאי ואשר כוחם נובע מיישומם על כללים אחרים שבגוף המג'לה, אלא הם מהווים דין עצמאי, בעל קיום עצמאי, הנותן גושפנקא להכרת השיטה המשפטית במנהג כמקור למשפט. על אופיים המיוחד הזה, עמד שופט בית-המשפט העליון, השופט קופלנד, עוד בזמן המנדט, באמרו:

"In do not agree with the appellant's contention that those of the first hundred articles of the Mejele which refer to customs, at any rate, are only maxims and are not of general application and must be read subject to the remainder of the articles. When one reads those articles such as Articles 36, 41, 43 and 45, it is clear, I think, that they amount to substantive law... The Aarticles are perfectly general, and are, to my mind, the tests to be employed in determining whether the existence of a custom has been established."<sup>36</sup>

ובהתאם לאותו עקרון קובע גם השופט פרומקין:

"...All that the legislature needs to do in providing for the possibility of settling certain matters according to prevailing custom is to lay down the principles to be adopted in proving such a custom, its extent and its force..."

It follows, in so far as it comes within the framework of the principles laid down in the maxims of the Mejele, *any custom, whether in existence at the time of the compliation of the Mejele or not, and Whether it is referred to in any of the Articles in the text of the Mejele or not, has a valid effect.*<sup>37</sup>

בשל אופיים זה יש לראות בסעיפים 36–45, בסיס להכרתה של השיטה המשפטית במנהג כמקור למשפט גם בתחום המשפט הציבורי, במידה ואותו מנהג אכן מקיים את הדרישות והתנאים אותם מציבים סעיפים אלה בדרכו.

#### ד. המנהג כמקור "טבעי" למשפט

כדי שיהיה למנהג תוקף כמקור למשפט, צריכה השיטה המשפטית להכיר בו ככזה. אך הכרה שכזו אינה חייבת להיות הכרה שבחוק דווקא, וספק אם יכולה שיטה משפטית מעצם טיבה להתקיים ללא מנהג כמקור למשפט. החוק, ויהיה הוא רב ורחב ככל

35 שם, עמ' 109.

36 ה"ש 12, עמ' 84.

37 ה"ש 12, עמ' 87, 88 (ההדגשה שלי).

שהיה, אינו יכול לחול על כל היחסים החברתיים הקיימים. תמיד תהיה המציאות החברתית עשירה יותר מאשר החוק הבא להסדירה. במהותו של חוק שהוא עוקב אחר ההתפתחויות החברתיות ורק במקרים נדירים עשוי הוא להקדימם.

במרבית המקרים, גם ללא חוק כתוב, מוסדרים היחסים החברתיים על-ידי בני האדם הפועלים עצמם. אלה מגבשים דפוסי התנהגות קבועים המתפתחים למנהג, דהיינו, לכלל התנהגות הנתפש כמחייב בעיני הפועלים על פיו. בדרך כלל מוגבלת התערבותו של המחוקק לאותם מקרים בהם לא הצליחה החברה להסדיר בעצמה את יחסי הגומלין שבה.

כללי התנהגות אלה שבמנהג הם חלק מהמציאות המשפטית הקיימת, חלק מ"המשפט החי", ותפקיד זה שמור להם גם ללא הכרה מפורשת של המחוקק בחוק הכתוב<sup>38, 39</sup>. בשיטת המשפט הישראלית קיימת בשלב זה הכרה מפורשת באמצעותם של הסעיפים 36–45 למגילה, אך יש סימוכין בפסיקה לקביעה לפיה גם ללא סעיפים אלה מהווה המנהג מקור למשפט. בתי-המשפט נזקקו למנהגים, נוהג מקובל וכו' כשלא סעיפי המגילה הם המשמשים כבסיס. גם כאן לא הצטמצמה ההתייחסות לתחום משפטי זה או אחר. כך בבג"צ 63/74 איזימירו מהמוד כגור ו-4 אחי נ' בית-המשפט המחוזי תל-אביב—פו ואח'י<sup>40</sup>. בדונו בעתירה אמר השופט ברנזון, בין השאר: "אצלנו, לא פחות מאשר באנגליה, מקובל (הדגשה שלי) שעורך-דין מפנה תשומת לב בית-המשפט בשעת קריאת פסק-הדין או בשעת שימועו לטעות שנשתרבה לתוכו או מעיר את אזנו של בית-המשפט על ענין שהסיח את דעתו ממנו"<sup>41</sup>. ובהמשך, "כבר עמדתי על הנוהג המקובל (הדגשה שלי) להעיר את אזנו של בית-המשפט בשעת נתינת פסק-הדין או מיד לאחר נתינתו על טעות שנפלה בו או על דבר החסר בו, ובמקרה מתאים נענה בית-המשפט ועושה בו במקום את התיקון הדרוש. זה בענין אזרחי רגיל. בענין בעל אופי ציבורי—לא כל שכן"<sup>42</sup>.

כלומר, השופט ברנזון נזקק לנוהג מקובל<sup>43</sup> כייחסים שבין פרקליטים לשופטים בין כותלי בית-המשפט, בעת השמעת פסק-דין. נוהג מקובל זה הוא שנתן הצדקה לטענת פרקליט בעת קריאת פסק-הדין והוא שהביא לשינוי משמעותי בפסק-דין שכבר ניתן. האם נזקק השופט ברנזון לנוהג מקובל זה ככוח סעיפים 36–45 למגילה? האם בכלל חלים סעיפי המגילה על מנהגים המקובלים על בית-המשפט?<sup>44</sup> דומני שלא נחטא

38 כוה המצב, לדוגמא, בשיטת המשפט האנגלית. ראה: Salmond, ה"ש 1, עמ' 192–203.  
39 כהבדל ממצב בו מנסה המחוקק בשיפורש לשלול חוקף ממנהג כמקור למשפט. מצב דברים זה מעורר בעיות מיוחדות משלו החורגות כפיסגרת רשימה זו.

40 פרי"י כ"ח (2) 37. כאן פסק בית-המשפט המחוזי את פסקו בהסתמך על סעיף 73(ב)(1) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965, אך מיד לאחר קריאת פסק-הדין, הופנתה תשומת לבו של השופט לפיסקה 2 שבסעיף הנ"ל והוא חזר בו מהחלטתו הקודמת. על החלטתו השניה של השופט שהוא כינה אותה "החלטה משלימה", קבלו העותרים בפני בית-הדין הגבוה לצדק כי היא ניתנה ללא סמכות בדין ומתוך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.

41 שם, עמ' 42.

42 שם, עמ' 43 (הדגשה שלי).

43 על חוסר האבחנה בשימוש במושגים מנהג ונוהג, ראה דיון לעיל, עמ' 202.

44 השאלה בדבר "מהות היחס בין נוהג בתי-המשפט למנהג משפטי", נידונה על-ידי פרופ' ג' טרסקי בספרו מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שנייה, ירושלים-ת"א, הוצאת מ' גיומן בע"מ,



לאמת אם נאמר שלא בשל קיומם של הסעיפים 36–45 מצא השופט ברנזון לנכון להיזקק לנוהג מקובל זה, אלא שעצם קיומו של הנוהג המקובל שלל מהשופט ברנזון אפשרות להתכחש לו, ו"כפה" עליו להתחשב בקיומו.

כמו כן, יש בפסיקה היוקקות למנהגים, ללא הזכרת סעיפי המג'לה הרלבנטיים. כך בע"א 80/71 דוד מושיב נ' פזנז, חברה לשיווק בע"מ<sup>45</sup>, הוגשה תביעה על-ידי המערער לתשלום סך – 50,000 ל"י כפיצוי על מניעת זכותו על-ידי המשיבה למסור את זכות חלוקת בלונגי-הגו. ועל כך אומר השופט קיסטר: "אין כל דין הקובע שעובד או אפילו עובד בתנאי קבלנות, או אף סוכן ומפיץ עצמאי, זכאים להעביר את מקום עבודתם לזולתם.

באין דין כזה יכולה לקום למפיץ זכות כזאת רק על-פי מנהג כללי מחייב (הדגשה שלי) לגבי עובדים בתנאי קבלנות בכלל, או לגבי מפיצים או סוכנים, או לפחות לגבי אותו סוג של עסקים. אילו היה קיים מנהג מחייב כזה (הדגשה שלי), היה מקום לראות אותו כתנאי מכללא בין הצדדים באין התניה מפורשת הקובעת אחרת. כאן לא זו בלבד שלא הוכח מנהג כללי לגבי עבודת מפיצים ואף לא מנהג לגבי מפיצים או טובילים של בלונגי-הגו אלא העדויות מוכיחות שההיפך הוא הנכון". על-פי הניסוח גראה כי במקרה זה, גם ללא הזכרת סעיפי המג'לה, שימשו הם בסיס לקביעה המבוטאת בפסיקה זו. אך אין זו דרכו של בית-המשפט להיזקק לסעיפי חוק מבלי להזכירם, אלא אם כן אלה הם עקרונות דין כלליים המתבקשים מעצם השיטה, מה שלדעתי מבטא את המצב במקרה זה.

במקרה אחר התעוררה שאלת תוקפם של "עיסקות טיעון" הנערכות בין הנאשם והתביעה לפיהם מודה הנאשם באשמה תמורת הבטחת התביעה לבקש הקלה בעונשו<sup>46</sup>. השופט ח' כהן בהביעו את דעתו על הסכמים כגון אלה אומר: "חוששני שהמנהג לכרות הסכמים ממין זה נפוץ הוא גם אצלנו כבר עד כדי שניתן לדבר על מעין 'הלכתא מדינה'... בחינת אין הלכה נקבעת עד שיעשה מנהג...; ומשהשתרש המנהג ונעשה קבע אין טעם לבכות עליו ולפסול אותו משיקולים מוסריים או אתיים צרופים – ומה גם שיתרונותיהם של ההסכמים הללו מן הבחינה המעשית שקולים כנגד מגרעותיהם מן הבחינה הפילוסופית. רק כדי לסתום פיותיהם של הפוסלים שיטענו שמנהג זה אין הולכים אחריו באשר מנהג רע הוא והיזקו תדיר... אומר, שצפונות בהסכמים הללו

עמ' 108–110, בדונו בשאלה באיזו מידה היצמדות בית-המשפט לתקדימים יוצרת מנהג מחייב. והוא משיב: "הרואים את המנהג כמבוסס על הכרה עממית, על הסכמת החברה הבאה מכללא והמתגלית בהתנהגות מסוימת, לא ימצאו, על-פי ההגיון, ב"אוסוס פורי" דוגמא למנהג אלא אם כן, בהמשך הזמן, ישתרש הוא בהכרת העם. ואילו הרואים את המנהג בעיקר כחזרה על מעשים אובייקטיביים מסויימים יטו לראות כמנהג אף את נוהג בתי-המשפט; וכן אלה הגורסים שהגורם המכריע להיווצרות המנהג הוא הסנקציה של בתי-המשפט עצמם. מצויים גם חכמים הגורסים כי המנהג מיוסד על הכרה עממית, ויחד עם זאת סבורים כי נוהג בתי-המשפט הריהו סוג משנה למנהג, כי על כן, יסודו בהכרת השופטים".

45 פד"י כ"ו (1) 360, 362.

46 ע"פ 532/71 אליתו בחמצקי נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ו (1) 543. היה זה מקרה אשר בו ב"כ התביעה הכללית וסניגורו של הנאשם לא גילו לפני שופט בית-המשפט המחוזי הסכם בין הנאשם והתביעה. החובע ביקש מבית-המשפט שלא לגזור על הנאשם מאסר ממש

לפחות שלוש טובות לנאשם ושלוש טובות לבית-המשפט ולציבור...<sup>47</sup> כלומר, השופט ח' כהן מכיר ביתרונותיו של מנהג זה ימוכן להכיר בו, אך דורש שהתודאה שניתנה בגינו תעמוד בדרישותיו של בית-המשפט לגבי קבלת הודאת נאשם בדרך כלל, והוא מונה את הדרכים בהן ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררים הסכמים אלה.<sup>48</sup>

השופט קיסטר מתקשה "להגדיר את כרימת ההסכמים בין הנאשם ובין התביעה הכללית כמנהג המדינה, כפי שקשה לי לקבל את מוסד 'עד המדינה' כמנהג מחייב; אלא שמתוך סיבות מעשיות ותועלתיות, אין לנו אפשרות לבטל כליל את הנהגים בשטח זה, אף-על-פי שהם פגומים מבחינת הצדק והמוסר... על רקע המציאות צמח וקיים המוסד של עד המדינה והסכמים בין התביעה לבין נאשמים"<sup>49</sup>.

מכאן שבית-המשפט מוכן להכיר בקיומו של המנהג לכרות הסכמים מסוג זה ולו רק משיקולי תועלת כפתרון הרע במיעוטו, וזה למרות שלדעת השופטים קיסטר ולנדוי הסכם כזה פוגע בצדק ובמוסר.<sup>50</sup> גם כאן לא נזכרים כלל סעיפי המג'לה כאסמכתא להכרה במנהג, אך גישה זו תואמת את רוח הדברים בסעיף 45 למג'לה "כל שקבעו המנהג, כאילו קבעו הכתוב". המציאות העובדתית, התועלת המעשית הם שהכתיבו את שיקולי בית-המשפט להכיר בקיומו של המנהג גם ללא כל אסמכתא בחוק החרוט. אפשר היה לטעון כי היזקקות זו של בתי-המשפט למנהג כמקור למשפט הסתמכה גם שלא במפורש על היותו של המנהג מוכר ככזה בסעיפים 35-36 למג'לה. ולא היא, דומני כי הדוגמאות שהובאו לעיל מצביעות על כך כי ההיזקקות למנהג נבעה מהכרה בעקרון הכללי של המנהג כמקור למשפט. גם בדברי ההסבר להצעת החוק לביטול הדינים העותומניים מובעת הדעה כי היות המנהג מקור למשפט, הינו עקרון בסיסי של השכל הישר ושל תחושת הצדק שניתן להיזקק לו גם ללא סעיפי המג'לה. ולכן המסקנה המתבקשת היא שגם ללא הסעיפים 35-45 למג'לה מהווה המנהג מקור "טבעי" למשפט הישראלי גם בתחום המשפט הציבורי. כפי שמראות הדוגמאות, היזקקות בתי-המשפט למנהג מתפשטת על פני כל תחומי המשפט, וגם על עניינים בעלי אופי ציבורי.

והשופט המחוזי סירב להעתר לבקשה. בערעור המעוררה שאלת תוקפם של הסכמים שכאלה ודין הודאות הניתנות על-פי הסכמים כאלה.

- 47 שם, עמ' 549-550. ולהלן מונה השופט ח' כהן את ה"טובות" הקיימות, לדעתו.
- 48 ובמקרה דנן הוא סבור שלולא ההסכם לא היה הנאשם מודה באשמתו ומרשה לו לחזור בו מהודאתו ולכפור באשמות כולן או מקצתן: שם, עמ' 554.
- 49 שם, עמ' 554. והשופט לנדוי מצטרף לעמדה זו: שם, עמ' 559.
- 50 השופט קיסטר אינו מוכן להכיר במנהג כ"מנהג מחייב" אך סבור שאין אפשרות לבטל נהגים כאלה. דומני שהשינוי בטרמינולוגיה בין מנהג מחייב לנוהג אינה משנה את העובדה שהשופט קיסטר מתחשב בדרך התנהגות זו. נוהג אינו צורה מוחלטת של מנהג. הנוהג הינו סוג מסויים של מנהג אשר יש לו משמעות משפטית מוגדרת שאיננה תואמת את דרך ההתנהגות המתוארת כאן: הסכם בין התביעה לנאשם. נוהג הינו תנאי מכללא בחוזה קיים.

### ה. מנהג המגדיר את חלוקת הסמכויות בין שר הבטחון לרמטכ"ל

מסקנתי היא, איפוא, כי לא צדקה הוועדה בהתעלמה מאפשרות קיומו של מנהג אשר יכול להגדיר את חלוקת הסמכויות בין שר הבטחון המייצג את ההנהגה המדינית לבין הרמטכ"ל, העומד בראש צה"ל. עיקר חשיבותו של מנהג כמקור למשפט הינה מקום שיש חסר בחוק הכתוב, ולמעשה זה היה מצב הדברים לפני הוועדה:

הוועדה מצאה כי בהקשר זה "חסרות הגדרות ברורות...".<sup>51</sup> וכן כי "לא נקבע מעולם ששר הבטחון הוא מעין רמטכ"ל-על...".<sup>52</sup> הגדרות וקביעות אלה נראו לוועדה כחיוניות לאור המצב השורר בארץ בתחום הבטחון. את הסיבות להעדר נעצה הוועדה בתקופתו של דוד בן-גוריון ו"ל אשר מילא את תפקידי ראש הממשלה ושר הבטחון בעת ובעונה אחת, והאפיל באישיותו על העדר הגדרות בנושא חשוב זה. מכאן שהסרוגן של ההגדרות והקביעות בחוק הכתוב איננו בבחינת "הסדר שלילי", דהיינו אין החסרון גובע מחוסר רצון של המחוקק להסדיר את הענין בדרך זו או אחרת, אלא סביר יותר להניח שבשל הסיבות ההיסטוריות עליהן הצביעה הוועדה, לא התעורר הצורך שהמחוקק יתן דעתו על הבעיה שנוצרה. כך נוצר המצב אותו מצאה הוועדה לפניו, מצב של חוסר הסדר בחוק הכתוב.

אך מכאן אין להסיק על קיומו של חסר בשיטה המשפטית כולה. בשיטה משפטית אשר בה מהווה המנהג מקור למשפט, כאן הוא נבחן. החסר עליו הצביעה הוועדה עשוי היה להתמלא על-ידי מנהג ביחסי הגומלין שבין הרשויות העוסקות בענייני בטחון.<sup>53</sup> למשפט הציבורי, במדינת ישראל אין מקור אחד ויחיד, לפיכך כל נורמה תקיפה במשפט הפוזיטיבי הישראלי, אשר במהותה ועל-פי תוכנה מתייחסת אל המשפט הציבורי, מהווה כלל מחייב בתחום משפטי זה. מאחר והמנהג מוכר בשיטתנו כמקור למשפט, הרי שנוצרה על-ידי המנהג מהווה נורמה מחייבת. ואם מבחינת תוכנה וטבעה נורמה זו שייכת לתחום המשפט הציבורי, הרי שהיא מהווה חלק מהשיטה המשפטית בתחום זה.

מדברי עד כה עשויה להשתמע הקביעה כי אכן נוצר מנהג אשר הגדיר את חלוקת הסמכויות בין שר הבטחון לרמטכ"ל. ולא היא. כל שברצוני להדגיש הוא כי המנהג מהווה מקור למשפט הישראלי וכי בסוגיה משפטית זו יכול ונוצר מנהג. אם אכן נוצר מנהג שכזה, צריכה היתה הוועדה לקבוע, לפני שהגיעה למסקנתה כי "לא נקבע מעולם...". סקירת המצב על-פי החוק הכתוב אין די בה כדי להשיב על השאלה אם השיטה המשפטית מספקת תשובה בסיטואציה קיימת. השיטה המשפטית הישראלית מכירה גם במנהג ולא רק בחוק, כמקור למשפט, ואם המנהג מספק תשובה לבעיה הרי תשובה זו הינה חלק מהסדר המשפטי הקיים.

לכאורה נראה כי קיומו של מנהג כמקור למשפט בתחום המשפט הציבורי נוגד את

51 הרד"ח, שם, עמ' 25.

52 שם, עמ' 26.

53 יש שיטות משפט הקובעות מפורשות כי מקום שאין בחוק תשובה לבעיה מסוימת כי אז על השופט להיזקק למנהג כמקור להשלמת חסרים. ראה לדוגמא, סעיף 21(2) לקודקס האזרחי השוויצרי הקובע:

"אם אי אפשר לשאוב הוראה מן החוק, על השופט לפסוק לפי המשפט הנוהג, ואם נעדר גם זה, על-פי הכלל שהוא בתור מחוקק היה קובע אותו".

עקרון הפרדת הרשויות. שהרי על-פי עקרון זה שמורות לרשות המבצעת רק אותן סמכויות אשר הוענקו לה על-ידי המחוקק. לכן, אם יכולה הרשות המבצעת לקנות לעצמה סמכויות באמצעותו של מנהג, נמצאת היא רוכשת סמכויות שלא על-פי קביעתו של הגוף המחוקק. אך קושי זה רק לכאורה הוא. משתכיר המחוקק בעקרון לפיו מהווה המנהג מקור למשפט, ועקרון זה חל גם בתחום המשפט הציבורי, אין עוד צורך שכל סמכות ספציפית, תוסדר על-ידי החוק הכתוב. הסדר אשר התגבש למנהג הינו תקף מכוח רצונו של המחוקק ולא בניגוד לרצונו, במיוחד כך מקום בו יש חסר בחוק הכתוב (בהבדל ממנהג העומד בניגוד לחוק הכתוב, הכהווה בעיה נפרדת החורגת מתחום רשימה זו). הגוף המחוקק הוא שהתיר התפתחותם של מנהגים ועל כן סמכות שנקנתה באמצעות המנהג אינה חורגת מעקרון הפרדת הרשויות אלא מתיישבת עמו.

מבחינת המשפט הרצוי עדיף שיוסדרו סמכויותיה של הרשות המבצעת בחוק וכי ההכרה בכוחו של מנהג כמקור למשפט לא תשמש למחוקק כדרך להשתמש מחובתו להסדיר את סמכויותיה של הרשות המבצעת. אך רק טבעי הוא שאין המחוקק יכול לצפות את כל הבעיות העשויות להתעורר ואת כל המצבים אשר בהם תדרש הרשות המבצעת לפעול. לכן, כשנוצר מצב אשר לא הוסדר על-ידי המחוקק, ואי-הסדרתו של המצב מהווה חסר, הרי משגבשה הרשות המבצעת מנהג, ובמשך השנים לא נעשה דבר כדי למנוע את תהליך התגבשותו, מנהג זה הינו תקף מבחינת תוכנו, מכוח היות המנהג מקור למשפט במסגרת השיטה המשפטית. אין הרשות המבצעת פועלת כך בניגוד לרצון המחוקק, אלא במסגרת הרשאתו.

זאת ועוד אחרת. בתחום זה של המשפט הציבורי, התחום המסדיר את חלוקת הסמכויות בין שר הבטחון לבין הרמטכ"ל, אין כל מניעה אובייקטיבית שאכן יתפתחו מנהגים. ישנם תחומי משפט אשר בהם הפעילות האנושית כה דינמית באופיה, משתנה בקצב מהיר עקב שינויים חברתיים, טכניים וכלכליים, עד כי חסרים הם אותה יציבות ומשך זמן, שהם כה חיוניים להתגבשותו של דפוס התנהגות קבוע העומד בבסיס המנהג. לא כן הדבר בתחום המשפט הציבורי. דווקא תחום זה משמש קרקע פורייה להתפתחותם של מנהגים. מעצם טיבו מתפתח מנהג, התפתחות טבעית מקום שבו קיימת יציבות, מועטים המשברים, מצומצמת ההתדיינות ונדירה התערבותו של בית-המשפט. וכזה הוא התחום שלפנינו. נושאי המשרה, שר הבטחון והרמטכ"ל מתמנים לפרקי זמן המאפשרים פעילות מתונה. במרבית המקרים, נרקמת ביניהם פעילות הדדית יציבה המשמשת בסיס להתגבשותם של דפוסי התנהגות קבועים. יחד עם זאת במשך 27 שנות קיומה של המדינה התחלפו שרי בטחון ורמטכ"לים במידה מספיקה כדי לאפשר התפתחותו והתגבשותו של דפוס התנהגות קבוע. כאמור, לא כמותו וגודלו של ציבור הפועלים הם היוצרים מנהג וגם בין שני אנשים יכול ויתפתח מנהג, זה כאשר אותם שני האנשים מהווים את ה"ציבור", איך אליו מתייחסת ההתנהגות. כך, כדי שיתפתח בהקשר זה מנהג ככלל התנהגות מחייב די בכך שדפוס התנהגות מסוים, היה קיים במרביתם של היחסים שבין שרי הבטחון והרמטכ"לים. מנהג שכזה עשוי לקבוע ששר הבטחון הוא מעין "רמטכ"ל-על", החייב להנחות את הרמטכ"ל בתחום אחריותו של זה בשטח האופרטיבי...<sup>54</sup> סמכות זו סקנת לשר הבטחון את הכוח להנחות

54 הדרייה, שם, עמ' 26.

את המפקד העליון של צה"ל, וזה האחרון כפוף להפעלת הכוח ואינו יכול שלא לציית. מצד שני, סמכות שכזו, אשר עשויה היתה להיווצר על-ידי המנהג, מטילה על שר הבטחון אחריות אם לא עשה שימוש בסמכות זו.

ניתן להקשות ולטעון כי הנהגתו של צה"ל בתחום האופרטיבי הינה בתחום שיקול הדעת השמור לרמטכ"ל, ושעל כן לא חייב הרמטכ"ל לציית להנחיותיו של שר הבטחון בהקשר זה וממילא לא יכול היה להתפתח מנהג<sup>55</sup>. אפשר ונכון כי שמור לרמטכ"ל בהקשר זה שיקול דעת עצמאי וכי יכול היה לעשות בו שימוש ולא לציית להוראותיו של שר הבטחון. ואפשר גם כי שר הבטחון יכול ליטול לעצמו את סמכותו של הרמטכ"ל מקום בו הרמטכ"ל מסרב לפעול על-פי הוראותיו. אך טענה זו מהווה ביקורת כלפי קביעתה של הוועדה כי המצב על-פי החוק איננו מספק הגדרות ברורות לחלוקת הסמכויות שבין הרמטכ"ל לשר הבטחון. ולא זו השאלה בהקשר זה. מאחר וגם אם נכון שזהו המצב על-פי החוק, הרי אפשר בהחלט כי במשך השנים הורו שרי הבטחון לרמטכ"לים של צה"ל כיצד להנחות את צה"ל "בתחום האופרטיבי", ואילו הרמטכ"לים מצידם הפעילו את שיקול דעתם תוך התאמה להוראות אלה, מתוך עצמאות גמורה, ומתוך הכרה שזו הדרך הנכונה להשתמש בשיקול דעתם. במלים אחרות, כי מקום שקיימת הוראה של שר הבטחון הרי ששיקול הדעת הנכון הוא ציות להוראות אלה. יחסי גומלין שכאלה יכולים בהחלט להצמיח מנהג בדרך הפעלתו של שיקול הדעת, מנהג אשר עם עבור השנים הופך לנורמה מחייבת. ומקום בו השיטה המשפטית מכירה בכוחו של מנהג להוות מקור למשפט, הרי מנהג שכזה הופך לחלק מן השיטה ומתווה כלל התנהגות מחייב במסגרתה.

## ו. ביטול המגילה

ה"ח לביטול דינים עותומניים, תשל"ב-1971<sup>56</sup>, באה לבטל דינים עותומניים העומדים עדיין בתוקפם כחלק משיטת המשפט הישראלית. סעיף 1(1) להצעה קובע את ביטולה של המגילה<sup>57</sup>. מובן מאליו שעם ביטולה של המגילה, ייעלמו גם הסעיפים 36-45 מעל

55 ביקורת על עצם ההלכה בדבר "שיקול הדעת העצמאי" מותח פרופ' א' רובינשטיין בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שנייה, ירושלים ותל-אביב, הוצאת שוקן, עמ' 340, באמרו:

"אך גם ההלכה עצמה אינה מוצדקת. מדוע יוענק לפקיד ממונה הכוח להתעלם מהוראות הממשלה, האחראית בפני הציבור ובפני הכנסת לפעולותיה? בית-המשפט מתיר לו, לפקיד הממונה, 'לאמץ לעצמו' את מדיניות הממשלה הממונית עליו. אך מה יהיה אם יסרב לנהוג כך? ... נביא את ההלכה לקיצוניותה האבסורדית: הרמטכ"ל אף הוא רשות מוסמכת אליו מדבר החוק במישרין, כמו, למשל, בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. האם יעלה על הדעת כי הרמטכ"ל יוכל שלא לאמץ לעצמו את הנחיות הממשלה ושר הבטחון, בענין שבטחון המדינה כרוך בו?"

56 ה"ח תשל"ב, 149.

57 וזה לשונו:

1" בטלים –

(1) המגילה;

(2) "...".

בימת המשפט הישראלי התקף<sup>58</sup>. הטעם לכך הוא "מפני שבת־המשפט בישראל כבר אינם זקוקים ואינם נזקקים לדעת השאלות השימושיות של השרע' (תורת האיסלם) כדי להפעיל עקרונות בסיסיים של השכל הישרי ושל תחושת הצדק..."<sup>59</sup>. כלומר, לדעת מציעי החוק לא רק אי־ההיזקקות בפועל היא הנותנת שיש לבטל סעיפים אלה<sup>60</sup> אלא גם אין צורך בהם כדי להפעיל עקרונות צדק בסיסיים.

לגבי אותם הסוברים כי המנהג מהווה מקור טבעי למשפט גם ללא הכרת החוק וכי כזה הוא המצב במשפט הישראלי, אין במצב שנוצר משום רבותא, אך לגבי אותם הסוברים כי "לא יראה המשפטן את עצמו עבד לשני אדונים, החוק והמנהג, אלא לראשון בלבד"<sup>61</sup>, מן הראוי שהמחוקק יאמר את דבריו בצורה מפורשת וימצאו נשכרים גם אלה וגם אלה.

דומה שהאפשרות להסדיר את ענין חלוקת הסמכויות שבין האחראיים על ענייני בטחון, באמצעות מנהג, צריכה לפקוח עיניו של המחוקק להכיר בחשיבותו של המנהג כמקור למשפט. בבואנו לבדוק את יעילותם של מקורות המשפט, אל לנו להתחפר בנקודת מוצא אחת ולהעדיף מראש דרך אחת על פני רעותה. מקורות משפט שונים יכולים לעמוד זה בצדו של זה, כשלכל אחד מהם שדה פעולה המתאים לו. אין הכרח שמקור אחד ישלול את הצורך באחר, וודאי כך, מקום ששיטה משפטית שואפת להסדיר ביעילות יחסי אנוש ולא רק להוות מכשיר יעיל לפתרון סכסוכים.

היחסים ההדדיים הנוצרים בין בעלי משרות ציבוריות, חלוקת הסמכויות והאחריות ביניהם, קשה להסדירים באמצעות חוק נוקשה ומוגדר, הדורש לשם החלתו מידה מסוימת של ריחוק. בתחום זה של המשפט הציבורי אין החוק הכתוב המכשיר היעיל להסדר יחסים. על קושי זה עמדה הוועדה עצמה באמרה:

"לא ראינו מתפקידנו להכנס לעובי־הקורה של תיאום הסמכויות בין שלוש המערכות הנוכרות, ונסתפק, איפוא, בהצבעה על הצורך שהמשלה והכנסת יתנו את דעתן על בעיה זו כדי לפתרה. אנו מניחים שאין להגיע להגדרות נוקשות אשר תענינה מראש על כל מצב העלול להיווצר, אם כי אפילו הגדרות בעלות אופי חוקי במידת־מה עדיפות על פני חוסר כל הגדרה"<sup>62</sup>.

58 דעה זו הובעה על־ידי פרופ' ג' טדסקי במאמר ביקורת על הצעת החוק: "ביטול המג'לה – רקעו ומועדו", עיוני משפט, ב (תשל"ב), עמ' 458, 459. ועל דעתו זו הוא חוזר במאמרו: "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", מעצבים, ה (תשל"ג), עמ' 9, 57–60. דעה שונה מביע ד"ר י' מירון במאמרו: "Is Custom A source of Law in Israel?" 9 (1974), *Is. L. Rev.* 221. כאמור, לדעתו טעות היתה לראות בסעיפים 36–45 ביסוס לראייתם של מנהגים כמקור למשפט, ולכן בטלותם של סעיפים אלה אין בה כדי ליצור כל שינוי.

59 ראה דברי הסבר להצעת החוק, ה"ש 56, עמ' 149.

60 ועל גימיק זה לביטול, מותח פרופ' ג' טדסקי ביקורת במאמרו: "ביטול המג'לה רקעו ומועדו", עיוני משפט, ב (תשל"ב), עמ' 458, 460 באמרו:

"הלא יהיה זה Pessimi exempli אם, כאשר אין פוסקים על־פי הדינים וממרים על־ידי כך את פי המחוקק, ימחל זה על כבודו ויאמר אמן אתרי המפרים, בבטלו את החוקים המופרים".

61 טדסקי, ה"ש 10, עמ' 29.

62 הרי"ח, שם, עמ' 26.

מעמדו של המנהג כתחום המשפט הציבורי – בעקבות דו"ח אגרנט

גם אם ייעתר המחוקק להמלצתה של הוועדה ויחוקק חוק שהגדרותיו רחבות, אי־אפשר יהיה למנוע התפתחותם של מנהגים בתוך המסגרת הרחבה. מידת הקירבה שביחסי הגומלין בין האחראים על ענייני הבטחון, מידת האמון הנדרשת, והיסוד האנושי הדומיננטי, הם הנותנים שהסמכויות ההדדיות יוסדרו על־ידי מנהגים. כאמור, לכל אחד ממקורות המשפט יש הקשר חברתי שבו הם פועלים ביעילות מירבית. המנהג, יתרונו בהיותו עשוי לפעול בכל הקשר חברתי ממידת הקירבה המקסימלית למידת הריחוק המקסימלית. הטעם לכך הוא שאין המנהג מוגבל באיסור או היתר של פעולות ומעשים מוגדרים, אלא יכול הוא גם לתחום תפקידים וסמכויות, ובעת הצורך לדרוש מבעלי סמכויות אלה דין וחשבון על ביצועו של התפקיד.

בעמדנו כך "על פרשת דרכים" באשר למעמדו של המנהג, רצוי שהמחוקק יתן דעתו גם על נקודה זו לפני שיחרוץ סופית את הדין על מקור זה למשפט.