

## בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה

### מאת

### יונתן גרין\*

ביום 23.3.20 ניתן בבית המשפט העליון פסק דין חלקי בעניין סירובו של יו"ר הכנסת יולי אדלשטיין לקבוע דיון למינוי יו"ר כנסת קבוע לבקשת 61 חברי כנסת. בית המשפט בחר להתערב בהחלטתו הפנים-פרלמנטרית של יו"ר הכנסת והורה לו לקיים דיון כאמור במסגרת זמנים מוגדרת. הערת פסיקה זו מצביעה על שורה של ליקויים חמורים בניתוח המשפטי שנערך בפסק הדין, ובעיקר באופן החלת המבחן המשפטי המרכזי, "מבחן סבידור" (הידוע גם כ"מבחן שריד"), על המקרה הנדון. בית המשפט סטה באופן קיצוני מפסיקתו הקודמת במספר היבטים, מבלי לציין זאת במפורש, בעוד שלא קיים דיון כלשהו אודות אותם תקדימים ותוך שהוא משדר "עסקים כרגיל". בית המשפט כמעט ולא התייחס לתחולת הוראות תקנון הכנסת והחריגה מהן, בעוד שבעבר בית המשפט התערב רק במקרים בו קבע במפורש כי התקנון הופר. בית המשפט לא נימק את המבחן העיקרי בפסק הדין מחד, ומנגד גם לא פירט את אופן החלת המבחן בנסיבות המקרה שנידון לפניו. שגיאת בית המשפט על פני הדברים היא כפולה – הן בתוכן ההחלטה הסותרת את ההלכה הפסוקה על פני הדברים, והן בהעדר ניסיון הנמקה בסיסי מצד בית המשפט. יש בליקויים אלו לשנות את המסקנה הסופית אליה הגיע בית המשפט, ולפחות יש בהם להחליש מסקנה זו, ומכל מקום הם מהווים ביקורת נוקבת על ההנמקה המצויה (והחסרה) בפסק הדין.

**מבוא. א. השאלה המרכזית – מבחן סבידור.** 1. רקע כללי ומרכזיות מבחן סבידור לפסק הדין. 2. "מבחן סבידור" – פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. (א) פסק הדין בעניין סבידור. (ב) ההצדקות ביסוד מבחן סבידור והגדרת המבחן בפסיקה. (ג) ביקורת כללית על מבחן סבידור. 3. תקדימים ופסיקה קודמת הנוגעים למבחן סבידור. **ב. יישום מבחן סבידור בבג"ץ אדלשטיין.** 1. אפיון החלטת אדלשטיין כהחלטה פנים-פרלמנטרית. 2. דיון פסק הדין בשאלות צדדיות. 3. יישום מבחן סבידור על החלטת אדלשטיין בפסק הדין. 4. רציונל "עצמאות הכנסת". 5. הצעה להגדרת מבחן סבידור כשאלה של חלופות. **ג. מרכזיות תקנון הכנסת והעדר הדיון בו.** 1. חשיבות הוראות תקנון הכנסת במבחן סבידור. 2. דיון בסעיפי תקנון החלים על בג"ץ אדלשטיין. **ד. סוגיות מסגרת אחרות.** 1. העדר התמודדות עם רציונל החלטת אדלשטיין. 2. בית המשפט כשחקן פוליטי ומבחן סבידור. 3. המדרג הנורמטיבי וסעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת. 4. חוות הדעת של המשנה לנשיאה מלצר. **ה. סיכום של דבר.**

### מבוא

ביום 23.3.20 ניתן פסק דין חלקי בבג"ץ 2144/20 ובמספר עתירות נלוות (להלן: "פסק הדין"), שעניינן התנהלותו של יו"ר הכנסת (דאז) יולי אדלשטיין, ובמיוחד סירובו של אדלשטיין לקבוע דיון לשם מינוי יו"ר כנסת חדש (להלן: "עניין אדלשטיין").<sup>1</sup> בפסק הדין בית המשפט קבע כי סירובו של אדלשטיין היה פסול, והורה לאדלשטיין לקיים דיון כאמור תוך זמן קצר ומוגדר. לפסק הדין היו השלכות פוליטיות ומשפטיות מרחיקות לכת, והוא עורר סערה רבה בקרב הציבור הרחב ובקרב הקהילה המשפטית. הערת פסיקה זו מבקשת לערוך ניתוח ביקורתי של פסק הדין.

\* יונתן גרין הוא בוגר LLB מהאוניברסיטה העברית, עורך דין מוסמך בישראל ובמדינת ניו יורק, ומנכ"ל הפורום הישראלי למשפט וחירות. הכותב מודה לפרופ' טליה איינהורן, לד"ר שוקי שגב, למר יחיאל אורן, לגב' דניאל רגב ולחברי מערכת "משפטים על אתר" על הערותיהם ועצותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה.

<sup>1</sup> בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, (ניתן ב-23.3.2020), להלן: "פסק הדין" או "בג"ץ אדלשטיין". הערת פסיקה זו דנה בהחלטה המרכזית בעניין אדלשטיין בלבד, ואינה דנה בהחלטה העוקבת מיום 25.5.2020 שניתנה לאחר התפטרותו של ח"כ אדלשטיין מתפקיד היו"ר, אשר הורתה לקיים את הישיבה במליאה ולכלול בה את ההצבעה למינוי יו"ר כנסת חדש, ושמינתה לצורך זה את ח"כ עמיר פרץ ליו"ר זמני בפועל.

כפי שכתב המשנה לנשיאה חנן מלצר בחוות דעתו: "העתירות שבפנינו מעלות סוגיות חשובות, שהן ייחודיות ולא היה להן עד כה אח ורע במשפט החוקתי הישראלי."<sup>2</sup> בהקשרו הרחב, פסק הדין ניתן בנקודת שיא של מתח פוליטי, כאשר הרוחות עוד סערו לאחר קמפיין בחירות ועוד טרם התבהר הרכב וזהות הממשלה שתקום בעקבותיהן. על כן תשומת הלב הציבורית והתקשורתית סביב פסק הדין היו עצומים. ואילו גם בקרב הציבור המשפטי, היה ברור שנפל דבר. בית המשפט התערב ישירות בוויכוח פנים-פרלמנטרי חריף וקבע בפועל את סדר יומה של הכנסת בהתערבות חסרת תקדים. משפטנים נחלקו לגבי צדקתו של פסק הדין, ואולם נדמה שהיו כולם תמימי דעים כי מדובר בפסק דין משמעותי ובאבן-דרך בהחלטות בית המשפט העליון הישראלי.<sup>3</sup>

אקדיש הערה מקדמית לאופיו ה"חלקי" של פסק הדין. פסק הדין ניתן עם הכותרת "פסק-דין חלקי" ואורכו כ-18 עמודים, החלטה קצרה ביחס לאריכות אליה התרגלנו בפסיקת ביהמ"ש העליון, ובהתאם ניתן לתהות אודות התועלת בכתובת הערת פסיקה על פסק דין שהוא "חלקי" בלבד. שמא יש מי שיטען שהשופטים טרם השלימו את מלאכתם, ואולי בכוונתם לפרט ולהוסיף טיעונים נוספים מלוויים בדיון מעמיק, ועל כן יש משהו בלתי-הוגן בהתייחסות רק לפסק הדין החלקי.

נראה שאין ממש בטענה זו, וכי פסק הדין אינו "חלקי" בכל הנוגע לשאלה המרכזית שנידונה. בפס' 1 לפסק הדין,<sup>4</sup> מסבירה הנשיאה חיות כי:

הדיון בפנינו התמקד בשאלת כינוס מליאת הכנסת לשם בחירת יו"ר כנסת קבוע. פסק הדין החלקי יעסוק, איפוא, בשאלה זו בלבד.

העתירות קבלו נגד מספר החלטות של אדלשטיין, ובפתח פסק הדין מבהירה הנשיאה כי ברוב המקרים "סעדים אלו התייתרו" וכי על הצדדים להגיש הודעת עדכון בנוגע לאותן סוגיות אחרות. מכאן עולה בבירור כי פסק הדין הינו "חלקי" רק בהיבט שהוא אינו מתייחס לכלל הסוגיות שהועלו בעתירות, ואילו הוא מלא וממצה בכל הנוגע לנושא מינוי יו"ר הכנסת; וכי בעניין זה פסק הדין אינו חלקי והוא מהווה את המילה האחרונה של בית המשפט. נוסף על כך, אפילו אם ירצה בית המשפט להשלים את פסק הדין ולהוסיף נימוקים, הרי ניתן להניח כי עיקרי הטיעונים מופיעים כבר בפסק הדין החלקי, וכי ה"רציו" הנדרש להכרעת המחלוקת בוודאי מצוי שם.<sup>5</sup>

מכל מקום, הביקורת כלפי פסק הדין עומדת בין אם נגדירו שלם או חלקי בלבד. אף אם ההחלטה הינה "חלקית" גם בנוגע לעניין ההצבעה למינוי יו"ר כנסת חדש, אין בכך לפטור את פסק הדין מהקשיים המצויים בו. זאת משום שמלבד הדיון החסר והנעדר מפסק הדין, גם בעצם הניתוח והיישום המשפטי המופיעים בפסק הדין נפלו פגמים מהותיים, הכל כפי שאפרט במאמר זה.

<sup>2</sup> פס' 1 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר, פסק הדין.

<sup>3</sup> ראו לדוגמא: חן מענית, "פרשנות: תוך שמתח ביקורת חסרת תקדים, בג"ץ כפה על אדלשטיין לכבד את תוצאות הבחירות", **גלובס** (23.3.2020); עידו באום, "פסק הדין ההיסטורי של בג"ץ: ביום רביעי נדע אם תהיה פה אנרכיה או דמוקרטיה", **דה מרקר** (23.3.2020); ביני אשכנזי, "פסק הדין ההיסטורי של בג"ץ מצטרף לפעמים הספורות שבהן התערב בעבודת הכנסת", **דה מרקר** (24.3.2020); שלמה פיוטרקובסקי, "בג"ץ אדלשטיין מבטא את כל מה שרע במערכת המשפט", **מקור ראשון** (24.3.2020); דניאל פרידמן, "הפעם, התערבות בג"ץ מוצדקת וחיונית", **ויינט** (24.3.2020); אריאל ארליך, "גם בדמוקרטיה, הכללים לפעמים חשובים", **מקור ראשון** (26.3.2020); זאב לב, "בג"ץ כבר לא רק מתעלם מהחוק, אלא פועל במפורש נגדו", **מידה** (26.3.2020); אירוע "בג"ץ בעין הסערה הפוליטית", **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (19.4.2020).

<sup>4</sup> ההפניות הן לפסק דינה של הנשיאה חיות, שהיא חוות דעת הרוב עמה הסכימו שאר שופטי ההרכב, אלא אם צוין אחרת. רובן של ההערות תקפות ממילא גם כלפי חוות הדעת האחרות המופיעות בפסק הדין.

<sup>5</sup> לא למותר לציין גם כי באתר בית המשפט העליון התיק מופיע בסטטוס "סגור", ועל כן אין יסוד להניח כי בית המשפט צפוי לספק נימוקים נוספים להחלטתו. חיזוק ברור לכך ניתן למצוא בבג"ץ נתניהו שנידון בסמיכות קרובה לבג"ץ אדלשטיין (ר' החלטה מיום 6.5.2020 בבג"ץ 2592/20), בו ניתנה תחילה החלטה עם הכותרת "תמצית נימוקים", וזמן קצר לאחר מכן ניתן "פסק דין משלים" ארוך ומנומק. מכאן למדים אנו שלעומת "תמצית נימוקים" כמו זו שניתנה בעניין נתניהו, "פסק דין חלקי" כולל את מלוא הטיעונים, אך רק בהתייחס לחלק מהעניינים שעלו בהליך מסוים.

וכעת לענייננו.

בהערה זו אצביע על שורה של ליקויים בולטים בניתוח המשפטי שנערך בפסק הדין, ובעיקר באופן החלת המבחן המשפטי המרכזי, "מבחן סבידור" (הידוע גם כ"מבחן שריד"), על המקרה הנידון.<sup>6</sup> **בית המשפט סטה באופן קיצוני מפסיקתו הקודמת במספר היבטים, מבלי לציין זאת במפורש, בעוד שלא קיים דיון כלשהו אודות אותם תקדימים ותוך שהוא משדר "עסקים כרגיל".** בית המשפט כמעט ולא התייחס לתחולת הוראות תקנון הכנסת והחריגה מהן, בעוד שבעבר בית המשפט התערב רק במקרים בו קבע במפורש כי התקנון הופר. בית המשפט לא נימק את המבחן העיקרי בפסק הדין מחד, ומנגד גם לא פירט את אופן החלת המבחן בנסיבות המקרה שנידון לפניו. בית המשפט קיבל החלטה חריגה ביחס להלכה הקיימת, תוך הצגתה כהחלטה ברורה ומובנת שאינה מצריכה דיון המשכי. קשה להימנע מהמסקנה כי שגיאת בית המשפט היא כפולה – הן בתוכן ההחלטה הסותרת את ההלכה הפסוקה על פני הדברים, והן בהעדר ניסיון הנמקה בסיסי מצד בית המשפט. כל זאת, כאשר על פני הדברים "התקנון, הפרקטיקה החוקתית והפסיקה תמכו בעמדתו [של אדלשטיין]".<sup>7</sup> יש בליקויים אלו לשנות את המסקנה הסופית אליה הגיע בית המשפט, ולפחות יש בהם להחליש מסקנה זו, ומכל מקום הם מהווים ביקורת נוקבת על ההנמקה המצויה (והחסרה) בפסק הדין.

אציג את השאלה המרכזית העומדת בלב פסק הדין – מבחן סבידור (**חלק א'**), תוך סקירה של פסיקת בית המשפט העליון בעבר ואופן החלתו את המבחן על מקרים שונים. אדון באופן החלת מבחן סבידור בבג"ץ אדלשטיין (**חלק ב'**) – לרבות הצגת שאלות צדדיות לכאורה שנידונו בפסק הדין, וניתוח יישומו הקונקרטי של המבחן ודיון ברציונל העולה מיישום זה – ואציע ניסוח חלופי של מבחן סבידור. אבחן את מרכזיות הוראות תקנון הכנסת להחלת מבחן סבידור (**חלק ג'**) תוך קיום דיון מפורט בהוראות התקנון החלות במקרה אדלשטיין. לבסוף, אתיחס לסוגיות מסגרת נוספות (**חלק ד'**), לרבות העדר התמודדות בית המשפט עם הרציונל בסיסי החלטת יו"ר הכנסת אדלשטיין, העדר התחשבות בית המשפט בתוצאות הפוליטיות של התערבותו, וחווית דעתו של המשנה לנשיאה מלצר.

## א. השאלה המרכזית – מבחן סבידור

### 1. רקע כללי ומרכזיות מבחן סבידור לפסק הדין

הרקע העובדתי לעניין אדלשטיין מוצג בפסי' 2-3 לפסי' הדין. לאחר השבעת הכנסת ה-23 אך לפני כינון הממשלה, 61 חברי כנסת ביקשו להעלות להצבעה הצעה למינוי יו"ר כנסת קבוע. יו"ר הכנסת בפועל, חבר-הכנסת יולי אדלשטיין, שכיהן מכוח דיני הרציפות השלטונית ושמינוי זה היה מחליף אותו, סירב להעלות הצבעה זו לסדר יומה של הכנסת. ניתן להתרשם מהתיאור העובדתי במלואו:

ביום 2.3.2020 התקיימו הבחירות לכנסת ה-23 והשבעתה נקבעה ליום 16.3.2020. לקראת השבעת הכנסת, פנו אל יו"ר הכנסת מספר סיעות, המונות יחד 61 חברי כנסת, בבקשה לשים על סדר יומה של הכנסת במועד השבעתה, בין היתר, הצעה למינוי יושב ראש קבוע לכנסת ה-23. יו"ר הכנסת סירב לעשות כן, בנימוק כי "צו השעה עבור מדינת ישראל היא ממשלת אחדות רחבה [...] ועוד ציין כי "מהלכים פוליטיים חפוזים, כמו

<sup>6</sup> בהערה זו בחרתי לכנות את פסק הדין כ"בג"ץ סבידור" ואת המבחן המרכזי שבו כ"מבחן סבידור", על אף שרבים דבקים בכינוי "מבחן שריד", שכן במרכזו היה המשיב, יו"ר הכנסת מנחם סבידור.

<sup>7</sup> רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט, 2021) (להלן: "ווייל"), בעמ' 18. זמין כאן: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3728661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3728661)

בחירת יו"ר כנסת קבוע והעברת חקיקה שנויה במחלוקת, מטרתם לסתום את הגולל על האפשרות לאחדות שאותה העם רוצה" [...]

ביום 15.3.2020 פנו באי כוח סיעת כחול לבן ליועץ המשפטי לכנסת וביקשו שיחווה דעתו באשר לסירובו של יו"ר הכנסת להיענות לבקשתם לכלול את סוגיית בחירת יו"ר הכנסת בסדר יומה של הכנסת. למחרת היום חזרו ופנו באי כוח סיעת כחול לבן ליו"ר הכנסת וליועץ המשפטי לכנסת ועמדו על כך שלגישתם אין ליו"ר הכנסת סמכות שלא לקיים דיון בסוגיה זו. במכתב ששלח היועץ המשפטי לכנסת ליו"ר הכנסת ביום 18.3.2020, התייחס היועץ המשפטי לכנסת לחשיבות כינוסה של הוועדה המסדרת אך נמנע מלהתייחס לסוגיית מינויו של יו"ר כנסת קבוע.<sup>8</sup>

כבר בראשית פסק הדין, מדגיש בית המשפט כי מאחר ואין חולק שמדובר בעניין פנים-פרלמנטרי קלאסי, השאלה המכריעה והחשובה מצויה בהחלת "מבחן סבידור". כך מבהיר בית המשפט:

כלל הוא שהסכמות לקבוע את סדר יומה של הכנסת ואת מועד דיוניה נתון [sic] ליו"ר הכנסת... סוגיות אלו הן עניין פנים פרלמנטרי מובהק ועל כן, ככלל, נמנע בית משפט זה מלהתערב בהן [...]

אם סירובו של יו"ר הכנסת [...] בא בגדר אותם המקרים המיוחדים [של מבחן סבידור – י.ג.] [...] זוהי השאלה המרכזית העומדת להכרעה בעתירות שלפנינו.<sup>9</sup>

הנשיאה מציגה בכך את כלל היסוד, לפיו בית המשפט אינו מתערב בעניינים פנים-פרלמנטריים לרבות בניהול סדר יומה של הכנסת, ורק תנאים חריגים ומיוחדים יכולים להצדיק התערבות שכזו. כלל זה מחדד את השאלה המרכזית העומדת בלב פסק הדין: על אף הכלל הנחרץ לפיו בית המשפט אינו מתערב בשאלות של ניהול סדר יומה של הכנסת, האם החלטתו של אדלשטיין עומדת בתנאים שנקבעו בהלכת סבידור ועל כן האם היא מצדיקה התערבות של בית המשפט? לתפיסת בית המשפט, הכל קם ונופל על ההכרעה בשאלה קריטית זו.

על אף קביעה זו, ניתן לחלק את הדיון הכללי אודות החלטתו של אדלשטיין לשלוש שאלות נפרדות הקשורות זו בזו, כאשר מבחן סבידור הינו רק אחת מאלו. אציע את הסיווג להלן: (1) שאלת ההחלטה לגופה: האם אדלשטיין פעל באופן הגון, ראוי, מקובל, סביר (וכן הלאה)? זוהי שאלה רחבה, בעיקרה פוליטית או ערכית אך גם בעלת היבטים משפטיים. (2) שאלת הסמכות: האם אדלשטיין פעל באופן חוקי, היינו במסגרת החוק ותקנון הכנסת, או האם הפר הוראה חקוקה? מהי אותה מסגרת חוקית, ואם חרג ממנה, בדיוק איזה סעיף או איזו הוראה חקוקה הפר אדלשטיין? זוהי שאלה משפטית-טכנית. (3) שאלת מבחן סבידור: האם החלטתו של אדלשטיין עומדת בתנאי המבחן שנקבע ב"הלכת סבידור" (שיפורטו להלן), ובהתאם האם היא מצדיקה התערבות של בית המשפט?

ניתן להציג חלוקה זו גם מנקודת מבט של עילות ההתערבות במשפט המינהלי. השאלה הראשונה מקבילה במידה רבה לעילת הסבירות הבוחנת את טיב ההחלטה; השאלה השנייה מקבילה לעילת החריגה מסמכות (אולטרה וירס) אשר בוחנת אם ההחלטה ניתנה ללא סמכות פורמלית; השאלה השלישית היא עילת התערבות עצמאית, וייחודית לביקורת על החלטות פנים פרלמנטריות.

<sup>8</sup> פסי' 2 לפסק הדין.

<sup>9</sup> פסי' 7 לפסק הדין.

מובן כי אלו שלוש שאלות שונות במהותן, שניתן תיאורטית לדון בכל אחת מהן בנפרד ולהגיע למסקנה עצמאית לגבי כל אחת מהן. בה בעת מובן כי כל שאלה עשויה להשליך על אחרות. לעת עתה, די להדגיש כי לפי קביעת בית המשפט בראשית פסק הדין, השאלה השלישית היא האמורה להכריע את תוצאת פסק הדין.

## 2. "מבחן סבידור" – פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים

### (א) פסק הדין בעניין סבידור

התקדים המנחה בנושא זה הוא פסק דין של ביהמ"ש העליון משנת 1982, בג"ץ 652/81 (להלן: "עניין סבידור" או "בג"ץ סבידור").<sup>10</sup> באותו מקרה התבקש בית המשפט לבחון החלטה של יו"ר הכנסת, מנחם סבידור, לפיה נקבעה הצבעת אי-אמון בשעה מאוחרת בצהריים, על אף שלפי תקנון הכנסת היה צריך לקבוע את ההצבעה לשעה מוקדמת יותר בבוקר. השלכות ההחלטה לא היו טריוויאליות, מכיוון שכמה חברי כנסת היו בדרכם חזרה לישראל מחו"ל כדי להיות נוכחים בהצבעה ולהטות את הכף נגד הצבעת האי-אמון. השופט אהרן ברק מציג את הכלל לפיו אל לבית המשפט להתערב בהליכים פנימיים של הכנסת:

נמצא, כי יטעמים עליונים שבהפרדת הרשויות, בעצמאות הפרלמנט, ובכבוד הדדי שראוי שישרור בין רשויות המדינה, מחייבים, כי הכנסת תינהנה מחופש פעולה לנהל את הליכיה כראות עיניה, בלא שתבואנה רשויות חוץ ותפשפשנה במעשיה. אם ישים בית-משפט את עצמו פוסק בתקינות הליכי הכנסת, לא תוכל זו למלא תפקידיה כראוי... [...]. אכן, הצורך לכבד את מעמדה של הרשות המחוקקת מזה, והצורך להגן על הרשות השופטת מזה, הם שמצדיקים משיכת ידם של השופטים מעיסוק בביקורת על דרכי ניהולו של בית המחוקקים [...].<sup>11</sup>

עוד קובע השופט ברק מבחן שיכריע מתי בכל זאת התערבות בית המשפט יכולה להיות מוצדקת, על אף הכלל האמור לעיל. על בית המשפט לאמץ:

אמת מידה, המתחשבת במידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים, ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי.<sup>12</sup>

אם כן, זהו ביטוי המפתח הכולל את מרכיביו המרכזיים של "מבחן סבידור": פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים; ופגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי. בית המשפט אינו מתערב בהחלטה פנים-פרלמנטרית, אלא אם כן היא מקיימת את התנאים הללו.

יש לחדד כי אין מבחן סבידור חל לגבי כל התערבות בית המשפט בהחלטות המתקבלות בכנסת: בית המשפט הבחין לאורך השנים בין החלטות פנים-פרלמנטריות, המוגנות על ידי עקרונות חשובים של הפרדת רשויות ושל ניטרליות פוליטית של בית המשפט, לבין החלטות מעין-שיפוטיות ומעשי חקיקה, עליהן חל סטנדרט שונה (לעיתים מקל יותר ולעיתים מחמיר יותר) של ביקורת שיפוטית. הבחנה זו מופיעה כבר בפסק דין סבידור עצמו:

אין אלה החלטות הלובשות צורת "חוק"; אין אלה אף החלטות "כעין-שיפוטיות" או החלטות במסגרת הליכי חקיקת משנה. עניין לנו כאן בהחלטה בעלת אופי מינהלי, הנעשית כחלק מההליכים הפנים-פרלמנטריים [...].<sup>13</sup>

<sup>10</sup> בג"ץ 652/81 ח"כ יוסי שריד נ' יושב-ראש הכנסת מנחם סבידור פ"ד לו(2) 197 (להלן: "עניין סבידור").

<sup>11</sup> שם, פס' 7 (הדגשות שלי - י.ג.).

<sup>12</sup> שם, פס' 9 (הדגשות שלי - י.ג.).

<sup>13</sup> שם, פס' 6.

לפי פסיקת בית המשפט לאורך השנים, המבחן שנקבע בבג"ץ סבידור חל אפוא על "החלטות פנים-פרלמנטריות", ואינו רלוונטי להחלטות "מעין שיפוטיות", להחלטות שמתקבלות במסגרת הליך חקיקה, ולמעשי החקיקה עצמם.

מחד, עולה בבירור כי התנאים המופיעים במבחן סבידור הם דרמטיים, ונדרש רף גבוה במיוחד כדי לעמוד בהם. בית המשפט מציב שיקולים כבדי משקל נגד התערבותו. מובן כי החלטה אשר פוגעת "ביסודות מבנה המשטר החוקתי" חייבת להיות די קיצונית, הרת-גורל, מרחיקת לכת וכו'. בהזדמנויות שונות הדגיש בית המשפט כי על אותה הפגיעה להיות "ממשית"<sup>14</sup> או "ניכרת"<sup>15</sup>.

מנגד, מובן גם שאלו מונחים עמומים למדי שאין להם משמעות ברורה. המעיין בפסק הדין בעניין סבידור, ואכן בשאר פסיקת בית המשפט העליון הנסמכת על מבחן סבידור, לא ימצא פירוט או ביאור של פשר המונחים הללו העומדים בלב המבחן. בעניין סבידור מסביר לנו השופט ברק כי עמימות זו היא בכוונה תחילה:

ברצוננו להציב מבחן גמיש, שאינו ניתן מטבעו להגדרה מדויקת, אשר תוכנו והיקפו ייקבעו על ידי בית המשפט על פי צרכי הזמן והעניין.<sup>16</sup>

#### (ב) ההצדקות ביסוד מבחן סבידור והגדרת המבחן בפסיקה

בחינה ממצה של מבחן סבידור והתפתחותו בארבעת העשורים מאז קביעתו הינה מעבר להיקף מאמר זה. סקירה מועילה שכזו ניתן למצוא במאמרה של פרופסור סוזי נבות משנת 2003.<sup>17</sup> עם זאת, יש מקום להציג בתמצית את תיאור המבחן בפסיקת בית המשפט והתפתחותו.

בפסק דינו של השופט ברק בבג"ץ סבידור, מונה ברק את השיקולים בעד ונגד התערבות בית המשפט בעניינים פנים-פרלמנטריים דוגמת אופן קביעת סדר יומה של הכנסת. ברק דוחה טענה לחסינות מלאה של הכנסת מפני ביקורת שיפוטית מטעמים של "שלטון החוק". כך מדגיש ברק בבג"ץ סבידור:

כשם שבית-משפט זה מפעיל סמכותו בכל מקרה של אי-כיבוד החוק על-ידי הרשות השלטונית, כן עליו לעשות לעניין אי-כיבוד הוראות התקנון, שעניינן ניהולו של הבית [של הכנסת – י.ג.], שאם לא כן נמצא את המחוקק עצמו מפר את הדין. הוראות התקנון משקפות את הדין, שנראה כראוי לכנסת לניהול חייה הפרלמנטריים, ולמתן הזדמנות לחברי הכנסת למלא את שליחותם המדינית. הפרת התקנון פוגעת בכל אלה, והביקורת השיפוטית חיונית למניעתה של פגיעה זו, שכן בלא דיין אין דין, ובמקום שבית המשפט אינו מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק.<sup>18</sup>

מנגד, מציג השופט ברק שני שיקולים עקרוניים להימנעות בית המשפט מהתערבות בעניינים פנים-פרלמנטריים – האחד הוא עקרון הפרדת הרשויות ועצמאות בית המחוקקים, והשני הוא חשש מפני התגוששות בית המשפט בזירה הפוליטית. כך מסביר ברק:

<sup>14</sup> בג"ץ 9070/00 לבנת נ' רובינשטיין, להלן "עניין לבנת", בפס' 14.  
<sup>15</sup> בג"ץ 2136/95 ח"כ גוטמן נ' יושב-ראש הכנת ואח', להלן "עניין גוטמן", בפס' 7.  
<sup>16</sup> עניין סבידור, לעיל ה"ש 10, פס' 9.  
<sup>17</sup> סוזי נבות, "עשרים שנה למבחן 'שרידי': עיון מחודש בפיקוח השיפוט על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003), (להלן: "נבות").  
<sup>18</sup> עניין סבידור, לעיל ה"ש 10, פס' 7.

סדרי עבודתו של בית הנבחרים הם עניין פנימי שלו, השייך מבחינת הפרדת הרשויות לרשות המחוקקת עצמה, אשר בידה גם הכלים לבחינה עצמית ולבדיקה עצמית של החלטותיה שלה. מן הראוי הוא, על-כן, כי הרשות השופטת תכבד את ענייניו הפנימיים של הגוף המחוקק ולא תתערב בהם. זאת ועוד: החלטותיה של הכנסת בכל הנוגע ליחסי הגומלין שבינה לבין הממשלה טעונים לרוב מטען פוליטי כבד, אשר מן הראוי הוא, כי הרשות השופטת תמשוך ידה ממנו כדי למנוע עד כמה שניתן 'פוליטיזציה של השפיטה'.<sup>19</sup>

מסקנתו של ברק הוצגה לעיל. מחד, חל הכלל הבסיסי של "משיכת ידם של השופטים מעיסוק בביקורת על דרכי ניהולו של בית המחוקקים". מנגד, יש להתחשב ב"מידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי". בהתאם, ניתן לחרוג מכלל אי-ההתערבות רק "כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי. במצב דברים זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר..."

באופן כללי ניתן לומר שבמרוצת השנים, כמעט ולא חלו שינויים במבחן משפטי זה או בניסוחו. פסקי הדין אשר נדרשו אליו הסתפקו לרוב בציטוט קצר ולקוני של המבחן המקורי המופיע בפסק דין סבידור. לעתים הופיע בפסקי הדין דיון עקרוני רחב יותר – על מהותה של הפרדת הרשויות, על מגבלות של "שפיטות" באשר הן, וכן הלאה – אך אין בנמצא בפסיקה דיון מקיף ומעמיק אשר מסייע בפירוט או בהגדרת מבחן סבידור לגופו ומונחי המפתח המרכיבים אותו. מה היא מידת ה"פגיעה" הנדרשת וכיצד היא נאמדת? מה היא המשמעות הקונקרטית של "מירקם החיים הפרלמנטריים"? שאלות כמו אלו נשארו ללא מענה, והמבחן נותר עמום וכללי כפי שהיה מעולם. מבחינה זו, לא ניתן ללמוד על "התפתחות" או "השתלשלות" המבחן מתוך תיאורו על ידי בית המשפט בפסקי הדין השונים, אלא רק מתוך נסיבות החלטות בית המשפט בפועל בכל מקרה ומקרה, כפי שיוצג בהמשך.

### (ג) ביקורת כללית על מבחן סבידור

לכתחילה יש מקום לביקורת על מבחן מסוג זה. כל משפטן לומד להכיר את המבנה הטיפוסי של מבחנים משפטיים. הם כוללים לרוב היררכיה מסודרת של מושגים מנחים, מבחני משנה, ביאורים, סייגים ודוגמאות.<sup>20</sup> מבחנים משפטיים מסוג זה נפוצים בעולם המשפט, ואלו מספקים מידה של וודאות וצפיות ויוצרים קונקרטיזציה של מבחן כללי ועלום – זאת גם כאשר מובן כי לא ניתן לנטרל לחלוטין כל מימד של עמימות ושיקול דעת במבחנים משפטיים. **מטרה אחת של מבחנים אלו היא שהמשפטן (או אפילו האזרח) הקורא את פסק הדין יוכל להבין כיצד בית המשפט הגיע לתוצאה אליה הגיע; על הקורא להבין את הקשר בין המבחן הכללי לבין ההכרעה הספציפית של בית המשפט.** מטרה נוספת היא הוודאות והצפיות המשפטית – מבחן ברור מאפשר הערכה מראש של אופן החלת המבחן ותוצאתו. מבחנים כאלו נועדו גם להגביר את אמון הציבור בהחלטות בית המשפט, שאחרת נראות שרירותיות, קפריזיות וחסרות-פשר. את המטרות הללו ניתן להשיג רק כאשר המבחן ברור ומפורט, או לחילופין כאשר יישום המבחן בנסיבות הנידונות מובן ומנומק.

<sup>19</sup> שם, שם.

<sup>20</sup> דוגמא מוכרת היא מבחני ה"מידתיות" במשפט הציבורי הישראלי. פסקת ההגבלה של חוק היסוד קובעת שניתן לפגוע בזכות "במידה שאינה עולה על הנדרש". כלל זה מתחלק לשלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הפגיעה הפחותה, ומבחן המידתיות במובן הצר. לכל אחד ממבחני משנה אלו ישנם ביאורים מפורשים שניתן לסכם במשפט או שניים.

גם בהתחשב ברצונו של השופט ברק במבחן "גמיש", **מבחן סבידור אינו עומד בסטנדרט המצופה ממבחן משפטי יסודי במשפט הציבורי** – זאת במיוחד לאור החשיבות הרבה שמעניק בית המשפט דווקא לאי-התערבותו במקרים החוסים תחת מבחן זה. מבחן סבידור נשאר עד היום מעורפל, עמום וסתום. כפי שצוין, אין בנמצא בפסיקת בית המשפט העליון מבחני משנה המבארים את משמעות אותם מונחים דרמטיים של "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" ו"פגיעה ביסודות מבנה המשטר החוקתי". האם אלו שני מרכיבים שונים של המבחן או שמא הם חופפים, ובעצם מילים נרדפות לאותו הדבר? האם זהו מבחן מצטבר (החלטה צריכה לפגוע גם במרקם החיים וגם ביסודות המשטר) או שעמידה בכל אחד מהתנאים מהווה עמידה במבחן? מהי מידת הפגיעה הנדרשת? מהם הסייגים או ההגנות שיכולים להכשיר פגיעה כזו? וכו'. גם בעידן של מעבר מכללים לסטנדרטיים, נראה שזהו מבחן בולט בעמימותו ובכלליותו.<sup>21</sup>

ביקורת זו אינה חדשה, והושמעה גם בסמוך לקביעת מבחן סבידור. על כך כתב השופט מנחם אלון, בעניין כהנא 2:

דומה עלי, עם כל הכבוד, כי לפי מבחן "גודל הפגיעה" האמור, מועמדים יחסים אלה שבין שתי הרשויות על בסיס מעורפל, שהוא חסר בהירות ונעדר יציבות ויוצר חוסר ביטחון וחוסר ודאות באופן שימושו ובדרך הפעלתו.<sup>22</sup>

בעייתיות זו מתעצמת ומתבהרת לאור אופן יישום המבחן בעניין אדלשטיין, כפי שנראה.

לא למותר לציין שבמרוצת השנים ולאורך הפסיקה נוצר חוסר בהירות באופן ניסוח המבחן. הנשיאה חיות בבג"ץ אדלשטיין מצטטת דווקא את בג"ץ 4064/95 (להלן: "עניין פורת"),<sup>23</sup> ומגדירה את המבחן **כחשש לפגיעה** "במרקם החיים הדמוקרטיים". יש ליתן תשומת לב לשני השינויים: ראשית, נוספה המילה "חשש". נדמה שאין צורך להרחיב על ההבדל בין "פגיעה" (עניין סבידור) לבין "חשש לפגיעה" (עניין פורת). שנית, הבדל גדול הוא בין פגיעה במרקם החיים **הפרלמנטריים** (בג"ץ סבידור – דהיינו, בהתנהלות הפרלמנט-הכנסת) לבין פגיעה במרקם החיים **הדמוקרטיים** (היכן? בפרלמנט עצמו? בציבור? ביום הבחירות? לא ברור כלל). פרופסור סוזי נבות ציינה הבדל זה בסיכום מאמרה בעניין מבחן סבידור.<sup>24</sup> ההבדל אינו סמנטי בלבד. לניסוח הראשון היגיון פנימי, שכן יש קשר בין הכרעות דיוניות של יו"ר הכנסת, שהוא ראש הפרלמנט, לבין מרקם החיים **הפרלמנטריים**; לגבי הניסוח השני, כלל לא ברור כיצד ניתן לבחון את השפעת החלטות יו"ר הכנסת על מרקם החיים "הדמוקרטיים".

למען הסר ספק, שמא היה מקום לסבור כי מדובר בשינוי מושכל, הרי שחידוש דרמטי זה באופן ניסוח המבחן אינו מוסבר באופן כלשהוא במהלך הפסיקה, ואין רמז המעיד כי הדבר נעשה במכוון או אפילו במודע. המעבר האגבי למילה "דמוקרטיים" בעניין פורת מלווה ברשימת הפניות לפסקי דין, אשר ברובם המילה כלל לא מופיעה, למעט במקרה בודד בו השימוש בביטוי "דמוקרטיים" נראה שולי על גבול השוגג, ואינו מלווה בהסבר או הפניה למקור כלשהוא.<sup>25</sup> כך, נראה שהוחלף מונח המפתח במבחן סבידור המקורי, כאילו בלי משים לב, באופן שמשנה לחלוטין את משמעות המבחן והופך אותו לעמום ומופשט עוד יותר משהיה במקור.

<sup>21</sup> על איפיון העידן הנוכחי ככזה, ר' לדוגמא מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת-המשפט של החקיקה", **משפטים**, כרך י"ז, 321; וכן מנחם מאוטנר, "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", **משפט וממשל** ט תשס"ו, 223.

<sup>22</sup> ר' בג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת, להלן "עניין כהנא 2", בפס' 11 לפסק דינו של השופט אלון (ומומלץ לקרוא את הפסקה כולה).

<sup>23</sup> בג"ץ 4064/95 פורת נ' יו"ר הכנסת, (24.11.95).

<sup>24</sup> נבות, הי"ש 16 לעיל, בעמ' 790.

<sup>25</sup> ר' עניין גוטמן, הי"ש 14 לעיל, פס' 10.



באופן שאולי אינו מפתיע, המונחים מתערבבים אף בכתיבת בית המשפט בג"ץ אדלשטיין. השופט עמית משתמש בחוות דעתו בניסוח של בג"ץ פורת ("פגיעה במרקם החיים הדמוקרטי"), אך מפנה באופן מוטעה לפסק הדין בג"ץ סבידור, שם הביטוי כלל לא מופיע.<sup>26</sup> נראה שזה טבעו של מבחן שאינו מוגדר ואינו מובן – ניתן בקלות להחליף מונחי מפתח ואף להוסיף מילים שלא היו.<sup>27</sup>

נניח ביקורת זו בצד. ניתן אולי להשלים עם מבחן עמום מסוג זה, כל עוד בית המשפט מפרט ומנמק את אופן החלת המבחן במקרה הקונקרטי לפיו. לו היה המבחן ברור, מפורט וחד-משמעי, לא היה בהכרח צורך לנמק את אופן החלתו במקרה מסוים – שהרי המבחן מבואר דיו כך שכל אחד מבין בדיוק מדוע וכיצד הוא חל באותו המקרה. אך במיוחד כאשר המבחן כללי ומעורפל, על בית המשפט להסביר בפירוט מדוע וכיצד לדעתו המבחן חל על מארג הנסיבות המסוימות במקרה שנידון לפניו.

כאן טמונה בעיה מרכזית של בג"ץ אדלשטיין, אליה נשוב בהמשך. בית המשפט אינו טורח לנמק כיצד או מדוע מבחן סבידור חל על החלטתו של אדלשטיין; וההסברים היחידים שניתנים אינם מניחים את הדעת. כפי שנראה, אופן החלת המבחן בג"ץ אדלשטיין ממחיש עד כמה בעייתית העמימות הכללית של מבחן חשוב זה.

### 3. תקדימים ופסיקה קודמת הנוגעים למבחן סבידור

כפי שצוין לעיל, אין בפסיקה הקודמת דיון מעמיק או מפורט בנוגע להגדרת מבחן סבידור עצמו. אלא שאין זו השאלה היחידה שמעסיקה אותנו, ופסקי הדין מספקים מידע שימושי רב. סקירה מקיפה של כל פסקי הדין הדנים בסוגיות דומות מאירה את בג"ץ אדלשטיין באור בעייתי, ומעלה כמה נקודות חיוניות להבנת הפגמים בפסק הדין. אתייחס כאן לנקודות אלו, ובמהלך מאמר זה אציין הערות נקודתיות נוספות העולות מהפסיקה.

כבר כעת ניתן להדגיש בעיה חמורה נוספת בפסק הדין בג"ץ אדלשטיין – העדרו המוחלט של דיון בפסיקה קודמת, מלבד הפניות אגביות ולקוניות לפסקי דין בודדים. דיון שכזה היה נדרש בכל מקרה – אך כפי שיתבהר, הדיון חסר עוד יותר לאור סטיית בית המשפט משלל עקרונות יסוד שנקבעו בתקדימים הרבים.

מלבד בג"ץ סבידור עצמו, התקדים המאוחר ביותר (וכמעט היחיד) אליו מפנה בית המשפט הוא "עניין פורת" שאוזכר לעיל, משנת 1995. ואולם ישנם עשרות פסקי דין המאזכרים את בג"ץ סבידור והמחילים, באופן כזה או אחר, את מבחן סבידור. לצורך הערת פסיקה זו סקרתי את כלל פסקי הדין של בית המשפט העליון המאזכרים את בג"ץ סבידור.<sup>28</sup> סיננתי החוצה עתירות נגד החלטה מעין-שיפוטי, ועתירות מהותיות נגד מעשי חקיקה (או חקיקת משנה), כך שנותרו רק פסקי דין ברי-השוואה לעניין אדלשטיין: עתירות נגד החלטה פנים-פרלמנטרית עליה חלים תנאי מבחן סבידור. ניתוח התקדימים הרלוונטיים מתמקד אפוא ב-17 תקדימים העונים להגדרות אלו (לרבות בג"ץ סבידור עצמו).

בבואנו לסקור פסקי דין אלו ממבט-על, אנו נתמקד בשתי שאלות מרכזיות. האם נקבע באופן מפורש בפסק הדין שהחלטה הנידונה הפרה את הוראות התקנון (או הוראה חוקית מפורשת אחרת)? האם בית המשפט התערב בפועל? כלומר במבחן התוצאה, האם קבע בית המשפט כי החלטה נשוא העתירה עולה כדי "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", באופן המצדיק התערבות בית המשפט?

<sup>26</sup> פסי' 3 לחוות דעת השופט עמית, פסק הדין. אפילו היה מפנה לעניין פורת, הציטוט לא היה מדויק.

<sup>27</sup> סקירה של כל נקודות השינוי במינוח לאורך הפסיקה היא מעבר להיקף הערת פסיקה זו.

<sup>28</sup> לפי מאגר נבו, ישנם 63 פסקי דין כאלה של בית המשפט העליון.

להלן טבלה הסוקרת את התקדימים בהתאם לשאלות לעיל.<sup>29</sup> אעיר כי רובן של העתירות כוונו כנגד החלטות של יו"ר הכנסת, אך כאשר נידונה החלטה של גורם אחר הטבלה מציינת זאת.

מס' הליך	כינוי	קביעה שהופר התקנון?	האם בית המשפט התערב?	הערות
בג"ץ 652/81	עניין סבידור	לא	לא	
בג"ץ 337/83	חיים רמון נ' משה נסים	לא	לא	עתירה נגד החלטת שר המשפטים כיו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט.
בג"ץ 742/84	עניין כהנא 1	כן	כן	
בג"ץ 73/85	עניין סיעת כד	כן	כן	
בג"ץ 669/85	עניין כהנא 2	לא	לא	נסיבות זהות לעניין כהנא 1, אך העתירה נדחתה לאור שינוי תקנון שהכשיר את ההחלטה הנידונה.
בג"ץ 761/86	עניין מיעארי	לא	לא	
בג"ץ 400/87	עניין כהנא 3	לא	לא	
בג"ץ 482/88	עניין רייסר	לא	לא	עתירה נגד החלטת מליאת הכנסת על שינוי הרכב ועדת הכנסת.
בג"ץ 1179/90	עניין ר"צ	כן	לא	
בג"ץ 1596/91	עניין יעקב שמאי	לא	לא	
בג"ץ 2136/95	עניין גוטמן	לא	לא	
בג"ץ 4064/95	עניין פורת	לא	לא	
בג"ץ 9056/00	עניין קליינר	לא	לא	
בג"ץ 9070/00	עניין לבנת	כן	לא	
בג"ץ 1139/06	עניין ארדן	לא	לא	עתירה נגד החלטה של יו"ר ועדת הכספים.
בג"ץ 2704/07	התנועה להגיונות שלטונית	לא	לא	עתירה נגד החלטה של ועדת הכנסת.
בג"ץ 1111/12	עניין ענת קם	לא	לא	עתירה נגד יו"ר הכנסת, וגם נגד יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט.

מסקירה רוחבית זו ומניתוח פסקי הדין עצמם מיד עולות מספר תובנות.

<sup>29</sup> ראו: בג"ץ 652/81 לעיל הי"ש 10; בג"ץ 337/83 חיים רמון נ' שר המשפטים משה נסים; בג"ץ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת; בג"ץ 73/85 סיעת "כד" נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת; בג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת; בג"ץ 761/86 מיעארי ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח'; בג"ץ 400/87 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת; בג"ץ 482/88 רייסר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח'; בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום ואח' נ' ממלא-מקום יו"ר הכנסת ואח'; בג"ץ 1596/91 ח"כ יעקב שמאי נ' ח"כ דב שילנסקי יו"ר הכנסת; בג"ץ 2136/95 ח"כ גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת ואח'; בג"ץ 4064/95 פורת נ' יו"ר הכנסת; בג"ץ 9056/00 מיכאל קליינר נ' יו"ר הכנסת אברהם בורג; בג"ץ 9070/00 לבנת נ' רובינשטיין; בג"ץ 1139/06 גלעד ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים; בג"ץ 2704/07 התנועה להגיונות שלטונית נ' ועדת הכנסת; בג"ץ 1111/12 ענת קם נ' יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט דוד רותם.

א) **במרבית פסקי הדין בית המשפט הכריע שלא להתערב בהחלטה שנידונה**. מתוך שבעה עשר פסקי הדין, בית המשפט החליט "להפעיל" את מבחן סבידור ולהתערב בהחלטה פנים-פרלמנטרית פעמיים בלבד, ולא עשה זאת מאז 1985. מנקודת מבט כמותית גרידא עולה בבירור נטיית בית המשפט שלא להתערב בהחלטות מסוג זה, ומתבהר עד כמה החלטת בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין להתערב היתה חריגה וייחודית. סטייה זו ממגמת פסיקת בית המשפט דורשת נימוקים משכנעים ומפורטים, ולכל הפחות דיון מעמיק ומפורט בפסיקה הקיימת – אך שני אלו נעדרים לחלוטין מפסק הדין.

ב) **בכל פסקי הדין מתקיים דיון מעמיק בהוראות תקנון הכנסת או החוק**. מפסקי הדין עולה בבירור הנחת מוצא של בית המשפט לגבי מרכזיותן של הוראות התקנון למבחן סבידור, כפי שיפורט בהמשך. כל פסקי הדין התמקדו והעמיקו בשאלת החריגה מסמכות פורמלית (שאלה 2 לעיל). כאשר בית המשפט מסיק כי היתה סטייה מהוראות הדין הוא אומר זאת במפורש, ומצביע בבירור על סעיף החוק או התקנון שהופר. מבין המקרים לעיל, בית המשפט קבע כי התקנון הופר בארבעה מקרים בלבד. בעניין ר"צ ובעניין לבנת בית המשפט לא התערב בהחלטת יו"ר הכנסת, על אף קביעה מפורשת כי ההחלטה הפרה את הוראות התקנון.<sup>30</sup> בשני המקרים האחרים, בית המשפט אכן התערב, בין היתר כתוצאה מהקביעה כי הופר התקנון.

ג) **במקרים היחידים בהם בית המשפט התערב בהחלטה פנים-פרלמנטרית (של יו"ר הכנסת או של כל גוף אחר), בית המשפט קבע כי ההחלטה הפרה את תקנון הכנסת**. ההיסטוריה הפסיקתית מראה התאמה מלאה בין עמידה בהוראות התקנון לבין אי-התערבות בית המשפט. בכל המקרים בהם לא נקבעה מפורשות שהיתה סטייה מהוראות התקנון, בית המשפט לא התערב; כך גם במרבית המקרים בהם בית המשפט לא התערב, פסק הדין לא קבע כי הייתה הפרה של התקנון. מאז בג"ץ סבידור ועד בג"ץ אדלשטיין, לא היה מקרה של התערבות בג"ץ ללא קביעה מפורשת ומפורטת כי הופרו הוראות התקנון.<sup>31</sup>

המסקנות הראשוניות המתבקשות אינן טריוויאליות, והן מצביעות על מידת החריגות של בג"ץ אדלשטיין. **ראשית**, בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין אכן מתערב בהחלטת יו"ר הכנסת, וזה בפני עצמו מהווה שינוי ממרבית פסיקתו הקודמת של ביהמ"ש. **שנית**, בחריגה משמעותית הרבה יותר, התערבות בית המשפט נעשתה ללא קביעה מפורשת של הפרת התקנון וללא הצבעה על סעיף חוק או תקנון שהופר.

אופי הניתוח המופיע בפסק הדין, שייבחן להלן, בולט ביתר שאת אל מול חריגות אלו. בית המשפט משדר "עסקים כרגיל", כאילו לא התקבלה החלטה שחרגה לחלוטין ממגמות העבר בפסיקת בית המשפט עצמו. ניתן היה להבין גישה זו לו היה מכריע בית המשפט שלא להתערב, באופן עקבי עם פסיקת העבר. אלא נדמה שדווקא בנסיבות דן תוך התערבות חריגה כפי שתואר, בית המשפט אינו רואה צורך לדון בתקדימים ובהוראות התקנון, ואף אינו מנמק את אופן החלטת מבחן סבידור, והכל כפי שנראה להלן.

## ב. יישום מבחן סבידור בבג"ץ אדלשטיין

כעת ניתן לפנות ללב פסק הדין ולדיון המשפטי שבו (או שחסר בו).

### 1. אפיון החלטת אדלשטיין כהחלטה פנים-פרלמנטרית

נראה שכמעט ואין מחלוקת ממשית על כך שמדובר בהחלטה פנים-פרלמנטרית מהסוג המתואר במבחן סבידור. נידונה דרישת חברי כנסת להעלות הצבעה בעניין מסוים לסדר יומה של מליאת הכנסת וסירוב יו"ר

<sup>30</sup> ראו לדוגמא: פס" 3, עניין ר"צ, לעיל ה"ש 29.

<sup>31</sup> פרופ' ווייל מצביעה גם על מידת החריגות שבהתערבות בית המשפט בעניין הצבעה בכנסת. ווייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

הכנסת לעשות זאת. כפי שצוטט לא אחת בפסק הדין, "הסמכות לקבוע את סדר יומה של הכנסת ואת מועדי דיוניה נתון ליושב-ראש הכנסת. זהו עניין "פנים-פרלמנטרי" מובהק."<sup>32</sup>

עם זאת, ניתן להתייחס בקצרה לטענה העולה בחוות דעתו של השופט עמית, לפיה אין מדובר בהחלטה פנים-פרלמנטרית קלאסית:

ההחלטה שבפנינו היא מסוג שונה לחלוטין. המדובר בהחלטה "מלכותית" הנוגעת לבחירתו של המוציא והמביא בפעילותה של הכנסת, המנצח באופן ממלכתי על התזמורת הפרלמנטרית. התערבותו של בית משפט זה נדרשת על מנת לאפשר לרוב הפרלמנטרי לממש את זכותו לבחור את היו"ר.<sup>33</sup>

ראשית, השופט עמית אינו מפרט מאי נפקא מינה מסברתו זו. האם לדידו מבחן סבידור אינו חל במקרה הנידון? האם מבקש השופט עמית לקבוע קטגוריה חדשה של החלטה פרוצדורלית בכנסת אשר מוחרגת מתנאי מבחן סבידור? אם כן, השופט אינו מציע טעמים לסברה מרחיקת לכת זו ואינו מפרט איזה מבחן משפט חלופי אמור לחול. שנית, ההגדרה של החלטה פנים-פרלמנטרית היא בכוונת מכוון כזו המתמקדת בצורת ההחלטה (החלטה פרוצדורלית הנוגעת להתנהלות הכנסת) ולא בתוכנה או בתוצאותיה. הרי בהחלט ייתכנו החלטות פנים-פרלמנטריות שהינן חשובות והרות גורל, ועדיין יהיו מוגדרות ככאלו והתערבות שיפוטית בהן תהא כפופה לתנאי מבחן סבידור. מטבע הדברים, החלטה הפוגעת "ביסודות מבנה משטרנו החוקתי" תהיה לעתים קרובות החלטה "מלכותית" במובן כזה או אחר. גישתו של השופט עמית עשויה לרוקן מתוכן את כלל אי-ההתערבות ביסוד הלכת סבידור, שכן במקום לעמוד בתנאים הנוקשים של מבחן סבידור, יוכל בית משפט נחוש להגדיר תמיד החלטה פנים-פרלמנטרית כ"חריגה", כ"מלכותית" וכזאת "מסוג שונה", וכך יתחמק מן הצורך להתמודד עם הרף הגבוה שמציב מבחן סבידור.

מכל מקום, מובן כי חוות דעתו של השופט עמית מהווה (בעניין זה ובעניינים אחרים) דעת מיעוט אשר אינה נהנית מהסכמת הרכב השופטים ושממילא נטולת משקל מחייב או תקדימי.

## 2. דיון פסק הדין בשאלות צדדיות

על אף קביעתה הראשונית של הנשיאה חיות בפסק הדין לגבי "השאלה המרכזית הדורשת הכרעה", חלק ניכר מהדיון בפסק הדין מוקדש דווקא לשאלה מס' 1 (מבין אלו שסווגו לעיל) – האם התנהלות אדלשטיין "ראויה" (ובפועל, בוחן את ההחלטה דרך פריזמה של "סבירות"). פסק הדין דן בהרחבה ב"היקף הסמכות" המסורה ליו"ר כנסת בפועל בממשלת מעבר, ב"מרחב שיקול הדעת" של אדלשטיין, בניגוד העניינים שבו כביכול מצוי יו"ר הכנסת, ברציונלים השונים בבסיס החוק, במנהג הכנסת ועוד.<sup>34</sup>

גישה זו סותרת קביעות מפורשות בפסיקה, לפיהן אין לבחון את שיקול דעת יו"ר הכנסת, אלא אם נקבע כי אכן ישנה פגיעה לפי מבחן סבידור. על כך כותב השופט ברק בעניין גוטמן:

המשיב הוא יושב-ראש הכנסת, והסמכות שהוא מפעיל נוגעת "לניהול הפנימי" של סדרי הכנסת. במקרים אלה אין אנו בוחנים את שיקול הדעת לגופו, אלא אם כן שוכנענו – מהעתירה ומהתשובה לה – כי אם העתירה היא מבוססת, יש בהחלטת יושב-ראש

<sup>32</sup> ר' פסי' 7 לפסק הדין וכן חוות דעתו של השופט פוגלמן.

<sup>33</sup> פסי' 6 לחוות דעתו של השופט עמית.

<sup>34</sup> ראו פסי' 8-9, 11-13 לפסק הדין.

הכנסת פגיעה ניכרת במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של משטרנו החוקתי [...] <sup>35</sup>.

השופט ברק קובע מבחן רב-שלבי ומבהיר את סדר הניתוח, לפיו אין מקום לבחון את שיקול דעת ההחלטה לגופה, אלא אם כן הוכרע לכתחילה כי ישנה פגיעה לפי מבחן סבידור. הפגיעה במירקם החיים הפרלמנטריים (שאלה 3) היא ה"שער" דרכו יש לעבור תחילה טרם בחינת ההחלטה בהיבטים של שיקול דעת (שאלה 1) וסמכות (שאלה 2). השופט ברק מסכם:

אפילו גרסתי שהפעולה אינה כדין, הפגיעה הנגרמת על-ידיה למירקם החיים הדמוקרטיים היא קטנה באופן שאין צידוק להפעלת סמכות הביקורת השיפוטית שלנו. <sup>36</sup>

כך גם מסבירה פרופסור סוזי נבות במאמרה:

אשר למבחן שריד עצמו, גישת השופט ברק היא כי זה בעצם מבחן של "שפיטות": הכלל הוא כי הליכים פנים-פרלמנטריים אינם שפיטים, אלא אם מתקיימים התנאים של מבחן שריד, המחייבים התערבות. <sup>37</sup>

כלומר, העמידה בתנאי מבחן סבידור מהווה תנאי בלעדי להתערבות בית המשפט. עוד מסבירה פרופ' נבות בנוגע לביקורת שיפוטית "רגילה" על החלטות פנים-פרלמנטריות:

הנורמה הכללית, שלפיה הרשות השלטונית חייבת לבחור אותה דרך פעולה שרשות שלטונית סבירה היתה בוחרת בנסיבות העניין, ספק אם היא בת-תחולה כעילה יחידה להתערבות בהחלטות פנימיות של הכנסת. <sup>38</sup>

השופט ברק עצמו אכן מדגיש את איפיונו של מבחן סבידור כתנאי של "שפיטות":

האם ראוי לו לבית המשפט – להבדיל מהכנסת עצמה – להכריע בסכסוך שבין העותר לבין המשיב? התשובה על שאלה זו הינה, כי העתירה אינה שפיטה, אלא אם כן ההחלטה של יושב ראש הכנסת, שלפי הטענה אינה חוקית, פוגעת באופן ממשי במירקם החיים הדמוקרטיים וביסודות המבנה של המשטר. זוהי הלכת שריד [...] <sup>39</sup>.

קביעות אלו הן מתיישבות עם הרציונל הכללי במבחן סבידור. בית המשפט עצמו מצהיר כי כלל היסוד הוא אי-התערבות, והתערבות תהא מוצדקת רק במקרים חריגים בהתאם למבחן סבידור. אם החלטת אדלשטיין פוגעת במירקם החיים הפרלמנטריים, הרי שהתערבות בית המשפט היא מוצדקת, ואין שום תועלת לכל השיקולים והרציונלים בהם דן בית המשפט. **מנגד, אם החלטת אדלשטיין אינה פוגעת פגיעה קשה כאמור, אזי חל הכלל של אי-התערבות בית המשפט**, וממילא אין משמעות לשאלה אם אדלשטיין חרג מהיקף הסמכות, שקל שיקולים בעיתיים וכו'. לשון אחר, הכרעה בשאלת מבחן סבידור הינה תנאי מתלה לשם הפעלת ביקורת שיפוטית "רגילה" על ההחלטה לגופה, ורק לאחר שתנאי זה מתקיים – כלומר, כאשר נקבע כי הפגיעה אכן מצדיקה את התערבות בית המשפט – ניתן לבחון את השיקולים בבסיס ההחלטה באמצעות הכלים הרגילים המיועדים לכך.

<sup>35</sup> עניין גוטמן, לעיל ה"ש 15, פס' 7 (הדגשה שלי – י.ג.).

<sup>36</sup> עניין גוטמן, לעיל ה"ש 15, פס' 10.

<sup>37</sup> נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 774.

<sup>38</sup> נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 785.

<sup>39</sup> עניין קליינר, לעיל ה"ש 29, פס' 9.

לעניין זה יפים דבריו של כבי' השופט פוגלמן בעניין ענת קס :

[...] הגם ששיקול הדעת המסור ליו"ר הוועדה בעניין זה אינו חסין מביקורת שיפוטית, מוגבלת הביקורת לגדרן של אמות המידה שצוינו לעיל [דהיינו, תנאי מבחן סבידור – י.ג.].

לאחר שבחנו את העתירה והתגובות לה, לא מצאנו כי קיימת עילה להתערבותנו. נחזור ונדגיש כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינה בוחנת אם עמד המחוקק באמות המידה שנקבעו לפעולתה של רשות מינהלית, ולכן אין אנו נדרשים בנסיבות העניין לנקוט עמדה בטענות העותרת בדבר פגמים שנפלו בהפעלת שיקול הדעת של המשיב 1 [...] ביקורת זו יכולה למצוא את מקומה במסגרת הפנים-פרלמנטארית או בזירה הציבורית.<sup>40</sup>

מן האמור עולה כי בפסיקתו הקודמת בית המשפט שולל, באופן מפורש וגורף, את בחינת שיקול דעת מקבל ההחלטה כמרכיב עצמאי בביקורת השיפוטית על החלטות פנים-פרלמנטריות.

לא למותר לציין כי בדיון זה אודות שיקול דעת יו"ר הכנסת, בית המשפט אינו מבחין במפורש בין שאלות הנוגעות לשיקול דעת (שאלה 1 לעיל, עילת הסבירות) לבין שאלות הנוגעות לסמכות עצמה (שאלה 2 לעיל, עילת החריגה מסמכות).<sup>41</sup> על כן לעתים לא ברורה טענת בית המשפט – האם מדובר בהגבלה על סמכות פורמלית או על תיחום שיקול הדעת?<sup>42</sup> חוסר הבחנה זה בולט במיוחד לאור העדר הדיון דווקא בתקנון הכנסת – מקור הדין העיקרי והמרכזי המגדיר בדיוק את סמכותו הפורמלית של יו"ר הכנסת והמוקד של הדיון הפסיקתי בתקדימי העבר.

בית המשפט אינו מציג סיבות המצדיקות את בחינת שיקול דעתו של אדלשטיין לכתחילה, ועם זאת ראוי להתייחס לדיון בפסק הדין אודות דיני הרציפות וניגוד העניינים בו מצוי אדלשטיין. נדמה שנימוקים אלו הם היחידים בפסק הדין היכולים להתפרש כניסיון הצדקה לחריגה זו ממבחן סבידור ול"דילוג" על השלב הראשון שבו. על כן יש מקום לבחון טעמים אלו לפני שנתקדם. נקודת המוצא מוצגת כך בפסה"ד :

[...] בהינתן העובדה שמדובר ביו"ר בפועל המכהן מתוקף דין הרציפות וכן בהינתן העובדה כי מדובר בעניין הנוגע בו ישירות, שיקול הדעת הנתון לו בהקשר זה אינו רחב אלא מוגבל ותיחום ביותר.<sup>43</sup>

בחינה זריזה מראה כי אין בטיעונים אלו תועלת של ממש.

תחילה נתייחס לדיני הרציפות. ראשית, בין אם מתחם שיקול הדעת הוא רחב או שמא הוא "מוגבל ותיחום ביותר", מדובר בכל מקרה בבחינת שיקול דעת מקבל ההחלטה – כלומר, בניתוח השייך לשלב השני, הרלוונטי רק לאחר הקביעה הראשונית וההכרחית של פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. בית המשפט לא הציג טעם מדוע לשיטתו כהונה מכוח דיני הרציפות מאפשרת חריגה מכלל זה ובחינת שיקול דעת

<sup>40</sup> עניין ענת קס, לעיל ה"ש 29, פס' 7-8 (הדגשות שלי – י.ג.). יודגש כי על אף אזכור הליך החקיקה בציטוט זה, העתירה הנידונה עסקה בהחלטה פנים-פרלמנטרית בעניין העלאת יוזמת חקיקה לסדר יומה של הכנסת.

<sup>41</sup> להרחבה אודות הבחנה חשובה זו, ראו: נעם סולברג, על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים, כתב עת השילוח גיליון 18 (2020); יונתן גרין, מה סביר בסבירות?; כתב עת השילוח גיליון 19 (2020).

<sup>42</sup> כך לדוגמא, בהקשר דיני הרציפות בית המשפט מצהיר כי "מצב דברים חריג זה משליך בהכרח על היקף סמכותו של יו"ר הכנסת ועל שיקול הדעת המסור לו", וכן כי החלטת היו"ר "אינה עולה בקנה אחד עם היקף הסמכות המסורה לו כיו"ר בפועל והיא חורגת ממתחם שיקול הדעת המסור לו." (פס' 9 לפסה"ד, הדגשות שלי – י.ג.) על כך ניתן לומר – pick a lane. מדובר באי סבירות קיצונית או בחריגה מסמכות? שניהם יחד: כלל לא ברור.

<sup>43</sup> פס' 8 לפסק הדין.

המחליט לכתחילה. לשון אחר, גם אם נקבל שדיני הרציפות מטילים מגבלות מסוימות על שיקול דעת היו"ר הזמני, אין בהחנה מתוקף דיני הרציפות להפוך את סדר הניתוח הקבוע במבחן סבידור – לפיו אין מקום לבחינת שיקול דעתו של מקבל ההחלטה, למעט במקרה החריג של פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. ככל שבית המשפט סבר אחרת, עליו היה להציג לכך טעם ולבסס במישור המשפטי (והן במישור הלוגי) מדוע כהונה כאמור מאיינת את עצם הצורך במבחן סבידור.

שנית, למעלה מן הצורך ולגופו של הטיעון, גם עצם ההנחה כי כהונה מכוח דיני הרציפות מגבילה את שיקול דעת יו"ר הכנסת היא מוטלת בספק ודרושה העמקה והוכחה. במסגרת הדיון הקצר בפסי' 9 לפסה"ד, בית המשפט אינו מציע מקור פסיקתי או חקיקתי לביסוס הנחה תקדימית זו ומנגד אינו מפרט אודות הרציונל שהוביל אליה. בית המשפט מסתפק באמירה כוללנית המשווה בין יו"ר הכנסת בפועל לבין ממשלת מעבר, ומפנה לתגובת היועמ"ש לעתירות הנידונות וכן לספרות אקדמית (שקדמה, אגב, למצב המשפטי הקיים כיום ובמועד מתן פסק הדין). אך כלל לא מובן מאליה שעצם כהונת יו"ר הכנסת בפועל מכוח דיני הרציפות מטילה מגבלות על מתחם שיקול הדעת הנתון לו, וזאת במיוחד לאור שינוי המצב החוקי בשנת 2016, כפי שאראה בהמשך.

נעבור לאזכור החולף והאגבי לניגוד העניינים בו היה מצוי כביכול יו"ר הכנסת, אשר אינו מתיישב עם הרציונל של מבחן סבידור. על אף הרושם שאולי נוצר, נושא ניגוד העניינים כמעט ואינו נידון ואינו מבואר בפסק הדין, על אף היותו מרכיב מרכזי לכאורה המצדיק את הגבלת שיקול דעת היו"ר. הביטוי היחיד הנוגע לכך הוא "בהינתן העובדה כי מדובר בעניין הנוגע בו ישירות"<sup>44</sup> ומלבד משפט סתום זה אין בדעת הרוב התייחסות לאופי ניגוד העניינים, להוכחתו או להשפעתו, ואין הבחנה בין ניגוד עניינים זה לבין שלל ניגודי העניינים המבניים העולים בשגרה בפעילות יו"ר הכנסת.

נראה שטענת ניגוד העניינים לגופה חלשה במיוחד, ואין פלא שבית המשפט בחר שלא להקדיש אליה תשומת לב מלבד כמה מילים אחדות. ראשית, טענת ניגוד עניינים אינה אלא תת-קטגוריה של בחינת שיקול דעת מקבל ההחלטה, וכל האמור לעיל חל גם על טענה זו – אין מקומה להבחן אלא עד אחרי השלב הראשון במבחן סבידור וקביעת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. שנית, טענה זו היא בפני עצמה תמוהה עד מאוד. טענת ניגוד עניינים פסול נוגעת על פי רוב לניגוד בין מילוי תפקיד מסוים, לבין שיקולים זרים וחיצוניים לתפקיד עצמו, דוגמת הטבה כספית אישית שהחלטה מסוימת תניב למקבל ההחלטה. מנגד, ניתן לומר כי בעלי תפקידים רבים מצויים בניגוד עניינים "כשר" ומקצועי באופן כמעט קבוע מתוקף תפקידם. והרי יו"ר הכנסת מצוי ב"ניגוד עניינים" מובנה בחלק ניכר מתפקידיו והחלטותיו. כחלק מהקואליציה וכמי שמונה לתפקיד על ידה, ליו"ר הכנסת כמעט תמיד "עניין אישי" בהכרעות פרוצדורליות בכנסת, לרבות סכסוכים ומחלוקות בין קואליציה לאופוזיציה, בין כנסת לממשלה, ובין מפלגה למפלגה. ניגוד עניינים מובנה זה מתעצם כמובן בתקופת הקמת קואליציה וכינון ממשלה אחרי הבחירות, כאשר להחלטות היו"ר ייתכנו השלכות מרחיקות לכת. לא נראה שבנסיבות בג"ץ אדלשטיין מדובר בניגוד עניינים ייחודי או חריג שאינו חלק מובנה של תפקיד יו"ר הכנסת.

מכל מקום, הן בנוגע ל"ניגוד העניינים" והן בנוגע למגבלות הנובעות מדיני הרציפות, נדמה שבית המשפט אינו מייחס משקל מספק לאופיו ולמהותו של שינוי הדין החל בשנת 2016, וראוי להתעכב על שינוי זה.

עד לשנת 2016 היו הסדרים שונים אשר הטילו את תפקיד יו"ר הכנסת בפועל (שכיהן עד בחירת יו"ר קבוע) בעיקר על "ותיק חברי הכנסת" (שבעצמו מעולם לא קיבל את אמון מרבית חברי הכנסת). היה זה כלל

שרירותי שאולי היה בו להצדיק טענה להגבלת שיקול דעת יו"ר הכנסת בפועל. ואולם, בתיקון מס' 43 לחוק יסוד: הכנסת ב-2016 הוחלט לקבוע הסדר חדש לפיו יו"ר הכנסת היוצאת (אשר כן זכה בעבר לאמון מרבית חברי הכנסת) ממשיך לכהן בתפקידו עד בחירת יו"ר קבוע. **הסדר זה אושר ע"י רוב גורף של תשעים ואחת חברי כנסת (עם אפס מתנגדים), וייצג קונצנזוס מרשים לרוחב הקשת הפוליטית.** שאלת סמכויות ושיקול דעת היו"ר בפועל עמדה במרכזו של תיקון זה.

והנה, לאחר שנוקק לשאלה זו בדיוק, כאשר סוגיות כמו ניגוד עניינים והגבלת שיקול הדעת היו לנגד עיניו, בחר המחוקק שלא להגביל את סמכותו או את שיקול דעתו של יו"ר הכנסת בפועל. אין בחוקי היסוד או בתקנון הכנסת כל מגבלה מפורשת על שיקול דעת זה, ואין כל רמיזה בחוק כי "ניגוד העניינים" הנטען או דיני הרציפות מצמצמים את שיקול דעת היו"ר בהליכי מינוי מחליף. ודוק, אילו רצה לעשות כן המחוקק היתה זו הזדמנות פז לקבוע מגבלות ברורות לשיקול דעת יו"ר הכנסת בפועל – הן באופן כללי מתוקף היותו מכהן מכוח דיני הרציפות, והן בפרט בנוגע לניגוד העניינים של היו"ר בפועל במסגרת הליך מינוי יו"ר כנסת קבוע. **בחירתה המודעת של הכנסת שלא להטיל מגבלות מפורשות בעניינים אלו, בהחלטה כה "טרייה" לפני שנים אחדות וברוב סוחף של חברי כנסת, לכל הפחות מערערת על הקביעות הא-פריוריות המופיעות בפסק הדין.** ככל שביקש בית המשפט להסיק את קיומן של מגבלות אלו על יו"ר הכנסת בפועל, היה עליו לנמק סברה זו ולהתמודד עם סירובה של הכנסת לקבוע מגבלות אלו בתיקון החקיקה מ-2016.

**סיכומו של דבר, לא ברור מדוע בחר בית המשפט להקדיש את חלק הארי של פסק הדין לשאלות של הפעלת שיקול דעת, ניגוד עניינים וסבירות, כאשר לכל הדעות השאלה המכריעה היא אחרת – שאלת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.**<sup>45</sup>

על כן נוצר הרושם שבית המשפט אינו מבחין כראוי בין שאלת הליבה של פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים, לבין השאלות הפריפריאליות שעל פניו אין בהן להשפיע לכיוון כזה אחר.

### 3. יישום מבחן סבירות על החלטת אדלשטיין בפסק הדין

בית המשפט מקדיש פסקה אחת קצרה לסוגיה שאמורה להיות (גם לפי בית המשפט) "השאלה המרכזית" העומדת להכרעה. עד כמה שניתן להבין, פס' 10 לפסק הדין דנה ישירות בהשפעת החלטת אדלשטיין על מרקם החיים הפרלמנטריים או על יסודות המשטר החוקתי. הפיסקה אינה נוגעת בסוגיות צדדיות כמו מרחב שיקול הדעת, היקף הסמכות, וכו'. ככל שאנו מחפשים להבין את נימוקי בית המשפט בהחלטת מבחן סבירות, ככל שאנו מבקשים לדעת כיצד החלטתו של אדלשטיין מהווה "פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים", עלינו לחפש את תשובותינו כאן בפסקה זו.<sup>46</sup>

אלא שעיון בפסקה זו, הדרושת בחינה מעמיקה, עשוי לאכזב את הקורא. בית המשפט מסביר שמשמעות החלטת אדלשטיין הינה "**סיכול רצונו של הבוחר**", ושהתערבות אדלשטיין במאמץ רוב חברי הכנסת יש בה משום "**פגיעה בהכרעת הבוחר**". זאת משום שאדלשטיין אינו מעניק את מבוקשם של 61 חברי כנסת. ככל

<sup>45</sup> לביקורת על ניתוח שיקול הדעת לגופו, ראו להלן בחלק ד'. בהקשר זה ובשולי הדברים, לא למותר לציין כי הבעיה בהתמקדות ביהמ"ש בשיקול דעת היו"ר מתחדדת לאור האופי התוצאתי של מבחן סבירות. הפסיקה אינה מבהירה אם מבחן סבירות מתמקד בתוצאה של ההחלטה הנידונה או שמא המבחן מבקש לבחון גם את תהליך קבלת ההחלטה, אך נראה ששימוש העבר של בית המשפט במבחן סבירות מעיד על דגש תוצאתי ברור. מסקנה זו נתמכת על ידי הערות של השופט ברק ב"עניין לבנת" (עניין לבנת, לעיל ה"ש 14, פס' 17), ובעקבות אלו גם על ידי פרופסור סוזי נבות: "לדעתי... ראוי להתמקד בתוצאות ההליך בלבד. במובן זה כדאי להזכיר כי מבחן שריד עצמו הוא מבחן תוצאתי", שהרי הוא בוחן את 'מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים' (נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 778, הדגשות שלי – י.ג.). הוזה אומר, מבחן שנשוב סביב שאלה תוצאתית אינו אמור, על פניו, לבחון את סבירות שיקול הדעת בפני עצמו של מקבל ההחלטה, אלא רק את מהות התוצאה הנגרמת על ידי ההחלטה.

<sup>46</sup> יש להדגיש כי מדובר בדעת הרוב עליה סמכו שאר השופטים את ידיהם בהסכמה, המהווה רציו דסידנדי של פסק הדין. נימוקים אחרים המופיעים בחוות דעת יחיד מהווים אוביטר דיקטום לכל היותר, של שופט בודד ולא של בית המשפט, וממילא אין בהם להאיר יותר ממה שמצוי בדעת הרוב.



שזוהי ה"שאלה המרכזית" שיש להכריע בה, לא ברור מדוע בחר בית המשפט להקדיש לה כל כך מעט פירוט או תשומת לב. נוצר הרושם שבית המשפט נותן החלטת *ipse dixit* – "כי כך אמרתי", או בפשטות, "ככה".

מקביעות כוללניות ומרחיבות אלו עלינו כעת לחלץ מסקנות קונקרטיות, הן בנוגע למבחן סבידור עצמו והן לגבי החלתו בעניין אדלשטיין. מכאן ואילך עלינו לעבור למחוזות הניחושיים, ההשערות והספקולציה, מאחר ובית המשפט בחר שלא להסביר את עמדתו. **אנו נראה שקשה ליישב קביעה זו של בית המשפט עם מבחן סבידור, עם הדין הקיים ועם ההיגיון הבריא.**

נבחן תחילה את הטיעון המשתמע מפסד הדין, ונראה לאן הוא מוביל אותנו. נדמה שזהו קו הטיעון של בית המשפט: חברי הכנסת נבחרו על ידי העם בבחירות; 61 חברי כנסת, שהם רוב, מבקשים מיו"ר הכנסת להעלות לסדר היום דיון למינוי יו"ר כנסת חדש; אדלשטיין מסרב להעניק ל-61 חברי כנסת את בקשתם, מטעמים כאלו ואחרים; אי לכך, אי-ציות לרוב חברי כנסת מהווה "סיכול רצון הבוחר"; סיכול מסוג זה מהווה פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה המשטר החוקתי.

עולה שהסבר בית המשפט וקו הטיעון לעיל מתבססים על כלל פשוט: על יו"ר הכנסת לציית לכל בקשה של 61 חברי כנסת. כל מכשול למימוש רצונם של רוב חברי כנסת יהווה "סיכול רצון הבוחר" ופגיעה במרקם החיים וכו'. כלל זה אינו נאמר במפורש על ידי בית המשפט, והקורא עשוי לחשוב כי מדובר בהפשטה או הגזמה – אך אין בנמצא כל הסבר אחר בפסק הדין, שיכול להבהיר את הרציונל הדל המוצג בפס' 10. אין לקורא ברירה אלא לעבוד עם הנימוקים אותם סיפק בית המשפט.

נראה בנקל מדוע קו טיעון זה אינו מחזיק מים.

**הבעיה העיקרית והבולטת היא שחיי היום-יום בכנסת מלאים במקרים בהם 61 חברי כנסת לא יכולים לקבל את מבוקשם, בוודאי שלא באופן ישיר או מיידי.** זהו עניין שבשגרה. החוק ותקנון הכנסת מלאים, גדושים ממש, בהוראות שונות ובהסדרים רבים המגבילים את יכולתם של רוב חברי כנסת לבצע פעולה שהם חפצים בה. זאת במיוחד בהיבט של הסדרים פרוצדורליים הקבועים בתקנון הכנסת, בהם ניתן ליו"ר הכנסת שיקול דעת רחב לקבוע את לוח הדימונים. פעם אחר פעם ה"רוב" בכנסת בחר לקבוע כללים מגבילים, בחוק ובתקנות, ולהחיל מגבלות אלו על עצמו. **בית המשפט לא סיפק הסבר כלשהוא בפסק הדין, מדוע דווקא במקרה הנידון הגבלת רצונם של רוב חברי כנסת מהווה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", שעה שמגבלות כמו אלו נפוצות ולרוב אינן נחשבות ככזו.**

אמנה להלן כמה דוגמאות. השאלה ברקע נותרת תמיד, כיצד ניתן ליישב מגבלות ברורות אלו עם הכלל שזה עתה נקבע בבג"ץ אדלשטיין אודות "סיכול רצון הבוחר"?

(א) לאחר מינוי יו"ר כנסת קבוע, ניתן להעבירו מתפקידו (נגד רצונו) רק ברוב של 90 (!) חברי כנסת.<sup>47</sup> כלומר למחרת המינוי, לאותם 61 חברי כנסת אין את הזכות להעביר יו"ר כנסת מתפקידו – גם לא ל-75 או 80 חברי כנסת. והרי הרוב של היום שונה מהרוב של אתמול? האין זה "סיכול רצון הבוחר"?

(ב) שלל חוקים כוללים הוראות שריון וניתן לשנותם רק באמצעות רוב מוגדל של חברי כנסת; 61 חברי כנסת בלבד אינם יכולים לעשות זאת. עובדה זו בלבד מחלישה את הטיעון כאילו ישנה "פגיעה" אינהרנטית בדמוקרטיה בכל מגבלה עצמית על רצונם של 61 חברי כנסת.

<sup>47</sup> ס' 8 לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994. הכוונה היא עד קיום בחירות ומינוי יו"ר חדש.

ג) תקנון הכנסת קובע כי ניתן לחוקק חוק רק בשלוש קריאות.<sup>48</sup> כאשר רוב של 61 חברי כנסת מבקש לחוקק חוק בקריאה אחת בלבד, הם אינם יכולים לעשות זאת עקב מגבלה זו בתקנון, ובכל זאת מובן כי רצון הבוחר אינו נפגע.

ד) **והחשוב ביותר**: תקנון הכנסת מעניק ליו"ר הכנסת שיקול דעת עצום, כדבר שבשגרה, גם מול בקשות של 61 חברי כנסת. ראו בהמשך המאמר דיון מעמיק בהוראות תקנון הכנסת הנוגעות לעניין אדלשטיין. בהקשר שלנו כרגע, נסתפק בכך שבתקנון מצויים הסדרים מפורטים לפיהם יו"ר הכנסת קובע מתי להעלות נושא לסדר היום, במסגרת של חודשים (ואף יותר), ואף כאשר הבקשה מגיעה מרוב חברי כנסת (61 או יותר). לפי ס' 55 לתקנון הכנסת, יו"ר הכנסת יכול לקבוע דיון עד **חודש** אחרי שאושרה הצעה לסדר יום מצד רוב חברי הכנסת. ישנן הבחנות בין הצעה דחופה לבין הצעה רגילה. ישנם הליכי ערעור מסודרים לוועדת הכנסת במקרה שהחלטת היו"ר אינה מקובלת. ועוד ועוד. **בשורה תחתונה, כעניין שבשגרה, 61 חברי כנסת לא יקבלו בהכרח את מבוקשם מיו"ר הכנסת, ובהחלט לא באופן מיידי.** האם בכל המקרים הללו מדובר בסיכול רצון הבוחר?

נוסף על כל אלו יש להזכיר שאותם כללים הקבועים בחקיקה ובתקנון, המגבילים באופן תכוף את יכולת הפעולה של רוב בכנסת, הם בעצמם מייצגים "רוב" אחר בכנסת – הרוב שהצביע וקבע את הכלל. מדוע הרצון של רוב א', שקבע בתקנון כלל המחייב את הכנסת, נחות בפני רוב ב', רוב נוכחי בכנסת שמבקש להתעלם מהכלל שנקבע? האם רוב א' לא ייצג את הבוחר כאשר קבע את הכללים, והאם התעלמות מהכללים שקבע אינה "סיכול רצון הבוחר"?<sup>49</sup>

סיכומו של דבר, הפורמולציה שמעניק בית המשפט למבחן סבידור נראית פגומה ומלאכותית. הטעם היחיד שבית המשפט מציג הוא אי-ציות היו"ר לרוב מזדמן של 61 חברי כנסת. מובן כי לא ניתן לקבל טעם זה כ"פגיעה ביסודות המשטר החוקתי", כאשר מדובר בנורמה מקובלת ושגורה. בית המשפט אינו מצליח להסביר, מה שונה במקרה זה מהמקרים הרבים לאורך היסטוריית הכנסת, בהם יו"ר הכנסת קובע את סדר יומה של הכנסת שלא בדיוק לפי דרישות 61 חברי כנסת. וכיצד ניתן ליישב את קביעת בית המשפט, עם הוראות התקנון המפורשות המאפשרות מצב זה בדיוק במגוון רחב של מקרים?<sup>50</sup>

כך או כך, נותר קורא פסק הדין במצב בלתי נסבל. אין שום פירוט מהותי של מבחן סבידור עצמו; אין שום דיון מעמיק של החלת המבחן על המקרה הנידון; ואילו ההסבר היחיד שניתן לדלות מפסק הדין נטול היגיון משפטי, אינו מתיישב עם המציאות ואינו מתקבל על הדעת. כפי שנראה בהמשך, פגמים אלו בולטים עוד יותר על רקע העדר קביעה מפורשת כי התקנון הופר.

המשנה לנשיאה מלצר חוות דעתו כך: "אין לי אלא לסיים בתקווה שהלקחים יילמדו, ובעתיד לא נצטרך להידרש עוד לעתירות מסוג זה".<sup>51</sup> לא ברור אילו לקחים ניתן ללמוד מפסק הדין כפי שהוא נכתב.

<sup>48</sup> ס' 74 לתקנון הכנסת.

<sup>49</sup> ודוק, לא מדובר ברוב ב' שמבקש לשנות את התקנון, אלא פשוט לא לפעול על פיו. לעניין אפשרות רוב ב' לשנות את התקנון, ראו בהמשך המאמר.

<sup>50</sup> מן הראוי לציין כי בית המשפט גם אינו מסביר מדוע הפגיעה במקרה הנידון חמורה דיה כדי להצדיק התערבות בית המשפט, בעוד שמקרים חמורים בעבר לא הצדיקו זאת. דוגמא שימושית ניתן למצוא ב"עניין רייסר" שאוזכר לעיל. באותו המקרה הוחלט להדיח ולמנות מחדש ועדה שלימה בכנסת, זאת רק כדי להחליף את יו"ר הוועדה, וכך לעקוף הוראות מפורשות בתקנון שנגעו לאופן החלפת יו"ר הוועדה. המהלך קבע תקדים ולא היו בתקנון ובחוק הוראות ברורות החלות על הדחת הוועדה ומינויה מחדש. בית המשפט מתח ביקורת חריפה על המהלך, והדגיש שמן הראוי שהליך מסוג זה יוסדר בתקנון או בחקיקה ראשית. בית המשפט הזהיר כי המהלך "עלול לפגוע, בטווח הארוך יותר, בתקינות פעולתם של מוסדות הכנסת... יש חשש מפני השלכותיו של צעד זה על יציבות מוסדותיו של הגוף המחוקק ועל תדמיתו" (עניין רייסר, לעיל ה"ש 29, פס' 6, הדגשה שלי - י.ג.). דומה שמדובר במקרה חמור ביותר – הניסוח אפילו מזכיר את "מרקס החיים הפרלמנטריים" וכו'. ועם כל זאת, בחר בית המשפט שלא להתערב בהחלטה שנידונה, לאור הרף הגבוה שמציב מבחן סבידור. בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין אינו מסביר מדוע החלטתו של אדלשטיין חמורה יותר ממקרי עבר כמו עניין רייסר, בהם הוחלט שלא להתערב.

<sup>51</sup> פס' 15 לחוות דעת השופט מלצר, פסק הדין.

קוראת אשר תתבקש להציג ולפרט את מבחן סבידור, ולהסביר כיצד הוחל בג"ץ אדלשטיין, תמצא עצמה אובדת עצות.

#### 4. רציונל "עצמאות הכנסת"

באמרת אגב ובקצירת האומר, ניתן אולי לזהות יסוד אחר לקביעת בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין, המתבסס על רציונל "עצמאות הכנסת". הנשיאה מסכמת בפסה"ד כי סירובו של אדלשטיין "פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות עצמאית".<sup>52</sup> השופט עמית מגדיל וטוען כי התערבות בית המשפט היא בבחינת "חיזוק מעמדה של הכנסת כרשות נפרדת".<sup>53</sup> לאור הציון האגבי והבודד של הנשיאה חיות בפסקת ה"סיכום", נדמה שבית המשפט בעצמו אינו מייחס משקל משמעותי לטיעון זה. מה גם שאין בפסק הדין פירוט כיצד פגיעה זו נוצרת, מדוע החלטת אדלשטיין פוגעת בעצמאות הכנסת ובאילו מובנים זו נפגעת, וניתן לחלוק על עצם קיום הפגיעה (במיוחד לאור דיון החלופות שעמדו לחברי הכנסת המובא בהמשך). ובכל זאת יש מקום לתהות אודות נקיטת ביהמ"ש בטיעון זה כנימוק בעד התערבות בית המשפט, דווקא לאור הופעתו בבג"ץ סבידור כרציונל נגד אותה ההתערבות. לעניין זה רצוי להביא שוב את דבריו של השופט ברק בעניין סבידור:

מאידך גיסא עומד העיקרון, כי סדרי עבודתו של בית הנבחרים הם עניין פנימי שלו, השייך מבחינת הפרדת הרשויות לרשות המחוקקת עצמה, אשר בידה גם הכלים לבחינה עצמית ולבדיקה עצמית של החלטותיה שלה. מן הראוי הוא, על-כן, כי רשות השופטת תכבד את ענייניו הפנימיים של הגוף המחוקק ולא תתערב בהם.<sup>54</sup>

מובן כי לפי בג"ץ סבידור עצמו, עצמאות הכנסת מהווה שיקול מרכזי נגד התערבות שיפוטית, ועולה מדברי השופט ברק כי דווקא התערבות שיפוטית ב"סדרי עבודתו" של הכנסת היא-היא החותרת תחת עצמאות הכנסת. **נראה שהשופט ברק בעניין סבידור מניח כמובן מאליו, ועל פניו בצדק, כי עצמאות הכנסת משמעותה, בין היתר, יכולתה ויכולת חבריה ליישב סכסוכים ומחלוקות במסגרת המנגנון הקיים והכלים העומדים לרשותה, מבלי להיזקק לגורם חיצוני אשר יכפה על הצדדים פתרון "מבחוץ".** זוהי אם כן משמעותה של עצמאות פרלמנטרית במובן של שיקולי מבחן סבידור.

קריאה אחרת של שיקול זה, כאילו "עצמאות הכנסת" יש בה דווקא להצדיק התערבות שיפוטית בהליכים פנים פרלמנטריים, דורשת לכל הפחות ביסוס ודיון מעמיק. על בית המשפט להציג תזה סדורה, כיצד "התהפך" שיקול עצמאות הכנסת ממובנו המקורי בעניין סבידור נגד התערבות שיפוטית, והפך לדידו לשיקול המאפשר ומצדיק התערבות זו. זאת במיוחד שעה שמשמעותו ה-*prima facie* של הביטוי "עצמאות הכנסת", וכן האופן בו מוצג הרציונל ע"י השופט ברק בעניין סבידור, תומכים בהבנה כי "עצמאות" זו באה לידי ביטוי ביכולת הכנסת לפתור בעיות פנימיות באופן עצמאי, וכי כפיית פתרון ע"י בית משפט חיצוני מהווה סתירה מוחלטת לעצמאות זו.<sup>55</sup>

#### 5. הצעה להגדרת מבחן סבידור כשאלה של חלופות

לאחר שדחינו את הגדרת מבחן סבידור שמתפרש במשתמע מפסק הדין, מן הראוי ליצוק תוכן למבחן זה מקום שבית המשפט אינו מוכן לעשות זאת. מטבע הדברים מאמר זה אינו שואף להגדיר באופן ממצה את שלל המשמעויות שעשויות להתפרש מהמונחים העמומים של מבחן סבידור. ועם זאת נראה שניתן להציע

<sup>52</sup> פסי' 15 לפסק הדין.

<sup>53</sup> פסי' 6 לחוות דעת השופט עמית, פסק הדין.

<sup>54</sup> עניין סבידור, לעיל ה"ש 10, פסי' 7.

<sup>55</sup> פרופ' רבקה ווייל מפריכה טענה זו לחלוטין בסקירה היסטורית ונורמטיבית יסודית, על רקע הלכת אדלשטיין. ראו ווייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4.

כיוון ראשוני, ולפיו לבחון אם החלטת אדלשטיין נכנסת בגדר אותם "מקרים מיוחדים" הכלולים במבחן סבידור.<sup>56</sup>

בליבה של בחינת כל פגיעה ב"מרקם החיים הפרלמנטריים" וב"יסודות מבנה המשטר החוקתי" נמצאת השאלה, האם הפרלמנט (היינו, חברי הכנסת) יכול לבצע את תפקידו הכללי כמחוקק וכמפקח על הרשות המבצעת, או שמא האם אותה פגיעה מונעת מהפרלמנט למלא את תפקידיו החשובים. פעולה שמונעת מהפרלמנט מלבצע את תפקידו פוגעת כנראה פגיעה חמורה במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות מבנה המשטר החוקתי שלנו.

זו אינה הגדרה פרי דמיוני (אם כי אני מצדד בה). היא שאולה מפסק הדין של בית המשפט העליון הבריטי בפרשת R v. The Prime Minister, אותו איזכר המשנה לנשיאה מלצר ואליו אתייחס בהמשך.<sup>57</sup> כאן ענייננו בפס"ד זה הוא רק אופן הגדרת הפגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים של ריבונות הפרלמנט. בשורה התחתונה, קבע שם בית המשפט שפעולת ראש הממשלה תהא לא חוקית אם תוצאתה תהיה סיכול או מניעה, ללא הצדקה סבירה, של יכולת הפרלמנט לבצע את תפקידיו החוקתיים כמחוקק וכמפקח על הרשות המבצעת. במקור:

[...] has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive.<sup>58</sup>

נראה שהגדרה זו שימושית לענייננו.<sup>59</sup> ניתן לחשוב על הגדרות דומות או אחרות, אך בעלות קו משותף: "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" משמעותה פעולה שמונעת מהכנסת לבצע את תפקידיה.

בחינה האם פעולה מונעת מהכנסת לבצע את תפקידיה יכולה להיעשות במספר דרכים. הדרך המוצעת לבחון זאת היא לשאול מהן החלופות העומדות בפני הפרלמנט. כפי שתואר לעיל, בישראל (כמו בכל מבנה שלטוני דמוקרטי) ישנן שלל הוראות ומגבלות המפריעות לכנסת או לרוב שבה לקבל את מבוקשם באופן מידי, כדבר שבשגרה. חלק מההצדקה להסדרים מסוג זה הוא שיש לכנסת דרכים חלופיות לעקוף את ההסדרים הללו, במידה ומעוניינת בכך. מובן שהפרעה מסוג זה בלבד, אין משמעותה מניעה שמהווה פגיעה ביסודות השיטה. אדרבא, לעתים קרובות ה"הפרעות" הללו הן "פיציר ולא באג" – אלו איזונים ובלמים קלאסיים שנועדו למתן החלטות פזיזות, להעניק זמן למחשבה ולסקירת מהלכים, לאפשר ביקורת ציבורית, לאלץ גיוס תמיכה פרלמנטרית רחבה, וכן הלאה.

ניתן לומר שאם לכנסת ישנן חלופות שתוכל להפעיל כדי לעמוד על שלה מול גורם המבקש להגביל אותה, או אם לרוב מסוים בכנסת ישנם כלים שיכול להפעיל כדי לקבל את מבוקשו, אזי הפעולה המגבילה אינה "מונעת" מהכנסת לבצע את תפקידיה. אם פעולה המגבילה את הכנסת במילוי תפקידיה מעמידה את הכנסת בפני מבוי סתום, ואין לכנסת (או לרוב בה) חלופה מלבד לקבל את רוע הגזירה, אזי הפעולה מונעת מהכנסת

<sup>56</sup> פרופ' סוזי נבות במאמרה הציעה אף היא פורמולציה חלופית למבחן סבידור, על בסיס מבחן פגיעה ברשימה מוגדרת של עקרונות יסוד וזכויות יסוד פרלמנטריים. ראה נבות, ה"ש 16 לעיל, 776-785. לא מן הנמנע כי החלטת מבחן סבידור לפי הגדרתה של פרופ' נבות היתה מביאה לתוצאה אחרת מתוצאת פסק הדין.

<sup>57</sup> R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) [2019] UKSC 41, להלן "פרשת מילר". עניין מילר, עמ' 2 לסיכום פסה"ד מאת בית המשפט.

<sup>59</sup> השופט מלצר נוקט בגישה דומה בחוות דעתו, כאשר מתאר את "שיתוק" הכנסת ואי יכולתה להפעיל כהלכה את תפקידיה. ר' פס' 4 לחוות דעתו בפסק הדין.

לבצע את תפקידה. מבחן זה שימושי גם עבור מי שאינו מקבל אותו, שכן מכל מקום **קיומן של חלופות סבירות מערערת את הקביעה שהתקיימה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים"**.

לפני שנתקדם, אין זה מיותר לציין שדיון קצר מהסוג שהתבצע כעת (שבהחלט ניתן להציע גרסאות אחרות שלו) נעדר לחלוטין מפקס הדין, וקשה לומר שהתקיים בצורה כלשהיא בפסיקה שקדמה לו.

נחיל מבחן זה על התנהלות אדלשטיין לפי ההגדרה לעיל. כזכור, גם אם נניח שהפעולה של אדלשטיין הייתה **בלתי-ראויה** (שאלה מס' 1 – רוב הדיון בפסק הדין), והיתה גם **בניגוד לחוק** (שאלה מס' 2 – כמעט ללא התייחסות בפסק הדין), עדיין יש להראות שהיא פוגעת "במרקם החיים הפרלמנטריים" כדי להצדיק התערבות בית המשפט, לפי מבחן סבידור. אלא שבחינת נסיבות המקרה הנידון מראה שהמצב היה רחוק מ"מניעת חלופות" לאותו רוב בכנסת שרצה למנות יו"ר חדש. **בפועל, היו פתוחות בפני אותו רוב מספר חלופות ריאליות**. חלופות אלו שומטות את הקרקע תחת הטיעון שהחלטת אדלשטיין היוותה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", בכל דרך שנבחר להגדיר מבחן זה. חלופות אלו גם מחלישות כל טיעון על "סיכול רצון הבוחר", שעה שעומדות לרשות רוב חברי הכנסת דרכים חלופיות להשגת מבוקשם.

מן הראוי למנות את העיקריות שבחלופות אלו. **ראשית**, אותו רוב של 61 חברי כנסת (להלן: "ה-61") **יכלו לשנות את תקנון הכנסת**. בתקנון הכנסת ישנן הוראות מפורטות המאלצות את היו"ר לפעול לפי לוח זמנים מקוצר ומוגדר היטב, לדוגמא במקרה של הצעה להצבעת אי-אמון בממשלה (על כך בהמשך). לשינוי תקנון נדרש רוב רגיל וקריאה אחת בלבד. ה-61 יכלו לשנות את התקנון באופן שיגדיר באופן מפורש את לוח הזמנים אליו יו"ר הכנסת (הזמני) מחויב במקרה של הצעה למינוי יו"ר קבוע. שום דבר לא מנע מאותם 61 לשנות את התקנון באופן שישקף את רצונם – זוהי, אם תרצו, "דרך המלך". בתקדימים שונים בית המשפט מדגיש שדרך זו פתוחה בפני חברי הכנסת ועדיפה על פני דרכים אחרות.<sup>60</sup>

ומה אם אדלשטיין היה מסרב להעלות לסדר היום דיון על שינוי התקנון? נתעלם רגע מהכלים האחרים העומדים לרשות הרוב לכפות זאת על אדלשטיין. לכל הפחות, במקרה כזה טיעון "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" היה יותר משכנע. אם רוב בכנסת מבקש לשנות את התקנון למטרה מוצהרת של שינוי הכללים לשם החלפת יו"ר הכנסת, ויו"ר הכנסת אינו מאפשר זאת, הרי שזה מתקרב יותר לתנאי מבחן סבידור (שכן מקרה כזה מתקרב יותר ל"מבוי סתום" בפני חברי הכנסת).

**שנית**, מה שנשמע כמעט טריוויאלי – רוב חברי הכנסת **יכלו להקים ממשלה**. שום דבר לא מנע מאותם 61 חברי כנסת ליצור קואליציה ולהקים ממשלה, ואין דבר בעולם שאדלשטיין יכל לעשות כדי למנוע זאת. לו היו רוצים בכך, הדרך היתה פתוחה בפני ה-61 והם יכלו לכונן ממשלה וכן למנות יו"ר כנסת בקלות יתרה. מוסכם לכולי עלמא כי הדין מחייב מינוי יו"ר חדש לפני כינון הממשלה, ומובן כי לא היה בידו של אדלשטיין לעכב בחירת יו"ר במקרה של כינון ממשלה. כל עוד אפשרות קרדינלית זו פתוחה בפני אותו "רוב" מקופח כביכול, לא ברור כיצד ניתן לטעון ל"סיכול רצון הבוחר" ולפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.

אותם 61 חברי כנסת בחרו שלא להפעיל אף אחת מהחלופות הללו. ייתכן שהיו להם סיבות מוצדקות לכך. ניתוח ובחינה של שיקולים אלו שייך לתחום הפרשנות הפוליטית ולא לתחום הטיעונים המשפטיים. אותם שיקולים חשובים אינם מעלים או מורידים מעצם העובדה שלאותם 61 עמדו חלופות ריאליות וברורות למימוש דרישותיהם. **החלטת אדלשטיין אינה מונעת מהרוב בכנסת להשיג את מבוקשו, לאור יכולתו**

<sup>60</sup> ראו בעניין ר"צ, לעיל ה"ש 29, פס" 3: "אם סברו חברי הכנסת, או הרוב שביניהם, כי יש טעמים לשינויו של האמור בסעיף 36 לתקנון בכל הנוגע למועד קיומה של הבעת אי-אמון, מן הנכון היה שהדבר ימצא ביטוי בתקנון או בנקיטת אחת הדרכים שנקבעו בו."

**לנקוט באחת מהדרכים החלופיות, ועל כן אינה מהווה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים".** מאותם הטעמים, קשה לראות כיצד ההחלטה היא "סיכול רצון הבוחר", כאשר לנציגי הבוחר ישנן הזדמנויות אחרות רבות לממש את רצון הבוחר.

גישה זו עקבית גם עם שני המקרים האחרים בהם החליט בית המשפט להתערב בהחלטה פנים פרלמנטרית – עניין כהנא 1 ועניין סיעת כד. בשני המקרים הללו החלטת יו"ר הכנסת היתה כנגד סיעת יחיד (חבר כנסת בודד), כאשר העותר היה מנודה ולא נהנה מתמיכה ומשיתוף פעולה של סיעות אחרות, ומובן היה כי לא היתה לו כל חלופה אחרת למימוש רצונו (ולאכיפת הדין) מלבד פנייה לבית המשפט.

### ג. מרכזיות תקנון הכנסת והעדר הדיון בו

#### 1. חשיבות הוראות תקנון הכנסת במבחן סבידור

בתחילת המאמר נטען ששאלת העמידה בהוראות תקנון הכנסת היא נפרדת מתנאי מבחן סבידור, ועשויה להיות משנית לשאלת ה"פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים". ואולם, יהיה נכון יותר לומר שלשאלת הפרת תקנון הכנסת ישנה משקל רב במסגרת ההכרעה במבחן סבידור, כפי שנראה כעת. זאת במיוחד מקום שבו המשפט בוחר להתערב בעניינים פנים-פרלמנטריים. בתקדימים השונים שהוצגו לעיל **התקיימה בחינה מדוקדקת של הוראות התקנון החלות על המקרה**, ולרוב היתה גם הכרעה ברורה אם ההחלטה הנידונה חרגה מהוראות התקנון. מן הראוי היה לדון בהוראות תקנון הכנסת לאור הרציונל של מבחן סבידור, לאור התקדימים שעשו זאת ולאור ההיגיון המשפטי בכך.

הרציונל המקורי של מבחן סבידור מבהיר היטב את חשיבות התנהלות היו"ר בהתאם להוראות התקנון. בפס' 7 לבג"ץ סבידור, דן השופט ברק בשיקול העיקרי בעד התערבות בית המשפט, על אף השיקולים הכבדים של הפרדת רשויות וכיבוד עצמאות הרשות המחוקקת. זהו שיקול "שלטון החוק", במשמעותו הפשוטה שכל רשויות השלטון כפופות לחוק וחייבות להיצמד להוראות החוק ולפעול במסגרתן, לרבות בהתנהלות הכנסת. השופט ברק מתמקד באופן כמעט בלעדי בתקנון הכנסת, **וניכר כי לשיטתו ישנה חשיבות מכרעת לעמידה בהוראות התקנון, וכי זה המובן העיקרי של "שלטון החוק" בכנסת.** כמעט ניתן לומר שאליבא דברק, הפרת התקנון היא תנאי להפעלת מבחן סבידור. דבריו מדברים בעד עצמם:

עקרון שלטון החוק מופנה הן לפרטים והן לזרועות השלטון, והוא חל גם על בית הנבחרים עצמו, בחינת "שלטון החוק במחוקק" ... על-כן, אם תקנון הכנסת קובע הוראות, שעל-פיהן על רשויות הכנסת לנהוג בהליכים "הפנימיים" של הבית, עליהן לפעול על-פי הוראות התקנון... הוראות התקנון משקפות את הדין, שנראה כראוי לכנסת לניהול חייה הפרלמנטריים, ולמתן הזדמנות לחברי הכנסת למלא את שליחותם המדינית. הפרת התקנון פוגעת בכל אלה, והביקורת השיפוטית חיונית למניעתה של פגיעה זו, שכן בלא דיין אין דין, ובמקום שבו המשפט אינו מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק.<sup>61</sup>

ישנו חשש כי בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין לא נתן משקל מספיק לרציונל זה העומד בבסיס העילה להתערבות בית המשפט, או למרכזיות התקנון בתוך רציונל זה, לפי הלכת סבידור.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> עניין סבידור, לעיל ה"ש 10, פס' 7 (הדגשה שלי – י.ג.).

<sup>62</sup> לדוגמא, השופט עמית בחוות דעתו מציע עילה אחרת להתערבות בית המשפט: "מכאן נכוונתו של בית המשפט להעביר תחת שבת ביקורתו גם החלטות 'פנימיות' של בית המחוקקים כדי לשמור על זכויות המיעוט, על אף הריסון השיפוטי בו הוא נוהג לגבי התערבות בהחלטות הכנסת." (פס' 3 לחוות דעתו של השופט עמית בפסק הדין, הדגשה שלי – י.ג.). השופט עמית אינו מצביע על

התקדימים האחרים משקפים היטב את מרכזיות התקנון במבחן סבידור, ואין זה מקרה שבפסקי דין קודמים בית המשפט קיים דיון מעמיק בהוראות התקנון הכתובות. ברוב המקרים בהם בית המשפט מחליט שלא להתערב בהחלטת יו"ר הכנסת, הוא גם אינו קובע שהיתה סטייה מהתקנון.<sup>63</sup> חשוב מכן, וכפי שנידון לעיל, בשני המקרים היחידים בהם בית המשפט החליט להתערב, הוא עשה זאת על בסיס קביעה מפורשת כי יו"ר הכנסת פעל שלא כדין בכך שסטה מהוראות התקנון.<sup>64</sup> די בכך ללמד על קשר חזק בין הוראות התקנון לבין מידת מוכנות בית המשפט לסטות מהכלל שקבע לעצמו ולהתערב בהחלטות מעין אלו.

ישנו היגיון פשוט המסביר מדוע תחולת מבחן סבידור מושפעת מהתאמת ההחלטה להוראות התקנון. אמנם סטייה מהוראות התקנון אינה גוררת אחריה בהכרח התערבות ביהמ"ש (כפי שראינו בעניין ר"צ ובעניין לבנת), ופעולה בהתאם להוראות התקנון אינה מגינה בהכרח מהתערבות בית המשפט. אך ניתן לומר כי התאמה לתקנון מהווה אינדיקציה לחוקיות הפעולה ומקימה חזקה מסוימת שההחלטה אינה פסולה. כאשר החלטה מתקבלת לפי הוראות התקנון ובתוך מסגרת כללים וסמכויות שהוגדרו היטב על ידי המחוקק עצמו, קשה יותר לטעון שאותה החלטה "פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים". הדעת נותנת שלעותר (או לבית המשפט) יש רף גבוה יותר שעליו לעמוד בו, כדי לשכנע כי פעולה "כשרה" לפי התקנון בכל זאת מהווה פגיעה לפי מבחן סבידור.

פסיקת בית המשפט בעבר אינה מותירה מקום לספק בעניין זה, כפי שנראה כעת. עולה רושם ברור שעמידה בהוראות התקנון עשויה להוות הגנה בלעדית ומספקת מפני התערבות בית המשפט, ובמבחן התוצאה, בית המשפט בחר להתערב רק באותם מקרים בהם היתה הפרה ברורה של התקנון ולאחר דיון מעמיק באותן הוראות ובאופן הפרתן. להלן דוגמאות אחדות הממחישות זאת.

בעניין יעקב שמאי, בית המשפט מבהיר כי יש לנהוג בריסון כאשר ההחלטה הנידונה מתקבלת בתוך גבולות תקנון הכנסת:

בית המשפט איננו יושב כערכאת ערעור על החלטותיהם של היושב-ראש והסגנים, וכמקובל עלינו, נוהג בית המשפט בריסון בכל הנוגע לכניסה לתחום הסמכות הפנים-פרלמנטרית שהיא בגבולות התקנון.<sup>65</sup>

באותו פסק דין, ובהקשר שנראה רלוונטי לבג"ץ אדלשטיין, בית המשפט מדגיש גם כי סטייה מהוראות התקנון אינה גוררת בהכרח התערבות שיפוטית:

דרך העלאתו של נושא לסדר היום או מועד הדיון בסוגיה פלונית בכנסת מן הראוי שימצאו פתרונם בהליכים שהכנסת קבעה לעצמה, ואין מקום לכך שכל טענה בדבר סטייה מהוראה תקנונית, שאין לה משמעות חוקתית מהותית, תגרור אחריה פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, כדי שזה יפקח, כביכול, על סדרי עבודת הכנסת בכלל ועל

מקור כלשהוא כבסיס לקביעה זו, על אף שהיא אינה משקפת כלל את הרציונל המנוסח בהלכת סבידור – המילה "מיעוט" כלל אינה מופיעה בעניין סבידור או בעניין פורת. ככל שהשופט עמית לא ביקש לקבוע הלכה חדשה, היה זה תיאור שגוי של ההצדקה ביסוד התערבות בית המשפט בהחלטות פנים-פרלמנטריות. יצוין כי ודאי ישנם מקרים בפסיקה (אליהם השופט עמית לא מפנה) בהם בית המשפט נחלץ לסיוע של מיעוט כזה או אחר, דוגמת עניין "כך". ואולם, גם שם מוקד הדיון הוא עמידה בהוראות התקנון והזכויות המעוגנות שם, ולא עקרון מופשט כזה או אחר של "זכויות המיעוט". ואכן, בעניין כך מבהיר ביהמ"ש כי ניתן בנקל לשנות את ההסדר הקיים באופן הפוגע במיעוט (מניעת סיעת יחיד מהגשת הצעת אי-אמון), באמצעות שינוי התקנון בלבד.

<sup>63</sup> בחלק מהמקרים בית המשפט קובע מפורשת שהתקנון לא הופר, ובחלקם בית המשפט נמנע מהכרעה חד משמעית בעניין.

<sup>64</sup> עניין סיעת כך ועניין כהנא 1, לעיל ה"ש 29.

<sup>65</sup> עניין יעקב שמאי, לעיל ה"ש 29, פס' 6 (הדגשות שלי – י.ג.).

קביעת המועדים בפרט. אפילו סטה יושב הראש מן התקנון במקרה דנן, הרי זו סטייה קלת ערך [...] <sup>66</sup>

בעניין חיים רמון נ' משה נסים, בית המשפט אינו מתערב מאחר ואינו מוצא מקור בתקנון לחיוב שכביכול הופר בהחלטה פנים פרלמנטרית:

סיכומו של דבר, אף בלי שבוחנים איך יש ליישם במקרה דנן את המבחנים המקובלים עלינו לעניין תחמת הסמכויות בין הרשויות, לא ניתן היה להגיע למסקנה, שנוצר חיוב מכוח התקנון שלא קוים, וכי מוצו ההליכים המתחייבים בכגון דא. <sup>67</sup>

באופן דומה, בעניין ענת קם בית המשפט אינו מתערב בהחלטת יו"ר הכנסת, בין היתר משום ש:

אין בעתירה כל טענה בדבר סטייה מתקנון הכנסת [...] <sup>68</sup>.

מרתקת במיוחד היא הדוגמא הכפולה של עתירות חה"כ מאיר כהנא, בעניין כהנא 1 וכהנא 2 והתובנות העולות מההשוואה ביניהם. עניין כהנא 1, שהוא אחד מבין שני המקרים היחידים (קודם לבג"ץ אדלשטיין) בו התערב בית המשפט בהחלטה פנים-פרלמנטרית, עסק בעתירה נגד החלטת נשיאות הכנסת (יו"ר הכנסת וסגניו) שלא להעלות לסדר-יום הכנסת הצעות חוק פרטיות של כהנא, מהנימוק שהצעות החוק היו גזעניות. זאת חרף הוראה ברורה בסעיף 134(א) לתקנון הכנסת, שקבע כי "כל חבר הכנסת רשאי להציע הצעת חוק". בית המשפט קבע כי החלטת נשיאות הכנסת שלא להעלות את הצעות החוק הפרה סעיף זה של התקנון, וכי הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים עלתה כדי תנאי מבחן סבידור והצדיקה את התערבות בית המשפט. ואולם, בית המשפט הבהיר כי דווקא היה ניתן להכשיר את ההחלטה האמורה באמצעות שינוי תקנון, על אף הפגיעה הגלומה בה:

בטרם נסיים סוגיה זו ברצוננו לחזור ולהדגיש כי גישה זו שלנו מבוססת על הסדריו הקיימים של תקנון הכנסת, לפיו "כל חבר הכנסת רשאי להציע הצעת חוק" (סעיף 134(א)). למותר לציין, כי הכנסת רשאית לשנות הסדר זה ובכך להצר או להרחיב את כוחו של חבר הכנסת היחיד להניע את גלגלי החקיקה של הכנסת. בעניין אחרון זה אין אנו מביעים כל עמדה. <sup>69</sup>

כלומר, גם כאשר מדובר בפגיעה חמורה דיה כדי להצדיק את התערבות בית המשפט, הרי שעמידה בהוראות התקנון עשויה להכשיר את הפגיעה ולמנוע את התערבותו.

ואכן, כך בדיוק קרה בעניין כהנא 2.

כשנה לאחר עניין כהנא 1, חה"כ כהנא הגיש בשנית את אותן הצעות החוק בדיוק (ולכן נוספו עוד כמה הצעות חוק ברוח דומה); שוב נשיאות הכנסת סירבה להעלות את הצעות החוק לדיון ולהצבעה במליאת הכנסת. אלא שכעת כבר נוספה הוראה חדשה לתקנון הכנסת, בס' 134(ג): "יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי." תיקון זה בא כתגובה ישירה לפסיקת בית המשפט בעניין כהנא 1.

<sup>66</sup> שם, פס" 7.

<sup>67</sup> עניין משה נסים, לעיל ה"ש 29, פס" 3.

<sup>68</sup> עניין ענת קם, לעיל ה"ש 29, פס" 8.

<sup>69</sup> עניין כהנא 1, לעיל ה"ש 29, פס" 15.



בית המשפט בעניין כהנא 2 החליט שלא להתערב בהחלטת נשיאות הכנסת, שהתבססה על הוראת תקנון חדשה זו. השופט שמגר הסביר:

איני מוצא הצדקה לכך, שנתערב בנושא שלפנינו, שעניינו הפעלת סמכויות לפי התקנון ועל-פי העקרונות המותווים בו, כאשר מדובר, כאמור, בעניין שלידתו בתקנון ובתחומיו, ואף הסייגים הכרוכים בו עולים אך ורק ממנו ובו.<sup>70</sup>

משמעותה של קביעה זו היא מרחיקת לכת. באחד משני המקרים היחידים בהם התערב בית המשפט בהחלטה פנים פרלמנטרית, בית המשפט סירב להתערב בשנית לאחר שהפעולה הוכשרה ע"י תקנון הכנסת. פעולה שהיוותה לכל הדעות "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", מבחינת מהותה ותוצאתה, הפכה לחסינה מהתערבות שיפוטית לאחר שהותרה בתקנון. המשתנה המכריע בין עניין כהנא 1 לעניין כהנא 2 היה אפוא האם הופר התקנון, ולא ההחלטה הנידונה בפני עצמה. מחובתנו להסיק כי עמידה בתקנון הכנסת מהווה מרכיב מרכזי, אולי המרכזי ביותר, ואולי אפילו מכריע, בכל הנוגע למבחן סבידור וקביעת "פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים". איני רואה דרך אחרת להבין את השתלשלות הפסיקה דלעיל.

למען הסר ספק, אין בכונתי לטעון כי הפרת הוראה תקנונית (או חוקית) הינה תנאי הכרחי או בלעדי לתחולת מבחן סבידור, ואיני טוען כי כל פעילות במסגרת התקנון מוגנת באופן מוחלט מהתערבות שיפוטית. אדרבא, השופט ברק הבהיר בעניין סיעת כך, כי:

ראוי לו לבית המשפט שיתערב גם במקרים של שיקול-דעת פסול של רשות מרשויות הכנסת אם שיקול-דעת זה נוגע בעניין מהותי לחינו הדמוקרטיים, אף אם אינו עולה כדי חריגה מסמכות פונקציונאלית.<sup>71</sup>

ואולם, הדגש המפורש החוזר והנשנה אודות חשיבות התקנון, הדיון המעמיק בהוראות התקנון, התערבות בית המשפט בעבר ב במקרים של הפרת התקנון, ושאר הראיות המצטברות, עולות לכדי תמונה ברורה של חשיבות עליונה וכמעט-מכרעת להוראות תקנון הכנסת במסגרת בחינת עמידה בתנאי מבחן סבידור. כאמור לעיל, **ניתן להסיק כי קיימת חזקה פסיקתית מובהקת לפיה נדרשת הפרה מובהקת של הדין כתנאי להצדקת התערבות שיפוטית במסגרת מבחן סבידור**.

אם נתרגם את האמור למונחים שכיחים כיום במשפט המינהלי ולשאלות שהוצגו לעיל, הרי שבית המשפט לאורך השנים ביקש לבחון תמיד אם התקיימה חריגה מסמכות פורמלית, וסירב להתערב אם לא נקבעה חריגה שכזו, מחד; ומנגד, בית המשפט סירב לבחון את שיקול דעת מקבל ההחלטה ושלל את הרלוונטיות של עילת הסבירות המודרנית. בית המשפט בעניין אדלשטיין צעד בכיוון ההפוך, כאשר התמקד בשאלת שיקול הדעת בעודו מתעלם משאלת החריגה מסמכות.

אם כן, לאור התקדימים הללו מובן מדוע היה ניתן לצפות מבית המשפט לקיים (לכל הפחות) דיון מעמיק בהתאמת החלטת אדלשטיין להוראות התקנון – ואם הפר אותן, איזה סעיף תקנון הופר, וכיצד. אלא שבפסק הדין אין בנמצא דיון שכזה או שדומה לו. **בהתחשב במסקנה הסופית שהכריעה בעד התערבות בית המשפט, מדובר בפגם ממשי בניתוח המשפטי בפסק הדין**, במיוחד לאור ההיסטוריה הפסיקתית של בית המשפט. העדר בחינה של הוראות התקנון, וחוסר יכולת להצביע על חריגה מהוראות התקנון, מגביר

<sup>70</sup> עניין כהנא 2, לעיל הי"ש 22, פס' 4.

<sup>71</sup> עניין סיעת כך, לעיל הי"ש 29, פס' 23 (הדגשה שלי – י.ג.).

את החובה המוטלת על בית המשפט לנמק את מסקנתו הכללית – נימוק שחסר גם הוא בפסק הדין, כפי שראינו לעיל.

## 2. דיון בסעיפי תקנון החלים על בג"ץ אדלשטיין

מן הראוי אפוא להקדיש כמה הערות לעניין הוראות תקנון הכנסת הנוגעות לבג"ץ אדלשטיין. המטרה אינה דווקא לשכנע שאדלשטיין פעל בתוך מסגרת התקנון, אלא בעיקר להמחיש מדוע לכל הפחות היה נדרש דיון מפורט מצד בית המשפט. השאלה העיקרית שצריכה לעמוד ברקע הסקירה להלן הינה, "האם ניתן להצביע על הוראה בתקנון המחייבת את יו"ר הכנסת להעלות לדיון הצבעה למינוי יו"ר כנסת קבוע, ובאופן מיידי?". להלן הוראות תקנוניות רלוונטיות.

(א) יש לדבוק בהוראות תקנון הכנסת. ס' 142 לתקנון הכנסת קובע כי: "הכנסת לא תדון בשום עניין בצורת דיון החורגת מהוראות תקנון זה...". מי שמבקש לחייב את יו"ר הכנסת לפעול בצורה מסוימת, עליו למצוא לכך אסמכתה בתקנון הכנסת. מי שמבקש לחייב חריגה מכלל אחד בתקנון הכנסת, חייב להפנות למקור אחר בתקנון הכנסת המאפשר זאת. התקנון עצמו קובע כמה הליכים שמאפשרים זאת.

(ב) הכלל השיורי לגבי העלאת נושאים לסדר יום הכנסת. תקנון הכנסת מגדיר פרוצדורה מורכבת של העלאת נושאים לסדר יומה של הכנסת. באופן כללי, יו"ר הכנסת קובע את סדר היום לפי שיקול דעתו, אף שהוא מוגבל בצורות רבות (ס' 25). הדרך הרגילה והשגרתית להעלאת נושאים לסדר יום הכנסת היא הצעות לסדר היום. השלב הראשון הוא הגשת "הצעה לסדר יום" (ס' 52). שלב שני הוא אישור ההצעה על ידי יו"ר הכנסת. שלב שלישי הוא דיון ע"י הכנסת אם לקבל את ההצעה (כלומר, האם לכלול את הנושא בסדר יומה של הכנסת). בשלב הבא ניתן להעלות את הנושא עצמו לדיון ולהצבעה במליאת הכנסת (ס' 56). לכל אחד מארבעת השלבים הללו ישנן מגבלות זמנים ברורות ומפורטות. לדוגמא, לאחר שהחליטה הכנסת לכלול נושא בסדר יומה (השלב השלישי), יו"ר הכנסת קובע מועד לדיון באותו הנושא **בתוך שלושה חודשים** מיום קבלת החלטה (ס' 56). סביב כל אלו קיימים הסדרים שונים שנועדו להתמודד עם שלל מצבים – ניתן לערער לוועדת הכנסת על החלטת היו"ר בכמעט כל שלב, ניתן לסווג הצעה לסדר יום כ"דחופה" (ס' 54) באופן המשפיע על מסגרת הזמנים, וכן הלאה.

ראוי להתעכב על ס' 55, הקובע הליך מיוחד עבור הצעה לסדר יום שהגישו רוב (61 או יותר) חברי כנסת. הליך זה רלוונטי במיוחד לענייננו בבג"ץ אדלשטיין. מבחינת הסעיף עולה כי יו"ר הכנסת "רשאי" לדלג על כמה מהשלבים לעיל ו"לראות את הנושא כאילו הכנסת החליטה לכלול אותו בסדר יומה". אם החליט לעשות כך, יו"ר הכנסת יכול לקבוע דיון בנושא "בתוך חודש מיום קבלת החלטה".

**עצם קיומו של סעיף זה עומד בסתירה לרציונל הראשי שהציג בית המשפט בפסק הדין.** ס' 55 מתייחס בדיוק למקרה בו מבקשים רוב חברי כנסת להעלות נושא לסדר היום. ואולם, ראה זה פלא: ההצעה חייבת לעבור את כל השלבים הרגילים, ויו"ר הכנסת "רשאי" (ורשאי שלא) לדלג על השלבים הראשוניים. לא רק זאת, אך אפילו אם החליט יו"ר הכנסת לדלג על שלבים אלו, הוא אינו מחויב לקבוע דיון מיידי – הנושא ייכלל בסדר יום הכנסת "בתוך חודש". כלומר, **התקנון מכיר בקלות, שחור על גבי לבן, במקרה שבו "רוב חברי כנסת" אינם מקבלים את דרישתם לדיון מיידי בכל נושא שירצו.**

(ג) **התקנון מבהיר בדיוק מתי יש לחרוג מהכלל הרגיל.** בתקנון הכנסת ובחקיקה אחרת ישנם מספר מקרים בהם נקבע הסדר נפרד, אשר מחליף את ההסדר הרגיל שתואר לעיל. מקרים אלו מעידים על כלל ברור: **כאשר ישנה כוונה לחרוג מכללי הפרוצדורה הרגילים, תקנון הכנסת אומר זאת במפורש.** זאת במיוחד

במקרים רגישים בהם תקנון הכנסת מצמצם את שיקול דעת יו"ר הכנסת. כלומר, מנכחי תקנון הכנסת ידעו היטב לקבוע הסדרים החורגים מהכללים ה"רגילים" בהתאם לתרחישים הדורשים זאת לדעתם.

דוגמא קלאסית היא הצבעת אי-אמון. מבלי לצלול לעומק הפרטים, כך קובע ס' 44(ה)(3): "הוגשה ההצעה להביע אי-אמון בממשלה כאמור באותה פסקה בצירוף חתימותיהם של 61 חברי הכנסת לפחות, יתקיים הדיון... בהקדם האפשרי ולא יאוחר משבוע מיום הגשת ההצעה, לרבות בתקופת הפגרה." (הדגשה שלי – י.ג.). כאן תקנון הכנסת קובע חריגה ברורה מהכללים הדיוניים הרגילים, ומציב מסגרת זמנים חד-משמעית לקיום הדיון בהצעת אי-אמון.

דוגמא נוספת מופיעה בחקיקה ונוגעת לענייננו. סעיף 13(ב) לחוק יסוד: הממשלה קובע כך: "הרכיב חבר הכנסת ממשלה, יודיע על כך לנשיא המדינה וליושב ראש הכנסת, ויושב ראש הכנסת יודיע על כך לכנסת ויקבע ישיבה... בתוך שבוע ימים מיום ההודעה לכנסת לפי סעיף קטן זה." (הדגשה שלי – י.ג.). גם כאן, החוק אינו מותיר מקום לספק ומבהיר בדיוק את מסגרת הזמנים המחייבת לשם קיום הדיון האמור.

"מכלל לאו אתה שומע הן" – אם תקנון הכנסת והחוק יודעים היטב כיצד להגדיר מסגרת זמנים מיוחדת, החורגת מהכללים הרגילים, עלינו להניח כי כל עוד לא נקבעה חריגה מסוג זה, אין כל הצדקה "להסיק" חריגה מקום בו זו אינה נקבעת במפורש. זאת במיוחד לאור הוראות ס' 142 שאוזכר לעיל.

ד) אין כלל חריג בנוגע למינוי יו"ר כנסת. כעת מגיעים אנו לס' 2(ב), שהוא העיקרי (ולרוב היחיד) אליו מתייחס בית המשפט בפסק הדין. הסעיף מורה כי "יושב ראש הכנסת יבחר לא יאוחר מהמועד שבו כונסה הכנסת לצורך כינון הממשלה". אין בתקנון הוראה אחרת הנוגעת למסגרת הזמנים לדיון במינוי יו"ר הכנסת. כפי שראינו לעיל, לו יו"ר הכנסת היה מחויב לקיים דיון כאמור במסגרת זמנים ייחודית שחורגת מהכללים הרגילים, תקנון הכנסת היה מגדיר זאת במפורש. מוסכם על כולם כי הסעיף קובע זמן אחרון לבחירת יו"ר כנסת – מועד כינון הממשלה. אך בית המשפט הסיק כי קיימת חובה החורגת מהוראות התקנון הרגילות שצוינו לעיל, על אף שאינה נקבעת במפורש, לפיה על יו"ר הכנסת לקבוע דיון במינוי יו"ר בהקדם המינימי וללא דיחוי. זאת כאמור ללא דיון כלשהוא בהוראות התקנון הרגילות החלות על יו"ר הכנסת. בית המשפט לא ראה לנכון להפנות אל הכללים הרגילים החלים על הצעות לסדר יום, וממילא לא ניסה להסביר מדוע כללים אלו אינם חלים במקרה הנידון.

לאור כל האמור לעיל, נראה שזו טענה חלשה במיוחד. ראינו לעיל כי התקנון קובע הסדר כללי; קובע כי אין לחרוג מצורת הדיון המוגדרת שם; וקובע חריגים מפורשים במקרים יוצאי-דופן רגישים. נראה שלפחות מבחינת מסגרת הוראות התקנון והחוק (הסמכות הפורמלית), אין שום עילה לקבוע כי אדלשטיין חרג מכללי הפרוצדורה בכנסת. כאמור, יש לכך השלכות קונקרטיות עבור עצם ההכרעה בעניין תחולת מבחן סבידור.

#### ד. סוגיות מסגרת אחרות

##### 1. העדר התמודדות עם רציונל החלטת אדלשטיין

כפי שצויין לעיל, בית המשפט השקיע את מרבית מאמציו בדיון אודות שאלות לבר-משפטיות, בעניין ההצדקות הכלליות בעד ונגד ההחלטה של אדלשטיין לגופה. הומחש מדוע אלו שאלות מסדר משני, שמתיתרות כאשר ישנה הכרעה ברורה לגבי השאלה העיקרית של "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים." זאת במיוחד שעה שבית המשפט אינו מצביע על הפרה כלשהיא של הוראות התקנון. לא ניתן להתגבר על פגמים מהותיים בניתוח המשפטי באמצעות דיון תיאורטי ומופשט ב"הצדקות" ההחלטה הנידונה.

ועם זאת נדמה שיש טעם לבחון את הטיעונים שהעלה בית המשפט. זאת בעיקר, משום שהניתוח של בית המשפט לגופם של הטיעונים אינו מניח את הדעת, ודורש התייחסות בסיסית. בחינה ביקורתית מגלה חולשות בולטות בהתמודדות בית המשפט עם טיעונו של אדלשטיין.

אין כאן כוונה לנתח את כלל הטיעונים בקטגוריה זו שעלו בפסק הדין, ולצורכנו נסתפק בשתי נקודות. הנקודה הראשונה היא שלילת אופיו ה"פוליטי" של נימוק מרכזי של אדלשטיין להחלטתו. אדלשטיין טען שבחירת יו"ר חדש היתה חותרת תחת הסיכויים להקמת ממשלת אחדות. על כך השיב בית המשפט (בין היתר):

אך תקווה זו – המשותפת לכולנו – אינה יכולה להוות נימוק לסירובו של יו"ר הכנסת להביא להצבעה בחירה של יו"ר כנסת קבוע, שכן בכך הוא מעמיד בלב סירובו שיקול פוליטי הנוגע להקמת ממשלה – תהא מתכונתה אשר תהא. שיקול פוליטי כזה אין לו מקום במתחם שיקול הדעת המסור לו בשאלה אם לכלול או שלא לכלול הצעות לסדר יום בדיוני מליאת הכנסת, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בבחירה של יו"ר הכנסת עצמו.<sup>72</sup>

קביעה קטגורית זו אודות "שיקולים פוליטיים" עומדת **בסתירה ישירה** לשורה של אמירות הפוכות של בית המשפט. דוגמא בולטת מופיעה בעניין התנועה להגינות שלטונית, בדברים שנאמרו לגבי הפעלת שיקול דעת "פוליטי" בהליכים פנים-פרלמנטריים, שהם יפים לענייננו:

מבלי לקבוע מסמרות בכל הנוגע להיקף שיקול הדעת הנתון לוועדה של הכנסת בבואה להעביר את יושב-ראש הוועדה מתפקידו, אֵיננו סבורים כי שיקולים פוליטיים וקואליציוניים כשלעצמם הינם מעצם טיבם שיקולים זרים לעניין זה. תפקיד יושב-ראש ועדה בכנסת הוא תפקיד פוליטי במהותו... בנסיבות אלה טענת העותרים, כי שיקולים פוליטיים וקואליציוניים, שהם לגיטימיים אף לשיטתם בעת בחירת יושב-ראש ועדה בכנסת, הופכים לשיקולים פסולים מעצם אופיים, כאשר נשקלת העברתו של יושב-ראש ועדה מתפקידו, היא מרחיקת לכת.<sup>73</sup>

מלבד אי התאמת קביעת בית המשפט עם פסיקתו הקודמת, קביעה זו גם מתעלמת מהאופי הפוליטי המובהק, בכוונה תחילה, של תפקיד יו"ר הכנסת. על כך גם עמדה בהרחבה פרופ' רבקה ווייל ויפים דבריה כאן:

דברים אלה אינם מתיישבים עם המציאות הפוליטית המצויה והרצויה. הכנסת היא מקום משכנה של הפוליטיקה ותקנונה בנוי מתוך לקיחה בחשבון של כוחה העודף של הממשלה על האופוזיציה בקביעת סדר היום. יו"ר הכנסת לוקח בחשבון שיקולים פוליטיים בקביעת סדר היום, והדבר אף מצופה ממנו כחלק ממילוי תפקידו.<sup>74</sup>

זאת כמובן לצד הביקורת הכללית שהוצגה לעיל, לפיה כלל אין מקום לבחינת השיקולים השונים כל עוד לא נקבע שישנה פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.

<sup>72</sup> פסי' 11 לפסק הדין (הדגשות שלי – י.ג.).

<sup>73</sup> עניין התנועה להגינות שלטונית, לעיל הי"ש 29, פסי' 7 (הדגשות שלי – י.ג.).

<sup>74</sup> ווייל, לעיל הי"ש 7, בעמ' 24.

הנקודה השניה והעיקרית דורשת העמקה. טענה עיקרית שעלתה בפי המשיבים (ובפי יועמ"ש הכנסת) היתה שמינוי יו"ר קבוע לפני שמתבהר הרכב הקואליציה בכנסת, הוא מנוגד לרציונל התקנות והדין, מנוגד לנוהג המקובל בכנסת, ועשוי להביא למצב בלתי נסבל בפרלמנט.<sup>75</sup> בבסיס טענה זו עומדת ההנחה כי **יש קשר בין יו"ר הכנסת ה"קבוע" לבין הרוב "הקבוע" בכנסת**, דהיינו אותו רוב יציב ועקבי שמתלכד לכדי קואליציה, שמקים ממשלה ושותף פעולה לאורך הקדנציה. **בית המשפט דחה טענה זו באופן אגבי**, בסדרה של משפטים קצרים ובקובעו כי "מדובר בחשש שהיתכנותו אינה ברורה" וכי "חזקה על כל מי שיבחר לכהן כיו"ר" ימלא תפקידו כראוי. נראה כעת עד כמה חלשה התמודדות בית המשפט עם הטיעון הנ"ל.

א) אי התאמה עם הסטוריית הכנסת. בית המשפט לא התמודד עם עובדה פשוטה שאין עליה עוררין: **מאז קום המדינה, לא מונה יו"ר כנסת קבוע שלא היה משורות הקואליציה**.<sup>76</sup> עם כל הכבוד לתיאוריות מתוחכמות על תפקידו הממלכתי והניטרלי של יו"ר הכנסת, עוד לא נולדה הקואליציה שבחירה להעניק תפקיד בכיר זה לח"כ מהאופוזיציה. נדרשת היתממות מיוחדת כדי להסיק שמצב זה נובע משיקולים שרירותיים ואקראיים. בית המשפט מניח כי כל יו"ר שיתמנה "ימלא תפקידו בממלכתיות, בהתאם לחוק, לנוהג ולנהלים...", כפי שנהג אדלשטיין וכפי ש"נהגו קודמיו בתפקיד לדורותיהם".<sup>77</sup> כאן בדיוק מתעלם בית המשפט מהעובדה שכל אותם "קודמים" היו משורות הקואליציה, וכי בהחלט יש סיבה לחשוש מיחסים פחות שלווים בין יו"ר כנסת מהאופוזיציה לבין רוב הכנסת בקואליציה.

כדי לחזק טענה זו בית המשפט מציין שיו"ר הכנסת משמש ממלא מקום של נשיא המדינה בנסיבות מסוימות,<sup>78</sup> כדי להדגיש כביכול את האופי "הממלכתי" והניטרלי של יו"ר הכנסת. **ואולם נדמה שהמסקנה המתבקשת היא הפוכה – יו"ר הכנסת אמנם א-פוליטי כביכול, אך נהנה מלגיטימציה מיוחדת משום שמייצג בחירה של רוב "קבוע" בכנסת** (שהתגבש לכדי קואליציה וכינון ממשלה). הסיבה בגללה יו"ר כנסת יכול לשמש ממלא מקום נשיא המדינה, היא שהיו"ר יונק מעמדו מרוב מוצק, ברור ועקבי בכנסת, ולא רוב מזדמן, מקרי וחולף.

ב) מהרגע שנבחר יו"ר, קשה מאוד להחליפו. לאחר שיו"ר כנסת קבוע נבחר בסמוך לאחר השבעת הכנסת, סביר מאוד שכל קואליציה וממשלה שתקום לא יוכלו להחליף אותו. נדרש רוב של 61 חברי כנסת למנות יו"ר קבוע, אך נדרש רוב מוגדל של 90 חברי כנסת כדי להעביר יו"ר מכהן מתפקידו נגד רצונו. עובדה זו מעצימה את הבעייתיות של קביעת יו"ר קבוע, כאשר מי שממנה את היו"ר אינו בהכרח אותו "רוב" שיתגבש לקואליציה באותה קדנציה. בית המשפט כלל אינו מתייחס לעובדה זו ולהשלכותיה.

ג) האופי החריג של תוצאות הבחירות. בית המשפט מציין בפס' 12 כי **"במרבית הכנסות נבחר יו"ר הכנסת כבר ביום כינוס הכנסת"** וכן כי **"על פי הנוהג היו"ר הקבוע של הכנסת נבחר בסמוך למועד כינונה של הכנסת החדשה"**. אלא שהשוואה זו בין הנסיבות בבג"ץ אדלשטיין לבין כנסות קודמות (ולשלב שבו מונה יו"ר כנסת קבוע) היא תמוהה ופשטנית במיוחד. ה"נוהג" הקיים נובע אך ורק מהעובדה שביום כינוס הכנסת, זהות סיעות הקואליציה ומרכיבי הממשלה היתה כבר ברורה לכל. במקרה כזה, הסיעות הממנות את יו"ר הכנסת ייכנסו לקואליציה ויקימו ממשלה – זו רק שאלה של זמן. הנסיבות בבג"ץ אדלשטיין שונות בתכלית. לראשונה<sup>79</sup> בתולדות המדינה הושבעה כנסת חדשה כאשר כלל לא ברור מי יקים את הממשלה, אילו סיעות ירכיבו את הקואליציה, ואיזה רוב "קבוע" ישתף פעולה לאורך הקדנציה. **על כן מובן מדוע לא**

<sup>75</sup> ר' פס' 13 לפסק הדין.

<sup>76</sup> על "קואליציית ניר" ראו בהמשך, בחלק ה'.

<sup>77</sup> פס' 13 לפסק הדין.

<sup>78</sup> שם, שם.

<sup>79</sup> הכוונה היא לשלושת מערכות הבחירות שקדמו לבג"ץ אדלשטיין, כמקשה אחת.

**ניתן להקיש בין "מרבית הכנסות" לבין מצב עניינים חדש בו לא היתה הכרעה ברורה בבחירות, מצב בו ביום השבעת הכנסת איש לא ידע לומר כיצד תסתיים מלאכת הרכבת הקואליציה.**

(ד) מבחן המציאות מאשש את חששותיו של אדלשטיין. אותם 61 חברי כנסת ביקשו במקור למנות את ח"כ מאיר כהן ממפלגת יש עתיד לתפקיד יו"ר הכנסת. לבסוף, מפלגת יש עתיד התפצלה מסיעת כחול לבן, וכחול לבן הסכימה להרכיב ממשלה יחד עם מפלגת הליכוד ומחנה הימין. מאיר כהן לא מונה לתפקיד. עצם התרחשותו של פיצול זה, מעיד על כך שגם ללא פסיקת בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין הפיצול היה עשוי להתרחש בכל מקרה, בשלב מאוחר יותר (אם כי כמובן לא ניתן לומר זאת בוודאות).

**מה היה קורה אילו ח"כ מאיר כהן היה מתמנה כתוצאה מפסק הדין?** כלל לא מופרך לדמיין את התרחיש הבא: יש עתיד בכל זאת מתפצלת מכחול לבן, וקמה בכל זאת קואליציה עם כחול לבן והליכוד, במתכונת דומה לזו שקיימת כיום. קואליציה זו אינה מגיעה ל-90 חברי כנסת, ולכן נשארת עם יו"ר הכנסת מאיר כהן מיש עתיד.

כולנו עדים כיום לאיבה הגלויה והציבורית בין מפלגת יש עתיד וחבריה לבין סיעות הקואליציה וביניהן במיוחד כחול לבן. **הכהונה של מאיר כהן כיו"ר הכנסת היתה מתגלית כהרסנית, וספק אם הכנסת כלל היתה מצליחה לתפקד**. זאת מבלי להטיל דופי בח"כ כהן עצמו – זהו טבעם של יחסי הכוחות בכל פרלמנט. האם יש מי שיטען היום כי כהונת ח"כ מיש עתיד כיו"ר הכנסת, לא היתה מהווה "יתקלה משטרית" וגורמת לבעיות אינספור בהתנהלות התקינה של הכנסת?

תשובה חלקית לשאלה זו מרומזת כאשר בית המשפט מניח שכל יו"ר כנסת יפעל "בממלכתיות, בהתאם לחוק, לנוהג ולנהלים...". בית המשפט מזמין בין השורות את חברי הכנסת, וכנראה את הקואליציה, לבוא להגיש עתירות נגד יו"ר הכנסת הסורר, ושבית המשפט יהפוך בורר קבוע בין הקואליציה לבין יו"ר הכנסת העוין שנכפה עליה ושאינה יכולה להחליפו. עמדה זו הפוכה מהעיקרון בבסיס מבחן סבידור, ואינה מתיישבת עם כלל הימנעות בית המשפט מהתערבות בעניינים פנים-פרלמנטריים.

בהקשר זה יפים דבריה של פרופסור רבקה ווייל בעניין בג"ץ אדלשטיין, שנאמרו לאחרונה בכנס "מבט משפטי על איזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית"<sup>80</sup>. פרופ' ווייל הדגישה את חוסר ההיתכנות של יו"ר כנסת לעומתי במשטר פרלמנטרי, בו חייבת להיות הרמוניה בין הרשות המחוקקת לבין המבצעת, ומבהירה כי "אין תקדים ליושב ראש לעומתי".

**לסיכום עניין זה**, מובן כי ליו"ר הכנסת היו טיעונים כבדי משקל נגד מינוי יו"ר כנסת קבוע טרם התבררה זהות הרוב ה"קבוע" בכנסת. התמודדות ביהמ"ש עם טיעונים אלו היא חלקית במקרה הטוב ולרוב אינה קיימת. גם אם לכתחילה ייתכן וטיעונים מסדר זה לא נדרשים כלל לדיון, הרי שהעדר התמודדות עניינית עם טיעונו של אדלשטיין רק מתווסף לשלל הפגמים היסודיים המצויים בפסק הדין.

## 2. בית המשפט כשחקן פוליטי ומבחן סבידור

לאורך פסק הדין, בית המשפט לא התייחס ישירות לתוצאות המעשיות של פסק הדין עצמו במישור הפוליטי. על אף שאין זה נאמר מפורשות בפסק הדין, עולה הרושם כי בית המשפט שולל שיקולים אלו כרלוונטיים להכרעתו הסופית. אכן, מקובל כי לרוב על בית המשפט לפסוק באופן ענייני על פי דין, ולא לפי שיקולים חיצוניים להוראות הדין. ואולם, דווקא לאור המבחן הייחודי שנקבע בהלכת סבידור, **היה על בית המשפט**

<sup>80</sup> פרופ' רבקה ווייל, "הלכת יולי אדלשטיין בראי היסטורי והשוואתי", הרצאה מיום 12.10.2020 בכנס "מבט משפטי על איזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" של כתב העת עיוני משפט. זמין לצפייה בכתובת: [https://youtu.be/d-RzCg\\_sYrI](https://youtu.be/d-RzCg_sYrI). מאמר של פרופ' ווייל על בסיס הרצאה זו עתיד להתפרסם בעיוני משפט – ר' ווייל, לעיל ה"ש 7.

**לדון בעוצמת ההשלכות הפוליטיות של פסק הדין**, ועל משמעות התערבות בית המשפט במשחק הפוליטי במקרה הנידון.

השופט ברק מונה בבג"ץ סבידור שני רציונלים עיקריים נגד התערבות בית המשפט בעניינים פנים-פרלמנטריים. הראשון הוא עקרון הפרדת הרשויות ועצמאות המחוקק. השני נוגע לתדמית בית המשפט כשחקן פוליטי מובהק היוצר מרוויחים ומפסידים פוליטיים בתוך זירת ההתגוששות בכנסת. לפי השופט ברק:

החלטותיה של הכנסת בכל הנוגע ליחסי הגומלין שבינה לבין הממשלה טעונים לרוב מטען פוליטי כבד, אשר מן הראוי הוא, כי הרשות השופטת תמשוך ידיה ממנו כדי למנוע עד כמה שניתן פוליטיזציה של השפיטה...<sup>81</sup>

לכך ניתן להוסיף את דברי השופט שמגר בעניין ר"צ, המציע לנקוט ב:

גישה זהירה הנמנעת מן ההתערבות בנושאים פנים-פרלמנטריים נעדרי אופי מעין-שיפוטי. בכך גם מובטח, שבית המשפט לא יהפוך עצמו לחלק מן ההתמודדות הפוליטית, אשר הכנסת היא זירתה המרכזית והטבעית.<sup>82</sup>

יש בכך הגיון ברור. שלא כמו סכסוכים רבים אחרים הבאים לפני בית המשפט, מחלוקות פנים-פרלמנטריות ניטשות כמעט בהגדרה בין שתי מפלגות או שני מחנות פוליטיים מובהקים. במרבית המקרים יהיו אלו קרבות בתוך הכנסת בין אופוזיציה לקואליציה, בין ח"כ לח"כ, בין מפלגה אחת לאחותה. בסכסוכים מסוג זה ישנו אופי פוליטי-מחנאי בולט במיוחד.

ודוק. קיים קשר הדוק וישיר בין מידת ה"פוליטיזציה" של בית המשפט, לבין חשיבות הסוגיה הנידונה ובמיוחד השלכותיה הפוליטיות המיידיות. השאלה המרכזית הינה אם בית המשפט נחזה לסייע לצד פוליטי אחד נגד אחר, ומידת עוצמתו של סיוע זה. ככל שפסיקת בית המשפט יוצרת "מרוויחים ומפסידים" פוליטיים ברורים, וככל שאותו "רווח" הוא בעל משקל משמעותי ואפילו מכריע במחלוקת בין אותם צדדים פוליטיים, כך ייתפס בית המשפט כשחקן פוליטי מובהק.

האמור מוביל למסקנה הקריטית, לפיה לא ניתן לנתק בין התוצאה הפוליטית הקונקרטית של פסק דין, לבין שאלת התערבות בית המשפט בהתאם למבחן סבידור. ככל שעלינו לייחס משמעות לרציונל השני שניסח השופט ברק, הרי שבהחלט על בית המשפט לקחת בחשבון ולשקול בשיקוליו את ההשלכות הפוליטיות המעשיות הנגרמות על ידי התערבות בית המשפט בהחלטות פנים-פרלמנטריות. ככל שגובר הסיכון שבית המשפט נכנס לזירה הפוליטית כשחקן מובהק, כך גובר הרציונל לפיו על בית המשפט למשוך ידיו מהתערבות, או לחילופין כך נדרשת הצדקה נגדית חזקה יותר להתערבות בית המשפט.

קיים מתח מסוים בין עקרון זה לבין דרישת מבחן סבידור כי הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים תהיה משמעותית ביותר. מחד, נדרשת פגיעה ממשית וניכרת, רף פגיעה גבוה במיוחד, כדי לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות פנים פרלמנטריות; מנגד, עקרון ה"אי-פוליטיזציה" מדגיש את חובת בית המשפט להמנע מהכרעה בוויכוחים בעלי "מטען פוליטי כבד". והרי הדעת נותנת כי החלטות אשר גורמות לפגיעה העומדת בתנאי מבחן סבידור יהיו גם לעתים קרובות בעלות "מטען פוליטי כבד" – האם דרישת ההימנעות מרוקנת מתוכן את יכולת בית המשפט להתערב במקרים המצדיקים זאת?

<sup>81</sup> עניין סבידור, לעיל ה"ש 10, פס' 7 (הדגשות שלי – ג.י.).

<sup>82</sup> עניין ר"צ, לעיל ה"ש 29, פס' 4.

על כך יש לענות בשני חלקים. ראשית, מידת ההשפעה הפוליטית של הכרעת בית המשפט הינה שיקול אחד שיש לשקול במסגרת מכלול השיקולים במבחן סבידור. אין מדובר בתנאי בלעדי או בשיקול מכריע – הכוונה היא רק כי על בית המשפט לקחת שיקול זה בחשבון. כאמור לעיל, ככל שהפגיעה היא בפועל גדולה וחמורה יותר, כך סביר יותר ששיקול מידת הפגיעה יגבר על שיקול ההימנעות הפוליטית. אלא שיש לזכור כי אכן מדובר בשיקול חשוב וכי השיקולים נגד התערבות שיפוטית אינם מסתכמים ב"כיבוד הכנסת" או ב"הפרדת רשויות" בלבד.

שנית, יש להפריד בין שני מדדים עצמאיים אלו: מידת הפגיעה בחיים הפרלמנטריים ומידת ההשפעה על מאזן הכוחות הפוליטיים הם שני מדדים נפרדים אשר מתקיימים זה לצד זה ואינם תלויים זה בזה. בהתאם לכך, בוודאי שיתכנו וקיימים מקרים רבים בהם מחד מתקיימת פגיעה חמורה דיה כדי להצדיק התערבות שיפוטית, ומאידך אשר אינם מהווים סוגיה פוליטית "גורלית" אשר תגרום לבית המשפט להפוך עצמו "לחלק מן ההתמודדות הפוליטית". נדמה שאלו בדיוק המקרים אליהם כיוון השופט ברק בניסוחו את מבחן סבידור.

**הפסיקה הקודמת תומכת במסקנה זו.** כפי שראינו לעיל, ברוב המקרים בחר בית המשפט שלא להתערב בהחלטות פנים-פרלמנטריות. **בשני המקרים שבית המשפט החליט להתערב בהתאם למבחן סבידור, היו אלו מקרים בעלי השלכות פוליטיות מינוריות** על אף פגיעתם הקשה במרקם החיים הפרלמנטריים. ב"עניין כהנא 1" בית המשפט פסל החלטה של נשיאות הכנסת והורה להעלות לסדר יום הכנסת את הצעות החוק הגזעניות של חה"כ כהנא.<sup>83</sup> ב"עניין כך", פסל בית המשפט את החלטת יו"ר הכנסת שלא להעלות לדיון הצעת אי-אימון של סיעת כך, בניגוד לתקנון.<sup>84</sup> בשני המקרים, לא מדובר היה בסוגיה פוליטית הרת גורל, **ולא היו להכרעת בית המשפט השלכות פוליטיות מרחיקות לכת.** בשני המקרים ההשלכות בפועל היו אפסיות – לא היה סיכוי לכתחילה שהצעות החוק של כהנא יעברו, או שהצעת האי-אימון של סיעת כך תזכה לתמיכה. התערבות בית המשפט לא השפיעה על ה"משחק הפוליטי", על יחסי הכוח העיקריים בכנסת, ועל "התמונה הגדולה" הפוליטית.

הווה אומר, ההתערבות השיפוטית בפועל העולה מהפסיקה מוכיחה בדיוק את הנקודה לעיל. קיימים מקרים אשר עולים כדי "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" ובו בזמן אינם מהווים סוגיה "פוליטית" דרמטית, מהבחינה שאינם משפיעים על התמונה הפוליטית הכללית ואינם משנים מהותית את מאזן הכוחות בתוך הכנסת.

בפסק הדין בעניין אדלשטיין רואים אנו סטייה חריגה מרציונל זה של "אי-פוליטיזציה". בית המשפט הכריע במחלוקת שהיה בה להשפיע על תוצאת מאבק-האיתנים בין הליכוד לבין כחול לבן, מאבק סוער וחריף שהתנהל ללא הכרעה כבר שלוש מערכות בחירות עוקבות. פסק הדין ניתן בעיצומו של תקופת-ביניים פוליטית בין השבעת הכנסת לבין הקמת ממשלה, ובשיאו של משא ומתן רגיש להרכבת קואליציה וממשלה. בתוך עין הסערה הפוליטית ניטש הקרב על מינוי יו"ר הכנסת, אחד התפקידים החזקים בפוליטיקה הישראלית. בין היתר, החלפת יו"ר כנסת היתה מעניקה לכחול לבן מנוף לחץ חדש כלפי הליכוד, בצורת חקיקה מיוחדת הנוגעת לכתבי האישום נגד ראש הממשלה נתניהו. מנגד, השארת אדלשטיין בתפקיד היו"ר היתה מסייעת רבות לליכוד בשליטתה על סדר יומה של הכנסת במהלך המשא-ומתן הקואליציוני. ובקיצור, **מינוי יו"ר הכנסת בנסיבות הנ"ל היוותה סוגיה פוליטית הרת-גורל, ועמדה במרכז השאלה הפוליטית החשובה ביותר באותה התקופה – "מי יצליח להרכיב ממשלה?".** התערבות בית המשפט במקרה הנידון

<sup>83</sup> עניין כהנא 1, לעיל ה"ש 29.

<sup>84</sup> עניין כך, לעיל ה"ש 29.



יצרה מרווחים ומפסידים פוליטיים בקנה מידה לאומי, בהכרח ובאופן בלתי-נמנע, דבר שאמור היה להוות משקל נוסף נגד התערבות בית המשפט בעניין אדלשטיין.

גם כאן יפים דבריה של פרופ' רבקה ווייל: "פסק הדין הזה מדגים את כל הבעייתיות בהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים. הוא גם מדגים את הפוליטיזציה של השפיטה, והוא מדגים את המשפטיזציה של הפוליטיקה." פרופ' ווייל הדגישה כיצד העותרים ביקשו "להשתמש בבית המשפט כדי לשנות את המפה הפוליטית, לא לשקף מצב פוליטי, והמשיכה, "זה ממש פוליטיזציה של השפיטה. זה להשתמש בבית המשפט כדי לשנות את המפה הפוליטית, כדי להפוך את בית המשפט לכלי מינוף במערכה הפוליטית."<sup>85</sup>

לאור כל זאת, ולאור החריגה הברורה מהמסורת הפסיקתית, היה ראוי כי בית המשפט יקיים דיון משמעותי בהשלכותיו הפוליטיות המעשיות של פסק הדין, וכי לכל הפחות היה מכיר בשיקול חשוב זה. ההתעלמות מהתוצאות הפוליטיות של הכרעת בית המשפט מנוגדת לרציונל העומד ביסוד מבחן סבידור.<sup>86</sup>

### 3. המדרג הנורמטיבי וסעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת

השופט עמית מתמקד בחוות דעתו בהוראות סעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת, הקובע בפשטות כי "הכנסת תבחר מבין חבריה יושב ראש וסגנים ליושב ראש". מדבריו עולים כי החלטת אדלשטיין פסולה משום שחורגת מהוראות סעיף זה, וכי אין בהוראות תקנון הכנסת להתיר הפרה של הוראות חוק יסוד: הכנסת, לאור המדרג הנורמטיבי הברור המתקיים בין מסגרות חקיקה אלו.<sup>87</sup>

מבלי להרחיב יתר על המידה, ניתן להשיב על טיעון זה בקצרה. תחילה נזכיר את המובן מאליו, כי לחוות דעת המיעוט של השופט עמית אין תוקף תקדימי או מחייב, וכי הוא נותר בעל תוקף שכנועי לכל היותר. אין זה עניין טריוויאלי – פסק דינה של הנשיאה, המהווה את חוות דעת הרוב, לא העלה את הטיעון הנ"ל ונדמה שלא בכדי.

לגופו של עניין, נראה שמדובר בטיעון חלש במיוחד. ראשית, על אף המדרג הנורמטיבי הברור שאין חולק עליו, מובן כי חוקי היסוד קובעים לרוב הסדר כללי, ברמת השפטה גבוהה, ואילו תחיקה "נחותה" במדרג הנורמטיבי קובעת את פרטי ההסדר הכללי. כמעט כל סעיף בחוק יסוד: הכנסת ממחיש זאת. בהתאם, סעיף 20(א) קובע את העקרון הכללי לפיו חברי הכנסת בוחרים את יו"ר הכנסת – קביעה זו אינה מעלה או מורידה מההסדר הספציפי בתקנון אודות אופן בחירת יושב הראש, סדרי העבודה הפרוצדורליים בכנסת, וכן הלאה.

שנית, וחשוב מכן, השופט עמית מתעלם מהוראות אחרות בחוק יסוד: הכנסת אשר שומטות את הקרקע תחת טיעונו זה. סעיף 19 לחוק היסוד קובע כי "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון". סעיף זה מבהיר במפורש את הנקודה לעיל – אמנם "הכנסת תבחר יושב ראש", אך הכנסת גם רשאית לקבוע סדרי עבודה לצורך כך, ומובן כי סדרי עבודה מעצם טבעם מגדירים את אופן בחירת היו"ר ומתנים על העקרון הכללי והרחב.

<sup>85</sup> הרצאת ווייל, לעיל ה"ש 80.

<sup>86</sup> בהערת אגב ובהקשר זה של שיקולים מוסדיים, לא יהיה מיותר לציין את החסינות המהותית-עניינית של חברי כנסת במילוי תפקידם (ר' ס' 1 ל חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951), שיקול שכמעט ולא מקבל מקום בדיון אודות מבחן סבידור אך שמרחף כל העת מאחורי הקלעים ותחת פני השטח. כל התערבות שיפוטית בעניינים פרלמנטריים מגיעה עם סיום פוטנציאלי ידוע מראש, כאשר ידה של חבר הכנסת על העליונה כתוצאה. בנקודת הקצה לבית המשפט אין את היכולת לאכוף צווים אופרטיביים נגד נבחר ציבור, וחבר כנסת שיבחר להתעלם מצו בית משפט בעניינים מהסוג שנידונים כאן יהיה מוגן מכוח החסינות המהותית המוקנית לו. בחינה של סוגיה זו היא מעבר להיקף מאמר זה, ובהחלט יש מקום לכתובה נוספת הבוחנת את הלכת סבידור דרך הפריזמה של החסינות המהותית של חברי כנסת ויחסי הכוחות הנובעים ממנה. לאחרונה התייחסה לנקודה זו גם פרופ' רבקה ווייל (ר' ווייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31).

<sup>87</sup> ר' פסי' 2 ופסי' 6 לחוות דעתו של השופט עמית בפסק הדין.

אם לא די בכך, סעיף 20(ב) לחוק היסוד קובע במפורש כי "הכנסת רשאית, בתקנונה, לקבוע סייגים לבחירתו של חבר הכנסת לכהונת יושב ראש הכנסת...". הנה כי כן, קיימת הוראה מפורשת בחוק היסוד, המתירה לכנסת לקבוע סייגים לבחירתו של יו"ר הכנסת. סעיף 19 וסעיף 20(ב) הם כמובן במדרג נורמטיבי זהה לזה של סעיף 20(א). מתקבל על הדעת כי שילוב סעיפים 19 ו-20(ב) לחוק היסוד משמעותו שגם "סדרי העבודה" בכנסת, לרבות כללים תקנוניים אודות קביעת סדר יומה של הכנסת, אינם סותרים את הוראות סעיף 20(א), ומכל מקום "סייגים" קלים אלו מסוג הליכים פרוצדורליים מותרים ע"פ חוק היסוד. לכל הפחות, שילוב זה מבטל לחלוטין את הטענה הפשטנית לפיה החלטת אדלשטיין (ככל שפעל לפי הוראות התקנון, ונראה שהשופט עמית אינו חולק על כך) פסולה רק משום שמפרה כביכול את העקרון הכללי והמופשט הקבוע בסעיף 20(א) לחוק היסוד.

#### 4. חוות הדעת של המשנה לנשיאה מלצר

כהערת סיום, ראוי להתעכב על כמה נקודות העולות מחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר. זאת בין היתר מאחר ובחר השופט מלצר להרחיב את הדיון למשפט השוואתי ולדוגמא הסטורית-אנקדוטלית.

א. השופט מלצר מתייחס לפסק הדין שניתן בבריטניה בעניין השעיית הפרלמנט ("פרשת מילר" שצוינה לעיל).<sup>88</sup> לאחר תיאור של כמה שורות, השופט מלצר מסכם כי "פרשה זו קרובה לענייננו... ההנמקה המפורשת שם יפה גם לכאן."<sup>89</sup> בהשוואה זו טמונים כמה פגמים משמעותיים, והיא הוצגה באופן פשטני שעלול להטעות את קוראי חוות הדעת.<sup>90</sup>

ראשית, השופט מלצר אינו מציין עובדה שראוי להדגישה בכל השוואה לשיטה הבריטית: החלטות של דובר בית הקומונס בפרלמנט (המקביל ליו"ר הכנסת בישראל) בנוגע לסדר היום בפרלמנט ול-Standing Orders (הוראות המקבילות לתקנון הכנסת) אינן שפיטות בבית המשפט, כלל. לבית המשפט באנגליה אין סמכות לדון בחוקיות החלטות פנים-פרלמנטריות המתקבלות על ידי יו"ר הפרלמנט הבריטי, בהתאם לדוקטרינת "exclusive cognisance" המעניקה לפרלמנט סמכות בלעדית בניהול הפנימי.<sup>91</sup> עניין זה אף נידון בהרחבה במאמרה של פרופ' נבות, אלו מפנה השופט מלצר בחוות דעתו (וכי יש להניח שקראו השופט).<sup>92</sup> שם מדגישה פרופ' נבות את עצמאותו המוחלטת של הפרלמנט הבריטי ואת חוסר סמכותם של בתי המשפט להתערב בענייניו הפנימיים. להמחשת טענתה מביאה פרופ' נבות ציטוט מפורש מפסה"ד בעניין *Bradlaugh v. Gosset*:

the House of Commons is not subject to the control of [...] (the) courts in its administration proceedings... Even if the interpretation should be erroneous (the) court has no power to interfere with it directly or indirectly.<sup>93</sup>

במילים אחרות, לו היינו פועלים לפי השיטה הבריטית, לבית המשפט כלל לא היה סמכות לדון בהחלטות של אדלשטיין, נקודה. נראה כי מצופה היה מהשופט מלצר שידגיש זאת, שעה שמשווה בין מקרה בריטי לבין המקרה בבג"ץ אדלשטיין.

<sup>88</sup> ראה לעיל הי"ש 54.

<sup>89</sup> פס' 10 לחוות הדעת של השופט מלצר בפסק הדין.

<sup>90</sup> היו משפטנים אחרים שכשלו בהשוואה פשטנית זו. ראו: אשר מעוז, בג"ץ אדלשטיין והדמיון לבריטניה, מעריב אונליין (24.3.2020).

<sup>91</sup> ראה באופן כללי: Joint Committee on Parliamentary Privilege - Report", Part 2, 18/6/13. בקישור: <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtprivi/30/3004.htm>

<sup>92</sup> פס' 14 לחוות הדעת של השופט מלצר בפסק הדין.

<sup>93</sup> נבות, לעיל הי"ש 17, בעמ' 732.

**שנית**, לגופו של עניין, ההשוואה מלמדת בעיקר על הכשלים בפסק הדין בבג"ץ אדלשטיין. במקרה פרשת מילר, ראש הממשלה בוריס ג'ונסון ביקש להשעות (ובפועל, להשבית) את הפרלמנט האנגלי לחלוטין לתקופה ממושכת של שבועות רבים. בתקופת השעייה זו, חברי הפרלמנט היו מנועים לחלוטין מלקיים דיונים, מלהצביע, ואפילו מלהיכנס לתוך אולמות הפרלמנט. מובן לכל קורא כי מדובר במגבלה קיצונית ודרמטית על פעילות הפרלמנט, בלי קשר לאם מוצדקת או פסולה. לכך יש להוסיף כי סמכות ראש הממשלה להורות על השעייה זו מקורה במנהג, ואינה מוגדרת היטב בהוראות כתובות ומפורטות.

כפי שעולה מהדיון המקיף בהערת פסיקה זו, מובן כי **מרחק רב ועצום עומד בין החלטת ראש הממשלה הבריטי להשעות את הפרלמנט, לבין החלטת אדלשטיין שלא להעלות מינוי יו"ר כנסת קבוע לסדר היום**. בין היתר, במקרה אדלשטיין, הכנסת המשיכה לפעול במלוא המרץ והיתה בעיצומה של מלאכת הקמת הוועדות השונות; לאותם חברי הכנסת היו חלופות קונקרטיות, לרבות שינוי תקנון הכנסת; אדלשטיין פעל במסגרת הוראות קבועות בתקנון ובית המשפט לא הצביע על הפרה שלהן; ובאופן כללי, אין החלטה של השבתת הפרלמנט כולו דומה להחלטה של דחיית העלאת נושא לסדר יום הכנסת. **מעל לכל, ההשוואה דווקא מגמדת את החלטת אדלשטיין ומציגה אותה באור פעוט וזניח**. היא מדגישה עוד יותר את הנטל המוטל על בית המשפט לשכנע, מדוע בחר להתערב דווקא בנסיבות דנן.

ב. לאחר מכן פונה השופט מלצר לדוגמא נוספת – הליכי הדחת הנשיא בארה"ב. השופט מלצר מתאר כיצד בהליכי הדחת נשיא המדינה המתקיימים בסנאט, נשיא בית המשפט העליון יושב בראש הסנאט. זאת במקום סגן נשיא המדינה שבדרך כלל יושב בראש הסנאט, שכן סגן הנשיא היה מצוי בניגוד עניינים אילו היה יושב בראש הסנאט תוך כדי הליך הדחת נשיא המדינה. קצרה היריעה כאן מלתאר את ההבדלים הרבים והמקיפים בין השיטה הנהוגה בישראל לבין זו הנהוגה בארה"ב, וממילא הם ברורים לרוב הקוראים ומטבע הדברים גם לשופט מלצר עצמו. לא ברורה מה תועלת השוואה מהסוג שהוצגה, בפסקה אחת קצרה, ללא כל הסבר מלווה או פירוט ההשוואה בצורה מנומקת. כמאמר המדרש, "מה עניין שמיטה אצל הר סיני?". נראה שראוי היה להימנע מעריכת השוואה באופן שכזה לכתחילה. גם כאן אציע שתי הערות.

**ראשית**, הנוהל בארה"ב המוזכר ע"י השופט מלצר (לפיו נשיא בית המשפט העליון יושב בראש הסנאט בהליכי הדחה, במקום סגן נשיא המדינה), **נקבע באופן מפורש בחוקה האמריקנית**.<sup>94</sup> זאת לעומת המקרה הישראלי, בו אין הוראה כתובה כלשהיא המגבילה את שיקול דעת יו"ר הכנסת בהחלטה הנידונה, וממילא אין הכרה בהיותו ב"ניגוד עניינים" כזה או אחר. אפשר שהשוואה זו מעידה דווקא על כלל, לפיו מגבלות הנובעות מניגודי עניינים צריכות להיות מוסדרות בחקיקה מפורטת ומפורשת, ולא מוגדרות אד-הוק ובדיעבד על ידי בית המשפט.

**שנית**, השופט מלצר חותם פסקה זו במשפט "**הוא הדין**", בשינויים המחויבים, במקרה שלפנינו. יש להצר על השימוש בביטוי זה. על אף שמוכן שהשופט לא התכוון לטעון באופן מילולי כי לחוקה האמריקנית תחולה ישירה על הדין הישראלי, הקפדה וזהירות שיפוטית היתה מצריכה אולי ניסוח מאופק יותר. זאת במיוחד שעה שהשופט אינו מקיים דיון מעמיק בדין הזר ואינו מפרט את הסיבות בגינן לדידו הדין הזר משליך על המסקנה במקרה הנידון.

ג. לבסוף, השופט מלצר מביא את פרשת "קואליציית ניר", כדוגמא ל"עצמאות הכנסת" ובתגובה לטענת יועמ"ש הכנסת כי מינוי יו"ר כנסת מהאופוזיציה תביא ל"תקלה משטרית".<sup>95</sup> באותה פרשה, מונה חבר

<sup>94</sup> US Constitution, Article 1, Section 3, Clause 6  
<sup>95</sup> חוות דעת השופט מלצר בפסק הדין, פסי' 12.

קואליציה לתפקיד יו"ר הכנסת, חרף התנגדותה של מפלגת השלטון מפא"י. השופט מלצר אינו מבהיר בדיוק כיצד להבנתו עניין זה תורם למסקנת בית המשפט. **הרי בעניין אדלשטיין, ביקשו למנות יו"ר כנסת שעשוי היה להשתייך לאופוזיציה (ובפועל, אכן כיום שייך לאופוזיציה), ואילו בפרשת ניר מונה לתפקיד ח"כ משורות הקואליציה.** הדוגמא עשויה להטעות את הקורא, במיוחד כאשר חברותו של ח"כ ניר בקואליציה צוינה כפרט זניח, בסוגריים וכבדרך אגב. אין דומה יו"ר כנסת "סורר" מהקואליציה, שעדיין חלק ממארג שיתוף פעולה ונתון לתמריצים שונים מכוח היותו חבר בסיעת קואליציה, ליו"ר עוין מהאופוזיציה, אשר מערך התמריצים החלים עליו שונים בתכלית. פרשת ניר דווקא עקבית עם העובדה, לפיה לכל אורך תולדות הכנסת לא מונה יו"ר כנסת קבוע משורות האופוזיציה.

### ה. סיכומו של דבר

פסק הדין בבג"ץ אדלשטיין לוקה במספר נקודות קריטיות ומעלה תהיות קשות אודות אופן כתיבתו וביסוסו המשפטי. בית המשפט קיבל החלטה שהרעידה את עולם המשפט ואת הסדר הדמוקרטי בישראל, באחד מהרגעים הגורליים והרגישים שידעה הפוליטיקה הישראלית, תוך שהוא מכתיב בפועל לכנסת את סדר יומה. בית המשפט חרג מהנהוג בפסקי דין קודמים, וסתר שנים של תקדים באופן ישיר, ללא דיון כלשהוא בפסיקה הקיימת ואפילו ללא מס שפתיים של ניסיון הצדקה למראית עין. לראשונה, בית המשפט התערב בהחלטה פנים-פרלמנטרית ללא קביעה מפורשת של הפרת תקנון הכנסת או הוראה חקוקה אחרת כלשהיא, וללא דיון ענייני בהוראות התקנון עצמן. בית המשפט לא הגדיר את מבחן סבידור העמום והמעורפל מחד, ולא נימק את אופן החלתו על המקרה הנידון מאידך, כך שהשאייר כל קורא לנחש לעצמו כיצד יישם בית המשפט את מבחן המפתח בפסק הדין. ההסבר המשתמע מפסק הדין, לפיו כל הגבלה פנימית על רצונם של 61 חברי כנסת מהווה "סיכול רצון הבוחר" ועל כן "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", נראה על פניו פשטני וחלש במיוחד ואינו מניח את הדעת. בית המשפט גם התמקד בסוגיות צדדיות אשר לפי הפסיקה אין בהן להשפיע על המסקנה הסופית ולא היה מקום לדון בהן לפני הכרעה בסוגיה העיקרית במבחן סבידור, אם בכלל.

במקרה כמו בג"ץ אדלשטיין, היה מצופה מבית המשפט העליון לקיים דיון משפטי מעמיק. הציבור המשפטי נושא עיניו לפסקי דין של בית משפט זה כפסגת הכתיבה המשפטית מאת המומחים הגדולים בארץ. על פסק דין בעניינים ראשונים במעלה להיות מנומק, מעמיק, נהיר, קוהרנטי, מסודר, חד ומשכנע. מעל לכל, מצופה כי הדיון בפסקי דין אלו יהיה מופת של ניתוח משפטי בסטנדרט הגבוה ביותר. קוראי פסק הדין בבג"ץ אדלשטיין לא ימצאו את הדברים הללו. יש בכך לשלול ולכל הפחות להחליש את הלגיטימציה של הכרעתו הסופית של בית המשפט בעניין אדלשטיין. עלינו לקוות, ואכן לדרוש, כי לא כך ייראו פסקי דין של בית המשפט העליון בסוגיות קרדינליות בלב המחלוקות המשפטיות והציבוריות בישראל.