

בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה

מאת

יונתן גרין*

ביום 23.3.2020 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 כמה וכמה ליקויים חמורים בניתוח המשפטי שנערך בפסק הדין, ובעיקר באופן החלת המבחן המשפטי המרכזי, "מבחן סביר" (הידוע גם כ"מבחן שריד"), על המקרה הנדון. בית המשפט סטה סטייה קיצונית מפסיקתו הקודמת, בכמה היבטים, מבלי לציין זאת במפורש, ולא קיים דיון כלשהו על אותם תקדימים, כשהוא משרד "עסקים כרגיל". בית המשפט כמעט שלא התייחס לתחולת הוראות תקנון הכנסת ולחריגה מהן, ואילו בעבר התערב רק במקרים שבהם קבע במפורש כי התקנון הופר. בית המשפט לא נימק את המבחן העיקרי בפסק הדין מחד, ולא פירט את אופן החלת המבחן בנסיבות המקרה שנידון לפניו מאידך. שגיאת בית המשפט על פני הדברים היא כפולה – הן בתוכן ההחלטה הסותרת את ההלכה הפסוקה על פני הדברים, והן בהיעדר ניסיון הנמקה בסיסי מצד בית המשפט. יש בליקויים אלו לשנות את המסקנה הסופית שאליה 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 סביר; 1. רקע כללי ומרכזיותו של מבחן סביר לפסק הדין; 2. "מבחן סביר" – פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים; (א) פסק הדין בעניין סביר; (ב) ההצדקות שביסוד מבחן סביר והגדרת המבחן בפסיקה; (ג) ביקורת כללית על מבחן סביר; 3. תקדימים ופסיקה קודמת הנוגעים למבחן סביר. **ב. יישום מבחן סביר בבג"ץ אדלשטיין**; 1. אפיון החלטת אדלשטיין כהחלטה פנים-פרלמנטרית; 2. דיון פסק הדין בשאלות צדדיות; 3. יישום מבחן סביר על החלטת אדלשטיין בפסק הדין; 4. רציונל "עצמאות הכנסת"; 5. הצעה להגדרת מבחן סביר כשאלה של חלופות; **ג. מרכזיות תקנון הכנסת והיעדר הדיון בו**; 1. חשיבותו של הוראות תקנון הכנסת במבחן סביר; 2. דיון בסעיפי תקנון החלים על בג"ץ אדלשטיין. **ד. סוגיות מסגרת אחרות**; 1. היעדר התמודדות עם רציונל החלטת אדלשטיין; 2. בית המשפט כשחקן פוליטי ומבחן סביר; 3. המדרג הנורמטיבי וסעיף 20(א) לחוק-יסוד: הכנסת; 4. חוות הדעת של המשנה לנשיאה מלצר. **ה. סיכום של דבר.**

* יונתן גרין הוא בוגר LLB מהאוניברסיטה העברית בירושלים, 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-הרוש, לגב' דניאל רגב ולחברי מערכת "משפטים על אתר" על הערותיהם ועצותיהם המועילות לטיטות קודמות של מאמר זה.

מבוא

ביום 23.3.2020 ניתן פסק דין חלקי בבג"ץ 2144/20 ובכמה 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**).¹ בית המשפט קבע בפסק הדין כי סירובו של אדלשטיין היה פסול והורה לאדלשטיין לקיים דיון כאמור בתוך 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.

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".² בהקשרו הרחב ניתן פסק הדין בנקודת שיא של מתח פוליטי, כאשר הרוחות עוד סערו לאחר קמפיין בחירות, ועוד טרם התבהרו הרכבה וזהותה של הממשלה שתקום בעקבותיהן. על כן תשומת הלב הציבורית והתקשורתית סביב פסק הדין הייתה עצומה. 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 בדבר צדקתו של פסק הדין, ואולם נדמה שכולם היו תמימי דעים כי מדובר בפסק דין חשוב ובאופן דרך בהחלטות בית המשפט העליון הישראלי.³

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 שאליה התרגלנו בפסיקת בית המשפט העליון, וניתן אפוא לתהות מה התועלת בכתיבת הערת פסיקה על פסק דין שהוא "חלקי" בלבד. שמא יש מי שיטען שהשופטים טרם השלימו את מלאכתם,

¹ בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת** (נבו 23.3.2020) (להלן: עניין **אדלשטיין** או פסק הדין). 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.

² שם, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

³ ראו לדוגמה חן מענית "פרשנות: תוך שמתח ביקורת חסרת תקדים, בג"ץ כפה על אדלשטיין לכבד את תוצאות הבחירות" **גלובס** (23.3.2020) <https://bit.ly/3rpERBL>; עידו באום "פסק הדין ההיסטורי של בג"ץ: ביום רביעי נדע אם תהיה פה אנרכיה או דמוקרטיה" **דה מרקר** (23.3.2020) <https://bit.ly/3kGkiPZ>; ביני אשכנזי "פסק הדין ההיסטורי של בג"ץ מצטרף לפעמים הספורות שבהן התערב בעבודת הכנסת" **דה מרקר** (24.3.2020) <https://bit.ly/2UACn7A>; שלמה פיוטרקובסקי "בג"ץ אדלשטיין מבטא את כל מה שרע במערכת המשפט" **מקור ראשון** (24.3.2020) <https://bit.ly/3xWUPWh>. כן ראו דניאל פרידמן "הפעם, התערבות בג"ץ מוצדקת וחיונית" **Ynet** (24.3.2020) <https://bit.ly/2V4z9Jc>; אריאל ארליך "גם בדמוקרטיה, הכללים לפעמים חשובים" **פורום קהלת – פרסומים** (26.3.2020) <https://bit.ly/3rtJieB>; זאב לב "בג"ץ כבר לא רק מתעלם מהחוק, אלא פועל במפורש נגדו" **מידה** (26.3.2020) <https://bit.ly/3hWV3qZ>; "בג"ץ בעין הסערה הפוליטית" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (19.4.2020) <https://bit.ly/3BtMOug>.

ואולי בכוונתם לפרט ולהוסיף טיעונים המלווים בדיון מעמיק, ועל כן יש משהו לא הוגן בהתייחסות רק לפסק הדין החלקי.
נראה שאין ממש בטענה זו, וכי פסק הדין אינו "חלקי" בכל הנוגע לשאלה המרכזית שנידונה בו. בפסקה 1 לפסק הדין מסבירה הנשיאה חיות:⁴

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

העתירות קבלו נגד כמה 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 הוא "חלקי" רק בהיבט שהוא אינו מתייחס לכלל הסוגיות שהועלו בעתירות, אך הוא מלא וממצה בכל הנוגע לנושא מינוי יו"ר הכנסת, וכי בעניין זה פסק הדין אינו חלקי, והוא המילה האחרונה של בית המשפט. נוסף על זה, אפילו אם ירצה בית המשפט להשלים את פסק הדין ולהוסיף נימוקים, הרי ניתן להניח כי עיקרי הטענות מופיעים כבר בפסק הדין החלקי, וכי ה"רציו" הנדרש להכרעת המחלוקת בוודאי מצוי שם.⁵

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

בהערה זו אצביע על כמה וכמה ליקויים בולטים בניתוח המשפטי שנערך בפסק הדין, ובעיקר באופן החלת המבחן המשפטי המרכזי, "מבחן סבידור" (הידוע גם כ"מבחן שריד"), על המקרה הנדון.⁶ בית המשפט סטה סטייה קיצונית מפסיקתו הקודמת, בכמה היבטים, מבלי לציין זאת במפורש, ולא קיים דיון כלשהו על אותם תקדימים, בשרדו "עסקים כרגיל". בית המשפט כמעט שלא התייחס לתחולת הוראות תקנון הכנסת ולחריגה מהן, ואילו בעבר

4 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ההפניות הן לפסק דינה של הנשיאה חיות, שהיא חוות דעת הרוב, ועימה הסכימו שאר שופטי ההרכב, אלא אם צוין אחרת. רובן של ההערות תקפות ממילא גם כלפי חוות הדעת האחרות המופיעות בפסק הדין.

5 לא למותר לציין כי באתר בית המשפט העליון התיק מופיע בטטוס "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 (ראו בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 6.5.2029) (להלן: עניין נתניהו)), שבו ניתנה תחילה החלטה שכותרתה היא "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 הטענות, אך רק בהתייחס לחלק מהעניינים שעלו בהליך מסוים.

6 ראו עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982) (להלן: עניין סבידור). בהערה זו בחרתי לכוון את פסק הדין "בג"ץ סבידור" ואת המבחן המרכזי שבו "מבחן סבידור" אף שרבים דבקים בכינוי "מבחן שריד", שכן במרכזו היה המשיב, יו"ר הכנסת מנחם סבידור.

התערב רק במקרים שבהם קבע במפורש כי התקנון הופר. בית המשפט לא נימק את המבחן העיקרי בפסק הדין מחד, ולא פירט את אופן החלת המבחן בנסיבות המקרה שנידון לפניו מאידך. בית המשפט קיבל החלטה חריגה בנוגע להלכה הקיימת, אגב הצגתה כהחלטה ברורה ומוכנת שאינה מצריכה דיון המשכי. קשה להימנע מהמסקנה כי שגיאת בית המשפט היא כפולה – הן בתוכן ההחלטה הסותרת את ההלכה הפסוקה על פני הדברים והן בהיעדר ניסיון הנמקה בסיסי מצד בית המשפט. כל זאת כאשר על פני הדברים "התקנון, הפרקטיקה החוקתית והפסיקה תמכו בעמדתו [של אדלשטיין]"⁷. יש בליקויים אלו לשנות את המסקנה הסופית שאליה 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 שבלב פסק הדין – מבחן סבידור (חלק א) – אגב סקירה של פסיקת בית המשפט העליון בעבר ושל אופן 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 ויישום חלופי של מבחן סבידור. אבחן את מרכזיותן של הוראות תקנון הכנסת להחלת מבחן סבידור (חלק ג) – אגב דיון מפורט בהוראות התקנון החלות בעניין אדלשטיין. לבסוף אתייחס לסוגיות מסגרת נוספות (חלק ד) – לרבות היעדר התמודדות בית המשפט עם הרציונל שבבסיס החלטת יו"ר הכנסת אדלשטיין, היעדר התחשבות בית המשפט בתוצאות הפוליטיות של התערבותו וחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר.

א. השאלה המרכזית – מבחן סבידור

1. רקע כללי ומרכזיותו של מבחן סבידור לפסק הדין

הרקע העובדתי לעניין אדלשטיין מוצג בפסקאות 2–3 לפסק הדין. לאחר השבעת הכנסת ה-23 אך לפני כינון הממשלה ביקשו 61 חברי כנסת 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

⁷ רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכתובתה יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד 1, 18 (צפוי להתפרסם ב-2021) <https://bit.ly/3wRmjve> (להלן: ווייל "הלכת אדלשטיין").

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.⁸

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

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

האם סירובו של יו"ר הכנסת [...] בא בגדר אותם המקרים המיוחדים [של מבחן סביר] [...] זוהי השאלה המרכזית העומדת להכרעה בעתירות שלפנינו.⁹

הנשיאה מציגה בכך את כלל היסוד שלפיו 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 שבלב פסק הדין: על אף הכלל הנחרץ שלפיו בית המשפט אינו מתערב בשאלות של ניהול סדר יומה של הכנסת, האם החלטתו של אדלשטיין עומדת בתנאים שנקבעו בהלכת סביר, ובהתאם האם היא מצדיקה התערבות של בית המשפט? לתפיסת בית המשפט, הכול קם ונופל על ההכרעה בשאלה קריטית זו.

על אף קביעה זו ניתן לחלק את הדיון הכללי על החלטתו של אדלשטיין לשלוש שאלות נפרדות הקשורות זו בזו, כאשר מבחן סביר הוא 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 כחוק, היינו במסגרת החוק ותקנון הכנסת, או שמא 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 סביר:**

8 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 2.

9 שם, פס' 7.

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 המנהלי. השאלה הראשונה דומה במידה רבה לעילת הסבירות הבוחנת את טיב ההחלטה; השאלה השנייה דומה 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.

מובן כי אלו שלוש שאלות שונות במהותן, וניתן תאורטית לדון בכל אחת מהן בנפרד ולהגיע למסקנה עצמאית בנוגע לכל אחת מהן. בה בעת מובן כי כל שאלה עשויה להשליך על אחרת. 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 בית המשפט העליון משנת 1982, בג"ץ 652/81 (להלן: עניין סבידור או בג"ץ סבידור).¹⁰ באותו מקרה התבקש בית המשפט לבחון החלטה של יו"ר הכנסת מנחם סבידור שלפיה נקבעה הצבעת אי-אמון בשעה מאוחרת בצהריים אף שלפי תקנון הכנסת היה צריך לקבוע אותה לשעה מוקדמת יותר בבוקר. השלכות ההחלטה לא היו טריוויאליות, מכיוון שכמה חברי כנסת היו בדרכם חזרה לישראל מחו"ל כדי לנכוח בהצבעה ולהטות את הכף נגד הצבעת האי-אמון. השופט אהרן ברק מציג את הכלל שלפיו אל לבית המשפט להתערב בהליכים פנימיים של הכנסת:

נמצא, כי "טעמים עליונים שבהפרדת הרשויות, בעצמאות הפרלמנט, ובכבוד הדדי שראוי שישורר בין רשויות המדינה, מחייבים, כי הכנסת תינהג מחופש פעולה לנהל את הליכיה כראות עיניה, בלא שתבואנה רשויות חוץ ותפשפשה במעשיה. אם ישים בית-משפט את עצמו פוסק בתקינות הליכי הכנסת, לא תוכל זו למלא תפקידה 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 [...].¹¹

10 עניין סבידור, לעיל ה"ש 6.

11 שם, פס' 7 (ההדגשה הוספה).

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 במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי.¹²

אם כן, זהו ביטוי המפתח הכולל את מרכיביו העיקריים של "מבחן סביר" פגיעה במירקם 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 סביר חל על כל התערבות של בית המשפט בהחלטות המתקבלות בכנסת: בית המשפט הבחין לאורך השנים בין החלטות פנים-פרלמנטריות, המוגנות בעקרונות חשובים של הפרדת רשויות ושל ניטרליות פוליטית של בית המשפט, לבין החלטות מעין-שיפוטיות ומעשי חקיקה, שעליהן חל סטנדרט שונה (לעיתים מקל יותר ולעיתים מחמיר יותר) של ביקורת שיפוטית. הבחנה זו מופיעה כבר בפסק דין סביר עיצמו:

[...] 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 [...] ¹³

לפי פסיקת בית המשפט לאורך השנים, המבחן שנקבע בבג"ץ סביר 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 סביר 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 פגיעה להיות "ממשית" ¹⁴ או "ניכרת". ¹⁵

12 שם, פס' 9 (ההדגשה הוספה).

13 שם, פס' 6.

14 בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדה חוקה חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001).

15 בג"ץ 2136/95 גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 845, פס' 8 (1995).

מאידך, מובן גם שאלו מונחים עמומים למדי שאין להם משמעות ברורה. המעיין בפסק הדין בעניין **סבידור**, ובשאר 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.¹⁶

(ב) ההצדקות שבסיוע מבחן סבידור והגדרת המבחן בפסיקה

בחינה ממצה של מבחן סבידור והתפתחותו בארבעת העשורים מאז קביעתו חורגת מהיקף מאמר זה. סקירה מועילה שכזו ניתן למצוא במאמרה של פרופ' סוזי נבות משנת 2003.¹⁷ 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], 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 [...]¹⁸

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:

[...] 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

16 עניין **סבידור**, לעיל ה"ש 6, פס' 9.

17 סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט 721 (2003).

18 עניין **סבידור**, לעיל ה"ש 6, פס' 7.

הרשות השופטת תמשוך ידיה ממנו כדי למנוע עד כמה שניתן "פוליטיזציה של השפיטה".¹⁹

מסקנתו של ברק הוצגה לעיל. מחד חל הכלל הבסיסי של "משיכת ידם של השופטים מעיסוק בביקורת על דרכי ניהולו של בית המחוקקים", ומאידך יש להתחשב ב"מידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי". לפיכך 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 [...]".²⁰

ככלל ניתן לומר שבמרוצת השנים כמעט שלא חלו שינויים במבחן משפטי זה או בניסוחו. פסקי הדין אשר נדרשו אליו הסתפקו לרוב בציטוט קצר ולקוני של המבחן המקורי המופיע בפסק דין סבידור. לעיתים הופיע בפסקי הדין דיון עקרוני רחב יותר – על מהותה של הפרדת הרשויות, על מגבלות של "שפיטות" באשר הן וכן הלאה – אך אין בפסיקה דיון מקיף ומעמיק אשר מסייע בפירוט או בהגדרת מבחן סבידור לגופו ובמונחי 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 על "השתלשלות" המבחן מתוך תיאורו בבית 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 הייררכייה מסודרת של מושגים מנחים, מבחני משנה, ביאורים, סייגים ודוגמאות.²¹ מבחנים משפטיים מסוג זה נפוצים בעולם המשפט, ואלו מספקים מידה של ודאות וצפיות ויוצרים קונקרטיזציה של מבחן כללי ועלום – גם כאשר מובן כי לא ניתן לנטרל לחלוטין כל ממד של עמימות ושיקול דעת במבחנים משפטיים. מטרה אחת של מבחנים אלו היא שהמשפטן (או אפילו האזרח) הקורא את פסק הדין יוכל להבין כיצד הגיע בית המשפט לתוצאה שאליה הגיע; על הקורא להבין את הקשר שבין 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, שאם לא כן הן

19 שם.

20 שם, פס' 9.

21 דוגמה 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 יש ביאורים מפורשים שניתן לסכמם במשפט או שניים.

נראות שרירותיות, קפריזיות וחסרות פשר. את המטרות הללו ניתן להשיג רק כאשר המבחן ברור ומפורט, או לחלופין כאשר יישום המבחן בנסיבות הנדונות מובן ומנומק. גם בהתחשב ברצונו של השופט ברק במבחן "גמיש", **מבחן סבידור אינו עומד בסטנדרט המצופה ממבחן משפטי יסודי במשפט הציבורי**, בשל החשיבות הרבה שמעניק בית המשפט דווקא לאי-התערבותו במקרים החוסים במבחן 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, ולמעשה הם מילים נרדפות לאותו הדבר? האם זהו מבחן מצטבר (החלטה צריכה לפגוע גם במרקם החיים וגם ביסודות המשטר), או שעמידה בכל אחד מהתנאים היא 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.²²

ביקורת זו אינה חדשה, והיא הושמעה 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 שימוש ודרך הפעלתו.²³

בעייתיות זו מתעצמת ומתבהרת בשל אופן יישום המבחן בעניין אדלשטיין, כפי שנראה. לא למותר לציין שבמרוצת השנים ולאורך הפסיקה נוצר חוסר בהירות בניסוח המבחן. הנשיאה חיות בבג"ץ אדלשטיין מצטטת דווקא את פסק הדין בעניין פורת,²⁴ 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). פרופ' סוזי נבות ציינה הבדל זה בסיכום מאמרה בעניין מבחן סבידור.²⁵ 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. אשר לניסוח השני, לא ברור כלל כיצד ניתן לבחון את השפעת החלטות יו"ר הכנסת על מרקם החיים ה"דמוקרטיים".

22 על אפיון העידן הנוכחי ככזה, ראו לדוגמה מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים 321 (1987); מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2006).

23 ראו בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, פס' 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אלון (1986) (להלן: עניין כהנא 2) (ומומלץ לקרוא את הפסקה כולה).

24 בג"ץ 4064/95 פורת נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 177 (1995).

25 נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 790.

למען הסר ספק שמא היה מקום לסבור כי מדובר בשינוי מושכל, הרי שחידוש דרמטי זה בניסוח המבחן אינו מוסבר באופן כלשהו 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 אין המילה מופיעה כלל, למעט במקרה אחד שבו השימוש בביטוי "דמוקרטיים" נראה שולי, על גבול השוגג, והוא אינו מלווה בהסבר או בהפניה למקור כלשהו.²⁶ כך, נראה שהוחלף מונח המפתח במבחן סבידור המקורי כאילו בלי משים, והדבר משנה לחלוטין את משמעות המבחן והופך אותו לעמום ומופשט עוד יותר משהיה במקור.

אולי לא מפתיע שהמונחים מתערבבים אף בכתיבת בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין. השופט יצחק עמית משתמש בחוות דעתו בניסוח של בג"ץ פורת ("פגיעה במרקם החיים הדמוקרטי"), אך מפנה בטעות לפסק הדין בבג"ץ סבידור, שם הביטוי אינו מופיע כלל.²⁷ נראה שזה טבעו של מבחן שאינו מוגדר ואינו מובן – ניתן בקלות להחליף מונחי מפתח ואף להוסיף מילים שלא היו.²⁸

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, וכל אחד מבין בדיוק מדוע וכיצד הוא חל באותו המקרה. אך 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, שאליה 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 בבג"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, ובכלל אציין במאמר זה הערות נקודתיות נוספות העולות מהפסיקה.

כבר כעת ניתן להדגיש בעיה חמורה נוספת בפסק הדין בבג"ץ אדלשטיין – היעדרו המוחלט של דיון בפסיקה קודמת לבד מהפניות אגביות ולקוניות לפסקי דין אחרים. דיון שכזה היה נדרש בכל מקרה, אך כפי שיתבהר, הדיון חסר עוד יותר בשל סטיית בית המשפט משלל עקרונות יסוד שנקבעו בתקדימים הרבים.

26 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 15, פס' 10.

27 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית. אפילו היה מפנה לעניין פורת (לעיל ה"ש 24), לא היה הציטוט מדויק.

28 סקירה של כל נקודות השינוי במינוח לאורך הפסיקה חורגת מהיקף הערת פסיקה זו.

מלבד בג"ץ סבידור עצמו, התקדים המאוחר ביותר (וכמעט היחיד) שאליו מפנה בית המשפט הוא "עניין פורת" שאוזכר לעיל, משנת 1995. אולם יש עשרות פסקי דין המאזכרים את בג"ץ סבידור והמחילים, כך או אחרת, את מבחן סבידור. לצורך הערת פסיקה זו סקרתי את כלל פסקי הדין של בית המשפט העליון המאזכרים את בג"ץ סבידור.²⁹ סיננתי עתירות נגד החלטה מעין-שיפוטית ועתירות מהותיות נגד מעשי חקיקה (או חקיקת משנה), ונותרו רק פסקי דין בני-השוואה לעניין אדלשטיין: עתירות נגד החלטה פנים-פרלמנטרית שחלים עליה תנאי מבחן סבידור. ניתוח התקדימים הרלוונטיים מתמקד אפוא ב-17 תקדימים העומדים בהגדרות אלו (לרבות בג"ץ סבידור עצמו).

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

להלן טבלה הסוקרת את התקדימים לפי השאלות לעיל.³⁰ אעיר כי רובן של העתירות כווננו נגד החלטות של יו"ר הכנסת, אך כאשר נידונה החלטה של גוף 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	עניין רמון	לא	לא	עתירה נגד החלטת שר המשפטים כיור ועדת החוקה, חוק ומשפט.
בג"ץ 742/84	עניין כהנא 1	כן	כן	
בג"ץ 73/85	עניין סיעת כך	כן	כן	
בג"ץ 669/85	עניין כהנא 2	לא	לא	נסיבות זהות לעניין כהנא 1, אך העתירה נדחתה בשל שינוי תקנון

29 לפי מאגר נבו, קיימים 63 פסקי דין כאלה של בית המשפט העליון.

30 ראו עניין סבידור, לעיל ה"ש 6; בג"ץ 337/83 רמון נ' שר המשפטים, פ"ד לז(3) 418 (1983); בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985) (להלן: עניין כהנא 1); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985); עניין כהנא 2, לעיל ה"ש 23; בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989); בג"ץ 400/87 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מא(2) 729 (1987); בג"ץ 482/88 רייסר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(3) 142 (1988); בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' ממלא-מקום יו"ר הכנסת, פ"ד מד(2) 31 (1990); בג"ץ 1956/91 שמאי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(4) 313 (1991); עניין גוטמן, לעיל ה"ש 15; עניין פורת, לעיל ה"ש 24; בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 703 (2001); עניין לבנת, לעיל ה"ש 14; בג"ץ 1139/06 ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים (נבו 12.12.2006); בג"ץ 2704/07 התנועה להגנינות שלטונית נ' ועדת הכנסת (נבו 28.1.2008); בג"ץ 1111/12 קם נ' יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט (נבו 15.4.2012).

מס' הליך	כינוי	קביעה שהופר התקנון?	האם בית המשפט התערב?	הערות
				שהכשיר את החלטה 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 1956/91	עניין 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	עניין התנועה להגיונות שלטונית	לא	לא	עתירה נגד החלטה של ועדת הכנסת.
בג"ץ 1111/12	עניין קם	לא	לא	עתירה נגד יו"ר הכנסת וגם נגד יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט.

מסקירה רוחבית זו ומניתוח פסקי הדין עצמם עולות מייד כמה תובנות.

(א) במרבית פסקי הדין הכריע בית המשפט שלא להתערב בהחלטה שנידונה. מתוך שבעה-עשר פסקי הדין החליט בית המשפט "להפעיל" את מבחן סבירור 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 הייתה חריגה וייחודית. סטייה זו ממגמת פסיקתו של 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 בנוגע למרכזיותן של הוראות התקנון למבחן סביר, כפי שיפורט בהמשך. כל פסקי הדין התמקדו והעמיקו בשאלת החריגה מסמכות פורמלית (שאלה 2 לעיל). כאשר בית המשפט מסיק כי הייתה סטייה מהוראות הדין הוא אומר זאת במפורש ומצביע בבירור על סעיף החוק או התקנון שהופר. מבין המקרים לעיל קבע בית המשפט כי התקנון הופר בארבעה מקרים בלבד. בעניין ר"צ ובעניין לבנת לא התערב בית המשפט בהחלטת יו"ר הכנסת על אף קביעה מפורשת כי ההחלטה הפרה את הוראות התקנון.³¹ בשני המקרים האחרים בית המשפט אכן התערב, בין היתר בשל הקביעה כי הופר התקנון.

(ג) במקרים היחידים שבהם התערב בית המשפט בהחלטה פנים-פרלמנטרית (של יו"ר הכנסת או של כל גוף אחר) קבע בית המשפט כי ההחלטה הפרה את תקנון הכנסת. ההיסטוריה הפסיקתית מראה התאמה מלאה בין עמידה בהוראות התקנון לבין אי-התערבות בית המשפט. בכל המקרים שבהם לא נקבע מפורשות שהייתה סטייה מהוראות התקנון, בית המשפט לא התערב; כך גם במרבית המקרים שבהם בית המשפט לא התערב, לא קבע פסק הדין כי הייתה הפרה של התקנון. מאז בג"ץ סביר ועד בג"ץ אדלשטיין לא היה מקרה של התערבות בג"ץ ללא קביעה מפורשת ומפורטת כי הופרו הוראות התקנון.³²

המסקנות הראשוניות המתבקשות אינן טריוויאליות, והן מצביעות על מידת החריגות של בג"ץ אדלשטיין. ראשית, בית המשפט אכן מתערב בבג"ץ אדלשטיין בהחלטת יו"ר הכנסת, וזה בפני עצמו מהווה שינוי ממרבית פסיקתו הקודמת של בית המשפט. שנית, בחריגה גדולה 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 משרד "עסקים כרגיל", כאילו לא התקבלה החלטה שחרגה לחלוטין ממגמות העבר בפסיקת בית המשפט עצמו. היה אפשר להבין גישה זו לו היה בית המשפט מכריע שלא להתערב ולהיות עקיב בדרך פסיקת העבר. אלא נדמה שדווקא בנסיבות דנן בהתערבות חריגה, כפי שתואר, בית המשפט אינו רואה צורך לדון בתקדימים ובהוראות התקנון ואף אינו מנמק את אופן החלטת מבחן סביר, והכול כפי שנראה להלן.

31 ראו לדוגמה עניין ר"צ, לעיל ה"ש 30, פס' 3. עניין לבנת, לעיל ה"ש 14, פס' 18.

32 פרופ' וייל ("הלכת אדלשטיין", לעיל ה"ש 7, בעמ' 17) מצביעה גם על מידת החריגות שבהתערבות בית המשפט בעיתוי הצבעה בכנסת.

ב. יישום מבחן סבירור בבג"ץ אדלשטיין

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

1. אפיון החלטת אדלשטיין כהחלטה פנים-פרלמנטרית

נראה שכמעט אין מחלוקת ממשית שמדובר בהחלטה פנים-פרלמנטרית מהסוג המתואר במבחן סבירור. נידונה דרישת חברי כנסת להעלות הצבעה בעניין מסוים לסדר יומה של מליאת הכנסת וסירוב יו"ר הכנסת לעשות זאת. כפי שצוטט לא אחת בפסק הדין, "הסמכות לקבוע את סדר יומה של הכנסת ואת מועדי דיוניה נתון ליו"ר הכנסת. סוגיות אלו הן עניין פנים-פרלמנטרי" מובהק.³³

עם זאת ניתן להתייחס בקצרה לטענה העולה בחוות דעתו של השופט עמית שלפיה 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.³⁴

ראשית, השופט עמית אינו מפרט מאי נפקא מינה מסברתו זו. האם לדידו מבחן סבירור אינו חל במקרה הנידון? האם השופט עמית מבקש לקבוע קטגוריה חדשה של החלטה פרוצדורלית בכנסת אשר מוחרגת מתנאי מבחן סבירור? 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 ייתכנו החלטות פנים-פרלמנטריות שהן חשובות והרות גורל, ועדיין יהיו מוגדרות ככאלו, והתערבות שיפוטית בהן תהא כפופה לתנאי מבחן סבירור. מטבע הדברים החלטה הפוגעת "ביסודות מבנה משטרנו החוקתי" תהיה לעיתים קרובות החלטה "מלכותית" במובן כזה או אחר. גישתו של השופט עמית עשויה לרוקן מתוכן את כלל אי-ההתערבות ביסוד הלכת סבירור, שכן במקום לעמוד בתנאים הנוקשים של מבחן סבירור, תמיד יוכל בית משפט נחוש להגדיר החלטה פנים-פרלמנטרית כ"חריגה", כ"מלכותית" וככזאת "מסוג שונה", וכך יתחמק מן הצורך להתמודד עם הרף הגבוה שמציב מבחן סבירור.

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

33 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית, פסק דינו של השופט פוגלמן.

34 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

2. דיון פסק הדין בשאלות צדדיות

על אף קביעתה הראשונית של הנשיאה חיות בפסק הדין באשר לעניין "השאלה המרכזית הדורשת הכרעה", חלק ניכר מהדיון בפסק הדין מוקדש דווקא לשאלה 1 (מבין אלו שסוגו 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 שבבסיס החוק, במנהג הכנסת ועוד.³⁵ גישה זו סותרת קביעות מפורשות בפסיקה שלפיהן **אין לבחון את שיקול דעתו של יו"ר הכנסת, אלא אם כן נקבע כי אכן יש פגיעה לפי מבחן סבירות**. 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 הכנסת פגיעה ניכרת במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של משטרנו החוקתי [...].³⁶

השופט ברק קובע מבחן רב־שלבי ומבהיר את סדר הניתוח, ולפיו אין מקום לבחון את שיקול דעת ההחלטה לגופה, אלא אם כן הוכרע לכתחילה כי יש פגיעה לפי מבחן סבירות. הפגיעה במירקם החיים הפרלמנטריים (שאלה 3) היא ה"שער" שדרכו 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.³⁷

כך מסבירה גם פרופ' 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.³⁸

35 שם, פס' 8–9, 11–13.

36 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 15, פס' 7 (ההדגשה הוספה).

37 שם, פס' 10.

38 נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 774.

כלומר, העמידה בתנאי מבחן סבידור היא 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 בתחולה כעילה יחידה להתערבות בהחלטות פנימיות של הכנסת.³⁹

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

אם 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 בג"ץ 652/81 שריד [...] ⁴⁰

קביעות אלו מתיישבות עם הרציונל הכללי במבחן סבידור. בית המשפט עצמו מצהיר כי כלל היסוד הוא **אי-התערבות**, והתערבות תהא מוצדקת רק במקרים חריגים על פי מבחן סבידור. אם החלטת אדלשטיין פוגעת במירקם החיים הפרלמנטריים, הרי שהתערבות בית המשפט מוצדקת, ואין שום תועלת לכל השיקולים והרציונלים שבהם 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 בעייתיים וכו'. לשון אחר, הכרעה בשאלת מבחן סבידור היא 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 שבבסיס ההחלטה באמצעות הכלים הרגילים המיועדים לכך. לעניין זה דבריו של כבוד השופט עוזי פוגלמן בעניין קם:

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].

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 [...] ⁴¹

39 שם, בעמ' 785.

40 עניין קליינר, לעיל ה"ש 30, פס' 9.

ביקורת זו יכולה למצוא את מקומה במסגרת הפנים-פרלמנטארית או בזירה הציבורית.⁴¹

מן האמור עולה כי בפסיקתו הקודמת של בית המשפט, שלילה מפורשת וגורפת את בחינת שיקול דעתו של מקבל ההחלטה כמרכיב עצמאי בביקורת השיפוטית על החלטות פנים-פרלמנטריות.

לא למותר לציין כי בדיון זה על 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).⁴² על כן לעיתים לא ברורה טענת בית המשפט אם מדובר בהגבלה על סמכות פורמלית או שמא בתיחום שיקול הדעת.⁴³ חוסר הבחנה זה בולט במיוחד בשל היעדר הדיון דווקא בתקנון הכנסת – מקור הדין העיקרי והמרכזי המגדיר בדיוק את סמכותו הפורמלית של יו"ר הכנסת והמוקד של הדיון הפסיקטי בתקדימי העבר.

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

[...] 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.⁴⁴

בחינה זריזה מראה כי אין בטיעונים אלו תועלת של ממש.

תחילה נתייחס לדיני הרציפות. ראשית, בין שמתחם שיקול הדעת הוא רחב ובין שהוא "מוגבל ותיחום ביותר", מדובר בבחינת שיקול דעתו של 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 דעתו של המחליט לכתחילה. לשון אחר, גם אם נקבל שדיני הרציפות מטילים מגבלות מסוימות על שיקול דעתו של היושב ראש הזמני, אין בכהונה מתוקף דיני הרציפות להפוך את סדר הניתוח הקבוע במבחן סביר, שלפיו אין

41 עניין קם, לעיל ה"ש 30, פס' 7–8 (ההדגשה הוספה). יודגש כי על אף אזכור הליך החקיקה בציטוט זה עסקה העתירה הנידונה בהחלטה פנים-פרלמנטרית בעניין העלאת יוזמת חקיקה לסדר יומה של הכנסת. להרחבה על הבחנה חשובה זו, ראו נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019); יונתן גרין "מה סביר בסבירות?" **השילוח** 19, 25 (2020).

42 כך לדוגמה, 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" (ראו עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות) (ההדגשה הוספה). על כך ניתן לומר – pick a lane. מדובר באי-סבירות קיצונית או בחריגה מסמכות? שניהם יחד? לא ברור כלל.

44 שם, פס' 8.

מקום לבחינת שיקול דעתו של מקבל ההחלטה, למעט במקרה החרגי של פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. אם בית המשפט סבר אחרת, היה עליו להציג לכך טעם ולבסס במישור המשפטי (והן במישור הלוגי) מדוע כהונה כאמור מאיינת את עצם הצורך במבחן סביר.

שנית, למעלה מן הצורך ולגופו של הטעון, גם עצם ההנחה כי כהונה מכוח דיני הרציפות מגבילה את שיקול דעתו של יו"ר הכנסת מוטלת בספק, ודרושה העמקה והוכחה. בדיון הקצר בפסקה 9 לפסק הדין, בית המשפט אינו מציע מקור פסיקתי או חקיקתי לביסוס הנחה תקדימית זו, ומנגד אינו מפרט על הרציונל שהוביל אליה. בית המשפט מסתפק באמירה כוללת המשווה בין יו"ר הכנסת בפועל לבין ממשלת מעבר, ומפנה לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירות הנדונות וכן לספרות אקדמית (שקדמה, אגב, למצב המשפטי הקיים כיום ובמועד מתן פסק הדין). אך לא מובן מאליו כלל שעצם כהונתו של יו"ר הכנסת בפועל מכוח דיני הרציפות מטילה מגבלות על מתחם שיקול הדעת הנתון לו, במיוחד בשל שינוי המצב החוקי בשנת 2016, כפי שאראה בהמשך.

נעבור לאזכור החולף והאגבי לניגוד העניינים שבו היה מצוי כביכול יו"ר הכנסת, אשר אינו מתיישב עם הרציונל של מבחן סביר. על אף הרושם שאולי נוצר, נושא ניגוד העניינים כמעט שאינו נידון ואינו מבואר בפסק הדין על אף היותו מרכיב מרכזי לכאורה המצדיק את הגבלת שיקול דעתו של היושב ראש. הביטוי היחיד הנוגע לכך הוא "בהינתן העובדה כי מדובר בעניין הנוגע בו ישירות"⁴⁵ ולבד ממשפט 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 לה תשומת לב לבד ממילים אחדות. **ראשית**, טענת ניגוד עניינים אינה אלא תת-קטגוריה של בחינת שיקול דעתו של מקבל ההחלטה, וכל האמור לעיל חל גם על טענה זו – אין מקומה להיבחן אלא עד אחרי השלב הראשון שבמבחן סביר וקביעת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. **שנית**, טענה זו 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 כמעט בקביעות מתוקף תפקידם. והרי יו"ר הכנסת מצוי ב"ניגוד עניינים" מובנה בחלק ניכר מתפקידיו והחלטותיו. כחלק מהקואליציה וכמי שמונה לתפקיד על ידיה, 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 היושב ראש 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 דעתו של יו"ר הכנסת בפועל. ואולם, בתיקון מס' 43 לחוק-יסוד: הכנסת ב-2016 הוחלט לקבוע הסדר חדש ולפיו יו"ר הכנסת היוצאת (אשר כן זכה בעבר לאמון מרבית חברי הכנסת) ממשיך לכהן בתפקידו עד בחירת יו"ר קבוע. **הסדר זה אושר בידי רוב גורף של תשעים ואחד חברי כנסת (עם אפס מתנגדים), וייצג קונצנזוס מרשים לרוחב הקשת הפוליטית.** שאלת סמכויותיו ושיקול דעתו של היו"ר בפועל הייתה במרכזו של תיקון זה.

והינה, לאחר שנוזקק 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 הדעת של היושב ראש בהליכי מינוי מחליף. ודוק, אילו רצה המחוקק לעשות כן, הייתה זו הזדמנות פז לקבוע מגבלות ברורות לשיקול דעתו של יו"ר הכנסת בפועל – הן בכלל מתוקף היותו מכהן מכוח דיני הרציפות, והן בפרט בנוגע לניגוד העניינים של היושב ראש 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-פרויריות המופיעות בפסק הדין.** אם ביקש 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.⁴⁶

על כן נוצר הרושם שבית המשפט אינו מבחין כראוי בין שאלת הליכה של פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים לבין השאלות הפרופורציונליות שעל פני הדברים אין בהן להשפיע לכיוון כזה או אחר.

46 לביקורת על ניתוח שיקול הדעת לגופו, ראו להלן בחלק ד למאמר זה. בהקשר זה ובשולי הדברים, לא למותר לציין כי הבעיה בהתמקדות בית המשפט בשיקול דעת היושב ראש מתחדדת בשל 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 בהערות של השופט ברק בעניין **לבנת**, לעיל ה"ש 14, פס' 17, ובעקבות אלו גם בידי פרופסור סוזי נבות (לעיל ה"ש 17, בעמ' 778): "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' (ההדגשה הוספה), הווה אומר, מבחן שנסב על שאלה תוצאתיות אינו אמור, על פני הדברים, לבחון את סבירות שיקול הדעת בפני עצמו של מקבל ההחלטה אלא רק את מהות התוצאה הנגרמת מן ההחלטה.

3. יישום מבחן סבידור 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, פסקה 10 לפסק הדין דנה ישירות בהשפעת החלטת אדלשטיין על מרקם החיים הפרלמנטריים או על יסודות המשטר החוקתי. הפסקה אינה נוגעת בסוגיות צדדיות כמו מרחב שיקול הדעת, היקף הסמכות וכו'. אם אנו מחפשים להבין את נימוקי בית המשפט בהחלטת מבחן סבידור, ככל שאנו מבקשים לדעת כיצד החלטתו של אדלשטיין מהווה "פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים", עלינו לחפש את תשובותינו כאן בפסקה זו.⁴⁷

אלא שעיון בפסקה זו, הדורשת בחינה מעמיקה, עשוי לאכזב את הקורא. בית המשפט מסביר שמשמעותה של החלטת אדלשטיין היא "סיכול רצונו של הבוחר", ושהתערבות אדלשטיין במאמץ רוב חברי הכנסת יש בה משום "פגיעה בהכרעת הבוחר", משום שאדלשטיין אינו מעניק את מבוקשם של 61 חברי כנסת. אם זוהי "השאלה המרכזית" שיש להכריע בה, לא ברור מדוע בחר בית המשפט להקדיש לה פירוט או תשומת לב מעטים כל כך. 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 בנוגע להחלטתו בעניין אדלשטיין. מכאן ואילך עלינו לעבור למחוזות הניחוש, ההשערות והספקולציה, מאחר שבית 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 מפסק 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 הכנסת הוא "סיכול רצון הבוחר"; סיכול מסוג זה פוגע במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות מבנה 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 הכנסת יהיה "סיכול רצון הבוחר" ופגיעה במרקם החיים וכו'. כלל זה לא נאמר במפורש בבית המשפט, והקורא עשוי לחשוב כי מדובר בהפשטה או בהגזמה – אך אין בנמצא כל הסבר אחר בפסק הדין שיכול להבהיר את הרציונל הדל המוצג בפסקה 10. אין לקורא ברירה אלא לעבור עם הנימוקים שאותם סיפק בית המשפט.

נראה בנקל מדוע קו טיעון זה אינו מחזיק מים.

47 יש להדגיש כי מדובר בדעת הרוב שעליה סמכו שאר השופטים את ידיהם בהסכמה, שהיא רציו דסידנדי של פסק הדין. נימוקים אחרים המופיעים בחוות דעת יחיד הם אוביטר דיקטום לכל היותר, של שופט אחד ולא של בית המשפט, וממילא אין בהם להאיר יותר ממה שמצוי בדעת הרוב.

הבעיה העיקרית והבולטת היא שחיי היום-יום בכנסת מלאים במקרים שבהם 61 חברי כנסת אינם יכולים לקבל את מבוקשם, בוודאי לא ישירות או מייד. 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, במיוחד בהיבט של הסדרים פרוצדורליים הקבועים בתקנון הכנסת, שבהם ניתן ליו"ר הכנסת שיקול דעת רחב לקבוע את לוח"ז הדיונים. פעם אחר פעם בחר ה"רוב" בכנסת לקבוע כללים מגבילים, בחוק ובתקנות, ולהחיל מגבלות אלו על עצמו. בית המשפט לא סיפק הסבר כלשהו בפסק הדין מדוע דווקא במקרה הנידון הגבלת רצונם של רוב חברי הכנסת היא "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 בדבר "סיכול רצון הבוחר"? (א) לאחר מינוי יו"ר כנסת קבוע ניתן להעבירו מתפקידו (נגד רצונו) רק ברוב של 90 (!) חברי כנסת.⁴⁸ כלומר למחרת המינוי, לאותם 61 חברי כנסת אין 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 יש "פגיעה" אינהרנטית בדמוקרטיה בכל מגבלה עצמית על רצונם של 61 חברי כנסת.

(ג) תקנון הכנסת קובע כי ניתן לחוקק חוק רק בשלוש קריאות.⁴⁹ כאשר רוב של 61 חברי כנסת מבקש לחוקק חוק בקריאה אחת בלבד, הם אינם יכולים לעשות זאת בשל 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 נסתפק כרגע בכך שבתקנון מצויים הסדרים מפורטים שלפיהם יו"ר הכנסת קובע מתי להעלות נושא לסדר היום, במסגרת של חודשים (ואף יותר), ואף כאשר הבקשה מגיעה מרוב חברי הכנסת (61 או יותר). לפי סעיף 55 לתקנון הכנסת, יו"ר הכנסת יכול לקבוע דיון עד **חודש** אחרי שאושרה הצעה לסדר יום מצד רוב חברי הכנסת. יש הבחנות בין הצעה דחופה לבין הצעה רגילה. יש 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 מיידית.** האם בכל המקרים הללו מדובר בסיכול רצון הבוחר?

נוסף על כל אלו יש להזכיר שאותם כללים הקבועים בחקיקה ובתקנון, המגבילים תכופות את יכולת הפעולה של רוב בכנסת, הם בעצמם מייצגים "רוב" אחר בכנסת – הרוב שהצביע וקבע את הכלל. מדוע רצונו של רוב א, שקבע בתקנון כלל המחייב את הכנסת, נחות מרוב ב, רוב נוכחי בכנסת שמבקש להתעלם מהכלל שנקבע? האם רוב א לא ייצג את

48 ס' 8 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. הכוונה היא עד קיום בחירות ומינוי יושב ראש חדש.

49 ס' 74 לתקנון הכנסת (30.4.2019).

הבוחר כאשר קבע את הכללים? האם התעלמות מהכללים שקבע אינה "סיכול רצון הבוחר"?⁵⁰

סיכומו של דבר, הפורמולציה שמעניק בית המשפט למבחן סבידור נראית פגומה ומלאכותית. הטעם היחיד שבית המשפט מציג הוא אי־ציות היושב ראש 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, שבהם 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?⁵¹ 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, וההסבר 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 היעדר קביעה מפורשת כי התקנון הופר.

המשנה לנשיאה מלצר חותם חוות דעתו כך: "אין לי אלא לסיים בתקווה שהלקחים יילמדו, ובעתיד לא נצטרך להידרש עוד לעתירות מסוג זה".⁵² לא ברור אילו לקחים ניתן ללמוד מפסק הדין כפי שהוא נכתב. קוראת אשר תתבקש להציג ולפרט את מבחן סבידור ולהסביר כיצד הוחל בבג"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 בפסק הדין כי סירובו של אדלשטיין "[...] פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות עצמאית".⁵³ השופט עמית

50 ודוק, אין מדובר ברוב ב, שמבקש לשנות את התקנון, אלא פשוט לא לפעול על פיו. לעניין אפשרות רוב ב לשנות את התקנון, ראו בהמשך המאמר.

51 ראוי לציין כי בית המשפט אינו מסביר גם מדוע הפגיעה במקרה הנידון חמורה דייה כדי להצדיק התערבות בית המשפט, ואילו מקרים חמורים בעבר לא הצדיקו זאת. דוגמה שימושית ניתן למצוא בעניין רייסר (לעיל ה"ש 30) שאוזכר לעיל. באותו המקרה הוחלט להדיח ולמנות מחדש ועדה שלמה בכנסת רק כדי להחליף את יו"ר הוועדה, ובכך לעקוף הוראות מפורשות בתקנון שנגזעו 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 שראוי שהליך מסוג זה יוסדר בתקנון או בחקיקה ראשית. בית המשפט הזהיר (שם, פס' 6), כי המהלך "[...] עלול לפגוע, בטווח הארוך יותר, בתקינות פעולתם של מוסדות הכנסת [...]" יש חשש מפני השלכותיו של צעד זה על יציבות מוסדותיו של הגוף המחקק ועל תדמיתו" (ההדגשה הוספה). דומה שמדובר במקרה חמור ביותר – הניסוח אפילו מזכיר את "מרקם החיים הפרלמנטריים" וכו'. ועם כל זאת בחר בית המשפט שלא להתערב בהחלטה שנידונה, בשל הרף הגבוה שמציב מבחן סבידור. בית המשפט אינו מסביר בבג"ץ אדלשטיין מדוע החלטתו של אדלשטיין חמורה מבמקרי עבר כמו עניין רייסר (שם), שבהם הוחלט שלא להתערב.

52 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

53 שם, פס' 15.

מגדיל וטוען כי התערבות בית המשפט היא בבחינת "[...] חיזוק מעמדה של הכנסת כרשות נפרדת".⁵⁴ לפי הציון האגבי והיחיד של הנשיאה חיות בפסקת ה"סיכום", נדמה שבית המשפט בעצמו אינו מייחס משקל גדול 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 בשל דיון החלופות שעמדו לחברי הכנסת המובא בהמשך). ובכל זאת יש מקום לתהות על נקיטת בית המשפט טיעון זה כנימוק **בעד** התערבות בית המשפט, דווקא בשל הופעתו בבג"ץ **סבידור** כרציונל נגד אותה התערבות. 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.⁵⁵

מובן כי לפי בג"ץ **סבידור** עצמו, עצמאות הכנסת היא שיקול מרכזי נגד התערבות שיפוטית, ועולה מדברי השופט ברק כי דווקא התערבות שיפוטית ב"סדרי עבודתו" של בית הנבחרים היא היא החותרת תחת עצמאות הכנסת. נראה שהשופט ברק מניח בעניין **סבידור** כמובן מאליו, ועל פני הדברים 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 "מבחון". זוהי אפוא 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, במיוחד שעה שמשמעותו ה-*prima facie* של הביטוי "עצמאות הכנסת", וכן האופן שבו מציג השופט ברק את הרציונל בעניין **סבידור**, תומכים בהבנה כי "עצמאות" זו באה לידי ביטוי ביכולת הכנסת לפתור בעיות פנימיות באופן עצמאי, וכי כפיית פתרון על ידי בית משפט חיצוני היא סתירה מוחלטת לעצמאות זו.⁵⁶

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

לאחר שדחינו את הגדרתו של מבחן **סבידור** שמתפרש במשתמע מפסק הדין, ראוי ליצוק תוכן למבחן זה כשבית המשפט אינו מוכן לעשות זאת. מטבע הדברים מאמר זה אינו שואף להגדיר הגדרה ממצה את שלל המשמעויות שעשויות להתפרש מהמונחים העומדים של

54 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

55 עניין **סבידור**, לעיל ה"ש 10, פס' 7.

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

מבחן סביר, ועם זאת נראה שניתן להציע כיוון ראשוני, ולפיו לבחון אם החלטת אדלשטיין נכנסת בגדר אותם "מקרים מיוחדים" הכלולים במבחן סביר.⁵⁷ בליבה של בחינת כל פגיעה ב"מרקם החיים הפרלמנטריים" וב"יסודות מבנה המשטר החוקתי" נמצאת השאלה אם הפרלמנט (היינו חברי הכנסת) יכול לבצע את תפקידו הכללי כמחוקק וכמפקח על הרשות המבצעת, או שמא אותה פגיעה מונעת מהפרלמנט למלא את תפקידיו החשובים. פעולה שמונעת מהפרלמנט לבצע 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, שאותו אזכר המשנה לנשיאה מלצר ושאליו אתייחס בהמשך.⁵⁸ כאן ענייננו בפסק דין זה הוא רק 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.⁵⁹

נראה שהגדרה זו שימושית לענייננו.⁶⁰ ניתן לחשוב על הגדרות דומות או אחרות, אך בעלות קו משותף: "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" משמעותה פעולה שמונעת מהכנסת לבצע את תפקידיה.

אפשר לבחון אם פעולה מונעת מהכנסת לבצע את תפקידיה בכמה דרכים. הדרך המוצעת לבחון זאת היא לשאול מהן החלופות העומדות בפני הפרלמנט. כפי שתואר לעיל, בישראל (כמו בכל מבנה שלטוני דמוקרטי) יש שלל הוראות ומגבלות המפריעות לכנסת או לרוב שבה לקבל את מבוקשם מיידית, כדבר שבשגרה. חלק מההצדקה להסדרים מסוג זה הוא שיש לכנסת דרכים חלופיות לעקוף את ההסדרים הללו, אם היא מעוניינת בכך. מובן שהפרעה מסוג זה בלבד אין משמעותה מניעה שמהווה פגיעה ביסודות השיטה. אדרבה, לעיתים קרובות ה"הפרעות" הללו הן "פיצ'ר ולא באג" – אלו איזונים ובלמים קלאסיים

57 פרופ' סוזי נבות הציעה אף היא במאמרה פורמולציה חלופית למבחן סביר על בסיס מבחן פגיעה ברשימה מוגדרת של עקרונות יסוד וזכויות יסוד פרלמנטריים (ראו נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 776–785). לא מן הנמנע כי החלטת מבחן סביר לפי הגדרתה של פרופ' נבות הייתה מביאה לתוצאה אחרת מתוצאת פסק הדין.

58 R (on the application of Miller) v. The Prime Minister, [2019] UKSC 41 (appeal taken from Scot.) (להלן: פרשת מילר).

59 שם, בעמ' 2 לסיכום פסק הדין מאת בית המשפט (<https://bit.ly/3zn0OUB>).

60 השופט מלצר נוקט בחוות דעתו גישה דומה, כאשר הוא מתאר את "שיתוק" הכנסת ואת אי-יכולתה להפעיל כהלכה את תפקידיה. ראו עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

שנועדו למתן החלטות פזיזות, להעניק זמן למחשבה ולשקילת מהלכים, לאפשר ביקורת ציבורית, לאלץ גיוס תמיכה פרלמנטרית רחבה וכן הלאה.

ניתן לומר שאם לכנסת יש חלופות שתוכל להפעיל כדי לעמוד על שלה מול גורם המבקש להגביל אותה, או אם לרוב מסוים בכנסת יש כלים שהוא יכול להפעילם כדי לקבל את מבוקשו, אזי הפעולה המגבילה אינה "מונעת" מהכנסת לבצע את תפקידה. אם פעולה המגבילה את הכנסת במילוי תפקידה מעמידה את הכנסת בפני מבוי סתום, ואין לכנסת (או לרוב בה) חלופה מלבד לקבל את רוע הגזרה, אזי הפעולה מונעת מהכנסת לבצע את תפקידה. מבחן זה שימושי גם עבור מי שאינו מקבל אותו, שכן מכל מקום קיומן של חלופות סבירות מערער את הקביעה שהתקיימה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים".

לפני שנתקדם, לא מיותר לציין שדיון קצר מהסוג שהתקיים כעת (שאין ספק שניתן להציע גרסאות אחרות שלו) נעדר לחלוטין מפסק הדין, וקשה לומר שהתקיים בצורה כלשהי בפסיקה שקדמה לו.

נחיל מבחן זה על התנהלות אדלשטיין לפי ההגדרה לעיל. כזכור, גם אם נניח שפעולתו של אדלשטיין הייתה לא ראויה (שאלה 1 – רוב הדיון בפסק הדין), והייתה גם בניגוד לחוק (שאלה 2 – כמעט ללא התייחסות בפסק הדין), עדיין יש להראות שהיא פוגעת "במרקם החיים הפרלמנטריים" כדי להצדיק התערבות בית המשפט, לפי מבחן סביר. אלא שבחינת נסיבות המקרה הנידון מראה שהמצב היה רחוק מ"מניעת חלופות" לאותו רוב בכנסת שרצה למנות יושב ראש חדש. בפועל היו פתוחות בפני אותו רוב כמה חלופות ריאליות. חלופות אלו שומטות את הקרקע מתחת לטיעון שהחלטת אדלשטיין הייתה "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.

ראוי למנות את העיקריות שבחלופות אלו: ראשית, אותו רוב של 61 חברי כנסת (להלן: "ה-61") יכלו לשנות את תקנון הכנסת. בתקנון הכנסת יש הוראות מפורטות המאלצות את היושב ראש לפעול לפי לוח זמנים מקוצר ומוגדר היטב, לדוגמה במקרה של הצעה להצבעת אי-אמון בממשלה (על כך בהמשך). לשינוי תקנון נדרש רוב רגיל וקריאה אחת בלבד. ה-61 יכלו לשנות את התקנון שינוי שיגדיר מפורשות את לוח הזמנים שאליו יור הכנסת (הזמני) מחויב במקרה של הצעה למינוי יושב ראש 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 ושהיא עדיפה מדרכים אחרות.⁶¹

ומה אם אדלשטיין היה מסרב להעלות על סדר היום דיון בשינוי התקנון? נתעלם לרגע מהכלים האחרים העומדים לרשות הרוב לכפות זאת על אדלשטיין. לכל הפחות, במקרה כזה טיעון "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" היה משכנע יותר. אם רוב בכנסת מבקש לשנות את התקנון למטרה מוצהרת של שינוי הכללים לשם החלפת יו"ר הכנסת, ויו"ר

61 ראו בעניין ר"צ, לעיל ה"ש 30, פס' 3 ("אם סברו חברי הכנסת, או הרוב שביניהם, כי יש טעמים לשינוי של האמור בסעיף 36 לתקנון בכל הנוגע למועד קיומה של הצבעת אי-אמון, מן הנכון היה שהדבר ימצא ביטוי בתקנון או בנקיטת אחת הדרכים שנקבעו בו").

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 היה יכול לעשות כדי למנוע זאת. לו היו רוצים בכך, הייתה הדרך פתוחה בפני ה-61, והם יכלו לכוון ממשלה וכן למנות יו"ר כנסת בקלות יתרה. מוסכם על כולי עלמא כי הדין מחייב מינוי יושב ראש חדש לפני כינון הממשלה, ומובן כי לא היה בידו של אדלשטיין לעכב בחירת יושב ראש 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 שייכים 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, בשל יכולתו לנקוט את אחת מהדרכים החלופיות, ועל כן היא אינה "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים"**. מאותם הטעמים, קשה לראות כיצד ההחלטה היא "סיכול רצון הבוחר", כאשר לנציגי הבוחר יש הזדמנויות אחרות רבות לממש את רצון הבוחר.

גישה זו עקיבה וממשיכה את זו שננקטה בשני המקרים האחרים שבהם החליט בית המשפט להתערב בהחלטה פנים-פרלמנטרית – עניין **כהנא 1** ועניין **סיעת כך**. בשני המקרים הללו הייתה החלטת יו"ר הכנסת נגד סיעת יחיד (חבר כנסת יחיד), כאשר העותר היה מנודה ולא נהנה מתמיכה ומשיתוף פעולה של סיעות אחרות, ומובן היה כי לא הייתה לו כל חלופה אחרת למימוש רצונו (ולאכיפת הדין) לבד מפנייה לבית המשפט.

ג. מרכזיות תקנון הכנסת והיעדר הדיון בו

1. חשיבותן של הוראות תקנון הכנסת במבחן סבידור

בתחילת המאמר נטען ששאלת העמידה בהוראות תקנון הכנסת נפרדת מתנאי מבחן סבידור, והיא עשויה להיות משנית לשאלת ה"פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים". ואולם, יהיה נכון יותר לומר שלשאלת הפרת תקנון הכנסת יש משקל רב במסגרת ההכרעה במבחן סבידור, כפי שנראה כעת, בייחוד כשבית המשפט בוחר להתערב בעניינים פנים-פרלמנטריים. בתקדימים השונים שהוצגו לעיל הייתה **בחינה מדוקדקת של הוראות התקנון החלות על המקרה**, ולרוב הייתה גם הכרעה ברורה אם ההחלטה הנידונה חרגה מהוראות התקנון. היה ראוי 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 חשיבותה של התנהלות היושב ראש לפי הוראות התקנון. בפסקה 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 כמעט בלעדית בתקנון הכנסת, וניכר כי לשיטתו יש חשיבות מכרעת לעמידה בהוראות התקנון, וכי זה המובן העיקרי של "שלטון החוק" בכנסת. כמעט ניתן לומר שאליבא דברק, הפרת התקנון היא תנאי להפעלת מבחן סביר. 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 [...] ⁶²

יש חשש כי בית המשפט לא נתן בבג"ץ אדלשטיין משקל מספיק לרציונל זה הקיים בבסיס העילה להתערבות בית המשפט, או למרכזיות התקנון בתוך רציונל זה, לפי הלכת סביר. ⁶³ התקדימים האחרים משקפים היטב את מרכזיות התקנון במבחן סביר, ולא במקרה קיים בית המשפט בפסקי דין קודמים דיון מעמיק בהוראות התקנון הכתובות. ברוב המקרים שבהם בית המשפט מחליט שלא להתערב בהחלטת יו"ר הכנסת, הוא גם אינו קובע שהייתה סטייה מהתקנון. ⁶⁴ חשוב מכך, וכפי שנידון לעיל, בשני המקרים היחידים שבהם החליט בית המשפט להתערב, הוא עשה זאת על בסיס קביעה מפורשת כי יו"ר הכנסת פעל שלא כדין

⁶² עניין סביר, לעיל ה"ש 10, פ"ס 7 (ההדגשה הוספה).

⁶³ לדוגמה, השופט עמית מציע בפסק דינו בעניין אדלשטיין (לעיל ה"ש 1, פ"ס 3) עילה אחרת להתערבות בית המשפט: "מכאן נכונותו של בית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו גם החלטות 'פנימיות' של בית המחוקקים כדי לשמור על זכויות המיעוט, על אף הריסון השיפוטי בו הוא נוהג לגבי התערבות בהחלטות הכנסת" (ההדגשה הוספה). השופט עמית אינו מצביע על מקור כלשהו בבסיס לקביעה זו, אף שהיא אינה משקפת כלל את הרציונל המנוסח בהלכת סביר – המילה "מיעוט" אינה מופיעה כלל בעניין סביר או בעניין פורת. אם השופט עמית לא ביקש לקבוע הלכה חדשה, היה זה תיאור שגוי של ההצדקה ביסוד התערבותו של בית המשפט בהחלטות פנים-פרלמנטריות. יצוין כי ודאי יש מקרים בפסיקה (שאליהם השופט עמית אינו מפנה) שבהם בית המשפט נחלץ לסייע למיעוט כזה או אחר, דוגמת עניין סיעת כך. ואולם, גם שם מוקד הדיון הוא עמידה בהוראות התקנון והזכויות המעוגנות שם, ולא עיקרון מופשט כזה או אחר של "זכויות המיעוט". ואכן, בעניין סיעת כך מבהיר בית המשפט כי ניתן בנקל לשנות את ההסדר הקיים באופן הפוגע במיעוט (מניעת סיעת יחיד מהגשת הצעת אי-אמון), באמצעות שינוי התקנון בלבד.

⁶⁴ בחלק מהמקרים בית המשפט קובע מפורשת שהתקנון לא הופר, ובחלקם בית המשפט נמנע מהכרעה חד משמעית בעניין.

בכך שסטת מהוראות התקנון.⁶⁵ די בכך ללמד על קשר חזק בין הוראות התקנון לבין מידת מוכנותו של בית המשפט לסטות מהכלל שקבע לעצמו ולהתערב בהחלטות מעין אלו. יש היגיון פשוט המסביר מדוע תחולת מבחן סבידור מושפעת מהתאמת ההחלטה להוראות התקנון. אומנם סטייה מהוראות התקנון אינה גוררת אחריה בהכרח את התערבות בית המשפט (כפי שראינו בעניין ר"צ ובעניין לבנת), ופעולה לפי הוראות התקנון אינה מגינה בהכרח מהתערבות בית המשפט, אך ניתן לומר כי התאמה לתקנון היא **אינדיקציה** לחוקיות הפעולה ומקימה חזקה מסוימת שההחלטה אינה פסולה. כאשר החלטה מתקבלת לפי הוראות התקנון ובתוך מסגרת כללים וסמכויות שהוגדרו היטב בידי 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 בכל זאת פעולה "כשרה" לפי התקנון היא פגיעה לפי מבחן סבידור.**

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

בעניין **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**.⁶⁶

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 קביעת המועדים בפרט. אפילו סטה יושב הראש מן התקנון במקרה דנן, הרי זו סטייה קלת ערך [...] ⁶⁷

65 ראו עניין **סיעת כך**, לעיל ה"ש 30; עניין **כהנא 1**, לעיל ה"ש 30.

66 עניין **שמאי**, לעיל ה"ש 30, פס' 6 (ההדגשה הוספה).

67 שם, פס' 7.

בעניין **רמון** בית המשפט אינו מתערב מאחר שאינו 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 תחימת הסמכויות בין הרשויות, לא ניתן היה להגיע למסקנה, שנוצר חיוב מכוח התקנון שלא קיים, וכי מוצו ההליכים המתחייבים בכגון דא.⁶⁸

בדומה לזה, בעניין **קם** בית המשפט אינו מתערב בהחלטת יו"ר הכנסת, בין היתר משום ש" [...] אין בעתירה כל טענה בדבר סטייה מתקנון הכנסת [...]".⁶⁹ מרתקת במיוחד היא הדוגמה הכפולה של עתירות חה"כ מאיר כהנא בעניין **כהנא 1** ו**כהנא 2** והתובנות העולות מההשוואה ביניהם. עניין **כהנא 1**, שהוא אחד מבין שני המקרים היחידים (קודם לבג"ץ **אדלשטיין**) שבו התערב בית המשפט בהחלטה פנים-פרלמנטרית, עסק בעתירה נגד החלטת נשיאות הכנסת (יו"ר הכנסת וסגניו) שלא להעלות על סדר יום הכנסת הצעות חוק פרטיות של כהנא, מהנימוק שהצעות החוק היו גזעניות, 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 סביר וזהו הצדיק את התערבות בית המשפט. ואולם בית המשפט הבהיר כי דווקא היה אפשר 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.⁷⁰

כלומר, גם כאשר מדובר בפגיעה חמורה דייה 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**, הגיש חה"כ כהנא בשנית את אותן הצעות חוק בדיוק (ועליהן 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, בסעיף 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**.

68 עניין **רמון**, לעיל ה"ש 30, פס' 3.

69 עניין **קם**, לעיל ה"ש 30, פס' 8.

70 עניין **כהנא 1**, לעיל ה"ש 30, פס' 15.

בית המשפט בעניין **כהנא 2** החליט שלא להתערב בהחלטת נשיאות הכנסת, שהתבססה על הוראת תקנון חדשה זו. השופט מאיר 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.⁷¹

משמעותה של קביעה זו היא מרחיקת לכת. באחד משני המקרים היחידים שבהם התערב בית המשפט בהחלטה פנים-פרלמנטרית סירב בית המשפט להתערב בשנית לאחר שהפעולה הוכשרה בתקנון הכנסת. פעולה שהייתה 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 אם הופר התקנון ולא ההחלטה הנידונה בפני עצמה. מחובתנו להסיק כי עמידה בתקנון הכנסת היא מרכיב מרכזי, אולי המרכזי ביותר, ואולי אפילו מכריע, בכל הנוגע למבחן סביר וקביעת "פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים". איני רואה דרך אחרת להבין את השתלשלות הפסיקה דלעיל.

למען הסר ספק, אין בכוונתי לטעון כי הפרת הוראה תקנונית (או חוקית) היא תנאי הכרחי או בלעדי לתחולת מבחן סביר, ואיני טוען כי כל פעילות במסגרת התקנון מוגנת לחלוטין מהתערבות שיפוטית. אדרבה, 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.⁷²

ואולם, הדגש המפורש החוזר והנשנה על חשיבות התקנון, הדיון המעמיק בהוראות התקנון, התערבות בית המשפט בעבר רק במקרים של הפרת התקנון ושאר הראיות המצטברות – כל אלה עולים לכדי תמונה ברורה של חשיבות עליונה וכמעט מכרעת להוראות תקנון הכנסת במסגרת בחינת עמידה בתנאי מבחן סביר. כאמור לעיל, **ניתן להסיק כי קיימת חזקה פסיקתית מובהקת שלפיה נדרשת הפרה מובהקת של הדין כתנאי להצדקת התערבות שיפוטית במסגרת מבחן סביר.**

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

71 עניין **כהנא 2**, לעיל ה"ש 23, פס' 4.

72 עניין **סיעת כך**, לעיל ה"ש 30, פס' 23 (ההדגשה הוספה).

אם כן, לפי התקדימים הללו מובן מדוע היה אפשר 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. היעדר בחינה של הוראות התקנון וחוסר יכולת להצביע על חריגה מהוראות התקנון מגבירים 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 היא "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 בדבר העלאת נושאים לסדר יום הכנסת.** תקנון הכנסת מגדיר פרוצדורה מורכבת של העלאת נושאים על סדר יומה של הכנסת. ככלל, 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" (סעיף 52). שלב שני הוא אישור ההצעה בידי יו"ר הכנסת. שלב שלישי הוא דיון בכנסת אם לקבל את ההצעה (כלומר אם לכלול את הנושא בסדר יומה של הכנסת). בשלב הבא ניתן להעלות את הנושא עצמו לדיון ולהצבעה במליאת הכנסת (סעיף 56). לכל אחד מארבעת השלבים הללו יש מגבלות זמנים ברורות ומפורטות. לדוגמה, לאחר שהחליטה הכנסת לכלול נושא בסדר יומה (השלב השלישי), יו"ר הכנסת קובע מועד לדיון באותו הנושא **בתוך שלושה חודשים** מיום קבלת ההחלטה (סעיף 56). סביב כל אלו קיימים הסדרים שונים שנועדו להתמודד עם שלל מצבים – ניתן לערער לוועדת הכנסת על החלטת היו"ר כמעט בכל שלב, ניתן לסווג הצעה לסדר יום כ"דחופה" (סעיף 54) ובכך להשפיע על מסגרת הזמנים, וכן הלאה.

ראוי להתעכב על סעיף 55, הקובע הליך מיוחד להצעה לסדר יום שהגישו רוב (61 או יותר) חברי הכנסת. 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 ההחלטה".

עצם קיומו של סעיף זו עומד סותר את הרציונל הראשי שהציג בית המשפט בפסק הדין. סעיף 55 מתייחס בדיוק למקרה שבו מבקשים רוב חברי הכנסת להעלות נושא לסדר היום. אולם ראה זה פלא: ההצעה חייבת לעבור את כל השלבים הרגילים, ויו"ר הכנסת "רשאי" (ורשאי שלא) לדלג על השלבים הראשוניים. לא רק זאת, אפילו אם החליט יו"ר הכנסת לדלג על שלבים אלו, הוא אינו מחויב לקבוע דיון מייד – 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 מייד בכל נושא שרצו.

(ג) **התקנון מבהיר בדיוק מתי יש לחרוג מהכלל הרגיל.** בתקנון הכנסת ובחקיקה אחרת יש כמה מקרים שנקבע בהם הסדר נפרד, אשר מחליף את ההסדר הרגיל שתואר לעיל. מקרים אלו מעידים על כלל ברור: **כאשר יש כוונה לחרוג מכללי הפרוצדורה הרגילים, תקנון הכנסת אומר זאת במפורש,** במיוחד במקרים רגישים שבהם תקנון הכנסת מצמצם את שיקול דעתו של יו"ר הכנסת. כלומר, מנסחי תקנון הכנסת ידעו היטב לקבוע הסדרים החורגים מהכללים ה"רגילים" לפי תרחישים הדורשים זאת לדעתם.

דוגמה 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" (ההדגשה הוספה). כאן תקנון הכנסת קובע חריגה ברורה מהכללים הדיוניים הרגילים ומציב מסגרת זמנים חד-משמעית לקיום הדיון בהצעת אי-אמון.

דוגמה 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 שבועה ימים מיום ההודעה לכנסת לפי סעיף קטן זה**" (ההדגשה הוספה). 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 במקום שבו זו אינה נקבעת במפורש,** במיוחד בשל הוראות סעיף 142 שאוזכר לעיל.

(ד) **אין כלל חריג בנוגע למינוי יו"ר כנסת.** כעת מגיעים אנו לסעיף 2(ב), שהוא העיקרי (ולרוב היחיד) שאליו מתייחס בית המשפט בפסק הדין. הסעיף מורה כי "יושב ראש הכנסת ייבחר 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 היה יו"ר הכנסת 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 אף שאינה נקבעת במפורש, ולפיה על יו"ר הכנסת לקבוע דיון

במינוי יו"ר בהקדם האפשרי 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 על עצם ההכרעה בעניין תחולת מבחן סביר.

ד. סוגיות מסגרת אחרות

1. היעדר התמודדות עם רציונל החלטת אדלשטיין

כפי שצוין לעיל, בית המשפט השקיע את מרבית מאמציו בדיון בשאלות לבר-משפטיות, בעניין ההצדקות הכלליות בעד ונגד ההחלטה של אדלשטיין לגופה. הומחש מדוע אלו שאלות מסדר משני, שמתירות כאשר יש הכרעה ברורה בשאלה העיקרית של "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", במיוחד שעה שבית המשפט אינו מצביע על הפרה כלשהי של הוראות התקנון. לא ניתן להתגבר על פגמים מהותיים בניתוח המשפטי באמצעות דיון תאורטי ומופשט ב"הצדקות" ההחלטה הנידונה.

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

אין כאן כוונה לנתח את כלל הטענות 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 יושב ראש חדש הייתה 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.⁷³

73 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 11 (ההדגשה הוספה).

קביעה קטגורית זו בדבר "שיקולים פוליטיים" סותרת ישירות כמה וכמה אמירות הפוכות של בית המשפט. דוגמה בולטת מופיעה בעניין **התנועה להגיונות שלטונית**, בדברים שנאמרו על 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, **איננו** 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.⁷⁴

מלבד אי-התאמת קביעתו של בית המשפט עם פסיקתו הקודמת, קביעה זו גם מתעלמת מהאופי הפוליטי המובהק, בכוונה תחילה, של תפקיד יו"ר הכנסת. על כך 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.⁷⁵

וזאת כמובן לצד הביקורת הכללית שהוצגה לעיל, ולפיה אין מקום כלל לבחינת השיקולים השונים כל עוד לא נקבע שיש פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. הנקודה השנייה, והעיקרית, דורשת העמקה. טענה עיקרית שעלתה בפי המשיבים (ובפי היועץ המשפטי לכנסת) הייתה שמינוי יושב ראש קבוע לפני שמתבהר הרכב הקואליציה בכנסת מנוגד לרציונל התקנות והדין, מנוגד לנוהג המקובל בכנסת, והוא עשוי להביא למצב בלתי נסבל בפרלמנט.⁷⁶ בבסיס טענה זו קיימת ההנחה כי **יש קשר בין יו"ר הכנסת ה"קבוע" לבין הרוב ה"קבוע" בכנסת**, דהיינו אותו רוב יציב ועקיב שמתלכד לכדי קואליציה, שמקים ממשלה ושמתכוון לשתף פעולה לאורך הקדנציה. **בית המשפט דחה טענה זו באופן אגבי**, בסדרה של משפטים קצרים ובקובעו כי "לעת הזו מדובר בחשש שהיתכנותו אינה ברורה", וכי חזקה על כל מי שייבחר לכהן כיושב ראש ימלא תפקידו כראוי. נראה כעת עד כמה חלשה התמודדותו של בית המשפט עם הטענות הזו.

(א) **אי-התאמה עם היסטוריית הכנסת**. בית המשפט לא התמודד עם עובדה פשוטה שאין עליה עוררין: **מאז קום המדינה לא מונה יו"ר כנסת קבוע שלא היה משורות**

74 עניין **התנועה להגיונות שלטונית**, לעיל ה"ש 30, פס' 7 (ההדגשה הוספה).

75 ווייל "הלכת אדלשטיין", לעיל ה"ש 7, בעמ' 24.

76 עניין **אדלשטיין**, לעיל ה"ש 1, פס' 13.

הקואליציה.⁷⁷ עם כל הכבוד לתאוריות מתוחכמות על תפקידו הממלכתי והניטרלי של יו"ר הכנסת, עוד לא נולדה הקואליציה שבחירה להעניק תפקיד בכיר זה לחבר כנסת מהאופוזיציה. נדרשת היתממות מיוחדת כדי להסיק שמצב זה נובע משיקולים שרירותיים ואקראיים. בית המשפט מניח כי כל יושב ראש שיתמנה "ימלא תפקידו בממלכתיות, בהתאם לחוק, לנוהג ולנהלים" כפי שנהג אדלשטיין וכפי ש"נהגו קודמיו בתפקיד לדורותיהם".⁷⁸ כאן בדיוק מתעלם בית המשפט מהעובדה שכל אותם "קודמים" היו משורות הקואליציה, וכי אכן יש סיבה לחשוש מיחסים שלווים פחות בין יו"ר כנסת מהאופוזיציה לבין רוב הכנסת בקואליציה.

כדי לחזק טענה זו בית המשפט מציין כי בנסיבות מסוימות יו"ר הכנסת משמש ממלא מקום של נשיא המדינה,⁷⁹ כדי להדגיש כביכול את האופי ה"ממלכתי" והניטרלי של יו"ר הכנסת. ואולם נדמה שהמסקנה המתבקשת היא הפוכה – יו"ר הכנסת אומנם אפוליטי כביכול, אך נהנה מלגיטימציה מיוחדת משום שהוא מייצג בחירה של רוב "קבוע" בכנסת (שהתגבש לכדי קואליציה וכינון ממשלה). הסיבה שבגללה יו"ר כנסת יכול לשמש ממלא מקום נשיא המדינה היא שהוא יונק מעמדו מרוב מוצק, ברור ועקיב בכנסת, ולא רוב מזדמן, מקרי וחולף.

(ב) **מהרגע שנבחר יושב ראש, קשה מאוד להחליפו.** לאחר שיו"ר כנסת קבוע נבחר סמוך לאחר השבעת הכנסת, סביר מאוד שכל קואליציה וממשלה שתקום לא יוכלו להחליף אותו. נדרש רוב של 61 חברי כנסת למנות יושב ראש קבוע, אך נדרש רוב מוגדל של 90 חברי כנסת כדי להעביר יושב ראש מכהן מתפקידו נגד רצונו.⁸⁰ עובדה זו מעצימה את הבעייתיות של קביעת יושב ראש קבוע, כאשר מי שממנה אותו אינו בהכרח אותו "רוב" שיתגבש לקואליציה באותה קדנציה. בית המשפט אינו מתייחס כלל לעובדה זו ולהשלכותיה.

(ג) **האופי החריג של תוצאות הבחירות.** בית המשפט מציין בפסקה 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 כבר הייתה ברורה לכול. במקרה כזה הסיעות הממנות את יו"ר הכנסת ייכנסו לקואליציה ויקימו ממשלה – זו רק שאלה של זמן. הנסיבות בבג"ץ אדלשטיין שונות בתכלית. לראשונה בתולדות המדינה הושבעה כנסת חדשה כאשר לא ברור כלל מי יקים את הממשלה, אילו סיעות ירכיבו את הקואליציה, ואיזה רוב "קבוע" ישתף פעולה לאורך הקדנציה.⁸¹ על כן מובן מדוע לא ניתן להקיש בין "מרבית הכנסות"

77 על "קואליציית ניר", ראו להלן בחלק ה למאמר זה.

78 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 13.

79 שם.

80 ס' 8(א) לחוק הכנסת.

81 הכוונה היא לשלוש מערכות הבחירות שקדמו לבג"ץ אדלשטיין, כמקשה אחת.

לבין מצב עניינים חדש שלא הייתה בו הכרעה ברורה בבחירות, מצב שבו 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 עם מפלגת הליכוד ומחנה הימין. מאיר כהן לא מונה לתפקיד. עצם התרחשותו של פיצול זה מעיד שגם ללא פסיקת בית המשפט בבג"ץ אדלשטיין היה הפיצול עשוי להתרחש בכל מקרה, בשלב מאוחר יותר (אם כי כמובן לא ניתן לומר זאת בוודאות).

מה היה קורה אילו היה ח"כ מאיר כהן מתמנה באותה העת בשל פסק הדין? לא מופרך כלל לדמיין את התרחיש הזה: יש עתיד בכל זאת היתה מתפצלת מכחול לבן, וקמה בכל זאת קואליציה עם כחול לבן והליכוד במתכונת דומה לזו שקמה בפועל בכנסת ה-23. קואליציה זו אינה מגיעה ל-90 חברי כנסת, ולכן היתה נשארת עם יו"ר הכנסת מאיר כהן מיש עתיד.

כולנו היינו עדים במהלך כהונת הכנסת ה-23 לאיבה הגלויה והציבורית בין מפלגת יש עתיד וחבריה לבין סיעות הקואליציה, ובמיוחד כחול לבן. הכהונה של מאיר כהן כיו"ר הכנסת בנסיבות אלו הייתה מתגלית כהרסנית, וספק אם בכלל הייתה הכנסת מצליחה לתפקד. אין בזה כדי להטיל דופי בח"כ כהן עצמו – זהו טבעם של יחסי הכוחות בכל פרלמנט. האם יש מי שיטען בנסיבות המתוארות (שהתקיימו בפועל בכנסת ה-23) כי כהונת ח"כ מיש עתיד בתפקיד יו"ר הכנסת לא הייתה מהווה "תקלה משטרית" וגורמת לבעיות אין-ספור 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 שבבסיס מבחן סביר, והיא אינה מתיישבת עם כלל הימנעות בית המשפט מהתערבות בעניינים פנים-פרלמנטריים.

בהקשר זה יפים דבריה של פרופ' רבקה ווייל בעניין בג"ץ אדלשטיין, שנאמרו לאחרונה בכינוס "מבט משפטי על איוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית"⁸². פרופ' ווייל הדגישה את חוסר ההיתכנות של יו"ר כנסת לעומתי במשטר פרלמנטרי, שבו חייבת להיות הרמוניה בין הרשות המחוקקת לבין המבצעת ומבטלת 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 בית המשפט עם טיעונים אלו היא חלקית במקרה הטוב, ולרוב אינה קיימת. גם אם לכתחילה ייתכן שאין נדרשים כלל

⁸² ראו להרצאה של רבקה ווייל בנושא "הלכת יולי אדלשטיין בראי היסטוריה והשוואת" בכינוס "מבט משפטי על איוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית", ראו עיוני משפט (@LawTAU) "עיוני משפט מפגש שני 3" <https://bit.ly/3iEyPce> (12.10.2020) (להלן: הרצאת וייל). מאמר של ווייל על בסיס הרצאה זו צפוי להתפרסם בעיוני משפט (ווייל "הלכת אדלשטיין", לעיל ה"ש 7).

טיעונים מסדר זה לדיון, הרי שהיעדר התמודדות עניינית עם טיעונו של אדלשטיין רק מתווסף לשלל הפגמים היסודיים המצויים בפסק הדין.

2. בית המשפט כשחקן פוליטי ומבחן סביר

לאורך פסק הדין לא התייחס בית המשפט ישירות לתוצאות המעשיות של פסק הדין עצמו במישור הפוליטי. אף שהדבר לא נאמר מפורשות בפסק הדין, עולה הרושם כי בית המשפט שולל שיקולים אלו כרלוונטיים להכרעתו הסופית. אכן, מקובל כי לרוב על בית המשפט לפסוק עניינית על פי דין ולא לפי שיקולים חיצוניים להוראות הדין. ואולם, דווקא בשל המבחן הייחודי שנקבע בהלכת סביר היה על בית המשפט לדון בעוצמת השלכות הפוליטיות של פסק הדין ובמשמעות התערבותו של בית המשפט במשחק הפוליטי במקרה הנידון.

השופט ברק מונה בבג"ץ סביר 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"⁸³[...]

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

[...] גישה זהירה הנמנעת מן ההתערבות בנושאים פנים-פרלמנטריים נעדרת אופי מעין-שיפוטי. בכך גם מובטח, שבית המשפט לא יהפוך עצמו לחלק מן ההתמודדות הפוליטית, אשר הכנסת היא זירתה המרכזית והטבעית.⁸⁴

יש בכך היגיון 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 חבר כנסת לחבר כנסת, בין מפלגה אחת לאחת. בסכסוכים מסוג זה יש 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 היא אם בית המשפט נחזה לסייע לצד פוליטי אחד נגד אחר, ומידת עוצמתו של סיוע זה. אם פסיקת בית המשפט יוצרת "מרוויחים ומפסידים" פוליטיים ברורים, ואם אותו "רווח" הוא בעל משקל

83 עניין סביר, לעיל ה"ש 10, פס' 7 (ההדגשה הוספה).

84 עניין ר"צ, לעיל ה"ש 30, פס' 4 (ההדגשה הוספה).

רב ואפילו מכריע במחלוקת בין אותם צדדים פוליטיים, ייתפס בית המשפט כשחקן פוליטי מובהק.

האמור מוביל למסקנה הקריטית שלפיה לא ניתן לנתק בין התוצאה הפוליטית הקונקרטית של פסק דין לבין שאלת התערבותו של בית המשפט לפי מבחן סבידור. אם עלינו לייחס משמעות לרציונל השני שניסח השופט ברק, הרי שאכן על בית המשפט להביא בחשבון ולשקול בשיקוליו את ההשלכות הפוליטיות המעשיות הנגרמות מהתערבות בית המשפט בהחלטות פנים-פרלמנטריות. ככל שגובר הסיכון שבית המשפט נכנס לזירה הפוליטית כשחקן מובהק, כך גובר הרציונל שלפיו על בית המשפט למשוך ידיו מהתערבות, או לחלופין כך נדרשת הצדקה נגדית חזקה יותר להתערבות בית המשפט.

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

על כך יש לענות בשני חלקים: ראשית, מידת ההשפעה הפוליטית של הכרעת בית המשפט היא שיקול אחד שיש לשקול במסגרת מכלול השיקולים במבחן סבידור. אין מדובר בתנאי בלעדי או בשיקול מכריע – הכוונה היא רק כי על בית המשפט להביא שיקול זה בחשבון. כאמור לעיל, ככל שהפגיעה גדולה וחמורה יותר בפועל, 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. לפיכך ודאי שייטכנו מקרים רבים שבהם מחד מתקיימת פגיעה חמורה דייה כדי להצדיק התערבות שיפוטית, ומאידך אינם בבחינת סוגיה פוליטית "גורלית" אשר תגרום לבית המשפט להפוך עצמו "לחלק מן ההתמודדות הפוליטית". נדמה שאלו בדיוק המקרים שאליהם כיוון השופט ברק בנסחו 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 לפי מבחן סבידור, היו אלו מקרים בעלי השלכות פוליטיות מינוריות על אף פגיעתם הקשה במרקם החיים הפרלמנטריים. בעניין כהנא 1 פסל בית המשפט החלטה של נשיאות הכנסת והורה להעלות על סדר יום הכנסת את הצעות החוק הגזעניות של חה"כ כהנא.⁸⁵ בעניין סיעת כך פסל בית המשפט את החלטת יו"ר הכנסת שלא להעלות לדיון הצעת אי-אמון של סיעת כך, בניגוד לתקנון.⁸⁶ בשני המקרים אין מדובר היה בסוגיה פוליטית הרת גורל, ולא

85 עניין כהנא 1, לעיל ה"ש 30.

86 עניין סיעת כך, לעיל ה"ש 30.

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-אמון של סיעת כך תזכה לתמיכה. התערבות בית המשפט לא השפיעה על "המשחק הפוליטי", על יחסי הכוח העיקריים בכנסת ועל "התמונה הגדולה" הפוליטית.

הוזה אומר, ההתערבות השיפוטית בפועל העולה מהפסיקה מוכיחה בדיוק את הנקודה לעיל. קיימים מקרים אשר עולים כדי "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים" ובו בזמן אינם 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 וחרף שהתנהל ללא הכרעה כבר שלוש מערכות בחירות עוקבות. פסק הדין ניתן בעיצומה 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 הייתה מעניקה לכחול לבן מנוף לחץ חדש על הליכוד, בצורת חקיקה מיוחדת הנוגעת לכתבי האישום נגד ראש הממשלה נתיניהו. מנגד, השארת אדלשטיין בתפקיד היו"ר הייתה מסייעת רבות לליכוד בשליטתה על סדר יומה של הכנסת במהלך המשא ומתן הקואליציוני. ובקיצור, מינוי יו"ר הכנסת בנסיבות הללו הייתה סוגיה פוליטית הרת גורל, והיא עמדה במרכז השאלה הפוליטית החשובה ביותר באותה התקופה – "מי יצליח להרכיב ממשלה?" התערבות בית המשפט במקרה הנידון יצרה מרוויחים ומפסידים פוליטיים בקנה מידה לאומי, בהכרח ובאופן בלתי נמנע, דבר שהיה אמור להיות 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 המשפטיות 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".⁸⁷

בשל כל זאת ובשל החריגה הברורה מהמסורת הפסיקתית היה ראוי כי בית המשפט יקיים דיון מעמיק בהשלכותיו הפוליטיות המעשיות של פסק הדין, וכי לכל הפחות היה מכיר בשיקול חשוב זה. ההתעלמות מהתוצאות הפוליטיות של הכרעת בית המשפט מנוגדת לרציונל שביסוד מבחן סביר.⁸⁸

87 הרצאת ווייל, לעיל ה"ש 80.

88 בהערת אגב ובהקשר זה של שיקולים מוסדיים, לא יהיה מיותר לציין את החסינות המהותית-עניינית של חברי כנסת במילוי תפקידם (ראו ס' 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951), שיקול שכמעט אינו מקבל מקום בדיון על מבחן סביר אך מרחף כל העת מאחורי הקלעים ומתחת לפני השטח. כל התערבות שיפוטית בעניינים פרלמנטריים מגיעה עם סיום פוטנציאלי ידוע מראש, כאשר ידו של חבר הכנסת על העליונה הקצה אין לבית המשפט היכולת לאכוף צווים אופרטיביים נגד נבחר ציבור, וחבר כנסת שיבחר להתעלם מצו בית משפט בעניינים מהסוג שנידונים

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 שהיא חורגת מהוראות סעיף זה, וכי אין בהוראות תקנון הכנסת להתיר הפרה של הוראות חוק-יסוד: הכנסת בשל המדרג הנורמטיבי הברור המתקיים בין מסגרות חקיקה אלו.⁸⁹

מבלי להרחיב יתר על המידה, ניתן להשיב על טיעון זה בקצרה. תחילה נזכיר את המובן מאילו, 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, שהוא חוות דעת הרוב, לא העלה את הטיעון הזה, 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 הפשטה גבוהה, ואילו תחיקה "נחותה" במדרג הנורמטיבי קובעת את פרטי ההסדר הכללי. כמעט כל סעיף בחוק-יסוד: הכנסת ממחיש זאת. כך סעיף 20(א) קובע את העיקרון הכללי שלפיו חברי הכנסת בוחרים את יו"ר הכנסת – קביעה זו אינה מעלה או מורידה מההסדר הספציפי בתקנון בנוגע לאופן בחירת היושב ראש, סדרי העבודה הפרוצדורליים בכנסת וכן הלאה.

שנית, וחשוב מכך, השופט עמית מתעלם מהוראות אחרות בחוק-יסוד: הכנסת אשר שומטות את הקרקע מתחת לטיעונו זה. סעיף 19 לחוק היסוד קובע כי "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבע הכנסת בתקנון". סעיף זה מבחיר במפורש את הנקודה לעיל – אומנם "הכנסת תבחר יושב ראש", אך הכנסת גם רשאית לקבוע סדרי עבודה לצורך כך, ומובן כי סדרי עבודה מעצם טבעם מגדירים את אופן בחירת היושב ראש ומתנים על העיקרון הכללי והרחב.

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 [...]". הינה 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 בעניין קביעת סדר יומה של הכנסת, אינם סותרים את הוראות סעיף 20(א), ומכל מקום "סייגים" קלים אלו מסוג הליכים פרוצדורליים מותרים על פי חוק היסוד. לכל הפחות, שילוב זה מבטל לחלוטין את הטענה הפשטנית שלפיה החלטת אדלשטיין (אם פעל לפי הוראות התקנון, ונראה שהשופט עמית אינו חולק על כך) פסולה רק משום שהיא מפירה כביכול את העיקרון הכללי והמופשט הקבוע בסעיף 20(א) לחוק היסוד.

כאן יהיה מוגן מכוח החסינות המהותית המוקנית לו. בחינה של סוגיה זו חורגת מהיקף מאמר זה, ויש בהחלט מקום לכתיבה 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 ("הלכת אדלשטיין", לעיל ה"ש 7, בעמ' 31–32).

89 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 2 ו-6 לפסק דינו של השופט עמית.

4. חוות הדעת של המשנה לנשיאה מלצר

כהערת סיום ראוי להתעכב על כמה נקודות העולות מחוות דעתו של המשנה לנשיאה חנן מלצר, בין היתר מאחר שהשופט מלצר בחר להרחיב את הדיון למשפט השוואתי ולדוגמה היסטורית-אנקדוטלית.

א. השופט מלצר מתייחס לפסק הדין שניתן בבריטניה בעניין השעיית הפרלמנט (פרשת מילר שצוינה לעיל).⁹⁰ לאחר תיאור בן כמה שורות השופט מלצר מסכם כי "פרשה זו קרובה לענייננו [...] ההנמקה המפורטת שם יפה גם לכאן".⁹¹ בהשוואה זו טמונים כמה פגמים ניכרים, והיא הוצגה הצגה פשטנית שעלולה להטעות את קוראי חוות הדעת.⁹² 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 בחוקיותן של החלטות פנים-פרלמנטריות שמקבל יו"ר הפרלמנט הבריטי, לפי דוקטרינת "exclusive cognisance", המעניקה לפרלמנט סמכות בלעדית בניהולו הפנימי.⁹³ עניין זה אף נידון בהרחבה במאמרה של פרופ' נבות שאליו מפנה השופט מלצר בחוות דעתו (וכי יש להניח שקראו השופט).⁹⁴ 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 מפסק הדין בעניין *Bradlaugh v. Gosset*:⁹⁵

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.⁹⁶

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

שנית, לגופו של עניין, ההשוואה מלמדת בעיקר על הכשלים בפסק הדין בבג"ץ אדלשטיין. בפרשת מילר ביקש ראש הממשלה בוריס ג'ונסון להשעות (ובפועל, להשבית) את הפרלמנט האנגלי לחלוטין לתקופה ממושכת של שבועות רבים. בתקופת השעיה זו היו

90 פרשת מילר, לעיל ה"ש 58.

91 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

92 היו משפטים אחרים שכשלו בהשוואה פשטנית זו, ראו אשר מעוז "בג"ץ אדלשטיין והדמיון לבריטניה" מעריב (24.3.2020) <https://bit.ly/3hWjYuL>.

93 ראה במבט כללי *Parliamentary Privilege – Joint Committee on Parliamentary Privilege*, UK (June 18, 2013), <https://bit.ly/3zrTK9d>.

94 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

95 ראו *Bradlaugh v. Gosset*, [1884] 12 Q.B.D. 271 (UK).

96 נבות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 732.

חברי הפרלמנט מנועים לחלוטין מלקיים דיונים, מלהצביע, ואפילו מלהיכנס לתוך אולמות הפרלמנט. מובן לכל קורא כי מדובר במגבלה קיצונית ודרמטית על פעילות הפרלמנט, בלי קשר להיותה מוצדקת או פסולה. על זה יש להוסיף כי סמכות ראש הממשלה להורות על השעיה זו מקורה במנהג, והיא אינה 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 והייתה 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; וככלל, אין החלטה של השבתת הפרלמנט כולו דומה להחלטה של דחיית העלאת נושא על סדר יום הכנסת. **מעל לכול, ההשוואה דווקא מגמדת את החלטת אדלשטיין ומציגה אותה באור קלוש וזניח**. היא מדגישה עוד יותר את הנטל המוטל על בית המשפט לשכנע מדוע בחר להתערב דווקא בנסיבות דנן.

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

ראשית, הנוהל בארצות הברית שמזכיר השופט מלצר (שלפיו נשיא בית המשפט העליון יושב בראש הסנאט בהליכי הדחת במקום סגן נשיא המדינה) **נקבע בחוקה האמריקנית במפורש**.⁹⁷ לעומת זאת במקרה הישראלי אין הוראה כתובה כלשהי המגבילה את שיקול דעתו של יו"ר הכנסת בהחלטה הנידונה, וממילא אין הכרה בהיותו ב"ניגוד עניינים" כזה או אחר. אפשר שהשוואה זו מעידה דווקא על כלל שלפיו מגבלות הנובעות מניגודי עניינים צריכות להיות מוסדרות בחקיקה מפורטת ומפורשת ולא מוגדרות אד הוק ובדיעבד בבית המשפט.

שנית, השופט מלצר חותם פסקה זו במשפט "**הוא הדין**, בשינויים המחויבים, במקרה שלפנינו". יש להצר על השימוש בביטוי זה. אף שמובן שהשופט לא התכוון לטעון מילולית כי לחוקה האמריקנית תחולה ישירה על הדין הישראלי, הקפדה וזהירות שיפוטית הייתה

מצריכה אולי ניסוח מאופק יותר, במיוחד שעה שהשופט אינו מקיים דיון מעמיק בדין הזר ואינו מפרט את הסיבות שבגינן לדידו הדין הזר משליך על המסקנה במקרה הנידון. ג. לבסוף השופט מלצר מביא את פרשת "קואליציית ניר" כדוגמה ל"עצמאות הכנסת" ובתגובה לטענת היועץ המשפטי לכנסת כי מינוי יו"ר כנסת מהאופוזיציה יגרום "תקלה משטרית".⁹⁸ באותה פרשה מונה חבר 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 שהיה עשוי להשתייך לאופוזיציה (ובפועל, אכן כיום שייך לאופוזיציה), ואילו בפרשת ניר מונה לתפקיד ח"כ משורות הקואליציה. הדוגמה 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 הוא 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 תואמת את העובדה שלפיה לכל אורך תולדות הכנסת לא מונה יו"ר כנסת קבוע משורות האופוזיציה.

ה. סיכומו של דבר

פסק הדין בבג"ץ אדלשטיין לוקה בכמה נקודות קריטיות ומעלה תהיות קשות על אופן כתיבתו וביסוסו המשפטי. בית המשפט קיבל החלטה שהרעידה את עולם המשפט ואת הסדר הדמוקרטי בישראל באחד מהרגעים הגורליים והרגישים שידעה הפוליטיקה הישראלית, בהכתיבו בפועל לכנסת את סדר יומה. בית המשפט חרג מהנהוג בפסקי דין קודמים וסתר ישירות שנים של תקדים, ללא דיון כלשהו בפסיקה הקיימת ואפילו ללא מס שפתיים של ניסיון הצדקה למראית עין. לראשונה התערב בית המשפט בהחלטה פנים-פרלמנטרית ללא קביעה מפורשת של הפרת תקנון הכנסת או הוראה חקוקה אחרת כלשהי וללא דיון ענייני בהוראות התקנון עצמן. בית המשפט לא הגדיר את מבחן סבירור העמום והמעורפל מחד, ולא נימק את אופן החלתו על המקרה הנידון מאידך, והשאיר לכל קורא לנחש לעצמו כיצד יישם בית המשפט את מבחן המפתח בפסק הדין. ההסבר המשתמע מפסק הדין, שלפיו כל הגבלה פנימית על רצונם של 61 חברי כנסת היא "סיכול רצון הבוחר", ועל כן "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", נראה על פני הדברים 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 סבירור, אם בכלל.

במקרה כמו בג"ץ אדלשטיין היה מצופה מבית המשפט העליון לקיים דיון משפטי מעמיק. הציבור המשפטי נושא עינו לפסקי דין של בית משפט זה כפסגת הכתיבה

98 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

המשפטית מאת המומחים הגדולים בארץ. על פסק דין בעניינים ראשונים במעלה להיות מנומק, מעמיק, נהיר, קוהרנטי, מסודר, חד ומשכנע. מעל לכול, 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, ואף לדרוש, כי לא כך ייראו פסקי הדין של בית המשפט העליון בסוגיות קרדינליות שהן בלב המחלוקות המשפטיות והציבוריות בישראל.