



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3166/14

בג"ץ 4857/14

לפני :
כבוד הנשיא (בדימי) א' גרוניס
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיוראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותר בבג"ץ 3166/14 : יהודה גוטמן

העותר בבג"ץ 4857/14 : אליהו דוד משולמי

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3166/14 :
1. היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל
2. הכנסת

המשיבים בבג"ץ 4857/14 :
1. הכנסת
2. ראש הממשלה

המבקשים להצטרף
כידדי בית המשפט :
1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

התנגדות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ו' בטבת התשע"ה (28.12.2014)

בשם העותר בבג"ץ 3166/14 : עו"ד מרדכי מלק ; בעצמו

בשם העותר בבג"ץ 4857/14 : בעצמו

בשם המשיב 1 בבג"ץ 3166/14
והמשיב 2 בבג"ץ 4857/14 : עו"ד דנה בריסקמן ; עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבה 2 בבג"ץ 3166/14

עו"ד ד"ר גור בליי

והמשיבה 1 בבג"ץ 4857/14:

עו"ד עאוני בנא; עו"ד נדים שחאדה;
עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד דן יקיר

בשם המבקשים להצטרף
כידדי בית המשפט:

פסק-דין (נימוקים)

הנשיא (בדימ') א' גרוניט:

מבוא

1. חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014, ס"ח 2440 (להלן – תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת או תיקון מס' 62) קובע כי אחוז החסימה בבחירות לכנסת יעלה מ-2% ל-3.25%, שישקפו ככלל ארבעה מנדטים. האם העלאה זו של אחוז החסימה היא חוקתית? זו השאלה שעומדת בלב העתירות שלפנינו.

2. בחודש מאי 2014 הוגשה העתירה בבג"ץ 3166/14. העתירה בבג"ץ 4857/14 הוגשה בחודש יולי 2014. שתי העתירות הוגשו על ידי אזרחים פרטיים (להלן יחד – העותרים), והופנו נגד חוקתיות תיקון מס' 62. יוער, כי העתירה בבג"ץ 4857/14 כללה טענות נוספות, שאינן נוגעות לאחוז החסימה, אך אלה נדחו בפסק-דין חלקי מיום 19.10.2014 (השופטים א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן וי' דנציגר). עוד העתירות תלויות ועומדות, קיבלה הכנסת ביום 8.12.2014 את חוק התפזרות הכנסת התשע-עשרה, התשע"ה-2014. החוק קבע כי הכנסת תתפזר לפני תום כהונתה, וכי תיערכנה בחירות לכנסת העשרים ביום כ"ו באדר התשע"ה (17 במרס 2015). המועד האחרון להגשת רשימות המועמדים לוועדת הבחירות המרכזית היה סוף חודש ינואר 2015 (ראו סעיף 57ט(1) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן – חוק הבחירות לכנסת)). נוכח הקרבה למועד הבחירות, והצורך בהבהרת המצב המשפטי לאלה השוקלים להתמודד בבחירות לכנסת העשרים וציבור הבוחרים בכללותו, הוחלט להקדים את הדיון בעתירות. על כן, ביום 10.12.2014 הוצא בהן צו על תנאי. ביום 28.12.2014 התקיים דיון בעל-פה בפנינו. בסמוך למועד הדיון שנקבע, ביקשו האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה להצטרף לעתירה כידדי בית המשפט, והגישו עמדתם בכתב. ביום 23.12.2014 הגיש חבר הכנסת דב חנין מסיעת חד"ש בכנסת הודעה התומכת בבקשת ההצטרפות. בהודעה טען כי האמור בעמדת המבקשים להצטרף

משקף את דעתן של מפלגות חד"ש, רע"מ-תע"ל ובל"ד, המזוהות עם הציבור הערבי בישראל. בדיון לפנינו איפשרנו לארגונים המבקשים להצטרף להשמיע את עמדותיהם.

3. ביום 13.1.2015 ניתן פסק דיננו בעתירות (להלן – פסק הדין). החלטנו ברוב דעות לדחותן, כנגד דעתו החולקת של השופט ט' ג'ובראן. יחד עם זאת, הבהרנו כי אין בדחייתן של העתירות כדי לסגור את הדלת בפני תקיפה נוספת של תיקון מס' 62 בעניין אחוז החסימה, לאחר שתתבררנה התוצאות של הבחירות לכנסת העשרים ולקראת הבחירות לכנסת העשרים-ואחת. הדגשנו, כי אין משמעות הדבר כי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים עשויות להתבטל. בשל הצורך בהכרעה מהירה, נוכח הקרבה למועד הבחירות לכנסת, ניתן פסק הדין בלא נימוקים. עתה נביא את נימוקינו.

רקע והשתלשלות ההליכים

4. המשמעות של אחוז חסימה היא שרשימה המשתתפת בבחירות ואשר מספר המצביעים עבורה לא עבר את האחוז שנקבע, לא תהא מיוצגת בכנסת. בישראל הוחל אחוז חסימה לראשונה זמן קצר לאחר הקמת המדינה. לקראת הבחירות לאסיפה המכוננת הועמד אחוז החסימה, אף שלא נקרא כך במפורש, על מספר הקולות מתוך הקולות הכשרים הדרוש כדי לזכות במושב אחד מתוך 120 אפשריים, ובצירוף אחד, היינו 121 (ראו סעיף 30 לפקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, התש"ט-1948, ע"ר תש"ט מס' 33, תוס' א, 52). זהו, למעשה, שיעור הקרוב מאוד לאחוז החסימה הטבעי בישראל ($0.83 = 100:120$, כלומר, כ-0.83% מכלל הקולות הכשרים). כידוע, האסיפה המכוננת הייתה לכנסת הראשונה (ראו סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949). לקראת הבחירות לכנסת השנייה הועלה אחוז החסימה לשיעור של 1%, היינו מעט מעל אחוז החסימה הטבעי (ראו סעיף 38(א) לחוק הבחירות לכנסת השנייה, התשי"א-1951). בשנת 1991 הועלה אחוז החסימה ל-1.5% (ראו חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 23), התשנ"ב-1991, ס"ח 1369, 2). בשנת 2004 הועלה השיעור פעם נוספת, ל-2% (ראו חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 51), התשס"ד-2004, ס"ח 1940, 384). עתירות שהוגשו בעבר בעניין חוקתיות אחוז החסימה נדחו או נמחקו. כך, עתירה נגד העלאת אחוז החסימה מ-1% ל-1.5% נדחתה בפסק דין קצר (בג"ץ 4329/91 טער נ' ועדת חוקה חוק ומשפט (21.10.1991)). באותו עניין נקבע, כי אף שיש יסוד לטענה כי העלאת אחוז החסימה ל-1.5% פוגעת בעיקרון השוויון המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אין בכך כדי להביא לפסילתה. זאת, מפני שהתקיימה דרישת הרוב הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד, שלפיה האמור בסעיף ניתן לשינוי על ידי רוב חברי הכנסת, כלומר, 61 חברים לפחות. השאלה האם העלאת אחוז החסימה פוגעת בשוויון לא

נדונה לגופה. עתירה שהוגשה נגד העלאת אחוז החסימה מ-1.5% ל-2% נמחקה בהמלצת בית המשפט (בג"ץ 11726/05 גוטמן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (9.2.2006)).

5. ראשיתו של תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת בשתי הצעות חוק פרטיות. שתי הצעות החוק ביקשו להעמיד את אחוז החסימה על 4%. לאחר אישורן בקריאה טרומית החליטה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת למזג את הצעות החוק הפרטיות. בהמשך פוצלה שוב ההצעה המאוחדת לשתי הצעות חוק נפרדות. האחת, הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות), כללה תיקונים מוצעים לחוקי יסוד. השנייה, הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 61) (העלאת אחוז החסימה והגברת המשילות), התשע"ג-2013 (להלן – הצעת תיקון מס' 62), כללה תיקונים שונים לחקיקה רגילה, ובהם התיקון שעניינו העלאת אחוז החסימה. אף הצעת תיקון מס' 62 ביקשה להעמיד את אחוז החסימה על 4%. יצוין, כי הצעות החוק כללו תיקונים נוספים, אשר העתירות שלפנינו אינן עוסקות בהם.

6. ביום 31.7.2013 אושרה הצעת תיקון מס' 62 בקריאה ראשונה. במסגרת ההכנה לקריאה השנייה והשלישית קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט כמה דיונים בהצעה, וביום 3.3.2014 אישרה אותה בשינויים. השינוי העיקרי לענייננו היה הקטנת שיעורו של אחוז החסימה המוצע, כך שיעמוד על 3.25% במקום 4%. ביום 11.3.2014 אושרה הצעת תיקון מס' 62 בקריאות שנייה ושלישית בכנסת. בכל שלוש הקריאות זכתה הצעת החוק לתמיכת רוב חברי הכנסת. בקריאה הראשונה זכתה לתמיכת 64 חברי כנסת, ובקריאות השנייה והשלישית זכתה לרוב של 67 חברי כנסת. ביום 19.3.2014 התפרסם תיקון מס' 62 ברשומות. יוער, כי לצד תיקון מס' 62 התפרסם ברשומות גם חוק-יסוד: הממשלה (תיקון), אשר התקבל אף הוא בכנסת ביום 11.3.2014, והכולל תיקונים שונים לחוקי יסוד שאינם מעניינן של העתירות שלפנינו.

טענות העותרים

7. העותרים (והכוונה בעיקר לעותר בבג"ץ 3166/14) טענו כי העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25% תוביל להדרה מהכנסת של קבוצות באוכלוסיה, בדגש על המגזר הערבי. טענתם התבססה על נתונים ממערכות בחירות בעבר, אשר מעידים, לשיטתם, כי שתיים מתוך שלוש המפלגות הערביות המיוצגות כיום בכנסת עלולות להיוותר מחוצה לה בעקבות העלאת אחוז החסימה, ואילו המפלגה הנוותרת עוברת את אחוז החסימה החדש אך במעט. לטענת העותרים, לא ניתן לפטור קושי זה בטענה שהמפלגות המזוהות עם הציבור הערבי רשאיות להתאחד, מפני שאין לכפות עליהן

איחוד נוכח ההבדלים האידיאולוגיים ביניהן, כשם שאין לכפות איחוד של המפלגות האחרות. עוד טענו העותרים כי בצד הפגיעה במגזר הערבי, העלאת אחוז החסימה פוגעת אף ביכולתן של מפלגות חדשות להיבחר לכנסת, ויוצרת בכך אפליה בינן לבין מפלגות ותיקות. לדבריהם, המפלגות הותיקות מנצלות את כוחן בכנסת כדי להציב מחסומים המגבילים את יכולתן של שחקניות חדשות להיכנס למשחק הפוליטי, והמרתיעים בוחרים מלהצביע למפלגות קטנות, מחשש ל"בזבוז" קולותיהם. בהקשר זה טענו העותרים, כי העלאת אחוז החסימה תגרום לאובדן מספר ניכר של קולות כשרים. הם ציינו, כי בבחירות לכנסת התשע-עשרה כ-7% מהקולות הכשרים, השקולים ל-270,000 קולות או תשעה מנדטים, ניתנו למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה, וירדו עקב כך לטמיון. העותרים העריכו כי העלאת אחוז החסימה אף תוריד את היקף ההשתתפות בבחירות, משום שבוחרים רבים יימנעו מהצבעה בשל תחושה כי "אין למי להצביע". לאור האמור, סבורים העותרים כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בה קבועים עקרונות שיטת הבחירות בישראל. בנוסף, היא פוגעת, לטענתם, בכבוד האדם ובזכות לשוויון של הבוחרים הנגזרת ממנו, כמו גם בזכות להיבחר. העותרים הוסיפו כי העלאת אחוז החסימה פוגעת אף בערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

8. לטענת העותרים, פגיעות אלה אינן צולחות את מבחני פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), מפני שלא נעשו לתכלית ראויה והן אינן מידתיות. ראשית, לדבריהם, תכלית תיקון מס' 62 איננה הגברת המשילות בישראל, כמוצאה, כי אם הדרה מהכנסת של המגזר הערבי-ישראלי ומפלגות חדשות. שנית, לשיטת העותרים, אין קשר רציונלי בין העלאת אחוז החסימה לבין הגברת המשילות. העותרים ציינו כי סיעות רשאיות עדיין להתפלג, כך שהלכה למעשה אין כל מניעה שיתמודדו יחד בבחירות במטרה לעבור את אחוז החסימה, ויתפלגו מיד לאחריהן. עוד טענו העותרים כי את היעדר היציבות הקואליציונית במצב הקיים יש לייחס לסיעות הבינוניות, שאינן מאוימות מאחוז החסימה, ולא לסיעות הקטנות. אשר למבחן המשנה השני של המידתיות, טענו העותרים כי קיימים אמצעים שפגיעתם פחותה, ובכלל זה, בין היתר, העלאה הדרגתית של אחוז החסימה; קביעת אחוז חסימה נמוך יותר לרשימות המייצגות מיעוטים; או שינוי הכללים לגבי קולות עודפים כך שהקולות שניתנו לרשימה שלא עברה את אחוז החסימה יועברו לרשימה אחרת, שהתקשרה עמה בהסכם מתאים. בנוסף, טענו העותרים כי העלאת אחוז החסימה אינה צולחת אף את מבחן המידתיות במובן הצר. לדבריהם, ספק אם העלאת אחוז החסימה תשיג את מטרתה, אך היא תביא בוודאות ל"בזבוז" קולות כשרים ולפגיעה חמורה ביסודות הדמוקרטיה, במידת ייצוגיות הכנסת, ובאפשרות ליצור כוחות פוליטיים חדשים.

העותרים ציינו, כי העובדה שבמדינות אחרות נקבע אחוז חסימה גבוה יותר מזה שקבעה עתה הכנסת אינה מלמדת דבר לענייננו, מפני שבמדינות אלה נהוגה שיטת בחירות השונה במאפייניה משיטת הבחירות בישראל. לטענת העותרים, מדינות שבהן נוהג אחוז חסימה גבוה יחסית מאזנות את אחוז החסימה באמצעים אחרים כדי להבטיח ייצוג למיעוטים. העותרים הדגישו, כי יש לגלות רגישות למאפייניה הייחודיים של ישראל כמדינה שבה מגוון רחב של אוכלוסיות הראויות לייצוג הולם.

9. העותרים העלו אף טענות בדבר המבחנים החוקתיים החלים בנסיבות העניין. בין היתר, לשיטתם, תיקון מס' 62 בטל משום שאפשר לפגוע בחוק-יסוד הכנסת אך ורק בחוק-יסוד, ולא בחוק רגיל. בנוסף, טענו העותרים כי על אף שבחוק-יסוד: הכנסת לא נקבעה פיסקת הגבלה כמו זו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, יש להחיל על תיקון מס' 62 "פיסקת הגבלה שיפוטית", לפי ההלכה שנקבעה בע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

10. טענות האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה חפפו, בעיקרו של דבר, לאלה של העותרים, והתמקדו בפגיעה הצפויה של העלאת אחוז החסימה בציבור הערבי. עמדתם של ארגונים אלה נשענה בעיקר על דפוסי ההצבעה של הציבור הערבי ונתוני עבר בדבר השתתפות המפלגות המייצגות אותו בכנסת. הם הדגישו את החשיבות שבהסדרה מבנית של ייצוג המיעוט הערבי בכנסת ועידודו להשתתף בתהליך הדמוקרטי, בשים לב לכך שמדובר במיעוט יציב ומובחן, שאינו צפוי להיטמע בקבוצת הרוב בישראל.

טענות המשיבים

11. עמדת המשיבים, הכנסת והיועץ המשפטי לממשלה, הייתה כי דין העתירות להידחות. הן הכנסת הן היועץ המשפטי לממשלה טענו כי ההוראה החוקתית המרכזית לענייננו היא הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. הכנסת טענה כי גם אם תיקון מס' 62 פוגע בהוראה זו, הפגיעה היא כדין מפני שתיקון מס' 62 התקבל ברוב חברי הכנסת בכל שלוש הקריאות. לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה טען כי העותרים כלל לא הרימו את הנטל להוכיח כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרונות השוויון והיחסיות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. לדבריו, טענות העותרים ספקולטיביות, ואינן לוקחות בחשבון את השפעת השינוי באחוז החסימה על היערכות השחקנים במערכת הפוליטית קודם לבחירות. לכן טען היועץ המשפטי לממשלה, כי אין זה מובן מאליו שהעלאת אחוז החסימה תוביל להדרת המיעוט הערבי-ישראלי מהכנסת.

12. המשיבים שניהם הוסיפו וטענו כי אף אם נניח שתיקון מס' 62 פוגע בעקרונות השוויון והיחסיות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, העלאת אחוז החסימה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה. המשיבים ציינו, כי במסגרת הליכי החקיקה התקיימה בדיקה מעמיקה של ההשלכות של העלאת אחוז החסימה, בה שותפו ונשמעו מומחים שונים, כפי שיפורט להלן. המשיבים הדגישו כי בראייתם, אחוז החסימה שנקבע נופל במתחם התמרון החקיקתי של הכנסת, מרחב שהוא גדול במיוחד כאשר מדובר בעניינים משטריים, כבענייננו. לשיתת המשיבים, יש להכיר במתחם מידתיות רחב במקרה דנא גם משום שהחוק התקבל ברוב חברי הכנסת. לדברי המשיבים, התיקון נחקק לתכליות ראויות – חיזוק המשילות בישראל והגברת יציבות הקואליציה – אשר הוכרו אף בעולם כתכליות לגיטימיות, כאשר נקבע אחוז חסימה הגבוה מהאחוז הטבעי (היינו, מעל 100 חלקי מספר המושבים בפרלמנט). המשיבים דחו את טענת העותרים שלפיה מטרתה האמיתית של העלאת אחוז החסימה היא הדרת מיעוטים מהמשחק הפוליטי, אשר לדידם נטענה ללא כל ביסוס. בנוסף, טענו המשיבים כי התיקון מידתי. בתוך כך, ציינו כי אחוז החסימה בישראל הוא נמוך בהשוואה למקובל בשיטות יחסיות בעולם, ועולה בקנה אחד עם המלצות גופים בינלאומיים ועם פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם. עוד הזכירו המשיבים כי העובדה שדיני ההתפלגויות, המתירים פיצול סיעות לאחר הבחירות, עומדים בעינם, מאזנת את העלאת אחוז החסימה.

13. יש להעיר, כי קיים הבדל בין עמדת הכנסת לבין זו של היועץ המשפטי לממשלה לגבי עצם האפשרות להחיל פסקת הגבלה שיפוטית במקרה כמו זה שלפנינו, בו חוק שנטען כי הוא פוגע בעקרונות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת התקבל ברוב המיוחס הדרוש לפי סעיפים 4 ו-46 לחוק היסוד. הכנסת טענה כי אם מתקיימת דרישת הרוב המיוחס, אין להוסיף ולהעמיד את החוק במבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית. לשיתת הכנסת, דרישה זו התקיימה ביחס לתיקון מס' 62, שהתקבל ברוב מיוחס בכל שלוש הקריאות, ולכן כלל אין מקום להמשיך ולבחון את התיקון בראי פסקת ההגבלה ולהחיל את מבחני המידתיות. הכנסת הדגישה, כי החלת פסקת הגבלה שיפוטית מקום בו נמנע המחוקק מקביעת פסקת הגבלה מהותית בחוק-היסוד: הכנסת, מסכלת את רצונו. לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא נקט עמדה ברורה בשאלה זו בתשובתו לעתירה, בכתב ובעל-פה.

ניירות העמדה

14. בעלי הדין צירפו לכתבי טענותיהם ניירות עמדה שהגישו מומחים שונים במהלך הליכי החקיקה בעניין השלכות אחוז החסימה. הכנסת צירפה אף פרוטוקולים

מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא הצעת תיקון מס' 62, שבמהלכם נשמעו עמדות המומחים. מניירות העמדה ומדברי המומחים לא עולה תמונה אחידה. חלק מהמומחים הביעו תמיכה בהעלאת אחוז החסימה, וחלקם התנגדו לכך. עם המתנגדים נמנו פרופ' אברהם דיסקין וד"ר יצחק קליין מטעם פורום קהלת, פרופ' ברק מדינה ופרופ' מיכל שמיר. מומחים אלה הטילו ספק בתרומתה של העלאת אחוז החסימה להגברת המשילות, ומנגד הביעו חשש כי הדבר יפגע בייצוגיות הכנסת. פרופ' מדינה הדגיש בנוסף, בנייר עמדה שהוגש יחד עם בקשת ההצטרפות לעתירות של ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח, כי ייצוג נאות של קבוצת מיעוט מובהקת פירושו מתן אפשרות לאותה קבוצה להיות מיוצגת על ידי יותר מרשימה אחת בכנסת. לעומת זאת, המכון הישראלי לדמוקרטיה הביע תמיכה עקרונית בהעלאת אחוז החסימה, אולם עמד על הצורך בהעלאה הדרגתית כדי להעניק לרשימות הקטנות זמן הסתגלות. פרופ' סמי סמוחה, פרופ' אסעד גאנם וד"ר נוהאד עלי הביעו אף הם תמיכה בהעלאת אחוז החסימה. בנייר העמדה שהגישו טענו, כי העלאת אחוז החסימה לא תפגע במיעוט הערבי-ישראלי ואפילו תועיל לו, כיוון שתעלה את שיעור ההצבעה בקרב ציבור זה. כפי שיפורט בהמשך, בשלב שבו ניתן פסק הדין, לפני עריכתן של הבחירות, אי אפשר היה לדעת כיצד ישפיע אחוז החסימה החדש על תוצאות הבחירות. לפיכך, אף אין מקום לקבוע כי חוות דעתה של מומחית פלונית עדיפה על חוות דעתו של מומחה אלמוני. ימים יגידו מי מבין המומחים צדק בהערכתו. ימים אלה יגיעו משנדע את תוצאות הבחירות.

דיון והכרעה

15. העתירות שלפנינו מעוררות שאלות נכבדות, הנוגעות למאפיינים הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל ושל שיטת הבחירות הנהוגה בה. קשה להפריז בחשיבותו של אחוז החסימה בשיטת בחירות יחסית. רשימה שלא זכתה למספר הקולות הדרוש כדי לצלוח את אחוז החסימה תיוותר מחוץ לכנסת, הרעיונות והאינטרסים הייחודיים שהיא מבקשת לקדם לא יזכו לייצוג בבית המחוקקים, ועל פי כללי הבחירות הנוהגים כיום בישראל, קולותיהם של בוחריה ירדו למעשה לטמיון (ראו סעיף 82(א) סיפא לחוק הבחירות לכנסת בעניין העדר תוקף של הסכם עודפים בין שתי רשימות שלפחות אחת מהן לא עברה את אחוז החסימה; עתירה נגד חוקתיות ההסדר האמור נמחקה אך לאחרונה, לאור הערות בית המשפט (בג"ץ 725/15 מפלגת "עלה ירוק" נ' הכנסת (11.2.2015)). בהשלכות אלו אין להקל ראש עת עומד לבחינה חוקתית תיקון חקיקה המעלה את אחוז החסימה. בישראל מקבל הנושא משנה תוקף,

נוכח הרכב האוכלוסייה הייחודי בה, הכולל מיעוטים לאומיים ותרבותיים מובחנים, בדגש על הציבור הערבי-ישראלי והציבור החרדי.

16. בפסק דיננו שניתן בלא נימוקים קבענו, כאמור, כי יש לדחות את העתירות דנא. זאת, תוך שמירת האפשרות לתקיפה חוזרת של תיקון מס' 62 בעניין העלאת אחוז החסימה אחרי הבחירות לכנסת העשרים, בהתבסס על תוצאותיהן. בראייתנו, בעת מתן פסק הדין לא התגבשה התשתית העובדתית הדרושה כדי להוכיח כי העלאת אחוז החסימה לשיעור של 3.25% פוגעת בעקרונות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. אף לא מצאתי כי הוכחה פגיעה בזכויות נוספות שמנו העותרים. את טעמי למסקנה זו אביא עתה בהרחבה. תחילה אעמוד על מהות הזכויות והעקרונות החוקתיים בהם פוגעת, לטענת העותרים, העלאת אחוז החסימה בעקבות תיקון מס' 62. בהמשך אסביר מדוע אני סבור כי בשלב זה לא ניתן לקבוע כי אכן חלה פגיעה בעקרונות ובזכויות אלו.

17. לפני שאדרש לנימוקי לדחיית העתירות אעיר הערה מקדמית. העותרים וכן חלק מהמומחים הביעו חשש באשר להשפעה של אחוז החסימה המוגדל על ייצוג בכנסת של אזרחי ישראל הערבים. החשש הוא שבשל אחוז החסימה המוגדל, מפלגות ערביות מסוימות לא תעבורנה את אחוז החסימה. כתוצאה מכך, אם אכן כך יקרה, ירד באופן משמעותי מספרם של חברי הכנסת הערביים. האפשרות שיפחת מספרם של חברי הכנסת הנמנים עם מפלגות המייצגות את המיעוט הערבי הייתה אמורה להביא לכך שמפלגות אלה תעבורנה לבית המשפט נגד תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת. והנה רואים אנו שדווקא מפלגות אלה לא עתרו לבית המשפט. מי שעתרו הם שני אזרחים שאינם נמנים עם המיעוט הערבי בישראל. אכן, כמה ימים לפני הדיון בעתירות הוגשו בקשות הצטרפות על ידי האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה. שני גופים אלה אף הם לא הגישו עתירות, אלא ביקשו להצטרף כ"ידידי בית המשפט". זאת, הגם שבמקרים אחרים הנוגעים למיעוט הערבי הוגשו עתירות בעניינים שונים על ידי שני הארגונים הללו (ראו, לדוגמה, בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (10.3.2015); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)). כאמור, ימים אחדים לפני הדיון בתשובות לצו על תנאי הוגשה לבית המשפט הודעה על ידי חבר הכנסת דב חנין. מדובר בחבר כנסת המשותף לאחת מן המפלגות המייצגות בכנסת את המיעוט הערבי (מפלגת חד"ש). אציין, כי ההתנהלות המתוארת הן של שני הארגונים הנזכרים – האגודה לזכויות האזרח ועדאלה – והן של המפלגות המזוהות עם הציבור הערבי בישראל, היינו הימנעות מהגשת עתירות, מעוררת תמיהה. מדובר, כאמור, בשלוש

מפלגות – חד"ש, רע"מ-תע"ל ובל"ד. אם אומנם מפלגות אלה חוששות מכך שאחוז החסימה המוגדל יביא להקטנה של מספר חברי הכנסת המייצגים את המיעוט הערבי, הרי המתבקש היה שהגופים הללו הם הם שיעתרו לבית המשפט הגבוה לצדק נגד תיקון מס' 62. מאחר שלמפלגות אלה יש לכאורה עניין ישיר באחוז החסימה, קבעתי בהחלטה מיום 21.9.2014 כי על היועץ המשפטי לכנסת להביא לידיעתן את דבר קיומן של העתירות דנא. אף על פי כן, המפלגות הללו לא הגישו עתירות בשמן הן וגם לא ביקשו בעצמן להצטרף לעתירות. עם זאת יובהר, כי התמיהה באשר למהלכיהם של האגודה לזכויות האזרח, של עדאלה ושל המפלגות האמורות לא השפיעה על התייחסותנו לגופם של דברים. זאת, מאחר שהסוגיה של שיעורו של אחוז החסימה הינה בעלת חשיבות גדולה מאוד למשטר הדמוקרטי.

העקרונות החוקתיים של שיטת הבחירות בישראל

18. עקרונות שיטת הבחירות בישראל מעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וזו לשונו:

"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

חוק הבחירות לכנסת קובע שורה של הסדרים פרטניים לגבי ניהול הבחירות על בסיס עקרונות אלה, לרבות אחוז החסימה (ראו סעיף 81(א) לחוק הבחירות לכנסת). שיטת הבחירות בישראל היא, איפוא, שיטה יחסית, שבה כל רשימה הזוכה למספר קולות העולה על סף מסוים מקבלת חלק מהמושבים בכנסת. חלק זה יחסי למספר הקולות שקיבלה בבחירות בראייה כלל ארצית. לטעמי, את ההוראה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת יש להבין בראש ובראשונה כהוראה מוסדית-משטרית, שתפקידה המרכזי הוא להתוות את מאפייניה העקרוניים של שיטת הבחירות בישראל. בכך היא שונה מהוראות אחרות בחוקי היסוד, המעגנות זכויות יסוד שונות הנתונות לפרט כמו הזכות לחיים, לחירות, לקניין ולחופש העיסוק. יחד עם זאת, עיקרון השוויון בסעיף מבטא זכויות יסוד, כפי שנראה להלן. כמו כן, ניתן לומר כי לכל אזרח ישראלי הזכות לכך שמאפייני שיטת הבחירות הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד יישמרו, כל עוד לא שונה הסעיף בדרך המתאימה ונקבעה שיטת בחירות חדשה (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 182 (2010)). שינוי שיטת הבחירות דורש חוק-יסוד, וזאת להבדיל מפגיעה בהוראות סעיף 4 לחוק-יסוד הכנסת שאינה כרוכה בשינוי השיטה, אשר אפשר שתיעשה בחוק רגיל (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי

המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 274-276 (הנשיא (בדימ') מ' שמגר), 407-406 (הנשיא א' ברק) (1995).

19. לצד סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע את עקרונותיה הכלליים של שיטת הבחירות, קיימות בחוק היסוד הוראות ספציפיות, המעגנות את הזכות לבחור ואת הזכות להיבחר, וקובעות תנאים קונקרטיים למימושן (ראו סעיפים 5-7 לחוק-יסוד: הכנסת). בין היתר, קובעות הוראות אלה את גיל הכשירות לבחור או לעמוד לבחירה, ומתנות תנאים שונים לעניין השתתפות בבחירות, למשל אזרחות ישראלית (הן לגבי הבוחר והן לגבי מי שעומד לבחירה). הפסיקה נדרשה בעבר לשאלת היחס בין סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לבין ההוראות הפרטניות שבחוק היסוד הנוגעות לזכות לבחור ולהיבחר. בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן – עניין ברגמן) הבהיר השופט מ' לנדוי, כי העקרונות שבסעיף 4 לחוק היסוד מבטאים אף הם את הזכות לבחור ולהיבחר במובנה הכללי. ההוראות הספציפיות, כך ציין שם, מסבירות ומפרטות מהם התנאים הקונקרטיים למימוש זכויות אלה (שם, בעמוד 698: "לכל אחד משמות התואר 'כלליות, ארציות, ישירות, יחסיות' שתי פנים: הן מכוונות גם לזכות לבחור וגם לזכות להיבחר"; ראו גם בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 19 (השופט מ' שמגר) (1981) (להלן – עניין דרך ארץ); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 504-505 (השופט מ' חשין, בדעת מיעוט לעניין התוצאה) (1996) (להלן – עניין מרכז השלטון המקומי); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 579 (2005) (להלן – רובינשטיין ומדינה)). על הזכות לבחור ולהיבחר נאמר לא אחת כי היא "זכות אדם יסודית בכל משטר דמוקרטי" (ראו, למשל, רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 59 (הנשיא א' ברק) (1996); בג"ץ 4513/97 אבו עראר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26, 38 (השופט ת' אור) (1998) (להלן – עניין אבו עראר), וההפניות שם).

20. העותרים טוענים כי העלאת אחוז החסימה פוגעת לא רק בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אלא גם בזכות לשוויון הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. להשקפתי, סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולא הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא המפתח להכרעה בסוגיה שלפנינו. ראשית, זוהי ההוראה החוקתית הייעודית לנושא שיטת הבחירות במשפטנו, והעותרים טוענים לפגיעה בה (השוו לבג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 30-32 (1996)). שנית, השוויון מעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כעיקרון חוקתי עצמאי, ואילו הזכות לשוויון הנגזרת מכבוד האדם משתרעת רק על אותם היבטים של השוויון הקשורים

בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (ראו, למשל, בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 687-689 (הנשיא א' ברק) (2006) (להלן – עניין התנועה לאיכות השלטון); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 705-691 (2014) (להלן – ברק כבוד האדם)). על כך נאמר, כי "לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד האדם, ולכן לא כל פגיעה בשוויון מעלה שאלה בעלת אופי חוקתי" (בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פסקה 48 (השופטת א' פרוקצ'יה) (12.1.2011)). לפיכך, כאשר הטענה היא לפגיעה בשוויון בקשר לבחירות לכנסת, נטל ההוכחה המוטל על הטוען לפגיעה בזכות לשוויון הנגזרת מכבוד האדם גבוה ככלל מנטל ההוכחה, כי נפגעו העקרונות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ובהם הזכות לבחור ולהיבחר. זאת, מפני שלא די באיתורה של פגיעה בשוויון בבחירות, אלא יש להראות כי ההיבט של השוויון שנפגע קשור בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (ראו, למשל, עניין אבו עראד, בעמוד 47, שם ציינה השופטת ד' דורנר (בדעת יחיד) כי "לא כל פגיעה בזכות הבחירה [...] , לרבות כזו הגוררת פגיעה בעקרון השוויון במובנו הרחב, עולה כדי השפלה", שיש בה משום פגיעה בכבוד האדם; וכן ברק כבוד האדם, בעמוד 697). מטעם זה, סבור אני כי די לבחון אם העלאת אחוז החסימה ל-3.25% פוגעת בעקרונות השוויון והיחסיות המנויים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. אעמוד עתה על תוכנם של עקרונות אלו. במקרה שלפנינו, אם ימצא שלא הוכחה פגיעה בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד הכנסת, ממילא ניתן לומר שלא הוכחה פגיעה בשוויון הנגזר מכבוד האדם.

השוויון כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

21. בית משפט זה נדרש בעבר פעמים אחדות לשאלה שוויון בבחירות מהו. במובנו הבסיסי, שוויון בבחירות פירושו שמירה קפדנית על עיקרון היסוד של "קול אחד לכל אחד" (ראו עניין ברגמן, בעמוד 698). זוהי מהותה של הזכות לבחור, אם כי אין זה תנאי מספיק למימושה, שכן "בחירה" מניחה קיומן של חלופות (ראו יגאל מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות 52-53 (2004) (להלן – מרזל)). בה בעת, זה מכבר אומצה הגישה שלפיה משמעות השוויון בבחירות אינה מתמצית בכלליות ההצבעה ובמשקלם השווה של הקולות. עוד בעניין ברגמן נקבע, כי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מגן אף על שוויון הסיכויים של הרשימות המשתתפות בבחירות בתחרות על קולו של הבוחר. משמעות שוויון הסיכויים בבחירות היא שמירה על "כללי המשחק", כך שלא יינתנו הטבות או ייקבעו מגבלות באופן שמקנה יתרון בלתי הוגן לרשימות המצויות בעמדת כוח (ראו, למשל, שם, בעמודים 698-699; עניין מרכז השלטון המקומי, בעמודים 499-503 (השופט מ' חשין, בדעת מיעוט לעניין התוצאה); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 65-67 (השופט י' זמיר)

(1996) (להלן – עניין הופנונג)). על יסוד מבחן זה קבע בית המשפט בעבר כי הסדרים בתחום מימון המפלגות ותעמולת הבחירות, אשר היטיבו עם רשימות או סיעות מסוימות בלבד, פוגעים בשוויון כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (ראו עניין ברגמן; עניין דרך ארץ; בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983) (להלן – עניין רובינשטיין); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן – עניין תנועת לאו"ר); בג"ץ 2060/91 כהן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(4) 319 (1992) (להלן – עניין כהן)).

22. יש להודות, כי מבחן "שוויון הסיכויים" הוא מבחן גמיש ורב-פנים. הפסיקה התוותה אך עקרונות כלליים ליישומה. כדבריו של השופט י' זמיר, "בסופו של חשבון, השוויון בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, מבטא את הצדק בהתחשב במציאות" (עניין הופנונג, בעמוד 66; וראו גם עניין דרך ארץ, בעמודים 8 (הנשיא מ' לנדוי), 15 (השופט א' ברק)). לגישתי, בבחינה האם נפגע שוויון הסיכויים של הרשימות המתמודדות ראוי להידרש לשאלה האם ההסדר שנקבע הוא ניטרלי, היינו, יוצר כלל זה לגבי כל הרשימות, או שמא יש בו, על פני הדברים, משום מתן יתרון בלתי הוגן לרשימות מסוימות בלבד שממנו לא נהנו קודם לכן (בהקשר שונה ראו, למשל, בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, פסקה 9 (2.10.2014); והשוו לדעת הרוב בעניין *Yumak and Sadak v. Turkey*, no. 10226/03, §123, ECHR 2008 (להלן – עניין *Yumak*), שיידון בפסקה 56 (להלן). למשל, הסדר שלפיו ניתן מימון רק לסיעות שיוצגו בכנסת היוצאת, כפי שהיה בעניין ברגמן, איננו הסדר ניטרלי, שכן גלומה בו העדפה ברורה של רשימות מסוימות על פני אחרות. דוגמה נוספת מצויה בעניין כהן, שם נדונה החלטת ועדת הכספים של הכנסת להגדיל את "יחידת המימון", כמשמעותה בחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 (להלן – חוק מימון מפלגות), שלפיה נקבעים המימון השוטף ומימון הבחירות להם זכאיות הסיעות בכנסת מקופת המדינה. בית המשפט קבע, כעניין שבעובדה, כי מטרת ההגדלה הייתה לכסות את הגירעון שצברה סיעת הליכוד במערכת הבחירות הקודמת. הוא מצא, כי בשל כך פגעה החלטה בשוויון הסיכויים בבחירות, משום ששינתה למפרע את "כללי המשחק" ופגעה בציפיות הלגיטימיות של הרשימות האחרות, וזאת בלא הצדקה עניינית. הסיעה החזקה הסתמכה על האפשרות להוציא במערכת הבחירות מעבר למה שהוקצה לה מתוך ציפייה כי תוכל לפצות על כך בדיעבד, ואילו הסיעות האחרות לא נהנו מאפשרות זו ועל כן הוציאו פחות. במילים אחרות, במקרה זה הוכח כי ההסדר לא היה ניטרלי, ולכן הוא נפסל (ראו גם עניין רובינשטיין, בפרט בעמודים 152-154 (השופט ש' לוי); עניין תנועת לאו"ר, בפרט בעמודים 537-538 (השופט א' ברק, בדעת מיעוט לעניין התוצאה)).

23. בנוסף, ביישום מבחן "שוויון הסיכויים" יש ליתן משקל לעובדה שמלכתחילה, הסיכויים של כל רשימה לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים. חקיקת הבחירות היא רק רכיב אחד במערך של משתנים המשפיעים על סיכוייה של רשימה להיבחר. ככלל, סיכוייה של רשימה מטעמה של מפלגה קטנה וסקטוריאלית לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים לסיכוייה של רשימה המוגשת מטעמה של מפלגה גדולה, מבוססת, המייצגת מגוון רחב יותר של עמדות. ואכן, בית משפט זה הבהיר כי השוויון בבחירות כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת איננו שוויון פורמלי, או שוויון מוחלט. אין מדובר בדרישה כי כל הרשימות יזכו בהכרח ליחס זהה. מדובר בשוויון מהותי, המעניק משקל להבדלים בין הרשימות השונות (ראו עניין ברגמן, בעמוד 699; עניין דרך ארץ, בעמודים 7-8 (הנשיא מ' לנדוי), 11-12 (השופט א' ברק); עניין רובינשטיין, בעמודים 148-149 (השופט ש' לוי); עניין מרכז השלטון המקומי, בעמודים 501-503 (השופט מ' חשין, בדעת מיעוט לעניין התוצאה); עניין הופנונג, בעמודים 65-67, 70, 74-75 (השופט י' זמיר); רובינשטיין ומדינה, בעמוד 644).

24. ברוח זו, הסדרים שונים בחקיקת הבחירות אשר גורעים מהשוויון המוחלט ויוצרים הבחנה בין סיעות ורשימות שונות נהוגים עמנו זה שנים רבות. כך, למשל, סעיף 3 לחוק מימון מפלגות קושר בין גובה המימון הציבורי של הוצאות הבחירות לו זכאית סיעה לבין מספר המנדטים שבו זכתה. במילים אחרות, סיעות גדולות וותיקות תזכנה למימון בהיקף גדול יותר לעומת סיעות קטנות, ולעתים גם לעומת סיעות חדשות (ראו עוד, סעיף 7 לחוק מימון מפלגות, לעניין חישוב תקרת ההוצאות של סיעה או רשימה בבחירות). סעיפים 15 ו-15א(ב) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 מבחינים בין רשימה המיוצגת בכנסת לבין רשימה חדשה לעניין הקצאת זמני תעמולה ברדיו ובטלוויזיה (ראו עוד, בג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973), בעניין שיטת חלוקת הקולות העודפים בין הרשימות; עניין הופנונג, בעמוד 74 (השופט י' זמיר); רובינשטיין ומדינה, בעמודים 645-649; אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב "חוק-יסוד: הכנסת" פירוש לחוקי היסוד 35-36 (יצחק זמיר עורך, 1993)).

25. אחוז החסימה, המעוגן כאמור בסעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת, נמנה אף הוא עם אותם הסדרים "ותיקים" בחקיקת הבחירות בישראל הגורעים מהשוויון המוחלט בין הרשימות המועמדות בבחירות. כך כתב בעניין זה השופט מ' לנדוי:

”ידועות לנו תופעות של חוסר שוויון בדיני הבחירות הכלליים, ובראש ובראשונה אחוז החסימה, וכן הדרישה של מתן ערבון על-ידי רשימת מועמדים חדשה ואישיתוף נציגיה של רשימה כזו בוועדות הבחירות אלא כמשקיפים בלבד אחרי פרסום הרשימה. כל ההגבלות הללו גורעות בהכרח מן השוויון המוחלט. בדיון זה לא נטען לפנינו שמשום כך הן פסולות” (עניין ברגמן, בעמוד 699; ההדגשה הוספה – א’ ג’).

כזכור, אחוז חסימה הוחל בישראל זמן קצר לאחר קום המדינה, ומאז הוגדל שיעורו מספר פעמים. עתירות שהוגשו בעבר נגד חוקתיות אחוז החסימה נדחו או נמחקו, הגם שבית המשפט לא דן במקרים אלה בסוגיות החוקתיות לגופו של עניין (ראו פסקה 4 לעיל, וכן, למשל, תן פרידברג, ניר אטמור ואנה קנפלמן “שיטת הבחירות בישראל: דיאגנוזה” תיקון שיטת הממשל בישראל 22, 24-25 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013) (להלן – פרידברג, אטמור וקנפלמן)).

26. מהאמור עד כאן עולה, כי לא כל גריעה מהשוויון בבחירות עולה כדי פגיעה בשוויון כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, על ההשלכות הנודעות לה במשפט החוקתי. אחוז החסימה נמנה עם שורת הסדרי בחירות בישראל החורגים מעיקרון השוויון המוחלט, אשר אינם פסולים כשלעצמם בהתחשב במגוון הרחב של שיטות בחירה וכללי בחירות אפשריים הכלולים במושג “משטר דמוקרטי” (ראו, למשל, דפנה ברק-ארז “לקראת דיני דמוקרטיה בישראל” עיוני משפט לג 527, 532-533, 546 (תשע”א) (להלן – ברק-ארז “דיני דמוקרטיה”); פרידברג, אטמור וקנפלמן, בעמוד 22; ופסקה 37 להלן). על העותרים הנטל להוכיח, איפוא, כי אחוז חסימה של 3.25% פוגע בעיקרון של “קול אחד לכל אחד” או בשוויון הסיכויים בין הרשימות המתמודדות בבחירות, על פי אמות המידה שפורטו לעיל.

היחסיות בבחירות ועיקרון הייצוג

27. בצד עיקרון השוויון, נסמכות טענות העותרים על עיקרון היחסיות בבחירות, המעוגן אף הוא בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. מעיקרון זה נובע עיקרון הייצוג. על עיקרון הייצוג כעיקרון מנחה בעיצוב הכללים שלפיהם מתנהלות הבחירות בישראל כתבתי בעבר, בהקשר אחר, כך:

”מבחינה פרוצדורלית, המשטר הדמוקרטי כולל שורה של מנגנונים חוקיים שמטרתם להבטיח את האפשרות לקיים משטר ייצוגי. חוקי הבחירות הם יסוד מרכזי במנגנון זה. עקרון השוויון בבחירות, בו לכל אחד קול אחד, והאפשרות להתמודד בבחירות כלליות, ארציות, ישירות,

שוות, חשאיות ויחסיות (סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) נועדו להבטיח ייצוג של מגוון עמדות בבחירות, מהן תיבחר הנהגת המדינה. בדמוקרטיה הייצוגית, המפלגות הן הצינור להעברת רצון האזרחים לשלטון [...]” (א”ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ’ זועבי, פסקה 7 לחוות דעתי (20.8.2013) (להלן – עניין זועבי)).

המפלגות הן הצינור העיקרי שבאמצעותו מתאפשר הייצוג, שכן, כאמור, בישראל תנאי להתמודדות בבחירות הוא חברות ברשימה שהוגשה על ידי מפלגה (סעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת וסעיף 4 לחוק הבחירות לכנסת; ראו עוד בג”ץ 8686/06 סיעת העבודה – מימד נ’ הכנסת, פסקה 4 (28.5.2008); בג”ץ 10451/08 סיעת קדימה בכנסת נ’ יושבת ראש הכנסת, פסקאות 19, 21 (השופטת א’ פרוקצ’יה) (23.2.2011) (להלן – עניין סיעת קדימה); מרזל, בעמודים 59-64; רובינשטיין ומדינה, בעמודים 757-758).

28. השאלה כיצד יש להגדיר מהו ייצוג ראוי בבית נבחרים ארצי היא שאלה סבוכה למדי, אשר הספרות אינה מספקת לה תשובה חד-משמעית (ראו, למשל, סקירתם של ראובן י. חזן וגדעון רהט “ייצוג, רפורמה אלקטורלית ודמוקרטיה: לקחים תיאורטיים ואמפיריים מבחירות 1996 בישראל” מדינה וחברה 1, 51-52 (תשס”ב) (להלן – חזן ורהט); מרזל, בעמודים 61-63). במובנו הפשוט והפורמלי, משמעות מונח הייצוג היא שרצון הציבור, הריבון במשטר דמוקרטי, מוצא ביטוי במוסדות הנבחרים באמצעות נציגים שהוא עצמו בחר (ראו, למשל, קלוד קליין “על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי” משפטים 308, 316-318 (תשל”ג-תשל”ד) (להלן – קליין); Hayes, JOHN STUART MILL, REPRESENTATIVE GOVERNMENT 55 (1995); Barton Press, 1886) ANNE PHILLIPS, THE POLITICS OF PRESENCE 4 (1995) (להלן – *Phillips*). הנציג אינו שלוח של בוחריו במובן המשפטי של המונח, אך ישנה אחריותיות (accountability) של הנציגים כלפי הציבור ומתקיימים ביניהם יחסי גומלין בתהליך גיבוש האינטרס הציבורי (ראו, למשל, שם, בעמוד 4; קליין, בעמודים 318-317; מרזל, בעמודים 61-62; Will Kymlicka, MULTICULTURAL CITIZENSHIP 138-139 (Oxford Press, 1995) (להלן – *Kymlicka*). קיימים מדדים שונים למידת הייצוגיות של בתי נבחרים בשיטות יחסיות במובן הפורמלי, שמטרתם להעריך את המידה שבה קולות הבוחרים אכן מתורגמים במדויק למושבים בפרלמנט (ראו, למשל, חזן ורהט, בעמוד 51 Michael Gallagher, *Comparing Proportional Representation Electoral Systems: Quotas, Thresholds, Paradoxes and Majorities*, 22(4) BRIT. J. POLIT. SCI. (1992) 469). אולם, משמעות פורמלית זו של עיקרון הייצוג אין די בה כדי להבטיח את

מימוש הערכים שבבסיס הדמוקרטיה. לעיקרון הייצוג אף מימד מהותי. עיקרו של מימד זה הוא השאיפה כי בבית המחוקקים יינתן ביטוי לקבוצות השונות המרכיבות את החברה, לרבות קבוצות המיעוט, בבחינת "צילום" של החברה (ראו, למשל, קליין, בעמודים 319, 333-335; חזן ורהט, בעמוד 68; פרידברג, אטמור וקנפלמן, בעמוד 22; דפנה ברק-ארז "אי-יציבות ממשלית בישראל: האם בכל אשמה שיטת הבחירות?" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 493, 496-498 (תשע"ב) (להלן – ברק-ארז "אי-יציבות ממשלית") ; *Kymlicka*, בעמודים 138-139).

29. מתעוררת השאלה אילו מאפיינים יש להביא בחשבון כדי לקבוע מהו ייצוג ראוי במובנו המהותי. אפשר, למשל, להבין את עיקרון הייצוג כדורש שהאידיאולוגיות והרעיונות השונים הקיימים בחברה מסוימת יבואו לידי ביטוי בבית הנבחרים. מובן זה של ייצוג מכונה "ייצוג רעיונות". לעומת זאת, אפשר להבין את מונח הייצוג כמתייחס לייצוג על בסיס מאפיינים מסוימים של הציבור המיוצג. מאפיינים אלו עשויים להיות מאפיינים אינדיווידואליים-גנריים, כגון מגדר, גזע ונטייה מינית, או מאפיינים קבוצתיים כמו שפה, תרבות והשתייכות אתנית-לאומית, בדרך כלל לקבוצת מיעוט מובחנת בחברה. מובנים אלה של ייצוג כונו בספרות "נציגות כנוכחות" (ראו חזן ורהט, בעמוד 52; *Phillips*, בעמודים 2-26; וכן מרזל, בעמוד 63; *Kymlicka*, בעמודים 132, 138-139). לכל אחד ממובנים אלו חסרונות. מחד גיסא, קיים קושי בתפיסה של הייצוג שמתעלמת כליל ממאפייני הנציגים. מאידך גיסא, התמקדות במאפייני הנציגים בלבד, והתעלמות מההיבט הרעיוני, מתרחקת מאוד מתפקידם של הנבחרים כמי שאמורים לפעול לטובת האינטרס הציבורי במובן הרחב, להבדיל מהמובן הסקטוריאלי. על כן, דרוש איזון בין שני המובנים שייתן ביטוי מסוים לקבוצות בחברה על בסיס מאפייניהן, אך ישמר את הדגש על האינטרס הציבורי (ראו, למשל, חזן ורהט, בעמוד 53; *Phillips*, בעמודים 22-25; *Kymlicka*, בעמודים 139-141).

30. מהו, אם כן, התוכן הקונקרטי שיש לצקת לתוך עיקרון הייצוג במשפט החוקתי הישראלי? שאלה זו טרם לובנה בפסיקה. אומנם, בית משפט זה הכיר בעבר במימד המהותי של עיקרון הייצוג כאשר נדרש לפרשנות דרישת היחסיות בבחירות (שלא בזיקה לבחירות לכנסת). נקבע, כי "שיטת בחירות 'יחסיות' טהורה מגמתה [...] לשקף 'בבואה נאמנה לחלוטין לדעות הרווחות בין הבוחרים המשתתפים בבחירות'..." (בג"ץ 6861/95 אבו-חוסייין נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(5) 265, 270 (1995) (להלן – עניין אבו-חוסייין); וראו גם בג"ץ 133/79 סיעת "רשימת עורכי הדין במחוז המרכז" נ' ועדת הבחירות, פ"ד לג(3) 729, 732 (1979); בג"ץ 5410/96 ארנון נ' שר המשפטים, פ"ד נ(3) 710, 716-717 (1996)). בעניין אבו-חוסייין הוסיף

והדגיש המשנה לנשיא ש' לז' כי "הדיבור 'בחירות יחסיות' [...] צריך להיקרא כפשוטו, לאמור, המדובר בשיטת בחירות שבה ניתן, בהכרח, ייצוג גם לקבוצות המיעוט" (שם, בעמוד 271; ראו גם בג"ץ 1020/99 דואק נ' ראש-עיריית קרית ביאליק, פ"ד נד(3) 396, 401-403 (2000)). באמירות נקודתיות אלו, שלא נאמרו בהקשר לבחירות לכנסת, אין כדי למצות את הדיון בסוגיה.

31. סבורני כי הכרעה בעתירות דנא אינה מצריכה הגדרה מקיפה של עיקרון הייצוג במובנו החוקתי. זאת, נוכח המסקנה שאליה הגעתי, ולפיה לא הונחה בפנינו התשתית העובדתית הנדרשת כדי לבחון אם העלאת אחוז החסימה פוגעת בעיקרון מעקרונות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. אומר אך את הדברים הבאים: לגישתי, ליבו של עיקרון הייצוג במובנו החוקתי איננו בפן האידיאולוגי-רעיוני. אני סבור כי הדגש הוא בעיקר על "נציגות כנוכחות" – יצירת התנאים לייצוג על בסיס מאפיינים אינדיווידואליים-גנריים או מאפייני השתייכות קבוצתית, ולא על בסיס רעיונות. קשה לטעון שקיימת חובה חוקתית "חיובית" להבטיח כי בפרלמנט תיוצג השקפת עולם מדינית, כלכלית או חברתית מסוימת. זאת, כמובן, להבדיל משלילת זכותם של רשימה או מועמד להשתתף בבחירות על רקע אידיאולוגי, שתיעשה אך במקרים נדירים וטעונה הצדקה מיוחדת (ראו סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת; וכן, למשל, עניין זועבי, פסקה 35 לחוות דעתי). מבחינה מעשית, לעולם יתקיים פער בין קשת הרעיונות והזהויות המיוצגות במצען של הרשימות הנבחרות לכנסת לבין זו המתקיימת בפועל בחברה, ולו מפני שמגבלת המושבים בבית הנבחרים מכתובה סף מינימלי של קולות הדרוש כדי לזכות במושב אחד, אפילו בלא כל אחוז חסימה סטטוטורי. רעיונות שאינם זוכים לתמיכה מינימלית כזו לא ייוצגו. לשיטתי, ראוי שהייצוג שיינתן לתפיסות ורעיונות ייקבע בבחירות דמוקרטיות, על בסיס תוצאות התחרות בין הרעיונות בזירה הפוליטית.

32. לעומת זאת, כיום ניתן לטעמי לגרוס כי מעיקרון הייצוג נגזרת חובה עקרונית לקיים שיטת בחירות שתאפשר ייצוג של מיעוטים בכנסת. חשיבות ייצוגם של מיעוטים בבית הנבחרים נטועה בצורך ביצירת חסמים מפני עריצות הרוב הנמצא בשלטון. כאשר רגליה של קבוצת אזרחים השייכת למיעוט מודרות מבית הנבחרים, קולה עלול שלא להישמע במוסדות השלטון ועל כן קל יותר לפגוע בזכויות היסוד ובאינטרסים שלה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמודים 801-804 לחוות דעתי). לעומת זאת, השתתפות של מיעוטים בתהליך הדמוקרטי מסייעת להבטיח שתהליך קבלת ההחלטות יהיה הוגן, כך שיילקחו בחשבון גם האינטרסים של קבוצות שאינן נמנות עם הרוב (ראו *Kymlicka*, בעמודים 131, 141-142, 149-151: "Fairness in a decision-making procedure implies, among other things, that the interests and perspectives of the

"minority be listened to and taken into account" (שם, בעמוד 131). לשיתוף מיעוטים בהליך הדמוקרטי חשיבות גם בהיבטים אחרים. יש הטוענים כי הדבר מעודד מעורבות בחיים האזרחיים במדינה ושיתוף פעולה עם השלטון על פני היבדלות, ומסייע בכך למיתון ולניהול השסע בין קבוצות לאומיות שונות החיות זו לצד זו במדינה אחת (ראו, למשל, Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, 15 J. OF ; Michael M. Karayanni, *Groups in Context: An Ontology of* ; DEMOCRACY 96 (2004) *a Muslim Headscarf in a Nazareth Catholic School and a Sephardic Ultra-Orthodox Student in Immanuel* (Forthcoming), available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2548548, הערה 63 והטקסט הצמוד לה).

33. בישראל, לייצוג המיעוטים בבית הנבחרים חשיבות יתרה. החברה הישראלית היא חברה מגוונת ומורכבת, שבקרבה מיעוטים שונים, ובפרט המיעוט הערבי והמיעוט החרדי. אכן, אין זה פשוט לקבוע איזו מבין קבוצות המיעוט השונות בישראל זכאית לייצוג בכנסת כעניין של חובה חוקתית (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמוד 802 לחוות דעתי, וביקורתו של הנשיא א' ברק, בעמוד 718 שם; בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסקה 3 (השופטת א' חיות) (10.2.2015); ובאופן כללי *Kymlicka*, בעמודים 131, 144-146). יחד עם זאת, ישנם מיעוטים שבית משפט זה הכיר בהם כבעלי מעמד מיוחד בישראל. כזה הוא המיעוט הערבי-ישראלי, וזאת, בין היתר, נוכח גודלו של מיעוט זה והיחסים המורכבים בינו לבין הרוב היהודי במדינה (ראו, למשל, בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 417-418 (הנשיא א' ברק) (2002); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27-28 (2001) (להלן – עניין האגודה לזכויות האזרח); יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 24-30 (תשס"ו); ובהרחבה אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (תשס"ו)). לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, המיעוט הערבי-ישראלי מהווה כ-21% מאוכלוסיית המדינה, וכ-14-15% מבעלי זכות הבחירה (ראו הנתונים בנייר העמדה של פרופ' סמי סמוחה, פרופ' אסעד גאנם וד"ר נוהאד עלי (מש/12 לתשובתה של הכנסת לעתירה); ואתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בקישורים http://cbs.gov.il/reader/?Mival=cw_usr_view_SHTML&ID=629 ; http://cbs.gov.il/reader/?Mival=cw_usr_view_SHTML&ID=356). אף סוגיות הקשורות למיעוט החרדי זכו, כידוע, להתייחסות נרחבת בפסיקתו של בית משפט זה

(ראו, למשל, עניין התנועה לאיכות השלטון; בתחום החינוך ראו בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (17.9.2014) (להלן – עניין לימודי הליבה)).

34. מובן, שאין די בקביעה עקרונית כי מעיקרון הייצוג החוקתי נובעת חובה ליצור תנאים שיאפשרו ייצוג של קבוצות מיעוט ככנסת. ישנם היבטים רבים הדורשים ליבון כדי לצקת תוכן ממשי לקביעה זו, כך שניתן יהיה לאכוף אותה בכלים חוקתיים. אפשר להמחיש את הקשיים הכרוכים בהגדרת עיקרון הייצוג החוקתי באמצעות השוואה לחובת הייצוג ההולם של מיעוטים ונשים בשירות הציבורי במשפט המינהלי. חובה זו מעוגנת כיום במגוון של דברי חקיקה ובפסיקתו של בית משפט זה (ראו, למשל, עניין האגודה לזכויות האזרח; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998); בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל (22.8.2010) (להלן – עניין איתך); וכן אילן סבן וסקוט סטריינר "על שני סוגים של ייצוג הולם: מסגרת תיאורטית, הדוגמה הקנדית והשוואה ראשונית לישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 247 (תשס"ו)).

35. כאשר עסקינן בחובת הייצוג ההולם בגופים ציבוריים ממונים, ישנה "כתובת" לחובה לפעול לקידום ייצוגן של קבוצות מסוימות. כתובת זו היא הגורם הממנה, הכפוף בהקשר זה לחקיקה הכוללת הוראות בדבר ייצוג הולם ולעקרונות המשפט המינהלי. החובה היא בדרך כלל חובת השתדלות לאתר ולמנות מועמדים מקבוצות הראויות לייצוג, ולא חובה להבטיח ייצוג בהיקף מסוים. זאת, אלא במקרים שבהם הוראת חוק קובעת מכסה לייצוג נשים או מיעוטים (ראו, למשל, סעיף 6(א3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). היכולת לממש את חובת הייצוג תלויה, בין היתר, בהיצע המועמדים בעלי הכישורים המתאימים (ראו, למשל, עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמוד 41; עניין איתך, בפסקה 14). לעומת זאת, כאשר מדובר בייצוג בבית הנבחרים אין גורם האחראי לפעול למימוש חובת הייצוג. תוצאות הבחירות נקבעות על בסיס קולות הבוחרים ללא יד מכוונת. לא מדובר בתהליך מתמשך של איתור מועמדים, כי אם באירוע חד-פעמי, המתרחש ביום הבחירות. על כן, בשונה מהמישור המינהלי, במישור החוקתי, אין מנוס מלקבוע כי מימוש עיקרון הייצוג תלוי בעמידתן של תוצאות הבחירות ברף מינימלי מסוים.

36. אין זה פשוט לקבוע במדויק מהו אותו רף. עשויה, למשל, לעלות השאלה מהו מספר הנציגים בבית הנבחרים הנמנים עם קבוצות המיעוט בחברה, אשר חריגה ממנו כלפי מטה תפר את עיקרון הייצוג החוקתי (בעניין זה ראו *Kymlicka*, בעמודים 147-

146). עוד עשויה לעלות השאלה האם מעיקרון הייצוג נובעת חובה לאפשר לקבוצת מיעוט ייצוג במסגרת סיעה נפרדת, להבדיל מהשתתפות נציגים המשתייכים אליה בסיעות אחרות. למשל, האם העובדה שחברי כנסת ערבים נבחרו במסגרת רשימות אחרות, שאינן מזוהות כרשימות ערביות, צריכה לקבל משקל? שאלה נוספת היא מהו הסעד החוקתי המתאים אם נמצא שתוצאות הבחירות אינן עולות בקנה אחד עם עיקרון הייצוג. האם במצב כזה יש להורות על ביטול תוצאות הבחירות? יש לזכור, כי ייתכן בהחלט מצב שבו הגורם לפגם בייצוג לא יהיה בהכרח דיני הבחירות, כי אם נסיבות אחרות שאפיינו את מערכת הבחירות. עם אלה אפשר למנות, למשל, את החרמת הבחירות על ידי קבוצה מסוימת, אחוזי הצבעה נמוכים במיוחד של חברי קבוצת המיעוט, היעדר מועמדים מטעמה של קבוצת המיעוט וכיוצא באלה גורמים. מהו הסעד החוקתי המתאים במקרה כזה, אם בכלל? כאמור, העתירות דנא אינן המקום למצות את הדיון בשאלות מורכבות אלה, ונותירן לעת מצוא.

37. מכל מקום, בצד עיקרון הייצוג, יהא מובנו הקונקרטי אשר יהא, ישנם אינטרסים ציבוריים מתחרים המצדיקים הגבלה מלאכותית של האפשרות לזכות במושבים בבית המחוקקים, נוסף על המגבלות הנובעות מגודלו. האינטרס המרכזי לענייננו הוא ייעול עבודת הממשל, או "הגברת המשילות". הכוונה במינוח זה היא, בין היתר, לשאיפה להקטין את מספר הרשימות שתזכינה לייצוג בכנסת מבין אלה שהתמודדו בבחירות. זאת, כדי למנוע מצב שבו יורכב בית המחוקקים ממספר רב של סיעות קטנות, שחלקן מקדמות אינטרסים צרים, באופן שיקשה על הקמת קואליציה, קרי רוב של חברי כנסת שיאפשר הקמת ממשלה, ויכביד על בית המחוקקים בביצוע תפקידיו השלטוניים ובקידום חקיקה לרווחת הציבור. כך בפרט בדמוקרטיה פרלמנטרית, שבה תלויה הממשלה באמון הפרלמנט (ראו סעיפים 3 ו-28 לחוק-יסוד: הממשלה; בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 460-459 (הנשיא א' ברק) (2005); עניין טיעת קדימה, פסקה 20 (השופטת א' פרוקצ'יה)). ברוב הדמוקרטיות מבטאת שיטת הבחירות פשרה, הגורעת מהייצוגיות לטובת המשילות. אופייה המדויק של הפשרה עשוי להיות שונה בכל מדינה נוכח מאפייני שיטת הבחירות הנוהגת בה. העיקר הוא שקיימת יותר מחלופה דמוקרטית אחת (ראו, למשל, עניין דרך ארץ, בעמודים 20-21 (השופט מ' שמגר); ברק-ארז "דיני דמוקרטיה", בעמודים 532-534, 546; פרידברג, אטמור וקנפלמן, בעמודים 22-23; רובינשטיין ומדינה, בעמוד 557; אמנון רובינשטיין "דמוקרטיה ומשילות" הפרקליט נ 315, 318-319 (תש"ע) (להלן – דמוקרטיה ומשילות); דוד נחמיאס ושי דוד "שיטות בחירה: ניתוח חלופות והמלצות לרפורמה בישראל" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 511, 513 (תשע"ב) (להלן – נחמיאס ודוד); PIPPA NORRIS, ELECTORAL

ENGINEERING – VOTING RULES AND POLITICAL BEHAVIOR 42, 50, 55 (2004) (להלן) Norris –).

38. בשיטות יחסיות ומעורבות רבות מתבטאת נקודת האיזון בין ייצוגיות למשילות, בין היתר, בקביעת אחוז חסימה (ראו הדיון בפסקאות 53-55 להלן). בית משפט זה הכיר בעבר בקידום יעילות הממשל כהצדקה לקביעת אחוז חסימה על אף שהדבר גורע מעקרון הייצוג. בבג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 89 (1996) כתב השופט י' זמיר כך:

"גם שיטת ההצבעה לכנסת, שהיא סמל ודוגמה לשיטה דמוקרטית השואפת לתת ייצוג גם לקבוצות קטנות, אינה מייצגת את עקרון הייצוג באופן מוחלט. כך, לדוגמה, לגבי אחוז החסימה בבחירות לכנסת. [...] אחוז החסימה פוגע בעקרון הייצוג. אך הוא תורם ליעילות. בכך הוא מקדם את העיקרון הדמוקרטי" (שס, בעמוד 132).

בעניין אחר צוין, אם כי לא בהקשר לבחירות לכנסת, כי קביעת אחוז חסימה, אף שהיא גורעת מיחסיות הבחירות, היא עניין הנתון להכרעת המחוקק. בית המשפט הוסיף, כי "אם מתקין חוקת הבחירות מצא לנכון להעמיד בצד היחסיות את החסימה, הרי שעל הפרשן, הנאמן לנורמה, ליתן תוקף לקביעות אלה, תוך הכרה ביחסיות 'היחסיות שבהן' (ראו ע"א 732/81 סיעת ההסתדרות נ' סיעת המערך במועצת פועלי גדרה, פ"ד לו(2) 345, 348-349 (1982))."

39. היכן יש למתוח את קו הגבול? באילו נסיבות ייקבע כי אחוז חסימה מסוים פוגע בעיקרון הייצוג, באופן המצדיק את התערבות בית המשפט? בחוות דעתי בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון עמדתי, בעקבות המלומד John Hart Ely, על תפקידו של בית המשפט בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטי. הדגשתי כי התערבות שיפוטית תהא מוצדקת כאשר המחוקק משנה את כללי המשחק, באופן שעלול לעוות את העקרונות הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי, לסטות מעיקרון היסוד של "קול אחד לכל אחד", או להקשות על קבוצת מיעוט להשתתף בתהליך הדמוקרטי (ראו JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 102-103 (1980)). אף נדרשתי, כדוגמה לאמור, לסוגיית אחוז החסימה, בצייני כי "העלאה של אחוז החסימה לרמה כה גבוהה עד שהדבר עלול להביא להדרה של קבוצות מיעוט מן המערכת הדמוקרטית-ייצוגית" עשויה להצדיק התערבות שיפוטית (שס, בעמוד 803). ואכן, כעניין שבעיקרון, מקובל עליי שייכתנו נסיבות שבהן תהא הצדקה כי בית המשפט יפסול אחוז חסימה שקבע המחוקק, אם ימצא, למשל, כי החלתו פוגעת באופן משמעותי בייצוגה בכנסת של

קבוצת מיעוט. אולם, תנאי לכך הוא כי יוכח שמדובר בסכנה ממשית כי כך יקרה. נטל ההוכחה בעניין זה מוטל על העותרים. אפנה עתה לבחון אם עמדו בנטל זה.

האם העלאת אחוז החסימה ל-3.25% פוגעת בעקרונות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת?

40. עד כה עמדתי על טיבם של הזכויות והעקרונות החוקתיים אשר בהם פוגעת העלאת אחוז החסימה, לטענת העותרים. כאמור, כדי להוכיח כי נפגע השוויון כמובנו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת יש להראות כי החקיקה הנבחנת פוגעת בעיקרון של "קול אחד לכל אחד" או בשוויון הסיכויים בין הרשימות המתמודדות בבחירות, כפי שזה פורש בפסיקה. אשר לעיקרון הייצוג, עמדתי על הקושי שבהגדרה ממצה של עיקרון זה במישור החוקתי. לצורך ההכרעה בעתירות שלפנינו, די בקביעה שלעיקרון זה מימד מהותי, שעניינו מתן ביטוי בבית המחוקקים לקבוצות שונות בחברה, ובפרט לקבוצות המיעוט. בהקשר זה, עמדתי על מעמדם המיוחד בישראל של המיעוט הערבי-ישראלי ושל המיעוט החרדי. מהטעמים שפורטו לעיל, לא מצאתי להידרש בהרחבה לטענות העותרים הנוגעות לפגיעה בזכויות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עתה אפנה לשאלה האם אפשר לקבוע כי העלאת אחוז החסימה בעקבות תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת פוגעת בעיקרון מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

41. כידוע, בשלב הראשון של תהליך הבחינה החוקתית המקובל בשיטתנו יש לבחון האם נפגעו זכות או עיקרון חוקתי. כך גם כאשר הפגיעה הנטענת היא פגיעה בהוראה מהוראות חוק-יסוד: הכנסת (ראו, למשל, בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 6 (20.9.2006)). כבר הבעתי בעבר את גישתי כי נודעת חשיבות רבה לשלב הראשון של הבחינה, אשר נועד לקבוע את ההיקף המושגי של הזכות או העיקרון החוקתי שעל הפרק ולהתוות את גבולותיהם. חשוב לא לדלג על שלב זה, אף אם ההכרעה בו אינה פשוטה (ראו, למשל, בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 24 לפסק דיני (26.6.2013) (להלן – עניין שטנגר); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 1 לדעת המיעוט שלי (22.9.2014) (להלן – עניין איתן)). במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, נחוץ איפוא לבחון בחינה זהירה אם אכן קיים בסיס עובדתי לקביעה כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בעיקרון מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. כדי להוכיח פגיעה כאמור, על העותרים הנטל להראות כי יש בהעלאת אחוז החסימה משום "הפרה ממשית" של עקרונות אלו או "סטייה מהותית וניכרת" מהם. לא די בהשערות באשר להשלכות אחוז החסימה (ראו עניין ברגמן, בעמוד 699; עניין דרך ארץ, בעמוד 14 (השופט א' ברק);

עניין רובינשטיין, בעמוד 151 (השופט ש' לוי); עניין מרכז השלטון המקומי, בעמוד 498 (השופט י' זמיר); עניין הופנונג, בעמודים 68-70 (השופט י' זמיר).

42. העתירות שלפנינו הוגשו טרם יושם תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת במערכת בחירות, וטרם נבחנו השלכותיו בפועל. נתבקשנו למעשה לדון במופשט בחוקתיותו של אחוז החסימה החדש. בנסיבות העניין, אני סבור כי יש מקום לפנות לעילת הבשלות במשפט החוקתי. עילה זו מיועדת במיוחד למצבים שבהם חוק עומד לבחינה חוקתית לפני שיושם, ומסייעת לקבוע אם ראוי להכריע בשאלות החוקתיות בנקודת הזמן שבה הוגשה העתירה (ראו בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 12 לפסק דיני (17.9.2014) (להלן – עניין טבח)). קיימת זיקה בין שאלת בשלותה של עתירה חוקתית להכרעה לבין נטל ההוכחה המוטל על העותרים להוכיח פגיעה בזכות חוקתית. אם יקבע כי השאלה החוקתית שמעוררת עתירה אינה בשלה להכרעה, העותרים יראו כמי שלא עמדו בנטל ההוכחה הראשוני להוכיח פגיעה בזכות חוקתית, במסגרת השלב הראשון בניתוח החוקתי המקובל במשפטנו. זאת, לא משום שהחוק הינו חוקתי בהכרח, אלא משום שבהיעדרה של תשתית עובדתית מספקת, לא ניתן לקבוע אם מתקיימת פגיעה (שם, בפסקה 18).

43. המבחן להערכת בשלותה של עתירה חוקתית לדיון כולל שני שלבים. בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית בעיקרה, שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או שמא נדרש יישום של החוק הנבחן כדי להשיב על השאלה. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף שטרם התבררו השלכות החוק הנבחן. טעמים אלה עשויים להיות, למשל, השפעה מצננת של החוק, חשש שדחיית הביקורת השיפוטית תוביל לקביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, או קיומו של אינטרס ציבורי משמעותי בבירור העתירה אף לפני שיושם החוק (ראו עניין טבח, בפסקה 16 לפסק דיני). יודגש, כי בעתירות חוקתיות, על מנת להכריע בשאלת הבשלות נדרש בית המשפט לבחון – ולו ברמה ראשונית – את החוק הנדון בעתירה, ואת מהותם של הזכויות או העקרונות החוקתיים שבהם נטען כי הוא פוגע. במילים אחרות, לא די בעצם העובדה כי החוק טרם יושם כדי לקבוע כי שאלת חוקתיותו אינה בשלה להכרעה, אלא דרושה הערכה מהותית של הסוגיות המתעוררות בעתירה (שם, בפסקה 18; לשימוש נוסף בעילת הבשלות במישור החוקתי, ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 38 (הנשיא (בדימ') א' ברק) (2006); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 3-8 (השופט מ' נאור) (18.1.2006); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פסקה 26 (השופט י' דנציגר)

(22.3.2009); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012); ועיינו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014).

44. יישום השלב הראשון של הערכת הבשלות במקרה שלפנינו מוביל למסקנה כי הכרעה בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה דורשת תשתית עובדתית, אשר עשויה להתגבש רק לאחר היוודע תוצאות הבחירות לכנסת העשרים, תחת אחוז החסימה החדש. העותרים אינם משיגים על עצם הנהגתו של אחוז חסימה סטטוטורי בישראל. אף לו טענו כך, ספק רב אם היה מקום להידרש לטענה, שהרי אחוז חסימה הוחל במדינה לראשונה זמן קצר לאחר הקמתה. כאמור, עתירות אשר הוגשו בפעמים הקודמות בהן הועלה אחוז החסימה בישראל נדחו או נמחקו, הגם שהסוגיות החוקתיות לא נדונו לגופן (ראו פסקה 4 לעיל). טענותיהם של העותרים מופנות נגד העלאת אחוז החסימה מהשיעור של 2%, שנהג קודם לתיקון מס' 62, לשיעור הנוכחי של 3.25%. במילים אחרות, לפנינו עניין של מידה, או "שאלה בעלת אופי כמותי" (השוו לעניין איתן, בפסקאות 16-17 לחוות דעת המיעוט שלי. הדיון שם נערך במסגרת המבחן השלישי של המידתיות). לגישתי, בעצם העלאתו של השיעור החוקי של אחוז החסימה אין בהכרח משום חריגה מהרף החוקתי שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (ראו עניין שטנגר, פסקה 45 לחוות דעתי; בג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת, פסקה 14 (25.8.2013); עניין לימודי הליבה, פסקה 29 לחוות דעתי). השאלה שלפנינו היא האם יש עילת התערבות חוקתית בנקודת האיזון המספרית החדשה שקבע המחוקק בין הזכויות והעקרונות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לבין אינטרס הגברת המשילות. לשיטתי, כדי להשיב על שאלה זו דרושים נתונים עובדתיים מוכחים ולא ספקולטיביים ביחס להשלכות אחוז החסימה החדש על תוצאות הבחירות לכנסת. בהקשר זה, יש משקל רב לכך שאחוז החסימה החדש קרוב יחסית לאחוז החסימה שחל קודם לתיקון מס' 62.

45. כמה טעמים תומכים במסקנה האמורה, ועתה נתייחס אליהם. הטעם הראשון הוא כי קיים קושי מובנה לברר את השאלה שהונחה בפנינו טרם נערכו בחירות תחת אחוז החסימה החדש. בחינת מלוא השלכותיהם של כללי בחירות חדשים היא עניין הדורש זמן. לעתים, גם אם לא תמיד, קשה לחזות השלכות אלה מראש, בטרם הפנימו השחקנים המעורבים את השינוי. עמדה על כך פרופ' דפנה ברק-ארז, בציינה כי "לשיטת הבחירות יש לא רק השפעה מכנית – על המבנה של מערכת המפלגות ועל

אופן התחרות ביניהן – אלא גם השפעה על התנהגותם של הבוחרים, הנבחרים והמפלגות. בעוד מרבית ההשפעות המכניות ניתנות לחישוב ולהערכה, קשה לחזות את ההשפעות ההתנהגותיות של שיטת הבחירות" (ראו ברק-ארז "אי-יציבות ממשלית", בעמוד 506). השחקנים המעורבים במשחק הפוליטי – מפלגות, בוחרים ומועמדים כאחד – מפתחים דפוסי התנהגות אסטרטגית על מנת להשיג את יעדיהם בבחירות על רקע הכללים החדשים (על תהליך ההפנמה של שינויים בשיטת הבחירות והקושי לחזות את השלכותיהם ראו עוד, אשר אריאן ורות אמיר "שינוי של שיטות בחירות" המהפכה האלקטורלית 37, 38-39 (גדעון דורון עורך, 1996); דמוקרטיה ומשילות, בעמוד 322, הערה 14; חן פרידברג, ניר אטמור ואנה קנפלאן "השיטה היחסית וסף החסימה החוקי במבט השוואתי" תיקון שיטת הממשל בישראל 31, 36 (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועופר קניג עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013) (להלן – "החסימה במבט השוואתי"); Norris, בעמודים 5-7, 14-16. לדבריה, 'the first founding' contests held under any revised rules may prove anomalous and unstable, as citizens and parties learn the ropes [...]) (בעמוד 5).

46. דוגמה לקושי לצפות את השלכותיהם של שינויים בכללי בחירות הוא תוצאות המעבר לבחירה ישירה לראשות הממשלה בישראל עם תיקון חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1992. בדומה לתכלית של העלאת אחוז החסימה עתה, כפי שזו עולה מהצעת תיקון מס' 62, אף אותו שינוי נועד להגביר את המשילות בישראל ולהקטין את תלותו של ראש הממשלה בסיעות הזכות לעוצמה פוליטית לא פרופורציונלית לגודלן בשל היותן "לשון מאזניים" בקואליציה. אולם, בבחירות לכנסת הארבע-עשרה, מערכת הבחירות הראשונה שנערכה לפי השיטה החדשה בשנת 1996, פיצלו מצביעים רבים את הצבעתם, היינו, לא הצביעו לרשימה שבראשה עמד המועמד לראשות הממשלה שלו הצביעו. כתוצאה מכך, המפלגות הגדולות דאז, מפלגת הליכוד ומפלגת העבודה, איבדו יחד כ-25% מכלל מושביהן בכנסת, בהשוואה לבחירות הקודמות שנערכו בשיטה "הישנה". לעומת זאת, המפלגות הקטנות הגדילו את כוחן בשיעור של 86% (ראו חזן ורהט, בעמוד 60). שינוי השיטה לא השיג את יעד הגברת המשילות, ואף החליש את כוחן הפרלמנטרי של המפלגות הגדולות. בנוסף, הדבר לא תרם תרומה משמעותית לביסוס מעמדו של ראש הממשלה בניהול הממשלה וביחסים מול הכנסת (על השלכות הבחירה ישירה ראו עוד, שם, בעמודים 55-63; נחמיאס ודוד, בעמודים 522, 532-533). שיטת הבחירה הישירה בוטלה בשנת 2001, לאחר שיושמה בשלוש מערכות בחירות בלבד. שינוי זה נבדל אומנם מהעלאת אחוז החסימה, שכן המעבר לבחירה ישירה היה בגדר שינוי של שיטת הבחירות, ולא שינוי בכללים החלים במסגרת שיטת הבחירות הקיימת. אולם, דוגמה זו מסייעת להמחיש את אי-הוודאות הכרוכה

בשינוי הכללים המסדירים את הבחירות, ומלמדת עד כמה הערכות מוקדמות, לפני יישום השינוי, הינן בגדר ספקולציות ותו לא.

47. טעם נוסף למסקנתי כי הכרעה בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה דורשת תשתית עובדתית שטרם התגבשה יסודו בהערכת הסוגיות החוקתיות עצמן. בחינה ראשונית של הסוגיות החוקתיות המתעוררות בעתירות מובילה למסקנה כי לא מדובר בשאלות משפטיות בעיקרן, שמענה להן אינו דורש תשתית עובדתית מגובשת. ניתן לומר כבר עתה כי אחוז החסימה החדש אינו פוגע בעיקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בהיבטיו הנוגעים לזכות לבחור. הוא אינו סוטה מהעיקרון של "קול אחד לכל אחד". משקלו של כל קול יהיה זהה בקביעת תוצאות הבחירות, אף אם לא כל קול יבוא לידי ביטוי זהה בהרכבה הסופי של הכנסת. אחוז החסימה החדש גם אינו מצמצם בהכרח, כשלעצמו, את מגוון החלופות שמהן יוכל האזרח לבחור, כיוון שאינו מונע מרשימה השתתפות בבחירות. אשר לחשש לפגיעה בשוויון בין הבוחרים כתוצאה מ"בזבוז" קולות כשרים שיינתנו לרשימות שלא תיבחרנה, הרי שתופעה זו תיתכן בכל אחוז חסימה, אפילו כזה הקרוב מאוד לאחוז החסימה הטבעי הנגזר ממספר המושבים בכנסת (השוו לדברי בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, no. 9267/81 ECHR 1987 (להלן – עניין *Mathieu-Mohin*), פסקה 54 לדעת הרוב: "no electoral system can eliminate 'wasted votes'"; וכן לעניין *Yumak*, פסקה 112 לדעת הרוב). יוער, כי בשיטות רוביות, שיעורי בזבוז הקולות עשויים להיות גבוהים בהרבה בהשוואה לשיטות יחסיות, ואף על פי כן שיטות אלה קיימות בדמוקרטיה וותיקות ומבוססות (ראו, למשל, סף החסימה במבט השוואתי, בעמוד 31, וההפניות בפסקה 37 לעיל).

48. נוכח האמור, הדגש, לשיטתי, הוא בעיקר על השאלה האם אחוז החסימה החדש פוגע בשוויון הסיכויים של הרשימות המתמודדות. אני סבור כי לא ניתן להשיב על שאלה זו בהיעדר נתונים עובדתיים מספקים. על פני הדברים, בלא שהתבררו תוצאות יישומו, אחוז החסימה שקבע המחוקק מהווה כלל ניטרלי, המופנה כלפי כל הרשימות. כולן נדרשות לעמוד ברף מינימלי זהה כדי לזכות לייצוג בכנסת (ראו, בהקשר זה, הערתו של הנשיא י' כהן בעניין רובינשטיין, בעמודים 153-154). כמו כן, בלא שנבחנו השלכותיו הלכה למעשה, לא ניתן לומר כי יש באחוז החסימה החדש משום הבחנה פסולה בין רשימות או מתן יתרון מובהק לרשימות מסוימות על פני אחרות, מעבר ליתרונות האינהרנטיים שמהם נהנות חלק מהרשימות מחמת גודלן של המפלגות שמטעמן הוגשו או הוותק שלהן במערכת הפוליטית. לפחות לכאורה, אחוז החסימה החדש משפיע על סיכוייהן של רשימות המזוהות עם הציבור הערבי כשם

שהוא משפיע על סיכוייהן של חלק מהרשימות המזוהות עם הציבור היהודי. יוער, כי מהפרוטוקולים שצירפה הכנסת לכתב תשובתה עולה כי במהלך הדיונים בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת נשמעו התנגדויות להעלאת אחוז החסימה מפי חברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית, ולא דווקא מפי נציגי הסיעות הערביות. נוכח האמור, מסקנתי היא כי בחינה ראשונית מופשטת של אחוז החסימה אינה מעלה חשש לפגיעה בשוויון הסיכויים בין הרשימות המתמודדות על פי אמות המידה שהותוו בפסיקה.

49. עתה לטענות הנוגעות לפגיעה בעיקרון הייצוג. השאלה האם נפגע עקרון הייצוג היא שאלה תוצאתית במהותה. כדי להשיב עליה יש לבחון כיצד ישפיע אחוז החסימה החדש על הרכב הכנסת, ובפרט אם אכן קיימת סכנה ממשית כי קבוצות מיעוט יודרו ממנה. במקרה שלפנינו, אני סבור שאי אפשר לדעת זאת לפני שיושם אחוז החסימה במסגרת מערכת בחירות. מובן, שמסקנה זו עשויה הייתה להשתנות אילו היה שיעורו של אחוז החסימה גבוה יותר. הנתונים העובדתיים שהביאו העותרים לביסוס הפגיעות הנטענות על ידם בעיקרון הייצוג מבוססים בעיקר על נתוני ההצבעה בעבר. נתונים אלה מלמדים כי ייתכן ששתיים משלוש המפלגות הערביות המיוצגות בכנסת התשע-עשרה לא היו זוכות לייצוג לו הוחל אחוז החסימה החדש במערכות בחירות קודמות. יוער, כי כיום מכהנים בכנסת עשרה חברי כנסת ערבים מטעמן של מפלגות אלה, ושני נציגים נוספים החברים בסיעות אחרות (ראו מש/12 לתשובת הכנסת לעתירות). כן היה נפגע, לטענת העותרים, ייצוגן של סיעות קטנות. לטעמי, קיים קושי רב להישען על ניסיון העבר במקרה דנא. זאת, מטעם שכבר צוין לעיל, ולפיו שינוי כללי הבחירות גורם מטבעו לשינוי בהתנהגות הבוחרים והשחקנים הפוליטיים, שאת טיבו לא ניתן בהכרח לחזות מראש (ראו פסקאות 45-46 לעיל).

50. ייתכן, למשל, שהכלל החדש יוביל להתארגנות שונה של הרשימות המשתתפות בבחירות, ויעודד חבירה של רשימות למערך משותף לצורך ההתמודדות בבחירות, כדרך להתגבר על אחוז החסימה (ראו סף החסימה במבט השוואתי, בעמודים 38, 44). ואכן, לאחר שניתן פסק דיננו בלא הנימוקים למדנו כי שלוש המפלגות המזוהות עם הציבור הערבי-ישראלי התאחדו לרשימה משותפת. כמו כן, העלאת אחוז החסימה עשויה להביא לשינוי בשיעור המצביעים ובעצם הבחירה. לעניין זה אעיר כי אחוז ההשתתפות של אזרחים ערבים בבחירות לכנסת נמוך, ככלל, מזה של האוכלוסיה הכללית. לפי הנתונים שהביאו האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה בעמדתם (בסעיף 13 ונספח ב'), בבחירות לכנסת התשע-עשרה הצביעו כ-57% מבעלי זכות ההצבעה בציבור הערבי-ישראלי, והמגמה היא מגמת ירידה (ראו גם ניר אטמור

”שיעורי ההשתתפות בבחירות 2013 מנקודת מבט מקומית” פרלמנט 75 (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013). לעומת זאת, שיעור ההצבעה הארצי בבחירות לכנסת התשע-עשרה היה כ-68% (ראו אתר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה, בקישור <http://www.votes-19.gov.il/nationalresults>). מצטרפים לכך גורמים אחרים המשפיעים על המשחק הפוליטי ועל שיקולי הבוחרים, ואשר אינם קשורים כלל לכללי הבחירות עצמם (השוו לעניין *Yumak*, בפיסקאות 141-143 לדעת הרוב). מטעמים אלה, לא ניתן להניח מראש שהחשש להדרת מיעוטים מהכנסת, ובפרט המיעוט הערבי והמיעוט החרדי, יתממש עקב אחוז החסימה החדש. על כן, לא ניתן לקבוע האם נפגע עיקרון הייצוג במובנו החוקתי.

51. יש להוסיף, כי גם שיעור גבוה במיוחד של קולות מבוזבזים עשוי לעלות כדי פגיעה בעיקרון הייצוג. לשם המחשה, בבחירות שנערכו בתורכיה בשנת 2002 ירדו לטמיון קרוב למחצית מקולות הבוחרים, אשר הצביעו למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה (ראו עניין *Yumak*, פיסקאות 49-50, 57 לדעת הרוב). זוהי תוצאה קיצונית בשיטת בחירות יחסית. בנסיבות המקרה שלפנינו, קשה להעריך מה עתיד להיות היקף הקולות המבוזבזים ועד כמה ניתן יהיה לקשור זאת דווקא לאחוז החסימה החדש. מהטעמים שכבר עמדתי עליהם, אי אפשר להישען בנסיבות העניין על נתוני עבר שנצברו תחת הסדר חוקי אחר. על כן, לטעמי, מוקדם להידרש לשאלה אם שיעור הקולות המבוזבזים כתוצאה מאחוז החסימה החדש עלול לפגוע בעיקרון הייצוג במובנו החוקתי.

52. ברצוני להדגיש, כי דבריי עד כה מתייחסים לנתון שהועמד לבחינתנו בלבד, היינו, לאחוז החסימה של 3.25%. לו דובר באחוז חסימה אחר, גבוה יותר, ייתכן שהיה מקום להטיל ספק בניטרליות של אחוז החסימה בבחינת השאלה האם נפגע שוויון הסיכויים בין הרשימות המתמודדות בבחירות. ייתכן בהחלט מצב שבו אחוז חסימה הנחזה להיות ניטרלי ושוויוני כלפי כל הרשימות למעשה איננו כזה. למשל, אחוז חסימה של 15% מהקולות הוא שוויוני להלכה אך לא למעשה, שכן רק לרשימות בודדות סיכוי ריאלי לעבור אחוז חסימה כזה (ראו *Douglas Rae, Two Contradictory* (1981) 91 *ETHICS* 451, 455). הוא הדין לגבי טענות לפגיעה בעיקרון הייצוג. מטבע הדברים, ככל שאחוז החסימה גבוה יותר, כך גדל הסיכון לפגיעה בייצוג המיעוטים בכנסת, עד כדי הצדקת התערבותו של בית המשפט אף לפני מערכת הבחירות הראשונה שתיערך תחת אחוז החסימה החדש. יש לבחון כל נתון לגופו, ועל יסוד בחינה זו ייגזר המועד המתאים לקיום הביקורת השיפוטית על חקיקה שמעלה את אחוז החסימה.

53. הטעם השלישי למסקנתי כי נחוצה תשתית עובדתית להכרעה במקרה שלפנינו הוא שבחינת אחוז החסימה החדש "על פניו", היינו, בלא שקיימת תשתית עובדתית, מעלה כי הוא אינו חריג ביחס לאחוזי חסימה שנקבעו במדינות אחרות בהן נוהגת שיטת בחירות יחסית או מעורבת. שיעורם של אלה נע בין 0.67% (בהולנד) ל-10% (בתורכיה). בתווך ישנן מדינות רבות שקיים בהן אחוז חסימה ארצי שביין 3% ל-5%. כך, למשל, אחוז החסימה הארצי בגרמניה, בה נוהגת שיטת בחירות מעורבת (בעלת מרכיב יחסי ומרכיב רובי), עומד על 5%. אף בניו-זילנד הונהגה בשנת 1996 שיטת בחירות מעורבת, ובמסגרת זו, הונהג אחוז חסימה ארצי של 5% (ראו סף החסימה במבט השוואתי, בעמודים 32-36; דמוקרטיה ומשילות, בעמודים 321-322; עניין *Yumak*, בפיסקאות 64, 129 לדעת הרוב; כן ראו דו"ח ועדת המשפטנים שליד מועצת אירופה, *European Commission for Democracy Through Law, Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament (II)*, § 2.1.3 (2010) (להלן – דו"ח ועדת ונציה)).

54. בחלק מהמדינות עמדה סוגיית אחוז החסימה בבחירות לפרלמנט הלאומי למבחן שיפוטי (ראו *Kieran Williams, Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic*, 4 ELECTION L. J. 191 (2005) (להלן – *Williams*)). כך, למשל, בית המשפט החוקתי בגרמניה נמנע באופן עקבי מלהתערב באחוז החסימה הארצי של 5% החל במדינה. בית המשפט הכיר בכך שאחוז חסימה מהווה חסם לייצוג ומגביל את חופש הבחירה הפוליטי, אך ייחס משקל אף לאינטרס בקיומו של ממשל אפקטיבי, שהצדיק לשיטתו נקיטת צעדים למניעת ייצוג רסיסי-מפלגות בפרלמנט. יוצא הדופן היחיד הוא הבחירות שנערכו סמוך לאיחוד גרמניה, שבהן הורה בית המשפט החוקתי כי אחוז החסימה יוחל בנפרד במזרח גרמניה ובמערבה, נוכח החשש כי מפלגות שבסיס התמיכה שלהן בחלקה המזרחי של המדינה לא יזכו לייצוג (ראו *Williams*, בעמודים 192-195; *Samuel Issacharoff, Constitutional*; 99 GEO. L. J. 961, 976-977 (2010-2011) (*Courts and Democratic Hedging*)). יש להעיר, כי בית המשפט החוקתי בגרמניה נקט גישה שונה בנוגע לאחוז החסימה בבחירות לפרלמנט האירופי, ופסל חקיקה גרמנית שהחילה אחוזי חסימה של 5% ו-3% על מפלגות גרמניות המתמודדות בבחירות אלו. בית המשפט קבע, כי לא הוכח שבהיעדר אחוז חסימה ייפגע תפקודו של הפרלמנט האירופי, ומכאן שאין הצדקה לקביעת אחוז חסימה הפוגע בשוויון בבחירות. יחד עם זאת, בית המשפט הבחין בין הבחירות לפרלמנט האירופי, מוסד על-לאומי, לבין בחירות לפרלמנט לאומי, בצינו כי ברמה הלאומית יש חשיבות ליצירת רוב יציב שיאפשר לממשלה לתפקד, בשונה

מהמצב בפרלמנט האירופי (ראו (26.2.2014) BvE 2/13, 1,
<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2014/bvg14-014.html>). על כן, דומה שתרומתן של הכרעות אלו לענייננו מוגבלת.

55. עתירות נגד אחוזי חסימה ברמה הלאומית נדחו אף בצ'כיה בהתבסס על ההכרה באינטרס המשילוח. בית המשפט החוקתי הצ'כי אישר אחוז חסימה ארצי של 5%, ובהמשך אף נמנע מלהתערב בחקיקה שקבעה כי קואליציה בין שתי מפלגות תידרש לעבור אחוז חסימה של 10%, של שלוש – 15%, ושל ארבע או יותר – 20% (Williams, בעמודים 196-197). מחקרו של Williams העלה כי מתוך עשרים מקרים שנבחנו בהם נדרשו בתי משפט באירופה לסוגיה, רק במקרה אחד נפסל אחוז חסימה. המדובר בהכרעת בית המשפט החוקתי האיטלקי משנת 1998, שבה פסל אחוזי חסימה בבחירות אזוריות בצפון איטליה, מהטעם שהיה בהם כדי לפגוע בייצוג המיעוטים הלשוניים במחוזות שעניינם נדון שם (שם, בעמוד 192).

56. מוסדות האמנה האירופית לזכויות אדם (להלן – האמנה) נדרשו אף הם לסוגיית אחוז החסימה. כך, למשל, בשנת 2008 דחה בית המשפט האירופי לזכויות אדם עתירה נגד אחוז החסימה בתורכיה, אשר עומד כאמור על 10% החל משנת 1983 (עניין Yumak). אומנם, פסק הדין התבסס בעיקר על שיקול הדעת הרחב שניתן למדינות לפי האמנה האירופית לזכויות אדם לקבוע את שיטת הבחירות שתחול בהן, ובלבד שאלה תהיינה חופשיות, חשאיות, תיערכנה במרווחי זמן סבירים ותאפשרנה לאזרחים לבטא בחופשיות את עמדתם (ראו סעיף 3 לפרוטוקול הראשון לאמנה). יחד עם זאת, בית המשפט עמד על כך שאין לצפות כי כל קול יקבל ביטוי זהה בהרכב הסופי של הפרלמנט, או כי לכל המועמדים לבחירה יהיה סיכוי שווה לזכות לייצוג בבית הנבחרים. משימתו של בית המשפט, כך קבע, היא לבחון אם מתקיימים המאפיינים שנקבעו באמנה האירופית לזכויות אדם, ואם כללי הבחירות שקבעה מדינה מסוימת מביאים לדחיקת רגליהם של מועמדים בודדים או קבוצות מהשתתפות בחיים הפוליטיים. לאחר שבחן את מאפייני המערכת הפוליטית בתורכיה ואת תוצאותיהן של מערכות בחירות שונות שנערכו תחת אחוז חסימה של 10%, לא השתכנע בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי זו תהיה התוצאה של החלת אחוז חסימה בשיעור של 10% בתורכיה, אף שהדגיש כי שיעור זה נראה מופרז.

57. נושא השיעור הרצוי של אחוזי חסימה בבחירות לבתי נבחרים לאומיים זכה להתייחסות גם בדו"ח ועדת ונציה. הדו"ח קובע כי אחוז חסימה בשיעור של 3% בדמוקרטיה מבוססת הוא נמוך יחסית, ואחוז חסימה של בין 3% ל-5% הוא ככלל

אחוז חסימה סביר (פיסקה 69 לדו"ח ועדת ונציה). הדו"ח סטה בכך מהחלטה 1547 של האסיפה הפרלמנטרית של מועצת אירופה (Parliamentary Assembly of the Council of Europe) משנת 2007, העוסקת במצב הדמוקרטיה וזכויות האדם בקרב חברות האמנה האירופית לזכויות אדם. החלטה זו המליצה כי אחוז החסימה בדמוקרטיה מבוססות לא יעלה על 3% (סעיף 58 להחלטה, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1547.htm>).

58. ראוי להדגיש, כי לא ניתן להקיש מהנתונים של השיטות האחרות ישירות למצב בישראל. קיימים הבדלים בין שיטת הבחירות הישראלית לבין השיטות במדינות אחרות, אשר בחלקן הבחירות הן אזוריות, ובחלקן הן משלבות אלמנטים יחסיים עם אלמנטים רוביים. כל חברה ומאפייניה. ייתכן שאחוז חסימה המתאים למערכת הפוליטית של חברה פלונית, בהתחשב בנקודת האיזון שבחברה בין ייצוגיות למשילות, לא יהיה חוקתי אם יוחל בחברה אחרת (והשוו לעניין *Yumak*, בפסקאות 63, 110, 131-132 לדעת הרוב; עניין *Mathieu-Mohin*, בפסקה 54 לדעת הרוב; וכן *Py v. France*, no. 66289/01, § 46, ECHR 2005). כמו כן, יש לתת את הדעת על ההבדלים באשר לשיעור היחסי של מיעוט מובחן מכלל האוכלוסיה ולמאפיינים של המיעוט המסוים. על כן אין ללמוד מהדוגמאות הללו בהכרח בכל הנוגע לחוקתיות אחוז החסימה שהונהג בישראל. נתונים אלה הובאו רק כדי להראות שבהיעדר תשתית עובדתית מספקת באשר לתוצאות החלת אחוז החסימה החדש, הנתון המספרי שנקבע, "על פניו", אינו גבוה יחסית למקובל בנוף השיטות היחסיות והמעורבות. לכן אין בו, כשלעצמו, כדי להעיד על פגיעה בעקרונות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

59. מנימוקים אלו הגעתי לכלל מסקנה כי הכרעה בשאלה החוקתית שהועמדה בפנינו, ככל שהדברים אמורים באחוז חסימה ששיעורו 3.25%, תלויה במידה רבה בתשתית עובדתית, וכי זו לא התגבשה במועד מתן פסק דינו בעתירות. אולם, המסקנה כי הכרעה בסוגיה החוקתית דורשת תשתית עובדתית איננה בבחינת סוף פסוק. הערכת בשלותה של הסוגיה החוקתית להכרעה כוללת, כאמור, אף בחינה האם למרות היעדרה של תשתית עובדתית קיים טעם מיוחד להכריע בה. העותרים הצביעו על כך שעוד בטרם יושם, לאחוז החסימה השפעות מיידיות מסוימות, אשר יש בהן משום פגיעה בזכויות ובעקרונות חוקתיים. השפעה מיידית אחת היא אילוץ רשימות קטנות להתאחד חרף ההבדלים האידיאולוגיים ביניהן, על מנת להגביר את סיכוייהן לעבור את אחוז החסימה. לטיעון זה אשיב כי אין פסול חוקתי בעצם העובדה שאחוז החסימה החדש יוצר תמריץ לריצה משותפת של רשימות מטעמן של מפלגות קטנות. אין בריצה

המשותפת, כשלעצמה, כדי "למחוק" את ההבדלים האידיאולוגיים בין הרשימות שהתאחדו, המוסיפים להתקיים בתוך המסגרת המשותפת. מעבר לכך, דיני ההתפלגויות בעינם עומדים. אם רשימות קטנות שהתמודדו בבחירות כחלק מרשימה משותפת ונבחרו לכנסת לא יצליחו לשתף פעולה כסיעה אחת, אפשר יהיה לפצל את הסיעה בהתקיים התנאים הקבועים בסעיפים 59 ו-60(א) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. אכן, יש יסוד לטענה כי קיימת מידה של חוסר עקביות במהלך המעלה את אחוז החסימה במטרה להגביר את המשילות מחד גיסא, ובה בעת משמר את אופציית ההתפלגות לאחר הבחירות. אולם, משהגעתי למסקנה שבשלב זה לא הוכחה פגיעה בעיקרון או בזכות חוקתית, אין צורך להרחיב את הדיבור על כך. השפעה מידית נוספת עליה מצביעים העותרים היא עידוד בוחרים להצביע למפלגות שסיכוייהן לעבור את אחוז החסימה גבוהים יחסית, כדי להימנע מ"בזבוז" קולותיהם. לכך אשיב כי מטבע הדברים, ששינוי בכללי הבחירות נועד אכן להשפיע על דפוסי הצבעה. בתוצאה זו, כשלעצמה, אין כל פסול.

60. נותר לדון בחשש למעשה עשוי. אומנם, בפסק דיננו הבהרנו כי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים לא תבוטלנה על רקע סוגיית אחוז החסימה. במילים אחרות, אם אחרי הבחירות יתברר שקמה עילה להתערבות חוקתית, הסעד שאפשר יהיה להעניק לעותרים לא יתקן את הטעון תיקון ככל שהדברים אמורים בכנסת העשרים. במובן זה, דחיית הביקורת השיפוטית עלולה להוביל למעשה עשוי, וככלל זהו טעם שיש בו כדי להצדיק הכרעה בשאלה החוקתית טרם יושם החוק הנבחן (ראו עניין טבח, פסקה 16 לפסק דיני). יחד עם זאת, יש לזכור כי הכרעתנו אינה סופית. כלומר אפשר שמדובר במעשה עשוי, אך המעשה העשוי יהא בעל אופי זמני. בסופו של יום סבור אני כי משלא היו בפנינו אלא השערות וספקולציות באשר להשלכות אחוז החסימה החדש, בעת מתן פסק הדין לא הייתה הצדקה להתערבותנו באחוז החסימה שנקבע.

61. בהקשר זה, וטרם סיום, ברצוני להעיר הערה באשר להחלת עילת הבשלות במקרה דנא. בעניין טבח ציינתי כי במצבים מסוימים עשוי השימוש בעילת הבשלות "להציל" עתירה, ולמנוע דחייתה לגופו של עניין. כך במקרים שבהם בחינת החוק הנדון "על פניו" אינה מגלה פגם חוקתי, אולם יישום עתידי שלו עשוי להצביע על כך שהחוק פוגע בזכות חוקתית שלא על פי אמות המידה החוקתיות. דחיית העתירה בשל חוסר בשלות אין משמעותה קביעה כי החוק הינו חוקתי, אלא הותרת פתח להגשת עתירה חוקתית בעתיד, לאחר יישום החוק (עניין טבח, פסקה 22). כזה הוא המצב בעתירות דנא. כפי שפורט לעיל, לעת הזו לא הונחה התשתית העובדתית הנחוצה כדי לבסס טענה לפגיעה בזכות או בעיקרון חוקתי. על כן, אפשר היה, כעיקרון, לדחות את

העתירות ולהסתפק בכך (ראו, למשל, עניין דרך ארץ, בעמוד 9 (הנשיא מ' לנדוי); עניין הופנונג, בעמודים 68, 74-75 (השופט י' זמיר); עניין לימודי הליבה, פסקאות 3-5 לחוות דעתי; אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 57-58 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009)). אולם, כאמור, אינני שולל לחלוטין את האפשרות כי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים ילמדונו כי נפגע עיקרון מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. על כן, הותרנו את הדלת פתוחה לתקיפה חוזרת של אחוז החסימה החדש לקראת הבחירות לכנסת העשרים-ואחת, בבחינת רשת ביטחון, וזאת נוכח חשיבותה של הסוגיה בה אנו עוסקים לשמירה על ערכיה הדמוקרטיים של ישראל.

62. ניתן לטעון, כי אין די בבחינה של תוצאות הבחירות לכנסת העשרים-ואחת על מנת להחליט על בסיסן האם נפגע באופן משמעותי ייצוגם של אזרחי ישראל הערבים. על פי קו טיעון זה, ההכרעה צריכה ליפול רק לאחר שהעניין נבחן לפי התוצאות של מספר מערכות בחירות לכנסת. כבר ציינתי, שייתכן שהשינוי באחוז החסימה יוביל לאיחוד של רשימות לקראת הבחירות, כפי שאכן קרה במערכת הבחירות הנוכחית. אפשר שלקראת מערכת בחירות אחרת ההתנהלות תהא שונה. כך הוא אף לגבי העדפותיהם של הבוחרים (ראו הציטוט מדבריה של *Norris*, פסקה 45 לעיל). מנגד ניתן לטעון כי הפגיעה במיעוט הינה חמורה במיוחד, אפילו אם בעקבות הבחירות לכנסת אחת פוחת באופן משמעותי ייצוגם של בני המיעוט. זאת, שכן אותה כנסת שנבחרה תפקד בלי שיהא ייצוג מספרי סביר לבני המיעוט. מכאן הטענה הנוספת, שאותה טוענים למעשה העותרים והמבקשים להצטרף, כי על כן יש לקבל את ההכרעה עוד לפני שבוחנים את ההשלכות של הגדלת אחוז החסימה אפילו בעקבות מערכת בחירות אחת. כאמור, הכרעתנו היא כי הסוגיה תיבחן לאחר שתתבררנה תוצאות הבחירות לכנסת העשרים ולקראת הבחירות לכנסת העשרים-ואחת. נראה שבדרך זו נמצא את האיזון הראוי בין הטענות המנוגדות שהובאו לעיל. ראשית, ההכרעה תיפול לא על בסיס של ספקולציה לגבי ההשלכה העתידית של השינוי באחוז החסימה על דרך ההתנהלות של המפלגות ושל הבוחרים. שנית, הפגיעה האפשרית בייצוגם המספרי של בני המיעוט כתוצאה מהגדלת אחוז החסימה, תהא מוגבלת לכנסת אחת ולא למספר כנסות.

63. מצאתי, איפוא, כי לעת הזו לא הוכח כי העלאת אחוז החסימה לשיעור של 3.25% פוגעת בעיקרון מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. חובה לשוב ולהדגיש, כי הדברים נכונים לנתון המספרי שהועמד לבחינתנו, 3.25%, הקרוב לאחוז

החסימה שנהג קודם לתיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת. אין פירוש הדבר ששאלת חוקתיותו של כל אחוז חסימה שעשוי להיקבע בעתיד לא תוכל להתברר לפני שהשפעותיו תיבחנה בפועל במסגרת מערכת בחירות. כאמור, זוהי שאלה של מידה. נוכח מסקנתי זו, אין צורך לדון בשאלה האם די בכך שתיקון מס' 62 מקיים את דרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, או שמא יש להוסיף ולהעמידו אף במבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית. שאלה זו היא שאלה מורכבת בפני עצמה, ואותר את ההכרעה בה לעת מצוא.

סוף דבר

64. בפסק הדין בלא נימוקים קבענו כי דין העתירות להידחות. בעת שניתן פסק הדין לא הונחה התשתית העובדתית הנחוצה כדי להוכיח כי העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת ל-3.25% פוגעת בזכות או בעיקרון חוקתי. כפי שנאמר, סבור אני כי התשתית העובדתית תתגבש רק לאחר שישוּם אחוז החסימה במערכת בחירות. יחד עם זאת, אשוב ואדגיש כי אין להסיק מהאמור כי העלאת אחוז החסימה צולחת את המבחנים החוקתיים. עמדתי בנימוקיי על העקרונות החוקתיים אשר עלולים, בנסיבות מסוימות, להיפגע כתוצאה מהחלת אחוז החסימה החדש, ובראשם עיקרון השוויון ועיקרון הייצוג, הנובע מעיקרון היחסיות. עקרונות אלו עומדים בבסיס ההליך הדמוקרטי בישראל, ולא רק בה, ומכאן חשיבותם הרבה. יש לשמור עליהם מכל משמר. הפיקוח על תקינות ההליך הדמוקרטי והשמירה על זכויות המיעוט הם מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט. לפיכך, וכפי שהובהר בפסק הדין, החלטנו להותיר את הדלת פתוחה לתקיפה חוזרת של תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת בעניין אחוז החסימה לקראת הבחירות לכנסת העשרים-ואחת, על בסיס תוצאות הבחירות לכנסת העשרים. אם יתממשו חששות העותרים לפגיעה משמעותית בייצוגן של קבוצות מיעוט בכנסת עקב החלת אחוז החסימה החדש יהא מקום לבחינה נוספת של העניין. מובן שאינני קובע דבר לגבי תוצאותיה של בחינה חוקתית חוזרת של אחוז החסימה, אם וכאשר תתקיים.

אחר הדברים הללו

65. עתה אוסיף דברים קצרים לאחר עיון בנימוקיו של בעל דעת המיעוט, חברי השופט ט' ג'וראן. בחוות דעתי, בה הובאו נימוקיי לדחייתן של העתירות שבפנינו, חזרתי וצינתי כי השינוי בכללי המשחק הדמוקרטי של העלאת אחוז החסימה עשוי להשפיע על ההתנהגות של השחקנים המעורבים – והכוונה בעיקר למפלגות ולבוחרים.

על כן, אין מקום, לטעמי, לבחון בשלב הנוכחי את הטענות שמועלות בעתירות, טרם שלמדנו כיצד השתנתה התנהגותם של השחקנים בעקבות העלאתו של אחוז החסימה, והאם אכן השינוי הביא לפגיעה בייצוג בכנסת של קבוצת המיעוט – ערביי ישראל. חברי השופט ס' ג'ובראן בדעה כי די בכך שיתקיים "פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות על מנת לדון בעתירה עוד בטרם התקיימה הפגיעה החוקתית בזכות" (פיסקה 17 לחוות דעתו, ההדגשה במקור – א' ג').

66. והנה מתברר כי השינוי שנעשה בתיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת, ושעליו מלינים העותרים, כבר גרם להתנהגות שונה של חלק מהשחקנים בשדה הפוליטי. כוונתי, כמובן, לכך ששלוש המפלגות המזוהות עם ערביי ישראל, ואשר היו מיוצגות בכנסת התשע-עשרה, החליטו בימים אלה להתאחד. אכן, לפי תוצאות הבחירות לכנסת הקודמת, אילו אחוז החסימה החדש – 3.25% – היה אז בתוקף, כנראה ששתיים מתוך שלוש המפלגות לא היו עוברות את אחוז החסימה (ראו הטבלה בפיסקה 15 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן). כלומר, בלא איחוד של המפלגות האמורות ייתכן שהיה קטן באופן משמעותי הייצוג של המיעוט הערבי בכנסת. רואים אנו, אם כן, כי המפלגות האמורות קיבלו החלטה רציונלית – להתאחד. האיחוד מביא לצמצום החשש של ירידה בייצוג. חברי, השופט ס' ג'ובראן, אינו מתחשב באיחוד האמור (פיסקה 40 לחוות דעתו). הוא אף סבור כי "אין זה ראוי לאחד בין סיעות בעלות אידיאולוגיות שונות, ובעיניי, יש בכך משום כפייה אידיאולוגית" (שס).

67. בשלב הנוכחי, זמן קצר לפני הבחירות לכנסת העשרים (שתערכנה ביום 17.3.2015), איננו יודעים כיצד ישפיע השינוי באחוז החסימה על התנהגותם של הבוחרים בני המיעוט הערבי. ייתכן שאיחודן של שלוש המפלגות יביא להגדלתו של הייצוג של המיעוט הערבי בכנסת. כמובן, קיימות אפשרויות נוספות והן כי הייצוג יותר באותו שיעור שהיה בכנסת התשע-עשרה, או אף יקטן. רק אם תיקון מס' 62, שהעלה את אחוז החסימה ל-3.25%, לא יבוטל לעת הזו ניתן יהיה לבחון באופן אמיתי, ממשי ונכון את השפעתו. משכך, אין מקום, לגישתי, לבסס הכרעה בעניין כה חשוב למשטר הדמוקרטי על "פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות", כדעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן. אילו הלכנו בדרכו של חברי, לא היינו יכולים לבחון לעולם את השפעתה במציאות של העלאת אחוז החסימה. ניתן אף להפוך את היוצרות, ואיני עושה כן, לקחת את מבחנו של חברי בעניין "פוטנציאל ממשי" ולומר כי קיים "פוטנציאל ממשי" שמספרם של חברי הכנסת המייצגים את המיעוט הערבי יגדל, במיוחד לאחר איחודן של שלוש המפלגות. אם כן, יוסיף הטוען ויטען, כי בשל אפשרות זו אין מקום לפסול את תיקון מס' 62. נחזור ונזכיר את שאמרנו (פיסקה 52),

כי אילו מדובר היה בהעלאה של אחוז החסימה לשיעור גבוה מאוד, בהחלט ייתכן שהיה מקום לבחון את העניין לגופו אף בטרם יושם התיקון במערכת בחירות.

בין כך ובין כך, משתקבלנה תוצאות הבחירות נוכל לדעת האם "הפוטנציאל" התמש, היינו לא ידובר עוד בספקולציות. עתה נותר אך להמתין לתוצאות הבחירות לכנסת העשרים ובהתחשב בהן לבחון את התיקון.

68. מטעמים אלו, נדחו העתירות.

ה נ ש י א (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

1. עניינן של העתירות בתקיפת חוקתיותו של סעיף 2 בתיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת, התשע"ד-2014, הקובע כי אחוז החסימה בבחירות לכנסת יעלה מ-2% ל-3.25% (להלן: העלאת אחוז החסימה). לאחר שמיעת העתירה, פסק בית משפט זה ברוב דעות על דחייתה, וקבע כי נימוקים יינתנו בהמשך.

2. דעתי היתה שונה, ולו היא נשמעה, היינו פוסקים כי דין העתירות להתקבל ועל העלאת אחוז החסימה להתבטל. חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס עמד בהרחבה בחוות דעתו היסודית על הנימוקים אשר הביאו אותו לתוצאתו, ועתה אבקש להציג את עמדתי החולקת, על כל נימוקיה.

3. לגישת חברי הנשיא (בדימ'), העתירה טרם בשלה להכרעה. חברי סבור כי לנוכח מועד העתירה – טרם עריכתן של הבחירות לכנסת ה-20 – אין תשתית עובדתית מספקת כדי להוכיח כי העלאת אחוז החסימה הנדונה פוגעת בעקרונות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ועל כן דחה הוא את העתירות. כשלעצמי אני סבור, כי העתירה בשלה להכרעה, כפי שארחיב מיד, ועל כן יש לדון בה לגופה. אם כן, ראשית אדון בשאלת בשלות העתירה, ולאחר מכן אבחן את חוקתיות העלאת אחוז החסימה. כאמור לעיל, מסקנתי היא כי העלאת אחוז החסימה אינה חוקתית ועליה להתבטל.

עילת בשלות העתירה

4. עילת בשלות העתירה עליה עומד חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס היא עילת סף חשובה, אשר מאפשרת לבית המשפט להימנע מלהכריע בשאלות מופשטות (ראו פסקאות 42-48 לחוות דעתו בהליך זה; ראו בהרחבה בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקאות 6-23 לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין טבח); וכן ראו בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 3-8 לפסק דינה של הנשיאה (כתארה כיום) מ' נאור (18.1.2006)). הרציונאלים המרכזיים לעילה זו, אשר עליהם עמד חברי הנשיא (בדימ') בעניין טבח, הם מניעת מצב שבו בית המשפט מכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פרישתו אינם ברורים דיים, או מניעת דיון משפטי בעניינים שגופים אחרים יכולים או צריכים להידרש אליהם. עניינה של העילה הוא המועד המתאים לקיום ההתדיינות השיפוטית (עניין טבח, בפסקה 12 לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ')).

5. בעניין טבח, עמדתי על גישתי בסוגיה זו, וסברתי – כשם שאני סבור כיום – כי כאשר מתעורר חשש שהמתנה ל"הבשלת" העתירה תוביל לפגיעה קשה בעותרים, אפשר שיהיה ראוי לבררה בטרם הופעל החוק הפוגע ביחס לפרט זה או אחר (עניין טבח, בפסקה 6 לפסק דיני). השיקולים שעלינו לשקול עת אנו בוחנים את עילת הבשלות הם, לשיטתי, עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר העתירה, במיוחד כאשר נדונות זכויות יסוד חוקתיות של הפרט; וקיומו של הליך חלופי לבירור יעיל יותר של הטענות (עניין טבח, בפסקה 7 לפסק דיני; וכן ראו את ההפניות שם).

6. חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס עמד בפסק דינו בעניין טבח על הטעמים אשר מצדיקים דיון בעתירה. כך, לשיטתו, בשלב השני של הערכת הבשלות החוקתית בוחנים האם החקיקה תגביר באופן משמעותי, ביחס למצב קיים, את החשש מפני קרות נזק לעותר או לציבור; האם בעקבות דחיית הדיון ייקבעו בשטח עובדות בלתי הפיכות; האם בשל טיבו של הנדון, מבחינה מעשית, אין נקודת זמן שבה העתירה תהא בשלה, ודיון בה לעולם יהיה מוקדם או מאוחר מדי; או האם קיים אינטרס ציבורי ממשי בבירור העתירה אף לפני שיושם החוק (עניין טבח, בפסקה 16; ראו גם פסקה 43 לחוות דעתו בהליך זה).

7. אראה להלן כי במקרה שלפנינו, הן לפי גישתו של חברי הנשיא (בדימ') בעניין סבב, הן לפי גישתי שלי, דומה כי יש לדון בעתירה כבר עתה, טרם יושמה העלאת אחוז החסימה.

בשלות העתירה הנוכחית

8. נקודת המוצא, המקובלת גם על חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, היא כי בעתירות חוקתיות, על מנת להכריע בשאלת הבשלות נדרש בית המשפט לבחון את החוק הנדון בעתירה, ואת מהותם של הזכויות או העקרונות החוקתיים בהם נטען כי הוא פוגע. כלומר, נדרשת הערכה מהותית של הסוגיות המתעוררות בעתירה (פסקה 43 לחוות דעתו בהליך הנוכחי וההפניות שם). לגישתי, ישנה חשיבות רבה לאופיו של החוק הנדון בעתירה, המסדיר את הבחירות לכנסת, ולמהותו של עקרון הייצוג ההולם העלול להיפגע במקרה שלפנינו.

9. ראשית אציין, כי אני מסכים עם עמדתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס לפיה הפגיעה הרלוונטית להכרעה במקרה שלפנינו היא הפגיעה בזכות המעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולא בזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (וראו פסקה 20 לחוות דעתו בהליך זה). הזכות או העיקרון אשר נפגע – או בעל פוטנציאל ממשי להיפגע – הוא עקרון הייצוג ההולם. חברי הנשיא (בדימ') עמד בחוות דעתו בהרחבה על חשיבות עקרון זה, ובייחוד על חשיבות ייצוג המיעוטים בפרלמנט (ראו פסקאות 27-39 לחוות דעתו), ועל אף שאני מצטרף לדבריו בדבר חשיבות עקרון זה, מסקנתי האופרטיבית הנובעת מדבריו שונה היא.

10. עקרון הייצוג ההולם מחייב הכרה בכך שישנן קבוצות מיעוט באוכלוסייה אשר זכאיות לייצוג בפרלמנט כעניין של חובה חוקתית. הדברים נכונים במיוחד לגבי המיעוט הערבי-ישראלי, אשר הוכר על ידי בית משפט זה כבעל מעמד מיוחד (וראו פסקה 33 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') וההפניות שם). במדינות שונות בעולם, קבוצות המיעוט בעלות המעמד המיוחד קיבלו, בהתאם, שריון מיוחד בבחירות לפרלמנט אשר מבטיח את ייצוגן ההולם. שריון זה יכול להיות בדמות שריון מושבים בפרלמנט לקבוצות המיעוט; קביעת אחוז חסימה נמוך יותר לקבוצות מיעוט; או החרגת קבוצות המיעוט מכלל אחוז החסימה (Jan Velaers, "The European electoral Heritage: ten years of good practice in electoral matters" (זמין באתר ועדת ונציה של המועצה האירופית)). כך למשל בגרמניה, על אף אחוז חסימה בשיעור של 5% (אליו הפנה חברי הנשיא (בדימ') בפסקה 53 לחוות דעתו), ישנו חריג לקבוצות מיעוט

לאומיות אשר מחריג אותן מהצורך לעמוד באחוז החסימה האמור. כך, נקבע בסעיף 6(3) לחוק הבחירות הפדראלי הגרמני (בתרגומו הרשמי):

"In the distribution of seats among Land lists, only parties that have obtained at least five per cent of the valid second votes cast in the electoral area or have won a seat in at least three constituencies shall be taken into consideration. **The first sentence shall not apply to the lists submitted by parties representing national minorities**"
(ההדגשות הן שלי – ג.ט.)

11. שיטת המשפט הישראלית אמנם עדיין לא שריינה באופן אקטיבי את מקומן של קבוצות המיעוט המיוחדות בפרלמנט, אך בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת היא הכירה בעקרון הייצוג ההולם כעקרון חוקתי אשר ישנן הגבלות על הפרתו. כלומר, בישראל, עניין לנו בשריון באופן פסיבי – אין הבטחה מראש כי יהיו מושבים שמורים בפרלמנט לנציגי קבוצות המיעוט, אך קיים העיקרון החוקתי המבטיח כי, ככלל, אין למנוע אפשרות לייצוג קבוצות המיעוט בפרלמנט.

12. חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס עומד על כך שלפי עקרון הייצוג ההולם יש לשאוף כי בבית המחוקקים יינתן ביטוי לקבוצות השונות המרכיבות את החברה, לרבות קבוצות המיעוט (פסקה 28 לחוות דעתו בהליך זה), ועל כך שמעקרון זה נגזרת חובה עקרונית לקיים שיטת בחירות שתאפשר ייצוג של מיעוטים בכנסת (פסקה 32 לחוות דעתו). אולם, חברי הנשיא (בדימ') מבחין בין ייצוג הולם של קבוצות מיעוט בגופים ציבוריים ממונים – בהם יש גורם ממנה המחויב לרוב בחובת השתדלות לאתר ולמנות מועמדים מקבוצות הראויות לייצוג – לבין ייצוג הולם של קבוצות מיעוט בבית הנבחרים, בו אין, לגישתו, גורם האחראי לפעול למימוש חובת הייצוג בפועל לאיתור מועמדים, אלא מדובר באירוע חד-פעמי המתרחש ביום הבחירות. על בסיס הבחנה זו, חברי סבור כי בשונה מהמישור המנהלי, במישור החוקתי אין מנוס מלקבוע כי מימוש עקרון הייצוג תלוי בעמידתן של תוצאות הבחירות ברף מינימלי מסוים (וראו פסקה 35 לחוות דעתו). כשלעצמי, דעתי היא שונה. אני רואה חשיבות רבה לעובדה שהכנסת היא למעשה הגוף אשר קובע את הכללים למינוי עצמו, ולכך לטעמי יש נפקות כפולה. האחת, יש להקפיד הקפדה יתירה שהכנסת לא תשתמש בכוחה לרעה ותכבול את הכנסת הבאה (וראו למשל: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט (4) 221, 496-497 (1995) (להלן: פסיקת בנק המזרחי); ראו דיון בחשש לחלוקה העצמית (Self-Dealing) של הפרלמנט גם אצל: Kiern Williams, *Judicial Review of Electoral*

; (*Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic*, 4 Election L. J. 191 (2005))
 השנייה, כיוון שהכנסת היא הגורם אשר קובע את הכללים למינוי עצמו, ניתן לראות בה
 מעין שלוחה של הגורם הממנה, ולפיכך מוטלת עליה חובת ההשתדלות לאתר ולמנות
 מועמדים מקבוצות הראויות לייצוג, או לכל הפחות לא לפעול באופן אשר ימנע מהן
 את ייצוגן. בהעלאת אחוז החסימה יש למעשה פעולה אקטיבית אשר מנוגדת לחובת
 ההשתדלות האמורה של הגורם הממנה, ולגישתי היא חמורה יותר מהמחדל הפסיבי –
 אי-ההשתדלות – של גורם ממנה רגיל.

13. כפי שחברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס מציין, בבג"ץ 6427/02 התנועה למען
 איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 687-689 (2006) (להלן: עניין
 התנועה לאיכות השלטון), נקבע כי אחד המקרים שבהם התערבות שיפוטית תהא
 מוצדקת הוא כאשר המחוקק משנה את כללי המשחק באופן שבו יש להקשות על
 קבוצת מיעוט להשתתף בתהליך הדמוקרטי (שם, בעמ' 803). אולם, לדידו, תנאי לכך
 הוא כי יוכח שמדובר בסכנה ממשית כי כך יקרה (פסקה 39 לחוות דעתו בהליך זה),
 ואין הוא סבור כי העותרים עמדו בנטל הוכחה זה המוטל עליהם (פסקה 64 לחוות
 דעתו).

14. חברי הנשיא (בדימ') סבור, כי במקרה שלפנינו אין בעצם העלאת אחוז
 החסימה חריגה מהרף החוקתי שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וכי לפנינו עניין
 של מידה או "שאלה בעלת אופי כמותי" (פסקה 44 לחוות דעתו בהליך זה). גם בסוגיה
 זו דעותינו חלוקות. לעמדתי, אין לנו עניין של שינוי מספרי טכני בלבד, אלא קפיצת
 מדרגה מהותית, כפי שאפרט להלן.

15. על פי נתוני תוצאות האמת של הבחירות לכנסת ה-19 מוועדת הבחירות
 המרכזית לכנסת, שתי מפלגות המייצגות קבוצות מיעוט עברו את אחוז החסימה
 בשיעורו הקודם (2% אך לא תעבורנה אותו בשיעורו החדש (3.25%)). המפלגות הן
 מפלגת בל"ד (אשר קיבלה 2.56% מקולות הבוחרים) ומפלגת חד"ש (2.99% מקולות
 הבוחרים). מפלגה נוספת, רע"מ, עברה בפחות מחצי אחוז את שיעור החסימה הנוכחי
 (קיבלה 3.65% מקולות הבוחרים). כך גם, על פי נתוני תוצאות האמת של הבחירות
 לכנסת ה-18 מוועדת הבחירות המרכזית, קיימת מפלגה המייצגת קבוצת מיעוט אשר
 עברה את אחוז החסימה בשיעורו הקודם אך לא תעבור אותו בנוכחי (מפלגת בל"ד
 שקיבלה 2.5% מקולות הבוחרים), ושתיים אחרות שהיו עוברות אותו בשן ועין (מפלגת
 חד"ש שקיבלה 3.3% מקולות הבוחרים ומפלגת רעם-תע"ל שקיבלה 3.4% מקולות
 הבוחרים). ושוב ניתן לראות אחוזי הצבעה דומים בנתוני תוצאות האמת של הבחירות

לכנסת ה-17, שבהם אף לא אחת מהמפלגות המייצגות את קבוצת המיעוט היתה עוברת את אחוז החסימה בשיעורו הנוכחי: בל"ד שקיבלה 2.3% מקולות הבוחרים; חד"ש שקיבלה 2.7% מהקולות; ורע"מ-תע"ל שקיבלה 3% מהקולות. אדגים את הנתונים האמורים בטבלה להלן, תוך הוספת שקלול ממוצע של אחוז הקולות של כל אחת מהמפלגות המייצגות קבוצת מיעוט מנתוני תוצאות שלוש מערכות הבחירות האחרונות.

ממוצע	הכנסת ה-17	הכנסת ה-18	הכנסת ה-19	המפלגה
2.45%	2.3%	2.5%	2.56%	בל"ד
3%	2.7%	3.3%	2.99%	חד"ש
3.35%	3%	3.4%	3.65%	רע"מ-תע"ל

16. אם כן, ניתן בנקל לראות כי אחוז החסימה בשיעור של 2% אפשר ייצוג הולם של קבוצת המיעוט, ומשהוא הועלה לשיעור של 3.25%, הוא בעל פוטנציאל ממשי להדרה של קבוצת המיעוט. כלומר, עניין לנו למעבר מאחוז אשר מאפשר ייצוג הולם של קבוצת מיעוט לאחוז אשר בעל פוטנציאל רב להדרת קבוצת אלו. ועל כן, לגישתי, יש בהעלאתו של השיעור החוקי של אחוז החסימה משום חריגה מהרף החוקתי שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (והשוו: פסקה 44 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ')).

17. עתה, עולה שאלת נפקותו של "הפוטנציאל הממשי להדרה של קבוצת המיעוט". חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס סבור, כאמור, כי נדרשת תשתית עובדתית מפורטת על מנת להכריע בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה, וכי היא אינה נמצאת בפנינו כעת. ואולם, גישתי היא, כפי שצינתי לעיל, כי יש לאמוד את עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר העתירה, במיוחד כאשר נדונות זכויות יסוד חוקתיות של הפרט; וכי יש לבחון אם ישנו הליך חלופי לבירור יעיל יותר של הטענות (וראו עניין טבח, בפסקה 7 לפסק דיני וההפניות שם). לשיטתי, במקרים שבהם עוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד חוקתית של הפרט היא רבה ואין הליך חלופי לבירור הטענות, ניתן להסתפק בפוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות על מנת לדון בעתירה עוד בטרם התקיימה הפגיעה החוקתית בזכות. כך, במקרה שלפנינו, אין הליך חלופי לבירור הטענות, והפגיעה הצפויה בעקרון הייצוג ההולם החוקתי היא רבה מאוד, וזאת בהתבסס על נתוני העבר אשר הוצגו לעיל.

18. לגישת חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, אי הוודאות הכרוכה בשינוי הכללים המסדירים את הבחירות מקשה לצפות את השלכותיהם של השינויים, ועניין לנו בספוקלציות בלבד בנוגע להשפעת העלאת אחוז החסימה על עקרון הייצוג ההולם. כדוגמא, חברי מציג את שינוי שיטת הבחירות בשנת 1992, לפיה ראש הממשלה נבחר בבחירות ישירות ואת הפער הרב שהיה בין ההערכות המקדימות לבין תוצאות הבחירות בפועל בבחירות בשנת 1996 על בסיס אותה שיטת בחירות (ראו פסקה 46 לחוות דעתו בהליך זה). כשלעצמי עמדתי היא, כי כיוון שבמקרה שלפנינו מדובר בשינוי כלל החל במסגרת שיטת הבחירות הקיימת ולא בשינוי של שיטת הבחירות, יש מקום להשתמש בנתונים קודמים של אותה שיטת בחירות על מנת להעריך באופן מקדים את הפגיעה. בעוד ששינוי שיטת הבחירות – כשמו הוא – משנה את שיטת הבחירות, עתה עסקינן באותה שיטת בחירות ורק שינוי של כלל החל במסגרתה. משכך, ניתן להניח כי הפער בין ההערכות המבוססות על נתוני העבר לבין התוצאות האפשריות בפועל יהיה מצומצם יותר, והסתברות הפגיעה היא רבה יותר ופחות ספקולטיבית.

19. זאת ועוד, אני סבור כי לא ניתן להתעלם מנתוני עבר קיימים המצביעים על פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות. בשונה ממקרה אשר מציג תשתית עובדתית חדשה ללא בסיס נתונים קיים, במקרה הנוכחי יש לפנינו נתונים ממערכות בחירות קודמות – במסגרת אותה שיטת בחירות – אשר מאפשרים לנו לעבור מעולם הספקולציות לעולם ההערכות המבוססות, אשר מהן עולה פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות. כפי שהדגמתי לעיל, נתונים ממערכות בחירות בעבר מעידים על כך כי שתיים מתוך שלוש המפלגות הערביות המיוצגות כיום בכנסת עלולות להיות מחוזה לה בעקבות העלאת אחוז החסימה, ואילו המפלגה הנוותרת עוברת את אחוז החסימה החדש אך במעט.

20. ההשוואה לאחוזי החסימה שנקבעו במדינות אחרות בהן נוהגת שיטת בחירות יחסית או מעורבת (וראו פסקה 53 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ')) היא מאירת עיניים ומעניינת, אך לטעמי אין בה כדי להוביל למסקנה אופרטיבית בנוגע לשיטת המשפט הישראלית (כפי שסבור גם חברי הנשיא (בדימ') בפסקה 58 לחוות דעתו). לכל שיטת משפט יש את גווניה השונים, ובעניין ייצוג בפרלמנט – השוני בגוונים מקבל משנה תוקף. סוגיה זו היא מורכבת למדי, וסבורני כי נחמיץ את הנקודה אם נצבע אותה רק בגווני שחור-לבן – בבחינה בינארית פורמאלית, האם העלאת אחוז החסימה היא הדרגתית טכנית או האם השיעור שנקבע מספרו נמצא במתחם המקובל במדינות בהן שיטת בחירות דומה. כפי שציינתי לעיל, העלאת אחוז החסימה במקרה שלפנינו, בשיעור שנקבע, היא בעלת פוטנציאל ממשי להדרת קבוצת מיעוט בעלת מעמד מיוחד

מהפרלמנט. סבורני, כי אין להקל ראש בשיקול זה ומן הראוי כי נפעל לצמצום חשש זה, גם בהיעדרה של תשתית עובדתית קונקרטית ברורה לעניין הבחירות הספציפיות העומדות בפתחו. כאמור, לגישתי, במקרים שבהם עוצמת הפגיעה הצפויה היא רבה ואין הליך בירור יעיל אחר – עלינו להקדים ולדון בחוקתיות החוק הפוגע גם בטרם התקיימות הפגיעה בפועל והתגבשותה של תשתית עובדתית מפורטת.

21. לטעמי, הצעת דעת הרוב לפיה הדלת פתוחה לתקיפה חוזרת של חוקתיות העלאת אחוז החסימה לקראת הבחירות לכנסת ה-21, על בסיס תוצאת הבחירות לכנסת ה-20, איננה מספקת. בעיניי, יש טעם לפגם במניעה אפריורית של ייצוג של קבוצות מיעוט בפרלמנט, וזאת במיוחד כאשר הפגיעה צפויה להיות מתמשכת וארוכה – למשך כל תקופת כהונת הכנסת, המוגדרת כברירת מחדל לארבע שנים. עלינו לנקוט צעדים ולהבטיח את ייצוגן של קבוצות המיעוט עובר לבחירות, ובוודאי שלא רק לאחר ארבע שנים של הדרת קבוצות אלו. הצעת דעת הרוב היא למעשה סופית בנוגע לכנסת ה-20 ובפועל מהווה מעשה עשוי לעניין זה. כפי שמציין חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, אף לטעמו, במקרים שבהם דחיית הביקורת השיפוטית עלולה להוביל למעשה עשוי, יש ככלל טעם כדי להצדיק הכרעה בשאלה החוקתית טרם יושם החוק הנבחן (פסקה 60 לחוות דעתו בהליך זה; פסקה 16 לפסק דינו בעניין טבח). חברי הנשיא (בדימ') אמנם סבור כי המדובר בענייננו במעשה עשוי בעל אופי זמני (ראו פסקה 62 לחוות דעתו), אך לשיטתי, כאמור, פגיעה מתמשכת למשך ארבע שנים איננה ראויה, ואין לאפשרה ואף לא לכנסת אחת. סבורני, כי עלינו לשאוף לתוצאה אשר מקדמת את עקרון הייצוג ההולם של קבוצות המיעוט בפרלמנט ושואפת לפרלמנט פלורליסטי הנותן ביטוי לקבוצות המיעוט בחברה. בהקשר זה אציין, כי הפתרון אשר נכפה בפועל, לפיו המפלגות "הערביות" התאחדו לכדי רשימה משותפת אחת אינו ראוי בעיניי, וזאת לנוכח ההבדלים האידאולוגיים ביניהן. לנקודה זו עוד אשוב בהמשך דבריי.

22. על כל האמור, הגעתי למסקנה כי העתירה בשלה לדיון כבר במועד זה, ועל כן אעבור לבחון את חוקתיות העלאת אחוז החסימה.

חוקתיות העלאת אחוז החסימה

23. השאלה שעלינו להידרש לה כעת היא האם די בכך שהעלאת אחוז החסימה מקיימת את דרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, או שמא יש להוסיף ולהעמידה במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית. חברי הנשיא (בדימ') לא דן בשאלה זו כיוון שסבור הוא כי העתירה אינה בשלה להכרעה, כאמור (וראו פסקה 63 לחוות דעתו

בהליך זה). אולם, כיוון שלעמדתי העתירה בשלה להכרעה, אעבור עתה לדון בחוקתיות העלאת החסימה לגופה. טרם אעשה זאת אציין, כי משום שמסקנתי ומסקנת שאר חברי השופטים ברורות וידועות, אין אני נדרש לכונן הלכה מפורטת בנושא, ואסתפק בהצגת עיקרי נימוקיי אשר הובילוני למסקנתי.

24. נקודת המוצא, עליה אין מחלוקת, היא כי העלאת אחוז החסימה אושרה בכנסת בהליך פורמאלי כדין. העלאת אחוז החסימה אושרה כנדרש לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בשלוש קריאות בכנסת ברוב של למעלה מ-61 חבריה (וראו את השתלשלות הליך החקיקה בפסקה 6 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ')). ואולם, עמדתי היא, כפי שאפרט בהרחבה להלן, כי על העלאת האחוז החסימה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית ולא דווקא בדרישת הרוב המיוחס.

25. אמנם, בחוק-יסוד: הכנסת לא נקבעה פסקת הגבלה כמו זו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (בסעיפים 8 ו-4, בהתאמה), אך לגישתי, יש לבחון פגיעה בזכויות המנויות בחוק-יסוד: הכנסת דרך המסננת של פסקת ההגבלה השיפוטית. זאת, להבדיל משינוי הסעיף שצריך להיעשות בחוק-יסוד שהתקבל על ידי 61 חברי כנסת, כפי שארחיב להלן.

26. הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובעת כך:

"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת" (ההדגשות הן שלי – ג.ס.).

סעיף 46 לאותו חוק-יסוד קובע כי:

"הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי סעיפים 4, 9א, 34, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית. לענין סעיף זה "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע".

27. ניתן לראות, כי סעיפים 4 ו-46 לחוק-יסוד: הכנסת נוקטים במינוח "שינוי" להבדיל מ"פגיעה". קריאה פשוטה של סעיפים אלו מובילה למסקנה כי הדרישה לרוב של 61 מחברי הכנסת מתייחסת להליך של שינוי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. עם זאת, בשורה של פסקי דין של בית משפט זה שניתנו לפני המהפכה החוקתית, נקבע כי בהקשר של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הדרישה לרוב מיוחס חלה גם כאשר החוק

הנדון פוגע באחד מן העקרונות המעוגנים בסעיף אף אם אינו משנה אותם (וראו את ההפניות בפסקה 21 לחוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') בהליך זה). כלומר, במצב המשפטי עובר למהפכה החוקתית, היה די בקיום דרישת הרוב המיוחס גם כאשר היה מדובר בחוק הפוגע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

28. דומה כי אין צורך להכביר עוד במילים על חשיבותה של המהפכה החוקתית והשפעתה על כל תחומי המשפט, ובהם – בראש ובראשונה – המשפט החוקתי. לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: הכבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ולאחר פסיקת בנק המזרחי, ברי כי היה שינוי במשפט החוקתי כולו ובמעמד הנורמטיבי של זכויות ועקרונות רבים – ביניהם גם הזכויות והעקרונות המוענקים מכוח חוק-יסוד: הכנסת.

29. חברי הנשיא (בדימ') מציין כי בעבר הוגשו עתירות נגד חוקתיות אחוז החסימה, אך אלה נדחו או נמחקו ומכל מקום לא דנו בסוגיות החוקתיות לגופו של עניין (ראו פסקאות 4 ו-25 לחוות דעתו). כשלעצמי, אבקש להתעכב מעט על עתירות קודמות אלו ולאבחן אותן מזו הנוכחית.

30. למעשה, הוגשו בעבר בישראל שלוש עתירות נגד העלאת אחוז החסימה עובר לעתירה זו. הראשונה, והיא החשובה לענייננו, מאוקטובר 1991, עניינה היה העלאת אחוז החסימה מ-1% ל-1.5%. בית משפט זה קבע כי התיקון בחוק כפי שנתקבל על ידי הכנסת מושתת על חוק-היסוד כמו שהוא, ותואם את כלליו, ועל כן בית המשפט לא התערב בתיקון החקיקה (בג"ץ 4329/91 צבי סער נ' ועדת חוקה חוק ומשפט כולל יו"ד הועדה בכנסת (21.10.1991)). לאחר מכן, בעשור האחרון, הוגשו שתי עתירות נוספות. בפברואר 2006, נגד העלאת אחוז החסימה מ-1.5% ל-2%, ובה המותב המליץ לעותר לחזור בו מהעתירה וזו נמחקה (בג"ץ 11726/05 גוטמן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (9.2.2006)); ובנובמבר 2012, נגד העלאת אחוז החסימה באופן כללי (ללא ציון אחוזים), וזו נדחתה על הסף לנוכח היותה מנוסחת באופן כללי ונעדרת תשתית עובדתית קונקרטית (בג"ץ 7815/12 רוני עובדיה צאיג נ' בנימין נתניהו, רוח"מ ויו"ד הליכוד (13.11.2012)). אם כן, ניתן לראות כי לא נערך דיון חוקתי בשאלת אחוז החסימה לאחר המהפכה החוקתית, ולטעמי מן הראוי לעשות זאת כעת.

31. השאלה, כאמור, היא האם די בכך שהעלאת אחוז החסימה – הפוגעת כאמור בעקרון הייצוג ההולם – מקיימת את דרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, או שמא יש להוסיף ולהעמידה במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית. בית משפט זה נדרש לשאלה זו בע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-

עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003) (להלן: עניין מופז). עניין מופז עסק בסעיף 1 לחוק תקופת צינון למשרתים בכוחות הביטחון (תיקוני חקיקה), תשס"א-2001 (להלן: חוק הצינון), אשר התקבל שבוע לפני שהתקבל התיקון לחוק-יסוד: הכנסת, אשר אפשר לחוק הצינון למנוע מקציני צבא בדרגות מסוימות להציג מועמדותם בכנסת. העותרים בעניין מופז טענו כי החוק לקה בשני פגמים: האחד, שבקריאה הראשונה בכנסת הוא לא התקבל ברוב המיוחס הדרוש; השני, שהוא התקבל בחוסר סמכות. לאחר שבית משפט זה דן בשאלה האמורה, הוא קבע כי יש להעמיד את החוק הפוגע במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית.

32. לעמדת הכנסת, בעניין מופז, בית משפט זה החיל את פסקת ההגבלה השיפוטית באשר לפגיעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת משום שהחוק הפוגע לא אושר בכנסת ברוב המיוחס בכל הקריאות, ובכך לא עמד בדרישת השריון הפורמאלי של הרוב המיוחס, ועל כן בית המשפט נדרש לבחון את פסקת ההגבלה השיפוטית. לשיטת הכנסת, עניין מופז לא שינה את ההלכה אשר נקבעה בעניין זה עובר למהפכה החוקתית בנוגע למקרה כמו זה שלפנינו, שבו דרישת השריון הפורמאלי של הרוב המיוחס התקיימה במלואה.

33. אין בידי לקבל טענה זו. קריאתי לעניין מופז שונה היא מקריאתה של הכנסת. לשיטתי, בעניין מופז תנאי עמידת החוק הפוגע בפסקת ההגבלה השיפוטית היה תנאי הכרחי ולא חלופי לתנאי הפורמאלי הדרוש של רוב מיוחס של 61 חברי כנסת בשלוש קריאות. זאת משום שבעניין מופז נקבע כי הפגם שנפל בקבלתו של החוק הפוגע בקריאה הראשונה נרפא – קרי, הדרישה לרוב מיוחס אכן התקיימה – ובכל זאת נבחנה עמידתו של החוק הפוגע בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית.

34. כך נקבע בעניין מופז:

"הפגם הראשון שנטען עקב קבלתו בקריאה הראשונה ברוב רגיל ולא ברוב מיוחד, הרי שחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 33) – שהוא עצמו נתקבל בהצבעת רוב חברי-הכנסת בכל שלוש הקריאות – ריפא בדיעבד גם פגם זה" (שם, פסקה 12 לפסק דינו של השופט א' מצא).

ובהמשך:

"ניתן להעמיד זאת במבחנו המשולש של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ערכי מדינת ישראל, קיומה של תכלית ראויה ומידתיות. חוק-יסוד: הכנסת אמנם איננו כולל פסקת הגבלה, כדוגמת סעיף 8 הנ"ל, וכבר התעוררה השאלה אם בביקורת חקיקה שנטען לגביה שהיא סותרת את עקרון השוויון כמשמעו בחוק-יסוד: הכנסת, רשאי בית-המשפט להחיל, בדרך שיפוטית, את מבחניה המוכרים של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [10], דברי השופט זמיר בעמ' 69-70). כשלעצמי, אינני רואה מניעה לעשות כן. מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו" (שם, פסקה 17 לפסק דינו של השופט א' מצא).

35. אם כן, ניתן להסיק מעניין מופז כי אין די בעמידתו של החוק הפוגע בדרישת הרוב המיוחס, אלא יש להעמידו במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית.

36. לעמדה זו שותף גם פרופ' אהרן ברק. פרופ' ברק סבור כי יש לפרש את המילה "שינוי" שבחוק-היסוד כ"שינוי" ולא כ"פגיעה", וזאת לפי החלוקה שנעשתה בפסיקת בנק המזרחי. כך, לשיטתו, אם נורמה מבקשת לשנות חוק-יסוד, הנורמה צריכה להיחקק בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של לפחות 61 חברי כנסת; לעומת זאת, אם הנורמה מבקשת לפגוע בחוק-יסוד, יש להחיל פסקת הגבלה שיפוטית (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית וגבולותיה 182 (2010); עמדה דומה הובעה גם על ידי אביגדור קלגסבלד במאמרו "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" עיוני משפט יד 182 (2012)).

37. לגישתי, פרשנות זו – המבחינה בין "שינוי" ל"פגיעה" והמחילה את פסקת ההגבלה השיפוטית במקרים של פגיעה בחוק-יסוד – נדרשת היא, לנוכח המשפט החוקתי הקיים כיום לאחר המהפכה החוקתית, וכן על מנת שחוק יסוד זה ידור בכפיפה אחת עם חוקי היסוד ה"חדשים" יותר (המבחינים בין שינוי לפגיעה), ובכך תהא הרמוניה חוקתית.

על כל האמור, מסקנתי לשאלה לעיל היא כי יש להעמיד את העלאת אחוז החסימה במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית, כפי שאעשה כעת.

מבחני פסקת ההגבלה השיפוטית

38. פסקת ההגבלה השיפוטית מורכבת משלושה מבחנים מרכזיים שעניינם היות הפגיעה בחוק; לתכלית ראויה; ובמידה שאינה עולה על הנדרש. אין חולקין כי המבחן הראשון – היות הפגיעה בחוק – מתקיים בענייננו, וניתן גם להניח לצורך העניין כי המבחן השני – התכלית הראויה – מתקיים, וכי החוק על פניו נועד להגביר את המשילות בישראל. עם זאת, אני סבור כי המבחן השלישי – המידתיות – אינו מתקיים במקרה שלפנינו, ובייחוד אינו מתקיים במובנו הצר העוסק ביחס התועלת אל מול העלות של החוק.

39. מבחן המידתיות בוחן את מידתיות הפגיעה של דבר חקיקה מסוים בזכות חוקתית מוגנת, והוא מורכב באופן מקובל משלושה מבחני משנה. הראשון, הוא מבחן הקשר הרציונלי, שבו נבחנת ההתאמה בין דבר החקיקה הפוגע בזכות החוקתית לבין התכלית אותה הוא נועד להגשים; השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לצורך המבחן עלינו לבדוק האם מבין האמצעים האפשריים להגשמת תכלית החוק הפוגע נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית המוגנת היא הקטנה ביותר האפשרית. השלישי, הוא מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה מחייב את קיומו של יחס סביר בין הזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה (ראו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי); עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

לגישתי, בהעלאת אחוז החסימה ישנה בעייתיות מסוימת בכל מבחני המשנה האמורים, אך עיקרה במבחן המשנה השלישי, כפי שאפרט להלן.

40. ראשית, אמנם מבחן הקשר הרציונלי בין העלאת אחוז החסימה לבין הגברת המשילות מתקיים על פניו משום שאכן יש במיעוט מפלגות משום ייצוב הממשלה וחיזוק משילותה. עם זאת, במצב המשפטי הנוכחי, אין כל מניעה כי סיעות קטנות תתמודדנה יחד בבחירות על מנת לעבור את אחוז החסימה, אך תתפצלנה לאחר מכן, כך שגם לאחר קיום הבחירות באחוז חסימה בשיעור גבוה יותר עדיין תהיינה מפלגות רבות וקטנות בכנסת. נראה, אם כן, כי בפועל אין בהעלאת אחוז החסימה כדי להגביר

את המשילות. אולם, במקרה שלפנינו אין מדובר, כאמור, במצב שבו על פני הדברים לא קיים קשר רציונאלי בין הוראות דבר החקיקה שפוגע בזכות החוקתית המוגנת לבין התכליות אותן אמור דבר החקיקה להגשים, ועל כן אוכל להניח כי מבחן זה מתקיים בענייננו (והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

41. שנית, מבחן קיומם של אמצעים שפגיעתם פחותה גם מעלה ספקות בנוגע להתקיימותו. העותרים מציעים שלל אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה ואשר ישיגו את אותה מטרה, כמו קביעת אחוז חסימה נמוך יותר לרשימות המייצגות מיעוטים; שינוי הכללים לגבי הסכמי העודפים; או העלאה הדרגתית של אחוז החסימה. לגבי האמצעי המוצע האחרון, אציין, כי אני סבור, כאמור, כי ההעלאה היתה אכן מדורגת באופן פורמאלי אך היוותה "קפיצת מדרגה" באופן מהותי. אולם, כידוע, מבחן המשנה השני של המידתיות אינו בוחן אך את עצם קיומו של אמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית המוגנת, אלא הוא מחייב לבחון האם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 88-89 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה – שר הפנים); עניין המרכז האקדמי, פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). כשלעצמי, סבורני, כי אכן מן הראוי לבחון אמצעים אחרים – ובפרט קביעת אחוז חסימה בשיעור שונה לקבוצות מיעוט בעלות מעמד מיוחד, או החרגתם ממנו כפי שנהוג בגרמניה – אך מאחר שעניין זה מטבע הדברים טעון הוכחה שאיננה לפנינו, המסקנה המתבקשת לעת עתה היא כי גם מבחן זה מתקיים.

42. שלישית ועיקר, מבחן המידתיות במובן הצר. אקדים לומר, כי לשיטתי, העלאת אחוז החסימה איננה עומדת במבחן זה, ועל כן, דין העלאת אחוז החסימה להתבטל. מבחן זה הוא במהותו מבחן ערכי, הבוחן האם מתקיים יחס ראוי בין תוספת התועלת החברתית הצומחת מדבר החקיקה בהשוואה למצב לפני חקיקת החוק לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית הנגרמת בעקבות חקיקת החוק (ראו: עניין עדאלה – שר הפנים, פסקאות 91-92 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין המרכז האקדמי, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). בשונה משני מבחני המשנה הקודמים, אשר מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה, מבחן משנה זה מניח כי הפגיעה החוקתית עמדה בשני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות, ועתה הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה (ראו: בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא

א' ברק (12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה – שר הביטחון); עניין המרכז האקדמי, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

הנשיא א' ברק עמד על טיבו של מבחן משנה זה בעניין עדאלה – שר הביטחון:

”מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה” (שם, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

43. במקרה שלפנינו, אנו נדרשים במסגרת מבחן משנה זה לבחון את היחס בין התועלת הציבורית הצומחת מהעלאת אחוז החסימה לבין הנזק הנגרם לעקרון החוקתי של הייצוג ההולם. כאמור לעיל, תכלית העלאת אחוז החסימה שעניינה הגברת המשילות היא ראויה על פניה, ואולם, האמצעי של העלאת אחוז החסימה לשיעור שנקבע (%) 3.25 פוגע – או בעל פוטנציאל ממשי לפגיעה – בעקרון הייצוג ההולם. בסוגיה שלפנינו, הבעייתיות מתחדדת בכך שהצפי לפגיעה בעקרון גדול הוא מהצפי לקידום התכלית האמורה. ודוק, כאמור, אין מניעה כי סיעות תתאחדנה לפני הבחירות – כפי שאכן עשו הסיעות “הערביות” – אך לאחר הבחירות תתפצלנה, וכך שבנו למצב שבו היינו טרם העלאת אחוז החסימה – קיומו של פרלמנט רווי סיעות ומפולג, דבר אשר אינו מתיישב עם תכלית הגברת המשילות. במילים אחרות, האמצעי שאולי – באופן ספקולטיבי – יגביר את המשילות, פוגע באופן יותר ודאי בעקרון הייצוג ההולם. כאמור, מבחן זה בוחן את התועלת מהפגיעה אל מול הנזק שיגרם ממנה, ולשיטתי, במקרים שבהם עסקינן בפוטנציאל ממשי לפגיעה בזכות או בעקרון, כמו בענייננו, יש לקחת בחשבון גם את הצפי להתקיימותם של כל אחד מהמשתנים לעניין היחס הראוי ביניהם. ככלל אני סבור, כי אין זה ראוי לקבל תוצאה שבה הצפי לפגיעה בזכות או בעקרון רב יותר מהצפי לקידום התכלית. על אף קיומה של תכלית ראויה זו או אחרת, אין להקל ראש בזכות או עקרון חוקתיים, אשר עוגנו במעמד שכזה בשל סיבות טובות וחזקות. יש לוודא כי התועלת אשר תצמח מהפגיעה אכן תעלה על הנזק, ובמקרים, כמו בענייננו, שבהם הצפי לנזק הוא גבוה יותר מאשר הצפי לתועלת – אין יחס ראוי בין השניים, ועל כן מבחן משנה זה אינו מתקיים, ודין החוק הפוגע – העלאת האחוז החסימה בענייננו – להתבטל.

44. יכולה להישמע טענה לפיה איחוד הסיעות הקטנות לכדי "רשימה משותפת" אחת למעשה מיתר את החשש מפני פגיעה בעקרון הייצוג ההולם, אולם אין בידי לקבלה. ראשית, אין כל הבטחה כי אכן סיעות תסכמנה להתאחד אחת עם השנייה, וזאת לאור השוני האידיאולוגי ביניהן. שנית, גם אין זה ראוי לאחד בין סיעות בעלות אידיאולוגיות שונות, ובעיניי, יש בכך משום כפייה אידיאולוגית. כפייה זו גם פוגעת, לטעמי, בעקרון הייצוג ההולם בכך שאין היא מאפשרת ייצוג לקבוצות המיעוט אלא מאחדת אותם לכדי קבוצה אחת אשר אינה מבטאת באופן מלא את קבוצות המיעוט.

לנוכח כל האמור לעיל, אני סבור כי העלאת אחוז החסימה אינה מידתית וזאת משום שאינה מקיימת את היחס הראוי שבין תכלית החוק הפוגע לבין הפגיעה אשר צפויה להיגרם ממנו. על כן, דעתי היתה כי דין העתירות להתקבל ועל העלאת אחוז החסימה להתבטל.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. בפסק הדין אותו פרסמנו ללא נימוקים בתאריך 13/01/2015 נמנית עם שופטי הרוב. עתה משבאה בפני חוות דעתו המפורטת, ההשוואתית, והמעמיקה של חברי, הנשיא (בדימ.) א' גרוניס, המבססת את גישת הרוב – אני מצטרף בהסכמה לעיקרי ההנמקה וכן לתוצאה.

בשל חשיבות העניין ושוני מסוים בתפיסה ובהדגשות – רואה אני צורך להוסיף ולהעיר דברים אחדים, ולכך אפנה מיד בסמוך.

2. אבני המשחק החוקתיות – לאורן אנו אמורים לבחון את חוקתיותו של חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62) (להלן גם: תיקון מס' 62), שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת מ-2% ל-3.25% – לקוחות מחוק-יטו: הכנסת והן בעיקרן שתיים:

(א) סעיף 4 לחוק היסוד האמור, הקובע כדלקמן:

“הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.”
(ההדגשות שלי – ח”מ).

(ב) סעיף 46 לחוק היסוד האמור, המורה כהאי-לישנא:

“ הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי סעיפים 4, 9, 34, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית. לענין סעיף זה “שינוי” – בין מפורש ובין משתמע.”
(ההדגשות שלי – ח”מ).

(רלבנטיים למכלול שבפנינו אף סעיפים נוספים מחוק היסוד האמור: סעיף 5 (המסדיר את הזכות לבחור), סעיף 5א (המסדיר את הזכות להגיש רשימת מועמדים) וסעיף 6 (המסדיר את הזכות להיבחר)).

3. תיקון מס' 62 שינה את חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 (לעיל ולהלן: חוק הבחירות לכנסת) בכך שהגדיל כאמור את אחוז החסימה המופיע בסעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת וקבע כי מעתה ואילך ישתתפו בחלוקת המנדטים רק רשימות מועמדים שקיבלו, כל אחת, קולות כשרים במספר שאינו פחות מ-3.25% מסך כל הקולות הכשרים (במצב הנורמטיבי הקודם – אחוז החסימה עמד, כאמור, על 2%).

במונחים המקובלים במשפט החוקתי הישראלי בתיקון מס' 62 – אין משום שינוי של שיטת הבחירות בישראל (מה שיקרה, למשל, אם נעבור משיטת בחירות ארציות-יחסיות לשיטת בחירות אזוריות רובניות), אלא רק משום פגיעה אפשרית (מוגבלת בהיקפה) בעקרונות של השיטה הקיימת.

4. חברי, הנשיא (בדימ.), סבור כי בעת מתן פסק הדין לא התגבשה, על פי ראייתו, התשתית העובדתית הדרושה כדי להוכיח “כי העלאת אחוז החסימה, כפי שנעשה, פוגעת בעקרונות המעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת” (שם, בפיסקאות: 26, 47-49 ו-59 לחוות דעתו), מכאן שראוי, לשיטתו, לדחות עתה את העתירות בעילה של חוסר בשלות, ואולם אין הוא שולל לחלוטין את האפשרות כי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים ילמדונו כי אכן נפגע יסוד כלשהו מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

על כן כדבריו: "הותרנו את הדלת פתוחה לתקיפה חוזרת של אחוז החסימה לקראת הבחירות לכנסת העשרים ואחת, בבחינת רשת בטחון, וזאת מכח חשיבותה של הסוגיה בה אנו עוסקים לשמירה על ערכיה הדמוקרטיים של ישראל" (שם, בפסקה 61 לחוות דעתו).

אני שותף לדעה הנ"ל, ואולם גישתי ליברלית יותר באשר לאפשרות פסילה עתידית של התיקון בו מדובר ולהלן יפורטו: הערותי, הנחותי והתניותי.

5. תיקון מס' 62 פוגע, לשיטתי, על פני הדברים, הן בעקרון השוויון והן בעקרון היחסיות, הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שכן מבחינה פורמלית יש כאן סטייה לכאורה מהכלל של: "קול אחד לאדם אחד" (one person one vote) ומהכלל של: יצוגיות יחסית.

יחד עם זאת העקרונות הנ"ל אינם מוחלטים, שכן בשיטה הקונסטיטוציונית שלנו בדרך כלל אין עקרונות מוחלטים, מה גם שסעיף 4 לחוק היסוד האמור מורה כי העקרונות המנויים בו יופעלו "לפי חוק הבחירות לכנסת", והתיקון, מושא העתירות אכן נכלל בחוק הבחירות לכנסת. יתר על כן פסיקת העבר קבעה בהקשר שלנו כי רק פגיעה "משמעותית", או "מהותית וניכרת" תלקח בחשבון לענין זה, והמבחן איננו פורמלי גרידא (ראו: בג"ץ 246/81 דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 14 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141, 151 (1983); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ (3) 57, 68-69 (1996) (להלן: ענין הופנונג). עיינו גם: אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מ"ח 293, 303 ה"ש 65 (תשס"ו)).

מכאן שעד שלא תוכח פגיעה שיש בה ממש (מה שטרם קרה) – חזקת החוקתיות של תיקון מס' 62 עומדת בעינה (עיינו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, 574 (1995); ענין הופנונג, בעמ' 68; בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל (07.08.2012)).

עם זאת באילו תנאים וכיצד ניתן יהיה לבחון את חוקתיות תיקון מס' 62 בעתיד? על כך להלן.

6. מסכים אני עם חברי, הנשיא (בדימ.), בפיסקה 67 לחוות דעתו, כי משתתקבלנה תוצאות הבחירות לכנסת העשרים – נוכל לדעת האם "הפוטנציאל הממשי לפגיעה בזכות", כמינוחו של חברי, השופט ס' ג'ובראן, בדעת המיעוט שלו – התממש.

כאן נדרשות שלוש הבהרות:

(א) אין מדובר רק ביצוג של בני המיעוט הערבי, אלא גם ביצוג של מיעוטים אחרים (כמו, למשל, החרדים), או של מפלגות קיימות, או חדשות, שיהיה מקום לבחון לגביהם אם העלאת אחוז החסימה אמנם הדירה אותם מהכנסת (בהשוואה לאחוז החסימה הקודם), או פגיעה באופן רציני בכוחם.

(ב) נוכח העובדה שתיקון מס' 62 עבר ב-3 קריאות ברוב של חברי כנסת – ביקורת שיפוטית עתידית שכזו היא אפשרות פתוחה רק בהנחה שדרישת הרוב הצורנית הנ"ל איננה חוסמת לחלוטין התערבות וכי בעניני "פגיעה", בנבדל מעניני "שינוי" – חלה "פיסקת הגבלה שיפוטית". לשיטתי – לאחר מה שנפסק ב-ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז (3) 793 (2003) (להלן: ענין מופז) – האבחנה הראויה גורסת כי כדי לשנות את עקרונות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת יש צורך בחוק יסוד שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת", ואילו כדי לפגוע במה שקבוע בהוראת סעיף 4 לחוק היסוד האמור – יש צורך בחוק שעומד בדרישות "פיסקת ההגבלה השיפוטית" (ללא קשר לרוב בו נתקבל החוק).

השקפה זו שלי נשענת על קריאה זהירה של ניסוח ההלכה שנפסקה בהרכב מורחב בעניין מופז, וזאת אף שבעבר בשני המקרים שבהם נטען להחלת "פיסקת ההגבלה השיפוטית" על סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (ענין הופנונג וענין מופז) – החלק ה"פוגע" לא אושר בכנסת ברוב המיוחס הנדרש בכל הקריאות. בכך אני רואה לאמץ בסוגיה זו את עמדתם וטעמיהם של פרופ' א' ברק בספרו: מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, שם בעמ' 182-186 (תש"ע-2010) ושל ד"ר אביגדור קלגסבלד במאמרו: "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת", ספר רובינשטיין – משפט ואדם – משפט ועסקים י"ד 183, 191 (ספטמבר 2012), שראו לפרש כך את הדברים, בין השאר, בשל הצורך בהשגת אחדות בביקורת שיפוטית חוקתית.

(ג) אין באמור עד הנה כדי לומר שתיוקון מס' 62 משקף בהכרח גישה דמוקרטית-ליברלית ראויה, או שכוונת יוזמי התיקון היתה כל-כולה עניינית, אלא רק שלעת הזו – קשה לומר שהעותרים הצליחו להראות שאין התיקון חוקתי. הנה כי כן, אם לא היינו מפעילים כאן את עילת "חוסר הבטחה" – תיוקון מס' 62 היה עומד בשלב זה, להשקפתי, בדרישות "פיסקת ההגבלה השיפוטית", והתקיפה החוקתית עלולה היתה להבלם גם לעתיד – מכוחו של "מעשה בית דין" (בסייגים שמניתי ב-בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.01.2012)). בכך יתרון נוסף לשיטתו של חברי, הנשיא (בדימ.), א' גרוניס.

7. לקראת סיום מתחייבת בנושא שלפנינו עוד הרחבה מסויימת:

חוקי בחירות בכל המדינות הדמוקרטיות נגזרים מהעקרונות הקונסטיטוציוניים המסדירים את שיטת המשטר הנהוגה בהן ומתורות פילוסופיות שונות, המגדירות דמוקרטיה מהי.

פרופ' David Schultz בספרו החדש: Election Law and Democratic Theory (2014) דן בסוגיות חוקתיות קרובות המתעוררות בדיני בחירות בארה"ב ומציין כי ניתן להמשיל תחום זה לקערות ערבוב (mixing bowls), המכילות זו את זו. ב"קערה" הראשונה ניצבת התאוריה הדמוקרטית. ב"קערה" השנייה – העקרונות החוקתיים. ב"קערה" השלישית – ההוראות התת-חוקתיות הרלבנטיות וההחלטות הרגולטוריות הכרוכות בישומן. בית המשפט אמור לוודא – באמצעים העומדים לרשותו – שכל "קערה" מצויה במקומה, מכילה את ה"קערה" העוקבת לה ומתפקדת כנדרש (שם, בעמ' 270-273).

זאת ועוד – מסתבר כי אף ששיטות הבחירה האמריקאיות שונות בתכלית והן ביסודן רובניות – גם שם מתעוררות שאלות קשות ומורכבות בהקשרים אלה באשר ליצוג של מיעוטים (ראו פרק 4 בספר הנ"ל, עמ' 119-136), לדרך קביעת אזורי הבחירה – כדי למנוע ג'רימנדרנינג (ראו: פרק 5 בספר הנ"ל, עמ' 137-196) ולמקומן של המפלגות במערכת (ראו: פרק 6 בספר הנ"ל, עמ' 197-228). לכן הכרעה בסוגיות הללו מצריכה, לעתים, גם פניה לתאוריות פילוסופיות רלבנטיות ביחס למהות הדמוקרטיה וליסודות השיטה, והן מותנות בהוכחת פגיעה ממשית של הנוגעים בדבר (שם, בעמ' 166).

ההקבלה אלינו – בהגיון הדברים ובניתוחם המשפטי – מתבקשת, במיוחד בהקשר להחלת התאוריות הדמוקרטיות (ה"קערה" הראשונה). יתר על כן, אצלנו הנוגעים הישירים בדבר בחרו מלכתחילה – מטעמים שלהם – שלא לעתור. לפיכך בעובדה שהעתירות כאן נדחות עם אפשרות לחידוש המהלך בעתיד – חסד נעשה פה עם הנפגעים-בכח, שהרי אין בכך משום סגירת דלת סופית למקרה שימצא שהשוויון המהותי, או שהדמוקרטיה הייצוגית נפגעו.

8. לאחר כתיבת הדברים הללו קיבלתי לידי את חוות דעתו המלומדת של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והנני מרשה לעצמי להצטרף בהסכמה למתבקש מהערתיו ההיסטוריות והמשפטיות החשובות בהקשר למהותה של המדינה (יהודית ודמוקרטית) ובאשר ליצוג המיעוט הערבי ומיעוטים אחרים בה.

כך יאה לדמוקרטיה ליברלית, וכיבוד הרשות המחוקקת מבוסס, בין היתר, על ההנחה שעקרונות אלו, שעמדו לנגד עיני המכוננים והם בבחינת נכסי צאן ברזל של המשטר החוקתי בישראל – ישמרו.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

חוות דעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס מקיפה, רבת פנים ויוצרת איזון ראוי בין ההכרעה היום – דחיית העתירה, לבין ההכרעה מחר – מתן אפשרות מפורשת לתקיפה חוזרת של התיקון בעניין אחוז החסימה לקראת הבחירות שתיערכנה לכנסת העשרים ואחת. הכל לפי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים, שתתקיימנה בחודש זה. דעתי כדעתו. הייתי מוסיף ארבע הערות.

הראשונה, לא במקרה הועמד מספרם של חברי הכנסת על מאה ועשרים. יש בכך רצף היסטורי יאה. סמליותו מעוררת השראה ותודעת המשכיות. "הפרלמנט" הראשון שהתכנס בארץ ישראל, לאחר שיבת ציון בימי עזרא ונחמיה, היה הכנסת הגדולה, אשר חבריה שימשו כמנהיגי העם. מספרם עמד גם הוא על מאה ועשרים (תלמוד בבלי, מגילה יז, ע"ב; וכן ראו זרח ורהפטיג חוקה לישראל – דת ומדינה (1988)).

השנייה, הייתי מדגיש ביתר שאת כי העלאת אחוז החסימה משניים לשלושה ורבע אחוזים מלמדת, על פניה ומעבר לכך, שהכרעה כזו מצויה במתחם החוקתי, שאינו מצדיק התערבות על ידי בית המשפט הגבוה לצדק. כך גם עולה בראי המשפט המשווה.

השלישית, חברי הדגיש במפורש כי הביקורת החוקתית שערך נשענת על סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולא על הזכות לשוויון הנגזרת מכבוד האדם. כדבריו, הראשון הוא ה"מפתח" להכרעה בסוגיה שלפנינו. אינני חולק על כך במקרה הנדון, גם מפני שכרגע אין בסיס לקבוע שיש פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, חשוב להבהיר, גם לגבי מקרים עתידיים, שיתכן מצב שבו גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בהיבט השוויון – יהיה מה לומר בסוגיית שינוי השלטון. מעניין להביא את הגישה הבאה במשפט העברי, של פרופ' יעקב בלידשטיין, המתבסס – תוך פיתוח – על גישת הרב יוסף סולובייצ'יק. כדברי פרופ' בלידשטיין, אם מצלם אלוקים נגזר כבוד האדם, כפי שקבע הרב סולובייצ'יק, אזי יש לכך השלכות גם לעקרונות המשטר. לתפיסתו, ההתפתחויות ההיסטוריות הביאו לכך שהמשטר הדמוקרטי מגן בעידן המודרני על זכויות האדם. לפיכך, כיום, שינוי של עקרונות המשטר הדמוקרטי – על הקשר ההדוק שלו לזכויות האדם – עשוי להיכנס תחת המטרייה של פגיעה בכבוד האדם ובשוויון (Gerald J. Blidstein, *Halakha and Democracy*, 32 TRADITION) (1997) 7). לעמדה זו, ובהתאם לעוצמת הפגיעה החוקתית בדמוקרטיה, מצטרף אני.

הרביעית, מסכים אני כי נכון להכיר במעמד המיוחד של המיעוט הערבי בבחינה חוקתית של שינוי אחוז החסימה. אף זה חלק מהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית, כהגדרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אי-נעילת השער בהתאם לתוצאות הבחירות, מבלי לטעת כל מסמרות בדבר, משלבת רגישות עקרונית ומעשית כאחד.

בכפוף לאמור אני מצטרף לנימוקיו של חברי הנשיא. כפי שנקבע, דין העתירות להידחות. ועדיין – ימים יגידו.

אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, אולם דרך הילוכי שונה.

1. טענתם המרכזית של העותרים היא כי התיקון נושא העתירה שבמסגרתו הועלה אחוז החסימה בבחירות לכנסת פוגע בעקרונות השוויון והיחסיות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. חברי הנשיא סבור כי "אחוז החסימה שקבע המחוקק מהווה כלל ניטרואלי, המופנה כלפי כל הרשימות. כולן נדרשות לעמוד ברף מינימלי זהה כדי לזכות לייצוג בכנסת" (פסקה 48 לחוות דעתו). בהקשר זה אעיר כי לעיתים, כללים שנחזים להיות ניטרואליים אינם ניטרואליים הלכה למעשה. בכל הקשור בדיני בחירות המותווים על ידי הגוף הנבחר עצמו – יש לגלות זהירות יתרה. כך בפרט כאשר מדובר בפגיעה אפשרית בייצוג של מיעוטים בכנסת (על החובה העקרונית לקיים שיטת בחירות שתאפשר ייצוג של מיעוטים בכנסת עמד גם חברי, בפסקאות 32-33 לחוות דעתו). מכל מקום, ואף בהנחה כי התיקון לא ביקש לפגוע בייצוג קבוצות מיעוט בכנסת, הרי שהכנסת עצמה "אינה חולקת על כך שכל העלאה של אחוז החסימה פוגעת בעקרון היחסיות המעוגן בסעיף 4 הנ"ל, באשר היא קובעת כי רשימות המקבלות מספר קולות הקטן מאחוז החסימה לא יזכו לייצוג היחסי שהן זכאיות לו לכאורה על פי מספר הקולות שקיבלו בבחירות. בדומה, ניתן אף לגרוס כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרון השוויון המעוגן בסעיף 4 הנ"ל, שכן היא מקנה עדיפות למפלגות גדולות יותר, הצולחות את אחוז החסימה, על פני מפלגות קטנות יותר שעלולות שלא לעבור את אחוז החסימה" (סעיף 29 לכתב התשובה של הכנסת; ההדגשות הוספו – ע' פ'). דברים אלה מקובלים עליי, ופגיעה זו בעקרון היחסיות ובעקרון השוויון היא נקודת המוצא לבחינה החוקתית גם להשקפתי. במאמר מוסגר אעיר כי שאלה היא אם התיקון שלפנינו פוגע גם בזכות לשוויון כזכות בת של הזכות לכבוד האדם. הואיל וכפי שאפרט להלן, לטעמי עומד התיקון לחוק בתנאי פסקת ההגבלה, איני סבור כי שאלה זו דורשת הכרעה בעתירה זו, ואותירה אפוא בצריך עיון (וראו בעניין זה את דברי חברי השופט נ' הנדל).

2. חברי הנשיא לא ראה לקבוע מסמרות בשאלת הפגיעה בשוויון בבחירות משסבר כי טרם נאספה תשתית עובדתית מספקת להכרעה בה, שכן טרם נערכו בחירות תחת אחוז החסימה החדש. הערכות מוקדמות בעניין זה הן, לשיטתו, "בגדר ספקולציות ותו לא" (פסקה 46 לחוות דעתו). בשל כך ראה חברי להחיל על ענייננו את

דוקטרינת הבשלות, לדחות לעת הזו את העתירות ולהתיר לעותרים לשוב ולתקוף את התיקון לחוק לקראת הבחירות לכנסת העשרים ואחת. לכך אין בידי להצטרף. דוקטרינת הבשלות אמנם קנתה שביתה בפסיקתנו, אך לא הייתי מציע כי נעשה בה שימוש כל אימת שאין בידנו נתונים מוחלטים ביחס לשאלות חוקתיות. אכן, בבחינת הסדרים נורמטיביים חדשים יכול וצריך בית המשפט להסתייע בנתונים עובדתיים, שכן "הצגת תמונה ברורה ככל הניתן חיונית לחידוד השאלות העומדות להכרעה [...] שהרי ביקורת חוקתית על כל שלביה אינה נערכת בחלל ריק" (בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 37 (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). ברם, לא תמיד נתונים מסוג זה הם בנמצא. ודאות גמורה אינה תמיד מנת חלקנו. תפקידו של בית משפט זה הוא להכריע בעתירות הבאות לפתחו. דוקטרינת הבשלות היא חריג לכלל זה, ויש ליישמה בצמצום ובזהירות, במקרים המתאימים (למשל, ומבלי למצות, כאשר בנסיבות המקרה קיים סיכוי גבוה לשגגה על רקע עמימות בולטת בנתונים הקיימים). די לי בעמדתה האמורה של הכנסת בהתייחס לפגיעה בעקרון היחסיות ובעקרון השוויון כדי לקבוע כי העתירה בשלה להכרעה כבר כעת.

3. אציין עוד כי אין לפנינו מקרה שבו אפשר שעדיף להמתין ולבחון כיצד הרשות המבצעת מיישמת את הוראות החוק או כיצד בתי משפט בערכאות הנמוכות ייצקו תוכן להוראותיו השונות. חברי הנשיא עמד על כך שהשחקנים הפוליטיים כבר התאימו עצמם למצב הנורמטיבי החדש. היא הנותנת: עובדה זו ממחישה, כשלעצמה, כי החוק כבר פועל את פועלו, ובמובן זה דומה התיקון שלפנינו לחוק שהוראותיו יוצרות "אפקט מצנן", שברגיל אין זה ראוי כי בית המשפט לא יידרש לבחינת חוקתיותו אם שאלה זו הובאה לפניו. נוכח כל אלה מסקנתי היא, כאמור, כי נדרשת הכרעה לגופו של עניין בנקודת הזמן הנוכחית.

4. בבסיס הכרעתי ניצבת אפוא ההנחה כי הוכחה פגיעה חוקתית בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. כפי שציין חברי הנשיא, פגיעה זו עומדת בדרישות סעיף 4 האמור, שכן הצעת החוק אושרה בכל אחת מהקריאות ברוב חברי הכנסת. בכך התקיימה הדרישה שלפיה אין לשנות מסעיף זה – ובכלל זה לפגוע בו – אלא ברוב מיוחס של חברי הכנסת. העותרים מוסיפים וטוענים כי חוק הפוגע בעקרונות המעוגנים בסעיף האמור נדרש לעמוד גם בדרישות של "פסקת הגבלה שיפוטית". להשקפתי, טענה זו אינה טעונה הכרעה בפרשה זו, שכן ממילא במקרה שלפנינו החוק הנדון עומד בתנאי פסקת הגבלה השיפוטית.

5. חברי, השופט ט' ג'ובראן, עמד על יישום מבחניה של פסקת ההגבלה בנתון לתיקון שלפנינו. אני מצטרף בהסכמה לחלקו הארי של ניתוחו של חברי, אך דרכינו נפרדות ביחס לעמידת התיקון במבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". חברי הנשיא עמד על תכליתו של התיקון – "הגברת המשילות" – שבמרכזה השאיפה למנוע הכבדה על בית המחוקקים בכיצוע תפקידיו השלטוניים ובקידום חקיקה לרווחת הציבור (ראו פסקה 37 לחוות דעתו). תועלת זו שישא התיקון עולה, לטעמי, על הפגיעה שכרוכה בו, שאיני מקל בה ראש כלל ועיקר. אדגיש כי פגיעת התיקון אינה מתאינת, לגבי דידי, אך בשל איחודן של הרשימות הערביות (איחוד שעליו עמד חברי הנשיא בפסקה 66 בחוות דעתו), מה גם שהוראות החוק עלולות לפגוע בייצוג מיעוטים נוספים, כפי שציין בצדק גם חברי הנשיא. ברם, על רקע הנתונים הקיימים, ומשאין לפנינו תשתית ממשית המצביעה על כך שבבחירות הקרובות ייפגע ייצוג המיעוטים בכנסת ישראל, לא מצאתי כי התיקון לחוק שלבחינתו אנו נדרשים חוצה את אותו "מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו", כמאמר הנשיא א' ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 30 לחוות דעתו (12.12.2006).

6. האם בכך נבלמת האפשרות לתקיפה חוקתית עתידית של התיקון לחוק, מכוח "מעשה בית דין"? איני סבור כך. בפרשה אחרת ציינתי כי האיזון החוקתי מושפע מנתונים עובדתיים, וכי "נתונים עובדתיים שונים עשויים [...] להביא לתוצאה משפטית שונה" (עניין איתן, שס). כשהתקיפה החוקתית נעשית בסמוך לחקיקת חוק חדש או לתיקונו של חוק קיים, והתמונה העובדתית עוד לא התגבשה כדי הצורך, אין בכך כדי למנוע עריכת ביקורת חוקתית (מקום שבו הוכחה פגיעה בזכות), תוך הותרת פתח לתקיפה חוקתית עתידית. במקרה דנן, על רקע הנתונים שלפנינו, לא סברתי כי התיקון לחוק אינו חוקתי. נתונים אחרים, אם יובאו לפנינו, עשויים להביא לתוצאה חוקתית שונה (וראו והשוו לקביעת בית משפט זה בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 462 (2002)). במובן זה אני שותף לעמדת חבריי שופטי הרוב שלפיה במקרה זה דלתות בית משפט זה אינן ננעלות מפני תקיפה עתידית נוספת של הוראות החוק, ככל שתהא עילה לכך.

סיכומי של דבר: העתירה שהובאה לפתחנו תקפה את חוקתיות התיקון לחוק. עתירה זו בשלה להכרעה כבר עתה, ולעת הזו, דעתי היא כי יש להורות על דחייתה.

אני מסכים לחוות דעתו המקיפה של חברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, אולם מצאתי לנכון להוסיף הערה קצרה באשר לתחולתו של חריג האפקט המצנן בדוקטרינת הבשלות.

דעתי כדעת חברי הנשיא כי לא ניתן להשיב על השאלה האם אחוז החסימה החדש פוגע בשוויון הסיכויים של הרשימות המתמודדות בבחירות, זאת בהעדר נתונים עובדתיים מספיקים ובטרם התבררו תוצאות יישומו של חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 62). ואולם, כפי שצוין בחוות דעתו של חברי, עשויים להיות מקרים שבהם הגם שאיסופה של תשתית עובדתית תתרום להכרעה שבמחלוקת, הרי שיש להכריע בשאלות החוקתיות כבר בעת שבה הוגשה העתירה, מן הטעם שהשאלה המרכזית המתעוררת בה היא שאלה משפטית בעיקרה, ולצורך המענה עליה אין בית המשפט נדרש למסכת עובדתית מפורטת. כך למשל, במקרים שבהם השתכנע בית המשפט כי כל יישום עתידי של השאלה החוקתית שבמחלוקת "יוביל לפגיעה בזכות חוקתית או כאשר הנזק העתידי מן החקיקה הוא ודאי" [בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין טבח)]. מקרים נוספים שבהם ידון בית המשפט בעתירה הגם שטרם התבררו השלכותיה של החקיקה שבמחלוקת, עשויים להיות כאשר קיים חשש שמא דחיית הביקורת השיפוטית תייתר את העתירה עקב יישומו הבלתי הפיך של דבר החקיקה, או כאשר קיים אינטרס ציבורי משמעותי בבירור העתירה אף בטרם יושם החוק, או כאשר החוק הנבחן עלול לגרום לאפקט מצנן הפוגע בזכות המוגנת [עניין טבח, פסקה 16; פסקה 44 לחוות דעתו של חברי].

עוד מקובלת עלי קביעתו של חברי כי אין בתמריץ שיוצר אחוז החסימה החדש לריצה משותפת של רשימות, כדי להוות אפקט מצנן המצדיק את בחינת השאלה החוקתית שבמחלוקת כבר בעת הזו, בלא שהתגבשה תשתית עובדתית מספקת באשר ליישומו של תיקון מס' 62 [פסקה 59 לחוות דעתו של חברי]. עם זאת, מצאתי לנכון להדגיש כי לשיטתי, ייטה בית המשפט לדון בשאלה החוקתית שבמחלוקת בלא להמתין לביסוס תשתית עובדתית מפורטת לנוכח קיומו של אפקט מצנן, במקרים שבהם עלול האפקט המצנן ליצור מעגל שוטה, המונע כשלעצמו את ביסוס התשתית העובדתית. כך למשל, במקרים שבהם נטען כי דבר חקיקה מסוים פוגע בזכות לחופש

הביטוי. במקרים אלו עלול להפגע חופש הביטוי בשל האפקט המצנן שבקיומו של החוק, ובכך אף יורתעו עותרים פוטנציאליים מאתגור החקיקה שבמחלוקת. כפועל יוצא ומטבע הדברים, תיפגע האפשרות לבחון את תוצאות יישומו של החוק ולבסס את טענת הפגיעה בזכות על תשתית עובדתית מספקת. סבורני כי הדברים נכונים במיוחד, כאמור, כאשר הזכות הנפגעת היא הזכות לחופש ביטוי. זאת לנוכח מסגרת הזמנים הקצרה בה עשויה להיות השפעה לביטוי שהושמע. עמד על כך חברי בעניין סבח:

החריג המוכר ביותר לדיון בחוקתיותו של חוק אף טרם יושם הוא החשש מפני קיומו של "אפקט מצנן"... הכוונה היא למצבים בהם הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרום להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם... על פי רוב, הוחל חריג זה בעתירות המתייחסות לפגיעה בחופש הביטוי..." [נשם, פסקה 16. ההדגשות הוספו – י.ד. כן ראו: Citizens United v. Federal Election Com'n, 558 U.S. 310, 333 (2010), הנזכר שם].

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

1. נמניתי על שופטי הרוב שהחליטו בפסק הדין מיום 13.1.2015 שניתן ללא הנמקה לדחות את העתירות. עמדתי אינה מבוססת על-כך שהעתירות אינן בשלות להכרעה, אלא על העמדה שאין הצדקה להתערבות בשאלת העלאת אחוז החסימה.
2. כל העלאה של אחוז החסימה מעבר לאחוז החסימה הטבעי (0.83% יש בה, מעצם הגדרתה, כדי לפגוע במידה זו או אחרת בעיקרון לפיו לכל קול יש משקל שווה. נראה כי גם עקרון השוויון נפגע בכל העלאה של אחוז החסימה. דעתי, כדעת אחדים מחברי, היא שגם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס, עדיין על ההוראה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה השיפוטית. נוכח המסקנה אליה הגעתי אין צורך להרחיב בעניין זה.

3. אני סבורה כי העלאת אחוז החסימה הנדונה בענייננו עומדת במבחניה של פיסקת ההגבלה השיפוטית. כפי שהראה חברי הנשיא (בדימוס) גרוניס, הסדרים שונים בחקיקת הבחירות הגורעים מהשוויון המוחלט ויוצרים הבחנה בין סיעות ורשימות שונות מצויים עמנו שנים רבות. אחוז החסימה נמנה עם הסדרים אלו, שעל אף פגיעתם בשוויון המוחלט אינם פסולים, כשלעצמם, בהתחשב במגוון הרחב של שיטות בחירה וכללי בחירה אפשריים הכלולים במושג משטר דמוקרטי. חברי הנשיא גרוניס עמד בחוות דעתו על כך שבארצות שונות ישנו אחוז חסימה גבוה יותר מזה שנקבע לאחרונה בישראל. הדבר מלמד, לכאורה, על מידתיות ההסדר.

4. על כל אלה אוסיף: הכנסת קיימה מספר רב של דיונים בהצעה להעלאת אחוז החסימה. במהלכם הובאו מגוון דעות מומחים. חלקם גרסו כי העלאת אחוז החסימה תהיה אפקטיבית וחוקתית בעוד שחלקם התנגדו להצעה מטעמים שונים. בסופו של יום בחרה הכנסת להסתמך על עמדת המומחים התומכים בהעלאת אחוז החסימה והעמידה אותו על 3.25%. במשפט המינהלי קיים עקרון שהרשות רשאית להסתמך על מומחיה— היא. על מי שטוען לאי סבירות בהחלטתה המנהלית של הרשות מוטל הנטל להראות כי הסתמכות זו של הרשות על מומחיה והתוצאה אליה היא מובילה היא בלתי סבירה (ראו בג"ץ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433 (2001); בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גמלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769, 799-801 (2004)). גם לרשות המחוקקת מותר להעדיף חוות דעת מומחים אחת על פני דעה אחרת ובפרט כשמדובר בתיקוני חקיקה משטריים העוסקים בשיטת הבחירות. ודוק: בית המשפט הוא שיקבע בסופו של יום, ואם תונח הסוגיה לפניו, אם חוק כזה או אחר הוא חוקתי. אך לשיטתי במקרים מסוג זה העומד לפנינו מתחם המידתיות שקיים לכנסת הוא רחב במיוחד. הנתונים שבפנינו אינם מצביעים על כך שהפגיעה בהוראות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת היא בלתי מידתית.

5. גם לעניין הפגיעה בעקרון הייצוג ההולם אין בעת הזו הצדקה להתערבותנו. חברי השופט ג'ורדאן עמד על הזכות שיש למפלגות להתאחד ולהתפצל מחדש לאחר הבחירות. לדעתי, שלא כדעת חברי השופט ג'ורדאן, אפשרות זו לכאורה מנטרלת את החשש מפני פגיעות בעקרון הייצוג ההולם. אין בכך, כפי שנטען בפנינו, פגיעה אידיאולוגית בעמדות שונות של מפלגות. אין דבר המונע בעד מפלגה בתוך רשימה משותפת להצביע בפני הציבור על האידיאולוגיה הנפרדת שלה.

6. מכל האמור לעיל המסקנה לדעתי היא כי אין מקום להתערבותנו בקביעת המחוקק. מדובר בהעלאת אחוז החסימה בצורה לכאורה לא דרסטית מ-2% ל-3.25% במטרה לשפר את המשילות. מטרה זו ראויה היא והתכיפות בה מתנהלות בחירות בארץ – תוכיח. על פני הדברים מדובר בצעד מידתי.

7. ואחרי כל זה הצטרפתי לקביעה בפסק הדין לפיה אין בדחיית העתירות כדי לסגור את הדלת מפני בחינה נוספת של תיקון החוק שהעלה את אחוז החסימה לאחר שייוודעו תוצאות הבחירות לכנסת העשרים. מדובר בעניינים לגביהם יש צורך בניסוי וטעיה. אין זה בלתי אפשרי כי מעבר לפגיעה המובנית בשוויון הנגרמת מעצם העלאת אחוז החסימה, הפגיעה שתיווצר בפועל לאחר יישום התיקון בעקרון הייצוג או אף בשוויון עצמו תהיה בלתי מידתית. מדובר, לכל הדעות, בהערכה בדבר מה שיקרה בעתיד. בהערכות כידוע ניתן לשגות, ולבית המשפט אין כלים טובים יותר בעניין זה מאשר למחוקק. במובן זה, אין מקום ליצירת מחסום דיוני עתידי בפני עותרים פוטנציאליים לפנות לבית משפט זה לאחר יישום התיקון בטענה שהשפעתו של התיקון בפועל יוצרת פגיעה בזכויות ועקרונות מוגנים הדורשת את התערבותנו. יש כאמור לדחות את העתירות, אך מטעמי שמא ואולי, ואם המציאות תטפח על פנינו, יש לאפשר בעתיד לחזור ולהעלות את הסוגיה, ככל שתהא הצדקה לכך. אומר גם במאמר מוסגר שלא בהכרח פשוט להוכיח קשר סיבתי בין תוצאות בחירות לבין שינוי אחוז החסימה, אך לא נקדים את המאוחר.

8. מהטעמים האמורים הצטרפתי לדעת הרוב בפסק הדין ללא נימוקים שניתן על ידינו.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

1. האם חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון 62) במסגרתו הועלה אחוז החסימה מ-2% ל-3.25% הוא חוקתי אם לאו? זו השאלה שעמדה במוקד העתירות דנן, אשר נדחו ברוב דעות ללא נימוקים בפסק דינו מיום 13.1.2015. בפסק הדין האמור נמנית עם שופטי הרוב אך טעמי שונים מאלה שהובילו את חברי הנשיא בדימוס א' גרוניס אל המסקנה כי דין העתירות להידחות. חברי הנשיא (בדימ') נסמך על דוקטרינת הבשלות, עליה עמד לאחרונה בהרחבה גם

בבג"ץ 2311/11 סבכ נ' הכנסת (17.9.2014) (להלן: עניין סבכ), והוא מציין כי "הכרעה בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה דורשת תשתית עובדתית, אשר עשויה להתגבש רק לאחר היוודע תוצאות הבחירות לכנסת העשרים" וכן כי הטענות בדבר השלכות אחוז החסימה החדש על תוצאות הבחירות לכנסת הן ספקולטיביות בעיקרן (פסקה 44 לחוות דעתו).

דעתי שונה. כפי שציינה חברתי הנשיאה מ' נאור, די בכך שאחוז החסימה נקבע על אחוז הגבוה מאחוז החסימה הטבעי (0.83% על-מנת לבסס פגיעה בעקרון היחסיות הקבוע בסעיף 4 האמור, והכנסת בטיעוניה לא חלקה על כך. שאלה אחרת היא השאלה אימתי מגיעה הפגיעה לדרגת אי-חוקתיות המחייבת את פסילת ההוראה הפוגעת.

2. בהיעדר מנגנון בחוק יסוד: הכנסת המסדיר את סוגיית הפגיעה בהוראותיו (בשונה מפסקת ההגבלה הקבועה למשל בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), נשאלת השאלה כיצד תיבחן חוקתיותו של תיקון 62? בעניין זה התייחסו הצדדים בטיעוניהם לשאלת סיווגו של תיקון 62 כ"שינוי" או כ"פגיעה" ולנפקותו של סיווג זה לצורך הפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית. דומה כי בעיקרו של דבר הייתה תמימות דעים בין הצדדים כי מדובר בפגיעה ולא ב"שינוי" כמשמעותו בחוק יסוד: הכנסת, אך לעמדת הכנסת הגם שמדובר בפגיעה אין להחיל במקרה דנן את מבחניה של "פסקת ההגבלה השיפוטית". לשיטתה די בכך שהפגיעה הייתה בחוק שהתקבל ברוב מיוחס של חברי הכנסת בשלוש קריאות על מנת לקבוע שתיקון 62 עומד בהוראת השריון הפורמלית הקבועה בסעיף 4, בשילוב עם סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת, והיא טוענת כי הוראות אלה מהוות מעין "פסקת התגברות". מנגד, סבורים העותרים כי יש לבחון האם הוראות תיקון 62 עומדות במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית, והם נסמכים לעניין זה, בין היתר, על פסקי הדין בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996) ובע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נ(3) 793 (2003). שאלה חוקתית נכבדה זו אינה צריכה הכרעה בהליך דנן, שכן, כפי שציין בצדק חברי השופט ע' פוגלמן, גם אם תאמר כי על תיקון 62 לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית, נראה כי הוא עומד בהם. עם זאת אציין כי בעניין זה נוטה דעתי לדעת חבריי הנשיאה מ' נאור והשופטים ס' ג'ובראן וח' מלצר, לפיה גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס עדיין נדרש כי ההוראה תצלח את מבחני פסקת ההגבלה השיפוטית (לדיון בשאלה ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, בעמ' 185-186 (2010); אביגדור קלגסבלד "מהלכת

רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת”
משפט ועסקים י”ד 183, 191 (2012), אליהם הפנו חבריי).

3. ככל שהדבר נוגע לתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית - אין מחלוקת כי תיקון 62 נועד לתכלית ראויה והיא הגברת המשילות באמצעות הגברת כוחן של המפלגות הגדולות המרכיבות את הממשלה, צמצום מספרן של המפלגות הקטנות ועידוד המפלגות הקטנות להתאחד ברשימות גדולות יותר המבוססות על מכנה משותף רחב הקיים בין קבוצות שונות באוכלוסייה (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 61) (העלאת אחוז החסימה והגברת המשילות), התשע”ג-2013; להרחבה בעניין אחוז החסימה ראו לדוגמא פסקאות 25, 27-30, 33 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ’)). משכך, מצטמצמת הבחינה לשאלה האם עומד תיקון 62 בשלושת מבחני המשנה על פיהם נמדדת מידתיות הפגיעה. חברי השופט ס’ ג’ובראן אינו חולק על כך שהתיקון עומד בשני מבחני המידתיות הראשונים (ראו פסקאות 37-36 לחוות דעתו) אך בכל הנוגע למבחן המידתיות השלישי - “מבחן המידתיות במובן הצר” - סבור חברי השופט ס’ ג’ובראן כי העלאת אחוז החסימה לשיעור של 3.25% פוגע – או בעל פוטנציאל ממשי לפגיעה – בעקרון הייצוג ההולם” וכי העלאת אחוז החסימה לשיעור האמור אינה מידתית “משום שאינה מקיימת את היחס הראוי שבין תכלית החוק הפוגע לבין הפגיעה אשר צפויה להיגרם ממנו” (פסקאות 39 ו-40 לחוות דעתו).

דעתי שונה ולגישתי תיקון 62 צולח גם את מבחן המידתיות במובן הצר. הטענות שהעלו העותרים בעניין זה אינן ניצבות על אדנים מוצקים ואין בהן כדי לבסס כדבעי את העמדה לפיה בעקבות העלאת אחוז החסימה ייפגע ייצוגן בכנסת של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית במידה העולה על הנדרש ובאופן שבו הנזק הצפוי מן התיקון עולה על התועלת הגלומה בו בכל הנוגע להגברת המשילות. התיקון אכן מעודד מהלך של איחוד ושותפות בין מפלגות החוששות כי לא יצלחו את אחוז החסימה המוגדל. מהלך כזה, כשלעצמו, אין בו נזק בהינתן אחוז החסימה שבו מדובר ובהינתן העובדה כי סעיף 59(2) לחוק הכנסת, התשנ”ד-1994 מאפשר למפלגות שהתאחדו לצורך הבחירות להתפלג להרכבן המקורי לאחר הבחירות, בלא שיחולו עליהן המגבלות החלות על מי שפורש מסיעתו על פי סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת. זאת ועוד - פוטנציאל הפגיעה הממשי שאליו מכוון חברי השופט ס’ ג’ובראן מתייחס בעיקרו של דבר למיעוט הערבי בישראל, אך בהקשר זה לא למותר לציין כי קבוצה זו מונה כ-14% מבעלי זכות הבחירה בישראל ועם זאת, אחוזי ההצבעה בעבר בקרב האוכלוסייה הערבית נמוכים מאחוזי ההצבעה באוכלוסייה הכללית והתנהלות זו

משפיעה אף היא במידה לא מבוטלת על סיכויי הבחירה של נציגיה לכנסת (ראו לעניין זה גם פסקה 50 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ')).

4. מטעמים אלו, סברתי ועודני סבורה כי דין העתירות להידחות. עם זאת וכפי שכבר צוין, שערי בית משפט זה לא ננעלו וניתן יהיה לשוב ולבחון את שאלת חוקתיותו של תיקון 62, ככל שתהא לכך הצדקה ויקום הצורך לבחינה כזו בעתיד.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. חברי הנשיא (בדימ') כתב חוות דעת מקיפה. כיון שהצטרפתי אליו בהכרעה, ואני מסכים לעיקרי הנמקתו אם גם לא לכולה, אסתפק בהערות קצרות. אומר ברישה, כי תחושתי המקורית היתה בכיוון שונה, לעבר פסילת התיקון, מתוך חשש כי לפחות במידה מסוימת נבע מטעמים לא כשרים של הדרת הרשימות הערביות, וזו יכלה להיות גם התוצאה בפועל אף לגבי מי שנעדר כוונות כאלה. ניתוחיהם המשפטיים המאלפים של הנשיא (בדימ') ושל חברי השופט ג'ובראן מדגימים את גדר הספקות, ואם מפשיטים אותם מן המחלצות המשפטיות המלומדות, השורה התחתונה היא האם לפנינו פגיעה חוקתית מוכחת, קרי, האם העלאת אחוז החסימה תדיר את המפלגות הערביות, אם לאו. לדעתי, בכגון דא יש חשיבות רבה למציאות בשטח, שכן כשם שגוף הלוקה במחלה יודע גם לחסן את עצמו על-ידי עצמו מעבר לשימוש בתרופות חיצוניות, גם הגוף הפוליטי ה"קיבוצי" של המיעוט הערבי מצא לו לעת הזאת דרך, היא הרשימה המשותפת, להתגברות על הצרה שרבעה לפתח - וזאת בלא שנדע עדיין אם יהא זה רק שידוך לשם הבחירות או שמא למעלה מזה, וסימן השאלה בעינו.

ב. עיינתי בכל פרוטוקולי הכנסת, הועדות והמליאה, ובחוות הדעת השונות. ברי כי חלק מיוזמי התיקון האמינו בתמים בשיפור המשילות הפגומה במדינתנו, שעל חולייה קשה לחלוק, על-ידי העלאת אחוז החסימה - ובאמצעותו צמצום מספר המפלגות, מתוך כפיית רסיסי מפלגות הר כגיגית להתאחד; ובכך ראו המציעים לצמצם את כוח המיקוח הפוליטי, שיש המכנים סחטנות, של רשימות קטנות. יתכן, כאמור, כי

היו בכך מי שגם ראו הזדמנות לפגוע בייצוג המיעוט הערבי. בשל חשש זה, והציווי המתמיד שעלינו ללמוד את לקחי תולדותינו והיותנו כיהודים מיעוט באלפי שנות גלות, גם אם אין מדובר בהשוואה "אחד לאחד", היתה – כאמור – תחושת כי הרגישות לכך עשויה להטות את הכף לכיוון פסילת התיקון. ואולם, בסופו של יום איננו מופקדים – כידוע – על תכונת המחוקק אלא בוחנים את חוקיות פעולותיו, וחברי הנשיא (בדימ') הראה משפטית כי טרם הגיעה שעה להידרש לדברים באופן ממצה. לעניין זה, בשונה מחבריי השופטים ג'ובראן ופוגלמן – איני סבור כי מלוא התמונה לפנינו, אף כי חלק מטיעוניהם שובי לב. לא אכחד כי נתתי אל לבי גם את העובדה שהמפלגות הערביות עצמן לא עתרו מטעמן כנגד התיקון (הסבריהן בנושא בדיון בפנינו היו דחוקים).

ג. שותף אני לדעה, כי הנושא שלפנינו מתמקד בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת תבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות", וספציפית בהוראה "שוות" - וקולמוסים רבים נשתברו באשר לדיבור זה. דעת לנכון נקל, כי ככל שיוכח בעתיד כי הופר השוויון, ולענייננו שוויון הסיכויים, תהא לכך משמעות חוקתית העלולה להביא לפסילת התיקון בו עסקינן; ואף אנוכי איני סבור כי יש מקום עתה להידרש לפסקת ההגבלה השיפוטית, אף כי זו אמורה לחול גם במקרה של קיום רוב מיוחס (ראו חוות דעת הנשיאה והשופטים ג'ובראן ומלצר). ועם זאת אומר כבר כאן, כי אילו נזקקנו לפסקת ההגבלה, איני סבור כי המשילות כשלעצמה – כדעת חברי הנשיא והשופט פוגלמן - תסתייע בתיקון דנא, בכל התקוה הטובה.

על ייצוג המיעוט הערבי

ד. הגם שדומה כי אין מחלוקת בדבר חשיבות ייצוגם של מיעוטים, במקרה זה המיעוט הערבי, והדברים בחינת פשיטא במרקם המדינה, אומר דברים קצרים בדבר עומק נושא זה בהויה הדמוקרטית הישראלית. הכרזת העצמאות שקרא דוד בן גוריון ביום הקמת המדינה, בפסקתה האופרטיבית, מדברת ב"שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה (של המדינה) בלי הבדל דת, גזע ומין". סעיף 1א' לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק מגדירים את ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית"; השוויון למיעוטים בעיניי אינו רק חלק מן הצלע הדמוקרטית, אלא גם מן הצלע היהודית של הביטוי. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, רבה הראשי של ישראל בקומה, שפעל במרץ לשילוב המשפט העברי במשפט המדינה, הקדיש חיבור מיוחד ערב הקמת המדינה לנושאים חוקתיים במדינה החדשה. פרק חשוב ייחד ל"זכויות המיעוטים על פי ההלכה", אותו ראה כ"הדבר הקשה ביותר בקשר עם האופי הדמוקרטי של המדינה" – ראו ספרו תחוקה לישראל על פי התורה, כרך א' סדרי שלטון ומשפט

במדינה היהודית, בעריכת איתמר ורהפטיג, תשמ"ט (1989), 12; ומסקנתו ההלכתית היא, כי המדינה מהווה מעין "שותפות" בין היהודים לשאינם יהודים (עמ' 20-21), המאפשרת גם מינוי שופטים לא יהודים (עמ' 24-25), ולשיטתו משתתפים הערבים בבחירות (עמ' 95). כדברי העורך ד"ר ורהפטיג, הרב "לוקח כנתון תנאי האומות המאוחדות (בהחלטת 29.11.47 – א"ר) כי המדינה תהיה דמוקרטית ולא תהיה בה הפליה של המיעוטים על רקע עדתי" (מבוא, עמ' ל"ד). הרב הרצוג אף עושה שימוש בביטוי "מדינה יהודית דמוקרטית" לעניין השותפות (הערה 1 בעמ' 22). ברי כי הוא מתחבט בקשיים הלכתיים לא מעטים, אך מגיע למסקנה שיש בה מן הריאליזם, אותו הוא מעגן בהלכה. התייחס לכך על אתר גם הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, הראשון לציון באותה תקופה, בתגובתו שם (עמ' 244-245), וסבר כי אין צורך להכנס לפרטי הדברים בנושא דנא, כדי שלא לעורר קטרוג, "ובאמת אין אנו צריכים לדון בזה, הואיל ולא אנו כבשנו את הארץ אלא ניתנה לנו בתנאים ידועים שמכללם, להשוות את המיעוטים במדינה בכל זכויות האזרח"; ראו גם ד"ר ג' גרמן, מלך ישראל, ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה (תשס"ג, 2003), 742-745; וכן הרב ד"ר ש' פדרבוש משפט המלוכה בישראל (תשס"ה), ספר שנכתב (בסמוך להקמת המדינה), האומר כי המיעוטים – המוכרים כגרים תושבים על פי ההלכה - יש לראותם כ"אזרחים בעלי תרבות ומוסר הזכאים ליהנות במדינה העברית מכל הזכויות האזרחיות כיהודים, ואנו מצווים להתייחס אליהם כאל אחים ולעזור להם בשעת דחקם" (עמ' 59). גם הרב יחיאל יעקב וינברג (בעל שרידי אש) ברשימתו "שאלת היהודים במדינת היהודים" (תשי"ט) המובאת בספרו לפרקים (תשס"ג), ש"ז, ועניינה הצביון היהודי של המדינה, כותב (עמ' ש"י) כי למדינה "הרשות, ולא רק רשות אלא חובה, לתת לכל אזרחיה זכויות שוות ללא הפליה שהיא בין אזרח לאזרח", אך אין זה ממעט את חובתה "לנצור את עצמאותה של התרבות הלאומית ולקיים את אורח החיים היהודי כאחד מיסודותיה של חברה זו..." - הנה שני צדי המשוואה בניסוחו. ומנגד, לשלמות התמונה, ראו עמדת הרב א"מ שך, מנהיג הציבור החרדי הליטאי, אשר הביע התנגדות לכך שהחלטות חשובות במדינה יתקבלו בעקבות הצבעת חברי כנסת ערבים; מכתבים ומאמרים כרך ה', קכ"ו (תשנ"ה): "... האם זה לדעתם חזון מדינת ישראל, האם לזה חיכו היהודים כל הדורות, מסרו נפשם על האמונה.. לזכות לממשלה יהודית הנשענת על צירוף של ערבים?"; זאת, בגדר הסתייגות מן הממשל הדמוקרטי בכלל. מובא על-ידי מ' הלינגר, "על דמוקרטיה ומדינת ישראל כמדינה דמוקרטית", על דעת הקהל – דת ופוליטיקה בהגות היהודית, ספר היובל לכבוד אבי רביצקי (תשע"ב-2012), 567, 588.

ה. אכן, נושא השויון לערבים, מעבר לאמור בהכרזת העצמאות, לא העסיק בראשית המדינה ביותר את הממשל; השאלה המרכזית בהויה היתה בעיני דוד בן גוריון ראש הממשלה ושר הבטחון הראשון, שאלת בטחונה של ישראל, ובאספקלריה זו נראו הדברים בעשורים הראשונים (ראו למשל שבתאי טבת, בן גוריון ערביי ארץ ישראל - מהשלמה למלחמה (1985) עמ' 331); כך, לרבות הממשל הצבאי. לא למותר לציין כי מנחם בגין, בהיותו איש אופוזיציה, כתב שוב ושוב על השויון לערבים, וראו אוסף מאמריו ונאומיו מכבר בקובץ בראשית ברא אלוהים את היחיד, חירות האדם בהשקפתו של מנחם בגין (תשע"ה-2014), עמ' 77-90. גישה זו מקורה, מחד גיסא, באתוס יהודי, אך מאידך גיסא בעקרונות הדמוקרטיה הליברלית בהם דגל. לעניין זה אזכיר, כי כותב המלומד בן המאה הקודמת הנס קלזן בספרו על מהותה וערכה של הדמוקרטיה (תרגום ומבוא השופט (בדימוס) יצחק אנגלרד (2005)), הספר נכתב בסוף שנות העשרים למאה העשרים), 69 "העובדה שבמימוש של עקרון הרוב, הדבר הקובע אינו הרוב המספרי, קשורה באופן הדוק ביותר לעובדה שבמציאות החברתית אין שלטון מוחלט של הרוב במיעוט; הסיבה לכך היא שהרצון הקהילתי הנוצר בהתאם לעקרון הרוב אינו כלל וכלל עניין הכתבת הרוב למיעוט, אלא הוא התוצאה של ההשפעה ההדדית של שתי הקבוצות, סיכום הכוחות של כיווני הרצונות הפוליטיים המתנגשים"; וכדברי פרופ' אנגלרד בפתח-דבר (עמ' 15) "קלזן מדגיש את חשיבותו המכרעת של קיום המיעוט, הזכאי להגנה חוקתית באמצעות זכויות היסוד המשוריינות. הוא מראה את יחסי הגומלין בין רוב ומיעוט המביאים לידי אינטגרציה חברתית במציאת פשרות פוליטיות המושגות בהליך פרלמנטרי", ומכאן לשיטתו עדיפות שיטת הבחירות החשאיות הכלל-ארציות.

ו. הבטאון זהויות 3 (תשע"ג-2013) בעמ' 125 ואילך, הקדיש דברים ל"מחויבות יהודית למיעוטים במדינת הלאום" (פרק בעריכת אביעד הכהן). פרופ' הכהן מציג מקורות שונים בהקשר זה, שחלקם מבטאים אותה תפיסה של שויון ושילוב המיעוטים וחלקם בגישה אחרת; אך סיכומו (עמ' 132) הוא "נוכל רק לומר שאם מדינת ישראל חפצת חיים היא ומבקשת לשמור על אופיה כמדינה שהיא גם דמוקרטית וגם יהודית, אין היא יכולה להתעלם עוד מבחינה מתמדת של מחויבותה ויחסה למיעוט הערבי. מדובר באתגר ובמחויבות גם יחד. לא רק מחויבות שבדיעבד, פרי כורח המציאות, אלא מחויבות שמלכתחילה, הנשענת על ערכים אנושיים, מוסריים, דתיים וחינוכיים". וראו גם חדוה בן ישראל, "רוב ומיעוט במדינת הלאום" שם 134; ורשימתי "שויון המיעוטים במדינה יהודית ודמוקרטית" עמ' 141, ודברים שהובאו בה מרשימתי "על השויון לערבים בישראל" (תש"ס-1999), ספרי נתיבי ממשל ומשפט, סוגיות במשפט ציבורי בישראל (תשס"ג-2003), 279: "מדינת ישראל חייבת לקיומה, לעצמה, לעסוק

במקביל בשניים: במאמץ העקבי לשמירת צביונה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולאכיפת החוק ולמאמץ ערכי למתן שוויון לאוכלוסייה הערבית. שני אלה הכרחיים בעיניי" (זהויות 3 שם, 143); "כפשוטו, בלא פלפולי יתר משפטיים – שוויון לבני המיעוטים כל אחד מהם; הדברים הללו אינם מותנים אלא עומדים לעצמם. ראו עוד א' נאור, "המיעוטים בישראל והאוטופיה הליברלית של ז'בוטינסקי" (שם, 147); נ' רוטנברג, "אחריות ומחויבות למיעוטים – נקודת מבט יהודית ולאומית" (שם, 155), וכדבריו "עצמאותה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי נבחנת גם בהשתלבותם של מיעוטים בתוכה, מתוך שוויון ושמירה על כבודם" (עמ' 158). בתפקידי כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 חזרתי שוב ושוב על הצורך בשילוב ערכים במערכת הבחירות, כחלק ממרקמנו הממלכתי, וראו דבריי במסמך "הבחירות – לקחים", שכתבתי לאחר הבחירות ביום ל' בשבט תשע"ג – 10.2.13, כרך החלטות והנחיות של ועדת הבחירות לכנסת ה-19, עמ' 521.

ז. דברים אלה הובאו כדי להטעים את חשיבותו של ייצוג המיעוטים בכנסת כחלק מן המרקם הדמוקרטי. מדינת ישראל לא קבעה, ולטעמי טוב שכך, מערך ייצוג "פורמלי" למיעוטים – כמו למשל במשטר ההגנה על המיעוטים שעיצב חבר הלאומים בשעתו ושקרא לימים. אך דווקא משום כך, ההגנה המהותית חשובה עד מאוד, בחינת לא רק נאה דורש אלא אף נאה מקיים. על כן הגישה הבסיסית להעלאת אחוז החסימה באופן שבו עלול להיפגע ייצוג המיעוטים, בהשוואה לבחירות קודמות, רושמת סימני שאלה. אלא שחברי הנשיא (בדימ') הצביע על כך, שאיננו יודעים לעת הזאת את פעלה של העלאת אחוז החסימה, ועל כן טרם בשלה העת להידרש אליו חוקתית - והדלת לא ננעלה. במידה מסוימת חזר כאן הפולמוס בין חברי הנשיא (בדימ') לחברי השופט ג'ובראן בפסק הדין החוקתי בנושא ועדות הקבלה (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.14)). גם שם עלתה שאלת החשד להדרתם של ערכים. אף באותו עניין, כמו בנידון דידן, הלשון שנקט המחוקק על פניה אינה מפלה – על כך לא היתה מחלוקת – והשאלה היא מה עומד מאחוריה, בפרשה ההיא נזדמן לי לומר כי אכן קיימים חששות אלה (פסקה י"ג), אך הבשלות להכריע היא גם "נגזרת של השכל הישר" (פסקה י"ד); והוספתי בפסקה י"ח:

"שב אני לעניין הבשלות. דברי חבריי שהוזכרו כבודם במקומם, ועמימות מסוימת באשר לאמות מידה, וחששות לגבי שרירותיות ולגבי ייצוג יתר של הישוב (שבו ישבה ועדת קבלה – א"ר) - כל אלה אין לבטלם במחי פה; אך כך בנושאים רבים בחיינו הציבוריים, מקום שיש נגלה בדמות מסגרת ונסתר בדמות יישומה. אך מכאן ועד לביטול החוק בלא שניתן לו סיכוי הוגן

לפעולה ולבחינת הגינותן של המערכות הרלבנטיות, ובלא שנבחן בנסיבות קונקרטיות שלאחריו, להבדיל ממקרי עבר – ישנה כבדת דרך ממשית. עלינו להזהר מהדבקותן מראש של תוויות אי הגינות על ועדות הקבלה וועדות ההשגה, ובמשתמע על המחוקק שמאחוריהן, בלא שהדברים נבחנו בכור המציאות והמעשה. לא לנו לעת הזאת לשים את העגלה לפני הסוסים, לבנות בניין של הפליה כשהיסודות טרם הונחו ובוודאי לא הוקמו הכתלים. הזמן ייצור את הבשלות הראויה, וככל שיוברר חלילה כי החששות נתקיימו, לא אלמן ישראל, ובית משפט זה אף הוא לא יצא לגמלאות”.

כך, בשינויים המחויבים, גם בענייננו. לעת הזאת עלינו לראות כיצד יתפתחו הדברים במערך אחוז החסימה החדש. אומר כאן ואשוב לכך, כי דומה שהרשימה המשותפת של המפלגות הערביות אינה בהכרח תרופת קבע לסימן השאלה שנוצר. פשיטא שבמסגרת זו איני נכנס לשאלות רחבות יותר של יחסי הציבור היהודי והציבור הערבי ואופיים, אליהם נדרשתי במקום אחר (ראו זהויות 3 שם, 146 ופסקה כ' לחוות דעתי בבג"ץ 6706/14 ח"כ חנין זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת (10.2.15)).

על המשילות והפיצול

ח. חברי הנשיא (בדימ') הזכיר (פסקה 38) כי בשיטות בחירות שונות "מתבטאת נקודת האיזון בין ייצוגיות למשילות, בין היתר בקביעת אחוז חסימה". ואולם, אטול חרות לעצמי להוסיף כי מעבר לשאלת הדרת המיעוט, כשלעצמי מסופקני בתועלת שבהעלאת אחוז החסימה לעניין המשילות. מניסיון רב – קרוב לט"ו שנים במצטבר ליד שולחן הממשלה, כמזכיר הממשלה וכיועץ משפטי לממשלה ובתפקידים אחרים – סבורני כי לאו דווקא קיומן של מפלגות קטנטנות הוא שבעוכרי משילות טובה יותר בישראל; ואם בכלל, בודאי בעשרות השנים האחרונות המפתח מוחזק לא פחות בידי מפלגות בינוניות, והטעמים לכך נעוצים באופי החברה הישראלית והמערכת הפוליטית כפי שהתגבשה, לא לטובה לצערי.

ט. פיצול למפלגות ורשימות רבות, מהן זעירות, אפיין את הישוב היהודי בארץ מראשית מיסודו הדמוקרטי במוסדות אסיפת הנבחרים (מעין פרלמנט) והועד הלאומי (גוף ביניים שהנהלתו היתה האכסקוטיבה) בתקופת הממשל הבריטי. בשכבר הימים נזדמן לי להידרש לנושא זה בחיבורי "מישוב למדינה: מוסדות ומפלגות" בתוך הישוב בימי הבית הלאומי בעריכת בנימין אליאב, (תשל"ו-1976) 129-284; על הבחירות לאסיפת הנבחרים הראשונה (1920) נכתב שם כך (עמ' 156):

"הבחירות הביאו לידי ביטוי תופעה שעתידה היתה להתבלט במשך כל שנות קיומה של אסיפת הנבחרים (היא נבחרה ארבע פעמים בתקופה הבריטית – א"ר) בפיצול הרב של רשימות שלקחו חלק בבחירות ובאסיפה, המוסבר בקלות שבה איפשרו תקנות הבחירות להקים רשימות; כריבוי הסיעות גם בהסתדרות הציונית שהלך וגבר והיה דגם מוכר ביישוב; ובאופיו ההטרוגני של הישוב בכלל, על ריבוי העדות, העליות וארצות המוצא בתוכו".

דבר זה נמשך בתקופת המדינה, ומדי כנסת מוגשות לוועדת הבחירות המרכזית עשרות רשימות שרק מיעוטן עובר את אחוז החסימה. הדבר אומר דרשני: משמעותו תרבות פוליטית של סובלנות גבוהה המתבטאת בקלות היחסית שבה ניתן להגיש רשימות מועמדים לכנסת, מעין ככר העיר האתונאית; אך גם ביזור גבוה ומטריד.

י. גם בציבור הערבי היו מקדמת דנא פיצולים ומפלגות קטנטנות; פרופ' יעקב לנדאו בספר הערבים בישראל (תשל"א-1971), בתרגומי, סוקר (עמ' 165-214) את מערכות הבחירות בציבור הערבי בשש הכנסות הראשונות, והיו באותם ימים - לצד מק"י (המפלגה הקומוניסטית הישראלית) ולאחר כך רק"ח (הרשימה הקומוניסטית החדשה) - מפלגות ערביות קשורות למפלגות יהודיות. וחרף אחוזי הצבעה גבוהים עד גבוהים מאוד בציבור הערבי, נכנסו בכנסת הראשונה אך 2 ח"כים ערבים ממפלגות אלה, בשניה - 5, בשלישית - 5, ברביעית - 5, בחמישית - 4 ובשישית - 4; כל הנבחרים היו מרשימות הקשורות במפא"י, אף כי בחלק מן הבחירות התמודדו רשימות הקשורות בציונים הכלליים, באחדות העבודה, במפד"ל וברפ"י, וכן קבוצות עצמאיות. נתח ניכר מקולות הערבים עבר לקומוניסטים, או ישירות למפלגות יהודיות שונות ובראשן למפא"י. פרופ' לנדאו (עמ' 206) מטעים, בין השאר, את ההשתתפות הגבוהה של הערבים בבחירות כאמור (השיא היה 92.1% ב-1955). דבר זה השתנה בעשורים האחרונים.

יא. אכן, משילות היא נושא חשוב, אף קריטי, והממשל בישראל אינו מצטיין בה, וראיה לדבר הבחירות התכופות והקואליציות המנומרות התלויות תדיר ברצונותיהן - המנוגדים לא אחת - של מפלגות קטנות ובינוניות, באופן שאינו מותיר סיכוי ראוי לממשל יעיל. יש לא פחות קושי בכך שהדמוקרטיה עצמה היא "בעירבון מוגבל", וישנן לא מעט מן המפלגות המרכיבות כל כנסת, אשר תלויות כליל באדם פלוני שיזם את הרשימה - המפלגה או במספר אנשים (מועצת חכמים או גדולים כזו או אחרת);

דבר זה מעצים את קושי המשילות, בהפחיתו מן הערך הדמוקרטי של הבחירות, והדבר אמור גם כאשר מפלגות זוכות לאחוז מצביעים נכבד ולא רק "רסיס". אמנם, הבחירות הן דמוקרטיות במובן שאינו בחינת פשיטא, קרי, שאין חולק על חופשיותן ועל נקינותן כשלעצמן. מכל מקום, בין אם יש או אין נפקא מינה בתחום המשילות לאחוז החסימה, ברי כי ככלל היה הציבור הערבי החריג הבולט – אם גם להלכה לא היחיד, ולמשל החרדים היו עלולים להיקלע לקושי - שעלול היה להיפגע בייצוגו הקונקרטי בשל קביעת אחוז החסימה, ואת הסטטיסטיקה הראה חברי השופט ג'ובראן. אכן, חלק מציבור זה מצביע למפלגות "כלליות" ואף מיוצג בתוכן, אך חלק ניכר מצביע למפלגות המגזריות או "הכמעט מגזריות", והן נתקלו, לפחות בחלקן, בקשיים גם באחוז החסימה הקודם (2% - לא כל שכן עתה. נזכור, אין "חובת אחידות" במגזר הערבי, וישנן דעות שונות בנושאים שונים, ועל כן לכאורה היה מקום לזהירות יתרה בהעלאת אחוז החסימה, שכן גם הרשימה המאוחדת היא צעד של "הגנה עצמית" - והרי אין לראות את כל הערבים כמקשה אחת, כשם שאין כל היהודים כך כל עיקר.

יב. אכן, כותבים מן הציבור הערבי בבטאון ביאן - הערבים בישראל (המכון למחקרי בטחון לאומי, מרכז משה דיין ותכנית קונרד אדנואר), גליון 4, פברואר 2015 (א' רדאי וא' רודניצקי, עורכים) מייחסים להעלאת אחוז החסימה, אך לא רק לו אלא גם לרצון בקרב הציבור הערבי אל מול חילוקי דעות בתוך המפלגות הערביות – את הקמת הרשימה המשותפת; ראו מאמריהם של נוהאד עלי, ודיע עואודה ומנאל חריב שם. בסופו של יום קמה לכבוד הבחירות הרשימה המשותפת, אף שיש שהביעו חשש שהקמתה "תחזק את הדעה הקדומה שכל הערבים חד הם" (מובא תוך ביקורת על ידי נוהאד עלי שם, בעמ' 5).

100-דבר

יג. כאמור, כשלעצמי סבורני כי נושא אחוז החסימה מצריך ויצריך זהירות ותשומת-לב רבה, כמו כל פרשת השויון לערבים (ראו רשימותי "על השויון לערבים בישראל" ו"המדינה וערביי ישראל: המאבק לשויון במסגרת מדינה יהודית, דמוקרטית ומיוסרת", בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 278, 293); ונזכור כי המחוקק מבקש לקדם ייצוג הולם למיעוטים (ראו למשל סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959; סעיף 18א(1) לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975).

יד. בטרם סיום אציין, כי העובדה שבמדינות מסוימות אחוז החסימה גבוה יותר מזה שנקבע אצלנו עתה ובתי המשפט לא התערבו בו (פסקה 53 לחוות דעת הנשיא

