

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 3166/14  
בג"ץ 4857/14  
קבוע לדין 28.12.14**

**יהודה גוטמן**  
על ידי ב"כ עוה"ד מור מלק ואח'  
ת.ד 50439, ירושלים  
טלפון: 054-4416884; פקס': 02-5389915  
[dumhdumh@walla.co.il](mailto:dumhdumh@walla.co.il)

**העותר בבג"ץ 3166/14**

**אליהו דוד משולמי, בעצמו**  
איתמר 18, ד.נ. לב השומרון 44834

**העותר בבג"ץ 4857/14**

**נ ג ד**

**1. היועץ המשפטי לממשלה**  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466590; פקס': 02-6467011

**2. הכנסת**  
על ידי הלשכה המשפטית בכנסת  
משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים 91950  
טלפון: 02-6753132; פקס': 02-6753495

**ה מ ש י ב י ם**

**כתב תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' הנשיא א' גרוניס) מיום 10.12.14, ולקראת מועד הדיון המאוחד הקבוע בעתירות שבכותרת, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה (להלן: **המשיב**) להגיש כתב תשובה מטעמו, כדלקמן.
2. עניינן של העתירות שבכותרת בבקשת העותרים, כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטול תיקון מספר 62 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: **החוק**), וזאת לעניין העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת מ-2 אחוזים ל-3.25 אחוזים.
3. המשיב יטען כי דין העתירות להידחות, שכן לא עלה בידי העותרים להוכיח שהתיקון האמור טומן בחובו פגיעה בלתי חוקתית המצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד. כל זאת, נוכח העובדה כי טענות העותרים נשענות בעיקרן על הנחות והשערות; כמו-גם בשים לב למתחם החוקתיות הרחב השמור למחוקק בעיצובם של הסדרים משטריים, בכגון דא.
4. בטרם נעמוד על הנימוקים לדחיית העתירות בהרחבה, נפנה לסקירה תמציתית של ההיסטוריה החקיקתית הדרושה לעניינו.

### רקע כללי – אחוז חסימה, מהו?

5. כידוע, בכל שיטה פרלמנטרית קיים אחוז חסימה "טבעי" הנגזר ממספר המושבים בפרלמנט, אשר מגדיר את מינימום הקולות הנדרש לצורך זכייה במושב בפרלמנט. בכנסת ישראל, המונה 120 מושבים, אחוז החסימה הטבעי עומד על כ-0.83%. לפיכך, בהעדר כל מגבלה על מספר הרשימות העשויות להיבחר לכנסת, תיבחרנה רק המפלגות אשר יגרפו שיעור גבוה מ-0.83% מן הקולות הכשרים.
6. ככלל, אחוז החסימה הטבעי לבדו איננו מספיק על-מנת לאזן נאמנה בין הרצון לייצג באופן מדויק את התפלגות הדעות בציבור, לבין הרצון לאפשר למנגנונים הדמוקרטיים הנבחרים - הממשלה והכנסת בראשם - לקבל החלטות וליישמן באופן אפקטיבי (ראו, לדוגמה: אמנון רובינשטיין **דמוקרטיה ומשילות**, הפרקליט נ', 315, 318 (2008)). במשך השנים, ובמקביל להתפתחויות הפוליטיות בשיח הציבורי, גבר הצורך בהעלאת אחוז החסימה בישראל, באופן שישמר את האיזון הראוי בין עיקרון הייצוגיות בבחירות לכנסת, לבין מידת המשילות הדרושה לשם עבודת הכנסת והממשלה. כך, עד שנת 1992 עמד אחוז החסימה בישראל על שיעור של 1% מכלל קולות הבוחרים הכשרים; בין השנים 1992-2003 עמד אחוז החסימה על שיעור של 1.5%; ובשנת 2004 הועלה אחוז החסימה לשיעור של 2% מקולות הבוחרים.

כאן המקום לציין, כי עתירה קודמת שהוגשה נגד העלאת אחוז החסימה מ-1.5% ל-2% נמחקה על ידי בית המשפט הנכבד, בתום דיון במסגרתו המליץ המותב הנכבד לעותר דשם לחזור בו מעתירתו (בג"ץ 11726/05 גוטמן נ' ועדת הבחירות (פורסם באתר הרשות השופטת, 9.2.06).

כפי שניווכח להלן, התיקון מושא העתירות אינו אלא חוליה הדרגתית נוספת בהתפתחותה של חקיקת הכנסת בעניין אחוז החסימה. התפתחות המבקשת להגיב למציאות המשטרית הנוכחית ולהתאים לאורה את נקודת האיזון בין עקרון הייצוגיות לבין עקרון המשילות.

7. ואכן, ביום 30.7.13 פורסמה הצעת חוק של חברי הכנסת מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט - היא הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 61) (העלאת אחוז החסימה והגברת המשילות) (הצעות חוק הכנסת 515 - כ"ג באב התשע"ג 30.7.13). הצעת חוק זו ביקשה, בין היתר, לקבוע את שיעור אחוז החסימה על 4% מקולות הבוחרים. יצוין, כי מדובר בנוזמת חקיקה פרטית שמקורה בשתי הצעת חוק פרטיות אשר הונחו על שולחן הכנסת לדיון מוקדם: הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - הגברת המשילות והעלאת אחוז החסימה) פ/1160 של ח"כ דוד רותם וח"כים נוספים; וכן הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - שינוי שיטת הממשל), הצעת חוק פ/1402 של ח"כ רוני הופמן.

8. למען שלמות התמונה, יצוין עוד כי הצעות חוק אלו מוזגו לכדי הצעת חוק אחת לקראת הקריאה הראשונה, ופוצלו לאחר מכן מחדש לשתי הצעות חוק נפרדות, על מנת להפריד בין תיקון חקיקת היסוד לבין תיקון החקיקה הרגילה. בהצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 61) הנזכרת לעיל נכללו תיקוני החקיקה הרגילה, ובהם כאמור גם ההצעה להעלות את אחוז החסימה.

9. בתום דיון מעמיק אשר נערך בוועדת חוקה, חוק ומשפט, עת הוכנה הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית - ואשר כלל שמיעת חברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית, כמו גם שמיעת מומחים שונים בתחום המשפט ומדע המדינה, וכן הצגת דו"חות מטעם ארגונים שונים - החליטה הוועדה על מספר שינויים בהצעת החוק.

לענייננו, התיקון העיקרי והחשוב עוסק בהפחתת שיעור העלאת אחוז החסימה והעמדתו על 3.25%, במקום 4% כפי שנקבע בהצעת החוק בנוסח שאושר בקריאה ראשונה. ביום 3.3.14 אישרה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת את הצעת החוק על השינויים ששילבה בה. ביום 10.3.14, אישרה מליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את הצעת החוק בנוסח שאושר על ידי ועדת החוקה. החוק כפי שהתקבל בכנסת (חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014, קובע לענייננו כך:

11. בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן – החוק העיקרי), בסעיף 39(א), בהגדרה "היום הקובע", במקום "סעיפים 11(ב), 28(ו) או 29(ו)" יבוא "סעיפים 11(ב) או 29(ו)".

2. בסעיף 81(א) לחוק העיקרי, במקום "מ- 2% שני אחוזים למאה" יבוא "מ- 3.25% (שלושה אחוזים ורבע)". [ההדגשה הוספה]

10. יצוין, כי הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה (ביום 31.7.13) ברוב של 64 תומכים מול 49 מתנגדים ונמנע אחד; בקריאה שנייה ברוב של 67 תומכים בלא מתנגדים ובלא נמנעים ובאותה תוצאה של הקריאה השנייה גם בקריאה שלישית.

11. בחלוף חודשיים מיום קבלת התיקון לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] התשכ"ט-1969 (להלן: החוק), הוגשה העתירה שבכותרת המבקשת להביא לביטולו.

### עמדת המשיב - דין העתירות להידחות

12. המשיב יטען, כי דין העתירות להידחות, שכן לא עלה בידי העותרים להוכיח פגיעה בלתי חוקתית בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ובוודאי לא פגיעה שעוצמתה מצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד על דרך ביטולה של חקיקה ראשית. ובפרט, לא ביטולה של חקיקה ראשית המסדירה עניינים משטריים.

13. כידוע, וכפי שבית המשפט הנכבד חזר ושנה בפסיקתו, על עותר המבקש להביא לביטולה של חקיקה ראשית מונח נטל ראשוני, כבד משקל, להוכיח קיומה של פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. ביסוד פסיקה זו ניצבת מושכלת היסוד החוקתית, לפיה חקיקתה הראשית של הכנסת נהנית מחזקת חוקתיות, ולפיכך רק במקרים יוצאי דופן יתערב בית המשפט הנכבד בחוק של הכנסת, המבטא את רצון נבחריו הדמוקרטיים של הציבור (ראו, לדוגמה: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428-429 (1995); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, (פורסם בנבו, 12.12.05) (להלן: עניין עמותת מחויבות לשלום). היטיב לבטא זאת המשנה לנשיא מ' חשין, בעניין עמותת מחויבות לשלום, עת נדרש לריסון השיפוטי הננקט בהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית כלפי חקיקה ראשית:

"זהיר-זהיר נלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים: בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת... לענייננו – שלא ייאמר, כי בפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במשקל ובמידה כדי כך שמכריעה היא הוראת-חוק מפורשת" (פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; ההדגשה הוספה)

14. כאמור, מנגנון של אחוז חסימה מהווה חסם כניסה להשתתפות במערכת הפוליטית הארצית. לצד אחוז החסימה ניתן למנות חסמי כניסה נוספים, כגון מגבלות הכשרות להתמודדות בבחירות לכנסת, גיל המתמודד או מעמדו האזרחי; החובה להתמודד לכנסת במסגרת מפלגתית בלבד; האיסור על קיום מפלגות גזעניות, או קיום מפלגות השוללות את יסודה היהודי או הדמוקרטי של המדינה; דרישות המימון למפלגות; ועוד.
15. מכלול חסמים אלו, המקובל בכל המדינות הדמוקרטיות המערביות, מתווה את המסגרת החוקית והחוקתית החולשת על ההתמודדות בבחירות לכנסת. לחסמים אלו תכליות מגוונות, ובכללן ניתן למנות את שימור אמון הציבור במשחק הדמוקרטי; מיגור הסיכון מגורמים המבקשים לפגוע בדמוקרטיה באמצעות מנגנוניה; מניעת כשלי שוק ועוד.
- מבין שלל התכליות השונות, מתמקד דיוננו בשתי תכליות מוגדרות המקיימות ביניהן מתח אימננטי: מחד, עקרון הייצוגיות הדמוקרטית, קרי – הרצון כי מגוון הדעות הציבוריות יקבלו את ביטויין ההולם והיחסי בכנסת; ומנגד, עקרון המשילות, קרי – יכולת הכנסת והממשלה לקבל החלטות וליישמן באופן מיטבי לטובת האינטרס הציבורי הרחב.
16. איזון זה בין שני הקצוות הוא שהוביל לאורך השנים להעלאת אחוז החסימה, ולא - כנטען בעתירה בבג"ץ 3166/14 - הניסיון להדיר קולות ודעות מצד זה או אחר של המפה הפוליטית. המשיב ישוב וידגיש, כי העלאתו המתונה של אחוז החסימה משקפת הליך חקיקתי מעמיק, משתף ומקצועי, בנוכחות חברי כנסת מכל קצוות המערכת הפוליטית. כאמור, במסגרת ישיבות ועדת חוקה, חוק ומשפט הוצגו דוחות מטעם ארגונים וגופים שונים, כמו גם חוות-דעת מומחים בתחומי הסוציולוגיה, מדע המדינה, המשפט הציבורי ועוד. יוער עתה, ולכך עוד נדרש בהמשך, כי חלק מן הדוחות שהוצגו מטעם חברי הכנסת שהתנגדו לחקיקת התיקון, דווקא גילו שהחוק עתיד להעלות את שיעור השתתפות הציבור הערבי בבחירות לכנסת, ולא להדירו כנטען בעתירה בבג"ץ 3166/14.
17. בסיום הליך החקיקה, ואחר שקילת מכלול עמדות המשתתפים, עודכנה הצעת החוק המקורית והוחלט להעמיד את אחוז החסימה על 3.25% ולא על 4%. בעשותה כן, הבהירה כנסת ישראל, כי אחוז חסימה של 3.25% מהווה לשיטתה את נקודת האיזון הראויה, בעת הנוכחית, בין צרכיה של המערכת הפרלמנטרית והממשלתית למשול, מחד גיסא; לבין הצורך לאפשר ייצוג רחב של מגוון הדעות בציבור, מאידך גיסא.
18. משאמרנו זאת, פנויה הדרך לבחון האם עלה בידי העותרים להרים את הנטל להוכחת קיומה של פגיעה מהותית, יסודית ועמוקה שיש בה, כלשונו של המשנה לנשיא חשין, להכריע הוראת-חוק מפורשת.

### פגיעת החוק בהוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת – האמנם?

19. מקריאת העתירה בבג"ץ 3166/14 עולה כי שתי טענות עיקריות בפי העותר כנגד העלאת אחוז החסימה. על פי הטענה **הראשונה**, העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25% תוביל ל"הדרת אוכלוסיות מהכנסת, ובעיקר המגזר הערבי". על פי הטענה **השנייה**, העלאת אחוז החסימה תפגע ביכולתן של מפלגות חדשות להיבחר לכנסת ובכך תקטין את הגיוון בקרב המפלגות המתמודדות לכנסת, וביניהן המפלגות הערביות. פגיעות אלו עולות, לטענת העותר, כדי הפרת הוראותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. העתירה בבג"ץ 4587/14 אינה ממקדת טיעוניה במישור הפגיעה, אלא דווקא במישור שיקולי המדיניות החולשים על דיני הבחירות ובהם שיעור אחוז החסימה המתאים. לכן נמקד מבטנו, במישור זה של הדיון, בטענות העותר בבג"ץ 3166/14.

20. המשיב יטען כי דין טענות אלו להידחות, כבר בשלב ניתוח הפגיעה הנטענת בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. כל זאת, הואיל והעתירה כלל אינה מגובה בתשתית עובדתית מספקת היכולה לשאת את הסעד המבוקש בה - ביטול חקיקה ראשית של הכנסת.

הילוך הטיעון יהיה כדלקמן: ראשית, המשיב יטען, כי לא עלה בידי העותרים להרים את נטל ההוכחה הראשוני הרובץ לפתחם להוכחת פגיעה בעיקרון השוויון או בעיקרון היחסיות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.

בהמשך הדיון, המשיב יטען, כי אפילו אם נניח לטובת העותר שעצם שינוי הדין טומן בחובו פגיעה מסוימת בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הרי שלא עלה בידי העותר להוכיח שעסקינן בפגיעה הנושאת עמה מטען סגולי בלתי חוקתי, במידה ובהיקף המצדיקים את התערבותו החוקתית של בית המשפט הנכבד.

21. כאמור, העותר בבג"ץ 3166/14 מבקש לטעון כי העלאת אחוז החסימה תוביל למצב בו ייצוגו של המיעוט הערבי בכנסת ייפגע, ובכך יופרו הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בדבר בחירות שוויוניות. המשיב יטען, כי טענה זו נטענת מבלי שהעותר מבסס את טענתו לפיה העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%, תדיר את מספר נציגיו הנבחרים של המיעוט הערבי בכנסת. כפי שיוצג מיד, לא בכדי כשל העותר במלאכה זו, שכן העלאת אחוז החסימה איננה פוגעת, הלכה למעשה, ביכולת ההשתתפות של הציבור הערבי בבחירות, ובוודאי שאינה מובילה להדרתו.

22. על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, המיעוט הערבי בישראל מהווה כ-20% מאוכלוסיית המדינה.<sup>1</sup> מאחר שכנסת ישראל מכילה 120 מושבים המתורגמים ל-120 מנדטים, כוחו האלקטוראלי הפוטנציאלי של המיעוט הערבי עומד על כ-24 מנדטים. בצד זאת, ואם לסתמך על נתוני הבחירות לכנסת ה-19 על-פי מחקרו של פרופ' סמוחה עליו נרחיב מיד, אזי מתוך כלל 5,656,705 בעלי זכות הבחירה בישראל נמנו כ-800,000 בעלי זכות בחירה ערבים, שמהווים 14.14%. משמעות אחוז חסימה ששיעורו 3.25% היא, כי כל מפלגה המבקשת להיכנס לכנסת צריכה לזכות לפחות ב-3.9 מנדטים.

**מכאן שלאחר התיקון לחוק, עומדת לציבור הערבי, היכולת להלכה לבחור לכנסת בין 3-4 מפלגות.** אפילו אם נניח כי לבסוף תתאחדנה חלק מהמפלגות לכדי רשימות משותפות, העותר כלל לא הסביר – ממילא, לא הוכיח – מדוע הדבר מהווה פגיעה בייצוג המיעוט הערבי. כאן המקום להדגיש, **כי בכל מערכות הבחירות לכנסת שנערכו עד היום, התמודדו עד כה לכנסת במקביל לא יותר מחמש רשימות ערביות, וזאת אפילו כאשר אחוז החסימה עמד על 1% שהינו קרוב בשיעורו לאחוז החסימה הטבעי (0.83%), באופן שאיפשר התמודדות של יותר רשימות.**

23. זאת ועוד; לכל מובן, כי שינויים בהסדרי ההשתתפות בבחירות בכלל, ושינוי אחוז החסימה בפרט, משפיעים על התנהגות השחקנים הרלוונטיים – הרשימות המתמודדות מזה, וציבור הבוחרים מזה.

כפי שהדגימו פרופ' סמוחה ושותפיו למחקר פרופ' גאנס וד"ר עלי (המחקר הוצג בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט (ביום 10.2.13), על-פי הזמנתו של ח"כ דב חנין - ממתנגדי החקיקה להעלאת אחוז החסימה), החקיקה דן עשויה **להגדיל את השתתפות המיעוט הערבי בבחירות ולהבטיח ייצוג משמעותי יותר עבורו.** כל זאת, מכיוון שהעלאת רף הכניסה לכנסת תוביל את הרשימות המתמודדות לדבוק במשותף להן, ולרוץ יחדיו במסגרת סיעה מאוחדת. על-פי המחקר, ההבדלים העקרוניים בין הזרמים המשתקפים בהתפלגות הרשימות הערביות אינם גדולים. לפיכך, פרופ' סמוחה ושותפיו למחקר סבורים, כי המצביע הממוצע במגזר הערבי **זווקא יבכר להעניק את קולו לרשימה מאוחדת,** על-פני הצבעה למפלגה סקטוריאלית שסיכוייה להוות פקטור משמעותי במערכת הפוליטית הישראלית נמוכים.

יוער, כי במהלך הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט הבהיר פרופ' סמוחה שממצאיו מבוססים על סקרים שערכו בקרב מצביעים מן המגזר הערבי בעשר השנים האחרונות.

<sup>1</sup> [http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ\\_shnaton.html?num\\_tab=st02\\_01&CYear=2013](http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ_shnaton.html?num_tab=st02_01&CYear=2013)

24. בראי אחוזי ההצבעה הנמוכים, פרופ' סמוחה ושותפיו למחקר מסכמים, כי העלאת אחוז החסימה לא רק שלא תפגע בייצוג המיעוט הערבי, אלא היא אף צפויה להיטיב עמו באופן הבא. לאחר שינוי החקיקה, רשימות ערביות המעוניינות להשיא את סיכוייהן להיכנס לכנסת תתאחדנה; הרשימה המאוחדת תמשוך קולות מצביעים רבים יותר, לאור סיכוייה המשופרים להשפיע על המערכת הפרלמנטרית הישראלית; ומשכך – הן אחוז ההצבעה בקרב הציבור הערבי והן מידת ייצוגו בפרלמנט, דה-פקטו, יגדלו. עוד הוצג, כי הצבעתו הכנה של המצביע מן המגזר הערבי לא תיפגע, לאור האפשרות לגשר על הבדלי האידיאולוגיה, לשיטת סמוחה ושותפיו למחקר; ומאחר שהיכולת להעמיד מפלגות נוספות שתתמודדנה בבחירות מטעם הציבור הערבי נותרה בעינה. כך, למשל, תואר במחקר כי "בבחירות האחרונות המפלגה הערבית הדמוקרטית (רע"מ) רצה עם התנועה הערבית לשינוי (תע"ל) והתנועה האסלמית ברשימה מאוחדת (רע"מ-תע"ל); תע"ל רצה בעבר עם החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון (חד"ש), ברית לאומית דמוקרטית (בל"ד) ורע"מ; ובל"ד התחילה את דרכה במערך עם חד"ש". לפיכך, מסקנת המחקר היא כי העלאת אחוז החסימה איננה גוררת את הדרתו של המיעוט הערבי – או כל קבוצת מיעוט אחרת – מבית המחוקקים אלא דווקא מיטיבה עמו. מכאן, תמיכתם בהעלאת אחוז החסימה כך שיקבע על 5%-3%.

אם התעכבנו על מחקר זה, אין זאת אלא כדי להדגיש את ביסוסה העובדתי החסר של העתירה בבג"ץ 3166/14 ואת הספקולטיביות הרבה הטמונה בטענותיה.

צילום נייר העמדה של פרופ' סמוחה שהוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט, מיום 10.2.13, מצורף ומסומן מש/1.

25. העותר מבקש להקשות בעתירתו ולטעון, כי העובדה שמפלגות ערביות מסוימות לא היו נכנסות לכנסת האחרונה - לו היה מופעל אחוז חסימה בשיעור של 3.25% - משמעה כי התיקון לחוק מפר בהכרח את העקרונות הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. דין טיעון גורף זה להידחות.

המשיב יטען, כי טענה זו נשענת על ההנחה השגויה, לפיה כלל השחקנים שהשתתפו בבחירות האחרונות לכנסת היו נוהגים בדיוק באופן בו נהגו עובר לבחירות, על אף שבפניהם היה ניצב אחוז חסימה שונה, ובענייננו גבוה יותר. כפי שראינו, הנחה זו - כשמה כן היא - הנחה בלבד. ברי, כי שינוי כל נורמה מביא גם לשינוי התנהגותם של מושאי הנורמה, והרי זו תכליתה היסודית של הנורמה. כלום עלה בידי העותר להוכיח כי השלכותיה של העלאת אחוז החסימה מובילות לחדרת המיעוט הערבי מכנסת ישראל? על כך המשיב ישיב בשלילה. יתרה מזאת; דווקא מחקר שדה שנערך על-מנת לאמוד את תוצאות שינויה של הנורמה שולל את טיעונו של העותר. ונזכיר, אין המדובר במחקר שדה מוזמן מטעם יוזמי החקיקה, כי אם מחקר שדה שהובא והוצג בוועדת חוקה, חוק ומשפט מטעם מתנגדי החקיקה.



26. אשר-על-כן, המשיב סבור כי בין אם נבחן את היכולת של המיעוט הערבי לזכות בייצוג בכנסת מבחינת חלקו באוכלוסיה הכללית; ובין אם נבחן את השינויים הצפויים בדינמיקה הפוליטית-מפלגתית בתוך המגזר הערבי – הרי שלא עלה בידי העותר בבג"ץ 3166/14 להוכיח כי ייצוג המגזר הערבי בכנסת ישראל עתיד להיפגע מהעלאת אחוז החסימה. משכך, דין טענות העותר במישור זה, להידחות.
27. טענתו השנייה של העותר היא כי משמעותו המעשית של החוק הינה ש"מפלגה שלא תזכה בארבעה מנדטים, לא תוכל להיבחר לכנסת, וקולותיהם של הבוחרים שהצביעו עבורה, ילכו לאבדון". על יסוד טענה זו, העותר מסיק כי התיקון "פוגע ללא כל ספק, בהוראת חוק יסוד: הכנסת".
28. המשיב יטען, כי קביעת העותר שהתיקון פוגע "ללא כל ספק" בהוראות חוק היסוד, איננה מהווה תחליף לטיעון משפטי סדור, אשר יבהיר באופן מדויק את **מהות הפגיעה ועוצמתה**.
- לעניין זה, המשיב ידגיש כי קביעת כל אחוז חסימה שהוא, מעצם טיבו של מנגנון אחוז החסימה, משמיעה כי למפלגה החדשה יהא קשה יותר להתמודד בבחירות, מאשר במצב שבו המערכת הפוליטית קובעת את אחוז החסימה על אחוז החסימה הטבעי. אכן, זו מהותו של אחוז חסימה המבקש לאזן נאמנה בין צרכי המשילות לבין עקרון הייצוגיות.
29. הווה אומר, טענתו של העותר בדבר פגיעת החוק בשוויוניות וביחסיות הבחירות נכונה ותקפה היא במידה שווה ביחס לקיומו של כל אחוז חסימה – מבלי שהעותר מתייחס **למידת ההעלאה הקונקרטיית** שנערכה בחוק מושא העתירות, קרי, העלאה מ- 2% ל- 3.25%. טענותיו של העותר ביחס לפגיעה הקונקרטיית נותרות כלליות בלבד.
30. מן המקובץ עולה, כי שתי טענותיו של העותר אינן מצליחות להוכיח פגיעה ממשית וקונקרטיית בהוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.
- על יסוד האמור עד כה, המשיב יטען כי גם דין יתר טענותיו של העותר לפגיעה בזכות לשוויון, כנגזרת של הזכות לכבוד, להידחות. המשיב סבור, כי אין בקביעת אחוז החסימה על 3.25% משום פגיעה המגיעה לכדי פגיעה בכבוד האדם. לפיכך, אין בפנינו פגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
31. אף אם נהיה מוכנים להניח כי העותר עמד בנטל לבסס פגיעה חוקתית בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בשל עצם שינוי אחוז החסימה והעלאתו המתונה ל-3.25%, המשיב יטען כי פגיעה זו עומדת בדרישות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. כל זאת, **שכן הצעת החוק אושרה בכל אחת משלוש הקריאות ברוב חברי הכנסת, ובכך קיימה את דרישת המחוקק-המכונן לפיה אין לשנות מסעיף זה - ובכלל זה לפגוע בו - "אלא ברוב של חברי הכנסת"**.

ראו למשל: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 700 מול האות [ד] (1969); בג"ץ 142/89 תנועת לאור - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 538 ו-540 (1990); ע"א 681/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 275, 221 ו-402 (1995).

32. העותר הרבה בעתירתו לטעון, כי פגיעת החוק הנגרמת בשל העלאת אחוז החסימה ל-3.25% אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. מבלי לנקוט עמדה בשאלה האם חוק שפוגע בהוראות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ואשר תוקק ברוב מיוחד של 61 חברי כנסת, נדרש גם לעמוד בדרישות של פסקת הגבלה שיפוטית; המשיב יטען כי החוק מושא העתירות צולח את פסקת ההגבלה, על כלל תנאיה. לכך נפנה כעת.

### בחינת הפגיעה הנטענת בראי פסקת ההגבלה

33. הלכה היא, כי מקום בו דבר חקיקה פוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק, על החוק הפוגע לעמוד במבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה (ראו בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). פסקת הגבלה זו משמיעה אותנו כי הזכויות החוקתיות אינן זכויות מוחלטות, כי אם יחסיות בלבד, כך שניתן להסיגן אל מול אינטרסים חברתיים נוגדים אחרים.

המשיב יטען, כי החקיקה שלפנינו נחקקה לתכלית ראויה, היא הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והיא מידתית על-פי כל שלושת מבחני המשנה של עקרון המידתיות. מאחר שהעותר ריכז טענותיו בשאלת תכלית החוק ומידתיותו, נמקד אף אנו את טיעוננו בשאלות האמורות.

### מבחן תכלית החקיקה

34. המשיב יטען, כי מטרת התיקון לחוק היא הגברת משילותה של הכנסת והממשלה וחיזוק היציבות הקואליציונית. כידוע, מבנה המשטר הפוליטי בישראל מבוסס על דמוקרטיה רב-מפלגתית, בה מפלגות רבות מתמודדות על מקומן בכנסת. מתוך כלל המפלגות המתמודדות לבחירות נבחרות רק אלו שחצו את אחוז החסימה, ומתוכן מורכבת הממשלה על-פי ההליך הקבוע בחוק יסוד: הממשלה. עידוד רשימות קטנות מאוד לאחד כוחות מזה, והרצון לחזק מפלגות גדולות, מזה, עתיד לתרום לחיזוק יכולת המשילות של הממשלה והכנסת, ועל כן עסקינן בחקיקה שנועדה לתכלית ראויה.

35. וכך נכתב, בהקשר זה, בדברי ההסבר להצעת החוק :

"שיטת הבחירות בישראל היא יחסית-ארצית. סעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] התשכ"ט-1969 (להלן – חוק הבחירות לכנסת), קובע אחוז חסימה של 2%. תכלית אחוז החסימה היא לצמצם את מספר המפלגות המיוצגות בכנסת, על ידי מניעת ייצוג ממפלגות קטנות ביותר ועידודן להתאחד ברשימה אחת, וכן הגברת כוחן של מפלגות גדולות [...] לפיכך, מוצע להעלות את אחוז החסימה [...] במטרה לעודד איחוד מפלגות תוך מציאת המכנה המשותף בין קבוצות אוכלוסיה שונות, ובלי לפגוע פגיעה יתרה בייצוגיות של קבוצות אלה. יצוין כי לפי דיני ההתפלגויות יכולות כמה מפלגות להתמודד ברשימה אחת ולהישאר מפלגות נפרדות בכנסת, ובלבד שהודיעו על כך מראש לוועדת הבחירות המרכזית. (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 61) (הצעות חוק הכנסת, 515, כ"ג באב התשע"ג, 30.7.2013))

36. וכך נכתב לענייננו, בדו"ח מטעם הנציבות האירופית לדמוקרטיה באמצעות חוק (ועדת ונציה), אשר נערך עבור המועצה האירופית לבחירות דמוקרטיות (11.3.10) (להלן: דו"ח ועדת ונציה):

"If the justification for a minimum threshold is to avoid excessive fragmentation and secure a reasonably well-structured parliament, thus making it easier to form a government, **a national threshold is the logical approach and this is the one that is most frequently used.**"

[עמ' 5 לדו"ח ועדת ונציה; ההדגשה הוספה].

צילום דו"ח ועדת ונציה מצורף ומסומן מש/2.

37. על רקע האמור לעיל, יש לדחות את טענות העותר, כי תכלית החקיקה היא להדיר קבוצות מיעוט מן המשחק הפוליטי, וביתר-שאת כן, שעה שלא עלה בידי העותר להניח כל תשתית עובדתית לתמיכתו את הטענה האמורה.

38. כידוע, תכלית חברתית תהא ראויה אם זו נועדה "להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדםן" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר, תק-על 2009(4) (2009), בפסקה 25 לפסק דינה של כבי הנשיאה ביניש).

בהעמידנו הלכה זו לנגד עינינו, המשיב יטען כי הגברת יכולת התפקוד והמשילות של הממשלה והכנסת הינה תכלית חברתית ראויה, ולפיכך דין טענות העותר במישור זה להידחות.

עיקרון המידתיותמבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי בין אמצעי למטרה

39. כידוע, מבחן המשנה הראשון של עיקרון המידתיות נועד לבחון את קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי המועגן בחוק לבין תכליתו של החוק. על פי ההלכה הפסוקה, מבחן הקשר הרציונאלי איננו דורש הוכחה מוחלטת של הגשמת מלוא התכלית החקיקתית, אלא ניתן להסתפק בכך שהאמצעי שנבחר יקיים קשר הגיוני להגשמת חלק שאינו זניח מן המטרה או התוצאה המבוקשות. וכך קבע בית המשפט הנכבד בהקשר זה, בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.02.12):

"ההסדר המוצע בחוק, מבקש לנקות מעברם של אלה את כתם הפלילות שדבק בהם, ובכך מבטא קשר רציונאלי עם רצון המחוקק להושיט יד מפייסת לקבוצה זאת, מתוך ראייה שבכך יהיה כדי לקדם הליך של ריפוי הטראומה ופתיחת דף חדש ביחסיהם עם המדינה והחברה בישראל. שאלה אחרת, ונפרדת, נוגעת לפוטנציאל הגשמתה של התכלית עקב השימוש באמצעי שנבחר. בסוגיה זו איננו נדרשים להכריע, שכן כידוע, אין דרישה כי האמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה, ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונאלי (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 377 (2010), עניין בחורי הישיבות, עמ' 706). מעבר לכך, יש לזכור כי עסקינן בסוגיות חברתיות מורכבות, שקשה להצביע על הסתברות סטטיסטית כזאת או אחרת להתממשותם. ממילא אין זה מתפקידנו לערוך הסתברויות מסוג זה. ניתן רק לקבוע כי בנסיבות העניין יש בהסדר שנקבע בחוק פוטנציאל להגשמת התכלית האמורה. פרט לכך, אין להקל ראש במשמעויותיו הדקלרטיביות של החוק, שכלל אין ניתן לאמוד את פוטנציאל מימושו. נוכח האמור, מצאנו כי החוק מקיים את מבחן המידתיות הראשון" [ההדגשה הוספה].

40. לשיטת המשיב, העלאת אחוז החסימה צפויה להוביל להגדלת יכולת משילותה של הממשלה ולהגברת יציבות הקואליציה באמצעות יצירת תמריץ להיווצרותם של גושי מפלגות גדולים יותר, מבלי לפגוע פגיעה עודפת ביכולתן של קבוצות מיעוט להיכנס למשחק הפוליטי - ונסביר. העלאת אחוז החסימה מגבירה את התמריץ של מפלגות סקטוראליות לרוץ ברשימה משותפת, ולאחר מכן ליצור גושי מפלגות. כך לדוגמה, העלאת אחוז החסימה מ- 1.5% ל- 2%, עובר לבחירות לכנסת ה-17 (אשר נערכו בשנת 2007), הובילה לאיחוד הרשימה הערבית המאוחדת (רע"מ) עם התנועה הערבית להתחדשות (תע"ל) והמפלגה הערבית הדמוקרטית (מד"ע), למפלגה אחת - רע"מ-תע"ל - אשר מתמודדת במשותף מאז.

41. לאור האמור לעיל, המשיב יטען כי התיקון לחוק צולח את מבחן-המשנה הראשון של עיקרון המידתיות, שכן מתקיים קשר רציונאלי בין העלאת אחוז החסימה ל-3.25% לבין הגברת המשילות וחיזוק יציבותה של הממשלה. למצער, קיים פוטנציאל משמעותי שהחוק אכן יגשים את תכליתו, וכפי שנקבע בפרשת ניר, די בכך כדי לצלוח את מבחן המשנה הראשון של עיקרון המידתיות.

מידתיות – מבחן המשנה השני: אמצעי שפגיעתו פחותה

42. עניינו של מבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות עוסק בבחינת השאלה האם פגיעתו של האמצעי שנבחר אינה עולה על הנדרש לשם הגשמת תכלית החקיקה. על-פי מבחן המשנה השני של המידתיות, על המחוקק לבחור באמצעי המגשים את תכלית החקיקה תוך פגיעה מועטה ככל הניתן בזכות החוקתית. עם זאת, פסיקת בית המשפט הנכבד הדגישה, בהקשרים רבים ושונים, כי למחוקק נתון מרחב תמרון חוקתי, במסגרתו מספר אמצעים שונים עשויים להגשים מידות שונות של התכלית שהוגדרה.

43. משמעות הדבר, כך מורה אותנו פסיקת בית המשפט הנכבד, כי המחוקק אינו חייב לבחור באמצעי הכי פחות פוגעני, אם זה איננו מגשים את מלוא תכלית החקיקה. וכך נקבע בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 4.12.02) (להלן: **עניין מנחם**):

"מבחן המשנה השני קובע כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית ייחשב מידתי אם לא ניתן להשיג את תכלית החוק על-ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכות האדם קטנה יותר.

[...]

"ודוק, הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מיתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו וימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם והוא בלתי מידתי באופן ברור" [פסקה 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז), ד' ביניש; ההדגשה הוספה]

44. בענייננו, לשם הגשמת תכלית הגברת המשילות והקטנת הפרגמנטציה הפרלמנטרית, נבחר אמצעי של העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%. המשיב יטען, כי העלאה מתונה זו מקיימת את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשני מובנים עיקריים.

**ראשית**, הצעת החוק המקורית ביקשה להעמיד את אחוז החסימה על שיעור של 4%, ובעקבות דיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט, מצאה הכנסת להפחית שיעור העלאה זה ולהסתפק בהעלאה מתונה יותר, כך שאחוז החסימה יהיה 3.25%.

שיעור העלאה מתון זה מקטין את החשש מקיומה של השפעה שלילית על קבוצות מיעוט בכלל, ועל קבוצת המיעוט הערבי בפרט, כפי שהודגם לעיל, עת נבחנה שאלת קיומה של פגיעה בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.

**שנית**, "דיני ההתפלגויות", המתירים פיצול מפלגות לאחר מועד הבחירות, נותרו בעינם (לעניין התנאים המתירים למפלגות להתפצל, ראו התנאים הקבועים בסעיף 59 ו-60(א) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, בשילוב הוראת סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת). במובן זה, מושגת תכלית המשילות וחיזוק יציבותה של הקואליציה מחד-גיסא; אך גם מתאפשר פיצול סיעתי עתידי בכל אותם מקרים בהם האיחוד לקראת התמודדות בבחירות לא יבשיל לכדי פשרה פוליטית בת-קיימא, מאידך גיסא. בכך, מקדם האמצעי שנבחר הן את עיקרון המשילות, והן את עיקרון הייצוגיות והפלורליזם הפוליטי בישראל.

45. על יסוד שני רכיבים ממתנים אלו, המשיב יטען כי מרחב התמרון החוקתי השמור לכנסת בבואה לקבוע את אחוז החסימה בבחירות לכנסת הינו רחב; וכי האמצעי שנבחר אינו חורג ממנו כלל ועיקר.

46. המשיב יוסיף ויטען, כי בבואנו לקבוע את גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי, שומה עלינו לתת ביטוי לשיקולים הקונסטיטוציוניים הבאים: הראשון - טיבה וטבעה של החקיקה; השני - הרוב המיוחד במסגרתו אושרה החקיקה.

אשר לטיבה וטבעה של החקיקה, המשיב יטען כי בבואנו לעמוד על היקפו של מרחב התמרון הנתון לכנסת, יש לתת ביטוי לאופיה של החקיקה ככזו שעוסקת בעיצוב הסדריה המשטריים של מדינת ישראל. כפי שבית המשפט הנכבד הכיר בגבולותיו הרחבים של מתחם התמרון החקיקתי בכל הקשור לעיצוב מדיניותה הכלכלית של מדינת ישראל (ראו, למשל, עניין **מנחם**, פסקה 13); כך גם שמור למחוקק מרחב תמרון רחב בבואו לעצב את ההסדרים המשטריים החולשים על אופן פעילותם ועבודתם של מוסדות המדינה השונים. החקיקה המשטרית שלפנינו מצויה בלב הפררוגטיבה המסורה לחברי הכנסת, המבקשים כנבחריו של הציבורי לעצב את "כללי המשחק הדמוקרטיים", תוך מתן ביטוי למאזן הכוחות ולסקלא וטריא הפוליטיים המתקיימים בין כותלי הכנסת.

אשר לרוב המיוחד בו אושר התיקון לחוק, המשיב יטען כי גם בהוראות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת יש כדי להשפיע על מרחב התמרון החוקתי. הווה אומר: אם עלה בידי הכנסת לקיים את המגבלה החוקתית שהוטלה עליה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולהוכיח כי החקיקה מקובלת על מרבית חבריה, אזי גם בכך יש כדי להשפיע על מרחב התמרון החוקתי במסגרתו רשאית הכנסת לחוקק. כרוחב ההסכמה, כך גם גדל מרחב התימרון בו רשאית הכנסת לפעול, בראי מבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות.

47. עוד יבקש המשיב להבהיר, כי אפילו ישנם אמצעים חלופיים להתמודדות עם הצורך לאזן בין עיקרון המשילות לבין עיקרון הייצוגיות; ואפילו עוגנו הסדרים שכאלו במדינות מערביות שונות; הרי שאין בעובדה זו - כשלעצמה - כדי לחייב את הכנסת לבכר הסדר אחד על פני משנהו (ראו אהרן ברק, **מידתיות במשפט** (2010), בעמ' 510-512). העובדה כי במדינה פלונית אומץ הסדר אלמוני אינה גוררת את המסקנה, לפיה אימוץ הסדר שונה במדינתנו משמעה העדר מידתיותו של ההסדר הישראלי שאומץ.

בית המשפט הנכבד הבהיר לא אחת, כי ראוי להיעזר במשפט המשווה וללמוד ממנו השראה, אולם למחוקק הישראלי נתון מרחב תמרון חוקתי פרטיקולארי, הנובע מן הנסיבות וההסדרים הנורמטיביים הייחודיים למדינת ישראל. יפה לענייננו זה קביעתה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 2171/06 **כהן נ' יו"ר הכנסת**, (פורסם בנבו, 29.8.11):

"כאמור, אפשר שראוי היה, למרות הנטל הכבד הכרוך בהשוואת מעמד המדינה לגופים אחרים, להחיל עליה אותם כללים, כפי שנהוג בשיטות משפט שונות המוכרות לנו. העותרים אף היפנו לדין החל במדינות שונות לפיו מתאפשרת בהן הגשת תובענות ייצוגיות נגד המדינה. כאמור, יתכן שיש בכך משום הסדר רצוי בהתחשב ביתרונות התובענה הייצוגית. לצד זאת, יש לזכור כי אל מול החשיבות שבלימוד מן המשפט ההשוואתי "כל מוסד משפטי הוא חלק מסביבתו החברתית, ויש לקיימו על רקע מכלול ההסדרים המשפטיים והחברתיים שבהם הוא צמח" (פרשת א.ש.ת., עמ' 271; אהרן ברק מידתיות במשפט 512-511 (2010)). ברם, כאמור, השאלה הטעונה הכרעה בעתירות שלפנינו אינה עוסקת בתבונת החוק אלא אם קיימת עילת התערבות חוקתית." [שם, פסקה 36; החדגשה הוספה]

48. ויוער, כי מעיון בדו"ח ועדת ונציה עולה כי בחלק ממדינות מערב אירופה עומד אחוז החסימה על שיעור גבוה מזה הנקוט כעת בישראל (ראו עמ' 5 לדו"ח ועדת ונציה).

49. לאור הדברים האמורים, המשיב יטען כי האמצעי שעוגן בחוק - העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25% - מצוי בטבורו של מרחב התמרון החוקתי השמור לכנסת, ואין לומר שהינו "חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם", כהגדרת מבחן זה בפסק הדין בעניין **מנחם**. אשר-על-כן, המשיב יטען כי החוק מקיים אף את מבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות.

מידתיות – מבחן המשנה השלישי (יחס עלות-תועלת)

50. עניינו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות ביחס שבין התועלת הציבורית הצפויה מחקיקת החוק, לבין הפגיעה בזכות החוקתית. המבחן פורש בפסיקה כמבחן ערכי, "המעמיד אלה מול אלה את הערכים המתנגשים ומאזן ביניהם לפי משקלם" (ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, בפס' 69 לפסק דינה של הנשיאה די' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.12)).

מטבע הדברים, מדובר במבחן שמבוסס על אומדן והערכה נורמטיביים, ולא על מדידה ושקילה מדויקת, משל היה לנו עניין בפעולת הישוב אריתמטית.

51. בהבינו זאת, המשיב יטען כי לא עלה בידי העותר לבסס כדבעי פגיעה הנגרמת בעקרונות השוויון והיחסיות בבחירות, ובוודאי שלא עלה בידו לבסס את הטענה כי מדובר בפגיעה משמעותית בעקרונות אלו. המשיב יטען, אפוא, כי בשים לב לשיעור העלאה המתון שננקט, לאחר דיונים ממושכים שליוו את הליך החקיקה; בשים לב למספר המפלגות המייצגות מקדמת דנא את המיעוט הערבי בבחירות לכנסת, שאינו עתיד להיפגע מן השינוי; ובשים לב לאפשרות כי התיקון דווקא יגדיל את שיעורי ההצבעה, תוך שמירת "דיני ההתפלגויות"; אזי הפגיעה לה טוען העותר - אם זו קיימת - מצויה בשולי עקרונות השוויון והיחסיות בבחירות.

52. ואף זאת יש לזכור. בית המשפט הנכבד (כבי' הנשיא א' גרוניס) הורה בהחלטתו מיום 21.9.14 כי "על היועץ המשפטי לכנסת להביא לידיעתן של כל הסיעות את דבר קיומה של העתירה, ועליו לעשות כן עד ליום 2.10.2014. תוך ארבעה ימים לאחר מכן ייאשר היועץ המשפטי כי הדבר אכן בוצע". וכך היה.

והנה, בחלוף חודשיים ימים, וחרף העובדה שסיעות הכנסת הועמדו על דבר קיומה של העתירה, בחרו כל סיעות המשכן להימנע באופן מודע מהגשת עתירה שתבטא לשיטתן את עוצמת פגיעת החוק בעקרונות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.

ואם בכך לא די, הרי שכעת יש ליתן את הדעת לעובדה הבאה. בשונה ממועד מתן החלטתו האמורה של כבי' הנשיא גרוניס ביום 21.9.14, הרי שהיום ניצבים אנו בפני מערכת בחירות חדשה, במסגרתה עתידים להתמודד שחקנים פוליטיים חדשים על מקומם בכנסת. אלא שגם שחקנים פוליטיים אלו - אשר על-פי טענות העותרים עתידים לכאורה להיפגע מתיקון החוק - אינם מגישים עתירה, וזאת חרף הדיון הציבורי הער הנלווה לבחירות הנוכחיות ולעובדה כי הועלה אחוז החסימה.

יוער, כי היום - סמוך לפני הגשת כתב התשובה לבית המשפט הנכבד - התקבלה הודעתו של חבר הכנסת דב חנין, המבקש לראות את חוות הדעת שהוגשה מטעם עדאלה והאגודה לזכויות האזרח כמייצגת את עמדת שלוש הרשימות: חד"ש, בל"ד ורע"מ-תע"ל. יש לתהות על המועד והאופן בו הוגשה הודעה-בקשה זו, ולהביא זאת בחשבון בעת בחינת משקלה.



53. בהקשר זה, נבקש לטעון, כי בעת הערכת עוצמת הפגיעה, יש ליתן משקל לעובדה כי הגופים העיקריים שלכאורה עתידים להיפגע מהחוק לא מצאו לנכון להגיש עתירה בנושא בסמוך לאחר חקיקת החוק; ואף לא לאחר שהיועץ המשפטי לכנסת עדכן אותם בדבר קיום העתירה, כהוראתו של בית משפט הנכבד.

והדבר נכון במיוחד, כאשר לגוף שטוענים לפגיעה בו ישנה נגישות מלאה למידע ולאמצעים הנדרשים לשם הגשת עתירה, כפי שקורה בענייננו בכל הנוגע לסיעות המכהנות היום בכנסת.

לשון אחרת: העובדה כי העותרים העומדים בפני בית המשפט הנכבד בוחרים להשתית את עיקרי טענותיהם על פגיעה במפלגות שלא ראו לנכון לעתור נגד החוק, מהווה נתון חוקתי, מעין-ראייתי, שיש להביאו בחשבון בעת אומדן עוצמת הפגיעה הנטענת. נתון זה יוצר חזקה התומכת בהיות הפגיעה הנטענת בעתירה פחותה מזו הקיימת בעולם המעשה.

54. אשר לכף התועלת העומדת אל מול הפגיעה הנטענת - המשיב יטען, כי העלאת אחוז החסימה טומנת בחובה פוטנציאל רב לטיוב ההליך הדמוקרטי בישראל, להגברת משילותה של הממשלה ולחיזוק יציבותה של הקואליציה. בכל אלו יש כדי להגביר את חוסן ועילותן של המערכת הפרלמנטארית והממשלתית בישראל, וכפועל יוצא מכך את אמון הציבור בהן. התועלת העשויה, אפוא, לצמוח מן החקיקה הינה משמעותית ביותר, ואף אם קשה להציב בצידה משקלות מדויקים בשל טיבו המשטרי של הדיון, הרי שמדובר בתועלת העומדת ביחס ראוי ומידתי לפגיעה הנטענת בעקרונות היסוד המנויים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

55. הנה-כי-כן, המשיב יטען כי התועלות העשויות לצמוח מן החקיקה עולות על חששותיהם הכלליים של העותרים לפגיעתו של החוק בעקרונות המנויים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ומשכך יש לקבוע כי החוק מקיים אף את מבחן המשנה השלישי של עיקרון המידתיות.


## סיכום

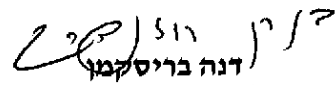
56. נוכח כל האמור לעיל, המשיב יטען, כי דינן של העתירות להידחות. לשיטת המשיב, העתירות דן אינן מניחות בפני בית המשפט הנכבד את התשתית העובדתית והמשפטית ההכרחית לשם הושטת הסעד המבוקש בה - ביטול חקיקה ראשית של כנסת ישראל, בוודאי לא חקיקה משטרית.

57. לשיטת המשיב, לא עלה בידי העותרים להוכיח קיומה של פגיעה בעיקרון השוויון; ואף אם נניח שהוכחה פגיעה כאמור או שנמצאה פגיעה מסוימת בעקרון היחסיות, הרי שהחוק התקבל ברוב המיוחד הנדרש בסעיף 4 ובסעיף 46 לחוק היסוד. משכך אין מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד.
58. מכל מקום, ולמעלה מן הצורך, המשיב יטען כי החוק נחקק לתכלית ראויה ועולה בקנה אחד עם כל אחד משלושת מבחני המשנה של עיקרון המידתיות.
59. סיכומו של עניין - דין העתירות להידחות.

היום, א' בטבת תשע"ה

23 בדצמבר 2014

  
סגן בפרקליטות המדינה

  
סגנית מנהלת מחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה