

המבקשים להצטרף 1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל: כידידי בית המשפט:

כולם ע"י ב"כ עוה"ד נדים שחאדה ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה
ו/או סאוסן זהר ו/או אראם מחאמיד ו/או מאיסאנה מוראני ו/או מונא חדאד
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610, פקס: 04-9503140

וכן ע"י ב"כ עוה"ד עאוני בנא ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור
ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או משכית בנדל ו/או שרונה אליהו-
חי ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רעות כהן ו/או סנא אבן ברי
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

בעניין:

יהודה גוטמן
ע"י עו"ד מור מלק ואח'
ת"ד 50439, ירושלים
טל: 054-4416884, פקס: 02-5389915
dumhdumh@walla.co.il

העותר

- נ ג ד -

1. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

2. הכנסת
ע"י היועץ המשפטי, הכנסת, ירושלים

המשיבים

בקשה להצטרף כידידי בית המשפט (Amicus Curia)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשים להצטרף כידידי בית המשפט לעתירה, ולפרוס בפני בית המשפט את טיעוניהם ביחס לעניין הנדון בה.

ואלה נימוקי הבקשה:

מבוא

ביום 11.3.2014 התקבל תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, שמעלה את אחוז החסימה לבחירות לכנסת מ-2% ל-3.25% (להלן: "התיקון" או "תיקון חוק הבחירות"). אחוז החסימה החדש אמור לחול בפעם הראשונה בבחירות לכנסת העשרים, שאמורות להיערך ביום 17.3.2015. לפי דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק הבחירות, התכלית מאחורי התיקון הינה הגברת המשילות.

חוות דעת זו תתמקד בפגיעה של התיקון בזכות הייצוג של המיעוט הערבי בישראל ובזכותו לשוויון. עד כה התבטא הייצוג הזה במתן הזדמנות לבוחרים הערבים אזרחי מדינת ישראל לבחור ברשימות שונות, המבטאות השקפות פוליטיות וחברתיות שונות ומגוונות. לפי תוצאות הבחירות האחרונות לכנסת התשע-עשרה, הרוב הגדול של הבוחרים הערבים בחר בשלוש רשימות המכהנות היום בכנסת ואשר מייצגות שלושה זרמים פוליטיים שונים בקרב המיעוט הערבי בישראל והן חד"ש, רעם-תע"ל ובל"ד.

כפי שיפורט בבקשה זו, אחוז החסימה החדש עלול לכפות מונוליות כפויה על המיעוט הערבי בישראל. בני ובנות קבוצת המיעוט הערבי לא יוכלו לבחור ברשימות המייצגות את השקפותיהם, אלא רק ברשימה אחידה, שנכפית על המיעוט והמבקשת לייצג את כלל חברי קבוצת המיעוט. מהלך זה עלול להביא להדרת קבוצות שונות מקרב הציבור הערבי, אשר לא ימצאו רשימה שתתמודד לבחירות עם ייצוג ברור להשקפותיהן החברתיות והפוליטיות הבסיסיות.

מכאן שהתיקון פוגע מעל הנדרש בזכויות יסוד מוגנות של הבוחרות והבוחרים הערבים, ובעיקר בזכות לבחור ולהיבחר ובזכות לשוויון.

המבקשים מצטרפים לעמדת העותר לעניין פגיעתו של התיקון בעקרונות הדמוקרטיה ובין היתר בעקרון יחסיות הבחירות לכנסת, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, וכן לעניין האפליה הפסולה שהוא יוצר בין מפלגות. אולם טענות המבקשים במסגרת בקשה זו יתמקדו כאמור בפגיעתו של התיקון בזכותם של הבוחרים הערבים לשוויון במימוש זכותם לבחור לכנסת.

יודגש, כי חוות דעת זו לא תחזור על חלק מהטיעונים שעלו בעתירה כגון נושא חקיקתו של התיקון בניגוד לפסק דין מופז. לעניין זה מצטרפים המבקשים לעמדתו של העותר, שלפיה אין תוקף לתיקון בשל הפגמים החוקתיים שנפלו בהליך החקיקה.

צירוף המבקשים כידיד בית המשפט

המבקשים

1. פעילותם של המבקשים, המתנהלת מזה שנים רבות, יצרה אצלם את הידע והמומחיות הדרושים לצורך בחינת השאלות העקרונית העולות מהעתירה.
2. **עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל** (להלן: "עדאלה") הוא עמותה רשומה הפועלת להגנה על זכויות האדם וזכויות האזרח בישראל. לעדאלה מומחיות במשפט הבינלאומי והמשפט המשווה בסוגיות הנוגעות לזכויות פוליטיות ואזרחיות. עדאלה צבר מומחיות מובהקת בסוגיות שנוגעות לזכות לבחור ולהיבחר ובין היתר ייצג את כל הרשימות הערביות, בל"ד, רע"מ-תע"ל וחד"ש, וכן חלק ממועמדיהן, כמעט בכל מערכת בחירות מאז 1999 בנושא פסילת רשימות ומועמדים לכנסת, הן בפני ועדת הבחירות המרכזית והן בפני בית המשפט העליון (ראו לדוגמא: א"ב 2600/99 **אבנר ארליך נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נג(3) 38 (1999); א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003); ע"ב 561/09 **בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות לכנסת ה-18**, (ניתן ביום 7.3.2011); א"ב 9255/12 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 נ' ח"כ חנין זועבי**, (ניתן ביום 20.8.2013)).
3. **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (להלן: "האגודה") היא עמותה, הפועלת מזה קרוב לארבעים שנים לקידום זכויות האדם בישראל באמצעות ייזום חקיקה, התדיינויות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור. האגודה צברה מומחיות מובהקת בנושא חופש הביטוי הפוליטי והבחירות (ראו לדוגמא: בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16**, פ"ד נז(2) 62 (2003); בג"ץ 236/13 **עוצמה לישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת** (ניתן ביום 15.1.2013)). עם תחילת הדיונים בהצעת החוק נשוא התיקון דן בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הגישה האגודה לחברי הוועדה נייר עמדה שבו הביעה את התנגדותה להעלאת אחוז החסימה מחשש לפגיעה בייצוג המיעוטים בכנסת.
4. המבקשים משמשים לא אחת כ"עותר ציבורי" בהליכים משפטיים בעלי חשיבות ציבורית כללית, ובעיקר בהליכים משפטיים עקרוניים בסוגיות הנוגעות לזכויות אדם חוקתיות. אין זו הפעם הראשונה שבה פונים המבקשים להצטרף כידיד בית משפט בהליכים עקרוניים. בעבר אושרה הצטרפותם של המבקשים יחדיו כידידי בית המשפט בעתירה הדנה בסוגיית שלילת תושבתם של חברי הפרלמנט הפלסטיני תושבי ירושלים המזרחית וזאת במסגרת הדיון בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים**, התלוי ועומד בפני בית משפט נכבד זה.

5. **עמדת הצדדים לעתירה**: עותק מבקשת ההצטרפות הועבר להתייחסות הצדדים לעתירה ביום 21.12.2014 (וטיטה של הבקשה הועברה אליהם ביום 19.12.2014). ב"כ העותר, עו"ד מור מלק, מסכים לצירוף המבקשים כאמור. ב"כ הכנסת, עו"ד גור בליי, הודיע, כי בכוונתו להגיש תשובה נפרדת לבקשה. ב"כ היועמ"ש, עו"ד רן רוזנברג, טרם הגיב לבקשה.

עמדת המבקשים

נקודות המוצא של הדיון

6. זכות הייצוג של מיעוטים לאומיים בפרלמנטים הוכרה ככלי עיקרי למימוש האזרחות השווה הן במשפט הבינלאומי והן בפרקטיקות של מדינות דמוקרטיות ברחבי העולם. ייצוג זה עוגן במנגנונים מיוחדים ושונים, אשר לא הסתפקו בעקרון "קול אחד לכל אחד". כך, למשל, בחלק מהמדינות וביחד עם ההכרה בזכות לבחור ולהיבחר הוכרה גם הזכות לווטו של נציגי המיעוט הלאומי בפרלמנט או הזכות לאוטונומיה טריטוריאלית או תרבותית. מטרתם של מנגנונים אלה היא להבטיח הן את הייצוג האפקטיבי של המיעוט בכללותו והן את הייצוג האפקטיבי של הקבוצות השונות המרכיבות את המיעוט. לאחרונה התפתחה ספרות ענפה בהקשר למעמדו של מיעוט מולדת - homeland minority - המתייחסת לקבוצות שנהפכו מקבוצות רוב לקבוצות של מיעוט כתוצאה מצירופן או סיפוחן אל מדינות קיימות או מדינות חדשות. ספרות זו נשענת על הרציונל של הצהרת האו"ם בדבר זכויות ילידים משנת 2007, ולפיו קיימת חובה להבטיח, ככל שניתן, את מימוש זכויות המיעוט המולדת הן בקבלת ההחלטות הלאומיות והן במימוש זכותו להגדרה עצמית במסגרת המדינה ולא מחוצה לה.

לעניין זה ראו את המחקרים של פרופ' וויל קימליקה, אחד המלומדים המובילים ביותר בחקר תחום זה:

Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford University Press, 1995);

Will Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity* (Oxford University Press, 2007).

7. לצורך הדיון החוקתי כאן, נקודת המוצא של חוות דעת זו נשענת על הניסיון ההיסטורי הישראלי בכל הקשור לייצוג האזרחים הערבים בכנסת החל מהכנסת הראשונה, שנבחרה בינואר 1949. בדיקת חוקתיותו של התיקון הנדון אינה נסמכת על חישובים ארימטיים,

הנוגעים ליחס בין אחוז החסימה הנדון לבין האחוז של האזרחים הערבים מכלל האוכלוסייה בישראל, ואף לא על השוואות של אחוז החסימה הנדון עם גובהו של אחוז זה במדינות אחרות בעולם. הבדיקה החוקתית בדבר מידתיות התיקון תיעשה אך ורק על רקע הניסיון המעשי, הקונקרטי וההיסטורי בדבר מימושה בפועל של זכות הייצוג של האזרחים הערבים בכנסת. כפי שיוסבר בהמשך, הפסיקה של בית המשפט העליון הכירה במבחן התוצאתי הבודק את מימושו בפועל של פרקטיקות לצורך בחינת ההפליה.

8. לצורך החשיבות להבטיח באופן מבני את ייצוגו של המיעוט הערבי בכנסת יודגש, כי המיעוט הערבי בישראל הוא מיעוט לאומי יציב, שאינו צפוי להיטמע בקבוצת הרוב ולהיעלם בתור מיעוט הזוכה לייצוג מגזרי נפרד. בכך הוא שונה ממיעוטים אחרים בישראל, כמו מיעוטים של מהגרים ובכללם, למשל, יוצאי ברית המועצות לשעבר. בהקשר זה יצוין, כי המשפט הישראלי העניק במידה מסוימת מעמד מיוחד למיעוט הערבי בישראל כמיעוט השונה ממיעוטי הגירה אחרים. כך, למשל, הם החוקים הנוגעים למעמד השפות הרשמיות, החינוך בישראל, ייצוג בחברות ממשלתיות ובשירות המדינה וימי המנוחה. בעניין זה מתאימים דבריו של בית המשפט הנכבד, אשר הכיר בשונות בין המיעוט הערבי לקבוצות הגירה שונות בכל הקשור לחובת השימוש בשפה הערבית, וכפי שציין הנשיא ברק: "הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל." (בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 418-419 (2002)).

הבוחרים הערבים – נתונים ומאפיינים

9. התיקון לחוק הבחירות יביא לפגיעה קשה בזכויות אדם מוגנות של הבוחרים הערבים, ובעיקר בזכותם החוקתית לשוויון במימוש זכות הבחירה לכנסת. כדי לעמוד על חומרתה ומהותה של הפגיעה יש צורך להתייחס תחילה למאפייני ההצבעה והמצביאות הפוליטית-חברתית בקרב המיעוט הערבי.

10. המיעוט הערבי בישראל, שמהווה כחמישית מכלל האוכלוסייה, הינו מיעוט לאומי מובהק ואשר בניו ובנותיו משתייכים לשלוש עדות שונות: מוסלמים, נוצרים ודרוזים, והם מנהלים אורח חיים כפרי, עירוני ובדווי עם השקפות פוליטיות וחברתיות שונות: חילונים, דתיים, סוציאליסטים, לאומיים, ליברלים, מסורתיים, לאומנים-שמרנים; חלקם בעד מאבק פרלמנטרי וחלקם נגדו ובעד ההחרמה; חלק בעד פתרון שתי מדינות וחלק אחר בעד פתרון מדינה אחת מהים לנהר או קונפדרציה מדינית.

11. השקפות אלה מוצאות את ביטוין גם במסגרת מפלגות ותנועות פוליטיות שונות, שהגדולות והמרכזיות שבהן מייצגות מזה שנים רבות את ציבור תומכיהן בקרב המיעוט הערבי בכנסת. שלוש הרשימות המרכזיות כיום הן: רע"מ-תע"ל - הרשימה הערבית המאוחדת, אשר מזהה בעיקר עם בוחריו התנועה האיסלאמית ועומד בראשה איש דתי מוסלמי, חד"ש - החזית

הדמוקרטיה לשלום ולשוויון, אשר מבטאת השקפה סוציאליסטית-דמוקרטית על בסיס שותפות יהודית-ערבית ובל"ד - **הברית הלאומית הדמוקרטית**, שמבטאת השקפה לאומית-חילונית על בסיס תפיסה דמוקרטית. הטבלה להלן מציגה את אחוזי הקולות הכללי שקיבלה כל אחת מהמפלגות בחמש מערכות הבחירות האחרונות לכנסת, והדבר יכול לספק אינדיקציה באשר למשקלן ולהתפלגותן של ההשקפות שכל אחת מייצגת בקרב ציבור הבוחרים הערבים:

| רע"מ-תע"ל* | בל"ד | חד"ש | |
|-----------------|-----------------|-----------------|-------------------|
| 3.4% (5 מנדטים) | 1.9% (2 מנדטים) | 2.6% (3 מנדטים) | הכנסת החמש-עשרה |
| 2.1% (2 מנדטים) | 2.3% (3 מנדטים) | 3% (3 מנדטים) | הכנסת השש-עשרה |
| 3% (4 מנדטים) | 2.3% (3 מנדטים) | 2.7% (3 מנדטים) | הכנסת השבע-עשרה |
| 3.4% (4 מנדטים) | 2.5% (3 מנדטים) | 3.3% (4 מנדטים) | הכנסת השמונה-עשרה |
| 3.7% (4 מנדטים) | 2.6% (3 מנדטים) | 3% (4 מנדטים) | הכנסת התשע-עשרה |

*התנועה הערבית להתחדשות (תע"ל) רצה בשתי מערכות הבחירות האחרונות ביחד עם רע"מ. לפני כן, רצה במשותף עם חד"ש ופעם עם בל"ד. מניין לקוחים הנתונים?

הנתונים מתוך אתר הכנסת, "הבחירות לכנסת – תוצאות הבחירות מראשיתן ועד היום";

זמין בקישור: www.main.knesset.gov.il/mk/elections/Pages/default.aspx

12. **וידגש:** שלוש המפלגות הנ"ל מקבלות את תמיכת הרוב המכריע של הציבור הערבי, כאשר במערכות הבחירות האחרונות לכנסת קיבלו שלוש המפלגות הערביות 75%-82% מקולות המצביעים הערבים.

טבלה אודות התפלגות ההצבעה של המיעוט הערבי למפלגות בבחירות לכנסת מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח א'**.

13. באשר לשיעורי ההצבעה הכלליים בקרב המיעוט הערבי בבחירות בכנסת יצוין, כי שיעורים אלה נמצאים במגמת ירידה מתמדת. כך, למשל, השיעור, אשר עמד על 75% בבחירות לכנסת החמש-עשרה, ירד באופן מגמתי לאורך השנים עד ל- 56% בבחירות לכנסת התשע-עשרה. כמובן שלירידה הזאת יש סיבות רבות, אך סיבה אחת מרכזית הינה אי אמון בדמוקרטיה הישראלית והתחושה בקרב האזרחים הערבים שאין להצבעתם באמת השפעה.

טבלה אודות שיעורי ההצבעה לכנסת בקרב המיעוט הערבי מצורפת לבקשה ומסומנת **נספח ב'**.

14. בהקשר זה יצוין עוד, כי מאז קום המדינה ישנם בקרב המיעוט הערבי קולות הקוראים להחרמת הבחירות לכנסת. בשנים האחרונות קולות אלה נענים יותר, כפי שניתן ללמוד

משיעורי ההצבעה ומהטבלה המצורפת. קולות אלה רואים בחברי הכנסת הערבים עלה תאנה להסתרת האפליה הממסדית והשיטתית כלפי המיעוט הערבי, והם מתחזקים לנוכח הטענות בדבר חוסר האפקטיביות של הייצוג הערבי בכנסת והמהלכים הפוגעניים כלפי המפלגות וחברי הכנסת הערבים כמו שלילת זכויות פרלמנטריות וניסיון הרוב בכנסת לפסול רשימות ומועמדים ערבים. למעשה, העלאה של אחוז החסימה בבחירות לכנסת הינה חיזוק משמעותי של קולות אלה.

לדיון מעמיק בנושא ההשתתפות הפוליטית של המיעוט הערבי בישראל ראו :
דליה שינדלין והישאם גיבראן *ההשתתפות הפוליטית של האזרחים הערבים בישראל יוזמות קרן אברהם (נובמבר 2012)* ;
חסן גיבארין *"הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל"* **תיאוריה וביקורת** 42 (אביב 2014) 13, 40-32.

15. לפי הנתונים לעיל יוצא, אם כן, שהתיקון מביא לכך שכל המפלגות הערביות לא עוברות את אחוז החסימה החדש בשתיים מחמש מערכות הבחירות האחרונות (לכנסת השש-עשרה ולכנסת השבע-עשרה). רע"מ-תע"ל עוברת את האחוז החדש בקושי פעמיים מתוך החמש, חד"ש עוברת את אחוז החסימה בקושי פעם אחת ובל"ד לא עוברת באף אחת ממערכות הבחירות האחרונות.

16. במצב דברים זה יהא על כל המפלגות הערביות מההשקפות והזרמים השונים, ולפעמים אפילו המתנגשים, לחבור יחדיו, ולהעמיד בפני הבוחר הערבי אופציה אחת ויחידה שבה הוא אמור לבחור.

תוצאה זו מביאה לפגיעה קשה בזכותם של הבוחרים הערבים לחופש בחירה ובזכותו של המיעוט הערבי להיות מיוצג בכנסת באופן שמבטיח ביטוי של מגוון העמדות וההשקפות בקרב אותם בוחרים, כפי שיפורט להלן.

17. במאמר מוסגר יצוין, כי אם המפלגות הערביות לא יתמודדו בבחירות הקרובות במסגרת רשימה אחת, ואם הן יקבלו תוצאות דומות לתוצאות לאלה שהתקבלו בכנסת האחרונה, ייווצר מצב אבסורדי שבו כמעט שני שלישים מהבוחרים הערבים, שיצביעו למפלגות הערביות לפי השקפת העולם שכל מפלגה מייצגת, קולם לא יישמע ולא ישפיעו בכלל על המפה הפוליטית בישראל. כך, שבמקום לנסות למצוא דרכים לעודד את הציבור הערבי לצאת ולהשתתף בבחירות, התיקון מספק עוד סיבות וצידוקים להימנעות של הציבור הערבי מלהשתתף בבחירות ומחזק את הטענה שאין להצבעתם לכנסת שום ערך.

הפגיעה בזכות לבחור ובזכות לשוויון

18. כל איחוד בין המפלגות הערביות הנובע מהעלאת אחוז החסימה והנובע מהחשש של המפלגות הערביות שלא יעברו אותו, פוגע בבחור הערבי ובקבוצות שונות במיעוט הערבי. תוצאה זו

תוביל לכך שאנשים שברצונם להצביע יצביעו בעל כורחם למפלגות או לזרמים שאינם מזדהים עמם ולו במעט.

19. כך, למשל, בוחר או בוחרת שבחרים בחד"ש כי חד"ש מגדירה את עצמה כמפלגה ערבית-יהודית ודוגלת בשותפות דו-לאומית, ייפגעו כאשר הרשימה המאוחדת לא תכיל יהודים במקומות ריאליים או כאשר היא תכלול רק מועמד יהודי מתוך רשימה ארוכה של מועמדים ערבים; מי שבחר להצביע למפלגה לאומית-חילונית או מי שמצביע לבל"ד מהסיבה שיש אישה פמיניסטית בין מועמדיה, יתקשה לבחור ברשימה אחת שיש בה גם מועמדים בעלי השקפות אסלאמיות מסורתיות; בעלי השקפות עולם אסלאמיות יתקשו לבחור ברשימה המכילה גם חילונים גם קומוניסטים ופמיניסטיות; רוב גדול מהציבור הערבי הנוצרי יתקשה להצביע לרשימה שחלק ממנהיגיה הבולטים הינם אנשי דת מוסלמים; רשימת הקשיים הינה ארוכה עד כדי שחלקים מהציבור יעדיפו לא להשתתף בבחירות מאשר להצביע תוך פשרה קיצונית בעמדותיהם.

20. חשוב לציין, כי כתוצאה מהמציאות הפוליטית הישראלית – שבה הרשימות הערביות אינן שותפות לקואליציה – מסע הבחירות והתחרות בין הרשימות בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל לא נוגעים בסוגייה מי מבין הרשימות תשרת את הציבור בצורה היעילה ביותר מתוך הקואליציה או הממשלה. עיקר התחרות הוא סביב רעיונות פוליטיים וזהויות חברתיות שחלקם הגדול הם פנים ערביים. לכן "הפשרות" שמתבקש הבוחר או הבוחרת לעשות למען הישיבה בכנסת כתוצאה מאיחוד רשימות שיערבבו בתוכן תפיסות פוליטיות וזהויות חברתיות נוגדות, תיתפס במקרים רבים כלא כדאית. דומה הדבר להעמדת האופציה בפני מצביעי מרצ לבחור בש"ס או להיפך.

21. מצב דברים זה טומן בחובו פגיעה חמורה ביכולתו של הבוחר הערבי לממש דרך הצבעתו את צו מצפוננו ואת תפיסותיו החברתיות והפוליטיות. שכן עליו נכפית לרוב רק אופציה של רשימה אחת או איחוד של שתי רשימות עם תפיסות פוליטיות וחברתיות נוגדות. איחוד כזה, של מועמדים בעלי תפיסת עולם דתית-מסורתית עם מועמדים בעלי תפיסת עולם חילונית, של מועמדים בעלי תפיסת עולם ימנית עם מועמדים בעלי תפיסת עולם שמאלית, אינו נכפה על הבוחרים היהודים. בפניהם של אלה עדיין תעמודנה אופציות רבות ומגוונות למימוש השקפותיהם, כמעט מכל הספקטרום הפוליטי: רשימות דתיות ושאינן דתיות, מהצד הימני ועד הצד השמאלי של המפה הפוליטית (ימין-שמאל לפי מצע מדיני, כלכלי או חברתי).

22. מכאן שהתיקון מצמצם עוד יותר את הבחירה המצומצמת מלכתחילה של החברים בקבוצת המיעוט הערבי. תוצאה זו של הגבלת אפשרויות הבחירה בפני האזרח הערבי מהווה פגיעה חמורה בזכותם של האזרחים הערבים לבחור ובזכותם לשוויון. פגיעה זו מגיעה במקרים מסוימים לאיון מימוש הזכות ולו באופן פורמלי.

23. הזכות לבחור ולהיבחר הוכרה בפסיקת בית משפט נכבד זה כ"זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1)

758, 800-801 (1995)). בית המשפט קבע, כי זכות זו הינה "מאושיות המשטר הדמוקרטי – המונחת ביסוד קיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית" (א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 16 (2003)). בית המשפט התייחס בפסקי דין רבים לקשר ההדוק בין הזכות לבחור ולהיבחר לבין זכויות לשוויון, לחופש הביטוי ולחופש ההתאגדות, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (רע"א 7504/95 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ (2) 45, 57-59 (1996); ר' גם בג"ץ 8238/96 **אבו עראר נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 26 (1998)).

24. **הזכות לשוויון** הינה זכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית. בשורה ארוכה של פסקי דין עוגן המעמד החוקתי של הזכות לשוויון בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסיקת בית המשפט העליון הושם דגש מיוחד על מעמדה של הזכות לשוויון ביחס לאוכלוסייה הערבית בישראל. בית המשפט קבע, כי הפליה של ערבי באשר הוא ערבי נחשבת להפרה חמורה במיוחד של הזכות לשוויון (בג"צ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, 27-28 (2001)).

25. בית המשפט אף עמד על משמעותה הקשה של הפליה האזרח הערבי באשר הוא ערבי, וקבע שהפליה כזו משדרת "עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית" (בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, נד (1) 258, 279 (2000); ראו גם: בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164; בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (ניתן ביום 27.6.06)).

26. מבחן התוצאה מוביל למסקנה ברורה של פגיעה בזכות לשוויון. העלאת אחוז החסימה יוצרת דין שונה והזדמנויות לא שוות בהשתתפות בבחירות. הלכה חשובה היא, כי השוויון מופר מקום בו הלכה למעשה אין שוויון, וכי לצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שזו מצטיירת במציאות. כך בכלל וכך בפרט ביחס לתוצאה שמביאה להפליית האזרחים הערבים (בג"ץ 453/94, 454 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, (ניתן ביום 27.2.2006, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק).

27. הפגיעה בזכות לבחור ובזכות לשוויון מתעצמת שבעתיים במקרה דנן לאור המסר החמור שהיא נושאת הן לקהילת הרוב והן לקהילת המיעוט: היא מוחקת את ההבדלים בין אזרח ערבי לאזרח ערבי והופכת את כל בני המיעוט הערבי לקבוצה אחת ואחידה, ללא הבדל דת, השקפה פוליטית, מעמד, גיל, מגדר. מצופה מכל האזרחים הערבים להצביע לרשימה אחת או לשתי רשימות, שכל אחת מהן כוללת בתוכה תפיסות סותרות ונוגדות. כך גם בני קבוצת הרוב לא יצטרכו להבדיל בין ערבי לערבי. ממילא כולם מצביעים לרשימה אחת. אפשר יהיה סוף-סוף לספור את שלוש המפלגות "הערביות" כמפלגה ערבית אחת מבלי לדקדק בהבדלים שבין חבריהן. יש בכך פגיעה בזכות לכבוד של הבוחרים הערבים.

28. הפתרון שלפיו על המפלגות המייצגות מיעוטים להתאחד כדי לזכות בייצוג בכנסת הוא פתרון פוגעני, שלא לומר גזעני. כפי שפורט לעיל, הציבור הערבי כולל בתוכו מגוון קבוצות ודעות, והוא זכאי להזדמנות שווה של בחירה בדומה לציבור היהודי, שכולל בתוכו מגוון אידיאולוגיות ודעות, וקיים מגוון אפשרויות בחירה וייצוג פוליטיים. ברור שהגיוון הנדרש אינו בלתי מוגבל, אך המציאות מלמדת שבחברה הערבית יש גיוון יציב, הנשמר לאורך שנים, של שלוש-ארבע מפלגות, שמייצגות השקפות וזרמים מרכזיים. מדובר בגיוון מינימאלי, יחסית לגודל הציבור, שהשיטה הדמוקרטית מחויבת להבטיח לקבוצת מיעוט.

29. מכאן שהתיקון לחוק הבחירות גורע מזכותו של המיעוט הערבי להיות מיוצג על כלל השקפותיו בכנסת. כאמור לעיל, התיקון אף עלול לפגוע בעצם ייצוגו ונוכחותו של המיעוט הערבי בכנסת. זאת, למשל, במידה שהמפלגות שמייצגות את הזרמים וההשקפות המרכזיים בקרב המיעוט הערבי לא יתאחדו במסגרת רשימה אחת, כפי שפורט לעיל. תוצאה זו מהווה פגיעה בערכים דמוקרטיים, ובראש ובראשונה בערך של ייצוג מיעוטים, שנועד להבטיח שותפות אפקטיבית של המיעוט, על בסיס קבוצתי, בניהולה של המדינה.

30. בית משפט נכבד זה עמד לא אחת על חשיבות עקרון הייצוג, במיוחד של קבוצות חלשות וקבוצות מיעוט: "מהות הדמוקרטיה, שעליה לתת הזדמנות נאותה לדעות ולאינטרסים שונים להגיע לכלל ייצוג והשפעה, באופן הוגן, ללא ניצול של עמדות כוח על-ידי גופים חזקים וללא קיפוח של קבוצות חלשות. בסופו של חשבון, השוויון בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, מבטא את הצדק בהתחשב במציאות." (בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 66 (1996)).

31. **ויוזגש:** הסכנה שנשקפת לזכויות המיעוטים כתוצאה מהעלאת אחוז החסימה, ובין היתר לזכותו של המיעוט להיות מיוצג בכנסת, זכתה להתייחסות מפורשת על ידי הנשיא גרוניס כעילה להתערבות בית המשפט. בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, פסקה 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס), נקבע:

"ראוי להוסיף, כי התערבות של בית המשפט תהא מוצדקת אף במקרים בהם המחוקק משנה את כללי המשחק, באופן שעלול לעוות את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, לשבש את הכלל לפיו לכל אחד יש קול אחד או להקשות על קבוצת מיעוט להפוך לקבוצת רוב. [...] דוגמה נוספת שניתן לחשוב עליה היא העלאה של אחוז החסימה לרמה כה גבוהה עד שהדבר עלול להביא להדרה של קבוצות מיעוט מן המערכת הדמוקרטית-ייצוגית... במצבים דוגמת אלה, על בית המשפט לעמוד על המשמר ולתקן את המעוות, שכן אין גורם אחר מלבדו שיש בידו לעשות כן."

הבחינה החוקתית

32. נמצאנו למדים, אפוא, שהתיקון לחוק הבחירות פוגע בזכויות יסוד מוגנות של הבוחרים הערבים, ובראשן הזכות לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. זכויות אלו הועלו למעמד חוקתי על חוקי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכדי שפגיעה בהן תהא מוצדקת התיקון צריך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. המבקשים יראו להלן שהתיקון איננו עומד בתנאים אלה באשר הוא לא נועד לשרת תכלית ראויה כלשהי ו/או בהיותו פוגע בזכויות באופן שאינו מידתי.

התיקון לא לתכלית ראויה

33. התכלית המוצהרת של התיקון היא הגברת המשילות. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, כי: "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." במציאות הפוליטית של מדינת ישראל, משמעות התכלית של מניעת ייצוג ממפלגות קטנות היא בהכרח פגיעה במפלגות המייצגות מיעוטים, מכיוון שמרבית המפלגות הקטנות הינן מפלגות כאלה. לפיכך תכלית החוק, גם הגלויה וגם הסמויה, כפי שיפורט בהמשך, הינה תכלית בעייתית, שמטרתה המוצהרת היא "הגברת המשילות", אך למעשה כוונתה למנוע ייצוג ממפלגות קטנות, בעיקר ממפלגות המייצגות מיעוטים.

34. לעניין תכליתו הסובייקטיבית של החוק, המבקשים מצטרפים לעמדה המובעת בעתירה, שלפיה החוק נועד אך למטרה הפסולה של הדרת רגליו של המיעוט הערבי מהכנסת. המבקשים יוסיפו לעניין זה, כי תכלית פסולה זו לא נסתרה מעיניהם של פוליטיקאים, אישי ציבור וחוקרי מדע המדינה. פרופ' שלמה אבינרי, חתן פרס ישראל לחקר מדע המדינה לשנת 1996, ציין, כי "הצגת הצעה זו תחת הכותרת של 'חוק המשילות' תהיה שימוש ציני ומכווער במושג המשילות: אין לה שום קשר למשילות, וכל העניין כולו מכוון לפגוע באפשרות ייצוגו הלגיטימי של הציבור הערבי בכנסת". (שלמה אבינרי "לא להעלות את אחוז החסימה" **הארץ** (3.1.2014), (להלן – "אבינרי – לא להעלות את אחוז החסימה"); זמין בקישור:

www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H09-02-2014_09-58-

[\(13_avinri10022014.doc\)](#)

35. טענות באשר לתכלית פסולה זו אף הועלו על ידי חברי כנסת מהקואליציה ומהאופוזיציה בדיונים שנערכו בוועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת אישור התיקון. נציין בהקשר זה את דבריה של ח"כ אורית סטרוק בדיון שנערך בהכנתה של הצעת החוק לקריאה ראשונה:

"בהתייחס לסוגיית אחוז החסימה, החוק הזה הוא חוק שמדיר מהזירה הציבורית והפרלמנטרית קבוצות מיעוט אידיאולוגיות. אם הן

לא תהיינה בזירה הזאת, הדבר עלול להביא לקרעים חמורים בעם. אני סבורה שבמצב הפנים חברתי בחברה הישראלית, הדבר הזה עשוי להביא לאסון חברתי. הסיבה היחידה שאני מצביעה בעד החוק הזה זאת מחויבות קואליציונית." (פרוטוקול ישיבה מס' 49 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, עמ' 4 (30.7.2013)).

ואת דבריה בדיון בהכנה לקריאה שנייה ושלישית:

"דעתי על החוק ידועה. ברור שהחוק הזה במתכונתו הנוכחית סותר את הפה לקבוצות מיעוט, ולכן הוא חוק לא דמוקרטי. זו דעתי." (פרוטוקול ישיבה מס' 57 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, עמ' 15, (30.9.2013)).

36. חברי כנסת נוספים מהקואליציה הביעו התנגדות לחוק, גם לפני הקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת. כך, למשל, ח"כ ניסן סלומינסקי אמר, שתמיכתו בחוק נעשית רק בשל ההסכם הקואליציוני, למרות שהוא סבור שמדובר בהצעה שאינה טובה (פרוטוקול ישיבה מס' 125 של הכנסת ה-19, עמ' 29 (10.3.2014)). ח"כ עמרם מצנע אמר:

"החוק הזה, שמכוון בסופו של דבר להגביל את נוכחותן וייצוגן של המפלגות הערביות בכנסת – ואני חושב שזו שגיאה, זו טעות, דווקא במדינת ישראל, בחברה הישראלית, שבה יש שונות כל כך גדולה בין חלקי החברה; שבה, גברתי היושבת-ראש, יש צורך בייצוג בכנסת, ויש צורך למנוע מציאות שבה ציבורים שלמים יפעלו בעצם בפוליטיקה שמחוץ לכנסת." (עמ' 49-50 לפרוטוקול הדיון).

37. הטענה המופיעה בתגובה המקדמית של הכנסת, שלפיה הרשימה המאוחדת יכולה להתפצל אחרי הבחירות, הינה טענה שמחזקת את הספקות בדבר אמיתות התכלית של הגברת המשילות. אם המפלגות "הקטנות" יכולות להתפצל מיד אחרי הבחירות אז אין באמת "איחוד" ביניהן, והתיקון לא באמת מגביר את המשילות. בנוסף לכך, מסיבות היסטוריות, המפלגות הערביות מעולם לא היו חלק מהקואליציה ולא הייתה להן השפעה על המשילות. על כן, עצם העלאתה של טענה זאת, של פיצול הרשימה אחרי הבחירות, מלמד באופן ברור למדי, שהתכלית האמיתית מאחורי התיקון הנ"ל אינה הגברת המשילות אלא הדרת רגליהן של המפלגות הערביות מהכנסת. תכלית שאינה רק לא ראויה אלא שמהווה תקדים המסכן את המהות של הדמוקרטיה, כפי שיפורט בהמשך.

38. החוק אושר לבסוף ברוב של 67 תומכים ואפס מתנגדים, לאחר שאושר במסגרת הסכמה קואליציונית בין סיעות הקואליציה. גם חברי כנסת מסיעות הקואליציה שהביעו התנגדות

לתיקון לחוק הצביעו בעדו, כמו למשל חברי הכנסת סטרוק, סלומינסקי ומצנע. סיעות האופוזיציה התנגדו להעברת החוק, אך החרימו את דיוני הכנסת לקריאה השנייה והשלישית.

מבחן המידתיות

39. גם אם לא ייקבע, כי התיקון לחוק נחקק לתכלית שאינה ראויה, הרי שהזכויות הנפגעות במסגרתו נפגעו במידה העולה על הנדרש, ובאופן שמצדיק התערבות בית המשפט לביטולו. בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות הנפגעות תיעשה להלן בהתחשב בחומרת הפגיעה ולאור מעמדן הנשגב של הזכות לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון ולכבוד. שכן "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997) (להלן: **בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות**)).

40. באשר למבחן הקשר הרציונאלי נקבע, כי "מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש ודאות קרובה' ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו." (בג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות**, עמ' 423). לעניין מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה נקבע, כי: "כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת." (בג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות**, עמ' 423). לצורך מבחן המשנה השלישי (מידתיות "במובן הצר"), תיבחן "מהות הזכות שעל הפרק, הטעמים שביסודה והאינטרסים הנפגעים במקרה ספציפי" (בג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות**, עמ' 423).

41. כפי שנראה להלן, התיקון לחוק הבחירות אינו עומד בשלושת מבחני המשנה, בנפרד ובמאוחד, ומטעם זה יתבקש בית המשפט להורות על ביטולו.

מבחן המשנה הראשון – קשר רציונלי

42. מחקרים רבים מראים, כי לא רק שאין קשר בין העלאת אחוז החסימה ושיפור המשילות, אלא שהעלאה זו עלולה להביא דווקא לתוצאות הפוכות של התחזקות מפלגות בינוניות על חשבון מפלגות קטנות, ושל הגדלת כושר המיקוח שלהן לעומת מפלגות גדולות יותר.

43. בהקשר זה יצוין, כי פרופ' אברהם דיסקין, ראש המחלקה למדע המדינה באוניברסיטה העברית לשעבר ויו"ר האגודה הישראלית למדע המדינה לשעבר, וד"ר יצחק קליין פירטו את התנגדותם להעלאת אחוז החסימה בחוות דעת שהוגשה לוועדת החוקה, חוק ומשפט מטעם פורום קהלת: "אנו מתנגדים להעלאת המוצעת באחוז החסימה. זאת, כיוון שהעלאת אחוז החסימה עשויה לפגוע הן במשילות והן בדמוקרטיה." חוות הדעת מפרטת את הבעיות, שעלולות לצמוח מהעלאת אחוז החסימה: היא צפויה לצמצם את מספר המפלגות בכנסת, דבר אשר יקשה על הרכבת קואליציה. צמצום מספר המפלגות יקשה גם על ניהול שוטף של הקואליציה, ויגדיל את התמורות שמרכיב הקואליציה יידרש להעניק לשותפיו בממשלה. העלאת אחוז החסימה עלולה לגרום מספר גבוה יותר של קולות שלא ייכללו בחישוב המנדטים מכיוון שיוענקו לרשימות שלא יעברו את אחוז החסימה. תופעה זו עלולה להקטין את שיעור ההשתתפות בבחירות (אברהם דיסקין ויצחק קליין "תיקוני משילות: הערות לחקיקה והצעות לשינוי" (11.9.2013), עמ' 2, 6-8. חוות הדעת צורפה כנספח מס' 1 לעתירה; ראו בעניין זה גם דבריו של פרופ' אברהם דיסקין בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במרץ 2007 (פרוטוקול ישיבה מס' 163 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-17, עמ' 2-7 (13.3.2007)).

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2007-03-13-01.rtf

44. פרופ' מיכל שמיר מהחוג למדע המדינה באוניברסיטת תל אביב התייחסה גם היא בדיון שנערך ביום 3.2.2014 בוועדת החוקה, חוק ומשפט לנושא: "הנקודה המרכזית שבאתי לומר שאם המטרה היא יציבות ומשילות, ולא אמרתי כלום על מה דעתי האם זו בעיה גדולה או קטנה ומה צריך לעשות לגביה, העלאת אחוז החסימה זה לא הפתרון. זו הנקודה המרכזית שאני רוצה להגיד... זה לא משהו שיוסיף לאמון של הבוחרים ולקשר בין הבוחרים והנציגים שלהם, וסביר מאוד שזה גם יוריד את אחוזי ההצבעה..." (פרוטוקול ישיבה מס' 128 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-19, עמ' 11-12 (3.2.2014)).

45. פרופ' אבינרי ציין גם הוא, כי אין להעלאת אחוז החסימה "שום קשר למשילות" וכי "לא המפלגות הקטנות מכבידות על המשילות, אלא דברים שמתרחשים בתוך מפלגות הקואליציה וביניהן" (אבינרי - לא להעלות את אחוז החסימה).

46. העלאת אחוז החסימה עלולה לפגוע ברמת ההשתתפות בבחירות ולהביא לירידה בשיעורי ההצבעה. הנפגעות העיקריות מכך עלולות להיות במיוחד קבוצות מיעוט, שהרשימות המייצגות אותן עלולות שלא לעבור את אחוז החסימה. כמו כן, בוחרים המעוניינים לבחור ברשימות קטנות יחסית עלולים לוותר על מימוש זכות ההצבעה ולהדיר רגליהם מהקלפיות. במובן זה, העלאת אחוז החסימה עלולה לפגוע בהליך הדמוקרטי, ובעקרון הייצוגיות של הבחירות.

47. ראוי לערער כאן גם על ההנחה, כי שינוי שיטת הבחירות או רפורמה בעניין העלאת אחוז החסימה תשפיע על בעיית המשילות בישראל:

"אין זה ברור כלל שאת המשילות הלקויה ניתן לייחס רק לשיטת הבחירות. היא נובעת בוודאי, במידה לא-פחותה, גם מן הפיצול הקיים במפה הפוליטית ומן השחיקה בהסכמה הבסיסית במדינה בנוגע לשאלות-היסוד. בעבר הניבה אותה שיטת בחירות יציבות רבה יותר. רפורמות מתונות, דוגמת העלאה של אחוז החסימה, אינן צפויות להוביל לשינוי דרמטי, בהתחשב בכך שהפיצול במערכת הפוליטית אינו פיצול טכני הנובע מקיומם של רסיסי מפלגות, אלא פיצול מהותי הנובע מכך שהמערכת הפוליטית מפוזרת בין כמה מרכזי כוח המשקפים את השסעים המרכזיים בחברה הישראלית. מרכזי כוח אלה צפויים להתקיים בכנסת גם לאחר העלאתו של אחוז החסימה. שינוי של ממש יבוא רק אם יחול שינוי דרסטי, במתכונת של מעבר לשיטה דו-מפלגתית עם בחירות אזוריות רוביות, אך ספק אם החברה הישראלית מוכנה למעבר כה חד. מכל מקום, גם שינוי דרסטי כזה לא יפתור מעיקרון את הבעיות שהמערכת הפוליטית בישראל מתמודדת עימן. החברה הישראלית נדרשת לתהליך בירור עמוק של ערכיה ויעדיה. שינוי של שיטת הבחירות יכול להיות "מעקף" של בעיה זו, אך לא פתרון ישיר לה." (דפנה ברק-ארוז "אי-יציבות ממשלית בישראל: האם בכל אשמה שיטת הבחירות?" **משפט ועסקים** יד 493, 508-509 (2012))

48. יתרה מזו, וכפי שנאמר כבר לעיל, האפשרות שמפלגות קטנות, שהתאחדו ברשימה אחת כדי לעבור את אחוז החסימה, יתפצלו מיד אחרי הבחירות, משמעה, כי התיקון לא ימנע מצב של יצירת סיעות קטנות. חוק הכנסת עדיין מאפשר לסיעות להתפלג ולחברי כנסת ליצור סיעות קטנות יותר. סעיף 159(1) לחוק מאפשר התפלגות של קבוצה של שני חברי כנסת לפחות, שהם שליש ממספר חבריה של סיעה. התיקון לחוק ביטל אמנם את הסיפא הקודמת של סעיף 159(1), וכעת לא יכולה קבוצה של שבעה חברי כנסת להתפלג מסיעתה, אם אין מדובר בשליש מחברי הסיעה, אך הדבר אינו קשור לאפשרות ליצור סיעות קטנות יותר, של 2-3-4 חברי כנסת, באמצעות פיצול של סיעות קיימות.

49. בתמיכה ובנוסף לכל האמור לעיל, המבקשים מצרפים לבקשה זו את נייר העמדה מטעם פרופ' ברק מדינה מהפקולטה למשפטים מהאוניברסיטה העברית, אשר הונח בפני חברי ועדת החוקה של הכנסת, ושלפיו התיקון פוגע בזכות הייצוג של האזרחים הערבים באופן לא מידתי.

נייר העמדה מצורף לבקשה ומסומן **נספח ג'**.

50. העלאת אחוז החסימה אינה, אם כן, עומדת במבחן הראשון של המידתיות.

מבחן שני – האמצעי שמידת פגיעתו פחותה

51. הבחירה בחלופה של העלאת אחוז החסימה באופן שמסב פגיעה כה קיצונית באופן הייצוג של המיעוט הערבי הינה חלופה קיצונית ביותר. היא עלולה לגרום אף לאיון הייצוג עצמו. המחוקק לא שקל חלופות אחרות להבטחת המשילות, והוא לא בחן את האפקט של העלאת אחוז החסימה על הייצוג של המיעוט הערבי. המחוקק אף לא נתן משקל לאפשרות, שהעלאת אחוז החסימה תדיר קבוצות רבות מתוך האוכלוסייה הערבית בישראל, וגם לא לאפשרות, שעצם העלאת אחוז החסימה תגביר את הקריאה להחרמת הבחירות.

52. המחוקק לא שקל אמצעי אחר שעשוי להפחית את הפגיעה. במשך שנים, העלאת אחוז החסימה היתה הדרגתית ובאופן מדוד שלא זיעזע את מערכת הבחירות ולא הביא לפגיעה קיצונית בייצוג כפי שהתיקון דן עלול לגרום (ראו נייר העמדה מטעם פרופ' ברק מדינה). המחוקק לא שקל, למשל, את העלאת אחוז החסימה בהדרגתיות ובאחוזים נמוכים יותר – בחצי אחוז למשל לכנסת ה-20 והעלאתו בעוד דרגה לכנסת שלאחר מכן, וזאת תוך בחינה של השלכות יישומה בפועל של כל העלאה על שאלת ייצוגם של מיעוטים בכנסת. אף שאין בכך כדי לרפא את הפגיעה בזכויות האדם נשוא בקשה זו, המחוקק אפילו לא שקל האפשרות שאחוז החסימה הגבוה שנקבע בתיקון יחול רק בבחירות לכנסת ה-21, וזאת כדי לאפשר למפלגות קטנות ולרשימות המייצגות את המיעוטים להיערך מבעוד מועד לשינוי.

53. חלופה כזאת הועלתה על ידי ח"כ ג'מאל זחאלקה במסגרת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט. ח"כ אורי מקלב הזכיר בדיון את הבעייתיות של העלאה מיידית של אחוז החסימה, שתחול על הבחירות לכנסת ה-20: "יכול להיות שמיד אחרי קבלת החוק הזה יהיו בחירות. באופן מעשי החוק הזה יכול להתקבל ויכול להיות שתוך תקופה קצרה הממשלה תיפול. אתה רוצה שהחוק הזה יחול עוד לפני שבכלל יודעים את המשמעות ולא יכירו את החוק הזה." (פרוטוקול ישיבה מס' 134 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, עמ' 31-33 (10.2.2014)). לפי דיווח בתקשורת, ערב אישור ההחלטה על פיזור הכנסת הועלתה החלופה של דחיית מועד כניסתה לתוקף של העלאת אחוז החסימה בשנית על ידי ראשי סיעות בלי"ד, חד"ש ורע"מ-תע"ל. ההצעה נדונה על ידי יו"ר הכנסת יולי אדלשטיין, ראש הממשלה ויו"ר מפלגת הליכוד, מר בנימין נתניהו, ושר החוץ ויו"ר מפלגת ישראל ביתנו, מר אביגדור ליברמן, אך אדלשטיין, נתניהו וליברמן סירבו לה (גיקי חורי "העלאת אחוז החסימה: איחוד לצורך הישרדות", **הארץ** (5.12.2014) www.haaretz.co.il/news/elections/.premium-1.2504717).

54. יצוין עוד, כי מחוקקים במדינות שונות בעולם, שבהן נקבע אחוז חסימה בבחירות, מצאו חלופות ודרכים כדי למנוע פגיעה בייצוג של מיעוטים בפרלמנט. במספר מדינות נקבע רף שונה של אחוז חסימה למפלגות המייצגות מיעוטים. בדנמרק, לדוגמה, קיים אחוז חסימה ארצי של 2%, אולם מפלגות המייצגות את תושבי שני מחוזות מיוחדים (פינלנד ואיי פארו, שבהם תושבים בעלי זהות שאינה דנית) אינן צריכות לעמוד בדרישת סף זו ומצליחות להיכנס לפרלמנט הלאומי. בפולין אמנם קיים אחוז חסימה של 5%, אולם מפלגות המייצגות מיעוטים אתניים פטורות מדרישה זו ועקב כך נמצאות דרך קבע בפרלמנט. גם ברומניה קיים

אחוז חסימה שונה עבור מיעוטים. באוסטרליה מונהגת שיטה שבה קולות המצביעים למפלגות מיעוטים שלא מצליחות לעבור את אחוז החסימה אינם הולכים לאיבוד, אלא מועברים למפלגה אחרת לפי העדפת הבוחרים. חלופות מסוג זה לא נבחנו כלל ע"י המחוקק הישראלי.

מבחן שלישי – מבחן המידתיות הצר

55. התועלת הטמונה בהסדר החדש אינה מתיישבת עם הנזק החברתי והפוליטי שהתיקון עלול להוביל אליו. הנזק שייגרם לעקרונות הדמוקרטיים של המשטר הפרלמנטרי ולזכויות הבוחרים המשתייכים לקבוצות המיעוט הוא ברור בחומרתו והוא אף עלול להגיע לדרגת איון הייצוג הערבי עצמו. לעומת זאת, העלאת אחוז החסימה לא צפויה לגרום לשיפור המשילות, והתיקון כשלעצמו לא יביא לשינויים משמעותיים בקואליציה הממשלתית הבאה (מבחינת היציבות), שממילא הרשימות הערביות כולל חד"ש לא יהיו חלק ממנה, אם להסתמך על ניסיון העבר. לעומת זאת, התיקון עלול לגרום לאיון הייצוג הערבי בכנסת ולמצער לפגיעה קיצונית ביותר בזכות לבחור ולהיבחר של הצבור הערבי בישראל.

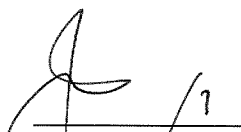
56. בחינת מידתיותה של העלאת אחוז החסימה לפי מבחן זה צריכה להיעשות על רקע מורכבות ועוצמת הפגיעה, ובין היתר על רקע החשיבות המכרעת של יחס שוויוני כלפי קבוצת מיעוט לאומי בחברה דמוקרטית. עמד על כך השופט זמיר:

”המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב. כך גם בנוגע לשאלת השוויון כלפי ערבים [...] שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף על פי כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבים לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים... זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית המשפט.” (בג"ץ 98/6924 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 28 (2001)).

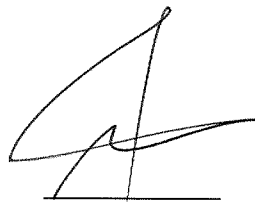
57. מכלול הבדיקה של התיקון לחוק לפי עקרונות פיסקת ההגבלה מראה, אם כן, כי אפילו אם ייקבע, שמדובר בפגיעה שנועדה לתכלית ראויה, וספק אם כך הדבר, הרי שהפגיעה בזכויות הינה במידה העולה על הנדרש.

על יסוד האמור בחוות דעת זו ועל יסוד האמור בעתירה, התיקון הינו בלתי חוקתי.

היום, 21.12.2014.



נדים שחאדה, עו"ד



עאוני בנא, עו"ד

ב"כ המבקשים

תוכן עניינים

| <u>עמוד</u> | <u>שם הנספח</u> | <u>סימן</u> |
|-------------|--|-------------|
| 1 | טבלה אודות התפלגות ההצבעה של המיעוט הערבי למפלגות בבחירות לכנסת | א' |
| 3 | טבלה אודות שיעורי ההצבעה לכנסת בקרב המיעוט הערבי | ב' |
| 5 | נייר עמדה מטעם פרופ' ברק מדינה | ג' |

נספח א'

טבלה אודות התפלגות ההצבעה
של המיעוט הערבי למפלגות
בבחירות לכנסת,
הכנסת ה-15 עד הכנסת ה-18

התפלגות ההצבעה של המיעוט הערבי למפלגות בבחירות לכנסת,

הכנסת ה-15 עד הכנסת ה-18

המקור: יוזמות קרן אברהם החברה הערבית בישראל – אוגדן מידע, פרק 8 – הפוליטיקה הערבית בישראל, עמ' 40-41 (מהדורה שנייה, 2013). בקישור: www.abrahamfund.org/5544.

הנתונים – באחוזים

| 2009 הכנסת ה-18 | 2006 הכנסת ה-17 | 2003 הכנסת ה-16 | 1999 הכנסת ה-15 | |
|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|---------------------------------------|
| 27.5 | 24.3 | 28.3 | 21.3 | חד"ש |
| 22.3 | 20.2 | 20.9 | 16.8 | בל"ד |
| 32.1 | 27.4 | 20.0 | 30.5 | רע"מ |
| 81.9 | 71.9 | 69.2 | 68.6 | סה"כ מפלגות ערביות וערביות-יהודיות |
| 18.1 | 28.1 | 30.8 | 31.4 | מפלגות אחרות (יהודיות) |

נספח ב'

טבלה אודות שיעורי ההצבעה
לכנסת בקרב המיעוט הערבי

שיעורי ההצבעה לכנסת בקרב המיעוט הערבי,

הכנסת ה-10 עד הכנסת ה-18

המקור: יוזמות קרן אברהם החברה הערבית בישראל – אוגדן מידע, פרק 8 – הפוליטיקה הערבית בישראל, עמ' 39 (מהדורה שנייה, 2013). בקישור: www.abrahamfund.org/5544.

הנתונים – באחוזים

| שנת הבחירות | שיעור הערבים בכלל אוכלוסיית המדינה* | שיעור הערבים בקרב בעלי זכות הבחירה | שיעור השתתפותם של הערבים בבחירות | שיעור ההשתתפות הכלל-ארצי |
|----------------|-------------------------------------|------------------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| 1981 (כנסת 10) | 16.4 | 9.8 | 69.7 | 78.5 |
| 1984 (כנסת 11) | 17.2 | 13.0 | 73.7 | 78.8 |
| 1988 (כנסת 12) | 18.1 | 14.3 | 73.9 | 79.7 |
| 1992 (כנסת 13) | 18.2 | 13.3 | 69.7 | 78.2 |
| 1996 (כנסת 14) | 18.0 | 10.3 | 77.0 | 79.3 |
| 1999 (כנסת 15) | 18.4 | 11.0 | 75.0 | 77.2 |
| 2003 (כנסת 16) | 19.2 | 13.0 | 62.0 | 67.8 |
| 2006 (כנסת 17) | 19.8 | 13.0 | 56.3 | 63.2 |
| 2009 (כנסת 18) | 20.0 | 13.0 | 54.3 | 64.7 |

נספח ג'

נייר עמדה מטעם
פרופ' ברק מדינה

האם הכנסת רשאית להעלות את "אחוז החסימה" לארבעה אחוזים?

ברק מדינה

הכנסת דנה בימים אלה בהצעה להעלות את "אחוז החסימה" בבחירות לכנסת משני אחוזים לארבעה אחוזים. אני מבקש להציג מתווה של טיעון לקיומה של מגבלה חוקתית להעלאה זו של אחוז החסימה.

רקע עובדתי: כידוע, הבחירות לכנסת הן יחסיות ארציות. לאור כך שבכנסת מכהנים מאה ועשרים חברי-כנסת, אחוז החסימה ה"טבעי" הוא 0.83%. רשימה שזכתה בפחות משיעור זה של הקולות לא תוכל להיות מיוצגת בכנסת. בשנת 1951 נקבע אחוז חסימה של 1%. לאורך השנים ניסו המפלגות הגדולות להעלות את אחוז החסימה, ואף שהוראות בעניין נכללו בשורה של הסכמים קואליציוניים, הצעות החוק בעניין נדחו. רק ב-1992 הוסכם, במסגרת החקיקה שבאה בעקבות "התרגיל המסריח", להעלות את אחוז החסימה ל-1.5% (החל מן הבחירות לכנסת ה-12), ואז שוב, ב-2004, ל-2% (החל מן הבחירות לכנסת ה-17). כאמור, כעת מוצע להעלות את אחוז החסימה ל-4%. השיקול המרכזי שהדריך את חברי הכנסת בדיונים שהתקיימו בנושא לאורך השנים היה האינטרס הצר של המפלגות, בדבר ההשפעה הצפויה של העלאת אחוז החסימה על דפוסי ההצבעה ולפיכך על הייצוג בכנסת של המפלגות. נלווה לו טיעון, שלא הוכח, בדבר היתרון שבצמצום מספר הרשימות המיוצגות בכנסת בגיבוש קואליציה.

בהינתן תוצאות הבחירות, ה"אפקטיביות" של אחוז החסימה הקיים (כלומר, המקרים שבהם הוא מונע ייצוג בכנסת מרשימות שזכו במספר קולות הגבוה מזה הנחוץ לייצוג על-ידי לפחות חבר-כנסת אחד) היא נמוכה: למשל, בבחירות לכנסת ה-17 (2006) נמנע הייצוג משתי רשימות בלבד (הירוקים (1.5%) ועלה ירוק (1.3%)), בכנסת ה-18 (2009) לא נמנע הייצוג מאף רשימה, ובבחירות האחרונות (2013) נמנע הייצוג משלוש רשימות (עצמה לישראל (1.7%), עם שלם (1.2%) ועלה ירוק (1.1%)). עם זאת, ניתן לשער שמצביעים לא מעטים מצביעים באופן "אסטרטגי", כלומר נמנעים מלהצביע לרשימה המועדפת עליהם מחשש שזו לא תעבור את אחוז החסימה ובמקום זאת מצביעים לרשימה אחרת (אגב, דפוס פעולה זה הוא הזדמנות לבחון את השערת הרציונליות ביחס להתנהגותם של מצביעים).

לו הוחל אחוז חסימה של 4% בשלוש מערכות הבחירות האחרונות, הדבר היה מביא למניעת ייצוג בבחירות לכנסת ה-17 (2006) מארבע רשימות נוספות (בל"ד (2.3%), הרשימה הערבית המאוחדת (3%), חד"ש (2.7%) ומרץ (3.8%)), בכנסת ה-18 (2009) משש רשימות (המפד"ל (2.9%), האיחוד הלאומי (3.3%), בל"ד (2.5%), חד"ש (3.3%), הרשימה הערבית המאוחדת (3.4%) ומרץ (3%)) ובבחירות האחרונות (2013) מארבע רשימות נוספות (בל"ד (2.5%), חד"ש (3%), הרשימה הערבית המאוחדת (3.6%) וקדימה (2.1%)). ניתן כמובן להניח שרשימות מסוימות מבין אלה היו מקימות "מערך" רשימות ושבוחרים מסוימים היו מצביעים לרשימות אחרות לו ידעו שאחוז החסימה הוא 4%. אך הנתונים הללו יכולים לשמש אמדן למידת ההטיה שהיתה נגרמת לו הועלה אחוז החסימה בין אופן ההצבעה המשקף את העדפות הבוחרים לבין הייצוג בכנסת של ההעדפות הללו.

רקע משפטי: שיטת הבחירות קבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. המאפיינים העיקריים הם שלושה: בחירות ארציות, יחסיות ושוות. הפרטים הנוגעים לבחירות נקבעו בחוקים "רגילים". אחוז החסימה קבוע בסעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת. כידוע, חוקים "רגילים" כפופים להוראות חוקי היסוד, ולפיכך הקביעה בחוק הבחירות לכנסת של אחוז חסימה היא תקפה רק אם היא עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (לאור הלכת מופז, התפיסה המקובלת היא שניתן "לפגוע" בהוראה שבחוק יסוד אך לא "לשנותה"; ו"פגיעה" היא תקפה אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, כלומר היא נועדה לתכלית ראויה והיא מידתית). [הערה: הצעת החוק שבה מוצע להעלות את אחוז החסימה הוכתרה כ"חוק-יסוד: הממשלה (תיקון)". אך ההסדר הנדון הוא תיקון סעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת. דומני, ומקוצר היריעה איני יכול לנמק זאת כאן, שחרף הכללת התיקון לחוק הבחירות בהצעת חוק שכותרתה "חוק-יסוד" יש לראות בתיקון כנכלל בחוק "רגיל" וכפוף לכן להוראות חוקי היסוד].

מתווה הטיעון: הטענה שהכנסת מוגבלת בכוחה להעלות את אחוז החסימה כוללת שני חלקים: האחד, שהעלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרון חוקתי המעוגן בחוק יסוד; והשני, שפגיעה זו אינה לתכלית ראויה ומידתית.

העיקרון החוקתי הרלבנטי כאן הוא "עקרון הייצוג". עניינו הייצוג בכנסת של עמדות מסוימות וקבוצות חברתיות מסוימות בחברה בישראל. העקרון הזה נלמד מהוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. עקרון הייצוג אינו מוחלט, והוא חל, ככל הנראה, על הבטחת ייצוגן של קבוצות מיעוט "מובהקות" בחברה בישראל, בעיקר הציבורים הדתי-לאומי, החרדי והערבי. כך נובע מעקרונות יסוד בדבר מהותה של הזכות החוקתית לשוויון, שרלבנטיים לפרשנות עקרון השוויון בבחירות, ומן התפיסה שעומדת ביסוד החלתה של שיטת בחירות ארצית-יחסית. לפי גישה זו, לא כל קביעה של אחוז חסימה פוגעת בעקרון הייצוג. לשם כך יש להראות שקיים חשש סביר שקביעת אחוז חסימה מסוים, במקרה זה 4%, תגרום לפגיעה ניכרת בייצוג בכנסת של קבוצת מיעוט מובהקת מבין אלה שנמנו לעיל.

לאור הנתונים שתוארו לעיל, נראה שעיקר החשש הוא לפגיעה בייצוג של הציבור הערבי בכנסת. מאז הבחירות לכנסת ה-14 (1999), שבה זכו רשימות בל"ד וחד"ש, שהשתתפו בבחירות ברשימה מאוחדת, ב-4.4% מן הקולות, לא זכתה אף רשימה המייצגת את הציבור הערבי ביותר מ-3.6% מן הקולות. השאלה הקשה היא לכן האם אחוז חסימה שיגרום לכך שלשם הבטחת ייצוג ידרש איחוד (או יצירת מערך) של רשימות שונות, המייצגות עמדות שונות, צריך להיחשב לכזה הפוגע בעקרון הייצוג. מענה חיובי לכך יכול להתבסס על שתי גישות. האחת, הכרה בכך שקבוצת המיעוט הזכאית להכרה כקבוצת מיעוט מובהקת שיש לאפשר לה ייצוג בכנסת אינה הציבור הערבי בכללותו, אלא קבוצות משנה (בהיקש, למשל, מהכרה בקבוצת מיעוט נפרדת לעניין זה של ייצוג בכנסת של ציבור חרדי אשכנזי וציבור חרדי ספרדי). כך, תיתכן בהקשר זה הבחנה בין ציבור ערבי דתי לציבור שאינו דתי. לעומת זאת, קשה יותר לבסס לצורך הנדון של הכרה בזכות לייצוג בהבחנה בין עמדות שונות בציבור הערבי על בסיס אידיאולוגי.

גישה שנייה, שנראית לי עדיפה, מבטאת הכרה רחבה יותר בזכות לייצוג. עיקרה התפיסה שייצוג נאות של קבוצת מיעוט מובהקת בחברה בישראל צריך לאפשר לקבוצת המיעוט להיות מיוצגת על-ידי יותר מרשימה אחת בכנסת. ביסוד עמדה זו תפיסות מקובלות לגבי רב-תרבותיות, המדגישות את המחיר הכבד הכרוך בהכרה בזכות לתרבות של קבוצה מסוימת, הגורמת לא אחת לעמדה מונוליתית בקרב קבוצת המיעוט, חיזוק גורמים הגמוניים בקבוצת המיעוט והשתקת עמדות ביקורתיות בתוך המיעוט עצמו. (למשל: Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 Stan. L. Rev. 495 (2001)). הדברים דומים כמובן גם ביחס לקבוצות מיעוט מובהקות בחברה בישראל, ובכלל זה הציבור החרדי, הספרדי והאשכנזי כאחד. המשמעות הנובעת מקבלת עמדה זו היא שעקרון הייצוג, שהיקפו צריך להתפרש בשים לב לחשיבות של הבטחת פלורליזם בקבוצת מיעוט, מחייב שאחוז החסימה ייקבע באופן שלא יגרום לכך שקבוצת המיעוט תזכה לייצוג מונוליתי, שיבטא, מטבע הדברים, את התפיסה ההגמונית בקרבה, ויגרום להשתקת של עמדות ביקורתיות כלפיהן בקרב קבוצת המיעוט עצמה ובעיקר ימנע פלורליזם בקרב קבוצת המיעוט.

בהנחה שהניתוח לעיל הוא נכון, וקביעת אחוז חסימה של 4% אכן יפגע בעקרון הייצוג במובנו האמור, עדיין נדרש לברר האם ניתן להצדיק את הפגיעה בעקרון זה. עקרון הייצוג אינו מוחלט וניתן לפגוע בו בכפוף לתנאים המוכרים כ"פסקת הגבלה" שיפוטית. המדובר בשני תנאים עיקריים: האחד, קיומה של "תכלית ראויה". בהקשר זה נדרש להראות שיש אינטרס ציבורי חיוני בפגיעה במימוש המלא של עקרון הייצוג. בהקשר הנוכחי, הטענה היא להגברת ה"משילות", כלומר צמצום כושר המיקוח של רשימות קטנות בכנסת בעת גיבוש קואליציה ובמהלך כהונת הכנסת. כשלעצמה, זו נראית לי תכלית ראויה. בשונה מן השאיפה לחזק את כוחן של הרשימות הגדולות (בשל האינטרסים של התומכים בהן), הגברת המשילות היא אינטרס חשוב דיו כדי לפגוע במידת מה בעקרון הייצוג. אך נדרש, כאמור, לקיים גם דרישה נוספת, היא דרישת המידתיות. זו כוללת, כידוע, שלושה מרכיבים מצטברים: ראשית, הפגיעה בעקרון הייצוג צריכה להיות יעילה בהשגת תכליתה. ספק רב אם העלאת אחוז החסימה תשיג את יעדה זה. כידוע, הרשימות העיקריות השותפות, בכוח או בפועל, בקואליציה בכנסות האחרונות הן רשימות שזוכות באופן קבוע בלמעלה מ-4% מן הקולות. הרשימות שצפויות להיפגש מהעלאת אחוז החסימה, בעיקר הרשימות הערביות ורשימות מיעוט בקרב הציבור החרדי, ממילא אינן שותפות לקואליציה ואינן נהנות ממה שנתפס ככוח-יתר במערכת הפוליטית. שנית, הפגיעה בעקרון הייצוג צריכה להיות נחוצה לשם השגת התכלית. קיימות כנראה דרכים חלופיות, שעיקרן אופן כינון הממשלה, שהן יעילות במידה שאינה פחותה מזו

הנדונה, לשם השגת תכליתה. שלישית, הפגיעה בעקרון הייצוג צריכה להיות בהיקף סביר ביחס לאינטרס הציבורי שמבקשים לקדם. גם בדרישה זו אין עומד ההסדר הנדון. הפגיעה בעקרון הייצוג עלולה להיות חמורה מאד. היא עלולה להגביר את הניכור שבין הציבור הערבי לבין הציבור היהודי בישראל, והיא עלולה לגרום, כאמור, להחלשת הפלורליזם בקרב קבוצות המיעוט המובהקות בישראל. תועלתה, בהגברה המקווה של ה"משילות" היא, כאמור, מועטה למדי.

לאור זאת, אני סבור שהעלאת אחוז החסימה אל מעבר לסף של 2%, שאף הוא מעורר קשיים לא מעטים, היא בלתי חוקתית. היא גורמת פגיעה שאינה כדין בעקרון הייצוג הדמוקרטי, שמעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. משום כך הכנסת אינה רשאית להעלות כך את אחוז החסימה.