



מגרדים את אחוז החסימה

לאור תוצאות הבחירות לכנסת נראה כי העלאת אחוז החסימה ל-3.25% - השקול לכארבעה מנדטים - לא פגעה בייצוגם הפוליטי של המיעוטים בכנסת. עם זאת, עיון בפסק הדין שדחה את העתירה נגד חוקתיותו מלמד כי לא בטוח שהכנסת יכולה להוסיף ולהעלות את אחוז החסימה כראות עיניה

סוזי נבות

כנסת יכולה להמשיך ולהעלות את אחוז החסימה כראות עיניה.

במאי 2014 הוגשה עתירה התוקפת את חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), הקובע כי אחוז החסימה בבחירות לכנסת יועלה מ-2% ל-3.25%. בדצמבר 2014 החליטה הכנסת להתפזר וקבעה מועד לבחירות חדשות. לפיכך החליט בית המשפט העליון להקדים את הדיון בעתירות וסמוך לו לתת פסק דין בלא נימוקים. פסק הדין, בהרכב תשעה שופטים כנהוג בעתירות החוקתיות, דחה את העתירות בדעת רוב, נגד דעתו החולקת של השופט ג'ובראן. ימים אחדים לפני הבחירות

טרם יבשה הדיו על תוצאות הבחירות לכנסת, ומתברר שבמבחן התוצאה - העלאת אחוז החסימה ל-3.25%, השקול לארבעה מנדטים לערך - לא נפגע ייצוגם הפוליטי של המיעוטים בכנסת. הרשימות הערביות, שלמרות ההבדלים האידאולוגיים ביניהן

החליטו להתאחד לרשימה אחת, קיבלו יותר מנדטים מבעבר. לא נפקד מהכנסת ה-20 גם קולן של המפלגות החרדיות הסקטוראליות. מתברר שחששו של השופט סלים ג'ובראן, שופט המיעוט בפסק הדין שעסק בחוקתיותו של התיקון שהעלה את אחוז החסימה, לא התממש. עם זאת, עיון בפסק הדין מלמד כי לא בטוח שה-



פרופ' סוזי נבות
בית הספר למשפטים,
המסלול האקדמי -
המכללה למינהל

**גם בהחלטה הראשונית
הלא מנומקת וגם בנימוקי
פסק הדין גופו מותירים
שופטי הרוב את דלתו
של בית המשפט העליון
פתוחה לתקיפה חוזרת
של אחוז החסימה החדש
לאור תוצאות הבחירות**



צילום: פלאש 90

פתקי הצבעה בבחירות לכנסת ה-20

פסק הדין הזה מצטרף לשורה ארוכה של פסקי דין שבהם קונה לה אחיזה דוקטרינת היעדר הבשלות במשפט החוקתי הישראלי. לא זה המקום לדיון מעמיק בתורה זו (ראו למשל רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מר-פשטת" **עיוני משפט** לז 45, 2014) ובהתאמה לדיון הישראלי, ובמיוחד בכשליה ובעיותיה. אסתפק בציטוט מדבריו של השופט פוגלמן בדבר מיקומה – הראוי לעניות דעתי – של דוקטרינה זו: "דוקטרינת הבשלות אמנם קנתה שביתה בפסיקתנו, אך לא הייתי מציע כי נעשה בה שימוש כל אימת שאין בידנו נתונים מוחלטים ביחס לשאלות חוקתיות... 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 ובהירות...".

השופט פוגלמן סבר, אגב, כי העתירה בהחלט

עצמן, ב-12 במרץ 2015, פורסמו נימוקי השופטים. כמה סוגיות עקרוניות נידונו בפסק הדין, אף שהעתירה כאמור נדחתה. רוב השופטים סברו שהעתירה אינה בשלה, שכן הכרעה בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה דורשת תשתית עובדתית, וזו עשויה להתגבש רק לאחר שייודעו תוצאות הבחירות לכנסת ה-20. למרות היעדר ההתערבות, המסר של הנשיא (בדימוס) גרוניס שכתב את עיקרי דעת הרוב, ברור: "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 חסימה חדש". גם בהחלטה הראשונית הלא מנומקת וגם בנימוקי פסק הדין גופו מותירים שופטי הרוב את דלתו של בית המשפט העליון פתוחה לתקיפה חוזרת של אחוז החסימה החדש, לאור תוצאות הבחירות לכנסת ה-20.



בשלה להכרעה כיום, ולדעתו יש להורות על דחיית לגופו של עניין. גם השופטת חיות לא מאמצת את דוקטרינת הבשלות במקרה זה.

הנשיא (בדימוס) גרוניס נוגע בחוות דעתו בעקרון הייצוג, הנובע מעקרון היחסיות בבחירות, במסגרת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. אף שאין הגדרה ברורה לעקרון הייצוג ולמה שנכלל בו, קובע הנשיא (בדימוס) גרוניס כי מעקרון הייצוג נגזרת "חובה" לקיים שיטת בחירות שתאפשר ייצוג של מיעוטים בכנסת. קביעה זו חשובה, והיא צופנת פני עתיד. משמער תה היא כי לא כל שינוי בשיטת הבחירות בישראל יהלום את הערכים הנובעים מהיותה של ישראל מדינה דמוקרטית. גרוניס וכמוהו גם שופט המיעוט ג'ובראן מדברים על "חובה חוקתית" לאפשר למיעוטים להתמודד כמיעוטים, ובפרט המיעוט הערבי והמיעוט החרדי. קביעות אלה מעוררות שאלה מע-

ניינת בדבר מקורה של חובה חוקתית זו: האם מקורה בעקרון הייצוגיות שבסעיף 4? אם כן, תוכל הכנסת לשנות את סעיף 4 ולמחוק למשל את עקרון הייצוגיות ברוב מיוחס, ועם השינוי תיעלם גם החובה. האם מקורה בעקרונות היסוד של השיטה ובהיותה של ישראל מדינה דמוקרטית? אם זה מקורה, הרי היא חובה "על-חוקתית", וכל שינוי מהותי בעקרון הייצוג יאפשר – תאורטית

– להפעיל את הדוקטרינה של התיקון החוקתי הלא-חוקתי (ראו פרשת בר און, בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011)). רמז לתשובה אפשרית לשאלה זו מופיע בחוות דעתו של השופט הנדל, הקובע כי ייתכן מצב שבו גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בהיבט השוויון – יהיה מה לומר בסוגיית שינוי השלטון, שכן כיום "שינוי של עקרונות המשטר הדמוקרטי – על הקשר ההדוק שלו לזכויות האדם – עשוי להיכנס תחת המטרייה של פגיעה בכבוד האדם וחירותו". לשיטתו 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...".

סוגיה נוספת שזכתה להתייחסות של רוב השופטים נוגעת לחקיקה ה"פוגעת" בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. סעיף זה קובע את שיטת הבחירות בישראל והוא סעיף "משוריין"; על פי האמור בו "אין לשנות תו" אלא ברוב של 61 ח"כים. מאז המהפכה החוקתית לטה שאלת פרשנותו בערפל. שהרי כדי לפגוע בזכויות שבחוקי היסוד, נדרש החוק הפוגע לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. סעיף 4, אף שהוא "הוראה מוסדית-משטרית" כדברי הנשיא (בדימוס) גרוניס, טומן בחובו את עקרון השוויון בבחירות, המבטא זכויות יסוד. כאן עולה השאלה כיצד תיבחן חוקתיותו של חוק הפוגע בסעיף 4, דוגמת 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. השאלה היא אם די בכך שהתיקון מקיים את דרישת הרוב המיוחד שבסעיף 4 לצלוח את הבחינה החוקתית, או יש להוסיף להעמידו במבחני פסקת ההגבלה.

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 כדי לקבוע שתוקן 62 עומד בהוראת השריון הפורמלית הקבועה בסעיף 4 (בשילוב עם סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת), והיא טענה כי הוראות אלה הן מעין "פסקת התגברות". אלא שטענה זו לא נתקבלה על ידי אף לא אחד משופטי ההרכב, ואפילו נדחתה במפורש על ידי ארבעה מהם (השופטים ג'ובראן, נאור, מלצר וחיות). השופטת חיות, אף שקבעה כי זו שאלה חוקתית נכבדה שאינה צריכה הכרעה בהליך הזה, כתבה כי "נוטה דעתי לדעת חבריי הנשיאה מ' נאור והשופטים ס' ג'ובראן וח' מלצר, לפיה גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס עדיין

רוב השופטים סברו שהעתירה, שנדחתה טרם הבחירות האחרונות לכנסת, אינה בשלה, שכן הכרעה בשאלת חוקתיות העלאת אחוז החסימה דורשת תשתית עובדתית שעשויה להתגבש רק לאחר היוודע תוצאות הבחירות



ההרשמה
למחזור ה-12
תשע"ו
עכשיו!

תואר שני אקזקיוטיבי במשפט מסחרי

- ◆ המרצים המעולים למשפט מסחרי של אוניברסיטת תל-אביב ואוניברסיטת ברקלי שבארזה"ב.
- ◆ מספר קטן ואיכותי של משתתפים (קבלה על סמך ריאיון אישי).
- ◆ תכנית לימודים המותאמת לרמה הגבוהה והניסיון המעשי של המשתתפים.
- ◆ תנאי לימוד נוחים במיוחד: חדר לימוד משוכלל שנבנה במיוחד לתכנית, טיפול אדמיניסטרטיבי אישי ונפרד, כיבוד איכותי וכיו"ב.
- ◆ שכר הלימוד נגזר מן העלויות המיוחדות של התכנית.
- ◆ שנת לימודים אחת, המתוכננת עבור עורכי דין העובדים במשרה מלאה: שני סמסטרים בתל-אביב – לימודים בימי שלישי בערב ובימי שישי; סמסטר קיץ – חודש מרוכז בברקלי.
- ◆ הלימודים מתחילים ב־18 באוקטובר 2015.



תל-אביב ברקלי Berkeley

תכנית מנהלים לעורכי דין, רגולטורים ושופטים בעלי ניסיון בתחום המשפט המסחרי **בשיתוף פעולה עם בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ברקלי, קליפורניה***

Executive LL.M. program In Collaboration with U.C. Berkeley

2 סמסטרים – ימי שלישי בערב וימי שישי בתל-אביב; סמסטר קיץ – חודש מרוכז בברקלי

להזמנת חוברת התכנית או לתיאום פגישה עם פרופ' אבי טבח, מנהל התכנית,

נא לפנות למזכירת התכנית בטלפון 03-6406829 או באי-מייל ExecLLM@post.tau.ac.il.

*התואר יוענק ע"י אוניברסיטת תל-אביב. אוניברסיטת ברקלי מכירה בתואר שמעניקה התכנית לצורך קבלה לדוקטורט במשפטים.



בחירות 2015

למספר הנשים בכנסת. למרות חוקים רבים המד- גישים את הצורך בייצוג הולם ואף בשוויון בייצוג, לא מצא המחוקק הישראלי לנכון עד היום להתערב בדיני המפלגות או להסדיר את סוגיית הייצוג ההולם בכנסת במסגרת חקיקה, והשאירה לרצונן הטוב (או הפחות טוב) של המפלגות הפוליטיות עצמן. הדיון שנערך בפסק הדין סביב סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת רלוונטי גם לסוגיה זו. למשל, אם תחליט ישראל לעודד נשים להשתלב במפלגות הפוליטיות בכנסת באמצעות חקיקה שתעניק מימון עודף למפלגות שישלבו בשורותיהן נשים או על ידי קביעת מכסות לייצוג הולם לנשים, חקיקה כזאת – שתעניק עדיפות לפלוגנית בבחירות לכנסת – תפגע בשוויון בבחירות המעוגן בסעיף 4. לפיכך עליה לעמוד בפסקת הגבלה שיפוטית, וכבר כעת אפשר לומר כי תצלח את הרכיב השני של פסקת ההגבלה, ולמעשה מדובר ב"הפליה ראויה" (להרחבה ראו ס' נבות ומ' קנדשליטיין-היינה "העדפה מתקנת כ'הפליה חוקתית" (יראה אור בק- רוב בספר מצא).

שאלת הייצוגיות שעל- תה במסגרת פסק הדין אינה נוגעת רק לאחוז החסימה ולייצוג הנשים, אלא היא רחבה הרבה יותר. בהקשר זה, הדברים שכתב השופט רובינשטיין על המשילות בישראל ובייחוד על היותה דמוקרטית "בעירבון מוגבל", ראויים להתייחסות מיוחדת. כך כותב השופט: "יש לא פחות קושי בכך שהדמוק- רטיה עצמה היא 'בעירבון

מוגבל', וישנן לא מעט מן המפלגות המרכיבות כל כנסת, אשר תלויות כליל באדם פלוני שיזם את הר- שימה – המפלגה או במספר אנשים (מועצת חכמים או גדולים כזו או אחרת); דבר זה מעצים את קושי המשילות, בהפחיתו מן הערך הדמוקרטי של הבחי- רות...".

העלאת הנושא (אם כי ברמיזה) של הדמוקרטיה הפנים-מפלגתית והשלכותיה על הדמוקרטיה היש- ראלית היא חשובה. כעת נותר רק להרים את הכ- פפה.

נדרש כי ההוראה תצלח את מבחני פיסקת ההגבלה השיפוטית". הנשיא גרוניס והשופטים רובינשטיין ופוגלמן הותירו שאלה זו בצריך עיון (אם כי השופט פוגלמן מצטרף ליישום מבחני פסקת ההגבלה של השופט ג'ובראן, אך חולק על מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות). גם השופטת חיות מפעילה את מבחני פסקת ההגבלה, ולדעתה התיקון צולח את מבחני המידתיות.

עמדתם הברורה של שלושה שופטים וכן דעתה של השופטת חיות, המצטרפים לגישה שהובאה בפסק הדין בעניין מופז (ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003)) ולעמדתו של פרופ' אהרן ברק בספרו (אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית וגבולותיה** (2010)), מבטאת לדעתי את הגישה הנ- כונה לפרשנותו של סעיף 4 ולחוקים שיפגעו בעתיד בזכויות הכלולות בו והנובעות ממנו. פגיעה בזכויות יסוד – כל זכות יסוד, בין במסגרתם של חוקי היסוד

בדבר זכויות אדם ובין בזכות יסוד היונקת מעמדה מחוק יסוד מוסדי כגון חוק יסוד: הכנסת – יש לבחון דרך המסננת של פסקת ההגבלה השיפוטית.

הבחירות שנערכו מעור- ררות שאלות רבות לא רק סביב המשילות ואחוז הח- סימה, אלא גם בדבר ייצוג נשים בכנסת, אף שכרבע מחברי הכנסת ה-20 יהיו נשים. במערכת הבחירות נשמעה הטענה כי הנשים

החרדיות למשל נהפכו "שקופות" (ראו למשל דברים שאמרה פרופ' רות הלפרין-קדרי, ראש מרכז רקמן, בעקרות החלטת בית המשפט העליון מפיו של השו- פט הנדל שלא לחייב את העיתון "יתד נאמן" לפרסם מודעות בחירות של מפלגת "ובזכותן", מפלגה של נשים חרדיות).

הצורך בשינוי מעמד האישה בפוליטיקה וב- שיפור ייצוג של נשים בפרלמנט הוא כיום משימה בינלאומית, ועשרות מדינות פועלות לקדם מהלך זה. לצערי, ישראל נותרה הרחק מאחור בכל הנוגע

במבחן התוצאה אפשר לראות כי הרשימות הערביות, שלמרות ההבדלים האידאולוגיים ביניהן החליטו להתאחד לרשימה אחת, קיבלו יותר מנדטים מבעבר. לא נפקד מהכנסת ה-20 גם קולן של המפלגות החרדיות הסקטוריאליות