



בבית המשפט העליון

א"ב 1806/19

א"ב 1866/19

ע"ב 1867/19

ע"ב 1876/19

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

בעניין :

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21

המבקשים בא"ב 1806/19 :
1. ח"כ אביגדור ליברמן
2. ח"כ עודד פורר
3. סיעת "ישראל ביתנו"

המערערים בע"ב 1866/19 :

1. עיסאווי פריג'
2. עופר קורנפלד
3. עטרה ליטבק
4. דבי בן עמי
5. סוניה כהן
6. ריצ'רד פרס
7. ערן יאראק
8. גיל סגל
9. שפרית כהן חיו שביט
10. אוסאמה סעדי
11. וויאם שביטה
12. יוסף פדילה
13. סיעת מרצ
14. ח"כ סתיו שפיר
15. המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה
ליהדות מתקדמת בישראל
16. פורום תג מאיר

המערערים בע"ב 1867/19 :

1. ד"ר מיכאל בן ארי
2. עו"ד איתמר בן גביר
3. הושעיה הררי
4. יוחאי רביבו

5. ח"כ דוד ביטן
6. אלידור כהן
7. יעקב (קובי) מצא
8. יגאל הררי
9. יעקב דקל
10. שמעון בוקר
11. יוסי שלום חיים רוזנבוים

המערערת בע"ב 1876/19 : רשימת רע"ם – בלי"ד

נגד

1. ד"ר עופר כסיף : המשיבים בא"ב 1806/19
2. היועץ המשפטי לממשלה

1. ד"ר מיכאל בן ארי : המשיבים בע"ב 1866/19
2. עו"ד איתמר בן גביר
3. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21
4. היועץ המשפטי לממשלה

1. רשימת חד"ש-תע"ל : המשיבים בע"ב 1867/19
2. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21
3. היועץ המשפטי לממשלה

1. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 : המשיבים בע"ב 1876/19
2. סיעת הליכוד ואח'
3. ד"ר מיכאל בן ארי ואח'
4. היועץ המשפטי לממשלה
5. הכנסת

א"ב 1806/19: הליך אישור לפי סעיף 7א(ב) לחוק-יסוד :
הכנסת ולפי סעיף 63א(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח
משולב], התשכ"ט-1969

ע"ב 1866/19: ערעור לפי סעיף 63א(ד) ולפי סעיף 64(א)
לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969

ע"ב 1867/19: ערעור לפי סעיף 64(א) לחוק הבחירות
לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969

ע"ב 1876/19: ערעור לפי סעיף 64(א) לחוק הבחירות
לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969

(13.3.2019)
(14.3.2019)

ו' באדר ב' התשע"ט
ז' באדר ב' התשע"ט

תאריכי הישיבות :

בשם ועדת הבחירות
המרכזית לכנסת ה-21

בא"ב 1806/19, בע"ב 1866/19, בע"ב 1867/19 ובע"ב 1876/19 :	עו"ד דין ליבנה; עו"ד תום שניר
בשם המבקשים בא"ב : 1806/19	עו"ד יואב מני
בשם המערערים בע"ב : 1866/19	עו"ד אורי נרוב; עו"ד מיטל ארבל; עו"ד גלעד קריב; עו"ד אורי הברמן
בשם המשיב 1 בא"ב 1806/19, בשם המשיבים 1 בע"ב 1867/19 ובשם המערערת בע"ב 1876/19 :	עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד סאוסן זהר
בשם המשיב 2 בא"ב 1806/19, בשם המשיב 3 בע"ב 1867/19 ובשם המשיב 4 בע"ב 1876/19 :	עו"ד רועי שויקה
בשם המשיב 4 בע"ב : 1866/19	עו"ד ענר הלמן
בשם המשיב 1 בע"ב : 1866/19	עו"ד יצחק במ
בשם המשיב 2 בע"ב 1866/19, בשם המערערים בע"ב 1867/19 ובשם המשיבים 3 בע"ב 1876/19 :	עו"ד איתמר בן גביר
בשם המשיבה 2 בע"ב 1876/19 :	עו"ד אבי הלוי
בשם המשיבה 5 בע"ב 1876/19 :	עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין (נימוקים)

הנשיאה א' חיות:

מבוא

1. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 (להלן: ועדת הבחירות או הוועדה) החליטה ביום 6.3.2019 לקבל בקשה לפסילת ד"ר עופר כסיף (להלן: כסיף) מלהתמודד כמועמד לכנסת ברשימת "חד"ש – בראשות איימן עודה, תע"ל – בראשות אחמד טיבי" (להלן: חד"ש-תע"ל), אך דחתה בקשה לפסילת רשימת חד"ש-תע"ל כולה. עוד החליטה

הוועדה לקבל שתי בקשות לפסילת רשימת רע"ם-בל"ד (להלן: רע"ם-בל"ד) מלהתמודד בבחירות ודחתה שלוש בקשות לפסילת ד"ר מיכאל בן ארי (להלן: בן ארי) ולפסילת עו"ד איתמר בן גביר (להלן: בן גביר) מלהתמודד בהן.

החלטות אלה עמדו במוקד הליכי הערעור והאישור שהובאו בפנינו.

שלושת הליכי הערעור – ע"ב 1866/19, ע"ב 1867/19 וע"ב 1876/19 – שאת פרטיהם נביא להלן, הוגשו ביום 12.3.2019 בהתאם לסעיפים 63א(ד) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות) (לעניין פסילת מועמד) וסעיפים 64(א) ו-64(א1) לאותו החוק (לעניין פסילת רשימות). הליך האישור – א"ב 1806/19 – הוגש לבית המשפט ביום 10.3.2019 על ידי ועדת הבחירות, בהתאם להוראת סעיף 63א(ב) לחוק הבחירות וסעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת (להלן: חוק יסוד: הכנסת או חוק היסוד).

2. סעיפים 63א(ה) ו-64(ב) לחוק הבחירות מחייבים את בית המשפט ליתן פסק דין בהליכי הערעור והאישור "לא יאוחר מהיום ה-23 שלפני יום הבחירות". ככל שהדבר נוגע לבחירות לכנסת ה-21 שהתקיימו ביום 9.4.2019 היה עלינו, אפוא, ליתן את פסק הדין בהליכי הערעור והאישור שבפנינו לא יאוחר מיום 17.3.2019. בסד הזמנים שנוצר מעת הגשת ההליכים – ב-10.3.2019 וב-12.3.2019 – ועד המועד שבו היה עלינו ליתן את פסק הדין בהם – ב-17.3.2019 – אפשרנו למשיבים בכל אחד מן ההליכים להגיש טיעונים בכתב וכן שמענו השלמת טיעונים בעל פה בפני הרכב של תשעה שופטים, כמצוות החוק. הדיונים התקיימו ביום ד' 13.3.2019 וביום ה' 14.3.2019 ופסק הדין ניתן על ידינו כנדרש ביום א' 17.3.2019 ללא נימוקים, בהינתן אילוץ הזמן הסטטוטוריים שתוארו לעיל וכמקובל בהליכים מסוג זה לאורך השנים (ראו למשל א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי (7.1.2003); ע"ב 561/09 בל"ד – ברית לאומית דמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 (21.1.2009); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' זועבי (30.12.2012); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (18.2.2015)). בפסק הדין החלטנו ברוב של שמונה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מינץ שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות בעניין פסילת מועמדותו של כסיף. עוד הוחלט פה אחד לדחות את הערעור בכל הנוגע להחלטת ועדת הבחירות שלא לפסול את רשימת חד"ש-תע"ל. כמו כן הוחלט ברוב של שמונה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מינץ לקבל את הערעור בעניינה של רשימת רע"ם-בל"ד ולהורות כי הרשימה אינה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת. הוספנו וקבענו פה אחד כי יש לדחות את הערעור בעניין אי-פסילתו של בן גביר

וברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג הוחלט לקבל את הערעור בעניינו של בן ארי ולהורות על פסילת מועמדו לכנסת ה-21. ארבעה ימים לאחר מכן, ביום 21.3.2019, פרסמנו את תמצית הנימוקים שעמדו ביסוד פסק הדין ועתה ניתנים על ידינו הנימוקים במלואם.

רקע כללי ומסגרת נורמטיבית

3. הזכות לבחור ולהיבחר היא נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי והתשתית הרעיונית שעליה מבוססת זכות זו מעוגנת בעקרונות יסוד של שוויון וחופש ביטוי פוליטי (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 262-264 (1985) (להלן: עניין ניימן הראשון); ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 185 (1988) (להלן: עניין ניימן השני); ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פסקה 2 (7.3.2011) (להלן: עניין בל"ד); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי, פסקה 7 (20.8.2013) (להלן: עניין זועבי הראשון); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי, פסקה 5 (10.12.2015) (להלן: עניין זועבי השני). השור רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נז(2) 45, 58-60 וכן בעמ' 71 (1996) (להלן: עניין יאסין); רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145, 151-152 (1986) (להלן: גביון)).

עם זאת, השוויון וחופש הביטוי הפוליטי אינן חירויות בלתי מוגבלות וכבר נפסק כי "זכותה של הדמוקרטיה לשלול את ההשתתפות בהליך הדמוקרטי של רשימות השוללות את הדמוקרטיה עצמה [...] מי שאינו מקבל את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ומבקש לשנותם, אינו יכול לבקש להשתתף בדמוקרטיה בשם אותם הכללים" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 14 (2003) (להלן: עניין טיבי); ראו עוד עניין יאסין, בעמ' 62; עניין זועבי הראשון, פסקה 8; עניין זועבי השני, פסקה 6). על כן, לצד תנאי כשירות פורמליים שאותם יש לקיים לצורך מימוש הזכות לבחור ולהיבחר והנוגעים, בין היתר, לגיל ולאזרחות (ראו סעיף 5 לחוק יסוד: הכנסת לעניין הזכות לבחור וסעיפים 6, 6א ו-7 לאותו החוק לעניין הזכות להיבחר), נדרשים גם סייגים מהותיים המיועדים למנוע השתתפות בבחירות של רשימות ומועמדים המבקשים לעשות שימוש בכלים הדמוקרטיים במטרה לשלול את עצם קיומה של המדינה או לפגוע בעקרונות היסוד שלה.

4. כפי שיפורט בסקירה התמציתית שתובא להלן, סייגים מהותיים כאלה התפתחו לאורך השנים גם במשפט הישראלי. מדינת ישראל אימצה עם הקמתה משטר דמוקרטי המתאפיין, בין היתר, בערכים של שוויון וחופש ביטוי פוליטי שעליהם עמדנו. לצד עקרונות אלה, ובלא סתירה הכרחית בין הדברים, מדינת ישראל הריבונית הוקמה כמדינה יהודית מתוך הכרה בזכותו של העם היהודי לתקומה לאומית בארצו. עקרון יסוד חשוב זה, שאותו הגדיר השופט מ' חשין כ"אקסיומה" בהיותו יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, מחייב אף הוא הגנה. עמד על כך הנשיא א' ברק בעניין טיבי באומרו:

"רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל היא בהיותה מדינה יהודית. אופי זה הוא מרכזי לקיומה, והוא – כדברי השופט מ' חשין בפני ועדת הבחירות המרכזית – 'אקסיומה' של המדינה. יש לראות בה 'עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו'" (ההדגשה במקור; שם, בעמ' 21).

על הייחודיות של הדמוקרטיה הישראלית בהיבט זה עמדה גם הנשיאה ד' ביניש בעניין בל"ד בציינה:

"היותה של ישראל המדינה היחידה המשמשת בית לעם היהודי, ואשר משמרת מתוקף תפיסה זו מאפיינים ייחודיים הראויים להגנה, היא נקודת המוצא לכל דיון באופייה של המדינה" (שם, בפסקה 3).

בהקשר זה לא למותר לציין כי יש הסוברים שבין הערכים הדמוקרטיים אשר עליהם הוקמה מדינת ישראל ובין היותה מדינה יהודית, מתקיים "מתח ערכי ניכר המחייב הליך של השלמה בין ניגודים ערכיים" (השופט י' אנגלרד בעניין טיבי, בעמ' 64 להרחבה בנושא זה ראו גם עדי גל ומרדכי קרמניצר "פסילת רשימות ומועמדים – הגנה על הדמוקרטיה או פגיעה בה?", המכון הישראלי לדמוקרטיה 22-26 (טרם פורסם) (להלן: גל וקרמניצר)). לעומת זאת יש הסוברים כי לא זו בלבד שאין סתירה בין ערכים דמוקרטיים ובין ערכי היהדות, אלא שהם נובעים זה מזה (עניין ניימן השני, בעמ' 190-189; השופט י' עמית בעניין זועבי השני בפסקה 3; אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל", קריית המשפט א 17, 26 (2001)). להלן נעמוד על הסייגים המהותיים שנקבעו לזכות לבחור ולהיבחר במשפט הישראלי. כפי שניווכח סייגים אלה מגדירים את מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבלי הפרד בין שני קווי המתאר הללו, וזאת ברוח העקרונות שעליהם עמדנו לעיל.

5. הסייגים המהותיים לזכות החוקתית להיבחר מעוגנים מאז שנת 1985 בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. סעיף זה בנוסחו דהיום קובע כך:

<p>7א(א). רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:</p> <p>(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;</p> <p>(2) הסתה לגזענות;</p> <p>(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.</p>	<p>מניעת השתתפות בבחירות</p>
--	--------------------------------------

6. כפי שכבר צוין, סייגים אלה פותחו במשפט הישראלי לאורך השנים. חוק יסוד: הכנסת אשר נחקק בשנת 1958 לא כלל בנוסחו המקורי הוראה מהותית – להבדיל מהוראה פורמלית בדבר תנאי כשירות – המסייגת את הזכות להיבחר. על אף היעדרה של הוראה כאמור, הכיר בית המשפט בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1964) (להלן: עניין ירדור), בסמכותה של ועדת הבחירות שלא לאשר השתתפות של "רשימת הסוציאליסטים" בבחירות לכנסת ה-6 בנימוק שהרשימה וארגון אל-ארד שעמו זוהתה "שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה". כעשרים שנה מאוחר יותר, נדרש בית המשפט בשנית לסוגית פסילתה של רשימת מועמדים מלהתמודד בבחירות. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11 שהתקיימו בשנת 1984, פסלה את רשימת "כך" ואת "הרשימה המתקדמת לשלום" מלהתמודד בבחירות. רשימת "כך" נפסלה על ידי הוועדה בשל העקרונות הגזעניים והאנטי-דמוקרטיים שבהם דגלה, תמיכתה הגלויה במעשי טרור וליכוי שנאה ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסייה בישראל. "הרשימה המתקדמת לשלום" נפסלה על ידי הוועדה בקובעה כי מתקיימים ברשימה יסודות ומגמות חתרניים ואנשים מרכזיים בה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה. פסילת שתי הרשימות הללו הונחה לפתחו של בית המשפט בעניין ניימן הראשון שם נפסק, ברוב דעות, כי בהיעדר הוראת חוק מפורשת יש להגביל את ההלכה שנקבעה בעניין ירדור לעילת הפסלות שהותוותה בה, קרי, שלילת עצם קיומה של המדינה – ואותה יש להוכיח בראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות (לביקורת ראו גביוון, בעמ' 184-195).

7. בעקבות פסק הדין בעניין ניימן הראשון תיקן המחוקק את חוק יסוד: הכנסת והוסיף לו את סעיף 7א. סעיף זה בנוסחו המקורי כלל שלוש עילות לפסילת רשימת מועמדים אשר במטרתיה או במעשיה יש במפורש או במשתמע משום (1) שלילת קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות.

משביקשה רשימת "כך" בשנת 1988 לשוב ולהתמודד בבחירות לכנסת ה-12, נפסלה הרשימה על ידי ועדת הבחירות מן העילות המנויות בס"ק (2) ו-(3) לסעיף 7א. ערעור על החלטת הוועדה נדחה על ידי בית המשפט (ראו עניין ניימן השני) בקובעו כי הרשימה אכן שוללת את אופייה הדמוקרטי של המדינה וכי בפעילותה יש משום הסתה לגזענות. בית המשפט הדגיש בפסק הדין כי בהינתן חשיבותן של החירויות שאותן מיועדות להגשים הזכויות לבחור ולהיבחר, קיומן של זכויות אלו עדיף על שלילתן ופסילת רשימות צריכה על כן להישמר למקרים קיצוניים ביותר. הליך נוסף אשר נגע לבחירות לכנסת ה-12, נדון אף הוא בבית המשפט באותה שנה ובו נדחה ברוב דעות ערעור שהוגש על החלטת ועדת הבחירות המרכזית שלא לפסול את "הרשימה המתקדמת לשלום" מלהתמודד באותן בחירות (ע"ב 2/88 בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221 (1989)). לאחר רציחתו של מייסד תנועת "כך", הרב מאיר כהנא (להלן: הרב כהנא) בשנת 1990, נפסלו בשנת 1992 שתי רשימות שראו עצמן כממשיכות דרכו מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-13 על ידי ועדת הבחירות המרכזית. ערעורים שהוגשו על החלטות הפסילה נדחו פה אחד על ידי בית המשפט תוך אימוץ אמות המידה שנקבעו בעניין ניימן השני (ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה (לא פורסם) (להלן: עניין כך); ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 541 (1992) (להלן: עניין מובשוביץ)).

8. בשנת 2002 תוקן סעיף 7א לחוק היסוד. התיקון כלל שלושה שינויים מרכזיים: (1) עילות הפסילה שהתייחסו בנפרד לשלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית אוחדו לעילה אחת; (2) נוספה עילת פסילה לפיה ניתן יהיה לפסול רשימה מלהתמודד בבחירות אם היא תומכת במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל; (3) נקבע כי ניתן יהיה לפסול לא רק רשימה שלמה אלא גם מועמד מלהתמודד בבחירות אך נקבע כי פסילת מועמד, בהבדל מפסילת רשימה, טעונה אישור של בית המשפט העליון.

9. בעניין טיבי נדונו בבית המשפט, במאוחד, מספר החלטות שניתנו על ידי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 שהתקיימו בחודש ינואר 2003, ובהן החלטות ראשונות מסוגן שניתנו בעקבות התיקון הנזכר לעיל של סעיף 7 לחוק היסוד. ועדת הבחירות החליטה לפסול את חברי הכנסת אחמד טיבי מרשימת חד"ש-תע"ל (להלן: טיבי) ועזמי בשארה מרשימת בל"ד (להלן: בשארה). הוועדה הוסיפה והחליטה כי אין לפסול את ברוך מרזל מרשימת חרות (להלן: מרזל). כמו כן, החליטה הוועדה לפסול את רשימת בל"ד מלהתמודד בבחירות. בפסק הדין בעניין טיבי מיקד בית המשפט והתווה את אמות המידה לבחינת כל אחת מן העילות שבסעיף 7 לחוק היסוד, ועל פיהן החליט שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות לפסול את חברי הכנסת טיבי ובשארה מלהתמודד. פסק הדין ככל שהוא נוגע לטיבי ניתן פה אחד ואילו לגבי בשארה – ברוב דעות. עוד הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור על החלטת ועדת הבחירות לאשר את השתתפותו של מרזל בבחירות ואילו הערעור על פסילתה של רשימת בל"ד התקבל ברוב דעות ונפסק כי הרשימה תוכל להתמודד בבחירות.

10. תיקון נוסף לסעיף 7 לחוק היסוד נחקק בשנת 2008 ועל פיו נוספה בו הוראת סעיף קטן (א1) הקובעת כי "לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת". כשנה לאחר אותו התיקון נדון לקראת הבחירות לכנסת ה-18 ערעור על החלטת ועדת הבחירות לפסול את רשימת בל"ד ואת רשימת רע"ם-תע"ל בעילות המנויות בסעיפים 7א(א)(1) ו-3 לחוק היסוד. הערעור התקבל ברוב דעות והשתתפותן של רשימות אלה בבחירות התאפשרה. בשנים 2012 ו-2015 שב בית המשפט ונדרש לשאלת פסילתם של מועמדים. בעניין זועבי הראשון פסק בית המשפט פה אחד כי יש לבטל את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את חברת הכנסת חנין זועבי (להלן: זועבי) מהתמודדות בבחירות לכנסת ה-19 בעילות המנויות בסעיפים 7א(א)(1) ו-3 לחוק היסוד. בעניין זועבי השני נדונו במאוחד שני הליכי אישור לאחר שוועדת הבחירות המרכזית פסלה את השתתפותה של זועבי בבחירות לכנסת ה-20 בעילות המנויות בסעיפים 7א(א)(1) ו-3 לחוק היסוד וכן פסלה את השתתפותו של מרזל באותן בחירות בעילות המנויות בסעיפים 7א(א)(1) ו-2. בית המשפט החליט ברוב דעות שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות הן לגבי זועבי והן לגבי מרזל ומשכך השתתפו שניהם כמועמדים באותן הבחירות.

11. פסק הדין בעניין זועבי השני ניתן בשנת 2015 ובשנת 2017 תוקן סעיף 7 לחוק היסוד פעם נוספת וברישא לסעיף אחרי המילים "במעשיו של האדם" נוספו המילים "לרבות התבטאויותיו". חשוב להדגיש, כי בניגוד לטענות כאלה ואחרות שעלו בפנינו

בהליכים דנן, תיקון זה, כאמור בדברי ההסבר שלו "לא נועד לשנות את פסיקת בית המשפט ולפיה הפעלת סעיף 7א לחוק היסוד תיעשה בצמצום ובאופן דווקני כדי להגן על האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה". ובמילים אחרות, הרף הראייתי המחמיר אשר הותווה בפסיקה לאורך שנים והנדרש להוכחת התקיימותן של עילות הפסילה בעינו עומד, בהינתן תכליתו של הסעיף והאיזון בין העקרונות שעליהם הוא מיועד להגן.

למען שלמות התמונה נזכיר כי בשנת 2016 אישרה הכנסת תיקון לחוק היסוד הנוגע להפסקת כהונה של חבר כנסת בגין הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל כאמור בסעיפים 7א(א)(2) ו-7א(א)(3) לחוק היסוד. עוד נזכיר למען שלמות התמונה כי שתי עתירות שהוגשו נגד חוקתיות התיקון האמור נדחו (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)).

עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א

12. לאחר שסקרנו את ההליכים ואת תיקוני החקיקה הרלוונטיים לפסילת רשימות ומועמדים המבקשים להתמודד בבחירות לכנסת ואת ההתפתחויות שחלו בהקשר זה בפסיקה ובחוק היסוד, מן הראוי לעמוד עתה על העקרונות הפרשניים ועל אמות המידה שהותוו ויושמו בכל הנוגע לעילות הפסילה השונות. אקדים ואומר כי המגמה השלטת בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים היא כי יש לנקוט גישה זהירה ומרוסנת בכל הנוגע לפסילת רשימות ומועמדים מלהשתתף בבחירות לכנסת. אכן, בשים לב לעוצמתן של הזכויות לבחור ולהיבחר, פסק בית משפט זה פעם אחר פעם כנקודת מוצא שיש לפרש את עילות הפסילה בצמצום ולהפעילן במקרים קיצוניים ביותר (ראו למשל עניין ניימן השני, בעמ' 187; עניין טיבי, בעמ' 17-18). מתוך נקודת מוצא זו נגזרה בפסיקה התשובה לשאלה מה יש להוכיח על מנת לבסס את התקיימותן של איזה מעילות הפסילה וכן נגזרו ממנה אמות המידה באשר לרף הראייתי הנדרש. תחילה נבחן את הפרשנות שגובשה בפסיקה באשר לשאלה מה טעון הוכחה בכל אחת מעילות הפסילה ולאחר מכן תיבחנה אמות המידה שנקבעו באשר לרף הראייתי הנדרש כאמור.

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

13. העילה הראשונה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת עניינה מניעת השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או מועמד אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של המועמד לרבות בהתבטאויותיו משום שלילת קיומה של מדינה

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בעניין טיבי נקבעו המאפיינים "הגרעיניים-המינימליים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכן נקבעו המאפיינים ה"גרעיניים-המינימליים" שלה כמדינה דמוקרטית, ונקבע שפגיעה במאפיינים אלה היא זו העשויה להקים עילת פסילה מתוקף סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד. לעניין המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית נקבע כי אלה כוללים את זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל שבה יהיה רוב יהודי; כי עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה; כי סמליה וחגייה של המדינה משקפים בעיקרם את המסורת היהודית, וכי מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשת הדתית והתרבותית של המדינה (עניין טיבי, בעמ' 22; השוו לעמדת השופט י' טירקל באותה פרשה בעמ' 101; ראו עוד עניין זועבי השני, בפסקה 66 ועניין זועבי הראשון, בפסקה 20; עניין בל"ד, בפסקה 6; והשוו: עניין יאסין, בעמ' 66; דבריו של השופט ש' לויין בעניין בן שלום, בעמ' 248; ראו עוד אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב חוק-יסוד: הכנסת 64 (1993)).

אשר למאפיינים "הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית נקבע כי: "מאפיינים אלה מבוססים [...] על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23; ראו גם עניין זועבי השני, בפסקה 29; והשוו: עניין יאסין, בעמ' 66). עוד צוין בעניין טיבי כי רשימה השוללת את זכות הבחירה לכנסת על בסיס אתני-לאומי, או רשימה אשר מבקשת לשנות את המשטר באמצעות שימוש באלימות, לא תורשה להתמודד בבחירות, שכן במהותה היא שוללת את היסודות הדמוקרטיים של המשטר בישראל (שם, בעמ' 24; ראו עוד עניין ניימן השני, בעמ' 190 וכן עניין זועבי השני, פסקה 30).

(2) הסתה לגזענות

14. עילת הפסילה השנייה הקבועה בסעיף 7א(א)(2) היא – הסתה לגזענות. על יסודותיה של עילה זו ועל הרציונלים שבבסיסה וביתר-שאת במדינת היהודים, נעמוד בהרחבה להלן. בשלב זה, יצוין כי כבר בעניין ניימן השני עת נפסלה, לראשונה לאחר חקיקת סעיף 7א לחוק היסוד, רשימת "כך" בעילה של הסתה לגזענות, קבע בית המשפט מפי הנשיא מ' שמגר כי "מטרותיה ומעשיה [של הרשימה] הם באופן ברור גזעניים: ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסיה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני, ולהשפלתם באופן הדומה להחריד לגרועות שבדוגמאות בהן התנסה העם היהודי" (שם, בעמ' 197).

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל

15. עילת הפסילה השלישית הקבועה בסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד עניינה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. עילה זו מבוססת על ההצדקה הרעיונית המרכזית לפסילת מועמדים ורשימות, קרי – התגוננות מפני מי שמבקש לשלול את עצם קיומה של המדינה או לפגוע ביסודות קיומה ובאופייה הדמוקרטי בדרך של מאבק מזוין (עניין זועבי הראשון, בפסקה 29). בעניין טיבי ציין הנשיא א' ברק בקשר לעילה זו כי: "הדמוקרטיה רשאית למנוע את השתתפותן של רשימות מועמדים אשר נוקטות אלימות או תומכות באלימות כמכשיר לשינוי פני המשטר" (שם, בעמוד 26; ראו עוד עניין זועבי השני, בפסקה 69). מניעת התמודדות מכוח עילה זו תתאפשר כמובן מקום שבו מועמד או רשימה נוטלים בעצמם חלק פעיל במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב נגד המדינה וכן מקום שבו הם מעודדים מאבק כזה או תומכים בו תמיכה חומרית, פוליטית או אחרת (שם, בפסקה 69; ראו עוד עניין טיבי, בעמ' 27; עניין בל"ד, בפסקה 7; עניין זועבי הראשון, בפסקה 29). כמו כן, פסילת רשימה או מועמד מכוח עילה זו תתאפשר רק אם התמיכה היא במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור (עניין טיבי, בעמוד 27; ראו עוד עניין זועבי השני, בפסקה 69; להרחבה בסוגיה זו ראו גל וקרמניצר, בעמ' 16-19).

אמות המידה לעניין הרף הראייתי הנדרש

16. לצד הפרשנות המצמצמת של עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א לחוק היסוד, הוסיפה הפסיקה וקבעה במהלך השנים שורה של אמות מידה מחמירות לעניין הרף הראייתי הנדרש לצורך התגבשות איזה מן העילות. אמות המידה הללו תוחמות את האפשרות לפסול רשימה או מועמד מלהתמודד בבחירות לכנסת למקרים מובהקים וקיצוניים בלבד בשל הזהירות המופלגת שאותה נוקט בית המשפט כנקודת מוצא בהקשר זה (עניין בל"ד, בפסקה 3; השוו לדבריו של השופט ש' לויין בעניין בן שלום, בעמ' 248; עניין כך, בעמ' 2). להלן תפורטנה בתמצית אמות המידה שהותוו בפסיקה לעניין הרף הראייתי הנדרש להתקיימות עילות הפסילה. אמות מידה אלה ברובן יושמו תחילה באשר לפסילת רשימות ולאחר תיקון חוק היסוד בשנת 2002 הן אומצו בהתאמה גם לעניין פסילת מועמד יחיד (ראו עניין טיבי; עניין זועבי הראשון ועניין זועבי השני), ואלו הן:

(-) ראשית, על מנת להכריע בשאלה האם אחד מהיסודות המנויים בסעיף 7א מתקיים במטרותיהם או במעשיהם של הרשימה או המועמד, יש להראות כי מטרה זו היא חלק מהמאפיינים הדומיננטיים של שאיפות הרשימה או המועמד או הפעילות שלהם וכי

לשם קידומם הם מבקשים ליטול חלק בבחירות (ראו עניין ניימן השני, בעמ' 187; וראו גם עניין טיבי, בעמ' 18; עניין בל"ד, בפסקה 4; עניין זועבי הראשון, בפסקה 14).

(-) שנית, יש להראות כי מטרות מרכזיות ודומיננטיות אלו נלמדות מהצהרות מפורשות ומהיגדים ישירים או ממסקנות מסתברות שמשמעותן ברורה וחד-משמעית (עניין ניימן השני, בעמ' 188; עניין טיבי, בעמ' 18; עניין בל"ד, בפסקה 4; עניין זועבי הראשון, בפסקה 14).

(-) שלישית, יש להראות שהרשימה או המועמד פועלים באופן אקטיבי להגשמת המטרות האמורות, וכי נעשתה פעילות שאינה ספורדית להוצאתן מן הכוח אל הפועל. נפסק כי אין די במטרות בעלות אופי תיאורטי ויש להצביע על פעילות שיטתית, חוזרת ונשנית, אשר "צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה" (עניין ניימן השני, בעמ' 196; עניין טיבי, בעמ' 18; עניין בל"ד, בפסקה 4; עניין זועבי הראשון, בפסקה 14).

(-) רביעית, הראיות המבססות את המעשים או המטרות, אשר יש בהם כדי למנוע התמודדות בבחירות לכנסת, צריכות להיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" (עניין ניימן השני, בעמ' 188; עניין טיבי, בעמ' 18; עניין זועבי השני, בפסקה 34; השוו: עניין ניימן הראשון, בעמ' 250), ונדרשת "מסה קריטית" של ראיות בעלות אמינות גבוהה להצדקת הפסילה (עניין טיבי, בעמ' 43; עניין זועבי הראשון, בפסקה 14). נטל הראיה בעניין זה חל על הטוען לפסילת הרשימה או המועמד וספק המתעורר לגבי דיות המסכת הראייתית צריך לפעול נגד הפסילה (עניין ניימן השני, בעמ' 248-249; עניין כר, בעמ' 3).

17. שאלה מורכבת הנוגעת לסוגיית הרף הראייתי הנדרש לצורך הוכחת עילות הפסילה על פי סעיף 7א לחוק היסוד, היא השאלה האם יש להחיל בהקשר זה מבחני הסתברות להתממשות הסכנות שאותן נועדו עילות הפסילה למנוע. בעניין זה נחלקו הדעות בפסיקה והסוגייה נותרה בצריך עיון וטרם הוכרעה. מגוון הדעות שהובעו בנושא זה משתרע מגישה השוללת את תחולת המבחן ההסתברותי (ראו עמדתו של השופט מ' אלון בעניין ניימן הראשון, בעמ' 297; הנשיא מ' שמגר לאחר חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בעניין ניימן השני, בעמ' 187; השופט ש' לויין בעניין בן שלום, בעמ' 248; והשופטים ש' לויין, א' מצא וד' דורנר, בעניין טיבי, בעמ' 81, 96-97 ו-99), ועד גישה הפוכה הגורסת כי יש לאמץ מבחן זה לגבי כל אחת ואחת מעילות הפסילה שבסעיף 7א לחוק היסוד (השופט א' ריבלין בעניין טיבי, בעמ' 106 וראו גם ברק מדינה "ארבעים שנה

להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית", מחקרי משפט כב 327, 376-381 (2006). כאמור הסוגיה נותרה בצריך עיון ולא הוכרעה בפסיקה עד כה (ראו הנשיא א' ברק וכן השופטות א' פרוקצ'יה וד' ביניש בעניין טיבי, בעמ' 21, 88 ו-90; הנשיא ד' ביניש בעניין בל"ד, פסקה 8; הנשיא א' גרוניס בעניין זועבי הראשון, פסקה 34; הנשיא מ' נאור בעניין זועבי השני, פסקה 36).

בין שתי העמדות המנוגדות הללו הובעה גם עמדת ביניים לפיה ניתן להבחין לעניין תחולתו של המבחן ההסתברותי בין העילות שבסעיף 7א(א)(1) ו-3 לעילה הנוגעת להסתה לגזענות שבסעיף 7א(א)(2). כך למשל מציינת השופטת פרוקצ'יה בעניין טיבי כי "הוקעתה של ההסתה לגזענות והוצאתה ממסגרת ההתמודדות הפוליטית הינן ערך העומד לעצמו, בלתי מותנה ובלתי מסויג גם מקום שאין מתלווה הסתברות כלשהי למימוש הסיכון שהיא אוצרת בתוכה. אין צורך לחפש גורמי סכנה גלויים או חבויים כדי לשלול כניסת מסיתים לגזענות למשחק הפוליטי [...] ההסתה לגזענות מוקעת כערך במורשת האוניברסלית והלאומית, והיא עומדת מחוץ ומעבר לבחינה הסתברותית של סכנה הצפויה ממנה על-פי אמת מידה כזו או אחרת. הניגוד בין הגזענות לבין ערכי היסוד של המדינה הוא כה עמוק, עד כי כל האוחז בה בתורתו הפוליטית ראוי שייפסל על הסף" (שם, בעמ' 90; גל וקרמניצר, בעמ' 62-63). דעה נוספת המבדלת את העילה הנוגעת להסתה לגזענות משאר העילות לעניין תחולתו של מבחן ההסתברות ומציעה להחיל לגביה מבחן הסתברותי במדרג נמוך ביותר, הביעה השופטת ביניש באותו עניין בקבעה כי: "אילו סברתי שיש לקבל את השיטה הגורסת 'מבחני הסתברות' לשם פסילת רשימות או מועמדים, הרי בכל הנוגע לגזענות הייתי קובעת כי 'גזענות' במובנה ה'גרעיני' טומנת בחובה, על-פי טיבה, פוטנציאל של סיכון שהסתברותו היא בגדר אפשרות ממשית. גזענות מעצם טבעה עלולה לפשוט כנגע גם כאשר נראה שהיקף הפעילות הפוליטית סביבה קטן הוא, וסיכוייהם הפוליטיים של הרשימה או של המועמד אינם רציניים. גזענות היא מסוג הנגעים שבידודם והרחקתם מהזירה הפוליטית והחברתית היא תנאי חיוני למניעת התפשטותה" (בעמ' 88). בהמשך הדברים נתייחס לסוגיה זו ונבחן האם אמנם ככל שהדברים נוגעים לעילת ההסתה לגזענות יש מקום לגישה שונה לעומת העילות האחרות, ככל שהדבר נוגע לתחולתם של מבחנים הסתברותיים.

שאלה נוספת הנגזרת במידת מה מן המבחן ההסתברותי והנוגעת לרף הראייתי הנדרש להוכחת התקיימותן של עילות הפסילה, היא השאלה האם ועד כמה קיימת זיקה בין עילות הפסילה ובין עבירות פליליות המיועדות להגן על אותם ערכים. בהקשר זה נראה כי הגישה שאומצה בפסיקה היא זו הקובעת כי ניתן להסתייע בחוק העונשין לצורך זיהוי התקיימותם של יסודות עילות הפסילה אך זאת תוך הדגשה כי מדובר בתחומי

פעולה שונים למניעת אותה תופעה ועל כן המבחנים שאותם יש להחיל בכל אחד מן התחומים אינם זהים (ראו הנשיא מ' שמגר בעניין ניימן השני, בעמוד 191; הנשיא א' גרוניס בעניין זועבי הראשון, פסקה 32; וראו גם גביזון, בעמ' 166; והשוו לעניין בן מאיר, פסקה 28; וכן לבג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287 (2006)).

ערעור בחירות ואישור החלטה של ועדת הבחירות – מה ביניהם?

18. חוק יסוד: הכנסת מבחין בין שני סוגים של החלטות הניתנות על ידי ועדת הבחירות המרכזית. הראשון הוא החלטות של ועדת הבחירות למנוע או שלא למנוע מרשימת מועמדים להתמודד בבחירות. על החלטות מסוג זה ניתן להגיש ערעור לבית המשפט העליון בהתאם לסעיפים 64(א) ו-64(א1) לחוק הבחירות. השני הוא החלטות של ועדת הבחירות לפיהן מועמד מסוים מנוע מלהשתתף בבחירות. החלטה זו טעונה אישור של בית המשפט העליון לפי סעיף 7(ב) לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 63(ב) לחוק הבחירות, ואילו החלטה של ועדת הבחירות הדוחה בקשה למנוע ממועמד להשתתף בבחירות נמנית עם הסוג הראשון של החלטות במובן זה שהיא אינה טעונה אישור אך ניתן להגיש עליה ערעור לבית המשפט העליון לפי סעיף 63(ד) לחוק הבחירות.

ההליך של אישור החלטתה של ועדת הבחירות איננו הליך של ביקורת שיפוטית "רגילה" במובן זה שעד הינתן האישור אין ההחלטה משתכללת. בכך הוא נבדל מהליכים ערעוריים על החלטותיה של ועדת הבחירות המתגבשות ומשתכללות עם נתינתן. היקף הסמכות הנתונה לבית המשפט בהליך אישור אינו זהה לזו הנתונה לו בהליך ערעור. בהקשר זה נפסק כי על בית המשפט להימנע מביטול החלטה הנתונה לערעור גם אם הוא עצמו לא היה מקבל החלטה דומה, ככל שזו חוקית ואינה חורגת ממתחם הסבירות. לעומת זאת בהליך אישור נתונה לבית המשפט הסמכות לבחון אם הוא עצמו מאשר את פסילת המועמד מהשתתפות בבחירות אם לאו (עניין טיבי, בעמ' 28-31; עניין זועבי הראשון, בפסקה 15; עניין זועבי השני, בפסקה 12-13). מעניין לציין כי ניתן למצוא בפסיקה התייחסויות שונות לעניין היקף התערבותו של בית המשפט בהחלטות הוועדה בשל העובדה כי מדובר בגוף פוליטי בעיקרו השוקל שיקולים פוליטיים. כך, יש הסבורים כי עובדה זו מצדיקה צמצום של גדר ההתערבות בהחלטות הוועדה (השופט א' ריבלין בעניין טיבי בעמ' 109 וכן השופט ש' לוין בעניין בן שלום בעמ' 251). לעומת זאת, יש הסבורים כי "עובדה זו של ההרכב הפוליטי של הוועדה, פרט ליושב הראש שלה, מחייבת בדיקה עניינית של החלטת הוועדה מטעם בית-משפט זה, כדי למנוע התגברות שיקולים פוליטיים על בדיקה משפטית אובייקטיבית" (המשנה לנשיא מ' אלון בעניין בן שלום

בעמ' 279; ולעמדה דומה ראו השופטת ד' ביניש בעניין טיבי, בעמ' 86 ובעניין בל"ד, פסקה 16).

האפיון של ועדת הבחירות המרכזית כגוף שהוא פוליטי בעיקרו, המקבל החלטות המושפעות משיקולים פוליטיים בלא שמוטלת עליה חובה לנמק החלטות אלה, אכן מצדיק בחינה והתייחסות של המחוקק (ראו הערתה של הנשיאה מ' נאור בעניין זועבי השני, פסקה 78 וכן גל וקרמניצר, בעמ' 61-62). לעת הזו, אמוץ בית המשפט על שני סוגי ההליכים המובאים בפניו על פי הוראות חוק יסוד: הכנסת וחוק הבחירות ועל ההבחנות שיש לשרטט ביניהם כמפורט לעיל. בהקשר זה לא למותר להוסיף ולציין את הדברים שפסקנו בהקשר אחר וכוונתי לעניין בן מאיר, שם הועלתה טענה כי יש משמעות חוקתית להבחנה בין שני סוגי ההליכים. בדחותנו את הטענה קבענו כי: "יש אמנם שוני בהיקף הסמכות הנתונה לבית המשפט במסגרת ערעור בחירות לעומת אישור החלטה [...] אולם, בסופו של יום, שמורה לבית משפט זה הסמכות [גם בהליך ערעורי – א.ח.] לבקר את ההחלטה לגופה ולפקח על חוקיותה וסבירותה, לרבות בכל הנוגע לתשתית העובדתית" (שם, פסקה 34).

19. לאחר שפרשתי את המסגרת הנורמטיבית הכללית הנוגעת להליכים שבפנינו אפנה עתה לבחון כל אחד מארבעת ההליכים ולהכריע בהם.

ע"ב 1866/19 פריג' נ' בן ארי

20. שלוש בקשות לפסילת בן ארי ובן גביר הוגשו לוועדת הבחירות המרכזית. שתיים מן הבקשות, זו שהגישו המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ופורום תג מאיר וזו שהגישה חברת הכנסת סתיו שפיר, נסמכו על שתי עילות פסילה: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לפי סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, והסתה לגזענות לפי סעיף 7א(א)(2) לחוק היסוד. הבקשה השלישית, שהוגשה על ידי חברים בסיעת מרצ, נסמכה על עילה אחת – הסתה לגזענות. לאחר דיון שקיימה בבקשות החליטה ועדת הבחירות, כאמור, לדחות את כל שלוש הבקשות ומכאן הערעור שלפנינו שהוגש במאוחד על ידי כל מבקשי הפסילה.

טענות הצדדים

21. לטענת המערערים בן ארי ובן גביר פועלים מזה שנים באופן עקבי כדי להוציא מן הכוח אל הפועל את משנתו הגזענית של הרב כהנא ושל רשימת "כך" שנפסלה

מלהתמודד בבחירות, ופועלים באופן קיצוני לביזוי ערביי ישראל, לרבות באמצעות קריאות לגירושם מן הארץ. לדברי המערערים, בן ארי ובן גביר תומכים באידיאולוגיה גזענית המבקשת לחתור תחת עקרונות השוויון וכבוד האדם כלפי כל מי שאינם יהודים. הוטעם, כי פסקי הדין שבהם נדון עניינה של רשימת "כך" קבעו באופן ברור שרעיונותיה האידיאולוגיים הם גזעניים ופוגעים בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי. המערערים סבורים כי המאפייני המרכזי של מעשיהם והתבטאויותיהם של בן ארי ובן גביר הוא הסתה מתמשכת לגזענות, וכי הדבר בא לידי ביטוי גם במצעה של מפלגת "עוצמה יהודית", המתנגדת לערכי הדמוקרטיה. נטען כי הצהרותיהם של השניים תורגמו לכדי מעשים חמורים באופן עקבי ומתמשך, אשר חלקם בוצעו עם גורמים נוספים הפועלים ברשימת "עוצמה יהודית".

22. בן ארי ובן גביר מצדם סמכו ידיהם על החלטת ועדת הבחירות וטענו כי דין הערעור להידחות. לטענתם אין בראיות שהציגו המערערים כדי להצדיק את פסילתם. הטיעון המרכזי שהעלו היה כי המצע ופעילותם הציבורית של השניים מתייחסים למי שהוא "אויב ישראל", שאינו נאמן למדינה ואין בכך משום התייחסות מכלילה לכל ה"ערבים" באשר הם, וכן תמיכה בעידוד הגירה אך של מי שאינו נאמן "והוא אויב למדינת ישראל". לשיטתם, העובדה שבית משפט זה לא פסל בעבר את מרזל מלהשתתף בבחירות, צריכה ללמד כי אין מקום לפסול גם אותם.

23. היועץ המשפטי לממשלה סבר מנגד כי יש לפסול את השתתפותו של בן ארי בבחירות בעילה של הסתה לגזענות. לטענתו, המערערים הציגו ראיות משכנעות, ברורות, וחד-משמעיות מן העת האחרונה ובפרט החל מחודש מאי 2018 שבהן נשמע בן ארי בקולו בסרטונים שונים שחלקם אף הועלו לעמוד הפייסבוק שלו. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, מדובר בהתבטאויות רציפות ועקביות לאורך תקופה משמעותית, המצויות בגרעין הקשה של הסתה לגזענות. נטען כי התבטאויות אלו מלמדות כי בן ארי מתייחס לציבור הערבי בכללותו תוך שהוא קורא לשלילה אלימה של זכויות האוכלוסייה הערבית בישראל ולביזוי שיטתי ומכוון שלה על יסוד השתייכות אתנית-לאומית.

באשר לבן גביר סבר היועץ המשפטי לממשלה כי חרף העובדה שמצבור הראיות בעניינו מטריד ביותר ובאחדות מן ההתבטאויות המיוחסות לו הוא התקרב "קירבה מסוכנת לקו האסור, שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת", אין מקום להורות על פסילתו. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בשונה מן הראיות שהוצגו בעניינו של בן ארי, הראיות שהוצגו בעניינו של בן גביר אין די בהן כדי לבסס תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית הדרושה לצורך פסילה. זאת, לנוכח העובדה שמירב הראיות אינן

מן השנים האחרונות וכן בשים לב להצהרותיו ולהסבריו של בן גביר בהליכי הפסילה דנן.

24. כעולה מפסק הדין שניתן על ידינו ללא נימוקים ביום 17.3.2019, החלטנו ברוב דעות וכנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לקבל את הערעור בע"ב 1866/19 בכל הנוגע לבן ארי ולהורות על פסילת השתתפותו כמועמד בבחירות לכנסת ה-21, ואילו בעניינו של בן גביר הוחלט פה אחד לדחות את הערעור.

פסילת מועמד בעילה של הסתה לגזענות

25. גזענות היא חולי חברתי מוכר וידוע שהמין האנושי נגוע בו מאז ומקדם. הגזענות מגלה את פניה המכוערים בשנאת חנינם ובהסתה לשנאת חנינם של השונה, אך בשל מאפיינים מולדים או בשל השתייכות קהילתית, דתית, אתנית או לאומית. היא מפשיטה את בני האדם מתכונותיהם האנושיות בשל השתייכויות אלה ופוגעת בזכות הבסיסית לכבוד אנושי ולשוויון הנתונות לכלל הברואים בצלם (בג"ץ 2684/12 התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 26 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (9.12.2015) (להלן: עניין תורת המלך)). מדינת ישראל הדמוקרטית הוקמה כמדינתו של העם היהודי, אשר ידע מאז ומעולם רדיפות וסבל על רקע גזעני שאין להם אח ורע באומות העולם. הגזענות מנוגדת לחלוטין לערכי היסוד שעליהם הוקמה המדינה ועלינו כיהודים מוטלת חובה מיוחדת להיאבק בה ללא פשרות. עמד על כך השופט צ' ברנזון עוד בשנת 1973 בבג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 771 (1973) בציינו:

"כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו, ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפליית רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיים שונות מכל עם'. מלומדי נסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוזות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק [...] שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השונא על לא אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם" (בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 771 (1973); ראו והשוו עניין טיבי, בעמ' 89; דברי המשנה לנשיאה א' דובינשטיין

בעניין תורת המלך, בפסקה לח ובעניין זועבי השני (בדעת מיעוט לעניין התוצאה), בפסקה קטז).

26. המחוקק הישראלי נרתם למשימה זו בעקבות הבחירות לכנסת ה-11 שהתקיימו בשנת 1984 ובמהלכן התבקשה, כזכור, פסילתה של רשימת "כך" בשל הסתה לגזענות (עניין ניימן הראשון). כך, בתיקון מס' 9 נוסף לחוק יסוד: הכנסת סעיף 7א המפרט עילות המאפשרות פסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות ובהן עילת הפסילה של הסתה לגזענות. בכל הנוגע לעילה זו צוין בדברי ההסבר להצעת החוק כי היא מיוסדת על ההכרה "בחומרה והסכנה של תופעת הגזענות" (הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), ה"ח 1728, בעמ' 194) ובישיבת מליאת הכנסת אשר בה התקיימה ההצבעה בקריאה השנייה והשלישית על הצעת החוק אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, חבר הכנסת אליעזר קולס:

"דמוקרטיה היא ה'אני מאמין' של עם ודרך חייו. לדמוקרטיה צריך לחנך ועל דמוקרטיה חייבים להגן. במשטר דמוקרטי אין מקום להסתה גזענית, אין מקום לגזענות, אין מקום לפגיעה בשום אדם על רקע של גזע, דת, לאום או מין. הגזענות והאפליה מנוגדות לאופיו של משטר דמוקרטי ולאופיו של העם היהודי, שחש על בשרו גזענות מהי" (פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-11, בעמ' 3898 (31.7.1985) (להלן: פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת)).

על הציווי ההיסטורי המיוחד החל עלינו כיהודים להיאבק בגזענות עמדה גם פרופ' גביזון במאמר משנת 1986 הנזכר לעיל בציינה:

"המחוקק הישראלי הוסיף עילת פסילה זו לחוק בשל טעמים הסטוריים שונים. אני רואה בהסתה גזענית מקרה פרטי (חמור) של אי-התיישבות ערכית. הסתה גזענית הינה דחייה חריפה של מחויבות לשוויון ערך האדם. על רקע הלקחים ההסטוריים של המאה האחרונה, שבה היו יהודים קרבנות חפים מפשע של הסתה כזאת, יש צידוק מלא לייחד את ההסתה הגזענית כצורה מפורשת של אי-התיישבות עם ערכי היסוד של המדינה" (שם, בעמ' 161).

27. במקביל לתיקון מס' 9 של חוק יסוד: הכנסת תוקן גם חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ונוספה בו עבירה של הסתה לגזענות, ו"גזענות" הוגדרה בסעיף 144א לחוק כ"רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". שר המשפטים דאז משה נסים עמד על הקשר בין שני תיקוני החקיקה הללו באומרו "עלינו לראות את שתי הצעות החוק הללו כמקשה אחת, [...] כדי

לטפל בצורה יסודית, נכונה, שקולה ומאוזנת [...] בתופעות שמדינת ישראל איננה יכולה להשלים עמן" (פרוטוקול הישיבה ה-188 של הכנסת, בעמ' 3361), ובדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק העונשין צוין "המסורת העברית רואה בכבודו וביקרו של האדם, שנברא בצלם אלוקים, והשכנת השלום בין הבריות, ערכים נעלים ביותר. [...] השפלת כבוד האדם נחשבת במורשת היהדות עבירה חמורה" (דברי ההסבר להצ"ח חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, ה"ח 1728, בעמ' 195).

בעניין ניימן השני נדרש הנשיא מ' שמגר, בין היתר, להגדרת המונח "גזענות" שבחוק העונשין וקבע כי לשם פרשנות סעיף 7א שבחוק היסוד אין צורך להגיע להגדרה סגורה של הביטוי "הסתה לגזענות". כמו כן דחה הנשיא מ' שמגר את טענת בא כוחה של רשימת "כך" לפיה "גזענות" מתייחסת רק להבחנות על יסוד ביולוגי, וקבע כי גם "הרדיפה לצורותיה, שטעמיה הם לאומיים, כלולה בימינו במסגרת המשמעות המקובלת של התופעה של הגזענות" (עניין ניימן השני, בעמ' 192; לדיון ביחס בין העבירה של הסתה לגזענות בסעיף 144ב לחוק העונשין ובין סעיף 7א ראו: עניין זועבי הראשון, בפסקה 32; השוו גביזון, בעמ' 170-171). הוקעת ההסתה לגזענות והמאבק בה בשדה המשפטי מצאו ביטוי גם בדברי חקיקה נוספים (ראו למשל סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951; סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992; סעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת; וסעיף 39א(3) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965).

28. מאבק נגד הסתה לגזענות והוראות הפוסלות פעילות פוליטית של קבוצות שונות מכוח עילה זו, ניתן למצוא גם במדינות שמעבר לים. כך למשל, בצרפת נשיא הרפובליקה מוסמך להורות על פירוק של קבוצות פוליטיות בעילות שונות ובהן הסתה לגזענות או אפליה קבוצתית אחרת. על החלטת הנשיא ניתן לערער לבית המשפט המינהלי הגבוה (גל וקרמניצר, בעמ' 43-45; Gregory H. Fox & George Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L. L. J. 1, 27-29 (1995) through Law (Venice Commission), GUIDELINES ON PROHIBITION AND DISSOLUTION OF POLITICAL PARTIES AND ANALOGOUS MEASURES, 16 (1999) (להלן: דו"ח ועדת ונציה)). בספרד החוק מאפשר להכריז על מפלגה כבלתי חוקית אם היא פוגעת באופן שיטתי בחירויות ובזכויות יסוד על ידי עידוד או הצדקת התקפתם, הדרתם או רדיפתם של בני אדם בשל אידיאולוגיה, דת, אמונה, לאום, גזע, מין או נטייה מינית (מרכז המחקר והמידע של הכנסת "מקבילות בעולם לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת והשלכותיהן האפשריות על הפסקת כהונתם של חברי פרלמנט" 8-9 (2006) (להלן: דו"ח הממ"מ) ERIK BLEICH, THE FREEDOM TO BE RACIST?: HOW THE UNITED STATES

AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM 103
 Gur Bligh, *Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning* ;(2011)
 תד"ח ועדת ;(Defending Democracy : (להלן) *Phenomenon*, 46 VNJTL 1321, 1338 (2013)
 ונצייה, בעמ' 16). בצ'כיה, חוק המפלגות משנת 1991 אוסר על רישום מפלגות
 שבפעולותיהן מסכנות את זכויות וחירויות האזרח ובשנת 2010 נפסלה מפלגת הפועלים
 הצ'כית ("Workers' Party"), בין היתר, משום שהיא שמה לה למטרה להסית לגזענות
 (Miroslav Mareš, *Czech Militant Democracy in Action: Dissolution of the Workers' Party*
and the Wider Context of This Act, 26(1) *East European Politics & Societies* 33, 43-
Mapping "Militant Democracy": Variation in Party Ban Practices in European ; 44 (2010)
 Mapping : (להלן) *Democracies (1945–2015)*, 13(2) *EUCONST.* 221, 238-239 (2017)
 ("Militant Democracy"; ד"ח הממ"מ, בעמ' 17 ; ד"ח ועדת ונצייה, בעמ' 16). הגבלות
 דומות קיימות גם בפולין, בפורטוגל, בבלרוס, באוקראינה, בבולגריה וברומניה (ד"ח
 ועדת ונצייה, בעמ' 16-17 ; וכן ד"ח הממ"מ, בעמ' 10-12). בהולנד, מאפשר הקוד הפלילי
 את פירוקן של התאגדויות המסכנות את שלום הציבור ומתוקף הוראה זו נקבע כי מפלגת
 "Centre Party '86" עורדה תעמולה המפלה זרים ומהווה סכנה לציבור. על כן, היא
 פורקה בשנת 1998 (Defending Democracy), בעמ' 1339 ; Paul Lucardie, *Right-Wing*
Extremism in the Netherlands: Why it is Still a Marginal Phenomenon, presented at
 Mapping "Militant ;Symposium, Right-Wing Extremism in Europe, 4-5 (2000)
 Democracy"; בעמ' 238 ; לסקירה מקיפה של ההסדרים הקיימים במדינות שונות בהקשר
 של פסילת מפלגות ומועמדים באופן כללי ראו למשל עניין טיבי, בעמ' 14-15 ; עניין
 זועבי הראשון, פסקאות 10-11 ; טליה איינהורן הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על-פי סעיף
 7א לחוק יסוד: הכנסת (1993)).

29. האיסור על התארגנות שיש בה משום הסתה לגזענות מעוגן גם במשפט זכויות
 האדם הבינלאומי הכולל הוראות הנוגעות לאיסור על קיום פעילות תעמולה מאורגנת
 שיש בה משום אפליה גזעית. כך למשל סעיף 4(ב) לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעור כל
 הצורות של אפליה גזעית, כ"א 861, 547 (אושרה בישראל בשנת 1979) קובע, בין
 היתר, כי המדינות החתומות על האמנה מתחייבות: "להכריז כבלתי חוקיים ולאסור
 ארגונים, וכן פעילויות תעמולה מאורגנות, וכל פעילויות תעמולה אחרות, המעודדים
 ומעוררים אפליה גזעית [...]". בהתבסס, בין היתר, על אמנה זו קיבל בחודש אוקטובר
 2018 הפרלמנט האירופי החלטה הנוגעת להתגברות האלימות מצד קבוצות ומפלגות
 פוליטיות בעלות אג'נדה ניאו-פשיסטית, ניאו-נאצית, גזענית וקסנופובית באירופה,
 וקרא למדינות החברות באיחוד לנקוט שורה של צעדים ממשיים להתמודדות אפקטיבית
 עם הפעילות של הקבוצות הנ"ל (ראו European Parliament resolution of 25

.(October 2018 on the rise of neo-fascist violence in Europe (2018/2869(RSP).

30. בישראל פרסם בשנת 2016 מבקר המדינה, השופט (בדימ') יוסף חיים שפירא, דו"ח שבחן את הפעולות שנעשו על ידי משרד החינוך לקידום החינוך לחיים משותפים ולמניעת גזענות ומצא כי לא נעשה די בתחום זה בשנים האחרונות. זאת בהינתן השונות הקיימת בין חלקי החברה בישראל המובילה למחלוקות ולשסעים. עוד צוין בדו"ח כי "במציאות מורכבת זו אנו חווים בתקופה האחרונה תופעות קשות של שנאה, גזענות, אלימות, פלגנות וחוסר סובלנות" וכי "התבטאויות גזעניות ואלימות, הפליה, רדיפה ואף פשעי שנאה מזעזעים היו למחזות שאינם כה נדירים [...] כשהרשתות החברתיות מהוות כר פורה להפצת שנאת האחר" (מבקר המדינה חינוך לחיים משותפים ולמניעת גזענות – דוח ביקורת מיוחד, 8 (2016)).

31. אכן, המסד הערכי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מורה אותנו לפעול בנחישות וללא פשרות למיגור הגזענות מתוכנו. מסר זה מקרין גם על הסכנה שאותה יש לאתר בהקשר זה לצורך מבחן ההסתברות, ככל שיוחלט כי יש להחילו לעניין עילות הפסילה שבסעיף 7א לחוק היסוד. בעיניי, הסכנה הטמונה בשיח גזעני נובעת מכך שהשיח מזין ומכין את הפעולות המיועדות לממש את האידיאולוגיה הגזענית ואלה בתורן מניעות ומתחזקות את המשך השיח הגזעני, וכדברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין טיב'י: "גזענות" במובנה ה'גרעיני' טומנת בחובה, על-פי טיבה, פוטנציאל של סיכון שהסתברותו היא בגדר אפשרות ממשית" (שם, בעמ' 88). אכן, שיח גזעני בייחוד אם הוא שיטתי, משמעותי ונמשך, גורם לחולי החברתי הזה לחלחל, להכות שורשים ולהתפשט. על כן נדרש מסר חד-משמעי וברור לפיו שיח גזעני מסית אינו לגיטימי, בייחוד מפיו של מי שמבקש להיות נבחר ציבור, המשמיע אותו בראש חוצות. את השיח הזה יש להותיר "מחוץ למחנה" בכל חברה מתוקנת ועל אחת כמה וכמה במדינת היהודים.

32. אלבר ממי, סופר ואינטלקטואל יהודי-צרפתי שנולד בשנת 1920 בגטו בתוניס כותב במבוא למהדורה העברית של ספרו הגזענות:

"העם היהודי הוא תמיד מיעוט ולפיכך חשוף מבחינה היסטורית וחברתית, כמו מרבית המיעוטים בעולם, ועל כן הוא קורבן נוח ביותר. (מכאן אגב נובעת אחת ההצדקות לציונות: הצורך של היהודים לחדול, לפחות במקום אחד, להיות מיעוט).

אולי היום כבר החלו הדברים להשתנות במקצת. הצהרותיהם של כמה מדינאים ומנהיגים דתיים [...] התעוררותו של המצפון הפוליטי של אומות העולם, כל אלה יכולים לגרום לנו להאמין, כי הגיהנום שהיה מנת חלקם של היהודים כמעט בכל מקום בעולם יגיע פעם לקיצו [...] הודות לקיומה של מדינת ישראל. עם זאת אל לנו לחגוג עדיין. כבר בסופה של מלחמת העולם האחרונה טענו אנשים כי זוועות המלחמה הפכו את האנשים לאלרגים לגזענות; הפילוסופיות הגזעניות תגווענה לחלוטין. אך תקוותנו הייתה פזיזה מדי; היום כבר יש אנשים שמעזים מחדש להיות גזעניים, ושוב נראות כתובות על הקיר הקוראות לגירוש היהודים, שאזרחותם שוב עומדת בסימן שאלה, ושוב מכינים את הקרקע להשפלתם. עלינו לשוב למאבק ללא לאות ולא לחדול ממנו, אולי אף לעולם ועד" (אלבר ממי הגזענות 8 (1998) (להלן: ממי)).

ואם, כדברי ממי, אנו היהודים מצווים להיות ראש החץ במאבק נמשך וחסר פשרות בגזענות – שהאנטישמיות היא אחד ממופיעיה הוותיקים והקשים ביותר – עלינו להיות ראויים להוביל את המאבק הזה ועלינו לבער מקרבנו במדינת ישראל הריבונית את הנגעים המסוכנים של הגזענות. זהו מאבק ארוך המחייב התמדה וכפי שמזהיר ממי "כולנו בבחינת קרקע המוכנה לקלוט ולהנביט את זרעי הגזענות אם נשכח להישמר ולו לרגע" (שם, בעמ' 41).

ומן הכלל אל הפרט.

רקע לדיון בעניינם של בן ארי ובן גביר

33. הטענה המרכזית שהועלתה נגד בן ארי ובן גביר היא, כאמור, כי הם רואים עצמם כממשיכי דרכו של הרב כהנא ושל האידיאולוגיה שבה דגלה רשימת "כך" שבראשה עמד. כזכור נפסלה התמודדותה של רשימה זו בבחירות לכנסת (ראו עניין ניימן השני) וכן נפסלה בעבר ההתמודדות לכנסת של רשימות שהעידו על עצמן כי הן ממשיכות דרכה (ראו עניין כך; עניין מובשוביץ). עוד ראוי לציין כי כבר בשנת 1984 ועוד בטרם נקבע עיגון חוקתי לעילות הפסילה בסעיף 7א לחוק היסוד, ציין בית המשפט בעניין ניימן הראשון כי רשימת "כך" "דוגלת בעקרונות גזעניים ואנטי דמוקרטיים העומדים בסתירה להצהרת העצמאות של מדינת ישראל". כמו כן ראוי לציין כי בשנת 1994 החליטה ממשלת ישראל להכריז על תנועת "כך", על תנועת "כהנא חי" ועל צירופים ונגזרות של תנועות אלה, כעל ארגון טרור מתוקף הפקודה למניעת טרור והליכים שהוגשו בעניין זה

נדחו (בג"ץ 547/98 פדרמן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 520 (1999); וראו גם עע"ם 8342/02 בן גביר נ' מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד נז(1) 61 (2002)).

34. בעניין טיבי נבחנה, בין היתר, שאלת פסילתו של מרזל להתמודד כמועמד בבחירות במסגרת רשימת חרות, לאחר שהוועדה החליטה לדחות בקשה לפסילתו. נטען כי הוא תומך באידיאולוגיה של תנועת "כך" ובית המשפט היה נכון להניח כי התשתית הראייתית שהוצגה אכן מבססת את מעורבותו של מרזל בפעילותה של תנועה זו לפני הבחירות. עם זאת, בדחותו את הערעור ראה בית המשפט, בדעת רוב, לייחס משקל משמעותי לכך שמרזל הצהיר כי שינה מדעותיו ובלשון פסק הדין "מר מרזל עצמו מצהיר כי חזר בו מדעותיו הקודמות, וכי כיום הוא מבקש לפעול רק על-פי החוק. הוא מקבל את עקרונות הדמוקרטיה. הוא נסוג בו מדרך ההתבטאות הכוללנית שהייתה נהוגה על-ידי תנועת 'כך'. הוא אינו דוגל בפעולות אלימות" (עניין טיבי, בעמ' 60). על רקע זה דחה, כאמור, בית המשפט את הערעור בעניין טיבי הנוגע לפסילתו של מרזל הגם שהטיל ספק בכנות הצהרתו.

35. בכנסת ה-18 כיהן בן ארי כחבר כנסת מטעם סיעת "איחוד לאומי" ובבחירות לכנסת ה-19 שהתקיימו בשנת 2013 התמודדו בן ארי ובן גביר ברשימת "עוצמה לישראל". בקשה לפסול את הרשימה מהשתתפות בבחירות נדחתה על ידי ועדת הבחירות המרכזית, אך הרשימה לא עברה את אחוז החסימה. במהלך מסע התעמולה של הרשימה לכנסת ה-19 נעשה שימוש במודעות שעליהן הכיתוב "נאמנות" בערבית ותחתיו הכיתוב "בלי חובות אין זכויות". הקמפיין נפסל על ידי יו"ר ועדת הבחירות דאז השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, שקבע כי הוא נושא מסר גזעני ונועד להציג את הציבור הערבי כמי שאינו נאמן לישראל. לקראת הבחירות לכנסת ה-20 שהתקיימו בשנת 2015 שינתה הרשימה את שמה ל"עוצמה יהודית" ורצה כחלק מרשימת "יחד" בראשות חבר הכנסת אלי ישי. לקראת הבחירות הללו שבה ועלתה שאלת השתתפותו של מרזל בבחירות באותה רשימה, לאחר שוועדת הבחירות החליטה לפסול את השתתפותו. ברוב דעות הגיע בית המשפט למסקנה כי אין לאשר את החלטת הפסילה. צוין כי מרזל עומד אמנם קרוב מאוד לנקודת הקיצון של פסילה מהשתתפות בבחירות. עם זאת, נקבע כי טענות מבקשי הפסילה מבוססות ברובן על כתבות עיתונאיות ועל ידיעות מהאינטרנט אשר משקלן הראייתי נמוך וכנגדן עמדה הכחשתו של מרזל ובית המשפט ציין בהקשר זה כי מרזל "הסביר חלק נכבד מהראיות שהוגשו בעניינו ויש לתת משקל מיוחד להצהרותיו בעניין זה [...] הסברים אלו מטילים ספק בהיותה של הסתה לגזענות מטרה מרכזית בפעילותו של מרזל" (ההדגשה במקור; שם, בפסקה 34). מרזל, בן ארי ובן גביר לא כיהנו כחברי כנסת בכנסת ה-20 משום שרשימת "יחד" לא עברה את אחוז החסימה.

36. האם עלה בידי המערערים להציג בעניינם של בן ארי ובן גביר ראיות המקימות נגד מי מהם עילת פסילה מלהתמודד כמועמדים לכנסת ה-21 בשל הסתה לגזענות? בהינתן הגישה הנקוטה על ידינו ולפיה יש לנהוג זהירות יתרה ולהורות על פסילת רשימה או מועמד מלהשתתף בבחירות במקרים קיצוניים בלבד, מצאנו כי הראיות שהוצגו בענייניו של בן גביר אין די בהן על מנת לגבש עילת פסילה, כאמור, ואף לא עילת פסילה על פי סעיף 7(א)(1) שטענו לה המערערים. לעומת זאת, בענייניו של בן ארי סברנו, ברוב דעות, כי הראיות שהוצגו מצדיקות פסילה בעילה של הסתה לגזענות על פי סעיף 7(א)(2) לחוק יסוד: הכנסת.

בן ארי

37. היועץ המשפטי לממשלה התייחס בטענותיו לשורה ארוכה מאוד של ראיות תוך התמקדות בראיות המתייחסות לתקופה שתחילתה בשנת 2017 ובדגש על דברים שאמר ועשה בן ארי במהלך השנה שקדמה למועד הבחירות. ראיות אלה כוללות התבטאויות של בן ארי בקולו בסרטונים שונים ומהן מצטיירת, כדברי היועץ המשפטי לממשלה, תמונה חד-משמעית, ברורה ומשכנעת של הסתה לגזענות כלפי הציבור הערבי בכללותו. מדובר בתשתית ראייתית מפורטת מאוד הכוללת כ-40 ראיות המתייחסות להתבטאויות ולמעשים של בן ארי. לאחר שעיינו בראיות אלה, ובחנו את תצהירו ואת דבריו של בן ארי בפני ועדת הבחירות וכן את תשובתו לערעור, את טיעוניו בעל פה בפנינו ואת השלמת הטיעון שהגיש, אנו סבורים כי אין במכלול הטיעונים מטעם בן ארי כדי לספק הסבר המוציא את מעשיו והתבטאויותיו מכלל הסתה לגזענות המקימה עילת פסילה על פי סעיף 7(א)(2) לחוק היסוד.

38. להלן נעמוד על עיקריה של התשתית הראייתית שהוצגה:

בחדש נובמבר 2017 נשא בן ארי דברים באזכרה השנתית לרב כהנא, כשעל דש מקטורנו מדבקה ועליה הכיתוב "הרב כהנא צדק". במהלך הנאום נשמע בן ארי אומר בקולו את הדברים הבאים:

"יש אויבים, יש יהודי, יש סכין, אז הם שוחטים. כי נותנים להם הזדמנות אז הם שוחטים [...] ניתן להם עוד מאה אלף דונם, ועוד העדפה מתקנת, אולי הם יאהבו אותנו. הסוף כן, הם אוהבים אותנו, שוחטים [...] הרב כהנא לימד אותנו – אין דו קיום איתם. אין דו קיום איתם!" (ההדגשות הוספו).

בהמשך הדברים, נשמע בן ארי מתייחס לאזרחים הבדואים ואומר:

“אנחנו בעוצמה יהודית יצאנו בתכנית הנקראת עליה ובניין הגירה ושלום [...] אחרי עלייה ובניין נקיים את מה שהקדוש ברוך הוא אומר [...] גרש את האמה, מי שרוצה כסף יקבל כסף, מי שרוצה אוטובוס יקבל אוטובוס [...] אנחנו נשמיע ונחולל כאן את מה שצריך לעשות כדי שנקום בבוקר למדינה יהודית [...] בבדואים צריך לטפל, אבל בארצות המוצא. להחזיר את אדמת הנגב לעם ישראל” (ההדגשות הוספו).

ראיה נוספת שהוצגה על ידי המערערים היא סרטון שהעלה בן ארי לעמוד הפייסבוק “עוצמה יהודית עם מיכאל בן ארי” (להלן: עמוד הפייסבוק) ביום 20.5.2018. בסרטון נראה בן ארי נושא נאום, ואומר בו את הדברים הבאים:

“הערבים בחיפה אינם שונים בשום דבר מהערבים בעזה [...] במה הם שונים? שהם פה אויבים מבפנים [...] הם עושים כאן מלחמה נגדנו בתוך המדינה, [...] קוראים לזה 'ג'יס חמישי' [...] צריך לקרוא לכלב הזה בשמו, הם אויבים שלנו, הם רוצים להשמיד אותנו, יש כמובן ערבים נאמנים, אבל אפשר לספור אותם במשהו כמו אחוז ופחות מאחוז, לצערנו הרב, רובם המכריע הם שותפים מלאים לאחים שלהם בעזה [...] את האויב הערבי צריך לומר לו אחת מהשתיים או שאתה נאמן למדינה או שתלך לסוריה [...] אין דו קיום איתם, הם רוצים להשמיד אותנו, זו המטרה שלהם, זה היעד שלהם [...] זה הגיס החמישי כאן” (ההדגשות הוספו).

דברים אלה נאמרו, לדברי בן ארי, בעקבות הפגנות שהתקיימו בחיפה לתמיכה בתושבי עזה “על רקע טרור הבלונים בדרום הארץ”. מבדיקה בעמוד הפייסבוק שנערכה ביום 17.4.2019 עולה כי הסרטון זכה לכ-21,000 צפיות, למאות “לייקים” ולמאות נוספות של תגובות ושיתופים.

39. בחודש יולי 2018 פרסם בן ארי סרטון נוסף בעמוד הפייסבוק שלו, בו הוא נשמע מתבטא בקולו ואומר את הדברים הבאים:

“אתם יודעים שהבדואים מתחתנים עם הערביות מעזה, מחברון, כל אלה באות לפה. הן מקבלות ביטוח לאומי, הן מקבלות לידה בבית חולים על חשבוננו, בילדים שלהן אח”כ מקבלים פה כל טוב על חשבוננו [...] הם אפילו משרתים בצבא! הבדואים האויבים האלה משרתים בצבא, אני חוזר על מה שאני אומר – הבדואים האויבים משרתים

בצבא! מפתים אותם בכסף. אני יודע ממקור ראשון, ממי שמשרת איתם – לא סומכים עליהם ברגע. יש איזה אג'נדה אם הם ישרתו בצבא הם יהיו נאמנים לנו. לא, הם לא נאמנים לנו!" (ההדגשות הוספו).

גם סרטון זה זכה לכ-4,800 צפיות ולתגובות רבות.

כחודש לאחר מכן העלה בן ארי סרטון נוסף לעמוד הפייסבוק "עוצמה יהודית עם מיכאל בן ארי" ובו הוא מופיע בקולו ואומר, בין היתר:

"צריך קודם כל לשנות את המשוואה שמי שרק מעו לדבר נגד יהודי, הוא לא חי. הוא לא חי! לא מגרשים אותו, לא שוללים לו אזרחות. הוא לא חי! כיתת יודים הורגים אותו, מחסלים אותו, כמו שערבים מבינים. זו השפה שלהם [...] תגידו לי גזענות, גזען? מי שאומר שהם נאמנים מזלזל בהם, 'מה? ערבי סתם רוצה רק לאוכל, רוצה רק להתפרנס' – זה לא נכון, [...] ערבי יש לו שאיפות לאומיות, הוא צועק אותן, הוא זועק עליהם, הוא מוכן למות עליהם" (ההדגשות הוספו).

בן ארי הסביר כי הדברים נאמרו "על רקע ההתנהלות מול עזה והפתרון שיש ליישם בה". סרטון זה זכה גם כן לכ-9,300 צפיות ולמאות "לייקים", תגובות ושיתופים.

בסרטון נוסף מאותו החודש נשמע בן ארי אומר בקולו, בין היתר:

"בשעות האחרונות, בתל אביב, במרכז תל אביב [...] מגיעים האויב הכי קשה שלנו, וזה האויב הפנימי, האויב הפנימי, האויב שאנחנו רוצים להתעלם ממנו, האויב שאנחנו רוצים לטמון את הראש באדמה ולא לראות אותו, זה האויב של ערביי ישראל" (ההדגשות הוספו).

בן ארי הסביר כי הדברים נאמרו על רקע הפגנה של ערבים ויהודים נגד החוק המכונה "חוק הלאום" (חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום)) שבה הונפו דגלי אש"ף ונשמעו קריאות לשחרור פלסטין. ועוד הסביר כי התכוון בדבריו לערבים שאינם נאמנים למדינה ורוצים למחוק את זהותה היהודית.

40. בחלוף כחודש, ביום 16.9.2018, בסמוך לאחר פיגוע הדקירה בצומת גוש עציון שבו נרצח ארי פולד ז"ל, העלה בן ארי סרטון נוסף לעמוד הפייסבוק ובו אמר, בין היתר, את הדברים הבאים:

"[...] הם רוצחים כי יש להם עבודה. הם רוצחים כי הם רוצים לרשת את הארץ הזאת [...] אם יש פה פולשים, זה האויב הערבי [...] אתה צריך, שלמה נאמן [ראש המועצה האזורית גוש עציון], לבקש מכל בעלי העסקים לפטר היום את המחבל של מחר. זה באחריותך, תפסיק להעסיק את הרוצחים האלה, תפסיק להעסיק את הרוצחים האלה [...] אל תעסיקו את הרוצחים! אל תעסיקו את הרוצחים האלה! שהם גם מקבלים מאתנו כסף וגם באים לרצוח אותנו [...] הם רוצחים אותנו בכל פעם שיש להם הזדמנות. המסקנה היא שאין דו קיום. תראו את הערבים! יש להם דו קיום בינם לבין עצמם? כל יום בחדשות רצח ברהט, רצח בריינה, רצח באום אל פאחם, ניסיון רצח בלוד, רצח ביפו. קודם כל שמדברים על דו קיום, הרב כהנא היה אומר תמיד, בוא נראה את הערבים עושים דו קיום בינם לבין עצמם" (ההדגשות הוספו).

הסרטון זכה לכ-7,300 צפיות ולמאות "לייקים", תגובות ושיתופים.

בשלהי חודש נובמבר 2018 התייחס בן ארי לערביי העיר לוד בפרסום נוסף של סרטון, הפעם בחשבון הטוויטר שלו, המלווה בכיתוב "הכובש הערבי בלוד ממשיך להשתולל גם היום: מדינת ישראל נכבש מבפנים, ישראל צריכה עוצמת יהודית!". בסרטון נוסף שפורסם בעמוד הפייסבוק בסמוך לאחר מכן כינה בן ארי את חברי מועצת העיר לוד כ"אויב הערבי". בסוף חודש דצמבר 2018 פרסם בן ארי סרטון בעמוד הפייסבוק שכותרתו הייתה "עכשיו בעפולה עילית פגישה עם נאמני עוצמה יהודית". בסרטון נראה בן ארי משוחח עם קבוצת תושבים ואומר כך:

"רצו להביא לכם חמולה של אויבים לתוך השכונה שלכם [...] מדינת ישראל נכבשת מבפנים, הם נחושים לכבוש אותנו מבפנים [...] באמצעות המילה השוויון האויב יחסל אותנו [...] מה שקורה פה, קורה בדימונה, קורה בלוד. לוד זאת כבר עיר כבושה לחלוטין. אבל עפולה? הפושע הזה שפתח את המכרז לאויב בשם שוויון זכויות [...] אם נכנס בע"ה לקואליציה הדבר הראשון שנעשה ביטול מוחלט של הדבר הזה שנקרא העדפה מתקנת. אתם מבינים שאתם אזרחים סוג ב' בגלל שאתם לא ערבים? [...] הם מוכנים רובם לוותר על הכל ובלבד שישחטו אותנו. וזו לא גזענות מה שאני אומר כי לצערי הרב זו המציאות" (ההדגשות הוספו).

בהמשך הסרטון נשמע בן ארי מתייחס לרצח של שלי דדון ז"ל שאירע בשנת

2014, כשהוא אומר כך:

"מישהו עשה פעם דיון על האופי שלהם? על האופי הבוגדני שלהם הרצחני שלהם? [...] ברגע שאתה נותן פה

אתה נותן לו העדפה מתקנת אתה נותן לו עוד עבודה הוא יקים פה משפחה. הילדים שלו גם יהיו פה, הילדים שלו, פחות ילדים שלי יהיו פה ולכן [...] אני צריך תוכנית עבודה. צריך תוכנית עבודה עכשיו תוכנית עבודה. [...] זו לא גזענות זו עובדה, ערבים זה העם הכי מהגר בעולם, הם לא קשורים לשום אדמה [...] לכן הם באו לפה. כי יש עבודה. [...] אחד הדברים הראשונים, תנאי ראשון שלנו לכל שיחות על קואליציה בע"ה שידברו איתנו, זה – ביטול העדפה מתקנת" (ההדגשות הוספו).

41. כחודשיים לפני מועד הבחירות לכנסת ה-21, ביום 8.2.2019, בסמוך לאחר רצח אורי אנסבכר ז"ל על ידי מחבל פלסטיני, העלה בן ארי סרטון נוסף לעמוד הפייסבוק שלו ובו ציין בקולו, בין היתר, כך:

"יש פה עם רצחני, אומה רצחנית. אנחנו חייבים את הנקמה והנקמה זה עוצמה יהודית [...] רק נקמה של עוצמה יהודית בכנסת [...] הם רוצים לחסל אותנו, הם מחפשים את הצוואר שלנו. [...] הם רוצים לשחוט אותנו [...] הנקמה תהיה כשעוצמה יהודית תהיה בכנסת עם עשרה מנדטים. כשאנחנו נהיה שם הם יראו שאנחנו לא משחקים איתם כמו ליברמן. הם ימצאו את עצמם בארצות המוצא, והכפר שמהם הם יצאו יהפוך להיות שדה תעופה. להעיף אותם לארצות המוצא" (ההדגשות הוספו).

מבדיקה בעמוד הפייסבוק עולה כי הסרטון זכה לכ-20,000 צפיות. בסרטון נוסף שפרסם בן ארי באותו יום הוא נשמע אומר, בין היתר: "הם מחפשים את הצוואר שלנו, מחפשים את בנותינו [...] כל מי שמדבר אתכם על דו קיום מזמין את הרצח הבא [...] את האויבים שלנו צריך להחזיר לארצות המוצא שלהם [...] את האויבים שלנו, את הרוצחים האלה, נשלח אותם לרצוח בסוריה, בלבנון, באיראן, בטורקיה" (ההדגשה הוספה). סרטון זה, שפורסם כאמור בסמוך למועד הבחירות, זכה לכ-32,000 צפיות ולמאות "לייקים", תגובות ושיתופים.

42. מן הראיות שהוצגו אשר את עיקרן פירטנו לעיל אכן עולה תמונה ברורה, חד-משמעית ומשכנעת לפיה בן ארי מלבה באופן שיטתי יצרים של שנאה כלפי הציבור הערבי בכללותו, תוך ביזוי מתמשך של ציבור זה. מדובר בראיות משמעותיות הכוללות התבטאויות משפילות וקיצוניות בחומרתן, שנמשכו לאורך תקופה של כשנתיים עד סמוך מאוד למועד הבחירות לכנסת ה-21, וברובן הגדול נשמע בן ארי אומר את הדברים בקולו. עובדה זו נושאת משקל ראייתי גבוה (עניין זועבי השני, בפסקה 34). בן ארי מייחס בדבריו מאפיינים שליליים לציבור הערבי בישראל, רובו ככולו, ומכנה אותם "רוצחים", "גיס חמישי", "אויבים", "לא נאמנים" ו"בעלי אופי בוגדני". אין מדובר ב"פליטת פה"

בעידנא דריתחא אלא בסדרה רצופה ועקבית של אמירות המבטאות שנאה וכוז כלפי האוכלוסייה הערבית בכללותה, כמי שלכאורה מבינה רק אלימות, כמי שלא ניתן לחיות עמה בדרו קיום ולכן יש לגרשה, וכמי שמקבלת זכויות סוציאליות שונות "על חשבוננו". פרסומים אלה, כפי שצוין בתגובה שהגישו המערערים להשלמת הטיעון מטעם בן ארי, לא הוסרו. בן ארי הגדיל לעשות והשווה בין אזרחי ישראל ערביי חיפה לכלבים באומרו כי "צריך לקרוא לכלב הזה בשמו". השימוש בדה-הומניזציה וייחוס תכונות חייתיות לבני אדם, מוכר כאחד מהמנגנונים התעמולתיים הבזויים ביותר הנהוגים במשטרים גזעניים כדי לסמן קבוצת אוכלוסייה כ"נחותה" וכ"תת-אנושית", והוא מסוכן ופוגע קשות בכבודם של הפרטים הנמנים עם אותה קבוצה כבני אנוש.

התבטאויותיו של בן ארי והחשיפה הלא מבוטלת שלה הן זוכות, בין היתר, ברשתות החברתיות משקפות את הפרוגרמה הפוליטית הגזענית אשר בה הוא דוגל ושאותה יש בכוונתו לממש כחבר כנסת. חומרה יתרה יש למצוא באמירות מסוימות המבטאות קריאה מפורשת לאלימות (ראו בהקשר זה את הדברים שאמר בסרטון שפורסם בחודש אוגוסט 2018 ולפיהם "מי שרק מעז לדבר נגד יהודי, הוא לא חי. [...]. כיתת יורים הורגים אותו, מחסלים אותו, כמו שערכים מבינים. זו השפה שלהם"). חשוב לציין כי הפרסומים ברשתות החברתיות שבהן בחר בן ארי לעשות שימוש תוך העלאת סרטונים והקלטות שבהם הוא נשמע מדבר בקולו, יש להם פוטנציאל השפעה רב, שכן הרשתות החברתיות מעמידות לרשות המועמדים בבחירות לכנסת ערוצי תקשורת מהירים לקהלים רבים ללא תיווך עיתונאי. בכך החליפו הרשתות החברתיות במידה רבה את "כיכר העיר" ההיסטורית והן משמשות במה פעילה להחלפת דעות, להפצת רעיונות ולגיוס תמיכה בקרב קהלים רחבים ומגוונים. הנגישות הרבה לשיח המתקיים ברשתות החברתיות, כמו גם ההפצה האפקטיבית והמהירה של דעות ורעיונות באמצעות הפלטפורמה הדיגיטלית, עלולות לשמש במה יעילה ביותר להפצת רעיונות גזעניים ואף לזרז את הפצתם של רעיונות אלה (ראו לעניין זה בהקשרים כלליים יותם רוזנר "השפעת השימוש ברשתות חברתיות על תהליכי הקצנה בקרב צעירים במערב" ביטחון לאומי במציאות 'נזילה' 131, 137-135 (המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2019)).

43. לצד ההסברים הפרטניים שניתנו לפרסומים שהובאו לעיל, הוסיף בן ארי והסביר כי הוא אינו גזען וכי בדברים שאמר כיוון אך ורק לאותה קבוצת אוכלוסייה מוגדרת שהיא "אויבת", ועמה נמנה כל מי שאינו נאמן למדינה ובלשונו: "הגדרת האויב לא נעשית על בסיס לאומי-אתני גרידא, אלא על בסיס פוליטי. מי שמזדהה עם המטרות הפוליטיות של התנועה הלאומית הערבית מזהה את עצמו כאויב". לשיטתו, הוא אינו מתייחס לציבור הערבי כמכלול וכל מי ש"נאמן לישראל" זכאי להיות אזרח בה. לעומת

זאת, מי "שאינו נאמן לישראל כמדינת הלאום של העם היהודי [...] צריך למצוא את מקומו מחוץ למדינה". בן ארי הוסיף והבהיר כי המאפיין המבדיל, לשיטתו, הוא "היחס למפעל הציוני ולמדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". עוד טען בן ארי כי הציטוטים שיוחסו לו הם מקוטעים ומגמתיים והסביר כי באומרו שהאוכלוסייה הערבית בישראל אינה נאמנה כוונתו הייתה שהוא לא פגש "הרבה ערבים נאמנים" (ההדגשה הוספה). בדיון בפנינו ציין בא כוחו של בן ארי כי "ההערכה שלי שקיים רוב מוחלט שאינם נאמנים" (פרוטוקול הדיון, בעמ' 22 שורה 14), ובהקשר זה הבהיר בן ארי בהשלמת הטיעון כי דבריו לפיהם קיים זיהוי מוחלט בין מוצא אתני-לאומי להיעדר נאמנות, נאמרו כהתרסה לאמירה שאותה ייחס בן ארי לשר לשעבר נפתלי בנט ולפיה 99% מערביי ישראל נאמנים למדינה.

בן ארי התנצל על דבריו בנוגע לחיילים הבדואים. הוא ציין כי הוא "מתנצל עליהם בפני אותם חיילים נאמנים שעלולים היו להיפגע" והבהיר כי כוונתו "באופן חד משמעי הייתה אך ורק לאותם בנים לנשים שהגיעו משטחי הרשות הפלסטינית ומעזה", וכי הוא אינו חושב "שכל האוכלוסייה הבדואית אינה נאמנה" (סעיפים 32-33 לתצהיר מטעמו). בדיון בפנינו אף הדגיש בן ארי כי "אם נשמע כאילו אני נגד בדואים זה חלילה וחס. אם יש נאמנות יש נאמנות אני מכבד ומוקיר את זה" (פרוטוקול הדיון בעמ' 29, שורות 16-17). את הדברים שאמר ביום 16.9.2018, בסמוך לאחר רצח ארי פולד ז"ל, ובהם קרא לא "להעסיק את הרוצחים האלה", ביקש בן ארי להסביר ככאלה המתייחסים "אך ורק למחבלים, הדברים כמובן לא התייחסו לכלל הערבים [...] [אלא] לאמצעי הביטחון שיש לנקוט בהעסקת ערבים מהרשות הפלסטינית". את הדברים שנאמרו בחוג הבית בעפולה הסביר בן ארי בתשובתו לערעור בכך שהם נאמרו על "רקע הירצחה של תושבת העיר שלי דדון" ובהשלמת טיעון הוסיף בן ארי וציין כי גם אם הדברים שנאמרו באותו חוג בית "צורמים את האוזן הם אינם עולים כדי 'מסה קריטית'". בתצהירו הדגיש "איני אומר שכל הערבים הם כאלה [בעלי אופי רצחני ובוגדני], או שהאופי הזה נובע ממוצא לאומי אתני. אבל האלימות הרצחנית הזאת מאפיינת את המאבק הלאומי של התנועה הלאומית הערבית מראשית המאה ה-20" (סעיף 47 לתצהירו). בדיון בפנינו העלה בן ארי טעם נוסף לדברים בציינו כי אין לראות בדבריו ביחס למכירת דירות לערבים בעפולה משום אפליה על רקע גזעי והפנה בהקשר זה לתיקון מס' 8 משנת 2011 לפקודת האגודות השיתופיות בעניין השיקולים שרשאית ועדת קבלה ביישובים קהילתיים לשקול (להלן: חוק ועדות קבלה). את הדברים שאמר לאחר רצח אורי אנסבכר ז"ל הסביר בן ארי בהודעה המשלימה מטעמו בכך שהוא "התייחס לרצח וזה הקשר הדברים היחיד". בתצהירו הוסיף כי דבריו עשויים להישמע כמכלילים לגבי אנשים על בסיס לאומי-אתני, עם זאת כוונתו הייתה "לאותם אלה שמתוך תפיסה לאומנית ערבית

מבקשים לרצוח יהודים על רקע לאומני וכחלק ממה שהם רואים כמאבק לאומי ואשר תומכים ומזדהים עם המעשים האלה" (סעיף 50 לתצהיר). בדיון שהתקיים בפנינו הוסיף בא כוחו של בן ארי כי "בשום פנים אין הצדקה לפגיעה בפרטים על סמך השתייכותם הלאומית" (פרוטוקול הדיון בעמ' 15, שורה 6), וכי דבריו של בן ארי על הציבור הערבי נאמרו תמיד בהקשר של אירוע מסוים (שס, בשורה 12).

לבסוף, ביקש בן ארי להדגיש כי הצגת עמדות מכליליות אינה נחלתו שלו בלבד אלא פרקטיקה הנהוגה בקרב המתמודדים לכנסת ואף בקרב חברי כנסת מכהנים.

44. עיינתי בטיעונו ובהסבריו של בן ארי ואינני סבורה כי יש בהם כדי לשנות מן המסקנה שאליה הגעתי. בן ארי שב אמנם ושוזר בדבריו את האמירה כי הוא אינו גזען, אך למרבה הצער מעשיו והתבטאויותיו, שאת עיקריהם פירטתי לעיל, עומדים בניגוד קוטבי לאמירה זו. השאלה שבה התלבטתי היא מהו המשקל לכף זכות שיש לייחס לעובדה שבן ארי כבר כיהן בעבר כחבר כנסת (בין השנים 2009-2013). אכן, עובדה זו בהחלט מהווה שיקול לזכותו, אך משקלה מוגבל משום שגם באותה תקופה פעל בן ארי לקידום האידיאולוגיה הגזענית שבה הוא דוגל, וקריעת הברית החדשה לגזרים והשלכתה לפח בתוך משכן הכנסת, היא רק אחת הדוגמאות לכך (לפעולות ולהתבטאויות נוספות ראו סעיפים 79-91 להודעת הערעור). מכל מקום, וכפי שהדגיש היועץ המשפטי לממשלה בעמדה שהציג, התשתית הראייתית מן התקופה האחרונה ובעיקר מן השנה שקדמה למועד הבחירות, מלמדת כי הצטברה "מסה קריטית" של ראיות המעידות באופן חד-משמעי, ברור ומשכנע על הסתה לגזענות שיטתית מצד בן ארי. מעיקרי הפסיקה שפורטו לעיל עולה כי בית משפט ייחס משמעות ומשקל להסברים ולהבהרות שמסר המועמד ויעידו על כך ההכרעות בעניינו של מרזל שעליהן עמדנו (עמדת הנשיא א' ברק עניין טיבי, בעמ' 60, ועמדת השופט (בדימ') י' אנגלרד בעמ' 66; עניין זועבי השני, פסקה 34 וראו מנגד עמדת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בדעת מיעוט בפסקה קג). ואולם, בעניינו ההסברים שניתנו על ידי בן ארי אינם משכנעים והם מחוורים אל מול עוצמת ההתבטאויות הגזעניות שאותן השמיע שוב ושוב בקולו ולהן הטיף ברבים בעצרות שבהן השתתף וברשתות החברתיות. למעט התנצלותו, החלקית יש לומר, בעניין החיילים הברדואים, בן ארי לא התנצל על דבריו ולא חזר בו מהם. הוא ניסה להעניק לדבריו פרשנות בדיעבד אך זו, כאמור, אינה משכנעת משום שהיא אינה מתיישבת עם המשמעות וההקשר הטבעי של הדברים שנאמרו. כך למשל ניסה בן ארי להסביר כי הוא אינו מדבר בהכללה על הציבור הערבי בישראל אלא רק על מי שהם "אויבים", אך מן ההקלטות עולה שוב ושוב כי ההתייחסות היא לכלל הציבור הערבי ולמצער לרוב המכריע (99%) של ציבור זה כציבור שאינו נאמן למדינה. בן ארי עצמו אף מציין באחת מאותן הקלטות

שלא פגש ערבים שהם נאמנים למדינה (ראו למשל סרטון של בן ארי מיום 7.11.2017 החל מדקה 6:30). הסבר נוסף שהעלה בן ארי לגבי חלק מההתבטאויות היה כי אלה נאמרו סמוך לאחר אירועי טרור ופיגועים נגד ישראלים. הכאב, הכעס ואפילו יצר הנקם המתעוררים לעת כזו מובנים. עם זאת, חשוב לזכור כי הפחד ותחושת המאוימות הם מאז ומעולם הדלק המניע אידיאולוגיות גזעניות ועל כן יש להיזהר ולהישמר שלא לרתום תחושות קשות ומובנות המתעוררות בשעת מצוקה וכאב, ולנצלן על מנת לקדם אידיאולוגיות כאלה. ההסברים שהעלה בן ארי בניסיון להשוות בין הוראות חוק ועדות קבלה – על ההגבלות המובהקות הקבועות בו – ובין הדברים שאמר לעניין מכירת דירות לערבים בעיר עפולה, אין להם מקום שכן אין הנדון דומה לראיה (והשוו עניין מולדת).

45. לסיכום פרק זה אומר כי הגישה הנקוטה על ידינו ולפיה יש לפרש בצמצום את עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ולהפעילן במקרים קיצוניים ביותר, הייתה ונותרה נקודת המוצא לכל דיון בעילות אלה. עם זאת, שוכנענו מן התשתית הראייתית העדכנית ורחבת ההיקף שהוצגה כי קמה בעניינו של בן ארי עילה הפוסלת אותו לפי סעיף 7א(א)(2) לחוק היסוד מלהשתתף כמועמד בבחירות לכנסת ה-21 בשל הסתה לגזענות ובהינתן מסקנה זו, מתייטר הצורך לדון בעילת הפסילה הנוספת שהועלתה נגדו מכוח סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד.

אכן לא תמיד קל לסמן את קו הגבול המפריד בין שיח גזעני מסית ובין הבעת דעה – קשה וצורמת ככל שתהא – הראויה להגנה מכוח זכות היסוד לחופש ביטוי בכלל ולחופש ביטוי פוליטי בפרט. זאת בייחוד כשאל זה האחרון מצטרפת גם הזכות לבחור ולהיבחר. עם זאת, במקרה דנן ובהינתן התשתית הראייתית שעליה עמדנו נהיר וברור כי התבטאויותיו של בן ארי חצו את הקו ומכאן המסקנה שאליה הגענו. מן הראוי לחתום פרק זה בציטוט נוסף מספרו של ממי הגזענות:

“אי אפשר להיות רחומים כלפי הגזענות, אין מכניסים מפלצת הביתה, אפילו – ובעיקר לא – בתחפושת [...] להשלים עם העולם הגזעני ולו במקצת פירושו לתמוך בפחד, באי-צדק ובאלימות; פירושו להשלים עם נוכחותם המתמשכת של מחשכי ההיסטוריה שבתוכם אנו עדיין חיים; פירושו להשלים עם היותו של הזר קורבן אפשרי. (והרי מי מאתנו איננו זר במקום כלשהו?) [...] המאבק האנטי-גזעני, המאבק הקשה, המפוקפק תמיד, הוא בכל זאת אחד מפרקי המבוא למעבר מן החייתיות אל האנושיות” (שם, בעמ' 158).

46. בענייניו של בן גביר הציגו המערערים שורה של ראיות ובכללן כאלה הנוגעות להליכים פליליים שהתנהלו נגדו והנוגעים בחלקם לפרסומים גזעניים ולתמיכה בתנועת "כך" שהוכרזה כארגון טרור. עם זאת, הרוב המכריע של הראיות שהוצגו מתייחס למעשים ולהתבטאויות מלפני שנים ארוכות, חלקם עוד מסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת ורק מיעוטן מתייחס לשנים האחרונות. לאחר שבחנו את הטענות שהעלו המערערים מזה ובן גביר מזה הגענו כאמור למסקנה כי הראיות שהוצגו אין די בהן על מנת לבסס נגדו עילת פסילה מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 וזאת בהינתן ההלכה שעליה עמדנו לעיל בדבר הרף הראייתי המחמיר הנדרש לביסוסן של עילות הפסילה שבסעיף 7א לחוק היסוד.

47. אמנם, אין להקל ראש בראיות העדכניות שאליהן הפנו המערערים והפנה היועץ המשפטי לממשלה בענייניו של בן גביר, ובכללן הדברים שנשא בחודש נובמבר 2017 באזכרה לרב כהנא שאת שבחיו הוסיף ומנה גם בראיון שנערך עמו ביום 21.2.2019. דברים דומים אמר בן גביר גם בראיון טלוויזיוני מנובמבר 2018 ופרסם בדף הפייסבוק שלו באותה תקופה. התבטאויותיו שם בהחלט קשות ומטרידות ביותר ויש טעם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר ציין כי הן מתקרבות קרבה מסוכנת לקו האסור שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת. בהקשר זה, לא למותר לשוב ולשנן את הדברים שכתב השופט (כתוארו אז) מ' אלון עוד בשנת 1985 בעניין ניימן הראשון בהתייחסו לרשימת "כך" ולמשנתו של הרב כהנא:

"תוכן רשימת 'כך' ומגמת יוזמיה וראשיה, כפי שעלו בחומר המצוי לפנינו, יש בהם משום ניגוד משווע לעולמה של יהדות, להלכותיה ולהגיגיה, לעברה של האומה העברית ולייחולי עתידה. נוגדים הם ניגוד מוחלט לעקרונות יסוד של מוסר אדם ומוסר עם, למגילת העצמאות של מדינת ישראל ולתשתיתן של הדמוקרטיה הנאורות בימינו, ובאים הם להעתיק למדינה העברית רעיונות ומעשים שהחזיקו בהם המקולקלות שבאומות העולם. תופעה זו צריך שתעורר דאגה חמורה בלב העם היושב בציון. בית-משפט זה מופקד הוא על שמירת החוק ועל פרשנותו, וחובת החינוך לערכי יהדות ותרבות, לכבוד האדם ולשוויון כל הברואים בצלם אלוקים מוטלת היא, בראש ובראשונה, על מי שהמחוקק והרשות המבצעת בחרו בהם למלא תפקידים אלה. אך משנתגלתה תופעה כה חמורה ומסוכנת לפנינו, אין אנו רשאים שלא להתריע על התוצאות ההרסניות הטמונות באפשרות התפשטותה של תופעה זו לדמותה, לצביונה ולעתידה של המדינה העברית. והתרופה היא, בראש ובראשונה, בבדק

ביתם של מחנכים ומחונכים כאחד, בכל גוני הקשת של חברתנו" (שס, בעמ' 302).

דברים חשובים ונכוחים אלה יפים כאז כן עתה. עם זאת, בן גביר, שהוסמך כעורך דין בשנת 2012, טרח להדגיש ולהבהיר כי אף שהוא בעד "להיאבק נגד האויבים ונגד מי שמבקש למחוק את המדינה, לפגוע באופייה היהודי ולהרוס אותה (בין אם אותו גורם הוא יהודי ובין אם ערבי)" הוא "מתנגד לכל פעולה בדרכים אלימות או בדרכים שאינן חוקיות" (סעיף 43 לתצהירו של בן גביר). עוד ציין כי בשנים האחרונות שינה את אורחותיו והוא פועל באמצעים משפטיים ונוקט הליכים על פי החוק במקרים שהוא רואה אותם מתאימים. הסברים אלה נושאים משקל ויש לייחס להם משמעות ועובדה זו בצירוף התשתית הראייתית העדכנית שהוצגה בעניינו של בן גביר אשר כאמור אינה מצטברת לכדי "מסה קריטית" על פי אמות המידה המחמירות שנקבעו בהקשר זה בפסיקה, הוליכו אותנו אל המסקנה כי הערעור בעניינו של בן גביר בכל אחת משתי העילות שנטענו נגדו – דינו להידחות.

ע"ב 1876/19 רשימת רע"ם-בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21

48. רשימת רע"ם-בל"ד מורכבת משתי מפלגות – רע"ם ובל"ד – ונגדה הוגשו שתי בקשות פסילה על ידי הליכוד וחבר הכנסת דוד ביטן ועל ידי בן ארי ובן גביר. בקשות הפסילה התבססו על העילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד – שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכן על העילה שבסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד – תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. הבקשות התמקדו בעיקר בפעילותם של חברי בל"ד ונטען כי הם מתנגדים לזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינת ישראל ופועלים לשלילת המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית. עוד נטען כי חברי הרשימה תומכים בארגוני הטרור חיזבאללה וחמאס ובפעולות אלימות נגד שוטרים וחיילי צה"ל. ועדת הבחירות קיבלה את הבקשות והחליטה ברוב של 17 תומכים מול 10 מתנגדים לפסול את רשימת רע"ם-בל"ד מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-21. מכאן הערעור דנן.

טענות הצדדים

49. רע"ם-בל"ד טענה כי יש לבטל את החלטת הוועדה והדגישה כי מרבית הראיות שהוצגו בעניינה כבר נדונו ונבחנו בהליכים קודמים נגד רשימת בל"ד או חבריה ובכללן הראיות הנוגעות לתמיכתם ברעיון של "מדינת כל אזרחיה" ובית המשפט קבע כי ראיות אלה אינן מקימות עילת פסילה. עוד נטען כי החלטת הוועדה מובילה לתוצאה קשה

הפוסלת גם את חברי מפלגת רע"ם שברשימה מלהתמודד בבחירות וזאת למרות שלא הוצגו כנגדם כל ראיות משמעותיות המצדיקות פסילה. לטענת רע"ם-בל"ד החלטת הוועדה התקבלה ללא דיון ענייני והיא התעלמה מפסיקתו של בית משפט זה ומעמדת היועץ המשפטי לממשלה; כי הראיות נגדה אינן כוללות כל התייחסות למעשים או לפעולות המקימות עילת פסילה; וכי התשתית הראייתית נגדה נסמכת על כתבות מהאינטרנט שערכן הראייתי נמוך ותוכנן הוכחש על ידי חברי הרשימה. רע"ם-בל"ד הוסיפה וטענה כי ועדת הבחירות בשל הרכבה הפוליטי, אינה מוסמכת לדון בעילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א לחוק היסוד וכי ההסדר בחוק המקנה לה סמכות כזו אינו מידתי ופוגע בעקרון שוויון הבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק היסוד ובזכות לבחור ולהיבחר.

50. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי יש לקבל את ערעורה של רע"ם-בל"ד וציין כי בקשות הפסילה אכן נסמכו ברובן על ראיות שקדמו לבחירות לכנסת ה-20 וחלקן נדונו בהליכים קודמים בפני בית משפט זה. ואילו הראיות החדשות שהוגשו, כך נטען, נשענות ברובן על כתבות באינטרנט אשר מוכחות על ידי הרשימה וערכן הראייתי נמוך. עוד הודגש כי מרבית הראיות מתייחסות למי שכבר אינם חברים ברשימה ובהם: באסל גטאס (להלן: גטאס) וסעיד נפאע או שהם מוצבים בה במקום שאינו ריאלי כמו חנין זועבי וג'מאל זחאלקה (להלן: זחאלקה), והן אינן רלוונטיות לחברי הרשימה ולמועמדים החדשים בה המוצבים במקומות הריאליים. בכל הנוגע לעילה של תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, סבר היועץ כי יש לייחס משקל משמעותי לתצהירים שהגישו נציגי הרשימה ובהם ציינו כי הם שוללים אלימות וכי מעולם לא קראו לשימוש באלימות. ואילו באשר לעילת הפסילה הנוגעת לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ציין היועץ כי פסיקתו העקבית של בית משפט זה ביחס למפלגת בל"ד ולחבריה היא כי אין מקום לפסילתם מהשתתפות בבחירות בשל הטענות שאותן שבו המבקשים והעלו בהליך דנן. עם זאת, היועץ הטעים, מבלי להכריע בעניין, כי לו הייתה מפלגת בל"ד מתמודדת בבחירות לכנסת ה-21 ברשימה עצמאית ונפרדת היה מקום לשקול בכובד ראש את פסילתה וזאת בשל הצעת חוק-יסוד: מדינת כל אזרחיה שהגישו חברי כנסת מטעם בל"ד בכנסת ה-20 ובשל תוכנה של אותה הצעה. אך היועץ מוסיף ומציין כי הואיל והבקשות שהוגשו מתייחסות לפסילת רע"ם-בל"ד ומשום שהחוק אינו מאפשר לפסול חצי רשימה, יש קושי לפסול את הרשימה כולה בשל מעשיהם של חברי מפלגת בל"ד, שרובם כאמור אינם מתמודדים עוד במקום ריאלי ברשימה, ואילו נגד מפלגת רע"ם וחבריה לא הועלו טענות משמעותיות. באשר לטענות שהועלו במישור החוקתי לעניין סמכות ועדת הבחירות לדון בעילות הפסילה המנויות בסעיף 7א לחוק היסוד, טען היועץ,

בין היתר, כי בהינתן סד הזמנים הקבוע בחוק הבחירות להכרעה בערעור אין מקום לבררן במסגרת ההליך דנן.

51. המשיבים 2-3, מגישי בקשות הפסילה, סמכו ידיהם על החלטת ועדת הבחירות וטענו כי יש לדחות את הערעור. לגישתם, העובדה שרשימת רע"ם-בל"ד כוללת מועמדים חדשים אין בה כדי לשנות מן העובדה שהאידיאולוגיה של חברי מפלגת בל"ד שוללת את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכן את העובדה שחברי המפלגה תומכים בארגוני טרור כמו חיזבאללה וחמאס. הכנסת, אשר צורפה כמשיבה לערעור לנוכח הטענות במישור החוקתי, סברה כי טענות אלה דינן להידחות. היא הדגישה כי טענת העדר הסמכות לא הועלתה כלל בפני ועדת הבחירות; כי היא מועלית בשיהוי רב לאחר שהסמכות האמורה הוקנתה לוועדה בחוק; ובדומה ליועץ המשפטי לממשלה הוסיפה הכנסת וטענה כי הליכי הבחירות אינם מתאימים לבירור סוגיה זו.

שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

52. נקודת המוצא לבחינת התשתית הראייתית שהניחו המבקשים בעניין פסילתה של רע"ם-בל"ד בעילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מעוגנת באמות המידה שנקבעו לעניין זה בפסיקה ואותן סקרנו בהרחבה לעיל. אמות מידה אלה נדונו ואף יושרו בעבר ככל הנוגע למפלגת בל"ד ולמצעה (ראו עניין טיבי ועניין בל"ד) וכאותם ההליכים נדונה, בין היתר, השאלה – האם מפלגה הקוראת להגשמת העקרון של "מדינת כל אזרחיה" פסולה מלהתמודד בבחירות לכנסת? בעניין טיבי השיב על כך בית המשפט בשלילה וקבע כי הקריאה להגשמת עקרון זה אין משמעותה, מניה וביה, שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. בית המשפט פסק כי כל עוד קריאה זו מכוונת להבטחת שוויון בין האזרחים, אין לפרשה כקריאה השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. לעומת זאת "אם המטרה של היות ישראל 'מדינת כל אזרחיה' מכוונת ליותר מכך, והיא מבקשת לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה ובכך לשלול את אופייה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, כי אז יש בכך כדי לפגוע במאפיינים הגרעיניים והמינימליים המאפיינים את מדינת ישראל כמדינה יהודית" (עניין טיבי, בעמ' 22-23 ובעמ' 41).

53. בעניין טיבי הגיע בית המשפט למסקנה כי חרף העובדה שמצעה של בל"ד קורא באופן מפורש להגשמת העקרון של "מדינת כל אזרחיה", וחרף הראיות הנוספות שהוצגו בגלוי ובחסוי באותו עניין, במכלול אין במה שהוצג כדי לבסס "מסה קריטית" של ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות המצדיקות את פסילתה של בל"ד בעילה הנטענת ואף

לא את פסילתו של בשארה, אז ראש הרשימה, שפסילתו כמועמד נתבקשה באותו הליך. לא למותר לציין כי מרבית הראיות שהוצגו באותו עניין לחובתה של בל"ד נגעו למעשים ולהתבטאויות שיוחסו לבשארה. לגבי בשארה נטען, בין היתר, כי באירועים שונים ובכנסים מפלגתיים הוא התבטא באופן המשקף עמדה אשר לפיה אין ליהודים זכות להגדרה עצמית. עוד נטען כי בשארה תומך בגישה שיש להכיר בזכות השיבה של ערבים לישראל ובמאבק נגד הציונות וכי הוא אף הגיש הצעת חוק לביטול מעמדם של מוסדות ציוניים שונים.

54. לאחר שראיות אלה נבחנו כולן, הגיע כאמור בית המשפט למסקנה בעניין טיבי כי אף שמטרותיו של בשארה הן יעד שליט בפעילותו ואין מדובר ברעיון תיאורטי גרידא אלא במטרה בעלת פוטנציאל פוליטי, שאותו הוציא מן הכוח אל הפועל, מעשיו אינם שוללים את ההגדרה הגרעינית המינימלית של מדינת ישראל כמדינה יהודית. נפסק כי לא הונחו בפני בית המשפט ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות נגד בשארה לעניין עילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד וכפועל היוצא מכך אף לא נגד רשימת בל"ד. זאת ובשים לב לכך שבשארה מכיר בזכותו של כל יהודי לעלות לישראל ואינו טוען כי יש לבטל את חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות), הוא אינו שולל את מרכזיותה של השפה העברית כשפת המדינה, לצד השפה הערבית כשפה רשמית, ואינו מתנגד לחגיה ולסמליה של ישראל, ובלבד שתוכר זכותו התרבותית והדתית של המיעוט הערבי.

55. פסק הדין בעניין טיבי התייחס, כאמור, לבחירות לכנסת ה-16 וכשמונה שנים לאחר שניתן שב בית המשפט ונדרש בעניין בל"ד להליך פסילה הנוגע למפלגת בל"ד שהוגש לקראת הבחירות לכנסת ה-18. באותו עניין נדונו החלטותיה של ועדת הבחירות לפסול את רשימת בל"ד וכן את רשימת רע"ם-תע"ל שביקשה אף היא להתמודד באותן הבחירות. העילות שבגינן החליטה ועדת הבחירות לפסול את רשימת בל"ד היו, כבענייננו, העילות שבסעיפים 7א(א)(1) ו-3 לחוק היסוד. באותו שלב לא עמד עוד בשארה בראש הרשימה. הוא נמלט מהארץ ונטען שהסיבה לכך הייתה חקירה פלילית שהתנהלה נגדו בגין חשדות למעורבות בעבירות ביטחון (עניין בל"ד, פסקה 9). בין יתר הראיות שהוצגו באותו עניין לביסוס עילת הפסילה בשל שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, היו מצעה של בל"ד אשר פורסם באתר האינטרנט שלה ומאמר שנכתב על ידי זחאלקה, שעמד באותו שלב בראש המפלגה, המתאר את חזון המפלגה החותרת למדינת ישראל כ"מדינת כל אזרחיה". בנוסף, הוצגו התבטאויות פומביות של חברי המפלגה במסגרות שונות וכן כתבות מהן, כך נטען, ניתן ללמוד על הבעת תמיכתם של חברי בל"ד במייסדה בשארה גם לאחר הימלטו מישראל. בית המשפט קיבל את ערעורה

של בל"ד וקבע כי לא קמה עילה לפסילתה מהתמודדות בבחירות לכנסת ה-18. החלטתו זו של בית המשפט נסמכה, בין היתר, על עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז אשר ציין כי מכלול הראיות שהוצגו בעניין בל"ד פחות מן המכלול שהוצג לגבי מפלגה זו בעניין טיבי, ובית המשפט קבע כי:

"לאחר בחינת כלל הראיות שהוצגו בפנינו, ובשים לב לאמות המידה העקרוניות שהותוו בפרשת בל"ד [עניין טיבי], למכלול הראיות שהוצגו בפני בית משפט זה באותה פרשה וקביעותיו הקונקרטיות של בית המשפט שם ביחס אליהן, לא מצאנו כי בקשות הפסילה נשוא הערעור שלפנינו המתייחסות לרשימת בל"ד, נשענו על תשתית ראייתית מספקת שיש בה כדי להקים עילה לפסילתה של הרשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת ישראל" (שס, בפסקה 22).

מסקנה זו שאליה הגיע בית המשפט בעניין בל"ד מתייחסת לשתי עילות הפסילה שנטענו שם ובהמשך הדברים נוסף ונתייחס בפירוט גם לעילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד.

56. הליך פסילה נוסף הנוגע לחברי מפלגת בל"ד נדון בשנת 2012 בעניין זועבי הראשון בו נבחנה סוגיית פסילתה של זועבי מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-19 כמועמדת במסגרת רשימת בל"ד. בית המשפט שב ובחן באותו הליך את הראיות הנוגעות לתמיכתה של זועבי בעקרון של "מדינת כל אזרחיה" וסבר כי אין בחומר הראייתי שהוגש יסודות חדשים או שונים במהותם מאלה שהוצגו בעניין טיבי ובעניין בל"ד אשר מצדיקים מסקנה שונה. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט כשלוש שנים מאוחר יותר בעניין זועבי השני. באותו עניין בחן בית המשפט, בין היתר, התבטאויות של זועבי שנשמעה אומרת כי "מלכתחילה לא הייתה הצדקה להקמת מדינה יהודית. עכשיו כשיש דורות של יהודים שנולדו בה, אני רוצה לחיות איתם אבל לא במדינה יהודית וגזענית". כמו כן בחן בית המשפט כתבה המדווחת על הפגנה שבה השתתפה זועבי אשר כותרתה "הפגנה נגד פשעי הכיבוש" והקלטה שבמהלכה נראתה זועבי קוראת קריאות גנאי לעבר שוטרים. בית המשפט פסק כי אין מקום לשלול את התמודדותה של זועבי בבחירות. זאת משנקבע כי השאיפה לכינונה של מדינת כל אזרחיה "והחתירה לסיום הכיבוש, אין משמעותן בהכרח שלילה של יסודותיה היהודיים של מדינת ישראל".

57. ההליך שבפנינו בו מערערת רשימת רע"ם-בל"ד על פסילתה בידי ועדת הבחירות מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-21 הוא חוליה נוספת בשרשרת של הליכים דומים באותו עניין. בכל הנוגע לעילת הפסילה המנויה בסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד, הראיות שהציגו

מבקשי הפסילה כוללות התבטאויות שונות של חברי בל"ד בעבר ובהווה ובהן ציטוט מראיון שערך ד"ר אינטאנס שחאדה, יו"ר רשימת מפלגת בל"ד ומספר 2 ברשימת רע"ם-בל"ד (להלן: שחאדה), ובו אמר, בין היתר, כי בשארה היה "פעיל חשוב בהנהגת בל"ד בזמנו ותרום הרבה לשיח הפוליטי [...] בישראל" ובהמשך אותו הראיון אמר, על פי הציטוט, כי "הדגל וההמנון הלאומי לא מייצגים אותנו". כמו כן, הוצג דיווח באתר החדשות "YNET" לפיו חבר הרשימה ח"כ טלב אבו עראר ואחרים נפגשו עם נשיא טורקיה. ראיות נוספות שהוצגו נוגעות לראיון עם מזכ"ל בל"ד לשעבר, שבו קרא לערביי ישראל לא להצביע בבחירות לכנסת ולפעול למימוש עקרון "מדינת כל אזרחיה" וכן הוצגו ראיות הנוגעות לפעילות של חברי בל"ד בעבר ובכללן התבטאויות של זועבי משנת 2009 ופעילות של בשארה בעבר.

מכלול הראיות הללו אינו שונה באופן מהותי מן הראיות שהוצגו בהליכים הקודמים שאותם סקרנו והנוגעים להליכי פסילה של בל"ד ושל חברים ברשימתה, ככל שהדבר נוגע לעילה בדבר שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יתרה מכך, לא זו בלבד שרבות מן הראיות שהוצגו בהליך דנן כבר נבחנו בהליכים קודמים ונקבע כי אין די בהן על פי אמות המידה העקרוניות שהותוו לעניין העילה הנ"ל, חלק לא מבוטל מאותן ראיות מתייחס, כאמור, למי שאינם מועמדים עוד ברשימת רע"ם-בל"ד בבחירות לכנסת ה-21 או שאינם מועמדים במקומות ריאליים באותה רשימה. במצב דברים זה אין לקבל את הטענה כי יש לפסול את רשימת רע"ם-בל"ד מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 בשל מעשים והתבטאויות המיוחסים לזועבי אשר היא עצמה לא נפסלה בשעתה בעניין זועבי הראשון ובעניין זועבי השני בשל אותם מעשים והתבטאויות ממש ובייחוד משהיא מוצבת ברשימה הנוכחית במקום ה-118. הטענה בדבר קשרים כאלה ואחרים המתקיימים עד עצם היום הזה בין חברי הרשימה ובין בשארה נטענה באופן כללי ואין בה כדי לשנות מן המסקנה בדבר אי-דיות הראיות שהוצגו. באשר למרבית המתמודדים ברשימת רע"ם-בל"ד לכנסת ה-21 במקומות ריאליים, פרט לשחאדה, לא הוצגו ראיות כלשהן לביסוס עילת הפסילה והראיות שהוצגו בעניין שחאדה מבוססות, כמפורט לעיל, על ציטוטים מראיונות בתקשורת ועל דיווחים באתרי אינטרנט שונים אשר כבר נפסק כי משקלם הראיתי נמוך (עניין זועבי השני, פסקה 34) ושחאדה אף הצהיר כי דבריו הוצגו ב"אופן מסולף, מטעה ומלווים בפרשנות לא נכונה" (סעיף 9 בתצהיר שחאדה שהוגש לוועדת הבחירות).

58. הראיה המרכזית העדכנית שהוצגה בפנינו בהליך דנן לעניין עילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד היא הצעת חוק-יסוד: מדינת כל אזרחיה שביקשו חברי הכנסת מטעם בל"ד בכנסת ה-20 להניח על שולחן הכנסת. בסופו של יום לא הונחה

הצעה זו על שולחנה של הכנסת וזאת בעקבות החלטת נשיאות הכנסת מיום 4.6.2018 שלא לאשר את הנחתה, הנסמכת על חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת. עתירה שהוגשה בעניין זה הפכה תיאורטית ונדחתה על הסף משהוחלט על פיזור של הכנסת ה-20 (בג"ץ 4552/18 זחאלקה נ' יו"ר הכנסת (30.12.2018)). בסעיף המטרה של הצעת החוק נקבע כי היא נועדה לעגן בחוק יסוד את "עקרון האזרחות השווה לכל אזרח, תוך הכרה בקיומם ובזכויותיהם של שתי קבוצות הלאום, היהודית והערבית, החיות בגבולות המדינה, המוכרים על פי הדין הבינלאומי". עוד נוסחו מחדש בהצעת החוק התנאים לרכישת אזרחות ישראלית ומהם עולה כי רכישת אזרחות מכוח עקרון השבות תבטל (ראו סעיף 5 לחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת מיום 3.6.2018). כמו כן יש לקבוע מחדש את סמלי המדינה וההמנון על פי העקרונות שפורטו בהצעת החוק (על משמעות הוראה זו כהוראה השוללת את העקרון לפיו "עיקר סמליה" של המדינה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי' ראו בסעיף 5 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת וכן ראו האמור שם לעניין סעיף 6 של הצעת החוק בכל הנוגע למעמדה של השפה העברית כשפה המרכזית של המדינה). אם לא די בכך, בעתירה שהגישו חברי בל"ד בכנסת ה-20 נגד החלטת נשיאות הכנסת למנוע את הנחתה של הצעת החוק על שולחן הכנסת, צוין במפורש כי הצעת החוק הנ"ל תואמת את מצעה של בל"ד.

דומה שאין מי שיחלוק על כך שהצעת החוק הנ"ל על מכלול הסעיפים שבה, מבטאת שלילה של המאפיינים הגרעיניים ולו המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית שעליהם עמד בית משפט זה בעניין טיבי. העובדה כי המהלך שננקט על ידי חברי בל"ד בהקשר זה היה מהלך דמוקרטי – הגשת הצעת חוק – אין בה כדי להוליך למסקנה שונה. אכן, מדובר בפעולה משמעותית מצד חברי הכנסת מטעם בל"ד בכנסת ה-20 בניסיון להוציא מן הכוח אל הפועל – בדרך של הצעת חוק – פרוגרמה פוליטית ותפיסת עולם אשר שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. דומה כי רע"ם-בל"ד ערה הייתה למשמעות שראיה זו נושאת עמה אך לטענתה אין לייחס לה משקל מכריע בהליך דנן, בין היתר, בהינתן העובדה שמדובר בראיה אחת בלבד (ולכל היותר שתיים אם רואים בעתירה ראייה נפרדת לעניין זה) וכן בהינתן הרקע להגשת הצעת החוק ולכך שהוגשה בתגובה להליכי החקיקה של חוק הלאום. טיעונים אלה מנסים למעט מן המשקל המשמעותי שנושאות ראיות אלה ומקובלת עלי בעניין זה עמדת היועץ המשפטי לממשלה שאילו רשימת בל"ד לבדה ובה חברי הכנסת שכיהנו בכנסת ה-20 והגישו את הצעת החוק, היו מבקשים עתה להתמודד מחדש בבחירות לכנסת ה-21, היה מקום לבחון בכובד ראש שמא בשל שתי הראיות הללו חוצה מפלגת בל"ד את קו פרשת המים אשר סומן בעניין טיבי והמפריד בין מי שדוגל בעקרון של "מדינת כל אזרחיה" על מנת להשיג שוויון אזרחי ובין מי שמבקש לשלול את המאפיינים הגרעיניים המינימאליים של מדינת

ישראל כמדינה יהודית. אילו עמדנו בצומת זה היינו ככל הנראה נדרשים לבחון גם את סוגיית תחולתו של מבחן ההסתברות בבואנו ליישם את עילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד, סוגיה שכזכור נותרה בצריך עיון בעניין טיבי וכן בפסקי הדין שבאו בעקבותיו. ואולם, הרשימה שפסילתה נתבקשה היא רשימה משותפת של רע"ם-בל"ד ומקובלת עלינו עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי עובדה זו נושאת משקל בעת שבוחנים את עילות הפסילה. כמו כן יש לזכור כי ככל שהדבר נוגע לנציגי בל"ד ברשימה איש מבין אלה המוצבים במקומות ריאליים אינו נמנה עם החברים שהגישו מטעמה את הצעת החוק. כמו כן, הוצהר על ידי שחאדה בתצהיר שהגיש לוועדת הבחירות כי הוא אישית ובל"ד – על כל המועמדים מטעמה לכנסת – מחויבים לעקרון "מדינת כל אזרחיה" המשתקף במצעה של המפלגה כפי שנבחן ואושר בעניין טיבי, בעניין בל"ד, ובעניין זועבי הראשון והשני (בסעיף 2 לתצהיר). בהינתן כל האמור לעיל, וכן בהינתן אמות המידה המחמירות שהותוו בפסיקה לפסילת רשימה מהתמודדות בבחירות לכנסת, הגענו למסקנה כי אין מקום לפסול את רשימת רע"ם-בל"ד בעילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל

59. החלטתה של ועדת הבחירות אשר קבעה כי "רשימת רע"ם-בל"ד מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-21" אינה מפרטת האם פסילת הרשימה נסמכת על שתי העילות שבסעיפים 7א(א)(1) ו-3 לחוק היסוד או על אחת מהן בלבד וייתכן שבעתיד ראוי יהיה, גם אם הוועדה אינה מנמקת את ההחלטה, לציין למצער מהי העילה שבגינה החליטה על הפסילה. מכל מקום, לצורך הדיון בערעור, אניח כפי שהניחו גם הצדדים כי הפסילה נסמכת על שתי העילות כאחת.

ההלכה הנוהגת עמנו קובעת כי על מנת להוכיח כי רשימה או מועמד המבקשים להתמודד בבחירות תומכים במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, יש להראות כי זוהי המטרה המרכזית של הרשימה וכי היא פועלת למימושה באופן מעשי. בכל ההליכים שנדונו בעבר הן בעניינה של בל"ד הן בעניינה של רע"ם נפסק כי הראיות שהוצגו בהקשר זה אינן מצטברות לכדי "מסה קריטית" המצדיקה את פסילת איזה מן הרשימות או את המועמדים מטעמן בעילה הקבועה בסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד (עניין ארליך; עניין טיבי; עניין בל"ד; עניין זועבי הראשון; ועניין זועבי השני). קביעות אלה משליכות על ענייננו שכן חומר הראיות שהוגש בפנינו לביסוס העילה של תמיכה במאבק מזוין, מצומצם לאין שיעור מזה שהוצג בהליכים הנ"ל. בעיקר, סמכו מבקשי הפסילה את טענותיהם על תמונות של שחאדה מבקר אסיר ביטחוני משוחרר וכן על ציטוטים

מתוך ראיון שבו, על פי הנטען, סירב לכנות את חמאס ארגון טרור והוסיף כי "כל מאבק נגד הכיבוש הוא מאבק לגיטימי" וכי הוא "בעד מאבק נגד הכיבוש. לאנשים יש זכות להיאבק בכיבוש. אם יש אנשים שחיים בדיכוי זכותם להיאבק". כמו כן, הוצג ראיון שערך ח"כ עבד אל חכים חאג' יחיא, הממוקם במקום השני במפלגת רע"ם, בו התייחס לפיגוע בהר הבית בחודש יולי 2017 שבו נרצחו שוטרים ישראלים. עוד הוצגו התבטאויות שונות של חברי הרשימה בשנים 2009 ו-2014 המלמדות, לשיטת מבקשי הפסילה, על תמיכה בטרור. מבקשי הפסילה הוסיפו וציינו את העובדה שחברי כנסת לשעבר של בל"ד נפגשו עם משפחות מחבלים שנהרגו תוך כדי ביצוע פיגועים; את השתתפותה של זועבי במשט ה"מאווי מרמרה"; את הפגישה שקיימו חברי כנסת לשעבר מטעם בל"ד עם בשארה בשנת 2014; ואת הרשעתו של חבר הכנסת לשעבר בבל"ד, גטאס, בעבירות ביטחוניות.

60. עיינו בראיות הנ"ל ואיננו סבורים כי מדובר במסה של ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות המלמדות כי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור מהווה מטרה מרכזית ודומיננטית של רשימת רע"ם-בל"ד או איזה מן המפלגות המרכיבות אותה. כמו כן, איננו סבורים כי הוצגו ראיות ברף הראייתי הנדרש המוכיחות כי רשימה זו פועלת למען הגשמת התמיכה במאבק מזוין כאמור באופן ממשי ועקבי. מסקנה זו נלמדת מקל וחומר בהינתן הראיות שהוצגו בהליכים קודמים אשר נדונו בפני בית משפט זה ואשר בהם המארג הראייתי שהוצג היה משמעותי בהרבה מזה שהוצג בענייננו ולמרות זאת נפסק כי אין די בו לביסוס עילת פסילה לפי סעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד. זאת ועוד, חלק ניכר מהראיות שהוצגו בפנינו מיוחסות למי שאינם מופיעים ברשימת רע"ם-בל"ד לכנסת ה-21 וחלק מהן אף נדון ונבחן בהליכים הקודמים שהוזכרו. מבקשי הפסילה הציגו התבטאויות שונות של שחאדה, שמהן עשויה להשתמע תמיכה בפעילות אלימה אך זו אינה הפרשנות האפשרית היחידה והספק פועל לטובת הקביעה המתירה לרשימה להשתתף בבחירות (עניין זועבי השני, פסקה 73). כמו כן, יש לייחס משקל בהקשר זה לעובדה ששחאדה הבהיר מפורשות בתצהירו כי אינו תומך בפעילות אלימה וכי דרכה של בל"ד היא "דמוקרטית ועושה שימוש בכלים חוקיים. מעולם לא קראנו לשימוש באלימות ומעולם לא הורשע אף אחד מהמועמדים של רשימתנו הנוכחית בעבירה פלילית כלשהי". עוד יצוין כי אמירות המבטאות התנגדות למדיניות הישראלית ביהודה ושומרון נבחנו בעבר על ידי בית משפט זה ונקבע כי הן כשלעצמן אינן מקימות עילת פסילה (עניין זועבי השני, פסקה 67).

61. סיכומם של דברים, מן הטעמים שפורטו לעיל סברתי כי יש לקבל את הערעור בע"ב 1876/19, לבטל את החלטת הפסילה של ועדת הבחירות ולהורות כי רשימת רע"ם-

בל"ד אינה פסולה מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-21. לא ראיתי מקום להתייחס לטענות שהעלתה רשימת רע"ם-בל"ד לעניין סמכות ועדת הבחירות לדון בעילות הפסילה. התוצאה שאליה הגענו בערעור זה מייתרת את הצורך לדון בטענות אלה אך לטעמי די בעובדה כי טענות אלה לא הועלו כלל בפני ועדת הבחירות על מנת לדחותן על הסף.

א"ב 1806/19 ליברמן נ' כסיף

62. לבקשת סיעת ישראל ביתנו וחברי הכנסת אביגדור ליברמן ועודד פורר, החליטה, כאמור, ועדת הבחירות לפסול את כסיף מלהשתתף כמועמד מטעם רשימת חד"ש-תע"ל בבחירות לכנסת ה-21. החלטה זו הועברה על ידי ועדת הבחירות לאישור בית המשפט על פי סעיפים 63א(ב) לחוק הבחירות וסעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת.

טענות הצדדים

63. הבקשה לפסול את כסיף נסמכה על שתי עילות: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לפי סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, ותמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל לפי סעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד. הראיות שהוצגו לביסוס הבקשה היו בעיקרן ארבעה פרסומים וכתבות עיתונאיות – רובם מרשת האינטרנט – המעידות, לשיטת מבקשי הפסילה, כי בהתבטאויותיו שולל כסיף את אופייה היהודי של מדינת ישראל וקורא לשינוי סמלי המדינה, ההמנון ולביטול חוק השבות. כמו כן, נטען שהראיות שהוצגו מלמדות על כך שכסיף תומך במאבק המזוין של ארגון הטרור חמאס נגד המדינה. זאת, בין היתר, בשל כך שהשווה בכירים בממשלת ישראל לפושעי מלחמה נאציים, וכן בשל התבטאויות נוספות המעידות, לשיטתם, כי כסיף סבור שפגיעה בחיילים אינה מהווה טרור וכי יש להיאבק בישראל בשל פשעיה החמורים נגד האוכלוסייה הפלסטינית.

64. כסיף טען מצדו כי הראיות שהציגו מבקשי הפסילה אינן מצדיקות את פסילתו מלהתמודד בבחירות לכנסת. זאת, בפרט בשים לב לכך שבקשת הפסילה מבוססת, כך לטענתו, על ציטוטים מסולפים ומגמתיים ונסמכת בעיקרה על ראיון אחד שנערך עמו אשר בו לדבריו הציג בעיקר רעיונות אקדמיים ולא את משנתו הפוליטית. אשר לטענות המייחסות לו את שלילת אופייה היהודי של מדינת ישראל, כסיף הדגיש כי הוא מכיר בזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית במדינת ישראל לצד מדינה פלסטינית עצמאית, וזאת תוך שמירה על שוויון זכויות מלא לכלל תושבי ישראל. בכל הנוגע לטענות המייחסות לו תמיכה במאבק המזוין של ארגון חמאס נגד מדינת ישראל, טען כסיף כי

השוואות השונות שערך בין מדינת ישראל ובין גרמניה הנאצית אינן רלוונטיות לביסוס עילת הפסילה וכי הוא מתנגד לכל אלימות באשר היא נגד כל אדם. בדומה לטענות שהעלתה רשימת רע"ם-בל"ד העלה גם כסיף טענות במישור החוקתי לעניין סמכותה של ועדת הבחירות לדון ולהחליט בפסילת רשימות ומועמדים על פי העילות הקבועות בסעיף 7א לחוק היסוד, וייתכן ככך כי מן הטעמים הנזכרים בפרק הנוגע לערעורה של רע"ם-בל"ד, לא מצאנו מקום לדון בטענות אלה גם בהליך האישור הנוגע לכסיף.

65. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי אין עילה לפסול את כסיף מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 משום שלא הוצגה "מסה ראייתית קריטית" אשר מצדיקה זאת, בציינו כי התשתית הראייתית שהונחה לביסוס בקשת הפסילה הינה דלה הן בהיבט הכמותי והן בהיבט האיכותי.

שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

66. חומר הראיות בעניינו של כסיף בעילה זו נסמך על שני פרסומים עיתונאיים. הפרסום הראשון הוא כתבה באתר האינטרנט של "מקור ראשון" מיום 7.2.2019 לפיה כסיף אמר בראיון שנערך עמו כשנתיים קודם לכן בנושא פינוי ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון, כי בעיניו זהו צעד ראשון בדרך למדינה פלסטינית, וכי מדינת ישראל איננה יכולה להיות ואסור לה להיות מדינה יהודית. דברים אלה שיוחסו לכסיף באותה כתבה הוכחו על ידו באופן מפורש (ראו סעיף 10 לתצהיר שהגיש כסיף לוועדת הבחירות) וכפי שכבר צוין המשקל הראייתי שניתן לייחס לכתבות מסוג זה ועל אחת כמה וכמה לכתבות "מכלי שני" הוא נמוך.

67. הראיה השנייה והמשמעותית יותר שהוצגה על ידי מבקשי הפסילה של כסיף היא ראיון שהעניק לעיתון "הארץ" בחודש פברואר 2019. לטענת מבקשי הפסילה, התבטאויות מסוימות של כסיף באותו ראיון עשויות להתפרש כקריאה לשלילת אחדים מן המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כך למשל ביחס לשאלת המראינת לגבי מאפייני המרחב הציבורי בישראל אמר כסיף: "המרחב הציבורי חייב להשתנות, להיות שייך לכל תושבי המדינה. אני חולק על התפיסה של פרהסיה יהודית" והוסיף כי הדבר יבוא לידי ביטוי "למשל בשינוי הסמלים, שינוי ההמנון [...]". כמו כן, נשאל כסיף באותו ראיון אם הוא תומך בביטול חוק השבות וענה "כן. לגמרי" ובאשר לשאלה בדבר זכות השיבה של פלסטינים לישראל ענה "אין מה להשוות. אין כאן סימטריה בכלל [...]". דברים מטרידים אלה שאותם לא הכחיש כסיף, יש להם בהחלט משקל משמעותי בעת שנבחנת עילת הפסילה בעניינו על פי סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד.

עם זאת, מדובר בראיון עיתונאי ובהתבטאות אחת בלבד שנאמרה במסגרתו ומשכך מקובלת עלי עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי ראייה זו לבדה אין די בה כדי לענות על אמת המידה המחמירה שנקבעה בפסיקה לצורך פסילתו של מועמד מלהתמודד בבחירות לכנסת. אכן, כפי שפורט בהרחבה לעיל, על מנת לבסס עילת פסילה יש להציג התבטאויות המעידות באופן חד-משמעי, ברור ומשכנע על שלילת המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כמו כן יש להראות כי זוהי המטרה הדומיננטית המניעה את פעולת המועמד וכי להגשמתה הוא פועל באופן נמרץ ועקבי כחלק מפרוגרמה פוליטית ממשית. לכך יש להוסיף כי בהצהרות בפני ועדת הבחירות ובפני בית משפט זה ציין כסיף כי הוא רואה עצמו מחויב למצע של מפלגת חד"ש, שנציגיה מכהנים בכנסת שנים רבות ובלשונו, בדיון שנערך בפני ועדת הבחירות: "המפלגה שאליה אני שייך ואותה אני מייצג, [...] חרתה על דגלה ואמרה מאז ומתמיד שאנחנו רואים את מדינת ישראל כמדינה שבמסגרתה העם היהודי בארץ זכאי להגדיר את עצמו. אני לא מתכחש לזה, מעולם לא התכחשתי לזה, ואין לי כוונה להתכחש לזה" (פ"ר 10/21, בעמ' 37).

תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל

68. האם, כטענת מבקשי הפסילה, הוכח כי כסיף תומך במאבק מזוין של ארגון הטרור חמאס נגד מדינת ישראל? חלק ניכר מבקשת הפסילה בהקשר זה נשען על התבטאויות שיוחסו לכסיף אשר מהן משתמעת השוואה בין מדינת ישראל ובכירים בממשלה לגרמניה הנאצית ולפושעי מלחמה נאצים. כך למשל בכתבה מאתר "מקור ראשון", אשר הוזכרה לעיל, נטען כי "את ליברמן כינה כסיף 'צאצא של אדולף' והסביר: 'צאצא רעיוני, לא באמת'" ואת שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, כינה "חלאה נאו-נאצית". בכתבה אחרת מאתר האינטרנט של "ערוץ 20" מחודש מאי 2016, צוטט פוסט שפרסם כסיף בעמוד הפייסבוק שלו ובו כתב על ממשלת ישראל, בין היתר, כי "זוהי ממשלה פשיסטית פר-אקסלנס ובה מוטיבים נאצים של ממש [...] ובראש, מעל כולם: נבל חדל אישים שהרס כל דבר חיובי שאי פעם היה פה [...] תלמיד מצטיין של משנת גרינג". בכתבה נוספת שפורסמה באתר האינטרנט של "ערוץ 20" בחודש אפריל 2018 הופיעה הקלטה של כסיף מתוך שיעור שהעביר ובה אמר בקולו כי "בשיח הישראלי שממשלת ישראל הנוכחית יצרה, זה לגיטימי להרוג ערבים. ככה מדרדרים לתהום למה שקרה בגרמניה לפני 80 שנה".

69. ההתבטאויות הנ"ל אשר לא הוכחו על ידי כסיף, קשות עד מאוד וההשוואה המשתמעת בין מדינת ישראל ושרים המכהנים בממשלתה ובין גרמניה הנאצית היא

מקוממת ומוטב היה לדברים שלא נאמרו משנאמרו, ומשנאמרו אני רואה מקום להסתייג מהם בחריפות. ההסברים הרפים שניתנו על ידי כסיף ולפיהם הדברים נאמרו כמטאפורה בלבד, וזאת על מנת לעורר שיח ציבורי ביקורתי ולהזהיר מפני הדרדרות מסוכנת, אינם מקהים את חומרתם. כסיף אף טרח להבהיר כי במסגרת כתיבתו הפובליציסטית עמד על כך ש"כל השוואה בין מדיניות ההשמדה הנאצית למדיניות הישראלית בשטחים תהווה זילות של השוואה" ועל כך נאמר כי נאה דרש אך לא נאה קיים. ואולם, יש להודות כי התבטאויות אלה, מקוממות ומרגיזות ככל שתהיינה, אינן מבססות עילה של תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל ואין בהן כשלעצמן כדי להביא לפסילת התמודדותו של מועמד בבחירות (השוו: עניין כך, בעמ' 3). מכל מקום, כסיף הבהיר כי אין בכוונתו לחזור על הדברים כנבחר ציבור (סעיף 13 לתצהיר שהגיש כסיף לוועדת הבחירות) ויש לקוות כי כך ינהג.

70. הראיות הנוספות שהוצגו לתמיכה בפסילתו של כסיף בעילה של תמיכה במאבק המזוין של ארגון חמאס נגד ישראל אינן מבססות אף הן עילה לפסילתו. בהקשר זה הפנו המבקשים, בין היתר, לפוסט של כסיף שהוזכר לעיל ממנו עולה, לגישתם, כי הוא תומך במאבק אלים נגד הפשיזם והגזענות שפשטו לדעתו בחברה הישראלית. כמו כן הפנו המבקשים לכתבה באתר האינטרנט של "ערוץ 20" שאף היא הוזכרה לעיל בה מובאת הקלטה בקולו של כסיף מחודש אפריל 2018 ובה נשמע אומר כי "חמאס הוא מפלגה פוליטית". ולבסוף, מפנים המבקשים להתבטאויותיו של כסיף באותו ראיון בעיתון "הארץ" שם אמר כי:

כסיף: "פגיעה בחיילים אינה טרור. אפילו בספר של נתניהו על טרור הוא מגדיר במפורש פגיעה בחיילים או באנשי כוחות ביטחון כמלחמת גרילה. זה לחלוטין לגיטימי, לפי כל קריטריון מוסרי, ודרך אגב, גם משפטי בינלאומי. עם זאת, אני לא אומר שזה דבר נפלא, משמח ורצוי [...] בכל מקום שהיה בו מאבק על שחרור נגד דיכוי, יש את הגיבורים הלאומיים, שב-90% מהפעמים עשו פעולות שבחלקן היו נוראות. נלסון מנדלה שנחשב היום לגיבור, חתן פרס נובל לשלום, לפי ההגדרה המקובלת היה טרוריסט [...]"

מראינת: "כלומר מפקדי חמאס היום שמוציאים לפועל פעולות נגד חיילים יהיו גיבורי המדינה הפלסטינית שתקום?"

כסיף: "ודאי".

כסיף ביקש להסביר את הדברים שנאמרו על ידו וציין בפני הוועדה וכן בפני בית המשפט כי הוא מתנגד לשימוש באלימות נגד כל אדם. הוא לא הכחיש את התנגדותו

למדיניות הישראלית ביהודה ושומרון ואמר כי הוא רואה בחזונו את סיום המשטר הצבאי שם וכן כי פעילותו מכוונת, בין היתר, לשינוי מצבו של העם הפלסטיני בעזה ובכלל. אך כפי שכבר צוין, הבעת עמדה זו לבדה אינה מקימה עילת פסילה (ראו בפסקה 56) וכסיף הצהיר באופן שאינו משתמע לשני פנים כי הוא אינו תומך בהתנגדות בדרך של מאבק מזוין אלא בהתנגדות פוליטית ובלתי אלימה (השוו: עניין טיבי, בעמוד 50; עניין זועבי השני, פסקה 71) ובלשונו: "מעולם לא תמכתי באלימות, תמיד הבעתי התנגדות לאלימות, אני שייך למפלגה ששוללת אלימות מאז ומתמיד, גם הדברים האלה נאמרו באופן מפורש גם בראיונות שנעשו איתי וגם בכל מסגרת אחרת [...] שללתי, אני שולל, אשולל ומעולם לא הבעתי אפילו ברמיזה תמיכה במאבק מזוין ובמאבק אלים בכלל" (פ"ר 10/21, בעמ' 34). עמדה דומה ביטא כסיף גם באותו הראיון בעיתון "הארץ" שהוצג על ידי המבקשים ואשר ציטוט מתוכו הובא לעיל באמרו: "תמיד התנגדנו לפגיעה באזרחים חפים מפשע. תמיד. בכל ההפגנות שלנו, תמיד אחת מהסיסמאות המובילות היתה: בעזה ובשדרות ילדים רוצים לחיות. עם כל הביקורת שלי על המתנחלים, להיכנס לבית ולשחוט ילדים כמו במקרה של משפחת פוגל, זה דבר בלתי נסבל. אתה צריך להיות בן אדם ולשולל את זה".

אשר להתבטאותו של כסיף הנוגעת לפגיעה בחיילים: מדובר בהתבטאות קשה ומקוממת העשויה להתפרש כמתן לגיטימציה לפגיעה בחיילי צה"ל על ידי ארגון הטרור חמאס. כסיף ביקש אמנם לעשות בהקשר זה הבחנה בין השקפותיו האקדמיות והתאורטיות ובין השקפותיו הפוליטיות, אך זוהי בעיניי הבחנה מלאכותית ובלתי משכנעת שקשה לקבלה. עם זאת, בסיכומו של דבר, התשתית הראייתית שהציגו המבקשים מסתכמת באותם ארבעה פרסומים שהוזכרו ומקובלת עלי עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי התשתית הראייתית הזו הינה דלה ואין די בה לביסוס עילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד על פי אמות המידה שהותוו בפסיקה ועליהן עמדתי לעיל.

ע"ב 1867/19 בן ארי נ' רשימת חד"ש-תע"ל

71. הבקשה לפסול את רשימת חד"ש-תע"ל מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 הוגשה על ידי בן ארי ובן גביר בגין שתי עילות: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לפי סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד, ותמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל לפי סעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד. ועדת הבחירות החליטה ברוב של 15 תומכים מול 12 מתנגדים לדחות את הבקשה ומכאן הערעור דנן.

72. המערערים, מבקשי הפסילה ואחדים מחברי ועדת הבחירות המרכזית שהצטרפו אליהם כמערערים, טענו כי התבטאויות ומעשים של חברי הרשימה מכוונים לשלילת צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכי חברה תומכים בארגוני הטרור חיזבאללה וחמאס תוך מתן לגיטימציה לפגיעה באזרחי ישראל המתגוררים באזור יהודה ושומרון ובחיילי צה"ל.

73. רשימת חד"ש-תע"ל מצידה סמכה את ידיה על החלטת ועדת הבחירות וטענה כי מבקשי הפסילה לא הציגו תשתית עובדתית מתאימה אשר יש בה כדי לבסס את עילות הפסילה הנטענות. הוטעם, כי הבקשה התבססה בחלקה על ראיות ישנות אשר נבחנו במערכות בחירות קודמות על ידי ועדת הבחירות וכי רבות מן ההתבטאויות שיוחסו לחברי הרשימה סולפו והוצגו באופן מגמתי. עוד צוין כי מרבית הראיות מבוססות על דיווחים מאתרי אינטרנט וקטעי עיתונות אשר ערכן הראייתי נמוך וכי חלקן אף אינו רלוונטי לביסוס עילות הפסילה.

74. היועץ המשפטי לממשלה סבר אף הוא כי חומר הראיות הכולל שהוצג במסגרת הבקשה אינו מצדיק את קבלתה שכן לא הצטברה "מסה ראייתית קריטית", המתחייבת לשם פסילת רשימה מלהשתתף בבחירות לכנסת. זאת, בפרט בשים לב לכך שחומר הראיות שהוצג בעניינה של חד"ש-תע"ל מצומצם משמעותית מזה שהוצג בהליכים קודמים אשר בהם נדונו עילות הפסילה האמורות. היועץ הוסיף אף הוא וציין כי הבקשה נסמכה ברובה על דיווחים עיתונאיים וקטעים מתוך נאומים אשר נושאים משקל ראייתי נמוך. בפרט בהינתן העובדה כי אין מדובר בראיות עדכניות וחלקן אף מתייחסות לתקופה שקדמה למערכת הבחירות לכנסת ה-20.

75. לאחר שעיינו בחומר הראיות שהונח בפני הוועדה ושמענו את טיעוני הצדדים בדיון שהתקיים הגענו פה אחד למסקנה כי יש לדחות את הערעור.

המערערים סמכו את טענתם בדבר התקיימות עילת הפסילה שעניינה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, על התבטאויות ספורות של חברי הרשימה אשר אין בהן כדי לבסס ברף הראייתי הנדרש – בהיבט הכמותי ובהיבט המהותי – את הטענה שחד"ש-תע"ל שוללת את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הראיה המרכזית שהציגו המערערים בהקשר זה הייתה ראיון שנערך עם חבר הכנסת טיבי בעיתון "הארץ" מחודש מרץ 2017, שבו נתבקש לתאר באופן היפותטי מציאות שבה

חזון שתי המדינות נזנח ותחתיו קמה מדינה אחת שבה המיעוט הערבי הפך לרוב. באותו ראיון צוטט טיבי כאומר כי מדינה כזו תהיה שונה באופן מהותי ממדינת ישראל כיום וכי מגילת העצמאות תוחלף במגילה אזרחית שבה השוויון יהיה ערך עליון, חוק השבות יבוטל וסמלי המדינה ישתנו. עם זאת, ציין טיבי מפורשות במסגרת אותו הראיון כי החזון שלו הוא חזון שתי המדינות – עובדה שהמערערים נמנעו מלהזכיר בטיעוניהם. המערערים הוסיפו והפנו לקטע קצר מתוך ראיון טלוויזיוני שנערך עם טיבי בשנת 2011 שבו אמר כי אינו יכול להכיר במדינת ישראל כמדינה יהודית. שתי ראיות אלו, שאינן מן התקופה האחרונה, אין בהן כדי לבסס באופן ברור, משכנע וחד-משמעי כנדרש שטיבי פועל לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עוד יש לזכור כי מדובר בחבר כנסת המכהן בה מזה כשני עשורים וכי לא הוצגה לגביו כל טענה במישור הפעילות הפרלמנטרית אשר תומכת בעילת הפסילה הנטענת (השוו עניין בן שלום, עמ' 251). הראיות הנוספות שהוצגו הן ציטוטים אשר ספק אם יש בהם כדי לבסס את העילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ומכל מקום הם מיוחסים לרג'א זעאתרה שאינו חבר ברשימת חד"ש-תע"ל לכנסת ה-21 ואשר אף טען כי הציטוטים מפיו סולפו. עוד הפנו המערערים להתבטאויותיו של כסיף הנמנה עם רשימת חד"ש-תע"ל אך כפי שצוין לעיל לא מצאנו כי יש בהן כדי להביא לפסילתו של כסיף עצמו ומשכך אין בהן כדי להביא לפסילת הרשימה כולה (ראו והשוו: עניין טיבי, בעמ' 44; עניין בל"ד, פסקה 20).

76. הראיות שהציגו המערערים בכל הנוגע לעילת הפסילה שעניינה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל הן, בין היתר: נאום פומבי של טיבי משנת 2011 בשפה הערבית שבו, כך נטען, השמיע דברי שבח לשהידים וכן דיווח משנת 2007 על השתתפותו בצעדה לציון חמש שנים למבצע חומת מגן בג'נין בתוך קהל בו נכחו אנשים המחופשים למחבלים מתאבדים. בנוסף, הפנו המערערים להתבטאויות של חברת מפלגת חד"ש, עאידה תומא סלימאן (להלן: סלימאן) אשר כינתה את התנהלות כוחות צה"ל באירועים האלימים בגבול עזה כ"רצח בכוונה תחילה", סירבה לכנות את חמאס ארגון טרור, וטענה כי "אינתיפאדה של העם נגד הכיבוש היא לגיטימית". עוד הפנו המערערים להשתתפותה של סלימאן בהפגנה לתמיכה בסרבני גיוס לצה"ל ולכך שביושבה כיו"ר הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת, סירבה לקיים דיון בנושא חיילות בצה"ל. כמו כן, הוצגו התבטאויות של חבר מפלגת תע"ל, אוסאמה סעדי אשר הביע תמיכה במאבק עממי ולפי הנטען סרב לגנות פגיעה באזרחי ישראל המתגוררים ביהודה ושומרון. המערערים הפנו גם להתבטאויות של יו"ר סיעת חד"ש, איימן עודה (להלן: עודה), אשר סרב לגנות פגיעה בחיילי צה"ל והודה לערוץ טלוויזיה פלסטיני ששיבח את פעילותה הפרלמנטרית של הרשימה המשותפת בכנסת ה-20.

המערערים הוסיפו והפנו לדיווח על כך שעודה התעמת עם שוטרים בכנס של ארגוני "החזית העממית" ו"החזית הדמוקרטית", לדיווחים על אודות פגישות של חברי הרשימה עם אסירים ביטחוניים בכלא, דיווחים על שיחות שקיימו עם מנהיגים פלסטינים וכן להודעת גינוי שהוציאה מפלגת חד"ש להחלטת מועצת מדינות המפרץ הפרסי והליגה הערבית להכריז על חיזבאללה כארגון טרור.

77. עיינתי כאמור במכלול הראיות הנ"ל והגעתי למסקנה כי אין די בהן על פי אמות המידה המחמירות שהותוו בפסיקה לצורך גיבוש עילת הפסילה שבסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, חלק מחומר הראיות שהוצג בעניין זה אינו מבסס – ולו על פני הדברים – תמיכה ישירה או עקיפה בפעולות טרור. לכך יש להוסיף כי אחדות מן הראיות שהוצגו הן ראיות ישנות שאף קדמו למערכת הבחירות לכנסת ה-20, וועדת הבחירות שבפניה הובאו ראיות אלה בעבר לא מצאה כי הן מקימות עילת פסילה. אכן, חלק מן הדברים שיוחסו לנציגי חד"ש-תע"ל כמפורט לעיל, עשויים להתפרש כתמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור במדינת ישראל, אך בהינתן העובדה כי באותם הפרסומים עצמם שאליהם הפנו המערערים בהקשר זה, נכללו גם אמירות של חברי הרשימה לפיהן הם אינם תומכים באלימות כדרך פוליטית, הספק פועל כנגד פרשנות זו. זאת ועוד, מבקשי הפסילה לא הציגו את המצע הרשמי של הרשימה שהוא מקור מרכזי המלמד על מטרותיה (עניין ניימן השני, בעמ' 186; עניין מולדת, בעמ' 362), וגם מטעם זה יש קושי להגיע אל המסקנה כי הרשימה תומכת במאבק מזוין של ארגון טרור וכי זוהי המטרה המרכזית והדומיננטית של חד"ש-תע"ל שלהגשמתה היא פועלת באופן ממשי ועקבי.

סוף דבר

78. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, הגעתי כאמור לידי מסקנה כי יש לקבל חלקית את הערעור בע"ב 1866/19 ולקבוע כי בן ארי מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 מה שאין כן לגבי בן גביר; לבטל את החלטת ועדת הבחירות בע"ב 1876/19 ולקבוע כי רשימת רע"ם-בל"ד אינה מנועה מלהשתתף בבחירות אלה; לבטל את החלטת ועדת הבחירות בא"ב 1806/19 ולקבוע כי כסיף רשאי להתמודד בבחירות לכנסת ה-21; ולדחות את הערעור בע"ב 1867/19 ולקבוע כי רשימת חד"ש-תע"ל אינה מנועה מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21.

אני מסכים לפסק דינה של כב' הנשיאה השופטת אסתר חיות, ואוסיף מילים מספר משל עצמי.

1. מדי מערכת בחירות, כמעין ריטואל, בית המשפט העליון נדרש לדון בפסילת רשימות או מועמדים, וזאת מכוח הוראות חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969. הבחירות לכנסת הן עניין פוליטי מובהק, וגם ועדת הבחירות משקפת כמעין כנסת-זוטא את יחסי הכוחות הפוליטיים בכנסת. אל מול האמור, סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נחקק בשעתו כמשקף אמות מידה חוקתיות על-זמניות של עילות פסילה שאינן נבחנות על פי רוחות השעה. נוכח זכות היסוד לבחור ולהיבחר, בית המשפט העליון הציב אמות מידה מחמירות לפסילת רשימה או מועמד, ואלו נסקרו על ידי הנשיאה בסעיף 16 לפסק דינה: מטרה דומיננטית; הצהרות מפורשות או מסקנות חד-משמעיות; פעילות שאינה ספורדית; וראיות משכנעות.

בבואנו ליישם עקרונות אלה אנו בוחנים כל פסילה כשלעצמה ובבדידותה, על עילת הפסילה הרלוונטית ועל הראיות שמתייחסות אליה, ואיננו מחפשים "סימטריה" או "איזון" פוליטי כזה או אחר. כפי שנודמן לי לומר, "ההצבעה בוועדת הבחירות היא פוליטית, ומכאן הזהירות הרבה שעל בית משפט זה לנקוט כשותף להחלטה, שלא ידבק בו חלילה מהמשחק הפוליטי" (א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי, פסקה 1 לפסק דיני (10.12.2015) (להלן: עניין זועבי השני)).

ולגופם של דברים.

2. סעיף 7א(א)(2) לחוק יסוד: הכנסת – "הסתה לגזענות":

המחוקק אמר את דברו בקול רם וצלול. הסתה לגזענות היא מחוץ למשחק הפוליטי. הסתה לגזענות נוגדת ערכים אוניברסליים-דמוקרטיים. הסתה לגזענות אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הסתה לגזענות – לא בבית ספרנו ולא בכנסת ישראל. מטעם זה הוקעה תנועת "כך" והוקאה אל מחוץ למחנה ואל מחוץ לחוק. שיח גזעני מסית הוא שיח פוגע מטיבו ומטבעו, וככזה, איני סבור כי יש להחיל עליו מבחן הסתברותי.

3. ב"סיכוב הקודם", אושרה מועמדותו של ברוך מרזל, אך השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, הביע דעתו כי מדובר ב"תחפושת דקה מן הדקה" (עניין זועבי השני, פסקה קיח לפסק דינו). כפי שהיטיבה הנשיאה להראות, המועמד בן ארי אף לא טרח להתחפש. לשיטתו, הלוגיקה היא כלהלן: מי שאינו ציוני הוא אויב, ערביי ישראל רובם-ככולם אינם ציונים, ומכאן המסקנה שרוב-רובם של ערביי ישראל הם בגדר אויב. בדין סבר היועץ המשפטי לממשלה, ואנו בעקבותיו, כי דינו של בן ארי להיפסל.

4. סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת – "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

בעניין זועבי השני ציינתי כי "הציבור היהודי צריך להיות רגיש לדילמה בה נמצא המיעוט הערבי, אך באותה מידה, נבחרי הציבור הערביים צריכים להתנהל בתבונה וברגישות כלפי מדינת אזרחותם-שלהם ולהבין את הרגישויות של הרוב". מהדיון המרתק שנערך בפנינו, השתמע מדברי המבקשים את פסילת רע"ם-בל"ד, כי מפלגה שאינה ציונית יש לראותה כמי ששוללת מיניה וביה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ועל כן דינה להיפסל. טיעון זה מכניס למיצר, לטעמי בחוסר רגישות, ציבור נכבד מהאוכלוסיה הערבית, שאמנם אינו ציוני, אך מזדהה עם מדינת ישראל ורואה עצמו כחלק בלתי נפרד ממנה. קשה להלום כי מדינת ישראל תוציא אל מחוץ למחנה כל מי שאינו ציוני, או כל מי שכופר אידיאולוגית ברעיון הציוני. פסילת רשימה או מועמד בגין "הסתה לגזענות" מחזקת את מאפייניה של מדינת ישראל בשני הרכיבים של "יהודית ודמוקרטית". פסילת רשימה או מועמד בגין שיח ודיבור שאינו ציוני כשיטתם של מבקשי הפסילה במקרה דנן, מהווה צמצום-מה של הרכיב הדמוקרטי. לכן, ולצורך עילת הפסילה בסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, יש לאזן בין שני הרכיבים של "יהודית ודמוקרטית" בתבונה וברגישות, שלא יאמרו המקטרגים כי מדינתנו "דמוקרטית" היא כלפי הרוב היהודי ו"יהודית" היא כלפי המיעוט הערבי.

ודוק: אנו שרים בעיניים מצועפות "נפש יהודי הומיה", וחוק השבות, תש"י-1950 הוא אכן "אבן השתיה" של מדינת ישראל כמדינה יהודית. חוק השבות הוא הראשית והוא התכלית לעצם קיומה של מדינת ישראל, והוא שמבטיח קיומו של רוב יהודי במדינת ישראל. אך לא כל הרהור או הגיג או ביטוי המסתייג מחוק השבות יגרור מיניה וביה פסילה, בהינתן המבחנים המחמירים של פסלות כאמור לעיל (כגון דומיננטיות), שמא גם בצירוף מבחן הסתברותי. עם זאת, הצעת חוק לביטול חוק השבות או מצע של רשימה, הקוראים בריש גלי לביטול חוק השבות – עלולים להעביר את הרשימה אל מעבר לקו הגבול של הפסלות, ודומה כי רשימת בל"ד, כמעט כהרגלה,

מהלכת לא אחת על קו הגבול. לא למותר לציין כי בעניין טיבי (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' אחמד טיבי, פ"ד נז(4)1, 40 (2003)) הנשיא ברק היה נכון לקבל את דברי חבר הכנסת בשארה כי הוא אינו דורש לבטל את חוק השבות. מכאן ניתן להסיק מה הייתה התוצאה אילו נטען אחרת. נקודה זו מביאה אותנו אל הראיה המרכזית שהוצגה בפנינו לגבי בל"ד, והיא הצעת חוק-יסוד: מדינת כל אזרחיה שהוגשה על ידה לכנסת, אשר מבטאת למעשה שאיפה לפגוע באופיה היהודי של המדינה.

5. מספר סיבות הביאו אותי למסקנה כי אין לפסול את רשימת בל"ד בשל הצעת חוק זו, וזאת אף מבלי להידרש לשאלת המבחן ההסתברותי.

ראשית, רובם ככולם של חברי הכנסת של בל"ד בכנסת הקודמת אינם מכהנים ברשימה הנוכחית וזו שינתה את פניה. שנית, יש לראות הצעת חוק זו כפעילות ספורדית ומתריסה בעקבות חקיקת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. הצעת חוק זו לא נכללת במצע של בל"ד ולא נטען כי נכללה בעבר במצעה, ולא הוכחה פעילות שיטתית ועקבית בכיוון זה. יש לראות אפוא הצעת חוק זו, כפעילות חד-פעמית, שאינה מקימה כשלעצמה ובכדידותה, עילת פסלות.

6. אלה הטעמים העיקריים בגינם אני סבור כי מפלגת בל"ד הילכה על קו הגבול, אך לא חצתה אותו, הגם שהצעת החוק קירבה אותה כפסע מקו הגבול. כשלעצמי, אותיר בצריך עיון את הטעם עליו התבסס היועץ המשפטי לממשלה, ולפיו רשימת בל"ד לא עמדה לבדה אלא כרשימה משותפת של רע"מ-בל"ד. אדרבה, יכול הטוען לטעון, כי דווקא השותפות עם מפלגה אחרת מטילה על בל"ד חובת זהירות מוגברת, שאם תחצה את הגבול האסור, הדבר עלול לפגוע במפלגה נוספת. הצד השני של המטבע הוא, שאיחוד מפלגות אינו מקנה חסינות מפסילה, כך שכל מפלגה אשר תחבור בעתיד לבל"ד, צריכה לקחת זאת בחשבון. אותיר אפוא את הנושא בצריך עיון.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. אני מצטרף למסקנותיה של חברתי הנשיאה א' חיות, בחוות דעתה המקיפה, כמו גם לעיקרי הנמקותיה.

2. העקרונות החלים על הדיון בהליכי ערעור ואישור בהם עסקינן עוגנו בפסיקה ענפה, והם מפורטים לאשורם בפסק דינה של חברתי הנשיאה.

3. חברתי הנשיאה עומדת על ההבדל בין ערעור בחירות לבין אישור בחירות ועל הגישות השונות בפסיקתנו באשר להיקף הביקורת שמקיים בית המשפט בהליכים השונים. חברי השופט י' עמית עומד, מצידו, על הזהירות שעל בית המשפט לנקוט, לטעמו, בהליכים מעין אלה בשל כך שההצבעה בוועדת הבחירות היא פוליטית.

4. אינני רואה לקבוע מסמרות באשר לגישה הראויה מבין אלה שפורטו על ידי חברתי (שכן כל אחת מהן מוליכה בענייננו לאותה תוצאה). בצד האמור מבקש אני להדגיש כי להשקפתי בהינתן מהות הזכויות והאיזונים העומדים על הפרק, לשיקולים "הפוליטיים" לא יכול להינתן משקל בבחינת חוקיות ההחלטות וכי מהותו הפוליטית של ההליך בוועדת הבחירות המרכזית אינה אמורה להשפיע על דפוסי הבחינה השיפוטית וגבולותיה.

5. אשר לבקשת הפסילה בגין הסתה לגזענות.

נושא ראשון אליו מבקש אני להתייחס בהקשר זה נסב על החלת מבחני הסתברות להתממשות הסכנות שאותן נועדו עילות הפסילה למנוע (שאלה שטרם הוכרעה בפסיקתנו). בהקשר העילה הנדונה, מבקש אני לציין כי לתפיסתי אין מקום ל"מבחן הסתברותי" שכן הביטוי הגזעני אינו ראוי להגנה. וכדברי השופטת ד' ביניש: "גזענות היא מסוג הנגעים שבידודם והרחקתם מהזירה הפוליטית והחברתית היא תנאי חיוני למניעת התפשטותה" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 88 (2003) (להלן: עניין טיבי)).

יפים לכאן דברי השופטת א' פרוקצ'יה באותו עניין:

"תופעת הגזענות בדברי ימי העולם ובקורות העם היהודי הינה מיוחדת וייחודית. לשלילתה ולהגנה מפניה אין אח ורע גם במגוון ההגנות על ערכי היסוד של זכויות האדם שחוקותיהן של ארצות המערב שוקדות על ביסוסן. הדופי המוסרי-ערכי שבהסתה לגזענות, על רקע ניגודה העמוק לרעיון האוניברסלי של זכויות האדם, ולנוכח זוועותיה של שואת יהדות אירופה שנכחדה לאורה של תורה גזענית, אינו סובל את הכללתה בבמת הרעיונות והדעות בשיח הפוליטי. וזאת, גם אם לא נשקף מהמסית לה סיכון

כלשהו להגשמת תורתו, ואפילו דבריו הם כ"קול קורא במדבר" ללא הד וללא שומע.

הגזענות מוקעת, ודינה ביעור מכוח אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית מ-1966, שישראל צד לה. המדינות השותפות לה התחייבו שלא לתת חסות להפליה הגזעית ולאמץ אמצעים מידיים על-מנת לעקור מן השורש כל תופעה של גזענות (סעיפים 2, 4 ו-5 לאמנה).

שלילת הגזענות מקבלת ממד מיוחד במורשת העם היהודי לאור ההיסטוריה עקובת הדם של עם שהיה קורבן למוראותיה של תופעה זו במשך דורות. הגזענות עומדת בניגוד לערכי היסוד של מדינת ישראל כפי שבאו לידי ביטוי במגילת העצמאות, שעל-פיה יש להבטיח שוויון חברתי ומדיני מלא לכל האזרחים ללא הבדל דת, גזע ומין. עומקה ועוצמתה של שלילת הגזענות כתופעה חברתית אינם מתיישבים עם מתן הזדמנות למועמד להתמודד על רעיונות גזעניים במגוון הדעות וההשקפות הזורמים בשיח הפוליטי. התמודדות על רעיונות גזעניים סותרת באופן חזיתי את התכלית החינוכית-ערכית שבהחדרת עקרונות שוויון וסובלנות לחברה הישראלית. רעיונות אלה חוצים את גבולות הקו האדום שבגדרם מובטחת סובלנות גם להשמעת דעות והשקפות חריגות. הקאתם אל מחוץ לגדר מתחייבת כדי שהשמעתם לא תתפרש, ולו מכללא, כמתן הכשר ולגיטימציה לאוחזים בהם להשתתף בחיי המדינה (השווה ר' גביון "עשרים שנה להילכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההסטוריה", בעמ' 173).

[...]

ברוח דברים אלה, הוקעתה של ההסתה לגזענות והוצאתה ממסגרת ההתמודדות הפוליטית הינן ערך העומד לעצמו, בלתי מותנה ובלתי מסויג גם מקום שאין מתלווה הסתברות כלשהי למימוש הסיכון שהיא אוצרת בתוכה. אין צורך לחפש גורמי סכנה גלויים או חבויים כדי לשלול כניסת מסיתים לגזענות למשחק הפוליטי (השווה דברי השופט א' גולדברג בישיבת ועדת הבחירות לכנסת בעניין אי-מתן אישור לרשימת "כך" מיום 5.10.1988 בעמ' 47 ואילך). ההסתה לגזענות מוקעת כערך במורשת האוניברסלית והלאומית, והיא עומדת מחוץ ומעבר לבחינה הסתברותית של סכנה הצפויה ממנה על-פי אמת מידה כזו או אחרת. הניגוד בין הגזענות לבין ערכי היסוד של המדינה הוא כה עמוק, עד כי כל האוחז בה בתורתו הפוליטית ראוי שייפסל על הסף. (עניין טיבי, בעמ' 90-89).

מצטרף אני לכל תג ותג בדברים נכוחים אלה.

6. מן הכלל אל הפרט – חברתי היטיבה לפרט את התשתית העובדתית שעל יסודה החלטנו כי מתקיימת בעניינו של בן ארי עילת הפסילה של הסתה לגזענות, ולמותר הוא לחזור על הדברים המבוססים היטב בתשתית הראייתית. ההסתה לגזענות מצידו של בן ארי במשרעת רחבה של עניינים, ובין אלה קריאה להדרת אזרחים ערביים ממגורים בתחומי יישוב עירוני בישראל, מזכירה תקופות חשוכות בהיסטוריה של העמים. הוספת עילת הפסילה שבה עסקינן לחוק היסוד על ידי הרשות המכוננת של מדינת ישראל נועדה למלחמה בתופעות מעין אלה, ותפקידנו הוא לפרש את החוקה ולשמור על גבולותיה.

7. להבדיל מכך בעניינו של בן גביר. מצטרף אני למסקנת חברתי, שנתנה משקל להצהרותיו של האחרון בדבר שינוי אורחותיו, כי התשתית שהצטברה בעניינו אינה מצטברת לכדי "מסה קריטית" המבססת עילת פסילה.

8. בהתייחס לרשימת רע"ם-בל"ד – כפי שמציינת חברתי מכלול הראיות שהוצג אינו שונה מהותית מזה שהוצג לבית משפט זה בהתדיינויות קודמות שנסבו על שאלת פסילתה של בל"ד וחברים ברשימה, שבהן נפסק כי אין בכך משום תשתית מספקת לפסילה. אינני רואה להידרש להצעת חוק היסוד שאותה הגישה בל"ד ואליה מתייחסים חבריי, בשים לב לכך שחברי הכנסת של בל"ד בכנסת הקודמת אינם נכללים ברשימה הנוכחית ובהינתן הבהרת בא כוח הרשימה שלפיה הצעת החוק אינה נכללת במצע בל"ד.

9. גם בעניינם של עופר כסיף ורשימת חד"ש-תע"ל מצטרף אני למסקנה כי אין די בתשתית הראייתית כדי לבסס את עילות הפסילה הנטענות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לעיקרי נימוקיה ולמסקנותיה של הנשיאה א' חיות, ואבקש להוסיף אך שתי הערות, שמכיוון שאינן נדרשות להכרעה יאמרו בקצירת האומר בלבד:

1. לעילה של "שגילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" -

כידוע, בעבר העילה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" לפי סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת נחלקה לשתי עילות נפרדות: "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", ו-"שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה" (סעיפים 7א(1)-(2)). איחוד שתי העילות לעילה אחת נעשה במסגרת התיקון מ-2002 לחוק יסוד: הכנסת בו הוספו הסמכות לפסילת מועמד (ולא רק רשימה) והעילה של תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. איחוד זה נבע, כמבואר בדברי ההסבר, מהרצון להשוות את נוסח סעיף 7א לנוסח סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992 ("וזאת מכיוון ששני הסעיפים כרוכים זה בזה"), ולא נועד ליצור שינוי בתוכן של עילות אלה אגב איחודן. (הצ"ח התשס"ב 121)

בפועל איחוד העילות שהיה כרוך בשינוי מסוים בנוסח העילה, ביסס פרשנות בעלת תוכן שונה ורחב יותר לעילה זו. בעוד שלפי הנוסח הקודם העילה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" עניינה היה בשלילת התפיסה לפיה מדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי, במובן של המקום בו הוא מממש את זכותו להגדרה עצמית, הרי שלפי הנוסח המאוחד המונח "מדינה יהודית" פורש כמתייחס לתוכן הפנימי של זהות המדינה ולמרכיבי הזהות היהודית של המדינה פנימה ("עיקר סמליה" של המדינה ו"המאפיינים הגרעיניים" של זהותה היהודית).

לדעתי, נכון לפרש את עילת הפסילה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" בדומה לעילה הנפרדת שלפי הנוסח הקודם, היינו - כמתייחסת לזהותה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי במובן הלאומי, כמקום בו הוא מגשים את זכותו להגדרה עצמית, ולא כמתייחסת לתכנים הפנימיים של המדינה המאפיינים אותה כמדינה יהודית. לעמדתי זו השלכה בין היתר בנוגע להתייחסות להצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה שהוגשה בשעתו על ידי חברי כנסת של בל"ד, ואולם נוכח מסקנתה של הנשיאה לענין זה (פסקה 58) איני רואה צורך לפרט התייחסותי לגבי הצעת החוק, ואציין רק כי הערותיו של השופט י' עמית בפסקאות 4-5 לחוות דעתו מקובלות עלי בעיקרן.

2. מבחן הסתברותי והסתה לגזענות -

סוגיה זו נדונה בהזדמנויות שונות בפסיקה קודמת, החל מפרשת ניימן הראשונה, והובעו בה דעות שונות - רובן שוללות, באופן כללי או למצער בהתייחס לעילה של הסתה לגזענות - אך היא נותרה בצריך עיון וטרם הוכרעה.

אני סבור כי אין מקום כלל למבחן הסתברותי בהחלת עילות הפסילה לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. למבחן הסתברותי אין כל עוגן בלשון החוק והוא גם מעלה קשיים רבים - עיוניים ומעשיים - ביישומו. לא אתיימר למצות כאן את הנימוקים לעמדה זו, ואסתפק במילים קצרות: ראשית, בהיבט של פרשנות החוק. כידוע פרשנות דבר חקיקה מתחילה מלשונו ומוגבלת על ידה. בענייננו אין בנוסחו של סעיף 7א כל עוגן לדרישה למבחן הסתברותי. סעיף 7א מתייחס למטרות ולמעשים, לרבות התבטאויות, של רשימה או מועמד. מדובר בעילות "התנהגותיות" ולא "תוצאתיות". שנית, בידי בית המשפט הנדרש לאשר או לבקר החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד או רשימה, אין כלים ליישום מבחן הסתברותי לשם אישור או שלילה של הערכה הסתברותית של ועדת הבחירות. הערכה הסתברותית בהקשר הציבורי-פוליטי היא מטבעה ספקולטיבית ורצוי כי בית המשפט ימנע ממנה. ושלישית, וזה עיקר - סעיף 7א עניינו בהעדר לגיטימיות של רשימה או מועמד שמתקיימת בהם אחת מעילות הפסילה מלהשתתף ב"משחק הדמוקרטי". הבסיס הרעיוני לפסילת רשימות ומועמדים כאמור אינו מתמצה במניעת סכנה מעשית-קונקרטיית אלא עיקרו באי מתן לגיטימציה לרשימות ולמועמדים שמטרותיהם ומעשיהם הם מחוץ למתחם הלגיטימיות הדמוקרטית להשתתף בבחירות הדמוקרטיות.

דומה כי העילה של "הסתה לגזענות" שלפי סעיף 7א(א)(2) מדגימה זאת היטב. הסתה לגזענות ומעשי גזענות פסולים באשר הם (per se) בהיותם מנוגדים לערכים הבסיסיים ביותר של חברה דמוקרטית, שבבסיסה רעיון השוויון בין בני אדם. המדובר בערכים אוניברסליים המקובלים במשפט העמים. בהתאם לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, המוכרת כאמנת CERD – עליה חתמה מדינת ישראל ביום 7.3.1966, אשררה אותה ביום 3.1.1979, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.2.1979 - נטלה על עצמה מדינת ישראל, כמו כל שאר המדינות החתומות על האמנה, בין היתר את המחויבות לאסור אפליה גזעית ואחרת ולנקוט בכל האמצעים, לרבות חקיקה, להביא למיגורה (סעיף 2(1)(d) לאמנה). בשנת 1985, יחד עם תיקון חוק יסוד: הכנסת והוספת סעיף 7א, תוקן גם חוק העונשין והוסף "סימן א'1: הסתה לגזענות", הקובע עבירות שונות של הסתה לגזענות (שני התיקונים נכללו יחדיו באותה חוברת של הצעות חוק – הצ"ח התשמ"ה 193). עבירות ההסתה לגזענות הן עבירות התנהגות ולא עבירות תוצאה ואינן כוללות יסוד הסתברותי ("אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא" - סעיף 144ב(ב)).

הסתה לגזענות היא אפוא אסורה ופסולה ללא תלות בהסתברות למימוש מטרותיה. זהו שיח לא לגיטימי בחברה דמוקרטית. הסתה לגזענות אינה מייצגת כל ערך בר-הגנה לגביו יש לערוך איזון אינטרסים. ערך חופש הביטוי, שהוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה, נועד

להגן על שיח ציבורי בלתי אלים ולאפשר מאבק רעיוני בין ערכים לגיטימיים בחברה דמוקרטית. שיח גזעני "מזהם" את השיח הדמוקרטי וחותר תחת התכלית של בירור רעיוני בין בני החברה וגיבוש עמדות חופשי, על בסיס ערכים דמוקרטיים. על כן, הטעם למניעת השתתפות בבחירות של רשימה או מועמד המסיתם לגזענות אינו מתמצה בחשש להגשמת מטרות ההסתה אלא עיקרו בשיקול הערכי-ציבורי של אי-מתן לגיטימציה לשיח הגזעני כחלק מהשיח הדמוקרטי. במובן זה, העילה של פסילה בגין הסתה לגזענות היא מקרה פרטי של העילה הנוגעת לשלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה.

אדגיש לבסוף, כי איני סבור כי המבחן ההסתברותי נדרש לצורך מיתון של מבחני הפסילה והענקת כלים גמישים ליישומם. לשם כך נקבעה בפסיקה גישה של פרשנות דוקנית ומצמצמת של עילות הפסילה. כן נקבעו אמות מידה מחמירות המופעלות בביקורת השיפוטית לענין זה, ובהן הדרישה כי המטרות המיוחסים לרשימה או למועמד הם בגדר יעד מרכזי ודומיננטי ולא נושא טפל ושולי, וכן הדרישה לקיומה של פעילות אקטיבית עקבית ושיטתית למימוש מטרות אלה. עוד נקבע כי הראיות לקיומה של עילת פסילה צריכות להיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות. כל אלה נותנים בידי בית המשפט כלים אפקטיביים להבטיח כי סמכות הפסילה, שהיא סמכות חריגה ופוגענית, תופעל רק במקרים קיצוניים ומובהקים, וזאת ללא צורך בשימוש באמצעי הבעייתי כאמור של מבחן הסתברותי.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. אם היינו מפרשים ומיישמים את עילות הפסילה המנויות בהוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ככתבן וכלשונו, כדרך שהן מתקבלות על דעתו של אדם מן היישוב, כי אז לא רק ד"ר מיכאל בן ארי היה נפסל מלהיות מועמד בבחירות לכנסת. קריאה תמה של הסעיף, קרוב לוודאי שהיתה מובילה אותנו לכלל מסקנה, כי רשימות ומועמדים נוספים שענינם נבחן בבית משפט זה במהלך השנים, ראויים אף הם לזכות בכבוד המפוקפק.

2. כידוע, אלו אינם פני הדברים. מיום שהונחה הוראת סעיף 7א לפתחו, נקט בית משפט זה גישה מצמצמת, בבואו לפרשה – להלכה, וליישמה – למעשה. גישה זו משקפת הכרעה ערכית, שלפיה בדמוקרטיה נודעת חשיבות מיוחדת – כמעט עליונה – לזכות החוקתית לבחור ולהיבחר. פסילת מועמד או רשימת מועמדים מלהתמודד בבחירות לכנסת, חייבת להיות מוצא אחרון בהחלט, כזה השמור למצבי-קיצון מובהקים שבהם

אין מקום לספק: "מהותו של הנושא, היינו צמצומה של זכות יסוד חוקתית, היא שנושאת עמה, מיניה וביה, גם את אמת המידה, לפיה פרשנותה של ההוראה מן הנכון שתהיה דווקנית, צרה ומצמצמת, ואשר לאורה לא יופעלו הוראותיו של סעיף 7א אלא במקרים קיצוניים ביותר. גישה פרשנית כזאת אין בה משום סתירת הכתוב בחוק החרות; היא תולדה של הבנת התכלית החקיקתית, שלא ביקשה להפחית משמירת החירויות אלא לגונן עליהן נוכח פניו של סיכון ממשי" (עניין ניימן השני, בעמ' 187; ההדגשות, לעיל ולהלן, הוספו – נ' ס'). גישה זו השרשה היטב בפסיקתו של בית משפט זה: "מניעת השתתפותה של מפלגה בבחירות היא צעד קיצוני ביותר. הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר" (דברי המשנה לנשיא (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 802 (1995)); "מניעת השתתפותה של מפלגה בבחירות הינה צעד קיצוני וחריג העומד בהיבטים רבים בסתירה חזיתית לעקרונות היסוד עליהם נשען המשטר הדמוקרטי" (עניין בל"ד, פסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה (דאז) ד' ביניש); "מניעת השתתפות בבחירות לכנסת היא צעד קיצוני השמור למקרים חריגים שבחריגים, בהם השימוש בכלים הדמוקרטיים הרגילים איננו מספיק" (עניין זועבי השני, פסקה 75 לחוות דעתה של הנשיאה (דאז) מ' נאור).

אסכם בתמצית את אמת-המידה המנחה, כפי שבאה לידי ביטוי בהלכה הפסוקה: מניעת השתתפות בבחירות לכנסת לא תעשה אלא כאשר קלו כל הקיצין.

3. לא מכבר, במסגרת הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) (מניעת השתתפות בבחירות בשל התבטאות מועמד), גילה המחוקק-המכונן דעתו כי הנתיב הצר שבו צעד בית המשפט בהפעלת סעיף 7א, מקובל עליו. בהצעת החוק נקבע במפורש, כי מעשיו של אדם כוללים גם את התבטאויותיו; בדברי ההסבר הובהר כדלקמן: "התיקון המוצע מעגן במפורש את הגישה המקובלת בפסיקה בעניין זה, אשר לפיה ב'מעשים' לפי סעיף 7א לחוק היסוד נכללות גם התבטאויות. כמו כן, התיקון לא נועד לשנות את פסיקת בית המשפט ולפיה הפעלת סעיף 7א לחוק היסוד תיעשה בצמצום ובאופן דווקני כדי להגן על האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה" (ה"ח 675, בעמ' 52). לצד זאת נשמעה גם ביקורת כלפי דרך הילוכה של הפסיקה, על הצורך להישמר מפני פרשנות מצמצמת מדי של עילות הפסילה המעוגנות בסעיף 7א, תוך הרחבה של גבולות הגזרה עד בלי די (ראו, למשל, עניין זועבי השני, פסקה ח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (דאז) א' רובינשטיין).

4. אמות המידה שפותחו בפסיקה לשם הפעלתו של סעיף 7א, המשקפות את המגמה הפרשנית המצמצמת, פורטו בפסקה 16 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה. עיקרן, בתמצית, כי יש להראות שעילת הפסילה מתקיימת במטרותיהם או במעשיהם של הרשימה או המועמד; מטרות או מעשים אלו צריכים להיות חלק מהמאפיינים הדומיננטיים של פעילות הרשימה או המועמד; ניתן ללמוד לגביהם מהצהרות מפורשות

או ממסקנות המסתברות באופן חד-משמעי; לא די במטרות בעלות אופי תיאורטי, יש להצביע על 'פעילות שטח' שיטתית, אשר צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה; לבסוף, הראיות שמבססות את כל האמור צריכות להיות 'משכנעות, ברורות וחד-משמעיות'.

5. על יסוד אמות המידה הללו, מצאה חברתי הנשיאה, וחברי כולם מחרימים- מחזיקים אחריה, כי התשתית הראייתית בענייננו מציירת תמונה חד-משמעית, ברורה ומשכנעת, לפיה בן ארי "מלבה באופן שיטתי יצרים של שנאה כלפי הציבור הערבי בכללותו, תוך ביזוי מתמשך של ציבור זה" (פסקה 42 לחוות דעתה של הנשיאה). לפיכך קבעה, כי אחת דינו – להיפסל.

6. הפכתי בדבר, ושכתי והפכתי; קראתי בעיון את ההתבטאויות השונות, צפיתי והאזנתי; נתתי דעתי על ההבהרות וההסברים – פעם, פעמיים ושלוש, וההתלבטות קשה ומעיקה. לא בנקל, החלטתי שלא להצטרף למסקנת חברתי. שורש ההתלבטות, בפער המהותי שבין דמותו של בן ארי כפי שהיא משתקפת מן המרחב הווירטואלי, ברשתות החברתיות, לבין זו הניבטת אלינו מן הדיון בוועדת הבחירות ובבית המשפט. כך, בתצהיר שהגיש במסגרת ההליך דנן, דחה בן ארי את הטענות בדבר דעותיו הגזעניות, והצהיר בין היתר כדלקמן:

"אני לא סבור כי לבני האדם יש ערך שונה בשל השתייכותם האתנית, הלאומית או הדתית. כל בני האדם נבראו בצלם, אך לכל בני האדם ניתן חופש הבחירה. מעשיך יקרבוך ומעשיך ירחקוך [...] בעיני, התנועה הלאומית הערבית שמטרתה לחסל את הקוממיות היהודית, תוך שימוש באלימות ובטרור, הינה האויב של מדינת ישראל, של העם היהודי ושל הציונות. אני מבקש להדגיש, כי מה שהופך אותה לאויבת המדינה העם והציונות אינו המוצא הלאומי האתני של חבריה ואוהדיה, גם לא האמונה הדתית שלהם. מה שהופך את חבריה ואוהדיה של התנועה הלאומית הערבית לאויבים הנן המטרות הפוליטיות שהציבה התנועה הזאת והדרכים בהן היא פועלת למימוש המטרות הללו מאז ראשית המאה ה-20 ועד ימינו [...] מי שמקבל את היותה של מדינת ישראל מדינתו של העם היהודי ומסכים עם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית הנו אזרח רצוי, שראוי לכל הזכויות האזרחיות, החברתיות והפוליטיות בלי הבדל דת, גזע, מין, מוצא אתני וצבע עור. כמו כן, אני סבור כי זכויות אדם בסיסיות נתונות לכל אדם באשר הוא וכי המדינה

צריכה לנהוג בצדק ובהגינות כלפי כל אדם ללא הבדל דת, גזע, מין, מוצא אתני או צבע עור" (סעיפים 9, 16-17 לתצהיר).

7. בהמשך התצהיר מתייחס בן ארי לכל ההתבטאויות שצוטטו מפיו (להבדיל מהדיון בוועדת הבחירות שבו התייחס רק לחלקן), ומבהיר כי "כל חיצו טענותיי מופנים נגד מי שאינו נאמן למדינת ישראל ועוין את המפעל הציוני. גם אם לעתים דברי ניתנים להישמע ולהיתפס ככוללניים, הם בשום אופן אינם משקפים כוונה להכליל ובשום אופן אינם משקפים את דעתי האמיתית והעקבית" (סעיף 22 לתצהיר). בדומה למקרים שנדונו לפני בית משפט זה בעבר, גם בענייננו מתעורר ספק של ממש בדבר פנות הצהרותיו של בן ארי.

8. שלוש דוגמאות מן העבר: (א) ברוך מרזל הצהיר בשעתו כי חזר בו מדעותיו הקודמות, כי הוא מבקש לפעול רק על-פי חוק, מקבל את עקרונות הדמוקרטיה, ונסוג בו מדרך ההתבטאות הכוללנית שהיתה נהוגה בתנועת "כך". שורה ארוכה של ראיות הביאה את בית המשפט למסקנה על אודות "ספק של ממש בכנות הצהרתו של מר מרזל, שלפיה חזר בו מדרכו ומהאידיאולוגיה הגזענית והלא דמוקרטית שהחזיק בה" (עניין טיבי, פסקה 81 לחוות דעתו של הנשיא (דאז) א' ברק); לימים, לקראת מערכת בחירות נוספת, אמרה הנשיאה (דאז) מ' נאור: "אף אני אינני סבורה כי מרזל שינה מעמדותיו וממחשבותיו" (עניין זועבי השני, פסקה 33). (ב) חנין זועבי הצהירה בשעתו על התנגדותה לאלימות, ואף על-פי כן "התקשיתי להשתכנע כי ח"כ זועבי אינה תומכת במאבק מזוין" (שם, פסקה 7 לחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית). (ג) ח"כ עזמי בשארה טען בשעתו על התנגדותו לאלימות ולמאבק מזוין, ואף הוא לא זכה לאמון רב: "קיים ספק בליבנו. אך ספק זה צריך לפעול – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות – לטובת החירות לבחור ולהיבחר" (עניין טיבי, פסקה 46 לחוות דעתו של הנשיא (דאז) א' ברק).

חנין זועבי ועזמי בשארה כיהנו כזכור אחר כבוד כחברים בכנסת ישראל; מועמדותו של ברוך מרזל אושרה גם היא, פעמיים, אף שבבחירות לא נבחר. ומה דינו של בן ארי? סוף סוף, התבטאויותיו 'בזמן אמת' מדברות בעד עצמן, ולחובתו של בן ארי, באופן מובהק; לא אלאה, לא אחזור על הדברים, הם פורטו בארוכה בחוות דעתה של חברתי הנשיאה; אסתפק בהפניה לשם, ולקורא לא ינעם. ההתבטאויות אינן הולמות כלל את הנימה הסובלנית והמפויסת העולה מן התצהיר הנ"ל שהוגש בהליך דנן. לאיזה בן ארי עלינו להאמין אפוא?

9. בסופו של דבר, אחרי ככלות הכל, נטיתי לדעה כי אין הצדקה להורות על פסילתו של בן ארי. אם באתי למסקנה זו, אין זה משום שאני מקל חלילה בהסתה לגזענות, אלא

משום שאני מחמיר בחשיבותה של זכות היסוד החוקתית לבחור ולהיבחר. בהינתן אמות המידה המחמירות כפי שיושמו בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים, ולאור הסבריו והבהרותיו של בן ארי – ספק אם הדברים עולים כדי הסתה לגזענות, או שלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, באופן המצדיק לפסול את בן ארי מלהתמודד בבחירות לכנסת. אכן, זכות היסוד לבחור ולהיבחר איננה זכות מוחלטת. בנסיבות המתאימות ראוי להגבילה, אולם אין זה מצב הדברים בענייננו. התשתית הראייתית בענייננו של בן ארי רחבה אמנם בהיקפה, אולם מבחינת "איכותה", עוצמתה, היא איננה חריגה, קיצונית וחמורה מדברים שהובאו לפני בית משפט זה בעבר במקרים דומים (הן בעניין טיבי, הן בעניין זועבי השני). הדמוקרטיה הישראלית זקוקה אמנם להגנה, אך היא עדיין חזקה דיה להכיל בקרבה גם את בן ארי כחבר כנסת (כזכור, בן ארי כבר כיהן בתפקיד בעבר הלא רחוק, בשנים 2009-2013).

10. תוצאה זו מתבקשת גם מחמת שני שיקולים נוספים, מעשיים באופיים: ראשית, המסגרת הדיונית שבה אנו פועלים. כידוע, סעיף 7א הונח על שולחן הכנסת בד בבד עם הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), התשמ"ה-1985, שבמסגרתה נקבע איסור פלילי מפורש על הסתה לגזענות. "מוני וגמור עמנו להילחם בכל התוקף בתופעה של הסתה לגזענות. לצורך זה החלטנו לפעול בשני מישורים – במישור החוקתי, בכך שכללנו את ההסתה לגזענות כעילה לפסילת רשימת מועמדים מהשתתפות בבחירות לכנסת, ובמישור הענישה – קביעת עבירה בחוק העונשין של פרסום הסתה לגזענות" (מתוך דברי שר המשפטים, ח"כ משה נסים, בהצגת הצעות החוק לקריאה ראשונה; ד"כ 102 (תשמ"ה) עמ' 2381). בניגוד להליך הפלילי, אשר מתנהל בסד ברור ומוגדר של סדרי דין, הכוללים בין היתר הליך הוכחות שבו ניתן לדרוש ולחקור ולשאול היטב, הרי שבהליך החוקתי הנערך לפני בית משפט זה, הברור העובדתי מצומצם הרבה יותר. הדבר מחייב אותנו לנקוט משנה זהירות, בבואנו להסיק מסקנות ולקבוע עובדות על יסוד התשתית הראייתית המונחת לפנינו. שנית, בל נשכח: גם לאחר שצלח מועמד את משוכת סעיף 7א – לא אלמן ישראל: "עצם העובדה שמועמד רשאי להתמודד בבחירות לכנסת אין משמעה כי משעה שנבחר רשאי הוא לעשות ככל העולה על רוחו. עדיין עומדת האפשרות לשלול חסינותו של חבר כנסת במקרים מסוימים, להעמידו לדין אם נמצא כי עבר עבירה פלילית, ולשלול את המשך כהונתו בכנסת אם הורשע בדין בעבירה שיש עימה קלון" (עניין זועבי הראשון, פסקה 35 לחוות דעתו של הנשיא (דאז) א' גרוניס).

11. אין לכחד, דבריו של בן ארי – למצער חלקם הגדול – קשים לעיכול. היטב חרה לי, על הסגנון הבוטה, על הנימה הגזענית, על ההכללה הגסה. אין זה לכבודו של הדובר, ולא לכבודם של שומעי לקחו. אפשר וצריך לקבול על הרשעה; על חורשי רעתנו ומבקשי נפשנו – מבית ומחוץ. אך שומה – במיוחד על שליח ציבור – לעשות כן באחריות

ובזהירות. ואף על-פי כן, גם כשהשכל הישר מתקומם וכשהנפש סולדת מדבריו של בן ארי, עדיין אין הצדקה להוצאתו אל מחוץ למחנה. כוחו של חופש הביטוי, כוחה של הדמוקרטיה – "אינה ההכרה בזכותי לשמוע דברי נועם, הערבים לאוזני. כוחה של זו בהכרה בזכותו של הזולת להשמיע דברים הצורמים את אוזני והצובתים את לבי" (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 441 (1987)). כך באשר לחופש הביטוי בכלל, כך באשר לחופש הביטוי הפוליטי בפרט; כשעל הפרק – לא נלאה מלשוב ולהזכיר – פגיעה אנושה בזכות היסוד החוקתית לבחור ולהיבחר.

12. אני מצטרף בכל לב לדברי חברתי הנשיאה, על מחויבותנו למאבק בלתי-מתפשר בגזענות. בן לעמי ונצר למשפחתי, ידעתי גם ידעתי עד היכן מגעת פגיעתה המחרידה והנוראה של שנאת הזר והשונה; ובל נטעה: לא הרי זה כהרי זה, אף לא קרב זה אל זה. ודוק: המאבק בגזענות איננו רק במישור המשפטי, אלא גם – ובעיקר – במישור החינוכי, "בבדק ביתם של מחנכים ומחונכים כאחד, בכל גוני הקשת של חברתנו" (עניין ניימן הראשון, בעמ' 302). ראוי להביא בהקשר זה מדברים שכתב הרב צבי יהודה הכהן קוק זצ"ל בחודש ניסן התש"ז, במכתב למנהליו ומוריו של בית ספר בירושלים. קטע מן המכתב הובא על-ידי שר המשפטים, ח"כ משה נסים, בהציגו את הצעת החוק בעניין סעיף 7א במליאת הכנסת בקריאה הראשונה, כותרתו 'מעשה נערים מבייש ומצער', וזו לשונו:

"לכבוד המנהל והמורים של בית הספר פה עיר קודשנו תיבנה
ותיכונן!

הנני מחויב להעיר את כבודו על העניין דלהלן: היום בשעות שלפני הצהריים, בעוברי על פני בית הספר והלאה לרחוב יפו-בן יהודה, ראיתי כי מתוך חבורת ילדים יוצאי בית הספר פגעו איזה מהם, פעמים ופעם, פגיעה שבגוף והתגררות גסה בערבים רוכלי-רחוב שעברו אז שם. פעמים – יחד בשני הערבים אחד צעיר ואחד זקן, שהיו משותפים בעניינם כנראה, התחל בצעיר והמשך בזקן בגסות מיוחדת. זה היה מרחק קטן מן שער החצר של בית הספר. אחר כך שוב בצעיר אחד, במדרכת רחוב יפו לצד תחילת רחוב בן יהודה.

נצטערתי ונתביישתי מאוד למראה עיני זה. מתוך מרוצת הילדים והשתובבותם לא עלה בידי להשיגם ולהעירם על כך. איני יודע מי הם הילדים האלה, מי הוריהם ומוריהם. יודע אני רק זה, שהם היו יוצאי בית הספר. לא כולם, לא כל חבורת הילדים יוצאי בית הספר, עסקו באותה פגיעת-התגררות מגונה, אלא איזה מהם. וכמדומני שגם מי מהם מחה נגד זה.

אף על פי כן מציאות העובדה הזאת, שהכאיבתני והעליבתני, כאמור, מחייבת אותי להעירכם על הצורך בשימת-לב חינוכית יתירה ומיוחדת לביטול אפשרויות שכאלה, גם מצד עצמה של תורת היהדות ומוסרה וגם מצד הערך המעשי היישובי והמדיני של משמרת דרכי שלום ויחסי שכנים.

בכל כבוד ויקר ובתוחלת קידוש השם לישע עמו ונחלתו".

הרי לנו מוסר יהודי פשוט, ברור, החלטי, אנושי: עלינו לילך לאורו.

13. מאותם טעמים שבגינם סברתי כי אין להורות על פסילתו של בן ארי, באתי לכלל מסקנה כי יש לבטל את החלטות ועדת הבחירות בעניינם של רשימת רע"ם-בל"ד ושל ד"ר עופר כסיף, לדחות את הערעור המתייחס לרשימת חד"ש-תע"ל, ולקבוע כי הם אינם מנועים מלהשתתף בבחירות לכנסת. בדומה להחלטה בענייניו של בן ארי, גם החלטה זו לא היתה קלה עלי כלל ועיקר. חלק מן ההתבטאויות שהובאו לפנינו – הן אלו המיוחסות לכסיף, הן אלו המיוחסות לחברים נוספים ברשימת חד"ש-תע"ל – אינן ערבות לאוזן, לשון המעטה שבהמעטה. ממש כשם שאנו מצווים ועומדים להתגונן מפני אלו אשר מסיתים לגזענות, ובכך שומטים את הקרקע מתחת אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, כך עלינו להתגונן מפני אלו אשר שומטים את הקרקע מתחת אופיה היהודי, ומביעים תמיכה – במפורש או במשתמע, בגלוי או בסתר – בפיגועי טרור ובמעשי רצח. דברים נכוחים אמר בהקשר זה חבר הכנסת מיכאל איתן, בעת הדיון על סעיף 7א, עובר לקריאה הראשונה:

"למדינת ישראל יש צורך פוליטי לתת תשובה לשורה ארוכה של משפחות של נפגעים יהודים, שנפגעו אך ורק בגלל העובדה שהם יהודים כאן במדינת ישראל, על השאלה האם מטרת הדמוקרטיה המתגוננת, שהופעלה ומופעלת, היא להגן גם עליהם. האם יהודים במדינת ישראל, שנפגעים על-ידי שליחי ארגון אש"ף, אינם יכולים למצוא גם בחקיקה כזאת, שבאה להגן על הדמוקרטיה, מענה על העובדה, שבמדינת ישראל נמצאים אנשים שמזדהים עם אש"ף, שרואים את עצמם שליחיו? ויש גם סיעה בכנסת ששלחה בזמנה מברק הזדהות למועצה הלאומית הפלשתינאית ברבת-עמון, שמזדהה עם אש"ף. איפה הדמוקרטיה המתגוננת לגביהם? איפה הסימטריה? האם הדמוקרטיה צריכה להתגונן אך ורק מפני קנאות יהודית מטורפת?

[...]

כאשר אנחנו מדברים בסוגיה של הדמוקרטיה המתגוננת, אנחנו חייבים לתת תשובה גם למשפחת ברומברג, למשפחת תמם, למשפחת אוחנה ולשורה ארוכה של משפחות, ששאלות יום יום את השאלה הפשוטה: האם הדמוקרטיה המתגוננת תפקידה להגן גם עלינו, או שמא התשובה הבלעדית היא אותו גוף שוליים קיצוני, שכולנו מסתייגים ממנו? וכאשר אני שואל את השאלה הזאת, אני מבין שאנחנו נמצאים בקו עדין ורגיש מאוד, כי אנחנו עוסקים במשטר דמוקרטי, איננו מעוניינים בסתימת פיות, איננו מעוניינים בהוצאת רשימות מחוץ לחוק. ובכל אופן, אנחנו צריכים תמיד לשאול את עצמנו את השאלה מהו קו הגבול?"

(ד"כ 102 (תשמ"ה) עמ' 2385).

14. אכן, שאלה קשה עד מאד היא היכן עובר קו הגבול. בחלוף למעלה מ-30 שנה מאז כוננה הוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, דומה כי אין בנמצא תשובה ברורה וחד-משמעית לכך. על כל פנים, כמפורט לעיל, חשיבותה המיוחדת של זכות היסוד החוקתית לבחור ולהיבחר, מחייבת אותנו לאמות מידה מחמירות, שעיקרן – אם יש ספק, אין ספק. משכך, ומן הטעמים המפורטים בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, סבורני כי לא די באשר הונח לפנינו כדי להורות על פסילת מועמדותם של כסיף, של רשימת חד"ש-תע"ל ושל רשימת רע"ם-בל"ד.

15. בשולי הדברים, הסתייגות אחת: בעניינה של מפלגת בל"ד, ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי "לו הייתה מתמודדת מפלגת בל"ד בבחירות לכנסת ברשימה נפרדת ועצמאית, היה מקום לשקול בכובד ראש את פסילתה". ברם, "לאור העובדה שעל פי המצב המשפטי הקיים אין אפשרות לפסול רק חצי רשימה (להבדיל מפסילת רשימה בשלמותה או פסילת מועמדים ספציפיים על רקע ראיות הנוגעות אליהם אישית), ולאור העדר כמעט כל טענות נגד רשימת רע"מ, יש לבחון אם די בראיות הקיימות כדי להצדיק את פסילת הרשימה המשותפת, בשים לב להלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד אודות החובה לצמצם מאד בפסילה שכזו". חברתי הנשיאה לא האריכה לדון בדבר, משמצאה נימוקים אחרים שלא להורות על פסילתה של בל"ד (הגם שנתנה משקל לכך שמדובר ברשימה משותפת). כשלעצמי סברתי, כי ישנה בעייתיות רבה במצב המשפטי הנוכחי, כאשר מפלגה שמתקיימת לגביה לכאורה אחת מעילות הפסילה יכולה לחבור למפלגה אחרת, לרשימה משותפת המשמשת עבורה 'עיר מקלט'. ראוי ליתן על כך את הדעת, אם וכאשר יהיה צורך להיזקק לשאלה דומה בעתיד.

16. סוף דבר: לוי היתה דעתי נשמעת, היינו מבטלים את החלטת ועדת הבחירות בא"ב 1806/19; דוחים את הערעורים בע"ב 1866/19 ובע"ב 1867/19; מקבלים את

הערעור בע"ב 1876/19 – וקובעים כי ד"ר עופר כסיף, ד"ר מיכאל בן ארי, עו"ד איתמר בן גביר, רשימת חד"ש-תע"ל ורשימת רע"ם-בל"ד – אינם מנועים מלהתמודד בבחירות לכנסת.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצטרפת לחוות דעתה המקיפה והממצה של הנשיאה א' חיות, הן לתוצאה שאליה הגיעה בכל אחד מההליכים שלפנינו הן לנימוקיה. אוסיף בקצרה את התייחסותי לפסילת מועמדותו של ד"ר מיכאל בן ארי (להלן: בן ארי) לבחירות לכנסת ה-21, משדובר בצעד חריג וקיצוני, בבחינת "נשק יום הדין".

האמירות הגזעניות השזורות שתי וערב בכל התבטאויותיו המוקלטות של בן ארי, זועקות מן החומר הכתוב וחורכות את האוזניים. מילים אינן "רק" מילים, יש מקרים שבהן מילים הן אף מעשים, ובענייננו התבטאויותיו של בן ארי מהוות מעשה מובהק של הסתה לגזענות. בן ארי עושה שימוש פסול במילים לצורך ליבוי שנאה כלפי הציבור הערבי, תוך הצגת הערבים כולם כרוצחים וכאויבים מרים, ובהתבטאויותיו מביא לדה-לגיטימיציה של ציבור שלם, מחרחר ריב ומדון, ואף קורא לאלימות ממש כלפי ערביי ישראל. יתרה מזאת, הונחה לפנינו תשתית עובדתית איתנה המצביעה באופן ברור על כך שמדובר במקרה חמור וקיצוני של הסתה לגזענות: האמירות הגזעניות הן מפורשות; שיטתיות (כ-40 מקרים למן שנת 2017 בלבד); מהוות מאפיין דומיננטי בהתבטאויותיו של בן ארי; וזוכות לחשיפה רחבה במדיה וברשתות החברתיות.

עיקרון חופש הביטוי, ובפרט חופש הביטוי הפוליטי, הוא מאבני היסוד של משטר דמוקרטי; ועל פי עיקרון זה, "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכול. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 280 (1987)). מילים והתבטאויות עשויות אפוא לחסות בצילו של חופש הביטוי גם כאשר הן מבטאות עמדות שוליים, ואפילו כאשר הן מעוררות סלידה – ואולם מילותיו של בן ארי, בהינתן ה"מסה הקריטית" שלהן כאמור לעיל, מהוות הסתה לגזענות ועל כן חותרות תחת עקרונות יסוד של הדמוקרטיה. וכפי שכבר הוברר בפסקתו של בית משפט זה, "מי שאינו מקבל את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ומבקש לשנותם, אינו יכול

לבקש להשתתף בדמוקרטיה בשם אותם הכללים" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 14 (2003)). בהקשר זה אציין כי אף לטעמי הסתה לגזענות אינה ראויה להגנה כלשהי, ועל כן אין מקום להחיל בעניין זה "מבחן הסתברותי" כתנאי להתקיימות העילה שבסעיף 7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת.

בן ארי לא התנצל על התבטאויותיו ולא חזר בו מדבריו; ואם לא די בכך, גם מן ההסברים שניתנו על ידו ממשיכה להשתקף תפיסתו הגזענית כלפי הציבור הערבי. לגרסת בן ארי דבריו המוקלטים אינם מכוונים כלפי כלל הציבור הערבי, אלא רק כלפי אלה מתוכו שאינם "נאמנים" למדינת ישראל; ואולם מן ההקלטות עולה מסר חד וברור שלפיו מי שהוא ערבי, הוא בהגדרה אינו נאמן, בוגד, אויב ומסוכן. מדובר אפוא במקרה קיצוני, המחייב את פסילתו של בן ארי מהשתתפות בבחירות לכנסת.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מסכים אני עם חוות דעתה של חברתי הנשיאה בעניין קבלתו החלקית של הערעור בע"ב 1866/19 ועם הקביעה כי בן ארי היה מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 מה שאין כן לגבי בן גביר. כמו כן אני מסכים כי יש לדחות את הערעור בע"ב 1867/19 ולקבוע כי רשימת חד"ש-תע"ל לא הייתה מנועה מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21. עם זאת, אין בידי להסכים עם העמדה בעניין ביטול החלטות ועדת הבחירות בע"ב 1876/19 בעניין רשימת רע"מ-בל"ד ובא"ב 1806/19 בעניין ח"כ עופר כסיף. לעמדתי, היה מקום להותיר את ההחלטות על כנן, ולקבוע כי רשימת רע"מ-בל"ד וח"כ כסיף היו מנועים מלהשתתף בבחירות לכנסת. להלן נימוקיי.

ראשית דבר

1. נקודת המוצא לדיון היא, שההגבלות המוטלות על הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר לכנסת צריכות להיות מינימליות, ועליהן להגן על האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 802-803 (1995)). בית משפט זה הכיר בהצדקה להגביל זכויות אלה, עוד טרם נכללה בחוק הוראה מפורשת המאפשרת לפסול מועמד או רשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת, כאשר נקבע זה מכבר כי ניתן להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר לשם הגנה על עצם קיומה של המדינה (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 387 (1964) (להלן: עניין ירדור); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת

הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985) (להלן: עניין ניימן 1)). וכפי שאמר השופט (כתוארו אז) י' זוסמן: "כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקה מן המפה" (עניין ירדור, עמ' 390). ההגבלות על הזכויות מוצדקות בשם זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה מפני מי שמבקשים לעשות שימוש בכלים דמוקרטיים במטרה לשלול את עצם קיומה של המדינה, לפגוע בעקרונות היסוד שלה או לקדם מטרות אנטי-דמוקרטיות (א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' ח"כ חנין זועבי, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (20.8.2013); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי, פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (10.12.2015) (להלן: עניין זועבי)).

2. הרצון למנוע שימוש בכלים דמוקרטיים לקידום מטרות אנטי-דמוקרטיות החותרות תחת קיום המדינה הוא שעמד בבסיס חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (להלן גם: חוק היסוד), אשר לו נוספו תיקונים שונים במהלך השנים. האחרון שבהם, משנת 2017 (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46)), התשע"ז-2017 (להלן: תיקון מס' 46)), הבהיר כי פסילת מועמד תיעשה אם יש במטרותיו או במעשיו, "לרבות בהתבטאויותיו", שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל. המחוקק אמר אפוא את דברו, והגדיר את גבולותיה של הזכות לבחור ולהיבחר לאור קיומם של עקרונות בסיסיים וחיוניים ביותר לקיומה של המדינה.

3. יצוין כי הוראת סעיף 7א לחוק היסוד איננה הוראת החוק היחידה אשר מגבילה את השימוש בזכויות שמעניקה הדמוקרטיה, כדי למנוע פגיעה בעקרונות הבסיסיים והחיוניים לקיומה של המדינה בכלל ולקיומה כיהודית ודמוקרטית בפרט. תכלית זו באה לידי ביטוי גם במסגרת סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992 השולל אפשרות לרשום מפלגה, בין היתר, בהתקיים אחת מהעילות הנקובות בסעיף 7א לחוק היסוד. גם סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 מגדיר באופן דומה לגבולות שנקבעו במסגרת סעיף 7א, את קו הגבול של החסינות העניינית המוענקת לנבחר ציבור מתוקף תפקידו (בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, 306-307 (2006)). כפי שגם ציינה הנשיאה, בשנת 2016 תוקן חוק היסוד, ונכללה בו הוראה המסמיכה את הכנסת להפסיק את כהונתו של חבר כנסת בגין הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל (העילה שעניינה שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית לא נכללה בגדרה של הוראה זו, נוכח

היותה כללית ועמומה יותר ומתוך הנחה שמליאת הכנסת תתקשה להפעילה. וראו: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (27.5.2018)).

4. הוראות משלימות אלו, מגדירות קו גבול ברור אשר מעבר לו, מעשים, מטרות והתבטאויות אינם לגיטימיים עבור נבכרי ציבור ועבור מפלגה או רשימה של נבכרי ציבור. דלתות בית הנבחרים אינן פתוחות עבור אלה המבקשים לפגוע במאפייניה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית (ובכלל זה נכללת גם עילת "הסתה לגזענות", המהווה מקרה פרטי של פגיעה ביסודותיה הדמוקרטיים של המדינה) או לתמוך במאבק מזוין נגדה ובכך לתמוך באיום על עצם קיומה. מדובר במעשים אשר אינם מקנים גם חסינות עניינית עבור אלו אשר צלחה דרכם ונבחרו לבית המחוקקים. חלק מאותן עילות גם מאפשרות הפסקת כהונתם של חורשי רעתה של המדינה. הנחת היסוד הינה, שהמבקש ליטול חלק פעיל בדמוקרטיה הישראלית ובמוסדותיה, יקבל עליו את יסודות קיומה, ואת "כללי המשחק" הדמוקרטיים (ראו למשל: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, 23 (2003) (להלן: עניין טיבי)). וזאת, על אף שלעתים אותם מעשים או התבטאויות באים בגדרו של חופש הביטוי הנתון לכל אדם במדינה. לשון אחר, מה שמותר לכל אדם אינו בהכרח מותר לאותו אדם המבקש להיבחר לבית המחוקקים. הטעם לכך ברור: עיקרון חופש הביטוי מעניק לכל אדם את החירות להתבטא גם באופן הנוגד את עקרונות המשטר היהודי והדמוקרטי של המדינה (בגבולות הדין). עם זאת, מתן היתר לאדם המבטא רעיונות אלו להימנות על חברי בית המחוקקים, עלול להוביל למצב שבו הוא "ייבא" את רעיונותיו לבית המחוקקים וישמיט בדרך זו את הקרקע מתחת למשטר עליו המדינה יושבת באמצעות יישום ומימוש רעיונותיו. בעניין זה היטיבה השופטת ט' שטרסברג-כהן (בעניין טיבי, עמ' 70) להבחין בין השניים:

"ראוי לציין כי הדמוקרטיה הישראלית אינה מונעת מחבר-הכנסת בשארה לבטא את השקפותיו, שאותן הוא מכנה "תאורטיות", "פילוסופיות" או "היסטוריות", מעל כל במה, במסגרת החוק. אולם ככל שמדובר בחברות בכנסת, אותן השקפות הן חלק מהשקפותיו הפוליטיות, ואותן הוא מבקש ליישם ולממש, בין השאר, באמצעות חברותו בכנסת. לפיכך חורגות אותן השקפות מן התאוריה, הפילוסופיה וההיסטוריה חריגה רבה ועוברות לתחום המעש הפוליטי."

עילות הפטילה ותיקון מס' 46 לחוק היסוד

5. אמות המידה שהותוו בפסיקה בנוגע ליישום הוראת סעיף 7א לחוק היסוד הובהרו בהרחבה על ידי הנשיאה, ואין בכוונתי להאריך בעניין. אעיר רק מספר מילים

בקשר להבחנה שבמסגרת הוראה זו בין פסילת מועמד לבין פסילת רשימה מלהשתתף בבחירות לכנסת. כך, בעוד שהסעיף קובע כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת... אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה... במפורש או במשתמע..." (ההדגשה אינה במקור – ד.מ.) אחת מהעילות המנויות בו, הנוסחה לגבי פסילת מועמד מעט שונה. בנוסחו כיום, לאחר תיקון מס' 46, פסילת מועמד תיעשה אם "יש במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו" אחת מהעילות המנויות בסעיף. שינוי זה אינו עניין של מה בכך.

6. כידוע, פרשנות חוק נעשית בהתאם ללשונו ולתכליתו. ראש לכל ונקודת המוצא לפרשנות היא לשון החוק, כאשר יש ליתן לכתוב את המשמעות שהוא יכול לשאת מבחינה לשונית (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 81 (1993) (להלן: פרשנות החקיקה); בג"ץ 7755/14 צלול – עמותה לאיכות הסביבה נ' הממונה על ענייני הנפט, פסקה 9 (28.12.2016)). הלשון היא המסגרת שבתוכה פועל הפרשן, ואין הוא רשאי לפרוץ אותה (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 702 (2004)). כאשר ישנן מספר משמעויות שונות שהטקסט סובל, יש לבחור את הפרשנות המגשימה את תכלית החקיקה (פרשנות החקיקה, 85). בענייננו כאמור, תיקון מס' 46 הוסיף לסעיף 7 לחוק היסוד את המילים "לרבות בהתבטאויותיו" בקשר למועמד. על פי פשוטו של מקרא, די בהתבטאויות שיש בהן כדי לחתור תחת קיום המדינה ועקרונות היסוד עליה היא מושתתת, כדי להביא לפסילת מועמד מלהיבחר לכנסת, ואין צורך במעשים. זו גם הפרשנות אשר מתיישבת עם תכלית הסעיף, הבאה כאמור להתמודד עם המבקשים לעשות שימוש בכלים דמוקרטיים לצורך קידום מטרות אנטי-דמוקרטיות.

7. אכן, כפי שציינה הנשיאה, בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי התיקון לא נועד לשנות את פסיקת בית המשפט "ולפיה הפעלת סעיף 7 לחוק היסוד תיעשה בצמצום ובאופן דווקני כדי להגן על האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה" (ה"ח הכנסת, 675). יש גם חשיבות להתחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של דבר חקיקה דרכה ניתן לעמוד על כוונת המחוקק ותכלית החקיקה (פרשנות החקיקה, עמ' 161; ע"א 4096/18 חכ"מ את אור-זך עורכי דין נ' פקיד שומה עכו, פסקה 20 (25.5.2019)). ברם, אינני יכול להסכים עם העמדה כי הוראת התיקון על פי לשונו, חסרת משמעות וכי מה שהיה הוא שיהיה. כפי שנאמר, "אין בכוחה של תכלית החקיקה, וממילא אין בכוחה של ההיסטוריה החקיקתית, להעניק ללשון החקיקה משמעות משפטית אשר היא אינה יכולה לשאת" (פרשנות החקיקה, עמ' 353). אכן, אין בתיקון מס' 46 כדי לפגוע בכלל על פיו יש לפרש את הוראות סעיף 7 לחוק היסוד בצמצום. גם מקובל עליי כי יש לבחון את מילותיו של

המועמד להיבחר לכנסת, כמו גם את מעשיו, בקפידה, כאשר פסילתו הינה עדיין אקט קיצוני אשר יש לנקוט בו בנסיבות חריגות בלבד כפי שגם נפסק בעבר (ראו למשל: ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פסקה 3 (7.3.2011) (להלן: עניין בל"ד)). עם זאת, אין משמעות הדבר כי התיקון לא משפיע על עילות הפסילה הקבועות בהוראות סעיף 7 לחוק היסוד כפי שהכרנו אותן בעבר.

8. ראשית, לא ניתן להתעלם מכך שבפסיקת בית משפט זה בעבר הובעה העמדה כי "ביטויים", בשונה מ"מעשים", אינם נכללים באופן מלא בגדרי סעיף 7 לחוק היסוד. כך למשל, בעניין זועבי צוין על ידי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר: "מעשה בחקיקה הישראלית התת-חוקתית לא כולל, על דרך הכלל: התבטאות, ולכן כאשר ביקש המחוקק לעסוק גם בהבעת דעה בע"פ, או בכתב, הוא ציין זאת בנפרד, בצד המעשה, או שהגדיר: 'מעשה לרבות התבטאות'" (פסקה 2 בפסק דינו; והשוו פסקה קכ"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין באותו עניין). אם היה אפוא בשעתו, ספק כלשהו האם יש ב"התבטאויות", להבדיל מ"מעשים", כדי להיכלל בגדרי הוראות סעיף 7 לחוק יסוד, הרי שמאז חקיקת תיקון מס' 46 לחוק, הובהר הדבר באופן מפורש. המחוקק הבהיר את דברו באופן שאינו משתמע לשני פנים – כוחה של מילה יפה ככוחו של מעשה. כפי שנאמר: "מות וחיים ביד לשון" (משלי י"ח 21), "וכי יש יד ללשון? לומר לך, מה יד ממיתה אף לשון ממיתה..." (בבלי, ערכין ט"ו, ע"ב).

9. שנית, ואף כי קו הגבול בין "ביטוי" ל"מעשה" אינו תמיד ברור, לא ניתן להתעלם מכך שהעקרונות הפרשניים שהותוו בעבר בקשר לעילות פסילת מועמד נתנו דגש למעשי המועמד על פני התבטאויותיו. כך למשל, דובר על "פעילות" אשר צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני (עניין טיבי, עמ' 17). לגבי העילה השלישית, שעניינה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, נקבע כי "תמיכה" כאמור יכולה להיות בדרך "חומרית" או "פוליטית" (עניין טיבי, עמ' 26; עניין בל"ד, פסקה 7). יש בתיקון מס' 46 אפוא כדי לשנות את אמות המידה שהתגבשו לפסילת מועמד, אמות מידה אשר עד היום התבססו על אלה שנקבעו בקשר לפסילת רשימות.

המבחן ההסתברותי

10. עניין נוסף הטעון ברור, ויש להידרש אליו כעת טרם צלילה לערעורים שלפנינו, הוא שאלת יישומו של "המבחן ההסתברותי" שציינה הנשיאה, היינו האם ניתן למנוע השתתפותם בבחירות של רשימה או מועמד אשר לא הוכח כי קיימת הסתברות כי בכוחם להביא הלכה למעשה לידי הגשמת העילות הקבועות בסעיף 7 לחוק היסוד. שאלה זו

התעוררה זה מכבר בעניין ניימן 1, אשר נידון טרם חקיקת סעיף 7א לחוק היסוד, בקשר לפסילת רשימה. באותו עניין קבע השופט (כתוארו אז) א' ברק כי לעמדתו, ומבלי שהדבר קיבל ביטוי בעמדת הרוב או בעמדת המיעוט בעניין ידוד, אפשרות פסילת רשימה תתאפשר רק במקום שבו נמצא קיומה של "אפשרות סבירה" כי מצעה של רשימה יתגשם הלכה למעשה. ברם, לאחר שנחקק סעיף 7א לחוק היסוד, נקבע באופן חד-משמעי בעניין ע"ב 1/88 נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988) (להלן: עניין ניימן 2), כי:

"בעצבו את יסודותיו של סעיף 7א, לא כלל בו המחוקק את המרכיב של קיום סכנה ברורה ומיידית או של אפשרות מסתברת למימוש הסכנה העולה ממטרותיה או ממעשיה של רשימה, או כל מבחן דומה אחר, הכורך בין המעשה המוקע לבין אפשרות מימוש. בכך שינה המחוקק את המצב המשפטי עובר לחקיקת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9)".

הנה כי כן, בחקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, זנח המחוקק את אפשרות ה"מבחן ההסתברותי". בעניין זה מצטרף אני להערתו של חברי השופט מ' מזוז. אין בהוראות חוק היסוד כל דרישה לקיומה של אפשרות מסתברת שתתממש הלכה למעשה הסכנה העולה ממעשי הרשימה או ממטרותיה (או ממעשי המועמד או ממטרותיו, בנוסחו הנוכחי של הסעיף). יש אף רגליים מוצקות לסברה כי העניין הוכרע זה מכבר בעניין ניימן 2, חרף התהיות שהתעוררו לאחר מכן, בעניין טיבי. אציין על קצה המזלג, כי אני מוצא גם טעם רב בדברי השופט א' מצא בעניין טיבי (עמ' 98-99) כי התניית פסילה בהתקיימות המבחן ההסתברותי עשויה לרוקן את הוראת סעיף 7א מתוכנה כליל, שכן, ככל שהמסר יהיה קיצוני, חריף ובוטה יותר, כך קטנה ההסתברות כי הוא אכן יתגשם הלכה למעשה.

"מסה קריטית"

11. בפסיקת בית משפט זה נקבע כי לצורך אישור החלטת פסילה, לפני בית המשפט צריכות להיות מונחות ראיות "משכנעות ברורות וחד-משמעיות" (עניין ניימן 1, עמ' 250-251; עניין ניימן 2, עמ' 197). שעה שבית המשפט השתכנע שראיות מסוג זה מונחות לפניו, הרי שיש בהן לקיים ממילא את ה"מסה" הראייתית הקריטית הנדרשת בעניין זה (ראו: עניין טיבי, עמ' 42). ראיות אלה יכולות להניח את דעתו של בית המשפט כל אימת שהשתכנע באמיתותן וזאת כפי שבית המשפט מבצע את מלאכתו בכל עניין המסור להכרעתו.

אין המדובר במבחן כמותי אלא במבחן איכותי. אם למשל בית המשפט ישתכנע על בסיס ראיה בודדת (ולא כבמקרה זה בו מדובר במכלול ראיות) שיש להכריע את הדין לכיוון מסוים, הרי שהוא יכול לגזור מכך את הכרעתו. או אז הראיה הבודדת תהיה "מסה קריטית". לעומת זאת, לעתים קיים צבר ראיות רבות אשר עוצמתן אינו מכריע את הכף והוא לא יהווה "מסה קריטית". בכך אין למעשה כל חדש (וראו למשל בהליכים שונים: ע"פ 7007/15 שמ"ל נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (5.9.2018); ע"א 8742/15 אסטרוולוג הוצאה לאור בע"מ נ' רון, פסקה 44 (3.12.2017); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי, עמ' 1761 והלאה (2009)). אכן, עוצמת הראיות הנדרשת להכרעה משתנה לפי סיווג העניין המסור להכרעתו של בית המשפט. לעתים נדרשות ראיות המסירות כל ספק סביר. לעתים נדרשות ראיות המטות את מאזן ההסתברות. לעתים נדרשות ראיות "מנהליות" בעוצמה משתנה. גם בכך אין כל חדש (וראו למשל: ע"פ 961/16 אלהרוש נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (25.11.2018); ע"מ 3326/18 פלוני נ' מנהל רישוי כלי ירייה מחוז דרום – המשרד לביטחון פנים, פסקה 20 (26.2.2019)). בענייננו נדרשות ראיות מנהליות ברמה גבוהה של שכנוע, ולא דווקא מספר גדול של ראיות. לא הכמות קובעת כי אם האיכות.

ומכאן לענייננו, בהליכים בהם חלוק אני עם חבריי.

א"ב 1806/19 בעניין כסיף

12. חבריי הכריעו כאמור שלא לפסול את מועמדותו של כסיף לבחירות לכנסת, ואין בידי להצטרף לעמדה זו. לעמדתי, עיון בחומר שהונח לפנינו מגלה כי אין כלל מקום לספק כי התבטאויותיו של כסיף חוצות באופן מובהק וברור את קווי הגבול הלגיטימיים אשר הוגדרו במסגרת סעיף 7א לחוק היסוד. כך, כסיף פרסם בין היתר את הדברים הבאים:

"אין די באיחוד הכוחות הדמוקרטיים למאבק משותף נגד היודו-נאציזם המשתלט על החברה שלנו, אם כי זה לבטח נדרש, יש הכרח גם בשינוי דרכי הפעולה, מול הפשיזם לא שרים שירים, אלא נאבקים" (כתבה בערוץ 20, מיום 22.5.2016 המצטטת את הדברים שפורסמו על ידי כסיף).

ובכתבה נוספת נשמע בקולו אומר כי "בשיח הישראלי שממשלת ישראל הנוכחית יצרה, זה לגיטימי להרוג ערבים. ככה מדרדרים לתהום למה שקרה בגרמניה לפני 80 שנה" (כתבה ב"ערוץ 20" מיום 12.4.2018). כמו כן, לגבי ארגון חמאס, המוכר כארגון טרור הלוחם מלחמת טרור קשה ורצחנית בישראל (וראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 10 לפסק דינו

של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין (14.5.2006)), כסיף צוטט טוען כי הארגון מהווה "מפלגה פוליטית" (כתבה ב"ערוץ 20" מיום 11.4.2018). בנוסף, בכתבה באתר האינטרנט של "מקור ראשון" מיום 7.2.2019 נאמר כי במסגרת ראיון שנערך עמו טען כי אסור למדינת ישראל להיות מדינה יהודית. מעבר להתבטאויות אלה, התבטאויותיו הברורות והחד-משמעויות אשר באו לידי ביטוי בריאיון אישי שהעניק למוסף "הארץ" מיום 8.2.2019, נכנסות באופן מלא לגדרן של שתיים מעילות הפסילה המפורטות בסעיף 7א: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ותמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. כך, כסיף פירט ללא כחל ושרק את תפיסת עולמו הכוללת ביטול חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות) (עמ' 28 לראיון) ושינוי סמלי המדינה והמנון המדינה (עמ' 26 לראיון).

לא ניתן להתעלם מכך שלעמדתו, יש להסיר את חוק השבות מספר החוקים, משל מדובר היה באבן נגף, ולא בחוק המבטא עיקרון על-חוקתי שיסודו בהכרזת העצמאות, את זכות ההגדרה העצמית של עם ישראל ואת הזיקה למולדתו (ראו למשל: בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים, פסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (31.3.2016); אריאל בנדור ואליחי שילה "ישראל כמדינה יהודית: המשמעות החוקתית" 90 שטרסברג-כהן 160 (2017)). דבריו הברורים של כסיף נכללים במלואם בגדרי התבטאויות המבטאות את שלילת יסודותיה הגרעיניים ביותר של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שהוגדרו זה מכבר בעניין טיבי.

13. אולם, דברים אלה מתגמדים בעוצמתם נוכח הדברים שאמר כסיף על אודות הפגיעה בחיילי צה"ל. וכך הוא אמר:

"פגיעה בחיילים אינה טרור. אפילו בספר של נתניהו על טרור הוא מגדיר במפורש פגיעה בחיילים או באנשי כוחות ביטחון כמלחמת גרילה. זה לחלוטין לגיטימי, לפי כל קריטריון מוסרי, ודרך אגב, גם משפטי בינלאומי. עם זאת, אני לא אומר שזה דבר נפלא, משמח ורצוי" (עמ' 26 לראיון לעיתון "הארץ").

המדובר בדברים אשר נכללים באופן המפורש ביותר בגדרי עילת הפסילה של תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. העובדה שפגיעה בחיילים, בנסיבות מסוימות, נבחנת באופן שונה מפגיעה באזרחים לפי המשפט הבינלאומי, או כי ניתן להגדירה כדברי כסיף כ"מלחמת גרילה", אינה משנה את העובדה שדבריו מבטאים מתן לגיטימציה ותמיכה מפורשת במאבק מזוין נגד מדינת ישראל בהתאם לעילת הפסילה שבסעיף 7א לחוק היסוד. מדובר בדברים ברורים וחד-משמעיים שאינם ניתנים לפירוש

אחר או לפרשנות שונה. "נחמה פורתא" מצויה בכך שכסיף אינו רואה בפגיעה האמורה כ"דבר נפלא, משמח ורצוי".

14. לא ראיתי, לא בדברים שאמר כסיף לפני ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ולא בתצהיר שהגיש לפני הוועדה, הסתייגות אמיתית מדברים חריפים אלה, מלבד הכחשה בקשר לדברים שיוחסו לו בעיתון "מקור ראשון" (סעיף 10 לתצהיר שהוגש לוועדת הבחירות), אשר ניתן ממילא לייחס להם משקל נמוך נוכח היותם "מכלי שני". את התבטאויותיו הקיצוניות ניסה כסיף לשבץ בהקשר "פוליטי" (עמ' 29-30 לפרוטוקול הדיון לפני ועדת הבחירות מיום 6.3.2019), אך אין בדבריו משום חזרה מהדברים החמורים שנאמרו על ידו. נוכח חריפות ובהירות הדברים, לא ניתן להסתפק בהקשר זה בהצהרה כללית בלבד, כפי שביטא כסיף בפסקה 9 לתצהיר שהגיש לפני ועדת הבחירות: "בקשת פסילת מועמדותי היא סילוף עובדתי ופרשנות מטעה לדבריי ועל כן אני מכחיש את מה שצויין בה מכל וכל". מצופה היה כי כסיף יבהיר מהו אותו "סילוף עובדתי", ואיזו פרשנות מוטעית ניתנה לדברים. אך מלבד אמירה כללית ומעורפלת זו, אין בדברים שהצהיר כסיף כדי לשלול את קיומן של אותן ראיות מוצקות המבססות את עילות הפסילה בעניינו.

כסיף אמנם ציין במסגרת התצהיר, באופן כללי, כי הוא "נגד אלימות באשר היא נגד כל אדם" (תצהיר כסיף מיום 3.3.2019, פסקה 11). אך הוא לא חזר בו כלל מהדברים שאמר באותו ריאיון – ובפרט לא בקשר לדברים שהביע בקשר לפגיעה בחיילי צה"ל. אדרבה, כסיף הדגיש בתצהירו כי במסגרת אותו ריאיון למוסף "הארץ" ציין שהוא מתנגד לפגיעה באזרחים חפים מפשע (שם). ובאשר לפגיעה בחיילי צה"ל? שתיקתו של כסיף מהדהדת ורועמת.

15. עוד בתצהירו חוזר כסיף ומתרץ כי אמרות המיוחסות לו הן לכל היותר אמרות "בודדות" ש"נאמרו כדי לחדד רעיון מסוים", כי סגנון התבטאות הכולל שימוש במונח "נאצי" אינו "מאפיין" אותו בדרך כלל, כי הביטויים נאמרו בלהט ויכוח פוליטי, ומדובר אך במטאפורה (פסקה 13 לתצהיר שהגיש לפני ועדת הבחירות, מיום 3.3.2019). אולם לא ניתן לומר כי כסיף מתכחש לביטויים אלו, חוזר בו או מגנה אותם, אלא לכל היותר מתרץ אותם בתירוצים שונים. גם במהלך הדיון לפני ועדת הבחירות, לא הביע כסיף הסתייגות ברורה וקונקרטיה מהדברים שאמר, ובמיוחד לא מצאתי בדבריו הסתייגות ברורה מהאמירה כי קיים צידוק לגיטימי ומוסרי לפגוע בחיילי צה"ל. כסיף נאות לבסוף לומר לפני הוועדה, כי הוא מתנגד לאלימות (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון לפני ועדת הבחירות מיום 6.3.2019). אלא שבכך כאמור אין די. אמירות כלליות על פיהן הוא שולל

ומתנגד לאלים, אינן מספיקות, נוכח הדברים החריפים והבהירים אשר ביטא כלפי פגיעה בחיילי צה"ל. לשיטתו של כסיף, פגיעה בחיילים איננה בגדר "אלימות". יתר על כן, כאשר נשאל מפורשות במהלך הדיון לפני ועדת הבחירות: "כשאתה מצדיק פגיעה בטרור בחיילי צה"ל זו לא אלימות?" (שם) לא ענה באופן ענייני על השאלה. בתשובה לשאלה הפליג כסיף אל עבר עילות הפסילה השונות: "אנחנו מדברים פה את שפת החוק ואנחנו מדברים האם יש עילות לפסילתי לאור חוק יסוד הכנסת..." כשהוא חוזר על עמדתו הכללית על פיה "מעולם לא הבעתי אפילו ברמיזה תמיכה במאבק מזוין ובמאבק אלים בכלל. זו עילה אחת שאני לא מוצא".

16. גם התירוץ עליו חזר כסיף כי הדברים נאמרו על ידו כ"אזרח רגיל" ולא כנציג ציבור, כאשר "לא בהכרח" שהוא ישתמש בביטויים אלו עם היבחרו לכנסת (פסקה 13 לתצהיר שהגיש לפני ועדת הבחירות), אינו פועל לטובתו. כסיף נבחן לעת הזו על מה שכבר אמר ועל סמך דעות שכבר הביע כאזרח. אציין בהקשר זה, כי ברי שהוראות החוק צופות פני עתיד, ואין הן מבקשות "להעניש" מועמד מפני מעשיו בעבר, אלא להתמודד עם החשש מפני ניצול מעמדו של נבחר ציבור לצורך ביצוע מעשים פסולים (ראו: עניין טיבי, עמ' 64). יחד עם זאת, על מנת לענות על השאלה אם מתקיימות בפעולות הרשימה או המועמד אחת העילות המנויות בסעיף 7א לחוק היסוד, יש לבחון את הראיות שהצטברו לגבי אותה רשימה או אותו מועמד, וזאת פעמים רבות, מטבע הדברים, עוד טרם נבחרו אלו לבית המחוקקים. כיצד ניתן להלום את הטענה כי אין לבוא עם כסיף חשבון אך בשל כך שמדובר בהתבטאויות שאמר כאדם פרטי? כל התבטאות ומעשה של מועמד (אשר לא שימש כחבר כנסת בעבר) נבחנת בהתחשב בכך שמדובר באדם פרטי אשר מבקש כי יפתחו בפניו הדלתות לבית הנבחרים. כל מועמד כזה נבחן בהתחשב בדברים שאמר עוד טרם שנבחר לנציג ציבור, כאשר החומר שהצטבר לגבי מועמד לעולם יהיה מהתקופה שקדמה למועמדותו.

17. זאת ועוד. גם טענת בא-כוחו של כסיף כי מדובר ב"רעיונות על בסיס אינטלקטואלי" בלבד, אינה יכולה לסייע לו. ביטויים התומכים במאבק מזוין נגד ישראל ובשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם יכולים להיות מתורצים בכך שמדובר בדיון "אינטלקטואלי" (ראו למשל: עניין טיבי, עמ' 70 אשר צוטט לעיל בפסקה 4). זאת על אחת כמה וכמה נוכח תיקון מס' 46 לחוק יסוד: הכנסת משנת 2017 אשר הבהיר כאמור, על פי כללי הפרשנות שפורטו, כי פסילת מועמד תיעשה אם יש במטרותיו או במעשיו, "לדבות בהתבטאויותיו", שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

18. כאמור (בפסקה 4 לעיל), הוראת סעיף 7א לחוק היסוד יוצרת הבחנה בין הזכות הלגיטימית הנתונה לכל אדם לבטא "רעיונות על בסיס אינטלקטואלי" באשר הם מעל כל במה (בכפוף למגבלות חוקיות מצומצמות מאוד) לבין התבטאויותיו של מועמד להיבחר לכנסת, כאשר אותו אדם מבקש לעבור לתחום העשייה הפוליטית. על פי מצוות המחוקק, רעיונות תיאורטיים נבחנים בפרספקטיבה שונה עת מבקש אדם לממשם באמצעות חברות בכנסת. אם היו נבחנים דבריו של כסיף כאדם מן השורה, ניתן לומר כי מדובר בדברים מקוממים ומרגיזים או כי קיים מקום להסתייג מהם בכל תוקף, אך הם חוסים תחת חופש הביטוי. ברם, משביקש כסיף להיבחר לכנסת, יש לבחון האם מדובר בדברים המבטאים תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור במדינת ישראל או אם שוללים הם את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, במובן של שלילת היסודות הגרעיניים שלה כפי שנקבע בעניין טיבי. אם התשובה היא חיובית – וקשה בעיניי כאמור כיצד ניתן לסבור אחרת – לא יוכל המועמד להיתלות בטענה כי הדברים נאמרו על ידו כ"אדם פרטי" ולכן פטור הוא מלתת עליהם דין וחשבון. זאת בהתחשב בתכלית סעיף 7א, אשר מגבילה כאמור את השימוש בזכויות שמעניקה הדמוקרטיה, ובענייננו את הזכות לבחור ולהיבחר, כדי למנוע פגיעה בעקרונות הבסיסיים והחיוניים ביותר הקשורים לקיומה.

מכל מקום, משבחר כסיף בתצהירו להבהיר כי "לא בהכרח" יעשה שימוש באותם ביטויים עם היבחרו לכנסת (פסקה 13 לתצהירו), התירוץ כי הדברים נאמרו על ידו כאדם פרטי, אינו יכול כלל להישמע. כסיף אף אינו נאות להצהיר כי אותן התבטאויות חמורות לא יעלו עוד על דל שפתיו, בתור נציג ציבור. כסיף עצמו הבהיר, כי גם לאחר שייבחר, אין הכרח שלא ישוב על דברים אלו. בכך גם מצהיר כסיף בעצמו כי הוא מטרב לקבל את כללי המשחק – אף אם יבחר לבסוף לבית המחוקקים (דבר שאכן קרה בפועל בעת כתיבת שורות אלו).

19. אכן, לא פעם מועמד לכנסת מבקש "לשפץ" את עמדותיו אשר הרהיב לבטאן באופן פומבי, לאחר שמונפת מעליו חרב איום הפסילה, ובמסגרת הליך הפסילה, מבקש הוא להבהיר כי לא כך הם הדברים. ברם, ככלל, יש לקחת בעירבון מוגבל בקשתו של מועמד להתכחש להתבטאויותיו הציבוריות – התבטאויות אשר במקרים רבים הן אלו אשר סוללות את דרכו להיבחר לכנסת ועליהן נבנה אמון הציבור בו. ההתנערות מאותן אמירות בהליך הפסילה עשויה להצביע על כך שאותן עמדות "מתוקנות", נאמרות רק לצורך התחמקות מרוע הגזירה, מן השפה לחוץ, ואינן משקפות עמדה אותנטית (וראו: פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בעניין זועבי, פסקה מה). קנה המידה לאורו נבחנו

דבריו של בן ארי צריך להיות אותו קנה מידה לאורו יבחנו דבריו של כסיף. אין להבחין בין השניים. תיקון מס' 46, במובן מסוים, קירב את הדרישה הראייתית להוכחת עילות הפסילה שעניינן שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ותמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, לזו של עילת ההסתה לגזענות. כשם שהסתה לגזענות פוסלת בדרך כלל באמצעות התבטאויות מילוליות (כפי שגם צוין בפסקה 47 לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בע"ב 1866/19), כך פוסלות יתר העילות באמצעות התבטאויות. רמת ההוכחה הנדרשת בכל עילות הפסילה צריכה להיות אם לא זהה, דומה.

כשם שדבריו של בן ארי פוסלים אותו מלהתמודד לכנסת – חרף טענתו כי "אינו גזען", כך דבריו של כסיף פוסלים אותו – חרף טענתו הכללית שהוא "מתנגד לאלימות" באשר היא. דינם של השניים זהה בעיניי.

20. אמנם, בנסיבות מסוימות, ניתן לפתוח את הדלת לפני מועמד החוזר בו מדבריו. כך הוא למשל אם משכנע המועמד כי הראיות שהוצגו מצביעות על אירועים ישנים, כאשר מצהיר אותו מועמד כי שינה את דרכו (וכך הם פני הדברים בענייניו של בן גביר). מועמד המשנה את דרכו, הרי הוא בבחינת "בעל תשובה" עליו אמרו חז"ל: "מקום שבעלי תשובה עומדין – צדיקים גמורים אינם עומדין, שנאמר: 'שלום שלום לרחוק ולקרוב'. לרחוק ברישא והדר לקרוב'" (בבלי, ברכות ל"ד, ע"ב). לא הרי זה כהרי מי ש"מתוודה ואינו חוזר בו" המשול למי ש"טובל ושרץ בידו":

"אמר רב אדה בר אהבה, אדם שיש בידו עבירה ומתוודה ואינו חוזר בה, למה הוא דומה? לאדם שתופס שרץ בידו, שאפילו טובל בכל מימות שבעולם - לא עלתה לו טבילה. זרקו מידו, כיון שטבל בארבעים סאה, מיד עלתה לו טבילה, שנאמר 'ומודה ועוזב ירוחם'" (בבלי, תענית, ט"ז ע"א).

קל וחומר כסיף – שאפילו אינו מתוודה על התבטאויותיו. גם לפני ועדת הבחירות וגם בתצהירו, אין בדברי כסיף כל חזרה בו מהדברים או הצהרה כי שינה את דרכו. האמירות הדלות שהוציא כסיף מפיו, אינן מתקרבות אף לו במעט לדברים הבוטים והקשים שנשא מעל במה פומבית. על זה נאמר "מכסה פשעיו לא יצליח" לעומת כאמור "מודה ועוזב ירוחם" (משלי, כ"ח 13).

21. מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, מחויבת להגן על עצמה ולפעול נגד המבקשים לקום כנגדה. חבריי מלמדים זכות על כסיף, ואכן נאמר "בצדק תשפט עמיתך" (ויקרא י"ט, 16), מפרש רש"י במקום על פי הגמרא במסכת סנהדרין: "הוי דן את חבריך לכף זכות". ברם, מוסיף השפתי חכמים במקום: "רוצה לומר דוקא כשהוא חבריך תדין אותו לכף זכות". היינו כאשר הוא מתנהג כחבריך. אין בעיני מקום לספק כי הדברים הקשים שנאמרו על ידי כסיף, אינם מאפשרים לדון אותו לכף זכות, ויש בהם באופן ברור וחד-משמעי כדי לקיים את עילות הפסילה המבקשות להגן על המדינה מפני מחרביה ומהרסיה ולחסום את דרכם של אלו להימנות מבין חבר מחוקקיה.

22. לסיכום חלק זה אפוא, כסיף פרש כאמור במסגרת ראיון עמו, קבל עם ועדה, את גרעין תורתו החברתית, הפוליטית והמדינית כאשר התבטאויותיו הקיצוניות, החמורות והחד-משמעיות מבטאות מאפיינים דומיננטיים, מרכזיים וגרעיניים במשנתו. מדובר בראיות משכנעות וברורות העולות כדי "מסה קריטית", המצביעות על תמיכה במאבק מזוין ובטרור נגד ישראל ושלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עוצמת הראיות אף מקבלת משנה תוקף בהינתן היעדר-הסתייגות ברורה וקונקרטית מצד כסיף להתבטאויות.

די אפוא לדעתי בכל האמור כדי לבסס באופן חד-משמעי התקיימותן של עילות הפסילה שבסעיף 7א, זאת על פי אמות המידה והפרשנות הראויה שפורטו ושאף התגבשו זה מכבר על ידי בית משפט זה.

ע"ב 1876/19 בעניין רע"ם-בלד

23. גם כאן, בניגוד לדעת חבריי, אני סבור כי אין מקום לספק כי רשימת בל"ד חותרת בגלוי תחת היותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית ותומכת בריש-גלי במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

24. הראיות שהוצגו כוללות התבטאויות שונות ומעשים של חברי בל"ד, חלקן מהעת האחרונה ממש. בנוסף, התייחסו מבקשי הפסילה לפעילותה של בל"ד בעבר, להתבטאויותיו ומעשיו של מי שעמד בראשה – ח"כ עזמי בשארה – ולזיקה בין פעילותה וחברי הכנסת הנוכחיים למנהיגה של בל"ד משכבר הימים. על כל אלה נטען כי הצעת חוק "מדינת כל אזרחיה" (להלן: הצעת החוק) שביקשו חברי הכנסת מטעם רשימת בל"ד להניח על שולחן הכנסת במהלך הכנסת ה-20, בחודש יוני אשתקד, מבהירה באופן חד-משמעי כי בל"ד שוללת באופן מפורש את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

בעניין זה, ואף אם הייתי סובר כי אין ליתן משקל משמעותי ליתר הראיות אליהן אשוב בהמשך, סבור אני – כעמדת הנשיאה בפסקה 58 לחוות דעתה, אליה אני מצטרף בעניין זה בכל פה – כי לא יכול להיות חולק שהצעת החוק מבטאת שלילה של "המאפיינים הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית. בהגשת הצעת החוק נחצה קו הגבול אשר חודד בעניין טיבי, אשר הבחין בין מי שדוגל בעקרון של "מדינת כל אזרחיה" במובן של השגת שוויון אזרחי ובין מי שמבקש לשלול את המאפיינים הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יתר על כן, לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי השופט מוזס אוסיף ואומר כי לדעתי, לא רק שהצעת החוק מבטאת שלילה של "המאפיינים הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית כאמור, אלא היא אף שוללת את קיומה של מדינת ישראל "כמדינתו של העם היהודי במובן הלאומי". זאת, בהתייחס לזהותה של המדינה כמקום בו העם היהודי מממש את זכותו להגדרה עצמית, כפי שהיטיב להגדיר זאת חברי בחוות דעתו.

לצורך הבנת השלכותיה של הגשת הצעת חוק זו לעניין בחינת פסילתה של הרשימה, ארחיב קמעה על אודות הליכים קודמים שהתקיימו בעניינה של בל"ד.

25. עניינה של בל"ד נידון הן בבחירות לכנסת ה-15 (ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38 (1999) (להלן: עניין ארליך)), הן בבחירות לכנסת ב-16 (בעניין טיבי) והן בבחירות לכנסת ה-18 (עניין בל"ד). כבר בעניין ארליך משנת 1999 – שם נבחן עניינו של ח"כ עזמי בשארה שעמד בראש בל"ד ביחד עם עניינה של הרשימה (כאשר באותה העת הוראת החוק אפשרה פסילת רשימה בלבד, ולא מועמד לבדו) – הובהר כי יש לכאורה בדבריו של בשארה באותו זמן, אשר הצהיר, בין היתר, כי אין לציבור היהודי "זכות להגדרה עצמית", משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. אכן, נמצא לבסוף כי אין לפסול את מועמדותה של רשימת בל"ד, אך זאת חרף "קירבה מסוכנת" לגבול שאין לחצות אותו, המוגדר בסעיף 7א לחוק היסוד.

26. בעניין טיבי (אשר גם במסגרתו נדון עניינה של הרשימה באופן זהה לעניינו של בשארה בהינתן קשר "רב עצמה" ביניהם) נמצא כי המעשים המיוחסים לבשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין, עומדים במרכז מטרותיו ומהווים יעד שליט בפעילותיו, כאשר מדובר בפוטנציאל פוליטי שהוציא אותו אל הכוח בפעילות חוזרת ונשנית ומתוך עוצמה רבה. עם זאת, לא נמצאו ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות נגד בשארה ואגב כך גם לא נגד רשימת בל"ד, משנקבע כי גישתו של בשארה באשר להיות מדינת ישראל "מדינת כל אזרחיה"

"מתקרבת באופן מסוכן לאפשרות השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית", אך לא נמצא כי "הגבול נחצה" (עניין טיב'י, עמ' 42). בנוסף, לא נמצא כי קיימות די ראיות בקשר לתמיכה במאבק מזוין אף כי קיים "ספק" בעניין (שם).

27. ויש לחדד בהקשר זה. בעניין טיב'י, נחלקו הדעות, באשר למובן הביטוי "מדינת כל אזרחיה" המופיע במצעה של בל"ד. נקבע כי עיקרון "מדינת כל אזרחיה" עשוי ללבוש צורות שונות, כאשר מטרה הרואה במדינת ישראל "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לשלול, מיניה וביה, את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כך, לא הרי מי שפועל להשגת מטרה של "מדינת כל אזרחיה" במובן של הבטחת שוויון בין האזרחים כהרי מי שעושה שימוש בעיקרון זה על מנת לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה ובכך שולל את אופייה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (עניין טיב'י, עמ' 22).

28. עמדת המיעוט סברה כי ממכלול החומר שהוצג נמצא כי הכינוי "מדינת כל אזרחיה" שימש באותו עניין כשם קוד "לביטול הציונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי וביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת שתבוא תחתיה, אם לא למעלה מזה" (פסקה 2(ב) לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוי) ושהחתימה ל"מדינת כל אזרחיה" נועדה להביא להתנערותה של ישראל מהציונות ומצביונה הלאומי-יהודי (פסקה (ד) לפסק דינו של השופט א' א' לוי).

29. לעומת זאת, לפי עמדת הרוב כאמור, לא נמצא כי מובנה של "מדינת כל אזרחיה" בעניינו של בשארה "חוצה את הגבול" לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. זאת לאחר שנמצא כי בשארה הכיר בזכותו של כל יהודי לעלות ישראל, הוא לא טען לביטול חוק השבות, הוא לא שלל את מרכזיותה של השפה העברית כשפת המדינה ולא התנגד לחגיה ולסמליה של ישראל (ראו גם: פסקה 54 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות).

היינו, גם בעניין טיב'י, כאשר נמצא כי חתימה למטרה של "מדינת כל אזרחיה" בעניינו של בשארה ובל"ד הייתה קרובה לקו הגבול הפסול, נמצאה לה תרופה בדמות אי-שלילת יסודותיה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. על עמדה זו, על פיה אין בעיקרון "מדינת כל אזרחיה" שבמצעה של בל"ד כדי לבסס התקיימותה של עילת פסילה, חזר בית משפט זה גם בעניין בל"ד. גם שם, בדעת מיעוט, ציין השופט א' א' לוי כי לעמדתו, החזון של בל"ד בדבר "מדינת כל אזרחיה" אינו אלא מסווה לכינונה של מדינת לאום ערבית בכל שטחה של ארץ-ישראל.

30. אם כן, כאשר נבחן הביטוי "מדינת כל אזרחיה", במסגרת מצעה של בל"ד בעבר, נאלץ בית משפט זה לגשש מה טומן בחובו המושג ואיזו משמעות ניתן לייחס לו. מקום שבו נמצא ספק, הספק פעל לטובת אישור הרשימה, בהתחשב באמות המידה שנקבעו בעניין פסילת רשימה. ברם, כיום משהבהירה רשימת בל"ד – במסגרת עשייה פוליטית דומיננטית, משמעותית, פומבית וברורה – את משמעותו של הביטוי "מדינת כל אזרחיה" עבורה, ואת הצעדים שהיא מוכנה לנקוט לצורך מימוש חזון זה, הרי שלא ניתן עוד לומר כי בענייננו מדובר במונח מעורפל המשתמע לשני פנים. כיום, לאחר הגשת הצעת החוק, הובהר באופן חד-משמעי ומוחלט כי עבור רשימה זו, "מדינת כל אזרחיה" משמעותה ביטול עיקרון השבות, שלילת העיקרון על פיו עיקר סמליה של המדינה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי ושלילת היותה של השפה העברית השפה המרכזית של המדינה. בכל קנה מידה לא ניתן עוד לומר כיום, כי לא מדובר בשלילתם של אלמנטים גרעיניים מינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כפי שנקבע בעניין טיבי.

31. העובדה שהצעת החוק לא הובאה לבסוף לפני מליאת הכנסת – אך ורק מפני ששיאות הכנסת החליטה בצעד חריף ביום 4.6.2018 שלא לאשר את הנחתה על שולחן הכנסת – אינה יכולה להיזקף לזכותה של הרשימה, הטוענת כי באים איתה חשבון רק מן הטעם שהעלתה "רעיון" תאורטי. אין מדובר ב"רעיון" בעלמא, כי אם במעשה ממשי – הגשת הצעת חוק המבקשת לעגן עקרונות החותרים תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ראו גם בקשר לביטוי בדרך של הגשת הצעת חוק: עניין ניימן 2, עמ' 196). נוכח הצעת חוק זו, גם מוקשית בעיני טענת רשימת רע"ם-בל"ד בערעורה כי הבקשות לפסילתה לא נשענו על היגד ישיר וברור ששייך לרשימה, על פרסומיה או על הודעות רשמיות שלה. מה היא הצעת חוק אם לא "היגד ישיר וברור", המבטא באופן הפשוט וה"נקי" ביותר את ערכי הרשימה ואת העקרונות אליהם היא חותרת? מה לי לתור אחר פרסומים, הודעות רשמיות וכיוצא בזה בהינתן הגשת הצעת חוק המבקשת לערער אחרי יסודותיה הגרעיניים ביותר של המדינה כמדינה יהודית? "תירוצו" של ח"כ אנטאנס שחאדה במסגרת תצהירו (תצהיר מיום 3.3.2019 שהוגש לפני ועדת הבחירות לכנסת) כי ההצעה הוגשה אך כדי "לאתגר את חוק יסוד הלאום ולקיים דיון ציבורי בסוגיה" אין בו כדי לשנות מאומה בהקשר זה או "להכשיר" צעד גלוי וברור זה. אדרבה, גם אם בשל תחושות כעס ומתוך תרעומת הוגשה הצעת החוק, אינני רואה כיצד יש בכך כדי לפעול לטובת הרשימה. גם אם בעידנא דריתחא הגישו חברי הרשימה את ההצעה, על כך נאמר "בשלשה דברים אדם ניכר: בכוסו, ובכיסו ובכעסו ואמרי ליה אף בשחקו" (בבלי, עירובין ס"ה, ע"ב). רש"י מפרש על אתר: "בכעסו – שאינו קפדן יותר מדאי". דווקא בעת רתיחה ורוגז נמדד האדם ולא בעת שלוות נפשו בהשקט ובטח.

32. בנסיבות אלו, גם לא ניתן ליתן משקל לאמור בתצהירו של שחאדה שהגיש לפני ועדת הבחירות כי הוא וחברי בל"ד מחויבים לעקרון "מדינת כל אזרחיה" כפי שזה משתקף במצע של בל"ד אשר נבחן ואושר זה מכבר על ידי בית משפט זה. בל"ד עצמה הבהירה – "בקולה" שלה, ולא במסגרת ציטוטים מכתבות עיתון אשר עשויות להיות להם פרשנויות שונות – במסגרת עתירה שהגישה לפני בית משפט זה (בג"ץ 4552/18), כי הצעת החוק תואמת את מצעה. במובן זה, הטענה כי בל"ד מחזיקה היום במצע אשר נבחן ואושר זה מכבר – עוד טרם הובהר טעמו האמיתי של חזון "מדינת כל אזרחיה" אשר חודד ובוטא כאמור לאחרונה על ידי בל"ד באופן גלוי ופומבי – אינה ניתנת להתקבל.

33. אם כן, ובהתחשב גם ברקע שפורט לעיל, סובר אני כי אין מנוס מלומר כי בהגשת הצעת החוק ובוודאי בהגשת העתירה (בג"ץ 4552/18) על ידי חברי בל"ד במסגרתה הובהר כי הצעת חוק זו תואמת את מצעה של בל"ד, חצתה מפלגת בל"ד את קו הגבול אליו התקרבה "קירבה מסוכנת" לא פעם בעבר. במסגרת זו אציין כי בהגשת הצעת החוק באה לידי ביטוי פעילות ועשייה פרלמנטריים ממשיים, מהותיים וברורים, אשר קשה בעיניי לפטרם בנימוק שמדובר בעניין חד-פעמי או ספורדי, כפי שסובר חברי השופט 'עמית.

גם אין לקבל את טענת בא-כוחה של בל"ד כי נושא הצעת החוק לא עלה לפני ועדת הבחירות אלא לראשונה ובאופן מפתיע בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית משפט זה, ועל כן הוא אינו ערוך לטעון בנושא. לא רק שעניין זה עלה במפורש כבר במסגרת בקשת הפסילה שהוגשה לפני ועדת הבחירות (פסקאות 17-24 לבקשה לפסילת מפלגת רע"ם-בל"ד מטעם סיעת הליכוד), ולא רק שהוא עלה בדיון לפני ועדת הבחירות (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון לפני ועדת הבחירות מיום 6.3.2019), אלא שהוא גם זכה להתייחסות עניינית מצד בא-כוחה של בל"ד אשר העלה במסגרת הדיון לפני ועדת הבחירות את הטענה שהעלה גם לפנינו, כי באים עמה חשבון אך בשל העלאת "רעיון" בלבד (עמ' 35 לפרוטוקול הדיון לפני ועדת הבחירות מיום 6.3.2019). לא זו אף זו, רשימת רע"ם-בל"ד גם התייחסה לעניין הצעת החוק באופן מפורש בערעור שהגישה לפנינו (פסקאות 23-25 לערעור בע"ב 1876/19).

34. מכל מקום, מעבר לעובדה שהגשת הצעת החוק (בצירוף האמור בעתירה) מבססת באופן משמעותי, ברור וחד-משמעי את עילת הפסילה האמורה, הרי שהצעת חוק זו אינה ניצבת בחלל ריק. הצעת החוק איננה הראיה היחידה העומדת על הפרק, אף כי

נראה כי מדובר בראיה מוחצת המכריעה את הכף כשלעצמה. הוצגו ראיות נוספות שיש בהצטרפותן זו לזו, כדי להצביע על מכלול ראייתי שלם ועל "מסה קריטית" של ראיות המצביעות על כך שמדובר ברשימה אשר גם חרתה על דגלה מאבק גלוי ביסודותיה של מדינת ישראל.

35. במסגרת זו אעיר כי אינני סבור כי אין בכך שפעילותה של בל"ד וחבריה נבחנה בהליכים קודמים, כדי לייתר את הדיון בכך, בשעה זו. כלום אין אנו מחויבים לבחון את עניינה של בל"ד בהתאם לחומר העדכני שהוצג לפנינו, שיש בו אף כדי להשליך על המצג שהוצג בעבר? באותו מועד שבו נבחן עניינה של בל"ד בשעתו עמד לנגד עיני בית המשפט החומר שהצטבר בעניינה עד לאותו מועד. בהניח כי במשך הזמן שחלף הצטבר חומר ראיות נוסף, אשר יתכן שאם היה מונח לנגד עיני בית המשפט באותה עת אף היה מביאו לכלל מסקנה שונה, לא ניתן להישען עוד על קביעות מן העבר לגבי חומר שהוצג אז, בהתעלם מהחומר העדכני.

36. בהתחשב באמור לעיל, בחינת מכלול הראיות בעניינה של בל"ד וחבריה מצביע על כך שזו גדשה הפעם את הסאה. גם אם בעבר, החומר שהוצג בעניינה ובעניין חבריה, אף כי היה בו קרבה לקו הגבול שהוגדר בחוק היסוד, לא חרג אל מעבר אליו, כיום המצב שונה. אכן, בית משפט זה לא מצא כי השתתפותה של ח"כ זועבי במשט "המרמה" הצדיקה את פסילתה מלהתמודד לבחירות בכנסת (בעניין זועבי). עם זאת, אני סבור כי יש ליתן משקל למעשיה, בעת שנבחנת פסילתה של הרשימה שזועבי נמנית על חבריה (גם אם במקום "לא ריאלי"), ונוכח יתר הראיות שהצטברו בעניינה של רשימה זו מאז נידון עניינה של זועבי. הוא הדין בקשר לענייניו של בשארה, אשר נידון בעבר בעניין ארליך ובעניין טיבי. רק מאוחר יותר, כפי שגם צוין בעניין בל"ד (אשר בו כבר לא נידון ענייניו של בשארה, אשר יצא מגבולות הארץ), התברר כי בשארה נחשד בעבירות ביטחון חמורות בעקבותיהן נאלץ להימלט מהארץ. לכן, במסגרת בחינת התשתית הראייתית העדכנית בקשר לרשימה כולה, יש ליתן משקל גם לעניין זה (אף כי בשארה אינו עומד עוד בראש המפלגה). נוכח האמור, האם ניתן להעלות על הדעת שאם היה נבחן ענייניו של בשארה לאחר שהתגלה חומר חדש המצביע על חשדות חמורים לביצוע עבירות, היה בית משפט זה נשען על קביעותיו בעניין ארליך ובעניין טיבי מבלי לבחון האם יש בחומר הראיות החדש כדי להצטרף לחומר שנבחן ונותר ב"ספק"?

למעשיהם של אלו הצטרפה מאז גם התנהלותו הפלילית-הבטחונית של ח"כ באסל גאטס חבר המפלגה אשר הורשע במהלך שנת 2017 בהכנסת טלפונים ניידים ואביזרים נוספים לבית כלא בו מוחזקים אסירים ביטחוניים וכן הרשעתו של ח"כ נוסף

שהיה חבר המפלגה, סעיד נפאע בשנת 2014 בעבירה של מגע עם סוכן זר לאחר שנפגש עם סגנו של מזכ"ל ארגון הטרור החזית העממית (וראו דחיית ערעורו: ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל (31.8.2015)), שהדעת לא ניתנה עליו בעבר בעניינה של הרשימה כולה.

37. על כל אלה נוספה הזיקה עליה הצהירה בל"ד, למנהיגה משכבר הימים, עזמי בשארה, במסגרת הוועידה השנתית של מפלגת רע"ם-בל"ד בנצרת, כאשר מצאה לנכון לשלוח לו "ברכה". ודוק, הובהר לפני ועדת הבחירות כי עניין זה אינו מוכחש (עמ' 32-29 לפרוטוקול הדיון לפני ועדת הבחירות מיום 6.3.2019). בכך גם הצהירה רשימת בל"ד הנוכחית, שהיא ממשיכת דרכו של מי שעמד בראשה בימים עברו. ויודגש, אין מדובר בזיקה לבשארה לבדה, המצדיקה פסילת הרשימה (השוו: עניין בל"ד, פסקה 20), ולא נעלמה מעיני גם טענת הרשימה כי לא ניתן לייחס לה את מעשיו של ח"כ נפאע אשר אינו עוד בין שורות מפלגת בל"ד מאז שנת 2010 או את מעשיה של זועבי המצויה במקום "לא ריאלי" ברשימה. מדובר במכלול ראיות הנוספות ומצטברות לאורך השנים המצביע על מארג משמעותי, משכנע וחד-משמעי בקשר להתקיימות עילות הפסילה. זיקה נוספת לבשארה הוצגה גם במסגרת כתבה מעיתון "הארץ" מיום 18.8.2014 לפיה חברי הרשימה אז – ג'מאל זחאלקה, חנין זועבי, ובסאל גטאס – נפגשו עם בשארה בקטאר, עניין אשר לא הוכחש על ידי שחאדה (פסקה 8 לתצהיר שחאדה לפני ועדת הבחירות). על אלה נוספים גם מעשיה של חברי הרשימה כיום בדמות מתן תמיכה חד-משמעית ובוטה בפעילי טרור שהורשעו בדין ונאסרו בבתי כלא, המכונים על ידי העומד בראשה של הרשימה כיום, ח"כ שחאדה כ"אסירים פוליטיים" (כתבה בעיתון "מקור ראשון" מיום 13.1.2019). לכך גם מצטרפות אמירות חד-משמעיות, במסגרת ראיון מוקלט מיום 3.2.2019 (ברדיו "גלי ישראל"), במסגרתו הבהיר שחאדה בקולו שלו כי "כל מאבק נגד הכיבוש הוא מאבק לגיטימי" וכי "אנחנו תומכים בכל מאבק עממי".

אם כן, מכלול הראיות הברורות והחד-משמעיות – בצירוף הראיה המשמעותית ביותר שעניינה הגשת הצעת החוק – מצביע על כך שמאפייניה הדומיננטיים והניצבים במרכז פעולתה הפרלמנטרית והחוץ פרלמנטרית של הרשימה חותרים לפגיעה בערכים מוגנים. הרשימה פועלת במרץ למימוש מטרותיה, וזאת בדרך של עשייה ובהתבטאויות מילוליות.

38. בנסיבות אלו, טענת הרשימה כי חלק מהראיות מתייחסות למי שלא היו עוד מועמדים לרשימת רע"ם-בל"ד בבחירות לכנסת ה-21, אינה יכולה לסייע. המועמדים לכנסת ה-21 ביקשו מיוזמתם להצטרף לרשימה אשר לה עבר "עשיר" כמפורט לעיל.

מדובר במי שמבקשים להצטרף לרשימה קיימת, בהסתמך על "המוניטין" שזו צברה, האידיאולוגיה שזו חרתה על דגלה, מטרותיה ופעילותה אשר באו לידי ביטוי במסגרת במות פומביות שונות וכמובן ציבור תומכיה. התנערות המועמדים ממעשיה של אותה רשימה – וזאת לפחות בקשר לעניינה של הצעת החוק אשר הוגשה במהלך הכנסת ה-20 – אינה יכולה להתקבל. מעבר לעובדה שהוצגו ראיות המצביעות על זיקה ממשית למנהיגה משכבר הימים בשארה, הרי שלא ניתן להלום את הטענה כי חברי בל"ד הנוכחיים אינם עומדים מאחוריי מצעה של בל"ד, אשר בל"ד עצמה הצהירה במהלך הכנסת ה-20 כי הוא תואם את האמור בהצעת החוק שהוגשה. הטענה כי מדובר ב"דור חדש" אינה יכולה להתקבל, ככל שמדובר בפסילת רשימה אשר הוצגו בעניינה ראיות חד-משמעיות וברורות לקיומה של עילת פסילה.

39. אמנם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובעה לפנינו (במסגרת סעיף 44 לעמדה הכתובה כמו גם בטיעונים בעל-פה – וזאת למרות שבעמדה הכתובה שהגיש לפני ועדת הבחירות לא אמר דבר וחצי דבר בעניין זה), אין בהצעת החוק כדי להביא לפסילת הרשימה כולה, בנימוק שמדובר ברשימה משותפת של רע"ם-בל"ד ולא של בל"ד לבדה. לדעתי, לא ניתן להכשיר את רשימת רע"ם-בל"ד מנימוק זה לבדו. קשה לקבל את הטענה כי ניתן "לרפא" קיומה של עילת פסילה, בדרך של חבירת מפלגה למפלגה אחרת תחת רשימה משותפת. בהתחשב בתכליות סעיף 7 לחוק היסוד, איחוד המפלגות אינו יכול להקנות "חסינות" או הגנה למפלגה אשר סטתה מהדרך. זאת שעה שחתימה תחת עקרונות יסודיים המוגדרים במסגרת חוק היסוד, אינה מתרפאת בדרך של צירוף מפלגה. חז"ל לימדונו את הכלל, "אוי לרשע ואוי לשכנו", ו"טוב לצדיק, טוב לשכנו", המוסק מסדרי חנייתם של שבטי ישראל במדבר. כך, שבט ראובן, שחנה ליד בני קהת, נענש עמהם במחלוקת קורח ועדתו, ואילו שבטי יהודה ויששכר וזבולון, שחנו ליד משה ואהרן ובניו, נעשו אף הם גדולים בתורה (במדבר ג 29, רש"י על אתר). ואם כך בסדרי חנייה ובמיקומם של שכנים, על אחת כמה וכמה שכך הוא כאשר מדובר בהצטרפות של מפלגה לחברתה – הצטרפות המתבססת על מצע אידיאולוגי, פוליטי ורעיוני משותף. וכמאמר הנביא עמוס: "הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?" (עמוס ג 3). לא ניתן להלום את הטענה, כי אם קמה עילה לפסילתה של מפלגת בל"ד, בעצם הצטרפותה של רע"ם יהיה די כדי להכשירה. חבירתה של מפלגת בל"ד למפלגת רע"ם אינה מטהרה כי אם מטמאת את מפלגת רע"ם שקשרה את גורלה עמה ברשימה משותפת. "הטהור" אינו מטהר את "הטמא", אלא "הטמא" מטמא את "הטהור". מוטב להן אפוא למפלגות לנקוט בזהירות כאשר מבקשות הן לחבור למפלגות אשר דרכן הקיצונית מהלכת על קצה הגבול (ובוודאי מעבר לו) שהוגדר בחוק היסוד.

לסיכום אפוא, גם בעניינו של כסיף וגם בעניינה של רשימת רע"ם-בל"ד, "כלו כל הקיצין", לעניות דעתי, אף באמת המידה המחמירה של חברי השופט נ' סולברג.

40. ומילת סיום. פרשנות חבריי הן באשר לפסילתו של מתמודד בודד והן באשר לפסילתה של רשימה, בעילה של תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל ובעילה של שלילת קיומה של המדינה כיהודית, מעמידה את דברי המחוקק כתיאורטיים בלבד. הגמרא (בבלי, סנהדרין ע"א, ע"א) דנה ביסודות העבירה של אדם פרטי – בן סורר ומורה, ושל ציבור – עיר הנידחת, שסרחו בביצוע עבירות מסוימות. אלא שהתנאים שנקבעו לקיום יסודות העבירות כה נוקשים עד אשר הגמרא אומרת כי בן סורר ומורה "לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב? דרוש וקבל שכר" וכי עיר הנידחת "לא היתה ולא עתידה להיות ולמה נכתבה דרוש וקבל שכר" (מטבע לשון דומה מופיע גם בעניין איוב, עליו נאמר כי "לא היה ולא נברא אלא משל היה" (בבלי, בבא בתרא ט"ו, ע"א)). ברם, לצד דעה זו קיימת באותו מקום דעתו של רבי יונתן הסובר שאין המדובר בעניינים תיאורטיים, והאומר לגבי בן סורר ומורה כי "אני ראיתיו" ולגבי עיר הנידחת "אני ראיתה". מדובר בעניינים מעשיים שהיו ושעתידים להיות. בדרך משל, דברים אלו נכונים גם לגבינו.

אף אני אומר בקול ברור וצלול: "אני ראיתיו" ו"אני ראיתה", ולא נתונה לנו האפשרות לעצום עינינו מלראות.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים לפסק דינה של הנשיאה א' חיות ולדברים שכתבו חבריי השופטים ע' פוגלמן, י' עמית, מ' מזוז וע' ברון בעניין החרגתה של עילת הפסילה בגין הסתה לגזענות המנויה בסעיף 7(א)(2) לחוק היסוד ממבחן ההסתברות. ואוסיף, הצטברותה של מסה קריטית של התבטאויות ומעשים כמפורט בהרחבה בפסק דינה של הנשיאה מבססת היטב את המסקנה כי הסתה לגזענות היא מטרה דומיננטית מושרשת ומרכזית במשנתו של בן ארי. הסלמת ההתבטאויות הגזעניות במהלך השנים האחרונות אינה מותרת מקום לקבלת הסבריו המאולצים, אף לא במידה של הקמת ספק באשר לכוונת ומטרת אמירת הדברים.

מבין שלל אמירותיו ומעשיו הגזעניים של בן ארי ראיתי להפנות אלומת אור לעבר מעשה אפל וחמור המוזכר בפסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה, שנבלע בתיעוד המרובה של הפרסומים המסיתים שנזקפו לחובתו. כוונתי למעשה קריעת הברית החדשה והשלכתה לפח האשפה, בעת שבן ארי כיהן כחבר כנסת מן המניין בין השנים 2009 עד 2013; מעשה שאין בינו לבין ההסתה לגזענות המכוונת נגד הערבים דבר, אך ממנו ניתן ללמוד כי תפיסת העולם הגזענית בה מחזיק בן ארי, ואשר לה הוא מטיף לאורך שנים, רחבה ועמוקה הרבה יותר מהסתה לגזענות נגד הערבים, בהם הוא רואה "אויב". דומה כי שורשיה של גזענות זו נעוצים עמוק בשנאת "האחר" והשונה באשר הוא.

הכשרת מועמדותו של מי שמסית לגזענות ולשנאת האחר יש בה כדי להכתיים את הדמוקרטיה הישראלית ומשכך, מתחייבת אמירה נורמטיבית כי דינו של מסית כאמור להיות מוקע מחוץ לכנסת ישראל.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. מסכים אני לחוות דעתה הבהירה, המקיפה והיסודית של חברתי, הנשיאה א' חיות. אוסיף ואחדד בקצרה את הנקודות המרכזיות, לדידי, ביחס לכל אחד מהגורמים – מועמדים או רשימות – שנדונו בהליכים שלפנינו, ושלגביהם נפלה מחלוקת בין שופטי ההרכב. כן אציג את עמדתי לגבי מספר סוגיות כלליות שביחס אליהן עלו סימני שאלה או מחלוקת – המבחן ההסתברותי, נפקות התמודדותן של שתי מפלגות ברשימה אחת על קיום עילת פסילה של אחת מהן, ופירוש העילה "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית...".

הקשר בין המשפט לבחירות משול לשני עמודים. עמוד אחד אומר: "זהו יום חגה של הדמוקרטיה. קול שווה לכל אזרח. על העם לומר את דברו. בית המשפט אינו נוקט – ואסור לו לנקוט – עמדה בדבר התוצאה הרצויה". העמוד האחר אומר: "בחירות בלי חוק עלולות לעוות את הדמוקרטיה. לא יום חג אלא יום אבל. שוחד, בריונות או השתלטות השלטון על הבחירות. המענה הוא עינם הפקוחה של החוק ככתבו, כלשונו וכתכליתו. וגם בפרטים קטנים יותר יש לקבוע כללים: להקפיד על סד הזמנים; להקים קלפי נגיש לאזרח; מי רשאי לבחור ומי יכול להיבחר. שמירת הדינים אף היא חיונית לדמוקרטיה". בעוד שהעמוד הראשון שומר על מרחק בין בית המשפט לבחירות, העמוד

השני מחייב מעורבות ופיקוח. האם יש סתירה בין השניים? דומני שהתשובה לכך שלילית, והדבר אינו מפתיע. שני העמודים שרים יחד את שיר ההלל לדמוקרטיה. הווה אומר: אין סתירה בין דמוקרטיה ובין פיקוחו של בית המשפט על הכללים. ההפך הוא הנכון: בית המשפט פועל כדי לקדם כללים דמוקרטיים באמצעות הסמכות שהעניק לו המחוקק.

הבחירות הדמוקרטיות אינן מובנות מאליהן. הראייה ההסטורית נותנת הקשר. בעבר, ובמשך תקופה ארוכה מאוד, החלפת השלטון נעשתה באמצעות מהפכה צבאית או במותו של השליט היחיד. הדמוקרטיה שינתה את הכללים. לא כוח אלא בחירה. לא החזקים קובעים אלא לכל אזור כוח שווה. זוהי השאיפה ויש ליישמה בדיקנות. המלאכה אינה פשוטה. הרי קול הבוחר הבודד איננו חזק, כשלעצמו, אל מול השלטון. הדמוקרטיה שואפת לשמור על אופייה ולא לאבדה במהלך הבחירות. מכאן תפקידו של בית המשפט והקרבה בין העמודים.

2. הדין הישראלי קובע מתי יש למנוע ממועמד או רשימה השתתפות בבחירות בשל מטרותיהם, מעשיהם והתבטאויותיהם. סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מציג את המבחן המהותי ואת סדרי הדין למניעת השתתפות של רשימה או מועמד בבחירות לכנסת. סעיף זה וסעיף 63א לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 קובעים את סדרי הדין לכך. המהות הוגדרה באמצעות שלוש עילות פסילה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

סדרי הדין הם כי כאשר ועדת הבחירות לכנסת מונעת השתתפות של מועמד נדרש אישור של בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים. לא ערעור אלא תהליך אישור. הדין בחר להכניס את בית משפט זה לתוך ההליך. לא ביקורת שיפוטית בדיעבד אלא החלטה מלכתחילה. אשר למניעת השתתפותה של רשימה או אישור מועמד או רשימה – קיים הליך של ערעור.

עמדנו על המתח בין שני העמודים שהוצגו. כוחו של כל אחד מהם משמעותי בשיטת משפטנו, ומכאן הרגישות הנדרשת במסגרת התנועה ביניהם, הלכה למעשה ובזמן אמת. הדרך שנבחרה על ידי בית משפט זה היא שביל הזהירות ונקיטת ריסון בטרם תימנע השתתפות ממועמד או רשימה. הספק פועל לטובת המועמד. זוהי הגישה העקבית

של הפסיקה בענייני בחירות, כפי שפורט על ידי חברתי הנשיאה. מעניין יהיה להפנות לתחום אחר של המשפט, שגם בו רב כוחו של הספק. במשפט הפלילי ניתן להרשיע רק כאשר הוכחה האשמה מעבר לספק סביר. הסיבה לכך היא הכרה בכוח השלטון להכתיב ולהעניש את הפרט. מנגד, בבחירות לכנסת כוחו של הספק נעוץ בשיקול אחר – תפקיד הבוחר לבחור את המועמד והרשימה המועדפים עליו. בית המשפט אינו שש להתערב בענייני בחירות. מן הצד השני, הדין מחייב אותו לעשות כן בנסיבות המתאימות. כשם שיש לכבד את רצון הבוחר, כך יש לכבד את רצון המחוקק בכגון דא. הפשרה – וליתר דיוק האיזון הראוי – היא שימוש בחוק לשם מניעת מועמדות רק במקרים חריגים, שבהם, למשל, הספק אינו ממשי ואינו נטוע במציאות. כלל זה נועד לאפשר לבוחר להביע את עמדתו בסוגיה בתוך ד' אמות הקלפי. בניגוד למשפט הפלילי, בו בית המשפט קובע עובדות לגבי מעשי הנאשם וכוונותיו – בהליך דנן הראייה אינה רק אחורה אלא גם קדימה: האם נכון למועד הבחירות, המועמד או הרשימה צפויים לפעול בניגוד לעילות המנויות בחוק ככל שייבחרו – אך זאת בנקודת הזמן של ההווה ולא דווקא בעבר. עסקינן אפוא בהערכה מסוימת ביחס לעתיד.

ואולם, במצב החריג שבו נמנעת התמודדות של מועמד או רשימה מתקיימים התנאים הבאים: העילה היא מאפיין דומיננטי של הרשימה או המועמד; קיימות ראיות ברורות וחד-משמעיות לקיום העילה; יש פעילות אקטיבית, לרבות התבטאויות במקרה של מועמד, להגשמת המטרות הפסולות; ישנה מסה קריטית של ראיות בעלות אמינות גבוהה (ראו הפירוט והאסמכתאות בפסקה 16 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה). רק בהתקיים תנאים אלה ישנו הבטחון הדרוש שמצדיק את תוצאה הפסילה. ברקע – הזכות לבחור ולהיבחר. זהו היסוד שביסוד הדמוקרטי בבחירות. ודוק, הזכות להיבחר משליכה באופן ישיר על הזכות לבחור.

פן נוסף של העניין הוא חרטה או חזרה של מועמד ממטרה או פעילות הקשורות לאחת מהעילות החקוקות. הטעם לדבר מובן מאליו. ההחלטה אינה אישית או עונשית, אלא מוסדית ומניעתית. לאמור, תכליתה למנוע מגורם שאינו מתאים להיות חלק מהכנסת הבאה. כמובן, לא מדובר במבחן הצהרתי גרידא. צריך לבחון האם יש בסיס למסקנה כי ההצהרה כנה. ובצורה מדויקת יותר – כי ההצהרה אינה כנה. כמובן, יש סיכוי שהמועמד לא יעמוד מאחורי הצהרותיו. סיכון זה אינו מצדיק להרחיב את רשימת המנועים. היה מועמד או מפלגה אינם עומדים מאחורי הצהרותיהם, ישנן "סנקציות" ודרכים אחרות להתמודדות עם העניין – במהלך חיי הכנסת או בהתמודדות לכנסת הבאה.

3. שתי נקודות לסיום החלק הכללי. הראשונה עניינה דעות המיעוט של חבריי. עיינתי בדברים שכתבו חברי השופט נ' סולברג וחברי השופט ד' מינץ. חברי השופט סולברג קבע כי אין למנוע מגורם כלשהו השתתפות בבחירות לכנסת ה-21, ואילו חברי השופט מינץ קבע כי לצד מיכאל בן ארי – גם עופר כסיף ורשימת רע"ם-בל"ד יהיו מנועים מהשתתפות בבחירות לכנסת. להשקפתי, ובהמשך לדברים שנאמרו לעיל, גישת השופט סולברג עלולה להביא לאי-פסילת מועמדים גם כשהם עונים במובהק על עילות הפסילה. זאת תוך החמרה אפילו ביחס למבכנים המחמירים שהוצגו בפסיקה הנבכנים בטרם מניעת השתתפות של מועמד או רשימה בבחירות. אשר לגישת חברי השופט מינץ, לטעמי גישתו עשויה להביא לפסילת-יתר של מועמדים ורשימות מכאן ומכאן. נראה כי הדרך שבה נקטה הפסיקה בעבר ובהווה היא אחיזה בשני העמודים שהוצגו לעיל. הפסילה נעשתה בזהירות ורק ביחס לחריג.

הנקודה השנייה היא מבחן הסימטריה. חברי השופט סולברג הציג את דבריו של חבר הכנסת מיכאל איתן ובהם נשאלת השאלה "איפה הסימטריה". מסכים אני לשאלה זו, אך ברצוני רק לחדד: הסימטריה אינה צריכה לקבל ביטוי בתוצאה הסופית, כי אם בהחלט אמות מידה שוות. שאיפה לסימטריה לשם איזון בתוצאה מהווה מעין שיקול פוליטי, ואסור שבית המשפט ינהג כך. ארשה לעצמי לומר כי קריאה עניינית של חוות הדעת של חבריי, מן הרוב ומן המיעוט, מלמדת כי המסקנות היו מבוססות על גישה משפטית ובחינת העובדות. לא על שאיפה לשמור על איזון בתוצאה.

מצוידים בכלים אלה, תיערך בדיקה פרטנית של הגורמים הרלוונטיים – מיכאל בן ארי, עופר כסיף ורשימת רע"ם-בל"ד.

4. מיכאל בן ארי. העילה הרלוונטית ביחס לבן ארי היא "הסתה לגזענות". עסקינן בכארבעים התבטאויות שונות, מרביתן הועלה לאתר הפייסבוק של "עוצמה יהודית עם מיכאל בן ארי", כך שלא ניתן להכחיש את הדברים. בן ארי אכן אינו מכחיש אותם. רוב החומר הוא מן השנה שקדמה לבחירות. חברתי הנשיאה הציגה את ההתבטאויות הרלוונטיות (פסקאות 41-38 לחוות דעתה). הקריאה קשה. די במה שצוטט ואין צורך להציגו שוב. השוואת הדברים אל מול לשון החוק מעוררת את השאלה מהו המבחן של "הסתה לגזענות"?

נפתח עם הדיבר "הסתה". לא גזענות אלא הסתה לגזענות. יד או פה של האחד ואוזן שומעת של האחר. לשון אחרת, לא מדובר בדעות אישיות שהמועמד שומר לעצמו. יש להשמיע את הדעות על מנת להסית לגזענות. בנוסף לכך, חברי השופט מ' מזוז

התייחס למבחן ההסתברותי. לעמדתו, אין להחיל מבחן זה על עילות הפסילה המופיעות בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. מסכים אני למסקנתו ולנימוקיו. הלשון אינה תומכת בהחלת מבחן כזה, וכך גם הפרשנות התכליתית. מבחן כזה יהיה ספקולטיבי מדי וקשה מאוד ליישום בזמן בחירות. כמו כן, הבסיס לעילות הפסילה אינו בהכרח מניעת סכנה מעשית וקונקרטיה לאחד מן הערכים המוגנים, אלא מבטא מיניה וביה גם אי-מתן לגיטימציה לרשימות או מועמדים שנוקטים בדרכים המפורטות בעילות. לסיכום, מקבל אני את מסקנתו כי "מדובר בעילות 'התנהגותיות' ולא 'תוצאתיות'" (פסקה 2 לחוות דעתו).

אשר לשאלה מהי "גזענות". חברתי הנשיאה התייחסה, בין היתר, להיבטים של שנאה, עוינות, רדיפה, ביזוי והשפלה (פסקאות 25-32 לחוות דעתה). בעניין מועמדותו של בן ארי אומר כך: אין צורך לקבוע מהו הרף המינימלי לפסילת מועמד על בסיס של הסתה לגזענות. ניתן להסתפק בקביעה שכאן המועמד עבר את הרף בשיעור ניכר. התבטאויותיו שואפות להשפיע על התנהגות. ודוקו, היעדר צורך להוכיח את יסודות המבחן ההסתברותי אינו עומד בסתירה לכך ששאיפה להשפיע בפועל על התנהגות מחזקת את היסוד לפסילה. בדבריו דוגל בן ארי בשלילת זכויות אזרחיות של הציבור הערבי. כך במכרזים וכך ביכולתם לגור בעיר. הוא דוגל גם בגירושם הקולקטיבי בנסיבות מסוימות, ונעזר בדימויים אלימים ביחס לציבור זה, לרבות שימוש בירי. הראיות רבות מאוד, חד משמעיות, ודומיננטיות במשנתו.

בן ארי טען בתצהיר שהגיש לוועדת הבחירות כי הוא אינו גזען, שהרי מקובל עליו שכל אדם – כולל הערבים – נברא בצלם. או אז עובר בן ארי למבחן הנאמנות. הוא אינו נגד ערבים משום שכך נולדו, אלא משום שנכשלו במבחן הנאמנות. ועוד, רוב רובם של הערבים אינם נאמנים. אותו "רוב רובם" הוגדר בהתבטאויות שונות: יותר מ-99% למעט כמות שניתן לספור על אצבעות הידיים; ובן ארי מעולם לא פגש ערבי נאמן. מכאן שכולם הפכו לאויב. זה הכשל שניצב ביסוד ההסתה לגזענות. כפי שקבע הנשיא שמגר, גזענות אינה רק עניין הנובע מהביולוגיה של האחר (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 191-192 (1988)). אפשר לדבוק בעמדות גזעניות גם דרך תיאוריות, מסקנות ונתונים שהתרחשו לאחר הלידה של האחר, ולא מכוח ה-DNA המאפיין קבוצה באוכלוסיה. לא רק גנטיקה אלא גם אפיגנטיקה. בן ארי לא הסביר את פשר "מבחן הנאמנות" – מהן אמות המידה של מבחן זה, מתי נכשלים בו, ואיך זה שלמעט בודדים שבבודדים – כל הערבים שייכים לקבוצת הבלתי נאמנים. מדובר בדברים חמורים, שאינם מבוססים על עובדות אלא על מסקנה מעגלית. התוצאות קשות. הערבי הוא בחזקת אויב שיש לטפל בו. כך בדמות שלילת זכויותיו, גירוש או

האפשרות לטפל בו באלימות. למשל, נאמר כי מי שמעז לדבר נגד יהודי לא יישאר בחיים אלא "כיתת יורים הורגים אותו, מחסלים אותו"; כי אין להעסיק את "הרוצחים", תוך התייחסות גם לערבים תושבי ערים ישראליות; כי יש לבטל את ההעדפה המתקנת לנוכח "האופי הבוגדני" וה"רצחני" של הערבים; כי הערבים הם "עם רצחני, אומה רצחנית"; וכי יש להפוך כפר ערבי ממנו יצא מחבל ל"שדה תעופה", תוך "העפת" תושביו למדינות אחרות.

5. נבהיר את העניין מזווית אחרת. אפשר לשאול מדוע נבחרו דווקא העילות הקבועות בחוק. העילה של תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה מובנת ואינה מצריכה ביאור והסבר. העילה של שלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית נועדה להגן על יסודות המדינה כפי שהיא. אשר להסתה לגזענות, מדובר ברצון לשלול את הלגיטימציה ואת הכשרות של קבוצה. בחברה רב-קבוצתית ומגוונת כמדינת ישראל יש בכך כדי לפגוע במהות החברה. הדבר בולט כאשר מדובר בכעשרים אחוזים מהאוכלוסיה. צר לי לומר כי קריאת עמדותיו של בן ארי – והמעין יעין בפסקאות 38-41 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה – מביאות לא רק לגזענות במישור של השפלה ושנאה, אלא למעשים קשים שעלולים לפגוע בסדר החברתי, או יצירת חוק שמפלה ביחס ליסודות הזכויות האזרחיות, לרבות הזכות להישאר אזרח המדינה. זאת לא לנוכח המעשים של הקבוצה, לא בשל עבירות פליליות שבוצעו או תכניות לפגוע, אלא מפני שהם אינם עונים על תפיסת המיעוט הראויה כפי שבן ארי מבינה. איני קובע כי בכך הוא עובר עבירה, אך ישנן דרישות ייחודיות כלפי רשימות ומועמדים לכנסת. דווקא בשיטה שבה לא פעם נציג בכנסת מייצג קבוצה מסוימת, יש לוודא שאף אם הוא נלחם לטובת הקבוצה, אין הוא יכול לשלול בצורה בסיסית את הלגיטימציה של קבוצת האחר וזכותה לזכויות אלמנטריות. קל וחומר שאין לגיטימציה לפגיעה ולמעשי אלימות.

6. המסקנה מכל האמור היא כי זהו מקרה חד משמעי וקיצוני. ודוקו, בן ארי לא הביע חרטה, אלא דגל בעמדתו תוך מתן הסבר שהוא לא גזען וכי אינו שולל את הערבים מכוח לידתם. למען הבהרת התמונה, נשווה אותו לעו"ד איתמר בן גביר ולמועמד לשעבר ברוך מרזל. ניתן להניח כי יש דמיון אידיאולוגי בתפיסות של השלושה, שהרי שלושתם התמודדו במסגרת אותה רשימה. ואולם, בית משפט זה נמנע מלפסול את מרזל וכן את בן גביר. אי-פסילת בן גביר בהליך דנן התקבלה פה אחד. מה ההבדל בינו לבין בן ארי, שנפסל ברוב של שמונה שופטים? נראה כי המבחנים של עוצמת הראיות, כמותן, איכותן וחד משמעיותן הם שהובילו לכך. ונאיר קריטריון נוסף: הבעת חרטה. הן מרזל והן בן גביר הודיעו כי בכוונתם לפעול לפי דרישות החוק, לרבות עילות הפסילה הקבועות בו. גם אם בעבר נהגו אחרת, נכון לתקופה הרלוונטית הם הצהירו כי

כך ינהגו. הם הבינו והפנימו את תנאי הכשירות למועמדות לכנסת. בן ארי לא היה שותף לבחירה זו. הוא ממשיך לתמוך בעמדות שהביע. לא מדובר בחסרון טכני או באי הבנה. כשם שיש לכבד את הדרך שבה בן גביר ומרזל הציגו את טענותיהם ברגע האמת, כך יש לכבד את עמדתו של בן ארי שמצדיקה את פסילתו. חבריי דיברו על כך שדווקא העם היהודי, בשל ההסטוריה שלו, צריך להיות רגיש כלפי אמירות כמו אלה שהשמיע בן ארי. להשקפתי יש להוסיף: לא רק ההסטוריה של העם היהודי אלא גם אמונתו. ברם, האמת תיאמר שאין צורך בכך. בנסיבות כאלה אין אפילו צורך להמחיש את הדברים באמצעות תרגיל מחשבתי, במסגרתו היו מושמעות עמדותיו של בן ארי במדינה אחרת כלפי יהודים.

7. עופר כסיף. בקשת המניעות מצביעה על שתי עילות שיש בהן כדי למנוע את התמודדותו בבחירות לכנסת: הראשונה היא "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" והשנייה היא "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל". הראיות שהוצגו נגדו מסתכמות בארבעה פרסומים, כשהמרכזי ביניהם הוא ראיון שנערך עמו בעיתון "הארץ" בחודש פברואר 2019. נראה כי חברי, השופט מיניץ, כרך את הדיון בשתי העילות יחדיו, אך ישנו שוני בהיקף הראיות ובהסבריו של כסיף ביחס לכל עילה, המחייב התייחסות נפרדת. חברי אף הציג את המקרה של כסיף כברור ושאינו מותיר ספק, ולשיטתו אף לא ניתן להגיע לתוצאה אחרת.

אצייר להלן את הקווים הכלליים המסבירים מדוע דעתי אחרת. השאלה לגבי כסיף, כמו לגבי כל מועמד, היא האם יש הצדקה למנוע ממנו להיבחר כחבר כנסת בראי העילות הקבועות בחוק היסוד. כפי שהסברתי לעיל, הדברים נבחנים בתקופת זמן מסוימת, במבט כלפי העתיד וביחס לתפקודו של המועמד בבית המחוקקים, היה וייבחר. התבטאויות ומעשי עבר עשויים לשמש תשתית ראייתית לגבי עמדה בהווה ובעתיד. המטרה אינה להעניש על פעולות והתבטאויות שאינן ראויות, אלא לברר האם המועמד מהווה חריג שמצדיק את מניעת השתתפותו בבחירות. כסיף אמר דברים בעבר, אם כי לא בתדירות גבוהה ובצורה עקבית, שיש בהם כדי לדרוש ממנו הסבר מדוע אין למנוע ממנו השתתפות בבחירות. התשובה של כסיף לכך ברורה, עקבית ומחולקת לשלושה חלקים: האחד, וביחס לאפשרות תמיכתו במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, כי הוא אינו תומך באלימות, לא בעבר וודאי לא היום. סבורני כי בדיקת הדברים, כפי שיובהר בהמשך, תומכת במסקנה זו. גם אם כסיף התבטא באופן קשה, נעדרת התשתית להוכיח שהוא תומך באלימות, וודאי התשתית להוכיח שהוא תומך במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

החלק השני של תשובתו, מתייחס לאפשרות שלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בנושא זה, הוא אינו מכחיש שהתבטא בעבר נגד סמלים שונים של המדינה וחוק השבות, אך הודיע כי הוא מקבל את המצע של רשימתו – חד"ש-תע"ל, ואינו פועל או מתבטא, במסגרת זו או במסגרות אחרות, לביטול הסמלים או חוק השבות. הוא מקבל את הכללים הפרלמנטריים. דהיינו לא רק שאין בפנינו מקרה של מטרה דומיננטית, אלא שאין מטרה כזו בכלל. כפי שהסברתי לעיל, בית המשפט נתן באופן עקבי משקל לשינוי עמדה והצהרה בדבר היעדר כוונה לפעול או להתבטא בניגוד לעילות המנויות בחוק יסוד: הכנסת. כזכור, שיקול זה, עם השינויים המחויבים ביחס לעילות אחרות, הוא אשר הכשיר את המועמדות של ברוך מרזל בעבר ואת זו של איתמר בן גביר בהווה. אי נכונות לצעוד בדרך זו היא אשר עומדת לבן ארי לרועץ.

החלק השלישי נסב סביב אמרות שונות שנאמרו מפי כסיף, המשוות בין מדינת ישראל והמכהנים בממשלתה ובין גרמניה הנאצית. חברי השופט מיניץ נתן משקל לאמרות אלו. מדובר בהתבטאויות מבזות שאינן מכבדות את האומר אותן, ובוודאי שלא את מי שמבקש להיבחר כחבר כנסת. מוטב לו לא היו נאמרות ויש לקוות כי אם כסיף ייבחר לכנסת הבאה, יימנע מלנהוג בצורה זו. אלא, וכפי שציינה חברתי הנשיאה בחוות דעתה – וכאן החלק השלישי של תשובת כסיף – אמירות אלו אינן נכנסות בגדר אף אחת מהעילות המנויות בסעיף 7א, ולהבנתי בית המשפט לא יכול לקחתן בחשבון שעה שהוא בוחן מניעותו של מועמד. בהקשר זה יצוין כי חוות דעתו של חברי השופט מיניץ התייחסה גם לאמירה של כסיף בתצהירו (סעיף 13) כי "לא בהכרח אשתמש במונחים אלו עם היבחרותי לכנסת" (ההדגשה הוספה). לגישתו, היעדר ההתחייבות של כסיף לגבי דרך פעולתו בעתיד אינו פועל לטובתו. ברם, להבנתי, וראו סעיפים 12 ו-13 לתצהיר, עולה כי אמירה זו התייחסה לביטויים המבזים שהוזכרו לעיל, ולא לביטויים הקשורים בעילות המנויות בחוק, כך שאיני סבור שהיה מקום לזקוף זאת כנגדו בגדר הליך זה.

לנוכח עוצמת העילה של תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד המדינה, נכון יהיה להביא את דברי כסיף עצמו באמצעות התצהיר שהגיש לוועדת הבחירות. הוא הצהיר כי "מעולם לא קראתי לאלימות ואני נגד אלימות באשר היא כנגד כל אדם". כפי שציינה חברתי הנשיאה, כסיף הבהיר בפני ועדת הבחירות כי "מעולם לא תמכתי באלימות, תמיד הבעתי התנגדות לאלימות, אני שייך למפלגה ששוללת אלימות מאז ומתמיד [...]". ובהמשך הדברים ציין כי "שללתי, אני שולל, אשולל ומעולם לא הבעתי אפילו ברמיזה תמיכה במאבק מזוין ובמאבק אלים בכלל". ביחס להגדרת המונח "טרור" למול "מלחמת גרילה" בכל הנוגע לפגיעה בחיילים, הדגיש בא כוחו של כסיף, בדיון שהתקיים בפנינו,

כי הדברים נאמרו על רקע ויכוח אקדמי בסוגיה וכי אין ללמוד מהצגת עמדתו בעניין כי הוא מביע תמיכה בפגיעה בחיילים:

הוא אמר כי יש לו מחלוקת על המונח "טרור" גם באו"ם יש מחלוקת על מילה זו. הוא כתב את זה ומלמד את הסטודנטים שלו. המחלוקת לגבי פקודת מניעת הטרור אז היה דיון. לכן כל מה שהוא אומר מבחינה אינטלקטואלית ואקדמית שהעניין הזה של מיהו טרוריסט או לא, יש על זה דיונים [...] המונחים הללו שהוא השתמש בהם אינם זרים לביהמ"ש העליון וגם לא למשפט הבינלאומי ההומניטרי. אין מילה אחת שיש כאן קריאה [לטרור] (עמ' 9 לפרוטוקול)

גם אם לא מסכימים עם ההגדרות שכסף מאמץ, וגם אם הן מקוממות, לא ניתן לקרוא מהן בהקשר שהוצג לפנינו, לא כשלעצמן ובוודאי שלא בהינתן מכלול ההתבטאויות וההסברים, תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. מצער כי מדבריו עולה, לדעתי, נימה של זלזול בחיילי צה"ל ושוויון נפש ביחס לאזרחים רבים שאיבדו את היקר להם מכל בשם הגנה על המולדת. בנושאים כגון דא מצופה מחבר כנסת וממועמד לכהן כחבר כנסת לנהוג ברגישות, ברם ישנו פער בין כשל מסוג זה ובין קיומה של עילה למניעת השתתפות בבחירות.

לסיכום נאמר זאת: אין בסיס, לטעמי, לייחס לכסף התבטאויות שתומכות במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל או בשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שהוזכר לעיל, ישנם ארבעה תנאים הנדרשים כדי למנוע ממועמד השתתפות בבחירות לכנסת: עילת המניעות מהווה מאפיין דומיננטי; קיומן של ראיות ברורות וחד משמעיות לקיום העילה; קיומה של פעילות אקטיבית, לרבות התבטאויות, להגשמת המטרות הפסולות; ומסה קריטית של ראיות בעלות אמינות גבוהה. אין בסיס, לטעמי, לייחס לכסף התבטאויות שתומכות במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. הוא הבהיר כי הוא תמיד היה ותמיד יהיה נגד אלימות. אשר לעמדותיו בעניין סמלי המדינה וחוק השבות, הוא הצהיר כי הוא מחויב למצע מפלגתו. ביחס לשתי העילות גם יחד התשתית הראייתית דלה, ודאי אינה חד משמעית, וחסרה את דרישת הדומיננטיות או האקטיביות להשגת המטרה. במילים אחרות, עולה באופן עצמאי ומצטבר כי התשתית הראייתית נגדו אינה עונה על ארבעת המבחנים.

8. רע"ם-0-בל"ט. ההליך בעניין רשימת רע"ם-בל"ד התרכז בעניינה של מפלגת בל"ד. נטען כי בבחירות אלו הראיה המרכזית התומכת בפסילת הרשימה היא "הצעת חוק

יסוד: מדינת כל אזרחיה" שביקשה בל"ד להציע בכנסת ה-20. ההצעה הוגשה לנשיאות הכנסת, אך זו לא אישרה את הנחתה על שולחן הכנסת.

הצעת החוק הייתה כללית באופיה. למשל, "המדינה היא מדינה לכל אזרחיה, שהמשטר בה הוא משטר דמוקרטי; המשטר במדינה מושתת על ערכי כבוד האדם, חירותו והיותו שווה בין שווים". כן יש התייחסות לשפה, לסמלים ולהמנון, שיהיו ברוח האמור. נטען כי מכלל הן אתה שומע לאו, דהיינו משמעותה המעשית של הצעת חוק זו היא ביטול חוק השבות, ושינוי סמלי המדינה והמנונה כך שלא יבטאו את היותה יהודית, אלא רק את היותה דמוקרטית. מכאן שהצעה זו, על מרכיביה השונים, שוללת את קיום המדינה כמדינה יהודית. יש משקל לנקיטת צעד זה. עוצמתו רבה יותר מאשר, למשל, ראיון עיתונאי. זוהי פעילות פרלמנטרית שיכולה לשאת פרי. בא כוח הרשימה טען כי הצעת החוק הייתה מעין "גימיק", במענה לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. טענה זו, כשלעצמה, אין די בה. ההצעה מתייחסת לשלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית (ודמוקרטית), וגם אם מפלגה כזו או אחרת מתוסכלת כתוצאה מפעילות הממשלה והכנסת היא אינה פטורה מדרישת חוק היסוד. עם זאת, יש לבחון את הגשת הצעת החוק לא רק במישור המשפטי אלא גם ברובד העובדתי. ליתר דיוק, הרובד העובדתי מהווה חלק מרכזי מהבדיקה המשפטית. כאמור, יש לשקול את התנהלות המפלגה ביחס לעילות החוק על פי המבחנים המחמירים. בראייה זו, הצעת החוק, כשלעצמה, אינה עוברת את הרף הנדרש. ראשית, וכאמור, אחד מהתנאים הוא מבחן הדומיננטיות במטרות ופעילות אקטיבית. לא נטען כי תוכן הצעת החוק מופיע גם במצע של המפלגה. שנית, על הצעת החוק חתומים חברי הכנסת שכיהנו אז, שחלקם כבר אינו מועמד במסגרת הרשימה וחלק אחר מצוי במקום סמלי. כך, למשל, חברת הכנסת חנין זועבי שובצה במקום ה-118 ברשימה. ביחס למועמדים שהתייצבו בפנינו ומופיעים בראש הרשימה עולה כי הם אינם תומכים בעמדה זו. בא כוחם אף התייחס אל הצעת החוק כסוג של טעות. ושוב, יש לבחון את העניין לפי המבחנים הרלוונטיים. לא נראה שהשאיפה לבטל את ההמנון, החוק והסמלים היא דומיננטית, או שהם פועלים בצורה כזו באופן אקטיבי, ובמיוחד לגבי הדמויות שמייצגות את הרשימה עתה. להפך, עמדות אלה כיום אינן חלק מהפעילות הפרלמנטרית המתוכננת של המפלגה. לא רק חרטה אלא אי-דבקות במטרה, והתנהגות בנקודת זמן מאוד מסוימת. לו הייתה הרשימה ממשיכה בהתנהלות זו – שהרי חוק הלאום עומד בתוקפו – יתכן שהמצב היה אחר. אך אין זה המצב שלפנינו.

מעיון בחוות דעתו של חברי, השופט מינץ, עולה כי הוא אינו מצטרף לנימוקי הרוב. הוא הרחיב בנושא התנהגות המפלגה שנדונה בפסיקה בעבר, ביחס לבחירות קודמות לכנסת. כמובן, ניתן לסבור כך או אחרת בנוגע לפסקי דין שניתנו במסגרת

בחירות קודמות, אך לא נראה כרגע שיש לתת משקל רב להתנהלות שבית המשפט זה כבר קבע שאין די בה לשם מניעת השתתפות המפלגה בבחירות. לכן המיקוד הוא בחומר החדש, ולכך התייחסתי.

חברי, השופט מזוז, סבור כי את המונח "מדינה יהודית" בהקשר של חוק יסוד: הכנסת יש להבין כמתייחס לזהות המדינה במובן הלאומי. דהיינו אין הוא מתייחס בהכרח לשינוי התוכן הפנימי, כגון סמלי המדינה. לתפיסתי לא יהא זה נכון לפרש את המונח "מדינה יהודית" כמבחן של זכותו של העם היהודי לקיום לאומי בלבד, וזאת משלושה נימוקים. ראשית, המונח "יהודית" אינו עניין של גיאוגרפיה בלבד, אלא גם של הסטוריה. יש לסמלי המדינה משקל בהגדרה הבסיסית של המדינה. כך אף ביחס למדינות אחרות. שנית, גם הפסיקה אימצה גישה זו בעבר (ראו למשל עמדת הנשיא א' ברק בא"ב 50/03 ועדת בחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21-22 (2003) לפיה, "המאפיינים ה'גרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית... זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית"). שלישית, נראה שהנסיון בפועל מלמד כי ההסתייגות מהדיונים בשלילה של מדינה יהודית התמקדו בשיבה לציון, ולא בשאלות של סמלים כלליים, הסטוריים ודתיים. מכאן שלא ברור מהי הנפקות המעשית של הבחנה זו. עיקר הקושי המעשי נעוץ בהצעות לביטול חוק השבות, ולא בשינוי הסמלים לבדם. בכל מקרה נראה שהפרשנות הכוללת גם תכנים "פנימיים" למונח "יהודית" מדויקת יותר, ולכן הייתי מסתייג מההבחנה של חברי השופט מזוז. כמובן שבאומרי "פנימי" הכוונה לעניינים הבסיסיים ביותר, אך אין צורך להרחיב ולתחום במדויק.

נקודה אחרונה. לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש משקל לכך שמפלגות רע"ם ובל"ד רצות ברשימה אחת. מנגד, סבורני שככלל – מפלגה שדבקה בה עילה המונעת ממנה התמודדות בבחירות אינה יכולה לצלוח את המשוכה בדרך של חיבור למפלגה אחרת. גישה כזו עשויה להעניק פטור קל מדי למפלגה שראוי לפסלה רק מפני שהיא מתחברת למפלגה אחרת. לטעמי אף גישת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה יש לחיבור בין המפלגות משקל – גם אם הדבר אינו מקנה "פטור" – מעוררת קושי. הסיבה לכך היא שלא ברור כיצד לשקלל נתון כזה. אף יש חשש שמפלגות יתחברו כדי שאחת מהן "תנקה" את השנייה מהעילה שדבקה בה. עניין אחד הוא הכרה בחרטה, ועניין אחר הוא מתן הכשר בגין חיבור למפלגה אחרת. סבורני כי אם יש עילת פסילה, מצוות המחוקק לפסול את התמודדות הרשימה, כמובן בכפוף לצמצום הפסילה למקרים

לחריגים. לכן לא הענקתי משקל לנימוק של החיבור בין בל"ד לרע"ם בעת בחינת הדברים.

9. הזכות לבחור והזכות להיבחר הן זכויות תאומות, אך לא תאומות זהות. בפועל, הזכות "לבחור ולהיבחר" מוצגת כזכות אחת, אך למעשה יש ממד עצמאי לכל אחת מהן. זאת על אף הקשר ההדוק ביניהן, בגדרו די להזכיר כי הזכות להיבחר משפיעה על הזכות לבחור. נמחיש את המחבר והמבדיל בין שתי הזכויות ביחס לסוגיה שנדונה בהליכים אלה – תחולת סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת.

הזכות לבחור מתמקדת בזהות המחליט והזכות להיבחר בשאלה מי ראוי לייצג את העם, או שמא בענייננו – מי לא ראוי לייצגו. נראה כי הזכות לבחור שמה דגש על היחיד. קולו של כל בוחר אינו נופל מקולו של כל בוחר אחר, יהיו מעמדו, תפקידו, התנהגותו והתבטאויותיו אשר יהיו. לכן אמות המידה לזהות הזכאי לבחור הינן פורמליות. לעומת זאת, השאלה מי זכאי להיבחר אינה רק פורמלית, אלא גם ערכית. כך יש להבין את העילות המונעות השתתפות בבחירות שעניינן אינו רק תמיכה במאבק מזויין, אלא גם שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית והסטה לגזענות. תכליתה להגדיר את החברה ואת גבולותיה. תכלית הזכות לבחור היא לשמור על האחד ותכלית הזכות להיבחר לשמור על אחדות העם. שתי הזכויות יקרות ערך הן.

ש ו פ ט

על כן החלטנו, ביום 17.3.2019, ברוב דעות, כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות בעניין פסילת מועמדותו של כסיף; לקבל את הערעור בעניינה של רשימת רע"ם-בל"ד ולקבוע כי היא אינה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-21; ולקבל את הערעור בענייננו של בן ארי ולקבוע כי הוא מנוע מלהשתתף בבחירות אלה. כמו כן, החלטנו פה אחד לדחות את הערעור בכל הנוגע להחלטת ועדת הבחירות שלא לפסול את רשימת חד"ש-תע"ל; ולדחות את הערעור בעניין אי-פסילתו של בן גביר.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ט (18.7.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת