

עיסאווי פריג ואח'
על-ידי ב"כ עוה"ד אורלי ארז-לחובסקי ואח'
המרכז הרפורמי לדת ומדינה
רח' דוד המלך 13, ירושלים
טלפון: 02-6203323; פקס': 02-6256260

ועל-ידי עוה"ד אורי הברמן, עו"ד
ממשרד שרקון בן עמי אשר & נאמן קינן ושות'
בר כוכבא 23, בני ברק
טלפון: 03-5662808; פקס': 03-5662801

המערערים

נגד

1. מיכאל בן ארי
2. איתמר בן גביר
המשיבים 1-2 על-ידי ב"כ עוה"ד איתמר בן גביר ו/או יוסי דרמר
רח' הלל 5, ירושלים
טלפון: 02-6459003; פקס': 02-6459010

3. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
המשיבה 3 על-ידי עוה"ד דין לבנה
ועדת הבחירות המרכזית, משכן הכנסת, ירושלים
טלפון: 02-6496622; פקס': 02-5669855

4. היועץ המשפטי לממשלה
המשיב 4 על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-646650; פקס': 02-6467011

המשיבים

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטת כב' הנשיאה א' חיות מיום 12.3.19, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה זו מטעמו.

עמדה זו מוגשת גם על דעת פרקליט המדינה.

2. עניינו של ההליך שבכותרת בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית - לפי סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת ולפי סעיפים 63א(ד) ו-64(1א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: **חוק הבחירות**) מיום 6.3.19, לפיה "ד"ר בן ארי ועו"ד בן גביר אינם מנועים מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21", וזאת בהתאם להוראות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

3. נקדים ונציין, כי היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו בפני ועדת הבחירות המרכזית, בכתב ובעל-פה, כי אין עילה למנוע מהמשיב 2 (להלן: **בן גביר**) מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21, ואילו יש עילה למנוע מהמשיב 1 (להלן: **בן ארי**) מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21.

4. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, דין הערעור בעניינו של בן ארי להתקבל, ויש לקבוע כי הוא מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21, ואילו דין הערעור בעניינו של בן גביר להידחות, ויש לאפשר לו להתמודד בבחירות לכנסת ה-21.
5. נציין כי בבחירות לכנסת ה-16 התנהל הליך דומה של ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את מועמדותו של ברוך מרזל – א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) (להלן: **עניין טיבי**). בית המשפט הנכבד החליט ברוב דעות לאשר את השתתפותו של מר מרזל בבחירות לכנסת ה-16. נזכיר כי באותו עניין היועץ המשפטי לממשלה תמך בבקשה לפסול את מועמדותו של ברוך מרזל אך עמדתו נדחתה בדעת רוב.

על הזכות להתמודד בבחירות

6. הזכות להתמודד בבחירות לבית המחוקקים היא בין זכויות היסוד החוקתיות החשובות והמכריעות ביותר במשטר דמוקרטי. בסיסה הרעיוני הוא עקרון השוויון הפוליטי. זוהי "זכות יסוד מדינית, אשר באים בה לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית", ראו דברי כב' הנשיא מ' שמגר בפסק דינו בעב 2/84, 3/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת העשרה**, פ"ד לט(2) 225 (1985) (להלן: **פרשת ניימן הראשונה**), בעמוד 264; וכן ראו רע"א 7504/95, 7793 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ(2) 45 (1996) (להלן: **עניין יאסין**), מפי כב' הנשיא ברק, בעמ' 60-61 (2003).
- לעניין זה גם כתב כב' השופט לוי בבג"ץ 11243/02 **פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד נז(4) 145, 156 (2003), כי:

"טול מאדם או מקבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית שהם גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו".

7. הזכות להתמודד בבחירות לכנסת מעוגנת בספר החוקים הישראלי בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי ככלל, "כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים... הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת...".
8. הגבלת זכותה של רשימת מועמדים או של מועמד להיבחר לכנסת מתפרשת מעבר לגבולותיה היא, שהרי הגבלה כאמור מצרה אף את זכות הפרט לבחור, שהיא עצמה זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת. וכך נכתב ב**פרשת ניימן הראשונה**, בעמודים 263-264:

"מבחינת הבחור, יש בהגבלת הזכות להיבחר גם צמצום עקיף של חירות הביטוי, שהרי נשללת ממנו על-ידי כך היכולת להתחבר יחד עם אחרים לשם קידום השקפותיו ודעותיו, כפי שהמועמד המבוכר על-ידיו היה מציגן".

9. הגבלת זכותם של מועמדים ורשימות מועמדים להתמודד בבחירות, הפוגעת בזכויות לבחור ולהיבחר, מהווה ניסיון לתת מענה ל"פרדוקס הדמוקרטי".

עמד על כך כב' הנשיא ברק בפסק דינו **בעניין טיבי**, בקובעו כי ה"פרדוקס הדמוקרטי" משקף מתח הקיים בדמוקרטיה בין העיקרון הדמוקרטי של שוק חופשי של דעות, לפיו הזכות לכל רשימה ומפלגה, גם אם הן מבקשות לשלול את הדמוקרטיה או לפגוע בה, לבטא את דעותיהן ולהתמודד באופן שוויוני בבחירות, לבין זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה (שם, בעמ' 14).

עוד ראו לעניין זה את דבריה של כבוד הנשיאה מ' נאור בסעיף 7 לפסק דינה בא"ב 1095/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי וא"ב 1096/15 ועדת הבחירות המרכזית נ' ברוך מרזל** (פורסם באר"ש, פס"ד מיום 18.2.2015, נימוקים מיום 10.12.2015) (להלן, ולצורך הנוחות – **פרשת מרזל**).

10. מחשיבותן וממרכזיותן של הזכויות החוקתיות לבחור ולהיבחר לכנסת נובעת הזהירות הרבה, שבה יש לפעול, עת באים להגביל את הזכויות ולצמצמן.

על כן קבעה הפסיקה, כי הטלת מגבלות על רשימה או על מועמד מלהציג את מועמדותם בבחירות לכנסת תיעשה אך במקרים חמורים וקיצוניים, וכי פירוש הוראות החוק המגבילות את הזכות להיבחר ייעשה בצמצום ובדוקנות, כפי שיפורט להלן.

המסגרת הנורמטיבית

11. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שכותרתו "מניעת השתתפות בבחירות", בנוסחו כיום, קובע:

"(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת **ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרוניה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו**, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(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.

(1א) 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.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

(ג) מועמד יצהיר הצהרה לעניין סעיף זה.

(ד) פרטים לעניין הדיון בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולעניין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק" (ההדגשות הוספו, הח"מ).

12. סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, תוקן בשנת 2002. בתיקון זה הוסמכה ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד, בנוסף לסמכות שהייתה קיימת קודם לכן לפסול רשימת מועמדים.

כמו כן, נוספה לחוק היסוד עילת הפסילה הקבועה כיום בסעיף 7א(א)(3) – "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל". בנוסף, נקבע בתיקון נוסח אחיד לסעיף 7א(א)(1) בחוק היסוד ולסעיף 5(1) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992.

בנוסף, בשנת 2008 תוקן סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, פעם נוספת, בעקבות מספר ביקורים של חברי כנסת במדינות אויב ללא היתר. לסעיף 7א(א) נוסף במסגרת תיקון זה סעיף קטן (א) האמור, הקובע חזקה הניתנת לסתירה, לפיה, שהייה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים, יראו בה תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. חוק היסוד גם קובע, כי ההוראות בדבר הגבלת הזכות להיבחר בשל נסיעה למדינת אויב יחולו על נסיעה שאירעה החל ביום תחילתו של חוק היסוד (תיקון מס' 39).

13. בשנת 2017 תוקן סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת פעם נוספת (חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), ס"ח 2618 התשע"ז, בעמ' 516), כך שלרשימה של הסעיף הוסף, ביחס למועמד: "לרבות בהתבטאויותיו" כמצוטט לעיל. על פי האמור בדברי ההסבר לתיקון זה (הצעת החוק פורסמה בהצעות חוק הכנסת 675, התשע"ז, בעמ' 52):

"בהצעת החוק המתפרסמת בזה מוצע להבהיר כי בעילות כאמור למניעת השתתפות של מועמד יחיד בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק היסוד נכללות לא רק פעילות מעשית של אותו יחיד, אלא גם התבטאויות, שכן, על פי רוב, פעולות שעשויות לפגוע בעקרונות היסוד של מדינת ישראל כאמור נעשות באמצעות דיבור, ולכן גישה שמוציאה את ההתבטאויות הללו מגדרי הסעיף עלולה לרוקן במידה רבה מתוכן את העילות הקבועות בו.

יובהר כי 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."

לעניין תיקון זה, נבקש להביא מדבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בפסק דינו **בעניין מרזל**, אשר דומה שהם הדברים שהיו ברקע תיקון חקיקה זה:

"זאת ועוד – אחרת. יתכן שבמישור החוקתי ניתן להעניק לביטוי: "מעשיו של האדם" שבסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת פירוש מרחיב יותר מזה המקובל במרחב התת-חוקתי, שכן על הוראה חוקתית יש להסתכל מתוך "מבט רחב" ותכליתי (עיינו: בג"צ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נ"ב (5), 206, 210-209 (1998) והאסמכתאות הנזכרות שם). **לפיכך אין לשלול את האפשרות שבגדר התיבה: "מעשיו של האדם" יכללו, במקרים קיצוניים ובמשתמע, גם צורות שונות של ביטוי, כמו: השתתפות בהפגנה (עיינו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 671), או פעילות פוליטית מעשית ונמשכת (לרבות: הסתה, או תמיכה במאבק מזוין) – המיועדת להגשמת אחת המטרות האסורות בסעיף 7א הנ"ל (ראו הדעות השונות שהושמעו בהקשר קרוב בעניין מיעארי ועיינו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 672 וכן: אריאל בנדור, זכות המועמדות בבחירות לכנסת, משפטים יח 268, 269 (תשמ"ח)).** אולם גם אם תינקט גישה מקיפה ומכילה מעין זו – יישומה צריך להיות דווקני, זהיר ומצמצם, ועליה להיות מותנית בכך שהראיות להתקיימות הדברים הן: "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (דברי הנשיא מ' שמגר בעניין נוימן ה-II, שם בעמ' 187-188). הנה כי כן כל ספק, אם יתגלה, בהקשר זה צריך לפעול – לטובת הזכות לבחור ולהיבחר (דברי הנשיא א' ברק בעניין טיבי, שם בעמ' 43) (ההדגשות בציטוטים במסמך זה הוספו, אלא אם נאמר אחרת, הח"מ).

צילום הפרסום ברשומות של הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) (מניעת השתתפות בבחירות בשל התבטאות מועמד) מצורף ומסומן **מש/1**.

14. הפסיקה התייחסה בהרחבה לסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת. העקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה לעניין פרשנות הסעיף, העוסק בפסילת רשימות מועמדים, נגזרו מחשיבותן העליונה של הזכויות הבסיסיות לבחור ולהיבחר לקיומו של משטר דמוקרטי.

לפיכך נקבע, כי הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, תעשה רק במקרים קיצוניים, וכי עילות הפסילה יפורשו בצמצום ובאורח דוקטרי. לעניין זה, ראו: ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב(4) 177 (1988) (להלן: פרשת ניימן השנייה).

15. העיקרים המנחים לצורך הפעלת סעיף 7א(א) לעניין פסילת רשימה סוכמו על ידי כב' הנשיא שמגר בפרשת ניימן השנייה (בעמ' 196 לפסק הדין) ואומצו על ידי כב' הנשיא ברק בעניין טיבי (בסעיף 6 לפסק הדין), לעניין רשימת מועמדים, ובהתאמה גם למועמד. וכך קבע כבוד הנשיא א' ברק בעניין טיבי:

"כדי לקיים איזון עדין זה בין חלקי המשווה, נקבעו על ידי בית משפט זה במספר פסקי דין מסקנות פרשניות, אשר לאורן יש ליישם את הוראותיו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. פסיקה זו חלה על כל אחת מהעילות למניעת ההשתתפות בבחירות... בעניין זה ניתן להצביע על מספר אמות מידה פרשניות אשר נקבעו בפסיקה להפעלתו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, והמשקפות מגמה מצמצמת זו: ראשית, הפניה אל מטרותיה של רשימת מועמדים היא פניה אל "מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" (שם, שם). "הסמכות שהוענקה בסעיף 7א אינה מיועדת לדברים שהיו שוליים ואשר השלכתם על המכלול הרעיוני או הביצועי איננה משמעותית ורצינית. הכוונה לתופעות... שהן בגדר מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" (שם, עמ' 196). עניין לנו, איפוא, במטרות המהוות יעד "שליטי" (בלשונו של השופט מ' חשין בדיון בפני ועדת הבחירות לכנסת ה-16, שם, עמ' 612); שנית, מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה – ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים – נלמדות הן מהצהרות מפורשות שיש בהן היגד ישיר והן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי (שם, עמ' 188); שלישית, לא די במטרות בעלות אופי תיאורתי. יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתן" (שם, עמ' 196; ראו גם פרשת בן-שלום, בעמ' 284). חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית. לא די בפעילות ספורדית. הפעילות צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה (ראו פרשת יאסין, עמ' 66). אכן, הדמוקרטיה אינה נוקטת בפעולות כלפי מי שאינו נוקט בפעולות כלפיה. זוהי הדמוקרטיה המתגוננת, אשר אינה מונעת השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים רק בשל מטרותיה של הרשימה, אלא מתגוננת כנגד מעשים המכוונים כלפיה. לבסוף, הראיות המבססות את המטרות והמעשים המביאים לידי מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים, או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" (פרשת ניימן השנייה, עמ' 196; פרשת ניימן הראשונה, עמ' 250) "...

פסילת מועמד לבחירות לכנסת

16. סעיף 63א(א) לחוק הבחירות קובע כי "בקשה לקבוע כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, תיחתם בידי שלישי מחברי הועדה המרכזית...".

17. על-פי סעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת, קביעה כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון. סעיף 63א(ב) לחוק הבחירות מוסיף וקובע, כי היה והחליטה ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת "תודיע על כך למועמד ותעביר מיד את החלטתה ונימוקה לאישור בית המשפט העליון".

למעשה, החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסילת מועמד מהשתתפות בבחירות איננה סופית עד לקבלת אישורו של בית המשפט העליון.

18. הפעם הראשונה בה נדרש למעשה בית המשפט העליון לפסילת מועמד בבחירות לכנסת במתכונת זו הייתה **בעניין טיבי** בשנת 2002.

בפסק דינו **בעניין טיבי**, דחה בית המשפט העליון את הערעורים על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את מועמדותו של ברוך מרזל בבחירות לכנסת ה-16.

במסגרת פסק דינו **בעניין טיבי**, נדרש בית המשפט העליון לטענות בדבר פעילותו והזדהותו של המועמד ברוך מרזל עם תנועת "כך", וכאמור, בסופו של יום החליט, בדעת רוב של 7 שופטים נגד 4 שופטים, לדחות את הערעורים על אישור מועמדותו של מרזל.

באותו ענין נדרש בית המשפט העליון גם להחלטת ועדת הבחירות המרכזית על פסילת מועמדותם של ח"כ בשארה וח"כ טיבי, והחליט לאשר את השתתפותם של השניים בבחירות.

19. פעם נוספת בה נדרש בית המשפט העליון לפסילת מועמד היתה בשנת 2012, בא"ב 9255/12 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 נ' ח"כ חנין זועבי** (פסק הדין מיום 30.12.2012 והנימוקים מיום 20.8.2013) (להלן: **פרשת זועבי**). **בפרשת זועבי** עמד כב' הנשיא גרוניס על כך שבית המשפט הנכבד הוא למעשה שותף מלא להחלטה בדבר פסילת או אישור השתתפות מועמד בבחירות. בהתבסס על **עניין טיבי** קבע כב' הנשיא גרוניס כדלקמן (פסקה 15 לנימוקי פסק הדין):

"טרם ניישם את אמות המידה הללו על העניין שלפנינו, מן הראוי לעמוד על תפקידו הייחודי של בית המשפט בהליך אישור החלטת ועדת הבחירות לפסול מועמד מהשתתפות בבחירות. כאמור, סעיף 7א(ב) קובע כי החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון. להשלמת הסעיף קובע חוק הבחירות (סעיף 63א(ב)), כי היה והחליטה ועדת הבחירות המרכזית לפסול השתתפותו של מועמד בבחירות, "תודיע על כך למועמד ותעביר מיד את החלטתה ונימוקה לאישור בית המשפט העליון". מכאן, החלטת ועדת הבחירות בדבר מניעת השתתפות של מועמד בבחירות אינה סופית ואינה משתכללת, אלא אם אושרה על ידי בית המשפט העליון. במילים אחרות, בית המשפט הוא שותף מלא להחלטה. כפי שצוין בפרשת טיבי, הליך האישור המתקיים בפני בית המשפט העליון אינו אך הליך של ביקורת, הנועד לפקח על חוקיות החלטת ועדת הבחירות, אלא הוא הליך עצמאי במסגרתו לבית המשפט סמכות, שאינה תלויה בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית, לבחון אם הוא עצמו נכון לאשר את ההחלטה אם לאו (ראו, פרשת טיבי, בעמ' 31-28). חשוב לציין כי תפקידו של בית המשפט באישור החלטת ועדת הבחירות שונה בתכלית מתפקידו הקלסי בהליכים של ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל. כלל ידוע הוא כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית, וביקורתו, הנעשית בדיעבד, היא מרוסנת. הסמכות שניתנה לבית המשפט בסעיף 7א(ב) מהווה חריג לכלל האמור, ומעניקה לבית המשפט תפקיד אינטגרלי בהליך קבלת ההחלטה על אישור או פסילת מועמד מהשתתפות בבחירות (השוו בעניין זה, ע"א 10547/05 רשם הקבלנים נ' ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ, פ"סקה 30 לפסק הדין (9.9.2012))."

20. הפעם השלישית בה נדרש בית המשפט העליון לפסילת מועמדים הייתה **בפרשת מרזל**, בשנת 2015, אז נדרש להחלטת ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 על פסילתם של ח"כ חנין זועבי ושל ברוך מרזל.
- ראו בסעיפים 12-13 לפסק הדין **בפרשת מרזל**, לעניין מקומו של בית המשפט העליון בהליכים בעניין פסילת מועמד.
21. מכל פסקי הדין הללו עולה הזהירות היתרה הנדרשת בכל הנוגע לפסילתו של מועמד לבחירות.

עילת הפסילה של הסתה לגזענות

22. כב' הנשיא ברק, בפסק דינו בעניין **טיבי**, קבע כי "רשימת מועמדים אשר במטרותיה או במעשיה וכן מועמד אשר במעשיו יש "הסתה לגזענות", מנועים מלהשתתף בבחירות, ובלבד שהם מקיימים את הדרישות הכלליות - החלות לעניין כל עילות המניעה - שעמדנו עליהן".
23. ברע"א 6709/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת**, פ"ד נג(1) 351 (1999), נדונה השאלה האם יש במטרותיה או במעשיה של רשימת מולדת-גשר-צומת בבחירות לרשויות המקומיות בנצרת עילית משום הסתה לגזענות, אשר יש בה כדי למנוע את השתתפותה בבחירות אלה, בהתאם לסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965.
- לעניין זה קבע כב' הנשיא ברק, כי ההסתה לגזענות "צריכה להיות מטרה דומיננטית ומרכזית; היא צריכה להיות מוכחת בראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. ספק פועל כנגד מניעת השתתפותה של הרשימה המשותפת".
24. **בעניין טיבי** קבע כב' הנשיא ברק, כי אמנם לצורך פירוש המונח הסתה לגזענות ניתן להסתייע בהגדרה של גזענות שבסעיף 144א לחוק העונשין, כפי שנקבע על ידי כב' הנשיא שמגר **בפרשת ניימן השנייה**, אך אין זהות בין המונח "הסתה לגזענות" בחוק-יסוד: הכנסת, לבין ההגדרה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, כדלקמן:

"ראשית, חוק היסוד מצוי ברמה חוקתית על-חוקית, ותוכנו נקבע על-פי פרשנותו ולא על-פי הוראותיו של חוק רגיל; שנית, התכלית של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת שונה היא מהתכלית המונחת ביסוד האחריות הפלילית בגין הסתה לגזענות (סעיפים 144א-144ד לחוק העונשין). האחת נועדה למנוע השתתפותם של רשימה או מועמד בבחירות; האחרת נועדה להעניש יחיד על מעשה משלו".

25. בדומה לפרשנות הדיבור "מדינה דמוקרטית", קבע כב' הנשיא ברק בעניין **טיבי** כי גם לעניין מניעת השתתפות בבחירות בשל הסתה לגזענות, יש להתחשב ביסודות "הגרעיניים" או ה"מינימליים" של הסתה לגזענות. בהקשר זה מפנה כב' הנשיא ברק לדבריו של הנשיא שמגר **בפרשת ניימן השנייה**, השמים את הדגש על "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".

26. ולסיכום עילה זו, ראו את דבריה של כבוד הנשיאה נ' נאור, בסעיף 32 לפסק דינה **בעניין מרזל**:

"לעניין העילה של הסתה לגזענות: בעניין טיבי נקבע כי ניתן להסתייע בהגדרה שנקבעה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, לצורך פרשנות המונח "גזענות" הנזכרת בסעיף 7א לחוק, וזאת על אף שאין לזהות בין שתי הוראות חוק אלו, לאור מעמדן הנורמטיבי ותכליתן השונה (שם, בעמוד 25; השוו: פרשת ניימן השנייה, בעמוד 191). נקבע כי לצרכי סעיף 7א יש להתחשב ביסודות המינימאליים של הסתה לגזענות, אשר באו לידי ביטוי בדבריו של הנשיא שמגר בפרשת ניימן השנייה, לפיהם הסתה לגזענות היא "ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני" (שם, בעמוד 197).

הרף הראייתי

27. כפי שהובהר לעיל, הפסיקה מפרשת בצמצום רב את עילות הפסילה של רשימות מועמדים ושל מועמדים לכנסת, והרף הראייתי הנדרש לשם הוכחת עילת פסילה הוא גבוה ביותר.

28. בענין זה ראוי גם להזכיר את פסק דינה של כבוד הנשיאה ד' ביניש בע"ב 561/09 **בל"ד-המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18** (פורסם באר"ש, 7.3.11) (להלן: **עניין בל"ד ורע"ם-תע"ל**) אשר קבעה בין היתר כי "בנסיבות העניין, ועל רקע החשיבות שבהגנה על הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק בעומדן למול הראיות שהוגשו לוועדה, ובשים לב לעובדה כי רבים מן הדברים שיוחסו לחברי המפלגה התבססו על דיווחים עיתונאיים כפי שעלו מאתרי אינטרנט שונים, מצאנו אף הפעם כי יש ליחס משקל מכריע להצהרותיהם של חברי המפלגה" (פיסקה 19 לפסק-דינה).

29. עוד ראו בעניין זה את פסק דינו של כבוד הנשיא א' גרוניס **בעניין זועבי** אשר קבע כדלקמן:

"בכתבות שהובאו בתמיכה בבקשת הפסילה לא מצאנו כי יש יסודות חדשים או שונים במהותם או בהיקפם מאלה שהוצגו לבית המשפט בפרשת טיבי ולאחריה בפרשת בל"ד. היקף החומר הראייתי שהוצג בפרשות אלה היה גדול באופן משמעותי מהיקף החומר הראייתי שהוצג במקרה שלפנינו (אשר הורכב, כאמור, מארבע כתבות אינטרנט), ולא מצאנו שיש בו שינוי איכותי – ובוודאי לא כמותי – המצדיק סטייה מן העקרונות הברורים שנקבעו בפרשות אלה (ראו עוד, על משקלן של כתבות אינטרנט אל מול תצהירים של המועמדים, פרשת בל"ד, פיסקה 19 לפסק הדין). אכן, משבאים לבקש שלילה של אחת הזכויות הבסיסיות והיסודיות ביותר בדמוקרטיה אין מקום להסתפק בארבע כתבות אינטרנט שמשפקות, לכל היותר, הצצה למשנתו של אדם. במיוחד כך מקום שבו חבר-הכנסת המיועד מפרסם בעצמו שורה ארוכה של מאמרים, מהם ניתן היה לארוג ולחבר תצרך משמעותי ומקיף המעיד על פועלו ומטרותיו של אדם" (פיסקה 24 לפסק-דינו) (ההדגשות אינן במקור-הח"מ).

ולבסוף לעניין זה, נבקש להביא מדבריה של הנשיאה מ' נאור בפסק דינה בעניין **מרזל**:

"בחומר הראיות שהונח בפנינו אין כדי לקיים את ה"מסה" הראייתית הקריטית הנדרשת להוכחה ברורה וחד-משמעית כי בהתבטאויותיו של מרזל יש כדי לשלול את אותם עקרונות גרעיניים של המשטר הדמוקרטי, ובכלל זאת את גרעין זכויות האדם של האוכלוסייה הערבית, כפי שטענו המבקשים.

איני סבורה כי הראיות שהוצגו בפנינו מעידות באופן חד-משמעי וברור כי שלילתם של עקרונות היסוד הדמוקרטיים מהווה מטרה דומיננטית עבור מרזל, ובמיוחד כי מרזל פועל באופן קונסיסטנטי להוצאת מטרה זו אל הפועל. הראיות שהוצגו לעניין זה מבוססות ברובן על ידיעות שפורסמו באתרי אינטרנט, על קטעי עיתונות ועל פרסומים בפייסבוק. אלו ראיות אשר משקלן נמוך. (כל ההדגשות בציטוטים המובאים בתגובה זו הוספו, אלא אם כן צויין אחרת – הח"מ)

ובעיקר, נבקש להביא מדבריה של כבוד הנשיאה מ' נאור בסעיף 34 לפסק דינה בעניין מרזל, בהתייחס לעמידה ברף הראייתי של הוכחת קיומה של עילה בדבר הסתה לגזענות:

"החלטתנו שלא לאשר את פסילתו של מרזל נובעת מהעובדה שטענות מבקשי הפסילה בוססו, ברובן, על כתבות עיתונאיות ועל ידיעות מהאינטרנט אשר משקלן הראייתי נמוך. מרזל הכחיש והסביר חלק נכבד מהראיות שהוגשו בעניינו ויש לתת משקל מיוחד להצהרותיו בעניין זה (עניין טיבי, עמוד 61). הסברים אלו מטילים ספק בהיותה של הסתה לגזענות מטרה מרכזית בפעילותו של מרזל. אוסיף ואומר: המבקש לפסול מועמדות אינו יוצא ידי חובתו בישיבה מול מחשב וליקוט קטעי מידע מאתרי אינטרנט. מי שמבקש לשכנע את ועדת הבחירות ואת בית המשפט העליון כי יש לנקוט בצעד הדרסטי של פסילת מועמדות, צריך לעמוד בנטל ראייתי כבד ולהציג ראיות משכנעות שאמינותן גבוהה, כגון דברים שכתב ופרסם המועמד בעצמו וכן הקלטות, או למצער עדויות, על דברים שנאמרו על-ידי המועמד (והשוו: פרשת ניימן הראשונה, בעמוד 250). על כן, גם אם אניח שהדברים שהוצגו לנו עשויים אכן לעבור את הגבול, הקושי הוא בראיות להוכחתם. בין הראיות השונות היו גם כמה ראיות בעלות משקל רב יותר, בהן ההודעות שפורסמו בדף ה"פייסבוק" של מרזל, אשר את טענתו לפיה אין הוא אחראי לדברים המפורסמים שם קשה להלום; כמו כן, הסרטון בו הוא נצפה מאיים על צעיר ערבי, ההפגנות בהן השתתף וההקלטה בה התבטא בעניין המסתננים. עם זאת, מדובר בראיות ספורות בלבד שאינן בגדר ראיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות", המצדיקות פסילה (שם)".

טרם שנידרש לגופה של עמדת היועץ בערעור שלפנינו, ומכיוון שאנו עוסקים בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית, נבקש להקדים כמה מילים אודות היקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית, במסגרת ערעור בחירות.

היקף התערבותו של בית המשפט בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית במסגרת ערעור בחירות

30. בפסיקתו של בית המשפט הנכבד קיימות שתי גישות שונות ביחס להיקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בערעור בחירות.

הגישה האחת – ערעור בחירות הוא הליך של ביקורת שיפוטית מינהלית "רגילה"

31. הגישה האחת היא גישה לפיה תפקידו של בית המשפט הנכבד בערעור בחירות הוא לבחון את סבירות החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית כרשות שלטונית לדחות בקשה לפסילת מועמד או לאשר או לפסול רשימת מועמדים.

32. בפסק דינו של כבי הנשיא ברק בפרשת טיבי, שעסק הן באישור בחירות, בעניינם של ח"כ טיבי, ח"כ בשארה וברוך מרזל, והן בערעור בחירות, בעניינה של מפלגת בל"ד, נקבע בסעיף 24, כדלקמן:

"השוני בין תפקידו של בית המשפט העליון באישור בחירות לבין תפקידו בערעור בחירות, מתבטא היטב בהיקף סמכותו של בית המשפט העליון. אמת הדבר, בית המשפט יימנע מלתת אישור להחלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של אישור בחירות) ויבטל החלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של ערעור בחירות) אם לדעת בית המשפט העליון נפלה אי חוקיות בהחלטתה של ועדת הבחירות. השוני בין סוגי ההחלטות מתבטא במקרה שבו החלטתה של ועדת הבחירות היא במיתחם הסבירות. במצב דברים זה, על בית המשפט לדחות את ערעור הבחירות, שכן תפקידו של בית המשפט העליון בסוג פניות זה הוא לבחון את חוקיות ההחלטה של הרשות השלטונית. השאלה שבית המשפט מציג לעצמו בסוג פניות זה הינה, אם רשות שלטונית סבירה היתה רשאית לקבל ההחלטה שנתקבלה. אם התשובה היא בחיוב, ידחה בית המשפט את הערעור, גם אם הוא עצמו לא היה מקבל אותה. לא כן באשר לאישור הבחירות. בסוג הליך זה - בו בית המשפט הוא חלק מתהליך שכלול ההחלטה עצמה - על בית המשפט העליון להביע את גישתו שלו. השאלה שעליו להציג לעצמו אינה אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא סבירה, גם אם הוא לא מסכים לה; השאלה שעליו להציג לעצמו הינה אם הוא מאשר את ההחלטה שנתקבלה (ראו קלינגהופר, שם, עמ' 290)."

בפרשת מרזל – שם היה מדובר בהליך אישור בחירות בלבד ולא בהליך של ערעור בחירות – הפנתה כבי הנשיאה נאור בפסקאות 12-13 לפסק דינה לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת טיבי, מבלי לנקוט עמדה בעניין.

הגישה השניה – לבית המשפט סמכות רחבה בהליך של ערעור בחירות (ביקורת ערעורית) מעבר לביקורת שיפוטית מינהלית "רגילה"

33. הגישה השנייה קובעת, כי בערעור בחירות על החלטותיה המעין-שיפוטיות של ועדת הבחירות המרכזית סמכותו של בית המשפט רחבה, ובית המשפט ייבחן את השיקולים הנוגעים לעניין וייתן כל החלטה הראויה בעיניו כערכאת ערעור.

34. לגישה זו נפנה לדבריה של כבי השופטת (כתוארה אז) ביניש בסעיפים 4-5 לחוות דעתה בפרשת טיבי, שמציינת, כדלקמן:

4. בפסק-דינו עמד הנשיא על כך שאף הוא אינו נותן אמון בהצהרתו של מרזל, ואילו היה הוא צריך להכריע בשאלה מלכתחילה, היה פוסק כדעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות. אלא שלשיטתו, כיוון שערעור הבחירות הוא הליך של ביקורת שיפוטית, היקפה של ביקורת זו מצומצם הוא, והשאלה העומדת לבחינה אינה אם בית-המשפט מאמין למרזל ומאשר את מועמדותו, אלא "אם ההחלטה אינה חורגת ממיתחם הסבירות ואם ראויה היא" (ראו: פסקה 82 לפסק-דינו של הנשיא). על-פי מבחן זה, סבור הנשיא שאין לנו עילה להתערב בהחלטת ועדת הבחירות. כשלעצמי, ספק בעיניי אם הביקורת השיפוטית על ועדת הבחירות בערעור על החלטתה שלא לפסול מועמדות, כמוה כביקורת שיפוטית על החלטה של רשות מינהלית. היקף הביקורת השיפוטית על ועדת כנסת או על הכנסת בתפקידיה המעין-שיפוטיים מעורר שאלות סבוכות שלא כאן המקום לדון בהן. מכל מקום, באשר להיקף הביקורת השיפוטית על ועדת הבחירות נוטה אני לדעתו של הנשיא שמגר כפי שבאה לידי ביטוי בע"ב 1/88 הנ"ל (להלן – פרשת ניימן השנייה), ולפיה מוסמך בית-המשפט להחליט, על יסוד החומר שבפניו, כל החלטה שהייתה הוועדה רשאית להחליט. ובלשונו:

"...כמקובל עלינו, סמכותו של בית-משפט זה בשבתו בערעור כגון זה היא רחבה, ולאור זאת אין בהנמקה זו או אחרת כדי להוסיף או כדי לגרוע או כדי לכבול ידיו בהחלטתנו לגופה" (ע"ב 1/88 הנ"ל, בעמ' 193).

ועדת הבחירות היא אמנם, על-פי אופייה, גוף מעין-שיפוטי, אך היא גוף פוליטי מובהק הפועל מעצם טיבו על-פי שיקולים פוליטיים. נוכח הרכבה של הוועדה אך טבעי הוא ששיקוליה הם פוליטיים, ולפיכך קשה מאד לבחון את שיקוליה על-פי עילות הביקורת שאנו מפעילים לבחינת החלטות של כל גוף מינהלי או מעין-שיפוטי אחר. מטעם זה כאמור סבורה אני כי ראוי הוא שבערעור על החלטותיה המעין-שיפוטיות של הוועדה יבחן בית-המשפט את השיקולים הנוגעים לעניין וייתן כל החלטה הראויה בענינו כערכאת ערעור ולא כערכאת הביקורת השיפוטית. אולם גם לו הייתי מוכנה לצעוד בדרכו של הנשיא לעניין אמות המידה שעל-פיהן עלינו לבחון את החלטת ועדת הבחירות, הרי לפי עילות הביקורת המקובלות, הנני בדעה כי החלטת ועדת הבחירות חורגת ממיתחם הסבירות ואינה ראויה.

בעניין שלפנינו יש להביא בחשבון כי אין לוועדה כלים מקצועיים כדי לקבוע מימצאי מהימנות. החלטת רוב חברי הוועדה ליתן אמון בהצהרתו של מרזל אינה מנומקת. אמנם אין זה מדרכה של ועדת כנסת, וועדת הבחירות בכלל זה, ליתן הנמקה להחלטותיה, אך בנסיבות העניין גם לא הוצגה בפנינו כל תשתית המבהירה כיצד שוכנעו חברי הוועדה ומדוע האמינו למרזל כי הפריך את החזקה העובדתית שקמה נגדו על יסוד ראיות מוצקות שהצביעו על פעילות רבת שנים למען תורה גזענית ופסולה. כאמור, בהתחשב בכך שמכלול הראיות מצביע באופן חד-משמעי על כך שמרזל היה נאמן לדרכו הפסולה שנים רבות, היה עליו להצביע בפני הוועדה על טעם ממשי שיש בו כדי לתמוך בטענותיו הסתמיות, כאילו שינה את דרכו. משלא עשה כן, ניתן לקבוע כי החלטת הוועדה לתת אמון בהצהרתו של מרזל איננה סבירה.

5. מתקשה אני לקבל גם את ההנחה כי יש ליתן משקל רב להחלטת הוועדה בשל היותה "כנסת זוטא". החלטות של גוף פרלמנטרי שהן בגדר החלטות "כנסת זוטא" יש להן כשלעצמן, ובדרך-כלל, משקל רב, בייחוד בהליכי חקיקה ובהצהרות מדיניות. בקביעות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות שיש להכריע בהן שלא על-פי שיקולים פוליטיים, אין לוועדות אלה יתרון המצמצם את היקף הביקורת עליהן.

35. וראו גם דבריה של כב' הנשיאה ביניש בסעיף 16 לפסק דינה בעניין בל"ד ורעם-תע"ל, עת ישבה בראש מותב של תשעה שופטים שדן בערעור בחירות זה, כדלקמן:

"כאן המקום לציין כי הסוגיה שעמדה בפני ועדת הבחירות הייתה כבדה והצדיקה בחינה מעמיקה, אך לתפיסתנו, וכפי שניתן ללמוד מן הפרוטוקול, הדיון שהתקיים בוועדה לקה בכך שלא הייתה בו התמודדות ראויה עם מלוא מורכבותה של הסוגיה, לא נתקיים דיון מעמיק בראיות שהוצגו ולא נבחנו אמות המידה כפי שגובשו בפסיקתו של בית משפט זה. כן לא מצאנו כי במסגרת הדיון שנערך בוועדה נדרשו חבריה לטיעונו של בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, והדיון התנהל במתכונת של סיסמאות ללא הנחת תשתית עובדתית מספקת כמתחייב מכובד העניין. היבט זה מחליש, מטבע הדברים, ממשקלן של החלטות הפסילה נשוא הערעור שלפנינו. כמו כן, וכפי שכבר ציינו בפסיקה קודמת של בית משפט זה, הוועדה הינה גוף פוליטי על-פי הרכבה, ושיקוליה הינם פוליטיים במובהק. נתון זה משפיע - ולו פוטנציאלית - על מידת האובייקטיביות והרצינות של הדיון המתקיים במסגרתה. בנסיבות העניין שלפנינו נראה כי הפוטנציאל מומש, שכן גם כאן ניכר שלא ניתנה הדעת להנחיות ולאמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך נקיטה בצעד מרחיק הלכת של פסילת רשימות מלהתמודד בבחירות."

36. לטעמנו לפי כל אחת משתי הגישות, דין הערעור בעניינו של בן ארי להתקבל.

37. עם זאת, ככל שנדרשת הכרעה בין שתי הגישות, הרי שעמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הגישה השנייה משכנעת יותר מהגישה הראשונה.

38. ראשית, המחוקק היה יכול להחליט להותיר לבית המשפט הגבוה לצדק את ההשגה על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לדחות בקשה לפסילת מועמד או החלטה בבקשה לפסילת רשימה, ואזי היה בית המשפט הנכבד מקיים ביקורת שיפוטית מינהלית "רגילה" על הוועדה כעל כל רשות שלטונית אחרת במסגרת עתירה לבג"ץ.

39. נפנה לכך, שעל החלטת יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית בעניין קביעת "אי-קלון" ש"החלטתו תהיה סופית" (סעיף 56ב(2)(ב) לחוק הבחירות) ועל החלטתו בעניין צינון יכול המועמד עצמו להשיג לבית המשפט הנכבד רק בדרך של הגשת עתירה לבג"ץ (ראו: בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145 (2003); ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(3) 793 (2003)). הדברים דומים גם ביחס להחלטות של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית בענייני תעמולת בחירות, שגם עליהן ניתן להשיג רק בדרך של הגשת עתירה לבג"ץ.

40. לא זו אף זו, על דרך ההיקש, בבחירות לרשויות המקומיות, הדרך להשגה על החלטות מנהל הבחירות בעניין רשימת מועמדים היא אכן באמצעות הגשת עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים (ראו סעיף 42 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965); ולעומת זאת ראו והשוו ההליך המיוחד שנקבע בחוק הנ"ל להגשת בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על החלטת יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית בדבר "רשימה מנועה" בבחירות לרשויות המקומיות (סעיף 39ב לחוק הנ"ל).

41. אולם, בעניין דנן, המחוקק בחר במפורש לאפשר הליך של ערעור לבית המשפט העליון על החלטות ועדת הבחירות המרכזית לדחות בקשה לפסילת מועמד ועל החלטות בבקשה לפסילת רשימה בבחירות לכנסת. חזקה על המחוקק שאינו משחית מילותיו לריק וכי הוא יודע להבדיל היטב בין "עתירה" לבין "ערעור".

42. לא זו אף זו, לגוף הדברים, הטעמים שמנתה כב' הנשיאה ביניש בפסקי דינה לעיל מבהירים היטב מדוע ראוי שההשגה על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לא תתמצה בביקורת שיפוטית מינהלית "רגילה", אלא יהיה מדובר בביקורת ערעורית (שרחבה כמובן מזו השיפוטית). ההחלטה מתקבלת על-ידי גוף פוליטי ששוקל שיקולים פוליטיים במובהק (להבדיל, למשל, ממנהל הבחירות ברשות המקומית); ההחלטה שמתקבלת אינה מנומקת; לוועדה אין כלים לקבוע מימצאי מהימנות, וכדומה.

43. נציין לדוגמא בעניין מושא הערעור שבכותרת, כי מעבר לבעיות הטבועות "הרגילות" שקיימות בהליך המנוהל בוועדת הבחירות המרכזית שעליהן עמדה כב' הנשיאה ביניש בפרשת טיבי ובעניין בל"ד ורע"ם-תע"ל לעיל, חלק מנציגי הסיעות החרדיות בוועדת הבחירות המרכזית (ואפשר כולם) – שתמכו בסופו של יום בדחיית בקשות הפסילה של ד"ר בן ארי ועו"ד בן גביר – בחרו לצאת מאולם הוועדה בעת שבי"כ התנועה הרפורמית, שהגישה את בקשת הפסילה העיקרית, החלה לשאת את טיעוני ונימוקי הפסילה המבוקשת (ראו לעניין זה האמור בעמודים 45-46 לפרוטוקול הדיון בוועדת הבחירות ביום 19.3.16).

בנסיבות אלה, נבקש לשוב ולהפנות לדבריה של כב' הנשיאה ביניש בע"ב 561/09, שיפים גם לעניינו של הדיון בוועדת הבחירות מושא הערעור הנוכחי, כדלקמן:

"... כמו כן, וכפי שכבר ציינו בפסיקה קודמת של בית משפט זה, הוועדה הינה גוף פוליטי על-פי הרכבה, ושיקוליה הינם פוליטיים במובהק. נתון זה משפיע - ולו פוטנציאלית - על מידת האובייקטיביות והרצינות של הדיון המתקיים במסגרתה. בנסיבות העניין שלפנינו נראה כי הפוטנציאל מומש, שכן גם כאן ניכר שלא ניתנה הדעת להנחיות ולאמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך נקיטה בצעד מרחיק הלכת של פסילת רשימות מלהתמודד בבחירות."

44. עם זאת, נראה כי היקף שיקול דעתו של בית המשפט ב"ערעור בחירות" יהיה פחות במידה מסויימת מהיקף שיקול דעתו בהליך של "אישור בחירות", אך כאמור יהיה הוא גדול מהיקף שיקול דעתו בביקורת שיפוטית "רגילה".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

45. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לראות בעמדה שהגיש לוועדת הבחירות המרכזית בפ"מ 5/21, פ"מ 6/21 ופ"מ 9/21, וכן בעמדתו כפי שהוצגה על ידי נציג היועץ המשפטי לממשלה בדיון בעל-פה בפני הוועדה, כחלק מעמדתו בהליך ערעור הבחירות שבכותרת.

צילום עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפני ועדת הבחירות המרכזית בפ"מ 5/21, פ"מ 4/21 ופ"מ 6/21
צורף לערעור כנספח ה'.

נבקש להדגיש כי עמדתו הכתובה של היועץ המשפטי לממשלה הוגשה לאחר עיון בעמדת המועמדים בן גביר ובן ארי ובתצהיריהם כפי שהוגשו לוועדת הבחירות המרכזית.

מפאת חשיבות הדברים, נשוב ונציגם במפורט בעמדה זו.

טרם שנידרש לגופם של דברים, נבקש להזכיר את שעמד לעיני היועץ המשפטי לממשלה בטרם גיבש את עמדתו בבקשות אלו. לעניין זה, נבקש לחזור על דבריו של כבוד הנשיא א' גרוניס **בעניין זועבי**. וכך נקבע בפסק הדין:

"מניעת השתתפותו של מועמד בבחירות לכנסת או מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים בבחירות, נוסף ונזכיר, הם צעדים קיצוניים. על כן, התקבלה במשפטנו התפיסה לפיה ראוי שפרשנות העילות המנויות בסעיף 7א תהא צרה ומצומצמת, תוך דרישה ראייתית מחמירה, ותייחד למקרים חריגים ביותר בהם לא ניתן להתמודד בכלים הדמוקרטיים הרגילים. אכן, "מניעת השתתפותה של מפלגה בבחירות היא צעד קיצוני ביותר. הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר... כמובן, אין זו זכות מוחלטת, וככל זכות אחרת היא ניתנת להגבלה. עם זאת, ההגבלות המוטלות על זכות זו צריכות להיות מינימאליות, ועליהן להגן על אינטרסים חיוניים ביותר" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 801-800 (1995)). כפי שעמדנו בהרחבה לעיל, פרשנות מצמצמת זו עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון זה עשרות שנים, ויש לשמרה ביתר שאת שעה שעילות הפסילה עוגנו בחקיקה והותוו המבחנים ליישום סעיף 7א. פרשנות זו היא גם נגזרת של הכלים הנוספים המאפשרים לדמוקרטיה להתמודד עם כוחות המבקשים לפגוע בה מבפנים. 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. אכן, האיזון בין ההגנה על הדמוקרטיה וההגנה על יסודותיה אינו פשוט. אך בעוד שעומדת לדמוקרטיה זכותה להגן על חיותה, עומדת לה גם החובה להגן על עקרונותיה היסודיים ביותר, ועל הזכות להיבחר, שהיא אחת הזכויות הבסיסיות המכוננות את המשטר הדמוקרטי עצמו".

46. בהתאם לפסיקת בית משפט נכבד זה, פרשנות עילות סעיף 7א היא צרה ומצומצמת.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, ככל שהונחה תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית כי מטרותיו או מעשיו של המועמד כוללים אחד מן היסודות המובאים בפסקאות (1) (2) (3) לסעיף 7א לחוק היסוד, ובענייננו, הסתה לגזענות, בהתאם לסעיף 7א(א)(2); יש מקום לפסול המועמד. בהקשר זה יש לבחון אם מטרות אלו באות לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתן; אם המטרה האמורה היא בגדר יעד מרכזי ושליט של המועמד, ולא נושא טפל ושולי, אלא המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות המועמד; אם ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה; ואם הראיות להתקיימותם של כל אלה הן משכנעות, ברורות וחד משמעיות.

47. כאמור, לפני כשנתיים תוקן חוק-יסוד: הכנסת, באופן שהבהיר בצורה מפורשת שהבסיס למניעת התמודדות בבחירות בכנסת בשל מעשיו של אדם היא "לרבות בהתבטאויותיו".

התיקון האמור רלוונטי ביותר לעניין מועמדותם של בן ארי ובן גביר לכנסת ה-21, שכן ברור וגלוי כיום שהתקיימותה של עילת המניעה של "הסתה לגזענות" הקבועה בסעיף 7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת, יכולה להתבסס אך על התבטאויות של המועמד, אם כי, גם לפני התיקון לחוק היסוד מטבע הדברים ש"הסתה לגזענות" נעשית רובה ככולה באמצעות התבטאויות.

עניינו הפרטני של בן ארי

48. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, צבר הראיות שהובא בבקשה פ"מ 5/21, מלמד כי יש מקום למנוע מבן ארי להתמודד בבחירות לכנסת ה-21, ועל כן דין הערעור בעניינו להתקבל.

לעניין זה, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש כי עיקר המשקל ניתן לדברים אשר נאמרו בקולו של בן ארי, בסרטונים שונים בעת האחרונה, שחלקם אף הועלו לעמוד הפייסבוק של "עוצמה יהודית עם מיכאל בן ארי".

זאת, מן הטעם שביחס לאמירות אלו של בן ארי אין מחלוקת על עצם אמירתן, ובאשר ברי כי הן מבטאות יעד מרכזי של בן ארי, ואת האופן בו בכוונתו לממש את רעיונותיו, כפי שהוא מציגם גם במסגרת התמודדותו לכנסת.

לעניין זה, ומבלי שנתעלם מהרקע ארוך השנים שמפורט בבקשה בפ"מ 5/21, שאליו נבקש להפנות, נבקש בתגובה זו למקד את מבטינו בעיקר בהתבטאויות בן ארי בשנתיים האחרונות, כפי שאלו מובאות בבקשה בפ"מ 5/21 – שמצורפת כנסת א' לערעור – החל מסעיף 84 לבקשה, בדגש על הדברים שאמר מאז מאי 2018, המבטאים את עמדתו העדכנית ביותר. נבקש להדגיש כי המדובר בראיות אשר ברובן נאמרו בקולו של בן ארי, ואשר את הקשרן המלא ניתן לראות בסרטונים אשר קישורים להם מופיעים בבקשה.

מניתוח התבטאויות אלה, רובן ככולן, עולה כי הן מתייחסות לציבור הערבי בכללותו ולא רק לכאלה אשר היו מעורבים בפעילות טרור.

49. כך למשל, בחודש נובמבר 2017, באזכרה השנתית לרב כהנא, נשא בן ארי נאום ובו דיבר על כך ש-

"ניתן להם עוד מאה אלף דונם, עוד העדפה מתקנת, אולי הם יאהבו אותנו. בסוף כן, הם אוהבים אותנו, שחוטים..."

"הרב כהנא לימד אותנו – אין דו קיום איתם. אין דו קיום!"

בהמשך, התייחס לבדואים ש – **"צריך לטפל (בהם), אבל בארצות המוצא"**. (סעי' 86 לבקשה).

50. בחודש מאי 2018, לפני פחות משנה, נשא בן ארי נאום אשר מתייחס לציבור הערבי, ובו אמר, בין היתר (סעיף 89 לבקשה):

"הערבים בחיפה אינם שונים בשום דבר מהערבים בעזה ... במה הם שונים? שהם פה אויבים מבפנים ... הם עושים כאן מלחמה נגדנו בתוך המדינה, הדבר הזה קוראים לו, יש לזה שם, קוראים לזה "גיס חמישי"... לערבים בחיפה קוראים "גיס חמישי"... צריך לקרוא לכלב הזה בשמו, הם אויבים שלנו, הם רוצים להשמיד אותנו, יש כמובן ערבים נאמנים, אך אפשר לספור אותם באחוז ופחות מאחוז, לצערנו הרב, רובם המכריע הם שותפים מלאים לאחים שלהם בעזה... את האויב הערבי כאן צריך לומר לו אחת מהשתיים או שאתה נאמן למדינה או שתלך לסוריה... אנחנו חייבים להבין, אין דו קיום איתם, אין דו קיום, הם רוצים להשמיד אותנו, זו המטרה שלהם, זה היעד שלהם... זה הגיס החמישי כאן...".

51. בחודש יולי 2018 התייחס בן ארי לבדואים, באופן כללי וגורף, ואמר, בין היתר (סעיף 90 לבקשה):

"אתם יודעים שהבדואים מתחננים 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 לרגע. יש איזה אג'נדה אם הם ישרתו בצבא הם יהיו נאמנים לנו. לא, הם לא נאמנים לנו".

52. בחודש אוגוסט 2018 אמר בן ארי (סעיף 91 לבקשה):

"... צריך קודם כל לשנות את המשוואה שמי שרק מעז לדבר נגד יהודי, הוא לא חי. הוא לא חי! לא מגרשים אותו, לא שוללים לו אזרחות. הוא לא חי! כיתת יורים 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 לאכול, רוצה רק להתפרנס' זה לא נכון, ולצערנו הרב אנחנו נראים ככה. ערבי יש לו שאיפות לאומיות, הוא צועק אותן, הוא זועק עליהם, הוא מוכן למות עליהם".

ובסרטון שפורסם מיד לאחר מכן:

"בשעות האחרונות, בתל אביב, במרכז תל אביב מה שנקרא כיכר מלכי ישראל מגיעים האויב הכי קשה שלנו, וזה האויב הפנימי, האויב שאנחנו רוצים להתעלם ממנו, האויב שאנחנו רוצים לטמון את הראש באדמה ולא לראות אותו, זה האויב של ערביי ישראל...".

53. בחודש ספטמבר 2018, בעקבות הרצח של ארי פולד ז"ל, התבטא בן ארי, בין היתר, כך (סעיף 92):

"אתה צריך, שלמה נאמן [ראש המועצה האזורית גוש עציון, הח"מ], לבקש מכל בעלי העסקים לפטר היום את המחבל של מחר. זה באחריותך, תפסיק להעסיק את הרוצחים האלה, תפסיק להעסיק את הרוצחים. תפסיקו את הבלוף הזה שאין יהודים שמוכנים לעבוד. תשלמו, תשלמו ליהודים הם יעבדו... אתם יודעים מה, לא? אז תביאו עובדים זרים מסין, מתאילנד, שבאים לתקופה קצובה והולכים הביתה. אל תעסיקו את הרוצחים! אל תעסיקו את הרוצחים האלה! שהם גם מקבלים מאתנו כסף וגם באים לרצוח אותנו ... שאין דו קיום. תראו את הערבים! יש להם דו קיום בינם לבין עצמם? כל יום בחדשות רצח ברהט, רצח בריינה, רצח באום אל פחם, ניסיון רצח בלוד, רצח ביפו. קודם כל כשמדברים על דו קיום, הרב כהנא היה אומר תמיד, בוא נראה את הערבים עושים דו קיום בינם לבין עצמם".

54. בשלהי חודש נובמבר 2018 התייחס בן ארי לערביי העיר לוד, בפרסום של סרטון בחשבון הטוויטר שלו המלווה בכיתוב הבא, בין היתר (סעיף 95 לבקשה):
- "הכובש הערבי בלוד ממשיך להשתולל גם היום: מדינת ישראל נכבשת מבפנים, ישראל צריכה עוצמה יהודית!"**
- בסרטון נוסף שפורסם במועד סמוך, התייחס באופן ספציפי לחברי מועצת העיר לוד וכינה אותם **"האויב הערבי"**.
55. בחודש דצמבר 2018 פורסם סרטון, ובו בן ארי מתייחס באופן כוללני לערבים כאויב, **"הם בעלי אופי בוגדני ורצחני"** (סעיף 97 לבקשה).
56. בחודש פברואר 2019, כלומר בימים אלו ממש, אומר בן ארי: **"יש פה עם רצחני, אומה רצחנית..."** (סעיף 100 לבקשה).
57. ושוב בפברואר 2019 אמר בן ארי (סעיף 101 לבקשה): **"הם עושים בנו מה שהם רוצים. הם מחפשים את הצוואר שלנו, מחפשים את בנותינו. כל מי שאומר אחרת משקר. כל מי שמדבר אתכם על דו קיום מזמין את הרצח הבא"**.
58. ושוב בחודש פברואר 2019, מתייחס בן ארי לאדם ערבי שהוא **"מבן העם האויב"** (סעיף 103 לבקשה), ובהמשך אותו חודש מדבר על תוכנית לעידוד הגירת האוכלוסיה הערבית (סעיף 104 לבקשה).
59. לא זו אף זו, בסרטון המוזכר בסעיף 100 לבקשה בפ"מ 5/21 אותו העלה בן ארי לעמוד הפייסבוק שלו ביום 8.2.2019, הוא מבהיר באופן חד משמעי שאין מדובר רק בביטוי אלא בכוונת עוצמה יהודית לנצל את בחירת נציגיה לכנסת כדי לממש את המטרות הגזעניות, וכך הוא מתבטא בקולו שלו:
- "יש פה עם רצחני, אומה רצחנית. אנחנו חייבים את הנקמה והנקמה זה עוצמה יהודית... רק נקמה של עוצמה יהודית בכנסת... עם משאיות הם רוצחים אותנו יום יום, יום יום יש מעשה רצח. הם רוצים לחסל אותנו, הם מחפשים את הצוואר שלנו... 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 הפוך לשדה תעופה. להעיף אותם לארצות המוצא..."**
60. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, ציטוטים אלו מלמדים באופן מובהק, כי בן ארי מסית לליבוי יצרים שיטתי על יסוד לאומי-אתני נגד האוכלוסיה הערבית, באופן המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום.
- בן ארי קורא לשלילה אלימה של זכויות האוכלוסיה הערבית, לביזוי שיטתי ומכוון של האוכלוסיה הערבית, המאובחנת כמובן לפי יסוד לאומי-אתני, כ"אומה רצחנית", **"בעלי אופי בוגדני ורצחני"**, אנשים שמבינים **"רק כח"**, וכיו"ב. מכלול מתמשך וחמור זה, מלמד כי יש הצדקה לפסילת בן ארי, הכל על פי ההגדרות המדויקות שקבעה הפסיקה.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, ראיות אלו חמורות וקיצוניות מבחינת עוצמתן; המטרה האמורה היא בגדר יעד מרכזי ושליט של המועמד, ולא נושא טפל ושולי, אלא המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות המועמד; המועמד פועל למען מימוש מטרות אלו לשם הפיכתם מרעיון להגשמתו וההתמודדות בבחירות נועדה למימוש המטרה או להגברת המעשה.

בנסיבות אלו, וכאשר הראיות להתקיימותם של כל אלה הן משכנעות, ברורות וחד משמעיות – שכן בעיקרן הן נשמעות מפיו של בן ארי, אין מנוס מקביעה כי בן ארי אינו יכול להתמודד בבחירות לכנסת.

61. נבקש להדגיש. היועץ המשפטי לממשלה עיין בתגובתו של בן ארי לבקשה, כפי שזו הוגשה לוועדת הבחירות המרכזית. כידוע, הפסיקה ייחסה משמעות רבה להבהרות בתצהיר של המועמד, ואף נטתה ליתן להן משקל משמעותי, כאשר באים לשלול את האפשרות להתמודד בבחירות, בעיקר כאשר הראיות המובאות להצדקת הפסילה הן ראיות שאינן חד משמעיות.

עיון בתגובתו הכתובה של בן ארי מלמד כי בן ארי נמנע מלהתייחס לראיות המשמעותיות ביותר בבקשה, בדגש על התבטאויותיו הקיצוניות בשנה האחרונה, שחלקן פורט לעיל, אשר כזכור, נאמרו בקולו הוא בסרטונים אשר הועלו לעמוד פייסבוק הנושא את שמו.

כך, לדוגמה, בן ארי נמנע מלהתייחס כלל ועיקר לדבריו כפי שהובאו בסעיפים 89 ו-90 לבקשה.

המדובר בשתי ראיות שונות ונפרדות, בהן התייחס בן ארי לאוכלוסיות במדינת ישראל – ערבים (המתגוררים בחיפה) (סעיף 89 לבקשה), ובדואים (סעיף 90 לבקשה) והכליל באופן גורף וגזעני לגבי האוכלוסיה האמורה כולה.

כן נמנע בן ארי מלהתייחס לסעיפים רבים אחרים ובכללם רוב הציטוטים שצוטטו לעיל, והדבר מדבר בעד עצמו.

62. היועץ המשפטי לממשלה ער כמובן לטענת בן ארי בתגובתו, ולפיה אין הוא מדבר על כלל האוכלוסיה הערבית, כי אם רק על אלו ש"אינם נאמנים למדינה". אולם על כך, נבקש להשיב כדלקמן:

ראשית, ובכך עיקר, עיון ברוב הציטוטים שהובאו לעיל, ובאחרים שהובאו בעתירה, מלמד כי אף אם כיום בן ארי טוען שהוא התכוון רק ל"אויבים", הרי שבעת אמירת הדברים לא היה לכך כל זכר, ואין כל סיבה להניח כי לכך התכוון בן ארי בזמן אמת, או כי כך הבינה את הדברים אוכלוסיית היעד של הדברים. פירוש פשוט של הדברים מוביל למסקנה ההפוכה.

כזכור, מעבר לשומעים במקום בזמן אמת, בדרך כלל נחשף לדברים ציבור רחב יותר, אחר העלאת הדברים לעמוד הפייסבוק של עוצמה יהודית. היינו, ברי כי מדובר בהסברים בדיעבד, הסותרים את לשונם הברורה והפשוטה של הציטוטים.

שנית, נבקש להפנות לסעיף 79 לתגובה שהגישו המשיבים 1-2 לבקשת הפסילה בפ"מ 5/21. בן ארי טוען שם שבבקשה צוטטו דבריו באופן חלקי. וכך מצוטט בן ארי עצמו בתגובתו: **"יש מיליונים של ערבים. מה תעשה איתם? אז קודם כל, לא מדבר על הנאמנים ..."**

בשלב זה, יש בתגובת המשיבים שלש נקודות בציטוט. דא עקא, שהקשבה לסרטון מלמדת שלאחר מכן המשיך בן ארי ואמר: **"לא פגשתי"** וממשיך ואומר **"אולי זוהיר בהלול הוא נאמן, מסתבר שגם הוא כבר לא בהלול וגם הוא מבין שהצהרת בלפור היא לא זאת שהפכה את יומו ליום חג כמו שהרב כהנא אומר ..."**

כלומר, בן ארי אומר למעשה שלא פגש בערבי "נאמן" [למדינה, הח"מ].

יש להצר על כך, שאגב זאת שבן ארי הלך בפני ועדת הבחירות על כך שהמבקשים לא ציטטו את דבריו במדויק, בחר הוא עצמו לצטט את דבריו ציטוט חלקי, שהוא למעשה היפוכם של הדברים שאמר למעשה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, ציטוט מעין זה, בתגובה של מועמד לוועדת הבחירות במענה לבקשה לפוסלו, הוא מעשה חמור. מכל מקום, לגופו של ענין, ברי כי בן ארי עצמו, בנאומו, הבהיר לשומעיו כי אין לטעמו אף ערבי נאמן למדינה.

שלישית, בתגובה לטענת בן ארי כאילו הוא מתייחס רק לאויבים ערבים, ולא לכלל הערבים, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות לראיון עיתונאי שנערך עם בן ארי בשנת 2009. בראיון זה, באתר YNET, מספר ימים לפני הבחירות לכנסת ה-18 (בקישור הבא: <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3665336,00.html>) נכתב כך:

"לא רק אני מייצג את הרב כהנא", מדגיש בן-ארי כשהוא נשאל על מורו ורבו. **"הוא מיוצג היום על-ידי הרבה מאוד אנשים בכל מקום, בכנסת ומחוץ לה. ליברמן מתחפש לכהנא וצובר מנדטים, לימור לבנת נשמעת היום גם היא כמו כהנא, וכולם מבינים שצריך למצוא פתרונות לבעיית ערביי ישראל - נושא שפעם היה אסור לדבר עליו. האמירה 'כהנא צדק' כבר נשחקה. אתה ממש רואה איך מה שהרב כהנא זרק לאוויר לפני 24, שנה הפך היום לנושא המרכזי של מערכת הבחירות"**.

כיצד תביא לידי ביטוי בכנסת את משנתו השנויה במחלוקת?

"אסור לומר 'ערבים', אז אני אדבר על האויב הערבי". צריך לפתוח פרוזודור הומניטרי של **"הפליטים למקומות כמו טורקיה וונצואלה, שוודאי ישמחו לקבל אותם. צריך גם לגייס מכל העולם סכומי כסף גדולים, אבל במקום שהוא ילך לאיבוד על פצצות - הוא יועבר אליהם כמענק התאקלמות"**.

אתה מתכוון לכל ערביי ישראל?

"אני משער שלא כולם אויבים. לדרוזים, למשל, יש נאמנות עצומה והם לא עוינים. אבל ערבים באום אל-פאחם, שרוקדים על הגגות כשיהודים נטבחים? מה שאני מציע זה לא אכזריות או גזענות, אלא יצר קיום. זה או אנחנו או הם. אם נהיה נחמדים אליהם ונחלום על דו קיום - הם ילחמו בנו".

דומה, כי בראיון זה יש בכדי ללמד על כלל הראיות בעניינו של בן ארי. בן ארי, אשר מודע לכך כי התייחסות כוללת לאוכלוסיה הערבית עולה כדי גזענות, מעיד על עצמו למעשה שלמען הסמנטיקה הוא מתייחס "לאויב הערבי", אך ברי מדבריו כי בכל עת בה הוא מתייחס "לאויב הערבי", הוא מתייחס בפועל לכלל הערבים במדינה.

לדעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, גם בדברים אלו יש בכדי ללמד על פרושם הנכון של דברי בן ארי, אם כי, נבקש להדגיש כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דבריו של בן ארי בצבר הראיות עולים בכדי הסתה לגזענות, עת בוחנים אותם כפשוטם, **אף בלא ראיה נוספת זו.**

דבריו של בן ארי בדיון בוועדת הבחירות ביום 6.3.19

63. לאחר עיון בפרוטוקול הדיון בוועדה, לאור הדברים שנאמרו בדיון על ידי בן ארי עצמו ונציגיו בדיון, ולאור "המשקל המיוחד" שיש ליתן להצהרותיו של מועמד אשר מתבקשת פסילתו, על פי הפסיקה, נבקש להתייחס גם להתבטאויות אלו. לעמדתנו, גם בדברים שנאמרו בדיון בוועדה על-ידי בן ארי – ובעיקר בדברים שלא נאמרו על-ידו – יש כדי לחדד את המסקנה כי יש למנוע מבן ארי מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 וכי דין הערעור בעניינו להתקבל.

לעניין המשקל שיש לתת להצהרותיו של מועמד שמבקשים לאשר את פסילתו, ראו למשל: **עניין מרזל**, בפסקה 34 לפסק דינה של כבוד הנשיאה מ' נאור:

"החלטתנו שלא לאשר את פסילתו של מרזל נובעת מהעובדה שטענות מבקשי הפסילה בוססו, ברובן, על כתבות עיתונאיות ועל ידיעות מהאינטרנט אשר משקלן הראיתי נמוך. מרזל הכחיש והסביר חלק נכבד מהראיות שהוגשו בעניינו ויש לתת משקל מיוחד להצהרותיו בעניין זה (עניין טיבי, עמוד 61). הסברים אלו מטילים ספק בהיותה של הסתה לגזענות מטרה מרכזית בפעילותו של מרזל".

לעמדתנו, חוזקן של הראיות שהובאו בבקשה בפ"מ 5/21 רק מתחדד אל מול הפרשנות שמבקשים בן ארי ונציגיו לתת להתבטאויותיו, וזאת על רקע התבטאויותיו של בן ארי בדיון בוועדה, כפי שיובאו להלן.

64. כך, למשל, בטיעונו של בן ארי בפני הוועדה חזר וטען בן ארי כי אינו גזען וכי דבריו סולפו (עמ' 141-142 לפרוטוקול). כראייה לטענתו, בחר בן ארי דווקא להתייחס לאמור בסעיף 86 לבקשה בפ"מ 5/21, לגביו טען שהובא מפיו ציטוט חלקי. אלא שכאמור, בפועל, הציטוט המלא חשף אמירה של בן ארי שהיא קשה אף יותר מזו שצוטטה בפ"מ 5/21, כפי שהובאה לעיל. לטענתו "אני מדבר במפורש שמה על ערביי יהודה ושומרון ורק על הלא נאמנים. זה באופן שיטתי. אני מדבר על מי שלא נאמן למדינה, אני אומר את זה באופן קוהרנטי פעם אחר פעם..." (בעמ' 142 לפרוטוקול).

לעניין זה נדגיש שוב, כפי שהוזכר לעיל וכפי שגם ציין ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בדיון בעל-פה בפני ועדת הבחירות (ראו עמ' 97 לפרוטוקול), כי בשעה שבן ארי הלך על כך שהמבקשים בפ"מ 5/21 לא ציטטו את דבריו במדויק, בחר הוא עצמו לצטט את דבריו ציטוט חלקי, שהוא למעשה היפוכם של הדברים שאמר. המשך דבריו שלא צוטטו מעידים, **כי בן ארי עצמו, בנאומו, הבהיר לשומעיו כי אין אף ערבי נאמן למדינה.**

היינו, בסעיף 34 לתצהיר התשובה שהגיש בן ארי לוועדה ובסעיף 79 לתגובת בן ארי ובן גביר לבקשות הפסילה, מתייחס בן ארי לאמור בסעיף 86 לבקשה בפ"מ 5/21, ומעלה טענה כי דבריו הוצאו מהקשרם והציטוט הובא באופן חלקי.

וכך מצוטט בן ארי עצמו בתגובתו: **"יש מיליונים של ערבים. מה תעשה איתם? קודם כל, לא מדבר על הנאמנים ...".** בשלב זה, יש בתגובת המשיבים שלש נקודות בציטוט. דא עקא, שכאמור, צפייה בסרטון מלמדת שלאחר מכן המשיך בן ארי ואמר ביחס לערבים נאמנים, כי כאלה: **"לא פגשתי ..."**.

נוסיף, כי טענתו של בן ארי בדיון בוועדה כי התכוון בדבריו אלה רק לערביי איו"ש אינה מתיישבת עם העובדה שהוא ממשיך ומדבר ישר בהמשך הסרטון האמור על נאמנותו של זוהיר בהלול, אזרח ישראלי שכהן עד לאחרונה כחבר בכנסת ישראל; כן אין הדבר מתיישב עם כך שכדקה לפני כן הוא מתייחס בסרטון לבדואים בנגב ש"הם אוהבים אותנו שחוטים".

65. מלבד טענות אלו, בהתייחס להתבטאויותיו האחרות בסרטונים שהובאו כראיות לבקשה בפ"מ 5/21, נדמה כי בן ארי מנסה להצדיק התבטאויות אלו, לעתים בתואנה של ההקשר בו נאמרו הדברים ולעיתים בתואנה אחרת, **אך ככלל אינו חוזר בו מההתבטאויות, ודאי לא מביע כל חרטה לגביהן.**

כך למשל, בהתייחס להתבטאויותיו, מחודש ספטמבר 2018, המובאים בסעיף 92 לבקשה פ"מ 5/21, בהן קרא בין היתר **"לפטר היום את המחבל של מחר"**, ובהמשך הביע התבטאויות חמורות אחרות, כפי שפורט לעיל, בחר בן ארי להבהיר את דבריו כך (עמוד 143 לפרוטוקול):

"כשאני אומר: לפטר היום את המחבל של מחר. אני לא יודע כמה מכם יודעים, בכנסת ישראל לא מעסיקים ערבים. אתה ידעת את זה, כבוד השופט?"

66. עוד עולה מעיון בפרוטוקול הוועדה, כי גם בדיון בן ארי לא נתן ולו הסבר אחד המניח את הדעת להתבטאויותיו המכלילות את כל הציבור הערבי, החוזרות ונשנות, או כזה היכול ליישב בצורה כלשהי את טענתו האמורפית, כי אינו מדבר על כלל האוכלוסיה הערבית אלא על "האויב הערבי".

67. כך, בדיון בוועדה התייחס בן ארי להתבטאויותיו הנוגעות לערבים בחיפה מחודש מאי 2018, שהובאו בסעיף 89 לבקשה בפ"מ 5/21 ושאלף הובאו בעמדה הכתובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה והוזכרו לעיל, שם התבטא בין היתר כך: **"הערבים בחיפה אינם שונים בשום דבר מהערבים בעזה...קוראים לזה "גיס חמישי".** וכך בחר בן ארי "להבהיר" כביכול את התבטאויותיו אלו (עמוד 145 לפרוטוקול):

"אני מדבר עכשיו על אירוע בחיפה, אנחנו מדברים על סעיף 89. דיברו פה על שניים-שלושה ערבים. רבותי, בחיפה נבחרה רשימה של תומכי חיזבאללה..."

... נבחרה שם רשימה, היא לא נבחרה על ידי אחד."

ההתבטאות האמורה של בן ארי בדיון בוועדה אף מתחדדת על רקע דברים נוספים שאמר כאמור בן ארי באותו נאום מחודש מאי 2018 על ערביי העיר חיפה:

"יש כמובן ערבים נאמנים, אך אפשר לספור אותם באחוז ופחות מאחוז, לצערנו הרב, רובם המכריע הם שותפים מלאים לאחים שלהם בעזה."

בן ארי לא מצא לנכון לחזור בו בדיון בוועדה מאמירה קשה ומסיתה זו שכוונה באופן גורף ומכליל כלפי עשרות אלפי ערביי חיפה, ואף לא ניסה להסביר כיצד אמירה זאת מתיישבת עם הטענות שהציג בפני הוועדה, בהתייחס לאותו נאום ממש.

68. לא זו אף זו, בן ארי גם לא נתן בדיון בוועדה הסבר כלשהו על-דברי ההסתה הקשים והחמורים שהשמיע נגד כלל הבדואים, ולרבות החיילים הבדואים המשרתים בצה"ל, בסרטון שהעלה בחודש יולי 2018 ("... 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 לרגע. יש איזה אג'נדה אם הם ישרתו בצבא הם יהיו נאמנים לנו. לא, הם לא נאמנים לנו...").

בן ארי בוחר להתייחס רק לדבריו באותו סרטון ביחס לאיחוד משפחות של בדואים ישראלים עם תושבות איו"ש ורצועת עזה (עמוד 147 לפרוטוקול), ועצם החלטתו שלא לחזור בו גם בדיון בוועדה מדבריו לגבי הבדואים בכללותם, לרבות החיילים הבדואים המשרתים בצה"ל, מבהירה היטב כי הוא הסית נגד כלל הבדואים בכוונת מכוון.

69. יצוין כי לא נעלמה מעיני היועץ המשפטי לממשלה העובדה כי לא נמנעה מבן ארי בעבר ההתמודדות לכהונה בכנסת והוא אף כיהן בה תקופה של ארבע שנים כחבר כנסת מן המניין. יחד עם זאת, כאמור לעיל, עיקר המשקל בבחינת הסוגיה דנן ניתן לראיות ולהתבטאויותיו של בן ארי מן העת האחרונה כפי שפורט בהרחבה.

70. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש. אין המדובר בהתבטאות בודדה של בן ארי, או בהתבטאויות ספורדיות.

המדובר בהתבטאויות עקביות, לאורך תקופת זמן משמעותית ומהעת האחרונה בהן מבקש בן ארי להציג את משנתו הפוליטית ולשכנע את קהל הבוחרים לבחור בו. מדובר על התבטאויות המצויות במוקד עיסוקו של בן ארי, כפי שעולה גם מעמוד הפייסבוק הפוליטי שלו, לשם גם הועלו חלק מהסרטונים, שם הוא נראה אומר, בין היתר, את הציטוטים שצוטטו לעיל.

לכך מצטרף, כמובן, הרקע הכללי הנטען בבקשה, וצבר הראיות אשר קדם לראיות הראשונות בסדר הזמנים שהובאו בעמדה זו. יצוין בהקשר זה, כי האמירות "המזכות" לטעמו של בן ארי הנוגעות ליחסו לערבים, הינן ככלל אמירות שנאמרו לפני זמן רב, בעוד האמירות הגזעניות הרבות המדוברות בעד עצמן, נאמרו לאחרונה.

71. נוכח כל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה אשר הוצגה לוועדת הבחירות המרכזית הייתה כי אין לאפשר את מועמדותו בבחירות לכנסת של בן ארי. משהחליטה ועדת הבחירות המרכזית לאשר את מועמדותו של בן ארי, ולאחר שנבחנו היטב דבריו ודברי בא כוחו בוועדת הבחירות, עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה היא כי דינו של הערעור להתקבל.

זאת, מן הטעם שאין מדובר במקרה גבולי. מדובר במקרה המצוי עמוק בתחום המצדיק ומצריך את פסילת המועמד לפי החוק. זאת, גם לפי המבחנים המחמירים לכך שנקבעו בפסיקה.

עניינו הפרטני של בן גביר

72. באשר למועמדותו של בן גביר. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, גם לגביו, הראיות שהובאו במסגרת הבקשות הן משמעותיות ומטרידות ביותר, והדברים שנאמרו על ידי בן גביר, הנשמעים מפיו, הם קשים וצורמים ביותר. בהתבטאויותיו המפורטות בבקשה בפ"מ 5/21 התקרב בן גביר קירבה מסוכנת לקו האסור, שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת.

לעניין זה, נבקש להפנות במיוחד לדבריו של בן גביר בסעיף 141 לבקשה, באזכרה לרב כהנא, שנאמרו בחודש נובמבר 2017, שם מביע בן גביר הזדהות מלאה לחלוטין עם מלוא משנתו של הרב כהנא. ובלשונו של בן גביר:

"אנחנו אומרים את האמת...לאורו של הרב הקדוש והדברים שאף פעם אבל אף פעם לא מאבדים מהרלוונטיות. התחושה היא לפעמים שהרב כהנא היה כאן ממש עכשיו. שכל מילה ומילה היא אקטואלית, היא מחודדת, היא מכוונת למציאות שיש היום ... נביא היה בעירנו, מנהיג היה בארצנו ואנחנו ממשיכים בדרכו".

כן נפנה לפסקה 131 לבקשה, שאף בה מובאת אמירה משמעותית ביותר, עת אומר בן גביר כי בינו לבין כהנא אין הבדל, אלא אולי "בסגנון".

73. אולם, ולצד האמור לעיל, הרי שבעניינו של בן גביר, הבקשה איננה מבססת, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית, העולה כדי "מסה ראייתית קריטית" המאפשרת פסילת מועמד בבחירות לכנסת, בהתאם לאמות המידה הנוקשות שהותוו בפסיקת בית המשפט הנכבד.

כאמור, פסיקתו של בית המשפט העליון קובעת, כי "ספק פועל נגד מניעת השתתפותה של רשימה" – והדברים יפים אף לעניין מועמד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניינו של בן גביר היא, כי מדי ספק - לא יצאנו.

זאת, בשים לב למבחנים הראייתיים המחמירים שנקבעו בפסיקה לפסילת רשימת מועמדים לכנסת בעילה של הסתה לגזענות; לראיות המועטות יחסית שהובאו בעניינו מהשנים האחרונות; לאופי הראיות שהובאו בעניינו, וכן בשים לב להצהרותיו והבהרותיו של בן גביר בתגובתו לבקשה.

על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, בחינת הראיות בראי הפסיקה, מטה את הכף כנגד פסילתו של בן גביר.

בהתאם לכך, ולנוכח חשיבותה ומרכזיותה של הזכות להיבחר בשיטת המשטר הישראלית, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לפסול את בן גביר מהתמודדות לכנסת ה-21, ועל כן הערעור שלפנינו דינו להידחות ביחס אליו.

ודוק: " 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. אכן, האיזון בין ההגנה על הדמוקרטיה וההגנה על יסודותיה אינו פשוט. אך בעוד שעומדת לדמוקרטיה זכותה להגן על חיותה, עומדת לה גם החובה להגן על עקרונותיה היסודיים ביותר, ועל הזכות להיבחר, שהיא אחת הזכויות הבסיסיות המכוננות את המשטר הדמוקרטי עצמו".
[עניין זועבי, בפסקה 35 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס; ההדגשות במקור].

לסיכום

74. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, עיון בכלל דבריו של בן ארי כפי שאלו צוטטו בהרחבה מפיו, מלמד, וזאת אף אחר הסבריו, כי הוא מתייחס לאוכלוסייה הערבית כולה באופן המקיים את העילה של הסתה לגזענות הקבועה בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

אשר על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, דין הערעור בעניינו של בן ארי להתקבל, ויש למנוע את מועמדותו בבחירות לכנסת ה-21.

75. באשר לעניינו של בן גביר, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה דינו של הערעור להידחות, מכיוון שהבקשה שהוגשה בעניינו של בן גביר אינה מציגה תשתית ראייתית מספקת המאפשרת לקבלה.

היום, ו' באדר ב' התשע"ט

13 במרץ 2019


רועי שויקה, עו"ד
ממונה על ענייני בג"צים (בפועל)
בפרקליטות המדינה


ענר הלמן, עו"ד
מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

ע"ב 1866/19

תוכן עניינים נספחים

שם הנספח	נספח
צילום הפרסום ברשומות של הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) (מניעת השתתפות בבחירות בשל התבטאות מועמד)	מ/ש 1

מש/1

צילום הפרסום
ברשומות של הצעת
חוק-יסוד : הכנסת
(תיקון מס' 47) (מניעת
השתתפות בבחירות
בשל התבטאות מועמד)

הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) (מניעת השתתפות בבחירות בשל התבטאות מועמד)

תיקון סעיף 7א .1 בחוק-יסוד: הכנסת¹, בסעיף 7א(א), אחרי "במעשיו של האדם", יבוא "לרבות בהתבטאויותיו".

ד ב ר י ה ס ב ר

בהצעת החוק המתפרסמת בזה מוצע להבהיר כי בעילות כאמור למניעת השתתפות של מועמד יחיד בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק היסוד נכללות לא רק פעילות מעשית של אותו יחיד, אלא גם התבטאויות, שכן, על פי רוב, פעולות שעשויות לפגוע בעקרונות היסוד של מדינת ישראל כאמור נעשות באמצעות דיבור, ולכן גישה שמוציאה את ההתבטאויות הללו מגדרי הסעיף עלולה לרוקן במידה רבה מתוכן את העילות הקבועות בו.

יובהר כי 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.

הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר היא מהזכויות החשובות ביותר במדינה דמוקרטית, אולם זכות זו, כמו כל הזכויות החוקתיות במדינת ישראל, אינה מוחלטת. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת (להלן - חוק היסוד), קובע סייגים לזכות לבחור ולהיבחר, במטרה להגן על המדינה מפני מי שמנסה לעשות שימוש בכלים הדמוקרטיים כדי לשלול את עצם קיומה או לפגוע בעקרונות היסוד שלה. הסעיף קובע כי רשימת מועמדים, וכן מועמד יחיד, לא ישתתפו בבחירות לכנסת "אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע", כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כדי להסית לגזענות או כדי לתמוך במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

יוזמים: חברי הכנסת עודד פורר, אורלי לוי אבקסיס, חמד עמאר, רוברט אילטוב

¹ הצעת חוק מס' פ/2266/20 (מספר פנימי: 570495): הועברה לוועדה ביום א' באדר א' התשע"ו (10 בפברואר 2016).

² ס"ח התשי"ח, עמ' 69; התשע"ו, עמ' 1154.