

בבית המשפט העליון

א"ב 11280/02

א"ב 50/03

ע"ב 55/03

ע"ב 83/03

ע"ב 131/03

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט (בדימ') י' אנגלרד
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי

בעניין שבין :

המבקשת בא"ב 11280/02
ובא"ב 50/03 :
ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש- עשרה

נ ג ד

המשיב בא"ב 11280/02 : ח"כ אחמד טיבי

המשיב בא"ב 50/03 : ח"כ עזמי בשארה

המערערים בע"ב 55/03 :

1. ח"כ אופיר פינס-פז
2. ח"כ אפי אושעיה
3. ה"ה דינה אבקסיס
4. ה"ה חיים אברהם
5. עו"ד ישעיהו אתגר
6. ח"כ זהבה גלאון, סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
7. ה"ה מעמד זיאד

8. ה"ה שמעון זיו
9. ה"ה שרבל חריש
10. ה"ה רחל כהן
11. עו"ד אמנון כהן
12. ה"ה באדר נאזם
13. ה"ה יוסף סאלם
14. עו"ד אוסמה סעדי
15. ה"ה עידית שבתאי
16. עו"ד אילן שלגי
17. עו"ד אריה תוסיה-כהן

המערער בע"ב 83/03

והמשיב בע"ב 55/03 :

היועץ המשפטי לממשלה

המערער בע"ב 131/03 :

הברית הלאומית הדמוקרטית

נ ג ד

1. ברוך מרזל
 2. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה
 3. היועץ המשפטי לממשלה
- המשיבים בע"ב 55/03
ובע"ב 83/03 :

1. מפלגת העבודה הישראלית
 2. רשימת חרות התנועה הלאומית
- המשיבים בע"ב 83/03 :

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה

המשיבה בע"ב 131/03 :

א"ב 11280/02 : אישור החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה כי ח"כ אחמד טיבי מנוע מלהשתתף כמועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה

א"ב 50/03 : אישור החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה כי ח"כ עזמי בשארה מנוע מלהשתתף כמועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה

ע"ב 55/03 : ערעור בחירות על אישור מועמדותו של מר ברוך מרזל כמועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה

ע"ב 83/03 : ערעור בחירות על אישור מועמדותו של מר ברוך מרזל כמועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה

ע"ב 131/03 : ערעור על פסילת הברית הלאומית הדמוקרטית מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה

בשם המבקשת בא"ב
11280/02 ובא"ב 50/03,
בשם המשיבה מס' 2 (ועדת
הבחירות) בע"ב 55/03 ובע"ב
83/03 ובשם המשיבה מס' 1
בע"ב 131/03 :

עו"ד רמי חיימוביץ; עו"ד אהוד שיל"ית

בשם המשיב בא"ב 11280/02 : עו"ד מרואן דלאל; עו"ד חסן ג'בארין;
עו"ד אוסאמה סעדי; עו"ד עזמי עודה;
עו"ד מאהר חנא; עו"ד דב חנין

בשם המשיב בא"ב 50/03 : עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד עביר בכר;
והמערער בע"ב 131/03 : עו"ד ריאד אניס; עו"ד מרואן דלאל

בשם המערערים בע"ב 55/03 : עו"ד ישעיהו אתגר; עו"ד טל חיון

בשם המערער בע"ב 83/03 : עו"ד טליה ששון; עו"ד דקלה פלומנבאום;
והמשיב בע"ב 55/03 : עו"ד טלי מרקוס

בשם המשיב מס' 1 (ב' מרזל)
בע"ב 55/03 ובע"ב 83/03 : עו"ד יהודה רסלר; עו"ד אייל רוזן; עו"ד יפה דולב

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

ועדת הבחירות המרכזית אישרה את השתתפותו של מועמד פלוני בבחירות לכנסת וקבעה כי מועמד אלמוני מנוע מלהשתתף באותן בחירות. כן קבעה הוועדה כי רשימת מועמדים פלמונית לא תשתתף בבחירות. החלטות אלה נתקבלו על פי הוראות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. ההחלטות למניעת השתתפותו של מועמד בבחירות באו לפנינו לאישור. על ההחלטות האחרות ערערו לפנינו. מהו היקף פריסתו של סעיף 7א לחוק-היסוד? מהו היקף ההתערבות של בית המשפט העליון? מהו הדין בכל אחד מההליכים שלפנינו? – שאלות אלה הן העומדות ביסוד ההליכים שלפנינו אשר

החלטנו לדון בהם במאוחד. נפתח בקביעת המסגרת הנורמטיבית. לאחריה נדון בכל הליך בנפרד.

המסגרת הנורמטיבית הכללית

1. חוק-יסוד: הכנסת המקורי לא כלל כל הוראה באשר למניעת השתתפות בבחירות של מפלגה בשל מצעה או פעולותיה. בפרשת ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365; להלן – פרשת ירדור) נפסק ברוב דעות כי חרף שתיקתו של החוק והחוק היסוד, ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת למנוע את השתתפותה בבחירות של רשימת מועמדים אשר שוללת את עצם קיומה של המדינה. בפרשת ניימן הראשונה (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225; להלן – פרשת ניימן הראשונה) נפסק ברוב דעות, כי אין להרחיב הלכה זו לעבר מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים גזענית השוללת את אופייה הדמוקרטי של ישראל. על רקע הלכות אלה תוקן חוק-יסוד: הכנסת, והוספה לו הוראת סעיף 7א, בזו הלשון:

"רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;

(2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה;

(3) הסתה לגזענות".

על בסיס הוראה זו נשללה השתתפותה של רשימת מועמדים שנמצא כי היא נופלת לגדר סעיף 7א(2) ו-(3) לחוק-יסוד: הכנסת (ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177; להלן – פרשת ניימן השניה); ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה (לא פורסם); ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 541; להלן – מובשוביץ). לעומת זאת נדחה ערעור על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לאשר השתתפותן בבחירות של רשימות מועמדים, שלפי הטענה היה במעשיה משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-

עשרה, פ"ד מג(4) 221; להלן – פרשת בן-שלום; ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38; להלן – פרשת ארליך). לאחרונה תוקן סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בשלושה עניינים: ראשית, שלילת קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי ושלילת האופי הדמוקרטי של המדינה – שהיו שתי עילות מניעה נפרדות – אוחדו לעילת מניעה אחת; שנית, הוספה עילת מניעה נוספת, שעניינה תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל; שלישית, נקבע כי ניתן למנוע את השתתפותם בבחירות של מועמד בודד בלא למנוע את ההשתתפות בבחירות של רשימת המועמדים כולה. מניעה זו טעונה אישור בית המשפט העליון. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אשר על פיו נתקבלו ההחלטות על ידי ועדת הבחירות המרכזית שנדונות בפנינו, קובע לאמור:

”מניעת השתתפות בבחירות

א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרתיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, 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;

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

פירושה של הוראה זו – ויישומה – מונח גם ביסוד פסק דיננו זה.

2. סעיף 7א לחוק-היסוד – וכמוהו הוראות דומות בחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות – נועד לפתור דילמה קשה בה נתונה המדינה הדמוקרטית, המהווה מעין פאראדוקס דמוקרטי (ראו פרשת ניימן הראשונה, עמ' 321). דילמה זו נעוצה במתח הקיים, בתוככי הדמוקרטיה, בין שני שיקולים נוגדים. מחד גיסא, עומד השיקול כי הדמוקרטיה מבוססת על שוק חופשי של דעות, וכי כל מפלגה או רשימת מועמדים – גם זו המבקשת לשלול את הדמוקרטיה או לפגוע בה – זכאית להביע את דעתה

ולהתמודד באופן שוויוני בבחירות הקובעות את פני החברה. על פי שיקול זה שלילת השתתפותן בבחירות של רשימות אנטי-דמוקרטיות אינה עולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה עצמה. היא עומדת לכאורה בניגוד לרעיון הבסיסי של קיום "שוק פתוח" של דעות. זאת ועוד: שלילת ההשתתפות של רשימות אנטי דמוקרטיות על ידי רוב קיים מעוררת חשש של שימוש לרעה בכוח הרוב תוך דיכוי כוחו הפוליטי של המיעוט. היא גם יכולה להראות כפתרון קסם, שאינו מטפל בשורש הבעיה אלא מונע את ביטויה ובכך אף מקציץ את פעולתן של הרשימות האנטי דמוקרטיות. מאידך גיסא, עומד השיקול כי הדמוקרטיה זכאית להגן על עצמה מפני הקמים עליה. זכותה של הדמוקרטיה לשלול את ההשתתפות בהליך הדמוקרטי של רשימות השוללות את הדמוקרטיה עצמה. כדי להוכיח את חיותה אין הדמוקרטיה צריכה לאבד עצמה לדעת. זאת ועוד: מי שאינו מקבל את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ומבקש לשנותם, לא יכול לבקש להשתתף בדמוקרטיה בשם אותם הכללים. מתח זה – עליו עמדו רבים (ראו פרשת ניימן הראשונה, עמ' 321) – מונח ביסוד הפאראדוקס הדמוקרטי (ראו, Fox & Nolte, "Intolerant democracies" (in) Democratic Governance and International Law (2000) 389, וכן: י' מרזל, המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, 2002), 81-85). כיצד ניתן להתמודד עם פאראדוקס זה?

3. מדינות דמוקרטיות שונות מאמצות פתרונות שונים (ראו Franz, "Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison", 5 B. Col. Int'l & Comp. L. Rev. 51 (1982); Fox and Nolte, "Intolerant Democracies", 36 Har. Int. L. J. 1 (1995). חלקן נמנע מלקבוע בחוקה כל הסדר בעניין זה. כך הדבר בארצות-הברית, קנדה ואנגליה. חלקן קובע הוראות בחוקה המאפשרות לנקוט בסנקציות כנגד מפלגות לא דמוקרטיות (ראו בהרחבה מרזל הנ"ל, בעמ' 300-303). ידועה, בהקשר זה, הוראתה של החוקה הגרמנית – זו שלאחר מלחמת העולם השנייה, והמשקפת את הנסיון הנורא של מלחמת העולם והשוואה – לפיה (סעיף 21(2)):

"Parties which by reason of their aims or the conduct of their adherents seek to impair or do away with the free democratic basic order or threaten the existence of the Federal Republic of Germany shall be unconstitutional. The Federal Constitutional Court shall rule on the question of unconstitutionality".

בפרשו הוראה זו ציין בית המשפט החוקתי הגרמני:

“The Basic Law represents a conscious effort to achieve a synthesis between the principle of tolerance with respect to all political ideas and certain inalienable values of the political system. Article 21(2) does not contradict any basic principle of the Constitution; it expresses the conviction of the [founding fathers], based on their concrete historical experience, that the state could no longer afford to maintain an attitude of neutrality toward political parties. [The Basic Law] has in this sense created a ‘militant democracy’, a constitutional [value] decision that is binding on the Federal Constitutional Court” (BverfGE 5, 85-392).

מדינות אחרות מונעות את פעולתן של מפלגות בהקשרים מיוחדים, כגון מפלגות פאשיסטיות (איטליה), מפלגות נאציות ופשיסטיות (פולין), מפלגות שאינן מכבדות את הריבונות הלאומית והדמוקרטיה (צרפת) ומפלגות שמטרותיהן או פעולותיהן בלתי חוקיות או תומכות בטרור (ספרד). מדינות מסוימות מחייבות את המפלגות לכבד את הדמוקרטיה הפוליטית (פורטוגל) או את הערכים הדמוקרטיים הבסיסיים (צ'כיה) ואף לכבד את החוקה ואת הוראות המשפט החוקתי (הונגריה).

4. בישראל קיימת מסגרת מקיפה של דינים הקשורים בפאראדוקס הדמוקרטי. השתתפותה של מפלגה בחיים הפוליטיים – ועצם קיומה – מותנית ברישומה. זהו חידוש של הדין הישראלי, שכן מרבית המדינות הדמוקרטיות אינן מטילות דרישות מהותיות של רישום לשם ייסוד מפלגה (ראו בר, “חקיקה בנושא מפלגות במדינות דמוקרטיות”, חוק המפלגות בישראל 17 (ד' אבנון (עורך), 1993). על פי חוק המפלגות, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק המפלגות) כפי שתוקן, קיימים מספר סייגים לרישומה של מפלגה. חוק המפלגות קובע (בסעיף 5) כי:

“סייגים לרישום מפלגה

5. לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחת מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(א2) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;

(3) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות".

כאשר מפלגה מתחילה בפעולתה היא כפופה, כמובן, לעניין השתתפות רשימת מועמדים מטעמה בבחירות (כאמור בסעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת), להוראותיו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, המונחות ביסוד ההליכים שלפנינו. אם מפלגה ומועמד מטעמה עברו מבחנים אלה, הם עדיין כפופים לאפשרות של נטילת חסינות. סעיף 1א לחוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, קובע כי החסינות (המהותית) של חבר כנסת לא תחול על מעשים או התבטאויות השוללים את קיום המדינה כמדינתו של העם היהודי, את אופיה הדמוקרטי של המדינה, שיש בהם הסתה לגזענות, או תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. עם הסרת החסינות יהא ניתן, בין השאר, להביא את חבר הכנסת לדין בגין הסתה לגזענות לאלימות ולטרור (סעיפים 144א-144ד לחוק העונשין, התשל"ז-1977). כן ניתן יהיה לפעול נגד המפלגה וחבריה על פי הפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948, הקובעת עבירות הקשורות לטרור ומאפשרת הכרזה על חבר אנשים כארגון טרוריסטי. בנוסף, סיעה או חבר כנסת שיבקשו להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק, יהיו כפופים להוראת סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, הקובע סייגים לסמכותו של יושב-ראש הכנסת לאשר הצעות חוק פרטיות אם תוכנה של הצעת החוק שולל את קיום המדינה כמדינתו של העם היהודי או שהיא גזענית במהותה. לבסוף, חברותו של חבר כנסת בכנסת נפסקת אם הוא הורשע בפסק דין סופי בעבירה שבית המשפט קבע כי יש בה קלון (סעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת). המרכזי מתוך מגוון זה של "אמצעי הגנה" על הדמוקרטיה שלנו, הוא, כמובן, סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. לבחינתה של הוראה זו נעבור עתה.

5. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מבוסס על התפיסה, כי "דמוקרטיה רשאית להגן על עצמה מפני כוחות לא דמוקרטיים המבקשים לעשות שימוש בדרכים דמוקרטיות לשם שלילת הדמוקרטיה. זהו הביטוי לרעיון הדמוקרטיה המתגוננת" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 66; להלן – פרשת יאסין; ראו גם בנדור, "זכות המועמדות בבחירות לכנסת", משפטים י"ח 269 (1988)). סעיף 7א מבטא את המשוואה החוקתית שנקבעה אצלנו בין החירות שהדמוקרטיה מעניקה לכל ביטוי והפלורליזם

בהשקפות ובדעות עליו היא מבוססת לבין ההגנה על המשך קיומה כדמוקרטיה. הוא מבטא את אופייה של ישראל כדמוקרטיה מתגוננת (ראו פרשת ירדור, עמ' 390; פרשת יאסין, עמ' 71). הוא שומר על אופיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. פרשנותה של משוואה זו היא המונחת בפנינו. פרשנות זו חייבת לשמור על האיזון החוקתי העדין. יש לקיים את הזכות לבחור ולהיבחר – שהיא מאושיות המשטר הדמוקרטי – המונחת ביסוד קיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית, בלא לפגוע בקיומה כמדינה יהודית, בשלילת הגזענות ובמניעת התמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. איזון זה לא יושג אם כל אחד מחלקי המשוואה החוקתית יקבל את מלוא ההגנה. בצדק ציין הנשיא שמגר כי:

”לצד הסכנה, שהדמוקרטיה תנוצל לרעה על ידי אלה המבקשים את הכחדתה או את החלשתה, קיים גם הסיכון ההפוך, לפיו מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה יהפכו עקרונותיה לתאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות” (פרשת ניימן הראשונה, עמ' 277).

אכן, האיזון החוקתי העדין יושג רק אם כל אחד מחלקי המשוואה ירכז עצמו למצבים הקיצוניים. אכן, אין להגן על קיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית באופן שישלול את קיומה כמדינה יהודית, כמדינה המתגוננת כנגד ההסתה הגזענית והמאבק המזוין שנכפה עליה. באותה מידה, אין להגן על קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כמדינה המתגוננת כנגד הסתה גזענית והנאבקה כנגד הקמים עליה באופן שישלול את קיומה כמדינה דמוקרטית.

6. כדי לקיים איזון עדין זה בין חלקי המשוואה, 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. ביסוד פסיקה זו מונחת התפישה כי ”מניעת השתתפותה של מפלגה בבחירות היא צעד קיצוני. 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, 800; להלן – פרשת ולנר). על כן, יש ליישם את הוראותיו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ”תוך אימוץ גישה, המביאה בחשבון את המשקל הרב המיוחס בהתאם

לתפיסותינו לחירויות היסוד" (הנשיא שמגר בפרשת ניימן השניה, עמ' 187). 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 "שליט" (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 להגשמתו" (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 השניה, עמ' 196; פרשת ניימן הראשונה, עמ' 250). על רקע כללי זה, נפנה לכל אחת מהעילות שיש בהן כדי למנוע השתתפותה של רשימת מועמדים או את השתתפותו של מועמד בבחירות לכנסת.

"שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

7. העילה הראשונה המאפשרת למנוע השתתפותם בבחירות לכנסת של רשימת מועמדים או מועמד היא אם יש במטרותיה או במעשיה (של הרשימה) או במעשיו (של המועמד) משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ניסוחה של עילה זו עבר גלגולים שונים עד שהגיע למצבה הקיים (להתפתחות זו, ראו א'

רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 537 (כרך א', מהדורה חמישית, 1996)). הדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מופיע, בין היתר, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, המובן שיש ליתן לדיבור זה בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, שונה הוא מהמובן שיש ליתן לדיבור זה בשני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם. הטעם לכך מקורו בתכלית השונה המונחת ביסוד דיבור זה. כפי שנראה, לדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, יש ליתן פירוש מצמצם, שכן הוא נועד לצמצם את זכות היסוד לבחור ולהיבחר. לעומת זאת, לדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש ליתן פירוש מרחיב, שכן הוא נועד להגן על כבוד האדם וחירותו. עם זאת, ניתן, כמובן, ללמוד מהאחד על השני. תפיסה פרשנית המשותפת לכל ההוראות היא זו הרואה בדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שתשרור סינתזה והתאמה. על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכל כדי לקיים סינתזה זו. ביטוי חריף למגמה זו נתן הנשיא שמגר בפרשת ניימן השניה, בציינו:

"אין ממש בטענה בדבר סתירה, כביכול, בין פסקאותיו השונות של סעיף 7א: קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופיה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי. העיקר הגדול המבוטא בפסקה (1) אינו שולל את זה שבפסקה (2), ושניהם יכולים להתקיים זה לצד זה בהרמוניה מלאה" (שם, עמ' 189).

וברוח דומה ציין השופט ד' לוי בפרשת בן-שלום:

"המדינה הוקמה, כאמור, כמדינת העם היהודי, ... מדינה זו אמורה להיות, ונדרשת להיות, מדינה דמוקרטית... שני דברים אלה אינם עומדים בסתירה כלל ועיקר" (שם, עמ' 231).

אך טבעי הוא, כי אם לכל אחד ממרכיבים אלה תינתן פריסה רחבה ומקיפה, יגברו שטחי החיכוך והמריבה בין שני המרכיבים. מכאן התפיסה, כי יש להתמקד אך ביסודות ה"גרעיניים" והמינימליים של מרכיבים אלה (ראו פסקה 11 להלן).

8. האם ניתן למנוע את השתתפותם בבחירות של רשימה או מועמד אשר לא הוכח כי קיימת הסתברות (ממשית, סבירה או קרובה לוודאי) כי בכוחם להביא לידי כך שהעילות הקבועות בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת תתגשמה הלכה למעשה? האין להתחשב לא רק בשאלה אם רשימת מועמדים או מועמד הם רציניים בהגשמת כוונותיהם, אלא גם בשאלה אם קיימת אפשרות רצינית שכוונותיהם יוגשמו? שאלות אלה אינן חדשות עמנו. הן התעוררו עוד בפרשת ניימן הראשונה, תוך ששניים מהשופטים (הנשיא שמגר והשופט ברק) נתנו להן תשובה חיובית. בפרשת ניימן השניה התעוררה השאלה מחדש. הנשיא שמגר ציין 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 מימושו. בכך שינה המחוקק את המצב המשפטי עובר לחקיקת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9)" (שם, עמ' 187). בגישה דומה נקט השופט ש' לוי בפרשת בן-שלום, והשופטת דורנר בפרשת יאסין.

9. קיימים מספר שיקולים התומכים באימוצו של מבחן הסתברותי (ראו רובינשטיין, שם, עמ' 555): ראשית, מבחנים המתמקדים אך ברשימת המועמדים ובמועמד הבודד ובהם בלבד, בלא כל קשר לאפקט שיש לכל אלה על החברה, עשויים להביא לפסילתן של רשימות קטנות, אשר מטעמים שונים (כגון דת או תפיסה חברתית) שוללות את המשטר הדמוקרטי. מדוע למנוע מהן השתתפות בבחירות, אם ברור לכל, כי אין בכוחן להביא להגשמת מצען? שנית, אמת מידה הסתברותית היא בעלת גמישות רבה, המאפשרת התאמת התוצאה למצבים המשתנים (ראו רובינשטיין, שם, עמ' 558). אכן, אמת המידה ההסתברותית רואה לנגד עיניה את התמונה החברתית כולה, על היבטיה השונים. היא מתחשבת באמצעים השונים, שניתן לנקוט בהם כדי להקטין את הסיכון לדמוקרטיה בלא לשלול את זכות הבחירה. "אין לנקוט אמצעי דראסטי של שלילת זכות ההשתתפות בבחירות אלא אם כן האמצעים החילופיים אין בהם כדי להקטין במידה מספקת את הסיכון" (פרשת ניימן הראשונה, עמ' 316); לנקודת מוצא זו חשיבות מיוחדת שעה שנלקחים בחשבון המחסומים השונים הקיימים בדמוקרטיה הישראלית לעניין פתרון הפראדוקס הדמוקרטי. ההתמודדות בבחירות לכנסת אינה המחסום הראשון (שכן קודם לה רישום המפלגה) וגם לא המחסום האחרון (שכן חברי הכנסת הנבחרים כפופים למגבלות שונות לעניין חסינותם, והמשך כהונתם בכנסת אם הורשעו בדין בעבירה שיש עימה קלון). על כן, הנקיטה באמת מידה הסתברותית משקפת את השלבים השונים בפעילות הפוליטית. היא עולה בקנה אחד עם הצורך במבחן גמיש המתאים עצמו לנקודת הזמן והפעילות הקונקרטית העומדת למבחן.

שלישית, גם מי שאינו גורס מבחן הסתברותי, מוצא עצמו, בסופו של יום, עם מבחן הסתברותי חלקי (ראו בנדור, שם, עמ' 287), או עם אמות מידה המובילות למבחן זה. כך, למשל, ציין הנשיא שמגר בפרשת ניימן השנייה, כי ניתן למנוע השתתפות של רשימה בבחירות "נוכח פניו של סיכון ממשי" (שם, עמ' 187). דומה שמתן תוכן לגישה זו עשוי להוביל – ולו בדלת האחורית – למבחן הסתברותי, שאם לא כן כיצד ניתן יהא לקבוע את ממשותו של הסיכון? רביעית, שימוש במבחן הסתברותי שולל בסופו של יום מניעת השתתפות בבחירות של רשימה או מועמד שיש בהם אמנם פוטנציאל של חוסר דמוקרטיה, אך לא פוטנציאל חזק וודאי דיו בכדי להצדיק את שלילת ההשתתפות. בכך ניתן ביטוי לזהירות הרבה שיש לנקוט באמצעי של פסילת מועמדות בבחירות. מוטב ככל האפשר כי שוק הדעות החופשי יבחר בין הדעות מאשר מניעה מראש שלהן. מוטב כי לחצים לא דמוקרטיים ימצאו ביטוי במסגרת הלגיטימית של הדמוקרטיה ולא מחוצה לה. אכן, על הדמוקרטיה להגן על עצמה, אולם גם התמודדות זו צריכה להיות דמוקרטית תוך איזון בין השיקולים השונים. השימוש במבחן הסתברותי מגשים את דרך הפעולה הדמוקרטית נגד אויבי הדמוקרטיה.

10. העלינו מחשבות באשר למבחן ההסתברותי. מבקשים אנו להעצר בשלב זה, תוך שאנו משאירים את השאלה בצריך עיון. ממילא לא נכריע במהותו של המבחן ההסתברותי. אנו עושים כן, שכן ההכרעה בעניינים שלפנינו אינה מחייבת אימוצו של מבחן הסתברותי, וניתן להגיע אל התוצאה אליה הגענו גם בלעדיו.

"שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית"

11. רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית. אופי זה מרכזי הוא לקיומה, ומהווה הוא – כדברי השופט מ' חשין בפני ועדת הבחירות המרכזית – "אקסיומה" של המדינה. יש לראות בה "עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו" (פרשת יאסין, עמ' 63). שלילתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מונעת השתתפות רשימת מועמדים או מועמד בבחירות לכנסת. המאפיינים את מהותה של ישראל כמדינה יהודית הם רבים ומגוונים. רק המאפיינים ה"גרעיניים" או "המינימליים" נלקחים בחשבון לעניין מניעת ההשתתפות בבחירות. ציינו בפרשת יאסין כי "האיום על האופי היהודי או הדמוקרטי צריך להיות מרכזי ובסיסי. הוא צריך לפגוע בגרעין המאפיין את המדינה כיהודית או דמוקרטית. הוא צריך להשפיע על הדברים שהם במעלה הראשונה בקביעת אופי זה"

(פרשת יאסין, עמ' 66). בפרשת בן-שלום ציין השופט ש' לויז כי יש להתמקד ב"הגדרת מינימום" (שם, עמ' 248).

12. מהם, איפוא, המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281; להלן - פרשת קעדאן). במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית. רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות אם ביטולם או שלילתם של מאפיינים אלה היא מרכזית ודומיננטית בשאיפותיהם ופעולותיהם; והם פועלים נמרצות להגשמת שאיפות אלה; וניתן להוכיח כל זאת בראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות.

13. האם רשימת מועמדים או מועמד אשר בין מטרותיה הדומיננטיות מצויה זו הרואה במדינת ישראל את "מדינת כל אזרחיה", שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ועל כן מנועה מלהשתתף בבחירות? אין להשיב על שאלה זו בלא להבין את הדיבור "מדינת כל אזרחיה". אם כל מה שנדרש על פי מטרה זו הוא שיוויון בין אזרחי ישראל, כי אז אין במטרה זו כל פגיעה במדינת ישראל כמדינה יהודית. שאלה זו התעוררה בפרשת איזקסון לעניין הטענה כי אין לרשום מפלגה אשר אחת ממטרותיה הינה כי ישראל תהא "מדינת כל אזרחיה", שכן יש במטרה זו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (סעיף 5(1) לחוק המפלגות). הטענה נדחתה. השופט מ' חשין פסק כי אין לקבוע כי מי שאומר שמדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה", שולל, מניה וביה, את קיומה של המדינה כמדינה יהודית. בפסק הדין נקבע:

"הקביעה כי מדינת ישראל היא 'מדינת כל אזרחיה' אין בה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה בלבד? הרי עקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שיוויון האזרחים בינם לבין עצמם" (רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 548).

ברוח דומה ציינו בפרשה אחרת כי "אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בה כדי להצדיק... הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של

המדינה... מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל" (ראו פרשת קעדאן, עמ' 280). ציינו באותה פרשה כי "לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שיוויון בין הדתות והלאומים" (שם, עמ' 281). הוספתי, כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משיוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים" (שם, עמ' 289). מכאן, שאם המטרה של היות ישראל "מדינת כל אזרחיה" מכוונת אך להבטחת השיוויון בין האזרחים בתוך הבית פנימה, תוך הכרה בזכויותיו של המיעוט החי בתוכנו, אין בכך כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. אם, לעומת זאת, המטרה של היות ישראל "מדינת כל אזרחיה" מכוונת ליותר מכך, והיא מבקשת לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה ובכך לשלול את אופיה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, כי אז יש בכך כדי לפגוע במאפיינים הגרעיניים והמינימליים המאפיינים את מדינת ישראל כמדינה יהודית.

"שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה... דמוקרטית"

14. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, מאפשר מניעת השתתפותה של רשימה או של מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה ובמעשיה (של הרשימה) ובמעשיו (של המועמד) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כמו בפרשנותו של הדיבור "מדינה יהודית", כך גם בפרשנותו של הדיבור "מדינה... דמוקרטית", יש להתרכז במאפיינים ה"גרעיניים" וה"מינימליים" (ראו פרשת יאסין, עמ' 66; ראו גם דברי הנשיא שמגר בפרשת ולנר עמ' 782). יש לשים הדגש על מה שבית המשפט האירופאי לזכויות האדם מכנה "הבסיסיים שבעקרונות הדמוקרטיים" (fundamental democratic principles) (ראו Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, 31.7.2001, פסקה 47; להלן - פרשת רפה). מאפיינים אלה מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושיוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית (ראו פסק דינו של בית המשפט החוקתי הגרמני בפרשת המפלגה הנאצית, BverfGe2, 175; ראו גם גביוון, "מדינה יהודית ודמוקרטית", מדינה יהודית ודמוקרטית 169, 175 (א' רוזן-צבי (עורך) 1996)). על פי גישה "גרעינית" זו רשימת מועמדים השוללת את

זכות הבחירה על פי מבחן אתני-לאומי, פוגעת בגרעינה של הדמוקרטיה, המבוססת על שיוויון בזכות לבחור ולהיבחר. בצדק ציין הנשיא שמגר כי –

“שלילת זכויות כאמור היא פגיעה ברורה וחד-משמעית
בנפשה של הדמוקרטיה, המושתתת על שיוויון זכויות
מדיניות בין אזרחי המדינה, ללא הבדל גזע, דת, לאום
או מין” (פרשת ניימן השניה, עמ' 197).

בדומה, רשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי אותו היא מבקשת להפיל בכוח הזרוע. דמוקרטיה מבוססת על דיאלוג לא על כוח; על שכנוע ולא על אלימות. מי שאינו מוכן לקיים בעצמו את “כללי המשחק” הדמוקרטיים לא יישמע בטענתו כי האחרים חייבים לפעול על פי כללים אלה כלפיו. דמוקרטיה מניחה שינוי. הטוען לשינויים במבנה המשטר ואף בשינוי החוקה עצמה רשאי להשתתף בדיאלוג הדמוקרטי, ובלבד שהוא נוקט באמצעים חוקיים כדי להגשים את מטרתו ומטרה זו עולה בקנה אחד עם המאפיינים הגרעיניים של הדמוקרטיה. עמד על כך בית המשפט האירופאי לזכויות האדם באומרו:

“[A] a political party may campaign for a change in the law or the legal and constitutional basis of the State on two conditions: (1) the means used to that end must in every respect be legal and democratic; (2) the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite recourse to violence, or propose a policy which does not comply with one or more of the rules of democracy or is aimed at the destruction of democracy and infringement of the rights and freedoms afforded under democracy cannot lay claim to the protection of the Convention against penalties imposed for those reasons”.

(פרשת רפה, פסקה 47).

הסתה לגזענות

15. רשימת מועמדים אשר במטרותיה או במעשיה – והן מועמד אשר במעשיו – יש “הסתה לגזענות” מנועים מלהשתתף בבחירות, ובלבד שהם מקיימים את הדרישות הכלליות – החלות לעניין כל עילות המניעה – עליהן עמדנו (ראה פסקה 6

לעיל). חוק-יסוד: הכנסת אינו מגדיר "הסתה לגזענות". מהי, והיקף פריסתו של דיבור זה יבואו מפרשנותו הוא. ניתן להסתייע בעניין זה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, המגדיר "גזענות" לצרכי האחריות הפלילית (סעיף 144א לחוק העונשין) (ראו פרשת ניימן השניה, עמ' 191). עם זאת, אין לזהות בין השניים, וזאת משני טעמים: 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-144 לחוק העונשין). האחת נועדה למנוע השתתפותם של רשימה או מועמד בבחירות. האחרת נועדה להעניש יחיד על מעשה משלו (ראו ט' איינהורן, הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת 65 (1993)).

16. האיסור על הגזענות מעוגן באמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, 1966, אשר ישראל היא צד לה. סעיף 1 לאמנה מגדיר "גזענות" באופן הבא:

"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה, המיוסדת על נימוקי גזע, צבע, ייחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתן או תוצאתן יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש על בסיס שווה של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

נראה לנו כי לצרכי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, הגדרה זו היא רחבה מדי. כמו לעניין מניעת ההשתתפות בבחירות בשל שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כך גם לעניין מניעת ההשתתפות בבחירות בשל הסתה לגזענות, יש להתחשב ביסודות ה"גרעיניים" או "המינימליים" של ההסתה לגזענות. בהקשר זה ניתן להביא את דבריו של הנשיא שמגר בפרשת ניימן השניה 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" (שם, עמ' 197). אין לנו צורך להרחיב בסוגיה זו, שכן העניינים שלפנינו אינם מחייבים הגדרה מדויקת יותר לדיבור "הסתה לגזענות". מטעם זה גם לא נרחיב הדיון בשאלה האם יש לדרוש – כדי למנוע את השתתפותה של רשימת מועמדים או השתתפותו של מועמד בבחירות – כי יקויים

בהסתה לגזענות מבחן הסתברותי (ראו גם איינהורן, שם, עמ' 99). נשאר עניין זה בצריך עיון.

תמיכה במאבק מזוין

17. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת במקורו לא כלל תמיכה במאבק מזוין כעילה למניעת השתתפות בבחירות. עילה זו הוספה לאחרונה (י"א בסיון התשס"ב – 22.5.2002). בדברי ההסבר להצעת החוק (של חבר הכנסת ישראל כץ) בעניין זה נאמר:

“העילות הקיימות היום אינן עוסקות במפורש בתמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. כשם שנפסלות רשימות השוללות ערכים בסיסיים של קיום המדינה, כך אין מקום להשלים עם כהונה בבית הנבחרים של המדינה של מי שתומך במאבק מזוין נגדה” (ה"ח 3048, התשס"ב, עמ' 120).

אכן, הדמוקרטיה רשאית למנוע ממי שתומך במאבק מזוין נגדה מלהשתתף בבחירות. גם מי שסבור כי יש לצמצם את העילות למניעת השתתפות בבחירות מסכים כי הדמוקרטיה רשאית למנוע את השתתפותן של רשימות מועמדים, אשר נוקטות באלימות או תומכות באלימות כמכשיר לשינוי פני המשטר. כך, למשל, בהחלטה שנתקבלה בדצמבר 1999 החליטה ה-Venice Commission for Democracy Through Law – המהווה אחד הגופים המחקריים החשובים הפועלים במועצת אירופה - לאמור:

“Prohibition or enforced dissolution of political parties may only be justified in the case of parties which advocate the use of violence or use violence as a political means to overthrow the democratic constitutional order, thereby undermining the rights and freedoms guaranteed by the constitution”.

בהקשר זה בא אופייה של הדמוקרטיה המתגוננת לידי ביטוייה המלא. הדמוקרטיה רשאית – בלא שתאבד על ידי כך את אופייה כדמוקרטיה – להתגונן כנגד מי שנאבק בה במאבק מזוין. דבר אחד הוא לשאוף לשנות הסדרים חברתיים באמצעות הכלים

הלגיטימיים אשר הדמוקרטיה מעמידה לרשותה של רשימת מועמדים. דבר אחר הוא לשאוף לשינוי הסדרים באמצעות תמיכה במאבק מזוין כנגד המדינה. פעילות זו חורגת מהמסגרת הדמוקרטית, והדמוקרטיה רשאית להתגונן בפניה.

18. ברור לכל כי ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים – או מועמד בודד – אשר מהווים, הם עצמם, חלק מארגון המנהל מאבק מזוין נגד המדינה. כן ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים – או המועמד הבודד – אשר אינם נוטלים, הם עצמם, חלק פעיל במאבק מזוין, אך הם תומכים במאבק זה. תמיכה זו יכולה להיות חומרית, וכמוה כנטילת חלק במאבק עצמו. תמיכה זו יכולה להיות פוליטית. זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה כנגד תמיכה פוליטית זו. תמיכה פוליטית זו יכולה ללבוש צורות שונות, אשר מעניקות לגיטימציה למאבק המזוין נגד המדינה (ראו סעיף 9(ד) של החוק על המפלגות הפוליטיות שנתקבל בספרד ביום 27.6.2002). כמובן, הדרישות הכלליות עליהן עמדנו (בפסקה 6 לעיל) החלות לגבי כל עילה למניעת השתתפות בבחירות, צריכות לחול גם לעניין העילה של תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. על כן צריך שתמיכה (חומרית או פוליטית) מהווה מאפיין דומיננטי או מרכזי של המפלגה או הרשימה, וכי היא פועלת באופן חוזר ונישנה – ולא אך ספורדי – להגשמתו. כמו כן יש להצביע על ראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות המלמדות על מטרה זו של רשימת המועמדים או המועמד. אשר לדרישתו של מבחן הסתברותי בהקשר זה – נשאר התשובה בצריך עיון.

19. בחינת לשונה של הוראת סעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת מלמדת כי מניעת ההשתתפות בבחירות אפשרית רק אם התמיכה היא במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור. תמיכה אחרת אינה נכללת במסגרתו של סעיף זה, אם כי היא עשויה להוות מרכיב של העילה בעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בעניין זה ציין השופט מ' חשין בוועדת הבחירות לאמור:

”הכנסת צמצמה את המסגרת של הפסילה. זה לא סתם אם אתה תומך בטרור, אלא צריך להיות ארגון טרור, במאבק מזוין של ארגון טרור. כמובן שאם אתה תומך בחמאס או בג'יהאד האיסלאמי אז פשיטא שזה כמובן ארגון טרור שיש לו מאבק מזוין וכאילו תמכת במאבק מזוין. אבל סתם מעשי טרור, סתם תשבחות או תמיכה במעשי טרור אינם נכנסים במסגרת הזאת של פסילה” (ישיבה מס' 363 מיום 31.12.2002, עמ' 602).

חוק-יסוד: הכנסת אינו מגדיר "מדינת אויב" מיהי ו"ארגון טרור" מהו. על אלה נלמד מתוך פירושו של חוק היסוד על פי תכליתו. ניתן להעזר, בעניין זה – עזרה, ולא למעלה מזאת – מההגדרות של ביטויים אלה בחקיקה הרגילה.

היקף המעורבות השיפוטית

20. הביקורת השיפוטית על החלטותיה של ועדת הבחירות על פי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אינה עשויה מעור אחד. סוג הביקורת השיפוטית, וממילא גם היקפה, משתנה על פי סוג ההחלטה אשר ועדת הבחירות מקבלת. בהקשר שלפנינו יש להבחין בין שני סוגים של החלטות ושני סוגים של ביקורת שיפוטית. נעמוד על כל סוג בנפרד.

21. הסוג הראשון עניינו החלטה של ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות בשל אחד הטעמים הקבועים בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת. החלטה זו טעונה אישור בית המשפט העליון (להלן – אישור בחירות). הוראה בעניין זה מצויה בסעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת:

"החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון".

להגשמתה של הוראה זו נקבע בסעיף 63א לחוק הבחירות כי:

"(ב) החליטה הוועדה המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, תודיע על כך למועמד ותעביר מיד את החלטתה ונימוקה לאישור בית המשפט העליון.

(ג) אישר בית המשפט העליון את ההחלטה, תמחק הוועדה המרכזית את שמו של המועמד מרשימת המועמדים".

על פי הוראות אלה, ההחלטה בדבר מניעת השתתפותו של מועמד מלהשתתף בבחירות אינה סופית כל עוד לא בא עליה אישורו של בית המשפט העליון. אישור זה הינו, איפוא, חלק מתהליך קבלת ההחלטה. תהליך זה בנוי משני שלבים – שלב החלטת ועדת הבחירות כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות ושלב אישור ההחלטה על ידי בית

המשפט העליון – אשר רק בהתמלא שניהם יהא מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות. המעבר מהשלב הראשון לשלב השני אינו מותנה בפניה של המועמד, אלא הוא נערך בלא פניה כזו, כחלק מתהליך קבלת ההחלטה.

22. הסוג השני עניינו החלטה של ועדת הבחירות (לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת) כי רשימת מועמדים רשאית להשתתף בבחירות או מנועה מכך, על החלטה זו ניתן לערער לבית המשפט העליון (להלן – ערעור בחירות). על הסירוב לאשר הרשימה, רשאית לערער הרשימה עצמה (סעיף 64א) לחוק הבחירות). על אישור השתתפותה של הרשימה בבחירות רשאים לערער היועץ המשפטי לממשלה או יושב-ראש הוועדה או לפחות רבע מחברי הוועדה (סעיף 64א1) לחוק הבחירות). לסוג זה של החלטות שייכת גם החלטה של ועדת הבחירות הדוחה בקשה למנוע השתתפותו של מועמד בבחירות. על החלטה זו ניתן לערער לבית המשפט העליון (סעיפים 63א3 ו-64א1) לחוק הבחירות).

23. בשני סוגי הפניות – אישור בחירות וערעור בחירות – הגוף המחליט הוא בית המשפט העליון. עם זאת, קיים שוני מהותי בהיקף סמכותו של בית המשפט העליון בדונו בפניות אלה. השוני העיקרי הוא בין סמכותו של בית המשפט העליון באישור בחירות מזה לבין סמכותו בערעור בחירות מזה. כפי שראינו, באישור בחירות, בית המשפט העליון הוא שותף הכרחי בגיבוש ההחלטה על אי השתתפותו של מועמד בבחירות. החלטה זו אינה משתכללת כל עוד לא בא אישורו של בית המשפט העליון להחלטתה של ועדת הבחירות, כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות. ההחלטה כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות היא, איפוא, "פונקציה מורכבת". היא מורכבת משתי החלטות משנה, על ידי שתי רשויות שונות, אשר רק בהתאמתן זו לזו משתכללת ההחלטה השלמה (השוו קלינגהופר, "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון", משפטים יא 286, 287 (1981)). לא כן בערעור בחירות, בו ההחלטה משתכללת ומגיעה לכדי שלמות עם החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית. בית המשפט העליון אינו חלק מתהליך השתכללות ההחלטה. תפקידו הוא ביקורתי, והוא נועד לפקח על חוקיות החלטתה של ועדת הבחירות. אכן, באישור בחירות בית המשפט מבצע פונקציה מיוחדת במינה. אין הוא פועל אך כגוף מבקר, הבוחן את חוקיות החלטתו של הגוף המבוקר. הוא פועל כמי שמתתף בעצם גיבושה ושכלולה של החלטה שתחילתה בוועדת הבחירות ושהאישור לה צריך להינתן על ידי בית המשפט העליון. שוני זה בין אישור בחירות מזה לבין ערעור בחירות מזה אינו מקרי. הכנסת נתנה דעתה לעניין זה ועסקה בו רבות בעת דיוני הוועדה (ראו דיוני ועדת החוקה חוק ומשפט מיום ה-22.10.2001 ומיום ה-

30.4.2002). נתן לכך ביטוי יושב-ראש הוועדה, ח"כ אופיר פינס-פז, בהציגו את התיקון בחוק-יסוד: הכנסת בקריאה שנייה. ואלה דבריו:

"הוספנו את הסעיף החשוב ביותר. אם ועדת הבחירות המרכזית בכל זאת מחליטה לפסול, אזי הפסילה חייבת לקבל אישור של בית המשפט העליון. כך אנחנו יכולים להיות בטוחים שההכרעה לא תהיה הכרעה פוליטית, חברי הכנסת, אלא ההכרעה תהיה הכרעה משפטית מובהקת, חד משמעית. בית המשפט העליון, לא כערכאת ערעור, אלא בהחלטה, יצטרך לקבל החלטה. אני חושב שיצרנו כאן מנגנון נכון מאוד, מאוזן מאוד, אחראי מאוד, שיתן תוצאה נכונה" (השיבה השלוש-מאות-וחמש של הכנסת החמש-עשרה, מ-ד' בסיון התשס"ב (15 במאי 2002)).

24. 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 כאשר 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). עמדתי על כך בפרשת יאסין, שם נדונה הוראת סעיף 6(ד) לחוק המפלגות, הקובעת – כמו בעניין שלפנינו – שאם רשם המפלגות סירב לרשום מפלגה, עליו להעביר "את דבר הסירוב לאישור בית המשפט העליון". בהסבירי הוראה זו כתבתי:

"על פי הוראה זו, בית המשפט העליון הוא חלק מתהליך קבלת ההחלטה. אין הוא יושב כערכאה מבקרת גרידא. השאלה אשר בית המשפט העליון צריך לשאול

עצמו אינה אם רשם מפלגות סביר היה רשאי לקבל
ההחלטה. השאלה אשר בית המשפט שואל הינה אם
לדעתו, בהתחשב במכלול הנסיבות, היה מקום לסרב את
הרישום " (שם, עמ' 69).

ודוק: שופטי בית המשפט העליון אינם רשאים לשקול – שעה שהם בוחנים אם לאשר
את החלטתה של ועדת הבחירות כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות אם לאו –
שיקולים אישיים או פוליטיים. עליהם לשקול אך שיקולים משפטיים; עליהם לפעול
אך במסגרת האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הנוגדים העומדים להכרעה. עם
זאת, במסגרת איזון זה, אל-להם להסתפק בכך שהאיזון שוועדת הבחירות עשתה הוא
איזון סביר. עליהם לקבוע – שעה שהם מאשרים את החלטתה של ועדת הבחירות – כי
איזון זה הוא ראוי. אכן, עניין לנו בזכות היסוד של אדם לבחור ולהיבחר. אין שוללים
זכות יסוד זו – כך מורה לנו סעיף 7(ב) לחוק-יסוד: הכנסת – אלא אם באה עליה
החלטה שיפוטית כי ההחלטה הפוגעת בזכות היסוד אינה רק במיתחם הסבירות, אלא
היא גם ההחלטה שיש לקבלה בנסיבות העניין. יפים לענייננו דבריו הבאים של פרופ'
קלינגהופר באשר לאישורו של נשיא בית המשפט המחוזי לצו מינהלי שהוצא על ידי
שר הביטחון. כותב פרופ' קלינגהופר:

"מן הדין לפרש כך את המושג 'אישור' גם בענייננו אנו,
כאשר הברירה לאשר או לא לאשר יש בה כדי להעניק
לפרט ביטחון שהמינהל לא יוכל לשלול ממנו, לפי
שיקול דעתו הבלעדי, אף אם השימוש בו היה חוקי, את
חירותו האישית בלי שתיתן למעשהו גושפנקא של
שיקול דעת מאת הרשות השופטת, דהיינו, בלי שזו
תהיה רשאית להתערב בשיקולי המינהל על ידי החלפתם
בשיקוליה היא" (עמ' 516).

דברים אלה צוטטו בהסכמה על ידי השופט מ' בייסקי בעמ"מ 2/86 פלוני נ' שר
הביטחון, פ"ד מא(2) 508, 516). על פי גישה זו נוהג בית המשפט העליון מאז פרשת
פלוני (ראו פרשת יאסין, עמ' 69; בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ שפי
ואח', פ"ד נב(5) 337, 343-347; דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721,
738; בג"ץ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח' (טרם
פורסם), פסקה 26 לפסק דיני). הוא הדין בענייננו. באישור בחירות בית המשפט
העליון הוא אורגן של הפונקציה המורכבת המשכללת החלטה למנוע ממועמד
מלהשתתף בבחירות. בהפעלת שיקול דעתו אין עליו להסתפק בבחינת השאלה אם

האורגן האחר פעל כדין. עליו להוסיף ולשאול אם הוא מאשר החלטה זו, כלומר, שהיא מקיימת את שלדעתו היא ההחלטה הסבירה בתוך מיתחם הסבירות.

סיכום ביניים

25. עמדנו על המסגרת הנורמטיבית שבגדרה נבחנת השאלה מתי ניתן למנוע מרשימת מועמדים או מועמד מלהשתתף בבחירות. כן עמדנו על היקף המעורבות השיפוטית בכל הנוגע להחלטות ועדת הבחירות המרכזית בעניין זה. משנתחנו את מסגרת המשפט מזה ואת היקף סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט מזה, עלינו לעבור עתה לבחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה שלפנינו. למשימה זו נפנה עתה.

החלטת ועדת הבחירות למנוע מח"כ עזמי בשארה מלהשתתף בבחירות (אישור בחירות

(50/03)

א. ההליך

26. הברית הלאומית המתקדמת (להלן – בל"ד) הוקמה ב-1995. היא השתתפה בבחירות לכנסת הארבע-עשרה (עם רשימת חד"ש). כמו כן היא השתתפה בבחירות לכנסת החמש-עשרה (יחד עם סיעתו של ח"כ א' טיבי). בראשה עומד ח"כ עזמי בשארה. לקראת הבחירות לכנסת החמש-עשרה הגיש אזרח (ארליך) בקשה לוועדת הבחירות לפסול את בל"ד מלהשתתף בבחירות, שכן לטענתו היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (הוראת סעיף 7א(1) לחוק-יסוד: הכנסת, כפי ניסוחה אז). ועדת הבחירות דחתה הבקשה. ערעור בחירות לבית המשפט העליון נדחה (ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38).

27. לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה הוגשו בקשות של ח"כ י' כץ, ח"כ א' ליברמן, ח"כ ב' אלון, ח"כ צ' הנדל ו-י' שטרן ורשימת האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו – מולדת – תקומה, למנוע את מועמדותו של ח"כ בשארה בבחירות. לבקשות צורף חומר ראיות. היועץ המשפטי לממשלה תמך בבקשות האמורות, ואף הגיש חומר ראיות. ועדת הבחירות שמעה את טענות המבקשים ואת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, וח"כ בשארה השיב לטענות. ועדת הבחירות שמעה את דעתו של יושב-ראש הוועדה, השופט מ' חשין. בהצבעה הוחלט, ברוב דעות – וכנגד דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות – כי ח"כ בשארה מנוע מלהשתתף בבחירות. ההחלטה הועברה

לאישורנו. נפתח בטענות שהועלו בוועדת הבחירות ובפנינו למניעת השתתפותו של ח"כ בשארה בבחירות. נעבור לניתוח תשובתו של ח"כ בשארה לטענות אלה. על רקע שני אלה נעמוד על גישתנו שלנו, לפיה אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות.

ב. הטענות כנגד מועמדותו של ח"כ בשארה בבחירות

28. הבקשות למניעת השתתפותו של ח"כ בשארה בבחירות התבססו על שתי טענות: האחת, כי נתקיימה בח"כ בשארה המניעה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינה מניעת מועמדותו של אדם בבחירות, שכן יש במעשיו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית; השניה, כי התקיימה בו העילה הקבועה בסעיף 7א(א)(3), שעניינה מניעת מועמדותו של אדם בבחירות, שכן יש במעשיו תמיכה במאבק מזויין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. נפנה תחילה לטענות שעניינן שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

29. על שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית נלמד מדברים גלויים שאמר וכתב ח"כ בשארה, וכן מדיווח על דברים שאמר בכנסים סגורים של המפלגה. ממקורות אלה עולה כי על פי גישתו של ח"כ בשארה אין ליהודים זכות להגדרה עצמית ("הארץ" מיום 29.5.98). בל"ד "פועלת לביטול האופי היהודי של מדינת ישראל המגדירה עצמה כמדינה יהודית ולא כמדינה ערבית-יהודית" (מזכר של בל"ד מנובמבר 1999). מטרתו הסופית של ח"כ בשארה הינה מדינה פלסטינית מהנהר לים ולא מדינה יהודית כמו היום, אלא מדינת כל אזרחיה. כיום הדרישה הינה שיוויון אך זאת רק דרישה לבינתיים, ורוצים להגיע למצב שהיהודים יבקשו שיוויון מאחר והם זרים ואנחנו בעלי הארץ (דיווח מיולי 2001 על דברי מזכיר בל"ד). מכאן, למשל, הגישה שיש להכיר בזכות השיבה של הערבים לישראל. בל"ד מציגה עצמה כהמשך לתנועת אל-ארד. מטרתה הסופית סילוק הציונים (דברים בכנס פעילים ביוני 2001). על פי גישתו של בשארה "מדינת כל אזרחיה אינה 'מדינת יהודים' או 'המדינה היהודית'" (הצהרה מנובמבר 1999). ח"כ בשארה רואה במאבק למען השיוויון כמאבק נגד הציונות. במניפסט של המפלגה (מנובמבר 1999) נכתב:

"פרוייקט השיוויון המלא במדינת כל אזרחיה איננו דרישה כי אם מצפן המכוון את המאבק לשיוויון בכיוון מנוגד לציונות. מכיוון זה גוזרת התנועה הלאומית דרישות רבות המתרגמות את שאיפותיהם של האזרחים לשיוויון הזדמנויות... איננו תמימים לחשוב כי מדינת ישראל תהפוך למדינת כל אזרחיה כל עוד היא תישאר

ציונית" (עמ' 65-66 למניפסט מפלגת בל"ד (נובמבר 1999)).

מכאן הצעות החוק שהגיש לביטול חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953, חוק קרן היסוד, התשט"ז-1956, וחוק מעמדה של ההסתדרות הציונית העולמית של הסוכנות היהודית לארץ ישראל, התשי"ג-1953, התש"ס-1999. אכן, המטרה של ח"כ בשארה היא לשנות את אופיה של ישראל ממדינה יהודית למדינה יהודית-ערבית ("מהי בל"ד, איך צמחה ולמה" (נובמבר 1999)). לפי תפישתו רק ליהודים ששהו באדמות פלסטיין לפני 1948 הזכות להישאר במדינה (כנס סגור של בכירי המפלגה מאוגוסט 2001). לדעתו, "לא ניתן לפתור את בעיית הפליטים על ידי הכרה בזכות השיבה, אלא אם ישתנה האופי הציוני של ישראל" (בטאון בל"ד מדצמבר 2000).

30. מדברים אלה – כך נטען לפנינו – עולה תמונה ברורה בדבר מטרותיו של ח"כ בשארה. ביסודה עומד הרצון לשנות את אופייה היהודי של מדינת ישראל, ולהקים במקומה מדינה פלסטינית מהירדן לים. למדינה זו תוכר זכות השיבה רק לאותם יהודים שהיו כאן טרם הקמת המדינה. תכנית זו היא רב-שלבית. הדרישה לשיוויון ("מדינת כל אזרחיה") היא שלב ביניים. השלב הסופי הוא סילוק הציונים מארצם, הפיכת היהודים למיעוט, והכרה בזכות השיבה המלאה של הפלסטינים לישראל כולה. היועץ המשפטי – על ידי באת כוחו, עו"ד ט' ששון - טען בפני כי פרוגרמה זו של ח"כ בשארה לא פורסמה ברבים. ההופעות הפומביות שלו הן פייסניות במקצת, ומטילות עירפול על כוונותיו. לעומת זאת, במסגרות סגורות נאמרים הדברים האמיתיים. באת כוח היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד ט' ששון, טענה לפנינו כי גם בהתעלם מחומר הראיות הלא גלוי, די בהתבטאויותיו של ח"כ בשארה ובדברים שפירסם בגלוי כדי לבסס את עילת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזאת לאור המחויבות של ח"כ בשארה לעקרון השיוויון, שתוביל לביטול המחויבות של מדינת ישראל לערכי היסוד היהודיים ולהעדפתם על אחרים.

31. העילה השניה למניעת השתתפותו של ח"כ בשארה בבחירות הינה הטענה כי יש במעשיו תמיכה במאבק מזויין. עילה זו מבוססת, על פי הטענה, על דברים שאמר או כתב ח"כ בשארה, ושיש בהם תמיכה במאבק מזויין של ארגוני טרור. במרכז הראיות בתחום זה עומדים שני נאומים: הראשון הוא כנס באום-אל-פאחם (ביוני 2000) (להלן – נאום אום-אל-פאחם) שנערך כשבועיים לאחר נסיגת צה"ל מלבנון. ח"כ בשארה ציין בנאום כי "זכותו של חיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל". הוא הוסיף כי

”לבנון החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה וניצחון – מטרות ברורות ורצון עז לנצח, והכנת האמצעים הנחוצים להשגת מטרה זו”. הנאום השני הושמע בסוריה (ביוני 2001) בטקס יום הזכרון לציון שנה למותו של נשיא סוריה חאפז אל-אסד (להלן – נאום סוריה). בטקס זה השתתפו ראשים של ארגוני טרור. בנאומו אמר ח”כ בשארה כי –

”לא עוד ניתן להמשיך מבלי להרחיב את המרווח בין אפשרות המלחמה הכוללת ובין העובדה שהכניעה הינה בלתי אפשרית. מה שמאפיין את ממשלת שרון הוא שלאחר ניצחון ‘המוקאומה’ (ההתנגדות) הלבנונית אשר הפיקה תועלת מהמרווח הזה שאותו הרחיבה סוריה בהתמדה, בין קבלת התנאים הישראליים הקרויים בשם שלום כולל בר-קיימא, לבין האופציה הצבאית. המרווח הזה הועיל לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי ההתנגדות הלבנונית. אולם לאחר ניצחון ההתנגדות לאחר ג’נבה וכן לאחר כשלון ‘קמפ דייוויד’ באה ממשלה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית ההתנגדות, אלא על ידי הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו להיאבק ולהתנגד. כמו כן, לא ניתן להרחיב מרווח זה אלא באמצעות עמדה מדינית ערבית מאוחדת ואפקטיבית בזירה הבינלאומית ואמנם הגיעה השעה לכך” (ציטוט מתוך תמליל הנאום כפי שהוגש על ידי היועץ המשפטי לממשלה לוועדת הבחירות (ראיה מס’ 6)).

בשל הדברים שנישאו בשני נאומים אלה הועמד ח”כ בשארה לדין פלילי בגין תמיכה בארגון טרוריסטי. משפטו תלוי ועומד. בנוסף לשתי התבטאויות אלה, מצויים בחומר שהוגש לוועדה – בעיקר בחומר שנאסף על ידי שירות הביטחון הכללי ושאומת בתצהיר של מומחה מטעמו (“נדב”) - דברים נוספים שאמר ח”כ בשארה, בהם אמר, בין השאר, במפגש (ב-9/00) עם הנהגת ארגון הטרור חמאס בחברון, כי הוא רואה עצמו לוחם במאבק נגד ישראל כמו שאר הנוכחים בחדר. הוא הדגיש (בנאום שפורסם בעיתון ב-5/01) כי הפסקת האינתיפאדה פירושה כניעה ולכך לא תסכים שום הנהגה פלסטינית. לעניין האינתיפאדה הוא הוסיף (בנאום מ-3/02) וציין כי זו הפעם הראשונה בהיסטוריה של העם הפלסטיני שבה החלופה של ההתנגדות היא החלופה הראשונה והאחרונה. הוא בירך (בנאום אחר אותו יום) את העמידה האיתנה של בני עמו, את האינתיפאדה המפוארת שלהם, ואת מוכנותם להמשיך במאבק עד לטאטוא הכובש. בכל הנוגע לחיזבאללה הוא חזר וציין כי תמיכתו בחיזבאללה הינה חלק מהקו

הפוליטי-מדיני המוצהר שלו, התומך בכל גוף שיילחם בכיבוש (כנס בל"ד בנצרת ב-6/00). הוא הדגיש כי נצחוננו של החיזבאללה מוכיח כי ניתן לנצח את מדינת ישראל וכי המאבק הצבאי משתלם (כנס בנצרת ב-6/00).

32. נטען כי תמיכה בחיזבאללה, בחזית העממית, בחמאס ובארגוני טרור פלסטינים אחרים היא חלק מרכזי מהקו הפוליטי של ח"כ בשארה. זוהי תמיכה במאבק מזויין של ארגוני טרור אלה. בעיקר משתמע דבר זה מנאום סוריה, בו חלק דברי שבח לפעילויות ההתנגדות של חיזבאללה והביע אהדה למעשיהם ולניצחונם. "ההתנגדות של חיזבאללה היא בפעולות טרור נגד ישראל". גם בנאום אום-אל-פאחם יש תמיכה גלויה במאבק המזויין של חיזבאללה בישראל, וטמונה בהם קריאה לנקוט בדרך הטרור כנגד ישראל.

33. מחומר הראיות כולו – הן לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית והן לעניין תמיכה במאבק המזויין של ארגוני טרור – עולה, לדעת הטוענים כך, כי לח"כ בשארה משנה סדורה, שעיקרה שינוי אופייה היהודי של מדינת ישראל, תוך הקמת מדינת פלסטין מהירדן לים תחתיה. כאמצעי להשגת מטרה זו יש להילחם נגד ישראל, תוך תמיכה בארגוני הטרור במלחמתם נגד ישראל.

ג. תשובתו של ח"כ בשארה

34. בדברי תשובתו בפני הוועדה, בכתב ובעל-פה, הציג ח"כ בשארה את משנתו הפוליטית. לטענתו, זו מבוססת על גישה דמוקרטית-ליברלית. על פי תפישתו על מדינת ישראל להגשים את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי – זכות לאומית מודרנית ולא זכות תנכ"ית או שבטית – וזאת בלא לפגוע בזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי. הוא מכיר בקיומה ובלגיטימיות של מדינת ישראל. באחד מהראיונות שנתן (לעיתון "הארץ" (ביום 19.6.98)) הוא אמר:

"אני אזרח ישראלי. אני גם מכיר בלגיטימיות של מדינת ישראל מכוח זכות ההגדרה העצמית של הקולקטיב היהודי-ישראלי שהתגבש בה... אני קורא לפשרה היסטורית הכוללת גם את מימוש הזכות הזו, אך גם את מימוש זכויותיו של העם הפלסטיני ומימוש זכויותיהם של הפליטים הפלסטינים" (מכתב לחברי הכנסת (מיום 20.6.2001)).

על פי גישתו של ח"כ בשארה ישראל צריכה להיות מדינת כל אזרחיה, תוך ביטול האפליה נגד האזרחים הערביים, ותוך הכרה בערבים כמיעוט לאומי. ח"כ בשארה שולל את הקמתה של מדינה אחת מהים לנהר, בה יהיו היהודים מיעוט. "רק הוזים ודמיוניים יכולים להעלות אפשרות זו" (סיכום טענות בפני ועדת הבחירות, עמ' 14). לטענתו הוא נאבק נגד אפשרות זו כל ימיו. "יש רוב יהודי שצריך לחיות איתו במדינה משלו" (דברים בפני ועדת הבחירות, פרוטוקול 241). ח"כ בשארה שולל הגישה כי יש לסלק את הציונים, וכי רק מי שנולד בישראל לפני 1948 רשאי להישאר בה. הוא מעולם לא אמר זאת. הוא מכיר בקיומה של סתירה – עליה צריך לדבר ולהתווכח – בין אופייה היהודי של מדינת ישראל לבין אופייה הדמוקרטי. במסגרת המחוייבות לרעיון "מדינת כל אזרחיה" מסביר ח"כ בשארה כי "מדינת כל אזרחיה איננה מדינת היהודים או המדינה היהודית" (עמ' 73 למניפסט המפלגה). מדינה זו היא מדינה בה המיעוט הערבי מגשים את זכויותיו הקולקטיביות באופן שווה להגשמת זכויותיו הקולקטיביות של הרוב היהודי. המטרה היא להשוות בין זכויות אלה ולפעול "לביטול כל המבנים הגזעניים, החוקיים והפרקטיקות שמבטאים את אופייה הציוני של ישראל ואת ההפליה על בסיס לאומי ופוליטי נגד בני הארץ המקוריים" (עקרון יסוד 3 למצע בל"ד). אשר לזכות השיבה של הפלסטינים לישראל, הרי שהמימוש של זכות זו צריך להיקבע בהידברות בין ישראל לפלסטינים, ובלשונו של ח"כ בשארה:

"צריך לקבל את העיקרון של זכות השיבה כעיקרון צודק. מה אפשר לממש ממנו זה עניין ששני הצדדים [הישראלים והפלסטינים] צריכים לדון בו. אני לא אקבע כאן" (עמ' 264 לפרוטוקול הדיון בוועדת הבחירות).

35. מגישתו הדמוקרטית-ליברלית – כך טוען ח"כ בשארה – נובע כי הוא מתנגד לכל אלימות. לטענתו, בחירתו באזרחות שווה ובחברה דמוקרטית-ליברלית היא בחירה אסטרטגית, והיא מבוססת על התנגדות לכל אלימות. כך, למשל, אמר ח"כ בשארה בכנסת:

"אני לא נגד טרור משום שהוא מפריע לתהליך השלום. עקרונית אני נגד הריגת אזרחים. מפריע לא מפריע, עקרונית אני נגד זה... אסור לפגוע באזרחים במתכוון, בשום פנים ואופן, נקודה. אין פה על מה לדבר, ואת העמדה הזאת אני לא מביע רק כאן. גם הבעתי אותה בהרבה מקומות אחרים" (פרוטוקול הדיון מיום 25.11.98).

במאמר בעיתון (מיום 8/02) ציין ח"כ בשארה כי "הבחירה להשתתף בבחירות לפרלמנט במסגרת גבולות האזרחות המודעת – אינה בחירה במאבק מזויין". אשר ללבנון, הוא רואה את נוכחות צה"ל בה ככיבוש, והוא מכיר בחוקיות ההתנגדות הלבנונית נגד הכיבוש. יחד עם זאת, תמיכה בהתנגדות אין פירושה תמיכה בהתנגדות אלימה (עמ' 214-220 לפרוטוקול הדיון בוועדת הבחירות); ח"כ בשארה מוסיף ומציין כי אין זה מתפקיד מפלגה הפועלת בישראל להורות על דרכי ההתנגדות לכיבוש, לאלה המצויים תחת כיבוש. הוא אינו רואה בחיזבאללה ארגון טרור אלא ארגון גרילה הנלחם על אדמתו נגד הכיבוש. אשר לשטחים, הוא רואה גם בנוכחות ישראל בהם ככיבוש. אולם הוא מתנגד לשימוש באלימות כנגד אזרחים – אם בישראל ואם בשטחים. הוא מתנגד למתאבדים הפלסטינים, ומאשים את ישראל בהיווצרותה של תופעה זו. בדבריו בפני ועדת הבחירות ציין כי "פגיעה באזרחים חפים מפשע אינה מקובלת עלי... יהא אשר יהא מקומה". יושב-ראש הוועדה שאל אם התנגדות זו חלה גם על אזרחים באיזור? על כך השיב ח"כ בשארה:

"אנחנו בני אדם. אתה יודע מה – אפילו מה שעשו לחיילים, כמו הלינץ' שעשו ברמאללה – מה, זה מקובל? זה לא זיעזע אותי? מה הדבר הזה? יש שני מישורים, אדוני. יש המישור העקרוני השלם הטוטלי, שזכותו של עם כבוש להתנגד לכיבוש. אבל האם אני לא יכול לשמור לעצמי בכל זאת את המרווח ההומניסטי האנושי להגיד: זה לא, זה מזעזע אותי, זה מקומם אותי, את זה אני לא יכול לשאת, זה לא צריך לקרות?...?" (פרוטוקול, עמ' 232, 282, 293, 294, 301).

36. ח"כ בשארה הסביר את הטענות הספציפיות שהועלו נגדו. אשר לנאום אום-אל-פאחם מציין ח"כ בשארה, כי הטיעונים נגדו מתבססים על דיווח בעיתון "מעריב". דיווח זה אינו מדויק, והוא כתב על כך ל"מעריב" מייד עם פרסום הכתבה, בציינו כי דבריו סולפו. עורך "מעריב" הודה כי הציטוטים אינם מדויקים. הוא הדגיש כי הוא אינו תומך בארגון חיזבאללה, אך תומך בזכותם של הלבנונים להתנגד לכיבוש. תמיכתו היא לזכות ההתנגדות כשלעצמה ולא לדרך ביטויה. בדבריו בפני ועדת הבחירות הוסיף ח"כ בשארה כי הוא מעולם לא תמך במאבק מזויין בלבנון, ולא קרא ולא הביע כל סימפטיה לפעולה כלשהי שעשה חיזבאללה (פרוטוקול עמ' 231). ח"כ

בשאררה הכחיש את השתתפותו במפגש עם הנהגת החמאס בחברון (ביום 25.9.2000).
לטענתו, אכן ביקר בחברון אותו יום, ונפגש עם עציר שהיה כלוא בכלא מגידו, אותו
הכיר. הוא לא הכיר את האחרים. הוא הכחיש כי הביע שם תמיכה בטרור.

37. באשר לנאום סוריה ציין ח"כ בשאררה כי דבריו בזכות אופציית ההתנגדות
(מוקאומה) אינה מכוונת להתנגדות אלימה. הדיבור "מוקאומה" בערבית אינו טומן
בחובו – כפי שמוכיח מומחה לשפה הערבית, שחוות דעתו צורפה לעמדתו של ח"כ
בשאררה לוועדת הבחירות (עמ' 54) – שימוש באלומות. אם מבקשים לציין התנגדות
אלימה יש להוסיף שם תואר המפרט אותה אלימות, כגון "מוקאומה מוסלחה"
(התנגדות מזויינת). בדבריו בפני ועדת הבחירות – בהם חזר על ההסבר הלשוני –
הוסיף ח"כ בשאררה:

"אני לימדתי באוניברסיטת ביר-זית עשר שנים. אנשים
יודעים למה אני מתכוון כשאני אומר התנגדות. אני
חושב שכל סוג של שביתה, מרי אזרחי וכו', זו
התנגדות. ישנן, כמובן, גם שיטות אחרות של התנגדות.
אף פעם לא קראתי להשתמש בהן" (עמ' 253
לפרוטוקול).

ד. עמדתו של יושב ראש ועדת הבחירות

38. השופט מ' חשין התייחס בדבריו המסכמים בפני ועדת הבחירות למתח הקיים
בין היותה של ישראל מדינה יהודית לבין היותה מדינה דמוקרטית. הוא הסביר כי
"בהלכות שלטון ומדינה, יחסי הפרט והמדינה, יחול העיקרון הדמוקרטי... אבל אופייה
של המדינה, רוחה של המדינה, ליבתה של המדינה, חגייה של המדינה, הצופן הגנטי
של המדינה, כל אלה הם יהודיים" (עמ' 592 לפרוטוקול הדיון בוועדה). יהדותה של
המדינה היא נתון יסוד קונסטיטוציוני שאין להסכים לשלילתו (עמ' 601-602
לפרוטוקול). עוד הסביר השופט מ' חשין כי תמיכה בארגון טרור לא מהווה עילת
פסילה, וכי נדרש לבסס תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור כנגד ישראל (עמ' 602
לפרוטוקול). התמיכה צריכה להיות בדרך הטבע, יום יום ובארגון טרור ספציפי (עמ'
603 לפרוטוקול). השופט מ' חשין הציג את עמדתו לפיה על מנת למנוע אדם או
רשימת מועמדים מלהשתתף בבחירות יש להראות שעילת הפסילה היא "דבר
דומיננטי... שלילה מוחלטת של המדינה, גזענות מוחלטת, תמיכה בארגון טרור מוחלט
כאילו שאני חבר חמאס... או חיזבאללה" (עמ' 661 לפרוטוקול). בסופו של דבר, הציג

השופט מ' חשין את עמדתו לפיה לאחר עיון במכלול החומר לא נראה כי בוססה בעניין זה שלילה מוחלטת של יהדות המדינה, או תמיכה מוחלטת במאבק מזוין (שם). השופט מ' חשין ציין כי "אני חושב שהדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה חזקה... אנחנו יכולים לסבול גם חריגים, ויהיו קיצוניים אפילו" (עמ' 661 לפורטוקול). על רקע זה הגיע השופט מ' חשין למסקנה כי אין מקום למנוע את השתתפות ח"כ בשארה בבחירות לכנסת.

ה. בחינת החלטתה של ועדת הבחירות

39. ועדת הבחירות המרכזית קבעה כי ח"כ בשארה לא ישתתף בבחירות. הטענות נגדו התמקדו בשתי עילות המונעות השתתפות מועמד בבחירות: האחת, כי במעשיו הוא שלל את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית; והשנייה כי תמך במאבק המזוין של ארגוני טרור נגד מדינת ישראל. האם הוכחו שתי עילות אלה כנדרש? נפנה לכל אחת מהן בנפרד ולאחר מכן להצטברותן.

40. האם שולל ח"כ בשארה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? למתן תשובה על שאלה זו, עלינו לפנות למאפיינים הגרעיניים של היות מדינת ישראל מדינה יהודית. כפי שראינו (ראו פסקה 12 לעיל), מרכיבים אלה (בהיבטם הציוני והמורשתי) מתרכזים סביב זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית והמרכזית של המדינה; עיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית. מהו יחסו של ח"כ בשארה למרכיבים מינימליים אלה?

41. ח"כ בשארה מכיר בזכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל. אין הוא דורש לבטל את חוק השבות. אמת, בצד זכות השבות ליהודים הוא מבקש להכיר בזכות השבות לערבים, אך הוא מבחין בין הכרה בעקרון זה לבין מימוש. מקובל עליו שהמימוש יהיה פרי של משא ומתן. נמצא, כי אין בדבריו של ח"כ בשארה משום שלילת הרוב היהודי במדינת ישראל. עברנו על כל הכתבות, הנאומים וההרצאות, ולא מצאנו בהם שלילת מרכזיותה של השפה העברית כשפת המדינה – תוך הכרה בערבית, שפתו של המיעוט, כשפה רשמית. לא מצאנו גם התנגדות לחגיה ולסמליה של ישראל כמשקפים את תקומתו של העם היהודי, ובלבד שתוכר זכותו התרבותית והדתית של המיעוט הערבי. הנה כי כן, מעשיו של ח"כ בשארה עולים בקנה אחד עם ההגדרה הגרעינית או המינימלית של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

42. ביסוד עמדתו של ח"כ בשארה עומדת התפיסה כי מדינת ישראל הינה "מדינת כל אזרחיה". נוסחה זו יש בה דו-משמעויות: מחד גיסא, היא מבטאת את עקרון השיוויון בין האזרחים. עקרון זה עולה בקנה אחד עם הכרה במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כבר עמדנו על כך כי חוק השבות – המכיר בזכותו של כל יהודי לעלות לישראל – אינו נוגד תפיסה זו, שכן הוא משקף את הרציונל הבסיסי עליו מונח עצם קיומה של מדינת ישראל. מטעם זה, הכרה בהיבט המורשתי והציוני בתוך תחומי המדינה – כגון הכרה במרכזיותה של השפה העברית והמורשת הדתית והתרבותית היהודית – אינו נוגד את תפיסת היסוד של "מדינת כל אזרחיה", ואף אין בו היתר להפליה כלפי הלא יהודי. עמדתי על כך בפרשת קעדאן בצייני:

"שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד (...). מערכיה אלה של מדינת ישראל – מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה – מתבקשות מסקנות מספר: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיגה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן. אך מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. 'המדינה – מדינת היהודים היא' המשטר המתקיים בה – הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות לכלל האזרחים, יהודים כלא יהודים' ...

לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שיוויון בין הדתות והלאומים" (עמ' 281).

מאידך גיסא, ניתן להבין את העקרון של מדינת ישראל כ"מדינת כל אזרחיה" באופן שונה; על פי תפיסה שונה זו, "מדינת כל אזרחיה" שוללת את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הוא נותן מובן למושג השיוויון המתעלם מעצם הרציונל של הקמת המדינה, ומכוחו של מובן זה הוא מתנגד להיבט המורשתי והציוני של מדינת ישראל.

43. מבין שני מובנים אלה של "מדינת כל אזרחיה" מהו המובן החל בעניינו של ח"כ בשארה? מה ניתן לדלות מהחומר הרב שהוגש בפני הוועדה ובפנינו? בוודאי

שח"כ בשארה אינו ציוני והוא אינו תומך במפעל הציוני. עם זאת, הוא מכיר בכך כי הרציונל להקמת המדינה הוא ציוני. הוא מכיר בכך שבמדינת ישראל יש רוב יהודי ושסמליה ותרבותה של המדינה משקפים רוב זה, אם כי הוא מבקש לתת ביטוי לדתו ותרבותו של המיעוט הערבי. ביטוי להשקפתו זו ניתן למצוא בדבריו הבאים בפני ועדת הבחירות:

"מה אני ציוני? בשבילי רוב יהודי זה ערך עליון? אני חי במדינה שיש לה רוב יהודי שיש לו זכות הגדרה עצמית, אני מכיר בה. מה אתה רוצה ממני, שאיבק על הרוב היהודי במדינת ישראל?" (עמ' 265 לפרוטוקול הדיון בוועדת הבחירות).

לאן מובילה אותו תפיסה זו? האם ניתן לומר כי מאחורי דברים אלה – ורבים אחרים כמותם – מסתתרת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית?

44. האם ח"כ בשארה תומך במאבק מזויין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל? ודוק: השאלה שלפנינו אינה אם ח"כ בשארה תומך בארגון טרור. שאלה זו ניצבת במרכז ההליך הפלילי המתנהל נגדו, ולא נביע בה כל עמדה. השאלה שלפנינו הינה אם ח"כ בשארה תומך במאבק מזויין של ארגון טרור. כפי שראינו, טענתו של ח"כ בשארה הינה כי מגישתו הדמוקרטית-ליברלית נגזרת התנגדותו לאלימות ולמאבק מזויין. על פי השקפתו ניתן להתנגד למה שהוא מכנה "כיבוש" בלא לנקוט במאבק מזויין. על כן הוא מתנגד לכל פגיעה באזרחים. האם התמיכה בהתנגדות ("מוקאומה") בנאום סוריה היא תמיכה בהתנגדות אלימה?

45. הנה כי כן, קמה וניצבת בפנינו השאלה המונחת ביסוד ההליך שלפנינו: האם מהחומר שהוגש בפני ועדת הבחירות – ושהיה מונח גם בפנינו – יש להסיק את המסקנה כי ח"כ בשארה שולל את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ותומך במאבק מזויין של מדינות אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל? ודוק: השאלה הניצבת בפנינו אינה אם ועדת בחירות סבירה רשאית היתה לתת תשובה חיובית על שאלות אלה. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם אנו סבורים כי התשובה על שאלות אלה הינה בחיוב (ראו פסקה 24 לעיל). ייאמר מיד: מקובל עלינו כי המעשים המיוחסים לח"כ בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזויין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו של ח"כ בשארה, והם מהווים יעד שליט של ח"כ בשארה. זאת ועוד: מעשים אלה אינם רעיון תאורטי, אלא

פוטנציאל פוליטי שח"כ בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל, בפעילות חוזרת ונשנית, ומתוך עוצמה רבה. גדר הספיקות הניצב בפנינו הינו, אם הראיות עליהן מתבססת התשובה החיובית לשתי השאלות שהעלינו הן "משכנעות, ברורות וחד משמעיות" (פרשת ניימן הראשונה, 250; פרשת ניימן השניה, עמ' 196). אכן, כפי שראינו (ראו פסקה 6 לעיל) תנאי הכרחי הוא – כך פורש סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בשורה של פסקי דין – שהראיות הדרושות כדי לקבוע כי יש במעשיו של ח"כ בשארה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכדי לתמוך במאבק מזויין של ארגוני טרור נגדה תהיינה במשקלן ובעוצמתן – משכנעות, ברורות וחד משמעיות. רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפאראדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה – הזכות לבחור ולהיבחר.

46. בהציבנו אמת מידה זו לנגד עינינו הננו סבורים כי לא הונחו בפנינו ראיות אשר במשקלן ובעוצמתן מקיימות את המבחן הנדרש. אשר לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לא הונחה בפנינו התשתית הדרושה כדי לשלול את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. אמת, גישתו באשר להיות מדינת ישראל "מדינת כל אזרחיה" מתקרבת באופן מסוכן לאפשרות השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עם זאת, אין בפנינו ראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות כי הגבול נחצה. הוא הדין באשר לתמיכה במאבק מזויין. לא שוכנענו כי מונחות בפנינו ראיות משכנעות ברורות וחד משמעיות כי ח"כ בשארה תומך במאבק מזויין כנגד מדינת ישראל. אף בעניין זה, אין להתעלם מן החומר הרב שהוגש לנו. עם זאת, אין בו כדי לקיים את ה"מסה" הראייתית הקריטית הנדרשת בעניין זה. אכן, לא נכחיש כי קיים ספק בליבנו. אך ספק זה צריך לפעול – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות – לטובת החירות לבחור ולהיבחר (פרשת ארליך, עמ' 43). מטעמים אלה הננו סבורים כי אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות למנוע את מועמדותו של ח"כ בשארה לבחירות לכנסת השש-עשרה.

47. בהגיענו למסקנותינו אלה עיינו הן בחומר הראיות ה"גלוי" – כלומר בספרים, מאמרים, הרצאות ונאומים הפתוחים לקהל רחב – והן בראיות ה"חסויות" שהוצגו על ידי היועץ המשפטי לממשלה. הכחשותיו של ח"כ בשארה את חלק מהדברים המיוחסים לו בראיות אלה, הסבריו לגבי חלקם האחר ופעילותו הגלויה שלו ושל מפלגתו, מותירים את הספק שצריך לפעול לטובתו על כנו. בעניין זה נטען בפנינו על ידי ח"כ בשארה כי ראיות אלה אינן קבילות. אין לנו צורך להכריע בטענה זו, שכן הספק עליו עמדנו חל גם לאחר העיון בראיות ה"חסויות". כשלעצמנו נראה לנו כי

ראיות אלה קבילות הן. הן מהוות "ראיה מינהלית" אשר ועדת הבחירות רשאית לסמוך ממצאה עליהן (ראו פרשת ניימן הראשונה, עמ' 257). עם זאת, אופיין ה"חסוי", והיעדר האפשרות לחקור את מקור הידיעה, משפיעות על משקלן של ראיות אלה. כאמור, מבקשים אנו להשאיר עניין זה בצריך עיון.

החלטת ועדת הבחירות למנוע מרשימת בל"ד מלהשתתף בבחירות (ע"ב 131/03)

48. לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה הוגשו בקשות של ח"כ י' כץ, א' ליברמן, ב' אלון, צ' הנדל, י' שטרן ו-מ' קליינר, ושל רשימות האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו – מולדת – תקומה וחרות, למנוע מרשימת המועמדים של מפלגת בל"ד מלהשתתף בבחירות. גם היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה למנוע את השתתפות רשימת המועמדים של המפלגה בבחירות. היועץ המשפטי לממשלה צירף לבקשתו ראיות ועדת הבחירות שמעה את טענות הרשימה יחד עם טענותיו של ח"כ בשארה. היא שמעה גם את דעתו של יושב-ראש הוועדה, השופט מ' חשין. גם בעניין זה הוחלט, ברוב דעות – וכנגד דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות – כי רשימת המועמדים של המפלגה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה. על החלטה זו הגישה מפלגת בל"ד את ערעור הבחירות שלפנינו.

49. לאחר עיון במכלול החומר שלפני, הגעתי למסקנה כי דינה של רשימת המועמדים של מפלגת בל"ד צריך להיות כדינו של ח"כ בשארה. אכן, יש לנקוט בזהירות רבה "שעה שבאים למנוע השתתפותה של רשימת מועמדים בבחירות בשל התבטאויותיו ומעשיו של אחד (או אחדים) מחבריה... בכל מקרה ומקרה יש לבחון את התשתית הראייתית באספקלריית היחסים שבין היחיד לבין הרשימה" (רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת-עילית, פ"ד נג(1) 351, 363). אין ספק כי בעת הזו הקשר בין ח"כ בשארה לרשימת המועמדים של מפלגת בל"ד הוא קשר רב עוצמה. מעמדו של ח"כ בשארה במפלגה הוא מעמד בכיר ביותר. התבטאויותיו החוזרות והנשנות בעל-פה ובכתובים מקובלות על שאר חברי המפלגה שתמכו בהן מספר פעמים. גם המבקשים לפסול את רשימת המועמדים של מפלגת בל"ד ביססו את בקשתם בעיקר על פעילותו של ח"כ בשארה (ראו, למשל, את פ"ר 1/16 (בקשתו של ח"כ ישראל כץ)). קשר זה אכן מצדיק כי דין אחד יהיה באשר לשאלת מניעת מועמדותו של ח"כ בשארה מלהשתתף בבחירות ולשאלת מניעת רשימת המועמדים של מפלגתו.

50. על רקע זה מתבקשת המסקנה, כי אם ח"כ בשארה רשאי להיות מועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה, ממילא גם רשימת המועמדים, בה הוא משמש דמות מרכזית, רשאית להשתתף בבחירות. ודוק: ברור כי קיים הבדל בין ההחלטה על מניעת מועמדותו של ח"כ בשארה ובין ההחלטה על מניעת השתתפותה של רשימת כל"ד. כך, שכן ההחלטה בעניין ח"כ בשארה טעונה היתה אישור של בית משפט זה בעוד שההחלטה על מניעת השתתפותה של רשימת כל"ד ניתנת לערעור בפני בית משפט זה. הבדל זה בין ההליכים משליך גם, כאמור, על היקף הביקורת השיפוטית (ראו פסקה 24 לעיל). לפיכך, קבלתנו את ערעורה של רשימת המועמדים של כל"ד מבוססת על מסקנתנו לפיה החלטתה של ועדת הבחירות בעניין זה חרגה ממתחם הסבירות באופן המצדיק את התערבותנו בה. זאת, שכן החלטה זו התבססה רובה ככולה על פסילת מועמדותו של ח"כ בשארה. אולם, משעה שלא אישרנו החלטה זו באשר למועמדותו של ח"כ בשארה, הפכה החלטת ועדת הבחירות למנוע את השתתפותה של רשימת כל"ד כולה לבלתי סבירה עד כדי הצדקת התערבותנו בה במסגרת הערעור שהוגש. התוצאה היא כי ערעורה של כל"ד מתקבל, והחלטתה של ועדת הבחירות בעניינה מתבטלת. רשימת כל"ד תוכל, איפוא, להשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה.

החלטת ועדת הבחירות למנוע מח"כ אחמד טיבי מלהשתתף בבחירות (א"ב 11280/02)

א. ההליך

51. ח"כ אחמד טיבי כיהן בכנסת החמש-עשרה מטעם רשימה של מפלגת תע"ל (התנועה הערבית להתחדשות). לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה, הוגשה רשימת מועמדים מאוחדת על ידי חד"ש-תע"ל, ובה שובץ ח"כ טיבי במקום מס' 2. חבר הכנסת מיכאל איתן, סגן יו"ר ועדת הבחירות, הגיש לוועדת הבחירות בקשה למנוע את מועמדותו של ח"כ טיבי בבחירות לכנסת השש-עשרה. לבקשות צורף חומר ראיות. היועץ המשפטי לממשלה הגיש חוות דעת מטעמו בה סבר כי אין מקום למנוע את השתתפותו של ח"כ טיבי בבחירות. ועדת הבחירות שמעה את טענות המבקש (ח"כ איתן), את טענות היועץ המשפטי לממשלה ואת עמדתו של ח"כ טיבי. כן שמעה הוועדה את עמדתו של יושב ראש הוועדה, השופט מ' חשין. בהצבעה הוחלט – ברוב דעות, וכנגד דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות – כי ח"כ טיבי מנוע מלהשתתף בבחירות. ההחלטה הועברה לאישורנו. בדומה לניתוח שערכנו בדבר מניעת השתתפותו של ח"כ בשארה, אף כאן נפתח בטענות שהועלו בוועדת הבחירות ובפנינו למניעת השתתפותו של ח"כ טיבי בבחירות. נעבור לניתוח תשובתו של ח"כ טיבי לטענות אלה.

על רקע זה תבוסס מסקנתנו שלנו לפיה אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות ויש, על כן, לאשר את מועמדותו של ח"כ טיבי בבחירות לכנסת השש-עשרה.

ב. הטענות כנגד מועמדותו של ח"כ טיבי בבחירות

52. הבקשה למניעת השתתפותו של ח"כ טיבי בבחירות התבססה על טענה אחת, ולפיה התקיימה בח"כ טיבי המניעה הקבועה בסעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינה מניעת מועמדותו של אדם בבחירות שכן יש במעשיו משום תמיכה במאבק מזויין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל. הראיות שהוצגו לעניין זה היו בעיקרן קטעי עיתונות, פרוטוקולים ואמצעי תיעוד אחרים של התבטאויות - ובמקרים מסויימים מעשים - של ח"כ טיבי. ממקורות אלה עולה כי בין ח"כ טיבי לבין יושב-ראש הרשות הפלסטינית יאסר ערפאת, קיים קשר הדוק. ח"כ טיבי שימש בעבר כיועצו וגם כשחדל ממילוי תפקיד זה, נשאר בקשר רצוף עימו ("אלאיאם", 22.5.99). ח"כ טיבי מעביר לערפאת מסרים שונים ("אלחיאת אלג'דידה", 28.2.2002) ויוצא להגנת עמדותיה של הרשות הפלסטינית והעומד בראשה, כמו גם יחסי החוץ שלה ("אלחיאת אלג'דידה", 4.8.99). על פי המקורות השונים, מעלה ח"כ טיבי על נס את המאבק נגד הכיבוש. "אנו איתכם נגד הכיבוש, שיחלוף ללא ספק" ("אלחיאת אלג'דידה", 10.2.2002). הוא תומך באינתיפאדה ובמאבק הצודק של העם הפלסטיני - "אנחנו תומכים תמיכה של ממש באינתיפאדה ובהתנגדות הפלסטינית ההרואית נגד הכיבוש. זו לא זכות להיאבק נגד הכובש אלא חובה" ("מעריב", 17.12.2000). הוא קרא ל"טיטוא המתנחלים מן האדמות הפלסטיניות" ("אלאיאם", 31.5.99). ח"כ טיבי תומך גם במאבקו של ארגון החיזבאללה כנגד הכיבוש - "החיזבאללה נאלץ לחטוף את החיילים הישראליים בגלל דרך המחשבה של ההנהגה הישראלית וטיפשותה" ("מקור ראשון", 18.5.2001). הוא רואה בחיזבאללה "ארגון של התנגדות לגיטימית נגד הכיבוש" ("הצופה", 13.5.2001) ולומד ממאבק החיזבאללה - "למדנו מכם את העמידה האיתנה ואת דרך העימות" ("אלחיאת אלג'דידה", 1.6.2002). ח"כ טיבי הזהיר גם מפני פגיעה אפשרית ביאסר ערפאת - "אסור לפגוע ביאסר ערפאת, מי שפוגע ביאסר ערפאת נרעיד את אמות הסיפים" (דברים במליאת הכנסת, 10.12.2001) וכן "אם תפגע ישראל ביאסר ערפאת וטיפול שיערה אחת משערות ראשו, הדבר יביא לביטול כל הסייגים וההגבלות שהיו עד כה לגבי מליון האזרחים הערבים בישראל" ("מעריב", 9.12.2001).

53. מחומר הראיות שהוצג עולה עוד, כי ח"כ טיבי הביע לא פעם תמיכה בפעילים שונים של הרשות הפלסטינית וארגונים הכפופים לה (מרואן ברגותי, תאבת תאבת, עבד

אלרחים מלוח), שעה שמיוחסים להם מעשי טרור. הוא רואה בהם "פטריוטים" (מליאת הכנסת, 12.12.2002). ח"כ טיבי נכח בישיבה של פעילים בארגוני טרור בה הוחלט על יציאה להתקפה לאומית ועממית כוללת למען ההתנגדות להתנחלויות. ח"כ טיבי גינה במילים קשות את פעולות כוחות הביטחון כנגד הפלסטינים. הוא כינה את הרמטכ"ל שאול מופז "אחראי על רצח ילדים" (מליאת הכנסת, 15.5.2002) ואת ראש הממשלה אריאל שרון "רוצח ילדים" (מליאת הכנסת, 16.9.2001). ח"כ טיבי כינה פעולות לחימה של צה"ל כ"פשע נתעב" ("ידיעות אחרונות", 9.5.2001). במקרה אחד מיוחס לח"כ טיבי נסיון לפרוץ מחסום של כוחות צה"ל בכניסה לג'נין, תוך הפרת צו אלוף הפיקוד. עוד נטען, כי ח"כ טיבי פועל לשחרור אסירים פלסטינים שביצעו פיגועי טרור וכי מדברים של פעילי טרור המשבחים את פעילותו של ח"כ טיבי במסגרת מאבקם, ניתן ללמוד על תמיכתו במאבק המזוין שלהם.

54. מדברים ומעשים אלה – כך נטען בפני ועדת הבחירות ובפנינו – עולה בבירור כי ח"כ טיבי תומך במאבק מזוין של ארגון טרור. הרשות הפלסטינית וארגונים הכפופים לה, מתכננים ומבצעים מעשי טרור כדבר שבשגרה. ח"כ טיבי קשור ישירות לראש הרשות, יאסר ערפאת, ומסייע לו בדרכים שונות. התבטאויותיו של ח"כ טיבי בדבר התמיכה באינתיפאדה ובמאבק כנגד הכיבוש אינם אלא תמיכה במאבק מזוין כנגד ישראל. אזהרותיו של ח"כ טיבי מפגיעה בערפאת אינם אלא הסתה של אזרחי ישראל הערבים להשתתף במאבק המזוין. תמיכתו בפעילים שונים באינתיפאדה אינה אלא הצדקה של פעולות הטרור שבוצעו על ידם או באמצעותם. הגינוי החרף של פעולות כוחות הביטחון אינו אלא תמיכה במאבק המזוין של פלסטינים נגד מדינת ישראל.

55. עו"ד ט' ששון, באת כוח היועץ המשפטי לממשלה טענה בפנינו, כי חלק מן הראיות שהובאו כנגד ח"כ טיבי אינן רלבנטיות לעילה שבסעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת. כך למשל חברותו של ח"כ טיבי עם פעילי טרור, גינויים שהביע לפעולות הלחימה של צה"ל, הפרת צו אלוף הפיקוד ודברים שאמר כנגד נושאי תפקיד בישראל – כל אלו הם "מעשים מקוממים, חלקם גובלים בפלילים", אולם אין בהם תשתית עובדתית לבקשה. אין הם מבססים מעיקרא תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. חלק מן ההתבטאויות – בעיקר התמיכה במעשי החיזבאללה והתמיכה באינתיפאדה – יכולות להיות מובנות כתמיכה במאבק מזוין אולם קיים ספק בעניין זה ולא הוכח כי המדובר במטרה מרכזית של ח"כ טיבי כמו גם לא ברור אם אכן קורא ח"כ טיבי לביצוע מאבק מזוין דווקא כנגד ישראל. ה"יסודות השלילים" שבעמדותיו של ח"כ טיבי לא

באו לידי ביטוי חמור וקיצוני ולא הובאו ראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות לתמיכה של ח"כ טיבי במאבק מזויין כנגד מדינת ישראל. בשל ספקות אלו, טענה באת כוח היועץ המשפטי לממשלה כי לא התקיימה העילה של סעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת.

ג. תשובתו של ח"כ טיבי

56. בדברי תשובתו של ח"כ טיבי, הן בפני ועדת הבחירות והן בפני בית משפט זה, טען ח"כ טיבי כי אין בסיס עובדתי או משפטי לפסילתו. לדבריו, מטרתו היא השגת שלום צודק ובר קיימא לכל עמי האיזור וקידום זכותו לשוויון של המיעוט הערבי בישראל. אמת, יש לו קשרים עם יו"ר הרשות הפלסטינית, יאסר ערפאת. לטענתו המדובר בחלק מתפקידו וחובתו במסגרת קידום ההידברות עם ראשי הציבור הפלסטיני. במסגרת הדגשת הזהות התרבותית והלאומית של ערביי ישראל הדגיש המועמד את המפגשים והקשרים שטיפח בין ערביי ישראל ובין ההנהגה הפלסטינית. ח"כ טיבי הדגיש כי הוא מגנה פגיעה באזרחים - ישראלים ופלסטינים כאחד. הוא ציין, כי קרא בעבר דווקא למאבק אזרחי, ציבורי ופרלמנטרי ולהפסקת הפיגועים בתחומי ישראל. אשר לתמיכתו במאבק הפלסטיני ציין ח"כ טיבי (בתצהירו) כי "מעולם לא האמנתי כי יש להנציח את המשך הכיבוש הישראלי לשטחים ואני מאמין בדבר זכותו של כל עם להתנגד לכיבוש זה, 'אינתיפאדה' שהיא התנגדות עממית כנגד הכיבוש היא דבר מותר... אין בכך משום עבירה על החוק ואין בכך כדי להצדיק הרג חפים מפשע, ישראלים ופלסטינים. אולם בצד ההתנגדות הנחרצת להרג חפים מפשע יש לפעול למציאת דרכים לצאת ממעגל דמים זה". ח"כ טיבי אישר כי הוא מתנגד לפעילות הצבא במסגרת "חומת מגן" ועל כן ניסה לעשות כל שאל ידו בכדי למנוע את המשכן. הוא הדגיש כי למעט מקרה אחד (ג'נין) לא פרץ מחסומים ובוודאי שלא תוך שימוש בכוח. אין לראות את קריאותיו לשחרור אסירים או את ההתנגדות להתנחלויות כשותפות לתכנון וביצוע של פעילות ארגוני טרור.

57. בהתייחסו להתבטאויותיו השונות, ציין ח"כ טיבי בדבריו בוועדת הבחירות, כי "אפשר לומר שהדברים שלי מקוממים, שהם מרגיזים" (עמ' 288), אולם יש לראות אותם בהקשר כולל של העימות הישראלי פלסטיני, על מורכבותו והדעות השונות באשר לגורמיו ופתרונו. הוא ציין כי "מעולם לא אמרתי ביטוי או הצהרה שיש בה תמיכה במאבק מזויין. נהפוך הוא: הוצגו בפניכם פעם אחר פעם, בצורה מסודרת, ברורה, משנה ברורה של התנגדות לצבאיות של האינתיפאדה. הראשון בחברה הערבית

פלסטינית שיצא בקריאה נגד המיליטריזציה של האינתיפאדה הייתי אני. מה פירוש הדבר שאני מתנגד למיליטריזציה של האינתיפאדה? מתנגד לשימוש בנשק. מה פירוש הדבר של אינתיפאדה עממית? הפגנות אולי גם מרי אזרחי, לא לשלם מיסים, הפגנות של שלום. אמרתי שהשימוש בנשק לא רק שהוא מוטעה, שאני דוחה אותו על הסף ואני מעדיף אמבולנס מול טנק, לא קלצ'ניקוב מול טנק. מה פירוש הדברים? יש יותר ברור מכך?... אמרתי בצורה מפורשת לא לקלצ'ניקוב" (עמ' 291). בהמשך דבריו חזר וציין כי בראש הציבור הערבי עומדת כיום הנהגה זקופת ראש ש"עומדת על זכותה, לא מוותרת, לא מרכינה ראש. עמידה איתנה. זה לא מאבק מזויין. זה מאבק על זכויות" (עמ' 311). הוא הוסיף כי "אני מתנגד למדיניות של הממשלה לא למדינה... אני מתנגד למדיניות המלחמתית של ממשלת ישראל. אני מתנגד למבצע חומת מגן. אני מתנגד לסגר. אני מתנגד לחיסולים... אני תומך באינתיפאדה עממית... חד משמעית" (עמ' 321), וכן "אמרתי ואני חוזר ואומר... שמעולם לא תמכתי ולא השתמשתי במושג מאבק מזויין... אמרתי דברים ברורים בירדן, הפניתי קריאה ברורה בערבית לתוך בירה ערבית... הפנתי קריאה אל כל הארגונים הפלסטינים באשר הם ובמזרח התיכון, לא לערב אזרחים ערבים ישראלים בפעילות נגד ביטחון מדינת ישראל" (עמ' 326) וגם "מעולם לא תמכתי בפעולה ספציפית של ארגון ספציפי כלשהוא... תמיד הוקעתי מעשים נפשעים שפגעו בחפים מפשע" (עמ' 326-327), וכן "כאשר אני אומר שהאינתיפאדה המתנהלת בשטחים חייבת להיות אינתיפאדה עממית וללא נשק – הדברים ברורים" (עמ' 328-330). אשר לתמיכתו לכאורה בארגון החיזבאללה ובחטיפת חיילי צה"ל, הכחיש ח"כ טיבי כי אמר אי פעם כי חטיפת חיילי צה"ל על ידי החיזבאללה היתה מוצדקת. המדובר בעיוות של דבריו. היו אף מקרים שבהם התבקש וסייע למשפחות של חיילים שנחטפו (נחשון וקסמן ז"ל ונעדרי הקרב מסולטן יעקב). הוא הוסיף כי אין לו קשרים עם חיזבאללה או עם חסן נסראללה.

ד. עמדתו של יושב ראש ועדת הבחירות

58. יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, השופט מ' חשין, סבר כי יש לדחות את הבקשה למניעת השתתפותו של ח"כ טיבי בבחירות. הוא הגדיר את מעשיו והתבטאויותיו של ח"כ טיבי כ"הולך על הסף" (עמ' 461). חלק מהתבטאויותיו מקוממות מאוד וגורמות כעס רב מאוד. בהתבטאויות אלו המועמד "מחליק" (עמ' 462). אולם, המועמד הוא "בן האומה הערבית... הוא ערבי והוא כואב את כאב האומה הערבית. הדבר הזה כשלעצמו איננו פוסל אותו מהתמודדות" (עמ' 462). אשר על כן, ולמרות היסוסים, קבע יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית כי "אין לי ספק כי הזכות

הדמוקרטיה של האדם להעמיד את עצמו לבחירות היא זכות שמכריעה את הכף" (עמ' 462). מטעמים אלו, סבר יושב-ראש ועדת הבחירות כי אין לפסול את המועמד מלהשתתף בבחירות.

ה. בחינת החלטתה של ועדת הבחירות

59. ועדת הבחירות המרכזית קבעה כי ח"כ טיבי לא ישתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה. היא סברה כי בוססה עילת סעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת, שכן ח"כ טיבי תומך במאבק מזויין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. האם בוססה עילה זו כנדרש?

60. הבחינה הראשונה שיש לערוך בהקשרנו היא מהו החומר הרלבנטי לבקשת הפסילה. אכן, מקובלת עלינו עמדתה של באת כוח היועץ המשפטי לממשלה כי חלק מחומר הראיות שהובא כנגד ח"כ טיבי, אינו מבסס – ולו על פניו – תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור. דבריו הקשים של ח"כ טיבי כנגד ראש הממשלה והרמטכ"ל וכן הגינוי של פעולות כוחות הביטחון של ישראל במלחמתה בטרור הם אכן מקוממים. אף ח"כ טיבי מודע לכך. יתכן גם - ומבלי להכריע בעניין זה - כי יש בהתבטאויות אלו כבדי להצמיח תוצאות משפטיות שאינן נשוא ההליך שבפנינו. אולם, השאלה שבפנינו היא כלום יש בהתבטאויות אלו תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. התשובה לשאלה זו היא בשלילה. הוא הדין באשר להפרת צו איסור הכניסה של אלוף הפיקוד וקשריו של ח"כ טיבי עם יאסר ערפאת. ח"כ טיבי לא מכחיש קשרים אלו ורואה בהם חלק מן הנסיון לקדם תהליך שלום וקשר בין העמים. לא הוכח כי יש בקשר זה משום תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור. אכן, גם אם פעילי טרור משבחים את ח"כ טיבי על עזרתו למאבקם, אין בכך כדי להוכיח כי ח"כ טיבי עצמו תומך במאבק מזויין. קריאה לשחרור אסירים פלסטינים או ביקורם בבתי הכלא בישראל אינם מהווים, לצרכי סעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד, תמיכה במאבק מזויין נגד ישראל.

61. עלינו להתרכז, לפיכך, באותן התבטאויות ומעשים של ח"כ טיבי הנוגעים לתמיכה ישירה או עקיפה במאבק כנגד הכיבוש. ח"כ טיבי אינו מכחיש כי הוא מתנגד לכיבוש ורואה בחזונו את סיומו. בה בעת, הוא מצהיר במפורש ובאופן שאינו משתמע לשני פנים כי ההתנגדות בה הוא תומך אינה מאבק מזויין אלא התנגדות עממית לא מיליטנטית. זו התנגדות שאינה כוללת שימוש בנשק. אכן, חומר הראיות שבפנינו אינו מגלה התבטאות או מעשה שיש בהם משום תמיכה במאבק המזויין נגד מדינת ישראל.

קריאותיו התומכות באינתיפאדה אינן מציינות את הפעולות הספציפיות בהן הוא תומך. לא נמצאה בחומר ראייה לפיה ח"כ טיבי שיבח פעולת טרור זו או אחרת או תמך בה. ההתבטאות היחידה לכאורה בהקשר זה היתה תמיכתו בחטיפת החיילים על ידי ארגון החיזבאללה, אולם הוא הכחיש עניין זה וטען כי המדובר בטעות בתרגום דבריו ועיוותם. עמדתו בעניין זה התקבלה על ידי באת כוח היועץ המשפטי לממשלה ויו"ר ועדת הבחירות. אמת, ההתבטאות או המעשים צריכים להיבחן על פי הקשרם הכולל. יש לבחון את התקיימות העילות שבסעיף 7א "במפורש או במשתמע". בבחינה מעין זו ניתן לקבוע כי במספר מקרים היו התבטאותיו ומעשיו של ח"כ טיבי בעייתיים. כך, למשל, התבטאות לפיה אדם כמו סגן מזכיר החזית העממית, האחראית לרציחתו של השר רחבעם זאבי ז"ל, הוא "פטריוט" יכולה להתפרש כתמיכה במאבק מזויין. נוכחות בפגישה של פעילים פלסטינים, בהם חברים בארגוני טרור, כאשר סיכומה של ישיבה זו הוא יציאה להתקפה לאומית ועממית כוללת למען ההתנגדות להתנחלויות, יכולה להתפרש אף היא כתמיכה במאבק מזויין. אולם, מקובלת עלינו בעניין זה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כי קיים ספק באשר לכוונתו ומטרותיו של ח"כ טיבי בהקשר זה. כך בייחוד נוכח שאר התבטאותיו והצהרותיו הן בפני ועדת הבחירות והן בפנינו. מטעמים אלה אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות בדבר אי השתתפותו בבחירות של ח"כ טיבי. ודוק: השאלה אותה הצבנו לנגד עינינו אינה אם ועדת בחירות סבירה רשאית היתה למנוע את השתתפותו בבחירות של ח"כ טיבי. השאלה שהצבנו בפנינו הינה אם אנו סבורים שעל פי החומר שלפנינו ועל רקע הפירוש לסעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת, והתנאים הנדרשים להפעלתו, יש מקום שלא לאשר את מועמדותו של ח"כ טיבי. על שאלה זו אנו משיבים בשלילה.

החלטת ועדת הבחירות המרכזית שלא למנוע ממר ברוך מרזל מלהשתתף בבחירות

(ע"ב 55/03, ע"ב 83/03)

א. ההליך

62. מפלגת "חרות – התנועה הלאומית" (להלן: חרות) הגישה לוועדת הבחירות רשימת מועמדים מטעמה לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה. מר ברוך מרזל צוין כמועמד מס' 2 ברשימת המועמדים של חרות. לקראת הבחירות הוגשה בקשתו של ח"כ אופיר פז-פינס למנוע את מועמדותו של מר מרזל בבחירות לכנסת השש-עשרה. לבקשה צורף חומר ראיות. היועץ המשפטי לממשלה, שהציג חומר ראיות מטעמו בפני ועדת הבחירות, תמך בבקשה האמורה. ועדת הבחירות המרכזית שמעה את טענות

המבקש ובאת כוח היועץ המשפטי לממשלה. מר מרזל השיב לטענות. ועדת הבחירות שמעה את עמדתו של יו"ר הוועדה, השופט מ' חשין. בהצבעה הוחלט, ברוב דעות וכנגד דעתו של יושב ראש ועדת הבחירות, כי אין למנוע את השתתפותו של מר מרזל בבחירות. על החלטה זו הוגשו בפנינו שני ערעורי בחירות. האחד מטעם ח"כ פז-פינס (ע"ב 55/03) והשני על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ע"ב 83/03). נפתח בטענות שהועלו בוועדת הבחירות למניעת מועמדותו של מר מרזל ונעמוד על תשובתו של מר מרזל לטענות אלה. בהמשך נעמוד על הטענות שבערעורים שהוגשו לנו והתשובות להן. על רקע זה נעמוד על עמדתנו שלנו לפיה לא נמצאה בנסיבות המקרה עילה להתערבותנו בהחלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לדחות את הבקשה למנוע את השתתפותו של מר מרזל בבחירות לכנסת השש-עשרה.

ב. הטענות כנגד מר מרזל

63. הבקשה למניעת השתתפותו של מר מרזל בבחירות התבססה על שתי טענות. האחת, כי נתקיימה במר מרזל המניעה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינה מניעת מועמדותו של אדם, שכן יש במעשיו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; השנייה, כי התקיימה במר מרזל העילה הקבועה בסעיף 7א(א)(2) שעניינה מניעת מועמדותו של אדם, שכן יש במטרותיו משום הסתה לגזענות. למעשה, הבסיס לשתי עילות הפסילה היה אחד: הטענה כי מר מרזל הוא גזען, תומך בפעולות גזעניות ומסית לגזענות בעצמו. לשם ביסוס טענה זו הובא חומר ראיות הבנוי מספר נדבכים: ראשית, ראיות המצביעות על תנועת "כך" כתנועה גזענית, שהשתתפותה בבחירות נפסלה במערכות בחירות קודמות ובהמשך אף הוצאה מחוץ לחוק כארגון טרור. מר מרזל, לפי חומר הראיות, היה פעיל מרכזי בתנועה זו; שנית, ראיות המוכיחות כי תנועת "כך" חיה וקיימת גם בימים אלו, ולא שינתה מדרכה הגזענית. מר מרזל, לפי חומר הראיות, עודנו פעיל במסגרת תנועת "כך". למר מרזל מטרות ואידיאולוגיה גזענית במהותה וכי הוא לא שינה מדרכו הגזענית.

64. תנועת "כך" הופיעה לראשונה בשלהי שנות השבעים. ראש התנועה, הרב מאיר כהנא, הטיף ליסודה של מדינת הלכה יהודית. בבחירות לכנסת העשירית (1981) החליטה ועדת הבחירות לאשר את מועמדות רשימת מועמדים מטעמה. עתירה כנגד החלטה זו נדחתה (בג"ץ 344/81 נגבי ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לה(4) 837). לקראת הבחירות לכנסת האחת-עשרה (בשנת 1984), שבה והגישה תנועת "כך" רשימת מעומדים מטעמה. ועדת הבחירות פסלה את השתתפותה. הטעמים לכך היו, בין

היתר, עקרונותיה הגזעניים והאנטי דמוקרטיים של התנועה; תמיכתה במעשי טרור, ליבוי שנאה ואיבה בין חלקים באוכלוסיה ופגיעה ברגשות הציבור. ערעור על החלטתה זו של ועדת הבחירות התקבל (פרשת ניימן הראשונה). דעת הרוב היתה כי בעת ההיא לא היתה לוועדת הבחירות סמכות לשלול השתתפותה של רשימת מועמדים בשל עילות פסילה אלו (להבדיל מהעילה שנקבעה בדעת רוב בפרשת ירדור). בפסק הדין בפרשת ניימן הראשונה נקבע כי "רעיונותיה של תנועת כך הם גזעניים... עקרונותיה פוגעים בעקרונות היסוד עליהם מושתת משטרה הדמוקרטי של המדינה" (שם, בעמ' 318). המדובר ברשימה "הדוגלת בעקרונות גזעניים ואנטי דמוקרטיים". בבחירות אלו הצליח הרב כהנא להיבחר לכנסת. בתפקידו כחבר כנסת פעל לקידום מצעו והאידיאולוגיה הגזענית שלו, תוך הגשת הצעות חוק גזעניות במהותן (בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85; בשג"ץ 306/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 485).

65. לאחר תיקון סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, וקביעת עילות למניעת השתתפות של רשימות מועמדים בבחירות, ביקשה רשימת "כך" להגיש רשימת מועמדים לכנסת השתים-עשרה (בשנת 1988). בקשתה לא אושרה והיא נפסלה מלהשתתף בבחירות בשל מטרותיה ומעשיה הלא דמוקרטיים והמסיתים לגזענות. ערעור בחירות על החלטה זו נדחה (פרשת ניימן השניה). נקבע, כי בדין פסלה ועדת הבחירות את רשימת המועמדים מטעם "כך" שכן יש בפרסומיה, נאומיה, הצעותיה ופעולותיה משום הסתה לגזענות ושלילת האופי הדמוקרטי של המדינה (שם, בעמ' 197). לאחר פסילתה זו, שבה תנועת "כך" להגיש רשימת מועמדים בבחירות לכנסת השלוש-עשרה (בשנת 1992). ועדת הבחירות פסלה הרשימה על יסוד היותה גזענית ופועלת בניגוד לאופי הדמוקרטי של המדינה. בית המשפט העליון לא התערב בהחלטה זו וקבע כי לא הוכח כל שינוי במטרותיה או מעשיה של רשימת המועמדים מטעם "כך", מאז פסילתה בבחירות לכנסת השתים-עשרה (ראו ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות (לא פורסם)). גם מתנועת "כהנא חי", שהזדהתה כממשיכת דרכו של הרב מאיר כהנא, וביקשה גם היא להשתתף בבחירות לכנסת השלוש-עשרה, נמנעה ההשתתפות בבחירות על יסוד הדמיון לאידיאולוגיה, המעשים והמטרות של תנועת "כך". ערעור על החלטה זו נדחה (ע"ב 2858/92 מובשוביץ ואח' נ' ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 41).

66. ביום 13.3.1994 החליטה ממשלת ישראל להכריז על תנועות "כך", "כהנא חי" צרופיהן או נגזרותיהן כארגון טרוריסטי על פי הסמכות הקבועה בפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. בית המשפט העליון קבע בשתי הזדמנויות כי אין מקום לשינוי

הכרזה זו שכן לא חל שינוי בדרכן של התנועות האמורות או בנסיבות שהובילו להכרזה עליהן כארגוני טרור (בג"ץ 547/98 פדרמן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 520; להלן – פרשת פדרמן; עע"מ 8342/02 בן-גביר נ' המפכ"ל, פ"ד נז(1) 61; להלן – פרשת בן-גביר).

67. חומר הראיות שהובא בפני ועדת הבחירות כלל ראיות המצביעות על מעורבותו ופעילותו של מר מרזל במסגרת תנועת "כך" לאורך שנות פעילותה. המדובר באותו חומר ראיות שעמד בפני ועדות הבחירות המרכזיות שדנו בפסילת רשימת "כך" בשנת 1988 ובשנת 1992. על פי ראיות אלו היה בשנת 1987 מר מרזל מזכיר סיעת "כך" בכנסת השתי-עשרה. הוא הורשע (בבית משפט השלום בירושלים) בתקיפת ערבי בתוך אוטובוס בקריית ארבע. בשנת 1988 היה מר מרזל דובר תנועת "כך". הוא הורשע (בבית משפט השלום בירושלים) בעבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות שארעו במהלך הפגנת מחאה שקיימו עשרות מתנחלי קריית ארבע. בשנת 1991 היה מר מרזל ממנהלי התנועה ("הארץ" 28.10.91). במאמר שפרסם מר מרזל הוא כתב "רק חסרים לי כאן משאיות ובלי אף יריה נפנה מחברון את כל הערבים. בעיית העברת אויבנו הערבים תלויה רק במנהיגות נחושה שתפסיק לגמגם ותעמיד את הערבים במקומם" ("המגן", תשנ"א). הוא נעצר באום אל פחם כשהוא נושא שלט הקורא להפגזת העיר ("הארץ", 2.4.92). בבחירות לכנסת השלוש-עשרה (בשנת 1992) עמד מר מרזל בראש רשימת "כך", שנפסלה כאמור. בהכרזה על תנועת "כך" כארגון טרור (בשנת 1994) צויין מר מרזל כפעיל מרכזי בתנועה (החלטה מס' 2757 של הממשלה מיום 13.3.94).

68. חומר ראיות נוסף שהובא בפני ועדת הבחירות ובפנינו נגע להמשך פעולתה של תנועת "כך" לאחר ההכרזה עליה כארגון טרור (בשנת 1994), לרבות פעולה של מר מרזל במסגרתה. על פי חומר זה – כך נקבע בפרשת פדרמן (בשנת 1999) – לא הוכח כי חל שינוי בתשתית שהביאה להכרזה על ארגון "כך" כארגון טרור. מעבר לכך, בשתי פשיטות שנערכו על ידי המשטרה במשרדים בירושלים ביום 29.8.2002, נתפש חומר רב המצביע על המשך פעילותה של תנועת "כך". עיקר החומר שנתפש היה במשרד ברח' שמואל ברוך בירושלים. חלק קטן יותר נתפש במשרד שבישיבת "הרעיון היהודי". בין היתר כלל החומר עשרות תקליטורים (כאנגלית ובעברית) שהמסר העיקרי בהם הוא כי הרב כהנא צדק; מאות כרטיסי ביקור עם תמונתו של הרב כהנא וכיתוב כי "היום כולם יודעים, כהנא צדק"; אלפי מדבקות בהן נרשם "אין ערבים – אין פיגועים"; אלפי כרזות בהן נרשם "יש פתרון – לגרש את האויב הערבי"; עשרות ספרים של "ברוך פודה ומציל" (על ברוך גולדשטיין); מאות כרזות בהן נרשם "כהנא

צדק" ו"נקמה"; תמונות שונות בהן תמונה של חמור עטוף בדגל אש"ף, על ראשו כפיה וקשור אליו ספר קוראן ועוד חומר תעמולה רב (פירוט חומר ראיות זה וחומר נוסף מצוי בתצהירו של סנ"צ כהן, מיום 17.12.2002). על יסוד החומר שנתפש במשרדים אלו הוצא על ידי מפכ"ל המשטרה צו לסגירת חלק מן המשרדים. ערעור על החלטה זו נדחה. בפרשת בן גביר, בפסקה 2 לפסק הדין, צויין כי "מן החומר הרב שנתפש במשרדים והוצג לבית המשפט קמא עולה בבירור כי יש זהות מוחלטת בין פעילותה של תנועת "כך" שהוכרזה כאמור לבין הפעילות במשרדים... מכל אלה עולה שהמשרדים אכן שמשו לפעילותו של הארגון הטרוריסטי תנועת "כך" ולהפצת תורתה של תנועה זו" (עמ' 64-65). עוד צויין בפסק הדין כי הפעילות שבוצעה במשרדים היא "הפצת מסרים גזעניים, אלימים ומסוכנים" וכי פעילות זו "מכשירה את הקרקע לנביטתה של הפעילות האלימה תוך גרימת סכנה לשלום הציבור" (עמ' 66). לבסוף נקבע, כי לא חלו, כאמור, שינויי עמדות כלשהם בתפיסות האידאולוגיות העומדות בבסיס התנועה ושעמדו ביסוד ההכרזה עליה כארגון טרור.

69. בהקשר הפעילות של תנועת "כך" במשרדים בירושלים, הובא חומר ראיות הקשור גם למר מרזל. בחומר זה ניתן למצוא, בין היתר כי בתקליטורים הרבים באנגלית מופיע מר מרזל שעה שנאמר בסרט המוקרן כי "אנו התלמידים מתכוונים להמשיך את עבודתו של הרב [כהנא]... ברוך מרזל איש חברון הוא ראש הארגון"; בגב כרטיסי הביקור שנתפשו ועליהם תמונת הרב כהנא והכיתוב "כהנא צדק", מופיעים שמות של פעילי "כך". בראשם מופיע שמו של ברוך מרזל ומספר טלפון ופקס; במשרדים נמצאה תמונתו של מר מרזל עם פעיל התנועה, נעם פדרמן; בספרים "ברוך פודה ומציל" שנתפשו נרשם (בעמ' 26) "תנועת כך, בראשות ברוך מרזל". כן נמצאו מכתבים שונים בהם מופיע שמו של ברוך מרזל ככותב המכתב. אחד המכתבים נושא תאריך 5.2.2002. מכתב אחר נושא את הכותרת "תכנית לרדיפת פושעי אוסלו". נמצא גם מסמך נוסף עליו מופיע שמו של מר מרזל ככותבו ובו נרשם "אני מבקש – קחו את ספריו הרבים של הרב כהנא זצ"ל הי"ד, קראו אותם, לימדו מהם כי לרב כהנא היו את הפתרונות היחידים לבעיות שניצבות בפנינו" (חומר הראיות מפורט בתצהירו הנ"ל של סנ"צ כהן).

70. נוסף על החומר שנתפש במשרדים בירושלים, הוצגו בפני ועדת הבחירות ובפנינו תדפיסים משני אתרי אינטרנט. באחד מהם המכונה newkach.org מצויין מר מרזל כמנהיגה של תנועת "כך" (נכון ליום 11.12.2002); באתר האחר – המכונה

kahanetzadac.com – מופיע מאמר בשם "המצפן" שכתב ברוך מרזל, ובו מופיעים דברי הלל לברוך גולדשטיין (גם זאת, נכון ליום 11.12.2002).

71. על יסוד חומר זה טען המבקש ח"כ פז-פינס – ואליו הצטרפה כאמור באת כוח היועץ המשפטי לממשלה – כי מתקיימות עילות סעיף 7א(א)(1) וכן סעיף 7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת. הראיות שהובאו, כך נטען, מצביעות בבירור על היותה של תנועת "כך" תנועה גזענית, שיש לה אידיאולוגיה הדוגלת בגזענות ובדיכוי זכויות המיעוט עד כדי פגיעה באופי הדמוקרטי של המדינה. מר מרזל היה פעיל מרכזי בתנועה זו. גם לאחר שהוכרזה כארגון טרור, המשיכה תנועת "כך" את פעילותה תוך שהיא דוגלת באותם מעשים ומטרות. מר מרזל היה ונותר פעיל מרכזי בתנועת "כך". הוא לא שינה מדרכו מעולם, ולא שב ממטרותיו. חומר הראיות העדכני ביותר שהובא, כך נטען, מצביע על כך באופן המצדיק את מניעת השתתפותו של מר מרזל בבחירות.

ג. תשובתו של מר מרזל

72. בדברי תשובתו בפני הוועדה, בכתב ובעל פה, ביקש מר מרזל לדחות את הבקשה למניעת השתתפותו. עמדתו הבסיסית היתה כי עם הצטרפותו לתנועת "חרות – התנועה הלאומית" קיבל הוא את השיטה הדמוקרטית, התנגד לאמירות המתפרשות כגזעניות ומכיר בחיוניות כיבוד החוק לצורך אחדות לאומית. בתצהירו ציין כי "הנני מתנגד לכל פעולה בדרכים אלימות או בדרכים שאינן חוקיות... פעולתי כחבר כנסת, אם אבחר, תהיה רק במסגרת החוק... עמדתי כיום היא כי הדמוקרטיה היא שיטת הממשל האפשרית היחידה במדינת ישראל". בהופעתו בפני ועדת הבחירות הוא ציין כי בשנים האחרונות חל שינוי בעמדותיו דבר המקומם עליו אף את חבריו לשעבר מארגון "כך". הוא אמר, "אני שיניתי את עמדותיי בדברים שעליהם נפסל הרב כהנא. היום אני לא מכליל את כל הערבים, אני לא נלחם בכל הערבים... אני בעד להיאבק נגד האויבים שלי, אלה שרוצים להשמיד אותי בלבד" (עמ' 223). וכן "גם בנושא של דמוקרטיה, כשאני נכנס ומקבל את הזכויות של הדמוקרטיה להתמודד אני מקבל עלי גם את החובות. אני חושב שהיום, בכל מקרה, אין משטר יותר טוב מהמשטר הדמוקרטי" (עמ' 224-225). אשר להתבטאויות גזעניות שהיו בעבר במציעיה ופרסומיה של תנועת "כך", ציין מר מרזל (בתצהירו) כי "אני איני דוגל בסגנון התבטאות זה אלא סבור כי יש להימנע מהתייחסות כוללנית לעם הערבי ו/או ליחידיו ומביטויים פוגעניים ולהתמקד במאבק נגד אותם ערבים שהינם אויביי ישראל ומבקשים לחסלה". הוא הדגיש, כי אלו הן עמדותיו כיום ומן הבחינה המשפטית, יש לבחון את מועמדותו על פיהן.

73. אשר לחומר הראיות, טען מר מרזל, כי הגם ששימש בעבר כמזכיר תנועת "כך" (בכנסת) ואף ראשון מועמדיה (1992), הרי שעם ההכרזה עליה כארגון טרור (1994) התפטר מתפקידו ומאז לא היה פעיל בה או בכל ארגון אחר כממשיך דרכה. על כן, אין הוא פעיל בתנועת "כך" וכל הראיות בעניין זה אינן מבוססות. המדובר בחומר ישן ולא עדכני, בחומר שאין עימו פסול או בחומר שאין לו כל קשר אליו. חלק מן הראיות עליהן נסמכות הבקשות לפסילה אינן עדכניות. חלק אחר קשור רק לתנועת "כך" ולא למר מרזל עצמו. ממילא, כך נטען, אין כל בסיס עובדתי לבקשות. מר מרזל הצהיר בתצהירו, כי מעולם לא דרכה רגלו במשרד ברח' שמואל ברוך בירושלים (ובו נתפש חלק ניכר מחומר הראיות) ואין הוא קשור אליו. המדובר, ככל הנראה, בחומר ישן שהצטבר שם. הוא הדין לגבי החומר שנתפש במשרד שבישיבת "הרעיון היהודי". לגביו מסכים מר מרזל כי היה במשרד בעבר ואף בהווה אולם ללא כל קשר לחומר שנתפש. מר מרזל הדגיש עוד, כי מעולם לא הועמד לדין בגין הסתה לגזענות או חברות בארגון טרור, דבר המעיד בעד עצמו ומעמיד בספק את חומר הראיות של היועץ המשפטי לממשלה.

74. טענתו העיקרית של מר מרזל בפני ועדת הבחירות היתה, כי גם אם יש חומר ראיות הקושר אותו בעבר (הרחוק או הקרוב) לפעולותיה של תנועת "כך" ובעיקר המצביע על אידאולוגיה גזענית ולא דמוקרטית שלו, הרי שהוא שינה את דרכיו וכעת הוא מקבל עליו את האיסורים והמגבלות הקבועים בדין והנובעים משיטת המשטר הדמוקרטית. לשיטתו, על ועדת הבחירות המרכזית לקבל את הכרזתו והצהרתו בפניה ולקבוע כי מעשיו הקודמים "התיישנו" ואין בהם בכדי למנוע את מועמדותו.

ד. עמדתו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית

75. יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, השופט מ' חשין, סבר כי יש לפסול את מר מרזל מלהתמודד בבחירות. השופט מ' חשין עמד על פסק הדין בפרשת בן-גביר וכעולה ממנו, ארגון "כך" ירד אמנם למחתרת אך ממשיך להתקיים. הוא ארגון "גזעני שבגזענים". יושב-ראש הוועדה עמד גם על תולדותיה של תנועת "כך", ועל החלטות ועדות הבחירות המרכזיות ובהמשך, בית המשפט העליון, שפסלו את מועמדותה. פסקי דין אלו הוקיעו את הגזענות וקבעו גם כי תנועת "כך" נגועה בנגע זה. בהקשר זה הדגיש יושב-ראש הוועדה כי "כל פסקי הדין האלה עד עתה ניתנו בזמן שהרב כהנא היה בחיים וברוך מרזל היה יד ימינו ועוזרו הראשי. הוא היה מן הדמויות הבולטות

ביותר. הוא היה מן המנהיגים הבלתי מעוררים, לאחר הרב כהנא... הוא היה יד ימינו, הוא היה המוציא והמביא של הרב כהנא והוא לקח חלק בפעילויות האלימות והקשות של תנועת 'כך' באותה תקופה (1982-1984)". בהמשך, סקר יושב-ראש הוועדה את התמודדותו של מר מרזל בראש רשימת "כך" בבחירות לכנסת ה-13. הוא ציין כי ועדת הבחירות המרכזית ובית המשפט העליון לא קיבלו את עמדת מר מרזל – ותצהירו – לפיהן חל שינוי בין דרכו דאז ודרכה של תנועת "כך" בראשותו של הרב כהנא ואלו כמו אלו מצדיקים את הפסילה לאור היות הרשימה שוללת את האופי הדמוקרטי של המדינה ומסיתה לגזענות.

76. על כן, עמדת יושב-ראש הוועדה היתה כי יש די ראיות כיום למסקנה כי יש לפסול את מר מרזל וכי הדברים שהובאו מפיו אינם אלא "הסוואה של האמת". כעולה מחומר הראיות שהוצג בבית המשפט העליון בפרשת בן-גביר וכן מן האמור בפסק הדין עצמו עולה כי תנועת "כך", על אף שהוכרזה כארגון טרוריסטי, לא הפסיקה את פעולתה. לא הונחה כל תשתית ראייתית לכך שחל שינוי אמיתי בתנועת "כך". באשר למר מרזל עצמו ציין יושב-ראש ועדת הבחירות כי "העיון בחומר הראיות מראה שמרזל הוא היום המנהיג, או למצער אחד המנהיגים של 'כך' או על כל פנים בוודאי אחד מהראשים הבולטים של 'כך'". זאת הן בהתבסס על חומר עדכני שהונח בפני ועדת הבחירות והן בהתבסס על "חומר הראיות האדיר שנאסף עד שנת 1992". יושב-ראש הוועדה ציין כי למרות הכחשותיו והסבריו של מר מרזל, לרבות הצהרתו כי חזר מדרכו, אין לשנות את המסקנה בדבר פסילתו שכן מכלול הראיות וההסברים מצביע על בסיס לפסילה. הוא ציין, בעיקר בהתייחס לתשתית הראייתית הרחבה שנתפסה על ידי המשטרה, כי "מבחינתי אין ספק ספקא, אין לי בדל של ספק שהוא קשור לדבר הזה". יושב-ראש הוועדה הוסיף עוד, כי העובדה שהמשטרה לא העמידה את מר מרזל לדין עד כה על הסתה לגזענות, אינה משנה את המסקנה העולה מן התשתית הראייתית (המינהלית) העולה בפניו. עוד ציין, כי הצהרתו של מר מרזל בפני הוועדה בוודאי אינה מספקת הן כעקרון והן ובמיוחד בנסיבות בהן התשתית הראייתית כולה מצביעה על מעורבותו ופעולותיו של מר מרזל וראיות אלו "לא מדברות, הן זועקות בקול רם". אשר על כן קבע יושב-ראש ועדת הבחירות כי "המסקנה שלי אחת ויחידה – יש לקבל את הבקשה ולפסול את אדון מרזל".

ה. החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית והערעורים עליה

77. ועדת הבחירות החליטה, כאמור, לדחות את הבקשה למנוע את השתתפותו של מר מרזל בבחירות. על כך הוגשו בפנינו ערעורים מטעם ח"כ פינס והיועץ המשפטי לממשלה. לטענת המערערים, החלטת ועדת הבחירות שלא לפסול את מועמדותו של מר מרזל הנה מוטעית, בלתי סבירה ודינה להתבטל. כך, בייחוד שעה שהיא התעלמה, לטענתם, מחומר הראיות הברור והחד משמעי שהונח בפניה; מפסקי דין קודמים של בית המשפט העליון בהן עמד בהרחבה על פועלה ומטרותיה של תנועת "כך" והיסוד השלילי המובהק שבהם בהיותם מסיתים לגזענות במידה שאין לפסול אותה. לטענת המערערים, מר מרזל היה ועודנו פעיל בארגון הטרור "כך" ובארגונים מחתרתיים דומים אשר אינם בוחלים בדרכי אלימות וזלזול בעקרון שלטון החוק. מר מרזל אינו על כן, אלא "סוס טרויאני" המבקש להיכנס לבית המחוקקים באיצטלה של תשובה אך בפעילות ומטרות פסולות מעיקרן ואסורות על פי חוק-יסוד: הכנסת. ארגון "כך" הוא ארגון גזעני, ארגון טרור, הדוגל במטרות לא דמוקרטיות. מר מרזל עצמו נטל בעבר ונטל גם כעת חלק בפעולות הארגון, כפעיל מרכזי, ובאופן עקבי ושוטף. אשר על כן, המדובר בגזען. ההסתה לגזענות המיוחסת למר מרזל הנה חמורה וקיצונית, "שהיא בבחינת קוץ ממאיר בבשרה ורעל בדמה של מדינה וחברה" (סעיף 8 להודעת הערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה).

78. עוד הדגישו המערערים, כי הן בחומר שהגיש והן בהופיעו בפני ועדת הבחירות לא חזר בו מר מרזל מן העמדות הגזעניות והאנטי דמוקרטיות של הרב כהנא. חומר הראיות שהוגש בפני הוועדה על ידי היועץ המשפטי לממשלה וכן האמור בפרשת בן-גביר, קושרים את מר מרזל באופן ברור לתנועת "כך" ופעולותיה. בהקשר זה טוענים המערערים, כי הסבריו של מר מרזל אינם משכנעים ואינם מספקים הסבר להימצאות חומר הקושר אותו ישירות לארגון "כך" במשרדים אותם תפשה המשטרה. גם הקביעות של מר מרזל כי המדובר בחומר "ישן" אינן מדויקות ויש בחומר הראיות מאפיינים המצביעים על היותו עדכני בהרבה. המערערים טוענים, לפיכך, כי מר מרזל לא שינה כלל מדרכיו והצהרתו אינה אלא תרגיל הסוואה שעיקרו מצג כוזב. המערערים הוסיפו וטענו, כי הגם שבאופן עקרוני נטל ההוכחה מוטל עליהם, הרי שבנסיבות בהן אף המועמד טוען כי היה פעיל עד לאחרונה בארגון טרור אסור וגזען והנה שינה דרכיו, עליו להוכיח מתי, מדוע ובאיזה אופן שינה את דרכיו. ראיה כזו והוכחה כזו לא באו בפני הוועדה.

79. מר מרזל, בתשובתו לערעורים שהוגשו, טען כי אין עילה להתערבותו של בית משפט זה בהחלטתה של ועדת הבחירות שלא למנוע את מועמדותו בבחירות. הוא שב

וטען בפנינו כי גם אם הוכח כי בעבר היה בעל עמדות ומטרות גזעניות, הרי ששינה מדרכו כאמור וכיום הוא מתכוון לפעול רק במסגרת החוק ועל פי כללי הדמוקרטיה. הוא הצהיר על כך בתצהיר שהוגש לוועדת הבחירות ואף הופיע בפניה. ועדת הבחירות נתנה אמון בעמדותיו, ואין עילה להתערב בהחלטתה. החלטה זו סבירה היא, ראוייה לגופה ומתבססת על השיקולים הראויים. לגופו של עניין הוא הוסיף, כי אין הוא פעיל בתנועת "כך" עוד משנת 1994, עת הוכרזה כארגון טרור. מרבית החומר שנתפש במשרדים בירושלים כלל אינו קשור אליו, והחומר שקושר לכאורה אותו לפעילות הינו ישן ובלתי עדכני או לא רלבנטי לבקשה למניעת מועמדותו. מר מרזל שב וטען כי לא היה מעולם במשרד שברח' שמואל ברוך בירושלים וכי אמנם עשה שימוש מזדמן במשרד שבישיבת "הרעיון היהודי", אולם לא ידע ואין הוא קשור לחומר ראיות גזעני שנתפש בו.

1. בחינת החלטתה של ועדת הבחירות

80. אכן, השאלה המרכזית העומדת לפתחנו במסגרת בחינת החלטתה של ועדת הבחירות שלא למנוע את מועמדותו של מר מרזל בבחירות הינה אם נפל בהחלטתה של הוועדה פגם המצדיק את התערבותנו. לעניין זה מוכנים אנו להניח כנקודת מוצא – ומבלי להכריע בדבר – כי התשתית הראייתית שהובאה בפני ועדת הבחירות ובפנינו מבססת את מעורבותו של מר מרזל בפעילותה של תנועת "כך" עד לאחרונה. אין חולק באשר לדיות החומר הראיתי שעל יסודו נקבע בפסקי הדין של בית משפט זה כי תנועת "כך" היא בעלת מטרות ופעילות גזעניות וכי אין לאפשר – לאור סעיף 7א(א)(1) ו-7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת - את השתתפותה בבחירות (ראו פרשת ניימן השניה, פרשת מובשוביץ). אין גם חולק באשר לקביעות שבפסק דינו של בית משפט זה בפרשת בן-גביר, באשר להמשך פעילותה של תנועת "כך" בעת הזו, על כל מאפייניה הפסולים. הצדדים בפנינו הניחו, כי לו היה מוכח כי מר מרזל עודנו פעיל במסגרת תנועת "כך" וכי מטרותיו הן מטרותיה, היה בכך כדי להביא למניעת מועמדותו על פי העילות הקבועות בסעיף 7א(א)(1) ו-7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת. השאלה המרכזית היא, על כן, כלום מר מרזל עודנו תומך באידיאולוגיה הגזענית והלא דמוקרטית של תנועת "כך" ופעיל במסגרתה.

81. אכן, 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 שהיתה נהוגה על ידי תנועת "כך". הוא אינו דוגל בפעולות

אלימות. הוא הצטרף למפלגה ולרשימה – היא רשימת חרות – שאין חולק בפנינו כי רשאית היא להשתתף בבחירות. מהו משקלה של הצהרה זו? כלום יש לקבלה כפשוטה ולאפשר לאורה את השתתפותו של מר מרזל בבחירות? שאלה זו מקבלת משנה תוקף לאור הראיות הרבות שהובאו על ידי המבקש (ח"כ פז-פינס) ובעיקר על ידי היועץ המשפטי לממשלה. אלו כוללות שיוך משמעותי של מר מרזל לתנועת "כך", בייחוד כעולה מן החומר שנתפש במשרדים בירושלים. תמונתו של מר מרזל בתקליטורים, מספרי הטלפון בכרטיסי הביקור, הופעתו בתמונות ובחיבורים שונים של תנועת "כך" כמנהיג התנועה מעידים לכאורה כי אכן היה פעיל בתנועה, בניגוד לעמדתו לפיה עזב אותה כבר בשנת 1994. הימצאות מכתבים ומסמכים בחתימתו במשרדים אלו מעמידה בספק את נכונות הצהרתו לפיה מעולם לא ביקר במשרד שברח' שמואל ברוך או שאינו קשור לחומר שנתפש בישיבת "הרעיון היהודי". קשה לקבל גירסה כוללת לפיה אין מר מרזל קשור כלל לתנועת "כך" שעה שהוא מוצג על ידי התנועה כראשה וכפעיל בה בהיקף ובצורה כזו; שעה שיש עקבות לפעולתו במשרדי התנועה ושעה שאין חולק כי בעבר היה מר מרזל פעיל מרכזי בה ואף עמד בראשה בבחירות של שנת 1992. זאת ועוד: חלק מן הראיות עדכני ביותר, וחלקו אף סמוך ימים מספר לדיון בפני ועדת הבחירות. אם לא די בכך הרי שבפני ועדת הבחירות המרכזית – ואף בפנינו – לא חזר בו מר מרזל במפורש מהתבטאויות שהביע בעבר ולא קבע כי מורשתו של הרב כהנא – ככזו – אינה מקובלת עליו עוד. האמור לעיל מטיל ספק של ממש בכנות הצהרתו של מר מרזל לפיה חזר בו מדרכו והאידיאולוגיה הגזענית והלא דמוקרטית בה החזיק; אם לא ספק בכנות ההצהרה עצמה הרי ספק במשקל שיש ליתן לה שעה שעל כפות המאזניים מונחת כנגדה תשתית ראייתית כה משמעותית.

82. אולם, השאלה שבפנינו אינה אם אנו נותנים אמון בהצהרתו של המועמד לפיה חזר בו מדרכו הרעה. לו זו היתה השאלה תשובתי לה היתה ככל הנראה – כתשובתו של יו"ר ועדת הבחירות, השופט מ' חשין – כי אין לקבלה כפשוטה ומכל מקום, כי נוכח הראיות שהובאו אין בה די בכדי לאפשר את מועמדותו של מר מרזל בבחירות לאור המגבלות שנקבעו בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. אכן, ההליך שבפנינו הינו ערעור בחירות (ראו סעיף 63א(ד) וסעיף 64(א1) לחוק הבחירות). היקף הביקורת השיפוטית במסגרת ערעור בחירות שונה הוא, ומצומצם, מזה המסור לבית המשפט במסגרת אישור בחירות (ראו פסקה 24 לעיל). משמעות הדבר היא כי בית המשפט אינו גוף השותף להחלטה אלא גוף מבקר. עליו לבחון, על כן, אם ההחלטה אינה חורגת ממתחם הסבירות ואם ראויה היא. השאלה על כן איננה כיצד היינו אנו מחליטים בנסיבות המקרה לו היינו יושבים על המדוכה במקום ועדת הבחירות המרכזית. השאלה

גם איננה אם אנו היינו מאמינים למר מרזל. כך, שכן בית משפט זה אינו מחליף – במסגרת ערעור בחירות – את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הוועדה. השאלה היא, לפיכך, אם יש מקום להתערבותנו בהחלטת הוועדה. בבחינה מעין זו בנסיבות המקרה, לא ראינו עילה להתערבות בהחלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לדחות את הבקשה למנוע את השתתפות מר מרזל בבחירות. מסקנתנו זו מבוססת על טעמים מספר:

83. ראשית, אין חולק כי ועדת הבחירות הינה גוף מעין שיפוטי. מר מרזל הופיע בפניה והביע את עמדותיו. ועדת הבחירות התרשמה ישירות ממר מרזל וסברה כי יש לתת אמון ומהימנות בהצהרתו לפיה שינה את עמדותיו ומטרתו הפסולה. אמת, גם ההחלטה ליתן אמון בהצהרתו של מר מרזל צריכה להיות סבירה וראויה אולם בהתחשב בהתרשמותה הישירה של הוועדה במסיבות המקרה, לא מצאנו עילה להתערב בהחלטתה זו. שנית, במקרה שבפנינו החליטה ועדת הבחירות לדחות בקשה למנוע השתתפות של מועמד בבחירות. במובן זה, פעלה ועדת הבחירות כ"כנסת זוטא" (ראו פרשת ירדור, בעמ' 377-378; פרשת יאסין, בעמ' 69) וסברה כי אין למנוע ממר מרזל מלהשתתף בבחירות. לשיטתנו, יש ליתן משקל של ממש לנתון זה. כך, שכן במסגרת ההגנה על הזכות לבחור ולהיבחר, ועל התחרות החופשית ב"שוק הדעות" הפוליטי, מקום בו ועדת הבחירות החליטה לאשר השתתפות מועמד (או רשימה), לא בקלות יתערב בית משפט זה בהחלטתה. כזה הוא המקרה שבפנינו. אכן, לא הרי החלטה של ועדת הבחירות למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות כהרי החלטה שלא למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות. בית המשפט חייב להגן על הדמוקרטיה בשני המצבים הללו, אך תפקידו המיוחד בא לידי ביטוי בהגנה על היחיד ועל המיעוט. כאשר הרוב מכיר בזכותו של היחיד להשתתף בבחירות, לא יתערב בכך בית המשפט, אלא אם כן ההחלטה חורגת באופן מובהק ממתחם הסבירות. איננו יכולים לומר שזהו המקרה שלפנינו. שלישית, יש ליתן משקל מיוחד להצהרה (ותצהיר) של מועמד בדבר עמדתו ודרכיו, ולהצטרפותו כמועמד מס' 2 ברשימת מועמדים המשתתפת בבחירות. אמת, לתשתית הראיות האובייקטיבית חשיבות בפני עצמה אולם שעה שתחולתו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מבוססת על מעשיו של המועמד, הרי שבמסגרת זו יש ליתן משקל ראוי להצהרתו של מועמד ולהצטרפותו לרשימת מועמדים המשתתפת בבחירות. ודוק: אין המדובר בהצהרה של מועמד כי מטרתו היא אחת והתשתית העובדתית הנה אחרת; המדובר בהצהרה של מועמד כי שינה את דרכיו וכי הוא מקבל על עצמו – במבט צופה עתיד – כללים ומגבלות שיאפשרו לו לפעול על פי האמור בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, וכי הוא הוציא הצהרה זו מהכוח אל הפועל בהצטרפו לרשימת מועמדים המשתתפת בבחירות. הצהרה זו אינה בעלת משקל מוחלט, וניתן כמובן לסתור אותה

בראיות. אולם, משעה שניתנה, ומשעה שעיקר הראיות לא סותר אותה כשלעצמה אלא מראה כי ככל הנראה בעבר דגל המועמד במטרות פסולות, הרי שלא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטה לקבלה וליתן בה אמון. כזה הוא המקרה שבפנינו. נמצא כי לא מצאנו בנסיבות המקרה עילה להתערבותנו בהחלטתה של ועדת הבחירות שלא למונע את מועמדותו של מר מרזל בבחירות לכנסת השש-עשרה.

הערות לסיום

84. טרם נסיים פסק דיננו נבקש להעיר שלוש הערות: ראשית, במהלך הדיון בפני ועדת הבחירות המרכזית – וכן בפנינו – הושמעו טענות קשות כנגד היועץ המשפטי לממשלה ובאת כוחו, אם על עצם המעורבות בהליכים השונים, אם על הראיות שנאספו והובאו ואם על העמדה שהובעה לגופו של עניין. אין בידינו לקבל ביקורת זו. אכן, ליועץ המשפטי לממשלה מעמד סטטוטורי בהליכים רבים (ראו למשל: פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]) וגם במסגרתו של חוק הבחירות (ראו למשל סעיף 1א64). כך הדבר, נוכח ההכרה באינטרס הציבורי שמיוצג על ידו. כך גם, בשל כלי החקירה והבדיקה שבידיו. במובן זה, ובהיעדר טענה מבוססת על הפעלת שיקול דעתו שלא כדין, מילאו היועץ המשפטי לממשלה ובאת כוחו, הגב' טליה ששון, את תפקידם על פי הוראות הדין. עמדתם בהליכים השונים כללה ראיות רבות, שאינן יכולות להימצא אלא בידיהם. לכך חשיבות מיוחדת בייחוד בהליך מעין זה.

שנית, נבקש להפנות את תשומת ליבו של המחוקק לבעייתיות הקיימת בהוראות הדין המסדירות את סוגיית מניעת ההשתתפות של רשימות ויחידים בבחירות. על פניו, לוקה הדין בעניין זה בחוסר שיטתיות, שכן במסגרת בקשה למניעת השתתפותו של מועמד, טעונה ההחלטה על מניעת ההשתתפות אישור של בית המשפט העליון (סעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת) בעוד שהחלטה על דחיית בקשה למניעת ההשתתפות כפופה לערעור לבית המשפט העליון (סעיף 63א(ד) ו-64א(1) לחוק הבחירות). שונה הדין באשר למניעת השתתפותה של רשימת מועמדים. בין אם תאושר השתתפותה ובין אם תישלל, כפופה ההחלטה לערעור לבית המשפט העליון ולא לאישורו (סעיפים 64א(א) ו-64א(1) לחוק הבחירות). על פניו, קשה ההבחנה בין הדין החל על מניעת השתתפותה של רשימה לדין החל על מניעת השתתפותו של מועמד בודד.

שלישית, יש מקום לשקול אם ההסדר הקיים, בו ההחלטה הראשונית באשר למניעת השתתפותן של רשימות מועמדים או מועמדים היא בידי ועדת הבחירות המרכזית, הוא הסדר ראוי. האין לחשוש כי החלטותיה של ועדת הבחירות יוכתבו על ידי ההרכב הפוליטי שלה – למעט העומד בראשה – ויושפעו משיקולים פוליטיים, במקום השיקולים העניינים עליהם עמדנו? כבר בפרשת ירדור ציין השופט זוסמן כי מתן שיקול דעת לוועדת הבחירות למנוע השתתפותה של רשימת מועמדים "אינו עולה בקנה אחד עם הרכב הוועדה שהוא גוף המורכב על טהרת עקרונות פוליטיים, לפי מתכונת הכנסת היוצאת, פרט ליושב ראש הוועדה שהוא שופט בית המשפט העליון" (שם, עמ' 389). בפרשת ניימן הראשונה היפנה השופט מ' אלון את תשומת הלב לחוסר הרצון "למסור הסמכות לפסילת רשימה על פי נימוקים של תוכן ומהות לגוף, המורכב ברובו המכריע – פרט ליושב-ראש – מנציגים, המייצגים גופים פוליטיים, וששיקוליהם עשויים להיות אידיאולוגיים – פוליטיים" (שם, עמ' 289). בפרשת ניימן השנייה היפנה הנשיא שמגר את תשומת הלב "לבעיה של הפקדת סמכות אישור הרשימות בידי גוף פוליטי" (שם, עמ' 194). אכן, מן הראוי הוא כי הכנסת תשוב ותיתן דעתה ותבחן אם אין זה ראוי להפקיד את הדיון בסוגיה זו, שאין חולק באשר למשמעותה לשם שמירה על הדמוקרטיה, התחרות החופשית והפלורליזם, בידי גוף נייטרלי במהותו אשר ישקול שיקולים משפטיים ענייניים בלבד. יצויין כי במדינות דמוקרטיות בהן מצויה הוראה בחוקה המאפשרת מניעת השתתפותן של רשימות בבחירות, ההחלטה בשאלה זו נעשית על ידי בית המשפט בלבד, בלא שוועדה כדוגמת ועדת הבחירות שלנו – על מאפייניה הפוליטיים – תיטול חלק בהחלטה זו (כגון סעיף 21(2) לחוקה הגרמנית; סעיף 223(e) לחוקת פורטוגל). אכן, האם מן הראוי הוא שגוף פוליטי ("כנסת זוטא") יפעל כגוף מעין שיפוטי? האם מן הראוי הוא שמי שנאבק על קולו של הבוחר יקבע גם מי יוכל להתמודד עימו במאבק זה? האין להסתפק בכוחה של הכנסת לקבוע את אמות המידה הראויות להשתתפות בבחירות, בלא להעניק לה את הסמכות להכרעה האינדיבידואלית? מודעים אנו לכך שהתשובה על שאלות אלה אינה פשוטה. מן הראוי שהדבר יישקל מחדש, לאור הנסיון שהצטבר במשך השנים, בישראל ובמשפט המשווה.

מטעמים אלה החלטנו (ביום 9.1.2003) שלא לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות כי ח"כ בשארה וח"כ טיבי מנועים מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה, ולדחות את הערעור על החלטתה של ועדת הבחירות לאשר את השתתפותו של מר מרזל בבחירות אלה, ולקבל את ערעורה של רשימת בל"ד על החלטת ועדת הבחירות, לפיה היא מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה.

מצטרף אני לחוות דעתו, על הנמקתה, של חברי הנשיא א' ברק. ברצוני להוסיף הערות אחדות בשולי הדברים. אין ספק, כי זכותה וחובתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית להגן על עצמה מפני האויבים הקמים עליה, מבחוץ ומבפנים, עד שיקום חזון הנביא ישעיהו (מט, יז): מהרסיך ומחריביך ממך יצאו. אך יש להיזהר זהירות מופלגת כי הגנה זו לא תיהפך לכלי בידי הרוב לדיכוי של מיעוט בעל השקפות שונות. ממהותה של דמוקרטיה לאפשר לדעות מיעוט להיאבק על עיצובה של המדינה, גם אם הרוב משוכנע מערכה המוחלט של האידיאולוגיה שלו. היחסיות הערכית היא נשמת אפה של הדמוקרטיה. עם זאת, הגדיר סעיף 7א בחוק יסוד: הכנסת, את הערכים שהם בעלי תוקף מוחלט במדינת ישראל למי אשר פועל נגדם אין זכות להשתתף בבחירות לכנסת, יחיד או רשימה. הפעולה הנמנעת האחת היא שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הבעיה בהוראה זו היא כי שני התוארים של המדינה הם טעוני ערכים, לגביהם עשויים להתקיים חילוקי דעות יסודיים ביותר. יתרה מזו, איני משוכנע כי בין התואר יהודית לתואר דמוקרטי קיימת הרמוניה, כפי שהניחו ומניחים רבים וטובים. נוטה אני לדעה כי ביניהם קיים מתח ערכי ניכר המחייב הליך של השלמה בין ניגודים ערכיים, כמשמעות מושג זה אצל הפיסיקאי הדני נילס בוהר (complementarity). השקפתי זו מביאה אותי למשנה זהירות בעת שמבקשים לשלול את ההשתתפות בבחירות מדעה הנראית בעיני אחדים בלתי דמוקרטית או בלתי יהודית. כך, עלול מישהו לקום ולטעון כי השאיפה למדינת הלכה פוסלת את נציגיה מלהשתתף בבחירות בשל אופיה האנטי-דמוקרטי. השווה רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פד"י נ (2) 45, בעמ' 71. במקביל לכך, עשוי אדם אחר לקום ולטעון כי השאיפה למדינה חילונית נוגדת את מהותה היהודית של המדינה. מכאן, כי יש לתת בהקשר הנדון למונחים יהודית ודמוקרטי משמעות ערכית מצומצמת ביותר כפי שמציע חברי הנשיא.

שני המבחנים הערכיים האחרים המצויים בהוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, הם בעלי מהות שונה לחלוטין. בהבדל לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם הסתה לגזענות וגם תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של

ארגון טרור, נגד מדינת ישראל, הם מעשים העלולים להוביל לאישומים פליליים בעלי אופי חמור. השווה הוראות 97, 144 ב, 144 ד(2), לחוק העונשין, תשל"ז-1977. על רקע זה, מן הראוי כי נטל השכנוע להוכחת קיומה של עילת מניעה להשתתפות בבחירות יהיה קרוב לזה הדרוש במשפט פלילי. השווה ברוח זו, ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, בעמ' 196. לפי מבחן זה, לא השתכנעתי, בדומה לחברי הנשיא א' ברק וכן מטעמיו, כי יש למנוע מח"כ עצמי בשארה, מרשימת בל"ד ומח"כ אחמד טיבי מלהשתתף בבחירות.

היבט חשוב נוסף בעיניי הוא עמדתו העכשווית של המועמד העומד למבחן על מעשיו במסגרת סעיף 7 לחוק היסוד. היבט זה נוגע לעניינו של מר ברוך מרזל. טענתו של מר מרזל היא כי גם אם יש חומר ראיות הקושר אותו בעבר, הרחוק או הקרוב, לאידיאולוגיה גזענית, הרי הוא שינה את דרכיו וכעת הוא מקבל עליו את המגבלות הנובעות מן השיטה הדמוקרטית. לטעמי, יש לתת להצהרה מעין זאת משקל מכריע, ברוח הרעיון הנשגב בעולמה של היהדות בדבר מהות התשובה: גדולה תשובה שמקרעת גזר דינו של אדם (בבלי ראש השנה, יז,ב); שמביאה רפאות לעולם (יומא, פו,א); שזדונות נעשות לו כשגגות (יומא, פו,ב); שמארכת שנותיו של אדם (שם); ועוד נאמר על התשובה כי גדולה כוחה שממלכת את בני האדם בעולם, וקושרת לבני אדם קשרים בראשיהן (אליהו רבה (איש שלום) פרשה יח, ד"ה "וכשבאו פושעי ישראל"). ואמנם, הוראת סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, אין מטרתה להעניש רשימה או אדם על מעשים שנעשו בעבר: פני ההוראה כולה לעתיד. החשש הוא כי האדם המועמד ינצל את מעמדו המדיני כנבחר העם למעשים הפסולים המנויים בהוראה החוקתית. והנה, אם מצהיר המועמד כי חזר בו מן ההשקפה שהביאה אותו למעשים הפסולים, הרי יש לתת להצהרה פומבית זו, כאמור, משקל מכריע. ההצהרה מושמעת באזני ציבור הבוחרים ויש בה חיוב מוסרי מבחינתו של המועמד. בנסיבות אלה, אין לפסלו, למעט מקרים חריגים שבחריגים, שבהם הוכח הוכחה מלאה כי נפשו שפת שקר ולשון רמיה. לא מצאתי יסוד להניח כי תוכו של מר מרזל אינו כברו ולכן מצטרף אני למסקנתו הסופית של חברי הנשיא כי אין להתערב בהחלטתה של ועדת הבחירות.

שופט

(בדימ')

השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן:

ביום 9.1.2003 ניתן על-ידינו פסק-דין ללא נימוקים, בו אושרה פה אחד השתתפותו של ח"כ אחמד טיבי בבחירות לכנסת. כן אושרה, ברוב דעות, השתתפותם בבחירות של ח"כ עזמי בשארה, של רשימת בל"ד ושל ברוך מרזל. בעניינו של ח"כ אחמד טיבי מצטרפת אני לפסק דינו של חברי הנשיא. בעניינם של ח"כ בשארה, בל"ד ומרזל נמנתי על המיעוט, בהיותי בדעה כי אין לאשר השתתפותם בבחירות. הרי נימוקי לעמדתי.

מדינת ישראל: מדינה יהודית ודמוקרטית

1. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית משחר הקמתה. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, היא "מגילת העצמאות", הניחה שתי אבני יסוד אלה כיסוד מוסד לה. את מעמדה של המדינה כמדינה יהודית, מעגנת ההכרזה בקשר ההיסטורי של העם היהודי לארץ ישראל בה עוצבה דמותו הרוחנית הדתית והמדינית, ממנה הוגלה ואליה חזר מכוח זכותו הטבעית וההיסטורית, במטרה להקים בית לאומי לעם היהודי שיפתח שעריו לכל יהודי לאחר השואה הנוראה שהתחוללה על עם ישראל בה שיכל שליט מבניו. על רקע זה מזדקר מעמדה המרכזי של מדינת ישראל כמדינה יהודית המגשימה את החזון הציוני. היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית היא תמצית הווייתה, היא ההצדקה לקיומה (ה-*raison d'être* שלה). מעמדה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מוצא ביטוי בחוקתה המתגבשת של המדינה ובחוקים שנחקקו בה מאז הקמתה. מאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית "הם בעלי היבט ציוני ומורשתים יחד (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281; להלן – פרשת קעדאן). במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגייה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית" (סעיף 12 לפסק דינו של הנשיא). שלילתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מונעת השתתפות רשימת מועמדים או מועמד בבחירות לכנסת.

2. מדינת ישראל איננה רק מדינה יהודית. היא מדינה דמוקרטית. היא מושתתת "על יסודות החרות הצדק והשלום" ועל "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, תוך הבטחת חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". אופיה הדמוקרטי של המדינה הוא נשמת אפה. הוא מתחייב מההכרזה שבמגילת

העצמאות ומערכי-היסוד של תקומתו המודרנית של העם היהודי. מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מחוייבת לזכויות היסוד של אזרחיה ושוקדת על הבטחתן. אחת מהחשובות שבזכויות היסוד בחברה דמוקרטית, אם לא החשובה שבהן, היא הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת. אלא שעל אף חשיבותה העליונה, אין זכות זו זכות מוחלטת. היא נסוגה אחר שעה שהיא משמשת לסיכון אופיה היהודי דמוקרטי של המדינה. ללא הגנה על ערכי הדמוקרטיה, לא תיכון המדינה כמדינה דמוקרטית ולא תיכון גם הזכות לבחור ולהיבחר. ללא הגנה על גרעינה של המדינה כמדינה יהודית, לא תיכון מדינת ישראל. השניות שבהיות המדינה יהודית ודמוקרטית, היא ביסוד הווייתה של מדינת ישראל. על-אף המתח הפנימי בין שתי מהויות אלה, אחוזות הן זו בזו ומהוות שני עמודי תווך, שללא כל אחד מהם אין למדינת ישראל קיום.

אין להציב את זכות ההתמודדות בבחירות, מעל לחובה להגן על ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. הצבה כזו חותרת תחת אושיותיה של המדינה. לפיכך מתחייבת הצבת בלמים לזכות להיבחר, שימנעו מחורשי-רעה מלשלול את צביונה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. המתח הפנימי בין מהותה של חברה דמוקרטית הדוגלת בחופש ביטוי בזכות לבחור ולהיבחר לבין הצורך לבלום את זכויות אלה, מחייב את הפעלת הבלמים בזהירות ובאחריות מירבית, על מנת שלא לפגוע באופן בלתי ראוי ובלתי מידתי בזכויות היסוד להן מחוייבת המדינה. יש להשתמש בבלמים אלה רק כמוצא אחרון. אל יקל הדבר בעינינו אך עלינו המלאכה לעשותה.

סעיף 7א

4. המחוקק היה ער לבעייתיות האמורה ומצא לקבוע בסעיף 7א(א). בחוק-יסוד: הכנסת, שהוא בעל מעמד חוקתי, הגבלות על ההשתתפות בבחירות. להגבלות אלה יש לתת תוקף ואף שיש לפרשן בצמצום, אין לפגוע בתכליתן ואין לרוקנן מתוכן. הפרשנות הנכונה שיש לתת להוראות סעיף זה, היא פרשנות המאזנת בצורה ראויה בין הזכות החוקתית להיבחר לכנסת לבין זכותה של המדינה להגן על קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית מפני אלה המבקשים לנצל לרעה את פתיחותו של המשטר

הדמוקרטי על מנת לקדם את מטרותיהם האנטי דמוקרטיות על ידי חדירה לבית המחוקקים, וכבר היו דברים מעולם. זכותה של המדינה למנוע זאת על ידי שלילת הזכות להיבחר לכנסת ממי המבקש למוטט את שתי אבני היסוד של מהות המדינה, שהן, היותה יהודית ודמוקרטית. זוהי דמוקרטיה מתגוננת. סעיף 7א נותן בידי הדמוקרטיה המתגוננת כלים להפעלת זכותה האמורה.

5. על ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 7א ועל השינויים שהוכנסו על ידו במצב המשפטי, בעקבות פסיקה אותה הרחיבו הוראותיו, עמד חברי הנשיא ולא אוסיף. אומר רק שעם כל הדילמה הכרוכה בהפעלת סעיף זה, אין להעמידו ככלי ריק, שכן, תכליתו ראויה היא.

סעיף 7א קובע לאמור:

”מניעת השתתפות בבחירות [תיקון התשס"ב (מס' 2)]

(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, 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.”

להוראות סעיף זה תפקיד מפתח בהגנה על אופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה. נקבע בו כי רשימה שיש במטרותיה או במעשיה, ואדם שיש במעשיו, במפורש או במשתמע משום שלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, לא ישתתפו בבחירות לכנסת. בכך ניתנת הגנה לתמצית אופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה (סעיף 7א(א)(1)). נאסר בו על השתתפות בבחירות של רשימה או מועמד המסיתים לגזענות. איסור זה מגן אף הוא על אופיה הדמוקרטי של המדינה, שהרי הגזענות פוגעת באופי זה פגיעה עמוקה וקשה. עקרונות השוויון והכבוד ההדדי בין קבוצות אוכלוסיה שונות הם נדבכים מרכזיים באתוס הדמוקרטי (סעיף 7א(א)(2)). נאסר בו על השתתפותם בבחירות של רשימה או מועמד התומכים במאבק מזוין, של מדינת אויב או ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. הוראה זו מגינה על עצם קיומה של המדינה ומונעת את

ניצולה של הכנסת ושל זכויות-היתר של החברים בה בשירות גורמים עוינים המבקשים את מיגורה (סעיף 7א(א)(3)).

6. עיקרה של התשתית הנורמטיבית שהניח הנשיא, בעקבות פסיקה עניפה שהזכיר לעניין פרשנותו של סעיף 7א והמבחנים ליישומו, מקובלת עלי. אכן, על מנת שרשימה או מועמד יפסלו מלהתמודד לכנסת משום שיש במטרותיהם ובמעשיהם – לפי העניין – כדי לסתור את האמור בסעיף 7א נדרש כי הסתירה תתקיים במטרות או במעשים דומיננטיים ומרכזיים של הרשימה או של המועמד (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-12, פ"ד מב(4), 177, 187). כאשר מדובר במטרות, נדרש כי מטרות אלה יהיו "יעד שליט" של הרשימה ולא יהיו בגדר תאוריה בלבד וכי הרשימה פועלת בהתמדה ובאופן מעשי למען מימוש והגשת מטרותיה (שם, בעמ' 196). כן נדרש כי קיום המטרות או המעשים הסותרים את האמור בסעיף 7א יוכח בראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות. עם זאת חולקת אני על חברי באשר לישומן של הוראות הסעיף על עניינם של בשארה, בל"ד ומרזל. לשיטתי, על בסיס הנורמות והמבחנים אותם יש ליישם והפרשנות התכליתית הראויה של סעיף 7א ולאור רמתן הגבוהה והמשכנעת של הראיות שהוצגו בפנינו, דין השלושה, פסלות. אפנה, איפוא, לבחון את עניינם באופן פרטני:

ח"כ בשארה ובל"ד

שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

בפתח דברי אציין, כי עמדותיו של ח"כ בשארה הן עמדותיה של בל"ד, תפיסתם האידיאולוגית והפוליטית זהה וכך גם המטרות שהציבו לעצמם והמעשים הנעשים להגשמתן. המפלגה כולה נסבה סביבו וסביב תורתו. לפיכך, התייחסותי בהמשך לח"כ בשארה כמנהג התייחסות אל בל"ד.

אשר לח"כ בשארה מקובלים עלי דברי הנשיא אליהם אני מצטרפת, האומר כי: "המעשים המיוחסים לח"כ בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו של ח"כ בשארה, והם מהווים יעד שליט של ח"כ בשארה. זאת ועוד: מעשים אלה אינם רעיון תיאורטי, אלא פוטנציאל פוליטי שח"כ בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל, בפעילות חוזרת ונשנית, ומתוך עוצמה רבה" (פסקה 45 לחוות-דעתו).

הנשיא מוסיף ואומר כי "היות מדינת ישראל "מדינת כל אזרחיה" מתקרבת באופן מסוכן לאפשרות השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" (פסקה 46). אלא שלא כחברי הנשיא סבורה אני כי בפנינו ראיות מוצקות להוכחת רכיבי סעיפי 7א, העומדות – מבחינת משקלן ועוצמתן – במבחן הדרוש ועונות על הקריטריונים שהוצבו בפסיקה באשר לטיב הראיות הדרושות לעניין זה. מחומר הראיות שבפנינו – שהיה מונח גם בפני ועדת הבחירות - עולה, כי במטרתיה ובמעשיה של רשימת בל"ד ובמעשיו של ח"כ בשארה יש משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 7א(א)(1)) וכן משום "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל" (סעיף 7א(א)(3)).

7. תורת ח"כ בשארה, שהיא גם תורת בל"ד מאופיינת בשניות קונפליקטואלית. אחת האסטרטגיות המרכזיות בהן אווז ח"כ בשארה במאמציו למנוע את פסילת מועמדותו ומועמדות תנועתו לכנסת, היא האבחנה החדה שהוא עושה בין השקפותיו "התיאורטיות", "הפילוסופיות" או "ההיסטוריות", בהן הוא מחזיק בכובעו כ"אינטלקטואל" ו"פילוסוף", כפי שיש המכנים אותו, לבין השקפותיו הפוליטיות, בהן הוא מחזיק כפוליטיקאי ופרלמנטר מעשי. לשיטתו, רק האחרונות צריכות לעמוד למבחן סעיף 7א(א), ואילו הראשונות אינן רלבנטיות ואין מקום להביאן בחשבון לעניין הכשרתה או פסילתה של מועמדותו. הבחנה זו מלאכותית בעיני ואין לקבלה. אכן, מכתביו, נאומיו והרצאותיו של בשארה עולה, לכאורה, תמונה של אדם בעל שתי מערכות נבדלות ונפרדות של השקפות. כך למשל, אומר ח"כ בשארה כי "כמושג פוליטי", רק השטחים שממזרח לקו הירוק הם כבושים, ואילו "כמושג תרבותי-היסטורי", "כל פלשתינ היא כבושה" (א' שביט "האזרח עזמי", הארץ, 29.5.1998 (להלן: שביט "האזרח עזמי")), בעמ' 22; ראייה מס' 1 בתיק הראיות שהגיש היועץ המשפטי לממשלה לוועדת הבחירות, להלן: תיק הראיות). אלא שדי לקרוא בכתביו כדי להיווכח כי שתי מערכות אלה חד הן. אין אנו רשאים להתעלם מכך שדברי בשארה בכובעו ה"תיאורטי" הם הדברים העומדים ביסוד השקפותיו הפוליטיות והם הדברים אותם מבקש הוא ליישם באופן מעשי, ככל שיתאפשר לו. ראוי לציין כי הדמוקרטיה הישראלית אינה מונעת מח"כ בשארה לבטא את השקפותיו, אותן הוא מכנה "תיאורטיות", "פילוסופיות" או "היסטוריות", מעל כל במה, במסגרת החוק. אולם, ככל שמדובר בחברות בכנסת, אותן השקפות הן חלק מהשקפותיו הפוליטיות אותן הוא מבקש ליישם ולממש, בין השאר, באמצעות חברותו בכנסת. לפיכך חורגות אותן השקפות מן התיאוריה, הפילוסופיה וההיסטוריה, חריגה רבה ועוברות לתחום המעש הפוליטי.

8. מה הן אותן השקפות? ראוי לציין, כי קיים פער בין הרטוריקה שבעזרתה הוצגו השקפותיו של ח"כ בשארה בפני ועדת הבחירות במטרה להכשיר את מועמדו ומועמדות מפלגתו לבחירות לכנסת, לבין מהותן האמיתית של דעותיו ומטרותיו, המשתקפת מכתביו, הרצאותיו ודבריו בכנסים סגורים. כך למשל גרס ח"כ בשארה בראיון עיתונאי שנערך עמו, כי "...מבחינה היסטורית הרעיון של מדינת היהודים הוא לדעתי לא לגיטימי, ואם אתה שואל אותי אני לא מוכן לתת לישראל לגיטימציה היסטורית... היהדות היא דת ולא לאום... לציבור היהודי בעולם אין סטטוס לאומי כלשהו. אני לא חושב שיש לציבור הזה זכות להגדרה עצמית... אין שום דמיון בין זכויותיהם בארץ של פלשתינאים שהוגלו מאדמתם לפני חמישים שנה, לבין זכויותיו של קולקטיב מדומה שהוגלה מהארץ לפני אלפיים שנה" (שביט "האזרח עזמי", בעמ' 23). בחוברת בשם "ההצהרה הלאומית הדמוקרטית", המסכמת את תורתו של ח"כ בשארה, אומר הוא כי "מדינת [כל] אזרחיה, אינה מדינת היהודים או המדינה היהודית, וכאן מתייחדת בל"ד, בהדגשה שהאמירה "מדינה יהודית ולכל אזרחיה" היא אמירה שיש בה סתירה ואינה מתקבלת על הדעת (מקבולה) תיאורטית" (ראיה מס' בתיק הראיות). ח"כ בשארה דוגל בדה-ציוניזציה של מדינת ישראל. לדבריו: "...אם אנחנו מדברים על השאלה האזרחית, הפתרון שלה הוא דה-ציוניזציה של ישראל. כלומר: שהמדינה תפסיק להתנהל כאילו היא התנועה הציונית" (שביט "האזרח עזמי", בעמ' 23). במאמר שכתב בבטאון בל"ד, "פצל אלמקאל", אומר ח"כ בשארה כי "קבלת יהודיותה של מדינת ישראל, פרושה הודאה בהעדר אפשרות ליישם את זכות השיבה" (ראיה מס' 11 בתיק הראיות). מהקשר הדברים עולה כי מימוש זכות השיבה של הפזורה הפלשתינית היא אחת ממטרותיו של ח"כ בשארה וכי לשיטתו, לשם השגת מטרה זו הכרחית שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. בקורס שהעביר ח"כ בשארה לבכירי מפלגתו באוגוסט 2001, אמר כי רק ליהודים ששהו בפלסטין לפני 1948 יש זכות לשבת בה וכי ליהודים שהגיעו לאחר מכן אין כל זכות באדמה עליה הם יושבים. לדבריו, במדינה הדו-לאומית "מדינת כל אזרחיה" אליה הוא שואף, יוכלו להישאר רק צאצאי היהודים ששהו בפלסטין לפני 1948 (ראיה 8 בתיק הראיות שהגיש היועץ המשפטי לממשלה לוועדת הבחירות). ואלה רק מקצת שבמקצת ממכלול תורתו של ח"כ בשארה, שהובא בפנינו.

העולה ממכלול השקפותיו ותורתו של ח"כ בשארה - ה"תיאורטיות" וה"פוליטיות" כאחד - הוא, כי מטרותיו, שלשם הגשמתן הוא מבקש להיבחר לכנסת, כוללות את ביטול הציונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי, ביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת שתבוא תחתיה, לה הוא קורא

בשם "מדינת כל אזרחיה". מדינה זו תהא נטולת כל סממניה היהודיים והלאומיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כן שואף ח"כ בשארה ל"שינוי המאזן הדמוגרפי" (ראה סעיף 57 לתצהירו של ח"כ בשארה, הכלול בכתב-התשובה שהגיש לוועדת הבחירות) על ידי מתן זכות שיבה לערבים, שלילת זכות ה"שבות" מן היהודים, וביטול הזיקה ליהדות התפוצות.

9. מהוראות סעיף 7א עולה כי לא רק מי ששולל את קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית לא ישתתף בבחירות אלא גם מי ששולל את אפשרות קיומם של שני הערכים הללו בצוותא, במדינת ישראל, יפסל מהשתתפות בהם. ח"כ בשארה שולל את אפשרות קיומן של הציונות והדמוקרטיה בצוותא. הוא שולל את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. הוא פועל להפצת המסר כי ישראל אינה יכולה להיות דמוקרטית וכי ישראל דמוקרטית ושוויונית אינה יכולה להיות יהודית. כך אמר, למשל, בראיון לעיתון "אל-דוסטור", היוצא לאור בירדן, כי "...השאלה הנשאלת היא איך לעשות שימוש בכלים [הדמוקרטיים שבמסגרת השלטון הישראלי הקיים] על מנת להחריף את הניגודים בקרב הציבור הישראלי ולעורר את הקונפליקט בין רעיון השוויון והרעיון הציוני... זהו המבחן שאני סבור כי השגנו בו הצלחה רבה ע"י העלאת עניין מדינה לכלל-תושביה מול מדינת היהודים... לכך יש להוסיף את ההיחלצות נגד תהליך הישראליות והפיכת מושג השוויון ממושג של התמזגות עם הציונות למושג העומד בסתירה עימה" (ראיה מס' 12 בתיק הראיות). אכן, יש בהיותה של המדינה כיהודית כדי לתת עדיפות לבניה היהודים בכל הקשור להתקבצות בה מכל כנפי תבל. על מהות זו אין לוותר כי בנפשנו היא. יחד עם זאת, מתקיימת בתוככי המדינה דמוקרטיה אמיתית על כל היבטיה ועקרונותיה. (גם אם אין היא מושגת באופן מלא קיימת חתירה מתמדת להגשמתה המלאה).

10. את השקפותיו של ח"כ בשארה יש לבחון על רקע הסכסוך הישראלי-פלסטיני, העקוב מדם, שעד כה לא עלה בידינו לפותרו. ח"כ בשארה רואה עצמו כפטריוט פלסטיני. יש מי מהפלסטינים המבקש לחסל את מדינת ישראל ולהקים מדינה פלסטינית תחתיה; יש מי הרוצה במדינה פלסטינית לצד מדינת ישראל; ח"כ בשארה שואף "למדינת כל אזרחיה". שאיפה אחרונה זו היא תמצית תורתו. הביטוי "מדינת כל אזרחיה" מעורפל ואינו חד משמעי. הנימה השוויונית העולה ממנו, שובה את האוזן. אולם בדיקת המהות המסתתרת מאחורי הכותרת האטרקטיבית מעלה, כי "מדינת כל אזרחיה" איננה מדינת ישראל היהודית והדמוקרטית. אין כוונתו לקיום שוויון ודמוקרטיה בתוככי מדינת ישראל שהיא גם מדינה יהודית, שהרי לשיטתו שניים אלה סותרים זה את זה ומוציאים זה את זה. כוונתו למדינה שונה, שאיננה יהודית, נטולת כל

מאפיינים יהודיים ואיננה מדינת העם היהודי אם כי יהודים יוכלו לחיות בה. מחומר הראיות עולה, כי ח"כ בשארה מודע היטב לכך שהיותה של ישראל מדינה יהודית היתה הסיבה להקמתה מלכתחילה והיא גם הטעם שבהמשך קיומה. מכאן, ששלילת היותה של ישראל כמדינה יהודית, היא למעשה דרכו של ח"כ בשארה לשלול את עצם קיום המדינה.

11. שינוי אופייה של המדינה ממדינה יהודית ודמוקרטית למדינה שלא תהא עוד מדינה יהודית, הוא המטרה המרכזית, הדומיננטית, של ח"כ בשארה ובל"ד. זהו ה"יעד השליט" שלהם. אכן, ניתן לפסול רשימה בשל מטרותיה בלבד ואילו לגבי יחיד ניתן לפוסלו בשל מעשיו, עם זאת, שלילתו הבוטה והגלויה של ח"כ בשארה קיום מדינת ישראל כמדינה יהודית כחלק מן הפרוגרמה עליה הוא שוקד ואותה הוא מקדם, היא בגדר "מעשים" לצורך סעיף 7א. את היעד השליט של חיסול מדינת ישראל כמדינה יהודית, מבקשים ח"כ בשארה ובל"ד להוציא מן הכוח אל הפועל. לשם כך מבקשים הם להיבחר לכנסת. אופיה ההדרגתי של הוצאת יעד זה מן הכוח אל הפועל, נגזר ממגבלות כוחו הפוליטי המצומצם של ח"כ בשארה, נכון לעת הזו. עצם מודעותו של ח"כ בשארה לכך שהשגת יעדיו הפוליטיים אינה ממשית כיום, עצם הטקטיקה ההדרגתית בה הוא נוקט בקידום רעיונותיו לאור המציאות הפוליטית, מצביעה על גישה מפוכחת המחייבת המתנה תוך פעילות מתמדת לקראת המטרה. אין בכך כדי להפחית כהוא זה מן הסכנה הצפויה ממי שחותר לסופה של המדינה כמדינה יהודית. אין מקום להמתין לבוא היום בו יצבור ח"כ בשארה כוח די הצורך על-מנת לבצע ולהגשים את הפרוגרמה שהוא מתכנן, פן יהיה מאוחר מדי.

באיזון העדין שבין ההגנה על קיום המדינה כמדינה יהודית, שהיא ציפור הנפש של הווייתה, לבין הזכות להיבחר של מי המבקש לבטל קיום זה, יד הראשונה על העליונה. לפיכך, דין ח"כ בשארה ובל"ד להיפסל מכוח סעיף 7א(א)(1) לחוק.

תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל

12. פסילת ח"כ בשארה ובל"ד מהתמודדות בבחירות לכנסת מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, בניגוד לפסקה (3) של סעיף 7א. מפאת משקלה הרב של ההכרעה העומדת לפנינו, נמשיך גם כאן לבחינה מפורטת

יותר של עמדותיו של ח"כ בשארה ושל בל"ד באשר לארגוני הטרור השונים ומאבקם המזוין בישראל.

מכתביו והתבטאויותיו של ח"כ בשארה, הנמצאים לפנינו, כמו גם מהתבטאויות של מנהיגים אחרים בבל"ד, עולה כי ח"כ בשארה ובל"ד תומכים ב"התנגדותו לכיבוש" של לפחות ארגון טרור אחד - החיזבאללה. לטענת ח"כ בשארה, אין בכך תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, באשר החיזבאללה אינו ארגון טרור, אלא ארגון גרילה ואין בכך תמיכה במאבק מזוין בכוחות הישראליים, אלא מדובר בתמיכה בהתנגדות החיזבאללה לכיבוש. בטענות אלה אין ממש. אשר לשאלת היות החיזבאללה ארגון טרור, די בכך שממשלת ישראל הכריזה על הארגון כעל ארגון טרור על פי סמכותה שבדין, על-מנת לקבוע שאכן מדובר בארגון טרור. אין אדם זה או אחר יכול להגדיר לפי נטיות ליבו את מעמד החיזבאללה בעיני מדינת ישראל. לפיכך, תמיכה בחיזבאללה היא תמיכה בארגון טרור. זאת ועוד. ההכרזה באה על רקע פעילותו האלימה והמזויינת של הארגון נגד מדינת ישראל, שהביאה לקורבנות רבים. חיזבאללה נאבק בישראל מאבק מזוין. אשר על כן, תמיכה בחיזבאללה, גם אם תחת הכותרת של "תמיכה בארגון המתנגד לכיבוש", היא תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. טענת בשארה לפיה תמיכתו היא רק ב"התנגדות לכיבוש" של החיזבאללה לוקה בסתירה פנימית, לאור היות החיזבאללה ארגון טרור הנאבק בישראל מאבק מזוין. על תמיכתו של בשארה במאבקו המזוין של ארגון טרור יעידו דבריו בנאום שנשא בקרדחה, סוריה, בפני נשיאי סוריה ולבנון, סגן-נשיא איראן, חסן נסראללה, מנהיג החיזבאללה, ואחרים, באמרו, בין השאר:

"... וכפי שסוריה התנערה לה (בהיותה) גוב אריות ערבי, כך תתנער פלסטין על כל מרחביה (משמע: כולל שטחי 48'), פלסטין שהוכתה באסון, (מידי) מכונת המלחמה האמריקנית-ישראלית. וכפי שנערי אלשאם (כינוי של סוריה), הדפו, בזרוע ובחזה שלהם את טנקי הכובש, ניצבים בני עמכם, שם במולדת הפצועה, כשהם מובילים (לחופה) כלה אחר כלה, כשהשמש זורחת ויום המחר גדוש באור נוצץ.

(ובכן) האם ידרדר סזיפוס-של-פלסטין את הסלע, כדי להתחיל מחדש, בתום כל סיבוב, את מאבקו חסר התוחלת עם קללת הגורל, לאחר שפורר את הסלע לאבנים שאותן הוא מיידה בכובש". (עיתון "תשריץ" 11.6.01; ראייה מס' 6 בתיק הראיות).

מדברים אלה משתמעת תמיכה ברורה במאבק מזוין נגד ישראל ושבה והזדהות עם ה"מארטירים" הקוטלים באזרחי ישראל על-ידי טרור אכזרי. למותר לציין כי רוב המחבלים מבצעים את מעשי הטרור במסגרת ארגוני-טרור אליהם הם משתייכים, כנדרש בפסקה (3) של סעיף 7א.

13. מעבר לתמיכתו בארגון טרור ספציפי - החיזבאללה, תומך ח"כ בשארה במאבק הפלסטיני בישראל - בכללותו. מאבק זה מתבצע, כידוע, על-ידי פיגועי טרור המבוצעים על-ידי ארגוני טרור. כך, למשל, אמר ח"כ בשארה בכנס בל"ד באום-אל-פחם ביום 7.6.2000: "זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל... פעם ראשונה שאנו רואים ניצוץ של תקווה. לבנון, החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה וניצחון - מטרה ברורה ורצון עז לנצח, והכנת האמצעים הנחוצים הדרושים להשגת מטרה זו" (ראיה מס' 17 בתיק הראיות). בעצרת בל"ד בנצרת מיום 16.3.2002 אמר ח"כ בשארה, כי "זוהי פעם ראשונה בהיסטוריה של העם הפלסטיני שבה החלופה של ההתנגדות היא החלופה הראשונה והאחרונה". בעצרת נוספת שנערכה אותו יום, בכפר רמא, ברך ח"כ בשארה "את העמידה האיתנה של בני עמנו, את האינתיפאדיה המפוארת שלהם, ואת מוכנותם להמשיך במאבק עד לטאטוא הכובש". (עיתון "פצל אלמקאל" מיום 22.3.02; ראיה מס' 21 בתיק הראיות).

14. עד כאן התייחסתי למעט מן הראיות הגלויות שהובאו בפנינו: מאמרים והתבטאויות של ח"כ בשארה שפורסמו או הושמעו ברבים. היועץ המשפטי לממשלה העמיד לרשותנו חומר רב היקף בעל משקל נוסף אודות מטרותיהם ומעשיהם של ח"כ בשארה ובל"ד, שעמד לרשות הועדה ולרשות כל הנוגעים בדבר, אף שמקורותיו חסויים. הוא עשה כן על-אף שלדעתו, על פי הצהרתו בפנינו, די בראיות הגלויות על מנת להצדיק את פסילתם. עיינתי בחומר ודי אם אומר שהעולה ממנו מאשש - וביתר-שאת - את כל העולה מן החומר הגלוי, כמפורט לעיל, שאכן די בו כשלעצמו לצורך הפסילה. כך למשל עולה מן החומר כי בכנס בל"ד שנערך בנצרת ביום 23.6.2000, ציין ח"כ בשארה בנאומו כי תמיכתו בחיזבאללה הינה חלק מהקו הפוליטי-מדיני המוצהר של בל"ד, שתתמוך בכל גוף שיילחם בכיבוש (ראיה מס' 16 בתיק הראיות). בכנס של המועצה הכללית של האיחוד הלאומי הדמוקרטי בנצרת ביום 24.6.00 אמר, כי נצחוננו של החיזבאללה מוכיח כי ניתן לנצח את מדינת ישראל וכי המאבק הצבאי משתלם (ראיה מס' 18 בתיק הראיות). עוד עולה מן החומר כי ח"כ בשארה נפגש ביום 25.9.2000 עם הנהגת ארגון הטרור "חמאס" בחברון, ואמר למארחיו כי הוא רואה

בעצמו לוחם במאבק נגד ישראל כמו שאר הנוכחים בחדר (ראיה מס' 14 בתיק הראיות).

הזדהותו של ח"כ בשארה עם המאבק המזויין של חיזבאללה שהוא ארגון טרור והטפתו לאימוץ מאבק זה למלחמה בכיבוש וקריאתו לניצחון על ישראל במאבק צבאי, באים בגדר סעיף 7א(א)(3) שעניינו תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. לשיטתו של בשארה, תושבי ה"שטחים" זכאים "להתנגד" לכיבוש. ב"התנגדות" זו הוא תומך. הוא תומך באינתיפאדה הפלסטינית, המתנהלת מאז אוקטובר 2000, שעיקרה הוא רצף של פיגועי טרור המבוצעים על-ידי ארגוני טרור. הוא תומך "בכל גוף שיילחם בכיבוש" - וארגוני טרור בכלל זה.

15. אכן, כאיש בעל שתי פנים טוען ח"כ בשארה כי הוא מתנגד לפיגועי טרור אלימים מצד הפלסטינאים. עם זאת, מקבל הוא את בחירתם של רבים מתושבי ה"שטחים" בטרור כדרך להבעת "התנגדותם לכיבוש", בה הוא תומך תוך שהוא נמנע מלבקר את הבחירה האמורה. מן הראיות שהובאו בפנינו עולה באופן ברור ומשכנע כי על אף הדרך המעורפלת והדו משמעית בה התנסח ח"כ בשארה בפני ועדת הבחירות, תומך הוא במאבקם של תושבי השטחים נגד ישראל, מאבק המתנהל בעיקר על ידי פעולות טרור של ארגוני טרור ומעודד אותם לפעול כפי שפעלו "החיזבאללה והמרטירים" שביצעו פעולות טרור כארגון טרור. מרבית פעולות הטרור של תושבי השטחים מבוצעים במסגרת ארגוני טרור והתמיכה בפעולות האמורות כמוה כתמיכה בארגונים.

מכל האמור עולה כי ח"כ בשארה ובל"ד תומכים במאבק מזויין של ארגוני טרור נגד מדינת ישראל וכי עמדותיו של בשארה והתבטאויותיו בזכות מעשה החיזבאללה, בזכות האנתיפדה הפלסטינית ובזכות כל גוף "שילחם בכיבוש" מהווה מעשי תמיכה עליהם חל סעיף 7א(א)(3) ולפיכך, בדין פסלה ועידת הבחירות את ח"כ בשארה ובל"ד מלהשתתף בבחירות.

יצויין כי השילוב שבין שלילת המדינה כמדינה יהודית לבין התמיכה במאבק מזויין של ארגוני טרור, מוסיף עוצמה לכל אחת ממרכיבים אלה שבסעיף 7א לחוק.

16. בטרם אסיים מבקשת אני להעיר כי בבחירות לכנסת ה-15 אישרה ועדת הבחירות המרכזית את השתתפותה של בל"ד בבחירות. היועץ המשפטי תמך בעמדה זו

והרכב בית משפט זה עליו נמנית אישר את ההשתתפות (ע"ב 2600/99). המקרה היה בעיני גבולי. מאז נוספו עובדות בעלות משמעות שמצאו ביטוי בכתביו ובמעשיו של ח"כ בשארה והבהירו את המשמעות האמיתית והמלאה של התבטאויותיו הקודמות והוסיפו עליהם. כיום אין עוד ספק בלבי כי נתקיימו שתי עילות הפסילה של סעיף 7א(1) ו-7א(3) שכל אחת עומדת בפני עצמה והשתיים משלימות זו את זו, כאשר הפעילות על פי פסקה (3) מהווה קונקרטיזציה של האמור בפסקה (1).

עניינו של ברוך מרזל

17. אפתח ואומר שבעניינו של ברוך מרזל מאמצת אני את עמדתו של יו"ר ועדת הבחירות, השופט מ' חשין. מרזל היה מועמד מס' 2 ברשימת "חירות" לכנסת ה-16. לשיטתי, דין מועמדותו לכנסת להיפסל, באשר הוא בא בגדרן של פסקאות (1) ו-(2) של סעיף 7א(א) לחוק. מרזל חוטא בהסתה לגזענות כאמור בסעיף 7א(2) ובכך שולל הוא גם את קיום מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בניגוד לפסקה (1) של סעיף 7א(א).

מן הראיות שבפנינו עולה, כי מרזל היה יד-ימינו של הרב כהנא ז"ל, מנהיג תנועת "כך" בחייו וירש אותו לאחר מותו כמנהיג התנועה. הוא הורשע בעבר בעבירות הקשורות בפעילות התנועה. הממשלה הכריזה על תנועת "כך" ונגזרותיה השונות כארגון טרור והחליטה כי "הכרזה זו חלה על הארגונים הטרוריסטיים המפורטים לעיל וכן על כל חבר בני-אדם שיפעל להשגת מטרות מאותו סוג, אשר הארגונים הנזכרים לעיל פעלו להשגתן, באמצעים דומים לאמצעים שהארגונים הנזכרים לעיל השתמשו בהם, אף אם יתקרא בשמות או בכינויים אחרים - אם דרך קבע ואם מעת לעת. כן תחול הכרזה זו על פלגיהם ועל צירופיהם של הארגונים הנזכרים לעיל" (הכרזה מיום 13.3.94; ילקוט הפרסומים 4202, בעמ' 2786). הממשלה ציינה בהחלטתה במפורש את שמו של מרזל כאחד הפעילים המרכזיים בתנועת "כך".

18. סעיף 7א הוסף מלכתחילה לחוק יסוד: הכנסת, בין השאר, במטרה למגר את הגזענות בכלל ואת הכהניזם שחרטה אותה על דגלה, בפרט (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח 1155, עמ' 196; ראה גם בדברי ההסבר להצעת החוק: חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), ה"ח 1728, עמ' 193, בעמ' 194). ואכן, מאז הוספת סעיף 7א, נכשלו נסיונותיה של תנועת "כך" להתמודד בבחירות לכנסת: ועדת הבחירות המרכזית החליטה לפסול את הרשימה מהתמודד בבחירות לפְּנֵסוֹת השונות ובית-משפט זה דחה ערעורים שהוגשו על החלטות אלה (פרשת ניימן; ע"ב 2805/92 רשימת "כך").

לכנסת השלוש עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש עשרה, דינים עליון, כרך כה, 467). גם תנועת "כהנא חי", נגזרת של תנועת "כך" שהוכרזה גם היא כארגון טרור, נפסלה מהתמודד בבחירות (ע"ב 2858/92 מובשוביץ ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש עשרה ואח', פ"ד מו(3) 41). תנועת כך הוצאה אל מחוץ לחוק. עם זאת לא חדלה התנועת מלפעול בהתארגנויות שונות. בבג"ץ 547/98 נועם פדרמן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 520, 528, קבע בית-משפט זה כי לא קמה עילה לביטול ההכרזה על תנועת "כך" כעל ארגון טרור. נקבע, כי עד למועד מתן פסק-הדין בחודש דצמבר 1999 לא חל שינוי בדרכה של "כך" שיש בו כדי להצדיק את שקילתה מחדש של ההכרזה. לאחרונה ציווה מפכ"ל משטרת ישראל על סגירתם של משרדים בירושלים שהיו בשימושם של המזוהים כפעיליה המרכזיים של "כך", וביניהם מרזל. בית-משפט זה קבע - בנובמבר 2002 - בערעור עע"מ 8342/02 איתמר בן גביר נ' שלמה אהרונישקי, מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד נז(1) 61, 64: "כי יש זהות מוחלטת בין פעילותה של תנועת "כך"... לבין הפעילות שהתנהלה במשרדים". נקבע, כי במשרדים התנהלה, בעת האחרונה ממש, "הפצת מסרים גזעניים, אלימים ומסוכנים" (ש"ס, בעמ' 66). עוד נקבע, כי "לא הונחה כל תשתית ראייתית המצביעה על שינוי אמיתי בתנועת "כך" שיש בה כדי להצדיק ביטול הכרזתה כארגון טרוריסטי. הראיות שנאספו במשרדים הנ"ל, המתבטאות בחומרים שנמצאו בהם, מצביעות על המשך פעילות להפצת מסרים גזעניים. כאמור, החומר שנתפס היה זהה בתכנים ובמסרים שלו למסרים שהופצו בזמנם על-ידי תנועות "כך" ו"כ"ח". ... גם היום... לא חלו כאמור שינויי עמדות כלשהן בתפיסות האידאולוגיות העומדות בבסיס התנועה... ואף לא חלו שינויים בנסיבות הפוליטיות-חברתיות אשר הניעו את הממשלה להכריז על התנועה כארגון טרוריסטי" (ש"ס, בעמ' 8-67). תנועת "כך" ממשיכה, אם כן, להתקיים בפועל גם אם לא תחת שמה ובהתארגנות שונה וממשיכות להתקיים בה כל אותם מאפיינים שהביאו לפסילתה בעבר מהשתתפות בבחירות לכנסת.

19. אין חולק כי מי אשר פועל למימוש תורתו של הרב כהנא ושל ממשיכי דרכו אשם בהסתה לגזענות שהיא במרכז תורתו. אלא שמרזל אינו מבקש להתמודד לכנסת ה-16 במסגרת רשימה של תנועת "כך" או של חליפתה; הפעם מבקש הוא להעמיד עצמו לבחירה כמועמד ברשימת "חירות". ועדת הבחירות דחתה בקשה של ח"כ אופיר פינס-פז ועו"ד אמנון לורך לפסול את רשימת חירות מהשתתף בבחירות, ועל החלטת הועדה לא בא ערעור לפנינו. רשימת "חירות", היא, איפוא, רשימה כשרה לכל דבר ועניין. נקודת-הכובד של ההכרעה העומדת לפנינו בעניינו של מר מרזל היא, האם

כטענתו – הפך הוא עורו וחברבורותיו והתנתק מ"כך" כאשר חבר ל"חירות"? האם שינה את עמדותיו מטרותיו ודרכו המעשית מדרכה של "כך" או ממשיכי דרכה, לדרך חדשה ולגיטימית שאינה לוקה בהסתה לגזענות ואינה שוללת את היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית?

לאחר עיון בכל החומר הרלוונטי הגעתי לכלל מסקנה שהתשובה לשאלות הנ"ל היא בשלילה. שוכנעתי כי מרזל לא שינה מדרכו, וכי אותם נימוקים שהביאו בעבר להכריז על "כך" כעל ארגון טרור ולפסול את "כך" מהתמודדות בבחירות, שרירים וקיימים בכל הנוגע לפעילותו של מרזל ומובילים לקבלת הערעורים שהוגשו על החלטת ועדת הבחירות לאפשר את התמודדותו. הראיות העדכניות מצביעות על מעורבות מאסיבית וישירה של מרזל בפעילויות שכל עיקרן הפצת תורתו הגזענית של הרב כהנא וחתירה בלתי פוסקת להגשימה. כך למשל נאמרו בסרט בשפה האנגלית, שנמצא, מוקלט על דיסק-מחשב (CD-ROM), במשרדים בירושלים שנתגלו כמשרדים מהם פועלים פעילי "כך", הדברים הבאים (בתרגום):

"אנו התלמידים מתכוונים להמשיך את עבודתו של הרב [כהנא] עד שהטוב המוחלט יגיע. ... אנחנו, תלמידיו וממשיכי דרכו של הרבי, ממשיכים ללמד את תורתו בכל דרך אפשרית, למען גאולת העם היהודי. ברוך מרזל, תושב חברון, הוא ראש הארגון ומשתתף באירועים ציבוריים ובפעילויות יום ולילה. הוא נוסע מעיר לעיר, כל יום, ומגייס עשרות פעילים נוספים מכל רחבי הארץ. ברוך הוא גם ראש הארגון באזור יהודה, שומרון ועזה..." [ההדגשה בקו תחתון - שלי].

20. באותם משרדים נתפסו כרזות ומדבקות שונות ועליהן כתובות כגון: "אין ערבים - אין פיגועים", "או אנחנו או הם - יש פתרון: לגרש את האויב הערבי", "רוצים ממשלה שתחסל את כולם" וכן חומר רב של "נוער כהנא". כן נמצאו שם עותקים רבים של ספר בשם "ברוך פודה ומציל", שתוכנו הוא דברי הלל ושבח לברוך גולדשטיין, מבצע הטבח במתפללים מוסלמים במערת המכפלה. כן נתפסה בהם כמות גדולה של כרטיסי ביקור המסומנים בסיסמא "כהנא צדק!". בגב הכרטיס מופיעים מספרי טלפון המיועדים לאפשר למזדהים עם דרכו של כהנא ליצור קשר עם הפעילים הראשיים של גלגולה הנוכחי של תנועתו. הראשון שבהם הוא מספר הטלפון של ברוך מרזל. נמצא במשרדים גם מסמך מאת מרזל בשם "הגיע הזמן להודות", בו מביע מרזל את תמיכתו בדעותיו של הרב כהנא ומבקש לשכנע את הקורא כי כהנא אכן "צדק". ראיות נוספות ברוח דומה נתפסו ב"ישיבת הרעיון היהודי" בירושלים. כך למשל נתפס שם מכתב מאת מרזל מחודש שבט התשס"ב (ינואר, 2002), הממוען לאדם העוסק

בדרכים לקידום "מהלך הכשרת "כך". ראיות נוספות נאספו באתרי אינטרנט שונים הקשורים לתנועת "כך" ולמזדהים עם כהנא. באתר האינטרנט "newkach" אוזכר מרזל, נכון ליום ה-11.12.02, כמנהיג "כך". באתר "kahanetzadak", כפי שנצפה באותו יום, פרסם מרזל דברי הערצה לברוך גולדשטיין והזדהות עם דרכו. טענתו של מרזל לפיה אין הוא יכול למנוע מאחרים לעשות שימוש בשמו ובמעמדו למטרותיהם היא טענה צינית שמוטב היה אלמלא הועלתה.

21. מה עומד אל מול ראיות אלה? מולן מתייצבת הצהרתו של מרזל בפני ועדת הבחירות המרכזית בישיבתה מיום 29.12.02, בה הצהיר כי שינה את עמדותיו וכך הצהיר לפרוטוקול ישיבתה של ועדת הבחירות המרכזית:

"אני שיניתי את עמדותי בדברים שעליהם נפסל הרב כהנא. היום אני לא מכליל את כל הערבים, אני לא נלחם בכל הערבים... אני לא מדבר נגד כל הערבים... אני בעד להיאבק נגד האויבים שלי, אלה שרוצים להשמיד אותי בלבד... מעבר לכך, גם בנושא של דמוקרטיה, כשאני נכנס ומקבל את הזכויות של הדמוקרטיה להתמודד, אני גם מקבל עלי את החובות. אני חושב שהיום, בכל מקרה, אין משטר יותר טוב מהמשטר הדמוקרטי. הרבה פילוסופים דיברו נגד הדמוקרטיה, אבל אין היום הרבה ברירות יותר טובות והדמוקרטיה היא המשטר הטוב ביותר כיום. זהו" (עמ' 223-225 לפרוטוקול).

ועדת הבחירות קיבלה את התצהיר כפשוטו. לא כן יו"ר ועדת הבחירות, ובצדק. בגישתי לבחינת תצהירו של מרזל, נוקטת אני ב"כבדהו וחשדהו". כבדהו, משום שכל אדם מוחזק בעיני, לכאורה, כאמין על הצהרתו עד שלא יוכח ההיפך. חשדהו, משום עברו של מרזל כמנהיג "כך", משום נסיבות העניין, משום התנהגותו ומשום הראיות האחרות שבפנינו. גם ראיה שהמצהיר לא נחקר עליה, צריכה לעמוד במבחני האמת המקובלים עלינו. אמת זו נבחנת על פי הראיות האחרות, על פי התנהגותו של המצהיר ועל פי כל נסיבותיו של העניין. כל אלה שכנעוני כי האמור בתצהירו של מרזל איננו עומד במבחן האמת, ומדוע? ראשית, אבחן את הרקע להצהרתו. מרזל כחבר "כך" וכמנהיג בה, הורשע בעבר בעבירות הקשורות במעשים שנעשו על ידו למימוש האידיאולוגיה הגזענית של התנועה ושל. את הצהרתו בדבר "חזרתו בתשובה" יש לבחון בזהירות. יש לתת את הדעת לנסיבות מתן התצהיר. "כך" ביתו האידיאולוגי הטבעי של מרזל הוצא אל מחוץ לחוק ואין הוא יכול לפעול רשמית במסגרתה להשגת מטרותיו. במצב דברים זה אך טבעי הוא לנסות דרכים חדשות בהן יוכל הוא לפעול, להשפיע ולקדם את מטרותיו. הכנסת היא במה טובה לקידום ולמימוש מטרות אלה. לשם כך חבר הוא לרשימה שהסכימה לקלוט אותו. זהו הרקע

לתצהירו. אלה הן הנסיבות המהוות את אחד המבחנים לבחינת אותות האמת של התצהיר. מבחן אחר הוא קיומן של ראיות אחרות. בענייננו כל שנמצא במשרדים המשמשים את ממשיכי דרכה של "כך", מוטבע בטביעות אצבע ברורות וממשיות של מרזל. ראיות אלה שופכות צל כבד על האמת שבתצהיר. ראיה נוספת שהיא החזקה ביותר בעיני, היא התנהגותו של מרזל בזמן אמת בכל הנוגע לאלה שהשתמשו לדבריו בשמו ובמעמדו ללא רשותו במשך השנים מאז התנתק לטענתו מממשיכי דרכה של "כך". במהלך תקופה זו הוא לא נקף אצבע כדי להתריע, להעיר ולהתנגד לעשיית שימוש בשמו, באישיותו ובמעמדו על ידי ממשיכי דרכה של "כך". כאשר נשאל עורך דינו בבית המשפט בעת הדיון האם עשה מרזל דבר כדי להפסיק את השימוש האמור, או כדי להודיע ברבים על דרכו החדשה במאמרים או בכל דרך אחרת, השיב, כי הוא לא שאל את מרזל על כך וכי אין לו תשובה. נותרה, איפוא, העובדה הזועקת שבזמן אמת לא פרסם מרזל ולו רשימה אחת על "חזרתו בתשובה" ולא התריע ולא הזהיר מפני שימוש בשמו ובמעמדו למטרות ממשיכי "כך".

21. מן הראיות שנבדקו על ידי במבחי האמת, עולה כי אין לתת לתצהירו של מרזל את המשקל שניתן לו וכי התבטאויותיו ומעשיו העדכניים עומדים בסימן הזדהות עם דרכה של קבוצת ממשיכי דרכו ומפיצי תורתו של כהנא שהטיפה לגזענות. בהסתה לגזענות יש משום שלילת אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, שהוא אחת משתי אבני היסוד של מהות קיומה. גזענות עומדת בניגוד קוטבי לערכי הדמוקרטיה שהערך העליון בה הוא שוויון. גזענות משמעותה הפליה. במקרה זה הפלית ערבים. הפליה משמעותה אנטי דמוקרטיה. בכך בא מרזל בגדר האיסורים שבסעיף 7א(א)(1) ו-7א(א)(2) לחוק.

אשר על כן, מצאתי לפסול את מועמדותו של מרזל לכנסת.

שופטת

(בדימ')

1. ביחד עם חברי הנכבדים השופטים ט' שטרסברג-כהן, י' טירקל, וא' א' לוי נמניתי על המיעוט בפסק הדין, שבו הוחלט ברוב דעות של שבעה כנגד ארבעה שלא לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית כי ח"כ בשארה מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה, ולקבל את ערעורה של רשימת בל"ד על החלטת ועדת הבחירות, לפיה היא מנועה מלהשתתף בבחירות. כמו כן הנני מצטרף לדעת המיעוט, שלה שותפות חברותי הנכבדות השופטות שטרסברג-כהן, ביניש ופרוקצ'יה בפסק הדין, שבו הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור על החלטת ועדת הבחירות לאשר את השתתפותו של מר מרזל בבחירות אלה.

עניינו של ח"כ טיבי הוא מקרה גבול ולפיכך הצטרפתי לתוצאה שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות כי ח"כ טיבי מנוע מלהשתתף בבחירות האמורות, והוא – לפי המבחנים הראייתיים המקובלים עלי.

2. ככל שפסק דין זה מתייחס לח"כ בשארה, לבל"ד ולמר מרזל, מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי הנכבדה השופטת שטרסברג-כהן, על הנמקתה. מבקש אני להוסיף את הדברים הבאים:

(א) איני רואה מקום לסטות מההלכה הקובעת העדר תחולה בסוגיה שלפנינו למבחנים הסתברותיים. מבחנים כאלה אינם עולים מהטקסט של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת והם מעמידים את בית המשפט, לעיתים, במצב שבהעדר ראיות בדוקות יהיה עליו "להעריך" דבר שהוא מעבר לכוחו לעשות, מה היא מידת הסכנה הנובעת מהשתתפותם של רשימת מועמדים או של מועמד בבחירות. לא זו אף זאת: טול, למשל את המקרה שבו רשימה קיקיונית, שלפי ההערכה אין לה כל סיכוי להצליח, מבקשת להתמודד בבחירות לכנסת, כאשר עיקר מטרותיה המוצהרות היא השמדת מדינת ישראל; לפי המבחנים ההסתברותיים יש להתיר לה להשתתף בבחירות, דבר שאינו מתקבל על דעתי. ויצויין, שסעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת מפריד בין מטרות לבין מעשים. גישה המעדיפה במקרה שלפנינו החלת מבחנים הסתברותיים לא היתה

מקובלת עלי בעבר: ע"א 2/88 פ"ד מג(4) 221 והיא אינה מקובלת עלי גם כיום, ומעדיף אני עליה את המבחנים הראייתיים המחמירים.

(ב) אני מסכים למסקנתה של חברתי הנכבדה השופטת שטרסברג-כהן, המבוססת היטב החומר הראיות, כי הדיבור מדינת ישראל כ"מדינת כל אזרחיה" הוא בפי ח"כ בשארה, בהקשר בו הוא משתמש בדיבור זה, שם קוד לביטול הצינונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי וביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת שתבוא תחתיה, אם לא למעלה מזה. לענין זה איני רואה עצמי קשור לפרשנותו האפשרית של דיבור זה ברע"א 2316/96 פ"ד נ(2) 520, שניתנה על יסוד תשתית עובדתית השונה מהתשתית העובדתית המלאה שנפרשה לפנינו בהליכים נשוא פסק דין זה. מבקש אני להוסיף גם שאיני רואה כל מניעה להסתמך גם על החומר החסוי שהוגש לנו, המחזק ומבסס את החומר הגלוי.

(ג) גם לי, כמו לחברתי הנכבדה, השופטת שטרסברג-כהן, נראה כי פסילתם של ח"כ בשארה ובל"ד מהתמודדות בבחירות לכנסת מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזויין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל, כאמור בסעיף 7א(3) לחוק יסוד: הכנסת. לדידי הראיות בענין זה הן חד-משמעיות. יש להזכיר בענין זה, גם בין השאר, את נאומו של ח"כ בשארה ביוני 2001 בעיר קרדחה שבסוריה, באירוע שבו נכחו מנהיגים ואישים ערביים ובהם מזכ"ל החיזבאללה וסגן נשיא איראן, שבו קרא ח"כ בשארה לקדם את דרך המאבק המזויין ("ההתנגדות") לישראל. האם אין בהופעה פומבית זו במדינת אויב, כשהיא לעצמה, מבלי להתחשב בנאומיו הפומביים האחרים של ח"כ בשארה כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור? דומה הדבר בעיני למקרה שבו היה לורד הו-הו, מבקש על יסוד חוק מקביל לחוק יסוד: הכנסת להצביע בבחירות לפרלמנט הבריטי.

3. לענין מר מרזל, השאלה שעמדה לפנינו להכרעה היא מצומצמת: האם הוא שינה את עמדותיו והאם התנתק מ"כך" כאשר הצטרף לרשימת חירות? יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית שוכנע שהתשובה לכך היא שלילית והסבריו של פרקליטו במהלך הדיון שלפנינו לא הועילו לשכנעני שיושב ראש ועד הבחירות המרכזית שגה בכך. בכגון דא אין, לדעתי כל משקל, בנסיבותיו של העניין, להתרשמותם הבלתי אמצעית של חבריה ה"פוליטיים" של ועדת הבחירות ממידת מהימנותו של מר מרזל.

השופטת ד' ביניש:

החלטותינו בערעורי הבחירות ובהחלטות ועדת הבחירות שבאו לפנינו לאישור פסילת מועמדויות ניתנו ללא נימוקים מפאת לוח הזמנים הקצר שנוצר לפני הבחירות לכנסת ה-16. בעת מתן החלטותינו נחלקנו בדעותינו באשר לתוצאות הליכי הערעור והאישור.

הצטרפתי לדעת הרוב באשר לקיום הזכות של חברי הכנסת בשארה וטיבי להתמודד בבחירות, ואף באשר לקבלת הערעור בעניינה של רשימת בל"ד. עם זאת, הצטרפתי לדעת המיעוט לפיה ראוי היה לקבל את ערעורי הבחירות בעניינינו של ברוך מרזל (להלן: מרזל) ולפסול את מועמדותו לכנסת. עתה, לאחר שהיתה לי הזכות לקרוא את נימוקיהם המפורטים של חבריי, הנשיא ברק והשופטת שטרסברג-כהן, אנמק את עמדתי בקצרה. מסכימה אני לנימוקיו של הנשיא בכל הנוגע לעמדת הרוב אליה הצטרפתי. בכל הנוגע לפסילתו של מרזל, מצטרפת אני לנימוקיה של השופטת שטרסברג-כהן, ואוסיף עליהם מעט משלי.

1. בטרם אפרט טעמי לענין פסילת מועמדותו של מרזל, רואה אני להדגיש כי למסקנתי בענין זה הגעתי תוך מודעות לנטל הכבד המונח על כתפינו בבואנו לפסול מועמדות לכנסת על-פי הוראות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ולזהירות המתחייבת בהפעלת סמכות זו. בפסק דינו, עמד הנשיא ברק בהרחבה על הדילמה הטבועה בהוראה חוקתית שמקנה סמכות למנוע מרשימות או ממועמדים להתמודד בהליך הדמוקרטי של הבחירות לכנסת לשם הגנה על קיומו של המשטר הדמוקרטי. הדילמה היוצרת סתירה פנימית בין מימוש הזכות להחלפה חופשית של דעות - שהיא מעיקריה של הדמוקרטיה - והזכות להתמודד באופן שיווני בהליך הבחירות, אל מול הצורך לפגוע באותן זכויות לשם ההגנה עליהן. בפסק דינו עמד הנשיא גם על כך שהסמכות להגביל את ההשתתפות בהליך הדמוקרטי לשם הגנה על ערכי הדמוקרטיה מצויה בחוקותיהן של מדינות שונות. אציין רק כי הוראות מסוג זה, ה"חוסמות" התמודדות

בבחירות, מושפעות מההיסטוריה של כל מדינה, מאופייה הלאומי והחברתי ומהצורך של אותה מדינה להגן על שיטת המשטר שכוננה; זאת, על רקע לקחי עברה ועל יסוד הסיכונים הפוטנציאליים לעתיד שהיא רואה צורך להתגונן מפניהם.

הפתרון של פסילת רשימות מועמדים ושלילת הזכות לבחור ולהיבחר טומן בחובו סיכונים משמעותיים ומקים את החשש מפני פגיעה באחד מערכי היסוד של הדמוקרטיה - ההגנה על המיעוט ועל זכותו להשמיע את דעתו ולנסות להשפיע על הרוב. עקב פוטנציאל הסיכון הטמון בפסילה עצמה, פיתחה פסיקתנו כללי פרשנות להוראת סע' 7א לחוק היסוד ופרשנות זו היא שצריכה לעמוד נגד עינינו ולהנחות אותנו בבואנו לפסול רשימה או מועמד מלהתמודד. בפסקה 6 לפסק דינו, עמד הנשיא ברק על הכללים שהתפתחו בפסיקתנו וצמצמו את סמכות הפסילה רק למקרים חריגים וקיצוניים. בהתאם לאמות מידה קפדניות אלה, שוכנעתי כי מועמדותו של מרזל לכנסת אינה יכולה לעמוד, שכן קיימות ראיות ברורות, משכנעות וחד-משמעיות לפיהן מרזל נמנה עם אלה שבמעשיהם ובמטרותיהם מסיתים לגזענות, כמשמעותה של הסתה לגזענות בסעיף 7א(א)(2) לחוק היסוד ועקב כך נמנה הוא עם השוללים את קיום אופייה הדמוקרטי של המדינה, במשמעות סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד.

2. ועדת הבחירות המרכזית נתבקשה לפסול את מועמדותו של מרזל בשל היותו גזען המסית לגזענות. הטיעון בענין זה התבסס בעיקר על מעמדו המרכזי בתנועת "כך"; תנועה גזענית שנפסלה מהתמודדות במערכות בחירות קודמות ואף הוצאה אל מחוץ לחוק והוכרזה כארגון טרוריסטי. טיעונה המרכזי של באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה היה כי תנועת "כך" עדיין קיימת ופועלת וכי מרזל פעיל במסגרתה ולא שינה מפעילותו לקידום האידיאולוגיה הגזענית שהוא מקדם ומפיץ משך עשרות שנים.

הן בפני ועדת הבחירות והן בפנינו לא עמדה כלל השאלה בדבר פסלותה של תנועת "כך" מלהתמודד לכנסת, אילו חפצה בכך, וזאת בשל מטרותיה ופעילותה הגזענית. אין גם חולק כי מי שפועל למימוש דרכו של הרב כהנא ומתכוון להמשיך את דרכו, נשללת זכותו להתמודד בבחירות לכנסת.

השאלה במחלוקת היתה מצומצמת ביותר: האם מרזל, שביקש הפעם להתמודד ברשימת "חרות", שינה מדרכו וניתק עצמו מתורתו הגזענית של הרב כהנא, כפי שטען בפני ועדת הבחירות. טענתו זו של מרזל נשענה על הצהרתו בפני ועדת הבחירות המרכזית כי שינה את עמדותיו ב"דברים שעליהם נפסל הרב כהנא". לדבריו, "כך

בגישתו לערבים, וכך בנושא של דמוקרטיה". ועדת הבחירות נתנה אמונה בהצהרה זו של מרזל ואילו יו"ר ועדת הבחירות לא שוכנע כי די בהצהרה סתמית זו כדי להכשיר את מועמדותו של מרזל, שהיה שנים רבות פעיל מרכזי בתנועת "כך". חומר הראיות הרב שנאסף נגד מרזל הובא לוועדת הבחירות ואף הוצג בפנינו. עיקרי הראיות שהובאו נגד מרזל נפרשו הן בפסק דינו של הנשיא והן בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, ולפיכך לא אחזור לפרוש את היריעה הרחבה שנפרשה על ידם. אומר רק כי חומר הראיות מצביע על פעילות אינטנסיבית במעמד בכיר בתנועת "כך" במשך כל שנות פעילותה, החל משנות ה-80 ועד לאוגוסט 2002. מרזל, אשר שימש מזכיר סיעת "כך" בכנסת ה-12, בימיו של הרב כהנא, היה גם דובריה של התנועה בשנת 1988. בבחירות לכנסת ה-13 עמד בראש רשימת "כך" שנפסלה אז. חבריי פרשו את הראיות שנאספו בפשיטה שערכה המשטרה באוגוסט 2002 במשרדים, שנקבע כי משמשים הם את תנועת "כך", ואשר סגירתם בידי המפכ"ל אושרה בבית המשפט המחוזי ובבית משפט זה. בפסק דינו בפרשה זו אמרנו, כי מן החומר עולה כי במשרדים הללו התבצעה פעילות של "הפצת מסרים גזעניים". (ראו לענין זה, ע"מ 8342/02 בן גביר נ' אהרונישקי, מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד נז(1) 61, 66).

במסמכים שנאספו באותם משרדים שנסגרו, נמצא חומר רב שהתייחס למרזל והציגו כראש הארגון, וכן נתפסו מסמכים המעידים על עצמם שנכתבו בשנת 2002 בידי מרזל ובהם דברי הסתה והטפה ללכת בדרכיו של הרב כהנא. בתדפיסים שנשלפו משני אתרי אינטרנט עולה דמותו של מרזל כמנהיגה של תנועת "כך" ומופיע שם מאמר ובו דברי שבח לברוך גולדשטיין ופעלו. פרסומי האינטרנט נכונים ליום 11.12.02. יש איפוא, ראיות חד משמעיות ומוצקות המלמדות על פעילות מרכזית אינטנסיבית ומתמשכת של מרזל בתנועת "כך", התנועה הגזענית שהוצאה מחוץ לתחומי ההליך הדמוקרטי הלגיטימי.

3. בפסק דינו מוכן היה הנשיא ברק להניח כנקודת מוצא (מבלי שהכריע בדבר) כי התשתית הראייתית שהובאה בפני ועדת הבחירות ובפנינו, מבססת את מעורבותו של מרזל בפעילותה של תנועת "כך" עד לאחרונה. כאמור, בפנינו לא היה חולק על כך שמטרותיה של תנועת "כך" הן גזעניות וכי פעילותה מתמשכת עד לעת הזאת. בנסיבות אלה, כאשר הצטברה "מסה קריטית" של חומר בדבר מידת ועוצמת מעורבותו של מרזל בפעילותה של תנועת "כך", ובהתחשב בהיותו ראש וראשון לממשיכי דרכו של הרב כהנא עד לאחרונה; הרי, אין די בהצהרתו של מרזל, על דברתו, כי התנתק מהאידיאולוגיה הגזענית והאנטי-דמוקרטית, שהוא היה נושא דגלה משך שנים, כדי

לשכנע שאכן הוסר ממנו הפסול שדבק בו. לשיטתי, כאשר אדם מזוהה באופן כה ברור עם אידיאולוגיה שהוא מיצגה עשרות שנים, וכאשר הראיות מלמדות כי המשיך לפעול בדרכו הפסולה עד סמוך להצגת מועמדותו, ניתן לקבוע כי קמה נגדו חזקה עובדתית שהיא חזקת ההמשכיות. דומה כי בנסיבות קיצוניות כאלה, עובר אליו הנטל הלכאורי לפחות, להפריך חזקה זו או לפחות להטיל ספק ממשי באשר לתקפותה.

מצטרפת אני לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, כי בנסיבות אלה היה על מרזל להצביע על צעד כלשהו שנקט כדי להביע בפומבי את התנתקותו מדרכה של "כך". היה עליו לעשות מעשה גלוי כלשהו המלמד כי התנגד לשימוש שעשתה תנועת "כך" בשמו במהלך פעילותה. הצהרה העומדת אל מול חומר הראיות כולו, אין לה כל משקל כאשר לא נלוו אליה מעשים גלויים ופומביים המלמדים כי מרזל אינו דוגל עוד בעמדותיו מן העבר הרחוק והקרוב.

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 יו"ר ועדת הבחירות. אלא לשיטתו, 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 החלטה אינה חורגת ממתחם הסבירות ואם ראוייה היא" (ראו: פסקה 82 לפסק דינו של הנשיא). על-פי מבחן זה סבור הנשיא שאין לנו עילה להתערב בהחלטת ועדת הבחירות. כשלעצמי, ספק בעיני אם הביקורת השיפוטית על ועדת הבחירות בערעור על החלטתה שלא לפסול מועמדות, כמוה כביקורת שיפוטית על החלטה של רשות מנהלית. 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, ולפיה מוסמך בית המשפט להחליט על-יסוד החומר שבפניו, כל החלטה אותה רשאת היתה להחליט הועדה. 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 ידינו בהחלטתנו לגופה". (ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב(4), 177 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 הועדה, אך טבעי הוא ששיקוליה הם פוליטיים ולפיכך, קשה מאד לבחון את שיקוליה על-פי עילות הביקורת שאנו מפעילים לביחינת החלטות של כל גוף מנהלי או מעין שיפוטי אחר. מטעם זה כאמור, סבורה אני, כי ראוי הוא שבערעור על החלטותיה המעין שיפוטיות של הועדה, יבחן בית המשפט את השיקולים הנוגעים לענין ויתן כל החלטה הראויה בעיניו כערכאת ערעור ולא כערכאת הביקורת השיפוטית. אולם, גם לו הייתי מוכנה לצעוד בדרכו של הנשיא לענין אמות המידה שעל פיהן עלינו לבחון את החלטת ועדת הבחירות, הרי לפי עילות הביקורת המקובלות, הנני בדעה כי החלטת ועדת הבחירות חורגת ממתחם הסבירות ואינה ראויה.

בענין שלפנינו יש להביא בחשבון כי אין לוועדה כלים מקצועיים כדי לקבוע ממצאי מהימנות. החלטת רוב חברי הועדה ליתן אמון בהצהרתו של מרזל אינה מנומקת; אמנם אין זה מדרכה של ועדת כנסת, וועדת הבחירות בכלל זה, ליתן הנמקה להחלטותיה, אך בנסיבות הענין גם לא הוצגה בפנינו כל תשתית המבירה כיצד שוכנעו חברי הועדה 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 הועדה על טעם ממשי שיש בו כדי לתמוך בטענותיו הסתמיות, כאילו שינה את דרכו; משלא עשה כן, ניתן לקבוע כי החלטת הועדה לתת אמון בהצהרתו של מרזל אינה סבירה.

5. מתקשה אני גם לקבל את ההנחה כי יש ליתן משקל רב להחלטת הועדה בשל היותה "כנסת זוטא". החלטות של גוף פרלמנטרי שהן בגדר החלטות "כנסת זוטא", יש להן כשלעצמן ובדרך כלל משקל רב. כך במיוחד 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.

הנושא שהוכרע בוועדת הבחירות המרכזית מתייחס לערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית שעל שמירתם מופקד גם בית משפט זה. בהחלטה בענין מרזל, צפה ועולה באופן מודגש אותה סתירה פנימית, "הפרדוקס הדמוקרטי" שעמד עליו הנשיא ברק. ככלל, מטעמים של הגנה על ערכי היסוד של השיטה אנו ניתן משקל רב יותר להחלטה

המאפשרת למועמד להתמודד בבחירות בשונה מהמשקל שינתן להחלטה הפוסלת מועמדות. אולם, כך אנו נוהגים כאשר מבקשים אנו לחזק את הזכות לבחור ולהיבחר לשם מימוש התחרות החופשית ב"שוק הדעות" הפוליטי. מנגד, כאשר על כף המאזניים, אל מול זכות היסוד להיבחר, עומד הערך של מניעת הסתה "גזענית", כאשר מדובר ב"גזענות" במובנה ה"גרעיני" של התורה הגזענית, האיזון משתנה והסתירה הפנימית נחלשת. כאשר מדובר באותם יסודות "מינימליים" מובהקים של גזענות, אלה אשר בגינם נפסלה תנועת "כך" וכשאיננו דנים בשוליים הרחבים הכוללים גם "נטיה גזענית", עומדת הגזענות לעצמה כערך אנטי-דמוקרטי היורד לשורש השיטה. בנסיבות כאלה הנני בדעה כי אין לתיאוריה הגזענית מעמד בשוק הדעות המתחרות בהליך הדמוקרטי. לפיכך, אין להביאה בגדר המתמודדים בשוק הדעות החופשיות במסגרת הערכים הדמוקרטיים שיש לאזן ביניהם בטרם נכריע בשאלת הפגיעה בזכות להיבחר.

אמרנו כבר כי כל מדינה שקבעה לעצמה הוראות "חוסמות" מן הסוג השולל את הזכות להתמודד בהליך הפוליטי, עושה כן על-יסוד ההיסטוריה שלה, המורשת הלאומית והצורך להתגונן מפני סיכונים פוטנציאליים האורבים לשיטת המשטר שלה. המורשת ההיסטורית של העם היהודי מחייבת אותנו שלא להכיר בתורה הגזענית כדעה שיש לה מעמד לגיטימי.

6. אוסיף עוד כי איני רואה צורך לדון בשאלת "מבחני ההסתברות" שהעלה הנשיא ברק בפסק דינו. אך 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 כנגד, 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.

אשר על כן, הצטרפתי לחבריי השופטים אשר בדעת מיעוט מקבלים את הערעורים על אישור מועמדותו של מרזל.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אני מצטרפת לדעת הרוב אשר הכירה בזכות חברי הכנסת בשארה וטיבי להתמודד בבחירות וכך גם לגבי זכותה של רשימת בל"ד לענין זה. אני מצטרפת בהסכמה לנימוקי הנשיא בפסק דינו בענינים אלה. כנגד זאת, סברתי עם חברי שבדעת המיעוט כי היה מקום לפסול את מועמדותו של ברוך מרזל להתמודד בבחירות לכנסת. אני מסכימה לנימוקי השופטות ט. שטרסברג-כהן וד. ביניש בענין זה. בנושא אחרון זה שעניינו הסתה לגזענות כעילת פסלות להתמודד בבחירות אבקש להוסיף את ההערות הבאות:

2. הפסיקה של בית משפט זה עמדה לאורך השנים על מקומה של הזכות להתמודד בבחירות כזכות מהותית של האזרח במשטר דמוקרטי, בה משתקפים עקרונות של שוויון וחירות ביטוי במלוא עוצמתם. הזכות להבחר אוצלת במישרין על הזכות לבחור במועמד הרצוי. מארג זה של הזכויות לבחור ולהיבחר, על קשר הגומלין ביניהן, חורג מעבר לעניינו של הפרט ונעוץ באינטרס ציבורי רחב הטמון ביסוד שיטת הממשל הדמוקרטי ומהווה תנאי הכרחי לקיומה.

3. עוצמתן של הזכויות לבחור ולהיבחר אוצלת על היקפם הצר והמוגבל של הסייגים שהניח המחוקק על זכויות אלה. על המתח הקיים בין הרעיון הדמוקרטי החותר לחופש ביטוי מירבי של מיגוון רעיונות והשקפות לבין צרכי הדמוקרטיה להגן על עצמה מפני הקמים עליה עמד הנשיא בפסק דינו. במסגרת מגמת-היסוד להרחיב את הזכות לבחור ולהיבחר ולצמצם ככל הניתן את היקף ההגבלות על זכויות אלה, העלה לדיון פעם נוספת את השאלה, מבלי להכריע בה, האם די לצורך שלילת הזכות להיבחר במסגרת עילות הפסלות שבסעיף 7א לחוק בקיומן של מטרות או מעשים בעלי יסודות שליליים כמפורט בהן, או שמא יש לבסס גם קיומה של אפשרות רצינית שהם יתגשמו (שם, פסקה 8). בהקשר לכך הוא מונה טעמים שונים שיש בהם כדי לתמוך בתפיסה לפיה, אפשר וראוי לשלב אל תוך מערך האיזונים גם מבחן הסתברותי המייחס משקל לקיומה של סכנה כי למעשה המוקע של המועמד תתלווה גם סכנה למימוש על פי אמת מידה כזו או אחרת. בנתחו את אפשרות תחולתו של המבחן ההסתברותי על הגבלות הזכות להיבחר לפי סעיף 7א לחוק, אין הוא נדרש לאבחנה בין עילות הפסלות השונות בינן לבין עצמן. וכך, לא נמתחה אבחנה בין עילות המניעה המדברות בשלילת קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית והתמיכה במאבק מזוין נגד המדינה לבין עילת הפסלות בגין הסתה לגזענות.

4. סוגיית תחולתו של מבחן הסתברותי על עילות הפסילה אינה מחייבת הכרעה במקרה זה; עם זאת, משהיא עלתה לדין, ראוי להצביע על האפשרות, ואפשר על הצורך, להבחין לענין זה בין העילה הפוסלת מועמד מטעמי הסתה לגזענות מעילות הפסילה האחרות, ולסווגן באופן שונה כך שלא בהכרח יהא דין אחד לכולן.

5. 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 שחוקות 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 מכח האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית מ-1966, שישראל צד לה. המדינות השותפות לה התחייבו שלא לתת חסות לאפליה הגזעית, ולאמץ אמצעים מידיים על מנת לעקור מן השורש כל תופעה של גזענות (סעיפים 2, 4 ו-5 לאמנה).

שלילת הגזענות מקבלת מימד מיוחד במורשת העם היהודי לאור ההיסטוריה עקובת הדם של עם שהיה קרבן למוראותיה של תופעה זו במשך דורות. הגזענות עומדת בניגוד לערכי היסוד של מדינת ישראל כפי שבאו לידי ביטוי במגילת העצמאות, על 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 מיכללא, כמתן הכשר ולגיטימציה לאוחזים בהם להשתתף בחיי המדינה (השווה גביזון, עשרים שנה להילכת ירדור, גבורות לשמעון אגרנט, תשמ"ז, 145, 173).

על מעמדה המיוחד של עילת הפסלות בגין הסתה לגזענות יעידו הליכי החקיקה של סעיף 7א לחוק היסוד (ראה דברי הסבר להצעת החוק לתיקון סעיף 7א לחוק היסוד בהצ"ח 1728, תשמ"ה, 4-193) ודברי שר המשפטים מ. ניסים בקריאה הראשונה של הצעת החוק (דברי הכנסת, 9 ביולי, 1985, עמ' 3360). אכן,

"...אין להתעלם מהמעמד המיוחד שניתן בסעיף 7א' לענין ההסתה לגזענות לא רק מבחינת תכלית החקיקה ומניעה אלא גם מבחינת הנושא עצמו. המצב בישראל מייחד את עניין ההסתה לגזענות מכל עניין אחר" (הדגשה לא במקור).

(דברי פרופ' א. רובינשטיין בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהד' 5, כרך א', עמוד 559; השווה גם ט. איינהורן, הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7א' לחוק יסוד: הכנסת, 1993, עמוד 37).

ברוח דברים אלה, הוקעתה של ההסתה לגזענות והוצאתה ממסגרת ההתמודדות הפוליטית הינם ערך העומד לעצמו, בלתי מותנה ובלתי מסויג גם מקום שלא 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 גולדברג בישיבת ועדת הבחירות לכנסת בענין אי מתן אישור לרשימת "כך" מיום 5/10/88 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 שיפסל על הסף.

6. אופן החלת המניעה להתמודד בבחירות בגין הסתה לגזענות אינו בהכרח זהה לדרך החלתן של עילות המניעה האחרות ובמיוחד זו הדנה בשלילת הקיום הדמוקרטי והיהודי של המדינה. הדיבור "ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" הוא דיבור עמום. הוא מקפל בתוכו ערכים מורכבים רבי פנים, האוצרים בתוכם לא אחת מגמות וכיוונים מנוגדים. (א. ברק, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מנחה ליצחק, קובץ מאמרים לכבודו של השופט י. שילה בגבורותיו, תשנ"ט, עמוד 33-31). פועל יוצא מכך הוא כי עילת הפסלות בגין פעילות השוללת את קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית אף היא מורכבת ורבת פנים, ואין היא נושאת עמה משמעות מונוליתית. יש ומטרות או פעולות בעלות סממנים בלתי

דמוקרטיים הננקטות על ידי מועמד בבחירות עשויות להתרחש על רקע תהליכים פוליטיים שמקורם בצרכים אמיתיים של קבוצות מיעוט באוכלוסיה הטוענות לקיפוח והעדר שוויון ומוצאות להן, בשם ערכים דמוקרטיים בסיסיים, נתיב קיצוני, ואפשר אף בלתי לגיטימי, לקדם את זכויותיהן הנשללות מהם. שלילת קיום יהודי דמוקרטי של המדינה במצע פוליטי של מועמד מחייב, איפוא, את בחינת מהותו, מידתו, והקשרו של מצע זה, ונדרש לגביו איזון זהיר ועדין בין ערך חירות הביטוי וזכות ההתמודדות בבחירות לבין הערך הנוגד שעניינו שמירה על הסדר הציבורי. במסגרת איזון זה, יתכן ויש ליתן משקל למידת הסיכון הצפוי מהתממשות היסוד השלילי שבמצע המועמד או במעשיו, על דרך הצרה והגבלה נוספת של המניעה להיבחר. איזון דומה עשוי להידרש גם לצורך החלת עילת הפסילה הקשורה בתמיכה במאבק מזויין נגד המדינה, אם כי על בסיס שיקולים אחרים ושונים שאין צורך לעמוד עליהם כאן, משהסוגיה אינה מחייבת הכרעה.

7. ההסתה לגזענות במהותה נכללת בתחומי עילת הפסלות הנוגעת לשלילת הקיום הדמוקרטי של המדינה, אלא שהיא מהווה "מקרה פרטי" במסגרת עילה זו, אשר בשל חשיבותה המיוחדת ניתן לה מעמד עצמאי כעילת פסלות נפרדת. שלא כעילת הפסלות האחרת, מושג הגזענות איננו מושג עמום. הוא מונח חד-ערכי שאינו נתון לערכים מתנגשים וסותרים. פגיעה גזענית בשוויון האדם על כל צורותיה מוקעת ואסורה ואין נפקות למניעה של פגיעה כזו. מניעתה היא ערך העומד לעצמו גם בלא נגיעה לשאלה מה מידת הסכנה הממשית הצפונה ממנה למערכות השלטון והחברה. המטען המוסרי השלילי הנילווה לגזענות ועומק פגיעתה בערך האדם, בכבודו ובזכויות היסוד שלו מקנים לה מעמד מיוחד ושונה מעילות המניעה האחרות להיבחר לכנסת. משוני זה עשוי להיגזר דין שונה ביניהן לצורך החלת המבחן ההסתברותי, המבקש למצוא את נקודת האיזון הראויה בין ערך חופש הביטוי הפוליטי לערכי הסדר החברתי.

8. מפלגת "כך" שברוך מרזל נמנה עליה עד לעת האחרונה נפסלה משהניחה בבסיס תורתה עקרונות של גזענות, בבקשה לשלול מחלק מאזרחי המדינה, אותם היא מאבחנת על פי מוצאם הלאומי – אתני, חלק מזכויות מהותיות הנתונות לכל אזרח:

"מטרותיה ומעשיה של המערערת (תנועת "כך") 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 – כל אלה די בהם... כדי לבסס את המסקנה בדבר ההסתה לגזענות (דברי הנשיא שמגר בפרשת ניימן השניה, שם).

מועמד לבחירות שזהו מצעו הפוליטי נפסל מהתמודדות בלא דרישת סף סכנה מיוחד.

9. אני מצטרפת לדעתן של השופטות שטרסברג-כהן וביניש לפיה התשתית הראייתית מבססת בבירור את מעורבותו של ברוך מרזל בפעילות תנועת "כך" עד לאחרונה, וכי פעילות זו היא גזענית. כן אני מסכימה שאין די לצורך הכשרת מועמדותו של מרזל בהצהרתו כי התנתק מהאידיאולוגיה הגזענית ולהסיק מכוחה כי זנח, אך זמן קצר ביותר לפני הבחירות, תורה פוליטית שפעל לאורה במשך שנים רבות. היה צורך בראיות בעלות מימד אובייקטיבי החורגות מגדר הצהרות גרידא, אשר תצבענה על התנתקות כזו ואשר תשקפנה באופן אמיתי פנייה לדרך חדשה. ראיות כאלה לא הובאו.

10. אני שותפה לגישתה של השופטת ביניש לפיה היקף הביקורת השיפוטית על ועדת הבחירות, אשר הכשירה את מועמדות מרזל, מחייבת את התערבותנו בהחלטתה, משזו חרגה ממתחם הסבירות. כפי שכבר צוין על ידי חברי, המדובר בגוף פוליטי הפועל משיקולים פוליטיים, ובצדק העלה הנשיא בהערת סיום לפסק דינו את השאלה האם לא ראוי לשקול הסדר חקיקתי אשר יפקיד את ההכרעה בנושא בעל מימד חוקתי כבד-משקל זה בידי גוף עצמאי ששיקוליו ענייניים-משפטיים בלבד.

11. לאור האמור, אני מצטרפת לדעת הרוב באשר לקיום זכותם של בשארה, טיבי, ורשימת בל"ד להשתתף כמועמדים בבחירות; אני נמנית על בעלי דעת המיעוט לפיה דין מועמדותו של מרזל להיפסל בבחירות.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' דורנר:

טול מאדם או קבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית אותה גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של

השלטון ולהשפיע על מהלכיו. אכן, מגבלות מסוג זה מתקבלות בתרעומת על ידי אוהדיו של המשטר הדמוקרטי, אולם נדמה לעתים כי עוצמתה של ההתנגדות לאותן מגבלות קטנה כאשר הפגיעה המסתמנת מהן מופנית כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסייה. הכוונה בעיקר לאותם מקרים בהם מתגבשת מראש הסכמה רחבה, לפיה אין לאפשר למיעוט ייצוג במוסדות השלטון, הואיל ועל פי השקפת הרוב כלולות במצעו של המיעוט מטרות שתכליתן לקעקע את אושיותיו של המשטר הדמוקרטי. עקב כך, ובעוד רוממות זכויות היסוד בפיו, שולל הרוב מהמיעוט את הזכות להתמודד בכלי הדמוקרטי המובהק ביותר (הבחירות), ומכאן ועד לפנייתו של המיעוט לתור אחר דרכי ביטוי והשפעה אחרות, אף אם הן גולשות לתחום ההתנהגות האסורה, המרחק קצר. כדי למנוע את כל אלה חייב המחוקק לכלכל את צעדיו בתבונה, כדי שלא יימצא מנציח את שלטון הרוב בדרכים פסולות, מחד, ומנוע את יכולת המיעוט להיאבק על דעותיו, מאידך. בתחום זה שמור לבית המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח ולבקר חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר, כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד, לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי.

[השופט אדמונד א' לוי בע"ב 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת ה-16 (טרם פורסם)].

דבריו אלה של השופט לוי משקפים היטב את הדרך הראויה להפעלת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

מדינת ישראל קמה לאחר מלחמה עם התושבים הערבים של ארץ-ישראל, במטרה לקבץ בה את העם היהודי המפוזר בגלויות. קיבוץ גלויות במדינה יהודית הוא הטעם לקיום המדינה, כעולה ברורות מהכרזת העצמאות. אכן, "מדינת ישראל הינה ההגשמה של משאת הנפש של בני העם מדורי דורות לחדש ימיו כקדם, אתחלתא כגאולה ומימוש החזון הציוני" (השופט דב לוין בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מג(4) 221, (להלן: ע"א בן-שלום), בע' 230). ישראל היא מדינה דמוקרטית. כפי שנקבע בהכרזת העצמאות, השוויון בין האזרחים הוא יסוד למשטר המדינה ולמשפטה. הדמוקרטיה במדינת ישראל אינה איפוא מסגרת פורמאלית בלבד, אלא היא מושתתת על שורה של ערכים, ובמרכזם השוויון האזרחי.

2. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נועד לגונן על ערכים אלה, שהם ממהותה של מדינת ישראל, ולמנוע כי בבית-הנבחרים של המדינה יכהנו רשימות וחברי-כנסת השוללים אותם. אלא שפסילת רשימות ומועמדים אך משום שאינם מחויבים אידיאולוגית לערכי-היסוד של המדינה עשויה להוציא קבוצות מיעוט משמעותיות מן המשחק הפוליטי. כך, בני המיעוט הערבי, ברובם, אינם מבקשים לקדם את ערכי המדינה כמדינה יהודית. ואילו בקרב האוכלוסייה היהודית קיימות קבוצות שאינן מחויבות לערכי המדינה כמדינה דמוקרטית, הנוהגת בשוויון מלא באזרחיה הערבים. פסילת רשימות ומועמדים המייצגים קבוצות אלה תותיר את חבריהן ללא ייצוג בכנסת.

נמצא, כי ההגנה על ערכי היסוד של המדינה, על-ידי מתן פירוש רחב לעילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א, תפגע היא עצמה בערכי המדינה כמדינה דמוקרטית. כדברי הנשיא מאיר שמגר: "מרום חרדה לשמירת הדמוקרטיה יהפכו עקרונותיה לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-11, פ"ד לט(2) 225 (להלן: ע"ב ניימן הראשון), בע' 277).

3. ואכן, בית-משפט זה, בהידרשו לפרש את סעיף 7א, קבע אמות-מידה פרשניות מצמצמות, בגידרן נפסק, בין השאר, כי אידיאולוגיה הנשארת בגדר תיאוריה או אידיאל בלבד, ושאינה מלווה בפעילות פוליטיות שנועדה להביא להגשמתה, איננה עילה לפסילה. נפסק כי רשימת מועמדים תיפסל, אם פעילותה הפוליטית מוקדשת בעיקרה לחתירה לפגיעה בערכים המוגנים. וכך כתב הנשיא שמגר:

כאמור, מדבר הסעיף [7א] על מטרות ומעשים. בדברו על 'המטרה' הכוונה ליעדים אידיאולוגיים אשר הרשימה שואפת באופן מוחשי להגשמתם, ואשר הם כבואה נאמנה לכיווני הפעולה המרכזיים שלה... בכל מקרה, צריך להעלות מן הנתונים העובדתיים כי המטרות והמעשים, כאמור בסעיף 7א הם בעלי המשקל והמעמד המרכזיים בין המטרות והמעשים האחרים של הרשימה, וכי יש מעבר לכך גם כוונה לממש את המטרות ולהביא להגשמתן.

[ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב(4) 177 (להלן: ע"ב ניימן השני), בע' 177].

לאור מבחן זה אישר בית-המשפט העליון, בע"ב ניימן השני, את פסילתה של רשימת "כ"ך". זאת, משחומר הראיות, ובכללו שתי הצעות חוק שהגיש ראש הרשימה,

ח"כ מאיר כהנא – האחת שמה "חוק למניעת ההתבוללות בין יהודים ללא יהודים ולקדושת עם ישראל", והשנייה "חוק האזרחות הישראלית וחילופי אוכלוסין יהודים וערבים", ששמן מעיד על תוכנן – הוכיח כי במטרות ובפעולות של רשימת כ"ך היה "ליבוי ... יצרים ... שיטתי 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 ...".

לעומת זאת, בקשות לפסילת רשימות, הדוגלות בהעברת חלקי אוכלוסייה לארצות-ערב, בין על-פי הסכם בינלאומי ובין על-ידי עידוד הגירה, נדחו. וכך כתב השופט אליעזר גולדברג, יושב-ראש ועדת הכנסת המרכזית לכנסת ה-11, בעניינה של רשימת "מולדת":

לגופו של עניין, ומהבחינה המשפטית בלבד ולא מכל בחינה אחרת, סעיף 7א לחוק לא בא, כפי שהודגש חזור והדגש, למנוע בעד דעות או אותן דעות החורגות מתחום הלגיטימיות שקבע החוק. לא שוכנעתי כי קיימים טעמים שבחוק המצדיקים או המחייבים למנוע את רשימת מולדת מלהשתתף בבחירות.

בדומה, דחתה ועדת הבחירות את הבקשה לפסילתה של מפלגת חרות, שהצהירה במצעה כי תפעל "להגברת המודעות לבעיה הדמוגרפית שנובעת מבעיית הנאמנות הכפולה של מרבית ערביי-ישראל" ותקדם "חוק לעידוד ההגירה למדינות ערב". על החלטות אלה לא הוגש ערעור. ראו גם רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, שבו נדחה ערעור על החלטה של רשם המפלגות לרשום כמפלגה את תנועת "ימין ישראל", שאחת ממטרותיה שצוינו במצעה הייתה "השלמת חילופי האוכלוסין שהוחל בהן בשלהי שנות ה-40 בקליטת רוב מניינם ובניינם של יהודי ארצות-ערב ... על-ידי יישוב אויבי ישראל בארצותיהם". וכך כתב הנשיא אהרן ברק:

אכן, הוראה זו [במצע] היא פרובלמטית. עם זאת, בשל הצורך לתת פירוש מצמצם ודווקני להוראותיו של סעיף 5 לחוק המפלגות [הקובע עילות לפסילת מפלגות לרישום], ובשל הצורך להפעילו אך במקרים קיצוניים ביותר, מן הראוי לאשר את החלטת הרשם. תהא העמדה העניינית למטרה זו אשר תהא, היא צריכה להיבחן בכור ההיתוך הפוליטי.

4. פסילה של רשימת מועמדים – ודומה לה גם פסילה של מועמד – צריכה איפוא להיות מושתתת על פעילות פוליטית, להבדילה מאידיאולוגיה תיאורטית. פעילות היכולה לשמש יסוד לפסילה חייבת להיות גלויה. שכן, תכליתו העיקרית של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת היא, כאמור, למנוע היבחרות לבית-הנבחרים של המדינה ופעילות פוליטית של חברים בבית-הנבחרים במטרה לפגוע בקיום המדינה ולהחריבה כמדינה יהודית ודמוקרטית. פעילות כזאת אינה יכולה להתיישב עם כהונה בכנסת. דעות המובעות בסתר, הרחק מעיני הציבור, שניתן להוכיחן על-ידי חומר חסוי בלבד, אינן יכולות לשמש יסוד לפסילה. האיזון הראוי, כאמור, מצדיק מניעה של שימוש בכנסת ובחברות בה כאמצעי לחתור תחת ערכי-היסוד של המדינה, אך אינו מצדיק פסילת מועמדות המבוססת על דעות נסתרות, שלא ניתן להן ביטוי פומבי ושאינן חותרים להגשימן באמצעות פעילות פרלמנטרית.

5. על רקע זה ניתן גם להבין את ההתמקדות בתוכן הגלוי של פעולות הרשימה ולא בהסתברות לכך שהשתתפותה בבחירות תגרום לפגיעה במדינה. מבחן הסתברותי – שהנשיא שמגר והשופט ברק תמכו בו בע"ב ניימן הראשון (הנשיא שמגר בע' 279 והשופט ברק בע' 310-313) לא נכלל בסעיף 7א. לדעתי, לא ניתן ולא רצוי לפרש את הסעיף ככולל מבחן כזה. בע"ב ניימן השני ציין הנשיא שמגר:

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).
[שם, בע' 187].

ראו גם דברי השופט שלמה לויין בע"א בן-שלום, שם בע' 248.

ההגבלות על הפעלת סמכות הפסילה לפי סעיף 7א לא בוססו איפוא על ההסתברות כי ההתמודדות בבחירות תביא לפגיעה במדינה, אלא על מניעת התמודדות של רשימות ומועמדים שמטרותיהם ופעילותם הפוליטיות אינן מתיישבות עם חברות בבית-הנבחרים של מדינת ישראל. אין זה מתקבל על הדעת כי לכנסת – שהיא הרשות השלטונית העליונה של מדינת ישראל – יוכלו להציג מועמדות ולהיבחר רשימות

ומועמדים המקדישים את פעילותם הפוליטית להחרבת המדינה. אין צורך ב"הסתברות" לנוק עתידי שתביא התמודדות של רשימות או מועמדים כאלה. עצם ההתמודדות, וההיבחרות העשויה לבוא בעקבותיה, של רשימות ומועמדים שפעילותם הפוליטית סותרת בעליל את קיום המדינה, אינה מתיישבת עם מהות רשויות השלטון של מדינת ישראל, ולא-כל-שכן עם מהות הכנסת.

זאת ועוד: תכליתו של סעיף 7א היא גם למנוע מתן לגיטימציה לרשימות ולמועמדים הפועלים להרס המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עמדה על כך פרופ' רות גביזון במאמרה, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז), 169, בע' 200:

החוק, נועד לספק הגנה על ערכי היסוד של המדינה ועל קיומה בדרך של הוקעה והוצאה מחוץ לתחום הלגיטימיות של מסרים מאורגנים מסויימים.

6. ולבסוף, ספק רב אם ניתן להעריך מבעוד מועד קיומה של הסתברות בדרגה כלשהי לכך שהשתתפות בבחירות לכנסת של רשימה או של מועמד תגרום לפגיעה בקיומה של מדינת ישראל.

נוסחות האיזון ההסתברותיות – המופעלות על-פי הערכה – אינן מאפשרות קביעת ממצאים אובייקטיביים. הערכות שופטים שונים עשויות להיות שונות ואף סותרות. כך, למשל, בדנ"פ 1789/95 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נב(5) 145, בע' 186-187, בעוד שהשופט תיאודור אור סבר כי קיימת ודאות קרובה כי פרסום הכרוז שנדון שם יגרום לשנאה כלפי האוכלוסייה הערבית, דעתו של הנשיא ברק הייתה כי ההסתברות שהפרסום יביא לכך היא רחוקה ולא ממשית. קשיים אלה אף מתעצמים כאשר ההערכה הנדרשת נוגעת לכוח הפוטנציאלי של רשימה או מועמד, שאינה מושתתת על מעשה מסוים בדומה לפרסום כרוז זה ואחר. אלא עניין לנו בתהליך פוליטי וחברתי מורכב וממושך. ראו גביזון, במאמרה הנ"ל בע' 187, המצביעה על שיעור הקולות שקיבלה רשימת "כ"ך", שהלך וגדל בהדרגה בכל אחת ממערכות הבחירות מאז שנת 1973 ועד לשנת 1984.

7. בכך שסעיף 7א אינו מבוסס על מבחן הסתברותי אין כדי להקל על פסילת רשימות או מועמדים. הסעיף נתפרש בדרך "דווקנית", צרה ומצמצמת, ואשר לאורה לא

יופעלו הוראותיו של סעיף 7א, אלא במקרים קיצוניים ביותר" (הנשיא שמגר בע"ב ניימן השני, בע' 187). בגדר הפירוש המצמצם נקבע, כאמור, שאידיאולוגיה כשלעצמה אינה עולה כדי עילת פסילה, וכי את עילות הפסילה יש לפרש באופן דווקני, כך שרק מטרות ומעשים המגלמים באופן חד-משמעי שלילה של ערכי-היסוד של המדינה יהיו עשויים להביא לפסילת רשימה או מועמד. עוד נקבע, כי לצורך הפסילה נדרשות ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. בעניין זה אף מסכימה אני לדברי חברי, השופט יצחק אנגלרד, כי להוכחת עילות הפסילה בדבר הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור – העשויות לבסס אישומים פליליים – רמת הראיות שתידרש תהיה קרובה לרמה הנדרשת במשפט הפלילי. דרישות אלה מהוות ערובות מספיקות שאכן מועמדים ברשימות לא ייפסלו אלא במקרים קיצוניים.

8. עמדת חברי, המשנה-לנשיא שלמה לוין והשופטים טובה שטרסברג-כהן, יעקב טירקל ואדמונד א' לוי, מושתתת על חומר ראיות שתואר בפירוט בפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן. חומר ראיות זה משקף, על-פניו, את האידיאלים התיאורטיים של חבר-הכנסת בשארה. אכן, "המדינה של כל אזרחיה" שבשארה שואף אליה כאידיאל תיאורטי, אינה מדינה יהודית או ציונית. ברם, מעשיו והתבטאויותיו של בשארה, ובגדרם פעילותו במשך שנים כחבר-הכנסת, שבה נמנע להציע הצעות חוק או הצעות אחרות לביטול מאפייניה של המדינה כמדינה יהודית, פרסומים שונים של בשארה ורשימתו ודבריו של בשארה בפני ועדת הבחירות מוכיחים שבשארה, בשונה מחבר-הכנסת כהנא, לא פעל ליישום אידיאולוגיה זו. בשארה קיבל, כעניין בעובדה, את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, והוא רואה עצמו מחויב במסגרת השלטונית של מדינה יהודית ודמוקרטית לפעול למען השגת שוויון לאזרחיה הערביים של המדינה, ובמובן זה תהיה מדינה של כל אזרחיה.

9. אוסיף, כי בשונה מחברי, שופטי המיעוט, שנמנעו מלאשר את פסילת מועמדותו של חבר-הכנסת אחמד טיבי על-ידי ועדת הבחירות המרכזית, בעוד שסברו כי יש לאשר פסילת מועמדותו ח"כ בשארה, איני רואה הבדל של ממש בין עמדותיהם של השניים, שבעבר אף היו חברים באותה רשימה. אפשר, כי היועץ המשפטי לממשלה – שהבחין אף הוא בין השניים – ביסס עמדתו על חומר חסוי, שלדעתי, כאמור, אינו רלוואנטי.

אכן, העילה לפסילתו של טיבי, שהוא מועמד ברשימת חד"ש, שאין חולקים על לגיטימיותה, הייתה תמיכה במאבק מזוין במדינת ישראל, בעוד שבשארה ורשימתו

”בל”ד” נפסלו גם בשל שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית. אך גם כאן איני רואה הבדל של ממש בין התבטאויותיהם של השניים. ואולם, אלא שכפי שהבהיר חברי הנשיא, דבריהם לא היו מספיקים להוכחת העילה הנטענת.

10. עמדתי זו, המבחינה בין אידיאולוגיה תיאורטית גרידא לפעילות פוליטית ליישומה, הובילה אותי גם למסקנה כי אין להתערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית, שדחתה את הבקשה לפסילת מועמדותו של ברוך מרזל.

חברי, המשנה-לנשיא והשופטות שטרסברג-כהן, דורית ביניש ואיילה פרוקצ'יה, מצאו כי אין לקבל את דברי מרזל בדבר שינוי עמדתו האידיאולוגית. אלא שחומר הראיות שעליו הסתמכו חבריי אינו מצביע על פעילות עכשווית של מרזל. על-כן, גם אם אניח כי מרזל לא התנתק מהאידיאולוגיה הגזענית של כ”ך, הרי שהשינוי בעמדותיו הפוליטיות בא לביטוי בהצטרפותו למפלגת חרות – שכאמור, בקשת פסילה נגדה נדחתה – המלמדת כי במישור המעשי החליט לפעול להגשמת מצע מפלגה זו. גם העמדה שהציג מרזל בוועדת הבחירות עולה בקנה-אחד עם המצע של מפלגת חרות. איני סבורה כי הוכח שמרזל, בהתחברותו למפלגת חרות, מבקש לפעול להגשמת מצע כ”ך דווקא, במקום המצע שלו התחייב.

מטעמים אלה צירפתי את דעתי לדעתו של הנשיא.

ש ו פ ת

השופט א' מצא:

אחת השאלות המרכזיות שהליכים אלה העמידו להכרעתנו היא, מהו המבחן הראוי להפעלתו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. נראה שכולנו מסכימים, כי בשל החומרה הרבה הכרוכה בפסילת רשימה או מועמד מלהשתתף בבחירות לכנסת יש להגביל את הפעלתן של עילות הפסילה למקרים קיצוניים במיוחד. עם זאת עלינו להישמר מפני פרשנות העלולה להפוך את הוראת סעיף 7א לאות מתה.

כחברתי השופטת דורנר אף אני סבור, כי את הפעלתו של סעיף 7א אין לתלות במבחן הסתברותי, והטעמים שפורטו על-ידה לביסוס עמדתה מקובלים גם עליי. עם זאת אבקש להזכיר, כי בפרשות שעסקו בעבירת הסתה לגזענות (ע”פ 2831/95 אלבה נ’

מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 276) ובעבירת ההמרדה (ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 565), הצבעתי על החשש, כי התניית שכלולה של איזו מן העבירות הללו בקיום סכנה (ברמה של "ודאות קרובה" או בדרגת הסתברות אחרת) תחטיא את מטרתם של האיסורים הפליליים האמורים; זאת מן הטעם שככל שתוכן הפרסום (הגזעני או הממריד) יהיה יותר קשה ובוטה, תקטן ההסתברות שהפרסום יביא לתוצאה מזיקה. דומני כי טעם זה יפה גם לסוגייתנו. בצדק מורה חברי השופט אנגלד, כי "מן הראוי כי נטל השכנוע להוכחת קיומה של עילת מניעה להשתתפות בבחירות יהיה קרוב לזה הדרוש במשפט פלילי". מהשוואה זו מתחייב, ביתר שאת, כי התניית הפעלתו של סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת בקיומו של מבחן הסתברותי, אף היא עלולה להחטיא את מטרת הסעיף. שכן, ככל שהמסר הגזעני, האנטי-יהודי או האנטי-דמוקרטי, יהיה יותר קיצוני וגס, תקטן ההסתברות לסיכוייו לכבוש את לב הבוחר. בכך עלולה הוראת הסעיף להתרוקן מתוכנה. עדיף בעיניי המבחן להפעלת הסעיף המוצע בפסק-דינה של השופטת דורנר, לאמור, "שאידיאולוגיה כשלעצמה אינה עולה כדי עילת פסילה, וכי את עילות הפסילה יש לפרש באופן דווקני, כך שרק מטרות ומעשים המגלמים באופן חד-משמעי שלילה של ערכי-היסוד של המדינה יהיו עשויים להביא לפסילת רשימה או מועמד". נראה לי כי הגבלת הפעלתו של הסעיף למקרים שבהם אין הרשימה או המועמד מסתפקים בהפרחת דברים, שיש בהם משום כפירה בערכי-היסוד של המדינה, אלא פועלים הלכה למעשה לקידום מטרות ומעשים אסורים, תבטיח את זכותם של בעלי השקפות-מיעוט להביע את עמדותיהם, מבלי לגרוע מיכולתה של המדינה להתגונן מפני מי ששימו להם למטרה לפעול בדרכים מעשיות ועל-פי תוכנית מוגדרת לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בנתון להערה זו הנני מצטרף לפסק-דינו של חברי הנשיא ברק, על נימוקיו.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

1. "בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי.

לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפלה ומתקוה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית. מתוך הקשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהאחז במולדתם העתיקה; ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמונים, וחלוצים, מעפילים ומגינים הפריחו נשמות, החיו שפתם העברית, בנו כפרים וערים, והקימו ישוב גדל והולך השליט על משקו ותרבותו, שוחר שלום ומגן על עצמו, מביא ברכת הקידמה לכל תושבי הארץ ונושא נפשו לעצמאות ממלכתית.

זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. לפיכך נתכנסנו אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל".

במלים אלה שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, כמו ביתר מילותיה של ההכרזה, פועמת נשמתה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, מדינה יהודית בארץ ישראל. יהדותה של המדינה היא המהות, היא היחוד והיא סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות. נטלת ממנה את סממני יהדותה, נטלת ממנה את נשמתה; עשית אותה למדינה בלי עם, בלי עבר ובלי פנים. אכן, המדינה היהודית היא מדינה דמוקרטית - וכאמור בהכרזה, "תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות" - אך אין באלה כדי למעט מסממני יהדותה. אינני רואה צורך לחקור ולדרוש מה הם סממנים אלה, בעיני המושג "מדינה יהודית" מדבר בעדו. עם זאת, מקצת הסממנים – "המאפיינים ה'גרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית" (כלשון הנשיא א' ברק בסעיף 12 לפסק דינו) – הם, בעיני, רוב יהודי במדינת ישראל; זכות שבות לכל יהודי; ההכרה בקשר ההיסטורי של היהודים לארץ ישראל; העברית היא לשונה הרשמית העיקרית של המדינה; הסמלים, הדגלים, החגים והטקסים שלה הם ברוח המורשת היהודית; מורשתה הדתית והתרבותית יונקת ממורשת ישראל, ובעיקר מן התנ"ך ומן היצירה הרוחנית שצמחה מתוכו. כל אחד ואחד מאלה מפורש הוא בהכרזה, או שהוא משתמע ממנה.

לשם ההגנה על יהדותה של המדינה, על אופיה הדמוקרטי - ועל ערכים נוספים

- נחקק סעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת המורה:

"רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, 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".

ההגנה על מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית" אינה קלה ואינה פשוטה. יש להיזהר מאוד ששמירת יהדותה של המדינה לא תמעט מאופיה הדמוקרטי; ושמירת אופיה הדמוקרטי של המדינה לא תמעט מיהדותה. האיזון הנכון מצריך מאזניים עדינים ורגישים; כל סטיה ממנו עלולה להיות מסוכנת.

2. בפסק דיננו מיום 9.1.03, שניתן בלי נימוקים, נמנית על בעלי דעת המיעוט שסברו כי חבר הכנסת עזמי בשארה ורשימת בל"ד מנועים מלהשתתף בבחירות לכנסת השש עשרה. לענין זה מצרף אני דעתי לדעותיהם של חברי הנכבדים המשנה לנשיא ש' לוי, השופט ט' שטרסברג-כהן והשופט א' א' לוי ולטעמים שפירטו השופט ט' שטרסברג-כהן והמשנה לנשיא ש' לוי בחוות דעתם. כמותם, שוכנעתי גם אני, על פי הראיות שהובאו לפנינו, כי במטרותיו ובמעשיו של חבר הכנסת עזמי בשארה - וממילא, גם במטרותיה ובמעשיה של רשימת בל"ד - יש משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית", כאמור בסעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת. אוסיף לענין זה, כי בפסק דיננו בע"ב 2600/99 ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38, דחינו את ערעורו של המערער דשם על דחיית בקשתו למנוע את השתתפותה של רשימת בל"ד, שבראשה עמד חבר הכנסת עזמי בשארה, בבחירות לכנסת החמש עשרה, מן הטעמים שפורטו באותו פסק דין. על אף דחיית הערעור אמרתי שם, בין היתר, כי:

"לדבריו של חה"כ בשארה --- יש לכאורה - במשתמע, אם לא 'במפורש' - משמעות של שלילת

קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. אכן, קשה לפרש את הדברים כי 'לציבור היהודי בעולם אין סטטוס לאומי כלשהו. אני לא חושב שיש לציבור הזה זכות להגדרה עצמית', בדרך של פירוש שאיננו שולל את זכותו של העם היהודי לקיים מדינה. הציבור היהודי בישראל הוא - למרות כל ההסברים שנתנו ח"כ בשארה ובא כוחו למשיבה - חלק מן 'הציבור היהודי בעולם'. גם הדברים כי אין 'לישראל לגיטימציה היסטורית' אין לפרשם אלא כבאים לשלול את הבסיס ההיסטורי להקמתה של המדינה כמדינה יהודית, כאמור במגילת העצמאות. והוא הדין בכינוי שכינה את העם היהודי: 'קולקטיב מדומה שהוגלה מהארץ לפני 2000 שנה'."

סברתי אז, "כי בדבריו שצוטטו, ואף בדברים נוספים שאמר, התקרב חבר-הכנסת בשארה קירבה מסוכנת לגבול שאין לחצות אותו, הוא הגבול החוצה בין ההגנה על זכותה של רשימה להשתתף בבחירות וזכותו של אדם להיבחר, לבין ההגנה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (בעמ' 44 - 45 לפסק הדין). מכאן ואילך היה חבר הכנסת בשארה - בין אם צורף כבעל דין "פורמלי" לאותו הליך ובין אם לא צורף - בגדר "מוזהר ועומד". אף על פי כן הוסיף במהלך התקופה שחלפה על מה שאמר כהנה וכהנה, ועל כך אמרה חברתי, השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"העולה ממכלול השקפותיו ותורתו של ח"כ בשארה - ה'תיאורטיות' וה'פוליטיות' כאחד - הוא, כי מטרותיו, שלשם הגשמתן הוא מבקש להיבחר לכנסת, כוללות את ביטול הציונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי, ביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת שתבוא תחתיה, לה הוא קורא בשם 'מדינת כל אזרחיה'. מדינה זו תהא נטולת כל סממניה היהודיים והלאומיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כן שואף ח"כ בשארה ל'שינוי המאזן הדמוגרפי' (ראה סעיף 57 לתצהירו של ח"כ בשארה, הכלול בכתב-התשובה שהגיש לוועדת הבחירות) על ידי מתן זכות שיבה לערבים, שלילת זכות ה'שבות' מן היהודים, וביטול הזיקה ליהדות התפוצות."

וחברי המשנה לנשיא ש' לוין, אמר על כך:

"כי הדיבור מדינת ישראל כ'מדינת כל אזרחיה' הוא בפי ח"כ בשארה, בהקשר בו הוא משתמש בדיבור זה, שם 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."

על דברים אלה של חברי אני סומך את ידי.

מלים אינן ניתנות לשקילה במשקלות ובמאזנים, ואף על פי כן יכול ש"משקלן" יהיה כבד מנשוא. ב"מאזני הרוח" שבהן שוקל השומע את המלים יש מי שבאזניו הן "הורגות" ויש מי שבאזניו הן מלטפות. מלותיו של חבר הכנסת בשארה באות לעקור את יהדותה של המדינה משרשה. משקלן כבד מנשוא. משקלן מכריע את הכף לחובתו.

3. חבר הכנסת בשארה חטא גם בתמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל (סעיף 7א (א) (3) לחוק יסוד: הכנסת) וגם בענין זה סומך אני את ידי על טעמיהם של חברי השופטת שטרסברג-כהן ושל המשנה לנשיא ש' לויץ. אוסיף לענין זה כי, לדעתי, משנתקיימו ברשימה או באדם יותר מאחת מעילות הפסילה שלפי סעיף 7א (א) לחוק, מחזקת כל אחת מן העילות את רעותה ומוסיפה לה משקל. גם טעמים אלה מכריעים את הכף לחובתו.

4. אשר לחבר הכנסת, אחמד טיבי מצרף אני דעתי לדעתו של חברי הנכבד, הנשיא א' ברק, ולנימוקיו.

5. בענינו של ברוך מרזל מצאתי עצמי עומד עם בעלי דעת הרוב שסברו שאין עילה להתערבותנו בהחלטתה של ועדת הבחירות שלא למנוע את מועמדותו. אף זאת מנימוקיו של הנשיא א' ברק וכן מנימוקיו של חברי הנכבד, השופט א' אנגלרד. אוסיף כי לדעתי, לפי המבחנים המקובלים עלינו, לא היה די בראיות שהובאו לביסוס פסילתו של ברוך מרזל כדי לדחות את הצהרתו שחזר בתשובה והיטיב את דרכיו.

ש ו פ ט

השופט א' ריבלין:

1. מצטרף אני לחוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק. כמוהו גם אני הייתי סבור שמן הדין היה לקבל את הערעור על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול את רשימת בל"ד (ע"ב 131/03) ולדחות את הערעורים על אישור מועמדותו של ברוך מרזל (ע"ב 55/03 וע"ב 83/03). כמוהו גם אני הייתי סבור שאין לאשר את החלטת

ועדת הבחירות המרכזית למנוע את מועמדותו של ח"כ עזמי בישראל (א"ב 50/03) ושל ח"כ אחמד טיבי (א"ב 11280/02).

על פסק הדין המקיף והמאלף של חברי הנשיא מבקש אני להוסיף הערה:

סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, כפי שציין חברי הנשיא, בא ליתן ביטוי לאיזון החוקתי שבין עצם ההגנה על המדינה כדמוקרטיה לבין הצורך להגן על חרות הביטוי הפוליטי. הוראות הסעיף אוסרות על רשימת מועמדים להשתתף בבחירות לכנסת, ועל אדם להיות מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה, או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחת מאלה: (א) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ב) הסתה לגזענות (ג) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. ביחס לכל אחת מעילות הפסלות האלה נקבע בפסיקה כי מטרותיה של רשימת מועמדים תיבחנה על פי מאפיינים דומיננטיים ומרכזיים שבה (ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות כנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 187). מטרות אלה עשויות אמנם להילמד גם במשתמע, אך יש לבחון גם את רצינות כוונותיהם של המועמדים.

2. בעבר נבחנה בפסיקה השאלה אם ניתן ואם ראוי למנוע את השתתפותם בבחירות, של רשימה או של מועמד, אשר לא הוכח לגביהם קיומה של הסתברות כי יש בכוחם להביא למימוש עילות הפסלות הקבועות בסעיף 7א לחוק היסוד, ובמילים אחרות: האם די בכך שמועמד או רשימת מועמדים מבקשים ברצינות להגשים את כוונותיהם הפסולות או שמא יש גם צורך, כתנאי לפסילתם, להצביע על כך כי קיימת הסתברות שאכן תוגשמה אותן כוונות. הפסיקה נמנעה מלאמץ מפורשות מבחן מחמיר שכזה. חברי הנשיא אינו רואה צורך להידרש לשאלה זו הפעם, שכן ניתן, לשיטתו, להגיע לתוצאה אליה הגענו גם בלא להידרש למבחן הסתברותי.

חברי השופט א' מצא וחברתי השופטת ד' דורנר סבורים כי יש להכריע בשאלה זו - לשלילה. הם מציינים כי המבחן ההסתברותי שהנשיא מ' שמגר והנשיא (אז השופט) א' ברק תמכו בו בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, לא אומץ על ידי המחוקק ולא נכלל בהוראת סעיף 7א לחוק היסוד. לדעתם גם לא רצוי לאמץ מבחן שכזה. השופטת ד' דורנר סבורה כי אין צורך בהסתברות לנזק עתידי שתביא התמודדות, של רשימות או של מועמדים, שפעילותם הפוליטית סותרת בעליל את קיום המדינה. עצם ההתמודדות וההיבחרות העשויה לבוא

בעקבותיה של רשימות כאלה, כך היא סבורה, אינה מתיישבת עם מהות רשויות השלטון של מדינת ישראל ולא כל שכן - עם מהות הכנסת.

חברי השופט א' מצא פונה אל העבירה הפלילית של הסתה לגזענות ואל העבירה הפלילית של המרדה. הוא מציין כי התניית שכלולה של איזו מן העבירות הללו בקיום סכנה (ברמת הסתברות כלשהי) תחטיא את מטרתם של האיסורים הפליליים; "זאת מן הטעם שככל שתוכן הפרסום (הגזעני או הממריד) יהיה יותר קשה ובוטה, תקטן ההסתברות שהפרסום יביא לתוצאה מזיקה". הוא סבור כי טעם זה יפה גם לסוגייתנו וכי "התניית הפעלתו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בקיומו של מבחן הסתברותי, אף היא עלולה להחטיא את מטרת הסעיף. שכן, ככל שהמסר הגזעני, האנטי-יהודי או האנטי-דמוקרטי יהיה יותר קיצוני וגס, תקטן ההסתברות לסיכוייו לכבוש את לב הבוחר. בכך עלולה הוראת הסעיף להתרוקן מתוכנה".

3. אכן עבירות פרסומי ההמרדה ועבירת פרסומי ההסתה לגזענות - אינן מותנות בקיום תוצאה מזיקה. הוראת סעיף 144ב לחוק העונשין, תשל"ז-1977 אף מפרשת זאת: לעניין סעיף זה [איסור פרסום ההסתה לגזענות], אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא; והעונש מוטל על כל המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות. אלא שבכך אין כדי ללמד על הבחירה החוקתית. מנקודת הראות של דיני העונשין הפללת עצם ההתבטאות, נועדה, במקרים מסויימים, לעצור את המעשה הפלילי בעודו באיבו. הפללת ההתבטאות במקרים אלה היא הפללת תחנת המוצא בדרך המובילה לביצוע עבירה שיש עמה תוצאה מזיקה. האספקלריה של המשפט החוקתי שונה; מבחינתו, חובקת חירות הביטוי בחובה גם את הביטוי הראוי לענישה. חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו "הפנימית", גם חופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות. חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו ה"פנימית", גם את החופש של הביטוי הגזעני (דברי הנשיא - אז השופט - א' ברק בבג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255). המרכזיות של חופש הביטוי משמעותה כי רק ודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור יש בה כדי להצדיק הגבלה מראש של חופש הביטוי (שם בעמ' 299). זהו השוני בין הדין הפלילי לבין הדין החוקתי - והשאלה שבפנינו שאלה חוקתית היא. אכן, חופש הביטוי אינו מוחלט. מוטלות עליו מגבלות "חיצוניות". המהות החיצונית קובעת את היקף ההגנה הניתן לעקרון של חופש הביטוי ואת המגבלות המוטלות עליו. (שם בעמ' 283); אלא שמגבלות אלה מותנות גם בקיומו של יסוד הסתברותי. יסוד הסתברותי נדרש גם מקום

בו מגבילים את חרות הביטוי הפוליטי - ששיאה בהתאגדות המפלגתית ובהתמודדות בבחירות.

4. כשלעצמי, סבור אני כי בנסיבות המקרים שבפנינו, היתה התוצאה אליה הגענו, לפחות בחלק מן המקרים, תוצאה גבולית - לו התעלמנו מן המבחן ההסתברותי. סבור אני כי ראוי לאמץ את המבחן ההסתברותי וכי אין לפסול מועמד או רשימת מועמדים מלהתמודד בבחירות לכנסת אם לא הוכח כי קיימת הסתברות למימוש כוונותיהם הרציניות. מטרותיהם המוצהרות עשויות להצביע על כך. מעשיהם - על אחת כמה וכמה.

הוראת סעיף 7א' לחוק היסוד מציבה אותנו בפני קושי משולש: ראשית הקושי "הפרשני" שבהגדרתה של החתירה תחת אושיות המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, שבהגדרת ההסתה לגזענות ושל הגדרת התמיכה במדינות אויב ובארגוני טרור; שנית, הקושי שבעצם קיומה של הגבלה על הזכות להיבחר. כפי שציין חברי השופט א' לוי "טול מאדם או קבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו" וכי "בתחום זה שמור לבית המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח ולבקר חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר" (ע"ב 11243/02 פייגלין נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה (טרם פורסם), סעיף 4 לפסק דינו של השופט א' לוי). ושלישית, הקושי הכרוך בפגיעה בחופש ההתאגדות ובחופש ביטוי - פגיעה הטבועה בהוראת סעיף 7א' לחוק היסוד.

פגיעה זו בולטת במיוחד בעילת הפסלות הראשונה ובעילת הפסלות השניה. בעניין זה, שלא כחברתי השופט א' פרוקצ'יה, איני סבור כי יש להבחין, לעניין המבחן ההסתברותי, בין עילות הפסלות השונות שבסעיף 7א'. חברתי מציעה להבחין לעניין זה בין העילה הפוסלת מועמד מטעמי הסתה לגזענות לבין עילות הפסלות האחרות. להשקפתי הבחנה כזו אין לקבל. המבחן ההסתברותי אינו יכול לעשות הבחנה, לעניין עצם ישומו, בין עילות הפסלות השונות. אכן, דרך ישומו של המבחן ההסתברותי עשויה להיות שונה, אך לא עצם ישומו. במה דברים אמורים? ביטוי פוליטי שיש בו משום הסתה לגזענות סותר את מהותה של מדינה דמוקרטית, ואת עקרון השוויון, בין בני אדם, החל בה. הוא סותר את אופיינו הלאומי ואת ה"אני מאמין" שלנו (כדברי הנשיא א' ברק בבג"צ 399/85 הנ"ל). הסתה לגזענות, כמטרה, עשויה לבוא משום כך לא רק בגדר עילת הפסלות השניה שבסעיף 7א' כי אם גם בגדר

עילת הפסלות הראשונה. עם זאת ככל שהמדובר במטרותיה של רשימה פוליטית, רק הסתברותה של סכנה לשלום הציבור ולאופיה של המדינה יש בה כדי להצדיק הגבלה מראש על החופש להתאגד לשם מתן ביטוי להשקפות השונות. אכן, חופש הביטוי אינו החופש לעבור עבירה פלילית אך, כפי שכבר, נפסק, אחריות פלילית אינה לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק למניעה מוקדמת (שם, בעמ' 299).

5. המבחן ההסתברותי מקשה על פסילתם של מועמדים מלהתמודד בבחירות לכנסת. הוא אכן מוסיף מכשול נוסף בדרך לפסילת רשימת מועמדים או לפסילת מועמד. חברי השופט א' מצא, חושש כי התניית הפסילה בהסתברות הסכנה אותה מבקשים אנו למנוע תביא להתרוקנות הוראת סעיף 7א מתוכנה. הוא סבור, כי ככל שהמסר הגזעני, האנטי-יהודי או האנטי דמוקרטי, יהיה יותר קיצוני וגס, תקטן ההסתברות לסיכוייו לכבוש את לב הבוחר. אכן יש לקוות כי כך הדבר וכי הסיכוי אכן נמוך. מכל מקום, את החשש מפני התרוקנות הוראת סעיף 7א' מתוכנה ניתן להסיר על ידי ישום מבחן הסתברות מתאים לתכלית החקיקתית העומדת ביסוד סעיף 7א'. לעניין זה עשוי לשמש אותנו מבחן תוחלת הנזק הצפוי. זהו מבחן גמיש יותר והוא מביא בחשבון הסכנה לא רק את הסתברות התרחשותה כי אם גם את עוצמתה. תוחלת הנזק הצפוי לשלום הציבור ולשלום המדינה עשויה להיות חמורה מספיק כדי להצדיק פסילת רשימת מועמדים מלהתמודד בבחירות לכנסת, גם מקום בו הסתברות מימוש הסכנה קטנה. תוחלת הנזק מביאה בחשבון לא רק את סיכויי המימוש של המטרות הפסולות כי אם גם את חומרתן. מסר גזעני, אנטי יהודי או אנטי דמוקרטי גם וקיצוני מעצים את חומרת תוחלת הנזק, גם מקום שבו הסתברות התרחשותו קטנה יחסית.

השאלה בהקשר זה עשויה איפוא להיות אם גודל הנזק, כשהוא מקוּוּז על ידי הסיכוי שהוא לא יתרחש, מצדיק את הפגיעה בזכות היסוד. צדה האחר של נוסחה זו, שהציע עוד בשעתו השופט Hand (2d Cir. 1950) 201, 212 F.2d 183; הנוסחה אומצה ב- *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494) משמיע לנו כי גודל הנזק עשוי להעצים את הסכנה, חרף הסתברותה הנמוכה, עד כדי הצדקת הטלת מגבלות על החופש להתמודד בבחירות פוליטיות. ובענייננו, עד כדי פסילתה של רשימת מועמדים, שמטרותיה פסולות, ושל מועמדים שהתנהגותם פסולה, מלהתמודד בבחירות לכנסת.

במקרה זה, לדעתי, על פי כל מבחן ההסתברות, גם הגמיש ביותר, לא היה מקום לפסול את רשימת בל"ד שעניינה הובא בפנינו בשל מטרותיה ולא היה מקום לפסול את המועמדים מרזל, בישאה וטיבי בשל התנהגותם.

6. חברי הנשיא מביא שיקולים חשובים התומכים באימוצו של מבחן הסתברותי - בצד שיקולים שכנגד. בין הראשונים הוא מונה את העובדה כי התמקדות בכוונת המועמד הבודד או הרשימה המתמודדת, בלא קשר להשפעתם האפשרית על החברה, עשויים להביא לפסילתן של רשימות קטנות שאין בכוחן להסב כל נזק פוליטי; מבחן ההסתברות רואה לנגד עיניו את התמונה החברתית כולה, תמונה המתחשבת באמצעים חלופיים שיש בהם כדי להקטין את הסיכון לדמוקרטיה בלא לשלול את זכות הבחירה; מוטב כי לחצים לא דמוקרטיים ימצאו ביטוי במסגרת "כללי המשחק הדמוקרטיים" ולא יפרצו כל מסגרת.

מניעת התמודדות של רשימות ושל מועמדים אך בשל כך שהם מבטאים דעות פוליטיות חריגות ופוגעניות, בלא שיתקיים חשש של ממש כי בחירתם תסייע למימוש הדעות האלה - אינה ראויה. הצורך, המוסכם על הכל, לפרש את הוראות הפסילה "בדרך דוקנית, צרה ומצמצמת, ואשר לאורה לא יופעלו הוראותיו של סעיף 7א, אלא במקרים קיצוניים ביותר" (דברי הנשיא מ' שמגר בע"ב 1/88 בעמ' 187) צריך להיות ממומש הלכה למעשה. גם חברי המסתייגים ממבחן ההסתברות מדגישים את הצורך להבחין "בין אידיאולוגיה תיאורטית" לבין פעילות פוליטית לישומה (דברי השופט דורנר) ובין מי שמסתפקים בהפרחת דברים, שיש בהם משום כפירה בערכי היסוד של המדינה, לבין מי שפועלים הלכה למעשה לקידום מטרות ומעשים אסורים (דברי השופט א' מצא). הבחנה זו מקרבת אותנו למבחן ההסתברות.

7. ולבסוף: החלטתה של ועדת הבחירות לאשר מועמדותו של אדם, חרף ספק בכשירותו - תאושר על ידי בית המשפט בערעור אם אינה חורגת ממתחם הסבירות. מקום בו מתבקש בית המשפט לאשר פסילת מועמדותו של אדם או של רשימה, פועל בית המשפט, כפי שציין חברי הנשיא, כמי שמשתתף בעצם שכלולה של ההחלטה ואין די בכך שהחלטה אינה חורגת ממתחם הסבירות - יש צורך לבחון גם אם החלטת הפסילה ראויה. ההסדר החוקי עושה לעניין זה הבחנה בין פסילתה של רשימה לבין פסילה של רשימת מועמדים. יש קושי בהבחנה זו. ראוי כי יתקיים דין

אחד לאישור ודין אחד לפסילה - בין של מועמד ובין של רשימה. מכל מקום, הן במסגרת של ערעור והן במסגרת של הליך לאשור החלטה של ועדת הבחירות, יש מקום להבחין בין השגה על החלטת הוועדה לאשר השתתפותם של מועמד או רשימה בבחירות לבין השגה על החלטה לפסול אותם מלהשתתף בבחירות. כפי שציין חברי הנשיא "כאשר הרוב מכיר בזכותו של היחיד להשתתף בבחירות, לא יתערב בכך בית המשפט, אלא אם כן ההחלטה חורגת באופן מובהק ממתחם הסבירות". אוסיף, כי בעת שבוחנים את סבירות החלטה של הוועדה ראוי להתחשב גם בעובדה כי, הוועדה, שהיא גוף פוליטי, רשאית לשקול, בעת שהיא מחליטה לאשר השתתפותם של מועמד או של רשימה, גם שיקולים פוליטיים (שאסורים על בית המשפט) דוגמת היתרון שבהבטחת ייצוג פלורליסטי ומתן ביטוי למגוון דעות פוליטיות. בית המשפט לא ימהר להתערב בהחלטת אישור שכזו.

8. בשל כל האמור, הצטרפתי לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק שלא לאשר את החלטת ועדת הבחירות למנוע מח"כ בשארה וח"כ טיבי מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה ולקבל את ערעורה של רשימת בל"ד על ההחלטה למנוע ממנה השתתפות בבחירות. מטעמים אלה הצטרפתי גם להחלטה לדחות את הערעורים על החלטת ועדת הבחירות לאשר את השתתפותו של ברוך מרזל בבחירות האמורות.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים לפסק-דינו של כב' הנשיא ככל שהוא מתייחס לעניינם של ח"כ אחמד טיבי (א"ב 11280/02), וברוך מרזל (ע"ב 55/03 וע"ב 83/03). באשר לעניינם של ח"כ עזמי בשארה והברית הלאומית הדמוקרטית (א"ב 50/03 וע"ב 131/03), אני מצטרף לפסק דינה של חברתי כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן, הואיל וגם על פי

השקפתי התקיימו באלה "עילות המניעות" המנויות בסעיף 7א(א)(1) ו-3 לחוק יסוד: הכנסת, המונעות את השתתפותם בבחירות. לעניין זה אני מבקש להוסיף את אלה:

א) מדינת ישראל היא דמוקרטיה, וככזו היא מצווה להבטיח שכל המעוניין ליטול חלק במשחק הפוליטי יוכל לממש את הזכות לבחור ולהיבחר (על משמעותה של הזכות להתמודד בבחירות כזכות יסוד ראו דבריו של הנשיא מ' שמגר בע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פד"י ל"ט(2), 225; רע"א 7504/95, 7793 יאסין נ' רשם המפלגות ואח', פד"י נ(2), 45, 60). אולם זכות זו אינה מוחלטת, ומדינה דמוקרטית רשאית להתגונן מפני אלה המבקשים לאבדה ולהשמידה, תוך שהם עושים שימוש בכלים שהדמוקרטיה מעמידה לרשותם (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פד"י יט(3), 365, 390). החתירה לאיזון בין שני העקרונות אינה פשוטה כלל, אך תמיד יש לזכור ולשנן את נקודת המוצא, היינו, שיש לאפשר עשיית שימוש בזכות לבחור ולהיבחר על בסיס שוויוני וללא אפליה. מכאן מתבקש, כי הוראת חוק אשר נועדה להגביל זכות יסוד זו יש לפרשה בצמצום, מתוך מגמה לייחד את שלילת הזכות למקרים קיצוניים ומרחיקי לכת בלבד, כאשר ממטרותיהם או ממעשיהם של הרשימה או היחיד אותם מבקשים לפסול, עולה במפורש או במשתמע, שלילת קיומה של מדינת ישראל. מטבע הדברים, אותן מטרות חייבות להיות "בגדר יעד מרכזי ושליט של הרשימה ולא נושא טפל ושולי... מטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות הרשימה", וכן צריך להיות ברור כי הרשימה או האדם חותרים לממש את מטרותיהם ולהגשימן (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פד"י מב(4), 177, 196; וכן ראו ע"ב 2/88 בן-שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית, פד"י מג(4), 221, 250; רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת עילית, פד"י נג(1), 351, 361).

ב) מדינת ישראל אינה רק דמוקרטיה, ולה מאפיין נוסף - היותה מדינה יהודית ומולדתו של העם היהודי. עניין זה מצא את ביטויו המובהק ביותר בהכרזת העצמאות, ועסקו בו גם בתי המשפט, ונדמה כי דבריו של הנשיא אגרנט ב"פרשת ירדור" עדיין מהדהדים באוזנינו, באשר גם היום טרם נס ליחם (שם, בעמוד 385):

"... לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם,

אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש ובראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל... משמעותו של אותו 'אני מאמין' הוא, שדבר המשכיותה – ואם תרצי לומר: נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית". (לעניין זה ראו גם דבריו של השופט (כתוארו אז) ש' לויין בפרשת בן-שלום בעמוד 248; ודבריו של המשנה לנשיא מ' אלון בפרשת בעמוד 262; וכן דבריו של הנשיא א' ברק בפרשת יאסין, בעמוד 63, ובספרו פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית, כרך שלישי, עמוד 331: "יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. זהו 'טעם' קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטיה אלא גם יהודית").

ג) נקודת המוצא של תנועת בל"ד והעומד בראשה היא שהיהודים אינם עם, ועל כן אין הם זכאים להגדרה עצמית, וממילא גם לא למדינה. ובלשונו של ח"כ בשארה בראיון עמו שהתפרסם בעיתון הארץ בתאריך 29.5.98: "מבחינה היסטורית הרעיון של מדינת היהודים הוא לדעתי לא לגיטימי, ואם אתה שואל אותי אני לא מוכן לתת לישראל לגיטמציה היסטורית"; "אני לא מכיר בקיומו של עם יהודי אחד בכל העולם. אני חושב שהיהדות היא דת ולא לאום, ושלציבור היהודי בעולם אין סטטוס לאומי כלשהו. אני לא חושב שיש לציבור הזה זכות להגדרה עצמית. אני גם לא חושב שהיתה לאומיות יהודית באירופה לפני הופעת הציונות. היהדות של אז אפילו לא היתה קהילה דתית אחת. היא היתה שורה של קהילות דתיות שהציונות ניסתה להפוך אותן לעם באמצעות הקמתה של המדינה הזאת". עם זאת, אין ח"כ בשארה מתעלם מהמציאות שנוצרה בחבל ארץ זה, בו התגבשה (בלשונו) "לאומיות יהודית-ישראלית שבבסיסה השפה העברית", אך לציבור זה אין זכויות שוות לאוכלוסיה הפלשתינית, הואיל ומדובר ב"קבוצות מהגרים מארצות שונות שבאו ותפסו פיסת קרקע שהיתה שייכת לעם אחר. וגם אם הלאומיות היהודית ישראלית, היא היום בלתי-בעייתית, אין כל דמיון בין האומה הערבית לבין הטענה לקיומה של אומה יהודית. ואין שום דמיון

בין זכויותיהם בארץ של פלשתינאים שהוגלו מאדמתם לפני חמישים שנה, לבין זכויותיו של קולקטיב מדומה שהוגלה מהארץ לפני אלפיים שנה."

את הפתרון המוצע על ידי בל"ד התווה מזכ"ל התנועה בחודש נובמבר 1999: "בל"ד מציגה פתרון לא רק לערבים הפלסטינים אלא גם ליהודים בארץ, משום שהיא מניפה את הסיסמה של הפיכת ישראל למדינת כל אזרחיה, בה יהיה שוויון מלא בין הערבים ליהודים... והיא משאירה את הדלת פתוחה לעשייה לשם מציאת פתרון דמוקרטי והומניסטי כולל, כלומר, מדינה דו לאומית בכל פלסטין ההיסטורית". על אותו פתרון לו חותרת בל"ד נאמר על ידי המזכ"ל שלה בהזדמנות אחרת כי: "בל"ד פועלת לביטול האופי היהודי של מדינת ישראל המגדירה עצמה כמדינה יהודית ולא כמדינה ערבית-יהודית, פירוש הדבר ביטול כל החוקים הגזעניים שמעניקים פריבילגיות ליהודים ומונעים אותם מהאזרחים הערביים". ומותר להניח כי באותם "חוקים גזעניים" הכוונה היא בעיקר לחוק השבות, וכן כל חקיקה המאפשרת קיומו של רוב יהודי בארץ ישראל. על פי השקפתה של בל"ד, דינם של כל אלה לעבור מהעולם, הואיל והמטרה הסופית כפי שהגדירה מזכ"ל בל"ד בחודש יולי 2001 היא: "מדינה פלסטינית מהנהר לים ולא מדינה יהודית כמו היום, אלא מדינת כל אזרחיה. כיום הדרישה הינה שוויון אך זאת רק דרישה לבינתיים, ורוצים להגיע למצב שהיהודים יבקשו שוויון מאחר והם זרים ואנחנו בעלי הארץ".

ד) הדברים שאמרתי עד כה ואחרים שהביאה חברתי השופטת ט' שטרסברג-כהן, מובילים למסקנה אותה גם ח"כ בשארה אינו טורח להסתיר, היינו, שהחתימה ל"מדינת כל אזרחיה" נועדה להוביל להתנערותה של ישראל מהציונות ומצביונה הלאומי-יהודי. מטרה זו תושג באמתלא של דרישה לשוויון, אותו לא ניתן יהיה להשיג ולקיים כל עוד ממשיכה מדינת ישראל לראות את היותה מדינה יהודית כאחד ממאפייניה, ואחד האדנים העיקריים עליהם מושבת קיומה. עד כמה מרחיקת לכת היא משנתו של ח"כ בשארה בחתירתו להביא לביטול צביונה היהודי של המדינה, תלמד אמירה נוספת שלו אותה השמיע בהרצאה שנשא בחודש אוגוסט 2001 (ראייה מס' 8 בראיות היועץ המשפטי). באותו מעמד טען ח"כ בשארה כי הזכות לישיבה על אדמות פלסטין נתונה רק ל-600,000 היהודים אשר חיו כאן לפני שנת 1948 ולצאצאיהם, ומכאן מתחייבת המסקנה, שעם הקמתה של "מדינת כל אזרחיה" יאלצו היהודים אשר הגיעו לישראל לאחר שנת 1948 לתור אחר מקום מושב אחר.

ה) בע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פד"י נג(3), 38, הביע השופט י' טירקל (שם, בעמוד 44) את הדעה, כי בדברים שצוטטו מפיו של ח"כ בשארה בעבר הוא התקרב "קירבה מסוכנת לגבול שאין לחצות אותו, הוא הגבול החוצה בין ההגנה על זכותה של רשימה להשתתף בבחירות וזכותו של אדם להיבחר, לבין ההגנה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". להשקפתי, הראיות שהוצגו בפנינו מובילות למסקנה כי בתקופה שחלפה מאז ניתן פסק הדין ב"פרשת ארליך" (חודש אייר תשנ"ט – אפריל 1999), לא זו בלבד שח"כ בשארה ובל"ד לא שינו את השקפתם ומטרותיהם ולא מיתנו את התבטאויותיהם, אלא אף הקצינו אותן כאשר מאפייניהם הם שלושה: שלילה הזכות לקיומה של המדינה היהודית (ובכך כבר עסקתי), הזדהות עם אויבי המדינה, וגילויי הבנה ולעתים אף תמיכה גלויה במאבק האלים במדינת ישראל ואזרחיה היהודיים. וכך לדוגמה, בראיות היועץ המשפטי מצויה אחת (ראייה מס' 9) ממנה עולה כי ח"כ בשארה רואה בצעירי בל"ד כמי שנמנים על "צבא פלסטיין", וככאלה "עליהם להתכונן לעתיד כי צפויה מערכה ארוכה עם הציוניים ואנו ננצח בסוף. רוצים אתכם בהפגנות זורקים אבנים, שם עם הציונים תהיו גיבורים ותדעו לזרוק טוב אבנים".

אך זו (יידוי אבנים) אינה דרך הפעולה היחידה אותה הציע ח"כ בשארה לאמץ. בנאום גלוי שנשא בעיר קרדאחה שבסוריה, יצא ח"כ בשארה מגדרו כדי להלל ולקלס את תנועת ההתנגדות הלבנונית, ואף קרא להמשיך בדרכה, הואיל ולהשקפתו זהו פתרון הביניים שבין מאבק מזוין כולל, בו יש קושי לעמוד, לכניעה מוחלטת עמה לא ניתן להשלים. ומצאתי את עצמי תוהה מהי קריאה זו אם לא הטפה למאבק מזוין כנגד מדינת ישראל?.

בדברים אלה ובאמרות נוספות רבות של ח"כ בשארה ופעילי בל"ד עסקה בהרחבה חברתי כב' השופט ט' שטרסברג-כהן, והואיל והנמקתה מקובלת עלי במלואה, לא אוסיף עוד בסוגיה זו דבר. החשוב בעיני הוא שהראיות שהוצגו על ידי היועץ המשפטי די בהן להצביע על כך ששתי "עילות המניעות", אלו שלפי סעיפי משנה (1) ו-(3) של סעיף 7א(א) לחוק היסוד, מתקיימות בעניינם של בל"ד וח"כ בשארה, ולמעשה הן משלימות ומחזקות זו את זו.

ו) לנוכח כל האמור, השקפתי היא כי מי שזו משנתו הפוליטית, מקומו אינו בכנסת ישראל, ועל כן סברתי כי נכון היה למנוע מבל"ד וח"כ בשארה להתמודד בבחירות לכנסת השש-עשרה.

ש ו פ ט

על כן החלטנו, ביום 9.1.2003, פה אחד שלא לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית, לפיה מנוע ח"כ א' טיבי מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה (א"ב 11280/02); כן החלטנו ברוב דעות, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא ש' לויין והשופטים ט' שטרסברג-כהן, י' טירקל וא' א' לוי, לקבל את ערעורה של הברית הלאומית הדמוקרטית (ע"ב 131/03), ולא לאשר את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפיה מנוע ח"כ ע' בשארה מלהשתתף בבחירות לכנסת השש-עשרה (א"ב 50/03); כן החלטנו ברוב דעות, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא ש' לויין והשופטות ט' שטרסברג-כהן, ד' ביניש וא' פרוקצ'יה לדחות את ערעורי הבחירות לגבי מועמדותו של מר ברוך מרזל (ע"ב 55/03; ע"ב 83/03).

ניתן היום, י"ג באייר התשס"ג (15.5.2003).

ה נ ש י א	המשנה לנשיא (בדימ')	ש ו פ ט	שופטת (בדימ')
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט	שופט (בדימ')
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט	