

28.11.2017

לכבוד  
מר יולי אדלשטיין  
יושב ראש הכנסת  
**בפקס: 02-6496193**

לכבוד  
עו"ד אייל ינון  
היועץ המשפטי של הכנסת  
**בפקס: 02-6753495**

שלום רב,

**הנדון: אי חוקתיות תיקון מס' 46 לחוק יסוד: הכנסת בדבר מניעת השתתפות מועמד בבחירות בשל התבטאות**

הרינו לפנות אליכם בעניין התיקון הנדון הן בהיותו תיקון חוקתי בלתי חוקתי והן בהיותו עבר ברוב רגיל בניגוד לסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת, כדלקמן:

1. ביום 14.3.2017, התקבל בכנסת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), לפיו "בחוק יסוד הכנסת, בסעיף 7א(א), ברישה, אחרי "במעשיו של האדם, " יבוא "לרבות בהתבטאויותיו" (להלן: "התיקון").
2. מטרתו של תיקון זה היא להרחיב את תחולתו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, כך שיהיה ניתן לפסול מועמד ולמנוע השתתפותו בבחירות לכנסת לא רק בגין מעשיו, המצב שהיה קיים בטרם התיקון, אלא גם בשל התבטאויותיו אם הם מקיימים את אחת העילות המנויות בסעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת.
3. יודגש כבר עתה, כי התיקון לחוק פוגע קשות בזכויות היסוד החוקתיות לבחור ולהיבחר, לחופש הביטוי הפוליטי ובזכות לשוויון.
4. סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, אף בטרם הרחבתו בתיקון הנדון, היווה סעיף בעייתי מאוד המעורר ספק רב לעניין חוקתיותו. לעניין זה עמד בית המשפט העליון על הקשיים הקיימים ביחס לסעיף 7א, בין היתר, בשל אופיו הפוליטי:

"... 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

**P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140**

חיפה 31090, ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140

חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

**Email: [adalah@adalah.org](mailto:adalah@adalah.org)**

**<http://www.adalah.org>**

נייטרלי במהותו אשר ישקול שיקולים משפטיים ענייניים בלבד... 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" (א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2002), עמ' 97) (להלן: "**עניין טיבי**"), פס' 84 לפסק דינו של הנשיא ברק).

5. ובניגוד לעמדה זו, ובמקום שהכנסת תשוב ותיתן את דעתה ותיבחן אם אין זה ראוי שוועדת הבחירות, שהינה גוף פוליטי המונע משיקולים פוליטיים גרידא, היא שתקבע אילו רשימות מועמדים או מועמדים יוכלו להשתתף בבחירות, הכנסת הרחיבה את סמכותה באמצעות התיקון הנדון, ואף העניקה בידיה יותר כוח ושיקול דעת למנוע השתתפותם של מועמדים, אשר – הניסיון מלמד – יהיו מקרב האזרחים הפלסטינים בישראל, וזאת בשל התבטאויותיהם ורצונם לממש את זכותם לחופש הביטוי הפוליטי.
6. כך, למשל, לגישתו של ח"כ עודד פולרר, אשר יזם את התיקון לחוק, התיקון בא בכדי לעקוף את החלטות בית המשפט העליון באותם מקרים בהם הוא הפך את החלטת ועדת הבחירות המרכזית אשר החליטה לפסול מועמדים בשל התבטאויותיהם. לגישתו של ח"כ פולרר, מספיק שמועמד בבחירות ישתמש במילה "שהידים" עבור מי שח"כ מגדיר מחבלים, על מנת שיהיה ניתן למנוע מאותו מועמד להשתתף בבחירות (עמ' 172 לפרוטוקול הכנסת מיום 16.1.2017).
7. יצוין בהקשר זה כי התיקון מתכוון לעקוף את ההלכה הפסוקה ולהתגבר עליה. שכן ההלכה קובעת כי הפסילה של מועמד חייבת להתבסס על מעשים. כך נקבע בעניין טיבי וכן בעניין ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים (א"ב 1096/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ אביגדור ליברמן** (פורסם במאגרים משפטיים 10.12.2015)). בית המשפט העליון הבהיר בפסיקה הנ"ל כי על בסיס עקרונות היסוד ובראשם חופש הביטוי הפוליטי וללא קשר לתוכן החקיקה, כי אין די בהתבטאויות לשם פסילה של מועמד או של רשימתו מלהשתתף בבחירות לכנסת, וכי פסילה כאמור צריכה להיעשות על בסיס מעשים, וכי לא די במעשה אחד אלא על מעשים אלה להוות עקרון שליט במעשיה של הרשימה וכי עליהם להיות מעשים חוזרים ונישנים. (ע"ב 561/09 **בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18** (פורסם במאגרים, 7.3.2011).
8. הוספת אפשרות פסילה עקב "התבטאויותיהם" של מועמדים מפרה את מבחני הפסיקה והאיזונים אשר נעשו בה על מנת למנוע פגיעה יתר על המידה בחופש הביטוי הפוליטי והיא תביא להרחבה מסוכנת ביותר של מנגנון פסילת המועמדים לכנסת, מנגנון המשמש כמעט באופן בלעדי על מנת למנוע את השתתפותם של מועמדים ערבים בבחירות לכנסת.
9. בהתאם לפסיקתו של בית המשפט, ובמטרה לשמור על הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר, עמד על כך שלא די בדיבורים או בביטויים על מנת שיהיה ניתן לפסול מועמד. כך למשל היא עמדתו של השופט גרוניס בא"ב 9255/12 **ועדת הבחירות נ' חנין זועבי** (פורסם במאגרים, 20.8.2013), שם ציין כי "לא די במטרות בעלות אופי תיאורטי, אלא יש להראות כי רשימת המועמדים פועלת למען מימוש המטרות והגשמתן. יש להצביע על "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל". בא"ב 1095/15 **ועדת הבחירות נ' חנין זועבי** (פורסם במאגרים, 10.12.2015), הדגיש השופט מלצר כי מעשה אינו כולל התבטאות.

10. לכן, גם אם מדובר בתיקון לחוק יסוד הרי תיקון זה הינו בלתי חוקתי. התיקון מבקש לשנות את ההלכה הפסוקה והמגמה הקיימת בעניין החשיבות שבמתן פרשנות מצמצמת לעילות שבסעיף 7א המתייחסת למעשים מתוך הכרה בפגיעתו בזכויות יסוד. מטרת התיקון היא למעשה להוביל למצב למשל באם מועמד התבטא בעד "מדינת כל אזרחיה" ייפסל ותיפגע זכותו להיבחר, והאזרחים שמאמינים באותו עקרון תיפגע זכותם לבחור, כי הרוב החליט לכפות את האידיאולוגיה שלו. עמדה זו כבר נדחתה על ידי בית המשפט בעניין **טיבי**. התיקון מבקש אפוא התיקון לעקוף הלכה זו.

11. מעבר לכך, התיקון הנדון, המשנה ופוגע בדרישות הכלליות והשוויון המעוגנות בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, אינו תקף משום שהוא לא עבר ברוב הנדרש של 61 חברי כנסת באף אחת משלושת הקריאות, ומשכך, הוא אינו ממלא אחר הוראות הסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת. התיקון עבר בקריאה ראשונה ביום 16.1.2017 עם 36 תומכים ו-26 מתנגדים וללא נמנעים; ובתאריך 14.3.2017 אושר בקריאה שניה עם 30 תומכים, 20 מתנגדים וללא נמנעים ועבר בקריאה שלישית עם 29 חברי כנסת בעד התיקון, 20 נגד וללא נמנעים.

12. סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת קובע כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". וכמצוות סעיף 46 לאותו חוק יסוד, כל שינוי בשיטת הבחירות במפורש או במשתמע, חייב לעבור בשלוש הקריאות ברוב של חברי הכנסת.

13. כך בהתאם לעמדתו של היועץ המשפטי לכנסת מיום 28.3.2016 לעניין הרוב הדרוש, שהוגשה במסגרת הדיונים בהצעת חוק יסוד: הכנסת (השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א), צוין במפורש, כי "תיקון שעניינו הזכות לבחור ולהיבחר, כמו הגבלת הזכות להיבחר הקבועה בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, מחייב רוב של 61 חברי כנסת בקריאה הראשונה, השניה והשלישית". כך גם הייתה עמדתה הקונסיסטנטית של הכנסת, ואף של היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת בג"ץ 10214/16 **ח"כ יוסף ג'בארין ואח' נ' הכנסת**, שעודנו תלוי ועומד, כי סעיף העוסק בתקופת הבחירות או בזכות להיבחר יש לראות בו שינוי משתמע של עקרון השוויון בבחירות שבו עוסק סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ולכן הוראת הרוב חלה עליו.

על יסוד כל האמור לעיל, הינכם מתבקשים לפעול לביטולו של חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), בשל היעדר חוקתיותו, ולחילופין, בשל אי עמידתו ברוב הנדרש.

בכבוד רב,

מונא חדאד, עו"ד

העתק: ד"ר אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה, בפקס: 02-6467001;  
גבי איילת שקד, שרת המשפטים, בפקס: 02-6285438.