

1. עוצמה יהודית- חזית יהודית לאומית
2. עו"ד איתמר בן גביר

ה מ ב ק ש י ם

נ ג ד

1. יש עתיד
2. חוסן לישראל
3. תל"ם – תנועה לאומית ממלכתית

ה מ ש י ב ו ת

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטת כבוד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, המשנה לנשיאה ח' מלצר, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו ביחס לבקשה שבכותרת.
2. במסגרת הבקשה מתבקשת ועדת הבחירות המרכזית (להלן: **ועדת הבחירות**), להורות "על פסילת מועמדותה של המשיבה 1 מלהתמודד בבחירות לכנסת (ולפסול את כלל המשיבות)", זאת, בהתאם לסעיף 7א(2) לחוק-יסוד: הכנסת.
3. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דינה של בקשה זו להימחק על-הסף.  
בהתאם להוראת סעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת, בבחירות הכלליות לכנסת מתמודדות רשימות מועמדים שמוגשות מטעמן של מפלגות, ולא מתמודדות המפלגות עצמן. לפיכך, ובהתאם לסעיף 7א לחוק-היסוד, בקשה למניעת ההתמודדות בבחירות לכנסת צריכה להיות מופנית כלפי רשימה שהוגשה לוועדת הבחירות ולא כלפי המפלגה או המפלגות שהגישו את אותה רשימה. במקרה דנן, הבקשה מופנית כלפי המשיבה 1 ולחלופין גם כלפי המפלגות-המשיבות 2 ו-3, והיא אינה מופנית כלפי הרשימה שהוגשה מטעמן של שלוש המפלגות המשיבות (רשימת "כחול לבן" – בראשות בני גנץ ויאיר לפיד"; להלן: **רשימת "כחול לבן"**), ורשימת "כחול לבן" אף לא צורפה כמשיבה להליך. די בכך בלבד כדי להביא למחיקתה של הבקשה על-הסף.
4. למעלה מהצורך, ככל שוועדת הבחירות תראה לנכון להתייחס לבקשה זו כבקשה לפסילת רשימת "כחול לבן" – והיועץ המשפטי לממשלה סבור שהדבר אינו אפשרי בשים לב לכך שהרשימה כלל לא צורפה כמשיבה לבקשה וכבר חלף המועד להגשת בקשה לפסילה – הרי שהבקשה ממילא אינה מבוססת ואינה מקימה עילת פסילה, ולכן היה מקום לדחותה גם לגופה.

## על הזכות להתמודד בבחירות

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

לעניין זה גם כתב כב' השופט לוי בבג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145, 156 (2003), כי:

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

6. הזכות להתמודד בבחירות לכנסת מעוגנת בספר החוקים הישראלי בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי ככלל, "כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים... הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת...".

7. הגבלת זכותה של רשימת מועמדים או של מועמד להיבחר לכנסת מתפרשת מעבר לגבולותיה היא, שהרי הגבלה כאמור מצרה אף את זכות הפרט לבחור, שהיא עצמה זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת. וכך נכתב בפרשת ניימן הראשונה, בעמודים 263 - 264:

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

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

עמד על כך כב' הנשיא ברק בפסק דינו בא"ב 11280/02 טיבי נ' ועדת הבחירות לכנסת ה-16, פ"ד נז(4) 1 (2003) (להלן: עניין טיבי), בקובעו כי ה"פרדוקס הדמוקרטי" משקף מתח הקיים בדמוקרטיה בין העיקרון הדמוקרטי של שוק חופשי של דעות, לפיו הזכות לכל רשימה ומפלגה, גם אם הן מבקשות לשלול את הדמוקרטיה או לפגוע בה, לבטא את דעותיהן ולהתמודד באופן שוויוני בבחירות, לבין זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה (שם, בעמ' 14).

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

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

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

### המסגרת הנורמטיבית

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

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

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

(2) הסתה לגזענות.

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

(א) לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.

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

(ג) מועמד יצהיר הצהרה לעניין סעיף זה.

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

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

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

12. בשנת 2017 תוקן סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת פעם נוספת, כך שלרישא של הסעיף הוסף, ביחס למועמד: "לרבות בהתבטאויותיו" כמצוטט לעיל (תיקון 46). על פי האמור בדברי ההסבר לתיקון זה: "יובהר כי התיקון המוצע מעגן במפורש את הגישה המקובלת בפסיקה בעניין זה, אשר לפיה ב"מעשים" לפי סעיף 7א לחוק היסוד נכללות גם התבטאויות. כמו כן, התיקון לא נועד לשנות את פסיקת בית המשפט ולפיה הפעלת סעיף 7א לחוק היסוד תיעשה בצמצום ובאופן דווקני כדי להגן על האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה". דברי הסבר אלו מבהירים כי אין בתיקון לחוק בכדי לשנות את המצב המשפטי ששרר ערב התיקון, בכל הנוגע לפסילת מועמדים.

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

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

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

"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... 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 השתתפות של רשימת מועמדים, או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" (פרשת ניימן השנייה, עמ' 196; פרשת ניימן הראשונה, עמ' 250)...

וכן ראו לאחרונה פסק הדין בא"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (להלן: **עניין כסיף**), שם סיכמה כב' הנשיאה חיות את ההלכה הפסוקה ביחס לרף הראייתי הנדרש לפסילת רשימות מועמדים או מועמד, כדלקמן:

**"אמות המידה לעניין הרף הראייתי הנדרש"**

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

(-) **ראשית**, על מנת להכריע בשאלה האם אחד מהיסודות המנויים בסעיף 7א מתקיים במטרותיהם או במעשיהם של הרשימה או המועמד, יש להראות כי מטרה זו היא חלק מהמאפיינים הדומיננטיים של שאיפות הרשימה או המועמד או הפעילות שלהם וכי לשם קידומם הם מבקשים ליטול חלק בבחירות (ראו עניין ניימן השני, בעמ' 187; וראו גם עניין טיבי, בעמ' 18; עניין בל"ד, בפסקה 4; עניין זועבי הראשון, בפסקה 14).

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

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

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

15. עוד יוסף, כי בהתאם לפסיקת בית משפט נכבד זה, פרשנות עילות סעיף 7א היא צרה ומצומצמת. ראו דברי כב' השופט גרוניס **בעניין זועבי**, כדלקמן:

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

### עילת הפסילה של הסתה לגזענות

16. בית המשפט הנכבד נדרש אך לאחרונה, בפסק דינו **בעניין כסיף** לעילת הפסילה של הסתה לגזענות, הקבועה בסעיף 7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת. לעניין מאפייניה של עילת פסילה זו נקבע בסעיף 14 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות, כדלקמן:

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

17. עוד הוכרע **בעניין כסיף**, כי ביחס לעילת הפסילה של "הסתה לגזענות" הקבועה בסעיף 7א(א)(2) לחוק-יסוד: הכנסת, אין תחולה למבחן הסתברותי.

18. כב' הנשיא ברק, בפסק דינו **בעניין טיבי**, קבע כי "רשימת מועמדים אשר במטרותיה או במעשיה וכן מועמד אשר במעשיו יש "הסתה לגזענות", מנועים מלהשתתף בבחירות, ובלבד שהם מקיימים את הדרישות הכלליות - החלות לעניין כל עילות המניעה - שעמדנו עליהן".

19. ברע"א 6709/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת**, פ"ד נג(1) 351 (1999) (להלן: **עניין מולדת**), נדונה השאלה האם יש במטרותיה או במעשיה של רשימת מולדת-גשר-צומת בבחירות לרשויות המקומיות בנצרת עילית משום הסתה לגזענות, אשר יש בה כדי למנוע את השתתפותה בבחירות אלה, בהתאם לסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965.

לעניין זה קבע כב' הנשיא ברק, כי ההסתה לגזענות "צריכה להיות מטרה דומיננטית ומרכזית; היא צריכה להיות מוכחת בראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. ספק פועל כנגד מניעת השתתפותה של הרשימה המשותפת".

20. **בעניין טיבי** קבע כב' הנשיא ברק, כי אמנם לצורך פירוש המונח הסתה לגזענות ניתן להסתייע בהגדרה של גזענות שבסעיף 144א לחוק העונשין, כפי שנקבע על ידי כב' הנשיא שמגר במסגרת **פרשת ניימן השניה**, אך אין זהות בין המונח "הסתה לגזענות" בחוק-יסוד: הכנסת, לבין ההגדרה בחוק העונשין, התשל"ז-1977, כדלקמן:

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

21. בדומה לפרשנות הדיבור "מדינה דמוקרטית", קבע כב' הנשיא ברק כי גם לעניין מניעת השתתפות בבחירות בשל הסתה לגזענות, יש להתחשב ביסודות "הגרעיניים" או ה"מינימליים" של הסתה לגזענות. בהקשר זה מפנה כב' הנשיא ברק לדבריו של הנשיא שמגר **בפרשת ניימן השנייה**, השמים את הדגש על "**ליבו היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני**". הפנייה דומה לדבריו אלה של כב' הנשיא שמגר נעשתה בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות **בעניין כסיף**.

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

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

## עמדת היועץ המשפטי לממשלה

22. כאמור בפתח הדברים, שלוש המפלגות המשיבות הגישו רשימת מועמדים אחת בבחירות לכנסת ה-22: "כחול לבן – בראשות יאיר לפיד ובני גנץ". המסגרת הנורמטיבית מתייחסת לרשימות מועמדים, ולא למפלגות שהגישו אותן, ולכן דינה של בקשה זו שמכוונת כלפי המפלגות ולא כלפי הרשימה שהגישו להימחק על-הסף. כאמור לעיל, גם עצם אי-צירוף רשימת "כחול לבן" עצמה כמשיבה נוספת לבקשת הפסילה, מצדיק לבדו את מחיקת הבקשה על-הסף.
23. הרבה למעלה מן הצורך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי גם אילו הייתה מוגשת בקשה לפי סעיף 7א לחוק-היסוד לפסילת רשימת "כחול לבן" – אזי לא היה כל מקום לקבלה.
24. לגוף הדברים – במוקד בקשה זו, התבטאויות של גורמים במשיבה 1 – מפלגה אשר יחד עם המשיבות 2-3 הגישה את רשימת "כחול לבן" – שהן לפי הנטען התבטאויות גזעניות כלפי הציבור החרדי בישראל.
25. על פני הדברים מעוררת בקשת פסילה זו את שאלת היקפה של עילת ההסתה לגזענות בשים לב כך שעד כה התמקדה הפסיקה, כפי שהובאה לעיל, בליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני, תוך התייחסות רק ליסודות המינימאליים של הסתה לגזענות – "ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני". בהקשר זה, יוער כי בעבר חיווה היועץ המשפטי לממשלה את דעתו, כי אף אמירות פוגעניות כלפי הציבור החרדי, כמו גם כלפי "שמאלנים", "מתנחלים", "להט"בים" וכיו"ב, אינן מגבשות את העבירה של פרסום מתוך מטרה להסית לגזענות הקבועה בסעיפים 144א ו-144ב לחוק העונשין, הואיל והסעיף מדבר על "רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני" (ההדגשה הוספה) (ראו גם תיאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפסקה 3 לפסק הדין בבג"ץ 4300/10 שורק נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 2.10.11)).
- מכל מקום, אין כל צורך להתייחס לשאלה זו בהקשר הנדון, שכן הבסיס הראייתי שהונח בתמיכה לבקשה הנוכחית הוא קלוש עד מאד, וממילא אינו עומד באמות המידה המחמירות לצורך פסילת רשימה.
26. כפי שכאמור ציינה כב' הנשיאה חיות **בעניין כסיף**, "לצד הפרשנות המצמצמת של עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א לחוק היסוד, הוסיפה הפסיקה וקבעה במהלך השנים שורה של אמות מידה מחמירות לעניין הרף הראייתי הנדרש לצורך התגבשות איזה מן העילות. אמות המידה הללו תוחמות את האפשרות לפסול רשימה או מועמד מלהתמודד בבחירות לכנסת למקרים מובהקים וקיצוניים בלבד בשל הזהירות המופלגת שאותה נוקט בית המשפט כנקודת מוצא בהקשר זה" (שם, בפסקה 16).

אמות המידה אלה, כפי שסוכמו אך לאחרונה בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות **בעניין כסיף**, שצוטטו לעיל, הן כי המטרה הפסולה היא מאפיין דומיננטי במטרות הרשימה או במעשיה; כי מטרות מרכזיות ודומיננטיות אלו נלמדות מהצהרות מפורשות ומהיגדים ישירים או ממסקנות מסתברות שמשמעותן ברורה וחד-משמעית; כי הרשימה פועלת באופן אקטיבי להגשמת המטרות האמורות, וכי נעשתה פעילות שאינה ספורדית להוצאתן מן הכוח אל הפועל; וכי הראיות המבססות את המעשים או המטרות, אשר יש בהם כדי למנוע התמודדות בבחירות לכנסת, צריכות להיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות", ונדרשת "מסה קריטית" של ראיות בעלות אמינות גבוהה להצדקת הפסילה.

27. בענייננו, בבקשה הוצגו חמש התבטאויות בלבד לאורך למעלה מחמש שנות פעילות המשיבה 1 בגלגוליה השונים – סרטון תעמולה של רשימת "כחול לבן"; התבטאות של ח"כ יאיר לפיד, יו"ר המשיבה 1 ומועמד מספר 2 ברשימת "כחול לבן"; והתבטאויות של חברי הכנסת אלעזר שטרן ומיקי לוי (מועמדים מס' 21 ו-22 ברשימה), לרבות התבטאות שעליה התנצל הדובר בסמוך לאחר מכן.

אף אם יהיה מי שיסתייג מסגנון של חלק מההתבטאויות, רחוקה מאד היא הדרך עד לקביעה כי מדובר בביטויים גזעניים החורגים מגדר חופש הביטוי הפוליטי. לא כל שכן רחוקה מאד הדרך מלקבוע כי מדובר בביטויי הסתה לגזענות אשר חומרתם משתלבת עם היותם מאפיינים שיטתיים ודומיננטיים של רשימת "כחול לבן", אשר מצדיקים את מניעת התמודדותה של הרשימה בבחירות לכנסת ה-22.

28. מכיוון שהמבקשים ממילא לא הצביעו על תשתית ראייתית שהייתה יכולה להצדיק פסילת רשימה שהייתה מוגשת על-ידי המשיבה 1 לבדה, ממילא גם אין צורך להידרש במסגרת תגובה זו לנפקות שיש לכך שרשימת "כחול לבן" היא רשימה שהוגשה במשותף על-ידי שתי מפלגות נוספות מלבד המשיבה 1, אשר כלפיהן לא מועלות בבקשה טענות כלשהן.

## לסיכום

29. לנוכח המקובץ, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש למחוק את הבקשה על הסף שכן היא אינה מכוונת כלפי רשימת מועמדים, אלא כלפי מפלגות, ומכיוון שרשימת "כחול לבן" לא צורפה כמשיבה נוספת לבקשה. למעלה מן הצורך, היועץ המשפטי לממשלה סבור שלא הונחה עילה כלשהי לפסילת רשימת "כחול לבן", שהוגשה על-ידי שלוש המשיבות.

היום, י"ב באב תשע"ט

13 באוגוסט 2019

2  
 יונתן ברמן, עו"ד  
 סגן בכיר במחלקת הבג"צים  
 בפרקליטות המדינה