

המטה למאבק בגזענות בישראל
באמצעות ב"כ עוה"ד רות כרמי ואח'
מהמרכז הרפורמי לדת ומדינה
רח' דוד המלך 13, ירושלים
טל': 02-6203323; פקס': 02-6256260

וכן באמצעות עוה"ד גיאוד קאסם
רח' סנט לוקס 5, חיפה
טל': 04-8555901

המבקש

נגד

המשיב

ברוך מרזל

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להוראת סעיף 7 לנוהל הטיפול בבקשה לפסילת רשימת מועמדים לכנסת או מועמד לכנסת, התשע"ה-2015, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו ביחס לבקשה שבכותרת.
2. עניינה של הבקשה שבכותרת, בבקשת המבקש מוועדת הבחירות המרכזית, שלא לאשר את מועמדותו בבחירות לכנסת ה-20 של המשיב, ברוך מרזל (להלן: **מר מרזל**), המתמודד ברשימת "יחד בראשות אלי ישי", וזאת בהתאם לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.
3. במסגרת הבקשה טוען המבקש כי מר מרזל פעל לאורך השנים כפעיל מרכזי בתנועת "כך", אשר הוצאה מחוץ לגדרי ההליך הדמוקרטי הלגיטימי, ועל אף שכיום מר מרזל אינו משויך באופן פורמלי לתנועת "כך", הוא מעולם לא נקט כל צעד פומבי שיש בו כדי להתנער מדרכה של התנועה או מדרכו של הרב כהנא, ואף מרבה להתבטא בזכות רעיונותיו של הרב כהנא ובזכות דרכה של תנועת "כך". בנסיבות אלו, טוען המבקש, כפי שתנועת "כך" נפסלה מהשתתפות בבחירות, כך יש לפסול את מועמדותו של מר מרזל, וזאת בשל כך שהוא שולל את קיומה של המדינה כמדינה דמוקרטית ומסית לגזענות.
4. עוד טוען המבקש כי בהתבטאויותיו ומעשיו של מר מרזל יש משום הסתה לגזענות, שכן אלו מכוונים לליבוי יצרים והעמקת התהום שבין אזרחים יהודים וערבים, תוך הדרת האוכלוסייה הערבית מן הציבוריות הישראלית, והתבטאויותיו של מר מרזל כלפי המיעוט הערבי מציגות את הערבים אזרחי ישראל כאויבים.
- נקדים ונאמר, כי לדעת היועץ המשפטי לממשלה, בשים לב לאופן בו פורש סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת על-ידי בית המשפט העליון, חומר הראיות הכולל שהוצג במסגרת הבקשה אינו מצדיק את קבלתה, שכן לא הצטברה נכון להיום תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד משמעית, העולה כדי **"מסה ראייתית קריטית"** המתחייבת לשם פסילת מועמד בבחירות לכנסת.

5. בפתח הדברים נבקש לחזור על דבריו של הנשיא בדימוס א' גרוניס בא"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 נ' ח"כ חנין זועבי (פסק הדין מיום 30.12.2012 והנימוקים מיום 20.8.2013) (להלן: עניין זועבי). וכך נקבע בפסק הדין:

"מניעת השתתפותו של מועמד בבחירות לכנסת או מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים בבחירות, נוסף ונזכיר, הם צעדים קיצוניים. על כן, התקבלה במשפטנו התפיסה לפיה ראוי שפרשנות העילות המנויות בסעיף 7א תהא צרה ומצומצמת, תוך דרישה ראייתית מחמירה, 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 המבחינים 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".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין שלפנינו נגזרת גם היא מהגישה האמורה לפיה מניעת התמודדות בבחירות היא צעד חריג ביותר שיש לעשות בו שימוש במשורה, באותם מקרים קיצוניים איתם לא ניתן להתמודד בכלים הרגילים בחברה דמוקרטית חסונה.

ראוי להזכיר בהקשר זה גם את דבריו של השופט ברק (כתוארו דאז) 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), כדלקמן:

"חופש הביטוי אינו החופש להביע דעה מקובלת, אלא החופש להביע דעה סוטה. עמד על כך השופט בן, שעה שהדריך את ועדת הבחירות: הוא ציין, כי ועדת הבחירות רשאית להרחיב את הלכת ירדור, ע"ב 1/65, גם לעבר שלילת השתתפותה של רשימה, אשר מצעה שולל את אושיות הדמוקרטיה, ואף סבר, כי יש להפעיל עיקרון מורחב זה לעניין רשימת "כך". עם זאת, ביקש השופט בן לקחת בחשבון, כי:

"ומעל לכל הזכות לבחור וכן להיבחר לכנסת היא בין הזכויות האזרחיות המרכזיות והמקודשות של כל אזרח במשטר דמוקרטי - שלילת זכות זו הינה צעד חריג, המוצדק רק במקרים מיוחדים במינם... כלל זה עומד במבחן במיוחד כאשר המדובר ברשימות קונטרברליות. רשימות רגילות ומקובלות, אז קל לקבל את הכלל הזה. אך

הכלל הזה עומד במבחן במיוחד כאשר ההתנגדות חריפה והרשימה אף מעוררת סלידה מצד חוגים מסויימים או רחבים של הציבור. דווקא במקרה כזה חייבים אנו בדרך כלל לדאוג לכך, כי תתאפשר גם הבעת דעות כאלה וכי ההכרעה בענין משקלן והצדקתן של אותן דעות תימסר לציבור בעת הצבעתו החופשית".

כפי שאומר השופט ג'קסון (jackson) בפרשת *barnette board of education v*.

But freedom to differ is not limited to things that do "not matter much, that [66] (1943)642, at would be a mere shadow of freedom . The test of its substance is the right to differ as to "things that touch the heart of the existing order

יסען הטוען, כי דברים אלה יפים הם וטובים לאמריקה הגדולה והחזקה, היכולה להרשות לעצמה גישה "חופשית" שכזו, ואילו אנו חייבים להיזהר משנה זהירות, שכן קטנה מדינתנו, צעיר משטרה, ומוקפת היא אויבים, היוצרים איום של ממש עליה. אכן, שוני זה קיים ועומד, אך כוחנו שלנו בעוצמתנו המוסרית ובדבקותנו בעקרונות הדמוקרטיה, דווקא כאשר הסכנה רבה סביבנו. מבחינתם של אלה גדול כוחנו, ואף אנו רשאים לומר בקול, כי אף שאיננו מסכימים לדעה פלונית, ניתן נפשנו על הזכות להשמיעה. אכן, השאלה החקיקתית נבדה היא וקשה. יש לקוות, כי נדע למצוא את האיזון הראוי, הלוקח בחשבון את התמונה כולה, בכל מורכבותה. מטעמים אלה הצטרפתי לדעת חבריי לקבל את הערעורים, לבטל את החלטתה של ועדת הבחירות ולאשר את השתתפותן של שתי הרשימות - "כך" ו"הרשימה המתקדמת לשלום" - בבחירות לכנסת".

לאחר שזאת נאמר, תפורט להלן עמדת היועץ.

על הזכות להתמודד בבחירות

6. הזכות להתמודד בבחירות לבית המחוקקים היא בין זכויות היסוד החוקתיות החשובות והמכריעות ביותר במשטר דמוקרטי. בסיסה הרעיוני הוא עקרון השוויון הפוליטי. זוהי "זכות יסוד מדינית, אשר באים בה לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית", ראו דברי כבי הנשיא מי שמגר בפרשת ניימן הראשונה בעמוד 264; וכן ראו רע"א 7504/95, 7793 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד (2) 45 (1996) (להלן: עניין יאסין), מפי כבי הנשיא ברק, בעמ' 60-61 (2003).

לעניין זה גם כתב כבי 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 מהלכיה".

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

8. הגבלת זכותה של רשימת מועמדים או של מועמד להיבחר לכנסת מתפרשת מעבר לגבולותיה היא, שהרי הגבלה כאמור מצרה אף את זכות הפרט לבחור, שהיא עצמה זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: הכנסת. וכך נכתב 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-ידי היה מציג".

9. הגבלת זכותם של מועמדים ורשימות מועמדים להתמודד בבחירות, הפוגעת בזכויות לבחור ולהיבחר, מהווה ניסיון לתת מענה ל"פרדוקס הדמוקרטי". עמד על כך כבי הנשיא ברק בעניין טיבי, בקובעו כי ה"פרדוקס הדמוקרטי" משקף מתח הקיים בדמוקרטיה בין העיקרון הדמוקרטי של שוק חופשי של דעות, לפיו הזכות לכל רשימה ומפלגה, גם אם הן מבקשות לשלול את הדמוקרטיה או לפגוע בה, לבטא את דעותיהן ולהתמודד באופן שוויוני בבחירות, לבין זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה (שם, בעמ' 14).

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

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

המסגרת הנורמטיבית

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

"(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של אדם 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 ולענין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק".

12. סעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת, תוקן בשנת 2002. בתיקון זה הוסמכה ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד, בנוסף לסמכות שהיתה 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 15(1) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992.

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

13. הפסיקה התייחסה בהרחבה לסעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת. העקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה לעניין פרשנות הסעיף נגזרו מחשיבותן העליונה של הזכויות הבסיסיות 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 (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) הני"ל סוכמו על ידי כבי הנשיא שמגר בפרשת ניימן השנייה (בעמ' 196 לפסק הדין) ואומצו על ידי כבי הנשיא ברק בעניין טיבי (בעמ' 18 לפסק הדין). ואלה הם העקרונות שנקבעו:

"(א) מטרותיה או מעשיה של רשימת המועמדים כוללים אחד מן היסודות המובאים בפסקאות (1) (2) (3).

(ב) המטרה האמורה היא בגדר יעד מרכזי ושליט של הרשימה ולא נושא טפל ושולי. המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות הרשימה; הוא הדין, בשינויים הנובעים מן העניין, כאשר המדובר במעשה להבדיל ממטרה: אף אז צריך להיות מדובר במעשה שיש בו משום ביטוי בולט, רציני ושליט של זהותה ומהותה של הרשימה.

(ג) הרשימה פועלת למען מימוש מטרותיה לשם הפיכתן מרעיון להגשמתו.

(ד) ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה.

(ה) היסודות השליליים - כאמור בפסקאות (1) (2) (3) באים לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתם.

(ו) הראיות להתקיימותם של כל אלה צריך שיהיו משכנעות, ברורות וחד משמעיות."

15. על עקרונות אלה חזרה בהסכמה כבי הנשיאה ביניש במסגרת פסק הדין בע"ב 561/09 בל"ד- המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 (פורסם ב"נבו", 7.3.11) (להלן: עניין בל"ד), שם צוין בין היתר כי "אין להסתפק במטרות תיאורטיות גרידא ואף אין די במטרה רחוקה שמציבה רשימה מתמודדת שיש לה אופי ערטילאי. קיים הכרח להראות כי רשימה פועלת למימוש המטרות שחרתה על מצעה ולהוצאת רעיונותיה מן הכוח אל הפועל. לצורך בחינתה של פעילות דה-פקטו של רשימה, אין להסתפק בפעילות ספורדית, כי אם בפעילות שיטתית חוזרת ונשנית, אשר צריכה לבוא לידי ביטוי חמור ומשמעותי בעוצמתו" (פסקה 4 לנימוקי פסק הדין).

כבוד הנשיא גרוניס אף הוא חזר על עקרונות אלו בעניין זועבי (פסקה 14 לנימוקי פסק הדין).

פסילת מועמד לבחירות לכנסת

16. סעיף 63א(א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, קובע כי "בקשה לקבוע כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, תיחתם בידי שליש מחברי הועדה המרכזית...".

17. על-פי סעיף 7א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת, קביעה כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון. סעיף 63א(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, קובע כי היה והחליטה ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות לכנסת "תודיע על כך למועמד ותעביר מיד את החלטתה ונימוקיה לאישור בית המשפט העליון". למעשה, החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסילת מועמד מהשתתפות בבחירות איננה סופית עד לקבלת אישורו של בית המשפט העליון.

18. בעניין זועבי עמד כבי הנשיא גרוניס על כך שבית המשפט הנכבד הוא למעשה שותף מלא להחלטה בדבר פסילת או אישור השתתפות מועמד בבחירות. בהתבסס על עניין טיבי קבע כבי הנשיא גרוניס כדלקמן (פסקה 15 לנימוקי פסק הדין):

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

בהליך קבלת ההחלטה על אישור או פסילת מועמד מהשתתפות בבחירות (השוו בעניין זה, ע"א 10547/05 רשם הקבלנים נ' ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ, פסקה 30 לפסק הדין (9.9.2012)). (ההדגשות אינן במקור-הח"מ)

81. הליכים פרוצדוראליים אלה יש בהם כדי ללמדנו על הזהירות היתרה הנדרשת בכל הנוגע לפסילתו של מועמד לבחירות.

עילת הפסילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

820. **בעניין טיבי** קבע כב' הנשיא ברק, כי לדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" שבסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, יש ליתן פירוש מצמצם, שכן הוא נועד לצמצם את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר (עמ' 19 לפסק הדין).

821. הנחת היסוד הקונסטיטוציונית של מדינת ישראל היא כי שני היסודות - המדינה היהודית והמדינה הדמוקרטית - אינם מושגים סותרים זה לזה (ראו פרשת ניימן השנייה, בעמ' 189 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר, ודבריו של כב' הנשיא ברק בעניין טיבי בעמ' 19 לפסק הדין).

822. בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה **בעניין טיבי**, לעניין סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת, הרי שבפרשנות הדיבור "מדינה דמוקרטית", יש להתרכז, בדומה לפרשנות הדיבור "מדינה יהודית", ב"מאפיינים הגרעיניים והמינימאליים". וכך דברי כבוד הנשיא ברק **בעניין טיבי**, בהתייחס לפרשנות הדיבור "מדינה דמוקרטית":

14. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מאפשר מניעת השתתפותם 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"מינימאליים" ... יש לשים הדגש על מה שביט- המשפט האירופי לזכויות האדם מכנה "הבסיסיים שבעקרונות הדמוקרטיים" ... מאפיינים אלה מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון. קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית ...

על-פי גישה "גרעינית" זו, רשימת מועמדים השוללת את זכות הבחירה על-פי מבחן אתני-לאומי פוגעת בגרעינה של הדמוקרטיה, המבוססת על שוויון בזכות לבחור ולהיבחר ... בדומה, רשימת מועמדים התומכת בשימוש באלמות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי שהיא 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 אמצעים חוקיים כדי להגשים את מטרתו, ומטרה זו עולה בקנה אחד עם המאפיינים הגרעיניים של הדמוקרטיה". (ההדגשות אינן במקור-הח"מ)

23. אף ביחס לעילת פסילה זו, יש להוכיח כי המטרה "האסורה" של המועמד או הרשימה היא בגדר עד מרכזי ושליט ולא נושא טפל ושולי; כי המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות המועמד או הרשימה; המועמד או הרשימה פועלים למען מימוש מטרותיהם לשם הפיכתן מרעיון להגשמתו; ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה; היסודות השלייליים באים לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתם, ולבסוף - הראיות להתקיימותם של כל אלה צריך שיהיו משכנעות, ברורות וחד משמעיות.

עילת הפסילה של הסתה לגזענות

24. 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". דרישות כלליות ומחמירות אלו שבו ופורטו בסעיף 14 לתגובתנו זו.

25. ברע"א 6709/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת**, פ"ד נג(1) 351 (1999), נדונה השאלה האם יש במטרותיה או במעשיה של רשימת מולדת-גשר-צומת בבחירות לרשויות המקומיות בנצרת עילית משום הסתה לגזענות, אשר יש בה כדי למנוע את השתתפותה בבחירות אלה, בהתאם לסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965. לעניין זה קבע כב' הנשיא ברק, כי ההסתה לגזענות "צריכה להיות מטרה דומיננטית ומרכזית; היא צריכה להיות מוכחת בראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. ספק פועל כנגד מניעת השתתפותה של הרשימה המשותפת".

26. **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."

27. 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. בחקשר זה מפנה כב' הנשיא ברק לדבריו של הנשיא שמגר ב**פרשת ניימן השנייה**, השמים את הדגש על "ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביוזי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסיה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני".

28. יצוין כי בפסק דינו בעניין טיבי, דחה בית המשפט העליון את הערעורים, ובכלל זה את ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה, על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את מועמדתו של ברוך מרזל בבחירות לכנסת ה-16. במסגרת פסק דינו בעניין טיבי, נדרש בית המשפט העליון לטענות בדבר פעילותו והזדהותו של המועמד ברוך מרזל עם תנועת "כך", וכאמור, בסופו של יום החליט, בדעת רוב, לדחות את הערעורים על אישור מועמדתו של מרזל.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

29. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי בשים לב לאופן בו פורש סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת על-ידי בית המשפט העליון, לא הונחה, במסגרת הבקשה דנן, תשתית ראייתית מספקת לכך שבהתבטאויותיו של מר מרזל יש כדי לשלול את מרכיביה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית או בכדי לעלות כדי הסתה לגזענות, באופן שיצדיק את מניעת התמודדותו בבחירות לכנסת. זאת מכיוון שהבקשה כוללת בעיקרה צילומים של קטעי עתונות בלבד.

לצד זאת, יובהר, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככל שהיתה מוצגת במסגרת הבקשה דנן תשתית ראייתית מספקת וחד-משמעית ברמת ההוכחה אשר נקבעה בפסיקה, להוכחת העובדה כי מרזל אכן אמר את כל שיוחס לו בבקשה, היתה מתעוררת שאלה כבודת משקל אם יש בהתבטאויותיו של מר מרזל, כפי שהוצגו בבקשה, בכדי למלא אחר העילות הקבועות בחוק לשם פסילת מועמדתו.

להלן תפורט עמדה זו.

30. כאמור לעיל, המבקש טוען, כי התבטאויות ברבים, פעילויות שונות ופרסומים בתקשורת של מר מרזל כנגד האוכלוסייה הערבית וכנגד מבקשי מקלט מאפריקה, מעידים על חתירה תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ועל הסתה לגזענות.

כך נטען בין היתר כי מר מרזל מעולם לא התנער מדרכה של תנועת "כך", וממשיך להצהיר על דבקותו בתורתו של הרב כהנא, וכי יש במעשיו ובמטרותיו של מר מרזל בכדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ובכדי להסית לגזענות, נוכח פגיעתו בכבוד ובשוויון כלפי מי שאינם יהודים אך חיים במדינת ישראל, ונוכח ליבוי איבה כלפי האוכלוסייה הערבית.

31. כפי שהובהר לעיל, הפסיקה מפרשת בצמצום רב את עילות הפסילה של רשימות מועמדים ושל מועמדים לכנסת, והרף הראייתי הנדרש לשם הוכחת עילת פסילה הוא גבוה ביותר. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרה דנן, המבקש אינו מבסס תשתית ראייתית משכנעת, בדורה ודו-משמעית העולה כדי "מסה ראייתית קריטית", כי מר מרזל הציב לעצמו כיעד מרכזי לפעול לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

לשון אחר, אין בהתבטאויות ובפרסומים שהובאו במסגרת הבקשה כדי להעלות כדי תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית המצביעה על כך שיעד מרכזי של מר מרזל הינו שלילת הגרעין הקשה של הדמוקרטיה, כהגדרתו **בפרשת יאסין ובעניין טיבי**, ובין השאר, בעקרון הפרדת הרשויות, בשלטון החוק, בעצמאות השפיטה ובזכויות האדם הבסיסיות.

32. בענין זה ראוי גם להזכיר את פסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בענין בל"ד אשר קבעה בין היתר כי "בנסיבות העניין, ועל רקע החשיבות שבהגנה על הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק בעומדן למול הראיות שהוגשו לוועדה, ובשים לב לעובדה כי רבים מן הדברים שיוחסו לחברי המפלגה התבססו על דיווחים עיתונאיים כפי שעלו מאתרי אינטרנט שונים, מצאנו אף הפעם כי יש לייחס משקל מכריע להצהרותיהם של חברי המפלגה" (פיסקה 19 לפסק-דינה) (ההדגשות אינן במקור-הח"מ).

עוד ראו בעניין זה את פסק דינו של הנשיא א' גרוניס בענין זועבי אשר קבע כדלקמן:

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

על כן, לאור האמור, דין הבקשה לפסילת מר מרזל בשל העילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית - להידחות.

33. באשר לבקשה לפסילת מועמדותו של מר מרזל מהשתתפות בבחירות בשל העילה של הסתה לגזענות, הרי שבעניין עילה זו הראיות שהובאו במסגרת הבקשה הן משמעותיות ומטרידות יותר, ודברים ומעשים המיוחסים למר מרזל הם קשים וצורמים ביותר. כך, בבקשה המבקש סוקר קריאות למעשי אלימות, שנערכו לכאורה על-ידי מר מרזל ואשר הופנו כנגד מספר חברי כנסת; כנגד ראש עיריית רהט; כנגד בני המיעוט הערבי בישראל; וכן כנגד מבקשי מקלט - קריאות המקוממות כל לב.

עוד סוקר המבקש בבקשה דברי גנאי של מר מרזל כנגד יו"ר ועדת הבחירות, כבוד השופט סי' גיבוראן. בענין זה יובהר, כי היועץ המשפטי לממשלה מגנה בכל תוקף את דבריו של מר מרזל ביחס לכבוד יו"ר ועדת הבחירות, כבוד השופט סי' גיבוראן. הדברים מקוממים, מכוערים, וצר לנו שהגענו לימים שדברים מעין אלו נאמרים על ידי מי שמבקש להיות נבחר ונציג ציבור בכנסת ישראל. היועץ המשפטי לממשלה כבר חיווה דעתו על כיעורם של דברים אלו במכתב לכבוד יו"ר ועדת הבחירות, ואין לו אלא לשוב ולהצר על התבטאות מכוערת זו.

34. אולם, ולצד האמור לעיל, גם בעניינה של עילה זו הבקשה איננה מבססת, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית, העולה כדי "מסה ראייתית קריטית" המאפשרת פסילת רשימת מועמדים או מועמד בבחירות לכנסת, בהתאם לאמות המידה הנוקשות שהותוו בפסיקת בית המשפט הנכבד. כאמור, פסיקתו של בית המשפט העליון קובעת, כי "ספק פועל נגד מניעת השתתפותה של רשימה" – והדברים יפים אף לעניין מועמד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניינה של העילה של הסתה לגזענות היא, כי מדי ספק - לא יצאנו, זאת בשים לב למבחנים הראייתיים המתמירים שנקבעו בפסיקה לפסילת רשימת מועמדים לכנסת בעילה של הסתה לגזענות.

על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בחינת הראיות בראי הפסיקה, מטה את הכף כנגד פסילתו של מר מרזל.

בהתאם לכך, ולנוכח חשיבותה ומרכזיותה של הזכות להיבחר בשיטת המשטר הישראלית, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לפסול את מר מרזל מהתמודדות ברשימה המשותפת לכנסת ה-20. ודוק: "עצם העובדה שמועמד רשאי להתמודד בבחירות לכנסת אין משמעה כי משעה שנבחר רשאי הוא לעשות ככל העולה על רוחו. עדיין עומדת האפשרות לשלול חסינותו של חבר כנסת במקרים מסוימים, להעמידו לדין אם נמצא כי עבר עבירה פלילית, ולשלול את המשך כהונתו בכנסת אם הורשע בדין בעבירה שיש עימה קלון. אכן, האיזון בין ההגנה על הדמוקרטיה וההגנה על יסודותיה אינו פשוט. אך בעוד שעומדת לדמוקרטיה זכותה להגן על חיותה, עומדת לה גם החובה להגן על עקרונותיה היסודיים ביותר, ועל הזכות להיבחר, שהיא אחת הזכויות הבסיסיות המכוננות את המשטר הדמוקרטי עצמו" [אב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ זועבי שצוטט בסעיף 4 לעיל].

33. לאור כל האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, כי דינה של הבקשה לפסול את מר מרזל מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-20 להידחות, באשר הבקשה אינה מציגה תשתית ראייתית מספקת המאפשרת לקבלה.

חיום, כ"ב בשבט תשע"ה

11 בפברואר 2015

על

יעל מורג יקו-אל, עו"ד

עוזרת ראשית לפרקליט המדינה

כ"א

רועי שויקה, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה