



שנת 2019

להיות עם יהודי ודמוקרטי בארצנו - על פסילת רשימות ומועמדים לכנסתשי ניצן, פרקליט המדינה¹

לאחר אלפיים שנות גלות, כמיעוט, ולא פעם כמיעוט נרדף, הקים העם היהודי מדינה משלו. מדינה יהודית ודמוקרטית. במדינתו, חיים כיום למעלה מ- 20% בני מיעוטים, רובם בני החברה הערבית. עובדה זו מציבה אתגרים לא מעטים בפני המדינה. הן במישור היותה "מדינה יהודית" והן במישור היותה "מדינה דמוקרטית". אחד מאלה הוא ההתמודדות עם אוכלוסיית מיעוט, אזרחים שווים זכויות, שיש בהם מי שמבקש לבטל את אופיה של המדינה כ"מדינה יהודית", דבר המסכן ערך יסודי זה העומד בבסיס אופיה של המדינה.

לצד האמור, לדאבוננו, תופעות של גזענות מצד חברים בקבוצת הרוב כלפי המיעוט, התגלו ומתגלות בחברה בישראל מאז הקמתה. גזענות מעצם טבעה מסכנת הן את אופיה היהודי של המדינה והן את אופיה הדמוקרטי. ראוי להדגיש כי יש להפריד הפרדה ברורה וחדה בין המאבק הצודק מאין כמותו על ביתנו הלאומי לבין התפשטות תופעת הגזענות, ושמה נאמר כי דווקא בשל מאבק ממושך זה עלינו להזהיר עצמנו הזהר היטב שמא נידבק חלילה בנגע הגזענות.

ההתמודדות של הדמוקרטיה הישראלית עם אלה הרוצים לבטל את אופיה היהודי של המדינה, ועם בעלי תפיסת עולם גזענית החותרים תחת אופיה הדמוקרטי, התעוררה לאורך השנים במלוא עוזה סביב סוגיית פסילת רשימות ומועמדים מהתמודדות בבחירות.

פסילת רשימות ומועמדים היא סוגיה חוקתית רגישה ביותר, מן המאתגרות בשיטתנו החוקתית. עילות הפסילה השונות נעוצות בעמדה ערכית, שעוגנה לאורך השנים בהכרעת המחוקק, ביחס לסכנות אפשריות לקיומה של המדינה ולערכיה הבסיסיים ביותר. על כן נקבעו שלוש עילות פסילה בלבד, שרק הן גוברות על זכויות היסוד הראשוניות - לבחור ולהיבחר.

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת הקובע את עילות הפסילה נועד להתמודד עם דילמה קשה שהמדינה הדמוקרטית נתונה בה, שהוגדרה בפסיקה כ**פרדוקס הדמוקרטי**. 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 זכאית להביע את דעתה ולהתמודד באופן שוויוני בבחירות הקובעות את פני החברה. תמצית הדמוקרטיה מצויה בזכויות לבחור ולהיבחר המביאות לידי ביטוי גם את חופש ההתאגדות וחופש הביטוי. מאידך גיסא, עומד השיקול, כבד המשקל, כי הדמוקרטיה זכאית להגן על עצמה מפני הקמים עליה לכלותה. זכותה של הדמוקרטיה לשלול את ההשתתפות בהליך הדמוקרטי של רשימות ומועמדים השוללים את הדמוקרטיה עצמה. זו ליבת הדמוקרטיה המתגוננת. כפי שנקבע בפסיקה: "כדי להוכיח את חיותה אין הדמוקרטיה צריכה לאבד עצמה לדעת"². ובפשטות - מי אשר אינו מקבל על עצמו את כללי המשחק, אינו רשאי ליטול בו חלק. על דילמה זו אפרט במאמר זה.

¹ תודתי נתונה לעוזרי הנאמן, אבישי קראוס, על סיועו הרב בהכנת המאמר.

² א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת טיבי**, פ"ד נז(4) 1, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003) (להלן: **עניין טיבי**).

לאורך שלושים שנותיי בפרקליטות זכיתי לקחת חלק בתחנות משמעותיות שונות בהן גובשו ועוצבו עמדות המדינה שהובאו בפני וועדת הבחירות המרכזית ובפני בית המשפט העליון, במקרים שונים בהם התחדד הפרדוקס הדמוקרטי האמור. המתח הגדול בין ערבים ליהודים משתקף היטב בהשתלשלותה של סוגיה זו והמתחים שהיא עוררה במערכות הבחירות לאורך השנים היו קשים ביותר.

להלן אעמוד בתמצית על התפתחות ההלכה בסוגיה זו, ואבקש לשתף, בתמצית רבה, בתפיסתי בדבר חשיבות השימוש בסעיף זה, שבו יש לעשות שימוש לעמדותי רק במשורה רבה ובמקרים חריגים בלבד – וזאת למטרה החשובה מאין כמותה של שמירת אופייה היהודי-דמוקרטי של מדינתנו.

חוק-יסוד: הכנסת המקורי לא כלל כל הוראה באשר למניעת השתתפות בבחירות של מפלגה בשל מצעה או פעולותיה. בשנת 1965, בפרשת ירדור³, נדון עניינה של "רשימת הסוציאליסטים הערבית" והתקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה עת נפסק ברוב דעות כי חרף שתיקתו של החוק בנושא זה, ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת למנוע את השתתפותה בבחירות של רשימת מועמדים אשר שוללת את **עצם קיומה** של המדינה. היתה זו הפעם היחידה בה נפסלה רשימה בעילה זו.

בשנת 1984, בפרשת ניימן הראשונה⁴ - בשלב שבו עדיין לא נקבעה הוראת חוק המסמיכה לפסול רשימה, שב ונדרש בית המשפט העליון לשאלת פסילת רשימות, זו הפעם בשל טענות נגד רשימת "כך" היהודית, מימין, ו"הרשימה המתקדמת לשלום" הערבית, משמאל. בית המשפט פסק, ברוב דעות, כי אין להרחיב את הלכת ירדור לעבר מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים גזענית השוללת את אופייה הדמוקרטי של ישראל בהעדר הוראת חוק מפורשת המסמיכה לעשות כן. כאן המקום לציין, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז היתה כי יש מקום לפסול את רשימת "כך" מהתמודדות בבחירות אך עמדה זו נדחתה ע"י בית המשפט.

באותה תקופה שימשתי כמתמחה של שופט בית המשפט העליון דאז, אהרן ברק, שהיה אחד השופטים שסירבו לפסול רשימה זו. לעולם לא אשכח שיחה שניהלתי עימו בנושא כהנא ומפלגת "כך" החדשה שהקים, שהטיפה לגזענות נגד ערביי ישראל. ברק הסביר לי כי לדעתו מדובר ב"רוחות שעה חולפות", ועל כן לדעתו ניתן "להכיל" קיומה של מפלגה שכזו ויש לנהוג כלפיה בריסון ואיפוק. זכורני שעמדה זו הטרידה אותי, שכן על אף גילי הצעיר ונסיוני המועט נטייתי לחשוב כי רוחות אלה חזקות הן, ועלולות שלא לחלוף במהרה, אלא "להרעיל" חלקים בחברה הישראלית בגזענות. לצד זאת, אכן היה ברור ומוכן לי הקושי בפסילת רשימה ללא שהחוק מתיר זאת במפורש. על רקע סירובו של בית המשפט העליון לפסול רשימות אלה, תוקן בשנת 1985 חוק-יסוד: הכנסת, והוספה לו הוראת [סעיף 7א](#) (המקורית), שקבעה 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."

³ ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד יט(3) 365 (1965).

⁴ ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, לט (2) 225 (1985).

על בסיס הוראה זו S בית המשפט העליון אישר את החלטת ועדת הבחירות המרכזית שהחליטה בשנת 1988 למנוע את השתתפותה של רשימת "כך" בבחירות, על יסוד בקשה שהוגשה בין היתר על ידי מפלגת הליכוד. בית המשפט העליון קבע כי מתקיימות בעניינה עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א(2) ו-7א(3) לחוק-יסוד: הכנסת.⁵ לעומת זאת נדחה ערעור על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לאשר השתתפות בבחירות של רשימה שלפי הטענה היה במעשיה משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.⁶

בשנת 1992, כשלוש שנים לאחר שהצטרפתי לפרקליטות, זכיתי להופיע כ"פרח פרקליטים" יחד עם פרקליטת המדינה דאז, דורית ביניש ועם מנהלת מחלקת הבג"צים דאז, נילי ארד, בפני ההרכב המורחב של בית המשפט העליון ששב וקיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופסל את רשימת "כך" פעם נוספת מהשתתפות בבחירות.⁷

זכורני שהתרשמתי אותה עת, כי גישתה של פרקליטת המדינה דאז ביניש לתופעה זו, שונה היתה מגישתו של הנשיא ברק. ביניש סברה כי מדובר בתופעה המכרסמת בשורשי הדמוקרטיה שיש בה סיכון ממשי לחברה הישראלית, ועל כן סברה כי פסילת רשימה זו היא קריטית – וזאת בראש ובראשונה כדי להעביר מסר ציבורי חד משמעי, שעל אף היות מדינתנו מדינה דמוקרטית, לא תהיה שום סובלנות לגזענות ויש להקיא את הגזענים אל מחוץ לגבולות החוק.

במשך השנים, תוקן סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בשלושה עניינים מרכזיים: ראשית, שלילת קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי ושלילת האופי הדמוקרטי של המדינה – שהיו שתי עילות מניעה נפרדות שעוגנו בשני סעיפים נפרדים – אוחדו לסעיף אחד. שנית, הוספה עילת מניעה נוספת, שעניינה תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. שלישית, נקבע כי ניתן למנוע גם את השתתפותו בבחירות של מועמד בודד – בלא למנוע את ההשתתפות בבחירות של רשימת המועמדים כולה. מניעה זו טעונה אישור בית-המשפט העליון, בניגוד לפסילת רשימה, שאינה טעונה אישור, אם כי יכולה היא כמובן להגיע לבית המשפט העליון במסגרת ערעור בחירות.

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, בנוסחו דהיום (לאחר שתוקן מספר פעמים במרוצת השנים), קובע כך:

"(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.

⁵ ע"ב 1/88 נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-12, פ"ד מב(4) 177 (1988) (להלן: פרשת ניימן השנייה); ...

⁶ ע"ב 2/88 נ' יהורם בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, מג (4) 221 (1989)

⁷ ע"ב (י-ם) 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה (פורסם בנבו, 31.12.1992); ע"ב 2858/92 אליאסף מובשוביץ נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, מו (3) 541 (1992) (להלן: עניין מובשוביץ)

(1א) [...]

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

לאורך השנים נדונו בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון בקשות פסילה שונות ביחס לרשימות ומועמדים. דיון מרכזי ביותר התקיים בבקשות פסילה שהוגשו לוועדת הבחירות המרכזית עובר לבחירות לכנסת השש עשרה, בשנת 2003, במסגרתו נדונו בקשות לפסילתה של רשימת בל"ד ושל מועמדותם לכנסת של אחמד טיבי (כיום מנהיג מפלגת תע"ל), עזמי בשארה (לשעבר מנהיג מפלגת בל"ד) וברוך מרזל, איש תנועת "כך" (להלן: **עניין טיבי**⁸). בפרשה זו נדרש לראשונה בית המשפט העליון לשאלת פסילת מועמד, להבדיל מרשימה. היועץ המשפטי לממשלה תמך בפסילת בל"ד וכן תמך בפסילת מרזל ובשארה, אך עמדתו נדחתה על ידי בית המשפט שהחליט לאשר את מועמדותו של ברוך מרזל בדעת רוב של 7 שופטים נגד 4 שופטים ובאותו רוב אושרה גם מועמדותם של בשארה וסיעת בל"ד, אם כי שופטי הרוב והמיעוט לא היו זהים לאלה שבענין מרזל. מועמדות טיבי אושרה פה אחד.

יצוין, כי באופן חריג ביותר, ובפעם היחידה עד כה, היועץ המשפטי לממשלה הוא שהגיש את בקשת הפסילה לוועדת הבחירות המרכזית בעניינה של רשימת בל"ד. צעד חריג זה ננקט על רקע תפיסתנו את פעילות הרשימה ומנהיגה בשארה, כפעילות שבאה במובהק בגדר עילות הפסילה של שלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית וכן בגדרי תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל. היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, הטיל על צוות פרקליטים ומשפטנים לאסוף חומר ראייתי הרלוונטי לעילות הפסילה האמורות. שימשתי חלק מצוות זה, שנעזר גם בשירות הבטחון הכללי שסיפק חומר חסוי בנושא, וסברתי כי החומר שנאסף הוא חזק, משמעותי ומצדיק בהחלט את הפסילה. אלא שכאמור, עמדה זו נדחתה על ידי בית המשפט. לא למותר לציין, כי היועץ רובינשטיין אף תמך, ובצדק רב בעיניי, בבקשות הפסילה שהוגשו נגד התמודדותם של בשארה ומרזל, אלא שגם עמדה זו נדחתה כאמור על ידי בית המשפט העליון בדעת רוב.

רק כדוגמא אציין, כי בין יתר הראיות שנאספו היתה ראיה שהעידה כי בשארה נשא נאום שבמסגרתו הבהיר כי הוא רואה בצעירי בל"ד כמי שנמנים על "צבא פלסטיני", וככאלה "עליהם להתכונן לעתיד כי צפויה מערכה ארוכה עם הציוניים ואנו ננצח בסוף. רוצים אתכם בהפגנות זורקים אבנים". מעבר לכך, בנאום גלוי שנשא בעיר קרדאחה שבסוריה יצא בשארה מגדרו כדי להלל ולקלס את תנועת ההתנגדות הלבנונית, ואף קרא להמשיך בדרכה, הואיל ולהשקפתו זהו פתרון הביניים שבין מאבק מזוין כולל, שיש קושי לעמוד בו, לכניעה מוחלטת שלא ניתן להשלים עמה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, שכאמור, אותה אימצו ארבעה משופטי ההרכב – קריאה זו, לצד דוגמאות רבות נוספות, היתה הטפה ברורה ומובהקת למאבק מזוין נגד מדינת ישראל.

⁸ ראו עניין טיבי, לעיל הי"ש 1.

אף בעניינו של מרזל ננקט צעד חריג, במסגרתו לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה תמך בבקשת הפסילה שנדחתה, הוא הגיש ערעור לבית המשפט העליון על החלטת הוועדה שלא לפסול את מועמדותו של מרזל לכנסת. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי הוועדה התעלמה מחומר הראיות הברור שהונח בפניה, שהעיד על פועלה ומטרותיה של תנועת "כך" ועל רכיבי הגזענות הבולטים הדומיננטיים במשנתה, ומכך שמרזל היה – גם באותה העת – פעיל מרכזי ובולט בארגון הטרור "כך" ובארגונים מחתרתיים דומים שדרכם אלימה וגזענית. לעמדת היועץ דאז, ההסתה לגזענות שיוחסה למרזל "היא בבחינת קוץ ממאיר בבשרה ורעל בדמה של מדינה וחברה" (סעיף 8 להודעת הערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה).

על רקע האמור הודגש כי פסילתו מתחייבת בשל תמיכתו בגזענות, ובשל הפגיעה שהתמודדותו תפגע באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל. אלא, שכאמור, דעת הרוב סברה אחרת, הן ביחס לרשימת בל"ד, הן ביחס למרזל, ולמעשה צמצמה עד מאוד את מי אשר יבוא בגדרי עילות פסילה אלה, עקב חשיבותה העצומה של הזכות לבחור ולהבחר. עיקרם של דברים בקביעת אמות מידה פרשניות מצמצמות מאד להפעלתן של עילות הפסילה. ואלו העקרונות העיקריים שנקבעו בפסיקה:

ראשית, נקבע כי הפנייה אל מטרותיה של רשימת מועמדים צריכה להיות פנייה אל "מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה". עניין לנו, איפוא, במטרות המהוות יעד "שליט";

שנית, נקבע כי מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה – ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים – יכולים להלמד הן מהצהרות מפורשות שלו, שיש בהן היגד ישיר, והן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי;

שלישית, נקבע כי לא די במטרות בעלות אופי תיאורטי. יש להראות כי רשימת המועמדים פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתו, ופעילות זו צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה.

לבסוף, נקבע כי הראיות המבססות את המטרות והמעשים המביאים לידי מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים, או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות **משכנעות, ברורות וחד-משמעיות**, ובעלות "מסה קריטית" שלא מותרה מקום לספק בדבר קיומה של עילת פסילה.

בהתאם לאמות מידה אלה שנקבעו בדעת הרוב בפסק הדין בפרשת טיבי, נקט היועץ המשפטי לממשלה, מאז ועד היום, בגישה מצמצמת עד מאוד ביחס לבקשות לפסילת רשימות ומועמדים. למעשה, מאז פסק הדין בעניין טיבי ועד לאחרונה ממש, לא תמך היועץ המשפטי לממשלה בשום בקשת פסילה ביחס למועמדים או רשימות. זו גם היתה עמדת בית המשפט העליון, אשר החליט שלא לאשר במשך השנים החלטות של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמדותם של בשארה, זועבי ומרזל וקיבל ערעורים נגד פסילות של רשימת בל"ד. כך אירע במערכות הבחירות של השנים 2009, 2012 ו- 2015.⁹

⁹ ע"ב 561/09 בל"ד - המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 (פורסם בנבו, 7.3.2011); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי (פורסם בנבו, 20.8.2013); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי (פורסם בנבו, 10.12.2015).

רק לאחרונה ממש, עובר לבחירות לכנסת ה-21, בשנת 2019, נפסל לראשונה מועמד לכנסת. לקראת הבחירות הוגשו בקשות שונות לפסילת מפלגות ומועמדים מלרוץ בבחירות. חלק מהבקשות עסקו ברשימות ומועמדים שנטען כי הם שוללים את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ותומכים במאבק מזוין נגד המדינה – רשימת רע"מ-בל"ד, רשימת חד"ש-תע"ל והמועמד ד"ר עופר כסיף. חלק אחר של הבקשות ביקש את פסילת המועמדים ד"ר מיכאל בן ארי ועו"ד איתמר בן גביר ממפלגת "עוצמה יהודית" (שהתמודדה כחלק מרשימת "איחוד מפלגות הימין") בשל טענות בדבר הסתה לגזענות בוטה ומתמשכת על ידם.

בקשות אלה הביאו אותנו, היועץ המשפטי לממשלה, אנוכי ויתר העוסקים במלאכה, להתלבטות קשה. כאמור, שנים ארוכות לא תמך היועץ המשפטי בבקשת פסילה, על יסוד העקרונות שנקבעו בפסיקה, שכן לא הובאו ראיות חזקות וחד משמעיות להתקיימות עילת פסילה במועמד או ברשימה. אלא שהפעם, הובאו ראיות חזקות ביותר וחד משמעיות שהראו כי בן ארי מסית לגזענות, כפי שיובהר מיד, ומאידך גיסא, לא הובאו ראיות שכאלה לגבי שאר המועמדים והרשימות שפסילתם התבקשה. עובדה זו עוררה תחילה את השאלה האם הפעם יש הצדקה לפסילת בן ארי על פי העקרונות המצמצמים עד מאד שנקבעו בפסיקה, וכן עלתה השאלה, מה תהיה המשמעות "הציבורית" של פסילת מועמד אחד בלבד, "מצד אחד" של המפה הפוליטית. כפי שיובהר מיד, הגענו למסקנה כי העקרונות הפסיקטיים מחייבים – פשוט מחייבים – תמיכה בבקשת הפסילה של בן ארי, ומאידך גיסא הגענו למסקנה, כי אין שום דרך להצדיק פסילה נוספת, על יסוד הראיות שהובאו בפנינו. בנסיבות אלה, הבנו היטב כי אנו צפויים לביקורת ציבורית לא מבוטלת בשל תמיכתנו בפסילת מועמד אחד בלבד, השייך לימין הקיצוני, ובגין התנגדותנו במקביל לפסילת מועמד ורשימה מן "העבר האחר" של המפה הפוליטית, אך מחויבותנו המקצועית והמוסרית לפעול אך ורק על פי הדין והפסיקה, **חייבה** אותנו לנקוט בעמדה זו.

כאמור, בחינת התשתית הראייתית שהובאה בפנינו העלתה כי הבקשה בעניינו של בן ארי מבוססת היטב וכי בידינו צבר התבטאויות גזעניות, חמורות ומתמשכות, שאין כל ספק כי הן מובילות למסקנה חד משמעית כי האיש הסית משך שנים לגזענות. עיקר המשקל ניתן לראיות שתיעדו דברים אשר נאמרו בקולו של בן ארי במהלך השנתיים שקדמו לבחירות לכנסת. כדי להמחיש במה מדובר, נביא מעט דוגמאות לדבריו שביססו היטב בעניינו את עילת הפסילה בעניינו. כך למשל, בחודש נובמבר 2017, באזכרה השנתית לרב כהנא, נשא בן ארי נאום ובו דיבר על החברה הערבית בישראל בכללותה במילים הבאות:

"ניתן להם עוד מאה אלף דונם, עוד העדפה מתקנת, אולי הם יאהבו אותנו. בסוף כן, הם אוהבים אותנו, שחוטרים...הרב כהנא לימד אותנו – אין דו קיום איתם. אין דו קיום!"

בחודש מאי 2018, נשא בן ארי נאום אשר התייחס שוב לציבור הערבי בכללותו, ובו אמר, בין

היתר:

"הערבים בחיפה אינם שונים בשום דבר מהערבים בעזה ... במה הם שונים? שהם פה אויבים מבפניםהם עושים כאן מלחמה נגדנו בתוך המדינה, הדבר הזה קוראים לו, יש לזה שם, קוראים לזה "גיס חמישי"... לערבים בחיפה קוראים "גיס חמישי"... "צריך לקרוא לכלב הזה בשמו, הם אויבים שלנו, הם רוצים להשמיד אותנו, יש כמובן ערבים נאמנים, אך אפשר לספור אותם באחוז ופחות מאחוז, לצערנו הרב, רובם המכריע הם שותפים מלאים לאחים שלהם בעזה...את

האויב הערבי כאן צריך לומר לו אחת מהשתיים או שאתה נאמן למדינה או שתלך לסוריה... אנחנו חייבים להבין, אין דו קיום איתם, אין דו קיום, הם רוצים להשמיד אותנו, זו המטרה שלהם, זה היעד שלהם... זה הגיס החמישי כאן...".

בחודש פברואר 2019, כלומר סמוך ממש טרם הבחירות, אמר בן ארי:

"הם עושים בנו מה שהם רוצים. הם מחפשים את הצוואר שלנו, מחפשים את בנותינו. כל מי שאומר אחרת משקר. כל מי שמדבר אתכם על דו קיום מזמין את הרצח הבא".

לאחר עיון בציטוטים אלה ואחרים נוספים הדומים להם, לא היה לנו עוד ספק כי בידינו מסה ראייתית קריטית המלמדת באופן מובהק, כי בן ארי מסית "לליבו 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", כדרישת הפסיקה, אותה קבע הנשיא שמגר בפרשת ניימן השניה.¹⁰

בן ארי קורא לשלילה אלימה של זכויות האוכלוסיה הערבית, לביזוי שיטתי ומכוון שלה, תוך שהיא מאובחנת, כמובן לפי יסוד לאומי-אתני, כ"אומה רצחנית", "בעלי אופי בוגדני ורצחני", אנשים שמבינים "רק כח", וכיו"ב. במסגרת הדיונים הגענו, היועץ המשפטי לממשלה ואנוכי, על רקע המלצות גורמים מקצועיים שבחנו סוגיה זו, לתובנה כי על אף הרף הפסיקתי המצמצם מאד, ראיות אלו הינן חמורות וקיצוניות מבחינת עוצמתן; משקפות מטרה המהווה יעד מרכזי ושליט של המועמד; וכי המועמד פועל ויפעל למימוש מטרות אלה.

בנסיבות אלו, וכאשר הראיות להתקיימותם של כל היסודות האלה הן משכנעות, ברורות וחד משמעיות – שכן אין מדובר בכתבה בעיתון המצטטת את בן ארי, או מייחסת לו דברים, אלא במילים חד משמעיות הנשמעות מפיו של בן ארי, סברנו כי אין מנוס מקביעה כי בן ארי אינו יכול להתמודד בבחירות לכנסת שכן כל קביעה אחרת משמעה התעלמות מוחלטת מהוראתו של המחוקק.

במסגרת הדיונים הפנימיים התלבטנו אף בעניינן של יתר הבקשות – וביחוד בעניינם של בן גביר, רע"ם-בל"ד וכסיף – אלא שלא נמצאה לטעמנו תשתית ראייתית מספקת שתצדיק תמיכה בבקשות הפסילה.

אתייחס בתמצית לעניינה של רע"ם-בל"ד, על רקע הביקורת הציבורית שנשמעה עקב עמדתנו שאין מקום לפסילת מפלגת בל"ד. ראש לכל, מפלגת בל"ד בחרה לרוץ ברשימה משותפת יחד עם מפלגת רע"ם. למרות שבקשות הפסילה הוגשו כנגד הרשימה המאוחדת, לא נטענה כל טענה כנגד רע"ם, ויתירה מזאת, חלק ממבקשי הפסילה אף הבהירו בבקשתם, ואף בשלב מאוחר במפורש, כי אכן לא היתה להם כל כוונה להביא לפסילת מפלגת רע"ם. חלוקת המקומות ברשימה נעשתה בשיטת "ריץ' רץ'", ורע"ם קיבלה את המקום הראשון וכן את המקומות השלישי, חמישי וכו', בעוד שבל"ד קיבלה את המקומות השני, רביעי וכו'. עובדות אלה כשלעצמן הקשו עד מאוד על פסילת הרשימה המשותפת, שכן משמעות הפסילה היתה כי כל מועמדי רע"ם ייפסלו גם הם. לא זו אף זו – בל"ד החליפה את כל מועמדיה במקומות הריאליים לכנסת ולפיכך, מעשיהם והצהרותיהם של חברי הכנסת של בל"ד בכנסת היוצאת, שיכלו ליצור תשתית ראייתית מסויימת לפסילתם, היו הרבה פחות רלוונטיים לפסילת הרשימה בכנסת הבאה. את מקומם של חברי הכנסת הקודמת

¹⁰ ראו פרשת ניימן השנייה, לעיל ה"ש 5.

מטעם בל"ד תפסו מועמדים חדשים, שכמעט ולא התבטאו או עשו מעשים שיכלו לתמוך בבקשת הפסילה. אכן, הובאו ראיות שנגעו לסיעת בל"ד כמכלול, והיו בעייתיות מאד, אך לאור מבחניה המצמצמים מאד של הפסיקה, סברנו כי אין ראיות מספיקות לפסילתה, גם אם אינטואיטיבית חשנו כי לגבי מפלגת בל"ד לבדה, אכן יכול וניתן היה לשקול התקיימות עילות הפסילה. לפיכך החלטנו להתנגד לפסילה, אם כי הוספנו והבהרנו כי ככל שמפלגת בל"ד היתה מתמודדת באופן עצמאי, היה מקום לשקול בכובד ראש את פסילתה.

כאמור, צפינו בבירור את הביקורת הציבורית שתגיע נוכח תמיכתנו בבקשת פסילה רק "נגד" צד אחד (ואזכיר, כי לקראת הבחירות בשנת 2003 עמדת היועץ המשפטי לממשלה היתה כי יש לפסול הן את בל"ד ובשאר מן העבר האחד, והן את מרזל מן העבר השני). אלא שבדיקה יסודית של הראיות כפי שהוצגו לפנינו הובילה אותנו למסקנה ברורה, כי רק בקשה אחת נתמכת בראיות חד משמעיות העומדות ברף הגבוה הנדרש לפסלות רשימה או מועמד.

בנסיבות שכאלה, כפי שקורה לא אחת, החלטנו לנקוט בעמדה המשפטית המתחייבת מהחוק והפסיקה, למרות הידיעה הברורה כי יקשה עלינו להבהיר לציבור מהן טעמיה ולמרות הכרסום שיכול ויגרם עקב כך למידת האמון הציבורי במערכת המשפט. בדילמה שכזו אנו נתקלים לצערי לעתים לא רחוקות, ואנו עושים כמיטב יכולתנו כדי להבהיר את טעמי החלטותינו לציבור - אם כי לעתים, נסיון זה אינו צולח בידינו. מכל מקום, בעיני, אם נקבל החלטה משפטית הנוגדת לדין - עקב החשש מביקורת ציבורית- נמעל בתפקידנו ובשליחותנו הציבורית.

עמדתנו האמורה, לפיה יש לפסול את בן ארי אך אין לפסול את רשימת רע"ם-בל"ד ואת עופר כסיף, נדחתה בוועדת הבחירות המרכזית, אשר החליטה את ההיפך הגמור. אולם עמדתנו התקבלה במלואה בבית המשפט העליון אשר הפך את החלטות ועדת הבחירות בנושאים אלה ואימץ את עמדתנו במלואה¹¹.

ההחלטה לפסול את בן ארי ולהכשיר את כסיף ורע"ם-בל"ד, התקבלה ברוב של 7 שופטים מתוך 9. שופט אחד (השופט מינץ) תמך בפסילה של שני המועמדים ורע"ם-בל"ד, בעוד ששופט אחר (השופט סולברג) תמך באישור של שני המועמדים ורע"ם-בל"ד. עד כה פורסמה רק תמצית קצרה של עמדות השופטים ועל כן יש להמתין לפרסום הנימוקים המלאים. אולם מתמצית נימוקי דעת הרוב נראה כי רוב זה אימץ את נימוקינו - שמקצתם הובאו לעיל - באורח מלא.

אבקש לסיים בנימה אישית. בעיני, יש להמנע ככל הניתן מפסילת מועמדים או רשימות. אך לעתים רחוקות ונדירות, אין מכך מנוס. החברה הישראלית היא עדיין חברה בהתהוות. חברה משוסעת ומקוטבת. על כן יש לנסות ולהכיל גם את הפלגים הקיצוניים בחברה ולאפשר להם נציגות בכנסת אם יש די תומכים בכך. אך בנסיבות חריגות וקיצוניות יש לשים לכך גבול. אל לה לדמוקרטיה לאבד עצמה לדעת. עמדה זו הובילה אותי לתמוך בפסילה רק במקרים הקיצוניים שתוארו לעיל.

בעיני, ראוי היה לפסול את רשימת בל"ד ואת בשארה בשנת 2003. הצטערתי שבית המשפט העליון לא תמך בעמדה זו.

¹¹ א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' ד"ר עופר כסיף, פס' 7 (פורסם בנבו: 21.03.2019).

בעיני, ראוי היה לפסול את מיכאל בן ארי בשנת 2019. שמחתי שבית המשפט העליון תמך בעמדה זו.

המלחמה בתופעת הגזענות מעסיקה אותי עוד מראשית ימיי בפרקליטות המדינה ועסקתי בכך משך כל שנותי בפרקליטות, הן במישור הפלילי והן במישור המנהלי. ניסיוני לימד אותי היטב כי גזענות היא כמו רעל. גם מנה קטנה ומרוכזת ממנו עלולה לפעפע אט אט לעורקי האומה, ולהביאה למצב קשה ביותר. יחסי יהודים – ערבים הם נושא רגיש וכאוב במדינתנו. הסתה לגזענות מעכירה מאד יחסים אלה ומובילה היא לחוסר אמון בין פלגי האוכלוסייה, לשנאה מרה ואף להתפרצויות אלימות משני הצדדים. הסתה לגזענות – משני הצדדים – היא המנוע המניע את כל התופעות הללו.

חובתי וחובת עמיתי היתה לעמוד ולנסות למנוע בכל כוחנו את התפשטותו של אותו רעל, ממנו נפגע עמנו משך מאות ואלפי שנים. כך עשיתי וכך עשו עמיתי. חובתנו כמערכת אכיפת החוק היא להוסיף ולעשות כן גם בעתיד. אני מקווה ומאמין כי כך נעשה.

בסופו של יום, מאבק זה הוא חלק משמעותי בעיצוב פני החברה הישראלית. אל לנו לוותר על המערכה על פני החברה – גם במחיר ביקורת. בסופו של דבר, אם יצלח מאבק זה – נגיע למדינה צודקת יותר, שוויונית יותר, יהודית יותר. לו יהי!