



1. מפלגת אור
2. ירון ידען
3. דוד סלע

על ידי ב"כ עוה"ד אמיר בדראן ואח'

טל': 03-6813204; פקס': 03-6813203; נייד: 0507-974209

המבקשים

14

נגד

1. מפלגת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה
2. ח"כ אלי ישי, יו"ר מפלגת ש"ס
3. מפלגת יהדות התורה
4. ח"כ יעקב ליצמן, יו"ר המפלגה
5. ח"כ אברהם רביץ, יו"ר המפלגה

המשיבים

הודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בעקבות פנייתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, כב' המשנה לנשיאת בית המשפט העליון אליעזר ריבלין, ליועץ המשפטי לממשלה, מוגשת בזאת הודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.
2. עניינו של ההליך הינו בקשה לפסול את רשימות "ש"ס" ו-"יהדות התורה" מהתמודדות בבחירות לכנסת ה-18 מכוח סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. עילות הפסילה עליהן נסמכת הבקשה הינן שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 7א(א)(1)) והסתה לגזענות (סעיף 7א(א)(2)).
3. הבקשה לפסילת הרשימה מבוססת בעיקר על התבטאויות בתקשורת ובפרסומים המעידים, לטענת המבקשים, על חתירה תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ועל הסתה לגזענות.

4. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי דין הבקשה להדחות באשר אין בה תשתית ראייתית מספקת לביסוס עילת פסילתן של הרשימות מלהשתתף בבחירות לכנסת ה-18. להלן תוצג עמדה זו.

על הזכות להתמודד בבחירות

5. הזכות להתמודד בבחירות היא בין זכויות היסוד 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 בע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה פ"ד לט(2) 225 (להלן: פרשת ניימן הראשונה) בעמוד 264, וכן ראו דע"א 7504/95, 7793 יאסין נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד נ(2) 45 (להלן: פרשת יאסין), מפי כב' הנשיא ברק, בעמ' 60-61. וכך כתב כב' השופט לוי בבג"צ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נ(4) 145, 156:

"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 מעוגנת בספר החוקים הישראלי בסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת (להלן – חוק יסוד: הכנסת או חוק היסוד), הקובע כי ככלל, "כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים... הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת...".

7. הגבלת זכותה של רשימה או של מועמד להיבחר מתפרשת מעבר להגבלת זכות הרשימה או המועמד, שהרי הן מצרות אף את זכות הפרט לבחור, שהיא 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-ידיהם היה מציג".

8. הגבלת זכותם של מועמדים ורשימות להתמודד בבחירות הפוגעת בזכויות לבחור ולהיבחר, מהווה ניסיון לתת מענה ל"פארדוקס הדמוקרטי". עמד על כך כב' הנשיא ברק בא"ב 11280/02, 50/03, 55/03, 83/03, 131/03 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ אחמד טיבי, פ"ד נ(14) 1 (להלן: פרשת טיבי) בקובעו כי "פארדוקס 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, עמ' 14).

9. מתשיבותן וממרכזיותן של הזכויות לבחור ולהיבחר 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 תיעשה אך במקרים חמורים וקיצוניים, וכי פירוש הוראות החוק המגבילות את הזכות להיבחר ייעשה בצמצום ובדוקנות, כפי שיפורט להלן.

המסגרת הנורמטיבית

פרשנות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בפסיקה

10. סעיף 7א(א) 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 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.

סעיף 7א(א1) קובע כי:

(א1) 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."

11. סעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת, תוקן בחודש מאי 2002 (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מספר 35)). בתיקון הנ"ל הוסמכה ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמד, בנוסף לסמכותה לפסול רשימה. כמו כן נוספה עילת הפסילה הקבועה כיום בסעיף 7א(א)(3) – "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל". בנוסף, נקבע נוסח

אחיד לסעיף 7א(א) (1) בחוק היסוד ולסעיף 5(1) לחוק המפלגות. ביום 9.7.08 תוקן סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מספר 39)), בעקבות מספר ביקורים של חברי כנסת במדינות אויב ללא היתר. לסעיף 7א נוסף סעיף קטן א1, 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. החוק קובע כי ההוראות בדבר הגבלת הזכות להיבחר בשל נסיעה למדינת אויב יחולו על נסיעה שאירעה ביום תחילתו של חוק היסוד (תיקון מס' 39).

12. הפסיקה התייחסה בהרחבה לסעיף 7א(א). העקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה לעניין פרשנות הסעיף העוסק בפסילת רשימות מועמדים נגזרו מתוך חשיבותן העליונה של הזכויות המוטלות על הכף 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 דוקני (ראו: ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב(4) 177, (להלן: **פרשת ניימן השנייה**), בעמוד 187).

13. העיקרים המנחים לצורך הפעלת סעיף 7א(א) הנ"ל סוכמו על ידי כב' הנשיא שמגר ב**פרשת ניימן השנייה**, (בעמוד 196) ואומצו על ידי כב' הנשיא ברק ב**פרשת טיבי** (עמ' 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 להגשמתן.
(ד) ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה.
(ה) היסודות השלייליים - כאמור בפסקאות (1) (2) (3) באים לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתם.
(ו) הראיות להתקיימותם של כל אלה צריך שיהיו משכנעות, ברורות וחד משמעיות."

14. **בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השנים-עשרה**, פ"ד מג(4) 221 (להלן: **פרשת בן שלום**), קבע כב' השופט ש' לוי, כי על הראיות להצביע על "...פרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה של המשיבה" (שם, בעמוד 250).

15. ברוח האמור נקבע גם, כי לצורך הוכחת עילת פסילה לפי סעיף 7א לחוק היסוד יש להראות "פעילות בשטח", אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכות אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית, ואין די בפעילות ספוראדית. הפעילות צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה (כב' הנשיא ברק ב**פרשת טיבי**, בעמוד 18).

שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

16. **בפרשת טיבי** קבע כב' הנשיא ברק, כי למילות הסעיף "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" שבסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, יש ליתן פירוש מצמצם, שכן הוא נועד לצמצם את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר (עמוד 19).
17. הנחת היסוד הקונסטיטוציונית של מדינת ישראל היא כי שני היסודות - המדינה היהודית והמדינה הדמוקרטית - אינם מושגים סותרים זה לזה (ראו **פרשת ניימן השנייה**, בעמוד 189 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר, ודבריו של כב' הנשיא ברק ב**פרשת טיבי** בעמ' 19).
18. **בפרשת יאסין**, בה נדחה ערעור על החלטתו של רשם המפלגות לרשום את מפלגת "ימין ישראל" בפנקס המפלגות בטענה כי היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית וכי יש במטרותיה הסתה לגזענות, קבע כב' הנשיא ברק כי שאיפה שהחקיקה בישראל תקבל השראה מהמשפט העברי אינה סותרת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.
19. בפרשו את עילת הפסילה המופיעה בסעיף 15(1) לחוק המפלגות - שלשונה זהה כיום לזו הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד - קבע כב' הנשיא ברק כי עילת הפסילה מתקיימת רק כאשר התשתית הראייתית מצביעה על "הסיכון לעצם קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית", דהיינו, רק מקום בו האיום על האופי היהודי או הדמוקרטי הוא "מרכזי ובסיסי" ופוגע **בגרעין** המאפיין את המדינה כיהודית או דמוקרטית:
- "במסגרת הערכים המרכזית והבסיסית יש לכלול, בין השאר, את עקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה, זכויות האדם הבסיסיות ובמרכזן כבוד האדם וחירותו. אכן, הפגיעה צריכה להיות בעלת עוצמה כה רבה, עד כי לאחריה ניתן יהא לומר שהמדינה אינה עוד מדינה יהודית או מדינה דמוקרטית."
20. **בפרשת טיבי** קבע כב' הנשיא ברק, כי בפרשנותו של המונח "מדינה דמוקרטית", יש להתרכז במאפיינים "הגרעיניים" וה"מינימליים", וכי הם מבוססים על "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית..." (שם, בעמ' 23). על פי גישה זו, רשימת מועמדים השוללת את זכות הבחירה על פי מבחן אתני לאומי פוגעת בגרעינה של הדמוקרטיה, המבוססת על שוויון בזכות לבחור ולהיבחר, וכך גם רשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר (עמ' 24).

וכך קבע כב' הנשיא ברק:

"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". (שם, בעמ' 24).

הסתה לגזענות

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

22. בפרשת **טיבי** קבע הנשיא ברק כי אמנם לצורך פירוש המונח 'הסתה לגזענות' ניתן להסתייע בהגדרה של גזענות שבסעיף 144א לחוק העונשין, כפי שנקבע על ידי הנשיא שמגר במסגרת **נימון השני**, אך אין זהות בין המונח "הסתה לגזענות" בחוק יסוד: הכנסת לבין ההגדרה בחוק העונשין:

"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".

23. בדומה לפרשנות המונח "מדינה דמוקרטית", קבע הנשיא ברק כי גם לעניין מניעת השתתפות בבחירות בשל הסתה לגזענות, יש להתחשב ביסודות "הגרעיניים" או ה"מינימליים" של הסתה לגזענות. בהקשר זה מפנה הנשיא ברק לדבריו של הנשיא שמגר בפרשת **נימון השנייה**, 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".

יישום העקרונות שנקבעו בפסיקה בכלל ובפרשת טיבי בפרט על נסיבות המקרה

שלפנינו

24. כאמור לעיל, טענת המבקשים היא כי התבטאויות ופרסומים בתקשורת של מנהיגיהן הרוחניים והפוליטיים של הרשימות, מעידים על חתירה תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ועל הסתה לגזענות. כמו כן טוענים המבקשים, כי מערכות החינוך המשויות לרשימות "ש"ס" ו"יהדות התורה", מנחילות ערכים אנטי-דמוקרטיים וגזעניים בקרב תלמידיהן.
25. כפי שהובהר לעיל, הפסיקה מפרשת בצמצום רב את עילות הפסילה והרף הראייתי הנדרש לשם הוכחת עילת פסילה הוא גבוה ביותר. במקרה דנן, המבקשים אינם מבססים תשתית ראייתית, ולא כל שכן תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד משמעית, לטענתם כי רשימות "ש"ס" ו"יהדות התורה" הציבו כיעד מרכזי את שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כל שמציגים המבקשים הינו מספר פרסומים ספוראדיים, אשר אין בהם כדי להצביע על מטרת הרשימות, מצען או פרוגרמה מעשית כלשהיא. זאת ועוד, המבקשים טוענים כי יש במצעי המפלגות כדי לבסס את עילות הפסילה, וזאת מבלי לצרף לבקשתם כל מסמך המתיימר להיות מצען של אותן רשימות.
26. בלשון אחר, אין בהתבטאויות ובפרסומים שהובאו במסגרת הבקשה כדי להצביע על כך שיעדן, ולא כל שכן יעדן המרכזי, של הרשימות הינו שלילת הגרעין הקשה של הדמוקרטיה, כהגדרתו בפרשת **יאסין** ובפרשת **טיבי**, ובין השאר, עקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה וזכויות האדם הבסיסיות. כבר מן הטעם הזה, דין הבקשה להידחות.
27. לא זו אף זו, אין בהתבטאויות הספוראדיות המיוחסות למנהיגיהן הרוחניים והפוליטיים של רשימות "ש"ס" ו"יהדות התורה" כדי ללמד, ובוודאי שלא באופן משכנע, ברור וחד משמעי, כי רשימות אלה פועלות למען מימוש המטרה של שלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. עוד נציין כי אין בטענה באשר למערכות החינוך המשויות לרשימות אלה, אשר אף היא אינה מבוססת על ראיות כלשהן, כדי לעמוד ברף הראייתי הנדרש על ידי בית המשפט על מנת להביא לפסילת רשימה.
28. הוא הדין גם באשר לטענה שרשימות אלה מסיתות לגזענות. גם כאן, הבקשה אינה מגובה בתשתית ראייתית מספקת לפסילת הרשימות בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקת בית המשפט העליון. אף מבלי להתייחס לשאלת הרף הראייתי הנדרש לעניין, ניתן לקבוע כי הקטעים המובאים במסגרת הבקשה אינם מלמדים בפועל על קריאה לשלילה אלימה של זכויות או לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסיה מוגדרים באופן אשר יש בו לבסס עילת פסילה.

29. לאור כל האמור לעיל עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי דינה של הבקשה לפסול את הרשימות של ש"ס ושל יהדות התורה להדחות, באשר הבקשה אינה מציגה תשתית ראייתית מספקת לכך.

היום: י"א טבת תשס"ט

07 ינואר 2009



דניאל מארקס
עוזרת ראשית לפרקליט המדינה



דנה בריסקמן
ממונה על ענייני הבג"צים
בפרקליטות המדינה