

פ"מ 5/21
פ"מ 6/21
פ"מ 9/21

המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח'
המבקשים בפ"מ 5/21
ח"כ תמר זנדברג ואח'
המבקשים בפ"מ 6/21
ח"כ סתיו שפיר
המבקשת בפ"מ 9/21

נ ג ד

המשיבים

1. מיכאל בן ארי
2. איתמר בן גביר

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 לבקשות שבכותרת.

נבקש להבהיר כי עמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה היא אף על דעת פרקליט המדינה.

2. בשלוש הבקשות מתבקשת ועדת הבחירות המרכזית, שלא לאשר את התמודדותם של שני מועמדים מרשימת "איחוד מפלגות הימין – הבית היהודי, האיחוד הלאומי, עוצמה יהודית", ד"ר מיכאל בן ארי ועו"ד איתמר בן גביר בבחירות לכנסת ה-21. זאת, בהתאם לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

3. פ"מ 5/21 - במסגרת בקשה זו נטען, כי ד"ר מיכאל בן ארי ועו"ד איתמר בן גביר (להלן – **המשיבים**) מסיתים לגזענות באופן עקבי ומתמשך, ויש בדרך פעולתם כדי לקעקע את היות המדינה יהודית ודמוקרטית. זאת, בהתבסס על ניתוח ופרשנות המצע של רשימת עוצמה לישראל, שהמשיבים הם נציגיה. עוד נטען כי המשיבים "פועלים למימוש תורתו של הרב כהנא ודרכה הגזענית והאלימה של תנועת כד"; על פי הטענה, המשיבים "מטיפים ופועלים להדרה, ביזוי ופגיעה בציבור הערבי בצורה חמורה וקיצונית וגורמים לליבוי יצרים שיטתי על בסיס אתני המביא איבה ומדנים".

לגבי המשיב 1 (להלן – **בן ארי**) נטען, כי הוא בין המייסדים של עמותת "ישיבת הרעיון היהודי" ומכהן בעמותה מזה 19 שנים ומשמש כיו"ר ועדת הביקורת שלה. עוד מייחסים לבן ארי התבטאויות שונות, בעיקר ביחס לאוכלוסיה הערבית, כאשר לעניין זה מפנה הבקשה למצבור ראיות, כאשר חלק משמעותי מהן הן ראיות בעלות משקל ראייתי משמעותי ביותר, קרי – סרטונים בהם נראה בן ארי מדבר בקולו הוא.

לגבי המשיב 2 (להלן – **בן גביר**) נטען, כי הורשע בין היתר בעבירות של הסתה לגזענות, תמיכה בארגון טרור והחזקת חומרי תעמולה של ארגון טרור, וכי הוגשו נגדו כ-53 כתבי אישום, וכי הוא הורשע בבתי משפט, בין היתר בעבירה של הסתה לגזענות.

בבקשות הנוספות – **פ"מ 6/21 ו-9/21** – אין ראיות מהותיות נוספות על אלו המובאות בבקשה פ"מ 5/21.

4. **אחר עיון בראיות שהובאו בבקשות ובתגובת המשיבים, ונוכח אשר יפורט לקמן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה היא כי ביחס לבן ארי אין לאפשר את מועמדותו לבחירות לכנסת ה-21, וזאת בעילה של הסתה לגזענות, הקבועה בסעיף 7א(2) לחוק-יסוד: הכנסת.**

באשר לבן גביר, עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה היא כי אף שמצבור הראיות בעניינו מטריד ביותר, והוא התקרב לתחום המונע התמודדות בבחירות לכנסת, הרי שנוכח המבחנים המחמירים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון לפסילתו של מועמד לבחירות, דינה של הבקשה בעניינו להידחות, הכל כפי שיפורט להלן.

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 המבוחר 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 ובדוקנות, 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.

(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.

(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" (ההדגשות הוספו, 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 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 (א1) 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).

12. בשנת 2017 תוקן סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת פעם נוספת, כך שלרשאה 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 פסיקות 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.

לעניין תיקון זה, נבקש להביא מדבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בפסק דינו בעניין **מרזל**, אשר דומה שהם הדברים שהיו ברקע תיקון חקיקה זה:

"זאת ועוד – אחרת. יתכן שבמישור החוקתי ניתן להעניק לביטוי: "מעשיו של האדם" שבסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת פירוש מרחיב יותר מזה המקובל במרחב התת-חוקתי, שכן על הוראה חוקתית יש להסתכל מתוך "מבט רחב" ותכליתי (עיינו: בג"צ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נ"ב (5), 206, 209-210 (1998) והאסמכתאות הנזכרות שם). **לפיכך אין לשלול את האפשרות שבגדר התיבה: "מעשיו של האדם" יכללו, במקרים קיצוניים ובמשתמע, גם צורות שונות של ביטוי, כמו: השתתפות בהפגנה (עיינו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 671), או פעילות פוליטית מעשית ונמשכת (לרבות: הסתה, או**

תמיכה במאבק מזוין) – המיועדת להגשמת אחת המטרות האסורות בסעיף 7א הנ"ל (ראו הדעות השונות שהושמעו בהקשר קרוב בעניין מיעארי ועיינו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 672 וכן: אריאל בנדור, זכות המועמדות בבחירות לכנסת, משפטים יח 269, 268 (תשמ"ח)). אולם גם אם תינקט גישה מקיפה ומכילה מעין זו – יישומה צריך להיות דווקא, זהיר ומצמצם, ועליה להיות מותנית בכך שהראיות להתקיימות הדברים הן: "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (דברי הנשיא מ' שמגר בעניין נוימן ה-II, שם בעמ' 187-188). הנה כי כן כל ספק, אם יתגלה, בהקשר זה צריך לפעול – לטובת הזכות לבחור ולהיבחר (דברי הנשיא א' ברק בעניין טיבי, שם בעמ' 43) (ההדגשות בציטוטים במסמך זה הוספו, אלא אם נאמר אחרת, הח"מ).

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 דוקאני. 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), לעניין רשימת מועמדים, ובהתאמה גם למועמד. 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 "שליטי" (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)...

פסילת מועמד לבחירות לכנסת

15. 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 שלישי מחברי הועדה המרכזית...".

16. 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.

17. הפעם הראשונה בה נדרש למעשה בית המשפט העליון לפסילת מועמד בבחירות לכנסת במתכונת זו הייתה **בעניין טיבי**.

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.

18. פעם נוספת נדרש בית המשפט העליון לפסילת מועמד היתה 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 – **פרשת זועבי**). **בפרשת זועבי** עמד כב' הנשיא גרוניס על כך שבית המשפט הנכבד הוא למעשה שותף מלא להחלטה בדבר פסילת או אישור השתתפות מועמד בבחירות. בהתבסס על עניין טיבי קבע כב' 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 השתתפותו 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 החלטה אם לאו (ראו, פרשת טיבי,

בעמ' 28-31). חשוב לציין כי תפקידו של בית המשפט באישור החלטת ועדת הבחירות שונה בתכלית מתפקידו הקלסי 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))."

19. הפעם השלישית בה נדרש בית המשפט העליון לפסילת מועמדים הייתה **בפרשת מרזל**, אז נדרש לפסילתם של ח"כ חנין זועבי ושל ברוך מרזל.

וראו בסעיפים 12-13 לפסק הדין **בפרשת מרזל**, לעניין מקומו של בית המשפט העליון בהליכים בעניין פסילת מועמד.

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

עילת הפסילה של הסתה לגזענות

21. 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".

22. 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".

23. **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."

24. בדומה לפרשנות הדיבור "מדינה דמוקרטית", קבע כב' הנשיא ברק כי גם לעניין מניעת השתתפות בבחירות בשל הסתה לגזענות, יש להתחשב ביסודות "הגרעיניים" או "מינימליים" של הסתה לגזענות. בהקשר זה מפנה כב' הנשיא ברק לדבריו של הנשיא שמגר בפרשת ניימן 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 אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני".

25. ולסיכום עילה זו, ראו 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 "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" (שם, בעמוד 197).

הרף הראייתי

26. 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.

27. בענין זה ראוי גם להזכיר את פסק דינה של כבוד הנשיאה ד' ביניש בע"ב 561/09 בל"ד-המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 (פורסם באר"ש, 7.3.11) 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 ליחס משקל מכריע להצהרותיהם של חברי המפלגה" (פיסקה 19 לפסק-דינה) (ההדגשות אינן במקור-הח"מ).

28. עוד ראו בעניין זה את פסק דינו של כבוד הנשיא א' גרוניס בעניין 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 שמשפקות, 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).

ולבסוף לעניין זה, נבקש להביא מדבריה של הנשיאה מ' נאור בפסק דינה בעניין **מרזל**:

"בחומר הראיות שהונח בפנינו אין כדי לקיים את ה"מסה" הראייתית הקריטית הנדרשת להוכחה ברורה וחד-משמעית כי בהתבטאויותיו של מרזל יש כדי לשלול את אותם עקרונות גרעיניים של המשטר הדמוקרטי, ובכלל זאת את גרעין זכויות האדם של האוכלוסייה הערבית, כפי שטענו המבקשים.

איני סבורה כי הראיות שהוצגו בפנינו מעידות באופן חד-משמעי וברור כי שלילתם של עקרונות היסוד הדמוקרטיים מהווה מטרה דומיננטית עבור מרזל, ובמיוחד כי מרזל פועל באופן קונסיסטנטי להוצאת מטרה זו אל הפועל. הראיות שהוצגו לעניין זה מבוססות ברובן על ידיעות שפורסמו באתרי אינטרנט, על קטעי עיתונות ועל פרסומים בפייסבוק. אלו ראיות אשר משקלן נמוך".

ובעיקר, נבקש להביא מדבריה של כבוד הנשיאה מ' נאור בסעיף 34 לפסק דינה בעניין מרזל, בהתייחס לעמידה ברף הראייתי של הוכחת קיומה של עילה בדבר הסתה לגזענות:

"החלטתנו שלא לאשר את פסילתו של מרזל נובעת מהעובדה שטענות מבקשי הפסילה בוססו, ברובן, על כתבות עיתונאיות ועל ידיעות מהאינטרנט אשר משקלן הראייתי נמוך. מרזל הכחיש והסביר חלק נכבד מהראיות שהוגשו בעניינו ויש לתת משקל מיוחד להצהרותיו בעניין זה (עניין טיבי, עמוד 61). הסברים אלו מטילים ספק בהיותה של הסתה לגזענות מטרה מרכזית בפעילותו של מרזל. אוסף ואומר: המבקש לפסול מועמדות אינו יוצא ידי חובתו בישיבה מול מחשב וליקוט קטעי מידע מאתרי אינטרנט. מי שמבקש לשכנע את ועדת הבחירות ואת בית המשפט העליון כי יש לנקוט בצעד הדרסטי של פסילת מועמדות, צריך לעמוד בנטל ראיתי כבד ולהציג ראיות משכנעות שאמינותן גבוהה, כגון דברים שכתב ופרסם המועמד בעצמו וכן הקלטות, או למצער עדויות, על דברים שנאמרו על-ידי המועמד (והשוו): פרשת נימן הראשונה, בעמוד 250. על כן, גם אם אניח שהדברים שהוצגו לנו עשויים אכן לעבור את הגבול, הקושי הוא בראיות להוכחתם. בין הראיות השונות היו גם כמה ראיות בעלות משקל רב יותר, בהן ההודעות שפורסמו בדף ה"פייסבוק" של מרזל, אשר את טענתו לפיה אין הוא אחראי לדברים המפורסמים שם קשה להלום; כמו כן, הסרטון בו הוא נצפה מאיים על צעיר ערבי, ההפגנות בהן השתתף וההקלטה בה התבטא בעניין המסתננים. עם זאת, מדובר בראיות ספורות בלבד שאינן בגדר ראיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות", המצדיקות פסילה (שם)".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

29. טרם שנידרש לגופם של דברים, נבקש להזכיר את שעמד לעיני היועץ המשפטי לממשלה בטרם גיבש את עמדתו בבקשות אלו. לעניין זה, נבקש לחזור על דבריו של כבוד הנשיא א' גרוניס בעניין **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, 800-801 (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".

30. בהתאם לפסיקת בית משפט נכבד זה, פרשנות עילת סעיף 7א היא צרה ומצומצמת.

ואולם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, ככל שהונחה תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד משמעית כי מטרותיו או מעשיו של המועמד כוללים אחד מן היסודות המובאים בפסקאות (1) (2) (3) לסעיף 7א לחוק היסוד, ובענייננו, הסתה לגזענות, בהתאם לסעיף 7א(א)(2); יש מקום לפסול המועמד. בהקשר זה יש לבחון אם מטרות אלו באות לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתן; אם המטרה האמורה היא בגדר יעד מרכזי ושליט של המועמד, ולא נושא טפל ושולי, אלא המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות המועמד; אם ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה; ואם הראיות להתקיימותם של כל אלה הן משכנעות, ברורות וחד משמעיות.

31. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, צבר הראיות שהובא בבקשה פ"מ 5/21, מלמד כי בן ארי מנוע להתמודד בבחירות לכנסת ה-21.

לעניין זה, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש כי עיקר המשקל ניתן לדברים אשר נאמרו בקולו של בן ארי, בסרטונים שונים בעת האחרונה, שחלקם אף הועלו לעמוד הפייסבוק של "עוצמה יהודית עם מיכאל בן ארי".

זאת, מן הטעם שביחס לאמירות אלו של בן ארי אין מחלוקת על עצם אמירתן, ובאשר ברי כי הן מבטאות יעד מרכזי של בן ארי, ואת האופן בו בכוונתו לממש את רעיונותיו, כפי שהוא מציגם גם במסגרת התמודדותו לכנסת.

לעניין זה, ומבלי שנתעלם מהרקע ארוך השנים שמפורט בבקשה בפ"מ 5/21, שאליו נבקש להפנות, נבקש בתגובה זו למקד את מבטינו בעיקר בהתבטאויות בן ארי בשנתיים האחרונות, כפי שאלו מובאות בבקשה, החל מסעיף 84 לבקשה, בדגש על הדברים שאמר מאז מאי 2018, המבטאים את עמדתו העדכנית ביותר. נבקש להדגיש כי המדובר בראיות אשר ברובן נאמרו בקולו של בן ארי, ואשר את הקשרן המלא ניתן לראות בסרטונים אשר קישורים להם מופיעים בבקשה.

מניתוח התבטאויות אלה, רובן ככולן, עולה כי הן מתייחסות לציבור הערבי בכללותו ולא רק לכאלה אשר היו מעורבים בפעילות טרור.

כך למשל, בחודש נובמבר 2017, באזכרה השנתית לרב כהנא, נשא בן ארי נאום ובו דיבר על כך ש-

“ניתן להם עוד מאה אלף דונם, עוד העדפה מתקנת, אולי הם יאהבו אותנו. בסוף כן, הם אוהבים אותנו, שחוטים...”

“הרב כהנא לימד אותנו – אין דו קיום איתם. אין דו קיום!”. בהמשך, התייחס לבדואים ש”צריך לטפל (בהם), אבל בארצות המוצא”. (סעיף 86 לבקשה).

בחודש מאי 2018, לפני פחות משנה, נשא בן ארי נאום אשר מתייחס לציבור הערבי, ובו אמר, בין היתר (סעיף 89 לבקשה):

“הערבים בחיפה אינם שונים בשום דבר מהערבים בעזה ... במה הם שונים? שהם פה אויבים מבפנים.... הם 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 יולי 2018 התייחס בן ארי לבדואים, באופן כללי וגורף, ואמר, בין היתר (סעיף 90 לבקשה):

“אתם יודעים שהבדואים מתחתנים עם הערביות מעזה, מחברון, כל אלה באות לפה. הן מקבלות ביטוח לאומי, הן מקבלות לידה בבית חולים על חשבוננו, בילדים שלהן אח”כ מקבלים פה כל טוב על חשבוננו.. הם אפילו משרתים בצבא! הבדואים האויבים האלה משרתים בצבא, אני חוזר על מה שאני אומר הבדואים האויבים משרתים בצבא!! מפתים אותם בכסף. אני יודע ממקור ראשון, ממי שמשרת איתם לא סומכים עליהם לרגע. יש איזה אג’נדה אם הם ישרתו בצבא הם יהיו נאמנים לנו. לא, הם לא נאמנים לנו”.

בחודש אוגוסט 2018 אמר בן ארי (סעיף 91 לבקשה):

“... צריך קודם כל לשנות את המשוואה שמי שרק מעז לדבר נגד יהודי, הוא לא חי. הוא לא חי! לא מגרשים אותו, לא שוללים לו אזרחות. הוא לא חי! כיתת יורים הורגים אותו, מחסלים אותו, כמו שערבים מבינים. זו השפה שלהם... תגידו לי גזענות, גזען? מי שאומר שהם נאמנים מזלזל בהם, 'מה? ערבי סתם רוצה רק לאכול, רוצה רק להתפרנס' זה לא נכון, ולצערנו הרב אנחנו נראים ככה. ערבי יש לו שאיפות לאומיות, הוא צועק אותן, הוא זועק עליהם, הוא מוכן למות עליהם”.

ובסרטון שפורסם מיד לאחר מכן :

"בשעות האחרונות, בתל אביב, במרכז תל אביב מה שנקרא כיכר מלכי ישראל מגיעים האויב הכי קשה שלנו, וזה האויב הפנימי, האויב שאנחנו רוצים להתעלם ממנו, האויב שאנחנו רוצים לטמון את הראש באדמה ולא לראות אותו, זה האויב של ערביי ישראל..."

בחדש ספטמבר 2018, בעקבות הרצח של ארי פולד ז"ל, התבטא בן ארי, בין היתר, כך (סעיף 92):

"אתה צריך, שלמה נאמן [ראש המועצה האזורית גוש עציון, הח"מ], לבקש מכל בעלי העסקים לפטר היום את המחבל של מחר. זה באחריותך, תפסיק להעסיק את הרוצחים האלה, תפסיק להעסיק את הרוצחים. תפסיקו את הבלוף הזה שאין יהודים שמוכנים לעבוד. תשלמו, תשלמו ליהודים הם יעבדו....אתם יודעים מה, לא? אז תביאו עובדים זרים מסין, מתאילנד, שבאים לתקופה קצובה והולכים הביתה. אל תעסיקו את הרוצחים! אל תעסיקו את הרוצחים האלה! שהם גם מקבלים מאתנו כסף וגם באים לרצוח אותנו ... אין דו קיום איתם ... הם רוצחים אותנו בכל פעם שיש להם הזדמנות. המסקנה היא שאין דו קיום. תראו את הערבים! יש להם דו קיום בינם לבין עצמם? כל יום בחדשות רצח ברהט, רצח בריינה, רצח באום אל פחם, ניסיון רצח בלוד, רצח ביפו. קודם כל כשמדברים על דו קיום, הרב כהנא היה אומר תמיד, בוא נראה את הערבים עושים דו קיום בינם לבין עצמם".

בשלהי חודש נובמבר 2018 התייחס בן ארי לערביי העיר לוד, בפרסום של סרטון בחשבון הטוויטר שלו המלווה בכיתוב הבא, בין היתר (סעיף 95 לבקשה):

"הכובש הערבי בלוד ממשיך להשתולל גם היום: מדינת ישראל נכבשת מבפנים, ישראל צריכה עוצמה יהודית!".

בסרטון נוסף שפורסם במועד סמוך, התייחס באופן ספציפי לחברי מועצת העיר לוד וכינה אותם **"האויב הערבי"**.

בחדש דצמבר 2018 פורסם סרטון, ובו בן ארי מתייחס באופן כוללני לערבים כאויב, **"כי הם בעלי אופי בוגדני ורצחני"** (סעיף 97 לבקשה).

בחדש פברואר 2019, כלומר בימים אלו ממש, אומר בן ארי: **"יש פה עם רצחני, אומה רצחנית..."** (סעיף 100 לבקשה).

ושוב בפברואר 2019 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"**.

ושוב בחדש פברואר 2019, מתייחס בן ארי לאדם ערבי שהוא **"מבן העם האויב"** (סעיף 103 לבקשה), ובהמשך אותו חודש מדבר על תוכנית לעידוד הגירת האוכלוסיה הערבית.

32. לא זו אף זו, בסרטון המוזכר בסעיף 100 לבקשה בפ"מ 5/21 אותו העלה בן ארי לעמוד הפייסבוק שלו ביום 8.2.2019, הוא מבהיר באופן חד משמעי שאין מדובר רק בביטוי אלא בכוונת עוצמה יהודית לנצל את בחירת נציגיה לכנסת כדי לממש את המטרות הגזעניות, וכך הוא מתבטא בקולו שלו:

"יש פה עם רצחני, אומה רצחנית. אנחנו חייבים את הנקמה והנקמה זה עוצמה יהודית... רק נקמה של עוצמה יהודית בכנסת... עם משאיות הם רוצחים אותנו יום יום, יום יש מעשה רצח. הם רוצים לחסל אותנו, הם מחפשים את הצוואר שלנו... הנקמה תהיה כשעוצמה יהודית תהיה בכנסת עם עשרה מנדטים. כשאנחנו נהיה שם הם יראו שאנחנו לא משחקים איתם כמו ליברמן. הם ימצאו את עצמם בארצות המוצא, והכפר שמהם הם יצאו יהפוך לשדה תעופה. להעיף אותם לארצות המוצא..."

33. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ציטוטים אלו מלמדים באופן מובהק, כי בן ארי מסית לליבוי יצרים שיטתי על יסוד לאומי-אתני נגד האוכלוסיה הערבית, באופן המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום.

בן ארי קורא לשלילה אלימה של זכויות האוכלוסיה הערבית, לביזוי שיטתי ומכוון של האוכלוסיה הערבית, המאובחנת כמובן לפי יסוד לאומי-אתני, כ"אומה רצחנית", "בעלי אופי בוגדני ורצחני", אנשים שמבינים "רק כח", וכיו"ב. מכלול מתמשך וחמור זה, מלמד כי יש הצדקה לפסילת בן ארי, הכל על פי ההגדרות המדויקות שקבעה הפסיקה.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראיות אלו חמורות וקיצוניות מבחינת עוצמתן; המטרה האמורה היא בגדר יעד מרכזי ושליט של המועמד, ולא נושא טפל ושולי, אלא המדובר במטרה שהיא השתקפות סגולית של זהות המועמד; המועמד פועל למען מימוש מטרות אלו לשם הפיכתם מרעיון להגשמתו וההתמודדות בבחירות נועדה למימוש המטרה או להגברת המעשה.

בנסיבות אלו, וכאשר הראיות להתקיימותם של כל אלה הן משכנעות, ברורות וחד משמעיות – שכן בעיקרן הן נשמעות מפיו של בן ארי, אין מנוס מקביעה כי בן ארי אינו יכול להתמודד בבחירות לכנסת.

34. נבקש להדגיש. היועץ המשפטי לממשלה עיין בתגובתו של בן ארי לבקשה. כידוע, הפסיקה ייחסה משמעות רבה להבהרות בתצהיר של המועמד, ואף נטתה ליתן להן משקל משמעותי, כאשר באים לשלול את האפשרות להתמודד בבחירות, בעיקר כאשר הראיות המובאות להצדקת הפסילה הן ראיות שאינן חד משמעיות.

עיון בתגובתו של בן ארי מלמד כי בן ארי נמנע מלהתייחס לראיות המשמעותיות ביותר בבקשה, בדגש על התבטאויותיו הקיצוניות בשנה האחרונה, שחלקן פורט לעיל, אשר כזכור, נאמרו בקולו הוא בסרטונים אשר הועלו לעמוד פייסבוק הנושא את שמו.

כך, לדוגמה, בן ארי נמנע מלהתייחס כלל ועיקר לדבריו כפי שהובאו בסעיפים 89 ו-90 לבקשה.

המדובר בשתי ראיות שונות ונפרדות, בהן התייחס בן ארי לאוכלוסיות במדינת ישראל – ערבים (המתגוררים בחיפה) (סעיף 89 לבקשה), ובדואים (סעיף 90 לבקשה) והכליל באופן גורף וגזעני לגבי האוכלוסיה האמורה כולה.

כן נמנע בן ארי מלהתייחס לסעיפים רבים אחרים ובכללם רוב הציטוטים שצטטו לעיל, והדבר מדבר בעד עצמו.

35. היועץ המשפטי לממשלה ער כמובן לטענת בן ארי בתגובתו, ולפיה אין הוא מדבר על כלל האוכלוסיה הערבית, כי אם רק על אלו ש"אינם נאמנים למדינה". אולם על כך, נבקש להשיב כדלקמן:

ראשית, ובכך עיקר, עיון ברוב הציטוטים שהובאו לעיל, ובאחרים שהובאו בעתירה, מלמד כי אף אם כיום בן ארי טוען שהוא התכוון רק ל"אויבים", הרי שבעת אמירת הדברים לא היה לכך כל זכר, ואין כל סיבה להניח כי לכך התכוון בן ארי בזמן אמת, או כי כך הבינה את הדברים אוכלוסיית היעד של הדברים. פירוש פשוט של הדברים מוביל למסקנה ההפוכה.

כזכור, מעבר לשומעים במקום בזמן אמת, בדרך כלל נחשף לדברים ציבור רחב יותר, אחר העלאת הדברים לעמוד הפייסבוק של עוצמה יהודית.

היינו, ברי כי מדובר בהסברים בדיעבד, הסותרים את לשונם הברורה והפשוטה של הציטוטים.

שנית, נבקש להפנות לסעיף 79 לתגובת המשיבים. בן ארי טוען שם שבבקשה צוטטו דבריו באופן חלקי. וכך מצוטט בן ארי עצמו בתגובתו: **"יש מיליונים של ערבים. מה תעשה איתם? קודם כל, לא מדבר על הנאמנים ..."**

בשלב זה, יש בתגובת המשיבים שלש נקודות בציטוט. דא עקא, שהקשבה לסרטון מלמדת שלאחר מכן המשיך בן ארי ואמר: **"לא פגשתי"**. כלומר, בן ארי אומר שלא פגש בערבי "נאמן" [למדינה, הח"מ]. יש להצר על כך, שאגב זאת שכן ארי מלין על כך שהמבקשים לא ציטטו את דבריו במדויק, בחר הוא עצמו לצטט את דבריו ציטוט חלקי, שהוא למעשה היפוכם של הדברים שאמר למעשה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ציטוט מעין זה, בתגובה של מועמד לוועדת הבחירות במענה לבקשה לפוסלו, הוא מעשה חמור. מכל מקום, לגופו של ענין, ברי כי בן ארי עצמו, בנאומו, הבהיר לשומעיו כי אין אף ערבי נאמן למדינה.

שלישית, בתגובה לטענת בן ארי כאילו הוא מתייחס רק לאויבים ערבים, ולא לכלל הערבים, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות לראיון עיתונאי שנערך עם בן ארי בשנת 2009. בראיון זה, באתר YNET, מספר ימים לפני הבחירות לכנסת ה-18 (בקיטור הבא: <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3665336,00.html>) נכתב כך:

"לא רק אני מייצג את הרב כהנא", מדגיש בן-ארי כשהוא נשאל על מורו ורבו. "הוא מייצג היום על-ידי הרבה מאוד אנשים בכל מקום, בכנסת ומחוץ לה. ליברמן מתחפש לכהנא וצובר מנדטים, לימור לבנת נשמעת היום גם היא כמו כהנא, וכולם מבינים שצריך למצוא פתרונות לבעיית ערביי ישראל - נושא שפעם היה אסור לדבר עליו. האמירה 'כהנא צדק' כבר נשחקה. אתה ממש רואה איך מה שהרב כהנא זרק לאוויר לפני 24, שנה הפך היום לנושא המרכזי של מערכת הבחירות".

כיצד תביא לידי ביטוי בכנסת את משנתו השנויה במחלוקת?

"אסור לומר 'ערבים', אז אני אדבר על האויב הערבי. צריך לפתוח פרוזדור הומניטרי של הפליטים למקומות כמו טורקיה וונצואלה, שוודאי ישמחו לקבל אותם. צריך גם לגייס מכל העולם סכומי כסף גדולים, אבל במקום שהוא ילך לאיבוד על פצצות - הוא יועבר אליהם כ'מענק התאקלמות'".

אתה מתכוון לכל ערביי ישראל?

"אני משער שלא כולם אויבים. לדרוזים, למשל, יש נאמנות עצומה והם לא עוינים. אבל ערבים באום אל-פאחם, שרוקדים על הגגות כשיהודים נטבחים? מה שאני מציע זה לא אכזריות או גזענות, אלא יצר קיום. זה או אנחנו או הם. אם נהיה נחמדים אליהם ונחלום על דו קיום - הם יילחמו בנו".

דומה, כי בראיון זה יש בכדי ללמד על כלל הראיות בעניינו של בן ארי. בן ארי, אשר מודע לכך כי התייחסות כוללת לאוכלוסייה הערבית עולה כדי גזענות, מעיד על עצמו למעשה שלמען הסמנטיקה הוא מתייחס "לאויב הערבי", אך ברי מדבריו כי בכל עת בה הוא מתייחס ל"אויב הערבי", הוא מתייחס בפועל לכלל הערבים במדינה.

לדעת היועץ המשפטי לממשלה, גם בדברים אלו יש בכדי ללמד על פרושם הנכון של דברי בן ארי, אם כי, נבקש להדגיש כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דבריו של בן ארי בצבר הראיות עולים בכדי הסתה לגזענות, עת בוחנים אותם כפשוטם, אף בלא ראיה נוספת זו.

יצוין כי לא נעלמה מעניינו העובדה כי לא נמנעה מבן ארי בעבר ההתמודדות לכהונה בכנסת והוא אף כיהן בה תקופה של ארבע שנים כחבר כנסת מן המניין. יחד עם זאת, כאמור לעיל, עיקר המשקל בבחינת הסוגיה דנן ניתן לראיות והתבטאויותיו של בן ארי מן העת האחרונה כפי שפורט בהרחבה.

36. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש. אין המדובר בהתבטאות בודדה של בן ארי, או בהתבטאויות ספורדיות.

המדובר בהתבטאויות עקביות, לאורך תקופת זמן משמעותית ומהעת האחרונה בה מבקש בן ארי להציג את משנתו הפוליטית ולשכנע את קהל הבוחרים לבחור בו. מדובר על התבטאויות המצויות במוקד עיסוקו של בן ארי, כפי שעולה מעמוד הפייסבוק הפוליטי שלו.

לכך מצטרף, כמובן, הרקע הכללי הנטען בבקשה, וצבר הראיות אשר קדם לראיות הראשונות בסדר הזמנים שהובאו בעמדה זו. יצויין בהקשר זה, כי האמירות "המזכות" לטעמו של בן ארי הנוגעות ליחסו לערבים, הינן ככלל אמירות שנאמרו לפני זמן רב, בעוד אמירות הגזעניות המדברות בעד עצמן, נאמרו לאחרונה.

37. נוכח כל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, היא, כי אין לאפשר את מועמדותו בבחירות לכנסת של בן ארי.

זדוק. אין מדובר במקרה גבולי. מדובר במקרה המצוי עמוק בתחום המצדיק ומצריך את פסילת המועמד לפי החוק. זאת, גם לפי המבחנים המחמירים לכך שנקבעו בפסיקה.

38. באשר למועמדותו של בן גביר. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם לגביו, הראיות שהובאו במסגרת הבקשות הן משמעותיות ומטרידות ביותר, והדברים שנאמרו על ידי בן גביר, הנשמעים מפיו, הם קשים וצורמים ביותר. בהתבטאויותיו המפורטות בבקשה בפ"מ 5/21 **התקרב בן גביר קירבה מסוכנת לקו האסור, שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת.**

לעניין זה, נבקש להפנות במיוחד לדבריו של בן גביר בסעיף 141 לבקשה, באזכרה לרב כהנא, שנאמרו בחודש נובמבר 2017, שם מביע בן גביר הזדהות מלאה לחלוטין עם מלוא משנתו של הרב כהנא. ובלשונו של בן גביר:

"אנחנו אומרים את האמת...לאורו של הרב הקדוש והדברים שאף פעם אבל אף פעם לא מאבדים מהרלוונטיות. התחושה היא לפעמים שהרב כהנא היה כאן ממש עכשיו. שכל מילה ומילה היא אקטואלית, היא מחודדת, היא מכוונת למציאות שיש היום ... נביא היה בעירנו, מנהיג היה בארצנו ואנחנו ממשיכים בדרכו".

כן נפנה לפסקה 131 לעתירה, שאף בה מובאת אמירה משמעותית ביותר, עת אומר בן גביר כי בינו לבין כהנא אין הבדל, אלא אולי "בסגנון".

39. אולם, ולצד האמור לעיל, **הרי שבעניינו של בן גביר, הבקשה איננה מבססת, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית, העולה כדי "מסה ראייתית קריטית" המאפשרת פסילת 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 בעניינו של בן גביר היא, כי מדי ספק - לא יצאנו.

זאת, בשים לב למבחנים הראייתיים המחמירים שנקבעו בפסיקה לפסילת רשימת מועמדים לכנסת בעילה של הסתה לגזענות; לראיות המועטות יחסית שהובאו בעניינו מהשנים האחרונות; לאופי הראיות שהובאו בעניינו, וכן בשים לב להצהרותיו והבהרותיו של בן גביר בתגובתו לבקשה.

על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, בחינת הראיות בראי הפסיקה, מטה את הכף כנגד פסילתו של בן גביר.

בהתאם לכך, ולנוכח חשיבותה ומרכזיותה של הזכות להיבחר בשיטת המשטר הישראלית, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לפסול את בן גביר מהתמודדות לכנסת ה-21.

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].

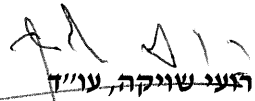
לסיכום

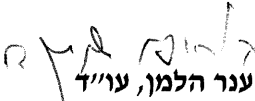
40. לאור כל האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, כי דינה של הבקשה למנוע מבן ארי מלהתמודד בבחירות לכנסת ה-21 להתקבל.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דינה של הבקשה למנוע את מועמדותו של בן גביר להידחות, באשר הבקשה בעניינו של בן גביר אינה מציגה תשתית ראייתית מספקת המאפשרת לקבלה.

היום, כ"ח באדר א התשע"ט

5 במרץ 2019


 ראש עיריית שוויקה, עו"ד
 ממונה על ענייני בג"צים (בפועל)
 בפרקליטות המדינה


 ענר הלמן, עו"ד
 מנהל מחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה