

1. ח"כ עיסווי פריג' ואח',

ע"י עו"ד אורלי ארז לחובסקי ואח'
ממרכז הרפורמי לדת וממדינה,
רח' דוד המלך 13, ירושלים,
טל' 026203323, פקס: 026256260
וע"י עו"ד אוריה הברמן, משרד שוקרון, בן עמי ושות'
מרח' בר כוכבא 23, בני ברק,
טל: 035662808, פקס: 035662801

נגד

1. ד"ר מיכאל בן ארי,

ע"י ב"כ עו"ד יצחק בם
מרחוב בן יהודה 34, ירושלים
טלפון 077-8150041, פקס 02-6738931,
פלאפון: 0547546790

2. עו"ד איתמר בן גביר**3. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת****תגובה מטעם המשיב 1**

המשיב 1 ייוצג בהליך זה בידי הח"מ. מדוחק הזמן ההסברים של המשיב להתבטאויות המרכזיות לשיטת היועץ המשפטי (כאלה שמובאות בעמדתו בפני הוועדה) יינתנו בתצהיר המשיב המצורף לתגובה זו. התגובה תסקור את עיקרי העמדה המשפטית של המשיב בקצירת העומר.

א. הביקורת השיפוטית על החלטות הוועדה

1. באופן תקדימי, מבקש היועץ המשפטי לממשלה (ופרקליט המדינה שמעמדו במסגרת הבקשה כלל אינו ברור) מבקש להפוך בערעור את החלטת ועדת הבחירות המרכזית, שהנה מעין כנסת זוטא, לאפשר למועמד להתמודד במסגרת רשימה.

2. באחד מפסקי הדין הראשונים שעסקו בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת התבטא השופט (כתוארו אז) שלמה לוי בעניין זה כך (ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מג(2) 221, עמ' 251):

לסיכום פסק-דין רואה אנוכי צורך לציין, שלדעתי, עיקר מטרתה של סמכות הביקורת השיפוטית, שניתנה לבית-משפט זה בסעיף האמור, היא למנוע החלטה בלתי ראויה של הדרג הפוליטי על-ידי מניעת כרטיס כניסה לכנסת משיקולים שאינם ממין העניין מסיעה, שכשרותה המשפטית לא נשללה בוודאות. כשהחליט הדרג הפוליטי, לאחר דיון יסודי ומעמיק, ליתן לסיעה פלונית את ההכשר הדרוש, צריך, לדעתי, שיתקיימו תנאים כבדי משקל ביותר, שדווקא בית המשפט ישלול מאותה סיעה את הכרטיס שכבר ניתן לה.

עמדה זו אימץ הנשיא ברק בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבני, פ"ד נו(4) 1, עת דן בערעור על החלטת וועדת הבחירות לאשר את מועמדותו של ברוך מרזל במסגרת "חירות – התנועה הלאומית":

מקרה שבפנינו החליטה ועדת הבחירות לדחות בקשה למנוע השתתפות של מועמד בבחירות. במובן זה, פעלה ועדת הבחירות כ"כנסת זוטא" (ראו פרשת ירדור, בעמ' 377-378; פרשת יאסין, בעמ' 69) וסברה כי אין למנוע ממר מרזל מלהשתתף בבחירות. לשיטתנו, יש ליתן משקל של ממש לנתון זה. כך, שכן במסגרת ההגנה על הזכות לבחור ולהיבחר, ועל התחרות החופשית ב"שוק הדעות" הפוליטי, מקום בו ועדת הבחירות החליטה לאשר השתתפות מועמד (או רשימה), לא בקלות יתערב בית משפט זה בהחלטתה. כזה הוא המקרה שבפנינו. אכן, לא הרי החלטה של ועדת הבחירות למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות כהרי החלטתה שלא למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות. בית המשפט חייב להגן על הדמוקרטיה בשני המצבים הללו, אך תפקידו המיוחד בא לידי ביטוי בהגנה על היחיד ועל המיעוט. כאשר הרוב מכיר בזכותו של היחיד להשתתף בבחירות, לא יתערב בכך בית המשפט, אלא אם כן ההחלטה חורגת באופן מובהק ממתחם הסבירות

3. ועדת הבחירות, לאחר ששמעה את הסבריו של המועמד החליטה לדחות את הבקשה לפסול את מועמדותו לכנסת. ההחלטה התקבלה לאחר שהמשיב הגיש את עמדתו לוועדת הבחירות תוך שהוא מביא ראיות המפריכות את טענות המערערים ומגיב לטענות אחרות שלהם.

4. הדיון בעניינו של המשיב היה משמעותי וממצה. במהלכו של הדיון המשיב התייחס לציטוטים שהביאו המערערים והסביר אותם, ובכלל זה גם את הציטוטים שנשמעים לכאורה כקשים ובעייתיים ביותר (ר' עמ' 140-154 לפרוטוקול וועדת הבחירות). חברי וועדת הבחירות שמעו את עמדתו של המשיב והשתכנעו ממנה.

5. אכן, וועדת הבחירות היא גוף פוליטי קולגיאלי, אשר מקבל את החלטותיו על-ידי הצבעה, כך שבניגוד, נניח, להחלטות של בתי משפט ובתי דין, אין הנמקה סדורה של ההחלטות אותה אפשר לבקר. עם זאת, ממהלך הדיון, שבו מתייחסים חברי הוועדה לעמדות שונות, ניתן להסיק מה היו שיקוליהם.

6. חברי וועדת הבחירות, שמכוח החוק הנם נציגי מפלגות, רשאים לשקול שיקולים ציבוריים רחבים ולא שיקולים משפטיים בלבד. בהקשר זה, המשקל שהם רשאים לתת לחוות דעתו של המיועץ המשפטי לממשלה נתון לשיקול דעתם. בהקשר של דיון בבקשה לפסול את מועמדותו של ד"ר בן ארי, חברי הוועדה הביעו תהיות הן על הקביות שעמדתו של היועץ המשפטי לעומת מקרים קודמים של פסילת המועמדים (ר' דברי אברהם יוסטמן עמ' 163 ודברי חבר הוועדה מייבסקי בעמ' 161-162). חבר הוועדה דוד ביטן התבטא ביחס לעובדה כי אין בראיות נגד המשיב מעשים, אלא רק דיבורים שהיועץ המשפטי מבקש לפרש בצורה מסוימת. ח"כ ביטן סבר, כי כדי להגיע למסה קריטי אין די בהתבטאויות וצריך שאלה ישתלבו גם במעשים (עמ' 154-155).

7. המשיב יטען, כי כדי שבית המשפט יתערב בהחלטת וועדת הבחירות לאשר מועמד, המערערים נדרשים להצביע על פגם היורד לשורש העניין בהחלטת הוועדה, מכיוון שלא מדובר בהחלטה

מנהלית או מעין-שיפוטית השוללת זכות יסוד, אלא בהחלטה הממאנת לשלול מן המתמודד את זכות היסוד האזרחית הבסיסית בדמוקרטיה – להתמודד בבחירות.

8. המשיב יטען כי ביחס אליו החלטת וועדת הבחירות הנה סבירה ונכונה לגופה. נפרט.

ב. העילה של הסתה לגזענות על רקע של סכסוך לאומי – גזענות כפי שהסברתי לצדקנים

9. עילות הפסלות אליהן טענו המערערים הנם שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והסתה לגזענות. למעשה, אין כל תועלת להתייחס לעילה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" במובחן מעילת ההסתה לגזענות, מכיוון שבנסיבות העניין, הטענות הנוגעות לנוגעות לפגיעה בדמוקרטיה נבלעות הלכה למעשה בטענות הנוגעות להסתה לגזענות.

10. המערערים הציגו לוועדת הבחירות ומציגים לבית המשפט שורה של התבטאויות של המשיב מהן המערערים מבקשים ללמוד כי המשיב מסית באופן שיטתי לגזענות ולאיבה, לשלילת זכויות אלימה מן האזרחים הערבים באשר הם ומתייחס אליהם באופן כוללני כאויבים.

11. המשיב הסביר לוועדת הבחירות והרחיב בתצהיר מטעמו, כי ההתייחסות שלו הנה אל התנועה הלאומית הערבית השוללת את הציונות, את זכותו של העם היהודים על ארץ-ישראל, את זכותו לקיים מדינת לאום יהודית בארץ-ישראל והנאבקת באלימות כנגד הגשמת המאוויים הלאומיים של היהודים בארץ-ישראל. הגדרת האויב לא נעשית על בסיס לאומי-אתני גרידא, אלא על בסיס פוליטי. מי שמזדהה עם המטרות הפוליטיות של התנועה הלאומית הערבית מזהה את עצמו כאויב.

12. עמדה זו של המשיב אינה עונה להגדרה הצרה של "הסתה לגזענות" שיש לאמץ ביחס לסעיף 7א(א)(3) לחוק יסוד: הכנסת.

13. בפסק הדין בעניין טיבי הנשיא ברק, בעקבות עמדתו של הנשיא שמגר בע"ב 1/88 ניימן נ' וועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מב(4) 177, מדבר על מבחן "ליבוי יצרים שיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים והמעמיק תהום" (עמ' 18 לפס הדין). אולם, כאשר מנסים פרוט את האמירה הכללית הזאת לפרוטות של מעשים, מטרות ועמדות, מתקבלת תמונה מעט יותר מחודדת, כפי שהבהיר הנשיא שמגר בעניין ניימן (עמ' 196 לפסק הדין):

הסתה נגד חלק מן האוכלוסיה האזרחית וקריאה לשלילת זכויותיה או הצעה בדבר הטלת איסור על יחסי קירבה כלשהם בין יהודים לבני עם אחר, קריאה להפליה לרעה של בני עם אחר בתחום הענישה הפלילית, מניעת הפניה שלהם בתלונותיהם לבית המשפט הגבוה לצדק, הבדלתם במקומות רחצה, שלילת זכויות סוציאליות ואיסור שירות בצבא תוך פגיעה ועלבון לאלו אשר כבר משרתים בו, כל אלה ודומים להם נושאים סממן מובהק של מעשה אנטידמוקרטי או של מעשה גזעני, לפי העניין, גם אם הם כלולים במאמר בעיתון, הרואה אור לפי רישיון כדין, או אם הרעיון מוצא ביטוי בהצעת חוק המוגשת לכנסת

14. המשיב יטען, כי מסקירה זו של הנשיא שמגר ניתן ללמוד מהם המאפיינים הגרעיניים של ההסתה לגזענות, אשר בהתקיימם תהיה הצדקה לפסול רשימה או מועמד. עסקינן בפגיעה בזכויות אדם בסיסיות, אפליה והשפלה של אדם בשל היותו בן קבוצה גזעית, או אתנית-לאומית אחרת ככזה, בלי קשר למעשיו ועמדותיו. כל הצורות המובהקות האלה של גזענות – כגון אפליה בתחום ענישה פלילית, איסור פלילי על יחסי קרבה, הפרדה בשירותים ציבוריים (כמו בתקופת חוקי ג'ים קרואו בדרום ארה"ב), איסור שירות צבאי ושלילת זכויות סוציאליות רחוקים מאוד מעמדות שהמשיב ביטא. המשיב אינו טוען ומעולם לא טען כי יש לשלול זכויות מערבים (או מלא יהודים) באשר הם כאלה. המשיב לא טוען ומעולם לא טען כי יש לאסור שירות צבאי של הערבים (או למנוע קבלתם לשירות המדינה) – כל שטען הוא שיש לבטל את ההעדפה המתקנת.

15. לא ניתן גם לדבר על עמדתו של המשיב כלפי האוכלוסיה הערבית כמכלול. כפי שהמשיב הסביר הן באותם קטעים מדבריו שהמערערים לא טרחו לצטט בכתבי בי-דין שלהם והן בדבריו בפני הוועדה, יחסו אינו חד מימדי והוא תלוי נאמנות לישראל כמדינת העם היהודי. מי שנאמן לישראל המשיב סבור כי יכול וצריך להיות אזרח שווה זכויות בה. בעיני המשיב, מי שאינו נאמן לישראל כמדינת הלאום של העם היהודי וקל וחומר מי שמזדהה עם המאבק הלאומי הערבי (הלובש זה יותר ממאה שנה צורה אלימה ביותר) הוא זה שלפי תפיסתו של המערער צריך למצוא את מקומו מחוץ למדינה. המאפיין המבדיל לפי דעתו של המערער בין בני האדם אינו הגזע, צבע עור או מוצא לאומי אתני, אלא היחס למפעל הציוני ולמדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. המאפיין המבדיל, לדעת המשיב, אינו אתני-לאומי אלא פוליטי – שאלת הזדהות עם יישות פוליטית. השאלה היא לא לאיזו קבוצה אתנית האדם נולד, אלא מה הוא חושב על המפעל הציוני ועל המאבק של התנועה הלאומית הערבית נגדו. משום כך, אין לראות בדעותיו, אותן הוא מבטא בחריפות כמקיימות את המאפיין הגרעיני של הגזענות.

16. אכן, דרישת הנאמנות למדינת לאום של עם המגדיר את לאומיותו במושגים אתניים, תרבותיים ודתיים אינה דרישה ליברלית. וודאי היא מקוממת את מי שרואה בתנועה הציונית תנועת נישול וגזל וודאי היא פוגענית מנקודת ראות של הנרטיב הערבי הרואה בהצלחת הפרויקט הציוני אסון מחריד. אולם, לצורך סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת השאלה אינה האם המשיב הוא ליברל ברוח מפלגת הלייבור בבריטניה. גם שאלת רגישותו לנרטיב הלאומי הפלסטיני אינה עומדת למבחן. השאלה היחידה היא האם המשיב מבקש להפלות את הערבים על רקע מוצאם אתני-לאומי. התשובה לשאלה הזאת היא בשלילה, מכיוון שהמשיב מכוון את דבריו לבעלי עמדה פוליטית מסוימת בשאלת זהות המדינה ויחסיה עם האזרחים.

17. אכן, עמדה פוליטית זאת – הזדהות עם התנועה הלאומית הערבית – הנה עמדה נפוצה מאוד בקרב המיעוט הערבי בישראל. אך אדם אינו נולד עם תפיסות פוליטיות. ההזדהות עם התנועה הלאומית הערבית ושלילת הציונות, אי נאמנות לישראל כמדינת העם היהודי הן תכונות (או, נכון יותר, עמדות ודעות) נרכשות. הטענה כי תפוצתם רבה אינה מהווה הכללה.

18. היועץ המשפטי לממשלה והמערערים טוענים להכללות שעושה המשיב ביחס לאוכלוסיה הערבית בישראל ובשטחי הרשות הפלסטינית. שורש הגזענות, משתמע מעמדת היועץ המשפטי, היא ההכללה שעושה כביכול המשיב ביחס לערבים בכללותם. ברם, כאשר דוברים מקרב ערביי ישראל ולא רק מקרבם מדברים הזהות הקולקטיבית של המיעוט הערבי בישראל, או על הזהות הקולקטיבית של "העם הפלסטיני" אי אפשר למנוע ממבקר ויריביה של התנועה הלאומית הערבית להתייחס לאותה "זהות" קולקטיבית. למעשה, הטענה בדבר קיומה של זהות קולקטיבית הנה טענה מכיליה קבוצה של בני אדם (על פי מאפיין לאומי, אתני, דתי או חברתי) תחת מטרייה משותפת אחד של מאפיינים המיוחסים להם. אולם, מי שעולה על מגרש הזהות הקולקטיבית לא יכול לצפות שההתייחסויות למאפיינים שונים של אותה זהות תהיינה תמיד חיוביות.

19. נדגים זאת בדברים של האגודה לזכויות האזרח במסמך "פרויקט הדמוקרטיה: נאבקים על כללי המשחק" **האגודה לזכויות האזרח**, 2010. בעמ' 6 לפרק השני המוקדש למיעוט הערבי נאמר:

חשוב להבין שהדרישות להצהרת נאמנות למדינת ישראל כמדינה יהודית (כאילו יש תפיסה אחת של מהות היהדות של המדינה), לחזון הציוני (כאילו קיימת הגדרה אחת מחייבת של חזון זה) ולנרטיב של הרוב היהודי (כאילו קיים נרטיב יחיד שכזה המוסכם על כל האזרחים היהודים) – כמוהן כדרישה מהאזרחים הערבים למחוק את זהותם ולהתכחש לעברם.

20. למעשה, מי שעושה את ההכללה ומציב את המיעוט הערבי כבעל זהות קולקטיבית לעומתית לציונות אלה הדוברים המבקשים להיאבק למען זכויות קולקטיביות של אותו מיעוט או הכרה בזכויות מעין אלה.

21. ההחלטה לדחות את הטענות בדבר הכללה כביכול הייתה נכונה לגופה וודאי סבירה.

22. אין לכחד, המבחן של "ליבוי יצרים, המביא איבה ומדנים והמעמיק תהום" אינו מן הברורים ביותר שיצאו תחת ידי בית המשפט. מהו ליבוי יצרים? האם דבריו של המשיב מלבה את היצרים, או שמא הרציחות על רקע לאומני מלבים את היצרים? האם דבריו של המשיב מביאים איבה, או שמא האיבה כבר קיימת והמשיב דן בה? האם דבריו של המשיב מעמיקים תהום, או שמא המאבק של התנועה הלאומית הערבית וההתנגשות שלה עם הציונות יצרה תהום עמוק עד כדי כך, שהוקעת התנועה הלאומית הערבית, מאבקה כנגד התנועה הלאומית היהודית והאלימות שנקטת בשמו של אותו מאבק יוצרים תהום שאין עוד לאן להעמיקו?

23. בהקשר זה יש להעיר לגבי מספר סוגיות פרטניות הראויות לדיון בתוך שלל הטענות וזאת מכיוון שסוגיות אלה זכו בעבר להתייחסות של בית המשפט הנכבד הזה.

24. ראשית, לעניין עידוד הגירה של מי שאינם מזדהים עם מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי – בית משפט הנכבד הזה דן בסוגיה מעין זאת ברע"א 7504/95 גאנס נ' רשם המפלגות, פ"ד (5) 42 והכריע כי אין למנוע ממנה להתחרות בשוק הדעות, עמ' 73:

המטרה האחרונה, אשר בגינה ביקשו המערערים למנוע רישומה של "ימין ישראל"

כמפלגה, קובעת (בסעיף 6) לאמור:

"הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת נאמנות למדינת ישראל כמדינה יהודית. השלמת חילופי האוכלוסין שהוחל בהם בשלהי שנות הארבעים בקליטת רוב מניינם ובניינם של יהודי ארצות ערב תושג על ידי יישוב אויבי ישראל בארצותיהם."

לטענת המערערים, הוראה זו מהווה הסתה לגזענות, והיא כשלעצמה מטרה בלתי חוקית. רשם המפלגות דחה טענות אלה. אשר לרישה של סעיף 6, קבע הרשם כי אין בהכללה של המונח "מדינה יהודית" בנוסח השבועה כדי להוות מכשלה לפני הנדרשים להצהיר אמונים. גישה זו מקובלת עליי. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק באו "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). הקביעה, כי הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית - בלי שבכך נשללת גם השבועה אליה כאל מדינה דמוקרטית אינה מטרה בלתי חוקית ואין בה גזענות.

28. אשר לחלקו השני של סעיף 6 למטרות "ימין ישראל", ציין הרשם כי ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה אישרה את מועמדותה של רשימת "מולדת", התומכת לדעתו ברעיונות דומים. הוא הביא מדבריו של השופט גולדברג, יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת החת-עשרה, בעניינה של "מולדת", אשר ציין:

"לגופו של עניין, ומהבחינה המשפטית בלבד ולא מכל בחינה אחרת, סעיף 7א לחוק לא בא, כפי שהודגש חזור והדגש, למנוע בעד דעות או אותן דעות החורגות מתחום הגליטימיות שקבע החוק. לא שוכנעתי כי קיימים טעמים שבחוק המצדיקים או המחייבים למנוע את רשימת מולדת מלהשתתף בבחירות."

כן הדגיש הרשם, כי סעיף 6 למטרות מכוון עצמו אך אל "אויבי ישראל" ולא אל כלל האוכלוסיה הלא יהודית. אכן, הוראה זו היא פרובלמטית. עם זאת, בשל הצורך לתת פירוש מצמצם ודווקני להוראותיו של סעיף 5 לחוק המפלגות, ובשל הצורך להפעילו אך במקרים קיצוניים ביותר, מן הראוי לאשר את החלטת הרשם. תהא העמדה העניינית למטרה זו אשר תהא, היא צריכה להיבחן בכור ההיתוך הפוליטי.

25. עמדה זאת של בית המשפט חזרה על עצמה בפסק הדין של הרוב בעניין טיבי (ר' פסק דינה של השופטת דורנר, עמ' 70). משכך, אין לראות בדברי המשיב על עידוד הגירה של מי שאינם מזדהים עם מדינת ישראל כמדינת לאום של העם היהודי בשל היותה כזאת.

26. שנית, סוגיה נוספת עליה התעכבו המערערים והיועץ המשפטי היא דבריו של המשיב בעקבות רצח ארי פולד הי"ד בדבר הצורך להפסיק להעסיק "רוצחים" וקריאה לשלמה נאמן, יו"ר המועצה האזורית גוש עציון בעניין.

27. הרשות הפלסטינית משתפת פעולה עם מתקפת הטרור נגד מדינת ישראל. לכן, הדרישה למנוע את העסקת תושביה ואת כניסתם של תושביה לתחומי הקו הירוק לצורך פרנסה מהווה אמנם הכללה, אך קשה לראות בה הסתה לגזענות. בסופו של דבר, אם לדעת המערערים הכללה זאת הנה גזענית, מעניין יהיה לשמוע את עמדתם ביחס לפסיקה עקבית של בית המשפט הנכבד הזה ביחס להוראות שעה לחוק האזרחות המונעות "איחוד משפחות" מכוח נישואין בין תושבי ישראל לתושבי הרשות. (ר' בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד ס(2) 202; בג"צ 466/07 גלאון נ' שר הפנים, פ"ד סה(2) 44).

28. שלישית, יש לדון בתחולת המבחן ההסתברותי. סוגיה זאת נותרה ללא הכרעה לאחר חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת. בעניין טיבי היחיד שהביע דעה נחרצת בעניין היה השופט (כתארו אז) ריבלין

שהציע לאמץ מעין "נוסחת הנד" המשקללת את מידת חומרת מטרותיה או מעשיה של הרשימה עם הסיכוי כי מטרות האלה אכן תושגנה. הנשיא ברק והשופטת פרוקצ'יה סברו כי הכרעה בשאלה אינה נדרשת, המשנה לנשיא לוין והשופטת דורנר סברו כי אין להחיל את המבחן ההסתברותי.

29. לנוכח תיקון 46 החוק כורך בכפיפה אחת את ההתבטאויות עם המעשים, מתחזקים השיקולים התומכים בקריאת המבחן ההסתברותי אל תוך עילות הפסילה וזאת בשל הקשירה הבלתי אמצעית בין הביטויים לבין עילת הפסילה. המבחן ההסתברותי הוא הכלי המרכזי שפיתח המשפט הישראלי לאיזון בין זכויות היסוד, בייחוד בין חופש הביטוי והזכויות הפוליטיות, לבין אינטרסים ציבוריים. לכן, ככל שתיקון 46 מרחיב את תחולת של עילות הפסילה, מתחזק גם הטיעון בזכות המבחן ההסתברותי כמבחן מאזן.

30. בהקשר זה, ניסיון העבר מהווה ראייה חזקה ואף מכרעת לשאלת החשש כי במת הכנסת תנוצל להסתה לגזענות. המשיב כיהן כחבר הכנסת ה-18 ולא היה בפעילותו הפוליטית או הפרלמנטרית לקידום הסתה לגזענות. קדנציה קודמת של המשיב בכנסת מהווה בהקשר הזה שיקול מכריע נגד פסילתו.

31. יתר על כן, הימנעות מפסילת המועמד אינו סוף פסוק. אם יסתבר כי הוועדה טעתה וחבר הכנסת שנבחר בעקבות דחיית בקשת הפסילה מתבטא או פועל לקידום אחת המטרות האסורות לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, או התנהגותו מגבשת עילת הפסילה, הרי גם במהלך הקדנציה יש די ויותר כלים לטפל במצב. ראשית, ככל שהמעשים (וההתבטאויות) עולים כדי עבירה פלילית חבר הכנסת עלול לעמוד לדין בגינם ולהיות מושעה בעקבות הרשעה (ר' סעיפים 42א ו-42ב לחוק יסוד: הכנסת). החסינות של חברי הכנסת אינה חלה על הסתה לגזענות (סעיף 1א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951). לוועדת האתיקה יש סמכויות משמעותיות העשויות להשביט למעשה את הפעילות הפרלמנטרית של חבר הכנסת (סעיף 13 – 13 לחוק חסינות חברי הכנסת).

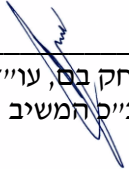
32. מצבור אמצעים זה מהווה מעין רשת ביטחון המצמצם את מחירה של הטעות במידה ומתאפשר למועמד להתמודד, למרות קיומה של עילת הפסילה. משכך, הביקורת השיפוטית על החלטה לדחות את הבקשה לפסילת מועמד צריכה להיות מצומצמת וזהירה במיוחד.

33. סוגיה נוספת שיש לדון בה היא משמעות תיקון 46 לחוק יסוד הכנסת שהוסיף את פירוט לסעיף הדן בפסילת מועמד לאמור – "במעשיו, לרבות בהתבטאויותיו". המשיב יטען, כי כאשר בקשת הפסילה מבוססת בעיקרה על התבטאויות, יש להעלות את רף המובהקות של העילה. אם נתרגם את זה למושגים של "מסה קריטית", נאמר כי המסה של ההתבטאות נמוכה יותר מזו של המעשה. לכן, כדי שמצבור ההתבטאויות יעלה לכדי "מסה קריטית", נדרשת כמות חריגה של התבטאויות באיכות חריגה של גיבוש העילה. הוועדה לא ראתה את ההתבטאויות של המשיב כמגבשות עילה. ההתבטאויות אינן חריגות בנוף הפוליטי הישראלי – לתצהירו של המשיב מצורפת שורה ארוכה של התבטאויות של פוליטיקאים מן הקשת הפוליטית המשרעת בין מפלגת העבודה לישראל ביתנו, אשר לכאורה החטאו באותם עוונות שהיועץ המשפטי והמערערים מנסים לייחס למשיב. העובדה

כי מנהיגי מפלגת העבודה וח"כ מטעם "יש עתיד" – מפלגות שנציגיהן שותפים לערעור, התבטאו בצורה גזענית לא פחות מזאת המיוחסת למשיב.

34. בסופו של דבר, הוועדה שבעמה יושבת ומכירה את גובה הלהבות של השיח החליטה כי ההתבטאויות בהקשרן ולנוכח ההסברים שמסר המשיב אינן מגבשות עילת פסילה. החלטה זאת הנה נכונה, למצער זוהי החלטה סבירה. היא אינה חורגת ממתחם הסבירות, וודאי אין היא חורגת ממנו באופן "מובהק".

35. מן הטעמים האלה, מתבקש בית המשפט להניח את הוויכוח על דבריו ועמדותיו של המשיב בזירה הפוליטית, על מנת שהמערערים יתמודדו עם הדברים לגופם בטענות נגדיות ולא באמצעות ניסיונות השתקה.


יצחק בן עז"ד
ב"ס המשיב 1