



**התנועה למשילות**

**ו ד מ ו ק ר ט י ה**

# פסילת מפלגות ומועמדים בישראל והשלכתה על הפרדת הרשויות

עורך: שמחה דן רוטמן, עו"ד

שבט התשע"ג, ינואר 2013

## התנועה למשילות ודמוקרטיה (ע"ר) 580568772

אנו מאמינים בדמוקרטיה: בהכרעת הרוב, בהפרדת רשויות, בהגנה על זכויות הפרט, בהגינות שלטונית ובשקיפות. אנו מאמינים שהדרך היחידה בה מדינת ישראל תוכל להתקיים כמדינתו של העם היהודי הינה בהקפדה על איזון נכון בין הכרעות המשקפות את רצון העם כפי שהוא בא לידי ביטוי באמצעות המערכת הנבחרת, לבין ערכי יסוד של שמירת זכויות הפרט, מניעת שחיתות שלטונית ושלטון החוק שעל שמירתם מופקדת מערכת משפטית חזקה ועצמאית הזוכה לאמון הציבור.



**התנועה למשילות**

**ו ד מ ו ק ר ט י ה**

התנועה למשילות ודמוקרטיה

רח' יוסף ריבלין 5 מיקוד 94240 ירושלים

טל' 02-5714118 פקס: 057-9557285 דוא"ל: [office@meshilut.org](mailto:office@meshilut.org)

## תקציר:

מסמך זה עוסק ביחסי הכוחות שבין הרשות המחוקקת/מכוננת ובין הרשות השופטת בהקשר של פסילת מפלגות ומצביע על תהליך ארוך שנים של יצירה שיפוטית המאיינת את הוראות חוק יסוד: הכנסת, תוך יצירת מבחנים לפסילת מפלגות המתעלמים הן מלשון חוק היסוד והן מתכליתו.

נייר עמדה זה מראה כי לאורך השנים תוקן שוב ושוב סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ונוספו בו הוראות פרשניות שתכליתן הייתה מתן אפשרות לפסילת מפלגות, אולם בפועל מאז שנת 1992, למרות ההבהרות והתיקונים שביצע המחוקק, שהגדילו את הסעיף מ-32 מילים ל-122 מילים, לא נפסלה אף מפלגה. ולמעשה, מאז שנת 1965 לא נפסלה ולו מפלגה אחת השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, על אף אמירות ברורות מצידו של המחוקק.

נייר העמדה מציג את הבעיות העולות מהמבצ המתואר, שכוללות את הפיכתו של בית המשפט העליון לשחקן בשדה המשחק הפוליטי, פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ופגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ובמערכת הפוליטית.

בנייר העמדה נסקרת ההיסטוריה של הליכי החקיקה הקשורים לתיקון ס' 7א לחוק היסוד, ובמיוחד תיקון 2002 שהוביל להעמקת המעורבות של בית המשפט העליון בהליכי פסילת מפלגות, וממילא להחמרת כל הבעיות הנובעות מכך. כמו כן מראה נייר עמדה זה כי בפרשנות ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת, חרגו שופטי בית המשפט העליון מכל מגבלה פרשנית, ולמעשה עיקרו את הסעיף ממשמעותו תוך התעלמות מוחלטת ממטרות חוק היסוד ומהמסרים הברורים ששלחה הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת.

אין בכוננת נייר עמדה זה להציג פיתרון לבעיות העולות ממנו. נושא פסילת מפלגות ומועמדים על הבעיות החוקתיות, החברתיות, הפוליטיות והמדיניות העולות ממנו, הינו נושא מורכב ביותר. הן הליך הפסילה והן העילות לפסילה מעוררים שאלות שהעיסוק בהם לעומקם חשוב והכרחי. הכנסת הוכיחה בעבר כי הליכי חקיקת חוקי יסוד נעשים ביסודיות רבה, תוך התייעצות עם גורמים רבים ומגוונים, וחזקה עליה שכך תעשה בעתיד.

אולם, מטרת נייר זה להדגיש כי ההפרדה העניינית והמוסדית בין שיקולים ערכיים ופוליטיים, לבין שיקולים משפטיים, חייבת להילקח בחשבון בכל הסדר עתידי, הן לצורך שמירה על עקרון הפרדת הרשויות והן לצורך חיזוק אמון הציבור במערכת המשפט ובמערכת הפוליטית.

## מבוא:

פסילת מפלגות ומועמדים מהתמודדות בבחירות לכנסת הינה סוגיה כבדת משקל המעוררת שאלות רבות בתחום שבין חובתה הבסיסית של המדינה לשמור על קיומה ועל אופייה ולספק לאזרחיה את המסגרת הפוליטית והלאומית לניהול חייהם המשותפים, לבין הרצון לאפשר חופש ביטוי מקסימלי, ובייחוד חופש ביטוי פוליטי, שיאפשר לאזרחי המדינה לקיים מסגרות פוליטיות ללא התערבות מצד השלטון.

במדינת ישראל, על מאפייניה הייחודיים, המתח בין חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר לבין עקרונות היסוד של המדינה, מעמיד את המערכת הפוליטית ואת המערכת המשפטית במבחן מתמשך. הרגישות המיוחדת של מדינת ישראל לגזענות, לפגיעה ברגשות דת, ולקיומה של המדינה כמדינה יהודית, הובילה לחקיקה נרחבת המגבילה סוגים שונים של ביטוי.<sup>1</sup>

קונפליקט זה, מועצם ומודגש אחת לכמה שנים, עם הגשת רשימות המועמדים לכנסת, בשאלת פסילת מפלגות על פי ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת. הסעיף, המאפשר לפסול מפלגות ומועמדים על רקע מטרות ומעשים שיש בהם בכדי לשלול את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, להסית לגזענות או לתמוך במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל, עומד למבחן שיפוטי ופוליטי בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון.

אין בכוונתנו לדון בהצדקות הדמוקרטיות והמוסריות לפסילת מפלגות ומועמדים. בעניין זה כבר נכתב רבות בארץ ובעולם.<sup>2</sup> סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת נחקק בשנת 1985 ותוקן בשנת 2002 ושוב בשנת 2008 ולכל אחד ממהלכי החקיקה הללו קדם דיון מקיף בכנסת ובוועדת חוקה וחוק ומשפט. גם שאלת התועלת שבפסילת מפלגה או מועמד אינה עולה לדיון במסגרת זו. הפסיקה בישראל ובעולם דנה רבות בתועלת שבפסילה ובהשלכתה על הדמוקרטיה ועל שוק הדעות.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ראה בעניין זה סקירה ב- סומר, בן בשט ושוורץ, "מסמך רקע בנושא חופש הביטוי" שהוגש לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ב-28.2.2005. חלק ה' במסמך הרקע (עמ' 51 והלאה) עוסק בחקיקה ישראלית המגינה או מגבילה את חופש הביטוי. ניתן למצוא קישור למסמך הרקע בכתובת: [http://www.huka.gov.il/wiki/material/data/H06-03-2005\\_10-27-48\\_aroch.pdf](http://www.huka.gov.il/wiki/material/data/H06-03-2005_10-27-48_aroch.pdf)

<sup>2</sup> ניתן לראות דיון נרחב בהצדקות ובמבחנים הנדרשים לצורך פסילת מפלגות ב: אריאל בנדור, "זכות המועמדות בבחירות לכנסת", משפטים י"ח (תשמ"ח) 296-269. דיון נוסף וסקירה בינלאומית חלקית ניתן למצוא ב: מרדכי קרמיצר, "פסילת רשימות" נייר עמדה 59 של המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).

<sup>3</sup> בפסק הדין בעניין פסילת רשימתו של הרב מאיר כהנא בשנת 1984, בטרם נחקק חוק המאפשר את הפסילה, עסקו שופטי בית המשפט העליון בהרחבה במשפט משווה ובסקירת המצע הרעיוני של פסילת מפלגות במשפט הבינלאומי (ר' לדוגמא בדברי הנשיא שמגר בפסק הדין) ובמשפט העברי (השופט אלון) וראה בהרחבה ע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר וועדת הבחירות לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(ב) 225-334

מטרת נייר עמדה זה היא להראות שההסדר החוקתי בישראל בנוגע לפסילת מפלגות על רקע אידיאולוגי, והאופן שבו הוא מבוצע הלכה למעשה על ידי וועדת הבחירות המרכזית ובית המשפט העליון, מעורר שאלות בתחומי הפרדת הרשויות ומוביל לפגיעה באמון הציבור ברשות השופטת. השאלות הופכות לקשות והפגיעה הופכת לאנושה במיוחד לאור הפער הגדל והולך בין תכלית החקיקה לבין פרשנותה על ידי השופטים וההתעלמות מהמסרים ששלחה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת<sup>4</sup>, לבית המשפט.

## 1. פסילת מפלגות – סקירה היסטורית – משפטית

**1965** - נפסלה מלהתמודד בבחירות לכנסת הרשימה הסוציאליסטית. ועדת הבחירות המרכזית פסלה את הרשימה, וזאת ללא כל הסמכה מפורשת בחוק, מתוך תפיסה כי:

“אין לשתף בכנסת, שהוא המוסד הריבוני במדינה, המוסד הנותן ביטוי לרצון העם, גורם השולל את עצם קיום המדינה... אין להשתמש ברעיונות דימוקרטיים כדי לחתור תחת עצם המשטר הדימוקרטי. אלה הם רעיונות יסודיים של משטרנו הקונסטיטוציוני, שמותר לנו לקרוא אותם אל תוך סעיפי חוק הבחירות לכנסת”<sup>5</sup>

יעקב ירדור, בא כוחה של הרשימה הסוציאליסטית, עתר לבג"צ על החלטת הפסילה, אך בג"צ דחה את עתירתו ברוב דעות. דעת הרוב הסכימה עם הציטוט שהובא לעיל. השופט חיים כהן פסק בדעת מיעוט כי אין לפסול רשימה בהיעדר בסיס חוקי לכך.

**1981** – ועדת הבחירות המרכזית התבקשה לפסול את רשימת "כך", אולם דחתה את הבקשה. ערעור שהוגש על החלטתה זו, נדחה אף הוא.<sup>6</sup>

**1984** – ועדת הבחירות המרכזית החליטה לפסול את "הרשימה המתקדמת לשלום" והן את תנועת "כך". שתי החלטות פסילה אלו בוטלו על ידי בג"צ.<sup>7</sup> בפסק הדין העיקרי בעניין צמצם בג"צ את הלכת ירדור וסייג אותה, בקבעו כי רק רשימה המבקשת להביא לחיסולה של המדינה ולסכן את חיי תושביה צריכה להיפסל. בנוסף לכך, בית המשפט גם קבע מבחנים ראייתיים מחמירים, לפיהם עילות הפסילה חייבות להיות מוכחות בראיות חד-משמעיות ישירות בפני ועדת הבחירות. השופטים ברק ושמגר אף הוסיפו כי רק מצב של ודאות קרובה

<sup>4</sup> על תפקידה של הכנסת כרשות מכוננת ראה אהרון ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (תשנ"ד), 43.  
<sup>5</sup> ע' 27 לפרוטוקול ישיבת ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית מיום 16.9.1965, מובא בבג"צ 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365. (להלן: "עניין ירדור").  
<sup>6</sup> בג"צ 344/81 נגבי נ. וועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית, פ"ד לה(4), 837.  
<sup>7</sup> ע"ב 2/84 ניימן ואבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2), 225. (להלן: "עניין ניימן הראשון").

להתממשות האיום, יש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות. בפסקי הדין של השופטים השונים עלתה הקריאה למחוקק להסדיר בחקיקה את הנושא של פסילת מפלגות.

**1985** - בתגובה להחלטת בג"צ בעניין ניימן הראשון נחקק תיקון לחוק יסוד: הכנסת, בדמות סעיף 7א, ובו נקבע לראשונה כלל המגביל השתתפות בבחירות לכנסת מטעמים אידיאולוגיים. הסעיף קבע, בנוסחו אז, את הדברים הבאים:

א7. מניעת השתתפות רשימת מועמדים

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.<sup>8</sup>

**1988** - מצוידת בחוק היסוד החדש, פסלה ועדת הבחירות המרכזית את רשימת "כך" ברוב גורף, והפעם אף אושרה הפסילה על ידי בג"צ.<sup>9</sup> במערכת הבחירות העוקבת בשנת 1992 נפסלו באותה הדרך ממשיכיו של כהנא בתנועת "כהנא-חי" ובתנועת "כך" והחלטות הפסילה אושרו בבג"צ.<sup>10</sup>

במקביל לפסילתה של רשימת "כך" בשנת 1988 הוגשה לוועדת הבחירות בקשה לפסילת "הרשימה המתקדמת לשלום", אלא שדווקא הפעם, כאשר יכלה הוועדה להסתמך על קרקע סטוטורית יציבה, נדחתה הבקשה. גם הערעור לבג"צ על דחיית הבקשה נדחה.<sup>11</sup> בפסיקתו בעניין זה הסתמך בית המשפט העליון על המבחנים שקבע בפסק דין שניתן מעט קודם לכן, בעניין ניימן השני, ביחס לרשימת "כך". המבחנים הללו נדרשים לשם הקביעה כי מעשיה של רשימה באו לכלל סעיף 7א:

1. המטרות והמעשים הפסולים צריכים להיות מרכזיים מבין מטרות הרשימה.
2. הרשימה צריכה לחתור בפועל למימושם ואין די ברעיון תיאורטי בלבד.
3. הפעילות לשם הגשמת המטרה הפסולה צריכה להיות מתמדת ומעשית.

<sup>8</sup> חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), התשמ"ה-1985, ס"ח 1155.  
<sup>9</sup> ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה פ"ד מב(4), 177. (להלן: "ענין ניימן השני")  
<sup>10</sup> ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש עשרה, פ"ד מו(3) 541. - בעניין תנועת כהנא-חי.  
ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש עשרה, (לא פורסם) - בעניין תנועת "כך".  
<sup>11</sup> ע"ב 2/88 בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה, פ"ד מג(4) 221. (להלן: "ענין בן שלום")

#### 4. כל האמור צריך להיות מוכח בראיות ברורות וחד משמעיות.

מנגד נקבע כי לאור החקיקה החדשה, מבחן ההסתברות שפיתח בית המשפט בעניין ניימן הראשון, איננו נדרש לאור לשונו של סעיף 7א.

**1999** - לקראת הבחירות הוגשה בידי אבנר ארליך, בקשה לוועדת הבחירות המרכזית ולבית המשפט העליון, לפסול את רשימת בל"ד.<sup>12</sup> הבקשה נסמכה על עמדותיו של העומד בראש רשימת בל"ד, ד"ר עזמי בשארה, אשר צוטט בראיון לעיתון 'הארץ' באומרו שלדעתו אין לציבור היהודי זכות להגדרה עצמית וש"מבחינה היסטורית" הרעיון של מדינת היהודים הוא רעיון לא לגיטימי.<sup>13</sup> בית המשפט דחה את העתירה מטעמים פרוצדורליים. באשר לטענות המהותיות נקבע כי בדבריו אלה "התקרבו חבר-הכנסת בשארה קירבה מסוכנת לגבול שאין לחצות אותו".<sup>14</sup> עם זאת, נקבע שפסילת הרשימה איננה מתאפשרת בגלל הספק שהתעורר עקב דברים אחרים שאמר בשארה בפני ועדת הבחירות. נקבע כי בשל ספק זה אין התובע עומד במבחני הראיה המחמירים הנדרשים בנושא פסילת רשימות.

**2002** – לאור כישלון נסיון הפסילה של בשארה בשנת 1999, הציע חבר הכנסת ישראל כץ הצעת חוק לתיקון חוק יסוד: הכנסת. להצעת החוק היו שתי מטרות: האחת, להוסיף עילת פסילה של הזדהות עם מדינת אויב או עם ארגון טרור, והשנייה, לאפשר פסילה של מועמד יחיד. בשלב מאוחר יותר ובכדי שיהיה אפשר להגיע להסכמה רחבה, הומר המונח "הזדהות" למונח "תמיכה במאבק מזוין".<sup>15</sup>

בהקשר זה חשוב להדגיש כי הן בדיונים בוועדה והן בדיונים במליאה, שמו של חבר הכנסת עזמי בשארה עלה שוב ושוב כדוגמה לחבר כנסת שיש לפסול אותו על פי החוק החדש.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38.  
<sup>13</sup> מתוך ראיון עם בשארה בעיתון הארץ, מיום 29.5.1998, כפי שמצוטט שם, 41-42.  
<sup>14</sup> שם, 44.

<sup>15</sup> "אכן אני מודה ומתוודה, שאני מלכתחילה לקחתי על עצמי לנסות לייצר עם עוד חברים הצעת-חוק, שתזכה לתמיכה הרחבה ביותר האפשרית בכנסת ובציבור. לכן, אני לא ראיתי בזה פחיתות כבוד או בעיה כלשהי, כשבדיונים לקראת הקריאה הראשונה הסכמתי, לפי הצעת יושב-ראש הוועדה, חבר-הכנסת לפיד וחברים אחרים, להמיר את המושג של הזדהות עם מדינת אויב או עם ארגון טרור, למונח של תמיכה במאבק מזוין. יש הבדל עצום בין שני הדברים האלה.

הסכמתי לקבל את זה, כי רציתי שהחוק יטפל בבעיה העיקרית, ולא רציתי להיכנס לוויכוחים אחרים לגבי ההיבט הפוליטי של העניין הזה, כשאו לי יש דעות כאלה לעומת אחרים שעשויים לתמוך בחוק. גם אחר-כך החוק קיבל תמיכה רחבה מאד של בין 69 ל-71 חברי-כנסת בשלושת ההצבעות." דברי חבר הכנסת כ"ץ, עמוד 8 לפרוטוקול דיוני וועדת חוקה חוק ומשפט מיום 30.4.2002.

<sup>16</sup> בפרוטוקול מיום 30.4.2002 הוזכר שמו של בשארה ארבע(!) פעמים בהקשר של פסילת מועמדותו ובהקשר של הסרת החסינות שנעשתה מסיבות זהות. הסרת חסינותו של ח"כ עזמי בשארה אושרה במליאת הכנסת ביום 6.11.2001 בגין ארגון טיולים לסוריה והתבטאויותיו בזכות חיזבאללה באום אל פאחם ובאזכרה לחאפז אל אסד בסוריה.

שינוי חשוב נוסף שלא עלה בהצעת החוק והוסף רק בשלב מאוחר יחסית של דיוני הוועדה נוגע להתניית פסילת מועמד באישורו של בית המשפט העליון. לעיסוק בתוספת זו ובהשלכותיה יוקדש פרק 3.

להלן נוסחו של החלק העוסק בעילות הפסילה בסעיף 7א המתוקן:

7א. מניעת השתתפות בבחירות

(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרתיה 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.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.<sup>17</sup>

**2003 –** במערכת הבחירות לכנסת השש עשרה הוגשו מספר בקשות פסילה כנגד רשימות ומועמדים לכנסת תוך הדגשת עילת הפסילה החדשה של תמיכה במאבק מזוין כנגד המדינה. ועדת הבחירות החליטה לפסול את מועמדות חבר-הכנסת טיבי בעילה זו, וכן את רשימת בל"ד ואת חבר הכנסת בשארה העומד בראשה הן בעילת התמיכה במאבק מזוין והן בשל שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית. שלוש בקשות הפסילה עברו ברוב דחוק, חרף התנגדותו של יו"ר ועדת הבחירות השופט חשין, וכולן בוטלו על ידי בית המשפט העליון כיוון שלא הוכחו עילות הפסילה ברמת הוודאות המחמירה הנדרשת בפסיקה.<sup>18</sup>

חשוב להדגיש כי בית המשפט העליון לא העניק כל משקל פרשני לתיקון חוק היסוד ולמטרות שלשמן נחקק, והמשיך לדון בעילות הפסלות ובמבחנים שנקבעו בטרם נחקק חוק היסוד בעניין ניימן הראשון ובעניין ניימן השני. כבוד השופט ברק אף העלה טיעונים בעד אימוץ מחודש של המבחן ההסתברותי למרות אמירתו משנת 1988 כי לאור החקיקה החדשה אין מקום לאמץ אותו.

**2008 –** מאחר שבית המשפט סירב לקבל את איתותיה של הכנסת, תיקנה הכנסת את חוק היסוד. לסעיף הוכנסה החזקה הראייתית הבאה:

<sup>17</sup> חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 35), התשס"ב-2002, ס"ח 1845

<sup>18</sup> א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי ואח', פ"ד נז(4), 1. (להלן: "ענין טיבי").

(1א) לענין 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.<sup>19</sup>

חשוב להדגיש שגם במקרה זה, הדגישו מגישי הצעת החוק כי מטרתם בחקיקה היא לשנות את החוק כריאקציה לפסיקת בית המשפט.<sup>20</sup>

**2009** - ועדת הבחירות המרכזית דנה בשתי הצעות פסילה, הראשונה כנגד רשימת בל"ד והשניה כנגד רשימת רע"ם-תע"ל. מבין אלה, בקשת הפסילה המרכזית דנה בעניינה של רשימת בל"ד, והתבססה על שלילת זהותה היהודית של מדינת ישראל ועל תמיכה בארגוני טרור. ועדת הבחירות אישרה את שתי הבקשות והחליטה על פסילת שתי הרשימות. נציין כי בעניין רשימת בל"ד, נרשם הרוב הגורף ביותר עד כה בוועדת הבחירות בעד החלטת פסילה של רשימה: 24 חברים תמכו בבקשת הפסילה לעומת שלושה מתנגדים בלבד. שתי הרשימות ערערו לבית המשפט העליון על החלטת ועדת הבחירות. בית המשפט קיבל פה אחד את ערעורה של רשימת רע"ם-תע"ל ואת זה של בל"ד קיבל ברוב של שמונה שופטים מול דעת מיעוט של שופט אחד. הנימוקים לפסק הדין ניתנו בשלב מאוחר יותר.<sup>21</sup> חשוב להדגיש כי גם בשלב זה, השתמשו השופטים במבחנים שנקבעו לפני התיקונים בחוק היסוד, ולא ייחסו כל משקל פרשני לתיקון חוק היסוד על ידי הכנסת.

**2012** - במערכת הבחירות האחרונה חזרה הסיטואציה על עצמה. לוועדת הבחירות הוגשו בקשות שונות לפסילת מפלגות ומועמדים. הפעם דחתה הוועדה את כל הבקשות מלבד

<sup>19</sup> חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 39), התשס"ח-2008, ס"ח 2164  
<sup>20</sup> במהלך ישיבת ועדת הכנסת שדנה בהצעת החוק, הקריאה היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד ארבל אסטרון את דבריו של ברק מפסק הדין בעניין טיבי. חילופי הדברים שלאחר מכן יכולים להעיד כאלף עדים על הלך הרוח של המחוקקים:

"היו"ר דוד טל:

סליחה, ארבל אסטרון. דבריו של ברק לא סותרים את הצעת החוק הזאת.

**ארבל אסטרון:**

נכון.

**זבולון אורלב:**

לא נעים לי להגיד, ברק הוא לא מחוקק, עם כל הכבוד.

"היו"ר דוד טל:

הוא הפרשן של החוקים שלנו.

**זבולון אורלב:**

אולי בעקבות דברים של בית משפט, אנחנו רוצים לשנות חוקים, לא יודע.

**יוחנן פלסנר:**

הוא נותן כאן כלים כדי לאפשר לנו לנסח.

"היו"ר דוד טל:

כרגע הוא לא סותר את מה שהוא אומר, להפך.

**זבולון אורלב:**

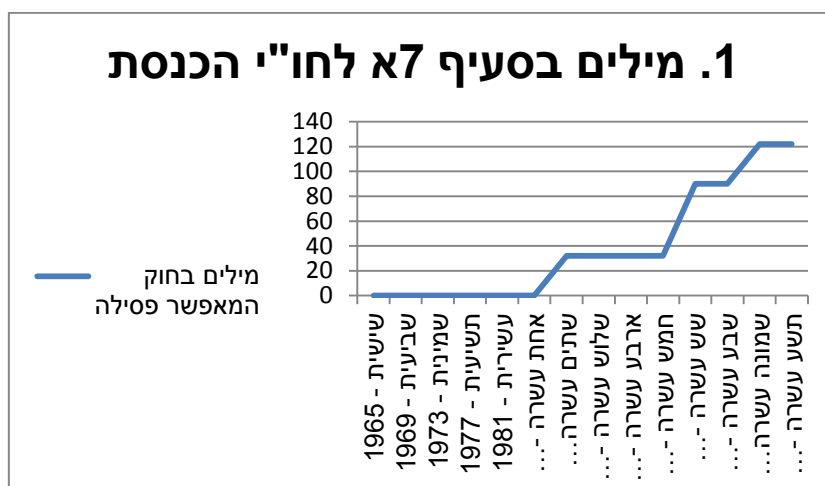
כשארבל מדברת אני תמיד מקשיב לה, כי אני תמיד לומד, אבל אני לא יודע מה זה רלוונטי שבמהלך חקיקה מקריאים את זה. אני חושב שבית המשפט העליון טעה בפרשת בשארה, זאת העובדה."

<sup>21</sup> ע"ב 561/09 בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית (הנימוקים ניתנו ביום 7.3.2011)

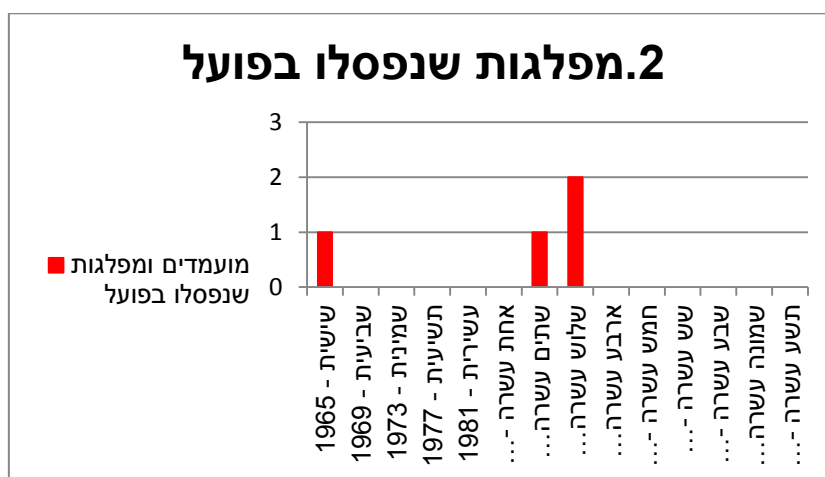
הבקשה לפסילתה של חברת הכנסת חנין זועבי, כאשר על הפרק עומדים התבטאויותיה והשתתפותה במשט המרמרה לעזה. בית המשפט העליון גם הפעם סירב לאשר את הפסילה, והנימוקים לכך טרם פורסמו.

### המהלך ההיסטורי – תצוגה גרפית

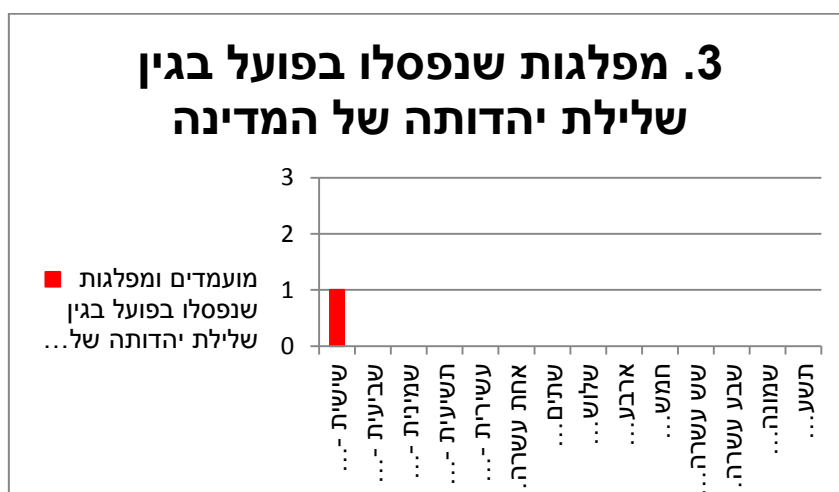
בגרף 1 ניתן לראות את התפתחות חוק היסוד. מלקונה משפטית, לחוק ארוך, מפורט ומודגש.



גרף 2 מראה כי לכל אורך ההיסטוריה נפסלו ארבע מפלגות בלבד, וכל החקיקה בעשר השנים האחרונות, לא שינתה מצב זה.



גרף 3 מתמקד במפלגות שנפסלו בגין שלילת אופיה היהודי של המדינה. ניתן לראות שפסיקת בג"ץ איינה באופן מוחלט את כל תיקוני החוק החל מחקיקת הסעיף ועד היום.



## 2. פרשנות חוק היסוד והאובייקטיביות השיפוטית

מהחלק הראשון של נייר העמדה עולה תמונה ברורה לפיה בעשורים האחרונים עשתה הכנסת כמעט כל אשר לאל ידה בכדי למנוע מגורמים אותם זיהו חברי הכנסת כעוינים לזהותה של המדינה כמדינה יהודית מלהיכנס לכנסת. במקרים אחדים, כמו במקרה של ח"כ עזמי בשארה וח"כ חנין זועבי, בקשת ההפסילה לא נתלתה ברעיונות גרידא בדבר אופייה העתידי של המדינה, אלא בתמיכה אקטיבית באויבי המדינה. לעומת זאת, בית המשפט העליון שם לאל את מאמציה אלו של הכנסת, בשורה של פסיקות, ובאמצעות יצירה שיפוטית אינטנסיבית שקראה לתוך מילותיו המפורשות של חוק היסוד, מבחנים שונים לצמצום עילות הפסילה.<sup>22</sup>

דא עקא, נקיטת צעדים אלה על ידי בית המשפט, יש בה בכדי "להחליף את הטירניות של האסיפות הפוליטיות בטירניות שיפוטיות" כדבריו של דה-טוקוויל המצוטטים על ידי ברק בספרו<sup>23</sup>. אליבא דברק, כאשר שופט חוקתי מפרש חוק יסוד, עליו "לשקף את ערכיה של החברה בה הוא חי, כפי מצבם ביום מתן הפירוש".<sup>24</sup>

גישה פרשנית זו מאפשרת לשופט המפרש את חוקי היסוד להתנתק במקצת מן התכלית האובייקטיבית או הסובייקטיבית של חוקי היסוד כאשר מתקיים פער זמן בין מועד חקיקת

<sup>22</sup> תיאור מפורט של המגמות ושל הכלים השונים בהם נקטו הכנסת ובית המשפט לקדם את תפיסותיהם עד העשור האחרון ניתן למצוא ב- מיכל שמיר וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילות רשימות ומועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003" משפט וממשל ח (תשס"ה) 119.

<sup>23</sup> אהרון ברק פרשנות במשפט (ג) – פרשנות חוקתית (1995), 119 שם.  
<sup>24</sup> שם.

חוק היסוד לבין מועד פרשנותו, ונותנת לו חירות פרשנית גדולה יותר, בהיותו מבטא נאמן של תפיסות היסוד של החברה.

אולם, כאשר חוק היסוד אומר דברים ברורים ומפורשים, ופער הזמן בין חקיקתו לבין המועד בו עליו להתפרש הינו כה קצר, איזו הצדקה יכולה להיות להתעלמותו של בית המשפט מאמירותיו המפורשות של המחוקק? איזה כלי פרשני מתיר לרשות השופטת לחרוג מתחומה ולעקר מתוכן חוק יסוד שטרם יבשה הדין בה נכתב?

כאמור, גם לאחר חקיקת חוק היסוד בית המשפט המשיך להפטיר כדאשתקד ולהפעיל את המבחנים שגובשו בטרם היות חוק היסוד (למעט המבחן ההסתברותי כפי שנאמר לעיל):

1. המטרות והמעשים הפסולים צריכים להיות מרכזיים מבין מטרות הרשימה.
2. הרשימה צריכה לחתור בפועל למימושם ואין די ברעיון תיאורטי בלבד.
3. הפעילות לשם הגשמת המטרה הפסולה צריכה להיות מתמדת ומעשית.
4. כל האמור צריך להיות מוכח בראיות ברורות וחד משמעיות.

לא ברור כיצד ניתן להשתמש במבחנים שכאלה כאשר הסעיף נוסח בצורה רחבה ביותר וכלל את המילים "במפורש או במשתמע" ביחס למטרותיה של רשימת המועמדים. מובן מאליו שכמעט בלתי אפשרי שמטרה משתמעת תעמוד ולו במבחן אחד מבין הארבעה, ובוודאי שאין אפשרות שמטרה משתמעת תעמוד בכולן.

בית המשפט הראה כי לצורך צמצום עילות הפסילה הוא מוכן לזנוח את העקרונות הבסיסיים ביותר של פרשנות, ובראשם עקרון **חזקת התכלית** שחל על פרשנות כל חוק ובוודאי חוק יסוד וכדברי השופט לוין "נעמיד את המחוקק הישראלי בכוננו חוק יסוד בחזקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחז עיניים".<sup>25</sup> בפסקי דין העוסקים בדברי חקיקה שלחקיקתם הוקדשה הרבה פחות מחשבה ודיון מאשר חוקי היסוד עושים השופטים כל שלא ידם כדי להימנע מלהגיע למסקנה כי פסקה בחוק הינה חסרת משמעות או מביאה לאבסורד.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> בגץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465.  
<sup>26</sup> וראה בעניין זה בפסק הדין שניתן לאחרונה בתיק עעם 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, (ניתן ביום 2.2.2012) שם בפסקה 47 כתבה כב' השופטת נאור:

#### "חזקת-תכלית: המחוקק לא משחית מילותיו לריק"

47. חזקת-התכלית הראשונה אשר מתעוררת בענייננו היא החזקה שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק... החזקה שהמחוקק אינו משחית את מילותיו לריק מנחה אותנו שלא לצאת מההנחה שמדובר באות מתה או בטעות, אלא מההנחה שיש לפרש את סעיף הפטור באופן שמקיים אותו ומוצא לו משמעות אופרטיבית: "... כלל גדול הוא בפרשנות חוקים שיש לשאוף לפירוש המוצא לכל הוראה והוראה שבחוק את מקומה ותכליתה הראויים לה, ויש להימנע מפירוש המביא לידי מסקנה שהמחוקק הכניס לתוך החוק דבר שהיה מיותר

המשך השימוש במבחנים אלו, מלבד היותו המשך המגמה של התעלמות מדברי המחוקק המפורשים, מהווה התעלמות גם מאמירה ערכית של רוב העם, באמצעות נבחריו, כפי שעולה מההיסטוריה החקיקתית. חשוב לזכור שהתיקון לחוק עבר ברוב עצום של 77 חברי כנסת לעומת 18 מתנגדים. לשם השוואה, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שעל כל מילה בו תלה בית המשפט העליון תילי תילים של הלכות חדשניות, עבר ברוב של 32 חברי כנסת לעומת 21 מתנגדים.

אי אפשר לטעות בכוונתם של המחוקקים. כנסת ישראל הגיעה למסקנה שהיא לא מעוניינת לכלול בתוך מסגרת הדמוקרטיה הישראלית ח"כים שמזדהים עם אויבי המדינה. השיקול ששקלה הכנסת היה שיקול ציבורי וערכי, שמטרתו לייצר אמירה חינוכית ומוסרית לכלל אזרחי ישראל, ומתוך תחושת איום אמיתית שחש הציבור בישראל באמצעות מייצגיו.<sup>27</sup>

כאשר השופטים אינם מכבדים את ערכי היסוד כפי שנחקקו בחוקי היסוד, ומתעלמים ממהלכי חקיקה ארוכי טווח, שאינם בגדר רוח חולפת, הם פוגעים הן בשלטונם של ערכי היסוד ובאמינותו של בית המשפט כפרשן מהימן שלהם, והן בשלטון הרוב. בדרך זו הדמוקרטיה החוקתית, על שני יסודותיה, נמצאת בסכנה קיומית. כדברי כבוד השופט ברק:

"ביצקם תוכן נורמטיבי לערכי היסוד החוקתיים, השופטים נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית, ומקיימים את האיזון העדין עליה היא מבוססת. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה".<sup>28</sup>

### 3. כרוניקה של תאונה חוקתית

בשנת 2002, כבר היה די מידע בידי המחוקקים כדי להבין שבית המשפט העליון מסרב להפעיל את סעיף 7א לחוק היסוד בצורתו המלאה.

התנהלות זו של בית המשפט הייתה צריכה להביא את המחוקקים למסקנה כי אם ברצונם להגשים את תכלית תיקון חוק היסוד, ולהוביל לתוצאה של פסילת מועמדים, עליהם למצוא מנגנון שימעיט ביכולתו של בית המשפט להתערב בהחלטות הפסילה של וועדת הבחירות המרכזית.

---

ושאין לו תכלית משלו... [כל עוד קיימת אפשרות של פרשנות סבירה אחרת, לא יניח בית-המשפט שהמחוקק הוציא דברו לשוא] (ע"א 461/61 מנהל אגף המכס והבלו נ' לוינסון, פ"ד טו(3) 2226, 2236 (1961); ראו פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, בעמ' 599-595).<sup>27</sup>  
<sup>28</sup> עוד בעניין תפיסת האיום, ר' שמיר ומרגל לעיל הערה 22 שם, 113.

אולם, בתיקון לחוק היסוד שהוסיף יכולת לפסול מועמדים, התווסף דווקא סעיף המכניס את בית המשפט העליון לתוך ההליך, והפעם בתור "גורם מאשר".

על ההליך הבעייתי בו עלתה ההצעה להוספת מנגנון האישור בידי בית המשפט, שלא נכלל בהצעת החוק המקורית, יש מקום לדיון עצמאי, אולם הסכמת מציעי החוק למנגנון זה, והתמיכה הרחבה לה זכה התיקון, מראה כי המחוקקים קיוו כי העברת נטל ההכרעה על כתפיה של הרשות השופטת, יכריח אותה לעיין מחדש בנוסח החוק המתוקן, ולפעול על פיו.

כיום, לאחר קצת יותר מעשור וארבע מערכות בחירות, אנו יכולים לראות כי אותה תקווה של המחוקק, נכזבה, וכי אותו מסר לא הועבר. הרשות השופטת ביטלה מאז החלטות פסילה, ואף פיתחה מבחנים נוספים בדבר "מסה קריטית" של ראיות.

המצב החקיקתי הנוכחי מעורר בעיה קשה בו החוק עצמו מעמיד את שופטי בית המשפט העליון במצב בו הם נדרשים לשקול שיקולים ערכיים ומוסריים, תוך הזמנת עימות חזיתי מול הכנסת.

עימות זה בא לידי ביטוי באופן מובהק בשנת 2003, עת חברי וועדת הבחירות המרכזית הצביעו במופגן נגד המלצותיו של יו"ר וועדת הבחירות, השופט חשין.<sup>29</sup> המכון הישראלי לדמוקרטיה קיים באותו שבוע "ליל שימורים להגנה על הדמוקרטיה".<sup>30</sup> באותו דיון אמרה פרופ' רות גביון בהקשר לפסילת מפלגות:

"גם אני לא אהבתי את הסגנון הזה של חברי הכנסת. אבל לדעתי הוא נובע מכך שהם מרגישים חסרי אונים. לתת את ההחלטה רק לפוליטיקאים – זה קטסטרופה. לתת את ההחלטה רק לשופטים זה לא רעיון טוב ענייני, מפני שזו לא שאלה שיפוטית, אלא ערכית פוליטית, גבולות השיח של המדינה."

עד כמה שמתן ההחלטה לשופטים אינה "רעיון טוב" כאשר הללו משתדלים ליישם את המתווה הערכי-פוליטי שקבע עבורם המחוקק, הרי כאשר השופטים מתעלמים מאותו מתווה ערכי, ומחליפים את סט הערכים של המחוקק ושל חוקי היסוד בסט ערכים משלהם, הפגיעה בתפקידיהם המסורתיים של הרשויות השונות ובכבוד ההדדי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, מתעצמת עד מאוד.

<sup>29</sup> מלבד ההצבעה בניגוד להמלצה, נאמרו ביטויים חריפים על ידי חברי הוועדה.  
<sup>30</sup> ניתן לקרוא את הפרוטוקול המלא של "ליל השימורים" באתר המכון <http://www.idi.org.il> תחת אירועים – כנסים וימי עיון – ליל שימורים להגנה על הדמוקרטיה

חוליה אחרונה בשרשרת הפגיעה במעמדה של הכנסת ושל וועדת הבחירות המרכזית ובתפקידה בהליך פסילת המפלגות הינה יצירת מבחן "המסה הקריטית" של ראיות. מבחן זה שולל הלכה למעשה את היכולת לקיים דיון אפקטיבי כלשהו בשאלת פסילת מפלגה בוועדת הבחירות המרכזית, באשר אין היא אמונה כלל וכלל על הליכים הכוללים גביית עדויות וגיבוש עמדה משפטית בדבר דיות הראיות.<sup>31</sup>

#### 4. סיכום ומסקנות

בנייר עמדה זה הראינו כי לאורך השנים האחרונות, הכנסת בתפקידה כרשות מכוונת בהקשר של חוק יסוד: הכנסת בעניין פסילת מפלגות, פעלה 'בהילוך סרק'.

כל תיקוני החקיקה שהעבירה הכנסת, שהגדילו את הסעיף הרלוונטי, פירטו בדבר עילות הפסילה, קבעו חזקות ראייתיות ועוד, זכו להתעלמות מוחלטת מצידו של בית המשפט, שממשיך גם כיום, לאמץ מבחנים שנקבעו על ידו בטרם נחקק חוק היסוד, בפרשת ניימן השניה. יתירה מכך, מאז שנת 2003 הוסיפה הפסיקה מבחנים נוספים, שעיקרו לחלוטין הן את יכולת הפסילה של מפלגה או מועמד, ואף את היכולת לדון בפסילה בצורה רצינית.

מצב זה בו קיימת מחלוקת ערכית מתמשכת בין הרשות המחוקקת והרשות המכוונת, לבין הרשות השופטת, מוביל לפגיעה קשה באמון הציבור במערכת המשפט. כאשר מסרים חדים וברורים מצידם של הגופים הנבחרים זוכים להתעלמות, הציבור הרחב שרואה את עצמו מיוצג על ידי נבחריו, רואה בכך התעלמות של הערכאה השיפוטית העליונה מתפיסת עולמו ומערכיו.

אכן, בעשור שבין 2000 ל-2009 חלה ירידה דרסטית באמון הציבור בבית המשפט העליון. ירידה שיוחסה לעיסוקו הרב של בית המשפט העליון בסוגיות ערכיות הנוגעות ללב ליבם של החיים הציבוריים.<sup>32</sup>

העובדה שבשנת 2002, המחוקק ניסה לתת לבית המשפט את האפשרות להכריע על פי הקווים המנחים בחוק היסוד, ללא צורך בעימות חזיתי עם המחוקק, ניסיון שלא צלח תוך חריגה בוטה של בית המשפט מכל סטנדרט מקובל של פרשנות, חייבת להוביל את המחוקק ואת בית המשפט לפתור את הסוגיה בדרך אחרת.

<sup>31</sup> בשולי הדברים כדאי לציין שאף בית המשפט העליון אינו ערכאה שעיסוק בשמיעת עדויות וגיבוש מסה קריטית של ראיות הינה בתחום מומחיותה. הן בשבתו כערכאת ערעור והן בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא אמורים להתקיים הליכי הוכחות בפני בית המשפט העליון.  
<sup>32</sup> ר' יעל הדר, **אמון הציבור הישראלי במוסדות השלטון בעשור האחרון**, פרלמנט 63 (2009)

תיקון המנגנון הקבוע בס' 7א לחוק יסוד: הכנסת, שדורש מבית המשפט להכריע בנושאים ערכיים ופוליטיים, בקונפליקט בלתי פתור עם המחוקק, חייב להיות על סדר יומה של הכנסת התשע-עשרה.

בעבר עמדו בפני הכנסת אפשרויות שונות לתיקון הסעיף, החל מביטולו המוחלט ועד לקביעת מנגנונים אחרים לפסילת מפלגות, שלא יערבו בין השאלה המשפטית לשאלה הציבורית/ערכית ויתנו לכל אחת מהשאלות את מקומה הראוי.

הכנסת, ובמיוחד וועדת חוקה, חוק ומשפט, הוכיחה בעבר כי מהלכי חקיקת חוקי יסוד העוסקים באופי המשטר ובנושאי ליבה נוספים, נעשים תוך דיון ציבורי מהותי וערכי, היורד ליסודותיו של הנושא. מהאמור לעיל נראה כי על הכנסת לשוב ולעשות זאת בכדי למנוע את הנזקים מהמשך המצב הקיים.