

זכות המועמדות בבחירות לכנסת *

מאת

אריאל בנדור **

א. מבוא. ב. האם אפשרית זכות מועמדות מוחלטת. ג. מטרותיה של זכות המועמדות. ד. עיצוב זכות המועמדות — מושכלות היסוד; 1. כללי. 2. שטח גיאוגרפי. 3. זיקה לעם היהודי. 4. דימוקרטיה פורמלית. 5. זכויות-אדם בסיסיות (דימוקרטיה מהותית). ה. עיצוב זכות המועמדות — דרכי השמירה על מושכלות-היסוד; 1. כללי. 2. מבחנים הסתברותיים. 3. מבחנים תוכניים. ו. סעיף לא לחוק-יסוד: הכנסת; 1. כללי. 2. המבחן לפסילה. 3. העילות לפסילה. ז. עיגונה הנורמטיבי של זכות המועמדות. ח. החליף לאישור רשימות ולפסילתן. ט. סיום — זכות המועמדות והמשפט.

א. מבוא

1. זכויות ההשתתפות בבחירות לבית-המחוקקים מהוות, אולי יותר מכל זכות אחרת, את נשמת-אפה של הדימוקרטיה "המערבית"¹. קיום סדיר של בחירות פתוחות וחופשיות הינו התנאי הבסיסי אשר בלעדיו — לפי תפישתנו — אין משטר כלשהו רשאי לכנות עצמו דימוקרטיה. דווקא משום-כך, אין להקל ראש בעיצובן ובהסדרתן של זכויות אלה, שכן כישלון במשימה זו עשוי לגרור תוצאות קשות, שאינן תמיד הפיכות, למדינה ולמשטר הדימוקרטי, ועמו — למכלול הזכויות ואורחות-החיים השלובים בו.

* המאמר מבוסס על חיבור שנכתב במסגרת הסמינריון "זכויות האדם בישראל", אשר הודרך בשנת תשמ"ח על-ידי הפרופסור רות גביון. תודתי העמוקה נתונה לה על הידע וההשראה שהעניקה לי בשיעורי הסמינריון ועל הערותיה המאלפות למאמר.

** עוזר-הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראה ע"ב 23/84 ניימן ואח' נ' ירד וקדח הבחירות המרכזיות לכנסת האחת-עשרה, ס"ד לס' (2) 225 (להלן: ע"ב ניימן), 245, בין האחריות ו-; "Developments in the Law — Elections", 88 Harv. L. Rev. (1974-1975) 1111, 1114; Williams v. Rhodes, 393 U.S. 23 (1968); א' אריאן, פוליטיקה ומשטר בישראל (זמורה ביתן, תשמ"ה) 192; צ' ה' פריצ'ט, החוקה האמריקאית (זמורה ביתן מודן, א' חשביה מתרגם, 1982) 101.

2. במאמר זה אתמקד, מבין מכלול הזכויות וההסדרים המשפטיים הנוגעים לבחירות, במגבלות המהותיות על זכותה של רשימה להיות מועמדת בבחירות לכנסת (להלן: זכות המועמדות), המעוגנת כיום בישראל בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.² תחילה אדון בשאלה, האם יכולה להיות הצדקה לעיצובה של זכות המועמדות כזכות מוחלטת, ואנסה להראות כי לפחות במישור העקרוני, עיצוב כזה אינו ניתן להצדקה וכי על הזכות להיות כפופה למגבלות מסוימות. לאחר-מכן אדון במטרותיה של זכות המועמדות ולפיהן אנסה להצביע על הערכים אשר בכפיפות להם יש לעצב את הזכות ועל המבחנים שבהם מן הראוי לעשות שימוש. לאחר דיון עקרוני זה אדון בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ואנסה להראות כי פירושו הראוי ואף האוטנטי מוביל לתוצאות דומות לאלה שאליהן הגעתי בדיון התיאורטי. פירוש זה, אשר עיקרו הוא שלילתה של זכות המועמדות מרשימה אשר פעילותה הפוליטית מכוונת באופן ישיר למיגור מושכלות-יסוד של מדינת ישראל, אף אם ההסדר הנובע ממנו אינו אידיאלי, הרי אני סבור כי יהיה בו, אם יתקבל, משום ההסדר הסביר ביותר האפשרי בתנאיה המיוחדים של מדינת ישראל. כן אדון בשאלות הקשורות לעיגונה הנורמטיבי של זכות המועמדות ובהליך אשר נקבע לאישור רשימות ולפסילתן.

ב. האם אפשרית זכות מועמדות מוחלטת

3. לכאורה, הגישה המתבקשת במשטר דימוקרטי ואשר ניתן אף לראות בה כעיקר היא, כי בכפיפות לדרישות "טכניות" של אורחות, גיל מינימלי וכיוצא בזה, אין להגביל את זכות המועמדות של אורה או של רשימה, ובמיוחד כי אין להטיל הגבלות הקשורות באידיאולוגיה, במצע או בפעילות הפוליטית של המבקש להיות מועמד.³ הטלת הגבלות מהותיות על זכות המועמדות כהווה פגיעה בעיקרון שלפיו בידי העם נתונה החירות המלאה לבחור את נציגיו⁴ – פגיעה שמשמעותה היא, כי קיימים ערכים מסוימים הגוברים על עקרונות הייצוגיות והכרעת הרוב.⁵ גישה עקרונית התומכת בעיצובה של זכות המועמדות כזכות מוחלטת משמעותה היא, כי מלוא התכנים המדיניים יכולים להיות נקבעים על-ידי הציבור בדרך של הכרעת-רוב וכי קביעת הציבור איננה צריכה להיות כפופה לתוכן או למהות מדינית כלשהם.

4. אולם מסתבר, כי עמידה דווקנית על גישה זאת עשויה לפגוע בשיטה הדימוקרטית בכללותה, ובכלל זה – בזכות המועמדות עצמה. תוצאה כזאת אפשרית במצב שבו גוף השולל את השיטה הדימוקרטית – ובכלל זה, את עצם קיומה של זכות המועמדות – יצליח, בנצלו את מוחלטות זכות המועמדות, לזכות בכוח פוליטי שיאפשר לו לחסל כליל, בתמיכת הרוב העשוי להיות מזדמן, את האופי הדימוקרטי של המדינה. אין צורך

2 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ח 196.

3 מובן כי אין להטיל הגבלות הקשורות במינם, דתם או גזעם של המבקשים להיות מועמדים. התבקשותה של גישה כזאת במשטר דימוקרטי בוודאי שאיננה לכאורית גרידא.

4 ראה 136 O. Kirchheimer, *Political Justice* (Princeton, 1961).

5 ראה ר' גביוון, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 145, 151.

להרחיב את הדיבור על כך שסיטואציה זו של גיצול השיטה הדימוקרטית לשם מיגורה כלל וכלל אינה דמוקרטית, וכבר היו דברים מעולם.⁵

5. הגם שבדימוקרטיה מובהקות כצדפת⁶ וכאנגליה⁷ אין מנגנונים מוסדרים להגנת המשטר הדימוקרטי מניצול זכות המועמדות כדי לפגוע בו, הרי גראה כי מבחינה עקרונית ואף מעין-מושגית אין אפשרות להצדיק זכות מועמדות מוחלטת.

העיקרון הדימוקרטי, הקובע כי הכרעות מדיניות צריכות להתקבל בדעת-רוב, הוא עצמו איננו שואב את תוקפו מהכרעת הרוב. אם הצדקתה של זכות המועמדות נעוצה בכך שהיא מאפשרת את ההליך הדימוקרטי, הרי אין לעצב אותה כך שהיא תאפשר את ביטול ההליך הדימוקרטי, שכן עיצוב כזה של הזכות יטול ממנה את עצם הצדקתה ויוביל למצב פרדוקסלי⁸. גראה לי, כי למרות הפלורליזם שהוא ללא ספק יסוד מרכזי של השיטה הדימוקרטית, הרי על שיטה זו עצמה לקבל מעמד של מושכל-יסוד (או "אקסיומה") לא במובן של חוסר-אפשרות לבסס את רציונה אלא במובן של אי-אפשרות ביטולה, אף לא מכוח הכרעת רוב. מכאן נובע, כי דווקא הגבלתה של זכות המועמדות ולא מוחלטותה היא חיונית מן הבחינה העקרונית למשטר דימוקרטי⁹.

6. לדעתי, ההגבלות החיוניות לשמירת ההליך הדימוקרטי אינן מצטמצמות רק להגבלות שמטרתן מניעת ביטול בחירות חופשיות. כדי שיהיה ערך של ממש להליך זה, יש הכרח במידה מסוימת של חופש ביטוי ותצמולה פוליטיים וחופש מידע, שתאפשר למצביעים להפעיל את כוחם בדרך מושכלת, מתוך הכרת ההשקפות המתמודדות ועובדות-הרקע הרלבנטיות. לכן יש למנוע אף אפשרות של ביטול או צמצום מופרז של חירויות אלה.

7. דרישה זאת, עם כל חיוניותה, מוסיפה עמימות הקיימת בלאו הכי בהגדרת הדימוקרטיה (אף במובנה הצר), ודומה כי מידה מסוימת של עמימות תיוותר אף לאחר הגדרה פרטנית של מרכיביה החיוניים, שעליהם יש להגן באמצעות הגבלת זכות המועמדות.

6 ראה O. Kirchheimer *supra* note 4, at p. 137; ד' מק'סמית, מופוליני (עם עובד, תשמ"ה) בעיקר 74 ואילך; ק' ד' בראכר, הדיקטטורה הגרמנית (עם עובד, תשמ"ו) בעיקר 246 ואילך.

7 M. Duverger, *The French Political System* (Chicago, 1974) 18. אולם קיימת כנראה הגבלה שלפיה אין להקים סיעות להגנת אינטרסים פרטיקולריים, כגון של מגדלי סלך או יצרני יין (ראה שם, 21–22).

8 De Smith, *Constitutional and Administrative Law* (Great Britain, 5th ed., 1985) 262. יצוין כי באנגליה מוסמך בית-הגבחרים להדיח חבר מכל טעם שהוא, והחלטה זו איננה נתונה לכל ביקורת חיצונית; אולם כיום השימוש בסמכות זו הוא נדיר ולעולם אין הוא נעשה מטעמים שבהשקפות הפוליטיות של החבר (*ibid.*, 394).

9 ראה O. Kirchheimer *supra* note 4, at p. 136.

10 בדברים אלה משלעצמם אין משום ביקורת על השקפת רוב השופטים בע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), כי בהעדר הסמכה מפורשת בחוק אין סמכות למנוע השתתפות בבחירות לכנסת של רשימה המסכנת את אופייה הדימוקרטי של המדינה. דומה כי הנמקתם של לפחות שלושה מן השופטים (בן-פורת, אלון ובייסקי) התבססה על עקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי (לעיקרון זה על שלושת מובניו – הפורמלי, המוסדי והמהותי – ראה י' זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט (גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי-הדיון) 61) ולא על עקרונות הדימוקרטיה. בהחלט ניתן לתאר משטר שבו עקרון שלטון החוק שורר במובנו הפורמלי (אך לא המוסדי או המהותי) ואשר איננו משטר דימוקרטי.

על-כל-פנים, הקו המנחה בהגדרה זאת צריך להיות צמצום מירבי, זאת כדי שלא יתגשם הסיכון, מפניו הזהיר הנשיא שמגר,

לפיו מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה ייהפכו עקרונותיה לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות.¹¹

יש אם כן להבחין בין הפלורליזם האקטואלי, אשר מן הראוי להרחיבו ככל האפשר, לבין הפלורליזם העתידי, אשר אותו יש להבטיח על-ידי הגבלות מצומצמות ככל האפשר על הפלורליזם (ולענייננו זכות המועמדות) האקטואלי.

7. גוסף על ההגבלה ה"פנימית" על זכות המועמדות, אשר הצדקתה זהה להצדקת זכות המועמדות עצמה, עומדת האפשרות להגבילה גם מטעמים החיצוניים לשיטה הדימוקרטית במובנה הפורמלי, והנעוצים במושכלות-יסוד אשר אף את חלותם אין רואים כנובעת מהכרעת רוב. הגבלה כזאת, להבדיל מהגבלה הבאה להגן על השיטה הדימוקרטית (במובנה המצומצם), מהווה על-פניה חריגה משיטה זאת. כפי שיובהר בהמשך¹², הכוונה לאותם מושכלות-יסוד שהם ממהות מדינת ישראל ומהגדרתה. אף אם אין הם כלולים בדימוקרטיה הפורמלית ולכן עיצובה של זכות המועמדות בכפיפות להם לא יהיה תולדה של ערכי הדימוקרטיה הפורמלית עצמם, הרי שיש לעצב כך את הזכות מטעם אחר, והוא היותם של מושכלות-יסוד אלה ממהות מדינת ישראל אשר זכות המועמדות נועדה לשרת אותה.

8. למרות היותה של הגבלת זכות המועמדות לגיטימית בשיטה דימוקרטית, בין כביטוי לרצון לשמור על הדימוקרטיה עצמה ובין כביטוי לרצון לשמור על מושכלות-יסוד אחרים, הרי אפשר כי "טעמים מסדר שני", דהיינו: חששות מפני שימוש-לרעה — שימוש מוגזם או שימוש מפלה — בסמכויות אשר מן הבחינה העקרונית קיומן מוצדק, יצדיקו את אי-הגבלתה¹³, ובפועל היא תעוצב כזכות מוחלטת (או ליתר דיוק: כזכות שאינה מוגבלת מטעמים מהותיים, הקשורים בפעילות הפוליטית הקונקרטית של המועמדים). כאמור, קיים סיכון כי ההגבלות, הן כפי שינוסחו בחוק ובעיקר כפי שיישמו בפועל, יהיו מעל לגדרש או ייושמו בשרירות, ובכך תיפגע הדימוקרטיה, ולכן אפשר כי במדינות שבהן הסיכוי שזכות מועמדות מוחלטת תנוצל לפגיעה בדימוקרטיה או במושכלות-יסוד אחרים של המדינה הוא זנית, יועדף שלא לפתוח פתח העשוי להיות מנוצל לפגיעה בדימוקרטיה במקום להגנה עליה.

שיקול זה נראה לי כנכבד ביותר, ולא מן הנמנע כי קיימות מדינות שבהן אכן ראוי כי יכריע הוא את הכף¹⁴. לדעתי, ישראל איננה נמנית עם מדינות אלה. איני סבור כי עצם קיומה של מדינת ישראל ואופייה הדימוקרטי הם בעלי עיגון כה חזק בלבבות כל אזרחי המדינה¹⁵, עד כי מוטב שזכות המועמדות תושאר זכות מוחלטת. לדעתי,

11 ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 277 בין האותיות א—ב.

12 ראה להלן, פרקים ג—ד.

13 ראה ר' גביתון (לעיל, הערה 5), 152.

14 אף כי לנוכח חשיבות העניין יש מקום לבקוט זהירות רבה בטרם הגעה למסקנה, כי הסיכוי שלזכות מועמדות מוחלטת לא יהיו השלכות שליליות הוא זנית.

15 השווה א' ברק, שיקול דעת שישיטי (ספירוס, תשמ"ז) 275.

עצם קיומן של תנועות פוליטיות שאינן קיוניות-בעליל, אשר פעלו או הפועלות כנגד ערכים אלה, הוא טעם המצדיק הבטחתם על-ידי הגבלה נאותה של זכות המועמדות. גם אם המבחנים להגבלה יהיו מבחנים של הסתברות הגשמת הסכנה של מיגור ערכים אלה, ואף אם ההסתברות שתידרש תהיה גבוהה ביותר – הרי מן הרגע שמתקיימות תנועות הדוגלות בכך, יש לספק כלים אשר יאפשרו אמידת ההסתברות ושליטת זכות המועמדות אם הענקתה לתנועות אלה תגרור את קיומה של מידת ההסתברות הנדרשת. בודאי ראוי הוא לעצב את ההגבלות על זכות המועמדות, הן מבחינת תוכן והן מבחינת הפרוצדורה להפעלתן, בדרך שתצמצם ככל הגיתן את האפשרות לנצל לרעה; אולם נראה לי, כי בישראל הטעמים מסדר שני התומכים באי-הגבלה נסוגים מפני הצורך להבטיח את מושכלות-היסוד של המדינה, ובכלל זה עצם קיומה ואופייה הדימוקרטי. עם זאת, אפשר שטעמים מסדר שני ישפיעו על עיצובן הקונקרטי של ההגבלות על זכות המועמדות, באופן שבמקרים המתאימים ייסוגו שיקולים עקרוניים-תיאורטיים מפני שיקולים בעלי אופי מעשי המתחשבים בנתונים החברתיים והפוליטיים האקטואליים, ולא רק בתיאוריה הערטילאית.¹⁶

ג. מטרותיה של זכות המועמדות

9. כאמור, כדי שלא להגיע למצב פרדוקסלי, יש להגביל את זכות המועמדות באופן שימנע את ניצולה במגמה לערער אותה-עצמה.

מובן כי מסקנה זו איננה ממצה את הדיון. נותרו שתי בעיות מרכזיות: האחת – האם קיימים ערכים נוספים אשר מן הראוי להעניק להם מעמד של מושכלות-יסוד שלהם תוכנן זכות המועמדות; והאחרת – מהם הדרכים, המבחנים ואמות-המידה אשר בעזרתם יש לעצב את זכות המועמדות כדי להגן עליה עצמה ועל מושכלות-היסוד הנוספים.

דעתי היא, כי כדי לדון בבעיות אלה, יש תחילה לתת את הדעת לרציונלים ולמטרות העומדים מאחורי זכות המועמדות. אפשר כי התעיייה הניכרת בחלקים מן הפסיקה, כתבי המלומדים ואף הדיונים שנערכו בכנסת בהצבעה על הוספת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת¹⁷, מקורה במידה רבה בכך שהדיון החל הישר מבחינת שתי הבעיות האמורות (ולעתים קרובות אף לא דנו בשתייהן או לא הבחינו ביניהן), מבלי להקדים לכך בחינה מודעת, מושגית וערכית, של זכות המועמדות עצמה, הגם שתוצאת הדיון ואף מטרתו המוצהרת היתה עיצובה של זכות זאת.

אנסה עתה לבחון מהו הרציונל ומהן המטרות אשר ניתן לייחס לזכות המועמדות.

10. זכות המועמדות היא זכות פוליטית כמובנה המצומצם, להבדיל מזכויות פוליטיות במובן הרחב, כגון חופש-הביטוי והזכויות הקשורות בו. מעצם טיבה היא קשורה ותלויה במדינה ובמשטר מסוימים, ומשמעותה היא האפשרות לעמוד לבחירה לרשויות השלטון של אותה המדינה. על דרך השלילה ניתן לומר כי זכות המועמדות איננה בגדר זכות

16 ראה להלן, פסקה 29.

17 ד"כ התשמ"ח, 2380 ואילך (קריאה ראשונה), 3898 ואילך (קריאה שנייה ושלישית).

"טבעית", במובן זה שאין היא נתונה לאדם בתור שכזה אלא לאדם כאזרח המדינה ומהווה היא יסוד להליך איוש שלטונה. בהעדר מדינה, אין כל טעם או משמעות לדבר על זכות המועמדות, להבדיל מזכויות בסיסיות אחרות, אשר הצדקתן איננה מבוססת על קיום המדינה, אלא נתונות הן לאדם מבחינת הצדקתן (להבדיל מן המישור האמפירי)¹⁸, מעצם היותו כזה.

יתירה מזאת: בעיקרה אין זכות המועמדות מוענקת כדי לשרת את האוטונומיה, ההגשמה העצמית והאושר האישי של הפרט החפץ להיות מועמד להשתתף ברשויות השלטון, אלא כדי לקדם את ענייניהם של ציבור האזרחים ושל המדינה בכללותה¹⁹. ראיה לכך ניתן למצוא, בין השאר, בכך שהזכות מוגבלת תמיד לאזרחי המדינה (ובבריטניה קיימת אף דרישה של מגורים בתחומיה)²⁰, וזאת על-פי ההשקפה שרק אזרחי המדינה, החבים לה חובת נאמנות, ראויים להתחרות על שלטונה, וקיימת אף הגבלת גיל. הגבלה אחרונה זו, שלא כמו ההגבלות על הכשרות המשפטיות שמתחום המשפט הפרטי²¹, או הגבלות על זכויות "טבעיות" כתופש הביטוי במקום שבו מוטלות הן על קטינים, כמובן אין מקורה בגישה פטרנליסטית הדואגת לשלום הקטין שמא ייגרמו לו נזקים, מטריאליים או חינוכיים, אלא היא נעוצה בהשקפה שלא יהיה זה לתועלת השלטון ולכבודו אם יטלו בו חלק אזרחים הנעדרים בגרות פיסית ומנטלית מינימלית. אמנם, אפשר כי זכות המועמדות מוענקת גם כדי להועיל לאזרחם האישי של האזרחים החפצים להתחרות על ההשתתפות בשלטון, ואולם לדעתי זוהי מטרה משנית הכפופה למטרתה הדומיננטית של זכות המועמדות, שהיא קידום ענייני המדינה.²² 11. ההקבלה המקובלת²³ בין זכות המועמדות לבין חופש הביטוי וחירויות אדם אחרות הקשורות בו נראית לי כמוטעית. אכן, בין המטרות אשר חופש הביטוי בא לשרת²⁴ כלולות גם מטרות בעלות אופי ציבורי מובהק כקידום ההליך הדימוקרטי, גילוי האמת והשגת איזון בין יציבות ובין שינוי בחברה. אולם לחופש הביטוי הצדקה נוספת, שהיא הדומיננטית²⁵ והנעוצה בשאיפה להבטיח לאדם באשר הוא אדם (ולא באשר הוא חבר בחברה) את אושרו וכבודו כיצור אנושי חושב ויוצר²⁶. עקרון חופש-

18 M. Macdonald, "Natural Rights", in: *Theories of Rights* (Oxford, J. Waldron ed., 1984) 21, 23.

19 השווה לסעיף 189 להצעת חוקה למדינת ישראל, אשר חוברה על-ידי מרצים מאוניברסיטת תל-אביב הקובע:

תפקיד המפלגות הוא לבטא את שאיפות הציבור ולחתור להגשמתן המדינית... וכן לפירוש שבסעיף 1.1. לחוק המפלגות הפוליטיות של מערב-גרמניה – סעיף שכותרתו "המעמד החוקתי והתפקידים של המפלגות", המופיע בתרגום לאנגלית בקובץ: *The Law on Political Parties* (Bonn, 1978) 14.

20 ראה Representation of the People Act, 1933, s. 5.

21 המעוגנות בעיקר בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962.

22 ראה ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 245.

23 לסקירת מטרות אלה ראה בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', ס"ד מא(3) 270, 255 ואילך.

24 ראה T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment* (New York, 1966) 4.

25 *ibid.*, 5.

הביטוי חל גם כשלביטוי אין כל פוטנציאל של קידום ההליך הדימוקרטי (דוגמא לכך הם מגוון הביטויים האמנותיים והמדעיים הנעדרים כל זיקה לפוליטיקה), גם כשמעצם טבעו אין הוא יכול ואין הוא מכוון להביא שום תועלת בגילוי האמת, וגם כשאין לו כל פוטנציאל של סיוע בשמירת המרקם החברתי. חופש הביטוי נתון גם לגרפומנים המובהקים ביותר. בעצם העובדה שלביטוי אין כל ערך לציבור או למדינה ואף אין לו כל יומרה להיות בעל ערך כזה, אין כדי לגרוע מן הצידוק לאפשרו. היותו של האדם יצור חושב, השואב סיפוק מכך שהוא מביע את עצמו, מהווה כשלעצמה הצדקה מספיקה לחופש הביטוי.

זהו אף הסעם לכך שעקרון חופש הביטוי חל גם על ביטויים המנוגדים בתכלית למושכלות היסוד של המדינה. מכיוון שעקרון חופש הביטוי אינו מוצדק רק או בעיקר על-ידי השאיפה לקדם את ענייניה של המדינה, הרי בעצם העובדה שביטוי מסוים אינו עולה בקנה אחד עמם או אף שהשמעתו עשויה להעמידם בסכנה אין כדי להוציאו מתחולת העיקרון. אכן, חופש הביטוי אינו מוחלט ויש שהוא נשלל, אולם, כמקובל, שלילתו צריכה להיעשות רק לאחר שנשקלו זה כנגד זה עניין הפרט (והציבור) בביטוי, לעומת העניין הציבורי (ולעתים גם הפרטי)²⁶ במניעתו, ונמצא כי האחרון גובר על הראשון.

12. שונה המצב באשר לזכות המועמדות. הצדקתה הדומיננטית של זו אינה געוזה בסיפוק האישי שהענקתה גורמת למועמדים, אלא מיועדת היא לקידום ענייני המדינה. אכן, בשיטה דימוקרטית ופולרליסטית קשת העמדות הראויות להתחרות על השלטון במדינה היא רחבה ומגוונת ביותר. אולם העיקרון הוא, כי ההשתתפות בתחרות צריכה להיות מוגבלת לאזרחי המדינה הרואים לנגד עיניהם את טובתה. מטרת ההליך הדימוקרטי היא לקדם את טובת המדינה ולא לפגוע בה.²⁷

הפרופ' גביון²⁸ עמדה על כך, כי בעוד שהעובדה שלעמדות מסוימות נתון חופש הביטוי אינה מעניקה להן הכשר ציבורי, הרי הכשר עשוי להיווצר אם לרשימות הדוגלות בהן תוענק זכות המועמדות. לדעתי, הדבר גובע מכך שהציבור, אינטואיטיבית, רואה במתן האפשרות להתמודד בבחירות לכנסת כהכרה בכך שההשקפות המתמודדות נכנסות למתחם ההשקפות אשר במסגרתו אמור לפעול בית-הגבחרים, בעוד שאין הוא רואה במתן חופש הביטוי גרידא, ללא האפשרות להתמודד על השלטון, כמרמו על לגיטימיות כלשהי של ההשקפות שלהן הוא ניתן.

כאמור, השיטה הדימוקרטית רואה השקפות רבות כלגיטימיות, אך בוודאי אין היא רואה ככזו השקפה אנטי-דימוקרטית. מלבד הדימוקרטיה הפורמלית אפשר שיוכרו מושכלות יסוד נוספים שבהם רואים כחלק מהגדרת המדינה ומהותה. אפשר כי מנקודת-ראות דימוקרטית ראוי למעט ככל האפשר בהכרה במושכלות יסוד כאלה ולהרחיב

26 עניין זה מעוגן בישראל בעיקר בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

27 עם כל ההבדלים, יש טעם מסוים בהשוואה למפלגות או להתאגדויות אידיאולוגיות. לדוגמא: כשם שסביר כי האגודה לזכויות האזרח לא תהיה מוכנה לכך שאדם המתנגד למתן זכויות לאזרחים יתחרה על הנגה, הגם שבעיקרון נתון לאדם כזה חופש הביטוי, כך סביר כי המדינה לא תעניק את זכות המועמדות לרשימות השוללות את קיומה או מושכלות יסוד המהווים חלק ממהותה.

28 ראה ר' גביון (לעיל, הערה 5), 169-170.

ככל האפשר את קשת ההשקפות אשר ההכרעה ביניהן נתונה בידי הרוב. אולם, מן הרגע שעיקרון מסוים הוכר כמושכל-ייסודי המהווה חלק ממחוק המדינה והגדרתה, על זכות המועמדות להיות מעוצבת גם בכפיפות לעיקרון זה. זכות המועמדות מיועדת לקדם את ענייניו של הארגון – ולעניינו, המדינה – אשר במסגרתו היא קיימת ולא לפגוע בהם, ועל המחוקק ובתי-המשפט, בבואם לעצבה, לתת על כך את דעתם.

ד. עיצוב זכות המועמדות – מושכלות-ייסוד

1. כללי

13. מסקנת פרק ב היתה, כי אף מבחינה מושגית גרידא אין לעצב את זכות המועמדות כזכות מוחלטת ויש להגבילה באופן שימנע את השימוש בה למיגור עצמה (בתוספת מכלול הזכויות המעניקות לה משמעות והכלולות בדימוקרטיה "הפורמלית"). מסקנת פרק ג היתה, כי מן הראוי לכפוף את זכות המועמדות לערכים המהווים מושכלות-ייסוד של המדינה ואשר צירופם מהווה את מהותה.

בפרק זה אדון בשאלה מהם מושכלות-הייסוד של מדינת ישראל אשר זכות המועמדות צריכה להיות כפופה להם. שאלה זאת בוודאי איננה שאלה משפטית טהורה וספק אם ניתן לענות עליה תשובה "מדעית" כלשהי. עם זאת, הקו המנחה בהגדרה לא צריך להיות ערכי – אילו ערכים ועקרונות ראויים לשמש רכיבים בהגדרת מדינת ישראל – אלא אובייקטיבי ו"התבוננותי", דהיינו: אילו ערכים ועקרונות מהווים בפועל חלק ממהות המדינה.

הערכים והעקרונות שבהם יש להכיר כמושכלות-ייסוד לצורך עיצובה של זכות המועמדות צריכים להיות כאלה שמשמעות מיגור כל אחד מהם תהיה – בעיני המתבונן הניטרלי – אקביבלנטית למיגור מדינת ישראל ושחתיירה כנגד כל אחד מהם תהיה אקביבלנטית לחתיירה כנגד עצם קיומה של מדינת ישראל.

המקור העיקרי שממנו אפשר לשאוב את מושכלות-הייסוד של מדינת ישראל הוא הכרזת העצמאות, אשר דומה כי גם כיום יש בה כדי לבטא את "האני-מאמין" הבסיסי של המדינה²⁹. מובן שאין לראות בכל האמור בהכרזה כחלק חיוני להגדרת מדינת ישראל, ואולם דומה כי לעקרונות הבסיסיים המעוגנים בה אכן נתון מעמד זה.

14. גראה לי כי מהותה של מדינת ישראל³⁰, שאותה זכות המועמדות באה לשרת, ניתנת להגדרה כצירוף של ארבעה יסודות, והם: שטח גיאוגרפי, זיקה לעם היהודי, דימוקרטיה פורמלית וזכויות-אדם בסיסיות (דימוקרטיה מהותית). בין יסודות אלה לא קיים דירוג אנכי, אלא בכל אחד מהם יש לראות כרכיב הכרחי של מדינת ישראל. מאחר שכמעט כל אחד מהם עשוי להתנגש עם כל אחד מן האחרים, מן הראוי להגדיר

29 השווה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה שלישית, תשמ"א) 23, 30.

30 להגדרה המדעית והמשפטית של "מדינה" ראה ב' אקצין, תורת המשפטים (אקדמון, מהדורה שנייה, תשכ"ח) א' 100. כאן אין ענייני בהגדרה המופשטת של המושג "מדינה", אלא במאפייניה של מדינת ישראל שאותם ניתן לראות כחלק מעצם מהותה.

כל אחד מהם במירב הצמצום — צמצום הנובע, כאמור, גם מנקודת-המוצא הבסיסית, שלפיה מטרת ההגדרה איננה להטות את מכלול הערכים אשר מן הראוי לקדם במסגרת המדינה, אלא להצביע על הערכים שהם עצמם מהווים רכיבים חיוניים של מדינת ישראל. נקודת-מוצא זו משמעותה היא, שבבחינה הקונקרטית אם פעילותה של רשימה פלוגית מנוגדת לאחד ממושכלות-היסוד יש לזכור כי המטרה היא לבחון אם פעילות זאת מתנגדת לעצם קיומה של מדינת ישראל. מושכלות-היסוד אינם תחליף למושג מדינת ישראל, אלא הם כלי-עזר הבאים ליצוק תוכן למושג א-מורפי זה — כלים שאין לנתק ממסרתם, אלא יש להשתמש בהם לאורה ובכפיפות לה. אדון עתה במושכלות-היסוד המוצעים.

2. שטח גיאוגרפי

15. בתנאיה של מדינת ישראל דומה, כי אין זה ראוי ואף אין זה אפשרי לכלול בין מושכלות-היסוד של המדינה שטח פיזי מוגדר או גבולות מסוימים כלשהם. על-אף שישנם אזורים בישראל אשר אפשר כי הפרדתם ממדינת ישראל תביא לשינוי בעצם מהותה, הרי שכיום המצב הוא כה עמום וכה שנוי במחלוקת עד שאין כל טעם לכל התחייבות קונקרטית בעניין זה, ובוודאי שלא להתחייבות אשר תקבל מעמד של מושכל-יסוד המהווה חלק מהגדרת המדינה שזכות המועמדות כפופה לה. אפשר גם שייטען, כי אין לראות כחלק מרכיביה החיוניים של מדינת ישראל שטח המצוי בארץ-ישראל דווקא, אף כי נראה לי כי ממהות מדינת ישראל היא ריבונותה על שטחים שבתחומי ארץ-ישראל³¹.

על-כל-פנים, בוודאי שיש לראות בעמדה הדוגלת בשלילת ריבונותה של מדינת ישראל על טריטוריה כלשהי כשוללת את קיום המדינה, שכן לפי התפישה המקובלת נוקטת מדינה לטריטוריה³² ואין ספק כי חלק ממהות מדינת ישראל הוא ריבונותה הטריטוריאלית. "מדינת ישראל" ללא טריטוריה שבריבונותה בוודאי איננה מדינת ישראל.

3. זיקה לעם היהודי

16. נראה לי, ואני מודע להשלכות הבלתי-קלות שיש לכך על תחושת אזרחיה הלא-יהודיים של ישראל ועל עצם אופייה הדימוקרטית, כי למדינת ישראל, מעצם מהותה, חייבת להיות זיקה מסוימת לעם היהודי. ביטול כל זיקה לעם היהודי, בתור שכזה, משמעותו היא — לדעתי — מהפכה בעצם מהות המדינה, אשר הוגדרה בהכרזת העצמאות כ"מדינה יהודית".

היותה של מדינת ישראל מדינת העם היהודי איננה מבוססת על הכרעת רוב, ולכן אין היא צריכה להרשות כי הכרעת רוב תוכל להסלה בתור שכזאת. מובן כי אם תיווצר

31 ראה הניסוח בהכרזת העצמאות: "אנו מכריזים בזאת על מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל" (ההדגשה שלי — א' ב').

32 ראה ב' אקצין (לעיל, הערה 30), 52.

סיטואציה שבה רוב ניכר של אזרחי המדינה לא יחפצו עוד בקיום אפיון זה למדינה, הרי יש להגות כי הוא אכן יחוסל; אולם לא נראה לי כי מדינת ישראל, בדמותה כיום, צריכה לספק כלים שיאפשרו מהפך כה דרסטי בעצם מהותה — מהפך השקול לחיסולה כמדינת ישראל.

17. "הזיקה היהודית", המהווה — לדעתי — חלק אינטגרלי ממהות מדינת ישראל, היא "זיקת מקלט". היא מתבטאת בשניים (אשר מתוכם הראשון נראה לי כהכרחי ואילו השני אפשר שיחייב הרהור נוסף) המבטאים את ייעודה וטעם הקמתה של מדינת ישראל כמקלט ליהודים באשר הם משתייכים לעם היהודי:

(א) מתן העדפה ליהודים באפשרות להתיישב במדינה, כאשר העיקרון הוא כי כל יהודי, בהעדר פגם אישי מיוחד (כגון עבר פלילי וכיו"ב) זכאי לשבת בה, כאמור בסעיף 1 לחוק השבות, תשי"א—1950: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה". ואולם אין אני סבור כי כל ההסדרים הקיימים כיום, כגון הזכות האוטומטית לקבלת אזרחות³³ מהווים חלק הכרחי ממהותה של מדינת ישראל.

(ב) מידה כלשהי של עניין ביהודים שאינם אזרחי ישראל או תושביה. אני נוטה לחשוב, כי חלק ממהותה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי מתבטא בכך שהשלטון דואג, במידה זאת או אחרת, גם לאינטרסים של יהודים שאינם ישראלים, אם אלה נפגעים בקשר ליהדותם.

אין ספק, כי כיום מתאפיינת זיקתה היהודית של מדינת ישראל בנורמות ובנהגים רבים אחרים, כגון המעמד הנתון למועדי ישראל³⁴, ללשון העברית³⁵ ולהמנון "התקווה"³⁶; ואולם נראה לי, כי אין הם ממהות מדינת ישראל במובן זה שאין לראות בשלילתם כשוות-ערך לשלילת עצם קיום המדינה.

4. דימוקרטיה פורמלית

18. כאמור, דומה כי אין אפשרות להצדיק מבחינה עקרונית (להבדיל, אולי, מהצדקה מסדר שני) גישה המצדדת בעיצוב זכות המועמדות באופן שיאפשר את ביטולה-היא עצמה (ועמה הזכויות המעניקות לה ממשות, הכלולות בדימוקרטיה הפורמלית). ואולם החשוב לענייננו הוא, שמדינת ישראל שבה אין מתקיימות בחירות סדירות, כלליות וחופשיות ושבה אין נהגת זכות מועמדות רחבה, איננה מדינת ישראל כמהותה כיום ואין זכות המועמדות צריכה לשמש אמצעי לחתירה כנגד מהותה הדימוקרטית הבסיסית של המדינה.

5. זכויות-אדם בסיסיות (דימוקרטיה מהותית)

19. מעבר לזכויות הקשורות בדימוקרטיה במובנה הצר (ובמסגרתן אני כולל גם מידה

33 המעוגנים בחוק האזרחות, תשי"ב—1952.

34 ראה פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948, סעיף 1א; חוק שעות העבודה והמנוחה, תשי"א—1951.

35 ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 29), 75.

36 ראה שם, III.

מסוימת של חירויות ביטוי ומידע), ספק עד כמה ניתן לראות זכויות נוספות כחלק ממהותה של מדינת ישראל כפי שהיא כיום.

עם זאת, שלילה כוללת של אופייה הדימוקרטי המהותי של המדינה, המתבטאת בהתנכרות בוטה לערכי השוויון וזכויות האדם והאזרח הבסיסיות שעליהן מיוסד המשטר³⁷, שקולה — לדעתי — לשלילת עצם קיומה של מדינת ישראל.

כך ניתן לומר, כי בדימוקרטיה על השלטון לפעול להגשמת טובתם של אזרחי המדינה, ולכן השקפה החותרת במוצהר להגשמת אינטרסים של מדינות זרות או אף של קבוצות מסוימות בלבד מתוך האוכלוסייה, כנגד או על-חשבון יתר האוכלוסייה, היא השקפה אנטי-דימוקרטית (במובן המהותי) ובתור שכזו היא השקפה העוונת את המדינה.

כמובן נראה לי, כי גם הזכות שלא להיות חשוף להסתה גזענית³⁸ — מבלי להיכנס בשלב זה להיקפה ולמשמעותה — צריכה להיחשב כמושכל-יסוד של המדינה, אשר לו יש לכפוף את זכות המועמדות. אכן ספק אם בפועל מעוגנת זכות זאת בלבות כל אזרחי המדינה, ואולם לדעתי, הכרח נורמטיבי הוא כי מדינה אשר הולדתה קשורה קשר כה אמיץ באסונות הכבדים שמשטרים גזעניים הסבו, לא תהיה מוכנה לראות בפעילות של הסתה גזענית כנכנסת לגדר המטרות אשר לשמן קיים בית-הנבחרים שלה. אמנם זכות זו מהווה רק פן אחד מבין רבים של הדימוקרטיה המהותית, ואולם הדגשתי אותה נובעת מכך שבעוד שדגילה בביטול או בהשעיה של זכויות בסיסיות אחרות, במיוחד בתנאים הבטחוניים המיוחדים של מדינת ישראל, לא תיחשב תמיד כמבטאת עוינות עקרונית למשטרה הדימוקרטית, הרי שפעילות של הסתה לגזענות תהווה לעתים קרובות סממן מובהק לעוינות כזאת, אשר משמעותה — לדעתי — עוינות למדינה עצמה.

כמובן עדיין עומדת האפשרות שרשימה תיראה כמתנכרת לאופייה הדימוקרטי המהותי של מדינת ישראל אף אם לא תסית לגזענות, וזאת אם השקפותיה יגלו עוינות עקרונית למכלול ערכי השוויון וזכויות-האדם בישראל (להבדיל מדגילה בהגבלות אלה או אחרות על זכויות מסוימות מטעמים כנים של ביטחון או טעמים לגיטימיים אחרים).

20. יצוין, כי אף את זיקתה היהודית של מדינת ישראל ניתן לראות כפן של הרעיון הדימוקרטי בהיבטו המהותי, וזאת בהקשר האוניברסלי: הקמת מדינת ישראל כמדינת העם היהודי הוצדקה במידה רבה על-ידי העמדה שלפיה גם לעם היהודי מגיעה, כלכל עם, מדינה משלו. הגם שרעיון בעל אופי דימוקרטי זה של זכותם של לאומים למסגרות לאומיות עצמאיות עומד במישור אחר מן העקרונות הדימוקרטיים הפנימיים שעליהם משטר המדינה מבוסס, הרי שעדיין ניתן לומר כי השקפה שמשמעותה היא שלילת זכותו של העם היהודי לעצמאות מדינית היא, במובן מסוים, השקפה בלתי-דימוקרטית.

37 השווה לניסוח בהכרזת העצמאות:

מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום... תקיים שיוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות...

38 ראה (1987) 8 *Cardozo L. Rev.* 445, 447. D. Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism"

ה. עיצוב זכות המועמדות – דרכי השמירה על מושכלות-היסוד

1. כללי

21. לאחר איתור מושכלות-היסוד של המדינה והגדרתם יש לעצב את זכות המועמדות באופן שיבטיח את התיישבותה עמם. השאלה העולה היא, מהו טיב התנגשות בין רשימה לבין מושכלות-היסוד של המדינה ומידתה הנדרשים כדי שמן הרשימה תישלל זכות המועמדות.

נראה לי, כי ניתן לסווג את המבחנים האפשריים לשני אבות-טיפוס:

(א) מבחנים הסתברותיים, שלפיהם יש לבחון מהי רמת ההסתברות שהענקת זכות המועמדות תביא לפגיעה במושכלות-היסוד של המדינה (או לתוצאת-ביניים כהכשר ציבורי להשקפות המצדדות בפגיעה במושכלות-היסוד אלה). לפי מבחנים אלה, תישלל זכות המועמדות במקום שבו הענקתה תגרור מידה מוגדרת של הסתברות לפגיעה כג"ל. (ב) מבחנים תוכניים, המתמקדים בהשקפות הרשימה ובפעולותיה: לפי מבחנים אלה, תישלל זכות המועמדות מרשימה אשר השקפותיה או פעולותיה מתנגדות למושכלות-היסוד של המדינה.

ייתכנו גם שילובים שונים של שני אבות-הטיפוס, כגון מבחן שעל-פיו תישלל זכות המועמדות אם מתקיימת הסתברות לפגיעה במושכלות-היסוד או אם הרשימה פועלת באלימות או מפרה את החוק בדרך אחרת, אף אם לא מתקיימת רמה ממשית של הסתברות לפגיעה כזאת.

יצוין כי התיחום שבין שני אבות-הטיפוס האמורים איננו חד. כך, גם בעיצוב המבחנים ההסתברותיים מקובל להתחשב בתוכן השקפותיה של הרשימה, במובן זה שאם השקפותיה לגיטימיות על-פניהן, לא ייבדק האם השתתפותה בבחירות תביא לפגיעה במדינה (כגון כתוצאה מחוסר-כשרונם של מנהיגיה או כתוצאה ממהומות שיחוללו מתנגדיה). לעומת זאת, אפשר שתידרש מידה פחותה של "פגם תוכני" בפעולות הרשימה כדי שזו תיפסל אם קיימת הסתברות של ממש שפעולותיה יביאו לפגיעה במדינה³⁰.

ואולם עדיין יש הצדקה להבחנה בין שני אבות-הטיפוס, הן בשל ההשקפות השונות העומדות מאחורי כל אחד מהם, והן בשל ההבדלים בעלי המשקל העשויים להיווצר בין השלכותיהם המעשיות.

בפרק זה אדון בשני אבות-הטיפוס של המבחנים ואתייחס לסוגים שונים של מבחנים האפשריים במסגרת כל אבי-טיפוס.

2. מבחנים הסתברותיים

22. בהנחה כי אכן מן הראוי להגביל את זכות המועמדות כדי להבטיח את מושכלות-היסוד של המדינה וכי על הגבלות אלה להיות מינימליות ככל האפשר, כך שההגנה על מושכלות-היסוד לא תגרור פגיעה מיותרת בפלורליזם וברוח הדימוקרטיה החופשית והפתוחה – הרי המבחן המתבקש על-פני הדברים הוא מבחן הסתברותי: מבחן כזה

30 ראה גם להלן, פסקה 32.

קושר באופן הדוק בין הערכים שעליהם יש עניין להגן – מושכלות-היסוד של המדינה – לבין הגבלת זכות המועמדות שהיא אמצעי ההגנה.

23. מייצגה העקיב של הגישה ההסתברותית בהגנה על ערכי-היסוד של מדינת ישראל, אשר תמך ביישום גישה זאת אף בענייננו, הוא השופט ברק. ואלה דבריו:

אין בית המשפט רשאי להתחשב, אך בעיקרון, לפיו אופיה של המדינה הוא דמוקרטי, שכן בכך הוא יתעלם מהעיקרון החשוב והיסודי של חופש הבחירה וההיבחרות. אך בדומה, אין... להתחשב בעיקרון של חופש הבחירה וההיבחרות תוך התעלמות ממסגרת המשטר והמשפט, בה מופעלת זכות זו, שהיא המשטר הדמוקרטי שלנו.⁴⁰

ואשר-על-כן יש לאזן בין עקרונות אלה על-ידי שקילתם ושימוש במבחן הסתברותי ההולם את משקלם היחסי.

על איוון כזה להיעשות לא רק כאשר מול זכות המועמדות עומד משטרה הדימוקרטי של המדינה. אליבא דשופט ברק,

אין מנוס... (גם) מחיפוש אחר איוון ראוי בין הערכים המתחרים בדבר קיום המדינה מזה וחופש הביטוי והבחירה מזה.⁴¹

המבחן ההסתברותי שהשופט ברק נקט הוא מבחן האפשרות הסבירה. לפי מבחן זה תיפסל רשימה מלהציג את מועמדותה בבחירות לכנסת רק אם אישור השתתפותה יגרור אפשרות סבירה שרעיונותיה – השוללים את קיום המדינה או את אופייה הדימוקרטי – ימומשו, דהיינו: כי מדינת ישראל תחוסל או כי יחוסל אופייה הדימוקרטי.⁴²

לפי מבחנו של השופט ברק, תתקיים אפשרות סבירה כנ"ל רק אם באמצעים שאינם שלילת זכות המועמדות – וביניהם דרכי חינוך, שכנוע והסברה ואמצעים שלטוניים חלופיים כדיני העונשין – אין כדי להקטין את הסיכון למושכלות-היסוד של המדינה.⁴³ מבין המבחנים ההסתברותיים המקובלים בעיצוב זכויות-היסוד⁴⁴, מבחן האפשרות הסבירה מסתפק במידה נמוכה למדי של אפשרות למימוש הסיכון. השופט ברק ציין שני נימוקים להעדפת מבחן זה:⁴⁵

(א) כאשר האינטרס המוגן הוא עצם קיום המדינה או אופייה הדימוקרטי, הנזק הוא כה גדול עד כי הוא מצדיק הסתפקות באפשרות סבירה לאירועו כדי שתישלל זכות המועמדות.

(ב) הליך גרימת הנזק כתוצאה מהענקת זכות המועמדות הוא בעל אופי מתמשך, ואין המדובר באירוע מוגדר. לכן, בדרך-כלל, אין אפשרות לקבוע מידה גבוהה ומדויקת

40 ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 314, בין האותיות ה-ו.

41 שם, 310, בין האותיות ג-ד.

42 שם, 305.

43 שם, 316–317.

44 לסקירת המבחנים השונים ראה פ' להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ו–תשל"ז) 375.

45 ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 311, בין האותיות ה-ו.

של הסתברות לגרימת הנזק (ככל שבכלל קביעה כזאת אפשרית, במשפט ובמדעי-החברה בכלל), ויש להסתפק במידה ממשית סבירה כי הסכנה תתממש. יושם אל לב, כי אף שמידת ההסתברות שנדרשה על-ידי השופט ברק איננה גבוהה במיוחד, הרי שכנראה הוא לא הסתפק בכך שתיגרם פגיעה מסוימת בתודעה הציבורית בדבר חשיבות מושכלות-היסוד של המדינה או אף בכך שתיגרם פגיעה חלקית במושכלות-היסוד עצמם. הסכנה צריכה להיות של מימוש הרעיונות השוללים את קיום המדינה או את אופייה הדימוקרטי. כלשון השופט ברק:

השאלה היא, אם קיימת אפשרות סבירה של הגשמת המצע.⁴⁶

על רקע זה ניתן להבין מדוע סבר השופט ברק בע"ב ניימן, כי אין לפסול את רשימת "כך" מלהשתתף בבחירות לכנסת. דומה שאכן אין לומר, כי השתתפותה של רשימה זאת בבחירות לכנסת האחת-עשרה גררה אפשרות סבירה כי מדינת ישראל תפסיק להיות דימוקרטית ותמיר את משטרה במשטר טוטליטרי ("מדינת הלכה") וגזעני – כאמור במצע "כך". אני סבור כי השופט בייסקי, אשר התפלמס עם השופט ברק בטענו כי לפי מבחנו של האחרון היה דווקא מקום לפסול את הרשימה⁴⁷, לא דק פורטא בהבנת המבחן וביישומו. בעצם העובדה שמצעה של הרשימה היה גזעני ואנטי-דימוקרטי ושהיא אף פעלה באורח איגטנסיבי (ובכלל זה פעולות אלימות ובלתי-חוקיות) למימוש, לא היה כדי ליצור אפשרות סבירה כי מדינת ישראל תפסיק להיות מדינה דימוקרטית עקב אפשרות השתתפותה של הרשימה בבחירות לכנסת האחת-עשרה. אם השופט בייסקי באמת היה סבור כי התקיימה אפשרות סבירה כזאת, אני מסופק אם עדיין היה עומד בסירובו לפסול את הרשימה (סירוב שהתבסס על היעדרה – לפי השקפתו – של סמכות פורמלית לפסול רשימה המתנגדת לאופייה הדימוקרטי של מדינת ישראל)⁴⁸.

24. הנשיא שמגר, אף הוא בע"ב ניימן, הציג עמדה שממנה עשר להשתמע, כי כדי לפסול רשימה מלהשתתף בבחירות לכנסת יש צורך שאישור מועמדותה יביא לוודאות קרובה (!) להפסקת קיום המדינה⁴⁹.

לא נראה לי, כי נשיא בית-המשפט העליון התכוון לתוצאה כזאת, שעל-פניה נראית כבלתי-סבירה, מה גם שבפסק-דינו הוא אימץ את הלכת ירדור אשר לפיה – כפי שאני מבין אותה⁵⁰ – לא נדרשת כל מידה מוגדרת של הסתברות כדי לפסול רשימה, ובוודאי שאין נדרשת מידת הסתברות של ודאות קרובה.

46 שם, 317, מול האות ז.

47 שם, 332 ואילך.

48 השווה להשערתה של הפרופ' גביוון (לעיל, הערה 5), 176, ליד הערה *76, כי בע"ב 1/65 ירדור ב' יז"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (להלן: ע"ב ירדור) אף השופט חיים כהן, אשר סבר כי אין לוועדת הבחירות המרכזית סמכות לפסול רשימה מטעמים מהותיים, היה גאות לפסול את רשימת "אל-ארד", אילו שוכנע כי אכן נשקפה ממנה סכנה ממשית לשלום המדינה.

49 ראה ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 279.

50 כך הבינו אותה הפרופ' ברק (א' ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 129, 142; והפרופ' להב (לעיל, הערה 44), 416; והשווה ר' גביוון (לעיל, הערה 5), 146.

25. גישה אחרת – שלדעתי, אף היא הסתברותית בעיקרה – היא גישתה של הפרופ' גביוון⁵¹, שלפיה המבחן הראוי לשלילת זכות המועמדות הוא מבחן של הכשר. לפי מבחן זה, אין לאשר השתתפות בבחירות של רשימה השוללת באופן ברור את מושכלות-היסוד של המדינה, אם האישור יהיה עשוי להתפרש על-ידי ציבור משמעותי כמתן הכשר להשקפותיה ולפעולותיה של אותה הרשימה (וזאת אף אם ההנמקות להחלטת האישור מנוגדות למתן הכשר כזה). ההנמקה העיקרית למבחן זה היא, כי מימוש הסיכונים אשר מפניהם רוצים להגן תלוי באירועים שאינם ניתנים לצפייה מראש, כגון משברים כלכליים או בטחוניים עתידיים, ולכן יש למנוע מראש מתן הכשר לדעות השוללות את מושכלות-היסוד של המדינה. ההסתברות הנדרשת היא אם כן להכשר של הרעיונות ההרסניים ולא למיגור ממש של המדינה, וזאת משום שאין בידי בית-המשפט הכלים לאמוד ביעילות הסתברות מן הסוג השני.

עם זאת, מן הראוי לציין כי הפרופ' גביוון איננה רואה במבחן זה כמבחן היחיד, אלא מוכנה להצדיק את שלילתה של זכות המועמדות מרשימה הפועלת בניגוד לחוק, באלמות או בשיתוף-פעולה עם אויבי המדינה, אף אם אישורה לא יקנה לה הכשר ואף אם הוא לא יגרוור אפשרות סבירה למימוש רעיונותיה⁵².

מובן כי לפי שיטתה, המקרה המובהק אשר בו ראוי לשלול מרשימה את זכות המועמדות הוא כאשר מתקיימים שני התנאים גם יחד: נכונות לפעולה בלתי-חוקית בצירוף האפשרות הממשית לכך שאישור הרשימה יתפרש על-ידי ציבור רחב כמתן הכשר להשקפותיה ולפעולותיה⁵³.

3. מבחנים תוכניים

26. המבחנים התוכניים לשלילת זכות המועמדות מתמקדים בתוכן המצע ובאופי התעמולה והפעילות של הרשימה. אין הם מתנים את פסילת הרשימה בהסתברות להצלחה כלשהי שלה, אם כי אפשר שמאחורי מקצתם עומדת ההנחה כי עצם הענקת זכות המועמדות גוררת סיכוי להצלחת הרשימה, במיוחד אם תזכה למושב (אף אם מועטים) בבית-המחוקקים⁵⁴, אשר דווקא משום שלא ניתן לאומדו ביעילות יש למנועו מראש.

מבחנים תוכניים לשלילת זכות המועמדות מקובלים בארצות-הברית ובמערב-גרמניה. לפי הבנתי זהו גם סוג המבחן שנקבע בהלכת ירדור⁵⁵ וזהו אף סוג המבחן שאותו אימצה הכנסת בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. לדעתי, אכן ראוי כי זכות המועמדות תעוצב לפי מבחן תוכני.

27. ניתן לתאר כמה סוגים של מבחנים תוכניים:

(א) זכות המועמדות תוענק רק לרשימה המחויבת באופן אקטיבי למושכלות-היסוד

51 שם, 146–148.

52 שם, 179.

53 ראה שם, 165.

54 ראה C. Klein, "The Defence of the State and the Democratic Regime in the Supreme Court" 20 *Isr. L. Rev.* (1985) 397, 403.

55 ראה לעיל, הערה 50.

של המדינה, המעוגנים באידיאולוגיה שלה ובמצעה והחותרת בתעמולתה ובפעולותיה, בכנסת ומחוצה לה, להגשמתם.

(ב) זכות המועמדות תוענק לרשימה, כל עוד אין היא שוללת מבחינה אידיאולוגית את מושכלות היסוד של המדינה.

(ג) זכות המועמדות תוענק לרשימה, כל עוד אין היא פועלת, בכנסת או מחוצה לה, לביטול מושכלות היסוד של המדינה.

(ד) זכות המועמדות תוענק לרשימה, כל עוד אין היא פועלת באופן אלים או בלתי-חוקי אחר לחיסול המדינה או מושכלות-יסוד שלה.

מן הבחינה העקרונית התיאורטית נראה לי כי המבחן המתבקש הוא מבחן מן הסוג הראשון, אולם מעשית, במיוחד בנסיבותיה המיוחדות של מדינת ישראל, ראוי לנקוט מבחן מן הסוג השלישי, שלפיו תעוצב זכות המועמדות באופן שהיא לא תוענק לרשימה אשר הוכח כי בדעתה לנצל את החברות בכנסת לקידום ישיר של רעיונות הדוגלים במיגור המדינה, ובכלל זה כל אחד מארבעת מושכלות-היסוד שלה — כפי שמגיתי בפרק הקודם.

28. כפי שהוסבר לעיל בפרק ג, דעתי היא כי יעודה הדומיננטי של זכות המועמדות הוא לקדם את ענייניה של המדינה. מכאן נובע, כי בעיקרון יש להעניק את זכות המועמדות לכנסת אך ורק לרשימות שהמטרה העומדת לבגד עיניהן היא קידום בטחונה, יציבותה ומעמדה של מדינת ישראל⁵⁶. כפי שהוסבר לעיל בפרק ד, לעניין זה יש למדינת ישראל ארבעה יסודות כפי שמגיתי שם. רשימה המבקשת לעצמה את זכות המועמדות בבחירות לכנסת חייבת להיות "פטריוטית" במובן של מחויבות אידיאולוגית לכל אחד מיסודות אלה. מבחן הסתברותי איננו רלבנטי, לא משום שקיים קושי לאמוד הסתברות להתפתחויות פוליטיות או כלכליות אלה או אחרות, אלא משום שהבעיה העקרונית איננה של איוון בין ערכים מתחרים שלכל אחד מהם יש להעניק את משקלו היחסי הנאות⁵⁷. מעצם מהותה, זכות המועמדות כפופה למושכלות-היסוד של המדינה אשר לשירותה נועד בית-הנבחרים, ואין לה הצדקה אלא-אם-כן היא משמשת בידי המחזיק בה ככלי לקידום טובת המדינה. לפחות מן הבחינה התיאורטית אין טעם להעניק את זכות המועמדות לרשימה שכלל אין בכוונתה לנצלה להשגת יעדיה של הזכות. כמוכן, אם היעד היחיד של הענקת זכות המועמדות הוא מילוי רצון רוב הבוחרים בבחירות המסוימות, הרי שזכות המועמדות תהיה כללית ומוחלטת. אולם מאחר שלפי תפישתי אין הדבר כך, ומטרתה הדומיננטית של זכות המועמדות היא, כמטרת הכנסת, לשרת את מדינת ישראל על כל "רכיביה" — הרי שיש לעצב אותה בכפוף לכל הרכיבים ולא להעניק משקל בלתי-פרופורציונלי ומעוות לעקרון הכרעת הרוב, שכאמור הוא עצמו איננו ניתן להצדקה כעיקרון מוחלט.

מובן שבמדינה דימוקרטית כל רשימה רשאית להציע מדיניות משלה אשר לדעתה יש בה כדי לקדם את ענייניה של המדינה, ובלבד שהמניע הכן של מצעה ופעולותיה הפוליטיות אכן יהיה הדאגה לטובת המדינה.

56 ראה ע"ב ירדור (לעיל, הערה 37), 386–387.

57 וכאן טמונה — לדעתי — הטעות בגישת השופט ברק בע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), שאותה הוא ביסס על איוון בין ערכים אשר אותם ראה כמתנגשים.

מלבד הטיעון העקרוני, שלפיו אין מקום להעניק את זכות המועמדות לבית-המחוקקים של המדינה לרשימה שאין בדעתה לקדם את מטרת הבית – שהיא התחירה להשגת טובת המדינה – קיים גם טיעון מעשי בעד אותה הגישה (העשוי לחול גם על גישה הסתברותית, ובלבד שתיבדק ההסתברות לזכייה במושב אחד או יותר בכנסת ולא להגשמת המצע): ההכרעות בכנסת מתקבלות על-ידי הרוב, כאשר לעתים ההפרשים בין מספרי הקולות הניתנים לעמדות השונות הם קטנים למדי, כך שלכל קול יש חשיבות מכרעת. מצב שבו החלטות גורליות מוכרעות על-ידי קולותיהם של חברים בכנסת אשר אינם מונעים על-ידי הרצון להשיג את טובת המדינה אלא על-ידי שיקולים אחרים, נראה כבלתי-רצוי.

29. למרות ההנמקות החזקות בעד הגבלתה של זכות המועמדות ל"פטרייטים" המעוניינים בטובת המדינה, הרי שבישראל עיצוב כזה של זכות המועמדות יהיה בלתי-נסבל מפני שיגרור מצב שבו חלק ניכר מאזרחי המדינה לא יזכו לייצוג בכנסת. כוונתי לשתי קבוצות משמעותיות מן האוכלוסייה: לא-יהודים ויהודים דתיים (בעיקר חרדים אורתודוקסיים). באשר ללא-יהודים, הרי דומה כי רובם אינם מזדהים עם זיקתה של מדינת ישראל לעם היהודי, ומן הבחינה האידיאולוגית הם שוללים אותה וחפצים בביטולה. ראיה של ממש להעדף-ההזדהות מצד חלקים משמעותיים של האזרחים הלא-יהודיים עם מדינת ישראל היא אי-רצונם, מטעמים אידיאולוגיים, לשרת בצה"ל. אכן, מזור למדי להפקיד הכרעות בטחוניות הרות-גורל בידי נציגי אוכלוסייה אשר שירות בצבא המדינה מנוגד להכרתה ומצפונה. באשר ליהודים הדתיים, הרי דומה שחלק מהם אינו מוכן להכיר בשיטה הדימוקרטית כמושכל-יסוד של מדינת ישראל, והוא מבכר להחליפה במדינת ההלכה.

אין זה מתקבל על הדעת, כי שתי קבוצות-אוכלוסייה משמעותיות אלה ימצאו את עצמן ללא ייצוג בכנסת, ולגביהן יהיה השלטון בישראל שלטון רודני⁵⁸. מלבד הבעיה המסרית שתציב סיטואציה כזאת – בעיה הנעוצה בקושי לגשל מיצוג בהנהגת המדינה חלקי אוכלוסייה ניכרים אשר משמעות הנישול עבורם תהיה ניכורם מייצוג בכל ממשל מדינתי שהוא – הרי שבפועל היא תיצור סיכון של ממש לשלום המדינה, שהוא גדול ללא ספק מן הסיכון שבמתן זכות המועמדות לנציגי קבוצות אלה וחברותם בכנסת. קבוצות-האוכלוסייה אשר יגודו מן הממשל בוודאי לא יכירו בכוחם המחייב של החוקים שיתקבלו ללא השתתפות נציגיהן, ומכאן קצרה הדרך למלחמת-אזרחים אשר תסכן את עצם קיומה של המדינה. ניתן לראות בשיקול אחרון זה כשיקול "מסדר שני", אשר יש בו כדי להשפיע על בחירת המבחן שלפיו תוענק או תישלל זכות המועמדות.

אף בהתעלם מסכנה זאת, יש לזכור כי הרוב הגדול של הדיונים וההצבעות המתקיימים בכנסת אינו נוגע ישירות לעצם קיומה של המדינה או מושכלות-היסוד שלה. אין זה

58 אין אני דן כעת במצב שבו קבוצות משמעותיות מתוך האוכלוסייה יכפרו בעצם עקרון שלטון החוק. אני מסכים כי במקרה כזה לא יהיה מנוס מלנסות לדכא קבוצות אלה אף באמצעות שלילת זכות המועמדות, אף כי אני מסופק עד כמה מסוגל ההליך הדימוקרטי כשלעצמו לספק פתרון למצב שבו חלקים ניכרים מן האוכלוסייה לא מקבלים על עצמם את מרות המדינה.

סביר לשלול מקבוצת-אוכלוסייה משמעותיות את ההשתתפות בקבלת מכלול החוקים וההכרעות הכלכליות והחברתיות המתקבלים בכנסת רק משום שבהצבעות הספורות הנוגעות ישירות לערכי-היסוד של המדינה אין לצפות כי נציגיהן ישקלו את השיקולים הראויים. אף אין כל אפשרות מעשית להבחין בין סוגים שונים של הכרעות לעניין זכויות ההצבעה או המועמדות (אף כי מגמה כזאת קיימת בישראל במנהג לקבוע את המספר המינימלי של חברי-הכנסת המזכה רשימה בייצוג בוועדת-החוק-והביטחון כמספר חברי-הכנסת מן הרשימה הקומוניסטית בתוספת אחד).

30. מטעמים דומים, אף אין לאמץ הלכה דומה לזו שנתקבלה בשנות החמישים במערב-גרמניה⁵⁹ ולהתנות את מתן זכות המועמדות באי-שלילת מושכלות-היסוד של המדינה. לפחות לגבי חלק מן האזרחים הערביים ניתן לומר, כי אין הם "אדישים" מן הבחינה האידיאולוגית להגדרת המדינה כמדינת העם היהודי וכי הם אף שוללים אותה מיסודה, ועדיין אין שלילה אידיאולוגית זאת מצדיקה כשלעצמה כי תישלל מנציגיהם זכות המועמדות.

31. נראה לי, כי המבחן הראוי לשלילת זכות המועמדות הוא מבחן "הפעילות הפוליטית" של הרשימה. לפי מבחן זה, לא תוענק זכות המועמדות לרשימה הפועלת או אשר בדעתה לפעול, בכנסת או מחוצה לה, למיגור מושכלות-היסוד של מדינת ישראל.

המבחן המוצע על-ידי דומה במידה מסוימת למבחן האמריקני של הסתה לפעולה בלתי-חוקית⁶⁰, אך אין הוא זהה לו: הרמיון למבחן האמריקני הוא בכך, שכדי לפסול רשימה אין להסתפק בכך שהיא או פעיליה דוגלים בצורה אבסטרקטית ברעיונות המנוגדים למושכלות-היסוד של המדינה, אלא יש לדרוש פעילות אקטיבית המכוונת ישירות למימוש רעיונות כאלה; השוני מן המבחן האמריקני הוא בכך, שכדי לפסול רשימה אין צורך כי היא תסית דווקא למעשים בלתי-חוקיים. אף פעילות שהיא כשלעצמה חוקית לחלוטין ואף חל עליה עקרון חופש הביטוי תוכל להיות עילה לפסילת רשימה אם היא מכוונת ישירות למיגור אחד ממושכלות-היסוד של המדינה. הרס המדינה אינו חייב להתממש בדרך של מהפכה אלימה, אלא ניתן להתבצע גם באמצעות הצבעת-רוב. רשימה המטיפה בהצעות-חוק, בנאומים או בפעולות בכנסת או מחוצה לה להרס מושכלות-היסוד של מדינת ישראל אינה ראויה לשבת בכנסת, ולכן אין להעניק לה את זכות המועמדות. אין זה סביר, כי יהיה ניתן לפעול בכנסת למען חיסולה של מדינת ישראל (וזאת, כאמור, ללא קשר להסתברות כי המטרה תוגשם!) ודומה כי גם רשימה הפועלת באינטנסיביות מחוץ לכותלי הכנסת למען חיסול המדינה אינה ראויה לשבת בבית-הנבחרים שלה.

ההבחנה בין השקפה אידיאולוגית אבסטרקטית לבין פעילות אקטיבית איננה פשוטה ובוודאי ייתכנו מקרי-גבול. הצעתי היא, כי בכל מקרה של ספק תוענק זכות המועמדות והיא תישלל רק במקום שבו פעילות הרשימה תהיה ניתנת להגדרה חד-משמעית כהטפה אקטיבית לפגיעה במושכלות-היסוד של המדינה.

59 במערב-גרמניה נפסלה, לאחר דיונים ממושכים, המפלגה הקומוניסטית, זאת מטעמים הנעוצים באידיאולוגיה שלה גרידא: ראה O. Kirchheimer (*supra* note 4), at p. 151.

60 ראה *Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974).

ברור, כי יהיה ניתן לפסול מפלגה הפועלת באופן בלתי-חוקי כנגד מושכלות-יסוד של המדינה או המסיתה לפעולות כאלה; אולם, כאמור, אי-חוקיות איננה תנאי לפסילה: רשימה החותרת לחיסול המדינה אינה זכאית להשתתף בשלטון אף אם פעולותיה אינן בלתי-חוקיות.⁶¹

32. גם במבחן המוצע על-ידי, אף שבעיקרו הוא תוכני, דומה שמן הראוי לצקת ממדים הסתברותיים מסוימים:

ראשית, אף אם הפעלת המבחן התוכני המוצע על-ידי לא תונה בבירור על פסילת רשימה, הרי שיש לפוסלה אם תתקיים אפשרות ממשית כי אישורה יביא להגשמת רעיונות השוללים מושכלות-יסוד של המדינה.

שנית, על הרשות הממליטה לתת את דעתה להסתברויות משני סוגים נוספים: (א) ההסתברות שהרשימה, אם תיבחר לכנסת, תפעל כנגד מושכלות-יסוד של מדינת ישראל; (ב) ההסתברות שפעילות כזאת של הרשימה, אם תתבצע, תביא למיגור מושכלות-יסוד אלה או לפגיעה ממשית בהם. הצעתי היא שאם ההסתברות מן הסוג הראשון תהיה גמוכה, הרי שכדי לפסול את הרשימה ידרש כי מידת ההסתברות מן הסוג השני תהיה של לפחות אפשרות סבירה. לעומת זאת, אם קיימת ודאות או אפשרות קרובה שתוכן פעילותה של הרשימה, אם תיבחר לכנסת, יתנגש עם מושכלות-יסוד של המדינה, הרשימה תיפסל בשל כך בלבד, וזאת ללא צורך בבחינתה של מידת ההסתברות שפעילותה תביא להגשמת מטרתה.

ו. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת

1. כללי

33. בפרקים שלעיל הגעתי למסקנה, כי מן הראוי לשלול את זכות המועמדות לכנסת מרשימה החותרת למגר את אחד ממושכלות-היסוד של מדינת ישראל. מסקנה זאת משקפת את הדין הנראה לי כראוי. אולם כיום, לאחר חקיקת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת — סעיף שייעודו הוא הסדרת הסוגיא — בוודאי אין להסתפק בהצבעה על הדין הראוי, אלא יש לבחון את הוראות החוק, כדי לגלות מהו פירושו הנכון. דעתי היא, כי פירושו הנכון של סעיף 7א דומה, מבחינת המבחנים והעילות לפסילת רשימה, למודל אשר אותו הצגתי כראוי. פירוש זה אין בו משום אילוף החוק, אלא ההיפך הוא הנכון: זהו הפירוש אשר ככל הנראה מתיישב במידה המירבית הן עם לשון החוק והן עם כוונת המחוקק ככל שניתן לגלותה מדברי ההסבר להצעת החוק⁶² ומן הדיונים שנערכו בכנסת⁶³.

61 השווה לסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת המאפשר לנשיאות-הכנסת לפסול הצעת-חוק שלדעתה היא "גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

62 ה"ח התשמ"ה, 193.

63 לעיל, הערה 17.

34. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, קובע:

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.

הגם שאפשר כי ניסוח הסעיף איננו רהוט במיוחד ולשונו איננה מאירת-עיניים, הרי בסופו של דבר יש בו — לפי פירושי — הסדר שקול למדי של הבעיה. אסקור להלן את המבחן והעילות לפסילת רשימה לפי הסעיף.

2. המבחן לפסילה

35. כאשר באים לבחון את זכותה של רשימה להיות מועמדת בבחירות לכנסת, יש לבדוק, לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, מה "יש במטרותיה או במעשיה". נראה לי, כי לשון זו איננה מתיישרת עם מבחן הסתברותי⁶⁴. הסעיף אינו שולל את זכות המועמדות מרשימה אשר השתתפותה בבחירות עשויה להביא לפגיעה באתר מערכי-היסוד של המדינה, אלא הבחינה מתרכזת במטרת הרשימה ובמעשיה כשלעצמם: אם יש בהם אחד מן המאפיינים המפורטים בסעיף, יש לפסול את הרשימה⁶⁵. עם זאת, נראה לי כי אין לכלול בקטגוריות אלה (מטרות או מעשים) גם השקפה שהיא באידיאולוגיה של הרשימה גרידא, אך אין במטרותיה או במעשיה האקטואליים משום חתירה להשגתה. הגם שמבחינה לשונית המלה מטרה איננה חד-משמעית ואפשר שניתן לכלול במסגרתה גם אידיאל של הרשימה שאין היא מקדישה את פעולותיה להגשמתו, הרי דומה שכוננת נסחי החוק וחברי-הכנסת אכן היתה שלא לפסול רשימה רק בשל האידיאולוגיה המופשטת שלה. בדברי ההסבר להצעת החוק⁶⁶ צוטטו דבריו של השופט זוסמן בע"ב ירדור, שלפיהם "רשות... מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה"⁶⁷. הישארות רעיון בגדר אידיאל גרידא איננה עולה בקנה אחד עם שימוש בכנסת כמכשיר להשגתו. יש צורך שהרשימה אכן תתכוון להפוך את השתתפותה בכנסת למכשיר להגשמת האידיאולוגיה שלה. גם מן הדיון שנערך בכנסת עולה, כי לא היתה כוונה לפסול רשימה אך בשל

64. א. שפירא, "Confronting Racism by Law in Israel—Promises and Pitfalls" 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 595, 604.

65. הפרופ' קליין (לעיל, הערה 54), 411, מציע כנראה להבחין בין המאפיינים המפורטים בסעיפים הקטנים (2) ו-(3) אשר המבחנים לגביהם גלויים מתוכם, לבין המאפיינים המפורטים בסעיף קטן (1) אשר לגביהם יהיה מקום להשתמש באחד מן המבחנים ההסתברותיים אשר צוינו בע"ב ניימן. לא ברור לי על מה מבוססת הבחנה זאת, ועל-כל-פנים אין אני מוצא לה יסוד בלשון הסעיף.

66. לעיל, הערה 62, 194.

67. ע"ב ירדור (לעיל, הערה 48), 390, בין האומיות א—ב.

האידיאולוגיה המופשטת שלה. כך, בהציגו את הצעת החוק⁶⁸, אמר שר המשפטים משה נסים:

לא ראוי לתת זכות כניסה לכנסת למי שמבקשים להשתמש בכימת הכנסת להטפת איבה ושנאה כלפי בני לאום אחר⁶⁹.

אין גם לייחס לכנסת את המגמה להביא לפסילת רשימות כחד"ש⁷⁰ והמפלגות הדתיות, כל עוד אין הן חותרות בפועל להגשמת האידיאולוגיות הלא-דימוקרטיות שלהן. החוק נועד בעיקרו להביא לפסילת רשימת "כך" העוסקת ללא ספק בהטפה גזענית גלויה וברוטלית, בכנסת ומחוצה לה⁷¹, ולדעת חלק מחברי הכנסת – גם לפסילת הרשימה המתקדמת לשלום, אשר כלפיה נטען כי היא פועלת בהנחייתם של אויבי המדינה במטרה לפגוע בבטחון מדינת ישראל ובעצם קיומה (כמו רשימת אל-ארד אשר נפסלה בע"ב ירדור)⁷².

ואלם מובן כי יש לבדוק כל מקרה לגופו, ללא דעות קדומות ואך ורק על-סמך הראיות אשר יובאו בפני הרשויות המחליטות. השאלה איננה אילו רשימות קונקרטיות חפצו חברי הכנסת לפסול בהצביעם בעד הצעת החוק, אלא מהי המגמה העקרונית העומדת ביסוד הסעיף כפי שנתקבל⁷³.

לפי החוק, תימנע ההשתתפות בבחירות לכנסת מרשימה אשר במטרותיה או במעשיה מתקיים אחד מן המאפיינים המפורטים בסעיפים הקטנים, בין אם המאפיינים מתקיימים במפורש ובין אם במשתמע⁷⁴. דומה כי בפסילת רשימה אף אם חתרנותה היא "משתמעת" בלבד, אין הכוונה להשתמעות מן האידיאולוגיה גרידא. המגמה היתה להסיר ספק ולמנוע מצב שבו פסילת רשימה תימנע רק בשל "התחכמות" כלשהי בניסוח עמדותיה. הדגש אינו על דקויות הניסוח, אלא על אופיים הכולל של מטרות הרשימה ומעשיה. אולם אופי זה, אף אם הוא משתמע ולא מפורש, צריך, כדי שיהיה בו להביא לפסילת הרשימה, להיות אקטיבי ואופרטיבי, ואין די בהשתמעות מן האידיאולוגיה המופשטת.

3. העילות לפסילה

36. סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, כולל שלושה סעיפים קטנים אשר "התאמת" מטרות רשימה או מעשיה לאחד מהם די בה כדי לפוסלה מלהשתתף בבחירות. למרות הניסוח

68 דומה כי יש מקום לייחס מהימנות מיוחדת לדברי השר המציג את הצעת החוק כמשקפים את "כוונת המחוקק": ראה א' ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" הפרקליט לו (תשמ"ה) 165, 181 בהערה 110א.

69 ד"כ התשמ"ח, 2380 (ההדגשה שלי – א' ב').

70 השווה לדברי חברי הכנסת עוזי לנדאו שם, 3902.

71 ראה דברי השר נסים שם, 3359 ואילך.

72 וראה "הראיות" אשר הובאו בע"ב ניימן כמצדיקות את פסילת הרשימה המתקדמת לשלום, אשר לא התמקדו באידיאולוגיה שלה, אלא בחשדות לפעילות חתרנית הפוגעת בבטחון המדינה: ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 250 ואילך.

73 השווה א' ברק (לעיל, הערה 15), 357.

74 השווה להצעת החוק (לעיל, הערה 62), שבה התייחסו החלופות "במפורש או במשתמע" למטרות בלבד. אין זה ברור מה עמד מאחורי ניסוח זה של ההצעה.

במסגרת של שלושה סעיפים קטנים, הרי למעשה אין המדובר בשלושה יסודות עצמאיים וגפרדים. סעיף קטן (1) אף מבחינת ניסוחו כולל לפחות שני יסודות (קיום המדינה; מדינת העם היהודי). סעיף קטן (2) מדבר על האופי הדימוקרטי אשר בוודאי אינו מתמצה בנורמה מוגדרת יחידה ואשר ההבחנה בינו עצמו לבין עצם קיום מדינת ישראל היא מסופקת.⁷⁵ סעיף קטן (3), הכולל את עילה הפסילה של הסתה לגזענות, הוא כנראה מקרה פרטי של האמור בסעיף קטן (2). על-כל-פנים, ברור כי די בכך שרשימה תמלא אחר האמור אף בחלק מאחד מן הסעיפים כדי שהיא תיפסל.

אדון עתה בקצרה בכל אחד מן הסעיפים הקטנים.

37. סעיף קטן (1) מדבר על "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". לדעתי, כל שלילה של קיומה של מדינת ישראל, אף אם אין היא קשורה לזיקתה לעם היהודי, נכנסת לגדר סעיף זה: פשיטא ששלילה כוללת של קיום מדינת ישראל משמעותה היא גם שלילת קיומה כמדינתו של העם היהודי. באשר לשלילת קיום המדינה כמדינתו של העם היהודי, הרי שכאמור דעתי היא שפירושה הסביר, הנחמך על-ידי הקונצנזוס הציוני הרחב ביותר, הוא פעילות כנגד היותה של מדינת ישראל מקלט לעם היהודי.⁷⁶

38. סעיף קטן (2) מדבר על "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה". לדעתי, יש לפרש את הסעיף כעוסק הן בשלילת הדימוקרטיה במובנה הפורמלי והן בשלילת ערכי השוויון וחוקיות-האדם הבסיסיות המהווים את הפן המהותי של הדימוקרטיה (פן שעניונו בסעיף משתמע מן השימוש בביטוי הכללי "האופי הדמוקרטי").⁷⁷

39. סעיף קטן (3) מדבר על "הסתה לגזענות". בעיקרון סעיף זה מיותר, שכן רשימה המסיתה לגזענות בוודאי נכנסת גם לגדר סעיף קטן (2) בהיותה שוללת את אופיה הדימוקרטי של המדינה על כל היבטיו, ובכלל זה עצם הזכות שלא להיות חשוף להשפלה ולהסתה על רקע גזעני.⁷⁸ אולם בנסיבות המיוחדות של הוספת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אשר נועד בעיקרו למנוע את הפיכת הכנסת לבמה להסתה גזענית בפרט,⁷⁹ ולהקיע ולשלול כל לגיטימציה מהסתה כזאת בכלל, בהחלט היה מקום להוסיף סעיף קוואליטטי זה, הגם שאין הוא מוסיף ל"אלגנטיות" של חוק-היסוד. הביטוי "הסתה לגזענות", כשאר הביטויים המופיעים בסעיף 7א, לא הוגדר במסגרתו.

75 ראה דברי השופט ברק בע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 305, מל וזאת א; C. Klein *supra* note 43, at p. 412; ור' גביון (לעיל, הערה 5), 198–199, המצביעה על הסכנה שניסוח החוק יתן גיבוי לסענה שלפיה אין סימטריה בין היותה של מדינת ישראל מדינת העם היהודי לבין מתווכתה לעיקרון הדימוקרטי ולשוויון-הזכויות לכל אזרחיה.

76 לפירוט יסודות הוויקה ראה לעיל, בפסקה 17.

77 לפירוט פניה השונים של הדימוקרטיה – כפי שיש לפרשם לענייננו – ראה לעיל, בפסקאות 6, 18–20.

78 ראה D. Kretzmer *supra* note 38.

79 סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, המאפשר פסילת הצעות-חוק גזעניות או השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי חוקק אף הוא בתגובה לפסיקת בג"צ (בג"צ 131/86, 669/85 כהנא ב' יר"ר הכנסת ואח', פ"ד מ(4) 393), שבה נקבע כי לפי המצב המשפטי שהיה קיים בעת הפסיקה לא היתה סמכות שלא לאשר אף הצעות-חוק אשר דמו לחוקי הגזע של נירנברג. גם בסעיף זה גזענות איננה הטעם היחיד לפסילה, אולם המניע לחקיקתו היה הרצון למנוע העלאה בכנסת של הצעות-חוק גזעניות.

לא נראה לי כי יש מקום לאמץ, לעניין פסילת רשימה, את ההגדרה שנקבעה לאחר חקיקת סעיף 7א והנוגעת לעבירה של "הסתה לגזענות" אשר הוספה בסימן א'1 לפרק ה לחוק העונשין, תשל"ז-1977.⁸⁰ הפירוט הרב, ועם זאת המסורבל והבלתי-ברור, בתוספת סייגים שאף הם, למרות פירוטם, רחוקים מלהאיר עיניים, המאפיינים את ההגדרה שבחוק העונשין, אפשר שהם יפים לעבירה פלילית, אולם אין ליחס למחוקק סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת את המגמה לאפשר על-ידי "פלפולים" למיניהם שאותם ההגדרה העונשית מאפשרת את הפיכת הכנסת לבמה להשמצה ולהסתה כנגד קבוצות-מיעוט לאומיות או דתיות מקרב האוכלוסייה, אף אם המסיתים ייתלו באסמכתאות דתיות כלשהן.

בהימנעו מהגדרה מדויקת של העילות לפסילה, דומה כי המחוקק ראה לאפשר את המידה הנאותה של גמישות אשר תביא להגנה המתאימה לפי הנסיבות על מושכלות-היסוד של המדינה וביניהם עצם העיקרון של כלליות זכות המועמדות.

ז. עיגונה הנורמטיבי של זכות המועמדות

40. שאלת עיגונה הנורמטיבי של זכות המועמדות בבחירות לבית-המחוקקים מעוררת קושי עקרוני, במיוחד במדינה כישראל, שבה בהעדר רשות מכוננת נפרדת⁸¹ הסדירה הכנסת את זכות המועמדות לה עצמה, ובמיוחד כשההסדר שנתקבל הוא בעל אופי תוכני. משמעות ההסדר היא, שיכולות להיבחר לכנסת רק רשימות שתוכן פעילותן אינו גוגד מושכלות-יסוד מסוימים. למושכלות-היסוד נתון אפוא מעמד של גורמות על-חוקתיות, שכן די במערכת-בחירות אחת שבה יופעל החוק כדי שלכנסת ייבחרו רק חברים אשר אין בדעתם לפעול כנגד מושכלות-היסוד, בין בהפעילם את סמכותם המכוננת (בהנחה שלכנסת נתונה סמכות כזו) ובין בהפעילם את סמכות החקיקה הראשית ושאר סמכויותיהם. הסיכוי שבכנסת כזאת יימצא רוב לשינוי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נראה גמור למדי. אותה הכנסת אשר קיבלה את סעיף 7א, הפעילה למעשה סמכות של מכונן-על. אמנם אפשר, שתוכן החוקים שיהיה ניתן לקבל בכנסות הבאות לא יהיה כפוף למושכלות-היסוד המגויים בסעיף — אף כי כבר הובעה הדעה כי לא יהיה אפשר לראות בפעולה של חברי-הכנסת שלא תתיישב עם האמור בסעיף כפעולה למען מילוי תפקידו כחברי-הכנסת⁸² — ואולם יש להניח, כי במרבית המקרים כנסת שנבחרה בכפיפות למושכלות-היסוד לא תקבל חוקים (או חוקה) המנוגדים להם, שכן הפעלת הסעיף תבטיח מראש את אי-בחירתן של רשימות שבדעתן לתמוך בחקיקה כזאת. ואולם דומה שבעיניהם של הסבורים, ואני ביניהם, כי ההסדר שנתקבל הוא טוב

80 בסעיף 144א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, מוגדרת "גזענות" כדלקמן: "רדיפה, השפלה, ביוזי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". בסעיף 144ג(ב) נקבע: "פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה... ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות".

81 ראה ק' קליין, "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51.

82 ראה בג"צ 620/85 מיקרי ואח' נ' יח"ר הכנסת ואח', פ"ד מא (4) 169, 225-226.

וראוי, ושאכן על הכנסת להיות כפופה למושכלות-היסוד שעוגנו בסעיף, הקושי הטמון בכך שכנסת מסוימת נטלה לעצמה סמכות כה כרחיקת-לכת ייזותר במישור התיאורטי. 41. בעיה נוספת העולה במישור עיגונה הנורמטיבי של זכות המועמדות, נוגעת לסוגיית השריון. אף בהתעלם מן הבעיה המיוחדת למשפט הישראלי בעניין כוחה של הכנסת לכבול את עצמה ואת הכנסות שייבחרו אחריה על-ידי שריון חוקים שאותם היא מקבלת⁸³, עולה השאלה האם ובאיזו מידה יש לשריון את ההוראה המסדירה את זכות המועמדות.

מחד גיסא, ניתן לטעון כי מאחר שמושכלות-היסוד אינם מוצדקים בכך שרוב זה או אחר תומך בהם ומאחר שבעובדה שרוב כלשהו יחליט על ביטולם לא יהיה כדי להצדיק זאת, הרי שיש לשריינם שריון מוחלט, באופן שכל רוב שהוא, אבסולוטי ככל שיהיה, לא יהיה מוסמך לגרוע ממושכלות-היסוד שעליהם בוססה זכות המועמדות. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי כל שריון שהוא יהיה מיותר, שכן חברי-הכנסת אשר ייבחרו בכפיפות לזכות המועמדות במתכונתה הקיימת יהיו כאלה שלא יפעלו לשינויה. נראה לי כי הפתרון הראוי הוא פתרון-ביניים, דהיינו: דרישה לרוב מיוחד. שריון אבסולוטי עשוי להביא לתוצאה של נכונות לשנות את ההסדר בדרך של מהפכה אלימה, תוך שבירת מסגרת הרציפות והחוקיות, ולכן אין הוא רצוי⁸⁴. העדר כל שריון עשוי להביא לשינויים בלתי-שקולים בהסדר, אשר אף אם לא ינבעו מהתנגדות עקרונית למתכונתו או למושכלות-היסוד המעוגנים בו עדיין אפשר שיתקבלו כתוצאה מסיטואציה פוליטית בת-חלוף זאת או אחרת. דרישת רוב מיוחד לשינוי תחייב השגת קונצנזוס רחב (במיוחד אם יידרש רוב משמעותי במיוחד, כגון של שלוש רבעים מחברי-הכנסת), וסביר כי שינוי אשר יפגע במעמדם של מושכלות-היסוד לא יתקבל בתנאים אלה אלא אם-כן הוא ישקף שינוי אמתי ומשמעותי באופי המדינה. גם מן הבחינה התינוכית וההצהרתית ראוי כי יוקנה מעמד מיוחד להסדר שכאמור הוא על-חוקתי במהותו — מעמד שיתבטא בדרישת רוב מיוחד לשינויו.

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, התקבל ברוב מיוחד, אשר היה דרוש לאור סטיית ההסדר הכלול בו מעיקרון שוויון-הבחירות שבסעיף 4 שהוא סעיף משורייני⁸⁵. לעומת זאת, ספק אם כל שינוי בסעיף 7א ידרוש רוב מיוחד, שכן לאחר שהסעיף כבר נתקבל ספק עד כמה שינויים שיערכו בו ייחשבו הם עצמם כסוטים מעקרון השוויון. כאמור, נראה לי כי מן הראוי לשרייין ישירות את ההסדר שבסעיף 7א, ואין להסתפק בשריון סעיף 4.

ח. ההליך לאישור רשימות ולפסילתן

42. ההליך לאישורן ולפסילתן של רשימות למועמדות בבחירות לכנסת מוסדר בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט—1969 (להלן: חוק הבחירות). ההסדר

83 ראה C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 376; ק' קליין (לעיל, הערה 81).

84 ב' אקצין (לעיל, הערה 30), 197.

84* ראה חוק-יסוד: הכנסת, סעיפים 4 ו-46.

הנוכחי — כפי שנחקבל יחד עם חקיקת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת — הוא כדלקמן: אישור הרשימות המבקשות להיות מועמדות בבחירות לכנסת מופקד בידי ועדת הבחירות המרכזית (להלן: הוועדה)⁸⁵, המורכבת משופט בית-המשפט העליון, שהוא היושב-ראש, ומנציגי הרשימות המשתתפות בכנסת היוצאת⁸⁶. ההכרעות מתקבלות ברוב רגיל, כשבמקרה של תיקו מכריע קולו של היושב-ראש⁸⁷. הוועדה תאשר רשימה אם הוגשה כהלכה ואם היא אינה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת⁸⁸. על ההחלטה שלא לאשר רשימה, נתונה לה הזכות לערער בפני בית-המשפט העליון⁸⁹. על ההחלטה לאשר רשימה רשאים לערער בפני בית-המשפט העליון, בטענה שהרשימה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, היועץ המשפטי לממשלה או יושב-ראש הוועדה או לפחות רבע מחבריה⁹⁰.

תמצית ההסדר היא אם כן, שההחלטה האם לפסול רשימה לפי סעיף 7א נתונה בידי גוף שהרכבו בעיקרו הוא פוליטי, ואילו הערעור על ההחלטה הוא בפני בית-המשפט העליון.

43. מתן סמכות ההחלטה בידי גוף שהרכבו הוא פוליטי-מפלגתי הוא בעייתי משתי בחינות:

(א) להוציא את היושב-ראש — שהוא, כאמור, שופט בית-המשפט העליון — ואולי חלק מסוים מחברי הוועדה שאפשר שהם בעלי הכשרה משפטית, החברים בוועדה אינם אמונים על דיון שיפוטי המחייב בחינת ראיות. בע"ב ניימן עמד בית-המשפט העליון על הזהירות הרבה שבה על הוועדה להעריך את הראיות המובאות בפניה בנושא כה רגיש⁹¹, וספק אפוא האם ההרכב הפוליטי הבלתי-מקצועי של הוועדה מוכשר לכך (ספק שהתחוק על-ידי פעולות הוועדה ששימשו מושא לערעור בעניין ניימן עצמו). יתר על כן: אף בהתעלם מהנגיעה הפוליטית של החברים, הרי ספק עד כמה אמונים הם על הגישה האובייקטיבית חסרת הדעות הקדומות הנדרשת בדרך-כלל מגוף הממלא תפקיד שיפוטי.

(ב) חברי הוועדה הם נציגים של מפלגות פוליטיות, ובתור שכאלה נגועים במשוא-פנים פוליטי ומפלגתי, ועקב כך — בשיקולים לא-ענייניים, העשויים להביאם לפסול רשימה במקום שבו יש לאשרה או לאשרה במקום שבו יש לפסולה⁹². התפלגות הקולות המפלגתית בהצבעות שנערכו על אישור רשימת "כך" והרשימה המתקדמת לשלום מעידה על כך שחשש זה אינו תיאורטי כלל וכלל.

העובדה שעל החלטת הוועדה נתונה זכות ערעור בפני בית-המשפט העליון אמנם עשויה להביא לריפוי תוצאות ליקויים אלה, אך עשויה גם להביא לפגיעה במעמדו

85 חוק הבחירות, סעיף 63.

86 שם, סעיפים 16 ו-17.

87 שם, סעיף 24(ב).

88 שם, סעיף 63.

89 שם, סעיף 64(א).

90 שם, סעיף 64(א).

91 ראה ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 252 ואילך.

92 ראה ר' גביון (לעיל, הערה 5), 172; 605 at p. 605, *A. Shapira, supra note 65*.

הציבורי של בית-המשפט, שגם כך העיסוק בשאלות כה "טעונות" אינו מיטיב עמו. בית-המשפט, אם יתערב בהכרעה שבפועל היתה פוליטית, עשוי להיראות על-ידי הציבור כמתערב בעניינים לא לו. במיוחד עשויה להיגרם תוצאה כזאת אם בית-המשפט יקבל ערעור בקשר לרשימה אחת וידחה אותו בקשר לאחרת. כך, האמון הציבורי בבית-המשפט העליון היה עלול להיפגע אילו בע"ב ניימן הוא לא קיבל את שני הערעורים אלא מקבל את ערעורה של רשימה אחת ודוחה את ערעורה של האחרת. היה מוטב אם כן להפקיד את ההכרעה מלכתחילה בידי בית-המשפט העליון⁹³. אמנם גם הסדר כזה אינו אידיאלי, בערבו את בית-המשפט בשאלות שהן בעלות היבטים אידיאולוגיים מובהקים, אולם הוא עדיף על-פני הפקדת ההכרעה בידי גוף פוליטי אשר שיקולים מפלגתיים הם כה אינטגרליים וצמודים למשרתם ולאישיותם של חבריו. על-כל-פנים, יש לזכור כי בית-המשפט העליון יושב כערכאת-ערעור ולא במסגרת של "ביקורת שיפוטית" גרידא. אין הוא צריך להסתפק בבחינת "מתחם החוקיות" גרידא של החלטת הוועדה, אלא לקבוע בעצמו מהי ההחלטה הנכונה לגוף העניין. למעשה, העובדה שעל החלטת הוועדה ניתנה זכות ערעור בפני בית-המשפט מעידה על כך שהדרישה מן הוועדה עצמה היא, שהיא תנהג באובייקטיביות ותפעל באופן שיפוטי. אלמלא זכות הערעור בפני בית-המשפט העליון (וכן השתתפות בוועדה של שופט) הייתי נוטה לדעה כי שיקולים פוליטיים-מפלגתיים אכן מותרים לוועדה המורכבת מנציגי מפלגות פוליטיות⁹⁴.

ט. סיום — זכות המועמדות והמשפט

44. קורא מאמר זה נוכח בוודאי בהשתדלותי לדון בסוגיא אשר יסודות אידיאולוגיים-ערכיים ואף פוליטיים ממלאים בה תפקיד נכבד בכלים אובייקטיביים, ובמידת-מה — אף "טכניים". במיוחד השתדלתי להציע מבחנים אשר יאפשרו לגוף המכריע למעט ככל האפשר בדיון אידיאולוגי והערכתי בכל מקרה קונקרטי ובבחינת ההשתמעויות הפוליטיות האקטואליות של החלטתו. אכן יש מידה רבה של משיכה בעמדות כשל הפרופ' גביון, הקוראת לנטילת אחריות שיפוטית לתוצאות החברתיות המהותיות של כל החלטה קונקרטית בדבר אישור רשימה או פסילתה מלהיות מועמדת בבחירות, ולהתחשבות של בית-המשפט בעצם האפקט הציבורי, החברתי והפוליטי של הכרעתו⁹⁵. מן הבחינה התיאורטית נטילת אחריות אישית ו"אכפתיות" של הגוף המחליט, באופן שיוכל לומר בכנות כי החלטתו הקונקרטית היא גם ההחלטה האידיאלית, נראות כרצויות, במיוחד במאטריה שבה אנו עוסקים, אשר לה השלכות ישירות על יסודות החברה והמדינה.

93 כמו שהסדר במערב-גרמניה, שבה מופקדת ההכרעה בידי בית-המשפט לחוקה.
94 השווה לעמדתי ביחס להכרעות מעין-שיפוטיות המתקבלות בכנסת, ואשר עליהן אין זכות ערעור בפני בית-המשפט (להבדיל מן האפשרות לעתור לבג"צ): א' בנדור, "השפיטות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז (תשמ"ח) 592, 630 ואילך.

95 ראה ר' גביון (לעיל, הערה 5), 183—184.

אולם נראה לי, כי בכל-זאת מוטב לקבוע לסוגיא הסדר "משפטי", לא רק במובן, החשוב כשלעצמו, של הפקדת ההכרעה בידי בית-המשפט, אלא גם במובן של ניסוח נורמות אשר "יחצצו" בין הגוף המחליט לבין החלטתו. בניסוח נורמות אלה קיים בוודאות הכרח אימננטי בהפעלת שיקולים אידיאולוגיים ופוליטיים. יתר על כן: קביעת הנורמות איננה נתונה בידיו הבלעדיות של המחוקק: גם לבית-המשפט יש חלק נכבד בכך, אף כי רצוי שההכרעות היותר "טעונות" יתקבלו בכנסת.

אולם אין זה רצוי, כי בית-המשפט "יקח אחריות" לכל החלטה קונקרטית, דהיינו: יכריע כפי שיראה בעיניו כראוי בנסיבות המיוחדות של העניין האקטואלי, מבלי לכפות את עצמו לכללים א-פריוריים. אף אין לגסח את הנורמה מחדש בכל מקרה קונקרטי, אלא יש להתיל נורמה שנקבעה מראש.

נראה לי, כי במשפטנו תפישה שיפוטית "לא-פורמליסטית" לא קידמה בלבד את זכויות-האדם, אלא במידה מסוימת אף תרמה למצב הכרוני של עמימות שבו נתונות רבות מהן ולא-ההכרה בהן כחלק אינטגרלי ובלתי-מעורער של משפטנו⁹⁶.

הצורך בקביעת נורמות ברורות ואפילו "טכניות" גם, ואולי במיוחד, בסוגיות שההיבטים האידיאולוגיים והפוליטיים מהווים חלק דומיננטי שלהן (וכאמור, נורמות שכאלה אפשר שייקבעו גם על-ידי בית-המשפט בתנאי שיראה את עצמו כפוף להן ויפעל לאורן, אף אם לא יהיה שלם לחלוטין עם כל החלטה קונקרטית), גובע — לדעתי — משני טעמים עיקריים:

(א) קביעת נורמות במנותק מנסיבות קונקרטיות מאפשרת זיכוך מושכל של השיקולים הרלבנטיים מבלי להיות מושפעים יתר על המידה משיקולים בני-חלוף הניזונים מסערת-הרוחות ומן הריגושים שהאירוע האקטואלי מעורר. היא מונעת השפעה מיותרת של לחצים והלכירות ציבוריים צרים וארעיים. נורמות שנקבעו מראש עשויות להביא במקרים רבים להכרעה שקולה יותר, שכן מטבען יש בעיצובן אפשרות פחותה "לנעוץ את התץ" תחילה ולאחר-מכן להתאים אליו את הנורמות.

(ב) שימוש בנורמות שעוצבו מראש תורם למעמד הציבורי של המשפט ושל בתי-המשפט. כוחם של אלה הוא ב"עיניה העצומות של אלת הצדק". דווקא בסוגיות אשר מטבען הציבור מפולג בהן, ראוי כי ההכרעה המשפטית, כדי שתזכה לאמון הציבור כולו, ובכלל זה בני הציבור המתנגדים לתוצאה הקונקרטית, תיעשה "בעיניים עצומות". ההכרעה תהיה לפי נורמות שנקבעו מראש, באופן שלא תחייב את בית-המשפט לגקוט עמדה עניינית במחלוקת הפוליטית האקטואלית, ואף לא לשקול שיקולים "חוץ-משפטיים" של השפעת החלטתו הקונקרטית על מעמדו או על סמכויותיו בעתיד⁹⁷. אמנם ספק אם בכל המקרים ניתן לומר כי הציבור צר להנמקה המשפטית של פסק-הדין⁹⁸, ואולם בכך אין כדי לגרוע מן הרציות שבית-המשפט יפעל בדרך שתשמור על מעמדו לפחות בקרב אותם בני-הציבור אשר התייחסותם לפסק-הדין איננה נקבעת רק על-פי תוצאתו הסופית.

96 ראה בקשר לחופש הביטוי א' בנדור, "חופש הביטוי מעל לחות-המודעות" משפטים יז (תשמ"ז) 171, 185.

97 השווה א' בנדור (לעיל, הערה 94), 627—628.

98 השווה בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1), 4, בין האותיות ו-ז.

כדי לקדם יעדים אלה, אין די בעצם עיצובן-מראש של הנורמות. יש להבטיח כי תוכן הנורמות יהיה "טכני" ככל האפשר, באופן שלא יושאר לגוף המכריע מתחם רחב מדי לשיקול-דעתו ולהכרעתו האישית. זהו טעם נוסף, מלבד הטעמים שעליהם עמדתי במהלך המאמר, לכך שלא רצוי כי המבחנים יניחו לבית-המשפט להעריך הסתברות להתקיימותן של התפתחויות פוליטיות או חברתיות אלה או אחרות או יחייבוהו לקבוע מהי מידת החומרה של סיכונים צפויים או מה הסיכוי שעמדות פוליטיות מסוימות יזכו להכשר ציבורי.

אני מסכים לכך, שעל הגוף המכריע מוטלת האחריות הציבורית למנוע קטסטרופות בלתי-הפיכות. בנסיבות כאלה הוא רשאי ואף חייב לחרוג מן הנורמות השגרתיות או להתליפן באחרות, הולמות יותר.

אולם כשאין סכנה כזאת, מוטב להסתפק בהפעלה "טכנית" של הנורמות, אף אם ההזדהות של המחליט עם החלטתו הקונקרטית איננה שלימה.

לדעתי, גישה כזאת תבטיח בסופו של דבר את העקרונות העומדים מאחורי הנורמות ואת אמון הציבור בכך שמושכלות-היסוד של המדינה אינם כורעים תחת כל רוח פוליטית, אישית או מפלגתית, חולפת, אלא עומדים הם יציבים על מכונם, בכפיפות להם אנו חיים ומבטיחים הם את שלומנו.