

”להרחיב את המרווח“? על היקף זכותו של חבר כנסת לתמוך בהתנגדות לכיבוש

בעקבות כג”צ 11225/03 בשארה נ’ היועץ המשפטי לממשלה

מאת

ברק מדינה ואילן סבן*

החיבור דן בפסק דין בו נקבע כי אין להעמיד לדין את חבר הכנסת בשארה בגין נאומים בהם שיבח את החזבאללה על הצלחתו במאבק נגד צה”ל בדרום לבנון והביע תמיכה ב”התנגדות” לכיבוש. בחיבור מוצגת המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטת המיעוט, שעיקרה הזיקה בין גבולות הזכות להיבחר לבין היקפה של החסינות המהותית, ומובעת בו תמיכה בעיקריה של הכרעת הרוב. דעת הרוב בפסק הדין נאמנה למסורת משפטית הבוחנת את הזכויות המעורבות בדוקטרינה של ”הדמוקרטיה המתגוננת” – חופש הביטוי, הזכות להיבחר וחסינות חברי הכנסת – באופן שמעניק משקל הן לדמיון ביניהן והן לשוני החלקי המבחיין ביניהן. בין היתר נטען כאן כי אף שביטוי של חבר כנסת הוא לא רק חשוב לדמוקרטיה יותר מביטוי של אדם רגיל אלא גם עשוי להיות מסוכן יותר, אין נובעת מכך הצרקה ל”קיצור פשוט”. דוקטרינת החסינות המהותית נובעת עמוקות ממשנתנו נוסף – ההסתברות המוגברת כי שליח הציבור של המיעוט יהיה הנמען המרכזי ביותר להתנכלויותיה של קהילת הרוב והמוסדות הסרים לשליטתה. תוספת סיכון זו, בהשוואה לאדם מן היישוב, מצריכה הגנה מוגברת בחברה דמוקרטית שסועה; וזו יכולה להימצא אך בגדרה של החסינות המהותית. בחיבור מוצע לפרש את עמדת הרוב כמכירה בצורך להחיל בגדר החסינות המהותית את המבחנים המגבילים את פסילתם של רשימה או של מועמד לכנסת מלהשתתף בבחירות לכנסת. החלת מבחנים אלה על התבטאויותיו הפוליטיות הנטענות של חבר הכנסת בשארה הצדיקה את הותרתן חוסות בצל הגנתה של החסינות המהותית.

החיבור עומד גם על ההקשר הסוציו-פוליטי של הסוגיה, המספק תימוכין לתוצאה של פסק הדין גם מנקודת המבט של המשפט הראוי. השאלה הפוליטית והערכית המרכזית שברקע פסק הדין היא: מהו המרווח שמוותרת ישראל לביטוי של אזרחיה הערכים בכל הנוגע לקונפליקט בין מדינתם לבין עמם? בחיבור זה נטען כי דעת הרוב תרמה תרומה חשובה להרחבתו של ”המרווח” – זה שעניינו מרחב הדין החותר להבין לאשורה את

* ברק מדינה הוא מרצה בכיר, הרוכז על שם יוסף ה’ וכל ר’ בראון, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; אילן סבן הוא מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אנו מודים לחברינו, יעקב בן-שמש, תמי הראל בן-שחר, משה כהן-אליה, יגאל מרזל וטרוי נבות, ולחברי מערכת כתב העת, על הערותיהם החשובות.

המציאות המבלבלת והקשה, את שורשיה ואת דרכי ריפוייה. מרווח זה לא כופה אלם על המיעוט אלא מאפשר לנציגיו להשמיע עמדות, מאפשר לבני קהילת המיעוט לקיים יכוח פנימי ומאפשר לכלל הציבור להשתתף בדיון שהוא יותר כן ומעמיק.

מבוא. א. רקע עובדתי. ב. סוגיה מקרמית: התשתית העובדתית לכירורח התחולה של החסינות המהותית. ג. היקפה של החסינות המהותית. 1. הזיקה בין החסינות המהותית לבין הגבולות של הזכות להיבחר ושל תופש הביטוי; 2. תחולתו של הסייג לחסינות המהותית – האמנם "תיקון מבהיר"?; 3. פירוש מצמצם של הסייג לחסינות המהותית והכרה בכך שרוב-דובן של ההתבטאויות בנושא פוליטי עדיין נופלות בהכרח ב"מתחם הסיכון הטבעי" לפעילות של חבר כנסת; ד. קריאת המחלוקת בפסק הדין על רקע ההקשר הסוציו-פוליטי של החברה הישראלית. ה. סוף דבר.

מבוא

בפסק דין שניתן בחודש פברואר 2006 פסק בית המשפט הגבוה לצדק כי אין להעמיד לדין את חבר הכנסת עזמי בשארה בגין נאומים שנשא לפני שנים ספורות, בהם שיבח את החזבאללה על הצלתו כמאבק נגד צה"ל בדרום לבנון והביע תמיכה ב"התנגדות" לכיבוש.¹ בית המשפט קבע, ברוב דעות, כי דבריו של חבר הכנסת בשארה חוסים בצלה של החסינות המוקנית לחבר הכנסת ביחס ל"הבעת דעה... במילוי תפקידו". הייתה זו הפעם הראשונה שבה הוגש כתב אישום נגד חבר כנסת בגין הבעת דעה בנושא פוליטי, ומכאן חשיבותו הרבה של פסק הדין הן ביחס להיקפה של החסינות המהותית של חברי הכנסת והן ביחס להגנה על חופש הביטוי בכלל. ברשימה זו אנו מבקשים לנתח את עיקרי המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטת המיעוט ולהצדיק את עיקריה של הכרעת הרוב; כמו כן נבקש לעמוד על ההקשר הסוציו-פוליטי של הסוגיה, המספק לטעמנו תימוכין לתוצאה של פסק הדין גם מנקודת המבט של המשפט הראוי.

א. רקע עובדתי

חבר הכנסת בשארה צוטט כמי שהביע תמיכה, בשתי הזדמנויות שונות, במאבקו של ארגון חזבאללה נגד הכיבוש הישראלי בדרום לבנון. נטען, כי בנאום שנשא חבר הכנסת בשארה ביוני 2000 באום-אל-פחם הוא הכריז, בין היתר, כך:

החזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של

1 בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 1.2.2006).

הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל... החיזבאללה קלט את הלך הרוח ברחוב הישראלי וניצל את זה עד תום. הוא דאג שמלחמת הגרילה שלו תהיה מתוקשרת היטב, וכל הישג שלו השפיע רבות על מוראל העם בישראל שפקעה סבלנותו באיטיות נוכח האבידות שספג מהחיזבאללה.

כמו כן נטען, כי בנאום שנשא בסוריה כשנה מאוחר יותר הביע חבר הכנסת בשארה תמיכה ב"אופציית ההתנגדות":

לא עוד ניתן להמשיך, מבלי להרחיב את המרווח בין אפשרות המלחמה הכוללת ובין העובדה שהכניעה הינה בלתי אפשרית... המרווח הזה הועיל לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי ה'התנגדות' הלבנונית... באה ממשלה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית 'ההתנגדות', אלא ע"י הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו לנהל מאבק ר'התנגדות'. לא ניתן להרחיב מרווח זה אלא באמצעות עמדה מדינית ערבית מאוחדת ואפקטיבית בזירה הבינלאומית ואמנם הגיעה השעה לכך.

התבטאויות נטענות אלה הובילו לשתי תגובות משפטיות. ראשית, היועץ המשפטי לממשלה החליט להעמיד את חבר הכנסת בשארה לדין בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי, על פי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, ע"ר 24. הבקשה להסרת חסינותו של חבר הכנסת בשארה התקבלה בנובמבר 2001, ובעקבותיה הוגש נגדו כתב אישום. שנית, בינואר 2003 החליטה ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 לא לאשר את חבר הכנסת בשארה כמועמד בבחירות לכנסת, במידה רבה עקב התבטאויותיו האמורות. ההחלטה התבססה על תיקון לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שהתקבל בשנת 2002, ס"ח 1845 שבו נקבע בין היתר כי "לא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם... יש במעשיו... תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל".

בפסק דין שניתן בינואר 2003 (ונימוקיו פורסמו במאי 2003) ביטל בית המשפט העליון את התגובה המשפטית השנייה, וקבע ברוב של שבעה שופטים מול ארבעה כי חבר הכנסת בשארה רשאי להשתתף בבחירות לכנסת (פרשת טיבי).² נקבע, כי בדברים שיוחסו לחבר הכנסת בשארה יש אמנם משום תמיכה בארגון טרור, אך לא הוכח במידה מספקת כי חבר הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין של ארגון טרור ולפיכך אין לשלול את זכותו להיות מועמד בבחירות לכנסת.

2 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

במקביל לדיון האמור התנהל ההליך הפלילי. במסגרת טענותיו המקדמיות בהליך הפלילי טען חבר הכנסת בשארה כי ההתבטאויות נשוא כתב האישום הן בבחינת "הבעת דעה... במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו" כחבר כנסת, ולפיכך, מכוח סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם ותוכותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 80, מוקנית לו חסינות מפני אחריות פלילית בגינן. לפי סעיף 13(א) לחוק החסינות, הכנסת אינה רשאית ליטול מחבר כנסת את החסינות המוקנית לו בסעיף 1(א) ("החסינות המהותית"), ולפיכך טען כי החלטת הכנסת מנובמבר 2001 ליטול את חסינותו היא חסרת-תוקף. בית משפט השלום קבע כי ההכרעה בטענת החסינות מחייבת בירור עובדתי ולפיכך יש לדחותה עד לאתר שמיעת הראיות בהליך הפלילי.³ בעקבות החלטה זו עתר חבר הכנסת בשארה לבג"ץ וטען כי יש להורות על ביטול כתב האישום נגדו. בפסק הדין מושא דיוגנו קבע בג"ץ, ברוב דעות, כי הדברים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה אכן חוסים בגדר החסינות המהותית של חברי הכנסת ולפיכך הורה על ביטול כתב האישום נגדו.

ב. סוגיה מקדמית: התשתית העובדתית לבירור התחולה של החסינות המהותית

תוכנה של החסינות המהותית נקבע בסעיף 1(א) לחוק החסינות:

חבר-הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה או בשל הבעת דעה בעל-פה או בכתב או בשל מעשה שעשה – בכנסת או מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר-כנסת.

מכוח תיקון לחוק שהתקבל בשנת 2002, הוסף סעיף 1(א1) לחוק החסינות, ולפיו:

למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר-הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לעניין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר-הכנסת:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;

[...]

3 ת"פ (מחוזי נצ') 1081/02 מדינת ישראל נ' בשארה, תק-מח 2004(2) 761 (2004): "...הטענות המקדמיות שהועלו על ידי ההגנה קשורות באופן כזה או אחר לשאלות העובדתיות שמקומן בהליך העיקרי ולא במסגרת הטיעונים המקדמיים. על כן, אנו קובעים כי אין מקום להיוקק לטענות הנ"ל בשלב מקדמי זה, אלא לאתר שמיעת הראיות בתיק".

(4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

עתירתו של חבר הכנסת בשארה עוררה לפחות שתי סוגיות מקדמיות, ושתייהן קיבלו מענה קצר ולא משכנע, לטעמנו. סוגיה אחת עסקה בשאלת תחולתו של התיקון לחוק החסינות על התבטאויות שקדמו לו, ובה נדון בהמשך; הסוגיה המקדמית האחרת התמקדה בתשתית העובדתית שעליה יש לבסס את ההכרעה בסוגיית החסינות: האם יש להתבסס אך ורק על הנטען בכתב האישום או שמא יש להיזקק גם לראיות באשר לטיבו המדויק של המעשה המיוחס לחבר הכנסת?

שלושת השופטים קיבלו את הסכמת הצדדים להכריע בסוגיית החסינות במסגרת הדיון בעתירה מבלי לקיים הליך של שמיעת ראיות. אולם, השופטים נחלקו בדעותיהם באשר להשלכות של הכרעה כזו. השופטת חיות קבעה כי ההליך המתקיים בפני בית המשפט הגבוה לצדק חייב להתבסס על ההנחה שכל הטענות הנטענות בכתב האישום יוכחו. לשיטתה, ההסברים והטיעונים החולקים של חבר הכנסת בשארה – שהתייחסו הן לעצם אמירת הדברים המיוחסים לו והן למשמעותם⁴ – הם "עניין לערכאה הדיונית לענות בו במסגרת ההליך הפלילי המתנהל בפניה" ולא לבית המשפט הגבוה לצדק.⁵ השופטת חיות קבעה כי יש לראות בדברים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה בכתב האישום משום תמיכה במאבק מזוין של החזבאללה נגד מדינת ישראל, ולפיכך, לאור התיקון לחוק החסינות, החסינות המהותית אינה חלה במקרה הנדון.

הנשיא ברק ציין בפתח פסק דינו כי "לצורך ניתוח טענת חסינות אנו יוצאים מנקודת ההנחה כי עובדות כתב האישום יוכחו כראוי".⁶ דבריו אלה כווננו, כך נראה, רק לעניין הטענה כי חבר הכנסת בשארה אמנם אמר את הדברים המיוחסים לו בכתב האישום. לעומת זאת, לגישתו של הנשיא ברק, שעמה הסכים השופט ריבלין, מוטל על התביעה להציג "ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" להוכחת הטענה כי ההתבטאות נופלת בגדר הסייג לחסינות המהותית, כלומר: שיש בה "תמיכה במאבק מזוין... או במעשי טרור נגד מדינת ישראל" (סעיף 1(א) לחוק החסינות).⁷ מאחר שהתביעה לא הביאה ראיות כאלה פסקו שופטי הרוב כי יש לדחות את הטענה כי חבר הכנסת בשארה הביע תמיכה ב"מאבק מזוין". הנשיא ברק ציין כי "לו התקיים הדיון בשאלה זו בפני הערכאה הדיונית, יכולים היו המשיבים [התביעה] להציג ראיות נוספות התומכות בעמדתם...

4 בין היתר טען חבר הכנסת בשארה כי הציטוטים המיוחסים לו רצופים אי־דיוקים. לביסוס הטענה הציג תכתובת שלו עם עורך העיתון שבו פורסם המאמר ששימש בסיס בלעדי לאחד האישומים, ואף הודאה של נציג העיתון כי המאמר שוכתב. ראו במיוחד סעיף 74 לכתב העתירה.

5 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 12 לפסק הדין של השופטת חיות.

6 שם, בסעיף 1 לפסק הדין של הנשיא ברק.

7 שם, בסעיף 5 לפסק הדין של הנשיא ברק; ראו גם בסעיף 11 לפסק הדין של השופט ריבלין.

אולם לא נעשה כך. חומר הראיות שלפנינו איננו אלא קטעים מסוימים מהנאומים אותם נשא העותר.⁸ משום כך, כאמור, קבעו שופטי הרוב כי החסינות המהותית חלה במקרה הנדון, והורו לבטל את כתב האישום.

לעניות דעתנו, שתי הגישות מעוררות קושי. נטל ההוכחה ונטל הבאת הראיות בשאלת תחולתה של החסינות המהותית מוטלים על התביעה. נובעות מכך שתי מסקנות דיוניות: ראשית, אנו סבורים כי כתב האישום צריך לכלול פירוט לא רק של העובדות הנחוצות להוכחת האשמה המיוחסת לחבר הכנסת, אלא גם של אלה הנחוצות להוכחת הטענה כי המעשה אינו חוסה בגדר החסינות המהותית. בפרשת בשארה, למשל, לצורך האישום עצמו, די בפירוט העובדות המבססות את הטענה כי יש בדבריו של חבר הכנסת משום "דברי שבח, אהדה... או תמיכה בארגון טרוריסטי" (סעיף 4(ב) לפקודת מניעת טרור); אולם לעניין הסייג לתחולתה של החסינות המהותית יש לטעון בנוסף כי מדובר בתמיכה ב"מאבק מזוין... או במעשי טרור" – ולא בתמיכה "סתם" בארגון טרוריסטי. במסגרת ההליך בבג"ץ ניתן יהיה לפיכך לבחון את הטענה כי אף בהנחה שהעובדות המפורטות בכתב האישום יוכחו, אין בהן כדי לבסס את הטענה כי חבר הכנסת אינו נהנה מחסינות מהותית בגין המעשה המיוחס לו. שנית, אם יקבע שכתב האישום אכן כולל פירוט של העובדות כאמור, הערכאה הדיונית עדיין נדרשת לקבוע – בהתבסס על הראיות המתבררות בפניה – אם התביעה הצליחה להוכיח כי המעשה אינו נכלל בגדר החסינות המהותית.

מכאן ביקורתנו על שתי הגישות שהובעו בפסק הדין. גישתה של השופט חיות היתה נראית לנו פחות מוקשה, אם הכרעתה לדחות את העתירה אינה מהווה סוף פסוק בסוגיית החסינות, כך שעל הערכאה הדיונית לשוב ולברר גם את סוגיית החסינות לאחר שמיעת הראיות; אולם, אם כוונת הדברים היא שעם דחיית העתירה לא תהא עוד הערכאה הדיונית מוסמכת לברר את סוגיית החסינות, וה"עניין" שנותר לה לברר הוא רק אשמתו של חבר הכנסת – וזה כנראה הפירוש הסביר יותר של פסק דינה של השופטת חיות – אנו סבורים כי גישה זו אינה ראויה. הכרעה סופית בסוגיית החסינות, המבוססת כל כולה על ההנחה כי יוכח כל הנטען בכתב האישום, מצמצמת באופן בלתי-סביר את הביקורת השיפוטית על ההחלטה של היועץ המשפטי לממשלה להעמיד את חבר הכנסת לדין ועל החלטת הכנסת להסיר את החסינות הדיונית של חבר הכנסת (במקום בו התקבלה החלטה כזו).⁹ גישה זו מסירה מן התביעה את הנטל להוכיח כי המעשה המיוחס לחבר הכנסת

8 שם, בסעיף 6 לפסק הדין של הנשיא ברק.

9 כפי שקבע השופט ריבלין, גישתה של השופטת חיות עלולה להביא לכך ש"שיקול הדעת המנהלי בהגשת כתב אישום בעבירות מסוימות – כגון העבירה המיוחסת לעותר – יכריע את הכף גם ביחס לשאלת החסינות, בלא שהנרשא יעמוד לביקורת שיפוטית ממשית"; שם, בסעיף 9 לפסק הדין של השופט ריבלין.

אינו חוסה בגדר החסינות המהותית, ולפיכך היא אינה מאפשרת להגשים כראוי את תכליתה של חסינות זו.

בה בעת ניתן לבקר גם את הגישה שנקטו שופטי הרוב. קשה להבין כיצד יכולה התביעה להוכיח כי הדברים המיוחסים לחבר הכנסת אינם חוסים בגדר החסינות המהותית חוץ הצגת "ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות", אם ההכרעה בשאלת החסינות מתקבלת במסגרת עתירה לבג"ץ בלא שמתקיים הליך לשמיעת הראיות. כפי שנראה בהמשך, עמדתם זו של שופטי הרוב מבוססת על היקש מן הדין החל לעניין שלילת הזכות להתמודד בבחירות, על פי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ט^{10,69} אלא שההליכים המתקיימים בהקשר זה – בפני ועדת הבחירות המרכזית ובהליך של ערעור (או אישור) בבית המשפט העליון – כוללים שמיעת ראיות.

לדעתנו, כאמור, ההכרעה השיפוטית בסוגיית תחולתה של החסינות המהותית צריכה להיעשות בשני שלבים. השלב הראשון הוא בירור הסוגיה בהתבסס על ההנחה שיוכחו העובדות המפורטות בכתב האישום, בלי לקיים הליך לשמיעת ראיות. שלב זה יכול להתקיים במסגרת בירור טענה מקדמית בהליך הפלילי או במסגרת עתירה לבג"ץ. אם מתברר כי בכתב האישום אכן מובאות טענות שאם יוכחו יהיה בהן כדי לשלול את טענת החסינות, יש לעבור לשלב השני לבירור הראיות הנוגעות לאותן טענות. גלויות לכך שאלת המסגרת הדיונית הנאותה להכרעה בשלב השני האמור: בהתחשב באופיו של הדיון המקובל בבית המשפט הגבוה לצדק, נראה כי מוטב למסור לערכאה הדיונית את ההכרעה ביחס לראיות הנוגעות לסייגים לחסינות המהותית. השאלה המתווספת היא אם ראוי שהערכאה הדיונית תפסוק בעניין במסגרת הכרעת הדין, או שמא יש לקיים לשם כך הליך מוקדם נפרד, מעין "משפט זוטא". אנו סבורים כי האפשרות השנייה עדיפה במובהק.¹¹ עצם ההעמדה לדין מציבה את חבר הכנסת בתהליך מסוכן, תובעני ותכופות ממושך, העלול לפגוע באופן ניכר במעמדו הציבורי ובחופש הפעולה שלו. ראוי כי הכרעת הטיעונים המקדמיים ביחס להעמדה לדין שכזו תעשה לפיכך בהליך מקדמי ממצה.

ג. היקפה של החסינות המהותית

כאמור, לפי סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, חבר כנסת אינו נהנה מחסינות מפני אחריות פלילית בגין, בין היתר, "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי... [או] תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל". כזכור, הוראה זו היא פרי תיקונו של חוק החסינות בשנת 2002, וקיימת קרבה רבה בינה

¹⁰ ראו להלן פרק ג'.

¹¹ דומה כי זו גם עמדתו של הנשיא ברק; ראו עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 2 לפסק דינו.

לבין סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שלפיו "לא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במעשיו... במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (2) הסתה לגזענות; (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת ארץ או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל".¹²

בפסק הדין הנדון כאן קבעה השופטת חיות כי הוראתו של סעיף 7א(1) לחוק החסינות מבטאת "רציפות בהגשמת המטרות שביסוד... סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת". לשיטתה, "הקווים האדומים, הקבועים... בהוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ממשיכים ללוות את נבחר הציבור גם לאחר שהחל לכהן כחבר כנסת מן המניין ובתחנה אחרונה זו מסמנים הם את קו הגבול של החסינות העניינית המוענקת לו מתוקף תפקידו".¹³ אנו חולקים על כוללנותה של עמדה זו. בשורות הבאות נבקש לטעון כי אף שקיימת כמובן זיקה בין שתי הוראות אלה, המבטאות שתיהן תפיסה של "דמוקרטיה מתגוננת", אין חפיפה מלאה בין גבולות הזכות להיבחר מזה לבין גבולות החסינות המהותית מזה, ועל כן גם הסדרתן אינה זהה.

סוגיית הזיקה בין גבולות הזכות להיבחר לבין היקפה של החסינות המהותית התעוררה בענייננו בשלושה הקשרים. ראשית, בשל העובדה שהתיקון לחוק החסינות התקבל לאחר ההתבטאויות של חבר הכנסת בשארה (ואף לאחר הגשת כתב האישים נגדו), התעוררה השאלה אם מדובר ב"תיקון מבהיר" בלבד, המשקף גם את הדין שקדם לו ולפיכך יש להחילו גם במקרה הנדון, או שמא מדובר בשינוי של הדין הנוהג, ולפיכך יישומו במקרה הנדון מהווה החלה למפרע של דין חדש. שנית, כאמור לעיל, בית המשפט העליון כבר הכריע כי אין בדברים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה כדי להצדיק את שלילת זכותו לכהן כמועמד בבחירות לכנסת מכוח סעיף 7א (פרשת טיבי). לפיכך עלתה השאלה מהן השלכותיה של הכרעה זו על תחולתו של הסייג לחסינות המהותית במקרה הנדון. שלישית, בהקשר רחב יותר נשאלה השאלה כיצד יש לפרש את סעיף 7א(1) לחוק החסינות – האם יש להחיל לגביו את הגישה המקובלת ביחס להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (ובכלל זה הדרישה כי ההתבטאות תהיה בבחינת חלק מ"פרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה" של המועמד, וכן כי יוחל מבחן ראייתי מחמיר ביחס לתוכני ההתבטאויות ובאשר למשמעות שיש לייחס להן)? לטעמנו, המפתח למענה לשאלות הללו, כמו גם המפתח להכרעת זירות המחלוקת

12 עם זאת, הסייגים לתחולתה של החסינות המהותית, המגויסים בסעיף 7א(1) לחוק החסינות, אינם זהים באופן מלא לאלה הקבועים בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שכן בהוראה הראשונה מדובר ב"תמיכה במעשי טרור" ואילו בשנייה ב"תמיכה במאבק מזוין... של ארגון טרור". פער זה עשוי להיות משמעותי ככל שמוכרת הבחנה בין תמיכה ב"מעשה טרור" לבין תמיכה רק באותן פעולות שהן חלק ממלחמת גרילה להשתחררות מכיבוש (משמע: התמודדות מזוינת שאינה מיועדת לחיסול ישראל אלא להשתחררות מכיבוש, וככל שהיא מכוננת נגד חיילים, להבריל מאורחים).

13 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 10 לפסק הדין של השופטת חיות.

בפסק הדין, הוא הבנת האופן שבו המשפט הישראלי מתמודד עם הדילמה החופה מעל השאלות הנזכרות – הדילמה של "הדמוקרטיה המתגוננת"; וביתר דיוק: הבנת האופן המורכב שבו המשפט הישראלי מסדיר שלושה תחומים סמוכים אך לא זהים המצויים בלבה של הדמוקרטיה המתגוננת: הגבלת הזכות להיבחר, הגבלת חופש הביטוי וסיווג תחולתה של החסינות המהותית של חברי כנסת.

1. הזיקה בין החסינות המהותית לבין הגבולות של הזכות להיבחר ושל חופש הביטוי

החסינות המהותית מבוססת על ההערכה כי נחוצה זהירות מיוחדת בהתוויית הגבולות על חופש הפעולה של חברי הכנסת. החשש של חבר כנסת כי התבטאויותיו יהוו הפרה של איסור הקבוע בדין עלול ליצור "אפקט מצנן", באופן שימנע ממנו לפעול באופן חופשי גם במסגרת המותר על פי הדין. על כן, החסינות קובעת מרווח מסוים של פעולות שהן אמנם אסורות גם למי שמכהן כחבר כנסת, אך ביצוען אינו חושף אותו לסיכון שיוטלו עליו סנקציות פליליות, ובכך היא מקטינה את הפוטנציאל ל"אפקט מצנן" של איסורים שבדין. זכות יתר זו, המגוננת על חבר הכנסת גם בעשותו לכאורה את האסור, אינה נובעת מכך שהאסור נהפך לראוי בעת שנעשה (אם אכן נעשה) על ידי נציג הציבור, אלא מכך שהדמוקרטיה תופסת את מחיר החסינות ככזה שראוי לשלמו כמנגנון הגנה חיוני עבור ועבור המיעוט בתוכה.¹⁴

מעט יותר בפירוט: החסינות מגוננת על נציגי הציבור, ובמיוחד על נציגי המיעוט, מפני עריצות הרוב; ומאפשרת להם לפעול, לייצג, להתבטא ולתרום את תרומתם לשיח הציבורי במורא מופחת. היא זו שמקחה את "האפקט המצנן" של הדין הפלילי: החשש מפני עמימותן הכמעט הכרחית של הוראותיו, והסיכוי לנגישת המיעוט באמצעות איום הרוב להפעיל את אותן הוראות תוך ניצול עמימותן. כך, למשל, האיסור על "תמיכה במאבק מזוין" הוא עמום, ועלול להתפרש בדרך שתפגע עמוקות בחופש הביטוי. מאירים עיניים בהקשר זה דבריו של קרמניצר, שאף צוטטו בפסק הדין:¹⁵

הביטויים 'שבח', 'עידוד', ו'אהדה' הם רחבים ביותר... האם אמירה לפיה 'אלמלא האינתיפדה לא היה נכרת הסכם אוסלו' איננה בבחינת אהדה למעשי אלימות? האם תיאור קיפוחו של המיעוט הערבי והקושי או אי-האפשרות לחולל שינוי משמעותי בעניין זה אינו עידוד אלימות? האם

14 לדין מקיף בחסינות המהותית ראו, בין היתר, סוזי נבות החסינות העניינית (מקצועית) של חברי הכנסת (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1997); וכן סוזי נבות "חסינותו של חבר כנסת בגין 'הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד' – מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט ד' 61 (1999).

15 מרכזי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסחה לגזענות' משפטים ל' 105, 142 (1999).

תיאור אמצעי הדיכוי הננקטים בשטחים המוחזקים תוך ביקורת חריפה ונוקבת עליהם איננו עידוד כזה? האם מחקר היסטורי המצביע על כך שבמצבים מסוימים לא ניתן להשיג את תשומת ליבו של הרוב למצוקתו של המיעוט, אלא תוך שימוש באלימות, הוא עידוד לאלימות? האם התייחסות לקשר שבין מעשיה של הממשלה לבין פעולות טרור אינה מעודדת טרור? מדובר בפרסום דברים המצויים בלב התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי.

המענה שהציעה לכך שופטת המיעוט חיות מתמקד באופן ההתוויה של קו הגבול בעבירות ביטוי: "ככל שעניין לנו בעבירות הקשורות בחופש הביטוי, יש להישמר מפני פירוש המרחיב יתר על המידה את גדרן של עבירות אלה שמא תיפגענה במידה העולה על הנדרש החירויות הפוליטיות הנחונות לנבחר הציבור ויפגעו 'כלי העבודה' המובהקים שלו – הנאום, המאמר והראיון".¹⁶ אולם, מענה זה אינו מבחין בין התוויית האיסורים הפליליים לבין התוויית היקפה של החסינות המהותית, ולמעשה מרוקן מתוכן את תכליתה של החסינות. העמדה שביסוד החסינות היא שחבר כנסת צריך להיסמך על הגנה רחבה יותר מההגנה הרגילה של חופש הביטוי. הטעם המכריע בכיוונה של הגנה יתרה הוא "האפקט המצנן" המוגבר בהקשרם של חברי כנסת. עיסוקם המרכזי של חברי כנסת (בדומה לעיתונאים) הוא ביטוי, ולכן הם חשופים יותר מאחרים לסנקציות המופעלות נגד ביטוי;¹⁷ אך חשוב מכך, ובכך עיקר ייחודם: פולטותם וחשיבותם של חברי כנסת המייצגים קהילות מיעוט הופכות אותם ל"חשוד מיידי" – נמען עיקרי להתנכלויות מצד קהילת הרוב והרשויות השלטוניות שבשליטתה. אשר על כן, חברה דמוקרטית שסועה, המחויבת באמת ובתמים לפלורליזם רעיוני, חייבת לאזן את הפגיעות המוגברת הזו ואת האפקט המצנן הנלווה לה באמצעות הגנה מוגברת למי שהם נציגיו בפרלמנט של מיעוט אתני, דתי או פוליטי. שופטי הרוב עמדו על נקודה זו בבהירות:

...ובענייננו – לא ביטוי סתם כי אם ביטוי פוליטי, ולא ביטוי פוליטי סתם כי אם ביטוי פוליטי של חבר הכנסת, ולא חבר הכנסת סתם כי אם נציגה של קבוצת מיעוט. החסינות העניינית נועדה בראש ובראשונה להבטחת ייצוגן האפקטיבי של הקבוצות השונות באוכלוסייה בכנסת, באופן שקולן יישמע ולא יודר.¹⁸

16 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 13 לפסק הדין של השופטת חיות.

17 ראו ברוח זו שם, בסעיף 9 לפסק הדין של הנשיא ברק: "העוסק בביטוי פוליטי כחלק מרכזי מתפקידו ממילא מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בחופש הביטוי, כגון הסתה, המרה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור".

18 שם, בסעיף 10 לפסק דינו של השופט ריבלין; ראו גם בסעיף 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כיצד מצליחה החסינות המהותית למלא אחר תכליותיה בלי לגבות מחיר מופרז במונחים של פגיעה באינטרסים חברתיים אחרים? מה הם גבולותיה הראויים? לב המהלך הוא הענקת זכות יתר להגנה על חבר כנסת גם בעשותו את האסור או את הנחשד כאסור, אך זאת בגבולות המותרים על ידי מבחן איזון. המבחן שאומץ ברבות הימים הוא זה שהציע המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בפרשת פנחסי:

סביב [מילוי] תפקידו כדין של חבר-הכנסת מצוי מתחם של התנהגות, המשתרע על כל אותן פעולות אסורות – שאינן חלק מתפקידו של חבר-הכנסת – אך אשר התאוצה של ביצוע התפקיד יוצרת סיכון שהוא טבעי לתפקיד... [המדובר] בפעולות כה קשורות ושזורות בתפקידו, עד כי קיים חשש, כי אם חבר-הכנסת יידרש ליתן הדין על פעולות בלתי חוקיות אלה, הדבר ישפיע במישרין ויגביל את יכולתו לבצע את תפקידו כחוק.¹⁹

הסוגיה הקשה היא מה הזיקה שבין הדוקטרינה בדבר "דמוקרטיה מתגוננת" לבין היקפה הראוי של החסינות המהותית. דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת" אוזנת בעמדה שלפיה תוקפם של עקרונות היסוד שעליהם מושתתת השיטה הדמוקרטית – ובכלל זה סובלנות, שוויון, הכרה בערך האדם ושלטון עצמי – הוא "קדם-פוליטי". עקרונות אלה אינם תוצאה של הכרעה במסגרת הפרוצדורה הדמוקרטית הרגילה, בהתאם לעמדת הרוב, אלא מגבלה על כוחו של הרוב. לפי דוקטרינה זו, לשם שימור עקרונות היסוד הללו מוצדק לנקוט אמצעים שלטוניים ובהם הגבלת חירויות היסוד.²⁰ נקודה מהותית לענייננו היא שהדוקטרינה בדבר "דמוקרטיה מתגוננת" אינה מצדיקה הטלה של

19 בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 685-686 (1995).

20 ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 390, 365 (1965) (השופט זוסמן): "בית המשפט הגרמני לחוקה, כדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על 'דמוקרטיה לוחמת' שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במטווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב'דמוקרטיה מתגוננת' וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו..."; ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 48, 38 (1999); עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67 (השופט שטרסברג-כהן): "...זכותה של המדינה להגן על קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית מפני אלה המבקשים לנצל לרעה את פתיחותו של המשטר הדמוקרטי על מנת לקדם את מטרותיהם האנטי דמוקרטיות על ידי חידרה לבית המחוקקים, וכבר היו דברים מעולם". ראו גם שם, בעמ' 14-18 (הנשיא ברק). לדין בעיקרון זה ראו גם רות גביוון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרוט 145, 155-161 (אהרן ברק, רות גביוון, חיים כהן, יצחק זמיר, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי, ש"ז פלר, מרדכי קרמיצר ויורם שחר עורכים, 1987); אריאל כנדור "זכות המועמדות בבחירות לכנסת" משפטים יח 269, 270-273 (1988); ברק מרינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006).

הגבלות זהות על מכלול חירויות היסוד. לפי התפיסה המקובלת נדרשת התחשבות בשני גורמים עיקריים, היוצרים מעין "כלים שלובים": מצד אחד, דרגת הסיכון לחברה הכרוכה בנקיטת גישה סובלנית, ומצד שני, מחירה של החלת גישה לא סובלנית. והנה, חירויות היסוד השונות אינן נושאות עמן תרכובת זהה של תמורה וסיכון. יתר על כן, משתני הסיכון הטמונים בהטלת הגבלה על חירות יסוד ומשתני הסיכון הטמונים באי-הטלת הגבלה הם מורכבים ותלויי-נסיבות. נעמוד כאן אך על שני ממדי מורכבות.

ראשית, המשפט הישראלי אמנם מזהה הברלי סיכון בין "ביטוי" לבין "מעשה", אולם פרקטיקות חברתיות-פוליטיות מרכזיות אינן מתמסרות לסיווג קל בהקשר זה. הדוגמה המרכזית היא הפעילות הפרלמנטרית: תפקידיו של חבר כנסת נעים ברוב הספקטרום העובר בין "ביטוי" לבין "מעשה", והכנסת עצמה היא נקודת החיבור וההמרה בין מסה למעש; היא הזירה שבה רעיונות ויחסי כוח בין זרמים רעיוניים מתורגמים להכרעות חברתיות בעלות ממדים מעשיים מן המעלה הראשונה (חוקי יסוד, חוקים, חוק התקציב, הצבעות אמן בממשלה, הכרזה על שעת חירום ועוד).

נקודת מורכבות שנייה נעוצה בכך שאיתור המשתנים האחראים לסיכון או לתמורה הטמונים בפרקטיקה חברתית-פוליטית מסוימת אינו מספיק להכרעה בדילמה של הדמוקרטיה המתגוננת. בין המשתנים מופיעים יחסי גומלין המקשים על הכרעה חדה. כך, למשל, עלייה בחשיבות של הפרקטיקה החברתית-פוליטית (שהגבלתה נבחנת) תכופות נושאת עמה תוספת במידת הסיכון הצפונה בה; במילים אחרות: אנו מוצאים את עצמנו אל מול פרקטיקה חברתית-פוליטית שהיא חשובה יותר אך גם מסוכנת יותר. כיצד נכריע? כך, הזכות להיבחר היא בוזזמנית אחד משיאיו של ההליך הדמוקרטי – ביטוי מרכזי לדרך שבה אנו משתתפים בעיצוב גורלנו שלנו, בוחרים ומשנים את נציגינו במערכות השלטוניות, מניעים שינוי חברתי וכדומה – והיא מנוף לסכנה גדולה. הסכנה טמונה באפשרות לכך שהתרת השתתפות בהליך הפוליטי תאפשר לעמדות פסולות לזכות לרוב במערכת הפוליטית, ואולי גם תוביל למהפכה חוקתית, כזו שמשמיטה את הקרקע מתחת לכללי המשחק הדמוקרטיים עצמם וערכי היסוד של הדמוקרטיה. יתר על כן, ההערכה היא שאי-הגבלת הזכות להיבחר תקנה לעמדות הללו "הכשר ציבורי"²¹ ותעצים את הסכנה לתמיכה רחבה בהן ולנקיטת פעולות אלימות.²² באופן דומה,

21 ראו גביון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 146: "עמדת הרוב בירדור [מכטאת] סירוב לתת הכשר למצע פוליטי של אויבי המדינה... בהכרעה זו ביטא הרוב את עמדתו כי יש לבית-המשפט תפקיד חשוב נוסף על תפקידיו הרגילים: זה של הענקה (או מניעה) של הכשרים מדיניים". ראו גם שם, בעמ' 181-182: "התהליך שעמד לנגד עיני [רעת הרוב בירדור] היה של התחזקות מבפנים, כדרך של יצירת הכשר, של עמדות שאינן מתיישבות עם המדינה. בתהליך כזה שאלת סף הסכנה באמת אינה מתעוררת במובנה הרגיל"; בנימין נויברגר "הקול הערבי: בין אינטגרציה לדה-לגיטימציה" הערבים בפוליטיקה הישראלית: דילמות של זהות 31, 39 (אלי רכס עורך, 1998).

22 בהקשר זה נטען כי אחת הסיבות שאפשרו את עלייתו של היטלר לשלטון הייתה ההערכה המקובלת

התבטאותו של חבר כנסת נושאת עמה חשיבות מוגברת – משום שהיא מבטאת קבוצה זרם מחשבתי בחברה, משום הידענות והרהיטות שתכופות נלוות לה, ומשום שהיא מתנהלת לרוב בנתיבים בולטים מאוד – אך ב-זמנית חלק ממאפיינים אלה מגבשים סיכון חברתי מוגבר.

ממדי המורכבות שצוינו מעצימים את דילמות ההכרעה שמולן ניצבת דמוקרטיה מתגוננת, אולם זו בכל זאת גיבשה נתיבי התמודדות חשובים. נתיב ההתמודדות המרכזי של הדמוקרטיה הישראלית משותף לכל הדמוקרטיות, ולפיו הכלל הוא סובלנות והחריג – הטעון הצדקה וביסוס – הוא חוסר-סובלנות.²³ נתיב זה מחייב פירוט ועידון, ואכן מופיעים לצדו נתיבי התמודדות נוספים. אחד החשובים בהם הוא בחירתו של המשפט הישראלי לא להתמודד עם הדילמה של הדמוקרטיה המתגוננת באמצעות תחשיב פשטני של סיכון ותמורה. כך, לא נבחר "קיצוץ" סימטרי (כביכול תוספת הסיכון שבזכות להיבחר תתקזז כנגד תוספת חשיבותה, ועל כן תזכה להסדר שהוא זהה לזה הנוהג כלפי חופש הביטוי; או שתוספת החשיבות שבהתבטאותו של חבר כנסת תתקזז כביכול על ידי תוספת הסיכון הטמונה בה). בשני המקרים המשפט הישראלי הסדיר באופן שונה את מרחב הפעילות של כל אחת מהפרקטיקות הללו.

אשר לחופש הביטוי ולזכות להיבחר: המבחן הפרדיגמטי המגונן על חופש הביטוי הוא "מבחן הוודאות הקרובה". מבחן זה צבר ברבות השנים שלושה מרכיבים: (1) קיומה של הסתברות בדרגת ודאות קרובה (2) לכך שתרחש פגיעה חמורה באינטרס מוגן (אם לא יוגבל הביטוי), (3) והיעדרה של אלטרנטיבה פחותה בחומרתה לנקיטה דווקא באמצעי של הגבלת הביטוי. והנה, כבר בפסק הדין המרכזי הראשון שעסק בזכות להיבחר ניכרת ההבחנה בין שני התחומים – דעת הרוב בפרשת ירדור הגבילה את הזכות להיבחר ללא כל אזכור של המבחן ההסתברותי הנוהג בתחום חופש הביטוי.²⁴ בהמשך

בציבור הגרמני כי הדבר נעשה בהתאם לחוקה; ראו Gregory H. Fox & George Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 Harv. Int'l L. J. 1, 19 (1995): "[The] framers [of the German Basic Law] reasoned that if... Hitler would have been forced to violate the constitution openly before assuming virtually dictatorial power, [then]... given the traditional orderly and legalistic sentiment of the German people, this might have made a difference"

23 "לצד הסכנה, שהדמוקרטיה תנוצל לרעה על ידי אלה המבקשים את הכתרתה או את החלשתה, קיים גם הסיכון ההפוך, לפיו מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה יהפכו עקרונותיה לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות... מגמת היסוד [היא כי] אין לפגוע בחירות מן החירויות ובזכות מן הזכויות אלא במקרים הקיצוניים ביותר": ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 278, 276, 225 (1985) (הנשיא שמגר) (להלן: עניין ניימן 1).

24 לפי גישת שופטי הרוב, "קבוצת אנשים, אשר מטרתם הפוליטית... לחתור תחת עצם קיומה [של המדינה], לא תוכל *a priori* להיות בעלת זכות ליטול חלק [בבחירות]": עניין ירדור, לעיל ה"ש 20, בעמ' 387 (הנשיא אגרנט). השופט ח' כהן תמך בגישה שונה, לפיה אין לשלול את הזכות

הדרך, בעניין ניימן 1, הציע השופט ברק כי "שולי הביטחון" שדמוקרטיה צריכה לשמור אל מול הזכות להיבחר לפרלמנט רחבים מעט מאלו שיש לשומרם אל מול חופש הביטוי, ולכן מבחן האיזון שיש לנקוט הוא תובעני פחות ממבחן הוודאות הקרובה.²⁵ סמוך להכרעת בית המשפט העליון בעניין ניימן 1 פעלה הכנסת, ופנתה בכיוון המדגיש עוד את המרחק בין חופש הביטוי לבין הזכות להיבחר. זהו ההסדר המפורש שקיבלה הכנסת להגבלתה של הזכות להיבחר – סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שהוזכר לעיל. הסעיף קובע:

לא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במעשיו... 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.

על פי הפרשנות המקובלת, הוראת סעיף 7א נפרדה מהדרישה למבחן איזון הסתברותי, "הכורך בין המעשה המוקע לבין אפשרות מימושו".²⁶ עם זאת, ועל רקע עמדת היסוד הסובלנית שבבסיס הדמוקרטיה הישראלית, פורשה הוראת סעיף 7א כמותנית בהתקיימותם של מבחנים אחרים המכבידים על פסילת רשימה המבקשת להתמודד בבחירות. מבחנים אלה מצרים ממשית את האפשרות לפסול רשימות מכוח סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. ההלכה היא כי הפעלת הסמכות לפסול רשימה לכנסת מותנית, בין היתר, בכך שהמטרה או המעשה הכוללים את אחד היסודות החמורים המפורטים בסעיף הם בגדר "היעדים האידיאולוגיים אשר הרשימה שואפת באופן מוחשי

להיבחר אלא כאשר הדבר נחוץ כדי "למנוע סכנה ממשית, ברורה ומיידית... בהיעדר ראיות מכריעות לקיום סכנה שכזאת, הרי שלילה זו של זכויות האזרח עלולה להיראות כסנקציה על התנהגותו ודעותיו בעבר; וסנקציה שכזאת בוודאי אין ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת להטיל": שם, בעמ' 381.

25 עניין ניימן 1, לעיל ה"ש 23, בעמ' 313: "מבחן האפשרות הסבירה צריך לראות לנגד עיניו את התמונה החברתית כולה על היבטיה השונים. עליו לנתח תהליכים חברתיים, אשר במהלכם עשויה תנועה שולית, השוללת את המדינה או את הדמוקרטיה, להתחזק בדרך של תהליך מתמשך, האוסף כוח באופן הדרגתי ומצטבר, עד שתגיע לשלב בו היא תהווה סכנה לקיומה של המדינה או למשטרה הדמוקרטית". הנשיא שמגר קבע שם כי פסילת רשימה תותר רק אם קיימת "ודאות קרובה" להתממשות הסיכון (שם, בעמ' 265-279). שניים משלושת השופטים האחרים הסתייגו מהצורך בהערכות מסוג זה של עצמת הסכנה ברוח עמדתו של הרוכ בפרשת ירדור. השופט אלון קבע כי בית המשפט אינו עורך להערכה של סיכויי הרשימה להגשים את מצעה, הערכה המבוססת על גורמים חברתיים-סוציולוגיים (שם, בעמ' 297). נראה כי גם השופטת בן-פורת נטתה לדחות את הצורך לבחון את הסיכויים להגשמת המצע כתנאי לפסילת רשימה, אם כי לא הכריעה בדבר.

26 ע"ב 1/88 ניימן ג' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 187 (1988) (הנשיא שמגר) (להלן: עניין ניימן 2).

להגשמתם"²⁷; בכך שיש בדברים משום "פרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה"²⁸; ובכך שהרשימה "תפעל למען מימוש מטרותיה לשם הפיכתן מרעיון להגשמה"²⁹. בפסיקה מוחל בהקשרים אלה גם מבחן ראייתי מחמיר, שלפיו "המטרות והמעשים צריכים להצטייר בבהירות וללא הותרת ספק של ממש כבעלי תכונות מן המנויות [בסעיף 7א]."³⁰ הראיות להתקיימותם של יסודות אלה צריכות להיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות"³¹. מתוקף כך ניתנת עדיפות לפירוש של התבטאויות ועמדות של מועמדים באופן שאינו מהווה הפרה של "הקווים האדומים", תוך קביעה שכל ספק צריך לפעול "לטובת החירות לבחור ולהיבחר"³².

אם כן, תוצאת הדברים היא שימורה של הגנה משמעותית על הזכות לבחור ולהיבחר, אך סימונו המקביל של הבדל בין גבולות ההיתר השמורים לחופש הביטוי לבין אלו השמורים לזכות להיבחר. הבדל זה נוגע בעיקר למרחב "התכליות" שניתן לחתור אליהן באמצעות כל אחד משני סוגי הפרקטיקות הללו. כך, התבטאות שיש בה משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אסורה על פי הדין, בעוד שבנסיבות מסוימות היא עלולה להביא לשלילת זכותו של הדובר להיות מועמד בבחירות לכנסת. יתר על כן: פרסום של תמיכה בנקיטת "אמצעים" אסורים – מעשה אלימות או טרור – הוא אסור רק אם לפי תוכנו ונסיבות פרסומו "יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור" (סעיף 2ד144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), בעוד שלפחות לפי לשונו של סעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת, סייג כזה אינו מוחל לעניין שלילתה של הזכות להיבחר.³³ לעומת זאת – וזו נקודה המקשה על זיהויה של מגמה אחידה – בעוד שהתבטאויות מסוימות הן אסורות לכאורה אף אם הן אקראיות, הפעלת הסמכות להגביל את הזכות להיבחר מותנית בכך שמדובר בהתבטאות שהיא חלק מ"פרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה". איננו מתיימרים על כן להכריע בשאלה אם ההגנה על הזכות לבחור ולהיבחר – ולו במישור המעשי – אינה אפקטיבית יותר מזו המגוננת על חופש הביטוי; חשובה לנו עצם ההבחנה הנמתחת ביניהם, וכן העובדה שלעתים

27 שם, בעמ' 187.

28 ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 275 (1989).

29 שם, בעמ' 284. ראו גם עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17-18.

30 עניין נימן 2, לעיל ה"ש 26, בעמ' 187.

31 שם, בעמ' 188.

32 עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43 (הנשיא ברק); שם גוננה גישה זו הן על חברי הכנסת טיבי ובשארה (ורשימת בל"ד) והן על ברוך מרזל מתנועת "חירות".

33 עם זאת, חובת הדיוק מורה להוסיף כי איסורים מסוימים המכוונים לביטוי – ובהם תמיכה בארגון טרור והסתה לגזענות – אינם כוללים סייג המתייחס לסיכויי התממשות הסיכון. במקביל, לפי גישה מסוימת – שלא זכתה לרוב בבית המשפט העליון – ראוי לסייג את הגבלת הזכות להיבחר (על אף נוסחו המילולי של סעיף 7א) באמצעות מבחן הסתברותי שעניינו התממשות הסיכון הטמון ברשימה שפסילתה נבחנת. בהקשר זה ראו, למשל, עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

חופש הביטוי זוכה ליתר הגנה מהזכות להיבחר, וחשובה לנו ההכרה בכך שחופש הפעולה – ובמיוחד חופש הביטוי – של חבר כנסת צריכים להיות מוגנים מאלו של אדם מן הישוב.

לאן מוביל אותנו מצב דברים זה בכל הנוגע למוסד משפטי שהוא מוקד ענייננו כאן – החסינות המהותית – בעקבות תיקון חוק החסינות ב-2002? הניתוח שהובא עד כאן חיוני לצורך מענה על שתי השאלות שעמדו במרכז פסק הדין. החשובה שבהן עניינה הפירוש הראוי לסייג לתחולתה של החסינות המהותית שנקבע באותו תיקון, ובכך נדון מיד; השאלה השנייה – המקדמית באופייה, ובה נדון תחילה – היא אם הוראת התיקון היא אכן אך "תיקון מבהיר" של הדין שקדם לה, ואז ניתן להחילה על התבטאויותיו של חבר הכנסת בשארה שקדמו לה.

2. תחולתו של הסייג לחסינות המהותית – האמנם "תיקון מבהיר"?

בפסק הדין בעניין בשארה נקבע כי התיקון לחוק החסינות שמכוחו הוסף הסייג שבסעיף 1(א) לחוק החסינות חל על התבטאויותיו של בשארה, משום ש"עניין לנו ב'תיקון מבהיר', שאינו משקף אלא את המצב המשפטי שקדם לתיקון".³⁴ אנו חולקים על קביעה זו.

בפתח הדברים נציין כי שאלה דומה, ביחס לזיקה בין הוראותיו של סעיף 7א להיקפה של החסינות המהותית, עלתה בעבר בפסיקה אך לא הוכרעה. בפרשת מיצארי, שנדונה ב-1985, נשלל תוקפה של החלטת הכנסת ליטול מחבר כנסת את חסינותו מפני חיפוש ומעצר ואת זכותו לחופש תנועה, בעקבות השתתפותו בעצרת זיכרון לראש עיריית חברון ודבריו בעצרת שכללו דברי ברכה ל"הנהגה הפלשתינית ההיסטורית של ארגון השחרור שקוואסמה היה אחד ממנהיגיו הבולטים אשר נפל"ו בדרך לניצחון ולשחרור".³⁵ השופטת בן-פורת קבעה, בדעת מיעוט, כי "התנהגות המביעה תמיכה בהנהגתו של ארגון עוין, השואף להרוס את מדינת ישראל, ומחזקת את ידה, איננה מתיישבת עם הנאמנות שחב חבר הכנסת למדינה", ולפיכך לא מוקנית ביחס אליה חסינות עניינית.³⁶ עמדת הרוב היתה שונה. הנשיא שמגר ציין כי אמנם תיתכן טענה שלפיה החסינות העניינית אינה חלה על מעשים וביטויים שיש בהם כדי לשלול את הזכות להשתתף בבחירות, מכוח סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אך קבע במפורש כי אינו מכריע בעניין.³⁷

34 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 10 לפסק הדין של השופטת חיות. השופטת חיות אמנם ציינה כי "הקביעה כי עניין לנו ב'תיקון מבהיר' אין משמעותה כי יש להחיל את התיקון ככתבו וכלשונו למפרע" (שם); אך בפועל הוחל התיקון "ככתבו וכלשונו". הנשיא ברק הסכים לעמדה זו, וראו שם, בסעיף 1 לפסק דינו.

35 בג"צ 620/85 מיצארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 177 (1987).

36 שם, בעמ' 234.

37 שם, בעמ' 211: "טרם נטען וממילא טרם נדון, האם יש לאמור בסעיף 7א הנ"ל השלכה על תחולתה

הנשיא שמגר קבע כי הוא "מייחס חשיבות רבה לזהירות היתר ולריסון הרב שבהם יש לנהוג לגבי הסרתה של החסינות בעקבות התבטאויות מדיניות",³⁸ ולפיכך קבע כי החלטת הכנסת אינה תקפה. שלושת השופטים האחרים הסכימו עם התוצאה שאליה הגיע הנשיא שמגר אך ביססו אותה על נימוק אחר, ולא דנו ביחס שבין סעיף 7 לבין היקפה של החסינות העניינית. גם בפרשת פנחסי, שנדונה ב-1993, בחר בית המשפט להתיר סוגיה זו בצריך עיון.³⁹

בפסק הדין נשוא ענייננו נימקה השופטת חיות את מסקנתה כי הוראת סעיף 1(א) לחוק החסינות היא אך "תיקון מבהיר", בכך שהוראה זו מבטאת "רציפות בהגשמת המטרות שביסוד... סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת", משום ש"הקווים האדומים, הקבועים... בהוראת סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, ממשיכים ללוות את נבחר הציבור גם לאחר שהחל לכהן כחבר כנסת מן המניין ובתחנה אחרונה זו מסמנים הם את קו הגבול של החסינות העניינית המוענקת לו מתוקף תפקידו".⁴⁰ אכן, לשיטתה, "אין מקום לגלות סובלנות כלפי התבטאויות או מעשים של נבחר ציבור שיש בהם משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור הקמים עליה לחסלה".⁴¹ אנו מוצאים לפחות שני קשיים בהנמקה זו.

ראשית, הנמקה זו גורפת מדי משום שאין בה הבחנה בין ביטויים שונים של חוסר-סובלנות. ההסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת אכן מבטא, כאמור, חוסר-סובלנות כלפי עמדות כאלה ואחרות ככל שמדובר בהשתתפות בבחירות, אך לא נובעת מכך הצדקה לסייג באותו אופן את תחולתה של החסינות המהותית. הסייג לחסינות המהותית מתייחס לאפשרות ליוזם הליך פלילי נגד חבר כנסת אך לא לשלילת השתתפותו בהליך הפוליטי. ההכרה בלגיטימיות של נקיטת חוסר-סובלנות בדרך של שלילת הזכות להיבחר אינה מספיקה להצדקת ההחלה של מדיניות לא סובלנית בדרך של שלילת החסינות המהותית של חברי הכנסת, שכן האמצעי האחרון הוא שונה במהותו וכרוך במחיר נוסף על זה הנובע מהחלתו של האמצעי הראשון, בשל האפקט המצנן של הסנקציה הפלילית. ביטוי מרכזי להכרה במחיר הכבד הכרוך באפשרות כי

של החסינות המהותית... השאלות הללו טרם נדונו וגם לא עלו בכנסת או בטיעון שהושמע לפנינו, ולאור מערכת העובדות שכאן ניתן להשאירם כגדר צריך עיון".

שם. 38

עניין פנחסי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 686 (השופט ברק): "שאלה חשובה היא, אם החסינות העניינית משתרעת על עבירות הקשורות במישורין לפעולות או למטרות המונעות מרשימת מועמדים להשתתף בבחירות לכנסת... המקרה שלפנינו אינו מחייב הכרעה בשאלה זו, ואני מבקש להשאיר בצריך עיון".

עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 10 לפסק הדין של השופטת חיות.

שם, בסעיף 4 לפסק הדין של השופטת חיות. 41

תוחל גישה לא סובלנית כלפי חברי כנסת הוא ההימנעות מהסמכת גורם כלשהו להחיל פיקוח שוטף על פעילותו של חבר כנסת לשם בחינה כי אינו חורג מ"הקווים האדומים" הקבועים בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ולהפסיק את כהונתו.⁴²

שנית, עמדתה הנזכרת של השופטת חיות גורפת גם מהטעם שהיא לא מייחסת די משקל להבחנה בין "ביטוי" לבין "מעשה". ניתן לסבור, הגם שאיננו מתיימרים להכריע בכך, כי "הקווים האדומים" הקבועים בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת צריכים להגביל את חופש הפעולה של חברי הכנסת הנבחרים בהפעלת סמכויותיהם כמתוקקם וכמפקחים על פעילות הממשלה. ההגבלות הקבועות בסעיף 7א מכוונות למנוע ביטוי של "עמדות מסוכנות" במסגרת הליכי ההכרעה בכנסת, וזאת, כאמור, לאור ההערכה כי הסכנה הכרוכה בכך רבה. ניתן לסבור כי מטעם דומה יש מקום להגביל גם את חופש הפעולה של חברי הכנסת בכל הקשור למעשים דוגמת הגשת הצעות חוק, דרך ההצבעה ביחס להצעות חוק, ואולי אף הגשת הצעות לסדר היום והצעות להביע אי-אמון בממשלה. ניתן לטעון כי במשפט הנוהג של ישראל אין זה בגדר "תפקידו" של חבר הכנסת לזווג חקיקה הסותרת את העקרונות שבסעיף 7א. אולם – וזו הטענה העיקרית – אנו סבורים כי אין הצדקה לקבוע כך ביחס להתבטאויותיו של חבר הכנסת. אלו צריכות להישלט על ידי דוקטרינת חופש הביטוי, ויותר מכך: הן צריכות להישלט על ידי ההצדקה הקיימת לכך שחופש הביטוי של חבר כנסת יהיה רחב מזה של אזרח מן השורה, כאמור לעיל.

לשון אחרת, איננו יכולים לקבל את עמדתה של השופטת חיות כי אין כאן גריעה מהחסינות שעמדה לחבר הכנסת בעבר, שכן גם בעבר לא היה זה מ"תפקידו" לשלול את קיומה של המדינה כמדינת העם היהודי או לתמוך במאבק מזוין. עמדה זו פוסחת על ההבחנה בין התבטאות לבין ייזומה של הכרעה שלטונית. כך, למשל, אין דין קריאה לשינוי מהותה של ישראל כמדינת העם היהודי (למשל לטובת מדינה דו-לאומית) כדין הצעת חוק או הצעת חוק יסוד ברוח זו. לכל היותר, סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מתווה – גם בלא התיקון לחוק החסינות – את גבולות "תפקידו" של חבר הכנסת ביחס לייזום הכרעות שלטוניות. הוא אינו מסדיר את גבולות חופש הביטוי של חבר הכנסת או את גבולות הגנת-היתר המוענקת לו מפני העמדה לדין פלילי בגין התבטאויותיו. לכן,

42 בסעיף 1א(1) לתיקון כללי האתיקה לחברי הכנסת (הנקבעים על ידי ועדת הכנסת), שהתקבל ב-2004, נקבע כי "חבר-הכנסת ימלא את תפקידו מתוך נאמנות לערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אולם, הפרת כללי האתיקה אינם עילה להפסקת כהונתו של חבר כנסת. כמו כן, הוראות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת עשויות לשמש בסיס להחלת ביקורת שיפוטית על תוכנם של הסכמים קואליציוניים (בג"צ 5364/94 ולגר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995)). בשולי הדברים יצוין כי לפי הדין הקיים נראה כי לא ניתן גם לבטל את רישומה של מפלגה, אם לאחר רישומה החלה לפעול בניגוד לעקרונות היסוד הקבועים בסעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ס"ח 1395, הרומים לאלה הקבועים בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. ראו בעניין זה אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות 762-763 (2005).

לפחות קודם לחקיקת התיקון לחוק החסינות, לא הוטלו מכוח סעיף 7א סייגים לתחולתה של החסינות המהותית על התבטאותם של חברי הכנסת. בתמצית, אנו חולקים על הקביעה כי התיקון לחוק הוא בבחינת "תיקון מבהיר" בלבד. לפי ניתוחנו לעיל, המתווה המאפיין את המשפט הישראלי בהקשרה של פעילותו של חבר כנסת הוא כי חופש הביטוי של חבר הכנסת זוכה להגנה רחבה מזו שאזרח רגיל זוכה לה, ובהיבטים מסוימים הגנה זו רחבה יותר גם מההגנה על הזכות להיבחר. ככל שסעיף 7א(1) לחוק החסינות משנה את מצב הדברים וקובע כי בתחומים הקבועים בו – ובכלל זה תמיכה בשינוי אופייה של המדינה או תמיכה במאבק מזוין – מוסרת החסינות המהותית, וחופש הביטוי של חבר הכנסת באותם תחומים ניצב עתה בדיוק באותה רמת הגנה הנתונה לאזרח רגיל (משמע: גבול האיסור הקבוע בדין הפלילי), ראוי להסכים כי השתנה בכך מצב הדברים המשפטי שקדם לו; משמע, אין מדובר ב"תיקון מבהיר". אם אכן שונה עתה היקפה של החסינות המהותית, הרי שהחלתו של התיקון לחוק במקרה הנדון מהווה החלה למפרע וזו איננה מצדקת. התיקון לחוק אינו כולל הוראה בדבר מועד תחולה המוקדם למועד פרסומו, ולפי הגישה המקובלת יש לפרש הוראת חוק כך שלא תחול למפרע.⁴³ ההחלה למפרע של התיקון לחוק עלולה לסכל את התכלית שלשמה מוקנית החסינות המהותית שהיא, כאמור, ליצור "חגורת ביטחון" שתבטיח לחבר הכנסת חופש פעולה. הכרה באפשרות להחיל למפרע תיקון לחוק המצמצם את היקף החסינות אינה מאפשרת להבטיח ודאות כזו, ועלולה להשיב על כנה את בעיית "האפקט המצנן" שעמה נועדה החסינות להתמודד מלכתחילה.

3. פירוש מצמצם של הסייג לחסינות המהותית והכרה בכך שרוב רובן של ההתבטאויות בנושא פוליטי עדיין נופלות בהכרח ב"מתחם הסיכון הטבעי" לפעילות של חבר כנסת

בין שתיקון חוק החסינות בדרך של הוספת סעיף 7א(1) שינה את מצב הדברים הקודם (כפי עמדתנו), ובין שתיקון זה אך הצהיר על מצב הדברים הקיים (כפי עמדתם של השופטת חיות והנשיא ברק), מוסכם כי עתה קירבה הכנסת, בכוונת מכון, את מוסד החסינות המהותית להסדר שעניינו גבולות הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת). השאלה המרכזית היא פרשנותו של ההסדר הנוכחי של החסינות המהותית. אנו סבורים, כי פרשנותו התכליתית של סעיף 7א(1) לחוק החסינות, המתחשבת

43 ראו סעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2 וסעיף 17 לפקודת הפרשנות, ע"ר 1945 וכן – ביחס לחיקוק היוצר עבירה או מחמיר את העונש בניגה – סעיף 3 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864. לגישה שלפיה יש לפרש הוראות חוק לאור החזקה כי אין תכלית לחול למפרע ראו, למשל, בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996); בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

בערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, עדיין שומרת על מרווח משמעותי של חסינות מהותית במיוחד בהקשרים של ביטוי. פרשנות זו מכירה בכך שחופש הביטוי של חבר הכנסת הצטמצם ביחס לאותם "תכנים מסוכנים" המפורטים עתה בהוראת סעיף 1(א) לחוק החסינות, אולם היא גורסת כי ההוראה לא התכוונה לשנות ולא שינתה את המתווה הבסיסי שמכוננת "הדמוקרטיה המתגוננת", כלומר: ההבחנה בין "ביטוי" לבין "מעשה" וההבחנה בין היקף חופש הביטוי של חבר כנסת לבין זה העומד לאדם מן היישוב. תוצאה זו היא תולדה של שני מהלכים משולבים: שמירה על המבחן הקיים של "מתחם הסיכון הטבעי" (בשינויים המתחייבים לאור סעיף 1(א) לחוק החסינות), והחלה במקביל של ההגבלות וההגנות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 7 לעניין פסילה של רשימות גם בהקשר הנדון של הסרת החסינות המהותית.

השופטת חיות דחתה במפורש את העמדה הקוראת להחיל כאן את מבחניו של סעיף 7א. לגישתה, מניעה מראש של התמודדות בבחירות פוגעת פגיעה קשה יותר בחירויות הפוליטיות מהפגיעה הנגרמת לחירויות אלה כתוצאה משלילתה של החסינות העניינית מחבר כנסת, ולכן ייתכן כי ספקות באשר למשמעות הנובעת מאמירה מסוימת יובילו להימנעות משלילת הזכות להתמודד בבחירות – אך לא יספיקו כדי לשלול את תחולתו של הסייג לחסינות.⁴⁴ משום כך קבעה השופטת חיות כי ההכרעה (בפרשת טיבי) בעניין זכותו של חבר הכנסת בשארה להשתתף בבחירות חרף ההתבטאויות שיוחסו לו⁴⁵ אינה מונעת את המסקנה כי ההתבטאויות הללו באות בגדר הסייג לחסינות המהותית. הנשיא ברק ציין אמנם בפתח פסק דינו כי באופן עקרוני הוא מסכים עם עמדתה של השופטת חיות כי קיים פער בין מידת השכנוע הנחוצה לפסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות לבין מידת השכנוע הנחוצה לקביעה כי התבטאות מסוימת אינה חוסה תחת החסינות העניינית;⁴⁶ אך בהמשך הדברים הבהיר:

אין להגזים בהיקפו של פער זה. המרחק בין ראיות משכנעות, ברורות, וחד משמעיות (הנדרשות לעניין [סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת]...) לבין הראיות הנדרשות לצורך שלילתה של החסינות העניינית (במסגרתו של הליך פלילי) איננו רב כלל ועיקר.⁴⁷

השופט ריבלין קבע כי יש להחיל את המבחנים שנקבעו בפסיקה ביחס להפעלת סמכות הפסילה של רשימות ומועמדים גם בהקשר הנדון:

- 44 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, סעיפים 14-17 לפסק הדין של השופטת חיות.
 45 עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43 (הנשיא ברק): "לא שוכנענו כי מונחת בפנינו ראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות כי ח"כ בשארה תומך במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל".
 46 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 1 לפסק הדין של הנשיא ברק.
 47 שם, בסעיף 5 לפסק הדין של הנשיא ברק.

אם נמצא שלא קמה עילה מספקת למנוע את אפשרות הבחירה לכנסת, יקשה עלינו להסב ראשינו ממסקנה זו בעת שנבוא לבחון את סוגיית החסינות, והכל, בגין אותן ההתבטאויות ובשל אותן העילות. האישור להתמודד בבחירות מקפל בתוכו למעשה קביעה מראש של מתחם פעילות פרלמנטארי, אשר איננה מודרת מן המשטר הדמוקרטי שלנו. פעילות בתוך אותו מתחם, במהלך כהונת הכנסת, תיחשב במרבית המקרים כפעילות המתבצעת במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. לא בנקל ניתן להוציא מבעד לחלון את שהותרה כניסתו בפתח הראשי.⁴⁸

ובתמצית:

המתאם [שנוצר] בין עילות הפסילה לבין עילות שלילת החסינות... הם מטבע ששני צדדים לו.⁴⁹

משום כך, לשיטתו של השופט ריבלין, הן מבחני סעיף 7א והן ההכרעה בעניין טיבי הם כעלי חשיבות מכרעת בהקשר הנדון.

אנו סבורים כי יש להעדיף את עמדתם של שופטי הרוב. לדעתנו, עמדתה של השופטת חיות נוטלת משתנה אחד – מידת חשיבותה של הפרקטיקה החברתית-פוליטית הנבחנת (הזכות להיבחר) – וממזה בו את הכרעתה כאן. בכך טמונות, לדעתנו, לפחות שלוש בעיות. ראשית, איננו רואים עין בעין עם השופטת חיות את שאלת הברדלי החשיבות בין היקף הזכות להיבחר לבין היקפה של החסינות המהותית; מכל מקום, איננו רואים כאן פער רב-משמעות. האפקט המצנן המתלווה לצמצום עמוק בחסינות המהותית צפוי להוביל לפגיעה ניכרת בחופש הפעולה הפוליטית, פגיעה שאינה שונה במובהק מזו הצפויה להיגרם בעקבות פסילת רשימה לכנסת; יתר על כן: הרשתתו של חבר כנסת בעבירה שיש עמה קלון מביאה להפסקת כהונתו כחבר כנסת (מכוח סעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת), ואם חבר הכנסת נדון למאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים – גם לשלילת זכותו להתמודד בבחירות לכנסת במשך שבע שנים (סעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת). שלילתה של החסינות עלולה אף להיות בעלת "אפקט מצנן" חמור יותר מזה של האיום בשלילת הזכות להתמודד בבחירות בשל הסנקציה הפלילית שחבר הכנסת חשף לה במקרה הראשון. מכאן ההכרח להחיל מבחן ראייתי מחמיר גם לעניין שלילת תחולתה של החסינות המהותית.

שנית, בעייתית בעינינו הסתפקותה של השופטת חיות במשתנה של חשיבות הפרקטיקה המוגבלת, מבלי לבחון אם חשיבות זו אינה מתאזנת אל מול מידת הסיכון הנלוות לה (קרי: מהו פער הסיכון האפשרי בין כניסתה של "מפלגה רעה" לכנסת לבין

48 שם, בסעיפים 6 ו-7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

49 שם.

הסיכון הטמון ב"ביטוי רע" של חבר כנסת); וכן מבלי לבחון אם לא ראוי בכל זאת לשמר את ההבחנה בין חופש הביטוי של חבר כנסת לבין חופש הביטוי של אדם רגיל (וזאת באמצעות החלת ההגנות הנלוות לסעיף 7א על ביטוי שתחולת החסינות עליו נבחנת לאור סעיף 1(א)).

שלישית, התוצאה הנובעת מגישתה של השופטת חיות היא כי מכוח התיקון לחוק החסינות היקף ההגנה על חופש הביטוי של חברי כנסת אינו רחב מהיקף ההגנה על הזכות להיבחר, ולא זו בלבד אלא שהוא אף צר ממנו. כמפורט לעיל, סעיף 7א פורש כך שהוא חוסם רק את אותן רשימות שה-*raison d'être* שלהן הוא אחת או יותר מהתכליות החמורות המפורטות בסעיף, והן פועלות באופן אינטנסיבי להשגת אותן תכליות. משמע, סעיף 7א יופעל רק כשמדובר ב"רשימות מסוכנות". אשר על כן מפלגות ערביות אינן נפסלות על אף התנגדותן לממדים שונים באופייה הציוני של ישראל, ורשימות חרדיות לא נפסלות על אף שהן שואפות להחליף את משטרה הדמוקרטי במדינת הלכה, ואילו רשימות כהניסטיות מובהקות נפסלות משום שלב מצען ופעולתן הוא גזעני. והנה, סעיף 1(א) לחוק החסינות – לפחות לשיטתה של השופטת חיות ביחס ל"גבולות הסובלנות" – בא לכאורה לקבוע עמדה מרחיקת-לכת יותר: לשיטתה, הוא מגדיר או מתחם את מרחב "תפקידו" של חבר כנסת באופן המוציא אל מחוץ לגדר, למשל, כל התבטאות (שאינה אקראית) הקוראת לשינוי מהותה של ישראל כמדינת העם היהודי. אמנם לכאורה עדיין נשמר חופש הביטוי של חבר הכנסת מכוח העובדה שהדין הפלילי לא אוסר ביטוי הקורא לשינוי מהותה של ישראל כמדינת העם היהודי (והוא אוסר תמיכה באלימות או במעשה טרור רק כאשר "על פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור"), אולם עובדה זו גורעת רק חלקית מחומרת מצב הדברים החדש. ברגע שהחסינות המהותית אינה חלה, ואין זה "לגיטימי" בגדר תפקידו של חבר כנסת להתבטא בעד שינוי אופייה הלאומי של ישראל, אפילו כשהקריאה היא לשינוי בדרכי שלום – נפתח כאמור פתח רחב לדילול מהותי של השיח הציבורי. נפתח פתח להפעלת הדין המשמעותי הפנימי לכנסת נגד חברי כנסת מקהילת המיעוט, ונפתח פתח לסנקציות בדמות סילוק של חברי כנסת נבחרים מתפקידם. אכן, לאחרונה עברה בקריאה טרומית הצעת חוק שזו תכליתה.⁵⁰

מכל הטעמים הללו אנו סבורים, בדומה לשופטי הרוב ובעיקר השופט ריבלין, כי שלילת החסינות המהותית תלויה בהתקיימותם של תנאים הסמוכים לאלו המגוונים על הזכות להיבחר. המשמעות המעשית של גישה זו היא כי יש להחיל את הסייג לחסינות המהותית רק כשהדברים המיוחסים לחבר הכנסת מבטאים "פרוגרמה ממשית, רצינית

50 ראו הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון – פקיעת כהונה של חברי הכנסת), שעברה בקריאה טרומית ביום 12.7.2006. מוצע שם לקבוע כי "חבר הכנסת שנקבע לגביו כי פעל בניגוד לסעיף 7א – תיפסק חברותו בכנסת מיום שנקבע כאמור".

ופעילה" והם בבחינת יעד אידאולוגי שהוא שואף באופן מוחשי להגשמתם. התבטאות של חבר כנסת שאינה בבחינת יעד אידאולוגי שהוא שואף באופן מוחשי להגשמתו אינה מסכנת את הדמוקרטיה ואין מקום לסייג ביחס אליה את תחולתה של החסינות המהותית. רמז להחלתה של גישה זו ניתן בדבריו של הנשיא ברק, שלפיהם אחד הטעמים להכרה בתחולתה של החסינות העניינית במקרה הנדון הוא הקביעה כי התמיכה שהביע חבר הכנסת בשארה בפעילותו של החזבאללה לא היוותה "חלק מרכזי בנאומים" ואף לא הייתה "מטרחת העיקרית".⁵¹ יתר על כן, ניתן להסיק עמדה זו גם מתוך ההסתמכות של שופטי הרוב על ההכרעה בפרשת טיבי. כאמור, בפרשת טיבי נדחתה הטענה כי יש בדברים של חבר הכנסת בשארה – עליהם בוסס כתב האישום הנדון בפרשת בשארה – משום תמיכה במאבק מזוין, בהיעדר ראיות משכנעות לכך. שופטי הרוב בעניין בשארה קבעו כי בהיעדר ראיות נוספות מעבר לאלה שהיו בפני בית המשפט בפרשת טיבי, אין מקום לקביעה שונה בהליך הנוכחי:

גם בעתירה שלפנינו... לא שוכנעתי כי העותר תומך במאבק מזוין כנגד ישראל... לא הובאו בעניין זה ראיות מעבר למה שהיה בפני בית משפט זה בפרשת טיבי. בנסיבות אלה – וחרף השוני ברמת ההוכחה – הנני סבור כי יש מקום למסקנה דומה.⁵²

ההכרעה בפרשת טיבי התבססה על הערכת מכלול מטרותיו של חבר הכנסת בשארה ושל תפיסת העולם שהוא מבקש לקדם. ההכרעה כללה התייחסות לדבריו של חבר הכנסת בשארה בנאומים אחרים ולהסבריו בפני ועדת הבחירות המרכזית. לכאורה, כל אלה אינם אמורים להיות רלבנטיים להליך הנוכחי, שעניינו משמעות הדברים שנשא חבר הכנסת בשארה בשני הנאומים המסוימים שבגינם הואשם. לכן, ההסתמכות על ההכרעה בפרשת טיבי עשויה ללמד על אימוץ רחב של המבחנים שנקבעו לעניין סעיף 7א, ברוח המוצע כאן.

נגזרת נוספת של הפרשנות התכליתית המצרה של סעיף 1(א) לחוק החסינות הוא הצבת דרישות ראייתיות גבוהות בצד פירוש מצמצם של ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת. השופטת חיות קבעה, בדעת מיעוט, כי עקב העובדה שהנאומים של חבר הכנסת בשארה "כוללים שיר הלל ושבח לארגון החיזבאללה" ולאור ההכרזה על ארגון זה כארגון טרוריסטי, "יקשה שלא לראות בהתבטאויותיו של העותר משום תמיכה במאבק

51 ראו עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 9 לפסק הדין של הנשיא ברק: "נאומים אלה נמשכו זמן רב ובמהלכם נאמרו דברים רבים. בין השאר, נאמרו הדברים שמיוחסים לעותר בכתב האישום. אין לומר שדברים אלה היוו חלק מרכזי בנאומים. לא ניתן לומר, והמשיבים אף לא טענו זאת בפנינו, כי מטרתם העיקרית של נאומים אלה הייתה תמיכה בארגון טרור. הדברים שנאמרו בהקשר זה מהווים אך חלק ממכלול הדברים שאמר העותר".

52 שם, בסעיף 6 לפסק הדין של הנשיא ברק.

מזוין של ארגון טרור.⁵³ השופטת חיות התבססה בהקשר זה בעיקר על דבריו של חבר הכנסת בשארה ביחס ל"אבידות שספג [העם בישראל] מהחיזבאללה" וכן "לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי 'ההתנגדות' הלבנתית", שבהם ראתה ביטוי לתמיכה במאבק המזוין של החזבאללה נגד ישראל.⁵⁴ אולם, שופטי הרוב נקטו עמדה שונה. לגישתו של הנשיא ברק, לאור הספקות באשר למשמעות הדברים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה, שנמנע משימוש מפורש בביטויים דוגמת "מאבק מזוין", "אלימות" וכדומה, לא חל הסייג הקבוע בסעיף 1(א) לחוק החסינות.⁵⁵ השופט ריבלין הסכים עם דברים אלה וציין כי ההבחנה בין דברי שבח לארגון שעליו הכריזה ממשלת ישראל כארגון טרור, העולים במפורש מהדברים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה, לבין תמיכה במאבק המזוין של אותו ארגון, "אינה קלה" – אולם קבע כי "ככל שיש ספק – מוטב 'לטעות' לטובת חופש הביטוי".⁵⁶

הפרשנות התכליתית, המקנה משמעות מקיפה לערכי היסוד, הנחתה את שופטי הרוב גם בצמצום הפער בין היקפה של החסינות המהותית ביחס להתבטאויות של חברי כנסת לבין היקפה של ההגנה על חופש הביטוי. בהקשרו של חופש הביטוי, התבטאויות שיש בהן משום תמיכה במאבק מזוין כפופות למבחן הסתברותי מחמיר;⁵⁷ מנגד, הסייג לתחולתה של החסינות, הקבוע בסעיף 1(א) לחוק החסינות, אינו כולל מבחן הסתברותי כאמור. לעניות דעתנו, את הפרשנות המצרה שנקטו שופטי הרוב ביחס להתבטאות שיוחסה לחבר הכנסת בשארה ניתן לראות כאמצעי שנועד "לפצות" על היעדרו של "מבחן הסתברותי" כאמור, כדי להבטיח הגנה נאותה על חופש הביטוי של חברי כנסת. פרשנות מאפשרת את הסרת החסינות המהותית מכוח סעיף 1(א) לחוק החסינות רק ביחס להתבטאויות שחוצות בחדות את הקווים האדומים המשורטטים באותו סעיף. במובן זה יש דמיון מסוים בין ההכרעה כאן לבין פסק הדין בפרשת ג'בארין. שם נקבע, בדעת רוב, כי יש לפרש בצמצום את סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור כך שיחול רק על תמיכה במאבק מזוין או באלימות של ארגון טרור (ולא על כל תמיכה במאבק מזוין או באלימות, כפי שנאמר בסעיף עצמו), לאור היעדרו של מבחן הסתברותי. שם נקבע כי

53 שם, בסעיף 12 לפסק הדין של השופטת חיות.

54 שם. לעמדה דומה ראו ליאב אורגד "חסינות לתומך טרור" מעריב 7.2.2006.

55 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיפים 6-7 לפסק הדין של הנשיא ברק. הנשיא ברק ציטט קטע מפסק דינו בפרשת טיבי: "האם חבר הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל? ... טענתו של חבר הכנסת בשארה הינה כי מגישתו הדמוקרטית-ליברלית נגזרת התנגדות לאלימות ולמאבק מזוין. על-פי השקפתו, ניתן להתנגד למה שהוא מכנה 'כיבוש' בלא לנקוט מאבק מזוין. על כן הוא מתנגד לכל פגיעה באזרחים"; ראו עניין טיבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 42.

56 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 11 לפסק הדין של השופט ריבלין.

57 מצויות אמנם עבירות ביטוי – הכוללת שבהם מופיעה בסעיף 4(ב) לפקודת מניעת טרור התש"ח-1948 – המוותרות על מבחן האיזון ההסתברותי. עם זאת מדובר בעבירות ספורות והן החריג המעיד על הכלל.

פרשנות זו הכרחית כדי למנוע פגיעה "קיצונית בחומרתה ובלתי מידתית" בחופש הביטוי.⁵⁸

עוד נקודה אחת, לא פשוטה, לובנה בפסק הדין, ועניינה היקפה הבסיסי של החסינות המהותית. עמדתם של שופטי הרוב ביחס לפרשנות סעיף 1(א) לחוק החסינות, באופן שתואר לעיל, לא הכריעה לבדה בשאלת האישום נגד חבר הכנסת בשארה. עמדה זו חילצה את התבטאויותיו של חבר הכנסת בשארה מאותו סייג שהוסף לצד החסינות המהותית כדי לצמצמה בגזרה מסוימת; אולם חסינות זו מוגבלת מלכתחילה מצד מהותה להתבטאות או מעשה "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" (משמע: היא חלה מלכתחילה רק על סוגים מסוימים של התבטאויות ומעשים של חברי הכנסת). האם התבטאויותיו של חבר הכנסת בשארה חרגו מאותה קבוצה מוגנת של התבטאויות ומעשים?

שופטי הרוב השיבו על כך בשלילה, משום שהם בחרו להעניק מובן רחב ל"מבחן הסיכון הטבעי" שהוא צירה של החסינות המהותית, באופן המבטיח כי רוב ההתבטאויות הפוליטיות יחסו בצל הגנתה של זו. הנשיא ברק קבע בהקשר זה:

עבירות הקשורות בחופש הביטוי כרוכות, מטבען ומטיבן, בביצוע תפקידו של חבר הכנסת... הגנה על חבר הכנסת בפעילות זו היא תכליתה המרכזית של החסינות העניינית. העוסק בביטוי פוליטי כחלק מרכזי מתפקידו ממילא מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בחופש הביטוי, כגון הסתה, המרדה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור.⁵⁹

השופט ריבלין העלה למחשבה את הדוגמא הבאה:

[...] כך, למשל, עשוי חבר כנסת, ולא דווקא חבר כנסת המשתתף למיעוט הערבי, להשמיע דעה לפיה פעולה אלימה שכוונה כנגד מדינת ישראל הביאה לתוצאות מדיניות-פוליטיות שקיוו להן מבצעי הפעולה. אמירה כזו איננה חייבת לבוא מתוך הזדהות עם הפעולה או תמיכה בה, אלא היא עשויה לנבוע מעמדה טובייקטיבית של המתבטא לגבי המציאות. דבריו של העותר, איך חולק, חורגים על פני הדברים מגדר אמירה כזו. אולם החשש הוא, כי אם לא יתאפשר לעותר, על אף החומרה שכהתבטאותו ועל אף שזו נוגעת בקו הגבול של החסינות, לומר דברים שאמר, יביא הדבר לריסון-יתר וכתוצאה מכך לצמצום-יתר של גבולות השיח.⁶⁰

58 דנ"פ 8613/96 ג' בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, 205 (2000) (השופט אור).

59 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 9 לפסק הדין של הנשיא ברק.

60 שם, בסעיף 13 לפסק הדין של השופט ריבלין.

מכאן, שגישתם של שופטי הרוב מבטאת הרחבה חשובה של ההגנה על חופש הביטוי של חברי כנסת.

נותר עדיין הכרח להתמודד עם נקודת ביקורת מרכזית, לפיה תוצאת פסק הדין אינה עולה בקנה אחד עם כוונתם של יוזמי התיקון לחוק החסינות. החקיקה שהתקבלה בכנסת ב-2002 נעשתה בתגובה להתבטאויותיו של חבר הכנסת כשארה, מתוך שאיפה כרוזה לגרום לכך שביטויים מעין אלה יובילו לשלילת הזכות להיבחר (וזאת באמצעות חקיקת תיקון משנת 2002 גם לסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת), וכן יובילו להעמדה לדין פלילי של חבר הכנסת (וזאת באמצעות חקיקת התיקון הנדון לחוק החסינות). הכרעתו של בית המשפט העליון בעניין בשארה מצטרפת להכרעתו בעניין טיבי באופן המצמצם מאוד את האפשרות לנקוט תגובה משפטית כלשהי להתבטאויות של חבר כנסת שיש בהן משום תמיכה במאבקה של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. עקב כך תיתכן ביקורת הן במישור המוסדי (על בית המשפט לכבד את הכרעתו של המחוקק) והן במישור המהותי (אין זה ראוי לנקוט גישה סובלנית כלפי התבטאויות כאמור של חבר כנסת).

המענה לטענה המוסדית הוא כפול. ראשית, פרשנות החקיקה מבוססת על ההנחה כי בצד התכלית הספציפית שאותה נועד לקדם דבר חקיקה כלשהו יש לו גם "תכלית כללית", שעניינה קידום ערכי היסוד של השיטה המשפטית.⁶¹ כיבוד חופש הביטוי בכלל ושל חברי כנסת בפרט נמנה עם ערכי היסוד של השיטה, והפרשנות של הוראות חוק החסינות מבוססת על החזקה כי ההסדר שנקבע מבטא הגנה ראויה על ערכים אלה. לכך יש חשיבות רבה במיוחד ככל שמדובר בהגנה על חירויותיהם של נבחרים ציבוריים המייצגים קבוצת מיעוט. שנית, ראוי לזכור כי "דיאלוג חוקתי" קל ופשוט יחסית מתקיים במשטר החוקתי הנוכחי של ישראל: בית המשפט אינו "הפוסק האחרון" בחברה הישראלית. טעוריותיו, או אלו הנתפסות ככאלה, ניתנות לתיקון בדרך של הליכי חקיקה, ובמקרים מיוחדים בדרך של תיקונים לחקיקת יסוד, בדרך קלה למדי.⁶²

הטענה המהותית מכוונת לסוגיה בדבר קו הגבול הראוי לסובלנות כלפי ביטויים מסוג אלה שיוחסו לחבר הכנסת בשארה. הבעת תמיכה בפעולות איבה נגד חיילי צה"ל היא מקוממת; חרף זאת, לפי התפיסות המקובלות בחברה דמוקרטית, לא די בכך כדי להטיל איסור משפטי, הנאכף באמצעות איום בהטלת סנקציה פלילית על התבטאויות

61 ככלות הכול, זוהי תאוריה פרשנית ידועה, גלויה וארוכת-שנים, הנוכחת בכל רוברי המשפט הישראלי (ולא בהקשרם של זכויות המיעוט לבדם), והיא מתגלה גם במקורות שונים של משפט השוואתי. ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 250-251, 417-475 (1993); בג"צ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329-330 (1988).

62 השוו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאתר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כז 149 (1997). נקודה דומה טופלה גם במאמר הבא: אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האץ ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 296-297 (2002).

כאלה על ידי חברי כנסת. ההכרה בחשיבות הרבה של הבטחת חופש הביטוי בכלל, וזה של חברי כנסת בפרט, מחייבת לנקוט עמדה סובלנית כלפי התבטאויות בנושאים פוליטיים של חברי כנסת. לשם כך אין די בסייגים המוטלים על הרשעה בגין התבטאויות (ובהם הדרישה לקיומה של אפשרות ממשית להתממשות נזק עקב הביטוי), ויש להרחיב את ההגנה על חופש הפעולה של חברי הכנסת באמצעות פירוש נדיב של החסינות המהותית המוקנית להם. העמימות האינהרנטית המלווה את עבירות הביטוי שעניינן קריאה לאלימות בחברה הישראלית השסועה מעצימה את הסיכון להשתקה כפויה של דיון בטיעונים שהם גורליים לחברה הישראלית המחפשת את דרכה. לצורך ליבוננו של הטיעון האחרון, בדבר הסיכונים המיוחדים הצפונים בצמצומו הכפוי של השיח המתנהל בישראל, אנו מבקשים להוסיף ניתוח סוציו-פוליטי קצר העוסק בסוגיית מרווחי הפעולה הראויים של חברי כנסת המייצגים את המיעוט הערבי-פלסטיני.

ד. קריאת המחלוקת בפסק הדין על רקע ההקשר הסוציו-פוליטי של החברה הישראלית

המציאות הישראלית-פלסטינית מגלה הכרעה ארוכת-שנים של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל – לסייע לעמו ללא הצטרפות למאבק המזוין נגד המדינה. שיתוף פעולה של אזרחים ערבים עם המאבק המזוין לצורותיו השונות נותר תופעה שולית מאוד המתקבלת בגינוי פנימי. רוב מוחלט מבני קהילת המיעוט מגבילים את הסיוע שהם מנסים להגיש לעמם לדרכים של מאבק פוליטי פרלמנטרי ואזרחי, השתתפות בשיח הציבורי (הישראלי, הפלסטיני, הכלל-ערבי והגלובלי), תרומות חומריות לנזקקים וכדומה. עם זאת, בקרב המיעוט הערבי-פלסטיני קיים מגוון עמדות ביחס לאמצעים הלגיטימיים העומדים לבני עמם במאבקם בכיבוש ובנישול הנלווה (ההתנחלויות) המתמשכים כבר כמעט 40 שנה.⁶³ כאן מופיעה השאלה הפוליטית והערכית המרכזית שברקע פסק הדין: מהו המרווח שמוותרת ישראל לביטוי של אזרחיה הערבים בכל הנוגע לקונפליקט בין מדינתם לבין עמם?

פסק דין בשארה נוגע כל כולו במרווחי פעולה. ראשית, הוא מתמקד בנאום של חבר כנסת ערבי הקורא להרחבת מרווח הפעולה/ההתנגדות של הערבים (הפלסטינים והמדינות הערביות) למדיניותה של ישראל. שנית, פסק הדין משרטט באורח ליברלי את

63 השוו, בין היתר, דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2002 (2003) (להלן: "דו"ח ועדת אור"), שער 1, פרק א', סעיף 9; סמי סמוחה "יחסי ערבים-יהודים בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מגמות בחברה הישראלית 231, 319-323 (אפרים יער וזאב שביט עורכים, 2003); יואב פלד וגרשון שפיר, מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת 159-161 (2005).

מרווח הפעולה הפוליטית של המיעוט הערבי-פלסטיני בעניינו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני. שלישית, פסק הדין נוגע בעקיפין במרווח נוסף – זה הנתון לבית משפט עליון בחברה דמוקרטית שסועה הנתונה במצב תירום.

יצירת "המרווח" היא אכן צורך מפתח במציאות הקשה כל כך הסוגרת עלינו. מציאות זו היא שעתם היפה של צבעי השחור והלבן והלך הרוח הדיכוטומי. כל צד מתבוסס בכאבו, מתבצר בתחושת צדקתו, עסוק ומונע על ידי פחדיו – וחותר להכרעה שתסיים החלטית ("אחת ולתמיד") את סבלו. למרבה הקושי, המציאות הישראלית-פלסטינית-ערבית מזמנת ערוב קשה להתרה בין הכרעות חדות שאכן נדרשות לבין תביעות להכרעה שאם יטופלו בחדות הן תהיינה הרסניות. אחת מאלו האחרונות מתדפקת על דלתו של המיעוט הלאומי בישראל, ותובעת ממנו תשובה חדה והחלטית לשאלה: "הלנו אתה או לצרנו?" שאלה זו כאה במיוחד מצד הרוב הישראלי-יהודי, אך היא מגיעה לעתים גם מהכיוון המנוגד, של הרגש הלאומי-הפלסטיני-ערבי.

דרישה דיכוטומית זו נושאת פוטנציאל הרס גדול, שכן היא מחמירה את משבר הלגיטימציה של "המדינה היהודית והדמוקרטית" בעיניו של המיעוט הלאומי בתוכה. דרישה כזו – כאשר היא פונה לצמצם את חופש הביטוי של המיעוט ולא רק את חופש המעשה שלו, בנושא הנוגע לנימי נפשו – מצמצמת את ממדיה הדמוקרטיים של ישראל, שכבר עתה הם "רזים". שברון חד בלגיטימציה של המדינה הוא צעד מתקדם בדרך להצטרפות של המיעוט למאבק אלים.⁶⁴ אם חלילה כך יקרה, כי אז העימות הלאומי בארץ ישראל/פלסטין יעבור טרנספורמציה מהותית. בוזמנית ישתנו הצדדים לעימות, אפשרויות ההיחלצות מהעימות והמחיר הנלווה לעימות. שלושת הצדדים לשסע הלאומי (קהילת רוב יהודית, מיעוט פלסטיני, עם פלסטיני) יקרוסו לשניים; ומכלול שטח ישראל/פלסטין יעמוד להסדרה, כשכל צד ייתפס בעיני האחר כנאבק להשגת ההגמוניה ביישות האחת והיחידה. בתמצית: המאבק הלאומי ילבש אופי מובהק של "הכול או לא כלום".

החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לשלול מרשימת בל"ד, מעזמי בשארה ומאחמד טיבי את הזכות להתמודד בבחירות לכנסת ה-16 (פרשת טיבי), כמו גם ההעמדה לדין של חבר הכנסת בשארה בגין ההתבטאויות שיוחסו לו, הם ניסיון של חלקים מקהילת הרוב היהודית לדחוק את המיעוט להכרעה דיכוטומית. פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין טיבי וכעת בעניין בשארה הם הכרעות שקשה להפריז בחשיבותן. משום שהן מציבות משוכה גבוהה יחסית כנגד ניסיונות אלה.⁶⁵ הן מגבשות מהלכים אנטי-דיכוטומיים, שהעיקריים שבהם הם ההבחנה בין תכליות לבין אמצעים, וההבחנה בין גילויי סולידריות עם העם הפלסטיני (וביקורת חודרת, בוטה וסוערת על

64 השוו דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 63, שער 6, בעיקר בסעיפים 5, 12, 20, 41-42.

65 לדיון מפורט בדוגמאות אחרות ראו אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחושת) לא בשחור-לבן" משפט וממשל ח 23 (2005). מאמר זה פונה גם לביקורת משלימה ביחס למחדלי בית המשפט בהגנה על המיעוט.

מדיניותה של ממשלת ישראל) לבין השתתפות או קריאה להשתתפות של המיעוט במאבק מזוין. אלו מהלכים שבהם מותנית יציבותה של החברה הישראלית השסועה עד תהום.

נקודה אחרת נוגעת להשלכות נוספות של הרחבת מרווח הביטוי הפוליטי של המיעוט הערבי בחברה הישראלית. פסק דין בשארה מצטרף לפסק דין בכרי (בעניין הקרנת הסרט ג'נין-ג'נין),⁶⁶ בכך ששניהם כופים הרחבה של הפריזמה הצרה והתכופות צדקנית שבה מתבוננת החברה הישראלית-יהודית על סכסוך הדמים עם שכניה. לשון אחרת, פסקי דין אלה מחזירים (מעט) את "הבועתיות" הישראלית-יהודית. בועתיות זו היא נוקשה, מקיפה ורבת-השלכות, שכן היא נובעת לפחות משני יסודות משולבים שקשה לשנותם. ראשית, קהילת הרוב הישראלית-יהודית היא חדל-שונית. אין לה מגע בלתי-אמצעי עם עמדותיו של השכך-האויב, העם הפלסטיני. תפיסת עמדותיו של "האחר" עוברת דרך מתווכי-ידע הדוברים את שפתו של המיעוט השוכן עמה (בעיקר אנשי תקשורת, מזרחנים ואנשי ביטחון ומודיעין). שנית, לקהילת הרוב היהודית יש כלים – ואותם היא אכן בוחרת להפעיל – לכפות בתוכה כמעט מונופול מלא של הנרטיב שלה. תכנית הלימודים של ילדיה (ושל ילדי המיעוט הערבי-פלסטיני) נמצאת בשליטתה המוחלטת, ויש לה גם שליטה רבה בתקשורת ההמונים. בכלי התקשורת הממלכתיים אין כמעט נוכחות של עורכים ודוברים ערבים, וגם כלי התקשורת האלקטרוניים הפרטיים דוברי העברית מצויים בשליטתם של בעלי הון ועורכים יהודים.⁶⁷ קיימת אמנם בשנים האחרונות נגישות לכלי תקשורת זרים, אך חלק מהנגישות הפוטנציאלית הזו שוב לא מתממש בשל מגבלות שפה. פסקי הדין הנזכרים – ובתוכם, במקום חשוב, פסק דין בשארה – מאפשרים חדירה של "קולות אחרים" לתוך השיח הציבורי בישראל – קולות של נציגי המיעוט הערבי-פלסטיני, המבקשים להצביע על פרוכות ועל הפרזות בסיפורים השגורים שקהילת הרוב מספרת לעצמה. קולות אלו מאפשרים להצביע על הפתחים הקיימים במה שאחרים רואים או מתארים כ"מבוי סתום", ויש בהם לפיכך כוח הפריה פוטנציאלי שקשה להפריז בו.

הדיבור על כוח הפריה "פוטנציאלי" נועד לעזור את תשומת-הלב גם של דוברי המיעוט עצמם. בהקשר זה איננו רוצים להחריש ביחס לביקורת שנותרה בלבבנו על עמדתו של חבר הכנסת בשארה. חבר הכנסת בשארה מרכה לדבר על "הרחבת המרווח".

66 בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).

67 לדיון בהדרתם של האזרחים הערבים ממפת התקשורת האלקטרונית בישראל ראו, בין היתר, אמל ג'מאל תרבות צריכת תקשורת בקרב מיעוטים לאומיים: הערבים בישראל (2006), בעיקר בפרקים 6 ו-14; עמית שכטר "והגר אשר בקרבך" – חקיקת התקשורת וזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל במבט מבקר" (מאמר שעיקרו הושמעו ביזם עיין בנושא "זכויות תקשורת וזכויות קולקטיביות, פוליטיות ותרבותיות" (נצרת, מרכז אעלאם, 2 בדצמבר 2005)), בעיקר בעמ' 16-18 נגיש ב: www.personal.psu.edu/ams37/the%20stranger%20full%20version.htm

לטעמנו, המרווח החשוב באמת הוא זה שעניינו בהגדלת אפשרויות הפשרה בין העמים – האפשרויות לסיום מרחץ הדמים. תרומתם של מנהיגים נכחנת בשאלה עד כמה הם תורמים לפריצת המעגל המוכר עד זרא של הרג – הרג שכנגד – צדקנות. בצד הצבעתו על שורש מרכזי לאלימות – הכיבוש – הותיר בשארה עמימות ביחס לעמדתו הערכית כלפי פעולות החזבאללה המופנות כנגד אזרחים ישראלים בקרית שמונה או ביישובי גבול אחרים. יתר על כן: החזון של בשארה למצב הישראלי-פלסטיני הוא "שלבני". נראה כי הוא שואף לכינון עתידי של מדינה דו-לאומית אחת בשטח פלסטין המנדטורית (ארץ ישראל), מדינה ליברלית עם הסדרים שותפותיים כלפי המיעוט הערבי.⁶⁸ שני מהלכיו אלה של חבר הכנסת בשארה, אחד בתחום החזון והאחר בתחום האמצעים, אינם פורצים את המעגליות העצובה שלנו; הם דלק מגיע להמשכה. הפרשנות הניתנת להם נעשית (כצפוי) מחוץ עולם הפחדים של האזרחים היהודים. מרווח הפשרה הנלווה להם הוא צר מאוד, אם הוא בכלל קיים; הם עלולים לסגור דיאלוג במקום לפתוח אותו. עם זאת ראוי לא להתבלבל: הסתייגותנו מחלק מעמדותיו של חבר הכנסת בשארה אינה טעם להגבלת חופש הביטוי שלו. חופש הביטוי הוא העומד ביסוד האפשרות ההדדית לשמוע ולהשמיע, לבקר חלקית ואולי להשתכנע, במידה כזו או אחרת. יתר על כן, ביטוי הוא לרוב גם התחליף היעיל ביותר לפיתוי של הכוח האלים. השופט ריבלין עמד על כך באופן בהיר:

התפיסה המרחיבה, השואפת לקיים ככל האפשר את חירויות היסוד, אינה מתנגשת בהכרח עם תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת. אדרבא, היא צומחת מתוך אותו מצע רעיוני ממש. שוק הרעיונות החופשי בכלל, וביטוי בבית הנבחרים בפרט, חיוני לשמירה על הדמוקרטיה... השותפות בהליך הדמוקרטי היא תכופות מחסום לפעילות אנטי-דמוקרטית, וחופש הביטוי, שהוא כלי העבודה המרכזי הנתון להם לחברי הכנסת כדי למלא את שליחותם, הוא לעיתים קרובות צדו האחר של מטבע האלימות, האיבה המתפרצת, או תחושת הנרדפות וההפליה.⁶⁹

ה. סוף דבר

אחת הדילמות הקשות ביותר הניצבות בפני הציבור הפלסטיני בישראל היא זו הנוגעת למאבקן של העם הפלסטיני בכיבוש הישראלי בשטחים. מצד אחד, משטר הכיבוש פוגע

68 ראו אמל ג'מאל "חזון האומה המדינית ואחגור מדינת כל אזרחיה: עיונים בכתביו של עזמי בשארה" אלפיים (צפוי להתפרסם, 2006).

69 עניין בשארה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

כאופן קשה ביותר בתושבים הפלסטינים בשטחים. הפגיעה בזכויות היסוד ובתנאי הקיום הבסיסיים של התושבים היא עמוקה ומתמשכת. מצד שני, חלק מהמאבק בכיבוש נעשה בדרך אלימה ואכזרית, הגורמת לפגיעה באזרחים ישראלים חפים מפשע. לכאורה, הזהות המורכבת של אזרחי ישראל הפלסטיניים אינה אמורה להיות משמעותית בגיבוש עמדה כסוגיות אלה. המוסר האוניברסלי – ולא הזהות הלאומית הפלסטינית – מחייב להתנגד לכיבוש; המוסר האוניברסלי – ולא הזהות האזרחית הישראלית – גם מחייב להתנגד לטרור, אף אם תכליתו של הטרור היא להביא לסיום הכיבוש (ואף אם מתברר, למרבה הצער, שמדובר בדרך אפקטיבית להשגת יעד זה).

הדילמה של הציבור הפלסטיני בישראל נעוצה, בין היתר, בעובדה שבהקשרים רבים המוסר אינו מספק תשובות חד-משמעיות. כך ביחס לשאלה מהו ההיקף הלגיטימי של התנגדות למשטר הכיבוש מצד האוכלוסייה הכבושה, וכך ביחס לשאלה אלו פעולות צבאיות ואחרות שנועדו למנוע מעשי טרור הן לגיטימיות. ההכרעות בסוגיות קונקרטיות רבות בהקשרים אלה מחייבות הערכות מורכבות באשר להיקפם של איסורים מוסריים מוחלטים, באשר לסיכויים ולסיכונים, באשר לאלטרנטיבות פעולה, ובאשר לאיזון הראוי בין אינטרסים מתנגשים. התוצאה היא שביחס לסוגיות מרכזיות רבות ייתכנו חילוקי דעות לגיטימיים.

כאשר אזרח ישראלי מביע עמדה המעדיפה את האינטרסים (הצרים) של ישראל (למשל: תמיכה במדיניות החיסולים של חשודים בפעילות טרור), הוא עשוי אמנם להיות מואשם בכך שעמדו אינה נובעת אך ורק מהערכה ניטרלית וכנה של האינטרסים הרלבנטיים אלא גם (או שמא בעיקר) מהזדהות יתרה עם האינטרסים של קהילת הרוב בישראל. זוהי האשמה בחוסר יושר אינטלקטואלי, בחוסר מוסריות (ובמקרים מסוימים בחוסר תבונה פוליטית), אך השלכותיה החברתיות השליליות מוגבלות למדי. לעומת זאת, כאשר אזרח ישראלי מביע עמדה נגד האינטרסים (הצרים) של ישראל, הוא עלול להיות מואשם בכך שעמדו נובעת גם (או שמא בעיקר) מהזדהות עם האינטרסים של אויבי ישראל. במקרה זה האשמה אינה מוגבלת עוד לחוסר יושר אינטלקטואלי אלא מתרחבת להבעת חוסר-אמון עמוקה באזרח שכזה, העשויה לשמש לצדקה לנקיטת צעדים חמורים כדי להתגונן מפניו – עד כדי שלילת זכותו להשתתף בהכרעות הפוליטיות.

על רקע זה בולטת חשיבותו של המשפט. תגובה משפטית להתבטאויות של אזרחים ערבים המבטאות תמיכה ב"התנגדות" צפויה להשפיע לא רק באופן ישיר – להרחיע, ומנגד לעודד, ביטוי; התגובה המשפטית להתבטאויות משפיעה גם על עמדות הציבור היהודי כלפי הדובר וכלפי הציבור הערבי בכלל. העמדה לדין באשמה של בגידה, תמיכה בטרור וכדומה, וכמוה שלילת הזכות להשתתף בבחירות, צפויות להעצים את השפעתה של ההתבטאות על חוסר-האמון כלפי הציבור הערבי בקרב הציבור היהודי. במקביל הן משפיעות גם על הנכונות של דוברי המיעוט להשתתף בשיח הציבורי בישראל, מתוך

ניסיון לעצב בכלים אזרחיים ומבפנים את החברה שבה חיינו משולבים יחדיו.⁷⁰ על כן פסק דין בשארה הוא פסק דין אמיץ. הוא מכריע הכרעה ליברלית ביחס למרווח שישראל צריכה להותיר לפעולה ולביטוי של אזרחיה הערבים באשר לקונפליקט האלים בין מדינת אזרחים, ישראל, לבין עמם הכבוש על ידי מדינתם (ובין מדינתם לבין חלקים באומתם הערבית). זהו פסק דין אמיץ משום שהוא נכתב "תחת אש" – האש המאכלת בנו, בכלנו, שנים ארוכות. אין דרך פשוטה לכבות את האש, ודאי לא זו הפונה לכפיית אלם מקיף על אלו הנפגעים ממנה או חשים סולידריות עם אחרים הנפגעים ממנה. דעת הרוב הכירה בכך, ומצאה דרך משפטית לספק סעד המצמצם את היקף האלם הכפוי. בכך היא תרמה לדעתנו להרחבתו של "המרווח" הנכון – זה שעניינו מרחב הדיון החותר להבין לאשורה את המציאות המבלבלת והקשה שלנו, את שורשיה ואת דרכי ריפוייה.

נקודה אחרונה: טענו ברשימה זו כי פסק דין בשארה אינו רק אמיץ אלא גם נכון משפטית. זאת משום שדעת הרוב בו נאמנה למסורת משפטית הבוחנת את הזכויות המעורבות ברוקטרינה של "הדמוקרטיה המתגוננת" – חופש הביטוי, הזכות להיבחר וחסינות חברי הכנסת – באופן שמעניק משקל הן לדמיון ביניהן והן לשוני החלקי המבחין ביניהן. שתי הבחנות הודגשו בנינוח. ראשית, נגיעתה של החסינות המהותית במכלול הפעולות של חבר כנסת – ביטוי "טהור" בצד יוזמות פוליטיות שמובאות להכרעה גורלית בכנסת – מזמינה פרשנות המכבדת את ההבחנה שהיא מרכזית עבור כל מדינה דמוקרטית: ההבחנה בין ביטוי לבין מעשה. זהו ההבדל בין נאום לבין ביצוע המעשה לו קורא הנאום, ואפילו ההבדל בין נאום לבין הצעת חוק ברוחו. שנית, אף שביטוי של חבר כנסת הוא לא רק חשוב לדמוקרטיה יותר מביטוי של אדם רגיל אלא גם עשוי להיות מסוכן יותר, אין נובעת מכך הצדקה ל"קיוו פשוט". דוקטרינת החסינות המהותית נובעת עמוקות ממשנה נוסף – ההסתברות המוגברת כי שליח הציבור של המיעוט יהיה הנמען המרכזי ביותר להתנכלויותיה של קהילת הרוב והמוסדות הסרים

70 ראוי להזכיר כאן את פנייתו של חבר הכנסת ארדן לשר הפנים בבקשה לשקול את שלילת אזרחותו [!] של חבר הכנסת טאהא בגין דברים שכתב בעת מלחמת לבנון השנייה. שר הפנים לא דחה פנייה זו על הסף אלא ביקש את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. זה השיב לשר הפנים תשובה שראוי לצטט חלק ממנה. אותה השפעתו של פסק דין בשארה ניכרים בה: "אני סבור שאין מקום, ככלל, לעשות שימוש בסמכות לביטול אזרחות בגין הפרת אמונים, במתנתה הנוכחית, וכדודאי שאין לכך מקום כאשר העילה לכך היא התבטאות, תהא קשה ואומללה ככל שתהא. לכך יש להוסיף כי בעניינו המדובר בהתבטאות של חבר כנסת, אשר מטבע הדברים ועל פי פסיקת בית המשפט העליון, קנויה לו זכות רחבה ביותר לחופש ביטוי, אף מעבר לאזרח רגיל. מקרה זה, לפי כל אמת מידה, אינו מתאים ואינו מבסס עילה לשלילת אזרחות" (מכתב מיום 6.8.2006, תוכנו צורף להודעתו של דובר משרד המשפטים, המצויה עם הכותבים). ראו גם את התנסותם הקשה של יתר חברי הכנסת הערבים במלחמת לבנון השנייה. יואב שטרן "זאת עונת ההסתה נגדנו", מתלוננים ח"כים ערבים" הארץ 2.8.2006.

לשליטתה. תוספת סיכון זו, בהשוואה לאדם מן היישוב, מצריכה הגנה מוגברת בחברה דמוקרטית שטועה; וזו יכולה להימצא אך בגדרה של החסינות המהותית. הבחנות אלו ניתבו את עמדת הרוב בפסק הדין – לאחר תיקונו של חוק החסינות בשנת 2002 (תיקון שצמצם את המרווח בין הסדרתה של הזכות להיבחר והסדרתה של החסינות המהותית) – להחיל בגדר החסינות המהותית את המבחנים המגבילים את פסילתם של רשימה או של מועמד לכנסת מלהשתתף בבחירות לכנסת. החלת מבחנים אלה על התבטאויותיו הפוליטיות הנטענות של חבר הכנסת בשארה מותירה אותן חוסות בצל הגנתה של החסינות המהותית.

