

חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב

מאת

סוזי נבות*

חבר הכנסת נהנה מחסינות על הבעות דעה שהביע במילוי תפקידו. החסינות מיועדת להבטיח כי יוכל למלא נאמנה את תפקידו ולייצג את ציבור בוחריו, תוך מתן ביטוי חופשי ומלא של דעותיו והשקפותיו. לכאורה, התבטאויות של חבר כנסת במילוי תפקיד הפוגעות בשמו הטוב של אדם אחר יזכו להגנה ואי-אפשר יהיה להעמיד את חבר הכנסת לדין פלילי או אזרחי.

מאמר זה בוחן את האיזון הראוי בין החסינות במילוי תפקיד של חבר הכנסת לבין האינטרס שבשמירה על שמו הטוב של אדם אחר, ומציע לצמצם את תחולתה של החסינות כשהיא פוגעת בזכות לשם טוב. המאמר בוחן את גבולותיה של החסינות העניינית ומתמקד באיזון העקרוני שבין הצורך לשמר את תכליותיה של החסינות מחד גיסא לבין הצורך להגן על הזכות לשם טוב מאידך גיסא, הן בדין הישראלי והן בדין הזר. המחקר המשווה מלמד על מגמה הולכת ורווחת ברבות ממדינות העולם המערבי לצמצם את גבולותיהן של החסינויות הפרלמנטריות במטרה לצמצם את הפגיעה בערכים חוקתיים כגון השוויון ושלטון החוק.

המאמר מציג את הטיעון שלפיו מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" – המקובל כיום לבחינת השאלה אם התבטאויות של חבר הכנסת הן במילוי תפקידו אם לאו – איננו משקף את נקודת האיזון הראויה במקרים שבהם ההתבטאות פוגעת בזכות לשם טוב.

הפתרון להתנגשות בין חופש הביטוי של חבר הכנסת המוגן בחסינות לבין הזכות לשם טוב נמצא ברמה תת-חוקתית, במסגרת חוק איסור לשון הרע. במאמר נטען שכאשר נזקקים למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מכוחו של סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע – היינו: במקרה קונקרטי של פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר – נקודת האיזון מחייבת שילוב של מבחני פסקת ההגבלה.

ככלל, התפיסה המרחיבה לחסינות, השואפת לשמר ככל האפשר את חופש הביטוי של חברי הכנסת, היא תפיסה ראויה. התזה המוצעת במאמר עשויה להביא לצמצומה. צמצום זה הכרחי. חופש הביטוי הפוליטי הוא חיוני במשטר דמוקרטי אך איננו בבחינת זכות מוחלטת.

* פרופסור חבר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. רשימה זו מבוססת בחלקה על חוות דעת שנכתבה במסגרת עניין אזרחי שהתנהל בבית משפט. תודה לד"ר תמר גדרון, לחברי הסדנה למצטיינים של בית הספר למשפטים ולאלידור בליטנר, עורכת כתב העת משפטים, על ההערות המצוינות והמעשירות לטיוטת המאמר. תודה מיוחדת לקורא החיצוני האנונימי על הערותיו והצעותיו. תודה לחן סלומון על העזרה במחקר.

על-פי ההצעה שבבסיס המאמר, פגיעה בזכות לשם טוב, שנטען לגביה כי היא מוגנת במסגרת החסינות, יש לבחון על-פי פסקת ההגבלה ככלל – על-פי מבחן המידתיות במיוחד ובמסגרת זו, על-פי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". הן מבחן האיזון המוצע והן הכללים להפעלתו נועדו לבטא את השינוי שחל בתכליות החסינות, את השינוי שחל במעמדה של הזכות לשם טוב ואת המגמות של המשפט המשווה בשנים האחרונות. ראוי ששינויים אלה יבואו לידי ביטוי גם בקביעה של מידת ההגנה המוענקת בישראל להתבטאויות של חברי הכנסת.

מבוא. א. החסינות במילוי תפקיד. ב. חסינות במילוי תפקיד: תכליות תומכות ותכליות נוגדות. 1. התכליות הספציפיות; 2. התכליות הכלליות; ג. האיזון בין התכליות: מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". 1. אופיו של הביטוי ונסיבותיו; ד. על משקלה של הזכות לשם טוב. ה. הדין הזר. 1. הבסיס העקרוני למחקר משווה; 2. הסדרי חסינות במקרה של הוצאת דיבה; 3. מחקרי רוחב על חסינות ולשון הרע: מבט-על; ו. על ההתנגשות ברמה החוקתית ועל האיזון העקרוני בין הזכות לשם טוב לבין החסינות. 1. כללי; 2. ההגנה המוענקת בחוק איסור לשון הרע: האם מוחלטת?; 3. "מתחם הסיכון הטבעי" ופסקת ההגבלה; 4. בחינת רכיביה של פסקת ההגבלה; ז. סיכום.

מבוא

חבר כנסת נהנה מחסינות עניינית על הבעות דעה שנאמרו במילוי תפקידו:¹ "החסינות מיועדת להבטיח כי חבר הכנסת יוכל למלא נאמנה את תפקידו ולייצג את ציבור בוחריו תוך מתן ביטוי חופשי ומלא לדעותיו ולהשקפותיו, ללא חשש וללא מורא כי הדבר עלול לעלות לו בהרשעה פלילית או בחיוב כספי אישי בהליך אזרחי".² יוצא לכאורה כי התבטאויות של חבר כנסת במסגרת מילוי תפקידו, שיש בהן משום פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר, יזכו להגנה ואי-אפשר יהיה להעמיד את חבר הכנסת לדין פלילי או אזרחי. לכאורה, בהתנגשות שבין חופש הביטוי של חבר הכנסת מחד גיסא (כפי שזה מוגן במסגרת החסינות) לבין זכותו של אדם ששמו הטוב נפגע (הזכות לממש את עילות התביעה שבידיו) מאידך גיסא, אם הדברים נאמרו "במילוי התפקיד" – תהא ידו של חבר הכנסת על העליונה. כך גם עולה מהפסיקה של בתי המשפט בישראל, המלמדת שתביעות שעניינן לשון הרע בגין התבטאויות של חברי כנסת נדחות רובן ככולן על הסף מטעמי חסינות.

1 ס' 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 228 (להלן: חוק החסינות).

2 בג"ץ 11225/03 ח"כ עזמי בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 1.1.2006) (להלן: פרשת בשארה).

רשימה זו בוחנת את האיזון הראוי בין החסינות במילוי תפקיד של חבר הכנסת לבין האינטרס שבשמירה על שמו הטוב של אדם אחר, ומציעה לצמצם את תחולתה של החסינות כשהיא פוגעת בזכות לשם טוב. שאלת האיזון מושפעת מתכליות החסינות העניינית מחד גיסא, וממיקומן ומעמדם של זכויות היסוד של הפרט ובמסגרתן הזכות לשם טוב מאידך גיסא. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהפכה הזכות לכבוד לזכות חוקתית ועמה חל שינוי גם במעמדם ובמשקלן של זכויות יסוד אחרות. פסיקה עקרונית בישראל בהקשר דומה³ בחנה מחדש את האיזונים שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב. בד בבד חלו בשנים האחרונות תמורות של ממש בהיקף החסינות הפרלמנטרית במדינות רבות. החסינות העניינית מתנגשת עם עקרונות יסוד חוקתיים; היא פוגעת בעקרון השוויון, בשלטון החוק ובזכויות האדם. חלק מתכליותיה שינו את מעמדם בשנים האחרונות, אולם בניגוד לגישה במשפט המשווה, כמעט לא היה ביטוי לכך בפסיקתו של בית המשפט בישראל. על כן יש מקום לבחינה מחודשת של ההגנה המוענקת לחברי הכנסת במסגרת החסינות במילוי תפקיד, ככל שזו מתייחסת לפגיעה בזכות לשם טוב.

בחלקה הראשון של הרשימה אציג בקצרה את תכליותיה של החסינות במילוי תפקיד. התכלית המרכזית מתייחסת לצורך להבטיח את חופש הפעולה של חבר הכנסת ואת עצמאותו. אל מול תכלית ספציפית זו עומדות תכליות כלליות מתנגשות. החסינות העניינית מתנגשת עם עקרונות יסוד ועם אינטרסים אחרים שהחברה מעוניינת לשמר. החסינות העניינית פוגעת בעקרון השוויון, בעקרון שלטון החוק ובזכויות האדם. על כן יש חשיבות רבה לשאלה היכן להציב את גבולותיה של החסינות העניינית כדי שלא ייפגעו – במידה העולה על הנדרש – העקרונות, הערכים וזכויות היסוד המתנגשים עמה. בשלב השני אניח את הבסיס למחקר המשווה ואתמקד בשיקולים שיש להביא בחשבון בעת האיזון העקרוני בין החובה לשמר את תכליותיה של החסינות העניינית מחד גיסא לבין הצורך להגן על הזכות לשם טוב מאידך גיסא, הן בדין הישראלי והן בדין הזר. מבחן האיזון שנקבע בפסיקה – מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" – העניק עד כה הגנה רחבה למדי לחברי כנסת, במיוחד בכל הקשור לחופש הביטוי המוגן במסגרת החסינות. ניתוח הדין הזר מלמד כי באירופה ניכרת לאחרונה נטייה לצמצם את החסינות הן באמצעות חקיקה והן באמצעות קביעת מבחנים מחמירים יותר להגנה, בעיקר במקרים של פגיעה בזכויות של אדם אחר. כפי שנראה, הן ההצדקות החוקתיות לצמצומה של החסינות העניינית והן המגמות הבולטות במשפט המשווה מבססות את הטענה שלפיה יש לבחור נקודת איזון שונה מזו שהייתה קיימת עד כה כדי לפתור את ההתנגשות שבין החסינות לבין הזכות לשם טוב.

3 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006) (להלן: פרשת בן גביר).

בחלקה השלישי של הרשימה אציג את הטיעון שלפיו מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" איננו משקף את נקודת האיזון הראויה במקרה שבו ההתבטאות של חבר הכנסת פוגעת בזכות לשם טוב. הפתרון להתנגשות בין חופש הביטוי של חבר הכנסת המוגן בחסינות לבין הזכות לשם טוב נמצא ברמה תת-חוקתית, במסגרתו של חוק איסור לשון הרע. אטען כי כאשר נזקקים למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מכוחו של סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע – היינו: במקרה הקונקרטי של פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר – נקודת האיזון הפנימי בין תכליתיה של החסינות שונה מזו שנקבעה בפסיקה עד כה ומחייבת שילוב של מבחני פסקת ההגבלה. כן אציג בחלק זה כמה עקרונות יסוד לאיזון ראוי בין החסינות במילוי תפקיד לבין הזכות לשם טוב. בבסיסם, כאמור, הצורך לשלב את עקרון המידתיות במסגרת האיזון הנדרש. העקרונות מבוססים על הדיון והמסקנות של כל אחד מן החלקים ברשימה: הם פרי התייחסות מודרנית לתכליות החסינות במילוי תפקיד, מבוססים על המעמד של הזכות לשם טוב ועל נקודת האיזון הראויה בינה לבין החסינות, ומבטאים את המגמות של הדין המשווה.

ההצדקות החוקתיות המוצגות במאמר עשויות לשמש בסיס לצמצום תחולתה של החסינות במילוי תפקיד גם במקרים של פגיעה בזכויות אדם אחרות ולא רק בזכות לשם טוב, אולי גם במקרים שבהם החסינות פוגעת באינטרסים ציבוריים כגון רגשות הציבור או שלום הציבור. העמדה שביסוד המאמר, הקוראת לצמצם את החסינות העניינית באמצעות פסקת ההגבלה, עוסקת בהתנגשות בין החסינות לבין הזכות לשם טוב ואינה עוסקת בהתנגשות שבין החסינות לבין זכויות אחרות או אינטרסים ציבוריים. המאמר בוחן את ההיבטים וההצדקות הקונקרטיים לצמצום תחולתה של החסינות כשזו פוגעת בזכות לשם טוב בלבד, שכן הפגיעה בה מכוחה של החסינות הפרלמנטרית היא הנפוצה בהשוואה לפגיעה בזכויות אדם אחרות. הרחבת הטיעון אל מעבר לזכות לשם טוב חורגת ממסגרת המאמר ומחייבת התייחסות נפרדת.

א. החסינות במילוי תפקיד

המונח חסינות "עניינית" או "מקצועית" מתייחס להגנה הניתנת לחברי הכנסת מפני הדין הכללי בגין מעשים פליליים או עוולות אזרחיות שעשו במילוי תפקידם. החסינות מונעת את העמדתו לדין של חבר כנסת בשל הבעות דעה, הצבעות או מעשים אחרים שעשה במסגרת תפקידו; היא אינה ניתנת לנטילה ועומדת לחבר הכנסת גם לאחר שסיים את כהונתו.

המסגרת הנורמטיבית לחסינותם של חברי כנסת קבועה בסעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת, המורה כי "לחברי הכנסת תהא חסינות, פרטים ייקבעו בחוק".⁴ קביעה זו חשובה

4 ס' 17 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

גם אם היא חסרה פרטים בסיסיים:⁵ החסינות היא הסדר חוקתי וקיומה נובע מהוראה חוקתית.⁶ ה"פרטים" שעליהם מדבר חוק-יסוד: הכנסת קבועים בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951.⁷ סעיף 1 לחוק החסינות, המתייחס לחסינות במילוי תפקיד בשל הבעות דעה, קובע:

חסינות במילוי תפקיד

1. (א) 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 הכנסת.⁸

ב. חסינות במילוי תפקיד: תכליות תומכות ותכליות נוגדות

חוק החסינות לא נחקק כדי לאפשר לחבר הכנסת לפעול בניגוד לחוק. הנחתו של החוק היא שתפקידו של חבר הכנסת כרוך בביצוע פעולות מותרות בלבד.⁹ עם זאת, החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה לבין התפקיד של חבר הכנסת יש זיקה ההופכת את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במילוי התפקיד או למענו. מהותה של הזיקה שבין

- 5 אגב: פרטים אלה מופיעים ברוב ההסדרים החוקתיים בעולם, המתייחסים למהותה של החסינות במסגרת החוקה. ראוי היה שהסדר בסיסי כזה יחוקק גם אצלנו במסגרת חוק-יסוד: הכנסת. הרעיון הבסיסי שלפיו לחברי פרלמנטים בעולם יש חסינות במילוי תפקיד (בהיקף זה או אחר), בעיקר על התבטאויות והצבעות, מופיע בחוקות העולם, דבר המבטיח יציבות בעניין זה. הקביעה אצלנו שלפיה "פרטים ייקבעו בחוק" מאפשרת שינויים תכופים בחסינותם של חברי הכנסת, חלקם בעלי אופי פרסונלי – דבר שאיננו רצוי ואיננו מקובל בעולם.
- 6 מדובר בהוראה חוקתית המתנגשת לכאורה עם זכות חוקתית (הזכות לשם טוב). להלן אתייחס לשאלת ההתנגשות בין זכויות חוקתיות ובין הוראות חוקתיות וכן לעניין המודל לפתרון ההתנגשות.
- 7 ס' 1 לחוק החסינות.
- 8 ס' 1(א) כולל הגבלה על ההגנה הניתנת במסגרת חסינות במילוי תפקיד בגין התבטאויות שיש בהן משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל. נושאים אלה אינם רלוונטיים למסגרות הדיון שלנו. לדיון מקיף בסעיף זה ראו ברק מדינה ואילן סבן "להרחיב את המרווח?" על היקף זכותו של חבר כנסת לתמוך בהתנגדות לכיבוש – בעקבות בג"צ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה" משפטים לו 219 (2007).
- 9 בג"ץ 1843/93 ח"כ רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 677 (1995) (להלן: פרשת פנחסי).

הפעולה האסורה שביצע חבר הכנסת לבין תפקידו "מותנית בתכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית".¹⁰ לפיכך, הנחת היסוד לדיון היא שתכליות החסינות העניינית הן אחד המשתנים העיקריים המשפיעים על מידת ההגנה שראוי להעניק לחבר כנסת שביצע פעולה אסורה כגון פגיעה בשם הטוב של אדם אחר. בחלק זה אציג בקצרה את התכליות הכלליות ואת התכליות הספציפיות של החסינות העניינית, אלה התומכות בחסינות ואלה הנוגדות אותה. כפי שנראה, התכליות הספציפיות של החסינות תומכות בחסינות; התכליות הכלליות – חלקן תומכות בחסינות וחלקן נוגדות אותה. לכל התכליות, הן התומכות והן הנוגדות, יש השפעה על מידת ההגנה שראוי להעניק לחבר כנסת במילוי תפקידו.

1. התכליות הספציפיות

התכליות המיוחדות של החסינות העניינית הן מגוונות ונועדו להבטיח את חופש הפעולה של חבר הכנסת, לאפשר לו לפעול בתפקידו בלא חשש כי ימצא את עצמו נתון לתביעה משפטית ולהבטיח את עצמאותו של חבר הכנסת ואת אי-תלותו ברשויות השלטון האחרות.¹¹

תכליות אלה שזורות כחוט השני בפסיקה שעסקה בחסינות של חברי הכנסת.¹² בשנים האחרונות נירת הרחבה של תכליות החסינות גם להיבטים חדשים שלא הוזכרו בעבר. כך, למשל, בפרשת גורולובסקי¹³ קבע הנשיא ברק:

החסינות העניינית באה להבטיח את עצמאותו של בית הנבחרים ואת "אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל" [...]¹⁴ היא נועדה להגן על עצמאותו של חבר הכנסת [...] היא באה לאפשר לו, על-פי שיקול-דעתו, להפעיל את "עקרון הייצוגיות" [...] היא באה: "...להבטיח פעולתו של הנבחר לשם מימושו של התהליך הדמוקרטי וקימו

10 שם.

11 שם, בעמ' 676-680.

12 כמו, למשל, בבג"ץ 5151/95 ח"כ רן כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245 (1996) (להלן: פרשת כהן); בבג"ץ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987) (להלן: פרשת מיעארי); ופרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9.

13 בבג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, 887 (2005) (להלן: פרשת גורולובסקי).

14 ראו גם בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 36 (2004).

למטרתו... "[...] תכליות אלה" [...] נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי.¹⁵

גם בפרשת בשארה אמר הנשיא כי "התכליות המונחות ביסוד החסינות העניינית הן מגוונות. הן באות להגן על חירויות היסוד הפוליטיות".¹⁶

2. התכליות הכלליות

"בצד התכלית הספציפית – המיוחדת לכל חוק ולכל הסדר בחוק – עומדת התכלית הכללית, אלה הם עקרונות היסוד של השיטה [...]".¹⁷ הפסיקה הישראלית הציגה עד כה שלוש תכליות מרכזיות שהחסינות פוגעת בהן: הצורך בשמירה על האופי הדמוקרטי של המדינה, שלטון החוק¹⁸ ועקרון השוויון. החסינות העניינית פוגעת בעקרון השוויון. הכול נותנים את הדין על פעולותיהם האסורות, למעט חברי הכנסת; שוויון הכול בפני החוק נפגע: "החסינות פוגעת בעיקרון של שוויון הכול בפני החוק. מי שאינו חבר-כנסת נושא בתוצאות פעולותיו האסורות, תוך שהוא חשוף לחיפוש ולמעצר. חבר הכנסת אינו חשוף לסיכונים אלה".¹⁹ הן בדין הזר והן בישראל הודגשה הפגיעה בשלטון החוק ובעקרון השוויון, הנובעת מקיומו של הסדר חסינות. כך, למשל, חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון הם שהביאו לשינויים בהיקפה של החסינות הדיונית בשנים האחרונות בחלק ממדינות אירופה. תיקונים שנעשו בשנות התשעים בחוקות של צרפת ואיטליה ביטלו את הצורך באישור הבית לשם הסרת החסינות הדיונית.²⁰ האישור נדרש כיום, באיטליה ובצרפת, רק כשמבקשים להטיל על חבר הפרלמנט אמצעים מגבילים נוספים כגון מעצר. שינויים אלה הוצדקו בעלייה בחשיבותם של עקרון השוויון ועקרון שלטון החוק.

15 פרשת גורולובסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

16 פרשת בשארה, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

17 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 681.

18 "החסינות פוגעת בשלטון החוק. החוק מופר, בלי שהמפר מועמד לדין. קיים יסוד להניח, כי עבירה פלילית מבוצעת, בלי שהדבר יובא להכרעה שיפוטית. הדבר פוגע באינטרסים השונים – הציבוריים והפרטיים – שהחוק המופר בא להגן עליהם" (פרשת מיצארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 268).

19 שם.

20 גם בישראל תוקן הסדר החסינות הדיונית, בתיקון מס' 33 לחוק החסינות, ס"ח התשס"ה 706. למרות שבאופן עקרוני כיום לא נדרש אישור הכנסת להסרת החסינות הדיונית של חבר כנסת כדי לאפשר את העמדתו לדין פלילי בשל עבירה שאינה קשורה למילוי התפקיד, התיקון לחוק הישראלי מרחיב במידה ניכרת את העילות שעל פיהן ניתן כיום להעניק הגנה לחבר כנסת – במסגרת החסינות הדיונית – גם בשל מעשים שאינם במילוי התפקיד.

עקרון השוויון, שאיננו מוזכר במפורש בחוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם, הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".²¹ בשנים האחרונות קיבל עקרון השוויון – עד כמה שהוא קשור קשר הדוק לכבוד האדם ולחירותו – מעמד חוקתי על-חוקי. בפרשת חוקתיותו של חוק טל²² (החוק המסדיר את דחיית שירותם בצה"ל של בחורי הישיבות) קבע בית המשפט העליון כי עקרון השוויון – אף שאיננו מוזכר במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הוא בעל מעמד חוקתי ומוגן בהיבטים מסוימים²³ בחוק-היסוד. עקרונית, הדבר מאפשר לבית המשפט לבטל חוק פוגע בעקרון השוויון שלא כדין, קרי: בניגוד לפסקת ההגבלה.

לקביעה זו, שבוססה בפרשת חוק האזרחות²⁴ (שעסקה בחוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות המונע איחוד משפחות של ערביי ישראל עם פלסטינים) חשיבות רבה. בעיסוקנו באיזון שבין התכליות הקונקרטיות לבין התכליות הכלליות יש ליתן את הדעת לעובדה שעקרון השוויון, בהקשרו עם כבוד האדם, נהפך חוקתי. הוא מאפשר כיום לבית המשפט העליון לבחון את חוקתיותו של חוק, במסגרת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר הוא פוגע בעקרון השוויון. עקרון השוויון נהנה ממשקל סגולי גדול יותר מזה של עקרונות אחרים שאינם כתובים עלי ספר.²⁵ שאלה היא אם העובדה שחברי הכנסת נהנים מחסינות ולא מוטלת עליהם אחריות פלילית ואזרחית, בזמן שאחריות כזו מוטלת על יתר אזרחי המדינה, פוגעת בהיבט השוויון הקשור קשר הדוק לכבוד האדם ולחירותו. שאלה זו אינה מחייבת התייחסות ברשימה זו שכן אין מדובר במקרה של פסילת חוק; עם זאת, בכל מקרה – גם אם הפגיעה בעקרון השוויון במקרה שלנו איננה פגיעה חוקתית המצדיקה ביטול של חוק – הפגיעה חייבת להיות מידתית. אנו עוסקים בשאלת פרשנות של חוק ושל חוק-יסוד. אלו מתפרשים לאור עקרון השוויון, בין שהוא מעוגן בחוק-היסוד ובין שלא. החסינות פוגעת בעקרון השוויון ועל

- 21 השופט לנדיי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969).
- 22 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: פרשת חוק טל).
- 23 "ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית", שם, בפס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 24 בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות) כתב הנשיא ברק, בפס' 39 לפסק דינו: "בעבר התעוררה השאלה אם ניתן לגזור את הזכות לשוויון מזכות-האם לכבוד האדם. בשאלה זו הובעו בפסיקה ובספרות דעות שונות [...]. במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל [פרשת חוק טל, לעיל ה"ש 22, ג.ס.]. נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק".
- 25 השו"ד: דעתו של השופט חשין בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 848, 817 (להלן: פרשת סנש).

כן יש להבטיח כי הפגיעה תהא מידתית. דרישה זו מחייבת התייחסות חדשה לעקרון המידתיות בשלב האיזון בין התכליות.

זאת ועוד: בפסיקה האחרונה, בעניין גורולובסקי, התייחס הנשיא ברק לא רק לתכליות ה"מסורתיות" אלא גם לעובדה שהחסינות העניינית של חברי הכנסת פוגעת בזכויות האדם.²⁶ זו התייחסות מעניינת: נכון שאפשר היה לגזור את התכלית הכללית בדבר זכויות האדם מהצורך בשמירה על האופי הדמוקרטי של המדינה (התכלית הראשונה), אך התייחסות מפורשת לזכויות האדם בכלל ולזכות לשם טוב בפרט חשובה היא ועשויה להשפיע על המשקל שיש לתת לערך של פגיעה באחת מזכויות האדם על-ידי מוסד החסינות.

כפי שהמשפט הישראלי כולו חייב היה להתאים את עצמו לעידן החוקתי של זכויות האדם, כך גם הדיון בתכליות החסינות ובאיזון הראוי ביניהן מחייב לתת את הדעת לכך שהחסינות – שהיא מוסד חוקתי המעוגן בחוק-יסוד – פוגעת בזכויות אדם בעלות מעמד חוקתי.

בצד הפיכתו של עקרון השוויון – עד כמה שהוא קשור לכבוד האדם – לעקרון חוקתי, חל שינוי בחשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי. גם לשינוי זה משמעות לענייננו, שכן החסינות במילוי תפקיד נועדה להגן על חופש הביטוי הפוליטי. בפרשת "המפקד הלאומי"²⁷ עסק בית המשפט העליון בהרחבה בזכות לחופש ביטוי פוליטי. בית המשפט אימץ את "מודל הביניים" באשר לזכות לכבוד האדם וקבע כי כבוד האדם כולל את הזכויות הקשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) ב"קשר ענייני הדוק". בדומה לקביעה בפרשת חוק האזרחות באשר למעמדו של עקרון השוויון, קבעה השופטת נאור כי "אמת מידה זו הולמת, לדעתי, גם את היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין חופש הביטוי הפוליטי. דעתי היא כי הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על-פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם" [...]"²⁸. לפיכך, מסקנתה הייתה שחופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. האמירה בפסק דין זה מחזקת את מעמדו של חופש הביטוי הפוליטי שהוא, כאמור, אחת התכליות הכלליות של החסינות במילוי תפקיד. אינני טוענת בהקשר זה כי לחברי כנסת יש זכות חוקתית מיוחדת וייחודית לחופש ביטוי פוליטי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי הדין המצוי, חופש הביטוי הפוליטי של חבר כנסת זהה בהיקפו לחופש הביטוי הפוליטי של כל אדם אחר; אלא שמידת ההגנה שניתן לחופש זה – במסגרת החסינות

²⁶ "התנהגותו האסורה של חבר-הכנסת עשויה לפגוע בכבוד האדם (כגון פגיעה בשמו הטוב), בפרטיותו ובקניינו. מעל לכול, החסינות פוגעת בשוויון שבין בני-האדם"; פרשת גורולובסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁷ בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

²⁸ שם, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשה במקור).

במילוי תפקיד – תהא מן הסתם רחבה יותר מזו המוענקת לאחרים.²⁹ ההתייחסות למעמדו של חופש הביטוי הפוליטי לאור פרשת "המפקד הלאומי" באה להבהיר את השינוי שחל במעמדו של חופש הביטוי הפוליטי בד בבד עם השינוי שחל בעקרון השוויון. שתי תכליות נוגדות של החסינות נהפכו חוקתיות.

כיום, תכליתה של החסינות הן כולן ברמה ציבורית וחוקתית ואף ברמה של עקרונות יסוד. דבר זה מקשה על האיזונים. כך, למשל, הצורך להבטיח את עצמאותו ואת חופש הביטוי של חבר הכנסת הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית; אך גם הצורך לשמר את זכויות היסוד הוא עקרון יסוד דמוקרטי. החסינות נועדה לאפשר חופש פעולה לחבר הכנסת אך היא פוגעת בעקרון השוויון, בכבוד האדם ובשמו הטוב – ערכים המוגנים בחלקם בחוק-יסוד.

האיזון שיערך בין התכליות חייב "להבטיח את עצמאותו וחופש פעולתו של חבר הכנסת, ובכך גם את פעולתה התקינה של הכנסת ואת הדמוקרטיה הישראלית. איזון זה צריך להבטיח פגיעה מועטה ככל האפשר בשלטון החוק ובשוויון הכול בפני החוק, כפי שמתבקש במדינה דמוקרטית".³⁰ על האיזון לשקף את החשיבות החברתית היחסית של התכליות המתנגשות זו בזו³¹ ואת השינוי שחל בחשיבות חברתית זו.

ג. האיזון בין התכליות: מבחן "מתחם הסיכון הטבעי"

שאלת האיזון בין תכליותיה של החסינות נדונה בהרחבה בפרשת פנחסי. באותה פרשה נקבעו שלושה מבחנים שעל פיהם תינתן תשובה לשאלה אם פעילותו של חבר הכנסת היא "במילוי תפקידו כחבר כנסת".³² מבחנו של השופט ברק הוא מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" ואליו נתייחס להלן. מבחנו של השופט גולדברג הוא מבחן הרלוונטיות, שעל פיו "הבעת דעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוואנטיים למילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. הרלוואנטיות מתקיימת רק כשהפעולה [...] משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת".³³ מבחנו של הנשיא שמגר, מבחן ה"זיקה המהותית", קבע כי יש צורך שתהא "זיקה" בין התפקיד ומילוי

29 זו גם עמדתם של מדינה וסבן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 237, שלפיה "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".

30 פרשת כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 255.

31 פרשת גורולובסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

32 לדיון במבחני החסינות ראו סוזי נבות "חסינותו של חבר הכנסת בגין הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד" – מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט ד 61 (1998).

33 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בפס' 1 לפסק דינו של השופט גולדברג.

לבין המעשה שלגביו מוענקת החסינות.³⁴ הזיקה איננה זיקה של זמן בלבד אלא זיקה מהותית והגיונית לתפקיד. בפסיקה האחרונה שעסקה בשאלת המבחנים (פרשת גורולובסקי ואף פרשת בשארה³⁵) "זכה" מבחנו של הנשיא ברק לרוב ועל כן אפשר לומר כי כיום, מבחן האיזון שלפיו ייקבע אם התבטאויותיו של חבר הכנסת יזכו לחסינות עניינית הוא מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" בלבד.

הרציונל של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" הוא שפעילותו החוקית של חבר הכנסת יוצרת אפשרויות של גלישה לביצוע לא ראוי ולא חוקי שלה: "גלישה זו תזכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים שבהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר-כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה".³⁶ בפרשת פנחסי הציג הנשיא ברק דוגמאות להמחשה של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", למשל:

חבר כנסת משתתף בדיון בכנסת על מערכת בתי המשפט. הוא מותח ביקורת נוקבת על פסיקה של בית המשפט העליון. בלהט הוויכוח הוא אומר דברים שהם בגדר זילות בית-דין [...]. החסינות העניינית תעמוד לו. הוא הדין אם תגובתו הספונטאנית היא מחוץ לכנסת [...].³⁷

לעניין הקשר שבין מתחם הסיכון הטבעי לבין העבירה של לשון הרע אמר הנשיא ברק:

[...] החברות בכנסת מחסנת את חברי הכנסת מפני פעולות אסורות שהן בגדר "סיכונים מקצועיים". העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס כאיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה.³⁸

מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" הוא מבחן כללי, עקרוני, שיישמו תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ההגנה הניתנת במסגרתו להתבטאויות של חבר הכנסת היא רחבה במיוחד, להבדיל מההגנה המוענקת למעשים או לפעולות אחרות. פרשת בשארה עסקה בשני נאומים שנשא ח"כ בשארה בהיותו חבר כנסת, האחד באום אל-פחם והאחר בסוריה. בשל דברים שאמר בנאומים אלה החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמידו לדין בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי, על-פי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948. בפרשה זו (בדעת רוב של השופטים ברק וריבלין, כנגד דעתה החולקת של השופטת

34 שם, בפס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

35 לעיל ה"ש 2. לדיון מקיף בפסק דין זה ולניתוח נימוקיו ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 8.

36 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 685.

37 שם, בעמ' 688. בעניין מאפיין הספונטניות הוסיפה השופטת יהודית שבח, בפרשת גבריאלי, כי מהדוגמאות שהוצגו בפרשת פנחסי ניתן ללמוד כי העובדה שהאמירה נעשת באופן ספונטני מהווה "מבחן עזר משני השזור במבחן מתחם הסיכון הטבעי". ת"א (שלום ת"א) 13390/03 ח"כ ענבל גבריאלי נ' ח"כ יוסף פריצקי, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.9.2003) (להלן: פרשת גבריאלי).

38 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 687 (ההדרגות הוספו).

חיות) נקבע כי בהתבטאויות של ח"כ עזמי בשארה לא היה משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור וכי עומדת לו חסינותו העניינית, שכן דבריו נאמרו "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת". קביעה זו של בית המשפט העליון מושפעת גם מנסיבותיו של הפרסום וגם מאופייה של ההתבטאות שעליה דובר, קרי: התבטאות "פוליטית". הנשיא ברק תיאר את תכליתיה של החסינות ככאלה שנועדו לאפשר התבטאויות פוליטיות חופשיות של הנבחרים וההגיש את עקרון הייצוג:

החסינות העניינית ניתנה לחברי הכנסת כדי להבטיח אינטרסים ציבוריים חיוניים. ראשית, חסינות זו חיונית על מנת להבטיח את זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי [...] הגנה זו חיונית היא בעיקר לאזרחים חברי קבוצות המיעוט באוכלוסיה [...] שנית, החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח שוק חופשי של רעיונות ודעות [...] שלישית, וכתוצאה מהאמור עד עתה, החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון.³⁹

הערה זו חשובה גם לענייננו. תכליות החסינות עשויות לקבל משקלים שונים והיבטים שונים לפי המקרה הנדון. במקרהו של בשארה, ההתבטאות הייתה חלק מנאום פוליטי ואופייה היה פוליטי. הן אופי ההתבטאות והן נסיבות ההתבטאות היו קשורים קשר הדוק למשנתו הפוליטית של חבר הכנסת. ניתן להסיק מפסק הדין כי לו היה מדובר בהתבטאות אחרת של ח"כ עזמי בשארה – למשל התבטאות שיש בה משום הוצאת דיבה, ללא קשר למשנתו הפוליטית ולא במסגרת נאום פוליטי – ספק אם היו נכתבים הדברים שנכתבו בפרשת בשארה; ספק אם היה בית המשפט מעלה על נס את "זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי" ואת הצורך להבטיח באמצעות החסינות "את אופיו הדמוקרטי של השלטון".

עולה מן האמור כי בהקשר לחסינות במילוי תפקיד, כל התבטאות של חבר כנסת והאיזון הפרטיקולרי שלה. כל היבט של חסינות משקף בעוצמה שונה תכלית זו או אחרת; כל מקרה לגופו. על כן, אף-על-פי שמבחן "מתחם הסיכון הטבעי" הוא מבחן כללי לאיזון בין התכליות השונות, קיומו או אי-קיומו וכן היקפו יהיו תלויי-נסיבות. כפי שהדבר עולה מחוות דעתו של הנשיא ברק בפרשת בשארה, הבחינה תיעשה בכל מקרה ומקרה לפי אופיו של הביטוי ולפי נסיבות הפרסום, אם כי גם ייתכן שהיסוד הנפשי של חבר הכנסת – שלא נדון במפורש בפרשת בשארה – עודדנו רלוונטי במסגרת מבחן מתחם הסיכון הטבעי.⁴⁰

39 פרשת בשארה, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

40 להתייחסות לרכיב הנפשי במסגרת מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" ראו פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 688-689. כן ראו פרשת כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 253-254, ופרשת גורלובסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 19-20 לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן בפס' 2 ו-5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

המסקנה שלפיה מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מתקיים במקרהו של בשארה מושפעת, בין היתר, מנסיבות המקרה ומאופיו של הביטוי שבו מדובר.⁴¹ הטעמים שהציג הנשיא ברק לביסוס עמדתו, שלפיה מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מתקיים במקרה זה, הם שלושה: ראשית, ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת בשארה נאמרו במסגרת נאומים פוליטיים שנשא ושעסקו בנושאים מדיניים-פוליטיים רחבים, קרי: הביטוי היה "ביטוי פוליטי" במסגרת נאום פוליטי. שנית, העבירה שבה הואשם בשארה היא עבירה הקשורה בחופש הביטוי, ויש להדגיש כי ההגנה הניתנת להתבטאויותיו של חבר הכנסת היא רחבה במיוחד, להבדיל מההגנה המוענקת למעשים או לפעולות אחרות. שלישית, בהתחשב בלשון הרחבה שבה מנוסחות העברות הקשורות בחופש הביטוי כגון הוצאת לשון הרע ואמירת דברי שבח לארגון טרור, "קיים חשש שאם יהיו חברי הכנסת חשופים לאישומים פליליים אלה, יהיה בכך כדי 'לצנן' את יכולתם להתבטא ללא חשש גם במקרים בהם דבריהם אינם מהווים עבירה פלילית. תוצאה זו תפגע פגיעה קשה בחופש הביטוי הפרלמנטרי ובחירויות היסוד הפוליטיות הקשורות בו".⁴²

לכאורה עולה מדבריו של הנשיא ברק כי כל אימת שחבר כנסת יעבור עבירה הקשורה לחופש הביטוי במסגרת נאום פוליטי, קמה חזקה שלפיה מתקיים מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". הדברים אף מרמזים על חופש ביטוי פוליטי כמעט מוחלט. למרות "תחושה" זו של הגנה כמעט מוחלטת לעברות ביטוי, יש לשים לב להסבר שניתן בפסקה 10 לפסק הדין, שלפיו הביטוי הפוליטי – הנאום, המאמר והראיון – הם כלי עבודתו העיקריים של חבר הכנסת, ולכן חבר כנסת המתבטא בעניינים פוליטיים מצוי בלב-לבה של הפעילות הפרלמנטרית. לדברי הנשיא ברק, הגנה על חבר הכנסת בפעילות זו היא תכליתה המרכזית של החסינות העניינית.

פסקה זו מבהירה הבהר היטב כי במרכזה של ההגנה המוענקת לחבר הכנסת ולחופש הביטוי של חבר הכנסת עומד "הביטוי הפוליטי" וה"נאום הפוליטי". על כן יש חשיבות מכרעת לסוג הביטוי שבו מדובר בכל מקרה ומקרה ולנסיבותיו. ברור כי לא כל ביטוי של חבר כנסת, באשר הוא חבר כנסת, יהא תמיד ולעולם חלק מהתבטאויותיו הפוליטיות והמדיניות ומוגן במסגרת החסינות. אל מול האינטרס של הגנה על חופש הביטוי של חבר הכנסת ניצבים אינטרסים נוגדים, המחייבים איזון שעשוי להביא לצמצומה של ההגנה.

1. אופיו של הביטוי ונסיבותיו

הפסיקה הישראלית שעסקה בחסינות לא הבחינה בין התבטאויות בעלות "אופי" שונה. מפרשת בשארה עולה כי במרכזה של ההגנה המוענקת לחבר הכנסת במסגרת החסינות

41 להרחבה בהקשר זה ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 8.

42 פרשת בשארה, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

במילוי תפקיד עומד "הביטוי הפוליטי". פועל יוצא מכך הוא שביטוי שניתן לסווגו כבעל אופי "פרטי" או בעניין "אישי" לא יהיה מוגן בגדרה של החסינות במילוי תפקיד.⁴³ ודוק: איננו עוסקים כאן ב"היקפו" של חופש הביטוי של חבר הכנסת. חופש ביטוי זה משתרע, מבחינת היקפו, על כל צורות הביטוי ובכלל זה גם על התבטאויות פרטיות או בעלות אופי אישי. אשר לזכויות האדם בכלל ולחופש הביטוי בפרט, מקובלת ההבחנה בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה.⁴⁴ איננו עוסקים כאן בהיקפה של הזכות לחופש ביטוי. עסקינן במידת ההגנה המוענקת לזכות זו ובמימושה במסגרת הסדר החסינות הקבוע בסעיף 1 לחוק החסינות. חוק החסינות איננו מגדיר או קובע את היקפו של חופש הביטוי של חבר הכנסת; זה מוגדר ברמה החוקתית במסגרת הזכות לחופש ביטוי. חוק החסינות קובע את מידת ההגנה שיש ליתן לחופש הביטוי של חבר הכנסת. על כן, השאלה בדבר אופיו של הביטוי ונסיבותיו ראוי שתיעשה בשלב הבחינה של מידת ההגנה שמעניקה החסינות במילוי תפקיד.

מפרשת בשארה עולה כי נוסף על שאלת היסוד הנפשי של הדובר, שני פרמטרים מרכזיים משמשים את מבחן "מתחם הסיכון הטבעי": אופייה של ההתבטאות ונסיבותיה. שימוש בשני פרמטרים אלה עשוי לסייע ביצירת הבחנות נוספות באשר לסוגי הביטויים המוגנים במסגרת החסינות.

כך, למשל, לעניין אופיו של הביטוי, ההבחנה בין ביטוי בעל אופי "פוליטי" לבין ביטוי בעל אופי "פרטי" או בעניין "אישי" עשויה להיות לעזר במקרים של הוצאת דיבה. המשפט המשווה עושה שימוש בהבחנה זו כדי להוציא אל מחוץ להגנת החסינות מקרים של הוצאת דיבה דווקא, משום ההנחה – הסמויה בדרך כלל – שהוצאת דיבה קשורה קשר הדוק לביטוי בעל אופי "פרטי". הביטוי ה"פוליטי" נמצא בלבה של הפעילות הפרלמנטרית המוגנת במסגרת החסינות, אך הפגיעה בשם הטוב נתפסת כקרובה יותר

43 זוהי גם הגישה המקובלת בדין הזר. הדין האנגלי, למשל, המעניק הגנה רחבה ביותר לחברי הפרלמנט על התבטאויות בין כתלי הבית, מוציא מכלל היקפה של החסינות עניינים בעלי אופי פרטי: "Not everything, however, which takes place within the precincts of the House forms part of the proceedings. For example, a private conversation between two members – even if it took place in the chamber during a debate – would not normally be privileged". HARTLEY & GRIFFITH, GOVERNMENT AND LAW 251 (1975). הערת המחברים מבוססת על המקרה של Rivlin v. Bilainkin [1953] 1 Q.B. 485 משנת 1953. הגישה בצרפת דומה; כך אומר המלומד "L'irresponsabilité ne s'étend pas cependant aux propos tenus à titre privé, fut ce: Prélôt dans l'enceinte de l'assemblée" (החסינות העניינית אינה משתרעת על מטרות בעלות אופי פרטי גם אם אלה נעשו במסגרת הבית). M. PRÉLOT, INSTITUTIONS POLITIQUES ET DROIT CONSTITUTIONNEL 802 (1990).

44 ראו, למשל, בג"ץ 399/85 ח"כ מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987), כן ראו אהרן ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5 (1991) (להלן: ברק "חופש הביטוי").

לביטוי ה"פרטי". יש קורלציה גבוהה בין ביטוי פרטי לבין הוצאת דיבה. מהותה של הדיבה היא פגיעה אישית בשמו ובכבודו של אדם אחר. קשה להניח כי ביטוי של חבר כנסת הפוגע באדם אחר, לעתים אף בזדון, באמצעות ביטוי מעליב ולעתים אף משפיל או מבזה, קשור קשר כלשהו למילוי תפקידו של חבר הכנסת.⁴⁵ הנטייה של הדין הזר לסווג הוצאת דיבה כביטוי "פרטי" מקל על שלילת ההגנה ממנו.

הסיווג של התבטאות פלונית לתחום התבטאויות הפרטיות איננו פשוט. לדעתי, גם במסגרתה יש לבחון הן את אופי הביטוי והן את נסיבותיו. כך, למשל, התבטאות של חבר כנסת שמבחינת אופייה ונסיבותיה היא בעניין אישי או פרטי, לא ראוי שתזכה להגנה. שני הפרמטרים גם יחד הם שיביאו לסיווגה של ההתבטאות כפרטית. התבטאות כזו לא ראוי שתזכה להגנה. היא איננה קשורה למילוי תפקידו של חבר הכנסת.

לעומת זאת, התבטאות שיש בה פגיעה באדם פרטי יכולה בהחלט לבוא במסגרת דיון פוליטי. כאן אופייה של ההתבטאות מורה על כיוון של שלילת ההגנה ואילו נסיבותיה מורות דווקא על פריסת הגנת החסינות על הביטוי. מבחינת אופייה, הוצאת הדיבה היא בדרך כלל בעלת אופי פרטי, אבל במקרים אלה, מבחינת נסיבותיה נאמרה הדיבה במסגרת נאום פוליטי. מבין שני הרכיבים שנדרשים לבחינתו של ביטוי (אופי ונסיבות), המקרה של הוצאת דיבה נתפס כמקיים את הרכיב של אופי "פרטי". הדבר יכול ליצור חזקה של ביטוי לא מוגן, אלא אם הביטוי נאמר בנסיבותיו של נאום פוליטי מובהק. בהחלט ייתכן ביטוי פוליטי מובהק שיש בו משום הוצאת דיבה. כפי שנראה להלן, במקרה כזה יהיה עלינו לשקול את עוצמת הפגיעה בזכות לשם טוב טרם הענקת ההגנה על הביטוי.

אשר לאופי הביטוי, ראוי להבחין גם בין ביטוי "אישי" המופנה כנגד אינדיבידואל לבין ביטוי שיש בו דיבה "מוסדית". ההתבטאות נגד אינדיבידואלים קרובה יותר מבחינת אופייה להוצאת דיבה פרטית ואילו התבטאות נגד מוסדות קרובה יותר מבחינת אופייה להתבטאות פוליטית. ההחלטה תהייה תלויה בסופו של דבר גם בנסיבות ההתבטאות.

45 יפים בהקשר זה דברים שכתב השופט שטרומן בע"פ (ת"א) 546/92 דורון נ' טריינין-גורן, פ"מ תשנ"ד(1) 441, 461 (1993): "האינטרס הבסיסי הגלום בחיסיון זה ברור לכל, והוא הגנה על הניהול התקין של ההליך המשפטי [...] אבל מימושה של מטרה זו אינו מצדיק חיסיון ללא סייג, שמשמעו היתר לפרסום לשון הרע על בעל דין או בא כוחו ופגיעה בכבודו ללא צורך בו להליך המשפטי. הדעת אינה סובלת שתובע או נתבע יוכל לכתוב דברי נאצה על יריבו [...] ללא חשש מפני חיוב בפיצויים על פי חוק איסור לשון הרע". הדברים צוטטו על-ידי השופט רובינשטיין (בדעת מיעוט) ברע"א 1104/07 חיר נ' גיל (פורסם בנבו, 19.8.2009) בקשר להגנה המוענקת לפרסום לשון הרע תוך כדי דיון שיפוטי. ארחיב על פסק הדין בהמשך אולם כעת אציין כי הדברים נכונים גם בהקשר שלנו. גם אם האינטרס שבקיום החסינות לחברי הכנסת ברור לכול, מימושה של מטרה זו אינו מצדיק הגנה בלתי-מסויגת שמשמעה היתר לפרסום לשון הרע ולפגיעה בכבודו של אדם ללא קשר למילוי התפקיד.

ככלל, ההבחנה בין סוגי ביטויים אינה תמיד חדה שכן דיבור מסוים עשוי לכלול מאפיינים מעורבים. לשם הכרעה בשאלה אם דיבור מסוים הוא בעל אופי "פרטי", שאין לו כל היבט פוליטי או ציבורי, או שמא "פוליטי", ניתן לעשות שימוש במבחן "האופי הדומיננטי" של הביטוי מנקודת מבטו של הצופה או המאזין הסביר, כפי שהדבר מקובל גם באשר לסיווג אופייה של הבעת דעה בהקשר להגנות שבחוק איסור לשון הרע או באשר להיבטים אחרים של חופש הביטוי.⁴⁶

לסיכום היבט זה: חופש הביטוי של חבר כנסת המוגן בחסינות ייבחן, בין היתר, בהתאם לאופייה של ההתבטאות ולנסיבותיה. השלב ה"גאומטרי" של בחינת האינטרסים המתנגשים בחופש הביטוי הפוליטי – כגון אינטרסים ציבוריים או קיומה של זכות מוגנת של אדם אחר⁴⁷ – איננו השלב הראשון שבו נקבע היקפו של חופש הביטוי של חבר הכנסת אלא, כאמור, השלב השני, זה הבוחן את מידת ההגנה ואת מידת המימוש של חופש זה במסגרת החסינות.⁴⁸ כפי שנראה להלן, באיזון הפנימי שבין זכותו של האדם להגנה על שמו הטוב לבין זכותו של חבר הכנסת להגנה על התבטאויותיו, כיום הזכות לשם טוב היא בעלת משקל רב, הדורש בחינה מחודשת להגנה הרחבה למדי המוענקת לחברי הכנסת במסגרת "מתחם הסיכון הטבעי".

ד. על משקלה של הזכות לשם טוב

הזכות לשם טוב היא ערך יסודי הטבוע עמוק בקיומו של האדם ובהכרה בכבודו. על זכות זו אמר נשיא בית המשפט העליון השופט ברק:

אכן, הזכות לשם הטוב של האדם היא ערך יסודי בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני-אדם. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני: "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר".⁴⁹

46 זהו, למשל, המבחן שבו נעזרה הנשיאה ביניש לשם הבחנה בין דיבור פוליטי לבין דיבור מסחרי בפרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 27, בפס' 4 לפסק דינה. ראו בהקשר זה גם בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586, 595 (1998).

47 השוו לדבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 27, בפס' 1 לפסק דינה.

48 השוו לפרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 24, בפס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק.

49 פרשת סנש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 832; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 856, 840 (1989).

הזכות לשם טוב הינה "תנאי הכרחי להגשמת האוטונומיה האישית ולמיצוי יכולותיו של האדם ותרומתו לחברה".⁵⁰

כך נובע מערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. [שמו הטוב של אדם – המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו – הוא נכס מקניינו, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן".⁵¹ הגוזל את רכושי עשוי לפצות אותי בממון. הגוזל את שמי הטוב גוזל את טעם קיומי. שמו הטוב של האדם קובע את התייחסותו שלו לעצמו ואת ההתייחסות של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו. הנכס היחיד שיש לרבים – בין המכהנים ברשויות השלטון ובין הפועלים במגזר הפרטי – הוא שמם הטוב. הוא יקר להם כחיים עצמם. כך לגבי אנשים חיים. כך לגבי המתים. עלינו להגן על כבודו של המת ועל שמו הטוב.⁵²

מאז התקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גברה ההגנה החוקתית על הזכות לשם טוב, המבטאת היבט של כבוד האדם. סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", וסעיף 4 קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". הזכות לשם טוב נגזרת מזכותו של אדם לחירות, להגנה על גופו ורוחו, לפרטיותו ולעתים אף ניתן לעגנה בהגנה על האינטרס הציבורי.⁵³ הזכות לשם טוב היא זכות חוקתית. ככל הזכויות, גם זכות זו אינה מוחלטת; אף היא תיאלץ לעתים לסגת מפני זכויות אחרות כגון חופש ביטוי, הזכות להליך הוגן⁵⁴ ועוד. בפרשת סנש⁵⁵ התייחס השופט חשין (בדעת מיעוט) בפירוט לזכות לשם טוב:

50 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
51 ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 573, בפס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין (2004).

52 פרשת סנש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 832.

53 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

54 בר"ע (ת"א) 1156/05 לויין נ' ידיעון אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 29.8.2006).

55 לעיל ה"ש 25. באותה פרשה נדון המחזה "משפט קסטנר" שכתב מוטי לרנר, בהשראתה של פרשת קסטנר, עבור הטלוויזיה הישראלית. המחזה כלל קטע של כמה שניות המתאר סצנה באולם בית המשפט, שבמסגרתה קסטנר טוען כי הצנחנית חנה סנש נשברה בחקירה שערכה המשטרה ההונגרית והסגירה לידיה את חבריה למבצע ההצלה של יהודי הונגריה. לטענת העותרים, בני משפחתה של חנה סנש, הקטע האמור ביצירה כולל עובדות שקריות המהוות לשון הרע ופגיעה חמורה בכבודה של חנה סנש וכן פגיעה קשה ברגשותיהם של רבים אחרים ובהם ניצולי שואה. רשות השידור סירבה לבקשת המשפחה למחוק את הקטע הנ"ל בטענה שהמחזה הוא יצירה בדיונית מהסוג המכונה "דוקודרמה" ואינו מתיימר לשקף את המציאות ההיסטורית. בית המשפט דחה את העתירה ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט חשין. פסק הדין של דעת הרוב לא עסק בזכות לשם טוב אלא באיוון האופקי בין הפגיעה באינטרס הציבור לבין חופש הביטוי.

"כבודו ושמו הטוב של אדם יקרים לו – למצער – כגופו. ומה אדם קונה זכות על גופו – שלא יפגעו בו – כן קונה הוא זכות שלא יפגעו בכבודו ובשמו הטוב [...]"⁵⁶ הענקת חסינות לחבר כנסת בגין הוצאת דיבה פוגעת בזכות לשם טוב. אלמלא החסינות היה זכאי הנפגע להגנה על זכותו במובן זה שהיה זכאי לכך שתוטל אחריות פלילית או אזרחית על הפוגע, בתנאים הקבועים ברמה התת-חוקתית במסגרת חוק איסור לשון הרע. מבחינת היקפה, הזכות לשם טוב עשויה לכלול גם את הזכות להטלת אחריות אזרחית (ואולי אף פלילית) על מי שפגע בזכות.⁵⁷ בשלב הקביעה של היקף הזכות, הזכות לשם טוב מחייבת מימושה המרבי. ההגנה על הזכות יוצאת אל הפועל באמצעות מערכת של נורמות ברמה התת-חוקתית⁵⁸ והחוק הוא זה שקובע את מידת ההגנה המוענקת לזכות לשם טוב. חוק איסור לשון הרע⁵⁹ הוא המאזן בין שתי הזכויות החוקתיות המתנגשות. חוק איסור לשון הרע קובע באורח מפורש ומפורט את ה"איוונים" שבין ההגנה על שמו הטוב של אדם לבין חופש הביטוי של זולתו.⁶⁰ החוק קובע תחומים שבהם השם הטוב נפגע ואי-אפשר לממשו כמו גם תחומים שבהם חופש הביטוי נפגע ואי-אפשר לממשו.⁶¹

על-פי ההלכה, אמירה שנשען לגביה כי היא מהווה לשון הרע יש לבחון לאורו של המבחן האובייקטיבי, תוך דיון בשאלה אם פרסומה עלול להביא להשפלתו של אדם, לעשותו מטרה לשנאה, לבזותו ולפגוע במשרתו. כמו כן, יש לתת משקל לממד הפגיעה הסובייקטיבי העשוי להקרין על היסוד האובייקטיבי של האמירה.⁶² ההגנה המוחלטת לכאורה שהעניק המחוקק להתבטאות של חברי כנסת⁶³ לא שונתה מאז 1965, עת נחקק חוק איסור לשון הרע. לאור ההתפתחות של תפיסת זכויות האדם בשנים האחרונות נדמה שהיא נתפסת כאנכרוניסטית ומיושנת. בשינויים שחלו במעמדן

56 שם, בעמ' 858.

57 השוו לעניין זה עם היקפה של הזכות לחיי משפחה בפרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 24.

58 אהרן ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" ספר יצחק אנגלרד 227 (דפנה ברק-ארוז וגדעון ספיר עורכים, 2010) (להלן: ברק "התנגשות זכויות").

59 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240.

60 ס' 1 לחוק קובע כי לשון הרע (פגיעה בשמו הטוב של אדם), תיעשה על-ידי "דבר שפרסומו עלול (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבזו או ללעג מצדו; (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו; (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו; [...] בסעיף זה "אדם" – יחיד או תאגיד".

61 ברק "התנגשות זכויות", לעיל ה"ש 58, בעמ' 227.

62 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב "לשון הרע במבחן הבריות" משפט וממשל ב 235 (התשנ"ד).

63 חוק איסור לשון הרע מעניק, לכאורה, הגנה מיוחדת לפרסומים הנופלים במסגרת ס' 1 לחוק החסינות. על כן, לפי ס' 13(1) לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי "פרסום המוגן לפי סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951". אתיחס לסוגיה זו בהמשך.

של הזכויות החוקתיות ובתכליות יש כדי להביא לשינוי גם בפרשנות הנדרשת לסעיף ההגנה שבחוק איסור לשון הרע:

לאיזון החוקתי השפעה רבה על פרשנות הוראותיו של חוק איסור לשון הרע. אכן, האיזונים העדינים הגלומים בחוק איסור לשון הרע ובהגנות המנויות בו משפיעים על האיזון החוקתי ומושפעים ממנו. שיטת המשפט היא הרמונית. אין לנתק את הדיון בגדרי המשפט הפרטי מן הניתוח החוקתי.⁶⁴

על-פי עמדתו של השופט דב לוין במאמרו⁶⁵ – עמדה המקובלת עליי – ראוי להחיל את המבחנים שבפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בעת בחינת הפגיעה הנטענת בזכות לשם טוב. על כן, כפי שנראה להלן, יש חשיבות לבחינת המבחנים של פסקת ההגבלה במסגרת הדיון במבחן האיזון. אדגיש כבר עתה כי דב לוין במאמרו, כמו גם השופטת פרוקצ'יה בפרשת בן גביר, דוגלים בהחלת המבחנים של פסקת ההגבלה על כלל האיזונים שבחוק איסור לשון הרע. במאמר זה מתבקשת החלתם של מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה אף על סעיף 1 לחוק החסינות, ה"מוזרם" לחוק איסור לשון הרע מכוחו של סעיף 13(1).

לאור האמור נראה לי כי כאשר החסינות במילוי תפקיד של חבר הכנסת מתנגשת עם הזכות לשם טוב של אדם אחר, במובן זה שהחסינות מונעת מהנפגע קבלת סעד בגין הפגיעה בזכותו, האיזון הראוי בין התכליות השונות מחייב התייחסות למהותה ולמשקלה של הזכות לשם טוב במשפט הישראלי. בטרם אבחן את שאלת האיזון הראוי אתייחס לדין הזר.

ה. הדין הזר

1. הבסיס העקרוני למחקר משווה

חשיבות רבה נודעת למשפט המשווה דווקא בימי ראשית אלה של הנחת יסודות לקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי [...] העיון המשווה נוטע בנו אמון ובטחון כי הולכים אנו בדרך הראויה. [...] יש מקום

64 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

65 דב לוין "חופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב (איזונים והגנות)" ספר שמגר א 56-57 (2003).

להשראה פרשנית השוואתית רק כאשר המוסדות המשפטיים ורקעם הוא
דומה.⁶⁶

שאלה מעניינת היא מהו המקור ההשוואתי המתאים באופן עקרוני לדיני החסינות בישראל. לשם כך אציג בקצרה את המודלים הבסיסיים בעולם המערבי. מסקירה של הסדרי החסינות במדינות שונות⁶⁷ ניתן להציב, ככלל, שלושה מודלים של חסינות. המודל ראשון הוא זה המקובל במדינות שאימצו את המסורת האנגלית. הוא מאופיין בכך שיש בו, עקרונית, חסינות עניינית בלבד.⁶⁸ כמו כן, ההסדרים החוקתיים של המדינות האנגלו-אמריקניות מחילים את החסינות על מקום פיזי נתון, בדרך כלל במסגרת כותלי הפרלמנט בלבד. קשר המקום הוא פורמלי בעיקרו.⁶⁹ כך הדין בארצות-הברית ובאנגליה, בקנדה ובאוסטרליה.⁷⁰ באירופה אפשר למצוא חסינות עניינית המוגבלת למקום פיזי בגרמניה, באוסטריה וביוון.

66 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 337, ה"ש 148 (1992).
67 מחקרים משווים בעניין פורסמו על-ידי ה-ECPRD (European Center for Parliamentary Research and Documentation), המתייחס למדינות אירופה. יש מחקרים גם באשר לדין במדינות אמריקה הלטינית; ראו, למשל, את מחקרה של Marilia Crespo Allen, *Parliamentary Immunity in the Member States of the European Union and the European Parliament* בחיבור המקיף AND THE MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION, available at ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/getfile.do?id=5062. כן ראו סוזי נבות החסינות העניינית של חברי הכנסת (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1997). אזכור של המודלים ראו גם בחוות דעתה של השופטת חיות בפרשת בשארה, לעיל ה"ש 2.

68 אמנם יש בשיטות משפט אלה חסינות דיונית, אך היא מתייחסת להגנה מפני מעצר או מאסר אזרחי בלבד. עם ביטול ההוראות המאפשרות מאסר כזה, החסינות הדיונית כבר אינה רלוונטית.

69 ראו לעניין זה דעתו של Manuel Gomez Beníte, *La Inviolabilidad y la Inmunidad Parlamentarias*, 64 REV. DE DERECHO DE LA UNIV. COMPLUTENSE 27, 44-45 (1982) (שם המאמר, בתרגום חופשי: החסינות העניינית והדיונית). במאמרו טוען המחבר כי יש לעשות הבחנה ברורה בין שתי השיטות הללו בשל השוני בין "חסינות על בסיס פורמלי", כדבריו, לבין "חסינות על בסיס מהותי".

70 באנגליה, ה-Bill of Rights מתייחס ל-"proceedings in Parliament" (Bill of Rights, 1689) (Eng.) "for any Speech or Debate in either House". בכל הנוגע לבחינת ההיבט ה"פיזי" היה בית המשפט העליון האמריקני נכון לקבוע כי החסינות משתרעת גם על דברים שנאמרו בוועדות מחוץ לבנייני הסנאט. *Hutchinson v. Proxmire*, 443 U.S. 111, וגם: *Doe v. Mc Millan* 412 U.S. 306 (1972). במקרה זה לא הוענקה חסינות על פרסומים שנעשו במסגרת הודעות לעיתונות בטענה שפרסומים אלה אינם במסגרת "הליך חקיקה"; אולם ברגיל הוחלה החסינות על דברים שנאמרו "במסגרת ישיבת הקונגרס, או בקשר להליכים לפני כן". ראו *Eastland v. United States*

המודל השני מקובל במרבית מדינות אירופה ומאופיין בחסינות כפולה – חסינות עניינית בצד חסינות דיונית. החסינות העניינית הנוהגת כיום במרבית מדינות אירופה מגנה על הבעות דעה והצבעות שנעשו במסגרת "מילוי התפקיד". שיטה זו בוחנת את החסינות בקשר "ענייני" פונקציונלי, מהותי בעיקרו ולא בקשר "פיזי" פורמלי. הנוסח החוקתי בקונטיננט הוא בדרך כלל קבוע ומגן על פעילות (בעיקר הצבעה והבעת דעה) שנעשתה "במילוי התפקיד".⁷¹ זה המצב, למשל, בספרד, בבלגיה, בקרואטיה, באיטליה, בפולין, בפורטוגל, ברומניה ובשווייץ.

Servicemen's Fund, 421 U.S. 491 (1975). מאז שנות השבעים בית המשפט העליון בארצות-הברית מבטא גישה מצמצמת למדי באשר לחסינות, וככלל אינו מגן על התבטאויות שנעשו מחוץ לבית הנבחרים. פסקי דין כמו זה של Proxmire ואחרים (כגון פרשת חבר הקונגרס Jack Brooks, שהוציא דיבה במסגרת ריאיון טלוויזיה) הביאו את מדינת מסצ'וסטס, למשל, לתקן את החוק ולהרחיב את מסגרת החסינות המוענקת לסנטורים במה שכונה ה-Westfall Act: "[T]he Westfall Act expands immunity for Members of Congress to provide protection for all acts taken by them within the scope of their employment [...]". Operation Rescue National v. United States 975 F. Supp. 92 (1997). כדאי לשים לב עד כמה ניסוחו של החוק דומה למסגרות החסינות האירופיות, המעניקות חסינות "במילוי התפקיד" ולא רק למקום הפיזי. חוק זה נחקק בהמשך לגישתו של בית המשפט העליון האמריקני שלפיה יש באפשרותם של הנשיא והקונגרס לחוקק חוקים המרחיבים את חסינותם (ראו Clinton v. Jones 520 U.S. 681 (1997)). במקרה של Operation Rescue National הוענקה לחבר הסנאט Edward M. Kennedy חסינות במסגרת Westfall Act על אמירות המהוות לשון הרע שנאמרו באירוע התרמה ולא במסגרת דיון בקונגרס. בית המשפט נימק קביעה זו בכך שהסנטור דיבר לבוחרים שלו והוא בעצם "דיווח" על דעתו באשר לחקיקה שהייתה צריכה להידון למחרת היום.

בדין האנגלי, שכאמור מחיל את החסינות על "הליכים בפרלמנט", ההתייחסות להיבט הפיזי בולטת במיוחד. הפרשנות המקובלת לביטוי "הליכים בפרלמנט" מכסה דיונים, ויכוחים, שאילתות וכל דבר אחר שנאמר בתוך המליאה או במסגרת הוועדות. אף התבטאויות שיש בה משום הוצאת דיבה הנעשית במסגרת כתלי הבית היא מוגנת, ואילו פרסום הדברים מחוץ לבית אינו נהנה מחסינות. זו הגישה מאז פסק הדין בעניין Stockdale v. Hansard, (1839) 112 Eng. Rep. 1112, Q.B. באוסטרליה יש הסדר דומה להסדר האנגלי, המבוסס על ס' 9 ל-Bill of Rights האנגלי, למרות חקיקתו של חוק המפרש את המונח "הליכים בפרלמנט". ראו The Parliamentary Privileges Act 1987 (Act No. 21 of 1987). דיון מקיף בחסינות האוסטרלית ראו בספרו של E. CAMPBELL, PARLIAMENTARY PRIVILEGE IN AUSTRALIA (1966). הדין הגרמני מבוסס אף הוא על מבחן "פיזי" בעיקרו ומעניק חסינות עניינית על הצבעה או הבעת דעה "במסגרת הבונדסטאג". למרות זאת, לדעת, גרמניה אינה שייכת באופן מובהק למודל זה משום שיש אצלה מודל חסינות כפול.

71 זו הדרישה בחוקות של ספרד, איטליה, צרפת, בלגיה ושוודיה (מבחינה לשונית הנוסח בשוודיה מעט שונה ומתייחס ל"במילוי המנדט"), יוון, פולין וכן במדינות אמריקה הלטינית: אורוגוואי, ארגנטינה, בוליביה, קולומביה, צ'ילה, פרגוואי ופרו. בכל המדינות שצוינו הנוסח הוא, בתרגום חופשי: "במילוי (או במסגרת מילוי) תפקידם".

מודל זה הוא גם המודל המקובל בדין הישראלי, המכיר גם בחסינות עניינית שאינה מוגבלת למקום פיזי אלא ניתנת למהות התפקיד של חבר הכנסת, וגם בחסינות פרוצדורלית דיונית, שהכנסת יכולה לאשר לחבר כנסת.⁷² על כן בדיני החסינות ישראל קרובה לאירופה הקונטיננטלית דווקא, על אף הקשר ההדוק שיש לדין הישראלי בכלל עם מקורות המשפט האנגלו-אמריקנים.

המודל השלישי הוא מודל "ביניים" או "מעורב", המקובל בעיקר במדינות סקנדינביה ושולל את האופי ה"מוחלט" של החסינות. במדינות אלה יכול הבית ליטול גם חסינות בגין הבעות דעה במסגרת הפרלמנט, אולם השימוש באמצעי זה הוא נדיר ביותר.

שאלת המקור הראוי למשפט משווה היא חשובה בכל דיון בסוגיה של חסינות. במקרה הנוכחי שבו עסקינן נראה שהמגמות חוצות אף את גבולות המודלים השונים. הכיוון העולה מן המחקר המשווה הוא שהן במדינות בעלות מודל "פיזי" והן במדינות בעלות מודל "פונקציונלי" ניכרת מגמה של צמצום החסינות הפרלמנטרית.

המבט המשווה להלן יבחן את המגמות במדינות השונות בכל הנוגע להגבלת החסינות כשמדובר בהוצאת לשון הרע. ראשית אציג את ההסדרים המקובלים במדינות אחדות כגון גרמניה ויוון, המוציאים מגדר תחולתה של החסינות מקרים של הוצאת דיבה. כן אסקור את גישת בתי הדין החוקתיים ביחס לחסינות במילוי תפקיד במקרים של פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר. אתמקד בדוגמאות מן הפסיקה באיטליה ובספרד – מדינות בעלות הסדר חסינות דומה לזה הישראלי – במקרים של הוצאת דיבה על-ידי חברי פרלמנט. לבסוף יוצגו – במבט-על – מחקרים הבוחנים את מידת ההגנה הניתנת כיום לחברי פרלמנטים בעולם. המחקרים מראים, בין היתר, את הגישה של מדינות העולם למקרים של הוצאת דיבה ולהתבטאויות בכלי התקשורת. המחקרים מתייחסים לכל שלושת המודלים שתוארו לעיל.

2. הסדרי חסינות במקרה של הוצאת דיבה

את התמודדותו של המשפט המשווה עם פרסומים של חברי פרלמנט, הפוגעים בשמו הטוב של אדם אחר, אפשר לבחון בשני מישורים שונים: הראשון הוא המישור החוקתי, קרי: בחינת ההסדרים החוקתיים המוציאים אל מחוץ לגדרה של החסינות מקרים של הוצאת דיבה; המישור השני הוא המישור הפרשני, הבוחן את גישתם הפרשנית של בתי המשפט ואת מידת ההגנה שהוענקה לפרסומים שיש בהם משום פגיעה בשם הטוב. כפי

72 ראו תיקון מס' 33 לחוק החסינות. עד לתיקון זה הוענקה לחבר הכנסת גם חסינות דיונית מפני העמדה לדין פלילי בשל עברות שאינן קשורות למילוי התפקיד. להרחבה בעניין תיקון מס' 33 לחוק החסינות ראו סוזי נבות "פרשת ההצבעות הכפולות: על מחירן של טעויות – בעקבות בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת" הארת דין ג(1) 20 (התשס"ו).

שנראה, ניתוח הפסיקה בדין הזר מגלה מגמה של צמצום החסינות, בייחוד במקרים של פגיעה בזכויות אדם בכלל ובזכות לשם טוב בפרט. אשר למישור הראשון: גרמניה, למשל, היא דוגמה להסדר חוקתי המוציא אל מחוץ להיקפה של החסינות העניינית את המקרים של הוצאת דיבה. סעיף 46 לחוק-היסוד (Basic Law) משנת 1949 קובע (בתרגום חופשי; ההדגשה הוספה):

ציר לא ייתבע לדין בבית משפט או בהליך משמעתי, בכל זמן שהוא, ולא יישא באחריות מחוץ לפרלמנט (Bundestag) בשל הצבעה או הבעת דעה שלו במסגרת הבונדסטאג או באחת מוועדותיו. הוראה זו לא תחול על הוצאת דיבה.

חוקת גרמניה נחשבת יוצאת-דופן במובן זה שהיא כוללת חריג חוקתי לחסינות העניינית והוצאת דיבה אינה נכללת במתחם תפקידיו של חבר פרלמנט. אם במסגרת הבעת דעה בין כותלי הבונדסטאג יעבור הציר עבירה של הוצאת דיבה, הוא לא ייחנה מחסינות. כדי להעמידו לדין פלילי בגין עבירה זו (להבדיל מתביעה אזרחית) יהא צורך באישור הבונדסטאג, שכן עומדת לו החסינות הדיונית.⁷³ המשמעות המשפטית של הוראה זו היא שהיקף תפקידו של חבר הפרלמנט – קרי: מעגל הפעילות ה"לגיטימית" – אינו כולל התבטאויות שהן בגדר לשון הרע.

חוקת יוון כוללת אף היא הסדר חוקתי המוציא באופן מפורש את המקרה של לשון הרע מהיקפה של החסינות. החסינות העניינית מקבלת במדינה זו מעמד של חסינות דיונית בכל הנוגע ללשון הרע.⁷⁴

הסדר חוקתי נוסף ומיוחד ניתן למצוא בחוקת פולין החדשה, שאושרה בחודש מאי 1997. נוסחה של החוקה מבטיח חסינות לחבר הפרלמנט בכיצוע המנדט שלו "אלא אם

73 ראו לעניין זה ס' 46(3) לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz / Basic Law, 1949).

74 ס' 61 לחוקת יוון קובע (בתרגום לאנגלית): "Article 61 (Indemnity) (1) Deputies shall not be prosecuted or in any way questioned on account of an opinion or vote given by them in the discharge of their duties as deputies. (2) Deputies may be prosecuted, with the leave of Parliament, for malicious slander, according to law. [...]"

ראו מסגרת נורמטיבית דומה גם באשר לחוקת אוקראינה (בתרגום לאנגלית; ההדגשה הוספה): "Article 80. National Deputies of Ukraine are guaranteed parliamentary immunity. National Deputies of Ukraine are not legally liable for the results of voting or for statements made in Parliament and in its bodies, with the exception of liability for insult or defamation. National Deputies of Ukraine shall not be held criminally liable, detained or arrested without the consent of the Verkhovna Rada of Ukraine"

פגע בזכויות אדם אחר". אם פגע בזכויותיו של אדם אחר ניתן יהיה לתובעו, באישור הבית, בעילה אזרחית.⁷⁵

בהקשר דומה נעשה לאחרונה פרויקט לתיקון החוקה בפרו, העוסק בצמצומה של החסינות במילוי תפקיד בכל הנוגע לפגיעה בכבודו של אדם. הצעת התיקון קובעת כי כאשר השתמש חבר הפרלמנט בחסינותו כדי לפגוע בשמו הטוב של צד ג' או של חבר פרלמנט אחר, אפשר יהיה להסיר את חסינותו. הצעה זו נדונה בחודש יוני 2005.⁷⁶

אשר לדין הישראלי, אינני סבורה כי יש להוסיף חריג חוקתי השולל חסינות במקרה של פגיעה בשם הטוב, כפי שנעשה בגרמניה או ביוון. ככלל, תיקונים לחסינות במילוי תפקיד, הנושאים בחלקם אופי קזואיסטי, כפי שנעשו בחוק החסינות בישראל,⁷⁷ אינם ראויים. החסינות במילוי תפקיד היא בעלת אופי חוקתי וככזו ראוי שלא תשונה או תתוקן ממקרה למקרה. כך, למשל, סבורני כי גם ללא התוספת של סעיף (א) לסעיף 1 לחוק החסינות הקובעת כי "למען הסר ספק מעשה לרבות התבטאות שיש בהם [...] (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם יהודי; [...] (3) הסתה לגזענות [...] (4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור [...]", פרשנות ראויה של החסינות לא הייתה מעניקה להם הגנה.⁷⁸ התשובה לשאלה מדוע לא ליצור חריג חוקתי דוגמת החריג הגרמני טמונה בדברים שכתב הנשיא ברק בפרשת פלונית:⁷⁹

אילו כך קבענו היינו מדללים את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית, והיינו יוצרים מצב נורמטיבי שלפיו חקיקה רגילה הנוגעת לשם הטוב אינה כפופה למגבלות חוקתיות. תוצאה זו אינה ראויה ויש למונעה, אלא אם אין מנוס מהצורך להכריע

75 ס' 105 לחוקת פולין החדשה, שאושרה במשאל עם בחודש מאי 1997, קובע (בתרגום לאנגלית): "A Deputy shall not be held accountable for his activity within the scope of a Deputy's mandate during the term thereof nor after its completion. Regarding such activities, a Deputy can only be held accountable before the Sejm (the House of Parliament, S.N.) and, in a case where he has infringed the rights of third parties, he may only be proceeded against before a court with the consent of the Sejm"

76 ראו נוסח הצעת התיקון של החוקה, [available at www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/febrero/09/13268.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/febrero/09/13268.pdf)

77 על-ידי תיקונים שנעשו לס' 1 לחוק החסינות, כגון תיקון מס' 29 לחוק החסינות, ס"ח התשס"ב 504. 78 כגישתו של הנשיא שמגר בפרשת מיעארי, לעיל ה"ש 12. ראו גם דעתה של השופטת בן-פורת לעניין היקפה של החסינות באותו פסק דין. כן ראו בהקשר זה את דעתה של השופטת חיות בפרשת בשארה, לעיל ה"ש 2, בפס' 10 לפסק דינה, על היותו של תיקון מס' 29 לחוק החסינות בבחינת "תיקון מבהיר". לדעה חולקת ראו מדינה וסבן במאמרם, לעיל ה"ש 8.

79 בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).

ברמה החוקתית מהו גבולה של כל זכות. אכן, המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם.

בהקשר זה ראוי היה להוסיף את העיקרון של החסינות העניינית – הקבוע כיום בסעיף 1(א) לחוק החסינות, ואולי אף את העיקרון של החסינות הדיונית – לגדרו של חוק-יסוד: הכנסת, בדומה לכל ההסדרים החוקתיים המוכרים בעולם. את האיזון בכל מקרה ומקרה יעשה בית המשפט בהתאם לתכליות של החסינות ולנסיבות הקונקרטיות.

ההתחשבות בזכויות האדם בכלל ובזכות לשם טוב בפרט, כחלק מן השיקולים של בתי המשפט בשלב קביעתה של ההגנה המוענקת בחסינות העניינית, ניכרת כמעט בכל המדינות שנבחנו. הפרשנות להיקפה של החסינות במילוי תפקיד כשהביטוי פוגע בזכות לשם טוב הייתה לרוב מצמצמת. בתי המשפט ביססו את ההכרעה לטובת זכותו של אדם לשמו הטוב בעיקר על ההבחנה שבין ביטוי בעל אופי פוליטי, שנהנה בדרך כלל מחסינות, לבין ביטוי "פרטי" או בעל אופי "אישי", שלא זכה להגנה.

בתי המשפט בארצות-הברית, למשל, קבעו כי הביטויים המוגנים במסגרת החסינות הם אלה הבאים בגדרו של המונח "the legislative sphere".⁸⁰ בית המשפט העליון שם קבע כי "פסקת הדיבור או הוויכוח" מגנה רק על "purely legislative activities";⁸¹ היא אינה מגנה על מעשים שאינם "legislative in nature" ואפילו נעשו במסגרת התפקיד.⁸² בפרשת *Chastain*, בנתחו את התקדימים של הפסיקה האמריקנית בנושא, הדגיש השופט Buckley:

The Court rejects, in the plainest language, the proposition that members of Congress are entitled to immunity from libel actions[...]⁸³

והוסיף, לסיכום דבריו:

[I]t takes little imagination to see the ease with which, in the heat of political contest, an immunity from suit for common law libel becomes a license to libel.⁸⁴

.G. STONE, CONSTITUTIONAL LAW (1996) 80

Gravel v. United States, 408 U.S. 606 (1972). Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111 (1979). וראו גם: 81

.Walker v. Jones, 733 F.2d 923, 929 (1984) 82

.Chastain v. Sundquist, 833 F.2d 311, 316 (1987) 83

שם, בעמ' 324. השוו עם דברים דומים שאמרה השופטת ארבל בפרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 84 23 לפסק דינה.

במסגרת היקפה של פסקת הדיבור או הוויכוח הדין האמריקני מגן גם על התבטאויות שיש בהן משום לשון הרע,⁸⁵ אך ההתייחסות היא בדרך כלל לדיבה (במונחים של Libel or Slander) שנעשתה במסגרת התפקיד ובתוך הקונגרס.⁸⁶ באירופה ניכרת מגמה כללית של צמצום החסינות, כדי למנוע שימוש לרעה בה כשמדובר בפגיעה בזכויות יסוד. הדבר בא לידי ביטוי בעיקר בצמצומה של החסינות הדיונית.

בספרד, למשל, נקבע כי כל פעילות שאינה בעלת אופי פרלמנטרי – אינה מוגנת.⁸⁷ על כן פעילותו של חבר פרלמנט כאיש פוליטי – ואפילו כראש סיעה פוליטית או כראש מפלגה – נמצאת בדרך כלל מחוץ להיקפה של החסינות העניינית. פסק הדין המרכזי העוסק בהוצאת דיבה של חבר פרלמנט הוא משנת 1985. באותו מקרה הועמד לדין הסנטור Miguel Castels Arteché בעבירה של הוצאת דיבה על הממשלה. הסנטור עשה זאת במכתב שפרסם בעיתונות. התיק הגיע לבית הדין החוקתי לבחינה של היבט החסינות.⁸⁸ נקודת המוצא של בית הדין החוקתי הספרדי הייתה שהחסינות הפרלמנטרית היא "חריג" לדין הכללי משום שהיא פוגעת בעקרון השוויון בפני החוק. מכאן, קבע בית הדין, נובע כי נדרשת פרשנות מצמצמת להוראותיה – גם כדי שלא לפגוע בזכויות של צדדים שלישיים, שגם הן מוגנות במסגרת החוקה. בית הדין בחן את השאלה אלו מעשים ופעילויות כלולים במסגרת היקפה של החסינות במילוי תפקיד וקבע כי באופן עקרוני יש "אקטים" פרלמנטריים הקשורים קשר הדוק לחיי הפרלמנט ואלה יהיו מכוסים במסגרת החסינות.⁸⁹ מסקנתו של בית הדין לגופו של עניין הייתה (בתרגום חופשי מספרדית):

מטרת החסינות היא להבטיח את חופש הביטוי והוויכוח הפרלמנטרי. ההגנה לא תחול כאשר ההתבטאויות או המעשים נעשו על-ידי חברי

85 ראו פרשת Coffin v. Coffin 4 Mass 1 (1808), וכן ראו Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168 (1881).

86 ראו, למשל, Cochran v. Couzens, 42 F.2d 783 (1930). כיום הגישה בבית המשפט העליון בארצות-הברית היא גישה פונקציונלית בעיקרה וניכרת מגמת צמצום של היקף ההגנה המוענקת במסגרת פסקת הדיבור או הוויכוח.

87 על חשיבותה של השוואת הדין הישראלי עם הדוקטרינה הספרדית בתחום המשפט החוקתי ראו סוזי נבות "עשרים שנה למבחן "שריד": עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003).

88 www.uned.es/dpto-derecho-politico/s5185.htm, Sentencia TC 51/1985, de 10 de abril

89 מבחן הדומה במהותו למבחן ה"זיקה המהותית" שקבע הנשיא שמגר בפרשת פנחסי, לעיל ה"ש 9, בפס' 6 לפסק דינו.

הפרלמנט במעמדו כ"אזרח" (או אפילו של איש פוליטי), החורגים מתפקידיו הפרלמנטריים [...] ⁹⁰.

בית הדין קבע כי הפירוש שיש לתת לחסינות הוא פירוש צר, כדי למנוע פגיעה בזכויות של צדדים שלישיים. על כן נדחתה הפנייה של הסנטור לבית הדין כדי למנוע את העמדתו לדין.

הפירוש הצר והדוקני שניתן בדין הספרדי לחסינות במילוי תפקיד הושפע מהעובדה שהחסינות פוגעת בעקרון שלטון החוק ובעקרון השוויון, וכנראה גם מן העובדה שמדובר בפרסום של מאמר בעיתון, שאיננו בדיוק "אקט פרלמנטרי". גם הדין האיטלקי קובע כי החסינות אינה משתרעת על מעשים החורגים ממילוי התפקיד כגון דיבורים מעליבים או לשון הרע שהובעו "באופן פרטי". בית הדין החוקתי האיטלקי פירש את הביטוי "במילוי תפקיד" בהקשר למקרה של הוצאת דיבה, בהחלטה מס' 11 משנת 2000.⁹¹ באותו מקרה דובר בחבר פרלמנט, Vittorio Sgarbi, ששימש גם כמנחה של תכנית טלוויזיה שבועית.⁹² במסגרת תכנית זו הוא פגע בשמו הטוב של אדם אחר, וזה הגיש נגדו קובלנה פלילית. בית הדין החוקתי קבע כי החסינות במילוי תפקיד לא מגנה על חבר הפרלמנט Sgarbi במקרה של הוצאת דיבה במסגרת תכנית הטלוויזיה. בין נימוקיו קבע בית הדין (בתרגום חופשי מאיטלקית):

השתתפותו של חבר הפרלמנט בתכנית הטלוויזיה איננה יכולה להיחשב פעילות הקשורה קשר הדוק למילוי התפקיד הפרלמנטרי. Sgarbi הופיע בתכנית כ-entertainer של תכנית טלוויזיה, ובמקרה כזה, יש לראותו כמי שהשתתף בתכנית על תקן "אזרח" מן השורה המציג את עמדתו ודעותיו, ולא כחבר פרלמנט. התבטאויותיו של חבר הפרלמנט Sgarbi נאמרו מחוץ לפרלמנט, ומחוץ למסגרת פרלמנטרית רגילה ולפעילות פרלמנטרית רגילה. לא ניתן לראות בהן בדרך כלשהי כהתבטאויות שהן "במסגרת מילוי תפקיד".⁹³

90 הפס' מתוך מאמרו של Jose Luis Morales Arroyo. לגישה דומה של הדין הספרדי ראו STC 158/2003, de 15 de enero, וכן STC 6/2000 de 17 de enero, 39/2005, de 28 de febrero de septiembre). בפרשה אחרונה זו הדגיש בית הדין החוקתי כי החוקה אינה מכירה בזכות להעליב ("the right to insult").

91 הנוסח המקורי של ההחלטה נמצא ברשותי.

92 שם התכנית: Sgarbi quotidiani ובתרגום חופשי: "סגרבי יומיומי".

93 החלטה 11 משנת 2000, לעיל ה"ש 91, בעמ' 4. קביעה זו של בית הדין החוקתי האיטלקי מעניינת בהקשר לעמדת השופטת פרוקצ'יה בפרשת "המפקד האומי", לעיל ה"ש 27. לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, היקף הזכות לחופש ביטוי פוליטי, רחב ככל שיהא, אינו מתפרש על-פי תכליתו על זכות למימוש הביטוי באמצעי של פרסומת בתשלום בתקשורת הציבורית. על-פי ההיגיון שבבסיס

הדוקטרינה בארגנטינה, שהושפעה מן המלומדים בקונטיננט, מוציאה באופן מפורש אל מחוץ לחסינות הבעות דעה פרסונליות, תגובות אישיות וכל התייחסות בעלת אופי אישי.⁹⁴

גישת הדין הזר, כפי שהיא עולה מן הדיון, מגנה במסגרת החסינות בעיקר על התבטאויות פוליטיות הקשורות קשר ישיר לפעילות הפרלמנטרית, מתוך הכרה והבנה שזו הליבה של החסינות הפרלמנטרית. פגיעה בזכות לשם טוב תזכה להגנה במקרים חריגים, כשברור שהייתה זו דיבה במסגרת נאום פוליטי ורלוונטית לדיון זה (רכיב "נסיבות ההתבטאות").

נציין שוב את השימוש של הדוקטרינה הזרה בהבחנה (שכאמור איננה פשוטה כלל ועיקר) בין ביטוי בעל אופי "פרטי" שלא יזכה להגנה לבין ביטוי "פוליטי", וכן את הנטייה של הדין הזר לסווג פגיעה בשם טוב ככלל כביטוי בעל אופי "פרטי".

3. מחקרי רוחב על חסינות ולשון הרע: מבט על

כמה מחקרים כלליים נעשו בשנים האחרונות בעיקר באירופה, מתוך מטרה לבחון את הסדרי החסינות במבט משווה רחב במיוחד.

בשנת 1996 נעשה מחקר במסגרת Venice Commission,⁹⁵ שבחן את המגמות העיקריות כיום בעולם המערבי באשר להיקפה של החסינות במילוי תפקיד והתייחס גם למודלים של החסינות שפורטו לעיל. המחקר קבע:

קביעתה, נראה שהשופטת פרוקצ'יה הייתה נוטה לקבל עמדה זו של בית הדין. אילו אצלנו היה מתעורר מקרהו של Sgarbi אפשר היה – על-פי גישתה – לקבוע כי היקפה של הזכות לחופש ביטוי פוליטי אינו מתפרש על זכות המימוש של הביטוי במסגרת תכנית אירוח.

94 Felipe Seidedos, *Algo acerca de la inmunidad de opinion*, 114 EL DERECHO 899 (1985) (שם המאמר בתרגום חופשי: "משהו על החסינות בגין הבעת דעה"). הדין בארגנטינה לא מעניק חסינות על הבעות דעה במסגרת "נאום לכבודו של אדם אחר", היינו: ככל הנראה, הדין הארגנטיני לא היה מעניק חסינות על הנאום שנשא בזמנו ח"כ מיעארי במסגרת העובדות שהולידו את הפרשה נשוא בג"ץ מיעארי, לעיל ה"ש 12.

95 Draft Report – Venice Commission – The Regime of Parliamentary Immunity מחקר שנעשה בשנת 1996. ראו [www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-IMM\(1996\)001rev-prov-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1996/CDL-IMM(1996)001rev-prov-e.asp) (last visited August 1, 2009). המחקר מתייחס למדינות הבאות: פינלנד, צרפת, אוסטריה, בלארוס, בלגיה, בולגריה, קרואטיה, קפריסין, הרפובליקה הצ'כית, דנמרק, אלבניה, ליכטנשטיין, ליטא, לוקסמבורג, מלטה, גאורגיה, גרמניה, יוון, הונגריה, אירלנד, איטליה, לטביה, פורטוגל, רומניה, רוסיה, סלובקיה, סלובניה, ספרד, שוודיה, שוויץ, מולדובה, טורקיה, אוקראינה, הולנד ונורווגיה, יחד עם מדינות לא אירופאיות המיוצגות בתת-הוועדה: קירגיסטאן, יפן וקנדה.

In general, defamatory or insulting remarks are excluded from the scope of immunity, in which case members can be sued and subjected to compensation in the same way as other citizens.

על-פי מסקנות המחקר יש התפתחות רבה בנושא החסינות בכל מדינות אירופה, בייחוד לאור החשיבות המכרעת המוענקת לעקרון שלטון החוק:

Finally, in certain countries a tendency to regulate in law the conditions for lifting parliamentary immunity can be observed, or else an effort to define fixed, objective criteria as far as possible. This trend is prompted by concern for stricter application of the principles of rule of law and by the demands of safeguarding fundamental freedoms.

מחקר נוסף, שנעשה בשנת 1998 עבור IPU (Inter-Parliamentary Union),⁹⁶ התייחס באופן קונקרטי לסוגיית החסינות על ראיונות בתקשורת. במחקר נטלו חלק 58 מדינות, ונבחנו בו השינויים שעוברת החסינות העניינית בעולם.⁹⁷ המחקר התייחס, למשל, לשינוי שנעשה בשנת 1996 באנגליה.⁹⁸ הדין האנגלי קובע כי החסינות חלה על כל דבר שנאמר במסגרת בית הפרלמנט וכל מה שנאמר מחוץ לפרלמנט, לרבות ראיונות בתקשורת, איננו מוגן.⁹⁹ המחקר מעניין דווקא משום ההתייחסות הספציפית שלו לדין הנוהג במספר גדול של מדינות בכל הנוגע לחסינות על דברים שנאמרים במסגרת ראיונות ברדיו ובטלוויזיה. עוד ציין המחקר את המדינות המוציאות מתחום החסינות

96 איגוד המאחד את כל הפרלמנטרים בעולם ועוסק בעיקר במחקר.

97 המחקר הוצג על-ידי Mr. Robert Myttenaere, בספטמבר 1998, והוא זמין באתר www.asgp.info/Resources/Data/Documents/UJJICUIPKRGKNWTBNCAMSZAFAGOKNXL.pdf. מחקרים נוספים נעשו על-ידי IPU בשנת 2000 ובשנת 2005, אולם המחקר משנת 1998 הוא המקיף ביותר. האחרונים דנו בעיקר בהתפתחויות במדינות ספציפיות.

98 המאפשר לחבר פרלמנט לוותר על החסינות בכל הנוגע להתבטאויות שהן בבחינת לשון הרע. זאת, לאור הוראותיו של ה-Defamation Act 1996.

99 החוק האנגלי בעניין החסינות, Bill of Rights משנת 1689, קובע כי "Proceedings in Parliament shall not be questioned outside Parliament". למרות האמור בחוק זה, כיום חבר פרלמנט יכול לוותר על חסינותו. אפשרות הוויתור על החסינות מלמדת על החשיבות הגוברת שיש לצורך להגן על שמו הטוב של אדם ולאפשר לו לתבוע את עלבונו מחבר פרלמנט. ס' 13 ל-Defamation Act, 1996 קובע: "Where the conduct of a person in or in relation to proceedings in Parliament is in issue in defamation proceedings, he may waive for the purposes of those proceedings, so far as concerns him, the protection of any enactment or rule of law which prevents proceedings in Parliament being impeached or questioned in any court or place out of Parliament". בהקשר של תביעת דיבה נגד חבר פרלמנט ראו גם Hamilton v. Al Fayed [2000] 2 All ER 224 (H.L.).

במילוי תפקיד התבטאויות מקרים של הוצאת דיבה¹⁰⁰ (שנדונו לעיל בכל הנוגע לגרמניה וליוון, וכן מזכיר את חוקת פולין החדשה שאיננה מגנה במסגרת החסינות על הוצאת דיבה).

מחקר מקיף נוסף, הבוחן את הסדרי החסינות במסגרת הפרלמנט האירופי¹⁰¹ ואת הפסיקה העוסקת בהם, מציין כי למרות הגישה הרחבה למושג "התבטאויות במילוי תפקיד" יש הגבלה מפורשת של החסינות במקרים אחדים של הוצאת דיבה. המחקר בחן את החלטות הוועדה האחראית על הסרת החסינות בפרלמנט האירופי וסיכם (על בסיס מחקר נוסף משנת 1990) שיש שלוש קבוצות של מקרים שבהם סירבה הוועדה להכיר את הפעילות כנופלת למסגרת "מילוי התפקיד הפוליטי" הנהנית מחסינות.¹⁰² הקבוצה הרלוונטית לענייננו עוסקת במפורש בהוצאת דיבה:

(b) In all cases of defamation where the injured party or parties were held to have been denigrated as individuals, rather than as representatives of an institution (administrative authorities, media organs, etc.).

Examples: verbal and written attacks on an individual police officer, directed at him or her personally, rather than at the police as such;¹⁰³ a written attack on a journalist, directed at him or her personally, rather than at the press in general or a specific newspaper [...]

100 ההתייחסות הקונקרטית למקרים של הוצאת דיבה מופיעה בעמ' 113 למחקר, לעיל ה"ש 97: "Some countries also mention slander/libel and defamation as inadmissible acts (Belarus, Estonia, Finland, Hungary, Republic of Korea, Mongolia). In Germany *freedom of speech* does not apply to slanderous insults. However, a member of parliament cannot be prosecuted in such a case until their parliamentary immunity has been lifted. In Poland when the rights of third parties are involved (violation of personal rights, or slander and defamation), the assembly (the Sejm) can lift the privilege enjoyed by the Member of Parliament"

KLAUS OFFERMANN, PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE EUROPEAN PARLIAMENT 101 27 (2005), available at www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/juri585779/juri585779en.pdf

102 אגב: אחת הקבוצות התייחסה לפעילות שיש בה משום תמיכה בארגוני טרור או מעשים המהווים איום לחברה הדמוקרטית. ראו שם, בעמ' 27.

103 הפרלמנט האירופי הסיר בשנת 1988 את החסינות הדיונית של חבר איטלקי בפרלמנט האירופי, מר Pannella, בשל הוצאת דיבה נגד שוטר. הפרלמנט קבע כי אילו היה מר Pannella אומר כי המשטרה כולה מושחתת אפשר היה לראות בכך משום התבטאות פוליטית שלו, אך מאחר שהדברים נאמרו ביחס לשוטר מסוים יש מקום להסיר את החסינות הדיונית. החסינות אכן הוסרה במקרה זה, אך מהמחקר עולה כי ברוב המקרים של הוצאת דיבה לא הוסרה החסינות.

עולה מן המחקר כי התבטאויות נגד אינדיבידואלים (להבדיל מפגיעה ברמה מוסדית) אינן זוכות בדרך כלל להגנה במסגרת החסינות, וכי ניתן יהיה לבקש בגינן הסרה של החסינות הדיונית. התבטאות נגד "מוסד" נראית קרובה יותר מבחינת אופייה לביטוי פוליטי וייתכן שבשל כך הוענקה לה הגנה. המעניין במחקר הוא – שוב – הקורלציה העולה ממנו בין הוצאת דיבה לבין ביטוי "פרטי", בדומה לגישה של הפסיקה הקונטיננטלית.¹⁰⁴

לסיכום: המגמות החדשות באירופה מלמדות על נטייה לצמצם את החסינות הן באמצעות חקיקה והן באמצעות קביעת מבחנים מחמירים יותר למושג "במילוי תפקיד". הנטייה נובעת מהחשיבות החוקתית של עקרונות היסוד כגון עקרון השוויון ושלטון החוק. עם זאת, מגמות הצמצום מופעלות בזהירות רבה כדי לשמר ולהבטיח את חופש הפעולה המלא של חברי הפרלמנט.

המגמות של המשפט המשווה תומכות באפשרות להציע, עבור הדין הישראלי, נקודת איזון שונה בין החסינות במילוי תפקיד לבין הצורך בהגנה על שמו הטוב של אדם אחר.

1. על ההתנגשות ברמה החוקתית ועל האיזון העקרוני בין הזכות לשם טוב לבין החסינות

1. כללי

הנחת היסוד לדיון בפרק זה היא שלפנינו התנגשות בין הוראות חוקתיות. החסינות היא נורמה חוקתית המוסדרת בחוק יסוד. הזכות לשם טוב היא זכות חוקתית. בפרשת פלונית¹⁰⁵ נדונה התנגשות בין שתי הוראות חוקתיות ברמה נורמטיבית שווה. לשיטתה של השופטת דורנר, יש לפתור את ההתנגשות על-פי הכלל שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. על-פי גישה זו ויישומה לעניינינו, ידה של החסינות על העליונה כשהיא פוגעת בזכות לשם טוב משום שהחסינות היא בבחינת הוראה "מיוחדת" לעומת הזכות לשם טוב, שהיא נורמה חוקתית כללית. לגישה של השופטת דורנר אין צורך לבחון אם הנורמה המיוחדת עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה ודי בכך שהיא הנורמה המיוחדת שמפניה נסוגה הנורמה הכללית. על-פי גישה של השופטת דורנר, הזכות החוקתית

104 המחקר מפרט (שם, בעמ' 29) כמה מקרים שבהם הסכימה הוועדה להסיר את החסינות של חברי הבית: "encouragement and support for the reconstitution of a dissolved fascist party; insulting a representative of the forces of law and order; insults or defamatory remarks directed against individuals or groups; [...] denying the Holocaust at a press conference .held to mark the launch of a book on the Member's life and political activities[...]"

105 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 79.

לשם טוב אינה משתרעת על מצבים שבהם חבר הכנסת הוא הפוגע במילוי תפקידו בשמו הטוב של אדם אחר, שכן על היבט זה של הזכות לשם טוב מתגברת החסינות. לעומתה, הנשיא ברק סבור כי בהתנגשות (האופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי ומשקפות ערכים ועקרונות, בדרך כלל אין לנקוט את הכלל הפרשני שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית.¹⁰⁶ את ההתנגשות יש לפתור בדרך כלל תוך בחינת מהותה והיקפה של הפגיעה בכל אחד מהערכים והעקרונות המתנגשים – תוך הבחנה בין פגיעה בגרעין הזכות לפגיעה בשוליה – ואת השפעת ההתנגשות על המערך הנורמטיבי הכללי. הנשיא ברק סבור כי ניתן להשאיר את ההתנגשות ברמה החוקתית בלא לדלל את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית. לשיטתו, ההתנגשות נפתרת ברמה התת-חוקתית, ברמת החוק, ואינה משפיעה על היקפן של הזכויות אלא על מידת ההגנה עליהן ועל אפשרות מימושן. ברק סבור כי הפתרון לניגודים בין זכויות וערכים הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית, תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות ברמה של חקיקה רגילה החייבת לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לענייננו, לפי גישתו של הנשיא ברק, החלתה של החסינות כשהיא פוגעת בזכות לשם טוב חייבת לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

גישתו של הנשיא לעניין התנגשות בין זכויות חוקתיות מקובלת עליו.¹⁰⁷ עסקינן בהתנגשות בין שתי הוראות חוקתיות, בין זכות חוקתית לבין "מוסד" חוקתי; בין הזכות לשם טוב לבין החסינות הפרלמנטרית. ה"זכויות" המתנגשות הן חוקתיות. פתרון ההתנגשות בין הזכות החוקתית לחופש הביטוי של חבר הכנסת לבין הזכות החוקתית לשם טוב של אדם אחר לא נמצא ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית, במסגרת חוק איסור לשון הרע.

בפרק זה אטען כי יש לשלב את מבחני המידתיות בנוסחת האיזון הקיימת בחקיקה, ברמה התת-חוקתית. חוק איסור לשון הרע אינו עומד לבחינה חוקתית, אך האמצעים שבו, הקובעים את מידת ההגנה המוענקת לביטוי של חבר כנסת הפוגע בשם טוב, חייבים לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

נבחן עתה את מהותו של הפתרון להתנגשות, כפי שזה עולה מחוק איסור לשון הרע.

106 שם, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן במאמרו על התנגשותן של זכויות חוקתיות, לעיל ה"ש 58.

107 אשר לחופש הביטוי והזכות לשם טוב אמר הנשיא ברק: "כך למשל איננו קובעים כי הזכות לחופש הביטוי אינה כוללת בחובה ביטוי הפוגע בשם הטוב. אילו כך קבענו היינו מדללים את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית, והיינו יוצרים מצב נורמטיבי שלפיו חקיקה רגילה הנוגעת לשם הטוב אינה כפופה למגבלות חוקתיות. תוצאה זו אינה ראויה ויש למונעה, אלא אם אין מנוס מהצורך להכריע ברמה החוקתית מהו גבולה של כל זכות". פרשת פלונית, לעיל ה"ש 79, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

2. ההגנה המועננת בחוק איסור לשון הרע: האם מוחלטת?

פרק ג' לחוק איסור לשון הרע מציג רשימה של פרסומים מותרים, הגנות והקלות. הוא יוצר את האיון הסטטוטורי בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי. ההגנות משקפות נקודות איון שונות בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לשם טוב. כל הגנה והאינטרס שאותו היא נועדה להגשים, כל הגנה ונקודת האיון שלה.¹⁰⁸

סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע קובע הגנה לכאורה "מוחלטת" על דבר שהתפרסם ופוגע בשמו הטוב של אדם. בכל הנוגע לאיון שבין הזכות לשם טוב לבין החסינות במילוי תפקיד, חוק איסור לשון הרע מפנה למשפט החוקתי: סעיף 13(1) לחוק קובע כי פרסום מותר הוא כזה המוגן במסגרת סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת. כאמור, פרסום מוגן על-פי חוק איסור לשון הרע יהא אך ורק פרסום שנעשה "במילוי תפקיד או למען מילוי תפקיד" כחבר כנסת, על-פי האיון שבין התכליות של החסינות העניינית ובהתאם למבחן "מתחם הסיכון הטבעי".

המסקנה הראשונה העולה מן ההפניה של חוק איסור לשון הרע לחוק החסינות היא שההגנה המועננת בסעיף 13(1) היא הגנה "יחסית": סעיף 13(1) מפנה לביטוי שהוא "מוגן" במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות. סעיף 1 לחוק החסינות איננו מגן על כל ביטוי של חבר הכנסת, אלא רק על ביטויים שהם "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" ועומדים במבחן "מתחם הסיכון הטבעי". על כן, ראשית, יש לומר כי ההגנה המועננת במסגרת סעיף 13(1) איננה מוחלטת אלא מחייבת בחינה של ההתבטאות של חבר הכנסת בכל מקרה ומקרה. מאחר שההגנה המועננת לחבר הכנסת במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות היא "יחסית", אופי "יחסי" זה מוזרם בהתאמה לסעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע. ניתן לפרש את ההגנה כך שכל עוד ביטוי יהיה "מוגן" במסגרתו של חוק החסינות (ורק בתנאי שיהיה מוגן), הרי ההגנה עליו במסגרת חוק איסור לשון הרע היא לכאורה מוחלטת.

שאלה מעניינת היא מה מהותה של ההגנה המוחלטת המועננת במסגרת סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע. אם יובהר כי גם הגנה זו איננה בהכרח מוחלטת, למרות ניסוחה, ניתן יהיה להסיק מכך על ממד נוסף של יחסיות, שיתמוך אף הוא בהחלת המבחנים של פסקת ההגבלה. כך, למשל, אם ניתן יהיה להקיש מיחסיות ההגנה שבסעיף 13(5) – למרות לשונו הבלתי-מסויגת של הסעיף – גם על יחסיות ההגנה של סעיף 13(1), התוצאה תהא הוספת נדבך של "יחסיות" נוסף על זה שממילא קיים במסגרתו של סעיף 1 לחוק החסינות. לפי סעיף 13(1), אם ביטוי מוגן במסגרתו של חוק החסינות, ההגנה עליו לפי חוק איסור לשון הרע היא "מוחלטת", בדומה להגנה המוחלטת שמקנה סעיף 13(5). על כן, אם ההלכה שבחנה את סעיף 13(5) יצרה חריג של "יחסיות" על אף נוסחו הבלתי-מסויג, ניתן יהיה להחיל חריג דומה גם ביחס לחסינות של חבר הכנסת, מכוח

108 ראו דברי הנשיא ברק בפרשת שוקן, לעיל ה"ש 51.

גזירה שווה. חריג כזה יאפשר ממד נוסף של יחסיות באופן שיתמוך בהחלה של פסקת ההגבלה.

כפי שנראה, אכן יש אפשרות לייחס ממד נוסף של יחסיות גם דרך סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע, נוסף על היחסיות הנלמדת מסעיף 1 לחוק החסינות. השאלה אם סעיף 13, הדן ב"פרסומים מותרים", מעניק הגנה מוחלטת, נדונה בהרחבה בפסיקה בעיקר בהקשר לחלופה הקבועה בסעיף 13(5), המעניקה חסינות לפרסום הנעשה "על ידי שופט, חבר של בית דין דתי, בורר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית על פי דין, שנעשה תוך כדי דיון בפניהם [...] או בהחלטתם, או פרסום על ידי בעל דין, בא כוחו של בעל דין או עד, שנעשה תוך כדי דיון כאמור".¹⁰⁹ ניתוח הפסיקה הדנה בהגנה של סעיף 13(5) חורג ממסגרתה של רשימה זו, אולם מעיון בפסיקה עולה כי ניתן למצוא כיום אחיזה לשתי הגישות: הראשונה רואה בחסינות הגנה "מוחלטת" על כל פרסום, היינו: ברגע שמדובר בדיון משפטי החסינות חלה גם אם הנאמר אינו לצורך הדיון ובקשר איתו. על-פי גישה זו, כל דבר הנאמר תוך כדי דיון בבית המשפט נהנה מחסינות של "פרסום מותר", ללא כל הגבלה. הגישה השנייה מתייחסת לחסינות כעניין "יחסי" ומחייבת בחינה של ההתבטאות ושל הזיקה שלה למהלך הדיון. על-פי גישה זו, החסינות המוענקת לפרסום "תוך כדי דיון" מתייחסת למקרים שבהם יש זיקה בין הפרסום לבין הדיון עצמו.

בפרשת גוטפריד¹¹⁰ נדונה התבטאות פוגענית של עורך-דין כלפי חברו, שנעשתה תוך כדי דיון. נקבע כי סעיף 13(5) לא מעניק חסינות גורפת. כדי שהתבטאות תיחנה מההגנה היא צריכה להיאמר בקשר לדיון, קרי: "שייכת לעניין". פרשת רסקין¹¹¹ עסקה בשאלה אם התבטאויות של עורך-דין במהלך בוררות נאמרו "תוך כדי הדיון", שאז חלה עליהן חסינות לפי חוק איסור לשון הרע. בפסק דינו סקר השופט ד"ר קובי ורדי את הפסיקה בשאלה אם החסינות המוענקת במסגרת סעיף 13(5) היא חסינות "מוחלטת".¹¹² לשיטתו יש כיום שתי גישות בפסיקה: לפי גישה אחת החסינות המוענקת בסעיף היא "מוחלטת" ולפי הגישה האחרת החסינות היא "יחסית". כך, למשל, בפרשת חטר-ישי¹¹³ קבעה השופטת דורנר כי החסינות המוקנית לנושא משרה מעין-שיפוטית עומדת לו כשהוא מתבטא במסגרת מילוי תפקידו, אך –

109 לדיון בהגנה זו ובשינויים בגישת הפסיקה ראו תמר גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 נקודת איוון חדשה?" המשפט ה 9 (2000).

110 ת"א (שלום ראשל"צ) 5171/06 גוטפריד נ' פרוינד (פורסם בנבו, 27.12.2007).

111 ע"א (מחוזי ת"א) 1682/06 רסקין נ' לב (פורסם בנבו, 17.9.2008).

112 לסקירת הפסיקה ראו שם, בפס' 16-20 לפסק דינו של השופט ורדי.

113 ע"א 6356/99 חטר-ישי נ' ארבל, פ"ד נו(5) 254 (2002).

כאשר מפרסם בעל התפקיד התבטאות, שאף אלמלא לשון הרע הנטען לגביה לא ניתן לפרשה באורח סביר כפעולת לוואי הכרוכה במילוי תפקידו, הרי שהחסינות איננה חלה ביחס אליה.¹¹⁴

קביעה זו של השופטת דורנר – המתייחסת לחסינות שבמסגרת סעיף 13(5) כאל חסינות "יחסית" – מעניינת במיוחד לאור הקשר שבין המבחן שהציעה לסעיף 13(5) לבין נוסחו של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי".

על הקשר שבין סעיף 13(5) לבין סעיף 13(1) ניתן ללמוד גם מהפסיקה שעסקה בהגנה המוענקת לחברי הכנסת. בפרשת גבריאלי¹¹⁵ (שעסקה בתביעה דיבה שהגישה ח"כ גבריאלי כנגד ח"כ פריצקי בגין התבטאויותיו של זה במסגרת תכנית "פוליטיקה"), קבעה השופטת יהודית שבח כי לעניין ההגנה המוענקת בסעיף 1 לחוק החסינות ניתן להקיש מן הפרשנות שניתנה לסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע. השופטת שבח הדגישה כי לפי ההלכה שנקבעה בפרשת דורון¹¹⁶ לא כל אמירה תהנה מחיסיון, וכי יש –

תחום צר של אמירות קשות אשר אינן יכולות להיכנס לד' אמות החיסיון:
[...] בית המשפט מסיר את הגנת החיסיון מעל דברים שנאמרו על-ידי בעל-דין במהלך דיון באם מדובר באמירה חריגה המהווה השתלחות חסרת רסן המגיעה לדרגה כה שפלה, זדונית ובוטה עד כי ההיגיון הבריא והשכל הישר אינם מאפשרים התרתה בד' אמות החיסיון.¹¹⁷

לשיטתה של השופטת, אם ההלכה שהוחלה על סעיף 15(3) לחוק איסור לשון הרע יצרה חריג – אף-על-פי שלשונו של הסעיף גורפת ובלתי-מסויגת – אזי לגבי החסינות המוענקת לחברי הכנסת, שהיא במילא מסויגת למעשה "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" – מקל וחומר. אי-אפשר יהיה "לנצל את החסינות לאמירות שמלכתחילה לא נתכוון המחוקק ליתן להם הגנה, בהיותן כה זדוניות, מרושעות ושפלות".¹¹⁸ לגופו של עניין קבעה השופטת שבח כי ההתבטאות של ח"כ פריצקי נהנית מהחיסיון הקבוע בסעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע.

לאחרונה הכריע בית המשפט העליון, בדעת רוב, במחלוקת שבין שתי הגישות העולות מהפסיקה. בפסק הדין בעניין חיר¹¹⁹ קבעה דעת הרוב (מפיו של המשנה לנשיאה ריבלין) כי החיסיון המוענק לפרסום לשון הרע תוך כדי דיון שיפוטי הוא

114 שם, בעמ' 265.

115 לעיל ה"ש 37.

116 לעיל ה"ש 45.

117 פרשת גבריאלי, לעיל ה"ש 37, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת שבח.

118 שם.

119 לעיל ה"ש 45.

מוחלט, וכי הוא חל על כל הנאמר במסגרת ההליך השיפוטי. השופט ריבלין הדגיש כי גם אם על פי הדין ה"רצוי" אין זה ראוי שההגנה המוחלטת תהא ממש "מוחלטת", הרי מבחינתו של הדין ה"מצוי" נוסחו של סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע לא כולל הגבלה תוכנית כלשהי. שינוי מהדין המצוי – קבע השופט ריבלין – הוא עניין למחוקק. השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, הדגיש כי התוצאה שאליה הגיעו שופטי הרוב היא בעייתית מאוד: "אין בית המשפט יכול לדידי להיות מקום 'אקסטרטוריאלי' ללשון הרע, בחינת אי בודד או בועה, ואינני סבור כי את כוונת המחוקק יש לפרש כהיתר אבסולוטי לכל הנאמר באולם בית המשפט, כל אשר יעלה המזלג, כל אשר יעלה על הדעת".¹²⁰ לשיטתו של השופט רובינשטיין, חופש הביטוי אינו נטול גבולות; בפרשנות ההגנות וההיתרים של חוק איסור לשון הרע יש ליתן לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מקום מיוחד: "כבוד האדם ככזה משמעותו שאולמות בית המשפט והליכיו לא יהיו זירת הפקר לכל דבר בלע, היורד לחיי הזולת ומשפיל את שמו הטוב".¹²¹

משתי הגישות שבפסק הדין נראית בעיניי גישת המיעוט של השופט רובינשטיין, הגישה היחסית המחייבת בחינה של הקשר הדברים, גם כאשר לנוסחו של סעיף 13(5). גישה זו מאפשרת להבחין בין "חופש הדיבור, שזכות יסוד היא לכל פרקליט ולכל אדם כאשר הוא, לבין דיבור חופשי ממשמעת וריסון עצמיים, שאיסור יסוד הוא לכל אדם כאשר הוא, ובמיוחד לפרקליט".¹²²

היקף מסעיף 13(5) ואימוץ של גישת המיעוט של השופט רובינשטיין גם בהקשר לסעיף 13(1) עצמו (בלא קשר להפניה שלו אל חוק החסינות, שכאמור מעניק הגנה רק לביטוי הנופל בגדרו של מתחם הסיכון הטבעי), מאפשרים הכרה ברובד נוסף של יחסיות, העשוי להוות נדבך נוסף לטענה בדבר החלתה של פסקת ההגבלה.

גם אם נאמץ את גישת הרוב בפסק הדין – היינו: את הגישה שלפיה סעיף 13(5) מעניק הגנה מוחלטת – הרי כאמור אפשר יהיה להבחין בין לשונו של סעיף 13(5) ה"מוחלטת" כביכול לבין לשון סעיף 13(1). הגישה העולה מדעת הרוב בפרשת חיר מייחסת חשיבות מכרעת ללשונו הברורה של החוק. על-פיה, ההגנה שבסעיף 13(5) היא "מוחלטת" והלשון של סעיף 13(1) שונה. סעיף 13(1) מעניק הגנה לביטוי שהוא "מוגן" במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות, היינו: ביטוי שהוא "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" ועומד במבחן "מתחם הסיכון הטבעי". כך, ההגנה המוענקת במסגרת סעיף 13(1) איננה מוחלטת ומחייבת בחינה של ההתבטאות של חבר הכנסת בכל מקרה ומקרה.

כך פסק בית משפט השלום בפרשת ח"כ רן כהן נ' הורוביץ:

120 שם, בפס' י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

121 שם, בפס' ל"ב.

122 על"ע 6/82 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(3) 164, 166 (1983).

לא כל פעולה או אמירה אשר תבוצע על ידי חבר כנסת, ובכלל זה אמירה המהווה לשון רע, יראוה אוטומטית כאילו נעשה "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו, כחבר כנסת" לפי מובנו של סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת [...] חסינות מוחלטת מאחריות משפטית מייצגת נסיגה חדה מהעיקרון לפיו אדם אחראי לנזק שהוא גורם לאחר, וכן סטייה מהעיקרון שניזוק זכאי לפיצוי ממעוולו.¹²³

3. "מתחם הסיכון הטבעי" ופסקת ההגבלה

מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" הוא המבחן המאזן בין התכליות המתנגשות כפי שהן באות לידי ביטוי במסגרתו של סעיף 1 לחוק החסינות. מבחן זה נועד לאזן בין תכליות, אינטרסים וזכויות יסוד; הוא נועד לשמור על חופש הביטוי של חבר הכנסת כדי לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת ואת חיזוקו של המשטר הדמוקרטי, ולאזן בינם לבין התכליות המתנגשות כגון עקרון שלטון החוק, עקרון השוויון וזכויות האדם ובהן גם הזכות לשם טוב. לטענתי, מבחן זה איננו משקף את נקודת האיזון הראויה במקרה שבו ההתבטאות של חבר הכנסת פוגעת בזכות לשם טוב של אדם אחר. לטענתי, כאשר נזקקים למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מכוחו של סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע – היינו: במקרה הקונקרטי של פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר – נקודת האיזון הפנימי בין תכליותיה של החסינות היא שונה. במקרה כזה האינטרס הציבורי מתנגש בקיומה של חסינות לחברי הכנסת עם הזכות לשם טוב של אדם אחר. לשיטתי, במקרה זה על האיזון להיערך תוך שילובם של מבחני פסקת ההגבלה ובמרכזו – המידתיות.

מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", כפי שפותח בפסיקת בית המשפט העליון, לא בחן עד כה במפורש את האיזון שבין חופש הביטוי של חבר כנסת (המוגן במסגרת החסינות) לבין הזכות לשם טוב. המבחן אמנם אוזכר והופעל בפסיקתם של בתי המשפט השלום בתביעות בגין לשון הרע שהוגשו נגד חברי כנסת, אך מעולם לא נערך דיון בשאלה אם העובדה שמבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מוזרם אל תוך חוק איסור לשון הרע מחייבת שינוי או התאמה.

123 ת"א (שלום ת"א) 47960/06 ח"כ רן כהן נ' הורוביץ, פס' 12-13 לפסק דינה של השופטת מארק-הורנצ'יק (פורסם בנבו, 4.2.2007). על אף אמירה זו, גם כאן נמחקה תביעת הדיבה על הסף. השופטת קבעה כי "האמירות אותן מייחס המשיב למבקש לפיהן המשיב שיבח לכאורה באוזני תלמידיו את מעשה התאבדותו של החייל, במקום תפילה (מסגד) ואת מעשיו של ברוך גולדשטיין ז"ל במערת המכפלה, בין אם עובדתית לא נאמרו ע"י המשיב, ובין אם הן קביעות עובדתיות לא נכונות, אף הן מהוות פרסום המוגן לפי סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת ובהתאם הן חוסרות תחת ההגנה המצויה בסעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע" (שם, בפס' 29, ההדגשות במקור).

עד כה דנה הפסיקה בפרשנותו של סעיף 1 לחוק החסינות בלבד. פסקי הדין בחנו את התבטאותו של חבר הכנסת נופלת בגדר "מתחם הסיכון הטבעי". כך, למשל, במקרה של חבר-כנסת שנשא דברים שנטען שיש בהם משום תמיכה בארגון טרוריסטי, הוצגה בפרשת בשארה¹²⁴ השאלה אם הדברים נאמרו במילוי תפקידו כחבר כנסת ואם עומדת לו בשל כך החסינות העניינית.¹²⁵ מקרה זה משקף את הפסיקה עד היום ומתרכז אך ורק בפעילותו של חבר הכנסת. אין בדוגמה זו כל "זכות" אחרת שנפגעת, העומדת אל מול חופש הביטוי של חבר הכנסת. חופש הביטוי של חבר הכנסת מתנגש עם אינטרסים ציבוריים אחרים כגון שלום הציבור והצורך להגן על ערכים דמוקרטיים. על כן, הדיון במקרה כזה מתמקד כולו במבחן מתחם הסיכון הטבעי (כפי שאכן היה בפרשת בשארה); אולם נקודת איוון זו עשויה להשתנות כאשר אל מול חופש הביטוי של חבר הכנסת עומדת זכותו של אדם:

ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי כשהוא מתעמת עם אינטרס הכלל עשויה להצטמצם במידה ניכרת כאשר חופש זה עומד כנגד זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו. שהרי כושר הסיבולת של הציבור להתמודד עם פגיעה קשה המופנית כנגדו גדול שבעתיים מכושר עמידתו וסבילותו של הפרט כלפי פגיעה דומה.¹²⁶

במקרה של הוצאת דיבה על-ידי חבר כנסת, החסינות המוענקת לחבר הכנסת במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות פוגעת בזכות חוקתית אחרת. האיזון שבין חופש הביטוי של חבר הכנסת לבין הזכות לשם טוב נעשה על-ידי המחוקק במסגרתו של חוק איסור לשון הרע. כדי שפרסום לשון הרע יגבש עוולה אזרחית נדרשת בחינה של השאלה אם הפרסום חוסה תחת אחת ההגנות המוכרות בחוק:

הגרעין המושגי להגנות טמון בהכרה כי הערך שנועד להגן על שמו הטוב של האדם, הנגזר מכבודו כאדם, אינו ערך מוחלט העומד לעצמו. מולו ניצבים ערכים אחרים [...] אשר משקל חשיבותם עשוי להצדיק גריעה

124 לעיל ה"ש 2.

125 בהקשר זה כדאי לציין כי ס' 1 (א) לחוק החסינות קובע: "למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות בשל צבע או השתייכות לגזע או למצוא לאומי-אתני; (4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או כמעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ".

126 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

מזכות האדם להגנה על שמו הטוב. ההגנות בחוק איסור לשון הרע
עוסקות בערכים נוגדים אלה ובדרכי האיזון ביניהם [...].¹²⁷

במסגרת חוק איסור לשון הרע, "פרסום מותר" הזוכה להגנה הוא כאמור פרסום הנופל
במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות. על כן לכאורה, ההחלטה אם הוצאת דיבה של חבר
כנסת תהא מוגנת, תיעשה במסגרת מבחן "מתחם הסיכון הטבעי".

לדעתי, יישומו של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", כשהוא "מוזרם" מחוק החסינות
לחוק איסור לשון הרע, מחייב התייחסות לפגיעה בשמו הטוב של אדם אחר. חוק איסור
לשון הרע הוא המקור החקיקתי המפנה לחוק החסינות ומכוחו נקלט מבחן "מתחם
הסיכון הטבעי". לשיטתי יש לשלב את פסקת ההגבלה במסגרת מבחן "מתחם הסיכון
הטבעי" במקרים שבהם אל מול חופש הביטוי של חבר הכנסת עומדת זכותו של אדם
לשם טוב. הזכות לשם טוב תיסוג כדי להגשים את תכליות החסינות רק אם בנסיבות
המקרה התקיימו תנאים של פסקת ההגבלה. הנימוק לגישה זו טמון בראש ובראשונה
בכל האמור באשר למעמדה ולחשיבותה של הזכות לשם טוב. מבחני האיזון, כמו מבחן
מתחם הסיכון הטבעי, מבטאים את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות
המתנגשים: "לא הרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין בטחון המדינה ושלו
הציבור, כהרי התנגשות תוכנו של חופש הביטוי לבין כבודו של האדם".¹²⁸ כמו כן,
עניין לנו בהתנגשות בין זכויות חוקתיות. הפתרון לניגודים בין זכויות הוא כאמור
בהשאת הניגוד ברמה החוקתית, תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, ברמה
של חקיקה רגילה החייבת לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה: "פיסקת ההגבלה
אוצלת כיום גם על הפרשנות הראויה של נוסחת האיזונים המעוגנת במפורש בחוק הנוגע
לעניין, גם מקום שהחוק אינו עומד למבחן חוקתי".¹²⁹ על כן, לשיטתי, כאשר הביטוי
פוגע בזכות לשם טוב, ההגנה שבחסינות חייבת לעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה. גם
אם נקבעו ההגנות בחוק, המחוקק "לא ייתר בכך את הצורך באיזון שיפוטי פנימי
ביניהם, שתפקידו לצקת תוכן חוקתי לנוסחת האיזון המעוגנת בחוק".¹³⁰

מוצע כי האיזון הפנימי במסגרת ההגנה שבחוק איסור לשון הרע יופעל על-פי
עקרונות חוקתיים "המניחים, ראשית, כי הזכות לחופש ביטוי והזכות לשם טוב הן זכויות
שוות-מעמד נורמטיבי-חוקתי; ושנית – כי הליך האיזון הפנימי מושפע מעקרונות
פיסקת ההגבלה".¹³¹ על כן בהפניה למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" במקרה של הוצאת

127 שם, בפס' 11.

128 ברק "חופש הביטוי", לעיל ה"ש 44, בעמ' 16; וכן פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 15 לפסק דינה
של השופטת פרוקצ'יה.

129 שם, בפס' 16.

130 שם, בפס' 18.

131 שם, ההדגשות במקור.

דיבה, מוצע לשקול במסגרתו גם את פסקת ההגבלה ולאמץ "איזון משולב".¹³² כאמור, השופטת פרוקצ'יה בפרשת בן גביר ודב לויץ במאמרו¹³³ דוגלים בהחלת המבחנים של פסקת ההגבלה על כלל האיזונים שבחוק איסור לשון הרע. במסגרת מאמר זה מתבקשת החלתם של מבחני המידתיות גם על סעיף 1 לחוק החסינות, ה"מוזרם" לחוק איסור לשון הרע מכוחו של סעיף 13(1).

4. בחינת רכיביה של פסקת ההגבלה

נקודת המוצא היא שמוצדק להגביל את ההגנה הניתנת לזכות לשם טוב – במובן של שלילת היכולת לתבוע פיצויים בגין הפגיעה ושלילת היכולת לזוּם הליך פלילי בגינה – כדי להגן על חופש הביטוי ועל חופש הפעולה של חבר הכנסת. אולם, הפגיעה בזכות לשם טוב תהא מוצדקת אך ורק אם היא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם היא לתכלית ראויה ואם הפגיעה בזכות לשם טוב אינה מעבר לנדרש.

בהקשר זה, המבחנים של פסקת ההגבלה אינם "תחליף" למבחן "מתחם הסיכון הטבעי". מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" משתלב במבחני פסקת ההגבלה;¹³⁴ הוא ה"אמצעי" שאת מידתיותו יש להבטיח. ההתחשבות בזכות לשם טוב במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה תיעשה במסגרת מבחן המשנה השלישי של רכיב המידתיות – מבחן המידתיות "במובן הצר".

(א) ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

ערכיה של מדינת ישראל מאפשרים פגיעה בזכות לשם טוב כדי לקיים את האינטרס הציבורי שבהגנה על חברי הכנסת. התכליות של החסינות מצדיקות זאת. החסינות הפרלמנטרית נועדה להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון. חסינות זו ניתנה לחברי

132 על אפשרות ל"שילוב" בין מבחני איזון לבין פסקת ההגבלה ראו פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת סנש, לעיל ה"ש 25, המתייחס לשילוב שבין מבחן הוודאות הקרובה לבין פסקת ההגבלה.

133 לעיל ה"ש 65.

134 בדומה ל"שילוב" שערך הנשיא ברק בפרשת סנש בין פסקת ההגבלה לבין מבחן הוודאות הקרובה, "לאור החשיבות הרבה שאנו מעניקים במשטר דמוקרטי לחופש הביטוי ולחופש היצירה, רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה – כלומר, היא פגיעה מעבר לרמת הסבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית – עשויה להצדיק הטלת הגבלות – כלומר מניעת הגנה – על חופש הביטוי וחופש היצירה. הסתברות התרחשותה של פגיעה זו ברגשות צריך שתהא בגדר של ודאות קרובה. [...] פגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה היא מוצדקת רק אם פגיעה זו הינה לתכלית ראויה ואינה מעבר למידה הדרושה. תכלית היא ראויה, בין השאר, אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם". פרשת סנש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 837-838.

הכנסת כדי להבטיח אינטרסים ציבוריים חיוניים כגון פעילותה התקינה של הרשות המחוקקת, עצמאותה והבטחת זכותם של האזרחים לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי.

(ב) קביעת "התכלית הראויה"

תנאי זה מתמקד בתכלית שהגשמתה מצדיקה פגיעה בזכות לשם טוב. קביעתה של התכלית מעוררת בעיות קשות כשיש לחוק תכליות מספר ברמות הפשטה שונות.¹³⁵ כזה הוא חוק החסינות. כפי שראינו לעיל, לחסינות הענייניות תכליות שונות, אך באופן כללי ניתן לומר כי הן נועדו להגשים מטרות העולות בקנה אחד עם ערכים דמוקרטיים. נראה לי, כי לאור הדיון ברשימה זו, הן מאפייני התכלית של החסינות והן הצורך בהגשמת תכליותיה, מאפשרים להסיק כי הפגיעה בשם הטוב – המתאפשרת במסגרת ההסדר של סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע – היא בדרך כלל לתכלית ראויה.

(ג) מידתיות

הפגיעה בזכות לשם טוב היא לא מעבר למידה הדרושה אם היא מקיימת אמת מידה של מידתיות. הרכיב המרכזי הנדרש לבחינה של סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע, המפנה למבחן "מתחם הסיכון הטבעי", הוא רכיב ה"מידתיות". אשר לקיומה של המידתיות נקבע כי היא מותנית בקיומם המצטבר של שלושה מבחני-משנה:¹³⁶

(1) "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה", שעל פיו נדרש קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר.

(2) "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" או "מבחן הצורך".

(3) "מבחן האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר", הבוחן את התועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה.

בהקשר הקונקרטי של ביטוי שנטען כי הוא מוגן במסגרת סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע, חלק ממבחני-המשנה מעוררים קושי מושגי. בחינת תחולתה של החסינות נעשית בדיעבד, לאחר שהפרסום כבר נעשה וכלל לא נבחנת האפשרות של מניעה מראש של פרסום. בהקשר הקונקרטי של ביטוי פוגע של חבר כנסת, חוק החסינות אינו עומד לבדיקה של חוקתיות ולכן לא ניתן בפועל לבחון אמצעים שפגיעתם בזכות פחותה (כגון הסדר השולל הגנה של חסינות במקרה של פגיעה בשם הטוב, כפי שקיים בגרמניה).

בהקשר שלנו – מה ייחשב אמצעי ש"פגיעתו פחותה" ומהו "אמצעי" בהקשר זה?

לשיטתי, ה"אמצעי" שנבחר – שעליו להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה ושצריך להיות זה שפגיעתו "פחותה" – הוא מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". זהו ה"אמצעי" שנבחר והוא המגשים את תכליות החסינות העניינית. הפעילות החוקית של חבר הכנסת יוצרת אפשרויות של גלישה לביצועה הבלתי-ראוי והבלתי-חוקי. הגלישה

135 הנשיא ברק בפרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 24, בפס' 61 לפסק דינו.

136 שם, בפס' 65.

זוכה לחסינות אך ורק במקרים שבהם הפעולה הבלתי-חוקית נופלת לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית יוצרת מטבעה ומטיבה. יש קשר רציונלי והתאמה בין האמצעי לבין תכליות החוק.

שאלה היא אם מבחן מתחם הסיכון הטבעי הוא האמצעי שפגיעתו "פחותה". מבין המבחנים שנקבעו לחסינות במילוי תפקיד נראה לי דווקא מבחן ה"רלוונטיות" של השופט גולדברג כמבחן המועדף.¹³⁷ זהו מבחן אובייקטיבי בעיקרו, הדומה למבחנים הקיימים בדין המשווה לבחינת החסינות. אולם נדמה כי בשלב היישום של המבחנים, ההבדל בינו לבין מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" אינו רב. על כן אניח כי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", שהוא המבחן המחייב כיום, הוא האמצעי שפגיעתו פחותה.

מבחן-המשנה השלישי, הבוחן את המידתיות כמובן הצר, הוא המבחן המרכזי לענייננו. זהו מבחן של איזון, המחייב העמדת הערכים והאינטרסים המתנגשים אלה מול אלה ולאזן ביניהם על-פי משקלם.¹³⁸ יש הבדל מהותי בין מבחן-המשנה הראשון והשני לבין מבחן-המשנה השלישי. שני מבחן-המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה: "אם מתברר, על-פיהם, כי קיים קשר רציונאלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, הפגיעה בזכות האדם – היא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה".¹³⁹ מבחן-המשנה השלישי מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא בוחן אם הגשמתה של התכלית הראויה שקולה כנגד הפגיעה בזכות האדם. זהו "מבחן ערכי",¹⁴⁰ מבחן של איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על-פי משקלם.

על כן, מבחן-המשנה השלישי הוא המקום לבחון את ההיבטים המיוחדים של הסוגיה שלפנינו. את חשיבותה של הזכות הנפגעת – הזכות לשם טוב – ואת המאפיינים של המקרה הקונקרטי העיתידי. ודוק: ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה.¹⁴¹

137 לגישתי זו ראו במאמרי "חסינותו של חבר הכנסת בגין הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד" – מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 32, וכן במאמרי "פרשת ההצבעות הכפולות: על מחירן של טעויות – בעקבות בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת", לעיל ה"ש 72.

138 ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, בפס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004), וכן פרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 24, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

139 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, בפס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006) (להלן: פרשת עדאלה (אחריות המדינה בנוזיקין)).

140 שם. כן ראו פרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 27, בעמ' 54.

141 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 273, 241 (1999); פרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 24, בפס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

במסגרת מבחן המידתיות "במובן הצר" ראוי לקבוע כי ככל שהפגיעה בשם הטוב חריפה יותר כך יקטן "מתחם הסיכון הטבעי". ככל שהדיבור הפוגע יהא מצוי בליבה המובהקת של הביטוי הפוליטי, אזי גם אם הפגיעה בזכות לשם טוב תהא קשה, עדיין יהיה זה מוצדק להגן על חופש הביטוי של חבר הכנסת. זאת, שכן "ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם".¹⁴² ככל שהביטוי הפוגע מתרחק מן הליבה הפוליטית כך תלך ותיחלש התועלת הציבורית שבחסינות הפרלמנטרית, כך ילך ויקטן "מתחם הסיכון הטבעי".

על כן, כאשר החסינות במילוי תפקיד מתנגשת עם הזכות לשם טוב, ומתעוררת שאלת ההגנה של "פרסום מותר" בחוק איסור לשון הרע, יש לבחון אם מבחן מתחם הסיכון הטבעי עומד במבחן המידתיות במובן הצר. מוצע לבחון את ההתבטאות על-פי סקאלה הנעה מהביטוי הפוליטי אל הביטוי הפרטי: ככל שמדובר בביטוי הממוקם בליבה של הפעילות הפוליטית והנאום הפוליטי יש ליתן משקל נמוך לזכות לשם טוב; ככל שנעים על פני הסקאלה מהביטוי הפוליטי אל עברו של הביטוי הפרטי ראוי לתת משקל רב יותר לזכות הנפגעת. אסביר עמדה זו.

1. מתן הגנה מיוחדת ורחבה לביטוי הפוליטי המובהק. החסינות במילוי תפקיד חיונית כדי להבטיח את חופש הדיון הציבורי, את חופש הביטוי הפוליטי ואת זכותם של האזרחים לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי. לפיכך, בבחינת מתחם הסיכון הטבעי יש ליתן חשיבות מיוחדת ומשקל מיוחד לביטוי בעל אופי פוליטי. לענייננו חשובה במיוחד השאלה אם הוצאת הדיבה ופגיעה בשם הטוב נעשו במסגרת דיון או נאום שמטרתו ומסגרתו היא "פוליטית". שיג ושיח חופשי בנושאים פוליטיים וציבוריים נמצא בלב-לבו של חופש הביטוי¹⁴³ ועל כן ההגנה הראויה לביטוי הפוליטי צריך שתהא רחבה במיוחד¹⁴⁴ – רחבה, אך לא מוחלטת. "ביטוי פוליטי מובהק" אין פירושו התעלמות מן הזכות הנפגעת. בהחלט ייתכנו מקרים חריגים שבהם הפגיעה בזכות האדם תהא כה חריפה עד כדי כך שמבחן "מתחם הסיכון הטבעי" לא יאפשר הגנה עליו; אולם ההנחה היא שמי שעוסק בביטוי פוליטי כחלק מרכזי מתפקידו ממילא מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בחופש הביטוי כגון הסתה, המרדה ואמירת דברי שבח לארגון טרור.¹⁴⁵ "חופש הביטוי הפוליטי ראוי להגנה מירבית, הן משום שנודעת לו חשיבות יתירה מבחינה חברתית, כיסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי, והן משום שהוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון".¹⁴⁶ חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי ותרומתו להליך הדמוקרטי משפיעים לא רק על מעמדו החוקתי אלא גם

142 שם, בפס' 74.

143 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

144 ראו לעניין זה סבן ומדינה, לעיל ה"ש 8.

145 פרשת בשארה, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

146 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 303 (1999). כן ראו פרשת "המפקד

הלאומי", לעיל ה"ש 27, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת נאור.

על ההיקף והעוצמה של ההגנה הניתנת לו: מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי "היא רחבה במיוחד";¹⁴⁷ "היקף ההגנה הניתנת לאמירה הפוגענית הנאמרת בגידרו של שיח ציבורי, רחבה יותר מזו הניתנת לפגיעה המצטמצמת לתחום עולמם של הפרטים ביחסיהם ההדדיים".¹⁴⁸ במיוחד כך כשמדובר בחופש הביטוי של חבר הכנסת. אם התבטאות של חבר כנסת נמצאת בליבה של הפעילות הפרלמנטרית – קרי: במסגרת נאום פוליטי, רלוונטי לדיון הפוליטי ובקשר הדוק לו, או במסגרת הצגת דעותיו ועמדותיו הפוליטיות – אזי הכלל צריך להיות שהזכות לשם טוב תיסוג מפני הצורך להגן על חופש הביטוי הפרלמנטרי.

2. ככל שהביטוי מתרחק יותר ממעגל הפעילות הפוליטית כך יש ליתן משקל רב יותר לזכות הנפגעת.

כאמור, הזכות לשם טוב במשפט הישראלי היא זכות יסוד חוקתית. הפגיעה בה, גם במסגרת החסינות העניינית, צריכה להיות מידתית. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות חזקה יותר, כך תידרשנה נסיבות מיוחדות יותר כדי לאפשר פגיעה בה כגון הימצאותו של הביטוי הפוגע בלב-לבו של השיח הציבורי. בהמשך למגמה הרווחת בעולם המערבי יש ליתן משקל רב יותר לתכליות הנפגעות מהענקת החסינות: עקרון שלטון החוק, עקרון השוויון וכמובן הפגיעה בזכות לשם טוב. על כן, בכל מקרה ומקרה ראוי לבחון את "מהות" הפגיעה בשמו הטוב של האדם. כאמור, ככל שהביטוי מתרחק יותר ממעגל הפעילות הפוליטית כך יש ליתן משקל רב יותר לזכות הנפגעת. עוצמת המשקל שתיתן לזכות הפוגעת, וביחס ישר – מידת התייחסות וההצרה של מתחם הסיכון הטבעי, ייקבעו לפי מבחן אובייקטיבי במהותו, שבמסגרתו תיבחן מידת הקרבה של הביטוי למעגל הפעילות הפוליטית. העובדה שהבחינה של הביטוי והקשרו לשיח הפוליטי נעשית בדיעבד תאפשר לבית המשפט לבחון את מכלול נסיבות הפרסום, את אופיו של הביטוי ואת נסיבותיו. רק בתום תהליך הבוחן לא רק את "מתחם הסיכון הטבעי" אלא גם את השאלה אם הפעלתו של מבחן זה היא "מידתית" בנסיבות הקונקרטיות, רק אז אפשר יהיה לקבוע אם תגן החסינות במילוי תפקיד על ביטוי הפוגע בשמו הטוב של אדם אחר.

ז. סיכום

חופש הביטוי הפוליטי הוא חיוני במשטר דמוקרטי. החופש של חבר הכנסת להתבטא הוא רחב במיוחד אך איננו מוחלט. שאלת האיזון הראוי בין החסינות במילוי תפקיד לבין השמירה על שמו הטוב של האדם מושפעת מתכליות החסינות המהותית מחד גיסא וממיקומן ומעמדתן של זכויות האדם ובמסגרתן הזכות לשם טוב מאידך גיסא. לאיזון

147 בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים פ"ד נז(2) 157, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003).

148 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

המיוחד שבין חופש הביטוי של חבר הכנסת לבין שמו הטוב של אדם אחר שעלול להיפגע יש חשיבות מיוחדת לקביעת אופיו הראוי של הוויכוח הפוליטי, ל"הקניית ערכי חינוך ראויים [...] תוך הבהרה כיצד יש לנהל שיח ציבורי".¹⁴⁹ "רמתו של השיח ציבורי וסגנונו הוא ערך המוקנה מדור לדור, ונטמע בנוער ובדור הצעיר".¹⁵⁰ השיח של חברי הכנסת מהווה דוגמה אישית לשיח הציבורי כולו.

ראינו כי התכלית המרכזית של החסינות במילוי תפקיד מתייחסת לצורך להבטיח את חופש הפעולה של חבר הכנסת ואת עצמאותו, אלא שאל מול תכלית ספציפית זו עומדות תכליות כלליות מתנגשות בעלות עוצמה רבה. החסינות העניינית מתנגשת עם עקרונות יסוד בעלי מעמד ואופי חוקתיים; החסינות העניינית פוגעת בעקרון השוויון, בשלטון החוק ובזכויות האדם. חלק מתכליות אלה שינו את מעמדן בשנים האחרונות אולם, כאמור, כמעט לא היה ביטוי לכך בפסיקתו של בית המשפט בישראל. במסגרת הרשימה הוצגו השינויים שחלו והצורך להתאים את הפרשנות של תכליות החסינות לעידן החוקתי של זכויות האדם. הצבת גבולותיה של החסינות העניינית חייבת להתייחס לצורך לשמר את חופש הפעולה ואת עצמאותו של חבר הכנסת מחד גיסא, ולצורך שלא לפגוע במידה העולה על הנדרש בעקרונות, הערכים ובזכויות היסוד המתנגשים עם החסינות מאידך גיסא.

מבחן האיזון שנקבע בפסיקה – מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" – על אף היותו מבחן עקרוני, שימש עד היום בפועל כחומה בצורה להגנה על חברי הכנסת, במיוחד בכל הקשור לחופש הביטוי שלהם. תביעות לשון הרע נדחות כעניין שגרתי עד כי התחושה היא שאין מקום לנסות ולהגן באמצעות בתי המשפט על זכות זו אם הפוגע הוא חבר כנסת.

המחקר המשווה מלמד על מגמה הולכת ורווחת ברבות ממדינות העולם המערבי – לצמצם את גבולותיהן של החסינויות הפרלמנטריות כדי לצמצם את הפגיעה בערכים חוקתיים כגון השוויון ועקרון שלטון החוק. בחלק מהמדינות אף הגיעו מקרים של הוצאת דיבה לדיון ולהתייחסות מיוחדים.

ככלל ראויה התפיסה המרחיבה לחסינות, השואפת לשמר ככל האפשר את חופש הביטוי של חברי הכנסת. אני מודעת לכך שהתזה המוצעת במאמר עשויה להביא לצמצומה במידת מה. כאמור, חופש הביטוי הפוליטי של חבר הכנסת ראוי להגנה מיוחדת במסגרת החסינות,¹⁵¹ אך בתנאי שזו מתחשבת בזכות לשם טוב. הצמצום המתבקש הוא הכרחי. אין מקום להגנה מוחלטת על כל ביטוי של חבר הכנסת באשר הוא ואין מקום להתיר שימוש לרעה בחופש זה. יש ליתן משקל לזכות לשם טוב במסגרת האיזון הנדרש לקביעת גבולותיה של החסינות. המאמר מציע נקודת איזון חדשה

149 שם, בפס' 34, בהקשר דומה.

150 שם, בפס' 25.

151 ראו בהקשר זה מדינה וסבן, לעיל ה"ש 8, הסבורים כי ראוי להעניק לחופש הביטוי של חבר כנסת הגנה מוגברת בייחוד בחברה שסועה.

למקרים שבהם חבר הכנסת פוגע בשמו הטוב של אדם אחר, היינו: כאשר החסינות מתנגשת עם הזכות לשם טוב וחבר הכנסת מבקש ליהנות מן ההגנה הנתונה לו במסגרתו של חוק איסור לשון הרע. אינני חוששת ממצב של "אפקט מצנן" שעליו דיבר הנשיא ברק בפרשת בשארה¹⁵² אם, למשל, ייאלץ חבר כנסת לפצות נפגע בשל הוצאת דיבה שעל-פי נסיבותיה לא נאמרה בנאום פוליטי או בליבת הפעילות הפוליטית. אני מסכימה עם טענת המחברים מדינה וסבן בדבר האפקט המצנן, בכל הנוגע להתבטאויות של נציגיו בכנסת של מיעוט אתני, דתי או פוליטי.¹⁵³ נדמה לי שכוונתם היא להדגיש את הצורך בהגנה על הביטוי הפוליטי דווקא; על כן נראה לי שמקרי ה"אמצע" – הוצאת דיבה שלא במסגרת הליבה של הביטוי הפוליטי – איננה מעוררת קושי זה. שאלה היא כמובן לגבי מקרה "קצה" כגון ביטוי פוליטי מובהק שיש בו משום הוצאת דיבה. כאמור לעיל, ה"חזקה" במקרה זה פועלת לטובת ההגנה על הביטוי הפוליטי, כפי שהיה למשל במקרה של הסנטורית הספרדייה. אין המדובר בהגנה מוחלטת. חופש הביטוי הפוליטי של חבר כנסת איננו בבחינת זכות מוחלטת וגם ביטוי פוליטי מובהק לא גורר התעלמות מן הזכות הנפגעת. על כן, במקרה "קצה" ראוי לבחון את מידת הפגיעה בזכות לשם טוב. פגיעה חריפה במיוחד עלולה לאפשר אף את "ניתוקה" של הדיבה מהביטוי הפוליטי ואת סיווגה כביטוי פרטי, ובכך היא עלולה להביא להצרתו של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי".

אולי יהא לכך דווקא "אפקט מרסן" בכל הנוגע לביטויים שהם לא יותר מאשר השמצות וגידופים, אולי כך יובלט המסר שעל-פיו יש אינטרס ציבורי בשמירה על רמתו של הביטוי הציבורי על-ידי הנבחרים. כדאי לזכור כי "חופש הביטוי אינו חופש הביטוי, והזכות להשמיע אינה הזכות להשפיל".¹⁵⁴

על-פי הצעתי, פגיעה בזכות לשם טוב שנטען לגביה כי היא מוגנת במסגרת החסינות, יש לבחון על-פי פסקת ההגבלה, במרכזה המידתיות ובמסגרתה של זו – מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". הן מבחן האיזון המוצע והן הכללים להפעלתו נועדו לבטא את השינוי שחל בתכליות החסינות, את השינוי שחל במעמדה של הזכות לשם טוב ואת המגמות של המשפט המשווה בשנים האחרונות. ראוי ששינויים אלה יבואו לידי ביטוי גם בקביעתה של מידת ההגנה המוענקת בישראל להתבטאויותיהם של חברי הכנסת.

152 לעיל ה"ש 2, וכן מדינה וסבן, לעיל ה"ש 8.

153 מדינה וסבן כותבים, שם, כי חברה דמוקרטית שסועה, המחויבת לפלורליזם רעיוני, חייבת לתת הגנה מוגברת למי שהם נציגיו בפרלמנט של מיעוט אתני, דתי או פוליטי. לשיטתם, האפקט המצנן המתלווה לצמצום עמוק בחסינות המהותית צפוי להוביל לפגיעה ניכרת בחופש הפעולה הפוליטי. אני מסכימה עקרונית לאמירה זו, אך סבורני כי הרציונלים שהוצגו במאמרם, המתייחסים כאמור לביטויים במסגרת נאום פוליטי של נציג מיעוט, שונים מהנימוקים והרציונלים כפי שהוצגו במאמר זה, התומכים בצמצום החסינות במקרה של פגיעה בשם הטוב.

154 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 3, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין.