

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 11225/03

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' חיות

העותר: ח"כ ד"ר עזמי בשארה

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. הכנסת
3. בית משפט השלום בנצרת

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ד בתמוז תשס"ה (31.07.05)

בשם העותר: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד מרואן דלאל

בשם המשיבים: עו"ד אורית קורן; עו"ד עינת גדעוני

כתבי-טענות: [עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים](#), עו"ד מרואן דלאל

מיני-רציו:

* משפט חוקתי – כנסת – חסינות חברי-כנסת

העותר עומד בראש מפלגת הברית הלאומית הדמוקרטית (להלן: בל"ד) ומכהן כחבר כנסת מטעמה מאז הכנסת הארבע עשרה. בשנים 200 ו-2001, בעת היותו חבר הכנסת נשא העותר בשתי הזדמנויות שונות נאומים מחוץ לכנסת, האחד באום אל-פחם והשני בסוריה ובהם שיבח את חיזבאללה ואת ההתנגדות בישראל. בשל הדברים שאמר במהלך נאומים אלה, החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמידו לדין בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי, על פי פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948 (להלן: פקודת מניעת טרור). לאחר דיונים בכנסת הוחלט כי מדובר בהסרת חסינות דיונית, והכנסת אישרה הסרת חסינותו של העותר. לטענת העותר, נאומיו מוגנים בחסינות עניינית שאינה ניתנת להסרה. השאלה המרכזית שנדונה – האם הדברים שבגין אמירתם עומד העותר לדין נאמרו במילוי תפקידו או למען תפקידו כחבר כנסת והאם עומדת לו בשל כך חסינות עניינית?

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק קיבל את העתירה ברוב דעות ופסק כי לעותר עומדת חסינות עניינית מפני העמדה לדין בעבירות נשוא האישום שהוגש נגדו.

החסינות מיועדת להבטיח כי חבר כנסת 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. מטרה מרכזית נוספת שניתן לאתר בהתפתחות ההיסטורית של החסינות הפרלמנטרית נוגעת לרצון לשמור על הפרדת הרשויות ולהגן על פעילותה התקינה של הרשות המחוקקת לבל תופרע על ידי הרשות המבצעת; המחוקק הישראלי אימץ מודל רחב למדי של חסינות עניינית, המוסדרת בסעיף 1 לחוק החסינות, החסינות העניינית של חברי כנסת משתרעת גם על מעשים ולא רק על הצבעה או הבעת דעה והיא מקיפה את פעילותו של חבר הכנסת הן כאשר זו מתבצעת בין כתלי הכנסת והן כשהיא מתבצעת מחוצה לה, ובלבד שמתקיים קשר ענייני-פונקציונלי בין פעילות זו ובין תפקידו כחבר הכנסת. חסינות עניינית זו אינה ניתנת לנטילה והיא עומדת לחבר הכנסת גם לאחר שחדל להיות חבר כנסת. בצד החסינות העניינית, מוסיף חוק החסינות וקובע גם חסינות דיונית. החסינות הדיונית, להבדיל מן החסינות העניינית, נתונה לחבר הכנסת מפני העמדה לדין פלילי בגין עבירות שלא נעשו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. חסינות זו קבועה בסעיף 4 לחוק החסינות והיא חלה על עבירות שנעברו בזמן היותו חבר כנסת וכן על עבירות שנעברו לפני שהיה לחבר כנסת, אלא אם כן החליטה הכנסת על נטילתה.

הנשיא א' ברק:

בראשית הכרעת הדין מאמץ הנשיא ברק 3 מסקנות מפסק דינה של השופטת חיות, אולם בסופם מגיע הוא למסקנה שונה.

חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29) תשס"ב-2002 (להלן – תיקון 29) (אשר חוקק לאחר ההתבטאויות נשוא עניינו) הקובע, בין השאר, כי התבטאות של חבר הכנסת שיש בה משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, אין רואים בה כהבעת דעה שנעשתה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת, הינו "תיקון מבהיר" (דקלרטיבי). הוא משקף את המצב המשפטי ששרר גם קודם לו. תיקון זה מעגן בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן – חוק החסינות) מגבלות דומות למגבלות המוטלות על רישום מפלגות (סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992) ועל התמודדותם של מועמדים ורשימות בבחירות לכנסת (סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת). מגבלות אלה קובעות את "הקווים האדומים", אותם אל לו לחבר הכנסת לחצות. חבר כנסת אשר חצה קווים אלה, אין לראות במעשיו משום מעשה שנעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. שנית, לצורך ניתוח טענת חסינות אנו יוצאים מנקודת ההנחה כי עובדות כתב האישום יוכחו כראוי. שלישית, ישנו הבדל בין מידת השכנוע הנחוצה לצורך פסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות לבין מידת השכנוע הנחוצה לצורך קביעה כי התבטאות מסוימת אינה חוסה תחת החסינות העניינית. הבדל זה נובע מכך שמניעה מראש מלהתמודד בבחירות פוגעת פגיעה קשה יותר בחירויות הפוליטיות מהפגיעה הנגרמת לחירויות אלה כתוצאה משלילתה של החסינות העניינית מחבר הכנסת. אולם, קבלתן של שלוש הנחות אלה אינה מובילה למסקנה כי בענייננו לא עומדת לעותר החסינות העניינית.

העותר, מואשם בעבירה של תמיכה בארגון טרור (על דרך של אמירת דברי שבח ואהדה). תיקון 29 קובע כי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור היא זו הנופלת אל מחוץ לגבולותיה של החסינות העניינית. בעניין שלפנינו לא שוכנע דעת הרוב, כי ניתן לראות בהתבטאויות העותר תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, וזאת במידת השכנוע הנדרשת לצורך קביעה כי הם חוצים את אותם "קווים אדומים" מעבר להם לא משתרעת החסינות העניינית. אמנם, יש בהתבטאויות אלו, בכדי להוביל

למסקנה שהעותר עבר עבירה של אמירת דברי שבח או אהדה לארגון טרור. אלא שעבירה זו אינה נופלת בגדר המגבלות המפורשות המוטלות על החסינות העניינית בתיקון 29. מדובר, במוכן זה, בעבירה "רגילה" עליה חלים המבחנים שפותחו בפסיקתו של בית משפט זה בעניין היקפה של החסינות העניינית.

התכליות המונחות ביסוד החסינות העניינית הן מגוונות. הן באות להגן על חירויות היסוד הפוליטיות. הן באות לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת. הן מבטאות רצון להבטיח את עצמאותו ואת חופש הפעולה של חבר הכנסת. הן נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי. מנגד, אין להתעלם מהתכליות (הכלליות) האחרות של חוק החסינות. ככל חוק אחר, הוא נועד להגשים את שלטון החוק – לרבות שלטון החוק בחברי הגוף המחוקק – ואת השוויון בפני החוק. כיצד ייפתרו ניגודים אלה? נקודת האיזון הראויה בין תכליות אלה היא נקודת האיזון המשתקפת במבחן "מתחם הסיכון הטבעי" שאומץ כמבחן הקובע לצורך פירוש התיבה – "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו" שבסעיף 1 לחוק החסינות (בבג"ץ 1843/93 (להלן: פרשת פנחסי)). החסינות העניינית תעמוד לחבר הכנסת רק באותם מקרים בהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה.

(בעניין פנחסי פסק הנשיא ברק כי מתחם הסיכון הטבעי חל לגבי אותן פעולות שהן "... כה קשורות ושזורות בתפקידו, עד כי קיים החשש כי אם חבר הכנסת יידרש ליתן את הדין על פעולות בלתי חוקיות אלה, הדבר ישפיע במישרין על יכולתו לבצע את תפקידו כחוק ויגביל אותן").

בנסיבות העניין, ובהתחשב בשאר השיקולים הרלוונטיים לענייננו, המסקנה הראויה היא שמבחן הסיכון הטבעי מתקיים בעותר. וזאת בהתבסס על שלושה טעמים. ראשית, ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת בשארה נאמרו במסגרת נאומים פוליטיים אותם נשא. הנאומים עסקו בנושאים מדיניים-פוליטיים רחבים. נאומים אלה נמשכו זמן רב ובמהלכם נאמרו דברים רבים. בין השאר, נאמרו הדברים שמיוחסים לעותר בכתב האישום. אין לומר שדברים אלה היוו חלק מרכזי בנאומים. לא ניתן לומר, והמשיבים אף לא טענו זאת בפנינו, כי מטרתם העיקרית של נאומים אלה הייתה תמיכה בארגון טרור. הדברים שנאמרו בהקשר זה מהווים אך חלק ממכלול הדברים שאמר העותר. שנית, העבירה בה מואשם העותר היא עבירה הקשורה בחופש הביטוי. אף לעניין זה נודעת חשיבות בקביעת גבולותיו של "מתחם הסיכון הטבעי", וזאת לנוכח מרכזיותו של הביטוי במילוי תפקידו של חבר הכנסת. שלישית, לנוכח הלשון הרחבה בה מנוסחות, בדרך כלל, העבירות הקשורות בחופש הביטוי, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, המרדה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור, ישנו 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.

העובדה שהתבטאויות מדיניות-פוליטיות מהוות כלי עבודה מרכזי של חבר הכנסת, ההקשר הקונטרוברסיאלי במסגרתו מתבטא העותר לעתים קרובות במסגרת מילוי תפקידו, ולשונו הרחבה והכוללנית של האיסור הפלילי הנוגע לדברי שבח ואהדה לארגון טרור, מובילים כולם לידי המסקנה שההסתנות באמירת דברים העולים כדי דברי שבח ואהדה לארגון טרור אף היא "סיכון מקצועי" של חבר הכנסת, וכי התבטאויות מעין אלה הן על-כך ב"מתחם הסיכון" שהפעילות הפרלמנטרית יוצרת מטבעה ומטיבה. לפיכך, התבטאויות מעין אלה תחסנה, ככלל, במסגרת החסינות העניינית, ובלבד שלא נעשו תוך ניצול לרעה של החסינות העניינית.

לפיכך, במקרה דנן, בהנחה שהעבירה של תמיכה בארגון טרור נעברה על ידו של העותר, הרי שנעברה, כחלק אינטגרלי מהפעולות הלגיטימיות של הבעת עמדה בסוגיות מדיניות-פוליטיות, וכעניין נגרר או

משני לה. ומשכך עומדת לו לעותר חסינותו העניינית ביחס להתבטאויות בגינן הוגש נגדו כתב האישום.

אכן, דבריו של העותר קשים הם, וצורמים הם את האוזן מאד. אך נאמרו במסגרת מילוי תפקידו, ולמען מילוי תפקידו, של העותר כחבר הכנסת. עלינו לשמור ולהגן על יכולתם של חברי הכנסת למלא את תפקידם ללא מורא ופחד. הגנה זו, לשמה נועדה החסינות העניינית, מהווה אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה. הגנה זו חיונית היא לקיומן של חירויות היסוד הפוליטיות. חיונית היא לקיומה של הדמוקרטיה הישראלית.

השופט א' ריבלין:

מסכים עם פסק דינו של הנשיא ברק ומוסיף בין היתר, בשאלת הזיקה בין מניעת השתתפות בבחירות לפי סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת (וסעיף 5 לחוק המפלגות), לבין החסינות העניינית.

השופטת א' חיות:

בדעת מיעוט סבורה כי עניינו של העותר אינו בא בגדר החסינות המהותית שכן התבטאותיו חצו את "הקווים האדומים" שהדמוקרטיה הישראלית כדמוקרטיה מתגוננת רשאית להציב. ולפיכך לא עומדת לעותר חסינות עניינית.

הבעת דעה או עשיית מעשה אשר יש בהם כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, כמו גם הסתה לגזענות או תמיכה במעשי טרור כנגד המיעוט הערבי בישראל, כל אלה הינם "מחוץ לתחום" ככל שבמילוי תפקידו של חבר כנסת עסקינן. לגבי הבעת דעות או עשיית מעשים מסוג זה, אין אנו נדרשים אפוא למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" שנקבע בפרשת פנחסי, משום שעניין לנו בהתבטאויות ובמעשים אשר מעצם טיבם וטבעם אינם יכולים להיחשב כפעילות "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" של חבר הכנסת.

ככל שבשאלת חסינותו העניינית של העותר עסקינן, נראה לשופטת חיות, כי קשה שלא לראות בדברי השבח וההלל שהרעיף על פעילותו של ארגון החיזבאללה, תוך התייחסות ל"אבידות שספג [העם בישראל] מהחיזבאללה" וכן "לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי 'ההתנגדות' הלבנונית", משום תמיכה במאבק המזוין שמנהל ארגון טרור זה נגד ישראל. התבטאויות אלה חוצות את "הקו האדום" ולפיכך, אין מקום להעניק לעותר חסינות עניינית בגינן.

פסק-דין

השופטת א' חיות:

העותר עומד בראש מפלגת הברית הלאומית הדמוקרטית (להלן: "בל"ט) ומכהן כחבר כנסת מטעמה מאז הכנסת הארבע עשרה. בעת היותו חבר הכנסת החמש עשרה נשא העותר בשתי הזדמנויות שונות נאומים מחוץ לכנסת, האחד באום אל-פחם והשני בסוריה. בשל דברים שאמר במהלך נאומים אלה, החליט היועץ המשפטי לממשלה

להעמידו לדין בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי, על פי פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948 (להלן: פקודת מניעת טרור). השאלה המרכזית שמציבה העתירה שבכאן לפתחנו היא – האם הדברים שבגין אמירתם עומד העותר לדין נאמרו במילוי תפקידו או למען תפקידו כחבר כנסת והאם עומדת לו בשל כך חסינות עניינית?

העובדות

1. ביום 9.9.2001 פנה המשיב 1 אל יושב ראש הכנסת בבקשה ליטול את חסינותו של העותר לצורך העמדתו לדין פלילי. הבקשה התייחסה לשני כתבי אישום אותם החליט המשיב 1 להגיש נגדו: האחד הוא כתב האישום הרלוונטי לעתירה שבפנינו, בו מיוחסת לעותר עבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי בשני מקרים בגין דברים שאמר במהלך הנאומים שנשא מחוץ לכנסת. השני נוגע לעבירות של סיוע ליציאה שלא כדין מישראל, אשר יוחסו לעותר בגין מעורבותו בארגון נסיעות של אזרחי ישראל לסוריה. כתב האישום השני בוטל בינתיים על ידי בית משפט השלום בנצרת והצדדים אינם נדרשים לו במסגרת עתירה זו. משכך נמקד אף אנו את הדיון בכתב האישום הראשון. כתב אישום זה מתייחס לשני אירועים, האחד הוא כנס שקיימה בל"ד ביום 5.6.2000 ב"אולמי אל אניס" באום אל-פחם לציון 33 שנים למלחמת ששת הימים. בהזמנה לכנס, שהתקיים כשבועיים לאחר נסיגת צה"ל מדרום לבנון, צוין כי הוא מתקיים "באווירת ניצחון ההתנגדות הלבנונית ושחרור הדרום הלבנוני...". בנאום המרכזי שאותו נשא העותר במהלך הכנס (להלן: נאום אום אל-פחם), נאמרו על ידו, בין היתר, הדברים הבאים:

החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל ... לבנון, החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה ולניצחון – מטרה ברורה ורצון עז לניצח, והכנת האמצעים הנחוצים הדרושים להשגת מטרה זו ... החיזבאללה קלט את הלך הרוח ברחוב הישראלי וניצל את זה עד תום. הוא דאג שמלחמת הגרילה שלו תהיה מתוקשרת היטב, וכל הישג שלו השפיע רבות על מוראל העם בישראל שפקעה סבלנותו באיטיות נוכח האבידות שספג מהחיזבאללה (ראו סעיף 8 לכתב האישום).

האירוע השני שאליו מתייחס כתב האישום נוגע לנאום שנשא העותר בסוריה כשנה לאחר נאום אום אל-פחם, במהלך טקס אזכרה לנשיא סוריה חאפז אל-אסד (להלן: הנאום בסוריה). בטקס, שבו השתתפו אחמד ג'יבריל, מנהיג החזית העממית לשחרור פלסטין וחסן נסראללה, מנהיג החיזבאללה, אמר העותר, בין היתר:

לא עוד ניתן להמשיך, מבלי להרחיב את המרווח בין אפשרות המלחמה הכוללת ובין העובדה שהכניעה הינה בלתי אפשרית. מה שמאפיין את ממשלת שרון הוא שלאחר ניצחון ה"התנגדות" הלבנונית אשר הפיקה תועלת מהמרווח הזה שאותו הרחיבה סוריה בהתמדה, בין קבלת התנאים הישראליים הקרויים בשם שלום כולל בר-קיימא, לבין האופציה הצבאית. המרווח הזה הועיל לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי ה"התנגדות" הלבנונית. אולם לאחר ניצחון ה"התנגדות" ולאחר ג'נבה וכן לאחר כשלון "קמפ דייוויד", באה ממשלה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית ה"התנגדות", אלא ע"י הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו לנהל מאבק ו"התנגדות". לא ניתן להרחיב מרווח זה אלא באמצעות עמדה מדינית ערבית מאוחדת ואפקטיבית בזירה הבינ"ל ואמנם הגיעה השעה לכך (ראו סעיף 12 לכתב האישום).

בשל דבריו אלה של העותר במהלך נאום אום אל-פחם והנאום בסוריה, מייחס לו כתב האישום שתי עבירות של תמיכה בארגון טרוריסטי, לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, שהיה בתוקף באותה עת אך בוטל בינתיים במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 66), התשס"ב-2002, וכן לפי סעיפים 4(ב) ו-4(ז) לפקודת מניעת טרור.

2. נקודת המוצא ממנה יצא המשיב 1 לעניין הבקשה לנטילת חסינותו של העותר הייתה כי אין עומדת לו בנסיבות העניין חסינות עניינית מכוח סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 (להלן: חוק החסינות), שהרי חסינות עניינית אין הכנסת רשאית ליטול. מתוך נקודת מוצא זו ועל פי הוראת סעיף 13 לחוק החסינות ביקש המשיב 1 ליטול את חסינותו הדיונית של העותר. ועדת הכנסת קיימה בעניין זה שני דיונים, ביום 25.9.2001 וביום 30.10.2001, במהלכם הציג המשיב 1 את הנימוקים לבקשתו, נשמעו מומחים למשפט חוקתי ולחסינות חברי הכנסת, ונשמעה עמדתו של העותר. בעקבות דיונים אלה החליטה הועדה ביום 5.11.2001 להציע לכנסת

ליטול את חסינותו של העותר. המלצה זו נדונה במליאת הכנסת ביום 6.11.2001 ובעקבות אותו דיון החליטה הכנסת ביום 7.11.2001 לאמץ את הצעת הועדה.

3. כתב האישום נגד העותר הוגש תחילה לבית משפט השלום בירושלים אך הועבר לבית משפט השלום בנצרת, לבקשת העותר (ראו בש"פ 9516/01 בשארה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). במסגרת טענותיו המקדמיות בהליך הפלילי העלה העותר, בין היתר, את הטענה כי הוא חסין מפני אחריות פלילית בגין ההתבטאויות נשוא כתב האישום וזאת נוכח סעיף 1 לחוק החסינות, המעניק לו כחבר כנסת חסינות עניינית על הבעת דעה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו. בית משפט השלום סבר כי ההכרעה בטענת החסינות העניינית שהעלה העותר כרוכה בשאלות עובדתיות שמקומן בהליך העיקרי ועל כן החליט שאין להיזקק לטענה בשלב המקדמי של הדיון ויש להותירה לשלב שלאחר שמיעת הראיות (ראו ת"פ (נצ') 1087/02 מדינת ישראל נ' בשארה (החלטה מיום 12.11.2003)). בעקבות החלטה זו הגיש העותר את העתירה שבכאן. עתירה זו מעוררת שאלות הקשורות בערכאה המתאימה ובעיתוי המתאים להעלאת טענות בדבר חסינות עניינית, אך אין לנו צורך להכריע בשאלות אלה משום שהמשיבים הודיעו על הסכמתם לקיים דיון בעתירה לגופה (ראו הודעתם מיום 1.2.2005).

להשלמת התמונה העובדתית, ראוי לציין התפתחות חשובה נוספת הנוגעת לענייננו. כתב האישום בו עסקינן מתייחס, כאמור, לשני אירועים אשר התרחשו במהלך כהונתה של הכנסת החמש עשרה והוא הוגש ביום 12.11.2001, בתכוף לאחר החלטתה של כנסת זו ליטול את חסינותו של העותר. בעוד כתב האישום תלוי ועומד, התקיימו הבחירות לכנסת השש עשרה ולקראת בחירות אלה נדרשו ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה (להלן: ועדת הבחירות) ובית משפט זה להליכים שנקטו גורמים שונים במטרה למנוע את מועמדותו של העותר באותן בחירות. אחת הטענות המרכזיות שהעלו המבקשים בהקשר זה התייחסה לדברים שאמר העותר בנאום אום אל-פחם ובנאום בסוריה וכן לכתב האישום שהוגש נגדו בגין דברים אלה לאחר שהוסרה חסינותו. ועדת הבחירות קיבלה את הטענות והחליטה ברוב דעות ובניגוד לדעתו החולקת של יושב ראש ועדת הבחירות, השופט מ' חשין (כתוארו אז), למנוע מהעותר להיות מועמד בבחירות לכנסת השש עשרה. הועדה קבעה כי נתקיימה בעותר העילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, בדבר שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן העילה שבסעיף 7א(א)(3) לאותו חוק יסוד, שעניינה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. החלטה זו

הובאה לאישורו של בית משפט זה בהתאם לסעיף 7א(ב) לחוק היסוד, אשר החליט ברוב דעות כי אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות למניעת מועמדותו של העותר לכנסת השש עשרה בקובעו, בין היתר, כי לא שוכנע ברמת הוודאות הנדרשת במקרים של פסלות בחירות שהתבטאויות העותר מגיעות כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור (ראו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז (4) 1 (להלן: פרשת טיבי)). כמו כן הוחלט בפרשת טיבי כי אין למנוע את השתתפותה של בל"ד בבחירות לכנסת השש עשרה. בעקבות פסק הדין בפרשת טיבי, השתתפה בל"ד בבחירות אלה, בהן זכתה בשלושה מנדטים, והעותר כיהן מטעמה כחבר הכנסת השש עשרה.

טענות הצדדים

4. טענתו המרכזית של העותר בפנינו הינה כי ההתבטאויות המיוחסות לו בכתב האישום אינן אלא הבעת דעה בנושאים פוליטיים מדיניים מובהקים, שהושמעו במסגרת מילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו כחבר כנסת. על כן הן חוסות לשיטתו תחת החסינות העניינית, שאינה ניתנת לנטילה. העותר מוסיף וטוען כי מסקנה זו מתחייבת מתכליותיה של החסינות העניינית, לאפשר לחבר הכנסת להביע עמדות פוליטיות-מדיניות באופן חופשי ולייצג את ציבור בוחריו ללא מורא. הגנה זו נדרשת במיוחד, לטענת העותר, כאשר מדובר בחברי כנסת ממפלגות המייצגות קבוצות מיעוט, כמפלגתו של העותר. עוד טוען העותר כי בנאומיו ביטא את עמדותיה של בל"ד המפורטות במצע המפלגה ועמדות אלה אושרו בפרשת טיבי כעומדות בתנאי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. העותר מוסיף ומלין לחלופין על אי-תקינותו של ההליך להסרת החסינות הדיונית. לטענתו, נפלו בהליך זה פגמים מהותיים המצדיקים את ביטולו. ראשית, לא הוצגה בפני חברי הכנסת תשתית עובדתית מלאה. בעיקר לא הובאה בפני חברי הכנסת העובדה שהמשטרה המליצה על סגירת תיק החקירה כנגד העותר ככל שהדברים נוגעים לנאום אום אל-פחם. בנוסף, לא הובאו בפני חברי הכנסת נאומיו המלאים של העותר כי אם קטעים בלבד, ואף הם לא מדויקים. שנית, ועדת הכנסת לא ערכה דיון לגופם של קטעי הנאומים שהובאו לפניה, והתעלמה מהסבריו של העותר באשר למשמעותם ולנסיבות השמעתם. שלישית, חברי הכנסת לא שקלו את כל השיקולים אותם היה עליהם לשקול בטרם הצביעו על ההצעה להסיר את חסינותו של העותר, ובמיוחד התעלמו חברי הכנסת מהאפשרות שבבסיס החלטתו של המשיב 1

להגיש כתב אישום כנגד העותר עמדו שיקולים זרים. רביעית, ההצבעה בוועדת הכנסת, בה הוחלט להמליץ בפני הכנסת להסיר את חסינותו של העותר, נערכה לאחר התייעצות סיעתית והדבר מעלה את החשד שבבסיס הצבעתם של חלק מחברי הכנסת לפחות, עמדו שיקולים זרים.

5. עמדת המשיבים הינה כי ההתבטאויות המיוחסות לעותר חורגות מגבולות החסינות העניינית. לשיטתם, את ההוראה לפיה החסינות העניינית תחול על "הבעת דעה... במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" יש לפרש לאור עקרונות היסוד הקונסטיטוציוניים של מדינת ישראל. פרשנות זו מובילה לכך שהתבטאות שתוכנה תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל לא תיחשב כהבעת דעה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת, ולא תחסה תחת החסינות העניינית. זאת, גם בהיעדר הוראת חוק הקובעת זאת במפורש. לטענת המשיבים, מדינה דמוקרטית אינה צריכה להסכים לכך שפעילות החותרת במופגן נגד מאבקה המתמשך בטרור לשם הגנה על אזרחיה תזכה לחסינות עניינית, אף אם היא נעשית במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. המשיבים אינם חולקים על חשיבותה של חירות הביטוי בכלל ושל נבחרי הציבור בפרט, או על חשיבותו של ויכוח מדיני-ציבורי פתוח וחופשי. עם זאת, לטענתם, תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד המדינה מצויה מחוץ לגבולות השיח והוויכוח הדמוקרטיים ומחוץ לגבולות ההתבטאות הלגיטימית של נבחרי ציבור.

עוד סבורים המשיבים כי בהליך הסרת החסינות הדיונית לא נפלו כל פגמים. לגישתם, הכנסת לא הייתה מוסמכת לבחון את האישום לגופו, ובכלל זה אין היא מוסמכת לבחון את דיוטן של הראיות. לאור זאת, החומר שהוצג בפני הכנסת היה מספק. ראשית, בפני חברי הכנסת הוצגו בהרחבה הראיות עליהן מתבסס כתב האישום. ההמלצה המשטרית לסגור את תיק החקירה מהווה חוות דעת פנימית ואין לה ערך ראייתי או ענייני לבחינת בקשתו של היועץ המשפטי להסיר את חסינותו של העותר. שנית, שאלת תחולת החסינות העניינית על ההתבטאויות שבבסיס כתב האישום נדונה בהרחבה ובצורה מעמיקה בוועדת הכנסת. נוסח הנאומים בגינם הוגש כתב האישום היה מונח בפני חברי הוועדה, ונערך לגביהם דיון. שלישית, טענת העותר לפיה שיקולים זרים הם שעמדו בבסיס החלטתו של היועץ המשפטי, נשמעה בפני הוועדה, נדונה לגופה, ונדחתה על ידה. רביעית, העותר לא ביסס כראוי את טענתו לפיה התקיימה התייעצות סיעתית עובר להצבעה בוועדת הכנסת, או את טענתו לפיה היה

בהתייעצות זו, אף אם התקיימה, כדי להשפיע על עמדתם של חברי הכנסת בשאלה לגופה. לאור כל זאת, מבקשים המשיבים כי נדחה את העתירה.

ד"ן

חסינות עניינית – המסגרת הנורמטיבית והתכליות שבסיסה

6. סעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק". בכך אימצה שיטת המשפט הישראלית עיקרון חשוב שהוא מנשמת אפו של המשטר הדמוקרטי ולפיו ניתנת לחבר פרלמנט חסינות מפני הליכים משפטיים. החסינות מיועדת להבטיח כי חבר כנסת 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. בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב (2) 427, 439, ביאר הנשיא דאז אגרנט את חשיבותה ואת תכליותיה של החסינות המוענקת לחברי הכנסת באומרו:

לפנינו זכות-יתר בעלת חשיבות קונסטטוטיונית ממדרגה ראשונה, באשר היא נועדה להבטיח לחברי המוסד המחוקק של המדינה את חופש הדעה, הביטוי והוויכוח, למען יוכלו למלא את תפקידם, בתורת שכאלה, ללא הרגשת מורא ופחד ובלא שיחששו, פן יהא עליהם לתת את הדין על כך לאדם או רשות כלשהם; כי לכל העם אינטרס חיוני מובהק בהמחשת הזכות הזאת, לבל תיפגע פגיעה קטנה או גדולה על-ידי מאן דהוא; ושבלעדיה לא ייתכן דבר התקיימותו היעילה של התהליך הדמוקרטי והוא יתרוקן מערכו.

הנה כי כן, עצמאותם של חברי הכנסת חיונית היא לתפקודו התקין של משטר דמוקרטי. בהתייחסו לרציונל זה שבבסיס החסינות העניינית, אמר הנשיא דאז שמגר בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא (4) 169, 207 (להלן: פרשת מיעארי):

חבר הכנסת, אשר אינו יכול להתבטא ללא חשש מפני התוצאות המשפטיות של דבריו, לא יוכל למלא שליחותו לבוחר. נציגי העם [...] נושאים במטלה של ניהול הוויכוח המדיני. חירות הוויכוח המדיני דורשת שלא יושם מחסום על היכולת ועל כושר הביטוי החופשי של הנבחרים.

מטרה מרכזית נוספת שניתן לאתר בהתפתחות ההיסטורית של החסינות הפרלמנטרית נוגעת לרצון לשמור על הפרדת הרשויות ולהגן על פעילותה התקינה של הרשות המחוקקת לבל תופרע על ידי הרשות המבצעת (ראו: בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661, 678-679 (להלן: פרשת פנחסי); ס' נבות החסינות העניינית (מקצועית) של חברי הכנסת (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים – האוניברסיטה העברית, 1997) 147-150 (להלן: נבות, חסינות עניינית)).

7. במדינות העולם קיימים מודלים שונים של חסינות פרלמנטרית. ישנן שיטות משפט המעניקות חסינות עניינית לחבר הפרלמנט תוך הגבלתה אך ורק לפעילות הנעשית בין כתלי הפרלמנט עצמו (ארצות-הברית, אנגליה, קנדה, אוסטרליה, גרמניה והולנד). מדינות אחרות (צרפת, איטליה וספרד) אינן מייחסות חשיבות למקום שבו בוצעה הפעילות הזוכה לחסינות וזו נפרשת הן על פעילות הנעשית בתוך הפרלמנט והן על פעילות שמחוצה לו ובלבד שמתקיים קשר ענייני-פונקציונלי בין אותה פעילות ובין תפקידו של חבר הפרלמנט. חלק מן המדינות מעניקות לחבר הפרלמנט חסינות אך ורק על הצבעה והבעת דעה ומיעוטן מעניקות חסינות גם על מעשה (לדיון השוואתי מפורט במודלים השונים של החסינות העניינית ראו נבות, חסינות עניינית, 98-142).

המחוקק הישראלי אימץ מודל רחב למדי של חסינות עניינית, המוסדרת בסעיף

1 לחוק החסינות, ולפיו:

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 – ככנסת או מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת.

הנה כי כן, החסינות העניינית של חברי כנסת משתרעת גם על מעשים ולא רק על הצבעה או הבעת דעה והיא מקיפה את פעילותו של חבר הכנסת הן כאשר זו מתבצעת בין כתלי הכנסת והן כשהיא מתבצעת מחוצה לה, ובלבד שמתקיים קשר ענייני-פונקציונלי בין פעילות זו ובין תפקידו כחבר הכנסת. חסינות עניינית זו אינה ניתנת לנטילה (סעיף 13(א) לחוק) והיא עומדת לחבר הכנסת גם לאחר שחדל להיות חבר כנסת (סעיף 1(ג) לחוק) (למשמעותה של החסינות העניינית ולמבחנים הנוגעים להיקף תחולתה ראו בהרחבה: פרשת מיעארי; פרשת פנחסי; בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ

המשפטי לממשלה, פ"ד מט (5) 245; בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (טרם פורסם) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון)). בצד החסינות העניינית, מוסיף חוק החסינות וקובע גם חסינות דיונית. החסינות הדיונית, להבדיל מן החסינות העניינית, נתונה לחבר הכנסת מפני העמדה לדין פלילי בגין עבירות שלא נעשו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. חסינות זו קבועה בסעיף 4 לחוק החסינות והיא חלה על עבירות שנעברו בזמן היותו חבר כנסת וכן על עבירות שנעברו לפני שהיה לחבר כנסת, אלא אם כן החליטה הכנסת על נטילתה. נטילת החסינות הדיונית מתבצעת על פי ההליך המפורט בסעיף 13 לחוק ובהתאם לתנאים הקבועים בו. עוד קובע חוק החסינות הוראות ספציפיות בדבר חסינות חברי הכנסת בפני חיפוש, בפני האזנת סתר ובפני מעצר (ראו סעיפים 2, 2א ו-3 לחוק החסינות בהתאמה).

8. התכליות שביסוד החסינות העניינית המוענקת לחברי כנסת אותן מנינו לעיל, חשובות ונכבדות ככל שתהיינה, אינן מבטאות ערכים מוחלטים. אדרבא, החסינות העניינית כמוסד משפטי מתנגשת התנגשות חזיתית בעקרונות יסוד אחרים שהינם מנשמת אפה של שיטתנו המשפטית ובהם עקרון שלטון החוק לפיו אין איש או גוף או רשות במדינה דמוקרטית שהם מעל למשפט (ראו בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז (2) 229, 274). אכן, הפרת החוק אסורה על כל אדם. על אהת כמה וכמה אסורה היא על איש ציבור, חבר הרשות המחוקקת, האמור לשמש דוגמא ומופת אזרחי לכיבוד החוק ולשמירה עליו. הפרת החוק על ידי חבר הכנסת פוגעת באמון הציבור ברשויות השלטון. עקרון יסוד נוסף המתנגש במוסד החסינות העניינית הוא עקרון השוויון. מכוחו של עקרון זה נובעת בין היתר התפיסה לפיה הכל שווים בפני החוק וכן התפיסה כי כל דבר חקיקה מיועד להגשים את עקרון השוויון ולא לסתור אותו (ראו בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 561, 585). החסינות העניינית פוגעת בעקרון השוויון. מכוחה אין חבר הכנסת נושא באחריות פלילית על פעולות אסורות שאילו בוצעו על ידי אזרח מן השורה היה הוא נותן את הדין עליהן.

כיצד ניתן ליישב את הניגודים ואת ההתנגשות בין עקרונות היסוד של השיטה שמעוררת החסינות העניינית? היכן יש להציב את גבולותיה של החסינות העניינית על מנת שלא תחרוג בהיקפה מן האיזון הראוי להגשמת תכליותיה? עמד על כך בהרחבה הנשיא ברק בפרשת פנחסי באומרו:

מטרת החסינות למנוע מצב דברים שבו חבר הכנסת נמנע מביצוע פעולות מותרות, בשל החשש כי הן תגלושנה, בשוליהן, לעבר פעולות אסורות. החסינות "מכסה" שוליים אלה. באיזון בין ההימנעות מביצוע פעולות חוקיות שהן חלק מתפקידו של חבר הכנסת לבין ביצוע פעולות בלתי חוקיות שהן במיתחם הסיכון של הפעולות החוקיות, העדיף חוק החסינות את האפשרות השנייה. אכן, על-מנת לשמור על עצמאותו ועל חופש פעולתו של חבר הכנסת, וכן על פעולתה התקינה של הכנסת עצמה, מוענקת לחבר הכנסת חסינות עניינית. חסינות זו מוענקת לו לעניין כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של חבר הכנסת, ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה לה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר-כנסת נתון לו. גישה זו לנקודת האיזון הראויה מבטיחה כי החסינות העניינית תהווה מגן בפני סיכונים שהם כרוכים וטבעיים לתפקידו של חבר הכנסת, בלא שתהווה היתר לניצול התפקיד לרעה (שם, 686).

הנה כי כן, מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" אותו טבע הנשיא ברק בפרשת פנחסי, שאומץ כמבחן הקובע לצורך פירוש התיבה – "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו" שבסעיף 1 לחוק החסינות (ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון), משמיע לנו כי נקודת המוצא של החסינות העניינית היא שלטון החוק (ראו ס' נבות "חסינותו של חבר כנסת בגין 'הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד' – מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט ד (תשנ"ט) 61, 93 (להלן: נבות, מבחנים חדשים)). לפיכך, על חבר הכנסת ככלל לבצע את תפקידו במסגרת החוק תוך הקפדה על קיומו. עם זאת, מעניק חוק החסינות לחבר הכנסת "חגורת ביטחון" באותם מקרים שבהם גלש במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו אל השוליים האסורים, ובלבד שאלה מצויים במתחם הסיכון הטבעי של פעילותו כחבר כנסת. "חגורת ביטחון" זו נועדה להגן על העצמאות ועל חופש הפעולה של חבר הכנסת לבל יירתע מהצבעה, מהבעת דעה ומעשיית מעשים הקשורים קשר בל-יינתק לתפקידו, בשל החשש שהוא עלול לעמוד לדין בגין כך. לעומת זאת, אין החסינות העניינית מיועדת להגן על פעילות אסורה, מתוכננת מראש, שמבצע חבר כנסת תוך ניצול מעמדו זה (ראו פרשת פנחסי, 687). כמו כן וכפי שיבואר להלן, מוצאת מתחומי החסינות העניינית פעילות אסורה של חברי כנסת המסכנת את הדמוקרטיה והחותרת תחת יסודות קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. פעילות כזו, בין אם היא מתבצעת בכנסת עצמה ובין אם היא מתבצעת מחוץ לכנסת,

אין לראותה לכתחילה כפעילות במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד של חבר הכנסת. גישה זו נובעת מן ההכרה שהדמוקרטיה הישראלית כדמוקרטיה מתגוננת רשאית להציב "קווים אדומים", אותם אל לו לחבר הכנסת לחצות ואם חצה, לא תעמוד לו חסינות עניינית.

החסינות העניינית ויחסי-הגומלין שבניה ובין הסדרים תחיקתיים אחרים

9. על מנת לשרטט "קווים אדומים" אלה יש לבחון את מוסד החסינות העניינית בהקשרו הרחב ולהתייחס לאינטראקציה וליחסי הגומלין המתקיימים בינו ובין הוראת סעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992 (להלן: חוק המפלגות), ובעיקר בינו ובין הוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. אכן, כהונתו של אדם כחבר כנסת ופעילותו ככזה אינן אלא שיאו של התהליך הדמוקרטי שעל פיו נבחרים חברי הכנסת לכהונתם. תחילתו של התהליך ברישום המפלגה על פי חוק המפלגות. רישום זה הוא תנאי בלעדיו אין להתמודדות המפלגה בבחירות לכנסת (ראו סעיף 2 לחוק המפלגות). כבר בתחנה ראשונה זו מציב המחוקק בסעיף 5 לחוק המפלגות "קווים אדומים", אשר אם נחצו אין המפלגה יכולה להירשם כחוק, וכך קובע סעיף 5 הנ"ל:

לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחת מאלה:
 (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
 (2) הסתה לגזענות;
 (א2) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;
 (3) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות.

מחסום דומה מוצב בפני רשימת מועמדים לכנסת ובפני מועמד בבחירות לכנסת בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כי:

רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:
 (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
 (2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

הקורלציה שבין ההסדרים החקיקתיים שבסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת גלויה על פניה: שניהם עוסקים בכוחה של מפלגה ובכוחם של מועמדיה להשתתף בבחירות; שניהם פוגעים בחירויות דומות ושניהם נועדו להגן על ערכים דומים. משום כך משרטט כל אחד מהם "קווים אדומים" דומים שהחוצה אותם לא יוכל לשמש כחבר כנסת (ראו: רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 45, 68 (להלן: פרשת יאסין); רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 529, 540-539 (להלן: פרשת איזקסון)).

10. חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29), תשס"ב-2002 (להלן: תיקון 29), שנחקק לאחר האירועים נשוא כתב האישום בענייננו, עיגן "קווים אדומים" אלה גם בחוק החסינות והוסיף בו את הוראת סעיף 1(א) הקובעת:

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 הכנסת:

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

האם העובדה שהמגבלות הקבועות בסעיף 1(א) נוספו לחוק החסינות רק בשנת 2002 משמעה שטרם תיקון 29 לא הייתה לאותן מגבלות תחולה בכל הנוגע לצמצום היקפה של החסינות העניינית? אינני סבורה כך. לדידי עניין לנו ב"תיקון מבהיר" שאינו משקף אלא את המצב המשפטי שקדם לתיקון. ודוק: הקביעה כי עניין לנו ב"תיקון מבהיר" אין משמעותה כי יש להחיל את התיקון ככתבו וכלשונו למפרע. כל שמשמיעה לנו קביעה זו הוא כי יש לייחס חשיבות לתוכנו של התיקון נוכח העובדה כי הוא מבהיר את המצב המשפטי שקדם לו, וזוהי אף העמדה שהציגה המדינה בפנינו בסוגיה זו (לתיקון חקיקה כ"תיקון מבהיר" ראו: רע"א 3527/96

אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב (5) 385, 406; א' ברק פרשנות במשפט (כרך שני – פרשנות החקיקה, 1994) 51-54). למסקנה כי בפנינו "תיקון מבהיר" מספר טעמים: ראשית, סעיף 1(א) פותח במילים "למען הסר ספק" ופתיח זה יש בו משום אינדיקציה לשונית ברורה לכך שבפנינו תיקון חקיקה אשר נועד להבהיר את המצב המשפטי שהיה קיים טרם חקיקתו. שנית והוא עיקר, התכלית שביסוד החסינות העניינית והאיזונים הנדרשים בקביעת קווי ההיקף שלה, תומכים אף הם בגישה כי בפנינו "תיקון מבהיר" וכי "הקווים האדומים", הקבועים בהוראת סעיף 5 לחוק המפלגות ובהוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ממשיכים ללוות את נבחר הציבור גם לאחר שהחל לכהן כחבר כנסת מן המניין ובתחנה אחרונה זו מסמנים הם את קו הגבול של החסינות העניינית המוענקה לו מתוקף תפקידו. כפי שכבר צוין, מוסד החסינות העניינית יסודו בהכרה כי חופש הפעולה והביטוי הניתנים למפלגות ולחברי כנסת הינם יסוד המסד למשטר דמוקרטי תקין. יחד עם זאת, אין מדובר בחופש פעולה ובחופש ביטוי שהינם בלתי מוגבלים. ההתנגשות שבין מוסד החסינות העניינית ובין ערכי-יסוד אחרים של המשטר הדמוקרטי ובהם שלטון החוק ועקרון השוויון בפני החוק, מחייבת איזונים ראויים על מנת שהחסינות העניינית לא "תעבור את הגבול" ותגרום לפגיעה בעקרונות אלה מעבר למידה שראוי להשלים עימה. לכך נועד מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" שאימץ בית משפט זה בהתוותו את המשמעויות ואת הפירוש שיש ליתן לתיבה "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" שבסעיף 1 לחוק החסינות. אותה גישה עצמה צריכה להנחותנו ואולי ביתר שאת, מקום שבו חוצים נבחר ציבור "קווים אדומים" הנוגעים לעצם קיומה של המדינה וחותרים תחת יסודותיה היהודיים והדמוקרטיים. אכן, הדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה צעירה ואין לאפשר שימוש בזכויות שהיא מעניקה כדי להביאה להרס עצמי. התייחס לכך בית משפט זה בפרשת יאסין באומרו: "דמוקרטיה אינה צריכה לאפשר בסובלנותה את עצם חיסולה" (שם, 62), ובע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 310, בצינו: "זכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי". על כן, אין מקום לגלות סובלנות כלפי התבטאויות או מעשים של נבחר ציבור שיש בהם משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור הקמים עליה לחסלה. עקרונות אלה הינם כה בסיסיים וכה חיוניים לקיומו של המשטר הדמוקרטי הישראלי עד כי יש לראותם כעקרונות הזורמים בעורקי השיטה המשפטית שלנו, בין אם עוגנו מפורשות בדבר חקיקה ובין אם לאו. הוא הדין בהסתה לגזענות (ראו סעיף 5(2) לחוק המפלגות; סעיף 7א(2) לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 1(א)1(3) לחוק החסינות). הסתה כזו חותרת תחת אושיות המשטר הדמוקרטי ומן

הראוי כי תחסום לא רק רישומה של מפלגה או התמודדות בבחירות, אלא גם הענקת חסינות עניינית לחבר כנסת, ככל שפעילותו נגועה בהסתה כזו. ראוי לציין כבר בשלב זה כי "הקווים האדומים" שמשרטט תיקון 29 לעניין המגבלות על הענקת חסינות עניינית, רחבים יותר בכל הנוגע לתמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. בעוד שסעיף 5 לחוק המפלגות וסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מתייחסים שניהם למגבלה הקמה בשל "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל", המגבלה שבסעיף 1(א) לחוק החסינות מתייחסת ל"תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ". הנה כי כן, לעניין החסינות העניינית הביע המחוקק את דעתו בתיקון 29 כי תמיכה במעשי טרור מכל סוג שהוא הינה אנטי-דמוקרטית עד כי יש בה לחסום את הענקת החסינות העניינית, לא רק כאשר מדובר במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, אלא גם כאשר מעשי הטרור מכוונים נגד יהודים או ערבים באשר הם.

11. חיזוק לכך שתיקון 29 איננו אלא "תיקון מבהיר", המבטא רציפות בהגשמת המטרות שביסוד סעיף 5 לחוק המפלגות וסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ניתן למצוא בדברים שאמר הנשיא דאז שמגר בפרשת מיעארי, בהתייחסו לסעיף 1 לחוק החסינות טרם התיקון, אם כי באותה פרשה לא נדרשה הכרעה בסוגייה זו, וכך אמר:

תמציתה של טענה כזו היא איפוא, כי המחוקק לא נתכוון רק לאסור על סוג פעילות פלונית לפני הבחירות, אלא סעיף 7א האמור נועד לסנן מראש, מה תהיה דמות הכנסת ונבחריה אחרי הבחירות, ומכאן זיקתו של האמור בסעיף 7א למילוי התפקיד של הנבחר (שס, 211 וכן ראו פרשת פנחסי, 690).

התפיסה בדבר קיומו של חוט מקשר בין "הקווים האדומים" הקבועים בסעיף 5 לחוק המפלגות, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 1 לחוק החסינות, המבטא את השאיפה להגשמה מצטברת של הנורמות החוקתיות שביסוד אותם סעיפים, נזכרת גם בחיבורה של ד"ר ס' נבות המציינת:

נראה, כי סעיפים 5 ו-7א מחד גיסא וסעיף 1 לחוק החסינות מאידך גיסא, נועדו לשם מניעת אותה תופעה. מניעת רישומה של מפלגה ומניעת השתתפותה בבחירות הוא שלב מוקדם, הנועד לסנן את הגופים והאנשים שיורשו ליטול חלק במוסד המחוקק. לאחר "הסינון",

יגן מוסד החסינות על חופש הביטוי של אלה שנבחרו. הנחת היסוד בהגנה זו היא, כי הנבחרים הם אך ורק כאלה אשר התבטאויותיהם ופעילותם הוגדרו כלגיטימיות. חוק החסינות נועד להשלים, במובן זה, את מלאכת ה"סינון" שהחל בה המחוקק בסעיפים 5 ו-7א. דווקא תכליתה המרכזית של החסינות הפרלמנטרית, זו הרואה בה מכשיר להגנה על בית המחוקקים עצמו ולא על חבר הכנסת הבודד, מחייבת בחינת כלל ההסדרים החלים על מהותו ואופיו של בית המחוקקים (ראו נבות, חסינות עניינית, 233).

הנה כי כן, הבעת דעה או עשיית מעשה אשר יש בהם כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, כמו גם הסתה לגזענות או תמיכה במעשי טרור כנגד המיעוט הערבי בישראל, כל אלה הינם "מחוץ לתחום" ככל שבמילוי תפקידו של חבר כנסת עסקינן. לגבי הבעת דעות או עשיית מעשים מסוג זה, אין אנו נדרשים אפוא למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" שנקבע בפרשת פנחסי, משום שעניין לנו בהתבטאויות ובמעשים אשר מעצם טיבם וטבעם אינם יכולים להיחשב כפעילות "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" של חבר הכנסת.

מן הכלל אל הפרט

12. המחלוקת המרכזית בין הצדדים בעתירה שבפנינו נוגעת לתחולתה של החסינות העניינית על התבטאויות העותר בנאום אום אל-פחם ובנאום בסוריה. לגישתו של העותר, יש להפסיק את ההליך הפלילי אשר ננקט נגדו בגין התבטאויות אלה משום שהן חוסות תחת החסינות העניינית מכוח סעיף 1 לחוק החסינות ועל כן אין הוא נושא באחריות פלילית בגינן. המשיבים, מנגד, סבורים כי מדובר בהתבטאויות אשר לא ניתן לראותן כהבעת דעה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של העותר כחבר כנסת.

משקבענו כי תמיכה במאבק מזוין או במעשי טרור נגד מדינת ישראל חוצה "קו אדום" המסמן את קצה גבול הסובלנות שמוכנה הדמוקרטיה הישראלית לגלות כלפי נבחר ציבור, יש להוסיף ולבחון האם ההתבטאויות העומדות במוקד כתב האישום שהוגש נגד העותר מהוות לכאורה תמיכה ממין זה, עליה אין להחיל חסינות עניינית. לצורך כך עלינו לצאת מנקודת מוצא כי עובדות כתב האישום יוכחו כראוי (ראו פרשת פנחסי, 674), שכן הביקורת השיפוטית המופעלת על ידי בית המשפט הגבוה לצדק אינה יכולה ואינה צריכה להיכנס לעובי הקורה באשר להוכחת יסודות העבירה שבנדון.

תפקיד זה מסור לערכאה הדיונית שבפניה מתנהל ההליך הפלילי, ולה מסורה ברגיל גם ההכרעה בשאלת החסינות העניינית. במקרה שבכאן וכפי שהובהר לעיל אנו נדרשים לסוגיית החסינות העניינית מכוח ההסכמה הדיונית שהושגה בין הצדדים, אף שההליך הפלילי כבר החל. מתוך הנחת המוצא שצוינה לעיל, ניתן לומר כי נאום אום אל-פחם וכמוהו הנאום בסוריה כוללים שיר הלל ושבח לארגון החיזבאללה. משידענו כי ארגון זה הוכרז כארגון טרוריסטי על פי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור (ראו י"פ תשמ"ט 3474), ומשידענו עוד כי פקודת מניעת טרור מגדירה ארגון טרוריסטי כ"חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה", יקשה שלא לראות בהתבטאויותיו של העותר משום תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור. בטיעונים שהשמיע העותר בפנינו ניסה הוא להבחין בין תמיכה שהביע בארגון החיזבאללה ובין תמיכה במעשי אלימות וטרור שאותם, לדבריו, הוא שולל מכל וכל, בציינו בין היתר כי המאבק המזוין שמנהל ארגון החיזבאללה הוא בעיניו מאבק לגיטימי של לוחמי גרילה כנגד צבא כיבוש. הבחנות אלה שמבקש העותר לשרטט לגבי התבטאויותיו תוך ראייתן בהקשר הכולל, הן עניין לערכאה הדיונית לענות בו במסגרת ההליך הפלילי המתנהל בפניה. מבחינה תיאורטית אינני שוללת לחלוטין את האפשרות כי ניתן לסמן קו דק המפריד בין תמיכה בארגון טרור ובין תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. אך ככל שבשאלת חסינותו העניינית של העותר עסקינן, נראה לי כי קשה שלא לראות בדברי השבח וההלל שהרעיף על פעילותו של ארגון החיזבאללה, תוך התייחסות ל"אבידות שספג [העם בישראל] מהחיזבאללה" וכן "לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי 'ההתנגדות' הלבנונית", משום תמיכה במאבק המזוין שמנהל ארגון טרור זה נגד ישראל. התבטאויות אלה חוצות את "הקו האדום" שאילו התייחסתי ואינני סבורה כי יש מקום להעניק לעותר חסינות עניינית בגינן.

13. משאמרנו זאת, חשוב לזכור ולהדגיש כי מסלול ארוך מפריד בין הקביעה כי התבטאות מסוימת אינה חוסה בצילה של החסינות העניינית ובין הרשעה פלילית בגין אותה התבטאות. מסלול זה כולל שלוש תחנות חשובות בהן יש להפעיל שיקול דעת משפטי וציבורי בשום-שכל ובאחריות ולהכריע האם יש מקום למצות את הדין עם נבחר הציבור בגין אותן התבטאויות עד כדי הרשעתו בפלילים בגינן. בתחנה הראשונה, עומד היועץ המשפטי לממשלה ולו מסור שיקול הדעת להחליט האם התבטאויות מסוימות, אף שאין מוענקת בגינן חסינות עניינית, מצדיקות העמדה לדין פלילי (ראו בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ (4) 425; בג"ץ 588/94 שלנגר נ' 19

היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (3) 40. כן ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485, 507-511). ודוק: שיקול הדעת המסור ליועץ המשפטי לממשלה אינו מתמצה אך בהחלטה הראשונית האם להגיש כתב אישום אם לאו. ייתכנו מקרים שבהם ימצא היועץ המשפטי לממשלה לנכון לעכב הליכים פליליים שכבר ננקטו, אם כי מדובר מטבע הדברים בנסיבות חריגות ויוצאות דופן המצדיקות מהלך כזה (ראו בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (3) 714, 723-725; ר' גביזון שיקול-דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א) 366). התחנה השנייה במסלול העמדתו של נבחר ציבור לדין על התבטאות או מעשה שעליהם לא חלה חסינות עניינית היא הדיון בועדת הכנסת וההכרעה במליאת הכנסת בדבר נטילת חסינותו הדיונית, בה בוחנת ועדת הכנסת האם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת התקבלה כדין או שמא היא נגועה בטעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות (ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 41-43). התחנה האחרונה במסלול ששרטטנו היא ההליך הפלילי עצמו, אשר במסגרתו בוחן בית המשפט האם הוכחו בראיות יסודות העבירה המיוחסת לנבחר הציבור כנאשם והאם יש להרשיעו באותה עבירה. בכל הנוגע לתחנה אחרונה זו וככל שעניין לנו בעבירות הקשורות בחופש הביטוי, יש להישמר מפני פירוש המרחיב יתר על המידה את גדרן של עבירות אלה שמא תיפגענה במידה העולה על הנדרש החירויות הפוליטיות הנתונות לנבחר הציבור ויפגעו "כלי העבודה" המובהקים שלו – הנאום, המאמר והראיון (לקשיים שמעורר נוסחן הרחב של עבירות אלה ראו מ' קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל (תשנ"ט) 105, 142 וכן ראו דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 193).

השלכותיה של פרשת טיבי על העתירה שבכאן

14. השאלה האחרונה שיש להידרש אליה בעתירה זו היא מה משמעותה של הקביעה שקבע בית משפט זה בפרשת טיבי בקשר עם הוראות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ולפיה אין למנוע מן העותר להתמודד לכנסת השש עשרה. כזכור, עמד לנגד עיני בית המשפט בפרשת טיבי כתב האישום נשוא העתירה שבכאן, משום שהאירועים שאליהם מתייחס כתב האישום התרחשו בעת שהעותר היה חבר הכנסת החמש עשרה וכתב האישום הוגש בנובמבר 2001 לאחר הסרת חסינותו הדיונית של העותר. פסק הדין בפרשת טיבי המתייחס לרשימות ולמועמדים לכנסת השש עשרה ניתן, אפוא, בעוד כתב האישום תלוי ועומד (פסק הדין ניתן ביום 9.1.2003 והנימוקים ניתנו בנפרד

ביום 15.5.2003), והוא כולל התייחסות נרחבת להתבטאויותיו של העותר נשוא כתב האישום. הטעם אשר בגינו לא ראה בית המשפט למנוע מן העותר להתמודד כמועמד בבחירות לכנסת השש עשרה לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, נעוץ היה בהעדר ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות הנדרשות בכגון דא וכלשונו:

אכן, כפי שראינו [...], תנאי הכרחי הוא – כך פורש סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בשורה של פסקי דין – שהראיות הדרושות כדי לקבוע כי יש במעשיו של חבר-הכנסת בשארה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכדי לתמוך במאבק מזוין של ארגוני טרור נגדה תהינה במשקלן ובעוצמתן – משכנעות, ברורות וחד משמעיות. רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפרדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה – הזכות לבחור ולהיבחר. בהציבנו אמת מידה זו לנגד עינינו הננו סבורים כי לא הונחו בפנינו ראיות אשר במשקלן ובעוצמתן מקיימות את המבחן הנדרש. [...] לא שוכנענו כי מונחות בפנינו ראיות משכנעות ברורות וחד-משמעיות כי חבר-הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל (שם, 42-43).

האם קביעה זו משמיעה לנו כי גם לצורך הענקת חסינות עניינית לעותר אין מתקיימת המגבלה בדבר תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור בשל האירועים נשוא כתב האישום? סעיף 7א(א)(3) לחוק יסוד: הכנסת קובע כי אדם לא יהיה מועמד בבחירות לכנסת אם יש במעשיו, במפורש או במשתמע, משום "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל". עמדנו לעיל על הקורלציה ועל הקשר ההדוק הקיים בין ההסדר שבסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ובין ההסדר שבסעיף 1 לחוק החסינות, מבחינת הערכים שעליהם נועדו להגן הסדרים אלה ומבחינת המטרות שנועדו מגבלות אלה להגשים. לכאורה, נראה אפוא כי משנקבע לצורך סעיף 7א(א)(3) לחוק יסוד: הכנסת שאין מקום למנוע את מועמדותו של העותר בבחירות בשל ההתבטאויות נשוא כתב האישום, מאליה מתבקשת המסקנה כי תעמוד לו גם חסינות עניינית על פי סעיף 1 לחוק החסינות בגין אותן התבטאויות. כך טען העותר בפנינו בהדגישו כי תוצאה שונה הנשענת על אותה מסכת עובדתית יש בה כדי להוביל לדיס-הרמוניה משפטית. עוד טען העותר כי אין הצדקה להגביל את פעולתו כנציג ציבור בוחר בל"ד בכנסת, לאחר שכבר עמד בהצלחה באותם מבחנים עצמם בעת שצלח את המחסום שהציב בפניו סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.

15. שאלה דומה באשר ליחסי הגומלין שבין הוראת סעיף 5 לחוק המפלגות והוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, התעוררה בעבר בפרשת יאסין. הנשיא ברק עמד באותה פרשה על הדמיון הרב בין שתי ההוראות, אך הדגיש גם את השוני ביניהן, באומרו:

השיקולים המונחים ביסוד מניעת פתיחתו של שלב ההתחלה (הרישום) אינם זהים לשיקולים המונחים ביסוד מניעת הבשלתו של שלב הסיום (הבחירות). הפגיעה בערכים שהדמוקרטיה אמונה עליהם קשה שבעתיים בשלב הראשון מאשר בשלב השני [...] בגדריו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נפסק כי רק במקרים קיצוניים ומיוחדים ניתן לפסול השתתפותה של רשימה בבחירות; כי הפסילה היא אמצעי אחרון; כי הפירוש שיש לתת לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת הוא דווקני, צר ומצמצם. גישה פרשנית זו ראויה היא. היא מאפשרת תחום צר מאוד למניעת השתתפותה של רשימה בבחירות. לצמצום נוסף של כוח הפסילה, הנתון לפי סעיף 5 לחוק המפלגות, יש אפוא תחום צר מאוד לפעולה. אם סמכות הפסילה על-פי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת היא "דקה", הרי סמכות הפסילה על-פי סעיף 5 לחוק המפלגות היא "דקיקה", ומה דק ההבדל בין דק לדקיק (שם, 69-70).

על פי גישה מדורגת זו בכל הנוגע למבחנים שיש ליישם לעניין פסילתם של מפלגה או מועמד מלהשתתף בהליך הדמוקרטי, סבר הנשיא ברק כי בהחלט ייתכן שיוחלט להכשיר רישומה של מפלגה על פי המבחנים הקבועים בסעיף 5 לחוק המפלגות, אך זו תחסם מלהתמודד בבחירות על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת וכלשונו: "ניתן להלום מפלגה, אשר רישומה לא ייפסל, אך אשר השתתפותה בבחירות תימנע" (ראו פרשת יאסין, 68 ולגישה דומה, המפרידה בין זכותה של מפלגה להשתתף בבחירות ובין ההכרה בכוחה להגשים היבטים מסוימים של מצעה, ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, 800).

בין אם נקבל גישה מדורגת זו בכל הנוגע לקורלציה שבין סעיף 5 לחוק המפלגות וסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ובין אם לאו (לדעה חולקת ראו פרשת איזקסון, 539-540 וכן ראו והשוו ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג (3) 38, 47), נראה מכל מקום שיש להכיר בשוני הגלוי לעין בין הוראות אלה ובין המגבלות החלות על היקפה של החסינות העניינית הקבועה בסעיף 1 לחוק החסינות. כפי שצוין, יונקות המגבלות הנוגעות לחסינות העניינית את השראתן מן ההסדרים שבסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שכן לכל

ההסדרים התחיקתיים הללו מטרה משותפת וערכי יסוד משותפים עליהם הם מבקשים להגן. יחד עם זאת, קיים שוני מהותי בין ההסדר הנוגע לחסינות העניינית ובין שני ההסדרים האחרים. אי-רישומה של מפלגה ואף מניעת רשימתה או מניעת מי ממועמדיה מלהתמודד בבחירות, פוגעות באופן בלתי הפיך בזכויות יסוד של הפרט. אי-רישומה של מפלגה על פי סעיף 5 לחוק המפלגות שולל את חופש ההתאגדות הפוליטי, המבטא את הזכות הנתונה לפרט במדינה דמוקרטית להכריע ולהשפיע על גורלו במדינה שבה הוא חי. מחסום המוצב בפני מפלגה ובפני מועמדיה מלהתמודד בבחירות פוגע אנושות בזכות לבחור ולהיבחר שאף היא מזכויות היסוד במדינה דמוקרטית (ראו י' מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות (תשס"ה) 49-54 (להלן: מרזל, המעמד החוקתי)). שני הסדרים אלה פוגעים, אפוא, בחופש הביטוי הפוליטי הבא לכלל מיצוי באפשרות הניתנת לפרט במדינה דמוקרטית להתאגד לשם קידום תפיסת עולמו ובאפשרות לנסות ולשכנע אחרים לבחור בו כנציג בפרלמנט על מנת לפעול להגשמת הדעות והרעיונות שבהם הוא מאמין. על חשיבותן של מפלגות ועל חשיבותה של זכות הבחירה בהקשר זה עמד פרופ' י' גלנור באומרו כי "אין דמוקרטיה ללא מפלגות ואין דמוקרטיה אמיתית שבה לא ניתנת לאזרח אפשרות לבחור בין שתי מפלגות, או יותר, כמו גם הזדמנויות נוספות להשתתפות פוליטית" (י' גלנור "חוק המפלגות – תרומתו למערכת הפוליטית" מסגרת חוקית לפעילות המפלגות בישראל (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריזם – הכנסת, תשמ"ח) 29, 30; מרזל, המעמד החוקתי, 45-48). הנה כי כן, אי-רישומה של מפלגה פוגע פגיעה רב-מערכתית בקשת הזכויות שמבטאת ההתאגדות הפוליטית. בדרגת פגיעה נמוכה הימנה ניצבת מניעתה של רשימת מועמדי המפלגה או מי ממועמדיה להתמודד בבחירות, אך גם במדרגה זו עניין לנו בפגיעה אנושה בחירויות הפוליטיות של הפרט. בדרגה הנמוכה ביותר במדרג זה ובמרחק רב מן המחסומים שהוצבו בסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ניתן למקם את שלילת החסינות העניינית. עניין לנו במועמד שכבר נבחר לכנסת ומכהן בה כחבר מן המניין. במסגרת תפקידו זה יש לו אפשרות לנאום במליאת הכנסת; להגיש שאילתות, הצעות לסדר היום והצעות חוק; להיות חבר בוועדות הכנסת ולהצביע על חוקים. בכך מגשים חבר הכנסת הלכה למעשה את החירויות הפוליטיות שלו ושל קהל בוחריו. זאת ועוד, אי-הענקת חסינות עניינית היא החלטה אשר מעצם טיבה מצומצמת לנסיבותיו של מקרה קונקרטי שלגביו מתעוררת שאלת החסינות, ואין בה כדי לשלול מידי חבר הכנסת באופן גורף את זכויותיו ואת אפשרויות הפעולה והביטוי העומדות לרשותו במסגרת תפקידו. הבדל מהותי נוסף בין ההסדרים שבסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת נובע מכך שהפגיעה הנגרמת לחופש

הביטוי בשל אי-הענקת חסינות עניינית לחבר הכנסת היא פגיעה בדיעבד, לגבי דברים שכבר נאמרו. על עוצמת הפגיעה הפחותה שיש בהטלת סנקציות בדיעבד בעניינים הנוגעים לחופש הביטוי, עמד השופט א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, בהדגישו כי בעניינים אלה מן הראוי להעדיף אישום פלילי לאחר מעשה על מניעה מראש, וזאת להוציא מקרים שבהם אי-החוקיות הינה "ברורה וגלויה", וכדבריו:

איסור מראש מונע את עצם הפרסום וגורם נזק מידי לחופש הביטוי – נזק שלא ניתן יהיה לעתים לתקנו בעתיד. לעומת זאת, קיומו של הליך פלילי אין בו כדי "להקפיא" את הביטוי, והוא מאפשר ניהולו של הליך הוגן, אשר בסופו תיקבע האחריות לפרסום, ובכך "יצונן" הרצון להביא פרסום חדש (שס, 297; לאותה תפיסה במישור האזרחי ראו גם ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 864-870).

לעניין המדרג שבו עסקינן, ניתן לומר כי המגבלות שבסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת חוסמות מראש את חופש הביטוי הפוליטי של הפרט ולעומת זאת, תחולתן של מגבלות אלה לצמצום היקפה של החסינות העניינית, מצויה כל-כולה במתחם שלאחר המעשה – דהיינו בשלב שבו כבר מימש חבר הכנסת את חופש הביטוי שלו והשאלה הנבדקת היא האם יש מקום לאפשר את העמדתו לדין פלילי בגין כך. מדרג הפגיעות בכל אחד מן ההסדרים שתיארנו – סעיף 5 לחוק המפלגות, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ולבסוף סעיף 1 לחוק החסינות – מצדיק שוני ביישום "הקווים האדומים" המשותפים לכל ההסדרים הללו. מכך נגזרת המסקנה כי בהחלט ייתכנו מקרים אשר בהם יוחלט שאין למנוע ממפלגה או ממועמד מסוים את ההתמודדות לכנסת מכוח סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, אך אותה תשתית עובדתית עצמה עשויה להוליך אל המסקנה כי לעניין החסינות העניינית נחצה "קו אדום" באופן המצדיק את חשיפתו של חבר הכנסת להליך פלילי בגין הדעות שביטא או המעשים שעשה.

16. כזה הוא המקרה שבפנינו. בפרשת טיבבי התייחס בית המשפט לעוצמת הפגיעה בחירויות הפוליטיות של הפרט מקום שבו נחסמים מפלגה או מועמד מלהתמודד בבחירות לכנסת. בהדגישו את עוצמתה הרבה של פגיעה זו ואת המגמה המחמירה והמצמצמת שיש לנקוט בהקמת המחסום מפני התמודדות בבחירות על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, קבע בית המשפט שורה של אמות מידה פרשניות ומבחינים המשקפים מגמה מצמצמת זו ואלו הם:

ראשית, הפנייה אל מטרותיה של רשימת מועמדים היא פנייה אל "מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" (שם, שם). "הסמכות שהוענקה בסעיף 7 איננה מיועדת לדברים שהם שוליים ואשר השלכתם על המכלול הרעיוני או הביצועי איננה משמעותית ורצינית. הכוונה לתופעות... שהן בגדר מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" (שם, שם). עניין לנו אפוא במטרות שהן יעד "שליט" (בלשונו של השופט מ' חשין בדיון בפני ועדת הבחירות לכנסת ה-16, פרוטוקול הדיונים של ועדת הבחירות מיום 31.12.2002, בעמ' 612); שנית, מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה – ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים – נלמדות הן מהצהרות מפורשות שיש בהן היגד ישיר הן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי (פרשת ניימן השנייה, בעמ' 188); שלישית, לא די במטרות בעלות אופי תאורטי. יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתו" (שם, בעמ' 196; ראו גם פרשת בן שלום, בעמ' 284). חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית. לא די בפעילות ספורדית. הפעילות צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה (ראו פרשת יאסין, בעמ' 66). [...] לבסוף, הראיות המבססות את המטרות והמעשים המביאים לידי מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" (פרשת ניימן השנייה, בעמ' 196; פרשת ניימן הראשונה, בעמ' 250). (שם, 18).

בהינתן דרישות כלליות אלה ניפנה בית המשפט שם לבחון האם יש מקום לחסום את מועמדותו של העותר מלהתמודד בבחירות לכנסת השש עשרה. בחינה זו כללה, כאמור, התייחסות גם אל ההתבטאויות נשוא כתב האישום העומדות במרכז העתירה שבפנינו. בסופו של דבר וכפי שכבר ציינו לעיל, קבע בית המשפט בפרשת טיבי כי חומר הראיות שהוצג בפניו מותיר אותו בספק האם אומנם יש באותן ראיות כדי להצביע באופן משכנע, ברור וחד-משמעי שהעותר אכן תומך במאבק מזויין כנגד מדינת ישראל. עוד קבע בית המשפט כי הספק לעניין זה צריך שיפעל לטובת העותר. מטעם זה, ומטעמים נוספים הנוגעים למגבלות האחרות שבסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, הגיע בית המשפט למסקנה כי אין למנוע מן העותר את ההתמודדות לכנסת השש עשרה (ראו פרשת טיבי, 40-43).

17. נקודת המוצא בכל הנוגע לבחינת היקפה של החסינות העניינית על פי סעיף 1 לחוק החסינות שונה לחלוטין מאמות המידה בהן נוקט בית המשפט בעת שהוא בוחן את מניעת ההתמודדות בבחירות על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. ראשית, השאלה בדבר הענקת חסינות עניינית או אי-הענקתה מתעוררת מטבע הדברים לגבי מקרה קונקרטי ואין צורך להראות כי מדובר במאפיינים דומיננטיים הניצבים במרכז פעילותו והתבטאויותיו של חבר הכנסת בדרך כלל. אף על פי כן, לא למותר לציין כי בפרשת טיבי קבע בית המשפט שהמעשים וההתבטאויות המיוחסים לעותר, ובראשם התבטאויותיו כחבר הכנסת החמש עשרה בשני האירועים נשוא האישום, מתאפיינים בין היתר בתמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל ועוד קבע כי מטרה זו מונחת במרכז פעולותיו של העותר, כיעד שליט המוצא מן הכוח אל הפועל בפעילות חוזרת ונשנית ובעוצמה רבה. שנית, לעניין מניעת השתתפות בבחירות על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, יש להציג "ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" בדבר מטרותיהם ומעשיהם של המועמד או הרשימה. לעומת זאת, נקודת המוצא לצורך קביעת היקפה של החסינות העניינית היא, כאמור, כי עובדות כתב האישום אכן תוכנה (ראו פרשת פנחסי, 674). על בסיס הנחה זו על בית המשפט לבדוק האם יש מקום להעניק לחבר הכנסת חסינות עניינית, או שמא מדובר לכאורה בחציית "הקווים האדומים" שביסוד השיטה ועל כן אין להעניקה לו.

18. אודה ולא אכחד, המסקנה שאין להעניק חסינות עניינית לחבר הכנסת העותר בשל נאום פוליטי, שהינו כרגיל כלי העבודה הטבעי העומד לרשותו לצורך מילוי תפקידו, אינה קלה כלל ועיקר. אולם, בעיני אין מנוס מכך נוכח העובדה כי עניין לנו בהבעת דעה סדורה ומחושבת מראש, בשתי הזדמנויות, הניצבת בעיבורו של המתחם האסור – תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור – והרחק הרחק מעבר ל"קו האדום" אותו הציבה הדמוקרטיה הישראלית כהגנה על עצם קיומה. אכן, טרור ודמוקרטיה משולים לאש ומים ואין הם יכולים לדור בכפיפה אחת. אש הטרור לא יכירנה מקומה במשטר דמוקרטי וכדברי הנשיא ברק בפרשת טיבי, "דמוקרטיה מבוססת על דיאלוג, לא על כוח; על שכנוע ולא על אלימות. מי שאינו מוכן לקיים בעצמו את 'כללי המשחק' הדמוקרטיים לא יישמע בטענתו כי האחרים חייבים לפעול על-פי כללים אלה כלפיו" והוסיף הנשיא ברק ואמר כי "הדמוקרטיה רשאית [...] להתגונן כנגד מי שנאבק בה במאבק מזוין. דבר אחד הוא לשאוף לשנות הסדרים חברתיים באמצעות הכלים הלגיטימיים אשר הדמוקרטיה מעמידה לרשותה של רשימת מועמדים; דבר אחר הוא

לשאוף לשינוי הסדרים באמצעות תמיכה במאבק מזוין כנגד המדינה" (שס, 24, -27).
26).

19. הנימוקים הנוספים שהעלה העותר לחלופין בכל הנוגע להליך הסרת חסינותו הדיונית אינם מגלים טעם של ממש להתערבותו ועיון בפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בוועדת הכנסת וכן במליאה מלמד כי בניגוד לטענות שהעלה העותר, התקיים בסוגייה זו דיון מקיף, ענייני וממצה, שאין למצוא בו פגם.

סוף דבר

20. מכל הטעמים שפורטו לעיל, אציע לחברי לדחות את העתירה בלא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

צר לי, אך אין בידי להסכים לפסק דינה של חברתי, השופטת א' חיות. אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו פוסקים כי עומדת לעותר חסינות עניינית כנגד האישום שהוגש נגדו בבית משפט השלום בנצרת. חברתי העמידה "קווים אדומים" מעבר להם לא חלים דיני החסינות. על-פי גישתה, עניינו של העותר חוצה קווים אלה, ועל כן אין מתעוררת כלל בעניינו שאלה של חסינות עניינית. דעתי שונה. לדעתי העותר אינו חוצה קווים אלה, ואף מצליח להיכנס לגדריה של החסינות העניינית. אעמוד על כל אחד משני היבטים אלה בנפרד.

תיקון 29 לחוק החסינות

1. הולך אני כברת דרך בדרכה של חברתי. שלוש מקביעותיה המרכזיות בפסק דינה מקובלות עלי. ראשית, מקובל עלי כי חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29) תשס"ב-2002 (להלן – תיקון 29) הקובע, בין השאר, כי התבטאות של חבר הכנסת שיש בה משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, אין רואים בה כהבעת דעה שנעשתה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת, הינו "תיקון מבהיר" (דקלרטיבי). הוא משקף את המצב המשפטי ששרר גם קודם לו.

תיקון זה מעגן בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן – חוק החסינות) מגבלות דומות למגבלות המוטלות על רישום מפלגות (סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992) ועל התמודדותם של מועמדים ורשימות בבחירות לכנסת (סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת). מגבלות אלה קובעות את "הקווים האדומים", כלשונה של חברתי, אותם אל לו לחבר הכנסת לחצות. חבר כנסת אשר חצה קווים אלה, אין לראות במעשיו משום מעשה שנעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. שנית, מקובלת עלי עמדתה של חברתי, אותה הבעתי גם אני בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל (פ"ד מט(1) 661; להלן פרשת פנחסי), לפיה לצורך ניתוח טענת חסינות אנו יוצאים מנקודת ההנחה כי עובדות כתב האישום יוכחו כראוי (ראו פרשת פנחסי, עמ' 674). שלישית, מקובלת עלי עמדתה של חברתי כי ישנו הבדל בין מידת השכנוע הנחוצה לצורך פסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות לבין מידת השכנוע הנחוצה לצורך קביעה כי התבטאות מסוימת אינה חוסה תחת החסינות העניינית. הבדל זה נובע מכך שמניעה מראש מלהתמודד בבחירות פוגעת פגיעה קשה יותר בחירויות הפוליטיות מהפגיעה הנגרמת לחירויות אלה כתוצאה משלילתה של החסינות העניינית מחבר הכנסת. אולם, קבלתן של שלוש הנחות אלה אינה מובילה למסקנתה של חברתי.

2. העותר שבפנינו מואשם בעבירה של תמיכה בארגון טרור (על דרך של אמירת דברי שבח ואהדה). תיקון 29 קובע כי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור היא זו הנופלת אל מחוץ לגבולותיה של החסינות העניינית. בין השניים אין חפיפה מלאה. תיקון 29 אינו קובע כי כל תמיכה, או אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור, נופלים אל מחוץ לגבולותיה של החסינות העניינית. לפיכך, אף כי מקובל עלי כי תיקון 29 תיקון מבהיר הוא, ואף אם נניח, כפי שצריכים אנו להניח בשלב זה, כי האישום נגד העותר יוכח, לא יהיה באלה כדי להכריע בשאלה האם עומדת לו לעותר חסינותו העניינית כנגד אישום זה, אם לאו. לצורך הכרעה בשאלה זו יש לברר האם התבטאויותיו של העותר עולות כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. לכאורה, השלב הראוי לקיומו של בירור זה הוא בשלב הטענות המקדמיות במסגרת ההליך הפלילי בפני הערכאה הדיונית. במסגרת הליך זה יוכלו הצדדים להשמיע טענותיהם ולהציג ראיותיהם לעניין השאלה האם התבטאויותיו של העותר עולות כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, אם לאו, ובית המשפט יוכל לתת הכרעתו בשאלת החסינות העניינית על סמך טענות וראיות אלה. דעתי היא, אם כן, שראוי היה ששאלה זו תוכרע בשלב הטענות המקדמיות בבית משפט השלום בנצרת. אולם, משהחליט בית

המשפט לא להכריע בשאלה זו, ומשהצדדים בפנינו הסכימו שנדון ונכריע בשאלה לגופה, נדון בה אפוא, ונכריע בה, על סמך הטענות והראיות שהוצגו בפנינו.

3. האם ניתן לראות בהתבטאויות העותר תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור? אם התשובה לשאלה זו תהיה בחיוב, יסתיים דיוננו במסקנה שדבריו של העותר נופלים לגדר האיסור הקבוע בתיקון 29, ולפיכך לא עומדת לו לעותר חסינותו העניינית. אם התשובה לשאלה זו תהיה בשלילה, מסקנתנו תהיה שתיקון 29 לא חל על המקרה שבפנינו, ויהיה עלינו לבחון האם חוסות התבטאויות העותר תחת החסינות העניינית בהתאם למבחנים המקובלים עלינו בהקשר זה. האם עולים דבריו של העותר כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור? אין זו הפעם הראשונה ששאלה זו עולה בפנינו. שאלה זו נידונה בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי (פ"ד נז(4) 1; להלן – פרשת טיבי). בפרשה זו נדונה, בין השאר, החלטתה של ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה למנוע מהעותר ומהרשימה בראשה עמד מלהשתתף בבחירות. החלטה זו נשענה על שני נימוקים. ראשית, ועדת הבחירות סברה כי נתקיימה בעותר העילה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינה מניעת מועמדותו של אדם בבחירות, אם יש במעשיו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. שנית, ועיקר לענייננו, כי נתקיימה בעותר העילה הקבועה בסעיף 7א(א)(3) לחוק היסוד, שעניינה מניעת מועמדותו של אדם בבחירות, אם יש במעשיו תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. הראיות המרכזיות עליהן התבססה מסקנת ועדת הבחירות במסגרת העילה השניה היו התבטאויותיו של העותר בנאום אום אל-פחם ובנאום סוריה, הן הן ההתבטאויות העומדות בבסיס כתב האישום שבמוקד עתירה זו.

4. החלטות אלה של ועדת הבחירות הובאו לאישורנו בהתאם לסעיף 7א(ב) לחוק היסוד. החלטנו, בדעת רוב, כי אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות. קבענו כי לא שוכנענו, ברמת הוודאות הנדרשת במקרים של פסלות בחירות, כי התבטאויות העותר עלו כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. עמדתי בפרשה זו על ההבחנה בין תמיכה סתם לבין תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור:

"האם חבר הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל? ודוק, השאלה לפנינו אינה אם חבר הכנסת בשארה תומך בארגון טרור. שאלה זו ניצבת במרכז ההליך הפלילי המתנהל נגדו, ולא נביע בה כל עמדה. השאלה שלפנינו

הינה אם חבר הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין של ארגון טרור. כפי שראינו, טענתו של חבר הכנסת בשארה הינה כי מגישתו הדמוקרטית-ליברלית נגזרת התנגדות לאלימות ולמאבק מזוין. על-פי השקפתו, ניתן להתנגד למה שהוא מכנה 'כיבוש' בלא לנקוט מאבק מזוין. על כן הוא מתנגד לכל פגיעה באזרחים" (פרשת טיבי, ע' 42).

יצוין, שגם יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, השופט מ' חשין, הבחין הבחן היטב בין הדברים, וקבע כי לא הרי תמיכה בארגון טרור, כהרי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. עמדתו הייתה כי דבריו של העותר לא עלו כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. וכך הצגנו את עמדתו של השופט מ' חשין בפרשת טיבי:

"עוד הסביר השופט מ' חשין כי תמיכה בארגון טרור לא מהווה עילת פסילה, וכי נדרש לבסס תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור כנגד ישראל (עמ' 602 לפרוטוקול). התמיכה צריכה להיות בדרך הטבע, יום יום ובארגון טרור ספציפי (עמ' 603 לפרוטוקול). השופט מ' חשין הציג את עמדתו לפיה על מנת למנוע אדם או רשימת מועמדים מלהשתתף בבחירות יש להראות שעילת הפסילה היא 'דבר דומיננטי... שלילה מוחלטת של המדינה, גזענות מוחלטת, תמיכה בארגון טרור מוחלט כאילו שאני חבר חמאס... או חיזבאללה (עמ' 661 לפרוטוקול). בסופו של דבר, הציג השופט מ' חשין את עמדתו לפיה לאחר עיון במכלול החומר לא נראה כי בוססה בעניין זה ... תמיכה מוחלטת במאבק מזוין (שם). השופט מ' חשין ציין כי 'אני חושב שהדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה חזקה... אנחנו יכולים לסבול גם חריגים, ויהיו קיצוניים אפילו' (עמ' 661 לפרוטוקול). על רקע זה הגיע השופט מ' חשין למסקנה כי אין מקום למנוע את השתתפות ח"כ בשארה בבחירות לכנסת". (שם, ע' 39).

זו הייתה גם מסקנתנו בפרשת טיבי:

"הננו סבורים כי לא הונחו בפנינו ראיות אשר במשקלן ובעוצמתן מקיימות את המבחן הנדרש. ... לא שוכנענו כי מונחות בפנינו ראיות משכנעות ברורות וחד משמעיות כי ח"כ בשארה תומך במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל" (שם, ע' 43).

5. ההבחנה בין תמיכה סתם בארגון טרור, באמצעות אמירת דברי שבח, לבין תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, אינה הבחנה סמנטית בלבד. היא מתבקשת

מלשונו המפורשת של החוק. היא מתבקשת גם מתכליתו. הבחנה זו משקפת את ניסיונו של המחוקק לאזן בין הרצון להגן על יסודות קיומה של המדינה לבין הרצון להגן על חירויות היסוד הפוליטיות כגון הזכות לבחור ולהיבחר (ככל שמדובר בסעיף 7א לחוק היסוד) וחופש הביטוי הפרלמנטרי (ככל שמדובר בתיקון 29). אכן, מקובל עלי שקיים שוני בין מידת השכנוע הנחוצה לצורך פסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות לבין מידת השכנוע הנחוצה לצורך קביעה כי התבטאות מסוימת אינה חוסה תחת החסינות העניינית. שוני זה נובע מכך שמניעה מלהתמודד בבחירות פוגעת פגיעה קשה יותר, ומראש, בחירויות הפוליטיות, מאשר הפגיעה הנגרמת לחירויות אלה כתוצאה מהקביעה כי על התבטאות מסוימת לא חלה החסינות העניינית, שהיא פגיעה מצומצמת יותר בהיקפה, אשר באה בדיעבד. עם זאת, אין להגזים בהיקפו של פער זה. המרחק בין ראיות משכנעות, ברורות, וחד משמעיות (הנדרשות לעניין הקו האדום עליו מדברת חברתי) לבין הראיות הנדרשות לצורך שלילתה של החסינות העניינית (במסגרתו של הליך פלילי) איננו רב כלל ועיקר.

6. דעתי היא שהמשיבים לא הוכיחו בפנינו, במסגרת בחינתה של טענת החסינות העניינית כטענה מקדמית בהליך הפלילי – כשם שלא הוכיחו בפרשת טיבי – כי בדבריו של העותר יש משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור (להבדיל מתמיכה בארגון טרור על-דרך אמירת דברי שבח ואהדה). אכן, לו התקיים הדיון בשאלה זו בפני הערכאה הדיונית, יכולים היו המשיבים להציג ראיות נוספות התומכות בעמדתם. אף העותר יכול היה להוסיף על הראיות והטענות שהושמעו בפני ועדת הבחירות המרכזית ובפני בית משפט זה בפרשת טיבי. אולם לא נעשה כך. חומר הראיות שלפנינו איננו אלא קטעים מסוימים מהנאומים אותם נשא העותר. חומר ראיות זה כולו נפרש בפנינו בפרשת טיבי, ולא נוסף עליו דבר. אף בטענות הצדדים אין חדש. בעניין שלפנינו לא שוכנעתי כי ניתן לראות בהתבטאויות העותר תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, וזאת במידת השכנוע הנדרשת לצורך קביעה כי הם חוצים את אותם "קווים אדומים" מעבר להם לא משתרעת החסינות העניינית. בפרשת טיבי קבענו:

"לא שוכנענו כי מונחות בפנינו ראיות משכנעות ברורות וחד משמעיות כי ח"כ בשארה תומך במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל. אף בעניין זה, אין להתעלם מן החומר הרב שהוגש לנו. עם זאת, אין בו כדי לקיים את ה'מסה' הראייתית הקריטית הנדרשת בעניין זה. אכן, לא נכחיש כי קיים ספק בליבנו. אך ספק זה צריך לפעול - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות - לטובת החירות לבחור ולהיבחר" (שם, ע' 43).

גם בעתירה שלפנינו – הנדונה במסגרתו של ההליך הפלילי – לא שוכנעתי כי העותר תומך במאבק מזוין כנגד ישראל. העותר לא נחקר על כך בערכאה הדיונית. לא הובאו בעניין זה ראיות מעבר למה שהיה בפני בית משפט זה בפרשת טיבי. בנסיבות אלה – וחרף השוני ברמת ההוכחה – הנני סבור כי יש מקום למסקנה דומה.

7. הנה כי כן, אף כי מקובלת עלי עמדת חברתי לפיה תיקון 29 לחוק החסינות תיקון דקלרטיבי הוא, ואף אם נניח, כפי שנדרש בעתירה מעין זו שבפנינו, כי כתב האישום כנגד העותר יוכח, לא יהיה בכך כדי לבסס את המסקנה לפיה דבריו של העותר עולים כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. לפיכך, לא יהיה בכך כדי לבסס את המסקנה שתיקון 29 חל בענייננו. אמנם, יהיה בכך כדי להוביל אותנו למסקנה שהעותר עבר עבירה של אמירת דברי שבח או אהדה לארגון טרור. אלא שעבירה זו אינה נופלת בגדר המגבלות המפורשות המוטלות על החסינות העניינית בתיקון 29. מדובר, במובן זה, בעבירה "רגילה" עליה חלים המבחנים שפותחו בפסיקתו של בית משפט זה בעניין היקפה של החסינות העניינית. לבחינתם של מבחנים אלה אעבור עתה.

סעיף 1(א) לחוק החסינות

8. האם עומדת לעותר חסינותו העניינית לעניין התבטאויותיו? האם נעשו התבטאויותיו של העותר שלפנינו "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת"? לדיבור "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" שבסעיף 1(א) לחוק החסינות יש ליתן את המשמעות שתגשים את תכליתו. חברתי עמדה בהרחבה על המסגרת הנורמטיבית של החסינות העניינית ועל התכליות שבבסיסה. לדברים אלה מסכים אני. כדברי חברתי, נועדה החסינות העניינית, בראש ובראשונה, "להבטיח כי חבר הכנסת יוכל למלא נאמנה את תפקידו ולייצג את ציבור בוחריו תוך מתן ביטוי חופשי ומלא לדעותיו ולהשקפותיו, ללא חשש וללא מורא" (פיסקה 6 לפסק דינה של חברתי). חסינות זו לא ניתנה לחברי הכנסת לרווחתם האישית. אין היא פריבילגיה שלטונית ממנה נהנה חבר הכנסת מתוקף מעמדו הרם. החסינות העניינית ניתנה לחברי הכנסת על מנת להבטיח אינטרסים ציבוריים חיוניים. ראשית, חסינות זו חיונית על מנת להבטיח את זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי. החסינות העניינית מגנה על זכותם של האזרחים כולם שדעותיהם והשקפותיהם תישמענה, באמצעות נציגיהם הנבחרים, במסגרות השונות של הדיון הציבורי בכלל, ובבית הנבחרים בפרט. הגנה זו חיונית היא בעיקר לאזרחים חברי קבוצות המיעוט

באוכלוסיה. במובן זה, החסינות העניינית אף מקדמת את השוויון האזרחי, בכך שהיא מגנה גם על זכותם של חברי קבוצות המיעוט באוכלוסיה לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי, ומגנה עליהם, על ידי כך שהיא מגנה על חבר הכנסת המייצג את ענייניהם ואת השקפותיהם, מפני כוחו של הרוב. שנית, החסינות העניינית חיונית היא על מנת להבטיח שוק חופשי של רעיונות ודעות. גם כאן, חשובה חסינות זו במיוחד כאשר מדובר בדעות וברעיונות מרגיזים ומקוממים, והיא דרושה במיוחד לנבחרי ציבור המבטאים דעות הנתפסות, בעיני רוב הציבור, ככאלה. אכן, "חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 279).

שלישית, וכתוצאה מהאמור עד עתה, החסינות העניינית חיונית היא על מנת להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון. הנה כי כן, כדברי חברתי, התכליות המונחות ביסוד החסינות העניינית הן מגוונות. הן באות להגן על חירויות היסוד הפוליטיות. הן באות לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת. הן מבטאות רצון להבטיח את עצמאותו ואת חופש הפעולה של חבר הכנסת. הן נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי. מנגד, אין להתעלם מהתכליות (הכלליות) האחרות של חוק החסינות. ככל חוק אחר, הוא נועד להגשים את שלטון החוק – לרבות שלטון החוק בחברי הגוף המחוקק – ואת השוויון בפני החוק. כיצד ייפתרו ניגודים אלה? נקודת האיזון הראויה בין תכליות אלה היא נקודת האיזון המשתקפת במבחן "מתחם הסיכון הטבעי" עליו עמדה חברתי. החסינות העניינית תעמוד לחבר הכנסת רק באותם מקרים בהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה (ראו פרשת פנחס, 686-7).

9. דעתי היא כי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מתקיים בנסיבות שלפנינו. לא בנקל הגעתי למסקנה זו, ואין היא מובנת מאליה. אכן, מדובר לדעתי ב"מקרה קשה" ליישום של מבחן הסיכון הטבעי. אכן, דבריו של העותר והנסיבות בהן נאמרו מתקרבים, לטעמי, אל קו הגבול שמעברו לא ניתן יהיה לומר כי נופלים הם לגדר הסיכון הטבעי הכרוך במילוי תפקידו של חבר הכנסת. עם זאת, דעתי היא שבנסיבות העניין, ובהתחשב בשאר השיקולים הרלוונטיים לענייננו, המסקנה הראויה היא שמבחן הסיכון הטבעי מתקיים בעותר שבפנינו. עמדתי זו מבוססת על שלושה טעמים. ראשית, ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת בשארה נאמרו במסגרת נאומים פוליטיים אותם נשא. הנאומים עסקו בנושאים מדיניים-פוליטיים רחבים. נאומים אלה נמשכו זמן רב ובמהלכם נאמרו דברים רבים. בין השאר, נאמרו הדברים שמיוחסים לעותר בכתב

האישום. אין לומר שדברים אלה היוו חלק מרכזי בנאומים. לא ניתן לומר, והמשיבים אף לא טענו זאת בפנינו, כי מטרתם העיקרית של נאומים אלה הייתה תמיכה בארגון טרור. הדברים שנאמרו בהקשר זה מהווים אך חלק ממכלול הדברים שאמר העותר. שנית, העבירה בה מואשם העותר היא עבירה הקשורה בחופש הביטוי. אף לעניין זה נודעת חשיבות בקביעת גבולותיו של "מתחם הסיכון הטבעי", וזאת לנוכח מרכזיותו של הביטוי במילוי תפקידיו של חבר הכנסת. שלישית, לנוכח הלשון הרחבה בה מנוסחות, בדרך כלל, העבירות הקשורות בחופש הביטוי, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, המרדה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור, ישנו 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.

10. בחוות דעתי בפרשת פנחסי התייחסתי מפורשות לסוגיית הנאומים הפוליטיים ולעבירות הקשורות בהם, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, והמרדה. עמדתי על כך כי מטרתה של החסינות העניינית היא להבטיח כי חבר הכנסת לא יימנע מלהביע דעתו בעניינים ציבוריים אך בשל החשש שהוא עשוי לחצות את הגבול בין מותר ואסור במקרים מסוימים. לעניין זה אמרתי את הדברים הבאים:

"החברות בכנסת מחסנת את חברי הכנסת בפני פעולות אסורות שהן בגדר 'סיכונים מקצועיים'. העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה. החסינות העניינית נועדה ליתן לו חסינות בתחום סיכון זה ... מטרתה של החסינות העניינית הזו לאפשר לחבר הכנסת להביע דעתו באופן חופשי, בלא שיימנע מלומר דברים חוקיים שתפקידו דורש ממנו לומר, אך בשל החשש כי הוא עלול להכשל בלשונו, והוא עשוי לגלוש מהדיבור המותר והחוקי, לעבר הדיבור האסור והבלתי חוקי" (שם, שם).

אכן, עבירות הקשורות בחופש הביטוי כרוכות, מטבען ומטיבן, בביצוע תפקידו של חבר הכנסת. הביטוי הפוליטי – הנאום, המאמר, והראיון – הם כלי עבודתו העיקריים של חבר הכנסת. באמצעות הביטוי הפוליטי מתאפשר לחבר הכנסת לבטא את עמדותיו ועמדת ציבור בוחריו בסוגיות ציבוריות. זהו תפקידו המרכזי של חבר הכנסת. חבר כנסת המתבטא בעניינים פוליטיים מצוי בלב ליבה של הפעילות הפרלמנטרית. הגנה על חבר הכנסת בפעילות זו היא תכליתה המרכזית של החסינות העניינית. העוסק

בביטוי פוליטי כחלק מרכזי מתפקידו ממילא מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בחופש הביטוי, כגון הסתה, המרדה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור. זאת, משני טעמים מצטברים. ראשית, בשל הלשון הרחבה והכוללנית של איסורים פליליים אלה (לעניין הלשון הרחבה והכוללנית של האיסור על הסתה ראו, למשל, ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221). העבירה בה מואשם העותר רחבה מכל רחבה. סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, בו מואשם העותר, קובע כי:

"המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או קריאה לעזרה או תמיכה בארגון טרוריסטי; או ... העושה מעשה שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרוריסטי או אהדה אליו, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיסמה או בהשמעת המנון או סיסמה, או כל מעשה גלוי דומה המגלה בבירור הזדהות או אהדה כאמור, והכל במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לראות או לשמוע גילוי כזה של הזדהות או אהדה ... יואשם בעבירה".

כדברי פרופסור קרמניצר:

"הקושי הוא שהביטויים 'שבח', 'עידוד', ו'אהדה' הם רחבים ביותר ... האם אמירה לפיה 'אלמלא האינתיפדה לא היה נכרת הסכם אוסלו' איננה בבחינת אהדה למעשי אלימות? האם תיאור קיפוחו של המיעוט הערבי והקושי או אי-האפשרות לחולל שינוי משמעותי בעניין זה אינו עידוד אלימות? האם תיאור אמצעי הדיכוי הננקטים בשטחים המוחזקים תוך ביקורת חריפה ונוקבת עליהם איננו עידוד כזה? האם מחקר היסטורי המצביע על כך שבמצבים מסוימים לא ניתן להשיג את תשומת ליבו של הרוב למצוקתו של המיעוט, אלא תוך שימוש באלימות, הוא עידוד לאלימות? האם התייחסות לקשר שבין מעשיה של הממשלה לבין פעולות טרור אינה מעודדת טרור? מדובר בפרסום דברים המצויים בלב התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי" ("פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'", משפטים ל, 105, בע' 142 (1999)).

שנית, חברי כנסת, לעתים קרובות, מתבטאים בנושאים מעוררי מחלוקת, ובאופן העשוי להיראות כבוטה ומקומם בעיני חלק מבני החברה. בעיקר אמורים הדברים בחברה הישראלית (ראו א' בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", משפטים ל, 29

((1999)). כך הוא הדבר ביחס לעבירת ההסתה. כך הוא הדבר גם ביחס לעבירה שעניינה אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור. טבעי הדבר כי לנוכח השקפותיו של העותר, מצעה של מפלגתו, ולנוכח עמדותיו של ציבור בוחריו, ימצא עצמו העותר מביע עמדות בנושא הסכסוך הישראלי-ערבי, על היבטיו השונים. עמדות אלה עשויות להיראות בוטות ומקוממות בעיני חלק גדול מבני החברה. גם כאן, גדול הסיכון שדבריו יתפרשו כדברי שבח ואהדה לארגון טרור. קיים גם הסיכון שבמקרים מסוימים דבריו יגלשו ובפועל אכן יהוו דברי שבח ואהדה לארגון טרור. אולם, אסור שבשל סיכונים אלה ימנע העותר ממילוי תפקידו והגשמת שליחותו הציבורית. החסינות העניינית נועדה לספק לו את ההגנה הדרושה לצורך כך. דעתי היא, אם כן, שהעובדה שהתבטאויות מדיניות-פוליטיות מהוות כלי עבודה מרכזי של חבר הכנסת, ההקשר הקונטרוברסיאלי במסגרתו מתבטא העותר לעתים קרובות במסגרת מילוי תפקידו, ולשונו הרחבה והכוללנית של האיסור הפלילי הנוגע לדברי שבח ואהדה לארגון טרור, מובילים כולם לידי המסקנה שההסתכנות באמירת דברים העולים כדי דברי שבח ואהדה לארגון טרור אף היא "סיכון מקצועי" של חבר הכנסת, וכי התבטאויות מעין אלה הן על-כן ב"מתחם הסיכון" שהפעילות הפרלמנטרית יוצרת מטבעה ומטיבה. לפיכך, התבטאויות מעין אלה תחסנה, ככלל, במסגרת החסינות העניינית, ובלבד שלא נעשו תוך ניצול לרעה של החסינות העניינית.

11. מסקנתי היא, אם כן, שהעבירה של תמיכה בארגון טרור נעברה על ידו של העותר – אם אמנם נעברה, וכך אנו מניחים לצורך עתירה זו – כחלק אינטגרלי מהפעולות הלגיטימיות של הבעת עמדה בסוגיות מדיניות-פוליטיות, וכעניין נגרר או משני לה. נמצא כי לשיטתי, עומדת לו לעותר חסינותו העניינית ביחס להתבטאויות בגינן הוגש נגדו כתב האישום.

סיכום

12. לאור מסקנתי כי עומדת לעותר החסינות העניינית כנגד העמדה לדין בגין ההתבטאויות אותן התבטא, אין עוד צורך לדרון בטענות הקשורות בהליכים שהובילו להסרתה של החסינות הדיונית.

13. לבסוף, אציין כי אין דבר בפסק דיני שיש בו כדי לקבוע כי התבטאויותיו של העותר ראויות הן. נהפוך הוא: ההנחה שיצאתי ממנה הייתה כי בהתבטאויותיו עבר העותר עבירה פלילית של תמיכה בארגון טרור. אכן, דבריו של העותר קשים הם,

וצורמים הם את האוזן מאד. אך מצאתי, כי נאמרו הם במסגרת מילוי תפקידו, ולמען מילוי תפקידו, של העותר כחבר הכנסת. עלינו לשמור ולהגן על יכולתם של חברי הכנסת למלא את תפקידם ללא מורא ופחד. הגנה זו, לשמה נועדה החסינות העניינית, מהווה אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה. הגנה זו חיונית היא לקיומן של חירויות היסוד הפוליטיות. חיונית היא לקיומה של הדמוקרטיה הישראלית.

לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את העתירה, קובעים כי לעותר עומדת חסינותו העניינית שאינה ניתנת לנטילה, ועל כן היינו עושים את הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שההליכים הפליליים המתקיימים כנגד העותר יבוטלו.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

1. עיינתי בפסקי-הדין של חברי, הנשיא א' ברק ושל חברתי, השופטת א' חיות. חברי הנשיא סבור כי לעותר עומדת חסינות עניינית בגין ההתבטאות עליהן נסב כתב האישום נגדו. חברתי השופטת חיות סבורה כי עניינו של העותר אינו בא בגדר החסינות המהותית. שותף אני למסקנתו של חברי הנשיא. גם לדעתי, נכנסות התבטאויותיו של העותר אל תוך מסגרת החסינות המהותית. אבקש עם זאת להוסיף בעניין זה את הדברים הבאים.

חברי חלוקים בשאלה בסיסית: האם עניינו של העותר מצוי מחוץ "לקווים האדומים" של החסינות העניינית, עד כי אין צורך ואין עוד מקום לנקוט במבחני האיזון שנקבעו בפסיקה ובהם "מתחם הסיכון הטבעי" – כך דעתה של חברתי השופטת א' חיות; או שמא, למרות הקושי שמעורר מקרה זה, צריך גם הוא, בסופו של יום, להתברר לפי מבחני האיזון שהותוו בפסיקת בית משפט זה לאורך השנים ביחס לשאלת החסינות – כך סבור חברי הנשיא. ההכרעה בשאלה זו – לכאן או לכאן – מצריכה בחינה של נפקות תיקון 29 לחוק החסינות (חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29), תשס"ב-2002 (להלן: תיקון 29)). ואולם הכרעה זו נובעת, כך נראה, גם מתפיסה ערכית באשר לאופן ההתמודדות הראוי של חברה דמוקרטית, ושל החברה הישראלית בפרט, עם אמירות מן הסוג שהשמיע העותר. הן ביחס לשאלה

הסטטוטורית – פועלו של תיקון 29 – הן ביחס לשאלה הערכית, מוצא אני את עצמי בעמדתו של חברי הנשיא, מטעמיו ומטעמי שלי.

2. כתב האישום שהוגש נגד העותר מייחס לו עבירות של ביטוי. מדובר, כמפורט בחוות הדעת של חברי, בשני נאומים שנשא העותר, ואשר בגינם הוא נאשם בשתי עבירות של תמיכה בארגון טרוריסטי, לפי סעיפים 4(א), 4(ב) ו-4(ז) לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. השאלה האם חוסות התבטאויותיו של העותר תחת כנפי החסינות העניינית נגזרת מן השאלה האם נעשו הן "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" (סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951). אין זו שאלה קלה. העותר, חבר בכנסת ישראל, השמיע בנאומיו דברים המקוממים את מרבית הציבור בישראל. בגין דבריו הצורמים את האוזן, הוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות של תמיכה בארגון טרור, והדברים קשים על אחת כמה וכמה כאשר באים הם מפיו של חבר בית הנבחרים של מדינת ישראל. ואולם עניין חשוב אחד עומד לנגד עינינו בפתח הדברים: העותר שבפנינו אושר על-ידינו להתמודד על מקום בכנסת, והוא אכן נבחר לכהן בה; ההתבטאויות שבגינן מתבקשת שלילת חסינותו הן אותן ההתבטאויות עצמן שעמדו בפנינו עת אישרנו את התמודדותו בבחירות. לטעמי, הא בהא תליה. אלה הם הדברים בפתח, ועוד נחזור אליהם.

3. כל חברה, ובפרט חברה דמוקרטית, נדרשת לקבוע את ה"אני מאמין" שלה ביחס לשאלה כיצד להגשים את הערכים שביסודה וזאת מבלי לסכן את אותם ערכים ממש ואף את עצם קיומה. קביעה זו קשה היא. היא מחייבת איזון עדין, שביישומו יש לעיתים מידה רבה של אי-ודאות. סעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992, וסעיף 7א לחוק-יסוד הכנסת, כפי שהם התפרשו בפסיקת בית משפט זה, מבקשים לקבוע איזון כזה. סעיפים אלה קובעים כי מי שנוטל חלק בהליך הדמוקרטי, צריך לקבל על עצמו את כללי הדמוקרטיה. ואכן, הדמוקרטיה – כך שנינו – זכאית להגן על עצמה מפני הקמים עליה להרסה. "כדי להוכיח את חיותה אין הדמוקרטיה צריכה לאבד עצמה לדעת" (דברי הנשיא א' ברק בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1). עוד מעגנים סעיפים אלה עקרון יסוד נוסף, ייחודי למדינת ישראל, לאמור: היותה מדינת העם היהודי. "רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית" (דברי הנשיא ברק שס). לעקרונות אלה מתווספים איסור ההסתה ואיסור

התמיכה במאבק מזוין כנגד ישראל, וכל אלה חוברים יחד כדי לתחום את הזכות לרשום מפלגה ואת הזכות ליטול חלק בבחירות לכנסת.

אלא שהפסיקה ביחס ליישום סעיפים אלה, ואנו מכוונים בעיקר לפסיקה ביחס לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, משקפת את המורכבות הרבה של מציאות החיים, ואת העובדה שהקביעה הסטטוטורית בדבר "גבולות הגזרה" של המשחק הדמוקרטי איננה פורמת את כל הקשרים. פעם אחר פעם נדונו בבית משפט זה ענייניהם של אנשים, מפלגות ורשימות שאתגרו את גבולות הגזרה הללו, צעדו על קו התפר ולעיתים חצו אותו. בית המשפט, ולא בכדי, שמר בעקביות על האיזון העדין בין השיקולים כולם. בדרכו זו ביקש בית המשפט לקיים, ככל שניתן, את הזכות לבחור ולהיבחר – "זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר" (בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 800). מתוך תפיסה זו נקט בית המשפט בפרשנות מצמצמת לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, וקבע כי יש להחילו רק בנסיבות קיצוניות. לצורך כך נקבעו אמות מידה פרשניות שונות, ואלה סוכמו בפרשת טיבי בזו הלשון:

ראשית, הפניה אל מטרותיה של רשימת מועמדים היא פניה אל "מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה"..." "הסמכות שהוענקה בסעיף 7א אינה מיועדת לדברים שהיו שוליים ואשר השלכתם על המכלול הרעיוני או הביצועי איננה משמעותית ורצינית. הכוונה לתופעות... שהן בגדר מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה"..." עניין לנו, איפוא, במטרות המהוות יעד "שליט"..." שנית, מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה - ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים - נלמדות הן מהצהרות מפורשות שיש בהן היגד ישיר והן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי...; שלישית, לא די במטרות בעלות אופי תיאורתי. יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתו"..." חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית. לא די בפעילות ספורדית. הפעילות צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה ... אכן, הדמוקרטיה אינה נוקטת בפעולות כלפי מי שאינו נוקט בפעולות כלפיה. זוהי הדמוקרטיה המתגוננת, אשר אינה מונעת השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים רק בשל מטרותיה של הרשימה, אלא מתגוננת כנגד מעשים המכוונים כלפיה. לבסוף, הראיות המבססות את המטרות והמעשים המביאים לידי מניעת

השתתפותה של רשימת מועמדים, או של מועמד
בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-
משמעיות" ... [ההפניות הושמטו – א' ר'].

4. התפיסה המרחיבה, השואפת לקיים ככל האפשר את חירויות היסוד, אינה מתנגשת בהכרח עם תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת. אדרבא, היא צומחת מתוך אותו מצע רעיוני ממש. שוק הרעיונות החופשי בכלל, וביטויי בבית הנבחרים בפרט, חיוני לשמירה על הדמוקרטיה. הגבלת האפשרות לבחור ולהיבחר לכנסת ובדרך זו לבטא דעות ועמדות, לא נועדה כדי לדכא את הדעות והעמדות, וודאי לא לאינן. אדרבא, השותפות בהליך הדמוקרטי היא תכופות מחסום לפעילות אנטי-דמוקרטית, וחופש הביטוי, שהוא כלי העבודה המרכזי הנתון להם לחברי הכנסת כדי למלא את שליחותם, הוא לעיתים קרובות צדו האחר של מטבע האלימות, האיבה המתפרצת, או תחושת הנרדפות וההפליה. עמד על כך הנשיא (אז השופט) ברק בבג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255:

היבט אחר של הטיעון הדמוקרטי, ענינו התרומה החשובה של חופש הביטוי ליציבות החברתית, ומכאן גם למשטר הדמוקרטי... בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטוי במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטוי במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים. החברה, שלעתים שוקטת היא על השמרים, ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור, מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי.

מנעתם מאדם להרים את קולו – עלולים אתם להסיר את המחסום העוצר בעדו להרים את ידו. שוב: החירות הרחבה אסור לה שתהפוך מתכון לכליה. יש להציב לה גבולות, אולם לא בכדי הצבנו את הגבולות לאורך השנים בזהירות וברגישות ומתוך אמונה כי ברגיל, טוב ביטוי קשה מיד קשה, ודמוקרטיה מתגוננת – תכופות תתגונן בדרך הטובה אם תאפשר לקולות הרוחשים בקרבה להישמע, על-מנת שייודעו ובמידת הצורך יידרשו לתת דין וחשבון בשוק הביטויים והעמדות. אכן, תרופתו של הדיבור היא דיבור נגדי, ושל התמיכה – תמיכה שכנגד. עמדה זו משקפת את מחויבותו הבסיסית של הציבורי בישראל לערכי הדמוקרטיה (ראו גם א' בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל(1) 38 (תשנ"ט)).

5. גם העותר, למרות דבריו הקשים בשני הנאומים נשוא ענייננו, ודברים נוספים שהשמיע לאורך השנים, עבר – גם אם לא בנקל – את מחסום סעיף 7א לחוק-יסוד:

הבחירות. בית המשפט העליון, בדעת רוב, התיר את השתתפותו בבחירות, זאת על אף שעמדו בפניו ההתבטאויות נשוא ענייננו, שבגינן, כבר אז, הוגש כנגד העותר כתב האישום המונח בפנינו היום. בית משפט זה קבע אז, בין היתר, כי לאור אמות המידה הפרשניות ביחס ליישום סעיף 7א הנ"ל, אין לומר כי קיימת תשתית מספקת לקבוע שהעותר בהתבטאויותיו הביע תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. לפיכך, נמצא כי העותר אינו מקיים את עילת הפסלות הזו (וגם לא עילות פסלות אחרות). היום עומדות לפנינו אותן התבטאויות ולמעשה גם אותה עילת פסלות נטענת. אולם המסגרת שונה – עתה ענייננו בחסינות העניינית.

6. שאלת הזיקה בין מניעת השתתפות בבחירות לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת (וסעיף 5 לחוק המפלגות), לבין החסינות העניינית, העסיקה בעבר את בית המשפט, אולם לא נקבעו בה מסמרות. בבג"צ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 פסקה השופטת בן פורת כי אין לפרש את הוראת החסינות העניינית כמתן "אור ירוק למעשים הסותרים מניה וביה את הנאמנות לקיום המדינה" (שם, בעמ' 229-225). הנשיא שמגר הותיר שאלה זו בצריך עיון, בצינו כי:

מהותה של הטענה יכול להיות כי משהוחק סעיף 7א' הפכו המעשים המתוארים בו לבלתי מתיישבים עם מעשה של חבר כנסת וממילא אינם יכולים להיחשב לכאלה הנעשים במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. האמור בסעיף 7א' בא ליצור חיץ בין הפעילות הפרלמנטרית הלגיטימית לבין מעשים מן הסוג שתואר בהוראת החוק האמורה, כאילו נאמר בו כי אין להתיר נסיבות בהן יהיו מטרות כאמור שם או מעשים כאלה חלק מן המעמדים הפרלמנטריים שחבר הכנסת שותף להם. לכאורה דנה ההוראה שבסעיף 7א' בשלב הקודם לבחירות, היינו פניה של ההוראה אל שלב חוקתי קודם. אולם, יש להניח שייטען כי הסייגים שנקבעו בסעיף 7א' (ואלו ללא ספק סייגים בהשוואה לחרות הביטוי המלאה), הם לפי עצם מהותם ולאור השלכותיה ההגיוניות של הוראת החוק הנ"ל, בעלי תוצאה טרנסצנדנטית כי הם משליכים במישרין על מה שיכול להחשב על פי תפיסותינו החוקתיות כמעשה מותר או אסור בתחום הפרלמנטרי. זאת ועוד, יכול גם וייטען כי סעיף 7א' דן ברשימת מועמדים ולא בחבר כנסת הבודד בתור שכזה; אולם התשובה לכך תהיה כי ממה שנדרש מרשימת מועמדים ניתן ללמוד על קיומה של השלכה בדרך ההיקש, על חבר הכנסת הבודד (שם, בעמ' 211).

גם הנשיא ברק, בפרשת פנחסי, הותיר בצריך עיון את השאלה "אם החסינות העניינית משתרעת על עבירות הקשורות במישרין לפעולות או למטרות המונעות מרשימת מועמדים להשתתף בבחירות לכנסת" (שם, בעמ' 690). כל זה היה קודם לתיקון 29. עתה עוגנה הזיקה באופן סטטוטורי, בסעיף 1(א) לחוק החסינות, הקובע לאמור:

למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין [החסינות העניינית], כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת:"

(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 למוצא לאומי-אתני;

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

כך נתהדקה הזיקה בין עילות הפסלות הנוגעות לעצם ההתמודדות בבחירות ועילות שלילתה של החסינות העניינית. ואולם בכך לא תמה הדרך, שהרי, כך כבר ראינו, בכל הנוגע לסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, עילות הפסלות אינן עומדות לבדן – נלוות אליהן כל אותן אמות מידה פרשניות, שבהן טמון האיזון ההכרחי בין השיקולים הצריכים לעניין. האם נעדר חוק החסינות את אותן אמות מידה פרשניות – כולן או מקצתן? האם ביישום הוראת סעיף 1(א) לחוק החסינות נתעלם הן מאמות המידה המאזנות הללו והן ממבחני האיזון שנקבעו בפסיקה לעניין החסינות העניינית (ובמיוחד מבחן מתחם הסיכון הטבעי)? ועוד יותר מכך – האם גם מקרים שאירעו לפני תיקון 29 – ואפילו נניח כי תיקון מבהיר הוא – פטורים משיקול דעת שיפוטי מאזן מקום בו מוגש כנגד חבר כנסת כתב אישום כגון זה שהוגש כנגד העותר? סבורני כי אם נשיב לכל השאלות הללו בחיוב, ייווצר פער-יתר בין אמות המידה שנקבעו ביחס למניעת השתתפות בבחירות לבין אמות המידה הצריכות ביחס לשלילת חסינות עניינית.

7. חברתי השופטת א' חיות מביאה מדבריה של ס' נבות בספרה החסינות העניינית (מקצועית) של חברי הכנסת (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים – האוניברסיטה העברית, 1997), וראוי לשוב ולצטטם:

נראה, כי סעיפים 5 ו-7 א מחד גיסא וסעיף 1 לחוק החסינות מאידך גיסא, נועדו לשם מניעת אותה תופעה. מניעת רישומה של מפלגה ומניעת השתתפותה בבחירות הוא שלב מוקדם, הנועד לסנן את הגופים והאנשים שיורשו ליטול חלק במוסד המחוקק. לאחר 'הסינון', יגן מוסד החסינות על חופש הביטוי של אלה שנבחרו. הנחת היסוד בהגנה זו היא, כי הנבחרים הם אך ורק כאלה אשר התבטאויותיהם ופעילותם הוגדרו כלגיטימיות [ההדגשה הוספה – א' ר'].

הנה-כי-כן, לאחר הסינון – יגן מוסד החסינות על חופש הביטוי של אלה שנבחרו, זאת מתוך הנחת המוצא שאם נבחרו – היה זה לאחר שנמצא כי התבטאויותיהם אינן חוצות את הקו שמעבר לו עדיף לחסום את הדיבור מראש מאשר להתמודד עמו בדיבור נגדי אפילו מעל במת הכנסת. הדברים יפים כמובן גם לענייננו – שהרי שלילת חסינותו של העותר נתבקשה בגין אותן ההתבטאויות שכבר נבחנו ואשר לא נמצא כי יש בהן כדי למנוע את היבחרותו לכנסת. ובאותה רוח, ראו דברי הנשיא א' ברק בפרשת כהנא:

גישתי זו, הפורסת את כנפי חופש הביטוי גם על הביטוי 'החריג' בהיותו גזעני, תופסת במיוחד לעניין חופש הביטוי של מפלגה פוליטית המשתתפת בחיים הפרלמנטריים. העותרים הורשו להשתתף במערכת הבחירות. למעלה משתי עשרות אלפים בוחרים בהם. כיצד זה ניתן, במסגרתה של חברה דמוקרטית, לאפשר לגוף להשתתף בבחירות אך למנוע ממנו להביע את דעותיו לאחר הבחירות?

מסקנתי היא, אם כן, כי המתאם בין עילות הפסילה לבין עילות שלילת החסינות, והתכלית הרציפה שמתאם זה בא לשרת, הם מטבע ששני צדדים לו; מחד גיסא, אם יש במעשה או בביטוי כדי להקים עילה לפסול רשימה או מועמד מלהתמודד לכנסת, בהתאם לסעיף 7א, אזי יש לכך, כלשונו של הנשיא שמגר בפרשת מיעורי, "תוצאה טרנסצנדנטית", לאמור: השלכה ישירה "על מה שיכול להחשב על פי תפיסותינו החוקתיות כמעשה מותר או אסור בתחום הפרלמנטרי", ולכן, המעשה או הביטוי לא יבואו בגדר החסינות העניינית. ואולם מאידך גיסא, אם נמצא שלא קמה עילה מספקת למנוע את אפשרות הבחירה לכנסת, יקשה עלינו להסב ראשינו ממסקנה זו בעת שנבוא לבחון את סוגיית החסינות, והכל, בגין אותן ההתבטאויות ובשל אותן העילות. האישור להתמודד בבחירות מקפל בתוכו למעשה קביעה מראש של מתחם פעילות פרלמנטרית, אשר איננה מודרת מן המשטר הדמוקרטי שלנו. פעילות בתוך

אותו מתחם, במהלך כהונת הכנסת, תיחשב במרבית המקרים כפעילות המתבצעת במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. לא בנקל ניתן להוציא מבעד לחלון את שהותרה כניסתו בפתח הראשי. ברי, כי אם חורג חבר כנסת מגדר אותו מתחם, ומנתק את הזיקה, בין ההצהרות והמטרות שאושרו, לבין הפעילות בפועל – מתנתקת גם הזיקה בין האישור להתמודד לבין ההגנה אותה מקנה החסינות. במקרה כזה, גם לא יהא בשלילת החסינות כדי להרתיע את חבריו של אותו חבר כנסת, ושל מחליפו במידת הצורך, מלפעול במסגרת אותו מתחם מאושר. אכן, כאשר מצוי המתחם כולו על גבולות המותר עשויה חריגה כלשהי ולו זעירה להסיר את הגנת החסינות. אולם צעד נוסף כזה לא נצמד בענייננו. ההתבטאות דאז היא אותה התבטאות עצמה העומדת ביסוד האישום דהיום.

8. ויודגש: אינני סבור כי קיים פער ממשי – "מרחק רב", כדברי חברתי השופטת חיות – בין שלילה מראש של הזכות להשתתף בבחירות לבין שלילת החסינות העניינית. חברתי סבורה כי הגם שההסדרים כולם – אלה שבסעיפים 5 לחוק המפלגות ו-7 לחוק-יסוד: הכנסת וזה שבסעיף 1(א1) לחוק החסינות – נועדו להגשמת מטרה משותפת ולהגנה על ערכי יסוד משותפים, הרי שקיים שוני מהותי בין השניים הראשונים לבין השלישי. חברתי עומדת על חשיבותן הרבה של הזכות לרשום מפלגה ולהתמודד בבחירות – זכות שמניעתה פוגעת באופן בלתי הפיך בזכויות יסוד של הפרט, קרי – הזכות לבחור ולהיבחר וחופש הביטוי. לעומת זאת, לשיטתה, שלילת החסינות העניינית אינה טומנת בחובה פגיעה כה חמורה, וכלשונה:

עניין לנו במועמד שכבר נבחר לכנסת ומכהן בה כחבר מן המניין. במסגרת תפקידו יש לו אפשרות לנאום במליאת הכנסת; להגיש שאילתות, הצעות לסדר היום והצעות חוק; להיות חבר בוועדות הכנסת ולהצביע על חוקים... אי-הענקת חסינות עניינית היא החלטה אשר מעצם טיבה מצומצמת לנסיבותיו של מקרה קונקרטי שלגביו מתעוררת שאלת החסינות, ואין בה כדי לשלול מידי חבר הכנסת באופן גורף את זכויותיו ואת אפשרויות הפעולה והביטוי העומדות לרשותו במסגרת תפקידו... הפגיעה בנגרמת לחופש הביטוי של אי-הענקת חסינות עניינית לחבר הכנסת היא פגיעה בדיעבד, לגבי דברים שכבר נאמרו.

ובהמשך מוסיפה חברתי:

לעניין המדרג שבו עסקינן, ניתן לומר כי המגבלות שבסעיף 5 לחוק המפלגות ובסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת חוסמות מראש את חופש הביטוי הפוליטי של הפרט ולעומת זאת, תחולתן של מגבלות אלה לצמצום היקפה של החסינות העניינית, מצויה כל-כולה במתחם שלאחר מעשה – דהיינו בשלב שבו כבר מימש חבר הכנסת את חופש הביטוי שלו...

גישתי שונה. סבורני, כי אם אכן היה מדובר כאן אך בפגיעה בדיעבד המצומצמת לנסיבותיו של מקרה קונקרטי – לא היה כלל מקום למוסד החסינות העניינית, הפוגע, כפי שהסבירו היטב חברי, בשלטון החוק ובשוויון בפני החוק. כל מהותו והגיונו של מוסד החסינות נובעים מן ההנחה כי העמדה לדין פלילי של חבר כנסת, בגין מעשה או ביטוי במסגרת תפקידו, עלולים לשאת בחובם פגיעה רחבה הרבה יותר, מכאן ולהבא. החסינות העניינית באה להבטיח כי חבר הכנסת יוכל למלא את תפקידו ללא מורא ולבטא את דעותיו והשקפותיו, שהן דעותיהם והשקפותיהם של בוחריו. "החסינות מיועדת להבטיח כי חבר כנסת 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" (דברי חברתי השופטת חיות בפסק-דינה דהיום, פסקה 6). "חבר הכנסת, אשר אינו יכול להתבטא ללא חשש מפני התוצאות המשפטיות של דבריו, לא יוכל למלא שליחותו לבוחר... חירות הוויכוח המדיני דורשת שלא יושם מחסום על היכולת ועל כושר הביטוי החופשי של הנבחרים" (דברי הנשיא שמגר בפרשת מיעארי, בעמ' 207). מדובר כאן, אפוא, על המחסום מפני הדיבור החופשי; על החשש מפני האפקט המצנן – שפגיעתו תכופות אינה קטנה מזו של האפקט המקפיא מראש – שיחתור תחת כושרם ויכולתם של חברי הכנסת ליטול חלק בוויכוח המדיני. רק הבנה זו, של ההשפעות העתידיות רחבות ההיקף שעלולות לצמוח מהעמדה לדין של חבר הכנסת, יכולה להסביר את "החשיבות הקונסטיטוציונית ממדרגה ראשונה" שיוחסה לחסינות העניינית, ואת התפיסה כי "לכל העם אינטרס חיוני מובהק בהמחשת הזכות הזאת, לבל תיפגע פגיעה קטנה או גדולה על-ידי מאן דהוא" (דברי הנשיא אגרנט בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 439). ואמנם, אם יחשוש חבר הכנסת פן יעמוד לדין אם יבטא את השקפותיהם של מפלגתו ושל ציבור בוחריו, מה תועיל לו האפשרות לנאום במליאת הכנסת, להגיש שאילתות והצעות חוק וליטול חלק בהצבעות?

9. חברי מפנים לאותה הלכה שנפסקה בפרשת פנחסי, ולפיה "לצורך ניתוח טענת החסינות, אנו יוצאים מתוך ההנחה כי עובדות כתב האישום יוכחו כראוי". זו אכן ההלכה, אולם בסופו של יום, כאמור, יש להבטיח כי הפער בין אמות המידה לבחינת הזכות להתמודד בבחירות – זכות שמניעתה כפופה לתנאים קפדניים ובכללם דרישה לראיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות" – לבין אמות המידה לבחינת שאלת החסינות, לא יהא רחב מן המתחייב ממהותו של עניין. כך היום, וכך בוודאי ביחס למקרה שארע עובר לתיקון 29, שאפילו אם תיקון מבהיר הוא, הרי גם חברתי השופטת חיות מסכימה שאין לו תחולה "ככתבו וכלשונו למפרע". בהיעדר מבחני איזון הולמים, עלול להיווצר מצב בו השילוב בין הלכת פנחסי לבין תיקון 29 יביא לכך ששיקול הדעת המנהלי בהגשת כתב אישום בעבירות מסוימות – כגון העבירה המיוחסת לעותר – יכריע את הכף גם ביחס לשאלת החסינות, בלא שהנושא יעמוד לביקורת שיפוטית ממשית. אין זה רצוי שכך יהא (השוו בנבנשתי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 65). תיקון 29 לא בא לאיין את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית, כשם שסעיף 7א האמור לא שמת מתחת לרגלי בית-המשפט את האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית המביאה בחשבון את עקרונות היסוד של השיטה.

10. אכן, המחוקק אמר את דברו בעת שהתקין את ההוראה הכלולה בסעיף 1(א1) לחוק החסינות במסגרת תיקון 29. אלא שגם בתיקון זה אין כדי להקים מחסום בלתי חדיר בפני הביקורת השיפוטית, שצריך שתהא איתנה יותר דווקא בעת שמתעוררת שאלה הנוגעת לזכויות היסוד. צורך דומה הוכר גם בשיטות אחרות. בית המשפט העליון האמריקאי סייג בעתו את עוצמת הביקורת השיפוטית על חקיקה כלכלית, אולם הדגיש מלכתחילה, אף כי בזהירות, כי יתכן שתהא נטייה גדולה יותר להתערבות – או במילים אחרות, יקבע מתחם פעולה צר יותר לחזקת החוקתיות – מקום בו מדובר בחקיקה, שעל פניה מצויה בגדר האיסורים הספציפיים הנקובים בתיקונים לחוקה ובמיוחד אלה הנוגעים לאסור לפגוע בזכויות היסוד של האדם (ראו ה- footnote 4 של השופט Stone בפרשת *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)). בית המשפט שם ייחד, מבחינת "הדיקות" הביקורת השיפוטית, את המקרים שבהם החקיקה מגבילה את אותם תהליכים פוליטיים, אשר כשלעצמם אמורים להיות מחסום בפני חקיקה בלתי-רצויה, או מקום בו מכוונת החקיקה כנגד דת מסוימת או כנגד קבוצת מיעוט נבדלת ופגיעה. הערת שוליים זו פרסה כנפיים, עברה לקדמת הבמה ושימשה עוגן להיתלות בו בפסיקה מאוחרת הנוגעת לזכויות יסוד. ההקפדה על חופש הביטוי נתעצמה שם כל אימת שנדרשו לו מיעוטים מבקשי שוויון, שהרי מטבעם של

דברים, כוחו של הרוב לבטא את השקפותיו רב יותר. ההיגיון שהנחה את בית המשפט העליון שם – ברור. אשר לנו, מתחם הכיבוד (deference) אותו נייחד לפעולות הרשויות האחרות יביא בחשבון את עקרונות היסוד החוקתיים שלנו – הכוללים למשל גם את הזכות לקניין – ואת תפיסתנו באשר לאיזון בין כל השיקולים הצריכים לעניין הפעלת הביקורת השיפוטית (ראו גם בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, תק-על 2003(3) 1982) (להלן: פרשת הנגבי). ראוי, מכל מקום, להכיר בחשיבות המיוחדת של הביקורת השיפוטית באותם מקרים שבהם עומדות על הפרק זכויות היסוד של האדם. כאן חשוב לה לביקורת השיפוטית שתמצה את מלוא כוחה ויכולתה. יכולת זו תעמוד לה אם תשכיל להימנע מפזור משאביה המשפטיים והחברתיים, הניזונים מאמון הצבור, מקום בו מתרחב מתחם הכיבוד (ראו פרשת הנגבי הנ"ל). כך בכלל, ובפרט כך בעת שמדובר בחסינות הנוגעת לחופש הביטוי, ובענייננו – לא ביטוי סתם כי אם ביטוי פוליטי, ולא ביטוי פוליטי סתם כי אם ביטוי פוליטי של חבר הכנסת, ולא חבר הכנסת סתם כי אם נציגה של קבוצת מיעוט. החסינות העניינית נועדה בראש ובראשונה להבטחת ייצוגן האפקטיבי של הקבוצות השונות באוכלוסייה בכנסת, באופן שקולן יישמע ולא יודר, ככל האפשר תחת המגבלות של החברה הדמוקרטית, מן השיח הציבורי במדינת ישראל; מטרה נוספת של החסינות היא להגן על הכנסת ועל חבריה מפני הפרעות והתנכלויות מצד הרשות המבצעת (פרשת פנחסי הנ"ל, בעמ' 678-679). בהינתן תכליות אלה, יש לשמור על הפרדה בין ההחלטה להגיש כתב אישום – החלטה המסורה לסמכותו של היועץ המשפטי – לבין ההחלטה בעניין החסינות העניינית. אין לגזור מניה וביה שלילת חסינות עניינית מעצם הגשת כתב האישום בעבירה המיוחסת לעותר – אפילו לא לאורה של הלכת פנחסי. אין בעצם הגשת כתב האישום כנגד העותר כדי להקים מחסום בפני ביקורת שיפוטית לעניין גבולות החסינות.

11. חברי הנשיא הולך בדרך זו, ומציג בפסק-דינו אמת מידה מאזנת לעניין יישום תיקון 29, זאת, עוד בטרם הגיעו למבחן מתחם הסיכון הטבעי, החל לשיטתו על מקרים שאינם באים בגדר אותו תיקון. כך, קובע הנשיא כי "המרחק בין ראיות משכנעות, ברורות, וחד משמעיות (הנדרשות לעניין הקו האדום עליו מדברת חברתי) לבין הראיות הנדרשות לצורך שלילתה של החסינות העניינית (במסגרתו של הליך פלילי) איננו רב כלל ועיקר" (פסקה 5 לפסק-דינו). אמת מידה מאזנת זו די בה, בענייננו, כדי להוביל למסקנה כי גם בהתחשב בתיקון 29, לא קמה עילה סטטוטורית לקבוע שאין עומדת לעותר חסינות עניינית.

אכן, ההבחנה שמתווה הנשיא, בין אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור לבין תמיכה ממש במאבקו המזוין במדינת ישראל, הופיעה כבר בפסק-הדין טיבי וזכתה לתמיכת רוב השופטים. הבחנה זו הכשירה את התמודדותו של העותר בבחירות לכנסת (להבחנה דומה ראו גם בג"צ 1398/04 בן חורין נ' רשמת העמותות (טרם פורסם)). לא נכחד: ההבחנה אינה קלה, וכבר בעניין טיבי ניקר בלב ספק בעניין זה. ואולם ככל שיש ספק – מוטב "לטעות" לטובת חופש הביטוי, ובלשונו של השופט Stone בפרשת *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1942):

If this court is to err in evaluating claims that freedom of speech, freedom of the press, and freedom of religion have been invaded, far better that it err in being over protective of these precious rights".

בסופו של יום, נמצא בפרשת טיבי כי חומר הראיות אין בו די כדי לבסס את עילת הפסלות המייחדת עצמה, במפורש, לתמיכה במאבק מזוין. לאותה מסקנה, על-פי אותו חומר ראיות, הגיע חברי הנשיא א' ברק גם בעניינינו-שלנו, ואני מצטרף למסקנתו-זו.

12. נותרה השאלה האם, לאור מבחני האיזון שהותוו בפסיקת בית משפט זה, מצויים הדברים שאמר העותר מחוץ לתחום החסינות העניינית. בהקשר זה רואה אני חשיבות רבה ביותר לעובדה שמדובר בעבירות הנסבות כל כולן על התבטאויות. אכן, האינטרסים שבאה החסינות להגשים – ובעיקר, הזכות לייצוג פוליטי אפקטיבי ולהשתתפות בדיון הציבורי, העיקרון בדבר קיום שוק חופשי של רעיונות ודעות והתכלית של קיום הליך דמוקרטי – באים לידי ביטוי בראש ובראשונה כאשר מדובר בהתבטאות פוליטית של חבר הכנסת. הבעת דעה חופשית היא לב ליבה של החסינות העניינית. "העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה. החסינות העניינית נועדה ליתן לו חסינות בתחום סיכון זה" (דברי הנשיא א' ברק בפרשת פנחסי הנ"ל). השילוב בין תחום הפריסה הרחב של העבירות הקשורות בחופש הביטוי, ובין מהות תפקידו של חבר הכנסת, להשמיע דעתו ברבים, ולעיתים לחלוק על הרבים במילים חריפות, מעמידים את חבר הכנסת – במיוחד זה המשתייך לקבוצות מיעוט באוכלוסייה – בסיכון אינהרנטי של כניסה לתחום העבירות. כל אלה

מלמדים כי החסינות מפני העמדה לדין, מקום בו מדובר בעבירות של ביטוי, צריכה להיות רחבה ביותר.

13. בעניין פנחסי פסק הנשיא כי מתחם הסיכון הטבעי חל לגבי אותן פעולות שהן "... כה קשורות ושזורות בתפקידו, עד כי קיים החשש כי אם חבר הכנסת יידרש ליתן את הדין על פעולות בלתי חוקיות אלה, הדבר ישפיע במישרין על יכולתו לבצע את תפקידיו כחוק ויגביל אותן" (שם, בעמ' 690). עבירות הקשורות בביטוי גרידא מצויות, ככלל, במתחם הסיכון הטבעי. אם יידרש חבר הכנסת ליתן עליהן את הדין, עלול הדבר ליצור אפקט צינון מסוכן.

כאשר מדובר היה בפעילות שונה, כך למשל לגבי רישום כוזב במסמכי תאגיד, נקבע כי אין הוא נופל בגדר הסיכון הטבעי של פעילות חבר הכנסת, שהרי "אין כל חשש, שאם תוטל אחריות פלילית על חבר כנסת החותם על דינים-וחשבונות אלה בודעו שהצהרתו כוזבת, ומתוך כוונת תרמית, הוא יימנע ממילוי כדין של דינים-וחשבונות אלה" (שם, בעמ' 692). לא כך הוא ביחס לעבירות של ביטוי, כגון עבירות של הסתה ואפילו אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור. כך, למשל, עשוי חבר כנסת, ולא דווקא חבר כנסת המשתייך למיעוט הערבי, להשמיע דעה לפיה פעולה אלימה שכוונה כנגד מדינת ישראל הביאה לתוצאות מדיניות-פוליטיות שקיוו להן מבצעי הפעולה. אמירה כזו איננה חייבת לבוא מתוך הזדהות עם הפעולה או תמיכה בה, אלא היא עשויה לנבוע מעמדה סובייקטיבית של המתבטא לגבי המציאות. דבריו של העותר, אין חולק, חורגים על פני הדברים מגדר אמירה כזו. אולם החשש הוא, כי אם לא יתאפשר לעותר, על אף החומרה שבהתבטאותו ועל אף שזו נוגעת בקו הגבול של החסינות, לומר דברים שאמר, יביא הדבר לריסון-יתר וכתוצאה מכך לצמצום-יתר של גבולות השיח. לפיכך, סבורני כי דבריו של העותר מצויים במתחם הסיכון הטבעי.

סוף דבר, מצטרף אני למסקנתו של חברי הנשיא א' ברק, כי לעותר עומדת חסינות עניינית מפני העמדה לדין בעבירות נשוא האישום שהוגש נגדו.

ש ו פ ט

הוחלט, ברוב דעות וכנגד דעתה החולקת של השופטת א' חיות, להפוך את הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שההליכים הפליליים המתקיימים כנגד העותר יבוטלו, כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ג' שבט, תשס"ו (01.02.06).

אהרן ברק 11225/03-54678313

שופטת

שופט

הנשיא

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 03112250_V08.doc
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה