

ח"כ ד"ר עזמי בשארה

באמצעות עוה"ד חסן ג'בארין ו/או מרואן דלאל
ו/או עביר בכר ו/או ארנה כהן ו/או גדיר ניקולא
ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אלסאנע
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל, ת"ד 510 שפרעם 20200
טלפון: 9501610-04; פקס: 9503140-04

העותר

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. הכנסת
3. בית-משפט השלום בנצרת
באמצעות פרקליטות המדינה
רחוב סלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא
לנמק:

1. מדוע לא לבטל את החלטת הכנסת מיום 7.11.2001 להסיר את חסינותו של ח"כ ד"ר
עזמי בשארה בעניין התבטאויותיו הפוליטיות;
2. מדוע לא לקבוע כי, החלטתו של המשיב מס' 1 בדבר הגשת כתב-אישום ו/או פתיחת
הליכים פליליים נגד העותר בגין התבטאויות פוליטיות הינה בלתי חוקית לאור תחולת
החסינות העניינית לפי חוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951;
3. מדוע לא להפסיק את הליכי העמדתו של העותר לדין פלילי בגין התבטאויותיו הפוליטיות
כל עוד שסוגיית תחולת החסינות המהותית בגין התבטאויות אלה לא הוכרעה בהחלטה
שיפוטית סופית ומנומקת;

4. מדוע לא יימנע המשיב מס' 3 מלהמשיך ולדון בעניינו של העותר במסגרת ת"פ 1087/02 מפאת חוסר סמכות עניינית, וזאת משום שחסינותו המהותית של העותר לפי חוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951, לא הוסרה בהחלטה שיפוטית סופית ומנומקת.

בקשה למתן צו ביניים וקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת בקשה דחופה למתן צו ביניים המורה למשיב מס' 3 להימנע מלהמשיך ולדון בהליכים הפליליים העומדים נגד העותר בת"פ 1087/02, לרבות ניהול שלב ההוכחות הקבוע ליום 15.1.2004 בתיק זה עד הכרעה סופית בעתירה זו; ולחילופין לדחות את מועד הדיונים בתיק האמור עד הכרעה סופית בסוגיית תחולת החסינות המהותית, וזאת מהנימוקים שלהלן:

1. העותר העלה במסגרת ת"פ 1087/02 המתנהל בפני המשיב מס' 3 טענה מקדמית בדבר תחולת החסינות המהותית על כתב האישום בעניין ההתבטאויות הפוליטיות שיוחסו לו בכתב-אישום זה. לאחר שנתיים מיום הגשת כתב האישום, החליט המשיב מס' 3 ביום 12/11/03 לא להחליט לגבי טענה מקדמית זו. המשיב מס' 3 אף ביקש מהעותר לענות על כתב האישום, וגם קבע את הדיון הראשון להוכחות בתיק ליום 15.1.2004.

2. הלכה פסוקה ומושרשת היא שהחסינות העניינית של חבר כנסת, מכוח חוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951, חלה על חופש הביטוי הפוליטי. לפיכך, המשך ההליכים הפליליים נגד העותר במסגרת ת"פ 1087/02 מהווה מעשה בלתי חוקי והוא בבחינת בטל מעיקרו, בהיותו נוגד את הדין הנוהג במדינת ישראל. דברים אלה תקפים ביתר שאת, כאשר נעדרת החלטה שיפוטית סופית ומנומקת הקובעת כי החסינות העניינית של העותר אינה חלה.

3. המשך ההליכים הפליליים נגד העותר מהווה פגיעה בזכותו של העותר לחסינות עניינית, על אף שהיא נטענה, נומקה והוכח קיומה מבחינה משפטית. מנגד, טענת קיום החסינות לא הופרכה על ידי שום החלטה שיפוטית מנומקת, ועל כן המשיב מס' 3 חסר סמכות עניינית להמשיך ולדון בתיק הפלילי.

4. הנזק שיגרם לעותר כתוצאה מהמשך ההליכים הפליליים נגדו, מבלי להכריע בשאלת קיומה או העדרה של חסינות חבר כנסת, הינו ממשי ואף בלתי הפיך. מדובר בפגיעה באחת מזכויות היסוד של חבר כנסת, אשר משליכה גם מעבר לחבר הכנסת הספציפי. לעומת זאת, הוצאת צו ביניים לא תגרום נזק למאן דהוא. מדובר בהליך פלילי אשר דן בהתבטאויות פוליטיות המיוחסות לעותר ואשר, לפי כתב האישום, הן נאמרו לפני כשלוש שנים. יוצא, שדחיית מועד ההליכים בפני בית משפט השלום בנצרת עד להכרעה סופית בעתירה דן לא תגרום נזק כלשהו לאינטרס הציבורי.

5. סיכויי העתירה להתקבל הם גבוהים במיוחד. כמבואר בגוף העתירה, אשר נימוקיה מהווים חלק בלתי נפרד גם מבקשה זו, תכלית קיומה של החסינות הפרלמנטרית היא הבטחת חופש הביטוי והפעילות הפוליטית של חברי כנסת, תוך הגבלת כוחה של הרשות המבצעת להתערב בהתבטאויות ובפעילות הפוליטיים. כמו כן, בית משפט נכבד זה הוציא צווים על תנאי וצווי ביניים בכל העתירות שהוגשו בעניינים הדומים מאוד בהקשרם לעתירה זו. השוו, למשל, עם הוצאת צו על תנאי וצו ביניים במסגרת עניין **אבו חצירא** הנדון להלן (ראו פסקאות 17 – 27).

6. העתירה דגן מעלה שאלה חוקתית ראשונה במעלה, אשר השלכותיה הקונקרטיות ברורות מאליהן. לפיכך, מן הראוי שתהיה הזדמנות לבית משפט נכבד זה לבאר מבחינה עקרונית את השאלות החוקתיות העולות ממנה, בייחוד לאחר שהמשיב מס' 3 לא עשה זאת כאשר הזדמנה לפתחו אפשרות זו. לפיכך, אי הוצאת צו ביניים בעתירה דגן, המונע המשך הדיונים הפליליים נגד העותר עד החלטה סופית בסוגיית החסינות המהותית, יהפוך עתירה זו לתיאורטית ומיותרת.

7. בנוסף, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה זו. ראשית, הישיבה הראשונה בשלב ההוכחות בתיק הפלילי נקבעה ליום 15.1.2004. שנית, המשך ההליכים הפלילים עלול ליתר את שמיעת העתירה. שלישית, לאחר יותר משנתיים מניהול טענות מקדמיות בתיק פלילי, מן הראוי להכריע בהקדם בסוגיית חלוקתה של החסינות המהותית כדי לאפשר לעותר לכלכל את צעדיו המשפטיים במידה ויוחלט כי אותה חסינות אינה חלה על עובדות כתב האישום. שכן, המשך הדיונים הפליליים במצב שנוצר יגרום לעותר עינוי דין ללא כל הצדקה משפטית.

8. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

תוכן עניינים

עמוד

נושא

5.....רקע עובדתי

- ב. סמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.....8
- ב.1. תקיפה ישירה להחלטת המשיבים מס' 1-2.....8
- ב.2. תקיפה ישירה על אף החלטת המשיב מס' 3.....9
- ג. תחולת החסינות המהותית על הדברים המיוחסים לעותר בכתב האישום.....12
- ג.1. ההתבטאויות המיוחסות לעותר בכתב האישום.....12
- ג.2. ההליכים בכנסת.....13
- ג.3. תכלית החסינות המהותית.....14
- ג.4. תחולת החסינות על עמדות פוליטיות-מדיניות.....16
- ג.5. עמדת הפסיקה בעניין תחולת החסינות על התבטאויות פוליטיות של חבר כנסת 17
- ג.5.1 עניין מיעארי.....17
- ג.5.2 עניין בן משה.....18
- ג.5.3 עניין הנגבי.....19
- ג.5.4 עניין שטאובר.....19
- ג.5.5 5 מבחני פנחסי.....19
- ג.5.5.א. מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" של הנשיא ברק.....19
- ג.5.5.ב. מבחן ה"רלוונטיות" של השופט גולדברג.....20
- ג.5.5.ג. מבחן "הזיקה המהותית" של הנשיא שמגר.....20
- ג.6. המסקנות העולות בעניין התבטאויות פוליטיות-מדיניות.....22
- ג.7. המבחן הסובייקטיבי למען מילוי תפקידו.....24
- ג.8. הפגמים המהותיים בהליך נטילת חסינותו של ח"כ בשארה.....28
- ג.8.1. העדר תשתית עובדתית ראויה.....29
- ג.8.2. אי בדיקת תוכנם של הנאומים וסוגיית "מילוי תפקידו".....36
- ג.8.3. אי שקילת היקף חופש הביטוי.....44
- ג.8.4. אי שקילת סוגיית התועלת מול הנזק בנטילת חסינות.....46
- ג.8.5. התייעצות סיעתית בפני גוף מעין-שיפוטי.....47
- ג.8.6. התעלמות מהשיקולים הזרים בהגשת הבקשה לנטילת החסינות.....49
- ד. עוד על חופש הביטוי.....53
- ה. סיכום.....59

א. רקע עובדתי

1. העותר הינו חבר בכנסת ה-16 מטעם מפלגת בל"ד. העותר היה חבר כנסת מטעם אותה מפלגה בכנסת ה-14 ובכנסת ה-15.

2. ביום 9.9.2001 הגיש המשיב מס' 1 בקשה לועדת הכנסת להסיר את חסינותו של העותר בגין שני כתבי אישום: אחד מהם הינו נשוא העתירה הנוכחית והנוגע לשני נאומים שיוחסו לו - נאום פוליטי שנערך בכנס מפלגת בל"ד באום אל פחם ביום 5.6.2000 ונאום בסוריה ביום 16.10.2001. לפי כתב האישום העותר הפר את האמור בסעיפים שבפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. כתב האישום השני התייחס לארגון ביקור אזרחים ערבים לפגוש את קרוביהם המתגוררים בסוריה. כתב אישום אחרון זה בוטל על ידי בית משפט השלום בנצרת ביום 1.4.2003.

3. ביום 7.11.2001 הסירה מליאת הכנסת את חסינותו של העותר. זאת היתה הפעם הראשונה בהיסטוריה של הכנסת שהוסרה חסינותו של ח"כ בגין התבטאויותיו הפוליטיות, ולראשונה מוגש כתב-אישום נגד חבר הכנסת בגין נאומים פוליטיים. על החלטה זו נמתחה ביקורת נוקבת מצד משפטנים בכירים במדינת ישראל אשר סברו כי החלטת הכנסת הינה בלתי חוקית ואשר עלולה ליצור תקדים שלילי ביותר הפוגע באושיות משטר הפרדת הרשויות בישראל. על מהותה וחשיבותה של חסינות חבר פרלמנט כתב פרופסור אמנון רובינשטיין את הדברים הבאים:

"החסינות (העניינית) (non-accountability) הולדתה בתקופה שבה נחשדו בתי המשפט בתלות-יתר ברשות המבצעת, והיא נשמרת עד היום במרבית המדינות. תפקידה להגן על חבר המוסד המחקק ולפטור אותו מאחריות לגבי מעשים שעשה בתוקף תפקידו. בדרך כלל משתרעת חסינות זו על כל הדברים שאמר וכתב החבר במסגרת תפקידו הפרלמנטריים. בתחום זה החסינות הנה לרוב מוחלטת ואינה ניתנת לויתור או להסרה."

ראו:

אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (הוצ' שוקן: תל-אביב, 1995) 474.

4. כאמור, כנגד העותר הוגשו שני כתב-אישום, אחד בוטל על ידי המשיב מס' 3 במסגרת הטענות המקדמיות, והשני הוא נשוא עתירה זו. בפני העותר עמדו אז שני אפשרויות לתקוף את חוקיות החלטת הכנסת בדבר הסרת חסינותו. הראשונה היא לפנות ישירות לבג"ץ ולתקוף את החלטת הכנסת, והשנייה היא להעלותה כטענה מקדמית (לפני פתיחת המשפט) לפי סעיף 149 (7) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982. מאחר והיה מדובר בשני כתב-אישום נפרדים, העותר בחר להתמודד עם סוגיית הסרת החסינות במסגרת שני ההליכים הפליליים כטענות מקדמיות על מנת להתייחס לסוגיית החסינות העניינית הקשורה למסכת העובדתית של כל אחד משני כתב-אישום באופן נפרד. וכך היה.

5. כתב האישום נשוא עתירה זו הוגש ביום 12.11.2001, בפני המשיב מס' 3, ונגד העותר בגין נאומיו הפוליטיים. כתב האישום הוגש בבית משפט השלום בירושלים אך העותר פנה לבית המשפט העליון בבקשה להורות על העברת התיק לבית המשפט השלום בנצרת. כבי' הנשיא השופט אהרן ברק נעתר לבקשה, והתיק הועבר לבית משפט השלום בנצרת.

רצ"ב כתב האישום שהוגש ביום 12.11.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/1.

6. ביום 27.2.2002 וביום 9.6.2002 התקיימו דיונים ארוכים וממושכים בפני המשיב מס' 3 בעניין הטענות המקדמיות שנטענו על ידי העותר ותשובת המדינה להן. ביום 24.9.2002 הגישו ב"כ העותר את סיכומי הטענות המקדמיות בפנ המשיב מס' 3, וסוגיית החסינות העניינית היתה העיקר ביניהן. ביום 2.12.2002 הגישה המדינה את תגובתה לסיכומים אלה. ביום 6.2.2003 הגישו ב"כ העותר את תגובתו לתגובת המדינה בעניין הטענות המקדמיות.

רצ"ב פרוטוקול שני הדיונים בפני בית משפט השלום, וטענות הצדדים בכתב, כנספח נפרד ומיוחד לעתירה זו. (למען נוחיות בית המשפט הנכבד הטיעונים בכתב, המשתרעים על פני עשרות עמודים, מוגשים ללא נספחיהם. במידה ובית המשפט הנכבד יצטרך פריט כלשהו מאותם נספחים, ב"כ העותר יגישו זאת לאלתר).

7. ביום 12.11.2003, בתום שנתיים מיום הגשת כתב האישום נגד העותר, ולאחר שני דיונים ארוכים בפני בית משפט השלום בנצרת, והגשת סיכומים עבי כרס של הטענות המקדמיות, קבע המשיב מס' 3 כי הוא ממשיך בהליך הפלילי, וזאת מבלי לנמק מדוע הוא אינו מקבל אף אחת מהטענות המקדמיות, כולל ובמיוחד את טענת חסינות חבר הכנסת, שהינה שאלה משפטית במובהק. בית משפט השלום קבע בהחלטתו האמורה כי:

"לאחר עיון בטיעוני הצדדים ובסיכומים על נספחיהם, אנו קובעים כי הטענות המקדמיות שהועלו על ידי ההגנה, קשורות באופן כזה או אחר לשאלות העובדתיות שמקומן בהליך העיקרי ולא במסגרת הטיעונים המקדמיים. על כן, אנו קובעים כי אין מקום להיזקק לטענות הנ"ל בשלב מקדמי זה, אלא לאחר שמיעת הראיות בתיק. נימוקים מפורטים יותר יינתנו, ככל שיידרש, בגוף פסק הדין שיינתן בהמשך."

רצ"ב החלטת בית משפט השלום בנצרת מיום 12.11.2003 כנספח לעתירה שסימנו ע/2.

8. המשיב מס' 3, אם כן, החליט שלא להחליט בתחולת החסינות המהותית והוא ביקש שהעותר ישיב מיידית לכתב האישום באותו מעמד, מחד. והוא קבע את התיק להוכחות החל מיום 15.1.2004 מאידך.

9. ברור לכל כי, אופייה של טענת החסינות המהותית, כטענה מקדמית, שונה משאר הטענות המקדמיות האחרות: היא נוגעת באופן מפורש לעצם פתיחת המשפט, ולקיום הליכים פליליים נגד חבר-הכנסת, היינו משתרעת על כל "פעולה משפטית". היא טענה מקדמית המועלית לפני פתיחת המשפט גופו על מנת לקבוע אם יש מקום לפתוח את המשפט. לכן, החלטת המשיב מס' 3 והמשך הדיונים בשלב זה הינם בבחינת void כי החסינות העניינית לעותר עדיין לא הוסרה בהחלטה שיפוטית סופית ואין לבית המשפט סמכות עניינית

להמשיך בהליכים הפליליים, שכן, בהליכים פליליים קיימת לחבר הכנסת חסינות פרוצודורלית גם לאחר החלטת הכנסת, ורק לאחר הסרתה על ידי בית המשפט יוכל בית המשפט לדון בעניין. במישור התיאורטי-משפטי, חבר הכנסת רשאי לא להתייבץ להמשך ההליכים הפליליים – להבדיל מהשלב המקדמי- כל עוד אין החלטה שיפוטית סופית המורה על הסרת חסינותו. אי לכך, אין סמכות עניינית לאף בית משפט לקיים הליכים פליליים נגד חבר כנסת שטרם הוכרעה סופית טענת חסינותו מפני העמדה לדין.

ראו ספרו של רובנישטיין לעיל עמ' 474.

ראו דבריו של כב' השופט (דאז) שמגר שהתייחס להכרעה השיפוטית הסופית בסוגיית החסינות של חבר כנסת כעניין מהותי לסמכותו העניינית של בית המשפט היורדת לשורשו של עניין: בג"ץ 398/83 אביטן ואח' הרכב שלושה שופטים ואח', פ"ד לז(3), 467, 470.

10. שאלת חסינותו של חבר כנסת, והנימוקים לקיומה או העדרה, חייבים להתבהר בטרם הכניסה לנבכי ההליך הפלילי בכדי לקנות, בין היתר, סמכות עניינית לפתוח את ההליכים הפליליים. מדובר בשאלה משפטית מובהקת אשר בירורה מוביל לאחת משתי דרכים באין שלישית להן: קיומה של חסינות חבר כנסת וביטול ההליך הפלילי נגדו כתוצאה מכך, או אי תחולתה של החסינות והמשך ההליך הפלילי כסדרו. בין אם התוצאה היא כך או אחרת, לא יעלה על הדעת כי בבסיס המסקנה הסופית לא יעמוד נימוק ברור ומפורט מהבחינה המשפטית בשאלה חוקתית כה קרדינלית למבנה המשטר בהיותה מסד ראשי למימוש עקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט הנכבד הדגיש את חשיבותה של זכותו של חבר כנסת להביע את עמדתו אשר נבחר על מנת לבטאה, ללא מורא מהתערבות הרשות המבצעת, ומקיומם של הליכים פליליים.

11. לא למותר לציין כי, לפי החלטת המשיב מס' 3, שניתנה לאחר שנתיים מקיומם של טענות מקדמיות, הדיונים בתיק זה עלולים להמשיך לעוד תקופה ארוכה הכוללת ערעורים, ורק לאחר שנים מיום הגשת כתב-האישום, קיימים סיכויים טובים ביותר שבית-המשפט יפסוק כי החסינות המהותית אכן חלה על דברי העותר. דבר שעלול לגרום לעותר לעיניו דין רב.

12. בנוסף, החלטת המשיב מס' 3 ניתנה גם לאחר שבית משפט נכבד זה דן בהרכב של אחד עשר שופטים בעניין פסילת מועמדותו של העותר להתמודד בבחירות לכנסת, וכתב-האישום דגן שהיה חלק מהותי ועיקרי מבקשת הפסילה של המשיב מס' 1, היה מונח בפני בית-משפט נכבד זה, ולפני כן הונח בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 כב' השופט חשין. כידוע, חלק משופטי ההרכב המורחב התייחסו ישירות אל כתב-אישום זה, ונקבע ברוב דעות כי אין ראיות המבססות את בקשת הפסילה. קביעה זו, ללא ספק, קשורה אף היא לסוגיית החסינות המהותית במיוחד לאור הזיקה והקרבה בין סעיפי האישום לבין פסילת רשימה לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.

ראו:

ב. סמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

13. בית משפט נכבד זה מוסמך לדון בעתירה זו ולהתייחס לסוגיית החסינות המהותית שחלה על העותר בגין התבטאויותיו הפוליטיות הן כערכאה ראשונה התוקפת ישירות את החלטת המשיבים מס' 1-2, והן כערכאה ראשונה, הבוחנת החלטת ביניים של המשיב מס' 3. להלן, נפרט בנפרד כל מקור של הסמכות:

1.1. תקיפה ישירה להחלטת המשיבים מס' 1-2

14. בית המשפט הנכבד מוסמך לדון בעתירה דן כערכאה ראשונה מכוח סמכותו לבחון את החלטות רשויות השלטון, ובכלל זה החלטות הכנסת, ובייחוד אלה אשר מתקבלות על ידי גופים בכנסת המנהלים הליך מעין שיפוטי כמו זה של הסרת חסינות חבר כנסת המתנהל בפני ועדת הכנסת.

ראו:

בג"ץ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר ועדת הכנסת, ח"כ שלמה הילל פ"ד מא (4) 169, 265.

15. ודוק, לא ניתן לטעון כנגד העותר כי בחרו במסלול של טענת חסינות כטענה מקדמית בהליך פלילי, אין עוד עומדת לו הזכות לפנות לבג"ץ כערכאה ראשונה. וזאת, משני טעמים עיקריים. ראשית, מדובר בשאלה חוקתית אשר עקרוניתה ראשונה במעלה: מהו היקפה של חסינות חבר כנסת כאשר המעשה המשוויד אליו הינו התבטאות בנושאים פוליטיים על פי מצע שעל פיו נבחר. שנית, בית משפט השלום לא החליט ולא נימק את החלטתו בעניין הטענה המקדמית של חסינות חבר כנסת. כלומר, ההליך הפלילי יימשך לאורך זמן רב ללא סמכות עניינית, כאשר אין זה ברור אם זכות חוקתית כגון החסינות עומדת לעותר אם לאו. מצב דברים זה אינו ראוי מהבחינה החוקתית, בנוסף לחוסר סבירותו הקיצונית. ההכרעה בעתירה זו לא תפגע בעקרון ההדיות בין בית משפט נכבד זה ולבין המשיב מס' 3 שכן היתה הזדמנות למשיב מס' 3 להכריע בסוגיה אך הוא בחר אחרת.

16. כמו כן, לא מתקיימת במקרה זה טענת שיהוי, סובייקטיבית ו/או אובייקטיבית, כנגד הגשת עתירה טענה זו נגד החלטת המשיבים 1-2. ראשית, העותר העלה את הטענה בהזדמנות הראשונה ועל פי החוק בפני המשיב מס' 3, ועל כן, לא מתקיים שיהוי סובייקטיבי. שנית, טרם התקיים הליך הוכחות בעניינו של העותר ולא ניתן פסק-דין סופי בנושא ולכן, אין שיהוי אובייקטיבי. שלישית, לא נגרם נזק כלשהו למאין דהוא. נהפוך הוא, אם לא תתברר שאלת החסינות על ידי בית משפט נכבד זה בטרם תחילתו של ההליך הפלילי נגד העותר, הנזק היחיד, הכבד, והממשי, שעלול להיגרם באופן ישיר הוא הנזק לעותר. זאת בנוסף לערפול המצב המשפטי בסוגייה חוקתית כה בסיסית בעניין חלות חסינות חבר כנסת על התבטאויות פוליטיות של חבר-כנסת.

ראו :

בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה ואח' פ"ד נ (2) 630, 641 – 642.
בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה שיתופית בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח' פ"ד נ (2) 715, 741 – 744.
744.

ב.2. תקיפה ישירה על אף החלטת המשיב מס' 3

17. הלכה פסוקה ומושרשת היא כי בית משפט נכבד זה, אשר בדרך כלל, לא מתערב בהחלטות ביניים המתקיימים בפני ערכאות אחרות בייחוד במסגרת הליך פלילי, הוא יתערב באופן ישיר כאשר הטענה המקדמית נוגעת לסוגיית החסינות של חברי כנסת משום שהיא עניין לסמכות עניינית, שחריגה ממנה מאפשרת את התערבותו הישירה של בג"ץ.

18. במקרה אחר הדומה למקרה הנדון כעת, בית משפט נכבד זה התיר הגשת עתירה לבג"ץ לאחר תחילת ההליך הפלילי נגד חבר כנסת, ניתן בה צו על תנאי וצו ביניים אשר מנע את המשך קיום ההליך הפלילי עד לבירור סופי של העתירה שהוגשה לבג"ץ. בבג"ץ 507/81 ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לה (4) 561, 565, בית המשפט הנכבד, מאת הנשיא לנדוי, מתאר את ההליכים באותה פרשה. הוא כותב, בין השאר, כי :

"ביום 6.8.81 התקיימה הישיבה הראשונה במשפטו של העותר לפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ובה טען פרקליט העותר בשמו טענת חסינות, על יסוד סעיף 133(7) לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, שאין להמשיך בהליכים הפליליים, כל עוד לא נטלה הכנסת מחדש את חסינותו של העותר. בית המשפט (כבוד השופט ו' אוסטרובסקי-כהן) דחה את הטענה בהחלטה מנומקת מיום 14.8.81, ואז הגיש העותר עתירה זו שלפנינו, המופנית נגד היועץ המשפטי לממשלה ונגד השופט. לעתירה הצטרף כעותר שני חבר הכנסת אוזון, חברו לסיעה של העותר. **הם זכו לצו-על-תנאי** - מדוע לא יימנע היועץ המשפטי לממשלה מלהמשיך בהליכים הפליליים, ומדוע לא תימנע השופט מלהמשיך בשפיטתו של העותר, אלא אם הכנסת העשירית תחליט ליטול את חסינותו של העותר לגבי אותם הליכים. **כן ניתן צו-ביניים להפסקת ההליכים עד להכרעה בעתירה**." (הדגשה לא במקור)

19. ובעמ' 576 ציין בית-משפט נכבד זה :

"מר בך טען בפנינו, שאין בית המשפט הגבוה לצדק צריך להיזקק לעתירה, מכיוון שהגשתה כמוה כעקיפת הדין, לפיו אין ערעור על החלטת ביניים של בית-משפט מוסמך בעניינים פליליים. לדעתי אין לקבל טענה זו, לפי הפרוש שניתן ע-ידי בית משפט נכבד זה להוראות סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז – 1957 בשורה של פסקי דין... מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירה, על-אף ההוראה שבסעיף 7 (ב) (3) לאותו חוק".

20. יתרה מכך. בית משפט נכבד זה מוסמך לדון בעתירה זו משתי סיבות נוספות העולות גם הן מעניין **אבו חצירא**. ראשית, שלא כמו בעניין **אבו חצירא**, שהואשם בעבירות גניבה בידי מנהל ומרמה, כאן מדובר בסוגייה שהיא לב לבה של הפעילות הפרלמנטרית, שבלעדיה אין קיום ותפקוד ראויים לחבר הכנסת: שאלת זכותו של חבר הכנסת לחופש ביטוי פוליטי מבלי לחשוש מנחת זרועה של הרשות המבצעת. שנית, בעניין **אבו חצירא**, בית המשפט הנכבד שמע ודן בעתירה לגופה, **והוציא צווי על תנאי וביניים במסגרתה**, וזאת על אף שהחלטת בית משפט המחוזי בשאלת החסינות של ח"כ אבו חצירא נומקה. במקרה שלפנינו, החלטת בית משפט השלום לא נומקה כלל וכלל. גם שתי עובדות אלה מוסיפות לצורך כי בית המשפט הנכבד ישמע את העתירה וכריע בה בטרם ימשך ההליך הפלילי.

21. את מעמדה המיוחד של טענת החסינות והיותה נסיבה חריגה אשר מתירה את התערבות בג"ץ בהליכים פליליים, להבדיל מכל טענה מקדמית אחרת, קבע כב' הנשיא שמגר באומרו:

"יש אכן נסיבות, בהן דן בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בנושאים הקשורים להליכים פליליים, ועו"ד יפתח אזכר בקשר לכך את היוזקותו של בית-משפט זה להליכים פליליים, שננקטו נגד חבר הכנסת (בג"ץ 507/81). טענה אחרונה זו מחייבת הצבתם של גבולות חומים ברורים כדי לאבחן בין עניין, הנתון לסמכותו של בית משפט זה, לבין עניין, שאיננו נכנס לגדר סוגי הנושאים, אשר בית משפט זה יידרש להם. **כאשר עולה שאלת החסינות של חבר כנסת, הרי הנושא המובא לפנינו איננו קיומו או פרשנותו הנכונה של הליך זה או אחר במסגרת סדרי הדין הפליליים אלא שאלה שבסמכות, היוודת לשורשו של עניין. במלים אחרות, השאלה, אשר עמדה במרכזו של הדיון, שהוזכר על-ידי הסניגור המלומד, הייתה עניין פרשנותו שלחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951, ושל חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט – 1969, ונבחנו בהקשר זה ההוראות, הבאות להבטיח את מעמדו המיוחד של חבר הכנסת, ככל שהדבר נוגע להליכים פליליים. בדומה לכך גם יכולה הייתה לעלות לפנינו בעבר השאלה, אם סמכות השיפוט של ערכאה פלילית מיוחדת זו או אחרת חלה על פלוני הנאשם (בג"ץ 297/68)."** (הדגשה לא במקור)

בג"ץ 398/83 הרצל אביטן ואח' נ' הרכב שלושה שופטים ואח', פ"ד לז (3), 467, 470

בית משפט נכבד זה חזר על קביעה זו וקבע כי כשמדובר בחריגה מסמכות עניינית, כמו המקרה דן, הוא יתערב בהליכי ביניים וידון לגופו של עניין. ראו, בין השאר:

בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ואח', פ"ד מא (4), 683.

בג"ץ 8744/96 חווה נ' מדינת ישראל, תק-על 96 (4) 96.

בג"ץ 6496/99 עמותת א.ל.ע.ד. נ' בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים ואח', נה (1) 193.

22. יש לציין, כי במקרים אחרים אך דומים הפעיל בג"ץ את סמכותו להתערב בהליכים פליליים המתנהלים בפני ערכאות נמוכות וזאת כאשר דחיפות העניין וחומרת תוצאת ההחלטות השיפוטיות של הערכאות הנמוכות חייבה דיון והכרעה מיידיים, בטרם מיצוי שלב הערעור. בעניין **בוז'ו נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו** נדונה על-ידי בית משפט נכבד זה החלטה של בית המשפט המחוזי בדבר חוות דעת פסיכיאטרית לגבי כשירותו של נאשם לעמוד לדין. בית המשפט הנכבד דחה את טענת המדינה, כי מדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי, שאין לדון בה בבית המשפט הגבוהה לצדק וציין בהקשר זה כי:

"עניין כגון זה שבפנינו, שנושאו אדם, שנשללה חירותו מכוח צו אשפוז בבית חולים לחולי נפש וקיום בדיקה פסיכיאטרית כדי לברר כושרו לעמוד לדין ואחריותו למעשים שעשה בתקופה שצו האישפוז היה עדיין בתוקפו, מן הראוי שיהא נדון בפני מיד גם השלב של עיון נוסף בהחלטה שיפוטית שנתקבלה, ואין להשהות בירור זה עד לאחר גמר המשפט ומתן פסק הדין. שהרי שלאחר שיבוצע הצו שבהחלטת השופט המלומד, הערעור, שיוגש על הצו לאחר סיום הליכי המשפט כולו, יהא ללא תועלת וללא תוחלת". (הדגשה לא במקור)

בג"ץ 541/81 בוז'ו נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו ואח', פ"ד לה (4), 807, 810.

23. ובעניין אחר נקבע כי:

"אם הנאשם צריך לדחות את ערעורו על צו כזה עד אחרי שהצו בוצע והוא נבדק, אין עוד בערעורו לא טעם ולא תכלית. צדק העותר בתפיסתו שזהו עניין מובהק לבית המשפט הגבוהה לצדק לפי סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, לעשות למען השלטת הצדק מקום שאין בית משפט אחר מוסמך ליתן את הסעד". (הדגשה לא במקור)

ראו:

בג"ץ 603/76 חיים רוט נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לא (2), 757, 759.

24. הוא הדין בענייננו. דחיית השגתו של העותר על החלטת המשיב מס' 3 להמשיך ולדון בעניינו עד אשר סיום ההליכים נגדו ומתן פסק דין מאיינת את השגתו זו מכל טעם או תכלית מאחר והוא כבר נדון בפני המשיב מס' 3 בזמן שעיקר טענתו כי אין לדון אותו בפניו. מכאן התערבות בית משפט נכבד זה מתחייבת ביתר שאת, הן מהאופי המנהלי המובהק שבטענת העותר בדבר תחולת חסינותו מהעמדה לדין והן כי נסיבות העניין מחייבות הכרעה סופית בעניין החסינות ואין כל היגיון או תכלית בדחיית טענה זו עד לשלב הערעור.

25. הנה כי כן, בית משפט נכבד זה מוסמך לדון בעתירה דנו, על אף קיומו של הליך פלילי בבית משפט השלום בנצרת. לשיטת בית משפט השלום, אין צורך להידרש בשלב הטענות

המקדמיות לשאלת החסינות. זאת, על אף שהכרעה בשאלה זו היא חיונית כדי לאפשר את המשך הדיון, בייחוד, אך לא רק, שמדובר בשאלה משפטית גרידא.

26. קשה לקבל את הטענה כי שאלת החסינות כרוכה בשאלות עובדתיות שמקומן צריך להתברר במהלך ההליך אשר עלול להתייטר במידה ובית משפט השלום יגיע למסקנה כי החסינות חלה. מדובר, אפוא, בסתירה פנימית: ההליך הפלילי מנוהל ומופעל במלוא עוצמתו, ועד אחרון מועדיו, כאשר בסוף עשויה להתקבל ההכרעה כי חסינות חבר הכנסת חלה, שמונעת את קיומו של ההליך הפלילי, שנוהל כאילו אין חסינות. איזה נפקות יש לחסינות במועד הכרעה זה לשאלה כה עקרונית ובסיסית?

27. להלן יתייחס העותר לשאלת תחולת החסינות המהותית על הדברים המיוחסים לו בכתב האישום נשוא עתירה זו.

ג. תחולת החסינות המהותית על הדברים שבכתב האישום

ג.1. ההתבטאויות המיוחסות לעותר בכתב האישום

28. כתב האישום שהוגש נגד העותר ביום 12.11.2001 מייחס לעותר את התבטאויות שנאמרו, לכאורה, ביום 5.6.2000 בכנס פוליטי של מפלגת בל"ד באום אל-פחם, וביום 16.10.2001 בסוריה. הדברים המיוחסים לעותר בכתב האישום לגבי נאום אום אל-פחם הם כדלקמן:

החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל, ישראל מנסה עכשיו לשפר את תדמיתה ברחבי העולם ומוכרת גירסה לא נכונה כאילו ביצעה את החלטת האו"ם 425, אבל היא נחלה תבוסה אחר תבוסה ונאלצה לצאת מדרום לבנון. זו האמת. זה יום ה-5 ביוני הראשון לאחר שנת '67, שהביא לשינוי במפלס המוראל שלנו, פעם ראשונה שאם רואים ניצוץ של תקווה. אם היינו לומדים לקח ממה שקרה באסון "אלנכבה", לא היתה מתרחשת התבוסה ב-1967...לבנון, החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה וניצחון – מטרה ברורה ורצון עז לנצח, והכנת האמצעים הנחוצים הדרושים להשגת מטרה זו. ישראל האשימה את סוריה ואיראן בניצול החיזבאללה למען השגת האינטרסים שלהן, אבל זה לא נכון. כוחות ההתנגדות הלבנוניים הם אלה שניצלו היטב את היחסים הרעועים בין סוריה ואיראן לבין ישראל, למען האינטרסים שלהם...והחיזבאללה 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.

29. הדברים המיוחסים לעותר בכתב האישום לגבי הנאום בסוריה הם כדלקמן:

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 "ההתנגדות" הלבנונית אשר הפיקה תועלת מהמרווח הזה שאותו הרחיבה סוריה בהתמדה, בין קבלת התנאים הישראליים הקרויים בשפ שלום בר-קיימא, לבין האופציה הצבאית. המרווח הזה הועיל לעקשנות ולהתמדה והגבורה של הנהגת ולוחמי ה"התנגדות" הלבנונית. אולם לאחר ניצחון "ההתנגדות" ולאחר ג'נבה וכן לאחר כישלון "קמפ דיוד", באה ממשלה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית "ההתנגדות", אלא ע"י הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו לנהל מאבק ו"התנגדות". לא ניתן להרחיב מרווח זה אלא באמצעות עמדה מדינית ערבית מאוחדת ואפקטיבית בזירה הבינ"ל, ואמנם הגיעה השעה לכך.

2.2. ההליכים בכנסת

30. ביום 25.9.2001 נערך הדיון הראשון בוועדת הכנסת בבקשת היועץ המשפטי לממשלה להסיר את חסינותו של ח"כ ד"ר עזמי בשארה, בגין שני כתבי האישום שהיועץ ביקש להגיש נגד העותר. ביום 16.10.2001 הגיש היועץ המשפטי לממשלה לוועדת הכנסת חוות דעת מטעמו בעניין בקשתו להסיר את חסינותו של ח"כ בשארה. ביום 30.10.2001 הגיש ב"כ העותר תגובה תמציתית לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה.

31. ביום 30.10.2001 נערך הדיון השני בוועדת הכנסת בבקשת היועץ המשפטי לממשלה. ביום 5.11.2001 נערכה ההצבעה בוועדת הכנסת על הסרת החסינות של העותר. ועדת הכנסת החליטה, ברוב קולות, להמליץ למליאת הכנסת להסיר את חסינות העותר בגין שני כתבי האישום. ביום 6.11.2001 הציעה ועדת הכנסת (בשעה 22:30) למליאת הכנסת להסיר את חסינותו של ח"כ בשארה. באותו מעמד נערך דיון במליאת הכנסת בהצעת ועדת הכנסת להסיר את החסינות. למחרת, ביום 7.11.2001, נערכה הצבעה במליאת הכנסת על הסרת החסינות. חסינות העותר הוסרה ברוב קולות: 61 חברי כנסת בעד, 30 נגד, ושני חבר כנסת נמנעו. זאת היתה הפעם הראשונה בהיסטוריה של הכנסת שחסינותו של ח"כ מוסרת בגין התבטאויותיו הפוליטיות.

רצ"ב פרוטוקול הדיון של ועדת הכנסת מיום 25.9.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/3.

רצ"ב חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 16.10.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/4.

רצ"ב תגובת ב"כ העותר לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.10.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/5.

רצ"ב פרוטוקול דיון ועדת הכנסת מיום 30.10.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/6.

רצ"ב פרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת מיום 5.11.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/7.

רצ"ב פרוטוקול הדיון של מליאת הכנסת מיום 6.11.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/8.

רצ"ב פרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 7.11.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/9.

3.ג. תכלית החסינות המהותית

32. סעיף 1 (א) לחוק חסינות חברי-הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-

1951 קובע:

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

33. לפי סעיף 13 (א') לחוק החסינות, הכנסת אינה רשאית להסיר את החסינות המהותית של

חבר כנסת הקבועה בסעיף 1 לחוק, משום שהיא נושאת אופי אבסולוטי.

34. ההתבטאויות המופיעות בקטעי הנאום של אום אל פחם והמיוחסות לח"כ בשארה הינן

הבעת עמדה בנושא פוליטי-מדיני מובהק אשר נאמרו באסיפת מפלגתו הפרלמנטרית בפני ציבור בוחר רשימתו, חבריה ותומכיה. כמו כן, ההתבטאויות המופיעות בקטעי הנאום שבסוריה הינן הבעת עמדה בנושא פוליטי-מדיני מובהק שנאמרו באסיפה פומבית מתוקשרת על ידי מי שהוזמן לסוריה בתור חבר-כנסת ערבי על מנת לשאת דברים בפני ציבור פוליטי – מדיני. העותר יטען כי, הכנסת לא היתה רשאית ליטול את חסינותו המהותית של ח"כ בשארה משום שמדובר בהבעת דעה של חבר כנסת במילוי תפקידו ו/או למען מילוי תפקידו. ועל כן, החלטת הכנסת הינה בטלה מעיקרה.

35. התכליות שמאחורי סעיף 1 לחוק החסינות הן לשמור על קיומו של ההליך הדמוקרטי

שבו מוענקת הגנה לנבחר הציבור מדיקטטורה של עמדות הרוב, להשפיע על קבלת ההחלטות, לעצב את דעת הקהל, לייצג את עמדות בוחריהם ללא פחד ומורא.

36. כך קבע הנשיא אגרנט בעניין **בן משה**¹ :

"...זכות החסינות, עליה מדובר בסעיף 1, איננה ניתנת לשלילה על ידי הכנסת ונושאת אופי אבסולוטי. והאם אין להסיק מזה, כי המחוקק ראה במתן ערובה חשובה זו לחופש הדעה והביטוי של כל אחד מחברי הכנסת, לצורך מילוי תפקידו, משום ענין ששכרו בשביל המדינה עולה על כל הפסד העלול לצמוח כתוצאה מהבעת דעה מסוימת על ידי חבר פ-לוני מעל בימת הכנסת, אף אם היה בכך שימוש לרעה בזכות החסינות האמורה. שאם לא תאמר כן, הנך פותח פתח – כך שקל המחוקק-לעריצות מטעם הרוב בכנסת כלפי מיעוט קטן, אשר השקפותיו אינן מקובלות על הרוב, דבר הנוגד את עקרונות הדמוקרטיה"².

37. ובאותו עניין ממשיך הנשיא אגרנט :

¹ ע"פ 255/68 מ"י נ' **בן משה**, פ"ד כב (2), 427.

² **שם**, עמ' 436.

"...לפנינו זכות-יתר בעלת חשיבות קונסטיטוציונית ממדרגה ראשונה, כאשר היא נועדה להבטיח לחברי המוסד המחוקק של המדינה את חופש הדעה, הביטוי והוויכוח, למען יוכלו למלא את תפקידם, בתורת שכאלה, ללא הרגשת מורא ופחד ובלי שיחששו, פן יהא עליהם לתת את הדין על כך לאדם או רשות כלשהם".³

38. הנשיא שמגר הדגיש בעניין **מיעארי** כי :

"העיקר בחסינות המהותית הוא לאפשר לחבר הכנסת למלא את תפקידו כשליח ציבור ולומר את דברו – אם בדברים ואם בהצבעה – באופן חופשי ביותר, ללא מורא ופחד מפני צעדים שיינקטו כלפיו בעקבות פעולתו האמורה".⁴

39. החסינות המהותית, כאמור בסעיף 1 לחוק, נועדה דווקא ליתן חסינות לחבר כנסת מפני פתיחת הליכים פליליים או אזרחיים, היינו היא אפקטיבית באופן מיוחד כשמדובר בביצוע מעשים אסורים. אין לה משמעות אפקטיבית, אפוא, כשמדובר על מעשים מותרים. כדברי כב' השופט ברק בפסק דין **פנחסי** :

"אסור לנו לצאת מתוך הנחה כי במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו עשוי חבר הכנסת לבצע פעולות מותרות בלבד. כן אסור לנו להניח כי כל פעולה אסורה היא מעצם טבעה פעולה שאינה במילוי התפקדי או למען מילוי התפקיד כחבר הכנסת...אם לא ננהג כך, נרוקן את חוק החסינות מכל תוכן – וזאת לא יעשה שופט המשמש פרשן נאמן של החוק".⁵

40. דברים דומים העלה הנשיא שמגר בעניין **מיעארי** :

"פשוט וברור הוא, על כן, לחזור על כך, כי החסינות דרושה מקום בו אדם אחר, שאינו חבר הכנסת, היה עומד למשפט או היה צפוי להליכים אזרחיים או לנקיטת פעולה משפטית אחרת, אך על חבר הכנסת פרושה ההגנה שבסעיף 1".⁶

41. סעיף 1 לחוק החסינות עוטה את הגנתו על הבעת דעה או מעשה שנעשו במילוי תפקיד או למען מילוי התפקיד של ח"כ. השימוש במטבע הלשון "למען מילוי תפקידו" הינו בא להרחיב ולהוסיף על מה ניתן לכסותו במקרה הרגיל. כדברי הנשיא שמגר בעניין **מיעארי** :

"...אנו למדים מהצבתם של שני הביטויים הללו זה לצד זה, כי הביטוי 'למען מילוי תפקידו' בא להוסיף להיקף החסינות אל מעבר למה שהיה מתכסה, לו ננקט הביטוי 'במילוי תפקידו' בלבד, וכי לא הסתפקו בביטוי 'במילוי תפקידו' בלבד...כדי למנוע כל ספק בדבר רוחב היריעה".⁷

³ שם, עמ' 439.

⁴ עניין **מיעארי**, עמ' 206.

⁵ בג"ץ 1843/93 **רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל ואח'**, פ"ד מט (1), 661, 677.

⁶ עניין **מיעארי**, עמ' 205.

⁷ שם, עמ' 204.

42. כל קביעה לגבי תחולת החסינות המהותית על פעולה כלשהי של חבר כנסת מחייבת לשמור על תכליות אלה וליתן להן משקל מכריע. ברוח זו, תיבדק להלן סוגיית תחולת החסינות המהותית על התבטאויות המשקפות את העמדות הפוליטיות – המדיניות של חבר כנסת.

43. על רקע תכליות אלה ומטרות אלו יש לפרש את סעיף 1 לחוק החסינות. ובגלל אופיין של תכליות ומטרות אלו, ומאחר ומדובר, כדברי הנשיא אגרנט בזכות "בעלת חשיבות קונסטטוציונית ממדרגה ראשונה" הרי פרשנות הוראה זו אינה יכולה אלא להיות בהתאם ועל פי כללי הפרשנות לזכויות יסוד פוליטיות בעלות אופי חוקתי. כללים אלה חייבים להבטיח כי מלאכת האיזונים תבטיח את קיומן ומימושן של תכליות ומטרות החסינות המהותית לחבר כנסת ובראשן הגנתו מפני כוח הרוב בכנסת ומפני הרשות המבצעת בכל הקשור לסוגיית תפקידו כחבר כנסת. כמו כן, הפרשנות חייבת להבטיח שוויון בין כל חברי הכנסת בכל הקשור להבעות עמדות פוליטיות ומדיניות, אחרת תהיה העדפה לעמדות מסוימות על פני אחרות.

4.ג. תחולת החסינות על עמדות פוליטיות-מדיניות

44. העותר יטען, כי כל פרשנות להוראת סעיף 1 לחוק החסינות בעניין "הבעת עמדה" חייבת להבטיח ולהגן תמיד על הבעת עמדות פוליטיות או מדיניות המופיעות בצורת התבטאויות של חבר כנסת מבלי להתייחס לתכנון. כל הגבלה הנובעת מתוכנן של עמדות פוליטיות או מדיניות במערכת פוליטית פלורליסטית, מגוונת ומורכבת, תוביל להתערבות פוליטית המונעת מנימוקים פוליטיים-אידיאולוגיים אשר תומכים בעמדה זו נגד עמדה אחרת, היינו התערבות המפרה את עקרון השוויון בין חברי הכנסת. לכן, החסינות המהותית משתרעת על כל העמדות הפוליטיות או המדיניות יהיה תוכן האיסור הפלילי אשר יהיה.

45. ודוק. ההגנה מתייחסת בכתב זה להתבטאויות המבטאות עמדות פוליטיות-מדיניות של רשימה מיוצגת בכנסת אשר מצעה הפוליטי אושר, והיא עמדה בתנאי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. בנוסף, תחולת החסינות המהותית על עמדות פוליטיות ומדיניות עלולה להיות מוגבלת רק בחקיקה המגבילה באופן מפורש וישיר את תחולת החסינות המהותית ואשר עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. כל עוד אין הגבלה כזו, כמו המקרה דנן, התחולה היא אבסולוטית.

46. יתרה מזו, העותר מתייחס בעתירה זו רק להתבטאויות המבטאות עמדות פוליטיות ומדיניות במובן הקלאסי שלהן, היינו המופיעות בצורות של: נאומים, הרצאות, וכוחים, הצבעה וכתובה. העותר לא יתייחס להיקף החסינות בשאר המקרים של חופש הביטוי הפוליטי במובנו הרחב כגון: הפגנה, עצרת, מסירת מידע (בגלל שהוא לא מהווה הבעת עמדה פוליטית ומדינית), צורות ביטוי פרטיות כגון לשון הרע או לכל מעשה אחר.

וזאת לא בגלל שמעשים אלה לא נופלים בגדר החסינות המהותית אלא בגלל צורכי כתב האישום נשוא עתירה זו.

47. פרשנות זו הגורסת, כי החסינות המהותית משתרעת על כל התבטאות אשר מבטאת עמדה פוליטית או מדינית מוצאת לה גם אחיזה לא רק בביטוי "מילוי תפקידו" אלא בביטוי הנוסף "למען מילוי תפקידו" אשר מרחיב את היריעה. שכן, המבחן של "למען מילוי תפקידו" כאשר זה מתייחס לעמדות פוליטיות-מדיניות (להבדיל ממעשים או מצורות אחרות של חופש הדעה והביטוי) הינו מבחן סובייקטיבי, וזאת בגלל שתפקיד הייצוג הפרלמנטרי הינו פוליטי במהותו.

48. להלן ניתוח לפסיקה העליונה שהתייחסה לסוגיית החסינות שבסעיף 1 לחוק החסינות. מטרת הסקירה והניתוח הוא להראות כי התבטאויות פוליטיות- מדיניות תמיד נהנות מחסינות מהותית ללא עוררין, והן נתפסות כחלק "מילוי תפקיד או למען מילוי תפקידו" של חבר-הכנסת.

5.ג. עמדת הפסיקה בעניין תחולת החסינות על התבטאויות פוליטיות של חבר כנסת

5.ג.1. עניין מיעארי

49. הפרשנות הקובעת כי לסעיף 1 לחוק החסינות שלפיה הוא תמיד חל על התבטאויות המבטאות עמדות פוליטיות-מדיניות תואמת את ההלכה הפסוקה במדינת ישראל והמשפט המשווה. כך, למשל, בעניין **מיעארי** דובר על נאום חבר כנסת מיעארי באזכרת פהד קואסמה חבר אש"ף. לפי החלטת הכנסת, ח"כ מיעארי שיבח את דרכו של קואסמה ואת דרך מאבקו של ארגון אש"ף שהוגדר כארגון טרור לפי הפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. בית המשפט העליון קבע כי מדובר בהתבטאות פוליטית-מדינית הנהנית מחסינות מהותית. בית המשפט העליון לא ראה לנכון, ובצדק, להתייחס לתוכנם של הדברים, לא לחיוב ולא לשלילה, אלא הוא התייחס להגדרתם בתור התבטאויות פוליטיות-מדיניות שהופיעו בצורת נאום. הנשיא שמגר קבע בפרשה זו כי:

"...מה שניתן להסיק מהפרוטוקולים של ועדת הכנסת ושל מליאת הכנסת, היינו, שנושא ההחלטה להסרת החסינות היה התבטאות מדינית פומבית של העותר באסיפה מחוץ לכנסת...זכותו של חבר הכנסת להתבטא כמיטב אמונתו בנושאים העומדים על סדר יומו של הציבור, ולעניין זה קובע סעיף 1 לחוק החסינות, כי אין במקום השמעת הדברים כדי לקבוע בלעדיות במתן ההגנה, ודין דברים המושמעים מחוץ לכנסת כדין דברים המושמעים בכנסת. משמע, החסינות המהותית חלה לפי נוסחו של החוק שלנו גם על התבטאויות פוליטיות פומביות של חבר הכנסת, בין אם הן נעשות בכנסת או באסיפות פומביות. שכן, אם המושג 'למען מילוי תפקידו' של חבר-הכנסת שבסעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, יש לפרש כחובק גם התבטאויות פוליטיות; חבר הכנסת הוא אישיות, שהעיסוק הפוליטי הוא תפקודה ושליחותה, ועיסוק זה אינו מותחם לגבולות משכן הכנסת...העילה ששימשה להסרת

החסינות, בנסיבות דנו, הייתה אירוע שבמילוי תפקידו של העותר שסעיף 1 (א) לחוק חל עליו, ולכן, לא ניתן להטיל בעטיו אחריות פלילית או אזרחית או לנקוט בעטיו פעולה משפטית.⁸

ג.5.2. עניין בן משה

50. בעניין **בן משה** בשנת 1968 נידון ענייננו של מערער שנגזר עליו בבית המשפט המחוזי עונש של 18 חודשי מאסר בגין תקיפתו לח"כ מאיר וילנר, אשר לטענת המערער התבטא בכנסת בדברים הסותרים את רוחו של העם. בית המשפט העליון נתן משקל מכריע לסוגיית החסינות המהותית והתייחס לתקיפה כפגיעה קשה ביותר בחסינותו של ח"כ וילנר ככל שהיא משתרעת על הבעת עמדותיו הפוליטיות-מדיניות אף אם הן לא תואמות את "רוחו של העם", ועל כן הוגדל העונש לארבע שנות מאסר. בפסק-דין זה מציין הנשיא אגרנט כי:

"זכותו של חבר בית-הנבחרים להשמיע, בפורום הזה או מחוצה לו, את השקפותיו שלו על השאלות הפוליטיות 'המנסרות' ללא הרגשת מורא ופחד ובלי חשש בלבו, פן יבולע לו על-ידי מאן דהוא, אשר אותן ההשקפות אינן אוהדות עליו או המשוכנע שהן הרות סכנה לעם – זכות זו אינה אלא בבואה מוחשית של הקשר ההדוק הקיים בין העיקרון של חופש הביטוי והוויכוח לפעולתו התקינה של התהליך הדמוקרטי."⁹

ג.5.3. עניין הנגבי

51. סעיף 4 (ח) לפקודה למניעת טרור אסר בזמנו מפגשים עם חברי אש"ף. בתאריך 10 בספטמבר 1990 הגיש היועץ המשפטי לממשלה בקשה לנטילת חסינותו של ח"כ מיעארי בגין ביצוע עבירה לפי הפקודה למניעת טרור. בבקשה צוין, כי מפגשים אלה נותנים לגיטימציה ציבורית לארגון טרוריסטי ויש בהם הבעת תמיכה ואהדה בו. במקרה זה לא היתה מחלוקת עובדתית בעניין ביצוע העבירה. אולם, מליאת הכנסת דחתה את המלצת ועדת הכנסת וסירבה להסיר את חסינותו של ח"כ מיעארי. וברור שכאן דובר על מעשה ולא בהתבטאות פוליטית במובנה הרגיל והקלאסי, עם זאת, הכנסת, ובצדק, נתנה משקל למהותה הפוליטית של העבירה. מקרה זה הוזכר גם בעניין **ח"כ הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה**¹⁰, שם העותר קבל נגד החלטת המשיב שלא הוגשה בקשת הסרת חסינות נגד ח"כ וייצמן לצורך הגשת כתב-אישום בגין מפגש עם נציג אש"ף. היועץ המשפטי לממשלה, אשר עמדתו התקבלה בבג"ץ, טען בין היתר כי החסינות המהותית חלה גם אם בוצעה עבירה. בשני המקרים "המעשה" שהוא מפגש עם ארגון המוגדר על פי הפקודה כארגון טרוריסטי בא לשרת עמדה פוליטית-מדינית התומכת בפתיחת מו"מ עם אש"ף, ולכן הוא הוכשר כחסיין.

⁸ עניין **מיעארי**, עמ' 208-209.

⁹ עניין **בן משה**, עמ' 435.

¹⁰ בג"ץ 806/90 **ח"כ צחי הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד מד (4), 797.

ג.5.4. עניין שטאובר

52. בעניין מסמך **שטאובר** חשף ראש האופוזיציה ח"כ נתניהו מסמך סודי מתוך מודעות גמורה לאיסור שבדבר, אך גם מתוך כוונה להכשיל את מדיניותה של הממשלה בניהול משא ומתן, בית המשפט העליון קבע כי החשיפה נעשית תוך מילוי בתפקיד ועל כן החסינות המהותית חלה במקרה זה. כאן נקבע כי המעשה נופל במתחם מילוי תפקידו של ח"כ נתניהו משום שמדובר בהתבטאות אשר הובעה במהלך פעילות פרלמנטרית, אשר הגיעה לשיא ולהט במהלך הויכוח הפוליטי.¹¹

ג.5.5. מבחני פנחסי

53. על אף שפסק-דין **פנחסי** עסק בעיקר ב"מעשים" ולא בהתבטאויות פוליטיות-מדיניות, המבחנים שנקבעו בו מובילים למסקנה לעיל. כפי שיוסבר להלן, המשותף בין שלושת המבחנים שנקבעו בפנחסי מבוסס על רעיון הסבירות שבפעילות חבר הכנסת. היינו החסינות תחול תמיד על "פעילות רגילה וסבירה". התבטאויות פוליטיות-מדיניות הן הגרעין של הפעילות הרגילה והסבירה של חבר הכנסת.

ג.5.5.א. מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" של השופט ברק

54. מבחנו של כבי הנשיא ברק קובע, כי החסינות המהותית דורשת קשר ענייני בין הפעולה האסורה של חבר הכנסת לבין תפקידו. לגישתו, החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה לבין התפקיד של חבר הכנסת קיימת זיקה העושה את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במילוי התפקיד או למענו. לדיבור 'במילוי תפקיד' או למען מילוי תפקיד' יש ליתן משמעות אשר תגשים את תכליתו, היינו תבטיח את עצמאותו וחופש פעולתו של חבר הכנסת. ברק מחדד באומרו:

"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 חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה בה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי לו ניתן כל חבר כנסת."¹²

55. כבי הנשיא ברק מביא ארבע דוגמאות להמחשת מבחנו: (א) השתתפותו של חבר כנסת בהפגנה בלתי חוקית; (ב) הפרת צו איסור יציאה לחו"ל; (ג) מצע פוליטי לסיוע בהתאבדות – כאן ברק קובע כי, "חבר הכנסת רשאי כמובן לפעול למען רעיונותיו בכנסת ומחוצה לה. אסור לו לסייע לפלוני להתאבד" (ד) המצע של מפלגה בכנסת הוא לבטל את מס ההכנסה – ברק קובע כי מותר לו לנאום חופשי בעניין זה אך אסור לו להתעלם מתשלום מס.¹³

¹¹ בג"ץ 5151/95 רן כהן נ' שר המשטרה משה שחל ואח', מט (5), 245, 255.

¹² עניין **פנחסי**, עמ' 686.

¹³ **שם**, עמ' 689.

56. לפי מבחנו של כב' הנשיא ברק, הפעולה תמיד תהיה חסינה במישור הרעיוני, אולם המעשים האסורים יהיו חסינים רק לפי מידת הקרבה והזיקה העניינית לתפקידו של חבר הכנסת, היינו כרוכים בו. התכליות של חוק החסינות, לדידו של הנשיא ברק, הוא מתן חופש פעולה לחבר הכנסת לקדם את רעיונותיו. לכן, מבחנו של ברק תמיד יבטיח את חופש ההתבטאות הרעיוני של חבר הכנסת אף אם מדובר במקרים שיש בהם הסתה לפגיעה בערך החיים. מבחן ברק מגביל את תחולת החסינות על- "מעשים" מסוימים. הדוגמה של סיוע להתאבדות ממחישה זו. על אף שמדובר בשידול לביצוע עבירה, ועל אף שמדובר ברעיונות העלולים לפגוע בשלום הציבור ובחיי אדם, מותר לחבר הכנסת במישור הרעיוני לפעול למען קידום רעיונותיו אלה: לדבר, לנאום, לצעוק, להסית – הכל עד שלב ביצוע המעשה. במילים אחרות, מובטח לו חופש התבטאות קיצוני ביותר, אך לא כך לגבי "מעשים". כך הדבר לגבי תשלום מסים: מותר לקרוא לתושבים לא לשלם מס, אך חובה היא לשלם מסים.

ג.5.5.ב. מבחן ה"רלוונטיות" של השופט גולדברג

57. לשיטתו של כב' השופט גולדברג, מבחן הרלוונטיות הוא שיקבע אם המעשה של חבר כנסת ייכלל בדבר הביטוי "במילוי תפקיד או למען מילוי תפקיד". "הרלוונטיות מתקיימת רק כשהפעולה משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת וששלשמו נבחרו חברי הכנסת". והוא ממשיך "חבר כנסת ממצא את תפקידו בעיקר בדרך של הבעת דעה". "על פי מבחן הרלוונטיות, זיקתה של הבעת דעה אסורה לתפקידו של חבר כנסת הדוקה מזיקתו של מעשה אסור אחר, שכן חבר הכנסת ממצא את תפקידו בעיקר בדרך של הבעת דעתו".

58. בחוות דעתו של כב' השופט גולדברג לא עולה ההבחנה בין התבטאות פוליטית-מדינית לבין מסירת מידע אסור. הוא מתייחס ל "הבעת דעה" ולחופש ביטוי על כל צורותיהם. הבעת דעה או חופש ביטוי, לגישתו, יהיו מוגנים ללא קשר לכוונת אומרם בתנאי שקיימת הצדקה עניינית למסירת מידע. הדוגמה שהוא מביא מתייחסת למסירת מידע אסור שנהפכת לחסינה כאשר נושא הדיון בכנסת הוא רלוונטי למסירתה, והיא אינה חסינה כאשר הדיון אינו רלוונטי. עם זאת, ברור מגישתו של השופט גולדברג כי תמיד התבטאות אודות עמדות פוליטיות-חברתיות או מדיניות, שהיא נבדלת ממסירת מידע או ביטוי פרטי- תהיה חסינה כי תפקידו הרגיל של חבר כנסת, מתבטא ב"הבעת דעה המבטאת את השקפת עולמו הפוליטית והחברתית של חבר הכנסת",¹⁴ או שלמענה הוא נבחר.

ג.5.5.ג. מבחן "הזיקה המהותית" של הנשיא שמגר

59. כב' הנשיא שמגר קובע כי יש צורך שתהא "זיקה" בין התפקיד ומילוי לבין המעשה אשר לגביו מוענקת החסינות. הזיקה הינה זיקה מהותית והגיונית לתפקיד הוא מצוין:

¹⁴ שם, עמ' 722.

"אין המדובר בעבירה המבוצעת לשמה בעת היותו של המבצע חבר כנסת אלא בעבירה המתבצעת במהלך הפעילות כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר או משני לה".¹⁵

60. הנשיא שמגר מחזק את גישתו שהתבטאה בעניין **מיעארי**, והוא אכן סבור כי התבטאויות פוליטיות-מדיניות כגון נאומים, הרצאות פוליטיות, ויכוחים מהווים "הפעילות הלגיטימית" של חבר הכנסת: "תפקידו של חבר הכנסת מתבטא בפעילות מדינית ופרלמנטרית בכנסת ומחוצה לה" הנשיא שמגר עושה הבחנה בין מעשים לבין התבטאויות מסוג אלה. המעשים יכולים להיות חסינים ככל שאלה מתקרבים לפעילות הרגילה, היינו להתבטאויות פוליטיות-מדיניות. לדידו: "חבר כנסת אשר בשעת נאום, וכחלק מהותי ממנו, יעבור עבירה על איסורי לשון הרע או אף על איסורים בעניין גילוי ידיעות חסויות, תחול עליו החסינות".¹⁶

61. הנה, גם לגישתו של כב' הנשיא שמגר התבטאויות המבטאות עמדות פוליטיות-מדיניות, כמו נאומים, הם עיקר הפעילות הרגילה והם תמיד חסינים. לא זו בלבד, אלא בגלל שהם חסינים ביכולתם להכשיר פעילות אחרת אסורה אשר אינה נופלת בגדר עמדות פוליטיות-מדיניות כמו לשון הרע או גילוי סודות מדינה כאשר קיימת זיקה עם הנאומים.

6.ג. המסקנות העולות בעניין התבטאויות פוליטיות-מדיניות

62. ניתוח לפסיקה לעיל מוכיח, למרות שברובם דובר במעשים – מלבד המקרה של **מיעארי** שהתייחס להתבטאויות פוליטיות-מדיניות – כי בית המשפט העליון נתן משקל לקשר הענייני בין הבעת העמדה הפוליטית-מדינית לבין המעשה שבה לחזק אותה. ובגלל קשר זה נקבע, כי המעשים הינם חסינים או לא. במקרה המפגשים עם אש"ף דובר ב"מעשה" אסור על פי הפקודה למניעת טרור אך הוא בא בכדי לשרת עמדה פוליטית-מדינית (לפתוח מו"מ עם אש"ף) ולכן נקבע כי המעשה האסור הינו חסין. במקרה של מסמך **שטאובר**, דובר שם גם על "מעשה" (חשיפת מסמך סודי) המהווה עבירה על חוק העונשין, אך בגלל שמטרתו היתה חיזוק עמדה פוליטית-מדינית של ראש האופוזיציה, נקבע שהוא חסין. בעניין **פנחסי** נקבע כי העבירות של רישום כוזב בתאגיד וניסיון לקבל דבר במרמה אינם מעשים חסינים משום שאין בינם ולבין העמדה הפוליטית-מדינית של מפלגתו של ח"כ פנחסי ולא כלום, מה גם שהעותר לא טען זאת ולא יכל לטעון זאת.

63. המשותף בין שלושת המבחנים בפנחסי הוא שפעילות היא חסינה ככל שזו מבטאת את "הפעילות הרגילה והסבירה" של חבר כנסת או פעילות "קרובה וכרוכה בה". על-פי כל השופטים, הפעילות הרגילה והעיקרית של חבר כנסת מתבטאת בעיקר בהבעת עמדות פוליטיות-מדיניות. הבעת עמדה פוליטית-מדינית היא החוליה העושה את המעשים כחסינים. המחלוקת בין השופטים נוגעת לנסיבות העושות את המעשים קשורים עניינית

¹⁵ שם, עמ' 727.

¹⁶ שם, שם.

לפעילות הרגילה, היינו לעמדות הפוליטיות-מדיניות או חברתיות. אין כלל ויכוח בפסק-דין זה כי החסינות אינה חלה תמיד על העמדות הפוליטיות-מדיניות של חבר הכנסת. אכן, אין נפקא מינה מהי העמדה הפוליטית-מדינית היא תמיד חסינה, אולם, מבחינת שלושת השופטים השאלה היא מתי המעשים נחשבים כקשורים עניינית לעמדה פוליטית-מדינית- וזה לא עניינו של כתב-אישום דנן.

64. הפסיקה העליונה, במקרים מסוימים, לא עשתה הבחנה בין "הבעת דעה" לבין התבטאויות פוליטיות-מדיניות. "הבעת הדעה" במקרים אלה כללה התייחסות לכל צורות חופש הביטוי כגון לשון הרע או מסירת מידע סודי. אולם, היה ברור לחלוטין שפסיקה זו נתנה הכשר של חסינות לאופנים השונים של חופש הביטוי, כמו מסירת מידע סודי, רק כאשר הם היו כרוכים וקשורים בנושא פוליטי-מדיני (או חברתי) המשקף את עמדותיו של חבר-הכנסת. לכן, למשל, נושא הנאומים הפוליטיים-מדיניים אינו כלל ועיקר חלק מהמחלוקת בין כל שופטי בית המשפט העליון. נהפוך הוא, כולם מסכימים כי הוא הביטוי לפעילות הרגילה והסבירה, כי הוא תמיד נתפס "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" ומעולם לא ערערו אחר חסינותו. להדגיש, כאמור, שההגנה בכתב זה מתייחסת לעמדות פוליטיות-מדיניות בלבד, שהן רק אופן אחד מאופני "הבעת הדעה" אשר אינו כולל ביטויים פרטיים, מסירת מידע סודי או לשון הרע.

65. יודגש, כי בית המשפט העליון לא בחן, ובצדק, את תכנם של הביטויים כאשר הם הופיעו בתור התבטאויות פוליטיות-מדיניות כמו הנאום של ח"כ מיעארי, והוא לא ביטא את עמדתו לגבי נכונות המעשים שבאו לשרת באופן ישיר עמדה פוליטית-מדינית כמו המפגשים עם אש"ף, או חשיפת מסמך שטאובר. בית המשפט העליון ראה לנכון להתייחס לאופן הביטוי או המעשה, והקשר שלו עם השקפתו הפוליטית-מדינית של חבר-הכנסת, ושתהיה ההשקפה הפוליטית-מדינית אשר תהיה. לא למותר לציין, כי, התייחסות בית-המשפט לתוכנם של עמדות פוליטיות-מדיניות תהפוך אותו לצד מעורב במערכת הפוליטית.

66. ודוק. כשמציינים שהתבטאות פוליטית-מדינית המשקפת עמדות של חבר כנסת היא נופלת בתחום החסינות המהותית, הכוונה היא להתבטאויות פליליות אסורות כגון הסתה, המרדה, פגיעה בביטחון המדינה, הבעת תמיכה, הזדהות ואהדה בארגון המוגדר כארגון טרוריסטי. אכן, עבירות אלה הן חסינות אם הן תוצאה של התבטאות לעמדות פוליטיות-מדיניות או נגררות אליהן. כך נקבע בפסיקה שהתייחסה לנאום ח"כ מיעארי התומך באש"ף ובדרכו שהוגדר על-פי הפקודה כארגון טרוריסטי; כך נקבע לגבי המפגשים עם אש"ף על אף האיסור הפלילי ולמרות הטענה כי מפגשים אלה מעניקים לגיטימציה "לארגון טרוריסטי"; כך הוכשרה העבירה הביטחונית שבחשיפת מסמך מסווג, על אף שהמעשה מוגדר כעבירה על ביטחון המדינה; כך היא דוגמתו של הנשיא ברק בעניין הקריאות והנאומים בזכות ההתאבדות שהם חסינים על אף הפגיעה באינטרסים של ערך החיים ושלומו הציבור; כך היא דוגמתו של השופט ברק בעניין

הקריאות לאי תשלום מסים על אף הפגיעה באינטרס הסדר הציבורי. וכך אמורה להיות התמיכה, האהדה וההזדהות, אם בכלל, בארגון חיזבאללה המוגדר על-פי הפקודה כארגון טרוריסטי, אם היא עולה מהתבטאות מדינית-פוליטית של חבר כנסת.

67. לפיכך, התבטאות פוליטית-מדינית (במובן הקלאסי של הביטוי) של חבר כנסת, המגלמת את העמדה עצמה, לא רק שהיא תמיד חסינה, היא יכולה להכשיר "מעשים" אסורים ולעשותם לחסינים. ולכן, מעולם לא הוסרה חסינות מהותית בגין התבטאויות של עמדות פוליטיות-מדיניות. וכל קביעה אחרת לפיה, החסינות המהותית אינה חלה על התבטאויות של עמדות פוליטיות-מדיניות של חבר הכנסת תוביל למצב אבסורדי.

68. הדיונים בעניינו של ח"כ בשארה מהווים המחשה טובה לכך. בשלושת הדיונים בכנסת בעניין נטילת חסינותו של ח"כ בשארה, הוא חזר על מהותם של הדברים (שאינן לגביהם מחלוקת עובדתית), הסביר אותם, ניתח אותם, קרא אותם, והדגיש אותם שוב ושוב. כמו כן, חברי כנסת אחרים כמו ח"כ מוחמד ברקה, ח"כ עבדאלמאלכ דהאמשה, וח"כ טלב אל סאנע הביעו בפני ועדת הכנסת ובנוכחות היועץ המשפטי לממשלה את הסכמתם ותמיכתם לתוכנם של דבריו של ח"כ בשארה, והם אף חזרו ואמרו מילים ומשפטים שהופיעו בנאומים המיוחסים לח"כ בשארה שבכתב-האישום.

69. עם זאת, אין מי מהנוכחים שטען, ובצדק, שעצם דבריו של ח"כ בשארה או בדברי חברי הכנסת הערבים בדיונים אלה משום עבירה פלילית שאינה חסינה. אין מי מהמשתתפים שסבר לרגע שניהול ויכוח על דבריו של ח"כ בשארה והשמעתם שנית מהווים עבירה כלשהי; אין בר דעת שהיה עלול לטעון כי ועדת הכנסת בנוכחות היועץ המשפטי לממשלה נהפכה לזירת פשע בעקבות דבריהם של ח"כ בשארה ודברי שאר חברי הכנסת הערבים. אם לא כן, ועדת הכנסת היתה מפסיקה את הדיונים באופן מיידי, והיועץ המשפטי לממשלה לא היה ממשיך להשתתף בדיונים עצמם. לא כך יהיו פני הדברים אם מדובר על פעילות אחרת שאינה מהווה התבטאות לעמדות פוליטיות-מדיניות כגון הוצאת לשון הרע, חשיפת מסמך סודי או כל מעשה אחר. במקרים אלה, הדיון לא יתקיים אם חבר הכנסת ימשיך בהוצאת לשון הרע נגד אחר, והדיון יופסק אם ימשיך חבר הכנסת בחשיפת תוכנו של מסמך מסווג, וועדת האתיקה של הכנסת תתכנס מיידיית ובמיוחד לכך, ואולי יוגשו כתבי אישום נוספים בגין כך.

70. מסקנתנו לעיל מתיישבת גם עם מסקנתה של ד"ר סוזי נבות:

"לשיטתנו המהות הפנימית של התפקיד כוללת כל ביטוי ציבורי ופוליטי להבדיל מביטוי פרטי. התבטאויות פרטיות אינן כלולות בהגדרת תפקידו של חבר-הכנסת... לדעתנו בקביעת היקף הביטויים הנכללים בעקרון החסינות נכללות התבטאויות ציבוריות ופוליטיות אף אם יש בהן משום עבירה. בדומה לקביעתו של השופט ברק בעניין כהנא על פיה המהות 'הפנימית' של חופש הביטוי כוללת את החופש לעורר מהומות, לפגוע בשלום הציבור, לפרסם דברי תועבה וסודות מדינה, כך

גם המהות הפנימית של החסינות משתרעת על
התבטאויות אלה.¹⁷

71. על יסוד האמור לעיל, העותר יטען כי החסינות המהותית חלה ללא סייג על שני הנאומים
נשוא כתב-האישום דן, שכן מדובר בהבעת עמדות פוליטיות-מדיניות. ואין נפקא מינה
באם הם מהווים עבירה או לאו. אולם, ומעבר לדרוש, ועל מנת לא להשאיר ספקות
כלשהן, העותר יתייחס להלן לעמדות הפוליטיות-מדיניות שלו כחבר כנסת על מנת
להראות כי כתבן, לשונן, ורוחן של התבטאויותיו תואמות את העמדות הפוליטיות-
מדיניות שלו ושל מפלגתו, היינו חלק ממילוי תפקידו ו/או למען מילוי תפקידו כחבר
כנסת.

7.ג. המבחן הסובייקטיבי למען מילוי תפקידו

72. העותר יטען כי הדברים המופיעים בקטעי הנאומים שבכתב האישום מייצגים את
העמדות הפוליטיות-מדיניות של ח"כ בשארה ומפלגתו, ועל כן, הם נעשו כחלק ממילוי
תפקידו ו/או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. על מנת לבדוק סוגייה זו נפנה למצע
מפלגתו, עמדותיו בכנסת, ולחלק מכתביו של ח"כ בשארה.

73. העותר יטען, כי עמדותיו הפוליטיות והמדיניות של ח"כ בשארה בסוגיית הכיבוש נגזרות
ראשית כל ממצע רשימתו, בל"ד שבו צוין בסעיפים 13 ו-14 :

"בל"ד תפעל להשגת פתרון שלום, צודק, כולל ובר קיימא
לבעיה הפלסטינית, על בסיס הקמת מדינה פלסטינית
ריבונית בשטחים הכבושים מאז 1967, שבירתה ירושלים
המזרחית, פירוק כל ההתנחלויות שהוקמו בשטחים אלה,
ופתרון בעיית הפליטים על בסיס החוק הבינלאומי
והחלטות האו"ם בענין זה. בל"ד תפעל לנסיגה מלאה של
כוחות הכיבוש הישראליים מכל השטחים הערבים
הכבושים – רמת הגולן ודרום לבנון אל גבולות הארבעה
ביוני 1967."

רצ"ב מצע מפלגת בל"ד כנספח לעתירה שסימנו ע/10.

74. העותר יטען כי הנאום המיוחס לח"כ בשארה באום אל פחם דומה במהותו לנאומו
שניתן מספר ימים קודם לכן בפני מליאת הכנסת, אם כי הנאום בכנסת ביום 31.5.2000
היה אף תקיף, חד וחרוף יותר מהנאום המיוחס לו באום אל פחם, כדבריו :

"אדוני היושב-ראש, חברי הכנסת, ממשלת ישראל יכולה
להציג את נסיגתה מלבנון כביצוע של החלטה 425 של
מועצת הביטחון. אבל גם זכותה של ההתנגדות הלבנונית
לכיבוש הישראלי להציג את זה כניצחון על הכיבוש
הישראלי, לא במובן של צבא סדיר ולא במובן של ניצחון
צבאי קלאסי, אבל במובן של מלחמת גרילה היה פה ללא
ספק ניצחון במובנים של סף הסיבולת של החברה

¹⁷ ד"ר סוזי נבות, "חסינותו של ח"כ בגין הבעת דעה ומעדה במילוי תפקידו: חדשים בפסיקת בית המשפט

העליון, המשפט (ד), 61, 89-90.

הישראלית במקרה כזה, במלחמה שלא היתה מוסכמת על החברה הישראלית, שחצי ממנה התנגד לה ולשהות שם, וגם במובנים של חוסר היכולת של ישראל להפעיל את כל עוצמתה הצבאית. כך מובסות מעצמות ומובסים כוחות צבאיים גדולים, כשהם עומדים מול אנשים כאלה. גם ארצות הברית לא יכלה להפעיל את כל עוצמתה הצבאית בווייטנאם. אין כאן תבוסה צבאית סדירה. אבל ללא שום ספק יש כאן ניצחון של ההתנגדות הלבנונית בכל המובנים. ההתנגדות הלבנונית הוכיחה יכולת לקונסיסטנטיות, לעיקשות ולדבקות במטרה. ההתנגדות הלבנונית גם הצליחה לכפות את ההתנגדות העיקרית לכיבוש הישראלי על כל ניגוד אחר בתוך החברה הלבנונית עצמה. לא רק בזמן המאבק ההתנגדות הלבנונית הוכיחה שהיא קונסיסטנטית ועקשנית ויש לה דבקות במטרה, והיא גם ריאליסטית ופרגמטית בלי שום סיסמאות והרבה דיבורים, אלא גם בזמן הניצחון היא הוכיחה שהיא אחראית מאוד והיא יודעת מה זה שלטון חוק, מה זה אחדות עם. היא הבינה שאחרי השחרור מהכיבוש הישראלי, מה שחשוב הוא להציב את ריבונות העם הלבנוני... לא רק שהם הוכיחו שהם אחראים ותרבותיים. מדינת ישראל במלחמה הזאת – וצריך להסיק את כל המסקנות – הובסה. אני עמדותי מעל הדוכן הזה ואמרת שיש אופציות בפני מדינת ישראל: או לצאת מושפלת, כי אין תבוסה עם כבוד במקרה כזה, או לצאת בהסכמי שלום. לדעתי ישראל פספסה הזדמנות היסטורית.¹⁸

רצ"ב פרוטוקול נאום העותר בכנסת מיום 31.5.2000 כנספח לעתירה שסימנו ע/11.

75. ובהמשך בעמ' 31 לפרוטוקולים הנ"ל הוא מציין:

"אדוני היושב-ראש, חברי הכנסת, מעולם לא חשבתי מאז 1982, הזמן שבו צמח הארגון בשם "החיזבאללה" אחרי הכיבוש הישראלי של לבנון – הרי ישראל כבשה את לבנון במטרה להרוס את אש"ף, לא את חיזבאללה, כי לא היה חיזבאללה; מי שיצר את חיזבאללה זה הכיבוש הישראלי. מימי לא חשבתי שחיזבאללה הוא ארגון טרור. תמיד חשבתי שהוא ארגון התנגדות לגיטימי בעברית ובערבית... הוא לא הביס את ישראל ולא הרס את ישראל ולא השמיד את ישראל, הוא הביס את הכיבוש הישראלי בלבנון... האלמנט הראשון הוא בכך שהגביל את יכולתה של החברה הישראלית לשלם את המחיר של הכיבוש בלבנון. וזה כתוצאה מכך שמחצית העם בישראל התנגד לכיבוש. לכן הסיבולת של החברה הישראלית היתה כזאת, והוא ידע לנצל זאת. ככה נלחמים מלחמת גרילה. כל ארגון גרילה מנצל את דעת הקהל של היריב. האלמנט השני – כיוון שישראל לא יכלה להשתמש בכל הכוח הצבאי שלה בלבנון, אף שהיא היתה די ברברית ב 18 השנים האלה נגד אזרחים לבנונים... מי שהיה טרוריסט בלבנון זה הכיבוש הישראלי, וצריך לסכם זאת."

¹⁸ ראו ע/11, עמ' 29-30.

76. ובמקרים ובהזדמנויות רבות אחרות נאם ח"כ בשארה בפני מליאת הכנסת והביע עמדות עקביות בנושא התנגדותו לכיבוש בדרום לבנון, כך למשל בדיון מיום 28.2.2000 הוא מציין:

"הזהות האתנית כאן, הזהות הלאומית, איננה רלוונטית לדעה פוליטית, זה שאני חושב שמאבקו של "החיזבאללה" בכיבוש הישראלי הוא מוצדק, זה לא משום שאני ערבי, אלא משום שיש לי עמדה פוליטית כזאת. תתווכח אתה כמה שאתה רוצה, אבל אל תקשור אותה לענייני זהויות."¹⁹

רצ"ב פרוטוקול הדיון בכנסת מיום 28.2.2000 כנספח לעתירה שסימנו ע/12.

77. חשוב להדגיש, כי ח"כ בשארה הסביר בנאומו באום אל פחם בפני הקהל מדוע שיטת ההתנגדות של חיזבאללה אינה תואמת את המציאות הפלסטינית ואין להעתיק אותה. אך, המאשימה לא מצאה לנכון להביא את הדברים החשובים האלה בנאום של אום אל פחם. עם זאת, באותה תקופה, דבריו של ח"כ בשארה תועדו דווקא בראיון עמו שהתפרסם בעיתון אלשרק, היוצא לאור במפרץ, ביום 28.6.2000 תחת הכותרת "עזמי בשארה הח"כ הישראלי לעיתון אלשרק: לא ניתן להעתיק (לשבת) את ניסיון חיזבאללה למציאות הפלסטינית". בראיון מפורט וארוך זה הסביר ח"כ בשארה בפני כל העולם הערבי, לרבות הפלסטיני, כי שיטת ההתנגדות של חיזבאללה בלבנון אינה מתאימה למציאות הפלסטינית. שכן, בלבנון היתה מלחמת גרילה, ואסור לאינתיפאדה לעבור לשלב זה. מדובר במציאות פוליטית שונה.

רצ"ב הראיון שפורסם ביום 28.6.2000 בעיתון אלשרק ותרגומו לעברית, כנספח לעתירה שסימנו ע/13.

78. הנה כי כן, הדברים המיוחסים לנאום אום אל-פחם שבכתב האישום, מהווים חלק אינטגרלי מפעילותו הפרמלנטרית של ח"כ בשארה, הם חלק מפעילותו הרגילה כחבר כנסת, הם חלק אינטגרלי, רלבנטי וישיר לפעילות זו, המשקפים את עמדתו כנבחר ציבור הנותן ביטוי לעמדות אלו, ועל כן, ולפי כל המבחנים, דברים אלה נופלים בהגדרה של "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו", וחסינים מפני הפללתם.

79. הדברים האלה נכונים גם לגבי הקטעים המיוחסים לנאום של סוריה, שכן עמדותיו של בשארה כחבר כנסת הינן ברורות ביחס לכיבוש, ואין להוסיף עליהם. הרציונל הפוליטי-מדיני הנובע מנאומיו מאשר שגם הנאום בסוריה הוא למען מילוי תפקידו כחבר כנסת.

80. לא למותר לציין, כי גם עמדתו הפוליטית-מדינית בנאום שבסוריה - השוללת את המלחמה הכוללת, השוללת אופציית התכתיבים ומותירה אופציה שלישית: תמיכה בהתנגדות לכיבוש בשטחים הכבושים, אופציית האינתיפאדה, שתלווה במהלכים

¹⁹ ראו ע/12, עמ' 22.

מדיניים על מנת לזרז הליך המו"מ ולהגיע להסדר שלום עם הפלסטינים – מוצאת לה תימוכין בדברים בכנסת ובמאמריו הפוליטיים. כך, למשל, בעמ' 12 לפרוטוקול הדיון בכנסת מיום 31.5.2000 עולה:

"עם ארבעת הלאוים האלה ייתכנו שני דברים: או שלום כפוי על הפלסטינים, שאני לא מקבל אותו, כי זה שלום כפוי אמריקני-ישראלי על הפלסטינים – או שלום לא צודק, שהוא לא יכול להיות פתרון קבע, או כישלון המשא ומתן. בעמדות אלה של ברק יתכנו שני דברים: כישלון המשא ומתן או שלום כפוי אולי בשלב מסוים עם החלק הפלסטיני, על הצד הפלסטיני, בעזרה אמריקנית".

81. ובעמ' 17 לאותו פרוטוקול דיון מתועד כי:

"ניסיתם לכפות על העם הפלסטיני, על הנהגתו את התנאים של ישראל להסדר כולל אפילו היא לא התחייבה בהם אלא תיאמה זאת עם האמריקנים שיגידו את זה בקמפ-דיווד. אמרתי אז קמפ דיווד ייכשל. אלה לא תנאים של הסדר. ההנהגה הפלסטינית לא יכולה לקבל את זה. מה היו התוצאות? ניסיון לשבור את הרצון שלה..רק בישראל יש דעת קהל?...גם לעם הפלסטיני יש דעת קהל, וקוראים לה אינתיפאדה. דעת הקהל הפלסטינית יצאה לדרך, שהתנאים האלה לא מקובלים על העם הפלסטיני".

82. ובעמ' 36 מתועדים הדברים הבאים:

"אדוני היושב-ראש, שהמשלה הזאת (של שרון-חי'ג.) מכינה אופציה ביטחונית צבאית. אין לה אופציה מדינית. אין לה אופציה פוליטית...והוא לא הולך למלחמה שחצי החברה הישראלית מתנגדת לה, ולכן הוא מחכה ורק הוא סופר את הימים האלה...הוא מחכה שדעת הקהל הישראלית תבשיל ולכן הוא מעוניין ביותר הסלמה – תבשיל בשביל ללכת לאופציה צבאית...לכן, אדוני היושב-ראש, אני אמרתי ואני חוזר על כך, אגב פה בכנסת, אני אמרתי שלמשלה הזאת יש שתי אופציות שהיא רוצה שהפלסטינים יבחרו בהן: או האופציה הישראלית, התכתיב המדיני, או האופציה הצבאית, שזה לכפות בעצם, בצורה אחרת, בשיטות אחרות, את התנאים המדיניים של ישראל לפתרון המדיני, מה שנכשל בקמפ – דיווד, ואין טעם לחזור עליו כי זה לא יקרה. ובין שתי האופציות האלה אני אמרתי שבעצם לא נותר לעם הפלסטיני אלא להמשיך להתנגד לכיבוש כי אין דרך אחרת, וזה לגיטימי לפי החוק הבינלאומי ולפי כל חוקי העולם שתהיה התנגדות לכיבוש, זאת האופציה היחידה".

83. לפני הנאום בסוריה, ח"כ עזמי בשארה פרסם מאמר פוליטי ביום 13.4.2001 בעיתון "פסל אלמקאלי" היוצא לאור בנצרת, והנקרא על ידי הרוב המכריע של מצביעי מפלגת בל"ד. כותרת הראיון היתה "האופק המדיני לאינתיפאדה". במאמר זה הוא מסביר את עמדתו בדבר האופציות הקיימות, ובו הוא מצייין, כי אופציית ההתנגדות לכיבוש בשטחים הכבושים חייבת להתלוות בעשייה מדינית ובמעורבות מדינות ערב וארה"ב בכדי שהאינתיפאדה תצליח להשיג תוצאה מדינית, ולהגיע להסדר מדיני ללא כפייה. ממאמר

זה עולה, כי ההתנגדות לכיבוש אינה מטרה בפני עצמה, אלא סיום הכיבוש על ידי הסדר מדיני מרצון הוא העיקר, ולכן יש צורך באופק מדיני.

רצ"ב המאמר הנ"ל מיום 13.4.2001 ותרגומו כנספח לעתירה שסימנו ע/14.

84. הנה כי כן, ח"כ עזמי בשארה נואם בכנסת כחבר כנסת בשפה העברית, נואם דברים דומים בשפה הערבית בפני ציבור בוחריו באום אל פחם; מתראיין בעיתון מהמפרץ כפוליטיקאי ואינטלקטואל; נואם בסוריה בעניין שהביע בו עמדה דומה בעיתון הנקרא על ידי רוב חברי מפלגתו. בכל המקומות האלה, ובכנסת, הוא הביע עמדות פוליטיות-מדיניות עקביות כחבר כנסת שנבחר על בסיס אותן עמדות, ועל מנת לייצגן בבהירות וביושרה. הקשר האנליטי בין הכנסת והחוץ, בנסיבות אלה, הוא כה הדוק, מושרש, עמוק, ואינהרנטי עד כדי שאין לנתק אחד ממשנהו. זאת היא הדוגמה הקלאסית לתחולת החסינות המהותית על דברי חבר כנסת במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו.

8.ג. הפגמים המהותיים בהליך נטילת חסינותו של ח"כ בשארה

85. העותר יטען כי הליך הסרת חסינותו של העותר בועדת הכנסת ובכנסת היה לקוי בפגמים מהותיים רבים, היורדים לשורשו של עניין. לפיכך, תוצאת פגמים מהותיים אלה היא בטלות ההחלטה המסירה את חסינות העותר. מדובר בפגמים היורדים לשורשו של עניין שלהלן: (1) העדר קיומה של תשתית עובדתית ראויה (2) אי בדיקת תוכנם של הנאומים וסוגיית מילוי תפקידו (3) אי שקילת חופש הביטוי (4) אי שקילת סוגיית התועלת מול הנזק בנטילת החסינות (5) התייעצות סיעתית בפני גוף מעין-שיפוטי (6) התעלמות מהשיקולים הזרים עת הדיונים בבקשת נטילת החסינות.

8.ג.1. העדר תשתית עובדתית ראויה

86. העותר יטען, כי לא הובאה תשתית עובדתית ראויה, ולא הוצגו העובדות הרלבנטיות ביותר בפני ועדת הכנסת עת הדיונים בבקשת היועץ המשפטי לממשלה בדבר נטילת חסינותו המהותית של ח"כ בשארה. אמנם ועדת הכנסת אינה חייבת לבחון ולנתח כל ראייה וראייה או לדון לעומק בכתב-האישום, אך הלכה פסוקה היא שחובה להציג בפניה עובדות שיש להן משקל מכריע העשויות להשפיע על קבלת ההחלטה בדבר בקשת נטילת החסינות המהותית של חבר כנסת.

87. הליך הסרת חסינותו של חבר כנסת אשר משנה את זכויותיו וחובותיו הינו הליך מעין-שיפוטי אשר מחייב קיומו של הליך הוגן, חובת תום לב וקבלת מידע הנשען על מסכת עובדתית וראייתית ראויה. כדברי כב' הנשיא שמגר בעניין **מיעארי** :

"כפי שהוזכר לעיל, הכללים, המתווים דרכי פעולתו של גוף מעין-שיפוטי, חלים גם על רשויות הכנסת, כשהן ממלאות תפקיד מסוג זה. נטילת זכויות בהליך שכזה חייבת להיעשות על בסיס של שיקולים ענייניים, הנבחנים באופן סביר תוך שהם מתייחסים לגופו של העניין הנדון. הדבר גם נובע מדברי בית משפט זה בבג"ץ 85/325 שעה

שקבע, כי אופייה של ההנמקה מחייב פריסתה של תשתית עובדתית הולמת לפני הוועדה, כדי שזו תשמש בסיס להחלטתה, תשתית עובדתית כזאת צריך שתעמוד גם נוכח עיני המליאה, שעה שהיא דנה אם לקבל את המלצת הוועדה אם לאו... כוונת דברים אלה היא לכך, שחומר הראיות נבדק לפני ועדת הכנסת ומליאתה, ועל בסיסו בלבד תתקבל ההחלטה בדבר הסרת החסינות. כך גם כאן: שעה שהכנסת באה ליטול חסינותו של חבר-הכנסת או זכות מזכויותיו... שומה עליה לשקול שיקולים לגופו של עניין על בסיסו של חומר הראיות.²⁰

88. וכדברי פרופסור אמנון רובינשטיין:

"מהותה הכעין-שיפוטית של סמכותה של הכנסת מכתובה שלושה עקרונות עיקריים, שעל-פיהם נדרשת הכנסת לפעול: ראשית, על הכנסת לקבל החלטתה על סמך תשתית עובדתית ראויה; שנית, הליך נטילת החסינות צריך להיות "הליך ראוי", תוך שמירת כללי הצדק הטבעי; ושלישית, השיקולים שמפעילה הכנסת בהחליטה אם להסיר את החסינות חייבים להיות בדל"ת אמותיו של חוק החסינות."²¹

89. כב' השופט ברק, כתוארו אז, קובע בעניין פנחסי את אופיו ומהותו של הליך זה לאמור:

"הליך נטילת החסינות, על שלביו השונים, הוא הליך המעוגן בדבר חקיקה. המשתתפים בהליך זה (היועץ המשפטי לממשלה, יושב-ראש הכנסת, ועדת הכנסת ומליאת הכנסת) אינם חופשיים לעשות כרצונם. הם פועלים – כל אחד בגזירתו שלו-על-פי חוק ומכוחו... הליך נטילת החסינות הוא הליך מורכב. חלקו הוא בעל אופי "מינהלי", חלקו הוא בעל אופי כעין-שיפוטי. במרכז הליך זה עומדות ההמלצה של ועדת הכנסת וההחלטה של מליאת הכנסת. הכרעות אלה הן בעלות אופי כעין-שיפוטי. אופי זה בא להן בשל האפקט שיש להן על זכויות (היתר) של חבר הכנסת. החלטות הכנסת נוטלות מחבר הכנסת זכות (חסינות דיונית) שהחוק מעניק לו. נטילת זכויות זו פוגעת בחבר הכנסת. היא המעניקה להליך זה אופי כעין-שיפוטי, להבדיל מאופי חקיקתי או מינהלי. נוצר מעין "סכסוך" שבו משמשת הכנסת גורם מכריע. הדיבור "כעין-שיפוטי" הנו תווית שמאחוריה עומדות נורמות התנהגות המוטלות על כל מי שמבצע תפקיד כעין-שיפוטי. נורמות אלה משפיעות על תוכנם של שלושת המרכיבים העיקריים של כל הכרעה שלטונית: ראשית, הן משפיעות על גיבושה של התשתית העובדתית הדרושה. עניין לנו בפגיעה בזכות (יתר) [משום שמדובר בפסק-דין זה על חסינות דיונית ולא מהותית-ח']. ג' של אדם (חבר כנסת). התשתית העובדתית צריכה לקיים את מבחני "הראייה המינהלית", כלומר 'עדות כזאת, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת' זאת ועוד: ראייתו של חבר הכנסת הסביר מושפעת, מטבע הדברים, מחשיבותם היחסית של הערכים, אשר התשתית העובדתית באה

²⁰ עניין מיעארי, בעמ' 215.

²¹ אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה חמישית, 1996 בעמ' 486.

להסדירם. 'כגודל הזכות כך גם גדולתה ועצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות'...שנית, השיקולים הנשקלים צריכים להיות בדל"ית אמות חוק החסינות, והם צריכים לשקף את האיזון הראוי בין התכליות השונות המונחות ביסוד נטילת החסינות הדיונית תוך התחשבות בכך שתוצאת ההחלטה היא פגיעה בזכות (יתר) של חבר כנסת; שלישית, קביעת העובדות והפעלת שיקול הדעת צריכות להיעשות בהליך ראוי, המשקף (בהיבטו הדיוני) את החומרה שבפגיעה בזכותו של חבר-הכנסת. צריך כמובן לקיים את כללי הצדק הטבעי.²²

90. בעניין **מיעארי** התייחס כב' השופט ש' לויין לסוגיית התשתית העובדתית הראויה,

לאמור:

"אך בית- משפט זה עשוי להתערב בהחלטת המליאה, מקום בו לא עמדה לפני מליאת הכנסת כל תשתית עובדתית, שבגדרה קיבלה החלטה, או מקום שמליאת הכנסת לא נתנה את דעתה על המטרות, שלשמן היא מקום להסיר את החסינויות...כבר אמרנו, שההליך של הסרת החסינות הוא הליך מעין שיפוטי; חייבים להתקבל לגביו, בהקשר שלפנינו, תנאי מינימום לקיום של הליך כזה."²³

91. מחומר הראיות עולה, כי כתב-האישום המתייחס לנאום ח"כ בשארה באום אל פתם אינו

מתבסס על קלטת כלשהי, ואין לו תיעוד כלשהו. הראיה היחידה היא כתבה מאת

העיתונאי סעיד בדראן מעיתון מעריב מיום 7.6.2000 שהתייחסה לאירוע באום אל פתם.

כתבה זו התייחסה כביכול לנאום ולאסיפה. ח"כ בשארה פנה מיידית, עוד ביום 8.6.2000

בתלונה שהופנתה לעורך העתון "מעריב" ובה הוא טוען שהכתבה:

"רצופה תיאורים שאין אפשרות לתארם אלא כשקרים ודברי הסתה חסרי כל בסיס. יתר על כן, לטענת הכתב, סעיד בדראן, נוסח זה שונה באופן מהותי מהנוסח שנמסר לעיתון על ידיו. והוא תוקן במערכת, תוך הוספת אותם קטעי הסתה גזעניים על ידי עורך שלא נכח במקום כללי".

רצ"ב מכתבו של ח"כ בשארה מיום 8.6.2000 כנספח שסימנו ע/15.

92. מתברר מחומר החקירה שבתיק, כי עיתון מעריב מודה כי הציטוטים שהופיעו בכתבה,

שהם הבסיס לכתב האישום המתייחס לנאום אום אל - פתם, אינם מדויקים. כך מר

אברהם תירוש – אומבודסמן העיתון "מעריב"- מציין בהודעתו במשטרה:

"הועבר אלי מהעורך הראשי, יעקב ארז, מכתב תלונה של ח"כ עזמי בשארה מתאריך 8.6.2000... בעקבות המכתב ערכתי בירור עם הכתב סעיד בדראן ועם עורך הכתבה, בחור בשם טוביה, שאינני זוכר כרגע את שם משפחתו, התברר שכפי שקורה גם במקרים אחרים, כיוון ששפתו

²² עניין פנחסי, עמ' 695.

²³ עניין מיעארי, עמ' 283

העברית של סעיף בדראן אינה שפת האם שלו ואינה רהוטה דיה, העורכים עוברים איתו על כתבות ומשפטים את הלשון שלו. לשאלתכם, זה היה איתו בטלפון, אבל איתו, כך נעשה גם פה ואכן כמה ביטויים ותיאורים שהופיעו בכתבה שוכתבו על ידי העורך...הצעתי לו (לבשארה) לכתוב מאמר של עד 400 מילה שבו יסביר את עמדתו בנושא החיזבאללה וערביי ישראל תוך התייחסות לכנס. ההצעה הזאת באה מפני שהכרנו בעובדה שאכן בשל פעולות השכתוב שעשו הכתב והעורך ביחד הופיע בכתבה מס' מצומצם של תיאורים וביטויים לא מדויקים." (ההדגשה לא במקור).

רצ"ב הודעתו של מר תירוש במשטרה מיום 16.1.2001 כנספח שסימנו ע/ 16.

93. כמו כן, מחומר החקירה עולה כי, המשטרה פנתה לתחנות שידור לרבות תחנות כבלים על מנת לבדוק באם מי מהן מחזיקה הקלטה לנאום ח"כ בשארה באום אל פחם, אולם, המשטרה לא מצאה ראייה שכזו. כמו כן, מתברר שחבר כנסת בשארה ציין בעדותו שהביטויים המיוחסים לו בנאום אום אל-פחם אינם נכונים.

94. בסיכום התיק ובהמלצה מיום 19.12.2000 ולאחר סקירת כל פעולות החקירה מציינת חברת צוות החקירה רפ"ק טליה צביאלי כי:

"מסקנות:
לגבי חשוד 1, ח"כ עזמי בשארה, התבטאותו בכנס נופלת בגדר "חסינות במילוי תפקיד, לפי חוק החסינות.

לו נפלה הטענה המקדמית לחסינות ח"כ במילוי תפקידו, אז הייתי מייחסת משקל לאמינות הגרסה שנתן חשוד 1 (ח"כ בשארה) בחקירתו בהסבירו את התבטאותו בכנס או את התבטאויות המיוחסות לו, לעומת עיתונאי "מעריב" וזאת לאור מכתבו הספונטני לעורך "מעריב", ולגרסתו לא היה זה כנס הלל לחיזבאללה, אלא בזיקה ליציאת צה"ל מלבנון. אין לו כוונה שערביי ישראל ינהגו בישראל כפי שנהג ארגון החיזבאללה בלבנון. בכנס אף הזהיר מפני התבטאות הערצה לחיזבאללה. יחד עם זאת הביע דעתו בפני באי הכנס בדבר הלגיטימיות של ההתנגדות לכיבוש.

המלצות:
לסגור את התיק נגד חשוד 1 מחוסר אשמה."

רצ"ב מכתבה של רפ"ק טליה צביאלי מיום 19.12.2000 המסומן כנספח לעתירה שסימנו ע/ 17.

95. לפי מסמך זה, הרשות החוקרת ממליצה על סגירת התיק לא רק בגלל הטענה המקדמית, חסינות מהותית בלבד, אלא גם בגלל אמינות גרסתו של ח"כ בשארה מול גרסת העיתונאי מ-"מעריב", ולכן, היא ממליצה על סגירת התיק מחוסר אשמה ולא מחוסר ראיות או מחוסר עניין לציבור.

96. ביום 31.1.2001 צוות החקירה רפ"ק צביאלי ופקד כהן ממליצים שוב על סגירת התיק אך הפעם רק בגלל עניין החסינות המהותית.

רצ"ב ההמלצה השניה על סגירת התיק מיום 31.1.2001 כנספח לעתירה שסימנו ע/18.

97. מכל חומר החקירה עולה כי הנאום של אום אל-פחם שבכתב האישום מתבסס על כתבה של עיתון "מעריב" שעברה שיפוצי לשון ועריכה של העיתון, והוספו אליו מילים ושיפוצי לשון המתבססים על ניחושיהם של מנסחי כתב האישום. אגב, לא במקרה שהנאום שבכתב האישום מקוטע ולא רציף. אולם, החשוב מהכל הוא שהתיק נסגר פעמיים על ידי הרשות החוקרת ולא התבצעה בו פעולה חדשה כלשהי המצדיקה את פתיחתו מחדש.

98. חזרה לדיונים בפני ועדת הכנסת. בישיבת ועדת הכנסת מיום 25.9.2001 אשר בה הציג היועץ המשפטי לממשלה את בקשתו לנטילת חסינותו של ח"כ בשארה, הוא הציג, בין היתר, את התשתית העובדתית לכך וזאת מבלי להתייחס או להציג את עיקר העובדות הרלוונטיות נשוא נאום אום אל-פחם.²⁴

99. כך, למשל, לא הוצג בפני חבר ועדת הכנסת כי עיתון "מעריב" הודה שבוצעה עריכה לשונית, ומושגים וביטויים "שופצו" בנאום, וכי מספר ביטויים שמופיעים בכתבה אינם מדויקים, וכי סעיף בדראן סירב להופיע שוב לחקירה בטענת חסינותו כעיתונאי, וכי אין תיעוד כלשהו לנאום מלבד כתבת מעריב המפוקפקת. וכי הנאום שבכתב האישום הוא תוצר של שיפוצים והוספות שנעשו על פי ניחושיהם של מנסחי כתב האישום. עובדות אלה הינן מהותיות ורלוונטיות ביותר שחובה על היועץ המשפטי להבליטן ולהדגישן במיוחד כאשר הוא מתייחס לכתבת מעריב בעמ' 38 לפרוטוקול.

100. החשוב מכל הוא, שהיועץ המשפטי לממשלה לא גילה לחברי הכנסת את העובדה שהתיק נסגר פעמיים, וכי אחת הסיבות העיקריות היא הטענה כי גרסתו של ח"כ בשארה אמינה יותר מהאמור בכתבת "מעריב". ההגנה תטען, כי ההחלטה על סגירת התיק כשנה קודם לדיון בפני הכנסת, וכאשר הנימוקים של ההחלטה מתייחסים גם לעניין אמינות הגרסאות, הן עובדות רלוונטיות ביותר שהיו עשויות להשפיע על החלטת חברי הכנסת במיוחד כאשר מדובר על עמדת הרשות החוקרת המכירה היטב את התיק ואת הראיות שבו.

101. אמנם אין לדקדק בכל התשתית הראייתית בשלב זה, אך ברור, כי גילוי עובדת סגירת התיק היה מעורר שאלות ותהיות רבות אודות פתיחת התיק מחדש לאחר קרוב לשנה והוא היה משפיע באופן ישיר על ההצבעה בכנסת. למעשה חברי ועדת כנסת העלו תהיות מסוימות אודות העובדה שמדובר בנאום שעבר עליו יותר משנה ורק עתה מובא בפניהם,

²⁴ ראו ע/3, דברי היועץ המשפטי לממשלה בעמ' 38.

אך הם לא קיבלו את התשובה הנכונה שלפיה המשטרה המליצה על סגירת התיק. כך למשל תוהה יו"ר ועדת הכנסת: "היו"ר יוסי כץ:

הייתי ספציפי מאוד שכן מדובר על הפרש של שנה"
היועץ המשפטי לממשלה:
חבר- הכנסת בשארה נחקר לקראת סוף שנת 2000 בקשר
לאירוע אום אל פחם באזהרה, חצי שנה לפני האירוע...
(מקוטע)²⁵

102. בתשובתו של היועץ המשפטי לממשלה לא הוצגה העובדה כי המשטרה המליצה פעמיים, שנה בטרם הגשת כתב האישום, על סגירת התיק, וזאת על אף שאלתו הישירה של יו"ר הוועדה. לא זו בלבד. הסוגייה התעוררה שוב בישיבת הוועדה מיום 30.10.2001 על ידי ח"כ נעמי חזן:

"נעמי חזן:
עדיין לא ירדתי לסוף דעתו של היועץ המשפטי לממשלה על הגשת שני כתבי אישום בכריכה אחת, בעיתוי זה, כאשר לפחות כתב אישום אחד היה אולי אפשר להגיש לפני שנה או לפני חצי שנה. אבל העיתוי המוזר הזה של שני כתבי אישום בו זמנית, חייב להשפיע על שיקול הדעת של חברי הכנסת..."²⁶

103. גם כאן היועץ המשפטי לממשלה לא גילה לוועדת הכנסת ולחברת- הכנסת נעמי חזן את העובדה שהתיק בעניין הנאום באום אל פחם נסגר, וזאת על אף שברור מדברי ח"כ חזן שהעניין ישפיע על שיקול דעת חברי-הכנסת.

104. ודוק. במהלך הדיונים בפני הכנסת לא ידע ח"כ בשארה על עובדת סגירת התיק מטעם המשטרה, וידעתו באה לאחר קבלת חומר החקירה וסיום הליך נטילת חסינותו.

105. המלצת המשטרה לסגור את התיק אינה דבר מה בכך. הנחה מבוססת היא כי חברי- הכנסת יעניקו לעובדה זו משקל רב, וחזקה עליהם כי לא ינקטו בצעד קיצוני להסרת חסינות חבר כנסת בגין התבטאויות פוליטיות כאשר קיים ספק רב אודות הראיות המבססות את כתב האישום העשויות לקעקע את אפשרות ההרשעה. אין ספק, על כן, כי העלמת עובדה זו מפני חברי-הכנסת השפיעה על שיקול הדעת שלהם בהצבעה.

106. התשובה לפיה, המלצת המשטרה אינה בעלת משקל, הינה מוטעית ביותר. ידוע לכל, ובמיוחד לחברי הרשות המחוקקת, כי המשטרה בד"כ היא זו שמחמירה בהמלצותיה לעומת פרקליטות המדינה, והיא זו הבוחנת ממקור ראשון את הראיות והיא זו המתרשמת באופן ישיר ממתן העדויות בפניה, ולכן אם היא ממליצה על סגירת התיק, חזקה כי התיק אינו מוכן להגשת כתב-אישום, או אין בו בכדי להביא להרשעה. במקרה זה ברור, כי על היועץ המשפטי לממשלה לשכנע את חברי-הכנסת מדוע הוא החליט

²⁵ שם, עמ' 25.

²⁶ ראו ע/ 6, עמ' 22.

אחרת, ומדוע הוא עורר את הנושא לאחר שנה, בדיוק כפי ששאל יו"ר ועדת הכנסת. הזדמנות זו לא עלתה משום שהראייה לא הוצגה בפני הכנסת. הצגתה חשובה גם בגלל שההמלצה הראשונה של המשטרה התייחסה לאמינות גרסתו של ח"כ בשארה מטעם מי שהכירה את כל העדויות וניתחה אותן לעומק.

107. כמו כן, לא הוצגו בפני ועדת הכנסת ו/או המליאה נאומיו השלמים של ח"כ בשארה באום אל פחם ובסוריה שהם נושא בקשת נטילת החסינות. עובדה זו מעידה כי לא היה בפני ועדת הכנסת העובדות הרלוונטיות המבססות את בקשת נטילת החסינות של היועץ המשפטי לממשלה. הנאום של אום אל פחם שהוצג בפני ועדת הכנסת הינו נאום חסר ומקוטע ואינו מייצג את דברי ח"כ בשארה באסיפה באום אל פחם. הרי ידוע שנאומו של ח"כ בשארה באום אל פחם ארך יותר משעה, היעלה על הדעת שיוצג כתב אישום המציג קטעי מילים פזורות, שעברו שיפוץ מילולי, ושיפוץ נוסף על השיפוץ הראשוני, ולהציגם כדברי ח"כ בשארה באום אל פחם כאשר יותר מ-95% מדבריו לא מוצגים בפני ועדת הכנסת! מאין יידעו חברי הועדה אם ישנם דברים בנאום העשויים להשליך על עמדתו של ח"כ בשארה בעניין השימוש באלומות? מאין ידעו את עמדתו הערכית של ח"כ בשארה כאשר רוב רובו של הנאום אינו בפניהם? מאין ידעו אם ישנם דברים בנאום הארוך שמבהירים את כלל הסוגיות? מאין ידעו שנכונה היא טענתו של ח"כ בשארה שלפיה הדגיש בנאום אום אל פחם כי אין מקום להעתיק את שיטת חיזבאללה לשטח מדינת ישראל? הניתן לקבוע כי מספר מילים שלא עולה על 120 מילים ביכולתו להציג תיאוריה שלמה בדבר עמדותיו של הנאום? דברים אלה יפים גם לנאומו של ח"כ בשארה בסוריה. גם בהקשר זה הוצגו מספר מילים מבלי להביא את מכלול דבריו בנאום שם.

108. דא עקא, כי ועדת הכנסת גם לא ביקשה את הנאומים השלמים, וגם הם לא היו בפני מליאת הכנסת. היעלה על הדעת כי הסרת חסינות מהותית של חבר כנסת שנעשית לראשונה בהיסטוריה של הכנסת על רקע התבטאות פוליטית תסתמך רק על כמה מילים בלבד שעברו שיפוצים על שיפוצים, וכהודאת "מעריב", הם אינם מדויקים, וכאשר הם מהווים רק מספר מילים מתוך מכלול של אלפי מילים שנאמרו בשני הנאומים; הייתכן לקבוע, אם כן, שזו מהווה תשתית עובדתית ראויה!

109. האנלוגיה בין ניתוח עמדת הרוב בעניין **מיעארי** לבין הסוגיה דנן בכל הקשור לתשתית הראייתית הינו רלוונטי ביותר. כב' השופט ש' לוי התייחס בחוות דעתו לחסר המהותי בתשתית הראייתית שהובאה בענייננו של העותר ואת השפעתה על כשרות ההליך שנפסל, בין היתר, בגלל אי הצגתו של חומר רלוונטי, כדברי כב' השופט לוי בגוף פסק-דין:

"יכול שתתעורר השאלה, אם הובאה בדיון במליאת הכנסת תשתית עובדתית מספקת להחלטה ליטול מהעותר I את חסינותו הפרוצדורליות, לו הייתה מליאת הכנסת נותנת את דעתה על המטרות הבאות בגדרו של חוק החסינות. העניין היחיד שהונחה לו תשתית כשלהי בדיון במליאת הכנסת היה השתתפותו של

העותר 1 בכנס ההזדהות לקוואסמה. לא הובא חומר ראייתי לגבי תכנו של התצהיר, שהוגש בשנת 1980 על ידי האלוף בן-גל, והדברים שנאמרו בע"ב 84/2 בעמ' 254 ואילך, לגבי ערכו הראייתי של התצהיר זה כוחם יפה גם לגבי הדיון במליאת הכנסת, הואיל ולא הובא לפני כל חומר נוסף, שהתייחס לתצהיר האמור.²⁷

110. הנה כי כן, לא הוצגה התשתית העובדתית הראויה והרלוונטית המבססת את האמור בכתב-האישום, וזאת על אף ששאלות חברי- הכנסת מעידות על המשקל הערכי לראיות שלא הוצגו. לא הוצגה המלצת המשטרה בעניין סגירת התיק, שלכל הדעות הינה עובדה רלוונטית ביותר שחייבת להיות בידיעת מי שמתבקש להסיר את חסינותו של ח"כ בגין תיק שלמשטרה עמדה מגובשת כלפיו. לא הוצג בפני ועדת הכנסת או המליאה את שני הנאומים בשלמותם; לא הובהר כי כתב-האישום מתבסס אך ורק על כתבה של עיתון "מעריב" אשר הודה שהביטויים שהופיעו בכתבה אינם מדויקים ועברו שיפוצים מילוליים; לא הוצגה בפניהם העובדה כי אין תיעוד כלשהו לנאום. בכך, נפל פגם מהותי בהליך נטילת החסינות היורד לשורשו של העניין והמוביל, ללא ספק, לבטלות ההחלטה מעיקרה שכן היא נעשית ללא תשתית עובדתית ראויה.

ג.8.2. אי בדיקת תוכנם של הנאומים וסוגיית "מילוי תפקידו"

111. בהליך הסרת החסינות של ח"כ בשארה בפני ועדת הכנסת לא נבדקה השאלה המהותית באם ההתבטאויות הספציפיות שבכתב-האישום נופלות בגדר מילוי תפקידו של חבר כנסת, היינו לא נבדקו תוכנם של הנאומים והיתה התעלמות טוטאלית מדברי ההסבר של ח"כ בשארה. ד"ר סוזי נבות, אשר תחום מומחיותה בשדה המשפטים הוא סוגיית חסינות חברי פרלמנט, הסבירה לחברי הועדה כי הם חייבים תחילה לבדוק את סוגיית החסינות המהותית העולה מתוכן הנאומים המיוחסים, כדבריה בישיבה מיום 30.10.2001:

"ד"ר סוזי נבות:

אני מבקשת לסיים בהערה שנוגעת להליך שמתקיים היום בפני הועדה. בעיניי, כמי שעוסק בחסינות וגם מייצג את ישראל כלפי חוץ, ההליך הזה מאוד חשוב. בפני הועדה הזאת עומדות היום להכרעה שתי שאלות שונות לחלוטין, למרות שההליך הוא אחד, ההצבעה היא אחת. השאלה הראשונה היא אם הדברים שאמר חבר הכנסת נכנסים או לא נכנסים למעגל של החסינות המהותית. זאת שאלה אחת... לעניות דעתי יש לועדה הזאת מעמד, יש לה עמדה, יש לה דעה. בעולם המערבי הועדה הזאת נקראת בית המשפט הראשון של הפרלמנט. היא לא יכולה להתנער מתפקידה.²⁸

112. דברים אלה עלו שוב כתשובה לדבריו של יו"ר הועדה בישיבה הנ"ל לאמור:

"היו"ר יוסי כץ:

אני מסכם במשפט אחד את מה שמטריד אותי. אם אני מבין נכון, במקרה הרגיל – ניקח לדוגמה עניין יצחק

²⁷ עניין מיעארי, עמ' 289.

²⁸ ראו ע/6, עמ' 11.

מרדכי, אילו היה מגיע לכאן לדיון, לא היינו שואלים את עצמנו את השאלה הראשונה. היינו שואלים רק את השאלה אם השיקולים של היועץ המשפטי לממשלה זרים הם או לא. ד"ר נבות, במקרה הקונקרטי הזה, את מניחה שיש שתי שאלות משום שזו, כפי שאמר פרופ' קליין, אולי הסוגיה הקשה ביותר בתחום החסינות שעלתה בדברי ימי הכנסת. זאת משום שכאן יש שאלה מספר אחת – אולי בכל זאת מדובר במילוי תפקיד. לכן, אם זה מילוי התפקיד ויש חסינות מהותית, מה לי אם שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה זרים או לא זרים.

ד"ר סוזי נבות:

לקחת לי התשובה...אני רוצה לומר שעזרת לי מאוד לתת תשובה לחברת הכנסת חזן. נדמה לי שזו הפעם הראשונה, לפחות שזכורה לי, שהוועדה הזאת מתמודדת עם השאלה אם המעשים המיוחסים הם מילוי תפקיד או לא.²⁹

113. האם השאלה הראשונית והעיקרית הזו נבדקה על ידי חברי הכנסת? עיון בכל הפרוטוקולים של הוועדה והמליאה מעלה תשובה חד-משמעית: לא התקיים דיון בועדת הכנסת אם הדברים המיוחסים לנאום אום אל פחם ו/או הדברים המיוחסים לנאום סוריה נופלים בגדר מילוי תפקיד או לא. השאלה העיקרית היתה "להסיר או לא להסיר". לא היה ניתוח כלשהו לטקסטים או דיון בהם. לא היה דיון על מילות הטקסט והמשמעויות שלהן. הוועדה לא התייחסה מפורשות לדברי הנאומים עצמם שבכתב-האישום. הוועדה לא הפנתה שאלה כלשהי לח"כ בשארה בגין מילה שמופיעה באחד משני הנאומים. בנוסף לכך, גם כאשר ח"כ בשארה הסביר את דבריו ואת עמדתו והגן על תחולת החסינות המהותית על דבריו, לא התקיים דיון בעקבות דבריו אשר מתייחס לניתוח שלו לטקסטים עצמם.

114. לא זו בלבד. כאשר התעקש יו"ר ועדת הכנסת לקבל תשובות מהיועץ המשפטי לממשלה על סוגייה זו הוא לא נענה. להלן הדברים כפי שהובאו בפרוטוקול הדיון מאותו יום:

"היו"ר יוסי כץ:

הוא נואם באום אל פחם. אין ספק שהוא הגיע לאום אל פחם משום שהוא חבר-הכנסת עזמי בשארה והוא נושא את הנאום במסגרת מילוי תפקידו, זה לא יכול להיות אחרת. האם היועץ המשפטי יכול להגיד: קטעים א', ב' וג' זה במסגרת מילוי תפקידו, קטעים ד', ה', ו' הם חריגה?...אומרת היועצת המשפטית של הכנסת שאתה צריך לשכנע אותנו שהדברים שנאמרו על ידו הם לא במסגרת תפקידו. האם אתה יכול לעשות הבחנה בין משפט ראשון לבין שני.³⁰

²⁹ שם, עמ' 13

³⁰ ראו ע/3, עמ' 35.

115. היועץ המשפטי לממשלה לא ענה על שאלות אלה של יו"ר הועדה. הוא לא פירט מה לפי דעתו נופל בגדר מילוי תפקיד ומה אינו נופל. הוא לא סייע לחברי הועדה לקיים דיון סביב סוגייה מהותית זו.

116. עם זאת, יש להדגיש שמדובר בהליך מעין-שיפוטי, היועץ המשפטי לממשלה הינו צד "בסכסוך" ולכן, אין להסתפק בדבריו בלבד בלי בדיקה עניינית של הועדה עצמה. יו"ר הועדה לא קיים דיון לאחר מכן בין חברי הועדה המתייחס באופן ספציפי למילות הטקסטים עצמם והיחס בינן לבין "מילוי תפקידו" של ח"כ בשארה. זוהי חובתם של חברי הועדה לקיים דיון ענייני העונה על סוגייה זו ולא רק תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה אשר מבקש נטילת החסינות המהותית.

117. אמנם הדיון שהתקיים עם שני המומחים, פרופסור קליין וד"ר נבות, התייחס לסוגייה העקרונית בדבר הסרת חסינות מהותית בגין התבטאויות פוליטיות באופן כללי, אך שני המומחים הצהירו בתחילת דבריהם שהם לא רוצים להתייחס לסוגייה הספציפית של ח"כ בשארה, ושזו חובתה של הועדה עצמה, והם המליצו לועדה לבדוק בעצמה את סוגיית תחולת החסינות המהותית על הנאומים הספציפיים המיוחסים לח"כ בשארה. על אף המלצה זאת, ולמרות החובה לקיים דיון המתייחס לתוכני הנאומים עצמם, חברי הועדה לא קיימו דיון ביניהם המתייחס לתכנים באופן קונקרטי והם הסתפקו בדיון העקרוני של המומחים ובדבריו של היועץ המשפטי לממשלה אשר הוא מבקש מהם להסכים על נטילת החסינות המהותית של ח"כ בשארה.

118. על מנת להמחיש את קיצוניותם של הדברים נציג חלקים מתגובתו של ח"כ בשארה בפני ועדת הכנסת המתייחסת לסעיפי האישום ואשר היו אמורים לעורר דיון סביבם על מנת לבחון את השאלה העיקרית. להלן דבריו של ח"כ בשארה:

"גם כאשר אני מתאר מצב, אדוני היושב ראש, שתואם לגמרי, אדוני היועץ המשפטי, את עמדותי הפוליטית; כשאני נואם נאום ומתאר מצב הנוגע לעמדותי הפוליטית, נניח שאני אומר שההתנגדות לכיבוש הישראלי בלבנון היא התנגדות לגיטימית, אתה יכול לחלוק על עמדותי הפוליטית ועל זה להתווכח. אבל כשאני אומר שחיזבאללה ניצח, אתה חולק עליי? אני חושב שיש הרבה בחברה הישראלית שחושב שזה תיאור של מצב. יש עכשו אפילו אנשים בימין שאומרים זאת; הממשלה הנוכחית, למשל, קוראת ליציאה הישראלית מלבנון בריחה. האם הם משפילים את מדינת ישראל כשהם אומרים כך? אסור להם לדבר כך ולומר שמדינת ישראל ברחת מפני לוחמי חיזבאללה? אומרים את זה בטלוויזיה כל יום, בזה הם משפילים את צה"ל ואת מדינת ישראל? הם מתארים מצב. כשאני מתאר את המצב, אני אומר שחיזבאללה ניצח. אם ככה מדברים בישראל, אז חיזבאללה ניצח. זה תיאור מצב לגיטימי או לא? זו דעה פוליטית או לא? על גבורתו של חיזבאללה ועקשנותו ועקביותו במאבק אתה חולק עליי? יכול להיות. אבל אתה חולק עליי בניתוח, לא בתיאור המצב. אתה חולק עליי בעמדה האם ההתנגדות היא לגיטימית, אבל מה עם כל הדברים האחרים? אתה

חולק על הניתוחים שלי שחיזבאללה ניצח ושחיזבאללה גיבור (נקטע) ושלחיזבאללה יש עקביות ובהירות ראייה ושהוא ניצל את דעת הקהל הישראלית בצורה מתוחכמת? אתה חולק עליי כפרשן, כמנתח. האם כמשפטן אתה חולק עליי, כיועץ משפטי לממשלה בנושא של חבר כנסת?³¹

119. ובהתייחס לנאום שבסוריה ח"כ בשארה ממשיך ומסביר:

"אנחנו מדברים, אדוני היושב ראש, על הופעה פומבית, לא על השחלת דעה בסתר באיזשהו מקום. מדובר על הופעה פומבית באמצעי התקשורת, ידוע לי שבישראל שומעים את זה ואני מדבר אל דעת הקהל הערבית, מדבר בעברית באותה נימה על כך שההתנגדות (נקטע)... אמרתי שיש ממשלה בישראל שאחרי מה שקרה בלבנון ואחרי כשלוש שיחות קמפ דוד רוצה להציג בפני הפלסטינים אחת משתי האופציות – מלחמה כוללת נגד העם הפלסטיני והנהגתו או קבלת התכתיב הישראלי או אפילו פחות ממנו, שההנהגה הפלסטינית סירבה לקבל אותו בקמפ דוד. אני אמרתי לא זה ולא זה יכול להיות מקובל על הערבים, וקראתי לערבים לתמוך בפלסטינים, לעמוד על כך שהם יוכלו להתנגד. לא דיברתי על לבנון, דיברתי על המקרה הפלסטיני, ואני חושב שהאינתיפאדה היא סוג מסוים של התנגדות, אני חושב שהאינתיפאדה היא סוג מסוים של התנגדות לגיטימית. אגב, גם כשאני חושב שההתנגדות היא נכונה ולגיטימית וראויה להזדהות, אף פעם לא תשמעו אותי קורא: אקטיבית תבואו ותעשו."³²

120. לגבי העתקת המודל של חיזבאללה מציין ח"כ בשארה:

"אדוני היושב ראש, אחרי הניצחון של חיזבאללה בלבנון ושל ההתנגדות הלבנונית לכיבוש הישראלי בדרום לבנון, היה דיון בלבנון אם ראוי להעתיק את המודל הזה לפלסטין. התקיים דיון, לא בעיתונות הישראלית אלא בעיתונות הלבנונית. יש לי מאמרים שבועיים בעיתונות הערבית, השתתפתי בוויכוח לפני שנים, כתבתי מאמרים לא פה אלא בעיתונות הלבנונית, שאי אפשר להעתיק את המודל לפה. ואני מסביר את זה וזה לא מוזכר פה. כששאלו אותי בתחנת המשטרה: האם אתה קורא לחיקוי המודל הזה, אני אומר: לא רק שאני לא קורא לחיקוי, אני משתתף בערבית בכתיבת מאמרים בלבנון ומסביר שאי אפשר להביא את המודל הזה לתחומי מדינת ישראל. יש לי מאמרים בנושא, אני אתן לך את המאמרים. ועוד התווכחו אתי, אנשים מחיזבאללה כתבו מאמרים והתווכחו אתי והתווכחתי אתם בחזרה, כלומר התקיים דיון. אדוני היושב ראש, יש לי בנושאים האלה דעות פוליטיות, הרי זה לא עניין שמישהו עולה על הבמה ובלהט הדברים אומר משהו, יש לי דעות."³³

³¹ שם, עמ' 50-51

³² שם, עמ' 58-59

³³ שם, עמ' 60

121. במהלך דבריו של ח"כ בשארה חלק מחברי הועדה קראו קריאות ביניים כגון: "תומך בטרור", "מעודד טרור" "בשאר אסד" וכו'. לא היתה התייחסות עניינית לדבריו המובילה להבהרת נושאים שבמחלוקת. בשני הדיונים שהתקיימו בוועדת הכנסת לא התקיימו דיונים כלשהם לאחר דבריו של ח"כ בשארה. דבריו נאמרו שבשתי ההזדמנויות בסוף הדיונים והם נעלו את שתי הישיבות שלאחריהן לא היה ולא כלום.

122. מתן זכות תגובה לח"כ בשארה על עמדת היועץ המשפטי לממשלה לא נועדה בכדי ליתן לו "לדבר" אלא בכדי לברר ולקיים דיון עמו אודות הסוגיות הספציפיות העולות מכתב-האישום או מדברי היועץ המשפטי לממשלה, ובהקשר ספציפי זה המטרה היא בירור השאלה הראשונה באם חלה החסינות המהותית על דבריו הספציפיים של ח"כ בשארה. אולם מתברר מקריאת פרוטוקולי הדיונים שזכות תגובה זו נועדה רק ליתן לו להשמיע את דבריו לפרוטוקול, שכן לא קיים עמו דיון ענייני לאור תגובתו, לא התקיים דיון כלשהו המנסה להפריך את גרסתו ו/או עמדתו, ולא נידונה הסוגיה שהוא טען לה ולפיה דבריו הינם לגיטימיים והחסינות המהותית חלה עליהם. ח"כ בשארה לא נשאל אודות כוונתו ו/או פרשנותו למילים שהופיעו בטקסט, הוא לא התבקש להגיב על טענה ספציפית המתייחסת לתוכן הנאומים, לא הוצג בפניו אתגר כלשהו על ידי הועדה שהתבקש להבהירו בדבריו; אין מבין חברי הועדה שהתייחס או ביקש התייחסות קונקרטיה למשמעותו של משפט אחד המופיע בנאומים המיוחסים לח"כ בשארה.

123. בהליך כמעין-שיפוטי מדובר, כזוה הוא מחייב בירור השאלות הרלוונטיות. כאשר ח"כ בשארה טוען שהוא לא קרא לשימוש באלימות, וכי בנאומו באום אל פחם ובהזדמנויות אחרות אמר וכתב שאין מקום להעתיק את שיטת חיזבאללה לשטח מדינת ישראל, וכאשר הוא מנמק שנאומו בסוריה היה נאום המתנגד למלחמה ותומך בעשייה מדינית, וכאשר הוא טוען שנאומו באום אל פחם אינו אלא ניתוח ותיאור מצב בלבד אשר לא כלל דברי הלל ושבח – הלא במקרה זה אין חובה לבדוק את נכונות דבריו על ידי ועדת הכנסת? איך ניתן בהליך כמעין- שיפוטי לא להתייחס לטיעונים המפריכים מיסוד את בקשת נטילת החסינות? מהי המשמעות, אפוא, לעובדה כי לח"כ בשארה ניתנה זכות התגובה, אם אין התייחסות לדבריו המהותיים? הלא היתה חובה במקרה זה על מבקש נטילת החסינות, שנטל ההוכחה מוטל עליו, להביא את נאום אל פחם בשלמותו, אם הוא נמצא בידיו, על מנת לבדוק את נכונות דבריו של ח"כ בשארה? כל אלה לא נעשו כאשר מדובר בהליך של בירור "סכסוך" בין צדדים.

124. לא למותר לציין, כי הנאום בסוריה, אשר היה הגורם העיקרי לפתיחת ההליכים הפליליים נגד ח"כ בשארה, לא נידון כלל ועיקר באף אחד מהדיונים בכנסת, לא הוצגה אף הערה כלפיו, לא הופנתה אף שאלה בעניינו, לא התבקשה הבהרה כלשהי למילותיו. פשיטא, הוא לא היה קיים בדיונים. היעלה על הדעת לקבוע כי נאום זה הינו מסוכן לאינטרס הציבורי כאשר הוא לא מצליח לעורר אף הערה כלפיו? או שמא לאחר קבלת ההסברים, לא היה מקום לעורר דבר וחצי דבר נגד הנאום! אם כן, מדוע לא קבעה

הכנסת כי הנאום הינו נופל בגדר חופש הביטוי הפוליטי או לכל היותר הוא חלק ממילוי תפקידו של חבר-הכנסת?

125. כאן המקום להבליט את הדברים המתאימים של כב' הנשיא שמגר בעניין מעיארני כאשר הכנסת בחרה להתעלם מדבריו של ח"כ מעיארני, לאמור:

"כאן המקום לשוב ולהזכיר, כי בהעדר דיווח אחר כלשהו על דבריו של חבר הכנסת (מיעארי- ח'ג.) היינו בהעדר ראיות נוספות, וכאשר כל שהיה לפני הכנסת הוא דיווח עיתונאי שדיוקו לא נבחן, לא ניתן להתעלם מדברי ההסבר של חבר הכנסת לפני מליאת הכנסת, שחלקם הובאו לעיל...לא היה ניסיון לבחון את מהלך האירועים ואת תוכן הדברים שבנאום מעבר להתייחסות אל העיתון "אל-פאג'ר", למרות שהדבר היה ראוי ודרוש, כאשר המדובר בשלילת חסינות של חבר הכנסת. לנושא זה היתה חשיבות, לאור המשקל אותו יש לייחס בסוגיה שלפנינו לתוכנם של הדברים, נושא אשר עוד אשוב אליו בהמשך הדברים". (ההדגשה במקור- ח'ג.)³⁴

126. ועוד. סוגיית תחולת החסינות המהותית על התבטאויות פוליטיות מחייבת בדיקה עמוקה ובסיסית לעמדות הפוליטיות של חבר-הכנסת, המצע הפוליטי של מפלגתו, הקשר בין ההתבטאויות לבין עמדות הציבור שחבר-הכנסת מייצג. כך ציין פרופסור קליין בפני חברי ועדת הכנסת בדיון מיום 30.10.2001:

"קלוד קליין:
אני רוצה להוסיף דבר נוסף, שמצאתי בדבריו של חבר הכנסת בשארה, בפרוטוקול של הישיבה הקודמת שקראתי בעיון רב. אני חושב שמן הדין לתת להם משקל. טוען חבר הכנסת בשארה שהוא מייצג ציבור מסוים והוא מדבר בשם אותו ציבור שהוא מנהיג. אני חושב שפה יש דבר שהוא מאוד חשוב. הוא מאוד חשוב, מכיוון שאני רוצה לקשור את זה ברמה התיאורטית, מבלי ללכת רחוק מדי, עם שיטת הבחירות הקיימת במדינת ישראל. אני חושב שיש לזה משמעות. בשיטת הבחירות האחרת, הרובית, האנגלית, כאשר פלוני נבחר באזור בחירה, הוא מייצג את כל התושבים של אותו אזור בחירה, גם אלה שלא הצביעו בעדו. אז אם יש אזור בחירה, א' נבחר – כמובן שלפחות בקולותיהם של 40% והוא מייצג את כולם. יש איזשהו קונסנסוס והומוגניות קונסנסואליות, גם אם היא לא קיימת במציאות, אבל אנחנו מניחים שהוא מייצג את כולם ויש איזשהו קונסנסוס והומוגניות. בשיטת הבחירות שלנו יש דבר יוצא דופן בשני מובנים. כל אחד יודע שיש הרבה מדינות בעולם עם שיטת בחירות יחסית. אנחנו לא המדינה היחידה, אבל אנחנו כמעט המדינה היחידה עם שיטת בחירות יחסית וארצית. בהולנד יש דבר קצת דומה, אבל לא באופן מוחלט. בשיטה יחסית ארצית, ההנחה שהבאתי קודם לא יכולה להתקיים – חבר כנסת שנבחר הוא לא מייצג את כולם. הוא מייצג רק אותו סקטור שהצביע עבורו. הרצון של המחוקק של מדינת ישראל היה שהוא רוצה בחירות כגון

³⁴ עניין מעיארני, עמ' 211.

אלה. ההיסטוריה ידועה, זה בא מהבחירות לקונגרס הציוני.³⁵

127. האם חברי ועדת הכנסת עיינו במצע הפוליטי של ח"כ בשארה? האם הם בדקו סוגיית הייצוג? האם התייחסו לקשר בין ציבור הבוחרים לנבחר בכל הקשור לסוגיות העולות מכתב-האישום? האם עיינו בנאומיו הרלוונטים בכנסת עצמה? התשובה היא בהחלט שלילית. לא היתה התייחסות כלשהי לעניין חשוב זה על אף שחשיבותו הודגשה על ידי המומחה. נהפוך הוא, היועץ המשפטי לממשלה ביקש להטות את הדיון לשאלת התמיכה בטרור, ולא לסוגיית הייצוג, כך הוא מציין בישיבה הנ"ל:

"היועץ המשפטי לממשלה:
אנחנו כאן לא לזיכור על מצע בל"ד אלא על עבירות פליליות שמיוחסות לחבר הכנסת. כשמישהו אומר, אני מבטא בקול את מצע מפלגתי, אין פירוש הדבר שאני יכול לעשות ככל העולה על רוחי ולתמוך בטרור."³⁶

128. עמדתו של היועץ המשפטי הינה בעייתית ביותר ומטעה את חברי ועדת הכנסת. הרי כל סוגיית החסינות המהותית הינה רלוונטית בגלל הטענה שמדובר בביצוע עבירות לכאורה, ובהעדר טענה זו אין טעם לדון כלל בסוגיית החסינות המהותית. הדיון בסוגייה מהותית זו עולה דווקא בגלל הטענה לביצוע עבירות פליליות. אולם, חלק מחברי הוועדה יחד עם היועץ המשפטי לממשלה העמידו את הסוגייה כסוגיית "התמיכה בטרור" ללא קיומו של דיון עם העמדה שהציג ח"כ בשארה המתייחסת לתוכן דבריו, ובמליאת הכנסת הודגש גם הנימוק הנשען כביכול על הדמוקרטיה המתגוננת.

129. חברי הוועדה והמליאה אשר הצביעו בעד הסרת החסינות של ח"כ בשארה אימצו את הגישה הפוליטית המובהקת לפיה ההצבעה חייבת להיות פוליטית גרידא - מי שמתנגד לטרור עליו לתמוך בעמדת היועץ המשפטי לממשלה מבלי ליתן משקל אם החסינות המהותית חלה על מקרהו האישי של ח"כ בשארה. ההצבעה בעד הסרת החסינות היא הצבעה נגד עמדותיו של ח"כ בשארה ללא קשר לתוכני הדברים.

130. עמדה זו ששררה בדיוני הוועדה בוטאה בבחירות על ידי ח"כ מיכאל קליינר בנאומו במליאה אשר הבהיר כי על אף שהוא מאמין כי החסינות המהותית חלה במקרה הנדון אך הצבעתו תהיה אך ורק פוליטית, במובן זה שהיא תוצג נגד עמדת ח"כ בשארה:

"ברור שעל עבירות שכרגע היועץ המשפטי מבקש להעמיד לדיון את חבר-הכנסת בשארה, עם כל חומרתן ועם כל חומרת הדברים שנאמרו, כפי שהם נראים לי, לדעתי בג"ץ יאמר שעל עבירות אלה, שבגינן היועץ המשפטי מבקש להעמיד לדיון חבר-הכנסת בשארה, חומרת העבירות האלה לא מתגברת על האמירה המפורשת של חוק החסינות...תן לי לסיים, עם זאת, בניגוד למקרה של מיעארי בו נמנעתי, בגלל חומרת הדברים ובגלל

³⁵ ראו ע/6, עמ' 7.

³⁶ שם, עמ' 39.

הקיצוניות שלהם, במאזן השיקולים האישיים שלי ומכיוון שבלאו הכי אני יודע מה בג"ץ יפסוק, והלוואי שאני טועה, ובג"ץ יחשוב כמו מיקי – אני בכל זאת אתן ידי למהלך הזה, למרות מה שאמרתי, כי אני חושב שההצבעה כאן היא הצבעה פוליטית, ואני לא רוצה חס וחלילה, שהימנעות תיחשב באיזושהי צורה כאיזושהי הסכמה עם הדברים. לכן, למרות מה שאמרתי, אני אצביע בעד עם הרוב כאן, אבל לדעתי, אם היועץ המשפטי לממשלה לא ישנה את סעיף האישום, הסיכוי שבג"ץ יפסוק שהחסינות המהותית איננה חלה כאן הוא אפסי, וכל ההצבעה שלנו היא בעצם בגדר היעדר סמכות.³⁷

131. דמיון רב וכה עמוק בין הדיונים שהיו בפני ועדת הכנסת והמליאה לבין הדיונים שהיו עת הסרת חסינות של ח"כ מיעארי ככל שאלה נגעו לתכנים ולקשר הסיבתי שהם יוצרים ולבין הסרת החסינות. בשני המקרים הוטה הדיון לשאלת המאבק בטרור והנחישות במאבק זה במקום התייחסות לעובדות הספציפיות של המקרה ו/או לסוגיית ההגנה על הדמוקרטיה.

132. בית המשפט העליון מתח ביקורת חריפה על גישה זו אשר הובילה גם לבטלות החלטת הכנסת בעניין **מיעארי**. כך מציין כב' השופט ש' לוי:

"הנמקת חבר הכנסת הנכבד לקבל ההצעה היא, שמי שמצביע בעד הסרת החסינות או נגדה מצביע 'בעד או נגד נחישות המאבק בטרור'; בעד או נגד נחישות המאבק באש"ף אין כלולים בהצעה או בדברי ההסבר נתונים עובדתיים כלשהם, המצביעים על קיום קשר סיבתי כלשהו בין התנהגותו של חבר-הכנסת מיעארי לבין הצורך ליטול ממנו את חסינותו בכלל וכל אחת מן החסינויות נושא הבקשה בנפרד, ואין התייחסות כלשהי למטרות, שבגדרן רשאית מליאת הכנסת ליטול ממנו את החסינויות נושא הבקשה. מבין השיטין של הדברים משתמעת אולי המסקנה, שמותר להשתמש בהליך הסרת החסינות כסנקציה או כעונש על מעשי העבר."³⁸

133. כב' השופט ש' לוי עוד קבע כי:

"מן המובאות לעיל ומדברי הסיכום של מר רייסר, יושב ראש ועדת הכנסת, ניתן להעלות, שהדיון במליאת הכנסת סב בעיקרו סביב השאלה, אם יש לנקוט סנקציות כנגד חבר הכנסת מיעארי עקב השתתפותו בכנס נושא העתירה ועקב הדברים שנאמרו בו, אם לא; שאלה אחרת שעלתה לדיון הייתה, מהי מידת הנחישות שיש לנקוט במלחמה בטרור, כאשר יושב-ראש הוועדה וכמה נואמים אחרים ראו בהסרת החסינות שלב במלחמה זו. נואמים אחרים ראו בהסרת החסינות נדבך דרוש בהגנה על הדמוקרטיה או על אופייה היהודי של מדינת ישראל או כתגובה חיונית לדעות גזעניות. אף אחד מן הדוברים לא הצביע על

³⁷ ראו ע' 8, עמ' 435.

³⁸ עניין **מיעארי**, עמ' 284.

קיומו או על אי קיומו של קשר סיבתי מפורש בין המעשים המיוחסים לעותר 1 לבין הצורך להסיר מעליו את החסינויות הספציפיות, שעל הסרתן החליטה לבסוף מליאת הכנסת, או על קיומם של סיכונים ספציפים, הצפויים כתוצאה מהשארית כל אחת מזכויות החסינות האמורות על כנן. ניתן לסכם, שהדיון כולו במליאת הכנסת סב על נושאים הזרים למטרות חוק החסינות, ולפיכך ההליך כולו פגום מעיקרו מחסר סמכות, ממש כפי שההליך היה פגום, אילו נקבע בחוק במפורש, שהשימוש בסמכות צריך להיעשות אך למטרות מסוימות, והגוף הנדון פעל למטרות אחרות".³⁹

134. עמדתו המפורטת של כב' השופט ש' לויין היא למעשה ההלכה הפסוקה בנושא, שכן היא נתמכה בפסק-דינם של כב' הנשיא שמגר וכב' השופט ברק, וכדברי השופט ברק באותו פסק דין:

"על רקע התשתית הנורמטיביות ניתן עתה לבחון את נסיבות העתירה שלפנינו. בעניין זה אוכל לקצר, ומהטעם הבא. מדיוני הכנסת עולה, כי הכנסת לא העמידה לפנייה כלל את השאלה המרכזית שהייתה צריכה לעסוק בה. הכנסת לא שאלה עצמה כלל, אם קיים קשר בין נטילת חסינות מפני מעצר וחיפוש ונטילת זכות התנועה החופשית לבין התגשמותו של החשש שבו מדובר. בצדק ציין הנשיא שמגר, כי שאלות אלה לא הוצגו כלל לפני הכנסת. חברי השופט ש' לויין, ניתח עניין זה בהרחבה, ודעתו מקובלת עליי".⁴⁰

135. הנה כי כן, ועדת-הכנסת לא התייחסה לסוגיות העיקריות הנוגעות ליחס הישיר בין ההתבטאויות הספציפיות שבכתב האישום לבין חסינותו המהותית של ח"כ בשארה. היא הסתפקה בדיון העקרוני שהציגו המומחים ובדבריו של היועץ המשפטי לממשלה ויו"ר הוועדה אשר היה מודע לחשיבות סוגייה זו לא הניח אותה על סדר-יום הוועדה; הוועדה לא דנה בשאלה מדוע התבטאויות ספציפיות אלו אינן בגדר מילוי תפקידו של ח"כ בשארה; לא בדקה את הקשר שלהן עם מצעו הפוליטי של ח"כ בשארה; לא הציגה שאלות כלשהן לח"כ בשארה; לא דנה בתגובתו לאחר שטען שאלו הן עמדותיו הפוליטיות והן לגיטימיות; כפי שיוסבר להלן היא גם לא התייחסה להיקף סוגיית חופש הביטוי של ח"כ בשארה והיחס בינה לבין החסינות המהותית.

136. דאגתם היחידה של רוב חברי ועדת הכנסת הייתה אם להסיר חסינות של מי שתומך בטרור או לא, מבלי לבדוק הקשר בין טענה זו לבין הנאומים עצמם. בכך, לא שקלה הוועדה את השיקולים הרלוונטים שהיה עליה לשקול; היא התעניינה בשיקולים זרים, ובוזה והיא נפלה בכשל דומה לדיוני הוועדה בעניין **מיעארי**, ומכאן החלטתה בטלה מעיקרה. כתוצאה ישירה מכך, החלטת מליאת הכנסת הינה בטלה מניה וביה גם כן.

³⁹ שם, 289

⁴⁰ שם, עמ' 275

ג.8.3. אי שקילת היקף חופש הביטוי

137. ההלכה שנפסקה בעניין **מיעארי** מחייבת גם בדיקת סוגיית היקף חופש הביטוי, וזאת על מנת לעמוד על גבולות החסינות המהותית של התבטאויות פוליטיות. פרופסור קליין הדגיש בחוות דעתו בפני ועדת הכנסת את הצורך בעיון ובבדיקת חופש הביטוי הלגיטימי בהתאם לפסיקה. אולם, עיון בדיוני ובפרוטוקלי הועדה מעלה בבירור, כי לא נבחנה כלל ועיקר סוגייה זו. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה לא התייחס להיקף חופש הביטוי של נבחרים.

138. כידוע, סוגיית חופש הביטוי הפוליטי הינה סוגייה מהותית לצורך בחינת תחולת החסינות שבסעיף 1 (א) לחוק חסינות חברי-הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: "חוק החסינות"). בחינת היקף החסינות המהותית מחייב בדיקת הביטויים לאור מבחן הוודאות הקרובה לוודאי. הרי בלי בדיקה זו, אין אפשרות לברר אם ההתבטאויות הפוליטיות נופלות במסגרת ההגנה של חוק החסינות אם לאו. כבי הנשיא שמגר מצוין בעניין **מיעארי**:

"שעה שהכנסת באה ליטול חסינותו של חבר כנסת את זכות מזכויותיו, המוקנות לו בסעיפים אחרים של חוק החסינות, שומה עליה לשקול שיקולים לגופו של עניין על בסיסו של חומר הראיות... שלילתה של זכות כזאת יכולה להיעשות אך ורק אם מתקיימים התנאים הבאים: שהיא נעשית בהליך תקין ועל סמך ראיות המלמדות על קיומו של חשש קרוב לוודאי כי חבר הכנסת עתיד לנצל את זכותו לרעה וכי אין המדובר בנסיבות הנופלות לגדר סעיף 1 לחוק החסינות".⁴¹

139. סוגיית חופש הביטוי הפוליטי לא נידונה בפני ועדת הכנסת, ויו"ר הועדה לא העלה אותה על סדר-יום הועדה, והמליאה התעלמה מסוגייה זו. חבר-הכנסת היחיד שהעלה היבט חשוב זה בהרחבה הוא חבר-הכנסת דן מרידור במליאת הכנסת ולא בוועדת-הכנסת, ובצדק הוא הדגיש בנאומו בכנסת לדיון המליאה מיום 6.11.2001:

"יש שתי שאלות: אחת, האם בדברים האלה יש עבירה? אם יש עבירה, האם ראוי להסיר חסינות? ברור שחסינות ניתנת על עבירות ולא על דברים שאינם עבירות... נכון אין זכות מוחלטת גם לחופש הביטוי, אבל מהו האיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים, כמו ביטחון, כמו סדר ציבורי. קבענו הרבה שנים, בית המשפט קבע, את מבחן הוודאות הקרובה... לא הייתי מסיר, כי היית אומר שלדעתי אין פה עבירה. אז אני חושב שהשאלה חוזרת למקומה וצריך לשאול אם באמת הדברים המקוממים והרעים האלה והמסוכנים האלה והמזיקים האלה מביאים בוודאות קרובה לכך שאנשים ינקטו באלימות. להבדיל מאפשרות שזה יקרה, להבדיל מרעה שלילית. זה צריך להיות הגורם המכריע בוודאות קרובה... לפי דעתי כל אלה צריכים להביא אותנו לכך

⁴¹ שם, עמ' 216-215

שלא נתיר את הסרת החסינות על הדברים הקשים שחבר
הכנסת בשארה אמר".⁴²

140. הנה כי כן, נקודת המוצא שהנחתה ועדת הכנסת והמליאה היתה שהסוגיה אינה נוגעת למעמד חופש הביטוי. לפי הגיון זה, כל ביטוי פוליטי, יהיה סגנונו ותוכנו אשר יהיה, ניתן להביאו בפני הועדה או המליאה מבלי להתייחס כלל ועיקר למידת הסיכון לאינטרסים לגיטימיים; די בכך, לפי תפיסה זו, שהיועץ המשפטי יניח בפניהן ביטויים אלה במסגרת כתב-אישום על מנת להתעלם כליל משאלות מהותיות כגון האיזון בין חופש הביטוי והאינטרסים הציבוריים האחרים. רוב חברי ועדת הכנסת לא התעניינו בתוכנם של הדברים, ואף לא שקלו אם ביטויים אלה הינם ביטויים שאזרחים רבים – לא רק חברי כנסת- משתמשים בהם ואף זכאים, במסגרת ההגנה על ערך חופש הביטוי, להשתמש בהם. הנחת העבודה שהיתה בפני ועדת הכנסת היא "להסיר או לא להסיר" מבלי לעסוק ביחס בין תוכן הנאומים המונחים בפניהם ולבין מידת הנזק והסיכון העלולים לפגוע באינטרסים לגיטימיים. בכך ועדת הכנסת והמליאה התעלמו מהשאלה העיקרית המתייחסת למלאכת האיזונים הנדרשת; ועל כן, הן לא מילאו את התפקיד המוטל עליהן ולא שקלו את השיקולים הרלבנטיים.

ג.8.4. אי שקילת סוגיית התועלת מול הנזק בנטילת חסינות

141. ועדת הכנסת לא שקלה את הנזק שנגרם מהסרת חסינותו המהותית של חבר כנסת בגין התבטאויותיו הפוליטיות. ד"ר סוזי נבות הדגישה בפני חברי ועדת הכנסת את הצורך בשקילת סוגיית הנזק העולה מהסרת חסינות במקרה זה. בדבריה בישיבה מיום 30.10.2001 היא מציינת:

"ד"ר סוזי נבות:

השאלה השנייה (שעל הועדה לשאול-ח'ג') היא אם בנסיבות האלה, מן הראוי להסיר את חסינותו של חבר-הכנסת. כאן השאלה היא לא אם הדברים שהוא אמר זה במסגרת תפקידו או לא. כאן השאלה היא אחרת, השיקולים הם אחרים – אם ראוי לקיים משפט כזה, מהו הנזק שעלול להיגרם מקיומו של המשפט לעומת התועלת שלו, אם אנחנו לא נמצאים במקרים האפורים. אלה שאלות שונות."⁴³

142. עמדה דומה הודגשה בפסק-דינו של כב' השופט ברק בעניין **מיעארי**:

"לבסוף, הכנסת צריכה להשתכנע, כי הצורך בנטילת החסינות עולה על הנזק שבנטילה. אכן, נטילת החסינות נתונה לשיקול-דעתה של הכנסת. אפילו נתקיימו כל התנאים המאפשרים נטילת החסינות, אין הכנסת חייבת ליטול את החסינות. עליה להעריך את המעלות כנגד החסרונות. רק אם היא סבורה, שהיתרון בנטילת החסינות עולה על החיסרון שבנטילתה, היא תעשה כן."⁴⁴

⁴² ראו ע' 8, עמ' 521-522.

⁴³ ראו ע' 6, עמ' 11.

⁴⁴ עניין **מיעארי**, עמ' 275.

143. כאן המקום להדגיש את חשיבות אי גילוי עובדת סגירת התיק המתייחס לנאום אום אל-פחם אשר גילויה היה עשוי להכריע את כף האיזון לטובת החלטה אחרת. עובדות אלו אם היו בפני ועדת הכנסת הן היו עשויות לסייע ואולי לכפות את הצורך בעשיית האיזון המתבקש בין תקדים קיצוני של נטילת חסינותו של חבר כנסת בגין התבטאויותיו הפוליטיות לבין הנזק שייגרם מחוסר ביסוסו של תיק שיוביל לביטול כתבי האישום. היינו, האיזון מבחינת רוב חברי הכנסת היה יכול להיות בין הנזק שייגרם מתקדים מסוכן לדמוקרטיה – נטילת חסינות בגין עמדות פוליטיות- מול התועלת שתצמח מביטול כתב-האישום ו/או זיכוי בבית-המשפט. נוסחת איזון זו, לכל הדעות, היתה מקלה על שקילת מאזני נזק-תועלת, והיתה עשויה, בהנחה שההצבעה היא בתום לב, להוביל להחלטה אחרת של ועדת הכנסת.

144. הנה כי כן, הכנסת לא נתנה את דעתה לנזק שייגרם לערכים הדמוקרטים מהסרת חסינות חבר כנסת בגין הבעת עמדות פוליטיות; הכנסת לא נתנה משקל ליצירת תקדים מסוכן העלול ליצור מדרון חלקלק ויוביל לסתימת פיות; הכנסת לא העניקה משקל כלל לעובדה כי לראשונה היא נוטלת חסינות בגין עמדות פוליטיות; הכנסת התעלמה מהעובדה שהיא יכולה להשיג את מטרותיה על ידי הצעת החקיקה שהיתה מונחת בפניה ובשלבם מתקדמים מבלי להסיר את חסינותו של ח"כ בשארה; הכנסת לא שקלה את המצב המשפטי הקיים בעניין חופש הביטוי ובמיוחד לאחר פסק-דין ג'בארין⁴⁵ אשר מקשה עליה להשיג את מטרת ההרשעה, והיא העדיפה את הנזק שייגרם מנטילת חסינות בגין עמדות פוליטיות; החשוב מכל הוא שבפני הכנסת לא היתה תשתית עובדתית ראויה, דבר שיצר מחדל שבו הנזק הנו עצום, ועל כן, ובשל סיבה זו, ההליך בפניה מתחילתו הנו בטל מעיקרו.

ג.8.5. התייעצות סיעתית בפני גוף מעין-שיפוטי

145. ההגנה תטען, כי עם סיום דיוני הליך נטילת חסינותו של ח"כ בשארה בפני ועדת הכנסת ולפני ההצבעה בוועדה אישר יו"ר הוועדה את קיומה של התייעצות סיעתית שבה השתתפו חברי ועדת הכנסת. דבר אשר פגע בכללי הצדק הטבעי, בקיומו של הליך ראוי, ובעצמאות המשתתפים בקבלת החלטותיהם. פגם מהותי זה יורד לשורשו של עניין משום שבהליך נטילת החסינות ועדת הכנסת משמשת גוף כעין- שיפוטי שההכרעות בו חייבות להיות בידי אלה ששמעו את הצדדים והתרשמו באופן אישי מהדיונים, ולא על ידי אחרים שלא היו שותפים לדיונים. כזכור, ועדת הכנסת בהליך זה היא גוף בו נוצר מעין "סכסוך" שבו היא משמשת גורם מכריע עצמאי.

146. כדברי כב' השופט ברק בעניין פנחסי :

⁴⁵ דנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'בארין נ' מ"י, נד (5), 193.

"הכנסת הפועלת בהליך של נטילת חסינות, מקיימת הליך כעין-שיפוטי. חלים עליה כללים ועקרונות באשר לקביעת העובדות, לשקילת השיקולים וסדרי ההליך, החלים על כל רשות כעין-שיפוטית."⁴⁶

147. לאחר סיום דיוניה ולפני ההצבעה בוועדת הכנסת, ביקשו חברי הכנסת יאיר פרץ (יו"ר סיעת ש"ס) ואפי אושעיה (סיעת העבודה) פסק זמן על מנת לקיים התייעצות סיעתית. יו"ר ועדת הכנסת שהיה אמור לקיים דיון פנימי והצבעה בעקבותיה באותו יום, נעתר לבקשה והתיר לכל המשתתפים לקיים התייעצות סיעתית. בכך הוא דחה את עניין ההצבעה לשבוע ימים והוא לא שינה את החלטתו על אף שהוא הסכים עקרונית עם הסתייגותו של ח"כ מיכאל איתן שבה צוין:

" מיכאל איתן:

אם אנחנו מאפשרים התייעצות סיעתית אנחנו צריכים להבין מה הולך לקרות בהתייעצות הזאת. תתאר לעצמך לרגע אחד שיהיה פה עכשיו מין מצב שבהתייעצות הסיעתית אדם משתכנע להצביע כך או אחר ושם יכפו עליו בלי להיות בדיון, בלי כלום, לשנות את דעתו, או יחליפו מישהו, וכל ההליך הזה ייפסל. יעשו מאיתנו צחוק."⁴⁷

148. היועץ המשפטי לממשלה אשר היה ער שמעשה זה עלול להביא לפסילת כל ההליך בפני ועדת הכנסת, ראה לנכון להזהיר כי:

"הדיון הזה הוא דיון מעין- שיפוטי במובן זה שכל אחד אחראי אישית. אוי ואבוי, וזה אחד הדברים שיש עליו הרבה מאוד ביקורת גם של בתי-משפט גם של אנשים מהיישוב וגם של חברי כנסת...מה שאמרת על המעין-משפטי אמור, לכן כל העניין של ההתייעצות סיעתית נראה לי ממש כמין בשאינו מינו."⁴⁸

149. הנה כי כן, החלטת יו"ר ועדת הכנסת שאישרה קיום התייעצות סיעתית, אשר קוימה בפועל, מרקנת את תכנם ומשמעותם של הכללים הדיוניים בפני הוועדה כגוף מעין – שיפוטי והיא מפרה את חובת קיומו של הליך הוגן בפניה.

150. דברי השופט ברק בעניין פנחסי יפים לענייננו:

"הליך נטילת החסינות אינו הליך פלילי, וחבר כנסת שאת חסינותו נוטלים אינו נאשם. אך "הרוח המהותית" היפה להליך פלילי יפה היא בוודאי גם להליך לפני ועדת הכנסת. את ההוראות (הפורמאליות) יש לקיים כלשונו. משהופרו, תהא לכך השפעה על תוקף ההליך, ובלבד שהפרתן גרמה לעיוות-דין."⁴⁹

⁴⁶ עניין פנחסי, בעמ' 697.

⁴⁷ ראו ע/ 6, עמ' 50.

⁴⁸ שם, עמ' 51.

⁴⁹ עניין פנחסי, עמ' 703.

151. עיוות דין אכן נגרם לח"כ בשארה כתוצאה מהפרת כללים אלה וזאת משום: אין ערובה שחברי הועדה לא שינו את עמדותיהם בעקבות ההתייעצות הסיעתית; אין ערובה כי לא הופעל לחץ סיעתי על חברי הועדה; אין ערובה כי היו הסכמות בין הסיעות השונות בדבר ההצבעה אשר התעלמו כליל מהדיונים עצמם; אין ערובה כי ההתייעצות הסיעתית לא השפיעה על השיקולים של אלה שהשתתפו בדיונים; אין ערובה כי השתרבבו שיקולים זרים שאינם מן העניין עת ההצבעה וכתוצאה מההתייעצות הסיעתית; אין ערובה כי ההצבעה בוועדת הכנסת שהיתה גורפת וסיעתית אינה תוצאה מההתייעצות הסיעתית של החברים והסיעות השונות; אין ערובה כי שמיעת המומחים המשפטנים שהשתתפו בדיונים השפיעה על שיקולי ועמדות מאן דהוא וזאת כתוצאה מההתייעצות הסיעתית.

152. עם זאת, ערובה ברורה ויחידה והיא: כללי הצדק הטבעי נפגמו באופן יסודי ומהותי, וצדק לא נראה, ולכן, יש להכריז על פסילת ההצבעה וההליכים בדבר נטילת חסינותו של ח"כ בשארה. לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט ברק בפנחסי לפיהם:

"אכן, הצדק צריך להיעשות ולהיראות. האופי הפוליטי של הגוף המחוקק אינו יכול להצדיק גרימתו של עיוות-דין. על כן יש לשמור על כל אותם כללי מינימום השומרים על אופיו הכעין שיפוטי של ההליך, והמונעים עיוות-דין"⁵⁰

8.6. התעלמות מהשיקולים הזרים בהגשת הבקשה לנטילת החסינות

153. הלכה פסוקה ומושרשת היא, כי תפקידה של ועדת הכנסת לבדוק ולשקול את מניעיו של היועץ המשפטי לממשלה אשר מבקש נטילת חסינותו של ח"כ באם הם כשירים או מונעים על ידי שיקולים זרים. כב' השופט ברק מציין בפנחסי:

"תפקידה של זו – ועדת הכנסת- הינו לבחון את תום לבו של היועץ המשפטי לממשלה. עליה להשתכנע כי הוא החליט על נקיטת הליך פלילי נגד חבר כנסת מנימוקים ענייניים, ולא מתוך השפעה פוליטית שמקורה ברשות המבצעת"⁵¹.

154. ההגנה תטען כי החלטת ועדת הכנסת ולאחר מכן החלטת המליאה לא נתנו משקל כלשהו לסוגיית המניעים בהגשת בקשת נטילת החסינות והשיקולים הלא ענייניים וחוסר תום הלב בהגשת כתב-האישום דנן. וזאת על אף שחלק מחברי ועדת-הכנסת העלו שאלות מהותיות המכוונות לסוגיית השיקולים הזרים אודות אופן הגשת הבקשה לנטילת החסינות ונימוקה. מעיון בדיוני הועדה עולה, כי חלק מההיבטים האלה אכן עלה בדיונים על ידי חלק מחברי הועדה, אך על אף קיצוניותם ולמרות שלא התקבלה בגינם תשובה משכנעת, ההחלטה הסופית של הועדה מעידה כי רוב חברי ועדת הכנסת לא נתנו

⁵⁰ שם, עמ' 698.

⁵¹ שם, עמ' 713.

משקל כלשהו למניעים ולשיקולים הזרים העומדים מאחורי הגשת הבקשה לנטילת חסינותו של ח"כ בשארה.

155. כידוע, בקשת נטילת חסינותו של ח"כ בשארה התייחסה לשני כתבי-אישום, אחד בגין ארגון ביקורי קרובים לסוריה, והשני בגין נאומיו הפוליטיים בסוריה ובאום אל פחם. כבר בתחילת דיוניה של ועדת הכנסת מיום 25.9.2001 הפנה יו"ר הוועדה שאלה ליועץ המשפטי לממשלה לגבי ההחלטה המוזרה והלא מוסברת בעניין הגשת כתב-אישום דן בפני בית משפט השלום בירושלים, והשני בפני בית-משפט השלום בנצרת? בעמ' 2 לפרוטוקול ישיבה זו מופיע:

"היו"ר יוסי כץ:
השאלה הראשונה שאני מבקש לשאול את היועץ המשפטי לממשלה היא שאלה טכנית, מדוע עניינו של חבר הכנסת בשארה צריך להיות נדון בשני בתי-משפט? אתם מבקשים לפתוח בהליכים פליליים נגדו גם בבית משפט השלום בירושלים וגם בבית המשפט השלום במחוז הצפון. כאמור זאת שאלה טכנית לחלוטין, אבל אני מבקש לדעת מדוע לא לחסוך מחבר הכנסת בשארה, אם אכן תוסר חסינותו, את הצורך להתדיין בשני בית משפט?"

156. למרות חשיבות השאלה של יו"ר הוועדה המעלה תהיות אודות שיקול הדעת בהגשת כתבי אישום בשני מחוזות שונים, היועץ המשפטי לממשלה לא נתן מענה כלשהו בעניין. כידוע, בית המשפט העליון מתח ביקורת על החלטה זו והורה על העברת הדיון מבית-המשפט השלום בירושלים לבית-משפט השלום בנצרת. החשוב מהכל הוא, שהיועץ המשפטי לממשלה לא חשף עד כה את הנימוק בפתיחת ההליכים בשני בתי משפט שונים. חברי הוועדה גם לא התעקשו לקבל תשובה כלשהי על שאלתו הראשונה של יו"ר הוועדה.

157. לא זו בלבד. היועץ המשפטי לממשלה הביא בכריכה אחת שני כתבי-אישום כאשר הראשון שמתייחס לביקורי קרובים לסוריה היה בידיעת הכל ובמשך יותר משנתיים, וכתב האישום השני אשר מתייחס לשני נאומים כאשר יש בין שני הנאומים הבדל של שנה שלמה. כריכה זו עוררה תהיות רבות הנוגעת לשיקולים לא מן העניין שמטרתם לחזק את הניכור והריחוק בין ח"כ בשארה לבין חברי-הכנסת ולזכות בנקל באישור בקשת נטילת החסינות בגין שני התיקים.

158. ח"כ נעמי חזן תיארה זאת באופן הישיר ביותר בישיבה מיום 30.10.2001:

"נעמי חזן:
שאלה שלישית, משום מה טויחה כאן, ואני דווקא רוצה להדגיש: אדוני היועץ המשפטי לממשלה, אתה בחרת לעשות דבר, שמהרגע הראשון שעשית אותו הוא מוזר בעיניי, ולא קיבלתי תשובה לו. מדוע צירפת באותו זמן שני כתבי אישום שונים כל כך לחלוטין האחד מהשני, הגשת אותם במעטה אחד לוועדת הכנסת? בדברך, אדוני היועץ המשפטי, לא טרחת להבליט את ההבדלים בין שני כתבי האישום. יש לי סברה, לדעתי אולי אפילו חשש

כבד, שניסית לעטוף סוגיה חוקתית ממדרגה ראשונה בכתב אישום בנושא שקשור למעשים, כדי שנקנה את החבילה...עדיין לא ירדתי לסוף דעתו של היועץ המשפטי לממשלה על הגשת שני כתבי האישום בכריכה אחת, בעיתוי זה, כאשר לפחות כתב אישום אחד היה אולי אפשר להגיש לפני שנה או לפני חצי שנה. אבל העיתוי המוזר הזה של שני כתבי אישום שונים בו זמנית, חייב להשפיע על שיקול הדעת של חברי הכנסת, ולדעתי לא מאפשר לחברי הכנסת לעשות הבחנה בין חופש הביטוי ומילוי תפקיד של חבר הכנסת, לבין בעיה הקשורה במעשים. אני אודה ליועץ המשפטי לממשלה אם יתייחס לשאלה זו.⁵²

159. היועץ המשפטי לממשלה לא נתן מענה מספק לח"כ חזן על אף חשיבות הסוגייה שהועלתה אשר מערערת אחר תקינות שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.

160. לא למותר להבליט, כי סברה חזקה היא כי היועץ המשפטי לממשלה צירף את הנאום של אום אל פחם על אף סגירת התיק שנה קודם לכן, על מנת להתגבר לכאורה על הלכת פסק-דין ג'בארין שקבעה כי רק תמיכה מפורשת בארגון טרור מצדיקה את השימוש בפקודה למניעת טרור – 1948, שהרי הנאום של סוריה אינו נוקב בשם כלשהו של ארגון המוגדר על פי הפקודה כארגון טרור, ולכן, היה צורך לשרבב את הנאום של אום אל-פחם משום שהוא מתייחס לחיזבאללה. מהלך המעיד על הכוונה לעשות הכל בכדי "לבנות תיק" ולהצדיק את כתב-האישום על מנת ליטול את חסינותו של ח"כ בשארה.

161. ועדת הכנסת לא בדקה עם היועץ המשפטי לממשלה את הסיבות שהובילו לשינוי עמדתו המשפטית בעניין הגשת כתב-אישום בנושא ההתבטאויות הפוליטיות. כזכור, לאחר הנאום של סוריה ובראיונות רבים הדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי אין אפשרות להגיש כתב אישום בגין הנאום של סוריה בגלל הלכת ג'בארין. שינוי חזית בעמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה, ובאופן מפתיע, מעלה באופן ממשי את השאלה שמא היועץ המשפטי לממשלה הושפע מהאווירה הפוליטית ומהקולות שביקשו ענישה בכל מחיר לחבר הכנסת בשארה. ועדת הכנסת לא נתנה משקל כלשהו לשינוי מפתיע זה בעמדות היועץ. בכל מקרה, שינוי החזית הלא מוסבר מחזק שוב את הסברה כי מניעים פוליטיים עמדו מאחורי הגשת כתב האישום⁵³.

162. כמו כן, הועדה לא בדקה עם היועץ המשפטי לממשלה את נושא הפרסומים הרבים שהופיעו בכל כלי התקשורת המרכזיים ולפיו הוא התייעץ עם ראש הממשלה, מפלגות פוליטיות וגורמי ביטחון בעניין הגשת כתב-אישום נגד ח"כ בשארה. עובדה זו מחזקת את הסברה כי המניעים של הגשת כתב-אישום היו זרים, ולפחות הם מאשרים כי שיקוליו של

⁵² ראו ע/6, עמ' 22.

⁵³ ראו פסקאות 141 – 145 לסיכומי ההגנה מיום 24.9.202 המצורפים לעתירה במסגרת נספח מיוחד.

היועץ המשפטי לממשלה לא היו מקצועיים ועצמאיים. אי בדיקתה של סוגייה זו על ידי ועדת הכנסת מהווה מחדל רציני וכבד.

163. היועץ המשפטי לממשלה לא גילה לחברי ועדת הכנסת עובדה מהותית ביותר הנוגעת לסגירתו של התיק המתייחס לנאום אום אל-פחם. הרי סגירת תיק על ידי המשטרה ופתיחתו מחדש לאחר יותר משנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה אינו דבר זניח ושולי שיש להתעלם ממנו, או, למצער, להסתירו.

164. החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין ח"כ בשארה הינה מפלה ובלתי סבירה באופן קיצוני. שכן, כפי שצוין על ידי ח"כ זהבה גלאון: "במליאה נאמרו דברים הרבה יותר חמורים"⁵⁴ אולם לא נפתחו בגינם הליכים פליליים. אכן, לראשונה יועץ משפטי לממשלה במדינת ישראל פותח בהליכים פליליים נגד ח"כ בגין הבעת עמדה פוליטית. אך כל בר בי רב יודע, כי רחוק מאוד מלקבוע כי דבריו של ח"כ בשארה מבטאים ומייצגים את הביטויים הקיצוניים ביותר שנאמרו אי פעם על ידי חבר כנסת ואשר הצדיקו צעד קיצוני מצד ראש התביעה הכללית בישראל.

165. דברים בגין טרנספר לערבים בוטאו וגם בוטאו ולא נפתח בגינם הליכים פליליים כלשהם. ביטויים גזעניים ביותר נגד האוכלוסייה הערבית נאמרו וגם נאמרו אך לא נפתחו בגינם חקירה כלשהי. חברי הכנסת אביגדור ליברמן ומיכאל קליינר התבטאו באופן פומבי, ודבריהם זכו להד תקשורתי נרחב, כי דין ח"כ בשארה הוא מיתה מול כיתת יורים. תלונה בגין הצהרות אלו הוגשה ליועץ המשפטי לממשלה. קולו של היועץ, גם במקרה זה, נדם.

166. עצם העובדה שח"כ בשארה הוא הראשון בהיסטוריה הפוליטית בישראל המועמד לדין פלילי בגין הבעת עמדה פוליטית מעידה כשלעצמה על יחס איפה ואיפה נגדו כי ברור שדבריו לא יכולים לזכות בדרגה העליונה בסקלת הביטויים הקיצוניים של חבריכנסת במדינת ישראל. על אף שנרמז לסוגייה זו בדיוני הועדה, לא נשקלה על ידי רוב חברי ועדת הכנסת ולא נבדקה על ידיהם למרות שהיא על פניה מעידה על שקילת שיקולים זרים בפתיחת ההליכים נגד ח"כ בשארה.

167. היועץ המשפטי לממשלה לא גילה לוועדת הכנסת את עמדותיו הפוליטיות אודות מפלגתו של ח"כ בשארה שלפיהן הוא הצהיר ברבים ובכתובים כי יש להיאבק נגד רשימה הדוגלת במצע "מדינת כל אזרחיה". עמדה פוליטית זו מעידה כי התייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה לעמדותיו של ח"כ בשארה מושפעת גם מעמדות פוליטיות שליליות. ואין ספק כי שיקוליו, לאור עובדה זו, אינם נהנים מניטרליות מקצועית.⁵⁵

⁵⁴ ראו ע/3, עמ' 38.

⁵⁵ ראו פסקאות 138 – 140 לסיכומי ההגנה מיום 24.9.2002 שהוגשו לבית המשפט הנכבד במסגרת נספח מיוחד.

168. הנה כי כן, עובדות אלו שהתגלו מעידות לחלוטין על מניעים ושיקולים זרים שאינם מן העניין אשר היו מאחורי הגשת הבקשה לנטילת חסינותו של ח"כ בשארה. ועדת הכנסת לא נתנה את דעתה בגין שיקולים אלה, ולא נתנה להם המשקל הראוי בעת ההצבעה על נטילת חסינותו של ח"כ בשארה. הלכה פסוקה היא, כי שיקולים זרים אלה יורדים לשורשו של עניין ומובילים לביטולה מעיקרה של החלטת ועדת הכנסת והמליאה.

ד. עוד על חופש הביטוי

169. חופש הביטוי הינו זכות יסוד אשר נולדת עם האדם. מכאן היא זכותו לא במובן הקנייני, ואף עמוק יותר מהמובן החוקתי. מדובר בזכות שהיא נלווית לאדם באופן הדוק ביותר, עד שקשה מאוד להפרידה ממנו. על מנת לעשות זאת, כלומר להפריד את חופש הביטוי מהאדם וזכותו, צריך לגייס כוחות כבירים, ולעיתים גם מניפולציות לא מתוחכמות. ההיסטוריה האנושית מצביעה על הצלחת השתקתו של הביטוי. הכוח ניצח, ככלל, את הביטוי. יש האומרים שגם האמת נוצחה על ידי אותו כוח. יחד עם זאת, למגמה זו בהיסטוריה האנושית היו תמיד יוצאים מן הכלל, שבניגוד למה שמסופר, מדובר במקרים אנושיים ופחות הירואיים. אלו היו ניסיונות לאתגר את הכוח המעוגן בשלטון ובקונצנזוס חברתי המעבה אותו, על ידי דבר בסיסי ביותר: המילה הכתובה או המושמעת.

170. צודק, אפוא, פרופסור קרמניצר התוהה בביקורתיות אודות הקלות שבהגדרת מקרים כעידוד לאלימות, על אף שיש לראות ביטויים אלה לא רק כחלק ממימוש הזכות לחופש ביטוי, אלא גם בהקשר של דיכוי, ביקורת עליו, ואתגורו:

"האם אמירה לפיה "אלמלא האינתיפאדה לא היה נכרת הסכם אוסלו" איננה בבחינת אהדה למעשה 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 מסויימים לא ניתן להשיג את תשומת לבו 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."⁵⁶

171. מלפני בית משפט נכבד זה יצאו החלטות אשר מספקות הגנה לזכות היסוד בדבר חופש הביטוי, לרבות חופש הביטוי הפוליטי. כמה מהחלטות אלה הגנו על ביטויים שהם חדים וחרifiים, ואפילו גסים ושקריים. בית המשפט הנכבד הציב דרישות נוקשות על מנת שיהיה אפשר לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי. כך, למשל, נקבע בהקשר של פסילת חלק מתשדיר שידור של מפלגה פוליטית, כי:

⁵⁶ מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים (1) (1999) 105, 142.

" כדי שהצגתו של דגל פלסטין בתשדירי תעמולת בחירות תיפסל, על ההצגה להיות בעלת תוכן העשוי לגרום לפגיעה ממשית, עמוקה וקשה ביותר, ברגשות בני הציבור בישראל, העשויים לצפות בתשדירים ובמיוחד אלו שנפגעו מפעולות טרור. על פי מערך האיזונים הראוי, רק פגיעה מסוג זה תצדיק גריעה או הגבלה של חופש הביטוי בתעמולת הבחירות.

...

רק ביטוי שכוון בו חשש לפגיעה בערך מוגן נגדי יצדיק הטלת הגבלה על חופש הביטוי ... חופש הביטוי הוא נקודת המוצא, וכל פגיעה בחופש זה, קטנה כגדולה, צריכה לעמוד במבחני האיזון הראויים...⁵⁷

172. בסדרה של פסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר של מדינות הקהילה האירופית, הגן בית הדין על הזכות לחופש ביטוי, לרבות חופש ביטוי של נציגים נבחרים, גם כאשר הביטוי הנדון היה חריף ביותר, ואפילו חריף וחד יותר מהביטויים המיוחסים לעותר.

173. בעניין **Castells v. Spain**⁵⁸ (1992) דובר על נבחר ציבור בחבל הבאסק שבספרד אשר כתב בגנות אוזלת ידו של הממשלה המרכזית בהשלטת החוק על קבוצות ימניות, לעומת רדיפת השלטונות לארגון "אטה" והפעלת יד קשה נגדו. נבחר הציבור Castells כתב מאמר שהתפרסם בעיתון רב תפוצה בחבל הבאסק בו הוא הישווה בין השלטון המרכזי לממשל פרנקו הפשיסטי, וגזר גזירה שווה בין אותו ממשל לקבוצות טרור ימניות פשיסטיות⁵⁹:

"Extreme right-wing organisations? Before Franco's death no one in the Basque Country thought that it was possible to secure the arrest or conviction for "unlawful association" of a single member, and far less one of the leaders, of the "Triple A", of the "Batallón Vasco- Español", of the "Batallón uezalaga", of the ATE, of the Adolf Hitler commando, of the Francisco Franco commando, of the Mussolini commando, of the New Order, of Omega, of the "Movimiento Social Español", of "Acción Nacional Española" or of the "Guerrilleros de Cristo Rey". No one can believe it now either.

⁵⁷ בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ואח' פ"ד נו (2) 62, 73 – 74. ראו גם בג"ץ 62261/01 מאיר אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד נו (2), 159; בג"ץ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1), 421.

⁵⁸ 11798/85 **Castells v. Spain** ECHR (23/04/1992)

⁵⁹ פיסקה 7 לפסק הדין.

"ETA" members held as prisoners? Hundreds of them have been to prison. Persons suspected of being members of "ETA"? Thousands of them have been detained in police stations. Sympathisers? One could go on with the list for ever. Yet not a single leader or member of the Triple A has been bothered.

Those responsible for public order and criminal prosecutions are the same today as they were before. And here in the Basque Country nothing has changed as far as impunity and questions of liability are concerned...

Frankly, I do not believe that the fascist associations which I cited earlier have any independent existence, outside the State apparatus. In other words I do not believe that they actually exist. Despite all these different badges, it is always the same people.

Behind these acts there can only be the Government, the party of the Government and their personnel. We know that they are increasingly going to use as a political instrument the ruthless hunting down of Basque dissidents and their physical elimination. If they want to be so lacking in a sense of political vision that's their problem! But for the sake of the next victim from our people, those responsible must be identified right away with maximum publicity."

174. בית הדין האירופי קבע כי התבטאות זו מעוגנת בזכות לחופש ביטוי, ואף הדגיש את עובדת היותו של המתבטא נבחר ציבור, בנתחו את חשיבות הבטחת מימוש הביטוי בחופשיות ללא התערבות המדינה או מי מזרועותיה⁶⁰:

"The Court recalls that the freedom of expression, enshrined in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that

⁶⁰ פסקה 42 לפסק הדין.

pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"...

While freedom of expression is important for everybody, it is especially so for an elected representative of the people. He represents his electorate, draws attention to their preoccupations and defends their interests. Accordingly, interferences with the freedom of expression of an opposition member of parliament, like the applicant, call for the closest scrutiny on the part of the Court."

175. בפרשת *Surek & Ozdamir v. Turkey*⁶¹ (1999) דובר בשני מערערים, אחד בעל עיתון, והשני מנהיג לארגון כורדי שהוכרז כהתארגנות בלתי חוקית (PKK); לשניהם פורסמו ראיונות שבהם הם מבקרים את רשויות תורכיה על מדיניות הדיכוי נגד הכורדים בדרום מזרח תורכיה, עם התייחסות למאבק מזוין על מנת לשמור על חיי הכורדים מפני מדיניות הדיכוי. בעל העיתון אמר בראיון, כי המאבק המזוין של הכורדים נגד מדיניות תורכיה הינו מוצדק לאור מדיניות הדיכוי המתמשכת, והשימוש במאבק מזוין הוא תוצאה להעדר כל אופציה ריאלית אחרת בפני הכורדים. מנהיג הארגון אמר בראיון, בין היתר, כי⁶²:

"It is a well known fact that Turkey and imperialism want to divert our people from its national identity...But we are resisting. No one can tell us to leave our own territory...we are in Kurdistan We are amongst our own people. If they want us to leave our territory, they must know that we will never agree. We are people who have lost everything we had and who are fighting to regain what we have lost. That is the purpose of our action. We have nothing to lose...That is why we act without fear."

176. בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע, כי לא מדובר בקריאה פוזיטיבית לשימוש באלימות, וכי הראיונות התייחסו לעמדה שלפיה הכורדים אינם מוכנים לקבל המשך מדיניות הדיכוי, ואינם מוכנים להתפשר על המשך מדיניות זו, וכי על אף הביקורת החריפה, אין בדברים אלמנטים להסתה אלימה משום שהם עומדים במבחן חופש הביטוי⁶³:

⁶¹ 23927/94 SÜREK AND ÖZDEMİR v. TURKEY ECHR (08/07/1999).

⁶² פיסקה 10 לפסק הדין.

⁶³ פיסקה 61 לפסק הדין.

“It notes in the first place that the fact that the impugned interviews were given by a leading member of a proscribed organisation cannot in itself justify an interference with the applicants’ right to freedom of expression; equally so the fact that the interviews contained hard-hitting criticism of official policy and communicated a one sided view of the origin of and responsibility for the disturbances in south-east Turkey. While it is clear from the words used in the interviews that the message was one of the intransigence and refusal to compromise with the authorities as long as the objectives of the PKK had not been secured, the texts taken as a whole cannot be considered to incite to violence or hatred.”

177. בעניין **Ceylon v. Turkey**⁶⁴ (1999) כתב ס׳ילון, שהיה נשיא איגוד פועלי הפטרוליום בטורקיה, מאמר בגנות מדיניות טורכיה בדרום מזרח המדינה המאוכלס בכורדים. ס׳ילון אף כינה מדיניות זו כמדיניות טרור והשמדת עם⁶⁵:

“The steadily intensifying State terrorism in eastern and south-eastern Anatolia is nothing other than a perfect reflection of the imperialist-controlled policies being applied to the Kurdish people on the international plane.

In order to destroy the Kurdish movement in Iraq, US imperialism first stirred up the Kurds against Saddam’s regime and then set that regime on them, having left it strong enough to crush their movement.

As a result, the whole world has been confronted with the heartbreaking sight of tens of thousands of Kurds dying of hunger, exposure and epidemics, tens of thousands more wiped out by the Iraqi army and hundreds of thousands forced to leave their homes and their country.

After shedding crocodile tears over these scenes, which they themselves had created, the imperialists are now sitting back with their arms folded, for the whole world to see, as genocide in Turkey continues to intensify.”

⁶⁴ 23556/94 **Ceylon v. Turkey** ECHR (08/07/1999)

⁶⁵ פיסקה 8 לפסק הדין.

178. בית הדין האירופי קבע כי ביטוי חריף זה מהווה מימוש לזכות לחופש ביטוי, בין השאר,

משום מעמדו של סייילון כמנהיג פוליטי בזירה הטורקית (פיסקה 36):

"The Court observes, however, that the applicant was writing in his capacity as a trade-union leader, a player on the Turkish political scene, and that the article in question, despite its virulence, does not encourage the use of violence or armed resistance or insurrection. In the Court's view, this is a factor which it is essential to take into consideration."

179. בעניין של **Karatas v. Turkey**⁶⁶ (1999) בית המשפט בתורכיה הרשיע את קאראטאס

(אזרח תורכי ממוצא כורדי), בין השאר, בגין שיר שפירסם ואשר תמך במאבק הכורדים נגד הדיכוי התורכי בדרום מזרח תורכיה. שיר אחד של קאראטאס, למשל, קרא לעזור להתקוממות הכורדית תוך הקרבת חיים ממשית (פיסקה 10):

"Young Kurds
'I am seventy-five years old
I die a martyr
I join the martyrs of Kurdistan
Dersim has been defeated
but Kurdism
and Kurdistan shall live on
the young Kurd shall take vengeance'
when life leaves this body
my heart shall not cry out
What happiness
to live this day
to join the martyrs of Kurdistan.
..."

180. על אף הביטוי החריף ביותר של קאראטאס, בית הדין האירופי קבע, כי מדובר בביטוי

מוגן בגלל זכות היסוד לחופש ביטוי. בין שאר נימוקיו ציין בית הדין, כי מדובר בהתבטאויות המופנות כנגד מדיניותה של הממשלה ככזאת⁶⁷:

"Furthermore, the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in

⁶⁶ 23168/94 **Karatas v. Turkey** ECHR (08/07/1999)

⁶⁷ פיסקה 50 לפסק הדין.

relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Moreover, the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries."

ה. סיכום

181. הדין מחייב את חלותה של החסינות הפרלמנטרית על הדברים המיוחסים לעותר. מדובר אפילו במקרה הקל של סוגיית החסינות: התבטאות, להבדיל ממעשה, שגם הוא חוסה בצילה של חסינות פרלמנטרית. לא ניתן לקיים הליך פלילי בלי להכריע באופן סופי ומוסמך בשאלת קיומה או העדרה של החסינות כנגד כתב האישום שמופנה כלפי העותר. שאם לא כן, מתרוקן המושג חסינות פרלמנטרית מכל משמעות, לאחר קיום הליך פלילי ארוך ומייגע, מבלי לקבוע את אי חלותה של החסינות, ובאופן מנומק.

182. הדברים המיוחסים לח"כ בשארה, לפי כתב האישום שהוגש נגדו, אינם מהווים שום עבירה פלילית. העותר לא זו בלבד שלא ביצע כל מעשה אסור, אלא אף ביטא את העמדות שבבסיס המצע שעל פיו נבחר. ועדה מיוחדת לענייני זכויות אדם של איחוד הפרלמנטרים הבינלאומי הביעה עמדה ברורה ומפורשת בעניין ההתבטאויות המיוחסות לעותר, וזאת לאחר ששמע את שני הצדדים בעניין. אותה ועדה קבעה כי היא:

"Stresses the fundamental importance of freedom of opinion and freedom of speech in a parliamentary democracy.

"Cannot share the view of the authorities that the two speeches under consideration, read in their entirety, express praise and support for a terrorist organization; considers, rather that they reflect the political programme of Mr. Bishara's party;..."

רצ"ב החלטת ועדת זכויות האדם של איחוד הפרלמנטרים הבינלאומי מינואר 2002 כנספח לעתירה שסימנו ע/19.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן את הסעדים המבוקשים בראשית עתירה זו, לרבות צו הביניים, ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט כדן.

מרואן דלאל, עו"ד
ב"כ העותר

חסן גיבארין, עו"ד
ב"כ העותר

היום, 24 בדצמבר 2003