

1. ח"כ חנין זועבי

2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ואח'

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
רח' יפו 94, ת"ד 8921, חיפה  
טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140

וכן ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154  
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

#### העותרים

נגד

הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת  
קריית בן גוריון, ירושלים  
טל': 02-6408636; בפקס: 02-6753495

#### המשיבה

### עיקרי טיעון מטעם העותרים

#### הצגת המחלוקת:

1. הסוגיה המשפטית העיקרית המתעוררת בפני בית משפט נכבד זה היא: מהו אופי הפעילות הפוליטית של חבר הכנסת המקנה לכנסת סמכות לשלול או לפגוע בזכויותיו המעוגנות בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: "חוק החסינות")?
2. בכתב התשובה מטעם המשיבה ובחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה נטען, כי מאחר שהחסינות העניינית של חבר הכנסת על פי סעיף 1 לחוק החסינות אינה חלה על היחסים בינו לבין הכנסת, אזי לכנסת מוקנה שיקול דעת רחב, המסמיך אותה לשלול או לפגוע בחסינותו של חבר הכנסת הקבועות בחוק החסינות אם ראתה שהמעשה הנדון אינו ראוי וזאת בתנאי שהיא תקיים את כללי הצדק הטבעי (כמו הגשת עילה מנומקת שמעידה כי מטרת הפגיעה היא מניעת סיכון עתידי וקיומו של שימוע מלא). לפי עמדות אלו, בין אם המעשה של חבר הכנסת הוא פוליטי ובין

אם לאו, בין אם הוא מופנה כביקורת פוליטית חריפה נגד הקואליציה ובין אם לאו, בין אם הוא ביקורת נגד הממשלה ובין אם לאו, בין אם הוא נוגע לעבודתה הסדירה והפנימית של הכנסת ובין אם לאו, בין אם הוא נופל בגדר איסור פלילי ובין אם לאו, בין אם היועץ המשפטי לממשלה מתכוון להגיש כתב אישום בגינו ובין אם לאו – בכל המקרים האלה מוסמך הרוב בכנסת לשלול את זכויותיו של חבר הכנסת המעוגנות בחוק החסינות בתנאי שהוא מקיים הליך מעין שיפוטי תקין.

3. המשיבה נשענת על עמדתו של השופט ברק בבג"ץ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987) (להלן: "עניין מיעארי"), שניתנה לפני 27 שנים, בטרם חקיקת חוקי היסוד וכאשר השופט ברק עצמו זנח את עמדתו זו לאחר מכן וקבע מפורשות הלכות, המנוגדות לעמדתו המקורית בעניין מיעארי. לפי עמדת השופט ברק בעניין מיעארי, החסינות העניינית לא מופנית כלפי הכנסת אלא כלפי שאר הרשויות. השופטים שמגר ובן פורת חלקו על עמדתו וקבעו, כי החסינות העניינית חלה גם על המחוקק אם כי בענייני סדרי עבודתה הפנימיים של הכנסת, כגון כללי האתיקה, רשאית הכנסת לקבוע כללים משמעותיים. על עמדתו של השופט ברק נמתחה ביקורת על ידי האקדמיה (ראו פסקה 24 לכתב העתירה). אולם בבג"ץ 5368/96 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 682 (1996) (להלן: "עניין פנחסי"), שדן לעומק בכל סוגי החסינויות השונים, קבע הנשיא ברק מפורשות שהחסינות חלה גם על הכנסת. בבג"ץ 12002/04 ח"כ מח'ול נ' הכנסת, פ"ד ס(2) 325 (2005) (להלן: "עניין מח'ול") מתייחס הנשיא ברק למחלוקת בין עמדתו המקורית לבין עמדת השופטים שמגר ובן פורת, וזאת לא על מנת לקבוע הלכה חדשה המנוגדת לעמדתם, אלא דווקא כדי להבליט את המשותף המבסס את ההלכה שנקבעה בעניין מח'ול ואשר דנה בעיקר בסמכויות ועדת האתיקה. הנשיא ברק הבהיר, כי ועדה זו מוסמכת לפעול כלפי מעשים, הנוגעים לאופן ביצוע התפקיד בתוך הכנסת ולא בפעילות הפוליטית עצמה. פסיקה מאוחרת יותר הרחיבה את תכליות החסינות באופן שכלל באופן מפורש את ההגנה על המיעוט בכנסת מפני כוחו של הרוב.

4. שני הטעונונים המרכזיים שהעותרים מעלים נגד החלטת הכנסת הנדונה הינם: הכנסת חרגה מסמכויותיה עת החליטה לשלול ולפגוע בזכויותיה של ח"כ זועבי המוקנות לה לפי חוק החסינות בגין ההשתתפות במשט אל עזה בחודש מאי 2010; לחלופין, החלטת הכנסת בטלה, שכן לא קויימו ההליכים המינהליים הנחוצים, כפי שנקבעו על ידי השופט ברק בעניין מיעארי.

5. נבקש למקד את הדיון סביב השאלה באם החלטת הכנסת מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה בשינויים המחויבים. בדיון בסוגיית "הפגיעה אינה על פי חוק" נטען, כי הכנסת אינה רשאית לפגוע בזכויותיו של חבר הכנסת המעוגנות בחוק החסינות אלא על פי חקיקה מפורשת וברורה, כמו במקרים שבהם ניתן להטיל סנקציות נגד חבר הכנסת אם אופן ביצוע התפקיד, כדברי הנשיא ברק בעניין מח'ול, פגע בכללי עבודתה הפנימיים של הכנסת, אשר כשלעצמם חייבים להיות כללים מפורשים, ברורים ומידתיים. בדיון בסוגיית "התכלית הלא ראויה" נטען, כי גם אם קיימת לכנסת

סמכות לשלול זכויות שבחוק החסינות, הרי ההחלטה הנדונה לרבות פרשנות המשיבה לחוק החסינות אינן לתכלית ראויה, בעיקר כי המשיבה לא עושה הבחנות כלשהן בין סוגי המעשים הפוליטיים; ובבחנת המידתיות נתייחס כאן רק לחוסר המידתיות במישור המינהלי לפי פס"ד מיעארי.

6. העותרים סבורים, כי לצורך ההכרעה המשפטית בסוגיה שבמחלוקת, אין צורך לקיים דיון בשאלת תחולת החסינות העניינית על ההשתתפות במשט. הבדיקה לפי פסקת ההגבלה, במידה שתתקבל על ידי בית המשפט הנכבד, עשויה להוביל לביטול ההחלטה של הכנסת מעצם העובדה שסוגיית קיומה או העדרה של החסינות העניינית לא נשקל כלל ועיקר על ידי הכנסת. דבר זה מעיד כשלעצמו על חריגה מסמכות או על חוסר המידתיות. בכל מקרה, אם יראה בית המשפט לנכון לדון בסוגיה זו, הרי בית המשפט הנכבד מופנה לנטען בעתירה בהמתייחס לסוגיית תחולת החסינות העניינית.

## פיסקת ההגבלה

### החסינות העניינית כהסדר חוקתי או כזכות יסוד

7. אף לפני חקיקת חוקי היסוד השתרשה העמדה בפסיקה, לפיה החסינות העניינית לפי סעיף 1 לחוק החסינות זוכה למעמד מיוחד הדומה לזכות חוקתית. על מעמד זה עמד הנשיא אגרנט בעניין **בן משה** שם פסק, כי החסינות הינה:

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

ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 439 (1968).

ובפס"ד **פנחסי** מציין הנשיא ברק:

"אכן, ביסוד החסינות העניינית עומד הצורך להבטיח את פעילותו הפרלמנטרית החופשית של חבר הכנסת. פעילות זו מהווה יסוד חשוב במבנה הדמוקרטי שלנו. "חבר-כנסת" הוא "יחידה חוקתית". עצמאות פעולתו, ויכולתו לגבש את השקפתו בעניינים שעל סדר היום הפרלמנטרי, חיונית למבנה המשטר החוקתי. הם מבטיחים את פעולתה התקינה של הכנסת, ועמה את פעולתו התקינה של המשטר החוקתי כולו." (עמ' 682)

8. ד"ר יגאל מרזל מתייחס למעמדה החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית, והוא מציין כי שורה של חוקים ופסקי דין מבססים את ההכרה במעמד החוקתי המיוחד של חברי הפרלמנט וביניהן הזכות לחסינות. לגבי מעמד חוקתי מיוחד זה מציין ד"ר מרזל כדלקמן:

"תפקידו החוקתי כחבר פרלמנט מקים לו זכויות נוספות שראוי לראות בהן זכויות יסוד – לא משום שהן עומדות לו באשר הוא אדם כעניין אוניברסלי, אלא משום שהן עומדות לו באשר הוא חבר פרלמנט. לעתים יהיו זכויות אלו מבוססות על זכויות היסוד של האדם כגון חופש הביטוי, אולם הן יזכו לפיתוח נוסף המתבקש מהכחונה המוסדית של חבר הפרלמנט. לפיכך, למשל, חופש הביטוי שלו יהא חופש הביטוי של חבר פרלמנט. כך גם לעניין השוויון: ישנו השוויון של חבר הכנסת כאדם וישנו השוויון של חבר הכנסת כאורגן חוקתי."

יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" **משפטים** לח 217 (2008).

## הפגיעה אינה על פי חוק

9. לפי פסקת ההגבלה ובהתאם לפסיקת בימ"ש נכבד זה לא פוגעים בזכויות יסוד אלא על פי חוק מפורש, ברור ולא עמום. המשיבה כמו גם חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לא מצליחים לציין מהי החקיקה המפורשת, המסמיכה את הכנסת לפגוע בזכויות היסוד של ח"כ זועבי. סעיף 13 לחוק החסינות מתייחס להליך הסרת החסינות, אך הוא מוציא דווקא את האפשרות לפגוע בזכויות האלה בניגוד לסעיף 1 לחוק החסינות המתייחס לחסינות העניינית. לכן אין אפשרות להתייחס לסעיף זה כסעיף מפורש וברור, המסמיך את הכנסת לבצע את המהלך שביצעה בעניין ח"כ זועבי.

10. הלכת **מחול** הגיעה למסקנה אליה הגיעה על ידי קריאת סעיף 13 לחוק החסינות, המתייחס לסמכות השיפוט של ועדת האתיקה אל תוך סעיף 13 לאותו חוק. היינו הנשיא ברק הגיע לתוצאה המשפטית מתוך דיון בסעיפים השונים של חוק החסינות, בהם ראה שהם משלימים אחד את השני והוא מצא את העיגון להלכה **בתוך החוק עצמו ולא מחוצה לו**. לכן הלכה זו קובעת:

"סעיף 13 ד לא בא לפגוע בחסינות המהותית הקבועה בסעיף 1 לחוק. הסעיף, הקובע מערכת של שיפוט פנימי, שיפוט משמעת – אתי, נועד להשלים ולהגשים את התכליות המונחות ביסוד חוק החסינות. פעולה במישור האתי אינה מהווה עקיפה של ההגנה שמקבל חבר הכנסת בחוק החסינות."

עניין **מחיל**, עמ' 339.

11. ודוק, הלכת **מחיל**, בה נערך האיזון הנדרש בין הפעילות הפוליטית החסינה של חבר הכנסת לפי סעיף 1 לחוק החסינות לבין תקינות עבודתה של הכנסת, מתייחסת אך ורק לסמכויותיה של ועדת האתיקה. לא במקרה ציין הנשיא ברק, שהעתירה "מצמצמת עצמה לשתי שאלות עיקריות: האחת, אם רשאית ועדת האתיקה של הכנסת לנקוט סנקציות, כאלה או אחרות, בגין דברים

שנשא אחד מחבריה מעל דוכן המליאה, כאשר אלה שלעצמם מוגנים על ידי החסינות העניינית שלה זכאי חבר הכנסת... השנייה, מהו היקף הביקורת השיפוטית על החלטות ועדת האתיקה." (עניין מח'ול, בעמ' 331).

12. יוצא, כי אין בהלכת מח'ול דבר וחצי דבר הקובע, כי לכנסת סמכות לשלול זכויות מחבר הכנסת שאינן מעוגנות מפורשות בחוק עצמו. עמדת המשיבה וכן חוות דעתו של היועמ"ש מנוגדות לרציונל הזה.

13. אמנם סעיף 13 לחוק החסינות מתייחס לאפשרות הסרת חסינות או שלילת זכות על ידי הכנסת, אך הסעיף אינו קובע, כי ניתן לבצע זאת לפי שיקול דעתה הרחב של הכנסת אך ורק בשל כך שמעשה מסוים אינו ראוי בעיניה. מקל וחומר כך, כאשר הסעיף אינו מגדיר מהו "מעשה לא ראוי". עצם קביעת קיומה של סמכות כזו בחוק לא הופך את הסמכות לסמכות שיורית. פס"ד בבג"ץ ועדת המעקב העליונה, שניתן על ידי הרכב מורחב של שבעה שופטים קובע פה אחד, כי הסדר ראשוני אינו יכול לקבוע סמכות שיורית לאף רשות שלטונית בעניינים, הפוגעים בזכויות היסוד, מבלי לפרט את אופן הפעלת שיקול הדעת. אחרת, עקרון שלטון החוק ייהפך לעקרון של שלטון אנשים.

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה (פסק דין מיום 27.2.06).

14. נקודת המוצא של המשיבה, לפיה החסינות העניינית אינה חלה על הכנסת, אף היא מתנגשת עם הדין. הנשיא ברק עצמו הבהיר בפס"ד פנחסי :

"אכן, החסינות העניינית נועדה לאפשר לחבר הכנסת הבודד להגשים את תפקידו כחבר הכנסת, בלא מוראו של החשש שמא חצה את הגבול בין מותר לאסור. היא באה להבטיח את עצמאותו של חבר הכנסת ואת אי-תלותו ברשויות השלטון האחרות, לרבות המחוקק עצמו. מכאן היעדר כוחה של הכנסת ליטול חסינות זו. חבר הכנסת הבודד אינו נתון לכוחו של הרוב." (עמ' 680, ההדגשה לא במקור)

15. עמדה זו מושרשת בפסיקה מימים ימימה. כך, למשל, קבע הנשיא אגרנט :

"זכות החסינות, עליה מדובר בסעיף 1, איננה ניתנת לשלילה על-ידי הכנסת ונושאת איפוא 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 מסויימת על-ידי חבר פלוני 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."

עניין בן משה הנ"ל, בעמ' 436.

16. לכן הפרשנות של המשיבה לחוק החסינות מתנגשת חזיתית עם התכלית הפרשנית של חוק זה. פרופ' סוזי נבות סיכמה את ההתפתחויות של התכליות על פי הפסיקה במאמרה "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי הכנסת" והדגישה, כי לפי ההתפתחות הפסיקתית נהפכה ההגנה הן על עצמאותו הייצוגית של חבר הכנסת מפני הכנסת עצמה והן ההגנה על המיעוט בפרלמנט מפני הרוב, חלק מהתכליות המרכזיות של חוק החסינות הנדון:

"בשנים האחרונות ניכרת הרחבה של תכליות החסינות גם להיבטים חדשים שלא אוזכרו בעבר. כך למשל בפרשת **גורלובסקי** קובע הנשיא ברק כי החסינות העניינית באה להבטיח את עצמאותו של בית הנבחרים ואת "אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל" [...]. היא נועדה להגן על עצמאותו של חבר-הכנסת. היא באה לאפשר לו, על-פי שיקול-דעתו, להפעיל את "עקרון הייצוגיות". היא באה: "...להבטיח פעולתו של הנבחר לשם מימוש של התהליך הדמוקרטי [...]. תכליות אלה" [...]. נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי".

בפרשת **בשורה** הודגשה התכלית של החסינות שנועדה להגן על המיעוט מפני הרוב. במקרה זה אומר הנשיא ברק כי "החסינות העניינית ניתנה לחברי הכנסת כדי להבטיח אינטרסים ציבוריים חיוניים. ראשית, חסינות זו חיונית כדי להבטיח את זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי [...]. ומגנה עליהם [...] מפני כוחו של הרוב (פרשת **בשורה**, בעמ' 322-323). **בהקשר זה נציין כי התכלית של הגנת המיעוט מפני הרוב עשויה להקרין על מידת ההתערבות של בג"ץ בהליכים מעין שיפוטיים**". (ההדגשה לא במקור)

[http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011\\_70/C/c.aspx](http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011_70/C/c.aspx)

17. בפיסקה 9 לכתב התשובה מטעם המשיבה מובא ציטוט מתוך **אסמכתא 1** "REPORT ON THE REGIME OF PARLIAMENTARY IMMUNITY", לפיו קיימת סמכות בפרלמנטים שונים בעולם להטיל עונשים משמעותיים נגד חברי פרלמנט על פי כללים, שהם מדויקים וברורים. עמדה זו רק מחזקת את טענת העותרים, שכן החלטת הכנסת הנדונה אינה מעוגנת באף אחד מהכללים הכתובים והברורים. אין מחלוקת, כי לכנסת סמכות להטיל עונשים משמעותיים בעניינים הנוגעים לסדרי עבודתה התקינה. אך ההחלטה הנדונה נגד ח"כ זועבי אינה מתייחסת למקרה שכזה וגם המשיבה לא טוענת כך.

18. אכן, הטיעון של העותרים מוצא לו חיזוק במשפט המשווה, שהוצג דווקא על ידי המשיבה. כך, למשל, **באסמכתא מס' 1** שבכתב התשובה מטעם המשיבה מצוינים הדברים הבאים בעמ' 6:

"In the second place, the principle of non-liability progressively acquires the further quality of an additional surety for parliamentarians vis-à-vis the majority opinion expressed in parliament itself. As representatives of the people who placed them in office, by holding even minority opinions they still express a portion of popular and/or national sovereignty, respect for which is central to the principles of pluralist democracy."

בעמ' 7 **לאסמכתא מס' 1** מטעם המשיבה מצויין כי:

"Non-liability sometimes extends to the activity and/or behavior of members of parliament which, while not constituting acts specific to parliamentary office, are

in some way related to it. Consequently, parliamentarians' enhanced freedom of expression extends to their public non-parliamentary activities, in particular on the media, in election declaration and in public debates."

ובעמ' 15 לאותה אסמכתא :

"Parliamentary immunity continues to be an institution which assures members of their independence from other powers and their freedom of action and expression, although the relationship between the characteristics of various powers has evolved considerably in parliamentary democracies. It also protects parliamentarians from possible abuses by the majority."

19. המשפט המשווה העוסק בחסינות יוצר אבחנה בין העיסוק בחסינויות עצמן לבין העיסוק בכללי האתיקה והמשמעת. חבר פרלמנט כפוף להליכים הפנימיים של הבית ככל שאלה עוסקים באתיקה ובמשמעת. הסמכות הניתנת לבית הנבחרים ביחס להתנהגות של חבר הפרלמנט - מטרתה להגן על כבוד הבית ועל ההתנהגות הראויה במסגרתו או לטפל בהפרעה לניהול התקין של הדיונים. הדעה הרווחת בעולם היא, כי החסינות לא נועדה להגן על חבר הפרלמנט מפני ההליכים הפנימיים בפרלמנט ככל שאלה נובעים מקודים אתיים או מכללי משמעת. מחקר משווה מקיף יותר ומאוחר יותר למחקר שהביאה המשיבה נעשה על ידי Marc Van der Hulst עבור האיגוד הבין-פרלמנטרי (IPU) בשנת 2000. המחקר סוקר הסדרים במדינות רבות: **The Parliamentary Mandate**.

[http://www.ipu.org/PDF/publications/mandate\\_e.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/mandate_e.pdf)

20. הנה כי כן, אין להחלטת הכנסת הנדונה, שפגעה בזכויותיה של ח"כ זועבי בגין השתתפותה במשט, עיגון מפורש בחקיקה הראשית, העונה על מאפייני ההסדרים הראשוניים והמסמך את הכנסת לבצע פעולה מסוג זה.

## לא לתכלית ראויה

21. המשיבה מציינת, כי הרוב בכנסת מוסמך לשלול זכויות על פי סעיף 13 לחוק החסינות אם ראה שהמעשה אינו ראוי, והוא מצדיק שלילת זכויות לא למען הענשתו של חבר הכנסת בגין מעשה שבצע בעבר אלא למען ההגנה מפני סיכון עתידי. אף אם נניח לצורך הדיון שאכן לכנסת סמכות לשלול זכויותיו של חבר הכנסת כדי למנוע סיכון עתידי, הרי גם במקרה זה תכלית זו שהמשיבה מציינת כולל ההחלטה עצמה אינן לתכלית ראויה.

22. הנשיא ברק עשה הבחנה ברורה בפס"ד מחיול בין אופן ביצוע התפקיד לבין המעשה עצמו. הוא קובע, כי סעיף 13 לחוק החסינות "עוסק באופן ביצוע התפקיד ואינו בא לפגוע בפעילות עצמה, הנעשית במילוי תפקידו למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת, שבגינה מוענקת החסינות ושבעטייה הוא מוגן מפני הדין הפליל והאזרחי" (עמ' 339). לכן אם לכנסת סמכות להטיל סנקציות כלשהן

הרי הן צריכות להתמקד באופן ביצוע התפקיד עצמו, שהוא זה שאמור להצדיק, בהנחה שקיימת סמכות לכנסת, את נקיטת הצעדים על מנת למנוע סיכון עתידי.

23. יו"ר הכנסת, ח"כ ראובן ריבלין, שהביע את התנגדותו להחלטת ועדת הכנסת הנדונה, הסביר לחברי הוועדה שלדעתו סעיף 13 לחוק החסינות מצדיק שלילת זכויות כשמדובר, למשל, בעניין המתייחס לאופן השימוש בזכויות. בהקשר הזה יו"ר הכנסת הביא את הדוגמה של חבר כנסת שמאבד את דרכו הדיפלומטי באופן תדיר תוך תקופה קצרה, ואז ניתן לשלול ממנו את הדרכון אך לא שופטים אותו על מעשיו הפוליטיים (ראו **פיסקה 27 לעתירה**).

24. עמדת הכנסת וחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מתנגשות עם הרציונל שקבע הנשיא ברק, המוצא לו תמיכה בדוגמאות שהביא יו"ר הכנסת. לפי עמדת המשיבה, די בכך שהכנסת רואה **במעשה עצמו מעשה לא ראוי** כדי להצדיק נקיטת צעדים נגד חבר הכנסת ללא הבחנה בין אופן ביצוע התפקיד שבעבר לבין המעשה עצמו. תכלית זו מאפשרת פגיעה של הקואליציה או הרוב בכנסת בעמדות של המיעוט על בסיס עמדות פוליטיות מובהקות. די בכך שהרוב לא רואה בפעילות של המיעוט פעילות ראויה כדי לאפשר לו לנקוט סנקציות נגדו בטענה שהוא מבקש למנוע סיכון עתידי ולא דווקא להעניש בגין מעשה שבוצע בעבר. בעשותו כך, הוא יוצר אלמנט הרתעתי של אפקט מצנן ומוביל לפגיעה וודאית בחופש הביטוי הפוליטי. יצוין, כי כל ביקורת פוליטית או מעשה פוליטי המופנים נגד הקואליציה או מדיניות הממשלה מצד חברי אופוזיציה יכולים להתפרש על ידי הרוב כביקורת או כמעשים לא ראויים. אולם עצם העובדה שיש תפיסות שונות וחלוקות לגבי המעשה הפוליטי אינה מסמיכה את הרוב לדכא את עמדת המיעוט בפרלמנט (ראו **פסקאות 29-33 לעתירה**).

25. גם ההלכה של בית המשפט העליון בארה"ב שוללת את התמקדות בית הנבחרים במעשה הלא ראוי בעיניה. בעקבות פעילותו האינטנסיבית של מר ג'וליאנו בונד שנבחר לכהן כחבר בבית הנבחרים במדינת ג'ורג'יה שבארה"ב נגד מדיניות ארה"ב במלחמת וייטנאם, הצביעו 184 חברים מול 12 בִּצְתִּימִיכָה בהפסקת כהונתו. נטען, כי ההחלטה לא באה לפגוע בחופש הביטוי שלו אלא משום שפעילותו אינה ראויה, מביישת, אינה מכבדת ואף פוגעת בתדמיתו של בית הנבחרים. ביהמ"ש העליון בארה"ב ביטל את ההחלטה בהיותה פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי של נבחר הציבור הזוכה דווקא למעמד מיוחד:

“Certainly there can be no question but that the First Amendment protects expressions in opposition to national foreign policy in Vietnam and to the Selective Service system. The State does not contend otherwise. But it argues that Bond went beyond expressions of opposition, and counseled violations of the Selective Service laws, and that advocating violation of federal law demonstrates a lack of support for the Constitution. The State declines to argue that Bond's statements would violate any law if made by a private citizen, but it does argue that even though such a citizen might be protected by his First Amendment



rights, the State may nonetheless apply a stricter standard to its legislators. We do not agree.”

ובהמשך :

“The interest of the public in hearing all sides of a public issue is hardly advanced by extending more protection to citizen-critics than to legislators. Legislators have an obligation to take positions on controversial political questions so that their constituents can be fully informed by them, and be better able to assess their qualifications for office; also so they may be represented in governmental debates by the person they have elected to represent them.”

**Bond v. Floyd**, 385 U.S. 116, 132-133, 136-137 (1966)

26. יצוין, כי הניסיון להראות שמדובר בהחלטה מניעתית ולא ענישתית היא כשלעצמה בעייתית ביותר במיוחד כאשר היא מכוונת נגד המעשים הפוליטיים עצמם. לא למותר לציין, כי הנשיא ברק בעניין **פנחסי** לא חזר על הרציונל שהוא עצמו ציין בעניין **מיעארי**, לפיו לכנסת סמכות מינהלית להגביל חסינות כאמצעי "מניעתית" כלל ועיקר. חשוב להדגיש, כי בעניין **מיעארי** היתה מחלוקת בעניין הסמכות של הכנסת, ולכן המבחנים שצוינו שם בדבר אופן שלילת החסינות חלים אך ורק כאשר קיימת סמכות מפורשת לשלילה. סמכות רחבה כזו אינה מוענקת לפי הלכת **מחיל**, פסק דין שניתן לאחר חקיקת חוקי היסוד.

27. הפסיקה הפירה בסמכות מינהלית "מניעתית", המתייחסת לסיכון עתידי, המבוסס על מעשים שבוצעו בעבר לגבי ביצועם של צווים מינהליים כגון מעצרים מינהליים וצווי הגבלה, אשר כשלעצמם נתפסים כחריג בעולם המשפט. אין לכנסת סמכות מינהלית בעניינים מניעתיים, המתייחסים למעשים הפוליטיים עצמם, אלא אם ייקבע אחרת בחקיקה מפורשת העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. אין לכנסת כרשות מחוקקת סמכות לבצע פעולות מסוג זה, השייכות במהותן לרשות המבצעת והרשות השופטת. הדוגמה שמביאה המשיבה לגבי נאומו של חבר כנסת, המבטיח לחשוף בעתיד סודות מדינה שמצדיקה שלילת חסינותו, אינה בסמכות הכנסת אלא בסמכותן של הרשויות המבצעת והשופטת. השופט ברק מביא בספרו **שופט בחברה דמוקרטית** דוגמאות מהעולם, בהם הפרלמנט ביקש לקבל לעצמו סמכויות ביצוע ושיפוט כאלה. בכל המקרים שהביא, נפסלה הסמכות בהיותה מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות (אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 112 (2004)).

28. גם אם נקבל את עקרון הפגיעה במעשים עצמם, התכלית שהמשיבה מציינת הינה בלתי ראויה, שכן היא איננה מבחינה בין סוגיהמעשים שונים. היא מסמיכה את הכנסת להטיל סנקציות נגד חבר כנסת בגין כל סוגי הפעילויות הפוליטיות, בין אם הן נוגעות לסדרי עבודתה התקינה של הכנסת ובין אם לאו. לפי עמדת המשיבה, אם בעיני הכנסת הפעילות "אינה ראויה", אזי היא מוסמכת לנקוט בסנקציות, השוללות הזכויות לפי חוק החסינות או חלקן כל עוד היא מקיימת

הליך תקיין. העדר ההבחנות והגורפות בעמדה זו מעניקה שיקול דעת כמעט מוחלט לכנסת לנקוט סנקציות לפי חוק החסינות. תכלית זו פוגעת בחופש הביטוי באופן קיצוני ביותר והיא כשלעצמה מייצרת אפקט מצנן על כל פעילות פוליטית. כדי שנעמוד על הגורפות שבהחלטת המשיבה, נדמיין מצב בו המחוקק יחוקק חוק בהתאם לרציונל הנ"ל ויסמיד למשל רשות מינהלית להגביל את חופש הביטוי הפוליטי של האזרחים באופן כה גורף תוך מתן זכות לשימוע מלא ואף זכות ערעור אוטומטית בפני הערכאות. לא תהיה מחלוקת שחוק זה לא חוקק לתכלית ראויה. מקל וחומר כאשר הוא נוגע לזכויותיהם של חברי הפרלמנט, שחופש הביטוי והפעולה הפוליטיים הם עיקר עבודתם כנציגי ציבור. חוק החסינות נועד דווקא כדי להגן על חבר הכנסת מפני קיומו של חשש שחופש הפעולה הפוליטי שלו ייפגע, בדרך זו או אחרת, על ידי כוחו של הרוב בכנסת.

29. הנה כי כן, התכלית של ההחלטה כפי שמציגה אותה המשיבה אינה תכלית ראויה בהיותה פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי של חברי הכנסת ונציגי המיעוט הפרלמנטרי ללא כל אבחנות כלשהן בין המעשים עצמם או בין המעשים לבין אופן הביצוע שלהם.

### **מבחן המידתיות על פי פס"ד מיעארי**

30. העותרים מפנים לחלק השני של העתירה, שכותרתו "הפרה של כללי המשפט המינהלי", המתייחס לפגמים בקבלת ההחלטה לפי פס"ד מיעארי.

31. בנוסף לטיעונים בעתירה, לפיהם החלטת הכנסת לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה, גם ועדת האתיקה שדנה מאוחר יותר בתלונות על ההשתתפות במשט מציינת באופן ברור, כי אין בידיה "ראיות מבוססות לכך שח"כ זועבי ידעה מראש על האלימות המתוכננת נגד חיילי צה"ל או ראיות לעניין התנהגותה בעת האירועים".

32. הדברים מתבררים ביתר שאת לאחר בחינת תוכן החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה על סגירת תיק החקירה נגד ח"כ זועבי. מההחלטה עולה, כי תיק החקירה נפתח בחשד לביצוע עבירה של ניסיון כניסה לשטח עזה שלא כדין, אך איש מהמעורבים אזרחי ישראל לא נחשד בתקיפת חיילי צה"ל.

33. הנה כי כן, מתברר באופן ברור ביותר, כי ועדת הכנסת לרבות המליאה קיימו את דיוניהם בעניין השתתפותה של ח"כ זועבי מבלי שתהיה בפניהם תשתית עובדתית ראויה. אם כך הם פני הדברים, אזי השאלה שעולה מהעדרה של תשתית זו היא, מה הניע את הרוב בכנסת לקבל את החלטתו הנדונה. אם המעשה אינו ראוי, הרי שלפי הלכת מח'ול, הדיון היה צריך להתמקד, אם בכלל, ובהנחה שקיימת סמכות, סביב **אופן ביצוע התפקיד**. אולם לא היתה בפני ועדת הכנסת תשתית עובדתית כלשהי לגבי עניין זה. ואם אכן ועדת הכנסת והמליאה ביקשו שלא להעניש בגין המעשה

עצמו, אלא למנוע את ביצועו בעתיד, אזי מקל וחומר שהתשתית בדבר "אופן ביצוע התפקיד" חייבת להיות דומיננטית. אך כאשר אין תשתית כלשהי לגבי מרכיב זה, המסקנה האחת והיחידה שעולה היא, שוועדת הכנסת ביקשה להעניש את ח"כ זועבי בשל **עצם** ההשתתפות במשט, דבר שהוא מנוגד לעמדת השופט ברק בפס"ד **מיעארי**.

34. לא זו בלבד אלא מתברר כעת וכפי שנטען בעתירה, שרצונן של ועדת הכנסת והמליאה היה להעניש ולהוקיע את המעשה הפוליטי עצמו של ח"כ זועבי בהליך מהיר ביותר.

35. גם אם נקבל את עמדת המשיבה, שהשימוש בשלילת זכויות של חבר כנסת על ידי הכנסת לפי חוק החסינות הינו מקרה נדיר ולא נעשה בחפזון וללא זהירות יתרה, המקרה שבפנינו מעיד שהחפזון והפעילות הלא זהירה מצד הכנסת היא ששלטה בדיונים.

36. חשוב לציין שוב, שלפי פס"ד **מיעארי** ההליך חייב להיפתח על ידי הגשת בקשה בכתב, המציינת את העילה הראויה לפגיעה בזכויות. חזקה שפס"ד **מיעארי** התכוון לעילה רציונאלית, המכבדת את מעמד חברי הפרלמנט. לא רק שכל ההליך שאנו דנים בו לא התחיל בהגשת בקשה בכתב, המציינת את העילה הראויה, אלא שמכתבו הראשוני של חה"כ בן ארי הינו לכל הדעות מכתב פוגעני ביותר שלא עונה על עצם קיומה של עילה ראויה, אליה התכוונו השופטים בפס"ד **מיעארי**.

---

חסן ג'בארין, עו"ד

---

דן יקיר, עו"ד

ב"כ העותרים

3.6.12