

15 לפברואר 2016

לכבוד
ח"כ ניסן סלומינאסקי,

יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט
כנסת ישראל

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסטר
נשיא

ד"ר אריק כרמון
נשיא מייסד

הנדון: הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון) – השעיית חבר הכנסת בשל מעשה בניגוד

לסעיף 7א

ההצעה שבנדון תעלה לדיון מחר, 16.2.16. אנו מתנגדים להצעה, בהתאם לנוסח שהופץ בתקשורת בימים האחרונים. ההצעה תעניק לכנסת סמכות להשעות – מפעילות ומהצבעה – ולכן למעשה להדיח ללא הגבלת זמן - חבר כנסת מכהונתו בשל מעשה או התבטאויות שעולות בקנה אחד עם שתיים העילות הפסילה המנויות בסעיף 7א לחוק יסוד הכנסת (הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזויין כנגד ישראל). עילות אלה הן למעשה גם עבירות פליליות, ובכך הכנסת תקבל כח לעקוף את המסלול הקיים כיום, של קבלת החלטה על פתיחה בחקירה על ידי היועמ"ש, חקירה, כתב אישום ותביעה פלילית.

גוף פוליטי מובהק כמו הכנסת לא אמור ולא מסוגל לקבל החלטות קיצוניות על הדחה של חבר פרלמנט מכהונתו, תוך פגיעה קשה בזכותו להיבחר ובזכות בוחריו לבחור. הפגיעה חמורה במיוחד משום שחלק מהעילות לפקיעת הכהונה מבוססות על פרסום, ולכן פוגעת בחופש הביטוי. את האיזון בין השמירה על בטחון המדינה ובין חופש הביטוי יש לערוך במסגרת המשפט הפלילי. חבר כנסת ששורשע בסיוע לאויב או בתמיכה בטרור, יורחק ממילא מן הכנסת. אסור להפוך את הכנסת לזירת משפט, בה מורחקים חברי כנסת על רקע התבטאויותיהם.

מהות ההצעה

1. ההצעה תאפשר לכנסת, ברוב של 90 חברי כנסת ולאחר המלצה של ועדת הכנסת, לקבוע כי כהונתו של ח"כ תושעה לזמן מסויים, ובאותו זמן יחליף אותו הבא בתור ברשימתו – למעשה מדובר בסילוק אפקטיבי מן הכנסת. זאת, על

המועצה הבינלאומית

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
סנטור רוברט בדנר, צרפת
פרופ' רונון בוגדנוב, בריטניה
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וספה, גרמניה
השופט דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
ד"ר סידי דול, ארה"ב
השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
לורד ג'ורג' ווידנפלד, בריטניה
לורד הרי ק' וולף, בריטניה
סר ג'יימס ד' וולפנסון, ארה"ב
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
סנטור ג'וזף ליברמן, ארה"ב
פרופ' דומיניק מאיז, צרפת
פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט ספנס, ארה"ב
השופט רוזלי סילברמן אבלי, קנדה
ד"ר הנרי קיסינג'ר, ארה"ב
פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב
פרופ' הנרי רוזובסקי, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

חברי הוועד המנהל

מר אלפרד אקירוב
מר דב בהרב
מר ארז ויגודמן
פרופ' יפה זילברשץ
מר שאוקי ח'טיב
פרופ' מנואל טרכטנבג
מר טלי מדידור
מר אבינועם נאור
עוזר אבי פישר
פרופ' זאב צחור
מר יוסי קוצ'יק

סגני נשיא המכון

פרופ' מרדכי קרמיניצר, מחקר
פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר
ד"ר ישי ג'סי (ג'סי), פרס, אסטרטגיה

ראש צוות היישום

עוזר דן לנדאו

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמיחי אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' מומי דהן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' שחר ליפשיץ
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' גדעון רהט
פרופ' אלי שאלתיאל
פרופ' יובל שני



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

סמך קביעה לאחר מעשה, שהתקיימה בו אחת משתי עילות הפסילה שסעיף 7א לחוק היסוד – הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין כנגד ישראל.

הפגיעה בזכות לבחור ולהבחר

2. התיקון פוגע באופן חמור בזכות היסוד במדינה דמוקרטית, להבחר לכנסת, וכן בזכות לבחור – משום שמדובר באדם שנבחר לכנסת על ידי בוחרים, והכנסת מחליטה להדיחו מכהונתו. זכות זו אינה מוחלטת, ואכן בחוק הקיים ישנם סייגים לפיהם ניתן לפסול רשימות או מועמדים (ועל ההבדל בין זאת ובין החוק המוצע – נרחיב בהמשך). אך יש לעמוד תחילה על מהות הפגיעה בזכות לבחור ולהבחר. זכויות אלה הן האלמנטריות ביותר בדמוקרטיה – במובנה הפורמלי והגרעיני – של קיום בחירות חופשיות תוך מתן אפשרות לכל אדם לבחור ולהבחר. על כן כל הגבלה של זכויות אלה צריכה להיות מצומצמת ביותר, ותוך הקפדה מקסימלית על מניעה של ניצול ההליך לרעה לצרכים פוליטיים.

הכנסת איננה גוף שיפוטי מבחינה מקצועית

3. הענקת סמכות כזו לכנסת היא מעשה מופרך ומסוכן. לכנסת אין מומחיות משפטית, ידע וכלים הנחוצים לקבוע עובדות. החוק מציע הליך שהוא למעשה הליך שיפוטי הכולל עונש – על מעשים המהווים עבירות פליליות. כיצד אמורה הכנסת לשמוע ראיות? האם אמורה היא לחקור עדים בנוגע לעובדות אלה? וכיצד היא אמורה להפעיל כלים משפטיים של יישום הכללים המשפטיים על העובדות? לא כל שכן, כאשר מדובר בשאלה משפטית קשה ביותר, שביט המשפט העליון עצמו מתחבט ומתלבט בה. כאשר מדובר בתיקים של "הבעת תמיכה בטרור" – מה ייחשב לתמיכה? האם מספיקה הבעת הבנה למניעים של המאבק? האם די בכך שתובע ביקורת על חלקה של ישראל במאבק, תוך השתמעות שהצדק נתון עם הצד השני או מתחלק בין שני הצדדים? במיוחד במטריה בעייתית במיוחד של חופש הביטוי, מתן הסמכות לקביעת עובדות וליישום כללים משפטיים לגוף שאיננו מוסמך לשפוט ואינו מומחה בקביעת עובדות וביישום הדין על עובדות, הוא משגה חמור.

4. יש להבהיר כי בניגוד לסנקציות אותן מוסמכת להפעיל ועדת האתיקה שגם היא כמובן גוף פוליטי, כגון שלילת פריבילגיות והרחקה מדיוני המליאה, הסנקציה שאמורה להיות מופעלת כאן חריפה וקיצונית הרבה יותר. ועדת האתיקה לא רשאית להפסיק כהונה של חבר כנסת או למנוע ממנו להשתתף בהצבעות. בכך מתקיים איזון ראוי בין השמירה על הזכות לבחור ולהיבחר ובין כוחה של הכנסת להטיל סנקציות על פעולות בלתי הולמות של חבר הכנסת.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

הכנסת היא גוף פוליטי, שאינהרנטית מצוי במצב של משוא פנים

5. הכנסת היא שאמורה לקבוע, ברוב של 90 חברי כנסת, האם קוימה אחת העילות שבסעיף המוצע. מכאן שהיא ממלאת תפקיד מעין שיפוטי, או אף שיפוטי של ממש – מדובר למעשה בהטלת עונש חמור ביותר, בשל ביטוי או מעשה (מקומם ככל שיהא). האנשים שאמורים לקבוע את העובדות אינם שופטים מקצועיים אלא חברי כנסת, שיש להם אינטרסים פוליטיים. חלק מהם כבר קבעו ופרסמו את דעתם בנוגע לעניין. כך, למשל, ישנם חברי כנסת שעוד לפני הבחירות טענו כי אחדים מחברי הכנסת הערבים משתפים פעולה עם המאבק המזויין של ארגוני הטרור. האם ניתן ברצינות להתיר למי שחרט מאבק בחברי כנסת כאלה על דגלו, לקבוע עובדות במקרה ספציפי, מבלי שייחשב כמי שכבר גילה את דעתו? האם תהיה אמינות להחלטה שחברי כנסת כאלה הובילו או השתתפו בהצבעה? מעבר לכך, ישנם חברי כנסת שהדחת חברי כנסת ערבים תהווה מבחינתם הישג תפקודי שבצדו שכר פוליטי אלקטורלי לא מבוטל. כיצד הם אמורים להצביע באופן ענייני, נקי ו"שיפוטי" בעניין זה מבלי לשקול שיקולים כאלה? יש בכך חשש חמור למשוא פנים. במקום לחזק את מעמדה של הכנסת, הליכים כאלה יפגעו קשות במעמדה.
6. למעשה, הצעת החוק מבקשת לתת "לחתול לשמור על השמנת". מתן הכוח האמור לחברי הכנסת, המאשימים זה את זה בבגידה ובתמיכה בטרור השכם והערב, מזמין כניסה למחול שדים פוליטי ומקארטיסטי. יש חשש חמור שהחוק יאפשר רדיפה של חברי כנסת בשל דעות קיצוניות ובלתי מקובלות.
7. חברי הכנסת הערבים משתייכים לעם הפלשתיני שחלק ממנו מצוי במאבק עם ישראל. עקב כך ההתייחסות שלהם למאבק זה היא שונה מזו של הציבור היהודי – והיא יכולה, ולעתים בצדק, להיות מקוממת ומרגיזה. לכן, קיים חשש שחקיקת החוק, תעודד חברי כנסת "להתנפל" על התבטאויות של חברי הכנסת הערביים שנשמעות באוזנינו מקוממות. בשל חשש שלא להיראות מספיק פטריוטי ומתוך פופוליזם, צפויה אהדה ותמיכה בהתנפלויות אלה. החוק ישמש, לכן, בסיס לחיכוך מתמיד בין יהודים לערבים ויגביר את העוינות בין הצדדים.
8. הרחקה של חבר כנסת ערבי בהליך פוליטי עלולה להביא להתרחקות של האזרחים הערבים מהפוליטיקה הישראלית. התרחקות כזו תפגע פגיעה קשה בדמוקרטיה הישראלית.

ההקבלה לסעיף הקיים בדבר פסילת רשימות



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

9. ההצעה מסתמכת על סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת המאפשר לפסול רשימה או מועמד. לפי הטענה, אם ניתן היה לפסול את ריצת המועמד לכנסת, מדוע שלא יהיה ניתן להדיחו כאשר הוא מקיים את העילה לאחר שכהונתו כבר החלה?

10. יש להצביע על הבדל חשוב בין ההליך של פסילת מועמד או רשימה ובין ההליך המוצע. בראש ועדת הבחירות המרכזית עומד שופט בית המשפט העליון. נכון הדבר כי גם במקרה זה מדובר בגוף פוליטי שמורכב מנציגי סיעות, אך עדיין לפחות עומד בראשו שופט. מעבר לכך, הליך פסילת הרשימה כפוף לערעור בבית המשפט העליון, והליך פסילה אישית כפוף לאישור בית המשפט העליון. מכאן, שפורמלית, (ומבלי להזדקק אף לעתירה לבג"צ) ההליך עובר דרך גופים משפטיים. יש לציין שגם על עצם סמכות זו לפסול רשימות על ידי גוף פוליטי נמתחה ביקורת, והשוואה למקובל בעולם מראה כי בדרך כלל מסורה סמכות זו לגופים שיפוטיים ולא פוליטיים (ראו קרמניצר, פסילת רשמות, (74-75) [2005]).

11. מעבר לכך, כאשר מדובר על פסילה מראש, מדובר בעצם בבדיקה של ה"אידאולוגיה" של הרשימה או המועמד, על סמך מעשיו ומטרותיו. לא מדובר בעצם בקביעת עובדות ספציפיות של מקרה ספציפי, שהתעורר לאחר הבחירות כפי שמנוסח הסעיף. אין זה הבדל סמנטי. במקרה הראשון, ניתן לקבל את הטענה שלא מדובר בהטלת עונש על מעשה מסוים אלא בשאלה אידאולוגית שדורשת פחות מומחיות "משפטית". לעומת זאת, במקרה השני, של החוק המוצע, מדובר למעשה בתחליף של משפט פלילי. הכנסת אמורה לקבוע האם מקרה מסוים קרה או לא קרה, מה תוכנו המדויק של הפרסום והקשרו, ומה השלכותיו המשפטיות. זה מצב קלאסי שבו דרושות ראיות, דרושים עדים ואפשרות לחקירה מיומנת שלהם, ודרוש בית משפט והכרעה שיפוטית. כיצד ניתן אחרת לקבוע עובדות לגבי מקרה ספציפי ומובחן?

דרך המלך – משפט פלילי

12. אין אנו מקלים ראש בהתבטאויות חמורות, כגון אלה המהוות תמיכה במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל, או בהסתה לגזענות. המקום להתמודד עם תופעות כאלה, גם ככל שמדובר בחבר כנסת, הוא באמצעות העבירות במשפט הפלילי. ככל שישנן ראיות לביצוע עבירה כזו, לא יקשה על התביעה להוכיח, להביא להרשעתו של חבר הכנסת בהליך משפטי תקין, לדרוש קביעה כי במעשיו דבק קלון, ובכך להפסיק את כהונתו כחבר הכנסת. יש לציין גם כי הובהר, גם אם לא היה צורך ממשי בכך, בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (סעיף 1א(4)) כי "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

ישראל" לא תחסה במסגרת החסינות המהותית של חברי הכנסת, ולא תחשב כהבעת דעה במהלך מילוי תפקידו כחבר הכנסת.

13. מובן שדרך זו היא ארוכה וקשה יותר מאשר הדחה באמצעות הכנסת. אלא שיש סיבה כבדה לדרך ארוכה זו – ענישה אמורה להיות מוטלת לאחר שמיעת עדויות וקביעת ממצאים, לרבות בכל הנוגע ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה, בידי גורם שיפוטי מוסמך. זו מלאכה, וגם שכר בצדה - היכולת להסתמך על הכרעה שיפוטית כזו, שתתקבל כאמינה וחסרת פניות. ניתן להמליץ כי במקרים חמורים של חברי כנסת המביעים תמיכה במאבק מזויין יתנהל הליך מהיר ובית המשפט יקדיש לכך משאבים מיוחדים. כך מתחייב מעקרון הפרדת הרשויות. ובהתקיים חלופה כזו, מחייב עקרון המידתיות לנקוט בה, ולהימנע מהפיכת בית המחוקקים לטריבונול שיפוטי.

14. למעשה, בהצעה זו הכנסת מבקשת להקים מסלול עוקף לדרך המלך שקיימת היום לטיפול במקרים של תמיכה בטרור או הסתה לגזענות: פתיחה בחקירה, הגשת כתב אישום והרשעה בבית משפט.

היבט פרסונלי - אישי וקבוצתי

15. לא ניתן להתעלם מכך שהצעת חוק זו נועדה להתמודד, למעשה, עם מעשיהם של חברי כנסת מסיעה ספציפית. עובדה זו מעוררת קושי. חקיקה, ובוודאי חקיקת יסוד, אינה כלי להתמודד עם בעיה פרסונלית. יש בכך ביזוי לתשתית החוקתית שלנו שחוקי היסוד, משתנים תכופות, ובמיוחד כאשר הם נתפרים למידותיהם של חברי כנסת כאלה ואחרים. מדובר למעשה בתיקונים לחוקה של מדינת ישראל. אין מתקנים את החוקה משום אדם אחד. במישור אחר - יש בכך כדי להאדיר את חברי הסיעה שבה מדובר, במקום לפחת מחשיבות התבטאויותיה.

16. מעבר לכך, מובן גם שהחוק נועד "לטפל" בחברי הכנסת הערבים בלבד. יש לציין כאן כי לעילה בסעיף 7 א לפסילת רשימות, הסעיף כולל אנומליה מופרכת – הבעת התמיכה בטרור היא רק כאשר הוא חלק ממאבק מזויין "כנגד ישראל". משמע, שהבעת תמיכה בטרור יהודי, אינה עילה לא לפסילה, וגם לא להדחה לפי הסעיף המוצע. הסעיף, אם כן, נועד לטפל אך ורק בחברי כנסת ערבים, הנחשדים בעיני המציעים ובעיני חלק מהציבור, כמי שמזדהים עם אויבי המדינה.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

17. הכנסת מבקשת לתקן את חוק יסוד: הכנסת בהליך מזורז, ללא דיון מסודר בקואליציה במסגרת ועדת שרים לחקיקה ובמהירות שלא מאפשרת שקילה ודיון ציבורי ראוי.

18. יש להזכיר לכנסת שכאשר היא מתקנת חוק יסוד היא למעשה עושה שימוש בכובעה כרשות מכוננת, ומתקנת את החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. במיוחד אמורים הדברים כשמדובר בשינוי כללי המשחק הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר, כמו השעייה של חבר כנסת נבחר. תיקון קיצוני שכזה, בסדר החוקתי של מדינת ישראל לא יכול שיעשה שהליך מזורז וללא דיון ציבורי ארוך ורציני.

סיכום

19. פגיעה בזכות היסוד האלמנטרית בדמוקרטיה, הזכות לבחור ולהבחר, לא יכול שתעשה על ידי מתן סמכויות שיפוטיות לגוף פוליטי מובהק כמו הכנסת. הכנסת לא מסוגלת מבחינה מקצועית לקבל החלטות שכאלה; חברי הכנסת עלולים להיות מצויים במצב של משוא פנים מובהק בבואם לקבל את ההחלטה. עצם מתן הסמכות עלול לעורר מחול שדים פוליטי בו התבטאויות חריגות בעת מלחמה או פעולה לוחמתית יתפרשו בידי חלק מחברי הכנסת בהבעת תמיכה במאבק נגד ישראל, ובכך יאפשרו רדיפה פוליטית של קולות בשוליים. את הטיפול בהתבטאויות ש"עברו את הגבול" יש להשאיר בידי מערכת המשפט הפלילי – שבדידה המומחיות והאחריות לטיפול במקרים קשים סבוכים ורגישים, בעלי תוצאות הרות גורל כהדחה מהמערכת הפוליטית.

20. כוחה של ישראל הדמוקרטית היא דווקא בכך שהיא מאפשרת לחברי כנסת המייצגים דעות קיצוניות, מתסיסות ומרגיזות להתמודד ולהיבחר לכנסת. דווקא הדחת חברי כנסת מהמגזר הערבי "תאשש" את טענותיהם על רדיפה והשתקה פוליטית. ככל שאין מדובר בחציית קווים של עבירות פליליות, מוטב לחברה הישראלית להכיל דעות כאלה, מרגיזות ומרתחות דם ככל שיהיו. ככל שהכנסת מכילה יותר, גם את מה שקשה להכיל, תוך שהיא מתגברת על היצר לפגוע במתבטאים התבטאויות קשות וחמורות, מתחזק חופש הביטוי והדמוקרטיה הישראלית הולכת ומשתבחת, כלפי פנים וכלפי חוץ.

הצעה זו יש לדחות.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888 / פקס: 02-5300837

בברכה ובכבוד רב,

ד"ר עמיר פוקס, עו"ד
המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר
סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה