

תוכן עניינים

1. מבוא
2. רקע - דמוקרטיה נלחמת בטרור כשיד אחת קשורה מאחורי גבה.
3. הזכות להיבחר - זכות אבסולוטית?
  - 3.1 היסטוריה
  - 3.2 המצב בארה"ב
  - 3.3 המצב באירופה
  - 3.4 המשפט העברי
4. דמוקרטיה מתגוננת - האם וכיצד?
  - 4.1 פגיעה בזכויות הפרט כהגנה על זכויות הכלל - עקרונות יסוד
  - 4.2 החלת העיקרון בישראל
  - 4.3 החלת העיקרון בגרמניה
5. פס"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי
  - 5.1 הרקע
  - 5.2 פסק הדין - המשך מגמת הפסיקה או נקודת מפנה?
  6. הדין הרצוי
    - 6.1 שיקולים נורמטיביים ומוסריים
    - 6.2 דין רצוי – עקרונות ויישום
  7. סיכום
  8. ביבליוגרפיה

ב22 למאי 2010 יצא משט אוניות מטורקיה לכיוון חופי עזה במטרה לשבור את המצור הימי שהטילה ישראל על רצועת עזה, לדברי מארגני המשט, באמצעות משלוח סיוע הומניטרי לרצועה. במהלך פעולת ההשתלטות על ספינת המאווי מרמרה הופעלה אלימות קשה מצד הנוסעים כלפי הכוח הישראלי שעלה על האונייה, כולל שימוש בנשק חם, שגרמה לפציעתם של עשרה לוחמים. השתתפותה של חברת הכנסת זועבי עוררה ביקורת קשה בציבור הישראלי והובילה להחלטת הועדה הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה לפסול את מועמדותה, החלטה שבוטלה לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון.

הזכות של חברת זועבי לעמוד למבחן הבחור ולהתמודד על מקום בבית הנבחרים מעוררת פולמוס רחב בקרב הציבור הישראלי, מחד, עקרון חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה ויש לשאוף לחברה המקבלת דעות קיצוניות מכל צדי המתרס ובכך להגיע לדיון אמיתי בסוגיות שונות, מנגד, קיימים מקרים בהם יש להציב גבולות לזכותו של פלוני להשתמש בחופש הביטוי בכדי לקדם רעיונות אשר פוגעים בדמוקרטיה עצמה ובעצם אמירתם תורמים לגליטימיות של מעשים חמורים נגד הדמוקרטיה. עבודה זו עוסקת באיזון הרגיש שמעלה הדיון בזכות להיבחר ומטרתה בעבודה זו להראות כי כיום איזון זה הופר לטובת מימוש הזכות ויש להחזיר את שיווי המשקל בין צדי המאזניים.

הטיעון המרכזי שבו אעסוק הוא שהגבלה על הזכות להיבחר ראויה, למרות משמעותיה הקשות, ועמדה לאורך השנים בביקורת שיפוטית קשה באופן חד משמעי וזאת בעקבות הנסיבות שנכפו על מדינת ישראל בעקבות המצב הביטחוני.

בפרק הראשון אבחן מקרים בהם נערך איזון בין זכויות האדם לבין צורכי ביטחון וזאת כדי להבהיר במעט את הקושי שהסכסוך הישראלי-פלסטיני מעמיד בפני הרשות השופטת. בפרק השני, אתמקד בזכות להיבחר וכיצד זכות זו באה לידי ביטוי לאורך השנים בפסיקת בית המשפט, מערכת האיזונים והבלמים שנקשרו לבחינת הגבלת זכות זו והאופן בו מתייחסים דינים שונים לזכות להיבחר, בהם הדין בארצות הברית, הדין באירופה והדין העולה מהמשפט העברי. בפרק השלישי אעמוד על עקרון הדמוקרטיה המתגוננת וכיצד בית המשפט השתמש בעקרון זה בפרשנותו במקרים שונים, בנוסף, אתייחס למקור הרעיוני של עקרון זה - החקיקה הגרמנית וכיצד המחוקק הגרמני התייחס לאיזון בין הזכות להיבחר מול עקרון הדמוקרטיה המתגוננת. בפרק הרביעי אתייחס לפסק הדין שעומד במוקד העבודה, תחילה אבחן את השתלשלות האירועים שהובילו לפסק הדין, לאחר מכן אבחן את דעות שעלו בפסק דין זה ואחווה דעתי על האופן בו פסק בית המשפט. לבסוף, בפרק החמישי אנסה להציג את השיקולים שצריכים לעמוד בפני המחוקק בבואו לקבוע את האיזון הראוי בין מימוש הזכות להגבלתה ואציג את הדרך הראויה, לדעתי, ליישום חקיקתי שיאפשר את האיזון הראוי.

# רקע - דמוקרטיה נלחמת בטרור כשיד אחת קשורה

## מאחורי גבה

טרם אכנס לעובי הקורה, ברצוני להניח תשתית רעיונית, שלאורה אנתח את הסוגיות העומדות בבסיס העבודה ולהציג מספר פסקי דין מרכזיים בהם נדרש בית המשפט לערוך איזון בין זכויות יסוד לצורך ההישרדות של הדמוקרטיה הישראלית:

חיסולים ממוקדים<sup>1</sup> - בפרשה זו נקבע כי האיזון מתבצע בין זכות האדם לחיים לבין הצורך הצבאי והצלחתו.<sup>2</sup> הנשיא ברק קבע כי בצד הפלסטיני אין לוחמים חוקיים אלא רק אזרחים, וכי קיימת הפרדה בין הזכויות המוענקות לאזרחים תמימים ולאזרחים אשר משתתפים באופן פעיל בפעולות כנגד מדינת ישראל.<sup>3</sup> מקביעה זו ניתן להבין כי קיים קושי להפריד בין אזרח לאזרח בגלל היכולת של ארגוני הטרור להשתמש בפלוגי על מנת להשיג את מטרותם. כמו כן הבחנתי בקביעה של הנשיא ברק באשר לפגיעה באזרחים תמימים, אשר קיבלה תוקף משפטי כשהיא מתבצעת באופן מידתי,<sup>4</sup> היתר לפגיעה שכזו בזכות לחיים הוא משמעותי אלפי מונים, לדעתי, מפגיעה בזכות להיבחר.

מעצר מנהלי<sup>5</sup> - בפרשה זו בוצע איזון בין חירות הפרט לבין בטחונו של הכלל.<sup>6</sup> הנשיאה בייניש קבעה כי ניתן להשתמש בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים<sup>7</sup> כתשתית ראייתית למעצר, החוק קובע כי ניתן להגדיר כל אדם אשר חבר בארגון טרור כמסוכן, שכן שחרורו עלול לפגוע בביטחון המדינה.<sup>8</sup>

הריסת בתים<sup>9</sup> - בהלכת אבו דהים נעשה איזון בין זכות הקניין לבין צורך הרתעתי למניעת פיגועים.<sup>10</sup> ההלכה קובעת כי מותר להרוס בתים של מחבלים כפרקטיקה הרתעתי, אף שהנפגעים העיקריים מפעולה זו הם אזרחים שלא השתתפו באופן ישיר או עקיף במעשה הטרור<sup>11</sup> וזאת בהסתמך על הערכותיהם של גורמי ביטחון בעניין האפקטיביות של פרקטיקה זו.<sup>12</sup> לדעתי ניתן לראות כמה נקודות חשובות בהחלטה זו, ראשית, ההסתמכות על הערכות גורמי הביטחון ליעילותה של פרקטיקה זו תופסת נופח משמעותי בהחלטת בית המשפט, עקב הקושי לצפות את יעילותה. שנית, ראוי לציון הקביעה של השופטת נאור באשר לשימור תקפות פרקטיקות ביטחוניות שלא מתיישבות עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>13</sup> שניתן להקיש ממנה כי יש מצבים בהם חרף הפגיעה העמוקה בזכויות של הפרט, יש לאפשר זאת על מנת להגן על האינטרס של הכלל.

<sup>1</sup> בג"צ 769/02 - הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' תק-על 2006(4), 3958. (להלן: "פרשת הוועד")

<sup>2</sup> שם, פסי' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק

<sup>3</sup> שם, פסי' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק

<sup>4</sup> שם, פסי' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק

<sup>5</sup> ע"פ 6659/06 - פלוני ואח' נ' מדינת ישראל. תק-על 2008(2), 3270. (להלן: "פרשת פלוני")

<sup>6</sup> שם, פסי' 41 לפסק הדין של הנשיאה בייניש

<sup>7</sup> סעיף 7 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. ס"ח 1834 192

<sup>8</sup> פרשת פלוני, לעיל ה"ש 5, פסי' 24 לפסק דינה של הנשיאה בייניש

<sup>9</sup> בג"ץ 9353/08 - הישאם אבו דהים ואח' נ' אלוף פיקוד העורף תק-על 2009(1), 85. (להלן: "פרשת אבו דהים")

<sup>10</sup> שם, פסי' 5 לפסק דינה של השופטת נאור

<sup>11</sup> שם, פסי' 7 לפסק דינה של השופטת נאור

<sup>12</sup> שם, פסי' 11 לפסק דינו של השופטת נאור

<sup>13</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ס"ח 1391 תשנ"ב-1992 150. (להלן: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו")