

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 11298/03

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס

העותרת :

התנועה למען איכות השלטון בישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. ועדת הכנסת
2. הכנסת
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. ח"כ מיכאל גורולובסקי

עתירה למתן צו מוחלט

תאריך הישיבה :

ז' בטבת התשס"ה (19.12.2004)

בשם העותרת :

עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד ברק כלב ;
עו"ד ליאורה סידי

בשם המשיבות מס' 1 ו-2 :

עו"ד סיגל קוגוט

בשם המשיב מס' 3 :

עו"ד יוכי גנסיין

בשם המשיב מס' 4 :

עו"ד יעקב וינרוט ; עו"ד גרשון גונטובניק

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

חבר כנסת הצביע בהצבעה אלקטרונית במקומו של חבר כנסת אחר. היועץ המשפטי לממשלה הגיש ליושב-ראש הכנסת בקשה ליטול את חסינותו של אותו חבר כנסת. הוא הואשם בזיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות ובמרמה והפרת אמונים. הבקשה הועברה לוועדת הכנסת. הוועדה החליטה שלא להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו של חבר הכנסת. כנגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו. האם נפל בהחלטה זו פגם הגורר את ביטולה – זו השאלה הניצבת לפנינו.

א. העובדות

1. בכנסת נערכו (בימים כ"ו ו-כ"ז באייר התשס"ג; 28-29 במאי 2003) הצבעות בקריאה שניה ושלישית של הצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן – הצעת החוק). ההצבעות נערכו בהרמת יד או בהצבעה אלקטרונית. במהלך ההצבעות האלקטרוניות התגלו אי סדרים במספר הצבעות. ביניהן שתי הצבעות בהן הודה ח"כ גורלובסקי (המשיב מס' 4), כי הצביע גם במקום ח"כ ג' ארדן אשר נעדר אותה עת מאולם המליאה. הצבעות אלה בוטלו על ידי יושב-ראש הכנסת מיד לאחר שהתגלו. נערכו הצבעות חוזרות (לתיאור הליך ההצבעה, ראו בג"ץ 5131/03 ח"כ י' ליצמן, יושב-ראש סיעת יהדות התורה נ' יושב-ראש הכנסת (טרם פורסם); להלן – פרשת ליצמן).

2. יושב-ראש הכנסת מינה (ביום 3.6.2003) צוות לבדיקת ההצבעות האלקטרוניות שהתקיימו לגבי הצעת החוק. בדין וחשבון של הצוות עלה כי ח"כ גורלובסקי הודה כי הצביע פעמיים במקום ח"כ ארדן. במקביל לעבודת הצוות הגישו יושב-ראש הכנסת וח"כ א' וילן, קובלנות לוועדת האתיקה של חברי הכנסת. ועדת האתיקה החליטה (ביום 10.6.2003) – בתוקף סמכותה לפי סעיף 13ד לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן – חוק החסינות) – להרחיק את ח"כ גורלובסקי משיבות מליאת הכנסת וועדותיה לתקופה של כארבעה וחצי חודשים (מיום 10.6.2003 עד יום 19.10.2003).

3. בסמוך לאחר מכן (ביום 18.6.2003) הורה היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית. בסיומה הוכן כתב אישום, המאשים את ח"כ גורולובסקי, בגין ההצבעות האלקטרוניות, בזיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות (עבירה לפי סעיף 418 סיפא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין)) ובמרמה והפרת אמונים (עבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין). כן הוכן כתב אישום כנגד ח"כ י' חזן המאשימו בעבירות דומות. על בסיס כתבי אישום אלה פנה היועץ המשפטי לממשלה (ביום 2.12.2003) ליושב-ראש הכנסת בבקשה כי הכנסת תיטול את חסינותם של שני חברי כנסת אלה. פניית היועץ המשפטי הועברה (בהתאם להוראת סעיף 13(ג) לחוק החסינות) לוועדת הכנסת. עניינו של ח"כ חזן אינו לפנינו. יצויין כי תחילה סירבה ועדת הכנסת להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו של ח"כ חזן. כנגד גישתה זו של ועדת הכנסת הוגשו שתי עתירות (ראו בג"ץ 11182/03 ובג"ץ 11394/03 שנידונו יחד עם העתירה שלפנינו). הדיון בעתירות אלה התייתר, שכן ח"כ חזן ציין בפנינו כי בכוונתו לבקש מוועדת הכנסת לשקול עמדתה מחדש ולהיענות לבקשתו להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו. כך היה. לאחר זמן חזרה ועדת הכנסת ודנה בעניינו מחדש. על פי בקשתו של ח"כ חזן החליטה ועדת הכנסת (ביום 22.12.2003) להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו. משכך, נמחקו העתירות בעניינו. נותרה איפוא לפנינו אך העתירה בעניינו של ח"כ גורולובסקי.

דיוני ועדת הכנסת והחלטתה

4. ועדת הכנסת (בראשות ח"כ ר' בר-און) בחנה (ביום 23.12.2003) את בקשת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ נשאל מספר שאלות הנוגעות לטעם המונח ביסוד העמדתו לדין של ח"כ גורולובסקי. בעקבות תשובותיו של היועץ המשפטי התנהל דיון. הועלו בו מספר עניינים: הועלה ספק – לאור הכללים בדברים "סיכון כפול" – אם ניתן להעמיד את ח"כ גורולובסקי לדין פלילי לאחר שהורשע בדין משמעתי; נטען כי במקום שניתן להתמודד עם אירוע במישור המשמעתי, אין לנקוט כלפי חבר כנסת במישור הפלילי; צוין כי במקרים אחרים – אם בעבר ואם בהקשר להצבעות הכפולות לגבי הצעת החוק – הסתפק היועץ המשפטי בדיון משמעתי. הובעה התחושה כי בעניינו של ח"כ גורולובסקי סטה היועץ המשפטי מהקו הרגיל הנקוט בידינו; נערכה השוואה בין עניינו של ח"כ חזן לבין עניינו של ח"כ גורולובסקי. צוין, כי אם תוסר עתה חסינותו של ח"כ גורולובסקי, תיווצר הפלייה לעומת הגישה כלפי ח"כ חזן. לבסוף, הודגש כי ההליך הפלילי שמור רק במקרים קיצוניים. המקרה של ח"כ

גורולובסקי אינו נמנה עימם. בהקשר זה הודגשו הנסיבות הקונקרטיות, ובהן הודאתו של חבר הכנסת, הצעדים החמורים במישור האתי, והנסיבות המיוחדות של ההצבעה שנערכה בשעת לילה מאוחרת, במהלך הצבעות מרתוניות, ותוך עייפות מצטברת. מספר חברי כנסת הצביעו על היעדר קשר סיבתי בין ההצבעה הכפולה לתוצאות ההצבעה, כנתון המשמיט את ההצדקה להעמדה לדין פלילי. בסיום הדיון בוועדת הכנסת נערכה הצבעה. הוחלט (ברוב של 11 חברי הכנסת לעומת 6, ובהימנעות אחד) שלא להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו של ח"כ גורולובסקי. כנגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו.

טענות העותרת

5. נקודת המוצא של העותרת הינה כי לח"כ גורולובסקי אינה עומדת חסינות "מהותית" (לפי סעיף 1 לחוק החסינות). באשר לחסינותו ה"דיונית", על ועדת הכנסת לשקול אך ורק את תום ליבו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו להעמיד לדין את ח"כ גורולובסקי. ועדת הכנסת לא עשתה כן, ושקלה שיקולים זרים. לטענת העותרת חומרת העבירות בהן נחשד ח"כ גורולובסקי אינה מאפשרת הסתפקות בענישה משמעתית ומתחייב הליך פלילי רגיל. כן נטען כי החלטתה של ועדת הכנסת אינה סבירה באשר היא פוגעת באמון הציבור בכנסת, אשר עלולה להיתפס כ"עיר מקלט".

טענות המשיבים

6. המשיבות מס' 1 ו-2 (ועדת הכנסת; הכנסת) סבורות כי לח"כ גורולובסקי עומדת חסינות "דיונית" בלבד. אמת המידה לבחינת בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה לנטילתה של חסינות זו נמצאת באיזון שבין האינטרס בדבר הבטחת תפקוד נאות של בית הנבחרים ושל חבר הכנסת לבין הבטחת השוויון בפני החוק ושלטון החוק. איזון זה אינו מסתכם בבחינת תום ליבו של היועץ המשפטי לממשלה. הוא כולל שיקולים נוספים, כגון חומרת המעשה והנזק הנגרם ממנו, קירבתו ללב העשייה הפרלמנטרית, העונש המשמעתי שהושת על חברי הכנסת וקיומה של מדיניות הסרת חסינות שוויונית ביחס להחלטות קודמות של הוועדה בעניינם של חברי כנסת אחרים. לטענת המשיבות מס' 1 ו-2 אמת מידה זו יושמה באופן סביר בענייניו של ח"כ גורולובסקי. מסקנה זו מתחזקת לאור הריסון הנדרש בהתערבות בית המשפט בהחלטות שהתקבלו על ידי ועדה של נבחרי הציבור ועל רקע מיתחם שיקול הדעת הרחב המוקנה לוועדת הכנסת.

7. המשיב מס' 3 (היועץ המשפטי לממשלה) טען בפנינו כי החלטתה של ועדת הכנסת הינה סבירה. זאת, על אף שהוא סבור כי היה מקום ליטול את חסינותו של ח"כ גורלובסקי, ולהעמידו לדין בגין העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. על פי גישתו של היועץ המשפטי לממשלה, אמת המידה אותה אימצה ועדת הכנסת היא ראויה, והחלטה שהתקבלה על בסיסה מצויה במיתחם הסבירות, הגם שהיא מנוגדת לעמדתו של היועץ המשפטי, שאף היא מצויה במיתחם הסבירות.

8. המשיב מס' 4 (ח"כ גורלובסקי) טען בפנינו, כי מעשהו חוסה תחת כנפיה של החסינות המהותית, ואין היא ניתנת לנטילה. הטעם לכך הוא, שהתנהגותו מהווה חלק מליבת הפעילות הפרלמנטרית. לחלופין נטען כי החלטתה של ועדת הכנסת שלא להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו התקבלה כדין, תוך הפעלת אמת מידה ראויה, ובתמיכת חברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית. אשר לאמת המידה הנדרשת לבחינת בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה, היא נעה בין בחינת תום ליבו של היועץ לבין שקילת מכלול הנסיבות. ככל שהעבירה המיוחסת לחבר הכנסת מתקרבת לליבת הפעילות הפרלמנטרית (הגם שאינה חוסה תחת החסינות המהותית), כך יישקלו שיקולים נוספים מעבר לתום ליבו של היועץ. נטען כי עניינו של המשיב מס' 4 נופל לגדרם של אותם מקרים המתקרבים לליבת העשייה הפרלמנטרית של חברי הכנסת. אלה מחייבים, בין השאר, התחשבות בכך שהמעשה נעשה במהלך מרתון לילי של הצבעות וללא כוונת מכוון. לבסוף, נטען כי בעניינו של חבר כנסת אחר, אשר נחשד גם הוא בהצבעות כפולות, החליט היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום. אין להפלות בין שני המקרים.

ב. המסגרת הנורמטיבית

9. נקודת המוצא לדין החסינות הוא בהוראת סעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת:

”חסינות חברי הכנסת

לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק”.

ה”פרטים” נקבעו בחוק החסינות (ראו בג”ץ 620/85 מיעארי נ’ יושב-ראש הכנסת, פ”ד מא(4) 169, 197; להלן – פרשת מיעארי; בג”ץ 1843/93 פנחסי נ’ כנסת ישראל, פ”ד מט(1) 661, 675; להלן – פרשת פנחסי). בעתירה שלפנינו אינה מתעוררת השאלה מה

פירושו של הדיבור "חסינות" בחוק-יסוד: הכנסת. ענייננו הוא ב"פרטים" אשר נקבעו בחוק החסינות. לעניין פרטים אלה, אין לנו עניין בעתירה זו בחסינות מפני חיפוש (סעיף 2), בחסינות מפני מעצר (סעיף 3) וב"זכויות היתר" של חברי הכנסת, כגון פטור משירות צבא (סעיף 7(א)), חופש תנועה בתחום המדינה (סעיף 9), יציאה לחוץ-לארץ (סעיף 10). מתרכזים אנו אך באותם "פרטים" שהדיון בהם עלה בעתירה שלפנינו. לבחינתם של אלה נעבור עתה.

10. מבין ה"פרטים" של החסינות אשר נקבעו בחוק החסינות, רלבנטיים לעתירה שלפנינו אלה הקבועים בסעיפים 1, 4 ו-13 לחוק החסינות. הוראות אלה קובעות:

"חסינות במילוי תפקיד

1. (א) חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה – בכנסת או מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת.

(א1) למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לעניין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת.

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;

(2) שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה;

(3) הסתה לגזענות בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני;

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

(ב) חבר הכנסת אינו חייב להגיד בעדות דבר שנודע לו עקב מילוי תפקידו כחבר הכנסת.

(ג) חסינותו של חבר הכנסת לפי סעיף זה תעמוד לו גם לאחר שחדל להיות חבר הכנסת."

“חסינות בפני דיון פלילי

4. (א) חבר הכנסת לא יובא לדין פלילי בשל אשמה על עבירה שנעברה בזמן היותו חבר הכנסת או לפני שהיה לחבר הכנסת, אלא לאחר שניטלה ממנו החסינות לגבי האשמה הנידונה.

(1א) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על העבירות הבאות:

(1) עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה;

(2) עבירה שנקבעה כעבירת קנס לפי כל חיקוק;

(3) עבירה מינהלית שדינה קנס מינהלי קצוב.

(ב) חבר הכנסת שניטלה ממנו החסינות לגבי אשמה מסויימת, דינו, לכל הכרוך באותה אשמה, כדין כל אדם.”

”נטילת חסינות

13. (א) הכנסת רשאית, בהחלטה, ליטול מחבר הכנסת את החסינות לגבי אשמה מסויימת, וכן ליטול ממנו חסינות אחרת או זכות הנתונות לו לפי חוק זה, חוץ מחסינות או זכות הנתונות לו לפי סעיף 1; אך הכנסת לא תחליט החלטה כזאת אלא לפי הצעת ועדת הכנסת עקב בקשה שהובאה לפני הועדה.”

סעיף 1 לחוק החסינות מעגן את החסינות העניינית (או ה"מהותית"; ה"מקצועית"). סעיף 4 לחוק החסינות מעגן את החסינות הדיונית. שני סוגי החסינות מניחים פעילות אסורה של חבר הכנסת. בשני המקרים החסינות אינה מסירה מההתנהגות של חבר הכנסת את אופיה האסור. שני סוגי החסינות אינם מהווים "סייג" לאחריות הפלילית (כמשמעות הדיבור "סייג" בחוק העונשין, פרק ה'1) או לאחריות האזרחית; שניהם מהווים "מחסום למימוש האחריות" (פרשת פנחסי, עמ' 676, 720). שתי החסינויות אינן בשליטתו של חבר הכנסת, ואין בכוחו לוותר עליהן. לשני סוגי החסינות מספר תכליות משותפות. עם זאת, בין שני סוגים אלה של החסינות קיים שוני ניכר. החסינות העניינית היא "פונקציונלית". היא מבוססת על קשר מסויים בין תפקידו של חבר הכנסת לבין

המעשה האסור שעשה. היא חלה הן לעניין אחריות פלילית, הן לעניין אחריות אזרחית והן לעניין כל פעולה משפטית. היא "מוחלטת", במובן זה שאין היא ניתנת לנטילה (ראו ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן-משה, פ"ד כב(2) 427, 436; להלן – פרשת בן-משה), והיא עומדת לחבר הכנסת גם לאחר שחדל מלהיות חבר כנסת. לעומתה, החסינות הדיונית אינה "פונקציונלית". היא חלה על כל התנהגות פלילית ובלבד שהחסינות העניינית אינה חלה; היא חלה רק לעניין הדין הפלילי. היא "יחסית", במובן זה שהיא ניתנת לנטילה, והיא אינה עומדת לחבר הכנסת לאחר שחדל מלהיות חבר כנסת. חבר הכנסת רשאי להסכים לנטילת החסינות, והסכמתו זו רלבנטית לעניין ההחלטה בדבר הנטילה של החסינות (ראו סעיף 13(ז) לחוק החסינות). אכן, לכל אחד משני סוגי החסינות תכליות שהן מיוחדות לו. התכליות לעניין כל אחד מסוגי החסינות נוגדות לעתים זו את זו, ונדרש לגבי כל סוג של חסינות איזון בין התכליות הנוגדות. איזון זה שונה הוא לעניין כל אחד מסוגי החסינות.

11. העתירה שלפנינו מחייבת בחינה הן של החסינות העניינית והן של החסינות הדיונית. בחינתה של החסינות העניינית נדרשת, שכן בטיעונו בפנינו העלה ח"כ גורולובסקי את הטענה כי חסינות זו עומדת לו. בחינתה של החסינות הדיונית נדרשת, שכן ביסוד העתירה שלפנינו, מונחת טענתה של העותרת כי ועדת הכנסת פעלה שלא כדין שעה שנמנעה מלהציע לכנסת (במליאתה) ליטול את חסינותו של ח"כ גורולובסקי. מבחינת הסדר ההגיוני, קודמת הבחינה של הטענה כי נתקיימו בעניינו תנאיה של החסינות העניינית לבחינת הטענה כי נפלו פגמים בהחלטה בדבר נטילת החסינות הדיונית. נפתח איפוא בשאלה, אם עומדת לח"כ גורולובסקי החסינות העניינית.

ג. החסינות העניינית

1. מיתחם החסינות

12. סעיף 1(א) לחוק החסינות קובע כי חסינות (עניינית) של חבר הכנסת קיימת מקום שההצבעה, הבעת הדעה או המעשה הם -

"במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת".

נקודת המוצא הינה, כי "היסודות העובדתיים והנפשיים המרכיבים את האחריות (האזרחית או הפלילית) השתכללו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת" (פרשת פנחסי, עמ' 676). נקודת מוצא זו מעוררת, מטבע הדברים, קושי. מחד גיסא, תפקידו של חבר הכנסת הוא לבצע פעולות מותרות בלבד (פרשת פנחסי, עמ' 677). מאידך גיסא, התנהגותו של חבר הכנסת, המעניקה לו חסינות (עניינית) היא התנהגות אסורה (פרשת מיעארי, עמ' 205). כיצד זה ניתן לראות בהתנהגות אסורה משום התנהגות "במילוי" או "למען מילוי" פעולה מותרת. עמדתי על קושי זה בפרשת פנחסי בצייני:

"זהו קושי אשר חוק החסינות יצר. על קושי זה עלינו להתגבר. 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 התפקיד או למען מילוי התפקיד, כחבר הכנסת. עלינו להניח מחד גיסא, כי חבר הכנסת ביצע (לפי טענה) פעולה אסורה (כגון, עבירה פלילית), ומאידך גיסא כי אותה פעולה אסורה עשויה להיות במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר-כנסת. אם לא ננהג כך, נרוקן את חוק החסינות מכל תוכן – וזאת לא יעשה שופט המשמש פרשן נאמן של החוק" (פרשת פנחסי, עמ' 677).

13. התשובה לקושי זה הינה כי חוק החסינות מניח קיומה של זיקה או קירבה או יחסי גומלין בין תפקידו של חבר הכנסת (המשתרע על פעולות מותרות בלבד) לבין הפעולה האסורה שבוצעה (שבגינה מופעלת החסינות). זיקה, קירבה או יחסי גומלין אלה מבוטאים בהוראת חוק החסינות כי הפעולה האסורה היא "במילוי" התפקיד או "למען" מילוי התפקיד. נמצא, כי סביב תפקידו של חבר הכנסת, הכולל בחובו פעולות חוקיות בלבד, קיים מיתחם או מעטפת או מעגל של פעולות בלתי חוקיות, עליהן ורק עליהן משתרעת החסינות. פעולה בלתי חוקית מעבר למיתחם, מעטפת או מעגל אלה לא תעניק לחבר הכנסת חסינות עניינית. היטיבה להביע זאת ד"ר ס' נבות:

"חבר הכנסת במילוי תפקידו כפוף לחוק. עם זאת כאשר הוא עובר על החוק במילוי תפקידו יש להניח קיומו של 'מעגל' סביב תפקידו אשר רק הפעילות שתסווג למסגרתו תזכה להגנה" (ס' נבות, "חסינותו של חבר כנסת בגין 'הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד' – מבחנים

חדשים בפסיקת בית המשפט העליון", המשפט ד' 61, 93 ((1998).

כיצד נקבעים מיתחם או מעטפת או מעגל אלה?

14. התשובה לשאלה כיצד נקבע מיתחם (או מעגל, מעטפת) הפעולות האסורות שבגדרן פועלת החסינות היא זו: מיתחם הפעולות האסורות המעניקות חסינות לחבר הכנסת נקבע על פי התכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית (פרשת פנחסי, עמ' 726). עמדתי על כך בפרשת פנחסי:

"השאלה הדורשת תשובה היא במהותה של 'קרבה' זו. התשובה לשאלה מותנית בתכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית. אכן, בעיית הזיקה בין פעולה אסורה לבין תפקיד מותר מתעוררת בהקשרים רבים ומגוונים. מהותה של הזיקה נקבעת על פי המטרה המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי" (שם, עמ' 677).

נמצא, כי לא נוכל להשיב על מהותם של אותם מיתחם, מעטפת או מעגל של פעולות אסורות הזוכות לחסינות עניינית, בלא שנעמוד על התכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית. מהי תכלית זו?

2. התכלית המונחת ביסוד החסינות

15. ביסוד החסינות העניינית מונחות מספר תכליות. ראשית, הגנה על הרשות המחוקקת וחבריה. החסינות העניינית נועדה לאפשר את פעילותה התקינה של הכנסת (ראו בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245, 254; להלן – פרשת כהן). היא באה להבטיח את תפיסתו של המשטר בישראל, הרואה בחבר כנסת "יחידה חוקתית" הנהנה מחופש פעולה (ראו קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי", משפטים ד' 308 (תשל"ג); נבות, "חבר הכנסת כנאמן הציבור", משפטים לא 433 (תשס"א)). ביסודה עומד הרצון לאפשר לחבר הכנסת לפעול בתפקידו כחבר כנסת, בלא חשש מתביעות מצד הרשות המבצעת, המפלגה, הבוחר או אזרח מהשורה (ראו פרשת בן-משה, עמ' 439; פרשת מיעארי, עמ' 206; פרשת פנחסי, עמ' 679; פרשת כהן, עמ' 254). אכן, החסינות העניינית באה להבטיח את עצמאותו של בית הנבחרים ואת "אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); להלן – פרשת ארגון מגדלי העופות),

פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש). היא נועדה להגן על עצמאותו של חבר הכנסת (ראו פרשת כהן, עמ' 254). היא באה לאפשר לו, על פי שיקול דעתו, להפעיל את "עקרון הייצוגיות" (פרשת ליצמן, פסקה 13). היא באה "להבטיח את פעולתו של הנבחר לשם מימושו של התהליך הדמוקרטי וקיומו למטרתו" (הנשיא מ' שמגר בפרשת מיעארי, עמ' 213). תכליות אלה באות "לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת. הן מבטאות רצון להבטיח את עצמאותו של חבר הכנסת ואת חופש הפעולה שלו. הן נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי" (פרשת פנחסי, עמ' 684).

16. חיזוק המשטר הדמוקרטי – המאפיין את התכלית הראשונה של החסינות העניינית – מונח גם ביסוד התכלית השנייה, שהיא התכלית הכללית של החסינות העניינית. משטר דמוקרטי מבוסס, בין השאר, על שלטון החוק ועל זכויות אדם. חסינות עניינית פוגעת בשלטון החוק (הפורמאלי): אף שחבר הכנסת ביצע עבירה, לא ניתן לממש את אחריותו הפלילית. כן נפגע שלטון החוק (המהותי). זכויות האדם נפגעות. אכן, התנהגותו האסורה של חבר הכנסת עשויה לפגוע בכבוד האדם (כגון, פגיעה בשמו הטוב), בפרטיותו ובקניינו. מעל לכל, החסינות פוגעת בשוויון שבין בני האדם. אחריותו של כל אחד מבני החברה ניתנת למימוש, פרט לאחריותו של חבר הכנסת (ראו פרשת מיעארי, עמ' 268; פרשת פנחסי, עמ' 682). כל אלה אף פוגעים באמון הציבור ברשות המחוקקת.

17. התכליות עליהן עמדתי אינן מובילות לכיוון אחד. יש ביניהן ניגודים. הן ביטוי למתח הקיים בתוך הדמוקרטיה עצמה. היבטים שונים של הדמוקרטיה הפורמאלית נאבקים זה בזה (כגון, חבר הכנסת ביחסיו עם הרוב בכנסת, ביחסיו עם סיעתו וביחסיו עם מפלגתו); היבטים שונים של הדמוקרטיה המהותית נאבקים זה בזה (כגון חופש הביטוי המתנגש עם השם הטוב). ומעל כולם, המתח המתמיד שבין הדמוקרטיה הפורמאלית מזה לבין הדמוקרטיה המהותית מזה (כגון הגבלת כוחו של הרוב לפגוע בזכותו של הפרט). אכן, לדמוקרטיה מוסריות פנימית משלה. עולמה עשיר ורב-פנים. נקודת מבטה רב-ממדית (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 90 (2004)). היא מבוססת על איזון עדין בין מרכיביה השונים (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 423).

18. מכאן שתכליתה של החסינות העניינית תיקבע בדרך של איזון עדין בין מרכיביה השונים. איזון זה מן הראוי לו שיהא בעל אופי עקרוני (ראו ברק, שם, עמ' 270). עליו לשקף "אמת מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי" (השופט מ' שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361).

מטבעו של האיזון העקרוני שהוא אינו מבוסס על נוסחאות מתמטיות מדויקות. הוא נועד לשקף את החשיבות החברתית היחסית של התכליות השונות המתנגשות זו בזו (ראו בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475). הוא מבקש לאפשר לכל אחת מהתכליות הנוגדות להגשים את "גרעינה" תוך ויתור על "שוליה". הוא נועד לאפשר פגיעה בזכויות אדם רק אם הגשמתן גורמת נזק שהסתברותו והיקפו מצדיקים פגיעה באותן זכויות. עמדתו בפרשת כהן על מהותו של איזון זה בכל הנוגע לאיזון בין התכליות הנוגדות המונחות ביסוד החסינות העניינית:

"איזון זה צריך להבטיח את עצמאותו וחופש פעולתו של חבר הכנסת, ובכך גם את פעולתה התקינה של הכנסת ואת הדמוקרטיה הישראלית. איזון זה צריך להבטיח פגיעה מועטה ככל האפשר בשלטון החוק ובשוויון הכול בפני החוק, כפי שמתבקש במדינה דמוקרטית" (שם, עמ' 255; ראו גם פרשת פנחסי, עמ' 685).

3. אמות המידה לבחינת מיתחם החסינות

19. מהי נקודת האיזון הראויה? מהם מאפייניה של ההתנהגות האסורה הנופלת למיתחם (או מעגל, מעטפת) הפעולות האסורות החוסות בצל החסינות העניינית? שאלה זו עלתה, בפרשת פנחסי. שלושה שופטים, מתוך מותב של חמישה, הביעו לגביה את דעתם. בפסק דיני (אליו הצטרפו השופטים ש' לוי ו-ד' לוי), קבעתי, כי תפקידו של חבר כנסת משתרע על פעולות מותרות בלבד. עם זאת:

"פעולות מותרות אלה יוצרות מטבען אפשרויות של גלישה לביצוע הבלתי ראוי והבלתי חוקי. גלישה זו תזכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים שבהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת לגדר מיתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה. אכן, סביב תפקידו כדין של חבר הכנסת מצוי מיתחם של התנהגות, המשתרע על כל אותן פעולות אסורות – שאינן חלק מתפקידו של חבר הכנסת – אך אשר התאוצה של ביצוע התפקיד יוצרת סיכון שהוא טבעי לתפקיד... פעולות אלה כה קשורות ושזורות בתפקידו, עד כי קיים החשש כי אם חבר הכנסת ידרש ליתן את הדין על פעולות בלתי חוקיות אלה, הדבר ישפיע במישרין על יכולתו לבצע את תפקידו כחוק ויגביל אותו. ודוק: החסינות בהיקפה זה לא נועדה לעודד את חבר הכנסת לבצע פעולות אסורות. מטרתה לעודד אותו לפעול כראוי בביצוע תפקידו כחבר הכנסת. מטרת החסינות למנוע מצב דברים שבו חבר הכנסת נמנע מביצוע פעולות מותרות בשל החשש כי הן תגלושנה,

בשוליהן, לעבר פעולות אסורות. החסינות 'מכסה' שוליים אלה... חסינות זו מוענקת לו לעניין כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של חבר הכנסת, ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה לה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר כנסת נתון לו. גישה זו לנקודת האיזון הראויה מבטיחה כי החסינות העניינית תהווה מגן בפני סיכונים שהם כרוכים וטבעיים לתפקידו של חבר הכנסת, בלא שתהווה היתר לניצול התפקיד לרעה" (שם, עמ' 685, 686).

כינתי אמת מידה זו כ"מיתחם הסיכון הטבעי". על פיה התנהגות אסורה של חבר כנסת – בין התנהגות מכוונת לבין התנהגות רשלנית, בין מתוך מחשבה פלילית ובין ללא מחשבה פלילית – נכנסת לגדר (או מיתחם) החסינות העניינית אם היא נכנסת למיתחם הסיכון המקצועי שהוא טבעי לחבר כנסת.

20. בפסק דיני הבאתי מספר דוגמאות המסבירות את "מיתחם הסיכון המקצועי": "חבר-כנסת משתתף בדיון בכנסת על מדיניות הביטחון. תוך כדי דבריו הוא אינו נזהר בלשונו, וברשלנותו מוסר 'ידיעה... סודית'... החסינות העניינית תעמוד לו. לא כן, אם בהתנגדותו למדיניות הביטחון של הממשלה הוא עולה על דוכן העדים וקורא מתוך רשימה שהכין מראש ידיעות סודיות" (שם, עמ' 687); "חבר כנסת משתתף בדיון בכנסת על מערכת בתי המשפט. הוא מותח ביקורת נוקבת על פסיקה של בית המשפט העליון. בלהט הוויכוח הוא אומר דברים שהם בגדר זילות בית-דין... החסינות העניינית תעמוד לו. הוא הדין אם תגובתו הספונטאנית היא מחוץ לכנסת... חסינות זו לא תעמוד לו אם בהתנגדותו למינוי של שופט פלוני הוא מפרסם הודעה מוכנה מראש ובה דברים שהם בגדר זילות בית דין" (שם, שם); "חבר הכנסת נוטל כסף ותמורתו נואם בכנסת לטובת עמדה של חברה מסחרית. אם יסודות עבירת השוחד מתקיימים, לא תעמוד לו חסינותו העניינית. שוחד (או הפרת אמונים) אינו סיכון שהוא טבעי לחבר-כנסת"; "חבר הכנסת משתתף בהפגנה למען עניין הקשור במצע מפלגתו. להפגנה ניתן היתר כדין. בשלב מסויים מאבדים מארגני ההפגנה שליטה עליה, והיא הופכת הפגנה אסורה. חבר הכנסת, בלהט הפעילות, ממשיך להשתתף גם בהפגנה האסורה. החסינות העניינית תעמוד לו. לא כן, אם חבר הכנסת מתכנן מראש השתתפות בהפגנה בלתי חוקית" (שם, שם); "מצעו של חבר הכנסת קובע כי סיוע להתאבדות, במקרים מסויימים, אסור שיהיה עבירה. חבר הכנסת רשאי, כמובן לפעול למען רעיונותיו בכנסת ומחוצה לה. אסור לו לסייע לפלוני להתאבד, ואם הוא עושה כן ועובר בכך

עבירה פלילית, לא תעמוד לו החסינות העניינית" (שם, שם). בסכמי מצבים אלה כתבתי

בפרשת פנחסי:

"נקודת האיזון המתמקדת במיתחם הסיכון הטבעי היא ראויה. החברות בכנסת אינה הופכת 'לעיר מקלט' לחברי-כנסת המבצעים עבירות פליליות תוך כדי ביצוע תפקידם כחברי-כנסת. חבר-כנסת אינו רשאי, תוך כדי ביצוע תפקידו כחבר כנסת, להפר את החוק בריש גלי ובאופן הפגנתי ולטעון לחסינות עניינית. חבר-כנסת אינו רשאי לתכנן מראש התנהגות פלילית מתוך מחשבה שהחסינות תעמוד לו. עם זאת, החברות בכנסת מחסנות את חברי-הכנסת מפני פעולות אסורות שהן בגדר 'סיכונים מקצועיים'. העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה. החסינות העניינית נועדה ליתן לו חסינות בתחום סיכון זה. בכך מושג איזון ראוי בין הצורך לקיים שלטון חוק ושיויון הכלכלי בפני החוק לבין הצורך להבטיח עצמאותו וחופש פעולתו של חבר הכנסת, ובכך גם את תפקודה של הכנסת" (שם, עמ' 687).

21. פסק הדין השני בפרשת פנחסי נכתב על ידי השופט א' גולדברג. בדעת יחיד

הוא קבע את מבחן "הרלוואנטיות" (ראו פרשת כהן, עמ' 251), על פיו:

"הבעת הדעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוואנטיים למילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. הרלוואנטיות מתקיימת רק כשהפעולה (הבעת דעה או מעשה אחר) משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת... יסוד הרלוואנטיות של המעשה האסור לתפקידו של חבר הכנסת, הוא היסוד הדומיננטי להחלת החסינות" (שם, עמ' 720, 721).

השופט גולדברג מבחין (לעניין סעיף 1 לחוק החסינות) בין פעולה אסורה במסגרת "הבעת דעה בעל פה או בכתב" לבין פעולה אסורה במסגרת "מעשה שעשה". ביסוד הבחנה זו מונחת תפיסתו של השופט גולדברג כי "זיקתה של הבעת דעה אסורה לתפקידו של חבר-כנסת הדוקה מזיקתו של מעשה אסור אחר, שכן חבר הכנסת ממצה את תפקידו בעיקר בדרך של הבעת דעתו. מידת החיוניות כי חבר-הכנסת יבטא עצמו באמצעות מעשה אחר פחותה, ממידת חיוניותה של הבעת דעה" (שם, עמ' 722). בכל הנוגע לפעולה אסורה המהווה "הבעת דעה" המבחן הקובע הוא זה של סבירות. כותב השופט גולדברג:

"הזיקה בין דברים שאמר או שכתב חבר הכנסת לבין תפקידו (או למען תפקידו) אינה ניתנה להגדרה, ולפיכך עלינו להיזקק בעניין זה למבחן הסבירות. דהיינו, השאלה היא אם חבר-כנסת סביר היה מבצע אותה עבירה בנסיבות אותו מקרה, במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו, כשכל ספק בעניין מחייב מסקנה בדבר קיומה של הזיקה בין הבעת הדעה ובין מילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד... שאלה קשה היא באלו נסיבות ניתן לומר כי נותקה הזיקה בין האמירה האסורה לבין תפקידו של חבר הכנסת, ולטעמי יש לבחון שאלה זו באמת מידה אובייקטיבית של סבירות המעשה" (שם, עמ' 721, 722).

על כן, "אם במסגרת דיון על מצוקת העוני במדינה מוסר חבר הכנסת ידיעה סודית... לא תעמוד החסינות לחבר הכנסת (וזאת אף אם מסירת הידיעה הסודית לא תוכננה מראש). אולם אם קיימת הצדקה עניינית למסירת המידע, כגון שהדיון בכנסת נסב על עניין ביטחוני..., תעמוד החסינות לחבר הכנסת שמסר מידע שהוא חיוני לגיבוש ההחלטה המדינית, אם מסירת המידע הסודי תוכננה מראש ואם לאו" (שם, שם). אשר לפעולה אסורה המהווה "מעשה שעשה" המבחן הוא זה:

"לאור משניותה של דרך ביטוי באמצעות מעשה אחר (שאינו הבעת דעה) להבטחת תקינותו של ההליך הדמוקרטי, יש מקום לפרוס את החסינות רק על מעשה (שאינו בגדר הבעת דעה) המהווה עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה (דוגמאת עבירת רשלנות ועבירה של אחריות קפידה)... יש הצדק וחסיון באלה, כדי לאפשר לחבר הכנסת למלא את שליחותו הציבורית, בלי שיהא עליו לחשוש כי יועמד לדין בשל כל עבירה, אפילו לא היה מודע לאחד מיסודותיה העובדתיים של העבירה" (שם, עמ' 723).

על כן, "אם חבר-כנסת משתתף בהתקהלות בלתי-חוקית, ביודעין, אין מקום לסווג עבירה זו כעבירה 'בת חסינות', וודאי שהוא הדין לגבי חבר-כנסת שהפר צו עיכוב יציאה מן הארץ כדי להשתתף במשלחת של הכנסת, ולדידי אין נפקא מינה אם דבר הצו נודע לו בעת שהגיע לנמל התעופה או קודם לכן" (שם, שם). על פי גישתו של השופט גולדברג, "הצורך כי חבר הכנסת יבצע עבירה על ידי מעשה אחר, כדי למלא את תפקידו או למען תפקידו, מחייב לכן לפרש את סעיף 1 לחוק (ככל שהוא נוגע למעשה אחר) על דרך הצמצום... פרשנות מרחיבה פירושה מתן היתר לחבר-כנסת לרמוס את

החוק במתכוון ולחסות בצילה של החסינות, ולא לכך נועד סעיף 1 לחוק" (שם, עמ' 722, 723).

22. פסק הדין השלישי בפרשת פנחסי נכתב על ידי הנשיא מ' שמגר, אשר, בדעת יחיד, קבע את המבחן הבא:

"אין המדובר בעבירה המבוצעת לשמה בעת היותו של המבצע חבר-כנסת, אלא בעבירה המתבצעת במהלך הפעולות כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר או משני לה" (שם, עמ' 727).

והוא מוסיף:

"המבחן הוא בהיותו של המעשה, המהווה עבירה, חלק – אם כי פסול – ממילוי התפקיד כדין ומשולב בו. עבירה העומדת על רגליה שלה ואינה תופעה נגזרת ומשנית של מילוי תפקיד כדין, אינה מעניקה חסינות, כי לא לתכלית זו קבע המחוקק את ההוראות בעניין החסינות" (שם, עמ' 728).

כינתי מבחן זה כמבחן הזיקה המהותית (פרשת כהן, עמ' 250). בהדגימו מבחן זה ציין הנשיא שמגר כי הפעולות הבאות ייהנו מחסינות עניינית: "חבר הכנסת אשר בשעת נאומו, וכחלק מהותי ממנו, יעבור עבירה על איסור לשון הרע או אף על איסורים בעניין גילוי ידיעות חסויות" (שם, עמ' 722); "חבר-כנסת שלא יישמע על אתר להוראות יושב-ראש הישיבה לצאת את אולם המליאה, כי יסבור שמחובתו להוסיף ולייצג את בוחריו בעת הדיון, לא יואשם בהפרעה לעובד ציבור בעת מילוי תפקידו" (שם, עמ' 728); "חבר כנסת... בלהט הנאום ישמיד מסמך" (שם, שם). הפעולות הבאות לא חוסות, על פי השקפת הנשיא שמגר, במסגרת החסינות העניינית: "חבר-כנסת, אשר ללא קשר לנושא הנאום 'במכוון ורק מתוך כוונה לנצל חסינותו, כביכול, יעלה על במת הכנסת כדי לגלות סודות" (שם, עמ' 728); "חבר כנסת אשר בשעת נאומו יבצע מעשה אלימות יזום כלפי חבר-כנסת אחר או כלפי סדרן" (שם, שם); "חבר כנסת אשר ינצל את שהותו כדין בבנין הכנסת כדי להיכנס לחדרו של חבר-כנסת אחר, מתוך כוונה לעיין שלא כדין בניירותיו או לשלוח בהם יד... הוא הדין בחבר-כנסת שיארגן ציחות לשיחותיו של חבר-כנסת אחר, או של אדם אחר" (שם, שם); "חבר-כנסת אשר ינצל את מעמדו כחבר-כנסת כדי לשלוח יד ברכוש המדינה או שיזייף מסמכים כדי לקבל טובת הנאה כספית בעבור עצמו או אף בעבור סיעתו" (שם, שם); "חבר-כנסת שישרוף חפץ באולם המליאה או יעשה מעשה זדון אחר המסכן את הנפש או הרכוש" (שם, שם).

23. בפרשת פנחסי הגיעו השופטים כולם למסקנה כי לא עומדת לח"כ ר' פנחסי החסינות המהותית. כזכור, באותה פרשה פנה היועץ המשפטי לממשלה בבקשה ליטול מח"כ פנחסי את חסינותו. הרקע העובדתי, כפי שתואר בפסק הדין בפרשת פנחסי הוא זה: "ח"כ פנחסי שימש כגזבר תנועת ש"ס. הוא היה מורשה חתימה שלה. הוא שימש כנציג הסיעה על פי הנדרש בחוק מימון מפלגות וחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות) (הוראת שעה), תשמ"ח-1988. במסגרת מערכות בחירות אלה העסיקה ש"ס פעילים בשכר על פי האמור בכתב האישום. ח"כ פנחסי קשר עם אחרים קשר להימנע מלרשום בספרי החשבונות של ש"ס תשלומים לפעילים במערכות הבחירות. הוא עשה כן כדי להימנע מתשלום מס המתחייב מהתשלום לפעילים, וכדי לאפשר תשלומים לפעילים אשר הצהירו כי אינם עובדים וכי 'תורתם אמנותם', ועם זאת – לקיים מערכות חשבונות מלאות ותקינות כדי שש"ס תוכל לקבל את אישורי מבקר המדינה הנדרשים על פי דין, כתנאי לקבלת מלוא מימון המפלגות. ח"כ פנחסי ואחרים פעלו למימוש התכניות הפליליות הללו, תוך שהם מבצעים עבירות של רישום כוזב במסמכי תאגיד; ניסיון לקבל דבר במירמה; קשירת קשר לביצוע פשע; הצהרה כוזבת" (פרשת פנחסי, עמ' 674). ועדת הכנסת החליטה להציע לכנסת ליטול את חסינותו של ח"כ פנחסי. מליאת הכנסת החליטה ליטול את חסינותו של ח"כ פנחסי. כנגד החלטות אלה כוונה העתירה. ח"כ פנחסי טען, בין השאר, כי הוא נהנה מחסינות עניינית, ועל כן אין הכנסת מוסמכת ליטול את חסינותו.

24. טענה זו נדחתה על ידי כל שופטי המותב. בפסק דיני (אליו הצטרפו, כאמור, השופט ש' לויין ו-ד' לויין) ציינתי כי ההתנהגות המיוחסת לח"כ פנחסי בכתב האישום הינה:

"פעילות החורגת מעבר לסיכון המקצועי שבו נושא חבר-כנסת, הצריך למלא דינים-וחשבונות בתפקידו כחבר כנסת. חתימה על דין-וחשבון כוזב מתוך ידיעה שהצהרה הכלולה בו כוזבת ומתוך כוונה לרמות, אינה בגדר הסיכון שתפקידו של חבר-כנסת במילוי דין-וחשבון יוצר מטבעו וטיבו. אין כל חשש, שאם תוטל אחריות פלילית על חבר כנסת החותם על דינים-וחשבונות אלה ביודעו שהצהרתו כוזבת, ומתוך כוונת תרמית, הוא יימנע ממילוי כדין של דינים-וחשבונות אלה" (שם, עמ' 692).

למסקנה דומה הגיע השופט א' גולדברג. הוא ציין בפסק דינו כי:

”על-מנת להקים את החסינות המוענקת לחבר-כנסת בגין מעשים אסורים הנעשים למען מילוי תפקידו, אין משמעות לכך שהציפיה לקבלת טובת הנאה אישית לא עמדה לנגד עינו בשעה שביצע את העבירות, וכי טובת מפלגתו בלבד הניעה אותו לעבור על החוק” (שם, עמ' 723).

זו היתה גם מסקנתו של הנשיא מ' שמגר. הוא ציין כי:

”מעשים של רישום כוזב, ניסיון לקבלת דבר במירמה והצהרה כוזבת אינם בגדר מעשים שעליהם ניתן לפרוס את סוכת המגן של החסינות המהותית לפי סעיף 1, כי הם לא נעשו במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד” (שם, עמ' 728).

25. אמות המידה הראויות לקביעת היקפה של החסינות העניינית עלו מחדש בפרשת כהן. העובדות בקצרה היו אלה: הכנסת קיימה דיון בהצעת אי-אמון. ההצעה הוגשה, בין השאר, על ידי סיעת הליכוד. היא הוגשה בשל טעמים של מדיניות הביטחון של ישראל. את הצעת אי-האמון נימק ח"כ ב' נתניהו. במסגרת נאומו הוא אמר שהממשלה מתכוונת לסגת מכל הגולן, והיא נסוגה מעקרונות ביטחוניים, שראש הממשלה אמר בעבר שינחו את הממשלה. ח"כ נתניהו ציין בדבריו כי חרף הכחשה מלשכת ראש הממשלה, בידו מסמכים המוכיחים את טענותיו. בשלב זה לא ציטט חבר הכנסת נתניהו דבר מאותם מסמכים. עם סיום דבריו של ח"כ נתניהו, השיב שר החוץ (ח"כ ש' פרס) בשם הממשלה להצעות אי-האמון. הוא הזכיר בדברי תשובתו את טענתו של ח"כ נתניהו כי יש בידו מסמך המאמת את דבריו. הוא ציין כי מסמך כזה אינו קיים, וכי אותו מסמך אינו אלא "בלוף". בדיון בהצעת אי-האמון חזר ח"כ נתניהו לבמת הנואמים. הוא ציין כי המסמך מצוי בידו, והוא ציטט ממנו. בעקבות זאת, פנה מר ר' כהן ליועץ המשפטי לממשלה. הוא ציין כי ח"כ נתניהו חשף קטעים מתוך מסמך מסווג. לטענתו יש בכך עבירה על הוראות הסעיפים 114 ו-117 לחוק העונשין. הוא ביקש מהיועץ המשפטי לממשלה להגיש בקשה ליטול את חסינותו של ח"כ נתניהו. היועץ המשפטי סירב לבקשה, בין השאר, משום שלדעתו עומדת לח"כ נתניהו החסינות העניינית. כנגד החלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה הוגשה העתירה.

26. ההרכב שדן בעתירה (הנשיא א' ברק, והשופטים ת' אור, ו-י' זמיר) דחה אותה. בפסק דיני (לו הסכימו חברי) ציינתי כי על פי שלוש אמות המידה שנבחנו בפרשת פנחסי, יש לדחות את העתירה. ציינתי כי על פי אמת המידה של "מיתחם הסיכון הטבעי", דין העתירה להידחות. זו היתה הנמקתי:

"חבר הכנסת נתניהו לא תכנן מראש את הקראת המסמך. הוא נגרר לכך בעקבות דברי תשובתו של שר החוץ. היתה זו תגובה ספונטנית לטענה שהועלתה, כאילו המסמך לא קיים והוא אינו אלא 'בלוף'. הקראת המסמך אינה אירוע העומד בפני עצמו. היא גם לא נשתזרה מראש בדבריו של חבר הכנסת נתניהו, באופן שניתן לראות בה חלק מתכנון מוקדם. הפעילות המותרת של חבר הכנסת נתניהו היא נאום בכנסת בענייני המשא והמתן לשלום עם הסורים. הגילוי הבלתי חוקי של המסמך הוא סיכון טבעי שלפניו ניצב הנואם לאור דבריו הקשים של שר החוץ כלפיו. זוהי אותה גלישה מהמותר לאסור, המאפיינת סיכון כרוך וטבעי לתפקידו של חבר הכנסת. הוא חלק מהסיכון הטבעי של חבר כנסת המשתתף בלהט הוויכוח הפרלמנטרי" (פרשת כהן, עמ' 254).

בהמשך פסק דיני הוספתי, כי גישתי זו מתבקשת מהאיזון הראוי בין התכליות המונחות ביסוד החסינות העניינית. לעניין זה ציינתי כי עמדתי:

"מתיישבת עם התכלית הספציפית המונחת ביסוד החסינות העניינית. היא מקיימת מסגרת המאפשרת פעילות תקינה של הרשות המחוקקת ומבטיחה, בעת ובעונה אחת, את חופש הפעולה של חבר הכנסת. אשר לתכלית הכללית, היא שומרת על עצמאותו של חבר הכנסת. הפגיעה בשלטון החוק ובשוויון קיימת, כמובן. עם זאת, לאור נסיבות המקרה המיוחדות – המצביעות על היעדר תכנון מראש של התגובה ועל אופיה הספונטני כתגובה לתגובת שר החוץ – זהו 'מחיר' אשר על פי דיני החסינות העניינית אינו גבוה מדי".

27. בפסק דיני בחנתי את נסיבות המקרה בפרשת כהן על פי מבחן הרלוונטיות של השופט א' גולדברג. הגעתי לכלל מסקנה, כי גם על פי מבחן זה, התנהגותו של ח"כ נתניהו נופלת לגדר החסינות העניינית. בהפנותי להתנהגות זו, כתבתי:

”התנהגות זו הינה הבעת דעה (ולא מעשה אחר). הבעת דעה זו רלוואנטית למילוי תפקידו של חבר הכנסת נתניהו או למען מילוי תפקידו. קיימת... 'הצדקה עניינית למסירת הידע', שכן הדיון בכנסת נסב על המשא והמתן המתנהל בין ממשלת ישראל לבין סוריה, ומסירת המידע רלוואנטית לנושא נאומו של חבר הכנסת נתניהו ולנושא הצעות אי-האמון בממשלה” (שס, עמ' 252).

למסקנה דומה היה מגיע, על פי ניתוחי, הנשיא מ' שמגר, על פי מבחן הזיקה המהותית. וכך כתבתי:

”הזיקה המהותית... בין הפעולה המותרת לבין העבירה שנעברה, מתקיימת בנסיבות העניין שלפנינו. חבר הכנסת נתניהו פעל במילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו שעה שנאם מעל במת הכנסת. העבירה של גילוי סודות רשמיים נעברה על-ידי – על פי הנחתנו – כחלק אינטגרלי מהפעילות הלגיטימית של נאום מעל דוכן הכנסת, המנמק את עמדת מפלגתו להצעת אי-האמון שהוגשה על-ידיה וכעניין נגרר או משני לה. אין זו עבירה שבוצעה לשמה; אין היא עומדת על רגליה שלה. זו עבירה שבוצעה במהלך הפעילות כחבר-כנסת, כחלק ממילוי התפקיד כדין ובתוך שילוב עם תפקיד זה. חבר הכנסת נתניהו לא ניצל את מעמדו כחבר-כנסת כדי לגלות סודות צבאיים. חבר הכנסת ביצע את תפקידו כחבר-כנסת, וכחלק מהותי ממנו, בשעת נאומו, עבר את העבירה המיוחסת לו” (שס, עמ' 250).

28. בפרשת פנחסי ובפרשת כהן הובילו שלושת המבחנים לתוצאה זהה. אין להתפלא על כך. למבחנים כולם יסודות משותפים (ראו נבות, שס, עמ' 75). שלושתם מבוססים על התפיסה, כי הפעולה האסורה של חבר הכנסת אינה חלק מתפקידו; כי לשם שיכלולה של החסינות העניינית נדרשת זיקה או קירבה בין הפעולה האסורה אותה ביצע חבר הכנסת לבין תפקידו כחבר כנסת; כי זיקה או קירבה זו נקבעת על פי התכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית; וכי תכלית זו נקבעת על פי האיזון הראוי בין הערכים המונחים ביסוד החסינות העניינית. יחד עם זאת, סבור אני כי ראוי הוא לקבוע אמת מידה אחידה וברורה בעניין חשוב זה היורד לשורשן של מושכלות יסוד בשיטת המשפט שלנו, כמו גם לתקינות פעולתה של הכנסת. בהקשר זה, אין זה רצוי כי הדין עצמו יקבע שלוש אמות מידה שונות לשם בחינת משמעותה של אותה ההתנהגות. עיינתי מחדש בפסקי הדין השונים למן פרשת פנחסי. לדעתי, המבחן שהתקבל הלכה למעשה על דעת שלושה מחברי ההרכב בפרשת פנחסי – הוא מבחן ”מיתחם הסיכון

המקצועי" – הוא המבחן הראוי בשאלת פרשנותה של החסינות העניינית של חבר הכנסת. אכן, מבחן זה מגשים בנקודת המוצא שלו את האיזון הראוי בין השיקולים השונים שעל הפרק. הוא מניח מראש כי רק פעילות מותרת כלולה במסגרת פעולתו של חבר הכנסת. אין הוא מכיר בהפרת החוק והפגיעה בשלטון החוק כערך בפני עצמו אלא כתוצר לוואי – בעייתי כשלעצמו – שיכול וינבע לעיתים מפעילות מותרת של חבר כנסת. אין לומר איפוא כי התנהגות אסורה זו היא סבירה או כי היא רלבנטית לתפקידו של חבר כנסת או קשורה אליו באופן מהותי. על רקע זה, דעתי היא כי ראוי הוא לראות במבחן "מיתחם הסיכון המקצועי" את אמת המידה לבחינת קיומה של חסינות עניינית לחבר הכנסת.

4. מן הכלל אל הפרט

29. על רקע זה מתעוררת השאלה הניצבת בפנינו: האם הפעולה האסורה, המיוחסת לח"כ גורולובסקי נופלת לגדרי החסינות העניינית? נזכור את העובדות הרלבנטיות, כפי שהן עולות מטיוטת כתב האישום:

"15. לאחר שיו"ר הכנסת הורה לחברי הכנסת להצביע, הפעיל נאשם 2 [הוא ח"כ גורולובסקי – א.ב.], בשתי ההצבעות האמורות, את הלחיצים שבמקום מושבו והצביע; הצבעתו נקלטה.

16. מיד לאחר מכן, בכ"א משתי ההצבעות האמורות, רכן נאשם 2 לעבר הלחיצים שבמקום מושבו של ח"כ ארדן, והפעיל גם אותם בהצבעה זוהי להצבעתו; גם הצבעות אלה נקלטו."

עובדות אלה אנו מניחים כבסיס לבחינתנו. למותר לציין שאיננו קובעים דבר וחצי דבר באשר לנכונות האמור בטיוטת כתב האישום. חזקת החפות עומדת לח"כ גורולובסקי, ובחינתנו שלנו מבוססת אך על ההנחה, כי ההחלטה על דבר החסינות העניינית מתבססת על האמור בטיוטת כתב האישום.

30. אפתח במבחן של רוב השופטים בפרשת פנחס. זהו מבחן "מיתחם הסיכון המקצועי". מן הטעמים שלעיל (פסקה 28), יש לראות בו לדעתי כאמת המידה לבחינת קיומה או היעדרה של חסינות עניינית בכל מקרה ומקרה. על פי מבחן זה, האם נכנסת הצבעתו הכפולה של ח"כ גורולובסקי – כפי שהיא מיוחסת לו בטיוטת כתב האישום – למיתחם הסיכון המקצועי שלו כחבר כנסת? הייתי מוכן להשיב על שאלה זו בחיוב, אילו התבטאה פעולתו האסורה של חבר הכנסת בהצבעה, שלא ממקום מושבו שלו,

אלא ממקום מושבו של חבר כנסת אחר. זוהי עשויה להיות, בנסיבותיו של מקרה ספציפי, טעות הנגרמת למשל בשל עייפות מצטברת והצבעה בשעת לילה מאוחרת, או בשל חיפזון מיוחד להשתתף בהצבעה, באין יכולת להגיע למושב הנכון של חבר הכנסת. היא חלק מהסיכון "המקצועי" של חבר כנסת. לא כן במקרה שלפנינו. ח"כ גורלובסקי הצביע, על פי האמור בטיוטת כתב האישום, הצבעה כפולה. הוא עשה כן פעמיים. התנהגות כזו אינה חלק מהסיכון המקצועי של חבר הכנסת, כשם שהבעת דעה בכנסת או הצבעה בה בעקבות שוחד שקיבל חבר הכנסת, אינה חלק מהסיכון המקצועי שלו. הכרה בחסינות עניינית במקרה שלפנינו תנגוד את הטעמים המונחים ביסוד החסינות. היא אינה נדרשת כדי להגן על חופש הפעולה של חבר הכנסת – חופש זה אינו כולל הצבעות כפולות. היא אינה נדרשת כדי להבטיח את עצמאותו של בית הנבחרים ואת אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר – עצמאות זו וייצוגיות זו נפגעות על ידי הצבעות כפולות. אלה מסכלות את עקרון הייצוגיות, ומשבשות את רצון הכנסת. עמדתי על כך בפרשת ליצמן – אשר עסקה בהצבעות אשר במסגרתן נכללת ההצבעה נשוא העתירה שלפנינו – בציני:

"הצבעה אסורה זו פגעה בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד כללי ההצבעה. הדמוקרטיה הפורמלית מתבססת על הצבעה, ועל כוחו של הרוב. הצבעה פסולה פוגעת קשות בעקרון-הייצוג עליו מתבססת הדמוקרטיה הפורמלית. היא פוגעת בדמוקרטיה המהותית... 'היווצרותו של רצון הבית משתבשת'" (פסקה 17 לפסק הדין).

31. אציין, כי למרות הבחירה ב"מיתחם הסיכון המקצועי" כאמת המידה בהקשר זה, התוצאה בנסיבות המקרה שבפני אינה שונה על פי המבחנים האחרים. כך, גם על על פי מבחן הרלוואנטיות של השופט א' גולדברג, נופלת ההצבעה האסורה לגדר החסינות העניינית רק אם היא "משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת וש לשמו נבחרו חברי הכנסת" (פרשת פנחסי, עמ' 720). הצבעות כפולות לא רק שאינן משרתות את התהליך הדמוקרטי אלא פוגעות בו. זו גם התוצאה אליה היינו מגיעים לפי מבחן הזיקה המהותית של הנשיא מ' שמגר. זיקה זו אינה קיימת במקרה שלפנינו. הצבעה כפולה אינה קשורה בצורך לאפשר לחבר הכנסת למלא את תפקידו כשליח הציבור ללא מורא ופחד; היא לא קשורה לרצון לאפשר לו למלא את תפקידו. לא קיימת כל "זיקה הגיונית בין התפקיד ומילוי לבין המעשה" (פרשת פנחסי, עמ' 727) המיוחס לח"כ גורלובסקי. העבירה שבוצעה, על פי האמור בטיוטת כתב האישום, "עומדת על רגליה שלה ואינה תופעה נגררת ומשנית של מילוי תפקידו כדין" (שם, עמ' 728).

32. הגעתי, איפוא, למסקנה כי הצבעתו הכפולה של ח"כ גורולובסקי, כפי שיוחסה לו בטיוטת כתב האישום, אינה נופלת לגדר החסינות העניינית. זאת, על פי מבחן "מיתחם הסיכון המקצועי" המקובל עלי. זו גם התוצאה על פי כל אחת מאמות המידה האחרות אשר הפסיקה עמדה עליהן. אף שח"כ גורולובסקי אינו נהנה מחסינות עניינית, אין מחלוקת כי הוא נהנה מחסינות דיונית. לבחינתן של הבעיות המתעוררות בקשר אליה בעתירה שלפנינו נעבור עתה.

ד. החסינות הדיונית

1. שלבי נטילת החסינות

33. החסינות הדיונית חלה לעניין "דין פלילי בשל אשמה שנעברה בגין היותו חבר הכנסת או לפני שהיה לחבר הכנסת" (סעיף 4(א) לחוק החסינות). החסינות הזו היא "יחסית", כלומר היא ניתנת לנטילה (סעיף 13(א) לחוק החסינות), היא אינה עומדת לחבר הכנסת לאחר שחדל להיות חבר כנסת, וחבר הכנסת רשאי לבקש מהכנסת ליטול את חסינותו, תוך שהכנסת רשאית להעתר לבקשה זו (סעיף 13(ז)). בקשת הנטילה צריכה לבוא מאת היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 13(ב)). נטילת החסינות נעשית בהליך תלת-שלבי (ראו בג"ץ 3966/98 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ועדת הכנסת, פ"ד נב(3) 529; להלן – פרשת אמיתי). השלב הראשון הוא שלב מינהלי. הוא מתמקד בבקשתו של היועץ המשפטי לנטילת החסינות. הבקשה מוגשת ליושב ראש הכנסת, אשר מעבירה לוועדת הכנסת. עם הגשת הבקשה מושעה מירון ההתיישנות (ראו פרשת אמיתי). השלב השני הוא שלב כעין שיפוטי (ראו בג"ץ 325/85 מיערי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 22; פרשת מיעארי; פרשת פנחס). הוא מתמקד בוועדת הכנסת. הוועדה מקיימת דיון בבקשה. היא שומעת את חבר הכנסת שאת חסינותו מבקשים ליטול. בסיום דיוניה היא צריכה להחליט אם להמליץ בפני הכנסת ליטול את חסינותו של חבר הכנסת או להימנע מהמלצה זו. אם ועדת הכנסת מחליטה להימנע מהמלצה, מסתיים הליך נטילת החסינות. הכנסת אינה רשאית לדון בנטילת החסינות בלא המלצתה של ועדת הכנסת. אם החלטת ועדת הכנסת היא להמליץ לכנסת ליטול את חסינותו של חבר הכנסת, עובר הליך נטילת החסינות לשלב השלישי שאף הוא שלב כעין שיפוטי. בשלב זה מתקיים דיון במליאת הכנסת. בדיון זה רשאי חבר הכנסת (אך לא עורך דינו: ראו פרשת פנחס) להשמיע את דברו. בסיום הדיון מחליטה הכנסת (בהצבעה גלויה) אם ליטול את החסינות או לא. החליטה הכנסת שלא ליטול את החסינות, היא רשאית לאחר זמן לקיים דיון חדש ולהחליט בו על נטילת החסינות

(ראו בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364). החליטה הכנסת על נטילת החסינות של חבר כנסת, "דינו לכל הכרוך באותה אשמה, כדין כל אדם" (סעיף 4(ב) לחוק החסינות). על כן ניתן לעצרו (ראו ב"ש (ת"א) 951/78 מדינת ישראל נ' רכטמן, פ"מ תשל"ח (2) 70), או למנוע יציאתו מהארץ (ראו ב"ש 5767/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מו(1), 394). עיכוב ביצוע גזר הדין יעשה על פי הכללים הרגילים בעניין זה (ראו המ' 118/79 רכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 45). אם נערכו בחירות חדשות וחבר הכנסת שחסינותו הדיונית ניטלה, חזר ונבחר לכנסת החדשה, אין צורך בנטילת חסינות חדשה (ראו בג"ץ 507/81 ח"כ אבו-חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561; להלן – פרשת אבו-חצירה).

34. ניתן לעתים לקצר הליך תלת שלבי זה, ולהסתפק בשני השלבים הראשונים בלבד. זאת, אם חבר הכנסת מודיע לוועדת הכנסת, בטרם זו החליטה בעניין, כי הוא מסכים לנטילת החסינות. במצב דברים זה רשאית ועדת הכנסת להיענות לבקשתו של חבר הכנסת; "לעניין זה, תהיינה לוועדת הכנסת הסמכויות המוקנות לכנסת" בנטילת החסינות (סעיף 13(ז)(1)). נמצא, כי אין מקום לשלב השלישי, ואין צורך בהחלטת המליאה. בדומה, אם הסכמתו של חבר הכנסת לנטילת חסינותו באה לאחר שוועדת הכנסת הציעה לכנסת ליטול את חסינותו, אין צורך בדיון במליאת הכנסת (סעיף 13(ז)(2)).

35. הליך נטילת החסינות הדיונית הוא הליך מורכב. הוא מעורר בעיות שונות. בעתירה שלפנינו השאלה המתעוררת הינה כפולה: ראשית, האם השיקולים אשר שקלה ועדת הכנסת בעניין שלפנינו – והאיזון הראוי ביניהם – נופל לגדר השיקולים אשר ועדת הכנסת צריכה לשקול בעת החלטתה, אם להמליץ לכנסת ליטול את חסינותו של חבר כנסת. שנית, אם המסקנה הינה כי ועדת הכנסת הפעילה את שיקול דעתה שלא כדין, האם יש מקום לביטול ההחלטה על ידי בית המשפט הגבוה לצדק. שתי השאלות הללו קשורות זו בזו. נתחיל בבחינתה של השאלה הראשונה.

2. השיקולים של ועדת הכנסת בנטילת החסינות

36. חוק החסינות קובע כי הכנסת לא תחליט ליטול את חסינותו (הדיונית) של חבר הכנסת "אלא לפי הצעת ועדת הכנסת" (סעיף 13(א)). החוק אינו קובע במפורש מהם השיקולים שעל ועדת הכנסת לשקול. ברור הוא כי לוועדת הכנסת נתון שיקול דעת באשר להמלצתה. עם זאת ברור גם כי שיקול דעת זה אינו מוחלט. עמדתי על כך בפרשת אמיתי:

"שיקול הדעת של ועדת הכנסת אינו מוחלט. על הוועדה להפעיל את שיקול דעתה בנטילת החסינות 'במסגרת הכללים והעקרונות החלים על גוף שלטוני המפעיל סמכות שלטונית'... '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 שיקולים ענייניים, הנבחנים באופן סביר ותוך שהם מתייחסים לגופו של העניין הנדון'" (שס, עמ' 539. הציטוט הראשון הוא מפסק דיני בפרשת פנחסי, עמ' 696; הציטוט השני הוא מפסק דינו של הנשיא מ' שמגר בפרשת מיעארי, עמ' 215; ראו גם בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 364, 383).

על רקע זה מתעוררת השאלה, מהו מיתחם שיקול הדעת של ועדת הכנסת?

37. שאלה זו התעוררה כבר בעבר. בפסיקה נדונו שלוש אפשרויות. על פי האפשרות הראשונה, ועדת הכנסת רשאית לשקול כל שיקול הקשור לאישום. במסגרת זו רשאית ועדת הכנסת לשקול, בין השאר, אם קיים חומר ראיות לכאורה לאישום הפלילי, והאם יש "עניין לציבור", במשפט. כן רשאית ועדת הכנסת לבחון את חוקיות שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. נכנה אפשרות זו כאפשרות רחבה. אפשרות זו נבחנה ונדחתה בפסק דין המיעוט של הנשיא מ' לנדוי בפרשת אבו-חצירה (עמ' 568), בפסק דין המיעוט של השופט מ' אלון בפרשת מיעארי (עמ' 244) ובפסקי הדין בפרשת פנחסי (עמ' 705) ובפרשת אמיתי (עמ' 540). על פי האפשרות השנייה, סמכותה של ועדת הכנסת מוגבלת היא לבחינת השאלה אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות. נכנה אפשרות זו כאפשרות הצרה. אפשרות זו משקפת את עמדתו של הנשיא לנדוי בפרשת אבו-חצירה (שס) ואת עמדת בית המשפט בפרשת פנחסי (שס). האפשרות השלישית מצויה בין האפשרות הרחבה לבין האפשרות הצרה. על פיה רשאית הוועדה לשקול שיקולים שמעבר לבחינת תום ליבו של היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, אין היא רשאית לשקול כל שיקול הרלבנטי לאישום. במסגרתה של אפשרות זו ניתן למצוא גוני ביניים. כך, למשל, ניתן לגרוס כי ועדת הכנסת אמנם אינה רשאית לבחון את דיוטן של הראיות, אך היא רשאית לקבוע כי במצבים מסויימים (כגון סוג העבירה, נסיבות ביצועה, השלכותיה המדיניות) אין מקום להגשת אישום נגד חבר כנסת. נכנה אפשרות זו כאפשרות ביניים. דגל בה מ"מ הנשיא י' כהן בפרשת אבו-חצירה (עמ' 575).

בטיעונים בפנינו תמכו באפשרות הביניים הן באת כוח ועדת הכנסת (הגב' קוגוט) והן באת כוח היועץ המשפטי לממשלה (הגב' גנסיין).

38. מהי האפשרות הנכונה? תשובה לשאלה זו לא תימצא אך בלשון חוק החסינות. את התשובה עלינו לחפש במובנה של הלשון על רקע התכלית המונחת ביסודה (ראו פרשת פנחסי, עמ' 706). שוב ניציבים אנו בפני הנתון הנורמטיבי כי "פרשנותו של טקסט משפטי... היא פעולה משולבת של לשון ותכלית" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 803). מהי התכלית המונחת ביסוד החסינות הדיונית? כמו ביסוד החסינות העניינית, גם ביסוד החסינות הדיונית (בכל הנוגע לחסינות בפני דיון פלילי), מונחות מספר תכליות (כלליות): הבטחת שלטון החוק, הפרדת רשויות, שוויון ופגיעה באמון הציבור הנגרמת בשל כך. עמדתי על כך בפרשת פנחסי:

"בצד התכליות המיוחדות המונחות ביסוד החסינות הדיונית מונחת תכלית כללית, בדומה לזו המונחת ביסוד החסינות המהותית... הצורך לשמור על שלטון החוק, הפרדת רשויות ושוויון הכול בפני החוק" (שם, עמ' 696).

39. בצד תכליות אלה, המשותפות בעיקרן לשני סוגי החסינות, מונחת תכלית נוספת. תכלית זו היא הבטחת פעילותו התקינה של הגוף המחוקק. תכלית זו מרכזית היא במסגרת החסינות הדיונית. אמת, תכלית דומה קיימת גם לעניין החסינות העניינית. עם זאת, תוכנה של תכלית זו שונה בשני המקרים. לעניין החסינות העניינית נועדה תכלית זו לאפשר את חופש הפעולה של חבר הכנסת במילוי משימותיו הפרלמנטריות. לעניין החסינות הדיונית נועדה תכלית זו למנוע התנכלות לחבר הכנסת על ידי הרשות המבצעת. מטרתה להגן על הכנסת מפני הטרדה שאין לה צידוק ענייני של חבר הכנסת והנובעת מטעמיה הפסולים של הרשות המבצעת. זהו המקור ההיסטורי של החסינות הדיונית, אשר שורשיה נעוצים במהפיכה הצרפתית. היבט זה של התכלית המיוחדת לחסינות הדיונית התקבל בפסיקתו של בית המשפט העליון. עמד עליה הנשיא מ' לנדוי בפרשת אבו-חצירה:

"חסינות זו לא הוענקה להם בשל תכונתם האישית המיוחדת, כאילו הם מעמד של 'אנשי סגולה', אלא כדי להבטיח את פעולתה התקינה של הכנסת כרשות המחוקקת, פן תופרע פעולתה על ידי הטרדת חבריה בהגשת אישומי שווא מטעמים פסולים, ביוזמת הרשות המבצעת, שתבקש להשפיע בדרך זו שלא כדין על חופש

פעולתם של נבחרי העם, ולשבש את הבעת רצונם החופשי" (שס, עמ' 568).

תכלית זו מתמקדת ביחסים שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. "כללי החסינות – ובחסינות הדיונית עסקינן – באו בעיקרם כדי לאפשר לכנסת פיקוח ושליטה על הרשות המבצעת" (שס, עמ' 586. ראו גם דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת מיעארי, עמ' 201). עמדתי על כך בפרשת פנחסי:

"חסינות זו נועדה בעיקרה למנוע הטרדה של חבר-הכנסת והפרעה בעבודתו כחבר-כנסת על ידי הרשות המבצעת... בעיקרה היא משקפת את החשש כי הרשות המבצעת תיזום הליכים פליליים אשר ישבשו את עבודתו הפרלמנטרית של חבר הכנסת" (שס, עמ' 693; ראו גם בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 378, 364).

על תכלית זו חזרתי בפרשת אמיתי:

"חסינות זו נועדה בעיקרה למנוע הטרדה של חבר-הכנסת והפרעה בעבודתו כחבר-כנסת, ללא הצדקה, על ידי הרשות המבצעת. היא משקפת את החשש כי הרשות המבצעת – באמצעות היועץ המשפטי לממשלה – תיזום הליכים פליליים אשר ישבשו את עבודתו הפרלמנטרית של חבר-הכנסת" (שס, עמ' 538).

40. התכליות השונות המונחות ביסוד החסינות הדיונית עשויות להשלים זו את זו במצבים מסויימים, ולנגוד זו לזו במצב אחרים. כאשר קיים ניגוד יש לאזן בין התכליות הנוגדות. איזון זה מן הראוי לו שיהא עקרוני. כמו בחסינות העניינית, האיזון צריך להיעשות באופן שהוא מאפשר לכל אחת מהתכליות הנוגדות להגשים את "גרעינה" תוך ויתור על "שוליה" (ראו פסקה 18 לעיל). בחסינות העניינית קבע איזון זה את אמות המידה להגדרת מיתחם (או מעגל, מעטפת) הפעולות האסורות הנופלות לגדר החסינות. בחסינות הדיונית קובע איזון זה את היקף שיקול הדעת של ועדת הכנסת הדנה בבקשה להסרת חסינות. לבחינתו של שיקול דעת זה – ככל שהוא נוגע לעתירה שלפנינו – נפנה עתה.

41. מקובל על הכל, כי ועדת הכנסת רשאית לבחון את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, המבקש מהכנסת ליטול את חסינותו הדיונית של חבר הכנסת מפני "דיון פלילי בשל אשמה". מסקנה זו מתבקשת מהתכלית (המיוחדת) שעניינה הגנה על

הכנסת וחבריה מפני אישומי שווא. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם התכלית (הכללית) שעניינה שלטון החוק, הפרדת רשויות ושוויון. עמדתי על כך בפרשת אמיתי:

“השאלות אשר חברי הכנסת צריכים לבחון אותן – והמתבקשות מהתכלית המונחת ביסוד החסינות הדיונית – הינן, אם שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אינו פסול בשל השפעות פוליטיות... ועל ועדת הכנסת לבחון, אם לא נפל פגם בטעמים של היועץ המשפטי לממשלה, 'כגון הפליה פסולה, סטייה ממדיניות תביעה כללית או השפעה פוליטית'” (שם, עמ' 540; הציטוט הוא מתוך פרשת פנחסי, עמ' 706; ראו גם פרשת אבו-חצירה).

בהקשר זה מתעוררת השאלה, אם ועדת הכנסת רשאית לבדוק אם יש בראיות העומדות לרשות התביעה כדי לבסס את כתב האישום נגד חבר הכנסת? שאלה זו התעוררה בעבר וניתנה לה תשובה שלילית. זו גם תשובתי היום. זהו תפקידו של בית המשפט הפלילי בפניו נידון חבר הכנסת. אין זה תפקידה של ועדת הכנסת. אין לה הכלים הראויים לעריכתה של בדיקה זו. עמדתי על כך בפרשת פנחסי:

“הטעם העומד ביסוד השקפתי זו נגזר מהתכלית המונחת ביסוד החסינות הדיונית מפני אשמה... טעם זה מצדיק בדיקת שיקולי היועץ המשפטי לממשלה, אם אין בהם שיקול פסול שמקורו בהשפעה פוליטית. טעם זה אינו מצדיק בחינת האישום לגופו. לכך אין לכנסת כלים ראויים. הדבר חורג מגדר תפקידה של הכנסת השומרת על חבר הכנסת מפני הפרעה מצד הרשות המבצעת לעבודתו כחבר כנסת. כך, למשל, הנני סבור כי חורג הדבר מסמכותה של הכנסת לקבוע כי לדעתה גירסתו של חבר-הכנסת שאת חסינותו מבקשים ליטול היא אמת, ועל כן אין מקום לאישום. כן אין מקום להשמיע את עדי התביעה או ההגנה לפני הוועדה. אין הכנסת עוסקת בדיני הראיות. אין היא עוסקת בשאלת החפות או האשמה. עיסוקה הוא בהבטחת תקינות עבודתו של חבר הכנסת” (שם, עמ' 706).

כמובן, לעתים אין מנוס מעיון בראיות התביעה וזאת כדי לבחון אם לא נפל פגם בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. פגם זה אין עניינו במקצועיותו של היועץ המשפטי לממשלה, ובסיכוי הזיכוי או ההרשעה; פגם זה עניינו טוהר שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה, והיעדרם של שיקולים פסולים.

42. עד כאן לעניין האפשרות הצרה, שעל חלוחה אין חולק. שאלה אחרת היא, אם ועדת הכנסת רשאית לשקול שיקולים שמעבר לבחינת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה? כך, למשל, הרשאית ועדת הכנסת להתחשב בסוג העבירה ובנסיבות התרחשותה, כנלמד מאפשרות הביניים? מ"מ הנשיא י' כהן דגל בפרשת אבו-חצירה באפשרות זו. גישתו של מ"מ הנשיא י' כהן לא התקבלה בפרשת פנחסי. בפסק דיני – דומה כי אליו הצטרפו, בעניין זה, כל שופטי ההרכב – אומצה האפשרות הצרה. וכך כתבתי:

"אינני סבור כי הכנסת רשאית לקבוע לעצמה 'מדיניות תביעה' כלפי חברי-כנסת. מדיניות זו פוגעת בשלטון החוק ובשוויון הכול בפני החוק. בגיבוש התכלית הכוללת המונחת ביסוד החסינות הדיונית יש להתחשב בתכלית כללית זו הנגזרת מעקרונות היסוד. לשם הגשמתה של תכלית כוללת זו יש להסתפק בבדיקת טעמיו של היועץ המשפטי לממשלה, אם לא נפל בהם פגם" (שס, עמ' 706; ראו גם פרשת אמיתי, עמ' 540).

בעתירה שלפנינו מבקשת הגב' קוגוט, בשם ועדת הכנסת – ובתמיכתה של הגב' גנסין, באת כוח היועץ המשפטי לממשלה – לבחון מחדש תפיסה זו. חלק ניכר מהטיעונים בפנינו הוקדשו לעניין זה, תוך שנתבקשנו לאמץ את אפשרות הביניים. לדעתי, אין הצדקה לסטות מן ההלכה שנקבעה בפרשת פנחסי בהקשר זה, ולפיה מוגבל שיקול דעתה של ועדת הכנסת לבדיקת שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה, ואין להוסיף עליהם שיקולים נוספים שעניינם "מדיניות התביעה" של הכנסת כלפי חבריה. דבר לא השתנה מאז נפסקה פרשת פנחסי במציאות המוסדית, החברתית או הנורמטיבית הנוגעת לכללי החסינות הדיונית או ההעמדה לדין. כבעבר כן עתה, הנני סבור שמדיניות התביעה צריכה להיקבע על ידי היועץ המשפטי לממשלה. כך לעניין כל אדם בישראל. כך גם לעניין חבר כנסת.

43. אוסיף רק זאת: אפשרות הביניים מבוססת על התפיסה כי הצורך להבטיח את פעולתה התקינה של הכנסת מוביל למסקנה הפרשנית לפיה יש להכיר בכוחה של ועדת הכנסת לשקול שיקולים שמעבר לבחינת חוקיות החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. בכך, לפי הטענה, תובטח יכולתו של הבית לייצג את העם באופן מלא, ותתאפשר השתתפות שווה בגיבוש רצונו של הבית. גם על פי השקפה זו יש לאזן בין תפיסה זו בדבר פעולתה התקינה של הכנסת, ובין התכלית הכללית המונחת ביסוד

החסינות הדיונית, שעניינה הבטחת שלטון החוק, הפרדת רשויות, שוויון הכל בפני החוק ואמון הציבור ברשות המחוקקת, הנגזר מכל אלה. איזון זה מוביל למסקנה כי, אם בכלל, רק בעבירות קלות תוכל ועדת הכנסת לקחת שיקול זה בחשבון. בעבירות שאינן קלות הנזק שנגרם לערכים הכלליים הוא כבד ואינו שקול כנגד התועלת הצומחת מהבטחת פעילותו התקינה של הבית. אכן, במספר מדינות אירופאיות מצויה הוראה מפורשת בחוקה לפיה בית הנבחרים רשאי שלא ליטול את החסינות רק בעבירות קלות (ראו סעיף 15(13) לחוקה האירית; סעיף 157(2) ו-4 לחוקה של פורטוגל; סעיף 8 לחוקה השבדית; ראו Crespo-Allen, Parliamentary Immunity in the Member States of the European Union and in the European Parliament 146 (1999)). במקרה שלפנינו, העבירות בהן מואשם ח"כ גורולובסקי הן חמורות ביותר: זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות, אשר העונש המקסימלי עליה הוא חמש שנות מאסר; הפרת אמונים, אשר העונש המקסימלי עליה הוא שלוש שנות מאסר. ביצוען של עבירות אלה בהקשר של הצבעה כפולה במליאת הכנסת מקנה להן היבט חמור במיוחד. עמדה על כך ועדת האתיקה של הכנסת, שעה שבחנה את עניינו של ח"כ גורולובסקי:

“נושא קבלת ההחלטות על ידי הכנסת, ההצבעה וההשתתפות בה המעוגנים בחוק יסוד, הם נשמת אפה של הדמוקרטיה ומהווים לב ליבה של העבודה הפרלמנטרית. כל פגיעה בהצבעה או שיבוש סדרי ההצבעה על ידי חבר הכנסת... מהווים פגיעה חמורה ביותר בדמוקרטיה וסכנה ממשית לקיומה” (פסקה 3.4 להחלטת ועדת האתיקה מיום 10.3.2003).

לאחר שציטטתי דברים אלה בפרשת ליצמן הוספתי:

“לדברים אלה אנו מסכימים... הצבעה פסולה פוגעת קשות בעקרון-הייצוג עליו מתבססת הדמוקרטיה הפורמלית. היא פוגעת בדמוקרטיה המהותית, שכן נפגם עקרון השוויון ומופרת חובת הנאמנות של חבר הכנסת. היווצרותו של רצון הבית' משתבשת” (שם, פסקה 17).

“הנסיבות המקילות” שהועלו בעניין זה בוועדת הכנסת – הצבעה בשעת לילה מאוחרת, הסנקציה של ועדת האתיקה, ההצבעות המרתוניות, העייפות המצטברת – הן שיקולים ליועץ המשפטי לממשלה ולבית המשפט הפלילי. אכן, המקרה שלפנינו – אם יוכח כדין – הוא חמור, ובכל מקרה לא היה מקום להכניסו כלל לגדר אפשרות הביניים, גם אילו סברנו כי היא משקפת את הדין בישראל. כאמור, זו אינה דעתנו.

3. מן הכלל אל הפרט

44. בהפעילנו אמות מידה אלה – על פי האפשרות הצרה – על המקרה שלפנינו מתבקשת המסקנה כי לא נפל כל פגם בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. הוא לא שקל שיקול פוליטי; הוא לא שימש כיד ארוכה של מאן דהוא. הוא הפעיל את שיקול הדעת הרגיל המופעל בהגשת אישום פלילי. החלטתה של ועדת הכנסת בענייננו, עד כמה שהיא מבוססת על פגם בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אינה נופלת למיתחם שיקול הדעת של הוועדה, אלא חורגת ממנו במידה רבה. נטען כי בהחליטו להעמיד לדין את ח"כ גורולובסקי ושלא להעמיד לדין מספר חברי כנסת אחרים שנפל פגם בהצבעתם, היפלה היועץ המשפטי את ח"כ גורולובסקי לרעה. בחנו עניין זה. נחה דעתנו כי מקרהו של ח"כ גורולובסקי – ויחד עימו ח"כ חזן – שונה ממצבם של שלושת חברי הכנסת האחרים אשר עניינם נבדק. בעניין חבר הכנסת א' פורז שוכנעו הן צוות הבדיקה שמינה יושב-ראש הכנסת (עליו נמנו קצין הכנסת והיועצת המשפטית לכנסת) והן היועץ המשפטי לממשלה, כי ההצבעה הכפולה שביצע נעשתה בשוגג ובלא כוונת זדון. בענייננו של חבר הכנסת ו' טאהא קבע צוות הבדיקה כי התקיימה הצבעה כפולה. חבר הכנסת טאהא הכחיש זאת (בטענו כי אך הורה לחבר הכנסת ג' זחאלקה כיצד להצביע), ובפועל ההצבעה השניה שיוחסה לו לא נקלטה ברישומי הכנסת. מטעם זה החליט היועץ המשפטי לממשלה על סגירת תיקיהם של השניים מחוסר אשמה (פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 17.12.2003). אשר לחבר הכנסת י' אדרי, ועדת הבדיקה קבעה אמנם כי התקיימה הצבעה כפולה, אולם היועץ המשפטי לממשלה בחן את הראיות ומצא שפער של שניות ספורות בצילום ההצבעה מעורר ספק באשר לסיכויי ההרשעה, ולכן הוחלט לסגור את התיק מחוסר ראיות מספיקות (פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 16.12.2003). סבירותן של החלטות אלה, כשלעצמן, אינה עומדת לבחינתנו בעתירה זו. כל שאנו קובעים הוא, שהן מיוסדות בטעמים ענייניים, ושאינן בהן להעיד על אפליה בגישתו של היועץ המשפטי לממשלה. אשר לטענה כי עומדת לח"כ גורולובסקי טענה של "סיכון כפול", הרי היא מסוג הטענות שיש להעלותן בפני בית המשפט הפלילי שידון בעניין. אין היא מסוג השיקולים שוועדת הכנסת צריכה לשקול אותם. הוא הדין בטענה כי אין קשר סיבתי בין ההצבעה הכפולה לתוצאות ההצבעה. מקומה בפני בית המשפט הפלילי ולא בפני ועדת הכנסת. בשל כך, וכדי לא לנקוט עמדה בעניינים שיעמדו בפני בית המשפט הפלילי, אמנע מנקיטת עמדה בסוגיות אלה.

45. הגעתי, איפוא, למסקנה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הפעלה ראויה של שיקול דעתה של ועדת הכנסת היתה צריכה להוביל אותה להמליץ בפני הכנסת ליטול את חסינותו (הדיונית) של ח"כ גורלובסקי. ועדת הכנסת לא קיבלה את ההחלטה שהיה עליה לקבל. מה תוצאתו של פגם זה? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

4. תוצאות הפגם שנפל בהחלטתה של ועדת הכנסת: היקף הביקורת השיפוטית

46. הגענו למסקנה כי ועדת הכנסת פעלה שלא כדין שעה שהחליטה שלא להמליץ על נטילת חסינותו של ח"כ גורלובסקי. על פי הדינים הרגילים החלים על החלטה כעין שיפוטית מסוג זה, דין ההחלטה שלא להמליץ להתבטל. אילו נתקבלה החלטה פגומה זו על ידי כל גוף ציבורי שמחוץ לכנסת, ועניינה היה בא בפנינו, היינו מכריזים על בטלותה. האם הדין שונה כאשר ההחלטה נתקבלה על ידי ועדת הכנסת?

47. שאלה זו אינה חדשה. התשובה לה ניתנה ברשימה ארוכה של פסקי דין (ראו א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 433 (מהדורה חמישית, 1996)). על פי הגישה המקובלת, בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על כל החלטה של הכנסת, יהא אופיה אשר יהא (ראו פרשת מיעארי, עמ' 127; בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה וחוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 806; להלן – פרשת לבנת). "עקרון-יסוד היא בפעילותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, שביקורתו השיפוטית משתרעת – על דרך העקרון – על כל רשויות המדינה והממשל ועל כל מעשי המדינה והממשל" (השופט מ' חשין בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140; להלן – פרשת התנועה למען איכות השלטון). ברוח דומה ציין באותה פרשה השופט א' ריבלין כי "הביקורת השיפוטית משתרעת על כל רשויות השלטון. אין היא משתרעת רק על מעשי הממשלה. היא חלה גם על פעולותיהן של רשויות הכנסת" (שם, עמ' 164). היקף הביקורת השיפוטית קשור באופי החלטתה של ועדת הכנסת, אם היא חקיקתית, מינהלית-ניהולית או כעין שיפוטית. "רב-גווניות זו בתפקידיה של הכנסת גוררת אחריה אף רב-גווניות באשר להיקף הביקורת השיפוטית, אשר בית המשפט מפעיל באשר לאופן בו מבצעת הכנסת – אם במליאה, אם בוועדות ואם באמצעות נושאי משרה אחרים – את התפקידים המוטלים עליה. אכן, היקפה של הביקורת השיפוטית על פעולות הכנסת והחלטותיה אינו ניתן למיצוי בנוסחה פשוטה, אלא הוא משתנה על-פי מהות התפקיד נושא הביקורת" (בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 201; להלן – פרשת שריד).

48. החלטה פגומה של הכנסת או של ועדה מוועדותיה בעניין מינהלי-פנימי תבוטל על ידי בית משפט זה רק אם היא פגיעה ניכרת "במירקם החיים הפרלמנטריים... יש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" (פרשת שריד, עמ' 204; ראו גם פרשת מיעארי, עמ' 195; בג"ץ 742/84 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(4) 85; בג"ץ 482/88 רייסר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(3) 142; בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' ממלא-מקום יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(2) 35; פרשת לבנת; בג"ץ 1956/91 שמשי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מה(4) 313, 316; בג"ץ 5711/91 פורז נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(1) 299; בג"ץ 4064/95 פורת נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 177; בג"ץ 2136/95 גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 845; בג"ץ 6124/95 זאבי נ' יושב-ראש הכנסת (לא פורסם)). פסיקה זו יוצרת מצב שבו נפל פגם בהחלטתה של הכנסת מבלי שבית המשפט מפעיל את סמכותו לבטל פגם זה. לפנינו דוגמא למצב שבו החלטות אלה של הכנסת או ועדה מוועדותיה, שאינן עוברות את הסף המינימלי שנקבע, הן בלתי שפיטות (מוסדית). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"אנו מכירים באי-שפיטות-מוסדית; אנו מכירים בכך שלא כל סכסוך שבית-המשפט מוסמך להכריע בו ראוי לו לבית המשפט להכריע בו... אחד מאותם מקרים שבהם הכיר בית-המשפט העליון באי-שפיטות מוסדית הוא לעניין הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות פנים-פרלמנטריות. החלטות אלה אינן שפיטות (מוסדית) אלא אם כן יש בהן פגיעה ממשית במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי" (פרשת לבנת, עמ' 812).

49. הגישה היא שונה, כאשר ההחלטה של הכנסת או ועדה מוועדותיה היא בעלת אופי כעין שיפוטי. כאן הכלל הינו, כי היקף הביקורת השיפוטית על החלטות כעין שיפוטיות של הכנסת או ועדה מוועדותיה הוא כהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות שיפוטיות של כל רשות שלטונית אחרת (ראו פרשת פלאטו שרון, עמ' 134; פרשת שריד, עמ' 202). עמד על כך הנשיא שמגר:

"שעה שהכנסת מחליטה בסוגיות מעין-שיפוטיות, בין בוועדה ובין במליאתה, אין היא שונה במעמדה, מבחינה עקרונית, מרשות מעין-שיפוטית אחרת... הסרת חסינות, כמו גם החלטות מעין-שיפוטיות אחרות של הכנסת, איננה רק הליך פנימי של הבית. החלטות אלה הן בעלות השלכה ישירה גם כלפי גופים שמחוץ לכנסת. השאלה, אם חסינותו של חבר כנסת ניטלה ממנו או אם הוסרה כדין, היא בעלת חשיבות בכל הליך משפטי, שבו מעורב

אותו נבחר, ולהלכה ולמעשה בכל הרבדים של אכיפת החוק. דומה, כי חוש המומחיות של המשפטן מצביע על כך, שהיקף ההתערבות של בית המשפט בשאלות שכאלה יהיה רחב יותר מהתערבותו בהליכים בעלי מהות פרוצדורלית-פנימית של הכנסת, אשר אינם משליכים על זכויות וחובות מחוץ לבית הנבחרים ותחומיו" (פרשת מיעארי, עמ' 196; ראו גם דברי כבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492, 496).

ובאותה פרשה הוספתי:

"מכל סמכויותיה של הכנסת – ואלה כוללות סמכויות חקיקה, פיקוח וביצוע שפיטה – הסמכות הכעין-שיפוטית היא הפחות פוליטית. בה טבעי לדרוש אפילו מבית הנבחרים, כי ינהג על-פי אמות מידה שיפוטיות. אכן, הנוטל על עצמו תפקידי שפיטה, מן הראוי שינהג כפי שבעל סמכות שפיטה נוהג. ביקורת שיפוטית על החלטה כעין-שיפוטית של הכנסת אין בה אותו מתח, המאפיין ביקורת שיפוטית על ענייניה הפנימיים של הכנסת. לעומת זאת, יש בה תמיד אמות מידה שיפוטיות לעריכת הביקורת, ועל-כן אין מקום לרוב לטענה של 'חוסר שפיטות'" (שם, עמ' 265; ראו גם פרשת פנחסי, עמ' 698, 699, 701).

הנה כי כן, שעה שהכנסת או ועדה מוועדותיה מקבלות החלטה כעין שיפוטית מופעלת לגביהן ביקורת שיפוטית רחבה. אין תחולה לעקרון אי-השפיטות (המוסדית). הפגם בהחלטה והסעד בגין הפרתו הם שני צדדיו של אותו מטבע. אם ההחלטה תקפה, היא תעמוד בעינה, שכן אין יסוד לבטלה. אם ההחלטה פגומה, היא תבוטל בשל הפגם שנפל בה. בשני המקרים מהותו של הפגם קובעת את הסעד, ולא מהותו של הגוף שיצר את הפגם. הפן המהותי של הדין והפן הסמכותי של הדין חופפים זה את זה (השווה פרשת ליצמן (פסקה 10 לפסק הדין)). ודוק: מעמדה של הכנסת כרשות המחוקקת, משפיע על היקף שיקול דעתה של ועדת הכנסת בדונה בנטילת החסינות. אך משנקבע ההיקף הראוי של שיקול הדעת, מתבצעת הביקורת השיפוטית על מלוא ההיקף הזה. עמדתי על כך בפרשת פנחסי:

"מטרתה של הביקורת השיפוטית על הליך נטילת החסינות היא להבטיח הגשמתה של המסגרת הנורמטיבית החלה על הליך זה. תפקידה של הביקורת השיפוטית לקיים הלכה למעשה את שלטון החוק בשלטון. אופיו המיוחד של הגוף השלטוני עשוי להתבטא באופייה המיוחד של המסגרת הנורמטיבית החלה עליו. ככלל, משנקבעה מסגרת זו, נתון כל גוף

שלטוני לביקורת שיפוטית ככל שאר גופי השלטון במדינה. בכך מוגשם עקרון השוויון. הכול כפופים לחוק, והכול כפופים לביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח כיבוד החוק. בכך בא לידי ביטוי עקרון הפרדת הרשויות... מעמדה המיוחד של הכנסת נלקח בחשבון בגיבוש הדין המהותי החל על פעולותיה הכעין-שיפוטיות. מעמד מיוחד זה אינו צריך לפעול פעם נוספת לצמצום היקף הביקורת השיפוטית. ביקורת זו נועדה להבטיח כי אותו סף מינימאלי הנדרש לתקפותה של החלטה כעין-שיפוטית יישמר. ריסון עצמי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי בביקורת השיפוטית על החלטות כעין-שיפוטיות משמעו פגיעה בהגינות האלמנטרית של ההליך הפרלמנטרי. לכך אין כל צידוק" (שם, עמ' 698, 702).

במסורת המשפטית שלנו, אנו מרבים להציג את השאלה אם בית המשפט הגבוה לצדק "יתערב" בהחלטת הגוף השלטוני. דיבור זה מוצדק הוא במקום שיש תחולה לעקרון אי-השפיטות. במצבים אלה אי-החוקיות של ההחלטה לא גוררת פסלותה, שכן בין ההחלטה על אי-החוקיות לבין הסעד עומד מחסום אי-השפיטות. דיבור זה אינו מוצדק במקום שאין תחולה לעקרון אי-השפיטות. במצבים אלה השאלה אינה של "התערבות" אלא של "חוקיות". כשם שאיננו מאפיינים את המשפט הפלילי כמערכת דינים העוסקת בהתערבות בית המשפט בהכרעותיו של הפרט, כן אל לנו לאפיין את המשפט המינהלי והחוקתי כמערכת דינים העוסקת בהתערבות בית המשפט בהכרעותיהן של הרשויות הציבוריות (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 364 (2004), וכן בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה (טרם פורסם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט מ' חשין)).

50. ראינו כי בהחלטתה של ועדת הכנסת שלא להמליץ על נטילת חסינותו של ח"כ גורלובסקי נפל פגם. תוצאתו של פגם זה היא, כי להחלטתה של ועדת הכנסת אין תוקף ויש לבטלה. הדין והסעד תואמים זה את זה. אנו עושים אפוא את הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שהחלטת ועדת הכנסת בעניין אי הסרת חסינותו של ח"כ גורלובסקי בטלה, והעניין מוחזר אליה.

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, הנשיא ברק. דעתי היא כדעת חברי, כי אין עומדת לו לח"כ מיכאל גורולובסקי חסינות מהותית כהוראת סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 (חוק החסינות), וכי דין וצדק הם שחסינותו הדיונית - כהוראת סעיף 4 לחוק החסינות - תוסר; ומשידענו כי ועדת הכנסת נמנעה מהסרת החסינות הדיונית, נאלצים אנו לקיים את ציוויו של החוק: לבטל את החלטתה ולהחזיר אליה את הדיון.

2. ניתנת אמת להיאמר, שטענתו של חה"כ גורולובסקי כי זכאי הוא לחסינות מהותית על-פי חוק החסינות - והוא היחיד שהעלה טענה זו - טענה קשה היא לבליעה, אם ננקוט לשון המעטה. לעת חקיקתו של חוק, זה דברו של כתב האישום, הצביע חה"כ גורולובסקי - שתי פעמים - תחת חבר-הכנסת גלעד ארדן שנעדר מן האולם, וכך בנוסף להצבעה שהצביע בזכותו-שלו. בהצביעו כך שתי פעמים, מוסיף ומודיענו כתב האישום, "גרם [חה"כ גורולובסקי] במירמה לכך שלהצבעתו שלו יתווסף קול שלא-כדין, תוך יצירת מצגי שווא כאילו קולות אלה הושגו בהצבעותיו של חבר-הכנסת ארדן". חה"כ גורולובסקי הודה במעשיו אלה, ובגינם מבקש היועץ המשפטי לממשלה להעמידו לדין בעבירת זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות, עבירה כהגדרתה בסעיף 418 סיפה לחוק העונשין, תשל"ז-1997, ובעבירה של מירמה והפרת אמונים, עבירה. כהגדרתה בסעיף 284 לחוק העונשין. וכתואור יסודות העבירות בכתב האישום (שבו עומדים לדין חה"כ יחיאל חזן וחה"כ גורולובסקי):

במעשיהם אלה:

- א. זיפו הנאשמים מסמך ביצירת רישום הצבעה כוזב, הנחזה להיות את אשר איננו, בכוונה לקבל באמצעותו דבר בנסיבות מחמירות. הנסיבות המחמירות מתבטאות בפגיעה שהסבו מעשי הנאשמים להליכי חקיקה של הכנסת, ובהפרת האמון שניתן, על-ידי הציבור בנאשמים, בחברי הרשות המחוקקת בישראל.
- ב. בהיותם עובדי הציבור, עשו הנאשמים במילוי תפקידם מעשי מרמה והפרת אמונים הפוגעים בציבור.

3. חוק החסינות מקנה לחבר-כנסת חסינות מהותית - "חסינות במילוי תפקיד" כלשון הכותרת לסעיף 1 שלחוק החסינות - "בשל הצבעה... או בשל מעשה שעשה - בכנסת או מחוצה לה - אם היו הצבעה... או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת". מילות המפתח הקובעות (לענייננו) את תחום פרישתה של החסינות הן אלו שבסיפה להוראת סעיף 1 שלחוק החסינות: אם המעשה שבגיננו מבקשים להעמיד את חבר הכנסת לדין פלילי היה "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת". היכול מי לטעון ברצינות כי מעשה שעשה חה"כ גורולובסקי - מעשה שהחוק רואה בו (לכאורה) זיוף בנסיבות מחמירות ומירמה והפרת אמונים - מעשה הוא שעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת? טענה זו נפלאתה ממני, ויפה היה לה שלא הועלתה משהועלתה.

4. בחוות דעתו המקיפה פורש לפנינו חברי הנשיא ברק שלוש אמות-מידה שנקבעו בפרשת פנחסי (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661; ראו עוד: בג"ץ 5151/95, 6157 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245, 249 ואילך) לאיתור גבוליה של החסינות המהותית. אמת מידה אחת העמיד חברי עצמו, וכינויה "מיתחם הסיכון הטבעי" (או "מיתחם הסיכון המקצועי"). אמת-מידה שנייה העמיד השופט גולדברג, וכינויה "מיבחן הרלוונטיות". אמת-מידה שלישית הציב הנשיא שמגר, וכינויה "מיבחן הזיקה המהותית" או "מיבחן האינטגרליות". ראו פסקאות 19 ואילך לחוות-דעתו של חברי. ראו עוד: ד"ר סוזי נבות, "חסינותו של חבר כנסת בגין 'הבעת דעת ומעשה במילוי תפקיד' - מיבחנים חדשים בפסיקת בית-המשפט העליון", המשפט כרך ד (תשנ"ט-1998) 61. חברי סובר כי שומה עלינו לאמץ לנו את מיבחן "הסיכון המקצועי" דווקא, ולבכרו על-פני שני המיבחנים האחרים (ראו פסקאות 28 ו-30 לחוות דעתו של חברי). ואילו-אני, שלא כחברי, אין אני סבור כי מיבחן הסיכון המקצועי מיבחן נעלה הוא על שני המיבחנים האחרים שהוצגו בידי הנשיא שמגר והשופט גולדברג. בה-בעת אין, לדעתי, להעדיף ולהעמיד בראש אחד משני המיבחנים האחרים.

5. יש הסוברים כי החלתם של המיבחנים השונים שהוצעו על מערכת עובדות נתונה, עשויה להוליך לתוצאות שונות. בייחוד כך בתחרות שבין מיבחנו של הנשיא ברק לבין מיבחנו של השופט גולדברג. ראו: נבות, שם, 78 ואילך. גם הנשיא ברק רומז לשוני - שוני מהותי, ככל-הנראה - בין שלושת המיבחנים. ראו: פרשת כהן, 255 (פיסקה 14 לחוות הדעת). אלא שיש להבחין הבחן-היטב בין שלושת המיבחנים בניסוחם הנורמטיבי, לבין העברתה של מערכת עובדות נתונה בכור המצרף של המיבחנים. כך, למשל, מצביעה המחברת נבות על תוצאות שונות העשויות להתקבל,

להערכתה, ביישום מיבחנו של הנשיא ברק וביישום מיבחנו של השופט גולדברג. אלא ששוני זה שנבות מצביעה עליו - ככל שהוא קיים - אין הוא נגזר, לדעתי, מן המיבחנים עצמם אלא מדרכי יישומם על מערכת עובדות נתונה. כשאני לעצמי, אין אני רואה הבדל בין "מיבחן הסיכון", "מיבחן המהותיות" ו"מיבחן הרלוונטיות" ככל שהדברים אמורים בגופם על המיבחנים עצמם. ואין זו פליאה כי יישומם של שלושת המיבחנים הביא לאותה מסקנה עצמה הן בפרשת פנחסי הן בפרשת כהן והן בעניינינו-שלנו. והנשיא ברק טורח להדגיש את הדבר. ראו פסקאות 24 ואילך לחוות דעתו. ראו עוד: פרשת כהן, 250 ואילך.

6. אין לכחד, כי ביישומו של מיבחן זה או אחר אפשר שיתגלעו חילוקי דעות בשאלה אם בנסיבות נתונות קנה חבר הכנסת חסינות מהותית, אם לאו. ואולם חילוקי דעות אלה לא ייגזרו, לדעתי, מאימוצו של מיבחן זה או אחר שנועד לקביעת גדריה של החסינות המהותית, אלא מנטייתו של הפרשן לייחס מישקל שונה ליסודות השונים המחייבים או השוללים הענקת חסינות מהותית. לשון אחר: פרשן פלוני יכול שיבוא לכלל מסקנה, בנסיבות נתונות, כי חבר הכנסת זכה בחסינות מהותית - כך על-פי כל אחד משלושת המיבחנים - ופרשן פלמוני יסיק - שוב, על-פי כל אחד מאותם שלושה מיבחנים - מסקנה הפוכה. טעם הדבר הוא, שמדברים אנו באיכות ולא בכמות, בהערכה ולא בספירה. מצויים אנו בכיבשון היצירה עצמו. מנסים אנו לזהות את הקווארק (quark), אותו חלקיק הזעיר-מכל שאינו ניתן עוד לחלוקה. מיבחני-מישנה לא עוד יהיו לנו לעזר. נותרנו, כל-אחד מאיתנו, ואמיתו עימו. ואולם כך, משום שזו דרך העולם וזה דרכו של השיפוט. לא בשל השוני בגופם של המיבחנים. וכפי שהתבטאתי במקום אחר: "שופט, כל שופט לעצמו, הוא פרש בודד בערבות החוק והמשפט ... האחריות לפירושם של דין והלכה לפיתחנו היא רובצת, ולא נוכל להתנצלה מעלינו": בג"צ 3679/97 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה וכו' נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 573, 593. זה דרך העולם וזה עניינינו אף-הוא. בעניינינו-שלנו, יכול שופט פלוני שיבוא לכלל מסקנה שונה משופט אלמוני, אך כך יארע לא משום ששופט פלוני החזיק במיבחן "הסיכון הטבעי" בעוד אשר שופט אלמוני נאחז ב"מיבחן הרלוונטיות" או ב"מיבחן המהותיות". השוני בהכרעת הדין נובע מהשקפות-עומק של השופטים. וגם לו החזיקו השניים באותה נוסחה עצמה לבחינת מיתחם החסינות, גם-אז היו הכרעותיהם שונות.

7. כפי שכבר ציינתי בדבריי למעלה, מבחינת האיכות ותחום הפרישה של המיבחנים, לא ידעתי מה בין ימימה לבין קציעה ולבין קרן הפוך. כל אחד מן המיבחנים - כניסוחם העקרוני - משקף, לטעמי, זווית ראות אחרת של מיתחם

החסינות. מִשָּׁל לְמָה הדבר דומה, לאדם המתבונן בציור גדול-ממדים מִשָּׁל אחד המאסטרים מימים-עברו. בתחילה עומד הוא נוכח פני הציור בסוקרו אותו מכל עבריו. לאחר מכן נע המתבונן אל-עבר צידו הימני של הציור, שומט הוא את ראשו מעט לאחור ומעט אל כתפו, ומתבונן הוא בציור כפי שהוא נראה ממקום זה. לאחר מכן עובר המתבונן אל צידו השמאלי של הציור ועושה הוא כאשר עשה בציור הימני. הציור בשלמותו הוא זה שהמתבונן ראה משלוש זוויות המבט כאחת. כן הם שלושת המיבחנים המוצעים לנו, שכל אחד תורם לאיתור גבוליה של החסינות המהותית. יתר-על-כן: דרכיהם של שלושת המיבחנים מצטלבות ביניהן, ויש בה בהצטלבות זו כדי להוסיף למימד העומק.

8. שלושה מיבחנים הוצעו לנו לאיתור גבוליה של החסינות המהותית, ונוכל למצוא להם מקבילה בדין הנזיקין, במיבחנים הקובעים בסוגיית הקשר הסיבתי בין מעשה (או מחדל) לבין נזק שהנפגע נשא בו. בהקשר זה הועלו שלושה מיבחנים, והם (בקצרה): מיבחן "הצפיות הסבירה", מיבחן "תחום הסיכון" ומיבחן "השכל הישר". ראו והשוו: ע"א 23/61 סימון נ' הולנדר, פ"ד יז 449, 465-466 (מפי מ"מ הנשיא, השופט אגרנט); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, כ"ב לח (3) 1, 7 (מפי השופט ברק). נשווה שלושה מיבחנים אלה לשלושת המיבחנים שהוצעו בענייננו, ולא נתקשה לגלות כי מיבחן "הצפיות הסבירה" ומיבחן "השכל הישר" הינם אבות "מיבחן הרלוונטיות" ומיבחן "הזיקה המהותית", וכי מיבחן "תחום הסיכון" הוא אביו ההיסטורי של "מיתחם הסיכון הטבעי".

9. אכן, יש הבדלים דקים בין המיבחנים המוצעים לנו. כך, למשל, מושג ה"רלוונטיות" רחב הוא ממושג ה"מהותיות", ואולם אינני סבור כי יש בהבדלים היוריספרודנטליים בין מהות לבין רלוונטיות כדי להכריע בענייננו. ניתן דעתנו כי שלושת המיבחנים, כל אחד מהם בדרכו, קובעים אך מיסגרת-מחשבה. כי אין בהם הנחיה מהותית באשר לתחום פרישתה של החסינות המהותית. כך באשר ל"מיתחם הסיכון הטבעי" (מהם ממדיו של אותו סיכון? מה ראוי שיהיה מיתחם הסיכון?), וכך באשר למיבחן ה"זיקה המהותית" ולמיבחן ה"רלוונטיות" (באיזה "מרחק" תתפוגג ותיעלם הזיקה המהותית או הרלוונטיות?).

10. למיבחנים אלה ניתן להוסיף מיבחן נוסף, מיבחן ציורי-משהו, ואפשר יהיה בו באותו מיבחן כדי להוסיף צבע לבחינתה של הסוגיה. כפי שהעירה נבות (שם, 93; חברי אף הביא מן הדברים בפיסקה 13 לחוות דעתו), סביב פעילותו הלגיטימית של חבר הכנסת במילוי תפקידו "יש להניח קיומו של 'מעגל' אשר רק הפעילות [הבלתי

לגיטימית] שתסווג למסגרתו תזכה להגנה". למטאפורה זו של מעגל ומעטפת נדרשתי במקום אחר לעת שביקשתי לזהות תחומיו של הסדר שלילי המקיף הסדר שנקבע בחוק (ראו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, בייחוד 389 ואילך), ולענייננו עתה נוכל לדמות את פעילותו הלגיטימית של חבר הכנסת למרכז כבידה ואת פעילותו הבלתי-לגיטימית כפעילות שמעבר לאותו מרכז כבידה. פעילות בלתי-לגיטימית הבאה בגידרי החסינות המהותית תיִדְמָה בעינינו ללוויין המקיף אותו מרכז כבידה: נמשך הוא אל מרכז הכבידה, מקיף הוא את מרכז הכבידה, אך אין הוא מצוי בתוכו של מרכז הכבידה. ומתוך שהלוויין מצוי בתחומה של הכבידה נהנית הפעילות שהוא מייצג מחסינות מהותית. תחום זה שהלוויין ינוע בו הוא תחום "הזיקה המהותית", "מיתחם הסיכון הטבעי" ותחום ה"רלוונטיות". פעילויות שהלוויין מייצג, פעילויות "קרובות" הן למרכז הכבידה כדי-כך שמוצדק לְהַנֹת אותן בחסינות. ואילו פעילויות שאין זה מוצדק לְהַנֹת אותן בחסינות, תיראנה בעינינו כפעילויות שניתקו עצמן מכוח הכבידה וממילא אין הן נהנות מחסינות. ועל חבר כנסת שעשה מעשים שאינם בתחום הכבידה ייאמר כי היה כאחד האדם. אינני סובר כי מיבחן נוסף זה מיבחן מכריע הוא - כמיבחנים האחרים אף מיבחן זה אינו יוצר אלא מיסגרת-מחשבה - ולא נתכוונתי אלא להוסיף צבע למיבחנים הנורמטיביים האחרים.

המשנה לנשיא

השופט א' ריבלין:

מסכים אני לדעת חברי הנשיא א' ברק ולדעת חברי המשנה-לנשיא מ' חשין, כי אין עומדת לו, לחבר הכנסת גורולובסקי, חסינות עניינית כהוראת סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951, וכי ראוי היה להסיר את חסינותו הדיונית, כהוראת סעיף 4 לחוק.

אשר לחסינות העניינית, הלכה פסוקה היא כי המבחן המשמש את השאלה אם מעשהו של חבר הכנסת בוצע "במילוי תפקידו" או "למען מילוי תפקידו" כחבר כנסת, הוא מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" (או מבחן "הסיכון המקצועי"), כפי שנקבע בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661. באותה פרשה נפסק מפני הנשיא (אז השופט) א' ברק כי פעולה של חברי כנסת שיש בה משום גלישה לביצוע בלתי ראוי ובלתי חוקי של תפקידו תזכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים שבהם הפעולה נופלת לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטיבה ומטבעה.

גישה זו, כך נפסק, מבטיחה כי החסינות העניינית לא תשמש היתר לניצול תפקידו של חבר הכנסת לרעה. כחברי הנשיא והמשנה-לנשיא, גם אני סבור כי הצבעתו הכפולה של חבר הכנסת גורולובסקי, על-פי המתואר בטיוטת כתב האישום, אינה נופלת לגדר החסינות העניינית. כחברי הנשיא אני מגיע למסקנה זו על-פי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", המקובל גם עלי.

אשר לחסינות הדיונית – זו חסינות הניתנת לנטילה בהחלטת הכנסת, לפי הצעת ועדת הכנסת. לועדת הכנסת נתון שיקול דעת באשר להמלצתה. סמכותה של ועדת הכנסת מוגבלת, בהפעלת שיקול הדעת האמור, לבחינת השאלה האם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת, מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות. מתחם זה של שיקול הדעת נועד לענות על התכלית שלשמה נועדה החסינות הדיונית, לאמור – למנוע התנכלות לחבר הכנסת על-ידי הרשות המבצעת ולהגן על הכנסת מפני הטרדה הנובעת מטעמיה הפסולים של אותה רשות. גם בעניין זה אין הצדקה לסטות מן ההלכה שנקבעה בפרשת פנחסי. כפי שמציין חברי הנשיא, דבר לא השתנה מאז נפסקה פרשת פנחסי, במציאות המוסדית, החברתית, או הנורמטיבית הנוגעת לכללי החסינות הדיונית או ההעמדה לדין.

שימוש באמת המידה האמורה היה מחייב את ועדת הכנסת להגיע לכלל מסקנה כי לא נפל, בפרשה שבפנינו, כל פגם בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בהחלטתו להגיש כתב אישום כנגד חבר הכנסת גורולובסקי.

אשר להיקף הביקורת השיפוטית על החלטתה של ועדת הכנסת – זו עשויה להשתנות על-פי העניין. כאשר החלטתה של הכנסת או של ועדה מועדונית היא בעלת אופי מעין-שיפוטי, לא נופל היקף הביקורת השיפוטית עליה מהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות שיפוטיות של כל רשות שלטונית אחרת.

התוצאה היא כי גם אני סבור שיש לעשות את הצו-על-תנאי – למוחלט בדרך המוצעת על-ידי הנשיא.

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, הנשיא ברק. כך הוא באשר לאמות המידה שקבע לענין החסינות העניינית; כך הוא לענין החסינות הדיונית והוא הדין באשר ליישומם של המבחנים האמורים לנסיבות העובדתיות של המקרה שלפנינו.

2. שלושת המבחנים שהוצבו בהלכה הפסוקה לענין תחולתה של החסינות העניינית משיקים ונבלעים זה בזה במובנים רבים: "מיתחם הסיכון הטבעי" שטבע הנשיא מתמקד בפעולה אסורה של חבר כנסת המתבצעת אגב "גלישה" בלתי מתוכננת מראש בשוליה של פעולה מותרת וטבעית המתבצעת במסגרת מילוי תפקידו של חבר הכנסת. המדובר בביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית הנעשית בגדר תפקידו של חבר הכנסת כאשר הפעולה האסורה כרוכה מבחינה עניינית בביצוע התפקיד עד כדי היותה חלק מהסיכון הטבעי הנכרך בצוועו.

מבחן "הרלבנטיות" מניח את הדגש על קיומו של קשר ענייני בין המעשה האסור לבין מילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד וחשיבותו של קשר זה להגנה על התהליך הדמוקרטי. מבחן זה מחייב קשר של זיקה סבירה בין המעשה האסור לבין ביצוע תפקידו של חבר כנסת.

המבחן השלישי המדבר ב"זיקה המהותית" מניח את הדגש על היותו של המעשה האסור עבירה המתבצעת כענין נגרר או מישני לפעילות העיקרית הלגיטימית של חבר הכנסת. מעשה פסול העומד לעצמו ואינו נגרר כאמור לא יעניק חסינות עניינית.

3. יש גרעין משותף לשלושת המבחנים האמורים, ואין פלא כי יישומם על מערכת עובדות נתונה הביאה הן בעבר ומביאה גם במקרה זה לתוצאות זהות.

4. יחד עם זאת, אין חפיפה מוחלטת בין המבחנים האמורים, ותכנה בעתיד נסיבות בהן החלתם החלופית עשויה להביא לתוצאות שונות. קיומם זה בצד זה עשוי, אפוא, ליצור מצב של אי בהירות מסוימת באשר למציאות המשפטית-נורמטיבית בנושא בעל חשיבות מרכזית שהוודאות לגביו חיונית.

5. מבין שלושת המבחנים האמורים נראה לי כי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" מבטא בצורה השלמה, המדויקת והמעודנת ביותר את נקודת האיזון הראויה בין הערכים הנוגדים המגבשים בהשתלבותם את תכליתה של החסינות העניינית. מבחן זה מבטא את הזיקה המדויקת בין הפעולה המותרת לפעולה האסורה של חבר הכנסת. הוא רחב מספיק כדי לכלול בתחומו את היסודות העיקריים של מבחן הרלבנטיות ומבחן הזיקה מהותית; אלא שחשיבותו היא בכך שהוא מוסיף מימד נוסף ומיוחד למבחנים אלה בהדגישו, מעבר לרלבנטיות ולזיקתה המהותית של הפעולה האסורה לפעולה המותרת, גם את האופן והדרך שבהם הפעולה האסורה, נשוא החסינות העניינית, מתבצעת, קרי: גלישה בלתי מתוכננת לביצוע מעשה בלתי ראוי ובלתי חוקי, אגב ביצוע התפקיד כדין, כאשר יש זיקה עניינית הדוקה ביניהם, וכאשר המעשה האסור הוא בבחינת סיכון טבעי הנלווה לביצוע התפקיד כדין. אופן ההתרחשות של המעשה האסור ביחסו לביצוע כדין של התפקיד הוא המימד המיוחד מבחן זה, המשלב בתוכו גם את גרעינם של המבחנים האחרים. אני מציעה, אפוא, לאמץ מבחן זה כמבטא את תמצית תכליתה של החסינות העניינית של חברי הכנסת.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

תפקידו של חבר הכנסת אינו כולל הרשאה לבצע עבירות, ומבחינה זו דינו ככל האדם. עם זאת, מתוך הכרה בצורך להבטיח לחבר הכנסת חופש פעולה לביצוע תפקידו ללא מורא, נדרש היה ליצור כלים שאף שלא יהיה בהם כדי להכשיר את המעשה האסור שביצע חבר הכנסת, תהיה מניעה מלבוא עמו חשבון במישור הפלילי או האזרחי. כזהו סעיף 1 לחוק החסינות הפוטר את חבר הכנסת מאחריות פלילית או אזרחית, בשל מעשה שעשה (לרבות הצבעה), בכנסת או מחוצה לה, ובלבד שאותו מעשה נעשה במילוי תפקידו או למען תפקידו כחבר-כנסת. זוהי החסינות המהותית ממנה נהנה חבר הכנסת, והיא שמורה לו מקום שמתקיימת זיקה הדוקה בין המעשה האסור למילוי התפקיד, ולהיפך, החסינות המהותית לא תעמוד לחבר הכנסת, כאשר הוא חוטא במעשה עבירה העומד בפני עצמו, ואשר לא התחייב לא כמעשה משני ולא כתוצאה נגזרת למטרת התפקיד.

ובאשר לעניינה של העתירה שבפנינו – ההצבעה הכפולה של משיב 4, אין לה דבר וחצי דבר עם הצורך להבטיח את חופש הפעולה של חבר הכנסת. נהפוך הוא, מעשה שכזה לא זו בלבד שאסור הוא בתכלית, אלא אף כרוכה בו פגיעה באופייה

הדמוקרטי-ייעוצי של שיטת הממשל בישראל. מכאן דעתי שהחסינות המהותית לא עומדת למשיב 4, ובאשר להיקף הביקורת על החלטתה של משיבה 1, מקובלת עלי דעתו של הנשיא, כפי שמקובלת עלי התוצאה אליה הגיע.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

1. מסכימה אני עם חוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק ועם התוצאה אליה הגיע במקרה דנן, הן לעניין אי-תחולתה של החסינות העניינית והן לעניין אופן הפעלת שיקול הדעת של ועדת הכנסת לעניינה של החסינות הדיונית.

כיוון שמקובלת עלי עמדתו העקרונית של חברי הנשיא הן בשאלת היקפה של החסינות העניינית והן בשאלת אופיו של שיקול הדעת המסור לוועדת הכנסת בהליך הסרת החסינות הדיונית, איני רואה להוסיף על נימוקיו המפורטים והמקיפים. עם זאת, נוכח הערתו של חברי, המישנה לנשיא מ' חשין, ראיתי להבהיר בקצרה את עמדתי ביחס למבחנים (או אמות המידה) לקביעת גבולותיה של החסינות המהותית.

2. המבחן המוצע כיום בחוות דעתו של הנשיא, מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" או "מתחם הסיכון המקצועי", זכה אמנם בתמיכת הרוב בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661; אולם, לצדו של מבחן זה המשיכו להתקיים שני המבחנים האחרים שהציעו באותה פרשה הנשיא מ' שמגר והשופט א' גולדברג. כעת מתעוררת לפנינו השאלה האם יש מקום להעדיף מבחן אחד על פני האחר, או שמא עדיף להשאיר את הגדרת גבולותיה של החסינות על פי מספר מבחני משנה ולהשאיר לענין זה רקמה פתוחה של אפשרויות אשר ייבחנו מענין לענין על-פי דרך יישומן. חברי המישנה לנשיא סבור שאין להעדיף מבחן אחד על פני האחר, תוך שהוא מדגיש כי במקרים רבים ממילא תהיה התוצאה על פי כל אחד מהמבחנים זהה. כן סבור הוא כי אף אחד מהמבחנים אינו מספק "הנחיה מהותית באשר לתחום פריסתה של החסינות המהותית" (כלשונו בפסקה 9 לחוות דעתו). לשיטתו, אין אלה אלא זוויות ראייה שונות של אותה תמונה, ולכן דרכיהם של שלושת המבחנים מצטלבות ביניהן ומוסיפות בכך למימד העומק.

אמת, אין חולק כי לשלושת המבחנים מספר מאפייני יסוד משותפים (ראו פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא; וכן ס' נבות "חסינותו של חבר כנסת בגין הבעת

דעה ומעשה במילוי תפקיד' - מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט ד (תשנ"ט) 61, 75-78). נראה שאין גם חולק כי אף אחד מן המבחנים הללו אינו יכול ליתן מבחן ממצה וכי כל אחד ממבחנים אלה מותר מתחם של שיקול דעת אשר תלוי באופן יישומו. מטעם זה אף יכול וניתן להגיע לתוצאות שונות אף אם ייושם אותו מבחן בידי שופטים שונים, ובהחלט ייתכנו מקרים בהם כל שלושת המבחנים יביאו לאותה תוצאה (כפי שאכן עולה מניסיון העבר). עם זאת, הנני בדעה כי השוני בין המבחנים אינו שאלה של אופן היישום בלבד ואף מתקשה אני לקבל את התיזה התומכת בקיום המבחנים כולם כאחד. בעניין זה עמדתי היא כעמדת הנשיא, לפיה הגיע העת שבית משפט זה יאמץ מבחן אחד לתחימת גבולותיה של החסינות המהותית. רואה אני חשיבות בכך שבסוגיה רגישה וחשובה זו יוציא בית משפט זה תחת ידו אמת מידה אחידה וברורה ככל האפשר. ולשאלה הנשאלת, מה יתרונו של המבחן שהוצע על ידי הנשיא על פני המבחנים האחרים, התשובה היא כי על אף קרבתם הלכאורית של כל המבחנים, ניתן להצביע על היתרון שיש למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" על פני המבחנים שהציעו הנשיא שמגר והשופט גולדברג.

חברי הנשיא עמד בהרחבה בחוות דעתו על שלושת המבחנים הללו, על דוגמאות ליישומם וכן על טעמיו להעדפת מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" (ראו פס' 19-28 לחוות דעתו). הדברים האמורים שם מקובלים עליי. אוסיף רק בתכלית הקיצור כי לדעתי, מבחנו של הנשיא שמגר מבחן "המהותיות" אמנם קרוב בעיקרו למבחן "מתחם הסיכון הטבעי", אך דומה שהוא אינו מתוחם די הצורך, ולכן אינו מספק אמות מידה ברורות ומספיקות ליישומו; ואילו מבחנו של השופט גולדברג מרחיב לטעמי במידה ניכרת את היקפה של החסינות המהותית ככל שמדובר ב"הבעת דעה", מנגד הוא מצומצם ביחס למעשים; על כך יש להוסיף שההבחנה בין "הבעת דעה" לבין "מעשה שאינו בגדר הבעת דעה" אינה תמיד פשוטה. לפיכך, סבורה אני כי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" הוא המבחן המגשים באופן המיטבי את האיזון הראוי בין התכליות השונות העומדות בבסיסו של מוסד החסינות העניינית. מבחן זה מספק, באופן יחסי, את אמת המידה הברורה ביותר לתחימת היקפה של החסינות העניינית, שכן מצמצם הוא אותה לליבה של התפקיד הפרלמנטרי הלגיטימי של חבר הכנסת ולשוליים אליהם עלול הוא להיגרר במסגרת מילוי תפקידו. אוסיף עוד כי מטבע הדברים אם יתעורר צורך בכך, מותר המתווה המוצע במבחנו של הנשיא מקום לפתח אותו על דרך יישומו ממקרה למקרה.

אשר על כן, מצטרפת אני בהסכמה לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק, ולתוצאה אליה הגיע.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ד באדר א' התשס"ה (23.2.2005).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת