

חסינותו של חבר כנסת בגין "הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד" — מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון

(בעקבות בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל¹
ובג"צ 5151,6157/95 כהן נ' י"מ²)

ד"ר סוזי נבות *

א. פתח דבר

לאחרונה התייחס בית המשפט העליון בשני מקרים להיקף החסינות המוענקת לחבר כנסת בגין מעשה או הבעת דעה במילוי תפקיד.

בעניין פנחסי נידון כתב אישום נגד חבר הכנסת פנחסי המייחס לו בין היתר עבירות של רישום כוזב במסמכי תאגיד וניסיון לקבלת דבר במרמה. על פי כתב האישום ביקש היועץ המשפטי להסיר את חסינותו הדיונית של חבר הכנסת פנחסי. הכנסת החליטה להסיר את חסינותו ועל הליך ההסרה הגיש חבר הכנסת פנחסי עתירה לבג"צ. חבר הכנסת פנחסי טען בין היתר כי המעשים המיוחסים לו נעשו במילוי תפקיד. בעניין זה קבעו שופטי בג"צ שלושה מבחנים שונים לבחינת השאלה מתי מעשה נתון של חבר כנסת ייחשב "במילוי תפקיד".

בפסק הדין השני בעניין כהן נידון דבר גילוי תוכנו של מסמך צה"ל, שסווג "סודי ביותר", על ידי חבר הכנסת נתניהו, אז יושב ראש האופוזיציה, מעל דוכן הנואמים בכנסת. בפסק דין זה יישם בג"צ את שלושת המבחנים שנקבעו בעניין פנחסי ובחן האם נהנה חבר הכנסת נתניהו מחסינות בגין גילוי תוכנו של המסמך בשל היות הגילוי "מעשה או הבעת דעה במילוי תפקיד".

מסגרתה הנורמטיבית של החסינות במילוי תפקיד קבועה בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א — 1951³, הקובע בסעיף 1:

* ד"ר נבות היא מרצה במסלול האקדמי של המכללה למינהל. את עבודת הדוקטורט כתבה על נושא החסינות העניינית של חברי הכנסת.

1 בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (להלן: עניין פנחסי).

2 בג"צ 5151,6157/95 כהן נ' י"מ, פ"ד מט(5) 245 (להלן: עניין כהן).

3 להלן: "חוק החסינות".

- 1" (א) חבר כנסת לא יישא 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 כנסת.
- (ב) חבר כנסת אינו חייב להגיד בעדות דבר שנודע לו עקב מילוי תפקידו כחבר כנסת.
- (ג) חסינותו של חבר כנסת לפי סעיף זה תעמוד לו גם לאחר שחדל מהיות חבר כנסת".

חסינות זו, המכונה לעתים חסינות "מהותית", "עניינית" או "מקצועית", אינה ניתנת להסרה (סעיף 13(א) לחוק) והיא עומדת לחבר הכנסת גם לאחר שחדל להיות חבר כנסת. מטרת הרשימה היא להציג את המבחנים שנקבעו על ידי בית המשפט לבחינת היקפה של החסינות במילוי תפקיד תוך ניסיון להתמקד בשוני הקיים ביניהם. לשלושת המבחנים הנחות יסוד זהות אולם מאפיינים שונים. בהמשך נראה כי יישומם של המבחנים על אירוע נתון יוביל לתוצאות משפטיות שונות מבחינת תחולתה של החסינות בכל הנוגע לאותו מעשה.

כן נטען כי לשם בחינת השאלה מתי מעשה של חבר כנסת הוא "במילוי תפקיד", הפעיל בית המשפט קריטריונים השאובים מסוגיית האחריות השילונית בריני הנזיקין והשווה את המינוח "מעשה במילוי תפקיד" ל"מעשה תוך כדי עבודתו" של עובד לענין אחריות המעביד לעוולה שביצע עובדו.

עוד נטען כי חלק מהמבחנים מבוססים על בחינת מצבו הנפשי של חבר הכנסת. לא מצאנו במחקר ההשוואתי שימוש במבחן מעין זה למרות קיומן של תכליות דומות בחסינות הפרלמנטרית בעולם המודרני.

נציג את הקשיים הצפויים מהפעלתם של המבחנים על הפעילות הפרלמנטרית ונציע לבחון את סוגיית החסינות במילוי תפקיד בשיטה פרשנית שונה.

לשיטתנו בחינת מסגרות החסינות מחייבת דיון בשני מישורים או מעגלים שונים: מעגל ראשון על פיו ראוי לבחון תחילה את "היקפה" של החסינות (coverage), ומעגל שני הבוחן את "מידת ההגנה" (protection) המוענקת לחבר כנסת במסגרת החסינות. רק לאחר שייקבע מהו היקף העניינים הנכנסים לגדרו של המעגל הראשון ואילו עניינים מוצאים ממנו רק אז ניתן להתמקד במעגל השני העוסק בבחירת מבחן איוון ראוי בין תכליות החסינות השונות.

בחינה מצטברת בשני המישורים תניב לדעתנו תוצאה ראויה באשר להיקפה של החסינות המקצועית המתייחסת לכלל השאלות והשיקולים המתעוררים בהקשרה.

ב. פרשת פנחסי

1. עיקרי העובדות

במקרה זה ביקש היועץ המשפטי לממשלה דאז, יוסף חריש, להסיר את חסינותו של חבר הכנסת פנחסי. לבקשתו שהוגשה ליושב ראש הכנסת צורף כתב אישום שהתייחס למערכת הבחירות לכנסת ה-12 וייחס לחבר הכנסת פנחסי בין היתר עבירות של רישום כוזב במסמכי תאגיד, ניסיון לקבל דבר במרמה וקשירת קשר לביצוע פשע.

ועדת הכנסת דנה בבקשתו של היועץ המשפטי והחליטה ביום 16.3.93 להציע לכנסת להסיר את חסינותו של חבר הכנסת פנחסי (חסינותו ה"דיונית"). הדיון במליאה בנושא הסרת החסינות נקבע למחרת היום. הכנסת קיימה ביום 17.3.93 דיון והחליטה להסיר את חסינותו של חבר הכנסת פנחסי.

כנגד ההחלטות של ועדת הכנסת ומליאת הכנסת הגיש חבר הכנסת פנחסי עתירה לבג"צ. במסגרת העתירה טען חבר הכנסת פנחסי כי הכנסת לא הייתה מוסמכת ליטול ממנו את חסינותו שכן הוא נהנה לעניין המעשים המיוחסים לו בכתב האישום מחסינות "מהותית". חסינות זו כאמור לעיל אינה ניתנת להסרה.

עוד טען חבר הכנסת פנחסי כי בהחלטות ועדת הכנסת ומליאת הכנסת נפלו פגמים. הן פגמים מהותיים המביאים לבטלות ההחלטות והן פגמים דיוניים אשר גם בהם יש כדי לגרום לבטלות ההחלטות.

בפסק הדין⁴ שניתן ביום 18.7.93 על ידי בג"צ נדחתה פה אחד הטענה על פיה המעשים המיוחסים לו נעשו במילוי תפקידו. בהרכב ישבו חמישה שופטים: נשיא בית המשפט העליון השופט שמגר, המשנה לנשיא השופט ברק, והשופטים ד' לוין, ש' לוין וגולדברג. באשר לטענות הפגמים קיבל בית המשפט הגבוה לצדק ברוב דעות (כנגד דעתם החולקת של הנשיא ושל השופט גולדברג) את אחת מטענותיו של חבר הכנסת פנחסי שעל פיה החומר שהונח על שולחן מליאת הכנסת ביום ההצבעה על הסרת חסינותו לא היה מספק⁵.

לפיכך פסק בג"צ עוד ביום 18.7.93 כי החלטת מליאת הכנסת בדבר נטילת

4 בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492.

5 שם, בע' 495. לעניין זה פסקו שופטי הרוב כי:

"מן המפורסמות היא כי הליך נטילת החסינות הוא הליך 'מעין שיפוטי' שבו פועלת הכנסת כמעין בית משפט. בהליך כגון זה חייב כל גוף מעין שיפוטי – לרבות הכנסת – לקיים תנאים מינימליים של דיון הוגן. תנאים אלה לא התקיימו בענייננו. מקובל עלינו שלאור אופיה המיוחד של הכנסת אין לקיים לגביה את מלוא הדרישות הדיוניות הקיימות בגוף מעין שיפוטי... אך קיים מינימום הכרחי שבלעדיו לא נעשה צדק ולא נראה שנעשה צדק. מינימום זה כולל, בין השאר, הצגת כתב אישום... מתן הזדמנות נאותה לעיין בפרוטוקולים של ועדת הכנסת, אשר דיוניה צריכים להדריך את חברי הכנסת במליאה; מינימום זה כולל... גם מתן הזדמנות נאותה לעיין בפרוטוקולים של מליאת

חסינותו של חבר הכנסת פנחסי בטלה בשל היעדר תשתית עובדתית מינימלית. לשם תיקון הפגם קבע בג"צ כי על מליאת הכנסת לקיים דיון מחודש והצבעה חוזרת על הסרת החסינות של חבר הכנסת פנחסי.

בשאלת החסינות העניינית כאמור לא נחלקו השופטים בדעותיהם ונקבע פה אחד כי המעשים המיוחסים לחבר הכנסת פנחסי בכתב האישום, אם יוכחו כנדרש בהליך פלילי, לא נעשו במילוי תפקידו. הנימוקים לקביעה זו ניתנו ביום 17.1.95 ובמסגרת פסק דין זה נכללים מבחני החסינות העניינית.

2. מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" של המשנה לנשיא ברק

המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז) קובע כי החסינות העניינית, כפי ששמה מעיד עליה, דורשת קשר ענייני בין הפעולה האסורה של חבר הכנסת לבין תפקידו. אין די בקשר של "זמן" בלבד. חוק החסינות אינו מעניק חסינות לחבר כנסת בגין כל פעולה שבוצעה בזמן היותו חבר כנסת אלא דורש בו זמנית שהפעולה האסורה תבוצע בעת היותו של הפועל חבר כנסת וכן שזו תהא "במילוי תפקיד או למען מילוי תפקיד".

נקודת המוצא של השופט ברק הנה כי חוק החסינות אינו מניח כי תפקידו של חבר כנסת כולל פעולות אסורות. דהיינו תפקידו של חבר כנסת משתרע על פעולות חוקיות בלבד. כדבריו:

"הנחתו של חוק החסינות הנה כי תפקידו של חבר הכנסת הוא בביצוע פעולות מותרות בלבד. עם זאת, החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה, לבין התפקיד של חבר הכנסת קיימת זיקה העושה את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במילוי התפקיד או למענו"⁶.

על מהות הקשר או "הזיקה" הנדרשת בין המעשה האסור לבין תפקידו של חבר כנסת יש ללמוד מהתכליות המונחות ביסוד החסינות העניינית:

"לדיבור 'במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו' יש ליתן את המשמעות אשר תגשים את תכליתו. תכלית זו הנה איזון ראוי בין הצורך להבטיח את עצמאותו וחופש פעולתו של חבר הכנסת ובכך גם את פעולתה התקינה של

הכנסת, באופן שחבר כנסת שלא היה נוכח בכל מהלך הדיונים, תהא לו הזדמנות לעיין בדברי חבריו.

דרישות מינימליות אלה לא קימו ובכך נפגעה זכותו היסודית של העותר לדיון מעין שיפוטי הוגן".

6 ראו עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 677.

הכנסת והדמוקרטיה הישראלית, תוך פגיעה מועטה ככל האפשר בשלטון החוק ובשוויון הכל בפני החוק, כפי שמתבקש במדינה דמוקרטית"⁷.

בהתייחסו למבחן האיוון על פיו ייקבע אם הפעולות והמעשים ייכללו בגדרו של "התפקיד" של חבר כנסת, אומר השופט ברק:

"תפקידו של חבר כנסת משתרע על פעולות מותרות בלבד. עם זאת, פעולות מותרות אלה יוצרות מטבען אפשרויות של גלישה לביצוען הבלתי ראוי והבלתי חוקי. גלישה זו תזכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים בהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת למתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה וטיבה"⁸ (ההדגשה שלנו — ג.ס.).

משמעו של מבחן "מתחם הסיכון" הוא כי:

"חסינות זו מוענקת לו לעניין כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של חבר הכנסת ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה בה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי לו נתון כל חבר כנסת"⁹.

השופטים דב לוין ושלמה לוין הצטרפו לחוות דעתו של השופט ברק. השיטתו של השופט ברק פעולה אסורה תהא חסינה אם היא נופלת "במסגרת הסיכון הטבעי" שיוצר תפקידו של חבר הכנסת. מתחם "הסיכון הטבעי" מתייחס לאותן פעולות אשר ניתן לראות בהן "אופן ביצוע בלתי נאות" של פעולה חוקית¹⁰. מבחן הביצוע הבלתי נאות משמש מבחן משפטי לבחינת הקשר בין פעולה אסורה לבין תפקיד מותר בהקשרים רבים¹¹. השופט ברק מפנה לשם השוואה לסוגיית האחריות השילוחית של מעביד לעוולה שביצע עובדו¹².

(1) על הקשר בין "מעשה תוך כדי עבודתו" של עובד לבין "מעשה במילוי תפקיד" של חבר כנסת

פקודת הנזיקין קובעת כי המעביד יהא אחראי לעוולת עובדו אם העובד עשה את המעשה "תוך כדי עבודתו".

מהי הזיקה הנדרשת בין העבודה שהעובד הוסמך לבצעה לבין הפעולה שהוא

7 שם, בע' 684–685.

8 שם, בע' 685.

9 שם, בע' 686.

10 שם, שם.

11 שם, בע' 677.

12 ראו סעיף 13(א)(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח — 1968 (להלן: "פקודת הנזיקין").

ביצע בפועל, על מנת שיחוב בגינה המעביד? התשובה היא כי הפעולה שבוצעה בפועל צריכה להיות "אופן ביצוע בלתי נאות" של הפעולה המוסמכת¹³. פקודת הנזיקין קובעת בסעיף 13(ב):

"13(ב): רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לעניין המעביד" (ההדגשה שלנו – ג.ס.).

בספרו על חוק השליחות¹⁴ התייחס פרופ' ברק לקשר בין שתי הסוגיות, זו של אחריות שילוחית בנזיקין וזו של חסינות עניינית. המדובר לדבריו ב"בעיה דומה". בדיני הנזיקין תנאי לאחריות המעביד בגין עוולה שביצע העובד הוא כאמור כי העובד ביצע עוולה "תוך כדי העבודה" (in the course of employment)¹⁵. תנאי זה מחייב בדיקה כפולה:

ראשית – מהי העבודה של העובד. בדיקה זו קובעת את תחום התפקידים המותרים – המוטלים על העובד.

שנית – אם העוולה בוצעה תוך כדי עבודה. עניינה של הבדיקה השנייה היא במציאת המבחן לפיו ייקבע כי המעשה האסור שביצע העובד הנו בתחום התפקידים המותרים. כאן נוקה הפסיקה בנזיקין בעקבות ההלכה באנגליה למבחן ה"ביצוע הבלתי נאות". קרי: על מנת להטיל אחריות שילוחית יש לבחון האם מעשיו האסורים של העובד הם אופן בלתי נאות לביצוע פעולה מותרת¹⁶.

לפנינו אם כן שתי סוגיות ובהן הנחת יסוד זהה: הפעולה המוסמכת היא פעולה מותרת ואילו הפעולה שבוצעה היא פעולה אסורה. אין לדבר על חפיפה בין שתי הפעולות¹⁷. בדיני הנזיקין הפעולה האסורה של עובד תקים אחריות שילוחית למעביד אם היא בגדר "ביצוע בלתי נאות" של הפעולה המוסמכת.

ב"דיני החסינות" הפעולה האסורה של חבר כנסת תהא חסינה אם היא תיחשב "ביצוע בלתי נאות" של תפקידו כחבר כנסת.

13 ע"א 338/60 מ"י ג' מדר, פ"ד טו 1569 (להלן: עניין מדר); כן ראו ג' טדסקי (עורך), דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (1969) 455; א' ברק חוק השליחות (1996), כך (א) 443.

14 ברק, שם, בע' 444.

15 טדסקי, לעיל הערה 13, בע' 451.

16 לעניין זה אומר מ"מ הנשיא השופט אגרנט בעניין מדר, לעיל הערה 13, בע' 1580: "המעביד ישא באחריות גם למעשים שלא הסמיך את משמשו לעשותם, ובלבד שהמעשה הנידון היה כה קשור אל התפקיד... עד כדי שיש לראותו אך ורק כ'אופן ביצוע' של אותו תפקיד, הגם אופן ביצוע 'בלתי נאות'...".

17 ברק, לעיל הערה 13, בע' 444 הערה 68. פרופ' ברק מתייחס כאמור לסוגיית האחריות השילוחית והחסינות העניינית בלשון "בעיה דומה". השוו גם לדבריו בעניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 677.

נדגיש כי המונח "תוך כדי עבודתו" בדיני הנזיקין מבוסס על תכליות שונות מאלה העומדות בבסיסה של החסינות העניינית. עקרון האחראיות השילוחית סומך על מערכת ערכים ותחום אינטרסים שבמסגרתם נראה כי ראוי להטיל על המעביד "סיכון" משפטי המוצדק בשיקולים מיוחדים¹⁸. השופט ברק בעניין פנחסי מתייחס במפורש לתכלית המונחת ביסוד האחראיות השילוחית:

"זיקה זו – המבוססת בנוסחה 'עשה את המעשה תוך כדי עבודתו' – נקבעת על רקע התכלית המונחת ביסוד האחראיות השילוחית של המעביד לעזרת העובד (שעניינה, בין השאר 'פיזור הנזק') ... על-כן מטבעות לשון דומות... עשויות לקבל משמעות שונה, אם התכלית המונחת ביסוד ההוראות היא שונה"¹⁹.

אולם נראה כי למרות השוני הבסיסי בין תכליות דיני הנזיקין והחסינות הפרלמנטרית, המבחן ששימש את השופט ברק להגדרת הפעולה האסורה החורגת מתחום החסינות העניינית דומה במהותו למבחן המופעל בדיני הנזיקין. נציג להלן את המאפיינים של מבחן ה"סיכון הטבעי" על פיו תיקבע החסינות העניינית של חבר כנסת כפי שהם עולים מחוות דעתו של השופט ברק. כן נשווה בין מאפיינים אלה למאפייני האחראיות השילוחית.

(א) הוצאתן של עבירות מתוך מחשבה פלילית אל מחוץ לתחום החסינות מבחן הביצוע הבלתי נאות מוציא מגדר החסינות העניינית מעשים או ביטויים הנעשים מתוך מחשבה פלילית²⁰.

בדיני הנזיקין אם ביצע העובד את תפקידו באורח רשלני תחול על מעבידו אחראיות שילוחית לתוצאת מעשהו של העובד²¹.

ממכלול הדוגמאות המובאות בחוות דעתו של השופט ברק בעניין פנחסי עולה כי בדומה למבחן המופעל על האחראיות השילוחית בנזיקין, החסינות העניינית תעמוד לחבר כנסת שבמסגרת מילוי תפקידו כדין התרשל במעשיו או בדבריו ותוך כדי כך עבר עבירה:

18 ד' פרידמן "דין הנהג ברשות שלא ברשות" הפרקליט לח (1988–89) 537. כן ראו: A.O. Sykes "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" 101 *Harvard L.Rev.* (1988) 563. P.S. Atiya *Atiya's Accidents, Compensation and the Law* (London, 5th ed., 1993) 188–189.

19 עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 677–678. שם, בע' 689. אם כי לדבריו של השופט ברק "עשויות להיות פעולות של חבר כנסת הנעשות מתוך מחשבה פלילית, והן בכל זאת נופלות לגדר החסינות העניינית".

21 עניין מדר, לעיל הערה 13, בע' 1581.

"... תוך כדי דבריו (של חבר כנסת — ס.ג.) הוא אינו נזהר בלשונו, וברשלנותו מוסר 'ידיעה' סודית..."²².

"... בלהט הויכוח הוא אומר דברים שהם בגדר זילות דין..."

"... הוא הדין אם תגובתו הספונטאנית היא מחוץ לכנסת..."

"... בלהט הפעילות, ממשיך חבר הכנסת להשתתף בהפגנה שהפכה לאסורה..."²³.

"... חבר כנסת הנואם בענייני חברה עשוי להיקלע לעתים למצב דברים שבו דבריו יעוררו 'מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין'..."²⁴.

החסינות העניינית תעמוד לחבר כנסת מקום שהפעולה שבוצעה היא פעולה בלתי חוקית אשר נעשתה ברשלנות בהיעדר מחשבה פלילית. בכך קובע השופט ברק "כלל" על פיו: מעשים רשלניים הנם בגדר אופן הביצוע של התפקיד. בנקודה זו ישנה זהות מוחלטת בין המבחן המרצע לבחינת תחולתה של החסינות לבין המבחן מתחום דיני הנוזיקין לקביעת האחריות השילוחית.

(ב) החריג: עבירות מתוך מחשבה פלילית — אימתי ייהנו מחסינות בדיני הנוזיקין נקבעו חריגים לכלל הרשלנות וישנם מקרים בהם המעביד יחויב אף על מעשה עוולה "מכוון" של העובד²⁵. על פי גישה זו:

"Under modern theories of allocation of the risk of the servant's misbehavior, however, it has been recognized that even intentional torts may be so reasonable connected with the employment as to be within its 'scope', and the present tendency is to extend the employer's responsibility for such conduct"²⁶.

נדגיש כי יש קושי רב לקבוע מבחן ברור באשר לשאלה מתי ייחשב "המעשה המכוון" של העובד כמקום אחריות שילוחית למעביד²⁷. בכל מקרה ברור כי המדובר בתריג לכלל. לשם בחינת "המעשה המכוון" של העובד קבעה הפסיקה "מבחני עזר" שבחנו את מהות "הסטייה" מהתפקיד המקורי של העובד²⁸. בין מבחנים אלה

22 עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 688.

23 שם, בע' 688–689.

24 שם, בע' 687.

25 דיון נרחב בסוגיה זו חורג ממסגרת הרשימה. עם זאת נציין כי על פי פקודת הנוזיקין האחריות השילוחית קיימת גם במקרה שהעובד ביצע עוולה "עצמאית" אם זו נעשתה לשם קידום עסקי המעביד. ראו פירוט לעניין זה אצל טרסקי, לעיל הערה 13, בע' 455–456.

26 W.L. Prosser & W.P. Keeton *On the Law of Torts* (Minn., 5th ed., 1989) 505.

27 33 T.F. Kiely *Modern Tort Liability: Recovery in the 90's* (New York, 1990) לעניין זה אומר המחבר: the application of the general principles depend upon "The legal result and the facts and circumstances of each particular case, and no single test is conclusive"

28 האבחנה בין "detour" לבין "frolic" אשר שימשה, הן בדין הישראלי והן בדין האנגלי, מבחן

הוזכר מבחן "המטרה הדומיננטית": המעביד יישא באחריות שילוחית כאשר כולט הוא לעין כי המטרה השלטת מבין שתי המטרות שעמדו לנגד עיניו של העובד בשעת מעשה הייתה זו הקשורה בשליחות שהטיל עליו מעבידו²⁹.

אשר לאפשרות הפעלת חריגים אלה על הפעולות האסורות של חבר כנסת הנעשות מתוך מחשבה פלילית, עולה מדבריו של השופט ברק כי ייתכנו מקרים בהם תגן החסינות העניינית על "מעשה מכוון ומתוך מחשבה פלילית", אולם אין ספק כי זהו "חריג"³⁰.

גם בנקודה זו רב הדמיון בין הפתרונות של שני הדינים: הכרה עקרונית בקיומו של חריג אך לא במבחן מוגדר לבחינתו.

(ג) השימוש במבחן עזר: "המעשה הכרוך"

מחזות דעתו של השופט ברק עולה כי הפעולה האסורה שתינה מחסינות עניינית תהא זו אשר היא "כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר כנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה לה..."³¹.

המושג "כרוך" מופיע בסעיף 13(ב) לפקודת הנזיקין ובו קבע המחוקק מבחן עזר לבחינת השאלה האם מעשה עוולה של עובד נעשה "תוך כדי עבודתו".

נראה לנו כי השופט ברק מיישם בפועל מבחן זה לבחינת הפעולה שנעשתה על ידי חבר כנסת. אנו למדים זאת מן השימוש החוזר במטבע הלשון "כרוך". כך למשל אומר השופט בעמוד 686:

"חסינות זו מוענקת לו לעניין פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של חבר כנסת, ובלבד שפעולה חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה לה ומהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר כנסת נתון לו".

ובעמוד 687:

"תחום החסינות העניינית בהקשר זה הוא אותו תחום של פעילות אסורה שהיא כה קרובה וכרוכה עניינית ומהותית להבעת הדעה החוקית, עד כי ניתן לומר כי היא נופלת לסיכון המקצועי של חבר כנסת כנואם וכמביע דעה" (ההדגשות שלנו – ג.ס.).

המבחן המקובל בדיני בנזיקין לבחינת הפעילות "הכרוכה" בתפקידו של עובד

לבחינת השאלה האם הפעולה שנעשתה היא לעניין המעביד או לעניין פרטי. ראו עניין מדר, לעיל הערה 13, בע' 1582.

29 שם, בע' 1584.

30 עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 689.

31 שם, בע' 686–687.

הוא מבחן "בלעדיות המטרה". לשאלה מתי לא תיחשב פעולה של עובד לפעולה "כרוכה" עונה הפסיקה כי מעשה מכון של עובד שנעשה למטרותיו שלו בלבד ולא לעניין המעביד לא יקים אחריות שילוחית³².

עם זאת נדגיש כי בדיני הנזיקין הוכרה אחריות שילוחית בגין מעשים מכונים של עובד ואפילו בגין מעשים פליליים אף אם היה בהם משום סטייה מהוראות המעביד. המדובר במקרים אשר בשעת ביצוע הפעולה האסורה היה לעובד "מניע כפול" — ביצוע פעולה פרטית וקידום עסקי המעביד³³.

אשר לחסינות העניינית עולה מפסק הדין כי פעולה אסורה של חבר כנסת למטרותיו האישיות אף אם היא נעשתה "בזמן" היותו חבר כנסת, ממילא אינה קשורה לתפקידו כחבר כנסת ועל כן אינה חסינה. לפנינו שוב פתרון דומה לשני הדינים.

בהתייחס לפעולות אסורות הקשורות לתפקידו כחבר כנסת, גישת השופט ברק מצמצמת את תחולת החסינות אף מעבר למבחנים בדיני הנזיקין. לשאלה מתי ייחשב מעשה מכון אסור של חבר כנסת כחורג ממתחם החסינות העניינית עונה השופט ברק כי המדובר באותם מקרים בהם המטרה של חבר הכנסת היא מטרה פסולה העומדת בפני עצמה. היינו, עבירה פלילית עצמאית ומתוכננת אפילו היא קשורה בתפקידו כחבר כנסת לא תיחנה מחסינות. להלן מספר דוגמאות מתוך פסק דינו של השופט ברק:

"... אם בהתנגדותו למדיניות הביטחון של הממשלה הוא עולה על דוכן העדים וקורא מתוך רשימה שהכין מראש ידיעות סודיות..."
 "... אם בהתנגדותו למינוי של שופט פלוני הוא מפרסם הודעה מוכנה מראש ובה דברים שהם בגדר זילות דין..."
 "... אם חבר הכנסת מתכנן מראש השתתפות בהפגנה בלתי חוקית..."
 "... אם בשעת תכנון הנסיעה, זמן רב לפני ביצועה, הוא מודע לקיומו של צו ומחליט להתעלם ממנו..."
 "... אסור לו לסייע לפלוני להתאבד... אסור לו לחבר הכנסת להימנע מתשלום מס..."³⁴.

32 טרסקי, לעיל הערה 13, בע' 457:

"כרגיל אין מכירים במשפט המקובל האנגלי באחריות המעביד למעשיו האסורים של העובד הנעשים מתוך מניע פרטי בלבד". ראו גם Kiely, לעיל הערה 27, בע' 33:

"However, the employer is generally not liable... when the acts complained of may be classified as intentional torts, or were otherwise committed solely for the employee's benefit".

33 טרסקי, שם, בע' 456, וכן: Prosser & Keeton, לעיל הערה 26, בע' 503–505.

34 עניין פנחס, לעיל הערה 1. הדוגמאות מופיעות בע' 688–689 לפסק הדין.

מהו החוט המקשר בין שלל הדוגמאות? מהו המבחן לפיו מוצאים המעשים והביטויים לעיל אל מחוץ לתחום החסינות העניינית של חבר כנסת? המדובר לדעתנו במאפיין של "עבירה מכוונת" שנדון לעיל — פעולה שנעשתה מתוך מודעות ואף תכנון מראש.

מחוות דעתו של השופט ברק עולה כי החסינות לא תחול על הבעת דעה או מעשה שמגבש יסודותיה של עבירה פלילית (אף אם זו עבירה שמתגבשת ללא יסוד נפשי) אם אותה עבירה נעברה כאשר חבר הכנסת היה מודע לכך שהוא עובר עבירה וממעשו או מדבריו עולה כי הוא "מנצל" את מעמדו כחבר כנסת לצורך כך.

בדיני הנזיקין נציג שאלה דומה והיא מה יהא דינו של עובד המנצל את מעמדו כעובד לביצוע מעשה פלילי? הפסיקה בתחום זה קובעת כאמור כי אם העובד ביצע מעשה מכוון ואף מעשה פלילי עצמאי יחוב בגינו המעביד אם זה נעשה "תוך כדי עבודתו" ולעניין המעביד³⁵.

המבחן המוצע על ידי השופט ברק הוא צר אף יותר מזה המקביל בדיני הנזיקין. בעוד שבדיני הנזיקין עשוי לחוב המעביד על מעשה פלילי של עובד שנעשה "תוך כדי עבודתו", לא ייהנה חבר כנסת מחסינות עניינית על מעשה פלילי מכוון שעשה אפילו יהא זה קשור לתפקידו כחבר כנסת.

(2) סיכום המאפיינים למבחן "מתחם הסיכון הטבעי"

(א) הנחת יסוד בדבר פעילות חוקית בלבד

הנחת היסוד של המשנה הנשיא היא כי תפקידו של חבר כנסת משתרע על פעולות חוקיות בלבד. מהערה זו עולה לדעתנו כי גם על הפעילות "למען מילוי תפקיד" יש להחיל את אותו עיקרון. גם פעילות זו ביסודה חייבת להיות כדין.

מאפיין זה דומה למאפיינים שנקבעו בדוקטרינה הזרה ביחס למבחן האיזון הראוי בין תכליות החסינות העניינית. הן הדין האמריקני והן הדין הקונטיננטלי ביססו את מבחני האיזון על "תקינותה של הפעילות" או על החובה כי "הפעילות תהא כדין"³⁶.

(ב) החסינות מגינה על מעשים רשלניים

כאמור מבחן הביצוע הבלתי נאות מוציא מגדר החסינות העניינית מעשים או ביטויים הנעשים מתוך מחשבה פלילית. ממכלול הדוגמאות המובאות בחוות דעתו

35 ראו Kiely, לעיל הערה 27, בע' 33: "...an employer may be liable for the negligent, willful, malicious, or even criminal acts of its employees when such acts are committed in the course of employment and in furtherance of the business of the employer" כן ראו: Sykes, לעיל, הערה 18.

36 בנושא הדין הזר ראו הרחבה בעבודת הדוקטורט.

של השופט ברק בעניין פנחסי עולה כי החסינות תעמוד לחבר כנסת אשר תוך כדי מילוי תפקידו כדין התרשל במעשיו או בדבריו ותוך כדי כך עבר עבירה.

(ג) עבירות מתוכננות מוצאות אל מחוץ לתחום החסינות לשאלה מתי ייחשב מעשה אסור של חבר כנסת כחורג ממתחם החסינות העניינית עונה השופט ברק כי המדובר באותם מקרים בהם המטרה של חבר כנסת היא מטרה פסולה העומדת בפני עצמה. היינו, עבירה פלילית עצמאית ומתוכננת אפילו היא קשורה לתפקידו של חבר הכנסת לא תיחנה מחסינות.

3. מבחן ה"רלוואנטיות" של השופט גולדברג
לשיטתו של השופט גולדברג המבחן על פיו ייקבע אם המעשה של חבר הכנסת ייכלל בגדר הביטוי "במילוי תפקיד או למען מילוי תפקיד" – הוא מבחן הרלוואנטיות:

"הבעת דעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוואנטיים למילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. הרלוואנטיות מתקיימת רק כשהפעולה משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת"³⁷ (ההדגשה במקור – ג.ו.).

"... יסוד הרלוואנטיות של המעשה האסור לתפקידו של חבר הכנסת הוא היסוד הדומיננטי להחלת החסינות"³⁸.

לעניין הבעת דעה של חבר כנסת בעל פה או בכתב (להבדיל ממעשה) הרלוואנטיות בין הבעת הדעה לבין התפקיד אינה ניתנת להגדרה ולפיכך מציע השופט להזיקק למבחן הסבירות:

"השאלה היא אם חבר כנסת סביר היה מבצע אותה עבירה בנסיבות אותו מקרה, לשם מילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו, כשכל ספק בעניין זה מחייב מסקנה בדבר קיומה של הזיקה בין הבעת הדעה ובין מילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד"³⁹.

בהתייחס למעשה של חבר כנסת (להבדיל מהבעת דעה) מציע השופט לפרש את סעיף 1 לחוק החסינות על דרך הצמצום:

"על פי מבחן הרלוואנטיות, זיקתה של הבעת דעה אסורה לתפקידו של חבר כנסת, הדוקה מזיקתו של מעשה אסור... מידת החיוניות כי חבר כנסת יבטא

37 עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 720.

38 שם, בע' 721.

39 שם, שם.

עצמו באמצעות מעשה אחר, פחותה ממידת חיוניותה של הבעת דעה"⁴⁰ (ההדגשה במקור – ג.ס.).

השופט גולדברג קובע כי החסינות תחול על מעשה של חבר כנסת (להבדיל מהבעת דעה) רק אם מעשה זה מהווה עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה כגון עבירות רשלנות ועבירות של אחריות קפידה. הנחת היסוד בקביעה זו הנה כי חבר כנסת ממלא את תפקידו בעיקר בהבעת דעה ועל כן כל הבעת דעה של חבר כנסת תיהנה מחסינות ללא קשר להיותה "מתוכננת" או "רשלנית". השימוש ב"מעשים" במסגרת תפקידו של חבר כנסת הוא חריג.

להלן מאפייניו של מבחן הרלוואנטיות:

(א) הפעולה חייבת לשרת את התהליך הדמוקרטי על מנת שהבעת דעה או מעשה של חבר כנסת ייהנו מחסינות עניינית חייבים הם להיות רלוואנטיים למילוי התפקיד. הרלוואנטיות מתקיימת בלשונו של השופט גולדברג "רק כשהפעולה משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת"⁴¹.
לשיטתו של השופט גולדברג, החסינות העניינית של חבר הכנסת נובעת לו מתפקידו. הגדרת תפקידו של חבר כנסת תיעשה בצורה רחבה ותכלול לעניין הבעת דעה את השקפת עולמו הפוליטית והחברתית של חבר הכנסת.

(ב) יש להבחין בין הבעת דעה לבין מעשה לעניין תחולת החסינות השופט גולדברג מבחין בין הבעת דעה לבין מעשה על פי מבחן הרלוואנטיות. כיוון שהבעת הדעה היא העיקר בתפקידו של חבר הכנסת תהא זו מוגנת ללא קשר לכוונתו של אומרה.
לדעתו "חבר כנסת ממצה את תפקידו בעיקר בדרך של הבעת דעה". לפיכך כל הבעת דעה של חבר כנסת תיהנה מחסינות ללא קשר להיותה "מתוכננת" או "רשלנית" בתנאי שקיימת הצדקה עניינית למסירת המידע.
לעניין מעשים של חברי כנסת שמהווים עבירה פלילית מאמץ בפועל השופט גולדברג את מבחנו של השופט ברק בכל הנוגע לאבחנה בין "מעשה מכוח" ל"מעשה רשלני":

"... יש מקום לפרוס את החסינות רק על מעשה (שאינו בגדר הבעת דעה) המהווה עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה (דוגמת עבירות רשלנות ואחריות קפידה)"⁴².

40 שם, בע' 722.

41 שם, בע' 720.

42 שם, בע' 723.

4. מבחן ה"זיקה המהותית" של הנשיא שמגר

הנשיא שמגר קובע כי יש צורך שיהא "זיקה" בין התפקיד ומילוי לבין המעשה אשר לגביו מוענקת החסינות. הזיקה איננה זיקה של זמן בלבד אלא זיקה מהותית והגיונית לתפקיד. על המבחן באמצעותו ראוי לבחון את הזיקה המהותית ואמר הנשיא:

"אין המדובר בעבירה המבוצעת לשמה בעת היותו של המבצע חבר כנסת אלא בעבירה המתבצעת במהלך הפעילות כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר או משני לה"⁴³ (ההדגשה שלנו – ס.ג.).

הערה זו של הנשיא מעניינת במיוחד שכן היא זהה לחלוטין אפילו במינוחה למבחן החסינות הננקט בדין האמריקני:

"an integral part of the deliberative and communicative processes..."⁴⁴.
"the sphere of the legitimate legislative activity"⁴⁵.

הנשיא שמגר כמו השופט ברק מבחין אף הוא בין פעולות מכוונות לבין פעולות רשלניות:

"... אם במהלכו של דיון בכנסת... המוקדש לענייני המוסד, ייפלט מפי שמו החסרי של איש המוסד, יזכה לחיסיון"⁴⁶.
"... אם בלהט הנאום ישמיד מסמך – יזכה לחסינות"⁴⁷.

במקביל, לא יזכו לחסינות עבירות פליליות מתוכננות:

"אם ללא קשר לנושא הנאום ובמכוון ... יעלה על במת הכנסת כדי לגלות סודות... אינו נהנה מחסינות..."
"חבר כנסת אשר בשעת נאומו יבצע מעשה אלימות יזום... אינו נהנה מחסינות..."
"חבר כנסת אשר ינצל את שהותו כדין בבניין הכנסת כדי להיכנס לחדרו של חבר כנסת אחר, מתוך כוונה לעיין שלא כדין בניירותיו או לשלוח יד בהם – אינו נהנה מחסינות".
"חבר כנסת שישרוף חפץ באולם המליאה או יעשה מעשה זדון אחר... לא יזכה לחסינות"⁴⁸.

43 שם, בע' 727.

44 *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606, 2627 (1972).

45 *Tenney v. Brandhove*, 341 U.S. 367 71 S. Ct. 783, 788 (1951).

46 עניין פנחס, לעיל הערה 1, בע' 727.

47 שם, בע' 728.

48 כל הדוגמאות שם, שם.

דמיון נוסף בין מבחנו של הנשיא לזה של השופט ברק מתבטא בשימוש שעושה הנשיא במטבעות לשון מתחום דיני הנזיקין: "במהלכה ובאופן הכרוך בה", "כחלק אינטגרלי" "כעניין נגזר או משני", "חלק ממילוי התפקיד כדין ומשולב בו". המדובר במינוחים המופיעים בקביעות בפסקי הדין העוסקים בכללי האחריות השילוחית כפי שהראנו לעיל.

הנשיא שמגר לא מבחין בין הבעת דעה לבין מעשה כפי שעושה השופט גולדברג. לשיטתו של הנשיא הכלל של פעולה נגזרת וכרוכה שאינה מכוונת מתייחס הן להבעת דעה והן למעשה⁴⁹.

5. הערות למבחני האיזון

שלושת השופטים משתמשים במינוחים שונים כדי לתאר ולאפיין את מבחן האיזון הראוי בין תכליות החסינות. מפסק הדין בעניין פנחסי עולה בבירור כי דעות השופטים שונות הן ביישומם של המבחנים על אירוע נתון עלולות להתקבל תוצאות שונות כפי שנראה להלן. אף הנשיא ברק בעניין כהן אומר כי: "בעניין פנחסי ... ניתנו שלוש הנמקות"⁵⁰. מבחינה פורמלית זכתה דעתו של הנשיא ברק לרוב שכן הצטרפו אליה השופטים שלמה לוי ודב לוי.

נכון להלן את שלושת המבחנים מתוך מטרה לאתר את המשותף ביניהם ואת נקודות המחלוקת.

(1) המאפיינים המשותפים לכל שלושת השופטים

עיון בדעות השונות על ריבוי הדוגמאות שבפסק הדין מעלה כי במספר נושאים ישנה תמימות דעים בין שלושת השופטים.

(א) הנחת יסוד — תפקידו של חבר הכנסת הוא בביצוע פעולות חוקיות בלבד נדמה כי אין מחלוקת בין השופטים לגבי קביעה זו. לדעתנו היא מרכזית בחקר החסינות. חוק החסינות נועד להגן אמנם על פעולות אסורות — עבירות פליליות או עוולות אזרחיות אולם הנחת המוצא של החוק חייבת להיות "שלטון החוק". שלושת השופטים מסכימים לדעתנו להנחת היסוד על פיה תפקידו של חבר כנסת הוא בביצוע פעולות חוקיות בלבד. אנו מבקשים לתמוך ולחזק גישה זו. הדוקטרינה העולמית כולה יוצאת מהנחת יסוד זהה. המאפיין הבולט מבין המבחנים שנקטו המדינות השונות הוא הדרישה כי מסגרות הפעילות יהיו כדין.

49 אם למשל חבר כנסת ישרוף חפץ באולם או יעשה מעשה זדון אחר, לא יזכה לחסינות. אולם אם בלהט הנאום ישמיד מסמך — יזכה לחסינות. דוגמא זו מביאה לדעתנו לאותה מסקנה אליה היה מגיע השופט גולדברג על פי מבחניו הוא, הואיל והמדובר במעשה רשלני.

50 עניין כהן, לעיל הערה 2, בע' 249.

הדין האמריקני מדגיש את החובה כי הפעילות הנטענת להיות מוגנת תיעשה במסגרת "הליך חקיקתי תקין". גם הדין הקונטיננטלי מדגיש את הצורך בבחינת תקינותה של הפעילות בייחוד ביחס לכללים ולהוראות המסדירים את הפעילות בפרלמנט.

ישראל צועדת באותה דרך. הרעיון הטמון במאפיין זה הוא כי חבר הכנסת כפוף לחוק. נקודת המוצא בפרשנות חוק החסינות תהא לפיכך עקרון שלטון החוק. הנחת היסוד על פיה תפקידו של חבר הכנסת חייב להיות כדין מניחה כי בשלב הפתיחה של מלאכת הפרשנות יד עקרון שלטון החוק על העליונה. יכול ועיקרון זה ייסוג, אם הפגיעה בו אינה קשה מדי, למען הגנה על התכלית האחרת, זו של שמירה על עקרון עצמאותה של הרשות המחוקקת. ואולם אנו מבקשים להראות כי מה שעשה בית המשפט העליון בעניין פנחסי הוא יצירת "חוקה" לטובת שלטון החוק. חוקה זו ראויה וחיונית בעינינו. הנחת היסוד של בית המשפט בעניין פנחסי ממחישה את הרעיון על פיו חבר הכנסת אינו נהנה מחופש פעולה מוחלט ביחס לתפקידו. אין לחבר הכנסת "חופש בחירה" באשר לדרכי התנהגותו או פעולתו במסגרת מילוי תפקידו. הוא חייב לפעול כדין. אין הוא נהנה מ"חופש בחירה" בין מילוי תפקידו בהתאם לחוק לבין מילוי תפקידו שלא בהתאם לחוק. חבר הכנסת כפוף לחוק ככל אזרח ורשות אחרת.

זו נקודת המוצא של בית המשפט העליון בבואו לפרש את החסינות העניינית. כאמור זו הנחת יסוד ראויה, חיונית וחשובה מעין כמות. יש בקביעתה משום מתן עדיפות לאחת התכליות שהחסינות נוגעת להן. ייאמר מעתה: כעיקרון, החסינות כפופה לשלטון החוק.

(ב) ככלל, החסינות משתרעת על פעילות סבירה ורגילה של חבר כנסת מבחן "מתחם הסיכון הטבעי", מבחן "הזיקה המהותית" ומבחן "הרלוואנטיות" מבוססים לדעתנו על יצירת "מעגל של פעילות חורגת". חבר הכנסת במילוי תפקידו כפוף לחוק. עם זאת, כאשר הוא עובר על חוק במילוי התפקיד מוכנים שופטי בית המשפט העליון להניח קיומו של "מעגל" סביב תפקידו אשר רק הפעילות שתסווג למסגרתו תזכה להגנה. מבחן סיווג הפעילות לאותו "מעגל חורג" שונה משופט לשופט. אולם נקודת המוצא בקביעת המבחנים היא לדעתנו זהה.

שלושת השופטים מניחים כי החסינות חלה על פעילות שניתן לראותה קרובה, סבירה או רגילה ביחס לתפקיד חבר הכנסת. המשנה לנשיא ברק מתייחס לפעולה "קרובה", "כרוכה" או "טבעית". השופט גולדברג מציע לבחון את הרלוואנטיות "באמת מידה אובייקטיבית של סבירות המעשה". הנשיא שמגר מדבר על "זיקה הגיונית" על פעולה "כרוכה" ו"אינטגרלית".

נדמה לנו כי הגרעין המשותף לכל הביטויים והדוגמאות מבוסס על רעיון הסבירות. על פי מבחני השופטים החסינות תגן על "פעילות רגילה וסבירה" בלבד.

השופט גולדברג משתמש במינוח "סבירות" בצורה ישירה⁵¹. גם המשנה לנשיא אומר כי "הפעולה האסורה של חבר הכנסת נופלת לגדר החסינות העניינית אם היא מסוג הפעולות שחבר כנסת סביר עושה במהלך חובותיו כחבר כנסת"⁵². נדמה כי הנשיא שמגר מתכוון אף הוא למבחן של סבירות בעיסוקן בפעילות "קרובה וכרוכה".

רעיון ה"פעילות הרגילה והסבירה" עובר כחוט השני לא רק בין שלושת השופטים בעניין פנחסי אלא גם בדוקטרינה הזרה. הן בשיטה הקונטיננטלית והן בשיטה האמריקנית בולט השימוש במבחן של סבירות. הרעיון שאומץ בדוקטרינה הזרה הוא כי רק הפעילות הרגילה והסבירה של חבר הפרלמנט תהא מוגנת.

אנו מבקשים להדגיש את חשיבותו של רעיון ה"סבירות". הסבירות משמשת אמת מידה לביקורת שיפוטית לכל רשויות השלטון⁵³. היא משמשת אמצעי לבחינת חוקיות המעשים של כל מי שפועל מכוחו של חוק. המושג "מתחם של סבירות" מהווה בסיס עיוני לביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת.

נראה לנו כי הפעלתו של מבחן הסבירות – כמבחן אובייקטיבי יאפשר בחינה ראויה של פעילות חבר הכנסת בשני המעגלים של התפקיד: המעגל הפנימי העוסק בתפקידו ה"אובייקטיבי" והמתייחס לפעילות קבועה ואחידה בין כלל חברי הכנסת, ואף במעגל החיצוני העוסק בפעילות "למען מילוי התפקיד".

לסיכום נדגיש כי כל שלושת המבחנים שנקבעו בעניין פנחסי דומים במהותם בהנחות היסוד שלהם. הרעיון בדבר כפיפות חבר הכנסת לחוק ובדבר הגנה על פעילות סבירה ורגילה בלבד הוא לדעתנו רעיון משותף לשלושת השופטים. אנו רואים חשיבות מיוחדת לכך שהנחות יסוד אלה משותפות גם לדוקטרינה הזרה. ההתלבטות אודות מסגרותיה של החסינות העניינית בפרלמנטים הדמוקרטיים אינה ייחודית למדינת ישראל. מוסד החסינות מוכר בכל המדינות הדמוקרטיות. התכליות העומדות בבסיסן משותפות. הפגיעה הטמונה במוסד לעקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ידועה. למרות ההבדלים הקיימים בשיטות המשפט השונות ואף בנוסחן של החוקות הרציונל העומד בבסיס מבחני האיוון לעניין החסינות דומה בעיקרו⁵⁴.

51 לדבריו: "הזיקה בין דברים שאמר או שכתב חבר הכנסת לבין תפקידו (או למען תפקידו) אינה ניתנת להגדרה, ולפיכך עלינו להיזקק בעניין זה למבחן הסבירות" עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 721.

52 שם, בע' 691. ראו גם דעתו של ד"ר לחובסקי בספרו: E.S. Likhovski *The Israel's Parliament: The Law of the Knesset* (Oxford, 1971) 44.

53 דיון בעקרון הסבירות חורג ממסגרתה של העבודה. לדיון כללי על המובנים השונים של המושג ראו: א' זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291; א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996, כרך א) 354 ואילך; ר' הריזהב המשפט המינהלי הישראלי (1996) 473 ואילך.

54 בעבודת הדוקטורט הקדשנו חלק מרכזי לבחינת המשפט המשווה במדינות השונות. אין זה המקום להרחיב בסוגיה זו ואנו מתייחסים למסקנותינו ממחקר זה.

גישתו של בית המשפט העליון בישראל זהה לגישת בתי המשפט בארצות הברית ולדוקטרינה בקונטיננט. הכרה בחסינות העניינית כן אולם "שימוש לרעה" בה לא. נבחן להלן את השוני בין מבחני השופטים ואת המשמעות האופרטיבית הנובעת מכך.

(2) המחלוקת בין השופטים: פסק הדין בעניין כהן בשלב יישומם של מבחני האיזון מתגלה עיקרה של המחלוקת. עיקר הדברים אמורים באשר לשוני בין מבחניו של השופט ברק לבין מבחניו של השופט גולדברג. זכור מבחניו של השופט ברק מבוסס על הבחנה בין פעילות רשלנית לבין פעילות מכוונת. לעומתו השופט גולדברג אומר מפורשות כי "השאלה אם תחול החסינות אינה תלויה בשאלה אם העבירה בוצעה בספונטניות, אם לאו"⁵⁵. נדגים את השוני בין שתי הדעות באמצעות דוגמתו של השופט ברק ש"התממשה" כשנה לאחר מכן בעובדותיו של עניין כהן.

(א) עיקרי העובדות

במקרה זה נדונה התבטאותו של חבר הכנסת דאז בנימין נתניהו במסגרת דיון במליאת הכנסת. במהלך דיון בהצעת אי-אמון בממשלה התייחס חבר הכנסת נתניהו למסמך ברשותו ממנו עולה לדבריו כי הממשלה מתכוונת לסגת מרמת הגולן.

לאחר ששר החוץ השיב על הצעת אי-האמון והתייחס למסמך עליו דיבר חבר הכנסת נתניהו כ"בלוף" ציטט חבר הכנסת נתניהו מתוך המסמך. חבר הכנסת נתניהו ציטט סעיפים כתובים שמהם הסיק כי קיימת אפשרות שצה"ל יעזוב את מוצב החרמון וכי תהא הסכמה להצבת כוחות זרים על הגולן. מסמך זה זכה לכינוי "מסמך שטאובר" על שם מחברו.

בעקבות דברים אלה פנו מר שמואל כהן וחבר הכנסת רן כהן ליועץ המשפטי לממשלה וביקשו שהלה יגיש בקשה להסרת חסינותו של חבר הכנסת נתניהו. לטענתם עבר חבר הכנסת נתניהו לכאורה עבירה על סעיפים 111 ו-117 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 שכן המסמך ממנו הקריא חבר הכנסת נתניהו את הדברים הוא מסמך צבאי המסווג "סודי ביותר".

היועץ המשפטי לממשלה השיב לשני הפונים כי עומדת לחבר הכנסת נתניהו החסינות המהותית בגין מעשיו. היועץ המשפטי לממשלה לא חיווה דעה לגבי השאלה האם חבר הכנסת נתניהו אמנם עבר עבירה פלילית. לאור תשובתו של היועץ המשפטי לממשלה הוגשה עתירה לבג"צ.

(ב) יישומם של המבחנים — מפי הנשיא ברק בעתירה ישבו נשיא בית המשפט העליון השופט ברק והשופטים אור וזמיר. פסק הדין נכתב על ידי הנשיא ברק ולדעתו הצטרפו שני השופטים האמורים. בפסק הדין הוחלט כי על פי המבחנים שנקבעו בעניין פנחסי המעשה שנעשה על ידי חבר הכנסת נתניהו היה במילוי תפקידו ולפיכך נהנה מחסינות עניינית — מקצועית. העתירה לפיכך נדחתה. הנשיא מתייחס בפסק דינו להנמקות של עניין פנחסי ומנתח את התבטאותו של חבר הכנסת נתניהו לאור הנמקות אלה. באשר למבחנו של הנשיא שמגר בפנחסי קובע הנשיא ברק:

"דומה שלא יכול להיות ספק בכך, כי הזיקה המהותית — על פי מבחנו של הנשיא שמגר — בין הפעולה המותרת לבין העבירה שנעברה, מתקיימת בנסיבות שלפנינו. חבר הכנסת נתניהו פעל במילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו שעה שנאם מעל בימת הכנסת. העבירה של גילוי סודות רשמיים נעברה על ידו — על פי הנחתנו — כחלק אינטגרלי מהפעילות הלגיטימית של נאום מעל דוכן הכנסת המנמק את עמדת מפלגתו להצעת אי האמון שהוגשה על ידה, וכעניין נגרר או משני לה. אין זו עבירה שבוצעה לשמה; אין היא עומדת על רגליה היא"⁵⁶.

גם על פי מבחנו של השופט גולדברג בפנחסי מגיע הנשיא ברק למסקנה כי החסינות העניינית עומדת לחבר הכנסת נתניהו במקרה זה:

"נראה לנו, כי על פי מבחן הרלוואנטיות של השופט גולדברג להיקפה של החסינות העניינית, זו משתרעת על התנהגותו של חבר הכנסת נתניהו בפרשה שלפנינו. התנהגות זו הנה הבעת דעה (ולא מעשה אחר). הבעת דעה זו רלבנטית למילוי תפקידו של חבר הכנסת נתניהו או למען מילוי תפקידו. קיימת — על פי מבחנו של השופט גולדברג — 'הצדקה עניינית למסירת המידע'..."⁵⁷.

לבסוף חוזר הנשיא על מבחן "מתחם הסיכון" כפי שקבע אותו הוא עצמו בעניין פנחסי. כן מתייחס הנשיא ברק לאותה דוגמא אשר עוד הייתה היפותטית בתקופת עניין פנחסי ואשר היא ליבה של המחלוקת במקרה של חבר הכנסת נתניהו. ואז שואל הנשיא:

"לאיזה צד של הגדר נופל המקרה שלפנינו על פי חוות דעתי בעניין פנחסי? ... נראה לי כי הכף נוטה לטובת גישת המשיבים. חבר הכנסת נתניהו לא תכנן מראש את הקראת המסמך. הוא נגרר לכך בעקבות דברי תשובתו של

56 עניין כהן, לעיל הערה 2, בע' 250.

57 שם, בע' 252.

שר החוץ. הייתה זו תגובה ספונטנית לטענה שהועלתה, לפיה המסמך לא היה קיים והוא אינו אלא 'בלוף'... הקראת המסמך מהווה תגובה מיידית לאירוע שלא הייתה לחבר הכנסת שליטה עליו, ושהכניסה אותו תוך מהלך הדין הפרלמנטרי למצב נפשי שגרר אותו לתגובה"⁵⁸.

לאור האמור לעיל הרי שהעתירה (שכוונה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את חבר הכנסת נתניהו) נדחתה⁵⁹.

(ג) הבדלי הגישות

פסק הדין בעניין כהן ממחיש את ההבדלים המהותיים בין מבחני השופטים כפי שנקבעו בעניין פנחס. לא ההחלטה לגופו של עניין היא הבעייתית שהרי לשיטתו של הנשיא כל שלושת המבחנים מובילים לאותה מסקנה אודות דחייתו של העתירה. הנשיא ברק בודק את נסיבות העבירה האם היא הייתה מכוונת או שמא רשלנית. לשם כך מנתח פסק הדין את השתלשלות העניינים במליאת הכנסת. ואכן הוויכוח בין העותרים למשיבים בפרשה זו נסב סביב השאלה האם גילוי המסמך הסודי היה "פרי תכנון מוקדם" או שמא "תגובה ספונטנית ובלתי מתוכננת".

עולה מדעתו של הנשיא כי אילו היה מסווג את המקרה ל"גילוי סוד מתוכנן", גם אם היה הדבר נאמר במסגרת דיון על מדיניות החוץ ומתוך מטרה ליידע את הציבור במעשיה של הממשלה, הרי שלא הייתה עומדת לחבר הכנסת נתניהו החסינות העניינית:

"בוודאי שהמקרה שלפנינו אינו דומה לדוגמא המובהקת להיעדרו של סיכון טבעי וכרוך, מקום בו חבר כנסת, מתוך התנגדותו למדיניות החוץ והביטחון של הממשלה, עולה על דוכן הכנסת ומקריא מתוך רשימה שהכין מראש ידיעות סודיות"⁶⁰.

בכך מתמצה ההבדל בין דעתו של הנשיא לבין דעתו של השופט גולדברג בעניין פנחס:

לו היה נקבע כי חבר הכנסת נתניהו עשה את המעשה מבלי שהוא "נגרר", הרי שעל פי דעתו של השופט גולדברג היה זוכה לחסינות בגין גילוי הסוד שכן ישנה הצדקה עניינית למסירת המידע בעוד שעל פי דעתו של הנשיא ברק כאמור לא היה נהנה מחסינות. שוני נוסף בין הדעות בא לידי ביטוי בפסק הדין: מגישתו של המשנה לנשיא ברק עולה כי למעט מקרה חריג (שלא פורט) כמעט ולא קיימת

58 ראו שם, בע' 253–254.

59 נציין רק כי בעתירה זו ביקש עוד חבר הכנסת רן כהן כי בג"צ יורה ליועץ המשפטי לממשלה לקיים חקירה כנגד החשודים בגילוי המסמך ולחלק זה של העתירה נענה בג"צ.

60 עניין כהן, לעיל הערה 2, בע' 254.

אפשרות להעניק חסינות על מעשה או ביטוי בלתי חוקי אם התנהגות זו היא מתוכננת.

מכאן ניתן להסיק כי הנשיא ברק אינו מכיר בתפקיד הדיווח של חבר הכנסת אם במסגרת הדיווח לציבור עובר חבר הכנסת עבירה פלילית של גילוי סודות. השופט גולדברג לעומתו מכיר במשתמע בתפקידו של חבר הכנסת כמדווח:

"אם קיימת הצדקה עניינית למסירת המידע... תעמוד החסינות לחבר הכנסת שמסר מידע שהוא חיוני לגיבוש החלטה מדינית, אם מסירת המידע הסודי תוכננה מראש ואם לאו"⁶¹.

לדעתנו הכרה בקיומה של חובת הדיווח בין חבר הכנסת לבין הציבור יש בה כדי להתיר גילוי מידע חיוני שנמסר במודע ובמכוון אף אם זהו מידע "סודי". אנו סבורים כי חובת דיווח זו אינה קמה רק לגבי מידע שהוא "חוקי". יפים לעניין זה דבריו של הנשיא שמגר בעניין שירן⁶² כפי שצוטטו על ידי השופט ברק בעניין שליט⁶³:

"שיטת הממשל הדמוקרטית ניזונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליה תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה..."

(3) הערות סיכום

הנחת היסוד על פיה תפקידו של חבר הכנסת כוללת פעילות חוקית בלבד מקובלת עלינו במלוא משמעותה כפי שהדגשנו לעיל. כמו כן הרעיון של הגנה על פעילות שהיא בעיקרה פעילות סבירה, רגילה ותקינה גם היא מן הראוי שתעמוד בבסיסו של כל מבחן איוון שיאומץ. כן מן הראוי להכיר בחשיבות הרעיון של מניעת שימוש לרעה וניצול של החסינות העניינית.

עם זאת האמצעי למניעת "ניצולה" של החסינות לביצוען של עבירות פליליות במסגרת התפקיד נמצא לשיטתם של השופטים ברק ושמגר בהחלטה שלא להגן של עבירות פליליות מתוכננות מראש במסגרת החסינות העניינית.

על פי מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" – כלשונו של השופט ברק – לא ייהנו מחסינות הבעות דעה ומעשים של חבר כנסת (מההווים עבירה) אשר נעשו מתוך מחשבה פלילית כאשר חבר הכנסת מודע לעובדה כי הוא מבצע עבירה פלילית. כן לא ייהנו מחסינות מעשים פליליים מכוונים ומתוכננים מראש אשר ניתן

61 עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 722.

62 בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (להלן: עניין שירן).

63 בג"צ 1601/90–1604 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 363 (להלן: עניין שליט).

לראות בהם משום ניצול לרעה (abuse) של החסינות אף אם הם קשורים במידה זו או אחרת לתפקידו של חבר הכנסת⁶⁴.

אנו מבקשים לחלוק, בכל הכבוד, על עצם השימוש במבחנים של "mens rea" כאמצעי להגבלת החסינות העניינית. לרעיון זה לא מצאנו אח ורע בעולם. למרות קיומן של תכליות דומות לחסינות הפרלמנטרית בכל המדינות שנחקרו⁶⁵ ולמרות הצבתם של מבחני איוון בעלי מאפיינים דומים לא מצאנו הבחנה בין פעילות מוגנת לבין זו שאינה מוגנת המבוססת על "רשלנות" או "תכנון מראש".

לדעתנו האבחנה העומדת בבסיס המבחן של השופט ברק על פיה מעשה או התבטאות אסורים שנעשו מתוך כוונה פלילית ומתוך מודעות לא ייהנו מחסינות, מצמצמת מאוד את היקף החסינות. ספק לדעתנו אם היא עולה בקנה אחד עם תכליות החסינות. היא עשויה אף לסכל את מהות תפקידו של חבר כנסת בכל הנוגע לחובת הדיווח שלו.

טלו למשל חבר כנסת אשר הגיעה לידי ידיעה "סודית" אודות מעשים של שירותי הביטחון אשר נעשו בהוראת הממשלה ושאותם היא מסתירה מהציבור. מסירה של ידיעה כזו מעל דוכן הנאמרים עשויה להיות "מעשה פלילי מורע ומכוון". עולה מדעתם של הנשיא שמגר והמשנה לנשיא ברק בעניין פנחסי כי ככל הנראה מסירת הידיעה לא תהא מוגנת.

לדעתנו בגישה זו נתן בית המשפט העליון משקל מכריע לעיקרון של שלטון החוק ועקרון השוויון על פני העיקרון של חופש הפעולה הפוליטי, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת. אמר הנשיא שמגר בהקשר דומה כי:

"קיום ושמירה של חופש הפעולה הפוליטי הוא חלק אינטגרלי וחיוני בכל משטר דמוקרטי... שלילתו הבלתי זהירה עלולה לשנות מאופיה של הדמוקרטיה... יש מחיר לדמוקרטיה והוא נובע, בין היתר, מן ההשלכות הקיצוניות אשר מתלוות לעתים לחירות הביטוי ולחופש הפעולה הפוליטי, לרבות המפלגתי, אך מחיר זה הוא ראוי וכדאי כדי לשמור על חיים חופשיים"⁶⁶.

אנו מבקשים לאמץ את הרעיון הגלום בפסקה זו ולתבוע נקודת איוון אחרת בין חופש הפעולה הראוי לחבר הכנסת לבין הפגיעה העשויה לנבוע מכך לעקרון שלטון החוק. נקודת המוצא בחוות דעתו של השופט גולדברג היא כי יש לבחון

64 המשנה לנשיא ברק קובע כי: "עשויות להיות פעולות של חבר כנסת הנעשות מתוך מחשבה פלילית, והן בכל זאת נופלות לגדר החסינות העניינית". אולם אין פירוט לגבי אופיים של מקרים אלה ונראה לנו בכירור כי המדובר בחריג.

65 מסקנה זו מבוססת על מחקר של שלושים וארבע מדינות שונות.

66 בג"צ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 780 (להלן: עניין ולנר).

את החסינות בקשר לתהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת.

משתמע מגישתו של השופט גולדברג כי לצורך קביעת גבולות החסינות יש להפנות את הזרקורים לתפקידו הציבורי של חבר הכנסת ולהשקפת עולמו הפוליטית והחברתית. גישה זו חשובה בעינינו ומניחה בדיקה של שלבים מוקדמים: ראשית יש לבחון את שאלת מעמדו של חבר הכנסת בדין הישראלי ואת תפקידו הציבורי של חבר הכנסת ורק לאחר מכן את הפעילות הראויה להגנה. דעתנו באשר לשלבי בחינתה של החסינות דומה לדרכו המשתמעת של השופט גולדברג.

מעניין לציין כי עמדתו של השופט גולדברג בנקודה זו מציגה מחלוקת נוספת בינו לבין גישתו של השופט ברק. נקודת המוצא בגישתו של השופט ברק היא חוקיותה של הפעולה⁶⁷. השופט ברק מתמקד בשאלה באיזה אופן יש לבצע את התפקיד (שלא הוגדר). נדמה כי הדגש במבחנו של המשנה לנשיא הוא ביחס בין הפעולה לבין החוק (בעיקר החוק הפלילי). השופט גולדברג לעומתו עוסק ביחס שבין הפעולה לבין התהליך הדמוקרטי. הוא אינו עוסק בשאלה כיצד על חבר כנסת לבצע את תפקידו אלא יש בדבריו הפניה לשאלה מהו תפקידו של חבר כנסת במשטר דמוקרטי וכנבחר הציבור. ואולם אין כמעט התייחסות בדבריו של השופט גולדברג כאמור למהותו של התפקיד ולהגבלות הנורמטיביות האפשריות על החסינות. עולה מדבריו כי חופש הביטוי של חבר כנסת אינו מוחלט⁶⁸ אולם הוא אינו מפרט.

ג. הצעות כלליות לבחינת היקפה וגבולותיה של החסינות העניינית

בית המשפט העליון בעניין פנחסי קבע את מבחני האיוון על פיהם יוכרע אם מעשה או הבעת דעה של חבר כנסת נהנה מחסינות עניינית. לדעתנו העיסוק בחסינות עניינית מחייב בחינתן של שאלות מקדמיות עוד בטרם הדין במבחני האיוון.

אנו מציעים לבחון את היקפה וגבולותיה של החסינות העניינית המוענקת לחבר כנסת בשני מישורים או מעגלים שונים המבוססים בעיקרם על האבחנה אליה מתייחס פרופ' ברק בעיסוקו בזכויות יסוד.

פרופ' ברק מתייחס לאבחנה הקיימת בין "מהות פנימית" (coverage) לבין "מידת ההגנה" (protection)⁶⁹ ומבחין בין שני מושגי יסוד: היקפה של זכות האדם

67 כדבריו: "הנחתו של חוק החסינות הינה כי תפקידו של חבר כנסת הוא בביצוע פעולות מותרות בלבד". עניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 677.

68 "אולם גם חופש זה אינו מוחלט ואינו יכול להתיישב עם שימוש לרעה בזכות החסינות". שם, בע' 721.

69 ראו למשל בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: עניין כהנא). כן ראו א' ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית (1994), בע' 371 ואילך.

ומידת ההגנה עליה. ההיבט הראשון עוסק בשאלה מהו היקף העניינים הנכללים בהגדרתה של הזכות ומהם העניינים הנתפסים כמצויים מחוצה לה. ההיבט השני מתייחס למידת ההגנה המוענקת לזכות בשיטת המשפט. פרופ' ברק מדגים את ההבדלים בין שני ההיבטים:

"כך למשל, כאשר הבחינה מתמקדת בחופש העיסוק, ההיבט הראשון יבחן את השאלה מהו 'עיסוק' ואלו פעולות נופלות לגדרו. כאשר הבחינה מתמקדת ב'כבוד האדם', ההיבט הראשון יעסוק בשאלה מה 'כלול' בהגדרה של הזכות החוקתית ל'כבוד': האם השוויון נגזר ממנה, והאם חופש הביטוי נתפס על ידה? זהו היבט 'פנימי', המבוסס על איזונים 'פנימיים' במסגרתה של זכות אדם נתונה, או ביחסים בין זכויות האדם בינן לבין עצמן"⁷⁰.

אנו מבקשים לאמץ את ההבחנות הללו גם לדיון במסגרתה של החסינות העניינית. לדעתנו הדיון בחסינות בכל הנוגע לשני ההיבטים לעיל זהה לדיון במסגרות של זכויות האדם. כמו זכויות האדם גם החסינות אינה מוחלטת כי אם יחסית⁷¹. ביסוד הרעיון של "יחסיות" מונחת ההבחנה בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה. למרות הניסוח ה"נגטיבי" ("לא ישא אדם באחריות פלילית או אזרחית...") מעניקה החסינות בפועל חופש ביטוי ולעתים אף חופש פעולה לנבחר העם. ניתן אף להציג את משמעות החסינות העניינית בניסוח "פוזיטיבי": "לכל חבר כנסת חופש הדעה, הביטוי וההצבעה במילוי תפקידו". הצגה מעין זו דומה לניסוחן של זכויות היסוד. יתרה מכך גם חירויות הפרט וגם הוראותיה של החסינות הן הוראות חוקתיות שפרשנות חוקתית תחול עליהן. הן לגבי זכויות האדם והן לגבי החסינות יהא צורך ב"איזונים" בין התכליות השונות, כינן לבין עצמן וכינן לבין עקרונות יסוד או זכויות יסוד אחרות. על כן אנו מציעים לבחון את מסגרות החסינות כאמור בשני מעגלים שונים: המעגל הראשון הבוחן את היקפה של החסינות והמעגל השני הבוחן את מידת ההגנה המוענקת לחבר הכנסת במסגרתה. רק לאחר שנקבע את היקף "פריסתה" של החסינות ניתן יהא לבחון את מידת ההגנה אשר ראוי לתת לה. המעגל השני העוסק ב"איזונים פנימיים" יבחן את ההגבלות אשר ראוי שיוטלו על חופש הביטוי והפעולה של חבר פרלמנט כפי שאלה הוגדרו במסגרתו של המעגל הקודם. מעגל זה יבחן את "סביבתו החוקתית" של עקרון החסינות ואת ההשפעה של עקרונות יסוד המתנגשים בחופש זה. על כן לשיטתנו העיסוק במבחני איזון יכול להיעשות אך ורק במסגרתו של המעגל השני.

רק לאחר שתוצג פריסתה הלשונית של החסינות ולאחר הצגתן של התכליות ניתן יהא לעסוק ב"מבחני איזון" שמטרתם כאמור לקבוע את מידת ההגנה

70 ברק, שם, שם.

71 על זכויות האדם כזכויות יחסיות ראו ברק, שם, בע' 369.

(protection) המוענקת במסגרת החסינות. מידת הגנה זו תהא פרי "מבחני איזון פנימיים" דוגמת מבחני האיזון בהם עסק בית המשפט בעניין פנחסי.

(1) המעגל הראשון – על היקפה של החסינות העניינית לשיטתנו הדין במעגל הראשון מניח כי החסינות אינה תלויה בחלל משפטי ריק ואין לה קיום עצמאי. החסינות היא "פונקציה" של משטר פרלמנטרי. היא נועדה להגן על חופש פעולתו של נבחר בשל היותו נבחר במסגרת שיטה המכירה ברעיון של רפרזנטציה. בהתאם להנחת יסוד זו משטר המכיר בייצוג "חופשי" שעל פיו מרגע היבחרו חופשי הנבחר לפעול כראות עיניו ישתמש במנגנון של חסינות על מנת להבטיח ולשמר חופש פעולה זה.

על כן לדעתנו יש קשר ישיר בין מהות ה"ייצוג" הנוהג במדינה לבין היקפה של החסינות במילוי תפקיד.

העיסוק בהיקפה של החסינות מחייב לדעתנו בחינת המסגרות התאורטיות העוסקות במעמדו של חבר הכנסת במשטר הפרלמנטרי הישראלי. השאלה בדבר היקפם של חופש הביטוי והפעולה של חבר הכנסת תלויה בהגדרת מעמדו, בהגדרת מהות ה"מנדט" שקיבל חבר הכנסת מהעם ומהות יחסיו עם המפלגה במסגרתה הוא נבחר.

מבחינה תאורטית משטר דמוקרטי-פרלמנטרי מבוסס על הרעיון על פיו אין העם מסוגל לנהל את ענייניו בעצמו ולפיכך חייב בייצוג⁷². קיומו של "ייצוג" מניח קיומם של שני אנשים לפחות: זה המייצג וזה המיוצג. המייצג או ה"שלוח" מקבל מן המיוצג "כוח" לפעול בשמו של השולח. כוח זה מכונה "מנדט".

אנו סבורים כי תאוריית המנדט על מאפייניה היא מרכזית בבחינת החסינות העניינית. בין תכליות החסינות נהוג להזכיר את העיקרון שעל פיו יש לאפשר לנבחר לפעול באורח חופשי במסגרת תפקידו ללא מורא ופחד, באופן עצמאי ובלתי תלוי. חופש זה הניתן לנבחר שני פנים לו: האחד, חופש מפני התערבות של רשויות השלטון האחרות. במסגרת היבט זה החסינות היא זו שנועדה להבטיח באופן מעשי את עצמאותו של בית הנבחרים. החסינות מיועדת למנוע התנכלויות אפשריות בחברי הגוף המחוקק מצדן של רשויות שלטון אחרות.

הפן השני של חופש הפעולה הניתן לנבחר במסגרת תפקידו מתייחס לחופש מפני התערבותו של הבוחר. היבט זה עוסק במסגרת היחסים שבין הבוחר לבין הנבחר ובוחר את מהות ה"מנדט" שמקבל הנבחר. האם הנבחר הוא "שליחו" של הבוחר במובנה המשפטי של שליחות. אם התשובה לשאלה זו היא חיובית מכונה מנדט זה מנדט "אימפריטיבי". מנדט זה הוא מוגבל ומאפשר בין היתר את ביטולו על ידי הבוחר. מאידך אם היחסים בין הבוחר לבין הנבחר אינם יחסים של שליחות אזי נאמר כי הנבחר מקבל מן הבוחר מנדט "רפרזנטטיבי" או מנדט

"חופשי". על פי מנדט זה מרגע היבחרו חופשי הנבחר לפעול לפי ראות עיניו, ללא מורא ופחד שמא ייתבע לדין על ידי הבוחר בשל פעולותיו. ביסוסה של החסינות העניינית גם על היבט זה במערכת היחסים שבין הנבחר לציבור יאפשר תיאורטית את חופש פעולתו גם ביחס לציבור אשר בחר בו. הכרה בקיומו של מנדט חופשי יש בה כדי להצדיק לא רק את היותו של הנבחר בלתי תלוי בבוחריו אלא גם את היותו פטור מאחריות כלפיהם, קרי: נהנה מחסינות. לטענתנו אופיו של המנדט יקבע את מידת חופש הפעולה של הנבחר במסגרת יחסיו עם הבוחר. חופש פעולה זה יובטח באמצעות מנגנון החסינות. באופן זה תהא לחסינות השפעה על שני מישורי היחסים: בין הנבחר לבין רשויות שלטון האחרות ובין הנבחר לבין הבוחר. בתקופה מוקדמת הייצוג הפוליטי היה מבוסס על המשפט הפרטי במובן של "שליחות"⁷³ (מנדט "אימפרטיבי") על פיו כפוף הנבחר לבוחר. אולם בפרלמנטריזם המודרני השתחררו הנבחרים מן המנדט האימפרטיבי והפכו אותו למנדט "ציבורי"⁷⁴ או "חופשי", על פיו הנבחר נהנה מ"חופש מוחלט" מרגע היבחרו.⁷⁵

כיום ברור כי לא קיימים בפרלמנטים נבחרים "חופשיים" בצורה טהורה. נזכיר רק כי גם מדינות אשר בהן התיאוריה של המנדט החופשי מהווה חלק מהמשטר החוקתי שלהן (כגון שווייץ, גרמניה וצרפת), אינן מפעילות את התיאוריה במובנה המוחלט. יש במנדט זה כדי להביא לתוצאות חריגות ואף לניצול מוחלט של המעמד.

מאז תחילת הפרלמנטריזם בעולם המערבי היו הנבחרים קשורים במידה זו או אחרת לקבוצות פוליטיות. "במאה ה-20" — כותב המשפטן הגרמני Carl Schmitt — "אין לראות בפרלמנט את מרכזה של הפעילות הפוליטית. מפלגות וסיעות פוליטיות תפסו את מקומו ועל כן דעתו של הנבחר נקבעת מראש על ידי מפלגתו וסיעתו"⁷⁶.

בשאלת מעמדה של מפלגה פוליטית והשפעתה של התיאוריה הרפרזנטטיבית

73 Carré de Malberg *Contribution a la Théorie Générale de L'Etat* (Paris, 1962) Vol.2, 220. כן ראו ק' קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" משפטים ה' (תשל"ג), 308, 317.

74 M. Prélôt *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* (Paris, 11th ed., 1980) 436

75 ביטוי לגישה זו ניתן לראות בנאומו של Burke לבוחריו בבריטניה בשנת 1774:

"...You choose a member, indeed, but when you have chosen him he is not a member of Bristol, he is a member of Parliament" Burke, "Speech to the Electors of Bristol at the Conclusion of the Poll" (November 3, 1774) in: H.F. Pitkin *The Concept of Representation* (Cal., 1967) 71.

76 C. Turpin *British Government and the Constitution* (London, 2nd ed., 1985) כן ראו: 535. וגם: קליין, לעיל הערה 73.

76 C. Schmitt *Teoría de la Constitución* (Madrid, 1st ed., 1992) (תרגום מגרמנית. במקור: *Verfassungsgelchre* [1928]). הספר מציג ביסוס תיאורטי למושגים "משפט" ו"מדינה". המחבר, משפטן והוגה דעות גרמני שני במחלוקת, כתב בתקופת מלחמת העולם השנייה ספרים

חלוקת הדעות. יש הסוברים כי למפלגה אין כל השפעה על התיאוריה. הנבחר ממשיך להיות חופשי וזכאי לפעול על פי "צו המצפון"⁷⁷.

גישה אחרת רואה בנבחר מרגע היבחרו "נציג של המפלגה" על פיה ברגע שהבוחרים מצביעים עבור מפלגה מסוימת הם מביעים תמיכה באותה מפלגה בכל הנוגע לעמדתה בנושאים לאומיים. לפיכך הנבחר כפוף לתכנית זו (אינו נהנה מ"מנדט חופשי") שכן זוהי התחייבות שנטל הן כלפי הציבור והן כלפי מפלגתו⁷⁸. אנו טוענים כי מן הראוי לבחון את התיאוריות לעיל בכל הנוגע למעמדו של חבר כנסת. לדעתנו מתבקשת הכרעה בשאלת המעמד שמקבל חבר הכנסת מהעם מחד, וממפלגתו מאידך. הכרעה זו יש בה כדי לקבוע את המסגרות הלגיטימיות לפעולתו ולתפקידו⁷⁹. שאלת המנדט הועלתה על ידי המשנה לנשיא (כתוארו דאז) השופט ברק אך הושארה בצריך עיון בעניין ולגר⁸⁰:

"...האם הגישה המקובלת בפרלמנטים אחרים, ולפיה על חבר פרלמנט מוטלת החובה להצביע על פי מצפוננו שלו בלבד ולא על פי הוראות... תופסת גם אצלנו?"⁸¹.

כאמור הגדרת המנדט שמקבל חבר כנסת כמנדט רפרזנטטיבי הן כלפי הציבור והן כלפי מפלגתו תדגיש את חופש פעולתו. לעומת זאת הגדרת המנדט כרפרזנטטיבי כלפי הציבור אך אימפרטיבי כלפי מפלגתו עשויה להביא למסקנה אחרת על פיה ובהתאם למאפיינים של המנדט האימפרטיבי אין הנבחר יכול לקבל זכות גדולה יותר מזו שהייתה לשולחו. לכן לא יכול חבר הכנסת לקבל זכות גדולה יותר מזו שיש למפלגתו למשל מבחינת חופש הביטוי והמעשה. אם יוכח כי חופש הביטוי והפעולה של מפלגה בישראל מוגבלים (באמצעות חקיקה) פועל יוצא הוא כי באותה מידה מוגבל חופש הביטוי והפעולה של חבר הכנסת המוגן במסגרת החסינות.

בחינת סוגיית המנדט מחייבת דיון בהשפעה שיש לשיטת הבחירות על מעמדו של הנבחר הן מבחינת יחסי נבחר – ציבור והן מבחינת יחסי הנבחר ומפלגתו. שאלה מעניינת היא מיהו בעל ה"מנדט" בשיטת הבחירות בישראל. האם הנבחר האמיתי הוא חבר הכנסת או שמא מפלגתו. ניתן לטעון למשל כי אם מטרתה

ומאמרים המציגים תיאוריות התומכות במשטר הנאצי. הספר המוזכר זכה להתייחסות עצומה ממלומדים ומשפטנים בדיספלינות שונות (מדע המדינה, היסטוריונים ומשפטנים).

77 ראו למשל Pitkin, לעיל הערה 75, בע' 148 בהערה 11, כן ראו: J. Jowell & D. Oliver *The Changing Constitution* (Oxford, 2nd ed., 1989) 122.

78 ראו לעניין זה דיון בסוגיה קרובה בבג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (להלן: עניין "בצדק").

79 דיון נרחב בשאלות אלה ראו בעבודת הדוקטורט.

80 ראו עניין ולגר, לעיל הערה 66.

81 שם, בע' 797.

ותכליתה של החסינות היא להגן על ה"נבחר" הפוליטי ואם הנבחר הוא "מפלגה" אזי ראוי להרחיב את מסגרות החסינות העניינית כך שיגנו במידה מסוימת גם על המפלגה⁸².

מן הראוי לענות על השאלה שהציב הנשיא ברק לעיל: האם חבר כנסת הוא "שלוחה" של המפלגה במסגרתה הוא נבחר. על מנת לענות על שאלה זו ראוי לבחון האם חובה עליו להצביע על פי מצפונו (מנדט חופשי) או שמא כפוף להוראות מפלגתו (מנדט אימפרטיבי). האם בשיטת הבחירות הנהוגה בישראל חבר הכנסת מקבל ממפלגתו (להבדיל מבחוריו) מנדט אימפרטיבי. כן יש לבחון את מעמדה של המפלגה במשטר הישראלי כ"מתווך" בין הציבור לבין הנבחר. הנשיא שמגר למשל בעניין "בצדק" רומז לכיוון של מנדט אימפרטיבי בכל הנוגע ליחסים שבין חבר הכנסת ומפלגתו:

"לפי השיטה הנוהגת אצלנו, חבר הכנסת נבחר במסגרת רשימה המתחרה בבחירות. האזרח המצביע נותן קולו לרשימה ולא לחבר הכנסת הבודד. לאור שיטת הבחירות, נוצרת ההנחה הסבירה כי אלמלא הכללתו של חבר הכנסת ברשימה פלונית לא היה נבחר. אין בשיטת הבחירות שלנו משום הבעת אמון אישית במועמד פלוני"⁸³.

ראוי להדגיש כי במידה ובמדינה נוהגת שיטת ה"פריימריס" לשם בחירת המועמדים לרשימות המתמודדות לכנסת, עשוי הדבר להוביל לשינוי בתפיסת המנדט – היינו התחזקות המנדט הפרזנטיבי.

כאמור אם חבר הכנסת מקבל ממפלגתו או מסיעתו מנדט אימפרטיבי מתבקשת המסקנה על פיה חבר כנסת אינו יכול ליהנות מזכות גדולה מזו שיש למפלגתו⁸⁴. במקרה זה ניתן יהא לטעון בין היתר כי אם חופש הביטוי של מפלגה בישראל מוגבל ניתן להסיק על קיומה של הגבלה דומה גם על חופש הביטוי של חבר הכנסת. דיון במסגרות המעמד ובמסקנות הנובעות ממנו הנו קודם לעיסוק במבחני האיזון. יכול והמסקנות יובילו לכך כי בשל קיומו של מנדט מוגבל החסינות כלל אינה משתרעת מבחינת היקפה על פעילות פרלמנטרית נתונה.

לשיטתנו המעגל הראשון של החסינות העניינית מחייב דיון לא רק בסוגיית המעמד של חבר הכנסת כי אם גם דיון בהיקף הלשוני של הביטויים המתייחסים לחסינות עצמה מבחינת מקום, זמן והתחולה ה"עניינית" שלה ("במילוי תפקידו"). בחינת ה"מהות הפנימית" (coverage) של תפקידו תקבע את היקף העניינים הנכללים בתפקיד זה. ניתן לגרוס למשל כי באשר לחופש הביטוי של חבר כנסת

82 ישנן כבר הצעות ברוח זו בדוקטרינה העולמית.

83 ראו עניין בצדק, לעיל הערה 78, בע' 23.

84 וכך למשל אם חופש הביטוי של המפלגה מוגבל בהוראות חוקתיות (כגון סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת או סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב–1992) הרי שבמקביל מוגבל חופש הביטוי של "ידה הארוכה של המפלגה" קרי: חבר הכנסת.

המהות הפנימית של תפקידו משתרעת על "כל דיבור, יהא תוכנו אשר יהא – ולו החריג"⁸⁵.

דהיינו מבחינת היקף העניינים הנכללים בחופש הביטוי של חבר כנסת יכול זה גם את החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות⁸⁶, את החופש לעורר מהומות ולפרסם סודות מדינה.

"חירות ההשקפות היא מיסודות משטרנו והשקידה על ערך זה חלה כמובן מאליו גם על הנבחר לכנסת"⁸⁷.

מול גישה זו ניתן להציג את הדעה על פיה גם כמובן ה"פנימי" חופש הביטוי של חבר פרלמנט אינו מוחלט. כך למשל ישנה דעה בספרות הגורסת כי ביטוי המסית למה שכונה בארה"ב "advocating violent overthrow of government" אינו נכלל כלל במסגרת חופש הביטוי⁸⁸.

באשר לחופש המעשה ומובנו הלשוני יש לבחון ראשית את היקף המעשים אשר יהיו חלק מתפקידו של חבר הכנסת. הנשיא שמגר בעניין מיעארי⁸⁹ מציג את השאלה הבאה:

"...אם תפקידו של חבר הכנסת מתמצה ברשימה אחידה של פעולות, כגון הצבעה, נאום, הגשת הצעות חוק ושאלות, פעולה בוועדות, השתתפות במשלחת מטעם הכנסת וכיוצא באלה פעולות, שהן חלק אינטגרלי של פעולות הכנסת, או שמא תפקידו של חבר כנסת רחב יותר, והוא כולל גם את היותו חבר מפלגה או אישיות הממלאת תפקידים ציבוריים ופוליטיים – היינו, האם הפעילות הפוליטית הכללית של חבר הכנסת מחוץ לכנסת היא חלק ממילוי תפקידו של הנבחר כחבר כנסת. בין היתר, מתחייב מענה לשאלה, האם פעולה ציבורית של חבר כנסת למען היבחרו לכנסת היא פעולה הנעשית למען מילוי התפקיד כחבר כנסת"⁹⁰.

מן הדין לקבוע. בטרם יופעלו מבחנים להגבלת החסינות מהו היקף המעשים הנכללים בהגדרת תפקידו והאם היקף זה כולל כמובן הפנימי מעשים אסורים. לשיטתנו המהות הפנימית של התפקיד כוללת כל ביטוי ציבורי ופוליטי להבדיל מביטוי פרטי. התבטאויות פרטיות אינן כלולות בהגדרת תפקידו של חבר הכנסת.

85 השופט ברק בעניין כהנא, לעיל בהערה 69, בע' 283.

86 שם, בע' 279.

87 הנשיא שמגר בעניין "בצדק", לעיל הערה 78, בע' 24.

88 ראו: L.R. de Vier "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of the Principle" 30 *Stanford L. Rev.* (1978) 299, 309. D. Kretzmer "Freedom of Speech and Racism" 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 544.

89 כג'צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (להלן: עניין מיעארי).

90 שם, בע' 207.

התבטאות בעלת אופי פרטי אינה כלולה בהיקף הפריסה – ב"ambit" (כלשונו של השופט ברק) של תפקיד חבר הכנסת. ועל כן לא יהא כלל צורך להפעיל "מבחני איזון" לגבי התבטאויות בעלות אופי אישי או פרטי שכן אלה מוצאות מתחום המעגל הראשון (מעגל ההיקף).

לדעתנו בקביעת היקף הביטויים הנכללים בעקרון החסינות נכללות התבטאויות ציבוריות ופוליטיות אף אם יש בהן משום עבירה.

בדומה לקביעתו של השופט ברק בעניין כהנא⁹¹ על פיה המהות "הפנימית" של חופש הביטוי כוללת את החופש לעורר מהומות, לפגוע בשלום הציבור לפרסם דברי תועבה וסודות מדינה, כך גם המהות הפנימית של החסינות משתרעת על התבטאויות אלה.

נדגיש שהשופט ברק סבור כי במהות הפנימית של חופש הביטוי נכלל גם "החופש להוציא לשון הרע". לדעתנו במהות הפנימית של החסינות לא נכלל חופש זה בכל הנוגע להוצאת דיבה שהיא "פרטית" בעיקרה.

המעגל הראשון בוחן עוד את התכליות העומדות ביסודה של החסינות ואת ההגבלות ה"חיצוניות" הקיימות על חופש הביטוי והפעולה של חבר הכנסת. קביעת היקף העניינים הכלולים בגדרה של החסינות העניינית מחייב בחינתן של "הגבלות חיצוניות" על החסינות הקיימות מכוחם של חוקים שונים.

בפסק הדין בעניין מיעארי, שניתן לפני למעלה מעשר שנים, נעשה ניסיון ראשון על ידי שניים משופטי בית המשפט העליון להטיל הגבלות "חיצוניות" על היקפה של החסינות העניינית. באותו מקרה נידונה השאלה האם מעשיו של העותר (השתתפות בכנס לזכרו של פאהד קוראסמה מראשי אש"ף) מוגנים במסגרת החסינות העניינית. השופט שמגר בדעת הרוב קבע כי נשיאת נאום מדיני או התבטאות מדינית פומבית בנסיבות המקרה היא "מעשה במילוי תפקיד" ועל כן מוגן. המשנה לנשיא דאז השופטת כן פורת בדעת המיעוט קבעה כי סעיף 1 לחוק החסינות אינו סובל פירוש אשר:

"כמוהו כמתן אור ירוק למעשים, הסותרים מניה וביה את הנאמנות לקיום המדינה"⁹².

בכך קבעה בעצם השופטת "הגבלה חיצונית" על היקף העניינים הכלולים בהגדרת תפקידו של חבר כנסת:

"דעתי היא שהגנה כזאת אסור לה שתחול על נאום אשר כזה (הטפה גלויה להרס המדינה – ג.ס.). פעילות, המתיישבת אך ורק עם גישה עוינת למדינה, מקומה לא יכירנה גם בתוך כותלי הכנסת"⁹³.

91 עניין כהנא, לעיל הערה 69, בע' 283.

92 עניין מיעארי, לעיל הערה 89, בע' 225–226.

93 שם, בע' 227.

בית המשפט בעניין פנחסי לא נדרש לדעתנו לשאלה של הגבלות חיצוניות המוטלות על חופש הביטוי והפעולה הפרלמנטרי במסגרתם של חוקים אחרים. בפנחסי עסק בית המשפט במבחני איזון שאנו מבקשים לכוונתם "פנימיים", דהיינו בין תכליות החסינות השונות כפי שאלה באו לידי ביטוי הן בחוק החסינות והן בעקרונות היסוד של השיטה. שלא כבעניין מיעארי, לא בחן בית המשפט העליון בפנחסי את אפשרות קיומן של הגבלות חיצוניות או "מהותיות" הנוגעות לחקיקה קיימת העשויה להשפיע על היקפה של החסינות. כאמור לדעתנו הפעלתם של מבחני איזון "פנימיים" לאיזון בין תכליות החסינות השונות היא שלב שני שיבוא רק לאחר שיצומצם היקפה של החסינות באמצעות הגבלות "חיצוניות" שמקורן בחוק ובחוקי היסוד. לפיכך מן הראוי לבדוק במסגרתו של המעגל הראשון את ההשפעה של חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 5 לחוק המפלגות. על היקף החסינות של חבר הכנסת. שאלה זו הושארה בצריך עיון הן בעניין פנחסי והן בעניין מיעארי. הנשיא שמגר הציע בפסק הדין בעניין מיעארי לבחון את הזיקה בין סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת לבין סעיף 1 לחוק החסינות⁹⁴ ולבחון את האפשרות ללמוד בדרך של היקש על קיומה של הגבלה בדמות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת על היקפה של החסינות העניינית:

"האמור בסעיף 7א בא ליצור חיץ בין הפעילות הפרלמנטרית הלגיטימית לבין מעשים מן הסוג שתואר בהוראת החוק האמורה, כאילו נאמר בו, כי אין להתיר נסיבות בהן יהיו מטרות כאמור שם או מעשים כאלה חלק מן המעמדים הפרלמנטריים שחבר הכנסת שותף להם... ממה שנדרש מרשימת מועמדים ניתן ללמוד על קיומה של השלכה, בדרך היקש, על חבר הכנסת הבורד. תמציתה של טענה זו היא אפוא, כי המחוקק לא מתכוון רק לאסור על סוג פעילות פלונית לפני הבחירות, אלא סעיף 7א נועד לסנן מראש, מה תהיה דמות הכנסת ונבחריה אחרי הבחירות, ומכאן זיקתו של האמור בסעיף 7א למילוי התפקיד של הנבחר"⁹⁵.

גם פרופ' ברק בספרו פנה לפסק הדין בעניין מיעארי במילים הבאות:

"לפירושה של הוראה זו (סעיף 7א — ג.ס.) ולאפשרות להסיק ממנה מסקנות מעבר לגבולותיה שלה ראה בג"צ 620/85 מיעארי..."⁹⁶.

גישה זו המכירה באפשרות להיקש וליצירת "הרמוניה חקיקתית" מצטרפת לחקיקתו של סעיף 5 לחוק המפלגות ומהווה נדבך נוסף בטיעון על פיו בבחינת

94 עניין מיעארי, לעיל הערה 89, בע' 210–211.

95 שם, בע' 210.

96 א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות החקיקה (1993) 448 הערה 191.

כלל הפעילות הפרלמנטרית (רישום מפלגות, השתתפות בבחירות ופעילות בכנסת) יש לשאוף לאחדות בפרשנות⁹⁷. ניתן אף לטעון כי סעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת, העוסק בהצהרת האמונים למדינת ישראל שמחויב בה כל חבר כנסת, יש בו כדי ליצור "תנאי מוקדם" לפעילותו של חבר כנסת מעין שלב טרומי אשר יש בו כדי לקבוע גבולות בין מותר ואסור באשר לתפקידו.

(2) המעגל השני — על מידת ההגנה המוענקת במסגרתה של החסינות העניינית: מבחן האיוון העקרוני

המעגל השני והאחרון עוסק כאמור במידת ההגנה המוענקת לחבר הכנסת. לדעתנו מעגל זה טומן בחובו בחירתו של מבחן איוון ראוי בין תכליות החסינות השונות. הפעלתו של מבחן איוון הוא שלב אחרון בבחינת סוגיה של חסינות. לשיטתנו, מן הדין לבחון ראשית האם הפעילות הנדונה אינה מוצאת מראש מכלל היקפה של החסינות, בין משום קיומה של הגבלה חיצונית (כגון פעילות הנופלת לגדרו של סעיף 7א) או משום שהמדובר בפעילות בעלת אופי "פרטי".

רק לאחר מתן תשובות ברורות לשאלות אלה, השאלות ה"מקדמיות" אשר מצויות במעגל הראשון, ניתן יהא לבחון את ה"איוונים הפנימיים" הנדרשים לשם הכרעה האם הפעילות היא "במילוי תפקיד או למען למילוי תפקיד".

סקרנו ברשימה זו את מבחני האיוון שהופעלו לבחינתה של הפעילות המוגנת במסגרתה של החסינות העניינית. הצגנו את "מבחן הסיכון הטבעי" של המשנה לנשיא ברק, את מבחן "הרלוואנטיות" של השופט גולדברג ואת מבחן "הזיקה המהותית" של הנשיא שמגר. ראינו כי הפעלתם של המבחנים השונים על פעילות נתונה עלולה להוביל לתוצאות הפוכות. קיומם של מבחנים מעורפלים ואף סותרים יובילו עותרים לשערי בג"צ חדשות לבקרים⁹⁸ וייצרו חוסר וודאות בשיטה העשוי לסכל במידה מסוימת את תפקידו של חבר הכנסת.

הפעלתו של מבחן המבוסס על "מצבו הנפשי" של חבר הכנסת עלול לחייב בחינה שיפוטית שוטפת של הפעילות הפנים — פרלמנטרית. על מנת להחליט אם היה זה מעשה "ספונטני" או "מתוכנן מראש" יהא חייב בית המשפט לנתח את הדיונים בכנסת ובמוסדותיה.

בשלב הדין במבחן האיוון הראוי אנו מציעים להציב תחילה מספר הנחות

97 על היחס בין סעיף 5 לחוק המפלגות לבין סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, וכן רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529.

98 דוגמא טובה לערפולו של מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" ניתן לראות בעצם האירועים שהולידו את עניין כהן. היועץ המשפטי לממשלה קבע בהקשר זה כי לחבר הכנסת נתניהו עומדת החסינות העניינית בשל דבריו מעל דוכן הנואמים. לעומתו סבר היועץ המשפטי לכנסת, עורך הדין צבי ענבר, כי החסינות אינה עומדת לו.

יסוד. לדעתנו בחירתו של מבחן איזון, בין אם מבחן עקרוני ובין אם קונקרטי לצורך אירוע נתון, חייב לצאת מתוך הנחות מוצא נתונות. תחילה אנו מבקשים להציב את הנחות היסוד המשותפות לכל שלושת השופטים שדנו במבחני האיזון בעניין פנחסי.

(א) הנחות היסוד בהפעלת מבחן איזון

אנו מייחסים חשיבות רבה לדין ההשוואתי. כאמור, רעיון החסינות הפרלמנטרית איננו ייחודי למדינת ישראל. מדינות חוקתיות, ליברליות ודמוקרטיות מתלבטות אף הן בדרכי הפרשנות למוסד החסינות. תכליות החסינות בישראל ובעולם זהות הן והשימוש לרעה בחסינות אף הוא איננו ייחודי. מבחני האיזון שהוצעו בדין הישראלי דומים בחלק ממאפייניהם למבחנים שהוצעו בדין הזר⁹⁹. אנו מבקשים לבסס את מבחן האיזון שלנו על אותן הנחות יסוד המשותפות למדינות השונות שבחנו, שאף מצאו בסיס בפסיקה הישראלית.

(1) תפקידו של חבר הכנסת הוא בביצוע פעולות חוקיות בלבד

הנחת יסוד זו היא מרכזית בבחינת החסינות. חוק החסינות נועד להגן אמנם על פעולות אסורות – על עבירות פליליות או עוולות אזרחיות אולם הנחת המוצא של החוק חייבת להיות "שלטון החוק". כאמור לעיל הדוקטרינה העולמית כולה יוצאת מהנחת יסוד זוהי והיא הדרישה כי מסגרות הפעילות תהיינה כדין. לדעתנו הנחת היסוד היוצרת עדיפות לשלטון החוק היא ראויה וחיונית. יש בקביעתה משום מתן עדיפות לאחת התכליות שהחסינות נוגעת להן. החסינות כפופה באופן עקרוני לשלטון החוק ועל כן מוטלת על בית המשפט החובה למנוע שימוש לרעה בה.

(2) החסינות נועדה להגן על פעילות סבירה ורגילה של חבר כנסת

הצגנו לעיל כי שלושת המבחנים שהוצעו בעניין פנחסי מבוססים על יצירת "מעגל של פעילות חורגת". חבר הכנסת במילוי תפקידו כפוף לחוק. עם זאת כאשר הוא עובר על חוק במילוי התפקיד יש להניח קיומו של "מעגל" סביב תפקידו אשר רק הפעילות שתסווג למסגרתו תזכה להגנה. כאמור מבחן סיווג הפעילות לאותו "מעגל חורג" שונה משופט לשופט. אולם נקודת המוצא בקביעת המבחנים היא לדעתנו זהה.

הראנו כי בבסיסם של מבחני השופטים עומד הרעיון של הגנה על "פעילות רגילה וסבירה" שמצא ביטוי גם בדוקטרינה הזרה. אנו מבקשים להדגיש את חשיבותו של רעיון ה"סבירות". לדעתנו הפעלתו של מבחן הסבירות – כמבחן אובייקטיבי יאפשר בחינה ראויה של פעילות חבר הכנסת בשני המעגלים של

התפקיד: המעגל הפנימי העוסק בתפקידו ה"אובייקטיבי" והמתייחס לפעילות קבועה ואחידה בין כלל חברי הכנסת, ואף במעגל החיצוני העוסק בפעילות "למען מילוי תפקיד" והמאפשר פעילות אישית, אינדיבידואלית ומפלגתית של חבר הכנסת.

(3) מסגרת הפעילות חייבת להיות כדין

אנו מבקשים לקבוע כנקודת מוצא כי יש צורך לבחון את תקינותה של הפעולה הנטענת להיות חסינה ביחס לכללים המסדירים את הפעילות הפרלמנטרית. חוקים ותקנונים מסדירים את הדרך, לעתים טכנית, שבה מבצע חבר הכנסת את תפקידו. פעילותו של חבר כנסת לא חייבת להיות רק בהתאם לחוק. אנו מבקשים לטעון כי היא חייבת להיות גם בהתאם לדין. דין זה קבוע בין היתר בתקנון הכנסת ובתקנון מפלגתו. לדעתנו מן הראוי לקשור את החסינות העניינית לתפקוד התקין של הכנסת.

(4) יצירת הבחנה בין "הצבעה והבעת דעה" לבין "מעשה"

אנו מבקשים לקבוע כי חבר הכנסת ממלא את תפקידו ככלל באמצעות הבעות דעה והצבעות. הדין הישראלי מהווה חריג במשפט ההשוואתי בכל הנוגע לפריסת ההגנה גם על "מעשה". הגישה ברוב המדינות שנחקרו (שהיא הגישה הראויה לדעתנו) מניחה כי תפקידו של חבר פרלמנט מתבצע בהצבעות ובהבעות דעה וקיימת גמישות מסוימת בפרשנות המושג "הבעת דעה". "כלי העבודה" העיקרי של חבר פרלמנט כלשונו של השופט גולדברג בעניין פנחסי היה ונשאר הביטוי. לדעתנו יש לתת משקל להערה זו. נכון הוא כי חוק החסינות אינו מבחין בין הבעת דעה ובין מעשה ועל שניהם פרוסה החסינות העניינית. אולם בבואנו להציע כללים לפרשנות המילים "במילוי תפקיד" מן הראוי לדעתנו לאמץ את הגישה הבסיסית של השופט גולדברג על פיה יש להבחין בין הבעת דעה ומעשה. כזכור בעניין פנחסי הציע השופט גולדברג ליצור הבחנה זו על ידי פריסת החסינות רק על מעשים (שאינם בגדר הבעת דעה) המהווים עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה (כגון רשלנות או אחריות קפידה). לשיטתו של השופט גולדברג אין לפרוס חסינות על מעשה מכון של חבר כנסת.

אנו מבקשים לאמץ אך את הרעיון הבסיסי בדבר הבחנה בין מעשה להבעת דעה. איננו מסכימים, בכל הכבוד הראוי, להפעלתם של מבחני "מחשבה פלילית" במסגרתו של חוק החסינות. את דעתנו הצגנו לעיל ביחס למבחנו של השופט ברק הוא מבחן "מתחם הסיכון הטבעי". שם סברנו כי אין זה ראוי לעסוק בשאלות של מודעות, תכנון מראש או ספונטניות. גם כאן בכל הנוגע לאבחנה בין מעשה לבין הבעת דעה אנו מבקשים להסתייג משימוש ביסודות של "mens rea" כאמצעי להכרעה בדבר תחולתה או אי תחולתה של החסינות העניינית. עם זאת כאמור מן הראוי לקבוע כהנחת יסוד כי תפקידו של חבר הכנסת ככלל מתבצע על ידי

הצבעות והבעת דעה. על כן מן הראוי שיחולו מבחנים שונים בעת בחינתה של הבעת דעה למול בחינתו של מעשה. אנו טוענים כי הבעת הדעה היא הכלל ואילו המעשה הוא החריג. פריסת ההגנה של החסינות על מעשים תיעשה אך ורק במקרים חריגים על פי המבחן שיידון להלן.

בהמשך לטענה על פיה יש לתת חשיבות לערך בדבר חופש הביטוי הפרלמנטרי אנו טוענים כי יש להגבילו בעיקר באמצעות הגבלות חיצוניות מקדמיות (עבירות הקשורות במישרין לפעילות הנופלת לעילות הפסילה של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת וכן התבטאויות פרטיות). התבטאויות אשר "תעבורנה" את מבחן ההגבלות המקדמיות תהיינה ככלל פעילות מוגנת. עצם השימוש במבחן איזון לשם הגבלת חופש הביטוי של חבר כנסת יהיה בגדר חריג.

ב. האיזון העקרוני — "האם הפעולה היא הכרחית וסבירה לביצוע התפקיד"

פרופ' ברק בספרו¹⁰⁰ מתייחס לשני סוגים של "איזונים": איזון עקרוני (principled balance) ואיזון אד הוק. האיזון העקרוני קובע משקל נורמטיבי ובעקבותיו — איזון בין נתונים מתחרים הקובעים נורמה הניתנת להפעלה במקרים עתידיים. האיזון העקרוני לשיטתו של פרופ' ברק נושא עמו קו מנחה ערכי. למשל:

"האיזון העקרוני בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור הנו, כי רשות ציבורית רשאית להגביל את חופש הביטוי רק אם קיימת ודאות קרובה לנזק ממשי לשלום הציבור"¹⁰¹.

אנו סבורים כי התכליות הבסיסיות של החסינות העניינית הן "תכליות "אופקיות", כולן ברמת הכללה גבוהה ביותר וכולן ברמה של עקרונות יסוד. על כן בבואנו להציג נוסחת איזון בין ערכים "שווים" מבחינת עוצמתם, אנו נדרשים לאיזון שיאפשר "חופש נשימה" — כלשונו של פרופ' ברק — לכל אחד מן הערכים המתחרים. "יש לקבוע אפוא הגבלות מבחינת המקום, הזמן והצורה, אשר יאפשרו לכל אחד מהערכים המתחרים קיום מהותי וממשי"¹⁰².

ארבע הנחות היסוד שהצבנו קובעות כי תפקידו של חבר הכנסת מתבטא בעיקרו בהבעת דעה והצבעות ובביצוע פעולות חוקיות בלבד. החסינות תגן רק על פעילות סבירה ורגילה של חבר כנסת שנעשתה כאשר מסגרת הפעולה היא כדין וככלל לא נועדה להגן על מעשים של חבר הכנסת שאינם בגדר הבעת דעה. בחינתן של ארבע הנחות היסוד מעלה בבירור כי בבואנו להציב מבחן איזון

100 ברק, לעיל הערה 96, בע' 687.

101 שם, שם.

102 שם, בע' 696.

יש ליתן עדיפות לעיקרון של שלטון החוק. לאור חשיבותו הרבה של ערך זה יש לנקוט באיזון עקרוני אשר יהא בו כדי למנוע פגיעה קשה בשלטון החוק. מבחן איזון זה יופעל מתוך הנחות היסוד שהוזכרו.

אנו מציעים לבחון במבחן הסבירות את השלב האחרון של ההחלטה: האם פעילות של חבר כנסת מוגנת אם לאו. מבחן "סבירות" מצוי לדעתנו בגרעין המשותף של כל שלושת המבחנים שהוצעו בעניין פנחסי. אנו סבורים כי כל שלושת השופטים הפעילו את מבחניהם מנקודת מוצא של "מתחם סבירות". המאפיינים של כל אחד ממבחני ה"סבירות" הללו הם שונים. לדעתנו המשנה לנשיא ברק ואף הנשיא שמגר בוחנים אותו בעזרת המאפיין של כוונה. המשנה לנשיא ברק סבור כי פעולה שהיא עבירה מכוונת ועצמאית חורגת ממתחם "הסיכון הטבעי", שכן היא למעשה חורגת ממתחם הסבירות. המאפיין באמצעותו יבחן השופט את "מבחן הסבירות" שלו הוא ה־mens rea. אנו מבקשים כאמור לאמץ אך את השלד המשותף לכל שלושת השופטים ולהוסיפו להנחות היסוד שהוספנו.

על כן מוצע לבחון את תחולתה של החסינות על עבירה או עוולה על פי המבחן להלן: הפעולה – הנטענת להיות עבירה או עוולה – תהא חסינה אם הוכח שהייתה הכרחית וסבירה לביצוע תפקידו. היינו יש להראות לבית המשפט כי חבר הכנסת לא יכול היה למלא את תפקידו הפרלמנטרי בלעדי ביצועה של העבירה.

לפיכך לגבי מקרה עקרוני (ולא קונקרטי אשר עלול להוליד התנגשות אחרת בין ערכים) נשאל: האם הפעולה הנובעת באופן בסיסי מפעילותו על פי דין ניתן לראותה חלק מהפעילות הרגילה והסבירה שחבר כנסת רגיל מבצע במילוי תפקיד והייתה הכרחית לביצוע תפקידו? מבחן זה דומה במהותו למבחנו של השופט גולדברג הוא מבחן "הזיקה הרלוואנטית":

"השאלה היא אם חבר כנסת סביר היה מבצע אותה עבירה בנסיבות אותו מקרה לשם מילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו..."¹⁰³.

לדעתנו יש בו מאפיינים רבים גם ממבחנם של המשנה לנשיא ברק ושל הנשיא שמגר. ההבדל העיקרי בין המבחן המוצע לבין המבחנים שהוצעו בפנחסי הוא היעדר ההתייחסות לאלמנט הסובייקטיבי. המבחן המוצע על ידינו דומה אף למבחן שהוצע על ידי פרופ' זמיר:

"צריך לתת פירוש מצומצם יותר ולומר, כי המעשה חייב להיות למען מילוי התפקיד באופן ענייני, סביר וצודק..."¹⁰⁴.

103 השופט גולדברג בעניין פנחסי, לעיל הערה 1, בע' 721.

104 ראו הצעתו של פרופ' זמיר שמצאה ביטוי במסגרת רב שיח בנושא חסינות חברי כנסת (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות, תשמ"ו) 6.

הצעתנו אינה כוללת את בחינת כוונותיו הסובייקטיביות של חבר הכנסת. לדעתנו אלה אינן רלוואנטיות. יש לבסס את המסקנות על מבחנים אובייקטיביים בלבד, לבחון את טיבה ומהותה של הפעילות ולא את הנסיבות הסובייקטיביות של המבצע.

אנו מבקשים להחיל חסינות עניינית על פעילות פלילית שהיא הכרחית לביצוע התפקיד. שניתן יהא לומר לגביה כי לא הייתה לפני חבר הכנסת כל אלטרנטיבה "סבירה" אחרת זולת ביצועה של העבירה. נדמה כי המבחן הוא אף נוקשה יותר מן המבחנים שהוצעו בעניין פנחסי. למשל חבר כנסת שהתרשל במילוי תפקידו וביצע עבירה אגב כך יהא מוגן לשיטתו של השופט ברק. לשיטתנו עבירה מתוך רשלנות אינה הערובה הבלעדית להחלת החסינות העניינית. אנו מבקשים לבחון האם התרשלות מעין זו היא "סבירה" ביחס לכלל חברי כנסת. האם היא מתבקשת מן התפקיד. האם ניתן להניח באופן סביר שפעילותו של חבר כנסת כוללת רשלנות דוגמת זו שארעה.

"סבירות" הוא מושג עמום. לשיטתו של פרופ' ברק סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים ומתן משקל לשיקולים אלה¹⁰⁵. הפעלת מבחן של סבירות על פעילותו של חבר הכנסת מניחה ראשית קיומו של מעגל פעילות חורגת המהווה "מתחם של פעילות סבירה". אנו מבקשים לנסות לתחום את אותו מעגל "סבירות" הסובב את פעילותו של חבר הכנסת. הסבירות במובן זה חייבת להיבחן בזיקה של "הכרחיות" לתפקידו של חבר הכנסת.

נקודת המוצא בבחינת הפעילות הסבירה תהא "מהות התפקיד ומעמדו של חבר הכנסת". בחינת מעמדו של חבר הכנסת תניב מסקנות אודות סוגים שונים של פעילויות שיש לראותן "סבירות" ביחס לתפקיד המשתנה של חבר כנסת. הגדרת מעמדו של חבר הכנסת ביחס לציבור וביחס למפלגתו יש בה כדי לתת תשובות לשאלות בדבר הלגיטימיות של פעולה זו או אחרת. פעולה "לגיטימית" מבחינת המעמד משמעה פעולה הכרחית ואף "סבירה" במילוי תפקידו.

ניתן להקשות לגבי מבחן ההכרחיות ולומר כי א־פריורי ביצוען של פעולות בלתי חוקיות לעולם אינו הכרחי. שהרי חובתו של חבר הכנסת הוא לפעול על פי החוק. להערה זו נענה כי החסינות נועדה לתת הגנה גם לפעולות בלתי חוקיות. אם לא כן הרי שהיא מיותרת וריקה מתוכן. למרות החיוב הקיים על חבר הכנסת לפעול בהתאם לחוק ועל פיו החסינות מכירה בפעולות לא חוקיות במילוי תפקיד. על מנת לבחון פעילות בלתי חוקית נתונה על פי מבחן זה יידרש בית המשפט לקבוע את מסגרות התפקיד של חבר הכנסת. לשיטתנו אין אפשרות לבחון חסינות עניינית ללא התייחסות לתפקיד. בית המשפט יידרש לבחון את מסגרת

החובות המוטלות על חברי הכנסת בכלל כגון חובת ההגינות, חובת הגילוי וחובת הנאמנות. בית המשפט מחויב יהיה לעסוק ב"פרקטיקה המקובלת" בתחום הייצוג הציבורי.

אנו מבקשים לטעון כי תפקידו של חבר הכנסת אינו בבחינת "איש הישר בעיניו יעשה". אנו מבקשים מבית המשפט באמצעות מנגנון החסינות ובמסגרתו לקבוע את המסגרות להתנהגות פוליטית ראויה. צמצום תחולתה של החסינות העניינית אך למקרים בהם הפעולה שנעשתה הייתה הכרחית ביחס לתפקיד יש בה כדי להשפיע על נורמות ההתנהגות הפוליטית. שלילת החסינות על עבירות שאינן הכרחיות תבסס את חובתם של חברי הכנסת כחלק מן התפקיד לפעול במסגרת החוק אפילו אם ברצונם להביא לשינויו. מבחן "הפעולה ההכרחית ביחס לתפקיד הסביר" יחייב מתן תשובות ברורות לשאלות כגון: האם מעמדו של חבר כנסת כולל את חובת הדיווח. האם ניתן להכליל חובה זו במסגרת תפקידו הסבירים של חבר כנסת. תשובה חיובית לשאלה זו — כפי שהדבר מתבקש לדעתנו — תאפשר פריסת ההגנה על עבירה של גילוי סודות גם אם היא "עומדת בזכות עצמה" שכן סביר יהא להניח כי חבר הכנסת לא יכול היה להביא לידיעת הציבור אינפורמציה זו אלא בדרך של עבירה.

כאמור שאלת "הכרחיות הפעולה" ראויה להיבחן במבחנים של סבירות. תפקידו של חבר הכנסת יוצר "מתחם של סבירות" ובמסגרת מתחם זה ניתן יהא לכלול אף עבירות פליליות כתנאי שאלה לא יחרגו מאותו מתחם.

מבחן "הפעילות ההכרחית" יאפשר גם פריסת הגנה שונה על מעשה ועל הבעות דעה. ההכרחיות של מעשה במילוי תפקיד של חבר כנסת קטנה מאוד. התפקיד של כלל חברי הכנסת מתבטא בעיקרו בהבעת דעה והצבעות. נראה לנו כי המקרים בהם ניתן יהיה לומר כי חבר הכנסת לא יכול היה למלא תפקידו ללא ביצוע מעשה בלתי חוקי יהיו חריגים בלבד.

מבחן "הפעילות ההכרחית" מאפשר להתחשב בתפקידים המוטלים על כל אחד מחברי הכנסת באופן אישי. לדעתנו ניתן יהיה לבחון אף את המעגל של "פעילות למען מילוי התפקיד" בקריטריונים אובייקטיביים אם כי לא משותפים לכלל חברי הכנסת. ניתן יהיה לדעתנו להתייחס ל"חבר כנסת סביר ממפלגה פלוגית" כאמת מידה להפעלתו של המבחן.

ניתן יהיה לבחון האם חבר כנסת סביר הפועל תחת הוראותיה הספציפיות של מפלגתו בנושא מסוים יכול היה למלא את תפקידו בלעדי העבירה. מבחן זה מחייב בחינה של התפקיד תחילה. רק לאחר שיקבעו גבולות התפקיד של חבר הכנסת, על פי ההצעות שהצגנו לקביעת תוכן של "מעגל מילוי התפקיד" ומעגל הפעילות "למען מילוי התפקיד", ניתן יהיה להפעיל קריטריון של סבירות.

ואולם, שלא כמו המבחנים בפנחסי מבחן "הפעולה ההכרחית" יופעל רק בשלב האחרון של הדיון בסוגיית החסינות ולא בתחילתו. אנו מציעים להיזקק למבחן זה אך באותם מקרים בהם האירוע הנתון מעלה שאלה שלא מצאה את פתרונה במסגרת השלבים המקדמיים המוצעים לבחינתה של החסינות.

ג. החזקות להפעלת מבחן האיזון

לשיטתנו מבחן הכרחיות הפעולה יופעל באמצעות שתי חזקות:

1. אם הפעילות העבריינית הנדונה מתמקדת בהבעת דעה – יחול הכלל על פיו הבעת דעה חופשית היא הכרחית לביצוע תפקידו של חבר כנסת. נטל הראיה בדבר סתירת הכלל יוטל על המבקש לשלול את החסינות מהבעת הדעה.
2. אם הפעילות העבריינית הנדונה מתמקדת במעשה – יחול הכלל ההפוך על פיו מעשה אינו הכרחי לביצוע תפקידו של חבר כנסת. נטל הראיה יוטל במקרה זה על חבר הכנסת להוכיח כי בנסיבות העניין היה מעשהו הכרחי וחיוני למילוי תפקידו וכי לא יכול היה למלא את תפקידו אילולא עשה את המעשה האמור.

ד. סוף דבר

החסינות המוענקת לחברי הגוף המחקק במילוי תפקידם הנה מוסד נפוץ בעולם. החשש מפני השימוש לרעה בחסינות אף הוא איננו ייחודי לשיטת המשפט הישראלי.

תכליות החסינות כפי שנקבעו בישראל ובעולם זהות הן וההתלבטות על דרכי פרשנותה משותפת לנו ולמדינות חוקתיות ודמוקרטיות אחרות. במסגרת הרשימה הצענו לבחון מספר סוגיות מקדמיות העשויות לדעתנו לקבוע את היקפה ומסגרותיה של החסינות עוד בטרם תיבחן הפעולה במבחן איזון נתון. לשיטתנו הגדרת מעמדו של חבר הכנסת בשיטה הפרלמנטרית הישראלית יש בה כדי לקבוע את מסגרת הפעילות הלגיטימית אשר תזכה להגנה באמצעות החסינות.

הצענו מבחן איזון הבוחן את הפעולה במבחן אובייקטיבי והמבוסס על הנחות יסוד המשותפות לדין הזר לאור החשיבות הרבה שאנו מייחסים למחקר ההשוואתי בתחום זה. ביקשנו להראות כי הגישה שהוצעה בעניין פנחסי הכוחנת את "אופן הביצוע" של העבירה ואת מצבו הנפשי של חבר הכנסת תחייב את בית המשפט העליון לבדוק את טיבם של הדיונים בכנסת, לחקור את אופן השתלשלות הדברים הנאמרים מעל דוכן הנאומים ולבחון שאלות של "תכנון" מול "ספונטניות". מבחן זה עלול להוביל את בית המשפט לעיסוק באופיו של הויכוח פוליטי: ויכוח "לוהט" שבו נגרר חבר הכנסת עד כדי כך ש"נפלטו" מפיו ידיעות סודיות או שמא דיון רגוע עד כדי החלטה שמדובר בגילוי מידע "מתוכנן מראש".

בחינת מצבו הנפשי של חבר כנסת כתנאי להחלתה של החסינות עלולה לחולל מתקפה נגד התערבותו של בג"צ במליאת הכנסת. אנו מצדנו מבקשים לחזק את הביקורת השיפוטית על החסינות העניינית. לדעתנו הפעלתו של מבחן המבוסס על מצב נפשי עלול להחלישה.