

בעניין:

מדינת ישראל

ע"י עו"ד יוסי קורצברג מפרקליטות מחוז תל אביב (פלילי)
מרח' הנרייטה סאלד 1 תל אביב 64924, טל' 03-6970162
פקס' 03-6919108

המאשימה

- נגד -

ח"כ מוחמד ברכה

ע"י עו"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה
ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או חנין נעאמנה ו/או
ראמי ג'ובראן ו/או רימא איוב מעדאלה - המרכז המשפטי
לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד 8921 חיפה 31090,
טל' 04-9501610, טל' נייד 052-3206653 פקס' 04-9503140

הנאשם

טיעונים מקדמיים מטעם ההגנה בדבר תחולת החסינות העניינית

הנאשם מתכבד בזה להגיש את טיעוניו המקדמיים בדבר תחולת החסינות העניינית על כתב האישום, לפי סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 15.6.11, לפיה יגיש את טיעוניו בכתב בסוגיה זו בלבד, אשר יפורטו כדלקמן:

דברים מקדימים

1. טיעוניו של ח"כ ברכה, המוגשים כטענה מקדמית, מתייחסים לשניים מארבעת פריטי האישום הכלולים בכתב האישום דנן. פריטי אישום אלה הם **פריט האישום השני**, המייחס לח"כ ברכה עבירה של העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין בכך שלפי הנטען בכתב האישום הוא צעק וקילל שוטר בעת הפגנה מחאה כנגד מלחמת לבנון השנייה ברחבת הכניסה לנחלת בנימין ולשוק הכרמל בתל אביב ביום 5.8.06 ו**פריט האישום הרביעי**, המייחס לח"כ ברכה עבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו לפי סעיף 275 לחוק העונשין בכך שלפי הנטען בכתב האישום הוא "ניסה למנוע בגופו את הכנסתו" של מזכ"ל חד"ש לניידת, עת זה נעצר בהפגנת מחאה שהתקיימה בנצרת ביום 7.7.07, מול כינוס מפלגת העבודה בו ביקר השר אהוד ברק, בדרישה להעמיד לדין את האחראים להרג האזרחים באוקטובר 2000.

2. ח"כ ברכה מבקש, כי בית המשפט הנכבד יבטל את שני פריטי אישום אלה היות וחלה עליהם חסינות עניינית, בהתאם להוראת סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 (להלן: חוק החסינות), המורה בזו הלשון:

"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."

3. יובהר, כי באשר לשני פריטי האישום האחרים שומר ח"כ ברכה את זכותו לטעון לקיומה של חסינות עניינית בעתיד, אם וכאשר יראה זאת לנכון.

4. יצוין, כי לצורך הטענה המקדמית של החסינות העניינית, ובהקשר זה בלבד, טיעוני ההגנה יוצאים מנקודת הנחה כאילו העובדות הנטענות בכתב האישום הינן נכונות ו הנאשם ביצע את המעשים המיוחסים לו, ואולם הוא חסין מהעמדה לדין בגינם היות ונעשו במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר כנסת. כלומר, גם בהנחה שהנאשם עשה את המעשים המיוחסים לו הרי שקמה לו חסינות עניינית המונעת מלנקוט נגדו בגינם הליכים משפטיים. יודגש, כי אין בכך משום הודאה או ראשית הודאה של הנאשם בביצוע העבירות המיוחסות לו בפריטי אישום אלה.

5. למען הזהירות יצוין עוד, כי טענות מקדמיות אחרות יועלו, אם יהיה צורך בכך, לגבי חלק ו/או כלל האישומים לאחר ההכרעה הסופית בסוגיית החסינות. לא בכדי קבע בית המשפט הנכבד, כי בשלב זה יוגשו אך ורק הטיעונים המתייחסים לטענת החסינות, שהרי אין מקום לקיים ולהמשיך בהליכים פליליים, גם אם מדובר בטענות מקדמיות אחרות, מבלי לקבוע תחילה באם החסינות העניינית חלה. זו הינה משמעות מצוותו של סעיף 1(א) של חוק החסינות.

6. כזכור, ח"כ ברכה הגיש עתירה לבג"ץ בה הסעד העיקרי התייחס לסוגיית צירוף האישומים והסעד החלופי לתחולת החסינות העניינית על כתב האישום. הרכב השופטים שדן בעתירה המליץ לעותר למשוך את עתירתו בכל הקשור לצירוף האישומים ובאשר לטענת החסינות העניינית, שהיתה סעד חלופי ולא עיקרי בעתירה, המליצו השופטים שיעלה אותה כטענה מקדמית בפני בית המשפט שדן בתיק הפלילי. כמו כן הרכב השופטים הבהירו במהלך הדיון כי העותר רשאי להעלות טענה זו גם לגבי כל אישום ואישום בנפרד ולפי בחירתו.

העותר העלה חשש, כי קבלת המלצת בית המשפט עלולה להתפרש כאילו בג"ץ הכריע בשאלת ההתערבות בהליך הביניים בסוגיית החסינות באם תידחה הטענה בפני בית המשפט קמא, וזאת שעה שמהותה ואופייה של הזכות לחסינות מחייבת כי במצב של דחיית טענת החסינות העניינית כטענה מקדמית על ידי בית המשפט שדן בתיק הפלילי תתאפשר פנייה חוזרת וישירה לבג"ץ וזאת תוך הפסקת ההליכים עד ההכרעה הסופית בטענת החסינות העניינית.

ב"כ המדינה התנגדה וטענה שאין אפשרות לפנייה ישירה לבג"ץ היות והמדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי ואולם השופט לוי העיר מייד כי המדובר בטענת חסינות של חבר הכנסת, אשר ביכולתה להפסיק כל הליך כל עוד אין החלטה סופית בעניינה. בתום הדיון העותר קיבל את המלצת השופטים ומשך את עתירתו ובהחלטת בית המשפט צוין מפורשות בזו הלשון:

"לעותר שמורה טענת החסינות המהותית אם יבקש להעלותה בבית המשפט, כטענה מקדמית בהליך הפלילי. שאלת האפשרות לחזור לבית משפט זה בטענת חסינות מהותית אינה מתעוררת בשלב זה ואינה טענה הכרעה במסגרת העתירה לפנינו."

פסק הדין מצ"ב ומסומן כנספח 1.

פרק א' - ראיות מינהליות ונטל השכנוע

7. במסגרת העלאת טענת החסינות כטענה מקדמית בהליך הזה רשאים הצדדים להביא ראיות בשלב זה כדי לתמוך בטיעוניהם. כדברי הנשיא ברק, שהתייחס להבאת ראיות בעניין טענת החסינות העניינית כטענה מקדמית שצוינו בפרשת **בשורה** :

"[...] השלב הראוי לקיומו של בירור זה הוא בשלב הטענות המקדמיות במסגרת ההליך הפלילי לפני הערכאה הדיונית. במסגרת הליך זה יוכלו הצדדים להשמיע טענותיהם ולהציג ראיותיהם לעניין השאלה אם התבטאויותיו של העותר עולות כדי תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור אם לאו, ובית המשפט יוכל לתת הכרעתו בשאלת החסינות העניינית על סמך טענות וראיות אלה. דעתי היא אפוא שהיה ראוי ששאלה זו תוכרע בשלב הטענות המקדמיות בבית משפט השלום בנצרת. אולם משהחליט בית המשפט לא להכריע בשאלה זו, ומשהצדדים לפנינו הסכימו שנדון ונכריע בשאלה לגופה, נדון בה אפוא, ונכריע בה, על סמך הטענות והראיות שהוצגו לפנינו."

בג"ץ 11225/03 **ח"כ בשורה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ס(4) 287, 319 (2006).

8. בסוגיה זו של זכות הצדדים להביא ראיות במסגרת העלאת טענות מקדמיות ישנה פסיקה רבה ומבוססת. כך בפרשת **יוקר** היתה זו התביעה שביקשה להציג ראיות על מנת לסתור את הטענה המקדמית של הנאשם להתיישנות העבירה. בית המשפט העליון פסק כי "ההזדמנות להשיב על הטענה כוללת גם את הזכות להביא ראיות". יצוין, כי הלכת **יוקר** אוזכרה ללא כל ביקורת או הסתייגות בפסיקה מאוחרת, ובכלל זה בפסיקת בית המשפט העליון.

ע"פ 896/80 **יוקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 162,160 (1981) ;

ראו גם : ע"פ 603/92 **ברוך נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 114, 117 (1992).

בפרשת **חן**, טען המערער כי בית המשפט קמא טעה בקבלו את טענתו המקדמית של המשיב כי עומד לו חיסיון מפני עבירת לשון הרע היות והמדובר באמירות שנאמרו על ידו כעורך דין בעת שהופיע בבית המשפט, מכוח הוראת סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, וזאת היות ולטענתו האמירות לא נאמרו תוך כדי דיון משפטי. בית המשפט קבע כי :

"[...] עניין זה מצריך ברור עובדתי. רשאים הצדדים משמועלית טענה מקדמית להשמיע עדים ולהביא ראיות לתמיכה בעמדתו."

ע"פ (חי') 229/95 **חן נ' גולדברג** (לא פורסם, ניתן ביום 7.9.95), פסקה 4 לפסק הדין.

בפרשת **ברמי** דן בית המשפט העליון בערעור הנאשם על דחיית טענת ההתיישנות. כפי שעולה מפסק הדין בית המשפט נדרש לשם הכרעתו לראיות שהוגשו ע"י התביעה, כמו צילום התלונה והחותמות המשטריות של מועד קבלתה ואף עיין בתיק המשטרה גופו.

ע"פ 309/78 **ברמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(1) 576 (1979) ;

ראו גם :

י' קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, (מהדורה מעודכנת - 2009, חלק שני א') עמ' 1237 ;

שלגי וכהן, **סדר הדין הפלילי** (מהדורה שנייה), עמ' 353, ה"ש 160.

9. סיכומים אלה מוגשים לפני העלאתם כטיעונים בעל פה והגשת הראיות הרלבנטיות בפני בית המשפט הנכבד. היות וההליך בפני בית משפט הנכבד, העוסק בסוגיית החסינות כטענה מקדמית, הינו הליך בעל אופי מינהלי, בהתאם האופן בו בית המשפט נזקק לראיות המוגשות במסגרת הטענה המקדמית בדבר חסינות הינו כאל ראיות מינהליות. בית המשפט העליון הגדיר את אופיין של הראיות המינהליות לאמור:

"[...] נטל זה יש להרים באמצעות "ראיות מינהליות" כשרות, כלומר "עדות כזאת, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת" (הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 [13], בעמ' 357; בג"צ 297/82 [20], בעמ' 37).

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט(2) 305, 225 (1985).

10. לא זו אף זו, ההלכה הפסוקה קובעת כי משמועלית טענה לקיומה של חסינות עניינית נטל השכנוע מוטל על המאשימה. כך קבע הנשיא ברק בפרשת **בשורה**:

"דעתי היא שהמשיבים לא הוכיחו לפנינו במסגרת בחינתה של טענת החסינות העניינית כטענה מקדמית בהליך הפלילי [...] כי בדבריו של העותר יש משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור (להבדיל מתמיכה בארגון טרור על דרך אמירת דברי שבח ואהדה)". (ההדגשה הוספה).

פרשת **בשורה**, עמ' 321.

בדומה דברי הנשיא שמגר בפרשת **מיעארי** שם קבע:

"[...] במקרה דנן לא הוכח, לדעתי, במידה הדרושה, כי המדובר בנסיבות, שבהן יכולה לעלות שאלת יישומה של התפיסה החוקתית המונחת ביסודו של האמור בע"ב 1/65 [25] ובע"ב 2/84, [26]3, וממילא אין מקום לשינויה של המסקנה, לפיה היה מעשהו של העותר, במקרה דנן, חסין לפי האמור בסעיף 1(א) לחוק החסינות".

בג"ץ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 213 (1987).

11. ההלכה הפסוקה אף מתייחסת לטיב הראיות שעל המאשימה להביא בפני בית המשפט על מנת על לעמוד בנטל החל עליה שעה שמועלית טענת חסינות עניינית וקבע שהינה קרובה לזו הנדרשת לפסילת רשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת. יפים לעניין זה דברי הנשיא ברק בפרשת **בשורה**:

"המרחק בין ראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות (הנדרשות לעניין הקו האדום שעליו מדברת חברתי) לבין הראיות הנדרשות לצורך שלילתה של החסינות העניינית (במסגרתו של הליך פלילי) איננו רב כלל ועיקר".

פרשת **בשורה**, עמ' 321;

ראו גם: פרשת **מיעארי**, עמ' 212-213.

12. נטל זה חל ביתר שאת על המאשימה בנסיבות במקרה שלפנינו, שהרי המדובר באישומים המייחסים לחבר כנסת ביצוע עבירות אגב, במהלך ובהקשר להפגנות פוליטיות, שהינן, כפי שיפורט להלן, מרכיב מרכזי במילוי תפקידו של חבר כנסת, כלומר על פני האישומים ולפי ההלכה הפסוקה ניכר שהמדובר במקרים קלאסיים של תחולת החסינות העניינית.

13. עוד יצוין, כי מאחר והגשת טיעונים אלה נעשית קודם לקיומו של דיון בעל פה שבאמצעות מוצגות הראיות מטעם הנאשם, ומאחר שבית המשפט הנכבד קבע שהנאשם יגיש את טיעוניו תחילה, ההגנה שומרת לעצמה את הזכות לבקש, לאחר קבלת תגובת המאשימה באם יהיה בכך צורך, לבקש להציג ראיות נוספות מטעמה בפני בית המשפט וכן לבקש קבלת מידע רלבנטי מטעם המשיבה וזאת במיוחד לאור העובדה שהיא פנתה למאשימה, כפי שיוסבר בהמשך, לקבלת מידע שהוא חיוני ביותר לטענה המקדמית בדבר החסינות העניינית אך טרם נענתה לגופו של עניין.

ראו: ע"מ 2398/08 **מדינת ישראל נ' סגל**, (לא פורסם, ניתן ביום 19.6.11).

פרק ב' - בטלות תיקון מס' 33 של חוק החסינות בהיותו בלתי חוקתי

14. בפרק זה יטען הנאשם, כי הגשת כתב אישום זה בוצעה עקב התיקון החדש לחוק החסינות, תיקון 33 לפיו אם חבר הכנסת מוותר על דיון בכנסת בעניין הסרת חסינותו, אזי ניתן להגיש מיידית את כתב האישום ללא דיון כלשהו בכנסת. אמנם ח"כ ברכה ויתר על הדיון מטעמים מסוימים הנוגעים לאווירה הקשה אז בכנסת, אך אין בויתור זה כדי להכשיר את אי חוקתיות התיקון, שכן החסינות העניינית אינה עניינה האישי של חבר הכנסת. היא עניינה של הכנסת כמוסד עצמאי. לכן, נטען כאן שהתיקון הזה נגוע באי חוקתיות מובהקת בהיותו פוגע בחסינות העניינית כזכות חוקתית, בעקרון הפרדת הרשויות ובשלטון החוק.

15. חוק החסינות מתייחס לשני סוגי חסינויות: חסינות עניינית וחסינות דיונית. הראשונה מתייחסת לאי נשיאתו באחריות פלילית או אזרחית של חבר כנסת על ביצוע של עבירה פלילית או עוולה אזרחית שנעשתה אגב מילוי תפקידו כחבר כנסת או למען מילוי תפקידו זה. החסינות הדיונית מתייחסת למקרים שאין להם קשר למילוי התפקיד של חבר הכנסת. כאמור ח"כ ברכה מעלה כאן את טענת החסינות העניינית הקבועה בסעיף 1(א) לחוק החסינות. בניגוד לחסינות הדיונית אותה ניתן להסיר בהליך ובתנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק החסינות, החסינות העניינית הינה מוחלטת ולא ניתנת להסרה. היא אף ממשיכה לחול לאחר שחבר הכנסת מסיים את תפקידו ואינו מכהן עוד כחבר כנסת. חסינות זו חלה דווקא כשמתבצעת עבירה פלילית וגם כאשר אין ספק שחבר הכנסת ביצע את העבירה וראו לעניין את החרג הקבוע בסעיף 13(א) לחוק החסינות באשר לחסינות מכוח סעיף 1:

"הכנסת רשאית, בהחלטה, לקבוע שלחבר הכנסת תהיה חסינות בפני דין פלילי לגבי האשמה שבכתב האישום כאמור בסעיף 4(א) וכי לא יועמד לדין בשל אותה אשמה בעת היותו חבר הכנסת, 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." (ההדגשה הוספה)

16. כאן המקום לציין שהגשת כתב אישום זה לא נעשתה לאחר קיומו של דיון בכנסת על חסינותו של ח"כ ברכה. התיקון החדש של החוק, תיקון מס' 33 לחוק החסינות קובע בסעיף 4(א) ו-(ב), כי לאחר הודעת היועץ המשפטי לממשלה ליושב ראש הכנסת על כוונתו להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת, באם חבר הכנסת לא ביקש לקיים דיון בפני ועדת הכנסת בעניין תחולת החסינות העניינית בעניינו, רשאי היועץ המשפטי לממשלה להגיש את כתב האישום.

17. במקרה דנן, ח"כ ברכה לא ביקש דיון בכנסת, אך זאת לאחר שפנה באמצעות באי כוחו ליועצת המשפטית של הכנסת, עו"ד נורית אלשטיין, וביקש את עמדתה באם הויתור על ההליך בכנסת משמעו ויתור על האפשרות של חבר הכנסת לטעון לקיומה של חסינות עניינית בפני הערכאות המשפטיות. החלטתו התגבשה רק לאחר קבלת תשובתה לפיה אין בכך ויתור על העלאת טענת החסינות העניינית בפני בית המשפט:

"התיקון לא בא לגרוע מהחסינות המהותית העומדת לחבר הכנסת במילוי תפקידו, ואין בכך שחבר הכנסת לא הגיש בקשה לפי סעיף 4(א)(3) לחוק כדי לגרוע מאפשרות העומדת לו לטעון לחסינות מהותית בבית המשפט".

העתקי הפניה אל היועצת המשפטית של הכנסת ותשובתה, מסומנים כנספחים נ/2-3.

18. ח"כ ברכה לא ביקש שיקום דיון בעניין חסינותו בכנסת ואולם החסינות העניינית אינה רק עניינו של חבר הכנסת אלא היא עניינה של הכנסת ומטרתה להגן על עבודתה מפני התערבות הרשות המבצעת. העדר דיון בכנסת בנושא תחולת החסינות העניינית פוגע בזכות החוקתית לחסינות, בעצמאות הכנסת ובשלטון החוק. יפים לעניין זה דברי רובינשטיין ומדינה:

"[...] חבר כנסת אינו רשאי לוותר על החסינות העניינית, שכן היא אינה נועדה להגן עליו באופן אישי, אלא להבטיח את התפקיד התקין של הכנסת. משום כך על בית המשפט לבחון את תחולתה של החסינות בכל הליך, אף אם הטענה אינה מועלית על ידי הנאשם או הנתבע."

אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, כרך ב, עמ' 665 (2005).

19. בפסק הדין בפרשת **בשארה**, פסק הדין האחרון בו דן בית המשפט העליון לעומק בסוגיית החסינות העניינית, סיכם הנשיא ברק את התכליות שביסוד החסינות העניינית, ואת חשיבותן לא רק בעבור חבר הכנסת אלא גם ובעיקר לכנסת כמוסד ולכלל הציבור. תכליות אלה נועדו:

"[...] להבטיח כי חבר הכנסת יוכל למלא נאמנה את תפקידו ולייצג את ציבור בוחריו תוך מתן ביטוי חופשי ומלא לדעותיו ולהשקפותיו, ללא חשש וללא מורא" [...]. **חסינות זו לא ניתנה לחברי הכנסת לרווחתם האישית**. אין היא פריבילגיה שלטונית שחבר הכנסת נהנה ממנה מתוקף מעמדו הרם. **החסינות העניינית ניתנה לחברי הכנסת כדי להבטיח אינטרסים ציבוריים חיוניים**. ראשית, **חסינות זו חיונית כדי להבטיח את זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי**. החסינות העניינית מגנה על זכותם של האזרחים כולם שדעותיהם והשקפותיהם תישמענה, באמצעות נציגיהם הנבחרים, במסגרות השונות של הדיון הציבורי בכלל ובבית הנבחרים בפרט. הגנה זו חיונית היא בעיקר לאזרחים חברי קבוצות המיעוט באוכלוסייה. במובן זה החסינות העניינית אף מקדמת את השוויון האזרחי בכך שהיא מגנה גם על זכותם של חברי קבוצות המיעוט באוכלוסייה לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי, ומגנה עליהם בהגנה על חבר הכנסת המייצג את ענייניהם ואת השקפותיהם מפני כוחו של הרוב. שנית, החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח שוק חופשי של רעיונות ודעות. גם כאן חשובה חסינות זו במיוחד כאשר מדובר בדעות וברעיונות מרגיזים ומקוממים, והיא דרושה במיוחד לנבחר ציבור המבטאים דעות הנתפסות ככאלה בעיני רוב הציבור. אכן, "חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן" [...]. שלישית, וכתוצאה מהאמור עד עתה, **החסינות העניינית חיונית היא כדי להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון**". (ההדגשה הוספה)

פרשת **בשארה**, עמ' 322-323.

20. יצוין, כי כבר בפרשת **בן משה**, בסוף שנות הששים של המאה הקודמת, התייחס הנשיא אגרנט לאינטרס הציבורי העומד ביסוד החסינות העניינית ופסק כדלקמן:

"[...] זכויות-החסינות האמורות לא הוענקו לחברי הכנסת בשל ענינו הפרטי כביכול של כל אחד מהם ליהנות מהן, אלא רק מחמת האינטרס שיש לציבור בפעולתו התקינה של התהליך הדמוקרטי, הוא התהליך של בירור ה"אמת" המדינית מכוח שקלא וטריא מילולית ועל-ידי החלפת דעות באורח חפשי, כפי שנתבאר לעיל. ועוד באותו ענין: כידוע, שיטת החסינות הנזכרת איננה פרי חידושו או המצאתו של המחוקק הישראלי, שכן היא קיימת מלפני זמן רב גם במדינות אחרות, לרבות אנגליה וארצות-הברית".

ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 436 (1968).

21. למעשה תיקון מס' 33 לחוק החסינות הפך את ההסדר שהיה נהוג קודם לכן ולפיו היועץ המשפטי לממשלה הוא זה שהיה אמור להביא בפני ועדת הכנסת את בקשת הסרת החסינות ולאחר קיומו של דיון מלא מעין שיפוטי, המתבסס על תשתית עובדתית ראויה, במהלכו היה על היועץ המשפטי לממשלה לשכנע כי החסינות העניינית לא חלה ולאחר קיומה של הצבעה, הובאה החלטת ועדת הכנסת לאישור המליאה.

22. חשוב לציין, כי קיומו של דיון בפני ועדת הכנסת בנושא זה היה מחייב את היועמ"ש להסביר את נימוקיו וליתן תשובות מדוע מעולם לא הוגש נגד חבר כנסת מכהן כתב אישום הדומה לזה שהוגש בעניינו בהקשר לפריטי האישום השני והרביעי, קרי בגין מעשה המיוחס לחבר כנסת ואשר נטען שנעשה בהקשר להשתתפותו בהפגנה. מושכלות יסוד הן, לפיהן נהגו כל היועצים המשפטיים לממשלה עד למקרה שלפנינו, ואשר ידועות היטב לכלל חברי הכנסת, מימין ומשמאל, שאין מגישים כתב אישום נגד חברי כנסת בגין עבירות של העלבת עובד ציבור או הפרעה לשוטר במילוי תפקידו במהלך עימות של חבר כנסת עם שוטרים במהלך הפגנה, שהינם מקרים שכיחים ביותר, שכן חלה עליהם החסינות העניינית. מכאן, כי סביר שקיומו של דיון בכנסת היה מונע לכל הפחות את הגשת כתב האישום בגין פריטי האישום השני והרביעי. לא מקרה הוא שהשופט עדנה ארבל, שניהנה בעבר כפרקליטת המדינה, ציינה במהלך הדיון בעתירת ח"כ ברכה לבגיץ בעניין צירוף האישומים שלהערכתה באם פריטי האישום היו מוגשים בכתבי אישום נפרדים יתכן וחלקם כלל לא היה מוגש.

23. לא זו אף זו, כפי שמדגים המקרה שלפנינו, שהינו המקרה הראשון בהיסטוריה המשפטית בו מתקיים דיון בבית המשפט בדבר תחולת החסינות העניינית מבלי שקדם לכך דיון מלא בפני הכנסת, תיקון מס' 33 מאפשר הגשת כתב אישום מבלי שהכנסת תאמר את דברה ומבלי לקיים דיון בכנסת בנושא וזאת למרות שהמדובר בסוגיה הנוגעת לליבת עצמאותה של הכנסת.

24. מקרה זה מעיד על הבעייתיות הרצינית של תיקון מס' 33, אשר נחקק בהליך מהיר וללא בדיקה רצינית של השלכותיו החוקתיות. תיקון זה פוגע באופן בסיסי ביותר בעקרון הפרדת הרשויות, בזכות לחסינות כזכות חוקתית ובעקרון שלטון החוק. בהקשר זה יטען הנאשם, כי אמנם הוא ויתר על הדיון בכנסת בעניינו אך אין בכך כדי להכשיר את הפגמים החוקתיים המהותיים בהם לוקה תיקון מס' 33 לחוק החסינות. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות נגרמת

מכך שהכנסת לא אמרה כלל את דברה בנושא מהותי זה. הפגיעה בעקרון שלטון החוק מתבטאת בכך שתיקון החוק מפקיד את ההחלטה המוסדית באם לבחון את דבר קיומה של סמכות עניינית לשיקול דעתו הפרטי של חבר הכנסת.

25. על פגיעת תיקון מס' 33 לחוק החסינות בזכות לחסינות עניינית כזכות חוקתית עמד הנשיא אגרנט בפרשת **בן משה**, שפסק כי החסינות הינה:

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

פרשת **בן משה**, עמ' 439;

ראו גם: יגאל מרזל, "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית", **משפטים** לח(2) תשס"ח, 275-272, 217.

26. לא זו אף זו, תיקון מס' 33 לחוק החסינות פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, שהינו מהחשובים שבעקרונות החוקתיים במשטר דמוקרטי, שהרי לפי התיקון נוצר מצב בו על בית המשפט לדון בסוגית תחולת החסינות גם במצב בו לא ניתנה לכנסת הזדמנות לחוות דעתה. כפי שאסור להפקיע בחוק סמכות המוקנית לרשות השופטת ולהעבירה לרשות המחוקקת, אסורה גם הפעולה ההפוכה. זו יפים לעניין זה דברי הנשיא ברק:

"חקיקה או פעולת מינהל המנוגדות לערך בדבר הפרדת הרשויות אינן חוקתיות, וניתן להצהיר על בטלותן. כך למשל אם המחוקק יחוקק חוק שלפיו הכרעה בשאלה אם חוק הוא חוקתי תופקד בידי המחוקק עצמו ולא תהא נתונה עוד לבתי המשפט יהא חוק כזה בלתי חוקתי. הוא נוטל מהרשות השופטת את הסמכות שהוענקה לה בחוקה. [...] דוגמה זו אינה בעלת אופי היפותטי. היא התרחשה הלכה למעשה בדרום אפריקה. חוק הנהיג את ההפרדה הגזעית שהונחה ביסוד האפרטהייד. בית המשפט העליון של דרום אפריקה קבע כי החוק אינו חוקתי, שכן הוא נוגד דבר חקיקה בעל רמה נורמטיבית גבוהה יותר."

אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (2004), עמ' 112.

27. בפרשת **ולנר** נדונה חוקיות ההסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לתנועת ש"ס, אשר כלל סעיף הקובע כי במידה שיפור הסטאטוס-קוו בענייני דת, הצדדים מתחייבים לתקן את ההפרה בחקיקה מתאימה. השופט ברק התייחס (בדעת מיעוט) להוראת הסעיף וקבע כי:

"הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. לדעתי, זו אינה רק החלטה בלתי ראויה. זו החלטה פסולה, שכן היא פוגעת עמוקות בתפיסות היסוד של משטרנו החוקתי. היא נוגדת את תקנת הציבור החוקתית שלנו."

בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 758, 791 (1995).

28. העברת הסמכות להחליט באם תדון הכנסת בשאלת תחולת החסינות העניינית לשיקול דעתו של חבר הכנסת משמעה, כפי שהוסבר לעיל, הפקדה של גורלם של עקרון היסוד בדבר הפרדת הרשויות ושל החסינות של כזכות חוקתית של הכנסת בידי של חבר הכנסת כאדם פרטי ופוגעת פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק. בשל חומרת פגיעה דומה פסק בית המשפט העליון על בטלות חקיקה ראשית בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, בה נידונה סוגיית הפרטת בתי סוהר.

בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (לא פורסם, ניתן ביום 19.11.09).

29. לאור האמור לעיל בפרק זה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על בטלותו של תיקון מס' 33 לחוק החסינות בהיותו בלתי חוקתי ומנוגד למצוות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע על הפסקת ההליכים דנן כנגד ח"כ ברכה, לנוכח בטלותו של תיקון מס' 33 לחוק החסינות.

למען הזהירות, יפורטו להלן טיעונים נוספים של ההגנה בדבר תחולת החסינות העניינית המתייחסים לשני פריטי האישום לגופם.

פרק ג' – כללי: מבחני החסינות העניינית

30. כידוע, החסינות העניינית לא חלה על כלל המעשים המהווים עבירות פליליות - ישנם כאלה שהמחוקק הוציא מגדר תחולת החסינות העניינית וזאת אף אם נעשו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת. בתיקון מס' 29, שנחקק בשנת 2002, הוספה לחוק החסינות הוראת סעיף 1(א) הקובע כדלקמן:

"למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין 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."

31. יודגש, כי המחוקק סייג את הוראת סעיף 1(א) של חוק החסינות וקבע מפורשות ברישא של סעיף זה שעל התבטאויות ומעשים המנויים בו תחול חסינות עניינית באם היו הם אקראיים.

32. מכל מקום, היות והמחוקק לא מצא לנכון לקבוע כי שתי העבירות דנן נופלות בתחום החריג לתחולת החסינות העניינית הרי שאין כל מניעה לתחולתה עליהן.

33. ברור שאין זה מתפקידו של חבר פרלמנט להעליב עובד ציבור או להפריע לשוטר במילוי תפקידם. כמו כן עקרון השוויון בפני החוק מחייב כי כל אדם יתן את הדין באם ביצע מעשה המהווה עבירה. למרות זאת, חוק החסינות קובע, כי חבר כנסת הינו חסין, בין היתר, מלשאת באחריות פלילית בגין מעשים, יהיה אופיים אשר יהיה, בין אם בוצעו בכנסת או מחוצה לה, וזאת בתנאי שבוצעו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת ושאיןם נופלים

לגדר החלופות המפורטות בסעיף 1(א1) לחוק החסינות. שאלת המפתח באשר לתחולת החסינות העניינית הינה לכן מהו מעשה המהווה עבירה שנעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת, או במלים אחרות מהו התחום האסור עליו תחול חסינות עניינית היות ונעשה כחלק ממילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת. בפרשת **פנחסי דן** בית המשפט העליון בסוגיה זו וקבע שלושה מבחנים לבדיקת תחולת החסינות העניינית: מבחן מתחם הסיכון המקצועי, מבחן הזיקה המהותית ומבחן הרלבנטיות.

בג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מח(4) 492 (1995) (להלן: פרשת **פנחסי**).

מבחן מתחם הסיכון המקצועי

34. מבחן מתחם הסיכון המקצועי, אשר נקבע על ידי המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) והצטרפו אליו השופטים ש' לוי וד' לוי, קובע כי חסינות עניינית חלה על:

"[...] 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 בה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר-כנסת נתון לו."

פרשת **פנחסי**, עמ' 686.

35. מהו מרחבו של מתחם הסיכון המקצועי לפי מבחנו של השופט ברק בפרשת **פנחסי**? מרחב זה הוא התחום **שגולשים** אליו, באופן ספונטני, מהתחום המותר במהלך מילוי התפקיד אל האסור וזאת כתוצאה **מהתאוצה** של ביצוע התפקיד. תכליתו של מבחן מתחם הסיכון המקצועי הינה "למנוע מצב דברים שבו חבר הכנסת נמנע מביצוע פעולות מותרות, בשל החשש כי הן תגלושנה, בשוליהן, לעבר פעולות אסורות. החסינות 'מכסה' שוליים אלה" (פרשת **פנחסי**, בעמ' 686).

36. דהיינו, לפי מבחן מתחם הסיכון הטבעי החסינות העניינית חלה על פעולות המהוות עבירה, שהן תולדה של גלישה מפעולות מותרות:

"תפקידו של חבר הכנסת 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 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."

פרשת **פנחסי**, עמ' 685.

מבחן הזיקה המהותית

37. הנשיא שמגר קבע בפרשת **פנחסי**, כי חבר-כנסת מבצע מעשה המהווה עבירה פלילית במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו אם העבירה "מתבצעת במהלך הפעילות כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר או משני לה" (שם, בעמ' 727). הוא מציין, כי אמת המידה

של "במילוי תפקידו" מכוונת "למבחן אובייקטיבי, אשר אמת המידה המשמשת אותו הוא של זמן, מקום או מערכת הנסיבות בתוכה פועל חבר הכנסת בעת ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה" (שם, בעמ' 726). אמת המידה של "למען מילוי תפקידו" "מפנה למטרתן של ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה, ומבחנו, על-כן, סובייקטיבי" (שם). הנשיא שמגר קובע כי:

"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. קיום הזיקה המתחייבת בין התפקיד לבין העבירה הנמחלת עקב החסינות, או היעדרה של הזיקה, מאפשרים קביעת החיץ בין עבירה אשר עליה חלה החסינות המהותית לבין זו שאינה מוגנת כאמור. [...] המבחן הוא בהיותו של המעשה, המהווה עבירה, חלק - אם כי פסול - ממילוי התפקיד כדין ומשולב בו. עבירה העומדת על רגליה שלה ואינה תופעה נגררת ומשנית של מילוי תפקיד כדין, אינה מעניקה חסינות, כי לא לתכלית זו קבע המחוקק את ההוראות בעניין החסינות."

פרשת פנחסי, עמ' 727-728.

38. לפי מבחן הזיקה המהותית על העבירה האסורה חייבת להיות נגררת ומשנית לביצוע התפקיד. הפונקציות של הזמן והמקום יכולות להיות עזר לבדיקה באם היא "נגררת" ולא עומדת על רגליה. ריחוק בזמן ובמקום בין הפעולות המותרות של מילוי התפקיד לבין העבירה הינו משמעותי ביותר, ולכן העבירה לא מתבצעת לשמה ולא עומדת על רגליה לכאורה, ככל שקיימת בינה לבין הפעילות הפוליטית המותרת קירבה במקום ובזמן.

מבחן הרלוונטיות

39. השופט גולדברג משתמש בפרשת פנחסי במבחן הרלוונטיות, השם הדגש על הרלוונטיות של הבעת הדעה או המעשה של חבר הכנסת למילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו:

"הבעת הדעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוונטיים למילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. הרלוונטיות מתקיימת רק כשהפעולה (הבעת דעה או מעשה אחר) משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת."

פרשת פנחסי, עמ' 720.

40. לעניין זה מבחן השופט גולדברג בין עבירה פלילית שעובר חבר-כנסת בשל הבעת דעה, בעל-פה או בכתב, לבין עבירה פלילית שעובר חבר הכנסת בשל "מעשה אחר". לגישתו של השופט גולדברג, "זיקתה של הבעת דעה אסורה לתפקידו של חבר הכנסת, הדוקה מזיקתו של מעשה אחר. שכן חבר הכנסת ממצה את תפקידו בעיקר בדרך של הבעת דעתו." ומציע לצמצם את החסינות למעשים שיסוד המודעות נעדר מהן.

פרשת פנחסי, עמ' 722-723.

המחלוקת בין המבחנים

41. המבחנים שקבעו השופטים שמגר וגולדברג נוגדים את מבחן מתחם הסיכון המקצועי בכך שהם קובעים שגם על פעולה שאינה ספונטנית, ואף כזאת שתוכננה מראש, יש להחיל את

החסינות העניינית באם מתקיימים תנאי מבחני הזיקה המהותית או הרלבנטיות. כך למשל, החסינות העניינית תחול על מסירת מידע סודי במהלך נאום של חבר הכנסת, שהיה רלבנטי לדיון שהתקיים בכנסת, על אף שחבר הכנסת תכנן מראש את מסירת המידע ולא גלש באופן ספונטני אל חשיפתה ועל אף היותה עבירה פלילית, שהרי חשיפת המידע במקרה זה משרתת את התהליך הדמוקרטי.

42. במקביל, השופטים שמגר וברק חלקו על עמדתו של השופט גולדברג בכך שהם סבורים שהחסינות חייבת לחול לא רק על התבטאויות אלא גם על מעשים. הדוגמאות שהביאו השופטים ברק ושמגר בפרשת פנחסי התייחסו גם למעשים שבוצעו תוך גלישה מהמותר אל האסור או היו שלובים במובן של נגררים מהמותר אל האסור.

ראו: סוזי נבות, "חסינותו של חבר כנסת בגין הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד – מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון", (המשפט, גליון 7, ינואר 1997), 61.

התפתחויות וסיכום ההלכה היום

43. ההתפתחויות בבדיקת החסינות העניינית על מעשים או התבטאויות אסורים נוגעת לשני מישורים. המישור הראשון נוגע לבדיקת המעשים על ידי מבחן הסיכון הטבעי שהתקבל כהלכה פסוקה עם תיקונו כך שיחול גם על מעשים מתוכננים ולא רק על מעשים ספונטניים. המישור השני, הוא הקביעה שהחסינות חלה על כל סוגי ההתבטאויות האסורות (מלבד אלה הנופלים בגדר החריגים המפורטים בסעיף 1(א) לחוק החסינות), בהיותם חלק בלתי נפרד מהסיכון הטבעי של חבר כנסת, אשר תפקידו העיקרי הינו להביע דעה ועמדות בכנסת ומחוצה לה.

44. בפרשת גורלובסקי, היועץ המשפטי לממשלה הגיש ליושב ראש הכנסת בקשה ליטול את חסינותו של ח"כ גורלובסקי, אשר הואשם בעבירות של זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות, מרמה והפרת אמונים, לאחר שהצביע בהצבעה על הצעת חוק במקומו של חבר כנסת אחר. הדיון בעניין זה התקיים בפני הרכב של שבעה שופטים, אשר חמישה מהם (ברק, ביניש, ריבלין, פרוקצ'יה וגרוניס) קבעו שמבחן הסיכון הטבעי הוא המבחן הקובע וכי מבחן זה חל על פעולה אסורה של חבר כנסת, בין אם היא מתוכננת או רשלנית, אם נעשתה מתוך מחשבה פלילית או ללא מחשבה פלילית, אשר נופלת לגדר מתחם הסיכון הטבעי.

בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 565, 1875, 880ג, 888א-ג (2005) (להלן: פרשת גורלובסקי).

השופט חשין העיר, כי שלושת המבחנים הם רלבנטיים ואין להעדיף אחד על פני אחר שכן הם זהים אך כל אחד יכול לשקף זווית ראות אחרת וכולם יחדיו קובעים מסגרת מחשבה.

השופט לוי ציין דברים קצרים ביותר והדומים למבחנו של השופט שמגר בפרשת פנחסי וקבע כי החסינות העניינית תחול על מעשה אסור שבוצע בכנסת או מחוצה לה:

"מקום שקיימת זיקה הדוקה בין המעשה האסור למילוי התפקיד, ולהפך: החסינות המהותית לא תעמוד לחבר הכנסת כאשר הוא חוטא במעשה עבירה העומד בפני עצמו, ואשר לא

התחייב לא כמעשה משני ולא כתוצאה נגררת למטרת
התפקיד."

פרשת גורלובסקי, עמ' 910.

45. פסק הדין בפרשת **בשורה** הוא האחרון בו בג"ץ בדק את תחולת החסינות העניינית על התבטאויות. במקרה זה נדונה השאלה באם נאום שכלל דברי שבח ואהדה לארגון טרור המהווים עבירה לפי פקודת מניעת טרור - 1948, הינם חסינים. השופטת חיות בדעת מיעוט טענה שהחסינות לא חלה וזאת היות והמדובר, בין היתר, באמרה המהווה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל. הנשיא ברק והמשנה לנשיא ריבלין קבעו שהדברים לא נופלים בגדר האיסורים המוגדרים בסעיף 1(א) לחוק החסינות וכי הם חסינים היות והנאום לא היווה תמיכה במאבק מזוין אלא דברי שבח לארגון טרור.

46. מאז פרשת **מיעארי**, פסק הדין הראשון שבדק את תחולת החסינות העניינית על ביטויים אסורים ולפסק הדין בפרשת **בשורה**, ההלכה הפסוקה הינה עקבית: החסינות העניינית חלה על כל צורות הביטוי האסורות שאינן נופלות בגדר סעיף 1(א) לחוק החסינות. מאחר שבפרשת **בשורה** לא היתה אפשרות לבדוק באם הביטוי האסור חסין או לא לפי מבחן הסיכון המקצועי המתמקד בסוגיית הגלישה, שהוא רלבנטי יותר לבדיקת מעשים ולא לביטויים, ומאחר שאין חשיבות לשאלה אם הביטוי הינו ספונטני או מתוכנן, נקבע שהיות ותפקידו של חבר כנסת מתמקד בהבעת עמדות אזי כל צורות הביטוי האסורות, מלבד אלה הנופלות לגדר האיסורים המוגדרים בסעיף 1(א) לחוק החסינות, נופלות ככלל לגדר מתחם הסיכון המקצועי.

47. הנה כי כן, לפי ההלכה הפסוקה כיום, בבדיקת המעשים האסורים עליהם חלה החסינות העניינית תתבצע לפי מבחן מתחם הסיכון המקצועי, בלא שיש נפקות לשאלת קיום או העדר תכנון ו/או מחשבה פלילית, ואילו התבטאויות אסורות של חבר כנסת הינן חסינות באופן קטגורי ובלבד שהן אינן נופלות לגדר האיסורים המוגדרים בסעיף 1(א) לחוק החסינות.

פרק ד' - בבדיקת תחולת מבחני החסינות העניינית על שני פריטי האישום דנן

48. כפי שהובהר בראשית הדברים, לצורך הטיעון בדבר קיומה של חסינות עניינית, ולצורך זה בלבד, טיעוני ההגנה מניחים כי הנאשם ביצע את העבירות המיוחסות לו בפריטי האישום השני והרביעי. לכן, ההתייחסות או הפנייה לראיות כלשהן בפרק זה **אינה נעשית** למען הוכחת אי ביצוע המעשים אלא על מנת לבחון את הנסיבות הרלוונטיות לפי מבחני החסינות העניינית.

49. לשם בחינת תחולת החסינות העניינית על המעשים המיוחסים לח"כ ברכה בפריטי האישום השני והרביעי יש לבדוק האם המעשים האסורים המיוחסים לח"כ ברכה קשורים בזיקה עניינית למעשים מותרים שנעשו על ידו והאם המעשים המותרים נעשו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת.

50. **המעשים האסורים**: פריט האישום השני, מייחס לח"כ ברכה עבירה של העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין בכך שלפי הנטען בכתב האישום הוא צעק וקילל שוטר בעת

הפגנה מחאה כנגד מלחמת לבנון השנייה ברחבת הכניסה לנחלת בנימין ולשוק הכרמל בתל אביב ביום 5.8.06. פריט האישום הרביעי מייחס לח"כ ברכה עבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו לפי סעיף 275 לחוק העונשין בכך שלפי הנטען בכתב האישום הוא "ניסה למנוע בגופו את הכנסתו" של מזכ"ל חד"ש לניידת, עת זה נעצר בהפגנת מחאה שהתקיימה בנצרת ביום 7.7.07, מול כינוס מפלגת העבודה בו ביקר השר אהוד ברק, בדרישה להעמיד לדין את האחראים להרג האזרחים באוקטובר 2000.

51. **המעשים המותרים:** הינם עצם השתתפות בשתי ההפגנות והנהגתן, יצוג המפגינים מול פיקוד המשטרה ותיווך בין המפגינים והמשטרה. יצוין, כי חד"ש, שהנאשם מכהן כיושב ראש הרשימה, היתה ממארגני שתי ההפגנות המוזכרות בפריטי האישום השני והרביעי.

52. בפסקה הראשונה של כתב האישום תחת כותרת "חלק כללי" צוין: הנאשם מכהן כחבר כנסת החל מיום 7.6.99, וכן כיהן כחבר כנסת במועדים הרלוונטים לכתב אישום זה. "כלומר המדובר בחבר כנסת מכהן והעבירות המיוחסות לו בוצעו בעת כהונתו כחבר כנסת.

53. בפסקה א' של פריט האישום השני צוין מפורשות:

1. ביום 5.8.06 התקיימה בסמוך לשוק הכרמל בתל אביב הפגנה המביעה מחאה כנגד "מלחמת לבנון השנייה", בה השתתפו, בין היתר, הנאשם ובנו הקטין, ס.ב."

54. בפסקה א' של פריט האישום הרביעי צוין בזו הלשון:

1. ביום 7.7.07 השתתף הנאשם בהפגנה שנערכה סמוך למלון "גולדן קראון" בנצרת, שם אמורה היתה להתכנס "מפלגת העבודה" לכינוס מפלגתי. שוטרי משטרת ישראל התפרסו באזור ההפגנה כדי לשמור על הסדר במקום.

2. במהלך ההפגנה עצרו השוטרים את איימן עאדל עודה (להלן: עודה) מזכ"ל מפלגת חד"ש, מפלגה בה חבר גם הנאשם."

55. מהאמור לעיל ברור לחלוטין, כי בשני המקרים העבירות המיוחסות לח"כ ברכה הינן בהקשר להשתתפותו בהפגנות מחאה פוליטיות, המהוות מעשים מותרים, הנופלים בעיקר תפקידו של חבר כנסת. בפריט האישום השני המעשה המותר הינו השתתפות בהפגנה בעניין פוליטי מובהק - התנגדות למלחמה. בפריט האישום הרביעי המעשה המותר הינו השתתפות בהפגנה שבה הנאשם, יו"ר חד"ש ומזכ"ל חד"ש משתתפים בה בצוותא. שניהם נמצאו בהפגנה זו מול כינוס של מפלגה פוליטית אחרת, מפלגת העבודה, מפלגה מתחרה. יתר על כן, כפי שעולה מראיות התביעה לא רק שהמדובר בהפגנה מול כינוס של מפלגה מתחרה אלא בכינוס בהשתתפות מר אהוד ברק, שבהפגנה מולו לקחו חלק פעילים פוליטיים וקרובי משפחה של הרוגי אוקטובר 2000 בדרישה להעמיד לדין את האחראים להרג האזרחים באוקטובר 2000 ובכלל זה את אהוד ברק שכיהן כראש הממשלה באוקטובר 2000.

העתק מזכר שנרשם על ידי סני"צ אבי חליוא מצ"ב ומסומן כנספח נ/4.

56. לאחרונה התפרסמה החלטת ועדת האתיקה של הכנסת בה התייחסה מפורשות לקשר בין השתתפות בהפגנה לבין מילוי תפקידו של חבר הכנסת. בהחלטה מס' 52/18 של ועדת האתיקה של הכנסת מיום 5.7.11, שעניינה היה בתלונה כנגד חברי הכנסת ג'מאל זחאלקה

וחנין זועבי בה נטען כי עברו עבירות פליליות במהלך השתתפותם בהפגנות, קבעה ועדת האתיקה בזו הלשון:

"הקובלנה עוסקת בהתבטאויות של חברי הכנסת ובארגונה של הפגנה והשתתפות בה - מעשים המצויים בליבה של הפעילות הפרלמנטרית והציבורית של חברי הכנסת. לאור החשיבות הרבה שרואה ועדת האתיקה בחופש הביטוי של חברי הכנסת ובצורך להגן על זכותם להביע את עמדותיהם ללא חשש, גם כאשר מדובר בדברים קשים ומקוממים, החליטה הוועדה לדחות את הקובלנה". (ההדגשה הוספה).

העתק החלטת ועדת האתיקה מצ"ב, ומסומנת כנספח 5/.

57. ההלכה הפסוקה קבעה מפורשות, כי תפקידו העיקרי של חבר הכנסת הוא להביע עמדה בסוגיות ציבוריות ולפעול לשינוי המצב המשפטי הקיים. חופש ההפגנה הוא אחת מהחירויות הפוליטיות הבסיסיות ביותר והן חלק בלתי נפרד מעיצובו של הליך הדמוקרטי ומקיומו של משטר דמוקרטי. לכן, חופש ההפגנה הוא יסוד בעבודה הפרלמנטאית אשר לפי מבחנו של השופט גולדברג חייבת לשרת את ההליך הדמוקרטי. הנשיא ברק עומד על חשיבות זו בפרשת **מטה הרוב**:

"זכות ההפגנה והתהלכה היא מרכיב בלתי נפרד מהזכות לחופש ביטוי. היא מהווה מכשיר מרכזי להבעת דעות, ולהעלאת סוגיות חברתיות על סדר היום הציבורי".

בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, (לא פורסם, ניתן ביום 12.12.06), פסקה 11.

בפרשת **לוי** ציין השופט ברק:

"זכות ההפגנה והתהלכה היא מזכויות היסוד של האדם בישראל [...] היא מוכרת, בצד חופש הביטוי או מכוחו, כשייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי [...] על כן מקובל במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות דמוקרטיות נאורות אחרות, כי לזכות ההפגנה והאסיפה מוכר מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם".

בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984); ראו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, כרך ב, 666 (2005).

58. הנה כי כן, לפי האמור בכתב האישום, בעת המעשים המיוחסים לנאשם, לא היה הוא באירועים פרטיים, בחתונה, בבית אבלים או במסיבה אלא באירועים פוליטיים מובהקים המשרתים את האינטרסים הציבוריים שלמענם הוא נבחר. מכאן כי המעשים המותרים האלה, אינם סתם מעשים אלא הם מעשים במילוי תפקידו של הנאשם כחבר כנסת. בכך עמדנו בשלב הראשון של מבחני החסינות העניינית.

59. עלינו לעבור כעת לשלב השני של החלת מבחני החסינות העניינית על נסיבות פריטי האישום השני והרביעי ולבדוק את הזיקה בין המעשים המותרים שבמילוי תפקידו של חבר הכנסת לבין המעשים האסורים המיוחסים לו, קרי העלבת עובד ציבור והפרעה לשוטר במילוי תפקידו. גם לשם כך נבחן ראשית את האמור בכתב האישום עצמו.

60. פסקה א' של פריט האישום השני מכניסות אותנו אל **הזמן** בו הידרדרו המעשים המיוחסים לח"כ ברכה מהמותר אל האסור :

2. **במהלך ההפגנה** נעצר בנו של הנאשם על ידי קצין המשטרה שרון הרפז (להלן: "הקצין"), בחשד שזה תקף אותו.

3. **סמוך לאחר מכן** נעמד הנאשם מול הקצין [...]". (ההדגשות הוספו).

ובהמשך אותה הפסקה מפרט האמור את **מקום** האירועים :

5. [...] אף משביקש ממנו לעלות מהכביש אל המדרכה צעק עליו הנאשם [...]".

61. הנה כי כן, המעשה האסור הינו מעשה שאירע תוך כדי ההפגנה והיה חלק שלוב בה. מבחינת פונקציות הזמן והמקום המדובר באותו הזמן ובאותו המקום של ההפגנה.

62. יודגש, כי התיאור העובדתי בכתב האישום (המתוקן) שהוגש נגד בנו הקטין של ח"כ ברכה בהקשר לאותו האירוע, יש בו כדי לשפוך אור על המעשה האסור המיוחס לח"כ ברכה. בכתב אישום זה שהוגש בפני בית המשפט לנוער בתל אביב צוין בזו הלשון :

"בנסיבות אלה, מלאו פקד שרון הרפז (להלן: הקצין) ושוטרים אחרים את תפקידם כדין בשמירת הסדר במקום, והורו לנאשם ולאחרים לפנות את הכביש ולעלות לרחבה ברחוב נחלת בנימין, שהיתה צרה מלהכיל את כל המפגינים". (ההדגשה הוספה).

העתק כתב האישום מצ"ב, ומסומן כנספח נ/6.

63. לצורך בדיקת סוגיית ה"גלישה" עלינו לבחון את הנסיבות הספציפיות שהובילו למעשה האסור המיוחס לח"כ ברכה. מהאמור בכתב האישום נגד בנו של ח"כ ברכה עולה לא רק שעסקינן באותו קצין משטרה בשני המקרים אלא מתברר גם מדוע נוצר הויכוח בין ח"כ ברכה ובין הקצין. לא היה זה בגלל מעצרו של בנו של ח"כ ברכה, שכלל לא ידע באותה העת שבנו הוא שנעצר, אלא בגלל התנהגות השוטרים שניסו לדחוף בכוח מפגינים שעמדו על הכביש בסמוך לרחבת הכניסה לנחלת בנימין, אשר היתה באותו הזמן מלאה עד אפס מקום ו"צרה מלהכיל את כל המפגינים", כדברי המאשימה עצמה בכתב האישום כנגד בנו של ח"כ ברכה. במצב דברים זה התנהלו חילופי הדברים המיוחסים לח"כ ברכה, אשר דרש מהקצין להפסיק את דחיפות השוטרים את המפגינים שעמדו על הכביש לעבר הרחבה והתריע על המסוכנות וחוסר ההיגיון שבדחיקת אנשים למקום שהינו מלא עד אפס מקום. את תחולת החסינות העניינית על האמירות המיוחסות לח"כ ברכה יש לבחון אל מול נסיבות אלה, המעידות כי המדובר במקרה מובהק של **גלישה** מהתחום המותר אל התחום האסור. נסיבות אלה מלמדות גם, כי המעשה האסור נעשה כחלק מה**תאוצה** של ההפגנה והוא בגדר מעשה נגרר.

64. מכל האמור לעיל ברור הוא שהמעשה האסור המיוחס לח"כ ברכה בפריט האישום השני הינו מעשה נגרר, נלווה, שנעשה בסמוך ובמשולב עם המעשים הדומיננטיים והעיקריים שבוצעו במילוי תפקידו של ח"כ ברכה. בנסיבות המקרה דנן בין המעשה המותר והמעשה האסור מתקיימת קירבה כה מיידית מבחינת זמן, מקום והקשר, והמעשה המותר והאסור שלובים זה בזה באופן כה הדוק עד כדי כך שלא ניתן לקבוע שהמעשה האסור בוצע לשם עצמו, לפי **מבחן הזיקה המהותית** של הנשיא שמגר.

65. לא נסתפק בהחלת **מבחן הזיקה המהותית**, שהרי מדובר בעבירת העלבת עובד ציבור המסווגת כעבירת ביטוי, וכפי שצוין לעיל חסינות מהותית חלה על כל עבירות הביטוי שלא נופלות בגדר סעיף 1(א1) לחוק החסינות. בפרשת **אונגרפלד**, דנ"פ שנדון על ידי הרכב של תשעה שופטים אשר עסק במאפייניה של עבירת העלבת עובד ציבור, נפסק על ידי כל השופטים שמדובר בעבירת ביטוי המחייבת תחולת מבחני חופש הביטוי. רוב השופטים קבעו, כי מבחן הוודאות הקרובה לוודאי הוא שחל במקרה דנן. למעשה הדיון הנוסף התבקש דווקא בגלל היבטיה הבעייתיים של עבירה זו לאור פגיעתה בחופש הביטוי כזכות חוקתית ולאור עמימות לשונה הרחבה. כדברי הפתיחה של המשנה לנשיאה השופט ריבלין:

"השאלה שהועמדה לדיון נוסף בעתירה שלפנינו היא נפקותה של אמיתות הפרסום במסגרת עבירת "העלבת עובד ציבור" [...]. ההכרעה בשאלה זו מחייבת בחינה כוללת של גבולות התפרסות העבירה במיוחד כך לאור הפגיעה בחופש הביטוי המובנית בעבירה."

דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, (לא פורסם, ניתן ביום 11.7.11) פסקה ראשונה בפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

66. למען הסר כל ספק, הנשיאה ביניש מונה עבירות פליליות שהינן עבירות ביטוי וביניהן היא כוללת העבירה של העלבת עובד ציבור, לאמור:

"דוגמאות אחדות לעבירות אלה הן העבירה של הסתה להשתמטות לפי סעיף 109 לחוק העונשין, העבירה של פרסומי המרדה לפי סעיף 134 לחוק העונשין, עבירת פרסום הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב לחוק העונשין, העבירה של פרסום והצגת תועבה לפי סעיף 214 לחוק העונשין, העבירה של זילות בית המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין, והעבירה של **העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין**, שהיא העבירה נשוא הדיון הנוסף שלפנינו." (ההדגשה הוספה).

פרשת **אונגרפלד**, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה.

67. הפסיקה קבעה, כי עבירות הביטוי נופלות קטגורית אל מתחם הסיכון המקצועי של חבר הכנסת ובתנאי שהמעשה המותר הקודם לביצוע העבירה הוא מעשה שהיה במילוי תפקידו. כבר בפרשת **פנחסי** עוגנה ההלכה הקובעת שעבירות ביטוי למיניהן, כמו הסתה לאלימות, הסתה לגזענות, המרדה ולשון הרע, חוסות תחת ההגנה של החסינות העניינית באם הן נעשו בסמוך לביצוע עבודתו השוטפת של חבר הכנסת. להלן דבריו החדים והברורים של השופט ברק בעניין זה:

"על חבר הכנסת להיות חופשי בהבעת דעותיו - בכנסת ומחוצה לה - ובפעילות האחרת כחבר-כנסת [...]. אכן, סביב תפקידו כדיון של חבר הכנסת מצוי מיתחם של התנהגות, המשתרע על כל אותן פעולות אסורות - שאינן חלק מתפקידיו של חבר הכנסת - אך אשר התאוצה של ביצוע התפקיד יוצרת סיכון שהוא טבעי לתפקיד. כך, למשל, תפקידו של חבר הכנסת הוא לשאת נאומים בעניינים מדיניים. בדבריו אסור לו להוציא לשון הרע. עם זאת, הוצאת לשון הרע נמצאת בתחום הסיכון של חבר הכנסת, אשר צריך לשאת נאומים רבים ולא תמיד יכול לבדוק את העובדות כהווייתן [...]. 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 [...] חבר-כנסת הנואם בענייני חברה עשוי להיקלע לעתים למצב דברים שבו דבריו יעוררו "מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין", או "אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ", ובכך יגבשו עבירה של המרדה (סעיפים 133 ו-136 לחוק העונשין). מן הראוי להעניק לו חסינות בגין עבירות אלה. [...] העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה. החסינות העניינית נועדה ליתן לו חסינות בתחום סיכון זה. [...] (א) חבר-כנסת משתתף בדיון בכנסת על מדיניות הביטחון. תוך כדי דבריו הוא אינו נזהר בלשונו, וברשלנותו מוסר "ידיעה" (במשמעות ביטוי זה בסעיף 91 לחוק העונשין), סודית. נניח כי במעשיו אלה הוא עבר עבירה פלילית (לפי סעיף 111 או לפי סעיף 113 לחוק העונשין), החסינות העניינית תעמוד לו."

פרשת פנחסי, עמ' 685-688.

בהמשך דבריו נותן השופט ברק דוגמה למעשים המהווים עבירה של זילות בית הדין ואשר חלה עליהם החסינות העניינית:

"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 (עבירה לפי סעיף 255 לחוק העונשין). החסינות העניינית תעמוד לו. הוא הדין אם תגובתו הספונטאנית היא מחוץ לכנסת."

פרשת פנחסי, עמ' 688.

68. ראוי להעיר, כי הדוגמאות שמביא השופט ברק בפרשת פנחסי נסמכו על מבחן מתחם הסיכון המקצועי בנוסחו השמרני, לפיו החסינות לא תחול על מעשים שאינם ספונטניים. לאור הביקורת וכאמור לעיל, הרחיב הנשיא ברק בפרשת גורלובסקי, בהסכמת כל שופטי ההרכב, את תחולת המבחן גם על מעשים שאינם ספונטניים.

69. בחלוף מעל לעשרים שנה מאז ניתן פסק הדין בפרשת פנחסי חידד בית המשפט העליון בפרשת בשארה את ההלכה בדבר תחולת החסינות על עבירות ביטוי, והבהיר באופן שלא משתמע לשני פנים שהחסינות העניינית חלה על עבירות ביטוי ללא סייג, למעט במקרים המנויים בהוראת סעיף 1(א) לחוק החסינות. יפים לעניין דברי השופט ריבלין:

"רואה אני חשיבות יותר רבה לעובדה שמדובר בעבירות הנסבות כל כולן על התבטאויות [...] הבעת דעה חופשית היא לב לבה של החסינות העניינית. "העוסק בנאומים מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בלשון הרע או בהסתה. החסינות העניינית נועדה ליתן לו חסינות בתחום סיכון זה" (דברי הנשיא ברק בפרשת פנחסי [5], בעמ' 687). השילוב בין תחום הפריסה הרחב של העבירות הקשורות בחופש הביטוי ובין מהות תפקידו של חבר הכנסת, להשמיע דעתו ברבים ולעתים לחלוק על הרבים במילים חריפות, מעמידים את חבר הכנסת - בייחוד זה המשתתף לקבוצות מיעוט באוכלוסייה - בסיכון אינהרנטי של כניסה לתחום העבירות. כל אלה מלמדים כי החסינות מפני העמדה לדין כשמדובר בעבירות של ביטוי צריכה להיות רחבה ביותר [...] עבירות הקשורות בביטוי גרידא מצויות, ככלל, במתחם הסיכון הטבעי."

פרשת בשארה, עמ' 338.

70. הנשיא ברק לא חסך מחידוד הסוגיה בפרשת **בשארה** והבהיר באופן חד משמעי שעבירות ביטוי הינן חלק אינהרנטי מהסיכון המקצועי של חבר הכנסת:

"[...] בדרך כלל, העבירות הקשורות בחופש הביטוי, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, המרדה ואמירת דברי שבח לארגון טרור, קיים חשש שאם יהיו חברי הכנסת חשופים לאישומים פליליים אלה, יהיה בכך כדי "לצנן" את יכולתם להתבטא ללא חשש גם במקרים שבהם דבריהם אינם מהווים עבירה פלילית. תוצאה זו תפגע פגיעה קשה בחופש הביטוי הפרלמנטרי ובחירויות היסוד הפוליטיות הקשורות בו [...] אכן, עבירות הקשורות בחופש הביטוי כרוכות, מטבען ומטיבן, בביצוע תפקידו של חבר הכנסת. הביטוי הפוליטי-הנאום, המאמר והריאיון - הם כלי עבודתו העיקריים של חבר הכנסת [...] העוסק בביטוי פוליטי כחלק מרכזי מתפקידו ממילא מצוי בסיכון גבוה להיתפס באיסורים הקשורים בחופש הביטוי, כגון הסתה, המרדה ואמירת דברי שבח לארגון טרור, משני טעמים מצטברים: ראשית, בשל הלשון הרחבה והכוללנית של איסורים פליליים אלה (לעניין הלשון הרחבה והכוללנית של האיסור על הסתה ראו למשל ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל [23]). העבירה שבה העותר מואשם רחבה מכל רחבה."

פרשת **בשארה**, עמ' 324-325.

71. ועוד, בפרשת **רכטמן**, שקדמה לפרשת **בשארה**, נדחתה עתירה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד את ח"כ אלוני בגין התבטאויות שהיו בבחינת זילות בית המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין הקובע:

"האומר או כותב דבר על שופט או דיין לענין כהונתו בכוונה לפגוע במעמדו, או מפרסם דברי גידוף נגד שופט או דיין כדי להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה, דינו - מאסר שלוש שנים."

72. היועץ המשפטי לממשלה קבע, כי דבריה הקשים של ח"כ אלוני נגד כמה שופטים, שהתפרסמו במספר ראיונות ובמשך מספר שבועות, חוסים תחת כנפי החסינות העניינית. הנשיא שמגר מתח ביקורת קשה על האשמות הקשות שהטיחה ח"כ אלוני כלפי השופטים:

"התבטאותה של חברת הכנסת שולמית אלוני היוותה פגיעה בלתי מוצדקת ובלתי הוגנת בשופט של בית המשפט העליון, שפסק-דינו לא נשא חן בעיניה מבחינת תוצאותיו ובשופטים נוספים שכינהו בבית המשפט בעבר [...] להלכה ולמעשה, היה בכך, בראש ובראשונה, משום ייחוס של מעילה בתפקיד השיפוטי, והפגיעה במי שמושמצים כלפיו דברים כאלה ובמעמדו ברורה בעליל [...] השמעת הדברים שהובאו בחלקם לעיל לא עמדה בדרישות שבהן חייבת לעמוד ביקורת על החלטה שיפוטית."

פרשת **רכטמן**, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

בדומה גם השופטת נתניהו קובעת בפסקה הראשונה לפסק דינה:

"אני שותפה לכל דברי הביקורת שנמתחו על התבטאויותיה של חברת הכנסת אלוני (להלן - המשיבה) בחוות-דעתו של הנשיא. חרף ההסתייגות מהתוכן ומהסגנון של דבריה והגינוי שלו הם ראויים, מסכימה גם אני לתוצאה של דחיית העתירות [...] לא יכול להיות ספק מכל בחינה אובייקטיבית, כי ההתבטאויות הנ"ל פוגעות במעמדו של השופט ומבזות את דרכי השפיטה."

למרות דברים קשים אלה דחה בית המשפט העליון את העתירה בקובעו בזו הלשון:

"אין לגלות עילה להתערבותו של בית המשפט, וזאת מאחר שלעניין זה מקובלת עלי השקפתו של היועץ המשפטי לממשלה כביטוייה במכתבה הנ"ל של גב' צור, לפיה חלה על הנושא שלפנינו החסינות, העולה מן האמור בסעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951."

פרשת **רכטמן**, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

73. לא למותר לציין, כי המשותף בעבירות השונות של לשון הרע, העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט הינו נושא ההשפלה והפגיעה בכבוד ובמשרה. אמנם ההגנות של לשון הרע בתחום המשפט האזרחי לא חלות על עבירת העלבת עובד ציבור, אך שתי העבירות דומות הן בהגדרת ההעלבה וכדברי השופט רובינשטיין, שהתייחס למשותף בין עבירות לשון הרע וההעלבה, עבירות אלה: "הן זדוניות ויש להן מטען גנטי משותף, הוא השם הטוב."

פרשת **אונגרפלד**, פסקה י" לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

74. חשוב להדגיש, כי בשל חשיבותה של החסינות העניינית על התבטאויות מעולם (למעט פרשת **בשורה** שגם בה בוטל כתב האישום מאחר ובית המשפט העליון וקבע כי חלה עליו חסינות עניינית מכח הוראת סעיף 1 לחוק החסינות) לא הוגשו כתבי אישום נגד חברי כנסת בגין התבטאות או מעשה של ביטוי, וזאת גם כשהביטויים היו קשים ונגעו לביטחון המדינה או היו עלבו בעובדי ציבור. כך, בפרשת **מיעארי**, כאשר החליטה הכנסת שהגבילה את זכויותיו של ח"כ מיעארי ביטל בית המשפט העליון את החלטת הכנסת. בפרשת **הנגבי** דחה בית המשפט העליון עתירה בה נדרש להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שהחליט שלא להגיש כתב אישום כנגד ח"כ וייצמן בגין עבירת מפגש עם אנשי אש"ף וזאת בנימוק שעל המעשה חלה חסינות עניינית. בדומה, בפרשת **כהן** דחה בית המשפט העליון עתירה שביקשה להגיש כתב אישום נגד ח"כ בנימין נתניהו בגין חשיפת מסמך ביטחוני מסווג. בג"ץ נימק את החלטתו בין היתר בכך שגם בהנחה שח"כ נתניהו ביצע עבירה ביטחונית, הרי שהיא נעשתה במילוי תפקידו.

בג"ץ 806/90 ח"כ **הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(4) 797 (1990);

בג"ץ 5151/95 ח"כ **כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(5) 245 (1996).

75. הנה כי כן, אין שום ספק, כי על פריט האישום השני, המייחס לח"כ ברכה עבירה של העלבת עובד ציבור, חלה בהתאם להלכה הפסוקה חסינות עניינית.

76. עתה נעבור לבדיקת השלב השני של החלת מבחני החסינות העניינית גם על פריט האישום הרביעי. נבחן את הזיקה בין המעשה המותר, ההשתתפות והנהגת ההפגנה בנצרת וכן יצוג המפגינים מול פיקוד המשטרה ותיווך ביניהם, לבין המעשה האסור המיוחס לח"כ ברכה, קרי ההפרעה לשוטר במילוי תפקידו.

77. בפסקה א' של פריט האישום הרביעי מתואר המעבר מהמעשה המותר אל המעשה האסור:

"2. במהלך ההפגנה עצרו השוטרים את איימן עאדל עודה (להלן - עודה) מזכ"ל מפלגת חד"ש, מפלגה בה חבר גם הנאשם.

3. במהלך מעצרו של עודה, התקרב הנאשם אל סני"צ אברהם חליוא, ראש ענף חקירות במחוז צפון, ודרש ממנו לשחרר את עודה. סני"צ חליוא הבהיר לנאשם כי עודה חשוד בתקיפת שוטרים, אך **הנאשם ניסה למנוע בגופו** את הכנסתו של עודה לניידת המשטרה. " (ההדגשה הוספה)

78. יצוין, כי מר עודה שוחרר לאחר חקירה קצרה ביותר בתחנת המשטרה, לא זומן לחקירה נוספת, לא הוגש נגדו כתב אישום והתיק המשטירתי נסגר.

79. כפי שנאמר במפורש בכתב האישום מעצרו של מר עודה, מזכ"ל חד"ש, היה במהלך ההפגנה בעת הפנייה והבירור ולפי הנטען בכתב האישום, המעשה האסור המיוחס לח"כ ברכה ארע במהלך הויכוח בינו לבין הקצין – "הנאשם ניסה למנוע בגופו". עצם הויכוח היה לגיטימי בעיני שני הצדדים, כפי שעולה מתיאור העובדות על ידי נצי"מ חליוא במזכר שכתב (נספח 4/נ). ח"כ ברכה, שהיה ממנהיגי ההפגנה, ראה זאת כחובתו לברר מדוע עצרו את מזכ"ל מפלגתו. עמידתו של ח"כ ברכה בחוסר מעש לאור מקרה חריג כזה שבו מזכ"ל מפלגת השמאל היהודית-ערבית היחידה בכנסת נעצר על ידי המשטרה ובמיוחד היות ולא עשה כל דבר שיכול להצדיק מעצר, לא היתה יכולה להיות סבירה.

80. מן המפורסמות היא שכאשר חבר כנסת נמצא בהפגנה ונוצר חיכוך בין המשטרה והמפגינים שני הצדדים רואים בו כתובת ופנייה של חבר כנסת בנסיבות אלה אל פיקוד המשטרה כמייצג המפגינים הינה דבר שגרתי ביותר.

81. מכאן, כי עצם הפנייה של ח"כ ברכה אל קצין המשטרה לא היתה יוצאת דופן ולמעשה היא היתה דבר שגרתי ביותר בעבור ח"כ ברכה, אשר נוהג להשתתף בהפגנות רבות ולייצג במהלכן את המפגינים מול פיקוד המשטרה במידה ומתעוררים קשיים. יצוין כי גם פיקוד המשטרה של המחוז הצפוני מכיר אותו ורואה בו כתובת להידברות עם המפגינים. גם בהפגנה נשוא פריט האישום הרביעי היה זה קצין המשטרה נצי"מ חליוא שפנה אל ח"כ ברכה, כפי שעולה מהאמור במזכר שנרשם על ידי נצי"מ חליוא (נספח 4/נ) נאמר בזו הלשון:

4. בהגעת הרכב הראשון של השר פואד בן אליעזר, מספר נשים וגברים מהמפגינים פתחו בריצה לכיוון הרכב, אני ביחד עם השוטרים הגענו לעברם ביקשנו מהם לעזוב את המקום שלא יתקרבו לרכב השר.

5. הנשים השתוללו, צעקו, דחפו, **ביקשתי מגורמים במקום כולל ח"כ מוחמד ברכה שהיה במקום לסייע לנו בשמירת הסדר ולבקש מהאנשים לעמוד במקום שסומן עבורם.**

6. **הנ"ל הסכים פנה אליהם התחלנו להחזיר את האנשים וחלקם התנגדו.**

7. האירוע התחיל סמוך לשעה 18:50 כאשר האנשים מתחילים להשתולל. ביניהם אישה אימו של החלל עסיל עסאלה מסכנין, תוך כדי הבחנתי בגבר שהתחיל להשתולל ולצעוק "אל תגעו בנו ובנשים". (ההדגשה הוספה)

יצוין, כי פניה נוספת של נצי"מ חליוא אל ח"כ ברכה מתוארת בכתב האישום עצמו.

82. הנה כי כן, כתב האישום עצמו, כמו גם המזכר של מר חליוא מעידים על כך שכאשר חבר כנסת נמצא בהפגנה הוא נמצא במתחם הסיכון המקצועי. זאת היות והוא אינו כאחד המפגינים אלא הינו בעל תפקיד בשל היותו חבר כנסת וככזה הוא מהווה כתובת הן בעבור

המפגינים והן בעבור המשטרה. הוא נדרש לתווך בין הצדדים, כשמחד הוא מייצג את המפגינים ומתווכח ומנסה לשכנע את השוטרים ומאידך הוא מעביר מסרים מהמשטרה למפגינים. לכן, במצב כזה חבר הכנסת נמצא בסיכון הטבעי **לגלוש** אל התחום האסור, בין אם זה נגד המפגינים ובין אם זה נגד השוטרים. מהמזכר של נצי"מ חליוא עולה עוד שהמדובר היה בהפגנה עם מטענים רגשיים עזים, שהרי בין המפגינים היו הורים ואחים של הרוגי אוקטובר. **התאוצה** של ההפגנה במקרה זה, יחד עם מעמדו כמתווך של ח"כ ברכה, הובילו אותו אל תוך מתחם הסיכון המקצועי ולביצוע הנטען של המעשה האסור. זהו בדיוק המצב אותו תיאר השופט ברק בפרשת **פנחסי**:

"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".

פרשת **פנחסי**, עמ' 686.

83. סביר הוא שהשוליים האסורים שהם תוצאה של **גלישה** כתוצאה **מתאוצה** ההפגנה, עליהם חלה החסינות העניינית, כוללים ניסיון לברר מדוע עוצרים מזכ"ל מפלגה ולעכב את לקיחתו מההפגנה, במיוחד בנסיבות המיוחדות שתוארו לעיל. השופט ברק מתייחס לסיכון המקצועי של חבר כנסת במהלך ההפגנה ונותן מספר דוגמאות שהינן רלוונטיות ביותר לענייננו:

"[...] חבר הכנסת משתתף בהפגנה למען עניין הקשור במצע מפלגתי. להפגנה ניתן היתר כדון. בשלב מסוים מאבדים מארגני ההפגנה שליטה עליה, והיא הופכת להפגנה 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. החסינות העניינית של חבר הכנסת תעמוד לו במקרה הראשון, שכן השתתפות בהפגנה כדון בעניינים הקשורים במצע המפלגה הוא חלק מתפקידו של חבר הכנסת. הגלישה לחלק הבלתי חוקי של ההפגנה היא סיכון שחבר הכנסת עומד בפניו. כדי לשמור על חופש שיקול-דעתו אם להשתתף בהפגנה כדי, חוק החסינות מעניק לו חסינות בפני אותו חלק בלתי חוקי של ההפגנה שאליו הוא עשוי להתדרדר. לא כן אם חבר הכנסת מתכנן מראש הפגנה בלתי חוקית. ככל אזרח, גם חבר הכנסת צריך להשתתף רק בהפגנות כדון. תכנון וביצוע של הפגנה בלתי חוקית הם עבירה פלילית, שגם חבר-כנסת צריך ליתן את הדין עליה. (ב) חבר-כנסת יוצא בשליחות הכנסת לביקור ממלכתי. בהגיעו לשדה התעופה נמסר לו כי נאסרה יציאתו מהארץ בשל צו עיכוב יציאה שערכאה שיפוטית הוציאה לבקשת אשתו. חבר הכנסת מחליט להמשיך בנסיעה. בכך הוא מפר צו שיפוטי ומבצע עבירה פלילית. החסינות המהותית תעמוד לו. לא כן, אם בשעת תכנון הנסיעה, זמן רב לפני ביצועה, הוא מודע לקיומו של צו ומחליט להתעלם ממנו, חרף העובדה שניתן לבקש חבר-כנסת אחר לנסוע תחתיו. במקרה הראשון פעולתו האסורה של חבר-הכנסת נופלת לגדר הסיכון המקצועי שלו. לא כן במקרה השני."

פרשת **פנחסי**, עמ' 689.

84. **מבחן הזיקה המהותית** מתקיים גם הוא בנסיבות המעשה המיוחס לח"כ ברכה בפריט האישום הרביעי, אם כי כפי שהוסבר לעיל מבחן זה אינו מהווה כיום את המבחן לתחולת החסינות העניינית לפי ההלכה הפסוקה. לפי האמור בכתב האישום, הנאשם לא תקף איש, לא ניסה להוריד את העצור מהניידת, ולא ביקש לבצע עבירה לשמה. כל שמיוחס לו הוא בגדר

אירוע נגרר ומשני שנבע מעצם העובדה שח"כ ברכה ביקש לברר את מעצרו של מזכ"ל המפלגה. פונקצית הזמן והמקום מעידים שהאירוע האסור מהווה חלק אינטגרלי ושלוב במעשים המותרים ובכל מקרה אין הוא עומד על רגליו באופן נפרד ובמנותק מאירועי ההפגנה. הנשיא שמגר נותן בפרשת **פנחסי** דוגמאות שיכולות להשליך גם על מקרה זה ובהן דוגמה של הפרעה לעובד ציבור :

"חבר-כנסת אשר בשעת נאומו, וכחלק מהותי ממנו, יעבור עבירה על איסורי לשון רע או אף על איסורים בעניין גילוי ידיעות חסויות, תחול עליו חסינות. למשל, אם במהלכו של דיון בכנסת או באחת מוועדותיה, המוקדש לענייני המוסד, ייפלט מפיו שמו החסוי של איש מוסד, יזכה לחיסיון. אמנם יש בכך עבירה, אולם כך הדבר לגבי כל נושא המכוסה על-ידי כללי החסינות שנוצרו לגבי נסיבות בהן התבצעה עבירה (ראה גם סעיף 13(1) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965). אולם חבר-כנסת, אשר ללא קשר לנושא הנאום ובמכוון ורק מתוך כוונה לנצל חסינותו, כביכול, יעלה על במת הכנסת כדי לגלות סודות [...] אינו נהנה מחסינות. (2) חבר-כנסת אשר בשעת נאומו יבצע מעשה אלימות יזום כלפי חבר-כנסת אחר או כלפי סדרן - אינו נהנה מחסינות, כי אין לכך קשר למילוי התפקיד. אולם, חבר-כנסת שלא יישמע על אתר להוראות יושב-ראש הישיבה לצאת את אולם המליאה, כי יסביר שמחובתו להוסיף ולייצג את בוחריו בעת הדיון, **לא יואשם בהפרעה לעובד ציבור בעת מילוי תפקידו, אלא יזכה לחסינות**". (ההדגשה הוספה).

פרשת **פנחסי**, עמ' 727-728.

85. שתי העבירות, העלבת עובד ציבור והפרעה לשוטר במילוי תפקידו, המיוחסות לח"כ ברכה בפריטי האישום השני והרביעי, בוצעו על פי האמור בכתב האישום, במהלך הפגנות וכפי שהראינו לעיל כתוצאה מגלישה סבירה אל המעשים האסורים. עבירות אלה, בנסיבות דנן, מתאפיינות בקשר אינהרנטי לתכלית העומדת ביסוד החסינות העניינית.

86. כפי שהוסבר לעיל חבר כנסת נמצא בהפגנה גם בתווך בין המפגינים והמשטרה ועלול להסתכן בהרשעה פלילית בגין שתי העבירות כתוצאה מתפקיד הייצוג והתיווך המוטלים עליו בשל היותו חבר כנסת. במקרה זה, האפקט של חשש מנשיאה באחריות פלילית בגין עבירות מסוג זה הינו עצום והוא עלול להרתיע את חבר הכנסת מלקיים את תפקידו, המתאפיין בביטויים, נאומים, הבעת עמדות בכנסת ומחוצה לה ובכלל זה בהפגנות ואסיפות ציבוריות.

87. התכלית העומדת ביסוד החסינות העניינית נועדה ליתן לחבר הכנסת מגן מפני סיכונים טבעיים אלה וזאת על מנת למנוע מצב בו החשש מפלילים ימנע ממנו לקיים את תפקידו. זאת בניגוד למצב בו חבר כנסת מזייף מסמכים הנוגעים למפלגתו כדי שתזכה בהנחת מס מסוימת, שאז הגשת כתב אישום לא תהווה אפקט מצנן כלשהו על המשך מילוי תפקידו.

כך מסביר השופט ריבלין בפרשת **בשורה** את ההיגיון להעניק חסינות לעבירות מסוג זה, שהינו רלוונטי גם לעבירת הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בעת הפגנה :

"אם יידרש חבר הכנסת ליתן עליהן את הדין, עלול הדבר ליצור אפקט צינון מסוכן. כאשר היה מדובר בפעילות שונה, למשל ברישום כוזב במסמכי תאגיד, נקבע כי אין הוא נופל בגדר הסיכון הטבעי של פעילות חבר הכנסת, שהרי "אין כל חשש,

שאם תוטל אחריות פלילית על חבר כנסת החותם על דינים וחשבונות אלה ביוזעו שהצהרתו כוזבת, ומתוך כוונת תרמית, הוא יימנע ממילוי כדן של דינים וחשבונות אלה" (שם, בעמ' 692). לא כך הוא באשר לעבירות של ביטוי, כגון עבירות של הסתה ואפילו אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור."

פרשת **בשורה**, עמ' 338.

88. יפה לענייננו ההסבר אותו מביא השופט ברק בפרשת **פנחסי** בדבר תחולת החסינות העניינית על הפגנה שנהפכה לאסורה ועלולה לסבך את חבר הכנסת בפלילים :

"מטרתה של חסינות זו היא לאפשר לחבר הכנסת להתנהג באופן חופשי, מבלי שיימנע מלבצע את תפקידו כראוי אך בשל החשש כי בעשותו את תפקידו כראוי הוא יגלוש לעבר פעילות אסורה וימצא עצמו כפוף לאחריות ולתביעה פליליות ואזרחיות."

פרשת **פנחסי**, עמ' 689.

89. בדומה, דברי הנשיא ברק בפרשת **בשורה** מעידים גם הם על כך שתכליתו המרכזית של סעיף 1 לחוק החסינות הינה למנוע קיומו של אפקט מצנן אצל חברי הכנסת אשר ירתיע אותם מלמלא את תפקידם העיקרי בפעילותם הפוליטית המובהקת :

"קיים חשש שאם יהיו חברי הכנסת חשופים לאישומים פליליים אלה, יהיה בכך כדי "לצנן" את יכולתם להתבטא ללא חשש גם במקרים שבהם דבריהם אינם מהווים עבירה פלילית. תוצאה זו תפגע פגיעה קשה בחופש הביטוי הפרלמנטרי ובחירויות היסוד הפוליטיות הקשורות בו [...]"

פרשת **בשורה**, עמ' 324-325.

90. לסיכום סוגיית היותן של עבירות העלבת עובד ציבור והפרעה לשוטר במילוי תפקידו בתחום הסיכון הטבעי של חבר הכנסת במצב הספציפי בו הן מתבצעות תוך כדי ובמהלך הפגנות, בכדי לעמוד על מורכבות היחסים בין שוטרים לבין חבר כנסת בעת ההפגנות, ועל מנת ליישם את דברי הפסיקה שהבליטה את הסכנה העומדת מאחורי העמדתו של חבר כנסת במצבים פליליים על נסיבות המקרים שלפנינו, נביא להלן מדבריו של מר שאוקי ח'טיב, שכהן כיו"ר ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, אשר הוגשו כתצהיר במסגרת עתירתו של ח"כ ברכה לבג"ץ וכאן יוגשו כראייה מינהלית. בתצהירו התייחס מר ח'טיב לתפקיד אותו ממלא מזה שנים ח"כ ברכה מול המשטרה בעת משברים פוליטיים בכלל ובעת הפגנות בפרט ותיאר זאת בזו הלשון :

"[...] אני מכיר את ח"כ מוחמד ברכה מזה כשלושים שנה. ח"כ מוחמד ברכה הינו יו"ר החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון (להלן: חד"ש), היא המפלגה הגדולה ביותר בקרב האזרחים הערבים בישראל. ח"כ ברכה הינו אחד מהמנהיגים הבולטים ביותר של ועדת המעקב והיה דומיננטי ביותר בקבלת החלטות חשובות וגורליות.

בתקופת כהונתי כיו"ר ועדת המעקב, כמו בשנים שקדמו לה, יזמה ועדת המעקב עשרות הפגנות ותהלוכות המונים ובהן לדוגמא התהלוכה מכפר מנדא לסכנין לציון אירועי אוקטובר 2000 שהתקיימה ביום 1 באוקטובר 2005 בהשתתפות עשרות אלפים והפגנת המחאה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה לסגור את תיקי החקירה כנגד האחראים להרג באוקטובר 2000

שהתקיימה ביום 27 בינואר 2006 בסכנין בהשתתפות כ- 100,000 מפגינים.

לא רק שח"כ ברכה נהג להגיע להפגנות והתהלכות של ועדת המעקב באופן עקבי, אלא שכמנהיגי ציבור נהגו לצעוד בראשן, זה לצד זה. אחריותו של ח"כ ברכה כמנהיג ציבור התבטאה הן בקבלת ההחלטות ובהכנות לתהלכות והפגנות והן במהלך התרחשותן של הפגנות אלו. הוא דאג שפעילויות אלו יצליחו להעביר את המסרים הפוליטיים לכלל הציבור על מנת שישפיעו על קבלת ההחלטות בישראל. כמו כן, הוא פעל מול המפגינים והמשטרה על מנת לשמור על שלום המפגינים והסדר הציבורי.

לא אחת קדמו לקיום פעילויות המחאה שאורגנו על ידי ועדת המעקב פניות משרים ומהפיקוד הבכיר של המשטרה לראשי ועדת המעקב, כמנהיגי הציבור הערבי ובכלל זה לח"כ מוחמד ברכה. רוח הדברים בשיחות אלה היתה שעל המנהיגים בשני הצדדים לעשות כל שביכולתם על מנת למנוע מצב של פגיעה בחיים המשותפים במדינה.

ללא ספק, האחריות המוטלת עלינו כהנהגה הינה כבדה ביותר, במיוחד כשמדובר בהפגנות גדולות המתקיימות על רקע של אירועים קשים ביותר. במקרים אלה מתגלים כושר ההנהגה, ההשפעה ומידת האחריות של מנהיגי הציבור, שללא ספק ח"כ מוחמד ברכה הוא מהבולטים מבין מנהיגים אלה המתאפיינים בכישורים אלה. בזכות הנהגה אחראית זו שח"כ ברכה מהמשפיעים ביותר על תיפקודה, ההפגנות הנ"ל עברו בסדר מופתי ובהצלחה רבה.

האחריות שמנהיג ציבור לוקח על עצמו במחאות ציבוריות של מיעוט לאומי הסובל ממדיניות הפליה ארוכת שנים מחייבת את המנהיג לתמרן, לתווך, להחליט, ולפעמים לקחת סיכונים בכל העניינים המתפתחים בין המפגינים ולבין השוטרים. בעיני המפגינים הוא האחראי על השמירה על זכויותיהם כמפגינים ועל הצלחת המחאה הציבורית, בעוד שבעיני המשטרה הוא מהווה כתובת לניהול הפעילות עצמה.

ח"כ ברכה הצליח בשעות המשבר הקשות ביותר למלא את התפקיד הזה כמנהיג אחראי. הוא לקח חלק פעיל בהפגנות אלו והיווה את הכתובת לטיפול בבעיות כאשר התעוררו כאלה במהלכן. אני זוכר פעמים רבות בהן ח"כ ברכה פנה אל הפיקוד של המשטרה במהלך ההפגנות, כמו גם פעמים רבות בהן קצינים בכירים פנו אליו, והידברות זו מנעה הסלמה של המצב וסייעה לשמור על חופש הביטוי, על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור.

מוחמד ברכה הינו מנהיג כריזמטי ואחראי, המאמין בניהול מאבק ציבורי למען קידום השוויון, הצדק והשלום בדרכים דמוקרטיות ובמסגרת החוק. המחאות ציבוריות הן האמצעי המאפיין ביותר של הפעילות הפוליטית של חד"ש וח"כ ברכה כיו"ר חד"ש וכמנהיג ציבור מהווה דוגמה ומודל חיובי לפעילים הפוליטיים [...]."

העתק התצהיר מצ"ב ומסומן כנספח 7/.

91. הנה כי כן, הגשת שני פריטי האישום כנגד ח"כ ברכה אינה מתיישבת עם מבחני החסינות העניינית. זאת, במיוחד היות והמעשים המיוחסים לח"כ ברכה בוצעו במהלך פעילותו הפוליטית המובהקת ובמילוי תפקידו. כמו כן, הגשת האישומים דגן נוגדת את אחת מהתכליות העיקריות של סעיף 1 של חוק החסינות, היות והיא עלולה ליצור אפקט מצנן נגד קיומה של פעילות פוליטית לגיטימית, המתבטאת בעיקר בהבעת עמדות ונהגות מחאה ציבורית.

פרק ה' - החלה שווה של החסינות העניינית

92. בשנים האחרונות בוצעו מעשים רבים על ידי חברי כנסת מסוימים המהווים עבירות לכאורה נגד אזרחים ושוטרים. חלק מהמעשים האלה תועדו באופן חזותי בו ניתן לראות בבירור את מעשי חבר הכנסת ומכאן כי החשד לביצוע עבירה פלילית היה רציני ביותר. חלק מאירועים אלה אף הגיע לפתחו של בית המשפט. למרות זאת ועל אף חומרת העבירות לא ננקטו נגד חברי כנסת אלה כל הליכים על ידי המשטרה או התביעה הכללית.

93. בהקשר זה נציין, כפי שיפורט בהמשך, כי באי כוחו של ח"כ ברכה הח"מ פנו אל היועץ המשפטי לממשלה ואל ב"כ המאשימה כדי לקבל מידע אודות האירועים האלה אך טרם נענו. הנאשם שומר על זכותו לקבל מידע זה מהמאשימה.

ראו : עע"ס 2398/08 **מדינת ישראל נ' סגל**, (לא פורסם, ניתן ביום 19.6.11).

94. הנאשם יטען, כי ההסבר הסביר היחיד לכך שלא שלא שלא הוגשו כתבי אישום בגין האירועים להלן אלא שגם לא קוימה בעניינם חקירה פלילית הינו תחולת החסינות העניינית עליהם לפי סעיף 1 לחוק החסינות; מכאן קיימת חובה להחיל דין דומה על שני פריטי האישום דנן שחומרתם פחותה.

95. טענת האפליה והאכיפה השווה בכל הקשור לסוגיית החסינות הוכרה לא רק כחלק מהמשפט הציבורי הכללי אלא היא עוגנה מפורשות בחוק בסעיף 4(א)(3) לחוק החסינות, המתייחס להסרת חסינות דיונית. קל וחומר כאשר עסקינן בתחולתה של החסינות העניינית. סעיף 4(א)(3) לחוק החסינות קובע:

"חבר הכנסת רשאי, בתוך 30 ימים מיום שהומצא לו כתב האישום, לבקש שהכנסת תקבע כי תהיה לו חסינות בפני דין פלילי לגבי האשמה שבכתב האישום, בשל אחת או יותר מהעילות האלה:

(א) העבירה שבה הוא מואשם נעברה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת וחלות הוראות סעיף 1;

(ב) כתב האישום הוגש שלא בתום לב או **תוך הפליה**;

[...]". (ההדגשה הוספה)

96. יוער, כי טענת האכיפה השווה ו/או ההפליה, המקבילה לטענת האכיפה בררנית והיא חלק מהותי מדוקטרינת ההגנה מן הצדק, יטיען כאן אך ורק לגבי תחולת החסינות העניינית על שני האישומים בלבד.

97. בפרשת **זקין**, פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בסוגיית האכיפה הבררנית, קבע השופט זמיר:

"אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא [...] אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט".

בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999);

ראו גם: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005).

98. דוגמא מובהקת של ביצוע עבירות כנגד שוטרים על ידי חברי כנסת התרחש ביום 1.2.06, בעת העימות האלים בין מתנחלים לשוטרים שהתרחש עם הניסיון לפנות את המאחז עמונה שבגדה המערבית. בזמן הפינוי נכחו במקום חברי הכנסת מהימין ומדיווחי כלי התקשורת עולה חשד רציני, כי הם ביצעו עבירות כנגד השוטרים.

אתר **Ynet** דיווח, כי "בלב המהומה שנוצרה במקום ניצבו חברי כנסת מהאיחוד הלאומי - אפי איתם, בני אלון, אריה אלדד, אורי אריאל בשורה אחת מול השוטרים כחומת מגן". אתר **הארץ** פרסם, כי "בסרט נראה ח"כ אפי איתם (האיחוד הלאומי) כשהוא מבקש ממפגין צעיר שלא יידו עליו אבנים בשעה שהוא מתעמת עם שוטרים [...] ח"כ בני אלון (האיחוד הלאומי) נראה בסרט המשטרתי מטפס על דחפור צבאי ומשלהב את המפגינים נגד המשטרה, עד ששוטרים משתלטים עליו".

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3209096,00.html

www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=679250&contrassID=2&subContrassID=21&sbSubContrassID=0

העתקי הפרסומים מצ"ב ומסומנים כנספחים 8-9.

99. מעשיו של ח"כ אלדד בעת פינוי מאחז עמונה תועדו בפסק הדין שניתן בערעור שהגיש על פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים בו נדחתה תביעתו לנזיקין. בפסק הדין מתואר כיצד ח"כ אלדד, יחד עם אחרים, ביצע עבירות, לרבות הפרעה לשוטרים במילוי תפקידם. מעשיו של ח"כ אלדד תוארו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בזו הלשון:

"לאור חומר הראיות ובכללו הקלטת, אין כל ספק כי היצמדותו של המערער לכף הטרקטור, הפריעה להתקדמותו ולא אפשרה את המשך הפינוי. המערער לא הראה נכונות להתפנות מהמקום והיה נחוש בהתנגדותו. במצב דברים זה, צדק בית-משפט קמא בקובעו, כי כוחות המשטרה היו רשאים לפנות את המערער מכף הטרקטור, תוך הפעלתו של כוח סביר. משמעותה של כל קביעה אחרת אינה אלא הכרה בזכותו של המערער להפריע לשוטרים במילוי תפקידם כחוק. עם נורמה כגון זו אין, כמובן, להשלים. ד. אשר לכוח שהופעל כדי לפנות את המערער ואופן הפעלתו, קבע בית-משפט קמא כי "באותו שלב שבו התובע [המערער] נאחז בעצמה בטרקטור היה הכרח לנתק את ידו האחוזת כדי לאפשר את הזזתו מהמקום ואת המשך תנועת הטרקטור שהתובע ביקש למנוע אותה. בהינתן הלחץ שבו היו שרויים השוטרים והאווירה מסביב, שכללה, כאמור, השלכת אבנים וחפצים בדקות שקדמו לכך, ובהינתן הצורך המבצעי להמשך תנועת הטרקטור, כאשר הליך הפינוי בעיצומו והתובע עוצר אותו, האופן שבו פעל השוטר ריחאל באותו זמן לא חרג ממתחם הפעולות הסבירות שאינן רשלניות. השוטר ריחאל פעל לנתק את התובע מהטרקטור. לצורך הניתוק הוא ניסה להסיר את ידו של התובע שעה שהתובע נאחז בחוזקה בעוצמה, האופן בו ניסה להסיר את היד נראה סביר בהתחשב במכלול הנסיבות. אף שיש להצטער על כך כי בשל משיכת היד, החליקה ידו של ריחאל וגרמה לו לאחוז באגודלו של התובע ולמשוך אותה, דבר שגרם לשבר, אין בכך כדי להוות רשלנות. בעניין זה אין חשיבות לכוונותיו של התובע אלא למעשיו: עמידתו במקום והיאחזותו בטרקטור מנעה את המשך הפינוי ולא אפשרה את מעברו של הטרקטור, בין שהתכוון לכך ובין שלא" (סעיף 74 לפסק הדין). דברים אלה מקובלים עלינו במלואם. כמו כן, מקובלות עלינו

קביעותיו של בית-משפט קמא, כי בעת ניתוק היד לא היה צורך בפעולה משולבת של מספר שוטרים, וכי לאור מכלול הנתונים לא היה צורך להמתין פרק זמן נוסף עד שהמערער יסיר את אחיזתו."

ע"א (י-ם) 2634/08 אלדד נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, ניתן ביום 17.3.09).

100. ח"כ אלדד הגיש בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון. טענתו העיקרית של ח"כ אלדד היתה שפגיעתם של השוטרים בידו נגרמה במהלך נסיונם לפנותו מהמקום תוך הפרת חסינותו העניינית. ביהמ"ש העליון דחה את בקשתו והמשנה לנשיאה השופט ריבלין קבע:

"ברי כי החסינות מונעת את העמדתו לדין של חבר הכנסת אף אם ביצע עבירה במהלך מילוי תפקידו כחבר כנסת, לרבות במהלך פעולת מחאה כזו או אחרת. אולם, אין בה כדי לשלול את סמכותה העקרונית של המשטרה לבצע את הפעולות הנדרשות על החוק."

רע"א 3637/09 אלדד נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, ניתן ביום 21.9.09).

101. למותר לציין, כי חובת המשטרה לפתוח בחקירה כאשר קיים חשד לביצוע עבירה, מעוגנת בהוראת סעיף 3 לפקודת המשטרה, התשל"א-1971, והיא אינה מותנית בהגשתה של תלונה פורמלית, כפי שעולה מהוראת סעיף 59 לחסד"פ.

102. ודוק, במקרה של ח"כ אלדד, ההפרעה לשוטר היתה חמורה פי כמה וכמה מזו המיוחסת לח"כ ברכה. נשאלת השאלה מדוע אם כן לא נקטו רשויות התביעה כל הליכים כנגד חברי הכנסת במקרים שתוארו לעיל, שהינם לכל הדעות חמורים בהרבה משני פריטי האישום דנן. ואם לא נפתחו הליכים פליליים נגד ח"כ אלדד ואחרים בנימוק שהחסינות העניינית עומדת להם, אזי על המאשימה להוכיח מדוע לא להחיל אותו דין על המקרה דנן.

103. יצוין, כי באי כוחו של הנאשם פנו ליועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו וביקשו לוודא באם ננקטו אמצעים על ידי רשויות התביעה כנגד חברי הכנסת במקרים שתוארו לעיל. למצער למרות פניות חוזרות וכן פניה לב"כ המאשימה בו ביקשה את סיועו בקבלת המידע והודגשה חיוניותו להגנה לצורך טיעוניה לעניין החסינות טרם התקבל מענה מהותי על פנייתה.

העתק הפניה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 12.6.11 ומכתב תזכורת מיום 17.7.11 מצ"ב, ומסומנים כנספחים 10-11; העתקי הפניה לב"כ המאשימה מיום 7.7.11 מצ"ב ותשובתו מיום 14.7.11 מצ"ב, ומסומנים כנספחים 12-13.

104. גם בהעדר תשובה פורמלית על הפניה דלעיל מן המפורסמות הוא כי לא הוגשו כתבי אישום נגד חברי הכנסת במקרים המתוארים לעיל ואף לא במקרים דומים אחרים.

105. דוגמא מובהקת למקרים דומים ואף חמורים מפריטי האישום דנן, ניתן לראות גם באירוע שהתרחש ביום 2.6.10, כאשר ח"כ אנסטסיה מיכאלי ניסתה לתקוף את ח"כ חנין זועבי בעת שניצבה על דוכן הנואמים בכנסת. הדבר היה במהלך דיון בכנסת שהתקיים סמוך לאחר אירועי המשט לעזה, כשלפתע עלתה ח"כ מיכאלי על בימת הכנסת וניסתה להגיע אל ח"כ זועבי אשר עמדה על דוכן הנואמים בכנסת, על מנת להורידה בכוח מהדוכן ולמנוע ממנה

לנאום. עובדי משמר הכנסת הצליחו להרחיק את ח"כ מיכאלי מהמקום רק כאשר כשח"כ מיכאלי היתה במרחק קטן ביותר מח"כ זועבי, כפי שעולה מהדיווחים על האירוע ומהתיעוד החזותי שפורסמו באתרי החדשות.

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3898005,00.html>

<http://www.mako.co.il/news-military/politics/Article-b245b8c3f98f821004.htm>

העתקי הפרסומים מצ"ב ומסומנים כנספחים 14-15.

106. יצוין, כי למרות שהמעשה של ח"כ מיכאלי נעשה בתוך משכן הכנסת אין בעובדה זו כשלעצמה לקבוע שהחסינות העניינית חלה עליו, שהרי כדברי השופט שמגר בפרשת **פנחסי** :

"חבר-כנסת אשר בשעת נאומו יבצע מעשה אלימות יזום כלפי חבר-כנסת אחר או כלפי סדרן - אינו נהנה מחסינות, כי אין לכך קשר למילוי התפקיד".

פרשת **פנחסי**, עמ' 728.

107. למותר לציין, כי המאשימה לא נקטה כל הליכים כלפי ח"כ מיכאלי ולא נפתחה בעניין זה אף חקירה משטרתית. באי כוח הנאשם פנו אל היועץ המשפטי לממשלה וכן אל ב"כ המאשימה אך לא זכו עד כה למענה (נספחים 10-13).

108. ראו לעניין זה גם את ההלכה שנקבעה בפרשת **גורולבסקי** לפיה לא חלה החסינות על פעולה שבוצעה בכנסת שאין לה קשר למילוי תפקידו של חבר כנסת.

בג"ץ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נט(5) 865 (2005).

109. דוגמא נוספת של מקרה בו התקיים חשד רציני לביצוע עבירה על ידי חבר כנסת ניתן לראות באירוע שהתרחש ביום 1.6.09 בצומת יצהר שבגדה המערבית, כאשר ח"כ מיכאל בן ארי הגיע לצומת יצהר לאחר ששוטרים עצרו קטינים, בחשד שחסמו את הצומת ויידו אבנים לעבר שוטרים שניסו לפנות את הצומת, והכניסו את העצורים לתוך רכב משטרת. ח"כ בן ארי עלה על קדמת הרכב המשטרת, בו הוחזקו העצורים, וסירב לרדת ממנו תוך שהוא דורש לקבל הסברים מהקצין האחראי הן על הסיבה לאזיקת העצורים והן על עצם המעצר.

ח"כ בן ארי נותר על הרכב זמן ממושך ומנע בכך מהשוטרים לקחת את העצורים מהמקום, עד שלבסוף הורד מהרכב בכוח על ידי חיילים, כפי שעולה מהדיווח על האירוע באתר ערוץ שבע ומהתיעוד החזותי של האירוע שפורסם באתר האינטרנט של ח"כ בן ארי עצמו. גם במקרה זה לא נפתחה חקירה פלילית ולא הוגש כתב אישום.

<http://www.inn.co.il/News/News.aspx/189966>

<http://www.mbenari.co.il/BRPortal/br/P102.jsp?arc=20137>

העתקי הפרסומים מצ"ב ומסומנים כנספחים 16-17.

110. מקרה נוסף בו ניכרת הפליה באופן החלת החסינות עולה מהעובדות המתוארות בהחלטה מס' 59/18 של ועדת האתיקה של הכנסת מיום 3 באוגוסט 2011, בתלונת ח"כ אחמד טיבי נגד ח"כ בן ארי. עניינה של התלונה היה במכתב ששלח ח"כ בן ארי לח"כ טיבי ולארבעה חברי כנסת ערבים נוספים ביום 7 ביוני 2010.

במכתב, שכותרתו היתה "מכתב אזהרה" נכללו אמירות אותן הגדירה הוועדה כ"לשון מפורשת של איום כלפי חברי הכנסת". למרות חומרת הדברים לא נקטו רשויות התביעה כל הליכים נגד ח"כ בן ארי וככל הידוע לנו הוא אף לא נחקר במשטרה בעניין זה. וזו לשון החלטת ועדת האתיקה:

"ועדת האתיקה בכנסת הנוכחית הכירה בחופש הביטוי הרחב המוקנה לחברי הכנסת, ונהגה בגישה מקלה מאד בכל הנוגע להתבטאויות של חברי הכנסת, גם כשהיו קשות ומקוממות. ואולם, כל אותן התבטאויות קשות שהוועדה דנה בהן, נאמרו בעל פה, פעמים רבות בלהט הדברים ותוך כדי ויכוח לגיטימי. במקרה זה מדובר בהתבטאות בכתב, שמעבר להאשמות הקשות שבה כלפי חברי הכנסת הנמענים, יש בה לשון מפורשת של איום כלפי חברי הכנסת. שליחת מכתב איום שכזה אינה עולה בקנה אחד עם ההתנהגות המצופה מחברי הכנסת, ויש בה משום הפרה של כלל האתיקה הקובע כי "חבר הכנסת ישמור על כבוד הכנסת וכבוד חבריה". לפיכך החליטה הוועדה להטיל על חבר הכנסת מיכאל בן ארי נזיפה". (ההדגשה הוספה).

העתק החלטת ועדת האתיקה מצ"ב, כנספח 18.

111. כידוע לנו, לא נפתחה חקירה כלשהי בגין מעשיו של ח"כ בן ארי. לא למותר לציין, כי החלטת ועדת האתיקה אינה מייתרת פתיחת הליך פלילי על ידי היועץ המשפטי לממשלה וראו לעניין זה את פרשת גורלובסקי.

112. הנאשם יטען, כי הבאת המקרים לעיל הרלוונטים לסוגיית תחולת החסינות העניינית בענייני מחאה והפגנות, לרבות ניסיון תקיפה של חבר כנסת, מעידות כי קיים טעם ויסוד לטענת אכיפה בררנית בהחלת החסינות העניינית. הדבר מחייב העברת נטל ההוכחה על המאשימה שתבוא ותיתן הסברים מנומקים מדוע לא להחיל דין שווה על המקרה דן ולבטל שני האישומים, כפי שנפסק על ידי השופט זמיר בפרשת זקין:

"טענה של אכיפה בררנית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי [...] מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי בית-המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון".

פרשת זקין, עמ' 308 ;
ראו גם: פרשת בורוביץ, בעמ' 814-815.

סוף דבר

על יסוד כל האמור לעיל, לרבות הבקשה בדבר ביטול תיקון 33 לחוק החסינות, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי פריטי האישום השני והרביעי המתייחסים לעבירות של העלבת עובד ציבור והפרעה לשוטר במילוי תפקידו הינם בטלים.

חסן ג'בארין, עו"ד

באי כח הנאשם

ארנה כהן, עו"ד

חיפה, 21 באוגוסט 2011.