

בעניין:

מדינת ישראל

ע"י עוה"ד יעל כוכבי ורז ולטר, פרקליטות צפון (פלילי), רח' גלבוע 9 נצרת עלית 17000, טל' 04-6478114, פקס' 02-6467073

המאשימה

- נגד -

ח"כ סעיד נפאע

ע"י עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או רימא איוב ו/או אראם מחאמיד 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

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 24.4.12 מוגשים בזאת עיקרי הטיעונים המקדמיים של ההגנה בדבר תחולת החסינות המוקנית לח"כ סעיד נפאע מכח הוראות חוק חסינות חברי כנסת זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א - 1951 (להלן: חוק החסינות) על המעשים המיוחסים לו בכתב האישום דנן והכל כפי שיפורט להלן.

פתח דבר

1. לצורך הטענה המקדמית של החסינות העניינית, ובהקשר זה בלבד, טיעוני ההגנה יוצאים מנקודת הנחה כאילו העובדות הנטענות בכתב האישום הינן נכונות והנאשם ביצע את המעשים המיוחסים לו. הנאשם יטען, כי אף בהנחה זו הוא חסין מהעמדה לדין היות והמדובר במעשים שנעשו במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר כנסת. כלומר, כי גם בהנחה שהנאשם עשה את המעשים המיוחסים לו בכתב האישום עומדת לו חסינות עניינית מכח הוראת סעיף 1(א) לחוק החסינות, המונעת מלנקוט נגדו בגינם הליכים משפטיים וכן חסינות ספציפית מכח הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות. יודגש, כי אין בכך משום הודאה או ראשית הודאה של הנאשם בביצוע העבירות המיוחסות לו בפריטי אישום אלה.

2. למען הזהירות יצוין עוד, כי טענות מקדמיות נוספות יועלו, באם 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 המתיחסים לטענת החסינות, שהרי אין מקום לקיים ולהמשיך בהליכים פליליים, גם אם מדובר בטענות מקדמיות אחרות, מבלי לקבוע תחילה באם החסינות חלה. זו הינה משמעות הוראת סעיפים 1(א) ו-10(א) לחוק החסינות.

3. יצוין, כי בדיקת החסינות העניינית על בית המשפט מתמקדת בעיקרה במעשים המיוחסים ולא בטיב האשמה או במחשבה הפלילית. השאלה הרלבנטית היא אם המעשים עצמם, ללא קשר לניסוח שלהם בעבירה הפלילית, נופלים בגדר המעשים החסינים או לא. לכן המעשים לגביהם יש לבדוק את תחולת החסינות באשר לכתב האישום הנדון הינם המעשים המיוחסים בו לח"כ נפאע, קרי: הנסיעה לסוריה המוגדרת כמדינת אויב של ח"כ נפאע, לרבות הסיוע לאחרים (פריט האישום הראשון); מגע של עם מי שמוגדר כסוכן חוץ או כמנהיג ארגון המוגדר כארגון טרור (פריטי האישום השני והשלישי). יודגש, כי המעשים המתוארים בפריטי האישום השני והשלישי, של כתב האישום מתייחסים לעצם קיומו של מגע עם נציג ארגון טרור או סוכן חוץ ותו לא.

4. בטיעונים כאן מעלה ח"כ נפאע, בין היתר, טענה חוקתית ראשונה נגד חוקתיות תיקון 33 לחוק החסינות, אשר טרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון. טענה זו, בקליפת אגוז, הינה כי תיקון 33 לחוק החסינות אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן דינו בטלות. קבלת טענה זו מייתרת את הדיון בשאר השאלות.

5. לחילופין יטען ח"כ נפאע, כי על המעשים המיוחסים חלה חסינות עניינית, בהיותם מעשים פוליטיים שלא הוצאו מגדר הלגיטימיות על פי תיקון 29 לחוק החסינות, אשר קבע בסעיף 1(א) מהם המעשים הפוליטיים האסורים. לפי סעיף זה נסיעה אל מדינת אויב כשלעצמה אינה אסורה אך תמיכה במאבק מזוין של מדינה זו נגד מדינת ישראל הינו אסור. כמו כן תיקון 29 אינו אוסר על עצם קיומו של מגע כזה עם נציג ארגון המוגדר כארגון טרור אלא על עצם קיומה של תמיכה פיזית במאבק המזוין של ארגון טרור.

6. ח"כ נפאע יטען, כי בחינת כתב האישום מעלה, כי העובדות הנטענות בו לא מצביעות על מגע אסור שיש בו העברת מידע ביטחוני התומך במאבק המזוין או שיש בו דברי עידוד למאבק מזוין. יתר על כן העדות היחידה נגד ח"כ נפאע, אשר לצורך הטיעון כאן אנו מניחים כי הינה נכונה מתארת פגישה שעסקה כולה בעניינים פוליטיים מובהקים ולא נגעה לענייני ביטחון לא מקרוב ולא מרחוק. עוד תפורט פסיקה עליונה המתייחסת לקיומם של מפגשים כאלה שלא דנו בעניינים ביטחוניים כחסינים. מכאן יטען, כי המעשים המיוחסים בכתב האישום לח"כ נפאע כלל אינם נופלים לגדר האיסור המוטל על חבר הכנסת. יצוין, כי העובדה שחבר הכנסת לא הודה במעשה זה אינה רלבנטית היות ולצורך טענת החסינות אנו מניחים כי העובדות הנטענות בכתב האישום הינן נכונות.

7. עוד יטען ח"כ נפאע, כי ההלכה הפסוקה מורה שיש לבחון מהו מעשה פוליטי לגיטימי לאור תכליות החסינות העניינית. תכליות אלה, כפי שיוסבר להלן, מצביעות באופן ברור על כך שסיועו של ח"כ נפאע לנסיעה לסוריה של השייחיים הדרוזים היתה משום סיוע לקבוצת מיעוט דתי ולמטרה דתית. המדובר בנסיעה שנעשתה לא למטרת תיירות, מסחר או ביקורי חברים ולא לשם קבלת טובת הנאה מכל סוג. המדובר במעשה העונה על תכליות החסינות העניינית של חבר הכנסת. תכליות אלה הן העיקר לבחינת טיבו הפוליטי של המעשה.

8. על נסיעתו האישית של ח"כ נפאע לסוריה בוודאי חלה חסינות עניינית שהרי סעיף 10(א) לחוק החסינות המורה כדלקמן:

"שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רשיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה".

סעיף זה יוצר דין מיוחד, הוראת חסינות ספציפית, בדבר חסינותם של חברי כנסת מפני כל הוראה המחייבת לקבל היתר ליציאה לחוץ לארץ. העובדה שאזרחי מדינת ישראל חייבים בהיתר מראש משר הפנים לא פוגעת, כפי שנפרט להלן, בקיומו של הסדר החסינות המיוחד הקבוע בסעיף 10(א) לחוק החסינות. דווקא העובדה שהרשות המחוקקת נדרשת לאישור לכניסה למדינת אויב מהרשות המבצעת היא כשלעצמה נוגדת את חוק החסינות ותכליותיו המבקשות להגן על נציגי הציבור מהכפיפות לרשות המבצעת, וכן פוגעת היא בעקרון הפרדת הרשויות.

9. הדיון שנקיים להלן יכלול שלושה שלבים: ראשית - נדון בחוקתיות תיקון 33 לחוק החסינות. שנית - נדון בסוגיית החסינות ונטען כי לפי כתב האישום עצמו והעובדות הנטענות בו, החסינות חלה על המעשים המיוחדים לח"כ נפאע. השלב השלישי, ומעבר לנדרש, נביא ראיות מינהליות מחומר החקירה שלא מותירות שום ספק בדבר תחולת החסינות העניינית. אך קודם לשלושת השלבים הנ"ל נציין את הדין המיוחד המאפשר הצגת ראיות מינהליות מטעם הצדדים בהליך מיוחד כזה.

ראיות מנהליות ונטל השכנוע

10. במסגרת העלאת טענת החסינות כטענה מקדמית בהליך הזה רשאים הצדדים להביא ראיות מנהליות בשלב זה כדי לתמוך בטענותיהם. כדברי הנשיא ברק, שהתייחס להבאת ראיות בעניין טענת החסינות העניינית כטענה מקדמית שצוינו בפרשת ח"כ בשארה:

"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 עזמי בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, 319 (2006).

11. הפסיקה התייחסה לא פעם לזכותם של הצדדים להביא ראיות במסגרת העלאת טענות מקדמיות לפני פתיחת ההליך הפלילי. בפרשת ח"כ מוחמד ברכה קיבל השופט בארי את טענתו המקדמית של הנאשם בדבר תחולת החסינות העניינית על אישומים שהוגשו נגדו ובהחלטה אף נדרש לראיות המנהליות שהוצגו לשם ביסוס הטענה המקדמית בדבר תחולת החסינות העניינית. גם כאשר לטענות מקדמיות אחרות אפשרה הפסיקה הבאת ראיות לשם ביסוס הטענות.

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. 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 והחותמת המשטרית של מועד קבלתה ואף עיין בתיק המשטרה גופו. 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;
ת"פ (ת"א) 12318-12/09 **מדינת ישראל נ' ח"כ ברכה**, מיום 26.10.11, מצ"ב וסומן **נספח א'**;
ע"פ 896/80 **יוקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 162, 160 (1981);
ע"פ 309/78 **ברמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(1) 576 (1979);
ראו גם:

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

12. יודגש, כי היות וטיעונים אלה מוגשים במסגרת העלאת טענה מקדמית, קרי קודם להבאת הראיות בפני בית המשפט הנכבד על ידי הצדדים, הרי שהמדובר בהליך בעל אופי מינהלי. בהתאם האופן בו בית המשפט נזקק לראיות המוגשות במסגרת הטענה המקדמית בדבר חסינות הינו כאל ראיות מנהליות. בית המשפט העליון הגדיר את אופיין של הראיות המנהליות לאמור:

"נטל זה יש להרים באמצעות "ראיות מנהליות" כשרות, כלומר "עדות כזאת, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת".

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

13. לא זו אף זו, ההלכה הפסוקה קובעת, כי כאשר מועלית טענה לקיומה של חסינות עניינית נטל השכנוע מוטל על המאשימה. כך קבע הנשיא ברק בפרשת **ח"כ בשארה**:

"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 **ח"כ בשארה**, עמ' 321.

בדומה דברי הנשיא שמגר בפרשת ח"כ מיעארי, שם קבע:

"במקרה דן לא הוכח, לדעתי, במידה הדרושה, כי המדובר בנסיבות, שבהן יכולה לעלות שאלת יישומה של התפיסה החוקתית המונחת ביסודו של האמור בע"ב 1/65 [...] וממילא אין מקום לשינויה של המסקנה, לפיה היה מעשהו של העותר, במקרה דן, 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).

14. ההלכה הפסוקה אף מתייחסת לטיב הראיות שעל המאשימה להביא בפני בית המשפט על מנת 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 ח"כ בשארה:

"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 ח"כ בשארה, עמ' 321 ;
ראו גם: פרשת ח"כ מיעארי, עמ' 212-213.

15. לכן, על מנת לחדד את הטיעון שלו בדבר אופיים של המעשים המיוחסים לו, הנאשם יצרף לטיעונו אלה ראיות מינהליות, אשר מטבען אינן שנויות במחלוקת.

16. כמו כן, היות ונטל ההוכחה והשכנוע רובץ כולו בשלב הראשוני על התביעה וכדי שלא יגרם עיוות דין לנאשם, ומאחר והתביעה היא זו שהיתה אמורה להתחיל בהוכחת אי החלת החסינות, ח"כ נפאע יבקש בשלב זה שתיתן לו את הזדמנות תגובה בכתב נוספת על תגובת התביעה כשתתקבל.

בטלות תיקון 33 של חוק החסינות בהיותו בלתי חוקתי

17. ח"כ נפאע יטען, כי הגשת כתב אישום זה בוצעה עקב תיקון 33 לחוק החסינות שהינו מנוגד לעקרונות החוקתיים ודינו בטלות. תיקון זה התקבל בבהילות רבה בעקבות סירוב ועדת הכנסת להסיר את חסינותו של ח"כ גורולובסקי על מנת לאפשר את העמדתו לדין באישומים של זיוף, מרמה והפרת אמונים, לאחר שהצביע בהצבעה על הצעת חוק במקומו של חבר כנסת אחר. תיקון 33 הפך את ההסדר שהיה נהוג קודם לכן ולפיו היועץ המשפטי לממשלה הוא שהיה מגיש לוועדת הכנסת את בקשת הסרת החסינות ולאחר קיומו של דיון מלא מעין שיפוטי, המתבסס על תשתית עובדתית ראויה, במהלכו היה על היועץ המשפטי לממשלה לשכנע את חברי ועדת הכנסת כי החסינות העניינית לא חלה, ולאחר קיומה של הצבעה, הובאה החלטת ועדת הכנסת לדיון נוסף בפני מליאת הכנסת, הגוף העליון של בית המחוקקים. הסדר הזה התהפך בחלקו לפי תיקון 33 ובחלקו כפי שיוסבר בהמשך אינו קיים עוד.

18. לפי תיקון 33 לחוק החסינות, אם חבר הכנסת מוותר על דיון בכנסת בעניין הסרת חסינותו, אזי ניתן להגיש מיידית את כתב האישום ללא דיון כלשהו בכנסת. באם חבר הכנסת לא מוותר על העלאת טענת החסינות, ענייננו ידון בפני ועדת הכנסת בלבד והחלטתה תהיה סופית. קרי באם ועדת הכנסת מחליטה על הסרת החסינות לא מובא העניין לדיון בפני מליאת הכנסת. בשני המקרים, תפקידה של הכנסת כמוסד עצמאי המקבל את הכרעותיו במליאה מתאיין. הכנסת אינה שותפה להכרעה בדבר החסינות. גם ענייננו האישי של חבר הכנסת לא זוכה לדיון הוגן ומלא. הבעיה החוקתית העיקרית המתעוררת נובעת מכך שהחסינות העניינית אינה רק ענייננו האישי של חבר הכנסת אלא היא עניינה של הכנסת כמוסד עצמאי. לכן תטען ההגנה, כי תיקון 33 הינו בלתי חוקתי בהיותו פוגע בחסינות העניינית כזכות חוקתית, בעקרון הפרדת הרשויות המחייב את המליאה לשקול באופן עצמאי את סוגיית הסרת החסינות וכן בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. נציין, כי סוגיית חוקתיות התיקון לא זכתה עד כה להכרעת בג"ץ.

19. במאמרה "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי הכנסת" המתייחס לתיקון 33 לחוק החסינות ואשר התפרסם ב**פרלמנט**, כתב העת המקוון של המכון הישראלי לדמוקרטיה, תיארה פרופ' סוזי נבות את ההליכים שהובילו לחקיקת תיקון 33 ואת השלכותיו החוקתיות:

"לרפורמה שהתקבלה בהליכי החסינות (במסגרת תיקון 33) כמה היבטים: הכנסת ויתרה בעצם על החסינות הדיונית של חבריה מצד אחד, אך הרחיבה את העילות המאפשרות לה להעניק חסינות מהצד האחר. מרגע פרסום החוק המתקן, היועץ המשפטי לממשלה יכול להגיש כתב אישום בגין עברה של חבר כנסת ישירות לבית המשפט, בלא להידרש לאישורה של ועדת הכנסת, כלומר ללא צורך בהסרת חסינות. זהו צמצום ניכר בדיני החסינות הדיונית של חברי הכנסת. התיקון הופך את היוצרות במובן של הפיכת הכלל לחריג ואת החריג לכלל: אם עד כה הייתה החסינות הדיונית המגנה על חבר הכנסת בגדר ה"כללי", עם התיקון הופכת החסינות הדיונית ל"חריג". כיום על היועץ המשפטי למסור עותק מכתב האישום ליושב ראש הכנסת, ובתוך שלושים יום יהיה רשאי חבר הכנסת שנגדו הוגש כתב אישום לבקש מוועדת הכנסת כי זו תחיל עליו את החסינות הדיונית. החלת החסינות הדיונית היא אפוא החריג. הכלל הוא שאין חסינות, אלא אם חבר הכנסת מבקש, כעניין שבחריג, מסיבות שיפורטו, להחיל עליו את החסינות הדיונית. [...] כדאי לזכור שהחסינות העניינית אינה רק ענייננו של חבר הכנסת היחיד, אלא היא עניינה של הכנסת. החסינות שייכת לכנסת, ומטרתה להגן על חופש פעולתה, על תפקודה התקין ועל עצמאותה. על כן לדעתי כשל זה ראוי להתייחסות של המחוקק ולתיקון."

http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011_70/C/c.aspx

20. ח"כ נפאע ביקש, כי יתקיים דיון בעניין חסינותו ואכן ועדת הכנסת קיימה דיון אחד ויחיד שבסופו החליטה להיעתר לבקשת היועץ המשפטי לממשלה ברוב של תשעה מחברי הוועדה מול שניים. עניין חסינותו של ח"כ נפאע לא הובא בפני מליאת הכנסת ולא התקיים דיון בפניה. תיקון 33 מנע מהכנסת כמוסד עצמאי לקיים דיון באחד מענייניה הישירים והחשובים של הכנסת. כמו כן, בגלל היפוכו של סדר ההוכחה, אף לא הוצגה בפני ועדת הכנסת תשתית עובדתית ראויה הרלבנטית לטענת החסינות.

פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מתאריך 26.1.10 מצ"ב ומסומן כ**נספח ב'**.

21. החסינות העניינית אינה רק עניינו האישי של חבר הכנסת – היא עניינה של הכנסת כמוסד עצמאי והיא זו שעליה, כפי שנסביר בהמשך, להחליט בדבר הסרת החסינות לאחר קיום דיון מלא בפניה. 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) (להלן: פרשת **בן משה**).

22. החסינות הינה זכות של חבר הכנסת אך **שלילת החסינות פוגעת לא רק בחבר הכנסת הספציפי אלא גם בכנסת כמוסד וכן בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק**. מכאן, כי היא אינה רק עניינו האישי של חבר הכנסת אלא של הכנסת כמוסד. יפים לעניין זה דברי המלומדים 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).

23. עמדה דומה הביעה פרופ' סוזי נבות במאמרה "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי הכנסת", שם כתבה:

"החסינות העניינית אינה רק עניינו של חבר הכנסת הבודד, אלא היא עניינה של הכנסת. החסינות שייכת לכנסת ומטרתה להגן על חופש פעולתה, על תפקודה התקין ועל עצמאותה".

http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011_70/C/c.aspx.

24. על מעמדה החוקתי של הזכות לחסינות עניינית עמד הנשיא אגרנט בפרשת **בן משה** שם פסק, 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 היא 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.

25. בפרשת ח"כ אבו חצירא ציין השופט ברק, כי מטרת החסינות היא למנוע מהרשות המבצעת להתנכל ולהפריע לעבודתו של בית המחוקקים ולכן החסינות הינה קודם כל עניין של הפרדת רשויות ותפקידה העליון של הכנסת באמצעות המליאה היא לפקח על הליך מעין זה שהרשות המבצעת יוזמת:

"כללי החסינות – ובחסינות הדיונית עסקינן – באו בעיקרם כדי לאפשר לכנסת פיקוח ושליטה על הרשות המבצעת. החסינות הדיונית היא, אפוא בעיקרה עניין ליחסים שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת."

בג"ץ 507/81 ח"כ אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 561, 585-586 (1981).

26. ההגנה תטען, כי תיקון 33 לחוק החסינות פוגע בסמכות הכנסת ובחובתה להפעיל שיקול דעת עצמאי בדבר הסרת החסינות. יפים לעניין זה דברי הנשיא שמגר בפרשת ח"כ מיעארי:

"החסינות הדיונית, המוקנית לחבר הכנסת [...] היא בחלקה [...] זכות יסוד פוליטית, שחשיבותה רבה הן לכנסת כמוסד, הן לחבר הכנסת כנבחר והן לבוחר המיוצג על-ידי נבחריו. שלילתה של זכות כזאת יכולה להיעשות אך ורק אם [...] היא נעשית בהליך תקין [...]".

פרשת ח"כ מיעארי, עמ' 215-216.

כך אף באשר לדברי השופט ברק בפרשת ח"כ פנחסי:

"על-כן, חייבת הכנסת להפעיל את שיקול-דעתה בנטילת החסינות, במסגרת הכללים והעקרונות החלים על גוף שלטוני, המפעיל סמכות כעין-שיפוטית."

בג"ץ 1843/93 ח"כ פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח (4) 492, 696 (1995) (להלן: פרשת ח"כ פנחסי).

27. תיקון 33 פוגע בזכותו של ח"כ נפאע להליך הוגן. בנוסף הוא פוגע במליאת הכנסת לקיים דיון על בסיס תשתית ראויה. הלכה פסוקה היא שהליך הסרת החסינות בכנסת חייב להתקיים לפי כללי הצדק הטבעי ובעיקר לאחר קיומו של הליך הוגן המאפשר לכל הצדדים להשמיע את טיעוניהם. התיקון הנדון מונע את האפשרות של קיומו של הליך הוגן. הוא מונע מחבר הכנסת, במקרה זה ח"כ נפאע, להשמיע את טיעונו בפני חברי הכנסת ומונע אף הוא מהכנסת לקבל את התשתית העובדתית הראויה לצורך הסרת החסינות. בכך נפגם ההליך ההוגן שהוכר כזכות חוקתית וגם הופר עקרון הפרדת הרשויות המחייב כל רשות לשקול באופן עצמאי על בסיס תשתית עובדתית ראויה. בפרשת ח"כ פנחסי ציין השופט ברק, כי:

"צריך כמובן לקיים את כללי הצדק הטבעי. כך, למשל, יש להעניק לחברי הכנסת (ובראש לחבר הכנסת שאת חסינותו מבקשים ליטול) את האפשרות לדעת במה מאשימים את חבר הכנסת, ואת ההזדמנות לשכנע את חברי הכנסת בעניין נושא החלטתם. הנה כי כן, הכנסת אינה חופשית בהפעלת שיקול-דעתה. אין היא רשאית (במליאתה) לומר: "הגיע הזמן ליטול את חסינותו של חבר-כנסת פלוני, ואנו נעשה כן היום". נטילת החסינות צריכה להתקיים בגדרי הדינים (הקשורים לעובדות, לשיקולים ולהליך) הנוגעים לעניין." (ההדגשה לא במקור)

פרשת ח"כ פנחסי, עמ' 696.

גם השופט שי' לוינ' עמד על חשיבותו של הליך תקין זה בצינינו:

"ההליך של הסרת החסינות הוא הליך מעין-שיפוטי; חייבים להתקיים לגביו, בהקשר שלפנינו, תנאי מינימום לקיום של הליך כזה, והם: בקשה המגלה 'עילה', טיעון רלוואנטי ותשתית ראייתית עובדתית מינימאלית, שבגדרם בכוחה של **מליאת הכנסת** להסיר את החסינות, נושא הבקשה, במסגרת המטרות שנקבעו בחוק". (ההדגשה לא במקור)

פרשת ח"כ מיעארי, עמ' 283.

28. תיקון 33 לא מאפשר את קיומם של התנאים המינימליים של הליך תקין, בהתאם לכללי הצדק הטבעי, וכך אכן ארע במקרהו של ח"כ נפאע. בפרשת ח"כ פנחסי התייחס השופט ברק לאופן בו יש לקיים הליך של דיון בדבר הסרת חסינות והדגיש כי יש לקיים:

"[...] את המינימום ההכרחי של דיון הוגן, שאין בו עיוות-דין. כך, למשל, יש לשמור על הכלל "יישמע גם הצד האחר" [...]; יש לשמוע את הטענות בלב פתוח; יש להחליט על בסיס החומר הראייתי המוגש כדין; יש לשקול שיקולים ענייניים בלבד [...] יש לשקול מתוך עצמאות מחשבתית ולא מתוך הוראות של גוף חיצוני. ביסודן של כל הדרישות הללו עומד העיקרון של הגינות הדיון ומניעת עיוות-דין. דרישות מינימום אלו מכבידות על עבודתה של הכנסת. עם זאת, הן מתחייבות בגדרי הסף המינימאלי של פעולתה הכעין-שיפוטית של הכנסת. הן חיוניות כדי לשמור על הגינותו האלמנטרית של הליך, שסופו עשוי להיות פגיעה בזכותו של חבר-כנסת. אכן, הצדק צריך להיעשות ולהיראות. האופי הפוליטי של הגוף המחוקק אינו יכול להצדיק גרימתו של עיוות-דין. על כן יש לשמור על כל אותם כללי מינימום השומרים על אופיו הכעין שיפוטי של ההליך, והמונעים עיוות-דין."

פרשת ח"כ פנחסי, עמ' 698.

29. הזכות להליך הוגן הוכרה בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית, המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006);

ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות (לא פורסם, ניתן ביום 22.6.09);

ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (לא פורסם, ניתן ביום 5.12.2006);

בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006).

30. התיקון הנדון פוגע באופן בסיס בתכליות העיקריות של חוק החסינות בכך שהוא מונע ממליאת הכנסת כנציגת הנבחרים לקיים דיון ראוי בנושא וכן הוא פותח את האפשרויות לפגיעה בזכות החסינות באופן הקל ביותר מבלי מערך איזונים ראוי. בפסק הדין בפרשת ח"כ **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, והבהיר כי 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 חיונית היא כדי להבטיח את אופיו הדמוקרטי של השלטון. " (ההדגשה הוספה)

פרשת ח"כ בשארה, עמ' 322-323.

31. המקרה דנן מעיד על הבעייתיות הרצינית של תיקון 33, אשר נחקק בהליך מהיר וללא בדיקה רצינית של השלכותיו החוקתיות. תיקון 33 פוגע באופן בסיסי ביותר בעקרון הפרדת הרשויות, בזכות לחסינות כזכות חוקתית ובעקרון שלטון החוק. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות נגרמת מכך **שמליאת הכנסת** 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.

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

32. פגיעת תיקון 33 לחוק החסינות בעקרון הפרדת הרשויות, שהינו מהחשובים שבעקרונות החוקתיים במשטר דמוקרטי, הינה פגיעה חמורה ביותר. לפי התיקון נוצר מצב בו על בית המשפט לדון בסוגית תחולת החסינות גם במצב בו לא ניתנה למליאת הכנסת הזדמנות לחוות את דעתה. כפי שאסור להפקיע בחוק סמכות המוקנית לרשות השופטת ולהעבירה לרשות המחוקקת, אסורה גם הפעולה ההפוכה. 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.

33. 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).

34. העברת הסמכות להחליט באם תדון הכנסת בשאלת תחולת החסינות העניינית לשיקול דעתו של חבר הכנסת או לשיקול דעתה של ועדת הכנסת בלבד משמעה, כפי שהוסבר לעיל, הפקדת עקרון היסוד בדבר הפרדת הרשויות ושל החסינות של כזכות חוקתית של הכנסת בידיו של חבר הכנסת כאדם פרטי, או בידיה של ועדת הכנסת, מבלי לאפשר למוסד העליון של הכנסת, מליאת הכנסת, לקיים דיון ראוי בנושא. על כן תהליך ההכרעה בדבר קיומה של חסינות כפי שנקבעו בתיקון 33 פוגעים הם בעקרון שלטון החוק.

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

35. ההליך בעניינו של ח"כ נפאע התקיים לאחר תיקון 33 לחוק החסינות. כתוצאה מכך היועץ המשפטי לממשלה לא הציג ראיות מינימליות בפני ועדת הכנסת וגם לא עמד בנטל ההוכחה הדרוש על פי הפסיקה, דבר שפגע בזכותו של ח"כ נפאע להליך הוגן. כך למשל, היועץ המשפטי לממשלה לא הביא בפני חברי ועדת הכנסת את תמצית עדויותיהם של השיחים הדרושים שנסעו לסוריה ולפיהן מטרת נסיעתם היתה דתית מובהקת; לא הציג בפני חברי הוועדה את ניסיונם של השיחים לקבל היתר שלא צלח בעקבות מדיניות שרירותית; לא הציג בפני חבר הוועדה את המקרים הרבים של חברי כנסת אחרים שנסעו למדינת אויב ללא היתר אך לא הוגש נגדם כתבי אישום; לא הציג את מדיניות משרד הפנים המחייבת הוצאת אזהרה לאחר הנסיעה מבלי להגיש כתב אישום תחילה.

36. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה לא הציג בפני חברי ועדת הכנסת את העובדה, כי העדות היחידה נגד ח"כ נפאע בדבר המגע הנטען עם סוכן חוץ גורסת שהמגע, בהנחה שהוא התקיים, סב כל כולו סביב סוגיה פוליטית אחת והיא הצורך בפיוס בין הפתח והחמאס. בנוסף, לא הוצגה בפני חברי הכנסת העובדה שלפי אותה עדות יחידה המגע לא נגע כלל לעניינים ביטחוניים, אין המדובר בהעברת סודות מדינה, מידע סודי, או עידוד למעשי טרור. כמו כן לא הוצג בפני חברי הוועדה המידע הרלבנטי לפיו היו בעבר מקרים רבים בהם התקיים מגע של חברי כנסת עם סוכן חוץ או מנהיג ארגון המוגדר כארגון טרור אך מעולם לא הוגש בגינם כתב אישום וכי זו היתה מדיניות התביעה הכללית.

37. התשתית העובדתית הנ"ל היא מינימאלית על פי הפסיקה אך מכרעת לצורך הסרת החסינות. למרות זאת היא לא הוצגה במהלך הליך ההכרעה בעניין החסינות וזאת בשל הפיכת נטל ההוכחה בעקבות תיקון 33. בכך נפגעה באופן ממשי זכותו של ח"כ נפאע להליך הוגן. לא במקרה נמתחה ביקורת ציבורית על הסרת החסינות במקרה דנן שלא קיים בעניינו הליך תקין וראוי - לא בפני ועדת הכנסת ולא בפני המליאה.

38. עוד יצוין, כי לפני תיקון סעיף 33 קבעה הפסיקה, כי ועדת הכנסת ומליאת הכנסת מכהנות כגוף מעין שיפוטי בהליכי הסרת חסינותו של חבר כנסת, ומשכך נטילת זכויותיו בהליך שכזה חייבת להיעשות בהסתמך על תשתית עובדתית הולמת.

39. יפים לעניין זה דברי הנשיא שמגר בפרשת ח"כ מיעארי :

"כפי שכבר הוזכר לעיל, הכללים, המתווים דרכי פעולתו של גוף מעין-שיפוטי, חלים גם על רשויות הכנסת, כשהן ממלאות תפקיד מסוג זה. נטילת זכויות בהליך שכזה חייבת להיעשות על בסיס של שיקולים ענייניים, הנבחנים באופן סביר תוך שהם מתייחסים לגופו של העניין הנדון. הדבר גם נובע מדברי בית-משפט זה ב[...] שעה שקבע, כי אופייה של ההנמקה מחייב פריסתה של תשתית עובדתית הולמת לפני הוועדה, כדי שזו תשמש בסיס להחלטתה. תשתית עובדתית כזאת צריך שתעמוד גם נוכח עיני המליאה, שעה שהיא דנה אם לקבל את המלצת הוועדה אם לאו".

פרשת ח"כ מיעארי, עמ' 215.

40. גישה דומה הביע פרופ' רובינשטיין, ולפיה על הכנסת, הפועלת כגוף מעין שיפוטי בהליכי הסרת חסינותו של חבר כנסת, לגבש את החלטותיה בעניין זה "על סמך תשתית עובדתית הולמת".

אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1996) 486.

41. בית המשפט העליון הדגיש לא פעם את החובה של רשות מינהלית, המחליטה, בין השאר, לגבי זכויות וחובות האזרח, לגבש את החלטתה על תשתית עובדתית ראויה. בעניין יורונט זהב קבע בית המשפט העליון, כי ההליך המוביל ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה המינהלית צריך לעמוד בארבעה מבחנים: איסוף נתונים; שייכות הנתונים לעניין; אמינות הנתונים; ראיות מהותיות.

בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת פ"ד מח (5) 412, 423-425 (1994).

42. דברים אלה נכונים כפליים לאור השינוי בהליך לאחר תיקון 33. בהליך דנן בפני ועדת הכנסת, שהינו הליך מעין שיפוטי כאמור, אי הצגת תשתית עובדתית ראויה כנדרש, פגעה בקיומו של הליך הוגן כלפי ח"כ סעיד נפאע, כלפי ועדת הכנסת ובוודאי כלפי מליאת הכנסת, בפניה כלל לא הובא העניין.

לאור האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי תיקון 33 של חוק החסינות הינו בטל בהיותו בלתי חוקתי ומנוגד למצוות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולהורות על הפסקת ההליכים דנן כנגד ח"כ נפאע.

תחולת החסינות העניינית על המעשים המיוחדים לח"כ נפאע

43. מבחני החסינות התפתחו על ידי בדיקת כל מקרה לגופו וכל מבחן התפתח לאור גילויי חולשותיו של המבחן כפי שהתבררו ממקרה למקרה. כך למשל, וכפי שיוסבר להלן, בפסק הדין בפרשת ח"כ פנחסי נחלקו הדעות לגבי המבחן הרלבנטי. השופט ברק הציג מבחן שהדגיש את הספונטניות של המעשה בעוד שהשופטים האחרים, שמגר וגולדברג, התנגדו לכך וטענו כי גם מעשה מתוכנן יכול ליהנות מחסינות עניינית אם קיימת בינו לבין תפקידו של חבר הכנסת זיקה פוליטית מובהקת. מאוחר יותר, בפסק הדין בפרשת ח"כ גורלובסקי, קיבל

הנשיא ברק קיבל את עמדת השופטים שמגר וגולדברג והבהיר שמבחן הסיכון הטבעי כולל גם מעשים מתוכננים עם חשיבה פלילית. אולם המבחן לא נתן תשובה הולמת למעשה שנופל בגדר החופש הביטוי הפוליטי ולכן בפסק הדין בפרשת **ח"כ בשארה**, שהוא פסק הדין האחרון בסוגיית החסינות העניינית, צעד בית המשפט העליון, בדעת הרוב של השופטים ברק וריבלין, צעד נוסף בקביעת מבחן החסינות העניינית וקבע כי התכליות העיקריות של החסינות המהותית הן העיקר לצורך בדיקת הזיקה הפוליטית לפי מבחן הסיכון הטבעי. להלן נציג את התפתחות הפסיקה בסוגיה זו ולאחר מכן נמק מדוע התכליות של החסינות מכריעות להכרעה כאן.

44. למען ההבהרה נקדים ונציין, כי הטיעון הדומיננטי של ח"כ נפאע כאן הוא שהמעשים המיוחסים לו נופלים בגדר חופש הביטוי הפוליטי ועל כן הם חסינים. חופש הביטוי הפוליטי אינו מושג ערטילאי, אולם אנו נזקקים לבדיקת התכליות שמהן מתגלה מהו מעשה פוליטי לגיטימי לצורך תחולת החסינות העניינית.

45. ההוראה העיקרית קבועה בסעיף 1(א) לחוק החסינות, המקנה לחבר הכנסת חסינות עניינית, חוסמת כל פעולה משפטית נגד חבר כנסת, בין השאר, בגין ביטוי ו/או מעשה שנעשה במילוי תפקידו כחבר כנסת או למען מילוי תפקידו. לשונו של סעיף 1(א) לחוק החסינות הינה:

"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."

כלומר, לשון החוק קובעת במפורש, כי חסינות חבר כנסת, הנקראת החסינות העניינית, משתרעת על פעילות שנעשתה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו וזאת בין אם בהבעת דעה ובין אם במעש וכן בין אם נעשה בכנסת ובין אם נעשה מחוץ לה.

46. ודוק, יש לבחון האם החסינות העניינית חלה על המעשים המיוחסים לנאשם בכתב האישום. החסינות מתייחסת **למעשה המיוחס לנאשם** ולא לחשיבה הפלילית שהיא ענייננו של ההליך הפלילי עצמו. לכן לגבי האישומים המתייחסים לפגישות עם סוכן חוץ, על בית המשפט לבדוק את שאלת קיומו של מגע מסוג זה כחסין או לא.

47. השאלה באם ח"כ נפאע הסביר את מניעיו וסיפק הסבר סביר או לא לפגישתו, אינה שאלה רלבנטית לדיון כאן שהרי חבר כנסת, כל חברת כנסת, רשאי בתור חבר כנסת לא לחשוף את מניעיו הפוליטיים לרשות המבצעת ולכן השאלה הרלבנטית היא עצם קיומו של מגע אסור זה. בכל זאת, ההגנה צועדת עוד צעד וחושפת את תוכנו של המפגש על פי הראיות המנהליות שאף הן מחזקות את תחולת החסינות ללא השארת שום ספק.

48. מבחן מתחם הסיכון המקצועי, אשר נקבע על ידי המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בפרשת **ח"כ פנחסי** אליו הצטרפו 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 ח"כ פנחסי, עמ' 686.

49. הנשיא שמגר קבע בפרשת ח"כ 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 (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).

פרשת פנחסי, עמ' 727-728.

50. השופט גולדברג משתמש בפרשת ח"כ פנחסי במבחן הרלוונטיות, השם הדגש על הרלבנטיות 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 ח"כ פנחסי, עמ' 720.

51. 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.

52. 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, גיליון 7, ינואר 1997), 61.

התפתחות הפסיקה: הזיקה הפוליטית במעשיו של ח"כ נפאע

53. בפרק זה נדון במישור העקרוני בשאלות הישירות המתעוררות מכתב האישום. שאלות אלה מתייחסות למעשים אלה: סיוע לכניסתם של אנשי דת דרוזים לסוריה המוגדרת כמדינת אויב וכניסה אליה; קיום מפגש עם נציג ארגון טרור המוגדר כסוכן חוץ בסוריה. נטען, כי קיימת זיקה פוליטית מובהקת של מעשים אלה לתפקידו של ח"כ נפאע, ומכאן כי הם נופלים גם בגדר חופש הביטוי הפוליטי לפי תכליות החסינות. על כן, כפי שנקבע בפסיקה ובמיוחד כאשר המחוקק לא הוציא אותם מגדר הפעולות החסינות בתיקון 29 לחוק החסינות, על מעשים חלה חסינות עניינית.

54. ההתפתחויות בבדיקת החסינות העניינית על מעשים או חופש ביטוי פוליטי אסורים נוגעת לשני מישורים. הראשון נוגע לבדיקת המעשים על ידי מבחן הסיכון הטבעי שהתקבל כהלכה פסוקה עם ההתפתחויות שלו לפיהן נקבע שהוא יחול גם על מעשים מתוכננים פוליטיים. המישור השני, הוא הקביעה שהחסינות חלה על כל סוגי חופש הביטוי (מלבד אלה הנופלים בגדר החריגים המפורטים בסעיף 1(א) לחוק החסינות שנפרט אותם להלן), בהיותם חלק בלתי נפרד מהסיכון הטבעי של חבר כנסת, אשר תפקידו העיקרי הינו להביע דעה ועמדות בכנסת ומחוצה לה.

55. בפרשת ח"כ גורלובסקי, התקיים דיון בפני הרכב של שבעה שופטים, אשר חמישה מהם (ברק, ביניש, ריבלין, פרוקצ'יה וגרוניס) קבעו שמבחן הסיכון הטבעי הוא מבחן שחל 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, 3880, 888-א-ג (2005) (להלן: פרשת ח"כ 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.

56. פסק הדין בפרשת ח"כ בשארה הוא האחרון בו בג"ץ בדק את תחולת החסינות העניינית על חופש ביטוי פוליטי. במקרה זה נדונה השאלה באם נאום שכלל דברי שבח ואהדה לארגון טרור שבוצע במדינת אויב, סוריה, ובנוכחות נציגי ארגון טרור המהווים עבירה לפי פקודת מניעת טרור - 1948, הינם חסינים. השופטת חיות בדעת מיעוט טענה שהחסינות לא חלה. הנשיא ברק והמשנה לנשיא ריבלין קבעו שהדברים לא נופלים בגדר האיסורים המוגדרים בסעיף 1(א) לחוק החסינות והם חסינים גם אם אכן בוצעה עבירה היות והמעשים האלה נופלים בגדר חופש הביטוי הפוליטי שנלמד מתכליות החסינות העניינית. לכן, התכליות האלו הן אלו שמעניקות לנו את ההגדרה לתחומו הלגיטימי של המעשה הפוליטי.

57. מאז פרשת ח"כ מיעארי, פסק הדין הראשון שבדק את תחולת החסינות העניינית על חופש הביטוי הפוליטי אסורים ולפסק הדין בפרשת ח"כ בשארה, ההלכה הפסוקה הינה עקבית: החסינות העניינית חלה על חופש הביטוי הפוליטי. בפרשת ח"כ מיעארי דובר בהשתתפות

באזכרה למנהיג ארגון שהוגדר ארגון טרור ונשיאת נאום במסגרת האזכרה שיוחס לו דברי עידוד ושבח לארגון טרור. בפרשת ח"כ בשארה דובר על נאום במדינת אויב שנשע אליה ללא היתר, השתתפות באזכרה בנוחות נציגי ארגונים המוגדרים כארגוני טרור, ונשיאת נאום שיש בו דברי אהדה ועידוד למעשה אלימות או דברי שבח לארגוני טרור. בכל זאת, המעשים האלה סווגו כמעשים הנופלים בגדר חופש הביטוי הלגיטימי.

58. פרופ' נבות סיכמה את ההתפתחויות הנ"ל במאמרה "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי הכנסת" והדגישה כי לפי ההתפתחות הפסיקתית צריך לבדוק את הזיקה של המעשה המיוחס לתפקידו הפוליטי של חבר הכנסת. זיקה זו מתייחסת למעשים פוליטיים אך נלמדת מהתכליות של החסינות, שהן המגדירות את המותר והאסור, החסין והלא חסין:

"החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה לבין התפקיד של חבר הכנסת קיימת "זיקה" ההופכת את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במילוי התפקיד או למענו. מהותה של אותה זיקה בין הפעולה האסורה שביצע חבר הכנסת לבין תפקידו מותנית בתכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית. לחסינות במילוי תפקיד כמה וכמה תכליות. חלקן כלליות וחלקן ספציפיות [...] בשנים האחרונות ניכרת הרחבה של תכליות החסינות גם להיבטים חדשים שלא אוזכרו בעבר. כך למשל בפרשת גורלובסקי קובע הנשיא ברק כי החסינות העניינית באה להבטיח את עצמאותו של בית הנבחרים ואת "אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל" [...] היא נועדה להגן על עצמאותו של חבר-הכנסת. היא באה לאפשר לו, על-פי שיקול-דעתו, להפעיל את "עקרון הייצוגיות". היא באה: "...להבטיח פעולתו של הנבחר לשם מימושו של התהליך הדמוקרטי [...]" תכליות אלה [...] נועדו לחזק את המשטר הדמוקרטי". בפרשת בשארה הודגשה התכלית של החסינות שנועדה להגן על המיעוט מפני הרוב. במקרה זה אומר הנשיא ברק כי "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 [...] ומגנה עליהם [...] מפני כוחו של הרוב (פרשת בשארה, בעמ' 322-323). בהקשר זה נציין כי התכלית של הגנת המיעוט מפני הרוב עשויה להקרין על מידת ההתערבות של בג"ץ בהליכים מעין שיפוטניים".

http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011_70/C/c.aspx

59. ודוק, לא על כל מעשה פוליטי מובהק הנופל בחופש הביטוי הפוליטי חלה החסינות העניינית. המחוקק הוציא לאחרונה רשימה של מעשים פוליטיים שהם לדעתו אינם לגיטימיים במסגרת תפקידו של חבר הכנסת ולכן החסינות העניינית אינה חלה עליהם. בתיקון מס' 29 לחוק החסינות, שנחקק בשנת 2002, הוספה לחוק החסינות הוראת סעיף 1(א)1 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".

60. מלשון הכן שומעים את הלאו: המחוקק לא הוציא מתחולת החסינות העניינית מעשה של נסיעה למדינת אויב אלא הוציא מתחולת החסינות העניינית מעשה של תמיכה במאבק מזוין

במדינת אויב. המחוקק לא הוציא מעשה של מגע עם ארגון טרור מתחולת החסינות העניינית אלא מעשה של תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. המחוקק לא קבע שהימצאות בארץ אויב מאיינת את החסינות אלא שהחסינות לא תחול על מעשה שנעשה בכל מקום, בארץ או בחו"ל, אם הוא מהווה תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל.

61. לשון החוק וההלכה הפסוקה ברורות הן - על התמיכה במאבק מזוין להיות מפורשת, גלויה וברורה. יוזכר, כי כתב האישים שהוגש נגד ח"כ נפאע לא מייחס לו דבר וחצי דבר שיש בו תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור או במדינת אויב. לכן אפשרות זו אינה רלבנטית לענייננו. יפים לעניין זה דברי הנשיא ברק בפרשת ח"כ טיבי :

"תנאי הכרחי הוא - כך פורש סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בשורה של פסקי-דין - שהראיות הדרושות כדי לקבוע כי יש במעשיו של חבר-הכנסת בשארה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכדי לתמוך במאבק מזוין של ארגוני טרור נגדה תהיינה במשקלן ובעוצמתן - משכנעות, ברורות וחד-משמעיות. רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפרדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה - הזכות לבחור ולהיבחר."

א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, 42.

62. בשלב הזה על התביעה להוכיח באופן חד משמעי, כי נסיעה אל מדינת אויב ומפגש עם נציג ארגון טרור כשלעצמם הם לא מעשים הנופלים בגדר המותר לחבר הכנסת. הנטל כולו רובץ עליה. אך למען הזהירות היתרה נבקש כאן לחדד היבטים עקרוניים.

63. ראשית נבקש להבהיר שלשם הקביעה, כי המדובר במעשה פוליטי המקיים זיקה רלבנטית לתפקידו של חבר הכנסת, כפי שציינה פרופ' נבות, התכליות של החסינות הן מהותיות. תכליתה העיקרית של החסינות העניינית, היא להגן על חופש הביטוי הפוליטי ועל הזכות ליחס השוויוני לנציגי המיעוט מפני כוחו של הרוב. תפקידו העיקרי של חבר הכנסת "כיחידה חוקתית-עצמאית" מתבטא בחופש הביטוי הפוליטי שלו ובהיותו נציג לנבחריו. קיימת חובה להתייחס באופן שווה לחופש הפעולה של חברי הכנסת כדי לאפשר להם למלא תפקיד זה.

64. הנשיא ברק עמד על חשיבותה של החסינות העניינית בתור מגן מפני כוחו של הרוב בכנסת לפגוע בזכויותיהם של חברי כנסת המייצגים את המיעוט שבאוכלוסיה, ולדבריו :

"חסינות זו חיונית על מנת להבטיח את זכותם של האזרחים כולם לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי. החסינות העניינית מגנה על זכותם של האזרחים כולם שדעותיהם והשקפותיהם תישמענה, באמצעות נציגיהם הנבחרים, במסגרת השונות של הדיון הציבורי בכלל, ובבית הנבחרים בפרט. הגנה זו חיונית היא בעיקר לאזרחים חברי קבוצת המיעוט באוכלוסיה. במובן זה, החסינות העניינית אף מקדמת את השוויון האזרחי, בכך שהיא מגנה על זכותם של חברי קבוצת המיעוט באוכלוסיה לייצוג פוליטי מלא ואפקטיבי, ומגנה עליהם, על ידי כוחו של הרוב. שנית, החסינות העניינית חיונית היא על מנת 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, בעיני רוב הציבור, ככאלה."

פרשת ח"כ בשארה, פיסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק, עמ' 323.

על חשיבות חירויות יסוד אלו בעבודת הפרלמנט ועל הקשר ליחסי מיעוט-רוב ראו את דברי השופט ריבלין בפרשת ח"כ בשארה בפיסקה 4 (עמ' 330) ובפיסקה 10 (בעמ' 336) לפסק דינו.

65. לכן, השאלות הרלבנטיות לגבי המעשים המיוחסים לח"כ נפאע הן אלה המבקשות לבדוק את התאמתן ואת הרלבנטיות שלהן לתכליות החסינות. ההגנה תטען שהמעשים המיוחסים לח"כ נפאע בכתב האישום מתייחסים לסיוע לביקור אנשי דת בסוריה לשם קיום מצוות דתיות, כאשר ח"כ נפאע הינו נציג נבחר של קבוצה זו, והוא גם נציג נבחר של המיעוט בפרלמנט. נטען, כי הביקור בסוריה לו מתייחס כתב האישום אינו לשם מטרה שאינה מהמעשים הפוליטיים שנופלים לגדר תפקידו של חבר כנסת (כמו מטרות של סחר, טיולים, ביקורי חברים), ואף אינו לשם מטרה שחוק החסינות מתייחס אליה כאסורה (כמו סיוע לארגון טרור או כל פעולה המופנית נגד הביטחון). מכאן, כי המעשים המיוחסים לח"כ נפאע מקיימים את הזיקה הפוליטית של מעשה שעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת, כמצוות סעיף 1(א) לחוק החסינות.

66. **המסקנה הברורה מהאמור לעיל היא שהמעשים המיוחסים לח"כ נפאע בפריט האישום הראשון של כתב האישום, המתייחסים לסיוע ליציאה או גם לנסיעה, הינם מעשים פוליטיים מובהקים, בהיותם שייכים לסוג הפעילות שיש לה זיקה מהותית לתכליות של החסינות העניינית.**

67. כעת עלינו לבחון מה הדין לגבי עצם הכניסה למדינת אויב וקיום פעילות במדינת אויב. ראשית נדגיש, כי החוק, כפי שהובהר לעיל, לא מוציא את מעשה כזה מגדר תחולת החסינות העניינית.

68. שנית, נבהיר כי בית המשפט העליון קבע שנסיעה למדינת אויב למטרה לגיטימית אינה אסורה כשלעצמה. כך, בפרשת **חליחל**, בחן בית המשפט האם קיים מידע שלילי ספציפי כנגד העותר ושמצא שאין מידע כזה הורה למשיב להתיר את יציאת העותר ללבנון.

בג"ץ 2390/10 **חליחל נ' שר הפנים**, (לא פורסם, החלטות מיום 13.4.10 ומיום 23.5.10).

69. הטענה השלישית של ההגנה בהקשר זה תהיה, כי מעשה של יציאה ונסיעה למטרה פוליטית הינו מעשה הנופל בגדר חופש הביטוי הפוליטי. כך לדוגמא גורסת פרופ' זילברשץ כי בהגבלת זכות היציאה מן הארץ יש להשתמש במבחן ראייתי שייקבע בהתאם לזכות הנפגעת כתוצאה מהגבלת היציאה מהארץ. פרופ' זילברשץ נותנת דוגמא לפיה נפגע חופש הביטוי של אדם אשר נאסר עליו לצאת את הארץ ומכאן כי ההגבלה תתאפשר "רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה בבטחון; שכן זוהי דרגת הוודאות שנקבעה כמאזנת בין חופש הביטוי לאינטרס הביטחון".

יפה זילברשץ "זכות היציאה מהארץ" **משפטים** כג 69, 106 (1994).

70. רביעית, והחשוב מכל, ההגנה תטען שהמדינה טענה בפרשת **ח"כ בשארה** ש הנאום שלו היה בעייתי ביותר בעיקר בגלל שהוא התקיים בסוריה, במדינת אויב ובנוכחות ארגוני טרור והמופנה אליהם וכשהוא ישב ליד חסן נסראללה ואחמד ג'בריל. למרות זאת בית המשפט העליון לא ראה בנסיבות אלה מרכיב רלבנטי לצורך קביעת אם המעשים הם חסינים.

71. לכן, עצם הסיוע או הנסיעה אל מדינת אויב למטרה פוליטית הנופלת בגדר התכליות הינה מעשה פוליטי מובהק הנופל בגדר חסינות העניינית של חבר הכנסת. בדומה גם פגישות המתקיימות עם "גופים אסורים" במדינת אויב אינן מחוץ לגדר החסינות אך בשל העובדה שהתקיימו במדינת אויב. העיקר לגבי המפגשים האלה הוא תוכנם ולא עצם קיומם במקום מסוים ובזמן מסוים. כתב האישום לא מציין דבר וחצי דבר המעיד כי תוכן הפגישות הינו בעייתי. אין בכתב האישום אין כל אזכור למרכיב עיקרי זה. יובהר כפי שנביא בהמשך, כי הפסיקה העליונה ראתה במפגשים אלה עם נציגי ארגוני טרור שהם אסורים לפי המשפט הפלילי, כחסינים ונופלים בגדר תפקידו או למען מילוי תפקידו של חבר הכנסת.

72. יצוין, כי אמנם בקרב חלקים רבים בקרב האוכלוסייה במדינת ישראל עצם קיום מפגשים כאלה הינו מקומם והם סולדים מהם, אך הפסיקה העליונה קבעה מפורשות שעצם הסלידה של הרוב אינה כשלעצמה סיבה לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי. על חשיבותן של חירויות יסוד אלו בעבודתו של הפרלמנט ועל הקשר ליחסי מיעוט-רוב עם דגש על חופש הביטוי הפוליטי של נציגי המיעוט עמד השופט ריבלין בפס"ד ח"כ בשארה :

"השותפות בהליך הדמוקרטי היא תכופות מחסום לפעילות אנטי-דמוקרטית, וחופש הביטוי, שהוא כלי העבודה המרכזי הנתון להם לחברי הכנסת כדי למלא את שליחותם, הוא לעתים קרובות צדו האחר של מטבע האלימות, האיבה המתפרצת או תחושת הנרדפות וההפליה. [...] לא בכדי הצבנו את הגבולות לאורך השנים בזהירות וברגישות ומתוך אמונה כי ברגיל טוב ביטוי קשה מיד קשה, ודמוקרטיה מתגוננת – תכופות תתגונן בדרך הטובה אם תאפשר לקולות הרחשים בקרבה להישמע כדי שייודעו ובמידת הצורך יידרשו לתת דין וחשבון בשוק הביטויים והעמדות. אכן, תרופתו של הדיבור היא דיבור נגדי, ושל התמיכה – תמיכה שכנגד. עמדה זו משקפת את מחויבותו הבסיסית של הציבורי בישראל לערכי הדמוקרטיה [...] בפרט כך בעת שמדובר בחסינות הנוגעת לחופש הביטוי, ובענייננו – לא ביטוי סתם כי אם ביטוי פוליטי, ולא ביטוי פוליטי סתם כי אם ביטוי פוליטי של חבר הכנסת, ולא חבר הכנסת סתם כי אם נציגה של קבוצת מיעוט. החסינות העניינית נועדה בראש ובראשונה להבטחת ייצוגן האפקטיבי של הקבוצות השונות באוכלוסייה בכנסת באופן שקולן יישמע ולא יודר, ככל האפשר במגבלות של החברה הדמוקרטית, מן השיח הציבורי במדינת ישראל".

פרשת ח"כ בשארה, עמ' 330-336.

בדומה קבע הנשיא אגרנט בפרשת בן משה :

"[...] זכות החסינות, עליה מדובר בסעיף 1, איננה ניתנת לשלילה על ידי הכנסת ונושאת אופי אבסולוטי. והאם אין להסיק מזה, כי המחוקק ראה במתן ערובה חשובה זו לחופש הדעה והביטוי של כל אחד מחברי הכנסת, לצורך מילוי תפקידו, משום ענין ששכרו בשביל המדינה עולה על כל הפסד העלול לצמוח כתוצאה מהבעת דעה מסוימת על ידי חבר פלוני מעל בימת הכנסת, אף אם היה בכך שימוש לרעה בזכות החסינות האמורה. שאם לא תאמר כן, הנך פותח פתח – כך שקל המחוקק - לעריצות מטעם הרוב בכנסת כלפי מיעוט קטן, אשר השקפותיו אינן מקובלות על הרוב, דבר הנוגד את עקרונות הדמוקרטיה". (ההדגשה לא במקור)

פרשת בן משה, עמ' 436.

73. בנוסף לכל אלה עובדת מפתח היא, כפי שציינו בפתח הדברים, שחוק החסינות קובע מפורשות בסעיף 10(א) חסינות ספציפית של חברי הכנסת מפני הוראת המתנה את היציאה מן הארץ בקבלת היתר או רשיון:

”שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רשיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה”.

74. אין זה מקרה שעד להגשת כתב האישום דן מעולם לא הועמד לדין אף חבר כנסת על עצם יציאתו למדינת אויב ונפרט להלן דוגמאות למקרים אלה, שכאמור לא הוצגו בפני ועדת הכנסת קודם להחלטתה בעניינו של ח”כ נפאע.

75. **לסיכום**: במישור העקרוני עמדה ההגנה בנטל הרובץ עליה. לפי החוק והדין הקיים, לרבות הפסיקה העליונה, כולל עצם עובדת אי הגשת כתבי אישום נגד חברי כנסת אחרים, מוכיחים כשלעצמם, כי על המעשים המיוחסים לח”כ נפאע בכתב האישום דן חלה החסינות העניינית לפי סעיף 1(א) לחוק החסינות ועל כן יש לבטל את כתב האישום.

76. **לחילופין**, ומעל הנדרש, נתייחס להלן לראיות מנהליות לגבי כל פריט מפריטי האישום וזאת כדי להוכיח מעל כל ספק סביר שלא היה מקום להגיש כתב אישום זה היות וחלה על המעשים המיוחסים לח”כ נפאע חסינות. נתייחס להלן לכל פריט ועובדותיו הרלבנטיות.

פריט האישום הראשון

77. בפריט האישום הראשון מייחסת המאשימה לח”כ נפאע שני מעשים. המעשה הראשון הינו סיוע ליציאה מהארץ שלא כדין לסוריה בכך שסייע בקבלת אישורי כניסה לסוריה בהעבירו רשימות שמות שקיבל מחברי ועד הקשר הדרוזי שביקשו לארגן נסיעה של קבוצת אנשי דת לסוריה. המעשה השני הינו יציאה מהארץ שלא כדין לסוריה בכך שנסע לסוריה בלא היתר.

78. ראשית יצוין, כי בעבר היו מקרים רבים בהם נטען שחברי כנסת יצאו מן הארץ שלא כדין ו/או קיימו מגע עם בכירים בארגונים המוגדרים בישראל כארגוני טרור ובכל אותם מקרים לא הוגשו נגד חברי הכנסת כתבי אישום.

79. כך, היועץ המשפטי לממשלה החליט שלא לבקש את הסרת החסינות של ח”כ אחמד טיבי בגין נסיעתו ללבנון בשנת 2005, ואת חסינותם של ח”כ ג’מאל זחאלקה וח”כ ואסל טאהא בגין נסיעתם ללבנון ולסוריה בשנת 2006 וכך אף באשר לנסיעת ח”כ חנין זועבי בספינת המרמרה שהיתה בדרכה לעזה בשנת 2010. יודגש, כי בית המשפט העליון מעולם לא אישר החלטה שמשמעותה שלחבר כנסת לא עומדת חסינות בשל מעשה כאמור.

הודעת היועץ המשפטי לממשלה בעניין אי העמדת חברי הכנסת טיבי, זחאלקה וטאהא, מצ”ב ומסומנת כנספח ג’.

80. לא זו אף זו, כפי שהוסבר לעיל, בנוסף לחסינות העניינית עומדת לח"כ נפאע גם חסינות ספציפית מפני העמדה לדין בגין הנסיעה לסוריה וזאת מכח הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות, הקובע בזו הלשון:

"שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רשיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה".

81. הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות אינה משתמעת לשתי פנים ומשמעותה היחידה הינה קביעתה של חסינות ספציפית לחברי הכנסת מפני הוראות המתנות על יציאה מן הארץ בקבלת היתר או רשיון. תכליתה של הוראת חסינות ספציפית זו שנקבעה על ידי המחוקק הינה להבטיח את חופש התנועה של חברי הכנסת ואת אי כפיפותם לרשות המבצעת ובכך לאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם בחופשיות ובעצמאות.

82. הוראת החסינות הקבועה בסעיף 10(א) לחוק החסינות גוברת, על פי לשון הסעיף עצמו, על כל הוראה ובכלל זה הוראת חוק ומכאן כי היא גוברת על הוראות תקנות יציאה לחוץ לארץ. מכל האמור עולה שלאור הוראת החסינות הקבועה בסעיף 10(א) לחוק החסינות אין תקנות יציאה לחוץ לארץ חלות על יציאה מן הארץ של חבר כנסת ובכלל זה נסיעת ח"כ נפאע לסוריה שכלל אינה מהווה עבירה.

83. השופט ברק התייחס באופן ספציפי וישיר למעמד חוק החסינות כחוק מיוחד, לפיו גם אם חוקים אחרים עומדים בסתירה עם הוראותיו, וכל עוד שאין תיקון להוראותיו הספציפיות, אזי הן החלות. כך בפרשת ח"כ פנחסי קבע השופט ברק כי:

"בעניין זה נטען לפנינו מפי המשיבים כי הוראה זו, העוסקת במאטריה הקשורה לפעילות הכנסת, התכוונה להחיל אחריות פלילית גם על נציג שהוא חבר-כנסת, בהיותה דין מיוחד לעניין זה. טענה זו אינה מקובלת עלינו. החסינות העניינית חלה על כל עבירה המבוצעת במילוי התפקיד או למענו, בין שזו מעוגנת בדבר חקיקה שנחקק לפני חקיקתו של חוק החסינות ובין שהיא מעוגנת בדבר חקיקה שנחקק לאחר חקיקתו של החסינות. אכן, כל חוק הקובע עבירות או איסורים על פעולות בני-אדם חל גם על בני-אדם הממלאים את תנאיו והם חברי-כנסת. במקביל, פעולות אלה כפופות כולן לדיני החסינות העניינית. חוק השולל תחולתם של דיני החסינות העניינית על פעולות שמבצע חבר-כנסת במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו, צריך לקבוע זאת במפורש [...] לעניין זה, אין נפקא מינה שהחוק עוסק במיוחד בפעולותיו של חבר הכנסת. פעולות אלה כפופות לדין החסינות המיוחד." (ההדגשה לא במקור)

פרשת ח"כ פנחסי, עמ' 692.

84. מהאמור לעיל עולה שחוק החסינות הוא החוק המיוחד לפי קביעתו של השופט ברק והוא הגובר על כל הוראה אחרת. יודגש, כי גם באם קיים ספק בדבר האופן בו יש לפרש את הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות הרי שספק זה מחייב את בחירת הפרשנות המקלה עם הנאשם. כך מתחייב מהוראת תיקון 39 לחוק העונשין שעיגן בחוק את הכלל הפרשני ההלכתי הקובע, כי במשפט פלילי ספק פועל לטובת הנאשם (סעיף 34כא לחוק העונשין).

85. לא זו אף זו, הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות, בהיותה הוראה ספציפית, גוברת על הוראת תקנות היציאה לחוץ לארץ, שהינה הוראה כללית וזאת מכח הכלל יסודי במשפט בדבר עדיפות הוראת חוק ספציפית על הוראת חוק כללית, **generalia specialibus non derogant**. מכאן, כי גם אם לא חלה חסינות עניינית מכח סעיף 1(א) לחוק החסינות הרי שחלה החסינות הספציפית מכח סעיף 10(א).

אהרון ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 117 (2003);
בג"ץ 6127/92 **בזק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(1) 472, 466;
בג"ץ 174/85 **חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד לט(3) 245, 249.

86. עוד יודגש, כי ביטול סעיף 17(ג) לתקנות היציאה לחוץ לארץ, שהורה על אי תחולת התקנות על אדם שבידו דרכון דיפלומטי או דרכון שירות של מדינת ישראל, אין בו כדי לבטל את הוראת סעיף 10(א) לחוק החסינות, שנותר בעינו ולא בוטל על ידי המחוקק. יפים לעניין זה דברי השופט ברק בפרשת **חסן**:

"אכן, חזקה על המחוקק, כי אם הוראתו המאוחרת יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראתו הקודמת, כי לא נתכוון לבטל את ההוראה הקודמת".

בג"ץ 174/85 **חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד לט(3) 245, 249.

87. ההגנה תטען, כי החשוב מכל בהקשר זה הוא שאם הוראת החסינות הספציפית הקבועה בסעיף 10(א) לחוק החסינות לא חלה אזי על כל חבר כנסת המבקש לבצע פעילות פוליטית במילוי תפקידו הכרוכה בנסיעה אל מדינת אויב לבקש אישור משר הפנים, קרי מרשות המבצעת, כדי לקיים את פעילותו. מצב דברים זה מתנגש חזיתית עם עקרון החסינות ותכליותיו המבקשים לשמור על עצמאותם של נבחרים הציבור ועל עצמאותה של הרשות המחוקקת. לכן כל פרשנות שלא רואה בחוק החסינות כחוק עצמאי העומד על רגליו וכי כל תיקון המבקש לפגוע בו עליו להיעשות ישירות בתוכו ובאופן מפורש. על היחסים בין הרשות המבצעת והמחוקקת וחשיבות אי ההתנכלות מצד אחד והעצמאות של חברי הכנסת מהרשות המבצעת עמד השופט ברק בפרשת **ח"כ אבו חצירא**:

"מטרתה של החסינות הפרלמנטרית היא לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת [...] היא באה למנוע בעיקר התנכלות לרשות המחוקקת מצד הרשות המבצעת, אשר בדרכי חקירה וניהול משפטים פליליים עשויה לשבש את עבודתו התקינה של הבית. מבחינה היסטורית צמחה חסינות זו על רקע של חוסר אמון, שרחש הגוף המחוקק בראש ובראשונה לרשות המבצעת ובמידה מסוימת גם לרשות השופטת."

בג"ץ 507/81 **ח"כ אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לה(4) 561, 585-586 (1981).

88. עוד תטען ההגנה בהקשר זה, כי חוק החסינות הינו במעמד של חוק יסוד בהיותו מתייחס למעמד של החסינות כזכות חוקתית. יפים לעניין זה דברי פרופ' נבות:

"[...] חסינות חברי הכנסת היא חוקתית באופייה".

http://www.idi.org.il/Parliament/2011/Pages/2011_70/C/c.aspx

89. מהאמור לעיל עולה, כי שינויים בהסדרים החוקיים בדבר החסינות הינם שונים משינויים המתבצעים בחוקים רגילים. חזקה על המחוקק, כי באם רצה לבצע שינויים בתוכו היה עושה זאת באופן מפורש. כלל יסוד בפרשנות המשפטית, כפי שהודגש לעיל, הוא כי הוראת חוק ספציפית גוברת על הוראת חוק כללית ומכאן כי הוראת סעיף 10(א) בדבר החסינות הינה בגדר הוראה ספציפית הגוברת על הוראת תקנות היציאה לחוץ לארץ. מעבר לכך, ענייננו הוא במשפט הפלילי שכלל יסודי בו הוא כי אין מענישין אלא אם מזהירין. קל וחומר כי אין הרשעה מתוך חקיקה שיפוטית במשפט הפלילי.

90. ההגנה תוסיף ותטען, כי כללי הפרשנות לאחר חוקי היסוד קובעים מפורשות שלא פוגעים בזכויות יסוד אלא על פי חקיקה מפורשת, ברורה וישירה. זוהי מצוות פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, גם אם קיימים פרשנויות לכאן או לכאן לעניין הסעיף הנדון, וכל עוד שהוא לא ברור ומפורש בקביעתו המטילה איסור על חבר הכנסת לצאת למדינת אויב – אין אפשרות כלשהי לקבוע כי ח"כ נפאע לא נהנה מחסינות עניינית על פי החוק עצמו.

91. לגבי הסיוע ליציאה - הרי גם כאן התחולה של החסינות הינה ברורה שכן, אנשי הדת נסעו למטרה דתית והומניטארית, הסיוע להם הגיע מחבר כנסת המייצג את המיעוט, המיעוט הזה גם הוא מיעוט דתי. ח"כ נפאע סייע להם להיכנס אל סוריה באמצעות אפיקים פוליטיים מובהקים. הם קיימו את הביקור שלהם לא כביקור של חברים ולא למען מטרה שאינה נופלת בגדר פעילותו הפוליטית של ח"כ נפאע. לפי עמדותיו הפוליטיות של ח"כ נפאע, מותר לאנשי הדת הדרוזים לקיים מצוותיהם הדתיות בסוריה. לכן, הסיוע נבע מתוך עמדה פוליטית מוכרת ולגיטימית. לא מדובר כאן בעניין של שוחד, זיוף מסמכים, זיוף בהצבעה, זיוף מסמכים, קבלת טובת הנאה - אלא במעשה פוליטי מובהק הנופל בתכליות חוק החסינות.

92. חשוב לציין, כי גם אחידות הדין והאיסור על איפה ואיפה בתחולת החסינות חייבים לחול ביתר שאת בכל תיק ובמיוחד כאן. בפרשת ח"כ בשארה בוטל כתב האישום המתייחס לעצם נסיעתו לסוריה, זאת על אף שבעובדות כתב האישום עצמן צוין, כי הוא סייע לנסיעתם של אחרים לסוריה. יודגש, כי עצם ביטול כתב האשמה בגין נסיעתו האישית של ח"כ בשארה לא היה בה כדי למנוע את הגשת כתב אישום נגד ח"כ בשארה בעבירה של סיוע לאחרים בנסיעה לארץ אויב. על אף זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא הגיש נגד ח"כ בשארה כתב אישום בגין עבירת סיוע. דין אחד ואחיד על עובדות דומות חייב לחול כאן.

93. לא למותר לציין, כי הוראות חוק החסינות לאחר תיקון 33 מחייבות בדיקת נושא האיפה ואיפה בהקשר לעבירות הנוגעות לחברי הכנסת, זאת היות וסעיף 4(א)(3)(ב) קובע מפורשות שאחת העילות לקביעה כי קמה חסינות הינה כי:

"כתב האישום הוגש שלא בתום לב או תוך הפליה". (ההדגשה הוספה).

ראיות מנהליות המחזקות את טענת תחולת החסינות על פריט האישום הראשון

94. ההגנה תטען, כי הסיוע המיוחס לח"כ נפאע היה לנסיעה שנועדה למטרות דתיות והומניטריות וכי הוא נופל לגדר מעשה פוליטי עליו חלה החסינות העניינית, בהתאם להוראות סעיף 1(א) לחוק החסינות ובהתאם לתכליות החסינות העניינית כפי שצוין לעיל. זאת, היות ומטרותיה של הנסיעה לסוריה היו דתיות והומניטריות: קיום מצוות עליה לרגל למקומות קדושים לעדה הדרוזית וביקור קרובים של משפחות, אשר ברוב המכריע של המקרים לא התראו במשך יותר מחמישים שנה.

95. על מטרת הנסיעה לסוריה ניתן ללמוד מהאמור בהודעות של רבים מהנוסעים אשר נחקרו על ידי המשטרה. מהודעות אלה עולה, כי המדובר בביקורים לצורכי פולחן שהיו נהוגים טרם קום המדינה, אז בני העדה הדרוזית נהגו לקיים עלייה לרגל שנתית לקבר הנביא "הביל" בסוריה, וכן בביקורים אצל קרובים של משפחות שהופרדו מאז קום המדינה. כך, לדוגמא, הדגיש השייח' עאוני חניפס בעת שנחקר על ידי המשטרה:

"אנחנו כל יום שישי בכל שנה בחודש ספטמבר, יש חג הנביא הביל וכל העדה הדרוזית בכל העולם מקיימת מצווה דתית בקבר, אנחנו יודעים שאחנו ברמת הגולן נוסעים לסוריה משנת 1989 כל שנה בערך 500 איש [...] מטרת הביקור אני מחלק לשני חלקים: אחד, חשוב והשני חשוב יותר, החשוב: לפגוש את הקרובים שלנו ואת אחינו הדרוזים שכמעט 70 שנה לא ראינו ולא שמענו וכל הזמן שעבר, חיינו בתקווה שיבוא יום ונתאחד ונראה את אחינו הדרוזים בהר הדרוזים, זה בא מגעגועים לראות אותם ולשמע את הסיפורים שלהם במשל כל השנים שעברו וזה היה דבר שממש כל איש מצדיע לדבר הזה. המטרה השנייה והיא הכי חשובה, לקיים מצווה דתית בכל המקומות הקדושים שלנו בסוריה, אלה מקומות שבמשל כל השנים שעברו אסרו עלינו לנסוע לשם בגלל שנפלו קורבן לפוליטיקה מסויימת ואני שומע מהזקנים שלנו והמכובדים של העדה שלפני 48 כל השייחים קיימו אותה מצווה דתית באותם תאריכים מהארץ וגם כל המשפחות ביקרו את המשפחות שלהם לפני 48 כרגיל ובלי בעיות ולאחר 48 [...] אחרי קום המדינה נאסר עלינו לבקר במקומות הקדושים לאחר שהגבול נסגר, נשארנו במשך 70 שנה מבלי לראות אותם ומבלי לקיים את המצווה, היום פרצה איזו דרך לנסוע לסוריה אז בלי שום קשר לפוליטיקה, בלי התערבות שלנו, אך ורק לענייני דת, נסענו לסוריה למטרות אלו."

הודעה מיום 2.1.08, עמ' 4-5, שורות 72-112, מצ"ב ומסומנת כנספח ד'.

גם השייח' פואד סוויד התייחס בהודעתו למטרת הנסיעה וציין:

"אני לפני כמה שנים שמעתי, שאנשים מישראל, מוסלמים נוצרים ודרוזים נוסעים לבקר קרובים שלהם בסוריה אז אני קודם רוצה להגיד שאנחנו הדרוזים יש לנו נביא הביל שקבר שלו נמצא על הר בסוריה ואני בתור בן אדם דתי ומאמין, ואוהב ללכת לבקר ולברך שם. וגם יש לי בית של סבא שלי באזור טבנון שמחובר לדמשק, ושם גרים קרובים שלי שאני גם רציתי לראות אותם וגם קרובי משפחה שגרים בהר הדרוזים."

הודעה מיום 15.1.08, עמ' 1, שורות 21-27, מצ"ב ומסומנת כנספח ה'.

דברים דומים נאמרו גם בהודעתו של שייח' עלי נבואני:

"נסענו לדמשק ישר למסגד האומאיי, במהלך הימים בסוריה טיילנו בקברי צדיקים, היינו בנביא הביל, נסענו לכפרים דרוזיים ליד חלב, ביקרנו במקומות

קדושים והיינו בסווידה, שם יש לנו קרובי משפחה ממשפחת נבואני ישנו אצלם".

הודעה מיום 23.1.08, עמ' 2, שורות 12-15, מצ"ב ומסומנת כנספח ו'.

בדומה גם הדברים שנאמרו בהודעתו של השייח' מוניר נסראלדין :

"נסענו עם האוטובוסים לסוריה וביקרנו ביחד עם כל המשלחת במקומות הקדושים בנביא הביל, בקברי שייחיים [...] המטרה שלי היתה לבקר את המקומות הקדושים וכן אנחנו משפחה גדולה וידועה שהגיעה לפני 60 שנה וחלק מהמשפחה נשאר בסוריה ורצינו לחדש את הקשר."

הודעה מיום 3.1.08, עמ' 1-2, שורות 6-18, מצ"ב ומסומנת כנספח ז'.

מגייד דיק, אחד מהאזרחים הערבים הנוצרים שהצטרפו לאנשי הדת הדרוזים בנסיעה נשוא כתב האישום, ציין בהודעתו למשטרה כי מטרת נסיעתו היתה דתית :

"[...] המטרה שלי כנוצרי היתה להגיע לסוריה על מנת לקדש את שמו של בני בשם פאולו, בדמשק בכנסייה על שם פאולו אחד מ-12 המלאכים, ולפי הדת כתוב שפאולו ה-12 הוא מסוריה שמו היהודי הוא שאול ועל כן כשאמרו בכנסייה שיש נסיעה החלטתי לנסוע ביחד עם אנשי הדת וזו פעם ראשונה ואחרונה שנסעתי לשם."

הודעה מיום 2.3.08, עמ' 1, שורות 2-4, מצ"ב ומסומנת כנספח ח'.

גם סאמר עזאם התייחס בהודעתו במשטרה למטרת נסיעתו והסביר כדלקמן :

"[...] החודש של מריים הקדושה, הייתי בשכונת אל סופנייה שם בחג, ניתן לבקש בכל יום מידיה של מירנה שמתגלה בפניה מריים הקדושה ואני נסעתי לשם כדי לקבל את ברכתה להביא בן לעולם כי יש לי ארבע בנות, ישנתי במנזר, הייתי שם שישה לילות, לא היתה לי מטרה אחרת אלא להיות בכנסייה הזו, זה היה חלום שלי".

הודעה מיום 20.1.08, עמ' 1-2, שורות 10-14, מצ"ב ומסומנת כנספח ט'.

ראיות מנהליות המחזקות את טענת תחולת החסינות על פריט האישום השני והשלישי

96. כתב האישום מייחס לח"כ נפאע עבירה של מגע עם סוכן חוץ בכך שנטען שנפגש עם טלאל נאג'י, סגנו של מזכ"ל החזית העממית המפקדה הכללית, עבירה של נסיון לקיים מגע עם סוכן חוץ בכך שנטען שניסה להיפגש עם חאלד משעל, ראש הלשכה המדינית של ארגון החמאס וכן עבירה של מגע עם סוכן חוץ בכך שנטען שביקר בלשכתו של משעל.

97. גם אם נניח, לצורך טענה מקדמית זו, שהפגישה אכן התקיימה, הרי שגרסתו של עד התביעה העיקרי, ניהאד מלחם, שלפי הנטען בכתב האישום נכח בפגישה, מוכיחה שהמדובר בפגישה פוליטית מובהקת. מגרסתו של מלחם בהודעותיו בחקירותיו במשטרה ובשב"כ עולה שלא היה בפגישה הנטענת כל דיון או העברת מידע בנושא בטחוני, לא היה בה כדי לפגוע בביטחון המדינה וח"כ נפאע לא קיבל כסף או טובת הנאה אחרת בגינה. מהודעותיו של מלחם עולה עוד שהשיחה התמקדה בעניינים פוליטיים פנים-פלסטינים ובפרט בצורך למנוע את המשך העימות בין החמאס והפת"ח ואת שפיכות הדמים כתוצאה מכך.

98. כך במהלך העימות שנערך בין העד מלחם וח"כ נפאע, אמר מלחם :

"הפגישה עם טלאל נאג'י היתה פגישה פוליטית גרידא, הם דיברו על הסכסוך ועל גישור והחזרת המצב לקדמותו בעזה, כי התנאים הבינלאומיים לא לטובת חמאס זה משליך על העם הפלסטיני".

הודעה מיום 13.12.07, עמ' 9 שורות 245-247, מצ"ב ומסומנת כנספח י'.

99. יצוין, כי בכל הפעמים שעד התביעה מלחם התייחס בהודעותיו לפגישה המיוחסת לח"כ נפאע

עם טלאל נאג'י, הוא טען שהשיחה עסקה כולה בעניינים פוליטיים :

"כל הנושא שם שדיברו עליו זה הנושא החם, איך לגשר בין אבו מאזן וחמאס כדי להקל על העם הפלסטיני וכדי למנוע שפיכות דם בין אחים."

הודעת ניהאד מלחם מיום 19.12.07, עמ' 13 שורות 13-15, מצ"ב ומסומנת כנספח יא' ;

ראו גם :

נספח יא' בעמ' 7, שורות 4-16 ;

הודעת ניהאד מילחם מיום 11.12.07, עמ' 2 שורות 1-5, מצ"ב ומסומנת כנספח יב'.

100. עוד יודגש, כי אין בהודעות העד מלחם דבר המצביע על כך שח"כ נפאע הורה לו לשמור

את הפגישה בסוד. ברור שאם כוונת ח"כ נפאע היתה לקיים מפגש אסור סביר שלא היה לוקח עמו אדם נוסף ואם היה עושה כן הרי שהיה מזהיר אותו שעליו לשמור על כך בסוד. חשוב גם לשקול בהקשר זה, כי הפגישה המיוחסת לח"כ נפאע, בהנחה שקוימה, לא מחייבת הכרזה ציבורית עליה, במיוחד שהיא התקיימה תחת משטר שהוא עצמו יכול להטיל מגבלות על הפרסום ואולי אף להטיל מגבלות אחרות, שהרי המדובר במשטר לא דמוקרטי.

101. עוד תטען ההגנה בהקשר זה שהחסינות העניינית חלה באופן מובהק על המעשים

המיוחסים לח"כ נפאע, קרי מפגש שתוכנו פוליטי ושאינו בו כל כוונה לפגוע בביטחון המדינה, אף אם המפגש הוא עם מי שמוגדר כסוכן חוץ. כך, בפרשת ח"כ מיעארי, העתירה תקפה את החלטת הכנסת לשלול מח"כ מיעארי זכויות שונות בעקבות השתתפותו בשורה של אירועים שנטען שהם פוגעים בביטחון המדינה ובהם השתתפותו בכנס הזדהות עם שניים ממנהיגי אש"ף, קואסמה וערפאת ונשיאת נאום שם. לפי העובדות, היה ברור לחלוטין שהמדובר הן בקיום מפגש עם נציגי ארגונים המוגדרים כארגוני טרור והן בנשיאת נאום באזכרה לבכיר בארגון המוגדר כזה. למרות זאת, פסק הדין, שניתן על ידי הנשיא שמגר, ביטל את החלטת הכנסת וקבע שהייתה פסולה מאחר והמעשים היו למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת.

פרשת ח"כ מיעארי, עמ' 209.

102. ההגנה תטען עוד שהמעשה המיוחס לח"כ נפאע בפריט האישום השני, המפגש הנטען עם

טלאל נאג'י, נופל לגדר חופש הביטוי הפוליטי. ניתן להקיש בעניין זה מפסק הדין בפרשת ח"כ הנגבי, שם נדונה החלטת היועץ המשפטי לממשלה לא לנקוט הליכים פליליים נגד ח"כ עזר וייצמן שנטען שנפגש עם בכירי אש"ף בחו"ל, עבירות על סעיף 4(ח) לפקודת מניעת טרור, תשי"ח-1948, ועל סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. היועץ המשפטי לממשלה החליט שלא להעמיד לדין את ח"כ וייצמן וקבע שגם לו היו ראיות לכאורה להוכחת האשמה חלה על המעשה חסינות עניינית ובית המשפט העליון דחה את העתירה.

בג"ץ 806/90 ח"כ הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(4) 797 (1990) (להלן : פרשת ח"כ הנגבי).

103. הוא הדין בנוגע לאישום שבפנינו, המייחס לח"כ נפאע מפגש למטרות פוליטיות, שכל תוכנו פוליטי ונוגע לקידום המדיניות המוצהרת של חבר הכנסת ובגינה נבחר: קידום האחדות הלאומית הפלסטינית ומניעת שפיכת הדמים של עמו, וקידום התהליך המדיני אשר לדידו אינו בר השגה בצל מלחמת האחים שהתרחשה בתקופה המדוברת בין הפתח לחמאס. הן מטרת הפגישה והן תוכנה קרובים מבחינה עניינית למילוי תפקידו של ח"כ נפאע קיימת בינם לבין מילוי תפקידו של ח"כ נפאע זיקה ישירה.

104. בפרשת **בן משה** נקבעה קביעה דומה בעניין החופש הביטוי הפוליטי על ידי הנשיא אגרנט שפסק כי:

"זכותו של חבר בית-הנבחרים להשמיע, בפורום הזה או מחוצה לו, את השקפותיו שלו על השאלות הפוליטיות "המנסרות", ללא הרגשת מורא ופחד ובלי חשש בלבד, פן יבולע לו על-ידי מאן דהוא, אשר אותן ההשקפות אינן אהודות עליו או המשוכנע שהן הרות סכנה לעם - זכות זו אינה אלא בבואה מוחשית של הקשר ההדוק הקיים בין העקרון של חופש הביטוי והוויכוח לפעולתו התקינה של התהליך הדמוקרטי. לא זו בלבד, אלא עקב החשיבות הגדולה אשר מייחסים לאספקט האחרון של העקרון הנדון, ראה המחוקק להעניק לחברי הכנסת מערכת שלמה של זכויות-יתר, שמטרתן להבטיח שכל אחד מהם יוכל להביע את דעותיו ולגבש את עמדותיו, באשר לבעיות המדיניות התובעות פתרון והחלטה, בצורה חפשית וגלויה ובלי שיהא חייב לתת את הדין עליהן לאדם או לרשות כלשהם."

פרשת **בן משה**, עמ' 435.

105. האמור לעיל חל בגדר קל וחומר באשר לפריט האישום השני המייחס לח"כ נפאע ניסיון למגע עם סוכן חוץ, שהרי המדובר במעשה שלא הושלם, וכך אף באשר לפריט האישום השלישי המייחס לח"כ נפאע ביקור בלשכת משעל בלא שנטען שנפגש עם משעל עצמו.

106. נוסף עוד, כי בכתב האישום לא נטען שהפגישה דנה בעניינים אסורים ועובדות של כתב האישום לא מציינות שהפגישה נגעה לענייני טרור, מאבק מזוין, דברי שבח, עידוד, או תמיכה במאבק מזוין. התביעה מבקשת מבית המשפט לקבוע כי עצם קיום המפגש במדינת אויב כשלעצמו הינו אסור ולא חסיין. יכול להיות שהוא אסור במישור הפלילי, אך בין זה לבין הקביעה שהמעשה הזה המתואר בכתב האישום הינו לא חסיין – המרחק הוא גדול מאוד.

107. ההגנה תטען, כי פגם מהותי נוסף בסוגיית החסינות הינו שכתב האישום מבוסס על ראייה עיקרית אחת המעידה לכאורה שהמפגש התקיים ואולם אותה ראייה מוכיחה שהמדובר במפגש בו נדונו עניינים פוליטיים מובהקים ולא באף עניין שהוא אסור. למרות זאת התביעה מבקשת לקבוע שהחסינות לא חלה בגלל שח"כ נפאע לא הסביר להם את מטרת הפגישה – כלומר בטענה שהוא לא סיפק "הסבר סביר". אבל עובדה זו לא מעלה ולא מורידה היות והתביעה מצהירה כי היא יודעת על תוכן הפגישה לפי גרסת העד מלחם, העומדת ביסוד כתב האישום. לכן עובדת ההסבר לקיומו של המפגש אינה רלבנטית כאן. העיקר לעניין החסינות הינו באם נסיבות ועובדות כתב האישום מגלות עילה רצינית להסרת החסינות אם לאו. הספקת "הסבר סביר" אינו רלבנטי לעניין בדיקת המעשים בכל האמור בתחולת החסינות.

108. מעל לנדרש נרחיק עוד כדי לגלות את האבסורד בעמדת התביעה. לצורך הטיעון בעניין החסינות, ההגנה מוכנה לקבל את עדותו של העד מלחם במלואה ולטעון שזהו ההסבר הסביר

לקיומו של המפגש המיוחס לח"כ נפאע. האם זה מוסיף דבר וחצי דבר לעצם העובדה שהחסינות ממשיכה לחול גם כעת? הרי ממילא בטענת החסינות, נקודת המוצא הינה שהראיות המנהליות הינן נכונות. לכן, הדיון מתקיים כאן בהנחה שאכן תוכן הפגישה התקיים לפי הודעתו של העד מלחם וכי ח"כ נפאע קיים את הפגישה כפי שנטען על ידי מלחם וזאת לשם מטרה פוליטית מובהקת, קרי על מנת לשכנע את מנהיג החמאס לקבל עסקת פיוס עם פתח. זהו מפגש פוליטי עם עמדה פוליטית לגיטימית. איך ניתן במקרה זה לקבוע שהחסינות לא חלה? האם התביעה מבקשת מבית משפט נכבד זה לקבוע כי החסינות לא חלה אך ורק בגלל שח"כ נפאע, שהוא חבר כנסת הזכאי ליהנות מחופש פעולה פוליטית, לא סיפר או הסביר לרשות המבצעת את מניעיו הפוליטיים? מגישה זו של התביעה יוצא, כי למרות שהפגישה הינה פוליטית, ולמרות שתוכנה ידוע לתביעה על פי גרסתה, ולמרות שתוכן הפגישה מעיד כי היא פוליטית ואין בינה לבין ענייני ביטחון ולא כלום, ולמרות שהפסיקה קבעה שעל עצם קיומו של מגע עם נציגי ארגון טרור למטרה פוליטית חלה חסינות, התביעה מתעקשת על הטענה שבמקרה זה לא חלה החסינות המהותית. זאת היות וח"כ נפאע לא סיפר לרשויות החקירה, את תוכן הפגישה וקיומה. נימוק זה כשלעצמו נוגד את מהות החסינות העניינית.

109. למותר לציין, כי לגבי פריט האישום השלישי, המייחס לח"כ נפאע ניסיון לפגוש את חאלד משעל, אין אפשרות כלשהי לקיים דיון משפטי בהקשר לסוגיית החסינות. ההנחה האחת והיחידה העומדת ביסוד פריט אישום זה הינה שהמדובר בניסיון של אישיות פוליטית, ח"כ נפאע, לפגוש את חאלד משעל. אלה הן העובדות, ועל עובדות אלה אין אפשרות להגיש כתב אישום אף נגד אזרחים שאינם יכולים לטעון לחסינות עניינית. לכן אם עצם הפגישה בפועל היא חסינה, הרי שמקל וחומר שעל ניסיון להיפגש, במיוחד כאשר אין לנו מידע עליו שהרי כלל לא התקיים, חלה החסינות העניינית.

110. בכל זאת, לצורך הדיון בסוגיית החסינות, ההגנה תטען שגם בהנחה שח"כ נפאע אכן רצה להיפגש עם חאלד משעל, הרי שלו מפגש כזה היה אכן מתקיים הרי שבמהלכו היה ח"כ נפאע מעלה אך ורק סוגיות פוליטיות מובהקות, בדומה לאלה שלטענת עד התביעה מלחם הוא העלה בפגישה עם טלאל נאגי. למותר לציין, כי על תרחישים כאלה לא רק שאין מגישים כתב אישום אלא שלא מתייחסים אליהם ברצינות, שהרי במסגרת החסינות העניינית ברור שמותר לחבר כנסת לנסות להיפגש עם כל אישיות בעולם, ושאלת המפתח בהקשר זה הינה תוכן הפגישה. כמובן שכתב האישום לא מתייחס לתוכן הפגישה, שהרי כאמור פגישה כזו כלל לא התקיימה, כפי שעולה מהאמור בכתב האישום.

111. בהקשר זה יצוין, כי חסינותו של ח"כ מוחמד מיעארי לא הוסרה בגין השתתפותו בספינת השיבה שאורגנה על ידי אש"ף בשנת 1988. ראו לעניין זה את דברי יו"ר הכנסת, ח"כ רובי ריבלין, שניסה לשכנע את ועדת הכנסת להימנע מקבלת החלטת לשלול זכויות מח"כ חנין זועבי בגין נסיעתה בספינת המרמרה שהיתה בדרכה לעזה (שכמפורט לעיל גם באשר אליה החליט היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום):

"כבר ב-1990 הובאה לפני ועדה זו בקשה להסיר את חסינותו של מיעארי, אשר נסע באונייה "אל אעודה". היא דומה מאוד, אגב, לאוניות המתקרבות היום לחופי ישראל. ואני שכנעתי את חברי הטוב, שהוא היה מתנגד גדול לדעותיי כלפי הציונות, הפרופ' אמנון רובינשטיין, שאחת משתיים: שאת

מיעארי צריך להעמיד לדין על בגידה, אם אכן יימצא שהוא בגד במדינה, אבל אי-אפשר להעמיד אותו כמוצא או כדרך עוקפת למעשים שהוא עולל בכך שנעמיד אותו לדין על מפגשים עם אש"ף".

פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 24.5.10, עמ' 21, מצ"ב ומסומן כנספח יג'.

112. מאי הגשת כתב אישום נגד ח"כ מיעארי ניתן ללמוד, כי על אף שבוצעה עבירה לפי המשפט הפלילי, לא הוגש נגדו כתב אישום בגלל קיומה של חסינות עניינית. זה בדיוק מה שיו"ר הכנסת ביקש להסביר לחברי ועדת הכנסת בישיבה בה נדון עניינו של ח"כ נפאע אך ללא הועיל. כך אף באשר לפסק הדין בפרשת ח"כ הנגבי, שם דחה בית המשפט העליון עתירה נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את ח"כ עזר ויצמן בגין השתתפותו במפגשים בחו"ל עם בכירי אש"ף.

לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע שחלה חסינות על המעשים המיוחסים לח"כ סעיד נפאע בכתב האישום דנן ולהורות על ביטול האישומים נגדו.

ארנה כהן, עו"ד
ב"כ כוח הנאשם

חסן גיבארין, עו"ד
ב"כ כוח הנאשם

חיפה, 28 במאי 2012.