

המאשימה:

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז צפון

- נ ג ד -

הנאשם:

סעיד נפאע

ע"י ב"כ עו"ד חסן ג'בארין ואח'
עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל
ת"ד 8921 חיפה 31090
טל. 04-9501610 פקס 04-9503140

טעוני המאשימה לטענת החסינות

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 24.4.12 ומיום 20.6.12, מתכבדת המאשימה להגיש את טעוניה ביחס לטענתו המקדמית של הנאשם, כי עומדת לו חסינותו כחבר כנסת.

המאשימה תטען, שלא נפל פגם בהליכים בכנסת שקדמו להגשת כתב האישום לבית המשפט, לפי חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951, לאחר תיקונו בתיקון 33. לענין תיקון זה תראה המאשימה, שהנאשם רחוק, רחוק מאד מלהרים את הנטל הנדרש מהטוען לבטלותו של חוק, והוא לא הראה כיצד פוגע תיקון זה בזכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד, כנדרש בפסיקה, ועל כן אין כל בסיס לטענתו שתיקון זה אינו חוקתי. המאשימה תטען שההליכים בכנסת בענין הנאשם קודם להגשת כתב האישום התנהלו לפי חוק החסינות, בהליך הוגן, ואין בסיס לטענת הנאשם שנפגעה זכותו להליך כזה. ביחס לטענות הנאשם, שמעשיו המתוארים בכתב האישום כלולים בחסינות המהותית, תראה המאשימה שהן מעשי הנאשם ביחס לנסיעתו שלו לסוריה והסיוע שסייע לאחרים לעשות זאת, והן הפגישות המתוארות בכתב האישום עם בכירים בארגוני טרור, אינם חוסים תחת כנפי החסינות לפי המבחנים שנקבעו בפסיקה. לאור כל האמור, תבקש המאשימה מבית המשפט הנכבד לדחות את טענת החסינות של הנאשם.

א. המסגרת הנורמטיבית

1. סעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת קובע: "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק".
2. החוק בו נקבעו הפרטים הנוגעים לחסינות, הינו חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 (להלן: "חוק החסינות"). סעיף 1 לחוק החסינות קובע כי חבר הכנסת לא יעמוד לדין, לא בעת הכהונה ולא אחריה, על עבירה שנעשתה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, של חבר הכנסת. חסינות זו הינה החסינות המהותית של חבר הכנסת.
3. סעיף 4 לחוק החסינות קובע את הכללים וההליכים הנוגעים להעמדת חבר כנסת לדין פלילי בקשר לעבירות שהחסינות המהותית אינה חלה עליהן. בין היתר, נקבע בסעיף שיש צורך באישור היועץ המשפטי להגשת כתב אישום נגד חבר הכנסת (בתנאים שנקבעו בסעיף); על היועץ המשפטי לממשלה להעביר את כתב האישום – טרם הגשתו לבית המשפט - לחבר הכנסת, ליו"ר הכנסת, וליו"ר ועדת הכנסת.

בסעיף 4(א)(3) נקבע:

"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;

(ג) התקיימו כל אלה: הכנסת או מי שמוסמך בה לכך קיימו הליכים או נקטו אמצעים לפי הדינים והכללים הנהוגים בכנסת נגד חבר הכנסת בשל המעשה המהווה עבירה לפי כתב האישום, העבירה בוצעה במשכן הכנסת במסגרת פעילות הכנסת או ועדה מוועדותיה, ואי ניהול הליך פלילי, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי;

(ד) ייגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי, לתפקוד הכנסת או ועדה מוועדותיה או לייצוג ציבור הבוחרים, ואי ניהול הליך כאמור, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה, לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי"

4. סעיף 13(ג) לחוק החסינות קובע שבקשה כזו על חבר הכנסת להגיש בכתב ליו"ר הכנסת בצירוף נימוקים, וזה יעביר אותה בהקדם האפשרי ליו"ר ועדת הכנסת. על ועדת הכנסת לאפשר לחבר הכנסת וליועץ המשפטי לממשלה להשמיע את דברם (סעיף 13(ד)), ולאחר מכן היא מוסמכת להציע לכנסת להחליט שלחבר הכנסת תעמוד חסינות ביחס לכתב האישום שהועבר אליו ולכנסת, והכנסת רשאית לקבוע כך (סעיף 13(א)). החליטה הוועדה שלא להציע לכנסת לקבוע שלחבר הכנסת עומדת חסינות, תהא החלטתה סופית (סעיף 13(ג)); ואם החליטה כך, "רשאי היועץ המשפטי לממשלה להגיש את כתב האישום לבית המשפט, ודינו של חבר הכנסת, לכל הכרוך באותה אשמה, כדין כל אדם" (סעיף 4(ב)).

ב. רקע עובדתי ביחס לחסינות

5. ביום 10.12.09 במכתבו של מר רז ניזרי, עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה, נמסרה לב"כ הנאשם הודעה על ההחלטה להעמידו לדיון, בצירוף עותק מכתב האישום. במקביל, נמסרה הודעה ליו"ר הכנסת וליו"ר ועדת הכנסת לפי סעיף 4(א)(2) לחוק החסינות בצירוף עותק מכתב האישום. (עותק ממכתביו של מר ניזרי מיום 10.12.09 לב"כ הנאשם, ליו"ר הכנסת, וליו"ר ועדת הכנסת, מצורפים ומסומנים נספחים א'1, א'2 בהתאמה).
6. הנאשם פנה, בהתאם לסעיף 4(א)(3) לחוק החסינות, בבקשה שהכנסת תקבע שעומדת לו חסינות בפני כתב אישום זה.
7. ביום 26.1.10 קיימה ועדת הכנסת דיון בבקשת הנאשם (פרוטוקול הדיון בועדה צורף לטעוני הנאשם כנספח ב'). בסופו של הדיון, החליטה ועדת הכנסת, בהתאם לסמכותה לפי סעיף 13(ג) לחוק החסינות, שלא להמליץ לכנסת לקבוע שעומדת לנאשם חסינות בגין כתב אישום זה.

ג. הטענה שתיקון 33 לחוק החסינות אינו חוקתי

8. כאמור לעיל, לפי סעיפים 13(ג) וסעיף 4(ב) לחוק החסינות, משהחליטה ועדת הכנסת שלא להציע לכנסת לקבוע שעומדת לחבר הכנסת חסינות, החלטתה היא סופית, ניתן להגיש את כתב האישום לבית המשפט, ודינו של חבר הכנסת ביחס לאישומים אלה הינו כשל אחד האדם.
9. טענתו הראשונה של הנאשם, הינה שתיקון 33 לחוק החסינות, בו נקבעו ההוראות שתוארו לעיל, אינו חוקתי.
10. תיקון 33 לחוק החסינות עשה שינוי בהסדרי החסינות הדיונית הקבועים בסעי' 4 לחוק החסינות. בעוד שלפני התיקון, על מנת להגיש כתב אישום נגד חבר כנסת, בעבירה שסעי' 1 לא חל עליה, היה על היועץ המשפטי לפנות לוועדת הכנסת ולבקש נטילת החסינות, קודם הגשת כתב האישום; כעת, לאחר התיקון, מודיע היועץ המשפטי לממשלה לכנסת ולחבר הכנסת על כוונתו להגיש כתב אישום, ועל חבר הכנסת לפנות לכנסת, אם ברצונו לעשות כן, ולבקש לקבוע שעומדת לו החסינות. אם לא עשה זאת, או אם נדחתה בקשתו, יוגש כתב האישום לבית המשפט.
11. במסגרת התיקון, נקבעו בסעי' 4 לחוק שורה של עילות שביגין יכול חבר הכנסת לבקש כי תיקבע לו חסינות. מדובר בעילות המרחיבות את שיקול הדעת של ועדת הכנסת, אשר קודם לתיקון, היתה אמורה לפי הפסיקה לבחון אם כתב האישום נבע ממניעים פסולים ולא ענייניים¹.
12. בהתאם, שונה גם סעי' 13 לחוק החסינות. לפני התיקון, משהציעה ועדת הכנסת להסיר את חסינות חבר הכנסת, היה עליה להציג את ההצעה בפני מליאת הכנסת, והמליאה היתה דנה בהצעה ונותנת החלטתה. התיקון הפך מצב זה - כיום, נדרשת הצעה של ועדת הכנסת למליאה

¹ סוזי נבות, "פרשת ההצבעות הכפולות: על מחירן של טעויות – בעקבות בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, הארת דין ג(1), 20, 35 – 37 (התשס"ו)

והחלטה של המליאה על מנת לקבוע שעומדת לחבר הכנסת חסינות; ואם דוחה ועדת הכנסת את בקשתו של חבר הכנסת לקבוע שעומדת לו חסינות, החלטתה היא סופית.²

13. על מנת לעמוד על האבחנה שבין החסינות העניינית לדיונית, נפנה לדבריו של הנשיא ברק בבג"צ 1843/93 רפאל פנחסי נגד כנסת ישראל:

יש המכנים את החסינות המהותית כחסינות "מוחלטת" (להבדיל מהחסינות "הדיונית" שהיא "יחסית"; ראה בג"צ 507/81 ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [2], בעמ' 567). אחרים מעדיפים לכנותה כחסינות "עניינית" (או "מקצועית": ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 4, תשנ"א) 418). תיאור החסינות כעניינית הוא המדויק ביותר. הוא מפנה את תשומת הלב אל התנאים להיווצרות החסינות ולא אל תוצאותיה. הבחינות היא "עניינית", שכן היא מותנית בקשר ענייני בין הפעולה האסורה לבין תפקידו של העושה כחבר-כנסת.³

14. **תיקון 33 לא כלל כל שינוי בסעיף 1 לחוק החסינות, המתווה את היקף החסינות העניינית של חבר הכנסת.**

15. **עמדת המאשימה הינה, שאף שתיקון 33 כלל שינויים משמעותיים בהליך הדיוני בקשר לחסינות, המאפשר להגיש כתב אישום נגד חבר כנסת, אין בתיקון 33 פגיעה בזכות יסוד חוקתית כלשהי.**

1. ג. הכללים בפסיקה לבחינת הטענה שחוק אינו חוקתי

16. בפתח הדיון בטענה זו, יש להזכיר מושכלות יסוד ביחס לטענה בבית המשפט שחוק אינו חוקתי. כדברי כב' השופט זמיר בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3), 485, 497-496 (1996) (כל ההדגשות בציטוטים הוספו, אלא אם נאמר אחרת):

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי דין שוטחים לפני בית משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי החוק הורד לדרגה של החלטה מינהלית. עורכי דין באים בפני בית המשפט חדשות לבקרים, כשרוממות חוקי-היסוד

² (הצעת חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 34)(חסינות בפני דין פלילי) התשס"ה – 2005, וחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 33) התשס"ה – 2005, ס"ח 706, מצורפים, ומסומנים **נספחים ב'1, ב'2** בהתאמה).

³ סעי' 6 ו 7 לפסק הדין

בגרונו, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק-יסוד. האם כסדום היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה?

... כבר אמר הנשיא ברק שהסמכות של בית משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי... כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחוייב באיפוק מירבי.

ובבג"צ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3), 57, 68-69 (1996):

'צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים'...

...לפיכך נקודת המוצא בדרכו של בית המשפט לבדוק את חוקיות החוק היא חזקת החוקיות..

חזקה זאת, שתי פנים לה. ראשית, מי שטוען כי החוק אינו חוקי, עליו הנטל להוכיח זאת, לפחות לכאורה.. שנית, בית המשפט יוצא מהנחה כי החוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים. כדברי השופט דב לוין בבג"צ 878/94 כלל החברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 474: 'ראוי להתייחס בכבוד הראוי לרשות המחוקקת ולהעמידה בחזקתה, כי שיקוליה וטעמיה, בבואה לקבוע הוראות הפוגעות בזכות יסוד בדבר חקיקה, היו ענייניים וכנים'. לפיכך נוטה בית המשפט לפרש את החוק (וכך הוא עושה אף לגבי חקיקת-משנה ואפילו לגבי חוזה) באופן שיהיה תואם את העקרונות החוקתיים, וכתוצאה ניתן יהיה לקיימו ולא לבטלו.

...לא זו בלבד. גם אם הפרשנות מובילה את בית המשפט למסקנה כי החוק פוגע בעקרון חוקתי, המעוגן בחקיקה משוריינת, כמו עקרון השוויון בבחירות, אין זה מוביל בהכרח לפסילת החוק על ידי בית המשפט. **כדי שבית המשפט יפסול חוק, צריך שהפגיעה לא תהיה זניחה או מזערית, אלא בולטת ומשמעותית...**

שאלה היא כיצד נמדדת פגיעה ומתי פגיעה תיחשב מזערית... בין היתר, יתכן כי פגיעה בזכות, שלא תיחשב פגיעה מזערית כאשר בית המשפט מתבקש לפסול החלטה מינהלית, תיחשב גם תיחשב פגיעה מזערית כאשר בית המשפט מתבקש לפסול חוק"

וכן:

בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, (לא פורסם, 19.11.09), בפסקה 14 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש.

בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2012(1),

: 827

"כאשר המדובר במעשי חקיקה שהושלמו, בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם (בג"ץ 1993/03 הנ"ל בעמ' 839). בית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485). כאשר מדובר בבחינת חוקתיותו של חוק הכנסת - חייבת החקיקה הרגילה לכבד את זכויות האדם שבחוקי היסוד ואינה יכולה לפגוע בהן אלא על-פי האמור בס. דבר החקיקה עומד עם זאת בחזקת כשרות חוקתית כפועל יוצא של הצורך להימנע מטשטוש הגבולות בין הרשויות (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 574)"

17. הבדיקה, אם חוק מסוים הוא חוקתי אם לאו, נעשית בשלושה שלבים. השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה על שאלה זו חיובית, נבחנת בשלב השני השאלה אם הפגיעה בזכויות האדם היא כדין, כלומר אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (כשקיימת כזו בחוק היסוד כמובן). אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדין, עובר הניתוח לשלב הבא. שלב שלישי זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות, כלומר מהו הסעד הראוי⁴.
18. בדרך זו, על פי הפסיקה, יש לבחון את טענות הנאשם ביחס לחוקתיות תיקון 33 לחוק החסינות⁵.

ג. האם התיקון לחוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד?

ג.2.א. הטענה שהתיקון פוגע בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק

19. לא קל להבין מטעוני הנאשם, מהן זכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד, שנפגעו על ידי תיקון 33 לחוק החסינות. אכן, בטעונים אלה מובעת ההשקפה, לפיה תיקון 33 לחוק החסינות אינו טוב ואינו ראוי; אך אין די בכך להביא לפסילת חוק. משפט מצוי אינו משפט רצוי, והמבקש להוכיח שחוק אינו חוקתי ולפיכך בטל, חייב להראות תחילה, שהחוק פוגע פגיעה מהותית בזכות חוקתית, דהיינו זכות המעוגנת בחוק יסוד. האם הראה זאת הנאשם?
20. הנאשם טוען, שתיקון 33 אינו חוקתי בהיותו פוגע בחסינות העניינית כזכות חוקתית, בעקרון הפרדת הרשויות המחייב את המליאה לשקול באופן עצמאי את סוגיית הסרת החסינות, ובזכותו של הנאשם להליך הוגן (סעיף 18 לטעוני הנאשם).

⁴ בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, תק-על 2009(1), 3194, בפסקה 39 לפסק הדין של כב' השופטת

נאור, והאסמכתאות שם

⁵ גם אם הטענות אינן ערוכות לפי שלבים אלה.

21. נזכיר, שתיקון 33 כלל לא תיקן את סעיף 1 לחוק החסינות, הקובע את החסינות העניינית, וממילא לא שינה את היקפה כפי שקבוע בסעיף עצמו וכפי שהוא פורש בפסיקה. על כן, אין מקום לטענת הנאשם, שתיקון זה "פוגע בחסינות העניינית כזכות חוקתית"⁶, ואין מקום להפנות בהקשר זה לקביעות בתי המשפט הנוגעות לחסינות זו, להבדיל מהחסינות הדיונית, כפי שעשו, לא אחת, ב"כ הנאשם בטיעוניהם⁷.

22. חוק יסוד: הכנסת קובע, כאמור, שלחבר הכנסת תהיה חסינות, נקבע בו שפרטי החסינות ייקבעו בחוק. ההסדרים השונים והמפורטים הנוגעים לחסינות אינם מעוגנים בחוק היסוד, אלא בחוק החסינות, שתוקן פעמים רבות. מהו הבסיס לטענת הנאשם, שההסדרים בחוק החסינות ששונו בתיקון 33 אינם חוקתיים, והמחוקק אינו יכול לתקנם כפי שעשה?

הטענה: התיקון אינו חוקתי כי החסינות אינה רק עניינו של חבר הכנסת

23. הנאשם טוען, שהחסינות איננה רק ענינו של חבר הכנסת, אלא ענינה של הכנסת, ותיקון 33 אינו חוקתי בשל כך שהוא הותיר בידי חבר הכנסת את הבחירה אם לבקש מהכנסת לקבוע שעומדת לו החסינות אם לאו (סעיפים 21-26 לטעונים).

24. **טענה זו, על פניה, איננה מסוג הטענות המאפשרות, לפי הפסיקה, לטעון שחוק אינו חוקתי.** כאמור, בשלב הראשון יש לבדוק האם החוק פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק יסוד. באיזו זכות המעוגנת בחוק יסוד פוגע תיקון 33 לפי טענה זו? בוודאי לא בזכותו של חבר הכנסת, שכן הוא רשאי לפנות לוועדת הכנסת ולבקש לקבוע שעומדת לו חסינות, וכך עשה הנאשם. הנאשם טוען שהחסינות היא "ענינה של הכנסת", אך השאלה היא מהי הזכות החוקתית הנפגעת, ואם הטענה איננה מצביעה על זכות כזו, היא איננה עוברת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית, מה גם שהכנסת עצמה חוקקה את החוק נגדו יוצא הנאשם. כדי לשכנע שלא היתה רשאית לעשות זאת, יש להראות נורמה חוקתית מחייבת, בדרגה נורמטיבית גבוהה יותר מחוק, הכובלת את הכנסת ומונעת ממנה לשנות את החוק כפי ששונה.

25. בטענות הנאשם לא נמצא כל טענה כזו. כל שנמצא הוא מספר ציטוטים מהפסיקה וממאמרים משפטיים⁸ על חשיבות החסינות הן לחבר הכנסת והן לכנסת. באמרות אלה אין ולו רמז לכך, שהכנסת איננה רשאית לקבוע בחוק, שהדיון בחסינות על פי סעיף 4 לחוק הכנסת יהיה רק בעקבות פניה של חבר הכנסת, ואין בהן כל קביעה של נורמה על-חוקית ה"כובלת" את הכנסת והופכת את התיקון לחוק לבלתי חוקתי.

⁶ סעיף 18 לטיעונים

⁷ כפי שיראה בית המשפט, בטיעוני ב"כ הנאשם אין כל הבחנה בין החסינות הדיונית לחסינות העניינית, והם מפנים לציטוטים שחלקם מתייחסים לזו וחלקם לאחרת למשל, התייחסות לשינויים בחסינות הדיונית במאמר המצוטט בסעיף 19, ובציטוטים מהפסיקה בסעיפים 25-26, ולעומתם ציטוטים המתייחסים לחסינות העניינית בסעיפים 21, 22, 24.

⁸ הנוגעים ברובם לחסינות העניינית

26. יוער, שעוד לפני זמן רב, כשהחוק "שתק" בשאלה אם חבר הכנסת רשאי לוותר על חסינותו, הובעה על ידי צוות מומחים⁹, שערך מחקר בדבר חסינות חברי פרלמנטים הדעה, שויתור כזה הינו אפשרי. מקל וחומר, לאחר שהמחוקק קבע במפורש שחבר הכנסת רשאי שלא לפנות לכנסת ולבקש ממנה לקבוע שעומדת לו החסינות.

27. מכל מקום, טענה זו, מעבר לכך שאיננה מצביעה על פגיעה בזכות המוגנת בחוק יסוד, כלל איננה רלבנטית למקרה שלפנינו מבחינה עובדתית. הנאשם פנה לועדת הכנסת וביקש לקבוע שעומדת לו החסינות. מכאן, שהנאשם הפעיל את המנגנון המעמיד את החסינות לבחינת הכנסת. במצב זה, הטענה שהתיקון פוגע "בעניינה של הכנסת" בחסינות כלל לא התממשה במקרה זה והיא תיאורטית לחלוטין.

הטענה: התיקון אינו חוקתי כי החלטה בנושא חסינות צריכה להיות החלטה של מליאת הכנסת

28. טענה נוספת של הנאשם הינה, שתיקון 33 לחוק החסינות אינו חוקתי, שכן ההחלטה בנושא החסינות צריכה להיות החלטה של מליאת הכנסת, בה בשעה שלפי התיקון החלטה שלא לקבוע חסינות הינה החלטה סופית של ועדת הכנסת¹⁰. האם הנאשם הפנה להוראה חוקתית, בעלת מעמד גבוה יותר ממעמדו של חוק, המחייבת שמליאת הכנסת דווקא תדון בנושא החסינות?

29. בטעונו הנאשם אין כל הפניה להוראה חוקתית כזו. יש רק טענות לפיהן החסינות הינה ענינה של הכנסת, ולכן "ראוי" או "חשוב" שמליאת הכנסת דווקא תדון בסוגיה. טענות אלה מתעלמות מהעובדה שועדת הכנסת הינה חלק מהכנסת, וחשוב מכך, הן אינן נסמכות על מקור משפטי כלשהו. באי כח הנאשם מפנים אמנם בסיכומיהם (סעי' 27) לדברי כב' הנשיא ברק בדבר אופן ניהול ראוי של דיון במליאה בעניין הצעה להסרת חסינותו של חבר כנסת, (הליך שהתנהל על פי החוק לפני התיקון), אך אין בדברים אלה כדי ללמד שהליך בפני המליאה מתחייב כיום. בסעיף 30 לטעונו הנאשם מופיעה הפנייה בדבר חשיבותה של החסינות העניינית, המוענקת לחבר הכנסת להבטחת אינטרסים ציבוריים ולא לתועלתו האישית; אך גם בצייטוט זה¹¹ אין רמז לכך, שמליאת הכנסת היא הגוף שחייב להכריע בסוגית החסינות; שכלל כזה מעוגן בחוק יסוד, ולכן הכנסת איננה רשאית לחוקק חוק (המתקבל ב – 3 קריאות במליאה), לפיו תדון המליאה בנושא החסינות רק לפי הצעה של ועדת הכנסת לקבוע שהחסינות קיימת.

30. לעקרון "הפרדת הרשויות" היבטים שונים, והוא לובש צורות שונות במדינות שונות, על פי שיטות הממשל השונות בהן. לא ברור כיצד בדיוק נפגע עקרון זה כתוצאה מתיקון 33, ולא נעשה ניסיון בטעונו הנאשם להרחיב על משמעות העקרון בכלל ובהקשר הנוכחי בפרט. באותה מידה, לא נעשה ניסיון רציני מצד ב"כ הנאשם להסביר כיצד נפגע עקרון שלטון החוק מההסדר שנקבע בתיקון 33, ועל מה מתבססת הטענה, שעקרון שלטון החוק משמעותו שעל מליאת

⁹ צוות מומחים בראשות פרופ' קלינגהופר, "חסינות חברי פרלמנטים", משפטים ד, תשל"ג, 308, 311-310.

¹⁰ סעיפים 31, 34 לטעונו הנאשם.

¹¹ שאינו רלוונטי להליך הסרת החסינות העניינית

הכנסת – והיא בלבד – להכריע בשאלת החסינות, עד כדי כך שהכנסת אינה רשאית לסטות מכלל זה בחקיקה.

31. יוזכר, שעל פי חוק החסינות קודם לתיקונו, מליאת הכנסת היתה דנה בבקשה ליטול את חסינותו של חבר הכנסת רק אם החליטה ועדת הכנסת להציע למליאה ליטול את החסינות. אם ועדת הכנסת החליטה שלא להציע זאת למליאה, לא היתה המליאה יכולה לדון כלל בבקשת היועץ המשפטי לממשלה להסיר את החסינות¹². כלומר, ב"כ הנאשם מבקשים לשכנע שמעקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות נובעת הוראה חוקתית מחייבת, לפיה לצורך הסרת חסינות נדרש דיון במליאה, אך אין פגיעה בהפרדת הרשויות ושלטון החוק בכך שדחית בקשה להסרת חסינות, ומניעת העמדת חבר הכנסת לדיון פלילי, תיעשה בלא דיון במליאה.

32. לא רק שהנאשם לא ביסס כלל את הטענה, שעקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק מחייבים דיון במליאה לצורך הסרת החסינות, הפסיקה בישראל עמדה על כך, שדווקא החסינות פוגעת הן בעקרון שלטון החוק (עליו נסמך הנאשם), והן בעקרון השוויון בפני החוק, כפי שקבע כב' הנשיא ברק בהתייחסו לשני סוגי החסינות, הדיונית והעניינית:

"שני סוגי החסינות - וכן "הזכויות" - נועדו לאפשר פעילות תקינה של הרשות המחוקקת ולמנוע התנכלות לפעילותה, בעיקר מצד הרשות המבצעת

טעם זה נראה למחוקק עדיף על פני התקלה הנגרמת בהענקת חסינות. תקלה זו היא כפולה:

ראשית, החסינות פוגעת בשלטון החוק. החוק מופר, מבלי שהמפר מועמד לדיון. קיים יסוד להניח כי עבירה פלילית מבוצעת, מבלי שהדבר יובא להכרעה שיפוטית. הדבר פוגע באינטרסים השונים - הציבוריים והפרטיים - שהחוק המופר בא להגן עליהם; שנית, החסינות פוגעת בעקרון של שוויון הכל בפני החוק. מי שאינו חבר כנסת נושא בתוצאות פעולותיו האסורות, תוך שהוא חשוף לחיפוש ולמעצר. חבר הכנסת אינו חשוף לסיכונים אלה. תקלה כפולה זו קשה היא. המחוקק עצמו היה ער לכך, וניסה להקטין את היקפה. מכאן ההבחנה בין חסינות שניתן לנטלה לבין חסינות שאין לנטלה. בכך ניסה המחוקק עצמו לאזן בין השיקולים הנוגדים השונים... בפרשנו את חוק החסינות, עלינו להניח איזון זה נר לרגלנו. עלינו ליתן אותו פירוש אשר מחד גיסא מבטיח את הפעולה התקינה של בית הנבחרים ואשר מאידך גיסא פוגע במידה הקטנה ביותר בשלטון החוק ובשוויון הכל בפני החוק"¹³

¹² בג"צ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5), 865, 889-890,

בפסקה 33 לפסק דינו של הנשיא ברק

¹³ (בג"צ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4), 169, עמ' 270-271,

בפסק דינו של כב' השופט ברק, כתארו אז).

33. ההשקפה שהחסינות פוגעת בעקרונות חוקתיים איננה מיוחדת רק למשפט הישראלי. פרופ' סוזי נבות, שהנאשם מפנה למאמריה (שלא עולה מהם מסקנה לפיה תיקון 33 אינו חוקתי כטענתם), ציינה שהשקפה זו הובילה לתיקונים בחוקות במדינות זרות:

"חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון הם שהביאו לשינויים בהיקפה של החסינות הדיונית בשנים האחרונות בחלק ממדינות אירופה. תיקונים שנעשו בשנות התשעים בחוקות של צרפת ובאיטליה ביטלו את הצורך באישור הבית לשם הסרת החסינות הדיונית... שינויים אלה הוצדקו בעליה בחשיבותם של עקרון שלטון החוק ועקרון השוויון"¹⁴

הטענה: התיקון נחקק במהירות

34. בטענות הנאשם נטען, שתיקון 33 נחקק במהירות¹⁵. כפי שנבהיר, טענה זו איננה רלבנטית ואיננה נכונה, ואף הנאשם אינו מבסס טענתו זו בנימוקים שבעובדה.

35. טענה שחוק נחקק בהליך מהיר איננה הופכת אותו כשלעצמה לבלתי חוקתי או פגום. הביקורת השיפוטית על תהליכי החקיקה מוגבלת ל"פגם היורד לשורש ההליך", ביטוי המגביל את הביקורת השיפוטית "רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי"¹⁶. הליך חקיקה מזורז – גם במקרה בו היה הליך כזה – אינו פגם המוביל לפסילת החקיקה¹⁷.

36. מכל מקום, גם הטענה העובדתית שתיקון 33 "נחקק בהליך מהיר וללא בדיקה רצינית של השלכותיו החוקתיות"¹⁸ איננה נכונה. לענין זה נפנה לדבריו של יו"ר ועדת הכנסת עם הצגת החוק בפני המליאה, המלמדים על תהליך העבודה הממושך שקדם להצעת החוק¹⁹:

"ענין חסינות חברי הכנסת ספג לפני כשנה או שנה וחצי ביקורת ציבורית חריפה, יש לומר שבחלקה מוצדקת, גם ביקורת שיפוטית. בעקבות כך ישבה ועדת הכנסת על המדוכה בשני חלקים במשך כמעט שנה, ודנה בהצעות שונות שנעו כמעט על פני כל הקשת – מהצעה גורפת וכוללת שדברה על ביטול החסינות עד להצעה שדברה

¹⁴ (סוזי נבות, "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב", משפטים מ' תשע"א, 67, 73, וכן בעמ' 92, 93, 95, 97).

¹⁵ (סעיפים 17, 31)

¹⁶ בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד

נט(2), 14, 42 (2004)

¹⁷ בג"צ 4885/03 הנ"ל

¹⁸ סעי' 31 לטעונים

¹⁹ דברי הכנסת בדיון בהצעת חוק חסינות חברי הכנסת (תיקון 33) מיום 25/7/05, חוברת ל"ה, ישיבה 274 של הכנסת הששה עשר.

על הוצאת החסינות מן הכנסת והעברתה לגופים חיצוניים. חלקם הציעו ועדה מעין שיפוטית ואחרים הציעו ועדה של חכ"לים, חברי כנסת לשעבר, וכיוצא באלה הצעות שונות ומגוונות... זוהי ההצעה שועדת הכנסת גיבשה, דנה בה, וזו ההצעה המשותפת לחבר הכנסת מיכאל איתן, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, וגם לי כיו"ר הועדה"

37. לסיכום ההתייחסות לטענותיו אלה של הנאשם, יפים דבריו של בית המשפט העליון (מפי כבי' השופט דנציגר)²⁰, שלאחר סקירת שלושת השלבים של הבחינה החוקתית, ציין:

" אין חולק כי בשלב הראשון - ביסוס הפגיעה בזכות האדם החוקתית - נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית..."

הטוען לפגיעה בזכות חוקתית אינו יכול להעלות טענות כלליות ולצפות שבית המשפט יעשה את מלאכתו וישלים את החסר בעתירה"

38. מכל האמור לעיל עולה כי, הטענות שתיקון החוק אינו חוקתי כי הוא נוגד את עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק אינן עוברות – ואינן מנסות לעבור – את המשוכה הראשונה. במצב זה, יש לדחותן ואין צורך בהמשך הניתוח החוקתי לגביהן.

ג.2.ב. הטענה שתיקון 33 פוגע בזכות הנאשם להליך הוגן

39. הטענה היחידה בפי הנאשם, שעל פניה מתאימה לשלב הראשון של הבחינה החוקתית, היא שתיקון 33 פוגע בזכותו של חבר הכנסת להליך הוגן, המעוגנת, לטענת הנאשם, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על מנת לבחון טענה זו, יש לבחון האם הזכות להליך הוגן אכן עוגנה בחוק יסוד זה, האם תיקון 33 לחוק החסינות אכן פגע בה?

40. נבהיר כבר כעת כי אין בתיקון החדש כדי לפגוע בזכותו של כל חבר כנסת, לרבות הנאשם להליך הוגן.

41. אין מחלוקת כי קיימת חובה לקיים דיון הוגן בפני הועדה, ובמסגרת זו לשמוע את הצדדים לשאלת החסינות, כלומר את היועץ המשפטי לממשלה וחבר הכנסת עצמו, וחובה זו אף מעוגנת בסעיף 13(ד) לחוק החסינות. עם זאת, המעיין בתיקון 33 כפי שהתקבל בכנסת לא ימצא בו דבר הפוגע בהגינות הדיון בפני ועדת הכנסת; מצמצם את זכותו של חבר הכנסת להישמע בפניה או להביא בפניה תשתית עובדתית רחבה ומהימנה ככל שיחפוץ. התיקון אינו מתייחס לחומר, אותו אמורה הועדה לבחון או לאופן התנהלות הדיון. לפיכך, אין בתיקון דבר הפוגע בזכותו של חבר הכנסת להליך הוגן בפני ועדת הכנסת בענין זה.

²⁰ בג"ץ 6972/07 עו"ד עקיבא לקסר נ' שר האוצר, תק-על 2009(1), 3843, עמ' 3851,

בפסקה 28 (2009).

42. אשר לטענה בדבר התשתית העובדתית המובאת בפני הועדה, תיקון 33 אינו נוגע כלל לשאלה זו, והטענה שהוא פוגע בזכותו של חבר הכנסת להליך הוגן בפני הועדה לא התבססה על הוראה כלשהי מהוראותיו.
43. בסעיף 27 לטעוני הנאשם עולה הטענה, שהתיקון פוגע בזכות להליך הוגן בכך שהוא מונע מחבר הכנסת להשמיע את טיעוניו בפני חברי הכנסת במליאה, ומונע מהכנסת לקבל את התשתית העובדתית הראויה לצורך הסרת החסינות.
44. השאלה אם הדיון מתקיים במליאה או בועדת הכנסת, בוודאי שאינה משליכה על סוג התשתית העובדתית שהכנסת רשאית לעיין בה לצורך הדיון ולצורך קבלת ההחלטה על ידה. לפיכך, אין בעצם התיקון לשנות דבר בענין זה.
45. אמנם, עד לתיקון 33, כדי להסיר חסינות היה צורך בדיון במליאה, בעוד שלצורך דחית בקשה להסרת חסינות די היה בהחלטת הועדה, בעוד שבתיקון 33 נקבע ההיפך. אלא שכפי שלא ניתן היה לטעון, לפני תיקון 33, שדחית בקשת היועץ המשפטי לממשלה להסיר חסינות לא נעשתה בהליך הוגן, לא ניתן לטעון עתה שלא מתקיים הליך הוגן בבקשת חבר הכנסת לקבוע שעומדת לו החסינות אך ורק משום שלפי החוק עתה רשאית ועדת הכנסת לדחות את הבקשה בלא להעביר את הדיון למליאה. כך או כך, לא ברור היכן מעוגנת זכותו החוקתית של חבר הכנסת שהמליאה תדון בענינו בטרם הסרת החסינות, להבדיל מדיון הוגן בועדת הכנסת, ובטעוני ב"כ הנאשם לא הובאה כל אסמכתא משפטית לטענה כזו.
46. **לאור כל זאת, יתבקש בית המשפט לקבוע כי טענתו של הנאשם שתיקון 33 פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן איננה עוברת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ויש לדחותה.**
47. למעלה מן הצורך נציין כי שטענת הנאשם בסעיף 29 לטיעוניו, שהזכות להליך הוגן בהקשר שלפנינו הוכרה בהלכה הפסוקה כזכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, איננה מדויקת. ב"כ הנאשם הפנו בטיעוניהם לפסקי הדין העוסקים רובם ככולם בהליך הוגן במסגרת ההליך הפלילי, דהיינו הליכי החקירה והמשפט, להבדיל מהטענה הנוגעת להליכי הסרת החסינות בכנסת. בפסקי דין אלה לא נקבעה הלכה חד משמעית לפיה הזכות אכן מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו; (בחלקם הודגש שקשה לקבוע את היקפה של הזכות להליך הוגן, שתקנה והיקפה שונים בשיטות משפט שונות)²¹. ולא עלתה בהם השאלה של פסילת חוק הפוגע בזכות זו. לפיכך, לא ניתן להצדיק, על יסוד פסקי דין אלה ואחרים העוסקים בחוקתיות הזכות להליך הוגן בהליך הפלילי (לגבי זכויות בסיסיות של נאשם או חשוד) את פסילת התיקון לחוק בהקשר של ההליכים הנוגעים לחסינות.
48. לסיכום, הנאשם הפנה לפסיקה שעסקה בזכות להליך הוגן במשפט הפלילי עצמו. ברי כי זכות זו של הנאשם, במסגרת ההליך הפלילי עצמו, גם אם היא נובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלל לא נפגעה, וחזקה על בית משפט נכבד זה שיקיים הליך הוגן בו יישמרו זכויותיו

²¹ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006), בפסקה 66 לפסק דינה של כבי' השופטת ביניש (כתארה אז). הדוגמאות המובאות שם הן דוגמאות לזכויות בסיסיות של נאשם, כזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית, הזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות, חזקת החפות, וזכויות נוספות.

של הנאשם, כעולה מהוראות החוק וכפי שנעשה במשפטו של כל נאשם אחר. אשר לזכות להליך הוגן בפני הכנסת טרם ההעמדה לדיון, גם זו לא נפגעה כלל על ידי תיקון 33. הנאשם לא הצביע על זכות חוקתית כלשהי בה פגע תיקון 33, ובפרט לא הראה כי עומדת לו זכות חוקתית לדיון בפני המליאה. טענותיו, לפיהן היה על חברי הכנסת לבחון את הראיות העומדות בבסיס כתב האישום, נוגעות לנושא אליו לא מתייחס כלל תיקון 33. לאור האמור, גם טענתו של הנאשם שתיקון 33 פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן איננה עוברת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ויש לדחותה.

ג.2.ג. האם בפועל נפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן?

49. הטענה שזכותו של הנאשם להליך הוגן בענין החסינות נפגעה, אף ששובצה בין טענות הנאשם לפסלות תיקון 33 לחוק החסינות, איננה כלל טענה חוקתית. זוהי טענה עובדתית (שתיבחן להלן) שאיננה נוגעת לטענה בדבר חוקתיות תיקון 33. עם זאת, מבקש הנאשם לקשור בין שתי הטענות, באמרו שתיקון 33 (שכאמור אינו מכתוב כלל את אופן ניהול הדיון בפני ועדת הכנסת) איפשר את הפגיעה בהליך ההוגן, בכך שמנע אפשרות שמליאת הכנסת תקיים "דיון ראוי" בנושא, ולכן תידון הטענה במסגרת זו.

50. נספח ב' לטעוני הנאשם הינו פרוטוקול הדיון בפני ועדת הכנסת בבקשת הנאשם לקבוע שעומדת לו החסינות. עיון בפרוטוקול זה המתפרש על עשרות עמודים, מעלה שהתקיים דיון הוגן בו ניתנה לנאשם הזכות להציג את טעונו ככל שביקש. בפתח הדיון הציג יו"ר הועדה את ההליך על פי תיקון 33, ואת טענותיו של הנאשם בענין זה (עמ' 3-5). אחריו, נשמעו דבריו של היועץ המשפטי לממשלה (עמ' 5-7). לאחר מכן, נשמעו בהרחבה דברי הנאשם, עד שסיים (עמ' 7-13). לאחר מכן, הגיב היועץ המשפטי לממשלה לטענות הנאשם (עמ' 14-18). בהמשך, הועלו שאלות של חברי הועדה, ולאחר מכן השיב הנאשם לשאלות שהופנו אליו (עמ' 38-41). אחריו, השיב היועץ המשפטי לממשלה לשאלות כלפיו (עמ' 43-41). הדיון נמשך, ובמהלכו נוספו התייחסויות של הנאשם (עמ' 43-44), של היועץ המשפטי לממשלה (עמ' 44-45), של היועצת המשפטית של הועדה (עמ' 45), ולאחר מכן התקיים דיון בו נשמעו התייחסויות חברי הכנסת (עד עמ' 67). בסיום הדיון הודה הנאשם לחברי הכנסת וציין ש"היה דיון עניני, וחשוב שהדברים ישמעו, מכל בחינה ומכל זווית" (עמ' 67). לאחר מכן התקיימה הצבעה, בה נדחתה בקשתו של הנאשם לקבוע שיש לו חסינות ברוב של 9 נגד 2. יוער, שעל פי הפרוטוקול נמשך הדיון בועדה משעה 9:36 ועד שעה 13:50, כלומר לאורך כארבע ורבע שעות.

51. **כיצד ניתן לטעון שדיון כה ממושך, בו נשמעו עמדות הנאשם, היועץ המשפטי לממשלה וחברי הכנסת, דיון שלפי דברי הנאשם היה עניני, הוא דיון בו נפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן? לנאשם פתרונים.**

52. לאור דיון זה, תמוהה הטענה ש"הליך הוגן" משמעותו מתן האפשרות לקיים דיון במליאה בסוגיה זו. דבר בטעוני הנאשם לא מלמד על כך, שניתן היה לקיים דיון הוגן וראוי יותר בפני המליאה, וקשה להאמין שהדבר אפשרי. למעשה, הטענה שהיה צורך בדיון בפני המליאה, חוזרת גם בהקשר זה בלא הנמקה ממשית מדוע יש זכות חוקתית, או זכות אחרת, לדיון כזה, להבדיל מדיון בפני ועדת הכנסת.

53. הנאשם מונה את הפגמים שלשיטתו נפלו בדיון. בעיקר טוען הנאשם, שלא הוצגה לחברי הכנסת "תשתית עובדתית ראוייה" (סעיפים 37-42 לטענותיו), ולשיטתו היה מקום להציג בפניהם חלק מהראיות בתיק.
54. הנאשם טוען, שלא הוצגו בפני הועדה ראיות או מידע הנוגע לטענותיו שמטרת הנסיעה היתה דתית; שהעדות נגדו לפיה נפגש עם ראשי ארגוני טרור אינה מתארת שיחה על נושאים ביטחוניים; לא הוזכרו מקרים אחרים בהם חברי כנסת אחרים לא הועמדו לדין על נסיעות לארצות אויב; לא הוצגו עדויות לפיהן מטרת הנסיעה היתה דתית; ניסיונות שלא צלחו לקבל היתר ועוד. חלק מטענות אלה נשענות על התפיסה לפיה היה על היועץ המשפטי לממשלה להציג ביוזמתו בפני הועדה "תשתית עובדתית" מתוך הראיות בתיק, גישה שכפי שנבהיר בהמשך מנוגדת לפסיקה.
55. מכל מקום, הנאשם רשאי היה להעלות דברים אלה בעצמו בפני הועדה, וכך אף עשה- הנאשם טען בפני חברי הועדה שמטרת הנסיעות הינה דתית (עמ' 8-10 לפרוטוקול); שהמדיניות שאינה נותנת אישורים לנסיעות אלה מפלה (עמ' 9-10); שהוא מופלה לעומת חברי כנסת אחרים שלא הועמדו לדין (עמ' 10-12). עוד טען הנאשם על מהימנות העדות העיקרית נגדו, ושמעדות זו לא עולה שעשה דבר הפוגע בביטחון המדינה (עמ' 12) הוא חזר על טענותיו לאפליה באי מתן ההיתרים לנסיעות אלה, מטרתן הדתית ואפלייתו לרעה בהעמדתו לדין (עמ' 13).
56. היועץ המשפטי לממשלה אף הוא התייחס בהמשך לטענת האפליה במתן ההיתרים (עמ' 14), ולטענת האפליה בהעמדה לדין, ואף התייחס ספציפית לשיקולים בגינם לא הועמדו לדין מספר חברי כנסת אחרים (עמ' 15-16). כן התייחס היועץ המשפטי לממשלה לעבירה של מגע עם סוכן זר שיוחסה לנאשם, והטעים שעל פי החוק עצם המפגש מהווה עבירה, בשל הסיכון הביטחוני שהוא יוצר, ואין צורך להוכיח שבאותו מגע נעשתה עבירה נוספת כגון מסירת ידיעה או הסכמה לשמש כסוכן (16-17). בהמשך, התייחס הנאשם שוב למדיניות האוסרת נסיעות כאלה באופן שרירותי לדעתו, להעדר פגיעה בביטחון המדינה בפגישות שאותן הוא מכחיש (עמ' 38-40). היועץ המשפטי לממשלה התייחס בדבריו לעבירה של מגע עם סוכן חוץ שיוחסה לנאשם, לאופי הבירה בנסיבות המקרה, לעובדה שהנאשם נסע לסוריה בלא היתר (כפי שהודה במפורש) והקשר בין עבירות אלה, לטענת האפליה בין יציאה לסוריה ובין יציאות לסעודיה (עמ' 41-43, וראה עוד בעמ' 44-45, וכן בעמ' 67).
57. מכאן, שהנאשם העלה בפני הועדה את כל הטענות שראה לנכון להעלות, כפי שעשה היועץ המשפטי לממשלה, והנושאים שהוזכרו בסעיפים 35-36 לטעונו הנאשם הועלו בדיון. ניתנה לנאשם אפשרות להתייחס לדברי היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם להשגות ושאלות חברי הכנסת. ואם דיון כה ממושך, שהנאשם העלה בו כל טענה שראה לנכון, השיב לשאלות ולהתייחסות היועץ המשפטי לממשלה, אינו הליך הוגן, לא ברור הליך הוגן מה הוא.
58. למעלה מן הצורך, נבהיר כי לפי הפסיקה, אין מקום להציג בפני חברי הכנסת את התשתית ה**ראייתית** לאישומים, לצורך בחינה אם יש ראיות מספיקות להרשעה. הסתמכותו של הנאשם

על פרשת מייעארי²² איננה רלבנטית, שכן באותו מקרה לא נדונה בקשה של היועץ המשפטי להגיש כתב אישום נגד חבר כנסת. הסתמכות הנאשם על דברי כב' השופט ברק (כתארו אז) בפרשת פנחסי²³ מתעלמת מהעובדה שבאותו פסק הדין שולל השופט ברק במפורש את הדעה לפיה יש לבדוק אם יש ראיות לכאורה לאישום, וקובע ש"אין הכנסת עוסקת בשאלת דיות הראיות. אין היא עוסקת בשאלת החפות או האשמה"²⁴.

59. הדרך בה על ועדת הכנסת להפעיל את שיקול דעתה כשהיועץ המשפטי לממשלה מבקש להגיש כתב אישום נגד חבר כנסת – טרם תיקון 33 – נדונה בבג"צ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נט(5), 865 (2005). בפסק הדין, בפסקאות 36-43, דן כב' הנשיא ברק במפורש בשאלת השיקולים שעל ועדת הכנסת לשקול בדיון על הסרת החסינות. הוא הזכיר גישה בפסיקה לפיה על ועדת הכנסת לבחון את חומר הראיות, וציין שגישה זו נדחתה בפסיקה. בהמשך, אמר הנשיא שועדת הכנסת איננה רשאית לבדוק אם יש בראיות התביעה לבסס את כתב האישום נגד חבר הכנסת, שכן זהו תפקידו של בית המשפט הפלילי, ולא תפקידה של ועדת הכנסת שאין לה את הכלים לכך (בפסקה 41). עם זאת, הנשיא, עימו הסכימו רוב השופטים, לא שלל אפשרות כי לעתים אין מנוס מעיון בראיות לצורך בחינת טוהר שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה.

60. במקרה שלפנינו, פרוטוקול הוועדה מלמד כי הנאשם העלה בפני הוועדה כל עובדה שמצא לנכון להעלות, ולא נמנעה ממנו האפשרות להפנות לכל ראייה, שיש בה, כדי לתמוך בטענתו בדבר החסינות העומדת לו. לאור כל האמור, יש לדחות גם את טענת הנאשם שנפגעה זכותו להליך הוגן בפני ועדת הכנסת.

ד. הטענה: על המעשים המיוחסים לחבר הכנסת חלה חסינות עניינית.

61. לטענת ב"כ הנאשם, ארגון הנסיעה ויציאתו של חבר הכנסת לסוריה הינו מעשה פוליטי מובהק הנופל במסגרת החסינות העניינית. ב"כ הנאשם אף טוענים כי בנוסף לחסינות העניינית, קמה גם חסינות ספציפית מכח הוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות וכי סעי' זה גובר על כל הוראה אחרת, לרבות סעיפי תקנות ההגנה לשעת חירום.

62. לטענת ב"כ הנאשם, מפגשים של חבר כנסת עם גופים אסורים במדינת אויב, אף הם הינם לגיטימיים כל עוד התוכן "אינו בעייתי". מעשיו של הנאשם, לטענתם, נופלים בגדר חופש הביטוי הפוליטי ולפיכך לא הוגדרו בסעי' 1 (א) לחוק החסינות כמעשים אסורים. ב"כ הנאשם טוענים כי הפגישה של הנאשם עם טלאל נאגיי עסקה בנושאים פוליטיים מובהקים, ואין מדובר במגע אסור הכולל העברת מידע בטחוני או דברי תמיכה במאבק מזוין או דברי עודוד למאבק מזוין.

²² בג"צ 620/85 מייעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987),

²³ בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661,

²⁴ שם, בפסקה 47.

63. נבהיר כבר כעת כי אנו סבורים שהמבחנים שנקבעו בפסיקה לתחולתה של החסינות העניינית מובילים למסקנה אחת בלבד, והיא שמעשיו של הנאשם, רובם ככולם, לא זוכים להגנתה של חסינות זו.

ד.1. מהות החסינות המהותית- המסגרת הנורמטיבית :

סעיף 1 (א) לחוק החסינות קובע:

"חבר הכנסת לא יישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה - אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת".

סעיף 1 (א1) אשר הוסף בתיקון 29 לחוק, בשנת 2002, קובע:

1 (א1) " למען הסר ספק , מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת, שיש בהם אחד מאלה אין רואים אותם, לענין 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 למצוא לאומי- אתני

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

64. במקרה שלפנינו, מיוחסת לנאשם עבירה בגין מעשים שעשה, המנוגדים לחוק. לפיכך נתמקד בטיעונינו בסוגיית החסינות המהותית של חבר-הכנסת הנוגעת למעשה אסור שביצע.

65. סעיף 1 (א) לחוק החסינות, המסדיר את החסינות במילוי התפקיד של חבר הכנסת, קבע מבחן פונקציונלי של זיקה לתפקיד בין המעשה האסור לבין פעילותו של חבר-הכנסת. החסינות המהותית מטבעה חלה על מעשים פליליים של חבר כנסת, שאלמלא היה נושא בתפקיד זה, היה עומד בגינם לדין פלילי. אולם לא כל מעשה פלילי של חבר-הכנסת חוסה בצל החסינות העניינית.

66. החסינות במדינת ישראל (גם אחרי תיקון 33 לחוק החסינות) הינה ככל הנראה רחבה מאד בהשוואה לנהוג במדינות אחרות. "חסינות על מעשה אינה מוכרת במדינות העולם", ו"מסקירת חוקותיהן של עשרות מדינות עולה כי רק בשוודיה מופיעה בחוקה המילה 'מעשה'... ממחקר כלל עולמי על חסינויות פרלמנטריות עולה כי אין כלל התייחסות

לאפשרות של הגנה על חבר פרלמנט בשל מעשים שאינם קשורים לחופש הביטוי²⁵. כך, במדינות המשפט האנגלו-אמריקני – אנגליה, ארה"ב, קנדה ואוסטרליה – מוגבלת החסינות למקום פיזי נתון, בדרך כלל בין כתלי בנין הפרלמנט; חסינות המוגבלת למקום פיזי ניתן למצוא באירופה במדינות גרמניה, אוסטריה ויוון. במדינות אחרות החסינות העניינית חלה על פעילות במילוי התפקיד, הכוללת בעיקר הבעת דעה והצבעה (כך בספרד, בלגיה, קרואטיה, איטליה, פולין, פורטוגל, רומניה ושווייץ). מהמחקר במשפט המשווה עולה, שהכיוון במדינות אחרות הוא צמצום החסינות²⁶.

2. ד. התכליות השונות בבסיס החסינות העניינית

67. בבג"צ מיעארי קבע כבוד הנשיא ברק שהענקת החסינות לחבר הכנסת פוגעת בשני עקרונות יסוד חשובים. האחד: עקרון שלטון החוק, שכן החוק מופר מבלי שהמפר מועמד לדין, והשני: עקרון שוויון הכל בפני החוק. לאור זאת הנחה עצמו ביהמ"ש העליון, בהידרשו לפרשנות חוק החסינות, כדלקמן:

" עלינו ליתן אותו פרוש, אשר, מחד גיסא, מבטיח את הפעולה התקינה של בית הנבחרים, ואשר, מאידך גיסא פוגע במידה הקטנה ביותר בשלטון החוק ובשוויון הכל בפני החוק"²⁷.

68. בבג"צ 1843/93 רפאל פנחסי²⁸, פירט הנשיא ברק בהרחבה את העקרונות אותם יש להביא בחשבון בעת מתן פרשנות להוראות חוק החסינות:

א. חוק החסינות מניח כי תפקידו של חבר-הכנסת הוא בביצוע פעולות מותרות בלבד. עם זאת החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה לבין התפקיד של חבר-הכנסת קיימת זיקה העושה את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במסגרת התפקיד.

ב. כדי לקבוע את מהות הזיקה יש לאזן בין תכליות סותרות: האחת היא התכלית הקונקרטי של החסינות המהותית, שהיא הרצון להבטיח את חופש הפעולה של חבר הכנסת. האחרות הן תכליות כלליות הנובעות מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית.

69. מבין התכליות הכלליות שהן רלוונטיות לחסינות המהותית, הצביע הנשיא ברק על שלוש תכליות:

א. שמירה על האופי הדמוקרטי של המדינה- תכלית זו עניינה להדגיש את השמירה על עצמאותו של חבר-הכנסת כחלק מהאפשרות לקיים פעילות פרלמנטרית ראויה הדרושה לשמירה על המבנה הדמוקרטי.

²⁵ סוזי נבות, "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת", משפט וממשל י' תשס"ז, עמ' 593, 619, וה"ש 74.

²⁶ סוזי נבות, "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב", משפטים מ' תשע"א, עמ' 86-88.

²⁷ בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987), דברי הנשיא ברק, עמ' 268.

²⁸ בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1), 661 (להלן: "פרשת פנחסי").

ב. שמירה על שלטון החוק -

"משמעות העקרון הינה כי במדינה בה שולט עקרון שלטון החוק אין איש או גוף שהוא מעל למשפט... **נטילת החוק לידיים, כלומר הפרת החוק, אסורה על כל אדם, על אחת כמה וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמור לשמש דוגמא ומופת לציבור שלו.** הפרת החוק על ידי איש הציבור פוגעת באמון הציבור ברשויות הציבור"²⁹.

ג. השוויון בפני החוק

החסינות העניינית פוגעת בעקרון השוויון, שהרי הכול נותנים את הדין על פעולותיהם האסורות, למעט חברי הכנסת. פגיעה זו היא קשה. תחושת חוסר השוויון הנגרמת בשל החסינות העניינית היא מהקשה בתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה ופוגעת בזהותו העצמית של האדם ובכבודו כאדם.

... השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. הפלייה הרסנית היא לחברה..."³⁰

70. כיצד מאזנים בין התכליות המונחות ביסוד החסינות המהותית ובין התכליות הכלליות? כבוד הנשיא ברק קבע:

"לדיבור ב"מילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" יש ליתן אותה משמעות אשר תגשים את תכליתו. תכלית זו הינה איזון ראוי בין הצורך להבטיח את עצמאותו וחופש פעילותו של חבר הכנסת, ובכך גם את פעולתה התקינה של הכנסת והדמוקרטיה הישראלית, תוך פגיעה מועטה ככל האפשר בשלטון החוק, ובשוויון הכלל בפני החוק, כפי שמתבקש במדינה דמוקרטית"³¹.

א. המבחן שנקבע ע"י הנשיא ברק - מבחן מתחם הסיכון

כב' הנשיא ברק קבע שתפקידו של חבר הכנסת משתרע על פני 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 מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה"³².

כדברי הנשיא:

²⁹ פרשת פנחסי, עמ' 682.

³⁰ 'פרשת פנחסי', עמ' 683.

³¹ פרשת פנחסי, עמ' 684.

³² פרשת פנחסי, עמ' 687.

”סביב תפקידו כדין 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.

”החסינות לא נועדה לעודד את חבר הכנסת לבצע פעולות אסורות. מטרתה לעודד אותו לפעול כראוי בביצוע תפקידיו כחבר הכנסת. עם זאת, היא נועדה למנוע מצב דברים שבו חבר הכנסת נמנע מביצוע פעולות מותרות בשל החשש כי הן תגלושנה, בשוליהן, לעבר פעולות אסורות. החסינות ”מכסה” שוליים אלה.”

..”החסינות העניינית מוענקת לחבר הכנסת לעניין כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של חבר הכנסת, ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה בו ומהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר-כנסת נתון לו.”

ב. המבחן שנקבע ע”י כב’ השופט גולדברג- מבחן הרלוונטיות

כב’ השופט גולדברג סבר שיש להבחין בין מעשה לבין הבעת דעה: ככל שהדבר נוגע למעשה שעשה חבר הכנסת, יש לפרש את סעי’ 1 לחוק החסינות בצמצום, באופן שהחסינות תתפרש רק על מעשה המהווה עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה, כגון עבירות רשלנות ועבירות אחריות קפידה. כב’ השופט גולדברג קבע:

”הרלוונטיות מתקיימת רק כשהפעולה(הבעת דעה או מעשה אחר) משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ולשמו נבחרו חברי הכנסת”

”..הצורך כי חבר כנסת יבצע עבירה ע”י מעשה אחר, כדי למלא את תפקידו או למען מילוי תפקידו, מחייב לכן לפרש את סעי’ 1 לחוק (ככל שהוא נוגע למעשה אחר) על דרך הצמצום.

לאור משניותה של דרך הביטוי באמצעות מעשה אחר (שאינו הבעת דעה) להבטחת תקינותו של הליך הדמוקרטי, יש מקום לפרוש את החסינות רק על מעשה המהווה עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה (דוגמת עבירת רשלנות ועבירות של אחריות קפידה)³³ ... פרשנות מרחיבה פירושה מתן היתר לחבר כנסת לרמוס את החוק במתכוון ולחסות בצילה של החסינות ולא לכך נועד סעי’ 1 לחוק”³⁴.

ג. המבחן שנקבע ע”י כב’ הנשיא שמגר - מבחן הזיקה המהותית

³³ פרשת פנחסי, עמ’ 722.

³⁴ פרשת פנחסי, עמ’ 723.

"המבחן הוא בהיותו של המעשה המהווה עבירה, חלק - אם כי פסול - ממילוי התפקיד כדין ומשולב בו".

כב' הנשיא שמגר קבע שעבירה העומדת על רגליה היא, ואינה תופעה נגררת ומשנית של מילוי תפקיד כדין אינה מעניקה חסינות, כי לא לתכלית זו קבע המחוקק את ההוראות בעניין החסינות³⁵. מדברי כב' השופט שמגר ניתן ללמוד, כי גם לגישתו אותו מעשה עצמו יכול שיהיה מוגן אם נעשה בשגגה, ולא מוגן אם נעשה במתכוון, מתוך כוונה לנצל את החסינות.

71. **עיון בשלושת המבחנים שצויינו לעיל מלמד, לגרסתנו, על תמימות דעים בקרב השופטים לפיה מעשה בלתי חוקי, שנעשה באופן מכוון ומודע, אינו חסין.**

72. עפ"י מבחנו של כב' השופט ברק, לא יחשב מעשה זה חסין מאחר ומדובר בהתנהגות פלילית שתוכננה מראש, ולא ביגלישה הנופלת בימתחם הסיכון שיוצרת הפעילות הטבעית של חבר-כנסת. עפ"י המבחן של כב' השופט גולדברג, המעשה לא יחשב חסין שכן, לתפיסתו, חסינות מהותית נפרשת רק על עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה, ולא על מעשה מכוון ומודע. לאותה מסקנה נגיע גם בהפעילנו את מבחנו של כב' הנשיא שמגר, שכן לא מדובר בעבירה נגררת ומשנית של מילוי התפקיד, אלא בעבירה עצמאית "העומדת על רגליה היא".

73. **בבג"צ רן כהן**³⁶ עלו מחדש אמות המידה הראויות לקביעת היקפה של החסינות העניינית. באותו ענין פנה חבר הכנסת כהן ליועץ המשפטי וביקש שיגיש בקשה ליטול את חסינותו של חבר, דאז, נתניהו, לאחר שבדיון בהצעת אי אמון בכנסת, ביקש נתניהו להוכיח שיש בידי מסמך המוכיח את טענותיו, וחשף פרטים מתוך מסמך מסווג. היועץ המשפטי לממשלה סירב לעשות כן והוגשה עתירה לבג"צ.

74. **כב' הנשיא ברק כתב בפסק הדין, לו הסכימו שני שופטי ההרכב הנוספים:**

"חבר הכנסת נתניהו לא תכנן מראש את הקראת המסמך. הוא נגרר לכך בעקבות תשובתו של שר החוץ. היתה זו תגובה ספונטנית לטענה שהועלתה... הקראת המסמך אינו אירוע העומד בפני עצמו. היא גם לא נשתזרה מראש בדבריו של נתניהו, באופן שניתן לראות בה חלק מתכנון מוקדם. הפעילות המותרת של חבר הכנסת היא נאומו בכנסת... הגילוי הבלתי חוקי של המסמך הוא סיכון טבעי שלפניו ניצב הנואם... זוהי אותה גלישה מהמותר לאסור, המאפיינת סיכון כרוך וטבעי לתפקידו של חבר הכנסת".

75. בבג"צ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נגד ועדת הכנסת, בעניינו של חבר הכנסת גורולובסקי³⁷ הוגשה עתירה על החלטת ועדת הכנסת. באותו ענין, ביקש היועץ המשפטי

³⁵ פרשת פנחסי, עמ' 728.

³⁶ בג"צ 6151/95, ח" כ רן כהן נ' שמואל כהן, פד"י מ"ט (5), 245.

³⁷ בג"צ 11298/03, התנועה למען איכות השלטון נגד ועדת הכנסת, פ"ד נט (5) 565. (להלן: "פרשת גורולובסקי")

לממשלה להגיש כנגד חבר הכנסת כתב אישום על הצבעה כפולה שהצביע עבור חבר כנסת אחר שנעדר מהמליאה. בבית המשפט העליון טען חבר הכנסת שמעשהו חוסה תחת כנפי החסינות העניינית, שכן התנהגותו מהווה חלק מליבת הפעילות הפרלמנטרית. שבעת שופטי ההרכב התייחסו למבחנים שנקבעו בפרשת פנחסי, וקבעו, בהתאם, כי לא עומדת לחבר הכנסת חסינות עניינית³⁸.

כב' הנשיא ברק, אשר חזר על התכליות המונחות ביסוד החסינות, והאיזון הנדרש בין תכליות אלו, כדי להבטיח פגיעה מועטה ככל האפשר בשלטון החוק ובשוויון הכל בפני החוק, סקר את שלושת המבחנים, שנקבעו בפרשת פנחסי.

כבוד הנשיא קבע שבפרשת פנחסי ובפרשת כהן הביאו שלושת המבחנים לתוצאה זהה, שכן לכלם יסודות משותפים. שלושתם מבוססים על התפיסה כי הפעולה האסורה של חבר הכנסת אינה חלק מתפקידו, וכי נדרשת לשם החלתה של החסינות העניינית, זיקה בין הפעולה האסורה לתפקידו כחבר כנסת. הנשיא קבע :

"לדעתי, המבחן שהתקבל על דעת שלושת מחברי ההרכב בפרשת פנחסי הוא מבחן "מתחם הסיכון המקצועי"... **אין הוא מכיר בהפרת החוק והפגיעה בשלטון החוק, כערך בפני עצמו אלא כתוצר לוואי- בעייתי כשלעצמו- שיכול שינבע לעיתים מפעילות מותרת של חבר הכנסת.**

כב' הנשיא, שקבע שהתנהגותו של חבר הכנסת גורר לובסקי לא היוותה חלק מהסיכון המקצועי של חבר הכנסת קבע שהיה מגיע לאותה תוצאה לו היה מפעיל את המבחנים אחרים.

כב' השופט תשין קבע שאין לדעתו להעדיף דווקא את מבחנו של הנשיא ברק על פני שני האחרים, ולגופו של ענין קבע כי מעשה שהחוק רואה בו זיוף בנסיבות מחמירות ומרמה והפרת אמונים אינו יכול להיחשב כמעשה שעשה חבר כנסת במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו.

כב' השופט רבלין, אשר קיבל את מבחן הסיכון הטבעי כמבחן מכריע קבע :

"פעולה של חבר כנסת שיש בה משום גלישה לביצוע בלתי ראוי ובלתי חוקי של תפקידו זוכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים שבהם הפעולה נופלת למתחם הסיכון הטבעי שהפעילות החוקית שחבר כנסת יוצרת מטבעה. גישה זו מבטיחה כי החסינות העניינית לא תשמש היתר לניצול תפקידו של חבר הכנסת לרעה".

כב' השופטת פרוקצ'יה קבעה כי מבין שלושת המבחנים מבחן הסיכון הטבעי מבטא בצורה השלמה את נקודת האיזון הראויה בין הערכים הנוגדים :

"חשיבותו של מבחן זה שהוא מוסיף מימד מעבר לרלוונטיות ולזיקתה המהותית של הפעולה האסורה לפעולה המותרת, בהדגישו את האופן שבו מתבצעת הפעולה האסורה, קרי: גלישה בלתי מתוכננת לביצוע מעשה בלתי ראוי ובלתי חוקי, אגב ביצוע התפקיד כדין, כאשר יש זיקה עניינית הדוקה ביניהם, וכאשר המעשה האסור הוא בחינת סיכון טבעי, הנלווה לביצוע התפקיד כדין.

כב' השופט לוי הצטרף וקבע:

"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."

כב' השופטת בייניש קבעה כי מבחן מתחם הסיכון הטבעי הוא המבחן המגשים באופן המיטבי את האיזון הראוי בין התכליות השונות, שכן הוא "מצמצם את החסינות לליבה של התפקיד הפרלמנטרי הלגיטימי של חבר הכנסת ולשוליים אליהם עלול הוא להיגרר במסגרת מילוי תפקידו".

76. **עינינו הרואות, כי ישנה תמימות דעים בין כל שופטי בית המשפט העליון, לפיה חסינות עניינית תחול רק על מעשים אסורים שבוצעו בשוליים של מעשה שביצע חבר הכנסת אגב ביצוע תפקידו כדין; החסינות תחול על מעשה אסור שעבר תוך ביצוע גלישה בלתי מתוכננת, היכולה להיחשב כתוצר לוואי למעשה לגיטימי. רק מעשה נגרר זה ייחשב כחלק ממתחם הסיכון הטבעי, הכרוך בתפקיד. מעשה עבירה שביצע חבר הכנסת העומד בפני עצמו, ואשר לא בוצע כתוצאה נגררת למעשה שביצע כדין לא יעניק לו חסינות עניינית!**

77. פסק הדין הבא שניתן ע"י בית המשפט העליון ודן בסוגיית החסינות הינו בג"צ 11225/03, בעניינו של עזמי בשארה, שכיהן באותה עת כחבר כנסת

חבר הכנסת בשארה הועמד לדין על עבירה של תמיכה בארגון טרור מכח סעי' 4 לפקודה למניעת טרור³⁹, בגין שני נאומים שנאם בריש גלי, האחד בארץ והשני בסוריה⁴⁰.

שופטי העליון קבעו בדעת רוב כי עומדת לו החסינות העניינית, כשהם מייחסים משקל מכריע לעובדה שאת העבירה המיוחסת לו ביצע אגב נאומים פוליטיים, שהינם כלי העבודה הטבעי של חבר הכנסת.

כב' השופטת חיות, שהיתה בדעת מיעוט, פירשה את המונח: "מתחם הסיכון הטבעי" באופן הבא:

³⁹ סעי' חוק שנמחק מהפקודה מאוחר יותר

⁴⁰ בעת מעשיו אלה לא נחשבה נסיעתו לארץ אויב עבירה על פי חוק מכח פטור שהוענק לחברי כנסת בסעי' 17 (ג) לתקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל), אשר בוטל לאחר מכן. כמו כן מאחר שהשתתף במפגש המוני, הקימו מעשיו עבירה של מגע עם סוכן זר, או כל עבירה ביטחונית אחרת.

"על חבר הכנסת ככלל לבצע את תפקידו במסגרת החוק, תוך הקפדה על קיומו. עם זאת מעניק חוק החסינות לחבר הכנסת "חגורת ביטחון" באותם מקרים בהם גלש במילוי תפקידו הטבעי של פעילותו כחבר כנסת. חגורת ביטחון זו נועדה להגן על העצמאות ועל חופש הפעולה של חבר הכנסת לבל יירתע מהצבעה, מהבעת דעה ומעשיית מעשים הקשורים קשר בל ינתק לתפקידו, בשל החשש שהוא עלול לעמוד על כך לדין. לעומת זאת, אין החסינות העניינית מיועדת להגן של פעילות אסורה, מתוכננת מראש, שמבצע חבר כנסת תוך ניצול מעמדו זה (ראן פרשת פנחסי, 687) כמו כן מוצאת מתחומי החסינות העניינית פעילות אסורה של חברי הכנסת המסכנת את הדמוקרטיה והחותרת תחת יסודות קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. גישה זו נובעת מן ההכרה שהדמוקרטיה הישראלית כדמוקרטיה מתגוננת רשאית להציב "קווים אדומים"⁴¹, אותם אל לחבר הכנסת לחצות, ואם חצה, לא תעמוד לו חסינות עניינית".

השופטת חיות קבעה כי התבטאויותיו של עזמי בשארה חצו את הקו האדום, המסמן את גבול הסובלנות שמוכנה הדמוקרטיה הישראלית לגלות כלפי אנשי ציבור ואין מקום להעניק חסינות עניינית בגינן. בסוף דבריה כתבה:

"אודה ולא אכחד, המסקנה שאין להעניק חסינות עניינית העותר בשל נאום פוליטי, שהינו כרגיל כלי העבודה הטבעי העומד לרשותו לצורך מילוי תפקידו, אינה קלה כלל ועיקר, אולם בעיני אין מנוס מכך, נוכח העובדה שמדובר בהבעת דעה סדורה ומחושבת מראש בשתי הזדמנויות, הניצבות בטבורו של המתחם האסור- תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור- והרחק הרחק מעבר לקו האדום אותו הציבה הדמוקרטיה הישראלית כהגנה על עצם קיומה".

כב' הנשיא ברק קבע שדברי חבר הכנסת בשארה לא הגיעו כדי תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור, ולכן לא נפלו בגדר האיסור הקבוע בתיקון 29. בבואו לבחון האם נעשו התבטאויותיו "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" קבע הנשיא, כי מתחם הסיכון הטבעי התקיים, אך ציין כי מדובר ב"מעשים המתקרבים אל קו הגבול שמעברו לא ניתן יהיה לומר שנפלו לגדר הסיכון הטבעי הכרוך במילוי תפקידו של חבר כנסת". הנשיא ציין שלא בנקל הגיע למסקנה זו, משלושה טעמים:

⁴¹ בהקשר ל"קווים האדומים" נפנה בהמשך- אם יראה בית המשפט לנכון להתייחס לראיות שהוגשו- ל"קווים האדומים" של חבר כנסת, עליהם הכריז הנאשם עצמו.

"ראשית, ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת בשארה נאמרו במסגרת נאומים פוליטיים אותם נאם. הנאומים עסקו בנושאים מדיניים פוליטיים.. נמשכו הרבה זמן, ובמהלכם נאמרו דברים רבים. אין לומר שהדברים [שמיוחסים לעותר בכתב האישום] היוו חלק מרכזי בנאומים... ולא ניתן לאמר שמטרתם העיקרית של נאומים אלה היתה תמיכה בארגון טרור. שנית, העבירה בה מאשם העותר היא עבירה הקשורה בחופש הביטוי. אף לענין זה יש חשיבות בקביעת גבולותיו של "מתחם הסיכון הטבעי". וזאת לנוכח מרכזיותו של הביטוי במילוי תפקידו של חבר הכנסת. שלישית, לנוכח הלשון הרחבה בה מנוסחות, בדרך כלל, העבירות הקשורות בחופש הביטוי, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, המרדה, ואמירת דברי שבח לארגון טרור, ישנו חשש שאם יהיו חברי הכנסת חשופים לאישומים פליליים אלה, יהיה בכך כדי לצנן את יכולתם להתבטא ללא חשש, גם במקרים בהם דבריהם אינם מהווים עבירה פלילית. תוצאה זו תפגע בחופש הביטוי הפרלמנטרי ובחירויות היסוד הפוליטיות הקשורות בו"

"...אכן עבירת הקשורות בחופש הביטוי כרוכות מטבען ומטיבן בביצוע תפקידו של חבר הכנסת. הביטוי הפוליטי- הנאום, המאמר והראיון הם כלי עבודתו העיקריים של חברי הכנסת..."

78. **השופט ריבלין, אשר היה אף הוא בדעה שהתבטאויותיו של בשארה חוסות בתחום החסינות העניינית, נימק זאת באופן הבא :**

" בהקשר הזה אני רואה חשיבות רבה ביותר לעובדה שמדובר בעבירות הנסבות 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". השילוב בין תחום הפריסה הרחב ששל העבירות הקשורות בחופש הביטוי, ובין מהות תפקידו של חבר הכנסת- במיוחד זה המשתייך לקבוצת מיעוט באוכלוסיה- בסיכון אינהרנטי של כניסה לתחום העבירות. כל אלה מלמדים כי החסינות מפני העמדה לדין, מקום בו מדובר בעבירות של ביטוי, צריכה להיות רחבה יותר".

... "כאשר מדובר היה בפעילות שונה, כך למשל לגבי רישום 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 ביודעו שהצהרתו כוזבת, ומתוך כוונת תרמית, הוא ימנע ממילוי כדן של דינים וחשבונות אלה" (פנחסי, 692) **לא כך הוא ביחד לעבירות של ביטוי כגון עבירות של הסתה ואפילו אמירת דברי שבח ואהדה לארגון טרור".**

מן הכלל אל הפרט :

79. המבחן הראשון שצריך לבחון הוא האם נופלים מעשיו האסורים של חבר הכנסת לגדר האיסורים הקבועים בסעיף 1(א) לחוק החסינות כפי שהתווסף לחוק בתיקון 29, שאז המסקנה היא שלא עומדת לו החסינות העניינית.

הסעיף קובע כאמור :

א 1- "למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינן אקראיים, של חבר כנסת 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.

80. על פני הדברים, סעיף 1(א) לחוק החסינות עוסק בעיקר בביטוי דעות, אם בהתבטאות מילולית, ואם במעשה. כך עולה בבירור מנוסח החלופות בסעיפי המשנה המתחילים לביטוי השקפות שונות. רק בחלופה של "תמיכה במאבק מזוין או במעשי טרור", יכול להיות מעשה שיש בו תמיכה אקטיבית (כגון מימון טרור) שאיננו מבטא דעה גרידא. מכיוון שבמקרה זה, הנאשם אינו מואשם בהתבטאויות או מעשים הנכנסים בגדר אחת החלופות, סעיף 1(א) לחוק החסינות כלל איננו רלבנטי.

81. ביום 9.7.08 נכנס לתוקף תיקון מס' 39 לחוק יסוד : הכנסת (ס"ח התשס"ח, עמ' 626), בו נקבע :

" 1. בחוק יסוד : הכנסת בסעיף 7 א, אחרי סעיף קטן (א) יבוא :

(1א) לענין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדן בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת מועמדים לכנסת כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת".

2. הוראות חוק יסוד הכנסת כנוסחו בחוק יסוד זה יחולו לגבי שהייה במדינת אויב כאמור בסעיף 7 א (1א) לחוק-יסוד: הכנסת, כנוסחו בחוק יסוד זה, שאירעה ביום תחילתו של חוק יסוד זה ואילך."

82. לו ביצע הנאשם את המעשים המיוחסים לו לאחר כניסת תיקון זה לתוקף, היה בכך לתמוך בטענה אפשרית לפיה, בהיקש מסעיף זה, יש לראות נסיעה למדינת אויב כתמיכה במאבק מזויין נגד מדינת ישראל, במובן סעיף 1(א) לחוק, אך משנחקק סעיף זה אחרי מעשיו של הנאשם, לא ניתן להקיש ממנו לתחולת סעיף 1 (1א) לחוק.

83. עם זאת, בעת ההכרעה בשאלה האם קמה לנאשם החסינות העניינית, אין להתעלם מהעובדה שבהוראת חיקוק זו, לפיה מי ששהה במדינת אויב שלא כדין ייחשב כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזויין נגד מדינת ישראל, הביעו חברי הכנסת את דעתם, לפיה יציאה שלא כדין למדינת אויב אינה חלק ממילוי תפקידו של חבר הכנסת, או מעשה שנעשה למען מילוי תפקידו.

84. ב"כ הנאשם טוענים שתיקון מס' 29 מנה את אותם מעשים והתבטאויות בלעדיים שלא יכללו במסגרת החסינות העניינית, ואין בלתם. על פי טענה זו, מדובר בהסדר שלילי, ולפיכך אם לא עונים מעשיו של הנאשם על אחד מסעיפי המשנה שבסעיף 1 (1א) לחוק החסינות, המסקנה היא שעומדת לו החסינות העניינית.

85. טענה זו יש לדחות מכל וכל. ראשית, נפנה ללשון הסעיף, שקובעת:

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

הביטוי: "למען הסר ספק", שהוא חריג מאד בחקיקה הישראלית, מלמד כי המעשים האסורים שנקבעו בסעיף 1(א) לחוק אינם בבחינת רשימה סגורה. מילים אלה מלמדות שהמעשים, לרבות ההתבטאויות, העונים על אחת מהאפשרויות המפורטות בסעיף-ללא ספק לא יזכו להגנה של החסינות העניינית. ברור כי אין בכך כדי ללמד שכל מעשה שאינו כלול בסעיף זה הינו חסיין.

86. מעבר ללשון הסעיף, נפנה לדברים של כב' הנשיא ברק, בפסק דין בשארה, התומכים חד משמעית בעמדתנו זו. כב' הנשיא הבהיר בפסק דינו את אופן הניתוח המשפטי הנדרש בעת בחינת תחולתה של חסינות עניינית:

" האם ניתן לראות בהתבטאויות העותר תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור? אם התשובה לשאלה זו תהיה בחיוב, יסתיים דיוננו במסקנה שדבריו של העותר נופלים לגדר האיסור הקבוע בתיקון 29, ולפיכך לא עומדת לו החסינות העניינית. **אם התשובה לשאלה זו תהיה בשלילה. מסקנתנו תהיה שתיקון מס' 29 לא חל על המקרה שבפנינו ויהיה עלינו לבחון האם חוסות התבטאויותיו תחת החסינות העניינית, בהתאם למבחנים המקובלים עלינו בהקשר זה"**

87. **המסקנה הינה שיש לבחון את מעשיו של הנאשם בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה, וכך נעשה.** מבחנים אלה ייושמו על ידי ועדת הכנסת והיועץ המשפטי לממשלה הן באשר ליציאתו של הנאשם שלא כדין למדינת אויב ועבירת הסיוע לאחרים לעשות כן, והן באשר לעבירות המגע עם סוכן זר.

ה. שאלת תחולתה של החסינות העניינית על עבירת היציאה שלא כדין למדינת אויב והסיוע לאחרים לעשות כן.

ה.1. דיון על פי העובדות המתוארות בכתב האישום

88. להבנת המאשימה, בשלב זה אין בית המשפט אמור לדון בראיות המבססות את העובדות המתוארות בכתב האישום. מחלוקת ביחס לעובדות אלה אמורה להתברר בשלב שמיעת הראיות, עת יובאו ראיות אלה באמצעות עדים על פי דיני הראיות המקובלים. כפי שניתן לטעון כטענה מקדמית ש"כתב האישום אינו מגלה עבירה", על בסיס נוסח כתב האישום, אך לא ניתן לטעון כטענה מקדמית ש"הראיות בתיק אינן מבססות את הנטען בכתב האישום". לכן, הדיון בטענת החסינות אמור בשלב המקדמי להתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום, כאילו אינן שנויות במחלוקת, כאמור בסעיף 1 לטעוני הנאשם.

89. פקודת הארכת תוקף לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תשי"ט - 1948 (להלן: "**הפקודה**"), קובעת – בסעיף 5 לתוספת - איסור על יציאת אדם לאחת הארצות המפורטות בסעיף 2(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד - 1954 (להלן: "**חוק ההסתננות**"), אלא בהיתר משר הפנים או מראש הממשלה, וכן איסור על כניסתו של אזרח ישראלי או תושב ישראלי בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה, אלא בהיתר כאמור. סוריה הינה אחת המדינות המצוינות בסעיף 2 (א) לעיל, ולפיכך יציאה אליה מותנית בקבלת היתר שר הפנים או ראש הממשלה.

היתר כזה ניתן רק לאחר בדיקת גורמי בטחון (השב"כ והמשטרה), ובכפוף לפיקוח גורמי הביטחון במעבר הגבול ביום היציאה.

90. לנאשם מיוחסת עבירה של כניסה שלא כדין לארץ אויב, עבירה על סעי' 5 סייפא לתוספת לפקודה, וכן עבירה של סיוע ליציאת אזרחים רבים שלא כדין וללא היתר, עבירה על סעי' 18(ד) בצרוף סעי' 18(א) וסעי' 5 לתוספת לפקודה.

91. על פי המיוחס לנאשם בכתב האישום, בחודש יולי 2007 פנה הנאשם לשר הפנים בבקשה לאשר יציאת כהני דת דרוזים אזרחי ישראל לסוריה, אולם **קיבל תשובה כי מטעמי ביטחון לא ניתן היתר כמבוקש**. על אף האמור לעיל, חבר הנאשם, עובר לחודש ספטמבר 2007, לשמונה אנשי דת דרוזים במטרה לארגן עמם נסיעה של קבוצת אנשי דת דרוזים לסוריה. הנאשם ריכז את רשימות הנוסעים והעבירן לעזמי בשארה על מנת שהנ"ל יסדיר את אישורי הכניסה לסוריה. עובר ליום 6/9/07, הגיע הנאשם יחד עם 282 נוסעים באוטובוסים מישראל לירדן, שם הועברו את דרכוניהם, בתיווך הנאשם לשגרירות הסורית, לצורך הוצאת אישורי הכניסה לסוריה. לאחר קבלת אישורי הכניסה נכנס הנאשם ביום 6/9/07 לסוריה, יחד עם יתר הנוסעים, דרך מעבר שיח חוסיין, ללא שקיבל היתר יציאה משרד הפנים. עברו ועבור יתר הנוסעים, ועל אף שידע כי נדרש היתר כזה על פי חוק. בין התאריכים 6/9/07 ל 13/9/07 שהה הנאשם בסוריה, ויתר הנוסעים שהו אף הם בסוריה, בסיועו, לתקופה של כשבוע ימים.

92. **האם יציאה של חבר כנסת שלא כדין למדינת אויב בנוסף לארגון יציאה שלא כדין של כ 300 איש יחד עמו הינם מעשה הנכנס ל"מתחם הסיכון הטבעי" שלו כחבר כנסת? לטענת ההגנה, ארגון הנסיעות לסוריה ע"י הנאשם היווה פעולה במילוי תפקידו כחבר כנסת ו/או למען מילוי תפקידו; הוא סייע לאחרים לבקר בסוריה לשם מצוות דתיות, כנציגם בפרלמנט, ומכאן שקמה הזיקה למילוי תפקידו. ההגנה, אם כן, אינה חולקת על כך שהיציאה לסוריה, לרבות ארגון הנסיעות בוצעו ע"י הנאשם במודע, ובמכוון.**

93. בפרשת פנחסי נתן כב' הנשיא ברק מספר דוגמאות שיש בהן כדי להסביר את מבחן "מתחם הסיכון הטבעי"⁴². נפנה לאחת הדוגמאות הרלוונטיות יותר לענייננו, **אם כי כולן מבהירות כי פעולה מתוכננת של חבר כנסת, המנוגדת לחוק, לא תקנה לחבר הכנסת חסינות עניינית:**

"חבר כנסת משתתף בהפגנה למען ענין הקשור במצע מפלגתו. להפגנה ניתן היתר כדין. בשלב מסוים מאבדים מארגני ההפגנה השליטה עליה, והיא הופכת הפגנה אסורה. חבר הכנסת, בלהט הפעילות, ממשיך להשתתף גם בהפגנה האסורה. החסינות העניינית תעמוד לו. לא כן, אם חבר הכנסת מתכנן מראש השתתפות בהפגנה בלתי חוקית."

94. בפרשת גורולבסקי ציין הנשיא ברק דוגמא נוספת שנתן השופט גולדברג בפרשת פנחסי:

" אם חבר כנסת משתתף בהתקהלות בלתי חוקית, ביודעין אין מקום לסווג עבירה זו כעבירה בת חסינות, וודאי שהוא הדין לגבי חבר כנסת שהפר צו עיכוב יציאה מן הארץ כדי להשתתף במשלחת של הכנסת, ואין נפקא מינה אם דבר הצו נודע לו בעת שהגיע לשדה התעופה או קודם לכן."

95. **המסקנה המתבקשת מהחלת מבחן מתחם הסיכון הטבעי, הינה שלא חלה על העבירות שביצע הנאשם חסינות עניינית. מעשיו הבלתי חוקיים עומדים בפני עצמם, ואינם מהווים**

⁴² ובהגדרתו אז: "מבחן הסיכון המקצועי". הנשיא חזר ופירט דוגמאות אלה גם בפרשת גורולובסקי,

מעשה נגרר או שולי לפעולה כדין שביצע כחבר כנסת. אין במעשים אלה כל גלישה, כי אם פעולה מתוכננת המנוגדת לחוק.

96. ב"כ הנאשם טוענים שבית המשפט העליון בבג"צ 2390/10, **חליחל נגד שר הפנים**, קבע שנסיעה למדינת אויב למטרה לגיטימית אינה אסורה כשלעצמה. במה דברים אמורים? **באזרח שפנה, על פי חוק, לקבל היתר יציאה** לביירות ונענה בשלילה. בית המשפט העליון שבחן את החלטת שר הפנים קבע שנפלו שני פגמים בהחלטת השר, וקיבל העתירה.
97. האם אין זו הנחה מובנית בסעי' 5 לתקנות שבקשה לקבלת היתר ליציאה למדינת אויב יכולה גם להיענות? כל בקשה נבחנת לגופה, ואם החלטת הרשות המבצעת שגויה, פתוחה הדרך בפני המבקש לעתור לבג"צ.
98. במקרה שלפנינו, הנאשם פנה במכתב לשר הפנים וביקש את אישורו ליציאה מאורגנת לקבוצה המונה 300 איש. כשנענה כי בקשתו נדחת מנימוקי ביטחון, לא פעל כחליחל, כי אם עשה דין לעצמו וביצע העבירות המיוחסות לו. **האם יש בדוגמא שהפנתה ההגנה ללמד שהנאשם זכאי היה לעשות כן?**
99. טוענים ב"כ הנאשם ש"אין זה מקרה שעד להגשת כתב אישום זה מעולם לא הועמד לדין אף חבר כנסת על עצם יציאתו למדינת אויב".
100. לענין זה נשיב שעד לתיקון בתקנות, בשנת 2002, אשר ביטל את הפטור שהוענק לחברי הכנסת בקבלת היתר יציאה למדינת אויב, לא ניתן היה להגיש כתב אישום בגין יציאתם של חברי כנסת ללא היתר.
101. מלבד זאת ליועץ המשפטי לממשלה נתון תמיד שיקול הדעת אם להגיש כתב אישום. החלטה על הגשת כתב אישום כנגד חבר כנסת אינה דבר של מה בכך. במקרה זה, כשהיציאה שלא כדין כרוכה היתה בארגון יציאה שלא כדין של מאות נוספים, **ובביצוע עבירות ביטחון**, ההחלטה היתה החלטה ראויה, ואין לפיכך כל מקום להשוות מקרה זה ליציאות של חברי כנסת אחרים שלא ביצעו עבירות נלוות אחרות, אשר לגביהם הסתפק היועץ המשפטי בהליך משמעותי בפני ועדת האתיקה של הכנסת. **(מצ"ב החלטת ועדת האתיקה מיום 14.9.09 בעניינם של חבר הכנסת אחמד טיבי וג'מאל זחאלקה בגין יציאתם לסוריה והחלטה שהופצה לחברי הכנסת בנוגע להחלטה זו, ומסומנות נספחים 1ז ו 2ז).**
102. באי כח הנאשם טוענים שכנגד חבר הכנסת בשארה לא הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של סיוע לאחרים בנסיעה לארץ אויב, ובכך רומזים לאפלייה⁴³. טענה זו פשוט אינה נכונה! כתב האישום כנגד בשארה **ייחס** לו עבירה של סיוע לאחרים לצאת למדינת אויב שלא כדין, בה בשעה שאישום על יציאתו שלו לא ניתן היה להגיש בשל הפטור היה קבוע בתקנות. בית משפט השלום בנצרת, שבפני נדון התיק, קבע שעולה ספק שמא הפטור שבתקנות פוטר אותו אף מעבירת הסיוע לאחרים לעבור עבירה. בשארה נהנה מהספק וכתב האישום בוטל.

⁴³ סעי' 932 לטענות ההגנה

במקרה שלפנינו, הנאשם כבר לא יכול להנות מהספק שכן סעי' 17 (ג) אשר העניק את הפטור⁴⁴, בוטל בשנת 2002, שנים רבות לפני שביצע הנאשם את העבירות המיוחסות לו, ואין ספק שהוא, כחבר כנסת וכעורך דין במקצועו, היה מודע לכך היטב.

103. **לסיכום**, נטען כי כחבר בגוף המחוקקים יכול היה הנאשם לנקוט בדרכים חוקיות על מנת לקדם את האינטרסים של הציבור אותו הוא מייצג. במקום זאת, הוא בחר להפר את החוק בריש גלי, עת שיצא שלא כדין למדינת אויב ואף ארגן נסיעה של כמעט 300 איש יחד עמו. גם דבריו של הנאשם בוועדת הכנסת בדיון בבקשתו לקבוע שעומדת לו החסינות (נספח ב' לטעוני הנאשם), מצביעים על כך שהפר את החוק באופן מכוון ומודע, שכן החוק או החלטות הרשויות המוסמכות שניתנו על פיו, אינם מוצדקים לדעתו⁴⁵.

104. הנאשם אשר נבחר באופן דמוקרטי לכהן בכנסת, אמור היה לכבד את סדרי השלטון ואת הרשויות השונות, לרבות הרשות המבצעת. במקום זאת בחר לנצל את מעמדו וליטול את החוק לידי כשהוא פוגע במרקם הדק של היחסים בין רשויות השלטון השונות ובעקרון הפרדת הרשויות.

105. אין ספק שלא למעשי הפרת חוק מכוונים אלה התכוון המחוקק להעניק חסינות עניינית, ולראיה, כאמור, בטאו זאת חברי הכנסת עצמם בעת שחוקקו חוק לפיו מי ששהה שלא כדין, בשבע השנים שקדמו להגשת מועמדותו לכנסת, בארץ אויב - לא יהיה רשאי להתמודד לכנסת.

106. הפרשנות לה טוען הנאשם היא פרשנות המובילה לתוצאה אבסורדית. לפי פרשנות זו, חבר כנסת שלהשקפתו חוק המטיל איסור כלשהו אינו צודק, או שהחלטות הרשויות המוסמכות על פיו אינן מוצדקות, אינו אמור לפעול כדין בכנסת או בערכאות שיפוטיות לתקיפת החוק או החלטות הרשויות, אלא יכול לעשות דין לעצמו, להפר את החוק ולסייע לאחרים להפר את החוק, ואחר כך לטעון שזהו תפקידו ולכן עומדת לו החסינות העניינית. פרשנות זו מובילה לתוצאה ממנה הזהיר בית המשפט, של ראיית החסינות כהיתר לעבור עבירות, כפי שקבע הנשיא ברק בפרשת פנחסי:

"החברות בכנסת אינה הופכת לעיר מקלט לחברי כנסת המבצעים עבירות פליליות תוך כדי ביצוע תפקידם כחברי כנסת. חבר כנסת אינו רשאי, תוך כדי ביצוע תפקידו כחבר כנסת, להפר את החוק בריש גלי ובאופן הפגנתי ולטעון לחסינות עניינית. חבר הכנסת אינו רשאי לתכנן מראש התנהגות פלילית מתוך מחשבה שהחסינות תעמוד לו".

107. המסקנה העולה מכל האמור לעיל הינה שהתנהגותו של הנאשם לא היוותה חלק מהסיכון המקצועי שלו כחבר כנסת. אין המדובר בגלישה בלתי מתוכננת לביצוע מעשה בלתי ראוי ובלתי חוקי, אגב ביצוע התפקיד כדין, כפי שדורש מבחן מתחם הסיכון הטבעי.

⁴⁴ סעיף, אליו נתייחס בהרחבה בהמשך.

⁴⁵ עמ' 10,13,29

108. אשר על כן לא עומדת לנאשם החסינות העניינית. התוצאה לא היתה שונה לו הפעלנו את המבחנים האחרים שנקבעו בפסיקה: יציאה שלא כדין לסוריה, וארגון נסיעה של אזרחים נוספים למדינת האויב, ללא קבלת היתר כמתחייב בחוק, "אינה משרתת את התהליך הדמוקרטי לשמו קיימת הכנסת, ושלשמו נבחרו חברי הכנסת" נהפוך הוא, מעשים מסוג זה רק פוגעים בדמוקרטיה! (מבחן הרלוונטיות של הש' גולדברג). בנוסף, העבירות שביצע הנאשם עומדות על רגליהן ואינן "תופעה נגררת או משנית של מילוי תפקידו כדין", ולכן לא מתקיים אף מבחן הזיקה המהותית שטבע הנשיא שמגר.

2. הגשת ראיות הנוגעות לאישומים בלא הסכמה ובלא רשות - "ראיות מנהליות" בהליך פלילי?

109. מתבקשת התייחסות לעובדה שהנאשם ובאי-כוחו הגישו לבית המשפט כנספחים לטעוניהם הכתובים, בלא לבקש את הסכמת המאשימה ובלא לקבל רשות מבית המשפט, ראיות הנוגעות לעובדות בהן מואשם הנאשם.

110. הנאשם טוען, שהוא רשאי לבסס את טענותיו ב-"ראיות מנהליות"⁴⁶, ולפיכך הוא רשאי לצרף לטעונו ראיות, בלא לברר את עמדת המאשימה ובלא לקבל רשות מבית המשפט.

111. טענתו של הנאשם לפיה הוא רשאי להגיש ראיות לבית המשפט, שכן ההליך הנוכחי "הינו הליך בעל אופי מנהלי"⁴⁷ לא עוגנה באסמכתא כלשהי. אין צורך להרחיב בעובדה הידועה, שבית המשפט הדין בפלילים אינו בית משפט מנהלי, והוא פועל לפי סדר הדין הפלילי ודיני הראיות הרלבנטיים ולא על פי "ראיות מנהליות". טענה מקדמית הנוגעת בהליך פלילי היא חלק מההליך הפלילי עצמו, והיא מכוונת "נגד ניהול ההליך ולא נגד האשמה המיוחסת לנאשם" [קדמי, על סדר הדין בפלילים, (מהדורה מעודכנת – 2009, חלק שני א'), עמ' 1233 (להלן – "קדמי"). בנסיבות אלה, חלים על הליך זה דיני הראיות המקובלים.

112. סדרי הדין הנוגעים לטענות המקדמיות בחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב – 1982, אינם מפורטים, ואינם כוללים התייחסות להבאת ראיות במסגרת זו. אכן, נאמר שבדיון בטענות מקדמיות "גם הנאשם וגם התביעה רשאים להשמיע עדים ולהציג ראיות אחרות לתמיכת עמדתם..." (קדמי, בעמ' 1237). אך מהאפשרות – שהיקפה משתנה ממקרה למקרה – להביא ראיות לצורך הדיון בטענה מקדמית, לא נובעים דיני ראיות שונים, לא נובע שדיון זה הינו דיון "מינהלי", שהראיות הינן "ראיות מינהליות", ושמותר להגישן בניגוד לסדרי הדין הרגילים ובלא לקבל את עמדתו של הצד שכנגד.

113. אכן, לעיתים ניתן להציג ראיות מבלי צורך בחקירת עדים, כגון מסמכים המלמדים על המועד המדויק בו התיישן האישום (כפי שקרה בע"פ 896/80 יוקר נ' מ"י, פ"ד לה (3) 160), או כשמבקשים לברר האם עומדת חסינות לח"כ בשל תוכן נאום שנשא [כגון בבג"צ 11225/03 בשארה נ' היועמ"ש, פ"ד ס (4) 287 (להלן – "בשארה")], או כשעלתה טענה לגבי דרך קבלתו של חוק עזר שבהפרתו הואשם הנאשם (רע"פ 603/92 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 114). במקרים שכאלה מוגשים המסמכים ללא חקירה נגדית של העדים, מכח הסכמה בין הצדדים.

⁴⁶ עמ' 3-5 לטעוניהם.

⁴⁷ פסקה 12 לטענותיו

ואולם, מכאן אין ללמוד כי המדובר ב-"ראיה מנהלית". לפיכך, ומשהעלה הנאשם את הטענה במסגרת הליך פלילי, עליו לפעול על פי כללי המשפט הפלילי, ולא לפי כללי המשפט המנהלתי⁴⁸.

114. יודגש, שיש לענין זה הבדל משמעותי בין ראיות הנוגעות לעובדות המתוארות בכתב האישום, לבין ראיות הנוגעות לסוגיות שהינן מחוץ לעובדות אלה. בית משפט הדן בתיק פלילי אמור להיחשף לראיות לפי דיני הראיות המקובלים, ושום צד אינו רשאי לעשות דין לעצמו ולהגיש ראיות, בלא הסכמת הצד שכנגד וכנספח לטעון כתוב. הגשת ראיות בדרך זו, ולא במהלך דיון, מונעת מהצד השני אפשרות להתנגד להגשתן, והינה מעשה שלא יעשה. לא מוכרת למאשימה הוראה בדין המאפשרת להגיש בדיון בטענה מקדמית ראיות שלא לפי דיני הראיות, ואף לא הוראה בדין הקובעת דיני ראיות שונים לדיון בטענה מקדמית בפני בית המשפט הפלילי בפניו אמורות הראיות להיות מוגשות כדין בהמשך. לא מוכרת למאשימה הוראה המאפשרת מעין "משפט זוטא" ביחס לטענות מקדמיות, ומכל מקום, גם ב"משפט זוטא", הראיות הרלבנטיות לקבילות הודעות הנאשם מוגשות באמצעות עדים ולא ב"דחיפתן" לבית המשפט בנספחים לטעון בכתב בלא הסכמת הצד שכנגד.

115. השקפתו של הנאשם, כאילו הוא רשאי להגיש ראיות הנוגעות לאישומים נגדו בשלב המקדמי, וזאת בלא עדים, בלא הסכמת הצד שכנגד ובניגוד לדיני הראיות וסדרי הדיון, עשויה להוביל לפגמים בהליך הפלילי. הליך כזה חושף את בית המשפט לראיות שלא הובאו בפניו כדין, מחייב את שני הצדדים להתייחס לעולה מהן, ועלול לגרור את בית המשפט לדיון בראיות אלה ואף לקביעות המתייחסות אליהן, והכל בטרם נשמעו בפניו העדים. נקל לתאר מקרה בו בעקבות הגשת ראיות כאלה משני הצדדים, דן בהן בית המשפט וקובע קביעות בנושאים שאמורים להתברר במשפט לאחר מכן, וקביעות כאלה עלולות לשמש עילה לבקשה לפסילתו.

116. המאשימה רואה בפעולת ב"כ הנאשם, בהגשת הראיות, מעשה שנעשה בניגוד לדיון, העלול להביא לתקלה בהליך. המאשימה מבקשת מבית המשפט הנכבד להתעלם כליל מהראיות שהגישו ב"כ הנאשם (נספחים ד'-י"ב), ולהורות על הוצאתן מתיק בית המשפט.

117. למרות עמדתה של המאשימה, משהגישו ב"כ הנאשם ראיות לבית המשפט והתייחסו אליהן, הרי שבלא לפגוע בטענותיה לעיל תפנה המאשימה לראיות, למקרה שבית המשפט יבחר להתייחס לראיות שהגיש הנאשם ולדון בטענות המתבססות עליהן. עם זאת, המאשימה חוזרת ומבקשת מבית המשפט, מהנימוקים שתוארו לעיל, להתעלם הן מהראיות שהגישו ב"כ הנאשם (נספחים ד'-י"ב) והן מהראיות שהיא מגישה לבית המשפט כתוצאה מהדרך בה פעלו ב"כ הנאשם.

ה.3. התייחסות לראיות – למקרה שבית המשפט יבחר להתייחס לראיות שהוגשו מטעם הנאשם

118. מאחר וההגנה צרפה ביוזמתה חלק מהראיות בתיק, ובהמשך לדברים שנאמרו לעיל בענין זה ובכפוף להם, נפנה להודעתו של הנאשם מיום 9/12/07, המצורפת ומסומנת **נספח ג'**. מדברי

⁴⁸ לענין זה יוער, שבפרשת בשארה, התנהל הדיון על בסיס העובדות המתוארות בכתב האישום, וקטעי נאומים שלא היו שנויים במחלוקת בין הצדדים.

הנאשם ניתן ללמוד על מעורבותו הרבה בארגון הנסיעות ועל כך שידע שהוא מפר במעשיו את החוק:

"אני עורך דין וידעתי שאני עובר על החוק.. ידעתי שאני הולך לשלם מחיר"⁴⁹

119. דברים אלה מצביעים באופן ברור ביותר שהנאשם ביצע באופן מודע ומכוון עבירה, אך בשל אי הסכמתו עם החוק הקובע אותה. לאור כל הפסיקה שצוטטה לעיל, מעשה כזה אינו נכלל במסגרת החסינות העניינית.

1. שאלת תחולת חסינות ספציפית מכח סעי' 10 (א) לחוק החסינות.

120. טענה חלופית בפי ב"כ הנאשם, והיא שעומדת לנאשם חסינות ספציפית מכח סעי' 10 (א) לחוק החסינות הקובע:

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

121. ראשית נבהיר שסעי' 10 (א) לחסינות הכנסת אינו רלוונטי כלל לעבירה המיוחסת לנאשם. הנאשם עבר, על פי המיוחס לו בכתב האישום, עבירה של כניסה שלא כדין לארץ אויב, עבירה על סעי' 5 סייפא לתוספת לפקודה, וכן עבירות נלוות. מהארץ הוא יצא כאמור לירדן, כך שיציאתו לא היתה כרוכה בעבירה. מסיבה זו לא הפר כל הוראה "המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר", כאמור בסעיף 10(א), וסעיף זה כבר אינו חל על מעבריו בין מדינות זרות. לדעתנו ברור, שהוראת סעיף 10(א) נוגעת לעצם היציאה מהמדינה. הוראה הקובעת איסור כניסה למדינות מסוימות, איננה יוצרת איסור כלשהו על היציאה ממדינת ישראל, אלא אם היציאה היתה ישירות לאותן מדינות.

122. ב"כ הנאשם, אשר טוענים שהוראת סעי' 10 (א) לחוק רלוונטית, מודעים לכך שבפקודה נאסרה יציאתו וכניסתו של אדם למדינת אויב, אלא בהיתר משרד הפנים, אך טוענת שהוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות גוברת על הוראת סעי' 5 לפקודה. בטענה זו, יוצאים ב"כ הנאשם מנקודת הנחה לפיה, מעמדו של חוק חסינות חברי כנסת הינו חוקתי ו"זאת בשל היותה של זכות החסינות בעלת אופי חוקתי". זאת ועוד, טוענים ב"כ הנאשם כי הוראת סעיף 10(א) לחוק חסינות חברי כנסת הינה הוראה ספציפית ובשל היותה כזו, גוברת היא על הוראת סעי' 5 לפקודה לחלופין, כך נטען, במצב בו קיימות מספר פרשנויות יש לאמץ את הפרשנות המקלה עם הנאשם.

123. נבקש לדחות טענות אלה בשל מספר טעמים:

⁴⁹ עמ' 4 ש' 74 להודעה

א. הנוסח הקודם של הפקודה אפשר פרשנות לפיה אין התקנות חלות על חבר כנסת הנושא דרכון דיפלומטי⁵⁰, אולם הנוסח בחוק שונה בשנת 2002, באופן שהפטור שהיה קבוע בפקודה כבר לא חל על חברי הכנסת. כפי שנראה לבית המשפט מטרת התיקון היתה לגבור על הוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות, וכך אף צוין במפורש בדברי ההסבר לחוק.

ב. מבין שתי הוראות החוק, הוראת סעי' 5 לפקודה היא ההוראה הספציפית.

ג. אין להעניק לחוק חסינות חברי הכנסת כל מעמד חוקתי המקנה לו עדיפות על פני חוקים אחרים.

א. הוראות הפקודה גוברות על הוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות

סעי' 5 לתוספת לפקודה קבע בשעתו, לפני התיקון :

"לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות בסעי' 2 א' לחוק למניעת הסתננות (ועבירות ושיפוט), התש"ד - 1954, אלא בהיתר משר הפנים. ולא יכנס אזרח ישראלי או תושב ישראלי בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה, אלא בהיתר כאמור".

סעי' 2 לחוק ההסתננות קובע :

"היוצא ביודעין, שלא כדין, מישראל ללבנון, לסוריה, למצרים, לעבר הירדן, לסעודיה, לעיראק, לתימן או לכל חלק מארץ ישראל שמחוץ לישראל, דינו מאסר ארבע שנים או קנס 5,000 לירות".

סעי' 17 (ג) לתוספת לפקודה קבע בשעתו :

"תקנות אלה אינן חלות על אדם, אשר בידו דרכון דיפלומטי או דרכון שירות של מדינת ישראל".

בחודש מרץ 2002 נחקק חוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ) (מס' 7) התשס"ב- 2002. על פי התיקון, בין היתר, הוספו, בתחילת סעי' 5 לפקודה, המילים: "על אף האמור בכל דין", וסעי' 17 (ג) לתקנות בוטל.

סעי' 5 לפקודה קובע, אם כן היום :

"על אף האמור בכל דין, לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד- 1954, אלא בהיתר משר הפנים, ולא ייכנס אזרח ישראלי או תושב ישראל בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה אלא בהיתר כאמור".

⁵⁰ מטעם זה, כאמור, זוכה חבר הכנסת בשארה מעבירה של סיוע לאחרים לצאת שלא כדין למדינת אויב בעבר.

124. ההגנה מפנה בטיעוניה לדבריו של כב' השופט ברק בפרשת חסון, לפיהם: "חזקה על המחוקק, כי אם הוראתו המאוחרת⁵¹ יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראתו הקודמת, כי לא נתכוון לבטל את ההוראה הקודמת". מכאן מבקשת ההגנה להסיק כי המחוקק לא ביקש להעדיף את הוראות סעי' 5 על פני הוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות.

אין לנו צורך, במקרה זה לנחש ולהניח מה היתה כוונת המחוקק שכן כוונתו הובהרה היטב. בדברי ההסבר לתיקון החוק נאמר:

"תקנה 17(ג) קובעת כי התקנות אינן חלות על "אדם אשר בידו דרכון דיפלומטי או דרכון שירות של מדינת ישראל". סעיף 10(ב) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, קובע כי חבר הכנסת היוצא את המדינה זכאי לקבל דרכון שירות".

שילוב שתי ההוראות האמורות משמעו כי בהיות חבר הכנסת זכאי לדרכון שירות ביציאתו מישראל, אין הוראות התקנות, כלומר איסור הכניסה למדינות האמורות בלא היתר, חלות עליו.

אין כל הצדקה עניינית לאי תחולתו של האיסור לנסיעה בלא היתר למדינות אויב על חברי הכנסת. נראה כי ההוראה בדבר אי תחולת האיסור בתקנות על מי שנושא דרכון דיפלומטי או דרכון שירות של המדינה נועדה למצב של נציגי המדינה הנוסעים בשליחותה למדינות אויב למטרות מדיניות ולא נועדה לכלל נושאי דרכון השירות לצאת למדינות אויב בלא היתר.

התיקון המוצע בסעיף 1 בא לקבוע כי האיסור לצאת למדינת אויב שלא בהתאם להוראות הפקודה גובר על הוראות אחרות בחקיקה, כגון הוראות סעיף 10(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951⁵².

125. דברי ההסבר מלמדים, אם כן, שהמחוקק שינה את הפקודה במכוון, במגמה שהוראותיה יחולו על חברי הכנסת, עת שהוא מצין במפורש בהצעת החוק שהתיקון בא לגבור על סעי' 10 (א) לחוק החסינות.

126. בנוסף נפנה להחלטת ועדת האתיקה בענין נסיעות חברי הכנסת מיום 21/6/2005⁵³. בהחלטה זו, נקבע במפורש:

על מנת למנוע מכשול כתוצאה מאי בהירות, החליטה ועדת האתיקה ולשוב ולהפנות את תשומת לב חברי הכנסת לכך,

⁵¹ במקרה שלנו, כאמור, הוראת סעי' 5 לתקנות.

⁵² דברי ההסבר לתיקון פקודה מצורפים ומסומנים נספח ה'

⁵³ ההחלטה מצורפת ומסומנת נספח ו'

שעל יציאה מארץ לאחת מהמדינות המנויות בסעיף 2 א לחוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) התשי"ד-1954, הידועות בכינוי "מדינות אויב", חל איסור והחסינות המהותית של חברי הכנסת אינה פוטרת מאיסור זה ואינה חלה עליהם.

כעולה מלשון סעי' 5 לתוספת האמורה, הוראה זו חלה "על אף האמור בכל דין"; מכאן, שהיא גוברת גם על הוראת סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, הקובעת את חסינות חברי הכנסת במילוי תפקידם (הידועה גם כחסינות העניינית או החסינות המהותית). כנראה שלא מיותר לציין כי חבר כנסת, הפועל בניגוד להוראות הדין האמור, מבצע לא רק עבירה פלילית, אלא על פני הדברים, גם עבירה אתית.

ב. הוראת סעי' 5 לפקודה היא ההוראה הספציפית

127. נבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע כי מבין הוראת סעיף 10 לחוק החסינות להוראת סעי' 5 לפקודה נראה כי האחרונה הינה הוראת החוק הספציפית. הוראה חוקית זו אינה מכילה הגבלה כללית על יציאה מן הארץ, כפי שנקבע בהוראת סעי' 10 (א) לחוק החסינות. היא מתמקדת ביציאה מן הארץ למדינות אויב, המנויות בחוק למניעת הסתננות, ובכניסה למדינות אלה. לפיכך, גם מטעם זה יש לראות בה כהוראה הגוברת על סעי' 10 (א) לחוק החסינות.

ג. להוראת סעי' 10 אין מעמד חוקתי הגובר על כל הוראה אחרת בחוק.

128. בראשית הדברים נבהיר כי לפקודה יש מעמד של חקיקה ראשית, לכל דבר וענין. בבג"ץ 2934/07 שורת הדין ISRAEL LAW CENTER נ' יו"ר הכנסת, דינים עליון 2007 (47) 1252, בפסקה 2 (2007) התייחס בית המשפט העליון למעמד החוקי של תקנות אלה וקבע:

"בגדרי הפקודה הוארך תוקפן של התקנות האמורות, והן קיבלו מעמד של חקיקה ראשית (ראו בג"צ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(6) 644, 650 (2004))."

129. ב"כ הנאשם טוענים, כאמור, שלהוראת סעי' 10 (א) יש מעמד של חוק יסוד כי הוא מתייחס למעמד של החסינות כזכות חוקתית. כדי לבסס קביעה זו הפנו באי כח הנאשם לאמירה בודדה של פרופ' נבות לפיה "חסינות חברי הכנסת היא חוקתית באופייה".

130. כמענה לכך נשיב כי, אין להעניק לחוק חסינות חברי הכנסת כל מעמד חוקתי המקנה לו עדיפות על פני חוקים אחרים-חוק יסוד: הכנסת קובע, כאמור, שלחבר הכנסת תהיה חסינות, נקבע בו שפרטי החסינות ייקבעו בחוק. ההסדרים השונים והמפורטים הנוגעים לחסינות אינם מעוגנים בחוק היסוד, אלא בחוק החסינות, שתוקן פעמים רבות.

כך, במחקר שנערך על ידי צוות חוקים בענין "חסינות חברי פרלמנטים" נאמר:

"בעת הקריאה השניה של חוק יסוד : הכנסת הועלו ספקות בדבר השפעת חוק היסוד המוצע על תוקפן של הוראות חוק קיימות בנושא החסינות, כולל ההוראות שבחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951 , אולם נראה כי בסופו של דבר הכוונה הייתה להשאיר בתוקפו את חוק החסינות משנת 1951 , שכן לא חוקק חוק חסינות אחר במקומו ואף נזקקו לו, הסתמכו עליו ודנו בו גם אחרי שנתקבל חוק יסוד : הכנסת ובשנת תשכ"ט נתקבל בכנסת תיקון לחוק האמור מתשי"א-1951".

131. מכאן, שאם כוונת המחוקק הייתה להעניק מעמד חוקתי לחוק החסינות יכול היה לעשות כן במסגרת חקיקת חוק יסוד : הכנסת. אולם, המחוקק בחר להשאיר את מסגרת זכות החסינות מעוגנת בחוק יסוד ואילו פרטי החוק וההוראות בהן מעוגנות בחוק רגיל.

132. פרופ' סוזי נבות במאמרה "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי כנסת" נתנה דעתה לאופייה החוקתי של החסינות, אך יחד עם זאת היא מתייחסת למצב המשפטי הקיים בישראל לפיו פרטי החסינות נקבעו בחוק רגיל והמחוקק רשאי לשנותם ככל חוק רגיל ואלו דבריה :

"במצב החוקתי המיוחד של מדינת ישראל ראוי להסדיר את החסינות במילוי תפקיד במסגרת חוק יסוד : הכנסת"

ובהמשך :

"כיוון שחסינות חברי הכנסת היא חוקתית באופייה (גם אם כיום היקפה מוסדר בחוק רגיל), ראוי לקובעה במסגרת חוק יסוד : הכנסת. בעולם נקבעים עקרונות החסינות בחוקה בדיוק בכדי למנוע מצב שבו המחוקק ישנה את הכללים בשל אירועים כאלה או אחרים, ובכך יפגע במוסד המחוקק כולו. כך ראוי שיהיה גם בישראל. כיום ה"פרטים" שעליהם חוק יסוד : הכנסת מדבר קבועים בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951 (להלן : חוק החסינות)"

פרופ' נבות במאמרה אף מציעה תיקון לחוק יסוד : הכנסת על מנת שהחסינות תהיה מוגנת בזכות חוקתית וזאת בניגוד למצב הקיים כיום :

"יש להסתפק בנוסח שלפיו : "חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל הצבעה והבעת דעה שנעשו במילוי תפקידו כחבר כנסת. פרטים יקבעו בחוק".

וכך סיכמה :

"גם אם יש מקום לסעיף 1(א) במסגרת כללי החסינות...הרי שמיקומו הוא בחוק רגיל, כמו שהוא כיום."

בנוסף, במאמרה : "פרשת ההצבעות הכפולות : על מחירן של טעויות" הבהירה פרופ' נבות את עמדתה בזו הלשון :

"בישראל, רק מסגרתה של החסינות קבועה בחוק יסוד⁵⁴ ואילו פרטי החסינות מפורטים בחוק רגיל,⁵⁵ דבר המאפשר כמובן תיקונים ושינויים בקלות יחסית"

מדברים אלו של פרופ' נבות המבחינה בין הדין המצוי לדין הרצוי, עולה כי חוק החסינות אינו בעל מעמד חוקתי כיום.

133. ב"כ הנאשם טוענים בנוסף כי מצב, בו מוטלת על חברי הכנסת החובה לבקש אישור משר הפנים לצאת מן הארץ למדינת אויב, "נוגד את עקרון החסינות ותכליתו המבקשים לשמור על עצמאותם של נבחרי הציבור ועל עצמאותה של הרשות המחוקקת".

134. לענין זה נשיב כי התכלית של שמירה על עצמאות חברי הכנסת הינה רק אחת מהתכליות שביסוד החסינות העניינית.

135. הדרישה מחבר כנסת לפנות לקבל היתר ליציאה למדינת אויב בהחלט הולמת את התכליות האחרות: את עיקרון השוויון בפני החוק ואת עקרון שלטון החוק. במקרה זה נוסף גם אינטרס נוסף, המחייב נקיטת דין שווה לחבר הכנסת, והוא אינטרס השמירה על ביטחון המדינה ותושביה, שהיה התכלית לחקיקה זו. בדברי ההסבר (הצעת חוק לתיקון תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התשכ"א – 1961, ה"ח 291 – 292) נאמר:

"במלחמת השחרור התקין שר העליה תקנות-שעת-חירום המתנות את יציאתו של אדם לחוץ-לארץ בהיתר ממנו או ממי שימנה לכך. ... התיקון החשוב ביותר הוכנס בתקנות בשנת תשט"ו – 1955, כשנקבע שאין לסרב את הוצאתו של היתר יציאה אלא מטעמים בטחוניים בלבד. הנסיון הוכיח כי במשך זמן רב כמעט ולא היה מקרה אחד שבו השתמש שר הפנים שאליו עברו סמכויות שר העליה בסמכותו לסרב את הוצאתו של היתר יציאה. לכן מוצע כעת לבטל את הצורך בהיתר יציאה פרט למקרים אלה: (1) יציאה לאחת הארצות שהיציאה אליהן שלא כדין היא עבירה על פי חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד – 1954 (תקנה 5); (2) ...".

136. כבוד השופט ע' פוגלמן התייחס לתכלית סעיף 5 לתקנות בבג"ץ 2934/07 הנ"ל:

"תכליתו של סעיף 5 לתוספת לפקודה היא שמירה על בטחון המדינה. הדבר נלמד בראש ובראשונה מן ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף. סעיף 5 לתוספת לפקודה נוסף בתיקון חקיקה משנת תשכ"א (ס"ח 166) כחלק מהחלפת הסדר קודם בגדרו הותנתה כל יציאה מישראל בקבלת

⁵⁴ סעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, קובע כי "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק".

⁵⁵ חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 228.

היתר, אותו ניתן היה שלא להעניק אך ורק מטעמים
בטחוניים...

**בית משפט זה עמד לא אחת על הטעם הביטחוני שביסוד
סעיף 5 לתוספת לפקודה ... במקרים בהם סורבו בקשות
למתן היתרי ביקור, נעשה הדבר על רקע החשש לפגיעה
בביטחון המדינה ... עוד נזכור, כי תקפו של סעיף 5 לתוספת
לפקודה (כמו גם של האיסור שבסעיף 2 לחוק למניעת
הסתננות) הינו כל עוד שורר במדינה מצב חירום (סעיף 1
לפקודה; סעיף 34 לחוק למניעת הסתננות) וגם בכך יש
להצביע על התכלית הביטחונית שביסוד הסעיף. **אכן, מדינה
אינה חפצה שאזרחיה יצאו למדינות אויב. הדבר כרוך – בין
היתר – בחשש לפגיעה באזרח, כמו גם בחשש כי יאלץ
למסור מידע או שיגויס לפעילות עוינת לישראל (הופנונג,
בעמ' 157); חשש זה עולה גם מפסקי דין בהם נדון עניינם
של מי שיצאו מישראל למדינת אויב, ועברו על האיסור
שבחוק למניעת הסתננות ..."****

137. הנאשם טוען, שמעשה של יציאה ונסיעה ל"מטרה פוליטית", הינו מעשה הנופל בגדר חופש
הביטוי הפוליטי. לענין זה מפנים ב"כ הנאשם לדברי פרופ' זילברשץ בדבר זכות היציאה מן
הארץ, אשר פוגעת בחופש הביטוי.

138. ראשית, לא ברור כלל וכלל שיציאת הנאשם לסוריה וארגון היציאה של כל יתר הנוסעים נעשו
ל"מטרה פוליטית", שהרי לטענת הנאשם נעשו מטעמי דת או ביקורי קרובים, ומכל מקום, אם
יראו ב"כ הנאשם חשיבות בכך, תתברר מטרת הנסיעה בראיות במהלך ניהול המשפט. מעבר
לכך, נזכיר כי אל מול ה"זכות" הנטענת לצאת למדינת אויב ללא היתר, קיים כאמור האינטרס
הביטחוני, שהצריך את המחוקק לחוקק את התקנות⁵⁶, ובענין זה נפנה לדברים אחרים שנאמרו
ע"י פרופ' זילברשץ עצמה, אליהם לא הפנתה ההגנה:

"בטחון המדינה הוא אינטרס ציבורי רב חשיבות. אם נפגע הביטחון,
נוצרת סכנה מוחשית לקיום המדינה ולפיכך גם במדינה דמוקרטית
המושתתת על זכויות האדם, קיום הזכות, וביניהן זכות היציאה, חייב
להיות גם מוגבל אם הוא מוביל לפגיעה בביטחון המדינה" (משפטים
כג, עמ' 91)

139. מכל האמור לעיל עולה כי הגבלת יציאתו של חבר כנסת למדינת אויב, כך שתיעשה רק באישור
(אם נשלח, לדוגמא, לנהל מגעים מטעם המדינה) הינה מידתית, ועומדת בהחלט במערך
האיזונים העדין שקובע חוק חסינות חברי הכנסת.

⁵⁶ הצורך בטחוני נבחן באופן פרטני, ע"י רשויות הביטחון ומרד הפנים, בכל פעם שמוגשת בקה לקבלת

140. לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט לדחות אף את טענת החסינות הספציפית שהועלתה מטעם הנאשם ולקבוע כי לא עומדת לנאשם החסינות העניינית על עבירות היציאה למדינת אויב ללא היתר כדין ועבירת הסיוע לאחרים לעשות כן.

ז. שאלת תחולתה של החסינות העניינית על עבירות המגע עם סוכן זר

141. בכתב האישים מיוחס לנאשם כי במהלך שהותו בדמשק, בשעות הערב המאוחרות, נפגש באופן חשאי, ולאחר תיאום מראש, עם טלאל נאג'י, סגנו של מזכ"ל ארגון החזית העממית לשחרור פלסטין- המפקדה הכללית, שהינו ארגון מחבלים. במהלך הפגישה תיאם הנאשם, בסיועו של טלאל נאג'י, פגישה עם חאלד משעל, ראש הלשכה המדינית של ארגון החמאס. בהתאם לתיאום הגיע הנאשם למשרדו של חאלד משעל ביום המחרת.

142. לאור מעשים אלה יוחסה לנאשם עבירה של מגע עם סוכן זר, הקבועה בסעי' 114 לחוק העונשין. הנחת היסוד לצורך הדיון בטענת החסינות הינה שביצע העבירות המיוחסות לו.

סעי' 114 לחוק העונשין קובע:

114 (א) מי שקיים בידועין מגע עם סוכן חוץ ואין לו הסבר סביר לכך דינו חמש עשרה שנים.

(ב) ניסה אדם ליצור מגע עם סוכן חוץ, או שביקר באזור מגוריו או במקום עבודתו של סוכן חוץ או נמצא בחברתו, או שנמצא ברשותו שמו או מענו של סוכן חוץ, ואין לו הסבר סביר לכך, דינו כדין המקיים מגע עם סוכן חוץ.

(ג) "סוכן חוץ" – לרבות מי שיש יסוד סביר לחשוד בו כי עסק או נשלח לעסוק מטעם מדינת חוץ או ארגון מחבלים או למענם באיסוף ידיעות או במעשים אחרים העשויים לפגוע בביטחון מדינת ישראל, וכן מי שיש יסוד סביר לחשוד בו שהוא חבר בארגון מחבלים או פועל מטעמו.

(ד) לא יורשע אדם לפי סעי' זה אם הוכח לביהמ"ש שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה.

143. השאלה שצריכה להישאל היא האם פגישה חשאית של חבר כנסת עם בכיר בארגון טרור, במדינת אויב, אליה נכנס בניגוד לחוק, הינה מעשה המהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר כנסת נתון לו?

144. ההגנה טוענת שמעשיו של הנאשם נכללים בגדר "חופש הביטוי הפוליטי" של חבר הכנסת, ומפנה לקביעת בית המשפט העליון בפרשת בשארה.

לטענתנו, אין כל מקום להשוואה! חבר הכנסת בשארה הועמד לדין על עבירה של תמיכה בארגון טרור מכח סעי' 4 לפקודה למניעת טרור⁵⁷, שהינה עבירה של חופש הביטוי שביצע

⁵⁷ סעי' חוק שנמחק מהפקודה מאוחר יותר

במהלך שני נאומים פוליטיים שנאם ב"ריש גלי". קביעות שופטי הרוב בפרשת בשארה, כפי שפורט לעיל, התבססו על כך שמדובר בעבירות הקשורות בחופש הביטוי, שבוצעו במהלך נאום פוליטי. שופטי הרוב והסבירו שהחלטתם נבעה מהחשש שבמהלך נאומים שהינם לגיטימיים, יזהרו חברי כנסת בדבריהם למעלה מן הנדרש, מחשש שיגלשו לאמירות המהוות עבירות הקשורות בחופש הביטוי.

145. **איך שלא ינסה הנאשם להציג זאת, כאן אין המדובר בעבירה על חופש הביטוי! מדובר במפגש חשאי של חבר כנסת ישראלי עם בכיר בארגון טרור, ותיאום פגישה עם בכיר בארגון טרור נוסף, אליו אף טרח להגיע ללשכה. ארגון החמאס וארגון החזית העממית הינם ארגוני טרור מהקיצוניים ביותר, הנוקטים במאבק מזוין באמצעות מעשי טרור נגד מדינת ישראל, ובכוונת המאשימה להוכיח זאת, ואת הסיכון הבטחוני בפגישות עם אנשיהם, בראיות, כולל בחוות דעת המצויה בידה. האם אפשר לקרוא למפגשים אסורים אלה מפגשים שהינם חלק מ"חופש הביטוי הפוליטי" של חבר כנסת במדינת ישראל?**

146. טוענת ההגנה שלא נטען בכתב האישום שהפגישה דנה בעניינים אסורים או נגעה לענייני טרור, דברי שבח עידוד או תמיכה בארגון טרור. באי כח הנאשם נבנים על דברי העד ניהאד מילחם לפיהם מדובר היה בשיחה שנגעה לעניינים פוליטיים. מכאן מבקשת ההגנה לטעון שהמפגש עם טלאל נאג'י לא חרגה מפגישה פוליטית, וכך אמורה היתה להיות הפגישה שאולי אמורה להתקיים עם חאלד משעל.

147. לדעת המאשימה, כל עוד לא הגיע שלב שמיעת הראיות, ניתן לדון בטענה מקדמית על פי כתב האישום בלבד, למעט דיון בטענות המצריכות בירור עובדתי "חיצוני" לעובדות הכלולות בו (כגון התישנות, "כבר זוכיתי", וכו'). לכן, גם כאן, יש לדון בשאלה אם מוקנית לנאשם חסינות בגין מעשיו על פי העובדות המתוארות בכתב האישום, ולא על פי הראיות האמורות לבוא בפני בית המשפט במהלך שמיעת הראיות. טענה שהראיות אינן מוכיחות את העבירה איננה טענה מקדמית, אלא טענה שמקומה לאחר שמיעת הראיות במשפט. הניסיון להכניס טענה זו לתוך טענת החסינות דינו להידחות. ניתן לטעון שהחסינות עומדת לנאשם לפי כתב האישום, אך לא ניתן לטעון – לפני שמיעת הראיות – שעל פי הראיות עומדת לו החסינות.

148. למעלה מן הצורך, נבחר כבר כעת כי עבירה של מגע עם סוכן זר אינה דורשת כי במהלך המפגש תימסר ידיעה סודית או יתבצע מעשה נוסף המקים עבירה. אם זה היה המצב, היו המעשים מקימים עבירה נוספת, כגון מסירת ידיעות לאויב או סיוע לאויב. החוק קובע שמפגש עם סוכן זר, ללא הסבר סביר, מהווה דבר עבירה. די בכך שהפגישה טומנת בחובה פוטנציאל לסיכון ביטחוני המדינה, על מנת שתקום עבירה, וכאן – כשמדובר במפגש של חבר כנסת ישראלי, החשוף לתכנים רבים בכנסת, עם בכיר בארגון טרור עויין – בוודאי שקם סיכון.

149. לפיכך, וכפי שנאמר לעיל, מבקשת המאשימה מבית המשפט הנכבד להתעלם מהראיות שהוגשו על ידי הנאשם הנוגעות לארועים המתוארים בכתב האישום. עם זאת, למקרה שלא יקבל בית המשפט הנכבד בקשה זו, תתייחס עתה גם המאשימה בטעוניה לראיות, שיצורפו, וזאת כדי להתמודד עם טענות הנאשם על פי הראיות שהגיש כבר לבית המשפט. עם זאת, המאשימה

חוזרת ומבקשת שבית המשפט יתעלם הן מראיות שהגיש הנאשם והטענות המסתמכות עליהן, והן מהראיות שמגישה המאשימה והטענות להלן בסעיפים 150-156, המסתמכות עליהן.

150. על הסיכון הביטחוני הנגזר מעצם המפגש עם הסוכנים הזרים יוכל בית המשפט ללמוד מחוות דעת שתוגש לו במהלך ניהול ההוכחות. בחוות דעת זו הובהר בין היתר מהו פוטנציאל הסיכון הטמון בעצם המפגש של אזרח ישראלי קל וחומר חבר כנסת ישראלי, עם בכיר של ארגון טרור, גם אם לכאורה נוהלה שיחה שלא כללה תכנים "בטחוניים":

"הסיכון הכרוך במפגש עם בכירים של ארגוני טרור, נובע מדפוס הפעולה הננקטים על ידי ארגוני טרור ביחס לגיוסם והפעלתם של אזרחים ישראלים בכלל ואישי ציבור בפרט. מדובר בתהליך הדרגתי, שראשיתו בקשר "תמים" עם איש ציבור וסופו בגיוס לפעילות מבצעית/ מודיעינית נגד ישראל בשליחותו של הארגון המפעיל".

.. "ארגון טרור ישאף לבצע הקמת המגע, לרוב באופן שלא ירתיע את האיש, כאשר תחילת המגע עשויה להתבצע בכיסוי תמים. לאחר שבוצעה "הקמת המגע" הראשונית, השלב הבא נועד להיכרות, ביסוס הערכה ואמון הדדי, בדיקת נכונות המשך הקשר והנחת ה"תשתית" להפעלה האופרטיבית. בשלב זה תבוצע על ידי הארגון הערכה מודיעינית בדבר מידת שיתוף הפעולה הצפוי מאיש הציבור- שייתכן שעדיין לא מודע למטרות האמיתיות של מפגשים אלה- וכן יוחלט על המתווה לאופן הפעלתו. לאחר שנוצר שיתוף פעולה בסיסי בין הצדדים נחשף הארגון המפעיל וכוונותיו כלפי המופעל. ככלל, מדובר בתהליך הדרגתי ובסופו מושגת מטרתו של ארגון הטרור- גיוסו של איש ציבור ישראלי כסוכן.

..פגישתו של ח"כ נפאע עם חאלד משעל נקבעה במהלך במפגש עם טאלל נאג'י, כאשר האחרון משמש כגורם המקשר בין שני האישים. עצם המפגש שקיים ח"כ נפאע עם טאלל נאג'י סלל את הדרך למפגש נוסף- הפעם עם חאלד משעל, מנהיג ארגון החמאס, ומכאן שהחשש כי מפגש אחד יוביל למפגשים נוספים- התממש.

151. לטענתנו, מפגשו של הנאשם עם טלאל נאג'י, והמפגש שתיאם עם חאלד משעל, היוו ללא ספק **חציית קו אדום** של חבר כנסת, כפי שיטתה של השופטת חיות:

"אין החסינות העניינית מיועדת להגן של פעילות אסורה, מתוכננת מראש, שמבצע חבר כנסת תוך ניצול מעמדו זה (ראן פרשת פנחסי, 687) כמו כן מוצאת מתחומי החסינות העניינית פעילות אסורה של חברי הכנסת המסכנת את הדמוקרטיה והחותרת תחת יסודות קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. גישה זו נובעת מן ההכרה שהדמוקרטיה הישראלית כדמוקרטיה מתגוננת רשאית להציב "קווים אדומים", אותם אל לחבר הכנסת לחצות, ואם חצה, לא תעמוד לו חסינות עניינית".

152. אין אנו היחידים שרואים במפגש עם טלאל נאג'י חציית קו אדום. מסתבר שמפגש עם אדם כה מסוכן למדינת ישראל, מהווה חציית קו אדום גם לתפיסתו של הנאשם עצמו:

153. בהודעתו במשטרה מיום 9/12/07 כשנשאל בחקירה אם ניסו ליצור איתו קשר אנשים, שאינם אנשי תקשורת ופוליטיקה מובהקים ענה הנאשם:

..לא ניסיתי ליצור קשר עם אף אחד מלבד סגן הנשיא שנפגשתי איתו ואני יודע מה אני עושה, ואני יודע מה הקווים האדומים, אתה יכול להיות רגוע כי אני רוצה להיות רגוע..

154. הנאשם הסכים בחקירה שהוא אכן נחשף בכנסת לדברים שעלולים לעניין את האויב, אך הבהיר שהוא "מודע לגבולות":

"לו היו פונים אלי הייתי מסרב" ... "כל הפגישות שלי היו בשקיפות מלאה".

155. הנאשם נשאל בנוגע לכנס שערכה מפלגת בל"ד, בנוגע לועידת אנפוליס, במהלכו נאם וקרא ברכות מטעם אנשים שונים, ובין היתר את ברכתו של טלאל נאג'י. הוא נשאל עם מי מבין האנשים שברכו היה יושב ומדבר, ותשובתו היתה:

"עם מוסטפא ברגותי לא היתה לי בעיה לשבת ולשוחח בכל נושא, עם טלאל נאג'י הייתי מאד נזהר כי אני יודע מה מעמד הארגון שלו שמוגדר כארגון עוין בחוק הישראלי⁵⁸.

"אם טלאל נאג'י היה מבקש ממני להיפגש איתו. לא הייתי מוכן, אני יודע מה מעמדו, והייתי נזהר"⁵⁹.

שת: לא נפגשתי עם אישים פלסטינאים במהלך שהותי בסוריה.

"טלאל נאג'י לא ניסה להיפגש איתי".

"אם טלאל נאג'י היה פוגש אותי לא הייתי נמנע מללחוץ לו יד אבל לא הייתי קובע עימו פגישה, אני אזרח ישראלי ואמנם הפרתי חוק בביקור, אבל לא עד כדי כך"⁶⁰.

⁵⁸ עמ' 10 להודעה ש' 285

⁵⁹ עמ' 11 ש' 289

156. הנאשם בעצמו, אם כן, הבהיר בחקירתו הראשונה, את שאנו טוענים גם כיום⁶¹ - מפגש מכוון ומתואם מראש, הנערך באופן חשאי במדינת אויב, עם בכיר בארגון טרור אינו מעשה שנעשה במילוי תפקידו של חבר כנסת ישראלי או למען מילוי תפקידו.

ח. סיכום:

157. הראינו לעיל, שההליך בכנסת שקדם להגשת כתב האישום בתיק זה לבית המשפט, נעשה כדין, בהתאם להוראות חוק החסינות ולאחר דיון ממושך, ראוי והוגן בועדת הכנסת.

158. הראינו, שאין כל יסוד לטענת הנאשם, ששינוי ההסדרים הנוגעים להליך זה בחוק החסינות פוגע בזכות יסוד חוקתית, ועל כן אין יסוד לטענה שתוקן זה אינו חוקתי.

159. עמדנו בהרחבה על המבחנים שנקבעו בפסיקה ביחס להיקף החסינות העניינית של חבר הכנסת. לענין זה, הסביר כב' השופט ברק, בקובעו את מבחן מתחם הסיכון הטבעי של חבר הכנסת, שהחסינות "נועדה למנוע מצב דברים שבו חבר הכנסת נמנע מביצוע פעולות מותרות בשל החשש כי הן תגלושנה, בשוליהן, לעבר פעולות אסורות. החסינות נועדה "לכסות" שוליים אלה"; החסינות חלה על מצב של "גלישה בלתי מתוכננת לביצוע מעשה בלתי ראוי ובלתי חוקי, אגב ביצוע התפקיד כדין, כאשר יש זיקה עניינית הדוקה ביניהם, וכאשר המעשה האסור הוא בחינת סיכון טבעי, הנלווה לביצוע התפקיד כדין".

160. כשזוהי הפסיקה, ולאור טענת הנאשם שעומדת לו החסינות גם על העובדות המתוארות בכתב האישום, נשאלת השאלה - בשולי איזה מעשה חוקי, המהווה חלק מתפקודו הלגיטימי של הנאשם כחבר כנסת, סייע הנאשם לאחרים לנסוע למדינת אויב למרות האיסור בחוק על כך, נסע בעצמו למדינה זו לאחר שבקשתו לקבלת היתר נדחתה, ובנסיעה זו נפגש עם בכירים מארגוני טרור? כיצד ניתן לתאר מעשים אלה כ"גלישה בלתי מתוכננת" לביצוע מעשים אסורים? מהו הנימוק, העשוי להניע את בית המשפט להכיר בעבירות שביצע הנאשם כחוסות תחת החסינות העניינית? מאילו מעשים הקשורים בטבורם לפעילותו של חבר הכנסת, ימנע להבא חבר הכנסת הבא, אם לא תוכר לנאשם זה החסינות על העבירות הביטחוניות שביצע?

161. אין ספק שהמבחנים קבעו בפסיקה מובילים למסקנה שהעבירות שביצע הנאשם, אינן מצויות במתחם הסיכון הטבעי של חברי הכנסת. הנאשם, על פי כתב האישום, בחר להכנס למדינת אויב בניגוד לאיסור בחוק באופן מתוכנן ומודע, ויזם מפגשים עם שני סוכנים זרים. אשר על כן, עפ"י מבחנו של כב' הנשיא ברק, לא יחשבו מעשים אלה זה חסינים מאחר ומדובר בהתנהגות פלילית שתוכננה מראש, ולא ב"גלישה" הנופלת ב'מתחם הסיכון' שיצרה הפעילות הטבעית של חבר-כנסת.

⁶⁰ עמ' 11 ש' 297

⁶¹ בשלב מאוחר יותר, לאחר שנערך עימות בינו לבין ניהאד מלחם, האדם שנלווה עמו לפגישה הפלילית אותו, והנאם הבין שהנ"ל מסר פרטים על המפגש ותיאום הפגישה הנוספת, ביקש הנאשם להיחקר פעם נוספת ואמר: "נניח שהייתי נפגש עם אנשים כאלה, הרי עקרונית על פי החוק הישראלי פארוק אשרע ופייצל מוקדד וטלאל נאג'י וחאלד משעל הם היינו הך. אז לא הייתי מספר?"

162. נציין כי עפ"י המבחן של כב' השופט גולדברג, המעשים לא יחשבו לחסינים שכן גם לתפיסתו, חסינות עניינית לא נפרשת על מעשה מכוון ומודע. לאותה מסקנה נגיע גם בהפעילנו את מבחנו של כב' הנשיא שמגר, שכן לא מדובר בעבירות נגררות ומשניות של מילוי התפקיד, אלא בעבירות עצמאיות "העומדות על רגליהן הן".

163. מכל האמור לעיל עולה שלא די בשימוש בביטוי "חופש הביטוי הפוליטי" כדי להקנות לעבירות החמורות שביצע הנאשם הגנה של החסינות העניינית.

164. לכן, סבורה המאשימה שלא עומדת לנאשם חסינות עניינית על כל העבירות המיוחסות לו, בכל האישומים שבכתב האישום.

לאור כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את טענת הנאשם שעומדת לו חסינות בגין המעשים המיוחסים לו בכתב האישום.

יעל כוכבי, עו"ד
מנהלת מחלקה (פלילי)
פרקליטות מחוז צפון

רז ולטר, עו"ד
ממונה בפרקליטות מחוז צפון

נצרת עילית, ה' תמוז, תשע"ב

25 ביוני, 2012