



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'
נפאע

בפני: כב' השופט יצחק כהן – אב"ד – סגן נשיא
כב' השופטת אסתר הלמן
כב' השופט בנימין ארבל

1

המאשימה מדינת ישראל

נגד

הנאשם סעיד נפאע

2

3

נוכחים: בשם המאשימה: עו"ד יעל כוכבי ועו"ד רוז ולטר

4

בשם הנאשם: עו"ד ארנה כהן

5

הנאשם בעצמו

6

7

8

החלטה

9

10

כב' השופט יצחק כהן, אב"ד – סגן נשיא:

11

12

פתח דבר:

13

14

1. נפתח ונאמר כי מחמת חשיבותה של הסוגיה המונחת לפתחנו והשלכותיה ראינו להרחיב לרבות במובאות.

15

16

17

המחלוקת שבפנינו מעלה סוגיות מהותיות, חוקתיות הנוגעות לא פעם בגבולות נשמת אפה של הדמוקרטיה ככזו ובהיגזר המחלוקת גם מעקרון הפרדת הרשויות.

18

19

20

בפנינו כתב אישום חמור (מתוקן) אשר הוגש כנגד חבר כנסת בישראל.

21

22

2. כתב האישום מייחס לנאשם עבירות של סיוע ליציאה שלא כדין למדינת אויב – עבירה על

23

תקנה (ד)(א) בצירוף תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל)



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 התש"ט – 1948 וכן סעיף 2א לחוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) תשי"ד – 1954 [להלן: "עבירת הסיוע"]; יציאה שלא כדין למדינת אויב – עבירה על תקנה 18(א) בצירוף תקנה 5
2 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל) התש"ט – 1948 וכן סעיף 2א
3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) תשי"ד – 1954 [להלן: "יציאה שלא כדין"].
4
5

6 במסכת השנייה לכתב האישום מיוחסת לנאשם עבירה של מגע עם סוכן חוץ – עבירה
7 בניגוד לסעיף 114(א)(ג) בצירוף סעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 [להלן: "מגע עם
8 סוכן"].
9

10 במסכת השלישית לכתב האישום – עבירה כנ"ל.
11

12 עובדות כתב האישום:
13

14 3. על פי עובדות כתב האישום, בתמצית, הנאשם בהיותו חבר כנסת, יצא בחודש ספטמבר
15 2007 לסוריה המוגדרת כ"מדינת אויב". עובר לכך בחודש יולי 2007 פנה הנאשם לשר הפנים
16 בבקשה לאשר יציאת כוהני דת דרוזים אזרחי ישראל לסוריה ובקשתו סורבה מנימוקי
17 ביטחון.
18

19 על אף התשובה השלילית יצא הנאשם דרך גשר הירדן לסוריה בסיועו של ח"כ לשעבר עזמי
20 בשארה, אשר קיבל אישורי נסיעה לנאשם ולאחרים באמצעות השגרירות הסורית.
21

22 בעובדות אלה מיוחסות לנאשם העבירות של יציאה שלא כדין וסיוע.
23

24 4. במהלך שהותו בסוריה נפגש הנאשם עם חברו ניהאד מלחם ובמהלך שהותו בדמשק, נפגש
25 באופן חשאי ולאחר תיאום מראש עם טלאל נאגי – סגנו של מזכ"ל ארגון החזית העממית –
26 המפקדה הכללית – ארגון אשר הוכרז כארגון מחבלים על פי חוק. במעשים אלה יוחסה
27 לנאשם עבירה של מגע עם סוכן חוץ.
28

29 כך גם כך עשה הנאשם ניסיון להיפגש עם חאלד משעל (יו"ר ארגון חמאס, ארגון שהוכרז
30 כארגון טרור) ואף הגיע ללשכתו וביקר במקום עבודתו.
31

32 על אלה יוחסה לו גם כאן עבירה של מגע עם סוכן חוץ.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

5. לטענת הנאשם מוקנית לו חסינות עניינית כחבר כנסת, מכוח הוראות חוק החסינות לחברי כנסת זכויותיהם וחובותיהם תשי"א – 1951 (להלן: "חוק החסינות").

עוד נטענו טענות מקדמיות נוספות לרבות טענות הגנה מן הצדק, נטען כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה וטענה נוספת בפי ההגנה - תיקון 33 לחוק החסינות אינו חוקתי.

המסגרת הנורמטיבית:

6. אפתח ואציין כי דומה שאין חולק בדבר חשיבות החסינות המוענקת לחבר כנסת באשר הוא, כדי לאפשר לו את ביצוע עבודתו ללא הפרעה, ללא מורא ולמען בוחריו.

בטרם הכרעה, נשרטט את עיקרי סעיפי החוק הרלוונטיים לדיון:

(א) סעיף 1 לחוק החסינות קובע זיקה בין חבר הכנסת למילוי תפקידו לבין המעשה האסור וכלשונו:

"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".

סעיף 1(א) לחוק החסינות עוסק במעשה, בהתבטאות ובהבעת דעה (תיקון מס' 29, 2002):

"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;



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

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

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

6 (ג) חסינותו של חבר הכנסת לפי סעיף זה תעמוד לו גם לאחר שחדל
7 מהיות חבר הכנסת".
8 (הדגשות מכאן ולהלן שלי- י.כ.).

9
10 לחבר כנסת זכות בסיסית לצאת את גבולות המדינה ללא הגבלה (למעט בימי מלחמה)
11 כלשון סעיף 10 לחוק החסינות:

12
13 "10. (א) שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או
14 רשיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה.
15 (ב) חבר הכנסת היוצא את המדינה זכאי לקבל דרכון דיפלומטי".

16
17 אלא שתקנה 5 לתקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל) תשי"ח – 1948, אוסרת יציאה לארץ
18 שהוגדרה כארץ אויב וזאת בלשון החוק "על אף האמור בכל דין":

19
20 "על אף האמור בכל דין לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות בסעיף 2א
21 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, אלא בהיתר משר
22 הפנים או מראש הממשלה, ולא ייכנס אזרח ישראלי או תושב ישראל בכל
23 דרך שהיא לאחת מארצות אלה אלא בהיתר כאמור".

24
25 (ב) סעיף 17 לחוק יסוד הכנסת קובע כי לחבר הכנסת תהיה חסינות, מדובר בחסינות
26 מהותית-

27 "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק".



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

(ג) ביום 25.7.05 תיקנה הכנסת את תיקון מס' 33 לחוק החסינות (להלן: "תיקון 33").
התיקון שינה את הסדר החסינות הדיונית של חבר כנסת, בעקבות התיקון, קובע סעיף
4 לחוק החסינות את הכללים המדברים בהעמדה לדין פלילי של חבר כנסת:

"4.(א) כתב אישום נגד חבר הכנסת, בעבירה שסעיף 1 אינו חל עליה,

שנעברה בזמן היותו חבר הכנסת או לפני שהיה לחבר הכנסת, יוגש באישור
היועץ המשפטי לממשלה.

(2) אישר היועץ המשפטי לממשלה הגשת כתב אישום נגד חבר הכנסת
ימסור עותק ממנו, בטרם הגשתו לבית המשפט, לחבר הכנסת, ליושב ראש
הכנסת וליושב ראש ועדת הכנסת.

(3) 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.

(1א) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על העבירות הבאות ודינו של חבר
הכנסת לענין עבירות אלה כדין כל אדם:

(1) עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה;

(2) עבירה שנקבעה כעבירת קנס לפי כל חיקוק;

(3) עבירה מינהלית שדינה קנס מינהלי קצוב.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 (ב) לא ביקש חבר הכנסת כאמור בסעיף קטן (א)(3) וחלפה התקופה
2 כאמור בו, או שחזר בו מן הבקשה בהודעה בכתב ליושב ראש הכנסת
3 וליושב ראש ועדת הכנסת, או שהכנסת דחתה את בקשתו לפי סעיף
4 13(א) או שוועדת הכנסת החליטה כאמור בסעיף 13(ג), רשאי היועץ
5 המשפטי לממשלה להגיש את כתב האישום לבית המשפט, ודינו של
6 חבר הכנסת, לכל הכרוך באותה אשמה, כדין כל אדם.
7 (ג) קבעה הכנסת כי תהיה לחבר הכנסת חסינות כאמור בסעיף זה, לא
8 יאשר היועץ המשפטי לממשלה בתקופת כהונתה של אותה כנסת
9 הגשת כתב אישום נגד חבר הכנסת בשל אותה אשמה אלא אם כן חל
10 שינוי בנסיבות.
11 (ד)סעיף זה לא יחול בענין כתב אישום שהוגש בטרם היה אדם לחבר
12 הכנסת".

13
14 בעקבות התיקון, קובע סעיף 13 לחוק החסינות את הכללים לקביעת החסינות ונטילתה:

15
16 "13. (א) הכנסת רשאית, בהחלטה, לקבוע שלחבר הכנסת תהיה חסינות בפני
17 דין פלילי לגבי האשמה שבכתב האישום כאמור בסעיף 4(א) וכי לא יועמד לדין
18 בשל אותה אשמה בעת היותו חבר הכנסת, וכן ליטול ממנו חסינות אחרת או
19 זכות הנתונות לו לפי חוק זה, חוץ מחסינות או זכות הנתונות לו לפי סעיף 1; אך
20 הכנסת לא תחליט החלטה כזאת אלא לפי הצעת ועדת הכנסת עקב בקשה
21 שהובאה לפני הועדה.
22 (ב) הרשות להגיש בקשה בדבר נטילת חסינות מחבר הכנסת שנקבעה בסעיפים
23 2 או 3 היא בידי היועץ המשפטי לממשלת ישראל; הרשות להגיש בקשה בדבר
24 נטילת זכות הנתונה לחבר הכנסת לפי חוק זה, היא בידי הממשלה ובידי כל
25 חבר הכנסת.
26 (ג) בקשה לפי סעיף זה או לפי סעיף 4(א)(3), תוגש בכתב ובצירוף נימוקים
27 ליושב ראש הכנסת, שיעבירנה לוועדת הכנסת לדיון בהקדם האפשרי.
28 (1ג) החליטה ועדת הכנסת שלא להציע לקבוע כי תהיה לחבר הכנסת חסינות
29 בפני דין פלילי כאמור בסעיף 4(א) או לדחות בקשה ליטול ממנו חסינות או
30 זכות, תהא החלטתה סופית.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

(ד) ועדת הכנסת לא תציע, והכנסת לא תחליט, ליטול מחבר הכנסת חסינות או זכות או לקבוע שתהיה לו חסינות בפני דין פלילי, אלא לאחר שניתנה לאותו חבר הכנסת וליועץ המשפטי לממשלה הזדמנות להשמיע את דברם.
(ה) הכנסת לא תדון ולא תחליט על נטילת חסינות או זכות או על קביעת חסינות בפני דין פלילי, אלא אם כן הודיעו לכל חברי הכנסת, לפחות עשרים וארבע שעות מראש, על קיום הדיון וההצבעה.

(ו) החלטת הכנסת על נטילת חסינות או זכות או על קביעת חסינות בפני דין פלילי תיעשה בהצבעה גלויה.

(ז)(1) הוגשה בקשה לנטילת חסינות או זכות מחבר הכנסת, והודיע חבר הכנסת בכתב, כל עוד לא הסתיים הדיון בוועדת הכנסת, ליושב ראש הכנסת וליושב ראש ועדת הכנסת, שהוא מסכים לנטילת החסינות או הזכות, כמבוקש, רשאית ועדת הכנסת, בהחלטה, ליטול מחבר הכנסת את החסינות או הזכות; לענין זה, תהיינה לוועדת הכנסת הסמכויות המוקנות לכנסת בסעיף קטן (א); יושב ראש ועדת הכנסת יודיע על החלטה לפי סעיף קטן זה לכנסת ונטילת החסינות או הזכות תיכנס לתוקף במועד מסירת ההודעה לכנסת;

(2) הציעה ועדת הכנסת לכנסת ליטול מחבר הכנסת חסינות או זכות, והודיע חבר הכנסת בכתב ליושב ראש הכנסת וליושב ראש ועדת הכנסת שהוא מסכים לנטילת החסינות או הזכות, יודיע יושב ראש הכנסת על כך לכנסת ונטילת החסינות או הזכות תיכנס לתוקף עם מתן ההודעה לכנסת; החל הדיון בנטילת החסינות או הזכות — ייפסק הדיון עם מתן ההודעה."

בתמצית יאמר כי קודם לתיקון 33, היועמ"ש פנה לוועדת הכנסת להסרת החסינות, בוועדה נערך דיון והתקיימה הצבעה ואחר, דיון במליאת הכנסת.

הנאשם שבפנינו, מצוי כבר בגדרי תיקון 33 לחוק, עתר בהתאם לסעיף 4(א)(3) לחוק החסינות לכנסת. לאחר דיון בוועדת הכנסת (ראה בהרחבה להלן) דחתה הכנסת את בקשתו. ראוי וחשוב לציין כי הליך הסרת החסינות לנאשם בפנינו, נעשה במצוות תיקון 33 לחוק החסינות אשר בא לאחר הבג"צ בעניינו של חבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה (בג"ץ 11225/03 עזמי בשארה נ' היועמ"ש, פד"י (4) 287 (2006) (להלן: "פרשת בשארה").

בעניין בשארה, החליטה הכנסת לבטל את חסינותו הדיונית של חבר הכנסת לצורך העמדתו לדין פלילי, בגין נאומים שנשא מחוץ לכנסת, בהם השמיע דברי תמיכה בארגון טרור.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

ביהמ"ש העליון נדרש לסוגיה וקבע כי החסינות העניינית תעמוד לחבר כנסת, מקום בו הפעולה הבלתי חוקית הינה בגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה, קרי "מבחן הסיכון הטבעי". בנסיבות פרשת בשארה, נפסק כי אין בדבריו של בשארה משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. נקבע כי העבירה הינה עבירה הקשורה בחופש הביטוי ואמירות דברי שבח ואהדה לארגון טרור הינה בגדר "סיכון מקצועי" של חבר כנסת. התבטאויותיו של בשארה הן אפוא במתחם הסיכון שהפעילות הפרלמנטארית יוצרת מטבעה ומטיבה נוכח חשיבותו של הביטוי במילוי תפקידיו של חבר כנסת יש על דבריו חסינות עניינית.

יש לציין כי כב' השופטת חיות בדעת מיעוט קבעה בפרשת בשארה כי קשה שלא לראות בדבריו של בשארה, בהם הוא מהלל את ארגון החיזבאללה, משום תמיכה בארגון טרור. לדידה, התבטאויות אלה חוצות את הקו האדום המסמן את קצה גבול הסובלנות שמוכנה הדמוקרטיה הישראלית לגלות כלפי נבחרי ציבור ואין מקום ליתן לו חסינות עניינית.

עיקר טענותיו המקדמיות של הנאשם:

7. לצורך הטענות המקדמיות יוצא הנאשם מנקודת מוצא, לפיה העובדות המתוארות בכתב האישום נכונות. לדידו, גם במציאות זו הוא חסין מההעמדה לדין. הנאשם פרס טיעוניו באריכות, הן בכתב והן בדיונים אשר התקיימו בפניו וממקד טיעוניו בארבעה ראשים:

1. חסינות מהותית –

סעיף 1 לחוק החסינות מקנה לנאשם כחבר כנסת חסינות מהותית, היות ולנטען מדובר במעשים שנעשו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כח"כ. כמו כן, נטען לחסינות ספציפית מכוח סעיף 10 (א) לחוק החסינות. הוראה זו מבטיחה את חופש התנועה של חבר כנסת על מנת לאפשר לו לפעול באופן עצמאי.

לחוק החסינות מעמד מיוחד והוא גובר על כל הוראה אחרת גם אם חוקים אחרים סותרים אותו. הוראותיו גוברות גם על תקנות היציאה לחוץ לארץ שאינן חלות על ח"כ וגם אם יש ספק באופן פרשנות סעיף 10(א) לחוק החסינות הרי שיש לבחור את הפרשנות המקלה עם הנאשם.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 לטענת הנאשם, עצם היציאה למדינת אויב למטרה לגיטימית אינה אסורה (הנאשם
2 מסתמך בין היתר על בג"צ 2390/10 **עלא חליחל נגד שר הפנים**, (לא פורסם, 23.05.10).
3 לגרסתו, נסיעתו הייתה למטרה פוליטית ובגדרי חופש הביטוי הפוליטי. מוסיף הנאשם
4 וטוען כי פגישתו כביכול עם טלאל נאג'י עסקה בנושאים פוליטיים, ללא כל תמיכה
5 במאבק מזוין או העברת מידע בטחוני.

6
7 לחיזוק טענותיו הציג הנאשם ראיות מנהליות לטעמו, המחזקות את טענת תחולת
8 החסינות לגבי האישום הראשון. לטענתו, הסיוע היה לנסיעה שנועדה למטרות דתיות
9 והוא בגדר מעשה פוליטי עליו חלה חסינות עניינית. על מטרות הנסיעה, שהייתה
10 לצרכים דתיים מובהקים ולעליה לרגל, ניתן ללמוד מהודעתם של מרבית הנוסעים אשר
11 נחקרו על ידי המשטרה.

12
13 כך גם לעניין האישומים השני והשלישי (מגע עם סוכן חוץ, ניסיון לקיים מגע עם סוכן
14 החוץ) נטען כי מדובר בפגישה פוליטית מובהקת. מגרסתו של עד התביעה העיקרי עולה
15 כי בפגישה הנטענת לא הועבר מידע בטחוני, הפגישה לא הביאה לפגיעה בביטחון
16 המדינה ולא נטען בכתב האישום כי הפגישה דנה בעניינים אסורים. השיחה התמקדה
17 בעניינים פוליטיים, שנוגעים לעימות בין תנועת החמאס לתנועת הפתח. הנאשם לא
18 ביקש לשמור את הפגישה בסוד. משכך, החסינות העניינית, חלה באופן מובהק על
19 המעשים המיוחסים לנאשם.

20
21 הנאשם טוען כי עצם העובדה כי לא דיווח לרשויות על מטרת פגישתו, אינה מעלה או
22 מורידה לשאלת החסינות. כך גם לעניין ניסיון הפגישה עם חאלד משעל - אם עצם
23 המפגש חסין, הרי מדין קל וחומר חל החיסיון גם על ניסיון למפגש.

24
25 לסיום נטען כי המיוחס לנאשם הינו בגדר חופש ביטוי פוליטי. לא מדובר במעשים
26 פליליים. מעשיו הם בתחום הסיכון המקצועי כפי שנקבע בפרשת בשארה הנ"ל.

27
28 **2. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה :**

29
30 מעבר לטענת החסינות טוען הנאשם, כטענה מקדמית, כי העובדות המתוארות בכתב
31 האישום אינן מהוות עבירה (סעיף 149(4) לחסד"פ). טענה זו מתייחסת לאישום השני



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 והשלישי בכתב האישום. קרי אישום של מגע עם סוכן חוץ וניסיון למגע עם סוכן חוץ,
2 לפי סעיף 114 לחוק העונשין.

3
4 לטענת הנאשם, עבירה לפי סעיף 114 הינה עבירה תוצאתית ולא התנהגותית,
5 המתייחסת לפגיעה פיזית וממשית בביטחון המדינה ואין דבר מזה בכתב האישום.

6
7 עוד נטען כי הראיה המרכזית לעצם קיומו של המגע עם סוכן החוץ (דברי העד) מגלה
8 היא גם את תוכן מטרת המגע שהיה בנסיבות העניין פוליטי ולא היתה בו פגיעה
9 בביטחון המדינה כפי הנדרש בסעיף 114 (ד) לחוק העונשין.

10
11 בנוסף, אין בטענת המאשימה בכתב האישום לפיה מדובר בקיום מגע חשאי כדי ללמד
12 על פגיעה בביטחון המדינה מעצם העובדה כי המגע היה חשאי. מה גם שלמאשימה היה
13 ידוע טיב המגע. עצם קיומו של מגע חשאי אינו מעיד דבר על מסוכנות המפגש או על
14 כוונה לפגוע בביטחון המדינה.

15
16 טוען הנאשם כי לעיתים מפגשים חשאיים יש בהם כדי לקדם מטרות שאינן פוגעות
17 בביטחון ויתכן והמפגש היה חשאי בשל התנאים במדינה בה התקיים.

18
19 עוד נטען כי כתב האישום אינו כולל עובדות מהותיות ומשמעותיות בהקשר לאישום
20 השני והשלישי, דבר אשר מצדיק את ביטולו. בעבירות מסוג זה יש להחיל מבחן
21 הסתברות. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן כוללות התייחסות לקיומה של
22 פגיעה או כוונה לפגוע בביטחון המדינה. בנוסף, סעיף 114 לחוק העונשין, בא לעולם על
23 מנת לסייג את עבירת מגע עם סוכן חוץ. אין מדובר באיסור מוחלט אלא רק כאשר יש
24 פגיעה בביטחון המדינה או באינטרס ציבורי מובהק.

3. בטלות תיקון 33 :

25
26
27
28 לטענת הנאשם, תיקון 33 לחוק החסינות נוגד עקרונות חוקתיים. מכאן הגשת כתב
29 האישום נגדו בטלה. כפי הנטען, התיקון נחקק בחופזה, עניינו של הנאשם לא זכה לדיון
30 מלא, התיקון פוגע בזכותו החוקתית של חבר הכנסת בנושא החסינות ובעיקרון הפרדת
31 הרשויות. החסינות הינה של הכנסת כולה כגוף המחוקק (כמצוין לעיל, קודם לתיקון
32 היועץ המשפטי הגיש לוועדת הכנסת בקשה להסרת חסינות, נערך דיון בוועדה



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

וההצבעה הובאה להחלטת ועדת הכנסת ובדיון נוסף בפני מליאת הכנסת), כאשר
בעקבות התיקון, עניינו לא הובא להכרעת המליאה ולא הוצגה התשתית העובדתית
הרלוונטית.

משכך, תיקון 33 פוגע בסמכות הכנסת ובחובתה להפעיל שיקול דעת עצמאי בדבר
הסרת החסינות. (הנאשם מסתמך לעניין זה על האמור בפרשת מיעארי (בג"ץ 620/85
ח"כ מוחמד מיעארי נגד יו"ר הכנסת - ח"כ משה הלל מא (4) 169 (1987), ופרשת
פנחסי (בג"ץ 1843/93 רפאל פנחסי סגן שר וחבר כנסת נגד כנסת ישראל מט (1) 661
(1995) (להלן: "עניין פנחסי").

תיקון 33 הרחיב מחד את העילות המאפשרות הענקת חסינות לחבר הכנסת. אך
מאידך, הכנסת "ויתרה" על החסינות הדיונית של חבריה. לעניין זה נסמך הנאשם על
מאמרה של פרופ' סוזי נבות "ארבע הערות קצרות על חסינות חברי כנסת" פרלמנט,
גיליון 70 (אוקטובר 2011) בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

קיום דיון הוגן בפני ועדת הכנסת:

לטענת הנאשם, אף בהנחה שתיקון 33 לחוק החסינות הינו חוקתי, הרי שהדיון בועדת
הכנסת, לא קיים את תנאי סעיף 4 (א)(3) לחוק החסינות. העילות המפורטות בסעיף
הנ"ל מחייבות כי קודם להחלטה בעניין חסינות, על ועדת הכנסת לקיים דיון ענייני
ורציני, אשר לא התקיים בעניינו. הדיון התמקד בשאלה האם התקיימו העבירות ללא
קיום דיון ענייני בשאלת החסינות. כמו כן, לא הוצג בפני הועדה כי התקיימה פגיעה
בביטחון המדינה, כנדרש בסעיף 114 ד', ולא הוצגו ראיות כי המפגש לא דן בענייני
ביטחון.

לשם ההשוואה, מציין הנאשם כי בעניינו של בשארה, התקיימו שלושה דיונים בועדת
הכנסת, נשמעו דעות מומחים ופורטה המסכת העובדתית. בנוסף התקיימו שני דיונים
בפני המליאה.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

4. טענת הגנה מן הצדק :

בנדון זה מתמקדת טענת הנאשם בטענת אכיפה בררנית. לטענתו, נסיעתו לסוריה הייתה למטרות דת, כאשר עובר להגשת כתב האישום בעניינו, לא הועמד לדין ח"כ על עצם יציאתו למדינת אויב (בהקשר זה מפנה הנאשם למקרים נוספים של יציאה למדינות אויב ללא הגשת כתבי אישום, כדוגמת נסיעותיהם של חברי הכנסת אחמד טיבי ומוחמד זחאלקה והשתתפותו של חבר הכנסת מיערי בספינת השיבה, אשר אורגנה על ידי אש"ף).

תמצית טענות המאשימה:

המאשימה דוחה את טענות הנאשם אחת לאחת.

8. לטענת המאשימה, לא נפל כל פגם בהליכים בכנסת שקדמו להגשת כתב האישום. ההליך היה הליך הוגן ובהתאם למתווה חוק החסינות, לאחר תיקונו בתיקון 33. כך גם הליך הגשת כתב האישום אינו נגוע בשיהוי בלתי סביר.

עיון בפרוטוקול ועדת הכנסת מעלה כי התקיים דיון הוגן, בו ניתנה לנאשם הזכות להציג את טיעוניו ואפשרות להתייחס לדברי היועמ"ש. התקיים דיון ארוך וממושך. טענות הנאשם אינן מצביעות על כך כי ניתן היה לקיים דיון הוגן וראוי יותר במליאה.

9. לפי הפסיקה אין מקום להציג בפני הועדה את התשתית הראייתית לאישומים. הסתמכותו של הנאשם על פרשת מיעארי אינה רלוונטית. אין הכנסת עוסקת בשאלת דיות הראיות. הגישה, לפיה על ועדת הכנסת לבחון חומר ראיות נדחתה בפסיקה. פרוטוקול הועדה מלמד כי הנאשם העלה בפני הועדה כל עובדה שמצא לנכון ולא נמנעה ממנו אפשרות להפנות לכל ראייה.

10. לעניין חוקתיות תיקון 33 – נטען כי אין בסיס לטענת הנאשם בעניין זה. הנאשם לא הרים את הנטל הנדרש לביטול החוק ולא הראה כיצד התיקון פוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד. בית משפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים ואין הדבר מתקיים בעניינו.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

באשר לטענה כי ההחלטה בנושא החסינות אמורה להתקבל ע"י המליאה כולה, הרי שועדת
הכנסת הינה חלק מהכנסת ואין הפניה להוראה חוקתית המחייבת כי הדיון יהיה בפני
המליאה עצמה.

הנאשם אינו מצביע על זכות חוקתית כלשהיא שנפגעה ואינו מבהיר כיצד נפגע עיקרון
הפרדת הרשויות כתוצאה מתיקון 33. כך גם כן, הטענה כי חוק נחקק בהליך מהיר אינה
הופכת אותו לכשעצמו לבלתי חוקתי או פגום. מה גם שלגופה של טענה – התיקון נחקק
לאחר בחינה מקיפה ורצינית.

11. מעשיו של הנאשם, לרבות נסיעתו לסוריה, הסיוע לנסיעה ופגישה עם בכירים בארגון טרור
אינם חוסים תחת החסינות המהותית. סעיף 1 לחוק החסינות קובע זיקה בין מילוי תפקידו
של ח"כ לבין המעשה האסור. לפי הדעות בפסיקה, מעשה בלתי חוקי שנעשה באופן מכוון,
כפי שעשה הנאשם, אינו חסין.

המאשימה טוענת כי חסינות עניינית תחול רק על מעשים אסורים שבוצעו בשוליים של
מעשה שביצע ח"כ, אגב ביצוע תפקידו. החסינות תחול על מעשה אסור שעבר תוך ביצוע
גלישה בלתי מתוכננת ונגררת למעשה (מבחן מתחם הסיכון). הנאשם ביצע עבירה שעומדת
בפני עצמה ואין מדובר בעבירה נגררת למעשה שביצע כדין. לפי מבחן הסיכון הטבעי שנקבע
ע"י המשנה לנשיא ברק, העבירות שביצע הנאשם אינן חוסות בצילה של החסינות.

כך גם כן, לנאשם לא קנויה חסינות ספציפית מכוח ס' 10 (א) לחוק החסינות.

12. אין מקום להשוואה בין מעשי הנאשם לבין התנהלות חברי כנסת אחרים, שלא הוגש נגדם
כתב אישום. במקרה הזה היציאה הייתה כרוכה בארגון יציאה של מאות נוספים ובביצוע
עבירת ביטחון. הנאשם עשה דין לעצמו, לאחר שסורב.

13. עוד נטען כי אין לאפשר הגשת ראיות מנהליות בהליך פלילי. הגשת ראיות הנוגעות
לאישומים בשלב מקדמי ללא הסכמה, עשויה להוביל לפגמים בהליך הפלילי ויש להתעלם
מראיות אלה.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

דיון והכרעה:

14. ב"כ הנאשם טוענים בפנינו למעשה הן לחסינות מהותית והן לחסינות דיונית. לא פעם גם עירבו מין בשאינו מינו ואף הרחיקו לכת במקום בו נראה להם הדבר, הצביעו על ראיות באופן בררני ולא היה מקום לעשות כן.

עוד יוער, כי הצדדים ובעיקר ההגנה, חטאו במלל יתר, בטענות שחזרו ונשנו בוריאציות שונות.

הדיון שבפנינו יוצא למעשה מתוך נקודת הנחה שהצדדים לא חולקים עליה לפיה, המיוחס בעובדות כתב האישום לנאשם התקיים, השאלה היא האם בהתקיים העובדות הללו, מוקנית לנאשם חסינות.

כדי להסיר ספק, הרי באשר לעתיד לבוא, היה והחסינות תוסר בסופו של יום, אין באמור משום פגיעה כלשהיא בחזקת החפות העומדת לנאשם ככזה. המאשימה תצטרך להוכיח, מעל לכל ספק סביר את המיוחס לו, אין באמור בדיון נשוא החסינות לרבות לא בהצבעה של הסנגוריה עצמה על עובדות כאלה ואחרות כדי קביעתן כעובדה שהוכחה, וכתב האישום עצמו ידון כדי הכרעה לגופו.

טענותיו המקדמיות של הנאשם מתחלקות למעשה למספר חלקים, וכאן להלן, נתייחס לנטען.

א. חסינות מהותית

15. רואה אני להדגיש, כפי שפתחתי וצינתי בפתח ההחלטה, כי חסינות היא אבן יסוד בעבודת הנבחר באשר הוא. יש לנהוג בכל מקרה בזהירות רבה ביותר בהסרת חסינות.

ההגנה צריכה להיות הן על החסינות המהותית החלה על התבטאויותיו של הנבחר בעת מילוי תפקידו כדי הגנה עליו, על חופש הביטוי ועל דיון פרלמנטארי – דמוקרטי חופשי וללא לחצים והן בפן של החסינות הדיונית החלה על מעשים שאינם קשורים בהכרח לתפקידו של הנבחר כמחוקק. מטרת חסינות זו להגן על הנבחר מהצרת צעדיו ע"י הרשות המבצעת ורשויות אכיפת החוק.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

1 החסינות המהותית היא ראש וראשון הגנה על חופש הביטוי של הנבחר. במסגרת זו קיימת
2 הגנה על התבטאויותיו במסגרת תפקידו, הן בכתב והן בעל פה.

3
4 16. ענייננו כאן בטענה שלפיה על מעשי העבירה המיוחסים לנאשם חלה החסינות המהותית לפי
5 סעיף 1 לחוק החסינות אשר לשונו:

6
7 "חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית,
8 בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה – בכנסת או
9 מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי
10 תפקידו, כחבר הכנסת".

11
12 בהמשך, תוקן תיקון מס' 29 המסייג את סעיף 1 לחוק החסינות, לפיו:

13
14 "1(א) למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של
15 חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין סעיף זה, כהבעת
16 דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר
17 הכנסת:

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

19 (2) שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה;

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

21 אתני;

22 (4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד

23 מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או

24 ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

25
26 לטענת הנאשם, תיקון 29 מקיים "הסדר שלילי", משמע אם מעשיו אינם בגדרי אחד
27 מסעיפי המשנה של ס' 1(א) לחוק החסינות, אזי מוקנית לו החסינות העניינית.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 לטעמי, אין להידרש לתחולת סעי' 1(א1) על מעשיו של הנאשם (ובדגש על תיקון 39 לחוק
2 יסוד: הכנסת, תיקון אשר נכנס לתוקפו לאחר ביצוע המיוחס לנאשם, ולפיו שהיית מועמד
3 לכנסת במדינת אויב, כמוה כתמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל).

4
5 כך או כך **וגם** בנסיבות בהן מעשי הנאשם אינם בגדרי האיסור הקבוע בתיקון 29, עדיין יש
6 לבחנם במבחנים המקובלים בפסיקה בהקשר זה (ראו דברי כב' הנשיא ברק בעניין בשארה
7 בעמ' 319).

8
9 ביהמ"ש קבע למעשה שלושה מבחנים מרכזיים לבחינת השאלה, אימתי מעשהו של חבר
10 כנסת ייחשב "במילוי תפקידו" (ראו עניין פנחסי הנ"ל).

11
12 **(א) מבחנו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) - מבחן "מתחם הסיכון הטבעי":**

13
14 עפ"י מבחן זה (אשר אומץ כמבחן הקובע, כאמור בעניין בשארה, בעמ' 343), נדרש קשר
15 ענייני בין הפעולה האסורה לבין התפקיד. בהתייחס למבחן זה, אומר המשנה לנשיא
16 ברק (כתוארו אז):

17
18 **"תפקידו של חבר הכנסת משתרע על פעולות מותרות בלבד. עם זאת, פעולות מותרות**
19 **אלה יוצרות מטבען אפשרויות של גלישה לביצוען הבלתי ראוי והבלתי חוקי. גלישה זו**
20 **תזכה לחסינות עניינית אך ורק באותם מקרים שבהם הפעולה הבלתי חוקית נופלת**
21 **לגדר מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר-כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה"** (עניין
22 פנחסי בעמ' 658).

23
24 בעניין פנחסי מונה המשנה לנשיא ברק שורה ארוכה של דוגמאות להבנת מבחן "מתחם
25 הסיכון הטבעי", בין יתר הדוגמאות, ניתן למנות את זו היפה לעניננו אנו:

26
27 **"חבר-כנסת יוצא בשליחות הכנסת לביקור ממלכתי. בהגיעו לשדה התעופה נמסר לו**
28 **כי נאסרה יציאתו מהארץ בשל צו עיכוב יציאה שערכאה שיפוטית הוציאה לבקשת**
29 **אשתו. חבר הכנסת מחליט להמשיך בנסיעה. בכך הוא מפר צו שיפוטי ומבצע עבירה**
30 **פלילית. החסינות המהותית תעמוד לו. לא כן, אם בשעת תכנון הנסיעה, זמן רב לפני**
31 **ביצועה, הוא מודע לקיומו של צו ומחליט להתעלם ממנו, חרף העובדה שניתן לבקש**



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 חבר-כנסת אחר לנסוע תחתיו. במקרה הראשון פעולתו האסורה של חבר-הכנסת
2 נופלת לגדר הסיכון המקצועי שלו. לא כן במקרה השני" (פרשת פנחסי בעמ' 689).

3
4 דוגמא זאת ואחרות, מבססות את הקביעה כי עבירות אשר נעשו מתוך מחשבה פלילית,
5 מוצאות מגדר החסינות העניינית, להבדיל מאלה אשר נעשו באופן רשלני או ספונטני
6 (ראה לדומא בג"צ 6157/95 כהן נ' י"מ, פ"ד מט (5) 245, (1996)).

7
8 מגישתו של המשנה לנשיא ברק עולה כי למעט חריג (שלא פורט) לא קיימת למעשה
9 אפשרות להעניק חסינות על התבטאות או מעשה בלתי חוקי שנעשו באופן מתוכנן (ראה
10 עניין פנחסי בעמ' 689).

11
12 אם כן, בייסוד המאפיינים למבחן "מתחם הסיכון הטבעי" ההנחה בדבר פעילות חוקית
13 בלבד וכזו אשר לא נעשתה באופן מתוכנן ומתוך מחשבה פלילית.

14 (ב) מבחנו של השופט גולדברג – מבחן הרלוונטיות:

15
16
17 לשיטת השופט גולדברג, המבחן לפיו ייקבע אם המעשה ייחשב ככזה הנעשה "במילוי
18 תפקיד או למען מילוי תפקיד" הוא מבחן הרלוונטיות:

19
20 "הבעת הדעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוואנטיים למילוי התפקיד או למען
21 מילוי התפקיד. הרלוואנטיות מתקיימת רק כשהפעולה (הבעת דעה או מעשה אחר)
22 משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת"
23 (עניין פנחסי בעמ' 720).

24
25 ובהמשך:

26
27 "על-פי מבחן הרלוואנטיות, זיקתה של הבעת דעה אסורה לתפקידו של חבר-כנסת
28 הדוקה מזיקתו של מעשה אסור אחר, שכן חבר הכנסת ממצה את תפקידו בעיקר
29 בדרך של הבעת דעתו. מידת החיוניות כי חבר-כנסת יבטא עצמו באמצעות מעשה אחר
30 פחותה ממידת חיוניותה של הבעת דעה" (שם, בעמ' 722).



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

עפ"י מבחן זה, על הפעולה החוסה בצל החסינות לשרת את ההליך הדמוקרטי, תוך
הבחנה בין הבעת דעה למעשה אקטיבי.

(ג) מבחנו של הנשיא שמגר – מבחן "הזיקה המהותית"

הנשיא שמגר קבע כי יש צורך בקיומה של "זיקה" בין תפקיד חבר הכנסת לבין המעשה
אשר לגביו מוענקת החסינות – זיקה מהותית והגיונית לתפקיד:

"תפקידו של חבר הכנסת מתבטא בפעילות מדינית ופרלמנטרית בכנסת ומחוצה לה.
אם עקב פעילות זו, במהלכה ובאופן הכרוך בה – בעת נאום בכנסת, בעת הרצאה מחוץ
לכנסת, בעת דיון בוועדה, בקשר להצעת חוק שהגיש, בעת ויכוח בכנסת – יבצע מעשה
שהוא עבירה.. לא יישא לגביו באחריות פלילית.. מאידך גיסא, אין המדובר בעבירה
המבוצעת לשמה בעת היותו של המבצע חבר-כנסת, אלא בעבירה המתבצעת במהלך
הפעילות כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר או משני לה" (שם,
בעמ' 727).

גם מבחן "הזיקה המהותית" מבחן בין פעולה רשלנית לפעולה מכוונת (עניין פנחסי
בעמ' 727).

מהכלל אל הפרט;

17. על פי האמור בכתב האישום – **זוהי התשתית העובדתית לבחינת תחולתה של החסינות
העניינית בשלב זה** – הנאשם פנה במהלך חודש יולי 2007 לשר הפנים, בבקשה לאשר
יציאת כהני דת דרוזיים אזרחי ישראל לסוריה. בקשת הנאשם **סורבה** מנימוקי ביטחון.
חרף האמור, חבר הנאשם לשמונה אנשי דת דרוזיים, במטרה לארגן עימם את הנסיעה.
הנאשם ריכז את רשימת הנוסעים, העבירה לח"כ לשעבר עזמי בשארה על מנת שזה יסדיר
עבורם את אישורי הכניסה. בהמשך, הגיע הנאשם יחד עם 282 נוסעים באוטובוס מישראל
לירדן, שם הועברו דרכוניהם לשגרירות הסורית לצורך הנפקת אשרות. ביום 06.09.07 נכנס
הנאשם לסוריה יחד עם יתר הנוסעים ושהה שם עד ליום 13.09.07. עוד מיוחס לנאשם כי
במהלך שהותו בדמשק, נפגש באופן **חשאי** ולאחר **תיאום** מראש עם טלאל נאג'י, סגנו של
מזכ"ל ארגון החזית העממית לשחרור פלסטין המוגדר כארגון מחבלים. כפי המיוחס,



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

במהלך אותה פגישה **תיאם** הנאשם עם נאג'י פגישה עם חאלד משעל, ראש הלשכה המדינית של ארגון החמאס ואף הגיע למחרת היום למשרדו של משעל.

פרטי התנהלות הנאשם כפי שהם מתוארים בכתב האישום – אם תוכח במשפט – אינן חוסות תחת כנפי החסינות העניינית. אין הם התנהגות במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של הנאשם כחבר הכנסת, התנהלות זו אינה דרושה למילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו באופן ענייני וסביר ומעשיו חורגים מתחומי החסינות העניינית כפי שהיא באה לידי ביטוי במבחני הפסיקה:

א. תפקידו של חבר כנסת הוא בביצוע פעילויות חוקיות בלבד – כאמור, **זוהי הנחת היסוד** ואין חולק לגביה. חבר כנסת כפוף לחוק ואין הדבר עומד בסתירה לעיקרון עצמאותה של הרשות המחוקקת. זו נקודת המוצא בבואנו לפרש את החסינות העניינית הנתונה לנאשם, כאשר בנסיבות המקרה כאן, לא ניתן להגדיר עבירה של מגע עם סוכן חוץ ועבירה של יציאה שלא כדין למדינת אויב ככאלו העולות בקנה אחד עם שלטון החוק.

ב. החסינות משתרעת על פעילות סבירה ורגילה של חבר הכנסת – הפעילות מושא כתב האישום אינה משרתת הליך דמוקרטי כלשהו, או תהליך אשר לשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת. אין חולק כי סוגיית יציאת אזרחיים דרוזים לסוריה, הן למסגרת ביקורי משפחה והן למסגרת דתית זו אחרת הינה סוגיה הראויה לביטוי ודיון במהלך פעילותו של נבחר ציבור. חבר הכנסת רשאי להביע דעתו בנאומים בסוגיה זו, להציע הצעות חוק רלוונטיות ולפעול ללא מורא ופחד לקידום מטרותיו. ואולם, יש להבחין בין הצבעה או הבעת דעה ובין מעשה. לא ניתן לקבוע כי פעילות אקטיבית של יציאה למדינת אויב ומפגש עם "סוכן זר" רלוונטית למילוי תפקיד חבר הכנסת. זאת ועוד, מבחן הרלוונטיות מדגיש את מיצוי תפקיד חבר הכנסת באמצעות הבעת דעה בשונה **ממעשה אסור** אחר כבעניינו (עוד ניתן ללמוד על הבחנת זו מפרשת בשארה לעיל).

ג. זיקה מהותית והגיונית לתפקיד – גם בעניין זה סבורים אנו כי המיוחס לנאשם אינו עולה בקנה אחד עם פעילות מדינית ופרלמנטארית הכרוכה בתפקידו של הנאשם. הנאשם לא ביצע את העבירות המיוחסות לו כחלק אינטגרלי לעבודתו, בלהט נאום, דיון או בנסיבות של פגישה אקראית. אין מדובר בעבירות אשר בוצעו כעניין נגרר או



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

משני לפעילות מותרת – **לב הפעילות כאן הינו אסור**. הנאשם פנה לשר הפנים בבקשה לצאת לסוריה ו**סורב** מנימוקי ביטחון. הנאשם **ידע** אם כן כי היציאה למדינת אויב אסורה, לשם כך ביקש אישור כדת וכדין. חרף הסירוב, בחר הנאשם לעשות דין לעצמו ויצא לסוריה בלויית כ- 280 איש נוספים. בד בבד פעל הנאשם **לתיאום** פגישה עם סוכן זר, נפגש עימו בפועל ואף ניסה ליצור מפגש אסור נוסף.

18. נראה לי כי מבחן הסבירות מוביל בפשטות לסברה כי המיוחס לנאשם אינו אינהרטי לתפקידו. אין מדובר בהתנהלות בנסיבות של רשלנות או ספונטניות, מדובר בעבירות מכוונות, פרי **תכנון מוקדם** לרבות הכנות אקטיביות רבות אשר **קדמו** לנסיעה ולמפגש. וכי ניתן לטעון כי הנאשם לא יכול היה למלא את תפקידו הפרלמנטארי בלעדי ביצוע המיוחס לו? האם חבר כנסת סביר היה מבצע את אותה עבירה בנסיבות דומות? מבחן אובייקטיבי מוביל למסקנה שלילית, לא לתכלית זו קבע המחוקק את ההוראות בעניין החסינות.

בסיומו של פרק זה ראיתי לשוב ולציין כי שאלת חסינותו העניינית של הנאשם נבחנה בהתאם לעובדות המתוארות בכתב האישום ולא אחרת. עניין לנו כעת בטענותיו המקדמיות של הנאשם לצורך ביטול חלקי או מלא של כתב האישום כפי שהוגש, לפיכך, איננו נדרשים משפטית לעיון המתאים לניהול ההליך לגופו.

ב. **חסינות ספציפית מכוח סעיף 10(א) לחוק החסינות:**

19. טוען הנאשם כי לחלופין, הוא מוגן בחסינות ספציפית מכוח ס' 10(א) לחוק החסינות לפיו:

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

יש לדחות בעניין זה את טענת המאשימה לפיה סעיף זה אינו רלוונטי לעבירה המיוחסת לנאשם, שכן הנאשם עבר עבירה של כניסה למדינת אויב ולא יציאה שלא כדין. הנסיעה למדינת אויב הינה פועל יוצא של ההוראה המתנה את הנסיעה בקבלת היתר ופרשנות המאשימה בעניין זה מלאכותית.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'
נפאע

1 תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל) התש"ט – 1948,
2 קובעת:

3
4 "על אף האמור בכל דין, לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות בסעיף 2א לחוק למניעת
5 הסתננות (עבירות ושיפוט), התש"ד-1954, אלא בהיתר משר הפנים או מראש הממשלה,
6 ולא ייכנס אזרח ישראלי או תושב ישראלי בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה אלא בהיתר
7 כאמור".

8
9 האם הוראות ס' 10(א) לחוק החסינות גוברת על הוראת ס' 5 לפקודה ומעמד חוק החסינות
10 הינו חוקתי כטענות הנאשם?

11
12 20. לטעמי, מלאכת הפרשנות מובילה למסקנה כי הוראות ס' 5 לפקודה גוברות על האמור בס'
13 10 (א) לחוק החסינות, כפי שיבואר להלן:

14
15 בשנת 2002 נחקק החוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ
16 לארץ) (מס' 7) התשס"ב-2002 (להלן: "תיקון מס' 7). עפ"י התיקון, נוספו ברישא של ס' 5
17 לפקודה המילים: "על אף האמור בכל דין" ובוטל ס' 17 (ג) לתוספת לפקודה המסייג:

18
19 "תקנות אלה אינן חלות על אדם, אשר בידו דרכון דיפלומטי או דרכון שירות של מדינת
20 ישראל".

21
22 בדברי ההסבר לתיקון נאמר מפורשות:

23
24 "תקנה 17(ג) קובעת כי התקנות אינן חלות על "אדם אשר בידו דרכון דיפלומטי או דרכון
25 שירות של מדינת ישראל". סעיף 10(ב) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם
26 וחובותיהם, התש"א – 1951, קובע כי חבר כנסת היוצא את המדינה זכאי לקבל דרכון
27 שירות.

28 ..
29 אין כל הצדקה עניינית לאי תחולתו של האיסור לנסיעה בלא היתר למדינות אויב על חברי
30 הכנסת.

31 ..



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

1 התיקון המוצע בסעיף 1 בא לקבוע כי האיסור לצאת למדינת אויב שלא בהתאם להוראות
2 הפקודה גובר על הוראות אחרות בחקיקה, כגון הוראות סעיף 10(א) לחוק חסינות חברי
3 הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א – 1951".
4 (ה"ח תשס"א מס' 3032 עמ' 782 – תיקון מס' 11).

5
6 הנאשם מבקש למעשה כי נעלים עין מגילוי דעתו המפורש והמובהק של המחוקק וכך לא
7 יעשה.

8
9 תיקון מס' 7 הנוקט בלשון: " על אף האמור בכל דין" מדבר ברורות.

10
11 עוד מבקש הנאשם לקבוע כי לחוק חסינות חברי כנסת מעמד חוקתי המקנה לו עדיפות על
12 פני חוקים אחרים. טענה זו, למרות חשיבותה הרבה ביותר של חסינות חבר כנסת ככזו, אין
13 בידי לקבל ולא בכדי הנאשם לא תמך יסודותיו בפסיקה רלוונטית.

14
15 המסגרת הנורמטיבית של חסינות חברי כנסת קבועה בסעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת, שעל
16 פיו: "לחברי הכנסת תהא חסינות: פרטים ייקבעו בחוק". הקביעה בחוק יסוד: הכנסת
17 שלפיה "פרטים ייקבעו בחוק" מאפשרת שינויים תכופים בחסינות חברי הכנסת, כפי שאכן
18 נעשה מעת לעת. ההסדרים השונים הנוגעים לשאלת חסינותם של חברי הכנסת אינם
19 מעוגנים בחוק יסוד: הכנסת אלא בחוק החסינות, חוק אשר תוקן פעמים רבות ולא ניתן
20 להתייחס אליו כאל חוק במעמד חוקתי (מבלי לייתר כמובן את חשיבותו הרבה ואת דברינו
21 לעיל לפיהם יש לנהוג בהסרת חסינות בזהירות רבה ביותר).

22
23 לביסוס טענתו הפנה הנאשם למאמרה של פרופר סוזי נבות "ארבע הערות קצרות על
24 חסינות חברי כנסת" פרלמנט, גיליון 70 (אוקטובר 2011) בהוצאת המכון הישראלי
25 לדמוקרטיה. במאמר זה צוין כי "חסינות חברי הכנסת היא חוקתית באופייה" ואולם
26 בסמוך ממש לקביעה זו מציינת המחברת במוסגר: "גם אם כיום היקפה מוסדר בחוק
27 רגיל), ראוי לקבועה במסגרת חוק יסוד: הכנסת".

28
29 המאמר מביע למעשה ביקורת על כך כי ההסדר החקיקתי בארץ בעניין החסינות אינו מעוגן
30 בחוק יסוד, תוך השוואה למדינות שונות. המאמר אם כן, מחזק את הסברה כי לחוק
31 חסינות חברי הכנסת אין כיום מעמד חוקתי.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

אשר-על-כן מהמכלול אשר מנינו לעיל, נקבע כי המעשים המיוחסים לנאשם אינם בגדר מעשים שעליהם ניתן לפרוס את סככת החסינות המהותית, באשר הם לא נעשו במילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. כך גם כך, לנאשם לא עומדת הגנת חסינות ספציפית מכוח ס' 10(א) לחוק החסינות.

ג. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה:

22. לטענת הנאשם, העובדות המפורטות באישומים 2 ו-3 אינן מהוות עבירה. לדידו, העבירה של מגע עם סוכן חוץ הינה עבירה תוצאתית, לפיכך היה צורך לפרט בכתב האישום את העובדות הרלוונטיות המצביעות על פגיעה "פיזית ממשית" בביטחון המדינה. עוד נטען כי על המאשימה היה לציין בעובדות כתב האישום את תוכן המפגש כפי שתואר ע"י עד תביעה אשר עדותו צורפה.

עלי לדחות את טענות הנאשם בעניין זה. העבירה המיוחסת לנאשם הינה עבירה על פי סעיף 114 לחוק העונשין, אשר זו לשונה:

"(א) מי שקיים ביוזעין מגע עם סוכן חוץ ואין לו הסבר סביר לכך, דינו - מאסר חמש-עשרה שנים.

(ב) ניסה אדם ליצור מגע עם סוכן חוץ, או שביקר במקום 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) בסעיף זה, "סוכן חוץ" - לרבות מי שיש יסוד סביר לחשוד בו כי עסק, או נשלח לעסוק, מטעם מדינת חוץ או ארגון מחבלים או למענם, באיסוף ידיעות סודיות או במעשים אחרים העשויים לפגוע בבטחון מדינת ישראל וכן מי שיש יסוד סביר לחשוד בו שהוא חבר בארגון מחבלים או קשור בו או פועל בשליחותו.

(ד) לא יורשע אדם לפי סעיף זה אם הוכח לבית-המשפט שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בבטחון המדינה".

איני רואה לכנות את העבירה של "מגע עם סוכן חוץ" עבירה תוצאתית. על פי תת סעיף א', העבירה של מגע עם סוכן חוץ כוללת מספר רכיבים; מגע, עם סוכן חוץ, ביוזעין וללא הסבר



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

סביר. סעיף ד' מקנה טענת הגנה למבצע אם הוכח שלא עשה או לא התכוון לעשות דבר שיש בו פגיעה בביטחון המדינה.

אין ברכיבי העבירה דבר או חצי דבר המצריך פרוט העובדות הרלוונטיות המצביעות על פגיעה בפועל בביטחון המדינה.

אכן התביעה חייבת בפרשת העובדות להציג את כל מרכיבי העבירה, לרבות היסודות השליליים, אולם יש להבחין בין היותה של דרישה כאמור יסודות מיסודות העבירה, שאז נטל הוכחתה על התביעה ויש לשקפה בפרשת העובדות, לבין היותה של הדרישה טענת הגנה, שנטל הוכחתה על הנאשם ואשר אין מקומה בפרשת העובדות שבכתב האישום.

אחד מיסודות העבירה של מגע עם סוכן זר הינו כי המגע נעשה ללא הסבר סביר. מפגש פוליטי מדיני עשוי להיחשב כהסבר סביר אלא שלשם הוכחת הסייג שברכיבי העבירה, יוטל הנטל על כתפי הנאשם, מדובר בסוגיה עובדתית אשר **תתברר לגופה** במרוצת ההליך ואין מקומה לשלב המקדמי כאן.

למותר לציין כי אין בכוונתי לשלב הזה, לייחד דיון לטענות הנאשם כי "הראיות בתיק אינן מבססות את העבירה". טענה זו הינה ללב ליבו של שלב ההוכחות בהליך פלילי וגם היא, אין מקומה לעת הזאת.

בהקשר זה אציין, כי בחרתי שלא להתייחס לראיות אליהן הפנו הצדדים במסגרת טיעוניהם בנדון זה. לטעמי, הן מבחינה משפטית והן מזו העובדתית, מדובר בשאלות כבדות משקל אשר מחייבות בירור מקיף ועמוק, בירור אשר אינו יכול להתקיים מטיבו במסגרת הטענות המקדמיות, ואשר בירורו כעת, יהווה טעם לפגם.

בסיום פרק זה, אציין כי ראיתי לדחות על הסף את טענות הנאשם, לפיהן יש להחיל על פרשנות ס' 114 לחוק העונשין, מבחן הסתברותי שכן מדובר בעבירת ביטוי. החוק הפלילי מכיל שורה ארוכה של סעיפים פליליים המאפשרים – עפ"י לשונם – להרשיע בגין התבטאויות שונות. עבירה של מגע עם סוכן זר, **אינה** נמנית עם עבירות אלה, מדובר בעבירה התנהגותית - קיום ביודעין מגע עם סוכן חוץ, אין מדובר על הגבלת חופש הביטוי, אלא על מניעת מגע עם כזה המוגדר כמסוכן לביטחון המדינה.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

סיכומו של עניין, כתב האישום מביא את עיקרי העובדות המצביעות על כך כי נתקיימו
בנאשם לכאורה, יסודותיה של העבירה, לא מצאנו בו כל פגם, בוודאי לא כזה המצדיק
ביטולו.

ד. בטלות תיקון 33

23. ראיתי ליתן דגש באשר לטענה לפיה תיקון 33 לחוק החסינות אינו חוקתי ואפרט:

כאמור לעיל, ביום 25.7.05 תיקנה הכנסת את תיקון מס' 33. התיקון שינה שינוי
מהותי את הסדר החסינות הדיונית של חבר כנסת והתווה כללים חדשים מקום בו
נדרשת ועדת הכנסת להחליט בדבר חסינותו של חבר כנסת. כפי התיקון, היועץ
המשפטי לממשלה אינו צריך לבקש מוועדת הכנסת להסיר חסינותו של חבר כנסת,
אלא עליו להודיע כי החליט להגיש כתב אישום. היה וחבר הכנסת אינו עומד על
חסינותו, יכול היועץ המשפטי לממשלה להגיש את כתב האישום ללא קיומם של
הליכים נוספים בוועדת הכנסת או במליאה.

במידה וחבר הכנסת סבור שמתקיימת לגביו אחת מעילות החסינות המפורטות
בחוק, עליו להגיש בקשה לוועדת הכנסת, ולבקש ממנה לקבוע שעומדת לו חסינותו
לגבי המעשה נשוא כתב האישום. מקום בו ועדת הכנסת קובעת כי לחבר הכנסת לא
עומדת חסינות, תהא החלטתה **סופית** (סעיף 13(ג) לחוק החסינות) וכך בענייננו
אנו.

אם כן, נקודת המוצא היא שלחבר כנסת **לא** עומדת חסינות דיונית וניתן להגיש
נגדו כתב אישום מבלי לבקש את רשות ועדת הכנסת ומליאתה.

בנסיבות אלה טוען הנאשם כנגד חוקיות תיקון 33. לדידו, התיקון התקבל בחופזה
ובאופן בהול, בנסיבות בהן ועדת הכנסת סירבה להסיר את חסינותו של חבר
הכנסת גורולבסקי, לאחר שהצביע באופן כפול. עוד נטען כי התיקון פוגע בעיקרון
הפרדת הרשויות המחייב את מליאת הכנסת, כמוסד עצמאי, לשקול את סוגיית
הסרת החסינות. לדידו מדובר בסוגיה שאינה נחלתו הפרטית של חבר הכנסת,
כאשר ההחלטה התקבלה ע"י ועדת הכנסת מבלי שהונחה בפניה התשתית
העובדתית הראויה לטענת החסינות.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

מנגד, מציינת המאשימה כי תיקון 33 כלל שינויים משמעותיים בהליך הדיוני בהקשר לשאלת החסינות, אולם אין בו כדי פגיעה בזכות ייסוד חוקתית.

24. בפתח הדיון יבואר, כי על אף העובדה כי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בטענות בדבר אי חוקתיות אינה מונעת דיון בטענות בערכאה הדיונית (השוו: בג"צ 6090/08 **ברגר נ' שר המשפטים** (לא פורסם, 11.8.08); הדיון בשאלת החוקתיות כאן, **יוגבל** למתחם הטענות המקדמיות ולא אחרת.

עוד אזכיר עמדת הפסיקה לפיה: "**כלל זה ננקט בידנו, שהתערבות חוקתית היא נשק יום הדין**", והשימוש בה צריך להיות במשורה" (ראה בג"ץ 7956/10 **דורית גבאי נ' שר האוצר** (פורסם בנבו [19.11.12]).

25. בפנינו בחינה חוקתית בת שלושה שלבים. בשלב הראשון נבדקת השאלה האם תיקון 33 אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. אם התשובה על שאלה זו הינה שלילית, מסתיימת הבדיקה בדבר חוקתיות החוק. אם התשובה על שאלה זו היא חיובית, עוברים לשלב השני בו יש לדון בשאלה האם התיקון הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם התשובה היא שלילית עוברים לשלב השלישי בו בוחנים את הסעד החוקתי שנאשם זכאי לו (ראו בסיס העקרונות בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1994)).

26. האם תיקון 33 לחוק פוגע בזכות אדם מוגנת?

א. הנאשם טוען כי נפגעת זכותו להליך הוגן, וכי תיקון 33, פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות המחייב את מליאת הכנסת לשקול עצמאית את עניין הסרת החסינות. עוד נטען כי התיקון פוגע בחסינות העניינית כזכות חוקתית.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

1 בפתח דיון זה אציין, כי עוסקים אנו בדיון בחסינות דיונית – פרוצדוראלית, זו
2 הניתנת להסרה ע"י הכנסת, ולא בשאלת החסינות המהותית- עניינית, שכן תיקון
3 33 לא תיקן את ס' 1 לחוק החסינות הקובע:

4 "חבר כנסת לא יישא באחריות פלילית או אזרחית ויהיה חסין בפני כל פעולה
5 משפטית בשל הצבעה ו/או בשל הבעת דעה בע"פ או בכתב או בשל מעשה שעשה
6 בכנסת או מחוצה לה...אם היו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו..."

7 התיקון אכן מצמצם צמצום ניכר בדיני החסינות הדיונית של חברי הכנסת אולם
8 אין בו השפעה על החסינות המהותית, משכך, איננו רואים להתייחס בנדון זה
9 לטיעוני הארוכים של הנאשם בעניין האינטרס הציבורי העומד בייסוד החסינות
10 המהותית, אינטרס אשר אין חולק על חשיבותו, אולם אינו על מדוכת הדיון.

11 ב. האם התיקון פוגע במליאת הכנסת כמוסד עצמאי ובעקרון הפרדת הרשויות?

12 לטעמי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

13 תיקון 33 לחוק נוטל למעשה ממליאת הכנסת את החירות ליטול חסינות מחבר
14 כנסת ומייחד אפשרות זו לוועדת הכנסת עצמה. בהקשר כה יוער, כי בדברי ההסבר
15 להצעת חוק חסינות (ה"ח הכנסת תשס"ה מס' 83 עמ' 170) (להלן: "דברי ההסבר")
16 צויין:

17 "מוצע לקבוע כי גם החלטה של ועדת הכנסת בנושא נטילת חסינות או זכות
18 כלשהיא או חסינות בפני דין פלילי, תובא כהצעה לאישורה של הכנסת".

19 לפיכך, הצעת החוק בנוסחה המקורי נוסחה כהאי לישנא:

20 "ועדת הכנסת תדון בבקשה שהוגשה לפי סעיף זה ותעביר את הצעתה להחלטה
21 הכנסת".

22 למרות הנוסח המוצע, התקבל לבסוף נוסח סעיף 13(ג) לחוק החסינות המקנה
23 את ההחלטה לנטילת החסינות לוועדת הכנסת לבדה.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

אציין, ייתכן ורצוי היה לאמץ את נוסח ההצעה המקורית ולאפשר הצבעה לכלל חברי המליאה בסוגיה כה חשובה, עם זאת, מכאן ועד לקביעה כי מדובר בתיקון לא חוקתי - מרחק רב.

ראה, ס' 7 ל - ל - New Zealand Bill of Rights בו הוראה סטטוטורית ברוח האמור:

7. Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights - Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,-

(a) In the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or
(b) In any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill -
bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.

כן ראו: א' רובינשטיין, "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות אדם" **משפט וממשל** ה', 339, 352-353 (הערת שוליים 9) (2000), לפיו כפי היועמ"ש דאז, חריש, להצעת חקיקה תצורף חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה אשר תדון בשאלת תוקף החקיקה המוצעת מול חוקי היסוד ככאלה.

ועדת הכנסת הינה חלק מהכנסת - מורכבת ממספר חברי כנסת, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה, אשר ממלאים תפקידים מטעם מפלגות שונות, ומשמשים למעשה כנציגי המליאה לעניין זה.

יתרה מזאת, הנאשם מבקש למעשה לבטל את תיקון 33 לחוק ולחזור לנהוג עפ"י חוק החסינות עובר לתיקון. ואולם, גם לפני התיקון, במידה וועדת הכנסת הייתה מחליטה שלא להסיר את חסינות החבר, לא הייתה ההחלטה מועברת להכרעת המליאה, אלא מסתיימת בהחלטת ועדת הכנסת לבדה. גזירה שווה מובילה



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

למסקנה כי לא ניתן לטעון לפגם חוקתי בכך שהמליאה לא דנה בנדון הסרת החסינות, כאשר גם לפני התיקון לא הייתה קנויה לה זכות זו בכל המקרים.

יש לזכור, כי למרות שלאחר התיקון לא נדרש אישור הכנסת כולה להסרת החסינות הדיונית, הרי מנגד, התיקון הרחיב במידה ניכרת את העילות שעל פיהן ניתן להעניק הגנה לחבר הכנסת – במסגרת החסינות הדיונית, גם בשל מעשים שאינם במסגרת מילוי תפקידו. נקודת האיזון אכן שונתה, אולם מאידך יש בתיקון גם משום הרחבת החסינות לנאשם ולדומיו.

עוד ניתן לקבוע כי תיקון 33 לחוק משתלב במגמה רווחת במדינות מסוימות באירופה, לצמצום היקפה של החסינות הדיונית. כך למשל חוקת צרפת ואיטליה ביטלו את הצורך באישור הפרלמנט לשם הסרת החסינות (ראה מאמרה של סוזי נבות, "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב", משפטים מ' (תשע"א) 67, 73). נבות מציינת במאמר זה כי האישור הנדרש במדינות איטליה וצרפת, הינו רק במקרים בהם רוצים לנקוט כנגד חבר הכנסת באמצעים מגבילים כגון מעצר.

המושג "חסינות דיונית" מצומצם אף הוא במדינות דמוקרטיות רבות בהשוואה למדינת ישראל גם לאחר חקיקת תיקון 33 לחוק: בבריטניה - ישום המושג "חסינות דיונית" מצומצם ביותר, חסינות זו מגנה מפני מעצר וכליאה במקרים של הליך אזרחי; בארה"ב – החסינות הדיונית מתייחסת להליכים אזרחיים בלבד ומגנה על הנבחרים רק מפני מאסר; בשוודיה ובצרפת – החסינות חלה על הליכים פליליים בלבד ומגנה בפני מעצר; בהולנד – אין לחברי הפרלמנט חסינות דיונית והם שווים לכל דבר ועניין לכל אחד מהאזרחים האחרים (ראו בהרחבה חקיקה חדשה: תיקון לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, פרלמנט, גיליון 49 (2005) בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה).

מסקירתנו כאן בתמצית, ניתן לומר כי בתי הנבחרים מנסים ליצור איזון מידתי ראוי בין חשיבות החסינות כדי מניעת הפגיעה בעבודתו של הנבחר ככזה לבין מניעת ניצול לרעה של עצם החסינות ע"י הנבחר.

במדינות רבות, כאשר נתפס הנבחר בשעת מעשה, לא חלה החסינות (ראה צרפת, ספרד, בלגיה), החסינות אינה חלה בעבירות קלות בגרמניה ודנמרק, אינה חלה בעבירות חמורות כמו בגידה ופשע בארה"ב, צרפת ואירלנד.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

קיימים פרלמנטים בהם לא קיימת בכלל סוגיית החסינות הדיונית. כאשר גם
מנגנון הליכי הסרת החסינות, שונה ממדינה למדינה ואינו קבוע ואחיד (בצרפת
המליאה מחליטה על הסרת החסינות, בקפריסין דווקא בית המשפט העליון,
במדינות כמו צרפת, גרמניה וספרד, ההחלטה באה לאחר המלצת ועדה מיוחדת).
מדינת ישראל אף הקימה בעבר וועדה מיוחדת לבחינת נושא חסינות חברי הכנסת
(וועדת ניסים, בראשות שר המשפטים לשעבר, משה ניסים). הוועדה אשר בחנה את
סוגיית היקף החסינות של חברי הכנסת וסברה, בדעת רוב, כי בכל הנוגע לחסינות
הדיונית – יש להפקיע את ההכרעה מידיה של הכנסת עצמה ולהעבירה לגוף
חיצוני – ציבורי (ראו: דו"ח הוועדה מיום י"א בסיון התשנ"ו- 16 ביוני 1997 וכן
הדיון מפרוטוקול מס' 90 משיבת ועדת הכנסת מיום יט בטבת התשס"ד,
13.1.2004).

אף כי בפועל, מותיר התיקון את ההכרעה לוועדת הכנסת, לא למליאה כולה ולא
לוועדה ציבורית, כמבואר לעיל, אין בשינוי זה משום פגיעה בזכות חוקתית או
בעיקרון הפרדת הרשויות (טיעון שאינו רלוונטי כלל למושא הדיון שעה שוועדת
הכנסת אינה משתייכת לרשות שלטונית אחרת ממליאת הכנסת). איני רואה
בנמצא מול עיני, כלל המעוגן בחוק יסוד, לפיו מליאת הכנסת היא לבדה
הרלוונטית להכרעות מסוג זה.

ג. הטענה למהלך חפוז של חקיקת תיקון 33 לחוק:

טוען הנאשם, בין היתר, כי תיקון 33 לחוק נחקק למעשה באופן חפוז ובהול ובכך
בין השאר, פגם חוקתיותו. לעניין זה נאמר נחרצות כי דין הטענה לדחייה בשתי
ידיים. לרשות משפטית אין כל אינדיקציה לקביעה מהו חוק אשר מסלול חקיקתו
"מהיר" לעומת חוק אשר מסלול חקיקתו "תקין". כל העומד בפני השופט הוא
נוסח החוק, תוכנו, לשונו. האם חוק אשר נחקק באופן חפוז הינו בהכרח חוק פגום
או פסול? האם לא מתקיימים מצבים בהם דווקא חקיקה ארוכה ומדוקדקת,
תוכנה יסתור את ערכי הייסוד?

אשיב לשאלות אלה בשלילה. טענת הנאשם בנדון זה ובדגש לטענת אי החוקתית –
אין לה מקום (ואשאל כאן, מדוע לא עתר הנאשם כנגד חוקתיות תיקון 33 בטרם
הדיון? מדוע לאחריו? – ראה להלן).



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

7. האם נפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן?
- אין חולק, כי הזכות להליך הוגן הוכרה בפסיקה כזכות יסוד חוקתית המוגנת באמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006)). נשאר בצריך עיון את השאלה האם עסקינן בזכות חוקתית גם בהליכים **מעין שיפוטיים** להבדיל מהליכים המתנהלים בין כתלי בית המשפט. לעניין זה נזכיר עמדת הפסיקה כי לאור אופייה המיוחד של הכנסת, אין לקיים לגביה את מלוא הדרישות (המהותיות והדיוניות) החלות על גוף כעין-שיפוטי רגיל, אלא המינימום ההכרחי של דיון הוגן (עניין פנחסי לעיל, בעמ' 679).
- אולם גם במידה וזכותו של הנאשם להליך הוגן בפני ועדת הכנסת, הינה זכות חוקתית מובהקת, עדיין, לא מצאתי ממש בטענות הנאשם.
- הנאשם טוען כי התיקון מונע בעדו להשמיע את טיעוניו בפני חברי הכנסת. נטען כי בפני ועדת הכנסת לא הוצגו עדותיהם של השיחים הדרוזיים שנסעו לסוריה, לפיהם מטרת הנסיעה היתה דתית מובהקת; לא הוצגו בפני הוועדה מקרים נוספים של חברי כנסת אחרים אשר נהגו באופן דומה אולם לא הוגש כנגדם כתב אישום; לא הוצגה מדיניות משרד הפנים המחייבת המצאת אזהרה טרם הגשת כתב אישום וככלל- לא הוצגה התשתית העובדתית המלאה וההולמת.
- סבורני כי טענות אלו אין מקומן בדיון בפרק זה (והתייחסות לגופן תינתן בהמשך). הטענה כי במקרה **הספציפי** של העותר, וועדת הכנסת או היועמ"ש, לא עיינו עיין היטב, במסמכים הרלוונטיים, או לא התייחסו לסוגיה הפוליטית אשר ריחפה מעל ביקורו של הנאשם בסוריה, **אינה** יכולה לבנות את הטענה כי התיקון לחוק אינו חוקתי, בהיותו פוגע בזכות לדיון הוגן. מדובר בטענות עובדתיות הנוגעות למקרה ספציפי ולא לחוקתיות חוק.
- מהו תוכנה של זכות הנאשם להליך הוגן? בתשובה לשאלה זו ניתן להרבות או למעט, אולם ניתן למנות כעיקר את הזכות ככזו כי ההליך יוכרע ע"י מוסד עצמאי, בהליך שיויוני, פומבי והוגן תוך שימוש בזכויות הדיוניות העומדות לרשות בעל הדין.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

באשר לתיקון 33 לחוק, הרי שאין בו כל הוראה השוללת את סמכותו של בג"ץ לדון בהכרעת ועדת הכנסת או המליאה, משכך, אין בו פגיעה בזכות הגישה לערכאות. כך גם כך, התיקון אינו מונע דיון פומבי ופתוח; אין בו משום הכרעה שאינה יעילה או זו הניתנת בזמן שאינו סביר, ואין בו כל מכשול אשר מכביד על הנאשם למימוש יומו בהליך הספציפי המובא בפני הוועדה (ואף אם הועדה במקרה ספציפי זה או אחר, כשלה בחובתה).

התיקון קובע למעשה כי בקשה בדבר נטילת חסינות **תוגש בכתב** ובצירוף **נימוקים** ליושב ראש הכנסת, שיעבירנה לוועדת הכנסת לדיון **בהקדם** האפשרי (ס' 13 ג' לחוק). עוד נקבע כי ועדת הכנסת לא תציע, ליטול מחבר הכנסת חסינות אלא לאחר שניתנה לאותו חבר הכנסת וליועץ המשפטי לממשלה **הזדמנות להשמיע את דברם** (ס' ד לחוק). עוד נקבע כי ההצבעה בנדון תערך באופן **גלוי** (ס' ו לחוק).

מכל האמור, עלי לדחות את הטענה כי התיקון פוגע בזכות חבר הכנסת להליך הוגן.

27. סיכומו של עניין, הנאשם הטוען לפגיעה בזכות חוקתית לא היטיב לבסס את טענתו לפגיעה בזכות אדם חוקתית ובו כחבר כנסת – מקצת טענותיו היו כלליות וללא הצבעה ספציפית על זכות חוקתית. יתר הטענות, הצביעו על זכויות חוקתיות אשר תיקון 33 לחוק אינו פוגע בהן.

בסיום דיון זה, אחזור ואדגיש כי הנאשם למעשה פעל בטענותיו המקדמיות שבפנינו בבחינת "חכמה שלאחר מעשה". לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה מסר לנאשם עותק מכתב האישום, עמדה לנאשם, בהתאם לתיקון 33 (ס' 4 (א)(3)), הזכות לפנות תוך 30 יום בבקשה כי ועדת הכנסת, תיקבע כי קיימת לו חסינות. הנאשם **בחר** לילך בדרך אשר התווה התיקון, לפנות להכרעת ועדת הכנסת **ולא** בחר לפנות בעתירה מתאימה לבג"ץ כנגד חוקתיות התיקון. כך גם כך, התיקון **אינו** מונע מהנאשם לפנות לבג"ץ לאחר ההכרעה בוועדת כנסת, כאשר גם אפשרות זו **לא** נוצלה.

בעיקרו של דבר, טענת הנאשם לפסלות תיקון 33 לחוק עוררה את הסוגיה של מתחם ההתערבות השיפוטית נגד מעשי חקיקה. אכן, בהתוויית גבולות שאלות הכרוכות בהסרת חסינות, ניתן למצוא פנים לכאן ולכאן בנקודת האיזון שנמצאה בהליך תיקון 33 לחוק.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

אולם, לא זו השאלה העומדת בפנינו. לא מצאתי כל פגיעה בזכות מוגנת וממילא התייתר הדיון בשלביה הנוספים של הבחינה החוקתית.

אי קיום דיון הולם בוועדה:

28. באשר ליישום תיקון 33 לחוק על עניינו הפרטי של הנאשם - הנאשם מבקר בנוסף את ההליך שהתקיים בוועדת הכנסת בעניין הסרת חסינותו. לנטען, הועדה לא דנה בתחולת החסינות העניינית, לא בחנה האם התשתית העובדתית מצביעה על סכנה לביטחון המדינה ולא נדונה כדבעי סוגיית האפליה.

ראש וראשון אציין כי המעשה המינהלי של הרשות מוחזק כחוקי ותקין אלא אם הוכח אחרת. הטוען כי מעשה מינהלי נעשה שלא כדין, עליו הראייה (בר"מ 1966/06 **המשביר הישן בע"מ (בפירוק) נ' עיריית כרמיאל**, פסקה 11 ([פורסם בנבו], 17.2.08)). לצורך כך, אין די בטענה סתמית בדבר היות הדיון קצר או כזה אשר לא נשאלו בו כל השאלות האופציונאליות לדיון.

29. לגופה של טענה, עיון בפרוטוקול וועדת הכנסת מיום 26.01.10 (להלן: "הפרוטוקול"), מלמד על דיון ענייני ומקיף ולא כנטען.

בראשית הדיון, סקר יו"ר הועדה חבר הכנסת יריב לוין את התהליך לפי החוק החסינות ובדגש על תיקון 33 לחוק (עמ' 3 לפרוטוקול). ציין כי מדובר בהליך מעין שיפוטי וכי לנאשם הזכות להיות מיוצג בהליך ע"י עו"ד, זכות שהנאשם בחר שלא לממש (עמ' 4 ושוב, בהמשך בעמ' 44).

היועץ המשפטי לממשלה סקר את העבירות מושא כתב האישום (עמ' 5) והנאשם קיבל את זכות הדיבור. בשלב זה, טען הנאשם את נימוקיו, לרבות טענת האפליה (עמ' 7, 10) והעובדה כי בייסוד נסיעתו ניצבה מטרה דתית (עמ' 9-7).

התרשמותנו היא כי התקיים דיון מקיף בשאלת האפליה (ראו למשל שאלות חה"כ זאב בעמ' 8, 11, ובהמשך בעמ' 56. עוד ראו שאלות חה"כ אברהם בלילא וחה"כ שמאלוב ברקוביץ אשר הופנו ליועמ"ש בעמ' 23, 28, שאלת חה"כ אריה אלדד בעמ' 30 לפרוטוקול, עמדת ח"כ גילאון בעמ' 46 ודברי ח"כ לוין בעמ' 66). היועמ"ש בעמ' 14-16, 21 נימק אף הוא תשובתו לטענת האפליה, בעניין זה עלי לדחות את טענות הנאשם לפיהם היועמ"ש לא שם לב כי גם



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

הנאשם (בדומה לחברי הכנסת זחאלקה, טאהא ובשארה) נסע לסוריה עובר לתיקון חוק
יסוד הכנסת בשנת 2008. אכן, כפי שמצוין בפרוטוקול בעמ' 15 ניתן להבין במשתמע כי
היועמ"ש הבחין בין המקרים על בסיס תקופת ביצוע העבירות, אלא שבהמשך, ניתן לראות
מפורשות כי היועמ"ש מציין את נסיעת הנאשם לסוריה ואומר: **"הנסיעה של חבר הכנסת
נפאע היתה בתקופה הסמוכה להחלטה, בספטמבר 2007, בניגוד לשלושת חברי הכנסת
האחרים שהזכרתי כאן"** ובדגש על העבירה הביטחונית (ראו הפרוטוקול בעמ' 16). מכאן כי
היועץ המשפטי לממשלה היה ער לעובדה כי נסיעת הנאשם בדומה לנסיעת שלושת חברי
הכנסת, נעשתה לפני התיקון לחוק, אלא שהנאשם ביצע נסיעתו בסמוך ממש לתיקון, נתון
נוסף אשר נלקח במערך השיקולים. גם בהמשך, מסביר היועמ"ש כי ייתכן ולא היה מוגש
כתב אישום בנסיבותיה של הנסיעה למדינת אויב מבלי קיום המפגשים האסורים (עמ' 43
לפרוטוקול).

הנאשם סקר את התשתית העובדתית - העדות אשר עליה, בין היתר, מתבסס כתב האישום
תוך שהוא מטיל בה דופי ומערער יסודותיה (עמ' 12) ונשאל שאלות לעניין עדות זו (ראה דבר
ח"כ אברהם בלילא בעמ' 23, שאלות ח"כ תירוש בעמ' 32 לפרוטוקול).

התקיים דיון בעניין החסינות המהותית (ראה למשל ע' 14, עמ' 43-44, שאלת ח"כ בן סימון
בעמ' 49 ועמדת ח"כ חנין זועבי בעמ' 65). לעניין זה ראוי לצטט בנוסף את הכרעת ביהמ"ש
העליון בעניין פנחסי, שם נטען לפסלות החלטת ועדת הכנסת ומליאת הכנסת בעניין נטילת
החסינות, שכן הוועדה והמליאה לא דנו ולא הכריעו בשאלה אם המעשים המיוחסים לחבר
הכנסת באים בגדר חסינותו המהותית.

לעניין זה קובע הנשיא ברק:

**"טענה זו דינה להידחות. בעצם עריכתו של הליך לנטילת החסינות בוועדת הכנסת
ובמליאתה הביעו חברי הכנסת את השקפתם כי החסינות העומדת לעותר היא
דיונית ולא עניינית. לא היה עליהם לקיים בעניין זה הליך פורמאלי נפרד. כמובן,
חברי הכנסת עשויים לטעות בהשקפתם בעניין זה. אם אמנם החסינות היא עניינית,
כל ניסיון ליטול אותה אינו עולה יפה, ודינו בטלות. יחד עם זאת, אין חברי הכנסת
חייבים לנהל דיון עצמאי בשאלת מהות החסינות, ורשאים הם להיכנס מיד לדיון
ענייני באשר לנטילתה"** (עניין פנחסי בעמ' 705).



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 11-12-47188 מדינת ישראל נ'

נפאע

משמע, גם אלמלא הדיון בעניין החסינות המהותית, לא ניתן לפסול את תקינות החלטת ועדת הכנסת מטעם זה בלבד.

עוד בנוסף, חברי הוועדה שאלו שאלות לעניין הפגיעה בביטחון המדינה במקרים מעין אלה (ראה שאלת ח"כ גילאון בעמ' 46, עמדת ח"כ אגבאריה בעמ' 47 ועמדת ח"כ זועבי בעמ' 55).

יצוין כי במרוצת הדיון, ציין הנאשם כי קיימת לו זכות להזמנת מומחים לוועדה לחיזוק טענתו, בעניין זה קבע יו"ר הוועדה חה"כ לוי:

"אני לא אאפשר את זה. חבר הכנסת נפאע, אני אפשרתי לך. לו היית מבקש מראש להזמין מישהוא לא הייתי מונע ממך. בנקודת הזמן הזאת אני חושב שזה לא סביר ולא ראוי" (עמ' 44).

לעת נעילת הישיבה ציין הנאשם:

"אני בסך הכל רוצה להודות לכל חברי הכנסת. אני חושב שהיה דיון ענייני, חשוב שהדברים ישמעו, מכל בחינה וכל זווית. אני חושב שתוצאת הדיון, בלי קשר לתוצאת ההצבעה, קידמה את האינטרס שנלחמתי כדי לקדמו" (עמ' 67 לפרוטוקול).

30. טוען הנאשם לפגמים אשר נפלו בהליך הסרת חסינות הנאשם בפני ועדת הכנסת, כאלה אשר עוצמתם מהווה טענת הגנה מן הצדק. ואולם, ההליך בוועדה היה תקין. לנאשם היה יומו בוועדה. פרוטוקול הדיון אותו סקרנו לעיל בהרחבה מדבר בעד עצמו - מדובר בדיון בן ארבע שעות, בהשתתפות ערה של הנאשם ויתר המשתתפים. לא לחינם טרח הנאשם להודות לוועדה. נוסף, גם אם ראוי היה לאפשר הבאת מומחים, הרי כעיקר, ההליך עצמו כהליך היה הליך הוגן. הבקשה באה בשלב הסופי ולא הייתה בה פגיעה יורדת לשורש עניין כדי עיוות וקביעה כי ההליך ככזה היה פגום.

כך גם כך, איני מוצא ללמוד על אי קיום הליך הוגן באמצעות ההשוואה לדיון בעניין הסרת חסינותו של חבר הכנסת בשארה. ראשית, אורך הדיון או מספר הדיונים בוועדה, אינם אינדיקציה לבחינת תקינותו של ההליך. בנוסף, ההליך בעניינו של ח"כ בשארה, התקיים טרם לתיקון 33 לחוק אשר כמפורט לעיל ובהרחבה, הפך למעשה את הריג לכלל, תוך



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

קביעה כי החסינות מוסרת במקרה שכזה באופן אוטומאטי ואין דומה דיון **בנטילת** זכות מהותית כדיון **בהשבת** זכות שכבר ניטלה.

בסיום דיון זה, יש להזכיר בשנית כי לאור אופייה המיוחד של הכנסת, אין לקיים לגביה את מלוא הדרישות (המהותיות והדיוניות) החלות על גוף כעין-שיפוטי רגיל, אלא המינימום ההכרחי של דיון הוגן. הפרוטוקול מלמד על דיון ענייני, מפורט ומקיף, ולמצער דיון הוגן, דיון שבדאי אינו מקים טענת "הגנה מן הצדק". עוד נזכיר, הנאשם בחר שלא לפנות לבג"צ לאחר קבלת ההכרעה בועדת הכנסת בעניינו, אלא המתין כשנתיים עד להגשת כתב האישום שבפנינו.

ה. טענות הגנה מן הצדק

31. "הגנה מן הצדק" הינה דוקטרינה מקובלת במשפט הישראלי. כיום מעוגנת דוקטרינה זו בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע כי ניתן לבקש את ביטולו של כתב אישום כאשר "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". עם זאת, טענת "הגנה מן הצדק" תתקבל אך לעיתים נדירות:

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך-כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר." (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 807.

הנאשם טוען טענות שונות במסגרת דוקטרינת "הגנה מן הצדק". בתמצית יאמר כי לא מצאתי ממש בטענות הנאשם לעניין הגנה מן הצדק בשל מטרות הנסיעה (קיום



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

מצוות דת ופגישה עם בני משפחה). ההולך לביקור דת ולהשתטח על קברים, אינו
מייעד, תוך תיאום חשאי, פגישה עם אנשי טרור בארץ אויב, גם אם לטענתו חפץ
בהשכנת שלום בין תנועת החמאס לרשות הפלסטינאית. טענה זו אינה רלוונטית
לאישום בגין מגע עם סוכן חוץ. כך או כך, הטענה אינה נכללת במסגרת דוקטרינת
"הגנה מן הצדק". מדובר בסוגיה שאין מקומה במסגרת הטענות המקדמיות, אלא
שלב ההוכחות או לחלופין, שלב הטיעונים לעונש היה והנאשם יורשע לאחר שמיעה
והכרעה.

כך גם לעניין טענת השיהוי.

אכן, העבירות כפי המיוחס בוצעו בשנת 2007, כאשר כתב האישום הוגש רק בשנת
2011 ואולם, הכרה בטענת שיהוי במסגרת דוקטרינת "הגנה מן הצדק" תעשה
באופן נדיר (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקה 62 לפסק הדין (4.9.2007)).

אף לגופו של עניין, לאחר בחינת יסודות השיהוי, במקרה שלפנינו, נמצאנו למדים
כי הנאשם לא שינה מצבו לרעה או ניזוק באופן כלשהו מן השיהוי האמור וכי
פעולות החקירה בוצעו בסמוך למיוחס. עוד שוכנענו כי שיהוי זה אין מקורו
ברשלנות אלא בשל נסיבותיו המיוחדות של התיק והעובדה כי הנאשם הינו חבר
בית מחוקקים, על כל המשתמע מכך, ציבורית ומשפטית (ובדגש על ההליכים אשר
התקיימו במקביל בועדת הכנסת). זאת ועוד, מידת הפגיעה בשלטון החוק
ובאינטרס הציבורי לנוכח העבירות המיוחסות לנאשם – עובד ציבור מהדרגה
הראשונה - אינה מצדיקה ביטול כתב האישום מחמת עניין פרוצדוראלי כשיהוי,
בדגש על שיהוי בלתי חריג (ראה והשווה ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא
פורסם, 1.2.10) בנסיבות שם נקבע כי שיהוי בן חמש שנים, אינו מקיים טענת
"הגנה מן הצדק").

אכיפה בררנית



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

32. אעיר כבר בפתח הדברים, כי גם בנושא זה נוהג בית המשפט איפוק רב ולא בנקל תהא התערבות שמקורה באכיפה בירנית. ככלל, על החלטת התביעה בפרט בסוגיות המעוררות שאלות ציבוריות, להיות חפות מהפלייה שכן:

"הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש. ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי" (ראו: בג"ץ 935/89 גנור מ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 512, 485 (1990)).

כאן טוען הנאשם כי עומדת לו הגנה מן הצדק על בסיס אכיפה בירנית, משום שנגד אחרים, לא הוגשו כתבי-אישום בנסיבות דומות.

לעניין זה יפים דברי ביהמ"ש העליון בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע ואח'; פ"ד נג(3) 289 (1999):

"אכיפה בירנית (באנגלית: selective enforcement) אינה היפוך של אכיפה מלאה. לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה.

..

רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות, שיקבעו סדר עדיפות לאכיפת החוק. אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים עניינים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במבחנים אלה, אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בירנית"



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

עוד נקבע כי טענת "הגנה מן הצדק" תתקבל, מקום בו מדובר בהתנהגות שערורייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, מקרה בו המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת (ראו בהרחבה חוות דעתי בת"פ (נצ') 1081/00 **מדינת ישראל נ' חברת המוביל ז'ק יולזרי**, (פורסם בנבו), 06.12.06).

אכיפה שוויונית אינה בהכרח אכיפה אבסולוטית. אכיפה חלקית יכולה שתנבע משיקולים מעשיים וסבירים של מוגבלות משאבים, שיקולי מדיניות וכיוצ"ב. הנאשם מציין למעשה מספר מקרים בהם לא הועמדו חברי כנסת לדין, בנסיבות דומות. יודגש כי מרבית המקרים הנטענים אירעו לפני שנים רבות (כך למשל ניסיונו של חה"כ מיעארי ליטול חלק ב"ספינת השיבה" בשנת 1988, פגישות חברי כנסת משנת 1989 עם בכירים בארגון אש"פ, פגישת חה"כ עזר וייצמן ז"ל בשנת 1989 עם נציג אש"פ בז'נבה וכיוצ"ב).

הנאשם נסמך לעניין זה בעיקר על פרסומיים עיתונאיים.

איני רואה בנדון זה לקבל את טענות הנאשם. לבד מהעובדה כי לא הונח בפנינו בסיס ראיתי ראוי לבחינה השוואתית, הרי שנוכח חלוף השנים, ניתן לטעון לשינוי באכיפה משיקולי מדיניות, שיקולים אשר כאמור – אינם פסולים. קביעת סדרי עדיפויות באכיפה הינה פועל יוצא של ליבת ערכים חברתיים המוגנים מפני אותן העבירות, ערכים המתפתחים ומתגבשים מעת לעת על בסיס מציאויות שונות.

הנאשם מפנה גם למקרים דומים מהעשור האחרון, ואולם אין הנדון דומה לראיה. כך למשל לעניין נסיעתו של חה"כ אלסאנע לסוריה בשנת 2005, צורף מכתבו של מר שי ניצן לחה"כ המציין סגירת התיק **מחוסר ראיות**. כן אין להשוות את המקרה דנן לנסיעת חה"כ אחמד טיבי לתימן בשנת 2008, שכן אנו יכולים לקבל את הסברה כי רמת העוינות למדינת ישראל אינה זהה בין המדינות. היועץ המשפטי לממשלה בדיון בפני ועדת הכנסת, הזכיר מפורשות את שלושת חברי הכנסת הנוספים אשר נסעו למדינות אויב בשנת 2006 (זחאלקה, טאהא ובשארה) **והבחין** בין מקרה זה למקרה הנאשם. צוין כי בשונה מיתר המקרים, **בנוסף** לנסיעה מואשם חבר הכנסת גם בעבירה ביטחונית חמורה – מגע עם סוכן זר (ראו עמ' 16 לפרוטוקול ועדת הכנסת מיום 26.01.10). אנו סבורים כי לא ניתן ליצור הפרדה מלאכותית בנסיבותיו של מקרה זה – נסיעת הנאשם למדינת אויב הינה מאורע נוסף ברצף אירועים נשוא כתב האישום.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

זאת ועוד, יש להזכיר כי ביולי 2008 תיקנה הכנסת את חוק יסוד: הכנסת (תיקון 39) וקבעה בסעיף 7א' (א1) לחוק כי מי ששהה במדינת אויב לא יוכל לכהן כחבר כנסת. התיקון מצביע אף הוא על **עמדת החמרה** בכל הנוגע לנסיעות מעין אלה (השוו למאמרו של ד' ביין "מדיניות האכיפה והשפעתה על זיהוי הערך המוגן בעבירה" **הסניגור** 172 (יולי 2011)).

עוד אינני מוצא להשוות עניננו כאן לנסיעת עיתונאים למדינות אויב – האיסור בדבר אכיפה בררנית חל כל אימת שמדובר באבחנה בין מי שאין בינם שונות רלוונטיות. המאשימה **רשאית** להביא במניין שיקוליה אבחנות שונות בין נבחר ציבור, חבר בית מחוקקים לעיתונאי, בפרט נוכח שיקולי חופש ביטוי ועיתונות. חבר כנסת **מעצם טיבו** חשוף למידע רגיש מאחרים.

33. מכל האמור לעיל, בהתחשב במועד ביצוע הנסיעה, בשיקולי מדיניות לגיטימיים, בעבירות הנוספות – מגע עם סוכן זר ועבירת הניסיון ובדגש על העובדה כי הנאשם פנה לשר הפנים לקבלת אישור **וסורב** מנימוקי ביטחון (לא הובהר האם גם בנסיעת שלושת חברי הכנסת זחאלקה, טאהא ובשארה התקיימה הנסיבה של בקשת אישור וסירוב), הרי שלא מצאתי לבטל את האישום הראשון בכתב האישום מחמת אכיפה בררנית ובוודאי לא ביטול כתב האישום כולו.

לא מצאתי כי ההחלטה להעמיד לדין דווקא את הנאשם, בן לעדה הדרוזית, מקורה בשיקולים זרים, בשרירות גרידא, בשל נטייה דתית, פוליטית, או כזו אשר יש בה משום יחס עוינות אישית כלפיו, בהשוואה לחברי כנסת אחרים אשר עברו עבירות דומות.

עם זאת, איני מוצא בנדון זה לבטל את טענותיו של הנאשם כליל, העובדה כי רבים אחרים ביקרו במדינות אויב הינה עובדה שיש ליתן עליה את הדעת בכובד ראש. לעובדה זו משמעות במהלך ההליך גופו לרבות שלב טיעונים לעונש בנסיבות של הרשעה, היה והמאשימה תעמוד כמובן בנטל זה כאן (ראו לעניין זה בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל**, תק- על 1546 (1)06 (2006) בפסקה 5).

סוף דבר:

34. במקרה שלנו, כפי המפורט לעיל, על פי כתב האישום המתוקן כפי המיוחס לנאשם וכפי שסקרנו לעיל, מדובר במעשים מיוחסים לנאשם. מדובר בייחוס עבירות חמורות של סיוע



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

1 ליציאה שלא כדין למדינת אויב ומגע עם סוכן חוץ. מדובר בהוצאה של מעשים מן הכוח אל
2 הפועל, לא בהתבטאות בלבד (בניגוד למקרה של בשארה). מדובר ביציאה שלא כדין למדינת
3 אויב למרות שהנאשם פנה לשר הפנים לקבלת אישור וסורב.
4

5 מדובר בכניסה ביוזעין לסוריה כארץ אויב, פגישה ביוזעין עם סגנו של ארגון החזית
6 העממית – המפקדה הכללית, בחשאי ולאחר תיאום, אשר הוכרז כארגון מחבלים על פי
7 חוק ומגע עם אדם זה. מדובר במעשה, ניסיון להיפגש עם חאלד משעל, ראש ארגון החמאס,
8 תיאום ונסיעה לפגישה, הגעה ללשכתו של חאלד משעל (למרות שלא התקיים המפגש ממש).
9

10 עוד אציין כי מדובר במעשים שנעשו לאחר התיקון לחוק (תיקון 33).
11

12 מדובר במעשיו של הנאשם כמיוחס למרות סירוב. מדובר בחציית קו אדום כלשון בית
13 המשפט העליון בעניין בשארה.
14

15 בטרם אחתום ;
16

17 אני רואה לציין כי דמוקרטיה אין משמעה פריקת עול.
18

19 מאבק לנו בין שתי ממלכות ראויות. מחד – חופש הביטוי היקר לנו כאבן חן במסד חיינו
20 הדמוקרטיים כיסוד מוסד, מאידך – גבולות ההגנה נשוא שלמות מדינה כמדינה דמוקרטית
21 שוחרת חיים ומול אויביה.
22

23 בחינת הפעלת הסמכויות כאן לשלביה, מלמדת על אורח מידתי ראוי ומאוזן.
24

25 יכול ועדיף דיון במליאת הכנסת – אך לא זו הסוגיה לפתחנו.
26

27 הנאשם יכול היה כאמור לעתור טרם ההחלטה בוועדה ולא בדיעבד לאחר החלטת הוועדה
28 והסרת חסינותו ואף לאחר ההחלטה – ובחר שלא לעשות כן אלא לפנות בטענות מקדמיות.
29 (ומכאן, יכול הוא להלין על עצמו, לעניין זה).
30

31 כאן, כפי כתב האישום, הנאשם עושה מעשה, ביוזעין, תוך התרסה, למרות שסורב ולמרות
32 שידע בוודאות שאסור לו לצאת לסוריה, למרות שידע כי מדובר בארץ המוגדרת כ"ארץ



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'

נפאע

אויב", יוצא לארץ האויב, נפגש עם סגן ראש ארגון המוגדר כארגון מחבלים על פי חוק, מנסה להיפגש עם ראש הארגון, עובר ביוזעין על החוק.

לא אגזים אם אומר כי נשמת אפה של הדמוקרטיה הינה הגנה על נבחריה ואבוי לנו אם נגרום לפגיעה בנציגי הרשות המחוקקת.

יש להכביד יד ולדקדק עם הרשות המבצעת כדי אי פגיעה בחבר כנסת הממלא את תפקידו למען בוחריו אך בין כך ובין המעשים המיוחסים לנאשם במקרה כאן, כברת דרך ארוכה.

חבריו של הנאשם ברשות המחוקקת, בהליך ראוי על פי דין, הוגן, מאוזן ומידתי, ראו להסיר את חסינותו ומכאן ראוי כי עניינו של הנאשם והמיוחס לו יתבררו בהליך המשפטי הראוי והנוהג.

מכל אלה, אם תתקבל דעתי, אמליץ לחבריי לדחות את הטענות המקדמיות של הנאשם ולקבוע מועדים לשמיעת עניינו כדי בירור כהלכתו של המיוחס לו בכתב האישום.

יחזק כהן, שופט, ס.נשיא
אב"ד



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

כב' השופטת אסתר הלמן:

מסכימה.

א. הלמן

אסתר הלמן, שופטת

כב' השופט בנימין ארבל:

מסכים.

ב. ארבל

בנימין ארבל, שופט



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

הוחלט אפוא פה אחד כאמור בחוות דעת כב' השופט יצחק כהן, אב"ד – סגן נשיא.

ניתנה והודעה היום י"ג טבת תשע"ג, 26/12/2012 במעמד ב"כ המאשימה, ב"כ הנאשם והנאשם
בעצמו.

ב' ארבל, שופט

א' הלמן, שופטת

י' כהן, שופט, ס. נשיא

[אב"ד]

עו"ד כהן: אנו מבקשים ללמוד את ההחלטה. נטייתנו הינה לעתור לבג"צ ולכן נבקש ארכה של 45
יום על מנת לעתור לבג"צ ולא לקבוע דיון לתקופה הקרובה וזאת על מנת לאפשר את ההליך בבית
המשפט העליון.

עו"ד כוכבי: עדיין לא הייתה תשובה לכתב האישום.

החלטה

אנו מקנים בזאת להגנה 30 יום כדי ללמוד את ההחלטה ולשקול את צעדיה.

ההגנה תמציא תשובה מסודרת בכתב לכתב האישום כמבוקש תוך 45 יום מהיום.

אנו קובעים התיק ליום 14/2/13, שעה 12:30 לתזכורת בירור וקביעת מועדים.



בית המשפט המחוזי בנצרת

26 דצמבר 2012

תפ"ח 47188-12-11 מדינת ישראל נ'
נפאע

בכל מקרה, במועד זה יקבעו מועדים עוקבים באשר לשמיעת התיק לגופו, אלא אם כן תהא כמובן
החלטה אחרת של בית המשפט העליון.

ניתנה והודעה היום י"ג טבת תשע"ג, 26/12/2012 במעמד ב"כ המאשימה, ב"כ הנאשם והנאשם
בעצמו.

ב' ארבל, שופט

א' הלמן, שופטת

י' כהן, שופט, ס. נשיא
[אב"ד]

הוקלד על ידי עדן ונדר