

ע"פ 6833/14 - סעיד נפאע נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 6833/14

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: סעיד נפאע

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 4.09.2014 בתיק פ"ח 047188-12-11 שניתן על ידי סגן הנשיא (כתארו אז) ד"ר א' אברהם, סגן הנשיא ב' ארבל, והשופטת א' הלמן.

תאריך הישיבה: י' בסיון התשע"ה (28.05.15)

בשם המערער: עו"ד חסן ג' בארין
עו"ד סלים ואקים
עו"ד ערם מחאמיד

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (סגן הנשיא (כתארו אז) ד"ר א' אברהם, סגן הנשיא ב' ארבל, והשופטת א' הלמן) בתפ"ח 47188-12-11 מיום 6.4.14, ועל גזר דינו מיום 4.9.14, במסגרתם הורשע המערער - אשר כיהן במועדים הרלבנטיים כחבר-כנסת מטעם סיעת בל"ד בכנסת השבע-עשרה - בעבירות של יציאה שלא כדין למדינת אויב, בסיוע לאחרים לצאת שלא כדין למדינת אויב, ובמגע עם סוכן חוץ. בגין העבירות הללו נגזרו על המערער 12 חודשי מאסר בפועל, ו-6 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים.

רקע והליכים קודמים

ב. ביום 26.12.11 הוגש כנגד המערער כתב אישום מתוקן ובו שלושה אישומים. על פי האישום הראשון, עובר לחודש ספטמבר 2007, סיוע המערער בארגון נסיעתה של קבוצה גדולה של אנשי דת דרוזים לסוריה. על פי המתואר בכתב האישום, לאחר שבקשה שהגיש לשר הפנים סורבה מטעמי ביטחון, קיבל המערער לידיו רשימה של המעוניינים בנסיעה בצירוף מסמכים, והעבירם לחבר-הכנסת לשעבר עזמי בשארה, ששהה בסוריה, כדי שיסדיר בעבורם את אישורי הכניסה. עוד נכתב בכתב האישום, כי בתחילת חודש ספטמבר 2007 הגיע המערער יחד עם 282 איש לירדן, ולאחר שהיה של מספר ימים - במהלכם תיך בהוצאת האישורים הנדרשים - נכנסה הקבוצה, ביום 6.9.07, לסוריה.

ג. בגין מעשים אלה הואשם המערער בעבירה של סיוע ליציאה שלא כדין למדינת אויב - על פי תקנה 18(ד)(א) בצירוף תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, בצירוף סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954; וכן בעבירה של יציאה שלא כדין למדינת אויב - על פי תקנה 18(א) בצירוף תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, יחד עם סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954.

ד. על פי האישום השני, במהלך שהותו של המערער בסוריה, בהיותו מלווה בחברו נהאד מלחם (להלן נהאד), נפגש בשעת ערב מאוחרת, באופן חשאי ולאחר תיאום מראש, עם טלאל נאג'י, סגנו של מזכ"ל ארגון החזית העממית (להלן נאג'י). בגין מעשה זה הואשם המערער בעבירה של מגע עם סוכן חוץ - עבירה לפי סעיף 114(א)(ג) בצירוף סעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

ה. על פי האישום השלישי, במהלך הפגישה עם נאג'י, תואמה למערער פגישה נוספת, עם ראש הלשכה המדינית של חמאס חאלד משעל (להלן משעל). על פי המתואר, ביום שלאחר הפגישה עם נאג'י הגיע אדם מטעמו של משעל למלון בו שכן המערער, והסיע אותו לפגישה המתוכננת, שבמסגרתה קיבל תשורה. בגין מעשה זה הואשם המערער בעבירה נוספת של מגע עם סוכן חוץ.

ו. בהחלטה מיום 26.12.12 נדרש בית המשפט המחוזי לטענותיו המקדמיות של המערער, במסגרתן נטען, כי אף אם עובדות כתב האישום נכונות, אין מקום להעמידו לדין בגיןן. ראשית, בית המשפט נדרש לטענת המערער, לפיה מוקנית לו חסינות עניינית מפני העמדה לדין; זאת - בהתבסס על הטענה שהמעשים המיוחסים לו בכתב האישום נעשו כחלק ממילוי תפקידו כחבר-כנסת, וכחלק מחופש הביטוי הפוליטי המוקנה לו. טענה זו נדחתה על-ידי בית המשפט, ונקבע, כי על-פי המבחנים הנהוגים בפסיקה אין המעשים המיוחסים למערער חוסים תחת החסינות העניינית; כך -

הואיל ואין מדובר במעשים אשר ניתן לראותם כרלבנטיים למילוי התפקיד הפרלמנטרי, וכמהיום חלק אינטגרלי מפעילות זאת, ומצויים בגדר מתחם הסיכון שהפעילות הפרלמנטרית יוצרת מטבעה.

ז. שנית, בית המשפט התייחס לטענת המערער, לפיה כניסתו לסוריה חוסה תחת חסינות ספציפית מכוח סעיף 10(א) לחוק החסינות לחברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם תשי"א-1951 (להלן חוק חסינות חברי-הכנסת), הקובע, כי "שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רישיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה". בית המשפט קבע, כי על סעיף זה גוברת תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, הקובעת כי "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 או מראש הממשלה, [...]". בית המשפט איזכר את התיקון שנערך בתקנה זו בשנת 2002, שבמסגרתו הוספו בתחילת האיסור המלים "על אף האמור בכל דין"; כן נמחקה התקנה אשר החריגה בעלי דרכון דיפלומטי או בעלי דרכון שירות של מדינת ישראל מתחולת האיסור; ובנוסף, נכתב מפורשות בדברי ההסבר, כי מטרת התיקון היא להחיל את האיסור אף על חברי-הכנסת (ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ)(תיקון מס' 7), התשס"א-2001). בהסתמך על כך, קבע בית המשפט, כי חיווי דעת זה מאת המחוקק מלמד, שיש לפרש את הסעיפים הללו כך שתקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום גוברת על סעיף 10(א) לחוק החסינות, ולכן אין מניעה מקדמית להרשיע את המערער בגין עבירה זו.

ח. שלישית, בית המשפט נתן דעתו לטענת המערער, לפיה העובדות המפורטות באישומים השני והשלישי, לעניין מפגש עם סוכן חוץ, אינן מהוות עבירה. המערער טען, כי הואיל ומדובר בעבירה תוצאתית, שבה נדרשת פגיעה ממשית בביטחון המדינה, והואיל ובכתב האישום לא נטען להתרחשותה של פגיעה מעין זו, אין בכתב האישום - גם אם יוכח כל האמור בו - כדי להרשיעו. בית המשפט קבע, כי דין טענה זו להידחות, הואיל וסעיף 114, המעגן את האיסור המדובר, אינו כולל רכיב תוצאתי. בית המשפט ציין, כי סעיף 114(א) דורש הוכחה של שלושה רכיבים מצטברים: מפגש עם סוכן חוץ, בידועין, וללא הסבר סביר, ואילו הסייג מהרשעה המעוגן בסעיף 114(ד) דורש הוכחת שני רכיבים מצטברים; מעשה, וכוונה לעשות מעשה שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה. בית המשפט קבע, כי נוסח זה מלמד שאין הסעיף דורש כי תתרחש פגיעה בפועל, ולפיכך אין נפקות לעובדה שנעדרה מכתב האישום הצבעה על פגיעה כאמור.

ט. רביעית, נדרש בית המשפט לטענת המערער, לפיה תיקון מספר 33 לחוק חסינות חברי-הכנסת, אשר שינה את הסדר החסינות הדיונית, אינו חוקתי ולכן בטל. נזכיר בקצרה, כי תיקון מספר 33 שינה את נקודת המוצא ביחס לחסינות הדיונית של חברי-הכנסת, כך שכיום, לאחר התיקון, אין היועץ המשפטי לממשלה נדרש לבקש מועדת הכנסת להסיר חסינות טרם הגשת כתב אישום, אלא עליו להודיע על כוונתו להגיש כתב אישום כנגד חבר כנסת, וחברי-הכנסת עצמו רשאי לפנות לועדת הכנסת בבקשה שתקבע, כי עומדת לו חסינות דיונית המונעת את הגשת כתב האישום. עוד נקבע במסגרת התיקון, כי החלטת ועדת הכנסת שלא להעניק חסינות תהא סופית, וזאת בשונה מהמצב טרם התיקון, בו שלילת חסינות על-ידי ועדת הכנסת, הייתה טעונה אישורה של המליאה. לדידו של המערער, תיקון זה אינו חוקתי מטעמים אחדים. ראשית נטען, כי התיקון התקבל באופן חפוז ובהול, ומבלי שניתנה הדעת כנדרש להשלכותיו הרבות. שנית נטען, כי התיקון פוגע בזכות להליך הוגן, וכן בעקרון הפרדת הרשויות - המחייב את מליאת הכנסת לשקול את הסוגיה. לבסוף נטען, כי תיקון 33 פוגע בחסינות העניינית של חברי-הכנסת, אשר לה - כנטען - מעמד חוקתי.

י. לעניין זה קבע בית המשפט תחילה, כי אין עסקינן בחסינות עניינית, הואיל ותיקון מספר 33 שינה אך את הסדר הגשת כתבי האישום כנגד חברי-הכנסת, קרי, את הסדר חסינותם הדיונית בלבד, ולא שינה דבר באשר לחסינות

העניינית, המונעת מבחינה מהותית אפשרות של הרשעה. שנית נקבע, כי טענת הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות אינה רלבנטית לענייננו, הואיל ובמסגרת התיקון לא הועברה ההכרעה בעניין החסינות הדיונית מן הרשות המחוקקת לרשות אחרת, אלא, ממליאת הכנסת לועדת הכנסת - גוף הנמנה על הרשות המחוקקת ונהנה מייצוג של חברי קואליציה ואופוזיציה. עוד נקבע, כי תיקון זה אינו פוגע בזכות להליך הוגן, הואיל ואינו שולל את סמכות בג"ץ לדון בהכרעת ועדת הכנסת, ואינו פוגע באפשרות לקיים בוועדה דיון פומבי פתוח, בו תישמע דעתו של חבר-הכנסת, ובסופו של דבר תתקבל בעניינו הכרעה יעילה בזמן סביר.

יא. טענה נוספת אליה נדרש בית המשפט היא כי הדיון אשר התקיים בעניינו של המערער בוועדת הכנסת לא היה הולם. לדידו של המערער, הועדה לא דנה כלל בתחולת החסינות העניינית על מעשיו, לא בחנה את התשתית העובדתית ולא העמיקה בטענת האפליה באכיפה שהעלה בפניה. לעניין זה קבע בית המשפט, כי עיון בפרוטוקול הדיון מלמד כי בוועדת הכנסת נערך דיון ענייני ומקיף אשר התפרס על פני 4 שעות, ובמסגרתו נדרשו חברי הכנסת באופן ער לשלל הסוגיות הרלבנטיות, וביניהן לטענת ההפליה ולסוגיית החסינות העניינית.

יב. לבסוף גרס המערער, כי יש מקום שלא להעמידו לדין מטעמים של הגנה מן הצדק. לטענת המערער ננקטה בעניינו אכיפה בררנית - שכן טרם כתב האישום שהוגש נגדו, לא הוגש כתב אישום כנגד חבר-כנסת בגין כניסה למדינת אויב - וכן נטען, כי השיהוי הרב בהגשת כתב האישום מצדיק אף הוא את מחיקתו. לעניין האכיפה הבררנית קבע בית המשפט, כי אכיפה שיוונית אינה בהכרח אכיפה אבסולוטית, וכי הרשות רשאית לקבוע מדיניות אכיפה ולפעול על-פיה. כן נקבע, כי אכיפה בררנית תוכר ככזאת ככלל במקרים של שרירותיות או יחס של עוינות אישית, ובנידון דידן לא הוצגה תשתית ראייתית המלמדת על יחס מעין זה מטעם הרשות; שלל הדוגמאות שהוצגו מטעם המערער עסקו בנסיבות שונות אשר לא ניתן להסיק מהן לעניינו. באשר לשיהוי נקבע, כי המערער לא שינה מצבו לרעה או ניזוק באופן כלשהו בשל הזמן שעבר עד להגשת כתב האישום. כן נקבע, כי אין מדובר בשיהוי אשר מקורו ברשלנות של הרשות, אלא בנסיבות המיוחדות של המקרה - וביניהן העובדה שהמערער הוא נבחר ציבור - אשר דרשו שקילה בכובד ראש ורגישות מיוחדת.

יג. לאחר מתן החלטת ביניים זו, הגיש המערער עתירה לבג"ץ כנגדה, ולאחר זמן מה מחקה, כדי להימנע מכפל הליכים. בתום שמיעת טיעונים ודיוני הוכחות, ניתן פסק הדין, בו הורשע המערער באישומים הראשון והשני אשר בכתב האישום, וזוכה מחמת הספק מן האישום השלישי.

יד. באשר לאישום הראשון ציין בית המשפט, כי המערער הודה כבר מראשית חקירתו במשטרה שיצא לסוריה ללא אישור ובידיעה כי מדובר בעבירה על החוק. כן ציין בית המשפט, כי המערער אמנם הכחיש שנטל חלק בארגון המשלחת אשר יצאה עמו או בסיוע לה, אך הודה כי פנה לחבר-הכנסת לשעבר עזמי בשארה, על מנת שיוציא אישורים מתאימים ויתאם את הביקור. בית המשפט קבע, כי די בכך לקבוע שהמערער יצא למדינת אויב וסייע ליציאתם של אחרים למדינת אויב. למעלה מן הצורך ציין בית המשפט, כי מעדותו של נהאד - אשר נמצאה מהימנה - עלה, כי תפקידו של המערער בארגון המשלחת היה אף משמעותי יותר; המערער ניגש לשגרירות סוריה בירדן כדי לקבל את הניירת הדרושה, נפגש עם שגריר סוריה בירדן (שלא בנוכחותו של נהאד), ניסה לנצל את מעמדו כחבר-כנסת לשם זירוז הליך המעבר בגבול סוריה, ובסיום הביקור טיפל בניירת של כלל המשלחת לקראת עזיבתה.

טו. באשר לאישום השני קבע בית המשפט, כי הוכח מעל לכל ספק סביר כי המערער פגש בנאג'י, וזאת בפגישה מתוכננת מראש ובאופן חשאי. בית המשפט סקר בפסק הדין את התפתחות גרסתו של הנאשם ביחס למפגש זה; הוא

הכחיש תחילה בחקירותיו במשטרה את עצם קיום הפגישה, ואך בבית המשפט הודה בקיומה, אולם בנסיבות שונות מאלה שתוארו על-ידי נהאד. על-פי גרסתו של נהאד פגישה זו הייתה מתוכננת מראש ומעטה חשאיות אפף אותה, ואילו על-פי גרסתו של המערער התרחשה הפגישה "על הדרך" - אגב אורחא - כאשר היו בדרכם לפגוש אדם אחר, ולא הייתה חשאית כלל.

טז. בית המשפט קבע, כי העדות שמסר המערער בבית המשפט היא כבושה, ולא ניתן טעם משכנע לכבישתה - ולפיכך אין היא ראויה לאמון; זאת לאחר שדחה מספר נסיונות של המערער להסביר את הכחשתו בחקירותיו במשטרה. בנוסף נקבע, כי עדותו של המערער בבית המשפט הייתה חלקית, הססנית, חסרה בנקודות מהותיות למחלוקת, ומעוררת תהיות. זאת, לעומת גרסתו של נהאד אשר נמצאה על-ידי בית המשפט כעקבית, כמשתלבת עם מכלול הפרטים, וככזו שעמדה היטב בחקירה נגדית. לפיכך, נקבע, כי המערער פגש את נאג'י בנסיבות שתוארו על-ידי נהאד - קרי, פגישה מתוכננת מראש ודיסקרטית.

יז. בהמשך נדרש בית המשפט לסייג שבסעיף 114(ד) לחוק העונשין לפיו "לא יורשע אדם לפי סעיף זה (סעיף 114 שעניינו מפגש עם סוכן חוץ) אם הוכח לבית המשפט שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בביטחון המדינה". בית המשפט ציין, כי סעיף 114(ד) כולל מבחן אובייקטיבי - "עשה", ומבחן סובייקטיבי - "התכוון לעשות", וכי הנטל להוכיח את שני הרכיבים הללו מוטל על הנאשם. כן נקבע, כי ככל שנסיבות המפגש חמורות יותר, כך יהא הנטל על הנאשם כבד יותר. בענייננו קבע בית המשפט, כי מדובר באישיות ישראלית בכירה, בעלת נגישות למידע רגיש, אשר נפגשה עם סוכן חוץ במעמד בכיר מאוד בארגון טרור, וכל זאת בדיסקרטיות, ובמדינה זרה המוגדרת כמדינת אויב. נוכח זאת קבע בית המשפט, כי מדובר בנסיבות המלמדות על מפגש שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה, וכי אין זה רלבנטי אם נושא השיחה בין המערער לבין נאג'י - כפי שנלמד מעדותו של נהאד - היה אך הידוק קשרי חמאס ופת"ח, קרי, כנטען, עניינים פוליטיים - ולא עניינים בטחוניים.

יח. באשר לאישום השלישי קבע בית המשפט, כי יש לזכות את המערער מחמת הספק מן העבירה המיוחסת לו באישום זה. כתב האישום ביקש לבסס את הרשעתו של המערער בעבירה זו על מספר אדנים. ראשית, על עדותו של נהאד, לפיה בזמן פגישתם אצל נאג'י, תואמה בעבור המערער פגישה עם משעל, וביום למחרת אכן הגיע נהג לקחת את המערער לפגישה, שממנה חזר ובידו קופסת ממתקים. שנית, הובאה עדותו של שייח' פאוזאת, לפיה על פי התוכנית אמור היה המערער להמתין לו במלון יחד עם נהאד, אך כאשר הגיע למלון מצא את נהאד לבדו, והוא עידכן אותו כי התכניות השתנו והמערער יפגוש אותם מאוחר יותר.

יט. בית המשפט קבע, כי חרף העובדה שעדותו של נהאד נמצאה מהימנה, נותר ספק לגבי קיומה של הפגישה בין המערער לבין משעל. נהאד לא טען כי נכח בפגישה זו, ולכן לא יכול היה להעיד כי בסופו של יום אכן התקיימה. בנוסף, הואיל ולא הייתה ראייה שהמערער הוא שיזם את השיחה שבין נאג'י למשעל נקבע, כי אין מקום לקבל את טענת המדינה, לפיה די בשיחה זו לבסס קיומו של מגע עם סוכן חוץ באישום זה, וזאת חרף עדות המערער, כי לא מחה כאשר נאג'י ניגש לערוך אותה שיחה. לפיכך הורשע המערער כאמור בעבירות מושא האישומים הראשון והשני - עבירות של יציאה למדינת אויב, סיוע לאחרים לצאת למדינת אויב, ומפגש (אחד) עם סוכן חוץ.

כ. בגזר הדין, שניתן כאמור ביום 4.9.14, נדרש בית המשפט תחילה לבקשתו של המערער להימנע מהרשעתו באישום הראשון, ולהסתפק בהתחייבות מצידו להימנע מביצוע עבירות דומות בעתיד. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שכך

נקבע במקרים דומים, ובאופן ספציפי לגבי שישה-עשר השיח'ים שנסעו עמו במשלחת. בית המשפט ציין, כי לשם אי הרשעה, יש צורך להראות הן כי ההרשעה פוגעת פגיעה חמורה בשיקומו של הנאשם, הן כי מדובר בסוג עבירה המאפשר זאת. בנידון דידן, קבע בית המשפט, כי המערער מיאן להצביע על נזק קונקרטי ובלתי מידתי שיגרם לו אם תישאר ההרשעה על כנה, וזאת משהורשע בעבירה נוספת חמורה יותר. נקבע גם, כי סוג העבירה בה מדובר, והנסיבות בהן נעברה, חמורים מאוד ולכן אין מקום לאי הרשעה. עוד נפסק, כי הדוגמאות השונות שהביא המערער למקרים בהם הוחלט שלא להרשיע בנושא כניסה למדינת אויב, שונות משמעותית מעניינו, ולכן אף אין בסיס לטענה כי יש להימנע מהרשעה בגין הפליה.

כא. לעניין גזר הדין עצמו ובאשר לאישום הראשון קבע בית המשפט, כי העבירות מושא האישום - כניסה למדינת אויב וסיוע לאחרים להיכנס למדינת אויב - באות להגן על הערך המוגן של בטחון המדינה. כן נקבע, כי נוכח מעמדו של המערער כחבר-כנסת, מעשיו פגעו אף פגיעה קשה בערך שלטון החוק. באשר למדיניות הענישה הנוהגת קבע בית המשפט, כי סקירת הפסיקה מלמדת על טווח ענישה שנע בין 4 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות לבין 6 חודשי מאסר בפועל אשר יכול וירוצו בעבודות שירות. באשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה נקבע, כי מדובר בעבירה מתוכננת מראש ולא במעידה רגעית, וכי חלקו של המערער בה היה מרכזי ומשמעותי; מעמדו תרם רבות להוצאת התכנית לפועל. באשר למידת הנזק שנגרם נקבע, כי זו קשה להערכה, אך כי לכל הפחות נוצר פוטנציאל להתממשותו של סיכון משמעותי. בהתאם נקבע, כי מתחם הענישה המתאים באישום זה הוא בין 4 חודשי מאסר שיכול שירוצו בעבודות שירות לבין 10 חודשי מאסר בפועל.

כב. לעניין גזירת העונש ציין בית המשפט, כי הואיל והמדינה הסכימה שהעונש שייגזר בגין אישום זה יחפוץ לעונש שיוטל במסגרת האישום השני והחמור יותר, אין משמעות רבה לקביעת העונש בגין אישום זה. אולם, בכל זאת קבע בית המשפט, כי נוכח גילו של המערער, התפקידים שמילא בעבר, תרומתו לחברה והיותו ככלל אדם נורמטיבי, יש להטיל עליו בגין האישום הראשון עונש של 6 חודשי מאסר בפועל בצירוף מאסר על תנאי.

כג. באשר לאישום השני ציין בית המשפט, כי הערך המוגן הוא פגיעה בבטחון המדינה, וכי בעניינו מדובר בפגיעה שאינה זניחה נוכח הנסיבות; הן מעמדו של המערער כחבר-כנסת, הן מעמדו של נאג'י כסגנו של מזכ"ל ארגון החזית העממית, מלמדים על חומרה יתרה. כך גם העובדה שהפגישה התקיימה על אדמת אויב, אליה נסע המערער שלא כדין, והחשאיות שאפפה אותה - אשר היה בה כדי ליצור אחוה ושותפות סוד. כנסיבות מקלות צויין, כי הפגישה לא הייתה ארוכה במיוחד, וכי תכניה לא כללו העברת מידע בטחוני שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה. באשר למתחם הענישה הנהוג בפסיקה ציין בית המשפט, כי אין בנמצא מקרה הדומה במהותו לנידון דידן, הואיל ועסקינן במאפיינים ייחודיים עד מאוד. לבסוף, לאחר בחינת פסקי דין שהוגשו על ידי הצדדים קבע בית המשפט, כי מתחם הענישה המתאים נע בין 10 חודשי מאסר בפועל ל-3 שנות מאסר.

כד. באשר לגזירת העונש ציין בית המשפט, כי יש לתת את הדעת לגילו של המערער, לעברו הכמעט נקי, לתפקידים שמילא בקהילה, לתרומתו לחברה, ולנזק העלול להיגרם לו כעורך דין. כן נקבע, כי יש להתחשב בזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות ועד לכתב האישום, וזאת חרף העובדה שלמדינה הסבר טוב לכך. נפסק גם, כי יש להתחשב בכך שבזמן זה לא הסתבך המערער בעבירות נוספות, ולכך שבחלוף הזמן פוחת המשקל שיש ליתן להרתעה. לחומרה ציין בית המשפט את העובדה שהמערער לא נטל אחריות למעשיו במשך כל התקופה, וכי בטיעונו לעונש הביע אך חרטה, אך מיאן להסביר מה הניע אותו לקיים מפגש מעין זה. לפיכך גזר בית המשפט את עונשו של המערער ל-12 חודשי מאסר בפועל ושישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים. כאמור מעלה נקבע, כי העונשים בגין שני

כה. בית המשפט המחוזי דחה את ביצועו של העונש עד ליום 18.11.14, וביום 22.10.14, בעקבות הגשת ערעור זה, הוחלט לעכב את ביצוע גזר הדין עד להכרעה, בהסכמת המשיבה.

הערעור

כו. ראשיתו של הערעור מופנה כנגד החלטת הביניים שנתן בית המשפט בעניין טענותיו המקדמיות של המערער. לעניין החסינות העניינית גורס המערער, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו, לפיה החסינות העניינית, המוקנית לו בשל היותו חבר-כנסת בזמן ביצוע המעשים, אינה חלה על פעולות שאינן ספונטניות. לטענת המערער בית המשפט התעלם מן הפסיקה העדכנית בעניין זה, ובפרט מבג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, נט(5) 865 (2005) (להלן עניין גורלובסקי), בו נקבע כי החסינות המהותית חלה אף על מעשים מתוכננים מראש ועל כאלה שנעשו מתוך מחשבה פלילית. לדידו של המערער, היה על בית המשפט לבחון את תחולת החסינות לפי מבחני התכליות שנקבעו, ובעיקר נוכח זיקת המעשה לתפקיד הפוליטי של חבר הכנסת. בהתאם לכך נטען, כי היה מקום לבחון האם המעשה שעשה המערער היה פוליטי או בטחוני, תוך בדיקת תוכן המפגש. כן נטען, כי הואיל ואין חולק שהמפגש בינו לבין נאג'י היה בעל תוכן פוליטי, מדובר במעשה החוסה תחת החסינות העניינית ממנה נהנה חבר-הכנסת. לטענת המערער, מדובר במפגש הנועד לקדם את המדיניות המוצהרת שעל בסיסה נבחר; קידום התהליך המדיני, אשר אינו בר השגה כל עוד מתנהלת מלחמת אחים בין תנועת הפת"ח לתנועת החמאס.

כז. בנוסף טוען המערער, כי חסינותו העניינית חלה אף על העבירה של סיוע לאחרים להיכנס למדינת אויב. זאת הואיל ולדידו, נוכח היותו נציגו של המיעוט הדרוזי בישראל, עזרתו בנסיעה לסוריה הייתה חלק מקידום עמדתו הפוליטית, הדוגלת בלגיטימיות של כניסתם של אזרחי ישראל הדרוזים לסוריה, לשם קיום מצוות דתיות וביקור קרובי משפחה.

כח. עוד טוען המערער, כי הוא נהנה אף מחסינות ספציפית מכוח סעיף 10(א) לחוק החסינות; לשיטתו, סעיף זה גובר על כל הוראה אחרת, אף על הוראת תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948. ראשית נאמר, כי הסעיף 10(א) מעגן הוראה ספציפית לעניין יציאתם לחו"ל של חברי-כנסת, ולכן גובר הוא על כל הוראה כללית העוסקת ביציאה למדינת אויב. כן נטען, כי לשון הסעיף מלמדת, שאכן מדובר בהוראה הגוברת על הוראות אחרות; וכהדגשתו, "שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רישיון לא תחול על חבר כנסת אלא בימי מלחמה". עוד טוען המערער, כי שגה בית המשפט כאשר ביסס את קביעתו, לפיה תקנה 5 לתקנות שעת חירום גוברת על סעיף 10(א) בהתבסס על כוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר לתיקונה בשנת 2002. זאת הואיל - וכנטען - פרשנות חקיקה אינה צריכה להתבסס על מה שהתכוון המחוקק להשיג, אלא אך על מה שהשיג בפועל, קרי, אך על לשון החוק. בנוסף נטען, כי אילו אכן רצה המחוקק להחיל את האיסור אף על חברי-הכנסת, היה מבטל את סעיף 10(א) כליל. לבסוף הוסיף המערער, כי נוכח העובדה שעסקינן בנורמה פלילית, במקום בו יש ספק בין שתי פרשנויות אפשריות, יש לבחור בזו המקלה עם הנאשם ולא בזו המחמירה עמו.

כט. טענה נוספת המועלת בערעור נוגעת להיעדרו של הליך הוגן בפני ועדת הכנסת, עת נידונה שאלת החסינות הדיונית. כך נטען, כי על-פי חוק החסינות, על הועדה לבחון האם נופל המעשה במסגרת מילוי תפקידו של חבר-הכנסת,

וזאת על בסיס תשתית עובדתית רלבנטית; כן עליה לבחון האם מתקיימת הפליה בהגשת כתב האישום, והאם התועלת שבהגשת כתב האישום עולה על הנזק העלול להיגרם בעקבות זאת. לדידו של המערער, לא הונחה בפני ועדת הכנסת התשתית העובדתית הרלבנטית, אשר יכלה לאפשר לחברי-הכנסת לבחון האם מעשיו היו חלק ממילוי תפקידו אם לאו. כך - למשל - נטען, כי היועץ המשפטי לממשלה לא סיפר לחברי הכנסת שעל-פי עדות נאהד, השיחה בין המערער לבין נאג'י הייתה פוליטית ולא בטחונית, וכי לא עמדו בפני חברי הוועדה עדויותיהם של אנשי הדת הדרוזים אשר לימדו על המניע הדתי שבבסיס הביקור. כן נטען, כי שאלת מהותה של החסינות הופיעה אך בשולי הדיון, וכי היועץ המשפטי לממשלה אף הטעה את חברי-הכנסת כאשר אמר בפניהם, כי בפסיקה מן העשור האחרון הובהר שהחסינות לא נועדה לחול על ביצוע עבירות. עוד נטען, כי חברי הכנסת התעלמו משאלת ההפליה, ומן העובדה שטרם כתב האישום בעניינו של המערער, לא הוגש כתב אישום כנגד חבר-כנסת שיצא מן הארץ ללא היתר, או בגין קיום מפגש עם בכירים בארגונים המוגדרים כארגוני טרור; זאת - חרף העובדה שאין זו הפעם הראשונה בה התרחש דבר מעין זה. כן נטען, כי חברי-הכנסת לא שקלו את מאזן התועלת שבהגשת כתב האישום אל מול הנזק, וכי פעלו שלא כדין כאשר סירבו לבקשתו לזמן עדים.

ל. בנוסף לטענות אלה, המופנות כאמור כלפי החלטת הביניים, טוען המערער כנגד הכרעת הדין עצמה. ראשית נטען, כי היה על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו הטבועה ולבטל את האישומים נגדו, בשל הפליה ואכיפה בררנית. לדידו של המערער עצם העובדה שכנגד עד התביעה המרכזי נאהד לא הוגש כתב אישום, מלמדת על איפה ואיפה מצד התביעה. לטענת המערער, נאהד היה שותף מלא למעשיו שלו, ואין העובדה שפעל לעתים כעוזרו כדי להצדיק הבחנה. כן, הציג המערער בפני בית המשפט המחוזי מספר מקרים דומים בהם כניסתם של פרטים למדינת אויב או עזרה לאחרים להיכנס למדינת אויב, הסתיימו בביטול הרשעה, או בעבודות שירות והתחייבות שלא לעשות זאת בעתיד. לדידו של המערער, ההבחנה שערך בית המשפט בין עניינו לבין דוגמאות אחרות הייתה שטחית ומלאכותית, ובפועל נהגו רשויות האכיפה כלפיו בהפליה.

לא. שנית טוען המערער, כי שגה בית המשפט כאשר קבע, שלא חלה בעניינו ההגנה הקבועה בסעיף 114(ד) לחוק העונשין, לפיה לא יואשם אדם בעבירה של מפגש עם סוכן חוץ אם "לא עשה ולא התכוון לעשות דבר, שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בביטחון המדינה". לטענת המערער קביעת בית המשפט לפיה די בעצם קיום הפגישה בנסיבות מחשידות כדי למלא אחר תנאי הסעיף, מפרשת את סעיף 114 באופן המאיים בפועל את ההגנה הקבועה בו. זאת - הואיל ואם די במפגש להרשיע, מתייתרת ההגנה שבסעיף הדורשת "דבר מה נוסף". עוד טוען המערער, כי נסיבות מחשידות של מפגש עם סוכן חוץ יכולות לכל היותר להקים חזקה בדבר גרם סכנה לבטחון המדינה, אך על חזקה זו להיות ניתנת לסתירה. בענייננו, טוען המערער, נסתרה החזקה, נוכח עדותו של עד התביעה נאהד, אשר סיפר כי תוכן השיחה היה פוליטי ולא בטחוני. המערער טוען, כי מקום בו אין מחלוקת לגבי התכנים שעלו במפגש, אין מקום ללמוד מן הנסיבות, ולכן שגה בית המשפט כשביסס הכרעתו על נסיבות המפגש בלבד ובהתעלם מתוכנו. בנוסף נטען, כי אף הנסיבות החשודות שתוארו על-ידי בית המשפט מוטלות בספק, זאת בין היתר, הואיל ומפגשים רבים אחרים של המערער לא היו בנוכחותם של אחרים - ולפיכך קשה לטעון שמדובר במפגש חריג בדיסקרטיות שלו - ובנוסף, לא היה בפני בית המשפט חומר אשר לימד כי המפגש אכן היה מתוכנן.

לב. באשר לגזר הדין עצמו גורס המערער, כי מעשיו לא גרמו לפגיעה בערך המוגן של בטחון המדינה ולמעשה אף לא גרמו לכל נזק שהוא. כן נטען, כי חלקו בארגון המשלחת לא היה מרכזי, וכי מעמדו ותפקידו לא מילאו תפקיד, ולכן אינם יכולים להוות נסיבה מחמירה. באשר לפגישה עם סוכן החוץ נטען, כי מדובר באירוע חד פעמי, אשר חלפו 7 שנים מהתרחשותו, ובמהלך 7 השנים הללו לא נוצר כל קשר נוסף. לעניין העונש עצמו נטען, כי בית המשפט לא נתן

משקל מספק לפעילותו הרבה של המערער כחבר-כנסת, למצבו הבריאותי הלקוי, לפגיעה שמאסר בפועל תגרם למשפחתו, ולמשמעות הענישה על הקריירה הפוליטית שלו, ועל יכולתו לעסוק כעורך דין. כן נטען, כי היה מקום לתת משקל אף לחרטה שהביע על המפגש עם נאג'י, ולעברו הכמעט נקי. לבסוף נטען, כי עובדת האכיפה הבררנית וההפליה האסורה, יכולות לבוא לידי ביטוי אף בגזירת העונש, ולהצדיק חריגה לקולה מן המתחם שנקבע.

תגובת המדינה

לג. המדינה טוענת תחילה, כי מעשיו של המערער אינם חוסים תחת החסינות העניינית, וזאת בהתבסס על המבחנים שנקבעו בפסיקה, לפיהם על המעשים הפליליים להיות קשורים למילוי תפקידו של חבר-הכנסת, ובין השניים צריכים להתקיים קשר ענייני וזיקה מהותית. עוד נטען, כי על פי הפסיקה, מעשים מכוונים ומתוכננים מראש הם ניצול לרעה של החסינות, ומתן הגנה אף על אלה אינו מגשים את הרציונל שבבסיס החסינות – מימושו וחיזוקו של ההליך הדמוקרטי באמצעות הבטחת יכולתו של חבר-הכנסת למלא נאמנה את תפקידו, תוך מתן ביטוי חופשי לדעותיו והשקפותיו ללא מורא. כן נטען, כי אין עסקינן בחופש הביטוי הפוליטי, אלא בחופש המעשה הלא חוקי.

לד. באשר לטענת המערער לעניין תחולתה של החסינות הספציפית מכוח סעיף 10(א) לחוק החסינות טוענת המדינה, כי נוכח תיקונה של תקנה 5 בשנת 2002, כפי שתואר מעלה, אין המערער נהנה מחסינות ספציפית מכוח סעיף 10(א).

לה. באשר לטענת המערער בדבר הפגישה עם סוכן החוץ גורסת המדינה, כי הנטל להוכיח את הסייג המעוגן בסעיף 114(ד) מוטל על שכם הנאשם, המערער דנא בענייננו, וכי הוא מורכב משני רכיבים מצטברים; אובייקטיבי וסובייקטיבי (כפי שפורט מעלה). לטענת המדינה, עצם המפגש בנסיבות המחמירות יוצר חזקה של מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, ושבמקרה שלנו לא עמד המערער בנטל להפריכה.

לו. לבסוף, לעניין טענות ההגנה מן הצדק והאכיפה הבררנית טוענת המדינה, כי בית המשפט נתן משקל לעניין השיהוי במסגרת שיקולי הענישה, וזאת נוכח העובדה שהשיהוי לא היה זדוני ולא קיפח את זכויות הנאשם. באשר לטענת האכיפה הבררנית נטען, כי על הטוען טענה מעין זו, להצביע על מניע פסול, שיקול זר או החלטה שרירותית של רשויות התביעה, ובענייננו לא רק שהמערער לא הוכיח רכיבים מעין אלה, הוא אף לא טען להם בכתב הערעור.

הדיון בפנינו

לז. בא-כוח המערער חזר והדגיש בטיעונו לפנינו, בין השאר, כי האופן בו יישם בית המשפט את הסייג שבסעיף 114(ד) שגוי, ומאיין את הסעיף. הוטעם, כי בענייננו של המערער שגה בית המשפט כאשר הסתמך על נסיבות המפגש, וזאת הואיל והיה לפניו מידע על תוכן המפגש עצמו, שנמסר על-ידי עד מטעם המדינה אשר נמצא אמין. עוד טען בא-כוח המערער, כי מעשיו של המערער חוסים תחת החסינות העניינית, שכן אין מחלוקת כי מטרת הנסיעה הייתה פוליטית, ותוכן המפגש עם נאג'י היה פוליטי אף הוא. לבסוף, הזכיר בא-כוח המערער את הכשלים שנפלו בהליך שהתנהל בפני ועדת הכנסת, ואת העונש החמור שהוטל עליו.

לח. בא-כוחה של המדינה הדגיש בדבריו את נקודת המוצא החלה אף ביחס לחברי-הכנסת, היא השמירה על החוק, ואת קביעת הפסיקה לפיה עבירה שנעברה בכוונה תחילה ובתכנון אינה יכולה ליהנות מחסינות. לעניין המפגש עם סוכן החוץ נטען, כי עצם המפגש יוצר חזקה לפיה נעשה מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, וכי המערער לא עמד בנטל להוכיח אחרת. כן נטען, כי מפגש עם אדם בכיר כל כך בארגון טרור, אף אם כלל אך מלות ברכה ונימוסים, יש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, וזאת בשל הסכנה העתידית העלולה להיוצר מפתיחת ערוץ תקשורת מעין זה.

הכרעה

לט. ערעור זה נסב על מספר סוגיות משפטיות הנוגעות ברובן למעמדו של המערער כחבר-כנסת בזמנים הרלבנטיים לביצוע העבירות ולפרשנות הדין באשר לסעיפי העבירה. התשתית העובדתית בה עסקין אינה שנויה עתה במחלוקת, הואיל ואין המערער כופר עוד בביצוע המעשים בהם הורשע; אולם המערער טוען, כי חרף זאת אין מקום להרשיעו.

סוגיית החסינות

מ. ראשית, לטענותיו של המערער הנוגעות לסוגיית החסינות. כזכור, בעניין זה טוען המערער שלוש טענות; האחת, כי כל מעשיו מושא ההרשעה חוסים תחת החסינות העניינית המוקנית לו מעצם היותו חבר-כנסת בעת ביצועם. השניה, כי יציאתו לסוריה חוסה תחת חסינות ספציפית, המעוגנת בסעיף 10(א) לחוק חסינות חברי-הכנסת. השלישית, כי הליך הסרתה של חסינותו הדיונית בועדת הכנסת היה פגום.

מא. סעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "לחברי הכנסת תהיה חסינות: פרטים ייקבעו בחוק". חוק חסינות חברי-הכנסת, מגדיר מספר חסינויות המוקנות לחברי-הכנסת, והרלבנטיות לענייננו הן החסינות העניינית המעוגנת בסעיף 1(א) לחוק, החסינות הדיונית המעוגנת בסעיף 4(א) לו, וחסינות ספציפית לעניין כניסה למדינות המצריכות היתר, המעוגנת בסעיף 10(א) לו.

מב. נפתח בחסינות העניינית. חסינות זו, המכונה לעתים "חסינות מהותית" או "חסינות מקצועית", עוסקת בהגנה על התפקיד הפרלמנטרי. סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי-הכנסת קובע כי "חבר-הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית ויהיה חסין בפני כל פעילות משפטית, בשל הצבעה או בשל הבעת דעה בעל-פה או בכתב או בשל מעשה שעשה בכנסת או מחוצה לה, אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת". על פי סעיף 13(א) לחוק החסינות אין אפשרות ליטול את החסינות העניינית; קרי, בגין המעשים הנכללים במסגרת חסינות זו, לא ניתן להעמיד חבר-כנסת לדין, לא במהלך כהונתו ואף לא אחריה.

מג. בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995) (להלן עניין פנחסי) הוצעו שלושה מבחנים שונים לאיתור גבולותיה של החסינות העניינית. אלה ביקשו - כל מבחן בדרכו - לפרש את סעיף 1(א) לחוק החסינות, ובהתאם להתוות את קו הגבול המפריד בין מעשים שתחול עליהם חסינות עניינית לבין אלה שלא יחסו בצילה. המבחן הראשון הוצע על-ידי המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק, והוא קרוי "מבחן הסיכון הטבעי" או "מבחן הסיכון המקצועי". על פי מבחן זה פעולה תזכה לחסינות אם נופלת היא לגדרי "מתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר-כנסת

יצרת מטבעה ומטיבה" (פנחסי, פסקה 19 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק, עמ' 685). ההנחה העומדת בבסיסו של מבחן זה היא, כי כל תפקידיו של חבר-הכנסת הם במסגרת החוק; אולם, בד בבד קיימת הכרה בכך שתפקידים אלה יכולים לעתים להיגרר למקומות החורגים מאותה מסגרת. על פי גישה זו, תכלית החסינות היא לאפשר לחבר-הכנסת לבצע את הפעולות החוקיות המהוות חלק מתפקידו, וזאת מבלי לחשוש כי פעולות אלה עלולות לגלוש לתחום הלא חוקי ובכך לסכנו בהעמדה לדין פלילי או בתביעה אזרחית. לפיכך, הוגדר המבחן כמעניק חסינות ל"כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית, שהיא בגדר תפקידו של חבר-הכנסת, ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו כה קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של חבר-הכנסת, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה בה והיא מהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל חבר-כנסת נתון לו" (פנחסי, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק, עמ' 686).

מד. המבחן השני בפסק הדין הוצע על ידי הנשיא שמגר, והוא קרוי "מבחן הזיקה המהותית". על פי מבחן זה "אין די בכך שחבר-הכנסת ביצע עבירה בזמן היותו חבר-כנסת כדי לזכות בחסינות. כן, אין די בכך שביצע עבירתו בעת מילוי תפקידו. חייבת להיות זיקה הגיונית בין התפקיד ומילוי לבין המעשה אשר לגביו מוענקת לו החסינות" (פנחסי, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר, עמ' 727). לפיכך, על פי מבחן זה "עבירה העומדת על רגליה שלה ואינה תופעה נגררת ומשנית של מילוי תפקיד כדון, אינה מעניקה חסינות" (פנחסי, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר, עמ' 728).

מה. המבחן השלישי שהופיע בפסק הדין הוצע על-ידי השופט א' גולדברג והוא קרוי "מבחן הרלבנטיות". על פי מבחן זה "הבעת הדעה והמעשה האחר חייבים להיות רלבנטיים למילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד. הרלבנטיות מתקיימת אך כשהפעולה (הבעת דעה או מעשה אחר) משרתת את התהליך הדמוקרטי שלשמו קיימת הכנסת ושלשמו נבחרו חברי הכנסת" (פנחסי, פסקה 1 לפסק דינו של השופט גולדברג, עמ' 720). את הרלבנטיות - על פי מבחן זה - יש לבחון במונחי סבירות, כך שפעולה תחסה תחת החסינות העניינית, אם חבר-כנסת סביר היה מבצע אותה באותן נסיבות במילוי תפקידו או למענו (פנחסי, פסקה 3 לפסק דינו של השופט גולדברג, עמ' 721). על-פי מבחן זה יש להבחין בין הבעת דעה לבין מעשה אחר; הבעת דעה - אשר בשל זיקתה ההדוקה יותר לתפקיד הפרלמנטרי נמצאת בליבת תפקידו של חבר הכנסת - תיהנה מחסינות, בין אם היתה מתוכננת ובין אם הייתה רשלנית. בשונה מכך, מעשה - בשל זיקתו הפחותה לתפקיד הפרלמנטרי - ייהנה מחסינות אך אם התגבש לכדי עבירה שיסוד המודעות נעדר ממנה, כגון עבירת רשלנות או עבירת אחריות קפידה (פנחסי, פסקה 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, עמ' 722).

מו. בפסק דין פנחסי ובפסקי דין שבאו אחריו (ראו למשל בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245 (1996)) הובילו שלושת המבחנים לאותה תוצאה. זאת בעיקר, נוכח שתי הנחות היסוד העוברות כחוט השני בשלושת המבחנים: האחת, התפיסה כי חברי-הכנסת כפופים לחוק ככל אדם, והשניה, התפיסה בדבר קיומה של פעילות מסוימת החורגת מהמותר על פי חוק וזכאית להגנה (סוזי נבות, "חסינותו של חבר כנסת בגין הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד" - מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון", המשפט ד (תשנ"ט)). ואולם, וחרף הדמיון הלא מבוטל שבין המבחנים, נקבע ברוב דעות בעניין גורולובסקי, כי האחדת הפסיקה מצריכה להכריע בין השלושה, ומבחן "הסיכון הטבעי" של השופט ברק הוא שנבחר. עמדת המיעוט, שנכתבה על-ידי השופט חשין, גרסה, כי אין הכרח להכריע בין המבחנים, שכן כל אחד מהם מעניק זווית ראייה אחרת לסוגיית החסינות, ותורם לניתוח הסוגיה.

מז. בנידון דידן טוען המערער כאמור, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו, לפיה הואיל ומדובר במעשים מכוונים ופרי תכנון מוקדם המהווים עבירה, אין הם חוסים תחת החסינות העניינית המוקנית לחברי-הכנסת. לדידו של המערער, על-פי מבחן "הסיכון הטבעי" שאומץ בעניין גורולובסקי, חסינות עניינית חלה על כל מעשה הנופל בגדרי מתחם הסיכון

הטבעי, כאשר אין זה משנה אם מדובר בפעולה מתוכננת או רשלנית, ובין אם מדובר בפעולה שנעשתה מתוך מחשבה פלילית או בהעדרה. לטענת המערער, כל מעשיו נעשו מטעמים פוליטיים וכחלק מתפקידו הפרלמנטרי, ולכן הם חוסים תחת החסינות העניינית, הגם שאין מדובר במעשים ספונטניים. כזכור, לטענת המערער שלל הפעולות שעשה נעשו מתוך תפיסתו הפוליטית-חברתית ולשם הגשמתה.

מח. את טענות המערער בעניין זה אין כל מקום להלום. כאמור מעלה, המבחן אשר התקבל בסופו של יום לבחינת היקפה של החסינות העניינית הוא "מבחן הסיכון הטבעי" או "מבחן הסיכון המקצועי", במסגרתו תחול החסינות על כל מעשה שהוא בגדר סיכון מקצועי של חבר-הכנסת בעת מילוי תפקידו. מבחן זה נגזר כאמור מתכלית החסינות העניינית; לאפשר לחברי-הכנסת למלא את תפקידם הפרלמנטרי - המורכב מטבעו אך ממעשים חוקיים - וזאת מבלי לחשוש שבמקרה בו מעשים אלה יחצו את גבול המותר, הם יסתכנו בתביעה אזרחית או בכתב אישום פלילי. מכאן ניתן ללמוד, כי על הטוען לתחולת חסינות עניינית על מעשים לא חוקיים שעשה, להראות, כי המעשים הללו נגזרו ממעשים אחרים, חוקיים ולגיטימיים, אשר היוו חלק ממילוי תפקידו הפרלמנטרי. בהיעדרו של בסיס לגיטימי מעין זה, לא תוכר הפעילות הלא חוקית ככזו החוסה תחת החסינות העניינית. החסינות לא נועדה לאפשר לחברי-הכנסת לבצע עבירות - אף לא ממניעים פוליטיים, חברתיים או ערכיים - אלא לאפשר להם לבצע את תפקידם. בנידון דידן, מעשיו של המערער הם מעשים פליליים עצמאיים, אשר לא נגזרו מפעילות פרלמנטרית לגיטימית ומ"סיכונה הטבעי", ולטעמי אינם עומדים גם במבחן הזיקה הלגיטימית ובמבחן הרלבנטיות; חבר כנסת אינו סוכן לנסיעות בלתי חוקיות ול"תיירות עבריינית" למדינות אויב, וגם אינו רשאי להפוך את כהונתו קרדום למפגשים מתוכננים עם ראשי ארגון טרור. אין איפוא להיעתר לטענתו באשר לתחולת החסינות, אף מבלי להידרש למחלוקת שהתעוררה בין הצדדים לעניין תחולת החסינות על מעשים מתוכננים בהם שלובה מחשבה פלילית; ברי כי לא הרי מעשה ספונטני בלהט העשייה הלגיטימית שגלש וחצה קו פלילי מינורי, כהרי מעשה מתוכנן שכל כולו פלילי מעיקרו. נסיעה אסורה לארץ אויב וסיוע לה ומגעים עם סוכני חוץ נגועים באי חוקיות מיסודם, והם מעשים וולנטריים מתוכננים הרחוקים כרחוק ממערב מן "הסיכון המקצועי" (וגם משאר המבחנים).

מט. גם את טענת המערער, כי די בעובדה שמעשיו נעשו מתוך מניע אידיאולוגי-פוליטי, וכחלק מקידום תפיסת העולם שעל בסיסה נבחר, כדי להחיל בעניינו את החסינות העניינית, אין מקום להלום. חבר-הכנסת אמנם נבחר על בסיס תפיסת עולמו, אותה הוא מתחייב לקדם בפני בוחריו, ואולם, על האמצעים לקידום אותה תפיסת עולם להיות תמיד אמצעים חוקיים. חבר-הכנסת לא נבחר כדי לעבור על החוק בשם תפיסת עולמו, אלא כדי לפעול בחקיקה ובשאר התחומים בהתאם לתפיסת עולמו. הוא מצהיר אמונים למדינת ישראל: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת" (סעיף 15 לחוק יסוד: הכנסת). שמירת אמונים כוללת שמירת חוק. האמצעים העומדים לרשות חבר-הכנסת למילוי תפקידו הם רבים: קידום הצעות חוק, העלאת הצעות לסדר היום, השתתפות בעבודת ועדות הכנסת, הצבעה במליאה, והשתתפות בפורומים שונים מתוך כוונה להשפיע על דעת הקהל. בשום פנים אין התפקיד הפרלמנטרי נועד להכשיר את אי כבוד החוק ואת הפרתו בשם המצע הפוליטי, ולכן אין בעצם העובדה שהמניע שמאחורי המעשים הפליליים הוא זה העומד בבסיס פעילותו הפרלמנטרית של חבר-הכנסת, כדי להעלות או להוריד לעניין זה. על כך אמר המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק בעניין פנחסי: "חבר כנסת הדוגל בשוויון בין עשירים לעניים אינו צריך להיות חסין בפני עבירות גניבה שהוא מבצע ואשר מטרתן להעביר עושר מעשיר לעני. בדומה, חבר-כנסת שהוא גם רופא, הדוגל במתן יד חופשית לאישה להחליט על ביצוע הפלה, אינו צריך להיות חסין מפני תביעות בגין הפלות בלתי חוקיות שהוא מבצע. בשני מקרים אלה ביקש חבר הכנסת להעביר מסר פוליטי באמצעות ביצועה של עבירה פלילית. החסינות העניינית אינה צריכה לעמוד לו. המסר הפוליטי צריך להיות מועבר על-ידי ביצוע פעולות מותרות." (פנחסי, פסקה 21, עמ' 686). נוסף: חבר כנסת הדוגל בקידום השלום עם שכנינו אינו יכול לעשות כן על-ידי נסיעה אסורה לארץ אויב וסיוע לנסיעתם של אחרים ומגעים עם סוכן חוץ מראשי הטרור, ולהיות חסין מפני העמדה

נ. כך גם בענייננו, יכול היה המערער לקחת חלק בפעילות פרלמנטרית ענפה לקידום תפיסת עולמו על תחומיה השונים, ואם חלילה היתה פעילות זו נגררת וחוצה את התחום החוקי במעשה מינורי יתכן כי עדיין היה נהנה לפי הפסיקה מחסינות עניינית. אולם, כאמור מעלה, בנידון דידן פעולותיו של המערער לא נגזרו כל עיקר מפעילות חוקית המהווה חלק מתפקידו הפרלמנטרי, אלא עסקינן במעשים בלתי חוקיים העומדים בפני עצמם, ולכן אינם חוסים תחת החסינות העניינית.

נא. נעבור איפוא לטענתו השניה של המערער בדבר החסינות הספציפית, אשר לדידו חלה על כניסתו לסוריה מכוח סעיף 10(א) לחוק חסינות חברי הכנסת. סעיף זה קובע כאמור כי "שום הוראה המתנה את היציאה מן המדינה בקבלת היתר או רשיון לא תחול על חבר הכנסת אלא בימי מלחמה". לטענת המערער הוראה זו גוברת על תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, לפיה "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 או מראש הממשלה, [...]". לכן, לדידו של המערער, חרף העובדה שאין חולק כי נכנס ללא היתר לסוריה - מדינה הנמנית ברשימת המדינות שבסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות - החסינות המוקנית לו מכוח סעיף 10(א) מחריגה אותו מתחולת האיסור.

נב. אף טענה זו של המערער אין מקום להלום. כפי שציין בית המשפט המחוזי, בשנת 2002 תוקן החוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ) (מס' 7), התשס"ב-2002, כך שהאיסור המעוגן בו לעניין יציאה למדינות אויב יחול גם על חברי-הכנסת (תקנה 5); נזכיר כי המונח "תקנה" עלול להטעות כאן, שכן אין עסקינן בחקיקת משנה אלא בהוראת חוק. בנוסף, נוכח מקרים שונים בעבר שבהם נסעו חברי-כנסת למדינות המוגדות כמדינות אויב, פרסמה ועדת האתיקה של הכנסת ביום 21.6.2005 הבהרה, לפיה חל איסור על יציאה של חברי-כנסת לאחת מן המדינות המנויות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות, וכי החסינות העניינית המוקנית לחברי-הכנסת אינה פוטרת מתחולתו של איסור זה (החלטת ועדת האתיקה בעניין נסיעות חברי הכנסת לארצות אויב, י"ד בסיון התשס"ה (21.6.05)); על כן היתה גם אזהרה הנוספת על החוק. נשוב ונזכיר כי המערער יצא לסוריה כחמש שנים לאחר תיקון החוק, וכשנתיים לאחר פרסומה של אותה הבהרה. בנוסף ולמעלה מן הצורך נציין, כי נוכח מעמדו של המערער כחבר-כנסת, ונוכח העובדה שתיקון החוק ביקש להתמודד, בין היתר, עם נסיעותיהם של חברי סיעתו שלו, קשה מאוד להלום כי המערער לא היה מודע לקיומו של האיסור, או כי סבר באמת ובתמים שמעשה זה חוסה תחת סעיף 10(א) לחוק החסינות; "העיני האנשים ההם תנקר?" (במדבר, ט"ז, ו"ד); צריך בית המשפט להיות שוטה שבעולם או נאיבי במיוחד כדי לקבל כי המערער עצמו האמין לפירוש שנתן.

נג. בנוסף, המערער טוען, כי פרשנות המדינה לתקנה 5, לפיה היא גוברת על סעיף 10(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, שגויה - הואיל והיא מאיינת בפועל את סעיף 10(א) לחוק החסינות. לטענתו, מעצם העובדה שסעיף 10(א) לא בוטל, ניתן ללמוד כי המחוקק ביקש להשאיר חסינות זו על כנה חרף התקנה. טענה זו אין לקבל. ראשית, תחולתו של סעיף 10(א) לחוק החסינות רחבה מתחולתה של תקנה 5. כך, בעוד שסעיף 10(א) עוסק בכל מדינה המצריכה היתר, תקנה 5 מפנה אך לרשימה מוגדרת של מדינות המנויות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות. קרי, סעיף 10(א) מעניק כיום חסינות לחבר-כנסת אשר נכנס ללא אישור למדינה, אשר אינה מנויה בסעיף 2, ומצריכה היתר. בנוסף, תוקפה של תקנה 5 תלוי בקיומו של "מצב חירום". לכן, ביום בו יבוטל מצב החירום ישוב ויעניק סעיף 10(א) חסינות לחברי-כנסת אשר יכנסו בלא היתר, אף לאותן מדינות המנויות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות. לפיכך, אין בעצם אי ביטולו

של סעיף 10(א) כדי ללמד כי כוונת המחוקק היתה הפוכה מזו אשר נכתבה מפורשות בדברי ההסבר בהצעת החוק, ומזו הנלמדת מפרשנות החקיקה עצמה; לא זו בלבד שמדובר בנורמה מאוחרת, אלא בכזאת הנפתחת בצמד המלים "על אף האמור בכל דין". והדבר מדבר בעד עצמו. אין צורך להכביר, והדעת נותנת, כי המחוקק לא ביקש לערוך שינויים בחוק חסינות חברי-הכנסת ולהפחית הימנה, אלא לפתור בעיה שנתעוררה פעם אחר פעם ויצרה קושי, והמערער התריס במעשיו במובהק נגד הפתרון שנמצא, כאילו "אסרנא לא אסרי" - איסורינו אינם איסורים (מתוך תפילת כל נדרי הנאמרת בליל יום הכיפורים).

נד. משאין מעשיו של המערער חוסים תחת החסינות העניינית ומשאין כניסתו לסוריה חוסה תחת כנפי החסינות הספציפית מכוח סעיף 10(א) לחוק החסינות, נעבור לבחון את טענת המערער בדבר הפגמים שנפלו לדידו בהליך שנוהל בועדת הכנסת שעה שעתר להעמיד לו חסינות דיונית בפני הגשת כתב האישום. טרם ניגש לבחינה הקונקרטי של ההליך, נקדים מספר מלים לענין תיקון 33 לחוק חסינות חברי-הכנסת, אשר שינה את ברירת המחדל בכל הנוגע לחסינות הדיונית ממנה נהנים חברי-הכנסת.

נה. טרם תיקון החוק בשנת 2005 הייתה ברירת המחדל, כי לכל חבר-כנסת מוענקת חסינות דיונית, אשר מונעת הגשת כתבי אישום נגדו. בשונה מחסינות עניינית המעוגנת בסעיף 1(א), החסינות הדיונית חלה אך בזמן כהונתו של חבר-הכנסת, וכן ניתנת היא להסרה. כך, טרם התיקון, מקום בו סבר היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקום להגשת כתב אישום כנגד מי מחברי-הכנסת, הוגשה בקשה ליושב ראש הכנסת להסרת החסינות הדיונית. בקשה זו הועברה לוועדת הכנסת, וזו קיימה דיון, ולאחר שמיעת חבר-הכנסת שאת חסינותו ביקשו ליטול, התקבלה החלטה. כאשר היתה ועדת הכנסת מחליטה שלא ליטול את החסינות הדיונית, היתה החלטתה סופית, והיועץ המשפטי לממשלה היה מנוע מהגשת כתב האישום. אולם, כאשר החליטה הועדה להסיר את החסינות, היתה החלטתה במעמד של המלצה בלבד, והעניין הועבר להכרעת מליאת הכנסת.

נו. בשנת תשס"ה-2005 תוקן חוק החסינות (תיקון מס' 33), כך ששונתה ברירת המחדל. כיום, ברירת המחדל היא שבידי היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום כנגד חבר-כנסת, ולאותו חבר-כנסת עומדת האפשרות לפנות לוועדת הכנסת ולבקש ממנה חסינות דיונית מפני הגשת כתב האישום. על פי הפרוצדורה לענין זה, כאשר סבור היועץ המשפטי לממשלה כי ישנו מקום להגיש כתב אישום, עליו ראשית למסור העתק ממנו לחבר-הכנסת, ליושב ראש הכנסת וליושב ראש ועדת הכנסת (סעיף 4(א)(2) לחוק החסינות). לאחר מכן, עליו לאפשר לחבר הכנסת 30 יום שבמהלכם יוכל לפנות לוועדת הכנסת, כדי שתקבע כי עומדת לו חסינות דיונית בפני הגשת כתב אישום זה (סעיף 4(א)(3)). החליטה הועדה שלא להעניק חסינות דיונית לחבר-הכנסת - תהא החלטתה סופית (סעיף 13(ג)). החליטה הועדה כי לחבר-הכנסת תעמוד חסינותו הדיונית, תהא החלטתה במעמד של המלצה, עד להכרעת מליאת הכנסת.

נד. המחוקק כלל הגדרה ספציפית ומפורשת של ארבע עילות אשר בהתקיימן תעניק ועדת הכנסת לחבר הכנסת חסינות דיונית בפני הגשת כתב אישום. אלה מנויות בסעיף 13:

- (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.

נח. בענייננו, טוען המערער, כי ההליך שהתנהל בענייננו בוועדת הכנסת היה פגום וזאת בגין אלה; לא עמדה בפני חברי הכנסת התשתית העובדתית הרלבנטית לבחינת תחולתה של החסינות העניינית; לא נבחנה טענת ההפליה באכיפה שהועלתה על ידיו; וכן לא נבחנה השאלה האם התועלת שבהגשת כתב האישום עולה על הנזק. קרי, ההליך התקין הנדרש מכוח סעיף 13 לא התקיים.

נט. עיון בפרוטוקול הדיון שהתקיים בענייננו של המערער בוועדת הכנסת מלמד כי אין להלום את טענותיו לעניין זה, וכי ההליך שהתנהל היה תקין. בפסיקה טרם תיקון מספר 33 נקבע, כי:

"הליך נטילת החסינות בוועדת הכנסת הוא הליך כעין שיפוטי. על ועדת הכנסת להפעיל את סמכותה כנדרש מגוף שלטוני שסמכותו היא כעין שיפוטי. כך, למשל, צריך לקיים את כללי הצדק הטבעי, תוך שיש להעניק לחברי הכנסת המשתתפים בדיון ובהחלטה את האפשרות לדעת במה מאשימים את חבר הכנסת. כן יש להעניק לחבר הכנסת, שאת חסינותו מבקשים ליטול, את ההזדמנות להציג את עמדתו ולשכנע את חברי הכנסת בצדקת עמדתו [...] שיקול הדעת של ועדת הכנסת אינו מוחלט. על הוועדה להפעיל את שיקול דעתה בנטילת החסינות 'במסגרת הכללים והעקרונות החלים על גוף שלטוני, המפעיל סמכות כעין שיפוטי' (פנחסי, עמ' 696). 'הכללים, המתוים דרכי פעולתו של גוף מעין שיפוטי, חלים גם על רשויות הכנסת, כשהן ממלאות תפקיד מסוג זה. נטילת זכויות בהליך שכזה חייבת להיעשות על בסיס של שיקולים עניינים, הנבחנים באופן סביר תוך שהם מתייחסים לגופו של העניין הנדון' (הנשיא שמגר בבג"ץ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואחר, בעמ' 215 (1987)).

לעניין סוג השיקולים שרשאית היתה ועדת הכנסת לשקול, אומצה בפסיקה "הגישה הצרה" לפיה יבחנו חברי הכנסת אך אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד חבר-הכנסת מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות. זאת, נוכח תכלית החסינות הדיונית - למנוע התנכלות של הרשות המבצעת כלפי חבר-הכנסת ולהגן על הכנסת מפני הטרדות נעדרות צידוק מטעם הממשלה הנובעות מטעמים פסולים (גורולובסקי, פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק, עמ' 893).

ס. תיקון 33 הוסיף, כאמור, בסעיף 13 לחוק ארבע עילות שבהתקיימן תמליץ ועדת הכנסת למליאת הכנסת להעמיד לחבר-הכנסת חסינות דיונית מפני הגשת כתב אישום. עילות אלה מהוות הרחבה מסוימת של "הגישה הצרה",

שכן מעבר לסעיף 13(ב) העוסק בהגשת כתב אישום שלא בתום לב או תוך הפליה, ישנם סעיפים נוספים העוסקים בחסינות העניינית (13(א)), ובשיקולי "עלות-תועלת" לעניין נזק ופגיעה באינטרס הציבורי (סעיף 13(ג) וסעיף 13(ד)). לפיכך, הליך תקין בענייננו הוא הליך בו, בין היתר, נדרשו חברי הכנסת, ככל שהדבר רלבנטי, לאותן עילות, ובחנו התקיימותן.

סא. כאמור מעלה, עיון בפרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת מלמד, שבעניינו של המערער התקיים דיון רציני, בו נבחנה סוגית החסינות הדיונית לעומקה, נשקלו השיקולים הרלבנטיים על פי העילות המוגדרות, וניתנה למערער במה מכובדת להציג את גרסתו ואת טיעונו, ולנסות לשכנע את חברי הכנסת בצדקתו. כן ניתן זמן נפרד לשאלות - הן לחבר-הכנסת הן ליועץ המשפטי לממשלה - וזמן לתגובות של כל המעוניין. חברי-הכנסת נדרשו לתחולת החסינות העניינית על מעשיו של המערער, וכן לטענת ההפליה באכיפה שהעלה. בשלב הדיון בו הופנו שאלות אל היועץ המשפטי לממשלה, נידונו שתי הסוגיות הללו, ומחילופי הדברים נראה שרוב חברי-הכנסת מצאו את הסבריו של היועץ, הן לעניין החסינות העניינית, הן לעניין ההבחנה בין המערער לאחרים בהגשת כתבי האישום, מספקים. אכן, חברי-הכנסת לא דנו מפורשות בעילות המנויות בסעיף (ג) ו-13(ד), אולם ככל שלא עלתה - לא על-ידי המערער ולא על-ידי אחר - טענה בדבר רלבנטיות עילות אלה לעניין הקונקרטי, אין פגם בכך שחברי-הכנסת לא דנו באפשרות התקיימותן.

הגנת סעיף 114(ד) לחוק העונשין

סב. נעבור אם כן לטענות המערער הנוגעות להכרעת הדין, וראשית לטענתו בדבר תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 114(ד) לחוק העונשין. לדידו של המערער כאמור, חרף העובדה שאין הוא מכחיש עוד את העובדה שנפגש עם סוכן חוץ בזמן ששהה בסוריה, כפי שעשה בראשונה, אין לטענתו מקום להרשיעו, וזאת נוכח ההגנה הקבועה בסעיף 114(ד).

סג. כך קובע בחלקים הרלבנטיים סעיף 114 לחוק העונשין, העוסק במפגש עם סוכן חוץ:

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

[...]

(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 בביטחון 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 בביטחון המדינה.

כפי שניתן לראות סעיף 114(א) קובע איסור על מפגש עם סוכן חוץ, ורכיבו שלושה: האחד, כי הנאשם "קיים ביוזעין מגע", השני, כי המגע היה עם "סוכן חוץ", והשלישי כי למקיים המגע אין "הסבר לכך" (ע"פ 5236/05 עמאשה נ' מדינת ישראל (2009)). סעיף 114(ד) מקים הגנה מפני הרשעה מקום בו - חרף העובדה שמתקיימים שלושת הרכיבים של סעיף 114(א) - מתקיימים גם שני התנאים המצטברים הבאים: הנאשם לא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בביטחון המדינה.

סד. כפי שציינ בית המשפט המחוזי, אין מדובר בעבירה תוצאתית, ולכן אין דרישה כי בפועל אכן נגרמה פגיעה לבטחון המדינה. אולם, די שהיה במעשה להביא לפגיעה - וזאת בבחינת הפוטנציאל הטמון בו - או שהנאשם התכוון לעשות מעשה מעין זה, כדי שלא תעמוד לו ההגנה שבסעיף. הנטל להוכיח את רכיבי סעיף 114(א) מוטל כמובן על התביעה, וככל שהיא עומדת בו, יעבור הנטל לכתפי הנאשם להוכיח את שני הרכיבים המצטברים שבסעיף 114(ד). ישא הנאשם בנטל זה - תעמוד לו הגנה מפני הרשעה; לא יעמוד בנטל - יורשע בעבירה של מפגש עם סוכן חוץ.

סה. כדי לרדת לעומקו של סעיף 114 נבחן את ההיסטוריה החקיקתית שלו. הנורמה האוסרת על מפגש עם סוכן חוץ עוגנה לראשונה בסעיף 24 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז-1957. נוסחו היה כדלקמן:

"24(א) קיים אדם מגע עם סוכן זר ואין לו הסבר סביר לכך, רואים אותו כאילו מסר ידיעה סודית בלי להיות מוסמך לכך.
(ב) ניסה אדם ליצור מגע עם סוכן זר, או ביקר אדם במקום מגוריו או במקום עבודתו של סוכן זר או נמצא בחברתו, או נמצא ברשות אדם שמו או מענו של סוכן זר - ואין לו הסבר סביר לכך, דינו כדין המקיים מגע עם סוכן זר.
(ג) בסעיף זה, "סוכן זר" - לרבות מי שיש יסוד סביר לחשוד בו כי עסק, או נשלח לעסוק, מטעם מדינה זרה או למענה, באיסוף ידיעות סודיות או במעשים אחרים העשויים לפגוע בביטחון מדינת ישראל".

הפסיקה פירשה את סעיף 24(א) כמקום חזקה חלוטה לגבי מסירת מידע סודי בהתקיים מפגש נעדר הסבר, ולכן מי שקיים מגע עם סוכן זר ללא הסבר הורשע, אף אם הוכיח כי לא מסר כל ידיעה סודית מבלי להיות מוסמך לכך (ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 225 (1968)). כן נקבע, כי הנטל להוכיח את הסבר סביר מוטל על כתפי הנאשם, אך התעוררה מחלוקת סביב שאלת תוכן ההסבר אשר ימצא כמספק (ראו ע"פ 23/62 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, טז 2257 (1962)); לעניין המחלוקת ראו גם עזריאל צוקרמן "החזקות שבעבירת מגע עם סוכן זר" משפטים א' (תשכ"ח-תשכ"ט) עמוד 198-199).

סו. בשנת 1967 הוכנס תיקון בחוק, במסגרת החוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה)(תיקון), תשכ"ז-1967, ובמסגרתו הוחלף סעיף 24(א) לסעיף חדש, והוסף סעיף 24(ד). סעיף 24(א) החדש קבע כי "מי שקיים בידועין מגע עם סוכן זר ואין לו הסבר סביר לכך, דינו מאסר חמש עשרה שנה". סעיף 24(ד) קבע כי "לא יורשע אדם לפי סעיף זה אם הוכח לבית המשפט שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בבטחון המדינה". תיקון זה שבסעיף 24(א) ביטל את החזקה בדבר מסירת ידיעה סודית, וקבע כי די במפגש ללא הסבר כדי שהדבר יהיה עבירה; הוספת סעיף 24(ד) נועדה להקל על הנאשם לפי סעיף זה, ולאפשר לו, גם בהעדרו של הסבר סביר, להוכיח כי לא עשה ולא התכוון לעשות מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, וכך להימנע מהרשעה. הדבר נלמד, בין היתר, מדבריו של חבר-הכנסת משה אונא, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר בהביאו את התיקון לקריאה שניה ושלישית אמר בעניין סעיף 24(ד), כי תיקון סעיף 24(א) לבדו "אמנם היה בו כדי להסיר את הפיקציה המשפטית, אבל לא היה בו כדי לענות על הטענה העיקרית, והיא שהאדם שבא במגע עם סוכן זר ואין לו הסבר סביר לכך, יהיה בר עונשין אף אם יוכיח שלא עשה שום דבר כדי לפגוע או שעלול היה לפגוע בבטחון המדינה" (דברי הכנסת, כרך 48, עמ' 1917). לפיכך, נראה כי כוונת המחוקק הייתה ליצור ברירת מחדל של אשם פלילי, במקרה של מפגש מעין זה, אך לאפשר לנאשם להימנע מהרשעה אם יסתור את החזקה בדבר פגיעה בבטחון המדינה. הדעת נותנת כי הסדר זה נחקק, כדי לאזן בין קשיי ההוכחה בעבירות ריגול וביטחון מעין אלה - שבשלהם נוצרה חזקה לפגיעה בבטחון המדינה בעת מפגש לא מוסבר עם סוכן זר - לבין הצורך לאפשר לנאשם, אף שאין בידו הסבר מניח את הדעת, להוכיח כי לא עשה דבר

שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה ואף לא התכוון לעשות זאת, ולכן אין זה מוצדק להרשיעו. סעיף 114 הוא גלגול האחרון של סעיף 24 בחוק העונשין, תשל"ז-1977.

סז. בנידון דידן אין חולק עתה כי המערער בא במגע עם סוכן חוץ ביוזעין, וכי אין לו הסבר סביר לכך. ממילא נתקיימו הרכיבים שבסעיף 114(א), והנטל לענין סעיף 114(ד) עובר אל המערער. סעיף זה כולל שני תנאים מצטברים: על הנאשם להוכיח שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לפגיעה בבטחון המדינה. התנאי הראשון הוא אובייקטיבי, השני סובייקטיבי. הצדדים חלוקים כאמור באשר לעמידת המערער בנטל המוטל עליו. במחלוקת זו, לאחר בחינת הראיות, הדין עם המדינה. ראשית, עסקינן בנסיבות שלא יתכן אלא לומר כי הן מחשידות ביותר. דומה שלא יתכן חולק כי פגישה עם בכיר מאוד בארגון טרור יש בה כדי להביא לפגיעה בבטחון המדינה. האם הוכיח המערער שלא התכוון לפגוע בבטחון? נזכור את העובדות: המערער הכחיש בחקירתו באופן נמרץ את פגישתו עם סוכן החוץ, איש בכיר בחזית העממית, והודה בה רק בעת המשפט בעקבות עדותו של נהאד - אשר אף הוא עצמו בחקירתו הראשונה ב-10.12.07 הכחיש פגישות עם גורמים פלסטינאיים כלשהם בסוריה, אך הודה בכך למחרת ביום ה-11.12.07, אלא שטען לגבי תוכן השיחה בין המערער לסוכן החוץ, כפי שיפורט להלן. גם אם נקבל כלשונה את עדותו של נהאד - אשר העיד מטעם המדינה ועדותו נמצאה אמינה על-ידי בית המשפט - קרי כי השיחה בין המערער לבין נאג'י נסבה על נושאים פוליטיים שבין פת"ח לחמאס ולא על נושאים בטחוניים כשלעצמם, הנה עת באים אנו לבחון האם נעשה מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, ברי כי חילופי הדברים הללו לבדם, אף אם תיאורו של נהאד נכון ולא השמיט בו דבר, אינם מספיקים להפריך את החזקה. זו נסיבה אחת מתוך שורה של נסיבות, המעידות על מידת פוטנציאל הפגיעה. עצם הפגישה היא, כאמור, המעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון. מנין נטל המערער, חבר כנסת ישראלי החייב אמונים למדינה, את החירות להיפגש עם סגן מזכ"ל החזית העממית, ארגון טרור רצחני ונבזי, ולנהל שיחות "פוליטיות" ובכך ייפטר? מי שמו לקבוע בכגון דא ובנידון דידן? האם בידו של המערער נתונים "מפתחות הביטחון", כך שכשירצה ישוחח עם טרוריסטים והוא שיתן לשיחה את הכותרת ה"פוליטית"? הפגיעה בבטחון אינה נובעת בהכרח רק מתוכן השיחה אלא מעצם קיומה, וגם לתוכן ה"פוליטי" יש משמעות במובן הרחב של בטחון המדינה. נזכיר, כי כעולה מתמלילי הודעות נהאד מ-11.12.07 ומ-19.12.07 דובר על יחסי חמאס והרשות הפלסטינית, על יחסי ארצות ערב כמו סעודיה ומצרים, ועל בשארה; לא הרי שיחות כאלה בעולם פוליטי ודיפלומטי "רגיל" כהרי שיחה עם בכיר מאוד בארגון טרור פעיל.

סח. וארחיב קמעא; כדי לבחון האם מפגש עם סוכן חוץ עולה לכדי מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, ישנה רשימה בלתי סגורה של נסיבות רלבנטיות שיש לבחון. תוכן המפגש והדברים הנאמרים במסגרתו אכן מהווים נסיבה חשובה, היכולה ללמד על מידת הסיכון הפוטנציאלי של המפגש, ועסקינן בקשת של אפשרויות. כך, למשל, אם הוכח פוזיטיבית שתוכן השיחה היה בטחוני במובן ה"צר" ובמסגרתה נמסר מידע חסוי, יקשה מאוד על הנאשם להעביר את הנטל לפי סעיף 114(ד), גם מקום שהנסיבות האחרות בפני עצמן אינן מלמדות על פוטנציאל סיכון גבוה - כמו פגישה אקראית עם סוכן חוץ בכנס מדעי שהתקיים במדינה אשר אינה מוגדרת כמדינת אויב, ושיחה שנסבה על נושא היסטורי או תרבותי. אולם כאמור, יש לבחון בקפידה את כלל הנסיבות, תוך שימוש בשכל הישר, חבר כבוד במועדון, ובחלק אחר של הקשת ישנו מפגש מתוכנן וחשאי גם אם תוכנו אינו בטחוני במובן ה"צר". בנידון דידן, גם אם נניח לטובת המערער שהשיחה הייתה "שיחה פוליטית", ברי כי מפגש דיסקרטי מתוכנן, עם סוכן חוץ במדינת אויב, מהוה מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה. דעת לנבון נקל, כי יצירת קשר מעין זה בנסיבות, עשויה ללמד על זריעת זרע לתכנון עתידי לפגוע בבטחון המדינה, וכאמור לא בידי המערער המפתחות להחליט אם לקיימה או לא. לא בזוטות עסקינן, והגבול בין פוליטי לבטחוני בכגון דא הוא דק.

סט. ואכן, המערער נפגש עם סוכן חוץ בדרג גבוה ביותר; מדובר בלא פחות מסגנו של המזכיר הכללי של ארגון

הטרור החזית העממית. פגישה זו נערכה במדינת אויב מובהקת - אליה יצא המערער בניגוד לחוק - והתקיימה בלשכתו של סוכן החוץ. המפגש היה דיסקרטי ולא סוקר תקשורתית, כמו מפגשים אחרים שקיים המערער, והוא הוכח לחלוטין על-ידי המערער עד לשלב המשפט. נסיבות כאלה - של חשאיות והכחשה - הן אינדיקציות מובהקות לפגיעה בביטחון. לכל אלה יש להוסיף את מעמדו של המערער כחבר-כנסת בזמן קרות האירוע, דבר אשר מחזק כמובן את פוטנציאל הסיכון, נוכח נגישותם של חברי-הכנסת למידע רגיש העלול להיות מנוצל לרעה על-ידי גורמים עוינים. מכלול הנסיבות בעניין זה מקשה לקבל את הטענה, כי העדר תוכן "בטחוני" מוכח מצליח לסתור את החזקה, לפיה מדובר במעשה שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה. יתר על כן, גם לשיחה "פוליטית" על יחסי חמא"ס ופת"ח פוטנציאל העלול בקלות להיות כרוך בפגיעה בביטחון, תוך מבט צופה פני עתיד לקשר נוסף. הרכיב האובייקטיבי ("לא עשה מעשה") נפל, איפוא, ואשר לרכיב הסובייקטיבי, קרי הטענה כי לא התכוון המערער לפגוע בביטחון - אף זה לא הוכח, ואדרבה, הנסיבות מראות אחרת, כפי שיוסבר להלן.

ע. ונטעים; אף לשיטתו של המערער עצמו היה במפגש זה דבר מן הלא-לגיטימי, שאחרת מדוע טרח להסתירו מעיני התקשורת, ומדוע התכחש אליו בחקירותיו במשטרה, ובמיוחד מדוע הצהיר בחקירתו דברים שנביא להלן. התכחשות והצהרות אלה באו תוך מודעות מלאה למשמעות החמורה של מפגש מעין זה, ובשל חשיבות הדברים הנה הציטוטים הרלבנטיים מחקירותיו של המערער במשטרה:

"ש: קשה לי לראות מצב שבו לא מנסים ליצור איתך קשר עוד גורמים מלבד אלו שהזכרת, תנסה להיזכר האם פנו אליך אחרים או נפגשת עם אחרים מלבד תקשורת ואנשים פוליטיים מובהקים.

ת: אין צורך לזכור. אני לא ניסיתי ליצור קשר עם אף אחד מלבד סגן הנשיא שנפגשתי איתו. אני יודע איפה אני נמצא ומה אני עושה ואני יודע איפה הקווים האדומים, אתה יכול להיות רגוע כי אני רוצה להיות רגוע מהבחינה הזו.

ש: כלומר אם היו פונים אליך

ת: הייתי מסרב, אם היו פונים אלי הייתי מסרב, אני באתי למטרה מסוימת וראיתי לנכון להיפגש עם אישים פוליטיים.

ש: כלומר כל הפגישות שלך היו בשקיפות מלאה?

ת: בשקיפות מלאה וזה היה חשוב לי שיהיו אמצעי תקשורת בפגישות האלה" (ת/1, חקירה מיום 9.12.07, שורות 196 ואילך).

"עם טלאל נאג'י הייתי מאוד נזהר כי אני יודע מה מעמד הארגון שלו שמוגדר כארגון עוין בחוק הישראלי.

ש: ואם טלאל נאג'י היה מבקש ממך להיפגש?

ת: לא הייתי מוכן, אני יודע מה מעמדו והייתי נזהר" (ת/1 שורות 286 ואילך).

הדברים מדברים בעדם. הנה כי כן, המערער היה מודע באופן ברור לחומרה שבמפגש מעין זה, הנובעת בעיקר ממעמדו של נאג'י, ולמרות זאת לא היסס לקיימו. מודעות מעין זו יכולה, ככל שהיא במידת הסתברות קרובה לודאי לתוצאה, על פי הלכת הצפיות, לעלות לכדי כוונה. על כך נאמר - ספציפית לעניין כוונה לפגיעה בביטחון המדינה אך בהקשר של עבירה אחרת - כי "הכוונה הפלילית לפגוע בביטחון המדינה קיימת, כאמור, בכל מקרה אשר בו עשה הנאשם מה שעשה בידיעה מלאה וברורה שמעשהו עלול לפגוע בביטחונה; והכוונה הזאת קיימת בין אם המניע שלו היה בצע כסף או קידום ענין מדיני כלשהו, או טובת המדינה (ע"פ 28/62 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2305 (1962),

פסק דינו של השופט - כתארו אז - ח' כהן, עמ' 2308). לעניין ההבחנה בין מניע ובין מטרה ראו גם ע"פ 3116/99 גיל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 193 (2000), וע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265 (1990)). על פי התנהגותו בתיק זה אין המערער מתגלה כאיש אמת כל עיקר, נוכח השקר הבולט והזועק, וכנבחר ציבור ניתן אך לראותו בחומרה יתרה, והכחשת המפגש מלמדת כי המערער בעצמו סבר שחצה את גבול הלגיטימי במפגש זה, ומכאן אף ניתן ללמוד על כוונותיו. אל יהא בית המשפט כשוטה שבעולם.

עא. ושוב: המערער טוען, כי פרשנות סעיף 114(ד) באופן זה, לפיו נוכח הנסיבות לא קמה לו ההגנה שבסעיף 114(ד), אף שהוכיח לשיטתו - באמצעות עד התביעה נהאד - כי תוכן המפגש לא היה בטחוני, מאיינת את אפשרות השימוש בהגנה, והופכת את החזקה שמקים סעיף 114(א) לחלוטה. זאת הואיל וכנטען, אין בידי איש בפועל להפריך את החזקה. טענה זו אין מקום להלום. ההגנה שבסעיף 114(ד) על מכונה בדין, אך ברי כי לא בכל מקרה נתון יוכל נאשם, שהוכח כי התקיימו לגבי הרכיבים של סעיף 114(א), להפריך את הנטל. כך למשל, אילו הוכיחה המדינה כי המערער מסר מידע מסווג לסוכן החוץ, לא היה בידו להפריך את החזקה, שכן עשה מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה. באותו אופן, הואיל ומקובלת עלינו עמדת המדינה כי המפגש שהתקיים בנסיבות שתוארו, יש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה, גם אם נקבל את תוכן הדברים כפי שמסר נהאד, אכן אין בידי המערער להפריך את החזקה, אך זאת לא בשל היותה חלוטה; הוא אינו יכול להפריכה במקרה זה הואיל ונוכח הנסיבות הספציפיות של המפגש שקיים, הפכה החזקה לחלוטה, שכן עשה מעשה שיש בו כדי לפגוע בבטחון המדינה.

עב. נעבור עתה לטענתו האחרונה של המערער לעניין הכרעת הדין, היא הטענה הנוגעת לאכיפה הבררנית שבנקטה לדידו כלפיו על-ידי רשויות האכיפה. כאמור מעלה נטען, כי היועץ המשפטי לממשלה נקט בעניינו אכיפה בררנית משהבחין בינו לבין אחרים לעניין הגשת כתבי אישום. ראשית טוען המערער, כי הופלה ביחס לנהאד, אשר ביצע עמו אותן עבירות בהן הואשם הוא ולא הוגש נגדו כתב אישום. שנית, כי הופלה ביחס לששה-עשר השייחים אשר פעלו עמו בארגון המשלחת, וכנגדם הסתפקה התביעה בהתחייבות בלבד שלא לשוב על מעשים אלה בעתיד. לבסוף נטען, כי הופלה ביחס לחברי-הכנסת הנוספים אשר נכנסו לאורך השנים למדינות אויב (אף לאחר תיקון תקנה 5 כאמור מעלה) ולא הוגש נגדם כתב אישום. לדידו של המערער, אכיפה בררנית זו מצדיקה את מחיקת כתב האישום שהוגש נגדו, ולחלופין מצדיקה הקלה משמעותית בעונשו.

עג. האיסור על אכיפה בררנית נקבע לראשונה בישראל בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999). שם נקבע, כי חרף העובדה שאין הרשות מחויבת באכיפה מוחלטת, חל איסור על אכיפה חלקית מטעמים שיש בהם מטרה פסולה, שיקול זר או שרירותיות (זקין, פסקה 16 לפסק דינו של השופט זמיר, עמ' 305). לעניין זה נקבע, כי אין מניעה שרשויות האכיפה תתוינה לעצמן מדיניות אכיפה, וכן כי אין פגם בהחלטת רשות האכיפה להתחיל באכיפת נורמה שטרם נאכפה (זקין, שם; עש"מ 5205/01 פרנס נ' יושב-ראש רשות השידור, פ"ד נו(2) 9, 21 (2001), עמ' 21; פרופ' דפנה ברק-ארז, "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד", הסיגור 200 (2013)). ואולם הודגש, כי אין הכרח שהרשות תפעל בחוסר תום לב כדי שהדבר יעלה לכלל אכיפה בררנית, שכן כאמור האיסור אינו על אכיפה המבוססת על שיקולים זרים או הפליה בלבד, אלא אף על אכיפה חלקית הנובעת משרירותיות גרידא (להרחבה בעניין זה ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008), עמ' 142). דגש זה משתלב עם היות טענת ההפליה באכיפה טענה מינהלית, שכן כידוע לכגון דא אין צורך בכוונה מפלה, ודי בתוצאה שכזו כדי שתימצא אסורה (ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (2012) (להלן סלכגי), פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). בנוסף, בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) נידונה עילת האכיפה הבררנית כשוכנת בגדרי האכסניה של ההגנה מן הצדק, וזאת במקרים של הפליה בוטה שחוסר הצדק זועק הימנה (פסקה 26, עמ' 815).

עד. לעניין שלבי בחינתה של טענת אכיפה בררנית נקבע בעניין סלכגי, כי יש לשאול שלוש שאלות: תחילה, מהי קבוצת השיון שעמה נמנה מי שהעלה את טענת האכיפה הבררנית; שנית, כיצד יש להבחין בין מצבים של אכיפה בררנית פסולה למצבים של אכיפה חלקית לגיטימית; שלישית, מהו הנטל הראייתי המוטל על המעלה טענה מעין זו (סלכגי, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

עה. באשר לסעד נקבע בעניין בורוביץ, כי "אם נוכח בית המשפט הדין באישום הפלילי כי בהגשת כתב האישום יש משום אכיפה בררנית, וכי קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בידו הסמכות לנקוט אמצעים ראויים לתיקון הפגיעה" (בורוביץ, פסקה 27, עמ' 816). כן נקבע, כי בשלב הסעד על בית המשפט לבחון – כאשר מדובר בהליך פלילי – האם האכיפה הבררנית עולה לכדי דרגה חמורה המקימה "הגנה מן הצדק", או שמא מדובר בפגם בדרגת חומרה פחותה, הניתן לריפוי באמצעי מתון יותר כגון הקלה בענישה (סלכגי, פסקה 15 לפסק דינו של השופטת ברק-ארז; בורוביץ, פסקה 27). התפיסה הרווחת לעניין זה, היא שחרף העובדה שסעדים מעין אלה משמעותם "זכיה מן ההפקר" לנאשם, הם משרתים – מעבר להגנה על השיון ועל הצדק במקרה הפרטי – אף את האינטרס הציבורי של שלטון החוק; גיבושה לאורך זמן של מדיניות אכיפה צודקת (ברק-ארז, "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד", שם, עמ' 200).

עו. בנידון דידן טוען המערער כאמור, כי בעניינו ננקטה אכיפה בררנית, וזאת כאמור הן ביחס לנהאד, הן ביחס לש'יחים שנסעו עמו, והן ביחס לרבים אחרים – וביניהם אף חברי-כנסת – אשר יצאו למדינות אויב ולא הוגש נגדם כתב אישום. עמדת המדינה לעניין זה היא ששני משמעותי קיים בין עניינו של המערער לבין עניינם של כמעט כל האחרים, והוא העבירה החמורה הנוספת שבה הואשם המערער; פגישה עם סוכן חוץ. באשר לנהאד נטען, כי ההבחנה בין שניהם צומחת מתפקידו המצומצם של נהאד, כמי שאך ליוה את המערער בפגישותיו.

עז. בעניין זה מקובלת עלינו עמדת המדינה, אשר כאמור אומצה על-ידי בית המשפט המחוזי, לפיה עניינו של המערער שונה מעניינם של האחרים. ראשית, שונה הוא משל אלה אשר אך נכנסו למדינת אויב ולא הואשמו בביצוע עבירות נוספות, והם אינם דמויות ציבוריות כמו המערער. הדברים נאמרים בלא להפחית מחומרתה של העבירה האוסרת על כניסה למדינות אויב, אך חמורה ממנה כמובן העבירה של מפגש עם סוכן חוץ, בייחוד כאשר מדובר באדם במעמדו של המערער בישראל כחבר-כנסת, ובאדם במעמדו של נאג'י טלאל בארגון טרור. אין כל פגם במדיניות אכיפה השמה דגש על עבירות חמורות יותר. שנית, שונה עניינו של המערער מעניינו של נהאד, נוכח מרכזיות המערער בביצוע העבירות. אף אם נקבל את טענת המערער, לפיה נהאד היה מודע לכך שנאג'י הוא מי שפגשו, לא נטען כלל, כי נהאד יזם את הפגישה עם נאג'י, או שהשתתף ונטל חלק של ממש בשיחה שהתקיימה במסגרתה. בין אם היה מקום להגיש כנגד נהאד כתב אישום אם לאו – וכמובן אין בכוונתי להביע כאן דעה בעניין זה – אין אי הגשת כתב האישום עולה לכדי אכיפה בררנית, וזאת נוכח השוני הרלבנטי המשמעותי בין השניים. לפיכך, בעניין טענת האכיפה הבררנית, נעצרים אנו כבר בשאלה הראשונה של קבוצת השיון; אין המערער ומי שהוזכרו על-ידי בנימוקי הערעור משתייכים לאותה קבוצת שיון, ולכן ההבחנה ביניהם אינה עולה לכדי אכיפה בררנית המצדיקה הגנה מן הצדק בדמות ביטול כתב האישום. ואוסף מעבר לצורך, כי גם אם בעבר נקטו מדיניות שונה, אין מניעה משפטית או אחרת לשנות מדיניות זו בהתאם לשיקול הדעת בעת הרלבנטית.

עח. לפיכך, אין מקום לקבל את הערעור שהוגש על הכרעת הדין על כל חלקיו, ויש להותיר את הרשאתו של המערער בשני האישומים הראשונים על כנה.

עט. המערער הורשע כאמור בשני אישומים ונגזרו עליו 12 חודשי מאסר בפועל ו-6 חודשי מאסר על תנאי. בגין האישום הראשון, אשר כלל עבירות של יציאה למדינת אויב וסיוע לאחרים לצאת למדינת אויב, נגזרו על המערער 6 חודשי מאסר בפועל. בגין האישום השני, אשר כלל עבירה אחת של מפגש עם סוכן חוץ, נגזרו על המערער 12 חודשי מאסר בפועל ושישה חודשי מאסר על תנאי. כן נקבע, כי העונשים בגין שני האישומים ירוצו בחופף.

פ. בענייננו טוען המערער תחילה, כי שגה בית המשפט כאשר קבע כי מעשיו פגעו בערך המוגן של בטחון המדינה. לטענתו, מעשיו לא גרמו כל נזק ביטחוני, ועצם העובדה שחברי המשלחת לא זומנו למשטרה ולא נחקרו ביחס לביקורם, אך מחזקת את טענתו זו. כך גם ביחס למפגש עם נאג'י נטען, כי לא הוכחה כל פגיעה שנגרמה לבטחון המדינה מעצם המפגש, וזאת במיוחד לאחר שהוכח כי המערער לא הביע נכונות לשתף פעולה עם גורמים עוינים ולא עבר כל עבירה בטחונית נלווית.

פא. עוד טוען המערער, כי שגה בית המשפט בקביעת מתחמי הענישה וגזירת העונשים. ביחס לאישום הראשון נטען, כי חלקו של המערער בארגון הנסיעה של המשלחת לא היה משמעותי, ולראיה העובדה שמשלחות מעין אלה נסעו בעבר בלי שלקח חלק בארגון. באשר לאישום השני נטען, כי נסיבות ביצוע העבירה מלמדות שיש לקבוע טווח ענישה נמוך, וזאת הואיל ומדובר באירוע חד פעמי, אשר חלפו 7 שנים מאז שאירע, ושלא גרם לשום נזק. לבסוף נטען, כי הנסיבות האישיות מלמדות כי יש לגזור את עונשו בטווחים הנמוכים של מתחמי הענישה ולהעמידו על מאסר מותנה בלבד. זאת נוכח הדברים הרבים החיוביים שעשה בחייו, היותו אדם נורמטיבי, מצבו הבריאותי, והנזק שייגרם הן לו הן למשפחתו ממאסר בפועל.

פב. טענות אלה של המערער אין ביסודן מקום להלום. ראשית, בביצוע העבירות מושא האישומים פגע המערער פגיעה קשה בערך המוגן של בטחון המדינה, כזו המצדיקה לנהוג בו בחומרה. היציאה למדינת אויב, תוך סיוע לאחרים לצאת אליה, פוגעת פגיעה קשה בערך המוגן של בטחון המדינה. כפי שנאמר זה מכבר "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" (בג"ץ 22934/07 שורת הדין Israel Law Center נ' יו"ר הכנסת (2007), פסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בענייננו, הפגיעה בערך המוגן מתעצמת במיוחד, נוכח העובדה שהמערער ניסה תחילה להשיג אישורי יציאה בעבור חברי המשלחת, אך בקשתו סורבה מטעמי ביטחון. המפגש עם הסוכן הזר - איש בכיר בארגון החזית העממית - פגע אף הוא פגיעה קשה וחמורה בערך המוגן של בטחון המדינה, וזאת אף אם ניותר בתחומי עדותו של נהאד, מדובר במפגש של חבר-כנסת עם אישיות בכירה בארגון טרור, כאשר ברור לכל, כי הסיבה לכך ש"זכה" המערער במפגש מעין זה היא מעמדו כחבר-כנסת, אשר נתפס כיכול להביא תועלת לעמדות ארגון הטרור. עצם נכונות המערער לבצע את המעשים וליצור את הסיכון, יש בה כדי להוות זלזול מופגן, בכוונה לא טובה, בכל הנוגע לשמירה על הערך החשוב של בטחון מדינת ישראל שאמונים לה הוא חב כאזרח ובאופן מיוחד כחבר כנסת.

פג. אין להלום את טענת המערער לפיה העובדה שיצאו משלחות לסוריה אף ללא עזרתו, מלמדת על כך שחלקו בארגון לא היה משמעותי. עדותו של נהאד, אשר כאמור נמצאה מהימנה על-ידי בית המשפט המחוזי, לימדה על הדומיננטיות והמרכזיות של המערער בארגון המשלחת, ואין בעובדה שאין אדם אשר אין לו תחליף, כדי להעלות או להוריד לגבי חלקו. באשר לאישום השני, בית המשפט נתן דעתו לנסיבות שציין המערער בערעורו, אך גם, כנדרש, נתן

דעתו לנסיבות המחמירות, וביניהן לעובדה שמדובר היה במפגש מתוכנן מראש עם איש בכיר בארגון טרור, שהתקיים במדינת אויב, אליה נסע המערער בהפרת חוק. בנוסף, נוכח מדיניות הענישה הנוהגת, ובעיקר נוכח העונש המרבי הקבוע בחוק והוא בנידון זה 15 שנות מאסר בפועל, העונש שנגזר על המערער הוא מדוד. עונש זה, על שני חלקיו, הביא בחשבון את הנסיבות האישיות שתוארו על ידי המערער וייחס להן משקל, ובעיקר לעובדה שמדובר ככלל באדם נורמטיבי אשר זוהי הסתבכותו הכמעט ראשונה עם החוק.

פד. לבסוף, באשר לטענת המערער בדבר אכיפה בררנית והפליה, כאמור מעלה, בעניינו של המערער לא ננקטה אכיפה בררנית, הואיל והאחרים עליהם הצביע אינם נכללים עמו באותה קבוצת שוין. אלה, ביצעו מעשים הפחותים משמעותית בחומרתם ממעשיו של המערער, או שעשו מעשיהם טרם מעשיו של המערער וטרם שינוי מדיניות האכיפה בעניין. בעניינו החליטה הרשות לשנות ממדיניותה הסלחנית כלפי עבירות שכאלה, ועל כך אין לבוא עמה בטרוניה.

פה. חלוף הזמן הוא נסיבה משמעותית, אך הוא הובא בחשבון על-ידי בית המשפט המחוזי.

פו. איננו נעתרים איפוא גם לערעור על גזר הדין. המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 6.10.15 עד השעה 10:00 בבית המעצר ימ"ר קישון. תנאי שחרור קיימים בעינם עד להתיצבות.

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שופט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט"ז באלול התשע"ה (31.8.2015).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה
