



לכבוד: ח"כ ניסן סלומיאנסקי
יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט
כנסת ישראל
ירושלים

הנדון: הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015

שלום רב,

לקראת הדיון שייערך בוועדה ביום 12.10.15, להלן התייחסותנו המפורטת לחוק שבנדון:

מבוא

להלן התייחסותנו¹ הביקורתית והמעודכנת להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, המבוססת על תזכיר החוק שפורסם קודם לכן.

בפתח הדברים נבהיר כמה הבהרות. ראשית, אנו רואים בברכה את היוזמה לאגד את החקיקה העוסקת בטרור לדבר חקיקה אחד, קוהרנטי ומודרני. שנית, יש לציין כי התמקדנו בסעיפים הבעייתיים ביותר בעינינו ונמנענו מהתייחסות פרטנית לכל סעיפי החוק.

ייתאמר מיד שהתמונה הכללית העולה מהצעת החוק מדאיגה למדי. החוק כולל כמה מהפכות של ממש בכל הרמות של טיפול בטרור – החל בהגדרת הטרור (הכוללת, לאחר הכרזה, גם ארגוני מעטפת), המשך בשינויים בדין המהותי (הסתה, הזדהות, איומים), בשינוי סדרי עולם באשר לסדר הדין (למשל באשר לקבילות אמרות של עדים שאינם נוכחים ובחקיקת קבע של הוראת השעה, שנחקקה לאחר פסיקת בג"ץ באשר למניעת פגישה עם עורך-דין) וכלה בהחמרה דרמטית ברף הענישה. ראוי היה להקדיש מחקר מעמיק

¹ המסמך נכתב על ידי צוות טרור ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה: עו"ד עמיר פוקס, עו"ד שירי קרבס, עו"ד לינא סאבא, יעל כהן, עו"ד עדו רוזנצוייג, ועו"ד דורון גולדברסט, בהנחייתם של פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' יובל שני.

ודיון ציבורי רציני לכל אחד מהשינויים. בהתייחסות זו העלינו בקיצור נמרץ את טענותינו, שהן בבחינת מצע לדיון ולבחינה של הסוגיות לעומקן.

לדעתנו, הבעיה הבסיסית בהצעת החוק נעוצה בהגדרות הרחבות מדי של ארגון טרור, מעשה טרור וחברות בארגון טרור. בשל ההגדרות הרחבות, כל הכלים שמשמעם החמרה בענישה, ויתור על הליך הגון ופגיעה בזכויות חשוד ונאשם מופעלים על מקרים רבים מדי ומובילים לפגיעה קשה וחמורה בזכויות. לטעמנו, ההגדרות הרחבות מוזילות את המונח "טרור" ובכך חוטאות למטרה שהביאה להצעת החוק. במקום לבדל את תופעת הטרור מפשעים אלימים אחרים, הראויים להתייחסות חמורה פחות, ההצעה מכניסה לסל אחד שלל מעשים והתנהגויות, הראויים להתייחסות נבדלת.

בעיה כללית נוספת שאפשר להצביע עליה היא שהחוק, המתיימר להיות מודרני וחדש, מסתמך יותר מדי על חקיקה הארכאית שבתוקף מחד גיסא ועל חקיקה חדשה היסטורית במדינות אחרות מאידך גיסא. אל לנו להיסחף אחר משפט משווה הדומה לתקנות שעת חירום כאשר מצב הלוחמה בטרור בישראל הוא מצב מתמשך, המאפשר לנו לגבש דינים במשך שנים וללא היסטוריה. כמו כן יש לזכור כי בחקיקה שכזו המטפלת בטרור יש סכנה של הקרנה לתחומים נוספים. פרקטיקה לטיפול בטרור שנהפכת שגרתית עלולה לזלוג לתחומים נוספים כמו טיפול בארגוני פשיעה.. אפילו בהצעה עצמה יש מצב כזה, הנובע מההגדרות הכוללות כאמור גם מעשים שאינם פעילות טרור קלאסית. אם כן, יש להיזהר מפריצת הגבולות של המשפט הפלילי הן בהיבט המהותי והן בהיבט הדיוני.

לכל סעיף שאליו בחרנו להתייחס נביא להלן תמצית קצרה של תוכנו, התייחסות למשפט המשווה שפורט בתזכיר, אם פורט, וביקורת.

א. סעיף 2: הגדרות

1. "ארגון טרור"

(א) תמצית

לפי ההצעה (סעיף 2) "ארגון טרור" הנו "ארגון טרור מוכרז" או "חבר בני אדם המבצע מעשה טרור או עבירת טרור חמורה, או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור או עבירה כאמור" (עבירת טרור חמורה מוגדרת בהצעת החוק באופן רחב ביותר, וכוללת למעשה את רובן המכריע של העבירות הכלולות בחוק).

ביחס לאפשרות הראשונה, ניתן להכריז על חבר בני אדם כארגון טרור בשני מצבים (סעיף 3): הראשון, מתייחס ל"חבר בני אדם המבצע מעשה טרור או עבירת טרור חמורה, או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור או עבירה כאמור". השני, מתייחס ל"חבר בני אדם המקדם או המאפשר את פעילותו של ארגון טרור כאמור".

הצעת החוק מוסיפה וקובעת כי אין זה משנה לצורך זה אם חברי הארגון אינם יודעים את זהותם של יתר החברים, אם הרכב הארגון משתנה ואם הארגון מבצע גם פעילות חוקית ופועל גם למטרות חוקיות. נוסף,

כי ההצעה מבהירה כי "חבר בני אדם", כולל גם "פלבג, סניף, סיעה או מוסד של חבר בני אדם כאמור" - וגם אם הוא קרוי בשם אחר.

בדברי ההסבר להצעת החוק מובהר כי הגדרה זו נועדה, מחד גיסא, ליצור אחידות בין ארגון המבצע פעולות טרור לבין ארגוני מעטפת שונים התומכים בו או מקושרים אליו, ומאידך גיסא, ליצור ביניהם הבחנה כך שעל ארגונים מהסוג הראשון יחולו הוראות החוק בכל מצב, ועל ארגונים מהסוג השני - רק לאחר שהוכרזו ככאלה.

השוואה לעומת הדין הקיים

סעיף 1 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: *חוק איסור מימון טרור*), קובע הגדרה מצומצמת במידה משמעותית יותר מההגדרה בה נוקטת ההצעה, ומגביל את הגדרת "ארגון טרור" ל"חבר בני אדם שפועל לביצוע מעשה טרור או במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור". כלומר - אינו כולל את ההרחבה הכלולה בהצעת החוק המתייחסת ל"חבר בני אדם המקדם או מאפשר את פעילותו של ארגון טרור" - שמאפשרת הכרזה על גוף כזה כארגון טרור. בכך מבקשת הצעת החוק, כפי שמצוין בדברי ההסבר לה, לכלול תחת ההגדרה של "ארגון טרור" גם "ארגוני מעטפת" שאינם מבצעים פעולות טרור ועוסקים בפעילות הומניטרית, שיש בה לאפשר או לקדם ביצוע של מעשה טרור כתופעת לוואי, גם אם לא זו הכוונה (כאשר זו המטרה - אין צורך להכריז, שכן זה כלול בהגדרה הראשונית של ארגון טרור).. בנוסף, חוק איסור מימון טרור מגדיר "חבר בני אדם" באופן מצומצם הרבה יותר, כך שהוא כולל חבר בני אדם - בין שהוא מאוגד ובין שאינו מאוגד, אך אינו מתייחס באופן זהה לפלגים, סיעות ותתי-ארגונים שונים, הקרויים בשנות שונים ועוסקים בפעילויות שונות. הבדל ניסוחי זה מרחיב באופן משמעותי את ההגדרה של ארגון טרור, אולם יש לו משמעות קריטית במיוחד ביחס לעבירה של "ראש ארגון טרור", כפי שנפרט בחלק המתייחס לעבירות המהותיות.

נוסיף, כי הפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948, מגדירה ארגון טרור באופן שונה, כ"חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה". הגדרה זו אינה מותאמת להגדרות העדכניות המתייחסות לטרור - הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, ומטשטשת את ההבחנה בין ארגון טרור לבין ארגוני פשיעה אחרים. אשר על כן, אנו תומכים ביוזמה לבטל את נוסח הפקודה, אך סבורים כי יש להחליף את ההגדרה המופיעה בה בהגדרה צרה יותר מזו המוצעת בהצעת החוק.

(ג) התייחסות למשפט משווה

הצעת החוק מפנה לכמה חוקים מדינתיים בנימוק שהם מאמצים הגדרה דומה במהותה לזו שבהצעת החוק:

סעיף 83.01 לחוק הפלילי הקנדי (Canadian Criminal Code, R. S. C. 1985, c. C-46) קובע:

“Terrorist group” means (a) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity; or (b) a listed entity.

סעיף 83.05 לחוק הקנדי האמור קובע כי “המושג הכללי” של הקבינט הפדרלי רשאי להקים רשימה של “ישויות רשומות” (כאמור בסעיף קטן (b) שלעיל), אם שוכנע כי:

(a) the entity has knowingly carried out, attempted to carry out, participated in or facilitated a terrorist activity; or

(b) the entity is knowingly acting on behalf of, at the direction of or in association with an entity referred to in paragraph (a).

סעיף 5(3) לחוק האנגלי (Terrorism Act, 2000 (c. 1)) קובע:

(5) ...an organization is concerned in terrorism if it –

(a) commits or participates in acts of terrorism,

(b) prepares for terrorism,

(c) promotes or encourages terrorism, or

(d) is otherwise concerned in terrorism.

סעיף 102.1(1) לחוק האוסטרלי (Criminal Code Act 1995(Cth)) קובע:

Terrorist organization means: (a) an organization that is directly or indirectly engaged in, preparing, planning, assisting in or fostering the doing of a terrorist act (whether or not a terrorist act occurs).

אכן, הגדרות אלה דומות זו לזו במידה רבה וכוללות בהגדרה של ארגון טרור גם ארגונים אשר "פועלים בשמם או בהוראתם" (החוק הקנדי); "מעודדים, מקדמים או מעורבים בטרור" (החוק האנגלי); או "מאפשרים את מימושו של מעשה טרור באופן ישיר או עקיף" (הדין האוסטרלי). עם זאת, אין ולו מדינה אחת שקבעה באופן מפורש – כפי שקובעים דברי ההסבר להצעת החוק – כי ההגדרה כוללת גם ארגונים הומניטריים הקשורים מבחינה ארגונית לארגון טרור. גם המשמעויות הפליליות של ההגדרה שונות בדיון הזר מאלה שבהצעת החוק. למשל, ההגדרה הקנדית לארגון טרור אינה מקימה כשלעצמה משמעויות פליליות: לשם כך נדרשים יסודות נוספים. נוסף על כך, ההגדרות של אוסטרליה וקנדה תקפות לשנתיים בלבד ומחייבות בחינה מחדש לאחר תקופה זו.

מבחינת המשפט המשווה הרלוונטי שעליו ההצעה מסתמכת, אפשר לכלול בהגדרה של ארגון טרור גם ארגונים המסייעים באופן פעיל למימוש של מעשי טרור, אולם נדרש קשר ברור ומובהק בין המעשה התומך לבין פעילות הטרור. הצעת החוק מבקשת להרחיב הגדרה זו במידה ניכרת מאוד ולכלול בה לא רק ארגונים התומכים בפעילות הטרור אלא גם ארגונים חברתיים והומניטריים הקשורים בקשר פוליטי כזה או אחר לארגון הטרור, גם אם אינם מעורבים במעשי הטרור, בקידום או בתמיכה בהם ואינם מקדמים פעילות טרור אלא רק את התמיכה הציבורית בארגון הטרור, הודות למערך התמיכה ההומניטרי שהם מספקים לציבור. יצוין כי הגדרות אלה דומות לנוסח שבחוק איסור מימון טרור, שאף הוא אינו מסתפק בארגונים המבצעים מעשי טרור וכולל גם ארגונים הפועלים לשם קידום של מעשי טרור או מאפשרים את פעילותם של ארגוני טרור. אם כן, הצעת החוק אינה תואמת את המשפט המשווה אלא מרחיב את ההגדרות שבחוקי המדינות במידה מרחיקת לכת.

(ד) ביקורת

בבסיס הצעת החוק מצויה החלה גורפת של סעיפי החוק והמדיניות הכלולה בו כלפי ארגונים צבאיים, פוליטיים והומניטריים, ללא הבחנה. אמנם ארגונים הומניטריים לא נכנסים אוטומטית להגדרת ארגון טרור ("חבר בני אדם המבצע מעשה טרור או עבירת טרור חמורה, או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור או עבירה כאמור"), אלא רק לאחר שהשר הכריז עליהם ככאלה. הכללה גורפת זו אינה מידתית, בייחוד נוכח הוראותיו הדרקוניות של החוק בעניינים המהותיים - הפליליים והרכושיים. המשמעות של הגדרה רחבה זו היא קשה ביותר, היות והיא למעשה מאפשרת לשר הביטחון למנוע כליל את פעילותם של מרבית הארגונים ההומניטריים ברצועת עזה, למשל (כגון ארגוני חלוקת מזון לנוזקים, הפעלת גני ילדים וכדומה), המשויכים מבחינה פוליטית לארגון החמאס השולט ברצועת עזה ובחלק ניכר מתקציביה. סנקציות קשות ביותר - פליליות ורכושיות - עשויות להיות מוטלות באופן כמעט שווה על פרטים המקדמים פעילות טרור ועל פרטים העוסקים בפעילות הומניטרית, תחת המטריה הפוליטית של

ארגון טרור. יודגש, כי חברי ארגון כזה אינם צריך לרצות לקדם או לאפשר את פעילותו של ארגון טרור ואף אינם צריך להיות מודעים לאופי זה של הארגון אליו מקושר הארגון ההומניטרי בו הם פועלים, על-מנת שהארגון ההומניטרי בו הם פועלים יוכרז כארגון טרור. הגדרתם של ארגונים הומניטריים כארגוני טרור רק בגין השתייכותם הארגונית לארגון טרור עלולה לגרום נזק כפול: (1) הגברת האיבה וחיזוקם של ארגוני הטרור עקב הגדרתם של ארגונים הומניטריים כארגוני טרור אסורים, ומתן תמריצים לחברי ארגונים אלה להפוך לפעילי טרור ממש (היות וממילא פעילותם אסורה ומוגדרת כטרור); (2) פגיעה בתדמית המדינה ומלחמתה בטרור. יוער, כי התיקון שנעשה בהצעת החוק לעומת הגרסה המקורית בתזכיר החוק אינו פותר קשיים אלה. ההצעה אך מוסיפה נדבך פורמאלי של "הכרזה", אולם קובעת במפורש כי מטרת החוק לחול גם על ארגונים אלה. לכן, לדעתנו, ההגדרה של "ארגון טרור" בהצעת החוק מהווה הרחבה בלתי מידתית ובלתי סבירה של הדין הקיים וכן ביחס לדין המשווה, בכך שאינה מסתפקת בארגונים המבצעים פעילות טרור ובארגונים המקדמים את פעילותם ומסייעים להם באופן ישיר, אלא מבקשת לחלוש גם על ארגוני "הכשרת לבבות" אשר אין כל קשר אמיתי בינם לבין פעילות טרור, למעט השתייכותם לאותה המסגרת הפוליטית.

2. "חבר בארגון טרור"

(א) תמצית

הצעת החוק מגדירה חבר בארגון טרור כמי שהביע את הסכמתו להצטרף לארגון טרור בפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא חבר בארגון טרור או נשלח מטעמו (כלומר: הסתפקות ביסוד נפשי של רשלנות), או כמי שנטל חלק פעיל בפעילות של ארגון טרור או מטעמו. ההצעה קובעת חזקה (ניתנת לסתירה באמצעות ספק סביר) שלפיה מי שהציג עצמו בפני אחר כחבר בארגון טרור הוא אכן חבר בארגון טרור. כן מצוין בהצעה כי מי שנמנה בעבר בארגון טרור, עליו הנטל להוכיח כי אינו נמנה בו עוד.

(ב) השוואה לדין החל

סעיף 1 לחוק איסור מימון טרור קובע כי פעיל טרור הוא "אדם שהוא פעיל בביצוע מעשה טרור או מסייע או משדל לביצוע מעשה טרור או אדם הנוטל חלק פעיל בארגון טרור מוכרז". הצעת החוק לא מסתפקת במבחן התנהגותי זה, הדורש נטילת חלק פעיל בפעילות טרור, אלא מרחיבה את ההגדרה במידה ניכרת באמצעות חלופה נוספת, שלפיה די בהבעת הסכמה להצטרף לארגון בפני מי ש"יש יסוד סביר להניח שהוא חבר בארגון הטרור או נשלח מטעמו". חלופה שלישית המצוינת בהצעת החוק (ואינה מצוינת בחוק איסור מימון טרור) מתייחסת לאדם שהציג את עצמו בפני אחר כחבר בארגון טרור. אם כן, בניגוד לחוק החל, הדורש פעילות אקטיבית המלמדת על השתייכות לארגון הטרור, הצעת החוק מסתפקת בהשתתפות פסיבית – בהסכמה להצטרף לארגון הנאמרת בפני אחר (שאינו בהכרח חבר בארגון הטרור) או אף באמירה סתמית של אדם בפני אחר כי הוא חבר בארגון טרור. יש לציין כי הפסיקה הישראלית פירשה חברות בארגוני טרור גם כחברות פסיבית בכמה פסקי דין צבאיים משנות השבעים אבל גם בפסקי דין מעודכנים.²

(ג) התייחסות למשפט משווה

² למשל, ע"א 56/00 קוואסמה נ' התובע הצבאי וכן ב"ש (ירושלים) 6815/04 מדינת ישראל נ' ברכאת.

סעיף 102.1(1) לחוק האוסטרלי (Criminal Code Act 1995(Cth)) קובע כי לחבר (member) בארגון טרור ייחשב גם חבר לא פורמלי בארגון וגם מי שנקט צעדים להיהפך לחבר בארגון. אין להסתפק באמירה בעלמא בדבר רצון להצטרף לארגון כחבר; להפך: הדגש מושם על הצעדים שנקט אדם – בין שמדובר במי שאינו חבר פורמלי אבל משתתף בפועל בפעילות הארגון ובין שמדובר במי שנקט פעולות לשם הצטרפות לארגון.

סעיף 11 לחוק האנגלי (Terrorism Act, 2000 (c. 1)) קובע:

Membership

(1) A person commits an offence if he belongs or professes to belong to a proscribed organisation.

(2) It is a defence for a person charged with an offence under **subsection (1) to prove –**

(a) that the organisation was not proscribed on the last (or only) occasion on which he became a member or began to profess to be a member, and

(b) that he has not taken part in the activities of the organisation at any time while it was proscribed.

בניגוד לאמור בהצעת החוק, החוק האנגלי דורש השתייכות לארגון, בין היתר באמצעות הצהרה. עם זאת, תהא זו הגנה לאדם אם לא נטל חלק בפעילות הארגון במשך כל תקופת חברותו. הגנה זו משנה לחלוטין את האופן שבו יש לפרש את הסעיף: כמו בחוק האוסטרלי, גם כאן הדגש מושם על הפעולות שביצע האדם ולא על אמירה או הצהרה בעלמא.

בחוק הקנדי אין הגדרה מיוחדת לפעיל טרור. סעיף 83.18 לחוק הפלילי הקנדי (Canadian Criminal Code, R. S. C. 1985, c. C-46) קובע עברה של השתתפות במעשי טרור:

Every one who knowingly participates in or contributes to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a

terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

גם הגדרה זו מתמקדת בפעילות המזיקה של האדם ולא בהצהרות או באמירות בעלמא. ההגדרה דורשת השתתפות פעילה ומודעת או תרומה לפעילות טרור במטרה לקדם את יכולת הארגון להוציא אל הפועל מעשי טרור.

(ד) ביקורת

ההגדרה של פעיל טרור בהצעת החוק רחבה ומוגזמת ויש לכך השלכות חמורות מאוד, במיוחד בשל ההגדרה הרחבה של ארגון טרור. השילוב של שתי הגדרות אלה מביא לתוצאות אבסורדיות ממש, שלפיהן גם אדם שהביע הסכמה להשתייך לארגון הומניטרי של חלוקת מזון לנזקקים מטעם החמאס, שהוכרז ע"י שר הבטחון כארגון טרור, (אפילו בלי שפעל באופן ממשי בארגון זה) ייחשב חבר בארגון טרור ואפשר יהיה להעמידו לדין פלילי. אפשר לראות בבירור שגם ההגדרות המרחיבות ביותר של מדינות אחרות, שעליהן ההצעה מבקשת להישען, אינן מסתפקות בנטל נמוך כל כך ושמות את הדגש על ההשתתפות בפועל בפעילות הארגון. ההגדרה שבהצעת החוק סובלת מפגמים חמורים נוספים כמו היפוך של נטלי ההוכחה והיעדר ההתייחסות ליסוד הזמן. לפי ההצעה, מרגע שאדם נמנה בעבר בארגון טרור, עליו הנטל להוכיח כי אינו נמנה בו עוד. עצם האמירה שיש להוכיח חוסר פעילות של חמש שנים מעוררת מחשבה – מה אם מדובר באי פעילות במשך ארבע שנים? האם ניתן ברצינות להתייחס לאדם כזה כחבר בארגון טרור? היפוך נטלים אחר נמצא בחזקה שלפיה מי שהציג את עצמו בפני אחר כחבר בארגון טרור הוא אכן חבר בארגון טרור: חזקה כזו תהפוך לחבר בארגון טרור גם מי שהציג את עצמו כד בפני סוכן של השב"כ או בפני אדם המעמיד פנים כי הוא חבר בארגון טרור. הוראות פוגעניות אלה כוללות בתוך המונח "פעיל טרור" גם אנשים שאין להם כל קשר לפעילות טרור. ההצדקה המובאת בהצעה להיפוך הנטלים הינה הקושי להוכיח חברות בארגון טרור הואיל וחברות כזו אינה כרוכה בהכרח בהליך פורמלי. כאן בדיוק טמון אחד האתגרים הקשים ביותר הניצבים לפני מדינות המתמודדות עם תופעת הטרור – הקושי להבחין בין חברים בארגוני טרור לבין אזרחים תמימים. טשטוש ההבחנה הזו באמצעות הגדרות רחבות והיפוך נטלי הוכחה אינם תורמים למאבק בטרור. צמצום ההגדרה של חבר בארגון טרור למי שבאמת פעיל בארגון ותורם לביצוען של פעולות טרור יאפשר הטלת סנקציות פליליות על חברי הארגון והרתעה מביצוע פעולות טרור; לעומת זאת, מתיחת הגבולות עלולה לגרום לתייג אנשים רבים שכלל אינם עוסקים בפעילות טרור כפעילי טרור ולחשוף אותם לסנקציות פליליות.

ההצעה הנוכחית אף מחמירה את הקושי האמור, בהדגישה כי הנטל על האדם להוכיח כי לא ביצע כל פעילות במסגרת ארגון הטרור, ובצינה כי פרק זמן של חמש שנים יספיק רק אם בעת מתן ההסכמה היה האדם קטין מתחת לגיל 16. מכאן משתמע כי נער בן 17 אשר הוכיח כי במשך חמש שנים לפחות לא פעל במסגרת ארגון הטרור ייחשב עדיין חבר בארגון טרור.

3. "מעשה טרור"

(א) תמצית

הצעת החוק מגדירה מעשה טרור כמעשה המהווה עברה או שיש בו איום בעברה, ובלבד שמתקיימים בו כל התנאים האלה:

1. המעשה נעשה מתוך מניע מדיני, אידאולוגי דתי, או לאומני.
 2. המעשה נעשה במטרה (או תוך מודעות לאפשרות קרובה לודאי לכך) לעורר פחד בציבור או להניע רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה.
 3. המעשה כלל סיכון ממשי לאחד מאלה: (1) פגיעה חמורה בגופו או בחירותו של אדם; (2) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו; (3) פגיעה חמורה ברכוש כשבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לתוצאות המנויות בסעיפים (1) ו-2), כאשר המטרה הייתה לגרום לתוצאות אלה או שהייתה צפייה שלהן כאפשרות קרובה לוודאי; (4) פגיעה חמורה בקדשי דת; (5) פגיעה או שיבוש חמורים של תשתיות, מערכות או שירותים חיוניים, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה או פגיעה חמורה בסביבה שגרמה או שעלולה לגרום נזק כלכלי חמור.
- נוסף על כך ההצעה קובעת כי אם נעשה המעשה אגב שימוש בנשק לא חלה דרישת המטרה הקבועה בסעיף 2 לעיל; אם נעשה שימוש (או איום כאמור) בחומר מזיק שלפי טיבו עלול לגרום לפגיעה בשטח גדול או בציבור גדול (כולל נשק כימי או ביולוגי) או תוך פגיעה במתקן רגיש – לא חלה גם דרישת הסיכון הקבועה בסעיף 3 לעיל.
- ההצעה אף קובעת כי אם נעשה המעשה על ידי ארגון טרור, חזקה שהתקיימו דרישות המניע והמטרה שבסעיפים 1 ו-2 לעיל.

(ב) השוואה לדין החל

אלה ההבדלים בין ההגדרה שבהצעת החוק המוצע לבין ההגדרה שבחוק איסור מימון טרור:

1. החלפת הביטוי "לכפות על רשות שלטונית" בביטוי "להניע" והוספת ארגון בין-לאומי לצד הרשויות השלטוניות המדינתיות.
 2. הרחבת הסיכון הנובע ממעשה הטרור גם לפגיעה חמורה בקדשי דת, וכן פגיעה בכלכלת המדינה או בסביבה.
- החזקה הטאוטולוגית כי מעשה שנעשה על-ידי ארגון טרור הוא מעשה טרור (בכל הקשור למניע) אינה מופיעה בחוק איסור מימון טרור.

(ג) התייחסות למשפט משווה

סעיף 83.01 לחוק הפלילי הקנדי (Canadian Criminal Code, R. S. C. 1985, c. C-46) מגדיר מעשה טרור כמעשה (לא כולל "איום") שבוצע ממניע פוליטי, אידאולוגי או דתי; מתוך מטרה להפחיד את הציבור או לאלץ (ולא "להניע") רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי לעשות מעשה או להימנע מעשייתו; והמעשה גרם לאחד מאלה: (1) מותו או פציעתו של אדם; (2) סיכון של חי אדם; (3) סיכון של ביטחון

הציבור; (4) פגיעה כלכלית שיש בה כדי לגרום לאחד המקרים המפורטים בסעיפים 1-3; (5) פגיעה בשירות חיוני שיש בה כדי לגרום לאחד המקרים המפורטים בסעיפים 1-3.

החוק מבהיר כי ההגדרה אינה חלה במצב של עימות מזוין חלים עליו דיני המשפט הבין-לאומי ההומניטרי (בניגוד להצעת החוק אשר חל באופן שווה ביחס למעשה שמכוון נגד אזרחים וחיילים, בתקופת שלום או במהלך עימות מזוין).

סעיף 100.1 לחוק האוסטרלי (Criminal Code Act 1995(Cth)) קובע כי מעשה טרור הוא מעשה, או איום במעשה, שבוצע ממניע פוליטי, אידאולוגי או דתי במטרה להפחיד את הציבור או לכפות (ולא "להניע") רשות שלטונית לעשות מעשה או להימנע מעשייתו. כמו כן החוק האוסטרלי מציין כי לא נכללים בהגדרה מעשי מחאה שלא נועדו לגרום נזק פיזי חמור לאדם, להביא למותו של אדם, לסכן את חייו של אדם (שאינו המבצע) או לגרום סיכון חמור לביטחון הציבור.

סעיף 1 לחוק האנגלי (Terrorism Act, 2000 (c. 1)) קובע כי מעשה טרור הוא מעשה שנועד להשפיע על הממשלה או להפחיד את הציבור מטעמים פוליטיים, אידאולוגיים או דתיים (לא כולל "עוינות כלפי ציבור").

(ד) ביקורת

ההגדרה של מעשה טרור בהצעת החוק היא רחבה במיוחד, בכל חלקיה. אמנם אפשר למצוא את רוב ההרחבות בחוקים מדינתיים, אולם לא יחדיו. אם כן, ראשית, ההגדרה החדשה כוללת הן מעשה והן איום בעשיית מעשה; שנית, היא מתייחסת למטרה של "הנעת" רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי (במקום כפייה) – מה שמביא להגדרה שעלולה לתפוס גם מחאות אידאולוגיות לגיטימיות, הגולשות למעשה עבירה שולי (למשל חסימת כביש או אי ציות להוראות המשטרה) ושיש בהן גם לסכן את "בטיחות הציבור" או מאבק עובדים (לא בהתאם לדיני העבודה) שעלול לפגוע בכלכלת המדינה; שלישית, היא כוללת פגיעה באינטרסים כלכליים רחבים מאוד, כולל פגיעה בסביבה (ואינה מסתפקת בסיכון לחיי אדם); רביעית, היא מוותרת כליל על דרישת המניע כשמדובר במעשה או איום שנעשו באמצעות נשק ונוסף על כך מוותרת גם על דרישת המטרה כשמדובר במעשה או באיום באמצעות חומר מזיק העלול לגרום לפגיעה נרחבת. חמישית ואחרונה, היא כוללת חזקה טאוטולוגית שלפיה מעשה שביצע ארגון טרור הוא מעשה טרור, בכל הקשור למניע. חזקה אחרונה זו מופרכת לחלוטין לנוכח ההגדרה הרחבה של ארגון טרור. כל אחת מהרחבות אלה בעייתית לכשעצמה – ושילובן יוצר הגדרה הכוללת מעשים שבבירור אינם מעשי טרור במהותם.

כמו כן, הגדרה של מעשה טרור שאינה מבחינה בין פגיעה באזרחים לבין פגיעה חיילים היא הגדרה בעייתית מאוד. זו אינה הגישה המקובלת במשפט הבינלאומי ביחס להגדרת טרור. ולא זו בלבד אלא שהיא מבטלת את התמריץ לארגונים המעורבים בעימותים מזוינים לפעול במסגרת דיני הלחימה כנגד מטרות חוקיות. היא גם מאיינת את החומרה המיוחדת המיוחסת למעשי טרור, כמו גם את ההסכמה שמעשים שנועדו לפגוע באזרחים תמימים מצדיקים סנקציות חריפות במיוחד. למעשה, הרטוריקה בפסיקה ביחס למעשי טרור מתייחסת תדיר לחומרה היתרה הנובעת מהיותו של מעשה כזה מכוון נגד אזרחים תמימים.

4. "אזור תשתית טרור"

(א) תמצית

לפי ההצעה, "אזור תשתית טרור" הנו אזור מחוץ לשטח ישראל, שממנו בוצעו דרך קבע, או בתכיפות גבוהה, מעשי טרור המכוונים נגד תושבי ישראל, שלומם או חייהם, לרבות פעולות הכנה לפעולות או מעשים כאמור. בדברי ההסבר מובהר כי הכוונה, ככלל, הינה לאזור הסמוך לשטח ישראל. המשמעות של הגדרה זו הינה תחולה אקס-טריטוריאלית של החוק הפלילי הישראלי ושל מערכת אכיפת החוק הישראלית בשטח שאינו ישראלי, ואשר עשוי להיות שטחה של מדינה ריבונית או שטח בשליטת ארגון טרור, ללא הבחנה.

(ב) השוואה לדין החל

הגדרה זו אינה כלולה בהוראות החוק הקיימות העוסקות בטרור.

(ג) ביקורת

ההצעה מגדירה "אזור תשתיות טרור" בלי להבחין בין שטח הנמצא בשליטת ישראל לשטח שאינו בשליטתה, בלי להבחין בין שטח של מדינה ריבונית לשטח שאינו נתון לשליטה של מדינה כזו ובלי להבחין בין מצב של סכסוך חמוש לבין מצב שאינו עולה כדי סכסוך חמוש. לדעתנו, ההבחנות הללו רלוונטיות לטיב הסמכויות שמוצדק להפעיל מחוץ לשטחה של המדינה ולהיקפן.

ב. סעיף 23: ניהול ארגון טרור

(א) תמצית

ההצעה קובעת כי העומד בראש ארגון טרור, המנהל או מכוון את פעילותו – דינו מאסר 25 שנה. סעיף קטן (ב) קובע כי אם היה הארגון אחראי לפעילות שהעונש עליה חמור מ-25 שנה, יידון גם העומד בראשו לאותו עונש. יש לציין כי לפי ההגדרות, ראש ארגון טרור יכול להיות גם ראש פלג או סניף של ארגון טרור.

(ב) השוואה לדין החל

אין בדין החל עברה של ניהול ארגון טרור.

(ג) התייחסות למשפט משווה

נראה כי המשפט המשווה המובא בהצעת החוק תומך בחלק הראשון של ההגדרה אך לא בחלקה השני.

החוק האנגלי הרלוונטי הוא משנת 2000 (החוקים האחרים שיצאו מאז, לאחר התקפות הטרור על אנגליה בשנת 2005, לא מתייחסים לנושא). בדברי ההסבר לחוק האנגלי מובהר כי אין בו כל חידוש הואיל ומדובר בהרחבה של תחולת החקיקה החלה ממילא על טרור אירי (על פי EPA). החוק האנגלי אוסר על הכוונה, בכל רמה, של פעילות ארגון העוסק בטרור. מלשון החוק אפשר להבין כי העברה היא הכוונה של פעולות הארגון, אך לא ברור אם יש להוכיח כי הארגון עוסק בפעילות טרור או כי הפעולות שכיוון הנאשם עניינן ביצוע של מעשי טרור. החוק אינו מתייחס להחרפת העונש.

החוק הקנדי אוסר על הכוונת פעילות של ארגון טרור. ההגדרה כוללת פעילויות שנועדו לקדם את הארגון, מקרים שבהם הפעולה לא בוצעה, מקרים שבהם האדם לא ידע את זהותו של מקבל ההוראה ומקרים שבהם לא היה אדם ספציפי שקיבל את ההוראה. החוק הקנדי אוסר גם על הכוונה של פעילות טרור ולא רק על הכוונה של ארגון טרור. חשוב לציין שההגדרה של ארגון טרור בחוק הקנדי מצומצמת ודורשת כוונה מיוחדת.

(ד) ביקורת

יש להבחין בין שני מקרים שההצעה מביאה תחת אותו סעיף. באשר לעומד בראש ארגון טרור – בדומה לעומד בראש ארגון פשיעה – אין צורך להוכיח קשר בין פעילותו לבין הפעילות הפלילית של הארגון. עם זאת, במקרה של מי שאינו ראש הארגון אך מנהל או מכוון את הפעילות של הארגון, במקרים של ארגוני פשיעה נדרשת הוכחה שהניהול או ההכוונה היו של פעילויות פליליות של הארגון. לעומת זאת, בהצעת החוק נטען כי היות שארגון טרור הוא פלילי מעצם קיומו, קמה ההנחה שפעולות כאלה מקדמות את פעילותו ושפעילותו בהכרח שלילית – ולכן יש להרשיע כל מי שמקדם אותה באופן כלשהו. בדומה להגדרה של ארגון טרור, שהכתירה (ככל שיש כזו הכרזה) גם ארגונים הומניטריים כארגוני טרור, גם סעיף זה הופך הכוונה של פעילויות תמימות לכאורה לעברה חמורה שעונשה 25 שנות מאסר.

מעבר לכך: החמרת הענישה אם הארגון ביצע עברה חמורה במיוחד (עונש חמור מ-25 שנה) מבוססת על תפיסה מוחמרת של אחריות נגררת. משמעות הדבר היא שכל ראש תא יכול להיות מואשם – בהיותו "ראש ארגון טרור" – באישום מוחמר אם הארגון (ואפילו תא אחר) עשה מעשה חמור במיוחד. השלכה זו אינה מיוסדת על העקרונות המקובלים במשפט הפלילי לייחוס אחריות והיא סותרת את תחושת הצדק.

ג. סעיף 25: חברות בארגון טרור

1. תמצית

לפי סעיף 25 להצעת החוק, העונש על חברות בארגון טרור הוא חמש שנות מאסר; חבר בארגון טרור הנוטל חלק בפעילות הארגון או מבצע פעילות עבור הארגון, בשמו, או במטרה לאפשר או לקדם את

פעילותו – דינו מאסר שבע שנים. סעיף 25(ג) קובע כי גיוס חבר לארגון טרור הוא עברה שהעונש עליה הוא שבע שנות מאסר. עברה זו כוללת גם מי שמשדל אחר להצטרף לארגון טרור או לקחת חלק בפעולותיו.

2. השוואה לדין החל

בישראל יש כמה עברות הנוגעות לחברות בהתארגנות לא חוקית. העברה החמורה ביותר, שהעונש בגינה הוא מוות, קבועה בתקנה 58(ד) לתקנות שעת חירום. עברה זו חלה על חברות בארגון שאחד מחבריו הפר את התקנות בזמן היותו חבר בארגון. עברה נוספת, אף היא קבועה בתקנות שעת חירום (תקנה 84), עוסקת בחברות בהתאחדות לא חוקית (המוגדרת בהרחבה ככוללת, בין היתר, התאחדות המעודדת בוז כלפי ממשלת ישראל או שר משריה, וכן כל התאחדות שהוגדרה כלא חוקית על ידי שר הביטחון). העונש המרבי בגין עברה זו הוא שנת מאסר אחת אם הוגש ההליך לבית משפט שלום או עשר שנות מאסר אם הוגש לבית משפט מחוזי. עברה ספציפית של "חברות בארגון טרור" מופיעה בסעיף 3 לפקודה למניעת טרור, 1948, והעונש בגינה הוא חמש שנות מאסר. לפי סעיף זה, "חבר בארגון טרור" הוא אדם הנמנה בו וכן אדם המשתתף בפעולותיו או מפרסם דברי תעמולה לטובת ארגון טרוריסטי או פעולותיו. בצדה של עברת החברות קבועה בפקודה עברה חמורה יותר – פעילות בארגון טרור (עד 20 שנות מאסר), המתייחסת בעיקר לפעילויות ניהוליות, ארגוניות והדרכתיות כמו גם לנשיאת נאום פומבי מטעם ארגון טרור; עוד מופיעה בפקודה עברה קלה יותר – תמיכה בארגון טרור (עד שלוש שנים). סעיף 147 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע עברה נוספת – חברות בהתאגדות אסורה – שהעונש המרבי בגינה הוא שנת מאסר אחת.

עד לאחרונה, נוכח היעדר הגדרה למונח "חברות", הורשעו בבתי המשפט הצבאיים בעבירות חברות פלסטינים שהתנהגותם התמצתה במתן הסכמה להצטרף לאש"ף.

בבג"ץ 6659/06 (שעסק, יש להדגיש, בחוקיות החוק בדבר כליאתם של לוחמים לא חוקיים), התווה בית המשפט העליון דרך פרשנית אחרת, מצמצמת, למונח "חברות בארגון טרור" בהקשר של מעצר מניעתי של "לוחמים בלתי חוקיים". לפי פסק הדין, אדם "הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל" הוא מי שנמצא ב"מעגל הלחימה במובנו הרחב". בית המשפט הבהיר כי אין די בקשר רופף כלשהו לארגון טרור כדי להיכלל במעגל הלחימה במובנו הרחב של מושג זה, אולם גם אין הכרח שאותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן ואפשר שזיקתו ותרומתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב (ראו בפסקה 21 לפסק הדין). מכל מקום, הודגש בפסק הדין שכדי לעמוד בהגדרה זו נדרשת הוכחת מסוכנות אישית הנובעת מסוג המעורבות בארגון. פרשנות זו מוציאה זיקות מסוימות לארגוני טרור מתחומי החברות האסורה, וודאי שאינה מסתפקת בהבעת הסכמה בנסיבות הרחבות ביותר המפורטות בהגדרה שבהצעת החוק. למרות הקשרו השונה של פסק דין זה אפשר ללמוד ממנו לענייננו, לנוכח המגמה של בית המשפט להתאים את הסנקציה לאופי הפעילות במסגרת ארגון הטרור ולמידת המסוכנות הנשקפת מהאדם המעורב בה.

3. התייחסות למשפט משווה

להבדיל מהצעת החוק, הדין הקנדי אינו אוסר על חברות גרידא בארגון טרור אלא על פעילות במסגרת ארגון כאמור – עברה שדינה עשר שנות מאסר.

באנגליה אוסר ה-Terrorism Act משנת 2000 על חברות בארגון טרור – עברה הנושאת עונש של עשר שנות מאסר. פרשנות המונח "חברות" הושארה לבתי המשפט, ובשנת 2002 קבע בית הלורדים שכדי לזכות בהגנה, הנאשם בעברה זו נושא רק בנטל הבאת הראיות להקמת ההגנה שלפיה הארגון לא היה רשום כארגון אסור בעת שהצטרף אליו, או שהוא (הנאשם) לא נטל חלק בפעילויות הארגון בעת שהארגון היה רשום.

באוסטרליה, שבה יש איסור על חברות בארגון טרור כמו גם על קיום מגעים עם חבר בארגון טרור, אומצה הטכניקה הבריטית והגדרת המונח "חברות" הושארה לבתי המשפט.

בגרמניה, סעיפים 127-129(a) לקוד הפלילי (StGB) עוסקים בהתארגנויות חמושות וטרוריסטיות. סעיף 127, שכותרתו "ייסוד קבוצות חמושות", אוסר להקים קבוצות כאמור, לפקד עליהן ולהצטרף אליהן (anschiessen), וכן לספק נשק או מימון לקבוצות כאלה או לתמוך בהן בכל צורה אחרת. סעיף 129a, שכותרתו "ייסוד ארגונים טרוריסטיים", מבחין בין סוגי ארגונים ובין מעגלים של משתתפים. ארגונים טרוריסטיים הם ארגונים המכוונים לשורה של עברות חמורות במיוחד או ארגונים המכוונים לעברות אחרות, חמורות פחות, למטרה טרוריסטית (דוגמת הטלת מורא כבד בקרב האוכלוסייה). כאשר הארגון מכוון רק לאיים בביצוע עבירות, חומרתן של עברות הטרור הנזכרות מופחתת. המשתתפים כוללים את המעגל הפנימי של מנהיגים, את המעגל השני של חברים-משתתפים או האנשים היוצרים את הארגון, את המעגל השלישי של תומכים ולבסוף את המגייסים. על פי הפסיקה הגרמנית, אין די בחברות פסיבית כדי להקים עברה.

4. ביקורת

כמה בעיות עולות מההגדרה של עברות החברות, על דרגותיהן, בהצעת החוק. ראשית, ההגדרה של חברות בארגון טרור היא רחבה מדי, כפי שעולה מהביקורת שמתחננו על הגדרת המונח "חבר בארגון טרור". כך, למשל, לנוכח ההגדרה רחבת ההיקף של "ארגון טרור" והדרישות המינימליסטיות מ"חברות" בארגון, אפשר יהיה לגזור חמש שנות מאסר על אדם שהביע הסכמה לקחת חלק בפעילות הומניטרית של ארגון סיוע הומניטרי שאפשר לקושרו מבחינה ארגונית לחמאס. אפשר יהיה להטיל עונש זה גם על מי שלפני שנים רבות הפעיל גן ילדים מטעם החמאס, ועל מי שסיפר לאיש שב"כ כי הוא חבר חמאס. מעבר לכך, ככל שניתן יהיה להוכיח "פעילות" בארגון המעטפת, ניתן יהיה לגזור 7 שנות מאסר, על מי שלשם הדוגמא, חילק מזון בארגון סיוע הומניטארי הכפוף לחמאס, אשר הוכרז ע"י שר הבטחון כארגון טרור.

ד. סעיף 26: מתן שירות לארגון טרור

1. תמצית

בהצעת החוק מוצע כי מי שנותן לארגון טרור שירות או מעמיד לרשותו אמצעים, בכל דרך המקדמת את פעילות הארגון, אשם בעברה שדינה חמש שנות מאסר. ההצעה שותקת באשר ליסוד הנפשי – כלומר: כוללת יסוד נפשי של מחשבה פלילית בלבד – והאדם לכאורה צריך להיות מודע לכך שמעשהו מקדם את פעילות הארגון. אין דרישה לרצון לסייע לארגון הטרור או לצפות בהסתברות קרובה לוודאי כי השירות יסייע לארגון.

2. השוואה לדין החל

נוסח דומה לעברה המוצעת נמצא בתקנה 85 לתקנות שעת חירום. בתקנה זו מפורטים כלל האיסורים הקשורים לארגוני טרור ("התאחדות בלתי מותרת", בלשון התקנה), והם כוללים גם מתן שירות לארגון (סעיף קטן (ג)) וכן אירוח של אספות של הארגון (מופיע גם בחוק האנגלי). עם זאת, קמה לנאשם הגנה אם לא ידע שהאספה מיועדת להתאחדות הבלתי מותרת או כי השירות ניתן לה.

3. התייחסות למשפט משווה

לפי סעיף 12 לחוק האנגלי אדם אשם בסיוע אם הזמין תמיכה בארגון (שאינה תמיכה כספית) או זימן פגישות שעשויות לתמוך בארגון טרור או שיהיו בהן נאומים המעודדים טרור (אלא אם לא ידע שיתמכו בטרור במהלך הכנס).

בהקשר זה יש לציין גם את החוק האמריקני, בסעיפים 18 U.S.C. § 2339(A)+(B). החוק האמריקני מפליל תמיכה בארגון טרור או לשם פעולת טרור (material support). האמצעים הכלולים בסעיף דומים לאלה שצוינו בסעיף 28 להצעת החוק (כסף, אימונים, ייעוץ, הלנה והסתרה וכו') במסגרת סעיף הסיוע ברשלנות (ראו ביקורת להלן). עם זאת, החוק האמריקני דורש מודעות. במאמרו מתח נורמן אברמס ביקורת על העברה³. עיקר הביקורת נסבה על כך שהסעיף אינו דורש כוונה, כפי שנדרש בדרך כלל בעברות סיוע. כפי שציין אברמס, יש לשים לב שהקלה זו ביסוד הנפשי באה בד בבד עם החמרה והספציפיות ביסוד העובדתי (לעומת "סיוע" באופן כללי) – דבר שאינו מופיע בהצעת החוק הנוכחית.

4. ביקורת

נראה כי העברה מחמירה עם נאשמים ואינה מאפשרת את ההגנה שקמה להם הן בדין האנגלי והן בתקנות שעת החירום המנדטוריות. הוויתור על יסוד הכוונה הנדרשת בסיוע באופן כללי, ללא הגדרה ספציפית של היסוד העובדתי, הוא החמרה קשה אפילו בהשוואה לחוק האמריקני.

³ Norman Abrams, "The Material Support Terrorism Offenses: Perspectives Derived from the (Early) Model Penal Code", 1 *Journal of National Security Law and Policy* 5

חשוב לציין שהעמדת אמצעים לרשותו של ארגון טרור היא פעולה המתבצעת לעתים ללא רצון או ללא בחירה חופשית ומלאה; במיוחד נכון הדבר במציאות של ארגון טרור העוסק בהפחדה ובטרור פנימי של האוכלוסייה האזרחית. לדעתנו עונש של חמש שנות מאסר הוא מוגזם ולא מידתי להתנהגות זו, שאינה משקפת בהכרח בחירה לפגוע בערכים המוגנים בחוק.

מעבר לכך, בהתחשב בהגדרה של ארגון טרור, הכוללת גם ארגון מסונף וגם ארגוני מעטפת, נבקש לטעון כי לעתים העמדת שירותים לארגונים כאלה תהא ראויה, ולא רק "לא פלילית". כך, למשל, יהיה כאשר ארגון הטרור מספק צרכים חיוניים לאוכלוסייה האזרחית. סיוע לארגון למימוש מטרה זו יהא ראוי כל עוד לא נעשה מתוך תמיכה בארגון הטרור ובפעולותיו המסוכנות.

ה. סעיף 27 (א): הזדהות פומבית עם ארגון

1. תמצית

לפי המוצע, העושה מעשה פומבי שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרור, דינו מאסר שלוש שנים, וזאת על ידי פרסום דברי שבת, הזדהות תמיכה או אהדה, הנפת דגל פרסום סמל או סיסמה וכדומה. העברה המוצעת אינה דורשת ולו תרומה פוטנציאלית של מעשה גילוי ההזדהות לארגון הטרור או למעשי טרור; כן אין היא דורשת כוונה של האדם לסייע או לתמוך בארגון.

2. השוואה לדין החל

סעיף 4 לפקודה למניעת טרור עוסק באיסור על תמיכה בארגון טרור ואוסר גם ביטויי הזדהות עם ארגון טרור במקום ציבורי.

3. התייחסות למשפט משווה

על פי סעיף 13 לחוק האנגלי אסור לאדם ללבוש או להציג בפומבי דבר שייצור חשד סביר שהוא חבר או תומך בארגון טרור. נראה כי נדרשת יותר מהזדהות גרדא, כלומר: מעשה שיעורר חשד סביר שהעושה הוא חבר בארגון טרור או תומך בו באופן אקטיבי.

4. ביקורת

העברה המוצעת חמורה בעינינו בהגדרתה הנוכחית ואין לה מקום במשטר דמוקרטי המגן על זכויות הפרט. ראשית, ככל ביטוי, גם לביטוי כזה יש ערך חברתי כלשהו ואפילו מדובר בהוצאת קיטור. שנית, הסיוע הרוחני שאותו בעצם מבקשים המציעים למנוע חייב שיעשה בכוונה, כפי שנדרש בסיוע רגיל (וראו התייחסות לסוגיית הסיוע ברשלנות), ולא בהיעדר כל כוונה מצד ה"מסייע". כפי שמוצע בהצעת החוק,

העברה מאפשרת לכלוא לשלוש שנים כל מי שלבש חולצה עם סלוגן המתייחס בחיוב לחמאס, גם אם קיבל את החולצה מקרוב משפחה ולא התכוון כי לבישתה תבטא תמיכה בארגון. יתרה מזו: גם אם אין בנסיבות העניין סיכוי שהמעשה (לבישת החולצה) יעודד בפועל את ארגון הטרור, יקדם את פעילותו או יוביל לגיוס חברים נוספים אליו, עדיין אפשר להרשיע את העושה בעברה זו של סיוע רוחני.

ו. סעיף 27 (ב)+27(ג) : הסתה

1. תמצית

החוק המוצע בהצעת עוסק בשלושה מצבים של הסתה :

(1) 27(ב)(1) - פרסום קריאה למעשה טרור : במקרה זה אין כל דרישה להסתברות שמעשה הטרור יבוצע; כל הקורא באופן ישיר לביצוע עברה שהיא מעשה טרור – דינו מאסר חמש שנים.

(2) 27(ב)(2) - דברי שבח או הזדהות עם מעשה טרור : במקרה זה החוק המוצע מסתפק באפשרות סבירה שהפרסום יוביל לביצוע מעשה הטרור או האלימות.

(3) 27(ג) - מתן שירות לפרסום או אחזקת פרסום אסור לשם פרסום : כאן קובעת ההצעה עונש מופחת של שנתיים מאסר למי שמחזיק פרסום הנוגע לשני המקרים הקודמים או מסייע לפרסם ביטויים מסוג זה.

להלן נתייחס לשני המקרים הראשונים.

2. השוואה לדין החל

סעיף 27(1) לחוק העונשין קובע עברה של פרסום דבר שיש בו כדי לשבח, לעורר הזדהות או לעודד מעשי טרור, שבנסיבות הפרסום יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור. כאמור, סעיף זה נחקק בשנת 2002; טרם חקיקתו לא היה בחקיקה יסוד הסתברותי בעברה שבפקודה למניעת טרור.

3. ביקורת

אמנם, נטען בספרות כי הסעיף מקל מדי עם הקוראים במפורש לביצוע עברה שהיא מעשה טרור⁴, משום שהדרישה למבחן הסתברותי של אפשרות ממשית מתעלם מההשפעה המצטברת והשוחקת שיש להסתה על קהל השומעים. לפיכך, ייתכן כי יש לבטל דרישה הסתברותית לביצוע מעשה טרור או אלימות – אולם ראוי לדרוש שלקריאה, בנסיבות שבהן נעשתה, **היה פוטנציאל של השפעה על מי שנחשפו לה.**

⁴ ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על הערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא, **משפט וממשל** ז' (2004) 305.

המקרה השני (בו אין קריאה למעשי טרור) שונה מאוד מהראשון. הנמכת הדרישה ההסתברותית שבחוק החל אינה דרך נאותה לאפיון ראוי של האיסור. יש התבטאויות רבות שאפשר לפרש כהזדהות או כשבח למעשה טרור ויש אפשרות סבירה כלשהי שיביאו לעשיית מעשה טרור; בה בעת עשוי להיות להתבטאויות ערך חברתי חשוב בדיאלוג הפוליטי בישראל. כאלה הן, לדוגמה, שאלת ההבחנה בין טרוריסטים ללוחמי חופש, השאלה מה אנו היינו עושים במצבם של הפלסטינים⁵. נראה כי יסוד נפשי של כוונה להביא לעשייתו של מעשה טרור, בצד יסוד הסתברותי נמוך (כגון זה המוצע) יספקו איזון ראוי יותר לפגיעה בחופש הביטוי. אפשרות אחרת היא לקבוע סייג לאחריות כשיש להתבטאות ערך חברתי פודה.

ז. סעיף 28: סיוע ברשלנות

1. תמצית

לפי הצעת החוק, "נותן שירות לאחר או מעמיד אמצעים לרשותו" (הסעה, הלנה, הסתרה וכו', מתן כסף, מזון בגדים, אמצעי תקשורת, מקרקעין וכו') **כשיש יסוד סביר לחשד שיהיה בכך כדי לסייע לאותו אדם לבצע מעשה טרור או להימלט לאחר מעשה כזה – דינו מאסר שנתיים.**

2. השוואה לדין החל

כפי שמפורט בהצעה בדין החל קיימים איסורים על מתן מקלט ועל סיוע לאחר מעשה, כמו גם עברות בגין הלנה, העסקה או הסעה שלא כדין. מדובר בעברות של מחשבה פלילית, לא של רשלנות. כמו כן, משום שמדובר בעברות סיוע, נדרשת בחלקן כוונה מיוחדת לסייע. לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעברת הסיוע (סעיף 31 לחוק העונשין) קבע בית המשפט העליון פה אחד⁶:

מכאן, שהמחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הסיוע – שאינה עבירה תוצאתית – הינה כפולה: ראשית, מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שההתנהגות תורמת ליצירת התנאים לשם עשיית עבירה עיקרית בעלת ייעוד מוחשי; שנית, מודעות לקיום הנסיבות הרלוונטיות בעת ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין נדרשת מודעות לכל פרט מפרטי העבירה.

⁵ ראו קרמניצר ולבנון-מורג, בעמ' 353, וראו גם בג"ץ 11225/03 **בשארה נ' היועמ"ש**, סעיף 10 לפסק דינו של השופט ברק, המצטט את קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות, **משפטים** ל' תשנ"ט, 105"

⁶ ע"פ 320/99 **פלונית נ. מדינת ישראל**, פד"י נ"ה (3), 22, 32.

נוסף על כך דרשה הפסיקה יסוד נפשי מיוחד :

[...] נראית לי העמדה הדורשת, נוסף על המודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולנסיבות הרלוונטיות, גם מצב נפשי של מטרה או תכלית לסייע לעבריון העיקרי. אכן, המצב הנפשי המיוחד הנדרש בדין הסיוע הוא שהמסייע יבקש לתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי.⁷

3. התייחסות למשפט משווה

יש כמה הבדלים בין שני החוקים המוזכרים בהצעה לבין הצעת החוק.

לפי החוק האמריקני, 18 U.S.C. § 2339 : US Code - Section 2339 :

Harboring or concealing terrorists

(a) Whoever harbors or conceals any person who he knows, or has reasonable grounds to believe, has committed, or is about to commit, an offense under section 32 [...]

כלומר : החוק האמריקני מדבר על אדם "שיודע או שיש לו חשד סביר".

לפי החוק האנגלי (סעיף 15(3) ל-Terrorism Act 2000) :

(b) knows or has reasonable cause to suspect that it will or may be used for the purposes of terrorism.

אפשר לראות כי גם כאן מדובר על "מי שיודע או שיש לו יסוד סביר לחשוד..." וגו'.

אם כן, יש הבדלים ביו המוצע בהצעת החוק לבין המשפט המשווה המוזכר בה כ"הוראה דומה". החוק הישראלי דורש יסוד נפשי רחב יותר "יסוד סביר לחשד", ואילו החוק האמריקני והחוק האנגלי דורשים כי לעושה יהיה יסוד סביר לחשד. אין מדובר בניואנס אלא בדרישה מהותית : גם אם החוק האמריקני והחוק

⁷ שם, שם.

האנגלי אינם דורשים מודעות או חשד באשר למעשה הטרור, הם לכל הפחות דורשים מודעות לעובדות שמקימות את החשד. הצעת החוק המוצעת לא דורשת זאת ומכאן שאם אדם סביר יכול היה לדעת את העובדות המקימות את החשד, לכאורה אפשר יהיה להרשיע את העושה בסיוע ברשלנות.

החוק המוצע רחב בהרבה גם באשר ליסוד העובדתי. החוק האמריקני מדבר על מתן מחסה או מסתור למי שביצע או עומד לבצע מעשי טרור חמורים מאוד (חטיפת מטוסים, שימוש בנשק כימי וכיוצא באלה); החוק האנגלי מדבר ספציפית על מתן כסף (ובעצם על הרחבה של איסור מימון טרור) – והחוק הישראלי מדבר על סיוע בדרכים רבות מאוד שיש בהן לסייע ל"מעשה טרור": הסעה, מתן מזון, בגדים ועוד.

נוסף על כך, ההגדרה הרחבה מאוד של מעשה טרור בהצעת החוק הופכת גם את העברה הנגזרת – הסיוע – לרחבה אף יותר.

4. ביקורת

ההצדקות המובאות בהצעת החוק לסעיף 28 הן הסיכון הרב שבמעשה הטרור והצורך להרתיע את האוכלוסייה האזרחית ממתן תמיכה וסיוע. לדעתנו אין שום הצדקה להרחיב את עברות הסיוע החלות ולהפכן לעברה הנשענת על יסוד אובייקטיבי.

הביקורת הכללית על עברות רשלנות מתייחסת להרשעה בגין מעשה שנעשה שלא במודע ולבעייתיות בטיעון ההרתעה (שעליו מסתמכת ההצעה) – כיצד ניתן להרתיע מי שאינו מודע למעשה? לא נפרט טיעונים אלה, אך נציין בתמצית כי ביקורת זו נמתחה גם כלפי עברת גרם מוות ברשלנות – שבה כבר התממש הנזק לערך החיים, ישירות עקב המעשה. הביקורת נוגעת הן לעצם קיומה של עברה זו הן לאופן יישומה, אגב הפעלת סטנדרטים המקלים מאוד על הוכחת הרשלנות (סטנדרט ה"אדם הסביר" הנורמטיבי). ביקורת זו, שנמתחה על עברה בגין גרימת מוות, תקפה מקל וחומר וביתר שאת כשמדובר במתן סיוע לאדם שיש יסוד סביר לחשוד בו שיבצע מעשה טרור, ואף עוד יותר בעייתי – כאשר החשד הוא שכבר ביצע מעשה טרור (ובכך לא ניתן עוד למנוע את הנזק).

לטעמנו, קביעת עברה של סיוע ברשלנות מטילה נטל קשה מנשוא על האוכלוסייה האזרחית. זו תיאלץ להימנע מסיוע לבני משפחה ולחברים מן הטעם שתמיד עלולות להתברר – בחכמה שבדיעבד ובאופן אובייקטיבי – עובדות המקימות יסוד סביר לחשד.

כאמור, ההסתמכות על הדין האנגלי והדין האמריקני אינה חפה מביקורת. היסוד העובדתי של חוקים אלה צר בהרבה מהמוצע בהצעת החוק; כמו כן, הם אינם קובעים סטנדרט רשלנות כללי כמו זה שמנוסח בהצעה אלא מדובר בדרישה כי לעושה יש יסוד סביר לחשד.

לסיכום: אנו מתנגדים לחקיקת סעיף זה משום שהוא כוללני מדי וגובל באי-חוקתיות בשל הפגיעה בחירות הפרט שהוא טומן בחובו.

ח. סעיף 29 : אי-מניעת מעשה טרור

1. תמצית

הסעיף המוצע קובע עבירה של "אי-מניעת מעשה טרור", שהעונש עליה הוא שלוש שנות מאסר. לפי המוצע, יעבור את העבירה, מי שיש לו מידע שמעלה חשד ממשי שנעברה או עומדת להתבצע עבירת פשע שהיא מעשה טרור ולא פעל באופן סביר למנוע את עשייתה/השלמתה/תוצאותיה או כדי לסייע לגילוי זהותו של מי שעומד לבצע את העבירה כאמור. מסירת מידע לרשות ביטחון בהקדם האפשרי תיחשב לפעולה סבירה.

2. השוואה לדין החל

סעיף 262 לחוק העונשין מגדיר עברה של אי-מניעת פשע כמצב שבו אדם ידע שפלוגי זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט את כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו. הסעיף מנוסח בלשון "ידע" על "מזימה". לעומת זאת, הנוסח המוצע דורש "חשד ממשי" על "עברה" שעומדת להתבצע.

חוק העונשין מתייחס לעברה העומדת להתבצע ואילו הצעת החוק המוצע מתייחסת הן לעברה העומדת להתבצע והן לעברה שכבר נעברה.

חוק העונשין דורש מניעה ב"כל האמצעים הסבירים", ואילו הנוסח המוצע דורש "פעולה באופן סביר" והסתפקות בדיווח לרשויות.

חוק העונשין מטיל עונש של שנתיים מאסר והחוק המוצע – שלוש שנות מאסר.

לפי חוק העונשין אי-מניעת פשע היא עברה כללית. העברה המוצעת היא עברה ספציפית של אי-מניעת "מעשה טרור". יש לציין שהצעת החוק לא מבקשת להחליף את העברה הכללית אלא להוסיף עליה.

3. התייחסות למשפט משווה

כפי שמצוין בהצעה, סעיף 19 לחוק האנגלי (Terrorism Act, 2000 (c. 1)) מטיל על אדם חובה למסור מידע שהגיע אליו במסגרת מקצועו או עיסוקו. חובת הדיווח המוטלת על פי המוצע רחבה בהרבה וכוללת גם מידע שהגיע לאדם על רקע אישי, משפחתי ולמעשה – כל רקע.

4. ביקורת

בכל הנוגע לסעיף זה עמדתנו נושאת פנים לכאן ולכאן.

יש לציין כי העברה מנוסחת בצורה מוצלחת יותר מהעברה הכללית שבחוק העונשין. היסודות של של חשד מהותי לעברה שהתבצעה או שעומדת להתבצע, והאפשרות לדווח לרשויות או לנקוט אמצעי סביר (לעומת "כל האמצעים הסבירים") מצמצמת את העברה ומבהירה שאין סיבה לא להחיל את כלל עצימת עיניים על

העברה (בניגוד לאמרת האגב של השופט חשין בפסק דין **הר שפי**⁸). כמו כן, העברה איננה כללית אלא נוגעת רק לאי-מניעת פשע שהוא מעשה טרור.

יש גם כמה נקודות בעייתיות בסעיף זה.

ראשית, הואיל והצעת החוק לא מבקשת לתקן באופן כללי את העברה שבחוק העונשין, יתרונותיו של הסעיף המוצע אינם פותרים את הקשיים בדין החל לפי חוק העונשין. שתי העברות יוסיפו להתקיים בזמנית, ולכאורה מי שלא ייתפס בעברה הספציפית יוכל להיתפס בעברה הכללית (שהעונש בגינה קל יותר).

שנית, הצעת החוק אמנם ספציפית יותר מהחקיקה שבחוק העונשין, אולם "מעשה טרור" מוגדר בהצעה הגדרה רחבה כל כך, שגם "אי-מניעה" שלו הוא רחב מדי ואיננו תואם מניעה של פשעים חמורים כגון רצח, כפי שהוצע במאמרו של פרופסור קרמניצר שהוזכר בהצעה⁹.

שלישית, לא ברור מדוע יש להחמיר את העונש בגין אי-מניעת מעשה טרור "רגיל" (שאינו בהכרח תמור כגון רצח כאמור) משנתיים לשלוש שנות מאסר.

לסיום נעיר כי לא ברור מדוע נכתב בהגדרת העברה המוצעת "**נעברה עבירה** או עומדת להתבצע עבירה". בסעיף המוצע מדובר על מניעה של העברה, השלמתה או תוצאותיה, או על דיווח שמיועד לסכלה או על גילוי זהותו של מי שעומד לבצע עברה – משמע, העברה לא הושלמה. בהנחה ש"תוצאות" העברה הן התוצאות הכלולות ביסודות העברה ולא תוצאות אחרות העלולות לנבוע ממנה, אין סיבה לכלול בסעיף המוצע את האפשרות של "נעברה עברה". **אם אכן יכלול האיסור גם מקרים של דיווח על עברה שכבר התבצעה, הדבר שונה בתכלית השינוי מהעברה של אי-מניעת פשע ומהווה הרחבה מוגזמת ולא ראויה שלה.**

ט. סעיפים 40 ו-44: החמרה בענישה על עברה שהיא מעשה טרור

1. תמצית

לפי המוצע בסעיף 40 להצעת החוק, העובר עברה (למעט כזו שמופיעה בחוק או שעונשה הוחמר בחוק או שעונשה מאסר עולם חובה) שהיא "מעשה טרור" – עונשו עונש כפול מהעונש שנקבע לאותה עברה או 30 שנות מאסר, לפי הקל מביניהם. לפי סעיף 44 להצעה, אם נקבע עונש מרבי של מאסר עולם לעברה שהיא מעשה טרור, בית המשפט רשאי להטיל עונש מאסר לא קצוב או עונש של עד 30 שנות מאסר.

2. השוואה לדין החל

ראשית, בדין החל אין החמרה כאמור בסעיף 42 להצעה, ולכן ההבדל הוא הכפלת העונש המרבי בגין עברה שהיא "מעשה טרור". כמו כן, הדין החל קובע עונש מרבי של 20 שנות מאסר לעברה שעונשה מאסר עולם (ולא מאסר עולם חובה). הצעת החוק מציעה אפשרות לגזור עד 30 שנות מאסר.

⁸ ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל פ"ד נח(2), 735.

⁹ מרדכי קרמניצר, "החובה להלשין או החובה לדווח – על העבירה של אי-מניעת פשע" המשפט 20, 26.

ברקע יש לזכור את סעיף 144(ו) לחוק העונשין:

עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה

144. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) בסעיף זה, "עבירה" – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש; עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' ו"א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרק ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה.

144א. בסימן זה –

"גזענות" – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני;

אם כן, לפחות באשר לעברות שעונשן עד חמש שנות מאסר נראה כי ההחמרה בסעיף 144 תחול ממילא בהקשר של מניע גזעני או עוינות. מבחינה זו אין החמרה של ממש בחוק המוצע. ההחמרה בפועל נובעת מההגדרה הרחבה של הצעת החוק ל"מעשה טרור", העשויה לתפוס בפלילים מעשים רבים בשל השימוש בחזקות המייתרות את הצורך להוכיח מניע. כמו כן, הצעת החוק מחמירה בהציעה עונש של עד 20 שנות מאסר ולא רק עד 10 שנות מאסר, כבסעיף 144 לחוק העונשין.

3. התייחסות למשפט משווה

בדין האנגלי המשמעות של "נסיבה מחמירה" איננה הכפלת העונש, כמוצע בהצעת החוק, אלא עניין שיש להתחשב בו. בקנדה ובאוסטרליה נקבע אמנם מאסר עולם בגין כל מעשה טרור, אך ניתן להסביר את הדבר בהגדרה השונה של החוק הקנדי והאוסטרלי ל"מעשה טרור" בהשוואה לחוק המוצע (ראו לעיל, הביקורת באשר לסעיף ההגדרות).

4. ביקורת

במבט ראשון אכן נראה כי יש היגיון בענישה מוחמרת בעברות הנעשות במסגרת פעילות בארגון טרור; כמו כן נראה כי יש קוהרנטיות בין סעיף 144, המחמיר בענישה בשל גזענות או עוינות כלפי ציבור, לבין החמרה בענישה בגין עברות טרור.

לטעמנו החמרה זו אינה רצויה. ראשית, יש לתהות על הצורך הכללי בהחמרות מסוג זה, שהרי העונשים על עברות בחוק העונשין הם ממילא חמורים; הרף הגבוה ביותר בהם אמור לייצג מקרים חמורים וקשים ובכללם גם מעשים הנעשים ממניעים נפשעים וחמורים כגון עברות טרור. גם האמירות בפסיקה שעליהן הסתמכה ההצעה לא רומזות כי יש להעלות את העונשים המרביים בגין עברות טרור, אלא שבמסגרת העונש הקיים יש להחמיר ולהעניש ברמה הגבוהה, בטווח הקיים.

שנית, יש לזכור כי החמרה בסעיף 144 לחוק העונשין נועדה להעלות את הרף בעברות קלות יחסית, (ולכן נקבע שהעונש המוחמר לא יעלה על עשר שנות המאסר), מתוך תפיסה שכאשר מדובר בעברות חמורות רף הענישה כולל ממילא את המקרים החמורים. החמרה בסעיף המוצע בהצעה "מקפצה" את רמת הענישה לרמות גבוהות אף יותר ולכן עלולה להביא לעיוות דין ולענישת יתר.

שלישית, בשל ההגדרה הרחבה מדי של "מעשה טרור", כולל השימוש בחזקות המייתרות לעתים את הוכחת המניע, משמעות החמרה דרמטית אף יותר – בניגוד לסעיף 144 לחוק העונשין, הדורש הוכחה ישירה של המניע הגזעני ואינו חל על מקרים פריפריאליים, כפי שמבקש לעשות החוק המוצע.

רביעית, יש לזכור כי בפרקטיקה, בעברות שהן "מעשה טרור" ממילא אפשר על פי רוב "לעבות" את כתב האישום בעברות של חברות בארגון טרור וכיוצא באלה, כך שהעונש על העברה הבסיסית מוחמר ממילא.

י. סעיף 41: החמרה בענישה על קשר וסיוע לעברה שהיא מעשה טרור

1. תמצית

לפי ההצעה, מוצע כי העונש על העבירות הנגזרות של סיוע וקשירת קשר לעבירה שהיא מעשה טרור יהיה זהה לעבירה המושלמת. באשר לסיוע, יהיה דינו של המסייע כדין הביצוע העיקרי ללא החמרה הנזכרת בסעיף 40 להצעה, ובאשר לקשירת קשר יהיה דינו כדין הביצוע העיקרי **לאחר החמרה**, אך לא יותר מעונש של 14 שנים לפשע ו-4 שנים לעוון.

2. השוואה לדין החל

אשר לסיוע, העונש בדין החל הוא מחצית מהעונש בגין העברה המושלמת, ואשר לקשר – העונש זהה לעונש בגין העברה המושלמת אך מוגבל בתקרה – עד שבע שנות מאסר בגין פשע ועד שנתיים מאסר בגין עוון.

3. ביקורת

ההנמקה שמציעה ההצעה לסעיף זה חסרה מאוד. כלל לא ברור מדוע לא יחולו כל הרציונלים העומדים בבסיס ההקלה בענישה בנוגע לקשירת קשר, ולסיוע בהשוואה לעברה המושלמת גם על עברות הקשורות בטרור (למשל בקשירת קשר – התמריץ לא להוציא את הקשר לפועל ועוד רציונלים רבים אחרים). ודאי שיש ליצור הרתעה מפני העברות הנגזרות, אך כפי שיש הרתעה מפני סיוע לרצח ולקשירת קשר לרצח, בכך ישנה הרתעה גם ללא החמרה מוגזמת זו, שתהפוך כל קושר קשר לביצוע רצח לרוצח. הצעת החוק יוצרת השוואה נורמטיבית מעוותת בין מעשים שונים במובהק מבחינת הפגיעה החברתית שבהם. בעינינו אין

הצדקה לקביעה גורפת כזו, הפוגמת בהיררכיה ובדירוג האחריות בין צדדים שונים לעברה ובין תרומות שונות לביצועה. הנטייה לאמץ כל הסדר מפוקפק המופיע בחקיקה ישנה (למשל בעברות נגד ביטחון המדינה) אינה רצויה.

יא. סעיף 46: תחולה על עברות חוץ

1. תמצית

לפי ההצעה, לעניין סעיף 13(א)(1) לחוק העונשין (התחולה של דיני העונשין על עברת חוץ נגד ביטחון המדינה), עברת טרור שיחול עליה אחד מהבאים תיחשב עברה נגד ביטחון המדינה:

(1) העברה היא מעשה טרור או עברה לפי סעיף 33 (פעולה או עסקה בנשק, בחומר מזיק או במתקן רגיש למטרות טרור) שנעברה על ידי חבר בארגון טרור מוכרז, בקשר לארגון טרור מוכרז או במסגרת פעילות של ארגון טרור מוכרז כאמור;

(2) מדובר בעברה כאמור בפסקה (1) או בעברה לפי סעיף 32 או 33 (עברת אימונים או הדרכה), והיא בוצעה באזור תשתית טרור (כלומר: אזור מחוץ לישראל שממנו בוצעו דרך קבע או בתכיפות גבוהה מעשי טרור המכוונים נגד תושבי ישראל, שלומם או חייהם, לרבות פעולות הכנה של מעשים או פעולות כאמור).

2. השוואה לדין החל וביקורת: האם מדובר בסמכות אוניברסלית?

על פני הדברים הצעת החוק אינה מבקשת ליצור סמכות שיפוט אוניברסלית בנוגע לעברות שאין להן קשר לישראל. מכאן, שהרחבת סמכות השיפוט של ישראל מתייחסת רק למעשה טרור או לפעולות או עסקאות בנשק, בחומר מזיק או במתקן רגיש למטרות טרור שיש לו קשר לישראל. דברי ההסבר אף מציינים מפורשות שנדרשת זיקה כלשהי לישראל.

דברי ההסבר מבוססים על ההנחה שהכרזה על ארגון טרור נעשית משום שפעילותו מכוונת נגד מדינת ישראל. הנחה זו אינה נתמכת בנסיבות שבשלב מכריזים על ארגון טרור ("שוכנע השר כי חבר בני אדם הוא ארגון טרור"). למעשה, על כל ארגון שמוכרז לפי הכרזת חוץ אפשר להכריז גם בהכרזה "רגילה" וכך ליצור סמכות אוניברסלית מלאה לישראל גם ללא זיקה מעשית לביטחון המדינה.

אין מניעה עקרונית לכך שישראל תגבש סמכות שיפוט אוניברסלית נגד פעולות טרור בזירה הבין-לאומית, אך ראוי שהדבר ייעשה באופן ברור ומתוך התמקדות בסוגיה זו.

יב. סעיף 47: אמרת עד מחוץ לבית המשפט בעברות טרור

1. תמצית

הצעת החוק מציעה להוסיף חריג לכלל בדבר אי-קבילות של עדויות שמיעה: מוצע כי בעברות טרור יורשה בית המשפט לקבל אמרה בכתב אם מתן האמרה הוכח במשפט – אף אם נותן האמרה איננו עד משום

שאי-אפשר להביאו לבית המשפט ובית המשפט שוכנע כי מנסיבות העניין עולה שהוא יצא לאחת ממדינות ערב או לרשות הפלסטינית. אי-אפשר יהיה להרשיע על סמך ראיה שהתקבלה לפי חריג זה, אך מוצע כי ראיה כאמור תוכל לשמש דבר מה נוסף או חיזוק לראיות תביעה אחרות, או – מטעמים מיוחדים שיירשמו – סיוע לראיות התביעה.

2. השוואה לדין החל

סעיף 10(א) לפקודת הראיות קובע את החריג שלפיו אמרה בכתב קבילה אם נותן האמרה הוא עד במשפט והעדויות שונה מהאמרה בפרט מהותי, או שנותן האמרה מכחיש או אינו זוכר את תכנה. סעיף 10(א)(ב) קובע מקרה שבו אפשר להביא אמרה אף שנותנה אינו עד – אם אינו בחיים או אם אי-אפשר למוצאו ובית המשפט שוכנע כי אמצעי פסול שימש להניאו או למנוע אותו ממתן העדות.

3. ביקורת

בלי להיכנס לסוגיית ההצדקה התאורטית לכלל האוסר על עדויות שמיעה, אין ספק שכרסום בו עלול לפגוע ביכולת הנאשם להתגונן (כפי שמצוין גם בהצעת החוק). לא בכדי החריג לכלל מאפשר קבלה של אמרה בכתב, כשאי-אפשר לחקור את נותן האמרה, רק בתנאים מצומצמים ונדירים מאוד – כאשר שוכנע בית המשפט שנעשה שימוש באמצעים פסולים כדי למנוע מהתביעה להביא את נותנה לעדות. הרחבת החריג כמוצע בהצעת החוק תאפשר שימוש המוני של התביעה בעדויות שמיעה בלי שתידרש לעשות ולו מאמץ קל כדי להביא את נותן האמרה לבית המשפט: די יהיה בהוכחה שהעד נמצא בארץ אויב או ברשות הפלסטינית. יודגש, כי אין בסעיף המוצע אפילו דרישה להוכיח כי נעשה מאמץ סביר להביא את העד לדיון. מדובר בסיטואציה נוחה מאוד עבור התביעה, אף אם העדות תוכל לשמש רק תמיכה (ובמקרים מיוחדים גם סיוע). לדעתנו אין הצדקה לכרסום רחב כל כך בכלל האוסר על עדות שמיעה. אף אם מדובר – כאמור בהצעה – ב"במקרים רבים" של עדים פוטנציאליים העלולים להימלט מישראל, איננו רואים בכך הצדקה מספקת לפגיעה הקשה בהליך ההגון ובזכות הנאשם להתגונן. כללים כאלה פוגעים בלגיטימיות המהותית של ההליכים נגד נאשמים בטרור.

יג. סעיף 48 : התיישנות

1. תמצית

סעיף 43 להצעה קובע חריג לתקופות התיישנות הקבועות בחוק. לפי החריג המוצע, בעבירות טרור, כאשר אדם נמצא מחוץ לישראל ואי-אפשר להביאו, ייעצר מרוץ התיישנות.

2. השוואה לדין החל

הדין החל לא כולל את החריג המובא בסעיף 48 להצעת החוק.

3. ביקורת

החריג המוצע בסעיף 43, המופיע בצורה דומה בהצעת החוק לתיקון ההתיישנות הפלילית שפורסמה בעבר, נראה מוצדק. עם זאת נראה שדי בקבלת תיקון כללי לדיני ההתיישנות: קשה להצדיק את ההבדל בין עברות חמורות בהקשר של טרור לבין עברות חמורות אחרות.

יד. סעיפים 46 – 57 – הוראות בנוגע לעצור בעבירת טרור חמורה

תמצית

ב-20 בדצמבר 2011 התקבלה בקריאה שנייה ושלישית הצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011. על פי החוק שאושר, הוראת השעה, שנחקקה לראשונה בשנת 2006, הוארכה בשנתיים נוספות, עד סוף דצמבר 2012 (להלן: הוראת השעה המתוקנת). הצעת החוק מציעה לחוקק את הוראת השעה המתוקנת כהוראת קבע.

הרקע לחקיקת הוראת השעה:

באוקטובר 2006, הכנסת חוקקה הוראת שעה במיוחד לעצורים בעבירות טרור לתקופה של שנה וחצי שהוסיפה הגבלות מיוחדות לעצורים בעבירות ביטחון:

1. הוראת השעה אפשרה השהיית הבאתו של עצור בעבירות ביטחון בפעם הראשונה בפני שופט לתקופה של 96 שעות (במקום ה-48 שעות הרגילות בחוק המעצרים). (סעיף 3 להוראת השעה)
 2. הוראת השעה אפשרה הארכת מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון עד - 20 ימים בכל דיון (להבדיל מ-15 ימים במקרה הרגיל), לתקופה כוללת שאינה עולה על 35 ימים (במקום 30 הימים בחוק המעצרים). (סעיף 4 להוראת השעה)
 3. סעיף 5 להוראת השעה אפשר לקיים דיון בהארכת מעצרו של העצור שלא בנוכחותו בתנאי שציווה בית המשפט על מעצרו, בנוכחותו, לתקופה הקצרה מ-20 ימים, וזאת לתקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו. בית המשפט רשאי היה לאפשר דיון כזה אם שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם.
- יתרה מזו, בית המשפט, בהתאם להוראת השעה, יכול היה גם להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר או ערר במעצרו של החשוד שלא בנוכחותו אם שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה.

לא זו אף זו, סעיף 5(4) להוראת השעה הסמיך את בית המשפט, לבקשת נציג המדינה, לא להודיע לחשוד על ההחלטה בעניין הארכת מעצרו.

בדצמבר 2008 הוראת השעה הוארכה בשלוש שנים נוספות. בפברואר 2010 ובעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון כנגד הסעיף בהוראת השעה המאפשר קיום דיונים שלא בנוכחות העצור, בית המשפט ביטל את הסעיף כלא חוקתי והורה לרשויות למצוא פיתרון אחר לשפר את החקירות בעבירות ביטחון, פיתרון שאינו כולל הדרתו של החשוד מהדיונים בעניינו. בעקבות פסק הדין, ולקראת הארכת הוראת השעה בדצמבר 2010 היא תוקנה ע"י משרד המשפטים כדי שלגשתם ותאיים לרוח הדברים של בית המשפט העליון.

החסדרים העיקריים בהוראת השעה המתוקנת ואשר אומצו בהצעה:

1. השהיית הבאתו של העצור בפני שופט מעצר מעבר ל-48 שעות: הוראת השעה המתוקנת החמירה את הדרישה לאישורים להארכת מעצר החורגת מ-48 שעות שנקבעו בהוראת השעה המקורית-הארכה של עד 72 שעות מחייבת כעת אישור נוסף של ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי והארכה של יותר מ-72 שעות (עד 96 שעות) מחייבת אישור מבית המשפט.
2. גם הוראת השעה המתוקנת, בדומה להוראת השעה המקורית, מאפשרת להאריך את מעצרו של חשוד ב-20 ימים בכל פעם, במקום 15 ימים שנקבעו בעניינם של עצורים רגילים, אך בשונה מההוראה המקורית בית המשפט יכול להורות על הארכת המעצר ביותר מ-15 ימים רק אם שוכנע כי אי-החזקתו של העצור במעצר תביא קרוב לוודאי לידי סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם.
3. בדומה להוראת השעה המקורית, הוראת השעה המתוקנת מאפשרת להאריך את מעצרו של החשוד ב-35 ימים לפני אישור היועץ המשפטי, במקום 30 הימים שנקבעו בעניינם של עצורים רגילים. מן הראוי לציין כי התזכיר המקורי הציע שלא לכלול בחוק את ההוראה המאפשרת את החזקתו של חשוד במעצר ברצף אחד בקשר לאותו אירוע, לתקופה שאינה עולה על 35 ימים, זאת, מאחר שלאור הניסיון שהצטבר, נמצא כי אין הכרח בהוראה זו (סעיף 47 לתזכיר החוק). לא ברור אם כן איך אחרי דברים האלה ההצעה המעודכנת שבה ואימצה הסדר זה.
4. באשר לנוכחות העצור בדיונים, ההוראה המתוקנת אימצה הסדר יותר מצומצם מההסדר שהיה בהוראה המקורית. לפי ההוראה המתוקנת שאומצה בהצעה כמות שהיא, אפשר לקיים דיונים שלא בנוכחות העצור החשוד בעברת טרור רק באישור שופט בית המשפט העליון, לבקשת ראש אגף חקירות בשב"כ ובהסכמת היועץ המשפטי, וזאת רק אם הפסקת החקירה לשם הבאתו של העצור לדיון תביא קרוב לוודאי לידי סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. נוסף על כך לפי ההוראה המתוקנת, בית המשפט יכול להאריך את מעצרו של החשוד שלא בנוכחותו ב-72 שעות בכל פעם,

ובלבד שסך ההארכות שנקבעו שלא בנוכחות החשוד לא יארך מ-144 שעות או מן הזמן שנשאר עד תום 20 הימים, לפי הקצר בהם.

5. בדומה להוראת השעה המקורית, הוראת השעה המתוקנת גם מאפשרת שלא להודיע לחשוד על אודות החלטת המעצר שניתנה בהיעדרו, אף שהוראה זו בוטלה על ידי בית המשפט העליון.

6. בנוסף לכך, הוראת השעה המתוקנת הכניסה הגבלות גם להליך העיון החוזר. בית המשפט יוכל כעת לקיים עיון חוזר רק אם הוא משתכנע שיש עילה לבקשה לאחר "דיון מקדמי". לפי ההסדר החדש, הדיון המקדמי יערך שלא בנוכחות העצור. אם ייקבע שיש עילה לבקשה, יתקיים דיון לגופו של עניין בנוכחות החשוד, אלא אם כן בית המשפט שוכנע שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לדיון תביא קרוב לוודאי לידי סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם. הסדר זה לא היה קיים בהוראת השעה המקורית.

7. הגבלה חדשה נוספת שלא הייתה קיימת בהוראת השעה המקורית מתייחסת להליך הערר-הוראת השעה המתוקנת מגבילה את משך הגשת הערר על החלטת המעצר ל-30 שעות שלאחר ההחלטה (במקום 30 ימים במקרה רגיל) ואולם רשאי בית המשפט, בעת שהורה על מעצרו של עצור בעבירת ביטחון שטרם הוגש נגדו כתב אישום, להאריך את המועד האמור מטעמים שיירשמו, אם שוכנע כי הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין לעצור; בית המשפט יקיים את הדיון בערר בתוך 24 שעות מהשעה שבה הוגש במזכירות בית המשפט

בנוסף לכך, ובדומה להוראת השעה המקורית, בית המשפט רשאי לפי הוראת השעה המתוקנת להורות שהדיון בערר יתקיים שלא בנוכחות העצור, אלא בנוכחות עורך דינו, וזאת לבקשת ראש אגף החקירות בשב"כ, ואולם זאת רק אם שוכנע ברמת הסתברות קרובה לוודאי שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לדיון עלולה לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.

החלטת בית המשפט בערר או בעיון חוזר, כשהדיון התקיים שלא בנוכחות העצור, תובא לידיעתו בהקדם האפשרי, ואולם רשאי בית המשפט לקבוע אחרת, בנסיבות המפורטות בסעיף.

8. חידוש נוסף של הוראת השעה המתוקנת הוא ההוראה המורה להביא את העצור לבית המשפט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום- 24 שעות במידה וחדלה להתקיים העילה שבשלה לא הובא להארכת מעצרו זאת בהתאם לקבוע בסעיף 5(א).

יוצא שהוראת השעה המתוקנת החמירה את תנאי דחיית הבאתו של העצור לפני שופט בפעם הראשונה שנקבעו בהוראת השעה המקורית והחמירה את התנאים להארכת מעצר החורגת מ-15 ימים רצופים. אך מצד שני, צמצמה את הליך העיון החוזר, קיצרה את תקופת הגשת הערר על ההחלטה והעיקר - השאירה את הסעיף המאפשר עריכת דיונים שלא בנוכחות החשוד, אם כי במתכונת מצומצמת. הטעון של משרד המשפטים היה שבית המשפט העליון השאיר פתח לתיקון בסעיף שבוטל והפיכתו לחוקתי. טעון זה שגוי לדעתנו. בדיקה מדוקדקת של פסק הדין של בית המשפט העליון מעלה שהכנסת השינויים בהוראת השעה שנפסלה לא יהיה בהם כדי להתגבר על אי-החוקיות אשר הביאה את בית המשפט לידי פסילת סעיף 5 המקורי.

ההצעה אימצה את כל ההסדרים הנ"ל והציעה הגבלה נוספת על זכויות העצור לפיה :

כאשר עורך דין מבקש להיפגש עם מספר עצורים החשודים בעבירת טרור חמורה, ואשר נחקרים בקשר לפרשה אחת – רשאי ראש מחלקת החקירות בשב"כ או קצין משטרה בדרגת סני"צ ומעלה שלא לאפשר פגישה כאמור עם יותר מעצור אחד, אם מצא כי פגישה עם כמה עצורים כמבוקש, עלולה לשבש את החקירה. האיסור יחול גם לגבי פגישה עם עורך דין אחר מאותו משרד.

ביקורת

כדי שנוכל לבקר עניינית את ההוראות של הוראת השעה, יש לקרוא אותם ביחד עם הוראות חוק המעצרים. לפי חוק המעצרים, פגישת החשוד בעבירת ביטחון עם עורך דינו יכולה להידחות ב-21 ימים, וההודעה על המעצר למשפחתו ולחבריו יכולה להידחות ב-15 ימים. ככל שהוראת השעה מופעלת בצירוף ההוראות של חוק המעצרים, הפגיעה בזכויות העצור מתעצמת. כתוצאה מכך נוצר מצב שבו נמנעות, בשלב החקירה שהוא השלב הקריטי ביותר בקביעת עתיד התיק הפלילי, הערבויות המינימאליות הדרושות כדי להבטיח התנהלות הוגנת.

התוצאה של שילוב שני ההסדרים ביחד היא שיכול להיווצר מצב שבו החשוד שנעצר בחשד לביצוע עבירת טרור יהיה מנותק מהעולם החיצון במשך כשלושה שבועות שלמים, מלבד הארכת המעצר הראשונה אחרי 4 ימים של חקירה¹⁰.

מצב זה הינו בעייתי ביותר, ואינו מספק הגנה נאותה לזכויות העצור החשוד בעבירת ביטחון. לדעתנו, תיקוני הוראת השעה שאומצו בהצעה אין בהם די כדי לאיין בעייתיות זו:

1. **השהיית הבאת עצור בפני בית המשפט ב- 96 שעות** : כאמור, הוראת השעה המתוקנת שאומצה בהצעה מחמירה את הדרישה לאישורים להארכת מעצר החורגת מ-48 שעות: הארכה של עד 72 שעות מחייבת כעת אישור נוסף של ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי והארכה של יותר מ-72 שעות (עד 96 שעות) מחייבת אישור מבית המשפט. חרף שינויים רצויים אלה ההסדר אינו מידתי. אישור בית המשפט הנדרש ניתן שלא בנוכחות העצור ועל סמך חומר שמגיש לו צד אחד בלבד, ולכן אינו יכול להחליף ביקורת שיפוטית של שופט המתרשם באופן בלתי אמצעי ממצבו של העצור ומהסבריו. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהתחשב בכך שהוראת השעה אינה מציעה כאמור ערובות חלופיות להבטחת שלומו של העצור בארבעת ימי הניתוק האלה. התוצאה היא שהעצור נשאר מבודד ומנותק מהעולם החיצון ונתון בחקירה אינטנסיבית, מלחיצה וממושכת. **בצרפת למשל, החוק (Code of Procedure Penal)** מחייב להביא את החשוד לביצוע עבירות טרור בפני שופט תוך 48 שעות, והארכת מעצר מעבר ל- 96 שעות מחייבת בדיקת רופא. ארבעה ימים של חקירה הם זמן

¹⁰ זאת בהנחה שבית המשפט האריך את מעצרו ב-20 ימים, ואת פגישתו עם עורך דינו ב-21 ימים.

ממושך שיכול להתיש עצור ולגרום לו להודות בדברים שלא ביצע. האפשרות של שבירת הנחקר באמצעות התשתו התחזקה לנוכח פסיקת בג"ץ, שלפיה המבחן לעניין זה הוא כוונת החוקרים לשבור את כוח העמידה של הנחקר ולא מבחן אובייקטיבי של התשה בפועל.¹¹ נוסף על כך ולפי המקובל היום, לא יהיה תיעוד מלא של החקירה, ומה שהתרחש בה צפוי להיות שנוי במחלוקת בין החוקרים ובין העצור. דברים אלה חמורים במיוחד בכל הנוגע לעצורים ביטחוניים משום שבדרך כלל הם מנועים מלהיפגש עם עורך דין ואינם רשאים לפגוש את משפחתם או להתקשר בטלפון למקורביהם.

גם אם נניח כי יש בהשעיית הביקורת השיפוטית למשך 4 ימים רצופים כדי לתרום באופן לגיטימי לחקירה ראויה, עדיין מדובר בתועלת שולית וספקולטיבית שאינה יכולה להצדיק פגיעה כה חמורה וודאית בזכויות העצור.

2. הארכת מעצרו של החשוד עד 20 ימים בכל דיון לסך הכל של עד 35 ימים :

כאמור, בהצעה מוצע להאריך את מעצרו של חשוד ב-20 ימים בכל פעם, במקום 15 ימים שנקבעו בעניינם של עצורים רגילים, ובלבד שבית המשפט יורה על הארכת המעצר ביותר מ-15 ימים רק אם שוכנע כי אי-החזקתו של העצור במעצר תביא קרוב לוודאי לידי סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם. כמו כן, ההצעה מציעה להאריך את המעצר ב-35 ימים לפני אישור היועץ המשפטי, במקום 30 הימים שנקבעו בעניינם של עצורים רגילים. אנו בהחלט תומכים בהחמרת העילה להארכת מעצר החורגת מ-15 ימים. עם זאת הארכת מעצר ב-20 ימים לכל היותר בכל פעם - במקום ב-15 ימים - וב-35 ימים בסך הכול - במקום 30 ימים - אינה נחוצה ואינה מידתית :

א. ראשית, דומה כי הפרקטיקה מראה שבית המשפט בד"כ מאריך את תקופת מעצר החשוד בכמה ימים ספורים והוא כמעט נמנע, ככלל, מלהאריך את המעצר ב-15 או 20 ימים. עו"ד שי ניצן (כיום פרקליט המדינה) הסביר בדיוני ועדת חוקה את הצורך בקביעת תקופה ארוכה של 20 יום בחוק כדרך להעביר מסר לשופטים ולהשפיע על שיקול דעתם : "היום כתוב 15 ושופטים נותנים בד"כ 3, 5 או 10. אנחנו מעריכים שאם יגדילו מ-20-15 המחוקק אומר בזה לבית המשפט שפה אפשר להאריך את החבל. הרעיון הוא פרופורציונאלי.. "(שם עמ' 45). מכאן, שרשויות החקירה אינן זקוקות באמת ל-20 הימים, ושינוי החוק נועד רק כדי לשפר את עמדת המיקוח של התביעה, דבר פסול כשלעצמו. חוק אמור לשקף איזון נורמטיבי ראוי וצודק.

ב. צירוף הוראה זו עם ההוראה המונעת פגישה עם עורך דין, משמעה כי אחרי הארכת המעצר הראשונה, החשוד יהיה מנותק מהעולם החיצון לעוד שבועיים נוספים. במהלך התקופה הוא יהיה נתון בחקירות ממושכות, ללא יכולת להתייעץ עם עורך דין וללא ביקורת שיפוטית על תנאי המעצר - דבר שהינו פסול.

¹¹ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006(4), 3958.

במהלך תקופה כה ארוכה, באם ינקטו אמצעי חקירה פסולים, יש הסתברות גבוהה לכך שסימניהם ייעלמו ולא ניתן יהיה להוכיחם לאחר מכן בבית המשפט.

ג. הארכת תקופת המעצר ללא ביקורת שיפוטית ובמנותק מהעולם החיצון יכולה לשלוח רמז מוטעה לחוקרים לפיו הם מוזמנים להשתמש באמצעים פסולים כדי לחלץ הודאה מהחשוד.

מן הראוי לציין כי בתזכיר חוק הטרור המקורי ההצעה הייתה שכל תקופת המעצר עד הגשת כתב אישום לא תארך מ-30 ימים.¹² הצעה זו לא הוכנסה להצעת החוק מסיבה שאינה ברורה.

3. דיון שלא בנוכחות העצור:

ההצעה גם מציעה לאפשר, אם כי באופן מצומצם יותר, לקיים דיון שיפוטי במעצר שלא בנוכחות העצור. כאמור, לפי ההצעה, אפשר לקיים דיונים שלא בנוכחות העצור החשוד בעברת טרור רק באישור שופט בית המשפט העליון, לבקשת ראש אגף חקירות בשב"כ ובהסכמת היועץ המשפטי (לעומת הסתפקות באישור של קצין משטרה מדרגת סגן ניצב או ראש מחלקת חוקרים בשב"כ בהוראת השעה הקודמת); וזאת רק אם הפסקת החקירה לשם הבאתו של העצור לדיון תביא קרוב לוודאי לידי סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. (הוראת השעה הקודמת הסתפקה בנוסחת הסתברות מקלה יותר: "הפסקת חקירה העלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם"). אם חדלה להתקיים העילה שבשלה לא הובא עצור לדיון בעניינו, ההוראה המתוקנת מחייבת את הבאתו של החשוד לפני בית משפט בתוך 24 שעות (ההוראה הקודמת לא כללה הסדר בעניין זה). נוסף על כך לפי ההוראה המתוקנת, בית המשפט יכול להאריך את מעצרו של החשוד שלא בנוכחותו ב-72 שעות בכל פעם, ובלבד שסך ההארכות שנקבעו שלא בנוכחות החשוד לא יארך מ-144 שעות או מן הזמן שנשאר עד תום 20 הימים, לפי הקצר בהם (ההסדר בהוראה הקודמת אפשר הארכת מעצר שלא בנוכחות העצור בפרק זמן שלא יארך מן הזמן שנשאר עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו¹³ ולא הגביל את הארכת המעצר בידי בית המשפט בכל דיון).

הסדר זה שאומץ בהצעה, לא רק שאינו מתיישב עם רוח פסק הדין של בית המשפט העליון, הוא אף מנוגד ניגוד גמור לעמדת רוב השופטים. בדיקה מדוקדקת של פסיקת בית המשפט מעלה שהשינויים שהוכנסו בהוראה אחרי שנפסלה, אין בהם כדי להתגבר על אי-החוקתיות אשר הביאה את בית המשפט לידי פסילת סעיף 5 המקורי.

¹² כל הארכה של תקופה זו כפופה לאישור היועץ המשפטי.

¹³ מן הבחינה התאורטית, בית המשפט יכול להאריך את מעצרו של החשוד שלא בנוכחותו ב-19 ימים רצופים, בהנחה שהוא האריך את מעצרו בנוכחותו ביום אחד.

בבדיקת עמידת הוראת סעיף 5 במבחני המידתיות, בית המשפט קבע, ברוב דעות, כי לאור הפגיעה הקשה של הזכות להליך פלילי הוגן, הטמונה בהדרת עצור מדיון העוסק בהארכת מעצרו, מדובר באמצעי הסותר כשלעצמו את מבחן המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, היינו האמצעי הפוגע בהליך ההוגן ראוי רק אם אי-אפשר להשיג את המטרה החקיקתית באמצעות אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר) ואת המבחן השלישי (מבחן היחסיות או המידתיות במובן הצר, שלפיו האמצעי הנבחר, אפילו הוא מתאים להשגת המטרה ואפילו אין אמצעי מתון ממנו, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו ובין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית).

באשר למבחן השני המשנה לנשיאה **ריבלין** קבע (פסקה 31):

"הוראת סעיף 5 עלולה אפוא לפגוע פגיעה קשה בהליך המשפטי עצמו, באפקטיביות שלו ובהגינותו. היא פוגעת בזכותו של העצור להליך הוגן, הנגזרת מהזכות לחירות ולכבוד. יודגש: העובדה כי הוראת סעיף 5 לחוק מאפשרת למנוע את הבאתו של העצור לדיון מעצרו רק לאחר שהתקיים דיון ראשון בנוכחותו, יש בה אמנם כדי למתן את הפגיעה אך לא יותר מכך. הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרת החקירה".

באשר למבחן השלישי פסק דינו ציין השופט **ריבלין**:

" ככל שמבקשים לצמצם את הפגיעה בחקירה עקב הפסקתה לצורך קיום הליך שיפוטי, יש לבחון את האפשרות לעשות כן בדרכים שפגיעתן בזכויות העצור פחותה. כך גם, אם קיים קושי להפסיק את החקירה כדי להביא את העצור לבית המשפט, יש לבחון דרכים לצמצום הקושי הזה, דרכים שהן מידתיות יותר מאשר מניעת נוכחותו של העצור בהליך... "

לדעת המשנה לנשיאה **ריבלין**, פגיעות אחרות של המערכת בזכויות העצור מתקבלות על הדעת רק אם יש ביקורת שיפוטית על ההליך שמאפשרת לבית המשפט "לפרוץ מבעד לעיניה העצומות של אלת הצדק". לדידו, בביטול נוכחותו של העצור באולם נפגעת יכולתו של בית המשפט לבקר את החקירה ואת התנהלות המערכת באופן בלתי הפיך, ולכן סעיף 5 פוגע במידה רבה מדי בזכויות העצור.

ב"רציו" של פסק הדין איזן בית המשפט בין זכותו של החשוד להיות נוכח בדיונים לבין התועלת החקירתית שיכולה לנבוע מהימנעותו להיות נוכח והגיע למסקנה כי הזכות הראשונה גוברת. בית המשפט לא ציין, ואין זה עולה מפסק הדין, שקיימת אפשרות של איזון שונה במידה וייקבעו עילה וסעדים זמניים מחמירים יותר. להיפך, המשנה לנשיאה **ריבלין** הדגיש כי דווקא כאשר מדובר בעצור בעבירת ביטחון, "אשר יכולתו להתגונן בהליכי מעצר מוגבלת

מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו" (פסקה 28) - ובכלל זה מניעת מפגש עם עורך דין - יש להקפיד ביתר שאת בשמירה על זכותו להיות נוכח, לכל הפחות, בדיוני המעצר בנוגעים לעניינו. ההצעה היחידה שעלתה מפסק דינו של השופטים ריבלין ליעול החקירה היא בחינת דרכים נוספות שאינן כוללות מניעת נוכחותו של העצור בדיונים. מכאן שהחמרת העילה לקיום דיון כזה וצמצום הגורמים המאשרים אותו, שנקבעו בהוראת השעה המתוקנת ואומצו בהצעה, אין בהם כדי לרפא את הפגם של ניהול הליך פלילי שלא בנוכחות העצור. כאשר החשוד אינו נוכח בדיונים, בית המשפט מחליט על סמך ראיות שמגיש לו צד אחד בלבד. אמנם עורך דינו של העצור מתייצב בדיונים, אך בדרך כלל נוכחותו בהם אינה אפקטיבית עקב האפשרות למניעת מפגש ביניהם. עורך דין אשר טרם נפגש עם מרשו אינו יכול להעלות טענות מפיו ואינו יכול לייצגו כראוי. מצב דברים כזה פוגע פגיעה קשה בגרעין הזכות להליך הוגן, הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

השופטת פרוקצ'ה סיכמה את עמדת הרוב בנקודה זו כדלקמן :

" גם כאשר מדובר במצבים קיצוניים הכרוכים בסיכון חיים, שבהם הבאתו של עצור לבית המשפט עלולה להכביד באופן ניכר על פולות הרשות החוקרת..אני מצטרפת, אפוא לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה ריבלין, לפיה דין סעיף 5 להוראת השעה להתבטל כולו, בלא הותרת מרווח כלשהו המאפשר ניהול דיון שיפוטי בהליך פלילי בלא נוכחותו של העצור, אלא בכפוף להוראות הכלליות של חוק המעצרים" (ההדגשה לא במקור).

אפשר היה לחשוב על דרכים חלופיות מידתיות יותר לשמירה על רציפות החקירה שאינן פוגעות בזכותו המהותית של העצור להיות נוכח בדיונים, כגון קיום דיונים בהארכת מעצר בבית המעצר או באמצעות היוועדות חזותית (וידאו קונפרנס).¹⁴ דרכים אלה חוסכות את זמן הנסיעות של העצור אל בית המשפט וממנו, קרי מצמצמות את בעיית "טיולי החשודים" המקשה על החוקרים, וכן שומרות על רצף החקירה. אשר לקיום דיונים בבית המעצר - הפסקת החקירה לשם דיון בהארכת המעצר היא קצרה יחסית, ואין בה כדי לסכל את החקירה האינטנסיבית. העצור ישתתף בדיון בהארכת מעצרו; ולכן לא יהיה צורך לערב שופט של בית המשפט העליון. בבית המעצר יש חדרי חקירה שאפשר לקיים בהם את הדיונים, ואין כל צורך בהיערכות מיוחדת. לפי הסטטיסטיקה, מדובר בתיקים מעטים בשנה, ולכן הטרחה של השופטים בהגעה לבתי המעצר תהיה מעטה. האווירה בבית המעצר אינה מיטבית לקיום דיון שיפוטי. אך בהתחשב בחקירה האינטנסיבית הנדרשת לשם הצלת חיים במצבים מיוחדים מחד גיסא, ובצורך לשמור על גרעין הזכות להליך הוגן מאידך גיסא, דרך זו היא פתרון הולם לשמירה על שני האינטרסים. אשר לקיום דיונים באמצעות היוועדות חזותית - הדבר מעוגן בסעיף 65א לחוק סדר הדין הפלילי,¹⁵ שלפיו אפשר לקיים דיונים בהארכת מעצרים של חשודים או בשחרורם בערובה באמצעות היוועדות חזותית. מדובר בשיטה ניסיונית הנמצאת במחקר זה כמה שנים, אך חוות הדעת שניתנו

¹⁴ תקשורת בין שני מוקדים המאפשרת העברת תמונה וקול בזמן אמת.

¹⁵ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) (היוועדות חזותית-הוראת שעה), התשס"ז-2007.

בעניינה עד כה היו חיוביות. מהמחקר עולה ששביעות רצון העצורים מהדיון בהיוועדות חזותית גבוהה משביעות רצונם מדיון פרונטאלי: העצורים העידו שבהיוועדות חזותית הייתה להם הזדמנות גדולה יותר לקבל את יומם בבית המשפט. את ההסדר הזה אפשר להחיל בשניונים המחויבים גם בהארכת מעצר של החשודים בעברות ביטחון וכך למנוע את נסיעתם לבית המשפט ולהבטיח את רצף החקירה.

ההצעה לא הציעה לאמץ אף אחת מהשיטות האלה. מנסחיה בחרו, בדומה להוראת השעה, על אף דבריהם הברורים של רוב שופטי בית המשפט העליון, לאמץ הלכה למעשה את עמדת היחיד של השופטת נאור, אשר סברה כי אפשר לרפא את הפגמים החוקתיים הטמונים בסעיף 5 באמצעות קביעת עילה מחמירה יותר ומבחני זמן הדוקים יותר.

יצוין שמתוך תשעת שופטי בית המשפט העליון שדנו בתיק רק ארבעה (רובינשטיין, ביניש, גרוניס ונאור) הכירו בחוות דעתם באפשרות קביעתו של הסדר חלופי, ושניים מהם (רובינשטיין וביניש) ציינו במפורש שספק רב אם הדבר אפשרי. הנשיא גרוניס אמנם קבע שאין מניעה שהמחוקק יאמץ הסדר שונה בכל הנוגע למניעת נוכחות של חשוד בהליכי מעצר, אך הוסיף שבגיבושו של הסדר חדש בנושא יש להביא בחשבון את ההסדר הקיים בעניין מניעת מפגש של החשוד עם סנגורו. הוא ציין שלטעמו ספק אם די בקיצור התקופה.

כאמור לעיל, הוראת השעה המתוקנת שאומצה בהצעה מחמירה בכל הנוגע לאישורים הנדרשים לקיום דיון בהיעדר החשוד ולנוסחת ההסתברות, מצמצמת את מספר הימים שבהם יכול בית המשפט להאריך את מעצרו של החשוד בכל דיון וקובעת שאם חדלה להתקיים העילה שבשלה לא הובא העצור להארכת מעצרו יש להביאו לבית המשפט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 24 שעות מהמועד שבו חדלה להתקיים העילה.¹⁶

אשר להוספת הדרישה לאישור של שופט בית המשפט העליון לקיום דיון כזה - אמנם דרישה זו מבטיחה דיון שיפוטי לפני הערכאה השיפוטית העליונה, אך היא גם חוסמת את אפשרות הערעור על ההחלטה ומאפשרת רק עיון חוזר בה, שהוא הליך מצומצם הרבה יותר. נוסף על כך שופט בית המשפט העליון יחליט על סמך חומר שיגיש לו צד אחד בלבד, כלומר על יסוד נתונים חלקיים בלבד, שמטבע הדברים יוצרים הטיה בהכרעה. זאת ועוד, אם השופט טועה לקולא, טעותו עלולה להתגלות ולהיות מביכה מאוד, למשל העצור יחדל משיתוף פעולה עם חוקריו. טעות לחומרה, לעומת זאת, לא תתגלה. על כן שופט המבקש להגן על עצמו יטה להיענות לבקשה. ההכרעה השיפוטית היא אפוא הכרעה ממולכדת. העברת ההכרעה לשופט מן הערכאה העליונה אינה פותרת את בעיית ההטיה; היא מסבכת את בכירי השופטים בהליך מפוקפק.

צמצום מבחן ההסתברות בהוראת השעה המתוקנת אין בו כדי לרפא את הפגם. ההבדל בין הפסקת חקירה "עלולה למנוע סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם" ובין "אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" הוא הבדל על הנייר, ולא ברור עד כמה הוא מהותי וישים בפרקטיקה השיפוטית. קשה מאוד ליישם מבחנים הסתברותיים מעין אלה, והראיה היא ששופטים שונים קובעים קביעות הסתברותיות מנוגדות על בסיס אותם הנתונים, כפי שקרה

¹⁶ סעיף 5ג(א) להוראת השעה המתוקנת.

אצלנו בפרשות **כהנא**¹⁷ ו**אלבה**¹⁸ וכפי שעולה מן הפסיקה האמריקנית¹⁹. אין מדובר כאן בהסתברות של תהליכים פיזיקאליים, הנתונים לחוקיות של הטבע, אלא בהסתברות של התנהגות אנושית. לבית המשפט, ואפילו למומחים להתנהגות אנושית, חסרים כלים להעריך הסתברות כזאת, ולכן יישומם של המבחנים ההסתברותיים בידי השופטים הוא סובייקטיבי ואינדיבידואלי. יישום זה מתבסס על ידיעה שיפוטית, ניסיון חיים, היגיון ושכל ישר. השימוש בכלים אלה אינו יכול להביא לידי הערכה אחידה ויחידה של הסתברות הנזק במקרה נתון.²⁰ בענייננו קשה לשופטים עוד יותר לגבש הערכה הסתברותית שונה מן ההערכה שמציג הגורם הביטחוני המבקש את הארכת המעצר.

אשר ל**לקיצור תקופת הארכת המעצר** בהיעדר החשוד ל-72 שעות לכל היותר בכל דיון ולסך של 144 שעות - אמנם מדובר בהסדר שמצמצם את הפגיעה בזכויות החשוד, אך אין בו כדי להכשיר את הסעיף. לפי ההסדר החדש, יכול בית המשפט, על סמך חומר שיגיש לו צד אחד ובלא שישמע את הטיעונים הנגדיים של החשוד, להאריך את מעצרו של החשוד שלא בנוכחותו בשישה ימים שלמים, שמתווספים לימי המעצר שהוטלו על העצור בהארכת מעצרו הראשונה בנוכחותו (שביחד יכולים להסתכם ב-20 ימים), ובכל הזמן הזה יהיה העצור נתון בחקירה אינטנסיבית.

אשר לחובת הבאת העצור לבית המשפט אם חדלה להתקיים העילה שבשלה לא הובא לדיון - מדובר לכאורה בהסדר מצמצם נוסף, אך לא ברור אם ואיך הוא ייושם בפועל. הסעיף אינו מבהיר מי אמור להחליט שהעילה חדלה להתקיים ועל סמך מה הוא אמור להחליט זאת. אם הגורם המחליט הוא החוקרים, קשה מאוד לדמיין מצב שבו אחרי שיקבלו מבית המשפט כמה ימי חקירה ללא הפרעות הם יחליטו על דעתם שהעילה חדלה להתקיים, יפסיקו את החקירה ביוזמתם ויביאו את העצור לפני השופט.

4. עיון חוזר: ההצעה מציעה להכניס הגבלות גם להליך **העיון החוזר**. בית המשפט יוכל להחליט כעת לקיים עיון חוזר רק אם הוא משתכנע שיש עילה לבקשה לאחר "דיון מקדמי". לפי ההצעה, הדיון המקדמי ייערך שלא בנוכחות העצור. אם ייקבע שיש עילה לבקשה, יתקיים דיון לגופו של עניין בנוכחות החשוד, אלא אם כן בית המשפט שוכנע שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לדיון תביא קרוב לוודאי לידי סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם. הוספת ההליך של דיון מקדמי נועדה לסינון בקשות סרק של עיון חוזר המוגשות תכופות לבית המשפט כדי להפריע לחקירה. הפגיעה במסגרת הליך כזה בזכויות העצור היא מידתית לדעתנו, והוספתו מקובלת עלינו. אולם לאחר שבית המשפט יחליט שיש עילה לבקשה, אין מקום לקיים דיון לגופה של הבקשה שלא בנוכחות העצור מאותם הנימוקים שהעלינו בדבר קיום דיונים

¹⁷ דנ"פ **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145, בעמ' 187. בפסק דין כהנא ההערכות בעניין גרימתו של הביטוי שנדון למדנים ולשנאה כלפי האוכלוסייה הערבית ועידודו נקיטת מעשי אלימות נגדה נעו בין הסתברות של קרוב לוודאי ל"נטייה רעה" בלבד.

¹⁸ ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221. בפסק דין זה באו השופטים לידי מגוון מסקנות בדבר השאלה אם הביטוי שנדון שם יגרום קרוב לוודאי לפגיעה בשלום הציבור.

¹⁹ לעניין זה ראו את הניתוח של השופטת דליה דורנר, דנ"פ **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145, בעמ' 189, וההפניות המופיעות שם.

²⁰ ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות - על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא", **משפט וממשל** ז 305, בעמ' 344-346.

בהארכת מעצרו של החשוד שלא בנוכחותו. גם כאן אין בהחמרת נוסחת ההסתברות כשלעצמה כדי לרפא את הפגם וליישב את ההוראה המתוקנת עם קביעת בית המשפט העליון.

5. **הגבלת תקופת הערר ל-30 שעות:** הגבלה זו מציבה קושי רב בכל הנוגע לייצוג החשוד. כאשר ניתן גם צו מניעת מפגש, יכולתו של עורך הדין לפתח קו טיעון כלשהו בזמן המוקצב הזה היא מוגבלת ביותר. קשה למצוא טעם להוראה זו מלבד רצון להקשות על העצור להגיש ערר ולפגוע ביכולתו להגיש ערר מבוסס ומנומק כראוי.

6. **אי מסירת החלטת הערר לעצור:** ההצעה קובעת כי יישאר על כנו הסעיף המאפשר שלא להודיע לחשוד על אודות החלטת המעצר שניתנה בהיעדרו,²¹ אף שגם הוראה זו בוטלה על ידי בית המשפט העליון ואף שמדובר בהסדר שאינו ראוי במדינת חוק. הטעיית החשוד בדבר הבסיס המשפטי להמשך מעצרו היא צעד משפיל ביותר, ההופך אותו לאובייקט נטול כל יכולת לעמוד על זכויותיו, בהן זכותו להגיש ערר על החלטת המעצר, שכן אי-אפשר לתקוף החלטה שאין יודעים עליה. גם אם עורך הדין שנכח בדיון יחליט להגיש ערר, יכולתו להעלות טענות ללא שיתוף העצור תהיה מוגבלת ביותר. זאת ועוד, אחרי שתחלוף תקופת המעצר שנקבעה בנוכחות החשוד הוא עלול לחשוש כי הוצא מהגנת החוק. מצב דברים כזה ייצור חוסר ודאות מובנה בעניין חוקיות שלילת חירותו של העצור, ואף יפגע בזכותו להתנגד למעצר לא חוקי בכלים משפטיים. מן הראוי לציין שהוראה זו הוכנסה להוראת השעה המתוקנת בלא שנעשו בה שינויים כלשהם בעקבות החלטת בית המשפט העליון. נוסף על כך מסיבה שאינה ברורה מאפשר סעיף זה לבית המשפט להורות על הסתרת ההחלטה מהחשוד בעילה שהיא רחבה יותר מהעילה המאפשרת קיום דיון בהיעדר החשוד מלכתחילה: "אם שוכנע כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם". לא ברור לנו כיצד יכול להתקיים קשר רציונאלי בין אי-מסירת הודעה כאמור ובין סיכול עברת ביטחון או מניעת פגיעה בחיי אדם. ואולם עצם קיומה של סמכות כזאת עלול להביא לידי שימוש בה, גם כאשר לא מתקיים קשר כזה.

מן הראוי לציין כי התזכיר המקורי הגביל את הסמכות הזו רק להחלטות בערר שניתנו שלא בנוכחות העצור.

7. בנוסף לכל ההגבלות בהוראת השעה המתוקנת, הצעת החוק מציעה הגבלה נוספת על זכויות העצורים החשודים בעבירת ביטחון: מוצע למנוע מעורך דין או כל עורך דין אחר ממשרדו המבקש להיפגש עם עצור החשוד בעבירת טרור חמורה מלהיפגש עם עצור אחר באותה פרשה אם פגישה כזו עלולה לשבש את החקירה. בנוסף, מוצע לקבוע כי מניעת פגישה כאמור לתקופה העולה על 30 ימים, תהיה באישור היועץ המשפטי לממשלה. מדובר בהגבלה שאינה קיימת בתיקים פליליים רגילים, ואשר פוגעת בזכותו של העצור לבחור לעצמו כל עורך דין

²¹ סעיף 5ג(ב) להוראת השעה המתוקנת.

שירצה. בהנחה שאין בעצם ייצוג שני העצורים משום ניגוד אינטרסים²², אין מקום להגביל את הייצוג לא על יסוד של חשד קונקרטי לפעולה בלתי חוקית על ידי עורך הדין; מה גם שדווקא ייצוג משותף עשוי לשרת את האינטרסים של כל הנאשמים²³. הגבלה זו מצטרפת להגבלות האחרות המוטלות על העצור ועל כן אינה מידתית.

כל הביקורת הנ"ל נכונה כפליים, כאשר לא מדובר ב"הוראת שעה", אשר באה להתמודד עם מצב זמני וספציפי, ודורשת הארכה מזמן לזמן, אלא בחוק שאמור להישאר קבוע לאורך זמן.

סיכום

הבעיה המרכזית של מעצר הימים היא הסודיות שלו וניתוקו של החשוד מהעולם החיצון. ניתוק כזה מגביר את החשש לשימוש באמצעים פסולים ע"י הגורם החוקר במטרה "לשבור" את העצור.

מלבד הופעת החשוד בפני השופט לצורך הארכת מעצרו, ופגישתו עם עורך דינו כ-3 שבועות אחרי מעצרו הראשוני, חוק המעצרים וההצעה אינם מספקים לעצורים בעבירות ביטחון ערביות אחרות במהלך מעצרו שיכולות להפחית מהחשש הנ"ל:

- א. ניתן למשל לחשוב על אופציה של ביקור העצורים ע"י גופים חיצוניים המוסכמים על ידי המערכת לבדיקת שלומם, כגון שופטים, וכן קיום דיונים באמצעות וידיאו קונפרנס למשל.
- ב. בנוסף לכך, אפשר לחשוב על מנגנון בדיקת העצור ע"י רופא חיצוני כל כמה ימים; בצרפת למשל, העצור יכול לבקש בדיקה רפואית בכל שלב של מעצרו; ואם המעצר הוא יותר מ-96 שעות, הבדיקה הרפואית הופכת להיות אוטומטית. החוק הספרדי מספק גם הוא אופציה כזו אבל שם הרופא שיבדוק את החשוד ממונה ע"י המדינה להבדיל מרופא פרטי שהחשוד בוחר. לדעתנו, יש חשיבות מכרעת לכך שהרופא יהיה רופא פרטי, אם יוחלט לאמץ שיטת בקרה כזו.

מכל האמור לעיל, אנו מתנגדים לחקיקת סעיפים 45 – 57 המוצעים.

טו. הערה באשר לאי-ביטול תקנות ההגנה (שעת חירום)

תקנות 84 ו-85 לתקנות שעת חירום מתייחסות להתאחדות בלתי מותרת וקובעות את העברות הקשורות בה. בתקנה 84(1) לתקנות יש שתי הגדרות חלופיות להתאחדות בלתי מותרת:

²² סעיף 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).
²³ ע"פ 2130/95 פאטמה בשיר נגד מדינת ישראל, פד"י נ"א, 456;

- (1) בחלק זה פירושו של הביטוי "התאחדות בלתי-מותרת" הוא כל חבר בני אדם, בין שהוא מאוגד ובין שאינו מאוגד, ויהיה לו כל שם שהוא (אם יש לו שם) מזמן לזמן, אשר –
- (א) ממליץ, מסית, או מעודד בחוקתו או בתעמולתו אחת מן הפעולות הבלתי-מותרות הבאות, היינו –
- (I) מיגור חוקתה של ישראל או ממשלת ישראל בכוח-הזרוע או באלימות ;
- (II) גרימת שואה או בוז, או הסתה לאיבה, כלפי ממשלת ישראל או שר משריה בתפקידו הרשמי ;
- (III) השמדת רכושה של ממשלת ישראל, או פגיעה בו ;
- (IV) מעשי טרור המכוונים כנגד ממשלת ישראל או כנגד עובדיה, או שעשה איזה מעשים כאלה הנזכרים בפסקת-משנה (II), (III) או (IV) של הפסקה הזאת, או התיימר שהיה אחראי להם, או מעורב בהם ; או
- (ב) הכריז עליו שר הבטחון שהוא התאחדות בלתי-מותרת, כולל, כל סניף, מרכז, ועד, קבוצה, סיעה או מוסד של כל חבר כזה.

בדברי ההסבר נאמר במפורש שהאפשרות להכריז על ארגון טרור נועדה להחליף את ההכרזות לפי הפקודה למניעת טרור, חוק איסור מימון טרור ותקנות שעת חירום ; אך בעוד סעיפים 112 - 113 להצעת החוק מבטלים את החוק לאיסור מימון טרור ואת הפקודה למניעת טרור, אין כך הדבר בנוגע לסעיפים הרלוונטיים בתקנות שעת חירום.

תקנה 184(א) לא דורשת הכרזה, אבל יש לה מקבילה מלאה בחוק הטרור. הדבר אמור במיוחד ביחס לתקנה 184(א)(IV), המתייחסת במפורש לארגוני טרור. בנוגע לשאר הנסיבות אפשר אמנם לטעון שצריך להשאירן בתוקף לגבי ארגונים שאינם מעורבים בטרור, אך למעשה גם סעיפים קטנים (I) ו-(III) נכללים בהגדרת "ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור (הגדרה שאף היא אינה דורשת הכרזה לצורך קיומה). אשר לסעיף קטן (II), אפשר אמנם להכלילו בצורה משתמעת מהכתוב בחוק החדש, אך ממילא דומה שסעיף זה הוא ארכאי ומוגזם בכל הנוגע להגבלה שהוא מטיל על חופש הביטוי²⁴. לכן, לדעתנו, יש לבטל לחלוטין את תקנה 184(א).

תקנה 184(ב) מאפשרת להכריז ללא כל הסבר על הנסיבות שבהן הוכרזה ההתאחדות. הנוהל המוצע בהצעת החוק נועד לאפשר זכות שימוע והתנגדות באופן שכלל אינו קיים לפי תקנות שעת חירום. כאמור, תהליך ההכרזה על ארגון טרור נועד להחליף את תהליך הכרזה לפי תקנה זו ולכן אין סיבה ממשית לשמר את התקנה הזו.

²⁴ ראו מרדכי קרמניצר ומיכל צור - מחקר מדיניות מס' 16 – תקנות ההגנה – שעת חירום, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תקנה 84(2) כוללות הוראות חילוט והעברת מידע ביחס להתאחדות לא חוקית שהוכרזה על ידי שר הביטחון. הוראות אלו נכללות בהצעת החוק. כפי שצוין לעיל, מאחר שאין צורך יותר בהכרזה לפי תקנה 84(1)(ב) גם אין צורך בשימורה של תקנה 84(2) ואפשר לבטלה.

תקנה 85 מקימה כמה עברות הקשורות, בין השאר, לחברות, לניהול ולסיוע להתאחדות לא חוקית. העברות הללו מכוסות באופן מלא בהצעת החוק; לכן, מאחר שלדעתנו יש לבטל את תקנה 84 המגדירה התאחדות לא חוקית, אין צורך גם בתקנה 85, הקובעת עברות ביחס להתאחדות לא חוקית כזו.

טז. מבוא לפרקים ו' ו-ז' ל להצעת החוק : חילוטים

הצעת החוק מתייחסת לשלושה מסלולים של חילוט: לאחר הרשעה בהליך פלילי (להלן: חילוט פלילי), שלא אגב הליך פלילי (להלן: חילוט אזרחי; פרק ו' להצעת החוק) וחילוט מנהלי (פרק ז' להצעת החוק). נקדים ונאמר כי התחושה המסתמנת מקריאת ההצעה היא שההצעה "יורה" לכל הכיוונים ומנסה לתפוס, בו-זמנית, כל מה שרק אפשר. מסלולי החילוט המוצעים בחלקם חופפים, בחלקם לא נחוצים ובחלקם מופרזים בהיקפם ובפגיעתם בזכויות הקנייניות. בה בעת הצעת החוק אינה מבקשת לבטל את הוראות החילוט המקבילות המוסדרות בתקנות שעת חירום.

אין ויכוח כי במאבק בטרור יש צורך בכלים רבים ובהם כלים הפונים לפן הכלכלי והקנייני של ארגוני הטרור ופעילי הטרור. עם זאת, המאבק בטרור במסגרת המדינה הדמוקרטית חייב להיות מידתי ולהתבצע אגב שמירה על מגבלות חוקתיות ובראשן, בישראל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הניתוח להלן של פרקי החילוט מורכב מארבעה חלקים. בחלק הראשון אנו מבקשים לבדוק את המטרה הכללית של החילוט שבהצעת החוק, תוך השוואה של נוסח הסעיפים הרלוונטיים ותכליתם לכתוב בהצעה. בחלק השני ייבדק פרק ו' להצעת החוק, הכולל את החילוט הפלילי, את החילוט האזרחי, הוראות כלליות וסעדים זמניים. החלק השלישי בניתוח בודק את הוראות התפיסה והחילוט המנהליים המופיעים בפרק ז'. החלק האחרון בודק את ההתאמה בין הוראות החילוט המוצעות בהצעת החוק לבין דרישות האמנה הבין-לאומית למניעת מימון טרור מ-1999, שישראל צד לה.

הביקורת שלנו על פרקי החילוט מורכבת בעיקרה משניים: ביקורת הנוגעת להסדרים ספציפיים וביקורת הנוגעת לשילוב של ההגדרות הרחבות שבהצעה ("ארגון טרור", "עברת טרור", "מעשה טרור" ו"חבר בארגון טרור") עם ההסדרים הספציפיים של החילוט ומשמעותם בפועל.

לדעתנו יש לראות בחילוט אמצעי הכולל פן עונשי ולא אך אמצעי מניעתי או הרתעתי שנועד לפגוע כלכלית בתשתית הטרור. כפי שיוסבר להלן, יש לצמצם את תחולת החילוט הפלילי, לבטל את החלקים החופפים בחילוט האזרחי (ביחס לחילוט הפלילי), ולצמצם במידה ניכרת את החילוט המנהלי ולבססו כאמצעי מניעתי בלבד ולא כאמצעי עונשי.

הפסיקה הכירה בגישה שלפיה מהותם של הסדרים משפטיים תיקבע לא על פי הכותרת שניתנה לפעולה משפטית, כי אם עלפי מהותה ותכליתה של אותה פעולה.²⁵ מהו, אם כן, טיבו של החילוט?

על הקושי לסווג את החילוט כהוראה פלילית או אזרחית פסק השופט ברק:²⁶

[...] רבים המבוכה וחוסר הוודאות השוררים בתחום עיוני זה. ייתכן שהדבר אינהרנטי למטריה הנדונה, באופן שאין למצוא כלל מבחן למהות העבירה ולתכונות הענישה. ייתכן שהסוגיה העיונית האמורה טרם פותחה כראוי. יהא עניין זה כאשר יהיה, אין למצוא בו מצפן ראוי לילך על-פיו, שכן על נקלה מוצא עצמו הפרשן במעגל שוטה, כאשר מהותה העבריינית של ההתנהגות נקבעת לעתים על-פי הענישה בכלל והקנס בפרט, המוטלים על אותה התנהגות, ואילו מהותם הפלילית של הענישה והקנס נקבעת על-פי המהות העבריינית של ההתנהגות. אכן, אין לו מנוס לפרשן אלא לפנות לחוק, שאת פירושו הוא מבקש לחשוף, תוך ניסיון לדלות מתוכו את המשמעות, שהמחוקק ביקש להעניק במסגרתו של אותו חוק למושגים 'עונש' ו'קנס'.

יש בפסיקה התייחסויות מגוונות לשאלה אם החילוט הוא עונש. בפסיקה שעסקה בפקודת סדר הדין הפלילי נפסק שהחילוט, על פי טיבו, מכוון לפגוע בזכות קניינית של העבריין ודינו כדין עונש שהוטל עליו.²⁷ לעומת זאת, בפסיקה שעסקה בחילוט לפי פקודת הסמים המסוכנים²⁸ נקבע שהחילוט אינו עונש במעמד דומה לזה של קנס או של מאסר.²⁹

על פי פלטשר יש במשפט המקובל שני סוגים של חילוט:³⁰

The first of these was the law of deodands, which prescribed the forfeiture to the Crown of all instruments causing death [...] The second [...] lay in the practice of forfeiting the worldly goods of all persons who caused the death of another.

לשיטתו של פלטשר, אם הקשר בין הרכוש למעשה האסור חזק אזי חילוטו הוא סנקציה אזרחית במהותה, שכן הרציונל שבבסיסו הוא פיצוי למדינה או לנפגע בגין הנזק שגרם הרכוש (סוג החילוט הראשון). רציונל זה נחלש כשמחולט רכוש שאינו קשור ישירות לביצוע עברה ולנזק שנגרם בעקבותיו,

²⁵ ע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 - עניין בטלות יחסית; ע"פ 231/76 פרידמן נ' מ"י, פ"ד, פ"ד לא(1) 309 - עניין בחינת מהותה של עיסקה; ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מ"י, פ"ד נב(3) 766, 787 - עניין סיווג הליך חקירה; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 375. להרחבה בעניין סיווג החילוט כ"פלילי" או "אזרחי" ראה: ע"פ 4062/99 סבג נ' מ"י, פ"ד נה(1), 507, 512-513 (1999) (להלן: "עניין סבג").

וחילוט כזה יש לראות כענישה (סוג החילוט השני).³¹

אם כן, הספרות מכירה בקיומו של היבט עונשי בחילוט שאינו קשור לעברה. כאשר מיישמים זאת על הצעת החוק אפשר לזהות מדרג: ככל שהקשר בין הרכוש המחולט לביצוע העברה נחלש כך מתגבר הפן העונשי של החילוט. לעניין זה, למעט חילוט הרכוש הקונקרטי שבו נעברה העברה, כל אפשרויות החילוט בהצעת החוק הן בעלות אופי עונשי. בקצה המדרג נמצא את חילוט רכושם של צדדים שלישיים – חילוט שהוא אקט עונשי לכל דבר ועניין.

חילוט פלילי

כאמור לעיל, ולמרות ההצהרות שבהצעה, לדעתנו חילוט פלילי הוא אמצעי עונשי. אחת המטרות של ענישה היא הרתעה כללית. העובדה שמטרתו של אמצעי – הגורם סבל, אי-נעימות או שלילת זכות – היא "הרתעה כללית" אין פירושה שלא מדובר באמצעי עונשי; יתר על כן, המטרה הראשונה והעיקרית של כלל האיסורים והעונשים הפליליים היא הרתעה כללית. בחילוט הפלילי מתקיימים כל היסודות של "עונש משפטי": מדובר בהרעה מכוונת במצבו של אדם בשל עברה על כללי המשפט, הנגרמת על ידי אורגן המוסמך לגורמה בשיטת המשפט שכלליה הופרו. מטרתו המוצהרת של החילוט אינה למנוע שימוש עתידי בנכס לצורך ביצוע עברה – מטרה היכולה להיחשב, בנסיבות מסוימות, כמטרה מניעתית; מטרתו של החילוט היא להרתיע מבצעים בכוח מביצוע עברות דומות בעתיד. קשה אפוא להגדיר את החילוט כאמצעי מניעתי במובן המקובל של מושג זה. גם אם נאמר שאין מדובר באמצעי שהוא רק עונשי או עונשי טהור, אי-אפשר להתעלם מכך שיש בו היבט עונשי מובהק. כאשר מאפשרים חילוט של רכוש שאינו קשור כלל בעברה מתרחקים מתפיסה של אמצעי מנע וממחישים דווקא את האופי העונשי המובהק של החילוט.

חילוט אזרחי

בהצעה נקבעו כמה עברות פליליות. החילוט – פלילי ואזרחי – הוא אחד האמצעים לאכיפתן. מבחינת

²⁶ ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מ"י, פ"ד לה(4) 625, 929

²⁷ עניין סבג, לעיל הערה 6; ראה גם: ע"פ 6234/03 מ"י נ' מראד זיתאוי, תק-על 2005(1), 3032, 3035 (2005); ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מ"י, פ"ד מח(3), 238 (1994); ע"פ 4148/92 מועד נ' מ"י (לא פורסם); בש"פ 2757/03 סלמאן נ' מ"י (לא פורסם), וכן סעיפים 32 ו-39 (א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט 1969.

²⁸ פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973

²⁹ ע"פ 7475/95 מ"י נ' בן שטרית, פ"ד נב(2) 38. לעמדה דומה ראו ע"פ 7376/02 כהן נ' מ"י, פ"ד נו(4) 558.

³⁰ George P.Fletcher, Rethinking Criminal Law (Oxford University Press – 2000), pp. 343-344

³¹ שם. 343-345.

טיבו, מדובר בהליך שתוצאתו היא שלילת רכוש. זו תוצאה בעלת אופי עונשי, שכן אין דרישה לקשר כלשהו בין הנזק שנגרם לבין היקף החילוט. במצב דברים זה מתחזקת התחושה שמטרת החילוט היא ענישה. כאמור, כל שנדרש בחוק הוא כי הרכוש הקשור לעברת טרור³² הוא רכוש של ארגון טרור³³ או שהוא שוויו של רכוש הקשור לעברת טרור, ובלבד שהוא שייך למי שביצע את העברה.³⁴ חיזוק לעמדה זו אפשר למצוא בהצעת החוק, שבו צוין כי המטרה הראשונה של החילוט היא פגיעה בתשתית הכלכלית של ארגוני הטרור.

כמו כן, מסעיף 65(א)(2) להצעה עולה כי חילוט רכוש בהליך אזרחי עשוי להיות, במידה רבה, תחליף לענישה פלילית. אפשר, בין השאר, לחלט רכוש שווה ערך לרכוש הקשור לעברה כשאי-אפשר להגיש כתב אישום בשל העובדה שמבצע העברה אינו נמצא בישראל דרך קבע ולכן אי-אפשר להגיש נגדו כתב אישום או לנהל נגדו הליך פלילי.

עוד נקבע בסעיף 69 להצעה כי בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש אם טוען לזכות הוכיח את זכותו ברכוש ונוסף על כך התקיים אחד משני תנאים חלופיים: (1) הטוען לזכות רכש את הזכות ברכוש לפני ביצוע עברת הטרור שבקשר אליה התבקש חילוט הרכוש, או לפני שהרכוש היה לרכוש של ארגון טרור, לפי העניין, והרכוש היה לרכוש הקשור בעברת טרור, או רכוש של ארגון טרור, לפי העניין, ללא ידיעתו או על אף התנגדותו; או, (2) הטוען לזכות רכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב בלי שידע או שיכול היה לדעת כי הרכוש הוא רכוש טרור.

עולה מההצעה כי המטרה השנייה של החילוט היא הרתעה. הליכי החילוט נועדו להרתיע עבריינים בכוח מלבצע עברות טרור בשל החשש מפני ההשלכות הכלכליות שעלולות להיות לביצוע העברות על הרכוש הקשור לעברה. ההרתעה אינה מאיינת את טיבו העונשי של הליך זה, שכן זו אחת התכליות העיקריות של דיני העונשין ושל העונשים המוטלים בגדרם. זאת ועוד: מההסבר לפרק החילוט בהצעת החוק, שניתן בדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת מניעת טרור,³⁵ נמצא כי לשיטת מנסחי החוק הטלת קנס היא עונש משום שהיא מביאה לפגיעה ברכוש. בהמשך הדברים הוסבר, לעניין ההרתעה: "אם אנחנו רוצים להשתמש ברכוש כדי להרתיע, בדרך כלל אנחנו עושים את זה במסגרת גזר דין שאחרי הליך פלילי, שאז בית המשפט רשאי גם להטיל קנסות, ואז אנחנו פוגעים ברכושו של הנידון בלי שום קשר לאם הרכוש הזה נגוע או לא".³⁶ אם כן, אי-אפשר להתחמק: ההרתעה והענישה שלובים זו בזו.

אם כן, כפי שעולה מהצעת החוק, יש בחילוט היבט עונשי הגם שכותרתו "חילוט אזרחי". להבחנה זו יש חשיבות מכרעת מבחינה מעשית לאיסורים הקבועים בחוק הפלילי כגון ענישה למפרע, איסור על

³² סעיף 58(א)(1) להצעה.

³³ ש.ס. סעיף 58(א)(3)

³⁴ ש.ס. סעיף 58(א)(2)

³⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת מניעת טרור (חילוט רכוש אדם שביצע מעשה טרור), התשס"ט-2009, של חה"כ דני דנון.

³⁶ עו"ד נעמה פויכטונגר, מחלקת ייעוץ וחקיקה פלילי, משרד המשפטים - פרוטוקול מס' 218, ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט

(28 יוני, 2010)

סיכון כפול וכדומה, כמו גם ההצדקה לאפשרות של תפיסת רכוש בצו מנהלי ולאחר מכן חילוטו. נוסף על כך, לעובדה זו צריכה להיות משמעות בכל הנוגע לרמת הסף הביקורתי עת בוחנים את סעיפי החילוט הקבועים בהצעה. זאת, דווקא בשל יחס הגומלין ההדוק בין עוצמת הסנקציה לבין היקף הפגיעה באדם שעליו מבקשים להטיל אותה. הצורך לעשות כן קיבל חיזוק לאחר קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועיגונה של זכות הקניין בגדרו.

יז. פרק ו': חילוט שיפוטי וסעדים זמניים

1. סימן א': חילוט רכוש לאחר הרשעה בהליך פלילי (סעיפים 58 - 63)

(א) תמצית

סעיפים אלה מסדירים את סמכותו של בית המשפט, בעקבות הרשעה בעברת טרור, לחלט רכוש הקשור לעברת טרור (להלן: חילוט פלילי). בירור הטענות הנוגעות לחילוט יכול להיעשות במהלך הדיון או לאחר מתן גזר הדין, אם ראה בית המשפט כי בירור הטענות עלול להקשות על סיום הדיון בהליך הפלילי.³⁷

ההצעה מעלה שני מסלולי-משנה לחילוט: **חילוט חובה**, של רכוש של מי שהורשע בעברת טרור, אם מדובר ברכוש הקשור לעברה לפי תת סעיף (2) להגדרה זו (קרי הושג כשכר או כתגמול בעד ביצוע עבירה, יועד להיות שכר או תגמול בעד ביצועה או הושג כתוצאה מביצועה) או בשווה ערך לו או אם מדובר ברכוש הקשור לעברה או ברכוש שהנידון מימן את רכישתו או העבירו לאחר בלא תמורה, או בתמורה הנמוכה במידה לא סבירה ביחס לערכו של הנכס, במטרה להבריח את הנכס ולמנוע את חילוטו **חילוט רשות**, בנוגע לרכוש הקשור לעבירה לפי תת סעיף (1) להגדרה (נעברה בו עבירה או שהוא שימש לביצוע עבירה), איפשר או קידם ביצוע עבירה או יועד לביצוע עבירה) של רכוש שאינו של מי שהורשע בעברת טרור,

ההצעה גם מציעה הסדר מיוחד למי שהורשע בעברה של ניהול ארגון טרור (סעיף 59): בית המשפט, לבקשת תובע, יהיה רשאי לצוות כי נוסף על העונש הקבוע בחוק לעברה, יחולט רכוש של ארגון הטרור שבראשו עומד הנידון.

נוסף על כך, סעיף 63 להצעה מאפשר לתובע לבקש מבית המשפט שדן בעברה לחלט רכוש שהתגלה לאחר מתן גזר הדין, אם אפשר היה לבקש את חילוטו אילו התגלה לפני כן.

אשר להודעה על בקשה לחילוט רכוש וזכות טיעון מוצע כי תימסר הודעה לטוענים פוטנציאליים לזכויות ברכוש, למעט ארגון טרור, אם הם ידועים ואפשר לאתרם כדי לתת להם הזדמנות לטעון נגד החילוט.

³⁷ סעיף 58 להצעת החוק.

(ב) השוואה לדין החל

אשר לחילוט לאחר הרשעה, חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור) קובע הסדר מצומצם במידה ניכרת מההסדר המוצע בהצעה. חוק איסור מימון טרור מאפשר חילוט של רכוש הקשור לעברה רק בעקבות הרשעה באחת משתי עברות: פעולה ברכוש למטרות טרור או פעולה ברכוש טרור. אמנם החילוט לאחר הרשעה הוא בעיקרון חילוט חובה, אך חוק איסור מימון טרור משאיר לשופט הדין בחילוט שיקול דעת להימנע ממנו מנימוקים מיוחדים שיפרט.³⁸

לפי חוק איסור מימון הטרור, בשונה מההצעה, חילוט רכוש שהוא שווה ערך לרכוש שבו נעברה העברה ייעשה רק אם לא נמצא אצל המורשע רכוש הקשור לעברה בשל מעשה שעשה שלא בתום לב.³⁹

המסלול של חילוט רשות, בכל הנוגע לרכוש הקשור לעברה, דומה לזה המוצע בהצעה. אשר לרכוש שאינו קשור לעברה אך הועבר לצד ג' שלא בתום לב, חוק איסור מימון טרור מאפשר לחלט גם רכוש זה אך רק אם לא נמצא רכוש של המורשע הקשור לעברה או השווה בערכו לרכוש כאמור.⁴⁰

חוק איסור מימון טרור אינו כולל הוראה המאפשרת חילוט של רכוש שהתגלה אחרי מתן גזר הדין.

(ג) ביקורת

(1) חילוט חובה

כפי שהסברנו, לפי ההצעה בית המשפט חייב, לאחר הרשעתו של הנידון בכל עברת טרור, לחלט כל רכוש הקשור לעברת הטרור שבה הורשע כאשר הרכוש מהווה שכר או תגמול לביצוע העבירה. כזכור, ההגדרות של עברת טרור, מעשה טרור, חבר בארגון טרור וארגון טרור בהצעה הן רחבות מאוד, וכתוצאה מכך ההצעה מכניסה תחת אותו סל של "טרור" שלל מעשים והתנהגויות הראויות להתייחסות אחרת – בין היתר בעניין החילוט. לפי המוצע, למשל, ייתכנו המצבים האלה:

- אדם שניהל לפני שנים רבות גן ילדים מטעם החמאס נחשב לפי ההצעה חבר בארגון טרור ועל כן יש חובה לחלט את השכר שהוא קיבל מהחמאס או את שווי.
- נהג באוטובוס שעליו שלט התומך בחמאס עובר עברה של הזדהות פומבית עם הארגון, ועל כן חובה לחלט את האוטובוס.
- גם סיוע ברשלנות נחשב עברה לפי ההצעה, משמע: מתן הסעה, הלנה, כסף או מקרקעין לאחר, כשיש יסוד סביר להניח שיהיה בכך כדי לסייע לו לבצע עברה, נחשב מעשה טרור ומחייב חילוט אמצעים

³⁸ סעיף 12 לחוק איסור מימון טרור.

³⁹ סעיף 13 לחוק איסור מימון טרור.

⁴⁰ סעיפים 13-14 לחוק איסור מימון טרור.

אלה, גם אם נותן השירות או האמצעים לא עשה זאת במודע. לפי דוגמה זו, נותן השירות הוא הנידון, כך שהסייגים לחילוט רכוש של צד ג' המופיעים בסעיף 62 להצעה אינם רלוונטיים לגביו.

חיוב בית המשפט לחלט את הרכוש בלא מתן שיקול דעת לשופט לבחון כל מקרה לגופו אינו ראוי ויכול ליצור מצבים אבסורדיים כגון אלה שפורטו לעיל. באוסטרליה, למשל, חילוט החובה חל רק על רכוש שהוא פרי העברה; ביחס לכל השאר מדובר בחילוט רשות. במסגרת זו, בית המשפט רשאי להביא בחשבון כל קושי שעלול להיגרם לכל אדם כתוצאה מצו החילוט, את אופיו של השימוש הרגיל ברכוש ואת חומרת העברה.⁴¹

אשר על כן אנו מציעים להשאיר לשופט שיקול דעת, בדומה להסדר הקבוע בחוק איסור מימון טרור, ולא לצמצם אותו אך ורק למצבים של פגיעה לא סבירה, כמוצב בסעיף 50(ג) להצעת החוק.

החלה של הסדר החילוט על כל הרשעה ב"עברת טרור" אינה ראויה גם היא בשל ההגדרה הרחבה שנתנה הצעת החוק למונח זה ובשל העונשים החמורים הקבועים בהצעה לעברות הטרור בכלל. לדעתנו, יש להגביל את החילוט למספר מצומצם של עברות חמורות במיוחד ומוגדרות מראש. באנגליה, למשל, אפשר לבצע חילוט פלילי לאחר הרשעה רק במספר מצומצם של עברות, שכולן קשורות ברכוש של פעולות טרור; לפי סעיפים 15-18 לחוק האנגלי (terrorism act),⁴² בית המשפט רשאי להוציא צו חילוט לרכוש הטרור כמפורט להלן:

- הורשע אדם בעברות של הזמנת מימון לפעילות טרור, קבלת המימון ושימוש בו – בית המשפט רשאי לצוות על חילוט כסף או כל רכוש אחר שהיה בהחזקתו או בשליטתו של אותו אדם בזמן ביצוע העברה ואמור היה לשמש למטרות טרור, או שהיה יסוד סביר לחשד שישמש לכך.
- הורשע אדם בכך שסיפק רכוש לאחר בזמן שידע או שהיה לו יסוד סביר לחשד שהרכוש ישמש או עשוי לשמש למטרות טרור – בית המשפט רשאי לצוות על חילוט של כסף או של כל רכוש אחר כאמור לעיל.
- הורשע אדם במעורבות בהסכם למימון פעילות טרור – בית המשפט רשאי לצוות על חילוט של כסף או של כל רכוש אחר שאליו מתייחס הסכם המימון.
- הורשע אדם בעברה של הלבנת הון הקשורה לטרור – בית המשפט רשאי לצוות על חילוט של כסף או של כל רכוש אחר שאליו מתייחס ההסדר.

כאמור, סעיף 59 להצעת החוק מציע הסדר חילוט מיוחד למורשעים בעברה של ניהול ארגון טרור. כפי שיוסבר להלן, הסדר זה אינו נחוץ: את רכושו של ארגון טרור אפשר לחלט בחילוט אזרחי בכל עת, גם בלא שמישהו מחברי הארגון יורשע בפלילים. סעיף 2(8) לחוק המאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 (להלן: חוק המאבק בארגוני פשיעה) כולל הסדר דומה, בתוספת סייג שלפיו בבואו של בית המשפט ליתן צו חילוט רכוש לפי פסקה זו, יביא בחשבון שיקוליו את היקף הפעילות הפלילית של ארגון הפשיעה. סייג זה לא

⁴¹ Proceeds of crime act 2002, No. 85, 2002, סעיף 48.

⁴² Terrorism Act 2000

אומץ בהצעת החוק, אף על פי שהוא חיוני במיוחד בשל ההגדרה הרחבה שנתנה ההצעה לארגון טרור, הכוללת גם ארגוני מעטפת.

כאמור, גם ההגדרה של "ניהול ארגון טרור" היא רחבה וכוללת ניהול והכוונה כלשהי של פעילותו של ארגון. הכללה מוגזמת של ארגוני מעטפת וארגונים הומניטריים כארגוני טרור הופכת גם הכוונה של פעילויות תמימות לעברה חמורה, שנוסף על עונש החמור הקבוע בצדה גוררת סנקציה נוספת – חילוט רכושם של ארגונים כאלה.

סעיף 61 להצעת החוק קובע כי לא תינתן הודעת חילוט לארגון הטרור. לדידנו, לא ברור מדוע אין לתת הודעה כזו לארגון הטרור, בכפוף לחשש למילוט נכסים. הארגון יוכל לאתר בעלי זכויות שלישיות ולהבהיר אם הרכוש אכן משמש לביצוע פעולות טרור או למימון. כפי שיוסבר להלן, אפשרות זו ניתנת לארגון בהליך אזרחי, לפי החוק המוצע, ואין סיבה לא להפעיל הוראה מסויגת דומה בהליך הפלילי.

כפי שצוין לעיל, הצעת החוק מציעה לאפשר גם חילוט רכוש שהתגלה לאחר מתן גזר הדין.⁴³ לא זו בלבד שהסדר זה בעייתי בהיותו פוגע בעיקרון בדבר סופיות הדין, הוא גם אינו נחוץ לאור האפשרות לחלט רכוש הקשור לעברת טרור או רכוש של ארגון טרור בהליך אזרחי, שאינו מצריך הרשעה קודמת בהליך הפלילי או במסלול המנהלי. יצוין כי לא מצאנו הסדר דומה במדינות אחרות.

יש מקום לציין כי הסעיף בחוק לאיסור הלבנת הון⁴⁴ שאילו מפנה ההצעה מתייחס בכלל לחילוט אזרחי ואינו רלוונטי.

(2) חילוט רשות

ההצעה להפוך חילוט רשות למסלול נוסף על חילוט חובה היא בעייתית בשל הפגיעה האפשרית – בעיקר בחלק הראשון של ההסדר – בצדדים שלישיים ובזכות הקניין שלהם. ההסבר בהצעת החוק שלפיו מדובר ברכוש הראוי לחילוט אינו משכנע. מדובר בחילוט במסלול הפלילי, והצד שחילוט רכושו מתבקש לא הורשע ואין לו קשר לביצוע העברה. גם אם הרכוש ראוי לחילוט בהיותו קשור לעברה לא נובע מכך שאפשר לחלטו בכל מצב, בייחוד כשההגדרה של רכוש הקשור לעברה עצמה היא רחבה במיוחד. זכות הקניין היא זכות יסוד וכדי לפגוע בה יש להשתמש באמצעי הפוגעני פחות. במקרה זה, האמצעי הפחות פוגעני הוא חילוט רכושו של הנידון ששימש לביצוע העברה – ורק משלא נמצא רכוש כזה אפשר לפנות לחילוט רכושו של צד ג'.

בסעיף 69 להצעת החוק מצוי אמנם סייג המונע חילוט רכוש של צד ג' שלא ידע ולא הסכים שהרכוש שבבעלותו ישמש לעברת טרור. אולם, אין בכך די כדי למנוע תוצאות אבסורדיות ולא מוצדקות של הסדר זה, במיוחד כאמור בשל ההגדרה הרחבה של עברת טרור בהצעה. כך, למשל, אדם שמשכיר בניין מתוך ידיעה שיוקם בו גן ילדים המשויך פוליטית לחמאס מסתכן בחילוט הבניין; אדם המשכיר משאיות לארגון

⁴³ סעיף 57 להצעת החוק.

⁴⁴ סעיף 22.

הומניטרי המחלק אוכל לנזקקים ומשוך לחמאס מסתכן בחילוט המשאיות ונהג אוטובוס המבחין בנוסע באוטובוס המנופף בדגל של חמאס ואינו מתערב מסתכן בחילוט האוטובוס.

שני המסלולים הללו, עם ההגדרה הרחבה של רכוש הקשור לעברה, עלולים להביא לחילוט בסכומי עתק ולפגיעה בעקרון המידתיות – מה גם שהחוק אינו קובע רף עליון לחילוט. ההגבלה היחידה מופיעה בסעיף 70(ד) – שלפיה התקרה היא סכום שלא יעלה על שווי של רכוש הקשור לעברה שבקשר לביצועה ניתן הצו – אינה מסירה את הקושי שעיקרו, כאמור, נובע מההגדרות הרחבות שניתנו בהצעת החוק לרכוש הקשור לעברה ולעברות טרור.

כאמור, לפי הצעת החוק בית המשפט יכול, לאחר הרשעת הנידון, לבחור לחלט רכוש של הנידון גם אם רכוש זה לא קשור לעברה, ובלבד שהוא שווה ערך לרכוש הקשור לעברה.⁴⁵ לפי ההצעה, "רכוש של הנידון" הוא רכוש שבבעלותו, בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו של הנידון. הבעייתיות בהסדר זה רבה. ראשית, הוכחת הערך של הרכוש האמור היא מורכבת, וכך גם בחירת הנכסים העונים על הדרישה לערך שווה; שנית, ביצוע ההסדר כרוך בהוכחת בעלותו של הנידון ברכוש, בסוגיות של רכוש משותף ובבחירה ברכוש החלופי שיחולט; שלישית, לצורך החילוט אפשר להסתפק בכך שהרכוש נמצא בחזקתו של הנידון גם אם הבעלות ברכוש היא של אחר. הואיל והסדר זה אינו מחייב זיקה בין הרכוש לבין ביצוע העברה, החילוט יכול לחול גם על רכוש ניטרלי המשמש בעיקר (או אפילו באופן זמני) את משפחתו של הנידון, אף על פי שמבחינה פורמלית הוא בבעלותו או בשליטתו של צד ג' (למשל: בית מגורים, רכב משפחתי או בית עסק). במקרים כאלה מתעוררת סוגיית הענישה הקולקטיבית של מי שלא היו מעורבים ולא לקחו חלק בעברה. ענישה כזו אינה עומדת במבחן החוקיות. ראוי לציין כי הרעיון הפוסל פגיעה מכוונת באנשים לא מעורבים הוא אחד מאבני היסוד של שלטון החוק בכל שיטות המשפט המתקדמות.

נדרשת הצדקה לפגיעה ברכוש שאינו קשור לעברה. על כן, לדעתנו, יש להוסיף את התנאי המופיע בחוק איסור מימון טרור, הקובע שאפשר לפנות לחילוט נכס השווה ערך לנכס הקשור לעברה "רק אם לא נמצא אצל המורשע רכוש הקשור לעבירה בשל מעשה שעשה שלא בתום לב".

2. סימן ב': חילוט שיפוטי בהליך אזרחי (סעיפים 64 - 68)

(א) תמצית

ההצעה מציעה מסלול חילוט חלופי למסלול הפלילי (להלן: חילוט אזרחי). לפי מסלול זה בית המשפט המחוזי יכול לחלט רכוש הקשור לעברת טרור או רכוש של ארגון טרור בין שהורשע או הואשם אדם בעברת טרור ובין שלא. הסדר זה מאפשר חילוט בהתבסס על זיקה בין הרכוש לבין הארגון בלא צורך להוכיח זיקה בין הרכוש לבין ביצוע העברה.⁴⁶ כמו כן מוצע לאפשר חילוט אזרחי של רכוש בשווי הרכוש

⁴⁵ סעיף 58 להצעת החוק.

⁴⁶ הסדר דומה קיים בארה"ב (USA PATRIOT ACT)

הקשור לעברת הטרור, ובלבד שהוא של האדם שביצע את העברה ואי-אפשר להעמידו לדין בשל היותו בחוץ לארץ.

אשר לפן הראייתי, סעיף 68 להצעת החוק מאפשר לבית המשפט להיזקק לראיות שאינן קבילות במשפט להוכחת הקשר בין הרכוש לעברה או לארגון הטרור. לא זו אף זו: מוצע גם לאפשר לבית המשפט, במהלך הדיון בנושא החילוט, לקבל ראיה בדבר הקשר בין הרכוש לעברה או לארגון הטרור אף שלא בנוכחות הטוען לזכות ברכוש או בא כוחו או בלי לגלותה להם. אם יקבל בית המשפט ראיה כזו, סעיף קטן (ג) מציע להתיר לבית המשפט להורות על העברת התמצית שלה למשיב או לבא כוחו.

(ב) השוואה לדין החל

חוק איסור מימון טרור כולל הסדר של חילוט אזרחי מצומצם בהרבה, שנועד מלכתחילה להתמודד עם טרור בין-לאומי שהליך החילוט הפלילי אינו מעשי כלפיו. לפי חוק איסור מימון טרור, חילוט אזרחי חל רק על רכוש של ארגון טרור או של מעשה טרור שאין להם זיקה לישראל.⁴⁷ רמת ההוכחה הנדרשת היא של מאזן ההסתברויות.⁴⁸

חוק איסור מימון טרור אינו מאפשר הגשת ראיות חסויות ואינו מאפשר חילוט רכוש שאינו קשור לעברה.

(ג) ביקורת

חילוט אזרחי הוא הסדר בעייתי מאוד. הסדר זה מאפשר פגיעה בזכויות הקניינית ברכוש שנקבע שהיה קשור לביצוע עברה וברכוש שנקבע שהוא שייך לארגון טרור. את הקשר בין הרכוש לבין ארגון טרור אפשר להוכיח בראיות לא קבילות; אפשר לבצע את החילוט בד בבד עם חילוט במסלול הפלילי, אין צורך בהליך פלילי ואין צורך להוכיח זיקה בין הרכוש של ארגון הטרור לביצוע פעולת טרור.

אפשר, למשל, לקחת מקרה שבו ארגון עצמאי (NGO) מחליט לתרום כספים למרכז רפואי המספק לאוכלוסייה שירותים רפואיים חינם וממומן באופן חלקי על ידי החמאס. במצב זה, תרומה של הארגון העצמאי תיחשב, לפי הצעת החוק, לעברה של נותן שירות לארגון טרור. לפי ההסדר המוצע של חילוט אזרחי אפשר יהיה לחלט את משרדי הארגון – הואיל ושימשו לביצוע העברה – ולחלט את כספי התרומות כרכוש שנעברה בו עברה. כמו כן אפשר יהיה לחלט את הבניין ואת האמצעים של המרכז הרפואי כרכוש של ארגן טרור – והכול בלי שאיש הועמד לדין פלילי.

אם כן, הסדר זה עלול להביא לתוצאות אבסורדיות ולא מידתיות. מכל מקום, נחיצותו אינה ברורה על רקע קיומם של הליך החילוט המנהלי והליך החילוט הפלילי.

⁴⁷ סעיף 22 לחוק איסור מימון טרור.

⁴⁸ סעיף 24 לחוק איסור מימון טרור.

(1) רכוש הקשור לעברה

להבדיל מהמצב היום, הצעת החוק מרחיבה את הסדר החילוט האזרחי על כל רכוש הקשור לעברה בד בבד עם ההליך הפלילי ולא רק כשהאחרון אינו ישים.⁴⁹ במילים אחרות, אפשר להגיש כתב אישום נגד נאשם ובה בעת להגיש את בקשת החילוט בהליך אזרחי, וליהנות מהאפשרות של הגשת ראיות חסויות אף על פי שיש הסדר בנוגע לחילוט בהליך פלילי. לדעתנו, הסדר זה אינו ראוי. אם הוגש כתב אישום או שהמדינה הצהירה שבכוונתה להגיש כתב אישום כנגד אדם מסוים, אזי תהליך החילוט של רכוש הקשור לעברה צריך להיעשות אך ורק במסלול הפלילי. רק אם אי-אפשר לנקוט הליך פלילי – למשל משום שהנאשם לא נמצא בישראל, נפטר או שאי-אפשר לאתרו (אך לא משום שאין די ראיות להעמיד לדין פלילי חשוד בעברה) – רק במצבים כאלה בא בחשבון שימוש בחילוט אזרחי.

חוקים אחרים המחילים הסדר של חילוט אזרחי מאפשרים אותו רק במקרים מיוחדים ורק כשהמסלול הפלילי אינו ישים. כך, למשל, בחוק לאיסור הלבנת הון, התשי"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון), סעיף 22 מעניק לבית משפט מחוזי סמכות לצוות על חילוט של רכוש בהליך אזרחי על פי בקשה של פרקליט מחוז אם נוכח שנתמלאו שני תנאים: האחד – הרכוש הושג, במישרין או בעקיפין, בעברה לפי סעיפים 3 או 4 או כשכר לאותה עברה, או שנעברה בו עברה לפי אותם סעיפים; והאחר – האדם החשוד בביצוע עברה כאמור אינו נמצא בישראל דרך קבע או שלא ניתן לאתרו, ועל כן לא ניתן להגיש כתב אישום נגדו, או שהרכוש כאמור בפסקה (1) התגלה לאחר ההרשעה.

(2) רכוש של ארגון טרור

לפי ההצעה, די להוכיח זיקה בין הרכוש לבין ארגון טרור כדי שניתן יהיה לחלטו ואין צורך גם להוכיח מעורבות כלשהי של הארגון או הרכוש בעברת טרור. חשוב לציין כי על פי הצעת החוק, כל הסייגים לחילוט רכוש המופיעים בסעיף 70 להצעה אינם חלים על רכוש של ארגון טרור, לאמור: אין תקרה לסכום הרכוש שאפשר לחלט, אין הגנה של רכוש שאין לחלטו להבטחת אמצעי מחיה לבעל הרכוש ולבני משפחתו ואין הגנה שלפיה לא יחולט רכוש אם לבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו לא יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר.

שלילת הסייגים הללו – יחד עם ההגדרה הרחבה של ארגון טרור ושל רכוש של ארגון טרור - עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות ולא מידתיות. לפי הסדר זה, אפשר לחלט את האוכל שמחלק ארגון הומניטרי המשויך לחמאס כרכוש של ארגון טרור; מי שמנהלת מביתה משפחתון הממומן או נתמך על ידי החמאס, מסתכנת בחילוט ביתה אפילו אם זה מקום המגורים היחיד שיש לה ולבני משפחתה – מצב העלול להוות עונש קולקטיבי פסול הואיל וההגדרה של רכוש טרור היא רחבה וכוללת גם רכוש המיועד לארגון טרור או רכוש שמומן על ידי ארגון טרור (ואפילו אינו לצורכי טרור), ומאחר שאין צורך להוכיח זיקה כלשהי בין הרכוש לבין ביצוע עברה ואין תקרה לערך החילוט – חילוט רכוש כזה יכול להגיע לסכומי עתק: לפי

⁴⁹ סעיף 65(א)(1) להצעת החוק.

ההצעה אפשר לחלט את כל בתי הספר, גני הילדים, בתי הדפוס ומשרדי הארגונים ההומניטריים שמומנו או שנתמכים בכל דרך אחרת על ידי חמאס וכן את כל התרומות המיועדות לארגונים אלה.

(3) אופן ההוכחה ורמתה

בית המשפט נדרש לא אחת לסוגיית החילוט אזרחי והכיר בבעייתיותו ובפגיעתו הקשה בזכויות האדם בכלל ובזכות לקניין בפרט. באחד מפסקי הדין, בהתייחס להסדר הקבוע בחוק איסור הלבנת הון, קבע השופט חשין כי לצורך חילוט אזרחי נדרשות ראיות רבות וכבדות משקל יותר מאשר בהליך אזרחי רגיל.⁵⁰ הרציונל מאחורי הדרישה להקפדה יתרה בעת הפגיעה בזכות הקניינית היא הסבירות הגבוהה של פגיעת החילוט בצדדים שלישיים.

על אף כותרתו, חילוט אזרחי טומן בחובו היבטים עונשיים ועל כן הכרח לגבש הסדר המאזן נכונה בין טיבו העונשי של החילוט האזרחי לבין היבטיו האזרחיים.⁵¹ להיבט העונשי שבחילוט צריכה להיות משמעות בכל הנוגע לסדרי הדין החלים על העניין. אכן, גם אם אין להחיל בהליך מסוג זה את מכלול סדרי הדין החלים על הליכים פליליים, דומה כי יש טעם לשקול לכל הפחות החלה חלקית של סדרי דין אלה.

גישה זו ננקטה, למשל, בהסדר החילוט האזרחי הקבוע בחוק המאבק בארגוני פשיעה. סעיף 17(א) לחוק זה קובע כי "לצורך חילוט רכוש לפי פרק זה, הוכחת ביצוע עבירה או קיומו של ארגון פשיעה, תיעשה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי". בסעיף קטן 17(ב) נקבע כי "לצורך חילוט רכוש לפי פרק זה, הוכחת הקשר בין הרכוש לבין העבירה או בין הרכוש לבין ארגון הפשיעה, כאמור בסעיף 14, תיעשה ברמה הנדרשת במשפט אזרחי".

יתרה מכך: בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית של חוק איסור מימון טרור נאמר כי כדי למנוע פגיעה בלתי הפיכה בזכויות קנייניות, מוצע לאפשר חילוט אזרחי רק אם יש ראיות ברמת הוכחה הנדרשת במשפט הפלילי לכך שהרכוש המדובר הוא רכוש טרור, בהתאם לאיזונים שאומצו מחוק המאבק בארגוני פשיעה.⁵² בסופו של דבר החוק שהתקבל דורש הוכחה לפי "מאזן ההסתברויות".

מכל האמור לעיל עולה כי חילוט אזרחי בעל היבט עונשי כאמור מחייב רמת הוכחה – לפחות ברמה של מאזן ההסתברויות – לקשר בין הרכוש לבין העברה או ארגון הטרור.

ההסדר בדבר ראיות חסויות המוצע בהצעה הוא בעייתי במיוחד משום שאין הוא כולל חובה למסור לנידון או לבא כוחו את תמצית הראיות החסויות. יש בכך פגיעה קשה ולא מידתית בזכות להליך הוגן הנגזרת

⁵⁰ דובר היה בחילוט אזרחי של כספים בשווי \$750,000 אשר הועברו לישראל בלא דווח על פי חוק איסור הלבנת הון. ע"א

9796/03 שם טוב נ' מד"י, תקדין עליון 2005 (1) 2099.

⁵¹ רע"א 4096/04 שלמה בוטח נ. מ"י.

⁵² בקנדה למשל- **anti terrorism act 2001** – חובת ההוכחה היא ברמה של מאזן ההסתברויות.

מהזכות לכבוד. כמו כן, מצב זה מאפשר פגיעה לא מוצדקת בזכות לקניין בשל חוסר יכולתו של הנידון להגן על עצמו. העובדה שאפשרות זו אמורה להתקיים בעיצום שיש לו פן עונשי היא חמורה במיוחד כשלעצמה ויוצרת תקדים מסוכן. דינים מסוג זה חותרים תחת הלגיטימיות של מאמצי המדינה להתמודד עם הטרור.

(4) שמירת דינים

הצעת החוק אמנם מציינת כי ההסדר המוצע אמור לשמש תחליף מסוים להסדרים שבתקנות ההגנה (שעת חירום), אך אין היא מבקשת לבטל אותם. בכך המדינה משאירה לעצמה את האפשרות להמשיך להפעיל את החילוט לפי תקנות ההגנה – המהווה פגיעה ברורה בקניין – באופן שאינו נדרש לעמוד במגבלות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. סימן ג': חילוט על פי צו שיפוטי: הוראות כלליות (סעיפים 69 - 75)

(א) רכוש שאין לחלטו בשל זכויות של אחר ברכוש (סעיף 69)

(1) תמצית

הסעיף קובע שני סייגים לחילוט של רכוש מצד שלישי: כאשר המעשה שנעשה ברכוש היה ללא ידיעתו או הסכמתו של בעל הרכוש וכאשר הצד השלישי רכש את הזכויות בהתאם לתקנת השוק (בתום לב ובתמורה) ולא ידע ולא יכול היה לדעת כי נעשתה ברכוש עברת טרור. עם זאת, לפי סעיף קטן (ב) בית המשפט רשאי להורות על חילוט הרכוש בכל זאת, תוך מתן פיצוי מתאים לצד השלישי בעל הרכוש.

(2) השוואה לדין החל

סעיף 23 לחוק איסור מימון טרור קובע כי בית משפט לא יצווה על חילוט רכוש, כולו או חלקו, אף אם הוכחו העובדות והתנאים לחילוטו בשני המקרים הבאים: (1) הטוען לזכות ברכוש הוכיח כי רכש אותה לפני שהרכוש היה לרכוש טרור, וכן הביא ראיות שלא ידע או לא הסכים, לפי העניין, לכך שהרכוש יהיה רכוש טרור כאמור. התעורר ספק שמא לא ידע או לא הסכים – יפעל הספק לטובת הטוען לזכות; (2) הטוען לזכות ברכוש הוכיח כי רכש אותה אחרי שהרכוש היה לרכוש טרור וכן הוכיח כי עשה כן בתמורה ובתום לב. עם זאת, לפי סעיף 24 לחוק איסור מימון טרור, בית המשפט רשאי לחלט רכוש כזה אם מצא כי ראוי לעשות כן, בכפוף להבטחת זכותו של הטוען לזכות ברכוש ולמניעת פגיעה לא סבירה בו ובכפוף להוראות בעניין פיצויים בשל פגיעה סבירה בו.

(3) ביקורת

כאשר משלבים את הסייגים שבסעיף 69 עם סעיף 70, הקובע כי ההוכחות הנדרשות לצורך חילוט הן בהתאם למשפט האזרחי (קרי: מאזן הסתברויות), נוצר מצב בעייתי. לפי חוק איסור מימון טרור, כאשר הטוען מעלה ספק בנוגע לידיעתו על השימוש ברכוש למטרות טרור, הוטל על המדינה להפריך ספק זה; לפי הצעת החוק, נטל ההוכחה לאי-הידיעה (ולא רק ליצירת ספק, כבחוק איסור מימון טרור) מוטל כולו על הטוען. הדבר אף מחריף כשמתייחסים לחילוט אזרחי שבו המדינה רשאית להציג ראיות שאינן קבילות לפי דיני הראיות ואף להציגן במעמד צד אחד באופן שהטוען לא יכול להתגונן כלפיהן.

ההגדרה הרחבה של עברת טרור ושל ארגון טרור מובילות להגדרה רחבה של רכוש הקשור לעברת טרור ושל רכוש של ארגון טרור. לכן עלולה להיגרם תוצאה מעוותת שלפיה יחולט אוטובוס של נהג שאפשר לזמן קצר לאחד הנוסעים להניף שלט תמיכה בתמאס מחלון האוטובוס. זאת ועוד: משום שחלק מהליכי החילוט מאפשרים קבלת החלטות שיפוטיות על יסוד ראיות חסויות, בהחלט ייתכן שנהג האוטובוס הוא קרבן לעלילה, אך רכושו יחולט משום שנמנע ממנו לסותרה.

(ב) סייגים נוספים לחילוט רכוש (סעיף 70)

(1) תמצית

הסעיף קובע כי סכום שוויו של הרכוש המחולט לא יעלה על שוויו של הרכוש הקשור לעברה שבהקשר לביצועה נקבע הצו. כמו כן נקבע כי לא יחולט רכוש אם שוכנע בית המשפט שחילוט הרכוש יגרום לכך שלבעל הזכות ולבני משפחתו הגרים עמו לא יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר. עם זאת, הסעיף אינו מחיל את הסייגים הללו על רכוש של ארגון טרור.

(2) השוואה לדין החל

תקנות שעת חירום אינן קובעות שום סייג לחילוטים לפי תקנה 84(ד). סעיף 43(ב) לחוק איסור מימון טרור קובע כי לא תינתן הוראה לתפוס רכוש לפי פרק זה אלא אם כן נוכח בית המשפט שלבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים.

(3) ביקורת

ההגדרות הרחבות של עברת טרור ושל רכוש הקשור לעברת טרור עלולות לפגום באפשרות ההערכה של הרכוש הקשור לעברת טרור באופן שיאפשר למדינה חילוט חופשי ללא מגבלות מידתיות.

ההגנה ההומניטרית היא ראויה, אך הסייג שלפיו אין התייחסות להגנה ההומניטרית במקרים שבהם מדובר על רכוש של ארגון טרור עלול להביא למצבים בעייתיים, בייחוד כשמתייחסים להגדרה הרחבה של ארגון טרור. צריך למצוא משוואה המביאה בחשבון את ההשלכות ההומניטריות של חילוט רכוש של

ארגון טרור מחד גיסא ואת הצורך למנוע מארגון הטרור להפוך את המשפחה והילדים למגנים אנושיים מפני החילוט מאידך גיסא.

לפי סעיף 26(ב) לחוק איסור מימון טרור "בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש לפי חוק זה אלא אם כן נוכח שלבעל הרכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר". הניסוח בהצעת החוק שונה; לפיו לא יצווה בית המשפט על חילוט "אם שוכנע כי חילוט כל הרכוש כאמור יגרום לכך שבעל הזכות ברכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עמו לא יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר". נראה שהצעת החוק מבקשת להפוך את נטל ההוכחה בדבר הנזק שייגרם לבעל הזכויות ולבני משפחתו בעקבות החילוט. לדעתנו, יש לשמור על עקרון "המוציא מחברו עליו הראייה", בעיקר משום שמדובר בהליך העלול להשאיר את משפחתו של בעל הזכות ללא אמצעי מחיה סבירים או אף ללא מקום מגורים. ראוי שתהליך הבדיקה של השפעות החילוט ייעשה על ידי המדינה בבואה לחלט ובהתאם להשאיר עליה את נטל ההוכחה ביחס להשלכות החילוט.

4. סעדים זמניים (סעיפים 76 - 85)

(א) הגדרת "צו זמני" (סעיף 76)

(1) תמצית

סעיף 76 להצעת החוק קובע שאפשר לקבל כסעד זמני כל צו הדרוש למניעת סיכול החילוט; בית המשפט הרלוונטי לפי הסעיף הוא כל בית משפט שאליו הוגש או יוגש כתב אישום, או הוגשה או תוגש בקשה לחילוט אזרחי.

(2) השוואה לדין החל

סעיף 31 לחוק איסור מימון טרור וסעיף 21 לחוק מאבק בארגוני פשיעה מתייחסים במפורש לצווים שבית המשפט רשאי לתת: צו מניעה, צו עיקול, צו לתפיסת רכוש או הוראות אחרות בקשר לרכוש. נוסף על כך חוק המאבק בפשיעה קובע כי בית המשפט שיתן החלטתו בעניין הצווים הזמניים הוא בית המשפט המחוזי.

(3) ביקורת

סעיף 76 להצעת החוק מוסיף צווים: "צו בדבר מתן ערבויות מטעם הנאשם או מטעם אדם אחר המחזיק ברכוש", ואף מרחיב ומאפשר לבית המשפט ליתן כל צו אחר הדרוש לדעת בית המשפט כדי למנוע את סיכול החילוט – הוראת סל רחבה כזו אינה מידתית, משום שאינה מסתפקת בצווים הקיימים אלא מאפשרת הוצאת כל צו ללא הבחנה. לעניין בית המשפט שידון בהוצאת הצו, הצעת החוק (כמו גם חוק איסור מימון טרור) מסמיכה לכך כל בית משפט שאליו הוגש או יוגש כתב אישום, או הוגשה או תוגש בקשה לחילוט אזרחי. נראה כי בעניין חשוב זה יש מקום לקבוע שבית המשפט המחוזי הוא שידון בבקשה.

(ב) מתן סעד זמני בטרם הוגשו כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי (סעיף 78)

(1) תמצית

סעיף 78 מאפשר קבלת צו זמני אם יש יסוד סביר להניח שיש עילת חילוט ושהרכוש שלגביו מבקשים את הצו עלול להיעלם או שעלולים לעשות בו פעולות שימנעו את מימוש החילוט, או שהוא עלול לשמש לביצוע של עברת טרור או לשמש לפעילותו של ארגון טרור.

(2) השוואה לדין החל

סעיף 33(א) לחוק איסור מימון טרור וסעיף 23(א) לחוק המאבק בפשיעה קובעים כי בית המשפט ייתן צו כאמור אם נוכח כי יש יסוד סביר להניח שהרכוש שלגביו מבקשים את הצו עלול להיעלם או שעלולים לעשות בו פעולות שימנעו את מימוש החילוט.

(3) ביקורת

סעיף 78 להצעה מוסיף אפשרות של הוצאת צו על האפשרויות הקבועות בסעיף 33(א) לחוק איסור מימון טרור וסעיף 23(א) לחוק המאבק בפשיעה – כאשר סביר להניח שהרכוש "עלול לשמש לביצועה של עבירת טרור או לפעילותו של ארגון טרור". החוקים האחרים מאפשרים לחלט רק אם יש חשש שהרכוש ייעלם או שיעשה בו שימוש שימנע את חילוטו. נראה שהורדת רף ההוכחה מ"ראיות לכאורה" ל"סביר להניח", בצירוף האפשרות לקבלת הסעד הזמני גם כשהרכוש "עלול לשמש", היא רחבה מדי. השימוש בביטויים "סביר להניח" בצירוף "עלול לשמש" אינו ממוקד די הצורך ואינו מתאים לאמצעים פוגעניים מאוד בעלי מאפיינים פליליים. בשים לב לעובדה שההגדרה של עברת טרור היא רחבה, שילוב התנאים הללו יאפשר לקבל צו נגד רכב שבו נוהג אדם המחלק מזון לילדים מטעם ארגון החמאס אף טרם הגשת כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי. נראה כי עוצמת הפגיעה בזכויות כאשר מוחלט על חילוט זמני אינה מידתית, שכן היא פוגעת באלה המסייעים באופן הומניטרי לארגון הטרור ולצדדים שלישיים. פגיעה זו נובעת מהפרשנות הרחבה שניתנה למעשה טרור.

סעיף 33(ב) לחוק איסור מימון טרור קובע שצו זמני שניתן לפני הגשת כתב אישום יפקע אם לא הוגש כתב אישום בתוך שישה חודשים מיום שניתן הצו. לעניין זה הצעת החוק – כמו גם חוק מאבק בארגוני פשיעה – מתייחסת למועדי הפקיעה של הצו הזמני שניתן הן לעניין כתב אישום והן לעניין חילוט אזרחי יחד, ואילו חוק איסור מימון טרור מפריד בין העניינים.

לפי חוק איסור מימון טרור, צו זמני שניתן לפני הגשת בקשה לחילוט אזרחי יפקע בתוך שלוש שנים מיום שניתן אלא אם כן הגיש טוען לזכות ברכוש בקשה לביטול הצו או לשינויו. אם הוגשה בקשה כזו יקיים בית המשפט דיון במעמד הצדדים, והנטל להראות כי מתקיימים התנאים למתן הצו הזמני יהיה על מי שביקש את הוצאת הצו. לא ברור מדוע לא יונהג במקרה דנן הנהוג בחוק איסור מימון טרור, קרי: מתן אפשרות לטעון נגד הצו. לפי ההצעה, אם הוגשה בקשה לחילוט פלילי או אזרחי יפקע הצו

בתוך חצי שנה ואפשר להאריכו מעת לעת, ומעבר לשנה – באישור של בית המשפט העליון. לעניין הזמנים נראה שאפשר להסתפק בשלושה חודשים (במקום שישה חודשים) של חילוט זמני לפני הגשת כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי.

(ג) ראיות חסויות (סעיף 79)

(1) תמצית

הצעת החוק בסעיף 79, הדנה בקבילות הראיות לצורך צו זמני, מפנה להוראות סעיף 68 להצעה הדין בסטייה מדיני הראיות ובראיות חסויות נקבע כי לצורך החלטתו בעניין חילוט רכוש, רשאי בית המשפט להיזקק לראיות שאינן קבילות במשפט בדבר הקשר בין הרכוש לעברה או בדבר הקשר בין הרכוש לארגון הטרור, אם שוכנע, מטעמים שיירשמו, שהדבר יועיל לבירור האמת ולעשיית צדק. בדיון בבקשה לחילוט רכוש בית המשפט רשאי לקבל ראיה אף שלא בנוכחות המשיב או בא כוחו אם שוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, לסכן חיי אדם, לחשוף שיטות עבודה חסויות או לפגוע בעניין ציבורי אחר.⁵³

(2) השוואה לדין החל

סעיף 35 לחוק איסור מימון טרור קובע כי בדיון בבקשה למתן צו זמני בית המשפט רשאי לסטות מדיני הראיות מטעמים שיירשמו, ולקבל ראיה אף שלא בנוכחות טוען לזכות ברכוש או בא כוחו או בלי לגלותה להם, אם אחרי שעיין בראיה או שמע טענות שוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה או לפגוע פגיעה ביחסי החוץ שלה, וכי אי-גילוייה עדיף מגילוייה לשם עשיית צדק (להלן: ראיות חסויות). סעיף קטן (ב) לחוק איסור מימון טרור קובע שאם החליט בית המשפט לקבל ראיות חסויות, יורה על העברת תמציתן לטוען לזכות ברכוש או לבא כוחו, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.

(3) ביקורת

כאמור, סעיף 79 להצעת החוק מפנה לסעיף 68 להצעה, המנוסח באופן רחב יותר מסעיף 35 בחוק איסור מימון טרור. חוק איסור מימון טרור מאפשר לבית המשפט לקבל ראיה חסויה אם אחרי שעיין בה שוכנע כי גילוייה עלול "לפגוע בביטחון המדינה" או "לפגוע פגיעה ביחסי החוץ שלה"; ואילו לפי ההצעה בית המשפט יכול לקבל ראיה חסויה גם אם יש "חשש לחיי אדם או לחשיפת שיטות עבודה חסויות" או "לפגוע בעניין ציבורי אחר". נראה כי סעיף הסל "לפגוע בעניין ציבורי אחר" יאפשר תמיד לבית המשפט לקבל ראיה חסויה, שכן קל יותר לשכנע כי נפגע עניין ציבורי מלעמוד בנטל ההוכחה שיש סכנה לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה.

⁵³ ראו לעיל דיון בנושא בנוגע לרמת ואופן ההוכחה בחילוט האזרחי.

יש לשים לב גם לעניין ההעברה של תמצית המידע לצד שכנגד: לפי חוק איסור מימון טרור, אם החליט בית המשפט לקבל ראיות חסויות חובה עליו להורות על העברה של תמצית מידע (ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה); ואילו בהצעה נקבע שאם החליט בית המשפט על קבלת ראיה חסויה, יודיע למשיב על כוונתו לעשות כן ו"רשאי" הוא להורות על העברה של תמצית המידע, בלי לפגוע ב"אינטרס הציבורי" שבגינו נקבע כי המידע חסוי. כאמור, האינטרס הציבורי מנוסח באופן רחב מאוד ולא ממוקד. נראה ששילוב התנאים הללו יקשה מאוד על הצד השני לקבל את תמצית המידע, ואם יזכה בכך תהא זו ודאי תמצית מצומצמת מאוד.

(ד) צו זמני במעמד צד אחד (סעיף 80)

(1) תמצית

בית המשפט רשאי לתת צו זמני במעמד צד אחד אם נוכח שקיום דיון במעמד הצדדים יסכל את מטרת הצו. תוקפו של צו כזה לא יעלה על עשרה ימים.

(2) השוואה לדין החל

הן סעיף 36 לחוק איסור מימון טרור והן סעיף 24 לחוק המאבק בפשיעה קובעים שני תנאים מצטברים לקבלת צו זמני במעמד צד אחד: אם נוכח בית המשפט שיש חשש לעשיית פעולה מיידית ברכוש ואם קיום דיון במעמד הצדדים יסכל את מטרת הצו.

(3) ביקורת

לעומת חוק איסור מימון טרור וחוק המאבק בפשיעה, בהצעת החוק נקבע תנאי אחד – התנאי השני – אם נוכח בית המשפט שיש חשש שקיום דיון במעמד הצדדים יסכל את מטרת הצו. אם כן, אפשר יהיה לקבל צו זמני במעמד צד אחד כשיש חשש מסיכול הצו. זאת, גם כשאין חשש לביצוע אסור ומיידית ברכוש. לא ברור מדוע מה שמתאים לחוקים האחרים נמצא לא מספק לחוק הנדון.

(ה) ערעור על צו זמני (סעיף 86)

(1) תמצית

בהצעה נקבע כי ספירת 30 הימים לערעור תחל מיום מתן ההחלטה ולא מיום שהודע למערער על מתן ההחלטה.

(2) השוואה לדין החל

סעיף 30 לחוק המאבק בפשיעה וסעיף 28 לחוק איסור מימון טרור מאפשרים ערעור תוך 30 ימים מיום שהודע למערער על מתן ההחלטה.

(3) ביקורת

ההסבר בהצעה כלל אינו מתייחס לסטייה זו. נאמר כי הסעיף דומה לסעיפים המקבילים אך לא כך הדבר. יש לתקן את הסעיף ולקבוע שמרוץ 30 הימים יתחיל מיום קבלת ההודעה על ההחלטה.

יח. פרק ז': תפיסה מנהלית זמנית וחילוט של ארגון טרור מוכרז (סעיפים 87 - 98)

1. כללי

לפי הצעת החוק, פרק זה נועד להסדיר את התפיסה והחילוט המנהליים כפועל יוצא מעצם ההכרזה על ארגון טרור. יתרה מזו: הצעת החוק מציינת כי בדומה לחילוט פלילי ואזרחי, המטרה של התפיסה והחילוט המנהליים היא לערער את התשתית הכלכלית של ארגוני הטרור (בניגוד למצב בחוק איסור מימון טרור, שם מטרת התפיסה המנהלית היא למנוע מילוט נכסים או סיכול מעשה טרור שאין לו קשר לישראל⁵⁴). הפרק מאפשר לשר הביטחון להוציא צווי תפיסה לרכוש של ארגון טרור מוכרז או ארגון טרור שעומד בפני הכרזה (ואז יש להכריז על הארגון בתוך תקופה של 90 עד 120 יום, אחרת יתבטל הצו). צו התפיסה המנהלי תקף לתקופה של שנתיים, שבמהלכן הנפגעים מהצו רשאים להגיש השגות לשר ועתירות נגד צו התפיסה לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. לאחר שנתיים השר רשאי לחלט את הרכוש התפוס באישור בית המשפט המחוזי.

נראה שכדי ליישם את הטעמים המופיעים בהצעה אין צורך בתפיסה מנהלית ולא כל שכן בחילוט מנהלי. ניתן להשיג מטרות אלו דרך החילוט הפלילי או האזרחי המופיעים בפרק ו' בחוק. מתקבל, אפוא, הרושם שהמדינה מבקשת לירות לכל הכיוונים ולאפשר תפיסות וחילוטים בדרכים רבות המאפשרות עמידה בסף ראיות גמיש.

לדעתנו, בהתקיים החילוט האזרחי המאפשר חילוט הרכוש של ארגון טרור (אף בלי שיוכרז), אין מקום לחילוט המנהלי. עם זאת, אנו מסכימים שיש תנאים שבהם נדרשת בתפיסה מנהלית – אך מצבים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הנימוקים המופיעים בהצעת החוק, המבוססים על הפגיעה הכלכלית בארגון הטרור. לדעתנו, יש שני מקרים שבהם יש מקום לנקוט צו תפיסה מנהלי. הראשון, כשעומדת להיות מוגשת בקשה לחילוט אזרחי או פלילי או לצו זמני ויש חשש למילוט נכסים שיאיין את משמעותו של צו החילוט המשפטי; השני, כשיש חשש מיידי שעומדת להיעשות עברת טרור ברכוש מסוים ויש צורך בטחוני

⁵⁴ סעיף 41 לחוק איסור מימון טרור.

לתפוס אותו מיידית ואי-אפשר לפנות לבית משפט לקבלת צו זמני. בהמשך אפשר יהיה להגיש בקשה לחילוט אזרחי או פלילי בגין רכוש הקשור בעברת טרור, או למצער – בקשה לצו זמני.

בשני המקרים הללו מדובר על שימוש בהליך הצופה פני עתיד, ולכן הם מתאימים לאופיו המיוחד של ההליך המנהלי. כמו כן, בשני המקרים הללו אין צורך בתפיסה מנהלית למשך תקופה של שנתיים שבמהלכה יוגשו השגות ועררים כנגד התפיסה (כפי שהצעת החוק מבקשת לקבוע). ראוי לדרוש שבתוך תקופה סבירה תגיש המדינה בקשה לחילוט אזרחי או תצהיר על כוונתה להגיש כתב אישום שילווה בבקשת חילוט פלילי או למצער בבקשה לצו זמני.

2. צו מנהלי לתפיסת רכוש של ארגון טרור מוכרז (סעיף 89 - 90)

(א) תמצית

סעיף זה מאפשר לשר הביטחון להורות על תפיסה זמנית (מנהלית) לקראת חילוט של רכוש שהוא משוכנע כי הוא רכוש של ארגון טרור. סעיף 90 קובע כי צו תפיסה ממין זה יעמוד בתוקפו עד שנתיים או עד לסיום בירור ההשגות או העתירות שהוגשו בנוגע לתפיסה, לפי המאוחר מביניהם.

(ב) השוואה לדין החל

(1) חוק איסור מימון טרור

לפי סעיף 41 לחוק איסור מימון טרור, שר הביטחון או עובד משרד הביטחון שהוסמך לכך רשאים להורות על תפיסת רכוש טרור אם נוכחו שיש חשש לעשיית פעולה מיידית ברכוש שתכשיל את חילוטו או שתפיסתו דרושה כדי לסכל מעשה טרור שאין לו זיקה לישראל. סעיף 45 לחוק איסור מימון טרור קובע חזקה שלפיה רכוש של ארגון טרור מוכרז, רכוש המשמש או מיועד לשמש את פעילותו של ארגון טרור מוכרז או רכוש המאפשר את פעילותו של ארגון כזה הוא "רכוש שתפיסתו או מתן צו זמני לגביו דרושים כדי לסכל מעשה טרור אלא אם כן הוכח אחרת".

יתרה מזו: לפי סעיף 43(ב) לחוק איסור מימון טרור, לא תינתן הוראה לתפוס רכוש לפי פרק זה אלא אם כן נוכח שר הביטחון (או עובד המשרד שהוסמך לכך) שלבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים.

סעיף 44 לחוק איסור מימון טרור קובע כי בתוך 21 יום מביצוע התפיסה המנהלית של הרכוש יש להגיש בקשה לחילוט הרכוש או למתן צו זמני לגביו, אחרת תפקע התפיסה והרכוש יוחזר.

(2) תקנות שעת חירום

תקנה 84(ב) מאפשרת לשר האוצר להורות לאדם המחזיק ברכוש של התאחדות בלתי מותרת מוכרת להעביר את הרכוש לרשותו של שר הביטחון. לשם כך (בהתאם לתקנה 84(ד)) רשאי כל שוטר (או אדם שהוסמך לכך על ידי שר האוצר) להיכנס לכל מקום שיש לו נימוק להאמין כי נמצא בו רכוש כאמור, לחפש במקום ולתפוס את הרכוש עד להוצאת הודעה מתאימה מטעם שר האוצר על העברת הרכוש לידי שר הביטחון.

(ג) ביקורת

בעוד שההסדר המוצע מוגבל ומידתי יותר מההסדר שבתקנה 84(ב) לתקנות שעת חירום, הוא מציע גישה יותר קשיחה מההסדר החל לפי חוק איסור מימון טרור. בניגוד לחוק איסור מימון טרור, המתייחס לצורך בתפיסה זמנית, בהצעת החוק - אין צורך בחשש לעשיית פעולה מיידית ברכוש שתכשיל את חילוטו בדרכים האחרות המפורטות בחוק (חילוט כחלק מהליך פלילי או חילוט אזרחי). לא ברור מדוע הוסרה הדרישה לצורך בחילוט מיידית: אין זה סביר לאפשר הליך מנהלי רק משום שהוא נוח יותר למדינה מהליך משפטי אזרחי כיאה למדינת חוק.

בניגוד לחוק איסור מימון טרור, הקובע חלופה לתפיסה מנהלית שלפיה מדובר ברכוש שתפיסתו דרושה כדי לסכל מעשה טרור שאין לו זיקה לישראל, הצעת החוק אינה מתייחסת לאפשרות לבצע תפיסה מנהלית לצורכי סיכול של עברות טרור. לדעתנו, סיכול כזה הוא אחת העילות העיקריות לשימוש בהליך התפיסה המנהלית. לכן ראוי שהצעת החוק תכלול את האפשרות לבצע תפיסה מנהלית במקרים כאלו בסייגים הבאים: (א) כאשר מדובר במצבים שבהם אין אפשרות לפנות לבית המשפט לקבלת צו זמני; (ב) בד בבד עם התפיסה המנהלית, בהקדם, תתבצע פנייה לבית המשפט להוצאת צו זמני ויותחל בהליכי חילוט.

בניגוד לסעיף 44 לחוק איסור מימון טרור, הקובע שצו תפיסה מנהלי יפוג תוך 21 יום, הצעת החוק קובעת תקופה של שנתיים (ואף יותר במקרה של השגות או עתירות כנגד התפיסה). לא ברורה ההצדקה לקפיצת מדרגה ניכרת כל כך מ-21 יום לשנתיים: אם שוכנע שר הביטחון שמדובר על רכוש ארגון טרור מוכרז, אפשר להביא את העניין לפני בית המשפט להליך של חילוט אזרחי (או למצער לבקש צו זמני).

3. צו מנהלי לתפיסת רכוש של ארגון טרור שעומד להיות מוכרז (סעיף 91)

(א) כללי

סעיף זה מאפשר תפיסה מנהלית של רכוש של ארגון טרור שטרם הוכרז. צו התפיסה למשך 90 יום שבהם יש להשלים את ההכרזה על ארגון הטרור. במידת הצורך אפשר להאריך את הצו באישור היועץ המשפטי לממשלה לתקופות נוספות, שסך הכול לא יעברו 120 יום. החל בהכרזה אפשר להוציא צו תפיסה בהתאם לסעיף 89.

כאמור, הליך החילוט האזרחי מאפשר לחלט רכוש של ארגון טרור גם אם לא הוכרז ככזה. המשמעות העיקרית של הכרזה על ארגון טרור היא ראייתית⁵⁵ ובית המשפט יביא אותה בחשבון בהחלטתו בנושא החילוט. לדעתנו, בשים לב לחלופה של הליך חילוט אזרחי אין הצדקה לסעיף זה.

4. תוכנו של צו תפיסה מנהלי (סעיף 92)

(א) תמצית

צו התפיסה המנהלי יכלול את הרכוש שלגביו חל הצו ואת ציון המקום שבו הוא נמצא, ככל שהמידע הזה ידוע. שר הביטחון רשאי להורות גם על תפיסה של רכוש המעורב ברכוש שלגביו הוצא צו תפיסה ואי-אפשר להפרידו או לזהותו.

(ב) השוואה לדין החל

סעיף 43(ב) לחוק איסור מימון טרור קובע כי "שר הביטחון או עובד משרד הביטחון לא ייתן הוראה לתפוס רכוש לפי פרק זה, אלא אם כן נוכח שלבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים".

(ג) ביקורת

הצעת החוק אינה כוללת את הסייג המופיע בחוק איסור מימון טרור. לדעתנו, כפי שצוין לעיל בהקשר לסעיף 65, אף שמדובר ברכוש של ארגון טרור מוכרז (או שעומד להיות מוכרז) יש לשמור על איזון בין הפגיעה הנגרמת לאזרחים המשתמשים ברכוש מחד גיסא לבין היותו רכוש של ארגון טרור מאידך גיסא. כך אף ביתר שאת כשמביאים בחשבון את ההגדרה הרחבה של ארגון טרור, ובהתאם – גם של רכוש של ארגון טרור.

5. זכות השגה (סעיף 94) ועתירה נגד צו תפיסה מנהלי (סעיף 97)

(א) תמצית

לאחר שהוצא צו תפיסה מנהלי, טוען לזכות ברכוש רשאי להגיש השגה לשר הביטחון תוך 60 יום מהוצאת הצו או מקבלת הודעה על הצו (לפי המאוחר). אם נדחתה השגתו של הטוען הוא רשאי לעתור נגד החלטת

⁵⁵ ראו סעיף 16 להצעת החוק "ייחוד הליך ביטול הכרזה" לפיו בכל הליך משפטי לא יזדקק בית המשפט לטענה כי ארגון שהוכרז אינו ארגון טרור.

שר הביטחון לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים ולבקש את ביטול הצו; והכול בתנאי שטרם ניתנה הוראת חילוט על ידי שר הביטחון.

(ב) השוואה לדין החל

חוק איסור מימון טרור ותקנות שעת חירום אינם כוללים הוראות השגה או עתירה כנגד ההחלטה לתפוס רכוש בתפיסה מנהלית. בהתאם, הדרך היחידה היא לעתור לבג"ץ נגד החלטת שר האוצר (לפי תקנות שעת חירום) או נגד החלטת שר הביטחון (לפי חוק איסור מימון טרור).

(ג) ביקורת

אמנם מדובר בהוספת הליך שימוע שאינו מתקיים לפי חוק איסור מימון טרור, אך למעשה הטוען נמצא במצב שבו אין באפשרותו לערער על התפיסה המנהלית עצמה (למעט, אולי, באמצעות עתירה לבג"ץ) אלא רק על סבירות ההחלטה של שר הביטחון בהתאם לכללי המשפט המנהלי. עם זאת, צו התפיסה נמצא בתוקף לתקופה נוספת של כ-20 חודשים ורק לאחריה – אם יתבצע החילוט בפועל – יעמוד הנושא לביקורת שיפוטית. לדעתנו מדובר ביצירה של תקופת ביניים ארוכה מדי שבה אין לטוען לזכות אפשרות לערער על התפיסה וההחלטה אינה מגיעה לידי ביקורת שיפוטית. כתוצאה מכך עשוי להיגרם נזק (בלתי הפיך) לבעל הזכות ברכוש. בהקשר דומה, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי יש צורך לשמור על איזון הוגן בין הפגיעה בזכות קניינית אל מול שמירת אינטרס הציבור.⁵⁶ לדעתנו מתן אפשרות לצו תפיסה לתקופה של 20 חודשים מפר באופן ברור את האיזון הזה.

כאמור, מאחר שבהמשך התהליך תובא התפיסה בפני בית המשפט המחוזי כדי להשלימה לחילוט, לא ברור מהוראות הצעת החוק אם העתירה נגד החלטת שר הביטחון עוסקת בסבירות החלטתו על בסיס המידע שעמד לפניו בלבד בהתאם לכללי המשפט המנהלי או גם בחוקיות התפיסה עצמה והסיכויים למימוש החילוט בהמשך.

6. חילוט רכוש שנתפס (סעיף 98)

(א) תמצית

לאחר שפקע צו התפיסה רשאי שר הביטחון לפנות לבית המשפט המחוזי כדי לקבל אישור לבצע חילוט ברכוש שנתפס. אם אי-אפשר לבצע חילוט יוחזר הרכוש למי שנתפס ממנו. הדיון לפני בית המשפט המחוזי יתנהל לפי הוראות סעיף 66 (ראו לעיל).

⁵⁶ ECHR, *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, A52 (1982);

(ב) השוואה לדין החל

סעיף 44 לחוק איסור מימון טרור קובע כי צו התפיסה יפוג והרכוש יוחזר אם לא הוגשה בקשה לחילוט או למתן צו זמני לגביו בתוך 21 יום מתפיסתו.

(ג) ביקורת

לדעתנו, הליך הביקורת השיפוטית בנוגע לאפשרות לממש את החילוט צריך להתקיים בתוך תקופה קצרה יותר משנתיים, שכן עד לשלב זה הזכות היחידה שעומדת לטוען לזכות היא השגה לשר הביטחון ועתירה נגד הסבירות של החלטת השר.

יט. התאמת החוק לדרישות האמנה למניעת מימון טרור לעניין חילוט⁵⁷

1. כללי

האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור מחייבת אימוץ צעדים מתאימים כדי לזהות, לאתר, להקפיא או לתפוס כל הכספים המשמשים או מיועדים לביצוע עברת טרור, וכן את פירות העברה.⁵⁸ על המדינה

⁵⁷ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999) - ישראל חתמה על האמנה

ביולי 2000 ואשררה בחודש מרץ 2003. (להלן: האמנה).

⁵⁸ "Each State Party shall take appropriate measures, in accordance with its domestic legal principles, for the identification, detection and freezing or seizure of any funds used or allocated for the purpose of committing the offences set forth in article 2 as well as the proceeds derived from such offences, for purposes of possible

"forfeiture." ; ש.ס. סעיף 18)

לחלט את הכספים שנתפסו.⁵⁹ עוד נקבע באמנה כי מדינות רשאיות לכרות הסכמים עם מדינות אחרות בנוגע לכספים שחולטו על בסיס קבוע או ממקרה למקרה.⁶⁰

סעיף 77 להצעה עונה על דרישת האמנה בנוגע לקריאה למדינות החברות לשקול הקמה של מנגנון פיצוי שלפיו ייהנו מהכספים שחולטו הקרבנות או בני משפחותיהם.⁶¹ הסעיף קובע כי שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות הוראות בעניינים רבים ובהם הוראות בדבר הדרכים לניהול הרכוש שחולט או שניתן לגביו סעד זמני, וכן דרכי הנהלת הקרן שהוקמה לפי סעיף 75,⁶² כמו גם השימוש שייעשה בנכסי הקרן ודרך חלוקתם למטרות שונות ובהם פיצוי נפגעי עבירות טרור

האמנה מדגישה כי החילוטים כולם ייעשו בלי לפגוע בזכויותיהם של צדדים שלישיים הפועלים בתום לב.⁶³ ההצעה מתייחסת לזכויות אלה כדלקמן:

סעיף 61 להצעה, תחת הכותרת "הודעה על בקשה לחילוט רכוש וזכות טיעון", קובע כי הודעה תימסר לטוענים פוטנציאליים לזכויות ברכוש (למעט ארגון הטרור) אם הם ידועים וניתן לאתרם בשקידה סבירה בנסיבות העניין. בהודעה כאמור יימסר למקבל ההודעה על זכותו לבקש להישמע בעניין החילוט אם הוא בעל זכות ברכוש. לפי סעיף 61(ב) לא יצווה בית המשפט על חילוט רכוש אלא לאחר שנתן לטוען לזכות ברכוש, שביקש להשמיע טענותיו בעניין החילוט, אפשרות לעשות כן.

זכות ברכוש מוגדרת בסעיף ההגדרות כזכות קניינית: בעלות, שכירות, שאילה, משכון, זכות קדימה וזיקת הנאה; ונובע מכך שזכות חוזית או התחייבות אינן מקנות זכות ברכוש.

נוסף על כך, סעיף 69(א) להצעה, תחת הכותרת "רכוש שאין לחלטו בשל זכויות של אחר ברכוש", קובע כי בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש אם טוען לזכות ברכוש (שאינו הנידון אלא צד שלישי) הוכיח

⁵⁹ "Each State Party shall take appropriate measures, in accordance with its domestic legal principles, for the forfeiture of funds used or allocated for the purpose of committing the offences set forth in article 2 and the proceeds derived from such offences." (סעיף 2)8

⁶⁰ "Each State Party concerned may give consideration to concluding agreements on the sharing with other States Parties, on a regular or case-by-case basis, of the funds derived from the forfeitures referred to in this article." (סעיף 3)8

⁶¹ "Each State Party shall consider establishing mechanisms whereby the funds derived from the forfeitures referred to in this article are utilized to compensate the victims of offences referred to in article 2, paragraph 1, or their families." (סעיף 4)8

⁶² לקרן זו, שתוקם על פי סעיף 75, יועברו הכספים שחולטו או תמורתם.

⁶³ "The provisions of this article shall be implemented without prejudice to the rights of third parties acting in good faith." (סעיף 5)8

את זכותו ברכוש. על הצד השלישי להוכיח שני תנאים חלופיים: הראשון, הצד השלישי רכש את זכותו ברכוש לפני ביצוע עבירת הטרור שבקשר אליה התבקש חילוט הרכוש, או לפני שהרכוש היה לרכוש של ארגון טרור, והרכוש היה לרכוש הקשור בעבירת טרור או רכוש ארגון טרור, ללא ידיעתו או על אף התנגדותו. השני, הצד השלישי רכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב, אחרי שהרכוש היה לרכוש הקשור לעבירה שבקשר אליה התבקש החילוט, או היה לרכוש של ארגון טרור, ובלי שידע או שיכול היה לדעת כי הרכוש הוא רכוש טרור.

סעיף 70 להצעה קובע סייגים כלליים לחילוט רכוש. סייגים אלה מבטאים התחשבות בצורך להבטיח את כבודם הבסיסי ואת תנאי הקיום המינימליים של בעל הרכוש ובני משפחתו, וקובעים כי אין לחלט "מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול".⁶⁴ הסדר זה עולה בקנה אחד עם האמנה ועם המעמד החוקתי לזכות הקניין מאז קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עצם העובדה שחילוט הרכוש נעשה בהתאם להליך שיפוטי משמשת חסם בפני שרירותיות או החלטות נמהרות. הסייגים לחילוט מבטאים איזון ראוי בין האינטרס לחלט רכוש טרור לבין הצורך להגן על הזכות לקניין של צדדים שלישיים תמי-לב, כמו גם הימנעות מפגיעה חמורה מדי בתנאי החיים הבסיסיים של בעלי הרכוש.

2. ביקורת

ההצעה חורגת מהדרישות של סעיף 8 לאמנה במובן זה שהאיזון בין הערכים הנפגעים לאינטרס שבחילוט פגום, בשל ההגדרות הרחבות לארגון טרור ולעברת טרור. כפי שנדרש בסעיפים (1)8 ו-8(2) לאמנה, הצעת החוק עוסקת בחשיפה ובתפיסה של הכספים המשמשים או מיועדים לשמש ארגוני טרור לביצוע של עברות טרור. נוסף על כך, ההצעה עוסקת גם בתפיסת פירות העברה ובחילוט רכוש זה. עם זאת, בעוד סעיפי האמנה מורים על תפיסת כספים וחילוטם כשבוצעה "עברה" (לפי סעיף 2 לאמנה), ההגדרות הרחבות בהצעה מאפשרות תפיסת רכוש באופן החורג מדרישות האמנה באופן לא מידתי.

האמנה מורה על יישום סעיפיה ללא פגיעה בצדדים שלישיים. ההצעה, כאמור לעיל, אכן מתייחסת לכך ואף מספקת הגנות לצדדים שלישיים הטוענים לזכות ברכוש (בהינתן שאין מדובר ברכוש של ארגון טרור). אולם, שוב, בשל ההגדרות הרחבות שנקבעו בהצעה יש חשש לפגיעה ביחידים שבאופן רגיל היו מוגדרים כצדדים שלישיים במובן זה שהם נהפכים להיות מבצעי עברה (לדוגמה: כשצד שלישי סייע ברשלנות). במקרה כזה, הסייגים וההגנות שנקבעו בהצעה ונועדו לחול על צדדים שלישיים כלל אינם

⁶⁴ מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול: (1) צרכי אוכל כדי מחיית החייב ובני משפחתו הגרים עמו, לתקופה של שלושים יום; (2) מערכות בגדים, מיטות, כלי מיטה, כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים שהם צרכים חיוניים לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; (3) דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; (4) כלים, מכשירים, מכונות ומיטלטלין אחרים, וכן בעלי חיים, שבלעדיהם אין החייב יכול לקיים מקצועו, מלאכתו, משלח ידו או עבודתו שהם מקור פרנסתו ופרנסת בני משפחתו, ובלבד ששוויים אינו עולה על סכום שנקבע בתקנות, ואם היו מכונות - בתנאי שהחייב עובד בהן בעצמו או בעזרת שני עובדים לכל היותר; (5) כלים, מכשירים, מכונות, מיטלטלין אחרים ובעלי חיים, השייכים לנכה והנחוצים לו לשימוש האישי בגלל נכותו; (6) חיות מחמד; לעניין זה, "חייית מחמד" - בעל חיים המוחזק בביתו או בחצריו של החייב ואינו משמש לעיסוק בעל אופי מסחרי. ראה: סעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

רלוונטיים.

אם כן, בשים לב לביקורת הפרטנית בנוגע לכל סעיף, כפי שהובאה לעיל בגוף המסמך, ההצעה חורגת ממטרות האמנה בעיקר בשל הגדרותיה הרחבות מדי לארגון טרור ולעברת טרור.

בברכה,



ד"ר עמיר פוקס, עו"ד

המכון הישראלי לדמוקרטיה



פרופ' מרדכי קרמניצר

סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה