

5 בפברואר 2014

## נייר עמדה בעניין הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011

עו"ד לילה מרגלית ודר' אדם שנער

### מבוא

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל מכירה, כמובן, בחשיבות המאבק האפקטיבי בטרור. מעשי אלימות – לרבות כאלה המבוצעים מתוך מניע דתי, אידיאולוגי או פוליטי – פוגעים פגיעה קשה בזכותו הבסיסית של אדם לחיים ולשלמות הגוף. מניעת מעשים אלו עומדת ביסוד חובתה של המדינה להגן על אזרחיה, ועל כן ראוי כי יינתנו למדינה כלים משמעותיים להתמודד עם תופעה זו.
2. יחד עם זאת, אסור שהאמצעים העומדים לרשות המדינה במאבק זה יהיו בלתי מוגבלים. כמדינה דמוקרטית, על ישראל להיאבק בטרור באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד ועם זכויות היסוד האמורים להוות את הבסיס לקיומה.
3. אנו מברכים על עצם הניסיון העקרוני הנעשה בהצעת החוק ליצור הסדרים בנושא המאבק בטרור, המתאימים למדינה דמוקרטית במאה העשרים ואחת. אכן, הגיעה העת לבטל את ההסדרים הדראקוניים המצויים בחקיקת החירום, ולאמץ נורמות מידתיות וראויות, המשקפות מחויבות אמיתית לשמירה על זכויות אדם.
4. דא עקא, שבמתכונתה הנוכחית אין בהצעת החוק כדי להשיג תכלית חשובה זו. אמנם חקיקת החירום מתבטלת בחלקה, אולם במקום רפורמה מהותית, הצעת החוק מבקשת להנציח את אותם ההסדרים הדראקוניים והבלתי ראויים בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל. **בכך נגרם נזק קשה ובלתי הפיך למצב זכויות האדם בישראל, נזק אשר עלול להיות בבחינת בכייה לדורות.**
5. חקיקת החירום ותקנות ההגנה פוגעניות עד מאד, אולם לפחות אין הן מתיימרות לשקף נורמות הראויות למדינה דמוקרטית. כאשר מופעלים תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, וחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן – "חוק המעצרים המינהליים"), הכל יודעים כי מדובר ב"חקיקה הבעייתית ההיא", שכולנו תקווה כי תבוטל ביום מן הימים. ההכרה באופי החרגי של ההסדרים הקבועים בחקיקת החירום משמשת ערובה חשובה, אף אם בלתי מספקת בעליל, למניעת שימוש יתר בסמכויות הקשות המעוגנות בה ונורמאליזציה שלהן. קיים חשש כבד וממשי, כי עם העברת סמכויות אלה לחקיקה הקבועה והמודרנית של מדינת ישראל, יהיה בכך כדי לקבע אותן בתודעה הציבורית כאמצעים "רגילים", ולא ככאלה השמורים לנסיבות הקיצוניות ביותר. המשפט אינו רק כלי פורמאלי, אלא גם מנגנון חינוכי ותודעתי, המעצב

את הנורמות המקובלות בחברה. **חומרה מיוחדת בהקשר זה נודעת להצעה "לנרמל" את הסדרי המעצר המינהלי וצווי ההגבלה מינהליים.**

6. כפי שנפרט בהרחבה להלן, הצעת החוק במתכונתה הנוכחית תביא לפגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט. ההגדרות הרחבות למונחים "מעשה טרור", "ארגון טרור" ו"חבר בארגון טרור" מעניקות לרשויות המדינה שיקול דעת מופרז באשר לקביעה "מיהו טרוריסט", ופותחות פתח עצום לניצול לרעה. ההליכים שבהם מוכרזים ארגונים כארגוני טרור, ושהם נתפס ומחולט רכוש החשוד שהוא קשור לטרור, אינם כוללים את הערובות המינימאליות הדרושות לקיום הליך הוגן ולחקר האמת. הם מאפשרים פגיעה שרירותית בעקרונות יסוד דמוקרטיים ובזכויות חוקתיות כגון חופש ההתאגדות, חופש הביטוי והזכות לקניין. שיקול דעת גורף בצירוף העדר הליך הוגן הם מתכונת מובטחת לשרירות לב שלטונית, לניצול סמכויות לרעה, לאפליה, לאכיפה סלקטיבית, לטעויות, ועוד ועוד.

7. אכן, הגיעה העת לבטל את ההכרזה המתמדת על "מצב חירום" בישראל, שעומדת בעינה מאז קום המדינה. אולם על ביטול זה להביא לשינוי משמעותי בנקודת האיזון בין צורכי הביטחון לבין ההגנה על זכויות אדם בישראל, ולקביעת הסדרים המשקפים זאת. במיוחד הגיעה העת לבטל את חוק המעצרים המינהליים ואת הסמכויות הפוגעניות שבתקנות ההגנה (שעת חירום), ולחייב את רשויות אכיפת החוק להיצמד לכלל הבסיסי, כי אין נוקטים נגד אדם צעדים הפוגעים בחירותו או בחופש התנועה שלו, אלא במסגרת הליך פלילי הוגן, שבו ניתנת לו מלוא ההזדמנות להתגונן.

8. **להלן עיקר הערותינו להצעת החוק. יודגש, כי אין במסמך זה כדי למצות את מלוא הערותינו להסדרים הרבים הכלולים בהצעה, ובכוונתנו להגיש ניירות נוספים, ככל שהדבר יידרש, במהלך הדיונים בוועדה.**

### **השימוש בחומר חסוי בהצעת החוק**

9. השימוש בחומר חסוי הוא אחת מן הרעות החולות במשפט הישראלי. נעשה בו שימוש במגוון רחב של הליכים מינהליים ושיפוטיים, המשליכים באופן ישיר על זכויות יסוד של הפרט, ונראה כי מערכת אכיפת החוק ומערכת המשפט פיתחו עם השנים קהות חושים מדאיגה לפגיעה האנושה בזכות להליך הוגן הטמונה בכך.

10. הצעת החוק, המבקשת ליצור הסדרים המאפשרים מאבק בטרור שלא בתנאי חירום, משמרת את השימוש הנרחב, השגרתי והפסול בחומר חסוי בהליכים רגישים ביותר. זאת, אף מבלי להציב כל דרישה לגילוי מינימאלי של מידע לשם הבטחת הליך הוגן.

11. אכן, השימוש הרחב בחומר חסוי עובר כחוט השני בהצעת החוק: בנוסף על דיוני מעצר מינהלי וצווי הגבלה, ניתן לעשות שימוש בראיות חסויות בהליך ההכרזה על ארגון כ"ארגון טרור"; בדיון בעניין חילוט רכוש ותפיסה מינהלית; בדיון לגבי צו למניעת פעילות טרור ולהגבלת שימוש במקום; ועוד.

12. אנו סבורים כי במסגרת תיקון החקיקה המקיף, שתכליתו לקבוע איזון חדש בישראל בין זכויות האדם לבין צורכי ביטחון – איזון המתאים למדינה דמוקרטית במאה ה-21 – **מן הראוי להביא להפסקת הפרקטיקה הפסולה של שלילת זכויות יסוד על סמך ראיות סודיות. לכל הפחות, ככל שנעשה שימוש בחומר חסוי, יש לבחון באופן מעמיק את ההשלכות שיש לכך ולקבוע הסדרים מינימאליים כדי למנוע הפיכת ההליכים להליכי סרק, המשמשים בעיקר עלה תאנה להליך הוגן.**

13. אכן, קשה לחשוב על דוגמא מובהקת יותר של הקרבת הפרט על מזבח "טובת הכלל" מהשימוש השגרתי בחומר חסוי בהליכים משפטיים או מינהליים, האוצלים על זכויות האדם. חברה המקבלת בשוויון נפש את האפשרות, שהמדינה תיקח מתושביה את הדברים הבסיסיים שכל אחד מאיתנו מקבל כמובן מאליו – החירות, הזכות לנוע ממקום למקום, חופש העיסוק, הזכות לצאת מהארץ – מבלי לאפשר להם להתגונן בהליך הוגן וראוי, מאבדת מהאנושיות שלה ומאופייה הדמוקרטי.

14. פגיעה בזכויות אדם בסיסיות על סמך חומר חסוי אינה מקיימת את פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: לא ניתן להניח בבטחה שהיא נועדה לתכלית ראויה, ובהעדר כל הליך הוגן, היא אף איננה מקיימת את מבחן המידתיות. וכפי שנפרט להלן, פגיעה בזכויות אדם על סמך חומר חסוי, ללא הליך שיפוטי המקיים את תנאי הסף הבסיסיים הדרושים כדי להבטיח את הוגנותו, סותרת גם את המשפט הבינלאומי, לו מחוייבת מדינת ישראל.

15. זאת ועוד. שימוש נרחב בחומר חסוי בהליכים שיפוטיים אף משקף ומעודד קיומה של "מדינת ביטחון לאומי", שבה רשויות אכיפת החוק אינן כפופות לביקורת ציבורית ממשית ואינן נדרשות לתת דין וחשבון אמיתי על מעשיהן. הוא מעניק כוח מופרז לרשות המבצעת; הוא משקף ומעודד תפיסה אנטי-דמוקרטית, המזלזלת בזכות הציבור לדעת ובהנחת היסוד ש"אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר"; והוא מאפשר לציבור להתעלם מדברים הנעשים בשמו, ופוטר אותו מחובתו לבקר את רשויות השלטון.

### **הבעייתיות שבשימוש בראיות חסויות**

16. השימוש בחומר חסוי פוגע פגיעה אנושה ביכולתו של החשוד להתגונן מפני ההאשמות נגדו. כבר ציין השופט לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח."<sup>1</sup> באופן דומה, אם כי בהקשר אחר, עמד השופט רובינשטיין על הצורך "לפוגג עד למינימום ההכרחי את הערפל בו מצוי הכלוא."<sup>2</sup> זאת ועוד. התבססות על חומר חסוי, מבלי שניתנת לאדם אפשרות לסותרו, מעלה באופן ממשי את ההסתברות לטעות מצד השלטונות. כך, למשל, החשוד לא יכול לספק הסבר חלופי ל"עובדות" שהמדינה נאחזת בהן.

<sup>1</sup> בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1953).

<sup>2</sup> עמ"ס 1949/09 צאלח נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (2009); עמ"ס 2595/09 סופי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (2009).

17. הבעייתיות שבשימוש בחומר חסוי היא, אם כן, כפולה. ראשית, אדם ניצב במצב קפקאי שבו הוא מואשם, אך אינו יודע במה. אין מגלים לו את ההאשמות נגדו, לפחות לא ברמה מפורטת. הוא אינו יודע מה טיב הראיות כנגדו. ממילא, אין ביכולתו לסותרן. אמנם האדם יכול למנות סניגור, אולם אותו מידע מפליל אינו מובא גם לידיעת הסניגור. דומה כי אין פגיעה חמורה יותר בזכות להליך הוגן מזו השוללת מהחשוד את האפשרות הבסיסית להתעמת עם מאשימו ולהשיב לטענות נגדו. ההליך האדברסרי מאויין, ובית המשפט מוצא עצמו מאזין לצד אחד בלבד. כשלכך מצטרפת מעורבות שיפוטית מינימלית בשיקולי הביטחון של המדינה, התוצאה ברורה. שנית, כפי שפירטנו לעיל, עולה החשש לטעות, שמובילה הסתמכות יתר על צד אחד בלבד:

"...The failure to disclose evidence to the accused creates "an exceptionally high risk of erroneous deprivation." Without any opportunity for confrontation, individuals subject to proceedings that use secret evidence are forced to prove their innocence in the face of the anonymous "slurs of unseen and unsworn informers." As one commentator has noted, "the risk of error is greater, maybe even much greater, when a person is denied access to the full raw evidence against him, leaving him incapable of testing the integrity of that evidence by cross-examination and rebuttal." In the words of Justice Frankfurter, "fairness can rarely be obtained by secret, one-sided determination of facts decisive of rights."<sup>3</sup>

18. במקרים של שימוש בחומר חסוי, ההגנה על החשוד אמורה להתבצע על-ידי בית המשפט, שאמור לשמש כ"פה" לחשוד. בית המשפט הוא זה העובר על חומר הראיות, מחליט מה ייחשף בפני החשוד, אם בכלל, ודואג לאינטרסים שלו. ברור, עם זאת, שבית המשפט יתקשה למלא תפקיד זה. למעשה, החוק מניח כי בית המשפט ימלא תפקיד כפול, הן של שופט עצמאי ובלתי תלוי, והן ככזה הבא להגן על האינטרס של החשוד. אולם ספק רב אם בית המשפט יוכל לעשות זאת, כיוון שאין לו היכולת לקבל את גרסתו של החשוד לחומר שמוגש כנגדו. עמד על קושי זה בית המשפט העליון של קנדה בפרשת Charkaoui:

"The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet."<sup>4</sup>

במצב דברים זה, גם השופט הטוב ביותר, עם הכוונות הטובות ביותר, אינו יכול לעשות צדק.

19. מעבר לפגיעה הקשה בזכויות האדם הטמונה בהסתמכות על חומר חסוי בהליכים מינהליים ושיפוטיים, הרי שסודיות מופרזת פוגעת גם באושיות הדמוקרטיה: בהנחת היסוד שרשויות הביטחון ורשויות אכיפת החוק פועלות כנאמני הציבור, בזכות הציבור

<sup>3</sup> Note: Secret Evidence in the War on Terror, 118 Harv. L. Rev 1962, 1979-80 (2005)

<sup>4</sup> Charkaoui v Minister of Citizenship and Immigration [2007] 1 SCR 350, para 64.

לדעת, ובאינטרס הציבורי שבשמירה על שלטון הפועל בשקיפות, תוך מחויבות לעקרון פומביות המינהל.

### דרישות מינימאליות להליך הוגן

20. בשל הפגיעה הקשה בזכויות אדם ובהליך הוגן הטמונה בהסתמכות על מידע חסוי, מדינות שונות פיתחו מנגנונים מורכבים להתמודדות עם הסוגיה. כך, למשל, באנגליה, קנדה וניו זילנד אומץ מנגנון "עורכי הדין המיוחדים" (special advocates), שאמור להכניס אלמנט "אדברסרי" כלשהו הן להליך בחינת היקף החיסיון והן לדיון המהותי עצמו. [בנייר העמדה שהגשנו למשרד המשפטים ביחס לתזכיר החוק](#), סקרנו בהרחבה את ההסדרים השונים שאומצו בעולם, את היתרונות והחסרונות שלהם, ואת התנאים המינימאליים שצריכים להתקיים על מנת שלא יהוו עלה תאנה בלבד. ככל שהצעה בנושא זה תעלה לדיון בוועדה, נגיש התייחסות מפורטת אליה.

21. בהחלטה תקדימית מפברואר 2009 קבע בית המשפט האירופי לזכויות האדם, בפסק דין [A. and Others v. UK](#), כי גם במצב חירום, המצדיק גריעה מאמנת זכויות האדם האירופית, לא ניתן לשלול חירותו של אדם מבלי להעניק לו הזדמנות הוגנת להתגונן בבית המשפט.<sup>5</sup> עוד נקבע, כי גם אם נעשה שימוש במנגנון כמו עורך דין מיוחד, המעיין בחומר החסוי כולו מטעם החשוד, ההליך השיפוטי אינו יכול להיחשב כהוגן **כל עוד אין מגלים לחשוד מספיק מידע שיאפשר לו להנחות באופן אפקטיבי את עורך הדין המיוחד**. בהקשר זה נפסק, כי כל מקרה צריך להיבחן לגופו. ייתכנו מקרים, שבהם פירוט מספק אודות מהות החשדות נגד האדם, יספיק כדי לאפשר לו להתמודד איתם באופן ראוי, גם אם חלק מהבסיס הראייתי לחשדות מוסתר ממנו (למשל, אם נטען כי אדם שהה במחנה אימונים מסוים בתאריכים מדויקים, ייתכן שהוא יכול להנחות את עורך הדין המיוחד באופן סביר גם אם אינו יודע מהו המקור המדויק לחשד). לעומת זאת, כאשר הטענות הן כלליות ("הינך חשוד בחברות או בנטילת תפקיד מוביל בארגון פלוני"), וההחלטה לאשר את המעצר מתבססת באופן מכריע על חומרים חסויים, ברי כי נשללת הזכות להליך הוגן:

"The Court further considers that the special advocate could perform an important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings. However, the special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate. While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that, where the evidence was to a large extent disclosed and the open material

<sup>5</sup><http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24704&sessionId=26399324&skin=hudoc-en&attachment=true>

played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions about him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations".<sup>6</sup>

22. בהמשך נייר העמדה נתייחס להליכים ספציפיים, המתבססים על חומר חסוי. לגבי חלק מהם עמדתנו החד משמעית היא כי הגיעה העת **לבטלם**. כך, למשל, לעניין מעצרים מינהליים וצווי הגבלה אחרים. כן כאמור לעיל, עמדתנו היא כי אין לאפשר שלילת זכויות יסוד על סמך ראיות סודיות. אולם מבלי לגרוע מעמדתנו זו, ככל שנעשה שימוש בחומר חסוי, יש לעמוד על קיומה של חובה בסיסית לגלות לאדם או לארגון מספיק מידע, כדי לאפשר לו לתת הנחיות אפקטיביות למי שמייצג אותו, ולהתגונן באופן אמיתי מפני הטענות נגדו. חובה זו מהווה תנאי הכרחי לשמירה על הליך הוגן מינימאלי. נוסחאות האיזון הכלולות כיום בהצעת החוק, והדרישה להעביר תמצית "ככל האפשר", אינן מספקות בהקשר זה, שכן הן אינן מחייבות גילוי מינימאלי בכל מקרה ומקרה.

## פרק ההגדרות

### "ארגון טרור"

23. ההגדרה המוצעת בהצעת החוק ל"ארגון טרור" רחבה ביותר. היא משתרעת למשל על חבר בני אדם, אשר עוסק ככלל בפעילות חוקית ולגיטימית, אך אשר ביצע, או פעל "במטרה לאפשר או לקדם", מעשה המוגדר כ"מעשה טרור" או המהווה "עבירת טרור חמורה". ההגדרה של "עבירת טרור חמורה" חלה על כמעט כל העבירות הכלולות בהצעה, לרבות מעשים כגון אי-דיווח על חשד לביצוע פעולה ברכוש של ארגון טרור (סעיף 37 להצעה) ופרסום דברי שבח ואהדה למעשה טרור (סעיף 27(ב)(2)). כפי שיפורט להלן, גם ההגדרה של "מעשה טרור" רחבה ביותר.

24. העמימות הרבה של ההגדרה יוצרת חוסר ודאות מדאיג לגבי האופן שבו היא תפורש ותיושם בפועל. חוסר ודאות זה עלול ליצור "אפקט מצנן", אשר ישתק פעילויות פוליטיות לגיטימיות אף מעבר לכוונת המחוקק. המשמעות המעשית של עמימות ההגדרה והתפרסותה הרחבה היא הענקת שיקול דעת רחב ביותר לשר הביטחון, לשב"כ, למשטרה ולתביעה, להחליט את מי "תופסים" ואת מי לא. היא פוגעת באופן עמוק בעקרון החוקיות ומזמינה אכיפה סלקטיבית ואפליה. כמו כן, היא פותחת פתח עצום להתערבות פסולה בשיח הפוליטי החופשי, החיוני כל כך במדינה דמוקרטית.

<sup>6</sup> ראו סעיף 220 לפסק הדין.

25. לאור ההשלכות מרחיקות הלכת של ההגדרה, הן על הארגון עצמו והן על זכויות של צדדים שלישיים, מן הראוי לנקוט משנה זהירות על מנת להבטיח, כי היא תחול אך ורק על ארגונים אשר הינם ארגוני טרור של ממש, ושתתקיים הלימה מלאה בין ההגדרה הקבועה בחוק לבין מעגל הארגונים שנגדם אכן ראוי לפעול.

26. ניתן לקבל השראה בהקשר זה מחוק מאבק בארגוני פשיעה, המגדיר "ארגון פשיעה" כ"חבר בני אדם [...] שפועל בתבנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות [...]". מחד גיסא יכול ארגון להיחשב ארגון פשיעה אף אם הוא עוסק גם בפעילות חוקית, ואין דרישה כי הפעילות הפלילית תהיה מטרתו היחידה; אולם מאידך גיסא לא די בפעילות שולית או במעשה חד פעמי.

### "ארגון טרור מוכרז"

27. על פי סעיפים 3 ו-4 להצעת החוק, שר הביטחון רשאי להכריז על חבר בני אדם כ"ארגון טרור", אם הוא ממלא אחר ההגדרה של "ארגון טרור" המפורטת לעיל. נוסף על כך, שר הביטחון רשאי להכריז על חבר בני אדם כ"ארגון טרור", אם הוא "מקדם או מאפשר" פעילותו של ארגון טרור – וזאת בשים לב ל"טיב הזיקה בינו לבין ארגון הטרור", ולשאלה אם הפעילות המקדמת או המאפשרת את פעילות ארגון הטרור "נעשית באופן שיטתי או מתמשך, או שיש בה תרומה ממשית לפעילות ארגון הטרור".

28. קביעה זו נועדה לאפשר הכרזה על "ארגוני מעטפת" – אשר אינם עוסקים בפעילות טרור בעצמם, ואף אינם עוסקים בפעילות שנועדה "לאפשר או לקדם" ביצוע מעשי טרור או עבירות טרור חמורות (שכן, אחרת היו נכנסים להגדרה הרחבה ממילא של "ארגון טרור"). בדברי ההסבר להצעה מובאת הדוגמא של ארגוני הדעווה (הכשרת הלבבות), המעודדים את פעילות החמאס והמהווים את התשתית החברתית שלו: "מדובר במערך שירותים קהילתיים שמעניקה תנועת החמאס לתומכיה ולכלל האוכלוסייה הפלסטינית בתחומי דת, חינוך, רפואה, ורווחה. זאת, באמצעות הפעלת מערכת מוסדות חינוך לכל הגילאים המתרכזת סביב המסגדים, הענקת מזון, ביגוד וטיפול רפואי לזקוקים לכך, וכן תמיכה במשפחות החללים והאסירים בבתי הכלא בישראל באמצעות מתן הטבות, מענקים וקצבאות. מערך שירותים ענק זה, אף שתכליתו לכאורה הומניטרית, נועד להרחיב את בסיס התמיכה הציבורית בארגון הטרור, וליצור בקרב האוכלוסייה תלות כלכלית בארגון הטרור, כמו גם הזדהות ומחויבות לדרכו ולערכיו..."

29. קיימת הצדקה לנקוט צעדים נגד ארגונים, התורמים לפעילותם האסורה של ארגוני טרור, ולהפליל את ההיבטים הבעייתיים של התנהלותם. יחד עם זאת, מתן סמכות כה רחבה להכריז על ארגונים כ"ארגוני טרור" לכל דבר – מבלי לעמוד בכל מקרה ומקרה על קיומה של זיקה ברורה בין פעילות הארגון לבין הטרור אותו מבקשים למנוע – מרחיבה את המעגל הפלילי באופן בלתי סביר ועלולה לפגוע בפעילות חברתית לגיטימית ואף ראויה. כמובן, שהרחבה כה גורפת של מעגל הארגונים, אשר עלולים להיתפס בהגדרה של "ארגוני טרור", משליכה על שאלת הלגיטימיות של רבים מן האמצעים האחרים הקבועים בהצעה.

## ”חבר בארגון טרור”

30. אנו סבורים כי יש למחוק את סעיף קטן (2) להגדרה, המגדיר כ”חבר בארגון טרור” כל מי “שהביע את הסכמתו להצטרף לארגון טרור, לפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא חבר בארגון טרור או שלוח מטעמו”; ולדרוש בכל מקרה פעילות ממשית במסגרת ארגון הטרור.

31. הצהרה גרידא של אדם, כי הוא “מצטרף” לארגון זה או אחר, איננה מספיקה כדי להצדיק הטלת אחריות פלילית עליו וראייתו כ”חבר” בארגון לעניין שלל ההשלכות שיש לכך בהצעת החוק (כגון הקמת חזקה, כי מעשה שבוצע על ידו נעשה מטעמים אידיאולוגיים ובמטרה לעורר בהלה בציבור או להשפיע על מדיניות הממשלה – סעיף (ב) להגדרה של “מעשה טרור”). הפללת “אמירה” גרידא, ללא קשר להשלכות שיש להצהרה זו על הפעילות הטרוריסטית של הארגון, מתקרבת באופן מסוכן לפגיעה בגרעין הקשה של חופש הביטוי והמצפון, וזאת ללא הצדקה חזקה. הצהרה בעלמא של אדם מן היישוב על “הצטרפות” לארגון טרור איננה טומנת בחובה כשלעצמה סכנה ממשית לביטחון (במיוחד לאור ההגדרה הרחבה של ארגון טרור); נוסף על כך, היא עשויה להינתן בנסיבות מגוונות, כגון תחת לחץ חברתי, תחת איומים ועוד. כמו כן, מכיוון שמדובר באישום העוסק כל כולו בדברים שנאמרו, כביכול, על ידי האדם שלא בפומבי, קיימת סכנה ממשית להפללות שווא, שמפניהן קשה עד בלתי אפשרי להתגונן.

32. ברוח דומה, אין מקום לחזקות הקבועות בסעיפים (א) ו-(ב) להגדרה של “חבר בארגון טרור”, ובייחוד לחזקה המוצעת בסעיף (ב), ולפיה “מי שהיה חבר בארגון טרור יראו אותו כחבר באותו ארגון, אלא אם כן הוכיח כי חדל מלהיות חבר בו”. איזו הצדקה יש להטיל על אדם את הנטל להראות, שהוא הפסיק להיות חבר בארגון? כיצד אמור אדם לעמוד בנטל הזה? הדעת גם אינה סובלת אי הכפפתה של חזקה זו לקביעה המצויה בסעיף (א) להגדרה, לפיה “עורר נאשם ספק סביר לעניין זה, יפעל הספק לטובתו”; האם משמעות הדבר, כי גם אם יצליח כנגד כל הסיכויים לעורר ספק סביר בדבר המשך חברותו בארגון, הספק לא יפעל לטובתו, והוא יורשע על אף קיומו של ספק סביר בדבר אשמתו?

## ”מעשה טרור”

33. בשל ההשלכות החמורות הנובעות מהקביעה כי מעשה הוא בגדר “מעשה טרור”, יש לוודא כי הגדרת המונח אכן תהיה מדוייקת, ותשתרע אך ורק על מעשים אשר במהותם אכן הינם “מעשי טרור” של ממש. ההגדרה המוצעת למונח זה בהצעת החוק משקפת הרחבה משמעותית ובלתי ראויה לעומת ההגדרה שאומצה לאחר דיונים ממושכים בחוק איסור מימון טרור.

34. גם ההגדרה שאומצה במסגרת חוק איסור מימון טרור בזמנו, היתה הגדרה רחבה יחסית (השוו, למשל, להגדרה שבסעיף 2 לאמנת האו”ם נגד מימון טרור (International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism): (1)



עבירות על פי אחת האמנות המפורטות בנספח לאמנה, העוסקות במעשי טרור קלאסיים כגון חטיפת מטוסים, פגיעה בנציגים דיפלומטיים, חטיפת בני אדם, פגיעה במתקנים גרעיניים, אלימות בשדות תעופה, וכו'; ו-2) מעשים אחרים, שנועדו לגרום מוות או פגיעה חמורה בגופו של אזרח, כאשר המעשה נועד להפחיד אוכלוסייה או להכריח ממשלה או ארגון בינלאומי לעשות פעולה או להימנע מעשיית פעולה.<sup>7</sup>

35. עמדתנו היא, שאת ההגדרה של "מעשה טרור" יש לגזור באופן מדוקדק, על רקע התכלית המיוחדת של הצעת החוק והסמכויות הקיצוניות הקבועות בה. סיווג מעשה כ"מעשה טרור" אינו רק ביטוי לחומרה המיוחדת לו, אלא פתח לטיפול בו בכלים מיוחדים, החורגים פעמים רבות מהמקובל במשפט הפלילי הרגיל. ההצדקה הניתנת לכך נוגעת הן לסיכון הקיצוני לנפש הטמון בפעילות טרור, והן לאתגר המיוחד שהיא מציבה בפני רשויות אכיפת החוק. הרחבת ההגדרה כדי שתחול על פעילות – אף אם חמורה ביותר – אשר אינה מסכנת חיי אדם או את ביטחון הציבור באופן ממשי, מעניקה כוח ושיקול דעת רבים מדי לרשויות השלטון ומאפשרת עקיפה של המשפט הפלילי במגוון רחב של מקרים.

36. ניתן לקבל השראה לעניין זה מהחוק הקנדי, המגדיר "פעילות טרור" ככוללת הן מעשים המוגדרים באמנות שונות כמעשי טרור "קלאסיים", והן מעשים הכוללים את כל האלמנטים הבאים:

- הם בוצעו למטרות אידיאולוגיות, דתיות או פוליטיות;
- הם נועדו להפחיד את הציבור או להכריח אדם, ממשלה או ארגון לבצע או להימנע ממעשה מסויים;
- והם נועדו באופן מכוון;

- i. לגרום למותו או לפציעתו הקשה של אדם על ידי שימוש באלימות;
- ii. לסכן חייו של אדם;
- iii. לגרום סיכון רציני לבריאותו או לבטיחותו של הציבור או חלק ממנו;
- iv. לגרום נזק משמעותי לרכוש ציבורי או פרטי, אם קיימת אפשרות ממשית (likely) כי יגרום לאחד המעשים או הפגיעות שב i-iii.
- v. לגרום לפגיעה או הפרעה רצינית לשירותים ומערכות חיוניים, ובלבד שאין זה כתוצאה ממחאה או שביתה שלא נועדה להביא למעשים או לתוצאות שב i-iii.<sup>8</sup>

החוק הקנדי גם מכיל סייג, לפיו ההגדרה של "פעילות טרור" אינה משתרעת על פעילות המבוצעת במהלך סכסוך מזויין, התואמת את כללי המשפט הבינלאומי, או על פעילותו של כוח צבאי מדינתי, הנשלטת על ידי כללים אחרים של המשפט הבינלאומי.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>

<sup>8</sup> סעיף 83.01 (1) לחוק הפלילי הקנדי: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/fulltext.html>

37. בית המשפט העליון באנגליה הביע לאחרונה דאגה ביחס להשלכות השליליות שעלולות להיות להגדרה רחבה מדי של המונח "טרור", בעניין R. v. Gul [2013] UKSC 64. בית המשפט ביקש להסב את תשומת לב המחוקק לכך שהגדרה מרחיבה של המושג "טרור" מעבירה שיקול דעת מופרז לידי התביעה, ופותחת פתח לשימוש בסמכויות פוגעניות שונות (כגון סמכויות חיפוש מיוחדות). לעניין ההסתמכות על שיקול הדעת של התביעה ביישום ההגדרה הרחבה (והדרישה לאישור מיוחד מאת ראש התביעה לפני פתיחה בהליכים פליליים לפי החוק), הדגיש בית המשפט כי:

"The Crown's reliance on prosecutorial discretion is intrinsically unattractive, as it amounts to saying that the legislature, whose primary duty is to make the law, and to do so in public, has in effect delegated to an appointee of the executive... the decision whether an activity should be treated as criminal for the purposes of prosecution. Such a statutory device, unless deployed very rarely indeed and only when there is no alternative, risks undermining the rule of law. It involves Parliament abdicating a significant part of its legislative function to an unelected DPP, or to the Attorney General... Further, such a device leaves citizens unclear as to whether or not their actions or projected actions are liable to be treated by the prosecution authorities as effectively innocent or criminal – in this case seriously criminal."<sup>10</sup>

38. בהקשר זה אנו סבורים בין השאר, כי יש לחזור לדרישה שהופיעה בחוק איסור מימון טרור, כי "מעשה טרור" יוגדר כמעשה שמטרתו לעורר פחד או בהלה בציבור, או לכפות על הממשלה לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה (ולא רק "להניע" אותה). דרישה זו חשובה בין השאר כדי למנוע פרשנויות, העלולות להחיל את החוק על פעילויות מחאה שונות.

39. כן אנו סבורים כי ההגדרה שבסעיף קטן (ג)(3) – "פגיעה חמורה ברכוש, פגיעה ברכוש שגרמה או שעלולה לגרום לפגיעה חמורה בשלום הציבור או לנזק כלכלי חמור, או פגיעה ברכוש שהיה בה או עלול להיות בה משום פגיעה חמורה במוסדות השלטון" – רחבה מדי. פגיעות ברכוש שאינן נושאות עמן סכנה ממשית לפגיעה בבני אדם או בבטיחות הציבור עשויות להיות חמורות מאד, וראויות לטיפול מחמיר באמצעות המשפט הפלילי – אולם סיווגן כמעשי טרור, על כל המשתמע מכך, עלול להוביל למדרון חלקלק של ויתור על הכללים ועל ההגנות של המשפט הפלילי במגוון רחב של מצבים. בעייתיות נוספת טמונה בשימוש במונח העמום "פגיעה חמורה בביטחון המדינה" בסעיף (ג)(3) להגדרה: משמעות המונח בהקשר הנוכחי אינה ברורה, ונראה כי הוא פותח פתח לשימוש לרעה במנגנוני החוק.

40. בעייתיות נוספת טמונה בניסוח ההתייחסות ל"מעשה שאיימו בעשייתו" בסעיף (3) להגדרה של "מעשה טרור". במהלך הדיונים על חוק איסור מימון טרור הובהר, כי כדי

<sup>9</sup> ראו שם.  
<sup>10</sup> פסי' 36 לפסק הדין.

ש"איום בעשיית מעשה" ייכנס להגדרה של מעשה טרור, על האיום עצמו, ולא רק המעשה שאיימו לעשותו, לקיים את הדרישות המהותיות של פגיעה בגוף האדם או פגיעה בתשתיות וכו'. לשם כך יש לשנות את המלים "במעשה שאיימו בעשייתו" שבסעיף 2(א)(3) ל"באיום". כדי להמחיש: אם אדם מאיים לבצע רצח ממניע אידיאולוגי, אין לראות בכך מעשה טרור, אף אם המטרה הייתה להשפיע על מדיניות הממשלה, אלא אם האיום עצמו הביא למשל לשיבוש מערכות. איום במעשה טרור הוא מעשה חמור, העשוי לגרור אחריות פלילית כבדה בנסיבות המתאימות (ראו לעניין זה את סעיף 30 המוצע); ואולם, כדי שהאיום עצמו יהווה "מעשה טרור", יש לוודא כי הוא ממלא אחר כל התנאים הרלוונטיים.

41. כמו כן, אין כל הצדקה לחזקה הקבועה בסעיף (ב) להגדרה, לפיה מעשה של "חבר בארגון טרור" נעשה מתוך מניע אידיאולוגי ובמטרה לעורר בהלה או להשפיע על מדיניות הממשלה. זאת במיוחד לאור ההגדרות הרחבות של "חבר בארגון טרור" ושל "ארגון טרור" שעליהן עמדנו לעיל.

### **"רכוש טרור"**

42. על פי הצעת החוק, רכוש טרור כולל בין השאר גם "רכוש הקשור לעבירת טרור". לאור ההגדרה הרחבה של "עבירת טרור", המשמעות היא שכל רכוש הקשור בדרך כלשהי לכל אחת ממגוון העבירות הקבועות בחוק, הופך באופן בלתי סביר ל"רכוש טרור": החל ממגאפון ששימש אדם להשמעת קריאות הזדהות עם מעשה שהוגדר כמעשה טרור, ועד לרכב ששימש אדם בנסיעה למקום, שלגביו הוצא צו מינהלי להגבלת שימוש בו על ידי המשטרה – וזהו רק קצה הקרחון. כמובן שלהגדרה זו השלכות מרחיקות לכת, הן לעניין האחריות הפלילית המוטלת על המבצע "פעולה ברכוש טרור" והן לעניין סמכויות התפיסה והחילוט הקבועות בחוק. כמובן, שגם ההגדרה הרחבה של "ארגון טרור" משליכה על סבירות ההגדרה של "רכוש טרור".

### **הליך ההכרזה על ארגון טרור בישראל**

43. פרק ב' סימן א' להצעת החוק מתייחס למנגנון ההכרזה על ארגון כארגון טרור. הערותינו הפרטניות לגבי סעיפים אלה יובאו בהמשך, אולם עמדתנו העקרונית הינה כי ככלל, כאשר קיים מידע או חשד כי ארגון פועל בניגוד לחוק לביצוע עבירות המסכנות את ביטחון הציבור, דרך המלך היא לנקוט נגדו ונגד הפעילים בו בהליכים פליליים, שבמסגרתם תינתן להם מלוא ההזדמנות להתגונן. לאור ההשלכות מרחיקות הלכת של מנגנון ההכרזה, המאפשר התערבות קשה מצד המדינה בחופש ההתאגדות של האזרח, יש לכל הפחות לייחד אותו למקרים חריגים וקיצוניים, שבהם מדובר בארגוני טרור **מובהקים** ושבהם ההכרזה הכרחית להגנה על ביטחון הציבור. במסגרת הליך ההכרזה יש להקפיד על הזכות להליך הוגן ולהבטיח ביקורת שיפוטית נאותה על ההחלטה.

## ההשלכות הנגזרות מהכרזה על ארגון כארגון טרור

44. הכרזה על חבר בני אדם כארגון טרור נושאת עמה השלכות מרחיקות לכת. מילוי תפקיד בארגון טרור גורר עונש מאסר ממושך, בהתאם לדרג התפקיד. החברות עצמה הינה עבירה פלילית שעונש מאסר חמור צידה. כך גם לגבי סיוע לאותו ארגון, מתן שירות, קידום פעולותיו, הזדהות עמו ופרסום דברי שבח ואהדה. באמצעות צו שמוציא מפקד מחוז במטרה ניתן להפסיק את פעילות הארגון, לרבות הפגנות ותהלוכות מטעמו (סעיף 99 המוצע), וכן להגביל שימוש במקום המשמש לפעילותו (סעיף 102). עשיית פעולה ברכוש במטרה "לאפשר, לקדם או לממן פעילות של ארגון טרור" היא עבירת פשע חמור שדינה 10 שנות מאסר (סעיף 34 המוצע), אסור להעביר אליו רכוש (עבירה שעל פי סעיף 35 המוצע נושאת עונש של שבע שנות מאסר), וחל איסור כללי על כל פעולה ברכושו, למעט פעולות שהתיר שר הביטחון בצו תפיסה מינהלי (סעיף 36(א)). על פי סעיפים 20, 21 ו-37 המוצעים, הכרזה על ארגון כארגון טרור אף גוררת חובות דיווח רחבות אודות החזקה או פעילות ברכושו. נוסף על כך, אפשר לחלט את רכושו בהליכים אזרחיים ומינהליים, על סמך חומר חסוי וללא הליך הוגן של ממש.

45. ואולם, השלכות קשות אלו אינן מוגבלות אך לארגון עצמו, שכן יש בהן כדי להשפיע על צדדים שלישיים הבאים במגע עם הארגון. משהוכרז ארגון כארגון טרור, לא רק שמתן שירות המקדם את פעילות הארגון נכנס לגדר המעשים האסורים, אלא שהצעת החוק מפלילה כל סוג של קשר עם הארגון. בכך ישנה הרחבה משמעותית ביותר של מעגל ההפלה – הרחבה המחייבת, לכל הפחות, הליך זהיר והוגן בשלב ההכרזה.

46. זאת ועוד. לאור העובדה, שארגון יכול להיות מוכרז כארגון טרור בשל קשרים שיש לו עם ארגון אחר (ארגוני "מעטפת"), קיימת חשיבות מיוחדת לשמירה על שקיפות ועל הליך הוגן. זאת, כדי להבטיח הבחנה ראויה בין ארגונים המקיימים קשר פסול עם ארגון טרור כדי לקדם את מטרותיו הפסולות, לבין ארגונים לגיטימיים לחלוטין, אשר שימוש בחופש הביטוי שלהם, או רצונם לקדם פעילות חברתית מבורכת, הם המביאים אותם לידי קשר עם ארגון שהוכרז.<sup>11</sup>

47. הנה כי כן, ההשלכות של הכרזה על ארגון כארגון טרור הן קשות. הן פוגעות בחירויות הבסיסיות של הפרט להתאגד, להתבטא, לנוע, להיות בעל קניין ובעל חירות.<sup>12</sup> יתירה מזו, ככל שההגדרה של "ארגון טרור" רחבה יותר, וככל שהליך ההכרזה בעייתי יותר, כך גובר החשש הממשי, כי הכרזה על ארגון כארגון טרור תביא לפגיעה בשיח הפוליטי בישראל ותהווה התערבות בלתי ראויה של המדינה בשליטתה על שיח זה ובעיצובו. ראוי, אפוא, כי הכרזה על ארגון כארגון טרור תיעשה בכובד ראש, תוך כיבוד זכויותיו של

<sup>11</sup> ACLU Testifies Before House On Anti-Terrorism Financing Laws, available at <http://www.aclu.org/national-security/aclu-testifies-house-anti-terrorism-financing-laws>.

<sup>12</sup> על הפגיעה בזכויות אדם אלה כפועל יוצא מהכרזה על ארגון כארגון טרור, ראו למשל: Report of the Special Rapporteur on Human Rights and Terrorism, UN Doc. A/61/267, 16 August 2006 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/477/03/PDF/N0647703.pdf?OpenElement>).

הפרט, ובפרט זכותו להליך הוגן. זאת, גם כדי למנוע או לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם, וגם כדי למנוע ניצול לרעה וטעויות.<sup>13</sup>

48. דברים אלה נכונים שבעתיים שעה שבישראל קיים מיעוט לאומי פלסטיני, שלו קשרים מגוונים עם האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים ועם העולם הערבי. לאור ניסיון העבר, המשמעות החברתית של שימוש יתר במנגנון ההכרזה עלולה להיות חמורה במיוחד עבור אוכלוסייה זו: להביא לצינון מופרז ופוגעני של קשריה הלגיטימיים עם העולם המוסלמי ולהעמקת הדרתה מהאוכלוסייה היהודית בישראל.<sup>14</sup> כן קיים חשש לשימוש מפלה במנגנון ההכרזה נגד ארגונים פלסטינים בישראל, העוסקים בפעילות פוליטית לגיטימית. שמירה על הליך הוגן, שקוף ונתון לביקורת חיונית למניעת אפליה ואכיפה סלקטיבית בהפעלת מנגנון ההכרזה.

### הפגמים בהסדר המוצע

49. הליך ההכרזה המוצע, גם לאחר שתוקן בעקבות הערות על התזכיר, אינו מספק ערובות מספיקות לקיומו של הליך הוגן. אנו מוטרדים משלושה היבטים מרכזיים: העדר זכות טיעון ממשית, שימוש נרחב בחומר חסוי, והעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

50. כפי שנפרט להלן, אנו סבורים שיש להתנות את ההכרזה מלכתחילה בהליך שיפוטי, אשר יקיים את הדרישות המינימאליות להבטחת הליך הוגן. לחלופין, יש לכל הפחות לקיים מלכתחילה מסלול מינהלי "מחוזק" שבו יתקיימו הזכויות הדיוניות של הארגון, ושלאחריו תינתן לארגון או לאדם אחר הרואה עצמו נפגע מן ההכרזה זכות להגיש לבית המשפט, ולא לוועדה המייעצת, בקשה לביטול ההכרזה, שבה ידון בית המשפט בטענות הארגון de novo.

51. בהקשר זה יש לציין, כי בשנים האחרונות פסק בית המשפט האירופי לצדק, כי הקפאת נכסים של פרטים שהוכרזו כמעורבים בטרור על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם כפופה לדיני זכויות האדם במשפט האירופי. כך, נקבע כי קיימת זכות שימוע וזכות לביקורת שיפוטית אפקטיבית.<sup>15</sup> נוסף על כך, מספר דו"חות של הדווח המיוחד לאו"ם בענייני זכויות אדם והלחימה בטרור עמדו על הצורך במתן אפשרות לביקורת שיפוטית על האמצעים שהמדינה מפעילה בתחום הלוחמה בטרור.<sup>16</sup> לעמדת ארגון זכויות האדם

<sup>13</sup> על הטעויות שעושים שלטונות זרים בזיהוי הארגונים שתומכים בארגוני טרור ועל הפגמים הראייתיים הכרוכים בשימוש בראיות חסויות שאינן עומדות לביקורת ראו:

Blocking Faith, Freezing Charity: Chilling Muslim Charitable Giving in the "War on Terrorism Financing, 47, available at <http://www.aclu.org/files/pdfs/humanrights/blockingfaith.pdf>

<sup>14</sup> על המשמעויות החברתיות הנובעות מהכרזה על אדם כקשור לארגון טרור או מהכרזה על ארגון כארגון טרור ראו: Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights 114 (2009).

<sup>15</sup> Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, decision of September 3, 2008.

<sup>16</sup> Report of the Special Rapporteur on Human Rights and Terrorism, 11, 13 UN Doc. A/61/267, 16 August 2006 - <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/477/03/PDF/N0647703.pdf?OpenElement>.

האמריקאי, ה-ACLU, על המדינה לתת הודעה מוקדמת לארגון או לפרטים החשודים בטרור או בסיוע לטרור, ובכלל זאת פירוט מלא על אודות האישומים והנימוקים נגדם. כן המליץ הארגון כי המדינה תבטיח זכות שימוע, הכוללת חקירה נגדית ואפשרות להגיש ראיות, עובר להכרזה על ארגון כארגון טרור או כארגון המסייע לטרור.<sup>17</sup>

#### א. ההליך ההכרזה הדו-שלבי : שימוע מאוחר

52. זכותם של אדם או ארגון להשמיע את דברם לפני שמתקבלת החלטה הפוגעת בעניינם היא זכות יסוד במשפט הישראלי, ואין רשות שלטונית יוצאת ידי חובתה על ידי מתן אפשרות לתקוף את ההחלטה לאחר המעשה.<sup>18</sup> כפי שציינה דר' מרגית כהן, "בשום מקרה אין טיעון מאוחר שקול כנגד טיעון לפני החלטה מינהלית [...] מקום שנדחה הטיעון, גם אם הייתה בנסיבות הצדקה לדחייה, יש לקיים הליך טיעון מאוחר בעל מאפיינים "מוגברים".<sup>19</sup> אמנם, קיימים מקרים בהם אישר בית המשפט טיעון מאוחר, אולם אישור זה תמיד נתפס כ"תיקון המעוות", לאור הכלל המושרש שיש להעניק זכות טיעון לפני מעשה.<sup>20</sup> כפי שציין השופט זמיר, "ראשית, קשה יותר לשנות את דעת הרשות המוסמכת לאחר שנתגבשה מאשר להשפיע עליה לפני שנתגבשה. שנית, קשה להניע את הרשות המוסמכת שתבטל החלטה שקיבלה, במיוחד אם ניתן לה פומבי, וכביכול תודה כי שגתה".<sup>21</sup>

53. ההסדר המוצע כעת, הכולל הליך הכרזה דו-שלבי (כאשר בשלב הראשון מדובר בהכרזה זמנית, ורק בשלב השני, לאחר שניתנה לארגון הזדמנות להגיש את טענותיו, מתבצעת הכרזה סופית), עדיין מהווה שימוע מאוחר במובן המהותי. לאחר שהשר גיבש את דעתו כי קיימת הצדקה להכרזה – גם אם זמנית – יהיה קשה יותר לארגון לשכנע אותו אחרת, והלכה למעשה הוא נדרש לשקול שינוי עמדתו. אף אם נטל השכנוע לעניין ההכרזה הסופית מוטל באופן פורמאלי על המדינה (על כך בהמשך), ברמה התודעתית הנטל להראות כי ההחלטה המקורית היתה שגויה עובר לארגון. כדי להבטיח שימוע מוקדם, יש לדרוש מהשר להודיע בשלב הראשון, שבכוונתו לשקול הכרזה על הארגון כארגון טרור, ובמקביל להסמיך אותו – במקרים המתאימים, ועל פי עילות ברורות שייקבעו בחוק – לקבוע שבתקופה שעד לקבלת ההחלטה יחולו על הארגון הוראות החוק, הנוגעות לארגון טרור מוכרז. כך תושג התכלית הראויה של מניעת פעולות העלולות לסכל את ההכרזה, מבלי לייצר הליך הפוגע בזכות לשימוע מוקדם.

#### ב. שימוש בחומר חסוי והליך סודי

<sup>17</sup> Blocking Faith, Freezing Charity: Chilling Muslim Charitable Giving in the "War on Terrorism Financing, 22 (2009).

<sup>18</sup> ראו רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 286-287 (תשנ"ז); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 823 (תשנ"ו).

<sup>19</sup> מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" משפט וממשל ד 95, 98 (1997).

<sup>20</sup> שם, בעמ' 99.

<sup>21</sup> בג"ץ 3486/94 באקני נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305 (1994).

54. בעייתיות נוספת בשלב ההכרזה נובעת מהשימוש השגרתי הצפוי בחומר חסוי. שימוש בחומר חסוי כבסיס להכרזה מטיל על הארגון נטל שאין ביכולתו לעמוד בו: שכן, כיצד אמור ארגון להדוף את הטענה, או אף להוכיח שהוא אינו ארגון טרור, במנותק מהחומר המשמש להפלתו ככזה?<sup>22</sup> יתירה מזו, משהוחלט כי מדובר בחומר חסוי, אין לארגון כל דרך לתקוף החלטה זו, למעט אולי פנייה לבג"ץ, אשר ספק רב אם תצליח. אכן, תמצית החומר יכול שתועבר לידי הארגון, אך הצעת החוק אינה מטילה כל חובה פוזיטיבית על הרשות להעברת החומר, ומשאירה החלטה זו בגדרו של שיקול הדעת המוענק לוועדה.

55. כמפורט בהרחבה לעיל, אחד החששות הנובעים משימוש בחומר חסוי הוא שהרשות תקבל החלטה על בסיס נתונים חלקיים, שכן אין באפשרות הארגון לסתור חומר שהוא אינו מודע לקיומו.<sup>23</sup> כן קיים חשש, שהחומר אשר יונח בפני הרשות יהיה דווקא החומר המפליל, ולא החומר המיטיב עם החשוד. לאור ההשלכות הקשות הנובעות מהכרזה על ארגון כארגון טרור, יש לעשות מאמץ מיוחד כדי להבטיח הליך הוגן בהליכים אלו, בהתאם להמלצות שהבאנו לעיל.

56. נוסף על כך, סעיף 16(א) להצעה קובע כלל מוחלט ולפיו דיוני הוועדה יתקיימו בדלתיים סגורות, וסעיף 16(ב) קובע כי פרוטוקול הדיון יהיה חסוי, גם מהמבקש, אלא אם נקבע אחרת. גם כאן פוגעת הצעת החוק מעבר לנדרש בעקרונות פומביות הדיון וחופש המידע; ראוי שהנחת המוצא תהיה שעל הדיון והפרוטוקולים להיות גלויים, בכפוף לחריגים מצומצמים.

### ג. העדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על ההכרזה

57. הצעת החוק אינה כוללת כל רכיב של ביקורת שיפוטית או מעורבות שיפוטית בשלב ההכרזה, מלבד האפשרות להגיש עתירה לבג"ץ. אמנם, שני משפטים עתידיים לשבת בוועדה המייעצת, אולם ועדה זו, בסופו של יום, ממונית על-ידי גורם פוליטי, הוא שר המשפטים (בסיוע המלצות והתייעצויות עם נשיא בית המשפט העליון ושר הביטחון), ואין היא דומה לגוף שיפוטי בלתי תלוי. זאת ועוד – אין לוועדה מעמד שיפוטי, שכן אין בכוחה לקבל החלטות מחייבות, אלא רק המלצות.

58. לאור הפגיעה הקשה בזכויות אדם הנובעת מהכרזה על ארגון כארגון טרור, מצב זה אינו תקין. ארגוני זכויות אדם רבים עמדו על הצורך בביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך

---

<sup>22</sup> עמד על כך בימ"ש הפדרלי לערעורים של וושינגטון די.סי. שהנו בימ"ש השני בחשיבותו, אחרי בימ"ש העליון, במשפט מינהלי, כאשר קבע כי הרציונל לגילוי הוא שאחרת הפרט או הארגון המואשם בקשר עם ארגוני טרור: "like Joseph K. in *The Trial*[,] . . . [can prevail only if he can] prove that he is not a terrorist regardless of what might be implied by the Government's confidential information. It is difficult to imagine how even someone innocent of all wrongdoing can meet such a burden." *Rafeedie v. INS*, 880 F.2d 506, 516 (D.C. Cir. 1989).

<sup>23</sup> כפי שפסק בימ"ש הערעורים הפדרלי האמריקאי:

Only the most extraordinary circumstances could support one-sided process. We cannot in good conscience find that the President's broad generalization regarding a distant foreign policy concern and a related national security threat suffices to support a process that is inherently unfair because of the enormous risk of error and the substantial personal interests involved. *American-Arab Anti-Discrimination Comm. v. Reno (ADC)*, 70 F.3d 1045, 1070-71 (9th Cir. 1995).

ההכרזה. כך, למשל, ארגון ה-ACLU טוען, כי הביקורת השיפוטית על הליך ההכרזה צריכה להיות חזקה ומשמעותית.<sup>24</sup> עוד ממליץ הארגון על הליך ערעור שבו ניתן יהיה לאתגר את ההכרזה, ושיכלול אפשרות לחקירה נגדית, הגשת ראיות, וצמצום השימוש בראיות חסויות.<sup>25</sup> באופן דומה ממליץ ארגון ה-ICJ על:

"...proposals that would ensure full compliance with international human rights law, in particular the introduction of a genuinely independent judicial or quasi-judicial complaint mechanism, a clear list and de-listing process, and strict time limits for listing decisions."<sup>26</sup>

59. גם ארגון Amnesty, בסוקרו את אופן ההתמודדות עם טרור באיחוד האירופי, מותח ביקורת קשה על מנגנון ההכרזות שקיים שם, וממליץ על אימוץ פרוצדורה ברורה לביקורת שיפוטית על מנגנון ההכרזות וחקיקת מנגנון פיצוי לאלה שהוכרזו, בטעות, כמעורבים בטרור.<sup>27</sup>

60. על חשיבות קיומה של תרופה אפקטיבית לאתגור הכרזה על ארגון טרור עמד ביל בוורינג במאמרו העוסק בהשלכות שיש למנגנוני ההכרזה על זכויות אדם:<sup>28</sup>

"Thus, the decision to include an organisation on a blacklist must be subject to full remedial proceedings: the organisation must be able to challenge the designation of it as a "terrorist organisation", and the factual basis for that designation, in effective and fair proceedings (preferably a court). The *dictum* of the ECtHR in respect of Art. 6... that "a determination on questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive", also applies to remedies under Art. 13. Finally, the review body must be able to grant "appropriate relief": its rulings should be binding on the State (subject to relevant appeal proceedings). **A merely advisory body cannot provide an "effective remedy"...** **Specifically, the courts must be regular courts, and the judges**

---

<sup>24</sup> Written Statement of Michael German, Policy Counsel American Civil Liberties Union Washington Legislative Office On "Anti-Money Laundering: Blocking Terrorist Financing and its Impact on Lawful Charities" Before the Subcommittee on Oversight and Investigations House Committee on Financial Services May 26, 2010 (available at [http://www.aclu.org/files/assets/House\\_Committee\\_on\\_Financial\\_Services\\_Subcommittee\\_Testimony.pdf](http://www.aclu.org/files/assets/House_Committee_on_Financial_Services_Subcommittee_Testimony.pdf)).

<sup>25</sup> Blocking Faith, Freezing Charity: Chilling Muslim Charitable Giving in the "War on Terrorism Financing, 22 (2009).

<sup>26</sup> Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights 121 (2009).

<sup>27</sup> Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-Terrorism and Criminal Law in the EU (2005) (available at <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR61/013/2005/en/b280c0de-d4e3-11dd-8a23-d58a49c0d652/ior610132005en.pdf>).

<sup>28</sup> Bill Bowring, The Human Rights Implication of International Listing Mechanisms for 'Terrorist' Organizations 93 (2007) available at <http://www.icj.org/IMG/OSCE-ODIHRReport07.pdf>



**regular, independent and impartial judges; and the procedure must ensure "equality of arms" to the parties."**<sup>29</sup>

61. לאור כל האמור לעיל עמדתנו היא, כי הליך הכרזה על חבר בני אדם כארגון טרור, מהלך אשר ההשלכות הנובעות ממנו קשות ביותר, ראוי שייעשה מלכתחילה באמצעות הליך שיפוטי, שבו ניתנת לארגון הזדמנות אפקטיבית להתגונן מפני ההאשמות נגדו. לחלופין, יש להעניק זכות לבקש את ביטול ההכרזה בבית משפט, אשר ידון בבקשת הביטול de novo, ולא להסתפק רק בביקורת שיפוטית בהתאם לעילות המנהליות, שכוחן מצומצם בהקשר זה. על הצורך בבחינה מלאה ומעמיקה של הטריבוונל השיפוטי על ההחלטה המינהלית נאמר:

"The court must be able to address the full substance of the issue... This means that the court must be able to assess the lawfulness..., as well the factual basis and reasonableness of the designation of a particular organisation as "terrorist". Although certain modifications may be made to trial proceedings involving national security or terrorist matters, States can not fully "hide" the purported evidence in support of a freezing order behind **the** veil of national security or the need to protect sources or intelligence. This is made clear in the case of *Tinnelly & Sons Ltd. and others and McElduff and others v. the UK*."<sup>30</sup>

62. נוסף על כך, אם לא תבוטל תחולת ההצעה על הכרזות שנעשו בעבר לפי פקודת מניעת טרור ותקנות ההגנה (שעת חירום), יש לכל הפחות להכפיף הכרזות אלו לביקורת שיפוטית דומה. בשולי הדברים יובהר, כי האפשרות לפנות לבג"ץ לתקיפת החלטת הממשלה אינה יכולה להוות תחליף הולם להליך ערעור מסודר. בג"ץ אינו נכנס לנעלי הרשות המינהלית, ואינו מקיים בירור ראייתי מקיף, אלא בוחן את סבירות ההחלטה ואת חוקיותה.

63. לסיכום חלק זה, הכרזה על ארגון כארגון טרור, מבלי להעניק תרופה שיפוטית אשר תבטיח קיומו של הליך הוגן, מפירה את זכות הגישה לערכאות, פותחת פתח לשרירותיות וניצול לרעה, ומגבירה את החשש מפני טעויות. רק הליך שיפוטי, או לחלופין בחינה שיפוטית מלאה של הליך ההכרזה, יכול למתן את הפגיעות האינהרנטיות הטמונות בהליך מסוג זה.

#### ד. הגבלת זכות הטיעון לארגון ולחברי הארגון בלבד

64. הצעת החוק קובעת, כי רק חברי הארגון או הארגון יכולים לטעון נגד ההכרזה הזמנית (סעיף 5 המוצע), וכי רק הארגון יכול להגיש בקשה לביטול ההכרזה הסופית (סעיף 7 המוצע). קריאת סעיפים אלו יחד עם סעיף 19 להצעה, לפיו "בכל הליך משפטי [...] לא

<sup>29</sup> שם, בעמ' 94, ההדגשות הוספו.

<sup>30</sup> שם, בעמ' 95.

יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור או פעיל טרור, לפי העניין, או לטענה שעניינה בטלותה של הכרזה [...]” - משמעה כי צדדים שלישיים, אשר אין ספק כי יושפעו ישירות מן ההכרזה לאור מעגלי ההפלה הרחבים של הצעת החוק, נותרים חסרי תרופה (מלבד האפשרות אולי לפנות לבג"ץ). מחד, אין באפשרותם לתקוף את ההכרזה מול שר הביטחון ולהציג עמדתם בפני הוועדה המייעצת. מאידך, היה וימצאו עצמם בהליך משפטי כלשהו בשל קשר שקיימו עם ארגון טרור, אין ביכולתם לאתגר את ההכרזה בהליך זה. מצב דברים זה איננו מקובל. אף כי סביר להניח כי יהיה זה הארגון או חבריו אשר יטענו נגד הליך ההכרזה, אין להגביל מראש את סוג האנשים שיכולים לטעון ולהשתתף בהליך, בפרט לאור הפגיעות הנרחבות שעוללות להיגרם לצדדים שאינם הארגון או חבריו. בהקשר זה יצויין, כי בעניין זה חלה בהצעה נסיגה לאחור אפילו לעומת המבחן המצומצם שנקבע בחוק איסור מימון טרור (המאפשר בסעיף 4 לכל מי "שנפגע במישרין מהכרזה כאמור" להגיש בקשה לביטולה). יוער כי הדרישה בסעיף 5 לחוק, כי אדם יצהיר על עצמו כחבר בארגון שהוכרז כארגון טרור כדי שיוכל לטעון נגד ההכרזה הזמנית, אינה עומדת במבחן הסבירות; שכן מי יבחר לחשוף את קשריו עם ארגון שהוכרז, על כל הסכנות המרובות הכרוכות בכך, רק כדי להשתתף בהליך בעל ערובות וסיכויים קלושים כל כך?

65. כמו כן, יש לבטל את סעיף 19(א) המוצע, השולל באופן פסול את סמכות בית המשפט לדון בשאלת צדקת ההכרזה בהליך אחר שבו הסוגיה מתעוררת. יש לשמור על זכותו של אדם, אשר הואשם למשל במתן צדקה לארגון שהוכרז בשל קשר עקיף עם ארגון אחר, לטעון במשפטו נגד תוקף הכרזה זו ולאתגר אותה.

66. בהקשר זה יודגש שוב, כי אין לראות בהכרזה עניין ש"בין המדינה לבין הארגון" בלבד. לאור הסכנה האינהרנטית הטמונה במנגנון מעין זה להתערבות פסולה בשיח הפוליטי ולשימוש יתר בסמכות נגד ארגונים הממלאים תפקידים לגיטימיים בחברה האזרחית, אין לחסום דרכו של אדם הרואה עצמו נפגע מהחלטת ההכרזה להגיש בקשת שימוע או ביטול, ויש לאפשר לכל אדם להעלות טענות נגד ההכרזה בהליך שיפוטי אחר המתקיים בענייננו.

#### ה. מספר הערות פרטניות ביחס להליך המוצע

67. מבלי לגרוע מעמדתנו העקרונית המוסברת לעיל, להלן מספר הערות פרטניות ביחס לפרק ההכרזות המוצע:

68. על פי סעיף 18 להצעת החוק, הכרזה זמנית וסופית תפורסם ברשומות, וכן "שר הביטחון, בהסכמת שר המשפטים, רשאי לקבוע דרכים נוספות על האמור [...] להבאת דבר ההכרזה או הביטול, לפי העניין, לידיעת חבר בני האדם שהוכרז עליו [...] או לידיעת האדם שהוכרז עליו [...]". מן הראוי לקבוע חובה פוזיטיבית ליידע ארגון או אדם באופן ישיר על ההכרזה או על הכוונה להכריז, ולהסביר לו את הדרך שבה יוכל לממש את הזכות להשמיע את טענותיו. הדעת אינה סובלת התניית קיום השימוע בפניה מיוחדת מצד

הארגון; מן הראוי להתנות את הסמכות מראש במאמץ רציני מצד הוועדה לשמוע את טיעוני הארגון או האדם.

69. על פי סעיף 6 להצעה, אם לא הוגשו טענות בכתב בתוך התקופה להגשתן, ניתן להכריז הכרזה סופית – ואז יכולת הארגון לבקש עיון מחדש בהחלטה תהיה כפופה לעילות הקשיחות שנקבעו בסעיף 7 להצעה. מן הראוי לאפשר לארגון לתקוף הכרזה כאילו היתה זמנית, אם מתקיימים טעמים המצדיקים מתן ארכה להגשת הטיעונים.

70. נטל ההוכחה: בדברי ההסבר לסעיף 5 נאמר, כי הזכות לאתגר את ההכרזה הזמנית הוגבלה לארגון ולחבר בארגון, וזאת "משום שהנטל להוכיח כי אין בסיס להכרזה מוטל על הגורם המוכרז, ואילו גורם חיצוני אינו בעל מעמד מתאים לנקוט עמדה בשאלה אם פעולותיו של הארגון עולות כדי הגדרתו כארגון טרור אם לאו" (עמ' 1422 להצעה). בסעיף 6 להצעה נאמר, כי השר רשאי להכריז בהכרזה סופית "אם שוכנע, לאחר שעייין בטענות שהוגשו ובהמלצת הוועדה המייעצת [...] כי מתקיים באותו חבר בני אדם האמור בסעיף 3(א)(1) או (2) [...]" חשוב להבהיר, ככל שקיים ספק, שנטל ההוכחה בהליך זה מוטל על המדינה.

71. ארגוני מעטפת: מבלי לגרוע מעמדתנו העקרונית לגבי בעייתיות ההגדרה הרחבה של "ארגוני מעטפת" בהצעת החוק, נראה שקיים צורך להבהיר כי השיקולים המיוחדים שנקבעו לעניין זה בסעיף 4(א)(1) ו-2 להצעה חלים לא רק על הכרזה זמנית, אלא גם על הכרזה סופית לפי סעיף 6.

72. סעיף 7: תנאים לביטול הכרזה סופית: סעיף 7(א)(1) קובע לעניין בקשה לביטול ההכרזה, כי "הארגון לא ביצע עבירת טרור ולא פעל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע עבירת טרור או לקדם פעילותו של ארגון טרור אחר [...]" כזכור, המונח "עבירת טרור" כולל כל עבירה לפי הצעת החוק, ועל כן דרישה זו איננה סבירה (זאת בייחוד לאור העובדה שמלכתחילה נדרשת "עבירת טרור חמורה"). נוסף על כך, הדרישה שעל הארגון להודיע בפומבי "כי שינה באופן מהותי את דרכיו וכי הוא מגנה את דרך הטרור", טומנת בחובה את ההנחה, כי הארגון מודה שבעבר תמך בטרור. דרישה זו עלולה להיות בעייתית במקרה של ארגון, הטוען כי מעולם לא היה מעורב בטרור.

73. סעיף 7(ו) להצעה מאפשר ביטול החלטה על ביטול הכרזה, אם שוכנע שר הביטחון, בתוך שנתיים ממועד ההחלטה, כי היא ניתנה על יסוד מידע שגוי או כוזב, או כי הארגון שב לעסוק בטרור. בסעיף זה לא נקבעה כל חובת שימוע.

74. טיעונים בעל פה: בסעיף 7(ג) נקבע כי הוועדה המייעצת תדון בבקשה לביטול הכרזה סופית "לאחר שנתנה למבקש הזדמנות להשמיע את טענותיו ולהציג לפניה מידע לביסוס טענותיו, בעל פה או בכתב [...]" בסעיף 5(ה)(1) נקבע, לעניין דיון בטענות שהוגשו ביחס להכרזה זמנית, כי "הוועדה המייעצת תדון בטענות בכתב לעניין הכרזה זמנית שהוגשו לה [...] ורשאית היא לשם כך לזמן לפניה את מי שהגיש את הטענות כאמור [...]" מן הראוי לקבוע, הן ביחס להכרזה זמנית והן ביחס לבקשה לביטול הכרזה סופית, חובה פוזיטיבית לאפשר השמעת טיעונים בעל פה.

75. בעיה חמורה נוספת היא, כי הכרזה סופית על ארגון טרור בישראל נותרת בעינה לצמיתות, ללא כל **ביקורת תקופתית**, אלא אם מוגשת בקשה מיוחדת לביטולה. יש לקבוע חובה פוזיטיבית לקיים ביקורת תקופתית על הנחיצות וההצדקה של המשך ההכרזה. חובה כזאת נקבעה בסעיף 5 לחוק איסור מימון טרור, ואף נותרה בסעיף 12 להצעת החוק (הדן בהכרזות לגבי אנשים וארגונים זרים).

### **עבירות הקשורות לארגון טרור**

76. אין צריך לומר, כי ההגדרות הרחבות של "ארגון טרור", "מעשה טרור" ו"חבר בארגון טרור", וכן הבעייתיות הטמונה בהליך ההכרזה הפוגעני, משליכות באופן ישיר על שאלת הוגנות וסבירות העבירות, הקבועות בהצעות החוק.

כך, למשל, אילו ניתן היה להניח בבטחה, שהחוק יוחל אך ורק על **ארגוני טרור מובהקים**, לא היה פסול בקביעה כי מילוי תפקיד ניהולי בארגון כזה מהווה עבירת פשע חמור כמוצע בסעיפים 23-24. אולם, במצב שבו ההגדרות עלולות להשתרע על מגוון רחב של ארגונים ופעילויות, קיים חשש מפני הטלת האחריות הפלילית הכבדה ללא הצדקה מספקת.

77. לעניין "חברות בארגון טרור", סעיף 25 המוצע מבחין בין "חבר פשוט" בארגון טרור, שדינו חמש שנות מאסר, לבין מי ש"נוטל חלק בפעילות הארגון, או המבצע פעילות בעבור הארגון, בשמו או במטרה לאפשר או לקדם את פעילותו", שדינו שבע שנות מאסר. מאותם הטעמים המפורטים לעיל ביחס להגדרה של "חבר בארגון טרור", וכן (שוב) בשל ההגדרה הרחבה של "ארגון טרור", אנו סבורים שאין מקום להטיל אחריות פלילית על "חבר" אשר אינו נוטל כל חלק בפעילות הארגון, שיש בו כדי לקדם את המטרות הפסולות שלו.

78. סעיף 26 להצעה קובע עונש של חמש שנות מאסר על "הנותן לארגון טרור שירות או המעמיד לרשותו אמצעים, ויש במתן השירות או בהעמדת האמצעים כאמור כדי לאפשר, לסייע, או לקדם את פעילות הארגון". סעיף זה פותח פתח רחב ביותר להפללת פעילות לגיטימית לגמרי, אשר כלל לא נועדה לתרום לפעילות הבלתי חוקית של הארגון, ואשר יכולה אף להיות מיועדת לשינוי דפוסי הפעולה של הארגון לטובה. עמדתנו היא, כי יש להגביל איסור זה למקרים שבהם יש במתן השירות כדי לקדם את פעילות הטרור האסורה של הארגון.

79. סעיף 27(א) להצעה אוסר על עשיית מעשה שיש בו "גילוי של הזדהות עם ארגון טרור", ובכלל זה "בדרך של פרסום דברי שבח, תמיכה או אהדה, הנפת דגל, הצגה או פרסום של סמל, או הצגה, השמעה או פרסום של סיסמה או המנון, והכל כשהדבר נעשה בפומבי." עמדתנו היא, כי אין מקום לאיסור פלילי רחב מעין זה. זאת במיוחד, נוכח ההגדרה הרחבה של "ארגון טרור", והאפשרות שהכרזתו של ארגון כארגון טרור תהיה שנויה במחלוקת פוליטית. קיימת חשיבות רבה לשמירה על יכולתו של הציבור לקיים דיון חופשי בנושאים אלה – והפללת כל התבטאות, שיש בה משום הזדהות או תמיכה עם ארגון שהוכרז, עלולה לצנן דיון זה יתר על המידה. איסור תוכני מעין זה, אשר אף אינו

מותנה בקיומו של מבחן הסתברותי כלשהו, פוגע בזכות החוקתית לחופש הביטוי מעבר לנדרש.

80. סעיף 27(ב)(2) המוצע מבקש לאסור על פרסום "דברי שבח, הזדהות, תמיכה, אהדה או עידוד, בקשר למעשה טרור, והכל כאשר על פי תוכנו של הפרסום או נסיבות פרסומו יש אפשרות סבירה שיביא לביצוע מעשה טרור או לביצוע עבירת אלימות". מתעוררים כאן מספר קשיים. ראשית, היסוד העובדתי של העבירה עמום מדי – שכן, לא ברורה משמעות האיסור על פרסום דברי שבח וכו' "בקשר עם" מעשה טרור (השוו: סעיף 27(א) לחוק העונשין, האוסר על פרסום דברי שבח וכו' למעשה אלימות או טרור). שנית, אנו מתנגדים להחלפת מבחן ה"אפשרות הממשית", הקבוע היום בחוק, במבחן המקל יותר של "אפשרות הסבירה". כפי שהדגישו דפנה ברק-ארז ודוד זכריה במאמרם "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות", "לא ברור מדוע נדרש מעבר למבחן של אפשרות 'סבירה', באופן שסותר את התפיסה החוקתית של המשפט הישראלי עוד למן עניין קול העם".<sup>31</sup> לכל הפחות ראוי להוסיף כאן יסוד נפשי של כוונה להביא לעשייתו של מעשה טרור. שלישית, גם כאן ההגדרה הרחבה של "מעשה טרור" (אשר בניגוד להגדרה הקבועה היום בסעיף 27(ב) לחוק העונשין, אינה מוגבלת רק למעשי אלימות הפוגעים בגוף האדם או המסכנים חיים או שלמות הגוף), משליכה על מידתיות הפגיעה בחופש הביטוי. לכך מצטרף העונש המופרז הקבוע בסעיף – חמש שנות מאסר – ההופך את העבירה לעבירת פשע, והמגביר את האפקט המצנן הטמון בו.

81. סעיף 27(ג) מטיל שנתיים מאסר על מי שמחזיק פרסומים אסורים לשם הפצה, או נותן שירות לשם הכנתם, הפצתם וכו'. עמדתנו היא, כי אין כל הצדקה להרחבה דראקונית זו של המעגל הפלילי ביחס לעבירות ביטוי.

82. במאמרם הנ"ל, מצביעים דפנה ברק-ארז ודוד זכריה על המגמה המטרידה שבהצעת החוק, "הכוללת בתוכה את כלל החמורות הקיימות בשיטות משפט אחרות – הן את האיסור הישיר על הסתה לטרור (שקיים באירופה, אך לא בארצות-הברית), הן את האיסור על דברי שבח לטרור (אשר לא נכלל באמנה האירופית למניעת טרור או בחלקים האופרטיביים של החלטת מועצת הביטחון 1624) והן את האיסור העקיף הנובע מן העבירה של מתן שירות לארגון טרור (המקבילה לעבירה של תמיכה ממשית בארגון טרור שקיימת בארצות-הברית ואשר חלה גם על תמיכה שאינה נוגעת בפן הטרוריסטי בפעילותו של הארגון)".<sup>32</sup> כאשר החמרות אלה מצטרפות להגדרות הרחבות, המונחות ביסוד הצעת החוק, החשש לפגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי אך גובר.

83. סעיף 28 המוצע אוסר על "סיוע ברשלנות לביצוע מעשה טרור" וקובע, כי "הנותן שירות לאחר או המעמיד אמצעים לרשותו, כמפורט להלן, בנסיבות שבהן יש יסוד סביר לחשד שיהיה בכך כדי לסייע לאותו אדם לבצע מעשה טרור או להימלט מהדין לאחר ביצוע מעשה כאמור, דינו – מאסר שנתיים". הסעיף חל על מעשים כגון מתן שירות הסעה או מקום לינה לאדם, או העמדת אמצעים לרשותו כדי להשיג מקום לינה או שהייה; וכן

<sup>31</sup> עיוני משפט לה 555, 584 (2012).

<sup>32</sup> שם, בעמ' 584.

העמדת כסף, מזון, בגדים, אמצעי תקשורת ועוד לרשותו של אחר. אלה מעשי יום-יום שגרתיים, העלולים להפוך לאסורים, אף בהעדר מודעות סובייקטיבית של ה"מסייע" עצמו.

מדובר בסטייה קשה מהכללים המקובלים של המשפט הפלילי לעניין המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירות סיוע (ראו: ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל (2001)). הסעיף עלול לגרום לאנשים להימנע מפעילות לגיטימית ושגרתית לחלוטין, בשל החשש שתועלה בדיעבד הטענה, כי היה "יסוד סביר" להניח כי תרמה לביצוע מעשה טרור. כן הוא מטיל על האזרח חובה אקטיבית מרחיקת לכת ופסולה, להיות חשדן ולבחון חשדות, שהוא כלל אינו מיומן בבחינתם. אם לא די בכל אלה – הסעיף מבקש לחול אף כאשר לא בוצע בפועל מעשה טרור כלשהו.

84. סעיף 30 להצעה אוסר על "איום בביצוע מעשה טרור". להבדיל מסעיף 192 לחוק העונשין, הקובע עונש מירבי של שלוש שנות מאסר והדורש "כוונה להפחיד את האדם או להקניטו", על פי הסעיף המוצע נראה כי די בהשמעת איום בעלמא "לבצע עבירה שהיא מעשה טרור" כדי לגרור ענישה מחמירה של חמש שנים או יותר. הסעיף המוצע אף קובע, כי "היתה העבירה שאיים בביצועה עבירה שדינה מאסר עולם חובה, דינו – מאסר 15 שנים". הסעיף אינו נוקט בנוסחה כלשהי הבודקת את ממשיות האיום, את מידת כוונתו של המאיים כי דבריו יילקחו ברצינות ועוד, ועל כן הוא עלול להוביל להעמדה לדין של אנשים בעבירות שעונשים חמורים ביותר קבועים בצדן, בשל איומי סרק שאין מאחוריהם ולו שמץ של כוונה, התבטאויות פזיזות בשעת כעס וכיו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כמובן, לאור ההגדרה הרחבה כל כך של "מעשה טרור", שעליה עמדנו בהרחבה לעיל. נראה כי האיסור המוצע הוא על כן דראקוני מדי. שוב מדובר בסעיף חובק עולם, המותיר בידי רשויות התביעה שיקול דעת מופרז לעניין פרשנותו ואופן יישומו.

85. סעיף 32 להצעה אוסר על "אימונים או הדרכה למטרות טרור", לרבות אימון או הדרכה של אחר להשתמש בשיטות פעולה לביצוע מעשה טרור, למניעת גילוי או להכשלת חקירתו, או להשתמש בנשק או להכינו, "והכל במטרה לקדם או לאפשר פעילות של ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור". סעיף 32(ג) (3) מבהיר, כי הדרכה או אימון שניתנו או שהתקבלו "על ידי חבר ארגון טרור, מטעם ארגון טרור, במסגרת פעילות של ארגון טרור, או במקום המשמש דרך קבע לפעילות של ארגון טרור", חזקה כי ניתנו או התקבלו במטרה לקדם או לאפשר פעילות של ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור, "אלא אם הוכח אחרת". ביחס לחזקה זו, משום מה, אף לא נאמר כי די בהעלאת ספק סביר כדי להפריכה.

**בייחוד לאור ההגדרה הרחבה כל כך של "חבר בארגון טרור" – אין מקום לפטור את התביעה מהחובה להוכיח יסוד זה של העבירה; ובכל מקרה, מן הראוי גם כאן להבהיר כי די בהעלאת ספק סביר כדי לסתור את החזקה.**

במתכונתו הנוכחית עולה השאלה, אם הסעיף אינו עלול לחול, למשל, על סיניגור הנותן "הדרכה" לגיטימית לחשוד בפעילות טרור – למשל לשמור על זכות השתיקה – ולהטיל עליו את הנטל להראות, כי לא עשה זאת "כדי לאפשר את פעילות הארגון". הדבר עלול

ליצור אפקט מצנן שירתיע עורכי דין מייצוג חשודים בטרור, שמא ביום מן הימים הדבר יפגע בהם. כמובן שאין לסבול תוצאה מעין זו.

גם החזקה הקבועה ביחס ל"אזור תשתית טרור" (סעיף 32(ג)(4)) הינה רחבה מדי. אין כל מקום לקבוע באופן גורף, כי אזור גיאוגרפי שלם הינו בבחינת "אזור תשתית טרור", ולאפשר הרשעתם של בני אדם שביצעו פעילויות שונות שם, מבלי להוכיח את כלל יסודות העבירה.

86. מטעמים דומים – ובייחוד לאור ההגדרה הרחבה של "חבר בארגון טרור" – אנו מתנגדים לחזקה הקבועה בסעיף 33(ג) המוצע, לפיה החזקת נשק או פעולה בו נעשתה "במטרה לקדם או לאפשר פעילות של ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור". אין כל הצדקה לאפשר הפללתו של אדם בעבירה כה חמורה מבלי שהתביעה תוכיח כנדרש את כל יסודות העבירה.

## עבירות הקשורות למימון טרור

### **איסור פעולה ברכוש למטרות טרור ואיסור פעולה ברכוש טרור**

87. אנו מכירים, כמובן, בחשיבות הטלת מגבלות על העברת כספים לארגונים העוסקים בטרור. יחד עם זאת, ובהמשך לדברים האמורים לעיל, מכיוון שההגדרה של "ארגון טרור" ושל "ארגון טרור מוכרז" משתרעת גם על ארגונים, אשר יכול והקשר שלהם לטרור הוא רחוק, נוצר כאן פתח לענישה בלתי מוצדקת או בלתי פרופורציונאלית.

האם מוצדק למשל להטיל עונש מאסר כבד על אדם שעשה "פעולה ברכוש" במטרה לאפשר הפעלת גני ילדים בעזה, המתנהלים, במצב המורכב הקיים שם, בחסות החמאס? כן נניח שיש ארגון צדקה, אשר הוכרז בעצמו כארגון טרור בשל כך שבנוסף על עוד מאות פרויקטים ראויים, הוא גם מסייע בהפעלת גנים, הפועלים בחסות החמאס; ונניח שאדם עושה פעולה ברכוש, שיש בו כדי לאפשר פעילות אחרת של אותו ארגון, שאין לו כל קשר עם פעילות הגנים. האם ראוי לראות בו כמי שביצע "פעולה ברכוש למטרות טרור"?

יש לקוות, כי רשויות התביעה ישכילו לעשות שימוש ראוי בסעיף – כמו גם באיסורים האחרים הקבועים בהצעה – ולא ירחיבו את התפרסותם מעבר לסביר. אולם על המשפט הפלילי להיות ברור וממוקד, כדי לצמצם את חוסר הוודאות ואת שיקול הדעת האנושי הכרוך ביישומו. עמימות מופרזת פוגעת בעקרון החוקיות ויוצרת "אפקט מצנן", העלול להקפיא פעילות ראויה ולגרום לאזרחים שומרי חוק לחשוש מהתנהלות תקינה ונורמטיבית לגמרי. הרחבה מופרזת של איסורים בומבאסטיים גם פוגעת עמוקות באמון הציבור במערכת המשפט; שכן כאשר המונח "פעולה ברכוש למטרות טרור" חל על מגוון מעשים שאין בינם לבין טרור ולא כלום, המלים מאבדים ממשמעותן, ושלטון החוק מושם ללעג.

88. גם האיסור על "פעולה ברכוש טרור" – עבירה שדינה שבע שנות מאסר – הוא רחב מאד. "רכוש טרור" מוגדר כזכור בסעיף 2 ככל רכוש השייך ל"ארגון טרור" וככל רכוש שבו נעברה "עבירת טרור": הרכב ששימש להסעת אדם לשלם דמי חבר לארגון, אשר הוכרז

בשל קשר עם ארגון טרור של ממש; המגאפון ששימש להשמעת קריאות הזדהות עם אותו ארגון; ועוד ועוד. בל נשכח שניתן להכריז על ארגון כ"ארגון טרור" על סמך חומר חסוי וללא הליך הוגן, וכי על פי החוק לא ניתן לתקוף את ההכרזה בעקיפין במסגרת הליך פלילי שמתנהל. איסור מחמיר וגורף על "פעולה ברכוש" הקשור לארגון טרור יכול להיות מוצדק רק מקום שההגדרה של "ארגון טרור" היא סבירה מלכתחילה.

### החמרה בענישה בעבירות טרור ותחולה וראיות

89. אנו מתנגדים להצעה שבסעיף 41, לקבוע כי המסייע לעבור עבירה לפי סעיף 33 או עבירה שהיא מעשה טרור, דינו כדין המבצע העיקרי של העבירה המושלמת, בלא החמרת הענישה המיוחדת, וכי הקושר קשר לביצוע עבירה כאמור, דינו כדין המבצע העיקרי לאחר החמרת הענישה, אך לא יותר מ-14 שנים אם העבירה היא פשע, או 4 שנים אם העבירה היא עוון (לעניין עבירות שדין מאסר עולם חובה, דינו של המסייע או הקושר קשר יהיה מאסר עולם). לא ברורה ההצדקה לסטייה זו מהעקרונות המקובלים של המשפט הפלילי, שתכליתם להתאים את רמת הענישה למידת אשמתו של האדם. האם קיימת הצדקה להשוות עניינו של אדם, אשר קשר קשר לביצוע מעשה טרור אך נמנע לבסוף מביצועו, לעניינו של אדם אשר ביצע את המעשה?

90. סעיף 47 מציע לקבוע חריג נוסף לכלל האוסר על עדות שמיעה, אשר יאפשר הגשת אימרה של אדם שלא ניתן להביאו לבית המשפט, משום שהוא נמצא בשטחי הרשות הפלסטינית או במדינה עוינת. על פי הסעיף, לא ניתן יהיה להרשיע על סמך אותה אימרה, אולם היא תוכל לשמש תוספת ראייתית, ומטעמים מיוחדים שיירשמו גם סיוע. יש לזכור כי בעבירות ביטחון רבות, התיקים מתבססים בסופו של דבר על הודאות, אשר נמסרו במסגרת חקירות אינטנסיביות, שבמהלכן החשוד היה מנותק מהעולם החיצון לפרק זמן ממושך ואף היה מנוע מלהיפגש עם עורך דין. במצב דברים זה, ניתן היה לצפות שרפורמה בדין, שנועדה להגביר את הסיכויים לעשיית צדק, הייתה פועלת להידוק הדרישות הראייתיות לקבלה ולהסתמכות על הודאות מפוקפקות מעין אלה, ולא מחלישה את הראיות הדלות הנדרשות כדי לחזק אותן.

### עצור בעבירת טרור חמורה

91. פרק ה' להצעת החוק מעגן כהוראות קבע את הוראותיו הפוגעניות של חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, המאפשרות מעצרים של חשודים בעבירות ביטחון לתקופות ארוכות יותר ללא ביקורת שיפוטית, והארכת מעצרים שלא בנוכחותם. ההסדר, הקבוע בהוראת השעה – אשר גירסה קודמת שלה אף נפסלה בחלקה בידי בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07 פלוגי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.10) – פוגע באופן קשה וחמור בזכות האדם להליך פלילי הוגן ובעקרונות היסוד העומדים בבסיס המשפט הפלילי הישראלי. מכיוון שהוא שולל את הערובות המינימאליות הדרושות להבטיח ניהול חקירה הוגנת, הוא פותח פתח עצום לטיפול בלתי הולם בעצורים, ואף להרשעת חפים מפשע.



92. המשפט הישראלי, כמו גם המשפט הבינלאומי, קובעים שורה של כללים שנועדו להבטיח שמירה על כבודו של אדם הנחקר כחשוד, ועל הוגנות ההליך שבו נבדקת שאלת אשמתו. גם אדם הנחשד בעבירות ביטחון הוא בבחינת חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר; אין בחומרת המעשים המיוחסים לו, או בצורך המיוחד להגיע לחקר האמת בהקשר זה, כדי להצדיק פגיעה בכבודו כאדם או ויתור על הכללים הבסיסיים, המוכרים בשיטתנו כ"תנאים בלעדיהם אין" למניעת עיוותי דין ולהבטחת הליך הוגן.

### עיכוב הבאת עצור בפני שופט

93. כידוע, הכלל הבסיסי במשפט הישראלי הוא, כי יש להביא עצור בפני שופט בתוך 24 שעות.<sup>33</sup> כלל זה נועד להבטיח הן כי הפגיעה בחירותו של החשוד לא תעלה על הנדרש (שכן מדובר באדם שאף טרם הואשם בעבירה כלשהי), והן כי יתקיים פיקוח שיפוטי שוטף על אופן ניהול החקירה. עצם החובה להביא אדם מיד בפני שופט משמשת ערובה חשובה מפני הפעלת אמצעי לחץ פסולים בחקירה ומפני השימוש במעצר כדי ליצור אצל החשוד את התחושה, כי הוא מנותק מן העולם החיצון ונתון לחסדי חוקריו. יתרה מזאת, עצם ידיעתו של עצור כי יובא בפני שופט בהקדם, יש בה כדי לצמצם את החשש שמא המעצר עצמו – ותחושת הנתק וחוסר האונים שהוא מביא עמו – יביאו אותו להודות במעשים שלא ביצע.

94. סעיף 51(א) לחוק המוצע מאפשר לעצור אדם עד **96 שעות** מבלי להביאו בפני שופט:

א. עד 48 שעות בהחלטת קצין ממונה, אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור בפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה;

ב. עד 72 שעות בהחלטה מנומקת בכתב של קצין ממונה, באישור ראש אגף החקירות בשב"כ, אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור בפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם;

ג. עד 96 שעות בהחלטה של שופט (הניתנת בהעדר העצור), במקרים חריגים ולבקשת ראש השב"כ שהוגשה בהסכמת היועמ"ש, אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור בפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.

95. מכיוון שברוב המקרים של המקרים מדובר בחשודים, עליהם מוטלת ממילא מניעת מפגש עם עורך דין, משמעות הדבר כי ניתן לחקור אותם במשך **ארבעה ימים שלמים, כשהם מנותקים לחלוטין מהעולם החיצון ונתונים לחסדי חוקריהם**. נודעת לכך חומרה מיוחדת נוכח העובדה כי חקירות ביטחוניות אף **פטורות מחובת התייעוד החזותי**, החלה בדרך כלל בעבירות חמורות.<sup>34</sup> אין צריך לומר, כי תנאי חקירה מעין אלה יוצרים קרקע פוריה

<sup>33</sup> במקרים חריגים, ניתן להאריך תקופה זו עד 48 שעות בהתאם לסעיף 30 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996.

<sup>34</sup> ראו חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, סעיפים 2 ו-17.

לשימוש באמצעי חקירה פסולים ובעינינויים ולהשגת הודאות שווא. הם נוגדים הן את המשפט החוקתי הישראלי והן את המשפט הבינלאומי.<sup>35</sup>

96. בהקשר זה יודגש, כי הסכנה שאדם הנתון לחקירה מלחיצה יודה במעשים שלא ביצע, היא סכנה מוחשית ומוכרת. נתונים שנאספו בידי "פרוייקט החפות" של בית הספר למשפטים ב-Yeshiva University בניו יורק מראים למשל, שמתוך 225 מקרים של הרשעות שווא שנבדקו (כשחפות הוכחה לאחר המעשה באמצעות ממצאי ד.נ.א.), בלא פחות מ-23% מהמקרים ההרשעה השגויה התבססה על הודאה.<sup>36</sup> מחקר שפורסם בשנים האחרונות ב-Stanford University Law Review, ושבדק מקרים רבים שבהם הורשעו חפים מפשע על סמך הודאות שמסרו, מראה כיצד חקירות ממושכות המתנהלות ללא עורך דין יכולות להניב הודאות שווא, אשר יכולות גם להיות עשירות בפרטים ולהיחזות לאמינות ביותר.<sup>37</sup>

### דיוני מעצר בהעדר החשוד

97. נוסף על האמור, הצעת החוק מבקשת להפוך להוראה קבועה – שוב, במתכונת "משופרת" – את ההוראה המאפשרת הארכת מעצרו של אדם בהעדרו - שבגירסה קודמת נפסלה מפורשות בידי בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07 הנ"ל. בדברי ההסבר להצעה נאמר, כי היא מבקשת לעגן הוראות אלה, לאחר הטמעת השינויים ש"הוכנסו להוראת השעה בעקבות הפקת לקחים מהפעלתה ובעקבות החלטת בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07". אולם קריאה זהירה של פסק הדין מעלה, כי רק ארבעה מתוך תשעת שופטי ההרכב הכירו בחוות דעתם באפשרות קביעתו של הסדר חלופי מסוג זה, ומתוך אלה, שניים ציינו מפורשות, שספק רב אם הדבר ראוי. פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, כתוארו אז, אשר שיקף את דעתם של רוב שופטי ההרכב, קובע באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי הסדר המאפשר הארכת מעצרו של אדם שלא בנוכחותו הוא הסדר פסול כשלעצמו מבחינה חוקתית.

98. בפסק דינו מבהיר המשנה לנשיאה דאז ריבלין, כי גם אם עצור החשוד בעבירות ביטחון "עשוי להישאל שאלות הצופות בפני פעילות טרור עתידית [...] אין משמעות הדבר כי מדובר ב'מעצר סיכולי' בלבד שכן החקירה והמעצר נשענים על עילות הנוגעות למעורבותו בעבירות ביטחון. לעניין זה העצור הוא בגדר חשוד. יש לפיכך לשמור על זכויותיו כחשוד בפלילים".<sup>38</sup> לאור הפגיעה הקשה בגרעין הקשה של הזכות להליך פלילי הוגן, הטמונה בהדרת עצור מדיון העוסק בהארכת מעצרו, מדובר באמצעי הסותר הן את דרישת ה"פגיעה הפחותה" של עקרון המידתיות, והן את דרישת ה"מידתיות במובן הצר".

<sup>35</sup> ראו בין השאר: בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נד(2) 349 (2003); סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, אשר אושרה בידי מדינת ישראל בשנת 1991, ופורסמה בכתבי אמנה 1040.

<sup>36</sup> <http://www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php>; כן ראו: [www.innocenceproject.org/understand](http://www.innocenceproject.org/understand)

<sup>37</sup> <http://www.stanfordlawreview.org/content/article/substance-false-confessions>. כן ראו כיסוי בניו יורק

טיימס: [http://www.nytimes.com/2010/09/14/us/14confess.html?\\_r=2](http://www.nytimes.com/2010/09/14/us/14confess.html?_r=2); פיסקה 25 לפסק הדין.<sup>38</sup>

99. עוד מדגיש המשנה לנשיאה דאז ריבלין, כי דווקא כאשר מדובר בחשוד בעבירת ביטחון, "אשר יכולתו להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו"<sup>39</sup> – ובכלל זה מניעת מפגש עם עורך דין – יש להקפיד ביתר שאת בשמירה על זכותו להיות נוכח, לכל הפחות, בדיוני המעצר הנוגעים לעניינו. היעדרות העצור מבית המשפט עלולה, בנסיבות אלה, לאיין – לא פחות – את הוגנות ההליך המתקיים נגדו: "אכן, הפגיעה במי שאינו יכול להתגונן מפני מעצרו הן באמצעות נוכחות אישית והן באמצעות 'נוכחות ייצוגית מושכלת' היא פגיעה קשה ביותר בזכויות האדם. היא עלולה לאיין את תקינותו ולרוקן את תוכנו של ההליך המשפטי"<sup>40</sup>. ועוד:

"המשמעות של מכלול ההוראות הנוגעות לשלבי החקירה הראשוניים של חשודים בעבירות ביטחון עלולה להיות איון האפשרות לקיים ביקורת אפקטיבית מינימאלית על שמירת זכויותיו של העצור במסגרת הליכי המעצר והחקירה. למעשה, הן שמות רטייה על עינו הפקוחה של בית המשפט – זו המבקשת לפרוץ מבעד לעיניה העצומות של אלת הצדק – וכך נגס חלק בלתי נפרד וחיוני מחוקתיותו של מעצר לצורך חקירה.... יודגש: העובדה כי הוראת סעיף 5 לחוק מאפשרת למנוע את הבאתו של העצור לדיוני 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 מטרות החקירה"<sup>41</sup>.

100. פסק הדין גם מבהיר מפורשות, כי בהתמודדות עם הצורך למצוא דרך מידתית יותר להשיג את התכליות הרלוונטיות, יש לחפש אמצעי שאינן כרוך בהדרת העצור מבית המשפט: "ככל שמבקשים לצמצם את הפגיעה בחקירה עקב הפסקתה לצורך קיום הליך שיפוטי, יש לבחון את האפשרות לעשות זאת 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"<sup>42</sup>.

101. את הגישה העקרונית והערכית שהדריכה את רוב שופטי ההרכב, גישה השוללת מכל וכל קיום דיונים בהעדר העצור, הטיבה לתאר גם השופטת פרוקצ'יה:

"חרף המורכבות המיוחדת באיזון הערכי הנדרש בענין זה, הפגיעה בזכות העצור להליך הוגן, הכרוכה באי הבאתו לדיון שיפוטי המתנהל בעניינו, היא כה עמוקה וכה שורשית, עד כי אין להתירה גם בהינתן ההכבדה הניכרת על גורמי הבטחון בניהול פעולותיהם לאכיפת החוק והבטחון במדינה. עשיית משפט צדק עם הפרט, המותנית, בן היתר, בנוכחותו בדיון ובזכותו להתגונן כראוי כנגד החשדות וההאשמות נגדו, היא מסימני ההיכר של שיטת משפט חוקתית, ובלעדיה נפגע ערך ההליך ההוגן פגיעה אנושה. ערך זה של עשיית משפט צדק, שאינו יכול להתממש במלואו אגב מניעת נוכחות עצור מהדיון עצמו, גובר בהקשר זה אף על שיקולי אכיפה ובטחון כלליים, חשובים ומהותיים ככל שיהיו.... בדילמה העולה בסוגיה זו, ערך עשיית משפט צדק וניהול הליך הוגן בעניינו של הפרט גובר אף על שיקולי האינטרס הציבורי במיצוי יעילותם המירבית של אמצעי החקירה והאכיפה, גם כאשר מדובר

<sup>39</sup> פיסקה 28 לפסק הדין.

<sup>40</sup> פיסקה 29 לפסק הדין.

<sup>41</sup> פיסקה 31 לפסק הדין – הדגש אינו במקור.

<sup>42</sup> פיסקה 32 לפסק הדין – הדגש אינו במקור.

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

כן ראו בהקשר זה את דברי השופט גיבוראן :

"שליטת זכותם של עצורים אלו לבוא בפני שופט ולטעון כנגד מעצרו, בשעה שכנגדם מצויות ראיות לכאוריות בלבד, שאף טרם התגבשו לכדי כתב אישום, עומדת בסתירה לעקרונות בסיסיים ביותר של המשפט הפלילי, ולא ניתן להסכים לה."

102. הצעת החוק מאמצת, הלכה למעשה, את עמדתה העקרונית של השופטת נאור, אשר **שלא** כרוב השופטים שדנו בעניין, סברה כי ניתן לרפא את הפגמים החוקתיים, הטמונים בסעיף 5 המקורי של הוראת השעה, על ידי קביעת עילות ומבחני זמן הדוקים יותר.

103. ודוק: המחלוקת בין השופטת נאור לבין רוב שופטי ההרכב לא נגעה אך ורק לשאלה ה"טכנית", אם ראוי להשעות את תוקף פסק הדין כדי לאפשר למחוקק לשקול קביעתו של הסדר חלופי (והשופטת נאור היתה היחידה אשר תמכה בהשעיה זו), אלא לשאלה **המהותית**, אם קביעתם של עילה או תנאים מחמירים יותר עשויה להפוך את ההסדר לחוקתי. בהקשר זה אף הדגישה השופטת נאור, כי עמדתה המהותית **אינה מקובלת על המשנה לנשיאה ריבלין** בפסק הדין :

"עמדתי שונה, על דרך העקרון, לגבי נוסחת האיזון המחמירה יותר המופיעה בסעיף 5(1) הדורשת שכנוע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. דרישה כזו עשויה להיות מידתית אם יוטלו מגבלות נוספות [...]"<sup>43</sup>.

104. גם השופט רובינשטיין והנשיאה דאז ביניש, אשר הכירו בחוות דעתם באפשרות, כי מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד עשויים להצדיק סטייה מהנורמה החוקתית המחייבת דיון בנוכחות העצור, **הביעו ספק רב, אם ראוי לחוקק הסדר מעין זה**. כך, לפי השופט רובינשטיין :

"כאמור כתבתי גם אנכי [...] כי יתכן מאד שניתן היה לראות כחוקתית צמצום סעיף 5(1) לעניין 'פצצה מתקתקת'. חברתי אף מטעימה כי הדבר כרוך בודאות קרובה. גם אם מהלך חקיקתי כזה אפשרי, מסופקני אם במישור המעשי תהא בכך תועלת רבה, אלא במקרים נדירים, והשאלה היא אם לשמם כדאית חקיקה כזאת"<sup>44</sup>.

ולפי הנשיאה דאז ביניש :

"אכן מתעוררת תהייה האם קיימת הצדקה להסדיר מצבים נדירים אלה בחקיקה ייחודית כדוגמת הוראת השעה בעתירה שלפנינו, והאם חקיקה שכזו לא תפתח פתח ל"מדרון חלקלק". שאלות אלה אינן לפנינו ואינני רואה לנקוט עמדה בהן".

<sup>43</sup> פיסקה 4 לחוות דעתה – הדגש אינו במקור.

<sup>44</sup> פיסקה כ"ו לחוות דעתו.

105. מן המקובץ עולה, כי הליכה מדוקדקת אחרי פסיקת בית המשפט מחייבת מציאתו של פתרון אחר לצרכים החקירתיים, אשר אינו כרוך בהדרתו של החשוד מבית המשפט. קביעתם של עילה וסד זמנים מחמירים יותר אין בהם כדי להתגבר על אי החוקתיות, אשר הביאה את בית המשפט לפסול את סעיף 5 המקורי של הוראת השעה.

106. מבחינה מהותית, הוראה המאפשרת מניעת מפגש עם שופט היא הוראה המטילה כתם כבד על ההליך הפלילי כולו. היא מבטאת התייחסות אל החשוד כאל "חפץ", וזלזול בתפקיד החיוני של בית המשפט בפיקוח על מעצרים ועל התנהלותן של חקירות. דברים אלו יפים גם לעניין ההצעה להותיר על כנו את הסעיף, המאפשר להסתיר מהחשוד את החלטת בית המשפט להאריך את מעצרו (סעיף 56(ה) להצעת החוק). מדובר בהסדר הפוגע עמוקות בעקרון שלטון החוק, והמשלים את תהליך הפיכת החשוד לחפץ בידי חוקריו.

107. החשיבות החוקתית העליונה של העקרון, כי יש לנהוג תמיד בחשוד המצוי בחקירה כאל אדם נושא זכויות, כ"מטרה" ולא כאמצעי, קיבלה ביטוי מובהק בשנים האחרונות בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006). שם בית המשפט העליון הבהיר, כי כה חשובות הן זכויות החשוד לכבוד, לחירות ולשלמות הגוף, עד שיש להכיר בכלל פסלות הלכתי. אותה מערכת משפט, אשר הניבה את הלכת יששכרוב כביטוי לעוצמת זכות האדם שלא להיחשף לחקירה בלתי הוגנת או לאמצעי חקירה פסולים, וכביטוי לעוצמת זכותו של אדם שלא להפוך "כלי שרת" בידי רשויות החקירה, אינה יכולה בשום פנים ואופן לחיות לאורך זמן עם הסדר, שכל כולו החפצה של החשוד, הדרתו מהליכים הנוגעים לעניינו, ויצירת תנאי חקירה ומעצר המבודדים אותו לתקופה ממושכת מהעולם החיצון. אין שום דרך ליישב בין גישה חוקתית, הרואה באי מתן הודעה לחשוד על זכותו להיפגש עם עורך דין מחדל העשוי לפגוע באוטונומיה הרצונית שלו במידה המצדיקה פסילת הודאתו כראיה, לבין גישה, המאפשרת יצירת מראש של מנגנונים, המאיינים רצון אוטונומי זה, והחושפים את העצור, מניה וביה, לתנאי חקירה בלתי הוגנים בעליל. כך, למעשה, הבהיר בית המשפט העליון בעניין פלונג הנ"ל. לאור כל האמור לעיל, אנו מתנגדים להצעה להפוך הסדר פוגעני זה להוראה קבועה בחוק.

#### **מגבלות על זכותו של חשוד לערור על מעצרו ולהגיש בקשה לעיון חוזר**

108. אנו מתנגדים גם למגבלות המחמירות על זכותו של אדם להגיש בקשה לעיון חוזר או ערר על מעצרו, ולהיות נוכח בדיונים הנוגעים לכך. חומרה מיוחדת נודעת בהקשר זה לקביעה, כי חשוד רשאי לערור על מעצרו, ככלל, רק תוך 30 שעות. הסדר זה בעייתי במיוחד במקרה של חשודים, המנועים מלהיפגש עם עורך דין והמנותקים מהעולם החיצון.

#### **חילוט, תפיסה וסעדים זמניים**

109. נעיר באופן כללי, כי אין מקום להרחיב את ההסדרים הדראקוניים והבעייתיים ממילא, הקבועים כבר היום בחוק איסור מימון טרור, ואשר נקבעו לאחר דיונים ממושכים

בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הוראות אלה מאפשרות חילוט רכוש אגב הליך פלילי, חילוט רכוש בהליך אזרחי, תפיסה מינהלית לפרק זמן מוגבל ושימוש נרחב בסעדים זמניים. בהקשר זה נבקש להדגיש מספר עניינים מרכזיים:

110. ראשית, ולא נחזור על הדברים שוב בפרוטרוט, ההגדרות הרחבות והבלתי סבירות שעליהן עמדנו לעיל, וההליך הבעייתי להכרזה על ארגון כ"ארגון טרור", משליכים באופן מובהק על שאלת הוגנות הסדרי התפיסה והחילוט הקבועים בהצעה.

111. שנית, אין כל מקום לאפשר הסתמכות על חומר חסוי במסגרת חילוט אזרחי, כמוצג בסעיף 68. כזכור, בעקבות הדיונים הארוכים סביב חוק איסור מימון טרור, הוחלט להגביל את השימוש בחומר חסוי בהליכי חילוט לסעדים הזמניים, שתכליתם המובהקת מניעתית. יצירתו של הליך אזרחי, שבמסגרתו ניתן להסתמך על ראיות חסויות ובכך לשלול את זכות הנתבע להתגונן כראוי, מדרדרת אותנו צעד גדול נוסף במדרון החלקלק המסוכן של ריקון ההליך השיפוטי מכל תוכן ממשי.

112. שלישית, אין כל מקום ליצור מסגרת נוספת של תפיסה וחילוט מינהליים, שבמסגרתה ניתן לשלול רכושו של ארגון מוכרז ללא כל הליך שיפוטי הוגן. לא בכדי הוגבלה אפשרות התפיסה המינהלית בחוק איסור מימון טרור לפרק זמן מירבי של 21 ימים; ההצעה להרחיב זאת ולאפשר שלילת רכוש לצמיתות בצו מינהלי (אף כזה המקבל "אישור" שיפוטי) איננה מתקבלת על הדעת.

### צו למניעת פעילות של ארגון טרור

113. סעיף 99 המוצע מבקש להתיר למפקד מחוז במשטרת ישראל ליתן צו למניעת פעילות (לרבות "קיום אסיפה, תהלוכה, כנס, עצרת או הדרכה"), אם היה לו "יסוד סביר לחשד" כי מדובר ב"פעילות של ארגון טרור". משניתן צו כאמור, ניתן להורות גם על סגירת המקום המיועד לפעילות, וכן, בהתאם לסעיף 105 המוצע, לכל שוטר הסמכות להיכנס למקום, "להורות לכל אדם להימנע מגישה למקום כאמור [...] או סמוך אליו, או לצאת מהמקום כאמור", ו"לנקוט אמצעים סבירים אחרים הדרושים כדי להבטיח את קיום הצו".

114. ככל שמדובר באסיפה, תהלוכה או כנס, בו מופר שלום הציבור – אזי כבר היום יש למשטרה כלים מגוונים להתמודד עם זה, ואין צורך להוסיף על סמכויות אלה. ולא – אין כל הצדקה למניעה מוקדמת מסוג זה, הפוגעת בחירויות יסוד על סמך "יסוד סביר" עמום. במקרים שבהם קיים חשד כי מדובר בפעילות מובהקת של ארגון טרור, אך אין חשש להפרת סדר מיידית – יש לפעול בדרך המלך: לפתוח בחקירה פלילית ולנקוט בצעדים המתאימים במסגרתה.

115. בדברי ההסבר להצעה נאמר, כי "חשוב להזכיר כי על פי רוב אין בהוצאת הצו, כשלעצמה, פגיעה בזכויות יסוד של המבקש, שהרי מדובר בצו שאוסר על קיומה של פעילות שמלכתחילה אין כל היתר לקיימה בהיותה פעילות של ארגון טרור [...] ההצדקה היחידה לביטול הצו, בעקבות בקשה לעיון חוזר, היא אם ישוכנע מפקד המחוזי כי

למעשה אין מדובר בפעילות של ארגון טרור או פעילות שנועדה לקדם את ארגון הטרור, ועל כן אין עילה לאסור עליה" (עמ' 1476). אלא שהנחת מוצא זו שגויה היא – שכן, כאשר מוותרים על ההליך הפלילי ומסמיכים את המשטרה לפעול על סמך "חשד סביר" – ברי כי נפתח פתח לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם.

116. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, בוודאי שאין להקנות סמכות מעין זו למשטרה מבלי לדרוש ממנה לקבל קודם לכן **צו שיפוטי שיינתן במעמד שני צדדים, תוך מתן הזדמנות הוגנת למארגני האירוע להתגונן**. כך גם לעניין צו הגבלת שימוש במקום לפי סעיף 102 המוצע.

### מעצרים מינהליים וצווי הגבלה מינהליים

117. ייאמר מיד, כי אנחנו מתנגדים **בכל תוקף** להצעה להסדיר הליך של מעצר מינהלי בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל. רפורמה מהותית בדין, המבקשת לעצב נורמות הראויות למדינה דמוקרטית מודרנית ולאפשר ביטול ההכרזה המתמדת על מצב חירום, צריכה להביא **לביטול ההסדר הפוגעני והבלתי ראוי הזה**, ולשים קץ – אחת ולתמיד – למנגנון המחפיר, המטיל כתם כבד על אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

118. מעצר מינהלי מאיים באופן ממשי על עקרונות יסוד בסיסיים ביותר של המשטר הדמוקרטי. מעבר לפגיעה האנושה בזכותו של אדם להיות חופשי ממעצר שרירותי, הנחת היסוד הפסולה והמופרכת, שאנו כחברה יכולים או רשאים "לנבא" התנהגות עתידית של אזרחים, חותרת תחת מעמדו של כל אחד מאיתנו כסוכן מוסרי אוטונומי, האחראי על מעשיו והמסוגל להפעיל בחירה חופשית. בבסיסו, המעצר המינהלי משקף נכונות תועלתנית ליטול סיכון מחושב לכליאת אדם חף מפשע, נכונות המבטאת כשלעצמה זלזול מסוכן בערך כבוד האדם. בפועל, "מסוכנותם" של עצירים מינהליים נלמדת ממעשים קודמים או מכוונות המיוחסים להם, מבלי לדרוש מהמדינה להוכיחם מעל לכל ספק סביר, במשפט פלילי הוגן; בכך הוא משמש, יותר מכל, אמצעי "נוח" יותר לרשויות להביא לכליאתו של אדם, כאשר אין בידן ראיות קבילות להוכחת אשמתו. "מסלול עוקף" מסוג זה להליך הפלילי, המאפשר למדינה להשיג את התוצאה הרצויה מבחינתה (כליאתו של אדם), מבלי להוכיח במשפט הוגן כי אותו אדם אכן ראוי לכך, אינו עולה בקנה אחד עם מחוייבות בסיסית לערכי זכויות האדם. המשפט הפלילי אינו אמור להוות אמצעי אחד מני רבים להביא לכליאתו הממושכת של האדם, בבחינת "Heds I win, tails you lose"; הערובות הבסיסיות המובטחות בו נועדו **להגביל** את סמכות המדינה לשלול חירותו של אדם בשל הטענה שהוא מעורב במעשים אסורים המסכנים את הציבור, ולהבטיח כי הדבר ייעשה רק כאשר הטענות הוכחו כדבעי. ההבחנה המלאכותית בין "ענישה" לבין "מניעה" בהקשר זה (הרי הענישה נועדה בין השאר אף למנוע מעשים עתידיים המסכנים את הציבור), איננה יכולה לעמעם את האופן המובהק שבו מעצר מינהלי משמש בפועל לנקיטת צעדים נגד אנשים, בגין מעשי העבר שלא הוכחו כנדרש.

119. לרוב, כידוע, מעצר מינהלי מתבסס על חומר חסוי, כאשר פרטי החשדות – ולא רק הראיות שעליהן הם מתבססים – מוסתרים מהחשוד. בנסיבות אלה, אף אם פורמאלית מתקיים הליך של ביקורת שיפוטית, אין בכך כדי להוות ערובה משמעותית למניעת מעצרים שרירותיים, טעויות, או שימוש לרעה בסמכות הדראקונית. אדם, אשר אינו יודע את פרטי החשדות נגדו, ואינו יודע על מה הם נסמכים, יכול אך לגשש באפלה, ונשללת ממנו כל אפשרות ממשית להתגונן. במצב דברים זה, גם השופט הטוב ביותר אינו יכול לעשות צדק. ידיו כמו כבולות מאחורי גבו ובמקרים רבים הוא הופך, מניה וביה ובעל כורחו, לסוג של "חותמת גומי" להחלטות רשויות הביטחון. כה נעדר הליך ה"ביקורת השיפוטית" בהקשר זה ערובות מינימאליות להבטחת הליך הוגן, עד כדי שספק אם ניתן לראות בו "הליך שיפוט" של ממש. מחקר אמפירי שפורסם במאי 2012 מעיד על הפער העצום הקיים בפועל בין האמירות העקרוניות בפסיקה לגבי חשיבות הביקורת השיפוטית הזהירה בהליכי מעצר מינהלי, ובין המגבלות האינהרנטיות המוטלות על תפקיד בית המשפט במסגרת הליכים אלו.<sup>45</sup>

120. אפשרות השימוש במעצר מינהלי משמשת תמריץ שלילי לרשויות הביטחון לבחור בדרך המלך ולעשות את המאמצים הדרושים לאיסוף ראיות קבילות מספיקות להעמדתו של אדם לדין. בימים כתיקונם, ישנם במסגרת ההליך הפלילי מגוון אמצעים אחרים שבהם יכולה המדינה לעשות שימוש כדי לעקוב אחר חשודים הנתפסים כמסוכנים וכדי לאסוף ראיות נגדם. ביטול הסדר המעצר המינהלי במשפט הישראלי הפנימי יקשה אמנם ללא ספק על רשויות הביטחון; אך בדומה לאשר התרחש בעקבות פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (ג) 817 (1999), יש להניח כי יוכלו להתאים את עצמן למציאות הנורמטיבית החדשה – בעניין זה, כמו בעניינים רבים אחרים, "הצורך הוא אבי המצאה".

121. המעצר המינהלי אינו עומד בדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא מהווה פגיעה בחירותו ובכבודו של אדם, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה: היא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, והיא איננה מידתית. על כל רפורמה בנושא זה לעמוד במבחן החוקתיות, והסדר המבקש "לנרמל" את המעצר המינהלי אינו עושה כן באופן מובהק.

#### מעצר מינהלי במשפט הבינלאומי – רק במצב חירום קיצוני

122. שימוש באמצעי של מעצר מינהלי שלא במסגרת מצב חירום זמני ומיוחד (או שלא במסגרת סכסוך מזויין), סותר אף את המשפט הבינלאומי, שלו מחוייבת מדינת ישראל,<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court* 45 Vanderbilt Journal of Transnational Law 639 (2012) - <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Krebs-camera-ready.pdf>

<sup>46</sup> ראו:

"Jelena Pejic, "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence" *International Review of the Red Cross* (June 2005) 375, 379. ניתן לעיין בו ב: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/\\$File/irrc\\_858\\_Pejic.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/$File/irrc_858_Pejic.pdf)



שכן הוא שולל את הזכויות לחירות ולהליך הוגן, המעוגנות בין השאר בסעיפים 9 ו-14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. זאת ועוד: גם במצב חירום, המצדיק גריעה מחובות המדינה על פי סעיף 4 לאמנה, הסדר מעצר מינהלי אשר אינו נדרש באופן מדוקדק מפאת חומרת המצב, אשר אינו מאפשר ביקורת שיפוטית **אפקטיבית**, ואשר נעדר ערובות בסיסיות **למניעת מעצר שרירותי**, אינו עומד בדרישות המינימאליות של המשפט הבינלאומי.

123. בהקשר זה ראוי לזכור את מסקנות ועדת זכויות האדם של האו"ם, במסגרת הדיונים בדו"חות ישראל על פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מהשנים 1998 ו-2003. [בשנת 1998](#) הדגישה הוועדה בהקשר זה, כי:

"The Committee remains concerned that despite the reduction in the number of persons held in administrative detention on security grounds, persons may still be held for long and apparently indefinite periods of time in custody without trial.... The Committee takes due note that Israel has derogated from article 9 of the Covenant. The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention. The Committee recommends that the application of detention be brought within the strict requirements of the Covenant and that effective judicial review be made mandatory."

[בשנת 2003 חזרה והדגישה](#):

"... As to measures derogating from article 9 itself, the Committee is concerned about the frequent use of various forms of administrative detention, particularly for Palestinians from the Occupied Territories, entailing restrictions on access to counsel and to the disclose of full reasons of the detention. **These features limit the effectiveness of judicial review, thus endangering the protection against torture and other inhuman treatment prohibited under article 7 and derogating from article 9 more extensively than what in the Committee's view is permissible pursuant to article 4.** In this regard, the Committee refers to its earlier concluding observations on Israel and to its general comment No. 29.

The State party should complete as soon as possible the review initiated by the Ministry of Justice of legislation governing states of emergency. In this regard, and pending the adoption of appropriate legislation, the State party should review the modalities governing the renewal of the state of emergency and specify the provisions of the Covenant it seeks to derogate from, to the extent strictly required by the exigencies of the situation (art. 4)."

על החובה למנוע מעצר שרירותי גם במצב חירום, ראו בין השאר גם את [הערה כללית 29](#) של ועדת זכויות האדם משנת 2001, בעניין פרשנות סעיף 4 לאמנה:

"States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, **through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial...**" (section 11).

124. גם מדינת ישראל, [בדו"ח שהגישה לוועדת זכויות האדם באפריל 1998](#) בעניין יישום האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, **לא טענה** כי ניתן לנקוט במעצר מינהלי שלא במסגרת גריעה מפורשת מהאמנה על פי סעיף 4; טענתה היתה, כי "מצב החירום" הוא אשר מצדיק את מדיניותה בהקשר זה:

"[T]he policy of the State of Israel has been that its use of administrative detention, when efficient criminal prosecution or other measures are not possible, is consistent with its obligations **under article 4 of the Covenant**, in light of the availability of substantive judicial review available under the restraining provisions of section 4 (c) of the Emergency Powers (Detentions) Law and section 12 of Basic Law: Human Dignity and Liberty."

כאמור, הוועדה **דחתה מפורשות** את הטענה, כי הליך הביקורת השיפוטית הקיים עונה על דרישות המינימום של סעיף 4, **ובירכה** על הודעת ישראל כי בכוונתה לבחון מחדש את נחיצות הגריעה הגורפת מסעיף 9.

125. ברי כי "רפורמה", המתיימרת להתמודד עם סוגיית ה"חירום" המתמשך תוך הנצחת ההסדר הקיים בחקיקה קבועה, איננה יכולה לענות על דרישות הדין הבינלאומי או על ציפיות הוועדה. ראשית, כי תחת להתמודד עם השאלה **המהותית**, אם אכן קיים "מצב חירום המאיים על חיי האומה" אשר מצדיק גריעה מהאמנה, היא "פותרת את הבעיה" כביכול על ידי אימוץ הסדר החירום לתוך החקיקה הרגילה. שנית, משום שהיא שומרת בהקשר זה על ההליך הפגום, הפסול אף במצב חירום, המאפשר הסתמכות גורפת על חומר חסוי והמונע ביקורת שיפוטית אפקטיבית וראויה. אין בתוספות המאפשרות "חלופות מעצר" למיניהן כדי להסיר פגמים חמורים ויסודיים אלה ולהכשיר את השרץ.

#### צווי הגבלה

126. אכן, כל עוד קיים משטר של מעצר מינהלי, ראוי להכיר באפשרות קביעתן של "חלופות", מקום שקיימת "עילה" (אם כך ניתן לקרוא לזה) למעצר מינהלי, אך ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעי פוגעני פחות. יחד עם זאת, אין להתעלם מהבעייתיות העמוקה הטמונה גם ב"חלופות מעצר" אלה. הרעיון כי המדינה רשאית לשים אזרח במעצר בית, להטיל עליו צו איסור יציאה מהארץ או להכפיף אותו למגבלות תנועה שונות – והכל על

סמך חומר חסוי, ומבלי לפתוח בהליכים שמטרתם להוכיח את אשמתו – הוא רעיון זר ומסוכן ביותר, המאיים באופן ממשי על אושיות הדמוקרטיה.

127. כזכור, וכמפורט לעיל, כבר בפברואר 2009 נתן בית הדין האירופי לזכויות אדם את החלטתו התקדימית בעניין [A. and Others v. the UK](#), בה קבע כי גם במצב חירום, המצדיק גריעה מהאמנה, לא ניתן לשלול חירותו של אדם מבלי להעניק לו הזדמנות הוגנת להתגונן בבית המשפט.<sup>47</sup> בית המשפט הבהיר בהקשר זה, כי גם כאשר נעשה שימוש במנגנון כגון עורכי דין מיוחדים, הליך שיפוטי אינו יכול להיות הוגן אם אין מגלים לעצור מספיק מידע כדי לאפשר לו לתת "הנחיות אפקטיביות" לעורך הדין המיוחד. יוער, כי גם מסיבות נוספות, משטר המעצר המינהלי אשר נדון בהליך זה נמצא בלתי חוקי, ובוטל עוד קודם למתן פסק דינו של בית הדין.

128. ביוני 2009 החיל בית הלורדים את ההלכה התקדימית של בית הדין בעניין חומר חסוי על משטר צווי ההגבלה (control orders), אשר נכנס לשימוש בין השאר בעקבות ביטול הליך המעצר המינהלי. בעניין [The Secretary of State for the Home Department v. AF and Others](#) הבהיר בית הלורדים, כי גם כאשר מדובר בפגיעה פחותה יחסית בחירות (כגון מעצר בית חלקי), עדיין לא ניתן להסתמך על חומר חסוי באופן המביא לשלילת הזכות להליך הוגן (בניגוד לסעיף 6 לאמנה האירופית).<sup>48</sup> כדי להבטיח הליך הוגן, על הרשויות לחשוף בפני החשוד את המידע הדרוש לו כדי לגבש "הנחיות אפקטיביות" כאמור. טענות כלליות, או תיקים המבוססים במידה מכרעת על מידע סודי, אינם יכולים לעמוד במבחן זה.<sup>49</sup> כפי שהדגיש לורד הופ בחוות דעתו:<sup>50</sup>

"[F]or a judge to hold that a hearing in which the party affected has had no opportunity to answer is a fair hearing negates the judicial function which is crucial to the controlled order system... The consequences of a successful terrorist attack are likely to be so appalling that there is an understandable wish to support the system that keeps those who are considered to be most dangerous out of circulation for as long as possible. But the slow creep of complacency must be resisted. **If the rule of law is to mean anything, it is in cases such as these that the court must stand by principle. It must insist that the person affected be told what is alleged against him.**"

129. דברים אלו, אשר נכתבו ביחס לצווי הגבלה המתירים מעצר בית חלקי לכל היותר, יפים לענייננו. בהקשר זה יצויין, כי בעקבות פסיקה זו והביקורת הגוברת באנגליה לגבי השימוש בצווי הגבלה, הוחלף משטר צווי ההגבלה במנגנון מוגבל הרבה יותר (TPIMs – Terrorism Prevention and Investigation Measures).

<sup>47</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24704&sessionId=26399324&skin=hudoc-en&attachment=true>

<sup>48</sup> <http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-hol-control-orders-judgment.pdf>

<sup>49</sup> פיסקה 59 לחוות דעתו של לורד פיליפס.

<sup>50</sup> פיסקה 79 לחוות הדעת – ההדגשה אינה במקור.

130. בימים שבהם האמצעים הקיצוניים והפוגעניים שאומצו במדינות שונות בעקבות 9/11 נבחנים מחדש, תוך הצבת גבולות ברורים לשמירה על שלטון החוק, אין כל מקום לעגן הסדר פוגעני וקשה מסוג זה בחקיקה הקבועה בישראל.

### סיכום עמדתנו

131. לאור כל האמור לעיל אנו סבורים, כי הגיעה העת לבטל בחקיקה הישראלית את סמכות המעצר המינהלי הפוגעני, האנטי דמוקרטי והבלתי חוקתי. מבלי לגרוע מעמדתנו זו, יש לכל הפחות:

א. לייחד כל הסדר, המאפשר הטלת מעצר מינהלי או צווי הגבלה, למצב חירום קיצוני, העומד מהותית בדרישות סעיף 4 לאמנה (לרבות בדרישת הזמניות). בהקשר זה יש להדגיש את הדרישה הנוספת, כי האמצעי שנבחר לא יחרוג ממה שדרוש באופן הכרחי מפאת חומרת המצב, קרי שיהיה "strictly required by the exigencies of the situation". בהתאם לכך, יש להתנות מפורשות את סמכות המעצר המינהלי בהכרזה לתקופת זמן מוגבלת ביותר של מצב חירום מיוחד, המביא לשיבוש חמור וקשה של יכולת הפעולה של רשויות אכיפת החוק, ואשר מונע על כן שימוש באמצעים הרגילים כגון המשפט הפלילי.

ב. לקבוע הסדרים מפורטים, אשר יוכלו להבטיח את הוגנות הליך הביקורת השיפוטית, כמפורט לעיל בהתייחסותנו לנושא החומר החסוי. בכלל זה, יש להבטיח כי **בכל מקרה** יינתן לעצור הסבר מפורט אודות מהות החשדות נגדו, ואודות העובדות הספציפיות, שעליהן נסמכת הטענה שהוא מהווה סכנה ביטחונית. על ההסבר להיות כזה, המאפשר לו להתמודד באופן אפקטיבי עם הטענות נגדו. על ההליך השיפוטני לעמוד בדרישות המינימום של המשפט הבינלאומי (כגון דרישת ה-equality of arms), ועליו להקפיד על סדרי דין המאפשרים הגעה לחקר האמת, כגון אפשרות להביא עדים, חובה אפריורית להעביר את כל חומר החקירה לעיון החשוד וסניגורו ועוד.

ג. לקבוע בחוק מנגנון פיצוי לאנשים המוחזקים המעצר מינהלי או הנתונים לצווי הגבלה, אשר יבטיח לכל הפחות החזר ההפסדים הכספיים שנגרמו כתוצאה מהמעצר, וכן תשלום בגין העוולה החוקתית הכרוכה בשלילת חירות ללא העמדה לדין. יש בכך משום הכרה מצד המדינה, שאשמת העצור לא הוכחה, וכי מדובר בצעד "תועלתני" הננקט נגדו בליט ברירה, כאשר הנחת היסוד היא שאכן ייתכן שהוא ננקט בטעות. חובת פיצוי מהווה גם אמצעי חשוב להתרעת המדינה מפני שימוש יתר באמצעי זה, ומפני ראייתו כחלופה יחסית זולה ופשוטה.

132. לקראת הדיונים בסעיף זה, נגיש הערות פרטניות ביחס אליו, ככל שהדבר יידרש.

## סמכויות חיפוש רחבות לשב"כ

133. סעיף 131 להצעת החוק מבקש לתקן את חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, כדי להעניק לשב"כ סמכויות רחבות לחדור לחומר מחשב ולבצע פעולות במחשבים – לרבות באופן סמוי. בכוונתנו להגיש נייר נפרד בקשר לנושא זה לקראת הדיונים בוועדה.

## סיכום

134. מהטעמים שפירטנו לעיל, הצעת החוק עלולה להביא לפגיעה קשה בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט. היא קובעת הסדרים רחבים וגורפים, המרחיבים את המעגל הפלילי באופן בלתי סביר, והעלולים להפוך אנשים וארגונים שומרי חוק ל"טרוריסטים". היא נותנת בידי הרשות המבצעת סמכויות דראקוניות ובלתי מבוקרות לנקוט צעדים חריפים נגד בני אדם ונגד ארגונים ללא משפט, על סמך חשדות בלבד, ומבלי להעניק את הערובות המינימאליות להגנה על זכויותיהם. בכך היא גם פותחת פתח עצום להתערבות פסולה מצד המדינה בשיח הפוליטי ובחופש ההתאגדות של האזרח. בנוסף על כל אלה, היא מבקשת "לנרמל" את השימוש הפסול במעצר מינהלי ובצווי הגבלה, ולהפוך אותם לחלק בלתי נפרד מהחקיקה הישראלית המודרנית והקבועה.

135. יוזמת חקיקה חדשה בנושא זה, ראוי שתתאים את ההסדרים הקיימים לעקרונות החוקתיים הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך התאמת הסמכויות הניתנות לתכליתן הראויה. לצערנו, הצעת החוק בנוסחה הנוכחי אינה עושה זאת. **השילוב בהצעת החוק בין ההגדרות הרחבות הכלולות בה, ובין הסמכויות הדרקוניות שהיא מעניקה לרשויות, פותח פתח מסוכן לפגיעות חמורות בזכויות אדם.**

136. כאמור, מסמך זה כולל את עיקר הערותינו להצעת החוק, ואין בו כדי למצות את מלוא התייחסותנו להסדרים הרבים הכלולים בה. בכוונתנו להגיש ניירות נוספים, ככל שהדבר יידרש, במהלך הדיונים בוועדה.