

1 ביולי 2010

## נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010

עורכי הדין לילה מרגלית ואדם 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 גופו. 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 שמאבק זה יהיה בלתי מוגבל באמצעים העומדים לרשות המדינה. דווקא בשל היותה של ישראל מדינה דמוקרטית, עליה להיאבק בטרור באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד וזכויות היסוד האמורות להוות את הבסיס לקיומה.
3. אנו מברכים על עצם הניסיון העקרוני הנעשה בתזכיר ליצור הסדרים בנושא המאבק בטרור, המתאימים למדינה דמוקרטית במאה העשרים ואחת. אכן, הגיע העת לבטל את ההסדרים הדראקוניים, המצויים בחקיקת החירום ולאמץ נורמות מיידיות וראויות, המשקפות מחוייבות אמיתית לשמירה על זכויות אדם.
4. דא עקא, שבמתכונתו הנוכחית אין בתזכיר כדי להשיג תכלית חשובה זו. אמנם חקיקת החירום מתבטלת בחלקה, אולם תחת 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 החריג של ההסדרים

הקבועים בחקיקת החירום משמשת ערובה חשובה, אף אם בלתי מספקת בעליל, למניעת שימוש יתר ונורמאליזציה של הסמכויות הקשות המעוגנות בה. קיים חשש כבד וממשי, כי עם העברת סמכויות אלה לחקיקה הקבועה והמודרנית של מדינת ישראל, יהיה בכך כדי לקבע אותן בתודעה הציבורית כאמצעים "רגילים", אשר אינם שמורים 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.**

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" – הגדרות המאפשרות החלתן גם על ארגונים ואנשים אשר אין בינם לבין טרור ולא כלום – מעניקות לרשויות המדינה שיקול דעת מופרז באשר לקביעה "מיהו טרוריסט", ופותרות פתח עצום לניצול לרעה. ההליכים בהם מוכרזים ארגונים כארגוני טרור, ובהם 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 צעדים נגד אדם, הפוגעים בחירותו או בחופש התנועה הניתן לו, אלא במסגרת הליך פלילי הוגן, בו ניתנת לו מלוא ההזדמנות להתגונן.

8. יוער, כי לאור קוצר הזמן שעמד לרשותנו לבחינת ההסדרים המעמיקים, הרבים והמגוונים המפורטים בהצעת החוק, מסמך זה מתמקד בהערותינו המרכזיות. אין בכך, שלא הערנו לגבי סעיף זה או אחר כדי להביע הסכמתנו לאמור בו. ככל שיהיו לנו הערות נוספות בהמשך, נשמח כמובן להעבירן.

## השימוש בחומר חסוי בהצעת החוק

### מבוא

9. השימוש בחומר חסוי הוא אחת מן הרעות החולות במשפט הישראלי. נעשה בו שימוש כמעט שגרתי במגוון רחב של הליכים מינהליים ושיפוטניים, המשליכים באופן ישיר על זכויות יסוד של הפרט, ונראה כי מערכת אכיפת החוק ומערכת המשפט פיתחו עם השנים כהות חושים מדאיגה לפגיעה האנושה בזכות להליך הוגן הטמונה בכך. בעוד שבמדינות דמוקרטיות אחרות, אשר אימצו לאחר 9/11 הסדרים דראקוניים הנסמכים על חומר חסוי, נערך היום תהליך של בחינה מחדש של התנאים המינימאליים שיש להציב כדי להבטיח הליך הוגן (אנגליה, אירופה, קנדה, ארה"ב), בישראל לא מתקיים שיח מקביל ועולם כמנהגו נוהג.

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 להבטחת הליך הוגן, ומבלי לבחון מנגנונים נוספים, (כגון חשיפת החומר לבא כוח החשוד לאחר קבלת סיווג ביטחוני או שימוש בערכי דין מיוחדים), אשר היו יכולים למתן, ולו במעט, את הפגיעה בזכויות אדם.

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"; בזמן הדיון בבקשת שימוע (הן לגבי זכות העיון והן לגבי הדיונים עצמם); בדיון בעניין חילוט רכוש, בכל האמור לסעדים זמניים, בדיונים לגבי תפיסה 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 ההליכי 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, אשר מקבלת בשוויון נפש את האפשרות, שהמדינה תיקח מתושביה את הדברים הבסיסיים שכל אחד מאיתנו מקבל כמובן מאליו - החירות, הזכות ללכת 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 מהווה פגיעה בזכויות אדם, אשר איננה 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 את המשפט הבינלאומי, לו מחוייבת מדינת ישראל.

15. זאת ועוד. שימוש נרחב בחומר חסוי בהליכים שיפוטיים אף משקף ומעודד קיומה של "מדינת ביטחון לאומי", בה רשויות אכיפת החוק אינן כפופות לביקורת ציבורית ממשית ואינן נדרשות לתת דין וחשבון אמיתי על מעשיהן. הוא משקף ומעודד תפיסה אנטי דמוקרטית, המזלזלת בזכות הציבור לדעת ובהנחת היסוד, כי "אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר". הוא מאפשר לציבור להתעלם מדברים, הנעשים בשמו, ופוטר אותו מחובתו לבקר את רשויות השלטון. הוא מעניק כוח מופרז לרשות המבצעת. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון עוד בשנות הששים: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה" (בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי, פ"ד לז(1) 2407 (1962)).

16. בהמשך נייר העמדה התייחסנו להליכים ספציפיים, המתבססים על חומר חסוי. לגבי חלק מהם הבהרנו את עמדתנו החד משמעית, כי הגיעה העת **לבטלם**. כך, למשל, לעניין מעצרים מינהליים וצווי הגבלה אחרים. באופן דומה הבהרנו, כי אין כל מקום לחומר חסוי בהליכי חילוט אזרחיים, אשר אינם נושאים אופי מניעתי מידי, וכאמור לעיל עמדתנו העקרונית היא כי אין לאפשר שלילת זכויות יסוד על סמך ראיות סודיות. אולם מבלי לגרוע מעמדותינו אלה, אנו סבורים כי בכל מקרה בו נעשה שימוש בחומר חסוי יש להציב גבולות ברורים לכך, וכן לשקול אימוץ הסדרים מיוחדים, אשר יוכלו להבטיח הגנה מינימאלית על הזכות להליך הוגן אף במקרים אלה. בחודשים אלה ממש אנו מקיימים תהליך חשיבה בנושא המודלים השונים להתמודדות עם בעיית החיסיון, כגון עורכי דין מיוחדים, עורכי דין מסווגים ועוד; להלן אנו מתייחסים בהרחבה למודל הסניגורים המיוחדים, אולם נבקש להדגיש שבשלב זה קריאתנו היא, כי יתקיים תהליך בדיקה מעמיק בנושא, כדי לבחון את המודלים השונים, את יתרונותיהם ואת חסרונותיהם.

#### **הבעייתיות שבשימוש בראיות חסויות**

17. 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.

18. הבעייתיות שבשימוש בחומר חסוי היא, אם כן, כפולה. ראשית, אדם ניצב במצב קפקאי בו 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 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>

19. במקרים של שימוש בחומר חסוי, ההגנה על החשוד אמורה להתבצע על-ידי בית המשפט, אשר אמור לשמש כ"פה" לחשוד. בית המשפט הוא זה העובר על חומר הראיות, מחליט מה יגולה לחשוד, 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 אינטרס הנפגע. 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

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

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

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

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.

20. מעבר לפגיעה הקשה בזכויות האדם, הטמונה בהסתמכות על חומר חסוי בהליכים מינהליים ושיפוטיים, הרי שסודיות מופרזת פוגעת גם באושיות הדמוקרטיה: בהנחת היסוד, כי רשויות הביטחון ורשויות אכיפת החוק פועלות כנאמני הציבור, ובזכות הציבור לדעת. נקיטת צעדים נגד אנשים על סמך מידע סודי איננה פוגעת רק בזכויותיהם, אלא גם באינטרס הציבור שבשמירה על שלטון הפועל בשקיפות, תוך מחויבות לעקרון פומביות המינהל.

#### גילוי ראיות חסויות ומנגנון עורך הדין המיוחד

21. בשל הפגיעה הקשה בזכויות אדם ובהליך הוגן, הטמונה בהסתמכות על מידע חסוי, מדינות שונות פיתחו מנגנונים מורכבים להתמודדות עם הסוגיה. כך, באנגליה, קנדה וניו זילנד, אומץ מנגנון "עורכי הדין המיוחדים" (special advocates), האמור להכניס אלמנט "אדברסרי" כלשהו הן להליך בחינת היקף החיסיון והן לדיון המהותי עצמו.

22. בפסק הדין הקנדי בעניין Charkaoui שאוזכר לעיל, נפסלו סעיפי חוק, שהתירו גירוש של אנשים שאינם אזרחים בשל חשד לפעילות בטרור מבלי שניתנה להם אפשרות אפקטיבית להתגונן מפני ההאשמות כנגדם. בעקבות פסק הדין, תיקן בית המחוקקים הקנדי את חוק ההגירה. בין היתר, נחקק הסדר של עורכי דין מיוחדים:

"The special advocate can challenge the Minister's claim that the disclosure of information could be injurious to national security or endanger the safety of any person. The special advocate can further challenge 'the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel, and the weight to be given to it.' Bill C-3, however, specifically provides that the special advocate is not a party to the proceeding and does not have a solicitor-client relationship with the permanent resident or foreign national."<sup>5</sup>

23. המנגנון הקנדי מבוסס על הניסיון של מערכת המשפט האנגלית עם מוסד עורך הדין המיוחד. בתחילה, עורכי דין מיוחדים באנגליה מונו בהליכי הגירה, ולאחר מכן הורחב

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

<sup>5</sup> Maureen T. Duffy and Rene Provost, *Security Detention in Practice: Constitutional Canaries and the Elusive Quest to Legitimize Security Detentions in Canada*, 40 Case Wes. Res. J. Int'l L. 531, 542 (2009).

השימוש גם לצווי הגבלה (control orders).<sup>6</sup> מטרת מוסד עורך הדין המיוחד היא להקל, ולו במעט, על הקשיים האינהרנטיים שבשימוש בחומר חסוי, במובן זה שלפחות אדם האמון על האינטרסים של החשוד יכול להתייחס לחומר ולטעון נגדו. ייתכן גם שבעקבות מעורבותו של עורך הדין המיוחד, חומר שבשגרה לא היה מגולה לחשוד יועבר לעיונו ולעיון עורך דינו. יחד עם זאת יש להבהיר, כי באנגליה ובקנדה עורך הדין המיוחד אינו מייצג את החשוד, אשר שומר על סניגורו הרגיל. כמו כן, לא מתקיימים יחסי עורך דין-לקוח בין עורך הדין המיוחד לחשוד, ומהות היחסים ביניהם אינה ברורה דיה.

24. גם בישראל נשמעו קריאות לייבא את מנגנון עורך הדין המיוחד. בפסק הדין בעניין געאביץ,<sup>7</sup> הביעו שופטי בית המשפט העליון את דעתם על מוסד זה. כך פסקה הנשיאה ביניש, כי:

"הצעה להסדר מעין זה אינה חדשה במקומותינו, והיא הועלתה עוד לפני שנים רבות במאמרו של יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17 (1989). עד כה לא אומץ בשיטת המשפט הישראלית הסדר דומה, חרף הקשיים הרבים שמעורר מצב הדברים הקיים היום כפי שפורט. נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו משום מענה – ולו חלקי – לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על בטחון המדינה תוך הגנה על חסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות."

לדברים אלה הצטרף גם השופט מלצר, בציינו כי "ראוי לחשוב על הסדר של מינוי עורך דין מיוחד (Special Advocate), ואולם נושא זה הוא עניין למחוקק לענות בו".

25. למנגנון עורכי הדין המיוחדים עשויים להיות גם יתרונות פרקטיים רבים על פני המודל, המאפשר רק לבית המשפט לעיין במידע החסוי. ראשית, לאור העומס הרב המוטל על בתי המשפט, ספק אם לשופטים הזמן הדרוש לעבור באופן מדוקדק על כלל החומר החסוי, הקשור לתיק. השימוש בעורך דין מיוחד יוכל לסייע לבית המשפט במילוי תפקיד חשוב זה, ולהבטיח כי הוא יזכה למלוא תשומת הלב הראויה. הופעתו של עורך דין מיוחד בדיונים סביב מידת הגילוי הנדרש לחשוד מבטיחה, כי יישמעו טיעונים בהקשר זה מאדם, האמון כל כולו על טובת החשוד ועל הוגנות ההליך המתנהל נגדו. יש במנגנון כדי להבטיח, כי הדיון בשאלת היקף הגילוי הנדרש ונחיצות החיסיון לא יידחק לשוליים, ולא ייבלע בתוך הדיון הכללי יותר על הצעדים הננקטים. הוא מבטיח, לכל הפחות, כי כל המעורבים בעניין יתנו את הדעת, ברצינות הנדרשת, למהות הפגיעה בהליך הוגן הכרוכה בהסתמכות על ראיות חסויות, למחיר הדיוני הכרוך בכך, ולצורך למקסם את הוגנות ההליך ככל האפשר. במובן זה, יכולה להיות לו תרומה חשובה למניעת "רוטיניזציה" של השימוש בחומר חסוי ולשמירת יחס זהיר כלפיו.

<sup>6</sup> לסקירה אודות התפתחות מוסד עורך הדין המיוחד ראו John Ip, *The Rise and Spread of the Special Advocate*, 2008 Public Law 717.  
<sup>7</sup> ע"ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (לא פורסם) (2009).

26. הנה כי כן, על פניו, עושה רושם שיש בידי עורך הדין המיוחד לשפר, ולו במעט, את מצבו של החשוד ולאזן את מצבו מול השלטונות. יחד עם זאת יש לזכור, כי גם אם מדובר במנגנון העשוי למתן את הפגיעה בזכויות אדם הטמונה בשלילת זכויות על סמך חומר חסוי, הוא אינו יכול להסיר אותה. בהקשר זה יש לשים לב גם לביקורת שהושמעה בחו"ל לגבי מנגנון זה, ולשיפורים הדרושים כדי שלא ישמש עלה תאנה בלבד. לביקורת זו נפנה כעת.

### ביקורת על מוסד עורך הדין המיוחד

27. John Ip מתייחס במאמרו, הסוקר את התפתחות מנגנון עורך הדין המיוחד, למספר בעיות רציניות עם מנגנון זה.<sup>8</sup> ראשית, ברור כי אין בכוחו של עורך הדין המיוחד לרפא את הפגמים הקיימים בהליכים בהם הוא משתתף. הדבר נובע מכך שברגע שעורך הדין המיוחד נחשף לחומר החסוי, מוטלות מגבלות כבדות על יכולתו להיפגש עם החשוד, קל וחומר למסור לו פרטים על אודות החומר, דבר האסור במפורש. משכך, אין במנגנון כדי לגשר באופן אמיתי ומלא על פערי הכוח והמידע בין הצדדים.<sup>9</sup>

28. טלו מקרה, בו עורך הדין המיוחד מעיין בחומר חסוי ועתה הוא יודע מה טיב החשדות והראיות כנגד אותו אדם. ואולם אם אין באפשרותו להיפגש עם החשוד ולשמוע ממנו את גרסתו לאותו חומר, כיצד יהיה בידו להגן עליו? כיצד יוכל לסתור את הנאמר בחומר החסוי? ברי, כי הדבר הינו קשה עד בלתי אפשרי. עמד על כך הלורד סטיין, בפסק הדין בעניין Roberts, המובא במאמרו של Ip:

"Taken as a whole, the procedure completely lacks the essential characteristics of a fair hearing. It is important not to pussyfoot about such a fundamental matter: the special advocate procedure undermines the very essence of elementary justice. It involves a phantom hearing only".<sup>10</sup>

29. חשוב לציין, כי זוהי גם התחושה של חלק מאותם עורכי דין מיוחדים באנגליה, אשר מדווחים על תסכול מחוסר היכולת שלהם לתקשר עם החשוד ולהגן עליו נאמנה. חלקם אף חשים כעלה תאנה, הבא לתת לגיטימציה להליך פגום מעיקרו.<sup>11</sup> אכן, קיימת סכנה כי השתתפות של עורך דין מיוחד תקרין אווירה של הליך הוגן, מקום שהוא איננו.

30. ככלל, החשש העיקרי הוא שיש במנגנון זה כדי לתת לגיטימציה למצב שהוא פסול מעיקרו – פגיעה בהליך ההוגן באמצעות הסתרת ראיות ואישומים מהחשוד. זאת ועוד.

<sup>8</sup> Ip, החל מעמ' 731.

<sup>9</sup> טענות דומות הועלו גם בדו"ח של ארגון Justice (2009): A Justice Report: Secret Evidence 193-195.

<sup>10</sup> Roberts (FC) v. Parole Board [2005] UKHL 45; [2005] 2 A.C. 738 at [88]. המצוטט במאמרו של Ip.

<sup>11</sup> כך, למשל, אחד מעורכי הדין המיוחדים באנגליה התפטר לאחר שלא הותר לו לתקשר עם לקוחו לאחר שנחשף לחומר המסווג. ראו Kent Roach, *Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, 27 Cardozo. L. Rev. 2151, 2192 (2006).



שימוש במוסד זה, בעקבות נרמולו, עלול להתרחב לתחומים אחרים ובכך להעמיק את הפגיעה בזכויות אדם ובהליך הוגן. כך, למשל, קרה באנגליה.<sup>12</sup>

31. בשני דו"חות של הוועדה המשותפת לזכויות אדם של הפרלמנט הבריטי ובית הלורדים נמתחה ביקורת חריפה על האופן שבו פועל שם השימוש בעורכי דין מיוחדים. על אף השינוי בכללים, המאפשר לעורך הדין המיוחד להביא ראיות, עדיין אין לו גישה בפועל לראיות או למומחים, אשר היו מאפשרים לו לאתגר את ההערכות המקצועיות של שירותי הביטחון. משום כך, בדרך כלל אין לבית המשפט כל ברירה אלא לקבל את טיעוני המדינה, ולא מתקיים "שוויון דיוני" בין הצדדים. לעורך הדין המיוחד אין כל דרך לאתגר את הערכת הממשלה, לפיה גילוי אכן עלול לפגוע באינטרס הציבור, ועל כן הערכות אלה חסינות, הלכה למעשה, מביקורת שיפוטית ממשית. במקרים רבים, החומר החסוי מובא שם בפני עורך הדין המיוחד באיחור ניכר, דבר אשר פוגע ביכולתו להתמודד איתו כנדרש. לבסוף, כפי שצוין לעיל, האיסור על עורך הדין המיוחד לשוחח עם האדם לאחר עיון בחומר החסוי הנו מקור מרכזי לחוסר הוגנות ההליך. איסור גורף זה פוגע ביכולתם למלא את תפקידם ולייצג את האינטרסים של החשוד בהליך הסגור.<sup>13</sup>

32. אכן, אחד הלקחים שניתן להביא מהניסיון האנגלי עם השימוש בעורכי דין מיוחדים הוא, כי לא די במנגנון זה כדי להבטיח הליך הוגן. כפי שהדגיש בהקשר זה ה- ICJ (International Commission of Jurists):

"In the UK, an attempt has been made by the authorities to compensate for some of the procedural failings of control orders by borrowing the "special advocates" system originally introduced in immigration proceedings. As in the immigration context (see earlier discussion), this response has been criticised by many as inadequate to permit the "controlee" to effectively challenge the allegations against them. The House of Lords has not found the control order scheme as such to be incompatible with the Human Rights Act. The judiciary has however held that a system of "special advocates" will not necessarily compensate for the grave legal disadvantage experienced by those being issued with a control order, and that courts must look "at the process as a whole" to determine whether or not, on the facts of a particular case, justice has been done".<sup>14</sup>

---

Arthur Chaskalson, *What's Happening to the Right to a Fair Hearing*, 41 Isr. L. Rev. 522, 534<sup>12</sup> (2008).

<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200910/jtselect/jtrights/64/6405.htm><sup>13</sup>

Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism,<sup>14</sup> Counter-Terrorism and Human Rights 112 (2009)

## דרישות מינימאליות להליך הוגן

33. הבעייתיות במנגנון עורך הדין המיוחד ברורה. הבאת עורך דין מיוחד וחשיפתו לחומר חסוי, מבלי שיתאפשר לו לשוחח עם החשוד, ומבלי להציב, בנוסף על כך, דרישה ברורה לגילוי מינימאלי של החשדות והראיות בפני החשוד עצמו, מביא תועלת מועטה. יחד עם זאת אנו סבורים, כי אימוץ מודל המאפשר לאדם, הפועל מטעם החשוד, לעיין בכל החומר ולטעון לגביו, יחד עם קביעת כללים ברורים יותר להבטיח גילוי מינימאלי כאמור, עשויים לשפר את המצב בישראל במובנים חשובים. בהקשר זה יש ללמוד מניסיון של קנדה ואנגליה ומהביקורת בספרות המקצועית על מנת ליצור מנגנון משופר, שיש בו כדי לאזן בצורה טובה יותר בין שיקולי ביטחון לזכות להליך הוגן. כפי שנפרט להלן, ישנו קונצנזוס רחב בקרב הגורמים המקצועיים ובפסיקה על אודות השיפורים שיש להכניס במנגנון.

34. בהחלטה תקדימית מפברואר 2009, קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם, 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>15</sup> עוד נקבע, כי גם אם נעשה שימוש במנגנון עורך הדין המיוחד, ההליך השיפוטי אינו יכול להיחשב כהוגן כל עוד אין מגלים לעצור מספיק מידע שיאפשר לו להנחות באופן אפקטיבי את עורך הדין המיוחד. בהקשר זה נפסק, כי כל מקרה צריך להיבחן לגופו. ייתכנו מקרים, בהם פירוט מספק אודות מהות החשדות נגד האדם, יספיקו כדי לאפשר לו להתמודד איתם באופן ראוי באמצעות עורך הדין המיוחד, 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 הוא עצמו אינו יודע מהו המקור המדויק לחשד). לעומת זאת, כאשר הטענות הן כלליות ("הינך חשוד בחברות או בנטילת תפקיד מוביל בארגון פלונני"), 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 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>16</sup>

כפי שנפרט בהמשך, בפרק העוסק במעצרים מינהליים ובצווי הגבלה, בית הלורדים באנגליה החיל פסק דין חשוב זה גם על משטר צווי ההגבלה באנגליה, לרבות על צווים מוגבלים בהיקפם, אשר אינם כרוכים בגריעה מהאמנה.

35. מסקנות דומות עולות גם מן הספרות המשפטית. על מנת לאפשר הליך הוגן, Ip מציע להקל במגבלות הקיימות על תקשורת בין עורך הדין המיוחד לבין החשוד.<sup>17</sup> קיימות מספר הצעות בעניין זה באנגליה ובקנדה, שעניינן מתן אפשרות לפגישה לאחר עיון של עורך הדין המיוחד בחומר החסוי. כך, למשל, בקנדה נמצא, כי עורכי הדין המיוחדים נזהרו שלא להעביר מידע מסווג לחשודים, אף כי ניתן להם להיפגש עמם, בעקבות היתר של בית המשפט.<sup>18</sup>

36. במחקרם המקיף על עורכי דין מיוחדים המליצו Waldman ו-Forcese על מספר קריטריונים, שעניינם הסדרה חקיקתית של מנגנון עורך הדין המיוחד, גילוי מקסימלי, יכולת לאמת את המידע באמצעות חקירה נגדית וחקירה עצמאית, עצמאות מהשלטונות, עמידה בקשר רציף עם הלקוח, יחד עם חובה שלא לגלות לו את החומר החסוי:

"Appointment of special advocates should always be regulated by statute establishing clear rules for the processes. Judicial oversight should be undertaken on the basis of a balancing test in which the judge weighs the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure. Where possible there should be disclosure, but if that is not practical, a special advocate should press for as much disclosure as possible, and in relation to information that is not disclosed, the special advocate should be required to test the veracity of such information in active cross-examination and independent investigation. To this end full disclosure must be made to the special advocate, who should be a highly skilled advocate, independent of government, with ongoing access to the named person during the proceedings. The special advocate must be under a duty not to disclose the confidential

<sup>16</sup> ראו סעיף 220 לפסק הדין.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 734.

<sup>18</sup> שם, בעמ' 735.

information either directly or indirectly to the named person or anyone else, but should also have a duty of confidentiality to the named person akin to a solicitor and client relationship".<sup>19</sup>

37. לבסוף, גם הוועדה המשותפת לזכויות האדם באנגליה ממליצה באופן חד משמעי על מתן אפשרות לתקשורת בין עורך הדין המיוחד לבין החשוד:

"In our view it is essential, if Special Advocates are to be able to perform their function, that there is greater opportunity than currently exists for communication between the Special Advocate and the controlled person. We were impressed by the preparedness of the Special Advocates to take responsibility for using their professional judgment to decide what they could or could not safely ask the controlled person after seeing the closed material. With appropriate guidance and safeguards, we think it is possible to relax the current prohibition whilst ensuring that sensitive national security information is not disclosed. We therefore recommend a relaxation of the current prohibition on any communication between the special advocate and the person concerned or their legal representative after the special advocate has seen the closed material".<sup>20</sup>

#### סיכום והמלצות לגבי חומר חסוי

38. לאור כל האמור לעיל, ומבלי לגרוע מעמדותינו העקרוניות, אנו ממליצים כי ככל שיתאפשר השימוש בחומר חסוי בהליכים על פי תזכיר חוק זה, ייקבעו **לכל הפחות** הסדרים מינימאליים כמפורט להלן:

- יש לקבוע מנגנון דיוני, המאפשר לאדם הפועל מטעם החשוד (ועם חובת נאמנות כלפיו) לעיין בכל החומר החסוי, להשתתף בכל הדיונים הנוגעים אליו, ולקיים קשר שוטף עם מרשו. בהקשר זה יש לקיים תהליך חשיבה מעמיק אודות המודלים השונים, אשר יכולים להשיג תוצאה זו, תוך התחשבות בניסיון של מדינות דמוקרטיות אחרות ובביקורת על המודלים השונים. ככל שנשקל השימוש בעורכי דין מיוחדים, יש לעצב את המודל באופן המאפשר חופש פעולה מקסימלי לעורך הדין המיוחד. בין השאר, יש להסדיר את מנגנון עורך הדין המיוחד בחוק ולא להותירו לשיקול דעת בית המשפט. יש לאפשר לעורך הדין המיוחד גישה מלאה לחומר החסוי ולקיים דיון, בהשתתפותו, בשאלה איזה חומר, אם בכלל, יוסתר מהחשוד. הכלל המנחה בהקשר זה צריך להיות גילוי מקסימאלי ככל האפשר, כאשר הסמכות להחליט על הטלת חיסיון תהיה בידי בית המשפט. כמו

<sup>19</sup> Craig Forcese & Lorne Waldman, Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, The United Kingdom, and New Zealand on the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings (2007), מצוטט ב Chaskalson, בעמ' 542.  
<sup>20</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200607/jtselect/jtrights/157/15709.htm>

כן, יש לאפשר לעורך הדין המיוחד לבצע חקירה נגדית של עדי המדינה, הבאת ראיות סותרות וזימון מומחים. אפילו אם על עורך הדין המיוחד לעבור סיווג ביטחוני, יש לוודא כי לא יהיה זה עורך דין שימונה מקרב אנשי הפרקליטות, כך שעצמאותו מהמערכת השלטונית לא תועמד בספק. לבסוף, הדרישה החשובה ביותר היא, כי הקשר של עורך הדין המיוחד עם החשוד לא יסתיים עם גילוי החומר החסוי. יש לאפשר לעורך הדין המיוחד לעמוד בקשר רציף עם החשוד כל אימת שההליך נגדו מתקיים, תוך התחייבות מצד עורך הדין המיוחד, כי לא יגלה לחשוד את תוכנו של החומר, עליו הטיל בית המשפט חיסיון. אם לא תקיים דרישה זו, תפקידו של עורך הדין המיוחד מרוקן מתוכן ואין משמעות לקיומו. שכן, אף אם זוכה הוא לעיין בחומר החסוי, הוא לא יידע כיצד לטעון נגדו מבלי שישוחח קודם עם החשוד. דומה, כי אין מחלוקת בעניין זה. עיקר הביקורת שנמתחה על מנגנון עורך הדין המיוחד, הן מצד ארגוני זכויות אדם, הן מצד הפסיקה, והן מצד מלומדים, מדגישה עניין זה ועומדת על הצורך בתיקונו. ראוי, אפוא, שהיה ויאומץ מנגנון זה במשפט הישראלי, לא נחזור על טעויות של קודמינו. בהקשר זה יובהר שוב, כי עורך הדין המיוחד אינו תחליף לייצוג רגיל של עורך דין, אלא בא בנוסף עליו. עם זאת, לאור הניסיון, במיוחד באנגליה, אנו סבורים שבין עורך הדין המיוחד לחשוד יש לקיים קשר של נאמנות. בשולי הדברים יודגש, למען הסר ספק, כי הצעת החוק הפוגענית בעניין אישור השתתפות בהליכים מסווגים הנוגעים לביטחון המדינה, התשס"ט-2008 (אליה התייחסנו באוקטובר 2009 בנייר עמדה מפורט) אינה עוסקת במנגנון של עורכי דין מיוחדים.

- **בנוסף על כך יש לקבוע, בעקבות פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין A. and Others v. UK (וכן בעקבות פסיקת בית הלורדים המובאת להלן בפרק העוסק בצווי הגבלה), חובה מינימאלית לגלות לחשוד או לארגון מספיק מידע, כדי לאפשר לו לתת הנחיות אפקטיביות לעורך הדין המיוחד ולהתגונן באופן אמיתי מפני החשדות נגדו.** ללא דרישה נוספת זו, אין גם במנגנון עורכי הדין המיוחדים המשופר כדי לספק מידה מינימאלית של הליך הוגן. נוסחות האיזון הכלולות כיום בתזכיר החוק, והדרישה להעביר תמצית "ככל האפשר" אינן מספיקות בהקשר זה, שכן הן אינן מחייבות גילוי מינימאלי בכל מקרה ומקרה.

## פרק ההגדרות

### "ארגון טרור"

39. ההגדרה המוצעת בתזכיר רחבה וחובקת עולם. היא משתרעת על ארגון, אשר עוסק ככלל בפעילות חוקית ולגיטימית לחלוטין, אך אשר ביצע "מעשה טרור" חד פעמי (וכמפורט להלן, גם המונח "מעשה טרור" מוגדר באופן רחב מאד). כן היא משתרעת על כל ארגון "הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע עבירת טרור". "עבירת טרור" מוגדרת בתזכיר ככל עבירה הכלולה בתזכיר – החל מהחזקת פרסומים אסורים לשם הפצה ופרסום דברי שבח או הזדהות עם ארגון טרור ועד "אי דיווח" על פעולה אסורה ברכוש טרור. כך יוצא, שארגון הפועל – ולו באופן חד פעמי – במטרה לאפשר פרסום דברי שבח או אהדה לארגון

טרור או למעשה טרור – הופך בעצמו לארגון טרור, וכך גם כל ארגון, הפועל לשבחו או לקדם את פעילותו. בדרך זו נוצרים באופן פוטנציאלי מעגלים אינסופיים של ארגונים, ה"נתפסים" בסעיף הרחב, מבלי שהם מהווים ארגוני טרור של ממש.

40. אם לא די בכך, על גבי הגדרה גורפת זו מולבשת הרחבה נוספת: "ולרבות חבר בני אדם המקדם או מאפשר את פעילותו של ארגון טרור כאמור". משמעות הדבר, שלא רק הארגון הפועל כדי לקדם פרסום דברי שבח לארגון אחר נחשב "ארגון טרור", אלא אף ארגון נוסף, "המקדם או מאפשר את פעילותו" הוא בגדר "ארגון טרור".

41. טלו לדוגמא ארגון, העוסק בפעילות צדקה איסלאמית, והתורם כסף לארגון פוליטי, אשר בין שאר פעילויותיו המגוונות הביע באופן כללי הזדהות עם החמאס. האם ראוי כי אותו ארגון יהפוך בעצמו ל"ארגון טרור", על כל המשתמע מכך, וכל התורמים שלו לעבריינים כבדים?

42. כן טלו לדוגמא ארגון, המגייס תרומות לגני ילדים פלסטינים, לרבות גנים בעזה שחלקם מנוהלים בידי החמאס. בלי שום קשר לשאלה, אם ישנה הצדקה להטלת סנקציות על אותו ארגון, ברי כי אין לראות בו "ארגון טרור". לפי ההגדרה המוצעת, הפעלת מוסדות חינוך, חלוקת מזון ובגדים למשפחות נזקקות, מתן טיפול רפואי בחינם וכו', על אף שתכליתם המובהקת הומאניטרית, עלולים להביא להגדרת ארגון כ"ארגון טרור", אף אם יש בה כדי "לאפשר", ולו באופן שולי, פעילותו של ארגון טרור.

43. בתזכיר נאמר, כי מטרת ההגדרה הרחבה היא לכלול בתוכה "ארגוני מעטפת", שאינם מבצעים מעשי טרור אך תכליתם לעודד פעילות של ארגוני טרור ולתמוך בה. בתזכיר מובאת הדוגמא של ארגוני הדעווה (הכשרת לבבות), המעודדים את פעילות החמאס ומהווים לכאורה את התשתית החברתית והכלכלית שלו. אלא שהתזכיר אינו עושה כל הבחנה בין ארגון, אשר תכליתו המרכזית היא אכן לתמוך בארגון טרור ולאפשר את הפעילות האסורה שלו, לבין ארגון, אשר במסגרת שלל פעילויותיו הלגיטימיות והראויות, תורם בצורה זו או אחרת, ולו בעקיפין, לפעילותו (אף הלגיטימית) של ארגון טרור.

44. 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. מה משמעות המונח "לאפשר ולקדם"? כיצד ייקבעו גבולותיו? בעיה זו מועצמת על ידי כך שגם במעגלים הרחבים יותר – אותם ארגונים אשר אינם פועלים באופן ישיר לביצוע מעשי טרור או לקידום מעשי טרור – די לכאורה בפעילות שולית, שאינה מאפיינת את הארגון כולו, כדי לגרור קביעה, כי הוא ארגון טרור.

45. המשמעות המעשית של עמימות הגדרה זו 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.

46. 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 (או אשר פועלים באופן שיטתי על מנת לאפשר פעילות אסורה של ארגון טרור), ושתקיים הלימה מלאה בין ההגדרה הקבועה בחוק לבין מעגל הארגונים, נגדם אכן ראוי לפעול.

47. ניתן לקבל השראה לעניין 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 המרכזית. אולם מאידך גיסא לא די בפעילות שולית או במעשה חד פעמי. בכל מקרה, גם ההגדרה הקיימת היום בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 גורפת מאד, ואין כל הצדקה להרחיב אותה מעבר לכך.

#### **"ארגון טרור מוכרז"**

48. הצעת החוק מבקשת לשמר הכרזות ישנות, אשר נעשו על בסיס תקנות ההגנה (שעת חירום), פקודת מניעת טרור וחוק איסור מימון טרור. עמדתנו היא, כי במסגרת רפורמה שמטרתה להתאים את הליך ההכרזה לדרישות המשפט החוקתי הישראלי ולדרישות המשפט הבינלאומי, אין לשמר הכרזות ישנות, המתבססות על חקיקת החירום הדראקונית. אמנם, שימור דומה נעשה במסגרת חוק איסור מימון טרור, אך אין הצדקה להעתיק קביעה בעייתית זו גם לחקיקה החדשה.

#### **"חבר בארגון טרור"**

49. אנו סבורים, כי יש למחוק את סעיף קטן (1) להגדרה זו, המגדיר "כחבר בארגון טרור" כל מי "שהביע הסכמתו להצטרף לארגון טרור, בפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא חבר בארגון טרור או נשלח מטעמו"; ולהסתפק בסעיף קטן (2), המדבר על "מי שנטל חלק פעיל בפעילות של ארגון טרור או מטעמו". 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 בתזכיר (כגון הקמת חזקה, כי מעשה שבוצע על ידו נעשה מטעמים אידיאולוגיים ובמטרה לעורר בהלה בציבור או להשפיע על מדיניות הממשלה – סעיף (ג) להגדרה של "מעשה טרור"). הפללת "הצהרה" גרידא, ללא קשר להשלכות שיש להצהרה זו על פעילות הארגון, מתקרבת באופן מסוכן לפגיעה בגרעין הקשה של חופש הביטוי והמצפון, וזאת ללא הצדקה חזקה. מחד גיסא, הצהרה

בעלמא של אדם מן היישוב על "הצטרפות" לארגון טרור איננה טומנת בחובה כשלעצמה סכנה ממשית לביטחון; מאידך גיסא, היא עשויה להינתן בנסיבות מגוונות, כגון מצבים של לחץ חברתי, איומים ועוד. כמו כן, מכיוון שמדובר באישום העוסק כל כולו בדברים שנאמרו, כביכול, על ידי האדם שלא בפומבי, קיימת סכנה ממשית להפללות שווא, מפניהן קשה עד בלתי אפשרי להתגונן.

50. ברוח דומה אין מקום לחזקות הקבועות בסעיף (2) להגדרה של "חבר בארגון טרור", ובייחוד לחזקה המוצעת בסעיף(2)(2), לפיה "מי שהיה חבר בארגון טרור יראו אותו כחבר באותו ארגון אלא אם כן יוכיח 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 (1)(2) להגדרה, לפיה "עורר 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"

51. בשל ההשלכות החמורות ומרחיקות הלכת, הנובעות מהקביעה כי מעשה הוא בגדר "מעשה טרור", יש לוודא כי הגדרת המונח אכן תהיה מדויקת, ותשתרע אך ורק על מעשים, אשר במהותם אכן הינם "מעשי טרור" של ממש. ההגדרה המוצעת בתזכיר משקפת הרחבה משמעותית ובלתי ראויה לעומת ההגדרה למונח שאומצה לאחר דיונים ממושכים בחוק איסור מימון טרור.

52. בעייתיות מיוחדת טמונה בהוספת המונחים העמומים "ביטחון המדינה" ו"שלום הציבור" בסעיף 2(א)(3)(ב) המוצע ובהוספת "סמלי השלטון" בסעיף 2(א)(3)(ג). הגדרה רחבה זו עלולה לחול על מגוון רחב של מעשים, אשר אין בינם לבין פעילות טרור ולא כלום. כך, היא עלולה לחול על פעילות מחאה, הכוללת מרכיב של מרי אזרחי (כגון למשל חסימה המונית של כבישים) או מהומות אשר אף אם הן מסכנות את שלום הציבור ועל כן חורגות מהזכות לחופש הביטוי, אינן ראויות להיכלל בהגדרה הדראקונית של "מעשה טרור". ההגדרה עלולה אף לחול על הפגנות מאורגנות, בהן נשרף למשל דגל ישראל, ועל שביתות ממושכות במשק, הגוררות פגיעה קשה בכלכלת המדינה. משמעות המונח "ביטחון המדינה" בהקשר זה איננה ברורה, והוא פותח פתח עצום לשימוש לרעה במנגנוני החוק.

53. גם ההגדרה, אשר אומצה 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) על: (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. כל הרחבה מעבר לכך מעניקה כוח ושיקול דעת רבים מדי לרשויות השלטון, ומאיימת להביא לפגיעה קשה וחמורה בזכויות אדם.

54. כזכור, כאשר נדון חוק איסור מימון טרור עלתה השאלה, אם ראוי להכניס להגדרה סייג, המבהיר כי היא איננה חלה על פעילות מחאה, שביתות או השבתות. בסופו של דבר הוחלט, כי עדיף לקבוע הגדרה מצומצמת מלכתחילה ולהימנע מקביעת סייג, וזאת מתוך הנחה כי מובן מאליה שפעילויות אלה אינן צריכות להיחשב "מעשי טרור", וכי קביעה של סייג עלולה לגרור דווקא פרשנות מרחיבה מדי של ההגדרה מלכתחילה. מן הראוי להיצמד לגישה זו גם כאן ולצמצם את ההגדרה בדומה לקבוע היום בחוק איסור מימון טרור; ואולם ככל שנקבעת הגדרה רחבה מהסוג המוצע בתזכיר, יש לשקול הוספת סייג כאמור.

55. בעייתיות נוספת טמונה בניסוח ההתייחסות ל"איום בעשיית מעשה" בסעיף 2(א)(3) להגדרה של "מעשה טרור". כזכור, במהלך הדיונים על חוק איסור מימון טרור הובהר, כי כדי 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, וזאת 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 25 המוצע); ואולם, כדי שהאיום עצמו יהווה "מעשה טרור", יש לוודא כי הוא ממלא אחר כל התנאים הרלוונטיים.

56. בנוסף, בחוק איסור מימון טרור נעשתה הבחנה בין פגיעות ברכוש ובתשתיות, לגביהן לא די ב"יצירת סיכון ממשי לפגיעה", לבין פגיעות בנפש ופגיעות בביטחון ובבריאות הציבור, לגביהן גם יצירה של סיכון יכולה להוות מעשה טרור. ספק אם יש מקום להרחיב הגדרה זו כדי שיצירת סיכון ממשי לפגיעה חמורה ברכוש או לשיבוש תשתיות תיכלל בהגדרה המחמירה של "מעשה טרור".

57. כמו כן, אין כל הצדקה לחזקה הקבועה בסעיף (ג) 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" עליהן עמדנו לעיל.

## **"רשות ביטחון"**

58. סעיף קטן (5) להגדרה של "רשות ביטחון" כולל – בנוסף על השב"כ, המשטרה, צה"ל והמוסד – גם "גוף אחר שקבע ראש הממשלה או שר הביטחון בצו, ורשאי ראש הממשלה או שר הביטחון לקבוע שצו כאמור לא יפורסם ברשומות".

אסור לאפשר הקמתה של רשות ביטחון, בעלת סמכויות רגישות הטומנות בתוכן פוטנציאל לפגיעה בזכויות אדם, בצו חשאי. כזכור, בעת שניהן כיועץ המשפטי לממשלה עמד אליקים רובינשטיין על כך שאין להקים רשות ביטחונית נוספת בהסדרה מינהלית בלבד. ואכן קשה לחשוב על פגיעה קשה יותר בדמוקרטיה מאשר קיומם של גופים סודיים, בעלי סמכויות שלטוניות, שהציבור אף אינו יודע על עצם קיומם.

## **"רכוש טרור"**

59. 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 ארגון, שהוכרז בשל קשר שולי עם ארגון טרור אמיתי; עד לרכב שימש אדם בנסיעה למקום, לגביו 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.

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

60. פרק ב' סימן א' להצעת החוק מתייחס לשלב 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, במסגרתם תינתן להלן מלוא ההזדמנות להתגונן. לאור ההשלכות מרחיקות הלכת של מנגנון ההכרזות, המאפשר התערבות קשה מצד המדינה בחופש ההתאגדות של האזרח, יש לכל הפחות לייחד אותו למקרים חריגים וקיצוניים, בהם מדובר בארגוני טרור מובהקים ובהם ההכרזה נדרשת באופן הכרחי כדי להגן 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**

61. הכרזה על חבר בני אדם כארגון טרור נושאת עמה השלכות מרחיקות לכת. אחזקת תפקיד בארגון טרור גוררת עונש מאסר ממושך, בהתאם לדרג התפקיד. החברות עצמה הינה עבירה פלילית שעונש מאסר בצידה. כך גם לגבי סיוע לאותו ארגון, מתן שירות, קידום פעולותיו, הזדהות עמו ופרסום דברי שבח ואהדה. ניתן להפסיק את פעילות

הארגון באמצעות צו שמוציא מפקד מחוז במטרה, לרבות קיום הפגנות ותהלוכות מטעם הארגון (סעיף 89 המוצע), וכן להגביל שימוש במקום המשמש לפעילותו (סעיף 92). עשיית פעולה ברכוש במטרה "לאפשר לקדם או לממן פעילות של ארגון טרור מוכרז" היא עבירת פשע חמור שדינה 10 שנות מאסר (סעיף 29 המוצע), אסור להעביר אליו רכוש (עבירה שעל פי סעיף 30 המוצע נושאת עונש של שבע שנות מאסר), וחל איסור כללי על כל פעולה ברכוש, למעט פעולות שהתיר שר הביטחון בצו תפיסה מינהלי (סעיף 31(א)). על פי סעיפים 31 ו-32 המוצעים, הכרזה על ארגון כארגון טרור אף גוררת חובות דיווח רחבות אודות החזקה או פעילות ברכוש. בית משפט רשאי לחלט רכוש של ארגון טרור לאחר הרשעת מנהלו, ואף ניתן לחלט את רכושו בהליכים אזרחיים ומינהליים, שוב על סמך חומר חסוי וללא הליך הוגן של ממש. לא זו אף זו. שר הביטחון אף רשאי ליתן צו תפיסה כנגד ארגון שטרם הוכרז כארגון טרור, במידה והוא סבור שמדובר ברכוש של הארגון וכי עומדת להיות מוגשת בקשת הכרזה מטעם ראש רשות ביטחון.

62. 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, ולו קלוש, עם הארגון. בכך ישנה הרחבה משמעותית ביותר של מעגל ההפללה, הרחבה המחייבת, לכל הפחות, הליך זהיר והוגן בשלב ההכרזה.

63. זאת ועוד. לאור העובדה, שארגון יכול להיות מוכרז כארגון טרור בשל קשרים שיש לו עם ארגון שהוכרז, קיימת חשיבות מיוחדת לשמירה על שקיפות והליך הוגן. זאת, כדי להבטיח הבחנה ראויה בין ארגונים, הקושרים קשר עם ארגון טרור מתוך מטרה לקדם את מטרתיו הפסולות, לבין ארגונים לגיטימיים לחלוטין, אשר שימוש בחופש הביטוי שלהם, או רצונם לקדם פעילות חברתית מבורכת, הם המביאים אותם לידי קשר עם ארגונים שכאלה.<sup>21</sup> הרחבת מעגל ההפללה יוצרת, אפוא, קושי בהבחנה בין פעילות לגיטימית לפעולה אסורה, קושי אשר מועצם על-ידי הליך ההכרזה בו בחרה הצעת החוק. קושי זה עלול להביא לאפקט מצנן מסוכן של פעילות פוליטית לגיטימית ואף של פעילות צדקה ראויה. אך טבעי הוא כי כאשר מעגל ההפללה מורחב, פרטים וארגונים ייטו לצמצם את הסיכון הטמון בכך ולהימנע מפעילות אשר עשויה להיות מועילה מבחינה חברתית.

64. הנה כי כן, ההשלכות מהכרזה על ארגון כארגון טרור קשות. הן פוגעות בחירויות הבסיסיות של הפרט להתאגד, להתבטא, לנוע, להיות בעל קניין ובעל חירות.<sup>22</sup> יתירה מזו, ככל שהגדרה 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

<sup>21</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>22</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>).

ותהווה התערבות בלתי ראויה של המדינה בשליטתה על שיח זה ובעיצובו. אכן, הכרזה על ארגון כארגון טרור יש בה כדי לשתק לא רק את הארגון, אלא מעגלים רבים של פרטים וארגונים אחרים הפועלים איתו ומולו. ראוי, אפוא, כי הכרזה על ארגון כארגון טרור תיעשה בכובד ראש, תוך כיבוד זכויותיו של הפרט, ובפרט זכותו להליך הוגן. זאת, גם כדי למנוע או לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם, וגם כדי למנוע ניצול לרעה וטעויות.<sup>23</sup> נכונים הדברים שבעתיים, שעה שבישראל קיים מיעוט לאומי פלסטיני, לו 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>24</sup> כן קיים חשש לשימוש מפלה במנגנון ההכרזות נגד ארגונים פלסטינים בישראל, העוסקים בפעילות פוליטית לגיטימית. בנסיבות אלה, נודעת חשיבות עילאית לשמירה על הליך הוגן, שקוף ונתון לביקורת. בהקשר זה יוער עוד, כי הליך הוגן ושקוף נדרש גם כדי למנוע אפליה ואכיפה סלקטיביים בהפעלת מנגנון ההכרזות.

#### הפגמים בהסדר המוצע

65. כפי שנפרט להלן, הננו סבורים כי הליך ההכרזה המוצע אינו מקיים את הדרישות המינימליות לשמירה על זכויות האדם. בפרט, אנו מוטרדים משלושה היבטים מרכזיים: העדר זכות טיעון ממשית, שימוש נרחב בחומר חסוי והעדר ערובות מינימאליות להבטחת הליך הוגן, והעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

66. בתמצית, על פי הצעת החוק ארגון אינו יכול להתגונן מבעוד מועד עובר להכרזתו על ארגון טרור. האפשרות היחידה הקיימת היא להגיש בקשה לשימוע, שיתקיים בכתב, **לאחר** המעשה המינהלי. הבקשה נדונה בפני אותו גוף (שר הביטחון) אשר קיבל את ההחלטה על ההכרזה. אמנם קיימת וועדה מיעצת, אליה פונה הארגון בבקשת השימוע, אולם מעמדה של הוועדה הוא ייעוצי בלבד, וכלל לא ברור מהו המשקל אשר יינתן לחוות דעתה. חלק אם לא הרוב המכריע של החומר אשר מובא לשר הביטחון ולוועדה הינו חומר חסוי, אשר אין לארגון גישה אליו. יתירה מזו, משהוחלט כי מדובר בחומר חסוי, אין לארגון כל דרך, למעט אולי פנייה לבג"ץ, אשר ספק רב אם תצליח, לתקוף החלטה זו. משכך, נפגעת זכותו הבסיסית של הארגון להשיב להאשמות נגדו, שכן אין בידו מידע, ובוודאי לא מידע מפורט, על אודות הטעמים אשר הובילו את שר הביטחון למסקנתו כי מדובר בארגון טרור. אמת, תמצית החומר יכול שתועבר לידי הארגון, אך הצעת החוק אינה מטילה כל חובה פוזיטיבית על הרשות להעברת החומר ומשאירה החלטה זו בגדרו

<sup>23</sup> על הטעויות שעושים שלטונות זרים בזהווי 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>24</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).

של שיקול הדעת המוענק לוועדה. לבסוף, נציין כי דיוני הוועדה המייעצת בבקשת הארגון לשימוע יתקיימו בדלתיים סגורות, כאשר פרוטוקול הדיון חסוי (וכעולה מסעיף 8(ד) המוצע, מוסתר אף מהמבקש), למעט אם הוחלט אחרת. גם כאן פוגעת הצעת החוק בעקרונות פומביות הדיון וחופש המידע, כאשר ראוי שהנחת המוצא תהיה שעל הדיון והפרוטוקולים להיות גלויים, בכפוף לחריגים מצומצמים.

67. כפי נפרט 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" בו יתקיימו הזכויות הדיוניות של הארגון, שלאחר מכן תינתן לארגון או לאדם אחר הרואה עצמו נפגע מהחלטת ההכרזה זכות להגיש בקשה לביטול ההכרזה לבית המשפט, ולא לוועדה המייעצת, בה ידון בית המשפט בטענות הארגון de novo.

68. בהקשר זה יש לציין, כי לאחרונה פסק בית המשפט האירופי לצדק, כי הקפאת נכסים של פרטים שהוכרזו כמעורבים בטרור על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם כפופה לדיוני זכויות האדם במשפט האירופי. כך, נקבע כי קיימת זכות שימוע וזכות לביקורת שיפוטית אפקטיבית.<sup>25</sup> בנוסף, מספר דו"חות של הדווח המיוחד לאו"ם בענייני זכויות אדם והלחימה בטרור עמדו על הצורך בהכרזה שיפוטית, ולא מינהלית, על ארגון כארגון טרור, ועל הנחיצות במתן אפשרות לביקורת שיפוטית על האמצעים שהמדינה מפעילה בתחום הלוחמה בטרור.<sup>26</sup> ארגון זכויות האדם האמריקאי, ה-ACLU, קבע כי על המדינה לתת הודעה מוקדמת לארגון או לפרטים החשודים בטרור או סיוע לטרור, ובכלל זאת פירוט מלא על אודות האישומים והנימוקים נגדם. כן המליץ, כי על המדינה להבטיח זכות שימוע הכוללת חקירה נגדית ואפשרות להגיש ראיות, עובר להכרזה על ארגון כארגון טרור או כארגון המסייע לטרור.<sup>27</sup> עמדות אלה אומצו לאחרונה על-ידי בית משפט פדרלי בארה"ב, שקבע כי צו הקפאת נכסים לארגון שנחשד בסיוע לטרור הינו בטל מפני שלא הוענקה לארגון הודעה מוקדמת ואפשרות להשמיע טענותיו.<sup>28</sup>

#### א. העדר זכות טיעון ממשית

69. על פי סעיף 3 המוצע, ההכרזה כפופה לשיקול דעתו הבלעדי של שר הביטחון, אם "השתכנע" כי ארגון מסוים הינו ארגון טרור. זהו השלב הקריטי ביותר בהפיכתו של ארגון לארגון טרור. משכך, ראוי כי דווקא בשלב ראשוני זה, אשר יש בו כדי לקבוע את

<sup>25</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>26</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>).

<sup>27</sup> Blocking Faith, Freezing Charity: Chilling Muslim Charitable Giving in the "War on Terrorism" Financing, 22 (2009).

<sup>28</sup> KindHearts for Charitable Humanitarian Dev., Inc v. Geithner, 647 F. Supp. 2d 857, 897 (N.D. Ohio 2009) (August 18 Order).

גורלו של הארגון ושל מעגלים נוספים הבאים במגע עמו, תינתן אפשרות לארגון להתגונן מפני ההאשמות ולאתגרן.

70. כיום על פי ההצעה, ההכרזה על ארגון כארגון טרור מתבצעת למעשה ללא ידיעתו. הפעם הראשונה בה הארגון למד על הפיכתו לארגון טרור היא לאחר שהוכרז ככזה. אין ניתנת לו הודעה מוקדמת, ואין ניתנת לו הזדמנות לשטוח טענותיו ולאתגר את ההאשמות המופנות כלפיו. הנימוק ביסודו של הליך זה, כפי שמופיע בדברי ההסבר להצעת החוק, הוא כי יש במתן הודעה מוקדמת כדי לסכל את תכלית החוק. בפרט, קיים חשש כי הודעה על כוונה להכריז על ארגון טרור תוביל להברחת נכסים על-ידי הארגון. נימוק זה מוקשה בעינינו, במיוחד לאור העובדה שהצעת החוק מעניקה למדינה אפשרות נרחבת להשתמש בסעדים זמניים עובר לשלב ההכרזה כדי לשתק את פעילותו הכלכלית של הארגון ולמנוע שימוש בנכסים אסורים. מכאן, שאין מניעה עקרונית להעניק זכות שימוע עובר להחלטה.

71. אמת, הצעת החוק מאפשרת פניה מאוחרת לשימוע לוועדה מייעצת. אולם, מלבד הצורך להסדיר ביקורת שיפוטית נאותה על ההחלטה לכל הפחות לאחר המעשה (ולא להסתפק באפשרות פניה לוועדה מייעצת, נקודה אליה נתייחס בהמשך), ראוי לדרוש קיום שימוע עוד טרם קבלת ההחלטה. 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>29</sup> כבר פסק בית המשפט העליון, כי "כגודל הפגיעה הצפויה כן גדלה עוצמת הזכות להישמע."<sup>30</sup> כפי שהובהר לעיל, הפגיעה הנובעת מהכרזה על ארגון כארגון טרור קשה ביותר ומשפיעה על קשת של זכויות חוקתיות. כפי שציינה דר' מרגית כהן, "בשום מקרה אין טיעון מאוחר שקול כנגד טיעון לפני החלטה מינהלית, וכי מקום שנדחה הטיעון, גם אם הייתה בנסיבות הצדקה לדחייה, יש לקיים הליך טיעון מאוחר בעל מאפיינים "מוגברים".<sup>31</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>32</sup> בענייננו, עיגון זכות הטיעון המאוחרת כברירת המחדל אינו בבחינת תיקון המעוות, אלא בחירה מודעת בהליך פסול ומתן לגיטימציה להפרת זכות השימוע.

72. יודגש, כי מתן זכות שימוע מאוחרת באמצעות פנייה לוועדה המייעצת, אין בה כדי לרפא את הפגם שבאי מתן זכות שימוע עובר להחלטה. 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

<sup>29</sup> ראו ר' הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז), עמ' 286-287; י' זמיר הסמכות המינהלית (יתשנ"ו) כרך ב', עמ' 823.

<sup>30</sup> בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 896.  
<sup>31</sup> מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" משפט וממשל ד' 95, 98 (1997).  
<sup>32</sup> שם, בעמ' 99.

אם ניתן לה פומבי, וכביכול תודה כי שגתה".<sup>33</sup> אמנם, הוועדה המייעצת אינה הגוף אשר קיבל את החלטת ההכרזה, אך היא הנותנת, שכן מדובר בגוף שאין ביכולתו לקבוע בבקשת הביטול. לכל היותר, יכולה הוועדה להמליץ לשר הביטחון והוא רשאי לקבל או שלא לקבל את המלצותיה.

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

73. לא זו אף זו. הצעת החוק קובעת (סעיף 5 המוצע), כי רק חברי הארגון או הארגון יכולים לטעון כנגד ההכרזה. קריאת סעיף זה יחד עם סעיף 16 להצעה, משמע כי צדדים שלישיים, אשר אין ספק כי יושפעו ישירות מן ההכרזה, לאור מעגלי ההפלה הרחבים של הצעת החוק, הנם חסרי תרופה. 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 כנגד הליך ההכרזה, אין להגביל מראש את סוג האנשים שיכולים לטעון ולהשתתף בהליך, בפרט לאור הפגיעות הנרחבות שעלולות להיגרם לצדדים שאינם הארגון או חבריו. בהקשר זה יצויין, כי בעניין זה חלה בהצעה נסיגה לאחור אפילו לעומת המבחן המצומצם אף הוא שנקבע בחוק איסור מימון טרור (המאפשר בסעיף 4 לכל מי "שנפגע במישרין מהכרזה כאמור" להגיש בקשה לביטולה). באופן מוזר, מבחן זה – אשר אף הוא אינו מספק – נשמר בהצעה ביחס לארגונים זרים (סעיף 11). יוער כי הדרישה בסעיף 5 לחוק, כי אדם יצהיר על עצמו כ"חבר בארגון שהוכרז" כדי שיוכל להגיש בקשה לשימוע 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?

74. כמו כן, יש לבטל את סעיף 16 המוצע, השולל באופן פסול את סמכות בית המשפט לדון בשאלת צדקת ההכרזה בהליך אחר בו 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.

75. 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 כנגד 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 כנגד ההכרזה בהליך שיפוטי אחר המתקיים בענייננו.

<sup>33</sup> בג"ץ 3486/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מה(5) 291, 305.

## ג. שימוש בחומר חסוי

76. בעייתיות נוספת בשלב ההכרזה נובעת מהשימוש השגרתי הצפוי בחומר חסוי. למעשה, שימוש בחומר חסוי, המהווה את הבסיס להכרזה, מטיל על הארגון נטל שאין ביכולתו לעמוד בו. שכן, כיצד אמור ארגון להדוף את הטענה, או אף להוכיח בעצמו שהוא אינו ארגון טרור, במנותק מהחומר המשמש להפלתו ככזה?<sup>34</sup> זאת ועוד, כמפורט בהרחבה לעיל, החשש הנובע משימוש בחומר חסוי הוא שהרשות תקבל החלטה על בסיס נתונים חלקיים, שכן אין באפשרות הארגון לסתור חומר שהוא אינו מודע לקיומו.<sup>35</sup>

77. עמדנו לעיל על המשמעות הנגזרות מההכרזה על ארגון כארגון טרור. דווקא משום ההשלכות הקשות – לרבות הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בכך בשיח הפוליטי החופשי – יש לעשות מאמץ מיוחד כדי להבטיח הליך הוגן בהליכים אלו, בהתאם להמלצות שהבאנו לעיל.

## ד. העדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על ההכרזה

78. הצעת החוק אינה כוללת כל רכיב של ביקורת שיפוטית או מעורבות שיפוטית בשלב ההכרזה, מלבד האפשרות להגיש עתירה לבג"צ. אמת, שני משפטנים עתידיים לשבת בוועדה המייעצת, אולם וועדה זו, בסופו של יום, ממונית על-ידי גורם פוליטי, הוא שר המשפטים, ואין היא דומה לגוף שיפוטי בלתי תלוי. זאת ועוד. כפי שפירטנו לעיל, אין לוועדה מעמד שיפוטי, שכן אין בכוחה לקבל החלטות מחייבות, אלא רק המלצות, וגם אלה רק בשלב הבקשה לשימוע ולביטול ההכרזה, שהוא שלב מאוחר.

79. לאור הפגיעה הקשה בזכויות אדם הנובעת מההכרזה על ארגון כארגון טרור, מצב זה אינו תקין. ארגוני זכויות אדם רבים עמדו על הצורך בביקורת שיפוטית אפקטיבית על שלב ההכרזה. כך, למשל, ארגון ה-ACLU טוען כי הביקורת השיפוטית על הליך ההכרזה צריכה להיות חזקה ומשמעותית.<sup>36</sup> עוד הם ממליצים על הליך ערעור בו ניתן יהיה

<sup>34</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>35</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);

<sup>36</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))



לתאגור את ההכרזה, ובכלל זאת אפשרות לחקירה נגדית, הגשת ראיות, וצמצום השימוש בראיות חסויות.<sup>37</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>38</sup>

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>39</sup>

80. לבסוף, האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) קובעת, כי מקום בו נפגעות זכויות הפרט או הישות להתאגדות ולביטוי, הרי שעומדות להם ההגנות הפרוצדוראליות שבסעיף 13 לאמנה.<sup>40</sup> ברט, אותן הגנות מחייבות מתן תרופה בדמות הליך שיפוטי, או, בהעדר הליך שיפוטי, הליך אחר שיש ביכולתו להעניק את התרופה המבוקשת. מקריאת פסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין *Silver*, ברור כי התרופה השיפוטית נחשבת כאופציה הטובה ביותר. משכך, הנטל הוא על המדינה להראות מדוע הליך שיפוטי אינו מתאפשר באותו מקרה. אם אכן לא ניתן לקיים הליך שיפוטי, על המדינה לקיים הליך הדומה לו ככל האפשר. ברט, על ה"שופטים" להיות חופשיים ככל האפשר מהשפעה חיצונית ועצמאיים לחלוטין מהרשות המבצעת.<sup>41</sup> דרישה זו, כאמור, אינה מתקיימת בהצעת החוק. לוועדה מעמד מיעץ בלבד, מינויה מתבצע על-ידי הרשות המבצעת, ונראה כי ניתן לפטר את חבריה בכל עת. ברור כי שר הביטחון, מקבל ההחלטה, אינו מנותק מהרשות המבצעת, שכן הוא חלק אינטגרלי ממנה.

81. על תכונות אלה עמד בווריינג במאמרו:

"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*

Blocking Faith, Freezing Charity: Chilling Muslim Charitable Giving in the "War on Terrorism" Financing, 22 (2009)<sup>37</sup>

Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights 121 (2009).<sup>38</sup>

Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-Terrorism and Criminal Law in the EU (2005)<sup>39</sup>  
<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO61/013/2005/en/b280c0de-d4e3-11dd-8a23-d58a49c0d652/ior610132005en.pdf>

*Silver and others v. the UK*, Judgment of 25 March 1983, para 113.<sup>40</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><sup>41</sup>

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 regular, independent and impartial judges; and the procedure must ensure “equality of arms” to the parties.**<sup>42</sup>

82. 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, בו ניתנת לארגון הזדמנות אפקטיבית להתגונן מראש מפני ההאשמות נגדו. לחלופין, יש לכל הפחות 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 הטריבונל 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>43</sup>

83. בנוסף, אם לא תבוטל תחולת ההצעה על הכרזות על פי פקודת מניעת טרור ותקנות ההגנה (שעת חירום), יש לכל הפחות להכפיף הכרזות אלו לביקורת שיפוטית דומה. בשולי הדברים יובהר, כי האפשרות לפנות לבג"צ לתקיפת החלטת הממשלה אינה יכולה להוות תחליף הולם להליך ערעור מסודר. בג"צ אינו נכנס לנעלי הרשות המינהלית, אלא בוחן את סבירות ההחלטה ואת חוקיותה.

84. לסיכום חלק זה, הכרזה על ארגון כארגון טרור, מבלי להעניק תרופה שיפוטית אשר תבטיח קיומו של הליך הוגן, מפירה את זכות הגישה לערכאות, פוגעת בזכויות אדם רבות, פותחת פתח לשרירותיות וניצול לרעה, ומגבירה את החשש מפני טעויות. רק הליך

<sup>42</sup> שם, בעמ' 94, ההדגשות הוספו.

<sup>43</sup> שם, בעמ' 95.

שיפוטי, או לחלופין בחינה שיפוטית מלאה של הליך ההכרזה, יכול למתן את הפגיעות האינהרנטיות הטמונות בהליך מסוג זה.

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

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

- סעיפים 5(ג) ו-1(ד) קובעים לוח זמנים נוקשה מדי להגשת בקשה לשימוע. גם אם ייקבע מועד להגשת הבקשה, לאור ההשלכות מרחיקות הלכת של ההכרזה, אין להתנות את סמכות שר הביטחון להעניק ארכה ב"טעמים מיוחדים שיירשמו".
- סעיף 6(א)1 קובע לעניין בקשה לביטול ההכרזה, כי "הארגון לא פעל לביצוע עבירות טרור או במטרה לקדם ביצוע עבירות טרור..." כזכור, המונח "עבירת טרור" כולל כל עבירה לפי הצעת החוק, ועל כן דרישה זו איננה סבירה. בנוסף, הדרישה שעל הארגון להודיע בפומבי "כי שינה באופן מהותי את דרכו וכי הוא מגנה את דרך הטרור", טומנת בחובה את ההנחה, כי הארגון מודה שבעבר תמך בטרור. אין לדרוש מארגון, הטוען כי מעולם לא היה מעורב בטרור, להצהיר כי "שינה את דרכו".
- בעיה חמורה נוספת היא, כי הכרזה על ארגון טרור בישראל נותרת בעינה לצמיתות, ללא כל ביקורת תקופתית, אלא אם מוגשת בקשה מיוחדת לביטולה, על ידי "מי שהיה חבר בארגון טרור קודם להכרזתו" (סעיף 6). מלבד הצורך לאפשר גם לאנשים נוספים, הרואים עצמם נפגעים מההכרזה, להגיש בקשת ביטול כאמור, יש לקבוע חובה פוזיטיבית לקיים ביקורת תקופתית על נחיצות והצדקת המשך ההכרזה. חובה כזאת נקבעה סעיף 5 לחוק איסור מימון טרור, ואף נותרה בסעיף 12 להצעת החוק (הדן בהכרזות לגבי אנשים וארגונים זרים). שוב נראה באופן תמוה, כי ההליך הקבוע בהצעה לעניין ארגונים הקשורים בישראל מחמיר ודראקוני יותר אף מההליך, המוחל על ארגונים ואנשים זרים.

#### עבירות הקשורות לארגון טרור

86. 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 בתזכיר.

כך, למשל, אילו ניתן היה להניח בביטחה, שהחוק יוחל אך ורק על ארגוני טרור מובהקים, לא היה פסול בקביעה כי מילוי תפקיד ניהולי בארגון כזה מהווה עבירת פשע חמור כמוצע בסעיפים 17-18. אולם, במצב בו ההגדרות עלולות להשתרע על מגוון רחב של ארגונים ופעילויות, האחריות הפלילית הכבדה עלולה להיות מוטלת ללא הצדקה ממשית, והדברים ברורים.

87. לעניין "חברות בארגון טרור", סעיף 19 המוצע מבחין בין "חבר פשוט" בארגון טרור, שדינו חמש שנות מאסר, לבין מי ש"נוטל חלק בפעילות הארגון או מבצע פעילות עבור 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 כל מקום להטיל אחריות פלילית על "חבר" אשר אינו נוטל כל חלק בפעילות הארגון. הטלת אחריות פלילית במקרה כזה גובלת באבסורד ופותחת פתח עצום להטלת אחריות פלילית בלתי מוצדקת.

88. סעיף 20 להצעה מטיל חמש שנות מאסר על מי ש"נותן לארגון טרור שירות או מעמיד לרשותו אמצעים, שיש בהם 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 יכול אף להיות מיועדת לשינוי דפוסי הפעולה של הארגון לטובה. עמדתנו היא, כי יש להתנות כל איסור על מתן שירות לארגון בכך שהוא ניתן בידעה, שיש בו כדי לקדם את הפעילות האסורה של הארגון. רק כך ניתן לשמר את הקשר ההכרחי בין העבירה לבין האינטרס הציבורי החיוני הדורש הגנה.

89. סעיף 21 להצעה אוסר על "גילוי הזדהות עם ארגון טרור בפומבי", ובכלל זה "בדרך של הנפת דגל, הצגה או פרסום של סמל, או בהצגה, השמעה או פרסום של סיסמה או המנון, והכל כשהדבר נעשה בפומבי." עמדתנו היא, כי אין כל מקום לאיסור פלילי מעין זה. אם מעשה מגיע לכדי "הסתה לטרור", אזי ממילא הוא מכוסה על ידי סעיף 22 המוצע; אם אין מדובר בהסתה לטרור, אלא בגילוי הזדהות גרידא שאין כל סיכוי ממשי שיביא אף להפרה של הסדר, אין כל הצדקה להוציאו מחוץ לחוק ולטפל בו באמצעות המשפט הפלילי.

90. לעניין סעיף 22, העוסק בהסתה לטרור, אנו עדיין שוקלים את עמדתנו ונבקש להעביר התייחסות בהמשך. כך גם לעניין סעיף 114, הכולל תיקון לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

91. סעיף 23 אוסר על "סיוע ברשלנות לביצוע מעשה טרור" וקובע, כי "הנותן שירות לאחר או מעמיד אמצעים לרשותו כאשר יש יסוד סביר לחשד שיהיה בכך כדי לסייע לאותו אדם לבצע עבירה שהיא מעשה טרור, או להימלט מהדין לאחר ביצוע עבירה כאמור, דינו מאסר שנתיים". לכאורה, אין הסעיף דורש השלמה או אף ניסיון בפועל לביצוע מעשה טרור; די לכאורה בכך כי בשעת המעשה קיים "יסוד סביר לחשד" שיהיה בכך כדי לסייע לטרור, אף אם חשד זה מסתבר בדיעבד כמופרך. מבלי להביע עמדה בשלב זה בשאלה אם נדרש איסור על "סיוע ברשלנות" לביצוע מעשה טרור, נראה כי לכל הפחות יש להתנות אותה בכך שאכן בוצע מעשה כזה.

92. סעיף 25 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 די בהשמעת איום בעלמא ב"ביצוע עבירה שהיא מעשה טרור" כדי לגרור ענישה מחמירה של חמש שנים. הסעיף אינו נוקט בנוסחה כלשהי הבדקת את ממשיות האיום, את מידת כוונת המאיים כי דבריו ילקחו ברצינות ועוד, ועל כן הוא עלול להוביל להעמדה לדין של אנשים בשל איומי סרק שאין מאחוריהם ולו שמץ של כוונה, התבטאויות פזיזות בשעת כעס וכו'. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כמובן, לאור ההגדרה הרחבה כל כך של "מעשה טרור", עליה עמדנו בהרחבה לעיל. נראה כי האיסור המוצע הוא על כן דראקוני מדי.

93. סעיף 27 להצעה אוסר על "אימונים או הדרכה למטרות טרור", לרבות אימון או הדרכה של אחר להשתמש בשיטות פעולה לביצוע מעשה טרור, מניעת גילוי או הכשלת חקירתו, או להשתמש בנשק או להכינו, "והכל במטרה לקדם או לאפשר פעילות ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור". סעיף 27(ג) מבהיר, כי הדרכה או אימון שניתנו "על ידי חבר ארגון טרור, או התקבלו על ידי חבר ארגון טרור או מטעם ארגון טרור, או במסגרת פעילות של ארגון טרור, או במקום המשמש דרך קבע לפעילות של ארגון טרור או שניתנו באזור תשתית טרור, חזקה כי ניתנו או התקבלו במטרה לקדם או לאפשר פעילות 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.

אנו מברכים על כך שהסעיף מוגבל רק לסוגים ספציפיים של אימונים, אשר במקרים רבים אכן עשויים מטיבם להיות קשורים באופן מהותי לפעילות אלימה. יחד עם זאת - ובייחוד 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 עלול הסעיף לחול, למשל, על סניגור הנותן "הדרכה" לגיטימית לחשוד בפעילות טרור, ועליו יהיה להוכיח שהוא לא עשה זאת "כדי לאפשר את פעילות הארגון". עצם הצבת דרישה מסוג זה עלולה ליצור אפקט מצנן, המרתיע עורכי דין מייצוג חשודים בטרור, שמא ביום מן הימים הדבר יפגע בהם. כמובן שאין לסבול תוצאה מעין זו, הפוגעת עמוקות בעקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית.

אנו גם מתנגדים לחזקה ביחס ל"אזור תשתית טרור" בהקשר זה. 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.

94. גם ביחס לסעיף 28, העוסק בפעולה או עסקה בנשק, בחומר מזיק או במתקן רגיש למטרות טרור, אנו מתנגדים לחזקות החלות על "חבר בארגון טרור" ועל "אזור תשתית

טרור", מהטעמים האמורים לעיל. לכל הפחות יש להבהיר כי די בהעלאת ספק סביר כדי להפריך את החזקה.

### עבירות הקשורות למימון טרור ולחובות דיווח

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

95. אנו מכירים כמובן בחשיבות הטלת מגבלות על העברת כספים לארגונים, העוסקים באופן ממשי 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 קלוש ורחוק, 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 לחלוטין של אותו ארגון, שאין לו כל קשר עם פעילות הגנים. האם ראוי לראות באדם הזה 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 ולגרור לאזרחים שומרי חוק לחשוש מהתנהלות תקינה ונורמטיבית לגמרי. הרחבה מופרזת של איסורים בומבאסטיים גם פוגעת עמוקות באימון הציבור במערכת המשפט; שכן כאשר המונח "פעולה ברכוש למטרות טרור" חל על מגוון מעשים, שאין בינם לבין טרור ולא כלום, המלים מאבדים ממשמעותם ושלטון החוק מושם ללעג.

96. גם האיסור על "פעולה ברכוש טרור" – עבירה שדינה שבע שנות מאסר – הוא רחב מנשוא. "רכוש טרור" מוגדר כזכור בסעיף 2 ככל רכוש השייך ל"ארגון טרור" וככל רכוש בו נעברה "עבירת טרור": הרכב ששימש להסעת אדם לשלם דמי חבר לארגון, אשר הוכרז בשל קשר שולי עם ארגון טרור אמיתי; 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.

97. בהקשר זה יוער שלא הבנו את פשר ההבחנה בין האיסור הקל יותר על פעולה ברכוש של ארגון טרור מוכרז על פי סעיף 31 המוצע, לבין האיסור המחמיר שבסעיף 30, החל גם על כל פעולה ברכוש ארגון טרור (המוגדר ככולל גם ארגון טרור מוכרז). כן לא ברורה לנו נחיצות חובת הדיווח הנוספת הקבועה בסעיף 31 המוצע, אשר לא נמצא בחוק איסור מימון טרור.

### **החמרה בענישה בעבירות טרור ותחולה וראיות**

98. אנו מתנגדים להצעה שבסעיף 36 המוצע לקבוע כי דינם של קשירת קשר, סיוע או ניסיון לעבור עבירה לפי סעיף 28 או עבירה שהיא מעשה טרור, דינם כדין הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת. הדבר סותר את עקרונות המשפט הפלילי ואינו מוצדק.

99. סעיף 42 מציע לקבוע חריג נוסף לכלל האוסר על עדות שמיעה, המאפשר הגשת אימרה של אדם, אשר לא ניתן להביאו לבית המשפט משום שנמצא בשטחי הרשות הפלסטינית או במדינה עוינת. על פי הסעיף, לא ניתן יהיה להרשיע על סמך אותה אימרה, אולם היא תוכל לשמש דבר מה נוסף או חיזוק, ומטעמים מיוחדים שיירשמו גם סיוע. יש לזכור כי בעבירות ביטחון רבות, התיקים מתבססים בסופו של דבר על הודאות, אשר נמסרו במסגרת חקירות אינטנסיביות, במהלכן 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.

### **חילוט, תפיסה וסעדים זמניים**

100. נעיר באופן כללי, כי אין כל מקום להרחיב את ההסדרים הדראקוניים והבעייתיים ממילא, הקבועים כבר היום בחוק איסור מימון טרור, אשר 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 שלושה דברים מרכזיים:

101. הראשית, ולא נחזור על הדברים שוב בפרוטרוט, ההגדרות הרחבות והבלתי סבירות עליהן עמדנו לעיל – של "ארגון טרור", "עבירת טרור" וכו' – וההליך הבעייתי להכרזה על ארגון כ"ארגון טרור" משליכים באופן מובהק על שאלת הוגנות הסדרי התפיסה והחילוט הקבועים בהצעה.

102. שנית, אין כל מקום לאפשר הסתמכות על חומר חסוי במסגרת חילוט אזרחי, כמוצע בסעיף 59. 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, במסגרתו 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.

103. שלישית, אין כל מקום ליצור מסגרת נוספת של תפיסה וחילוט מינהליים, במסגרתה ניתן לשלול רכוש 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. נבקש להפנות בהקשר זה לפסיקה הזרה ולביקורת שהבאנו לעיל, אודות הצורך להבטיח הליך שיפוטי הוגן בהליכי הכרזה ותפיסה של רכוש.

### **צו למניעת פעילות של ארגון טרור ולהגבלת שימוש במקום**

104. סעיף 89 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, ולכל שוטר הסמכות להיכנס למקום, "להורות לכל אדם להימנע מגישה למקום כאמור או סמוך אליו או לצאת ממנו או להורות על פיזור הנוכחים במקום, וכן כל סמכות סבירה אחרת הדרושה לצורך ביצוע הצו..."

105. הוראה זו לא יכולה להיות לה כל מקום במדינה דמוקרטית ויש לבטלה. ככל שמדובר באסיפה, תהלוכה או כנס, בו מופר שלום הציבור – אזי כבר היום יש למשטרה כלים מגוונים להתמודד עם כך, ואין צורך להוסיף על סמכויות אלה. ולא – אין כל הצדקה למניעה מוקדמת מסוג זה, הפוגעת עמוקות בחירויות יסוד בסיסיות ביותר. זאת ועוד. במדינה דמוקרטית, הלוקחת ברצינות את ערך חופש הביטוי וההתאגדות, אין מקום אף לאסור בדיעבד על השתתפות באסיפה, כנס או התקהלות, אך משום שיש "יסוד סביר להניח" כי הוא קשור באופן עמום לפעילות של ארגון טרור. אם אכן קיים חשד כי מדובר בפעילות מובהקת של ארגון טרור, הקשור לפעילות אסורה או אלימה, יש לפתוח בחקירה פלילית ולנקוט צעדים נגד המעורבים.

106. 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 92 המוצע.



## מעצרים מינהליים וצווי הגבלה מינהליים

107. 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.

108. 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 כוונות המיוחסים להם, אך זאת מבלי לדרוש מהמדינה להוכיח מעל לכל ספק סביר, במשפט פלילי הוגן; בכך הוא משמש, יותר מכל, אמצעי "נוח" יותר לרשויות להביא לכליאתו של אדם, כאשר אין בידם 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 מיני רבים להביא לכליאתו הממושכת של האדם, בבחינת "Heads 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 היא למנוע מעשים עתידיים המסכנים את הציבור), איננה יכולה לעמעם את האופן המובהק בו מעצר מינהלי משמש בפועל לנקיטת צעדים נגד אנשים, בגין מעשי העבר שלא הוכחו כנדרש.

109. לרוב, כידוע, מעצר מינהלי מתבסס על חומר חסוי, כאשר פרטי החשדות – ולא רק הראיות, עליהן 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 שיפוטי" של ממש.

110. 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 בהם 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 פסיקת בג"צ נגד העינויים, יש להניח כי יוכלו להתאים את עצמם למציאות הנורמאטיבית החדשה – בעניין זה, כמו בעניינים רבים אחרים, "הצורך הוא אבי המצאה".

111. 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 המבקשת "לנרמל" את המעצר המינהלי אינו עושה כן באופן מובהק.

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

112. שימוש באמצעי של מעצר מינהלי שלא במסגרת מצב חירום זמני ומיוחד (או שלא במסגרת סכסוך מזויין), סותר אף את המשפט הבינלאומי, לו מחוייבת מדינת ישראל<sup>44</sup>, שכן הוא שולל את הזכויות לחירות והליך הוגן, המעוגנות בין השאר בסעיפים 9 ו-14 לאמנה בדבר זכויות האזרחיות 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.

113. בהקשר זה ראוי לזכור את מסקנות ועדת זכויות האדם של האו"ם, במסגרת הדיונים בדו"חות ישראל על פי האמנה בדבר זכויות האזרחיות 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

<sup>44</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)

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 disclosure 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).

114. 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.

115. 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", המצדיק 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

116. 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 שונים – והכל על סמך חומר חסוי, ומבלי לפתוח בהליכים שמטרתם להוכיח את אשמתו – **הוא רעיון זר ומסוכן ביותר, המאיים באופן ממשי על אושיות הדמוקרטיה**. מדינה, בה רשאים השלטונות להתערב באופן כה קיצוני בחייו של אדם מבלי לתת לו אפשרות הוגנת להתגונן, עלולה להפוך בנקל למדינת משטרה. חברה חופשית היא חברה, בה אזרחים חיים בראש מורם בידיעה, כי זכויותיהם אינן מופקרות, וכי רשויות השלטון אינן יכולות לפגוע בהן ללא הצדקה מוכחת.

117. הניסיון באנגליה בשנים האחרונות מלמד על הסכנות הקשות הטמונות במשטר של "צווי הגבלה" – אף כזה המעוגן בחקיקה זמנית, הטעונה הארכה פרלמנטרית מדי שנה. [בדו"ח שפורסם לאחרונה](#) מטעם ה-Joint Committee on Human Rights של הפרלמנט הבריטי<sup>45</sup>, קראה הוועדה **לאי חידוש המשטר**, אשר מצד אחד משליך באופן חמור על חיי ה"מוגבלים" ובני משפחותיהם, ומצד שני אינו מאפשר הליך הוגן הראוי לשמו. כפי שהדגישה הוועדה במסקנותיה:

"110. Since the introduction of the control orders regime...we have expressed our very serious reservations about renewal unless the Government was prepared to make the changes to the system we have identified as necessary to render it human rights compatible....

111. The many warnings have not been heeded. As a result, the continued operation of the unreformed system has, as we feared, led to more unfairness in practice, more unjustifiable interferences with people's liberty, more harm to people's mental health and to the lives of their families, even longer periods under indefinite restrictions for some individuals, more resentment in the communities affected by or in fear of control orders, more protracted litigation to which there is no end in sight, more claims for compensation, ever-mounting costs to the public purse, and untold damage to the UK's international reputation as a nation which prizes the value of fairness.

112. For a combination of these reasons, together with serious reservations about the practical value of control orders in disrupting terrorism compared to other means of achieving the same end, **we have reached the clear view that the system of control orders is no longer sustainable.** A heavy onus rests on the Government to explain to Parliament why alternatives, such as intensive surveillance of the very small number of suspects currently subject to a control order, and more vigorous pursuit of the possibility of prosecution are not now to be preferred" (34).

118. 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>46</sup> בית המשפט הבהיר בהקשר זה, כי גם כאשר נעשה

<sup>45</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200910/jtselect/jtrights/64/64.pdf>

<sup>46</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24704&sessionId=26399324&skin=hudoc-en&attachment=true>

שימוש במנגנון של 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.

119. ביוני 2009 בית הלורדים החיל את ההלכה התקדימית של בית הדין בעניין חומר חסוי על משטר צווי ההגבלה, אשר נכנס לשימוש בין השאר בעקבות ביטול הליך המעצר המינהלי. בעניין [The Secretary of State for the Home Department v. AF and Others](#) בית הלורדים הבהיר, 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>47</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>48</sup> כפי שהדגיש לורד הופ בחוות דעתו<sup>49</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**" (ההדגשה אינה במקור)

דברים אלו, אשר נכתבו ביחס לצווי הגבלה המתירים מעצר בית חלקי לכל היותר, יפים הם לענייננו. בעקבות החלטות אלה, והביקורת הקשה והגוברת על משטר פוגעני זה, עתיד מנגנון צווי ההגבלה באנגליה מוטל בספק. בימים בהם האמצעים הקיצוניים והפוגעניים, אשר אומצו 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.

<sup>47</sup> <http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-hol-control-orders-judgment.pdf>

<sup>48</sup> פיסקה 59 לחוות דעתו של לורד פיליפס.

<sup>49</sup> פיסקה 79 לחוות הדעת.

120. לאור כל האמור לעיל אנו סבורים, כי הגיעה העת לבטל בחקיקה הישראלית את סמכות המעצר המינהלי הפוגעני, האנטי דמוקרטי, והבלתי חוקתי. אין בתיקון המוצע כדי לקדם באופן אמיתי את הבחינה הנדרשת של נחיצות מצב החירום המוכרז, שכן הוא פשוט מייתר את הצורך בהכרזה על ידי העברת הסדרי החירום הבלתי ראויים לחקיקה של קבע. מבלי לגרוע מעמדתנו זו, יש לכל הפחות:

א. לייחד כל הסדר, המאפשר הטלת מעצר מינהלי או צווי הגבלה אחרים, 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. יש להבטיח כי **בכל מקרה** יינתן לעצור הסבר מפורט אודות מהות החשדות נגדו, ואודות העובדות הספציפיות, עליהן נסמכת הטענה שהוא מהווה סכנה ביטחונית. על ההסבר להיות כזה, המאפשר לו להתמודד באופן אפקטיבי עם הטענות נגדו. על ההליך השיפוטי 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. בנוסף, מן הראוי לשקול אימוץ מנגנון, כמפורט לעיל, אשר יוכל להבטיח כי אדם הפועל מטעם החשוד יוכל לעיין במלוא החומר החסוי ולטעון לגביו.

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 להרתעת המדינה מפני שימוש יתר באמצעי זה, ומפני ראייתו כחלופה יחסית זולה ופשוטה.

#### הערות פרטניות ביחס לסעיף 106 המוצע

121. בנוסף על האמור לעיל, ומבלי לגרוע מעמדתנו העקרונית, להלן מספר הערות פרטניות ביחס לסעיף 106 המוצע:

- א. סעיף 106(ג)(10) – אין כל הצדקה להעניק לשר הביטחון את הסמכות הגורפת לתת "כל הוראה או הגבלה אחרת המתחייבת מטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור".
- ב. על פי התזכיר, צו הגבלה אינו טעון אישור שיפוטי, אלא אם המוגבל מגיש בעצמו עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי. אין כל הצדקה שלא לדרוש כי הצו יובא לאישור שיפוטי על ידי שר הביטחון, בדומה לאישור הנדרש לצו מעצר מינהלי.
- ג. סעיף 4(ג) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 קובע היום, כי "נשיא בית המשפט המחוזי יבטל את צו המעצר אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של ביטחון המדינה או של בטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין". יש לתקן את הנוסח, כדי להבהיר כי בהליך אישור צו מעצר או הגבלה, הנטל על המדינה לשכנע את בית המשפט כי הצו אכן נחוץ באופן הכרחי כדי להגן על ביטחון המדינה או ביטחון הציבור, וכי לא ניתן בנסיבות העניין להסתפק בצו פוגעני פחות. יש גם לקבוע מפורשות כי אין להוציא צו מעצר מינהלי או צו הגבלה, אם ניתן בנסיבות העניין להסתפק באמצעי פוגעני פחות.
- ד. בהליכי מעצר מינהלי מן הראוי לדרוש עיון תקופתי שיפוטי לפחות פעם בחודש. בצווי הגבלה אחרים – לפחות פעם בשלושה חודשים.
- ה. סעיף 3 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) – אין זה ראוי להסמיך חייל לבצע את צו המעצר או לפקח על צו ההגבלה, בוודאי לא כאשר ההסדר לא יוחד למצבי חירום.
- ו. יש לנצל את ההזדמנות כדי לתקן את המעוות ולמחוק את הסעיף הפוגעני והמיותר הקובע כי הליכי מעצר מינהלי יתקיימו תמיד בדלתיים סגורות. מן הראוי להחיל בהקשר זה את הכללים הרגילים של חוק בתי המשפט, לפיהם פומביות הדיון היא הכלל, והחלטה חריגה לסגור דלתיים טעונה החלטה מיוחדת של בית המשפט.

## סיכום

122. 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, שאין בינם לבין טרור ולא כלום, 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.



123. יוזמת חקיקה חדשה בנושא זה, ראוי שתתאים את ההסדרים הקיימים לעקרונות החוקתיים, הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולעקרונות המשפט הבינלאומי, אליהם מחוייבת מדינת ישראל, תוך התאמת הסמכויות הניתנות לתכליתן הראויה. לצערנו, הצעת החוק בנוסחה הנוכחי, לא רק שאינה עושה זאת, אלא שהיא אף מקבעת את ההסדרים הפסולים הקיימים, תוך הפקרת זכויות האדם. הדברים חמורים שבעתיים שעה שמדובר בחוק "רגיל", שאינו מוגבל למצב חירום.