

חברות בארגון טרור

מחקר מדיניות 94

ליאת לבנון

מחקר המדיניות מנתח סעיף מרכזי בהצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011. ההצעה אמורה להסדיר מחדש את המאבק המשפטי של ישראל בטרור ולשנות את המשפט הישראלי בתחום זה שינוי של ממש. הסעיף המדובר מגדיר את העברה הפלילית של "חברות בארגון טרור", ויש לו מקום חשוב בהצעת החוק. מחקר המדיניות מנתח את העברה, כהגדרתה בהצעה, ודן בהצדקות שלה ובהיקפה הראוי במשטר דמוקרטי-ליברלי. לחזק את ה"יסוד הנפשי" שהגדרת העברה מחייבת. המחקר מתמקד בשאלה אם ראוי להעניש בפלילים חברות פסיביות שביטויה היחיד הוא הסכמה להצטרף לארגון מרוב. השוואה בין העברה שבה הצעת המנה לרני

חברות בארגון טרור

ליאת לבנון

חברות בארגון טרור

ליאת לבנון



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 94

ירושלים, חשוון תשע"ג, אוקטובר 2012

Membership in a Terrorist Organization
Liat Levanon

עריכת הטקסט: הרצליה אפרתי

עיצוב הסדרה: טרטקובר עיצוב גרפי – טל הרדה

עיצוב העטיפה: יוסי ארזה

סדר: אירית נחום

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-116-5 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

טלפון: 02-5300800, 1-800-20-2222 ; פקס: 02-5300867

דוא"ל: orders@idi.org.il

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 9104401

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ג
Copyright © 2012 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים, מחקרי מדיניות, מדד הדמוקרטיה, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

9	תקציר
15	מבוא
18	הדין בישראל
22	ההסדר המוצע בהצעת החוק
25	ניתוח יסודות העברה
25	"חבר": על סוגי חברות והפלתם
26	"בארגון טרור": על סוגי ארגונים והפלתם
32	הערכים העומדים משני צדי המתנס
32	הערכים המוגנים
33	עקרונות כלליים מתחום המשפט הפלילי
36	עקרונות חוקתיים נוספים: חופש ההתאגדות
	המרחק מן הפגיעה בערכים המוגנים: ניתוח של עברת החברות
43	כעברה לא מושלמת
43	דוקטרינת הקשר הפלילי
49	עברת החברות כהפלתה של מעשה הכנה
51	האם חברות בארגון טרור היא מעשה הכנה בר הפללה?
54	עברת החברות כהרחבה של דיני השותפות לדבר עברה
59	עברת החברות כעברה מושלמת
62	עברת חברות בארגון טרור ואיסורים על פשיעה מאורגנת

66	משפט משווה: סקירה היסטורית קצרה והדין המצוי
66	ארצות הברית וקנדה
70	בריטניה ומדינות המשפט המקובל
74	גרמניה
75	צרפת
78	ביקורת והמלצות
	היעדר הבחנה בין חברות בארגונים מסוגים שונים לעניין האחריות
78	הפלילית של הפרט
79	חסר ביסוד העובדתי והנפשי של העברה
iii	Abstract

תקציר

כללי

סעיף 25(א) להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, מציע לקבוע כי חברות בארגון טרור תוגדר עברה שבצדה חמש שנות מאסר. הסעיף – אשר יחליף את החקיקה המפוצלת והמיושנת המפלילה את הפעילות בעת הנוכחית – מעלה את שאלת ההפללה של עצם החברות בארגון טרור, על ההצדקות לה וההיקף הראוי להתפרסותה במשטר דמוקרטי ליברלי.

לאחר סקירה קצרה של הדין המצוי והדין המוצע בהצעת החוק, מחקר המדיניות בוחן את עברת החברות בפרספקטיבה משולשת: ראשית, לאור הערכים המוגנים ומערכת האיזונים החוקתית העולה מהם; שנית, בראי התאוריה של עברות דומות במשפט הפלילי; ושלישית, בפרספקטיבה השוואתית. בחינה משולשת זו מעלה כי העברה המוצעת מעלה קשיים לא מעטים – בפרט במצבים שבהם תוטל אחריות בגין צורות סבילות או חלשות של מעורבות של הנאשם בפעילות הארגון, באופן המצריך שינוי של הנוסח הקיים והוספת רכיבים שונים לשם נטרול קשיים אלה.

הגדרת העברה בהצעת החוק ומרחב ההפללה שהיא מאפשרת

במוקד הדיון מצוי סעיף 25(א) להצעת החוק, הקובע כי "חבר בארגון טרור, דינו מאסר חמש שנים" (להלן: עברת החברות). הגדרות המונח "חבר" היא ההגדרה המזעירית האפשרית, ונכללים בה גם "אדם הנמנה עם ארגון טרור" או "מי שהביע הסכמתו להצטרף לארגון טרור". בכך מאמצת הצעת החוק את ההגדרה הנומינלית (שמית) הדורשת רק חברות פורמלית או הבעת הסכמה לחברות, בלי שהעושה יצטרך לבצע כל פעולה אקטיבית נוספת במסגרת הארגון.

בכל הנוגע להגדרת "ארגון טרור", הצעת החוק מאמצת גישה רחבה, שאינה מבחינה בין ארגון טרור מובהק, שכל פעילותו צבאית, לבין ארגון "דרו־מהותי", המשלב פעילות צבאית ואזרחית, וקובעת כי אין נפקות לשאלה אם הארגון פועל

גם למטרות חוקיות. ל"ארגוני מעטפת", המצויים בזיקות חלשות יותר לארגוני טרור, קיים הסדר שונה, הדורש את קיומה של הכרזה קונסטטיטוטיבית לשם הפללת פעילותם.

מהסדרים אלה שבהצעה עולה כי הדין המוצע מאפשר להטיל אחריות פלילית על התנהגות ברמת אנטי-חברתיות נמוכה, כמו למשל הבעת הסכמה חד-פעמית להצטרף לארגון טרור; חברות שמית ברשימות של הארגון; ופעילות בלתי סדירה שאינה נוגעת למשימותיו הצבאיות של הארגון.

ניתוח העברה בפרספקטיבה חוקתית

הפללת החברות בארגון טרור בהצעת החוק מעלה לדיון את שאלת האיזון הראוי בין הערכים המוגנים בעברה לבין ערכים נוגדים מתחום המשפט הפלילי והחוקתי. עברת החברות היא עברה לא מושלמת, הנגזרת מעברות מושלמות של מעשי טרור. היא מוצדקת לאור חומרתם הרבה של הערכים המוגנים בעברות הטרור, הכוללים את הזכויות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין ולשמירה על הרכוש, את האינטרס הציבורי הכללי, את ביטחון הציבור ואפילו את ריבונות המדינה ואת שלמות הדמוקרטיה עצמה.

לצד ההצדקה החזקה להגנה על ערכים אלה, הפללתה של חברות גרדא מעלה התנגשות עם ערכים חוקתיים כלליים הנוגעים להיקפו של המשפט הפלילי כמו גם לזכות להתאגדות. כך, הפללת צורות חלשות של חברות, הכוללת רמת פעילות נמוכה בארגון, מעלה קשיים לאור עקרון השוויון הפלילי, אשר מצדיק הטלת אחריות פלילית רק במקרים חמורים שבהם מדובר בהתנהגות בעלת סיכוי משמעותי לנזק, אשר המבצע אותה נוקט יחס שלילי כלפי הערך המוגן. נוסף על כך, הטלת אחריות רחבה על חברות יכולה להוביל לפגיעה בעקרון האשמה האישית ולהטלת אחריות על פרט בגין מעשים של אחרים וללא רמה מספקת של אשמה אינדיווידואלית המגולמת בפעילות שביצע העושה במסגרת הארגון. עמימותה של העברה, בנוסחה הנוכחי, וחוסר הוודאות לגבי סוגי ההתנהגויות שייכללו בה מעלים קשיים הנוגעים לחובת האזהרה מראש ולמודעות הציבור לפליליות הפעולה, ואף מעלה את האפשרות לשימוש סלקטיבי או מכשיל של רשויות האכיפה בעברה.

יתר על כן, עברת החברות מצויה בהתנגשות עם הזכות להתאגדות. החופש של הפרט להתאגד הוא מושכל יסוד בחברה דמוקרטית, וכוח ההתאגדות הוא

תנאי למימושן של זכויות יסוד בסיסיות ובראשן חופש הביטוי. התאגדות חופשית, ובפרט התאגדות של קבוצות שוליים, היא סממן של חברה פתוחה. אף שברור כי ההגנה על חופש ההתאגדות אינה מוצדקת במקרים של התאגדויות בלתי לגיטימיות – כמו בארגוני טרור מובהקים – עדיין עולה שאלה במקרים שבהם ההתאגדות היא ביטוי לפעילות לגיטימית, בפרט בארגוני מעטפת שהזיקה שלהם לפעילות טרור חלשה. במיוחד עולה חשש שהגבלות גורפות על התאגדויות של קבוצות מיעוט ושל אוכלוסיות שוליים ישמשו את רשויות הביטחון להגבלה שרירותית של פעילותן, באמצעות אכיפה אגרסיבית של העברה. משכך, היקף ההגבלה על חופש ההתאגדות חייב להישקל במסגרת הגדרה של היקף העברה.

ניתוח של העברה בראי עברות דומות במשפט הפלילי

גם ניתוח של עברת החברות ביחס לעברות לא מושלמות מעלה כי יש מקום לעשות התאמות בנוסח המוצע. הנחת היסוד של הניתוח בחלק זה היא שעברות לא מושלמות שכבר קיימות במשפט הפלילי – כמו דיני הקשר, מעשה ההכנה ודיני השותפות – משקפות איזון חוקתי ראוי בין זכויות נאשמים לאינטרס הציבורי ושככל שהעברה המוצעת מפרה איזון זה וכוללת בתוכה התנהגויות בעלות רמת פליליות נמוכה, היא טעונה הצדקות מיוחדות, שספק אם הן בנמצא. בתחילה הניתוח מציג דמיון משמעותי – היסטורי ואנליטי – בין עברת החברות לעברת הקשר הפלילי (שעליה נמתחה בספרות ביקורת לא מעטה). למרות הדמיון הרב, עברת החברות בנוסחה הנוכחי היא "עברת התנהגות" הדורשת יסוד נפשי של מודעות בלבד, בעוד ברוב שיטת המשפט עברת הקשר היא "עברת מטרה", ולכן תחולתה צרה יותר. ככל שרואים בעברת החברות מקרה פרטי הקרוב במאפייניו – אם כי לא זהה – לעברת הקשר, מוצדק לחשוב על הוספת דרישת מטרה. עברת הקשר מוצדקת בדרך כלל על בסיס היותה מעשה הכנה לקראת פעילות פלילית. בהשוואה לתורת "מעשי ההכנה" הפלילית נדמה שאיסור על חברות גרדא בארגון טרור מפליל התנהגות אשר במקרים רבים רחוקה מביצוע העברה המושלמת. הפללה שכזו אינה עומדת במאפיינים של הפללת "מעשה הכנה" עניש. עברת הקשר מוצדקת לעתים גם על בסיס היותה מעשה משדל או מסייע לפעילות פלילית. ואולם, גם בחינה של עברת החברות בפריזמת דיני השותפות וניסיון לאתר הצדקות מכוח דינים אלה העלו קשיים לא מבוטלים בהפללה של התנהגויות שבעת הנוכחית כלולות בעברה. במרבית

המקרים חברות פסיבית בארגון טרור ללא מעשה ופעמים רבות ללא קשר ממשי למבצעי עברות הטרור, אינה נחשבת שידול או הסתה לעברה, ואף קשה לטעון כי חברות שכזו מסייעת למעשה טרור.

יש הטוענים שאפשר לראות בעברת החברות עברה מושלמת הפוגעת במישרין בערך ביטחון המדינה ושלומו הציבור. לפי עמדה זו, עצם חברותו של אדם בארגון טרור – גם ללא ביצוע פעילות כלשהי – אינה לגיטימית בשל פגיעתה בערך המוגן ברמת היזק המצדיקה אחריות פלילית. זוהי גם העמדה שמאמצת הצעת החוק. עם זאת, דומה שאם מקבלים עמדה זו ומצדיקים את העברה כעומדת בפני עצמה, הרי שרמת הענישה בהסדר המוצע אינה מידתית ביחס לחומרת ההתנהגות של העושה והנזק הצפוי ממנה, ולכן ראוי להפחיתה.

המצב במשפט המשווה

מבט אל המשפט המשווה העלה כי התמונה החקיקתית מורכבת וכי היא נעשית מורכבת אף יותר לאחר בחינת הפרשנות הפסיקתית שלה. עם זאת אפשר לומר בהכללה כי ברוב המדינות אין הפללה של חברות נומינלית בלבד ויש צורך בדרישה נוספת – על פי רוב ביסוד העובדתי – לצורך הרשעה. בכמה מהמדינות מדובר בדרישה המצויה בחקיקה, ובאחרות מדובר בהתפתחות פסיקתית.

המלצות

עברת החברות כנוסחה בהצעת החוק מוגדרת בצורה רחבה מדי וכוללת התנהגויות בעלות מאפיינים פליליים חיוורים, שאינם מצדיקים את הטלת העונש הקבוע בחוק. המלצתי העיקרית היא להוסיף רכיבים ליסוד הנפשי והעובדתי של העברה על מנת להחזירה לתחומיו המקובלים של המשפט הפלילי.

יש לכלול את השינויים שלהלן:

א. **הבחנה בין סוגי ארגונים.** אף שראוי להפחית חבירות נומינלית בארגוני טרור מובהקים, קשה להצדיק זאת כאשר מדובר בארגונים דואליים, אשר חלק מהפעילות שמבוצעת במסגרתם אינה קשורה לפעילות טרור. אינני מקבלת את הגישה שמאמצת הצעת החוק שאין הבדל בין ארגוני טרור מובהקים לבין ארגונים דרמהוטיים. יש מקום להבחין בין הארגונים בעיקר בשלב בחינת האחריות של הפרט. הבחנה זו יכולה להיעשות באמצעות קביעת הגנה

- לנאשם במקרים שבהם הוא יצליח להוכיח כי היה חבר בארגון דו־מהותי וכי פעילותו בארגון התמקדה רק בפן האזרחי וללא זיקה לפעילות טרור.
- ב. **הוספת רכיבים ליסוד העובדתי.** ככל שחברות בארגון דואלי מופללת, הסקירה מעלה כי לכל הפחות אין לקבל את הנוסח הנוכחי המפליל חברות נומינלית-סבילה לגמרי, שאינה נושאת עמה אשמה פלילית מספקת לשם הרשעה. משכך, יש להוסיף לעברה רכיב עובדתי שיכלול דרישה לקיומו של מעשה או של מעשים בעלי אופי אנטי-חברתי מספיק, המבוצעים במסגרת הארגון לצורך הרשעה ואף לשקול הפחתה משמעותית של העונש הקבוע בעברה. דרך אחת שאפשר ללכת בה היא הוספת רכיב עובדתי של "מעשה מטריאלי", בדומה להסדר הקיים בדין הצרפתי. הצעה חלופית היא ביטול עברת החברות והסתפקות בעברות המפלילות פעילות שיש לה תרומה מוחשית לקידום מעשי טרור ללא קשר לחברות, בדומה לדין האמריקני.
- ג. **הוספת רכיבים ליסוד הנפשי.** דרך נוספת העולה מהסקירה התאורטית והשוואתית היא הוספת רכיב מטרה ליסוד הנפשי כדי להפליל רק חברות בארגון כמטרה לבצע או לסייע בביצוע מעשה טרור. לשם איזון דרישת המטרה אפשר להוסיף חזקה ראייתית ניתנת לסתירה, שאדם החבר בארגון טרור מובהק מזדהה עם מטרותיו, אשר תאפשר לנאשם לסתור אותה במקרים המתאימים.

מבוא

הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, משקפת רפורמה דרמטית במצב המשפטי בתחום המאבק בטרור.¹ הצעת החוק כוללת הסדרים רבים ומורכבים² ומציעה למעשה קודקס חקיקתי מקיף בתחום המאבק בטרור.³ במחקר מדיניות זה אני מנתחת את עברת החברות בארגון טרור שבהצעת החוק. ברובו אני עוסקת בניתוח סעיף 25(א) לעברה, המפליל לא רק השתתפות אקטיבית בפעולות בעלות אופי טרוריסטי אלא גם חברות פסיבית בארגון טרור, כמו חברות נומינלית שאינה כוללת מעשה, הבעת הסכמה חד-פעמית להצטרפות לארגון טרור או חברות ב"ארגון מעטפת".⁴ העיסוק הנקודתי בתחום זה חשוב בעיקר עקב הסכנות

* מחקר המדיניות מבוסס על מאמרי: Liat Levanon, *The Criminal Offence of Membership in Terrorist Organizations: Doctrinal Analysis and Normative Conclusions*, 15 NEW CRIM. L. REV. 224 (2012). קוראים המבקשים להעמיק חקר מופנים למאמר.

תודה ליונתן ברמן ולנדיב מרדכי על עזרתם בעבודה על מחקר המדיניות.

1 הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 611, 1408. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה ביום 3.8.2011, לאחר ששר המשפטים הציג את עיקריה לפני הכנסת.

2 כמו ההכרזה על ארגון טרור ועל פעיל טרור (חלק ב לה"ח); עברות טרור (חלק ד); החמרת ענישה בשל עברה שהיא מעשה טרור (ס' 40-45); הסדרים ראייתיים ודיונים ייחודיים (ס' 46-48); הוראות הנוגעות לעצור בעברת טרור חמורה (ס' 49-57); חילוטים (ס' 58-98); מניעת פעילות והגבלת שימוש במקום (פרק ח).

לביקורת על חקיקת החוק במקשה אחת והבעת חשש שהליך החקיקה ידמה לזה הנוהג בחוק ההסדרים ראו מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "חוק ההסדרים של הטרור" מעריב 13.9.2011 www.nrg.co.il/online/1/ART2/284/688.html (כל האתרים בהערות השוליים אוחזרו באוגוסט 2012).

3 ראו ס' 1 להצעה, הקובע את מטרתה ואת אמות המידה הבסיסיות לאיזון בין ערכים במסגרת המטרה (כמו כן ראו דברי ההסבר לה"ח בעמ' 1408-1409). החוק המוצע יבטל ויבלע הסדרים קיימים. ראו ס' 112-133 לה"ח.

4 ראו הגדרה בהמשך.

הטמונות בהפללת יתר ובגלל ההשלכות של הגדרות המושגים "חברות" ו"ארגון טרור". השלכות אלה תוארנה במסגרת הצגת ההסדרים הנוספים שקיימים בחוק.⁵ עברת החברות בארגון טרור אינה חדשה בדין הישראלי; ימיה כימי המדינה ואף קודם לכן. עם זאת, הערכון החקיקתי המוצע מחייב בחינה מחודשת – תאורטית ומעשית – של שאלת ההפללה בחברות בארגון טרור, על ההצדקות לה ועל ההיקף הראוי להתפרסותה בעידן החוקתי.

בסעיף 25 להצעת החוק מוצע כי חברות בארגון טרור תוגדר עברה שהעונש עליה הוא חמש שנות מאסר. בפרק ההגדרות מוגדר "חבר בארגון טרור" מי שנמנה עם ארגון הטרור, לרבות מי שנוטל חלק פעיל בפעילותו או מטעמו ומי שהביע את הסכמתו להצטרף לארגון כזה. כמו כן מוצע לקבוע חזקות ראייתיות שעל פיהן מי שהציג עצמו לפני אחר כחבר בארגון טרור חזקה עליו שהוא אכן חבר בארגון טרור; או שגם אם הוכח כי אדם היה חבר בארגון טרור בעבר, קיימת חזקה – שהוא יכול לסתור אותה – לכך שהוא עודנו חבר בו.

מדינות דמוקרטיות רבות רואות בצורות שונות של התאגדות בסיס להטלת אחריות פלילית על הפרט. אחת מצורות ההתאגדות הללו, שהפלתה נפוצה בעולם במיוחד בשנים האחרונות, היא חברות בארגון טרור. אף שהטלת אחריות פלילית בגין נטילת חלק פעיל בפעילויות המבוצעות במסגרת ארגון טרור אינה מעוררת קשיים מיוחדים, הטלת אחריות כזו בגין צורות חלשות יותר של מעורבות מעלה שאלות חריפות על צדקתה. בעוד הבחירה של הפרט להתאגד יכולה בנסיבות מסוימות לשמש בסיס לגיטימי להטלת אחריות פלילית, יש חשש ממתחת גבולות הדין הפלילי עד כדי היסמכות על התנהגות של אחרים כבסיס להטלת אחריות על הפרט (Guilt by association). מדובר בחשש ממשי על רקע הפיתוי להטיל איסורים פליליים גורפים על התאגדות במסגרת המאבק בטרור, וכן על רקע היסטוריה של שימוש נרחב באיסורים כאלה למטרות פוליטיות.

5 לביקורת נרחבת על ההסדרים המרכזיים שהוצעו בתזכיר החוק – אשר רובה המוחלט רלוונטי גם להסדר שבה"ח – ראו תזכיר הצעת חוק המאבק בטרור התשע"א-2010 – התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה (נכתב בידי צוות "טרור ודמוקרטיה", בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' יובל שני), 18.9.2010, ובמיוחד עמ' 11-13 (להלן: התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה). ראו גם באתר המכון: www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/269.aspx

איסורים פליליים על התאגדות היו נפוצים במיוחד במשטרים חסרי מסורת ליברלית. האיסורים הללו הושתתו על מושג האחריות הקבוצתית והתייחסו בעיקר להתאגדויות לא וולונטריות, דוגמת קשרי משפחה או השתייכות שבטית או לאומית. מושג האחריות הקבוצתית במשמעותו הקלאסית אינו עולה בקנה אחד עם זכות היסוד החוקתית של כבוד לפרט כ"נושא" בפני עצמו (subject) ומתעלם מזכותו של אדם שלא להיענש בהיעדר אשמה אישית. ואמנם, קשה לאתר מופעים של אחריות קבוצתית במובנה הקלאסי בדמוקרטיה ליברלית בעת המודרנית.⁶ עם זאת, צלו המאיים של מושג האחריות הקבוצתית תובע בחינה מעמיקה של איסורים על התאגדות.

במחקר המדיניות נבחנת הלגיטימיות של הפללת חברות בארגון טרור⁷ במסגרת משטר חוקתי דמוקרטי-ליברלי בניסיון למצוא את האיזון הראוי בין שיקולים שונים בקביעת היקפו ואופיו של איסור פלילי כאמור.⁸ ראשית אני מסרטטת את ההתנהגויות השונות שעשויות להיכלל בהגדרה הכללית של

6 יש לציין בהקשר זה את צעדי החירום שנקטה ארצות הברית, אשר ספגו ביקורת רבה. ה-Alien Enemies Act (1798) הסמיך את הנשיא לכלוא, לגרש או להגביל באופן אחר את חירותם של אזרחי אויב בשעת מלחמה. בשנת 1942 הוציא הנשיא רוזוולט את הצו הנשיאותי (Executive order) 9066, ובעקבותיו הורחקו כלל האזרחים ממוצא יפני מבתיהם באזור החוף המערבי של ארצות הברית והועברו למחנות עקורים מחשש שיסייעו ליפן במלחמתה בארצות הברית.

7 לדיון ערכני בשאלות של התפשטות המשפט הפלילי (ברוח הספרות בעולם הנוגעת להתמודדות עם תופעת "הפללת היתר") ראו מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי ידו בכל?" ספר דניאל: עיניים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 935, 936-939, 955-958 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: קרמניצר "האם המשפט הפלילי ידו בכל?"). לדיון בשאלת התרחבות המשפט הפלילי לתחומים שפליליותם גבולית ראו מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה 173, 184-186 (1996).

8 על הצורך בגישה מאוזנת בהתמודדות עם הטרור ראו אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח 29, 33-39 (2008). העולם צועד לקראת גיבוש סטנדרטים בין-לאומיים במלחמה נגד הטרור, מגמה שלא תנותח בהרחבה במחקר זה. ראו, למשל, Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (came into force in 2007) available at <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/196.htm>

חברות בארגון טרור. דיון זה נחלק לשניים: בחינת היסוד ההתנהגותי המוגדר כחברות ובחינת הנסיבה "ארגון טרור". לאחר סקירה זו אני מציגה את השיקולים השונים בקביעת היקפה של עברת החברות ותחולתה. עם אלה נמנים הערכים המוגנים בעברה, עקרונות מרכזיים בתחום המשפט הפלילי וכן עקרונות חוקתיים כלליים. לאחר מכן יש ניתוח של עברות חברות שבמרכזן שאלת היחס בין עברות חברות בארגון טרור לעברות בעלות מאפיינים דומים (חברות בארגוני פשיעה, עברת הקשר) ולדוקטרינות כלליות של המשפט הפלילי (בעיקר ניסיון ושותפות). ההנחה שבבסיס הניתוח הזה היא שתפיסות מבוססות ויציבות של המשפט הפלילי משקפות איזון חוקתי בין כמה גורמים: זכויות נאשמים, זכויות קורבנות, האינטרס הציבורי וכוחה של המדינה. סטייה מתחום השתרעותן של התפיסות הללו – כמו זו המתגלה במסגרת בחינת האיסורים על חברות בארגון טרור – עלולה להצביע על הפרה של האיזון החוקתי; הפרה כזו טעונה הצדקה מיוחדת. להשלמת התמונה אביא דוגמאות מהעולם לעברות חברות בארגון טרור בשיטות משפט שונות. נראה שבחלק ניכר מהן תחולת העברה צרה יותר מאשר בדין הישראלי הקיים ובהסדר המוצע בהצעת החוק. בחלקן נדרש יסוד נפשי של כוונה, ובאחרות נדרש יסוד עובדתי של מעשה.

לבסוף מוצגות המסקנות על לגיטימיות ההפללה של צורות שונות של חברות בארגוני טרור. השיקולים אשר הוצגו בשלב הניתוח ישימים במידה שונה בכל אחד מסוגי ההתנהגות הנכללים כיום בהגדרה של חברות בארגון טרור, ועל כן מסקנותי שונות ביחס ללגיטימיות ההפללה של כל אחד מן הסוגים. כדי להביא לידי ביטוי את ההבחנות שאליהן הגעתי, מוצגות המלצות קונקרטיות להוספת רכיבים ליסודות הנפשי והעובדתי של העברה.

הדין בישראל

הדין המצוי (לפני הצעת החוק)

בספר החוקים הישראלי יש היום ארבע עברות של חברות בהתארגנות בעלת מאפיינים טרוריסטיים: (א) עברת החברות החמורה ביותר, אשר עונשה מוות, קבועה בסעיף 58(ד) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. העברה חלה על

9 לצד המהלכים לחקיקת חוק המאבק בטרור נעשית בימים אלה עבודת מטה לביטול

השתייכות לארגון שאחד מחבריו ביצע עברת נשיאה או שימוש באמצעי לחימה המפורטות בתקנה. בדומה לכך, לפי סעיף 59(ז) לתקנות ההגנה, אדם החבר בארגון שאחד מחבריו ביצע עברה נגד הסדר הציבורי (כגון ייצור אמצעי לחימה, חבלה בתשתית ציבורית) עלול לשאת עונש מרבי של מאסר עולם. הסמכות הייחודית לדון בעברות על סעיפים אלה מסורה לבתי משפט צבאיים מיוחדים.

(ב) עברה נוספת הקבועה בתקנות ההגנה היא חברות ב"התאחדות בלתי מותרת" לפי סעיף 85(1) לתקנות.¹⁰ "התאחדות בלתי מותרת" מוגדרת בתקנות באופן רחב וכוללת, בין היתר, התארגנות המעודדת בוז לממשלת ישראל או לשר משריה וכל התארגנות ששר הביטחון הגדירה בלתי חוקית. מלבד עברת החברות חל איסור גם על התנהגויות אחרות, כגון עבודה או שירות להתאחדות בלתי מותרת, על נוכחות באספה של התאחדות בלתי מותרת ועל החזקת רכוש, חומרים או סמלים השייכים להתאחדות בלתי מותרת או המתייחסים אליה. העונש המרבי הצמוד לאיסורים השונים הוא שנת מאסר או עשר שנות מאסר, על פי הערכאה שבה התביעה בוחרת להגיש את האישום. ההלכה הפסוקה בבית הדין הצבאי לערעורים היא שדי בהסכמה מפורשת להצעה להיות חבר בהתאחדות בלתי מותרת כדי להרשיע בעברות החברות לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה.¹¹

(ג) עברה של חברות בארגון טרור מצויה גם בסעיף 3 לפקודת מניעת טרור (1948), ועונשה המרבי חמש שנות מאסר. "ארגון טרור" מוגדר בסעיף 1 לפקודה "חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה". לצדה של עברת החברות קבועה בפקודה עברה חמורה יותר – פעילות בארגון טרור – המתייחסת בעיקר

(חלקי) של תקנות ההגנה. ראו תזכיר חוק תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ב-2012 (התזכיר, כמו גם הרקע לעריכתו, מצויים באתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/TakanotHagana.htm). לסקירה ממצה של הנושא ולליווי שיפוטי של התהליך ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין והערותיה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (לא פורסם, 8.5.2012).

10 ראו מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים עבירות נגד המשטר (מחקר מדיניות 70, 2008) (להלן: קרמניצר וגנאים עבירות נגד המשטר).

11 ראו יעקב קרמי על הדין בפלילים: חוק העונשין חלק ד 1995 (2006) (להלן: קרמי), וההפניות שם.

לפעילות ניהולית, ארגונית והדרכתית, כמו גם לנשיאת נאום פומבי מטעם ארגון טרור. כמו כן קבועה בפקודה עברה קלה יותר – תמיכה בארגון טרור – המתייחסת בעיקר לצורות שונות של ביטויי אהדה לארגון הטרור, כגון הזדהות עמו או שבח וקריאה לבוא לעזרתו, החזקת חומרי תעמולה וכן אספקת מקום לפעילויותיו, אספקת כסף או שווה כסף. בפקודה נקבע כי הכרזת הממשלה על חבר אנשים מסוים כ"ארגון טרוריסטי", וכן קביעה שיפוטית חלוטה כאמור, הן ראייה לכאורה שמדובר בארגון טרוריסטי ומעבירות את נטל ההוכחה לנאשם. עוד נקבע כי נוכחותו של הנאשם במקום המשמש ארגון טרוריסטי היא ראייה לכאורה לחברותו בארגון, וכן כי משהוכח שהנאשם היה חבר בארגון טרוריסטי בעבר, מוטל עליו להוכיח כי הוא חדל להיות חבר בו. התנאי להפעלת הוראות של פקודת מניעת טרור (1948) הוא הכרזה על מצב חירום במדינה. ההוראות הקבועות בהצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, נועדו להחליף את ההוראות הקבועות בפקודת מניעת טרור, ועל כן הפקודה עתידה להתבטל במסגרתו.¹²

(ד) סעיף 147 לחוק העונשין, התשל"ז-1977,¹³ קובע עברה של חברות בהתאגדות אסורה המוגדרת באופן רחב למדי. לפי סעיף 145 לחוק העונשין, להתאגדות אסורה ייחשב, בין היתר, קבר בני אדם המטיף, מסית או מעודד למוטט את סדרי השלטון בישראל במהפכה או במעשי חבלה; להפיל בכוח או באלימות ממשלה חוקית; או להרוס נכס של המדינה. העונש המרבי על עברת החברות בהתאגדות אסורה הוא שנת מאסר, ובהתאם להוראת סעיף 150 לחוק העונשין נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה כתנאי להגשת כתב אישום בגין עברות הכרוכות בהתאגדות אסורה, לרבות עברת החברות. תנאי נוסף הקבוע באיסור לפי סעיף 147 הוא שמדובר באדם שמלאו לו 16 שנים.¹⁴

12 ראו סעיף 112 לה"ח, לעיל ה"ש 1 ("ביטול פקודת מניעת טרור"); לניתוח הפקודה, ראו קרמניצר וגנאים עבירות נגד המשטר, לעיל ה"ש 10, 22-41.

13 סעיפי ההתאגדות האסורה לא יבוטלו בעקבות כניסתו של חוק הטרור לתוקף, שכן הם מפלילים סיוטאציות שאינן קשורות למאבק בטרור (ראו דברי ההסבר לה"ח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1435).

14 ע"פ 88/79 אבו רחילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2), 148 (1979).

טבלה השוואתית: עברות החברות בדין הישראלי כיום

תקנות 58-59 לתקנות ההגנה	תקנה 85 לתקנות ההגנה	סעיף 3 לפקודת מניעת טרור	סעיף 147 לחוק העונשין
ערכאה שיפוטית	בית דין צבאי בלבד	בית משפט אזרחי	בית משפט אזרחי
עונש מרבי	עונש מוות / מאסר עולם (כתלות בחומרת העברות שבוצעו על ידי ההתארגנות)	שנת מאסר / עשר שנות מאסר (כתלות בערכאה שאליה הוגש כתב האישום)	שנת מאסר
תנאי לשימוש בסעיף על ידי התביעה		קימו של מצב חירום במדינה	אישור היועץ המשפטי; מלאו לנאשם 16 שנים
הגדרת חבר בני אדם כהתארגנות בלתי חוקית/ ארגון טרור	בית המשפט (נגזר מקביעה בדבר ביצוע עברות אחרות לפי התקנות)	ככלל, הכרות שר הביטחון או בית המשפט לפי הקריטריונים הקבועים בתקנה 84(א)	בית המשפט (לפי הגדרות סעיף 145 לחוק)

ארבע עברות שונות ולהן נוסחים שונים, נטלים ראייתיים שונים וסנקציות שונות. מבנה מסורבל זה מעניק לתביעה כוח, בעת בניית תיק תביעה, לבחור משיקולי נוחות את העברה.¹⁵ כל העברות שצוינו הן עברות התנהגות של מחשבה פלילית, כלומר אין עמן דרישה של כוונה מיוחדת.¹⁶

15 ראו מיכל צור, תקנות ההגנה [שעת חרום] 1945, 47-54 (נייר עמדה 16, 1999). כן ראו ע"פ 307/73 סולטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 794, 797 (1974).

16 קדמי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1996.

ההסדר המוצע בהצעת החוק

לפי הצעת החוק תבוטל פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, ובכלל זה עברת החברות הקבועה בה. במקומה נקבעה בהצעת החוק העברה הבאה:

25. חברות בארגון טרור וגיוס חברים

- (א) חבר בארגון טרור, דינו – מאסר חמש שנים.
- (ב) חבר בארגון טרור הנוטל חלק בפעילות הארגון, או המבצע פעילות עבור הארגון, בשמו או במטרה לאפשר או לקדם את פעילותו, דינו – מאסר שבע שנים.
- (ג) המגייס חבר לארגון טרור דינו – מאסר שבע שנים; לעניין סעיף זה, דין המשדל אחר להצטרף כחבר לארגון טרור או לקחת חלק פעיל בפעולות של ארגון טרור או בפעולות שנועדו לאפשר או לקדם פעולות של ארגון כאמור – כדין המגייס חבר לארגון טרור.

סעיף 25(א) להצעת החוק קובע בקצרה כי חברות בארגון טרור היא עברה פלילית שבצדה עונש של חמש שנות מאסר. תתי-הסעיף הנוספים כוללים חלופות מחמירות יותר לעברה. סעיף קטן (ב) מתייחס לחבר פעיל אשר נוסף על חברותו נוטל חלק בפעילות הארגון או מבצע פעילות כלשהי בזיקה לארגון. דינו של החבר הפעיל – שבע שנות מאסר. סעיף קטן (ג) מתייחס לאדם המגייס חבר לארגון טרור גם אם אינו חבר בעצמו.

"חבר בארגון טרור" מוגדר בסעיף ההגדרות של הצעת החוק באופן רחב – "אדם הנמנה עם ארגון טרור".¹⁷ בהצעת החוק מפורטות שתי חלופות בלתי-ממצות ("ובכלל זה") של חברות בארגון:

- (1) פעילות בארגון – "מי שנוטל חלק פעיל בפעילות של ארגון טרור או בפעילות מטעמו".

17 שם, בעמ' 1411 ודברי ההסבר בטור הימני.

(2) הסכמה להצטרף לארגון – "מי שהביע הסכמתו להצטרף לארגון טרור, בפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא חבר בארגון טרור או שלוח מטעמו".¹⁸

הצעת החוק קובעת שתי חזקות שבהתקיים כל אחת מהן יראו באדם חבר בארגון טרור: (א) הזדהות כחבר הארגון: "מי שהציג עצמו בפני אחר כחבר בארגון טרור, חזקה כי הוא נמנה עם ארגון טרור". לעניין חזקה זו נקבע כי "עורר נאשם ספק סביר לעניין זה, יפעל הספק לטובתו". (ב) חברות עבר: "מי שהיה חבר בארגון טרור יראו אותו כחבר באותו ארגון, אלא אם כן הוכיח כי חדל מלהיות חבר בו". עוד נקבע כי אם במשך חמש שנים (או שלוש שנים במקרה של קטין מתחת לגיל 16) לאחר הפיכתו של אדם לחבר בדרך של הסכמה להצטרף לארגון לא היה פעיל בו – יראו אותו כאילו חדל מלהיות חבר בארגון הטרור.¹⁹

ארגון טרור מוגדר בהצעת החוק כחבר בני אדם (מאוגד או שאינו מאוגד) שהוא ארגון טרור מוכרז או חבר בני אדם שאינו ארגון טרור מוכרז, המבצע או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע "מעשה טרור" או "עברת טרור חמורה" כהגדרתם בחוק.²⁰ עוד נכתב בהגדרה כי "אין נפקא מינה אם חברי הארגון יודעים את זהות החברים האחרים אם לאו, אם הרכב חברי הארגון קבוע או משתנה, אם הארגון מבצע גם פעילות חוקית ואם הוא פועל גם למטרות חוקיות", וכן כי "יראו פלג, סניף, סיעה או מוסד של חבר בני אדם כאמור וכל גוף הכפוף לו, כארגון טרור, גם אם הוא קרוי בשם אחר".²¹ שר הביטחון הוא שמכריז על ארגון טרור בהתאם למנגנונים שנקבעו בסעיפים 3-9 להצעת החוק.²² ועדת השרים

- 18 ש.ש.
- 19 ש.ש, בעמ' 1412. לביקורת על התפיסה שלפיה "פעם חבר, תמיד חבר" ראו הילי מודריק אבן-חן, לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, התשס"ב-2002 34-35 (2005) (להלן: מודריק אבן-חן).
- 20 קדמי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1409.
- 21 ש.ש, בעמ' 1410.
- 22 לביקורת ראשונית על הסדרים הקבועים במנגנון ההכרזה ראו לילה מרגלית ואדם שנער נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010 18-27 (2010) (להלן: התייחסות האגודה לזכויות האזרח).

לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) יכולה אף היא להכריז על ארגון טרור על בסיס הכרזה מקבילה של גורם מוסמך מחוץ לישראל לפי סעיפים 10-11 להצעת החוק.²³

23 ראו גם ס' 46 לה"ח, לעיל ה"ש 1, העוסק בתחולת דיני העונשין על עברת טרור שהיא עברת חוץ.

ניתוח יסודות העברה

”חבר“: על סוגי חברות והפללתם

באופן תאורטי אפשר לחשוב על רצף של התנהגויות שעשויות להיכלל בהגדרה ”חברות בארגון טרור“, כל אחת בעלת מאפיינים שונים ורמת פליליות שונה.²⁴ אני סבורה כי אין מקום להפליל חלקים מההתנהגות הנכללת בהגדרה הנוכחית וכי יש ליצור מדרג ברור ברמת הענישה בין התנהגויות אחרות המוגדרות ”חברות“.

בקצה האחד של הרצף מצויה החברות השמית (נומינלית). כלומר, אדם שהצטרף לארגון טרור על ידי הבעת הסכמה בפני מגייס או ביוזמתו אך לא נקט פעולה נוספת בקשר עם הארגון. בסעיף ההגדרות של הצעת החוק נכתב כי חבר בארגון טרור הוא ”מי שהביע הסכמתו להצטרף לארגון טרור, בפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא חבר בארגון טרור או שלוח מטעמו“. אין דרישה לפעילות נוספת על עצם ההצטרפות. הדבר נלמד מדברי ההסבר להצעת החוק ומתחייב על רקע קיומה של חלופה מחמירה בדמות חברות שיש בצדה פעילות. הצורה הבאה של חברות היא חברות פסיבית ברובה, המתבטאת בצריכת מידע מהארגון לחברים, ואולי אף בהשתתפות בפעולות של הארגון, אך בעיקר כקולט או כמקבל (למשל, שמיעת הרצאות או השתתפות בקבוצות לימוד או בקבוצות דיון). ייתכן שיש כאן מקום להבחין בין צריכת חומרים מופשטים-תאורטיים בלבד, כמו עיקרי אידאולוגיה או עקרונות דתיים, לבין צריכת מידע מסוכן וקונקרטי שיש לו השלכות מעשיות פוטנציאליות, דוגמת המיקום של יעדים אפשריים להתקפות טרור.

24 התפיסה המשתקפת בפסיקת בתי הדין הצבאיים – אגב יישומן של תקנות ההגנה שנסקרו לעיל – היא שהחברות בארגון טרור אינה מותנית בפעילות כלשהי. ביטוי לכך אפשר למצוא בפסק הדין בעניין עד”י (ערעורים איו”ש) 56/00 קוואסמה נ’ התובע הצבאי פש”מ יא 48 (2000), שעסק בעיקר בשאלה של הפסקת החברות בארגון טרור.

לאחר מכן באה החברות הפעילה לגוניה. הכוונה היא לפעילות שיש בה תרומה לפעילות הארגון. גם כאן ייתכן שיש מקום להבחנות על פי דרגת המסוכנות של הפעילות וטיבה של החברות. עבודה אדמיניסטרטיבית שונה במהותה מהוראת אידאולוגיה, וזו שונה מאימון בנשק. בהצעת החוק נקבע כי "מי שנוטל חלק פעיל בפעילות של ארגון טרור או בפעילות מטעם ארגון כאמור" נחשב גם הוא חבר בארגון טרור.

בקצה השני של הרצף, ובראש מדרג סוגי החברות, אפשר למקם בעלי תפקידים בארגון, ובהם: העומד בראש הארגון; הנהגתו; מטה הארגון; בעלי תפקידים פיקודיים נוספים בהיררכיה הארגונית; מקימי הארגון; מגייסי חברים חדשים; מדריכים; וכיוצא באלה. בהצעת החוק יש התייחסות ספציפית לעומד בראש ארגון טרור (בסעיף 23א), עונש מרבי של 25 שנות מאסר; לממלא תפקיד ניהולי או פיקודי בארגון טרור (סעיף 24, עונש מרבי של 15 שנות מאסר); ולאדם המגייס חבר לארגון טרור (סעיף 25ג), עונש מרבי של שבע שנות מאסר).

"בארגון טרור": על סוגי ארגונים והפללתם

הרכיב השני בהגדרת העברה הוא הנסיבה "בארגון טרור". שתי שאלות עולות מהגדרה זו: ראשית – שאלה מהותית: מהו "ארגון טרור" (ולענייננו, מהו "ארגון טרור" המצדיק את הפללת החבר בו), ומהם מאפייניו? השאלה השנייה היא במישור הפרוצדורלי: מהו המנגנון שבו נקבע אם חבר בני אדם פלוני עונה על ההגדרה "ארגון טרור", ומיהו הגורם האמון על קביעה זו?

מבחינה מהותית, הגדרת "ארגון טרור" נגזרת מהגדרת המונחים "טרור" ו"מעשי טרור" וכרוכה בהם. אין בנמצא הגדרה מוסכמת במשפט הבינלאומי למונח "טרור" ולנגזרותיו.²⁵ ניסיונות רבים להסדיר את הגדרת המונח "טרור"

25 לקריאה נוספת בנושא ניסיונות להגדרת "טרור" בספרות המשפטית ראו מרדכי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה – המקרה של ישראל" המשפט כה, 2 (2008) (להלן: קרמניצר "טרור ודמוקרטיה"); ארנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלוש 287-291 (2006); דנה בלאנדר "טרור – כואב, אבל עמום" פרלמנט (2008): 59; www.idi.org.il/Parliament/2008/Pages/59_2008/B_59/b_59; George P. Fletcher, *The Indefinable Concept of Terrorism*, 4 J. INT'L CRIM.

במסגרת אמנה בין-לאומית לא צלחו, על רקע מחלוקות משפטיות ופוליטיות. בהצעת החוק²⁶ מוגדר "מעשה טרור" כמעשה של עברה או איום בעשיית מעשה, כאמור, שנעשו (1) ממניע מדיני, אידאולוגי, דתי או גזעני; (2) במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או להניע רשות שלטונית (בישראל או מחוץ לה) לעשות מעשה; (3) במעשה שנעשה או בכזה שאיימו בעשייתו הייתה פגיעה או סיכון ממשי לפגיעה בגופו או בחירותו של אדם, בכיטחון המדינה, בכטיחות הציבור או בכריאותו, ברכוש, בתשתיות וכדומה.²⁷ אם המעשה נעשה תוך שימוש בנשק, יראו בו "מעשה טרור" גם אם לא נעשה למטרה כאמור. אשר להגדרת ארגון טרור, שלושה סוגים של ארגונים עשויים להיכלל בהגדרה של ארגון טרור:

- (1) ארגון טרור מובהק: חבר בני אדם שמטרתו העיקרית היא ביצוע מעשי טרור.
- (2) ארגון דרמהותי: חבר בני אדם שלו מטרות מעורבות: מטרות

JUST. 894 (2006); Thomas Weigend, *The Universal Terrorist*, 4 J. INT'L CRIM. JUST. 912 (2006); Christian Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, in TERRORISM AS A CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW: SECURITY VERSUS LIBERTY? 23 (Christian Walter et al. eds., 2004); Antonio Cassese, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, 4 J. INT'L CRIM. JUST. 933, 935 (2006) הצורך בהגדרת "טרור" ו"חברות בארגון טרור" כמשפט הבינ-לאומי ראו גם הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור 120, 496-497 (דן מרידור יו"ר, חיים פס עורך, 2006) (להלן: דמוקרטיה נלחמת בטרור).

26 ה"ח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1413-1414. כעולה מדברי ההסבר, ההגדרה דומה לזו הקיימת בחוק איסור מימון טרור.

27 השוו: החוק הפלילי הקנדי (Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46), סעיף 83.01; Terrorism Act, 2000 (כפי שתוקן על ידי ה-Terrorism Act, 2006, c.11 (Eng.)). יש הגדרות מרחיבות יותר, כמו זו המצויה בפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 (שעתידה להתבטל אם תקבל הצעת החוק הנידונה כאן), ובה "ארגון טרוריסטי" פירושו חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה. כלומר, לא נדרשים מטרה מיוחדת או מניע מסוים לאותם מעשי אלימות או איום באלימות.

לגיטימיות (פעילות הומניטרית כגון צדקה וחינוך) לצד מטרות בלתי לגיטימיות (ביצוע מעשי טרור).
 (3) ארגון מעטפת: חבר בני אדם שמטרתו לגיטימיות בעיקרן (פעילות הומניטרית כגון צדקה וחינוך), אך יש לו זיקה לארגון טרור או לתנועה פוליטית שאליה משתייך ארגון הטרור, והוא נתפס כמקדם או מאפשר את פעילותו של אותו ארגון.²⁸

ההבחנה בין ארגון טרור מובהק לארגון דו-מהותי אינה מקובלת על משפטנים רבים. השופטת (ברדמוס) איילה פרוקצ'יה התייחסה לעניין זה בבש"פ 6552/05 (17.8.2005):

לא ניתן לבודד בין הפונקציה האזרחית לפונקציה הצבאית בפעילותו של הארגון, וכל אבחנה והפרדה ביניהם היא מלאכותית ושגויה. הפונקציה האזרחית מזינה את התכלית הצבאית, והתכלית הצבאית מספקת את העילה והתכלית לפעילות הכספית האזרחית ולהזרמת המימון הנדרש לפעילות הארגון, ובכלל זה גם למעשי עזרה לנזקקים, ולקיום פעילויות חברתיות בין צעירי הארגון כדי לעודד את מעורבותם והשתייכותם לארגון.²⁹

ואכן, רבים שותפים לעמדה שאין להפריד בין האגפים האזרחיים של התארגנויות טרור לאגפים הטרוריסטיים, במיוחד בהקשר של מימון פעולות טרור.³⁰ השאלה

28 הצעת החוק אינה מתחשבת בקטגוריה של "ארגון דו-מהותי", אלא מבחינה בין ארגוני טרור לבין ארגוני מעטפת. ראו דברי ההסבר בעמ' 1409-1410, 1417, 1420. וראו ההגדרות שבסעיף 4 (א)(1) ו-4(א)(2) לה"ח העוסקים בשיקולי השר בהכרזה על ארגון מעטפת כארגון טרור. ליחס שבין מעגלים שונים של פעילי טרור ובין ארגוני צדקה אזרחיים למימון פעילות טרור ראו גדי אשד "המאבק בטרור בזירת המימון" משפט ועסקים יג 261, 264-267 (2011).

29 ראו גם בש"פ 854/07 אבו-דקה נ' מ"י (לא פורסם, 8.3.2007).

30 ראו לדוגמה Peter Margulies, *Uncertain Arrivals: Immigration, Terror, and Democracy After September 11*, UTAH L. REV. 481, 506-507 (2002);

של מימון טרור מעוררת קשיים מיוחדים, ועל כן זכתה לטיפול מיוחד בחקיקה נפרדת.³¹ בהקשרים אחרים נראה שאפשר להבחין בין מעשי סיוע אזרחיים או טרוריסטיים.

נגד הניסיון להבחין בין פעולות שונות של ארגוני טרור נטען כי פעולות אזרחיות של ארגון טרור מעלות את התמיכה בו באוכלוסייה שבשמה הוא פועל, ובאופן עקיף הן מאפשרות ביצוע פעולות טרור ומקדמות אותן. אולם אפשר לטעון גם שההנחה המובלעת שיש מתאם בין תמיכת האוכלוסייה בפעולות האזרחיות של הארגון לבין תמיכה בפעולות הטרוריסטיות אינה מובנת מאליה. ככל שמצבה של האוכלוסייה משתפר הודות לפעולות האזרחיות של הארגון, נחלשת תחושת הייאוש וקטנים הסיכויים שאנשים יעדיפו את דרך האלימות. לקשר בין האוכלוסייה לארגון עשויה להיות גם השפעה ממתנת כללית על פעילות הארגון (למשל, מחשש מתגובת המדינה שתקשה על האוכלוסייה). מכל מקום, פעילות חינוכית של הארגון היא בגדר חריג אשר עלול להגביר את התמיכה בפעולות אלימות.

לפי הצעת החוק, שלושת סוגי הארגונים שצוינו לעיל נכללים בהגדרה "ארגון טרור", ועל כן החברות בהם אסורה ונושאת עמה סנקציה פלילית. הצעת החוק קובעת במפורש שאין נפקות לשאלה אם הארגון פועל גם למטרות חוקיות או מבצע גם פעילות חוקית.³² לפיכך, דינו של ארגון דו-מהותי כדינו של ארגון

Matthew Levitt, *Stemming the Flow of Terrorist Financing: Practical and Conceptual Challenges*, 27 FLETCHER F. WORLD AFF. 59, 64-66 (2003); Robert M. Chesney, *Review: Civil Liberties and the Terrorism Prevention Paradigm: The Guilt by Association Critique*, 101 MICH. L. REV. 1408, David Cole, *Enemy Aliens: Double* ראו על עמדות אלה 1447 (2003) *Standards and Constitutional Freedoms*, in THE WAR ON TERRORISM 62-63 (Mitchell Young ed., 2003)

31 ראו גיל-עד נועם, ההתמודדות המשפטית בישראל עם תופעת מימון טרור, 48-111 (2009). לניתוח ספציפי יותר של מדיניות אכיפה של עברות התאחדות לא מותרת בהקשר של מימון טרור ראו דורון גולדברשט דמוקרטיה נלחמת במימון הטרור: הכרזות על התאחדויות בלתי מותרות בחברה דמוקרטית 1-12, 45-53 (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2009) (להלן: גולדברשט).

32 ה"ח, לעיל ה"ש 1, הגדרת "ארגון טרור" שבס' 2(א).

טרור מובהק. הגורם שרשאי להכריז על חבר בני אדם פלוני "ארגון טרור מוכרז" הוא שר הביטחון. ההבחנה בין ארגון טרור רגיל (מובהק או דו־מהותי) ובין ארגון מעטפת מתמצה בכך שהכרות שר הביטחון ביחס לראשון היא דקלרטיבית (כלומר, החברות בארגון "המבצע מעשה טרור [...] או הפועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור" אסורה, גם אם שר הביטחון טרם הגדירו "ארגון טרור מוכרז"), ואילו ביחס לארגון מעטפת ("חבר בני אדם המקדם או המאפשר את פעילותו של ארגון טרור") מדובר בהכרזה קונסטיטוטיובית (ועל כן חברות בארגון מעטפת ששר הביטחון טרם הכריז עליו "ארגון טרור מוכרז" אינה עברה פלילית). ביחס לארגוני מעטפת נקבע כי על שר הביטחון לשקול את טיב הזיקה בין ארגון המעטפת לארגון הטרור, וכך אם פעילות ארגון המעטפת המאפשרת את פעולת ארגון הטרור העיקרי היא מתמשכת ושיטתית ויש בה תרומה ממשיה לפעילותו.³³

המנגנון שנבחר בהצעת החוק לקביעה אם חבר בני אדם הוא ארגון טרור הוא, כאמור, בעיקרו הכרזה של הרשות המבצעת.³⁴ לא זה המקום לקיים דיון מלא ומפורט בשאלת הביקורת על מנגנון ההכרזה שבהצעת החוק, אך זו אינה הטכניקה האפשרית היחידה. בשיטות משפט שונות, הכוח להכריז על ארגון ארגון טרור מחולק באופנים שונים בין בתי המשפט, הממשלה והמחוקק. בבריטניה כולל נספח 2 ל־Terrorism Act, 2000 רשימה של ארגונים אסורים, אך לממשלה נתונה הסמכות לתקנה. אפשר לערער על סירוב הממשלה להסיר ארגון מן הרשימה לוועדה שחבריה ממונים על ידי הלורד צ'נסלור, ובהם שופט,³⁵

33 שם, ס' 4. לתיאור כללי של מדיניות ההכרזה על ארגוני צדקה במסגרת ההתמודדות עם מימון טרור ראו גולדברשט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 61-68.

34 פרק ב לחוק המוצע (ס' 3-19). הסימן הראשון של הפרק עוסק בהכרזה על ארגון טרור בישראל; הסימן השני עוסק בהכרזה על ארגון טרור או פעיל טרור מחוץ לישראל; הסימן השלישי מקים, בין היתר, את הוועדה המייעצת המלווה את הליך ההכרזה. ס' 134 להצעה קובע הסדר מְעַבֵּר לגבי ארגונים שהוכרוזו טרם חקיקתו של החוק, ולפיו יראו אותם ככאלה שהוכרוזו הכרזה סופית באופן המייתר את הצורך בהכרזה מחודשת.

35 ראו ס' 14 לחוק המוצע. תפקידים של הוועדה המוקמת מכוח החוק הם "ייעוציים" בלבד. שם, ס' 5(ה); 7, 9, 12 ו־13 להצעה.

ועל החלטות הוועדה אפשר לערער לבית המשפט לערעורים.³⁶ בישראל, על פי פקודת מניעת טרור (1948), בית המשפט הוא שמחליט בשאלה אם ארגון הוא ארגון טרור במסגרת דיון במשפטו של נאשם. הכרזה ממשלתית על ארגון כארגון טרור מעבירה את נטל ההוכחה אל כתפי הנאשם, שיכול לסתור אותה.³⁷

36 אף שאין בהצעת החוק הליך ערעור לאינסטנציה שיפוטית, הליכי ההכרזה כפופים, ברמה העקרונית, לביקורת השיפוטית של בג"ץ. ראו למשל ה"ח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1423. עם זאת, כידוע, עילות הביקורת של בג"ץ אינן ערעוריות אלא מופנות לסבירות ההחלטה, בשים לב לצורך לכבד את שיקול הדעת של הגורם המוסמך. דומה שהליך ההכרזה שבחוק טוב יותר מן המצב הקיים. עם זאת, וחרף המנגנון הדו-שלבי, ההכרזה מקיימת מאפיינים מנהליים-ביצועיים מובהקים ואינה כוללת פיקוח פרלמנטרי או שיפוטי כחלק מההסדר המוצע. לדיון מפורט יותר בשאלות הנוגעות לביקורת על ההסדר המוצע ראו התייחסות האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 222.

37 ס' 8 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948.

הערכים העומדים משני צדי המתנס

הערכים המוגנים

ההצדקה העקרונית לאיסור בדין הפלילי על מעשה כלשהו היא הגנה על ערך חברתי באמצעות המשפט הפלילי. אמת מידה חשובה לבחינת איסור כזה היא הערך החברתי שהוא מגן עליו. לפיכך נקודת מוצא לדיון הביקורתי על הפללת חברות בארגון טרור ועל היקף העברה כפי שהיא מובאת בהצעת החוק היא סקירת הערכים המוגנים על ידי האיסורים על חברות בארגון טרור.

הניתוח הסביר ביותר של עברת החברות מתייחס לעברת החברות בארגון טרור כעברה בלתי מושלמת (inchoate offence). חומרתה נגזרת מחומרתן של עברות מושלמות המוגדרות "מעשי טרור", והאיסור הפלילי על חברות בארגון טרור נועד למנוע את ביצוען של העברות המושלמות האמורות או להעניש את הפרט החבר על זיקתו אליהן. הערכים המוגנים שאפשר לגזור מהגדרת "מעשי טרור" כוללים את הזכות לחיים, את הזכות לשלמות הגוף, את זכות הקניין ואת האינטרס לשמירה על הרכוש, וכן היבטים מסוימים של חירות הפעולה הכללית והאינטרס הציבורי לחיות בשלווה וללא פחד. ערך מוגן נוסף, שגם אותו אפשר ללמוד מההגדרות השונות ל"מעשה טרור", הוא ריבונות המדינה, ובפרט יכולתה לקבל החלטות ללא כפייה ולחצים לא לגיטימיים. אפשר אף לטעון כי הדמוקרטיה עצמה היא הערך המוגן באיסור הפלילי על מעשי טרור, על רקע חזון הבלהות שבו מתקפת טרור רחבה עלולה להביא להתמוטטות המדינה הדמוקרטית ולהשתלטות טרוריסטים עליה.³⁸ אין סיכוי רב להתממשות החשש מהשתלטות טרוריסטים על מדינה וכינון משטר לא דמוקרטי. זה סיכון רחוק מאוד ואפילו דמיוני, בעיקר בהתחשב באמצעים הנדרשים לשם כך, שאינם מצויים ברגיל בידי ארגוני טרור (כדוגמת כוח צבאי גדול או שיתוף פעולה עם צבא מדינתי אחר).

Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 1 at 24-25, 26 (2007) 38

על הכף השנייה של המאזניים הפרשניים יש להניח כמה שיקולי-נגד חשובים. אל מול הערכים המוגנים עומד החשש משימוש בסמכויות המדינה במשפט הפלילי לשם צמצום חירויות דרסטי כחלק מהמאבק בטרור. הסכנה לערכים הדמוקרטיים כתוצאה מנקיטת אמצעי תגובה או התגוננות כאלה היא ראלית. לפיכך יש להציב את שיקולי הנגד, בעיקר כדי לבחון אם ניתן להם משקל ראוי בהפללת החברות. חלק משיקולי הנגד הללו מקורם במגבלות חוקתיות כלליות על תחום ההשתרעות של המשפט הפלילי. שיקול נגד משמעותי נוסף הוא ההפרה הפוטנציאלית של חופש ההתאגדות (freedom of association).

עקרונות כלליים מתחום המשפט הפלילי

עקרון השיוריות. מכיוון שהמשפט הפלילי הוא הכוח הכופה החזק ביותר העומד לרשות המדינה, מוצדק לעשות בו שימוש רק אם אין אמצעי אחר, דרסטי פחות. מקרה מוצדק כזה הוא התאגדות הגורמת נזק משמעותי לערך חברתי מוגן או מסכנת אותו, ובלבד שהחבר בהתאגדות נושא באשמה מספקת.³⁹ התאגדותם של כמה אנשים אינה מזיקה או מסוכנת כשלעצמה אלא כשיש פעילויות פליליות שאליהן הקבוצה מכוונת. לפי גישה זו יש צורך בזיקה הדוקה בין ההתאגדות ובין הסכנה כדי להפלילה באופן לגיטימי. כינונה של זיקה כזאת נחוץ לא רק כדי לבסס את הגינות הייחוס של הנזק לחבר,⁴⁰ אלא גם כדי לענות על הקריטריון להפללה, שעל פיו על ההתנהגות המופללת להיות בעלת אופי שלילי. לכאורה נראה כי צורות של חברות פסיבית אינן מכוונות זיקה כזו. עם זאת, ייתכן שהן מצדיקות קביעת איסורים שאינם פליליים.

עיקרון נוסף הוא **עקרון האשמה**, ולפיו אין להטיל אחריות פלילית לביצוע היסוד העובדתי של העברה אם הוא אינו מלווה ביחס נפשי שלילי כלפי הערך

39 יורם רבין ויניב ואקי דיני **עונשין** (מהדורה שנייה, 2010), כרך א, עמ' 38-40; לאחרונה נדון עקרון השיוריות הפלילי בכג"ץ 88/10 שורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.7.2010), שם הודגש מעמדו החוקתי.

40 Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: "Remote" Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259 (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996)

המוגן בעברה.⁴¹ אפשר לטעון כי הגדרה רחבה מדי של חברות בארגון טרור אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה, שכן חברות בארגון מעטפת או בארגון דו-מהותי, למשל, אינה כוללת בהכרח יחס נפשי שלילי לערכים המוגנים שציינו. צורות רבות של חברות הן בעלות אופי הכנתי ראשוני ומשקפות דרגה נמוכה של אשמה הצפויה להתעצם רק עם עשיית צעדים נוספים והתקרבות לכיצוע אגב מאבק פנימי תמידי של החבר בארגון עם הבלמים המוסריים שלו, ואולי אף אגב גיבושה של כוונה.⁴² בהיעדר תהליכים נפשיים כאלה קשה לייחס לו אשמה מספקת. עובדת היותו רשום כחבר או כמצהיר על חברותו בארגון דו-מהותי אינה משקפת בהכרח בחירה לבצע התקפה על ערך מוגן כלשהו.

בעקרון האשמה כרוך גם עקרון המידתיות בפלילים, ולפיו אין להטיל על אדם אחריות או עונש מעבר למידת אשמתו.⁴³ איסורים על התאגדות או על התחברות יכולים להוביל לנטישת המחויבות לעקרון האשמה האישית גם ביישום שלהן. הדבר ייעשה בהתמקדות בפעילויות הקבוצה או החברים האחרים בה באופן שמשחיר את פני הנאשם, דוגמת הצגת כמויות עצומות של ראיות בדרך המקשה על קביעת משמעותן בהקשר של הנאשם (ובמקרים מסוימים אף בדרך של קביעת האחריות תוך התייחסות לפעילויות הקבוצה – ראו סעיפים 58–59 לתקנות ההגנה). הדבר חותר תחת הרעיון של אשמה אינדיבידואלית, מיסודותיה החשובים ביותר של האשמה. החששות האמורים מתעצמים באווירת הבהלה השוררת בדרך כלל בתקופות שבהן נאכפים האיסורים על חברות בארגון טרור ביתר שאת וכשגורמים נוספים הופכים את השימוש בעברת החברות בארגון טרור לאטרקטיבי. במסגרת הדיון בהפללת חברות בארגון טרור יש להביא בחשבון גם את החשש משחיקה הדרגתית של עקרון האשמה במערכת המשפט הפלילי כולה.

המונח "חברות" עמום במיוחד: לא ברור איזו התנהגות מכוננת מבססת עברה

41 מרדכי קרמיצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (1996).

42 Daniel Ohana, *Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission of a Crime*, 20 CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 113, at 117 (2007)

43 שם, בעמ' 285.

של חברות.⁴⁴ לא ברור גם היכן מצוי הגבול בין עברת החברות לעברות אחרות, כמו תמיכה בארגון טרור או השתתפות בפעולות של ארגון טרור.⁴⁵ עמימות כזאת אינה מתיישבת עם מחויבות לעיקרון של אזהרה הוגנת מראש. הבעייתיות מתחדדת מכיוון שהתנהגות שעשויה לבסס עברת חברות היא למעשה התנהגות תמימה, ועל כן אין לסמוך על הבלמים המוסריים של הנאשמים שיורו להם להימנע מהתאגדות בארגון. מאחר שמרבית האוכלוסייה אינה מעיינת בספרי חוקים, ההתאמה בין המשפט הפלילי לבין תפיסות המוסר הבסיסיות של רוב האוכלוסייה היא רכיב חשוב בהבטחת אזהרה אמיתית והוגנת מפני הסנקציות הפליליות – סנקציות שאמורות להיות מוטלות רק בגין התנהגות חמורה ואנטי-חברתית במיוחד.

נוסף על כך, מכיוון שאיסורים רבים על חברות מכסים מגוון רחב של התנהגויות אשר האופי האנטי-חברתי של חלקן קלוש, חקיקתם מעניקה לתביעה כוח משמעותי להחליט את מי לחקור, על מי לאיים באישום ונגד מי להגיש אישום.⁴⁶ גם עובדה זו פוגעת בעקרון החוקיות ובעיקרון של מתן אזהרה הוגנת

44 לביקורת ברוח דומה על עברת החברות ועל הסדרים נוספים שבחוק ראו התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1-5, 6-9.

45 הצעת החוק קובעת שורה של עברות משיקות שלא תנותחנה בהרחבה במסגרת מחקר מדינית זה. עברות אלה מעלות את שאלת הצורך בעברת החברות (הנומינלית), לצד שאלת היחס בינה לבין העברות שנקבעו. בין אלה אפשר לציין עברת מילוי תפקיד ניהולי או פיקודי בארגון טרור (ס' 24); מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור (ס' 26, וראו הדיון במבחן "התמיכה המוחשית" שבמשפט האמריקני בהמשך) וגילוי הזדהות עם ארגון טרור ועם הסתה לטרור (ס' 27); סיוע ברשלנות לביצוע מעשה טרור (ס' 28); אי-מניעת מעשה טרור (ס' 29); איום בביצוע מעשה טרור (ס' 30); הכנה לביצוע מעשה טרור (ס' 31); אימונים או הדרכה למטרות טרור (ס' 32); איסור פעולה ברכוש למטרות טרור (ס' 34, המפליל גם תגמול על ביצוע עברת טרור). לביקורת על כמה מהעברות המוצעות ראו התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13-22.

46 לתיאור הדינמיקה הבסיסית של ההפרזה השלטונית בהפעלת סמכויות בהתמודדות עם איומי ביטחון ראו קרמניצר "טרור ודמוקרטיה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 7-8. לדילמות של גורמי אכיפת החוק בהתמודדות עם הטרור ראו נאוה בן-אור "החיתוך בין דמוקרטיה, מלחמת וטרור: שאלות משפטיות" דמוקרטיה נלחמת בטרור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 73-83; דוד זכריה "דילמות משפטיות: הפרקליטות מול הטרור" דמוקרטיה נלחמת

מראש. זאת ועוד, התביעה עלולה להפעיל כוח זה באופן שרירותי או בהיענות לדרישת הממשלה.⁴⁷ הדברים חמורים ומסוכנים במיוחד אם מביאים בחשבון אפשרות של הכשלה של נאשמים פוטנציאליים (entrapment) ואת האיום באישום בחברות כאמצעי לגיוס סוכנים, להשגת שיתוף פעולה וכו'.

עקרונות חוקתיים נוספים: חופש ההתאגדות

נוסף על העקרונות והשיקולים הכלליים מתחום המשפט הפלילי, ולצד הפגיעה בחירות הכללית, שהיא עצמה מצדיקה ניתוח של העברה בראי המבחנים החוקתיים,⁴⁸ יש להתייחס גם לשיקולים חוקתיים נוספים הרלוונטיים לענייננו, ובפרט לפגיעה בחופש ההתאגדות. רבות נכתב על התועלת הגלומה בהתאגדות להגשמתו העצמית של הפרט, לקידום יעיל של שאיפות פוליטיות וחברתיות במדינה דמוקרטית-ליברלית ולשיפור איכות החיים במדינה המודרנית.⁴⁹ חופש

בטרור, שם, בעמ' 83-93; שי ניצן "המאבק בטרור כלחימה: היבטים משפטיים" דמוקרטיה נלחמת בטרור, שם, בעמ' 119-140.

47 בהקשר זה, ובהמשך לכתיבה בתחום זה בעולם, מבחינה דפנה ברק-ארוז בין שני מודלים להתמודדות של דמוקרטיות עם הטרור ברמה המוסדית (דפנה ברק-ארוז "המאבק המשפטי בטרור: ההיבט המוסדי" עיוני משפט לב 47 (2010)). "המודל החקיקתי" הוא מצב שבו מדינה מפעילה אמצעים במאבק בטרור על יסוד חקיקה מסמיכה – ובמקרה האידאלי, מפורטת – המעניקה סמכויות ספציפיות בתחום זה. "המודל הביצועי" הוא מצב שבו המדינה מפעילה אמצעים במאבק בטרור מכוח סמכויות רחבות וכלליות המוקנות לרשות המבצעת, כמו צווים נשיאותיים או חקיקת חירום (לדיון מוקדם יותר בהבחנה זו ראו קרמניצר "טרור ודמוקרטיה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 4; הבחנות רלוונטיות נוספות שמציגה ברק-ארוז הן ההבדל בין שימוש במשפט הפלילי לבין שימוש בדיני המלחמה והמשפט המנהלי). מטבע הדברים, משיקולים של חוקיות הפעולה וההגנה על זכויות האדם, המודל החקיקתי מוצדק יותר ברמה העקרונית, ואף מחויב כאשר מדובר בשפיטה פלילית (שם, עמ' 49, 57, 60-61). ההבחנה בין המודלים מיטשטשת במקרים שבהם קיימת חקיקה אך היקף התחולה שלה נקבע, הלכה למעשה, על ידי הרשות המבצעת (שם, עמ' 62).

48 רבין וואקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 45-67.

49 לדיון עקרוני בנושא זה ראו William O. Douglas, *The Right of Association*, 63 COLUM. L. REV. 1361, 1361-1362 (1963); Thomas Emerson, *Freedom of Association and Freedom of Expression*, 74 YALE L.J. 1, 4 (1964)

ההתאגדות הוא זכות יסוד המוגנת ברוב החוקות הליברליות⁵⁰ ובאמנות בין-לאומיות.⁵¹ בישראל נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כבר בשנות השישים של המאה העשרים כי "חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח" וכי "כלל גדול הוא שרק שיקולים כבדי משקל עשויים להצדיק איסור של אגודה".⁵²

עם זאת, אין קונסנזוס עולמי על תחום ההשתרעות של חופש ההתאגדות. הגישה האירופית מגבילה את ההגנה החוקתית להתאגדויות המבקשות לקדם מטרות לגיטימיות. סעיף 9 לחוקה הגרמנית, למשל, מגביל את חופש ההתאגדות להתארגנות שמטרותיה ודרכיה אינן עומדות בסתירה להוראות המשפט הפלילי ואינן מכוונות נגד הסדר החוקתי. ככל הנראה הגישה האירופית גם תובעת כי להתאגדות יהיה מבנה ארגוני כדי שתוכל לחסות תחת ההגנה החוקתית. בחלקים אחרים של העולם המצב שונה. למשל, בפסק דין של בית המשפט העליון הקנדי הציעו השופטים Wilson ו-L'Heureux-Dubé בדעת מיעוט פרשנות מרחיבה לחופש ההתאגדות.⁵³ אפשר שרמת ההגנה צריכה להשתנות בהתאם לפרמטרים של מבנה ושל מטרות: ארגונים בעלי מבנה מוגדר יזכו להגנה רבה יותר מפני שהם עשויים למלא תפקיד חברתי חשוב יותר ומפני שבעבר ארגונים כאלה היו מושאי רדיפות פוליטיות. בד בבד ארגונים בעלי מטרות לגיטימיות יזכו להגנה רבה יותר מארגונים בעלי מטרות מעורבות, לגיטימיות ובלתי לגיטימיות.

50 ראו, למשל, ס' 9 לחוקה הגרמנית; ס' 23 לחוקה השוויצרית; ס' 22 לחוקה הספרדית; ס' 2 לצ'רטר הקנדי; ס' 12 לחוקה היוונית. גם בארצות הברית, שם הזכות אינה מוגנת במפורש בחוקה, נקבע כי מדובר בזכות חוקתית הנגזרת מהתיקון הראשון לחוקה. ראו *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958); *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961)

51 ס' 20 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); סע' 11 לאמנת זכויות האדם האירופית [came into force in] *European Convention on Human Rights* (1953)

52 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 679 (1964). שם נידון סירוב הרשות לרשום את ארגון אל-ארד לפי חוק האגודות העות'מאניות.

53 "חירות ההתאגדות אינה מוגבלת לזכות ליצור ארגון ולהשתייך אליו. פרשנות ליברלית של חירות ההתאגדות תובעת להבין חירות זו כמגנה על חירותו של אדם להתאגד עם אחרים ללא תלות בשאלה אם ההתאגדות מתרחשת מתוך שאיפה ליצור 'התארגנות' במובן הטכני של המילה".

לענייננו ברי כי ההגנה שלה יזכה ארגון טרור מובהק היא קלושה. עם זאת, לא ברור שכך הדבר ביחס לארגוני מעטפת ולארגונים דואליים.

חופש ההתאגדות מאופיין גם בפגיעות מיוחדת, הניכרת בסקירה המשווה שתוצג להלן. מחוקקים אוסרים על חברות בארגונים אנטי-ממשלתיים רדיקליים במידה לא מבוטלת של התלהבות, אפילו במחיר פגיעה ניכרת בזכויות אדם. חברים בהתאגדויות אנטי-ממשלתיות רדיקליות נמנים בדרך כלל עם מיעוט (אידאולוגי, אתני, דתי וכו'), ועל כן הם אינם מיוצגים בתהליכי החקיקה. על רקע זה, הפרת זכויות האדם שלהם על ידי הרוב המחוקק ללא מחאה ציבורית כמעט מתבקשת. כך למשל, ה־Smith Act האמריקני,⁵⁴ על עברות החברות הקבועות בו, עבר בקונגרס לאחר 12 דקות דיון. ממשלות מקדמות איסורים על התאגדות הן מן הטעמים שנזכרו לעיל הן מפני שהאיסורים מעניקים להן כוח להכריז על ארגונים ארגוני טרור, לעשות שימוש נרחב באמצעי מנע דוגמת מעצרים, חקירות, חיפושים, החרמות וציתות, ומאפשרים להן להתנכל לאופוזיציה. מאפיין זה הופך את עברות החברות לבעלות כוח משיכה גם לשירותי הביטחון.⁵⁵ הסכנה לחירויות גדולה יותר כאשר אין לארגונים מבנה ארגוני שאפשר לזהותו, בדומה לארגוני הטרור האסלאמיים של השנים האחרונות. בהיעדר מבנה כזה גוברת הנטייה לעצור בני משפחה, חברים, מתפללים באותו מסגד או אנשים שהביעו תמיכה כללית בג'האד. גם המאבק של בריטניה ב־IRA כלל מעצרים רחבים וחיפושים על בסיס הקשר של האנשים ל־IRA, ולאחר מכן לא נמצאו ראיות נגד הרוב המכריע של מושאי המעצרים והחיפושים הללו. איסורים על התאגדות הם בעלי משיכה מיוחדת גם לרשויות התביעה, מפני שקל יחסית להגיש כתבי אישום ולהרשיע בעברות אלה. הפגיעות המיוחדת הזאת חייבת להישקל בעת קביעת היקפה של נורמה פלילית האוסרת על התאגדות.

54 18 U.S.C. sec. 2385 (1940)

55 כך למשל הסביר עובד הזרוע הצרפתית למלחמה בטרור גל מעצרים משנת 1998 שר חשודים בעברת חברות: "נאלצנו לעצור אנשים רבים רק כדי לקבל יותר מידע אשר לא היה לנו. לעתים די היה במספר רשום בטלפון נייד לשם הוצאת צו מעצר. הכול נעשה כדי ללמוד עוד על רשת (הטרור), וכדי לקבל את הטלפונים ואת המחשבים. לא היינו חייבים לעשות זאת עם הבאסקים והקורסיקנים מפני שעליהם ידענו מספיק" (HUMAN RIGHTS WATCH, PREEMPTING JUSTICE: COUNTERTERRORISM LAWS AND PROCEDURES IN FRANCE 25 [2008]) (להלן: PREEMPTING JUSTICE).

החירות להתאגד קשורה בקשר הדוק לחירויות אחרות. הרלוונטיות לדינונו היא חופש הביטוי והאספה (freedom of speech and assembly). על הקשר הזה מלמדים הדמיון בין הרציונלים של חופש הביטוי לאלה של חופש ההתאגדות, העובדה ההיסטורית שאיסורים על חופש ההתאגדות ועל חופש הביטוי שימשו תדיר כלי לדיכוי פוליטי,⁵⁶ וכן העובדה המשפטית שביטויים מסוימים יכולים להביא לכך שארגון יוכרז בלתי חוקי או לחלופין ישמשו ראיה לאי-החוקיות שלו. התאגדות עשויה להיות נחוצה גם להגשמה אמיתית של חופש הביטוי, שכן היא מאפשרת פיתוח מלא של עמדות ועוזרת לחבריה להבהיר לעצמם ולאחרים את מחשבותיהם ורעיונותיהם. בה בעת התאגדות היא שלב חשוב בתהליך המעבר של רעיונות פרטיים אל הזירה הציבורית.⁵⁷ ככל שהתאגדות וביטוי חופפים, הטיעונים התומכים בחופש ההתאגדות נתמכים בצידוקים של חופש הביטוי. כאשר שיקולים מתחום חופש הביטוי פועלים את פעולתם אפשר אף להפעיל את המבחנים החוקתיים הנוקשים יותר המגבילים פגיעה בחופש הביטוי.⁵⁸ בהתחשב

56 ראם שגב, **חופש הביטוי: הצדקות וסייגים** (2008).

57 פנינה להב "חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** ז 375, 415 (1977).

58 דפנה ברק-ארז ודוד זכריה דנו לאחרונה באיזון שבין חופש הביטוי לבין הצורך בהפלה של פעילות במסגרת המאבק בטרור, אגב דיון בעברות של הסתה לטרור, ראו Daphne Barak-Erez & David Scharia, *Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law*, 2 HARV. NAT'L (Sec. J. 1 2011) (להלן: Barak-Erez & Scharia). המאמר, שנכתב על רקע פרשת הולדר האמריקנית, מציג בין היתר שתי גישות בסיסיות בשאלת ההגנה על חופש הביטוי במסגרת ההפלה של פעילות הקשורה לטרור. גישה אחת, המיוחסת לתרבות המשפטית האירופית, מקדמת את התפיסה שאיסורים על ביטויים בהקשר של פעילות טרור אינם נחשבים להגבלה בלתי-לגיטימית על חופש הביטוי (עמ' 4-6). גישה זו מודגמת באמצעות ההסדרים במשפט של בריטניה, של צרפת, של ספרד ושל ישראל. לעומתה מתוארת הגישה האמריקנית ברוח המסורת החוקתית של הגנה חזקה במיוחד על חופש הביטוי. במסורת החוקתית הזו ישנה רתיעה מהגבלות על תוכנם של ביטויים גם בהקשר של טרור (ראו עמ' 14). פשרה מסוימת בין הגישות הושגה במסגרת החלטה מועצת הביטחון של האו"ם מספטמבר 2005 (UNSC Resolution 1624), בעקבות הפיגועים הקשים בלונדון, שקראה למדינות לאמץ חקיקה נגד הסתה לטרור ולפעול באמצעים נוספים לצורך מניעת התופעה. ההחלטה שיקפה, לפי עמדת הכותבים, את התפיסה שהלחימה בטרור צריכה להתרחב גם ללחימה בתחום השיח הציבורי

בצידוקים לחופש ההתאגדות ובפגיעותו המיוחדת, ברי כי איסורים פליליים על התאגדות צריכים להישען על שיקולים כבדי משקל, וכי עליהם להיות מוגבלים בהיקפם וממוקדים.

השיקולים האמורים הם שעומדים ביסוד המגמות העולות מהביקורת החוקתית על הסדרים למאבק בטרור בפסיקת בית המשפט העליון.⁵⁹ המגמה השיפוטית, שעליה נעמוד כעת, משקפת יחס ראוי בשאלת ההפללה של חברות נומינלית בארגוני טרור. נוסף על כך טוב להתחשב בה גם משום שהיא משקפת גישה אשר תיושם בביקורת שיפוטית עתידית על ההסדר שייקבע בחוק המאבק בטרור לעניין הפללה של חברות נומינלית. לאור האמור אתיחס להתפתחות משמעותית אחת: פסק הדין בעניין הלוחמים הבלתי-חוקיים, שמוכיל לצורך בצמצומה של החלופה הנומינלית כבר בשלב החקיקה.

בפרשת פלוני⁶⁰ עסק בית המשפט העליון בחוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, התשס"ב-2002, ובהתאמתו לדיני המשפט הבין-לאומי ההומניטרי (IHL).⁶¹ חוק זה מקנה לרשויות המדינה סמכויות למעצר מנהלי

והאידאולוגי, ובכלל זה מיגור ההסתה לטרור (עמ' 21-22; וראו גם עמ' 26-30; וס' 27 ו-119 לה"ח).

59 חקיקה מאוחרת לחוקי היסוד החדשים צריכה לעמוד בתנאי החוקתיות. הדבר נכון גם לגבי חקיקה פלילית, והמגמה בהקשר זה היא הרחבתה של הביקורת החוקתית במשפט הפלילי. הפגיעה הנבחנת, על פי רוב, היא הפגיעה בחירות הכללית ובכבוד, אף שאפשר לדבר על פגיעה בזכויות נוספות, כמו חופש ההתאגדות. הביקורת החוקתית רלוונטית במיוחד במצבים שבהם האיסור הפלילי עמום ואינו עומד בדרישות עקרון החוקיות. ייתכן שביקורת חוקתית בהקשר זה – מכוח רישת ההסמכה המפורשת שבפסקת ההגבלה ובהמשך גם מכוח מבחני המידתיות – תוביל לפסילתו או לכל הפחות לפרשנותו על ידי הפסיקה באופן ש"קורא לתוכו" רכיבים המפחיתים את עמידותו. ראו קרמניצר, "האם המשפט הפלילי ידו בכל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 955 ובהערות השוליים שם.

60 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מ"י (לא פורסם, 11.6.2008) זמין ב: <http://elyon1.court.gov.il/files/06/590/066/n04/06066590.n04.pdf> (להלן: עניין פלוני).

61 תיאור הרקע המשפטי לחקיקת החוק מצוי אצל מודריק אבן-חן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 13-32; וגם אצל דוד זכריה, קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 64, 99-100 (2012). כן ראו בהקשר זה דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר

של לוחמים בלתי-חוקיים, כהגדרתם בסעיף 2 בחוק. החוק קובע הסדר מנהלי מניעתי ולא הסדר פלילי-עונשי, ומשום כך אין לומר שהוא עוסק בהסדרה משפטית המאפשרת ללמוד ממנה על הסוגיה שלפנינו בדיוק מלא.⁶² חרף זאת מדובר בפסיקה רלוונטית לפרשנות של חלופות "נומינליות" במסגרת חקיקת טרור אשר עולות ממנה שתי מגמות חשובות.

ראשית, פסק הדין משקף את המגמה החוקתית המודרנית לבחינה שיפוטית של הסדרים בתחום המאבק בטרור כמשקפיים חוקתיים, ובפרט במבחני ההגבלה שבחוק היסוד. כך היה בעניין פלוני. בית המשפט בחן את חוקתיות הסמכות שבחוק לצד חוקתיות החוק עצמו, ומסקנתו הייתה שהחוק חוקתי. הוא הגיע למסקנה רק לאחר שקבע אמות מידה לפרשנות סעיפי החוק באופן המגלם את המבחנים החוקתיים ואת הדין הבין-לאומי ומצמצם, הלכה למעשה, את הסמכויות שנקבעו בו, ובכלל זה סעיפים ספציפיים שעסקו בהטלת סנקציה על "חברות נומינליות" ונתפסו בעיני בית המשפט כבעייתיים.

שנית, וחשוב יותר, במסגרת פסק הדין פורשה הוראה בחוק הלוחמים הבלתי-חוקיים שהקנתה סמכות מעצר של פעיל טרור שנמנה עם ארגון טרוריסטי.⁶³ כלומר, בית המשפט התמודד במסגרת הפרשנות החוקתית עם חלופת חברות נומינלית, בדומה לעברת החברות שבמרכז מחקר זה. בית המשפט פירש את החלופה כדי לצמצם את תחולתה, תוך שהוא קבע דרישה של קשר מוגבר של הפעיל לארגון באופן שמקשה על השימוש בסמכות במקרים של חברות נומינלית גרדא.⁶⁴ תחילה קבע, לגבי החלופה הפעילה שבסעיף ("נטל חלק בפעולות איבה,

הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); בג"ץ 2967/00 ארד נ' הכנסת, פ"ד נד(2) 188 (2000).

62 וראו בהקשר זה עניין פלוני, לעיל ה"ש 60, פס' 33 ו-47 לפסק הדין.

63 ס' 2 לחוק קובע כי לוחם בלתי חוקי הוא "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה כמשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה". ראו גם ס' 7 לחוק והדיון בו בפס' 24-25 לפסק הדין.

64 למעשה, פרשנות החוק קדמה לבחינת חוקתיותו, ולאחר שבית המשפט פירש אותו כאמור וצמצם את היקפו, הוא הצהיר כי החוק חוקתי. פרשנות החוק בוצעה לאור שתי חזקות: חזקת החוקתיות וחזקת ההתאמה למשפט הבין-לאומי ההומניטרי (שם, פס' 64).

בין במישרין ובין בעקיפין), כי פרשנות התואמת את העקרונות החוקתיים ואת הדין ההומניטרי מחייבת להסיק כי אין די בפעילות הכוללת תרומה רחוקה זניחה ושולית לפעולות האיבה וכי יש להוכיח שתרומתו של הפעיל גורמת לקיומה של מסוכנות אישית מכיוונו. ביחס לחלופה הנומינלית – "נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה" – קבע בית המשפט כי מחד גיסא אין די בקשר רופף כלשהו לארגון טרור כדי להיכלל במעגל הלחימה, במובנו הרחב של מושג זה. מאידך גיסא, כדי לבסס עילת מעצר של מי שנמנה עם ארגון טרור פעיל השם לו למטרה להילחם במדינה, אין הכרח שאותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן, ואפשר שזיקתו ותרומתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב של מושג זה.⁶⁵

פרשנות זו מוציאה זיקות מסוימות לארגון טרור מגדרי הפעילות האסורה ואינה מסתפקת בהבעת הסכמה בנסיבות הרחבות המנויות בהצעת החוק דנן לצורך הפללה. הפרשנות הזאת התבססה על הכרה בכך שהפעלת הסמכות במקרים שבהם מדובר בחברות נומינלית גרדא אינה מתיישבת עם עקרונות חוקתיים בסיסיים, ובראשם הפגיעה בחירות העצור. נוסף על כך, הדרישה לפעילות ב"מעגל הלחימה במובנו הרחב" מכירה בכך שקיימים מעגלים היקפיים שאינם נמנים עם מעגל זה ושלא ראוי להטיל סנקציות על הנוטלים בהם חלק ממכלול הטעמים המפורטים כאן. למרות הקשרו השונה של פסק הדין, דומה שבכל הנוגע למגמה הפרשנית של חלופות נומינליות ולנכונות השיפוטית לבחון סמכויות הניתנות למאבק בטרור במבחינים החוקתיים – הוא משקף את הדין הקיים גם בעברת החברות שבהצעת החוק.

7 לפסק הדין). פרשנות החוק לאור חזקת ההתאמה למשפט הבינ-לאומי ההומניטרי

נבעה גם מכך שהחוק עצמו הצהיר שזו מטרתו; הכרזה המופיעה גם בחוק דנן.

65 שם, פס' 21 לפסק הדין.

המרחק מן הפגיעה בערכים המוגנים: ניתוח של עברת החברות כעברה לא מושלמת

כבר עמדנו על כך שהדרך הסבירה ביותר לנתח את עברת החברות היא כעברה לא מושלמת, כלומר עברה שחומרתה נגזרת מהעברות העיקריות, שהן מעשי טרור. עברות לא מושלמות מופללות בדרך כלל בשל תרומתן להעלאת ההסתברות של הצלחת המבצע העברייני, שמשמעה פגיעה בערכים המוגנים על ידי העברות המושלמות. דינים פליליים שונים חולשים על המִטְרִיה הרחבה של עברות לא מושלמות. הניתוח שלהלן בוחן את היחס שבין עברת החברות לבין דינים אלה, הכוללים את דין הקשר ואת עברות ההכנה והשותפות. ההנחה שביסוד ניתוח זה היא שתורות מבוססות ויציבות של המשפט הפלילי משקפות איזון חוקתי בין זכויות הנאשמים לאינטרס הציבורי ולכוחה של המדינה. סטייה מן התורות הללו – כמו זו המתגלה בבחינת מהותם של האיטורים על חברות בארגון טרור – עלולה להצביע על הפרה של האיזון החוקתי, והפרה כזו טעונה הצדקה מיוחדת.

דוקטרינת הקשר הפלילי

אפשר למתוח קווי דמיון בין עברת החברות לבין דוקטרינת הקשר הפלילי, שלאורך השנים נמתחה עליה ביקורת קשה. השוואה מפורטת בין עברת החברות לדוקטרינת הקשר הפלילי עשויה להועיל לנו בכאוננו לבחון את הלגיטימיות של הפללת חברות בארגון טרור על שלל גוניה.

כדי להניח מצע הולם להשוואה בין שתי העברות נדרש מבוא קצר על עברת הקשר בעולם ובמשפט הישראלי. עברת הקשר צמחה במשפט המקובל וההתייחסה לקבוצה המוקמת כדי לבצע מעשה בלתי חוקי או כדי לבצע מעשה חוקי באמצעים בלתי חוקיים.⁶⁶ הגדרה זו הייתה רחבה הן במישור מטרת הקשר

66 ראו *The Conspiracy Dilemma: Prosecution of Group Crime or Protection of Individual Defendants*, 62 HARV. L. REV. 276, 277 (1948) וההפניות שם. כן ראו מרדכי קרמניצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין

הן מבחינת מהותם וטיבם של היחסים המכוננים קשר⁶⁷ ומעורפלת מדי. כך, למשל, בתי משפט אמריקניים הגדירו את היחסים המכוננים קשר באופנים שונים: "הסכם", "הסכם משתמע", "שותפות במטרות פליליות", "קומבינציה". אלה מונחים שמהותם המדויקת לא הייתה ברורה לחלוטין, ולפחות בשלבים מסוימים לא היה ברור אם די בידיעה על הקשר, במובחן ממטרה לבצעו, להשתתף אחריות פלילית.⁶⁸

בעברת הקשר הפדרלית בארצות הברית, כמו גם בכמה עברות קשר מדינתיות, נדרש מעשה גלוי (overt act) על ידי אחד הקושרים כתנאי להתגבשות העברה. עם זאת, בית המשפט העליון האמריקני קבע כי המעשה הגלוי אינו אחד מיסודותיה של דוקטרינת הקשר הכללית, ולכן הוא יידרש רק אם הדבר מצוין במפורש בלשון העברה הספציפית.⁶⁹

ה-American Law Institute ניסה להגדיר קשר בצורה צרה וברורה יותר במסגרת הקוד הפלילי לדוגמה. לפי הגדרתו עברת הקשר חלה בעיקר על הסכמים לבצע, לנסות לבצע, לשדל או לסייע למעשה פשע, במטרה לקדם או להקל

השירדול לדבר עברה "משפטים יד 231 (1984) (להלן: קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי"). לסקירה נוספת של התפתחות דוקטרינת הקשר או הקנוניה במשפט המקובל ראו גם PERCY HENRY WINFIELD, THE HISTORY OF CONSPIRACY AND ABUSE OF LEGAL PROCEDURE, 112-130 (2001, first printed 1921)

67 ראו קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי", שם; וכן Peter Gillies, *The Law of Criminal Conspiracy in Australia and England*, 8 SYDNEY L. REV. 107 (1977)

68 ראו Herbert Wechsler, William Kenneth Jones, & Harold L. Korn, *The Treatment of Inchoate Crimes in the Model Penal Code of the American Law Institute: Attempt, Solicitation and Conspiracy (Part II)*, 61 COLUM. L. REV. 957, 977-978 (1961) (להלן: Wechsler, Jones, & Korn). ראו גם Phillip E. Johnson, *The Unnecessary Crime of Conspiracy*, 61 CAL. L. REV. 1137, footnote 17 (1973) (להלן: Johnson). לפירוט בדבר ההגדרות שנתנו בתי המשפט האמריקניים למושג "קשר" ראו Theodore W. Cousins, *Agreement as an Element in Conspiracy*, 23 VA. L. REV. 898 (1939)

69 United States v. Shabani, 513 U.S. 10 (1994) (עסק בעברת הקשר הפדרלית המתחייבת לעברות סמים) (21 U.S.C. § 846).

על ביצועו.⁷⁰ דרישת המטרה הייתה דרישה קריטית, בהקבלה לדיני השותפות והניסיון, שכן מדובר בשלב מוקדם בדרך לביצוע עברה,⁷¹ בדומה למעשה הכנה לקראת ביצוע של עברה. דרישת המטרה נועדה במפורש להוציא אל מחוץ לתחומי האחריות הפלילית מקרים של חברות פסיבית-נומינלית בארגון דר-מהותי, שיש לו מטרת חוקיות ולא חוקיות גם יחד.⁷²

ברזן הבריטי נעשה ניסיון דומה, אם כי מרחיק לכת פחות, להצר את תחומי הקשר הפלילי. עתה הוא מוגדר כהסכם שאחד או יותר מן השותפים לו יבצע או ינסה לבצע פשע, שנלווים לו כוונה או מודעות לעובדות או לנסיבות ההכרחיות לשם ביצועו.⁷³

במשפט הקונטיננטלי היקף תחולתה של עברת הקשר מצומצם יותר. יסודותיה הוגדרו בצורה מצמצמת יחסית, וגם יישומה הוגבל לעברות חמורות.⁷⁴ רעיון הקשר הקונטיננטלי התייחס באופן מסורתי להתאגדות פלילית, ובהתאם הוצבו דרישות מבניות וארגוניות להכרה בקשר.⁷⁵ עם השנים חלחל לכמה שיטות משפט קונטיננטליות הרעיון הכללי יותר, הלקוח מהמשפט המקובל, המתייחס לקיומו של הסכם כיסוד המבני של קשר.⁷⁶

בישראל, לפי סעיף 499 לחוק העונשין, אדם "הקושר קשר עם אדם לעשות פשע או עוון" דינו עונש מאסר (שגובהו משתנה בהתאם לחומרת עברת

70 ראו The American Law Institute, Model Penal Code: Complete Statutory Text (Official Draft and Explanatory Notes), sec. 5.03 (1985). האיסור על "הסכם לסייע" נוסח בצורה מרחיבה, בהתייחס לסיוע גם לתכנון או ביצוע של פשע וכן לסיוע בתכנון או בביצוע ניסיון או שידול לביצוע פשע.

71 ראו Wechsler, Jones, & Korn, לעיל ה"ש 68, בעמ' 971.

72 ש.ס.

73 Section 1(1) of the Criminal Law Act 1977

74 ראו Wienczyslaw J. Wagner, *Conspiracy in Civil Law Countries*, 42 The JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY, AND POLITICAL SCIENCE 171 (1951)

75 האיסור הפלילי האיטלקי על התאגדות, המתייחס לקבוצות מרובות משתתפים שנועדו לביצוע עברות רבות, מוצג לעתים כדוגמה הקלסית לדוקטרינת הקשר הקונטיננטלית. ראו: Wechsler, Jones, & Korn, לעיל ה"ש 68, בעמ' 962, וכן Wagner, לעיל ה"ש 74, בעמ' 178.

76 המשפט הגרמני הוא דוגמה טובה לכך. ראו ס' 30 לקוד הפלילי הגרמני (German Criminal Code).

המושלמת). ברוח הדין הבריטי פירשו בתי המשפט בישראל את המונח "קשר" כחבירה של כמה אנשים לשם הגשמת מטרה בלתי כשרה או לשם הגשמת מטרה כשרה באמצעים בלתי כשרים.⁷⁷ יסודות העברה כוללים "הסכם" או "ברית" בין שני אנשים או יותר, וכן "מטרה" פסולה משותפת. עברת הקשר מתגבשת מיד עם השלמת ההסכם בין הקושרים, ואין נפקות אם נעשה צעד למימוש מטרת הקשר. כמו כן, בניגוד לעברת הניסיון הנבלעת בעברה העיקרית, עברת הקשר אינה נבלעת בעברה העיקרית שיצאה אל הפועל. על כן אין מדובר בעברה הנגזרת מהעברה העיקרית, אלא לכל היותר בעברה "מקדימה".⁷⁸ עד לחקיקתו של תיקון 39 לחוק העונשין אפשרה ההלכה הפסוקה בישראל להחיל על כל קושר אחריות לעברה העיקרית, וכן לעברות נוספות שבוצעו במסגרת הקשר גם אם אלה נעברו ללא ידיעתו ובלי שתום תרומה כלשהי לביצוען.⁷⁹

הדמיון בין עברת החברות ובין הקשר הפלילי

נראה שיש דמיון רב בין מאפייני עברות חברות בארגון טרור ובין אלה של דוקטרינת הקשר. במיוחד רב הדמיון של עברות חברות בארגון טרור למאפייני דוקטרינת הקשר הישנה והמעורפלת, האוסרת על כל התחברות המכוונת לביצוע עברות. בדומה לעברת הקשר, עברות החברות חלות על מערכת יחסים אסורה בין הנאשם ובין אחרים. נוסף על כך, כמו היחסים המכוונים באופן מסורתי את עברת הקשר, מהותם וטיבם של היחסים המכוונים עברת חברות אינם קבועים ומוגדרים במדויק. עברת החברות, כמו עברת הקשר, היא בעלת מאפיינים של עברה בלתי מושלמת, המקדימה ביצוע אפשרי של עברות בעתיד. ההנחה היא שהפעולה המקדימה נועדה למטרה בלתי כשרה ויש למונעה באמצעות התערבות מוקדמת.

עברות חברות מוגבלות בדרך כלל להתאגדויות המבצעות פשעים חמורים במיוחד, בעלי פוטנציאל לנזק רב (כגון מעשי טרור). במשפט הקונטיננטלי הוגבלה עברת הקשר לפשעים חמורים. גם במשפט המקובל הוגבלה תחולתה של

77 קדמי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 276.

78 ראו קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי", לעיל ה"ש 66.

79 ע"פ 88/58 קייזר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1628 (1958). הלכה זו בוטלה בס' 499(ב) לחוק העונשין (שנחקק במסגרת תיקון 39 לחוק).

עברת הקשר לעברות חמורות. עם זאת, עברת הקשר הכללית, הקיימת בשיטות משפט רבות, עודנה רחבה ומתייחסת גם לעברות חמורות פחות.⁸⁰ יש דמיון גם במניעים המעשיים שהביאו לצמיחת שתי הדוקטרינות. בארצות הברית החקיקה של עברת החברות במסגרת ה־Smith Act⁸¹ ושל עברות הקשר השונות הוזנה בעיקר מן התסכול של רשויות התביעה מכישלונן בהוכחת אישומים בעברת הקשר הפדרלית.⁸² בית המשפט העליון האמריקני ומשפטנים ציירו קו ברור בין דוקטרינת הקשר לעברות החברות הרחבות שנקבעו ב־Smith Act, וכן בינה לבין העברות העדכניות והצרות יותר של תמיכה ממשית בארגון טרור.⁸³ זאת ועוד, הן דוקטרינת הקשר והן עברות החברות מילאו תפקיד מפקפק בהיסטוריה הפוליטית האמריקנית – שתיהן שימשו את הרדיפה הפוליטית של ארגוני שמאל ושל קבוצות רדיקליות אחרות.⁸³

ההבדלים בין עברת החברות ובין דוקטרינת הקשר הפלילי

הבדל אחד בין עברת החברות ובין דוקטרינת הקשר הפלילי הוא בתחום היסוד הנפשי. עברות החברות הן עברות התנהגות הדורשות יסוד נפשי של מודעות למטרת ההתאגדות – ביצוע מעשי טרור. לעומת זאת, עברות הקשר ברוב שיטות המשפט כוללות גם דרישת מטרה, ולכן היקף תחולתן מצומצם יותר מזה של עברות החברות. עם זאת, ההבחנה אינה חד־משמעית. בפסיקה האמריקנית שפירשה את עברת החברות לפי ה־Smith Act הוצגה דרישת "מטרה". בדומה

80 למשל, "קשר" לפי סעיף 499 לחוק העונשין בישראל יכול להיות גם לביצוע עברה מסוג עוון.

81 Mark A. Sheft, *The End of the Smith Act Era: A Legal and Historical Analysis of Scales v. United States*, 36 AM. J. LEGAL HIST. 164, 166 (1992) (להלן: Sheft).

82 שם, בעמ' 166-167 ו־187; Wechsler, Jones, & Korn, *לעיל* ה"ש 68, בעמ' 969; Norman Abrams, *The Material Support*; 229 *בעמ' Scales Terrorism Offenses: Perspectives Derived from the (Early) Model Penal Code*, 1 J. NAT'L SECURITY L. & POL'Y 5, 29-30 (2005) (להלן: Abrams).

83 לדוגמאות ראו Johnson, *לעיל* ה"ש 68, בעמ' 1139, 1153; Note, *Conspiracy and the First Amendment*, 79 YALE L.J. 872, 878 (1970) וְההפניות שם; כן ראו דעת המיעוט בעניין Epton v. New York, 390 U.S. 29, 32 (1968)

לכך, בעברת החברות הקנדית נדרשת מטרה – "להעצים את יכולתו של הארגון לבצע עברות".⁸⁴

עוד הבדל הוא שעברת החברות שמה דגש על קיומו של ארגון, ולעומת זאת עברת הקשר במשפט המקובל מסתפקת בקיומו של הסכם בין שני אנשים או יותר. יתר על כן, בשיטות משפט מסוימות נדרש שאחד או יותר מהקושרים יבצע פעולה ממשית נוסף על קיום ההסכם האמור כאינדיקציה לרמת הסיכון והנחישות, בניגוד למרבית עברות החברות שאינן מציבות דרישה כאמור.⁸⁵

ההבדל האחרון הוא שבעוד עברת הקשר מתגבשת ומסתיימת בפעולה רגעית של הסכמה, אפשר לראות בעברת החברות עברת מצב מתמשכת עד שנעשה מעשה המפסיק את החברות. עברת החברות עשויה אף היא להתגבש בפעולה רגעית של הסכמה, אולם היא אינה מסתיימת באותו רגע.

לסיכום, יש נקודות דמיון משמעותיות בין עברת החברות לעברת הקשר. במשפט הקונטיננטלי המסורתי לא הייתה הבחנה בין עברות קשר לעברות חברות. נראה שאם נרצה לאמץ את ההגיונות העומדים בבסיס הפללת הקשר ולהחילם על חברות בארגון טרור, יש מקום לדרוש יסוד נפשי של מטרה להשתתף בביצוע מעשה טרור. בהיעדר דרישה כזאת, הפללת החברות מרחיבה את דוקטרינת הקשר, שהיא כשלעצמה דוקטרינה בעלת השתרעות רחבה, המותחת את תחום ההשתרעות של המשפט הפלילי.

84 סעיף 18.1(83) לקוד הפלילי הקנדי מפליל אדם אשר "מתוך מודעות משתתף או תורם באופן ישיר או עקיף לפעילות של קבוצת טרור לשם העצמת יכולתה להכין פעולת טרור או לבצעה".

85 עברת החברות הצרפתית, שתוארה לעיל, היא חריג לכך, שכן היא דורשת מעשה מטריאלי כתנאי להתגבשותה. הדרישה הנוספת לפעולה ממשית אינה מוסיפה הרבה, שכן באופן מעשי יסתפקו בתי המשפט במעשה כלשהו, אפילו כזה הנראה תמים, ומספיק מעשה של אחד מהקושרים עבור הכלל. ראו Johnson, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1142. ראו גם Conspiracy and the First Amendment, לעיל ה"ש 83; GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 224 (2000)

עברת החברות כהפללה של מעשה הכנה

בפעילות מכוונת לקראת השלמה של עברה אבל שלא הובילה להשלמתה, המשפט הפלילי מעניש את המעשים שהם בתחום ביצוע העברה, כלומר מעשי ניסיון, למשל המנסה לרצוח או השולף אקדח כדי לירות בקורבן. לעומת זאת המשפט הפלילי אינו מעניש, ככלל, מעשי הכנה, כגון איסוף מידע לקראת ביצוע עברה.⁸⁶

היבט מרכזי בדוקטרינת הקשר הוא ההכנה, כלומר נקיטת צעדים מוקדמים לביצוע עברה.⁸⁷ לפי דוקטרינת הניסיון במשפט הפלילי, מעשי הכנה אינם בני ענישה בגלל המרחק הרב שלהם מביצוע עברה בפועל ומן הנזק הנלווה לה. מדובר, ככלל, במעשים לא מסוכנים ולא מזיקים. נוסף על כך, אין ודאות ביחס לסופיות ולנחישות ההחלטה לבצע את העברה, משום שההחלטה עדיין לא עמדה במבחן הביצוע.

אפשר להבין מדוע הקשר הטיפוסי – הסכם בין מבצעים פוטנציאליים שמתכוונים לבצע עברה – נחשב למקרה של מעשה הכנה עניש. הסכם כזה

86 הצעת החוק חריגה גם מן ההיבט הזה, שכן ס' 31 שבו מפליל – בדומה לכמה חריגים מעטים בחוק העונשין – מעשה הכנה לביצוע עברה שהיא מעשה טרור (הסעיף אף מציין במפורש כי גם הסיוע למעשה הכנה שכזה מופלל במסגרתו). וראו הדיון בדברי ההסבר שבעמ' 1441.

87 ש"ז פלר מגדיר "הכנה" כך: "כהגדרה כללית, מעשי הכנה לדבר עבירה עשויים להתבטא ביצירת אמצעים לביצועה, בהשגתם, הכנתם, הכשרתם או התאמתם למטרה זו, בנקיטת צעדים שיאפשרו את הביצוע, שיקלו עליו או שיבטיחו את הצלחתו, את התוצאות הצפויות מביצוע העבירה, או את ההימלטות מאחריות בגינה; בקיצור, מעשי ההכנה מתבטאים בסידורים הטרומיים לקראת ביצוע העבירה, כאשר סידורים אלה עשויים להתייחס אף להבטחת הפקת התועלת המצופה מן הביצוע, הוא ההתחמקות מן האחריות הנובעת מהגשמתו" (שניאור זלמן פלר, יסודות בדיני עונשין (1987), כרך ב, עמ' 48). על ההתאמה בין תיאור זה ובין דוקטרינת ה"קשר" הוא כותב: "הכנה היא הכשרת הקרקע לקראת ביצוע העבירה, דהיינו: יצירת התנאים שיש בהם כדי לאפשר או להקל את ביצוע העבירה – הכל, כמובן, בשלב הקודם לביצוע העבירה. הקשר מתאים לתיאור זה של ההכנה. ההכנה מאופיינת בתכליתיות, ביסוד נפשי של מטרה, שיעדה ביצוע העבירה, אשר לשמה נעשית אותה הכנה. הוא הדין בקשר. ההכנה היא איפוא שלב מקדמי לביצוע עבירה ספציפית. היא מותנית בקיומה מבחינה נורמטיבית של עבירה כזו ונגזרת ממנה: כך גם הקשר".

יוצר בסיס אובייקטיבי לשיתוף פעולה לביצוע עברה, וההתקשרות וההתחייבות ההדדית יוצרות כוח מניע פסיכולוגי לביצועה.⁸⁸ על יסוד ההערכה הזאת מופלל הקשר לביצוע העברה על אף היותו "מעשה הכנה".⁸⁹

על רקע הדמיון בין דוקטרינת הקשר לעברת החברות מעניין לבחון את היחס בין החברות בארגון טרור ובין קשר פלילי כ"מעשה הכנה". אפשר לטעון כי הצטרפות להתארגנות קיימת עם תשתית פלילית מבוססת (חברות בארגון טרור) עשויה לקרב את העושה לביצוע העברה יותר מאשר הסכם עם אדם או עם קבוצת אנשים שאינם מאורגנים (קשר פלילי רגיל). מנגד, חברות בלבד עדיין אינה כרוכה בתכנית לביצוע עברה ספציפית, ואין היא מייחדת לחבר תפקיד מסוים בביצועה. כמו כן אפשר לטעון שרמת המחויבות של הפרט לביצוע העברה והדומיננטיות שלו בחוג קושרים קטן גדולה יותר בקשר "אינטימי" מאשר בארגון הרחב והמבוסס שאליו הוא מצטרף.

מהותה המדויקת של החברות והצורות שהיא לובשת הן כמוכן גורמים נוספים המשפיעים על הערכת טיבה כמעשה הכנה. חתימה על טופס חברות בארגון היא מעשה רחוק כל כך מביצוע עברה מושלמת של טרור עד שקשה לחשוב עליה כעל מעשה הכנה. לעומת זאת, אימונים "קרביים" לקראת פעולת טרור הם מעשה הכנה.

היסוד הנפשי החלש יחסית הנדרש ברוב עברות החברות מרחיק אותנו עוד מן התחום המופלל באופן רגיל ומוצדק. עברות ההכנה דורשות מטרה כדי להתקדם לעבר ביצוע. אולם מרבית עברות החברות אינן תובעות כלל מטרה כזו, ואף לא את קיומה של תכנית קונקרטית לביצוע עברה אשר החבר בארגון התכוון להשתתף בביצועה או לכל הפחות ידע עליה. כל שנדרש הוא שהחבר יהיה מודע לכך שלהתארגנות יש מטרה כללית לבצע עברות חמורות.

יש שיטענו שעצם ההצטרפות לארגון טרור מעידה על יסוד נפשי של כוונה לבצע או לאפשר ביצוע מעשי טרור. עם זאת, כשהארגון עוסק גם בפעולות שאינן מעשי טרור ממש, כגון הסברה, תעמולה וכו', ההצטרפות אליו אינה מלמדת בהכרח על נכונות לבצע מעשה טרור. הדברים מתחדדים יותר ביחס לארגון דו-

88 על טענות אלה וביקורת עליהן ראו קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 242-244.

89 Johnson, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1141-1142.

מהותי שהפעילות הלגיטימית היא חלק משמעותי ממטרותיו, ועוד יותר ביחס לארגון מעטפת. אפשר להסביר את העובדה שאדם הצטרף לארגון טרור בדרכים נוספות. לעתים ההסכמה מבטאת תחושה שאי-אפשר לסרב בלי לשלם מחיר חברתי משמעותי. לעתים היא בבחינת הצהרה פוליטית. היא עשויה, כמובן, גם לשקף נכונות להשתתף בביצוע מעשי טרור, אך אין היא עדות חד-משמעית לכך. כאשר מדובר בחברות נומינלית-סבילה ההצדקה להפלתה בעייתית אף יותר. כאשר מדובר באדם שהצטרף כחבר לארגון ולא נקט פעולה כלשהי במסגרתו במשך תקופה ארוכה, המסקנה ההגיונית היא דווקא של חוסר נכונות להשתתף בפעילות טרוריסטית, ואולי אף של אי-תמיכה בפעולות הצבאיות של הארגון.

האם חברות בארגון טרור היא מעשה הכנה בר הפללה?

ההתקפות של ארגוני טרור גורמות נזק ישיר נרחב, ועצם קיומם של ארגוני טרור מעורר חרדה בציבור. הצירוף של כמה משתתפים מעלה הן את סיכויי ההצלחה והן את עוצמת הנזק הצפוי והיקפו. פעולה בחבורה מעודדת נטילת סיכונים, ואף מאפשרת חלוקת עבודה ופיתוח התמחויות. התארגנויות טרור משמשות מעין "בתי ספר" לתכנון ולביצוע יעילים של התקפות טרור. הן מאפשרות פעולה בקנה מידה משמעותי, בדרגת מורכבות גבוהה שאינם בהישג ידו של מבצע יחיד (למשל, פעולות שתובעות מימון מסיבי או שיתוף פעולה של כמה אנשים במקומות שונים בו זמנית) ובמהירות רבה יחסית (למשל, עקב הזמינות של נשק ותחמושת לכל חבר המעוניין לבצע התקפת טרור), והן מגבירות את הסיכון של אלימות לא מתוכננת. זאת ועוד, קיומה של חבורה – בעיקר ארגון טרור – מבטיח המשכיות של פעולתה ומעלה גם את הסיכוי להשיג מטרות רחוקות יותר (למשל כפייה על ממשלה לנקוט פעולה כלשהי).⁹⁰

נימוקים מתחום הפסיכולוגיה עומדים על ההשפעות של חברות בקבוצה על חברים בארגון טרור.⁹¹ ראשית, פעולה בקבוצה מובילה להקצנה בעמדותיהם.

Neal Kumar Katyal, *Conspiracy Theory*, 112 YALE L.J. 1307, 1310–27, 1338–39, 1375–76 (2003)

Jeff Victoroff, *The Mind of the Terrorist: A Review and Critique of Psychological Approaches*, 49 JOURNAL OF CONFLICT RESOLUTION 3 (2005)

היא מפחיתה ספקות, התנגדויות ומחלוקות, הן בשל נטייתם של חברים להאמין בצדקתם של חברים אחרים והן מחשש מהרחקה מן הקבוצה ומאובדן הזהות הקבוצתית. שנית, ציפיותיהם של חברים אחרים והרצון של הפרט לרצות את חבריו עשויים להיות מניע משמעותי בהוצאה לפועל של פעילות עבריינית. בהיבט זה יש דמיון בין חברות בארגון טרור ובין הקשר הפלילי, כפי שתואר לעיל. האינטרס הפרטי מוכפף לאינטרס הקבוצה ומעצים את נחישות חבריה לפעול להצלחתה. גם הדימוי העצמי של הפרט נכרך בזהות הקבוצתית ותלוי בהצלחתה. תהליך זה מלווה באינדוקטרינציה ובקידוש המטרה הכללית על חשבון מאווייהם הפרטיים של החברים. דבר זה נכון בפרט בארגונים אידאולוגיים. פעולה בקבוצה מקטינה גם את תחושת האחריות האישית לביצוע עברה שהותוותה בידי אחרים ונעברה בשיתוף פעולה עם אחרים. הודות לכוח המיוחד של מנהיגים על חברים, ככל שהקבוצה הייררכית יותר, חזקות יותר ההשפעות הפסיכולוגיות של הקבוצה.

בהתארגנות טרור ההשפעות עלולות להיות דרמטיות במיוחד. מניעים דתיים או אידאולוגיים משמשים מצע לפעולתם של ארגוני טרור; אפשר להוסיף עליהם גם תחושות קיפוח ודיכוי, המבטיחות נכונות לקליטת מסרים קיצוניים. האינדוקטרינציה המופעלת על חברים בקבוצות טרור היא על כן אפקטיבית במיוחד. גם אופן ההטמעה של המסרים מתוחכם וכולל דינמיקה קבוצתית בעלת השפעה, הפעלת מערכות חינוך מאורגנות היטב וכינון הייררכיה דתית או מעין-דתית. לעתים קרובות מובטח לחברים מעמד של מרטיר, על יתרונותיו הפסיכולוגיים, החברתיים והכלכליים גם לקרובי משפחתם. תמיכה בארגון מצד הסביבה הקרובה של החברים מסייעת גם היא להגדלת השפעתו. לחצים פסיכולוגיים עלולים להיות מופעלים גם מן הכיוון השני – איום בסנקציות או בשלילת הטבות חיוניות, למשל כאשר ארגון העוסק גם בתמיכה באוכלוסייה מספק משאבים הכרחיים לקיומן של משפחות החברים. בהתחשב בגורמים אלה, הסיכוי שאדם יירתם לדרך הטרור גבוה מרגע שהוא נלכד ברשת הארגון. ולא זו אף זו, כשמדובר בארגוני טרור, הטיעון בדבר נחישות מקבל משנה תוקף, שכן הנחישות ניזונה לא רק מן המסגרת הקבוצתית אלא גם מעוצמתם של המניעים הדתיים והאידאולוגיים. החברות בארגון טרור מלמדת על קיומם של מניעים אלה, ועל כן מביעה עימות עם שלטון החוק ועמדה אנטי-חברתית חזקה. אפשר להציע כמה טיעוני נגד לטיעונים שהוצגו לעיל. לא כל ארגוני

הטרור שואפים או מסוגלים לבצע פיגועים בקנה מידה המוני. ספק אם השפעתו של הארגון על תחושות הציבור גורמת נזק המצדיק הפללה, במיוחד במקום שבו הפללה מגבילה את החירות היסודית להתאגד. תחושת בהלה בממשלה, המועברת לציבור באמצעות הפללת יתר, עלולה להגביר את החרדה בציבור. אשר לנימוקים הפסיכולוגיים, אפשר לטעון כי מסוכנותו של קבוצת קטנה עקב העלייה בסיכון לכישלון. החוליה החלשה בשרשרת הטרוריסטית עלולה לסכל את פעולותיה של השרשרת כולה. העלייה בסיכויי הסיכול על ידי רשויות האכיפה מקורה בצורך בתקשורת, החשופה במידה זו או אחרת לגילוי על ידי רשויות האכיפה, ובעובדה שריבוי אנשים היודעים על התכנית הפלילית משמעו סיכויים רבים יותר לדליפת מידע. נוסף על כך עבודה בקבוצות יקרה יותר ותובעת מאמץ מיוחד. אין להגזים ביתרונותיה, בעיקר כאשר השגת המטרה הטרוריסטית אינה תלויה בביצוע "מגה-פיגועים": מבצעים יחידים יכולים לגרום נזקים קשים בתוך זמן קצר מרגע ההחלטה לבצע פיגוע פשוט, למשל הסטת אוטובוס ממסלולו. מבחינה פסיכולוגית אין להשוות חברות פסיכית בקבוצת טרור לביצוע מעשה הכנה מורכב, המניע כוחות נפשיים המגבירים מחויבות לתכנית ומפחיתים את סיכויי נטישתה. רבות מהטענות על השפעות פסיכולוגיות של קבוצות מניחות שקיים מבנה קבוצתי הייררכי ומסיקות על השפעותיה הנפשיות החזקות של הייררכיה. אלא שלרבים מארגוני הטרור המודרניים יש מבנה אופקי של תאים הקשורים זה לזה בקשרים רופפים. נוסף על כך טיעונים על מחויבות ונחישות מיוחדת אינם במקומם כאשר מדובר בארגונים בעלי מטרות אזרחיות, נוסף על המטרות הטרוריסטיות. ועדיין, רבים מהטיעונים שהוזכרו לעיל אינם מאבדים לחלוטין את כוחם. ועם זאת, הטלת אחריות פלילית רק בשל הצטרפות למסגרת היוצרת סיכון, ולו גם סיכון ממש, לביצוע עתידי של עברה חורגת ממושכלות יסוד בדבר תנאי המינימום לאחריות פלילית. אין בה קרבה מספקת לביצוע עברה מושלמת, ונעדר היסוד הנפשי של מטרה לבצע עברה כזו.

שיקול נוסף התומך בהרחבת ההפללה של פעולות הכנה הוא הקושי לצפות ולהגדיר מראש את כל מעשי ההכנה האפשריים לקראת פיגוע טרור. נגד שיקול זה עומדים שיקולים כבדי משקל של חוקיות ואזהרה הוגנת מראש. לכן שיקול זה כשלעצמו אינו יכול לשמש בסיס איתן להפללת חברות, אם כי הוא יכול להצטרף לשיקולים האחרים שנמנו. שיקולים כלליים אחרים התומכים בהפללה של מעשי הכנה נוגעים לסכנה המיוחדת שבמעשים מסוימים המבוצעים ברגיל

בידי חברים ולקרכתם לתחום הניסיון הפלילי. רק בחברות בארגון טרור המערבת פעולות הכנה מורכבות יש אינדיקציה לדרגת נחישות גבוהה במיוחד. שיקולים אלה ישימים במידה שונה בצורות שונות של חברות ובארגונים שונים. בכל מקרה, אין הם מצדיקים היחלשות משמעותית בדרישת היסוד הנפשי, המתחייבת מאופיו החלש יחסית של היסוד העובדתי של הכנה, המאפיינת עברות הכנה אחרות (וכן את דין הניסיון).

עברת החברות כהפללת מעשה הכנה: בהתחשב בהגדרה הרחבה של המושג "ארגון טרור", איסור על חברות בארגון טרור מפליל גם התנהגות המצויה במרחק ניכר מביצוע העברה המושלמת. הפללת חברות אינה עומדת במאפיינים הרגילים של מעשה הכנה עניש; ומידת האנטי-חברתיות שבה היא, לכאורה, מעטה.

עברת החברות כהרחבה של דיני השותפות לדבר עברה

היבט נוסף של תורת הקשר וגם של עברות חברות על רקע הדמיון שעליו עמדנו, הוא חפיפתן לתורות השונות של שותפות לדבר עברה. בקשר הפלילי יש בדרך כלל יסוד של שידול. במקרה הטיפוסי של קושרים שמתכוונים לבצע עברה היוזם משדל את האחר לבצע, ולפחות במקרים מסוימים הסכמתו של האחרון מובילה את היוזם להחלטה הסופית לבצע ועל כן מתפקדת גם היא כאקט של שידול.⁹² בהיעדר השפעה משדלת, ההסכם עשוי לספק לקושרים האחרים סיוע רוחני (כשהעברה מבוצעת בסופו של דבר) או, למצער, ניסיון לסיוע רוחני (כאשר העברה אינה מבוצעת).

חברות בארגון טרור כשידול לביצוע עברה

יסודות עברת השידול מוגדרים בסעיף 30 לחוק העונשין: "המביא אחר לירי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה". התנהגות המשדל צריכה להיות בעלת

92 קרמניצר, "על מהות הקשר הפלילי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 245.

"אפקטיביות פוטנציאלית" העשויה להשפיע על המשודל לבצע את העברה מושא השידול.⁹³ להתנהגות המשדלת צריך להיות אובייקט ברור – המשודל, ונדרשת תוצאה – ביצוע עברה בידי המשודל וקשר סיבתי בין ההתנהגות המשדלת לתוצאה.⁹⁴ מבחינת היסוד הנפשי הנדרש נקבע בפסיקה כי נדרשת כוונה ביחס לרכיב התוצאתי ("עשיית עבירה").⁹⁵

אפשר לטעון כי הצטרפותו של פלוני לארגון כחבר עשויה להביא את אלמוני לידי עשיית עברה, שכן הצטרפות לארגון היא סוג של עידוד; אך מדובר בטענה קלושה. גם בהיבט היישומי אין ההגדרה של עברת החברות כוללת אף אחד מהאלמנטים הנדרשים לשם התגבשות עברת השידול. בין היתר, לא נדרש שתבוצע עברה ואף לא שהצטרפותו של פלוני לארגון כחבר מטרתה להביא אחר לביצוע עברה, שכן לא נדרש כלל עידוד אלא פוטנציאל מופשט של עידוד. עובדת חברותו של אדם בארגון טרור יכולה, אולי, להשפיע על חברים אחרים בארגון לבצע התקפת טרור, באופן דומה לפעולה של הסתה. השפעה כזו תיתכן במקרים נדירים יחסית שבהם לחבר מסוים יש השפעה רוחנית מיוחדת על יתר החברים והם מייחסים לחברותו משמעות דומה לזו של ביטוי מסית, בתנאי שקיים בו היסוד הנפשי הנדרש בהסתה לעברה ספציפית.

אפשרות נוספת היא לראות בחברות סוג של הסתה, כאשר ההשפעה המצטברת של חברויות רבות מעורדת טרוריסטים פוטנציאליים ומניעה אותם לפעולה. לשם כינונה של השפעה כזו נדרש שהארגון ופעולתו יהיו בעלי אופי מסוים ושהצטרפות לארגון כשלעצמה תעודד לפעולה טרוריסטית. אולם ספק אם אחד מן המקרים האמורים, ובייחוד המקרה האחרון, יכול להיחשב מקרה הסתה, בהתחשב בשיקולים של חופש הביטוי וחופש ההתאגדות. חברות כשלעצמה אינה נושאת תוכן מסית עצמאי (כמו קריאה לאלימות). גם כאשר היא מצטברת עם חברויות נוספות, ספק אם בכוחה, לבדה, ליצור הסתברות גבוהה במיוחד לביצוע מעשי טרור.

למעט המקרה הנדיר שתואר לעיל, האפשרות להשפעה המעורדת ומעניקה לגיטימציה למעשי טרור אינה נובעת מהצטרפות של אדם יחיד לארגון טרור.

93 ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 65 (2001).

94 רבין וואקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 546-557.

95 עניין אסקין, לעיל ה"ש 93, בעמ' 82-83.

היא נעוצה במסגרת הארגונית. ספק אם הוגן לייחס אחריות פלילית לחבר בשל ההשפעה המצטברת – שאינה בשליטתו – של ריבוי החברויות הנוספות. ראוי אפוא לאפיין חברויות מצטברות בארגון טרור כתנאי רקע – להבדיל מגורם ישיר – לביצוע המעשה האסור. הדברים אמורים ביתר שאת כאשר קיימת השפעה אחרת, מידית יותר, כמו אישור מצד הנהגת הארגון, אשר בלעדיה לא יבוצע מעשה הטרור.

חברות בארגון טרור כסיוע לביצוע עברה

המסייע לביצוע עברה מוגדר בדין הישראלי "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע [...] או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה".⁹⁶ בפסיקה נקבע כי להתגבשות היסוד העובדתי של עברת הסיוע נדרש שהמעשה יהיה בעל סגולה לסייע להגשים את העברה העיקרית.⁹⁷ עוד נדרש שהעבריין העיקרי ביצע את העברה.⁹⁸ היסוד הנפשי הנדרש לעברת הסיוע הוא מודעות לכך שהמעשה תורם ליצירת התנאים לעשיית עברה ולכך שהעבריין העיקרי עשוי לבצע את העברה. כמו כן נקבע בפסיקה כי נדרש יסוד נפשי של מטרה או של תכלית לסייע לעבריין העיקרי בביצוע הפעולה.⁹⁹ עם זאת, לא נדרש שכוונת המסייע תהיה שהעברה תבוצע, גם במקרים שבהם הדבר נדרש מהעבריין העיקרי (עברות מטרה).¹⁰⁰ מקום שבו החברות בארגון מלווה בהתנהגויות מסייעות לפעולת טרור אשר יצאה אל הפועל (סיוע "קלסי"), אין נדרש שימוש בעברת החברות כשלעצמה. דיוננו מתמקד אפוא במצב שבו לא בוצעה פעולה. במצב כזה אפשר לטעון שעצם החברות של אדם בארגון טרור "תורמת ליצירת תנאים לשם עשיית עברה". בעניין עבירות העירה השופטת איילה פרוקצ'יה כי חברי הארגון הם התשתית למנגנון הטרוריסטי וכי ללא רשת של חברים יתמוטט הארגון כולו,

96 ס' 31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

97 ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל פ"ד נג(1) 289 (1999).

98 רבין וואקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 494.

99 ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22 (2001).

100 שם, בעמ' 35-37.

בכלל זה האגפים המבצעיים.¹⁰¹ הנימוקים שהבאנו מתחום הפסיכולוגיה בהקשר של הסכנה שבפעולה בקבוצה, המדברים על התגברות המחויבות של עברייני הפועל בארגון, יכולים לתמוך בטענה זו. הידיעה שהארגון מושך חברים מעוררת תחושת ביטחון הן בצדקת המטרה הן באפשרות של הצלחה. הצטרפות חברים היא אינדיקציה לפופולריות של הארגון, ויש לה חשיבות רבה כאשר מדובר בארגונים אידאולוגיים. אפשר לסכם את הטענה כך: הצטרפותו של אדם לארגון כחבר, אפילו אינה מלווה בפעולה כלשהי, מקרבת את העברייני העיקרי לביצוע העברה שעתידה להתבצע במסגרת הארגון.

עם זאת, אפשר לפקפק בהנחה העובדתית. מן המפורסמות היא שמספר החברים בארגון ג'ה'אד האסלאמי הפלסטיני קטן עשרות מונים ממספר החברים בארגון החמאס, שזוכה לתמיכה עממית רחבה הרבה יותר. לעומת זאת, נפח הפעילות הטורויסטית של הג'ה'אד האסלאמי לא נפל מנפח הפעילות של החמאס, ופעמים רבות אף עלה עליו. על בסיס זה אפשר לטעון את הטענה ההפוכה: ככל שהארגון קטן ומסוגר יותר, כן קטנה השפעתם של גורמים ממתנים והוא עלול להפוך לקיצוני ואלים יותר.

זאת ועוד, גם אם נקבל את ההנחה שחברות מקרבת את העברייני העיקרי לביצוע פעולת טרור, יש לזכור כי המשקל האנטי-חברתי של התנהגותו של חבר יחיד אינו רב וכוחו נעוץ בהצטרפו להתנהגויות דומות. כמו כן, היסוד הנפשי הנדרש בעברת הסיוע אינו מתקיים בהכרח בעברת החברות בהגדרתה הנוכחית. אמנם גם בעברת החברות נדרשת מודעות לכך שמדובר בארגון טרור, אך לא נדרשת מודעות לכך שעתידה להתבצע עברה ספציפית. יתר על כן, לא נדרש שפעולת ההצטרפות כחבר תיעשה מתוך כוונה לסייע לביצוע העברה העיקרית. על כן קשה מאוד להצביע על הזיקה הנדרשת בין הצטרפות כחבר לארגון לבין מעשה טרור ספציפי לשם התגבשות יסודות עברת הסיוע. סיוע הוא צורת שותפות עקיפה ומשנית אשר אינה משקפת נחישות או עמדה אנטי-חברתית עזה. ייחוס של נזק שטרם התרחש לחבר שהתנהגותו עלולה בנסיבות מסוימות לסייע לביצוע התקפה באופן שקשה לחזותו במדויק בעייתי ורחוק מלקיים את התנאים הנדרשים להפלת סיוע לדבר עברה. כך הוא ביחס לצורות

101 ב"פ 6552/05 עביראת נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.8.2005).

רבות של חברות שעשויות להתמצות בסיוע רוחני קלוש. יתרה מזו, בהיעדר מודעות לעברה מסוימת אשר לביצועה החבר מסייע, אפשר שהוא אינו מעריך נכונה את המשקל המלא של התנהגותו.

לסיכום, במרבית המקרים חברות פסיבית בארגון טרור, ללא מעשה, אינה משדלת או מסיתה כשלעצמה. אפשר אמנם לטעון כי חברות מסייעת לביצוע התקפת טרור ספציפית, שכן היא "יוצרת תנאים [...] לשם עשיית העברה", אך מדובר – כפי שראינו – בטיעון חלש, בין היתר עקב דרישת היסוד הנפשי הנמוכה המאפיינת את עברת החברות, שאינה כוללת מטרה לסייע או מודעות לאפשרות שההתנהגות תסייע לביצוע עברה או לקיומה של תכנית פעולה עבריינית קונקרטית.

עברת החברות כהרחבה של דיני השותפות: בהתחשב בנטישת דרישות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי המרכיבות את הליכה של תורות השותפות, ובהתחשב בכך שתורמתם של חברים פסיביים לביצוע פעולות טרור היא בדרך כלל חיוורת, לא ברור כלל שעברת החברות בנוסח המוצע מצויה בקשר משמעותי עם תורות השותפות (שירול וסיוע).

עברת החברות כעברה מושלמת

עד כה התייחסתי בניתוח לעברת החברות בארגון טרור כעברה לא מושלמת הנגזרת מביצוע מעשי טרור ממש (העברה העיקרית) או מקדימה אותו. כנגד זה אפשר לטעון ש"חברות בארגון טרור" היא עברה מושלמת הפוגעת במישרין בערך המוגן של ביטחון המדינה ושלום הציבור. לשון אחר, חברות של פלוני בארגון טרור – אף בלי שבוצע מעשה פלילי בזיקה לחברותו – פוגעת בביטחון המדינה ובשלום הציבור במידה המצדיקה ענישה. טענה זו נובעת מן ההנחה שעצם קיומו¹⁰² של ארגון טרור מאיים על ביטחון המדינה ועל שלום הציבור ופוגע בזכותו של אדם לחיות בשלווה וללא פחד ולנהל שגרת חיים בלתי מופרעת על ידי איום באלימות.

ביסוד הפללתה של עברת החברות בהצעת החוק מונחת התפיסה שהיא עברה מושלמת. מטרתו הראשונה של החוק היא "מניעת הקמתם, קיומם, ופעילותם של ארגוני טרור". המטרה השנייה עניינה "מניעה וסיכול של עבירות טרור".¹⁰³ הקומה הנמוכה ביותר במדרג ההפללה שקובעת העברה בסעיף 25(א) היא חברות נומינלית גרדא, גם בלי שהוכחה פעילות אקטיבית של החבר בארגון.¹⁰⁴ דברי ההסבר מדגישים כי שלא כמו בהסדר הבריטי, הצעת החוק מפלילה חברות נומינלית גם בארגון טרור לא מוכרז.¹⁰⁵ לאורך ההצעה, שמשלבת כלים פליליים עם כלים מנהליים, מודגש הצורך ביצירת הרתעה מתופעת הטרור על ביטוייה השונים. גם תפיסה הרתעתית זו¹⁰⁶ משקפת את הגישה שיש הצדקה להפליל את החברות כשלעצמה.

עצם הקיום של ארגון טרור ללא ביצוע מעשי טרור אינו מפחיד כשלעצמו

102 ראו דברי ההסבר לה"ח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1436.

103 ס' 1(1) לה"ח, לעיל ה"ש 1.

104 שם, בעמ' 1436 ו-1438. גם ההבחנה בין ההסדרים הדומים בנוגע לניהול ארגון פשיעה מחזקת גישה זו כפי שהיא מגולמת בהצעת החוק.

105 שם.

106 המשתקפת, למשל, בסמכויות החילוט הנרחבות שבהצעה.

ואינו פוגע בערכים המוגנים. הנזק שנגרם מחברות של אדם בארגון טרור שאין פעולה בצדה אינו ברור, וייתכן אף שאינו קיים. אפילו אם נקבל את הטענות שקיומו של ארגון טרור פוגע במישרין בערך מוגן (גם בלי ביצוע עברה מושלמת), עדיין יש קושי להפליל את היחיד שבחר להיות חבר בארגון; על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחברות פסיבית גרדא, שכן תרומתו לקיום הארגון פעוטת ערך אם אינו נוטל חלק כלשהו בפעילות. מכל מקום, גם אם תופלל החברות, רמת הענישה צריכה להיגזר מרמת הסיכון ומרמת האנטי-חברתיות של המעשה, ובמצב של חברות נומינלית נדמה שאין הצדקה לקביעת עונש מרכי גבוה של חמש שנות מאסר. נוסף על כך, בהיבט השוואתי, הן בשיטה הדורשת פגיעה בערך מוגן כתנאי לפליליות והן בשיטה הדורשת נזק כתנאי לפליליות, קשה להשתכנע כי חברות יכולה להיחשב עברה מושלמת. אילו ידענו שאין כל קשר בין החברות לבין ביצוע עברות על ידי ארגוני טרור, החברות כשלעצמה ודאי לא הייתה אסורה. גם בכל הנוגע לחברות בארגונים פליליים דומים, כמו ארגוני פשיעה, ההיגיון שבהפללת החברות נוגע לזיקה שבין החברות לבין הפשעים המבוצעים במסגרת הארגון. קשה להאמין כי חברות נומינלית – עצם ההסכמה להצטרף – תיחשב לעברה בשיטות הדורשות נזק או פגיעה בערך מוגן כתנאי להפללה. זאת ועוד, בכל ארגון טרור פעיל יש מספיק חברים פעילים ובאמצעות ענישתם אפשר לאכוף איסור על חברות בארגון טרור ולהרתיע מפניה. לעומת זאת, היטפלות לחברים נומינליים שכל חטאם הוא בהצטרפותם מטילה, לכל הפחות, ספק בצדקת האיסור ומחלישה את הכוח המשכנע של האיסור על חברות בארגון טרור. עדיף איסור ממוקד שצדקתו מובהקת על פני איסור גורף יותר, שצדקתו מסופקת.

מעבר לכך, העברה המושלמת של חברות נומינלית המופיעה בהצעת החוק היא "עברת מצב"¹⁰⁷ אשר המשפט הפלילי נרתע ממנה בשל הקשיים האינהרנטיים הטמונים בה.¹⁰⁸ עברות מצב הן ירושה גרועה של המשפט הישראלי מהמשפט

107 לסקירת נושא זה ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 237-242; Meir Dan Cohen, *The "Actus Reus" and Offences of "Situation"*, 7 ISR. L. REV. 186 (1972) (להלן: Cohen).

108 ס' 147 לחוק העונשין שהוצג לעיל הוא מהדוגמאות המעטות לקיומן של עברות מצב במשפט הישראלי. הספרות הביעה עמדה שראוי לפרשן כבר עתה ככאלה שנדרשת

הבריטי, והיחס אליהן חשדני. העונש מוטל לא על יסוד התנהגות ברורה ופעילה אלא על יסוד הימצאותו של אדם במצב עניינים אסור, עניין הסותר את הדרישה ל"מעשה" במסגרת היסוד העובדתי ואת העקרונות הבסיסיים של המשפט הפלילי. העמדה המקובלת במשפט הישראלי היא שעברות מצב הן רעה חולה ושראוי שלא תיכללנה במסגרתו. לכן בעת חקיקה של עברות חדשות ראוי שהמחוקק לא יקבע עברות שאינן כוללות רכיב התנהגותי ברור, כיוון שאין זה מתיישב עם עקרונות המשפט הפלילי ואף לא עם עקרונות יסוד דמוקרטיים.¹⁰⁹ הקריאה למחוקק בהקשר זה היא להימנע לחלוטין מחקיקת עברות מצב. יתר על כן, על השופטים לפרש עברות מסוג זה ככוללות רכיב התנהגותי ברור.¹¹⁰ הדברים נכונים ביתר שאת במקרים של חקיקה בעידן החוקתי. נדמה שאין דוגמה טובה יותר למצב שבו טענה לפגיעה מוגזמת בחירות או בהליך ראוי מובילה לבחינה חוקתית של העברה. בחינה זו יכולה להצדיק את פסילתה, או לכל הפחות פרשנות שיפוטית מצמצמת שלה, באופן שמוסיף רכיבים התנהגותיים או מפליל מעגל צר יותר של התנהגויות. צעד דומה נעשה בעניין הלוחמים הבלתי-חוקיים.¹¹¹

להן הוכחת כניסה למצב מרצון באמצעות התנהגות פעילה. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 191-192.

109 שם, בעמ' 191.

110 "על המחוקק להימנע מחיקוקן של עברות מצב אשר היסוד העובדתי שלהן מבוסס על נסיבות בלבד. אשר לשופט, ראוי כי יפרש עברות כאלה באותה רוח. בית המשפט צריך לנסות ולאחר את הרכיב ההתנהגותי בעברות אשר עלולות להיות מובנות, לכאורה, כעברות מצב. במילים אחרות, על השופט לשקול את מצב העניינים המתואר בהגדרת העברה לא כתמונה סטטית ובלתי-תלויה, אלא כתוצאה אסורה הנובעת מהתנהגות אקטיבית" (Cohen, לעיל ה"ש 107, בעמ' 192).

111 ראו הדיון בחלק "עקרונות חוקתיים נוספים: חופש ההתאגדות" לעיל.

עברת חברות בארגון טרור ואיסורים על פשיעה מאורגנת

ארגוני טרור הם סוג של ארגונים פליליים.¹¹² הם מתכננים ומוציאים אל הפועל פעולות המוגדרות בספר החוקים כעברות פליליות, אלא שעברות אלה מוחמרות בשל המאפיינים הטרוריסטיים שלהן. סוג נוסף של ארגונים פליליים שזוכה להתייחסות מיוחדת בדין הם ארגוני פשיעה. לא אוכל להתעמק בשאלת הדומה והשונה בין ארגוני טרור לארגוני פשיעה. אתיחס לכך בקצרה ואתמקד בהיבטים שיש להם רלוונטיות להפללת החברות.¹¹³

חוק המאבק בארגוני הפשיעה, התשס"ג-2003 קובע כי ארגון פשיעה הוא "חבר בני אדם [...] שפועל בתכנית מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות".¹¹⁴ בדין הישראלי הקיים או בהצעת החוק אין דרישות מבניות וארגוניות להגדרת ארגון טרור.¹¹⁵ בישראל, כמו במדינות רבות בעלות מסורת משפט

112 לדיון עדכני בפשיעה קולקטיבית מסוגים שונים אגב ניתוח דוקטרינרי והשוואתי של המסורות האנגלית והקונטיננטלית בהקשר זה ראו ALMIR MALJEVIC, "PARTICIPATION AND "CONSPIRACY": DIFFERENT LEGAL MODELS IN A CRIMINAL ORGANISATION" AND AGAINST CRIMINAL COLLECTIVE (2011)

113 לעיסוק נרחב יותר בקשרים בין ארגוני טרור לארגוני פשיעה וכן לניתוח נקודות הדמיון והשוני ראו מנחם אמיר "ארגוני טרור וארגוני פשע מאורגן: הדמיון, השוני והקשר ביניהם" משטרה וחברה 5, 107 (2001).

114 לטענה שהגדרת "ארגון פשיעה" ועברות נוספות בחוק זה הן גורפת מדי ראו מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין – דברי תגובה" 643-644 מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא עורכים, 2001); וכן בקובץ זה, בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה (מביטול האחרית הסולידרית של הקושרים והגדרת המבצע באמצעות אחר, דרך לחצי רשויות האכיפה על המחוקק ועד לחוק הדרסטי החדש)" 92, 102, 104-114 (להלן: סנג'רו).

115 למעט התוספת הנוגעת למבנה הארגוני המופיע בס' (2)(ב) להגדרת "ארגון טרור", שאינה משמעותית בהקשר לענייננו. להתייחסות לאפשרות תחולת חוק המאבק בארגוני פשיעה על ארגוני טרור ראו ע"פ 6785/09 זוארץ נ' מדינת ישראל, בפס' 56 לפסק דינו של השופט לוי (לא פורסם, 2.2.2011) (להלן: עניין זוארץ).

אנגלו-אמריקנית, אין דרישה לדרגת ארגון גבוהה של ארגון הטרור, ונראה שאפילו קבוצה קטנה אשר בין חבריה קשרים רופפים בלבד עשויה לכוונן ארגון טרור.¹¹⁶ כמובן זה האיסורים הפליליים על פעילות במסגרת ארגוני טרור רחבים יותר מן האיסורים על פעילות במסגרת ארגוני פשיעה.¹¹⁷

ההבדל המרכזי בין ארגון פשיעה לארגון טרור הוא ההשלכות הפליליות של חברות בארגון. בישראל השתייכותו של אדם לארגון פשיעה "רגיל", המוגדר בחוק מאבק בארגוני פשיעה, אינה עברה פלילית כשלעצמה, אלא משמשת נסיבה מחמירה בכיצוע עברה פלילית אחרת.¹¹⁸ לשון אחר: חברות גרדא בארגון פשיעה אינה עברה פלילית,¹¹⁹ שלא כמו חברות בארגון טרור.

בעולם המצב אינו בהכרח כזה, וכשיטות משפט רבות גם חברות בארגון פשיעה או השתתפות בפעילות ארגון פשיעה רגיל הן עברות פליליות. בגרמניה עוסק סעיף 129 לקוד הפלילי הגרמני (StGB), שכותרתו "הקמת ארגונים פליליים", בארגונים שמטרותיהם או פעילויותיהם מכוונות לכיצוע עברות. הסעיף אוסר על הקמת ארגונים כאלה, על חברות בהם ועל גיוס חברים למענם או תמיכה בהם. העונש המרבי על מעשים כאלה הוא חמש שנות מאסר. באיטליה מתייחס סעיף 416BIS לקוד הפלילי האיטלקי באופן מיוחד להתארגנויות מסוג "מאפיה" ומשית עונשי מאסר על מי שנוטל חלק בהתארגנות כזו ועונשים כבדים אף יותר על מי שמקדם, מארגן או מנהל אותה. בקנדה אוסר סעיף 467.11 לקוד הפלילי על השתתפות בכל פעילות של ארגון פלילי או על תרומה לה. העונש המרבי בגין עברה זו הוא חמש שנות מאסר. אולם גם בשיטות אלה הטיפול

116 ראו למשל החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש בעניין ברגותי ע' (ערעורים איו"ש) 1853/07 התביעה הצבאית נ' ברע'ותי (לא פורסם, 23.2.2008), שם נפסק כי גם התאגדות בודדת המונה חברים אחדים עלולה להיחשב התאחדות בלתי מותרת כהגדרתה בס' 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום).

117 להצגת "השימוש הנלהב" בכלים שחוק המאבק בארגוני הפשיעה נתן לרשויות האכיפה ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 114, בעמ' 128-129. לצורך בהתמודדות עם חשש זה ראו עניין זוארץ, לעיל ה"ש 115, בפס' 44. להצעה לביטול חוק המאבק בארגוני פשיעה, או לכל הפחות לצמצום משמעותי – חקיקתי או שיפוטי – של הגדרת "ארגון פשיעה", ראו סנג'רו, שם, בעמ' 132-133.

118 ס' 2 ו-3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.

119 ראו למשל עניין זוארץ, לעיל ה"ש 115, פס' 43 לפסק דינו של השופט לוי.

בחברות בארגון טרור נפרד מן הטיפול בחברות בארגון פשיעה ושונה ממנו. האם יש הצדקה להבחנה בין ארגוני טרור לארגוני פשיעה רגילים בשאלת הפללת החברות? פרמטר שעשוי להצדיק את ההבחנה הוא אופי פעולתם העבריינית של הארגונים וחומרתה. ככלל, ארגוני פשיעה אינם פועלים נגד הציבור הרחב באופן אקראי ובלתי מובחן, בעוד ארגוני טרור מסוימים עשויים לעשות כן. זאת ועוד, חלק מהתקפות הטרור, אם כי לא כולן, מבוצעות במדרג עוצמה ובהיקף שונה לחלוטין מזה של פעולות ארגוני פשיעה. פיגועי האוטובוסים בערי ישראל באמצע שנות התשעים ובתחילת שנות האלפיים, הפיגוע במגדלי התאומים בניו יורק והאיומים לעשות שימוש בנשק "מלוכלך" הם דוגמאות בולטות להבחנה זו. גם סוג העברות הפליליות המבוצעות ברגיל בידי ארגוני פשיעה רגילים שונה מזה של ארגוני טרור ומתמקד בעברות מתחום הרכוש והמוסר, שבהן האלימות אינה כשלעצמה. עם זאת, יש מצבים שבהם חלק מההבדלים האמורים עשויים להיטשטש. מקרים של חטיפות בני אדם למטרות סחיטה כספית או סחר באנשים בידי ארגוני פשיעה לא אידאולוגיים מאתגרים במידה מסוימת את ההצדקה להבחין בין פשיעה מאורגנת להתארגנויות טרור. זאת ועוד, פעמים רבות ארגוני טרור אידאולוגיים עוסקים בפעילויות טיפוסיות של ארגוני פשיעה רגילים (דוגמת סחר בסמים) כדי לממן את פעילויותיהם, ואף מצויים בקשר הדוק עם ארגונים כאלה.¹²⁰

פרמטר נוסף הוא המטרות והסיבות לפעולה העבריינית. מעשי טרור, כאמור, מבוצעים כדי לכפות על המדינה לבצע פעולה מסוימת או לזרוע אימה בקרב הציבור או ממניעים דתיים, פוליטיים או אידאולוגיים. לעומת זאת, ארגוני

120 על הקשרים בין ארגוני טרור לארגוני פשיעה ראו לדוגמה Phil Williams, *Terrorist Financing and Organized Crime: Nexus, Appropriation or Transformation*, in COUNTERING THE FINANCING OF TERRORISM 126 (Thomas J. Biersteker & Sue E. Eckert eds., 2007); Tamara Makarenko, *The Ties that Bind: Uncovering the Relationship Between Organized Crime and Terrorism*, in GLOBAL ORGANIZED CRIME: TRENDS AND DEVELOPMENTS, 159 (Dina Siegal, H. Bunt, & D. Zaitch eds., 2003); Federal Research Division, Library of Congress, *THE NEXUS AMONG TERRORISTS, NARCOTICS TRAFFICKERS, WEAPONS PROLIFERATORS AND ORGANIZED CRIME NETWORKS IN WESTERN EUROPE* (2002)

פשיעה פועלים למטרות כלכליות ואישיות של ראשיהם וחבריהם.¹²¹ הברדל זה יכול לגרור הברדל מנקודת מבט המנסה לבחון את רמת המוסריות של כל אחד מסוגי המעשים. אפשר לטעון כי המטרות הטרוריסטיות מגלמות עמדה אנטי-חברתית היורדת לשורשו של הסדר החברתי-משפטי, ולכן מצדיקות נקיטת צעדים חמורים יותר במישור הפלילי נגד השותפים להן. טענה הפוכה היא שהמוטיבציה למעשים הנתפסים כטרור עשויה לזכות בהבנה בחלקים בציבור (One man's terrorist is another man's freedom fighter), שלא כמו פשיעה מאורגנת רגילה. לחלק מההתארגנויות המסוגלות כיום כארגוני טרור (ארגונים דר-מהותיים וארגוני מעטפת) יש מטרות נוספות על הטרור, למשל דאגה לרווחת האוכלוסייה שבשמה הם מבקשים לפעול ויעדים פוליטיים לגיטימיים. על רקע זה עשויות להיכרך בשיח על ארגוני טרור שאלות של חופש ביטוי וחופש ההתאגדות, שנפקותן פחותה כשעסקינן בארגוני פשיעה רגילים.

ואכן, בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי אפשר להחיל את חוק המאבק בארגוני פשיעה לא רק על ארגוני פשיעה רגילים אלא גם על ארגוני טרור. על כן חברותו של אדם בארגון טרור שביצע עברה פלילית במסגרת פעילותו בארגון יכולה לכאורה להיות גם נסיבה מחמירה לאותה עברה (נוסף על הרשעתו בעברת החברות).

חברות בארגון טרור ועברות פשיעה מאורגנת: יש המיון בין ארגוני פשיעה רגילים לארגוני טרור בכמה היבטים. עם זאת, נראה שיש הצדקה ליחס שונה ומחמיר יותר לארגוני טרור, בעיקר על רקע הסכנה הפוטנציאלית הנשקפת ממעשיהם לאוכלוסייה הרחבה.

121 בהגדרת "ארגון פשיעה" בדין הישראלי אין דרישה שהוא יהיה בעל מטרות כלכליות גרדא, כך שגם ארגון טרור יכול להיכלל בהגדרה הרחבה בחוק. עם זאת, המטרה הכלכלית היא מאפיין משמעותי של הפשיעה המאורגנת הרגילה. ראו דברי ההסבר להצעת חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ב-2002, ה"ח הממשלה 3155, 762.

משפט משווה: סקירה היסטורית קצרה והדין המצוי

דמוקרטייות ליברליות רבות אוסרות על חברות בארגון טרור או על קיום קשרים עם ארגון טרור. איסורים פליליים על התאגדות אנטי־ממשלתית רדיקלית ועל חברות בה נחקקים בדרך כלל בתגובה על קונפליקט מאיים במיוחד או למצער – בתגובה על קונפליקט הנחווה ככזה בממשלה ובציבור. בדרך כלל הקונפליקט מתעורר בעקבות קריאת תיגר על הלגיטימיות של המדינה – תהא זו הלגיטימיות של סמכותה בטריטוריה מסוימת, הלגיטימיות של עצם קיומה או הלגיטימיות של ערכי היסוד שלה. קריאת התיגר מלווה לרוב באיום באלימות, ובמקרים מסוימים היא נתמכת על ידי כוחות חזקים מחוץ למדינה או לטריטוריה המצויה בשליטה מלאה שלה, ולכן יוצרת תחושת חוסר שליטה ופחד מן הלא נודע. בתגובה על איום המדינה נוקטת מגוון צעדים מנהליים ופליליים בתחומה, ולעתים גם צעדים צבאיים או מעין־צבאיים מחוץ לגבולותיה. חקיקת איסורים פליליים על חברות בארגונים המזוהים עם קריאת התיגר האמורה היא אחד הצעדים הננקטים לעתים קרובות בתחומי שטחה של המדינה המאוימת. להלן כמה דוגמאות היסטוריות מהעולם הדמוקרטי להפלת חברות בקבוצות כאמור ודוגמאות מהעת הנוכחית.

ארצות הברית וקנדה

בשנות ההתהוות של ארצות הברית נחקקו חוקים שנויים במחלוקת הידועים בשם הכולל Alien and Sedition Acts of 1798, שהפלילו, בין היתר, כתיבה אנטי־ממסדית והסמיכו את הנשיא לעצור ולגרש נתיני מדינות אויב בעת מלחמה. לאחר מלחמת העולם הראשונה, בצל חששו של הממסד האמריקני מהמהפכנות הבולשוויקית וממגמות אנרכיסטיות, פעל הממשל האמריקני נגד התאגדויות אנטי־ממשלתיות רדיקליות.¹²² הסנקציה הראשונה שהוטלה בהקשר זה הייתה

122 בשנת 1903 – בעקבות ההתנקשות בחיי הנשיא האמריקני ויליאם מקינלי בידים אנרכיסט – נחקק חוק האוסר על כניסתם של אנרכיסטים לשטחי ארצות הברית ועל

גירושם של מהגרים ושל נתינים זרים שהיו חברים בהתאגדויות רדיקליות.¹²³ איסורים פלייליים נחקקו לראשונה בשנת 1940 במסגרת ה־Smith Act הידוע לשמצה, אשר כונן עברות ספציפיות של קשירת קשר ואיסור על חברות בארגונים הפועלים להפיכת המשטר באמצעות כוח ואלים.¹²⁴ תחום השתרעותה של עברת החברות הוצר מעט במסגרת פסק דין של בית המשפט העליון האמריקני

גירושם של נתינים זרים המשתייכים לתנועה האנרכיסטית (32 Stat. 1222). לאחר מלחמת העולם הראשונה, בעקבות סדרת התקפות טרור בשטחי ארצות הברית (ובהן משלוח מעטפות נפיץ לעובדי ממשל רבים), הורה משרד המשפטים האמריקני, בהובלתו של התובע הכללי פלמר – על מעצרו וגירושם של אזרחים זרים בגלל השתייכותם למפלגות ותנועות שמאל. ראו David Cole, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, 38 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 1, 16 (2003) (להלן: Cole)

123 להגבלות על התאגדות פוליטית בארצות הברית במחצית הראשונה של המאה העשרים ראו John Lord O'Brian, *Loyalty Tests and Guilt by Association*, 61(4) HARV. REV. 592, especially pages 602-605 (1948), Cole; L. REV. 28-15, נוסף על חקירות נרחבות של השתייכות ארגונית של עובדי ציבור תוקנו חוקי ההגירה כדי לאפשר גירוש על בסיס חברות בארגונים המתנגדים לכל צורה של ממשל מאורגן או הקוראים להדחה בכוח או באלימות של הממשל האמריקני או של שלטון החוק על כל צורותיו, וכן על בסיס זיקה לארגונים כאלה. ראו 41 Stat. 1008 (1920), 8 Kessler (1940) U.S.C. sec. 137(d),(e) and (g). בעקבות פסק דין שניתן בעניין Kessler (1939) 307 U.S. 22, 30, v. Strecker, שבו לפי פירוש בית המשפט העליון לחוק נדרשת חברות או זיקה קיימת (ולא די בחברות או בזיקה שהתקיימו בעבר), תיקן הקונגרס את החוק ב־1940. אולם בית המשפט העליון הוסיף להצר בעקיבות את תחום השתרעותו של החוק, תוך ציון העובדה שנוסחו אינו עולה בקנה אחד עם התפיסה המסורתית התובעת אשמה אינדיווידואלית כתנאי להטלת אחריות פלילית ואינה מסתפקת בהתחברות לאחר אשר אשמה דבקה בו. ראו Bridges v. Wixon, 326 U.S. 135, 163 (1945), שם פירש בית המשפט את התיבה affiliation כמתייחסת לדבקות במטרות הבלתי חוקיות של ההתארגנות או לקידומן.

124 "מי שמארגן או עוזר או מנסה לארגן כל חבורה, קבוצה, או אספת אנשים שמלמדת, מקדמת או מעוררת הפיכת המשטר או הרס של הממשל בכוח או באלימות, ומי שנעשה חבר או שהינו חבר, או שמקיים קשרים עם כל חבורה, קבוצה או אספת אנשים כאמור, מתוך מודעות למטרת הפעולה שלה, יקנס [...] או יכלא לתקופה של עד עשרים שנה, או שניהם יחד, ולא יוכל לעבוד בארצות הברית או בכל מחלקה או שלוחה של ארצות הברית במשך חמש שנים לאחר הרשעתו".

בעניין *Scales v. United States*.¹²⁵ בית המשפט אישר, בצעד שנוי במחלוקת, את הרשעתו של הקומוניסט לשעבר יוניוס סקיילס (Junius Scales), קבע כי האיסור האמור חוקתי וקיבל את הפרשנות שהציעה התביעה. לפי פרשנות זו יסודות העברה הם חברות פעילה (active membership) ומטרה להדיח את הממשלה בכוח. חברות פעילה הוגדרה אפוא כנטילת חלק בפעילות כלשהי של הארגון, לאו דווקא פעילות טרוריסטית, להבדיל מחברות "שמית" גרדא. בעניין *Robel*, שניידון כמה שנים לאחר מכן, בית המשפט העליון אף פסל חלקים מ-Internal Security Act of 1950, שנחקק ברוח המקריתים, וקבע כי איסור החברות הקבוע בו הוא בלתי חוקתי.¹²⁶ בית המשפט העליון לא הסתפק בפרשנות מצמצמת להגדרת החברות בסעיף כחברות אקטיבית, כפי שעשו הערכאות שקדמו לו, אלא בחר לפסול את הסעיף בכללותו.

ההתפתחות המשמעותית הבאה הראויה לסקירה היא התגובה האמריקנית לגל הטרור האסלאמי המודרני. בשנות התשעים של המאה העשרים נחקקו איסורים פליליים על הספקת "תמיכה מוחשית" (material support) או משאבים לארגוני טרור, בידיעה או בכוונה שאלה ישמשו להכנה או לביצוע עברה מתוך שורת עברות טרור.¹²⁷ לכאורה מדובר בהמשך המגמה של הפללת מעשים אקטיביים בלבד. אפשר לומר, לפיכך, שגם היום חברות בארגון טרור כשלעצמה אינה אסורה בארצות הברית. עם זאת נשמעה טענה שלמרות מראית העין הליברלית של האיסורים האמורים, הם מבוססים על הרעיון האנטי-ליברלי של אשמה מכוח השתייכות לקבוצה (guilt by association), מאחר שתמיכה מוחשית מוגדרת באופן רחב וכוללת צורות רבות של מגע עם הארגון. עם אלה נמנים בין היתר הספקת נכס פיזי, תחבורה, דיור, אמצעי תקשורת, כוח אדם, עצת מומחים או סיוע. נוסף על כך, במסגרת האיסור משנת 1996, המתייחס

125 *Scales*, לעיל ה"ש 50. בעקבות לחץ ציבורי, הומתק עונשו של *Scales* בידי הנשיא קנדי. לדין וחשבון של ההחלטה בעניין *Scales* והקשרה ההיסטורי המורכב ראו Sheft, לעיל ה"ש 81, בעמ' 164-202. לאחר פרשת *Scales* לא היו הרשעות נוספות בעברה של חברות בהתארגנות עוינת.

126 *United States v. Robel*, 389 U. S. 258 (1967)

127 בשנת 1994 נחקק 18 U.S.C. sec. 2339A; בשנת 1996 נחקק 18 U.S.C. sec. 2339B, המחיל את האיסור גם על ארגוני טרור זרים.

למתן תמיכה לארגוני טרור זרים, אין התייחסות להשלכות בפועל של המעשים או למטרתם. בנסיבות אלה, כך נטען, "איסור 'תמיכה המוחשית' הוא דוגמה קלסית של הטלת אשמה מכוח השתייכות לקבוצה (guilt by association). הוא מטיל אחריות פלילית בלי להתייחס לכוונתו ולמטרתו של הפרט, רק על בסיס הקשר שלו לאחרים שביצעו מעשים לא חוקיים".¹²⁸ התביעה האמריקנית עושה שימוש תדיר בעברות אלה כעברות סל למגוון גדול של מצבים והתנהגויות, מתוך מתיחה משמעותית של הגבולות הפרשניים.¹²⁹

לאחרונה דן בית המשפט העליון האמריקני בפרשנות לסעיף החוק האוסר על הספקת תמיכה מוחשית לארגוני טרור זרים (2339B). העותרים היו ארגונים שביקשו לסייע לארגון PKK הכורדי ולארגון LTTE הטמילי (המוגדרים כארגוני טרור) בדרכים הומניטריות שונות. בית המשפט העליון דחה את טענת העותרים שהגדרת המונח "תמיכה מוחשית" בהקשר זה לוקה בחוסר בהירות העומדת בסתירה לעקרונות ההליך ההוגן. העותרים טענו גם כי האיסור האמור נוגד את חופש הביטוי, שכן הוא מגביל את יכולתם לסייע לארגונים באופן מילולי (למשל, הדרכה כיצד להשתמש בכלי המשפט הבין-לאומי לקידום מטרותיהם בדרכי שלום). הרוב, בראשות הנשיא רוברטס, סמך את ידיו על עמדת הממשל שהאיוון שנקבע בדבר החקיקה ראוי ומבוסס, בין היתר, על התפיסה האחדותית, שאינה מבחינה בין תמיכה בעלת מאפיינים לגיטימיים ובין תמיכה שאינה לגיטימית כאשר מדובר בהתאגדות המוגדרת כארגון טרור. עוד נדחתה טענת העותרים שהאיסור נוגד את חופש ההתאגדות, שכן הוא אינו אוסר על עצם ההשתייכות לארגון, אלא מתייחס אך ורק למתן תמיכה מוחשית לארגון. דעת המיעוט (השופט ברייר [Breyer]), שאליו הצטרפו השופטות ביידר-גינסברג [Bader-Ginsburg] וסוטומיור [Sotomayor]) הדגישה שהאיסור על תמיכה מוחשית צריך להתייחס אך ורק לתמיכה שיש בסיס להאמין שתשמש למטרות

128 Cole, לעיל ה"ש 122.

129 ראו Abrams, לעיל ה"ש 82, בעמ' 6-7, 16-17. הפרשנות הבעייתית ביותר הייתה האיסור על הספקת כוח אדם (personnel) לארגון טרור ככולל את "הספקת" הנאשם עצמו כחבר בארגון. פרשנות זו נדחתה בסופו של דבר בידי בית המשפט, אשר פסק שהאיסור מעורפל באופן הסותר את הוראות החוקה (United States v. Sattar, 272 (F. Supp. 2d, 348 (S.D.N.Y. 2003)).

טרור; אולם במקרה הנידון דובר בהנחלת כלים מתחום המשפט הבינ-לאומי לצורך פתרון של שלום.¹³⁰

מדינות אחרות שנוהגת בהן מסורת משפט אנגלו-אמריקנית בחרו בטכניקות חקיקה דומות לטכניקה האמריקנית, המגבילה במפורש את תחולת האיסור להתנהגות בעלת אופי אקטיבי. בקנדה אוסר סעיף 18.83(1) לקוד הפלילי,¹³¹ שכותרתו "השתתפות בפעילות של קבוצת טרור", על "השתתפות מודעת או תרומה, במישרין או בעקיפין, בכל פעילות של קבוצת טרור, לשם הגברת יכולתה של כל קבוצת טרור לאפשר או להוציא לפועל פעילות טרור". על פי סעיף זה השתתפות או תרומה כוללות פעילויות כמו גיוס חברים, הצעת מימונויות או שירותים, כניסה לתחומה של מדינה או הישארות בתחומה בהוראה של קבוצת טרור, או הבעת נכונות לבצע עברת טרור. גם בקנדה אין חברות פסיבית-נומינלית בארגון טרור עברה כשלעצמה. עם זאת, בספרות המשפטית נטען כי האיסור הזה מסכן את חופש ההתאגדות, בעיקר לנוכח העובדה שסעיף 18.83(4) מאפשר לבית המשפט – בבואו לבחון קיומן של השתתפות או של תרומה כהוראת הסעיף – לשקול גם שימוש שעשה הנאשם במילים, בסמלים או בעצמים אחרים המייצגים את הקבוצה, בקיום מגעים עם חברי הקבוצה, בקבלת טובות הנאה מהקבוצה ובעיסוק בפעילות על פי הוראת חברים בקבוצה.¹³²

בריטניה ומדינות המשפט המקובל

מבט קצר בדין הבריטי המודרני החל על התאגדויות אנטי-ממשלתיות רדיקליות עשוי גם הוא להועיל לנו. האיסורים הבריטיים המודרניים מתייחסים בדרך כלל

130 ראו Holder v. Humanitarian Law Project., 130 S.Ct. 2705 (2010), וכן הניתוח של פסק הדין בידי ברק־ארו וזכריה, Barak-Erez & Scharia, לעיל ה"ש 58; וכן David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 148 (2012) R.S.C., ch. C-46 (1985) 131
David Jenkins, *In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British and American Anti-Terrorism Law*, 66 SAKS. L. REV. 419, 444 (2003) 132

לחברות בארגונים אסורים כאל עברה פלילית, בלי שהם מספקים הגדרה מפורטת למהות אותה חברות. בתקנות שנחקקו בשנת 1922, בעקבות מלחמת האזרחים באירלנד, נאסר על הצטרפות כחבר או על הישארות כחבר בארגון בלתי חוקי, וכן על עשיית כל מעשה מתוך ציפייה או במטרה לקדם את מטרת הארגון.¹³³ איסור זה בוטל בשנת 1973, ותחתיו נקבעה עברה של השתייכות או הצהרה על השתייכות להתארגנות אסורה המנויה ברשימה הכלולה בתוספת לחוק.¹³⁴ ביחס לאיסור אחרון זה קבע בית המשפט לערעורים של צפון אירלנד בשנת 1978 בעניין *Adams* כי תחום ההשתרעות של עברת החברות יוגבל למקרים שבהם הנאשם זיהה עצמו באופן אקטיבי עם ההתארגנות האסורה, להבדיל ממקרים של הבעת תמיכה בארגון, במטרותיו או בשיטות הפעולה שלו.¹³⁵

האיסור הפלילי העדכני ביותר במשפט הבריטי על חברות בהתארגנות אסורה קבוע ב־Terrorism Act, 2000, שנחקק במסגרת ההתמודדות העולמית עם הטרור האסלאמי.¹³⁶ סעיף 11 לחוק, שכותרתו membership, אוסר על השתייכות או על הצהרה על השתייכות (belongs or professes to belong) להתארגנות אסורה.¹³⁷

ההגנה המופיעה בסעיף 11(2)(b) מצמצמת מאוד את ההגדרה הרחבה שבראש הסעיף ומבהירה כי אם יצליח הנאשם להוכיח שלא השתתף באופן פעיל בפעולות הארגון, אי-אפשר להרשיעו מפני שחברות "נומינלית" אינה עברה פלילית. סעיף 12 לחוק, העוסק בתמיכה (support) בארגון טרור, קובע שהזמנת תמיכה שאינה בכסף או ברכוש להתארגנות אסורה; ארגון, ניהול או סיוע לארגון פגישה אשר הנאשם יודע שנועדה לתמוך בהתארגנות אסורה או לקדם את פעילויותיה או שאדם החבר בהתארגנות אסורה או המצהיר על עצמו

Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland), 1922, § 24 133
(Eng.)

Northern Ireland (Emergency Provisions) Act, 1973, c.53, § 19(1) (Eng.) 134

R v. Adams [1978] 5 N.I.J.B 135

קדמו לדבר חקיקה זה הוראות שעה שונות שתוקפן הוארך מעת לעת. 136

וראו ה"ח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1436, וכן התייחסות המכון הישראלי לרמוקרטיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-5. 137

כזוה עומד לשאת דברים במהלכה – הן עברות.¹³⁸ כל העברות הנזכרות נושאות עונש מרבי של עשר שנות מאסר וקנס. על פי סעיף 13 לחוק, אדם עובר עברה אם במקום ציבורי הוא לובש פריט ביגוד או לובש, נושא או מציג חפץ באופן או בנסיבות המעוררות חשד סביר שהוא חבר בהתארגנות אסורה או תומך בכזו. העונש המרבי על עברה זו הוא שישה חודשי מאסר וקנס. בד בבד עם עדכון החוק הורחבה רשימת ההתארגנויות האסורות לארגונים אסלאמיים פונדמנטליסטיים כדוגמת ארגון אל-קאעדה.

חוקתיותו של ההסדר שבחוק הטרור משנת 2000 (קרי, התאמתו להסדרי Human Rights Act 1998) נבחנה בעניין *R v. Secretary of State for the Home Department (On the Application of the Kurdistan Workers' Party and Others)*¹³⁹. בית המשפט סירב לפסוק באופן עקרוני ולהכריע בשאלת אי-ההתאמה של ההסדר שבחוק לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם. הוא קבע כי ההתאמה תיבחן בכל מקרה לגופו וכי אין מקום להכריע בה בצורה כללית ומופשטת.¹⁴⁰ בשנת 2004 עלתה פרשנות סעיף 11 לדיון בבית הלורדים בעניין *שלדרייק (Sheldrake)*.¹⁴¹ הדיון התמקד בפרשנות לסעיף 11(2) לחוק שלפיו תהא זו הגנה לנאשם במשפט בעברה על פי סעיף 11(1) אם יוכיח שהארגון לא היה רשום כארגון אסור בעת שהצטרף אליו, וכן שהוא (הנאשם) לא נטל חלק בפעילויות הארגון בעת שהארגון היה רשום ככזה. הלורד בינגהם (Bingham)

138 במקרה האחרון ניתנת הגנה לנאשם המצליח להראות כי דובר בפגישה פרטית וכי לא היה לו בסיס סביר להאמין שהדובר יביע תמיכה בהתארגנות אסורה או יקרא לקידום פעילויותיה של התארגנות כזו.

139 *R v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWHC 644 (Admin.) הזמין ב: <http://uniset.ca/other/cs5/2002EWHCAAdmin644.html>

140 בית המשפט הבהיר שהוא לא מתכוון לאפשר את תקיפת המשטר החקיקתי במסגרת הליך הביקורת השיפוטית שהובא לפניו. עמדתו היא שהשאלה אם ההסדר שבו נקבעו העברות פוגע בזכויות אדם לפי האמנה צריכה להיבחן על יסוד העובדות של מקרה קונקרטי בשעה שגייע לפתחו של בית המשפט מקרה כזה. אין להתמודד עם השאלה בביקורת שיפוטית אבסטרקטית או כשאלה כללית. השאלה הייתה אם הופרה הזכות שלפי האמנה תוכרע על יסוד הנסיבות של המקרה הקונקרטי שידון. נדמה כי שיטה זו – של התמודדות עם החוקתיות של ההפללה בצורה קוואיסיטית – היא שיטה מקובלת בבתי משפט בעת הנוכחית.

141 *R v. Sheldrake and AG's Reference (No 4 of 2002)*, [2004] UKHL 43

העיר כי סעיף 11(1) – כאשר קוראים אותו כפשוטו – הוא רחב מאוד, ועשוי להתפרש באופן שכולל התנהגות שאין בה אשמה פלילית.¹⁴² משום כך סבר בית הלורדים שיש לפרש את סעיף 11(2) באופן המקל עם הנאשם, ברוח האמנה האירופית לזכויות אדם. עם זאת, הלורד בינגהם לא מצא לנכון לצמצם את היקף תחולתו של סעיף 11(1) וסבר שהשתתפות (participation) אינה יסוד הנדרש לגיבוש עברת החברות.

אוסטרליה, שם גם קיום מגעים עם חבר בארגון טרור הוא עברה בתנאים מסוימים,¹⁴³ אימצה גם היא את הטכניקה הבריטית של הפללת חברות בהתאגדות אסורה, אך הותירה את הגדרת המונח "חברות" לבתי המשפט. כך נהגו גם אירלנד¹⁴⁴ והודו. בהודו הבהיר בית המשפט העליון כי יש לפרש את

142 "סעיף 11(1) כשלעצמו הוא סעיף רחב מאוד. הוא חל על אדם שהצטרף לארגון בשעה שאותו ארגון כלל לא היה ארגון טרור, או אם היה – המצטרף לא ידע שמדובר בארגון טרור. הוא חל על אדם שהצטרף לארגון שלא הוכרז ארגון טרור, או אם הוכרז, המצטרף לא ידע שהוכרז. הוא חל על אדם שהצטרף לארגון כזה בשעה שהוא עודנו קטין. הוא חל על אדם שהצטרף לארגון כזה בחו"ל, במדינה שבה הארגון לא הוכרז ארגון טרור, ומשהגיע למדינה זו לא ידע כי הארגון מוכרז בה כארגון טרור [...] הוא חל על מי שחפץ לנתק עצמו מארגון שאליו הצטרף בעבר, אולי בתום לב, אבל אין בידיו אמצעי לעשות זאת או שאין בכוחו לעשות זאת בלי להיות חשוף לסיכון ממשי להינזק או אף להיהרג. אם סעיף 11(1) ייקרא כעומד בפני עצמו, חלק ממי שתוטל עליהם אחריות פלילית ויורשעו וייענשו בגין השתייכות לארגון טרור מוכרז ייענשו בלי שהתנהגו באופן שניתן לראות בו מכונן אשמה או כזה שראוי שיוביל להשתתף סנקציה פלילית (פס' 47)".

143 סעיף 102.3 ל-Criminal Code Act 1995 (Austl.) אוסר על חברות בארגון טרור (עונש מרבי של עשר שנות מאסר). סעיף 102.8 אוסר על קיום מגעים עם חבר בארגון טרור, כאשר המגעים מספקים תמיכה לארגון (where the association provides support for the organization), והנאשם מתכוון שהמגעים יסייעו לארגון להתרחב או להוסיף להתקיים (עונש מרבי של שלוש שנות מאסר). סעיפים 102.2, 102.4-102.7 מטילים איסורים נוספים, ובכלל זה על פעולות ניהול, על גיוס חברים, על אימון או התאמנות במסגרת ארגון טרור, על קבלת כספים מארגון טרור או על הספקת כספים לארגון טרור ועל הספקת תמיכה או משאבים לארגון טרור (העונשים המרביים נעים בין 15 ל-25 שנות מאסר).

144 סעיף 21 ל-Offences against the State Act, 1939 (Act No. 13/1939) (Ire.) (עונש מרבי שתי שנות מאסר).

עברות החברות והתמיכה בארגון טרור שנקבעו ב־Prevention of Terrorist Activities Act (2002) (אשר היו דומות בנוסחן למקבילות האנגליות) כמכילות דרישה ליסוד נפשי של כוונה לקדם פעילות טרור.¹⁴⁵ בית המשפט הסביר כי אם לשם הרשעה בביצוע מעשה טרור נדרש יסוד נפשי של כוונה טרוריסטית, אזי גם לשם הרשעה בעברות חמורות פחות תיידרש כוונה כאמור. בשנת 2004 ביטל הפרלמנט את החוק על רקע ביקורת חריפה של ארגוני זכויות אדם ואחרים על ניצולו לרעה בידי הרשויות. כיום קיימת בהודו עברת חברות בהתאגדות בלתי חוקית, והעונש עליה הוא עד שנתיים מאסר.¹⁴⁶

גרמניה

סעיפים 127-129(a) לקוד הפלילי הגרמני (StGB) עוסקים בהתארגנויות חמושות וטרוריסטיות.¹⁴⁷ סעיף 127, שכותרתו "ייסוד קבוצות חמושות", אוסר על הקמת קבוצות כאלה, על פיקוד עליהן ועל הצטרפות אליהן (anschiessen), וכן על הספקת נשק או מימון לקבוצות כאלה או על תמיכה בהן בכל צורה אחרת. סעיף 129a, שכותרתו "ייסוד ארגונים טרוריסטיים" (Bildung terroristischer Vereinigungen), נחקק בשנת 1976 על רקע החשש במערב גרמניה מפעילות הטרור של סיעת הצבא האדום (קבוצת באדר־מינהוף) וארגוני שמאל קיצוניים נוספים. לפי סעיף זה ארגון טרור מוגדר כארגון שמטרתו לבצע עברות חמורות (כגון רצח) או לחלופין לבצע עברות בחומרה פחותה במטרה לזרוע אימה בקרב

145 סעיף 20 ל־Prevention of Terrorism Act, No. 15 of 2002 (אשר בוטל בשנת 2004) קבע איסור על חברות בארגון טרור, בדומה לאיסור האנגלי. העונש המרבי היה עשר שנות מאסר. בית המשפט קבע כי "הסעיפים הללו מוגבלים רק לפעילויות שמכוונות לעודד או לקדם או ליצור תשתית לביצוע פעילויות טרור". People's

Union for Civil Liberties v Union of India, [2004] 1 LRI 1 (par. 50)

146 העברה קבועה ב־Unlawful Activities (Prevention) Amendment Act, No. 29 of 2004

147 לסקירת ההיסטוריה החקיקתית המורכבת של סעיפים אלה ראו Till Gut, *German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof-BGH), 3rd Criminal Senate – Promoting a Terrorist Organisation: Support versus Recruitment of Members or Supporters*, 71 J. CRIM. L. 491 (2007)

האוכלוסייה הכללית, לערער את סדרי השלטון או לגרום לשלטון לעשות מעשה כלשהו או להימנע ממעשה כלשהו. כאשר ארגון טרוריסטי מכוון אך ורק לאיום בביצוע עברות, חומרתן של העברות הנגזרות מופחתת. כמו כן יש הבחנה בין מעגלים שונים של משתתפים בפעילות הארגון ברמת הענישה: מנהיגי הארגון כפופים לענישה החמורה ביותר, ואחריהם באים החברים, התומכים והמגיסיים. חבר (Mitglied) בארגון טרור צפוי לעונש מאסר למשך שנה עד עשר שנים. על פי הפסיקה הגרמנית, אין די בחברות פסיבית כדי לכונן את העברה; נדרשת פעולה אקטיבית למען מטרת הטרור.¹⁴⁸

סעיף 129a לחוק הפלילי הגרמני ככלל, ועברת החברות בארגון בטרור בפרט, היו נתונים לביקורת מיום חקיקתם. בחודש אוגוסט 2007 נעצרו בברלין ארבעה אקדמאים, ובהם הסוציולוג אנדריי הולם, בחשד שהם משתייכים לקבוצת השמאל הרדיקלית (Militante Gruppe) MG. קבוצה זו ביצעה בשנות האלפיים שורה של מעשי חבלה נגד גופים כלכליים וגופי ממשל על רקע המאבק בתופעת הגלובליזציה. כתב האישום והליכי המעצר ייחסו תחילה לקבוצה עברות לפי סעיף 129a לחוק (פעילות במסגרת ארגון טרור). כמה חודשים לאחר מכן קבע בית המשפט הפדרלי כי הארגון שאליו השתייכו לכאורה הנאשמים אינו יכול להיות מסווג כארגון טרור, ועל כן שונה סעיף האישום לחברות בארגון פלילי רגיל (סעיף 129 לחוק). שלושה מן הארבעה הורשעו בעברת החברות בארגון פלילי ובעברות נוספות ונגזר עליהם עונש מאסר בפועל.¹⁴⁹ פרשה זו עוררה ביקורת על החקיקה ועל הכלים הנרחבים שהיא מעניקה לגופי האכיפה והתביעה.

צרפת

צרפת היא עוד דוגמה למדינה שמקובלת בה שיטת משפט קונטיננטלית בעלת מסורת ארוכת ימים של הטלת איסורים על חברות בהתארגנויות אנטי-

BGHSt 29, 114, 120 f; Adolf Schönke und Horst Schröder, Strafgesetzbuch: 148
Kommentar 1282 (München: C.H. Beck, Auflage 26, 2006)

149 ראו אתר המחאה נגד פעילות הרשויות בפרשה (גם באנגלית): <http://einstellung.so36.net/en/openletter>. פסק הדין (בגרמנית) בעניינם של שלושה מן הארבעה אף הוא מופיע באתר תנועת המחאה: <http://einstellung.so36.net/de/urteil>

ממשלתיות רדיקליות.¹⁵⁰ בשנת 1996 נחקקה העברה המודרנית של התאגדות פלילית בקשר לפעילות טרור (association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste). העברה מוגדרת בסעיף 1-2-421 לקוד הפלילי הצרפתי כ"נטילת חלק בכל קבוצה או התאגדות שהוקמה לשם ביצוע מעשה טרור (כפי שמפורטים בסעיפים אחרים בחוק), אשר נלווה לה ביצוע של מעשה או מעשים מטריאליים". מהגדרה זו אפשר ללמוד כי חברות נומינלית שאין מעשה בצדה אינה נכללת בגדרי העברה.

כיום רוב החשודים בפעילות טרור מוחזקים ומואשמים בסעיף זה, הנחשב ל"סעיף סל".¹⁵¹ בתגובה על פיגועי יולי 2005 בלונדון נחקקה בצרפת חלופה חמורה יותר של העברה, והיא חלה כאשר ארגון מוקם במטרה לבצע התקפת טרור חמורה במיוחד.¹⁵² העונש המרבי הצמוד לחלופה החמורה (חברות בארגון) הוא עשרים שנות מאסר, לעומת עשר שנות מאסר על עברת הבסיס. בכיקורת שמתחו ארגוני זכויות אדם על החוק החדש נטען כי בכמה אירועים שימשה העברה פלטפורמה חוקית למעצרי מנע המוניים¹⁵³ וכי בתי המשפט בצרפת מסתפקים בראיות קלושות בלבד על מגע בין כמה אנשים לשם הוצאת צווי מעצר.¹⁵⁴

150 PREEMPTING JUSTICE, לעיל ה"ש 55.

151 שם, חלק III (בהתבסס על סטטיסטיקות של משרד המשפטים הצרפתי, כפי שפורסמו ב-Piotr Smolar, *Les prisons francaises comptent 358 detenus pour activisme*, LE MONDE (9.9.2005))

152 אלה כוללות התקפות מכוונות על החיים או על השלמות הגופנית של בני אדם, חטיפה ועיכוב שלא כדין, חטיפת מטוסים, כלי שיט או כל אמצעי תחבורה אחר, התקפות באש או בחומרי נפץ בזמנים ובנסיבות שבהם ההתקפות עלולות להביא למותו של אדם אחד או יותר, או החרדה לאטמוספירה, לאדמה, למים, למוצרי מזון או למרכיבים של כל דבר אחר, העלולה להביא למותו של אדם אחד או יותר. הצורה המוחמרת נחקקה בחוק מס' 64-2006 מיום 23 בינואר 2006.

153 PREEMPTING JUSTICE, לעיל ה"ש 55, התייחס למעצרים של קרוב לשמונים איש במדינות אירופיות שונות ב-26 במאי 1998, במבצע מתואם למניעת מה שתואר כמזימה לבצע התקפת טרור בצרפת במהלך משחקי גביע העולם בכדורגל שהתקיימו בצרפת אותה שנה. מן האנשים שנעצרו, רק שמונה הורשעו בסופו של דבר ב-association de malfaiteurs.

154 שם, 13-14.

משפט משווה: סקירה היסטורית קצרה והרין המצוי

טבלה מסכמת: עברות חברות והשתתפות בארגוני טרור בעולם

גרמניה	צרפת	קנדה	ארצות הברית	בריטניה	
לא (פסיקה)	לא	לא	לא	באופן תאורטי – כן	הפללת חברות פסיבית- נומינלית
משנת מאסר אחת עד 10 שנות מאסר	עד 20/10/5 שנות מאסר (תלות בחומרת מעשי הארגון)	עד 10 שנות מאסר	עד 15 שנות מאסר	עד 10 שנות מאסר	עונש
בית המשפט	בית המשפט	הממשלה	הממשלה (ביחס לארגוני טרור זרים)	הממשלה	הגדרת ארגון טרור

ביקורת והמלצות

היעדר הבחנה בין חברות בארגונים מסוגים שונים לעניין האחראיות הפלילית של הפרט

אני סבורה כי לא נכון להתייחס באופן זהה לכלל הארגונים המוגדרים ארגוני טרור בשאלה של הפללת החברות בהם. עמדתי על הגישה הגורסת שאין להבחין בין ארגונים דו־מהותיים לארגוני טרור מובהקים. ברמת הארגון אפשר לקבל גישה זו – בהתחשב בתפיסה העצמית האחרותית של ארגונים כאלה, בקושי הפוטנציאלי לזהות ולבודד את הזרועות המבצעיות, ברצון לעשות דה־לגיטימציה לארגונים הללו, וכדומה. אולם יש מקום להבחין בין סוגים של ארגונים בשלב בחינת האחראיות הפלילית של הפרט החבר בהם. כאשר מדובר בארגון טרור מובהק, חברותו של אדם מעידה א־פריורי על יסוד נפשי חזק יותר מאשר זה של חבר בארגון דו־מהותי. מבחינת הקרבה לעברה המושלמת, כאשר מדובר בארגון טרור מובהק, חברותו של אדם מקרבת אותו יותר לזירה העבריינית מאשר חברות בארגון דו־מהותי. לכן אפשר להצדיק הפללה של חברות נומינלית בארגוני טרור מובהקים, ובארגונים אלה בלבד. כאשר מדובר בארגון דו־מהותי, פעולות בעלות זיקה לפן הטרוריסטי של הארגון יספיקו לביסוס אשמה פלילית. אם המחוקק אינו מעוניין להבחין בין סוגי הארגונים האמורים בקביעת העברה, אפשר להציע לחלופין שאם יוכיח הנאשם בעברת החברות כי מדובר בארגון דו־מהותי וכי פעילותו בארגון התמקדה בפן האזרחי של הארגון ללא זיקה לפעילות הטרור – תהיה זו הגנה תקפה מפני האישום.

הדברים אמורים ביתר שאת ביחס לארגוני מעטפת. בהתחשב בזיקתם המרוחקת ממילא של ארגוני מעטפת למעשי טרור אין מקום, לדעתי, להפליל את החברים בארגוני מעטפת בגלל חברותם ופעילותם במסגרת הארגון. הפללת החברות אינה הכלי היחיד העומד לרשות המדינה במאבקה בזיקה בין ארגונים אזרחיים לארגוני טרור. במישור הפלילי על המדינה להתמקד בממשקים הישירים שבין ארגוני המעטפת לארגוני הטרור (כגון העברת מימון, הסתה לאלימות,

וכדומה). מלבד הקשיים שבהטלת אחריות פלילית במצב זה, אין בכך תבונה רבה. הפללה של חברים בארגוני מעטפת בלי דרישת יסוד עובדתי ונפשי מספיק עלולה להיות נבואה המגשימה את עצמה. אם חברות בארגון מעטפת מתויגת כעברה פלילית, מתעמעם הקו המפריד בינה ובין פעילות טרוריסטית של ממש ומתגבר החשש לזליגה לכיוון העברה הפלילית. כמו כן, החזקת נאשמים ומורשעים בחברות בארגון מעטפת בכפיפה אחת עם עבריינים מובהקים עלולה לקרב את הראשונים לביצוע פעולות עברייניות בעתיד. תוצאה זו עשויה להיות גם לתחושת רדיפה מצד הרשויות (בשל חקירות, מעקבים, מעצרים וכדומה) העלולה להתפתח בקרב האוכלוסייה.

חסר ביסוד העובדתי והנפשי של העברה

עברת החברות היא עברה לא מושלמת ביסודה, וההתייחסות אליה נגזרת מהעברות המושלמות המוגדרות כמעשי טרור. ברגיל נדרש בדין הפלילי תגבור כלשהו לשם הצדקת הרשעה בעברה שאינה עברה מושלמת. כך, למשל, לשם הרשעה בניסיון לבצע עברה נדרש יסוד עובדתי מינימלי (מעבר להכנה) ויסוד נפשי של כוונה לבצע עברה מושלמת, גם אם העברה המושלמת אינה דורשת יסוד נפשי של כוונה. בדיני השותפות נדרש יסוד נפשי של כוונה (לסייע או לשדל). בעברת הקשר נדרשים מטרה פסולה משותפת וקיומו של הסכם לביצוע עברה.

אין חולק על שהסיכון הנשקף ממעשי טרור מצדיק נקיטת צעדים מחמירים נגד מבצעייהם גם במישור הפלילי. עם זאת, יש להיזהר מהרחבה בעייתית של תורות מבוססות במשפט הפלילי. אני סבורה כי עברת החברות כנוסחה היום ובנוסח המוצע בהצעת החוק מוגדרת בצורה רחבה מדי וכוללת התנהגויות בעלות מאפיינים פליליים קלושים למדי, שאינם מצדיקים את הטלת העונש הקבוע בחוק. המלצתי העיקרית היא להוסיף רכיבים ליסוד הנפשי והעובדתי של העברה כדי להחזירה לתחומי המקובלים של המשפט הפלילי.

היסוד העובדתי

מצאתי כי הפללת חברות נומינלית-סבילה לגמרי אינה ראויה, שכן היא אינה נושאת עמה "אשמה" פלילית מספקת לשם הרשעה.

(א) פתרון אפשרי הוא הפללת חברות פעילה בלבד, כלומר חברות שמתלווה אליה מעשה במסגרת הארגון. הצעה זו היא ברוח הדין הצרפתי, הדורש ביצוע מעשה כתנאי להרשעה בעברות החברות. המעשה הנוסף אינו צריך להיות בהכרח מעשה פלילי. עם זאת, כדי לגבש את ההצדקה הנדרשת אין להסתפק בכל מעשה שהוא אלא במעשה בעל אופי "חשוד", כלומר מעשה שיש לו זיקה או קרבה לפעילות טרוריסטית. כך, למשל, חברות בארגון המלווה בהשתתפות באימון גופני "קרבי" תיחשב "חברות פעילה", בעוד חברות בארגון המלווה בנוכחות בכנס בעל אופי תרבותי לא תיחשב בהכרח ככזאת.

(ב) הצעה חלופית היא ביטול עברת החברות והסתפקות בחלופה המתייחסת לפעילות המאפשרת או מקדמת מעשי טרור. הצעה זו היא ברוח הדין האמריקני, המפליל התנהגות של תרומה מוחשית ואינו מתייחס כלל לשאלת החברות בארגון. בהצעת החוק קבועות עברות נוספות שעשויות ללכוד ברשתן חלק ניכר מדרכי ההתנהגות שאותן תיארת כארבעת פעילה.¹⁵⁵ על כן, גם אם עברת החברות הנומינלית תימחק מהצעת החוק בנוסחה הנוכחי, ייוותר בידי רשויות התביעה ארסנל לא מבוטל של כלים לשם התמודדות עם התנהגויות שיש בהן, לדעתי, גוון אנטי-חברתי מספיק להטלת איסור פלילי.

היסוד הנפשי

דרך נוספת לפתרון בעיית ההרחבה של דוקטרינות פליליות מבוססות היא הוספת דרישת מטרה לעברת החברות, ולפיה תופלל רק חברות בארגון טרור במטרה לבצע או לסייע בביצוע מעשה טרור גם אם פרטי המעשה הטרוריסטי הספציפי אינם ידועים או טרם גובשו. דרישה זו נכללת, כאמור, בעברת החברות הקנדית. קיומה של מטרה נחוץ במסגרת עברות חברות (בדומה למופעים שונים של עברת הקשר) גם כדי להבטיח אשמה מספקת על רקע חולשתו של היסוד העוברתי (מעשים רחוקים של הכנה או מעשים של סיוע רוחני פוטנציאלי) וגם כדי לאפשר ייחוס הוגן של הסיכון המרוחק למדי. אין חולק כי יש בכך להקשות על רשויות אכיפת החוק. פתרון אפשרי הוא קביעת חזקה ראייתית שאפשר לסתור אותה שלפיה חברות בארגון טרור מובהק מעידה על הזדהות עם

155 ראו הדין לעיל, בה"ש 45.

מטרתו הטרוריסטיות (המכוונות לביצוע עברות חמורות). לפי הצעה זו, לא יורשע נאשם שיצליח להוכיח כי בהצטרפותו לארגון לא הייתה לו כוונה לבצע או לקדם ביצוע של מעשה טרור (למשל, אם יוכיח שההצטרפות לארגון נבעה מלחצים שהופעלו עליו).

Membership in a Terrorist Organization

Liat Levanon

Abstract

Overview

Section 25(a) of the proposed The Struggle Against Terrorism Law, 5771-2011, would provide that membership in a terrorist organization is defined as a crime carrying five years imprisonment. The section—which would replace the current scattered and outdated legislation that criminalizes such activity—raises the question of criminalizing mere membership in a terrorist organization, with the justifications for such a step, as well as the appropriate scope for its reach in a liberal democratic regime.

After a brief survey of the current law and the proposed legislation, the study examines the offense of membership from three perspectives: firstly, in view of the protected values and the system of constitutional balances arising from them; secondly, in terms of the theory of similar offenses in criminal law; thirdly, from the comparative law perspective. This three-part examination reveals that the proposed crime of membership in a terrorist organization presents a number of difficulties—particularly in situations in which responsibility will be imposed for subordinate or weak forms of involvement of the defendant in the organization's activity—in such a manner so as to necessitate a change in the current version of the proposal and the addition of various components in order to deal with these difficulties.

Definition of the Proposed Crime and the Scope of Criminalization that it Enables

The focal point of the discussion is section 25(a) of the proposed legislation, which provides that “a member in a terrorist organization is liable to five years imprisonment” (hereinafter: the membership offense). The definition of the term “member” is the broadest possible definition, according to which even “a person who is counted among the members of a terrorist organization” or “one who expressed his consent to join a terrorist organization” is considered a member. Thus, the proposed law adopts the nominal definition requiring only formal membership or the expression of consent to membership, without any requirement that the defendant perform any further active deed within the purview of the organization.

With respect to the definition of a “terrorist organization,” the legislative proposal takes a broad approach which does not distinguish between a terrorist organization whose activities are all military in nature and an organization of a dual nature, that combines military and civilian activities, and provides that there is no relevance to the question if the organization also carries out legally sanctioned activities. With respect to shell organizations, that have a weaker connection to terrorist organizations, there is a different provision that requires the existence of an actual ministerial declaration pursuant to law that such organization is a terrorist organization in order to criminalize their activities.

From the provisions of proposed legislation it transpires that the proposal enables the imposition of criminal liability for a low level of anti-social behavior, such as the one-time expression of consent to join a terrorist organization, the inclusion of one’s name on a membership list of the organization, and irregular

activity that is not associated with the organization's military objectives.

Analysis of the Offense from a Constitutional Perspective

The criminalization of membership in a terrorist organization in the legislative proposal raises for discussion the question of the appropriate balance between the values that the proposed criminal prohibition is intended to protect and conflicting values from the fields of criminal and constitutional law. The offense of membership is an incomplete crime derived from completed crimes of acts of terrorism. It is justified in view of the importance of the values that the laws against terrorism seek to protect, which include the right to life, to physical integrity, to property and protection of property, the general public interest, public security and even state sovereignty and the totality of democracy itself.

Alongside the need to defend these values, criminalization of simple membership creates a conflict with general constitutional values relating to the scope of the criminal law as well as the right of association. Thus, criminalization of nominal forms of membership, including a low level of activity in the organization, raises difficulties in view of the principle of criminal law as a last resort, which justifies the imposition of criminal liability only in serious cases involving conduct with a significant risk of damage, where the one carrying it out has a negative (anti-social) attitude to the protected value. Additionally, the imposition of broad liability for membership would seem to run counter to the principle of personal culpability and is likely to result in the imposition of liability on an individual due to the deeds of others. The vagueness of the crime in its present formulation and the lack of certainty with respect to types of conduct that

would be included in it raise difficulties with respect to the duty of providing a warning in advance and the public's awareness of the criminality of the activity. It also raises the possibility of selective or abusive use of the prohibition by the enforcement authorities.

Moreover, the offense of membership is in conflict with the right of association. The individual's right to associate is a founding principle of a democratic society and the power to associate is a condition for the exercise of basic rights, foremost among them the freedom of expression. The freedom to associate, particularly the association of marginal groups, is one of the signs of an open society. Although it is clear that protection of the right to associate is not justified in the case of illegitimate organizations—as in the case of clearly terrorist organizations—the question still arises in cases in which the act of association is an expression of legitimate activity, especially in shell organizations whose connection to the terrorist activity is attenuated. There is particular concern that a sweeping limitation on association by minority groups and marginal sectors of the population will enable security authorities to arbitrarily limit their activity, through aggressive enforcement of the criminal prohibition. Therefore, the scope of the limitation of the freedom of association must be considered within the definition of the scope of the criminal offense.

Analysis of the Offense in View of Similar Offenses in the Criminal Law

An analysis of the offense of membership in relation to incomplete offenses demonstrates that there is a need to make alterations for consistency in the proposed version of the law. The underlying assumption of the analysis in this part is that

inchoate offenses that already exist in the criminal law—such as the laws of conspiracy, acts of preparation and the laws of partnership—reflect an appropriate constitutional balance between the rights of the defendant and the public interest and the more the proposed offense disturbs this balance and includes conduct of a low level of criminality, the more it requires special justifications, and it is doubtful if they exist with respect to the offense of membership.

At the outset, the analysis presents the significant similarity—historical and analytical—between the offense of membership and the offense of criminal conspiracy (as to which a substantial amount of criticism was voiced in the literature). In spite of the great similarity, the offense of membership in its current formulation is a “crime of conduct” that requires only a state of mind of awareness, whereas in most legal systems the offense of conspiracy is an offense of purpose (a purpose to commit a crime), and therefore its applicability is narrower. The more the offense of membership is viewed as an individual case that is similar—if not identical—in its characteristics to the offense of conspiracy, the greater the justification to consider the addition of a requirement of purpose for such membership. The offense of conspiracy is generally justified on the basis of its being a deed of preparation for criminal activity. In comparison to the doctrine of criminal “preparatory deeds,” it seems that the prohibition on mere membership in a terrorist organization renders conduct that in many cases is far from the carrying out of the completed offense into a criminal offense. Such criminalization does not meet the criteria for criminalization of a punishable “deed of preparation.” The offense of conspiracy is also justified at times on the basis of its being an act of solicitation or assistance for criminal activity. However, in terms of the offense of membership,

in the prism of the laws of partnership and the attempt to justify it by extrapolating from these laws, substantial difficulties were raised by the criminalization of various types of conduct that at present are included in the offense. Passive membership in a terrorist organization, without any real connection to those carrying out acts of terrorism, cannot be considered solicitation or incitement to perform an offense, and it is even difficult to argue that such membership assists acts of terrorism.

There are those who argue that it is possible to view the offense of membership a completed offense that directly impinges upon the value of state security and public well-being. According to this position, the very membership of a person in a terrorist organization—even without the performance of any act whatsoever—infringes the protected value and justifies criminal liability. This is also the position that the legislative proposal adopts. However, it seems that if this position is accepted in cases of membership in a “pure” terrorist organization, then the level of punishment in the proposed legislation is disproportional to the severity of the conduct of the perpetrator and the damage expected from the act, and therefore, it is appropriate to decrease the level of punishment.

The Situation in Comparative Law

A look at comparative law reveals that the picture is complex. However, it may be stated that in most countries there is no criminalization of mere membership and there are additional requirements—in most cases as part of the factual element of the crime, such as a deed beyond mere nominal membership—in order to convict. In some states this is a requirement found in legislation, and in other states it is the result of the development of the case law.

Recommendations

The criminal offense of membership as drafted in the legislative proposal is defined too broadly and includes behaviors with pale criminal characteristics that do not justify the imposition of the punishment set forth in the law. My main recommendation is to add components to the state of mind and the factual element of the offense in order to return it to the accepted boundaries of the criminal law.

The following changes should be made:

- a. **A distinction between the types of organizations:** Although it is appropriate to criminalize mere membership in clearly terrorist organizations, it is difficult to justify this where speaking of dual-purpose organizations, some of whose activities are carried out in frameworks that have no connection to terrorist activities. I do not accept the approach adopted by the legislative proposal according to which there is no difference between clearly terrorist organizations and organizations with a dual nature. There is place for a distinction between these two types of organizations, especially at the stage of examining the individual's liability. This distinction may be made through the provision of a defense in cases in which the defendant is able to prove that he was a member of a dual-nature organization and that his activity in the organization focused only on the civil aspect without any connection to terrorist activity.
- b. **Addition of components to the state of mind:** To the extent that membership in a dual-purpose organization is criminalized, the survey suggests that at the least the current draft which criminalizes completely nominal-subordinate membership should not be accepted. Therefore, a factual component should be added to the criminal offense which

would include a requirement for the existence of a deed or deeds of a sufficiently anti-social nature, carried out under the auspices of the organization, for the purposes of a conviction and there should even be consideration of a significant decrease in the punishment set forth for the offense. One possible route would be to add a factual component of a “material deed,” similar to the existing arrangement under French law. An alternative suggestion would be the repeal of the offense of membership and making do with the criminalization of activity that makes a real contribution to the advancing of terrorist acts regardless of membership, similar to the American law.

- c. **Addition of components to the state of mind:** A further manner that arises from the theoretical and comparative survey is the addition of an element of purpose to the mental state in order to criminalize only membership in an organization with the purpose of carrying out or assisting in the carrying out of a terrorist act. It is possible to add a rebuttable evidentiary presumption that a person who is a member of a clearly terrorist organization identifies with its objectives, enabling the defendant to rebut this presumption.

Membership in a Terrorist Organization

Liat Levanon

Policy Paper 94
Jerusalem, October 2012



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor (Hebrew): Herzlia Efrati
English Translator: Amy Yourman
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Irit Nachum
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-116-5

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867

Email: orders@idi.org.il; website: www.idi.org.il

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 9104401

Copyright © 2012 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at www.idi.org.il

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of the Israel Democracy Institute.