

מיהו טרוריסט?

על המנגנון להכרזה על ארגוני טרור בחוק המאבק בטרור

חוק המאבק בטרור, שנחקק ב־2016, מעניק לרשות המבצעת את הסמכות הקיצונית להכריז על ארגונים ארגוני טרור, ועל סמך הכרזה זו לנקוט צעדים מרחיקי לכת נגד מעגלים רחבים של חברים, פעילים ואוהדים. מה מקומו של מנגנון הכרזה כזה במדינה דמוקרטית?

לילה מרגלית

מחקר
מדיניות
162





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מיהו טרוריסט?

על המנגנון להכרזה על ארגוני
טרור בחוק המאבק בטרור

לילה מרגלית

מחקר מדיניות 162

דצמבר 2021

Who Is a Terrorist?

The Framework for the Designation of Terrorist Organizations in the Counter-Terrorism Law

Lila Margalit

עריכת הטקסט: דפנה לביא

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין

ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים

הדפסה: דפוס פרינטיב, ירושלים

מסת"ב: 978-965-519-386-2

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.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2021

נדפס בישראל, תשפ"ב/2021

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנים, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

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

תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
18	פרק 1. הסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור: תמצית ההסדר הקיים והרקע לחקיקתו
34	פרק 2. מנגנוני הכרזה ופוטנציאל הפגיעה במרחב הדמוקרטי: רקע נורמטיבי ומסגרת לדיון
48	פרק 3. סקירה השוואתית
136	פרק 4. הסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור: דיון ביקורתי ופרשנות הוראות החוק
213	פרק 5. בעיית החומר החסוי: עורך דין מיוחד וחובות הגילוי המינימלי
232	פרק 6. מן הכלל אל הפרט: המחשת החשש מפני פגיעה במרחב הדמוקרטי
243	פרק 7. סיכום והמלצות
iii	Abstract

תקציר

חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, שחוקקה הכנסת ביוני 2016, ביקש להחליף את תחיקת החירום בחקיקה מודרנית וקבועה למאבק בטרור, ההולמת מדינה דמוקרטית במאה העשרים ואחת והעומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בין הסמכויות המרכזיות המעוגנות בחוק נמצאת הסמכות הניתנת לרשות המבצעת להכריז על ארגון כארגון טרור, ועל סמך הכרזה זו לנקוט צעדים מרחיקי לכת נגד מעגלים רחבים של אנשים המקיימים קשרים עם הארגון.

על רקע חקיקתו של חוק המאבק בטרור והפיכת סמכות ההכרזה – שבעבר נתפסה כסמכות חירום – לחלק בלתי נפרד מהחקיקה הקבועה של מדינת ישראל, מחקר זה מבקש לחזור למושכלות יסוד ולשאול כמה שאלות בסיסיות: מה מקומו של מנגנון ההכרזה במדינה דמוקרטית? מה הן התכליות העשויות להצדיק מתן סמכות לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור ולנקוט צעדים נגד אנשים על סמך הכרזה מינהלית זו? מה הם המחירים הכרוכים בכך, ומה הן הערובות הדיוניות המינימליות הדרושות כדי להבטיח שימוש מידתי וראוי בסמכות זו? באופן ספציפי, המחקר מבקש להתמקד בסוגיה שפעמים

רבות נדחקת הצידה – השאלה כיצד עלולה סמכות ההכרזה להשפיע על המרחב הדמוקרטי: לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, במיוחד של המיעוט, לצנן התארגנויות אזרחיות או להצר את מרחב הפעולה של החברה האזרחית.

המחקר בודק שאלות אלה על רקע בחינה מעמיקה של הסדרי ההכרזות שאומצו בעשורים האחרונים במועצת הביטחון של האו"ם, באיחוד האירופי, ובארבע מדינות דמוקרטיות: ארצות הברית, קנדה, בריטניה וגרמניה. המחקר מציע מסגרת תאורטית לבחינת פוטנציאל הפגיעה במרחב הדמוקרטי הטמון במנגנון ההכרזה, המבוססת על בחינה משולבת של כמה פרמטרים: עליות ההכרזה (האם המנגנון מוחל רק על ארגונים המעורבים בביצוע מעשי אלימות קיצוניים, או גם על קבוצות בעלות זיקות עקיפות יותר לטרור?); השלכות ההכרזה (האם מדובר במנגנון מניעתי "רזה", הגורר בעיקר סנקציות כלכליות, או במנגנון "עבה", המוביל להוצאת הארגון מחוץ לחוק במובן עמוק יותר?); ומידת ההוגנות והשקיפות של הליך ההכרזה. נוסף על כך המחקר טוען כי יש לתת את הדעת לשאלת התחולה הגאוגרפית של מנגנון ההכרזה – האם הוא נתפס בעיקר ככלי לניהול מדיניות חוץ, או האם הוא עשוי להיות מופנה נגד תנועות פוליטיות מקומיות? הניתוח ההשוואתי מראה כי מנגנוני הכרזה במקומות שונים בעולם מקיימים איזונים שונים ביחס לפרמטרים אלה, וגישה "מחמירה" ביחס לאחד הפרמטרים מתאזנת פעמים רבות באמצעות הפרמטרים האחרים. הוא גם חושף את הקושי הטמון בהסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור, אשר נוקט גישה מחמירה כלפי כל אחד מפרמטרים אלה.

החלק השני של המחקר מקיים דיון ביקורתי בהסדר שאומץ בחוק המאבק בטרור, על רקע התובנות העולות מהניתוח ההשוואתי והנורמטיבי. הדיון מציע פרשנות ותיקונים שונים, שבכוחם לקדם בצורה אפקטיבית את התכליות הביטחוניות הלגיטימיות של מנגנון ההכרזות. ההצעות השונות נועדו להגביר את הוגנותו של המנגנון ולצמצם את האפשרות שיפגע באופן בלתי ראוי במרחב הדמוקרטי. ההצעות נוגעות לשלושה מישורים עיקריים, המקבילים לפרמטרים שתוארו לעיל: מישור העילות להכרזה, מישור השלכות המיוחסות להכרזה, ומישור ההוגנות והשקיפות של הליכי ההכרזה. רוב ההמלצות ניתנות ליישום על ידי הגורמים האמונים על הנושא – שר הביטחון, הוועדה המייעצת שמטפלת בהשגות על הכרזות, ובתי המשפט – ללא צורך בשינוי החוק. חלק אחר כרוך בתיקון החוק.

ראשית, במישור העילות, המחקר טוען כי יש לפרש וליישם את סמכות המדינה להכריז על "ארגוני מעטפת" כארגוני טרור, באופן שיש בו כדי להגשים את התכלית הביטחונית המובהקת העומדת ביסוד סמכות חריגה זו: קרי הצורך לפעול למניעת מעשי טרור מסוכנים ולנתק את ארגוני הטרור מהמשאבים המאפשרים להם לממש את יעדיהם ההרסניים ("ארגוני מעטפת" הם ארגונים, אשר אינם עוסקים בטרור בעצמם אך מסייעים לארגונים שמבצעים מעשי טרור). כדי להכריז על ארגון מעטפת כארגון טרור, המחקר טוען כי יש להראות שהוא פועל באופן מכוון על מנת לסייע לארגון הטרור הראשי לממש אסטרטגיה ארגונית שבמרכזה ביצוע מעשי טרור, וכי פעילותו אכן תורמת בצורה ממשית לקידום מטרה זו. קיומה של כוונה כזו עשוי להילמד מנסיבות העניין. כמו כן, יש להראות שההתנהלות הבעייתית מאפיינת את הארגון כל כך עד שלא ניתן להסתפק בצעדים פליליים פרטניים נגד פעילים ספציפיים.

שנית, במישור ההשלכות, המחקר טוען כי מן הראוי לגזור את ההשלכות הנובעות מהכרזה מינהלית על ארגון כארגון טרור מהתכליות המניעתיות הקונקרטיות, המצדיקות קיומה של סמכות זו. בראש ובראשונה מדובר בצורך ליצור תשתית לשיתוף פעולה בינלאומי, שבכוחה לנתק את ארגוני הטרור ממשאבים המאפשרים ביצוע מעשי אלימות קיצוניים ולשלול מהם לגיטימציה ציבורית. הדיון בהשלכות מובא במחקר לפני הדיון בעילות, שכן יש לקרוא ולפרש את ההגדרה של ארגון טרור, בין היתר, על רקע ההשלכות הקבועות היום בחוק.

שלישית, במישור ההוגנות והשקיפות, המחקר טוען כי יש לחזק את הערובות הפרוצדורליות הבאות למנוע הכרזות שאינן מוצדקות. ערובות אלה חיוניות הן כדי להבטיח סעד אפקטיבי והליך הוגן למי שעלול להיפגע בעצמו עקב הכרזה, והן כדי להגן על האינטרס הציבורי בשמירה על מרחב דמוקרטי חופשי. בהקשר זה המחקר ממליץ בין היתר לאמץ את מנגנון עורך הדין המיוחד, המאפשר לאדם האמון על האינטרסים של מי שנפגע מהכרזה לעיין במידע החסוי ולהשתתף בכל דיון המתקיים במעמד צד אחד. כמו כן המחקר טוען כי יש להבטיח שקיפות ציבורית מרבית ככל האפשר בנוגע לטעמים שהובילו לביצוע ההכרזה, ולהכפיף את ההכרזות לביקורת פרלמנטרית.

בספטמבר 1948, כמה ימים לאחר הירצחו של שליח האו"ם הרוזן פולקה ברנדוט בידי אנשי ארגון לח"י, התקין דוד בן-גוריון – אז ראש הממשלה ושר הביטחון – "תקנות־שעת־חירום למניעת טרור, תש"ח-1948", והממשלה הכריזה על לח"י כארגון טרוריסטי. ימים ספורים לאחר מכן הוחלפו התקנות בפקודת מניעת טרור – תחיקת חירום שהעניקה לממשלה סמכויות מרחיקות לכת להיאבק בטרור במצב חירום מוכרז לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. בין היתר הפקודה הסמיכה את הממשלה להכריז על ארגונים כ"ארגונים טרוריסטיים" ולנקוט שורה של צעדים נגד הפעילים בהם. הפקודה הצטרפה לתקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות, אשר העניקו אף הן סמכויות קיצוניות לממשלה לפעול נגד ארגונים המאיימים על המשטר.

במכתב חריף ששיגרו מנחם בגין ויעקב מרידור לשר המשטרה הם תקפו את מה שכינו ה"התנקשות החמורה ביותר בזכויות היסוד של האדם והאזרח, וביסודות החוק והמשפט התקינים במדינתנו", הטמונה בסמכויות החריגות שהוענקו לממשלה. במכתבם קראו בגין ומרידור לבטל את "כל ה'חוקות' ה'תקנות' וה'פקודות', ותהיינה בריטיות במקורן או בריטיות מתוך חיקוי, המבטלות את יסודות החוק והמשפט והחופש האזרחי".¹

עקיבא ברון, יו"ר המזכירות של תנועת לח"י, עתר לבג"ץ נגד ההכרזה, אולם בית המשפט – בפסק דין שביטא היטב את הרוח הקולקטיביסטית שאפיינה את התקופה – נמנע מלהתערב: "התקנות הנ"ל" ופקודת מניעת טרור [...] עלולים לפגוע קשות בחירויות האזרח", הטעים בית המשפט, "אולם במצב של שעת־חירום אין מנוס מזה. כאשר בטחון המדינה ושלומו הציבור הנם בחזקת סכנה חמורה, יש והכלים המשפטיים הרגילים אינם מספיקים והכרחי להעדיף את

* תודה רבה לפרופ' עמיחי כהן, פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר דנה בלאנדר, ד"ר ילנה צ'צ'קו, ד"ר עמיר פוקס, עו"ד אלי בכר, עו"ד לינא סאבא־חשב, ד"ר לימור יהודה ועו"ד אן סוצ'יו, שהערוטיהם תרמו רבות למחקר. תודה מיוחדת לעורכת הלשונית דפנה לביא ולעובדי ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

1 מנחם בגין ויעקב מרידור, הועד הפועל של תנועת החרות, אל ב.ש. שיטריה, 17.11.1948, ארכיון המדינה, ג-304/1 "עצורים עבריים".

צרכי בטחון המדינה על שמירת זכויות האזרח. במקרה כזה מצווה כל אזרח על-ידי הציבור כולו להקריב את חירויותיו לטובת הכלל"².

בשנת 1995, כמעט 50 שנה לאחר מכן, חזר והדגיש בית המשפט העליון את האופי החריג של הסמכות הקבועה בפקודה להכריז על ארגון כ"ארגון טרוריסטי" ובכך למנוע פעילות פוליטית שאם לא כן הייתה חוקית ולגיטימית. באותה שנה ביקש בנו של מאיר כהנא לקיים עצרת לזכרו של אביו בכיכר רבין. המשטרה סירבה לבקשה – לא מפני שהייתה קיימת סכנה קונקרטיית לפגיעה בשלום הציבור בעקבות האירוע, אלא בטענה שעליה למנוע מראש כל עצרת המתקיימת מטעמו של ארגון טרור מוכר.³ כהנא עתר נגד ההחלטה, אך בית המשפט קיבל את עמדת המשטרה. השופט זמיר, שכתב את פסק הדין, הסביר כי עצם קיומו של ארגון טרוריסטי מהווה סכנה ממשית לשלום הציבור, ועל כן "כל דבר שמסייע לארגון כזה להתקיים, לפעול ולהשפיע מהווה סכנה כזאת. אסיפה הנערכת מטעם ארגון טרוריסטי, כמו גיוס תומכים או כספים לארגון כזה, אפילו בדרך מקובלת ושקטה, עלולים להיות כפתיל הצתה הבוער עד שהוא גורם פיצוץ. התכלית של פקודת מניעת טרור היא למנוע סכנה כזאת"⁴.

עם זאת, זמיר עמד על הבעייתיות העמוקה של תפיסה זו – המאפשרת מניעת פעילות פוליטית רק בשל הקשר שלה לארגון שהממשלה הכריזה עליו כארגון טרור – בדמוקרטיה ליברלית. פקודת מניעת טרור, הוא כתב, פוגעת בנשמת הדמוקרטיה, ועל כן "אין לה מקום בדמוקרטיה, אלא אם הדמוקרטיה נתונה בסכנה, וכל זמן שהיא נתונה בסכנה, ואיסורים כאלה נדרשים כדי להגן עליה מפני צר ואויב [...] לא בכדי נקבע בפקודה [...] כי היא 'לא תחול אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום [...]'; רק נסיבות קיצוניות יכלו להצדיק את חקיקת הפקודה, ורק נסיבות קיצוניות יכלו להצדיק את הפעלתה."⁵

2 בג"ץ 16/48 ברון נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד א 109, 112 (1948).

3 כך וכהנא חי (כ"ח) הוכרזו כארגוני טרור לפי פקודת מניעת טרור.

4 בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט(4) 853, 858 (1995) (להלן: עניין כהנא).

5 שם, בעמ' 859-858.

כ־20 שנים לאחר מכן חוקקה הכנסת את חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, דבר חקיקה מקיף המעניק לממשלה סמכויות משמעותיות בתחומי המשפט הפלילי והמינהלי להיאבק בטרור – לרבות הסמכות להכריז על ארגונים כארגוני טרור. החוק, אשר נחקק כחלק מהמאמץ להביא לסיום את מצב החירום המתמיד במדינת ישראל, ביקש להחליף את ההסדרים הבעייתיים בפקודת מניעת טרור ובתקנות ההגנה, בהוראות קבועות ומודרניות, ההולמות מדינה דמוקרטית והעומדות בתנאי חוק ייסוד: כבוד האדם וחירותו. עם חקיקת החוק בוטלה הפקודה, וכן בוטלו התקנות מתוך תקנות ההגנה העוסקות בהכרזה על התאחדויות בלתי מותרות.

אולם באופן מעניין, במהלך הדיונים בחוק המאבק בטרור השאלה אם ראוי לקיים במדינה דמוקרטית הסדר המאפשר לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כ"ארגוני טרור" לא הייתה מוקד למחלוקת ממשית. נקודת המוצא של רוב המשתתפים בדיון הייתה כי להסדרים המאפשרים לממשלה להכריז על ארגונים כארגוני טרור דווקא יש מקום בדמוקרטיה; הוויכוחים התמקדו בשאלות אחרות, כגון ההיקף הראוי של סמכות זו. זאת ועוד, אף כי היה נהיר לכלל המשתתפים בדיונים כי הסדרים מעין אלה כרוכים בפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של האזרח, פוטנציאל פגיעתם בזכויות הפוליטיות ובמרחב הדמוקרטי – בחופש הביטוי הפוליטי ובחופש ההתאגדות – לא זכה לתשומת לב מרובה. הדאגה התמקדה בחששות קונקרטיים יותר, כגון החשש מפני פגיעה בלתי מוצדקת בצדדים שלישיים המקיימים קשרים כלכליים תמימים עם ארגונים בעייתיים.

מה גרם לשינוי זה בתפיסת סמכות הממשלה להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק – מתפיסה הרואה בה סמכות קיצונית, המשמשת בשעת חירום, לתפיסה הרואה בה חלק אינטגרלי מארגז הכלים המקובל במדינה דמוקרטית להתמודד עם הטרור?

נראה כי התשובה לשאלה זו נעוצה בין היתר בהתגברות הטרור העולמי ובמשטר הבינלאומי למאבק בטרור – ובייחוד למאבק במימון טרור – שהתפתח והשתרש בעולם לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001. מאז אותם אירועים קיבלה מועצת הביטחון של האו"ם שורה של החלטות המחייבות מדינות לפעול נגד ארגוני טרור וכן להטיל סנקציות שונות על אנשים וארגונים הקשורים לאלקאעידה (וכיום גם דאע"ש) בהתאם לרשימה שחורה שהמועצה מנהלת. במקביל, מדינות

דמוקרטיות רבות – גם כאלה המעלות על נס את חופש הביטוי הפוליטי וחופש ההתאגדות – חוקקו הסדרים נרחבים להכרזה על ארגוני טרור ולהוצאתם אל מחוץ לחוק. אך שחלק מהסדרים אלה נוצרו או הורחבו באווירת החירום ששררה בעולם לאחר 11 בספטמבר 2001, הם הפכו במרוצת השנים למחזה שגרתי בנוף המשפטי הבינלאומי. תהליכים אלו פעלו כדי להעניק לגיטימציה חדשה לרעיון שראוי להעניק לרשות המבצעת את הסמכות להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק. בה בעת אירועי האינתיפאדה השנייה – שהדגישו ביתר שאת את חשיבות המאבק האפקטיבי בארגוני טרור – הותירו את חותמם על הציבור הישראלי.

אולם מה אכן מקומו של מנגנון הכרזה על ארגונים כארגוני טרור במדינה דמוקרטית? על רקע חקיקתו של חוק המאבק בטרור, והפיכת סמכות ההכרזה לחלק בלתי נפרד מהחקיקה הישראלית הקבועה, מחקר זה מבקש לחזור למושכלות יסוד ולשאול כמה שאלות בסיסיות: מה הן התכליות שעשויות להצדיק מתן סמכות לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור ולנקוט צעדים נגד אנשים על סמך הכרזה מינהלית זו? מה הם המחירים הכרוכים בכך, ומה הן הערובות הדיוניות המינימליות הדרושות כדי להבטיח שימוש מידתי וראוי בסמכות זו? באופן ספציפי, המחקר מבקש להתמקד בשאלה שפעמים רבות נדחתה הצידה – השאלה כיצד סמכות ההכרזה עלולה להשליך על המרחב הדמוקרטי: לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, בייחוד של המיעוט, לצנן התארגנויות אזרחיות או להצר את מרחב הפעולה של החברה האזרחית.

החלק הראשון של המחקר מקיים דיון נורמטיבי בשאלות אלה, על רקע בחינה מעמיקה של הסדרי ההכרזות שאומצו בעשורים האחרונים במועצת הביטחון, באיחוד האירופי ובארבע מדינות דמוקרטיות: ארצות הברית, קנדה, בריטניה וגרמניה. בחינה זו מראה כי אך שנהוג לעיתים להשתמש באותו ביטוי – "הכרזה" – כדי להתייחס למנגנונים השונים שהשתרשו בעולם להטלת סנקציות על ארגוני טרור או להוספתם לרשימות שחורות למיניהן (וכך עושה גם חוק המאבק בטרור), בפועל מדובר במנגנונים שונים מאוד זה מזה, ולא בכלום טמון פוטנציאל זהה לפגיעה במרחב הדמוקרטי. המחקר מציע מסגרת תאורטית לבחינת פוטנציאל הפגיעה במרחב הדמוקרטי, המבוססת על בחינה משולבת של כמה פרמטרים: עילות ההכרזה (האם המנגנון מוחל רק על ארגונים המעורבים בביצוע מעשי אלימות קיצוניים, או גם על קבוצות בעלות זיקות עקיפות יותר לטרור?); השלכות ההכרזה (האם מדובר במנגנון מניעתי "רזה", הגורר בעיקר

סנקציות כלכליות, או במנגנון "עבה", המוביל להוצאת הארגון אל מחוץ לחוק (במובן עמוק יותר?); ומידת ההוגנות והשקיפות של הליך ההכרזה. נוסף על כך יש לתת את הדעת לשאלת התחולה הגאוגרפית של מנגנון ההכרזה – האם הוא נתפס בעיקר ככלי לניהול מדיניות חוץ, או האם הוא עשוי להיות מופנה נגד תנועות פוליטיות מקומיות? הניתוח ההשוואתי מראה כי מנגנוני הכרזה במקומות שונים בעולם מקיימים איזונים שונים ביחס לפרמטרים אלה – כאשר גישה "מחמירה" ביחס לאחד הפרמטרים מתאזנת פעמים רבות באמצעות הפרמטרים האחרים.

בחינה משולבת זו חושפת את הקושי הטמון בהסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור, אשר נוקט גישה מחמירה ביחס לכל אחד מהפרמטרים שתוארו לעיל: הוא מתבסס על עילות רחבות; הוא משקף תפיסה מהותנית ועבה ביחס להשלכות ההכרזה; והוא נעדר שקיפות וערובות מספקות להבטחת יכולתו של אדם לאתגר הכרזה בלתי מוצדקת. בד בבד הוא חל על ארגונים ישראלים וזרים כאחד.⁶ כך יוצא שעל אף השיפורים שחוק המאבק בטרור הכניס למודל ההכרזות לעומת תחיקת החירום, הוא עדיין טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה בזכויות הפוליטיות של האזרח ובמרחב הדמוקרטי, החורג בעוצמתו ממה שנדרש להשגת התכליות הביטחוניות הראויות של המנגנון, ובמידה רבה גם ממה שמקובל בדמוקרטיה אחרות. חוק המאבק בטרור מבטא תפיסה ביחס לכוחה של הרשות המבצעת לעצב את גבולות השיח, שעדיין משקפת את הנורמות של מצב חירום.

החלק השני של המחקר מקיים דיון ביקורתי בהסדר שאומץ בחוק המאבק בטרור, על רקע התובנות העולות מהניתוח ההשוואתי והנורמטיבי. מאחר שהחוק התקבל אך לפני שנים אחדות, הוראותיו משמשות נקודת מוצא לדיון, וההתמקדות העיקרית היא בפרשנות הראויה של המודל המעוגן בו. לצד זאת מוצעים כמה תיקונים לחוק. בכוחם של הפרשנות והתיקונים המוצעים לקדם בצורה אפקטיבית את התכליות הביטחוניות הלגיטימיות של מנגנון ההכרזה,

6 על האופן שבו השאלת החמרות שונות מהמשפט המשווה עלולה להביא לאימוץ הסדר בלתי מאוזן בהקשר השונה אך נושק של עבירת ההסתה לטרור, ראו דפנה ברק-ארז ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" עיוני משפט לה 555, 584.

מתוך הגברת הוגנותו וצמצום האפשרות שיפגע פגיעה בלתי ראויה במרחב הדמוקרטי.

הצעות אלה מתמקדות בשלושה מישורים עיקריים, המקבילים לפרמטרים שתוארו לעיל: מישור העילות, מישור ההשלכות ומישור ההוגנות והשקיפות. הקפדה על מנגנון הכרזות המותאם בצורה מדוקדקת לתכליותיו הביטחוניות הראויות, והמבטיח סעד אפקטיבי למי שעלול להיפגע ממנו, אינה חשובה רק כשלעצמה. היא גם תנאי לאפקטיביות המאבק בטרור, משום שמטרה מרכזית של מנגנון ההכרזות היא ליצור תשתית לשיתוף פעולה בינלאומי – ומנגנון רחב שאינו מקפיד על הזכויות הדיוניות עלול לפגוע בטווח ארוך במהימנותן של ההכרזות הישראליות, בלגיטימציה שלהן, ובסיכויים שמדינות אחרות יאמצו אותן.

המחקר מחולק לשבעה פרקים. הפרק הראשון מתאר בתמצית – כרקע לדיון שיובא בהמשך – את הסדרי ההכרזות שעוגנו בעבר בתחיקת החירום ואת ההסדר שאומץ בחוק המאבק בטרור. הפרק השני דן בתכליות הראויות של מנגנוני הכרזה, ובסכנות הכרוכות בהם לזכויות הפוליטיות של האזרח ולמרחב הדמוקרטי. לאחר מכן הוא מציג את המסגרת התאורטית המוצעת לבחינת מנגנוני הכרזה, המבוססת על הפרמטרים שתוארו לעיל. הפרק השלישי כולל את הסקירה ההשוואתית. הפרק הרביעי מקיים דיון ביקורתי בהסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור, על רקע הדיון הנורמטיבי וההשוואתי, ומציע פרשנות להוראות הכלולות בו לצד הצעות אחדות לתיקוני חקיקה. הפרק החמישי מוקדש לדיון בבעיית החומר החסוי בהליכי הכרזה ובערובות המינימליות הדרושות להבטחת הליך הוגן בהליכים אלו. הפרק השישי בוחן שלוש דוגמאות של הכרזות מהשנים האחרונות – על תופעת "תג מחיר", על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית ועל ארגון זכויות אדם הפועל בבריטניה – להמחשת נקודת המפגש האפשרית בין מנגנון ההכרזות הקבוע בחוק ובין החברה האזרחית. הפרק השביעי מסכם את הדיון ואת עיקר המלצות המחקר.

לפני שאגש לדיון אבקש להעיר שתי הערות מקדמיות. ראשית, סוגיית ההכרזה על ארגונים כארגוני טרור מעלה במציאות הישראלית שאלות רבות, פוליטיות ומשפטיות כאחד. כיצד משתלב המנגנון במדיניות הכללית של הממשלה כלפי הסכסוך עם הפלסטינים, ובשליטה הנמשכת של מדינת ישראל בשטחים? מה

הן השלכות ההכרזה על התשתית האזרחית של ארגון חמאס כארגון טרור בעת שהוא שולט בעזה ואחראי להספקת שירותים לאוכלוסייה האזרחית במקום? שאלות אלה סבוכות וחשובות הן, ומחקר בנושא זה אינו יכול להתעלם מהן כליל; אולם מחקר זה מבקש להפנות זרקור להיבט אחר של הנושא – השלכות המנגנון על המרחב הדמוקרטי בתוך המדינה פנימה. שנית, מחקר זה מתמקד באופן ספציפי במנגנון המאפשר לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור ולקבוע בדין השלכות הנובעות מעצם קיומה של הכרזה מינהלית זו. זאת להבדיל משאלות לא פחות חשובות – אך אחרות – כגון המידה שבה יש להפיל קשרים עם ארגונים שלגביהם מוכח במסגרת הליך פלילי כי הם מקדמים ביצוע מעשי טרור. כפי שנראה, מנגנון מינהלי זה להכרזה על ארגוני טרור משמש "שער כניסה" מרכזי לסמכויות רבות ומגוונות, הקבועות הן בחוק המאבק בטרור והן בחוקים אחרים. מה תפקידו של שער כניסה זה, וכיצד הוא צריך להיראות? עם שאלות אלה מבקש מחקר זה להתמודד.

פרק 1

הסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור: תמצית ההסדר הקיים והרקע לחקיקתו

כרקע לדיון שיובא בהמשך, פרק זה יציג בקיצור נמרץ את הסדרי ההכרזות שעוגנו בעבר בתחיקת החירום ואת ההסדר שאומץ בחוק המאבק בטרור. דיון מעמיק יותר במודל ההכרזות בחוק המאבק בטרור יובא בפרק 4 למחקר זה.

1.1

תקנות ההגנה

1945 (שעת חירום)

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, אשר נקלטו למשפט הישראלי כחקיקה ראשית עם קום המדינה, העניקו לרשות המבצעת סמכות רחבה ביותר להכרזה על "התאחדויות בלתי מותרות" ולנקיטת צעדים נגדן.⁷ אף כי מבחינה פורמלית התקנות אינן מותנות בקיומו של מצב חירום מוכרז, מהותית הן משקפות נורמות חירום; הן נחקקו בידי הבריטים במסגרת השלטון הקולוניאלי בארץ כדי לאפשר דיכוי התקוממויות של נתינים, שהיו נטולי זכויות דמוקרטיות.⁸

אופיין האנטי־דמוקרטי של התקנות היה מוקד לביקורת חריפה כבר בשנים הראשונות לקום המדינה. בשנת 1951 הכריזה מליאת הכנסת כי "תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, הקיימות עדיין במדינה מאז השלטון הבריטי, עומדות בניגוד ליסודות של מדינה דמוקרטית", והטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט

7 התקנות נקלטו לדין הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

8 לדיון בשימוש בתקנות חירום במושבות הבריטיות ובנסיבות חקיקת התקנות בארץ ראו יעל ברדה "ניהול 'אוכלוסיות מסוכנות': מפרקטיקות חירום קולוניאליות לחוקי המאבק בטרור בהודו ובישראל" **חיאוריה וביקורת** 44, 97 (2015).

לגבש הצעה לביטולן בתוך שבועיים.⁹ מנחם בגין, אז מנהיג תנועת החירות, הצהיר כי "מן הרגע הראשון השמענו את האזהרה: אם החוקים האלה, חוקי הטרור של שלטון דיכוי, יישארו במדינת ישראל – ביום מן הימים לא יימצא חוג שלא ייפגע מהם, ואין זה חשוב מיהו הנפגע [...] קיום חוקי־חירום אלה הוא חרפה, הפעלתם – פשע".¹⁰ אולם אף שהוקמה בעקבות החלטת הכנסת ועדה בין־משרדית לטיפול בנושא, הדיונים הגיעו למבוי סתום והצעות התיקון נגנזו.¹¹ במקביל התקנות סיפקו את הבסיס המשפטי לממשל הצבאי שהוחל על אזרחי ישראל הערבים עד שנת 1966.

הסמכות שנקבעה בתקנות ההגנה להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק שיקפה תפיסה מרחיבה ביותר של תפקיד הרשות המבצעת – תפיסה ההולמת מצב חירום. ראשית, עילות ההכרזה היו כמעט בלתי מוגבלות. תקנה 84 לתקנות ההגנה, אשר בוטלה במרץ 2017 עם חקיקת חוק המאבק בטרור,¹² הגדירה "התאחדות בלתי מותרת" ככל חבר בני אדם, מאוגד או בלתי מאוגד, שלגביו מתקיים אחד משני תנאים: הוא "ממליץ, מסית, או מעודד בחוקתו או בתעמולתו אחת מן הפעילויות הבלתי מותרות הבאות, היינו – (1) מיגור חוקתה של ישראל או ממשלת ישראל בכוח הזרוע או באלימות; (2) גרימת שואה או בוז, או הסתה לאיבה, כלפי ממשלת ישראל או שר משריה בתפקידו הרשמי; (3) השמדת רכושה של ממשלת ישראל, או פגיעה בו; (4) מעשי טרור המכוונים נגד ממשלת ישראל או כנגד עובדיה"; או שהוא הוכרז בידי שר הביטחון (במקור – הנציב העליון) כהתאחדות בלתי מותרת. בספרות התקיים דיון לגבי השאלה אם ראוי היה לפרש את סמכות שר הביטחון להכריז על התאחדות בלתי מותרת ככפופה להתקיימות העילות המהותיות בחלופה הראשונה, אולם בפועל הפרשנות

9 ברדה, שם, בעמ' 115. כמו כן ראו אלכס אברבוך "המאבק במימון הטרור בישראל: היבטים משפטיים" משפט וצבא 17, 183, 203 (התשס"ד).

10 ברדה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 115.

11 שם, בעמ' 115-116.

12 אף שהחוק בכללותו נכנס לחוקף בנובמבר 2016, הביטול של תקנות 84, 85 ו-120 לתקנות ההגנה (שעת חירום) נכנס לחוקף במרץ 2017. ראו סעיף 100(ב) לחוק המאבק בטרור.

שאומצה הייתה כי שר הביטחון לא היה מוגבל לעילות אלה.¹³ השלכותיה של הכרזה לפי תקנות ההגנה היו רחבות מאוד אף הן. הכרזה גררה סמכויות גורפות לתפיסה והחרמה של רכוש, והפלה של קשרים מסוגים שונים עם הארגון – לרבות חברות פסיבית בו.¹⁴

לפי רשימת הארגונים המוכרזים של משרד הביטחון, הכוללת את ההכרזות שנעשו במרוצת השנים ושעודן בתוקף, הוכרזו לפי תקנות ההגנה עד שנת 1981 שלושה ארגונים – כולם תנועות פוליטיות מקרב אזרחי ישראל הערבים.¹⁵ בשנים

13 ראו אברבור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 205–206. לדעה שלפיה שר הביטחון היה כפוף לעילות הקבועות בחלופה הראשונה בסעיף ראו חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר עבירות נגד המשטר 25 (2008).

14 גנאים וקרמניצר, שם, בעמ' 26. לדיון מפורט בעבירות שנבעו מהכרזה לפי תקנות ההגנה ראו גם אברבור, לעיל ה"ש 9.

15 לעיון ברשימת ההכרזות העדכנית ראו "ארגוני טרור ופעילי טרור" באתר המטה הלאומי ללוחמה כלכלית בטרור שבמשרד הביטחון. המידע על מספר ההכרזות שבוצעו במרוצת השנים לפי תקנות ההגנה נסמך על רשימת הארגונים המוכרזים שהייתה מעודכנת לספטמבר 2021 (להלן: רשימת ההכרזות מספטמבר 2021). יש לציין כי חלק מההכרזות בוצעו הן לפי תקנות ההגנה והן לפי פקודת מניעת טרור, ולא תמיד מופיעות ברשימה שתי ההכרזות. כמו כן הרשימה, אשר משתנה מפעם לפעם, כוללת בעיקרה הכרזות בחוקף, ולכן הנתונים הם בגדר הערכה ולא מספר מדויק. ההכרזה הראשונה, משנת 1964, כוונה נגד תנועת אל-ארד – אותה תנועה שנפסלה מהתמודדות בבחירות בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית (נבו 1965.10.23). הכרזה נוספת, משנת 1968, כוונה נגד המועדון לתרבות ולספורט בטריה. במדובר במועדון פוליטי אשר היה יעד מרכזי של השב"כ בשנות השישים. דוח של השב"כ, המובא בספרו של הלל כהן "ערבים טובים", מסביר מדוע נחפס המועדון כחתרני: לפי הדוח, ראש הארגון הסביר בנאום הפתיחה שלו "שהמועדונים מוקמים 'מאחר שהנציגים הערבים בכנסת ובמועצות המקומיות אינם פועלים לטובת הערבים. הוא הוקיע בגידתם של ח"כ ערבים בהצבעה בכנסת בפרשת הממשל הצבאי, והתקיף את משרד החינוך הפוסל מורים עקב הלשנות'. הצגות ברוח לאומית, תמיכה של חלק מהחברים בתנועה הלאומית 'אלארד' ונגינת המנון קע"ם בכינוסים הוכיחו לשב"כ כי מדובר בתנועה חתרנית. עיקר החשש, כנראה, היה מהתגבשותו של זרם המציג אלטרנטיבה לאומית לדרך שיתוף-הפעולה שבה נקטו ראשי מועצות מקומיות וחברי כנסת ערבים" (הלל כהן ערבים טובים: המודיעין הישראלי והערבים בישראל – סוכנים ומפעילים, משת"פים ומורדים, מטרות ושיטות 228 (2006). הכרזה שלישית, משנת 1981, התייחסה ל"ועדת התיאום הלאומית" [...] שמצעו נקבע בכנס אשר נערך באום אל-פאחם ביום י"ד בטבת התמ"א [...] ואושר בכנס אשר נערך בטייבה ביום ט' באדר א' התשמ"א" (לציטוט המפורט של ההכרזה ראו י"פ התשמ"א 1371, 1375). הכרזה נוספת משנת 1980, שהופיעה ברשימה עד לאחרונה, התייחסה

1982-2000 הוכרזו עוד כ־10 ארגונים נוספים, והחל משנת 2001 הורחב עד מאוד השימוש במנגנון (מאז בוצעו כ־190 הכרזות נוספות לפי תקנות ההגנה),¹⁶ והוא הפך לכלי משפטי מרכזי במאבק במימון טרור.¹⁷ לצד ההכרזה על ארגוני טרור בינלאומיים דוגמת אל־קאעידה ודאע"ש, הוא שימש להוצאה אל מחוץ לחוק של מוסדות חברתיים המזוהים עם ארגוני טרור (בעיקר חמאס), וקרנות צדקה בשטחים ובחו"ל התומכות במוסדות אלה. כפי שניתן לראות בתרשים 1, המספר הגדול ביותר של ההכרזות לפי תקנות ההגנה בוצע בשנים 2001-2010, בצל אירועי 11 בספטמבר והאינתיפאדה השנייה. בשנים 2013 ו־2015 הוכרזו כהתאחדויות בלתי מותרות גם תופעת תג מחיר והפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל. כפי שנראה בהמשך הדברים, על אף ביטול תקנה 84 הכרזות שבוצעו לפיה עומדות בתוקפן בהתאם להוראת מעבר בחוק המאבק בטרור. כמו כן, התקנה ממשיכה לחול בשטחים.

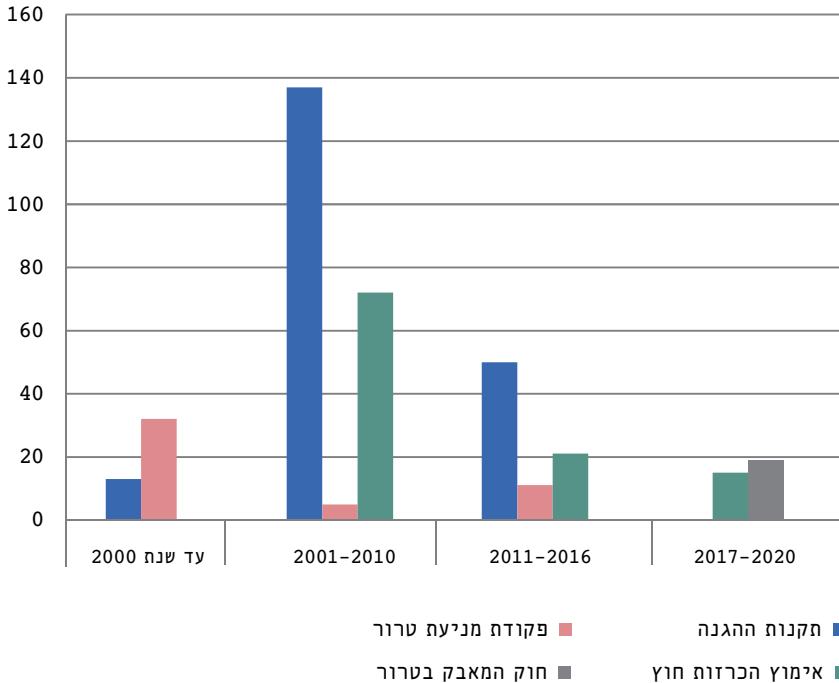
ל"כל חבר בני אדם הפועל לעריכת כנס, ועידה, קונגרס, אסיפה או התארגנות אחרת בעקבות המסמך המכונה 'אמנת ה־6 ביוני', גילויי הדעת שפורסמו והופצו בכנס שנערך בשפרעם ביום כ"ה באלול התש"ם [...] והדברים שנאמרו באסיפות המכילות את הכנס, ובהתאם לאמור במסמכים ובדברים אלה, שיש בהם הבעת אהדה ותמיכה בארגון המתקרא אש"פ, אשר הוכרז כארגון טרוריסטי" (ניתן לעיין בהכרזה זו ב"פ התשמ"א 669, 700).

16 ראו רשימת ההכרזות מספטמבר 2021, שם.

17 אברבורך, לעיל ה"ש 9, בעמ' 206.

חרשים 1

הכרזות על ארגוני טרור בישראל משנת 1948, לפי שנים¹⁸



18 הנחונים לקוחים מרשימת ההכרזות מספטמבר 2021, לעיל ה"ש 15; בנוגע להכרזות לפי פקודת מניעת טרור, הנחונים כוללים גם הכרזות נוספות שפורסמו בילקוט הפרסומים במרוצת השנים, אף אם אינם מופיעים ברשימה (חלק גדול מארגונים אלה הוכרזו הן לפי תקנות ההגנה והן לפי פקודת מניעת טרור, ומופיעים ברשימה רק פעם אחת). ראו לעיל ה"ש 15, וההסבר המובא שם בנוגע לנחונים. הביטוי "אימוץ הכרזות חוץ" מתייחס להכרזות של גורמים זרים דוגמת מועצת הביטחון של האו"ם, אשר אומצו מכוח המנגנון לאימוץ הכרזות זרות שהיה קבוע בעבר בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, ומעוגן היום בסעיפים 10-13 לחוק המאבק בטרור. לרשימה עדכנית של כלל ההכרזות הישראליות המקוריות לפי חוק המאבק בטרור ראו: צו המאבק בטרור (הכרזה שחבר בני אדם הוא ארגון טרור), התשע"ח-2018.

1.2 פקודת מניעת טרור

פקודת מניעת טרור נחקקה בשנת 1948 כהוראה לשעת חירום שנועדה במקור לאפשר פירוק המחתרות היהודיות.¹⁹ היא הסמיכה את הממשלה להכריז בהודעה ברשומות "שחבר אנשים מסויים הנו ארגון טרוריסטי" וקבעה כי הכרזה כזאת תשמש בכל הליך משפטי הוכחה שמדובר בארגון טרור – אלא אם כן יוכח ההפך.²⁰ כלומר, בניגוד לחוק המאבק בטרור, הרואה בהכרזה קביעה חלוטה, פקודת מניעת טרור הותירה בידי אדם אפשרות (גם אם תאורטית) להוכיח בדיון משפטי פרטני כי אין הצדקה לראות בארגון ארגון טרור. גם קביעה שיפוטית שארגון הוא ארגון טרור יכולה הייתה לשמש בהליך אחר ראייה לכאורה שמדובר בארגון טרור.²¹ בניגוד לתקנות ההגנה, ההגדרה של ארגון טרור בפקודת מניעת טרור הייתה ממוקדת יותר: "חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה".²² הכרזה על ארגון כארגון טרוריסטי לפי הפקודה גררה הפללה רחבה של חברות בארגון ומגוון פעילויות המבוצעות במסגרתו – לרבות פעולות כגון נשיאת נאום "באסיפה פומבית או ברדיו מטעם ארגון טרוריסטי"; פרסום "דברי שבח, אהדה או קריאה לעזרה או תמיכה בארגון טרוריסטי"; החזקה בחומר תעמולה לטובת ארגון טרוריסטי; ו"מעשה שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרוריסטי או אהדה אליו, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיסמה או בהשמעת המנון או סיסמה, או כל מעשה גילוי דומה המגלה בבירור הזדהות או אהדה כאמור, והכל במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לראות או לשמוע גילוי

19 גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 34.

20 סעיף 8 לפקודה.

21 סעיף 11 לפקודה.

22 סעיף 1 לפקודה.

כזה של הזדהות או אהדה".²³ נוסף על כך הפקודה כללה איסורים על מעשים כגון העמדת כספים או משאבים לטובת ארגון טרור.²⁴ היא קבעה בצורה חד-משמעית כי "כל רכוש של ארגון טרוריסטי, גם אם נרכש לפני פרסום פקודה זו בעתון הרשמי, יוחרם לטובת המדינה" – אולם בניגוד לחוק המאבק בטרור, המאפשר החרמה זו בהליך המינהלי, דווקא פקודת החירום דרשה כי הדבר ייעשה בפקודת בית משפט מחוזי.²⁵

במרוצת השנים בוצעו כ-48 הכרזות לפי הפקודה; חלק גדול מהכרזות אלה חפפו הכרזות על התאחדויות בלתי מותרות.²⁶ בין היתר הפקודה שימשה להכרזה על אש"פ, פת"ח ופלגים פלסטיניים נוספים בשנות השמונים, ולהכרזה על ארגון כ/כ"ח בשנת 1994. הפקודה בוטלה עם חקיקת חוק המאבק בטרור, אך גם ההכרזות שבוצעו על פיה ממשיכות לעמוד בתוקפן.

1.3 חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005

החל משנת 1999, וביתר שאת לאחר אירועי 11 בספטמבר, סימנה הקהילה הבינלאומית – בעידוד רב מצד ארצות הברית – את המאבק במימון טרור כנושא בעל חשיבות עילאית, המחייב את גיוס כלל מדינות העולם למערכה משותפת לניתוק ארגוני טרור ממשאבים, העשויים לסייע להם בביצוע מעשים חמורים הפוגעים בנפש. צעד ראשון במערכה זו ננקט בשנת 1999, בעת שאימצה העצרת הכללית של האו"ם את האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור. האמנה, אשר נכנסה לתוקף ב-10 באפריל 2002 ונחתמה ואושררה בידי מדינת ישראל, חייבה

23 סעיפים 2, 4(ב), 4(ג) ו-4(ז) לפקודה.

24 סעיף 4(ד) לפקודה.

25 סעיף 5 לפקודה.

26 כך למשל, אל-קאעידה, חמאס וארגוני טרור נוספים הוכרזו לפי שני המנגנונים.

מדינות לקבוע עבירות פליליות האוסרות על העמדת אמצעים בכוונה או בידיעה שימשו לביצוע מעשי טרור.²⁷ כמו כן היא חייבה מדינות לפעול לזיהוי, הקפאה, תפיסה וחילוט של משאבים שיועדו לביצוע מעשי טרור או שהתקבלו מביצוע מעשי טרור, וקבעה הסדרים שנועדו לעודד שיתוף פעולה בינלאומי בחקירת עבירות אלה ובתפיסת רכוש רלוונטי.²⁸ במקביל קיבלה מועצת הביטחון של האו"ם שורה של החלטות, שעליהן ארחיב בהמשך, שחייבו מדינות לפעול נגד מימון טרור. ארגונים בינלאומיים דוגמת (FATF) Financial Action Task Force, גוף בין־ממשלתי שהוקם בשנת 1989 לקידום רגולציה בינלאומית למניעת הלבנת הון, ושמאז 11 בספטמבר 2001 מופקד גם על תחום המניעה של מימון טרור), קבעו אף הם סטנדרטים בתחום, שעודדו מדינות לקבוע הסדרים עצמאיים להכרזה על ארגונים כארגוני טרור ולהטלת סנקציות כלכליות עליהם.²⁹

על רקע התפתחויות אלה גיבשה הממשלה בשנת 2003 את הצעת חוק איסור מימון טרור, שנועדה ליצור מסגרת משפטית ליישום התחייבויותיה של ישראל בהתאם לאמנה והחלטות מועצת הביטחון.³⁰ כפי שהודגש בדברי ההסבר:

ההסלמה שחלה בפיגועי הטרור ברחבי העולם בשנים האחרונות, העלתה על סדר היום הבין־לאומי את הצורך בדרכי לוחמה אפקטיביות יותר נגד ארגוני טרור. דגש מיוחד ניתן להתמודדות עם הפן הכלכלי של התופעה: מימון טרור והעברת כספים לצורך פעילות טרור. ב־1999 התקבלה אמנת האומות המאוחדות נגד מימון טרור [...] שהגדירה עבירה של מימון טרור, וכן קבעה, בין השאר, כי על המדינות לנקוט אמצעים לצורך זיהוי, גילוי, הקפאה או תפיסה של כספים המשמשים או המיועדים לשמש לביצוע מעשי טרור [...] ביטוי בולט למגמה הקוראת

27 ראו סעיף 2 לאמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור (כ"א 1401, 1 (נחתמה ב־2000)). לדין מעמיק באמנה ראו גיל־עד נועם ההתמודדות המשפטית בישראל עם תופעת מימון הטרור 24–34 (2009).

28 סעיף 8 לאמנה.

29 לדין ב־FATF ובהמלצותיו בחחום זה ראו להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 46–47.

30 דברי ההסבר להצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ג–2003, ה"ח 43, 552.

למלחמה בין-לאומית במימון הטרור תוך שיתוף פעולה כלל עולמי, ניתן למצוא גם בהחלטות שונות של מועצת הביטחון של האומות המיוחדות. החלטה מס' 1373 [...] קראה לאומות העולם לשתי פעולה במלחמה הבין-לאומית בטרור, תוך דגש על הצורך בשיתוף הפעולה הבין-לאומי בהיבט של מימון הטרור [...] מדינת ישראל ניצבת בחזית המלחמה בטרור מאז הקמתה. הכלים המשפטיים לצורך כך מצויים בתקנות ההגנה (שעת חירום) [...] בפקודת מניעת טרור [...] וכן בהוראות שונות בחוק העונשין [...] הוראות אלה לא נועדו במקורן להתמודד עם טרור שאינו קשור במדינת ישראל, ולפיכך התפיסה הבין-לאומית של הטרור מחייבת עדכון החקיקה הקיימת.³¹

בהתאם למטרה זו קבע החוק הסדרים לאימוץ הכרזות חוץ שהתקבלו במסגרת משטרי הסנקציות של מועצת הביטחון ושל מדינות נוספות. בד בבד יצר החוק שורה של עבירות פליליות חדשות למניעת מימון טרור וקבע הסדרים חדשים לתפיסה והחרמה של רכוש הקשור לטרור.

למעשה, חוק איסור מימון טרור היה צעד ראשון בהמשגה מחדש של סמכויות החירום להכרזה על ארגונים כארגוני טרור או כהתאחדויות בלתי מותרות, כסמכויות הראויות להיות חלק מהחקיקה הקבועה של מדינת ישראל, תחת המטרייה של המאבק הבינלאומי במימון טרור. סעיף 1 לחוק הגדיר "ארגון טרור מוכרז" כארגון שהכרזה עליו בחו"ל אומצה בישראל בהתאם להוראות החוק, או לחלופין – "חבר בני אדם שהממשלה הכריזה עליו שהוא ארגון טרוריסטי לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור, לרבות חבר בני אדם שהממשלה הכריזה עליו כאמור לפני תחילתו של חוק זה" או "חבר בני אדם ששר הביטחון הכריז עליו שהוא התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), לרבות חבר בני אדם ששר הביטחון הכריז עליו כאמור לפני תחילתו של חוק זה". בהינף קולמוס כל התאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה וכל ארגון שהוכרז לפי פקודת מניעת טרור הפכו ל"ארגון טרור", ועבירות המימון הקבועות בחוק הוחלו עליהם. במהלך מרתק, אף שהכוונה המקורית של הצעת

החוק הייתה להחיל על ארגונים אלה גם את הסדרי התפיסה והחילוט החדשים שנקבעו בחוק איסור מימון טרור, בסופו של דבר הוחלט לייעד הסדרים אלה אך ורק לטרור שאין לו זיקה לישראל. החלטה זו התקבלה בעקבות חשש מצד מערכת הביטחון שהשיפורים הפרוצדורליים אשר הוכנסו לחוק איסור מימון טרור במהלך הדיונים על החוק (כגון הגבלת התפיסה המינהלית לתקופה קצובה וקביעת הליך אזרחי מידתי יותר לחילוט סופי של רכושם של ארגוני טרור) יגרעו מהסמכויות הרחבות שעמדו לרשותה מכוח תחיקת החירום.³²

1.4 חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016: תמצית הדין הקיים

בשנת 2016 נחקק חוק המאבק בטרור. מטרת החוק הייתה להעניק למדינה ארגז כלים מעודכן ומודרני למאבק בטרור, המתאים לדמוקרטיה שאיננה נתונה למצב חירום. הסעיף הראשון לחוק הבהיר כי הוא נועד למלא שני יעדים שלובים: לקיים מאבק אפקטיבי בטרור, ולעשות זאת באופן העולה בקנה אחד עם המחויבות לזכויות האדם:

מטרתו של חוק זה לקבוע הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי לרבות סמכויות אכיפה מיוחדות, לצורך מאבק בטרור ובכלל זה לשם – (1) מניעת הקמתם, קיומם ופעילותם של ארגוני טרור; מניעה וסיכול של עבירות טרור המבוצעות בידי ארגוני טרור או יחידים; והכל בשים לב למאפיינים של ארגוני

32 אף על פי שהחוק ביקש מלכתחילה לשמור על תוקפם של הסדרי החירום הישנים, נציגי מערכת הביטחון חששו כי קיומו של מסלול אזרחי מידתי יותר לחילוט רכושם של ארגוני טרור יביא לכרסום ביכולתם לעשות שימוש במסלול המינהלי לפי תקנות ההגנה. ראו פרוטוקול ישיבה 284 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 7-10 (10.8.2004). הממשלה הודיעה לוועדה שבעקבות שינויים שעליהם התעקשה הוועדה במהלך הדיונים בהצעת החוק, היא מבקשת לייעד את הפרקים בחוק העוסקים בתפיסה וחילוט רכוש אך ורק לארגונים שאינם בעלי זיקה לישראל.

הטרור ועבירות הטרור, לסיכון הצפוי מהם לביטחון מדינת ישראל, לתושביה ולסדרי השלטון בה, ולמחויבותה של מדינת ישראל למאבק בטרור ברוח האמנות הבין-לאומיות שהיא צדה להן, תוך איזון עם מחויבותה של מדינת ישראל לזכויות האדם ולאמות המידה המקובלות בתחום זה במשפט הבין-לאומי.

לצד מנגנוני הכרזה קבע החוק המקיף (המשתרע על יותר מ־100 סעיפים) הגדרות חדשות למונחים בסיסיים כגון "ארגון טרור" ו"מעשה טרור"; שורה ארוכה של איסורים פליליים נרחבים ומחמירים, הוראות לתפיסה ולחילוט של רכוש הקשור לטרור; הוראות מיוחדות למעצר וחקירה של חשודים בעבירות טרור, ועוד. כפי שנראה בפרק 4 למחקר, הכרזה מינהלית על ארגון כארגון טרור מאפשרת שימוש ברוב הסמכויות הקיצוניות הקבועות בחוק – ללא כל צורך להוכיח בהליך הספציפי כי אכן מדובר בארגון טרור.

ביחס להכרזות חוץ, חוק המאבק בטרור אימץ הסדר הדומה מאוד לזה שנקבע בחוק איסור מימון טרור.³³ במקביל הוא יצר מנגנון חדש להכרזה על ארגוני טרור בעלי זיקה לישראל, שנועד להחליף את המנגנונים שהיו קבועים בתקנות ההגנה ובפקודת מניעת טרור.

בקווים כלליים, החוק מסמיך את שר הביטחון להכריז על ארגונים כארגוני טרור אם הם עוסקים בעצמם בביצוע מעשי טרור או אם הם משמשים ארגוני מעטפת – ארגונים אשר אינם עוסקים בטרור בצורה ישירה, אך תורמים לפעילותם של ארגונים צבאיים. הליך ההכרזה כולל ערובות חשובות, שלא היו קיימות לפי תחיקת החירום, לרבות זכות לשימוע מוקדם לפני ועדה מיוחדת (בראשות שופט בכיר בדימוס) לפני שהכרזה הופכת לסופית. עם זאת מדובר בוועדה מיעצת בלבד – כאשר ההחלטה הסופית להכריז על ארגון כארגון טרור מצויה בידי השר. כמו כן החוק צופה כי הכרזות יתבססו לרוב על חומר חסוי, וקובע כי דיוני הוועדה יתקיימו בדלתיים סגורות. החוק אף קובע ברירת מחדל שלפיה כל פרוטוקולי הוועדה חסויים, אלא אם מתקבלת החלטה מפורשת אחרת.

33 להסדר לאימוץ הכרזות בחו"ל על ארגוני טרור ועל פעילי טרור, ראו פרק ב', סימן ב' לחוק המאבק בטרור.

בעוד בדיונים על חוק איסור מימון טרור ההצדקות שניתנו לצורך בקיום מנגנונים מודרניים להכרזה על ארגוני טרור נגעו באופן קונקרטי למאבק הבינלאומי **במימון** טרור, חוק המאבק בטרור ייעד את ההכרזות לתכליות רחבות הרבה יותר. בדומה לתחיקת החירום החוק החיל על ארגונים מוכרזים עבירות פליליות רחבות, כגון איסורים על חברות פסיבית, הבעת הזדהות עם ארגון מוכרז ועוד. ואולם בשונה מפקודת מניעת טרור חוק המאבק בטרור הפך את ההכרזה לחזקה חלוטה, שאיננה ניתנת לסתירה בשום הליך משפטי (מלבד האפשרות הקיימת לעתור לבג"ץ נגד הכרזה). נוסף על כך חוק המאבק בטרור קבע הוראת מעבר ההופכת את כלל ההכרזות שבוצעו בעבר לפי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור, להכרזות לפי החוק החדש.

כעולה מתרשים 1, מאז כניסת חוק המאבק בטרור לתוקף בנובמבר 2016 ועד סוף שנת 2020 בוצעו 19 הכרזות ישראליות מקוריות לפי החוק החדש. כפי שניתן לראות בלוח 1 הרשימה כוללת ארגונים שחלקם נחזים, לכאורה, להיות ארגוני חברה אזרחית. מובן כי ארגון חברה אזרחית יכול להיות כסות לארגון שהוא לאמיתו של דבר ארגון טרור. עם זאת, נימוקי ההכרזה הלקוניים למדי מקשים מאוד על בחינה ביקורתית של ההכרזות.

לוח 1

הכרזות ישראליות מקוריות לפי חוק המאבק בטרור³⁴

שנת ההכרזה	שם הארגון	נימוקי ההכרזה באתר משרד הביטחון
2017	הקרן הלאומית הפלסטינית	הקרן מעודדת פעילות טרור נגד מדינת ישראל באמצעות מימון גורמים האחראים לביצוע פעילות טרור חמורה – לרבות מימון פעילי טרור כלואים – כלואים לשעבר וכן משפחות של פעילי טרור שנפצעו או נהרגו.
2018	מוסד אילייה לנוער	מוסד הפועל בירושלים מטעם ארגון החזית הדמוקרטית לשחרור פלסטין – ומשמש פלטפורמה מרכזית לקידום ולמימון פעילותו הבלתי חוקית של הארגון בירושלים.
2018	שרכת חאמד ללצראפה	המשרד הנמצא ברצועת עזה ומנוהל ע"י חאמד חאמד עבד ח'צ'רי – מסייע בהעברות רבות של כספים בסכומים משמעותיים במשך שנים לתנועת חמאס ולארגוני טרור נוספים ברצועת עזה – לצורך התעמתותם הצבאית – היערכותם למערכה עתידית מול מדינת ישראל ולעיבוד והנעת פעילות טרור שוטפת נגד מדינת ישראל.
2018	ערוץ אל־קודס	ערוץ אל־קודס הינו זרוע תעמולה של חמאס ומהווה פלטפורמה מרכזית להפצת מסרים של ארגון הטרור בשידוריו.
2018	בית הסטודנט הפלסטיני	אגודת בית הסטודנט הפלסטיני בחורכיה משתייכת לתנועת חמאס. האגודה מעניקה מעטפת כלכלית וחברתית לסטודנטים פלסטינים בחורכיה – במטרה לאתר ולגייס פעילים עבור חמאס.
2019	ערוץ הלוויין אל־אקצא	ערוץ הלוויין אל־אקצא הינו זרוע תעמולה של חמאס – ומהווה פלטפורמה מרכזית להפצת מסרי הסתה של ארגון הטרור בשידוריו.



34 ראו רשימת ההכרזות מספטמבר 2021, לעיל ה"ש 15. שנת ההכרזה מתייחסת לשנה שבה בוצעה ההכרזה הזמנית הראשונית. יצוין כי לאחר סיום כתיבתו של מחקר זה הודיע שר הביטחון באוקטובר 2021 כי הוחלט להכריז על שישה ארגוני חברה אזרחית פלסטיניים כארגוני טרור, על רקע קשריהם הנטענים עם החזית העממית לשחרור פלסטין. הכרזות אלה – שכללו בין היתר את ארגון זכויות האדם הוותיק אל־חק – עוררו ביקורת בישראל ובעולם (ראו להלן בפרק 6 למחקר).

שנת ההכרזה	שם הארגון	נימוקי ההכרזה באתר משרד הביטחון
2019	מוסד שאהד לזכויות אדם (Palestinian Association for Human Rights (Witness)) (לבנון)	מוסד שאהד לזכויות האדם משתייך לארגון הטרור חמאס ופועל בשמו נגד מדינת ישראל.
2019	צדק אחד (One Justice) [צרפת]	ארגון צדק אחד משתייך לארגון הטרור חמאס ופועל בשמו נגד מדינת ישראל.
2019	הארגון הערבי לזכויות אדם בבריטניה (Arab Organisation for Human Rights in the UK)	הארגון הערבי לזכויות אדם בבריטניה משתייך לארגון הטרור חמאס ופועל בשמו נגד מדינת ישראל.
2020	ארגון התרבות הפלסטינית במלזיה (PCOM)	אגודת PCOM הינה זרוע ביצועית של חמאס במלזיה - אגודה שמטרתה הפומבית הינה הצגת הנרטיב הפלסטיני לעם המלזי, כדי לעודד ולרתום סיוע לעם הפלסטיני, ובפועל מהווה שגרירות חמאס במלזיה, שבאמצעותה קנתה חמאס אחיזה משמעותית במדינה, תוך סיוע PCOM גם מול שלטונות המדינה. מעבר לביסוס פעילותה של תנועת חמאס במלזיה, הארגון משמש עוגן מרכזי בפעילות איתור וגיוס סטודנטים פלסטינים אשר לומדים במלזיה ומתוך מטרה שאלו ישתלבו בשורות הארגון בגדה המערבית ומחוצה לה.



שנת ההכרזה	שם הארגון	נימוקי ההכרזה באתר משרד הביטחון
2020	אייפלסטיין – פלטפורמה בינלאומית של ארגונים לא ממשלתיים שעובדים עבור פלסטין (בריטניה)	ארגון International Platform of NGO's Working for Palestine המוכר גם בשמות Ipaestine וכן IPNGO הוא ארגון המשתייך לתנועת החמאס, ופועל עבור חמאס לקדם את האינטרסים של חמאס כנגד מדינת ישראל.
2020	קרן השהיד (לבנון)	קרן השהיד הינו ארגון שהוקם ע"י ארגון הטרור חזבאללה ומהווה חלק ממנו. הארגון מהווה את הזרוע המרכזית לטיפול במשפחות הרוגים ופצועים של חזבאללה, ופועל להאדרת המחבלים וליצירת "תרבות שהידים" באופן שיאפשר את המשך ההתגייסות של העדה השיעית בלבנון לשורות חזבאללה.
2020	חברת אטלס החזקות + שש חברות השייכות לה (לבנון)	תאגיד אטלס הינו תאגיד עסקי שהוקם ע"י קרן השהיד של חזבאללה ופועל עבור ארגון הטרור חזבאללה. התאגיד מפעיל חברות בנות אשר מקיימות מערך עסקי אזרחי המהווה צינור מימון והצטיידות נוסף עבור ארגון החזבאללה.

1.5 התאגדויות אסורות לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977

למען שלמות הרקע לדיון יצוין כי בחוק העונשין קיימים איסורים שונים (לרבות עבירה של חברות) הנוגעים להתאגדויות אסורות – אשר אינם נגזרים מפעולה של הכרזה על הארגון. סעיף 145 לחוק מגדיר התאגדות אסורה כחבר בני אדם, מאוגד או לא מאוגד, המטיף או מסית למעשים כמו מיטוט סדרי השלטון בישראל במהפכה או במעשי חבלה, הפלת ממשלה בכוח או באלימות, הריסת נכסים של המדינה, ביצוע מעשי המרדה או הסתה לגזענות. ביחס לעבירות אלה,

שכתב אישום בגינן יכול להיות מוגש רק באישור היועץ המשפטי לממשלה, על התביעה להוכיח בבית המשפט, כאחד מיסודות העבירה, כי מדובר בהתאגדות הממלאת את תנאי הסעיף.³⁵

35 לדיון ביקורתי בעבירת ההמרדה והאיסורים הנוגעים להתאגדות בלתי חוקית ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27-33.

מנגנוני הכרזה ופוטנציאל הפגיעה במרחב הדמוקרטי: רקע נורמטיבי ומסגרת לדיון

במאמר משנת 1999 עמד גד ברזילי על כוחו של המושג "טרור" לשמש שפה פוליטית להבניית המציאות ולתחמת גבולות השיח הלגיטימי בהתאם לאינטרסים של אליטות פוליטיות.³⁶ לדבריו תיוג אדם כטרוריסט מוציא אותו אל מחוץ לתחום ומכשיר פגיעות מפליגות בזכויותיו. בד בבד, הוא הופך את הבעיות המיוצגות על ידו לבלתי ראויות לדיון ציבורי משמעותי. התיוג יוצר חלוקה מובהקת בין "אנחנו" ל"הם" ומזמין את הציבור "הראוי" להתייבב בצד הנכון של המתרחש.³⁷ קיימת סכנה אינהרנטית לשימוש מיניפולטיבי במושג "טרור" כדי להפוך קבוצות רדיקליות, המבקשות לאתגר את הסטטוס קוו, לאויבות העם. סכנה זו מוחשית במיוחד במדינות שקיימים בהן סכסוכים פוליטיים משמעותיים:

במדינות שקיימת בהן רמה בולטת של קונפליקט פוליטי קיים סיכון של ממש שבחקיקה למניעת טרור ייעשה שימוש למטרות חיסולו של ה"אויב" הפוליטי הפנימי מנקודת-המבט של המדינה. המושג "טרור" יכול לסייע למדינה להגדיר את אויביה או יריביה באופן המצדיק לכאורה הפעלה בלתי-שגרתית של חקיקה, פסיקה וענישה, שעניינן המעשי הוא לפרק אופוזיציה לא-שגרתית מנשקה הפוליטי.³⁸

כדוגמה בולטת לשימוש בתיוג ה"טרור" להשתקתה של אופוזיציה פוליטית בהקשר הישראלי, הצביע ברזילי על "חוק המפגשים" הידוע לשמצה – אותה הוראה בפקודת מניעת טרור אשר אסרה בעבר על קיום מפגשים עם נציגי ארגון

36 גד ברזילי "מרכז נגד פריפריה: דיני 'מניעת טרור' כפוליטיקה" פלילים ח 229, 235 (1999).

37 שם, בעמ' 234.

38 שם.

טרור, ושימשה למניעת קיומם של מגעים בין אנשי שמאל ישראלים לפלסטינים.³⁹ לאור כוחה של החקיקה נגד הטרור לתייג ולהדיר "פריפריות פוליטיות", למנוע קיומם של דיונים ציבוריים חשובים ולהסיח את הדעת מהצורך למצוא פתרונות פוליטיים לבעיות, המניבות לעיתים את הטרור מלכתחילה, טען ברזילי כי עלותה של חקיקה כזאת עלולה לעלות על תועלתה.⁴⁰

כיום, בעידן שלאחר אירועי 11 בספטמבר 2001, העמדה שלפיה אין מקום להעניק למדינה כלים מיוחדים להתמודד עם הטרור – וכי די בכלים הרגילים של המשפט הפלילי – עשויה להיתפס כבלתי מציאותית. שורה של אמות בינלאומיות והחלטות של מועצת הביטחון מטילות על מדינות חובות מרחיקות לכת למנוע טרור ולפעול בצורה נמרצת נגד ארגונים המקדמים אותו – וחקיקה מיוחדת נגד הטרור קיימת כמעט בכל מדינה דמוקרטית. גם מבחינה מהותית, לא ניתן להתעלם מהסכנות החמורות לנפש ולתחושת הביטחון של הציבור הטמונות ביכולתם של פרטים וארגונים לא־מדינתיים לבצע מעשי אלימות המוניים המסכנים חייהם של אלפי בני אדם. חובת המדינה להגן על אזרחיה מפני פגיעות בנפש היא מחובותיה הבסיסיות ביותר, ויש מקום להעניק לרשויות כלים ראויים ומשמעותיים להתמודדות עם סכנות אלה.

ואולם בד בבד דווקא קונצנזוס בינלאומי זה, המגייס מדינות למאבק בלתי מתפשר באיום הטרור – והמתייחס לטרור כאילו מדובר בתופעה חד־גונית, נעדרת הקשרים פוליטיים מורכבים – עלול לתת כסות לממשלות לנצל סמכויות קיצוניות להשתקת יריבים אידאולוגיים. הניסיון שנצבר בעולם בעשורים האחרונים מראה כי סכנה זו איננה תאורתית. הדווחית המיוחדת של האו"ם לקידום זכויות האדם וחירויות יסוד במאבק בטרור ולהגנה עליהן הקדישה דוח מפברואר 2019 לקשר המטריד הקיים בין ריבוי הסמכויות הביטחוניות שאומצו מאז 11 בספטמבר 2001 ובין צעדים שננקטו בשנים האחרונות לצמצום המרחב האזרחי (civic space) במדינות שונות.⁴¹ הדוח עומד על הדרכים השונות שבהן

39 שם, בעמ' 241–243. מדובר היה בסעיף 4(ח) לפקודה, שוטלה בשנת 1993.

40 שם, 248–249.

41 A/HRC/40/52 REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS WHILE COUNTERING TERRORISM

ההסדרים הבינלאומיים העמומים למאבק בטרור, המחייבים גם יישום ברמה המדינתית, עלולים להביא להשתקת קולות המבקרים את השלטון ולצינון פעילותה של החברה האזרחית.⁴² בין היתר הוא מצביע על הגדרות מרחיבות מדי של "טרור", על עבירות ביטוי גורפות ועל שימוש מוגבר בכלים מינהליים כגורמים התורמים למגמה זו.

בין ההסדרים הבולטים שאומצו בעולם בעשורים האחרונים למאבק בטרור ניתן למנות גם הסדרים מסוגים שונים ל"הכרזה" על ארגונים כארגוני טרור או להוצאתם אל מחוץ לחוק – הסדרי proscription (הוצאה אל מחוץ לחוק); designation (הכרזה); ו-listing (הוספה לרשימה). כפי שנראה בסקירה ההשוואתית שתובא להלן, הסדרים אלה מאפשרים לרוב לרשות המבצעת להרכיב רשימה של ארגוני טרור שנגדם ננקטים צעדים מסוגים שונים. גם מועצת הביטחון מקיימת רשימה שחורה של ארגונים ואנשים הקשורים לאל-קאעידה ודאע"ש, שעליהם חלות מגבלות שונות.⁴³ ההצדקה המובאת לקיומם של הסדרים אלה היא לרוב מניעתית: הצורך החיוני לפעול מבעוד מועד למניעת מעשי טרור אלימים, ובאופן ספציפי להשבית את פעילותם של ארגוני הטרור ולנותק אותם ממשאבים ומכספים, המאפשרים להם לממש את יעדיהם המסוכנים.⁴⁴ הכרזות יוצרות תשתית איתנה לשיתוף פעולה בינלאומי למניעת מימון טרור, ולמילוי חובותיהן של מדינות להקפיא נכסיהם של טרוריסטים בהתאם להחלטה 1373 של מועצת הביטחון.⁴⁵ הן הבסיס שעליו מושתתת

ON THE ROLE OF MEASURES TO ADDRESS TERRORISM AND VIOLENT EXTREMISM ON CLOSING CIVIC SPACE AND VIOLATING THE RIGHTS OF CIVIL SOCIETY ACTORS AND HUMAN RIGHTS DEFENDERS (February 18, 2019), פס' 5 (להלן: דוח הדווחית המיוחדת). הדווחית המיוחדת היא מומחית עצמאית מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם, שתפקידה לאסוף מידע על הפרות זכויות אדם המבוצעות במסגרת המאבק בטרור ולהגיש לאו"ם המלצות על המדיניות הרצויה בתחומים רלוונטיים.

42 שם, בפס' 7.

43 ראו להלן, בפרק 3 למחקר זה.

44 להפקידן של הכרזות במאבק במימון טרור ראו למשל אברבור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 203. כמו כן ראו נועם, לעיל ה"ש 27.

45 החלטה 1373 של מועצת הביטחון מחייבת מדינות לפעול, בין היתר, למניעת מימון מעשי טרור ולהקפאת נכסיהם של טרוריסטים ושל ישויות הנשלטות על ידם

בין היתר הפעילות של FATF (Financial Action Task Force), גוף בין־ממשלתי שמופקד כאמור על תחום המניעה של מימון טרור. המלצות FATF, אשר אף שאינן מחייבות מוכרות כסטנדרטים בינלאומיים "רכים" בתחומים אלה, קוראות למדינות לאמץ משטרי הכרזה להטלת סנקציות כלכליות על גורמים המעורבים בביצוע מעשי טרור (להקפאת נכסיהם ולמניעת העברת משאבים לרשותם) ולקבוע הסדרים לאימוץ הכרזות של מועצת הביטחון ובמקרים המתאימים של מדינות אחרות.⁴⁶ ההמלצות גם קוראות למדינות לפעול למניעת ניצולם לרעה של עמותות וארגונים לא־ממשלתיים למימון ארגוני טרור ולסיכול הסנקציות הכלכליות המוטלות עליהם.⁴⁷ בנוסף לתכלית המניעתית הקונקרטית, הכרזות משרתות גם את התכלית הסמלית יותר של הבעת סלידה חברתית מדרכי פעולתם האלימות של ארגוני הטרור ושלילת הלגיטימיות שלהן.⁴⁸

(S.C. RES 1373 (September 28, 2001)). לדיון מורחב בהחלטה 1373 ובאופן יישומה באיחוד האירופי ראו להלן בפרק השוואתי. כמו כן ראו האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור, לעיל, ה"ש 27.

46 ראו "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations" (מעודכן ליוני 2019), המלצה 6 והפרשנות להמלצה שבעמ' Letter dated Dec. 27, 2019 from the Chair of the Security Council Committee established pursuant to Resolution 1373 (2001) concerning counter-terrorism addressed to the President of the Security Council S/2019/998 (December 27, 2019). הנספח למכתב, הנושא את השם "Technical guide to the implementation of Security Council Resolution 1373 (2001) and other relevant resolutions", קורא למדינות להנהיג משטרי הכרזות – מתוך שמירה על הזכות להליך הוגן – כחלק מהמאבק במימון טרור (פס' 51–54 לנספח).

47 שם, המלצה 8 והפרשנות להמלצה שבעמ' 52–57.

48 ראו למשל Lee Jarvis & Tim Legrand, *The Proscription or Listing of Terrorist Organisations: Understanding, Assessment, and International Comparisons* 30 (2) TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE 199, Lee Jarvis & Tim Legrand, *Enemies of the State: Proscription Powers and Their Use in the United Kingdom*, 9 (4) BRITISH POLITICS 450, 455 (2014).

אולם לצד תכליות חשובות אלה מנגנוני הכרזה – המעניקים לרשות המבצעת סמכות מרחיקת לכת לקבוע "מיהו טרוריסט", לעיתים קרובות על סמך מידע חסוי – טומנים בחובם סכנה קשה במיוחד לפגיעה בחופש ההתאגדות, "מעיקרי המשטר הדמוקרטי"⁴⁹, ובחופש הביטוי הפוליטי.⁵⁰

יכולתם של אזרחים בדמוקרטיה להתארגן בצורה חופשית כדי לקדם מטרות משותפות מוכרת כ"זכות יסוד הן מבחינת זכויותיו האישיות של האזרח במדינה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה והן מבחינת אופייה כמדינת חוק. חופש ההתאגדות הוא זכות היחיד והכלל, והוא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של הדמוקרטיה"⁵¹. בדומה לחופש הביטוי, חופש ההתאגדות משרת הן רציונלים הקשורים לאוטונומיה של הפרט – זכותו של אדם לתת ביטוי, באמצעות קשריו עם אנשים אחרים, לזהותו, אישיותו ושיאיותו – והן רציונלים הקשורים לקיומה ותפקודה של חברה דמוקרטית.⁵² פעולה מאורגנת היא במקרים רבים הדרך האפקטיבית היחידה לממש את חופש הביטוי, לקדם מטרות פוליטיות, חברתיות, תרבותיות או דתיות, ולהתנגד בצורה אפקטיבית להפעלתו של כוח

49 בג"ץ 253/64 גיריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 679 (1964).

50 הדווחית המיוחדת של האו"ם לקידום זכויות האדם וחירויות יסוד במאבק בטרור, ולהגנה עליהן התייחסה בדוח גם לאופן שבו FATF – המעודד מדינות לפקח על התנהלותן של עמותות העלולות להיות מנוצלות לרעה למימון טרור, והפועל ללא שיתוף מספק של גורמי חברה אזרחית – עלול לתרום לכרסום במרחב הדמוקרטי (דוח הדווחית המיוחדת, לעיל ה"ש 41, בפס' 30-31).

51 ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106 (1993). על רקע חשיבותו, חופש ההתאגדות מעוגן ברוב החוקות הדמוקרטיות בעולם ובאמנות בינלאומיות העוסקות בזכויות אדם. ראו *Liat Levanon, Criminal Prohibitions on Membership in Terrorist Organizations*, 15 (2) *NEW CRIMINAL LAW REVIEW: AN INTERNATIONAL AND INTERDISCIPLINARY JOURNAL* 224, 268-270 (2012). חופש ההתאגדות מעוגן בין היתר בסעיף 22 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שעליה חתמה מדינת ישראל, הקובע כי "1) לכל אדם תהיה הזכות לחופש ההתאגדות עם אחרים, לרבות הזכות להקים איגודים מקצועיים ולהצטרף אליהם לשם שמירת ענייניו. 2) שום הגבלות לא יוטלו על שימוש בזכות זו, למעט אלו הקבועות בחוק והנדרשות בחברה דמוקרטית למען הבטחון הלאומי או בטחון הציבור, הסדר הציבורי (תקנת הציבור), שמירתם של בריאות הציבור או מוסר הציבור, או שמירת זכויותיו וחירויותיו של הזולת" (כ"א 1040, 269 (אושררה ב-18.8.1991)).

52 *Levanon*, לעיל ה"ש 51.

שלטוני.⁵³ היא גם כלי מרכזי להגנה על זכויותיהם של מיעוטים ולמימוש רצונם לבטא את זהותם הייחודית.⁵⁴ התארגנויות חופשיות הן עמוד השרדה שעליו מושתתת החברה האזרחית, שפעילותה המשוחררת והבועטת כה חיונית לשמירה על דמוקרטיה ליברלית.⁵⁵ הכרסום בחופש ההתאגדות הוא לעיתים קרובות אחד הסממנים הראשוניים להידרדרותו של המשטר הדמוקרטי.⁵⁶

על רקע זה קיים חשש מובנה לניצול לרעה של מנגנוני הכרזה על ידי השלטון – או הרוב הפוליטי – להשתקת קולות המאתגרים נרטיבים בסיסיים בחברה או החורגים מהקונצנזוס. אולם גם בהיעדר ניצול לרעה, מנגנוני הכרזה רחבים עלולים להוביל להכרזות מוטעות או בלתי מוצדקות. כאשר מדובר בתנועה או בארגון פוליטיים, מחירה של הכרזה בלתי נחוצה או מוצדקת עלול להיות גבוה במיוחד: בדומה להשתקת ביטוי – הפוגעת לא רק בדובר, אלא גם במי שמעוניין להקשיב לו – הכרזה על תנועה כ"טרוריסטית" פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי של מעגלים רחבים של תומכים, פעילים ואוהדים. היא מוציאה תחומים רעיוניים שלמים אל מחוץ לגבולות השיח הלגיטימי. זאת ועוד, עצם קיומן של סמכויות רחבות בתחום זה עלול לעודד צנזורה עצמית ולצנן פעילות פוליטית לגיטימית. אזרחים גם עשויים להירתע מהבעת עמדות המטילות ספק במדיניות הממשלה, כאשר הן מזוהות ציבורית עם ארגונים שהוכרזו כארגוני טרור.

הניסיון מלמד כי הפגיעה במיעוטים בהקשר זה עלולה להיות קשה במיוחד. המבקר העצמאי לחקיקת הטרור בבריטניה (Independent Reviewer of Terrorism Legislation) – גורם בלתי תלוי המבקר באופן שוטף את דרך יישום חקיקת הטרור הבריטית, עמד על ההשפעות העקיפות הקשות שיש להכרזות – גם כאשר הן מוצדקות לגופן – על קהילות אתניות המזוהות עם

53 ש.ס.

54 ראו למשל סעיף 7 לאמנת המסגרת להגנה על מיעוטים לאומיים של מועצה אירופה (Framework Convention for the Protection of National Minorities), שנכנסה לחוקף בשנת 1998.

55 Levanon, לעיל ה"ש 51.

56 Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65

UCLA LAW REVIEW 78 (2018)

ארגונים שהוצאו אל מחוץ לחוק.⁵⁷ חברי קהילות אלה הביעו חששות עמוקים מפני הבעת עמדות, גם לגיטימיות, העלולות להצטייר כתומכות בסוגיות שמקדמים הארגונים המוכרזים. בהקשר הישראלי, על רקע מורכבות היחסים בין רוב למיעוט והמשך הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ישנה סכנה מוגברת שמנגנון ההכרזות יפגע במיוחד במיעוט הערבי. השיח הציבורי השולט בשנים האחרונות – שבמסגרתו ראש ממשלה כינה את כלל המפלגות הערביות "תומכות טרור", ומי שכיהן כשר ביטחון כינה חברי כנסת ערבים וארגוני זכויות אדם "מחבלים" ו"סייעני טרור" – ממחיש היטב את הזהירות היתרה הנדרשת למניעת שימוש לרעה בכלים שנועדו למאבק בטרור באופן העלול לפגוע במיעוט.⁵⁸

מלבד הפגיעה האפשרית של משטרי הכרזות בחופש הביטוי הפוליטי וחופש ההתאגדות בתוך המדינה פנימה, הם גם משפיעים באופן עמוק על פעילותם של ארגוני סיוע הומניטריים המעניקים עזרה חיונית לאזרחים הנמצאים באזורי סכסוך.⁵⁹ ארגוני סיוע אמורים לפעול לפי כמה עקרונות יסודיים: עקרון הניטרליות (הימנעות מתמיכה בצד אחד לסכסוך); עקרון העצמאות; עקרון היעדר הפניות (הענקת סיוע על בסיס צורך בלבד, ללא העדפות על רקע לאום, גזע, דת וכו'); ועקרון האנושיות (מחויבות לשמירה על חייהם וכבודם של בני

57 DAVID ANDERSON, THE TERRORISM ACTS IN 2011: REPORT OF THE INDEPENDENT REVIEWER ON THE OPERATION OF THE TERRORISM ACT 2000 AND PART 1 OF THE TERRORISM ACT 2006 (June 2012) (להלן: Anderson 2011), בפס' 4.45-4.46. המבקר ראיין בין היתר חברי קהילות הכורדית והטמילית בבריטניה – המזוהים אתנית עם ארגונים הפועלים בחו"ל שהוכרזו על ידי ממשלת בריטניה. ראו גם Jarvis & Legrand, *Proscription or Listing*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 202.

58 אטילה שומפלב, "ליברמן על ארגוני שמאל: סייעני טרור נטו", ynet, 10.1.2011; "ליברמן: 'עודה ושותפיו הם מחבלים, מקומם לא בכנסת אלא בכלא'", אתר עשר, tv, 20.5.2018; דבריו של בנימין נתניהו בריאיון בערוץ 12N, ביום 23.3.2019, שבו ציין כי המפלגות הערביות תומכות בטרור (דקה 2:28 לריאיון) (ניתן לצפות בריאיון באתר N12, במסגרת הכתבה "ראש הממשלה בנימין נתניהו בריאיון בלעדי לחדשות", 23.3.2019).

59 לסקירה מעמיקה של השפעת המאבק בארגוני טרור על פעילות הומניטרית ראו NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, PRINCIPLES UNDER PRESSURE: THE IMPACT OF COUNTERTERRORISM MEASURES AND PREVENTING/COUNTERING VIOLENT EXTREMISM ON PRINCIPLED HUMANITARIAN ACTION (2018)

אדם).⁶⁰ אולם גם כאשר ארגונים פועלים בהתאם לעקרונות אלה, משטרי הכרזות עלולים להכביד על פעילותם ובמקרים מסוימים אף למנוע מהם להעניק את הסיוע הנדרש.⁶¹ פעמים רבות ארגוני סיוע נדרשים להתחייב במסגרת הסכמי מימון להימנע מהענקת סיוע לגורמים מוכרזים, ומסתכנים בין היתר בתביעות אזרחיות משמעותיות במקרה של הפרה.⁶²

לצד חששות אלה רבים הצביעו על השלכות בלתי רצויות נוספות של משטרי הכרזות, הפועלים לקיבוע יחסי עוינות בין מדינות ובין קבוצות מוכרזות והעלולים להגביל מראש את יכולתם של אזרחים לקדם יוזמות פיוס ולפעול לפתרון של סכסוכים אלימים.⁶³ אחרים הצביעו על האופי הפוליטי המובהק של ההחלטה להכריז על ארגון כארגון טרור. פעמים רבות הכרזה משמשת יותר מכל אמצעי פוליטי לזיהוי אויבים או למתן גיבוי למדינות ידידותיות בסכסוכים המתנהלים בין ובין ארגונים לא־מדינתיים.⁶⁴

נוסף על כך עולות שאלות ביחס לאפקטיביות מנגנוני ההכרזה השונים. שימוש בלתי מושכל במנגנון ההכרזה עלול לתרום דווקא להגברת הלגיטימיות והפרופיל הציבורי של ארגונים מוכרזים. כמו כן הוא עלול לטפח תחושות ניכור בקרב קהילות מיעוטיות הנוטות להזדהות עם היעדים הפוליטיים שאותם ארגונים מקדמים.⁶⁵ הוא עלול אף לשחק לידיהם של ארגוני טרור, שלעיתים קרובות

60 שם. העקרונות, המבוססים על העקרונות המנחים את עבודת הצלב האדום, מעוגנים בהחלטת העצרת הכללית של האו"ם. לסיכום העקרונות ראו: "OCHA ON MESSAGE: HUMANITARIAN PRINCIPLES באתר המשרד לתיאום עניינים הומניטריים של האו"ם (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs).

61 ראו NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, לעיל ה"ש 59.

62 שם, בעמ' 17.

63 Jarvis & Legrand, *The Proscription or Listing*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 206.

64 שם, בעמ' 207. כמו כן ראו Lee Jarvis & Tim Legrand, *Legislating for Otherness: Proscription Powers and Parliamentary Discourse*, 42 REVIEW OF INTERNATIONAL STUDIES 558 (2016); Jarvis & Legrand, *Enemies of the State*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 463-460.

65 Jarvis & Legrand, *Enemies of the State*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 465-466.

מעוניינים לעורר תגובות יתר החותרות בעצמן תחת הלגיטימיות הציבורית של המאבק בטרור.⁶⁶

ישנם כמובן ארגוני טרור מובהקים, שלגביהם אין ויכוח ממשי ביחס לאופיים הטרוריסטי. כך למשל, אין רבים שיפקקו בהיותם של דאע"ש ואלקאעידה ארגוני טרור מסוכנים. אין גם ויכוח ממשי, בקרב חלק גדול מהקהילה הבינלאומית, בשאלה אם יש לראות בארגונים כגון חמאס וחזבאללה ארגוני טרור, בייחוד כאשר מדובר בזרועות הצבאיות של ארגונים אלה. דווקא לגבי ארגונים אלה, שאופיים הטרוריסטי גלוי לכול, מנגנון ההכרזה אינו נדרש כדי להבהיר לציבור כי מדובר בארגון טרור. יש גם להניח שניתן יהיה להוכיח את אופיים הטרוריסטי על סמך ראיות גלויות לחלוטין, בכל הליך שיפטי שבו עשויה שאלה זו להתעורר. הבעייתיות הפוטנציאלית הכרוכה במנגנוני ההכרזה נוגעת למקרים הקשים יותר: לארגוני הצדקה המזרימים כספים למוסדות חברתיים של ארגון הטרור, לתנועות הפוליטיות הקיצוניות – דוגמת כך, הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית ועוד, שלגביהן נטען כי קיימת הצדקה להכריז עליהן כארגוני טרור – ולגני הילדים, בתי הספר ובתי החולים הנתפסים כחלק מ"התשתית האזרחית" של ארגון הטרור, והעלולים לפי החוק להיות מוכרזים בעצמם, או להיחשב חלק מהארגון הראשי המוכרז. בחלק מהמקרים הכרוזות אלה עשויות להיות מוצדקות. ואולם סמכות הממשלה לבצע הכרזות אלה על פי שיקול דעתה, בהליך סמוי ונעדר ערובות פרוצדורליות מספקות, עלולה לפתוח פתח נרחב לפגיעה בלתי מוצדקת במרחב האזרחי.

לכאורה, חוק המאבק בטרור לא חרג בנושא ההכרזות מהדרך שהתוו הקהילה הבינלאומית ומדינות דמוקרטיות רבות אחרות, אשר מיהרו בתחילת שנות האלפיים – וביתר שאת לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001 – לאמץ הסדרים מרחיקי לכת להכרזה על ארגוני טרור ולהוצאתם אל מחוץ לחוק. ואולם בחינה מעמיקה של הסדרי ההכרזה השונים שקיימים בעולם מעלה כי לא בכלום טמון פוטנציאל זהה לפגיעה בחופש הביטוי ובמרחב הדמוקרטי והאזרחי. כדי לאמוד את פוטנציאל הפגיעה של מנגנון ההכרזה בחירויות פוליטיות, מחקר זה טוען כי יש לבחון את המנגנון כמכלול ולבדוק את יחסי הגומלין בין כמה פרמטרים.

2.1 עילות ההכרזה

פרמטר ראשון שיש לבדוק הוא העילות המהותיות להכרזה. האם העילות המאפשרות להכריז על ארגון כארגון טרור דורשות קשר ישיר לפעילות טרוריסטית אלימה? או שמא קיימות עילות רחבות יותר להוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק או להטלת סנקציות עליהם – כגון פעילות "חתרנית" נגד המשטר הדמוקרטי או קשר עקיף עם ארגונים מוכרזים אחרים? ככל שעילות ההכרזה רחבות ועמומות יותר, ומעניקות לרשות המבצעת שיקול דעת משמעותי יותר, כך כמובן גובר החשש מפני הפעלת המנגנון באופן שיפגע שלא בצדק בזכויות הפוליטיות של האזרח.

2.2 מנגנונים "רזים" (אינסטרומנטליים) לעומת מנגנונים "עבים" (מהותניים)

פרמטר שני הוא ההשלכות הנגזרות מהכרזה על ארגון כארגון טרור. יש לשים לב כי אף שחוק המאבק בטרור משתמש באותו ביטוי – "הכרזה" – כדי להתייחס לשלל המנגנונים הקיימים בעולם להוצאת ארגוני טרור אל מחוץ לחוק ולהוספתם לרשימות שחורות למיניהן, בפועל מדובר במנגנונים שונים מאוד זה מזה לעניין השלכות ההכרזה.⁶⁷ בהקשר זה מועיל לחשוב על מנגנוני הכרזה על ארגוני טרור כממוקמים על סקלה הקיימת בין שתי פרדיגמות שונות. פרדיגמה

67 ראו סעיף 11 לחוק, העוסק באימוץ הכרזות חוץ לרבות "הכרזות" של מועצת הביטחון של האו"ם. כאמור, מנגנונים אלה עשויים גם לשאת שמות שונים – כגון proscription (הוצאה אל מחוץ לחוק), designation (הכרזה) ו-listing (הוספה לרשימה). למען הנוחות – ובהמשך לגישה הננקטת בחוק המאבק בטרור עצמו – מחקר זה יתייחס לכלל מנגנונים אלה בשם "הכרזה".

אחת – שאותה אכנה הפרדיגמה הרזה – רואה בהכרזה כלי אינסטרומנטלי מוגבל, שנועד לשרת תכלית מניעתית מצומצמת: השבתת הפעילות הכלכלית של הארגון ומניעת הגישה שלו למשאבים, העשויים לסייע בקידום מטרותיו האלימות. במסגרת פרדיגמה זו הכרזה איננה אלא אמצעי להטלת סנקציות כלכליות וצעדים מגבילים קונקרטיים על גורמים המעורבים בטרור, בדומה לעיצומים כלכליים המוטלים על מדינות. האיסורים הפיליליים הנובעים מהכרזה על פי הפרדיגמה הרזה – כגון איסורים על ביצוע פעולות ברכושו של ארגון מוכרז, או על הפרת חובות דיווח לגבי כספיו – הם בראש ובראשונה כלים לאכיפת סנקציות אלה. הפרדיגמה השנייה, שאותה אכנה הפרדיגמה העבה – היא בעלת אופי "מהותני" יותר. לפי פרדיגמה זו הכרזה מבטאת קביעה חברתית מהותית ביחס לאופי הארגון, המצדיקה נקיטת צעדים רחבים יותר נגד אנשים המצוים עימו בקשר. היא מטילה בארגון פסול חוקי עמוק, ועשויה להביא להפלת חברות בו ואף הבעת הזדהות עימו – גם כשאינן בהן כדי לתרום לפעילות אלימה.

ברי שכלל שמגנון הכרזה עבה יותר, כך מתעצם החשש שהוא יביא לפגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי הפוליטי ובחופש ההתאגדות. משטרי סנקציות רזים גוררים אף הם פגיעות משמעותיות בזכויות אדם – בייחוד, כפי שנראה, לאור העובדה שהם חלים לא אחת על פרטים, ולא רק על ארגונים וישויות. הכרזה רזה משביתה לחלוטין את פעילות הארגון והופכת אותו ל"רעיל" בעיני הציבור. תוצאותיה המעשיות של הכרזה רזה עלולות להיות אף חמורות יותר מאלה הנובעות ממנה רשמית, בשל הסטיגמה החברתית המיוחסת לסימון הארגון כטרוריסטי, ורצונם של אנשים להקטין סיכונים ולהתרחק מכל מה שנחשב "בעייתי" (דוגמה לכך היא הפרקטיקה המקובלת במוסדות פיננסיים רבים לנתק קשרים עם לקוחות החושפים אותם לסיכון מוגבר, "de-risking"). אולם כאשר הכרזה על ארגון עלולה לגרור נוסף על כך צעדים פיליליים חמורים נגד מעגלים רחבים של אנשים, המקיימים קשרים שונים עם הארגון או אפילו מביעים הזדהות עימו, פוטנציאל הפגיעה הוא כמובן משמעותי אף יותר.

2.3 הוגנות ושקיפות הליכי ההכרזה

פרמטר שלישי שיש לבחון הוא הוגנות ושקיפות ההליכים שבהם נקבע אם ארגון הוא ארגון הראוי להכרזה. ברי כי ככל שההליך שבו מוכרז ארגון כארגון טרור הוא סמוי יותר והוגן פחות, וככל שהממשלה פטורה ממתן הסברים גלויים לציבור לגבי החלטתה להוציא ארגון אל מחוץ לחוק או להטיל עליו סנקציות, כך גובר החשש מפני שימוש שגוי, זדוני או מופרז במנגנון. בשנים האחרונות ניתן לזהות בעולם מגמה של שיפור הערובות הפרוצדורליות המאפשרות אתגור אפקטיבי של הכרזות. כמו כן, כפי שנראה בסקירה ההשוואתית, ניתן לזהות מתאם מסוים – אם כי לא מושלם – בין עובי משטר ההכרזות ובין הוגנות ההליך המובטח.

2.4 תחולת המנגנון על ארגונים פוליטיים מקומיים

נוסף על הפרמטרים האלה, יש לתת את הדעת לשאלה אם מנגנון ההכרזה נתפס בעיקר ככלי לניהול מדיניות חוץ (שוב, בדומה לסנקציות כלכליות המוטלות לעיתים על מדינות זרות), או שמא הוא עשוי לחול גם על תנועות פוליטיות מקומיות. ברור שגם כאשר מנגנון ההכרזה מוחל על ארגונים זרים, הוא משליך על המרחב הדמוקרטי בתוך המדינה פנימה. חופש ההתאגדות וחופש הביטוי הפוליטי כוללים את זכותו של אזרח לקיים קשרים עם ארגונים זרים. הגבלת מנגנון ההכרזה לארגונים זרים גם עלולה להכביד במיוחד על חופש הביטוי וחופש ההתאגדות של קהילות מיעוטים.⁶⁸ אולם יכולת המדינה להפנות סמכות

68 לעניין זה ראו למשל Shirin Sinnar, *Separate and Unequal: The Law of "Domestic" and "International" Terrorism*, 117 (7) MICHIGAN LAW REVIEW 1333 (2019)

זו נגד קבוצות פוליטיות בתוך ה"דמוס" עצמו מעצימה את פוטנציאל הפגיעה במרחב הדמוקרטי.

כפי שנראה בסקירה ההשוואתית שתובא בפרק הבא, מנגנוני הכרזה במקומות שונים בעולם מקיימים איזונים שונים בין פרמטרים אלה – כאשר גישה "מחמירה" באחד הפרמטרים מתאזנת פעמים רבות באמצעות הפרמטרים האחרים. **בקנדה**, למשל, הליך ההכרזה הוא דרקוני, אולם פגיעה זו מתאזנת על ידי כך שהשלכותיה של הכרזה הן רזות יחסית. **בגרמניה**, לעומת זאת, מנגנון ההכרזה הוא עבה. סמכות שר הפנים הגרמני להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק היא סמכות רחבה, אשר מהווה חלק מה"דמוקרטיה המתגוננת" הגרמנית. אולם סמכות רחבה זו מתאזנת בגרמניה עם הליך שיפוטי שקוף לאתגור ההכרזה, השומר בקפדנות על הזכות להליך הוגן. כמו כן בית המשפט העליון בגרמניה הכפיף סמכות זו לעקרונות מנחים, כגון עקרון המידתיות, המצמצמים את החשש מפני שימוש במנגנון לפגיעה מופרזת בפעילות פוליטית לגיטימית. **ארצות הברית** היא דוגמה בולטת למדינה שבה הגבלת הסדרי ההכרזות בעיקר לארגוני חוץ ממתנת את הפוטנציאל הטמון בהם לפגיעה בזכויות הפוליטיות של אזרחי המדינה. בארצות הברית ישנם שני מנגנוני הכרזה, המכוונים בעיקר נגד ארגוני טרור זרים. בסקלה שבין מנגנונים עבים לרזים ניתן למקמם באמצע: מצד אחד, הם משטרי סנקציות בעיקרם, ואינם גוררים איסורים על חברות סבילה בארגון או על התבטאויות עצמאיות התומכות בו. מצד שני, ישנו איסור רחב על "סיוע ממשי" לארגון טרור זר (material support), אשר פורש כחל גם על פעילויות פוליטיות תמימות המבוצעות בתיאום עם ארגונים מוכרזים זרים. עם זאת, בפסק הדין שבו אישר בית המשפט העליון האמריקאי את חוקתיותו של איסור רחב זה, הוא דאג להדגיש שאין בקביעתו כדי להכשיר הפללה דומה של פעילות המבוצעת בשיתוף ארגונים מקומיים. מבחינה פרוצדורלית, מנגנוני ההכרזה האמריקאיים נחשבים דרקוניים יחסית, ובתי המשפט ממעטים להתערב בשיקול דעתו של הממשל. ואולם, כאשר מדובר בארגון בעל זיקה לארצות הברית, בתי המשפט קבעו שיש להבטיח מידה מינימלית של הליך הוגן – ובפרט לאמץ שיטות שבכוחן למזער את הפגיעה הכרוכה בשימוש בחומר חסוי. **בבריטניה** קיים מנגנון הכרזה עבה, אולם אומצו ערובות בסיסיות להבטחת הליך הוגן כגון זכות ערעור לפני ערכאה שיפוטית ומינוי עורך דין מיוחד להתמודדות עם החומר החסוי. כמו כן העילה להכרזה בהתאם למנגנון משתרעת אך ורק על ארגונים

המעורבים בעצמם בביצוע מעשי טרור או בקידום מעשי טרור באמצעות הסתה. משטרי ההכרזות של מועצת הביטחון ושל האיחוד האירופי הם משטרים רזים, ואופיים המניעתי והזמני (גם אם ארוך הטווח) מובא כהצדקה מרכזית בפסיקה האירופית להגבלת זכויותיהם הדיוניות של הנפגעים מהם. אף על פי כן פותחו בשנים האחרונות עקרונות האמורים להבטיח כי גם הליכים מוגבלים אלו לא יאיינו לחלוטין את הזכות להליך הוגן. לעיון מעמיק יותר במודלים אלה אפנה כעת.

סקירה השוואתית

בפרק הזה אבחן לעומק את משטרי ההכרזות שאומצו בעשורים האחרונים במועצת הביטחון, באיחוד האירופי ובארבע מדינות דמוקרטיות – ארצות הברית, קנדה, בריטניה וגרמניה. אנתח אותם בהתאם לפרמטרים שהוצגו לעיל: עילות ההכרזה; השלכות ההכרזה; והוגנות ושקיפות הליכי ההכרזה, ואראה את יחסי הגומלין בין הפרמטרים השונים בכל משטר ומשטר. כמו כן אראה כיצד סוגיית תחולת המנגנון על ארגונים מקומיים משפיעה על מידת הפגיעה במרחב הדמוקרטי, בייחוד בארצות הברית. אתחיל עם משטרי הסנקציות של מועצת הביטחון והאיחוד האירופי – המשקפים את הפרדיגמה הרזה – ולאחר מכן אדון במדינות השונות.

3.1

משטר הסנקציות של מועצת הביטחון: צעדים לקראת הליך הוגן יותר

באוקטובר 1999, בעקבות מתקפות אליקאעידה על השגרירויות האמריקאיות בקניה ובטנזניה, אימצה מועצת הביטחון של האו"ם את החלטה מס' 1267, אשר הטילה סנקציות ממוקדות על הטליבן באפגניסטן. ההחלטה נועדה לאלץ את הארגון לחדול מהענקת מחסה לאוסאמה בן לאדן ולשתף פעולה עם המאמצים הבינלאומיים להבאת אנשי אליקאעידה לדין.⁶⁹ בשנת 2000 הורחב משטר הסנקציות כדי שיחול גם על אנשים וארגונים הקשורים לבן לאדן ולאליקאעידה, ונקבע מנגנון לניהולה ועדכונה של רשימה מאוחדת של גורמים אלה, המנוהלת

Kimberly Prost, *Security Council Sanctions and Fair Process*, in 69 RESEARCH HANDBOOK ON UN SANCTIONS AND INTERNATIONAL LAW 213, 214–215 (Larissa van den Herik, ed., 2017). ראו גם החלטה 1267 של מועצת הביטחון (S.C. Res. 1267) (October 15, 1999).

על ידי ועדה מיוחדת ("ועדת הסנקציות") שהוקמה כדי ללוות את יישום החלטה 1267.70 הסנקציות כללו הקפאה של נכסים, מגבלות על יכולת התנועה בין מדינות, ומניעת הספקה של נשק (אמברגו) לגורמים הכלולים ברשימה. יש לציין כי משטרי סנקציות ממוקדים אלה – אשר זכו לביקורת קשה במרוצת השנים בשל הפוטנציאל הטמון בהם לפגוע שלא בצדק בזכויותיהם של אנשים וארגונים פרטיים – אומצו דווקא מתוך רצון להימנע מפגיעה הומניטרית גורפת. הניסיון ההרסני בעיראק – שבה סנקציות גורפות שהוטלו על המדינה אחר הפלישה לכווית גררו פגיעה חמורה באוכלוסייה אזרחית נרחבת – הניב בשנות התשעים בחינה מחודשת של הכלי במועצת הביטחון, והתגבשותה של תפיסה שלפיה יש להעדיף סנקציות ממוקדות, החלות רק על הגורמים הספציפיים המאיימים על השלום והביטחון, על פני סנקציות גורפות.⁷¹

בתחילת הדרך לא נקבעו מנגנונים כלשהם לביקורת על הרשימה המאוחדת, אשר כללה עם פרסומה במרץ 2001 162 אנשים ו-7 ארגונים; ובעוד למחיקתו של גורם מהרשימה נדרש קונצנזוס בוועדת הסנקציות (המורכבת מנציגי כל 15 המדינות במועצת הביטחון), די היה בבקשה בלתי מנומקת מצידה של מדינה יחידה כדי להוסיף לרשימה שמות. לאנשים וארגונים פרטיים גם לא היה כל מעמד לפני הוועדה, ולא הייתה להם כל זכות להשיג על הכללתם ברשימה או לקבל מידע על הטעמים לכך.

בשנים שלאחר אירועי 11 בספטמבר 2001 – שבעקבותיהם הרשימה הכפילה את עצמה ואף יותר מזה – התחדד הצורך בקביעת ערובות פרוצדורליות להגנה על זכויותיהם של אנשים וארגונים הטוענים כי נכללו ברשימה ללא הצדקה, או כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הסרתם ממנה.⁷² למעשה, הייתה זאת הפעם הראשונה שבה מועצת הביטחון חייבה מדינות להטיל סנקציות ממוקדות על

70 החלטה 1333 של מועצת הביטחון (S.C. Res. 1333 (December 19, 2000)).

71 Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 213. במכתב יוצא דופן משנת 1995 לנשיא מועצת הביטחון הצהירו חמש החברות הקבועות בה כי יש להבנות משטרי סנקציות עמידות באופן שיש בו כדי לצמצם את הפגיעה הנלווית בקבוצות הפגיעות ביותר באוכלוסייה (שם).

72 Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 215.

גורמים פרטיים על בסיס גלובלי, ומדינות מצאו עצמן נדרשות לפעול נגד אנשים וארגונים המצויים בשטחן מבלי שהיה להן מידע ספציפי על הטעמים לכך.⁷³ ביקורת נוקבת שהושמעה, לצד הצטברותם של מקרים שבהם בתי משפט מדינתיים וערכאות בינלאומיות סירבו לתת תוקף למשטר הסנקציות באופן הסותר את מחויבותם לדיני זכויות האדם, הובילו במרוצת השנים לשינויים הדרגתיים בעבודת ועדת הסנקציות. שינויים אלה נועדו לשפר – אך אם במידה מוגבלת – את ההגנה על הזכות להליך הוגן.⁷⁴ בין היתר נקבעו חובות ליידוע אדם או ארגון על ההכרזה נגדו, לפרסום נימוקים ולקיום ביקורת עיתית על הרשימה.⁷⁵ ההתפתחות החשובה ביותר בהקשר זה באה בשנת 2009, בעת שהוקם מוסד הנציב (ombudsperson) – גורם מבקר המופקד על בחינת בקשות להסרה מהרשימה והאמור לספק לאדם או לארגון הזדמנות ממשית להשיג על הצעדים הננקטים נגדו.⁷⁶ על מהות תפקיד הנציב ודרכי עבודתו אעמוד בהמשך.

בשנת 2015 הוחל משטר הסנקציות גם על ארגונים ואנשים הקשורים לדאע"ש,⁷⁷ ונכון לסוף דצמבר 2020 הרשימה כללה 262 אנשים ו־89 ארגונים ומוסדות.⁷⁸

73 ש.ס.

74 ראו בהקשר זה גיל לימון המאבק בטרור בראי המשפט הבין לאומי 115–116 (2016), וההפניות המובאות שם. מקרים אלה כוללים את המקרה המפורסם של קאדי, שעליו ארחיב בהמשך, שבמסגרתו הבהיר בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי כי מחויבויות האיחוד בהתאם להחלטות מועצת הביטחון כפופות למחויבותו לשמירה על דיני זכויות האדם. כמו כן ראו דוח של בן אמרסון (Emmerston), הדווח המיוחד של האו"ם לקידום זכויות אדם וחירויות יסוד במאבק בטרור, ולהגנה עליהן, משנת 2012: A/67/396 PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS WHILE COUNTERING TERRORISM (September 26, 2012), Prost; 11–8, בעמ' 69, לעיל ה"ש 69, בעמ' 220.

75 Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 218.

76 ש.ס, בעמ' 223.

77 החלטת המשטר על דעא"ש נעשתה בהחלטה 2253 של מועצת הביטחון (S.C. Res.) (2253 (December 17, 2015)).

78 REPORT OF THE SECURITY COUNCIL COMMITTEE PURSUANT TO RESOLUTIONS 1267 (1999), 1989 (2011) AND 2253 (2015) CONCERNING ISLAMIC STATE IN IRAQ AND THE LEVANT (DA'ESH), AL-QAIDA AND ASSOCIATED INDIVIDUALS, GROUPS, UNDERTAKINGS AND ENTITIES (S/2020/1212), בעמ' 5.

3.1.1 עילות ההכרזה

בהתאם להחלטה 2368 של מועצת הביטחון משנת 2017, המסכמת ומעדכנת את משטר הסנקציות לפי החלטה 1267, אנשים וארגונים יכולים להיכלל ברשימה אם הם "קשורים לדאע"ש או אל-קאעידה". מונח זה מתפרש באופן רחב, ככולל:⁷⁹

- השתתפות במימון, תכנון, הכנה או ביצוע של פעילויות של אל-קאעידה או דאע"ש, או של פעילויות הנעשות בשיתוף אחד הארגונים הנ"ל, בשמם, למענם או כדי לתמוך בהם;
- מכירת נשק או חומרים דומים לאחד הארגונים הנ"ל;
- גיוס חברים או מתן תמיכה אחרת לפעילויות של אחד הארגונים הנ"ל או ארגון השייך לו.

כאמור במסמכי ההסבר שפרסם הנציב, מידע על מעורבותו של אדם בארגון הכלול ברשימה עשוי לגרור הכללת שמו ברשימה – גם אם אין מדובר בארגון העוסק רק בטרור – אולם במקרה כזה יש לבחון את מעשיו הפרטניים (למשל את השאלה אם מעורבותו הסתכמה בעבודה הומניטרית), ולא רק את מהות הקשר שלו לארגון.⁸⁰ כמו כן מוסבר כי הפצה של אמירות או חומר כתוב עשויה להיחשב "תמיכה אחרת" בארגון מוכרז, אולם יש להבחין בין הבעת דעה גרידא לבין הסתה או שידול לביצוע מעשים קונקרטיים או לגיוס פעילים לטובת הארגונים הנ"ל.⁸¹ יש גם לשקול את ההקשר הרחב של הפצת האמירות – כגון

79 החלטה 2368 של מועצת הביטחון ((S.C. Res. 2368 (July 20, 2017)), סעיף 2.

80 ראו מסמך הנציב "APPROACH TO ANALYSIS, ASSESSMENT AND USE OF INFORMATION", בעמוד הנציבות באחר מועצת הביטחון של האו"ם: "When the information gathered is relevant in whole or in part to an individual's association with a listed entity, the analysis of such information must focus on the actions of the individual and not just on the association alone. This would be the case for example where an individual's association was limited to humanitarian work. Inferences as to the conduct relevant to the listing can be drawn from the context of the association"

מעמד המפרסם ומידת ההשפעה שלו. הספקת סיוע ממשי לארגון (material support) עשויה לגרור אף היא הכללה ברשימה.⁸²

3.1.2 השלכות ההכרזה

כמובהר בהחלטות מועצת הביטחון, משטר הסנקציות לפי החלטה 1267 נועד לשרת תכליות מניעתיות ולא עונשיות.⁸³ הכללה ברשימה אינה גוררת צעדים עונשיים מובהקים, כגון הרשעה בפלילים או חילוט נכסים, אלא רק צעדים זמניים, המשרתים את התכליות המניעתיות הקונקרטיות של המשטר: הקפאה של כספים; מגבלות תנועה; ומניעת הספקה של נשק (אמברגו).⁸⁴ עם זאת, החלטות המועצה קוראות למדינות לקבוע עבירות פליליות לאכיפת צעדים אלה, כגון איסורים פליליים על הספקת כספים או משאבים כלכליים לארגוני טרור.⁸⁵ כפי שנראה בחלק הבא, התמשכות משטר הסנקציות על פני שנים רבות, באופן המביא לטשטוש ההבחנה המעשית בין הזמני לקבוע, הייתה בין הגורמים שהובילו את בית המשפט האירופי לצדק לקבוע כי חובתן של מדינות ליישם את משטר הסנקציות ולאמץ הכרזות של מועצת הביטחון כפופה לחובתן להבטיח ערובות פרוצדורליות מינימליות בהתאם לדיני זכויות האדם.

3.1.3 ההליך העדכני להוספת שמות לרשימה

החלטות בנוגע להוספה והסרה של שמות מהרשימה מתקבלות בוועדת הסנקציות, שדרכי עבודתה עוגנו בנהלים המבוססים על החלטות מועצת הביטחון.⁸⁶

82 ש.ם.

83 החלטה 2368 (2017), לעיל ה"ש 79, בסעיף 64.

84 ש.ם, בסעיף 1.

85 ש.ם, בסעיף 21.

86 ניתן לעיין בנוהלי העבודה באחר האו"ם: "Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work" (ספטמבר 2018).

מדינות המבקשות להוסיף שם לרשימה נדרשות לפנות לוועדה ולמסור הצהרה מנומקת, מפורטת ככל האפשר.⁸⁷ ככלל על ההצהרה להיות גלויה, מלבד חלקים ספציפיים שלגביהם המדינה עומדת על חיסיון.⁸⁸ אישור הבקשה על ידי הוועדה טעון הסכמה פה אחד; אולם במקרים שלא ניתן להגיע בהם לקונצנזוס, המדינה המבקשת רשאית להפנות את העניין להכרעת מועצת הביטחון עצמה.⁸⁹

בהתאם לפרוצדורה העדכנית, אין לאדם/ארגון זכות להשמיע את טענותיו לפני קבלת ההחלטה להוסיף אותו לרשימה. עם זאת עומדת לו הזכות לקבל בהקדם הודעה על ההחלטה שהתקבלה, בצירוף סיכום נרטיבי (narrative summary) של הטעמים העומדים ביסודה ומידע גלוי רלוונטי נוסף.⁹⁰ מידע זה מתפרסם גם לעיון הציבור באתר האינטרנט של ועדת הסנקציות.⁹¹

3.1.4 דרכי השגה על הכרזה

כאמור, מאז שנת 2009 לאדם או ארגון ששמו נכלל ברשימה הזכות להגיש בקשה להסרה לנציב מיוחד, שמונה לצורך כך. הנציב בודק לא רק אם חל שינוי נסיבות

87 לימון, לעיל ה"ש 74, בעמ' 113-114; החלטה 2368 (2017), לעיל ה"ש 79, בסעיף 51.

88 החלטה 2368 (2017), לעיל ה"ש 79, בסעיף 51, וסעיף 6(h) לנוהלי העבודה של הוועדה.

89 בפועל, לא נדרשת החלטה פוזיטיבית של הוועדה. אם שום מדינה אינה מביעה התנגדות להצעה להוסיף שם לרשימה בחוך עשרה ימים, הוא נכלל (ראו Emmerson, לעיל ה"ש 74, בעמ' 12).

90 החלטה 2368 (2017), סעיפים 58-59. על פי הפרוצדורה העדכנית על הוועדה למסור למדינתו של האדם/הארגון הודעה הכוללת את הסיכום הנרטיבי, והמדינה מחויבת לנקוט את כל הצעדים האפשריים להעביר את ההודעה לאדם/לארגון, בצירוף מידע רלוונטי נוסף המצוי באתר בוועדה (ראו גם סעיף 69(v) לנוהלי העבודה).

91 על פי נוהלי העבודה של ועדת הסנקציות יש לפרסם את הסיכום הנרטיבי באתר הוועדה ביום שבו השם מחוסף לרשימה (ראו סעיף 6(q) לנהלים). לעיון בסיכומים הנרטיביים ראו "Narrative Summaries for Reasons of Listing" באתר מועצת הביטחון של האו"ם.

מאז ההחלטה המקורית, אלא גם את השאלה אם כלל המידע הרלוונטי המצוי במועצת הביטחון מצדיק את המשך הכללת הפונה ברשימה.⁹²

כמובהר בהחלטות המועצה, על הנציב לבחון בקשות הסרה באופן "עצמאי וללא משוא פנים", מבלי לקבל הנחיות ממדינה כלשהי.⁹³ בדיקת הנציב מתקיימת בשלושה שלבים. השלב הראשון הוא שלב איסוף המידע, האורך עד שישה חודשים, ובמהלכם הנציב מעביר את הפנייה לוועדת הסנקציות ולמדינות כדי לקבל את המידע הרלוונטי ואוסף מידע גם ממקורות נוספים.⁹⁴ השלב השני הוא שלב הדיאלוג, שבמסגרתו הנציב מקיים קשר עם הפונה כדי לקבל את גרסתו. הוא עושה זאת הן על ידי הצגת שאלות לפונה, בהתבסס על החומר שנאסף בעניינו, והן על ידי העברת החומר לעינוו כדי שיוכל להתייחס אליו ישירות – בכפוף לשיקולי חיסיון, שעליהם אעמוד בהמשך. ברוב המקרים הנציב גם נפגש עם הפונה באופן אישי.⁹⁵ בהמשך לכך הנציב מכין דוח מקיף (comprehensive report), המפרט ומנתח את המידע שנאסף כדי לבחון אם הוא משמש בסיס סביר ואמין להכרזה. שלב הדיאלוג יכול לארוך עד ארבעה חודשים. לבסוף, בשלב ההחלטה, הדוח המקיף מועבר לוועדת הסנקציות בצירוף המלצת הנציב.⁹⁶ בתום ההליך הפונה מקבל פירוט מסוים של נימוקי ההחלטה, אולם הדוח המקיף, הכולל את הניתוח המפורט של החומר בעניינו, נותר חסוי. אף שעמדת הנציב היא בגדר המלצה בלבד, נדרשת החלטה פה אחד של ועדת הסנקציות (או התערבות מיוחדת של מועצת הביטחון) לדחייתה של המלצה; אם לא מתקבלת החלטה לדחות המלצה בתוך זמן מוגדר, היא נחשבת כאילו אושרה.⁹⁷ מדינה אשר אינה מרוצה מהתוצאה רשאית להפנות את העניין להמשך טיפול מועצת

92 אם כי ההליך אינו יכול להביא לביטול ההחלטה המקורית אלא רק להסרת הפונה מכאן ואילך. ראו Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 224.

93 ראו החלטה 2368 (2017), לעיל ה"ש 79, בטעיף 60.

94 Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 226.

95 שם, בעמ' 226-227.

96 שם.

97 שם, בעמ' 227.

הביטחון. פרוצדורה דומה חלה כאשר המדינה שביקשה להוסיף שם לרשימה מגישה בקשה להסרה.⁹⁸

נוסף על אפשרות ההשגה ועדת הסנקציות מקיימת ביקורת עיתית על הרשימה אחת לשלוש שנים, בעזרת צוות מעקב מיוחד.⁹⁹

3.1.5 הוגנות הליך ההכרזה ושאלת החומר החסוי

על פי החלטות מועצת הביטחון, מדינות רשאיות לשמור על חסיונו של מידע המשמש בסיס לבקשה להוספת שם לרשימה. כ־20 מדינות כוננו הסכמים או הסדרים עם הנציב, המאפשרים העברת מידע חסוי לעיונו במהלך תהליך הבדיקה של בקשה להסרה.¹⁰⁰ אולם עדיין, הנציב עשוי להידרש לטפל בבקשה להסרה מבלי להיחשף לכל החומר הרלוונטי – מגבלה המטילה צל ממשי על יכולתו להגיע לחקר האמת.¹⁰¹ גם כאשר הנציב מקבל לידי את החומר, הוא עשוי להיות מנוע מלהעבירו לאדם או לארגון שעניינו נדון, ובהחלט עשויה להתקבל החלטה המבוססת על מידע שלא הובא לעיון הפונה. עם זאת, יכולת הנציב לקיים דיאלוג עם הפונה לאחר העיון בחומר החסוי – ולהציג לו שאלות ביחס לסוגיות העולות ממנו – היא ערובה חשובה כדי להבטיח שיוכל להתייחס באופן מינימלי לטענות נגדו. גם החובה להעביר בכל מקרה סיכום נרטיבי היא בעלת חשיבות בהקשר זה. כמו כן על פי העמדה הרשמית של הנציב טענות כלליות הנמסרות ללא פרטים או חומרים תומכים לא יהיו בסיס מספק להמליץ על שימור ההכרזה – בייחוד כאשר המשיג מכחיש אותן ומספק הסברים

98 סעיפים (kk)-(gg) לנהלי הוועדה.

99 החלטה 2368 (2017), סעיפים 85-88.

100 ראו "Access to Classified Information" בעמוד הנציבות באתר מועצת הביטחון של האו"ם.

101 כך למשל הנציב מסביר כי חלק ניכר מהמידע שהוא אוסף כולל אימרות או סיכומי מידע שהכינו המדינות, וכי לרוב הוא אינו מודע למקורות המידע הרלוונטי. ראו דף ההסבר של הנציב, לעיל ה"ש 80.

מתאימים.¹⁰² קימברלי פרוסט (Prost), שופטת קנדית בבית הדין הפלילי הבינלאומי, אשר כיהנה כנציבה עד שנת 2015, הביעה את העמדה שלפיה הלכה למעשה גם כאשר נעשה שימוש בחומר חסוי, נשמרת ההוגנות הבסיסית של ההליך.¹⁰³ מנתונים המובאים באתר הנציבות עולה כי הליך ההשגה אכן אפקטיבי בפועל: לפי דוח שפורסם בפברואר 2021, מאז שהתחיל לעבוד סיים הנציב את הטיפול ב־84 בקשות להסרה, מתוכן 62 התקבלו ורק 22 נדחו.¹⁰⁴ כמו כן עד היום לא קרה שהוועדה סירבה לקבל את המלצת הנציב.¹⁰⁵

על אף השיפורים שהוכנסו בעבודת ועדת הסנקציות, משטר ההכרזות של מועצת הביטחון עדיין זוכה לביקורת על שהוא אינו מאפשר השגה לפני גורם מעין שיפוטי עצמאי, המוסמך לקבל החלטה מחייבת, ואינו נותן ערובות מספקות להבטחת הליך הוגן לנוכח ההסתמכות הרחבה על חומר חסוי. כפי שציין אמרסון, לשעבר הדווח המיוחד של האו"ם לקידום זכויות האדם וחירויות יסוד במאבק בטרור ולהגנה עליהן, בעוד בימיו הראשונים משטר הסנקציות התקבל כצעד פוליטי זמני שנועד להתמודד עם איום מיידי על השלום והביטחון הבינלאומיים, עם חלוף השנים הוא החל לשאת אופי של מערכת אכיפת חוק בינלאומית קבועה למאבק בטרור – שבמסגרתה נדרשת הקפדה רבה יותר

102 ראו מסמך הנציב, לעיל ה"ש 80: "Where the information in question consists of very broadly framed statements, without details, particulars or supporting material or information, it will be insufficient as a basis for recommending retention of the listing. This is particularly so when the petitioner disputes the information and his or her denials are supported by credible information and explanations"

103 Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 228.

104 ראו REPORT OF THE OFFICE OF THE OMBUDSPERSON SUBMITTED PURSUANT TO SECURITY COUNCIL RESOLUTION 2368 (2017) (S/2021/122), פס' 7.

105 ראו "OMBUDSPERSON TO THE ISIL (DA'ESH) AND AL-QAIDA SANCTIONS COMMITTEE" באתר של מועצת ביטחון.

על זכויות האדם.¹⁰⁶ ככל שנמשך הזמן, החשש שמא יהפכו הסנקציות הזמניות כביכול לקבועות גם מעניק להן "צבע פילי".¹⁰⁷

בדוח משנת 2012 גיבש אמרסון שורה של המלצות שנועדו להבטיח שמירה על זכויות אדם במסגרת משטר הסנקציות של מועצת הביטחון. קצרה היריעה מלפרט את המלצותיו במלואן, אך לצורך הדיון כאן אבקש להדגיש אחדות מהן. ראשית, הוא המליץ להעניק להמלצת הנציב מעמד מחייב, כדי להבטיח את זכותו של אדם או ארגון להשיג לפני גורם מעין שיפוטי עצמאי. גם אם בפועל המלצות הנציב מתקבלות בוועדת הסנקציות ובמועצת הביטחון, עצם העובדה שהנציב אינו מוסמך לקבל החלטה מחייבת וכפוף להחלטות אקזקוטיוביות פוגמת במעמד ההליך.¹⁰⁸ שנית, הוא המליץ לקבוע מנגנונים להתמודדות עם בעיית החומר החסוי – ובייחוד להבטיח גילוי מינימלי של מידע למשיג, כדי לאפשר לו להשיב בצורה אפקטיבית לטענות נגדו.¹⁰⁹ בהקשר זה הוא ציין כי הנציבה שכיחנה באותה עת דיווחה שבפועל היא נוהגת למסור לפונים את הטענות העיקריות נגדם, עם פירוט ברמה מספקת; עם זאת, עורכי דין המייצגים פונים טענו כי הם עדיין נדרשים לגשש באפלה.¹¹⁰ שלישית, אמרסון עמד על הצורך להטיל על מדינות חובה פוזיטיבית להודיע אם מצוי ברשותן מידע "מזכה" כלשהו, לרבות מידע המצביע על כך שחומר ראייתי הושג עקב עינויים או התעללות.¹¹¹ רביעית, הוא המליץ על מבחן דו־שלבי לבדיקת השגות, שבמסגרתו הנציב יהיה מחויב להמליץ על הסרת שם מהרשימה, אלא אם מתקיימים שני תנאים מצטברים:

106 Emmerson, לעיל ה"ש 74, בעמ' 4. כמו כן ראו לימון, לעיל ה"ש 74.

107 Emmerson, שם, בפס' 58.

108 שם, בפס' 34-35.

109 בהקשר זה הפנה אמרסון לקביעת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Case *A. and Others v. the United Kingdom*, 2009 E.C.R. II-137, 3455/05, A. (להלן: עניין *A. and Others*) שלפיה גילוי מספיק מידע לאדם כדי לאפשר לו להשיב בצורה אפקטיבית לטענות נגדו עשוי בנסיבות מסוימות להיות דרישה מינימום הכרחית להבטחת הליך הוגן כאשר ננקטים צעדים נגד אדם במסגרת המאבק בטרור. דיון נרחב בדרישת הגילוי המינימלי מופיע בפרק 5 למחקר זה.

110 Emmerson, לעיל ה"ש 74, בפס' 42-43.

111 שם, בפס' 44.

הוא שוכנע במאזן ההסתברויות כי הארגון אכן קשור לאל־קאעידה; והוא שוכנע כי הטלת הסנקציות היא פגיעה מידתית בזכויות האדם או הארגון בנסיבות העניין.¹¹² לבסוף הוא המליץ על צעדים להגברת שקיפות ופומביות ההליכים, כגון דרישה להעביר את הדוחות המפורטים של הנציב לידי הפונים, ולפרסמם בציבור בכפוף לשיקולי חיסיון.¹¹³ קריאות להגביר את שקיפות והוגנות התהליך על ידי העברת הדוחות המקיפים של הנציב לידי הפונים עצמם – וככל האפשר גם פרסומם לציבור הרחב – הושמעו בשנים האחרונות גם מפי הנציב עצמו.¹¹⁴

3.2

הכרזה על ארגוני טרור באיחוד האירופי: ערובות מינימליות להבטחת הליך הוגן

באיחוד האירופי ישנם שני מנגנונים עיקריים להכרזה על ארגוני טרור ולנקיטת צעדים נגדם. מנגנון אחד, המאפשר הכרזה על גורמים הקשורים באופן ספציפי לאל־קאעידה או לדאע"ש (בין היתר על ידי אימוץ הכרזות של מועצת הביטחון לפי החלטה 1267, שעליה הרחבתי לעיל); ומנגנון נוסף, המאפשר הכרזה על גורמים המעורבים בטרור באופן רחב יותר. מנגנון אחרון זה בא, בין שאר הדברים, ליישם החלטה נוספת של מועצת הביטחון – החלטה 1373 – המחייבת מדינות לפעול למניעת מעשי טרור בין היתר על ידי הקפאת נכסיהם של ארגוני טרור.

שני המנגנונים הם משטרי סנקציות המשמשים חלק ממדיניות החוץ והביטחון המשותפת של האיחוד (Common Foreign and Security Policy, או CFSP). הם

112 שם, בפס' 57.

113 שם, בפס' 50.

REPORT OF THE OFFICE OF THE OMBUDSPERSON SUBMITTED PURSUANT TO SECURITY 114
COUNCIL RESOLUTION 2368 (2017) (S/2019/112), פס' 31. כמו כן ראו המלצתה של
פרוסט להעביר את הדוח המפורט לעיון הפונה (Prost, לעיל ה"ש 69, בעמ' 228–229).

מעוגנים בסמכות הנתונה לאיחוד להטיל מגבלות על היחסים הכלכליים עם מדינות שלישיות ולנקוט "צעדים מגבילים" ("restrictive measures") נגד גורמים לבר־מדינתיים.¹¹⁵ פסיקה של בית הדין האירופי לצדק, אשר נדרשה לזכויותיהם של ארגונים ואנשים מוכרזים בהתאם לשני המנגנונים, הבהירה במרוצת השנים כי על אף האופי המניעתי והזמני של מנגנוני ההכרזה, והצורך להיזקק לעיתים לחומרים חסויים, יש להקפיד על שמירת הזכות הבסיסית להליך הוגן ועל זכותו של אדם או ארגון הנפגע עקב הכרזה לסעד שיפוטי אפקטיבי.

בחלק זה של המחקר אעמוד בקצרה על שני מנגנוני ההכרזה. לאחר מכן אתייחס לעקרונות שנקבעו בפסיקה האירופית לשמירה על הליך הוגן בהקשר זה.

3.2.1 מנגנון ההכרזה על גורמים הקשורים לאל־קאעידה ודאע"ש

מנגנון ההכרזה הראשון מאפשר לאיחוד להכריז באופן ספציפי על גורמים הקשורים לאל־קאעידה ודאע"ש. עד שנת 2016 הוא נסמך לחלוטין על הכרזות מועצת הביטחון לפי החלטה 1267; הוא פעל לאימוץ הכרזות אלה אך לא הסמיך את האיחוד לבצע הכרזות עצמאיות משלו. בשנת 2016 אומצה הוראת שעה (המוארכת מדי שנה), המאפשרת לאיחוד לבצע גם הכרזות עצמאיות.¹¹⁶ בניגוד למנגנון ההכרזות הרחב יותר על גורמים המעורבים בטרור – שעליו אעמוד בהמשך – הכרזה לפי מנגנון זה אינה מותנית בקיומה של החלטה של רשות מוסמכת ברמה המדינתית.

עילות ההכרזה לפי מנגנון זה, המעוגן היום בהחלטה 2016/1693 של מועצת אירופה, הן רחבות. מועצת אירופה מוסמכת להוסיף לרשימת הגורמים המוכרזים (המופיעה בנספח להחלטה) כל גורם אשר "קשור" ("associated" with) לאל־קאעידה או לדאע"ש. הקשר יכול להתבטא במגוון דרכים, לרבות מימון פעילויותיהם, נסיעה אל מקום מחוץ לאיחוד כדי לתמוך בהם, עידוד

115 סעיף 215 ל־Consolidated Version of the Treaty on the Function of the European Union (TFEU)

116 ראו החלטת מועצת אירופה משנת 2016 (Council Decision (CFSP) 2016/1693). החלטה באה להחליף עמדה משותפת קודמת משנת 2002, אשר עסקה רק באימוץ הכרזות של מועצת הביטחון (Common Position 2002/402/CFSP).

פעילויותיהם באופן היוצר סכנה שיבוצעו מעשי טרור, מעורבות בהפרות זכויות אדם חמורות המבוצעות בחסותם, ועוד. ההכרזה נושאת השלכות דומות לאלה הנובעות מהכרזה של מועצת הביטחון לפי החלטה 1267: מניעת הספקה של נשק וסיוע צבאי (אמברגו), מגבלות על כניסה לאיחוד ועל התנועה בו (בכפוף לחריגים שונים, כגון יכולתו של אדם להיכנס למדינה שלו) והקפאת נכסים. מבחינת ההליך, ההחלטה קובעת כי המועצה רשאית לשנות את הרשימה בהחלטה המתקבלת פה אחד לבקשתה של מדינה או הנציב העליון של האיחוד לענייני חוץ וביטחון (נוסף על כך ניתן להסיר שם מהרשימה ברוב דעות, אם מדינה סבורה שחל שינוי משמעותי בנסיבות). ישנה חובה ליידע אדם או ארגון על ההחלטה להכריז עליו, למסור לו את נימוקי ההכרזה ולאפשר לו הזדמנות להישמע.¹¹⁷

נכון ליולי 2020, הרשימה העצמאית של האיחוד לפי מנגנון זה כוללת חמישה אנשים, רובם פעילים ג'יהאדיסטים משמעותיים.¹¹⁸

3.2.2 מנגנון ההכרזה על גורמים המעורבים בטרור: יישום החלטה 1373 של מועצת הביטחון

מנגנון הכרזה נוסף של האיחוד האירופי בא לאפשר הכרזה על אנשים וארגונים המעורבים בטרור באופן רחב יותר – לאו דווקא במסגרת אלקאעידה או דאע"ש. מנגנון זה נועד, בין היתר, לממש את חובת האיחוד להקפיא את נכסיהם של גורמים המעורבים בטרור בהתאם להחלטה 1373 של מועצת הביטחון. החלטה זו, שאומצה בשנת 2001 בעקבות אירועי 11 בספטמבר, מחייבת מדינות לפעול למניעת ביצוע מעשי טרור ולמאבק במימון טרור בין היתר על ידי העמדה לדין של אנשים המעורבים במימון, תכנון או ביצוע מעשי טרור והקפאת נכסיהם של אנשים וארגונים העוסקים בטרור. החלטה זו אושרה ועודכנה בשנת 2019 בהחלטה 2462 של מועצת הביטחון, אשר הדגישה בין השאר כי על הצעדים

117 ההליך מוסדר בסעיף 5 להחלטה. בהתקיים שינוי נסיבות, המועצה יכולה להסיר שם מהרשימה גם ברוב דעות, לפי בקשתה של מדינה (סעיף 5(4) להחלטה).

118 ראו הנוסח המעודכן של החלטה מיום 30.7.2020.

השונים הננקטים במסגרת המאבק בטרור לעלות בקנה אחד עם מחויבותיהן של מדינות לפי משפט זכויות האדם והמשפט ההומניטרי.¹¹⁹

3.2.2.1 הקריטריונים להכללה ברשימת הטרוריסטים של האיחוד: עילות ההכרזה

עמדה משותפת של האיחוד האירופי, שאומצה בשנת 2001 ליישום החלטה 1373, יצרה רשימה של "אנשים, ארגונים וישויות המעורבים בטרור" וקבעה מנגנון לעדכונה השוטף של הרשימה.¹²⁰

אדם או ארגון יכול להיכלל ברשימה אם התקבלה החלטה של רשות מוסמכת ברמה המדינתית לפתוח בחקירה נגדו או לנקוט נגדו צעדים בגין מעורבות בביצוע מעשי טרור. כאשר מדובר בהחלטה לפתוח בחקירה או להעמיד לדין – שאיננה כרוכה בקביעה סופית של הרשות המוסמכת שהמועמד להכרזה אכן ביצע את המעשים הרלוונטיים – על ההחלטה להתבסס על "ראיות או רמזים רציניים ואמינים" ("serious and credible evidence or clues") למעורבות זו.¹²¹ ההגדרה של "מעשה טרור" בעמדה המשותפת בנויה על רשימה של מעשים ההופכים למעשי טרור כאשר הם מבוצעים באופן מכוון כדי להטיל אימה על

119 ראו החלטה 2462 (S.C. Res. 2253 (March 28, 2019)).

120 ראו Council Common Position (EC) No. 2001/931/CFSP, 2001 O.J. 93 (L 344) מיום 27.12.2001 (להלן: עמדה משותפת).

121 שם, סעיף 1(4): "The list in the Annex shall be drawn up on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that a decision has been taken by a competent authority in respect of the persons, groups and entities concerned, irrespective of whether it concerns the instigation of investigations or prosecution for a terrorist act, an attempt to perpetrate, participate in or facilitate such an act based on serious and credible evidence or clues, or condemnation for such deeds" של בית הדין האירופי לצדק הביעה את העמדה שלפיה אין די בהחלטה פשוטה לפתוח בחקירה, המבוססת על חשד בלבד, ויש לדרוש לכל הפחות החלטה המבוססת על חומר המצביע באופן ממשי ("strongly suggestive") על מעורבות הגורם המוכרז בטרור (ראו חוות הדעה של היועצת הכללית אלנור שפרסטון (Sharpston) מיום 14.7.2011 בעניין Case C-27/09 P, French Republic v. People's Mojahedin Organization of Iran פס' 134-136).

אוכלוסייה, לאלץ ממשלה או ארגון בינלאומי לבצע או להימנע מביצוע מעשה מסוים, או להרוס את היסודות הפוליטיים, החוקתיים, הכלכליים או החברתיים של מדינה או ארגון בינלאומי. נוסף על כך על המעשה להיות כזה שבשל אופיו או הקשרו הוא עלול לפגוע בצורה קשה במדינה או בארגון בינלאומי.¹²² יש לשים לב שרשימת המעשים העלולים להיחשב מעשי טרור (בהתקיים יתר תנאי ההגדרה) כוללת גם השתתפות בפעילותו של ארגון טרור, בידיעה שהשתתפות זו תתרום לפעילויות הפליליות של הארגון.¹²³ ארגון או מוסד המצוי בשליטתו של אדם או ארגון המעורב בטרור – או הפועל בשמו או על פי הנחיותיו – עשוי אף הוא להיכלל ברשימה.¹²⁴

3.2.2.2 השלכות ההכרזה על גורם המעורב בטרור

בדומה למנגנון ההכרזה על גורמים הקשורים לאל־קאעידה ודאע"ש, גם מנגנון ההכרזה על גורמים המעורבים בטרור הוא משטר סנקציות במהותו, אשר נועד בראש ובראשונה למלא את חובת האיחוד לפעול נגד מימון טרור. בהתאם לכך הוא נושא בעיקר השלכות כלכליות: תקנות שאומצו אף הן בדצמבר 2001 קובעות הסדרים להקפאת נכסיהם של ארגונים ואנשים המופיעים ברשימה.¹²⁵ התקנות גוררות בין היתר איסורים פליליים הבאים לאכוף את משטר הסנקציות – כגון איסורים על מתן שירותים פיננסיים לגורמים המופיעים ברשימה ועל ביצוע פעולות לסיכול הקפאת הנכסים.¹²⁶ עם זאת, יש לשים לב כי סנקציות כלכליות אלו מוחלות רק על גורמי טרור הנחשבים חיצוניים לאיחוד (גורמי טרור מקומיים הנכללים ברשימה חשופים להסדרי שיתוף פעולה

122 עמדה משותפת, לעיל ה"ש 120, בסעיף 1(3).

123 שם.

124 שם, בסעיף 1(2).

125 ראו Council Regulation 2580/2001 מיום 27.12.2001.

126 ראו שם, בסעיפים 2-3 לתקנות. סעיף 9 לתקנות קובע כי על המדינות לקבוע את הסנקציות שיוטלו בגין הפרת התקנות, וכי עליהן להיות אפקטיביות, מידתיות ומרחיעות. ראו גם, Christina Eckes, *The Law and Practice of EU Sanctions*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE EU'S COMMON FOREIGN AND SECURITY POLICY 206 (Steven Blockmans, Panos Koutrakos, & Jean Monnet eds., 2018)

מיוחדים בתחומי השיטור והשיפוט); נכון ליולי 2020 נכללו ברשימת הגורמים המוכרזים של האיחוד 14 אנשים ו-21 ארגונים שעליהם חלים הסדרי הקפאת הנכסים.¹²⁷

בתי המשפט של האיחוד האירופי דאגו להדגיש לאורך השנים כי מנגנוני ההכרזה נועדו לשרת תכליות מניעתיות בלבד, ולא עונשיות. הם מטילים מגבלות זמניות, כגון הקפאת נכסים, אך אינם באים לשלול זכויותיו של ארגון או אדם לצמיתות או להטיל בו דופי פלילי.¹²⁸

אם כן, הכרזה באיחוד האירופי אינה גוררת איסורים פליליים רחבים על חברות בארגון או על הבעת הזדהות עימו. הדירקטיבה האירופית משנת 2017, למשל, אשר מחייבת מדינות לאמץ איסורים פליליים שונים בתחום המאבק בטרור – לרבות איסורים הנוגעים להשתתפות בארגון טרור – אינה מתבססת על מנגנון ההכרזה אלא על הגדרה מהותית של "ארגון טרור". כך למשל, סעיף 4 לדירקטיבה מחייב מדינות לאסור על ניהול ארגון טרור ועל השתתפות בפעילותו של ארגון טרור, בידיעה שהדבר יתרום לפעילויות הפליליות של הארגון. אולם איסור זה אינו חל בהכרח על ארגונים מוכרזים, אלא על ארגונים שלגביהם נקבע מהותית כי הם פועלים לביצוע "עבירות טרור" – מעשים חמורים ספציפיים המאיימים על ביטחון הציבור, אשר מפורטים בדירקטיבה עצמה.¹²⁹ בפסק דין משנת 2017 הדגיש בית הדין האירופי לצדק את ההבדל המהותי בין התכלית המניעתית הקונקרטית של משטר הסנקציות ובין התכליות העונשיות העומדות ביסוד חובת המדינות לפעול במישור הפלילי נגד אנשים המעורבים בטרור.¹³⁰

127 Council Decision (CFSP) 2020/1132, 2020 O.J. (L 247) 18 לעניין ההבחנה בין גורמי טרור חיצוניים לפנימיים, ראו EU Terrorist List באחר מועצת אירופה.

128 Marieke de Goede, *Proscription's Futures*, 30 (2) ראו בהקשר זה (2018) TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE, 336, 342-344

129 Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on Combating Terrorism and Replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and Amending Council Decision 2005/671/JHA, 2017 O.J. (L 88) 6. סעיפים 2-4.

130 Case C-158/14, A and others v. Minister van Buitenlandse

לאור הבדל מהותי זה קבע בית המשפט כי אין בהכרח חפיפה בין הגדרת המושג "ארגון טרור" לצורכי משטר הסנקציות, ובין הגדרתו לצורכי העמדה לדין פלילי.¹³¹

ברי עם זאת, כי הכללתו של אדם או ארגון ברשימת גורמי הטרור של האיחוד עשויה להיות שיקול משמעותי בהפעלת צעדי אכיפה שונים, בין ברמה המדינתית ובין ברמה של האיחוד עצמו. כך למשל נקבע באחת הפרשות כי השתתפותו של אדם בארגון מוכרז עשויה להיות שיקול בבחינת השאלה אם הוא ביצע עבירה חמורה הגוררת שלילת זכאותו למעמד של פליט. אף על פי כן בית המשפט הדגיש כי יש לבדוק כל מקרה לגופו כדי לעמוד על המעשים הספציפיים המיוחסים לארגון המוכרז ועל אחריותו האישית של האדם למעשים חמורים קונקרטיים.¹³² באופן דומה, התקנות בנושא מניעת הפצת תוכן טרוריסטי ברשת, שאומצו באפריל 2021 באיחוד, מגדירות "תוכן טרוריסטי" ככולל, בין היתר, מידע המקדם פעילותו של ארגון טרור. ההגדרה מתבססת על ההגדרה מהותית של "ארגון טרור" המופיעה בדירקטיבה האירופית משנת 2017, ולא על רשימת ארגוני הטרור המוכרזים שמנהל האיחוד. במבוא להצעה מובהר אומנם כי העובדה שחומר נוצר על ידי ארגון מוכרז או הופץ מטעמו היא "שיקול חשוב" בבחינת השאלה אם מדובר בתוכן טרוריסטי; עם זאת מדובר בשיקול אחד, הנשקל לצד גורמים נוספים כגון טיבו של החומר, הקשר פרסומו והפוטנציאל הטמון בו להזיק לביטחונם של בני אדם.¹³³ המבוא גם טורח להדגיש

Zaken, ECLI:EU:C:2017:202 מיום 14.3.2017. פסק הדין עסק בהחלטת המסגרת 2002/475/JHA, המכשיר המשפטי שקדם לדירקטיבה משנת 2017, אשר כלל הוראות דומות בנוגע לחובה להפליל השתתפות בארגון טרור.

131 באופן ספציפי בית הדין קבע כי הסייג אשר הופיע בהחלטת המסגרת האירופית שקדמה לדירקטיבה משנת 2017, אשר מופיע גם בדירקטיבה עצמה – שלפיו הוא אינו חל על פעילויותיהם של כוחות מזוינים בתקופות של עימות מזוין הנשלטות על ידי המשפט ההומניטרי הבינלאומי – אינו חל בהכרח על הגדרת הטרור לצורך משטר הסנקציות. ראו שם, בפס' 80-85.

132 Joined Cases C-57 & 101/09 Bundesrepublik Deutschland v. B & D, ECLI:EU:C:2010:661 מיום 9.11.2010, פס' 86-99.

133 Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on Addressing the Dissemination of Terrorist Content Online, 2021 O.J. (L 172) 79, פס' 10 למבוא וסעיף 2.

כי אין לראות בהבעת דעות רדיקליות, פולמיות או שנויות במחלוקת בדיון הציבורי על שאלות פוליטיות רגישות תוכן טרוריסטי.¹³⁴ עם זאת, יש לציין כי יש מדינות המעניקות משמעויות עבות יותר להכרזות של האיחוד.¹³⁵

3.2.2.3 ביקורת תקופתית על הכרזות על גורמים המעורבים בטרור

סעיף 1(6) לעמדה המשותפת קובע חובה לקיים ביקורת תקופתית על הרשימה לפחות אחת לשישה חודשים, כדי לוודא שישנה עילה להמשך ההכרזה על הגורמים המופיעים בה. על פי פסיקת בתי המשפט של האיחוד על הביקורת לכלול בדיקה של גורל ההחלטה המדינתית שהייתה בסיס להכרזה, ובנוסף לכך בחינה עצמאית של השאלה אם עדיין קיימת סכנה ש"אם לא יינקטו צעדי מניעה, האדם או הישות הרלוונטית עלולים להמשיך להיות מעורבים בפעילות טרוריסטית".¹³⁶ קיומה של ביקורת תקופתית שימש בסיס חשוב לנכונות בתי המשפט של האיחוד להכיר במידתיות משטר הסנקציות.¹³⁷

3.2.2.4 זכות העמידה בתקיפת הכרזה על גורם המעורב בטרור

לפי הכללים המסדירים את זכות העמידה לפני בתי המשפט של האיחוד האירופי, אדם רשאי לעתור נגד מעשה רגולטורי של האיחוד אם הוא נוגע לו באופן ישיר אך ללא צעדי יישום נוספים.¹³⁸

134 שם, בפס' 12 למבוא. כמו כן ראו סעיף 1(3) לתקנות.

135 כך למשל בהולנד, הכללחו של ארגון ברשימת ארגוני הטרור של האיחוד מובילה להוצאת הארגון אל מחוץ לחוק באופן כללי. ראו Eckes, לעיל ה"ש 126.

136 ראו למשל Case C-79/15 P, Council v. Hamas, ECLI:EU:C:2017:584 מיום 26.7.2017, פס' 24, 29-32 (התרגום שלי).

137 ראו למשל Case T-400/10 RENV, Hamas v. Council, ECLI:EU:T:2018:966 מיום 14.12.2018, פס' 189.

138 ראו סעיף 263 ל-TFEU (לעיל ה"ש 115), אשר קובע כי אדם רשאי לאתגר "a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures"

הגבולות המדויקים של הוראה זו, ככל שהיא נוגעת לתקיפת הכרזות על ארגוני טרור, טרם התבררו. אולם חשוב להדגיש כי הפסיקה האירופית מגינה על זכותו של אדם לתקוף הכרזה בתקיפה עקיפה, אם היא משמשת בסיס לצעדים הננקטים נגדו ברמה המדינית. כך למשל, אם אדם מועמד לדין באחת ממדינות האיחוד על גיוס כספים לטובת ארגון מוכרז, הוא יכול להעלות טענות נגד חוקיות ההכרזה לפני בית המשפט המקומי, אשר מוסמך לדחות את הטענות או להעבירן להכרעת בית הדין האירופי לצדק. אדם מנוע מהעלאת טענות כאלה רק אם עמדה לו זכות ברורה וודאית לתקוף את ההכרזה באופן ישיר לפני ערכאות האיחוד והוא בחר להימנע מכך.¹³⁹

3.2.3 הכרזות האיחוד האירופי: הזכות לסעד שיפוטי אפקטיבי וערובות מינימליות להבטחת הליך הגן

זמניות הסנקציות המוטלות על גורמים מוכרזים ותכליותיהן המוגבלות הן אשר הצדיקו, בעיני בתי המשפט של האיחוד האירופי, את ההגנות הפרוצדורליות החלשות יותר המוענקות לגורמים אשר מבקשים לאתגר את ההכרזה עליהם.¹⁴⁰ עם זאת, בתי המשפט הבהירו במרוצת השנים כי אין בתכליות מצומצמות אלה כדי להצדיק ויתור מוחלט על החובה לכבד את הגרעין הקשה של "זכויות ההגנה" (rights of defense) של גורם מוכרז – לרבות זכותו לסעד שיפוטי אפקטיבי. ככל שחלף הזמן, כך גברה נכונות בתי המשפט לקבוע עקרונות שמטרתם להבטיח כי הפגיעה ארוכת הטווח, הכרוכה בסנקציות הזמניות כביכול, תהיה מושתתת על בסיס ראייתי מוצק וכפופה לביקורת שיפוטית יעילה. לדין בעקרונות אלה אפנה כעת.

139 ראו למשל Case C-158/14, A and Others v. Minister van Buitenlandse Zaken, ECLI:EU:C:2017:202 מיום 14.3.2017, פס' 66-67; Case C-550/09, E and F, ECLI:EU:C:2010:382 מיום 29.6.2010.

140 ראו למשל Case T-228/02, Organisation des Mudjahedines du peuple d'Iran v. Council, ECLI:EU:T:2006:384 מיום 12.12.2006, פס' 133-136 (להלן: עניין (OMPI) (2006)).

3.2.3.1 ערובות להליך הוגן בהכרזה על גורמים המעורבים בטרור באיחוד האירופי

העיקרון שלפיו יש להבטיח במסגרת משטרי הסנקציות את זכויות ההגנה של הגורם המוכרז נקבע לראשונה על ידי בית הדין האירופי לצדק בהקשר של הכרזות עצמאיות של האיחוד על גורמים המעורבים בטרור. בעניין *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* קבע בית המשפט הכללי של האיחוד (הערכאה הראשונה, המכונה General Court) כי לאדם או ארגון מוכרז עומדות הזכות לשימוע הוגן, הזכות לקבלת נימוקי ההחלטה נגדו והזכות לסעד שיפוטי אפקטיבי.¹⁴¹ עם זאת, לאור העקרונות המסדירים את שיתוף הפעולה בין המדינות החברות באיחוד אימץ בית המשפט גישה מצמצמת בנוגע למהות השימוע הנדרש במועצת האיחוד. בית המשפט הדגיש כי האחריות הראשונית להבטחת שימוע הוגן מוטלת על הרשות המוסמכת ברמה המדינתית, המקבלת את ההחלטה המקורית המשמשת בסיס להכרזה – בייחוד כאשר מדובר ברשות שיפוטית.¹⁴² ביחס לביקורת השיפוטית על ההכרזה ברמת האיחוד, בית המשפט קבע כי עליה להיות קפדנית, שכן מדובר בערובה היחידה שבכוחה להבטיח איזון ראוי בין צורכי הביטחון ובין ההגנה על זכויות יסודיות.¹⁴³ אף על פי כן הוא הבהיר כי מדובר בביקורת מוגבלת, הבוחנת בעיקר את תקינות הפרוצדורה, את דיוק העובדות המשמשות בסיס להחלטה ואת השאלה אם נפלה "טעות מובהקת" באופן שהמועצה העריכה את העובדות (of manifest error of assessment "the facts").¹⁴⁴

במרוצת השנים התגבשו בפסיקה האירופית קווים מנחים בנוגע להכרזות העצמאיות של האיחוד ובנוגע למהות הביקורת השיפוטית עליהן. לענייננו חשובים העקרונות האלה:

141 ש.ס.

142 ש.ס, בפס' 119.

143 ש.ס, בפס' 155.

144 ש.ס, בפס' 159.

• הכרזה של האיחוד יכולה להתבסס על החלטה המתקבלת במדינה שאיננה חברה באיחוד. אולם במקרה כזה על מועצת האיחוד לוודא שהיא התקבלה בהליך השומר על הזכויות הדיוניות של הגורם המוכרז, לרבות זכותו לסעד שיפוטי אפקטיבי, ולכלול התייחסות מפורשת לכך בנימוקי ההכרזה.¹⁴⁵ בהקשר זה, לא די לתאר בקווים כלליים את הפרוצדורה במדינה האחרת – אלא על המועצה להסביר מדוע מדובר בהליך הוגן, העומד בסטנדרטים הנדרשים. בהתאם לגישה זו פסל בית הדין האירופי לצדק באחת הפרשות הכרזה שהתבססה על החלטה הודית, כאשר נימוקי ההכרזה הסתפקו בתיאור כללי של הליכי הביקורת המעוגנים בחוק ההודי, מבלי להתייחס לשאלה אם המועצה קיימה בדיקה כלשהי מעבר לכך.¹⁴⁶ בפרשה אחרת סירב בית המשפט הכללי של האיחוד לבסס הכרזה על החלטה אמריקאית, בהיעדר התייחסות מפורטת בנימוקי המועצה למידת ההוגנות של הליכי ההכרזה בארצות הברית.¹⁴⁷ יצוין כי גם כאשר מדובר בהכרזה המתבססת על החלטה של מדינה השייכת לאיחוד, בית המשפט עשוי לבחון את הוגנות ההליך שבו התקבלה, אולם רק כאשר המשיג מעלה טענה ספציפית, המבוססת על ראיות קונקרטיות, שמדובר בהליך פגום.¹⁴⁸

עיקרון זה הוא בעל חשיבות עילאית לדיון שלנו כאן, שכן משמעותו כי הוגנות הליכי ההכרזה איננה חשובה רק כשלעצמה, אלא היא תנאי לאפקטיביות מימוש אחת התכליות המרכזיות של מנגנון ההכרזות – השגת שיתוף פעולה בינלאומי במאבק נגד מימון טרור. כדי להבטיח שלהכרזות ישראליות יהיה מעמד בינלאומי מוכר, חשוב יהיה להראות כי נשמרו הזכויות הדיוניות של הארגון המוכרז וניתנה לו הזדמנות אפקטיבית להשיג על החלטה בהליך שיפוטי הוגן.

Case C-599/14 P, Council v. Liberation Tigers of Tamil Eelam 145
LTTE (להלן: עניין LTTE), ECLI:EU:C:2017:583 מיום 26.7.2017, פסי' 24-38 (להלן: עניין LTTE (2017)).

ש. 146

Case T-289/15, Hamas v. Council, ECLI:EU:T:2019:138 147
פסי' 46-65 (להלן: עניין Hamas (2019)) (ערער על פסק דין זה נדחה בספטמבר 2020, ראו Case C- 386/19 P, Hamas v. Council, ECLI:EU:C:2020:691 מיום 10.9.2020).

148 עניין Hamas (2019), שם, בפסי' 95.

• על הערכאה השיפוטית לבדוק את הבסיס העובדתי להכרזה ואת מהימנות הראיות המבססות אותה.¹⁴⁹ עם זאת, בחינה זו מסתפקת בדרך כלל בבדיקת השאלה המצומצמת אם אכן התקבלה החלטה מתאימה של רשות מוסמכת ברמה המדינית, ולפיה מדובר בארגון טרור. רק כאשר ההחלטה המדינית היא החלטה ראשונית בלבד (כגון החלטה לפתוח בחקירה), יש צורך לבחון את הבסיס העובדתי שלה, כדי לוודא שהיא אכן מבוססת כנדרש על "ראיות או רמזים רציניים ואמינים".¹⁵⁰ באופן דומה, כאשר הכרזה על ארגון מתבססת על צעדים שנוקטו נגד פעילים בו, יש להניח תשתית עובדתית לקיומו של קשר בין הפעילים לבין הארגון עצמו.¹⁵¹ כמו כן כאשר מדובר בהחלטה לשמר ברשימה גורם שהוכרז בעבר וחלף זמן משמעותי, יש לבסס עובדתית את הקביעה שהקפאת הנכסים עדיין דרושה לשם מניעת טרור.¹⁵²

• לעניין השימוש בחומר חסוי, בית המשפט הכיר בכך ששיקולי ביטחון עשויים להצדיק אי-העברת החומר בכללותו לעיון הצד השני להליך (וכפי שנראה, בשנת 2015 תוקנו כללי הפרוצדורה של בית המשפט כדי לאפשר הגשת מידע חסוי לעיון בית המשפט בלבד).¹⁵³ ואולם בית המשפט הדגיש כי הוא אינו יכול למלא את חובתו הבסיסית לבחון את חוקיות ההכרזה מבלי לקבל לידי את החומר הרלוונטי.

העקרונות הבסיסיים שנקבעו בעניין OMPI, לעניין חובת האיחוד לשמור על זכותו של גורם מוכרז להליך הוגן ולסעד שיפוטי אפקטיבי, סללו את הדרך גם לפסיקה העקרונית של בית הדין האירופי לצדק בעניין קאדי, שעליה ארחיב להלן. פסיקה זו הבהירה את הגבולות הראויים של סמכות האיחוד להסתמך בהקשר זה על חומר חסוי.

Case T-284/08, People's Mojahedin Organization of Iran v. 149 Council, ECLI:EU:T:2008:550 מיום 4.12.2008, פס' 55 (להלן: עניין PMOI (2008)).

150 עניין Hamas (2019), לעיל ה"ש 147, בפס' 115-118.

151 עניין PMOI (2008), לעיל ה"ש 149, בפס' 65.

152 ראו לדוגמה עניין LTTE (2017), לעיל ה"ש 145, בפס' 54-55.

153 עניין OMPI (2006), לעיל ה"ש 140, בפס' 158.

3.2.3.2 פרשת קאדי

במקביל להליכים שתוארו לעיל, אשר נגעו להכרזות עצמאיות של האיחוד על גורמים המעורבים בטרור, החל בית הדין האירופי לצדק לגבש עקרונות המתווים את הערובות הדיוניות החלות על אימוץ הכרזות של מועצת הביטחון לפי החלטה 1267. קו פרשת המים המרכזי בהקשר זה היה פרשת קאדי.

באוקטובר 2001 נוסף שמו של יאסין עבדאללה קאדי, איש עסקים סעודי, לרשימה המאוחדת של ועדת הסנקציות של מועצת הביטחון, בטענה הכללית שהוא קיים קשרים עם בן לאדן ורשת אלקאעידה. בהמשך לכך נוסף שמו לרשימה האירופית המיישמת את משטר הסנקציות לפי החלטה 1267, ונכסיו הוקפאו. לא נמסר לו כל מידע על אודות הבסיס להכרזה, בטענה שמדובר בחומר חסוי.

עניינו של קאדי נדון פעמיים בבית הדין האירופי לצדק. בפסק דין תקדימי ראשון מספטמבר 2008 קבע בית הדין שגם הכרזה הבאה ליישם החלטה מחייבת של מועצת הביטחון צריכה לכבד את זכויות ההגנה של הגורם המוכרז, המעוגנות באמנת האיחוד, וכפופה לביקורת שיפוטית מלאה.¹⁵⁴ אומנם שיקולים כבדי משקל עשויים לחייב מגבלות על זכותו של אדם לקבל את מלוא המידע הרלוונטי לעניינו, אולם במקרה כזה על בתי המשפט של האיחוד לאמץ טכניקות אשר בכוחן ליישב בין הצורך בחיסיון ובין הצורך להבטיח הליך הוגן.¹⁵⁵ בית המשפט

154 ובייחוד סעיף 47 לצ'רטר הזכויות היסודיות של האיחוד האירופי (EU Charter of Fundamental Rights), המגן על הזכות לסעד אפקטיבי ולמשפט הוגן. ראו Case C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, ECLI:EU:C:2008:461 מיום 3.9.2008. פסק הדין של בית הדין ניתן במסגרת ערעור שהגיש קאדי על פסק דין של בית המשפט הכללי של האיחוד, שבו נקבע שתקנה הבאה ליישם החלטה מחייבת של מועצת הביטחון אינה יכולה להיות כפופה לביקורת שיפוטית של ערכאות האיחוד - מלבד באותם מקרים חריגים ביותר שבהם מדובר בהפרה של נורמה אבסולוטית של המשפט הבינלאומי (*jus cogens*). ראו, Case T315/01, Kadi v. Council and Commission, ECLI:EU:T:2005:332 מיום 21.9.2005.

155 הרלוונטיות, בית המשפט הפנה לפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Chahal v. United Kingdom*. כפי שנראה בהמשך הדברים, הטכניקות שהוכרו בבית

ביטל את ההכרזה על קאדי, לאחר שמצא שלא ניתנה לו אפשרות אפקטיבית להתגונן. ההחלטה הושעתה לכמה חודשים כדי לאפשר לרשויות האיחוד לבחון את עניינו מחדש.

בהמשך לפסק הדין חידשו רשויות האיחוד את ההכרזה על קאדי, הפעם לאחר שהועבר לידו סיכום נרטיבי שהתקבל מוועדת הסנקציות של מועצת הביטחון, וניתנה לו הזדמנות להישמע. בפסק דין עקרוני נוסף משנת 2013 קבע בית הדין האירופי לצדק כי גם הסיכום החדש שניתן לקאדי לא היה מספק.¹⁵⁶ בית הדין קיבל אומנם את טענת האיחוד שאין בעצם העובדה שקאדי לא קיבל את מלוא המידע ששימש נגדו כדי להוביל בהכרח לביטול ההכרזה, אולם הוא קבע שבמקרה של קאדי נימוקי ההכרזה לא בוססו כדבעי. בפסק דינו התווה בית הדין את הסטנדרטים המינימליים שצריכים להנחות את מוסדות האיחוד באימוץ הכרזות של מועצת הביטחון, ואת הדרך שבה יש להתמודד עם בעיית החומר החסוי. לאור חשיבותם של סטנדרטים אלה לדיון שלנו, אעמוד עליהם בקצרה.

ראשית, נקבע כי יש למסור לאדם לכל הפחות את הסיכום הנרטיבי שהעבירה ועדת הסנקציות לרשויות האיחוד. על רשויות האיחוד לוודא כי נמסר לאדם מספיק מידע כדי לאפשר לו להתייחס לטענות נגדו בצורה אפקטיבית.¹⁵⁷ בהמשך לכך על רשויות האיחוד לאפשר לאדם להשמיע את טענותיו ולהביא ראיות מטעמו, ועליהן להפעיל שיקול דעת עצמאי וזהיר ביחס לשאלה אם קיים חומר מספק לביסוס הצורך בהכרזתו.¹⁵⁸ בסוף התהליך

הדין האירופי כמאפשרות ליישב בין שיקולי ביטחון ובין הצורך בהליך הוגן כוללות מינוי עורך דין מיוחד וגילוי מידע מינימלי של מידע למשיג.

Case C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission v. Kadi*, 156 ECLI:EU:C:2013:518 מיום 18.7.2013. פסק הדין ניתן בערעור שהגישו רשויות האיחוד על פסק דין של הערכאה הנמוכה יותר, שקיבלה עתירתו הנוספת של קאדי לביטול ההכרזה.

157 שם, בפס' 112.

158 שם, בפס' 135.

על הרשויות למסור לאדם את הטעמים הספציפיים והקונקרטיים להטלת המגבלות עליו.¹⁵⁹

שנית, נקבע כי סעד שיפוטי אפקטיבי בהקשר זה משמעו שעל בית המשפט לבחון את הבסיס העובדתי להכרזה, ולא להסתפק בבדיקת ההיגיון הפנימי של הנימוקים המובאים בסיכום – כאשר הנטל להניח תשתית עובדתית מספקת לביסוס הנימוקים מוטל על רשויות האיחוד.¹⁶⁰ אומנם אין זה אומר כי על הרשויות לספק לבית המשפט את כל המידע והראיות שעמדו ביסוד החלטת ועדת הסנקציות, שכן במקרים רבים הן גם אינן מקבלות לידיהן את כל החומר הרלוונטי. אולם בית המשפט אינו יכול להתייחס לחומר שלא הונח לפניו, ועליו להתעלם מנימוקים שלגביהם לא הונחה תשתית עובדתית מספקת.

במועד הדיון בעניינו של קאדי טרם תוקנו כללי הפרוצדורה כדי לאפשר הגשת מידע חסוי לעיון בית המשפט בלבד. ואולם בית הדין חזר על כך שיהיו מקרים שבהם תהיה הצדקה לכך. במקרים אלה על בית המשפט להיזקק לטכניקות שבכוחן ליישב בין הצורך בשמירת החיסיון ובין החובה להבטיח הגנה מספקת על הזכויות הפרוצדורליות של העותר.¹⁶¹ בשלב הראשון, על בית המשפט לבדוק את טענת החיסיון לגופה. אם הוא מוצא כי ניתן וראוי לגלות יותר מידע לעותר, והרשות עומדת על סירובה לעשות כן, עליו לבסס את החלטתו אך ורק על המידע שנמסר לעותר ולבית המשפט. אם, לעומת זאת, הוא מוצא כי החיסיון מוצדק, עליו לערוך איזון בין הצורך בשמירה על החיסיון ובין הצורך להבטיח סעד שיפוטי אפקטיבי. במסגרת זו בית המשפט רשאי לשקול אפשרויות כגון גילוי סיכום של המידע או הראיה החסויים, אולם בכל מקרה עליו לבחון אם יש באיגילוי המידע ובחוסר יכולת העותר להתייחס אליו, כדי לפגוע בערך הראייתי שלו.¹⁶²

לאור האופי המניעתי של מנגנון ההכרזה הבהיר בית הדין כי די שאחד מנימוקי ההכרזה יהיה מפורט ומבוסס דיו – בתנאי שיש בו כשלעצמו כדי להצדיק

159 שם, בפס' 116.

160 שם, בפס' 119, 121.

161 שם, בפס' 125.

162 שם, בפס' 129.

את ההחלטה.¹⁶³ אולם בד בבד על בית המשפט לפסול הכרזה אם אין בכוחו להשתכנע כי לפחות אחד הנימוקים עומד בסטנדרט זה.

במקרה הספציפי של קאדי, בית הדין קבע כי חלק מהנימוקים שהובאו בסיכום הנרטיבי היו כלליים ועמומים מדי. כך למשל, הוא קבע כי לא ניתן לבסס את ההכרזה של קאדי על הטענה הכללית שהחזיק באלבניה כמה חברות שהעבירו לפעילים קיצוניים מימון מבן לאדן, בהיעדר פירוט ספציפי יותר של זהות החברות הרלוונטיות, התקופה שבה התקיימה ההתנהלות הנטענת, וזהות הפעילים הקיצוניים אשר כביכול נהנו ממנה. לגבי נימוקים אחרים בסיכום אישר בית דין כי היו מפורטים דיים. עם זאת, בסופו של דבר הוא דחה את הערעורים במלואם לאחר שמצא כי גם לנימוקים אלה לא הונחה תשתית ראייתית מספקת. כך למשל, על אף הכחותיו של קאדי לא הובא חומר כלשהו לביסוס הטענה לקיומו של קשר בין הקרן שקאדי היה מעורב בה ובין אל'קאעידה.

פרשת קאדי תוארה כאן באריכות משום שהיא מבטאת את הגישה העדכנית של בית הדין האירופי לצדק להתמודדות עם הדילמה הכרוכה בהסתמכות על חומר חסוי בהקשר של הכרזות. מפסק הדין ניתן לדלות כמה עקרונות חשובים לענייננו:

- קיומה של חובה למסור לבעל הדין בכל מקרה סיכום נרטיבי מפורט וספציפי, המבהיר את הנימוקים העומדים ביסוד ההחלטה והמאפשר לו להתייחס בצורה אפקטיבית לטענות נגדו. הסיכום אינו יכול להיות עמום או כללי, והוא חייב לכלול פרטים קונקרטיים.

- חובה לשמור בכל מקרה על הזכות לסעד שיפוטי אפקטיבי. הצורך בחיסיון עשוי להצדיק את הגבלת היקף המידע המועבר לאדם או לארגון המוכרז, אולם אינו יכול לפטור את בית המשפט מהחובה לקיים בירור עובדתי הוגן. גם כאשר ישנה הצדקה להסתיר מידע כלשהו מהעותר, בית המשפט צריך להשתכנע כי הונחה תשתית ראייתית מספקת לביסוס לפחות אחד הנימוקים המצדיקים את ההכרזה. בית המשפט רשאי להתמודד עם הקושי הטמון בחיסיון על ידי העברת סיכום המידע או הראיות החסויים, אולם אין בכך כדי לפטור אותו

מהצורך להתמודד עם הערך הראייתי הפחות של חומר, שלא הועמד לעיון הצד שכנגד.

יש לשים לב שבעוד בהיבטים הנוגעים להגינות הליכי ההכרזה גילה בית הדין האירופי לצדק במרוצת השנים נכונות משמעותית להתערב, במישור המהותי הוא נקט גישה מרוסנת הרבה יותר, ונמנע ככלל מהתערבות בשאלות של מדיניות.¹⁶⁴

3.2.3.3 תיקון לכללי הפרוצדורה של בית המשפט של האיחוד האירופי בשנת 2015

בעקבות פרשת קאדי, ומקרים נוספים שבהם נדרשו ערכאות האיחוד להתמודד עם חומר חסוי, עודכנו בשנת 2015 כללי הפרוצדורה של בית המשפט הכללי של האיחוד כדי לקבוע הסדר מפורש להתמודדות עם סוגיה זו. על פי ההסדר, המבטא את רוח פסק הדין בעניין קאדי, מתדיין המבקש לבסס את טענותיו על חומר חסוי נדרש להגיש בקשה מיוחדת המפרטת את הטעמים כבדי המשקל ("overriding") המחייבים שמירה על חיסיון – במידה אשר אינה עולה על הנדרש באופן הכרחי. אם בית המשפט מוצא כי אין הצדקה לחיסיון, על הצד שהגיש את החומר להסכים למסירתו לצד השני או למשוך אותו חזרה כך שבית המשפט לא יתחשב בו בהכרעתו.

אם, לעומת זאת, בית המשפט מוצא שיש הצדקה לחיסיון, עליו לערוך איזון ברוח פסיקת בית הדין בעניין קאדי בין הצורך להבטיח הגנה שיפוטית אפקטיבית ושמירה על עקרונות ההליך האדוורסרי ובין הצורך לשמור על החיסיון. בהמשך

164 מחקר שבדק 204 פסקי דין של בית הדין מהשנים 2009-2017 – בהקשר השונה אך המקביל של סנקציות המוטלות על גורמים בעלי קשרים מסוגים שונים עם המשטרים באיראן ובסוריה – מצא כי בית הדין פסל לא פחות מ-73% מההכרזות שאותגרן, בשל ליקויים פרוצדורליים או היעדר ביטוס מספק של התשתית העובדתית להכרזה. ואולם ב-62% ממקרים אלה הגורמים נותרו מוכרזים בעקבות החלטה מחודשת של המועצה. ראו Elena Chachko, *Foreign Affairs in Court: Lessons from CJEU Targeted Sanctions Jurisprudence*, 44 *YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 1, 32-33 (2019). ככלל, בית הדין נמנע מהתערבות באמות המידה המהותיות להכרזה ובשאלת מידתיות השימוש בכלי זה (שם, בעמ' 14). כמו כן המועצה התמודדה לעיתים עם קשיי ההוכחה על ידי הרחבת העילות המהותיות להכרזה (שם, בעמ' 29-32).

לכך, עליו לתת הנחיות מנומקות באשר לצעדים שיינקטו להתחשבות בצרכים מתנגשים אלה – כגון מסירת גרסה בלתי מסווגת או סיכום גלוי של החומר, הכולל את עיקרי הדברים והמאפשר לצד השני להתייחס אליו ככל האפשר. עם זאת, בית המשפט רשאי גם להסתמך על מידע שלא נמסר לצד השני, אם מצא כי הדבר חיוני להכרעתו. במקרה כזה, בבואו להעריך את החומר החסוי על בית המשפט להביא בחשבון שלא ניתנה לצד השני הזדמנות להשמיע את טענותיו לגביו.

הסדר זה זכה לביקורת בספרות, שכן נטען כי הוא משאיר פתח גדול מדי לפגיעה בזכות להליך שיפוטי הוגן. הוא אינו קובע כי יש למנות לגורם המוכרז עורך דין מיוחד, המוסמך לעיין בכל החומר החסוי ולהעלות טענות לגביו. חשוב מכך, הוא אף אינו מאמץ מפורשות את הכלל הבסיסי שלפיו יש להעביר לגורם המוכרז סיכום מינימלי של הראיות החסויות בכל מקרה ומקרה.¹⁶⁵ דרישה זו לא נכללה בהסדר, אף שהוא אומץ בין היתר בעקבות חוות דעת של אחת היועצות הכלליות של בית הדין, אשר המליצה באחת הפרשות להסמיך את בית המשפט לעיין במידע סודי במעמד צד אחד, אך זאת מתוך הכרה בכלל הגילוי המינימלי (שעליו אעמוד בהמשך), המחייב העברת מספיק מידע לעיון הגורם המוכרז כדי לאפשר לו לתת הנחיות אפקטיביות למי שמייצג אותו.¹⁶⁶

ואולם אם גישת בית הדין בעניין קאדי היא אינדיקציה, יש מקום לסברה שלא יהיה בהסדר כדי להכשיר התבססות גורפת על חומר חסוי באופן המונע התגוננות מינימלית. אומנם בעניין קאדי בית המשפט לא נדרש להתמודד בפועל עם מצב שבו הונח לפניו חומר שהוסתר מהצד שכנגד; באותו מקרה המידע והראיות שהיו בסיס לסיכום הנרטיבי לא הוגשו כלל לבית המשפט. אולם מהגישה העקרונית המקבלת ביטוי בעניין קאדי עולה כי על בית המשפט להתאמץ בכל מקרה

165 ראו לחשל Vigjilenca Abazi & Christina Eckes, *Closed Evidence in EU Courts: Security, Secrets and Access to Justice*, 55 COMMON MARKET LAW REVIEW 753 (2018); Alice Riccardi, *Revisiting the Role of the EU Judiciary as the Stronghold for the Protection of Human Rights while Countering Terrorism*, 18 (2) GLOBAL JURIST 1 (2018)

166 ראו חוות דעתה של היועצת הכללית שרפטון מיום 14.7.2011 בעניין Case C-27/09 P, *French Republic v. People's Mojahedin Organization of Iran*, ECLI:EU:C:2011:482, פס' 244-242.

ומקרה למצוא מתווה מעשי המאפשר התחשבות באינטרסים הביטחוניים, ללא איון הזכות להליך הוגן. אם בית המשפט מקבל לידי חומר המוסתר מהצד שכנגד, עליו להביא עובדה זו בחשבון בהערכת משקלו הראייתי, ואם בסופו של דבר הוא אינו משתכנע כי הונח בסיס ראייתי מספק להכרזה, אין בידו לאשרה. המבחן כמובן יהיה ביישום – וככל הידוע לי, נכון למועד כתיבת שורות אלה, טרם הזדמן לבית המשפט להפעיל פרוצדורה זו.

3.3

ארצות הברית

בארצות הברית ישנם שני מנגנונים עיקריים להכרזה על ארגונים כארגוני טרור. המנגנון הראשון, המאפשר הכרזה על ארגוני טרור זרים בלבד, הוא עבה יותר ממשטרי ההכרזה של מועצת הביטחון והאיחוד האירופי. אומנם הוא אינו גורר איסורים פליליים גורפים על חברות סבילה בארגון או על הבעת הזדהות עימו. עם זאת, ישנו איסור על "מתן סיוע ממשי" (material support) לארגון טרור, אשר פורש בהרחבה על ידי בית המשפט העליון האמריקאי כמשתרע גם על פעילות פוליטית לגיטימית כשלעצמה, המבוצעת בתיאום עם הארגון או על פי הנחיותיו. המנגנון השני, המנוהל על ידי משרד האוצר האמריקאי, הוא מנגנון סנקציות רזה יותר. מנגנון זה עשוי לחול גם על ארגונים אמריקאיים העלולים להיות מוכרזים בשל זיקתם לארגוני טרור זרים.

מנגנוני ההכרזה האמריקאיים זכו לביקורת בשל הפוטנציאל הטמון בהם להטלת סנקציות כלכליות נרחבות על ארגונים (ובמקרה של המנגנון השני – גם על אנשים) ללא הליך הוגן, ובשל הפרשנות המרחיבה שניתנה לעבירת הסיוע הממשי. ככלל, בתי המשפט אינם נוטים להתערב בשיקול דעת הממשל בנושא זה, הנתפס כחלק מניהול יחסי החוץ של ארצות הברית. עם זאת, כפי שנראה, בתי המשפט קבעו כי ארגונים בעלי זיקה לארצות הברית זכאים להגנה על זכותם החוקתית להליך הוגן, ולקבלת הזדמנות ממשית להתמודד עם הטענות נגדם. כמו כן הם הביעו את העמדה שלפיה התיקון הראשון לחוקה האמריקאית מונע החלת איסור פלילי רחב על פעילויות פוליטיות, המבוצעות בתיאום עם ארגון מקומי, גם אם הוא מוכרז על ידי האוצר. התחולה המוגבלת של הסדר

ההכרזות האמריקאיות על ארגונים מקומיים פועלת כדי להגביל את פוטנציאל פגיעתם בזכויות הפוליטיות של אזרחי ארצות הברית.

3.3.1 מנגנון ההכרזה על ארגוני טרור זרים (FTOs)

המנגנון האמריקאי הראשון להכרזה על ארגוני טרור הוא מנגנון ההכרזה על ארגוני טרור זרים (Foreign Terrorist Organizations, או FTOs). הוא אומץ בשנת 1996, במסגרת החוק למאבק בטרור ולעונש מוות אפקטיבי (Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act). ההכרזה מבוצעת בידי מזכיר המדינה, בהיוועצות עם מזכיר האוצר והיועץ המשפטי לממשלה.¹⁶⁷

הליך ההכרזה הסטטוטורי על FTO מספק ערובות פרוצדורליות חלשות בלבד. החוק אינו מעניק לארגון זכות לשימוע, ואף אינו נותן לו זכות לקבל הודעה על דבר ההכרזה לפני פרסומה. עם זאת, ארגון מוכרז רשאי לפנות לבית משפט פדרלי (בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה) לקיום ביקורת שיפוטית על ההכרזה.¹⁶⁸ לפי החוק, בית המשפט מוגבל בביקורת השיפוטית למסד העובדתי העולה מהתיק המינהלי שגובש בידי מזכיר המדינה, שיכול לכלול מידע מסווג המובא לעיון בית המשפט בלבד.¹⁶⁹ עילות הביקורת הן עילות מינהליות, ובית המשפט מוסמך לבטל הכרזה, בין היתר, אם היא שרירותית או אם היא אינה נתמכת ("lacking substantial support") בחומר המצוי בתיק המינהלי.¹⁷⁰ נוסף

167 8 U.S.C. § 1189

168 8 U.S.C. § 1189 (c)(2). להיאור ההליך הסטטוטורי להכרזה על ארגון טרור זר ולביקורת שיפוטית עליו ראו גם Justin S. Daniel, *Blacklisting Foreign Terrorist Organizations: Classified Information, National Security and Due Process*, 166 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 213, 216-221 (2017). עם זאת, על פי פסיקה בחי המשפט הם בוחנים רק אם מתקיימים שני התנאים הראשוניים להכרזה אל ארגון טרור זר (ראו להלן): אם מדובר בארגון זר ואם הארגון עוסק בטרור או בפעילות טרוריסטית. השאלה אם פעילות הארגון מאיימת על ביטחונם של אזרחים אמריקאים או על הביטחון הלאומי של ארצות הברית נחשבת שאלה פוליטית שאינה כפופה לביקורת שיפוטית.

169 8 U.S.C. § 1189 (c)(2)

170 8 U.S.C. § 1189 (c)(3)

על כך ארגון רשאי להגיש בקשה לביטול הכרזה שנתיים לאחר כניסתה לתוקף, ובקשה לעיון חוזר מדי שנתיים לאחר מכן. גם בהיעדר בקשה לעיון חוזר, מזכיר המדינה מחויב לקיים ביקורת תקופתית על כלל ההכרזות לפחות אחת לחמש שנים.¹⁷¹

נוסף על האפשרות לביקורת שיפוטית החוק קובע מנגנון פיקוח פרלמנטרי: על מזכיר המדינה למסור הודעה חשאית למנהיגות הפוליטית של מפלגות הרוב והמיעוט בבית הנבחרים ובסנאט ולוועדות הפרלמנטריות הרלוונטיות, שבעה ימים לפני ביצוע הכרזה, והקונגרס מוסמך לחסום אותה מראש או לבטלה בכל עת.¹⁷²

3.3.1.1 עילות ההכרזה

על מנת שארגון יוכרז כ־FTO, צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים: (1) מדובר בארגון זר; (2) הארגון עוסק בטרור או בפעילות טרוריסטית או שומר על היכולת והכוונה לעשות כן; (3) הפעילות הטרוריסטית של הארגון מאיימת על ביטחונם של אזרחים אמריקאים או על הביטחון הלאומי של ארצות הברית.¹⁷³ נכון לספטמבר 2020 הוכרזו 69 ארגונים זרים כ־FTOs.¹⁷⁴

171 8 U.S.C. § 1189 (a)(4)

172 8 U.S.C. § 1189 (a)(2)(A)(i) ו-8 U.S.C. § 1189 (a)(5)

173 המונח "טרור" מוגדר בחוק כ"אלימות פוליטית המבוצעת בכוונה תחילה, נגד מטרות שאינן משתתפות בלחימה, על ידי קבוצות תת־לאומיות או סוכנים חשאיים" ("premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents") (22 U.S.C. § 2565f(d)(2)). "פעילות טרוריסטית" כוללת מעשים כגון חטיפה או חבלה בכלי חתברה; חטיפה, פגיעה או הריגה של בני אדם על מנת להכריח גורם שלישי לעשות או להימנע מלעשות מעשה; מתקפה אלימה על נציג רשמי של ממשלה או ארגון בינלאומי הזכאי להגנה מיוחדת; חיסול פוליטי; שימוש בנשק כימי, ביולוגי או גרעיני, או בנשק אחר שלא לצורך רווח אישי, במטרה לסכן ביטחונם של בני אדם; או איום לבצע מעשים כגון אלה ((8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)). תכנון מעשי טרור, מחן תמיכה ממשית לארגונים מוכרזים וגיוס כספים ופעילים לטרור עשויים להיחשב אף הם כפעילות טרוריסטית. ראו גם Daniel, לעיל ה"ש 168, בעמ' 216.

174 ניתן לעיין ברשימה העדכנית באתר משרד החוץ האמריקאי.

3.3.1.2 השלכות ההכרזה

הכרזה על ארגון כ-FTO גוררת שלוש השלכות עיקריות: ראשית, חברי הארגון, נציגיו ואנשים הפועלים לגיוס פעילים או משאבים עבור הארגון מנועים ככלל מלהיכנס לארצות הברית (אם הם אינם אזרחים) ועלולים להיות מורחקים ממנה.¹⁷⁵ שנית, הכרזה גוררת הקפאה מיידית של נכסי הארגון.¹⁷⁶ מוסדות פיננסיים המחזיקים בנכסי הארגון מחויבים לשמר את השליטה בהם ולדווח על כך למשרד האוצר האמריקאי.¹⁷⁷ הפרת החובה עלולה לגרום קנס אזרחי חמור. שלישית, חל איסור פלילי על מתן "סיוע ממשי" לארגון ("material support or resources").¹⁷⁸ על מהות איסור זה והשלכותיו על חופש הביטוי הפוליטי אעמוד בהמשך. כמו כן, בפועל, ארגונים המוכרזים כ-FTOs מוכרזים גם כ-Specially Designated Global Terrorists על פי המנגנון הנוסף שיתואר מייד.¹⁷⁹ לא ניתן לאתגר הכרזה באופן עקיף בהליך פלילי על הפרת האיסורים הנובעים מהכרזה, או בהליך הרחקה מארצות הברית.¹⁸⁰

3.3.2 מנגנון ההכרזה על טרוריסטים גלובליים מיוחדים Specially Designated Global Terrorists (SDGTs)

מנגנון נוסף להכרזה על ארגוני טרור מעוגן בצו נשיאותי מיוחד (מס' 13224) שהוצא בידי הנשיא ג'ורג' וו' בוש מייד לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001, מכוח חוק סמכויות כלכליות בינלאומיות למצבי חירום (International Emergency Economic Powers Act, או IEPPA). מדובר בחוק המסמיך את הנשיא לנקוט צעדים כלכליים שונים לאחר הכרזה על מצב חירום לאומי, בתגובה לאיום יוצא

175 ש.ס.

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, COMBATING TERRORISM: 176 FOREIGN TERRORIST ORGANIZATION DESIGNATION PROCESS AND U.S. AGENCY ENFORCEMENT ACTIONS (June 2015), בעמ' 11-17.

177 ש.ס.

178 ש.ס, בעמ' 13-14.

179 ש.ס, בעמ' 4-5.

180 Daniel, לעיל ה"ש 168, בעמ' 220.

דופן על ארצות הברית, הנובע בעיקרו ממקור זר.¹⁸¹ בהתאם למסגרת זו, גם צו 13224 מופנה בעיקרו נגד גורמים זרים העוסקים בטרור.¹⁸² הצו מפרט שורה של ארגונים ואנשים זרים שרכושם מוקפא באופן מיידי, ויוצר מנגנון להכרזה מינהלית על גורמים נוספים בעתיד.

3.3.2.1 עילות ההכרזה

הצו מסמיך את מזכיר המדינה להכריז על ארגונים ואנשים זרים שביצעו או שעלולים לבצע מעשי טרור המאיימים על ארצות הברית. כמו כן, לפי תיקון לצו מספטמבר 2019, המזכיר רשאי להכריז באופן פרטני גם על אנשים המשמשים מנהיגים של ארגונים זרים מוכרזים.¹⁸³

במקביל הצו מעניק למזכיר האוצר את הסמכות הנגזרת להכריז על גורמים נוספים – **לרבות מקומיים** – אשר מעניקים סיוע ממשי (כולל מתן שירותים או תמיכה פיננסית או טכנולוגית) לגורם מוכרז או לביצוע מעשה טרור;¹⁸⁴ השולטים בגורם מוכרז, נשלטים על ידו או פועלים למענו; המשתתפים באימונים שמקיים גורם מוכרז; או המשמשים מנהיגים או נושאי משרה בגוף מוכרז.¹⁸⁵ בפועל,

181 Exec. Order No. 13,224 66 Fed. Reg. 49,079 (September 27, 2001) (ראו IEEPA או 50 U.S.C. § 1701. החוק מבהיר כי הסמכויות המועגנות בו נועדו רק כדי להתמודד עם מצב חירום שהכריז הנשיא בעקבות: "any unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United States, to the national security, foreign policy or economy of the United States")

182 ראו במבוא לצו: "I [...] find that grave acts of terrorism and threats of terrorism committed by foreign terrorists [...] constitute an unusual and extraordinary threat to the national security, foreign policy, and economy of the United States"

183 על מזכיר המדינה להיוועץ עם מזכיר האוצר, היועץ המשפטי לממשלה והמזכיר לביטחון לאומי (Homeland Security).

184 אף על פי שהצו אינו נוקט לשון ברורה בנקודה זו, לנוכח מגבלות החוק המסמיך הכוונה כנראה למעשי טרור הנובעים ממקור זר. ואכן, הפרשנות המקובלת של הצו היא שלא ניתן להפעיל אותו כלפי איומי טרור מקומיים.

185 על מזכיר האוצר להיוועץ עם מזכיר המדינה, היועץ המשפטי לממשלה, והמזכיר לביטחון לאומי. "טרור" מוגדר בסעיף 3 לצו כמעשה אלים או מסוכן לחיי אדם, לרכוש

הטיפול בהכרזות משרד האוצר מרוכז במשרד השליטה בנכסים זרים (Office of Foreign Assets Control, או OFAC), המנהל גם את משטרי הסנקציות הנוספים שמפעילה היום ארצות הברית.¹⁸⁶ נכון לסוף שנת 2020, לא פחות מ-1,793 אנשים וארגונים הוכרזו כ־SDGTs בהתאם למנגנון זה.¹⁸⁷

3.3.2.2 ה ל י ך ה ה כ ר ז ה

ההליך הסטטוטורי להכרזה לפי צו 13224 נעדר אף הוא ערובות בסיסיות למניעת הכרזות שווא. ארגון שנפגע רשאי להגיש עתירה לבית משפט פדרלי בהתאם לסמכות המקומית הרלוונטית, אולם החוק IEEPA, שמכוחו הוצא צו 13224, קובע מפורשות כי ניתן להסתמך על חומר חסוי הן בהליך ההכרזה עצמו והן בכל הליך של ביקורת שיפוטית עליו.¹⁸⁸ עילות הביקורת השיפוטית הן עילות מינהליות בלבד, ובמסגרתן בית המשפט בודק בין היתר אם הקביעות העובדתיות של המדינה נסמכות על "ראיות ממשיות" ("substantial evidence").¹⁸⁹

3.3.2.3 ה ש ל כ ו ת ה ה כ ר ז ה

ההשלכה העיקרית של הכרזה לפי מנגנון זה היא הקפאת נכסי הארגון והטלת איסורים על ביצוע פעולות ברכושו ועל העמדת כספים, מוצרים או שירותים

או לתשתיות, שלגביו נראה כי מתקיים אחד התנאים האלה: הוא נועד להפחיד אוכלוסייה אזרחית או להפעיל עליה אילוף (to coerce); הוא נועד להשפיע על מדיניות ממשלה בדרכי הפחדה או כפייה; או שהוא נועד להשפיע על התנהלותה של ממשלה באמצעות הרס המוני, הוצאה להורג, חטיפה או לקיחת בני ערובה.

186 לרשימת חוכניות הסנקציות השונות ראו באתר משרד האוצר האמריקאי. רוב משטרי הסנקציות מכוונים נגד מדינות כגון איראן, קובה, ועוד. לצד זאת יש גם חוכניות המכוונות נגד גורמים כגון סוחרי סמים בינלאומיים וגורמי חוץ המתערבים בבחירות האמריקאיות.

187 ראו OFFICE OF FOREIGN ASSETS CONTROL, U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, TERRORIST ASSETS REPORT (CALENDAR YEAR 2020) 6 (2021)

188 50 U.S.C. § 1702 (c)

189 Elena Chachko, *Due Process is in the Details: U.S. Targeted Economic Sanctions and International Human Rights Law*, 113 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW UNBOUND 157, 160 (2019)

לרשותו ללא רישיון מיוחד.¹⁹⁰ לפי החוק הפרה מכוונת של איסורים אלה עלולה לגרור אחריות פלילית חמורה,¹⁹¹ אולם OFAC, המופקד על מרבית האכיפה של ההסדר, מוסמך להטיל סנקציות אזרחיות (קנסות) בלבד. מקרים המצדיקים צעדים פליליים – כגון הפרות חמורות במיוחד של משטר הסנקציות על ידי חברות ענק – מופנים לטיפול משרד המשפטים האמריקאי.¹⁹² בניגוד לאיסור הפלילי על מתן שירות ל-FTO – הנאכף על ידי FBI והמשמש בסיס מרכזי לניהול חקירות טרור פליליות נגד פרטים (על כך בהמשך) – עיקר האכיפה של משטר הסנקציות מופנה כלפי המגזר העסקי.¹⁹³ הצו גם מסמיך את מזכיר האוצר למנוע ממוסדות פיננסיים זרים שאינם מכבדים את משטר הסנקציות לפעול בארצות הברית.¹⁹⁴ נוסף על כך יש לשים לב שהענקת סיוע לארגון מוכרז עלולה להוביל להוספת שמו של אדם לרשימת הגורמים המוכרזים. עם זאת, מעיון ברשימת הגורמים המוכרזים המופיעה באתר משרד האוצר עולה כי סמכות זו כמעט שאינה מופעלת כלפי אזרחים או תושבים אמריקאים.¹⁹⁵

3.3.2.4 החלת המנגנון על ארגונים אמריקאיים

כאמור, אף שמדובר בצו המופנה בעיקרו נגד איומי טרור זרים, משרד האוצר רשאי להכריז על ארגון מקומי אם הוא מקיים קשרים מסוגים שונים עם ארגון

190 ראו צו נשיאותי 13224, לעיל ה"ש 181, בסעיף 2.

191 ראו 50 U.S.C. § 1705

192 ראו Jon Lewis & Mary B. McCord, *The State Department Should Designate the Russian Imperial Movement as a Foreign Terrorist Organization*, LAWFARE (April 14, 2020)

193 שם. זאת, למרות הדמיון העקרוני בין האיסור הפלילי על מתן שירות ל-FTO ובין האיסור על מתן שירותים ל-SDGT. לעניין זה ראו David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 HARVARD LAW AND POLICY REVIEW 147, 174-175 (2012)

194 סעיף 1(b) לצו.

195 נכון למועד כתיבת שורות אלו מופיע ברשימה אמריקאית אחד. לאדם זה גם אזרחות איראנית והוא מרצה עונש מאסר ממושך בשל מעורבות ישירה בניסיון להתנקש בשגריר הסעודי בושינגטון בשנת 2011.

טרור זר. עם זאת, מאז התקנת הצו הוכרזו רק תשעה ארגוני צדקה אמריקאיים בהתאם לסמכות זו, כולם בשנים 2001-2009; כמו כן הוכרזו שני מוסדות פיננסיים, אחד בשנת 2001 ורק אחד – בנק איראני שהוכרז גם במסגרת משטר הסנקציות המופנה כלפי איראן – בשנים האחרונות.¹⁹⁶ למעשה, מאז החלו בתי המשפט להתערב בהכרזות על ארגוני צדקה אמריקאיים ולדרוש שמירה על זכויות דיוניות – בין היתר בעניין *KindHearts*, שעליו אעמוד בהמשך – משרד האוצר נרתע מפעילות נגד ארגוני חברה אזרחית הפועלים בזירה המקומית.¹⁹⁷

3.3.3 היעדר איסור על חברות בארגון טרור ומגבלות עבירת ה"סיוע הממשי"

בארצות הברית, המעלה על נס את חשיבות חופש הביטוי וההתאגדות, ישנה רתיעה עמוקה מפני הפללת חברות בארגון, אף כאשר הוא מקדם מטרות בלתי חוקיות. עוד בשנות השישים, בתגובה לפגיעות המפליגות בחירויות פוליטיות שאפיינו את תקופת המקרתזים, הטיל בית המשפט העליון האמריקאי מגבלות מחמירות על סמכות הרשויות להפליל חברות בארגון פוליטי – אף אם מדובר בארגון הפועל להפלת המשטר האמריקאי בדרכי אלימות. בפרשת *Scales v. United States* נקבע כי ניתן להעמיד אדם לדין בשל חברותו בארגון כזה רק אם הוא מודע באופן אישי למטרות האלימות ובלתי חוקיות של הארגון, ורק אם הוא פועל מתוך כוונה לקדם מטרות פסולות אלה.¹⁹⁸ כמו כן נקבע כי ניתן להפליל חברות אקטיבית בלבד, ולא חברות פסיבית או נומינלית.¹⁹⁹ בית המשפט הדגיש באותו עניין שאיסור גורף על חברות בארגון המקדם מטרות חוקיות ובלתי

196 ראו WEBINAR: DUE PROCESS? THE STATE OF U.S. TREASURY TERRORIST LISTING PROCEDURES (July 29, 2019) באתר *Charity and Security Network*. כמו כן ראו את רשימת הארגונים שמשרד האוצר הכריז עליהם המופיעה באתר משרד האוצר.

197 Webinar, ש.ס.

198 *Scales v. United States* 367 U.S. 203 (1961) (להלן: עניין *Scales*).

199 ש.ס.

חוקיות כאחד עלול לסכן את חופש הביטוי וההתאגדות ולהביא להטלת אחריות פלילית ללא אשם אינדיווידואלי.²⁰⁰

בהמשך לגישה זו, המושרשת היטב במסורת הפוליטית האמריקאית, לא נקבעה עבירה פלילית האוסרת על חברות גרידא בארגון טרור, ולא נאסרה הבעת הזדהות או תמיכה בארגון טרור. תחת זאת הסתפק המחוקק האמריקאי

200 שם, בעמ' 224-230. כפי שקבעו שופטי הרוב, "If there were a similar blanket prohibition of association with a group having both legal and illegal aims, there would indeed be a real danger that legitimate political expression or association would be impaired, but the membership clause, as here construed, does not cut deeper into the freedom of association than is necessary to deal with 'the substantive evils that Congress has a right to prevent'. [...] The clause does not make criminal all association with an organization which has been shown to engage in illegal advocacy. There must be clear proof that a defendant 'specifically intend[s] to accomplish [the aims of the organization] by resort to violence' [...] Thus, the member for whom the organization is a vehicle for the advancement of legitimate aims and policies does not fall within the ban of the statute: he lacks the requisite specific intent to 'bring about the overthrow of the government as speedily as circumstances would permit'. Such a person may be foolish, deluded, or perhaps merely optimistic, but he is not criminal" (שם, בעמ' 229-230). על אף פרשנות מצמצמת זו, שופטי המיעוט ביקרו את פסק הדין בחריפות והתריעו כי הסעיף עדיין מאפשר הפללה בלתי חוקתית של ביטוי והתאגדות, שכן הוא אינו דורש ביצוע עבירות קונקרטיות על ידי הנאשם; די בכך שיפעל מתוך מטרה לקדם את סדר היום האלים של הארגון. פסק הדין גם חזר ואישר קביעה קודמת של בית המשפט שלפיה קידום הרעיון המופשט שיש להפיל את המשטר האמריקאי באלימות (להבדיל מקידום תוכנית פעולה קונקרטי להפיכה אלימה) איננו אסור כשלעצמו (שם, בעמ' 232). כמו כן ראו *Yates v. United States* 354 US 298 (1957). פסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון האמריקאי פסלה כבלתי חוקתית הוראת חוק אשר אסרה על העסקת חברי המפלגה הקומוניסטית במתקנים ביטחוניים רגישים בארצות הברית. הפסיקה ניתנה לאחר שבית המשפט מצא כי ההוראה חלה גם על חברות פסיביות, וכי לא ניתן לפרש אותה בצמצום כחלה רק במקרים של חברות אקטיביות המכוונות לקידום המטרות הבלתי חוקיות של הארגון (*United States v. Eugene Frank Robel* 389 U.S. 258 (1967)). וראו גם העיקרון הכללי שנקבע בעניין *Brandenburg v. Ohio*, שלפיו אין המדינה רשאית לאסור על קריאה לשימוש בכוח או הפרה של החוק, אלא אם מדובר בהסתה ישירה העלולה להוביל ברמת הסתברות גבוהה לפעולה מיידית בלתי חוקית (*Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444, 447) (1968)).

בקביעת איסור על מתן "סיוע ממשי" ל-FTO מוכרז. אולם בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001 הורחבה הגדרת המונח "סיוע ממשי" בחוק הפטריוט (Patriot Act), וכיום היא משתרעת על הספקה של רכוש, שירות, הכשרה, ייעוץ, כוח אדם ועוד (למעט תרופות וחומרי דת).²⁰¹ איסור זה – הנושא עונש חמור של עד 20 שנות מאסר – מתבסס כאמור על עצם ההכרזה, והתביעה אינה נדרשת להוכיח את האופי הטרוריסטי של הארגון המוכרז; די בכך שתוכיח כי הנאשם היה מודע לעצם ההכרזה – ואין הוא יכול להתגונן בטענה שמדובר בהכרזה שגויה.²⁰²

איסור רחב זה זכה לביקורת קשה. נטען כי גם אם הוא אינו מפליל חברות בארגון, הוא אוסר באופן גורף על כל הפעילויות המאפיינות חברות בדרך כלל, כגון תשלום דמי חבר, מתן תרומות לארגון, התנדבות במסגרת הארגון ועוד – גם בהיעדר כל כוונה מצידו של אדם לקדם את הפעילויות האלימות או הבלתי חוקיות של הארגון.²⁰³ ביקורת זו החריפה בעקבות פסק הדין התקדימי של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Holder v. Humanitarian Law Project*.²⁰⁴

201 ראו 18 U.S.C. 2339A ו-18 U.S.C. 2339B: "The term 'material support or resources' means any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials" (18 U.S.C. 2339B). הסעיף מבהיר כי לא ניתן להאשים אדם בגין הספקת כוח אדם לארגון טרור מוכרז, אלא אם הוא מעמיד לרשות הארגון אדם שיעבוד לפי הנחיות הארגון או שינהל את פעילותו; וכי אנשים הפועלים בצורה עצמאית לקידום מטרתו או יעדיו של ארגון מוכרז לא ייחשבו כעובדים בהנחייתו.

202 Micah Wyatt, *Designating Terrorist Organizations: Due Process Overdue*, 39 (2) GOLDEN GATE UNIVERSITY LAW REVIEW 221, 223 (2009)

203 ראו David Cole, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, 38 HARVARD CIVIL RIGHTS-CIVIL LIBERTIES LAW REVIEW 1, 11 (2003)

204 *Holder v. Humanitarian Law Project* 130 S.Ct. 2705 (2010) (להלן: עניין *Holder*). על האופן שבו איסור זה מגביל בפועל את חופש הביטוי בארצות הברית, ראו גם ברק-ארז וזכריה, *לעיל* ה"ש 6, בעמ' 574-575.

פסק הדין, שהתקבל בשנת 2010 ברוב של שישה לעומת שלושה, אישר את חוקתיות הסעיף וקבע כי ניתן להפליל במסגרתו גם פעילויות פוליטיות תמימות המבוצעות מטעם הארגון או בתיאום עימו, הבאות לקדם את מטרותיו הלגיטימיות בלבד.

העותרים באותו עניין היו ארגונים ופעילים הומניטריים, אשר ביקשו לקדם פעילויות שונות בשיתוף שני ארגונים זרים שהוכרו כ-FTOs: מפלגת העובדים של כורדיסטן (Kurdistan Worker's Party, או PKK), הפועלת למען הקמת מדינה כורדית עצמאית בדרום טורקיה; והנמרים הטמילים (Liberation Tigers of Tamil Eelam, או LTTE), המקדמים הקמת מדינה טמילית עצמאית בסרי לנקה. הפעילויות היו פוליטיות במהותן, ולא רק שלא ביקשו לקדם את המטרות הצבאיות של הארגונים, אלא שהן אף נועדו לעודדן לאמץ דרכי פעולה בלתי אלימות. כך למשל, העותרים ביקשו לקיים הכשרות לארגונים המוכרזים בעניין השימוש במשפט הומניטרי בינלאומי ליישוב סכסוכים בדרכי שלום, ובעניין דרכי קבלת סיוע מארגונים בינלאומיים דוגמת האו"ם. בין היתר העותרים טענו כי החלת עבירת הסיוע הממשי על פעילויות מסוג זה, אשר אינן באות לקדם את מטרותיו האלימות של הארגון, פוגעת בחופש הביטוי וסותרת את עקרונות פסיקת בית המשפט בעניין *Scales*.

בית המשפט אישר את חוקתיות הסעיף, ובתוך כך קבע כי הוא נועד לשרת תכלית מניעתית. הוא קבע כי הסעיף מבוסס על הנחת היסוד העובדתית שארגוני הטרור המוכרזים מבצעים מעשי אלימות קיצוניים, ולכן כל סיוע להם – גם אם איננו כספי – תורם לקידום מטרותיהם הפסולות ועלול לפגוע ביחסי החוץ של ארצות הברית ובשיתוף הפעולה הבינלאומי למאבק בטרור. לכן לגיטימי לחסום סיוע מסוג זה, גם כאשר מדובר בסיוע המוענק באמצעות פעולות שניתן להגדירן כ"ביטוי". באופן ספציפי הוא קבע כי הפעילויות המוצעות בידי העותרים עלולות לתרום ליכולת המבצעית של הארגונים – למשל על ידי קבלת סיוע כלכלי מהאו"ם שישחרר כספים אחרים למטרות טרוריסטיות.

עם זאת, יש לשים לב כי בית המשפט הציב שני סייגים חשובים לפסק דינו. ראשית, הוא הדגיש כי אין בקביעתו כדי להכשיר הטלת איסורים דומים ביחס לארגונים אמריקאיים מקומיים (להבדיל מארגונים זרים); שנית, הוא שב והבהיר כי אין באיסור על סיוע ממשי כדי לאפשר הפללה של ביטוי עצמאי מכל סוג

שהוא; העותרים רשאים להביע הזדהות עם הארגונים באופן חופשי ולטעון כל אשר עולה על רוחם ביחס אליהם.²⁰⁵ בהקשר זה הדגיש בית המשפט כי גם אילו ניתן היה להצביע על חשש שביטוי עצמאי יתרום ליכולת הפעולה של ארגון הטרור, לא היה בכך כדי להכשיר את הפללתו של הביטוי.²⁰⁶

כמפורט לעיל, עבירת הסיוע הממשי, שנדונה בעניין *Holder*, אינה חלה על ארגונים שמוכרזים לפי צו נשיאותי 13224. בעניין *Al Haramain Islamic Foundation v. U.S. Dep't of Treasury* דן בית המשפט לערעורים של המחוז התשיעי בשאלה אם האיסור הנפרד על הספקת שירותים לארגון שהוכרז לפי צו 13224 יכול להכשיר הגבלה על פעילות פוליטית המבוצעת בתיאום עם ארגון מקומי.²⁰⁷ באותו מקרה היה מדובר בארגון ממדינת אורגון, אשר הוכרז כ־SDGT לאחר שנקבע שהוא משמש סניף של ארגון טרור זר. הארגון ערער, וקבוצה מקומית אחרת הצטרפה להליך בטענה שזכותה לחופש הביטוי נפגעה עקב ההכרזה, שכן היא ביקשה לקיים עם הארגון המקומי המוכרז אירועים פוליטיים מסוגים שונים – העלולים להיתפס כהעמדת "שירות" לטובת הארגון. בית המשפט שב והזכיר את הערת בית המשפט העליון בעניין *Holder* שלפיה אין בקביעתו כדי להכשיר איסור על קיום "פעילויות ביטוי" בתיאום עם ארגונים מקומיים. בהמשך לכך קבע בית המשפט שאף שבמקרה זה מדובר בארגון בעל אופי מעורב (סניף מקומי של ארגון זר), העובדה שמדובר בסניף מקומי מחלישה במידה ניכרת את הרציונלים שהובאו בעניין *Holder* להצדקת הפרשנות המרחיבה שניתנה לעבירת מתן השירות.²⁰⁸ כפי שכתב דייוויד קול (Cole), פסק

205 בפסק הדין מודגש כי "In particular, we in no way suggest that a regulation of independent speech would pass constitutional muster, even if the Government were to show that such speech benefits foreign terrorist organizations. We also do not suggest that Congress could extend the same prohibition on material support at issue here to domestic organizations" (שם, בעמ' 2730). כמו כן ראו עמ' 2722–2723 לפסק הדין.

206 שם, בעמ' 2730.

207 *Al Haramain Islamic Foundation v. U.S. Dep't of Treasury* 686 F.3d 1001–995 (9th Cir. 2012), בעמ' 965.

208 שם. כך לחשל, בעניין *Holder*, לעיל ה"ש 204, דובר בפעילות ספציפית שלגביה

הדין קבע למעשה שהתיקון הראשון לחוקה מונע הטלת איסור על פעילויות ביטוי המבוצעות בתיאום עם ארגון מקומי.²⁰⁹

3.3.4 הכרזה על ארגוני טרור בעלי זיקה לארצות הברית: ערובות מינימליות להבטחת הליך הוגן

הרוב המכריע של ההכרזות האמריקאיות עוסק בגורמים זרים, נטולי זיקה כלשהי לארצות הברית. על פי הדין האמריקאי גורמים אלה – בין שמדובר בבני אדם ובין שמדובר בארגונים – אינם נהנים מהזכות להליך הוגן המעוגנת בחוקה האמריקאית, ועל כן זכאים רק לערובות הדיוניות החלשות מאוד שנקבעו כאמור בחוקים המסדירים את מנגנוני ההכרזה. עם זאת, כאשר מדובר בארגון בעל זיקה לארצות הברית, בתי המשפט קבעו כי יש להבטיח הגנה מינימלית על זכותו החוקתית להליך הוגן.

ביחס למנגנון ההכרזה על FTOs, שכזכור חל אך ורק על ארגונים זרים (העשויים להיות זכאים להגנה חוקתית בהתקיים זיקה לארצות הברית, דוגמת חשבון בנק המצוי בשטחי המדינה או נוכחות ארגונית אחרת שעל פי הנטען היא "כינוי חלופי" (alias) של הארגון הזר), בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה קבע בכמה פסקי דין כי הזכות להליך הוגן במסגרת הליך הכרזה מחייבת מתן הודעה לארגון המוכרז והזדמנות אפקטיבית להישמע.²¹⁰ משמעות הדבר כי

נקבע עובדתית כי עלולה לחרום, ולו בעקיפין, ליכולת הארגונים המוכרזים לבצע מעשי טרור קטלניים. בין היתר הובאו הצהירים שלפיהם אותם ארגונים ניצלו תרומות הומניטריות בעבר למטרות אלימות. במקרה הנוכחי, לעומת זאת, לא היה בסיס מוצק לסברה ששיתוף פעולה פוליטי עם סניף מקומי של רשת בינלאומית עלול לשחרר משאבים קונקרטיים למטרות טרוריסטיות. נוסף על כך בית המשפט קבע כי השיקולים הנוגעים לניהול יחסי חוץ אינם בעלי משקל משמעותי בעת שמדובר בסניף מקומי של ארגון זר.

209 ראו לעניין זה Cole, "לעיל" ה"ש 193, בעמ' 150: *In Al Haramain Islamic Foundation Inc. v. U.S. Department of the Treasury*, the Ninth Circuit Court of Appeals recently held that the First Amendment bars the government from banning advocacy coordinated with a domestic organization that the government has labeled 'terrorist'".

210 ראו למשל *National Council of Resistance of Iran v. Department of the Treasury*, State 251 F.3d 192, 208 (D.C. Cir. 2001) (להלן: עניין NCRI). בית המשפט קבע

על המדינה לאפשר לארגון – כמינימום – גישה לכל החומרים הגלויים בתיק המינהלי (unclassified administrative record).²¹¹ בית המשפט קיבל לאורך השנים את טענת המדינה שגם כאשר מדובר בארגון הזכאי להגנה חוקתית, היא רשאית להסתמך על חומרים מסווגים בהליכי הכרזה, וכי במקרים המתאימים ניתן להציגם לבית המשפט במעמד צד אחד. עם זאת בפועל, במרבית המקרים שנדונו טרח בית המשפט להדגיש כי די היה בחומרים הגלויים כדי לבסס את ההכרזה;²¹² ובאחד המקרים האחרונים שנדון בשנת 2010 הוא ציין כי פסיקתו הכשירה את השימוש בחומר מסווג במקרים שבהם הוא לא היה בסיס חיוני להכרזה.²¹³ בשנת 2018, בפסק דין שעסק בתחום המקביל של הטלת סנקציות כלכליות על סוחרי סמים זרים – אשר התייחס גם לפסיקה הדנה בהכרזות על FTOs – חזר בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה על עמדתו שניתן

שם שככלל על ההודעה להינתן לפני ביצוע ההכרזה, אולם היא ניתנת לדחייה כאשר היא עלולה לפגוע בתכליות ההכרזה (שם); People's Mojahedin Organization of Iran v. U.S. Dept of State, 613 F. 3d 220 (D.C. Cir. 2010). לדיון בערובות הדינויות הניתנות לארגונים בעלי זיקה לארצות הברית ראו גם Chachko, לעיל ה"ש 189, בעמ' 160-161.

211 עניין NCRI, שם, בעמ' 208-209.

212 ראו למשל עניין People's Mojahedin Organization of Iran v. Department of State 327 F.3d 1238 (D.C. Cir 2003), פס' 23. כמו כן ראו את הסקירה המובאת אצל Daniel, לעיל ה"ש 168.

213 ראו עניין People's Mojahedin Organization of Iran v. US Department of State, 613 F.3d 220, 225 (D.C. Cir 2010), שבו קבע בית המשפט כי "Our cases under AEDPA have suggested that this procedure can satisfy due process requirements, at least where the Secretary has not relied critically on classified material and the unclassified material provided to the FTO is sufficient to justify the designation" ובהמשך: "We note, however, that none of the AEDPA cases decides whether an administrative decision relying critically on undisclosed classified material would comport with due process because in none was the classified record essential to uphold an FTO designation". יצוין כי באותו עניין כתבה אחת השופטות חוות דעה נפרדת, ובה הסכימה לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט (החזרת העניין לדיון מחדש אצל מזכירת המדינה), אך חלקה על הקביעה שלפיה פסיקה בית המשפט עד אותה עת הכשירה את השימוש בחומר חסוי רק כשלא היה "חיוני" להכרזה.

להסתמך על חומר חסוי בתיקים אלה. עם זאת הוא הדגיש כי יש לנקוט צעדים כדי להבטיח את הוגנות ההליך "בדרך חלופית" – כגון העברת סיכום מפורט לעותר (המבהיר, כדברי בית המשפט, את ה"מי", ה"מה" ה"מתי" וה"איפה" של הטענות), או מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין מטעמו במידע החסוי.²¹⁴

באופן כללי, ועל אף ההבדלים בין שני המנגנונים, הפסיקה העוסקת בהכרזות לפי צו 13224 אימצה קו דומה ביחס לארגונים בעלי זיקה לארצות הברית: ניתן להסתמך על חומר חסוי במקרים המתאימים ולהציגו במעמד צד אחד, אך יש לאמץ ככל הניתן שיטות – כגון גילוי סיכום של המידע או העברת החומר החסוי לעיון עורך דין בעל סיווג ביטחוני – שבכוון למזער את הפגיעה הכרוכה בכך.²¹⁵ הפסיקה העוסקת בהכרזות אלה מועטה, ובית המשפט העליון האמריקאי טרם נדרש לנושא; אולם בכמה מקרים קבעו בתי משפט כי אי-איוץ צעדים למזעור הפגיעה הכרוכה בשימוש בחומר חסוי פגע שלא כדין בזכותם של ארגונים להליך הוגן.

במקרה בולט אחד שעסק בארגון צדקה מקומי שהוחלט להכריז עליו כ־SDGT בשל קשריו עם חמאס, למשל, התערב בית משפט מחוזי פדרלי בצעדים שנקטו נגד הארגון לאחר שקבע כי לא נמטר לארגון מספיק מידע כדי לאפשר לו להתגונן בצורה אפקטיבית. בעניין *KindHearts v. Geithner*, ארגון צדקה ממדינת אוהיו עתר לבית המשפט באמצעות האגודה לזכויות האזרח האמריקאית (American Civil Liberties Union) לאחר ש־OFAC הקפיא את נכסיו במסגרת חקירה שניהל נגדו – בטענה שסיפק סיוע ממשי לחמאס – ובהמשך הודיע כי קיבל החלטה זמנית שהארגון הוא SDGT. בית המשפט קבע כי על מנת לאפשר לארגון הזדמנות הוגנת להתגונן, על OFAC לספק לו בהקדם – גם אם לאחר ההקפאה –

214 ראו *Fares v. Smith* 901 F.3d 315, 322–325 (D.C. Cir 2018). באותו מקרה נדחו טענות העותרים בין היתר לאחר שביח המשפט בערכאה הראשונה מצא כי הסיכומים שנמסרו להם הבהירו לעותרים את מהות הטענות הנגדם וסיפקו להם, הלכה למעשה, הזדמנות הוגנת לסתור אותן.

215 ראו לעניין זה עניין *Al Haramain*, לעיל ה"ש 207, בעמ' 982–984. כמו כן, בית המשפט קבע כי באותו מקרה היה על OFAC להשיג צו שיפוטי לפני הקפאת נכסי הארגון.

פירוט של הטעמים לצעדים שנוקטו נגדו.²¹⁶ המדינה, אשר כבר העמידה לרשות הארגון חומר רב, טענה כי אין כל חומר נוסף הניתן לגילוי. בית המשפט מצא כי על אף החומרים שהארגון קיבל, עדיין לא ניתן לו הסבר ברור מספיק ביחס לטעמים המדויקים העומדים ביסוד הצעדים שנוקטו. בהמשך לכך הציע בית המשפט מתווה מעשי להתמודדות עם המבוי הסתום שהצדדים נקלעו אליו: בשלב הראשון, בית המשפט יקיים דיון במעמד צד אחד עם נציגי המדינה, כדי לבדוק אם ישנו חומר מסווג נוסף שנדרש לארגון לקיום הליך הוגן, ואם ניתן לגלותו או לסכמו באופן שיבהיר לארגון את מהות הראיות נגדו. בשלב השני, אם נותר חומר רלוונטי שלא ניתן להעבירו או לסכמו כנדרש, הוא יובא לעיון עורך דין מטעם הארגון שיעבור סיווג ביטחוני ויעיין בחומרים בבית המשפט, מבלי לגלותם ללקוחו.²¹⁷ בהמשך להכרעה זו, אשר הבהירה למדינה כי לא תוכל להגן על עמדתה ללא צעדים נוספים להבטחת הליך הוגן, הגיעו הצדדים לפשרה שבמסגרתה המדינה שחררה את הכספים, הארגון התפרק, ונכסיו חולקו לארגוני צדקה שונים.²¹⁸

3.3.5 ארצות הברית: סיכום

לסיכום, מנגנוני ההכרזה בארצות הברית מעניקים סמכות רחבה לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור. מנגנונים אלה – שנועדו להתמודד עם האיום הנשקף מארגוני טרור זרים – הם חלק מניהול יחסי החוץ של ארצות הברית, ואינם מכוונים נגד התארגנויות מקומיות. בסקלה שבין מנגנונים עבים לרזים ניתן למקם אותם באמצע: מצד אחד, הם אינם מביאים להפלה של חברות גרידא ואינם גוררים איסורים כלשהם על ביטוי עצמאי בזכות הארגון המוכרז. מצד שני, ישנו איסור רחב על סיוע ממשי לארגון טרור זר, אשר מפליל רבות

KindHearts v. Geithner, 647 F. Supp. 2d 857 (N.D. Ohio 2009), 216
904-907

KindHearts for Charitable Humanitarian Dev. Inc. v. Geithner, 710 217
F. Supp. 2d 637 (N.D. Ohio 2010)

218 ראו הודעה לעיתונות מיום 1.5.2012 באתר האגודה לזכויות האזרח האמריקאי
("Government Settles Charity's Lawsuit Over Unconstitutional
Terrorism Probe")

מההתנהגויות הטיפוסיות של חבר בארגון ואשר פורש כחל גם על פעילויות תמימות לכאורה, המבוצעות בתיאום עם הארגון המוכרז. עם זאת, בתי המשפט הבהירו כי אין להפלייל באופן דומה פעילויות פוליטיות המבוצעות בשיתוף עם ארגונים מקומיים, גם אם הוכרזו בשל זיקתם לארגונים זרים. כפי שטען קול, קביעה זו היא שמונעת מהלכת *Holder* לרוקן את חופש ההתאגדות מתוכן; אומנם יש לאזרזר זכות לפעול במסגרת ארגון זר, אולם קיים בכל זאת הבדל מהותי בין הטלת סנקציות דיפלומטיות על ארגוני טרור זרים (בדומה לסנקציות המוטלות על מדינות), הגוררות מגבלות על יכולתם של אזרחים לפעול במסגרתם, ובין הטלת מגבלות על זכותם של אזרחים להתארגן באופן חופשי בתוך המדינה פנימה.²¹⁹ מנגד שירין סינאר מראה כי להבחנה בין המקומי לזר בדיני הטרור האמריקאיים (לאו דווקא רק בהקשר של הכרזות) גם צד אפל יותר: היא יוצרת זיהוי בתודעה הציבורית בין המושג "טרור" ובין הקהילה המוסלמית, ומכשירה צעדי אכיפה כלפי קהילה זו שלא ניתן להחיל כשמדובר בטרור מקומי על רקע גזעני או אחר.²²⁰ עם זאת, הפתרון שסינאר מציעה אינו הרחבת הדינים הבעייתיים החלים על טרור בינלאומי לזירה המקומית, אלא ריכוך הצעדים הננקטים נגד טרור בינלאומי.

מבחינה פרוצדורלית, הערובות הסטטוטוריות הניתנות לארגונים המבקשים לאתגר את הכרזתם בבית המשפט חלשות מאוד. בפועל, רוב ההכרזות אינן מגיעות לבתי המשפט ואינן מאותגרות; וגורמים זרים נותרים ללא סעד אפקטיבי. עם זאת, כאשר מדובר בארגונים בעלי זיקה לארצות הברית, בתי המשפט קבעו כי עומדת להם הזכות החוקתית להליך הוגן. המדינה רשאית להסתמך על חומר חסוי ולהציגו לבית המשפט במעמד צד אחד, אך עליה לנקוט צעדים למזעור הפגיעה הכרוכה בכך ולחשוף לפני הארגון את כל התיק המינהלי הגלוי. בית המשפט הפדרלי בושינגטון, השומע ערעורים על הכרזות על FTOs והידוע בהתערבותו המועטה בהכרזות, טרח אף לציין באחת הפרשות, כי הכשיר את השימוש בחומר חסוי ביחס לארגונים בעלי זיקה לארצות הברית במקרים שבהם חומר זה לא שימש בסיס חיוני להכרזה.

219 Cole, לעיל ה"ש 193, בעמ' 169-172.

220 Sinnar, לעיל ה"ש 68.

בשנים האחרונות – בשל האיום הגובר הנשקף מקבוצות מקומיות קיצוניות, גזעניות ואחרות – ניטש ויכוח בארצות הברית אם ישנו צורך בהרחבת הדינים למאבק בטרור כדי שיחולו גם על טרור מקומי. עם זאת, עיקר הוויכוח מתמקד בשאלה אם ראוי להתייחס למעשי אלימות חמורים המבוצעים בידי קיצוניים מקומיים כאל מעשי טרור במסגרת הדין הפלילי המהותי. גם אלה המצדדים בגישה זו נרתעים לרוב מיצירת מנגנון רחב יותר להכרזה על ארגונים מקומיים, בשל ההשלכות הקשות שעלולות להיות לכך על חופש הביטוי וחופש ההתאגדות בתוך ה"דמוס" האמריקאי.²²¹

3.4 קנדה

על הסקלה שבין מנגנונים עבים לרזים גם מנגנון ההכרזה בקנדה הוא מנגנון ביניים, אם כי הוא רזה יותר מהמנגנון האמריקאי. הוא פועל בעיקר כמשטר סנקציות המאפשר נקיטת צעדים כלכליים נגד הארגון, ואינו גורר איסור גורף על פעילות בארגון. עם זאת, הוא כולל גם אלמנטים עבים יותר, כגון האפשרות לחלט לצמיתות את נכסי הארגון.

הרתיעה הקנדית מפני מנגנונים המאפשרים לממשלה להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק במובן הרחב נטועה, בין היתר, בשימוש הבעייתי שנעשה בסמכויות חירום קיצוניות בשנות השבעים נגד פעילים בחזית לשחרור קוויבק (Front de Libération du Québec), לאחר שזו חטפה אישים פוליטיים בכירים.²²² בחסות

221 ראו לחשל Mary B. McCord & Jason M. Blazakis, *A Road Map for Congress to Address Domestic Terrorism*, LAWFARE (February 27, 2019) (מאמר שבו נטען כי קיים צורך בהרחבת המשפט הפלילי המהותי כדי להתמודד עם טרור מקומי, אך יצירת מנגנון הכרזה מקומי עלולה לפגוע באנשים המחזיקים באידאולוגיות לא פופולריות); Susan Hennessey, *The Good Reasons to Not Charge All Terrorists with Terrorism*, LAWFARE (December 5, 2015) (מאמר שבו נטען כי גם התייחסות למעשים של קיצונים מקומיים כאל טרור באמצעות הפעלת המשפט הפלילי או הרחבתו עלולה להביא לפגיעות בלתי מוצדקות בחופש הביטוי וההתאגדות). כמו כן ראו Michael German, *Why New Laws Aren't Needed to Take Domestic Terrorism More Seriously*, JUST SECURITY (December 14, 2018)

222 Craig Forcese & Kent Roach, *Yesterday's Law: Terrorist Group Listing in Canada*, 30 (2) TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE 259, 260 (2018);

הכרזה על מצב חירום הוציאה הממשלה את החזית אל מחוץ לחוק ועצרה מאות אזרחים שכל חטאם היה הזדהות בלתי אלימה עם מטרות הארגון.²²³ הפגיעות החמורות בזכויות אזרח שליוו את הפרשה היו בין הגורמים שהובילו לאימוץ הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות בשנת 1982.²²⁴

3.4.1 עילות ההכרזה

לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001 חזרה קנדה ואימצה מנגנונים המאפשרים נקיטת צעדים נגד ארגונים המוכרזים כארגוני טרור. אולם מדובר במשטר סנקציות במהותו, המאפשר נקיטת צעדי מנע מוגבלים נגד הארגון. כיום המנגנון המרכזי המשמש בקנדה להכרזה על ארגוני טרור מעוגן בחוק העונשין הקנדי, המסמיך את הקבינט, בהמלצת השר הרלוונטי, להכריז על ישות כטרוריסטית. העילות להכרזה הן רחבות: ניתן להכריז על ארגון אם קיים יסוד סביר להאמין כי השתתף ביוזעין בביצוע או בקידום מעשה טרור; או – בשפה המזכירה את הסמכות הישראלית להכריז על ארגוני מעטפת – אם הוא פעל למענו, בהנחיותיו או "בקשר עם" ("in association with") ארגון כאמור.²²⁵ נכון לחודש ספטמבר

RACHEL L. THOMAS, COUNTER-TERRORIST FINANCING AND ITS IMPACT ON THE RIGHT TO A FAIR TRIAL: A COMPARATIVE STUDY OF THE US, UK AND CANADA 205 (Ph.D. dissertation, University of the West of England, 2018)

223 Forcese & Roach, שם, בעמ' 260.

224 שם.

225 או בלשון סעיף 83.05(1) לחוק העונשין הקנדי, הקבינט מוסמך להכריז על ישות כישוע טרוריסטית אם "on the recommendation of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Governor in Council is satisfied that there are reasonable grounds to believe that (a) the entity has knowingly carried out, attempted to carry out, participated in or facilitated a terrorist activity; or (b) the entity has knowingly acted on behalf of, at the direction of or in association with an entity referred to in paragraph (a)" (Forcese & Roach, שם, בעמ' 268).
 הסמכות שימשה במרוצת השנים גם נגד קרנות המממנות את ארגון חמאס. דוגמה מובהקת היא ארגון International Relief Fund for the Afflicted and Needy-Canada, או IRFAN, אשר הוכרז בשנת 2014 בשל העברת מיליוני דולרים לארגונים הקשורים לחמאס.

2020 ישנם כ־60 ארגונים מוכרזים בקנדה.²²⁶ במקביל למנגנון ההכרזה המוסדר בחוק העונשין הקנדי, קיים הסדר נפרד לאימוץ הכרזות של מועצת הביטחון לפי החלטה 1267.²²⁷

3.4.2 השלכות ההכרזה

בדומה למצב בארצות הברית, הכרזה בקנדה אינה הופכת ארגון ל"בלתי חוקי" במובן הרחב. אין איסור פלילי על חברות בארגון מוכרז, ואין עבירות של הבעת הזדהות עם ארגון או תמיכה כללית בו. השלכות ההכרזה הן בראש ובראשונה כלכליות: היא מביאה להקפאת רכוש הארגון ולהטלת איסורים פליליים על ביצוע עסקאות ברכוש, על העברת רכוש לשימוש ועל מתן שירותים פיננסיים לארגון.²²⁸ כמו כן מוטלות חובות דיווח ביחס לרכושם של ארגונים מוכרזים,

226 ראו באחר ממשלת קנדה (*Public Safety Canada*).

227 תקנות שהוצאו לפי חוק האומות המאוחדות הקנדי (United Nations Suppression of Terrorism Regulations) משמשות להטלת סנקציות על ארגונים ואנשים המוכרזים כטרוריסטים על ידי מועצת הביטחון, וקובעות איסורים על ביצוע עסקאות ברכושם ועל מתן שירותים כלכליים לארגונים ואנשים מוכרזים. בעבר שימשו תקנות אלה גם לביצוע הכרזות עצמאיות על ידי ממשלת קנדה, אולם כיום – אף שנוהרו פורמלית בחוקף – אינן משמשות למטרה זו (*Forcese & Roach*, לעיל ה"ש 222, בעמ' 261).

228 ראו סעיפים 83.08(1) ו־83.12 לחוק, ו־*Forcese & Roach*, שם, בעמ' 260. הסעיף קובע כי "מי שבמישריו או בעקיפין מגייס רכוש, או מעמיד או מזמין אחר להעמיד רכוש, שירותים פיננסיים או שירותים קשורים אחרים [...] בידועו כי ישמשו לטובת ארגון טרור דינו עד עשר שנות מאסר" ("Every one who, directly or indirectly, collects property, provides or invites a person to provide, or makes available property or financial or other related services [...] (b) knowing that, in whole or part, they will be used by or will benefit a terrorist group, is guilty of an indictable offence [...]"). הובהר כי איסור זה כפוף אף הוא לעיקרון שנקבע בפסיקה הקנדית, שלפיו אין בעבירות הטרור כדי לאסור על פעילות תמימה או בעלת תועלת חברתית, אשר אינה מגבירה באופן ממשי את יכולת הארגון לאפשר או לבצע מעשי טרור (ראו *International Relief Fund for the Afflicted and Needy (Canada) v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness* 2015 FC 435, פס' 40-38. על מהותו של עיקרון זה ראו להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 232-235).

וגופים פיננסיים נדרשים לפעול בצורה פרואקטיבית כדי לבדוק אם רכוש כזה מצוי ברשותם.²²⁹ רכושו של ארגון טרור גם נתון לחילוט, בהליך שיפוטי אזרחי.²³⁰

קיים בדין הקנדי איסור פלילי על השתתפות בפעילותו של ארגון טרור מוכרז – אולם האיסור מוגבל להשתתפות הנעשית "מתוך מטרה להגביר את יכולתו של ארגון הטרור לאפשר או לבצע מעשה טרור".²³¹ על אף הנוסח הרחב של הסעיף קבע בית המשפט העליון הקנדי כי כדי לעמוד במבחן החוקתיות, עליו להתפרש בצמצום כדורש שני תנאים מצטברים: כוונה ספציפית מצד הנאשם לתרום ליכולות הטרוריסטיות של הארגון, ופעילות מצידו שאכן עשויה לקדם מטרה זו.²³² משמעות הדבר שהאיסור אינו משתרע על פעילות "תמימה או בעלת תועלת חברתית", גם אם היא מבוצעת במסגרת ארגון טרור מוכרז, בהיעדר כוונה קונקרטית מצד הנאשם לקדם את המטרות הטרוריסטיות של הארגון, ואינו חל על פעילות שאינה מסוגלת באופן סביר לקדם מטרות אלה.²³³ פעילות בעלת פוטנציאל זניח לעשות כן איננה אסורה.²³⁴ הנטל להוכיח מעל לכל ספק סביר התקיימותם של שני יסודות מצטברים אלה – כוונה מצד הנאשם לתרום לפעילות הטרוריסטית של הארגון, והתנהגות מצידו שאכן

229 ראו סעיפים 83.03, (1) 83.1 ו-83.11 לחוק.

230 ראו סעיף 83 לחוק.

231 סעיף 83.18 לחוק. הסעיף מטיל עונש חמור של עד עשר שנות מאסר על מי משתתף ביודעין, או תורם באופן ישיר או עקיף לפעילות כלשהי של ארגון טרור במטרה להגביר את יכולת הארגון לבצע או לקדם פעילות טרוריסטית. הוא קובע מפורשות כי האיסור חל גם אם הארגון אינו מבצע בסוף מעשה טרור; גם אם ההשתתפות אינה תורמת הלכה למעשה ליכולת הטרוריסטית של הארגון; וגם אם הנאשם אינו מודע לפעילות הטרוריסטית הספציפית של הארגון. הוא מגדיר "השתתפות או תרומה" ככוללות מעשים כגון העברה או קבלה של הכשרות, העמדת מומחיות לטובת הארגון, וגיוס אנשים לביצוע מעשי טרור. בבחינת השאלה אם הנאשם אכן משתתף בארגון, בית המשפט מוסמך על פי הסעיף לשקול בין היתר אם הנאשם עושה שימוש בשם או בסמל המזוהה עם הארגון, מצוי בקשר שוטף עם אנשים המשתייכים לארגון ועוד.

232 R. c. Khawaja [2012] 3 S.C.R. 555

233 שם, בפס' 53.

234 שם, בפס' 51.

עשויה להגשים מטרה זו – מוטל על כתפי התביעה.²³⁵ גם האיטורים הפליליים הנוספים, המפלילים קשרים מסוגים שונים עם ארגוני טרור, מותנים לכל הפחות בקיומה של כוונה סובייקטיבית מצד הנאשם לקדם את המטרות הטרוריסטיות של הארגון או לבצע עבירות פליליות עבורו.²³⁶ סעיף בחוק אשר אסר בעבר על הבעת תמיכה בביצוע עבירות טרור – לרבות, לכאורה, עבירות של תמיכה כלכלית בארגון מוכר – בוטל בשנת 2019 על ידי הפרלמנט הקנדי והוחלף בסעיף האוסר באופן ממוקד יותר על שידול או עידוד אדם אחר לבצע עבירת טרור.²³⁷

לפי החוק, הכרזה על ארגון כארגון טרור היא הוכחה קונקלוסיבית בכל הליך פלילי שאכן מדובר בארגון טרוריסטי, והתביעה אינה נדרשת להוכיח יסוד זה בכל הליך והליך.²³⁸ קרייג פורסיז (Forcese) וקנט רואוץ' (Roach) מציינים, עם זאת, כי מאחר שרוב ההליכים הפליליים שהתנהלו עד היום בקנדה בגין עבירות טרור לא נסמכו על מנגנון ההכרזה, שאלת חוקתיות ההסדר הזה לא עלתה לדיון שיפוטי.²³⁹ לשיטתם הסדר זה, הפוטר את התביעה מהחובה להוכיח את

235 שם, בפס' 57.

236 ראו למשל סעיף 83.181 לחוק, המפליל עזיבה של קנדה או ניסיון לעזוב את קנדה במטרה לבצע עבירת השתתפות בארגון טרור בחו"ל; סעיף 83.2, המפליל ביצוע עבירות למען ארגון טרור או בזיקה אליו; סעיף 83.201, המפליל עזיבה של קנדה או ניסיון לעזוב את קנדה על מנת לבצע עבירות למען ארגון טרור או בזיקה לארגון טרור; סעיף 83.21, המפליל הנחיית אנשים אחרים (גם אם בלתי מסוימים) לבצע פעילות למען ארגון טרור או המבוצעת בזיקה אליו, במטרה להגביר את יכולת הארגון לבצע פעילות טרוריסטית.

237 הסעיף שבוטל אסר באופן רחב על קידום ביודעין של ביצוע עבירות טרור באופן כללי ("knowingly advocates or promotes the commission of terrorism offences in general"). הוא הוחלף בסעיף האוסר באופן ממוקד יותר על עידוד אדם אחר לבצע עבירת טרור. ראו סעיף 143 ל-Bill C-59: "Every person who counsels another person to commit a terrorism offence without identifying a specific terrorism offence is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than five years"

238 Forcese & Roach, לעיל ה"ש 222, בעמ' 262.

239 שם, בעמ' 263-265. רק שישה מתוך 26 ההליכים שהסתיימו בקנדה עד מועד פרסום המאמר נסמכו על הכרזה – ובאף אחד מהמקרים הנאשם לא ניסה לאתגר את ההכרזה. במקרה אחד אדם הורשע על פי הודאתו במתן חרמות ל-Tamil Tigers, ונדון

כל יסודות העבירה ומאפשר ביסוסה של הרשעה על הכרעה אקזקוטיבית הנסמכת על חומר חסוי, עלול להיות חשוף לאתגור חוקתי כנוגד את הצ'רטר הקנדי, המחייב כי שלילית חירותו של אדם תיעשה בהתאם לעקרונות בסיסיים של צדק.²⁴⁰

3.4.3 הליך ההכרזה ודרכי אתגורה

הליך ההכרזה בקנדה נעדר ערובות משמעותיות למניעת הכרזות שווא.²⁴¹ אין כל הליך שבמסגרתו ארגון יכול להשמיע את טענותיו לפני ביצוע הכרזה, ואין פיקוח פרלמנטרי על המנגנון.²⁴² ארגון מוכרז יכול להגיש לשר בקשה להסרה מהרשימה, אולם גם אז החוק אינו מעגן הסדר לקיומו של שימוע ואף קובע שאם השר אינו מקבל החלטה בתוך זמן קצוב, רואים את הבקשה כאילו נדחתה.²⁴³ כמו כן גם כאשר השר ממליץ על הסרתו של ארגון מהרשימה, לא ברור כלל שהקבינט מחויב לאמץ את המלצתו.²⁴⁴

הדרך היחידה לאתגר הכרזה בקנדה היא על ידי פנייה לבית משפט המוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על ההכרזה. הביקורת השיפוטית בוחנת את סבירות ההכרזה ומידתיותה.²⁴⁵ השופט רשאי לקבל ראיות בלתי קבילות וחומר חסוי, ולקיים דיונים במעמד צד אחד. אולם עליו למסור לעותר "תמצית המסכמת את המידע המצוי לפני השופט כדי לאפשר לו להיות מודע באופן סביר לטעמי

לשישה חודשי מאסר. במקרה נוסף אדם הורשע בניסיון השתתפות בפעילות טרוריסטית של ארגון אל-שבאב בסומליה, ולא ניסה לאתגר את ההסתמכות על ההכרזה במשפטו. שאר המקרים התייחסו לעבירות שבוצעו בקשר עם דאע"ש – ארגון שלגביו נראה כי אין כל טעם לטעון כי אין מקום להכרזתו כארגון טרור (ראו שם, בעמ' 264 וכן בה"ש 33 למאמר).

240 שם, בעמ' 265.

241 שם, בעמ' 268–273.

242 שם, בעמ' 269.

243 שם.

244 שם.

245 שם, בעמ' 270.

ההחלטה, מבלי לגלות מידע" אשר עלול לפגוע בביטחון.²⁴⁶ מנגנון עורך הדין המיוחד, המשמש בקנדה בהקשרים אחרים שנעשה בהם שימוש בחומר חסוי (כגון בהקשר של הגירה), לא הוחל סטטוטורית על דיוני ביקורת שיפוטית על הכרזות.²⁴⁷ עם זאת, פורסיז ורואוץ' מביעים את הסברה שמאחר שהכרזה מטילה סטיגמה קשה על פעילי הארגון ועלולה להוביל לשלילת חירותם של אנשים המקיימים עימו קשרים מסוגים שונים, עשויה לחול חובה חוקתית לספק ערובות למזעור הפגיעה הכרוכה בהסתמכות על חומר חסוי, כגון מינוי עורך דין מיוחד וגילוי מספיק מידע למערער כדי שיוכל להתמודד עם הטענות נגדו בצורה אפקטיבית.²⁴⁸ תמצית נימוקי ההכרזה מתפרסמת גם באתר ממשלת קנדה.²⁴⁹

נוסף על האפשרות להגיש עתירה נגד הכרזה מוטלת על השר החובה לקיים ביקורת תקופתית על הרשימה בכללותה פעם בחמש שנים, כדי לבחון אם עדיין קיים יסוד סביר להשארותו של ארגון ברשימה.²⁵⁰

לסיכום, מנגנון ההכרזה בקנדה ממוקם אף הוא באמצע הסקלה, אם כי קרוב יותר לצד הרזה שלה. הכרזה משמשת בעיקר כלי למאבק במימון טרור ולקיום שיתוף פעולה בינלאומי במאבק בטרור – ועבירות הטרור המהותיות יותר, המפלילות השתתפות אישית בארגון, מחייבות הוכחת כוונה ספציפית מצד הנאשם

246 ש.ס.

247 סעיפים 83.05(6) ו-83.05(6.1).

248 Forcese & Roach, לעיל ה"ש 222, בעמ' 271. בפועל, באחד המקרים הבולטים שבהם ארגון אחגר את ההכרזה עליו בקנדה, הארגון ציין בערעור שהגיש כי קיבל מהרשויות הקנדיות "מסמך הכרזה" ("listing brief"), שאליו צורפו מאות עמודים, וכן סיכום קצר יותר של הטענות. ראו: International Relief Fund for the Afflicted and Needy (Canada) and Rasem Abdel Majid, Notice of Application מיום 24.2.2017, עמ' 3. באותו מקרה מדובר היה בארגון צדקה קנדי שהוכרז בשל מיליוני דולרים שהעביר לארגונים הקשורים לחמאס. ההכרזה התבססה על החלטה מצד לשכת ההכנסות הקנדית (Canada Revenue Agency) לטעון את מעמדו כארגון צדקה מוכר. הארגון הגיש פעמיים במרוצת השנים ערעורים על ההכרזה שלו, אך החליט לטעון לאחר שלא קיבל אישור חריג לגייס כספים לשם מימון ההליך המשפטי.

249 ראו "Current Listed Entities" באתר *Public Safety Canada* של ממשלת קנדה.

250 סעיפים 83.05(9) ו-83.05(10) לחוק.

לקדם מטרות טרוריסטיות, ופעילות מצידו אשר מסוגלת לעשות כן. בשל רזות המנגנון ומיעוט השימוש בו כבסיס לצעדים פליליים, בתי המשפט בקנדה טרם נדרשו לשאלות החוקתיות הנוגעות להיעדרן של ערובות פרוצדורליות ראיות להבטחת הליך הוגן. יש מקום לסברה שאם וכאשר סוגיות אלה יובאו לפתחו של בית המשפט הקנדי, תיאלץ המדינה לשפר את ההליך באופן המבטיח את זכותו של ארגון – ומי שקשור אליו – להתגונן.

3.5 בריטניה

בבריטניה קיימים שני מנגנונים להכרזה על ארגוני טרור ולנקיטת צעדים נגדם. המנגנון העיקרי, הקבוע בחוק הטרור משנת 2000 (Terrorism Act 2000), מאפשר למזכיר הפנים (Home Secretary), באישור הפרלמנט הבריטי, להוציא אל מחוץ לחוק ארגונים אשר "מעורבים בטרור". כפי שיפורט להלן, מדובר במנגנון עבה באופיו, הגורר השלכות מרחיקות לכת, כגון איסורים פליליים חמורים על חברות בארגון והבעת הזדהות עימו. לצד מנגנון זה ישנו מנגנון סנקציות, רזה יותר, המנוהל בידי מזכיר האוצר הבריטי.

אף שבמסגרת שני המנגנונים קיימת אפשרות להסתמך על חומר חסוי, נקבעו ערובות מינימליות להבטחת הליך הוגן, כגון מינוי עורך דין מיוחד, המעניין בכל החומר החסוי מטעם הארגון. הערכאה המיוחדת שהוקמה כדי לקיים ביקורת שיפוטית על הכרזות לפי חוק הטרור משנת 2000 (Proscribed Organisations Appeal Commission, או POAC), שהיא טריבונל שיפוטי המוסמך לתת הוראות למזכיר הפנים,²⁵¹ פירשה את תפקידה באופן רחב וקבעה כי עליה להכפיף הכרזות לביקורת מעמיקה. בפועל, במקרים המעטים שהגיעו אליה, ערכאה זו הוכיחה את עצמה כאפקטיבית למדי: במקרה אחד היא ביטלה הכרזה, ובמקרה אחר המדינה חזרה בה לפני תחילת ההליך.²⁵² במקרה נוסף, שנדון בשנת 2020,

251 POAC מוגדרת כ-"Superior Court of Record", ובראשה עומד שופט בכיר או שופט בכיר בדימוס. ראו Anderson 2011, לעיל ה"ש 57, בפס' 4.14.

252 Clive Walker, 'They haven't gone away you know.' *The Persistence*

POAC קיבלה ערעור נגד הוצאתו אל מחוץ לחוק של ארגון הנמרים הטמיליים בשל ליקויים פרוצדורליים והחזירה את העניין למזכיר הפנים לבחינה מחדש.²⁵³ זכות העמידה לפני POAC אף היא רחבה: לאור ההשלכות הרחבות של הכרזה, העשויה לפגוע בזכויות פוליטיות של צדדים שלישיים, יכולים לאתגר אותה לא רק הארגון וחבריו, אלא כל מי שמושפע ממנה. מדובר גם בהליך שקוף באופן יחסי: ככלל, בכפוף לשיקולי חיסיון, דיוני POAC מתקיימים בפומבי, והחלטותיה המנומקות מתפרסמות באתר האינטרנט הממשלתי (מלבד חלקים חסויים). עם כל זאת, המבקר העצמאי לחקיקת הטרור (Independent Reviewer of Terrorism Legislation), ביקר את ההליך והמליץ על שיפורים אחדים, שעליהם אעמוד בהמשך.

3.5.1 הוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק לפי חוק הטרור משנת 2000

עד שנות האלפיים, עיקר הניסיון שנצבר בבריטניה עם הוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק היה בצפון אירלנד, וכידוע לישראלים היטב – בקולוניות שהיו נתונות לשליטתה.²⁵⁴ סמכות ההכרזה עוגנה אז בחקיקה זמנית, שבוטלה עם חקיקת חוק הטרור משנת 2000.²⁵⁵ החוק החדש, אשר נועד לאפשר התמודדות עם אתגר הטרור הבינלאומי, קבע בתוספת רשימה של ארגוני טרור מוכרזים (לרבות הארגונים שהוכרזו בעבר בצפון אירלנד) והסמיך את מזכיר הפנים לשנות את התוספת באישור שני בתי הפרלמנט הבריטי.²⁵⁶

of Proscription and the Problems of Deproscription, 30 (2) TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE 236, 246–247 (2018)

253 ראו *Arumugam & Others v. The Secretary of State for the Home Department* (POAC: PC/04/2019) מיום 21.10.2020 (להלן: עניין *Arumugam*), ו-*Arumugam & Others* (POAC: Judgment on Relief, PC/04/2019) מיום 18.2.2021 (להלן: עניין *Arumugam – Judgment on Relief*)

254 Walker, לעיל ה"ש 252, בעמ' 236. כמו כן ראו לעיל ה"ש 8.

255 Walker, שם.

256 Walker, שם, בעמ' 242, וסעיף 123(4) לחוק. המבקר העצמאי לחקיקה נגד הטרור ציין בדוח משנת 2012 כי הפרלמנט מעולם לא סירב לאשר הכרזה (Anderson), לעיל ה"ש 57, בפס' 4.13 לדוח).

3.5.1.1 עילות ההכרזה

לפי החוק, מזכיר הפנים רשאי להוסיף ארגון לרשימת הארגונים האסורים שבתוספת אם יש לו יסוד סביר להאמין כי הארגון "מעורב בטרור" ("concerned (in terrorism)".²⁵⁷ ארגון נחשב מעורב בטרור לפי החוק אם הוא משתתף בביצוע מעשי טרור או בהכנתם; אם הוא מקדם או מעודד טרור, או אם הוא "מעורב בטרור בדרך אחרת".²⁵⁸ גם האדרה של מעשי טרור (ובלשון החוק: "גלוריפיקציה") עשויה להיחשב עידוד הטרור, אם שומע סביר היה רואה בה קריאה קונקרטיית לחקות את מעשי הטרור בנסיבות הקיימות.²⁵⁹

חשוב להבין שעילות ההכרזה לפי מנגנון זה, על אף רוחבן, משתרעות אך ורק על ארגונים המעורבים בעצמם בטרור – גם אם "רק" על ידי עידוד, האדרה או קידום ביצוע מעשי טרור.²⁶⁰ בפסיקה נקבע כי מאחר שמטרת ההסדר לאפשר פעולה נגד ארגונים אשר מקדמים טרור, אין לפרש את הסיפה של ההגדרה ("מעורב בטרור בדרך אחרת") כמעניקה למזכיר הפנים סמכות גמישה

257 ראו סעיף 3 לחוק הטרור הבריטי משנת 2000. לעניין דרישת היסוד הסביר ראו Lord Alton of Liverpool & Others v. Secretary of State for the Home Department (Proscribed Organizations Appeal Commission, Appeal No. PC/02/2006) (להלן: עניין *Lord Alton of Liverpool*), פס' 67.

258 סעיף 3 לחוק הטרור הבריטי משנת 2000. מזכיר הפנים גם רשאי להוסיף ארגון לרשימה, אם הוא סבור כי מדובר הלכה למעשה בחחליף לארגון מוכרז (אולם גם בהיעדר הכרזה מפורשת כזאת ניתן להוכיח בהליך פרטני שארגון הפועל תחת שם אחר הוא למעשה זהה לארגון שהוכרז) (ראו סעיפים 3(6) ו-3(9) לחוק).

259 ראו סעיף 3(5)–3(5C) לחוק. כמו כן ראו Walker, לעיל ה"ש 252, בעמ' 240. Walker מציין כי עילה זו שימשה להכרזה על "פעולה לאומית" ("National Action"), ארגון הימין הקיצוני שהפך בשנים האחרונות לאחד הארגונים המקומיים הבוודדים שהוכרזו שאינם קשורים לצפון אירלנד (שם).

260 הרצאה מיום 26.11.2019 של ג'ונתן האל (Hall), המבקר העצמאי לחקיקת הטרור בבריטניה, בכנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה: "The power permits the Home Secretary [...] to ban groups that are directly involved in violence and since 2006 those who 'glorify' terrorist violence" (ראו *The Democratic Dilemma* באחר *Independent Reviewer of Terrorism Legislation* בבריטניה, בפס' 4). כמו כן ראו Jonathan Hall, *Terrorism Acts in 2018: Report of the Independent Reviewer of Terrorism Legislation on the Operation of the Terrorism Acts 2000 and 2006* (2020), פס' 3.1 (להלן: Hall).

להכריז על ארגונים שזיקתם לטרור רחוקה מדי; ולכן למשל ארגון אשר חדל מפעילות אלימה ואינו מקיים יכולת מבצעית, אינו יכול להיחשב באופן סביר "מעורב בטרור" רק משום שקיימת אפשרות שיחליט בעתיד לחזור לדרכי אלימות.²⁶¹ בית המשפט מצא תימוכין לגישה זו גם באיסור על חברות בארגון מוכרז, שנועד להפיל השתתפות בפעילות אשר תורמת, באופן ישיר או עקיף, לטרור.²⁶²

עוד נקבע כי גם לאחר שמזכיר הפנים משתכנע כי קיימת עילה חוקית להכרזה על ארגון, עליו לשקול באופן נפרד אם אכן ראוי בנסיבות העניין להפעיל את הסמכות.²⁶³ בהקשר זה, המבקר העצמאי לחקיקת הטרור ציין כי קבוצת העבודה הפנים-ממשלתית, הבוחנת מועמדים להכרזה, שוקלת מספר שיקולים נוספים ביחס לארגונים, העומדים ברף הסטטוטורי של "מעורבות בטרור": אופי והיקף פעילות הארגון; האיום הספציפי הנשקף ממנו לבריטניה או לאזרחי בריטניה בחו"ל; היקף הנוכחות של הארגון בבריטניה; והצורך במתן תמיכה למדינות אחרות במאבק הגלובלי נגד הטרור.²⁶⁴ המבקר המליץ כי נוסף על כך תיבחן השאלה אם ההכרזה מוצדקת לנוכח השפעתה הצפויה על זכויותיהם של האנשים הצפויים להיפגע ממנה.²⁶⁵

נכון ליולי 2020 היו 90 ארגונים מוכרזים לפי מנגנון זה בבריטניה, 14 מתוכם קשורים לצפון אירלנד.

Secretary of State for Home Department v. Lord Alton of Liverpool 261
Secretary of State for Home (להלן: עניין *Secretary of State for Home* and others [2008] EWCA Civ 443
Department), פס' 27-39 (פסק דין המאשר את קביעת POAC בעניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257, בפס' 126-127).

262 שם, בפס' 39.

263 עניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257, בפס' 68.

264 ראו Anderson 2011, לעיל ה"ש 57, בפס' 4.6.

265 שם, בפס' 4.34-4.36.

3.5.1.2 השלכות ההכרזה

השלכותיה של הכרזה על ארגון כארגון טרור בבריטניה מרחיקות לכת – מדובר בהחלטה להוציא את הארגון אל מחוץ לחוק, על כל המשתמע מכך.²⁶⁶ לפי החוק הבריטי ישנו איסור על חברות בארגון טרור, עבירה שדינה עד עשר שנות מאסר. איסור זה עשוי לחול גם על מי שמציג עצמו כחבר בארגון.²⁶⁷

לצד עבירת החברות קיימת שורה ארוכה של איסורים פליליים נוספים הנוגעים לארגונים מוכרזים, כגון איסור על פרסום סמלים באופן המעלה חשד סביר שאדם תומך בארגון;²⁶⁸ איסור על "הזמנת תמיכה" בארגון טרור – עבירה אשר פורשה בפסיקה ככוללת לא רק גיוס תמיכה כלכלית לארגון אלא גם הזמנת אנשים להפוך ל"תומכים" של הארגון במובן המופשט של המילה;²⁶⁹ ואיסור על ארגון או ניהול מפגשים של יותר משלושה שאנשים, שנועדו לתמוך בארגון מוכרז או לשמוע דברים מאת נציגים שלו.²⁷⁰ עמדה רשמית של ממשלת בריטניה מבהירה, עם זאת, כי ביחס לאיסור אחרון זה עומדת לאדם הגנה אם מדובר במפגש פרטי "בלתי מזיק" ("genuinely benign") – קרי מפגש שאינו עוסק בקידום או בעידוד הפעילות הטרוריסטית של הארגון, כגון מפגש שנועד לעודד אותו להשתתף בתהליך שלום, או שנועד לעזור בהעברת סיוע הומניטרי מבלי להעביר משאבים ביוזמתו של הארגון המוכרז עצמו.²⁷¹ תיקון לחוק מאפריל 2019 – שזכה לביקורת קשה מצד המבקר העצמאי לחקיקת הטרור ומצד הוועדה

266 לדיון מקיף בשלל ההשלכות הנובעות מהכרזה לפי החוק הבריטי ראו Hall, לעיל ה"ש 260, בפס' 3.1-3.45.

267 לפי סעיף 11(2) לחוק, עומדת הגנה לאדם אם הוא מראה כי הצטרף לארגון (או הציג עצמו כחבר בארגון) לפני שהוצא אל מחוץ לחוק, וכי הוא לא השתתף בפעילות הארגון מאז שהוכרז. ואולם בעניין *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions; Attorney General's Reference (No. 4 of 2002)* [2004] UKHL 43 הבהיר בית הלורדים כי כאשר הנאשם מעלה הגנה זו, על התביעה הנטל להוכיח שהיא אינה עומדת לו.

268 סעיף 13 לחוק. דינה של עבירה זו עד שישה חודשי מאסר.

269 ראו עניין *Choudary v. Regina* [2016] EWCA Crim 61

270 סעיף 12 לחוק.

271 ראו Home Office, Proscribed Terrorist Organizations (פורסם באתר ממשלת בריטניה, מעודכן לתאריך 16.7.2021).

המשותפת לזכויות אדם של הפרלמנט הבריטי (Joint Committee on Human Rights) – קבע עבירה רחבה נוספת בעלת פוטנציאל משמעותי לפגוע בחופש הביטוי והדעה: איסור על "הבעת דעה או אמונה שיש בה משום תמיכה בארגון מוכרז" – כאשר הדבר נעשה במצב נפשי של "פזיזות" ביחס לאפשרות שתעודד אחרים לתמוך בארגון.²⁷² סעיפים נוספים אוסרים על מימון טרור ועל העמדת משאבים לרשותו של ארגון טרור מוכרז.²⁷³ נוסף על כך ניתן לתפוס ולחלט רכושו של ארגון מוכרז.²⁷⁴ חשד לביצוע עבירות בקשר עם ארגון מוכרז עשוי לגרור גם סמכויות מעצר וחקירה מיוחדות.²⁷⁵ דיון זה אינו מתיימר להיות ממצה, אך יש בו כדי להצביע על האופי העבה המובהק של מנגנון ההכרזה הבריטי.

3.5.1.3 ההליך לאתגור הכרזה

החוק הבריטי אינו כולל הסדר לשימוע מוקדם לפני ביצוע הכרזה, אולם ארגון מוכרז – וכן כל אדם אחר שמושפע מההכרזה – רשאים להגיש בקשה לביטול ההכרזה, והיא צריכה להידון בתוך זמן קצוב.²⁷⁶ בפועל, משמעות הדבר כי גם מי שזכויותיו הפוליטיות נפגעו כתוצאה מהכרזה – למשל כי הוא מעוניין לקדם

272 ראו Counter-Terrorism and Border Security Act 2019, סעיף 1. לביקורת המבקר העצמאי לחקיקת הטרור ראו עדותו מיום 20.6.2018 לפני הוועדה הפרלמנטרית המשותפת לזכויות אדם, האחראית על בדיקת התאמתן של הצעות חוק בריטיות לאמנה האירופית לזכויות אדם. ניתן לעיין בעדות בעמוד: "Oral evidence: Legislative Scrutiny: Counter-Terrorism and Border Security Bill, HC 1208" מאתר הפרלמנט הבריטי. לביקורת מצד הוועדה המשותפת לזכויות אדם של הפרלמנט הבריטי ראו: JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, LEGISLATIVE SCRUTINY: COUNTER-TERRORISM AND BORDER SECURITY BILL (July 2018)

273 ראו למשל סעיפים 14-18 לחוק.

274 חוק הטרור משנת 2000, חלק ג.

275 ראו סעיפים 40-41 ולוח 8 לחוק הטרור משנת 2000.

276 סעיף 4 לחוק. לפי החוק בקשה לביטול הכרזה צריכה לפרט את נימוקה. החוק אינו כולל הסדר לשימוע מוקדם לפני מזכיר הפנים לפני ביצוע ההכרזה, וגם אינו מחייב את מזכיר הפנים לבוא בדברים עם מי שהגיש בקשה לביטול הכרזה. POAC קבעה כי לאור האפשרות הקיימת לערער על סירוב לבטל הכרזה, שיקולי הגינות אינם מחייבים מתן שימוע לפני כן (ראו עניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257, בפס' 61-63 להחלטה). זכות העמידה להגשת בקשה לביטול הכרזה ולהגשת ערעור על החלטת מזכיר הפנים מעוגנת בסעיף 4(2) לחוק.

תמיכה בארגון – רשאי להגיש השגה. ואכן, באחד המקרים הבולטים שנדונו עד כה לפני POAC הובא ההליך ביוזמת 35 חברי הפרלמנט הבריטי שטענו כי ההכרזה פגעה בזכותם לתמוך בארגון באופן חוקי ודמוקרטי.²⁷⁷

על המשיג להגיש את נימוקי בקשתו, אולם מזכיר הפנים מחויב לבחון לא רק את טענותיו, אלא את כלל המידע המצוי לפניו.²⁷⁸ כאשר נדחית בקשה לביטול הכרזה, ניתן לערער על כך לפני POAC.²⁷⁹ בניגוד לוועדה המייעצת הפועלת לפי חוק המאבק בטרור, מדובר בערכאה בעלת סמכות הכרעה, ולא רק בגוף ממליץ. עם זאת, גם בעניין ביטולן של הכרזות המילה האחרונה נתונה לפרלמנט: כאשר POAC מקבלת ערעור, היא רשאית להורות למזכיר הפנים לבחון את העניין מחדש או להביא צו לביטול ההכרזה בפני הפרלמנט.²⁸⁰ ניתן לערער על החלטת POAC לפני בית משפט לערעורים, אולם זאת רק ברשות ורק בנוגע לשאלה משפטית.²⁸¹

על פי החוק, על POAC לדון בערעורים לפי עקרונות הביקורת השיפוטית, כלומר לפי עילות ביקורת מינהליות.²⁸² עם זאת, POAC קבעה בעבר כי לאור השלכות ההכרזה על זכויות אדם של הפרט, ולאור העובדה שהדיון לפניו הוא למעשה ההזדמנות היחידה הניתנת לאדם להפריך את טענות המדינה ולהביא ראיות לביסוס עמדתו, עליה להפעיל "ביקורת מפורטת ואינטנסיבית" ("intense and detailed scrutiny").²⁸³ במסגרת זו, הוועדה אומנם אינה שמה את שיקול דעתה

277 ראו עניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257, בפס' 19-20 להחלטה.

278 שם, בפס' 74-75. POAC הסיקה את חובת מזכיר הפנים לבחון את כלל החומר הרלוונטי – ולא רק את טענות המשיג – מחובתו הכללית להבטיח כי הרשימה תכלול אך ורק ארגונים העומדים במבחנים המהותיים המצדיקים הכרזה.

279 ראו לעיל, ה"ש 251.

280 ראו סעיף 5 לחוק. כן ראו עניין *Azumugam - Judgment on Relief*, לעיל ה"ש 253.

281 סעיף 6 לחוק.

282 לפי סעיף 5(3) לחוק.

283 עניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257, בפס' 114. כמו כן ראו פס' 107-113. קביעה זו אושרה בבית המשפט לערעורים – אף כי צוין כי באותו מקרה

במקום זה של מזכיר הפנים, אולם היא בוחנת לעומק את החומר כדי לבדוק אם היא מניחה תשתית עובדתית סבירה להחלטה.²⁸⁴

לפי סדרי הדין המסדירים את התנהלות POAC, הוועדה אינה כפופה לדיני הראיות ורשאית לקבל בין היתר עדות בכתב.²⁸⁵ שני הצדדים (ובמקרים המתאימים – עורך הדין המיוחד, האמור לעיין בחומר החסוי מטעם המערער) רשאים להביא ראיות, וברשות הוועדה הם יכולים גם לזמן עדים לחקירה נגדית.²⁸⁶ ברירת המחדל היא כי דיוני POAC מתקיימים בפומבי, אולם לוועדה הסמכות לסגור דלתיים, והיא מחויבת לעשות זאת כאשר מדובר בדיון במעמד צד אחד.²⁸⁷

3.5.1.3.1 ההסתמכות על חומר חסוי בדיונים לפני POAC והיקף חובת הגילוי

המוטל על המדינה

בדיון לפני POAC המדינה רשאית להסתמך על חומרים חסויים אשר אינם מובאים לידיעת הצד השני. עם זאת, ברירת המחדל היא כי על מזכיר הפנים לחשוף לפני המערער את מלוא החומר הרלוונטי המצוי בידיו – לרבות חומר "מזכה", העשוי לסייע למערער בביסוס טענותיו.²⁸⁸ עם פתיחת ההליך על מזכיר הפנים להגיש – ולמסור לצד השני – הצהרה עם פירוט טעמי ההכרזה, סיכום הראיות המבססות אותם, והראיות שהוא מתכוון להתבסס עליהן בהתנגדותו למערער.²⁸⁹ בהמשך לכך, על המערער להגיש הצהרה המפרטת את הראיות מטעמו. הן למערער והן לעורך הדין המיוחד הזכות לבקש מהוועדה לחייב את

התוצאה הייתה זהה גם אילו הפעילו סטנדרט ביקורת נמוך יותר. ראו עניין *Secretary of State for Home Department, לעיל* ה"ש 261, בפס' 43.

284 עניין *Lord Alton of Liverpool, לעיל* ה"ש 257, בפס' 116.

285 Proscribed Organizations Appeal Commission (Procedure) Rules 2007, סעיף 25 (להלן: כללי POAC).

286 שם, בסעיף 25.

287 שם, בסעיף 22.

288 עניין *Lord Alton of Liverpool, לעיל* ה"ש 257, בפס' 62.

289 כללי POAC, לעיל ה"ש 285, בסעיף 12.

המדינה למסור מידע נוסף הדרוש להכרעה בעניין, אם אין הדבר כרוך בהשקעה בלתי מידתית של משאבים.²⁹⁰

באותם מקרים שבהם מזכיר הפנים מבקש לטעון כי מידע הוא חסוי עליו להגיש בקשה מיוחדת ל-POAC, ומתמנה למערער עורך דין מיוחד, שתפקידו לעיין בכל החומר החסוי ולייצג את האינטרסים של המערער – לרבות בהליך שבו נקבע אם ראוי לראות בחומר חומר חסוי.²⁹¹ על מהות תפקידו של עורך הדין המיוחד, והכללים המסדירים את התנהלותו, אעמוד בפרק 4 שלהלן.

בהמשך לכך, על מזכיר הפנים להעביר לוועדה – ובמקביל לעורך הדין המיוחד – את כל החומר החסוי, בצירוף הצהרה ביחס לטעמים המונעים את גילוי למערער.²⁹² כמו כן עליו להעביר את סיכום החומר למערער, אם ניתן לעשות כן מבלי לפגוע באינטרס הציבורי המחייב את החיסיון.²⁹³ לפני ש-POAC מחליטה אם לאפשר למזכיר הפנים להטיל חיסיון על חומר רלוונטי, עליה לקיים שימוע בעל פה בהשתתפות נציג המדינה ועורך הדין המיוחד.²⁹⁴ אם לאחר קיום השימוע POAC סבורה כי גילוי המידע אכן יפגע באינטרס הציבורי, עליה להתיר למזכיר הפנים להימנע מגילוי.²⁹⁵ אולם גם במקרה כזה על POAC לבחון העברת תמצית למערער מבלי לפגוע באינטרס הציבורי. אומנם גם כאשר POAC מחליטה כי יש למסור למערער מידע או סיכום, מזכיר הפנים רשאי לסרב

290 שם, בסעיף (5)–(13).

291 שם, בסעיף 14. כמובהר בסעיף (b)(1)14 לכללים, מזכיר הפנים אינו רשאי להסתמך על חומרים חסויים בדיון כלשהו לפני הוועדה ללא מינוי עורך דין מיוחד.

292 שם, בסעיף (2)14. אם החומרים המועברים לעורך הדין המיוחד כוללים מחיקות כלשהן (redactions), מלבד מטעמי חסיון עורך דין-לקוח, על המזכיר להגיש את החומר במלואו לוועדה עם הסבר ביחס למחיקות (שם, בסעיף (4)14).

293 שם, בסעיף (3)–(2)14.

294 שם, בסעיף 15. ניתן לוותר על דרישה זו בהסכמת הצדדים או כאשר מדובר בחומר שכבר נבחן על ידי הוועדה בעבר (ראו סעיף (2)155 לכללים).

295 שם, בסעיף 7.

לכן, אולם הסירוב עלול לגרור החלטה מצד POAC שלא להסתמך על החומר הרלוונטי.²⁹⁶

3.5.1.3.2 פומביות החלטות POAC

ההחלטות המנומקות הגלויות של POAC מתפרסמות באתר ממשלת בריטניה. גם בהקשר זה לעורך הדין המיוחד תפקיד חשוב: בסיום ההליך על POAC להעביר לצדדים החלטה מנומקת גלויה. אם ההחלטה כוללת גם נימוקים חסויים, עליה להעביר את נימוקיה המלאים לנציגי המדינה ולעורך הדין המיוחד, והוא רשאי לפנות לערכאה בבקשה לתקן את הנוסח הגלוי ולהוסיף לו נימוקים נוספים. ההחלטה הסופית היחידה שהתקבלה עד שנת 2020, המופיעה באתר הממשלתי, משתרעת על לא פחות מ־144 עמודים וכוללת פירוט נרחב של הבסיס העובדתי להכרזה.²⁹⁷

3.5.1.3.3 ביקורת תקופתית על ההכרזה

החוק הבריטי אינו קובע הסדר מפורש לביקורת תקופתית על ההכרזות. עם זאת, POAC קבעה כי סמכות מזכיר הפנים לבטל הכרזה וחובתו לכלול ברשימה אך ורק ארגונים שאכן מעורבים בטרור, מלמדות על קיומה של חובה מצידו לקיים ביקורת תקופתית על ההכרזות,²⁹⁸ שכן אין להניח כי המחוקק ביקש לאפשר המשך הכרזתם של ארגונים שלגביהם כבר לא קיים יסוד סביר להאמין כי מעורבים בטרור.²⁹⁹ בעבר קיים מזכיר הפנים ביקורת תקופתית בפועל, אולם הפרקטיקה הופסקה בשנים האחרונות, וגם כשהתקיימה מעולם לא הובילה

296 שם, בסעיף 15(9). כאשר מדובר במידע "מזכה", העשוי כאמור לכרסם בעמדת המדינה, POAC רשאית לתת למזכיר הפנים הנחיות שנועדו למנוע את הפגיעה הכרוכה באי-גילוי המידע, כגון הוראה שלא להסתמך על טיעונים מסוימים. אם, לעומת זאת, מדובר במידע או בחומר שעליו מבקשת המדינה להסתמך בעצמה, POAC רשאית לאסור עליה לעשות כן.

297 ראו ההחלטה בעניין *Lord Alton of Liverpool*, לעיל ה"ש 257.

298 שם, בפס' 69-74.

299 שם, בפס' 72-73.

לביטול הכרזה.³⁰⁰ לאור זאת המליץ המבקר העצמאי לחקיקת הטרור על תיקון החוק כדי לקבוע כברירת מחדל כי הכרזות יפוגו אוטומטית בתוך תקופה קצובה, אלא אם חודשו באופן אקטיבי.³⁰¹

לסיכום, בבריטניה המנגנון להוצאת ארגוני טרור אל מחוץ לחוק הוא מנגנון עבה. לצד זאת, קיימות ערובות חזקות יותר להגנה על זכותו של אדם לאתגר הכרזה – כגון זכות ערעור לפני גוף שיפוטי בעל סמכות הכרעה, המקיים את דיוניו בדרך כלל בפומבי; מינוי עורך דין מיוחד להתמודדות עם בעיית החומר החסוי; הבטחת זכות עמידה רחבה להגנה על אנשים שזכויותיהם הפוליטיות עלולות להיפגע עקב הכרזה; והכרה בחובה האפריורית שעל המדינה לגלות גם מידע העלול לכרסם בטענותיה. נוסף על כך עלולות ההכרזה צרות יותר מאלה המעוגנות בחוק המאבק בטרור.

עם זאת, ההליך בבריטניה זכה לביקורת בשל העובדה ש־POAC מוגבלת לעילות ביקורת מינהליות ואינה רשאית לשים עצמה בנעליו של מקבל החלטה.³⁰² במובן זה, כפי שנראה, ההליך המעוגן בחוק המאבק בטרור יתרון מסוים, שכן הוא מאפשר לוועדה המייעצת לקיים בירור עובדתי מעמיק ולבדוק מלכתחילה את הבסיס העובדתי להכרזה. כמו שנראה בחלק השני של מחקר זה, חיזוק ההליך לפני הוועדה המייעצת, באמצעות ערובות להתמודדות טובה יותר עם בעיית החומר החסוי, עשוי להפוך אותו להזדמנות ממשית יותר לאתגר החלטה על הכרזה.

300 ראו שם, בפס' 73. לעניין חוסר היעילות של מנגנון הביקורת העיתית – אשר לא הביא לביטול הכרזות גם כאשר הצוות הבין־משרדי המקיים את הביקורת מצא כי אין הצדקה להמשך ההכרזה – ראו Anderson 2011, לעיל ה"ש 57, בפס' 4.25, 4.30–4.31. בדוח משנת 2016 הודיע המבקר כי הפרקטיקה של ביקורת עיתית הופסקה בשנים 2013/14 (ראו David Anderson, The Terrorism Acts in 2015 (December 2016), פס' 5.16 (להלן: Anderson 2015)).

301 Anderson 2011, לעיל ה"ש 57, פס' 4.52. כמו כן ראו Hall, לעיל ה"ש 260, בפס' 3.62. לפי המלצתו האחרונה של האל יש לקבוע כי הכרזות יפוגו אוטומטית לאחר תקופה קצובה (הוא הציע שלוש שנים), אלא אם הוארכו בידי מזכיר הפנים.

302 Walker, לעיל ה"ש 252, בעמ' 242, 248.

הפיקוח הפרלמנטרי מצידו לא הוכיח את עצמו במרוצת השנים כאפקטיבי במיוחד – אך כפי שציין דיוויד אנדרסון, לשעבר המבקר העצמאי לחקיקת הטרור, הוא כן מקדם שקיפות ציבורית מסוימת, שכן לרוב הפרלמנט והציבור מקבלים לפחות את תמצית המידע המצדיק הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק.³⁰³

3.5.2 הנרצות משרד האוצר: סנקציות כלכליות

הסדר נפרד מסמין את משרד האוצר הבריטי לנהל רשימה של אנשים וישויות שעוסקים בטרור או שקשורים לגורמי טרור – על מנת לאפשר הטלת סנקציות כלכליות עליהם (הקפאת נכסים).³⁰⁴ עד השלמת יציאתה של בריטניה מהאיחוד האירופי בסוף שנת 2020, הסדר נפרד זה התנהל לפי חוק הקפאת נכסי טרוריסטים משנת 2010 (Terrorist Asset-Freezing etc. Act 2010). כיום הוא מתנהל לפי תקנות שהוצאו מכוח חוק הסנקציות והלבנת הכספים משנת 2018.³⁰⁵

הסדר זה מכוון באופן ספציפי יותר לקידום התכלית הקונקרטית של מניעת מימון טרור. תכלית זו משתקפת בעילות ההכרזה – המשתרעות מצד אחד לא רק על אנשים או ארגונים שעוסקים בביצוע מעשי טרור אלא גם על גורמים שממנים ארגוני טרור או שקשורים אליהם באופן אחר, אך מצד שני דורשות כי השימוש בסמכות יהיה הולם בנסיבות העניין, בשים לב למטרות משטר ההכרזה.³⁰⁶ התכלית המניעתית משתקפת בהשלכות ההכרזה – שמסתכמות

303 ראו Anderson 2015, לעיל ה"ש 300, בה"ש 60.

304 סעיף 1 ל־Terrorist Asset-Freezing etc. Act 2010 (להלן: חוק הקפאת הנכסים).

305 ראו The Counter-Terrorism (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019 (להלן: תקנות הסנקציות), אשר הוצאו מכוח Money Laundering Act 2018 (להלן: חוק הסנקציות) ושנכנסו לתוקף בחחילה שנת 2021. ראו גם The Counter-Terrorism (International Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019

306 לפי סעיפים 4 ו־6 לתקנות הסנקציות, לעיל ה"ש 305, האוצר רשאי להוסיף אדם או ארגון לרשימה אם יש לו יסוד סביר להניח כי מדובר ב"גורם מעורב", וכי ההכרזה הולמת בנסיבות העניין, בשים לב למטרות משטר ההכרזה – לרבות שמירה על מחויבותיה של בריטניה לפי החלטות מועצה הביטחון; מניעת טרור; ושמירה על

בסנקציות כלכליות: הקפאה של נכסי הארגון, הטלת חובות דיווח על גורמים שונים ביחס לרכושו, והפלת ביצוע פעולות ברכוש הארגון או העמדת משאבים או שירותים פיננסיים לרשותו, ללא רישיון מיוחד.³⁰⁷ התכלית משתקפת גם בדרישה לביקורת תקופתית של ההכרזות.³⁰⁸

בשל הפגיעה הקשה הטמונה בשימוש במנגנון זה, בייחוד נגד פרטים, נקבעו בחוק ובפסיקה הבריטית ערובות להבטחת הוגנותם של הליכי הכרזה אלו. ישנה חובה ליידע ארגון או אדם כי הוחלט להכריז עליו, והוא רשאי לעתור על כך לבית המשפט בהליך של ביקורת שיפוטית.³⁰⁹ לפי הסדר זה, זכות העמידה בערעור על עצם ההכרזה מוגבלת לארגון או לאדם עצמו.³¹⁰

גם במסגרת הליכים אלו המדינה רשאית להסתמך על חומר חסוי, אולם ברירת המחדל היא כי על משרד האוצר לגלות לאדם או לארגון לא רק את כל המידע שהוא מסתמך עליו, אלא גם מידע המכוסם בטענות המדינה.³¹¹ כמו כן באותם מקרים שבהם משרד האוצר מבקש להסתמך על חומר חסוי, מתמנה עורך דין מיוחד מטעם הגורם המוכרז.³¹² הוראה מפורשת בחוק קובעת כי אין בהסדר כדי

ביטחון המדינה – ולהשפעות הצפויות של ההכרזה על הגורם הרלוונטי. "אדם מעורב" מוגדר באופן רחב מאוד בסעיף כמי שמעורב או היה מעורב בפעילות טרוריסטית, נשלט על ידי גורם מעורב או פועל למענו, חבר בארגון מעורב או קשור לגורם מעורב (שם). מעורבות במימון טרור ובעידוד טרור מספיקה לצורך הכרזה לפי סעיף זה.

307 סעיפים 11–18 ופרק 3 לחוק משנת 2010. כמו כן ראו סעיפים 3 ו-4 לתקנות הסנקציות, לעיל ה"ש 305.

308 לפי החוק משנת 2010 הכרזה הייתה פגה כעבור שנה באופן אוטומטי, אלא אם התקבלה החלטה חדשה בעניין (סעיף 4 לחוק). לפי תקנות הסנקציות, לעומת זאת, ישנה חובה לקיים ביקורת תקופתית על הרשימה אחת לשלוש שנים (ראו סעיף 24 לחוק הסנקציות, לעיל ה"ש 305).

309 ראו סעיף 38 לחוק הסנקציות, לעיל ה"ש 305. לפי החוק משנת 2010, מדובר היה בהליך ערעורי. ראו סעיף 26 לחוק הקפאת הנכסים, לעיל ה"ש 304.

310 סעיף 38 לחוק הסנקציות, לעיל ה"ש 305. כמו כן ראו סעיף 26 לחוק הקפאת הנכסים, לעיל ה"ש 304.

311 סעיף 67(2) ל-Counter-Terrorism Act 2008, החל על הליכי ביקורת שיפוטית על הכרזות של משרד האוצר לפי סעיף 40 לחוק הסנקציות, לעיל ה"ש 305.

312 סעיף 67(8) ל-Counter-Terrorism Act 2008

לחייב בית משפט לפעול בניגוד לסעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, המעגן את הזכות להליך שיפוטי הוגן.³¹³

חשוב לשים לב לערובה חשובה נוספת שעל פי הפסיקה הבריטית חלה כאשר המדינה מבקשת להסתמך על חומר חסוי להטלת סנקציות כלכליות על אנשים או מוסדות פרטיים: החובה לגלות לאדם או לארגון מספיק מידע כדי לאפשר לו להתייחס בצורה אפקטיבית לטענות נגדו. בשנת 2012, בעניין *Gulam Mastafa v. H.M. Treasury*, אדם שהוכרז על ידי משרד האוצר ערער לבית המשפט, הכחיש כל קשר לטרור וטען כי לא נמסר לו מספיק מידע כדי לאפשר לו להתגונן בצורה אפקטיבית. בהחלטת ביניים במסגרת ההליך קבע בית המשפט כי סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם חל על ערעורים כנגד הכרזות לפי החוק (ההליך התנהל לפי החוק הקודם משנת 2010).³¹⁴ לנוכח הפגיעה החמורה בזכויות הטמונה בהכרזה, יש להחיל גם בהקשר זה את העיקרון הבסיסי שנקבע ביחס לצווי הגבלה, ולפיו יש להבטיח בכל מקרה גילוי "גרעין מינימלי" של מידע, שיש בו כדי לאפשר מתן הנחיות אפקטיביות לעורך הדין המיוחד.³¹⁵ פסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט לערעורים אישרה קביעה זו גם ביחס למוסדות פיננסיים, בהקשר הדומה של סנקציות כלכליות המוטלות על בנקים איראניים.³¹⁶ על מהות דרישת הגילוי המינימלי בהקשר של הכרזות על ארגוני טרור אעמוד בפרק 5 שלהלן.

313 שם, בסעיף 67(6).

314 ראו *Gulam Mastafa v. H.M. Treasury* [2012] EWHC 3578 (Admin) 1.

315 שם, בפס' 29-31.

316 ראו *Bank Mellat v. H.M. Treasury* (No. 4), [2016] 1 WLR 1187. פסק הדין עסק בסנקציות שהוטלו על בנקים איראניים בעקבות צו של משרד האוצר. אף שהשלכות הצו, אשר הכריז על בנקים איראניים כגופים שקיים איסור לעשות איתם עסקים, היו חמורות פחות מהשלכותיה של הכרזה מצד האוצר על ארגון טרור (הן לא כללו למשל הקפאה של כספים), בית המשפט קבע כי ההשלכות חמורות דיון על מנת לחייב החלטה של דרישת הגילוי המינימלי (ראו שם, בפס' 22-25).

נכון לנובמבר 2020, 19 אנשים ו־24 ארגונים הוכרזו לפי לפי המנגנון שהיה מעוגן בחוק משנת 2010, רובם המכריע גורמים שהוכרזו גם באיחוד האירופי.³¹⁷ ביחס לארגונים, סמכות זו שימשה בשנים האחרונות בעיקר לאימוץ הכרזות של האיחוד האירופי. עם השלמת הברקזיט והכניסה לתוקף של ההסדר החדש, צריך יהיה לעקוב אחר אופן הפעלתו של המנגנון בשנים הבאות, כדי לראות כיצד יפורש וייושם על ידי הממשלה ובתי המשפט.

3.6 גֶרְמַנְיָה

בגרמניה, שבה ניתן מעמד בכורה לרעיון הדמוקרטיה המתגוננת, קיימים הסדרים רחבים באופן יחסי להוצאת ארגונים ומפלגות אל מחוץ לחוק, כאשר הם מאיימים על עקרונות בסיסיים של המשטר הדמוקרטי.³¹⁸ הסדרים אלה, שנוצרו בין היתר על רקע הרצון לאפשר מאבק אפקטיבי במפלגות וארגונים המקדמים רעיונות נאציים, מוחלים לעיתים גם על ארגוני טרור, וגוררים איסורים פליליים הנגזרים מעצם ההחלטה להוציאם אל מחוץ לחוק. עם זאת, הרשעה בעבירות הנוגעות באופן ספציפי להשתתפות בארגוני טרור ככאלה טעונה הוכחת האופי הטרוריסטי של הארגון בהליך הפלילי עצמו.

סעיף 18 לחוקה הגרמנית קובע את העיקרון הבסיסי של הדמוקרטיה המתגוננת הגרמנית, שלפיו מי שמנצל לרעה את זכויותיו הפוליטיות כדי להילחם ב"סדר הדמוקרטי החופשי" אינו זכאי להגנה על זכויות אלה ובהתאם לקביעת

317 CONSOLIDATED LIST OF FINANCIAL SANCTIONS TARGETS IN THE UK: TERRORISM AND TERRORIST FINANCING (November 4, 2020), באתר משרד האוצר הבריטי. מתוך 19 האנשים שהוכרזו, 14 הוכרזו גם על ידי האיחוד, ובשישה ממקרים אלה מדובר באימוץ הכרזה של האיחוד ללא הכרזה בריטית עצמאית. מתוך 24 הארגונים שהוכרזו, ב־18 מקרים מדובר באימוץ הכרזות של האיחוד, ובארבעה מקרים מדובר בהכרזה שבוצעה הן בבריטניה והן באיחוד. רק שתי הכרזות הן הכרזות בריטיות עצמאיות, שאין להן מקבילה באיחוד.

318 לסקירה מקיפה של התפתחות העבירות נגד המשטר בגרמניה, על רקע תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת שאומצה לאחר מלחמת העולם השנייה, ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 127-141.

בית המשפט הפדרלי לחוקה עשוי להיחשב כמי שוויתר עליהן.³¹⁹ בהמשך לעיקרון זה, הזכות לחופש ההתאגדות, המעוגנת בחוקה, מחריגה מפורשות התאגדויות שפעילויותיהן או מטרותיהן סותרות את הדין הפלילי, מופנות נגד המשטר החוקתי או מופנות נגד "עקרון ההבנה הבינלאומית" ("the concept of international understanding").³²⁰ החוקה גם מסמיכה את בית המשפט הפדרלי לחוקה להכריז על מפלגות פוליטיות כ"בלתי חוקתיות" אם הן שואפות לחתור נגד המשטר הדמוקרטי, לבטל אותו או לסכן את קיום הרפובליקה הגרמנית.³²¹

3.6.1 הוצאת מפלגות אל מחוץ לחוק

בהתאם לעקרונות חוקתיים אלה, מפלגות וארגונים החותרים תחת המשטר יכולים להיות מוצאים אל מחוץ לחוק על פי פרוצדורות הקבועות בדין. המשך פעילות במסגרת ארגון כזה גורר איסורים פליליים משמעותיים.

319 סעיף 18 לחוקה הגרמנית (חוק היסוד לרפובליקה הפדרלית של גרמניה):
 "Whoever abuses the freedom of expression, in particular the freedom of the press [...] the freedom of teaching [...] the freedom of assembly [...] the freedom of association [...] the privacy of correspondence, posts and telecommunications [...] the rights of property [...] or the right of asylum [...] in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights. This forfeiture and its extent shall be declared by the Federal Constitutional Court"

320 לפי סעיף 9(2) לחוקה הגרמנית:
 "Associations whose aims or activities contravene the criminal laws or that are directed against the constitutional order or the concept of international understanding shall be prohibited"
 Bernhard Kretschmer, *Criminal Involvement in Terrorist Associations: Classification and Fundamental Principles of the German Criminal Code Section 129a StGB*, 13 (9) GERMAN LAW JOURNAL 1016, 1018-1019 (2012)

321 ראו סעיף 21(2) לחוקה הגרמנית:
 "Parties that, by reason of their aims or the behavior of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be unconstitutional. The Federal Constitutional Court shall rule on the question of unconstitutionality"

כאשר מדובר במפלגות פוליטיות – הנהנות ממעמד חוקתי מיוחד על פי חוק היסוד הגרמני – הסמכות להוציאן אל מחוץ לחוק נתונה, כאמור, אך ורק לבית המשפט הפדרלי לחוקה.³²² הכרזה של בית המשפט שמפלגה היא בלתי חוקתית היא הכרזה קונסטיטוטיובית, שבלעדיה אסור לנקוט צעדים נגד המפלגה, והצורך לפנות לבית המשפט ולהוכיח את האופי הבלתי חוקתי של המפלגה, בהליך הוגן ושקוף, נתפס כערובה חשובה להגנה על הזכויות הפוליטיות של האזרח.³²³ בשל חשיבות ההגנה על זכות הבחירה וחופש הביטוי הפוליטי פסק בית המשפט כי ניתן להוציא מפלגה אל מחוץ לחוק רק כאשר היא נלחמת באופן שיטתי נגד עקרונות חיוניים להבטחת הקיום הדמוקרטי החופשי – כגון כבוד האדם, עקרון השוויון ושלטון החוק.³²⁴ כמו כן נקבע כי בשל האופי המניעתי של הסמכות החריגה – הבאה להגן על יסודות הדמוקרטיה, ולא לאסור על קידום אידאולוגיה מסוימת – יש להצביע לכל הפחות על קיומה של אפשרות שהמפלגה תצליח במימוש תוכניותיה הרסניות.³²⁵ אומנם אין דרישה שמפלגה תפר בהכרח את החוק הפלילי כדי שתוכרז, אולם שימוש באלימות, ביצוע עבירות או יצירת "אווירה של פחד" עשויים להיות אינדיקציות חזקות לכך שמפלגה אכן עלולה להצליח לחתור תחת הדמוקרטיה.³²⁶ בהתאם לעקרונות אלה, בית המשפט הפדרלי לחוקה נמנע בשנת 2017 מהכרזה על המפלגה הדמוקרטית הלאומית של גרמניה (National Democratic Party of Germany, או NDP) כמפלגה בלתי חוקתית, על אף הדמיון בינה ובין המפלגה הנאצית ואף שקידמה רעיונות גזעניים ואנטישמיים. בית המשפט נמנע מההכרזה לאחר שמצא כי אין בסיס לסברה שקיימת אפשרות שהמפלגה תצליח במימוש שאיפותיה.³²⁷ כמו כן פסק

322 לעניין המעמד החוקתי המיוחד של מפלגה פוליטית, לעומת ארגון אחר, ראו BVerfG, 2 BvB 1/13 מיום 17.1.2017, בפס' 512 – פסק דין של בית המשפט הפדרלי לחוקה שבו נדונה הוצאתה אל מחוץ לחוק של מפלגה ימנית קיצונית (National Democratic Party of Germany, או NDP).

323 שם, בפס' 405, 415-417 ו-526.

324 שם, בפס' 535, 538-547, 575-577.

325 שם, בפס' 585-587.

326 שם, בפס' 578-580, 588.

327 שם, בפס' 845.

בית המשפט כי הפרה קשה של עקרונות ההליך ההוגן ושל יכולת המפלגה להגן על עצמה בבית המשפט עלולה לחייב כשלעצמה את הפסקת ההליכים נגדה.³²⁸

3.6.2 הוצאת ארגונים שאינם מפלגות אל מחוץ לחוק: עילות ההכרזה

כאשר מדובר בארגון שאיננו מפלגה, הסמכות להוציא אותו אל מחוץ לחוק נתונה לשר הפנים הפדרלי.³²⁹ לפי סעיף 3 לחוק ההתאגדויות הגרמני (Vereinsgesetz), ניתן להכריז על ארגון כבלתי חוקי אם מתקיים בו אחד הסייגים לחופש ההתאגדות, הקבועים בסעיף 9(2) לחוקה הגרמנית: מטרתו או פעילויותיו סותרות את המשפט הפילי, הוא מכוון נגד המשטר החוקתי או הוא מכוון נגד עקרון ההבנה הבינלאומית. כאשר מדובר בארגונים זרים – קרי ארגונים שמרבית חבריהם אינם אזרחי האיחוד האירופי – העילות להוצאה אל מחוץ לחוק רחבות מעט יותר.³³⁰

הסמכות להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק הופעלה במרוצת השנים גם נגד ארגוני טרור – וכן נגד ארגונים המספקים סיוע לארגוני טרור. נכון ליולי 2018, כ־60 ארגונים הוצאו אל מחוץ לחוק לפי חוק ההתאגדויות, רובם המכריע לאחר פיגועי 11 בספטמבר 2001.³³¹

בשנת 2018 נדרש בית המשפט הפדרלי לחוקה לשאלת חוקתיות הסמכות להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק, במסגרת דיון מאוחד בעתירותיהם של שלושה ארגונים מסוגים שונים מאוד: ארגון International Humanitarian Aid

328 שם, בפס' 400-405.

329 כאשר מדובר בארגון הפועל אך ורק בשטחה של מדינה גרמנית אחת, הסמכות נתונה לגורם המקומי האחראי על התאגדויות (ראו סעיף 3(2) ל-Vereinsgesetz, להלן: חוק ההתאגדויות הגרמני).

330 לפי סעיף 14 לחוק ההתאגדויות הגרמני (שם) ניתן להוציא ארגון זר אל מחוץ לחוק, בין היתר, אם הוא פוגע בסדר הציבורי או באינטרסים משמעותיים אחרים של גרמניה; מקדם יעדים מחוץ לגרמניה הנוגדים ערכי משטר המכבד את כבוד האדם; תומך באלימות לקידום עניינים פוליטיים או דתיים; או מסייע לארגונים התומכים בביצוע מתקפות על בני אדם או על רכוש.

331 ראו BVerfG, 1 BvR 1474/12 מיום 13.7.2018, פס' 3. תרגום לאנגלית של פסק הדין מופיע באתר בית המשפט הפדרלי לחוקה.

Association (IHH), אשר הוצא אל מחוץ לחוק בגין חשד שהעביר כספים לארגונים השייכים לחמאס; ארגון של הימין הקיצוני שפעל כדי לעודד אסירים קיצוניים להיאבק במשטר החוקתי של גרמניה (Organisation Supporting Domestic Political Prisoners and their Families); וארגון פלילי (Hell's Angels) אשר נחשד כי תמך בפעילות הפלילית של חבריו. בפסק דין עקרוני שנתן ביולי 2018 קבע בית המשפט שורה של עקרונות חוקתיים להפעלת הסמכויות הקבועות בחוק, באופן העולה בקנה אחד עם כיבוד חופש ההתאגדות בדמוקרטיה המתגוננת הגרמנית.

ראשית, הוא קבע כי השימוש בסמכות כפוף לעקרון המידתיות. על כן יש לפרש את הוראות החוק בצמצום, ואין לנקוט את הצעד הקיצוני של הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק, על כל המשתמע מכך, אלא אם לא ניתן להשיג את מטרות האיסור בדרך אחרת, שפגיעתה בחופש ההתאגדות פחותה. כמו כן החליט בית המשפט כי אין לפעול נגד ארגון רק בשל מעשיהם הבודדים של חבריו; יש להראות כי מדובר בפעילות המאפיינת את הארגון בכללותו.³³² בית המשפט גם הדגיש כי מדובר בסמכות שנועדה לשרת תכלית מניעתית: למנוע את הסכנות העתידיות הטמונות במבנה הארגוני של קבוצה מרובת משתתפים הפועלת לקידום מטרה משותפת פסולה. על כן כדי להצדיק הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק לא די בקיומה של פעילות בעייתית ספורדית מהעבר.³³³

ביחס לעילה הראשונה, המאפשרת הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק אם מטרותיו או פעילויותיו סותרות את המשפט הפלילי, בית המשפט קבע כי עקרון המידתיות מחייב הפעלת הסמכות רק כאשר הפרות החוק הפכו למאפיין מרכזי של הארגון, ולא ניתן להסתפק בנקיטת צעדים פליליים נגד פרטים מסוימים מתוך הקבוצה.³³⁴

לגבי העילה השנייה נקבע כי ניתן להוציא ארגון אל מחוץ לחוק בשל היותו "מכוון נגד המשטר החוקתי", אם פעילותו מכוונת נגד עקרונות חוקתיים

332 שם, בפס' 101-103.

333 שם, בפס' 104.

334 שם, בפס' 106.

בסיסיים כגון כבוד האדם, דמוקרטיה ושלטון החוק. בדומה למה שנקבע בנוגע למפלגות, גם בהקשר זה נקבע כי לא די בכך שארגון דוחה עקרונות אלה או מבקש להחליף את הדמוקרטיה במשטר אחר, שכן הפצת אידאולוגיה אנטי-חוקתית עדיין חוסה תחת חופש הביטוי הפוליטי.³³⁵ על מנת להצדיק איסור על המשך קיומו של ארגון, נדרש כי הארגון ינקוט "עמדה לוחמנית פעילה" ("actively belligerent state") נגד עקרונות החוקה הבסיסיים.³³⁶ עם זאת, בניגוד למפלגות – שלגביהן נקבע כאמור כי נדרשת הסתברות שאכן יצליחו במזימתן לחתור תחת הדמוקרטיה – ביחס לארגונים אין צורך להראות כי פעילותם עשויה להיות אפקטיבית הלכה למעשה.³³⁷ ארגון הימין הקיצוני שנדון במסגרת ההליך – שקידם סדר יום גזעני ואנטישמי והביע מחויבות לעקרונות המפלגה הנאצית – לא הסתפק בהבעת עמדות קיצוניות אלא נקט גישה לוחמנית כלפי הדמוקרטיה הגרמנית: בין היתר הוא צידד בשימוש באלימות, קיים קשר עם אסירים קיצוניים על מנת לעודד אותם לבצע מעשים אלימים נוספים לאחר שחרורם מהכלא, וקרא לציבור לפרסם שמותיהם של שוטרים, תובעים ושופטים כדי שניתן יהיה "להביאם לדין" בעתיד.³³⁸ על רקע פעילות זו קבע בית המשפט כי ניתן היה להוציאו אל מחוץ לחוק.

אשר לעילה השלישית, נקבע כי ארגון נחשב כ"מכוון נגד עקרונות ההבנה הבינלאומית" כאשר הוא מקדם באופן אקטיבי שימוש באלימות באופן הנוגד את המשפט הבינלאומי.³³⁹ בהקשר זה הבהיר בית המשפט כי תמיכה כלכלית בארגוני טרור או במעשי טרור עשויה להצדיק הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק, אם מדובר בתמיכה אשר מבחינה אובייקטיבית אכן עשויה, בהסתברות גבוהה, לקדם שימוש באלימות הנוגד את המשפט הבינלאומי, ואם הארגון מודע לעובדה זו ומסכים לה.³⁴⁰ בית המשפט קיבל את קביעת בית המשפט המינהלי

335 שם, בפס' 107-108.

336 שם, בפס' 108.

337 שם.

338 שם, בפס' 145.

339 שם, בפס' 112, 114.

340 שם, בפס' 112.

הפדרלי שבהתאם לחלופה זו ניתן להוציא אל מחוץ לחוק ארגון המספק בידועין סיוע כלכלי משמעותי, במשך תקופה ממושכת, לארגון טרור – אך זאת רק אם הוא מזדהה עם הארגון ועם מעשי האלימות שלו.³⁴¹ ביחס ל-HA, שעניינו נדון במסגרת ההליך, בית המשפט קבע כי הסיוע המשמעותי שסיפק לחמאס הצדיק את הוצאתו אל מחוץ לחוק, וכי הזדהותו עם המעשים האסורים כה אפיינה את הארגון, עד שלא ניתן היה להתמודד עם הפרות החוק שלו בדרך אחרת.³⁴² בית המשפט ציין בהקשר זה כי גם סיוע הומניטרי עשוי לגרור הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק, אם הוא ניתן באופן ישיר לארגון העוסק בטרור; אולם כאשר ארגון מספק סיוע בכוונה לעזור לבני אדם, מתוך שמירה על עקרונות האנושיות והניטרליות, אין בעצם העובדה שהעביר כספים לארגונים הפועלים באזור הנתון לשליטתו של ארגון טרור כדי להצדיק איסור על המשך פעילותו.³⁴³

3.6.2.1 השלכות ההכרזה

השלכותיה של החלטה להוציא מפלגה או ארגון אל מחוץ לחוק רחבות ועבות באופן יחסי. הוצאת ארגון או מפלגה אל מחוץ לחוק גוררת הקפאה וחילוט של נכסיו,³⁴⁴ וישנם איסורים פליליים על שימוש פומבי בסמלי הארגון, על חברות

341 שם, בפס' 124.

342 שם, בפס' 124.

343 שם, בפס' 133-136. כמו כן ראו עניין אל-אקצא משנת 2004, שבו אישר בית המשפט המינהלי הפדרלי הוצאת ארגון הצדקה קרן אל-אקצא אל מחוץ לחוק, לאחר שקבע כי העביר כספים רבים, לאורך זמן, לארגונים חברתיים המשויכים לחמאס. אף שלא ניתן היה להוכיח שהכספים שימשו באופן ישיר למטרות צבאיות, בית המשפט קבע כי די היה בתרומה העקיפה לפעילות האלימה של חמאס כדי לבסס קיומו של יסוד אובייקטיבי לסגירת הארגון. בית המשפט גם קבע כי באותו מקרה התקיים גם היסוד הסובייקטיבי הנדרש – קרי שהארגון היה מודע לכך שיש בפעילותו כדי לסייע באופן עקיף למעשי האלימות של חמאס, וכי הזדהה עם ארגון חמאס ועם מעשיו האלימים. בית המשפט הגיע למסקנה זו לאחר שפירט בהרחבה תשתית עובדתית לביסוס הטענה שהארגונים שקיבלו את הכספים אכן קשורים לחמאס ושייכים אליו, וכי התשתית החברתית של חמאס תורמת לקידום המטרות הצבאיות שלו (ראו BVerwG, Dec. 3, 2004, 6 A 10.2).

344 ראו סעיפים 10-13 לחוק ההתאגדויות הגרמני (לעיל ה"ש 329). סעיף 35(3) לחוק המפלגות הפוליטיות מחיל הוראות אלה גם על מפלגות שהוכרזו בלתי חוקתיות.

פעילה בו ועל סיוע להמשך קיומו ופעילותו.³⁴⁵ נוסף על כך ישנו איסור על יצירה והפצה של חומרי תעמולה כתובים של הארגון, כאשר החומרים עצמם מופנים נגד המשטר החוקתי החופשי והדמוקרטי או נגד רעיון "היחסים הטובים בין העמים" ("comity of nations").³⁴⁶ בספטמבר 2021 תוקן החוק כדי להחיל את האיסורים על שימוש פומבי בסמליו של ארגון לא חוקי ועל הפצת חומרי תעמולה שלו, גם על ארגונים שהאיחוד האירופי הכריז עליהם כארגוני טרור.

הפסיקה המיישמת איסורים אלה קבעה מגבלות חשובות על היקפם, הבאות להגן על חופש הביטוי. דוגמה מלמדת היא עניין *Aydin v. Germany*, אשר נדון בבית הדין האירופי לזכויות אדם בשנת 2011.³⁴⁷ באותו מקרה אישה הועמדה לדין בגרמניה לאחר שתרמה כסף לארגון PKK, שהוצא אל מחוץ לחוק בהוראת שר הפנים בשנת 1993, והשתתפה בארגון קמפיין ציבורי שלו. במסגרת הקמפיין הגישו אלפי תומכים של PKK הצהרות לרשויות בברלין, ובמסגרתן הם קראו למדינה לבטל את ההחלטה להוציא את PKK אל מחוץ לחוק והצהירו כי הם משתייכים לארגון, אינם מכירים באיסור עליו ומקבלים עליהם את האחריות העולה מכך. הנאשמת הורשעה בפעילות הנוגדת את הוצאת PKK אל מחוץ לחוק, והושת עליה קנס בגובה 1,200 אירו. בית המשפט הפדרלי הגרמני לחוקה דחה ערעור נגד ההרשעה והדגיש כי מטרת האיסור אינה למנוע הבעת דעה כשלעצמה אלא למנוע התנהגות שיש בה כדי להועיל לפעילות הבלתי חוקית של

345 ראו סעיפים 84-86a לחוק הפלילי הגרמני (Strafgesetzbuch), וסעיף 20 לחוק ההתאגדויות הגרמני, לעיל ה"ש 329. כמו כן ראו *Kretschmer*, לעיל ה"ש 320, בעמ' 1019-1020. כך למשל סעיף 84 לחוק הפלילי הגרמני מטיל עד חמש שנות מאסר או קנס על חברות אקטיבית במפלגה מוכרזת או על תמיכה בהמשך קיומה הארגוני, וסעיף 85 קובע עבירה דומה עם עונש של עד שלוש שנות מאסר ביחס לארגון שאינו מפלגה, אשר הוכרז בשל היותו מוכווני נגד המשטר החוקתי או נגד עקרון ההבנה הבינלאומית.

346 סעיף 86 לחוק הפלילי הגרמני. סייג מפורש הקבוע בחוק מחריג מהאיסור שימוש בחומרי תעמולה לצרכים חינוכיים או במסגרת קידום האומנות, המדע וכיוצא באלה מסרות (ראו סעיף 86(3) לחוק הפלילי הגרמני).

347 *Aydin v. Germany*, App. No. 16637/07 Eur. Ct. H.R. מיום 27.1.2011 (להלן: עניין *Aydin v. Germany*).

הארגון.³⁴⁸ כדי להיתפס באיסור לא די בפרסום חומר המביע הזדהות עם הארגון, אלא נדרשת כוונה לקדם את הפעילות האסורה שלו.³⁴⁹ במקרה הספציפי שנדון מדובר היה בקמפיין שהנהיג PKK עצמו, ולא בהבעת דעה עצמאית. יתרה מכך, גם ההצהרות, שנמסרו בתיאום עם הארגון, היו חוסות תחת חופש הביטוי אילו הוגבלו לדרישה להסרת האיסור או למימוש זכויות העם הכורדי. בית המשפט בגרמניה ציין כי אין לשלול זכותו של אדם לקרוא לביטול החלטה להוציא ארגון אל מחוץ לחוק, גם אם יש בכך כדי לחזק את בסיס התמיכה בארגון.³⁵⁰ אולם התחייבות מפורשת, במסגרת קמפיין המוני, להפר את האיסור בעתיד, תורמת באופן ממשי ליכולת הארגון להמשיך לפעול בניגוד לאיסור ועל כן חורגת מגדר המותר.³⁵¹ בית הדין האירופי לזכויות אדם נמנע אף הוא מלהתערב בהרשעה, ובתוך כך הדגיש כי העותרת השתתפה בקמפיין המוני שארגן PKK עצמו, וכי ההתחייבות ההמונית להימנע מכיבוד האיסור בעתיד יש בה כדי לאפשר את המשך הפעילות הבלתי חוקית של הארגון עצמו.³⁵²

השלכותיה החמורות של החלטה להוציא ארגון או מפלגה אל מחוץ לחוק בגרמניה מבטאות אפוא תפיסה עבה ביחס להכרזה על ארגון כבלתי חוקי. אומנם ההכרזה נועדה לשרת תכלית מניעתית, אולם זו נוגעת למטרה הרחבה יותר של הגנה על עקרונות המשטר הדמוקרטי בגרמניה מפני חתירה תחתם. ארגוני טרור עשויים להיות מוכרזים אף הם, אולם הסמכות נועדה להתמודד לא רק עם הסכנות הקונקרטיות לביטחון הציבור הטמונות במעשי אלימות קיצוניים.

348 ראו פסק הדין של בית המשפט הפדרלי לחוקה, 1 BVerfG, 1 BvR 605/04 מיום 26.9.2006, פס' 45-46. ניתן לעיין בתרגום לאנגלית של פסק הדין באחר בית המשפט הפדרלי לחוקה. אין צורך להראות כי הפעילות אכן סייעה לארגון; די להוכיח כי טמון בה פוטנציאל קונקרטי להביא לתוצאה המועילה לפעילות האסורה של הארגון.

349 שם, בפס' 46, 52.

350 שם, בפס' 56.

351 שם, בפס' 57.

352 עניין *Aydin v. Germany*, לעיל ה"ש 347, בפס' 57-61. פסק הדין התקבל ברוב של שישה לעומת אחד. דעת המיעוט סברה בין היתר כי מאחר שבחיי המשפט הגרמניים קבעו כי מרגע שהוחלט שמעשי האישה נופלים לגדר האיסור הפלילי חופש הביטוי נסוג, לא נשקל כדבעי אם התקיים צורך חברתי לוחץ במקרה הספציפי אשר חייב הגבלת חופש הביטוי (שם, בעמ' 16-17).

עם זאת, כפי שראינו, על אף עובי השלכות ההכרזה – המטילה עונשים כבדים על מעשים כגון חברות בארגון טרור והנפת סמליו – גם השלכות אלה נתונות למגבלות ניכרות, הבאות למנוע פגיעה חמורה מדי בחופש הביטוי הפוליטי. כפי שנראה, עובי מנגנון ההכרזה בגרמניה מתאזן עם ערובות פרוצדורליות משמעותיות, שבכוחן להבטיח הליך שקוף והוגן הליך ולמנוע שימוש לרעה בסמכות.

3.6.2.2 הליך ההכרזה וערובות למניעת הכרזות שווא

כאמור, רק בית המשפט הפדרלי החוקתי רשאי להוציא מפלגה אל מחוץ לחוק, בהליך שיפוטי שקוף. כאשר מדובר בארגון, לעומת זאת, הסמכות נתונה לרשות המבצעת.³⁵³ אולם כפי שנראה, גם במקרה כזה מובטחת זכותו של ארגון לאתגר הכרזה לפני בית משפט מינהלי, בהליך אשר מגן על זכויות פרוצדורליות בסיסיות.

על אף החובה העקרונית במשפט הגרמני לקיים שימוע מוקדם לפני נקיטת צעדים נגד אדם, בית המשפט הגרמני קבע כי ניתן לוותר על חובה זו כאשר קיים חשש שארגון יפעל להברחת נכסים או לשיבוש ראיות.³⁵⁴ עם זאת, לאחר קבלת ההחלטה ניתן להשיג עליה לפני בית משפט מינהלי, וישנה הקפדה על קיומו של הליך שיפוטי הוגן, שבמסגרתו המדינה אינה רשאית להסתמך על חומרים חסויים המוצגים לבית המשפט בלבד.³⁵⁵ באופן כללי, השימוש בחומרים חסויים בהליכים שיפוטיים אסור בגרמניה, שכן הוא נחשב הפרה בלתי

353 כאמור, כאשר מדובר בארגון הפועל ברמה ארצית, הסמכות נתונה לשר הפנים הפדרלי. כאשר מדובר בארגון הפועל רק בתוך אחת המדינות, הסמכות נתונה לגורם המקומי המקביל (סעיף 2 לחוק ההתאגדיות הגרמני, לעיל ה"ש 329).

354 BVerfG, 1 BvR 1474/12, לעיל ה"ש 331, בפס' 161 לפסק הדין.

355 המידע על היחס לחומר חסוי במשפט המינהלי הגרמני מתבסס, בין היתר, על דואר אלקטרוני מפרופ' ד"ר Kurt Graulich, שופט (בדימוס) בבית המשפט המינהלי הפדרלי בגרמניה למחברת (8.10.2018, 10.10.2018, 14.10.2018, 26.11.2018, 5.1.2020).

חוקתית של הזכות להישמע.³⁵⁶ כאשר המדינה טוענת במסגרת הליך שיפוטי כי גילוי מידע או ראיות רלוונטיים עלול לפגוע באינטרס ציבורי חשוב, קיים הליך ביניים שבמסגרתו היא מציגה את החומר לעיון בית המשפט, והוא נדרש לאזן בין האינטרסים המתנגשים ולהחליט בדבר חוקיות הסירוב.³⁵⁷ אולם אם בית המשפט מקבל את טענת המדינה שהחומר צריך להישאר חסוי, התוצאה היא כי הוא אינו מוגש כלל בהליך העיקרי, והמדינה אינה רשאית להסתמך עליו.³⁵⁸ אם אין בידי הרשות להוכיח את הבסיס החוקי להחלטתה באמצעות ראיות אחרות, משמעות הדבר כי לא תוכל להגן עליה בבית המשפט, שכן הכלל במשפט המינהלי הגרמני הוא שהמדינה נושאת בנטל להוכיח חוקיותם של צעדים הננקטים נגד אזרחים.³⁵⁹ חשוב לציין כי דיני הראיות הגרמניים מאפשרים הסתמכות עקיפה על חומרים חסויים, באמצעות השימוש בעדות שמיעה.³⁶⁰ עם זאת, על בתי משפט להביא בחשבון את המשקל הראייתי הפחות של עדות השמיעה, ואת העובדה שלא ניתנה לצדדים אפשרות לבחון את מהימנותה באופן בלתי אמצעי.³⁶¹ בעניין אל-אקצא הבהיר בית המשפט המינהלי הפדרלי כי גם החלטה להוציא ארגון אל מחוץ לחוק כפופה לכללים אלו, וכי המדינה נדרשת להציג לבית המשפט – וגם לצד השני – ראיות ומידע לביסוס ההחלטה.³⁶² בית המשפט הדגיש שם כי קביעות עובדתיות שנויות במחלוקת של הרשות, המבוססות על מידע מודיעיני אשר אינו מוגש במסגרת ההליך השיפוטי, יכולות רק לאשרר את התשתית העובדתית העולה מממצאים אחרים המצויים לפני בית המשפט והצד השני.³⁶³

356 NATIONAL SECURITY AND SECRET EVIDENCE IN LEGISLATION AND BEFORE THE COURTS: EXPLORING THE CHALLENGES (STUDY FOR THE LIBE COMMITTEE) 108 (2014) (להלן: LIBE REPORT); התכתבות עם Graulich, שם.

357 LIBE REPORT, שם, בעמ' 109-110; התכתבות עם Graulich, שם.

358 LIBE REPORT, שם; התכתבות עם Graulich, שם.

359 התכתבות עם Graulich, שם.

360 LIBE REPORT, לעיל ה"ש 356, בעמ' 108-109.

361 שם.

362 ראו עניין אל-אקצא, לעיל ה"ש 343.

363 שם.

3.6.2.3 האיסורים הפליליים הספציפיים על

השתתפות בארגון טרור

לצד האיסורים הכלליים על פעילות במסגרת ארגונים שהוצאו אל מחוץ לחוק – איסורים העשויים לחול בין היתר גם על ארגוני טרור – ישנם איסורים פליליים ספציפיים, הנוגעים להשתתפות בארגוני טרור. סעיף 129a לחוק הפלילי הגרמני אוסר על הקמת ארגון טרור ועל חברות בו, וקובע עונש חמור של עד עשר שנות מאסר בגין הפרתו. כמו כן הוא אוסר על סיוע לארגון טרור ועל גיוס תומכים בו. עם זאת, בניגוד לאיסורים הנוגעים לפעילות בארגון בלתי חוקי – המתייחסים להפרת ההחלטה המינהלית להוציא ארגון אל מחוץ לחוק – האיסור הספציפי על חברות בארגון טרור טעון הוכחת האופי הטרוריסטי של הארגון בהליך הפלילי עצמו. כדי להרשיע אדם בהפרת האיסור, יש להוכיח מהותית כי מטרתו או פעילותו הארגון מכוונות לביצוע עבירות של רצח, חטיפה, רצח עם, פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה, או לביצוע עבירות ספציפיות נוספות בנסיבות המעידות על הקשר טרוריסטי.³⁶⁴ כמו כן אין איסור על חברות פסיבית בארגון; נדרש להוכיח פעילות אקטיבית למען המטרות הטרוריסטיות.³⁶⁵ סעיף 129b לחוק מחיל את האיסור על ארגונים זרים, בתנאים מסוימים.³⁶⁶ תיקון לחוק משנת 2002 ביטל סעיף אשר אסר בעבר על "קידום" ארגון טרור – לאחר שבתי משפט פירשו אותו כחל גם על הבעת הזדהות עם ארגון טרור, והמחוקק ביקש לרסן את הפגיעה בחופש הביטוי הטמונה בכך.³⁶⁷

364 רשימת העבירות הנוספות כוללת עבירות הגורמות נזק חמור, פיזי או נפשי, לאדם אחר, עבירות נגד הסביבה ועוד, והן נכנסות לגדר הסעיף כאשר מחקיימים שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שהן מבוצעות מחוץ מטרה להפחיד את הציבור, לאלץ רשות ציבורית באופן בלתי חוקי לנקוט פעולה מסוימת, או להשמיד את מבני היסוד הפוליטיים, החוקתיים, הכלכליים או החברתיים של מדינה או ארגון בינלאומי. התנאי הנוסף הוא שהן עלולות, בנסיבות ביצוען, לפגוע קשות בארגון בינלאומי או במדינה. ראו Kretschmer, לעיל ה"ש 320, בעמ' 1024-1025.

365 ליאת לבנון **חברות בארגון טרור** 75 (2012). האיסור על חברות בארגון טרור הוא מקרה מיוחד של האיסור על הקמת ארגון פלילי (סעיף 129 לחוק הפלילי הגרמני).

366 הסעיף נקבע בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001. ראו Kretschmer, לעיל ה"ש 320, בעמ' 1027-1031.

367 שם, בעמ' 1035.

3.7 סיכום הסקירה ההשוואתית

מהסקירה ההשוואתית המובאת לעיל עולות כמה תובנות חשובות לענייננו. ראשית, עולה כי לא כל מנגנוני ההכרזה נושאים את אותן ההשלכות. כפי שראינו, ניתן למקם את המנגנונים השונים בסקלה שמשתרעת בין מנגנונים רזים – הבאים בעיקר להקפיא את נכסי הארגון ולמנוע את הגישה שלו למשאבים כלכליים – ובין מנגנונים עבים – המבקשים להטיל בארגון פסול חוקי עמוק. משטרי ההכרזות של מועצת הביטחון ושל האיחוד האירופי הם משטרי סנקציות ממוקדות, הבאים בעיקר להשבית את הפעילות הכלכלית של הארגון. משטרי ההכרזות בארצות הברית וקנדה הם מנגנוני ביניים – הפועלים בעיקר כמשטרי סנקציות, אך הכוללים גם אלמנטים עבים יותר. משטרי ההכרזות בבריטניה ובגרמניה הם משטרים עבים, הגוררים איסורים פלייליים רחבים על חברות פעילה בארגון ועל פרסום סמליו (בבריטניה קיים גם הסדר נפרד, רזה יותר, להטלת סנקציות כלכליות על גורמים מוכרזים).

בהמשך לנקודה זו עולה כי בניגוד לתפיסה המהותנית שליוותה את חקיקת חוק המאבק בטרור – ולפיה מרגע שארגון הוכרז חשוב להתייחס אליו כארגון טרור לכל דבר ועניין (ראו בפרק 4 למחקר זה) – ההגדרה של ארגון טרור משתנה פעמים רבות בהתאם לתכלית הספציפית של ההסדר העומד על הפרק. כך למשל בפסיקת האיחוד האירופי הובהר כי הגדרת המונח "ארגון טרור" לצורכי הכרזה נגזרת מהתכלית הקונקרטית של משטר ההכרזות, ואינה זהה בהכרח להגדרה שצריכה לשמש לנקיטת צעדים נגד אנשים בגין מעורבות בארגון טרור. באופן דומה, בבריטניה ההגדרה של ארגון טרור לצורכי סנקציות כלכליות שמטיל משרד האוצר רחבה יותר מזו המשמשת להוצאת ארגון אל מחוץ לחוק. בעוד הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק מחייבת קביעה שהארגון מעורב בטרור, ניתן להטיל סנקציות כלכליות גם על ארגונים ואנשים המעניקים תמיכה או סיוע לגורמים שמעורבים בטרור. גם בארצות הברית, משטרי ההכרזה השונים נסמכים על עילות שונות.

שנית, מתברר שכדי להבין לאשורו את פוטנציאל פגיעתו של מנגנון הכרזות במרחב הדמוקרטי, יש לבחון אותו כמכלול, מתוך התייחסות לפרמטרים כגון העילות להכרזה; השלכות ההכרזה; ומידת ההוגנות והשקיפות של הליכי ההכרזה. כמו כן יש לשים לב לאופן שבו ההסדר מוחל על תנועות פוליטיות מקומיות. כפי שראינו, גישה מחמירה ביחס לאחד מפרמטרים אלה מתאזנת פעמים רבות באמצעות הפרמטרים האחרים. לכן כל ניסיון לשאול אלמנטים מתוך הסדרים זרים צריך להביא בחשבון את יחסי הגומלין בין הפרמטרים השונים ואת האיזונים הפנימיים העדינים המאפיינים אותם.

שלישית, עולה כי מדינת ישראל איננה המדינה היחידה בעולם המכירה בכך שמאבק אפקטיבי בארגוני טרור מחייב פעולה גם נגד ארגונים אזרחיים, המסייעים לארגוני הטרור לממש את יעדיהם ההרסניים. מדינות רבות בעולם – ובכללן ארצות הברית, קנדה וגרמניה – מאפשרות הכרזה גם על ארגונים המספקים סיוע אזרחי לארגונים המבצעים מעשי טרור. עם זאת, סמכות זו כפופה למגבלות חשובות, שעליהן ארחיב בהמשך הדברים, בפרק 4 למחקר.³⁶⁸

לבסוף, בשנים האחרונות מסתמנת מגמה של שיפור הערובות הדינמיות המובטחות למי שמבקש להשיג על הכרזה, ומזעור הפגיעה הכרוכה בהסתמכות על חומר חסוי בהליכים אלו. בהקשר זה ניתן להצביע על מתאם מסוים (אך לא מושלם) בין עובי משטר ההכרזות ובין הכלים הניתנים בידי האזרח לאתגר הכרזה בלתי מוצדקת. אולם גם במסגרת משטרי סנקציות רזים יותר נקבעו בשנים האחרונות סטנדרטים מינימליים להבטחת שימוש הוגן ומידתי בכלי הדרקוני – כגון הזכות להשיג על הכרזה לפני גורם עצמאי, לרוב שיפוטי, המוסמך לבקר את ההחלטה ולהורות על ביטולה.

368 ראו להלן בחלק 4.2.1.5 למחקר, "עקרונות העולים מהמשפט המשווה".

לוח 2

סיכום מנגנוני הכרזה בעולם

השלכות	עילות	מדינה / ארגון בינלאומי
מנגנון רזה – משטר סנקציות. הכרזה גוררת הקפאת נכסים, מגבלות תנועה בין מדינות, ואמברגו על הספקת נשק.	ארגונים ואנשים הקשורים לאל-קאעידה ודאע"ש. השתתפות במימון, תכנון, הכנה או ביצוע של פעילויות בשיתוף אחד הארגונים הנ"ל, בשמם, למענם או כדי לתמוך בהם; מכירת נשק או חומרים דומים לאחד הארגונים הנ"ל; גיוס חברים או תמיכה אחרת בארגונים הנ"ל.	מועצת הביטחון (לפי החלטה 1267)
מנגנון רזה – משטר סנקציות. הכרזה גוררת הקפאת נכסים, מגבלות כניסה למדינות האיחוד, ואמברגו על הספקת נשק וסיוע צבאי.	אדם או ארגון הקשור לאל-קאעידה או דאע"ש.	האיחוד האירופי (הכרזה על גורמים הקשורים לאל-קאעידה ודאע"ש)
מנגנון רזה – משטר סנקציות. הקפאת נכסים; איסורים פליליים שמטרתם למנוע העברת משאבים לארגונים, לרבות איסורים על מתן שירותים פיננסיים לגורמים שמופיעים ברשימה ועל ביצוע פעולות לסיכול הקפאת הנכסים; חשיפה לשיתוף פעולה בין רשויות האכיפה במדינות שונות.	החלטה ברמה המדינתית לפתוח בחקירה או לנקוט צעדים נגד אדם או ארגון בשל מעורבות בביצוע מעשי טרור. ארגון או מוסד המצוי בשליטתו של ארגון או אדם מוכרז גם עשוי להיכלל ברשימה.	האיחוד האירופי – הכרזה על גורמים המעורבים בטרור באופן כללי

מספר ההכרזות	הוגנות ושקיפות
262 אנשים ו־89 ארגונים (נכון לסוף דצמבר 2020)	מחפרסם סיכום נרטיבי, הכולל נימוקים מפורטים על הטעמים להכרזה, באתר מועצת הביטחון. נציב מיוחד דן בבקשות להסרה מהרשימה. הנציב הוא גורם ממליץ, אולם עד היום כל המלצותיו התקבלו. 62 מתוך 84 בקשות להסרה שנבחנו עד היום התקבלו. חובה לקיים ביקורת תקופתית.
5 אנשים (נכון ליולי 2020)	קיימת חובה לספק לגורם מוכרז את טעמי ההכרזה ולאפשר לו הזדמנות לשימוע.
14 אנשים ו־21 ארגונים שחלים עליהם הסדרי הקפאת הנכסים (נכון ליולי 2020)	זכות לסעד שיפוטי אפקטיבי לפני ערכאות האיחוד האירופי; פסיקה שעסקה באימוץ הכרזות של מועצת הביטחון על ידי האיחוד האירופי קבעה ערובות בסיסיות, ובכלל זה החובה להעביר לאדם/ארגון נימוקים מפורטים להכרזה. חובה לקיים ביקורת תקופתית.



מדינה / ארגון בינלאומי	עילות	השלכות
<p>ארצות הברית - הכרזה על ארגוני טרור זרים (FTOs)</p>	<p>ארגון העוסק בטרור או בפעילות טרוריסטית. לפי החוק, המונח "פעילות טרוריסטית" עשוי לכלול גם מתן סיוע ממשי לארגונים מוכרזים; אולם בית המשפט העליון האמריקאי הדגיש כי ההצדקה להטלת איסור רחב על סיוע ממשי נעוצה בכך שארגונים מוכרזים מבצעים מעשי אלימות קיצוניים. המנגנון חל על ארגונים זרים.</p>	<p>מנגנון ביניים - עבה. משטר סנקציות מורחב: מניעת כניסה לארצות הברית עבור גורמים מוכרזים שאינם אזרחים; הקפאת נכסי הארגון; איסור פלילי חמור על מתן סיוע ממשי לארגון, אשר התפרש ככולל גם פעילות פוליטית המבוצעת בחיאום עם הארגון או על פי הנחיותיו.</p>
<p>ארצות הברית - הכרזה על טרוריסטים גלובליים מיוחדים (SGDTs)</p>	<p>מזכיר המדינה רשאי להכריז על ארגונים או אנשים זרים שביצעו או עלולים לבצע מעשי טרור המאיימים על ארצות הברית; מזכיר האוצר רשאי להכריז על גורמים נוספים, לרבות מקומיים, המעניקים סיוע ממשי לגורמים מוכרזים או הנמצאים בשליטתם. הכרזה עשויה לחול על ארגונים מקומיים, בשל הקשר שלהם לארגון זר מוכרז.</p>	<p>מנגנון ביניים - רזה. הכרזה גוררת הקפאת נכסי הארגון, איסור על ביצוע פעולות ברכוש המוקפא, ואיסור על העמדת כספים, מוצרים או שירותים לטובת הארגון המוכרז. עיקר האכיפה בידי משרד האוצר, הרשאי להטיל סנקציות אזרחיות בלבד.</p>

מספר ההכרזות	הוגנות ושקיפות
69 ארגונים (נכון לספטמבר 2020)	<p>ביקורת שיפוטית לפני בית המשפט הפדרלי בווינגטון + פיקוח פרלמנטרי.</p> <p>ערובות סטטוטוריות חלשות, אך ערובות חוקתיות לארגונים בעלי זיקה לארצות הברית: הזכות לקבל הודעה על ההכרזה והזדמנות ממשית להשמיע טענות.</p> <p>כאשר חלות הערובות החוקתיות, ישנה חובה להעביר לארגון את כל התיק המינהלי הגלוי;</p> <p>ניתן להסתמך על חומר חסוי, אך בית המשפט הדגיש כי טרם הכריע אם ניתן לעשות כן כאשר המידע החסוי משמש בסיס חיוני להכרזה;</p> <p>כאשר ישנה הסתמכות על חומר חסוי יש למצוא דרכים חלופיות להבטחת הליך הוגן, כגון העברת סיכום מפורט לארגון או מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין במידע החסוי. חובה לקיים ביקורת תקופתית.</p>

1,793 ארגונים ואנשים (נכון לסוף שנת 2020)

אפשרות לעתור לבית משפט פדרלי על פי סמכות מקומית. עילות הביקורת הן מינהליות, אך בית המשפט בודק בין היתר אם הקביעות העובדתיות של המדינה נסמכות על ראיות ממשיות. במקרים שנגעו לארגונים אמריקאיים דרשו בתי משפט ערובות להבטחת הליך הוגן, כגון העברת סיכומים מפורטים לעותר או מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין בחומר החסוי.



מדינה / ארגון בינלאומי	עילות	השלכות
קנדה	ניתן להכריז על ארגון אם השתתף ביודעין בביצוע או בקידום מעשה טרור או אם פעל למענו, בהנחיותיו או בקשר עם ארגון כאמור.	מנגנון ביניים – רזה. הקפאת רכוש הארגון והטלת איסורים פליליים על ביצוע עסקאות ברכושו / העברת רכוש לרשותו / מתן שירותים פיננסיים. רכוש הארגון ניתן לחילוט בהליך שיפוטי אזרחי. האיסור על השתתפות בארגון טרור מוגבל למצבים שבהם יש לאדם כוונה ספציפית לתרום ליכולות הטרוריסטיות של הארגון, ובהם פעילותו אכן עשויה לקדם מטרה זו. האיסור אינו חל על פעילות תמימה או בעלת תועלת חברתית המבוצעת במסגרת הארגון בהיעדר כוונה כאמור.
בריטניה – המנגנון להוצאת ארגוני טרור אל מחוץ לחוק	מזכיר הפנים רשאי להכריז על ארגון אם הוא מעורב בטרור: משתתף בביצוע מעשי טרור, מקדם או מעודד טרור. המנגנון חל על גורמים מקומיים.	מנגנון עבה: איסורים פליליים על חברות בארגון, על פרסום סמלי הארגון באופן המעלה חשד סביר שאדם תומך בארגון, על קיום מפגשים במטרה לתמוך בארגון, ועל הבעת דעה או אמונה שיש בה משום תמיכה בארגון ועוד. איסורים על העמדת משאבים לרשותו של ארגון מוכרז. סמכות לתפוס ולחלט רכושו של הארגון.

מספר ההכרזות	הוגנות ושקיפות
כ-60 ארגונים (נכון לספטמבר 2020)	<p>אין מנגנון שימוע. אפשר להגיש בקשה לביטול הכרזה אולם החוק קובע ברירת מחדל שאם השר אינו דן בהחלטה בחוך זמן קצוב, היא נחשבת כאילו נדחתה.</p> <p>ישנה אפשרות לעתור לבית משפט נגד הכרזה. בית המשפט רשאי להסתמך על חומר חסוי.</p> <p>הערובות המקובלות במשפט הקנדי להתמודדות עם חומר חסוי, מינוי עורך דין מיוחד וחובה לגלות גרעין מינימלי של מידע, לא הוחלו סטטוטורית בהקשר זה, והנושא טרם נבחן בבית המשפט. חובה לקיים ביקורת תקופתית.</p>
90 ארגונים (14 מתוכם קשורים לצפון אירלנד) (נכון ליולי 2020)	<p>הכרזה כפופה לביקורת פרלמנטרית. אפשר להגיש בקשה לביטול הכרזה. כאשר נדחית בקשה לביטול הכרזה אפשר לערער לפני טריבונל שיפוטי מיוחד שהוקם לשמיעת ערעורים על הכרזות (POAC). עילות הביקורת הן מינהליות, אולם הטריבונל מקיים בחינה מפורטת ואינטנסיבית.</p> <p>ברירת המחדל היא שדיוני הטריבונל מתקיימים בפומבי. המדינה חייבת לגלות לעותר את המידע הרלוונטי המצוי ברשותה, לרבות מידע מזכה, בכפוף לשיקולי חיסיון.</p> <p>כאשר מוגש חומר חסוי מתמנה עורך דין מיוחד אשר מעיין בחומר מטעם העותר ומשתתף בכל דיון המתקיים במעמד צד אחד. זכות העמידה לפני הטריבונל רחבה: היא כוללת צדדים שלישיים שזכויותיהם הפוליטיות נפגעו עקב הכרזה. החלטות מפורטות של הטריבונל מתפרסמות באתר ממשלת בריטניה.</p> <p>אין חובה סטטוטורית לקיים ביקורת תקופתית.</p>



מדינה / ארגון בינלאומי	עילות	השלכות
בריטניה – הכרזת משרד האוצר	<p>ניתן להכריז על ארגונים ואנשים אשר מעורבים בצורה ישירה או עקיפה בטרור, כולל מי שמעניקים תמיכה או סיוע לגורמים שידועים כמעורבים בטרור.</p> <p>נוסף על כך נדרש כי ההכרזה תהיה הולמת, בשים לב למטרות משטר ההכרזות, לרבות מניעת טרור וקיום ההתחייבויות הבינלאומיות של בריטניה לפי החלטות מועצת הביטחון.</p>	<p>מנגנון רזה – גורר סנקציות כלכליות בלבד: הקפאת נכסי הארגון; איסורים על ביצוע פעולות ברכושו ועל העמדת משאבים או שירותים פיננסיים לרשותו; חובות דיווח שונות.</p>
גרמניה	<p>ניתן להוציא ארגון אל מחוץ לחוק אם מטרותיו או פעילויותיו סותרות את המשפט הפילי, אם הוא מכוון נגד המשטר החוקתי, או אם הוא מכוון נגד "עקרון ההבנה הבינלאומית".</p> <p>המנגנון, החל גם על ארגונים מקומיים, משמש בין היתר להוצאה אל מחוץ לחוק של ארגונים שעוסקים בטרור או שמעבירים סיוע כלכלי משמעותי לארגוני טרור, מתוך הזדהות עם הארגון ועם מעשי האלימות שלו.</p> <p>נדרש כי הפעילות הבעייתית כה תאפיינ את הארגון עד אשר לא ניתן יהיה להסתפק בצעדים מצומצמים יותר כגון העמדת חלק מהפעילים לדיון.</p> <p>הסדר מיוחד חל על הוצאתן אל מחוץ לחוק של מפלגות פוליטיות, הטעונה החלטה של בית המשפט הפדרלי לחוקה.</p>	<p>מנגנון עבה – הכרזה גוררת הוצאת הארגון אל מחוץ לחוק באופן עמוק: איסור על חברות פעילה בארגון; איסור על שימוש פומבי בסמלי הארגון; איסור על הפצה ויצירה של חומרי תעמולה כתובים של הארגון, כאשר החומרים עצמם מופנים נגד המשטר החוקתי החופשי והדמוקרטי או נגד רעיון היחסים הטובים בין העמים.</p> <p>לעומת זאת אין איסור על הבעת הזדהות עצמאית עם הארגון.</p> <p>בית המשפט קבע כי הכרזה משרתת תכלית מניעתית, אך זו נוגעת למטרה הרחבה יותר של הגנה על עקרונות המשטר הדמוקרטי בגרמניה, ולא רק למטרה המצומצמת של מניעת מעשי טרור.</p> <p>הכרזה גם גוררת הקפאה וחילוט נכסי הארגון.</p>

מספר ההכרזות	הוגנות ושקיפות
<p>19 אנשים ו־24 ארגונים (נכון לנובמבר 2020)</p>	<p>אפשר לעתור נגד ההכרזה לבית המשפט. ישנה הסתמכות על חומר חסוי אך יש חובה למנות עורך דין מיוחד. הפסיקה קבעה חובה לגלות לגורם המוכרז גרעין מינימלי של מידע, כדי לאפשר לו להתייחס בצורה אפקטיבית לטענות נגדו. הכרזות כפופות לביקורת תקופתית.</p>
<p>כ־60 ארגונים (שאינם מפלגות) הוצאו אל מחוץ לחוק (נכון ליולי 2018).</p>	<p>כאשר מדובר בארגון שאיננו מפלגה, הסמכות להוצאתו אל מחוץ לחוק נתונה לרשות המבצעת (בדרך כלל שר הפנים הגרמני). ניתן לעתור על הכרזה לפני בית משפט מינהלי. אין אפשרות להגן על הכרזה בבית המשפט על סמך חומר חסוי.</p>

הסדר ההכרזות בחוק המאבק בטרור: דיון ביקורתי ופרשנות הוראות החוק

על רקע הדין ההשוואתי והעקרוני שקיימתי לעיל, אפנה כעת לבחון את מנגנון ההכרזה הקבוע בחוק המאבק בטרור בישראל. תחילה אעמוד על השלכות ההכרזה על ארגון כארגון טרור לפי החוק – ואראה כי מדובר במנגנון עבה, המשליך בצורה משמעותית על המרחב הדמוקרטי ועל חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל. אציע לשקול מחדש חלק מהשלכות אלה, בהתאם לתכליות המניעתיות הראויות של מנגנון ההכרזות. לאחר מכן אדון בעילות להכרזה ובפרשנות שיש להעניק להגדרה של "ארגון טרור" המופיעה בחוק – על מנת לממש תכליות אלה. הדיון בעילות מובא לאחר הדיון בהשלכות, שכן יש לקרוא ולפרש את ההגדרה של ארגון טרור, בין היתר על רקע השלכותיה של הגדרה זו. לבסוף, אעמיק בפרוצדורות הקבועות בחוק ובעקרונות שצריכים להנחות את הגורמים השונים, האמונים על קיום ביקורת חיצונית על הכרזות, כדי להבטיח הליכים הוגנים ושקופים ככל האפשר. בחלק מהמקרים אציע גם תיקונים לחוק.

4.1

מנגנון עבה: השלכותיה של הכרזה על ארגון טרור

במהלך הדיונים בכנסת הבהירו נציגי הממשלה כי על פי התפיסה המונחת ביסוד החוק, סמכות הממשלה להכריז על ארגונים כארגוני טרור איננה כלי מוגבל – שנועד להעניק למדינה כלים מניעתיים ספציפיים להתמודדות עם בעיית מימון הטרור – אלא מנגנון האמור לאפשר גיבוש קביעה חברתית מהותית וכללית, שלפיה ארגון מוכרז הוא ארגון טרור. בהתאם לגישה זו, נציגי השב"כ ומשרד המשפטים התנגדו נחרצות להצעות שונות שעלו במהלך הדיונים להבחין בין ארגונים מסוגים שונים, לעניין השלכות שיחולו עליהם: "ארגון טרור הוא ארגון

טרור ואנחנו לא קובעים אותו למחצה, לשליש ולרביעי".³⁶⁹ מרגע שארגון מוכרז, יש לראות בו ארגון טרור לכל דבר ועניין.

4.1.1 ההשלכות הפליליות של ההכרזה

בהתאם לגישה זו הכרזה לפי חוק המאבק בטרור גוררת עבירות פליליות חמורות, המשקפות את התפיסה שלפיה הכרזה מטילה בארגון פסול חוקי עמוק. מלבד עבירות שנועדו להקפיא את הפעילות הכלכלית של הארגון – עבירות המאפיינות גם משטרי סנקציות רזים יותר – ישנם איסורים פליליים חמורים ורחבים על חברות בארגון (לרבות חברות פסיבית) ואף על גילוי הזדהות עימו.³⁷⁰

למשל, לפי סעיף 22 לחוק חברות בארגון טרור – אף אם פסיבית – היא עבירת פשע שדינה חמש שנות מאסר.³⁷¹ "חבר בארגון טרור" הוא כל מי ש"נמנה" עם הארגון, גם אם לא ביצע מעשה פוזיטיבי כלשהו במסגרתו. כדי להיחשב חבר, די שאדם יביע את הסכמתו להצטרף לארגון לפני מי שיש יסוד סביר להניח כי הוא נציג שלו.³⁷² כמו כן החוק קובע שתי חזקות, הניתנות לסתירה, שנועדו להקל על

369 דבריו של רז נזרי, פרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 33 (28.12.2015). כמו כן ראו דברי נציג השב"כ א' באותו דיון, בעמ' 35: "בתפיסה בלחימה בטרור אני לא מוכן לקבל את האבחנה. יכול להיות שחברי הכנסת כן מוכנים לקבל את האבחנה [...] בין ארגון טרור טוב ובין ארגון טרור רע, או חלק טוב וחלק רע. בתפיסה של לוחמה בטרור זה לחלוטין איננו מקובל".

370 ראו סעיפים 20-24 לחוק. העבירות הפליליות הנוגעות באופן ספציפי לרכושו של ארגון טרור כוללות: איסור פעולה ברכוש למטרות טרור (סעיף 31 לחוק, המטיל עשר שנות מאסר, בין היתר, על מי שעושה פעולה ברכוש במטרה לסייע, לקדם או לממן פעילות של ארגון טרור); ואיסור פעולה ברכוש טרור (סעיף 32 לחוק, המטיל שבע שנות מאסר, בין היתר, על מי שמבצע פעולה ברכוש של ארגון טרור או מעביר רכוש לארגון טרור). סעיפים 33-36 לחוק גם קובעים חובת דיווח רחבה על מי שמבצע במהלך עסקיו או מילוי תפקידו פעולה ברכוש, בין היתר כאשר קיים חשד שמדובר ברכוש של ארגון טרור או שהוא תמורתו או רווחו הישיר של רכוש כאמור.

371 סעיף 22(א) לחוק. סעיף 22(ב) לחוק קובע עונש חמור יותר של שבע שנות מאסר לחברות פעילה בארגון.

372 ראו סעיף 2 לחוק, בהגדרה של "חבר בארגון טרור".

הוכחת חברותו של אדם בארגון טרור. החזקה הראשונה קובעת כי מי שמציג עצמו לפני אחר כחבר בארגון, חזקה עליו שהוא אכן כזה, אלא אם עורר ספק סביר ביחס לכך. החזקה השנייה קובעת כי אם אדם היה בעבר חבר בארגון טרור, עליו הראיה כי הפסיק את חברותו. אולם אם מדובר בחבר פסיבי, שלא נטל חלק פעיל בפעילות הארגון ולא פעל כנציגו או כשלוחו, די בכך שיעורר ספק סביר בנוגע להמשך חברותו.³⁷³ סעיפים 20-21 לחוק מטילים אחריות פלילית חמורה אף יותר על מי שעומד בראש ארגון טרור או ממלא תפקיד ניהולי או פיקודי בו.³⁷⁴ הפללתה של חברות פסיבית בארגון מוכרז היא מהביטויים הקיצוניים ביותר של אופיו העבה או המהותני של מנגנון ההכרזה בחוק המאבק בטרור.

סעיף 23 לחוק אוסר על "מתן שירות או העמדת אמצעים" לארגון טרור, אם "יש במתן השירות או בהעמדת האמצעים כדי לסייע לפעילות הארגון או לקדמה". הסעיף אינו מפרט מה הן הפעולות הספציפיות העשויות להיחשב מתן שירות או העמדת אמצעים, ואינו מתייחס לשאלה כיצד יש לנהוג כאשר נותן השירות אינו פועל מתוך מטרה מיוחדת לסייע לארגון הטרור, אלא מספק את השירות או מעמיד את האמצעים במהלך עסקיו הרגיל. בעניין שביר דן בית המשפט העליון בשאלת פרשנותו של סעיף 23 לחוק בהקשר הספציפי של בעלי עסקים עזתים הנותנים שירותים לארגון החמאס השולט במקום.³⁷⁵ בית המשפט הבהיר כי הסעיף, שנועד "לבודד את ארגון הטרור ולנתק אותו ממקורות התמיכה להם הוא נזקק כדי לקדם את פעילותו", עשוי להשתרע גם על שירותים לגיטימיים כשלעצמם, הניתנים בידי נותני שירותים חיצוניים.³⁷⁶ עם זאת, כאשר מדובר בנותני שירותים עזתים, יש להתחשב בעובדה שהם פועלים באזור שחמאס

373 ש.ס.

374 על פי סעיף 20 לחוק, "העומד בראש ארגון טרור או המנהל אותו או נוטל חלק בהכוונה של ארגון טרור בכללו, במישרין או בעקיפין, דינו - מאסר 25 שנים". סעיף זה חל גם על ארגוני מעטפת. אם מדובר בארגון טרור המבצע עבירות רצח - דינו מאסר עולם ועונש זה בלבד. על פי סעיף 21 לחוק, "המנהל פעילות של ארגון טרור או הנוטל חלק בהכוונה של פעילותו, דינו - מאסר 10 שנים", גם אם הפעילות כשלעצמה לגיטימית. אם מדובר בפעילות פלילית, דינו 15 שנות מאסר.

375 ע"פ 6434/15 מדינת ישראל נ' שביר (4.7.2017) (להלן: עניין שביר).

376 ש.ס, בפס' 61-62 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

שולט בו, ולאזן בין התכלית הביטחונית של הסעיף ובין הקושי המיוחד שהם ניצבים לפניו.³⁷⁷ כמו כן יש להעניק משקל לעובדה שישראל מפקחת על הטובין הנכנסים לרצועה.³⁷⁸ כדי לקבוע אם שירות הניתן בידי תושב עזה ייחשב כמקדם את פעילות החמאס יש לבחון שיקולים כגון: טיב השירות שמדובר עליו, השאלה אם הוא ניתן במהלך עסקיו הרגיל של נותן השירות, השאלה אם מדובר בטובין המותרים לכניסה לרצועה, השאלה אם הייתה לנותן השירות כוונה מיוחדת לסייע לטרור דווקא, ועוד.³⁷⁹

בעקבות פסק הדין הגישה המדינה בקשה לדיון נוסף, שבה טענה כי אין מקום לאמץ פרשנות שונה ליסודות העבירה של מתן שירות כשמדובר בתושבי עזה, וכי מבחן מהלך העסקים הרגיל מרוקן את האיסור מכל תוכן ממשי.³⁸⁰ עוד נטען כי מעתה לא ניתן יהיה להעמיד עזתים לדיון בגין עבירה זו אלא במקרים חמורים במיוחד שבהם מדובר בסיוע בעל אופי צבאי מובהק.³⁸¹ הבקשה נקבעה לדיון לפני הרכב מורחב, אולם ההליך הסתיים בהחלטה קצרה שניתנה בהסכמת הצדדים (ובהמלצת בית המשפט), ולפיה פרשנות העבירה "היא אחת. יסודותיה של כל אחת מן העבירות, בין ברצועת עזה ובין בתוך ישראל, שווים הם. אך שמטבע הדברים יישומם של הסעיפים הנ"ל ומארג השיקולים הצריכים לענין משתנה בהתאם לנסיבות, למקום ולזמן".³⁸² ההחלטה התייחסה גם לאיסור נוסף על פעולה ברכוש טרור, שנדונה אף הוא בשולי עניין שביר.

377 שם, בפס' 66-71.

378 שם, בפס' 67.

379 שם, בפס' 84-90; "אכן, האיסור הקבוע בעבירה שבפנינו נועד ללכוד גם שירותים 'לגיטימיים' במהותם של נותני שירות חיצוניים. אולם, יש לזכור שמכלול השיקולים שעליהם עמדתי לעיל מחייב הצבת גבולות לעבירה. על כן, העובדה שהשירות ניתן במסגרת עיסוקו של אדם עשויה לשמש אינדיקציה לכך שלא מדובר בסוג הפעולות שאותן המחוקק ביקש להפליל" (שם, בפס' 87).

380 ראו נימוקי הבקשה המפורטים שהגישה המדינה בעניין דנ"פ 5840/17 מדינת ישראל נ' שביר (1.8.2017).

381 שם, בפס' 19.

382 דנ"פ 5840/17 מדינת ישראל נ' שביר (16.7.2018). ההדגשות במקור.

הבהרה זו מותירה אחריה עמימות מסוימת בנוגע לאופן שבו תפורש ותיושם ההלכה שנקבעה בעניין **שביר** בעתיד. עם זאת, תוך כדי שמיעת התיק הוציא פרקליט המדינה הנחיה בעניין "מדיניות העמדה לדין של תושב רצועת עזה בגין עבירה של מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור חמאס".³⁸³ ההנחיה קובעת כי בבחינת העניין הציבורי שבהעמדתם לדין של תושבי רצועת עזה שנותנים שירותים או מעמידים אמצעים לארגון חמאס יש להבחין בין סוגים שונים של פעילויות, "תוך מתן משקל לנסיבות מתן הסיוע, למניעיו של נותן הסיוע, למהות השירות שניתן, לתוצאותיו, לטיב 'היחסים' והכפיפות (ככל שזו קיימת) בין 'המסייע' לארגון חמאס ועוד".³⁸⁴ בהמשך לקביעה זו, ההנחיה מפרטת שורה של שיקולים שיש לשקול: אופיו של השירות או האמצעי המסופק לארגון; השאלה אם מדובר בהספקת מוצרים שהכנסתם לעזה טעונה אישור מיוחד; זהות הגורם שקיבל את השירות; יוזם הקשר; תדירות, נסיבות ומשך מתן השירות; היקף הפעילות; והשאלה אם החשוד פעל מתוך בחירה חופשית.³⁸⁵ כמו כן נקבע כי ככלל, תושבי עזה לא יועמדו לדין בגין תשלומי חובה שהם נדרשים לשלם לחמאס או בגין סיוע הנחשב "זוטי דברים" – כגון מכירת מוצרים הניתנים לרכישה על ידי כלל הציבור בכל מקום.³⁸⁶

פסק הדין בעניין **שביר** – אף שהשורה התחתונה העולה ממנו לא הובהרה עד תום – מבהיר כי את היקף תחולת עבירות הטרור יש לבחון על רקע תכליתו, מתוך התחשבות בנסיבות הספציפיות השונות שהן עשויות לחול בהן והאינטרסים המתנגשים העומדים על הפרק. לקביעה זו עשויה להיות חשיבות גם לעניין השאלה כיצד ראוי לפרש ולהחיל את הסעיף בעת שמדובר למשל בארגונים פוליטיים מקומיים – או אז עומדות על הפרק במלוא עוצמתן הזכויות לחופש ביטוי פוליטי וחופש ההתאגדות. בדומה לקביעה בארצות הברית, שעליה עמדתי בסקירה ההשוואתית, ולפיה גם אם מעניקים לעבירת הסיוע הממשי פרשנות

383 הנחיית פרקליט המדינה 2.30 "מדיניות העמדה לדין של תושב רצועת עזה בגין עבירה של מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור חמאס" (5.2.2017).

384 שם, בסעיף 7.

385 שם, בסעיף 10.

386 שם, בסעיפים 11-12.

רחבה, אין להחילה על פעילות פוליטית המבוצעת בזיקה לארגון מקומי מוכרז, נראה כי יש מקום להעניק משקל ראוי לחופש הביטוי הפוליטי ביישום סעיף 23 לחוק. כפי שנראה בהמשך הדברים, יש מקום להחיל את עקרונות הלכת שביר גם על אופן יישום ההגדרה של ארגון טרור, בעת שמדובר בארגונים הפועלים ברצועת עזה.

אולי הביטוי המובהק ביותר לאופי המהותני של ההכרזה על ארגון טרור בישראל הוא סעיף 24 לחוק, האוסר על "גילוי הזדהות עם ארגון טרור". לפי הסעיף, "העושה מעשה של הזדהות עם ארגון טרור, לרבות בדרך של פרסום דברי שבח, תמיכה או אהדה, הנפת דגל, הצגה או פרסום של סמל, או הצגה, השמעה או פרסום של סיסמה או המנון" דינו מאסר שלוש שנים, אם המעשה "נעשה בפומבי, במטרה להזדהות עם ארגון הטרור", או לחלופין אם הוא נעשה "בנסיבות שבהן יש אפשרות ממשית שהדבר יביא לביצוע מעשה טרור" או לביצוע עבירות כגון חברות בארגון. סעיף 24(ג) אף אוסר על החזקה לשם הפצה של פרסום "שעל פניו מגלה הזדהות עם ארגון טרור", ועל מתן שירות "לשם הכנה, ייצור, פרסום או הפצה של פרסום" כזה.³⁸⁷ כתב אישום לפי הסעיף טעון אישור היועץ המשפטי לממשלה.³⁸⁸

לתפיסת משרד המשפטים והשב"כ, סעיפי עבירה רחבים אלה נועדו בין היתר לאפשר נקיטת צעדים פליליים נגד אנשים שקיים לגביהם מידע מודיעיני סודי שהם מעורבים בטרור, אך לא ניתן להוכיח את אשמתם בבית המשפט. כך למשל, בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט שעסק ב"חברות פסיבית" בארגון מוכרז הסביר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פילי) דאז רז נזרי כי:

ככלל, המערכת לא מתעסקת, כמו שגם נאמר כאן, עם מאות או אלפים כאלה שאפשר להכניס אותם כחברים פסיביים. מתי זה כן בא לידי ביטוי, מתי זה חשוב? לא פעם יש לך מידע שאדם מסוים הוא כן פעיל בארגון טרור ואתה מעמיד אותו לדין, ולא פעם תוך כדי ההליך או לפעמים לפני כן אתה רואה שבעצם

387 הסעיף מעניק הגנה למי שמפרסם דין וחשבון נכון והוגן על פרסום כאמור.

388 סעיף 24(ה) לחוק.

החומר הראייתי שיש לך קשה להציג אותו בערכאה פלילית כאשר מדובר על פעילות, אז אתה רוצה לכל הפחות שלא יצא לגמרי פטור בלא כלום כך שלכל הפחות תעמיד אותו לדין על חברות והוא אכן חבר. גם אם אני לא אוסף מראש את החברים שאני יודע מראש שהם חברים פסיביים, אם לא תהיה לי עבירה של חברות בלי הפעילות, אני אאבד את לא מעט הפעילים שקשה לי להוכיח – לא קשה לי להוכיח כי הם לא עשו, כי אם הם לא עשו, הם לא עשו – כי אנחנו יודעים שבנושא הזה הרבה פעמים המידע מודיעיני ומידע מסוג אחר שאי אפשר להציג אותו במשפט פלילי רגיל.³⁸⁹

נציג השב"כ ציין ברוח דומה כי עבירת החברות הפסיבית עשויה לשמש תחליף למעצר מינהלי.³⁹⁰ שימוש כזה בעבירת החברות הפסיבית כדי לכלוא אנשים בעקבות אישומים שאינם מתבררים בבית המשפט מעורר קושי עקרוני רב. כאשר החברות הפסיבית היא בארגון מוכרז – שהבסיס להכרזה עליו עשוי אף הוא להיות סודי – משמעות הדבר הענקת שיקול דעת רחב לתביעה להחליט מיהו טרוריסט ולהכניס אותו לכלא.

4.1.2 חזקות ראייתיות הנגזרות מהכרזה על ארגון טרור

נוסף על עבירות פליליות, העוסקות באופן ישיר בפעילות במסגרת ארגוני טרור, הכרזה על ארגון גם גוררת תחולתן של חזקות ראייתיות שונות.

כך למשל, כאשר עבירה אשר מבחינת היסוד העובדתי שלה עשויה להיות מסווגת כ"מעשה טרור" מבוצעת על ידי ארגון טרור או חבר בארגון טרור, קמה חזקה הניתנת לסתירה (על ידי העלאת ספק סביר), שלפיה מתקיימים שני

389 פרוטוקול ישיבה 61 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-20, 18.11.2015.

390 פרוטוקול ישיבה 253 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-19, 26.11.2014): "ברוב המקרים שבו [כך במקור] הועמדו אנשים לדין רק על חברות, בלי שהיתה פעילות מסוימת, אלה אנשים שבמודיעין ידענו שהם עשו הרבה יותר. מה אנחנו רוצים? לטפל בהם מינהלית, מעצר מינהלי? אוקיי. אנחנו לא רוצים את זה".

היסודות הנוספים הדרושים כדי שייחשב מעשה טרור: יסוד המניע (הדרישה כי המעשה נעשה מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי); ויסוד המטרה (הדרישה כי נעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ רשות שלטונית לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה). משמעות הדבר שמרגע שארגון מוכרז כארגון טרור, קל יותר להוכיח שמעשים פליליים שהוא או חברים בו מבצעים עונים להגדרה של "מעשה טרור".³⁹¹

4.1.3 השלכות פליליות נוספות של הכרזה על ארגון כארגון טרור

מלבד סעיפי עבירה קונקרטיים, הכרזה על ארגון כארגון טרור גם משליכה על שלל היבטים נוספים של ההליך הפלילי. חשד בעבירות הנוגעות להשתתפות בארגון טרור מוכרז (כגון חברות פעילה בארגון, מתן שירות לארגון ועוד) פותח פתח לתחולת הוראות מיוחדות בשלב המעצר והחקירה, המאפשרות מניעת מפגש עם עורך דין לתקופה של עד 21 ימים, השהיית הבאת העצור לפני שופט והארכת מעצרו שלא בנוכחותו.³⁹² חשד בעבירות אלה גם גורר חזקת מסוכנות בהליכי מעצר עד תום ההליכים (המקימה עילה למעצרו של אדם עד תום משפטו

391 ראו בהגדרה של "מעשה טרור" בסעיף 2 לחוק. חזקות נוספות מופיעות בסעיפים 29–30 לחוק. סעיף 29 לחוק אוסר על אימונים או הדרכה למטרות טרור. לפי הסעיף, מי שמאמן או מדריך אחר להשתמש בנשק או בשיטות פעולה לביצוע מעשה טרור, למניעת גילוי או להכשלת חקירתו, מבצע עבירה שדינה תשע שנות מאסר – אם הוא פעל במטרה לקדם פעילותו של ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור. קבלת הדרכה כזאת היא עבירה שדינה שבע שנות מאסר. הסעיף קובע, שכאשר האימון או ההדרכה ניתנים או מתקבלים בידי חבר בארגון טרור, מטעם ארגון טרור, במסגרת ארגון טרור, או במקום המשמש דרך קבע לפעילותו של ארגון טרור – חזקה כי ניתנו או התקבלו במטרה לקדם את פעילות הארגון או לבצע מעשה טרור, אלא אם כן הוכח אחרת. באופן דומה, סעיף 30 לחוק אוסר על פעולה או עסקה בנשק או בחומר מזיק במטרה לקדם פעילותו של ארגון טרור או ביצוע מעשה טרור, וקובע חזקה שלפיה אם ארגון טרור או חבר בארגון טרור מעורב בעסקה, חזקה כי נעשתה במטרה כאמור, אלא אם כן הוכח אחרת.

392 ראו פרק ד לחוק, הקובע הוראות מיוחדות לטיפול בעצורים החשודים בעבירות ביטחון חמורות, כהגדרת המונח בסעיף 2 לחוק המאבק בטרור (הגדרה הכוללת בין היתר גם חברות פעילה בארגון טרור מוכרז – אך לא חברות פסיבית (ראו סעיפים 2, 22 ו-45 לחוק). בין היתר הפרק מאפשר, בנסיבות מסוימות, השהיית הבאת עצור לפני שופט והארכת מעצרו שלא בנוכחותו (ראו סעיפים 45–52 לחוק). כמו כן ראו סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, המחיל את סמכות מניעת המפגש עם עורך דין עד 21 ימים על חשודים בעבירות אלה.

אלא אם כן הוא מוכיח שאינו מסוכן),³⁹³ ואת תחולת החריג הקבוע בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, הפוטר חקירות ביטחון מחובת התייעוד החזותי והקולי הקבוע בחוק, גם בשלב החקירה המשטרתית.³⁹⁴ הוא גם פותח פתח לחקירת קטין שלא בנוכחות הוריו.³⁹⁵ נוסף על כך עבירות השתתפות בארגון טרור, המבוצעות בקשר עם ארגון מוכרז בעל זיקה לישראל, מקימות תחולה אקסטרטריטוריאלית כעבירות נגד ביטחון המדינה.³⁹⁶ היותו של ארגון מוכרז גם שולל ממנו, מניה וביה, את ההגנות הרגילות העומדות לרשותו של "טוען לזכות ברכוש" במסגרת הליכים לחילוט רכוש בעקבות הרשעה בעבירת טרור.³⁹⁷

393 ראו סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים), התשנ"ו-1996.

394 ראו סעיף 17(א) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, הפוטר את המשטרה מהחובה לתעד חקירות בעבירות ביטחון. סעיף 5(ד) לאותו חוק מגדיר "עבירת ביטחון" אגב הפניה לסעיף 35(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים), התשנ"ו-1996, המשתרע היום גם על "עבירות טרור חמורות" לפי חוק המאבק בטרור, לרבות פעילות בארגון טרור מוכרז. יצוין כי לפי חוק חקירת חשודים, כלל חקירות השב"כ פטורות בכל מקרה מחובת התייעוד (ראו סעיף 1 לחוק, המגדיר חקירה כ"חשאל או גביית הודעה בקשר לעבירה, בידי שוטר").

395 ראו סעיף 9 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, הקובע כי ניתן להזמין קטין לחקירה או לחקור אותו מבלי להודיע להורוהו (או בנסיבות המתאימות - לקרוב אחר או למנהל מעון שבו שוהה הקטין) אם הוא חשוד בעבירת ביטחון לפי סעיף 35(ב) לחוק המעצרים וקצין מוסמך שוכנע כי ההודעה עלולה לפגוע בביטחון המדינה.

396 ראו סעיף 41 לחוק.

397 ראו סעיף 53(2) לחוק, הקובע כי ההגנה הקבועה בסעיף 36ג(א) לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973, לא תחול כאשר הטוען לזכות ברכוש הוא ארגון טרור. ההגנה קובעת, כי אין לחלט רכוש אם הוכיח טוען לזכות, כי הרכוש שימש בעבירה ללא ידיעתו או שלא בהסכמתו, או שרכש את הזכות בתמורה ובתום לב מבלי שהיה יכול לדעת שהרכוש שימש או הושג בעבירה. סעיף 54 לחוק קובע ברוח דומה כי כאשר אדם מורשע בעבירה של עמידה בראש ארגון טרור, בית המשפט רשאי להורות על חילוט רכוש הארגון - לכאורה גם אם הארגון עצמו לא היה צד להליך.

4.1.4 תפיסה וחילוט מינהליים

הכרזה על ארגון כארגון טרור גם מאפשרת נקיטה של צעדים מינהליים נגדו. ראשית, היא מאפשרת לשר הביטחון לתפוס, בהליך מינהלי, את כלל רכושו של ארגון הטרור, ולהטיל מגבלות על השימוש בו.³⁹⁸ סמכות זו נועדה לאפשר הקפאת הפעילות הכלכלית של הארגון גם במצבים שבהם לא ניתן לנקוט נגדו הליכים פליליים. לכאורה, התכלית המניעתית של סמכות התפיסה המינהלית מקבלת ביטוי בלשון סעיף 56 לחוק המאבק בטרור, הקובע כי שר הביטחון רשאי להוציא צו תפיסה מינהלי ביחס לרכושו של ארגון טרור מוכרז, "אם שוכנע שהדבר דרוש כדי לסכל פעילות של ארגון טרור ולפגוע ביכולתו לקדם את מטרותיו או כדי לסכל עבירת טרור חמורה".³⁹⁹ אולם בניגוד לחלק מההסדרים בעולם, המסתפקים בהקפאה זמנית (גם אם ארוכת טווח) של רכושם של ארגונים מוכרזים, חוק המאבק בטרור מאפשר גם חילוט לצמיתות של הרכוש התפוס.⁴⁰⁰ זאת ועוד, בניגוד למדינות כמו קנדה ובריטניה המאפשרות חילוט רכושם של ארגונים מוכרזים, החוק גם מאפשר נקיטת צעד זה בהליך מינהלי גרידא, ללא הליך שיפוטי אזרחי. תחת הליך שיפוטי אזרחי נקבע בחוק מנגנון ייחודי של "ביקורת שיפוטית מורחבת", שבמסגרתו בית משפט רשאי לשים עצמו בנעלי הגורם המינהלי האמון על קבלת ההחלטה (שר הביטחון) ולשקול כל שיקול שהוא היה רשאי להביאו בחשבון.⁴⁰¹

398 ראו סעיף 56(ב)(1) לחוק.

399 סעיף 56(ב)(1) לחוק. נוסף על כך הסעיף מאפשר לשר לפעול נגד רכושו של ארגון בנסיבות מסוימות עוד טרם הכרזה, אם הוגשה בקשה להכרזה או אם רשות ביטחון הודיעה כי בכוונתה להגיש בקשה כאמור (סעיף 56(ג) לחוק).

400 ראו סעיף 60 לחוק, המסמיך את שר הביטחון לצוות על חילוטו של רכוש שלגביו ניתן צו תפיסה מינהלי.

401 ראו סעיף 64 לחוק: "בעתירה על החלטה של שר הביטחון לפי פרק זה רשאי בית משפט לעניינים מינהליים לאשר את החלטת השר, לשנותה, לבטלה או לקבל החלטה אחרת במקומה, ובלי לגרוע מכלליות האמור רשאי בית המשפט לשקול כל שיקול שהיה השר רשאי לשקול לשם כך". הוראה זו אומצה בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט כפשרה בין עמדת היועצת המשפטית של הוועדה, אשר סברה כי חילוט כספים בהליך מינהלי מעורר קושי חוקתי, ובין עמדת גורמי הביטחון, אשר התעקשו כי חילוט אזרחי עלול להיות פחות אפקטיבי. כמו כן ראו ע"מ 998/18 שר הביטחון נ' דיסקל 1971 בע"מ (נבו 29.1.2019), פס' 12-14 לחוות דעתו של השופט סולברג (להלן: עניין דיסקל).

4.1.5 מניעה מוקדמת של תהלוכות ואירועים

נוסף על ההשלכות שתוארו לעיל הכרזה על ארגון כארגון טרור מקנה למשטרה את הסמכות למנוע מראש קיומה של פעילות – לרבות "אסיפה, תהלוכה, כנס, עצרת או הדרכה" – המתקיימת מטעם הארגון המוכרז או שנועדה לתמוך בו. לפי סעיף 69 לחוק המאבק בטרור, אם למפקד מחוז במשטרה ישנו יסוד סביר לחשד שמתקיימת או עתידה להתקיים פעילות של ארגון טרור, או פעילות "שמטרתה לקדם את פעילותו של ארגון טרור או לתמוך בו", הוא רשאי להוציא צו למניעת הפעילות, ואם יש צורך בכך – גם להורות על סגירת המקום המיועד לקיום הפעילות. מי שרואה עצמו נפגע מצו כזה יכול להגיש השגה למשטרה ועתירה לבית משפט לעניינים מינהליים.⁴⁰²

לפי נתוני משטרת ישראל, נכון לאוגוסט 2018 נעשה שימוש בסמכות למנוע תהלוכות וכנסים המבוצעים בקשר עם ארגון מוכרז 11 פעמים מאז חקיקת החוק, כולם במחוז ירושלים.⁴⁰³

במקביל החוק מקנה למפכ"ל המשטרה את הסמכות לסגור כל מקום המשמש לפעילות ארגון טרור – כאשר הדבר נדרש כדי למנוע את המשך השימוש בו.⁴⁰⁴ תוקף הצו יכול להיות עד שלושה חודשים, ולאחר מכן סמכות ההארכה נתונה לבית משפט שלום.⁴⁰⁵ הפרת שני סוגי הצווים – צו סגירה וצו למניעת פעילות –

402 ראו סעיפים 69 ו-71 לחוק.

403 לפי תשובת המשטרה מיום 18.8.2018 לבקשת חופש מידע שהוגשה בנושא, צו אחד הוצא למניעת תהלוכה מטעם הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית; שבעה צווים ביקשו למנוע כנסים "בחסות", בארגון או במימון החזית העממית או החזית הדמוקרטית; שני צווים התייחסו לאספות/עצרות וכנסים הקשורים לחמאס; וצו אחד התייחס לכנס בארגון ומימון פת"ח.

404 סעיף 70 לחוק. לפי החוק המפכ"ל רשאי להוציא צו כזה, כאשר יש לו "יסוד סביר לחשד כי מקום מסוים משמש לפעילות של ארגון טרור, וכי יש יסוד סביר לחשד שהמקום ימשיך לשמש לפעילות כאמור אם לא יוגבל השימוש בו".

405 בית משפט רשאי להאריך את הצו לתקופות נוספות של עד שישה חודשים כל אחת (סעיף 70(ד) לחוק).

היא עבירה שדינה שנתיים מאסר.⁴⁰⁶ צו כזה ניתן לתקיפה אך הוא בעתירה לבית משפט לעניינים מינהליים.⁴⁰⁷

4.1.6 הסרת אתרים של ארגוני טרור והגבלת הגישה אליהם

לפי חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017, שופט מחוזי מוסמך להוציא צו להסרת אתר מהרשת או להגבלת הגישה אליו, אם הוא שוכנע כי האתר שייך לארגון טרור – לרבות ארגון מוכרז – וכי הדבר חיוני "למניעת המשך הפעילות באמצעות האתר".⁴⁰⁸ בהוצאת צו כזה על בית המשפט לשקול שיקולים כלליים שתכליתם לאזן בין האינטרסים ובין הזכויות המתנגשים, כגון מידת הפגיעה בציבור בישראל כתוצאה מהמשך פעילות האתר, מידת הפגיעה בגישה של הציבור למידע ועוד.⁴⁰⁹ במקרים המתאימים, בית המשפט רשאי להסתפק בצו המונע איתור אתר האינטרנט במנועי חיפוש.⁴¹⁰ הדיון בבקשה לצו יכול להסתמך על חומר חסוי המוצג לשופט בידי התובע המבקש את הצו, במעמד צד אחד.⁴¹¹

406 סעיף 72 לחוק.

407 סעיף 71. במקרה של צו סגירה, החוק קובע גם חובה אפריורית לתת שימוע מוקדם לבעלי המקום או המחזיק בו, אם ניתן לאתרו בשקידה סבירה; במקרים חריגים, שבהם קיום השימוע המוקדם עלול לסכל את מטרת הצו, ניתן לדחותו ולקיימו בהקדם האפשרי לאחר הוצאת הצו (סעיף 70(ב) לחוק).

408 ראו סעיף 2(א)(ב) לחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017, הקובע כי "שופט בית המשפט המחוזי שנשיא בית המשפט המחוזי הסמיכו לכך, רשאי, על פי בקשה של תובע, לתת צו להגבלת גישה לאתר אינטרנט, כולו או חלקו, אם שוכנע כי התקיים אחד מאלה [...] (3) אתר האינטרנט הוא של ארגון טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-1979, והגבלת הגישה חיונית למניעת המשך הפעילות באמצעות האתר". סעיף 4 לחוק קובע כי בהתקיים עילה למתן צו הגבלת גישה, והשרת שבו מאוחסן האתר נמצא בישראל או נמצא בשליטת אדם או תאגיד הנמצא בישראל, יש להורות על הסרת האתר מהרשת – אלא אם כן הדבר אינו אפשרי או יש טעמים מיוחדים אחרים להימנע מכך.

409 סעיף 5 לחוק.

410 סעיף 3 לחוק.

411 סעיף 10 לחוק.

בניגוד לעילות האחרות הקבועות בחוק, העילה הנוגעת לאתרים של ארגוני טרור אינה מתנה את הסמכות לנקוט את הצעד הדרסטי של הסרת אתר בצורך חיוני למנוע עבירות ספציפיות (מלבד עצם קיום ופעילות הארגון). לכאורה, די בכך שאתר מופעל על ידי ארגון מוכרז כדי לאפשר שלילה מוחלטת של זכות הציבור לעיין במידע המצוי בו ולהיחשף לדעות המובעות בו.

4.1.7 שלילת אזרחות ותושבות קבע

הכרזה על ארגון טרור גם עשויה לגרור שלילת אזרחותו או רישונו לתושבות קבע של מי שנוטל חלק פעיל בארגון. לפי סעיף 11 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, בית משפט לעניינים מינהליים רשאי לבטל אזרחותו הישראלית של אדם, בתנאים מסוימים, אם ביצע מעשה שיש בו משום "הפרת אמונים למדינת ישראל". בין היתר, הפרת אמונים מוגדרת בחוק כ"נטילת חלק פעיל בארגון טרור או בארגון מוכרז" כהגדרתם בחוק המאבק בטרור.⁴¹² לפי סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, סמכות דומה לשלול רישיון קבע ממי שנטל חלק פעיל בארגון טרור מוכרז מוקנית לשר הפנים.

4.1.8 הכרזה כקביעה נוקשה שאינה ניתנת לסתירה

חוק המאבק בטרור קובע באופן נחרץ כי הכרזה מינהלית על ארגון טרור היא בגדר עובדה מוגמרת, החסינה מפני תקיפה עקיפה מאוחרת יותר. סעיף 19(א) לחוק קובע מנגנון נוקשה של ייחוד הליך ביטול ההכרזה: "בכל הליך משפטי, לרבות הליך משפטי לפי חוק זה, לא יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור או פעיל טרור, לפי העניין, או לטענה שעניינה בטלותה של הכרזה על ארגון טרור או על פעיל טרור, וסעיף 76 לחוק בתי המשפט [...] לא יחול לעניין זה".⁴¹³

412 סעיף 11(ב)(2)(א) לחוק.

413 סעיף 19(ב) לחוק מבהיר, עם זאת, כי אין בקביעה זו כדי לגרוע מסמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

קביעה זו היא אך קיצונית מהתפיסה שעמדה ביסוד פקודת מניעת טרור, שלפיה הכרזה הקימה חזקה הניתנת לסתירה שמדובר בארגון טרור. סעיף 8 לפקודת מניעת טרור קבע בהקשר זה כי "אם תכריז הממשלה, בהודעה ברשומות, שחבר אנשים מסוים הנו ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה ההוכחה בכל דיון משפטי, כי אותו חבר אנשים הוא ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח ההיפך". סעיף 11 לפקודה המשיך וקבע כי "אם נקבע בפסק דין סופי כי חבר אנשים מסוים הנו ארגון טרוריסטי ייחשב פסק הדין בכל דיון משפטי אחר ראייה לכאורה שאותו חבר אנשים הנו ארגון טרוריסטי".

במהלך הדיונים בחוק המאבק בטרור הביעו נציגי הממשלה את העמדה שלפיה יש לראות בהכרזה קביעה שבדין – שעליה חל הכלל ש"אי ידיעת הדין אינה פוטרת"⁴¹⁴ – להבדיל מנסיבה עובדתית, שהמודעות אליה טעונה הוכחה על ידי התביעה.⁴¹⁵ בהתאם לכך נוספה בכנסת הוראה שלפיה הכרזות יעוגנו בצווים של שר הביטחון. ואכן, מאז חקיקת החוק הכרזות מתפרסמות בקובץ התקנות – ולא בילקוט הפרסומים כפי שהיה נהוג קודם לכן. אם עמדה זו תאושר בבית המשפט, משמעותה שהתביעה לא תצטרך להוכיח כי נאשם היה מודע לקיומה של הכרזה. ביחס לחלק מסעיפי העבירה אף נקבע בחוק כי נאשם המבקש לטעון כי לא היה מודע להכרזה נדרש להוכיח זאת.⁴¹⁶ עמדת היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, שלפיה יש להסתפק בהקשר זה בהעלאת ספק סביר, נדחתה בוועדה.⁴¹⁷

4.1.9 ביקורת על המודל העבה בחוק המאבק בטרור

דיון מקיף בכלל ההשלכות הנגזרות מהכרזה על ארגון כארגון טרור, ובפרשנות הראויה לעבירות הטרור השונות הקבועות בחוק, חורג מגדר המחקר הנוכחי.

414 לפי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, טעות במצב משפטי עשויה לפטור אדם מאחריות פלילית רק אם מדובר בטעות שהייתה "בלתי נמנעת באורח סביר".

415 פרוטוקול ישיבה 67 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-20, 26-29 (23.11.2015).

416 ראו למשל סעיף 23 (מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור).

417 ראו פרוטוקול הישיבה מיום 23.11.2015, לעיל ה"ש 415.

הסקירה שהובאה לעיל נועדה בעיקר להמחיש את האופי העבה או המהותני של מנגנון ההכרזות שאומץ בחוק המאבק בטרור – והצורך המיוחד להקפיד בהתאם על פרשנות מצמצמת לעילות ההכרזה הקבועות בחוק ועל הליך הוגן ושקוף ככל האפשר לאתגורה של הכרזה.

אולם גם אם תאומץ פרשנות מצמצמת כאמור, עדיין ישנו חוסר הלימה בין עובי השלכות ההכרזה לפי החוק ובין העילות להכרזה על ארגון כארגון טרור, שעליהן אעמוד בחלק הבא של המחקר. עילות אלה, המאפשרות להכריז על ארגוני מעטפת כארגוני טרור, עשויות להצדיק הטלת סנקציות על הארגון כדי להשביח את פעילותו ולמנוע ממנו להעביר משאבים לארגון שעוסק בטרור ממשי; לעומת זאת, הטלת אחריות פלילית כבדה על מעגלים רחבים של פעילים תמימים בארגונים כאלה עלולה להפריע את עקרון המידתיות ולהביא להרשעת אנשים ללא אשם.

כמו כן ישנו חוסר התאמה בין התכליות המניעתיות הקונקרטיות, המצדיקות מתן סמכות לרשות המבצעת להכריז על ארגון כארגון טרור בהליך מינהלי הנסמך על חומר חסוי, ובין השלכות העבות המיוחסות להכרזה לפי חוק המאבק בטרור. גם אם ישופרו הערובות הפרוצדורליות, עדיין מדובר בהליך מוגבל, שלא נשמרות בו מלוא הזכויות הדיוניות של המועמדים להכרזה. שיקולי מידתיות מחייבים הגבלת השלכות המיוחסות להליך מעין זה למה שנדרש להשגת התכלית המניעתית הקונקרטית שהוא נועד לשרת.

הקשיים העמוקים הכרוכים בהסתמכות על חומר חסוי בהליך הבא לקבוע את זכויותיו או חובותיו של אדם (או בענייננו – ארגון) הם ברורים. זכותו של אדם לדעת את הטענות נגדו ולקבל הזדמנות הוגנת להתמודד איתן היא מהעקרונות היסודיים ביותר של כללי הצדק הטבעי. הזכויות הדיוניות הבסיסיות נועדו הן להבטיח הגינות והן להעניק למקבל החלטה את הכלים הדרושים כדי להגיע לחקר האמת. צעדים הנסמכים על ראיות סודיות כרוכים בנטילת סיכון מחושב לקבלת החלטה שגויה ולפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם, שכן מידע אשר לא עובר את המסננת של אתגור אפקטיבי עלול להיות בלתי אמין.

כיוון שכך, המשפט הישראלי אינו מאפשר הסתמכות על ראיות חסויות במשפטים פליליים או אזרחיים, שבהם נקבעות זכויותיו וחובותיו המהותיות

של האדם; והוצאת תעודת חיסיון לפי פקודת הראיות גוררת אי־הגשת החומר לבית המשפט ואייקבילותו כראיה.⁴¹⁸ לעומת זאת, המשפט המינהלי הישראלי מאפשר הסתמכות על חומרים חסויים, ובהליכים לפני בג"ץ התפתחה במרוצת השנים פרקטיקה שבמסגרתה בית המשפט מעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד מכוח הסכמת העותרים – כאשר סירוב לאפשר עיון במידע עלול להביא לדחיית העתירה מכוח חזקת התקינות המינהלית.⁴¹⁹ אולם ההצדקה הבסיסית לכך היא לרוב מניעתית. החברה מאפשרת לרשות לנקוט צעדים מניעתיים מסוימים נגד אדם, מבלי לתת לו אפשרות מלאה להתגונן, כאשר הדבר נדרש כדי למנוע סכנה הנשקפת ממנו לביטחון הציבור.⁴²⁰

לאור האמור, ניתן להצביע על עיקרון מנחה ראוי לבחינת ההשלכות הראויות של מנגנון ההכרזה – השאלה אם הן נחוצות למימוש התכליות המניעתיות הספציפיות המצדיקות הענקת סמכות זו, ובראש ובראשונה הצורך לאפשר מאבק אפקטיבי במימון טרור על ידי יצירת רשימות של גורמים שעליהם מוטלות סנקציות כלכליות. מנגנון ההכרזה חיוני בהקשר זה כדי ליצור תשתית לשינוף פעולה בינלאומי ולאפשר נקיטת צעדים ממוקדים נגד רכושם של ארגונים מוכרזים. כמו כן הוא נדרש כדי לאפשר הטלת חובות ברורות על מוסדות פיננסיים האמורים להקפיא את כספי הארגון הרלוונטי ולדווח על פעולות

418 חריג מצומצם לכלל זה מופיע בסעיף 128 לחוק העונשין, המאפשר הסתמכות על חומרים חסויים במשפטי ריגול, אולם, ככל הידוע לי, בשל הבעייתיות העמוקה הכרוכה בה, לא נעשה שימוש בהוראה זו זה שנים רבות.

419 ראו למשל בג"ץ 792/88 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989). כמו כן ראו בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012) (להלן: עניין מוגרבי). הלכה למעשה, פרקטיקה זו שימשה לאורך השנים בסיס לעיון שגרתי של בג"ץ במידעים חסויים, בייחוד בהקשרים ביטחוניים. עם זאת, ניתן לזהות בפסיקה גם אמירות שלפיהן יש לבחון את מכלול הנסיבות לפני דחיית עתירה ללא מתן צרעל־תנאי על סמך חזקת התקינות המינהלית, מתוך התחשבות בשיקולים כגון היקף המידע שנמסר לעותר וחיוניות החיסיון במקרה הספציפי. בעניין מוגרבי למשל, בית המשפט הדגיש כי "במצב דברים זה גם הרשות נוטלת על עצמה סיכון, שביה המשפט לא יסתפק בחזקה הנ"ל (שנתינת לסתירה כאמור) ויוציא צרעל־תנאי בעתירה. הדבר הוא איפוא תלוי הקשר ובמסגרת זו יבחנו כלל נסיבות העניין ובין השאר: מהות והיקף הפרפראזות שנמסרו לעותרים, אופי הנושא העומד לדיון, האינטרס המוגן שלו טוענת המדינה והיקף הנזק הצפוי מהגילוי" (שם, בפס' 26).

420 ראו למשל חוק סמכויות שעת־חירום (מעצרים), התשל"ט-1979; חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

ברכשו. בהתאם לכך, ישנה הצדקה למשל לקיומם של איסורים פליליים הבאים לאכוף את משטר הסנקציות ולהשבית את הפעילות הכלכלית של הארגון. איסורים אלה עשויים להתבסס על עצם ההכרזה – ללא צורך בהוכחת אופיו הטרוריסטי של הארגון בהליך המשפטי עצמו.

לעומת זאת, ביחס לאיסורים אחרים, הבאים לבטא קביעה חברתית-נורמטיבית רחבה יותר בנוגע לפסול המוסרי הטמון במעורבות בארגון העוסק בטרור, אין מקום לאפשר הרשעה הנסמכת על עצם ההכרזה. במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת טענו נציגי משרד המשפטים כי הפללה גורפת של חברות פסיבית בכל ארגון שהוכרז כטרוריסטי – לרבות ארגון מעטפת – נדרשת **מטעמים נורמטיביים**; וְלא, "המשמעות היא שהמחוקק משדר שארגון מעטפת, אחרי שהוא עבר את המבחנים והוכרז כארגון מעטפת [...] מותר להצטרף ולהיות חבר בו. זאת אומרת, המחוקק אומר שזה בסדר"⁴²¹. אולם הרעיון שיש לייחס השלכות נורמטיביות רחבות לקביעות מעין אלה של הרשות המבצעת, הנסמכות על ראיות סודיות – מעבר למה שנדרש לצורך קידום התכליות המניעתיות הקונקרטיות של הסמכות – הוא בעייתי. הוא מעניק לרשות המבצעת כוח מופרז לקבוע נורמות מהותיות בהליכים סמויים שאינם ניתנים לביקורת ציבורית מספקת. כמו כן אין זה נכון שהפללה של אדם ראויה בכל מקרה שבו מבקשים לשלול מסר שלפיו איי-הפללה פירושה "המחוקק אומר שזה בסדר". הפללה, כאמצעי שיורי הננקט רק בהיעדר אמצעים פחות פוגעניים, חייבת להתבסס על מידה משמעותית של אנטי-חברתיות בהתנהגות המלווה באשמה פלילית. אין זה מובן מאליו שכל פעילות בארגון שהוכרז כארגון מעטפת, בלי קשר לטיב ההתנהגות וליסוד הנפשי הנלווה אליה, היא אכן כזו.

מכל מקום, זהה העיקר לצורך ענייננו כאן, גם אם יש הצדקה ומקום להפללה, לא ברור כלל שראוי לעשות כן רק על סמך הכרזה מינהלית של הרשות המבצעת. אף בהנחה, למשל, שיש מקום להפללה גורפת של חברות בארגון טרוריסטי (ולא כאן המקום לפתח דיון בנושא זה)⁴²² – אין כל הצדקה לוותר

⁴²¹ דברי נציגת משרד המשפטים, פרוטוקול הישיבה מיום 9.11.2015, לעיל ה"ש 389, בעמ' 50.

⁴²² דיון בגבולותיה הראויים של עבירה זו חורג מגדר מחקר זה. לניתוח מעמיק של הסוגיה ראו לבנון, לעיל ה"ש 365.

על חובת המדינה להוכיח, על סמך ראיות גלויות ומעל לספק סביר, כי אכן מדובר בארגון העוסק בטרור. כאשר האישום נוגע לארגון טרור "מובהק", חובה זו אינה צפויה להקשות על התביעה יתר על המידה; אולם דווקא במקרים הקשים יותר, כאשר אופיו הטרוריסטי של ארגון אינו נהיר על פני הדברים, חובה זו חיונית – הן כדי להגן על אינטרס הציבור בשמירת מרחב דמוקרטי חופשי והן כדי למנוע הרשעות ללא אשם. בהקשר זה ניתן לחשוב על דרכים שונות להתמודד עם החשש מפני הכבדה מיותרת על התביעה אם תידרש לשוב ולהוכיח בכל תיק ותיק שאכן מדובר בארגון טרור. כך למשל, ניתן לקבוע חזקה שלפיה ארגון מוכרז ייחשב ארגון טרור, אלא אם כן העלה הנאשם ספק סביר בעניין.

נוסף על כך יש לשים לב כי להכרזה תכלית נוספת, חשובה לא פחות, והיא להזהיר את הציבור כי הממשלה רואה בארגון פלוגי ארגון טרור. כפי שנראה מייד, במהלך הדיונים בחוק המאבק בטרור הוכנס בו תיקון חשוב הקובע כי ארגון מעטפת יכול להיחשב ארגון טרור רק אם הוכרז. התיקון נועד ליצור ודאות משפטית דווקא ביחס לארגונים שאופיים הטרוריסטי אינו גלוי על פני השטח, כדי למנוע את האפקט המצנן העלול להיגרם ממצב של חוסר ודאות ביחס לאפשרות שארגון יוכר כארגון טרור. אולם תכלית זו מחייבת כי ההכרזה תשמש תנאי הכרחי להתייחסות אל ארגון כארגון טרוריסטי. היא אינה מחייבת כי הכרזה תשמש גם תנאי מספיק לכך – ביחס לאותן השלכות שאינן נוגעות לתכלית המניעית הקונקרטית של ההכרזה.

לסיכום נקודה זו, התכליות המניעיות המצדיקות הסתמכות על חומר חסוי בהליכי הכרזה מחייבות הכרה בכוחם המוגבל של הליכים אלו להגיע לחקר האמת ולשמש בסיס לקביעות נחרצות ביחס לאופיים של הארגונים, כאלה שיש להן השלכות אישיות וחברתיות כבדות. אם כן, מן הראוי לגזור את השלכות ההכרזה מתכליות מניעיות מצומצמות אלו.⁴²³ למצער יש מקום ליצור הבחנה

423 ככל שקיים צורך בקביעת הסדר המאפשר הוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק מטעמים רחבים יותר, ניתן לשקול גיבוש הסדר נפרד, המותאם לתכליות רחבות אלה והשומר בקפדנות על שקיפות והוגנות. להצעה ברוח זו ראו גנאים וקרמניצר, לעיל ה"ש 13. לדוגמה של הסדר הקובע איסורים פליליים לשם אכיפתן של סנקציות בהקשר אחר ראו את חוק המאבק בתכנית הגרעין של איראן, התשע"ב-2012.

בין ההשלכות הנובעות מהכרזה על ארגון טרור "ראשי" – כזה שמעורבותו הישירה בביצוע מעשי טרור גלויה לכול – ובין ההשלכות הנגזרות מהכרזה על ארגון מעטפת כארגון טרור.

4.2

עילות ההכרזה: מהו ארגון טרור?

כעת אעבור לדיון בעילות להכרזה על ארגון כארגון טרור לפי החוק. כפי שנראה, החוק אימץ הגדרה מרחיבה של המושג "ארגון טרור", המשתרעת הן על ארגונים שעוסקים בטרור באופן ישיר, והן על ארגונים שמסייעים לארגונים אלה. אעמוד על הטעמים והנחות היסוד הקונקרטיים שהובילו לאימוץ הגדרה זו, ואציע פרשנות להגדרה שיש בה כדי להגשים את התכליות המניעתיות הראויות של מנגנון ההכרזה.

בניגוד לתקנות ההגנה, אשר הותירו לרשות המבצעת שיקול דעת רחב באשר למהות הארגונים שניתן להוציא אל מחוץ לחוק, חוק המאבק בטרור קובע הגדרה ממוקדת למושג "ארגון טרור". הגדרה זו – אף שהייתה מוקד למחלוקות ממשיות במהלך הדיונים בהצעת החוק – מבטאת את כוונת המחוקק להגביל את הסמכויות הקיצוניות, הקבועות בחוק, למאבק בארגונים המבצעים מעשי טרור מסוכנים או התורמים ליכולתם של ארגונים כאלה לממש את יעדיהם. משמעות הדבר, שכיום כבר לא עומדת לממשלה הסמכות להוציא ארגונים אל מחוץ לחוק מטעמים שאינם קשורים באופן מובהק לתכלית הספציפית של מניעת מעשי טרור. בניגוד לגרמניה למשל, המאפשרת הוצאה אל מחוץ לחוק של התארגנויות פוליטיות החותרות תחת המשטר הדמוקרטי – מכוח עקרון הדמוקרטיה המתגוננת – חוק המאבק בטרור מבטא גישה מצמצמת, הרואה בכלי של הוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק חלק בלתי נפרד מהמאבק הספציפי בטרור האלים. הכלים הקיצוניים שהוענקו למדינה – לרבות הסמכות להוציא ארגון אל מחוץ לחוק על סמך חומר חסוי, על שלל ההשלכות הכרוכות בכך – נועדו לשרת תכלית ספציפית זאת. במובן הזה, חוק המאבק בטרור הוא שיפור והתקדמות מבחינת ההגנה על זכויות האדם והאזרח.

על פי סעיף 2(א) לחוק ישנן שתי חלופות להגדרה של ארגון טרור. החלופה הראשונה עוסקת בארגונים אשר מבצעים בעצמם מעשי טרור או התורמים באופן ישיר לביצועם של מעשים כאלה – ארגונים "צבאיים", כפי שכונו במהלך הדיונים בהצעת החוק. כלשון החוק, ארגון טרור לפי חלופה זו הוא "חבר בני אדם בתבנית מאורגנת ומתמשכת, שמבצע מעשי טרור או פועל במטרה שיבוצעו מעשי טרור, ובכלל זה חבר בני אדם כאמור שעוסק באימונים או בהדרכה לביצוע מעשי טרור או שעושה פעולה או עסקה בנשק לביצוע מעשי טרור, בין שהוכרז ארגון טרור לפי פרק ב' ובין שלא". הדוגמאות הקונקרטיים המובאות בהגדרה – אימונים, הדרכה או פעולות בנשק לביצוע מעשי טרור – באות להמחיש כי אין מדובר בארגונים התורמים בעקיפין לביצוע מעשי טרור, למשל באמצעות מימון כללי הניתן לארגון הטרור, אלא בארגונים העוסקים בפעילות בעלת קשר ישיר למעשי אלימות. ביחס לארגונים אלה ההכרזה היא **דקלרטיבית** בלבד, שכן כאשר מדובר בארגון צבאי מובהק, ניתן לצפות מאדם המודע לפעילותו כי יבין שמדובר בארגון טרור, ואין צורך בהכרזה כדי להפיג את חוסר הוודאות העלול לאפוף מקרים גבוליים יותר.⁴²⁴

החלופה השנייה בהגדרה של ארגון טרור מורכבת יותר. היא עוסקת במה שמכונים "ארגוני מעטפת" (ביטוי שאינו מופיע בחוק עצמו) – ארגונים שאינם עוסקים בעצמם במעשי אלימות או בפעילות צבאית, אך המסייעים לארגוני הטרור הצבאיים לממש את יעדיהם, בעיקר באמצעות מימון. כאמור בחוק, הגדרה זו כוללת "חבר בני אדם, בתבנית מאורגנת ומתמשכת, שפועל, במישרין או בעקיפין, כדי לסייע לארגון כאמור בפסקה (1) [כלומר ארגון צבאי, ל"מ], או במטרה לקדם את פעילותו של ארגון כאמור, ובכלל זה לממנו, והכל באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו, ובלבד שהוכרז ארגון טרור לפי פרק ב'". הכרזה לפי חלופה זו היא **קונסטטיטטיבית**; ללא הכרזה, גם ארגון העונה על התנאים המהותיים הקבועים בסעיף אינו

424 ראו למשל את דבריה של היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט בישיבה בנושא: "מה אתה רוצה להגיד פה בהגדרה? שאדם שמתקרב לדברים האלה, אפילו אם הממשלה עוד לא הספיקה להכריז, שידע שהוא צריך להתרחק מזה. כאן אתה יכול להאשים אדם בעבירה, אפילו אם הארגון טרם הוכרז, ולכן אתה צריך להכניס כאן את הדברים שכל מי שעיניו בראשו מבין שזה לא בסדר" (פרוטוקול ישיבה 247 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-19, 53 (3.11.2014)).

יכול להיחשב ארגון טרור. קביעה זו מבוססת על שתי הנחות יסוד: הנחת יסוד ראשונה היא שגבולותיה של חלופה זו עשויים להיות עמומים יותר, ולכן קיים חשש שהתייחסות לארגונים כאלה כאל ארגוני טרור ללא הכרזה מוקדמת תיצור חוסר ודאות בקרב הציבור, ועקב כך תצונן פעילות לגיטימית לחלוטין. קיומה של חברה אזרחית חופשית ומשוחררת תלוי ביכולתם של אנשים לקיים קשרים מגוונים עם קבוצות וארגונים מסוגים שונים, בלא לחשוש שייתקלו מבלי דעת בשינוי החדות של חוק המאבק בטרור. הנחת יסוד שנייה היא שאין להתייחס לארגון מסוג זה כאל ארגון טרור, אלא לאחר קיומו של הליך מסודר שבמסגרתו נבחנת ההצדקה המהותית לכך. מנגנון ההכרזה אמור לשמש בהקשר זה מסנן מרכזי מפני הרחבה מופרזת של גדרי ההגדרה.

4.2.1 מהו ארגון מעטפת?

בדברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור נאמר כי החלופה השנייה להגדרה של ארגון טרור נועדה בעיקר לאפשר התמודדות עם ארגוני צדקה המזרימים כספים למערך האזרחי של ארגון חמאס. זאת, על רקע הקשר ההדוק הקיים בין הפעילות האזרחית של חמאס ובין הפעילות הטרוריסטית שלו:

הכוונה היא לארגונים המכונים "ארגוני מעטפת" – ארגונים שגם שאינם מבצעים מעשי טרור באופן ישיר, למעשה במסגרת פעילותם הם מעודדים ומאפשרים את פעילותם של ארגוני הטרור, ובכך מאפשרים את קיומם של אלה, ומספקים תשתית פוריה לצמיחתם ולהצלחתם. דוגמה בולטת לכך היא רשת קרנות מימון הפזורה ברחבי העולם, הנשלטת ברובה בידי תנועת "האחים המוסלמים" ופעילי חמאס במדינות שונות. רשת זו מספקת תמיכה חומרית לפעילות תנועת החמאס ומעודדת אותה, וזאת באמצעות תמיכה ברשת "אגודות צדקה" שמפעילה תנועת החמאס בשטחים, ובכך למעשה תומכות קרנות המימון בפעילותה של תנועת החמאס. ארגוני הצדקה של תנועת החמאס מהווים מרכיב חיוני במערך ה"דעווה" [קירוב לבבות] שהקים החמאס בשטחים. מדובר במערך שירותים קהילתיים שמעניקה תנועת החמאס לתומכיה ולכלל

האוכלוסייה הפלסטינית בתחומי דת, חינוך, רפואה ורווחה. זאת, באמצעות הפעלת מערכת מוסדות חינוך לכל הגילאים המתרכזת סביב המסגדים, הענקת מזון, ביגוד וטיפול רפואי לזקוקים לכך, וכן תמיכה במשפחות החללים והאסירים בבתי הכלא בישראל באמצעות מתן הטבות, מענקים וקצבאות. מערך שירותים ענף זה, אף שתכליתו לכאורה הומניטרית, נועד להרחיב את בסיס התמיכה הציבורית בארגון הטרור, כמו גם הזדהות ומחויבות לדרכו ולערכיו. כך מסייעים "ארגוני הצדקה" של החמאס בהטמעת האידיאולוגיה של ארגון הטרור ובשימורה, וכן בהרחבת מעגל התומכים בו. כמו כן נמצא כי קיים קשר הדוק בין ארגוני ה"דעווה" לבין פעילות הטרור שאותו מבצע ארגון הטרור, הבא לידי ביטוי, למשל, בשימוש בארגוני ה"דעווה" כצינור להעברת כספים לשם מימון פעילות הטרור עצמה. זאת ועוד. מוסדות החינוך השונים המופעלים במסגרת ארגוני ה"דעווה" מטיפים לפעולות ג'יהאד (מלחמת מצווה בכופרים באללה) ואסתשהאד (מוות בג'יהאד), ומאפשרים גיוס של פעילים חדשים לביצוע פיגועי טרור. פעילות ה"דעווה" של תנועת החמאס לא הייתה מתאפשרת אלמלא תמיכתן של קרנות המימון הפוזורות ופעולות [כך במקור] במדינות שונות ברחבי העולם. הרחבת ההגדרה של ארגון טרור, כך שיקלול גם "ארגוני מעטפת" מן הסוג האמור, היא מחויבת המציאות, במסגרת המאבק בטרור ובארגונים המספקים תשתית לפעילות הטרור.⁴²⁵

עד לחקיקת חוק המאבק בטרור היה המצב המשפטי ביחס לארגוני המעטפת עמום. בפועל, ההגדרה הרחבה של "התאחדות בלתי מותרת" בתקנות ההגנה שימשה להכרזה על ארגוני צדקה השייכים לחמאס או המזרימים כספים לפעילות האזרחית שלו. כפי שנראה, הפסיקה מצידה הכירה לאורך השנים, בהקשרים שונים, ברציונלים המצדיקים התייחסות לפעילות האזרחית שמבצע ארגון

425 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח 949, 1068. בכל הציטוטים ההדגשות שלי, אלא אם כן צוין אחרת.

טרור כאל חלק בלתי נפרד מהמאמץ הטרוריסטי שלו. אך בה בעת האפשרות להכריז על ארגונים חיצוניים כארגוני טרור, בשל תרומתם לפעילות זו, לא נדונה מפורשות בפסיקה ולא קיבלה ביטוי ברור בדיון. כפי שהסביר נציג השב"כ במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הצעת חוק המאבק בטרור ביקשה בהקשר זה "לעשות סדר, בא להסדיר. אני חושב שמבחינה מהותית הוא לא משנה את הפרמטרים או את הדברים שאנחנו בעיניים המודיעיניות שלנו בוחנים. אין פה שינוי מהותי במובן הזה".⁴²⁶ היא ביקשה לעגן בחקיקה מודרנית של הכנסת את הפרקטיקה הקיימת של השב"כ ומשרד הביטחון בתחום זה.

כאמור, ההצעה לאפשר הכרזה על ארגוני מעטפת הייתה מוקד למחלוקת קשה במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט. מבקרי ההצעה טענו כי הפיכת ארגונים התורמים לפעילות הומניטרית לארגוני טרור תרחיב את היריעה יתר על המידה ותוביל לפגיעה בלתי מוצדקת בפעילות הומניטרית לגיטימית וראויה. בסופו של דבר החליטה הוועדה להחיל את ההגדרה של ארגון טרור גם על ארגוני מעטפת, אך זאת מתוך צמצום היקפה של חלופה זו והידוק גבולותיה. במקום רשימה כללית של "שיקולים" ששר הביטחון נדרש לשקול בבואו להחליט אם להכריז על ארגון מעטפת כארגון טרור (כפי שהופיעה בהצעת החוק), החוק שהתקבל קבע תבחינים שהם חלק בלתי נפרד מההגדרה עצמה. כדי שארגון ייחשב ארגון טרור לפי החלופה העוסקת בארגוני המעטפת, צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: הוא צריך לפעול כדי לסייע לארגון טרור "ראשי" או במטרה לקדם את פעילותו; והוא צריך לפעול באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו.

לכאורה, ההגדרה המילולית הקבועה בחוק עלולה להשתרע גם על ארגונים התורמים אך ורק לפעילות תמימה לחלוטין, ללא כל כוונה לקדם – ולו בעקיפין – את הפעילות האלימה של ארגון הטרור. אולם, כפי שנראה, פרשנות זו סותרת את כוונת המחוקק, כפי שזו באה לידי ביטוי במהלך הדיונים בהצעת החוק. כדי להבין את משמעות המושג "ארגון מעטפת", יש לחזור ולבחון את הרציונלים אשר הובילו את הוועדה לאמץ הגדרה זו. כפי שנראה, רציונלים אלה התבססו

426 פרוטוקול ישיבה 47 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 29.10.2015.

על שתי הנחות מוצא עובדתיות, שהוצגו בפרוטרוט מפי נציגי הממשלה במהלך הדיונים בוועדה: האחת, שהפעילות האזרחית של ארגון הטרור הצבאי, המקודמת על ידי ארגוני המעטפת, היא פעילות שנועדה לקדם את פעילותו הטרוריסטית, כחלק מאסטרטגיה ארגונית הרואה בהספקת שירותים חברתיים כלי מרכזי בקידום היעדים הצבאיים של הארגון; והשנייה, שאותם ארגונים חיצוניים שייכללו בהגדרה של "ארגון טרור" הם ארגונים אשר פועלים מתוך מטרה לסייע לארגון הצבאי במימוש אסטרטגיה זו.

בהמשך חלק זה אבחן את הנימוקים שהובאו בפסיקה במרוצת השנים להפלת הפעילות האזרחית של ארגוני הטרור, ואת הנימוקים שהציגו נציגי הממשלה בדיוני הכנסת לביסוס הדרישה להכרזה על ארגוני מעטפת. נראה כי נימוקים אלה עוסקים לרוב במצבים שנטען בהם כי מדובר בפעילות אזרחית שאף אם אינה תורמת בצורה ישירה לפעילות הטרוריסטית של ארגון הטרור הצבאי, נועדה לסייע לקידום פעילות זו. לאחר מכן אבחן את הקשיים הכרוכים בהתייחסות אל פעילות אזרחית כאל פעילות טרוריסטית ואת הביקורות שהופנו נגד ההכרזה על ארגוני מעטפת כארגוני טרור. אראה כי הרעיון שתמיד נכון להתייחס אל פעילות אזרחית שמבצע ארגון טרור כאל חלק בלתי נפרד מהמאמץ הטרוריסטי שלו אינו מובן מאליו, ושנוי במחלוקת בספרות האקדמית; אין מדובר באקסיומה, אלא בשאלה עובדתית הטעונה ברור על פי הנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון. אטעים כי כאשר אכן מדובר בארגון אשר על אף אופיו האזרחי פועל בצורה מכוונת כדי לקדם את היעדים האלימים של ארגון הטרור – גם אם לא בצורה ישירה – אזי עשויה להיות הצדקה להתייחס אליו כאל ארגון טרור, על אף הקשיים הטמונים בכך. ואולם יש לנקוט משנה זהירות על מנת להבטיח שסמכות זו תופעל אך ורק באותם מצבים שאכן מתקיימים בהם רציונלים אלה.

4.2.1.1 ההצדקות בפסיקה להתייחסות אל פעילות אזרחית של ארגון טרור כאל פעילות טרוריסטית
למעשה, ההצדקה המהותית להכרזה על ארגוני מעטפת כארגוני טרור, שהובאה בידי נציגי הממשלה במהלך הדיונים בכנסת, היא נגזרת של ההצדקות שהוכרו בפסיקה לאורך השנים להתייחסות אל "הזרוע האזרחית" של ארגון הטרור כאל חלק בלתי נפרד מהתשתית האסורה שלו. ההנחה היא כי הזרוע האזרחית נועדה לסייע לארגון הטרור לגייס כספים ופעילים במטרה לאפשר את המשך קיומו

ואת יכולתו לבצע את פעילותו הצבאית; וכי ארגוני מעטפת מצידם פועלים כדי לסייע לארגון הטרור במימוש אסטרטגיה כוללת זו, בעיקר על ידי הזרמת כספים רבים לפעילות אזרחית, באופן שיש בו כדי לתרום ליכולת הארגון לקדם מטרות צבאיות.⁴²⁷ ארגוני מעטפת הם ארגונים המשמשים חלק בלתי נפרד מהמערך המחזיק ומקדם את התשתית האזרחית של הארגון, אף שאינם כפופים ישירות להנהגתו ואינם חלק מההיררכיה הארגונית שלו. הנחת יסוד מרכזית בהקשר זה היא כי כסף הוא בר חליפין (fungible); ולכן כסף שניתן לארגון טרור, גם אם נועד לכאורה לקידום מטרה כשרה וראויה, משחרר כספים למטרות פסולות ועל כן תורם לביצוע פעילותו האלימה.

כך למשל קבעה השופטת פרוקצ'יה באחד מפסקי הדין הראשונים שנדרשו לשאלת הפללת הפעילות האזרחית של ארגוני הטרור:

אמת הדבר, כי הפעילות המיוחסת לעוררים כעולה מחומר הראויות נושאת אופי אירגוני-אזרחי ולא צבאי. מדובר בהנהלת כספים למימון פעילויות שונות, מתן סיוע כספי לארוע של צעירי הארגון, בעזרה למשפחות נזקקים הקשורות לארגון, בעזרה לאסיר משתחרר השייך לארגון, ובמעורבות בפעילות הארגון סביב נושא הבחירות לרשות הפלסטינית ששלושתם נוטלים בה חלק. ההקשרים הפרטניים של הפעילויות השונות אינם בעלי משקל מיוחד כשלעצמם, אלא שבהצטברותם הם **משרטטים תמונת פעילות שיטתית במהלכו של הארגון, ומעידים על מעורבות עמוקה בהשגת יעדיו – שהם הפעלת**

⁴²⁷ ראו למשל במסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא: "הוועדה שמעה הסבר מפי א' ממשרד ראש הממשלה וצפחה במצגת שהכין בנוגע למבנה ולפעילות של ארגוני הטרור, ואלה עיקרי הדברים: ראשית, אין להבחין בין זרוע צבאית לבין זרוע אזרחית של ארגון טרור שמבצע מעשי טרור וכל מי שנוטל חלק מפעולתו חד הוא, ומקבל הוראות מהנהגת הארגון ותורם לפעולתו בכל המישורים; שנית, ארגוני 'מעטפת' שאינם כפופים ישירות לארגון הטרור 'הראשי' אך תומכים בו (בעיקר על ידי הזרמת כספים רבים) הם חלק חיוני מפעולתו, ובלעדיהם ארגון הטרור 'הראשי' ייחלש מאוד (גם החלק שמבצע מעשי טרור), ולכן, מוצדק להילחם גם בהם" (מכתב הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט אל חברי הוועדה, "הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011 – ההגדרה 'ארגון טרור'" מיום 9.7.2014).

טרור נגד ישראל במטרה לפגוע בבטחון המדינה. נכון הוא כי סיוע כספי למסיבת בוגרי בי"ס תיכון או חלוקת מתנות למשפחות נזקקות, או עזרה לאסיר משתחרר עשויים להיות, כשלעצמם, מעשים "תמימים" בהקשרים אחרים. אולם בהקשר שלפנינו פעולות אלה קשורות בהנהגת גוף אשר, בצד פעילותו האזרחית, יש לו פן צבאי-טרוריסטי שנועד להשגת תכלית של לוחמת טרור המכוונת לפגוע פגיעות בנפש באזרחי מדינת ישראל. על פני הדברים, פעילותו האזרחית של הארגון נועדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש בסיס ותשתית לה. לא הוכח בפנינו אחרת. משכך, לא ניתן לבדוד 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.⁴²⁸

פסק הדין עסק בחזית העממית לשחרור פלסטין, אשר בתקופה שקדמה למתן פסק הדין ביצעה פיגועי התאבדות שכוונו נגד אזרחים – לרבות הפיגוע בנובמבר 2004 בשוק הכרמל בתל אביב, שנרצחו בו שלושה אזרחים ישראלים.⁴²⁹ הארגון גם נשא באחריות להירצחו של רחבעם זאבי באוקטובר 2001, בעת שכיהן כשר בממשלת ישראל. כאמור בפסק הדין, ההצדקה להפלת הפעילות של הנאשמים – אף שנשאה אופי אזרחי – הייתה נעוצה בקביעה שלפיה הפעילות האזרחית של הארגון "נועדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש בסיס ותשתית לה". לנאשמים יוחסה "תמונת פעילות שיטתית במהלכיו של

428 בש"פ 6552/05 עבידאת נ' מדינת ישראל (נבו 17.8.05), פס' 11 להחלטה, ההדגשות שלי.

429 אבי כהן, "2 נשים וגבר נרצחו בפיגוע בשוק הכרמל בת"א", *ynet*, 1.11.2004. ככתבה מצוין כי החזית העממית לשחרור פלסטין קיבלה אחריות לפיגוע.

הארגון", המעידה על "מעורבות עמוקה בהשגת יעדיו – שהם הפעלת טרור נגד ישראל במטרה לפגוע בבטחון המדינה"⁴³⁰.

החלטה נוספת שניתנה באותה תקופה עסקה בארגוני צדקה אשר הזרימו כספים לארגון חמאס, לתמיכה במשפחותיהם של מפגעים ובאסירים ביטחוניים. שם הדגיש בית המשפט כי "שיטת הפעולה של ארגון החמאס, כפי שעולה מחוות הדעת המקצועית ומהראיות מלמדת על פרישת הפעילות האזרחית כתשתית לפעילות הטרוריסטית, כמתן גיבוי, חיזוק ועידוד לפעילות זו"⁴³¹. בנסיבות אלה, גם אם הזרמות הכספים לא נועדו במישרין לפעילות צבאית, הרי "הן בגדר עידוד ותמריץ לפעולות טרור רצחניות"⁴³².

כפי שבית המשפט הדגיש בפרשה נוספת שעסקה בסוגיה זו, גישה מרחיבה זו מוצדקת לנוכח המסוכנות החמורה הטמונה בארגוני הטרור לחייהם של בני

430 ראו גם אברבור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 194: "בעיקר מדובר באגודות הצדקה וקרנות סיוע שנמצאים בשליטה של חמאס וג'האד אסלאמי ובארגונים זרים אשר תומכים בארגוני הטרור הפלסטיניים. למרות ההצהרות בדבר האופי ההומניטרי של הפעילות, המכונה גם 'דעווה', בפועל גופים אלה מזוהים עם גורמי הטרור ופעיליהם מודעים היטב למטרות האמיתיות של הכספים. הכספים משמשים את גורמי הטרור למטרות שונות רבות תכנון והוצאה אל פועל של הפיגועים, גיוס מחבלים, עידוד טרור והסתה, תמיכה במחבלים אשר נפגעו או נכלאו ובבני משפחותיהם. ייתכן כי חלק מהכספים אכן מופנה לפעילות אזרחית הומניטארית אך לעתים קרובות נמצאו עדויות לכך שגם במסגרת פעילות זו משתלבות מטרות של גורמי הטרור אשר עוסקים בהסתה שיטתית נגד ישראל, הפצת תעמולה אנטי ישראלית, קידום הבסיס הרעיוני והתעמולתי שעומד מאחורי פעילות טרור וגיבוש תמיכה לאומית בקרב הציבור הפלסטיני".

431 בש"פ 7223/03 מחאגינה נ' מדינת ישראל, פס" 5 (נבו 18.8.2003).

432 שם. כמו כן ראו בש"פ 392/12 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 26.1.2012). באותו עניין קבע בית המשפט כי יש לראות בפעילות אזרחית המבוצעת במסגרת ארגון טרור חלק בלתי נפרד מהמאמץ הטרוריסטי – וזאת כאשר אותה פעילות מבוצעת במטרה להכשיר לבבות ולהרחיב את בסיס התמיכה בארגון: "אכן, בפעילות אזרחית עסקינן, ואפילו בפעילות במישרים המושכים את הלב, בתחומי צדקה, רווחה, חינוך, דת וכיו"ב. אך זאת משימתה ומטרתה של הזרוע האזרחית של ארגון טרור, להכשיר את הלבבות, לקרב את האנשים לפעילות החמאס ולהרחיב את מעגל התומכים בחמאס. לא בכדי נאסרת פעילותו של החמאס – גם במישור האזרחי המובהק – במדינות מתקנות, על אחת כמה וכמה בישראל ובירושלים. הפסיקה הכירה זה מכבר, כי גם פעילות בעלת אופי אזרחי בארגון טרור תומכת בחובה סיכון ממשי לביטחון הציבור בישראל" (שם, בפס" 4 לפסק הדין).

אדם, ולנוכח הקשר ההדוק הקיים בין הפעילות האזרחית ובין יכולת הארגון לבצע מעשי אלימות קיצוניים: "החשש ממחיר הדמים שגובות פעולות טרור", שהוא "איום ממשי ומוחשי על חייהם של מליונים בכל היבשות, בכל קצווי תבל", מחייב צעדים נחושים לא רק כלפי המפגעים ומשלחיהם, אלא גם נגד "כל מי שמשמן בצורה זו או אחרת את גלגלי הטרור [...] כל חוליה מחוליות שרשרת המוות"⁴³³.

בשנים האחרונות נדרש שוב בית המשפט העליון לשאלת ההבחנה בין הזרוע האזרחית לזרוע הצבאית של חמאס, וחזר על העמדה שלפיה הפעילות האזרחית של הארגון – שנועדה לגייס כספים ופעילים – נועדה לשרת את המטרות הטרוריסטיות שלו, ועל כן היא פסולה. בעניין עאשור, למשל, השופטת ברק-ארז ציינה כי "ההפרדה אשר מבצע ארגון החמאס, בדומה לארגוני טרור נוספים, בין 'זרוע צבאית' לבין 'זרוע אזרחית' נועדה 'להלבין' את הפעילות המכוונת לגיוס כספים ופעילים, הנחוצים לארגון כאוויר לנשימה. ככלל, שומה על בית המשפט להשכיל ולראות מעבר לה"⁴³⁴. בית המשפט הדגיש כי דברים אלה "נמצאים כיום

433 ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9-11 (נבו 27.3.2007). כמו כן ראו דברי השופט רובינשטיין בע"פ 5925/13 זאהדה נ' מדינת ישראל (נבו 23.4.2014): "ואכן, החמאס לא זו בלבד שהוא ארגון טרוריסטי מוכרז, הוא קנה הכרזה זו 'ביושר', בפעולות טרור קשות ורצחניות. בענייננו עסקינן אמנם בפעילי חמאס אזרחיים, ללא 'דם על ידיהם', ולכך משמעות כמובן, אלא שהארגון המנוול לא יכול היה לפעול בלא רשת תומכת בציבור" (שם, בפס' טו לחוות דעתו של השופט רובינשטיין). כמו כן ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בהחלטה שעסקה במעצרו של פעיל פוליטי במפלגה שעל פי הטענה הייתה משויכת לחמאס: "ארגון השם לו למטרה לנהל מלחמת חורמה נגד מדינת ישראל ואזרחיה, ונכון להשתמש בכל אמצעי להשגתה, ובכלל זה רצח אזרחים תמימים בלא אבחנה, מהווה איום מיידי וסיכון ישיר לשלום החברה בישראל [...] המסוכנות הנלווית לפעילות הנהגת הארגון אינה פחותה מזו של פעיל טרור הפועל בשטח לזרוע הרס והרג בחושי ישראל" (בש"פ 854/07 אבו דקה נ' מדינת ישראל, פס' 10 (נבו 8.3.2007)). במקרה נוסף אישר בית המשפט את הכרזתה של אגודת צדקה בשכס כהתאחדות בלתי מותרת, לאחר ששוכנע כי מקיימת זיקה הדוקה לארגון חמאס. במקרה זה, מדובר היה בארגון אשר בין היתר סיפק תמיכה למשפחות "שאהידים" של ארגון חמאס – פעילות שיש בה כדי לחרום באופן ישיר לביצוע מעשי טרור (בג"ץ 4120/07 אגודת הצדקה שכס נ' מדינת ישראל (נבו 7.7.2008)).

434 ע"פ 1784/14 עאשור נ' מדינת ישראל, פס' 47 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (נבו 3.9.2015) (להלן: עניין עאשור).

בידיעת הכלל, ובאים לידי ביטוי בכתיבה אקדמית ועיונית – אודות תנועות טרור אסלאמיות בכלל וארגון החמאס בפרט.⁴³⁵

כפי שנראה בהמשך הדברים, גישה זו של הפסיקה, שלפיה יש להתייחס לכלל פעילותו של ארגון דוגמת חמאס כמקשה אחת, אינה נקייה מספקות. אולם ברי כי גם לפי גישה זו ההצדקה הבסיסית לכך נעוצה בשניים: בתכליתה הפסולה של הפעילות האזרחית העומדת על הפרק, שנועדה לסייע לארגון הטרור לממש את יעדיו הארגוניים, ובראשם הטרוריסטיים; ובתרומתה הממשית של הפעילות האזרחית ליכולותיו הצבאיות של הארגון.

4.2.1.2 ארגוני המעטפת כארגונים ה"משמנים את פס הייצור" של הטרור

במהלך הדיונים בכנסת על הצעת חוק המאבק בטרור הציג השב"כ שתי מצגות מפורטות, שנועדו להסביר לוועדה את הרציונלים הביטחוניים הקונקרטיים העומדים מאחורי ההצעה לאפשר הכרזה על ארגוני מעטפת – בעיקר ארגונים בחו"ל המגייסים כספים עבור הפעילות האזרחית של חמאס. כמו כן הן נועדו להפיג חששות שהובעו מצד חברי כנסת, שהסמכות להכריז על ארגוני מעטפת כארגוני טרור עלולה לאפשר פגיעה בארגונים תמימים ובפעילות הומניטרית ראויה.⁴³⁶ הנימוקים שהביאו נציגי הממשלה במהלך הדיונים בכנסת מבהירים אף הם, שגם אם ארגוני המעטפת אינם תורמים בצורה ישירה לביצוע מעשי טרור, הם פועלים על מנת לאפשר לארגון הטרור הראשי לממש יעד זה. בשל חשיבותם של נימוקים אלה להבהרת התכליות הלגיטימיות של הגדרת ארגוני המעטפת, אתעכב עליהם כאן בקצרה.

435 שם, בפס' 79 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

436 המצגת הראשונה הוצגה בדיון מיום 13.5.2014, בכנסת ה-19 (ראו פרוטוקול ישיבה 177 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (13.5.2014)). המצגת השנייה הוצגה בדיון מיום 19.10.2015 (ראו פרוטוקול הישיבה, לעיל ה"ש 426). יצוין כי הכנסת ה-20 החליטה לאמץ את ההגדרה שנוסחה בכנסת ה-19, בעקבות המצגת הראשונה.

נציג השב"כ תיאר את ארגוני המעטפת כארגונים אשר גם אם אינם מבצעים בעצמם פיגועי טרור, פועלים מתוך כוונה ברורה לסייע לארגוני הטרור להוציא לפועל את "פס הייצור" של הטרור:

ארגוני המעטפת הם אינם חלק מההיררכיה הארגונית של ארגון הטרור. ההבחנה הזאת חשובה. הם תומכים מבחוץ, הם לא מקבלים פקודות, הם עושים את זה מתוך מניע, מתוך רצון, מתוך כוונה, אבל הם לא חלק מההיררכיה הארגונית. הם לא מבצעים בעצמם מעשי טרור כמו שאנחנו מכירים, ואני מדבר על הרמה הפשוטה ביותר של מעשי טרור: הנחת מטענים, ביצוע ירי רקטות ודברים מהסוג הזה. זו לא הפעילות של ארגוני המעטפת, אבל הם מאפשרים לארגון הטרור לבצע ולהוציא לפועל את אותו פס ייצור של טרור, החל מגיוס והכשרה, וכלה במעשי הטרור עצמם. הסיוע שהם נותנים הוא כמובן ארוך־טווח, והוא מאוד־מאוד משמעותי לארגון הטרור.⁴³⁷

בהמשך דבריו הסביר נציג השב"כ כי מטרת ארגוני המעטפת להחזיק כלכלית את מה שכינה "מעגל החיים של פעיל הטרור" – מערכת שלמה של שירותים חברתיים, שמטרתה ללוות אדם מגיל צעיר מאוד ו"עד למקום שבו הוא יבצע בעצמו מעשה טרור":

זהו בעצם הסיפור האמיתי: איך ארגוני המעטפת, מניעים, משמנים את פס הייצור שאני מדבר עליו, והם עושים את זה באמצעות מה שאני קורא לו: "מעגל החיים של פעיל טרור", עוטפים את הפעיל ואת משפחתו החל מגיל קטן ועד לשלב הבגיר, או קטיין־בגיר, אז הוא מצטרף לארגון הטרור, כאשר ארגון המעטפת דואג להעמיד משאבים ולאפשר לאגודות בשטח את כל הפעילות של גני הילדים ומחנות הקיץ, מרפאות, אוניברסיטאות, ומסגדים, את כל המערכת הזאת שתלווה את הפעיל מגיל צעיר מאוד, עד למקום שבו הוא יבצע בעצמו

437 ראו דבריו של א', נציג השב"כ, בפרוטוקול ישיבה 177 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 4 (13.5.2014).

מעשה טרור: פיגוע התאבדות, ירי רקטות וכולי. אבל הוא יגדל כשהוא עטוף – ואולי מפה אפשר לדבר על ארגוני "מעטפת" – הוא נעטף עליידי מערכת שלמה כשהכוונה שלה היא לאפשר את המעגל.⁴³⁸

הדוגמאות הקונקרטיות שהביאו נציגי הממשלה להמחשת הצורך בהכרזה על ארגוני מעטפת כללו ארגונים המחלקים סיוע הומניטרי באופן ממוקד למשפחות מחבלים; קרנות המממנות ארגוני חמאס שמספקים שירותים חברתיים אך גם משמשים לגיוס פעילי טרור; וארגונים המממנים בתי ספר שמתקיימים בהם טקסי אהדה למחבלים מתאבדים והסתה לטרור.⁴³⁹

בדיון מאוחר יותר בוועדה הסבירה נציגת משרד המשפטים שהשינויים שנעשו בהצעת החוק להידוק גבולות ההגדרה של "ארגון טרור", יבטיחו כי יוחל אך ורק על ארגונים שמסייעים לארגוני הטרור לקדם את המאמץ הטרוריסטי שלהם:

כשהגענו לכנסת הייעוץ המשפטי של הוועדה, שתפקידו לעשות לנו חיים קשים, יחד עם ההערות של חברי הכנסת הביא לכך שההגדרה הזאת הודקה עוד יותר [...] אנחנו סברנו וסבורים שכל המעטפת הזאת מבטיחה שהארגונים שיוכרוזו תחת הקטיגוריה של ארגוני המעטפת הם באמת ארגונים שמה שהם עושים, היעדים שלהם והתכליות המוצהרות שלהם זה לסייע לארגון העיקרי להוציא לפועל את הפעילויות האלימות שלו.⁴⁴⁰

438 שם, בעמ' 12-13.

439 שם, בעמ' 19, 20, 27-28, 30-31. בדיון מאוחר יותר סיכמה נציגת משרד המשפטים גישה זו: "מה שניסינו להראות באמצעות המצגת [...] הוא שלא מדובר בחפיסה של ארגונים שבאמת רואים לנגד עיניהם סיוע לאוכלוסייה, גם אם הם טעו או מעדו פה ושם [...] המטרה היא לעשות הרמת מסך, להראות שגם הפעילות ההומניטרית של הארגונים האלה, מה שעומד בבסיסה, התכלית האמיתית שלה, היא לתת תמיכה משמעותית וגיוס תמיכה ציבורית לארגון הטרור" (פרוטוקול הישיבה מיום 3.11.2014, לעיל ה"ש 424, בעמ' 6).

440 פרוטוקול הישיבה מיום 19.10.2015, לעיל ה"ש 426, בעמ' 25.

4.2.1.3 ארגון הטרור כמקשה אחת: האומנם?

עד כאן ראינו כי ארגוני המעטפת שאותם ביקשה לכלול ההגדרה המרחיבה של "ארגון טרור" המופיעה בחוק אינם אלא אותם ארגונים אשר על אף היותם חיצוניים לארגון הטרור מבחינה פורמלית, מבחינה מהותית הם משמשים חלק בלתי נפרד מהמערך אזרחי שלו: פועלים על מנת לסייע לארגון הטרור לממש את יעדיו – לרבות יעדיו הטרוריסטיים; ותורמים לכך בצורה ממשית – בעיקר על ידי העמדת משאבים משמעותיים לרשות ארגון הטרור. בדומה למה שנטען ביחס לזרוע האזרחית של ארגון הטרור עצמו, אף אם ארגוני המעטפת אינם עוסקים בפעילות צבאית, ותורמים את כספם בעיקר לפעילות האזרחית של ארגון הטרור, הם עושים זאת באופן שיש בו כדי לאפשר את המשך יכולת הארגון לבצע פעילות טרוריסטית, ובמטרה לעשות כן. על פי גישה זו, אם כן, ההצדקה לנקיטת הצעד הדרסטי של הכרזה על ארגוני מעטפת כארגוני טרור היא התרומה המכוונת שלהם ליכולת ארגון הטרור להמשיך לבצע מעשי אלימות קיצוניים, המסכנים חייהם של בני אדם רבים.

מהפסיקה שתוארה לעיל עולה, כי בית המשפט התייחס להנחה שהפעילות האזרחית של ארגוני הטרור דוגמת חמאס נועדה לקדם את הפעילות הצבאית שלהם, כאל הנחה מוכרת ומקובלת בכתיבה האקדמית. בית המשפט הפנה בהקשר זה בין היתר לספרו הידוע של מתיו לויט (Levitt) משנת 2006,⁴⁴¹ המנתח את הקשרים הקיימים בין הפלג האזרחי של חמאס ובין הפלג הצבאי שלו. בספר מובאות דוגמאות רבות של מוסדות הומניטריים שחמאס מפעיל, אשר תורמים לפעילות טרוריסטית – אם על ידי גיוס פעילים צבאיים, אם על ידי תמיכה מכוונת בבני משפחותיהם של פעילי טרור, אם על ידי שידול והסתה לג'יהאד אלים ואם על ידי הסבת כספים לזרוע הצבאית של הארגון. אולם מסקנתו הגורפת של לויט, שהתשתית האזרחית של חמאס משמשת בעיקר כסות לקידום פעילות טרוריסטית, שנויה במחלוקת בכתיבה האקדמית. כך למשל טוען אייל פסקוביץ כי אף שלא ניתן להתכחש לתרומה של פעילות הדעווה ליכולות הצבאיות של ארגון חמאס, מדובר בתופעה חברתית מורכבת

441 ראו למשל עניין עאשור, לעיל ה"ש 434, המפנה בין היתר ל-Matthew Levitt, Hamas: Politics, Charity and Terrorism in the Service of Jihad (2006). הספר נכתב בחסות Washington Institute For Near East Policy

אשר קדמה למעורבות חמאס באלימות ובאה בעיקר למלא את ייעודו של חמאס כתנועה פוליטית דתית.⁴⁴² לטענתו התזה שמבקשת להציג את פעילות הדעווה כתשתית שנועדה בעיקר לקדם אלימות מבוססת על ראייה חד־צדדית של הנושא, אשר מתעלמת מהתמונה בכללותה. לדבריו נדיר שפעילים צבאיים משולבים באגודות הצדקה של חמאס; אין ראיות חותכות להסבה משמעותית של משאבים מאגודות הצדקה של חמאס לזרוע הצבאית שלו; ואגודות אלה אינן נותנות עדיפות שיטתית למשפחות מחבלים על פני נזקקים אחרים.⁴⁴³

זאת ועוד. הנחת היסוד שההתייחסות אל כלל הפעילות של ארגוני הטרור כמקשה אחת מועילה למאבק בטרור שנויה אף היא במחלוקת. במהלך הדיונים בכנסת הוגשו חוות דעת שונות מטעם מומחי ביטחון וטרור, אשר טענו כי התייחסות זו עלולה להזיק לאפקטיביות המאבק בטרור. בועז גנור טען בחוות דעת שהגיש כי הימנעות מלהבחין בין ארגון המבצע טרור לבין ארגון המסייע לארגון טרור "יוצרת זילות של עבירת הטרור ואף עלולה להיות מנוצלת להגדרת ארגונים פוליטיים שאינם מבצעים טרור ואולי אפילו לא תומכים ביודעין בטרור כארגון טרור".⁴⁴⁴ המלצתו הייתה להבחין בין סוגי הארגונים השונים ולהגדיר ארגוני מעטפת כארגונים "מסייעים", ולא כארגוני טרור. חוות דעת נוספת, שהגישו ראש השב"כ לשעבר עמי איילון ומתי שטיינברג מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, ערערה על הרציונלים הביטחוניים להתייחסות לפעילות ה"דעווה" כאל פעילות טרוריסטית. לשיטת איילון ושטיינברג, "הגדרה גורפת ומכלילה, היוצרת מקשה אחת ואינה מבדילה בין ארגון הטרור לבין ארגוני המעטפת, גורעת באופן משמעותי מן ההרתעה ואף גורמת להרחבתם של מעגלי מבצעי הטרור".⁴⁴⁵ בפועל, הם טענו, קיים מתח פורה בין שיקולי הזרוע הצבאית של החמאס ובין שיקולי מערך הדעווה שלו, ההופך את מערך הדעווה ל"גורם מרסן

442 Eyal Pascovich, *Social-Civilian Apparatuses of Hamas, Hizballah, and Other Activist Islamic Organizations*, 21 (1) DIGEST OF MIDDLE EAST STUDIES 126 (2012)

443 ראו שם, בעמ' 132-133.

444 מכתב מבוועז גנור מטעם המכון למדיניות נגד טרור במרכז הבינתחומי בהרצליה, לוועדת חוקה חוק ומשפט, בעניין "חוות דעת בנושא הצעת חוק הטרור" (16.2.2014).

445 מכתב מעמי איילון ומתי שטיינברג מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, לח"כ ניסן

ואף מרתיע¹⁰; מאבק אפקטיבי בטרור צריך לנצל מתח זה ולהציב את הפעילות החברתית של החמאס כחלופה לפעילות הטרוריסטית.

אכן, ההתייחסות אל ארגונים אזרחיים העוסקים בפעילות הומניטרית או פוליטית כאל ארגוני טרור – אף אם הם מזהים עם אידאולוגיה בעייתית – מעלה קשים עמוקים, תועלתניים וערכיים כאחד. היא עלולה להביא לזילות המושג "טרור" ולחתור תחת הלגיטימציה הציבורית והבינלאומית של המאבק בטרור, ובנסיבות מסוימות היא אף עלולה לפגוע בהרתעה. היא מאיימת להפוך מעגלים רחבים של פעילי חברה אזרחית לטרוריסטים, אף על פי שאינם כאלה, ועל רקע המשך הסכסוך הישראלי-פלסטיני, היא עלולה לקדם ראייה חד־ממדית של קבוצות נרחבות בציבור הפלסטיני כתומכות טרור. היא עלולה לדחוף מי שמלכתחילה ביקשו להיות פעילי חברה אזרחית לשורות הטרוריסטים, והיא גם עלולה להוביל להשבתת פעילות הומניטרית חיונית. כפי שנראה מיד, קשיים אלה אך מעמיקים לנוכח השליטה של ארגון חמאס ברצועת עזה.

מהאמור לעיל עולה הזהירות הרבה הנדרשת בכל הנוגע להכרזה על ארגון מעטפת כארגון טרור. כאשר מדובר בארגון אשר על אף אופיו האזרחי פועל בצורה מכוונת כדי לקדם את היעדים האלימים של ארגון הטרור, אזי עשויה להיות הצדקה להתייחס אליו כאל ארגון טרור על אף קשיים אלה. אולם הנחות היסוד העובדתיות, העשויות להצדיק צעד זה, אינן בבחינת אקסיומות; הן תלויות בנסיבות הספציפיות של הארגון שמדובר עליו ובהקשר הקונקרטי שבו מתבצעת פעילותו. הן תלויות, בין היתר, בקביעה **עובדתית** שלפיה יש בפעילות האזרחית הספציפית שעליה מדובר כדי לקדם את היעדים הצבאיים של הארגון, וכי הפעילות מתקיימת מתוך מטרה כזו. אין לדלג על דיון זה באמצעות טענות כוללניות או גורפות אשר אינן נעוצות בנסיבות הקונקרטיות של העניין הספציפי העומד על הפרק.

סלומינסקי, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, בעניין "חווה־דעת בעניין הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015" (27.3.2016).

4.2.1.4 השלכות שלטון חמאס בעזה

זהירות רבה אף יותר נדרשת בכל הנוגע למצב המורכב השורר ברצועת עזה, שבה שולטת תנועת חמאס. מחקר זה התמקד בהשלכות מנגנון ההכרזות על חופש הביטוי הפוליטי וחופש ההתאגדות בתוך המדינה פנימה. אולם לא ניתן להתעלם מכך שבפועל ההשלכות המשמעותיות ביותר של מנגנון ההכרזות בישראל מורגשות דווקא ברצועת עזה, שבה כמחצית מהאוכלוסייה סובלת מאבטלה ומחוסר ביטחון תזונתי וכ-80% מהתושבים נזקקים לסיוע הומניטרי.⁴⁴⁶ חלק גדול מסיוע זה מסופק על ידי ארגונים הנדרשים לתמרן בזירות בין דרישות חמאס כגורם השלטוני באזור ובין המגבלות השונות הנובעות מההכרזה עליו בעולם כארגון טרור. מחקר שבדק את השלכותיה של מציאות מורכבת זו על עבודתם של ארגוני סיוע מצא כי היא גורמת לא אחת לעיוותים בקריטריונים להענקת סיוע (למשל, אי-עמידה בחובה להעניק סיוע על בסיס צורך בלבד), ולהימנעות מביצוע פרויקטים אשר היו מחייבים תיאום יתר עם גורמי משל מטעם חמאס.⁴⁴⁷ פעמים רבות הארגונים והגורמים המממנים שלהם מטילים על עצמם מגבלות חמורות יותר ממה שנדרש על פי חוק, מתוך חוסר בהירות לגבי דרישות הדין, זהירות יתר ורצון טבעי להקטין סיכונים.⁴⁴⁸

כדי להתמודד עם קשיים אלה, יש מקום ללכת בדרך שהותוותה בעניין שביר (שנדון לעיל)⁴⁴⁹ ולהעניק משקל הולם לעובדה שארגון חמאס שולט במקום גם בהפעלת הסמכות להכריז על ארגון כארגון מעטפת. בהקשר זה יש לקבוע בנוגע לעבודתם של ארגוני סיוע ברצועה תבחינים שיאפשרו להם להעניק את הסיוע הנדרש בהתאם לעקרונות הניטרליות, העצמאות, היעדר הפניות והאנושיות, מבלי להסתכן באחריות פלילית או בהכרזה על הארגון כארגון טרור.⁴⁵⁰ כך למשל יש להבהיר כי ביצוע תשלומי חובה לשלטון העזתי, או תיאום העברתו

KATE MACKINTOSH & PATRICK DUPLAT, STUDY OF THE IMPACT OF DONOR COUNTER-
TERRORISM MEASURES ON PRINCIPLED HUMANITARIAN ACTION 88 (2013) 446

447 שם, בעמ' 87-102.

448 שם, בעמ' 99-100.

449 עניין שביר, לעיל ה"ש 375. לדיון בפסק הדין ראו לעיל, בטקסט הסמוך להערה.

450 לעניין עקרונות אלה ראו לעיל, ה"ש 60 והטקסט הסמוך.

של סיוע עם גורמי ממשל השייכים לחמאס, לא יגררו כשלעצמם הגדרתו של ארגון כארגון מעטפת – ובלבד שהפעילות מבוצעת מתוך שמירה על עקרונות הסיוע ההומניטרי, ואינה מתקיימת בניסיונות המצביעות על כוונה לסייע לחמאס לממש אסטרטגיה ארגונית שבמרכזה ביצוע מעשי טרור. כדי ליצור ודאות משפטית ולמנוע מצב שבו ארגונים נמנעים מהענקת סיוע חיוני מתוך זהירות יתר, יש לעגן את התבחינים בהנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, בדומה להנחיות פרקליט המדינה, המסדירות את שיקול דעת התביעה בהעמדה לדין של תושבי עזה המספקים שירותים או אמצעים לחמאס.⁴⁵¹ כמו כן מן הראוי להעמיד לרשותם של ארגוני סיוע גורמי קשר מתוך מערכת הביטחון הישראלית, אשר יוכלו לסייע להם בניווט בתוך הכללים המורכבים החלים עליהם.

נוסף על כך יש לשים לב כי לשלטון חמאס ברצועה השלכות גם על האופן שבו יש להעריך מהותית את יחסי הגומלין בין הפעילות האזרחית של הארגון ובין הפעילות הצבאית שלו. כפי שראינו, הקביעה שלפיה יש להתייחס לכלל פעילותו של ארגון דוגמת חמאס כמקשה אחת מבוססת על שתי הנחות יסוד עובדתיות שאינן בבחינת אקסיומות: הפעילות האזרחית תורמת תרומה ממשית ליכולותיו הצבאיות של ארגון הטרור, והיא נועדה לסייע לארגון הטרור לממש את יעדיו הארגוניים, ובראשם יעדים טרוריסטיים. כדברי השופטת ברק-ארז בעניין **עאשור**, הקביעה הזאת נעוצה בהנחה שאין מדובר אלא בניסיון "להלבין" את פעילות ארגון הטרור.⁴⁵² ואולם כפי שהבהירה השופטת ברק-ארז בעניין **שביר**, את הקביעות בעניין **עאשור** יש להבין על רקע הנסיבות הספציפיות שעמדו על הפרק באותו מקרה: פעילות מצד בכירים בחמאס לביסוס התשתית האזרחית של הארגון במזרח ירושלים.⁴⁵³ כפי שהסבירה, "אין דין מתן שירות לארגון טרור

451 ראו לעיל, ה"ש 383 והטקסט הסמוך.

452 עניין **עאשור**, לעיל ה"ש 434, בפס' 47 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

453 עניין **שביר**, לעיל ה"ש 375, בפס' 77: "בנוסף לכך, אינני סבורה שיש ממש בטענת המדינה כי עמדתה בחיק זה עולה בקנה אחד עם הקביעות בעניין **עאשור**. אכן, באותו עניין ציינתי כי 'פעילתו של ארגון טרור – גם כאשר היא מקיפה מעשים לגיטימיים לכאורה – נשארת פעילות אסורה' (שם, בפס' 41). אולם, קביעות אלה יש לבחון בשים לב לעובדות שעמדו בבסיס פסק הדין ולסעיף האישום הרלוונטי. עניין **עאשור** עסק במספר פעילי חמאס בכירים אשר היו מעורבים בפעילות כספית החומכת

שפועל באופן מחתרתי במדינה מסוימת כדין מתן שירות לארגון טרור שמהווה, הלכה למעשה, הריבון בשטח שבו הוא פועל. נורמה שמשמעותה הימנעות של תושבים מלבוא בקשרים עם רשויות השלטון עלולה להטיל על התושבים נטל שלא יוכלו לעמוד בו"⁴⁵⁴. ברק'ארז התייחסה בדבריה לשאלת האחרייות הפלילית האישית שיש להטיל על פרטים בעזה המעניקים סיוע לחמאס, ולא לשאלה מתי מוצדק לראות בפעילות אזרחית, המבוצעת על ידי ארגון טרור, חלק בלתי נפרד מהמאמץ הטרוריסטי. אולם הטעמים העומדים ביסוד גישתה זו מחייבים גם בחינה מורכבת יותר של המשמעות שיש לייחס לפעילות אזרחית המבוצעת בכפיפות לחמאס ברצועה. האם נכון לומר למשל שפעילות משרד הבריאות העזתי, הכפוף לשר מטעם חמאס, נועדה כל כולה "להלבין" את הפעילות האסורה של חמאס? האם ייעודו המרכזי בית חולים עזתי, הפועל בחסות שלטון חמאס, הוא אכן לאפשר את הפעילות הטרוריסטית של הארגון? את השאלה אם ארגון פועל מתוך כוונה לסייע לחמאס לממש אסטרטגיה ארגונית שבמרכזה ביצוע מעשי טרור, ואם יש בסיוע הניתן על ידו כדי לקדם מטרה זו, יש לבחון על רקע מציאות החיים המורכבת הקיימת ברצועה. התייחסות חד-ממדית ופשטנית למציאות רבת הניואנסים השוררת ברצועה עלולה להביא לתוצאות בלתי ראויות, שלפיהן ארגון אזרחי שפעילותו הומניטרית מובהקת וזיקתו לארגון טרור ראשי היא קלושה או חלשה יוכרז כארגון מעטפת.

4.2.1.5 עקרונות העולים מהמשפט המשווה

כעולה מהסקירה ההשוואתית המובאת לעיל, מדינת ישראל איננה המדינה היחידה בעולם המכירה בכך שמאבק אפקטיבי בארגוני טרור מחייב פעולה גם נגד ארגונים אזרחיים המסייעים לארגוני הטרור לממש את יעדיהם – גם כאשר מדובר בסיוע אזרחי במהותו. מדינות רבות בעולם – ובכללן קנדה וגרמניה – מקיימות מנגנונים להכרזה על ארגונים כארגוני טרור או על הוצאתם אל מחוץ

בתשתית האזרחית של הארגון במזרח ירושלים, והתמקד בעבירות של פעילות בארגון טרוריסטי ופעולות ברכוש טרור. באותו מקרה כלל לא נדונה העבירה של מתן שירות לארגון טרור [...] וממילא לא נבחנה השאלה באיזה אופן יש לפרש את העבירה על מנת להתאימה לנסיבות שבהן ארגון טרור שולט בשטח שבו ניתן השירות" (ההדגשות במקור).

לחוק, הדומים במהותם לסמכות הקבועה בחוק המאבק בטרור להכריז על ארגוני מעטפת. גם מנגנון ההכרזה של מועצת הביטחון אינו מכון רק נגד אל-קאעידה ודאע"ש, אלא גם נגד ארגונים ומוסדות פיננסיים המספקים להם סיוע מכל סוג שהוא.

פעמים רבות גישה זו מאפיינת משטרי סנקציות, שבהם השלכות ההכרזה מותאמות באופן ספציפי לתכלית הקונקרטית של מניעת העברת משאבים לארגוני הטרור. בקנדה, למשל, החוק מאפשר להכריז על ארגון, בין היתר, אם הוא פועל למענו, בהנחיותיו או "בקשר עם" ("in association with") ארגון שמבצע מעשי טרור.⁴⁵⁵ באחד המקרים הוכרז ארגון צדקה קנדי כארגון טרור לאחר שנקבע כי העביר תרומות על סך מיליוני דולרים לארגונים הקשורים לחמאס. המקרה לא נדון בבית המשפט בקנדה, ולכן אין לדעת כיצד בית המשפט היה מתייחס לסוגיה אילו הובאה לפתחו. אולם יש לשים לב לשתי נקודות. ראשית, כזכור, השלכות ההכרזה בקנדה רזות באופן יחסי. הכרזה אינה מביאה להפלה אוטומטית של כל פעילות המבוצעת במסגרת הארגון המוכרז. פעילות "תמימה או בעלת תועלת חברתית", גם אם מבוצעת במסגרת ארגון טרור מוכרז, איננה אסורה כשלעצמה; יש להוכיח כוונה ספציפית מצד הנאשם לתרום ליכולות הטרוריסטיות של הארגון, ופעילות מצידו שאכן מסוגלת לתרום באופן סביר – ולא בצורה זניחה – לקידום יכולות אלה.⁴⁵⁶ בנסיבות אלה הכרזה פועלת בעיקר כדי להשבית את פעילות הארגון המוכרז, והסכנה שתוביל להפלה רחבה של פעילות תמימה קטנה באופן יחסי. שנית, יש לתת את הדעת לנסיבות הקונקרטיות שהובילו להכרזה על ארגון הצדקה באותו מקרה – העברת תרומות בסכומים אדירים לארגונים של חמאס. במקרה כזה, הכרזה על הארגון משרתת ישירות את התכלית הקונקרטית של הפסקת הזרמת הכספים לארגונים העוסקים בטרור. אין מדובר בזיקות עמומות או בתמיכה ערטילאית בארגון הטרור. כמו כן ראוי לשים לב שבאותו מקרה נמסר לארגון שפע של מידע גלוי לביסוס הטענות נגדו; להכרזה קדמה החלטה מנומקת היטב של ממשלת קנדה

455 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 225.

456 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 231-237.

לשולל ממנו את מעמדו כארגון צדקה מוכר לצורכי מס, ובהמשך הועברו לארגון מאות עמודים של מסמכים גלויים לביסוס עמדת המדינה.⁴⁵⁷

בגרמניה, כזכור, המנגנון להוצאת ארגונים מחוץ לחוק הוא מנגנון עבה, ובכל זאת ניתן להשתמש בו גם נגד ארגונים התורמים לפעילות אזרחית של ארגון טרור. עם זאת ראוי לזכור את העקרונות שקבע בית המשפט הפדרלי לחוקה בגרמניה, שנועדו להבטיח שימוש מידתי בסמכות מרחיקת לכת זו. ראשית, נקבע כי על המדינה רובץ הנטל להראות כי התמיכה הניתנת לארגון הטרור אכן עשויה, אובייקטיבית, ובהסתברות גבוהה, לקדם שימוש באלימות הנוגד את המשפט הבינלאומי. סיוע הומניטרי משמעותי הניתן לארגון הטרור במשך תקופה ממושכת עשוי להספיק לעניין זה – אך זאת רק אם הארגון המספק את הסיוע מזדהה עם ארגון הטרור ועם מעשי האלימות שלו.⁴⁵⁸ כאשר ארגון מספק סיוע הומניטרי מתוך שמירה על עקרונות האנושיות והניטרליות, אין בעצם העובדה שהוא מעביר כספים לארגונים הפועלים באזור הנתון לשליטתו של ארגון טרור כדי להצדיק הכרזה עליו. שנית, בית המשפט קבע כי עקרון המידתיות מחייב שמירת הצעד הקיצוני של הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק למקרים שבהם הפעילות הבעייתית כה מאפיינת את הארגון עד כי לא ניתן להסתפק בנקיטת צעדים קונקרטיים נגד פרטים מסוימים מתוך הקבוצה.⁴⁵⁹ לבסוף, יש לזכור כי מנגנון ההכרזה בגרמניה אינו מוחל רק על ארגוני טרור, ועל כן אין בהכרזה כדי להטיל בארגון את הכתם של היותו "ארגון טרור".

בבריטניה המנגנון המרכזי להוצאת ארגונים אל מחוץ לחוק (מנגנון עבה) מכוון נגד ארגונים אשר מעורבים בעצמם בטרור – גם אם "רק" על ידי הסתה או שידול לביצוע מעשי טרור. לא ניתן להכריז במסגרתו על ארגוני מעטפת. עם זאת, לצד מנגנון זה פועל משטר סנקציות רזה יותר – שבמסגרתו ניתן להקפיא את כספיהם של ארגונים המקיימים קשרים עם ארגוני טרור.⁴⁶⁰

457 ראו לעיל ה"ש 248.

458 ראו את הדין ההשוואתי לעיל, בפרק 3 למחקר.

459 ש.ס.

460 ראו לעיל בסקירה ההשוואתית שבפרק 3 למחקר.

4.2.2 פרשנות הוראות החוק העוסקות בארגוני מעטפת

על רקע ניתוח זה אחזור כעת לבחינת החלופה להגדרת ארגוני טרור בחוק, המתייחסת לארגוני מעטפת: "חבר בני אדם בתבנית מאורגנת ומתמשכת, שפועל, במישירין או בעקיפין, כדי לסייע לארגון כאמור בפסקה (1), או במטרה לקדם את פעילותו של ארגון כאמור, ובכלל זה לממנו, והכל באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו, ובלבד שהוכרז כארגון טרור לפי פרק ב'". מדובר בארגונים שלגביהם מתקיימים שני תנאים מצטברים: הם פועלים "כדי" לסייע לארגון הטרור או "במטרה" לקדם את פעילותו; והם פועלים "באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת" לפעילות הארגון "או בזיקה ממשית אליו".

4.2.2.1 "כדי לסייע לארגון הטרור או במטרה לקדם את פעילותו"

שאלה ראשונה אשר מתעוררת היא מה מהות הכוונה שצריכה להיות לארגון המעטפת ביחס לארגון הצבאי הראשי? האם נדרש כי תהיה לו כוונה לסייע בקידום הפעילות האלימה של ארגון הטרור, או שמא די בכוונה לתרום לפעילות האזרחית שלו? מחד גיסא ברי כי לא נדרשת כוונה לתרום באופן ישיר לביצוע מעשי טרור קונקרטיים – שכן ארגון הפועל כך עשוי ליפול לתוך החלופה הראשונה של הגדרת ארגון הטרור, העוסקת בארגונים צבאיים. אולם מאידך גיסא ברור כי לא די בכוונה כללית לסייע לפעילות הומניטרית, אשר במקרה מבוצעת בידי ארגון הטרור. הסעיף דורש כי תהיה לארגון מטרה ספציפית לסייע לארגון הטרור ככזה. על רקע הסקירה שלעיל של ההצדקות להכרזה על ארגוני מעטפת – יש לפרש את הסעיף כדורש כי ארגון המעטפת יפעל מתוך מטרה לסייע לארגון הטרור במימוש אסטרטגיה ארגונית של ביצוע פעילות אזרחית על מנת לאפשר קיומה של פעילות טרוריסטית, ובאופן שיש בו כדי לקדם מטרה זו. באותם מקרים שבהם הארגון הראשי אכן מקדם אסטרטגיה כללית של הספקת שירותים חברתיים לאוכלוסייה על מנת לקדם את יעדיו הצבאיים (וכאמור אין מדובר באקסיומה), מתן תמיכה מודעת לארגון, בכוונה לקדם אסטרטגיה זו – ובכך "לשמן את פס הייצור של הטרור" – עשויה להיות בסיס מספק להכרזה.

ככלל, קיומה של כוונה כזו עשוי להילמד מנסיבות העניין: מהיקף התרומה לארגון הטרור; מאופי הפעילות האזרחית שמדובר עליה (למשל: האם מדובר בפעילות שמבטאת הזדהות עם האידאולוגיה האלימה של ארגון הטרור, שנועדה לתגמל פעילי טרור או משפחותיהם, או שנועדה לגייס פעילים לארגון?); ומהתנהלותם והתבטאויותיהם של פעילי הארגון (האם הארגון פועל מתוך הזדהות עם היעדים האלימים של ארגון הטרור?).⁴⁶¹ בהקשר זה יש היגיון לקבוע כי צפיית התוצאה בדרגת הסתברות גבוהה כמוה ככוונה: אם ארגון מעביר כספים רבים לארגון טרור, למשל, בנסיבות שבהן מנהיגי הארגון היו מודעים היטב לתרומתם של הכספים לקידום יעדיו הצבאיים של ארגון הטרור, אין לאפשר לו לחמוק מהכרזה בטענה שלא התכוון לכך.

4.2.2.2 " במישרין או בעקיפין "

מה משמעות הקביעה שארגון מעטפת עשוי להיחשב ארגון טרור גם אם הוא פועל "בעקיפין" כדי לסייע לארגון הטרור הצבאי? קביעה זו נוספה לנוסח במהלך הדיון מיום 3.11.2014, על פי דרישת נציגי הממשלה. דוגמה מרכזית שניתנה להמחשת הצורך בכך הייתה הדוגמה של ארגון המתגמל משפחות של מבצעי פיגועים – מתוך מטרה ספציפית לעשות כן – אך ללא תיאום מוקדם עם הארגון הצבאי. כך הסבירה נציגת משרד המשפטים:

כאשר הארגון מתגמל את המשפחות של מבצעי הפיגועים, דווקא זה דבר שעלה מאוד בבירור במצג של א', ממש ראינו תיקיות של ארגוני צדקה שיש להם מידע על כל שהיד, מה הוא עשה וכמה מגיע לו לאור ההקרבה שלו וכו' [...] נגיד שהארגון הזה לא מנהל דיאלוג עם הארגון העיקרי, הוא רק מנהל את הרישומים שלו ומתגמל את החברים. יכול לבוא סנגור או עותר שעותר נגד ההכרזה ולהגיד: הוא לא מקדם את הפעילות של הארגונים, מפני שהוא לא מנהל תקשורת עם הארגון, הם לא מדברים אחד עם השני בכלל, כל מה שהוא עושה שזה ישתלם

461 מבחן דומה החיל בית המשפט הפדרלי לחוקה בגרמניה – ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 341.

בדיעבד למשפחה ובכך לתת מוטיבציה למפגעים. אני לא רוצה

בכלל לנהל את הוויכוח הזה.⁴⁶²

נציג השב"כ הוסיף כי יש למנוע מצב שבו ארגוני מעטפת יוכלו לחמוק מגדרי החוק על ידי שימוש במנגנוני מימון עקיפים מסוגים שונים.⁴⁶³ גם לפי גישה זו, עדיין מדובר בארגונים הפועלים מתוך מטרה ברורה – לסייע לארגון הטרור לממש את יעדיו.

בדיון על השאלה אם ראוי להוסיף את התיבה "במישרין או בעקיפין" העלתה היועצת המשפטית של הוועדה את החשש שמא היא תרחיב את היריעה יתר על המידה. בתגובה לכך הדגיש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פילי) את חשיבותם של מנגנוני הביקורת – ההליך לפני הוועדה המייעצת והאפשרות לעתור לבג"ץ – כמנגנונים מרכזיים האמורים למנוע שימוש מופרז בסמכות. בעוד נוסח מצומצם מדי עלול לחסום את האפשרות לטפל בארגונים הראויים להכרזה, "מה שאנחנו לא רוצים שייכנס, אולי המילים כולאות אותן, יש לנו מנגנון שהוא לא ייכנס [...] יש מנגנון עוד בתהליך ההכרזה, יש מנגנון אחרי זה בתהליך המשפטי שבית המשפט יפסול אם הוא יחשוב שזה לא ראוי".⁴⁶⁴ כלומר, על הוועדה המייעצת ועל בית המשפט מוטלת האחריות להעניק פרשנות ראויה להגדרה של ארגוני מעטפת, התואמת באופן מדוקדק את התכליות הקונקרטיות אשר הצדיקו את אימוצה, ולמנוע שימוש בה נגד ארגונים שמבחינה מהותית אין הצדקה לראות בהם ארגוני טרור.

4.2.2.3 "תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות

הארגון או בזיקה ממשית אליו"

כדי שארגון יוכרז תחת החלופה העוסקת בארגוני מעטפת, לא די להראות שהוא פועל מתוך כוונה לסייע לארגון טרור צבאי. נוסף על כך יש לבדוק את הנסיבות האובייקטיביות הסובבות את פעילותו, כדי לראות אם היא משמעותית מספיק

462 פרוטוקול הישיבה מיום 3.11.2014, לעיל ה"ש 424, בעמ' 32.

463 שם, בעמ' 35.

464 שם, בעמ' 17-19.

להצדיק את הצעד הקיצוני של הכרזה – בין משום שיש בה משום תרומה "ממשית או מתמשכת" לפעילות הארגון הראשי, ובין משום שהיא מתקיימת ב"זיקה ממשית" אליו. כפי שהסבירה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט במהלך הדיונים בהצעת החוק, קיומן של שתי חלופות אלה נועד להבהיר כי ההגדרה עשויה לחול בין שמדובר בארגון גדול, התורם בצורה משמעותית לארגון הטרור (גם אם סיוע זה אינו מהווה נפח גדול מתוך כלל הפעילות שלו), ובין שמדובר בארגון קטן, שאינו מספק סיוע כה משמעותי, אולם "90% ממה שהוא עושה זה רק להידבק ולעזור לארגון הטרור".⁴⁶⁵ "זיקה" בהקשר זה משמעה בעיקר תיאום: כלומר, מצב שבו ארגון המעטפת מתאם עם ארגון הטרור עצמו את פעילותו ואת הסיוע שהוא מעניק לו.⁴⁶⁶

4.2.3 שיקולים נוספים שיש להביא בחשבון בעת הכרזה על ארגון

לצד המבחנים הקונקרטיים הקבועים בחוק, על הגורמים האמונים על הכרזת לבחון גם שיקולים רחבים יותר, המבטאים את תכליתו של חוק המאבק בטרור, הקבועה כזכור בסעיף 1 לחוק – להיאבק בצורה אפקטיבית בטרור מתוך שמירה על זכויות האדם והאזרח והעקרונות המקובלים של המשפט הבינלאומי בתחום זה. בין היתר, מן הראוי כי ישקלו את השיקולים האלה:

465 שם, בעמ' 20.

466 ראו למשל דבריו של א', נציג השב"כ במהלך הדיון מיום 3.11.2014, לעיל ה"ש 424, בעמ' 36:

מי שתורם לאוכלוסייה וזאת הפעילות שלו, אין עם זה שום בעיה. הבעיה שנוצרת בין התורם לארגון הטרור זיקה. כאן מתחילה הבעיה. יש ביניהם זיקה. זה לא נעשה מול האוכלוסייה ורק לשם האוכלוסייה. יש זיקה מסוימת שעל טיבה שר הביטחון צריך לעמוד [...] קודם כול, למשל, יש מרפאות שלא שייכות לארגון החמאס, ויש לא מעט כאלה, ואין שום בעיה לתרום להן, זה בסדר גמור, זה מצוין. אבל יש מנגנונים שהחמאס מחזיק לעצמו, חלק מהארגון, הוא רוצה שיהיה לו מנגנון רפואי, כי הוא רוצה שאנשים שיגיעו אליו, הוא רוצה למשוך אותם. אותו דבר עם מוסדות חינוך. זאת השיטה. ולכן כאשר ארגון תורם פועל בזיקה לאותן מרפאות, מתאם את התמיכה הזאת יחד עם הארגון – –

4.2.3.1 עקרון המידתיות

לנוכח ההשלכות הקיצוניות שיש להכרזה על ארגון כארגון טרור, יש לבחון במסגרת עקרון המידתיות את התועלת שתושג באמצעות ההכרזה אל מול המחירים הכרוכים בכך, במיוחד בעת שמדובר בארגון העונה על ההגדרה של ארגון מעטפת. בהקשר זה יש לבחון אם אכן מוצדק, בנסיבות העניין, להסב את שלל ההשלכות האלה לארגון הרלוונטי.

עוד בשנות התשעים, בדיונים שעסקו בהכרזות על ארגונים ישראליים כארגונים טרוריסטיים מכוח פקודת מניעת טרור, הדגיש בית המשפט כי הצעד הקיצוני של הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק כפוף לעקרון המידתיות. בשל האפשרות שהכרזה על ארגון כארגון טרור תפגע בחופש הביטוי ובחופש ההתאגדות, קבע בית המשפט כי יש לאמץ מבחן הסתברותי הבוחן את מידת הסכנה שההתארגנות אכן תפגע בביטחון הציבור. בפרשת כהנא עמד בית המשפט על הזהירות היתרה שיש לנקוט בבחינת נחיצותה של הכרזה, וקבע כי אין להכריז על ארגון כארגון טרור אלא אם קיימות ראיות ברורות ומשכנעות שטמונה בו "סכנה ממשית של מעשי אלימות חמורים":

אכן, יש מקום להיזהר מאוד לפני שמכריזים על חבר אנשים כי הוא ארגון טרוריסטי, ומחילים עליו את הגזירות הקשות שבפקודת מניעת טרור. המשורר הלאומי אמר אמנם בשעתו כי אין בודקים בשעת הסכנה. אך כיום, במדינת ישראל, לפי מצוות הדין, בודקים גם בודקים, שמא "מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה ייהפכו עקרונותיה לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות" [...] לכן על הממשלה לבדוק היטב אם אכן הנסיבות דורשות הכרזה על חבר אנשים שהוא ארגון טרוריסטי. בית המשפט עומד נכון לבדוק כל הכרזה כזאת, כדי לברר אם היא עומדת במבחן הדין: אם היא מבוססת על נתונים בדוקים, מכוונת לתכלית ראויה ונדרשת לפי מבחן המידתיות. וזאת לדעת, שבית המשפט, בהיותו מודע לחשיבות הבסיסית של חירות ההתאגדות במדינה דמוקרטית, לא ירשה שחבר אנשים יוצא אל מחוץ לחוק, אך לא בסערת רגשות העוברת על הציבור

בעקבות אירוע חריג, אלא על יסוד ראיות ברורות ומשכנעות

שטמונה בן סכנה ממשית של מעשי אלימות חמורים.⁴⁶⁷

בפרשת **פדרמן** חזר בית המשפט על עמדה זו והוסיף כי יש לקיים איזון אנכי בין חופש ההתאגדות וחופש הביטוי ובין האינטרסים הביטחוניים העשויים להצדיק הכרזה. במסגרת זו יש להעניק עדיפות לשיקולי הביטחון – "ובלבד שמתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לגבי הסתברות הפגיעה ועוצמתה".⁴⁶⁸ באותו מקרה החיל בית המשפט את מבחן הוודאות הקרובה, והכשיר את ההכרזה לאחר שמצא כי מתקיימת ודאות קרובה שהארגון ימשיך לבצע מעשי אלימות קשים.⁴⁶⁹ דברים אלו, אשר נאמרו ביחס למנגנון ההכרזה בתחיקת החירום, יפים מקל וחומר להכרזות לפי חוק המאבק בטרור. ככל שהכרזה עלולה לפגוע בצורה קשה יותר בחופש הביטוי ובחופש ההתאגדות, כך יש לנקוט זהירות רבה יותר ולעמוד ביתר שאת על נחיצות ההכרזה לשם מניעת סכנה חמורה לביטחון הציבור.

נוסף על כך במסגרת עקרון המידתיות יש לבחון, ברוח העקרונות שנקבעו בגרמניה, אם ניתן להשיג את תכלית ההכרזה בדרך אחרת, שפגיעתה בזכויות הארגון ובזכויותיהם של צדדים שלישיים העלולים להיפגע בעקבות ההכרזה פחותה. בהתאם לעיקרון זה יש לבחון אם הפעילות הבעייתית אכן מאפיינת את הארגון בכללותו, או לכל הפחות במידה ניכרת ביחס לכלל פעילותו, ולהעדיף ככל הניתן נקיטת צעדים פליליים נגד מובילי הארגון, או במקרים המתאימים – מתן אזהרה לארגון, על פני הצעד הקיצוני של הפיכת הארגון בכללותו לארגון טרוריסטי. גם בהקשר זה יש להעניק משקל לפגיעה האפשרית בחופש הביטוי הפוליטי ובחופש ההתאגדות, ולנקוט זהירות מיוחדת כאשר מדובר בארגון או בתנועה פוליטיים, הפועלים בישראל.

467 עניין כהנא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 859-860.

468 בג"ץ 547/98 פדרמן נ' ממשלת ישראל, פס' 6 (1999).

469 שם, בפס' 8.

4.2.3.2 עקרון השוויון

קיימת חשיבות עילאית שמנגנון ההכרזה יופעל בצורה שוויונית. על רקע מורכבות היחסים בין רוב למיעוט בישראל, והסכסוך הישראלי-פלסטיני המתמשך, קיים חשש מובנה לשימוש מוגבר במנגנון ההכרזה באופן שיפגע דווקא במיעוט הערבי בישראל. בבואם לבחון חוקיות ההכרזה על ארגון כארגון טרור מן הראוי שכל הגורמים האמונים על כך – החל בשר הביטחון, וכלה בוועדה המייעצת ובבג"ץ – ייתנו משקל לשאלה אם סמכות ההכרזה מופעלת בצורה שוויונית על סוגים שונים של ארגונים העשויים לענות על ההגדרות הקבועות בחוק ואם אין מדובר בהפעלת אמות מידה שונות, המביאות לסוג של אכיפה בררנית. הקפדה יתרה על עקרון השוויון בהקשר זה חיונית על מנת למנוע הפיכת המנגנון לכלי המפלה בין אידאולוגיות שונות.

4.2.4 "פלג, סניף, סיעה או מוסד"

נוסף על האפשרות להכריז על ארגוני מעטפת החוק מבהיר כי "יראו פלג, סניף, סיעה או מוסד של חבר בני אדם כאמור וכל גוף הכפוף לו, כחלק מארגון הטרור, גם אם כינויים שונה". מצד אחד ברור כי הכרזה אפקטיבית צריכה לכסות את ארגון הטרור בכללותו, ואין לאפשר לארגון לחמוק מהשלכותיה של הכרזה על ידי שימוש בגופים נפרדים הכפופים לו. בד בבד נדרשת זהירות רבה על מנת למנוע שימוש נרחב מדי באפשרות "לשייך" ארגון נפרד לארגון טרור מוכרז ובכך להפוך גם אותו לארגון טרור.

ראשית, במישור המהותי, יש להבטיח כי שיוך ארגון נפרד לארגון טרור מכוח הוראה זו ייעשה אך ורק כאשר ניתן להראות, בראיות ברורות ומשכנעות, כי אכן מדובר בארגון שהוא חלק בלתי נפרד מארגון הטרור הראשי – עד כי אין לראות בו כלל וכלל ארגון עצמאי. נציגי השב"כ בדיונים בכנסת הדגישו כי ארגון נחשב חלק מארגון הטרור כשהוא מקבל הוראות ישירות מארגון הטרור ומשתייך להיררכיה הארגונית שלו.⁴⁷⁰ ארגון מעטפת, לעומת זאת, הוא ישות נפרדת המתנהלת בצורה עצמאית – אף שהוא פועל לקידום יעדי ארגון הטרור.

470 ראו למשל פרוטוקול הישיבה מיום 13.5.2014, לעיל ה"ש 436, בעמ' 11.

ברור כי במקרים רבים ההבחנה בין ארגון מעטפת ובין ארגון ה"שייך" לארגון הטרור עלולה להיות הבחנה דקה. על האופי החמקמק של ההבדל בין ארגון השייך לארגון הטרור ובין ארגון מעטפת ניתן ללמוד בין היתר מהתפתחות שחלה באופן שבו הציגה הממשלה את ארגוני המעטפת במהלך הדיונים על הצעת חוק המאבק בטרור. בתזכיר החוק המקורי שפורסם בשנת 2010 נאמר כי ארגוני הדעווה, שהם התשתית החברתית-כלכלית של תנועת חמאס ומשמשים "כמערך שירותים קהילתיים שמעניקה תנועת חמאס", הם למעשה ארגוני מעטפת.⁴⁷¹ בהמשך הובהר כי ארגוני הדעווה עצמם נחשבים בעצם לחלק בלתי נפרד מארגון חמאס, וכי ארגוני המעטפת הם בעיקר ארגוני צדקה הפועלים בחו"ל והמעבירים כספים לארגונים החברתיים הפועלים בשטח.⁴⁷² שימוש באפשרות ה"שיוך" ביחס לארגונים שאינם במובהק חלק בלתי נפרד מארגון הטרור הראשי עלול לרוקן מתוכן את המגבלות המהותיות שהוטלו על האפשרות להכריז על ארגון מעטפת כארגון טרור. נוסף על כך, כאשר מדובר בארגון נפרד שלגביו נטען שיש לראות בו ארגון טרור בשל היותו "חלק" מתנועה רחבה יותר שהוכרזה, מן הראוי לבדוק אם יש הצדקה מהותית להתייחס לארגון הנפרד כחלק מהמאמץ הטרוריסטי, על פי מבחנים מהותיים הדומים לאלה החלים על ארגוני מעטפת.

שנית, במישור הפרוצדורלי, כאשר מדובר בארגון שהוא ישות משפטית נפרדת, ולא נטען לגביו שהוא עוסק בעצמו בביצוע מעשי טרור (כלומר, לא מתקיימת לגביו החלופה הראשונה של ההגדרה של "ארגון טרור", החלה על ארגונים צבאיים) – יש לדרוש הכרזה נפרדת ומפורשת כתנאי לקביעה שהוא חלק מארגון טרור. כמפורט לעיל, הדרישה להכרזה כתנאי הכרחי להתייחסות אל ארגון מעטפת כארגון טרור נועדה ליצור ודאות משפטית ביחס לארגונים שאופיים הטרוריסטי אינו גלוי על פני השטח. אותו היגיון ממש מחייב הכרזה על ארגונים שלגביהם נטען כי הם משתייכים הלכה למעשה לארגון הטרור הראשי. הכרזה נפרדת גם חשובה כדי לקיים שקיפות ציבורית ביחס לרשימת הארגונים הנחשבים ארגוני טרור לשיטת הממשלה, וביחס להשלכות האמיתיות של הכרזה על ארגון כארגון טרור.

471 תזכיר חוק המאבק בטרור, החש"ע-2010, עמ' 2.

472 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, החש"ע"א-2011, ה"ח 611, 1409-1410.

דוגמה מובהקת לבעייתיות השימוש בסמכות ה"שיוך" לצורך הפללת עמותות חברתיות בישראל ללא שקיפות ציבורית רצויה היא השימוש בסמכות זו במסגרת ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית כהתאחדות בלתי מותרת בשנת 2015 (וכזכור, ארגונים שהוכרזו כהתאחדויות בלתי מותרות נחשבים היום ארגוני טרור לפי חוק המאבק בטרור). בד בבד עם הכרזה זו חתם שר הביטחון על צו תפיסה נפרד, ובו רשימה של 17 עמותות וארגונים חברתיים שלגביהם נקבע כי הם חלק מהתנועה האסלאמית.⁴⁷³ מדובר בארגונים שסיפקו מגוון רחב של שירותים חברתיים בחברה הערבית בישראל – החל ממלגות לסטודנטים ועד לשיעורי דת וסיוע לאוכלוסיות מוחלשות. משמעות צו התפיסה היא הצהרה מצד הממשלה כי ארגונים אלה הם ארגוני טרור לכל דבר ועניין – מבלי ששאלת ההצדקה המהותית לסיווגם כארגוני טרור נבחנה כדבעי בהליך מסודר, ומבלי שהקביעה הובאה באופן ברור לידיעת הציבור הרחב. משמעות הדבר היא גם שעיון ברשימת הארגונים המוכרזים באתר משרד הביטחון חושף תמונה חלקית בלבד, שכן מאחורי ההכרזה היחידה על תנועה פוליטית רחבה "מסתתרת" הלכה למעשה הכרזה על עשרות ארגונים ועמותות נוספים.

הקושי הטמון בהסתמכות על אפשרות השיוך כדי לסווג ארגון כארגון טרור מתעצם כאשר הקביעה מתבססת על נימוקים חסויים. בבג"ץ 8160/17 **ראבטת אלעלם ואלארשאד נ' שר הביטחון** נדון עניינה של עמותה העוסקת בהעברת שיעורי דת שנגדה הוצא צו תפיסה מינהלי ביום 19.1.2017 על סמך הקביעה כי היא חלק מהפלג הצפוני של התנועה האסלאמית. כמפורט בתגובת המדינה שהוגשה לבית המשפט השיב שר הביטחון להשגת העמותה כי "בהתאם למידע מודיעיני שבידינו, העותרת 'הינה מיזם שהוקם על מנת לשמש בפועל למשרד הדעווה והחינוך של התנועה האסלאמית. משכך, העמותה הינה גוף הכפוף לתנועה האסלאמית, גוף הפועל עבור התנועה האסלאמית ומטעמה ועל כן מהווה החלק מארגון טרור כהגדרתו בחוק'. המשיב הפנה במענה להשגה לסעיף 2(א)(3)(ג) לחוק, והבהיר, כי 'אין חובה להכריז בנפרד על כל פלג, סיעה או סניף הקשורים לארגון טרור, כארגוני טרור בפני עצמם, אלא רואים ארגונים

אלה כחלק מארגון הטרור המוכרז"⁴⁷⁴. ברי כי אין מדובר בפירוט המאפשר לעמותה – או לציבור בכללותו – לבחון את ההצדקה לקביעה או להתמודד עימה.

עם זאת, הנמקה זו כשלעצמה חושפת שוב את הגבול החמקמק בין ארגון מעטפת לבין ארגון השייך לארגון טרור. החוק אינו קובע שאין צורך להכריז בנפרד על כל פלג, סיעה או סניף **הקשורים** לארגון טרור – אלא שאין חובה להכריז בנפרד על ארגונים שהם **חלק** מארגון טרור. באופן דומה, הוא אינו פוטר מחובת הכרזה ארגון הפועל "עבור" ארגון טרור או מטעמו – אלא ארגון "הכפוף" לו.

תגובת המדינה לעתירה זו מעלה קושי נוסף, הנוגע לשילוב הבעייתי שבין שימוש באפשרות השיוך ובין ההגבלות המוטלות בחוק על זכות העמידה בהגשת בקשה לביטול הכרזה (שעליהן אעמוד בהמשך). בתגובתה ציינה המדינה כי אם העמותה מבקשת לאתגר את ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית כארגון טרור, "הרי שעליה בראש ובראשונה להזדהות כחלק מ'תנועה האסלאמית' [כך במקור], שכן הזכות לבקש ביטול הכרזה נתונה רק לארגון הטרור המוכרז עצמו. כפי שפורט [...] העותרת מכחישה מכל וכל כי היא חלק מ'תנועה האסלאמית'. ממילא, העותרת אינה יכולה אפוא להגיש בקשה לפי סעיף 7(ב) לחוק, להורות על ביטול ההכרזה"⁴⁷⁵. שילוב זה מעמיד ארגון לפני מצב בלתי הוגן, שבו כדי לאתגר את ההצדקה המהותית לקביעה שהעמותה עצמה היא ארגון טרור, עליה להזדהות כחלק מארגון הטרור המוכרז.⁴⁷⁶ דרישת הכרזה נפרדת כדי לשייך ארגון לארגון טרור חשובה גם כדי להבטיח מתן הזדמנות הוגנת לארגון לאתגר את הקביעה שהוא ארגון טרור.

474 ראו פס' 22 לחגובה מקדמית מטעם המשיב 1 מיום 16.5.2018 בבג"ץ 8160/17 רבטת אלעלם ואלארשאד נ' שר הביטחון (נבו 12.3.2020) (להלן: עניין רבטת אלעלם ואלארשאד).

475 שם, בפס' 28.

476 באותו מקרה הציעה המדינה להעביר את עניינה של העמותה לפני הוועדה המייעצת, אך זאת אך ורק לבחינת הטענה שהיא חלק מהתנועה האסלאמית.

באופן עקרוני, מן הראוי לתקן את החוק כדי לקבוע מפורשות כי בשביל לראות בארגון שהוא ישות משפטית נפרדת חלק מארגון טרור, יש לבצע הכרזה נפרדת. זאת, כמובן, אלא אם נטען כי הארגון הוא בעצמו ארגון צבאי, בהתאם לחלופה הראשונה של הגדרת ארגון טרור בחוק. אולם גם בהיעדר תיקון לחוק, מן הראוי לאמץ פרקטיקה זו.

חשוב להדגיש כי אין באמור לעיל כדי להביע עמדה ביחס לשאלה המהותית, אם אכן מוצדק לראות בעמותות אלה חלק מהפלג הצפוני של התנועה האסלאמית. כל אשר נאמר הוא שמן הראוי לקיים לגבי כל אחת מהן הליך נפרד, שבו נבחנת ההצדקה המהותית להכרזה ובו ניתנת לארגון הזדמנות הוגנת להתגונן. כמו כן יש להביא את תוכן של קביעות אלה לידיעת הציבור, במסגרת רשימת הארגונים המוכרזים שמפרסם משרד הביטחון.

4.3

הליך ההכרזה

ההליך שנקבע בחוק המאבק בטרור להכרזה על ארגוני טרור הוא שיפור משמעותי לעומת תחיקת החירום. הוא מספק ערובה חשובה – שכפי שראינו אינה קיימת במדינות רבות – והיא הזכות לשימוע מוקדם, לפני שהכרזה הופכת לסופית. השימוע מתקיים לפני ועדה מייעצת מיוחדת, בראשות שופט בכיר בדימוס, המוסמכת לקיים בירור ראייתי. עם זאת, על אף שיפורים אלה, ההליך עדיין אינו מבטיח ערובות מספקות למניעת הכרזות בלתי מוצדקות ולהגנה על זכויותיהם של אנשים העלולים להיפגע בעקבות הכרזה שגויה או בלתי ראויה. בין היתר, הוא אינו מתמודד באופן מניח את הדעת עם בעיית החומר החסוי. בחלק הזה של המחקר אתאר את ההליך הקבוע בחוק המאבק בטרור, אעמוד על הקשיים הטמונים בו, ואציע פרשנות להוראות החוק והמלצות לגורמים האמונים על יישומו – במשרד הביטחון, בוועדה המייעצת ובבית המשפט – להגברת ההוגנות שלו. בחלק מהמקרים אציע גם תיקונים לחוק. לאור חשיבותה, אקדיש התייחסות נרחבת יותר לסוגיית החומר החסוי בפרק הבא של המחקר.

4.3.1 סמכות שר הביטחון להכריז על ארגון כארגון טרור

הסמכות להכריז על ארגון טרור נתונה היום לשר הביטחון, הרשאי להכריז בצו שחבר בני אדם הוא ארגון טרור אם שוכנע כי הוא עונה על הקריטריונים המהותיים הקבועים בחוק, וכי מדובר בארגון בעל זיקה לישראל (הכרזה על ארגונים שאינם בעלי זיקה לישראל נעשית בדרך של מנגנון נפרד, המאפשר אימוץ הכרזת חוץ).⁴⁷⁷ במקרים מיוחדים, ראש הממשלה רשאי להעביר את סמכות ההכרזה לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי או לממשלה.⁴⁷⁸ רמת השכנוע הנדרשת היא גבוהה. יש לדרוש בהקשר זה קיומן של ראיות מינהליות ברורות, חד־משמעיות ומשכנעות – כפי שנהוג בהקשרים אחרים שבהם החלטה מינהלית פוגעת בצורה קשה בזכויות יסוד של האזרח.⁴⁷⁹ רף דומה – הדורש קיומן של ראיות ברורות וחד־משמעיות – החיל בית המשפט אף ביחס להכרזות לפי פקודת מניעת טרור.⁴⁸⁰ משמעות דרישה זו היא "כי יש לייחס חשיבות לכמות ולאיכות הראיות [...] וכן למידת העדכניות של החומר המודיעיני הרלוונטי".⁴⁸¹

תנאי חשוב הקבוע בחוק הוא כי הכרזה תיעשה אך ורק על פי בקשה מנומקת בכתב מאת ראש השב"כ (או מאת ראש רשות ביטחון אחרת, באמצעות ראש השב"כ ובצירוף חוות דעתו) ובאישור היועץ המשפטי לממשלה.⁴⁸² תנאי זה נועד

477 סעיף 3 לחוק.

478 סעיף 3(ד) לחוק.

479 לדיון ברף זה ובהקשרים השונים שהוחל בהם ראו דפנה ברק־ארז משפט מינהלי כרך א, 447–449 (2010). כמו כן ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22 (נבו) 11.6.2008.

480 ראו עניין כהנא, לעיל ה"ש 4.

481 ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 479.

482 סעיף 3(ב) לחוק. סמכות היועץ המשפטי לממשלה הואצלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה (ראו אצילת סמכויות לפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016, י"פ התשע"ח מס' 7622, עמ' 1494 (20.11.2017)). רשויות הביטחון האחרות המנויות בחוק הן המוסד, צה"ל ומשטרת ישראל. מתן אפשרות לרשויות אלה ליזום הכרזה אינו נקי מקשיים, והדרישה שבכל מקרה הבקשה תוגש באמצעות ראש השב"כ ובצירוף חוות דעתו נועדה להבטיח שהנושא כולו ירוכז על ידי גורם אחד – השב"כ – שהוא הגורם המקצועי הראשי האמון על הנושא.

להבטיח כי אף שסמכות ההכרזה נתונה לגורם פוליטי – שר הביטחון – ייזום ההליך יהיה בידי הגורם המקצועי – השב"כ – האמון על הנושא, המחויב על פי חוק לפעול בצורה ממלכתית.⁴⁸³ על הבקשה לפרט את המידע והעובדות המבססות אותה. כמובהר בדברי ההסבר להצעת החוק, הדרישה לאישורו של דרג מקצועי בכיר "נועדה להבטיח בקרה על רמת הראיות המוגשות בתמיכה לבקשה להכריז על ארגון טרור" – וזאת לאור ההשלכות שיש לכך על הארגון, חבריו, רכושו, ואנשים נוספים.⁴⁸⁴

תנאי חשוב נוסף הקבוע בחוק, שנועד לספק הגנה מוגברת לארגונים **ישראליים** העלולים להיות מוכרזים בשל היותם ארגוני מעטפת, הוא כי יש לתת להם התראה מוקדמת והזדמנות לתקן את דרך פעילותם לפני הגשת בקשה להכרזה – כאשר ניתן לעשות זאת מבלי לסכל את האפשרות לפעול נגד הארגון.⁴⁸⁵ יש לראות תנאי זה כתנאי מהותי, המבטא את עמדת המחוקק שלפיה יש לראות בהכרזה על ארגון ישראלי, המוכרז על רקע קשר שהוא מקיים עם ארגון העוסק בטרור, **כמוצא אחרון**. כמו כן הוא מבטא את האופי המניעתי של מנגנון ההכרזה ככלי שנועד לסכל פעילות עתידית מצד הארגון העלולה לפגוע בביטחון המדינה, ולא להעניש אותו על מעשי העבר. כאשר ניתן לטפל בסכנה לביטחון הציבור הטמונה בפעילותו של ארגון ישראלי על ידי מתן התראה לארגון – ובכך למנוע את הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בהכרזה מינהלית – יש להעדיף דרך זו.

4.3.2 הכרזה זמנית ושימוע מוקדם

אם שר הביטחון משתכנע שיש מקום להכריז על ארגון כארגון טרור, עליו לבצע בשלב הראשון הכרזה זמנית, העומדת בתוקפה עד לקבלת החלטה סופית

483 ראו סעיף 4(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002: "השירות יפעל באורח ממלכתי; לא חוטל על השירות משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים".

484 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח 611, 1420.

485 סעיף 3(ג) לחוק.

בעניין.⁴⁸⁶ מנגנון ההכרזה הזמנית נועד לקיים את הכלל שלפיו יש לקיים שימוע מוקדם לפני קבלת החלטה סופית הפוגעת בזכויותיו של אדם, וכן לספק לארגון ולחבריו הזדמנות להשמיע את טענותיהם לפני גיבוש החלטה סופית בידי השר.⁴⁸⁷ לשם כך נקבע כי כאשר מדובר בארגון הפועל בישראל, יש למסור לו בהקדם האפשרי הודעה על ההכרזה הזמנית, אם ניתן לאתרו בשקידה סבירה.⁴⁸⁸ כדי למנוע מהיידוע המוקדם לאפשר את סיכול ההכרזה (למשל על ידי הברחת נכסים) נקבע בחוק כי במהלך תקופת ההכרזה הזמנית יראו את הארגון, לכל דבר ועניין, כאילו הוכרז כארגון טרור.⁴⁸⁹ כפי שראינו בסקירה ההשוואתית, מתן

486 או עד חלוף המועד הניתן לשר הביטחון להכריז הכרזה סופית לאחר קיומו של שימוע לפני הוועדה המייעצת. ראו סעיפים 4(א) ו-4(ב) לחוק. החוק קובע כי שר הביטחון רשאי לבטל הכרזה זמנית לפי בקשה מנומקת מאת ראש רשות ביטחון, אם שוכנע כי אין מדובר בארגון טרור (סעיף 4(ג) לחוק). הסדר זה, המגביל את סמכות שר הביטחון לבטל הכרזה זמנית, הוכנס לחוק במהלך הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 26.10.2015. זאת, על מנת למנוע מצב שבו שר יהיה נתון ללחצים פוליטיים לבטל הכרזה זמנית לפני הפיכתה לסופית (ראו פרוטוקול ישיבה 53 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 94-95 (26.10.2015)).

הסדר זה מעורר לכאורה קשיים – שכן אם שר הביטחון מגיע למסקנה שאין הצדקה עניינית להכרזה, אין לכבול את ידיו ולהגביל את סמכותו לבטלה. זאת ועוד, הכרזה היא צעד דרסטי הפוגע בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט, בהליך מינהלי אשר אמור לשרת תכליות מניעתיות הכרחיות. עצם העובדה ששיקולים פוליטיים או מדיניים גוברים בעיני השר על הצורך הביטחוני בביצוע הכרזה עשויה לעורר שאלות ביחס לנחיצות ההכרזה, ועל כן ביחס למידתיותה. כמו כן, כפי שראינו בסקירה ההשוואתית, הכרזות משמשות לא אחת חלק מניהול מדיניות חוץ של המדינה. שיקולים פוליטיים ומדיניים אינם יכולים להצדיק הכרזה בלתי מבוססת, אך עשויים להצדיק הימנעות מהכרזה במקרים המתאימים. הרלוונטיות של שיקולים מדיניים נלמדת גם מסעיף 32(ד) לחוק, המסמך את שר האוצר, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון פנים, להעניק היתר חריג לביצוע פעולה ברכוש של ארגון טרור או להעביר כספים לארגון טרור.

487 החובה לבצע בשלב הראשון הכרזה זמנית הוכנסה להצעה הממשלתית שפורסמה ב-27 ביולי 2011 (ראו הצעת המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח 611), בעקבות הערותיהם של ארגוני חברה אזרחית אשר עמדו על הצורך לאפשר שימוע מוקדם. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "מוצע לקבוע כי ההכרזה על ארגון טרור תיעשה בתהליך דו-שלבי. בשלב ראשון, לאחר ששר הביטחון בחן את התשתית הראייתית לבקשה, הוא יהיה רשאי להכריז 'הכרזה זמנית' על ארגון הטרור, ורק לאחריה, ולאחר שניתנה לארגון הזדמנות לשימוע, יהיה ניתן להכריז על הארגון באופן סופי" (שם, בעמ' 1419).

488 סעיף 4(ד) לחוק.

489 סעיף 4(ה) לחוק.

אפשרות לשימוע לפני שהכרזה הופכת לסופית הוא ערובה חשובה, אשר אינה מתקיימת ברבות מהמדינות המקיימות משטרי הכרזות.⁴⁹⁰

4.3.3 הליך השימוע לפני הוועדה

הליך השימוע בנוגע להכרזה מתקיים לפני ועדה מייעצת בראשות שופט בדימוס, שתפקידה לסייע לשר בשמיעת טענות הארגון. הוועדה מתמנה בידי שר המשפטים, והיא מורכבת משלושה חברים: שופט בדימוס של בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי, שימונה בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון וישמש יושב הראש שלה; משפטן הכשיר לכהן כשופט של בית משפט מחוזי; וחבר נוסף בעל ניסיון בתחום הביטחון והמאבק בטרור, שימונה בהתייעצות עם שר הביטחון.⁴⁹¹ תפקיד הוועדה ליעץ לשר בנוגע להכרזות שלגביהן הוגשו טענות, בקשות לביטול הכרזות, ו"כל עניין אחר שיביא לפניה והנוגע לסמכויותיו" בעניין זה.⁴⁹²

מהרכב הוועדה, סמכויותיה ומהות התפקידים המוטלים עליה אנו למדים כי אף שאינה מוסמכת לקבל החלטה סופית, היא מתפקדת במידה רבה כוועדה מעין שיפוטית: היא מבררת את טענות הצדדים, רשאית לזמן את הצדדים להופיע לפניה, קובעת את היקף החיסיון שיוטל על המידע, מנהלת פרוטוקולים של דיוניה, ומוסמכת לקבוע את "סדרי עבודתה ככל שלא נקבעו לפי חוק זה".⁴⁹³ כמובהר בדברי ההסבר לחוק, ההליך לפני הוועדה המייעצת "מחליף למעשה את זכותו של הארגון להישמע על ידי הגורם המינהלי המקבל את ההחלטה

⁴⁹⁰ כך למשל בקנדה אין כל מנגנון לשימוע מוקדם, ובספרות הובעה הסברה שמא הצ'רטר הקנדי מחייב מתן אפשרות לשימוע מוקדם מהורן נקיטת צעדים זמניים למניעת סיכול האפשרות להקפאה ותפיסה של רכוש הארגון (ראו Forcese & Roach, לעיל ה"ש 222, בעמ' 271-272).

⁴⁹¹ סעיף 14(א) לחוק.

⁴⁹² סעיף 14(ב) לחוק.

⁴⁹³ סעיף 16(ג) לחוק. במהלך הדיונים בהצעת החוק הביעה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט את העמדה שמדובר בוועדה מעין שיפוטית (ראו למשל: פרוטוקול ישיבה 57 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 32 (2.11.2015)).

לפני ההכרזה".⁴⁹⁴ משמעות הדבר שהוועדה המייעצת אינה מקיימת ביקורת על החלטת השר להכריז הכרזה זמנית, אלא נכנסת לנעליו ובוחנת לגופם של דברים, *de novo*, אם מתקיימים התנאים המצדיקים הכרזה קבועה על הארגון כארגון טרור. על הוועדה לבחון אם בנסיבות העניין אכן ראוי שהשר "ישתכנע" כי הארגון הוא ארגון טרור.

את הפנייה לוועדה המייעצת יכולים להגיש הארגון או חבר בו, ועליה לכלול פירוט של הטענות העובדתיות המבססות אותה בצירוף המסמכים הרלוונטיים.⁴⁹⁵ לשם הגשת הפנייה רשאי הפונה לעיין בבקשת ראש רשות הביטחון להכרזה על הארגון ובהחלטת השר, בכפוף לשיקולי חיסיון שעליהם אעמוד בהמשך.⁴⁹⁶ על הוועדה המייעצת לאפשר לראש רשות הביטחון שלבקשתו בוצעה ההכרזה הזדמנות להשיב לטענות הפונה, והיא רשאית להזמין לפניה את הצדדים.⁴⁹⁷ בסיום הדיון על הוועדה למסור לשר הביטחון המלצה מנומקת בצירוף המידע המבסס אותה, בדרך כלל בתוך ארבעה חודשים.⁴⁹⁸

הדיון לפני הוועדה המייעצת הוא ההזדמנות המרכזית הניתנת למי שמבקש להשיג על הכרזה זמנית לקיים בירור עובדתי ביחס לטעמי ההכרזה. כיוון שכך, מן הראוי כי הוועדה תפרש בהרחבה את הסמכות הניתנת לה לקבוע את סדרי עבודתה – ובכלל זה תתיר למי שמשיג על הכרזה להגיש ראיות ובמקרים המתאימים אף לזמן עדים. חוק איסור מימון טרור הטיל בזמנו על שר המשפטים לקבוע בתקנות את "סדרי הדיון והראיות בדיון בבקשה בוועדה המייעצת, לרבות לענין דרכי הגשת ראיות וחקירת עדים".⁴⁹⁹ חוק המאבק בטרור אינו קובע הסדר דומה, אלא מתיר לוועדה עצמה לקבוע את סדרי עבודתה.

494 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח 949, 1080.

495 סעיפים 5(א)-(ב) לחוק.

496 סעיף 8 לחוק.

497 סעיף 5(ה)(1) לחוק.

498 סעיף 5(ה)(2) לחוק. הוועדה רשאית להאריך את התקופה מטעמים מיוחדים שיירשמו; אם היא עושה זאת יותר מפעם אחת, הימטר הודעה על כך לשר הביטחון.

499 סעיף 47(ב)(3) לחוק.

4.3.4 הכרזה קבועה

לאחר קבלת המלצת הוועדה, שר הביטחון רשאי להוציא הכרזה סופית אם בעקבות עיון בטענות שהוגשו ובהמלצת הוועדה הוא משתכנע שאכן מדובר בארגון טרור.⁵⁰⁰ אם לא מוגשות טענות לוועדה המייעצת, ההכרזה הזמנית הופכת לסופית באופן אוטומטי בתום התקופה שהוקצבה לכך.⁵⁰¹

4.3.5 בקשה לביטול הכרזה

לאחר שהכרזה זמנית הופכת לקבועה, ניתן לתקוף אותה בכל עת באמצעות בקשה לביטולה המוגשת לשר הביטחון באמצעות הוועדה המייעצת. לפי החוק רק הארגון עצמו רשאי להגיש את הבקשה, אולם השר מוסמך לבטל הכרזה גם מיוזמתו (לדיון בשאלת זכות העמידה בתקיפת הכרזה – הן בשימוע מוקדם והן בבקשה לביטול – ראו בהמשך).⁵⁰² השר רשאי לבטל הכרזה אם שוכנע כי מתקיים אחד משני תנאים: "לא היה בסיס להכרזה"; או חלפו שנתיים (או תקופה קצרה יותר בהתקיים נימוקים מיוחדים לכך), "הארגון שינה באופן מהותי את דרכיו ויש סבירות גבוהה שלא ישוב לעסוק בפעילות טרור".⁵⁰³

נשאלת השאלה מה משמעות הדרישה ש"לא היה בסיס להכרזה"? האם משמעותה שכדי לבטל הכרזה, על השר להשתכנע שלא היה לה כל בסיס סביר מלכתחילה? או שמא די בכך שיימצא כי לא הייתה מוצדקת לגופה? נראה כי האפשרות הראשונה אינה מתחייבת מלשון החוק והיא דווקנית מדי.⁵⁰⁴ היא

500 סעיף 6(א) לחוק. ככלל, על שר הביטחון לבצע הכרזה סופית בתוך חודש מיום קבלת המלצת הוועדה המייעצת, והוא רשאי להאריך את התקופה מנימוקים מיוחדים למשך חודש נוסף לכל היותר.

501 סעיף 6(ב) לחוק.

502 סעיף 7(א) לחוק.

503 סעיף 7(א) לחוק.

504 בהקשרים אחרים, שבהם ביקש המחוקק לקבוע כי החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות תעמוד בעינה אלא אם נמצא כי לא היה לה בסיס סביר מלכתחילה, הוא הבהיר זאת מפורשות. ראו למשל סעיף 11ג(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, הקובע הסדר למחיקה ולביעור של אמצעי

עלולה להוביל לתוצאה האבסורדית שלפיה אין לשר סמכות לבטל הכרזה, הפוגעת בזכויות יסוד, גם כאשר הוא משתכנע כי איננה ראויה או מבוססת.

יש לשים לב בהקשר זה כי הצעת החוק הממשלתית – שנקטה גישה מצמצמת ביחס לעילות לביטול הכרזה – כללה סעיף סל שלפיו אין באמור בחוק כדי לגרוע מסמכותו השיורית של שר הביטחון לבטל הכרזה אם מצא כי קיימים טעמים אחרים המצדיקים זאת.⁵⁰⁵ במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט הוחלף סעיף זה בהוראה אחרת, המפקידה את הסמכות השיורית לבטל הכרזה מטעמים נוספים בידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי.⁵⁰⁶ ההחלפה נעשתה לאחר שהובהר, בין היתר, כי העילות שאומצו בסופו של דבר לביטול הכרזה בידי שר הביטחון גמישות דיין כדי לכסות את כלל המקרים שקיימת בהם הצדקה עניינית לביטול ההכרזה – בין משום שלא הייתה מוצדקת מלכתחילה ובין משום שחל שינוי נסיבות.⁵⁰⁷ הסמכות השיורית, לעומת זאת, נועדה בעיקר להותיר פתח לביטול הכרזתו של ארגון מטעמים מדיניים, אף כאשר קיימת הצדקה מהותית להמשך ההכרזה. בשל הרגישות המיוחדת הסובבת החלטה מעין זו החליטה ועדת החוקה, חוק ומשפט להפקידה בידי ועדת השרים, ולא להותירה לשיקול דעתו של שר בודד.⁵⁰⁸

זיהוי גנטיים שניטלו מחשוד, אף כי "לא היה בסיס סביר מלכתחילה" לחקור אותו באזהרה. ההסדר, שנועד לאפשר שמירת נחוני זיהוי שנלקחו מחשוד גם כאשר מתברר בדיעבד שהוא לא ביצע את העבירה המיוחסת לו, מעורר שאלות נכבדות, שאין כאן המקום לברר; לענייננו החשוב הוא, שכאשר המחוקק ביקש להתנות ביטול החלטה מינהלית הפוגעת בזכויותיו של אדם בקביעה שלא רק שהיא לא הייתה מוצדקת, אלא שלא היה לה בסיס סביר מלכתחילה – הוא עשה זאת מפורשות.

505 סעיף 7(ז) להצעת החוק.

506 סעיף 7(ז) לחוק קובע כי "על אף האמור בסימן זה, ועדת השרים רשאית לבטל הכרזה על ארגון טרור אם מצאה כי יש טעמים מיוחדים המצדיקים זאת; החלטת ועדת השרים לבטל הכרזה לעניין ארגון טרור כאמור בפסקה (1) להגדרה 'ארגון טרור' (קרי, ארגון העוסק בצורה ישירה באלימות, ולא ארגון מעטפת), אף שממשיך להתקיים האמור באותה פסקה, טעונה אישור ועדה משותפת של ועדת החוקה חוק ומשפט ושל ועדת החוץ והביטחון של הכנסת".

507 פרוטוקול הישיבה מיום 2.11.2015, לעיל ה"ש 493, בעמ' 23-26.

508 באופן מעניין דווקא ביחס לאימוץ הכרזות חוץ, החוק אימץ גישה רכה יותר, המאפשרת לשר הביטחון לבטל הכרזה סופית בכל עת אם חדל להתקיים תנאי מהתנאים

ראוי גם לתת את הדעת לכך שהאפשרות להגשת בקשה לביטול הכרזה היא האפיק היחידי לאתגור הכרזות ישנות, שאומצו בעבר בהתאם לתקנות ההגנה (שעת חירום) או פקודת מניעת טרור, אשר לפי הוראת מעבר בחוק ממשיכות לעמוד בתוקפן גם לאחר חקיקת חוק המאבק בטרור. סעיף 101 לחוק המאבק בטרור קובע כי ארגון שהוכרז בעבר "יראו אותו כאילו הכריזו עליו בהכרזה קבועה שהוא ארגון טרור, לפי סעיף 6 לחוק זה". בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי "ארגון טרור שהוכרז בעבר כאמור, יהיה רשאי מעתה ואילך לתקוף את ההכרזה בדרך של בקשה לביטול ההכרזה לפי סעיפים 7 או 13, לפי העניין"⁵⁰⁹. על בעייתיות הוראת המעבר אעמוד בהמשך, אולם כעת אבקש להצביע על כך שכל עוד הוראה זו קיימת, אמות המידה המהותיות לבחינת בקשה לביטול הכרזה ישנה צריכות להיות אלה הקבועות בחוק המאבק בטרור עצמו – ולא בתחיקת החירום, שכן החוק קובע כי יש לראות בארגון שהוכרז בעבר כאילו הוכרז לפי חוק המאבק בטרור. משמעות הדבר, למשל, שבבואו לבחון בקשה לביטול הכרזה ישנה על שר הביטחון לשקול אם "היה בסיס להכרזה" לפי הקריטריונים העדכניים, הקבועים בחוק המאבק בטרור. פרשנות אחרת, שלפיה על השר לשקול אם היה בסיס להכרזה לפי תקנות ההגנה או פקודת מניעת טרור, עלולה להוביל לקיבוע מעמדם של אותם ארגונים כארגוני טרור, אף שאינם כאלה לפי אמות המידה העדכניות שאימץ המחוקק. למעשה, היא עלולה להכשיר פגיעה בזכויותיהם היסודיות של ארגונים ותומכיהם, בנסיבות שבהן המחוקק קבע שכבר אין הצדקה לכך.

בהמשך הדברים מוצע לאמץ מנגנון של ביקורת תקופתית על הכרזות קיימות, כדי להבטיח ששאלת הצדקה להמשך הכרזתו של ארגון כארגון טרור תיבחן ביוזמת הרשויות אחת לכמה שנים. אולם כל עוד מנגנון כזה אינו מופעל, יש להתחשב בפרק הזמן שחלף מאז ביצוע ההכרזה בבחינת הנטל המוטל על ארגון במסגרת בקשה לביטול הכרזה. ככל שחלף זמן רב יותר, כך יש להפחית מהנטל

להכרזה, או "אם מצא כי קיימים טעמים אחרים המצדיקים זאת" (סעיף 13 (ב) ו-ג) (לחוק). נראה כי השוני נעוץ ברגישות הפוליטית הפחותה של הכרזות חוץ, שאינן נוגעות לסכסוך הישראלי-פלסטיני.

המוטל על הארגון, ולדרוש מהרשויות לספק מידע עדכני, המבסס את ההצדקה להמשך הכרזה על הארגון כארגון טרור.

4.3.6 זכות העיון ואפשרות ההסתמכות על חומר חסוי

כדי לצקת תוכן ממשי בזכות לשימוע, החוק קובע ברירת מחדל שלפיה מי שזכאי להגיש לוועדה טענות או בקשה לביטול הכרזה רשאי לעיין בבקשת ראש רשות הביטחון, בהמלצות הוועדה המייעצת ובהחלטת שר הביטחון.⁵¹⁰ מן הראוי לפרש זכות עיון זו כמשתרעת אפירורית על כל החומר הרלוונטי המוגש לוועדה מטעם שר הביטחון – הן הנימוקים והן הראיות והמידע המובאים לביסוס נימוקים אלה. כמו כן יש להכיר בזכות המשיג לקבל לידי חומר מזכה המצוי ברשות המדינה, כלומר חומר העשוי לכרסם בטענות המדינה. את זכות העיון הרחבה ניתן לבסס על פרשנות תכליתית של ההסדר הקבוע בחוק, וכן על סמכות הוועדה "לקבוע את סדרי עבודתה ככל שלא נקבעו לפי חוק זה".⁵¹¹ כעולה בצורה מובהקת מהסקירה ההשוואתית, זכות עיון אפירורית רחבה משמשת ערובה חשובה להבטחת יכולת הארגון להתגונן בצורה אפקטיבית, לנוכח האפשרות הניתנת למדינה – שעליה אעמוד מיד – להסתמך על חומר חסוי במסגרת הדיונים.

החוק כמובן מכיר מפורשות באפשרות להסתמך על חומר חסוי במסגרת הליך ההכרזה. עם זאת, אפשרות זו איננה אוטומטית. היא טעונה בקשה קונקרטית מצד רשות הביטחון והחלטה פוזיטיבית של הוועדה המייעצת.⁵¹² לפי החוק הוועדה רשאית לקבוע כי מידע שהוצג לה הוא חסוי, אם שוכנעה כי "גילוי עולל לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בשלום הציבור או בביטחון, או לחשוף שיטות עבודה חסויות, וכי העניין שיש באיגילוי עדיף מהצורך לגלותו לשם בירור האמת ועשיית צדק".⁵¹³ לנוכח הבעייתיות המיוחדת הטמונה

510 סעיף 8 לחוק.

511 סעיף 16(ג) לחוק.

512 הבקשה יכולה להיות מוגשת בידי ראש רשות הביטחון או עובד בכיר שהוסמך על ידו (סעיף 9(ה) לחוק).

513 סעיף 90(א) לחוק.

בשימוש בחומר חסוי, והשאלות המורכבות שהיא מעלה, הפרק הבא של מחקר זה יוקדש לבחינה מעמיקה של האופן שבו שיש לפרש וליישם הוראה זו, ולערובות המינימליות שיש לספק כדי למנוע ריקון הזכות להליך הוגן.

4.3.7 מעמד המלצת הוועדה

לפי החוק הוועדה המייעצת היא גוף ממליץ ולא מחליט. תפקידה לדון בטענות המוגשות לה ולמסור לשר הביטחון המלצה מנומקת לעניין ההכרזה הקבועה, בצירוף המידע שהוצג לה לשם גיבוש המלצתה.⁵¹⁴ לאחר קבלת המלצת הוועדה, הסמכות להחליט אם לבצע הכרזה סופית נתונה בסופו של דבר לשר הביטחון – אשר נדרש לעיין בטענות שהוגשו ובהמלצת הוועדה.⁵¹⁵

כפי שמציין יצחק זמיר, המשקל שיש לייחס להמלצתו של גוף מייעץ תלוי בנסיבות העניין: ב"מהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק המסמך, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובניסיון של הרשות המתייעצת, ובשאלה אם הרשות המתייעצת קיימה היא עצמה בדיקה יסודית של העניין הנדון".⁵¹⁶ לפי הפסיקה יש לייחס משקל כמעט מחייב להמלצתה של ועדה מייעצת מקצועית, המוסמכת לקיים בירור מעמיק בנושא הרלוונטי, ונדרש טעם מהותי לסטייה ממסקנותיה.⁵¹⁷ לאור מעמדה הסטטוטורי של הוועדה המייעצת לפי חוק המאבק בטרור – גוף מקצועי המוסמך על פי חוק לקיים בירור עובדתי

514 סעיף 5(ה) לחוק.

515 סעיף 6(א) לחוק. באופן עקרוני, על השר לקבל החלטה בתוך חודש ממועד קבלת המלצת הוועדה המייעצת, תקופה הניתנת להארכה לתקופה נוספת שלא תעלה על חודש (שם). ברי כי אם הוועדה מחליטה שאין מקום לבצע הכרזה סופית, מן הראוי כי השר יקבל החלטה בהקדם כדי למנוע המשך פגיעה בלתי מוצדקת בארגון. אם טענות אינן מוגשות לוועדה המייעצת, ההכרזה הזמנית הופכת לקבועה בחום חודש ימים מתום התקופה הניתנת לכך (סעיף 6(ב) לחוק).

516 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב: ההליך המינהלי 1217 (2011).

517 שם, בעמ' 1217-1218. ראו למשל: בג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ (נבו 20.8.2009), פס' 21 לחוות דעתו של השופט דנציגר; בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (נבו 24.11.2009); בג"ץ 5755/08 ערן נ' ממשלת ישראל (נבו 20.4.2009), פס' 13 לחוות דעתו של השופט לוי.

מעמיק ולהעניק למשיג את ההזדמנות היחידה הניתנת לו לשטוח את טענותיו לפני הרשות – יידרשו טעמים כבדי משקל כדי להצדיק את דחיית המלצתה. בין היתר, על השר לסמוך את ידיו ככלל על קביעותיה העובדתיות של הוועדה, שכן היא זו ששומעת את הצדדים ומקיימת את הבירור העובדתי הנדרש. כמו כן לאור המומחיות השיפוטית של הוועדה, הפועלת בראשות שופט בכיר בדימוס, מן הראוי כי השר יעניק משקל כבד גם להמלצות הוועדה ביחס לפרשנות הראויה של הוראות החוק.

4.3.8 ביקורת שיפוטית על הכרזה

חוק המאבק בטרור אינו קובע מנגנון לערעור או לביקורת שיפוטית על הכרזה. תחת זאת הוא מסתפק בקביעה הלקונית כי אין בהוראות החוק, השוללות את סמכות בתי המשפט להיזקק לטענה שארגון מוכרז אינו ארגון טרור, כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.⁵¹⁸

כעולה מהסקירה ההשוואתית, זכותו של מי שנפגע בעקבות הכרזה לסעד אפקטיבי לפני גוף עצמאי המוסמך להורות על ביטול ההכרזה – היא זכות בסיסית המוכרת כמעט בכל מקום שקיים בו הליך הכרזה. מן הראוי היה לקבוע בחוק מנגנון ערעור, המאפשר תקיפת הכרזה לפני גוף שיפוטי בעל סמכות הכרעה, המסוגל לקיים במקרים המתאימים גם בירור ראייתי. אולם בהיעדר הסדר כזה – ולאור העובדה שבג"ץ משמש הלכה למעשה הערכאה היחידה המוסמכת לקיים ביקורת שיפוטית על הכרזות – מן הראוי כי בית המשפט יחיל בהקשר זה ביקורת שיפוטית מורחבת, שבמסגרתה הוא בוחן את ההחלטה לגופה ולא רק את סבירותה.

מודל הביקורת השיפוטית המורחבת מוכר בישראל ומוחל בהקשרים דומים אחרים, שבהם החלטות מינהליות עלולות לפגוע בצורה קשה בזכויות האזרח. כך

518 ראו סעיף 19(א) לחוק, שלפיו "בכל הליך משפטי, לרבות הליך משפטי לפי חוק זה, לא יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור או פעיל טרור, לפי העניין, או לטענה שעניינה בטלוחה של הכרזה על ארגון טרור או על פעיל טרור, וסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לא יחול לעניין זה" (הסמכות להכריז על אדם קיימת אך ורק במסגרת אימוץ הכרזות חוץ). לעניין סמכות בג"ץ, ראו סעיף 19(ב) לחוק.

למשל, בית המשפט קבע כי בדיוני ביקורת שיפוטית על מעצרים מינהליים הוא יקיים בירור מקיף ומעמיק, ולא יסתפק בבחינת סבירות ההחלטה.⁵¹⁹ מודל דומה אומץ בחוק המאבק בטרור בהליכי ביקורת שיפוטית על חילוטם מינהליים.⁵²⁰ ניתן לקבל השראה בעניין זה גם מהגישה שאימץ הטריבונל המיוחד שהוקם בבריטניה לדיון בערעורים על החלטות להוציא ארגוני טרור אל מחוץ לחוק (POAC). כאמור, אף שתפקידה הסטטוטורי של ערכאה זו הוא לדון בערעורים אלה לפי עילות ביקורת מינהליות, POAC קבעה כי לאור השלכות ההכרזה על זכויות אדם של הפרט, ולנוכח העובדה שהדיון לפנייה הוא למעשה ההזדמנות היחידה הניתנת לאדם להפריך את טענות המדינה ולהביא ראיות לביסוס עמדתו, עליה להפעיל "ביקורת מפורטת ואינטנסיבית".⁵²¹

אצלנו, יכולת הארגון לאתגר הכרזה לפני הוועדה המייעצת היא הזדמנות חשובה לשימוע – אך בשום פנים ואופן אין מדובר בתחליף לסעד אפקטיבי באמצעות ערכאה עצמאית, המוסמכת לבטל את החלטת הרשות ולהתערב במדיניות שהיא קובעת. שמירת זכותו של ארגון לסעד שיפוטי אפקטיבי איננה חשובה רק כשלעצמה. כפי שעולה מהסקירה ההשוואתית, היא גם חשובה כדי לשמור על אמיונתן של ההכרזות הישראליות בקרב הקהילה הבינלאומית ולהגביר את הסיכויים שדמוקרטיות אחרות יאמצו אותן.

519 לעניין הביקורת השיפוטית המורחבת על מעצרים מינהליים ראו למשל: בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטי אלי"מ שפי, פ"ד נב(5) 337 (1998); עמ"מ 2/94 בן יוסף נ' שר הביטחון (נבו 31.3.1994); עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508 (1986).

520 ראו טעיה 64 לחוק, הקובע "ביקורת שיפוטית מינהלית מורחבת" בהליכי חילוט מינהלי: "בעתירה על החלטה של שר ביטחון לפי פרק זה רשאי בית משפט לעניינים מינהליים לאשר את החלטת השר, לשנותה, לבטלה או לקבל החלטה אחרת במקומה, ובלי לגרוע מכלליות האמור רשאי בית המשפט לשקול כל שיקול שהיה השר רשאי לשקול לשם כך". כמו כן ראו עניין דיסקל, לעיל ה"ש 401, פסי 12-14 לחוות דעתו של השופט סולברג.

521 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 283.

4.3.9 זכות העמידה לפני הוועדה ובתקיפת הכרזה סופית

על פי סעיף 5(א) לחוק רק ארגון או חבר בארגון רשאים להגיש טענות לוועדה המייעצת. בדברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור נטען כי אין להרחיב את זכות העמידה מעבר לכך, "משום שהנטל להוכיח כי אין בסיס להכרזה מוטל על הגורם המוכרז, ואילו גורם חיצוני אינו בעל מעמד מתאים לנקוט עמדה בשאלה אם פעולותיו של הארגון עולות כדי הגדרתו כארגון טרור אם לאו"⁵²². על הזכויות של צדדים שלישיים יש להגן באמצעות הסדרים למניעת פגיעה בלתי מוצדקת בהם – כגון הגנות על עניינו של "טוען לזכות ברכוש" בהקשר של תפיסה וחילוט.

נראה כי הטענה שהנטל במסגרת השימוע לפני הוועדה המייעצת מוטל על הארגון אינה משקפת את המצב המשפטי לאשורו. מטרת ההכרזה הזמנית למנוע הברחת רכוש ולאפשר נקיטת צעדים זמניים נגד הארגון תוך כדי ניהול השימוע. עדיין, לפי החוק, כדי לבצע הכרזה קבועה על השר להשתכנע, לאחר שעיין בטענות ובהמלצת הוועדה המייעצת, כי מתקיימים בארגון התנאים המצדיקים זאת.⁵²³ בהתאם לכך על הוועדה – הנכנסת לנעלי השר, והמקיימת את השימוע במקומו – להשתכנע כי יש מקום להמליץ על כך. הנטל לשכנעה מוטל על המדינה, הטוענת כי יש לנקוט את הצעד הקיצוני של הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק.

אולם עדיין נותרת השאלה אם ראוי להגביל את זכות העמידה לפני הוועדה המייעצת לארגון או לחבר בו. בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הציעה היועצת המשפטית של הוועדה לאפשר גם למי שנפגע במישרין מהכרזה להגיש את טענותיו לוועדה המייעצת.⁵²⁴ בסופו של דבר החליטה ועדת החוקה, חוק ומשפט שלא לאפשר זאת, בנימוק שמי שאינו לפחות חבר בארגון חסר הכלים להתמודד עם טענות המדינה לעניין האופי הטרוריסטי של הארגון – וכאשר מדובר בצדדים שלישיים, יש להגן בעיקר על זכותם לטעון בהקשרים המתאימים כי פעלו באופן תמים, מבלי שהיו מודעים לכך שמדובר בארגון

522 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח 949, 1080.

523 סעיף 6(א) לחוק.

524 פרוטוקול הישיבה מיום 26.10.2015, לעיל ה"ש 486, בעמ' 48-49.

טרור.⁵²⁵ מהדיון בכנסת בשאלת זכות העמידה נעדרת התייחסות לפגיעה באינטרס הציבורי שבשמירה על מרחב דמוקרטי חופשי, הטמונה בהכרזה בלתי מוצדקת, ולכך שלצדדים שלישיים עשוי להיות עניין חשוב במניעת הכרזות שוא, המצמצמות את גבולות השיח הלגיטימי.

לנוכח ההשלכות מרחיקות הלכת של מנגנון ההכרזה העבה שאומץ בישראל, יש מקום לתקן את החוק כדי להבטיח את זכותו של מי שעלול להיפגע בעקבות הכרזה – לרבות על ידי צמצום זכויותיו הפוליטיות – להביא את העניין לפני הוועדה המייעצת, גם אם אין בידי האפשרות להראות כי הוא חבר בארגון. התניית הזכות להשיג על הכרזה בהצהרה מצד אדם שהוא חבר בארגון – מעמד העלול לגרור סנקציות פליליות חמורות – מציבה חסם משמעותי לפני מימוש זכות השימוע. גם אם המדינה מתחייבת שלא לנקוט צעדים נגד אנשים רק משום שהציגו עצמם כחברים בארגון מוכרז לצורך אתגור ההכרזה, מעטים האנשים שיהיו מוכנים להזדהות כחברי ארגון מוכרז.

אולם גם אם ניתן לטעון כי קיימת הצדקה להגביל את זכות העמידה בשלב השימוע המוקדם לארגון ולחברים בו – או לגורמים העלולים להיפגע בצורה ישירה מההכרזה – שונים הם פני הדברים בעת שמדובר בתקיפת הכרזה לאחר המעשה.

סעיף 7 לחוק, הדן בסמכות שר הביטחון לבטל הכרזה לאחר שהפכה לסופית, קובע כי השר רשאי לבטל הכרזה קבועה לפי בקשה שמגיש ארגון הטרור, או מיוזמתו הוא, בהתאם לעילות שנדונו לעיל.

לכאורה, הסעיף מגביל את הזכות להגיש בקשה לביטול הכרזה לארגון הטרור עצמו. הגבלה זו תמוהה היא – בייחוד לנוכח הקביעה בסעיף 13(א) לחוק, שלפיה כאשר מדובר באימוץ הכרזת חוץ, הזכות להגיש בקשה לביטול ניתנת גם ל"מי שנפגע במישרין" מהכרזה.⁵²⁶ לא ברור מדוע בחר המחוקק להעניק

525 ראו שם, בעמ' 53-57.

526 זאת בדומה להסדר לאימוץ הכרזות חוץ שנקבע בעבר בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, אשר החיר גם למי שנפגע במישרין מהכרזה להגיש בקשת ביטול (ראו סעיף 4(א) לחוק איסור מימון טרור).

זכות עמידה רחבה יותר דווקא ביחס לארגונים נעדרי זיקה לישראל – שלגביהם החשש שהכרזה מוטעית תפגע בזכויותיהם היסודיות של אנשים המצויים בארץ פחות. נציגת משרד המשפטים הסבירה בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט כי כאשר מדובר בארגונים זרים שפעילותם נעדרת כל זיקה לישראל, לרוב לא יטרחו לממש את זכותם להגיש בקשת ביטול לפי החוק, ואנשים בישראל הנפגעים מההכרזה עלולים להיוותר ללא כל אפשרות לאתגר אותה.⁵²⁷ אולם גם ארגון ישראלי עשוי לבחור, מטעמיו הוא, להימנע מאתגור ההכרזה עליו – ואין הצדקה לשלול את זכות ההשגה מצדדים שלישיים נעדרי כל שליטה על החלטה זו. אדרבה, דווקא כאשר מדובר בארגון בעל זיקה לישראל יש להיזהר ביתר שאת מפני הותרת צדדים שלישיים רלוונטיים ללא סעד. כמו כן לא ברורה ההצדקה לשלילת זכותו של חבר בארגון, הזכאי על פי החוק לבקש שימוע מוקדם, להגיש בקשה לביטול הכרזה קיימת.⁵²⁸ אם יש לו מעמד לבקש שימוע מוקדם, הוא צריך להיות רשאי מקל וחומר להגיש בקשת ביטול.

אולם נראה כי מכל מקום משמעות סמכות השר לבטל הכרזה מיוזמתו היא שאם מובא לידיעתו מידע המצביע על כך שהכרזה לא הייתה מוצדקת, או כי ארגון שינה את דרכיו, עליו לבחון מידע זה באופן סביר ולשקול אם יש מקום להפעלת סמכותו לביטול ההכרזה. גם כאשר פנייה לביטול הכרזה אינה מגיעה מהארגון עצמו, מן הראוי שהשר יעביר אותה במקרים המתאימים לבחינת הוועדה המייעצת, שתפקידה הסטטוטורי להמליץ "לשר הביטחון בכל עניין אחר שיביא

527 פרוטוקול הישיבה מיום 2.11.2015, לעיל ה"ש 493, בעמ' 65.

528 נוסח הצעת החוק שפרסמה הממשלה בשנת 2015 העניק רק לארגון, ולא לחבר בארגון, את הזכות להגיש בקשה לביטולה של הכרזה. זאת, משום שהצעת החוק הגבילה את האפשרות לבקש ביטולה של הכרזה לנסיבות שבהן הארגון עצמו הודיע בפומבי כי שינה את דרכיו באופן מהותי וכי הוא מגנה את הטרור – לאחר תקופת צינון של חמש שנים שבמהלכה הארגון נמנע מפעילות בעייתית (ראו סעיף 7(א) להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015). במצב דברים זה, אכן לא היה היגיון במתן אפשרות לגורם אחר לבקש ביטול. אולם מרגע שהורחבו העילות, כבר אין הצדקה ממשית להגבלה זו. בדיון מיום 26.10.2015 בוועדת החוקה, חוק ומשפט נדחתה הצעה מצד היועצת המשפטית לאפשר גם לחבר בארגון טרור להגיש בקשה לביטול הכרזה, לאחר שזו נתקלה בהתנגדות מצד נציגי הממשלה (ראו פרוטוקול הישיבה מיום 26.10.2015, לעיל ה"ש 486, בעמ' 122-125).

לפניה והנוגע לסמכויותיו" לפי החוק.⁵²⁹ הוועדה, המוסמכת לקבוע את סדרי עבודתה אם אלה לא נקבעו בחוק, יכולה להחליט על הדרך ההוגנת והראויה ביותר לבחינת הבקשה.⁵³⁰

גורם אשר ביקש כי השר יפעיל את סמכותו לבטל הכרזה מיוזמתו רשאי גם לעתור לבג"ץ אם בקשה זו נדחית או לא נענית. כאמור, החוק אינו קובע הסדר ספציפי לביקורת שיפוטית על הכרזה, ומסתפק בקביעה שאין בייחוד הליך ביטול הכרזה כדי לגרוע מסמכויות בג"ץ. כפי שראינו, פנייה לבג"ץ היא הסעד השיפוטי היחיד העומד לרשותו של אדם או ארגון שנפגע מהכרזה, ועל כן מן הראוי שבית המשפט יפרש את תפקידו בהקשר זה בהרחבה. בין היתר, מן הראוי שיכיר בזכותו של כל מי שרואה עצמו נפגע עקב הכרזה – בין כלכלית ובין משום שההכרזה מצמצמת את חופש הביטוי הפוליטי שלו – לעתור נגד ההחלטה. אם לא כן, אדם שזכויותיו היסודיות נפגעו עקב הכרזה עלול להיוותר ללא כל סעד.⁵³¹ כפי שראינו בסקירה ההשוואתית, ככל שמנגנון ההכרזה עבה יותר והיא משליכה על הזכויות הפוליטיות של אזרחי המדינה, כך גוברת הנטייה להכיר בזכות עמידה רחבה יותר לתקיפת ההכרזה. בבריטניה, למשל, היו אלה חברי פרלמנט שהובילו מאבק משפטי לביטול ההכרזה על ארגון PKK, בטענה שההכרזה פגעה בזכויותיהם הפוליטיות.⁵³²

נוסף על כך, חשוב להבטיח את זכותו של אדם שנוקטו נגדו הליכים בעקבות הכרזה לאתגר את חוקיותה. גם כאשר מוצדק להטיל על אדם אחריות פלילית בגין עצם העובדה שהפר קביעה של הרשות המבצעת שמדובר בארגון טרור,⁵³³ אין לחסום לחלוטין את יכולתו להעלות טענות נגד תוקפה של קביעה זו. לכן,

529 סעיף 14(ב) לחוק.

530 ראו סעיף 16(ג) לחוק, הקובע כי "הוועדה תקבע את סדרי עבודתה ככל שלא נקבעו לפי חוק זה".

531 ראו גם אמירתה של נציגת משרד המשפטים בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת: "תמיד יש איזו שהיא זכות לאדם לגשת לבג"ץ ולחקוף את ההכרזה אם הוא חושב שנעשה פה עוול" (פרוטוקול הישיבה מיום 26.10.2015, לעיל ה"ש 486 בעמ' 54).

532 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 277.

533 ראו לעיל בסעיף 4.1.9.

כל עוד עומדת בעינה הקביעה בסעיף 19 לחוק, השוללת את סמכותם של בתי משפט מלבד בג"ץ לדון בבטלותן של הכרזות, יש לאפשר לאדם המבקש להעלות טענות בעניין זה לפנות לבג"ץ במקרים המתאימים תוך כדי ההליך המתנהל נגדו.⁵³⁴

מסקנה זו, שלפיה אין בצמצום זכות העמידה לפני הוועדה המייעצת כדי להצדיק את הגבלת זכות העמידה לפני בג"ץ, עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק. בדברי ההסבר מצוין כי לא נקבע בחוק מנגנון ערעור על החלטת שר הביטחון, ועל כן "מי שרואה עצמו נפגע מהחלטת שר הביטחון, רשאי, לאחר שמיצה את ההליכים לפי החוק המוצע, לפנות בעתירה לבית המשפט העליון נגד החלטת שר הביטחון, לבחינת סבירות החלטתו".⁵³⁵ מסקנה זו מתחזקת גם לנוכח עמדת המדינה, המקבלת ביטוי כאמור בעיגון הכרזות בצו, שלפיה הכרזה היא "דין" ולא רק נסיבה עובדתית, שאת מודעות הנאשם אליה יש להוכיח מעל לכל ספק סביר.⁵³⁶ דווקא אם רואים בהכרזה דין החל כלפי כולי עלמא, אין לחסום דרכו של אדם מן הציבור המבקש לטעון כי מדובר ברגולציה בלתי חוקית או בלתי חוקתית.

4.3.10 ביקורת תקופתית

באופן מפתיע, החוק אינו קובע כל הסדר לביקורת עיתית על הכרזות ישראליות מקוריות. לעומת זאת, לגבי הכרזות חוץ, המאומצות בישראל בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 11 לחוק, החוק קובע מפורשות כי על הוועדה המייעצת לקיים ביקורת תקופתית אחת לארבע שנים, ולבחון אם השתנו הנסיבות ואם התנאים

534 דיון בשאלה אם ראוי לאפשר לבתי משפט לדון בבטלותן של הכרזות מכוח סמכותם הנגררת, או שמא מוצדק להגביל את הדיון בעניין זה לבג"ץ בלבד, חורג מגדר המחקר הנוכחי. ואולם, אין להותיר אדם ללא כל אפיק להעלאת טענות נגד תוקפה של הכרזה המשמשת בסיס לצעדים נגדו (לעניין חשיבותה של תקיפה עקיפה ככלי שנועד למנוע מתן תוקף לפעולות בלתי חוקיות של השלטון, בייחוד כאשר לא ניתן היה לצפות מאדם לתקוף את החלטת הרשות מבעוד מועד, ראו רע"פ 8182/18 אליעזר מושיא נ' מדינת ישראל (נבו) 18.2.2020).

535 דברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח 949, 1082.

536 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 416.

להכרזה עדיין מתקיימים.⁵³⁷ בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הסבירה היועצת המשפטית של הוועדה כי הוחלט לאמץ מנגנון ביקורת תקופתית ביחס להכרזות חוץ, שכן כך נהוג לעשות בעולם; אולם ביחס להכרזת פנים הוחלט לוותר על מנגנון זה, שכן הוא כרוך בהשקעת משאבים גדולה מדי:

בעולם נהוג מנגנון של תיקוף. בגלל שזה הולך אחרי העולם אז בפרק הזה יש תיקוף. בפרק שלנו אין תיקוף בגלל שהשתכנענו בדיונים בוועדה בכנסת ה-19 שמנגנון התיקוף יש בו – צריך כל הזמן לאסוף עוד ועוד מידע בשעה שכבר הכרזת על משהו. אנחנו מאפשרים לו להראות שהוא חזר בתשובה. אם אתה צריך כל הזמן לבלוש אחריו ולהראות שיש לך מידע חדש, זאת הקצאת משאבים אדירה וזה יכול להביא לביטול הכרזות.⁵³⁸

כעולה מהסקירה ההשוואתית, החובה לקיים ביקורת תקופתית על רשימת הארגונים המוכרזים מקובלת במדינות רבות. חובת הביקורת התקופתית היא ביטוי חשוב לתפיסה הרואה בהכרזה צעד זמני, שנועד לשרת תכליות מניעתיות תחומות בזמן. כדי להצדיק את המשך הטלתן של סנקציות מינהליות על ארגון שלגביו לא נתקבלה הכרעה שיפוטית שעבר על החוק, יש להראות כי קיים מידע עדכני המבסס את אופיו הטרוריסטי ואת הסכנה הטמונה בו לביטחון הציבור. גם בבריטניה, שבה לא נקבעה חובה סטטוטורית לקיום ביקורת תקופתית, הסיקה POAC את קיומה של חובה כזאת מעצם חובת הממשלה לכלול ברשימה אך ורק ארגונים שאכן מעורבים בטרור, והימנעות הרשויות מקיום ביקורת תקופתית בשנים האחרונות בוקרה בחריפות על ידי המבקר העצמאי לחקיקה נגד הטרור.⁵³⁹

על אף המשאבים הכרוכים בכך, נראה כי ראוי היה לקבוע חובה סטטוטורית לקיום ביקורת תקופתית על הכרזות גם בישראל. באחד הדיונים בוועדת החוקה,

537 סעיף 12 לחוק. חובת ביקורת תקופתית נקבעה בזמנו גם בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (סעיף 5 לחוק). ראו גם סעיף 21 לחוק המאבק בתכנית הגרעין של איראן, התשע"ב-2012, המחייב לקיים ביקורת על הכרזות לפי החוק בכל שנתיים.

538 פרוטוקול הישיבה מיום 2.11.2015, לעיל ה"ש 493, בעמ' 69.

539 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 298-301.

חוק ומשפט, שעסק בתנאים לביטול הכרזה קבועה, הסבירה נציגת משרד המשפטים כי לתפיסת הממשלה לארגון מוכרז לא עומדת "זכות" לחזור ולפעול תחת המסגרת הארגונית שנפסלה; גם אם השתנו הנסיבות והוא הפסיק לעסוק בטרור, מתן אפשרות לארגון לחזור ולפעול תחת אותו "מותג" הוא בבחינת "חסד" שנעשה עימו:

אני אסביר את ההיגיון, מכיוון שאנחנו מדברים על ארגון שהוכרז כארגון טרור, עם הכתם הקשה הזה, על פניו, גם אם הוא חזר בתשובה, אין שום סיבה להחיות אותו מחדש. אתה מעוניין בפעילות לגיטימית, מצוין, תלך תקים ארגון חדש, תירשם ברשם העמותות, תעשה מה שעולה בדעתך. צריכה להיות סיבה מאוד משכנעת שבגללה אתה רוצה לפעול דווקא תחת המותג ההוא שכבר הכרזנו עליו כארגון טרור [...] אנחנו כבר לא פוגעים באיזה זכות של הארגון על-ידי זה שאנחנו לא מבטלים את ההכרזה. הוא כבר מוכרז, הוא מבקש עכשיו חסד מיוחד, שנבטל את ההכרזה ונרשה לו להמשיך תחת אותו שם או תחת אותו מותג.⁵⁴⁰

אולם כפי שראינו, תפיסה זו, שלפיה הכרזה מטילה "כתם" קבוע בארגון, אינה הולמת הליך מינהלי-מינעתי שהרשות המבצעת נוקטת על בסיס חומר חסוי. בדומה להליך מעצר מינהלי, המאפשר שלילת חירותו של אדם אך אינו יכול להטיל בו כתם פלילי, הליך ההכרזה הוא הליך מוגבל בכוחו. הרשות המבצעת מקבלת את הסמכות הקיצונית להכריז על ארגון כטרוריסטי על סמך ראיות סודיות – אך זאת כדי לאפשר נקיטת צעדים קונקרטיים נגד הארגון לצורך מניעת טרור. אין בכוחו של הליך כזה, שבו לא ניתנת לארגון אפשרות מלאה להתגונן, כדי להטיל בו "כתם" מהותי וקבוע באופן המצדיק שלילת זכותם של החברים בו לחזור ולפעול במסגרתו כאשר הנסיבות מצדיקות זאת.

לגבי עמותות קטנות, הפגיעה הכרוכה בהתארגנות מחדש תחת שם אחר אכן עשויה שלא להיות כה משמעותית. אולם כאשר מדובר בתנועה פוליטית

540 ראו פרוטוקול הישיבה מיום 26.10.2015, לעיל ה"ש 486, בעמ' 113.

ממוסדת, או בארגון בעל קשרים עמוקים ומשמעותיים בקהילה, שלילת זכותו להמשיך לפעול תחת אותה מסגרת ארגונית עלולה לסכל הלכה למעשה את מימוש חופש ההתאגדות. באותם מקרים שבהם שם הארגון מסמל עמדה פוליטית מסוימת, אייביטול ההכרזה המקורית ממשיך לצנן גם את הדיון הפוליטי החופשי. זאת ועוד, לפי החוק בכוחה של הכרזה "לתפוס" לא רק את הארגון המקורי אלא גם התארגנות חדשה הבאה להחליף אותו.⁵⁴¹ בניסיונות אלה אייביטול ההכרזה עלול לשתק הלכה למעשה את הקמתה של התארגנות חדשה על ידי אותה קבוצת פעילים. נשאלת גם השאלה מה מצופה מארגון זר המוכרז בהכרזה ישראלית מקורית. האם מצופה כי אף אם חלפו הנסיבות אשר הצדיקו את הכרזתו, הוא יתאגד מחדש כדי להתאים עצמו לדין הישראלי? ומה אמור להיעשות ברכוש הארגון במקרה כזה?

מעניין לשים לב שבדיונים שהתקיימו בשנת 2004 בהצעת חוק איסור מימון טרור התעקשה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת להוסיף לנוסח החוק מנגנון של ביקורת תקופתית, אף שלא הופיע בהצעת החוק הממשלתית. גם אז נתקלה ההחלטה בהתנגדות מצד נציגי הממשלה, אשר טענו כי הדבר עלול להעמיס עליהם יותר על המידה.⁵⁴² הוועדה דחתה את הטיעונים האלה וקבעה כי לנוכח הפגיעה בזכויות הטמונה בהכרזה, יש לחייב את המדינה לבדוק את עצמה מדי כמה שנים ולמחוק הכרזות שכבר אינן מוצדקות.⁵⁴³

541 ראו למשל את כתב האישום שהוגש נגד פעילי הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית, על כך שהקימו מסגרת ארגונית חלופית לקיום חלק מפעילויות התנועה: ת"פ (ים) 17-05-24190-05 מדינת ישראל נ' אגבריה, אשר הסתיים בעסקת טיעון. לחיבור האישומים באותה פרשה ראו בין היתר בש"פ 5781/17 מדינת ישראל נ' אגבריה (נבו 26.7.2017).

542 ראו דבריו של דני גבע, פרוטוקול ישיבה 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 36-37 (17.2.2004).

543 ראו דבריו של ח"כ מיכאל איתן, פרוטוקול ישיבה 190 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 16 (15.3.2004), בתגובה להצעה להוסיף לחוק מנגנון לביקורת תקופתית מוגבלת: "אנחנו בסך הכל אזרחים במדינה הזאת. אתה מייצג את השלטון. באים האזרחים ואומרים לשלטון לבדוק את עצמו פעם בכמה שנים. אתה אומר שאתה לא יכול לבדוק. איזו גישה זאת?" ובהמשך אותו דיון: "זה לא שהם לא סומכים, הם פשוט מתעצלים. הם עד כדי כך מקבלים גיבוי, שהם אומרים שהם לא צריכים את כאב הראש הזה. הם רוצים שהאדם יבוא אליהם. המנגנון של מעצר מינהלי הוא מנגנון דומה.

האם היעדרה של חובה סטטוטורית לקיום ביקורת תקופתית על רשימת הארגונים המוכרזים משמעו כי המדינה רשאית לשבת בחיבוק ידיים ולהותיר על כנן הכרזות מיושנות שכבר אינן מבוססות או מוצדקות לגופן? האם משמעו שלא מוטלת עליה כל חובה לבדוק את הרשימה באופן שוטף ולהבטיח שאינה כוללת ארגונים פוליטיים לגיטימיים שכבר אין הצדקה להכריז עליהם? נראה כי התשובה לשאלות אלה שלילית. הסמכות הניתנת לשר היא להכריז על ארגונים המקיימים את התנאים המהותיים הקבועים בחוק. סמכות זו כוללת מניה וביה את החובה המינהלית לפקח על תקינות הרשימה ולהבטיח שאינה כוללת ארגונים שכבר אינם עונים על תנאים אלה. גם מסמכות השר לבטל הכרזות מיוזמתו או למדים כי עליו להסיר מהרשימה ארגונים כאשר התנאים המצדיקים את הכללתם חדלים מלהתקיים.

לאור האמור, מן הראוי לתקן את החוק כדי לקבוע בו חובה סטטוטורית לקיים ביקורת תקופתית על הרשימה. אולם גם בהיעדר קביעה כזאת, יש מקום שהשר יטיל על הוועדה המייעצת לבחון את רשימת הארגונים אחת למספר שנים ולגבש המלצות ביחס לארגונים שראוי להסיר מהרשימה.

4.3.11 פומביות ושקיפות

סעיף 16 לחוק קובע כי דיוני הוועדה המייעצת יתקיימו בדלתיים סגורות. כמו כן הוא קובע כי פרוטוקולי הוועדה יהיו חסויים, "למעט מידע שהוועדה קבעה, לאחר ששמעה את עמדת ראש רשות הביטחון, כי אין מניעה להביאו לידיעת המבקש או לידיעת הציבור".

לאור מעמדה של הוועדה המייעצת, כערכאה בראשות שופט בדימוס המוסמכת לקיים בירור פרטני ביחס לשאלה אם ראוי להכריז על ארגון כארגון טרור, מן הראוי היה לקבוע ביחס לדיוניה הסדר העולה בקנה אחד עם עקרונות פומביות הדיון. אומנם החלטת הוועדה איננה מחייבת, אולם במובנים חשובים היא מתפקדת כערכאה מעין שיפוטית, המוסמכת לקבוע את סדרי דיוניה, להכריע

האיזון הביא לכך שמצד אחד נתנו את האפשרות של מעצר מנהלי, ומצד שני נותן את הביקורת התקופתית. שם הביקורת היא פי 1000 יותר קשה, כי היא ביקורת של המערכת השיפוטית. אני הגעתי למסקנה שצריכה להיות ביקורת אחת ל-4 שנים" (שם, בעמ' 18).

בבקשת המדינה להסתמך על חומר חסוי, ולזמן לפניה את הצדדים. בנסיבות אלה – ולאור ההשלכות מרחיקות הלכת שיש למסקנות הוועדה על זכויות יסוד של הפרט ועל המרחב הדמוקרטי במדינת ישראל – קיימת חשיבות רבה לשמירה מרבית על שקיפות ופומביות ביחס למסקנותיה ודיוניה. ברי כי בחלק גדול מהמקרים תהיה הצדקה לסגירת הדלתיים מטעמי ביטחון; אולם הקביעה הגורפת שעל כלל דיוני הוועדה להתקיים תמיד בדלתיים סגורות פוגעת יתר על המידה בזכות הציבור לדעת.⁵⁴⁴ מן הראוי לתקן את החוק כדי לקבוע ברירת מחדל ולפיה הדיונים המתקיימים במעמד שני הצדדים יהיו בדלתיים פתוחות, מתוך הסמכת הוועדה להורות על סגירת הדלתיים במקרים המתאימים.

חשוב מכך, את סמכות הוועדה להורות בדיעבד על פרסום מידע שלגביו קבעה כי "אין מניעה להביאו לידיעת המבקש או לידיעת הציבור" יש לפרש בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה בעניין המשקל המשמעותי שיש להעניק לעקרון הפומביות וזכות הציבור לדעת – גם כאשר שיקולי ביטחון עומדים על כף המאזניים.⁵⁴⁵ גם כאשר טעמי ביטחון מחייבים קיום הדיון מלכתחילה מאחורי דלתיים סגורות – בשל הקושי הקיים לעיתים להבחין מראש בין חלקים גלויים בדיון ובין חלקים שעלולים להיות חסויים – יש לערוך בדיקה פרטנית של פרוטוקולי הדיון בדיעבד, ולהתיר את פרסומם של כל אותם חלקים שאין הצדקה ביטחונית קונקרטיה המחייבת לשמור אותם בסוד.⁵⁴⁶ במיוחד קיימת חשיבות לפרסום המלצותיה המנומקות של הוועדה באתר משרד הביטחון.

נוסף על כך יש לשים לב כי תקנה 3(א)(1) לתקנות המאבק בטרור (הכרזה על ארגון טרור ועל פעיל טרור), התשע"ז-2017 קובעת כי יש לפרסם באתר משרד הביטחון את הנימוקים להכרזה על ארגון כארגון טרור. חובה זו, המזכירה את הפרקטיקה הקיימת במועצת הביטחון לפרסם ברבים את ה"סיכום הנרטיבי"

544 על חשיבות השמירה הקפדנית על עקרון הפומביות הדיון בוועדות מעין שיפוטיות העוסקות בתחום הביטחון ראו למשל בג"ץ 258/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (6.2.2007).

545 ראו שם.

546 השוו שם, בפס' 10 לפסק הדין: "בעניין זה, לא ניתן להסתפק בהערכה כוללת של מראש, אלא יש צורך בבדיקה פרטנית".

המשמש בסיס להכרזה, עשויה לתרום תרומה חשובה ליכולת הציבור לבקר את אופן יישום המנגנון הלכה למעשה. עם זאת, עיון ברשימת ההכרזות מעלה כי חובה זו איננה מיושמת כדבעי וכי הנימוקים המתפרסמים הם לרוב לקוניים וסתמיים. כך למשל ביחס לשלושה ארגונים שהוכרזו במהלך שנת 2019 – הארגון הערבי לזכויות אדם בבריטניה, ארגון צדק אחד, ומוסד שאהד לזכויות האדם – נכתב לגבי כל אחד מהם בלשון זהה כי הוא "משתייך לארגון הטרור חמאס ופועל בשמו נגד מדינת ישראל", ללא כל פירוט מעבר לכך.⁵⁴⁷ כדי לצקת תוכן ממשי לחובת פרסום הנימוקים, מן הראוי לפרסם סיכום נרטיבי מפורט ככל האפשר, שבכוחו להבהיר לציבור את הטעמים הקונקרטיים שבגינם הוחלט לנקוט את הצעד הדרסטי של הוצאת הארגון אל מחוץ לחוק. נימוקים סתמיים המצביעים באופן לקוני על קשר ערטילאי בין הארגון לבין ארגון החמאס אינם תורמים כלל ליכולת הציבור לפקח על מנגנון ההכרזות.

4.3.12 ביקורת פרלמנטרית על הכרזה

כעולה מהסקירה ההשוואתית, במדינות רבות מנגנון ההכרזות כפוף לביקורת פרלמנטרית. בבריטניה, למשל, כל הכרזה מובאת לאישור שני בתי הפרלמנט;⁵⁴⁸ דרישה זו אומנם לא הביאה לביטולן של הכרזות, אולם היא משמשת ערובה נוספת למניעת שימוש פוליטי במנגנון הרגיש, וכפי שציין המבקר העצמאי לחקיקת הטרור בבריטניה, היא תורמת להגברת השקיפות בנוגע לאופן הפעלת הסמכות בידי הממשלה.⁵⁴⁹ בארצות הברית קיימת חובה למסור הודעה חשאית למנהיגי הרוב והמיעוט בקונגרס (בבית הנבחרים ובסנאט), ולוועדות הפרלמנטריות הרלוונטיות, שבעה ימים לפני ביצועה של הכרזה על FTO – והקונגרס מוסמך לחסום אותה מראש או לבטלה לאחר המעשה.⁵⁵⁰

547 ראו רשימת ההכרזות מספטמבר 2021, לעיל ה"ש 15.

548 ראו לעיל, בה"ש 256 ובטקסט הסמוך.

549 ראו לעיל, בה"ש 303 ובטקסט הסמוך.

550 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 172.

בהקשר הישראלי, לנוכח עובי משטר ההכרזות הקבוע בחוק והפוטנציאל הטמון בו לפגיעה עמוקה בחופש הביטוי הפוליטי ובחופש ההתאגדות, ביקורת פרלמנטרית על ההכרזות עצמן – בדמות דרישה לאישור ועדה רלוונטית בכנסת לפני שיהפכו לסופיות – עשויה להיות ערובה חשובה למניעת שימוש שגוי או בלתי מידתי בסמכות. גם אם חלק מהמידע ייוותר חסוי, עצם הצורך להציג את עיקר נימוקי ההכרזה בפורום פומבי, לאפשר לחברי כנסת להציג שאלות ולאפשר השתתפות של נציגי ציבור וחברה אזרחית, עשוי לתרום לשקיפות ולאחריותיות בהפעלת הסמכות. על רקע החשש המוגבר שסמכות זו תפגע דווקא במיעוט הערבי בישראל, דיון פרלמנטרי עשוי להיות פורום חשוב להשמעת העמדות והדאגות של נציגי המיעוט.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח קביעת החוק שיש לעגן הכרזות בצו.⁵⁵¹ סעיף 97(ה) לחוק מחריג צווי הכרזה מהקביעה הכללית שתקנות לפי החוק טעונות אישור ועדת החוקה של הכנסת. ואולם, לפי סעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, "תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשין טעונות אישור ועדה של הכנסת". אם אכן בדין עסקינן, מן הראוי להכפיף הכרזות לאישור פרלמנטרי – בדומה להחלטה להוסיף סם מסוכן לתוספת לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973, הטעונה אישור של הוועדה הרלוונטית בכנסת.⁵⁵²

4.3.13 הוראת המעבר

סעיף 101(א) לחוק קובע הוראת מעבר, שלפיה ארגון שהוכרז בעבר כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), או כארגון טרור לפי פקודת מניעת טרור, "יראו אותו כאילו הכריזו עליו בהכרזה קבועה שהוא ארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק זה". משמעות הדבר שכל ארגון שאי פעם הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת או כארגון טרור לפי תחיקת החירום, ייחשב מעתה "ארגון טרור מוכרז", על כל המשתמע מכך. עתירה כנגד חוקתיות הוראת המעבר נמחקה

551 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 414.

552 ראו סעיף 41 לפקודה.

במרץ 2020, לאחר שהצדדים הסכימו להעביר את המקרה הספציפי שנדון בעתירה לדיון לפני הוועדה המייעצת.⁵⁵³

הסדר זה איננו ראוי. כפי שראינו, אמות המידה להכרזה על "התאחדות בלתי מותרת" לפי תקנות ההגנה היו שונות במהותן מהעילות להכרזה על "ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור. החלת שלל הוראות החוק על עשרות ארגונים שהוכרזו במרוצת השנים על סמך עילות אחרות לוקה בשרירותיות. גם העובדה שהפרוצדורה לאתגור הכרזה לפי תחיקת החירום הייתה חלשה יותר מזו שנקבעה בחוק המאבק בטרור – לא הייתה ועדה מייעצת ולא התאפשר שימוע מוקדם לפני ביצוע הכרזה סופית – מעמידה באור בעייתי את החלת ההסדרים הקבועים בחוק על ארגונים אלה. הוראת מעבר זמנית, המשמרת הכרזות ישנות לפרק זמן מוגבל על מנת לספק לרשויות שהות לבדוק את ההכרזות הקיימות ולקבל החלטה לגביהן בהתאם לחוק החדש, הייתה יכולה לספק מענה ראוי לצורך בשמירת המשכיות בין ההסדרים. אולם אימוץ עיוור של כלל הכרזות העבר, ללא הגבלת זמן וללא כל מנגנון לבחינה פרטנית של כל מקרה לגופו, איננו סביר.

עיון ברשימת ההכרזות הישנות לפי תקנות ההגנה ממחיש את האבסורד הטמון בהוראת המעבר. לפי הוראת המעבר, המועדון לתרבות ולספורט טירה – מועדון פוליטי שהוכרז "התאחדות בלתי מותרת" בשנות השישים על רקע פעילויות חתרניות, דוגמת קיום הצגות לאומניות והשמעת המנון הרפובליקה הערבית המאוחדת, ועד היום נמצא ברשימה – הפך ל"ארגון טרוריסטי".⁵⁵⁴ דוגמה זו מעוררת גיחוך ומכרסמת באמינות מנגנון ההכרזות, אולם המשך שימור המועדון ברשימת ארגוני הטרור הוא יותר בגדר קוריוז מאשר צעד העלול לפגוע באופן קונקרטי בזכויות האדם או במרחב הדמוקרטי.

שונים הם פני הדברים ביחס לארגונים והתארגנויות שרירות וקיימות אשר הפכו בהינף קולמוס ל"ארגוני טרור" בעקבות הוראת המעבר, מבלי שההצדקה הקונקרטית לכך נדונה כדבעי. במקרים אלו, הוראת המעבר עלולה להוביל

553 עניין ראבטת אלעלם ואלארשאד, לעיל ה"ש 474.

554 על הרקע להכרזת המועדון ראו לעיל, ה"ש 15.

להחלה בלתי מוצדקת של הוראות החוק על אנשים שמעשיהם אינם עונים על ההגדרה המהותית של "טרור" שאימץ המחוקק.

דוגמה אחת נוגעת לתופעה של "תג מחיר", שהוכרזה כהתאחדות בלתי מותרת בשנת 2013. הנוסח המקורי של חוק המאבק בטרור ביקש להחיל את ההגדרה של "מעשה טרור" גם על מעשים כגון השחתת רכוש באמצעות גרפיטי פוגעני, בנסיבות שבהן הדבר עלול לעורר תגובות אלימות – הגדרה שכוונה באופן מפורש נגד מעשי ונדליזם המבוצעים במסגרת תג מחיר.⁵⁵⁵ הצעה זו, אשר הייתה עלולה להרחיב עד מאוד את ההגדרה של "מעשה טרור", נזנחה במהלך הדיונים בכנסת, ולא נכללה בנוסח החוק שהתקבל – אשר אימץ גישה מצמצמת הרבה יותר בנוגע לאפשרות להתייחס לפגיעות ברכוש כאל מעשים טרוריסטיים.⁵⁵⁶ אף שאין ספק שחלק מהפעילויות המבוצעות במסגרת תג מחיר עונות על הקריטריונים הקבועים בחוק, ההכרזה הישנה עשויה להתפרש כחלה גם על מעשים כגון ונדליזם או גרפיטי, שעל אף חומרתם אינם טומנים בחובם את הסכנות החמורות המצדיקות את קיום מנגנון ההכרזות מלכתחילה.

דוגמה נוספת היא הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית, שהוכרז אף הוא התאחדות בלתי מותרת בשנת 2015. כפי שראינו, בעקבות הכרזה זו הוציא שר הביטחון צווי תפיסה נגד שורה ארוכה של עמותות וארגונים אזרחיים שלגביהם נטען כי הם חלק מתנועה זו. הוראת המעבר הפכה שלל ארגונים אלה לארגוני טרור – ללא שום הליך לבדיקת השאלה אם הפלג הצפוני או אותם ארגונים מקיימים את התנאים המהותיים המצדיקים את הצעד הקיצוני של הכרזה על ארגון כארגון טרור.

מן הראוי לבטל הוראת מעבר זו ולהחליף אותה בהסדר השומר הכרזות ישנות לפרק זמן מוגבל, מתוך מתן הזדמנות למשרד הביטחון להכריז מחדש על אותם

555 ראו ההגדרה של "מעשה טרור" בסעיף 2 להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח 611: "פגיעה ברכוש שגרמה או שעלולה לגרום לפגיעה חמורה בשלום הציבור".

556 ההגדרה שאומצה דורשת "פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) [בגופו של אדם או בחירותו] או (ב) [בבטיחות הציבור או בבריאותו] ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור". נוסף על כך הוחלה ההגדרה על פגיעות חמורות בקודשי דת (סעיף 2 לחוק).

ארגונים העונים על ההגדרה של "ארגון טרור" הקבועה בחוק. אולם גם אם הוראת המעבר נותרת על כנה, מן הראוי שמשדד הביטחון יקיים בחינה שיטתית של כלל ההכרזות שבוצעו לפי תקנות ההגנה או פקודת מניעת טרור ויפעל לביטול הכרזות שאינן מוצדקות לגופן, לפי הקריטריונים שנקבעו בחוק המאבק בטרור.

בעיית החומר החסוי: עורך דין מיוחד וחובות הגילוי המינימלי

התכלית המניעתית המוגבלת של הליך ההכרזה מצדיקה פגיעה מסוימת בזכויות הדיוניות המוענקות למי שנפגע מהכרזה; אולם אין בה כדי להצדיק פגיעה גורפת בהן. מהסקירה ההשוואתית בפרק 3 עולה, למשל, שישנה חובה להעניק שימוע לארגון מוכרז – גם אם הדבר יכול להיעשות בדיעבד. כמו כן יש להבטיח זכותו לסעד אפקטיבי, לרוב שיפוטי, ולספק לו הזדמנות הוגנת ואמיתית להשיג על ההחלטה לפני גוף עצמאי המוסמך לבקר אותה ולהורות על ביטולה. כפי שראינו, כאשר הכרזה עלולה לפגוע בצדדים שלישיים – לרבות אנשים שזכויותיהם הפוליטיות נפגעות בעקבות הכרזה – קיימת גם חשיבות להבטיח את זכותם להשיג על ההחלטה.

ההסתמכות על חומר חסוי, שהיא מאפיין מרכזי של רוב מנגנוני ההכרזה בעולם, מקשה כמובן על מימוש זכויות אלה. אולם על מנת לצקת תוכן ממשי בזכות לסעד אפקטיבי, יש לנקוט צעדים שבכוחם למזער את הכרסום בזכויות הדיוניות הטמון בשימוש בחומר חסוי. בהקשר זה שתי ערובות מרכזיות, שהוכרו בעולם כתורמות תרומה משמעותית להגברת הוגנותם של הליכים הנסמכים על חומר חסוי, הן מינוי עורך דין מיוחד (או במקרה של ארצות הברית – מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין בחומר מטעם הארגון); וגילוי גרעין מינימלי של מידע מתוך החומר החסוי למשיג, כדי שיוכל להתייחס בצורה מושכלת לטענות המדינה. לאור חשיבותן של ערובות אלה, פרק זה יתעכב עליהן בקצרה.

5.1

מנגנון עורך הדין המיוחד

כפי שעולה מהסקירה ההשוואתית, מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין בחומר החסוי מטעם מי שמבקש לאתגר הכרזה ולהשתתף בדיונים המתקיימים במעמד צד אחד – הוכר במדינות שונות כמנגנון חשוב למזעור

הפגיעה בהליך הוגן הכרוכה בשימוש בחומר חסוי בהליכי הכרזה על ארגוני טרור. בבריטניה, החוק מחייב מינוי עורך דין מיוחד כל אימת שהמדינה מבקשת להסתמך על חומר חסוי בהליך השגה על הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק או על הכרזה שמבצע משרד האוצר. גם בארצות הברית קבעו חלק מבתי המשפט כי יש להתמודד עם בעיית החומר החסוי על ידי מתן אפשרות לעורך דין בעל סיווג ביטחוני לעיין במידע מטעם הארגון המשיג. בקנדה, כפי שראינו, החוק אומנם אינו מחייב מינוי עורך דין מיוחד בהליכי הכרזה על ארגוני טרור, אולם שאלת ההוגנות של הליכי ההכרזה טרם זכתה לדיון ממשי בבתי המשפט; מלומדים אחדים העריכו שאם ההסדר יאותגר, ישנו סיכוי שהחוקתיות שלו תותנה באימוץ המנגנון גם בהקשר זה.⁵⁵⁷

מנגנון עורך הדין המיוחד אומץ תחילה בבריטניה בהקשר של הליכי הגירה, בעקבות החלטה של בית הדין האירופי לזכויות אדם. בית הדין פסל מנגנון לאתגור מעצר וגירוש מטעמי ביטחון המדינה אשר נסמך במידה רבה על ראיות סודיות. בית הדין עמד על בעייתיות השימוש הנרחב בחומר חסוי בהליכים אלו והפנה לשיטות שפותחו בקנדה למזעור הפגיעה בהליך הוגן הכרוכה בכך.⁵⁵⁸ בתגובה להחלטה זו חוקק הפרלמנט הבריטי בשנת 1997 הסדר שנקבע בו כי ימונה למערער בהליכים אלו עורך דין מיוחד שייצג אותו בכל דיון הנוגע לחומר החסוי.⁵⁵⁹ מאז הורחבה סמכות בתי המשפט הבריטיים לקבל חומר

557 Forcese & Roach, לעיל ה"ש 222, בעמ' 272. כמו כן ראו CRAIG FORCESE & LORNE WALDMAN, SEEKING JUSTICE IN AN UNFAIR PROCESS: LESSONS FROM CANADA, THE UNITED KINGDOM AND NEW ZEALAND ON THE USE OF "SPECIAL ADVOCATES" IN NATIONAL SECURITY PROCEEDINGS 52 (2007), ששם המחברים מציינים כי יש להחיל את סעיף 7 לצ'רטר הקנדי, המעגן את הזכות להליך הוגן, על הליכי הכרזה על ארגוני טרור.

558 ראו CHAHAL v. UK [1996] 23 EHRR 413, פס' 131 ו-144. שם נקבע כי ההליכים שעמדו לרשותו של עצור, אשר היה מועמד לגירוש מטעמי ביטחון המדינה ועטן כי עלול להיות נחון לסכנה אם יוחזר למדינת מוצאו, לא סיפקו לו סעד אפקטיבי או הזדמנות נאותה להביא את שאלת חוקיות מעצרו לפני ערכאה מוסמכת. זאת, בין היתר, מפני שאף שעמדה לעצור זכות לביקורת שיפוטית, שאלת הסיכון שנשקף ממנו לביטחון המדינה נדונה לפני ועדה מייעצת על סמך חומר חסוי ומבלי שהעצור אף היה מיוצג.

559 Special Immigration Appeals Commission Act 1997. לפי הכללים שהותקנו להתנהלות הוועדה, קבלת חומר חסוי מחייבת מינוי עורך דין מיוחד. ראו Forcese & Waldman, לעיל ה"ש 557, בעמ' 21.

חסוי להקשרים נוספים – כגון הליכים הנוגעים לצווי הגבלה מינהליים,⁵⁶⁰ הליכי שחרור על תנאי ממאסר,⁵⁶¹ וכפי שראינו – הליכי הוצאת ארגוני טרור אל מחוץ לחוק והליכים להטלת סנקציות כלכליות על ארגונים ואנשים העוסקים בטרור.

גם בקנדה אומץ מודל עורך הדין המיוחד להתמודדות עם מצבים בהקשר ההגירתי שבהם בתי משפט נדרשים לקיים ביקורת שיפוטית על סמך מידע חסוי. בעניין *Charkaoui v. Canada (Immigration and Citizenship)* בית המשפט בקנדה פסל הליך למעצר והרחקה של זרים החשודים בטרור, שנשמך על חומר חסוי, לאחר שקבע כי הפר את סעיף 7 לצ'רטר הקנדי, המעגן את זכותו של אדם שחירותו לא תישלל אלא בהתאם ל"עקרונות של צדק בסיסי" ("principles of fundamental justice").⁵⁶² בית המשפט הכיר בכך שבהקשר הביטחוני ייתכנו מצבים שיהיה בהם צורך להיזקק למידע סודי שלא ניתן לחשוף לפני העצור המועמד לגירוש. אולם הוא קבע כי אין לשלול כליל את יכולת האדם להתמודד עם הטענות נגדו, והצביע על מנגנון עורך הדין המיוחד כמנגנון אשר עשוי לאפשר התמודדות מידתית יותר עם בעיית הסודיות.⁵⁶³ בהמשך לכך תיקן הפרלמנט הקנדי את החוק ואימץ בנוגע הליכי הגירה מודל של עורכי דין מיוחדים, הדומה במאפייניו המרכזיים למודל הבריטי.⁵⁶⁴ כפי שראינו, השאלה אם ישנה חובה למנות עורך דין מיוחד בהליך אתגור הכרזה על ארגון טרור לא נדונה עד היום בקנדה.

560 ראו התוספת הרביעית ל-Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011

561 ראו *Roberts v. Parole Board* [2005] 2 A.C. 738

562 *Charkaoui v. Canada* 2007 SCC 9 1 S.C.R. 350, בעמ' 387-388.

563 שם, בעמ' 393-400.

564 כך למשל, גם בקנדה אין מתקיימים יחסי עורך דין-לקוח בין בעל הדין ובין עורך הדין המיוחד. כמו כן, בדומה למצב בבריטניה, גם בקנדה עורך הדין המיוחד אינו רשאי לקיים קשר עם בעל הדין אלא ברשות בית המשפט.

הן בבריטניה והן בקנדה עורך הדין המיוחד פועל בנוסף לבא כוחו "הרגיל" של בעל הדין, ואין מתקיימים בינו ובין בעל הדין יחסי עורך דין-לקוח.⁵⁶⁵ עם זאת, כפי שמדגיש מרטין צ'מברליין, עורך דין מיוחד מנוסה בבריטניה, עורך הדין המיוחד אינו גורם ניטרלי האמור לסייע לערכאה הרלוונטית במילוי תפקידה.⁵⁶⁶ הוא אמון באופן מפורש על קידום האינטרסים הפרטיים של בעל הדין, ועליו לפעול כמיטב יכולתו – בהתאם לשיקול דעתו העצמאי ובכפוף למגבלות הספציפיות החלות עליו בהקשר זה – על מנת להגן עליהם.⁵⁶⁷ בכלל זה, אם הוא סבור כי בשל אופיו או היקפו של החומר החסוי אין בהשתתפותו בדיון הסגור כדי להועיל להגנת בעל הדין – הוא רשאי לטרב להשתתף בהליך.⁵⁶⁸

Martin Chamberlain, *Special Advocates and Amici Curiae in National Security Proceedings in the United Kingdom*, 68 (3) UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 496, 505 (2018). בבריטניה החוקים השונים המסדירים התנהלותם של עורכי דין מיוחדים מבהירים כי עורך הדין המיוחד אינו "אחראי" כלפי בעל הדין (ראו למשל בסעיף 9(4) ל-Justice and Security Act 2013: "A person appointed as a special advocate is not responsible to the party to the proceedings whose interests the person is appointed to represent"). כמו כן ראו סעיף 85.1 ל-Immigration and Refugee Protection Act הקנדי.

Chamberlain, שם, 566.

567 שם, בעמ' 505. כמו כן ראו סעיף 85.1(1) ל-Immigration and Refugee Protection Act הקנדי. יצוין כי על אף היעדר קיומם של יחסי עורך דין-לקוח רגילים, נראה כי מאפיין מרכזי של יחסים אלה – חסיון עורך דין-לקוח – חל לפחות בפועל ביחסים שבין עורך הדין המיוחד ובין בעל הדין. בקנדה, החוק מעגן זאת מפורשות (ראו סעיף 85.1(4) ל-Immigration and Refugee Protection Act). בבריטניה, לעומת זאת, אין קביעה מפורשת דומה, אולם נראה כי הממשלה נרתעת מדרישה לגילוי מידע מצד עורכי דין מיוחדים באופן שהיה חותר נגד לגיטימיות השיטה. קיימת גם סברה שבתי המשפט בבריטניה היו מכירים בחיסיון פסיקתי אילו הובאה הסוגיה לפתחם (ראו Forcese & Waldman, *לעיל* ה"ש 557, בעמ' 35).

568 Chamberlain, *לעיל* ה"ש 565, בעמ' 505. מרטין צ'מברליין מביא דוגמה למקרה שבו עורכי דין מיוחדים שייצגו מערער, שהחליט להחרים את ההליכים בעניינו, הגיעו למסקנה שהשתתפותם בדיונים הסגורים לא תשרת את טובתו, וכי הגנה ראויה על האינטרסים שלו אף מחייבת שלא יסבירו את החלטתם. למרות מורת רוחה של הערכאה ששמעה את ההליך, הם דבקו בהחלטה זו, וההליכים המשיכו בלעדיתם. במקרה אחר סברו אותם עורכי דין מיוחדים כי על אף החלטת בעל הדין להחרים את המשך ההליכים

לעורך הדין המיוחד שני תפקידים מרכזיים, שניהם חשובים להגברת הוגנות ההליכים: התפקיד הראשון הוא **תפקיד הגילוי** (disclosure function), שבמסגרתו הוא פועל למקסום גילוי המידע הרלוונטי לבעל הדין.⁵⁶⁹ בהקשר זה, עורך הדין המיוחד משתתף בהליכים שנקבע בהם היקף החיסיון, בוחן את טענות המדינה, ומנסה לשכנע את הערכאה הדנה בהליך להורות על גילוי מרבי של מידע. נוסף על כך הוא בודק אם יש ברשות המדינה חומר "מזכה" – שעליו המדינה אינה מבקשת להסתמך – שיש להביא לידיעת בעל הדין.⁵⁷⁰ התפקיד השני של עורך הדין המיוחד הוא **תפקיד הייצוג** (representative function), שבמסגרתו הוא מייצג את האינטרסים של בעל הדין בהליכים לגופם, שנעשה בהם שימוש בחומר החסוי.⁵⁷¹ זאת, בין היתר, על ידי חקירת עדים בחקירה נגדית, הבאת ראיות והגשת טיעונים בכתב.

לא כאן המקום לקיים דיון מעמיק במאפייני מודל עורך הדין המיוחד ובדילמות השונות שהוא מעורר. בגיבוש המודל הרצוי יש לשים לב לשאלות כגון כללי האתיקה שיחולו על עורך הדין המיוחד במילוי בתפקידו, המשאבים וכלי העזר שיועמדו לרשותו ועוד. כמו כן יש לתת את הדעת לכללים שיסדירו את התקשורת בין עורך הדין המיוחד ובין בעל הדין ובא כוחו. אחת הביקורות הקשות ביותר המושמעות כלפי מודל עורך הדין המיוחד נוגעת למגבלות החריפות המוטלות

בענייננו, טובחו מחייבת השתתפותם בדיונים הסגורים – ואכן, ערעורו התקבל והרחקחו בוטלה (שם, בעמ' 504).

Aileen Kavanagh, *Special Advocates, Control Orders and the Right to a Fair Trial*, 73 (5) THE MODERN LAW REVIEW 824, 838 (2010). בעניין *A. and Others*, לעיל ה"ש 109, ביח הדין האירופי לזכויות אדם עמד על חשיבות תפקיד הגילוי של עורך הדין המיוחד: "In this connection, the special advocate could provide an important, additional safeguard through questioning the State's witnesses on the need for secrecy and through making submissions to the judge regarding the case for additional disclosure" (בפס' 219 לפסק הדין).

JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, COUNTER-TERRORISM POLICY AND HUMAN RIGHTS: 28 DAYS, INTERCEPT AND POST CHARGE QUESTIONING (NINETEENTH REPORT OF SESSION 2006-07), בעמ' 50.

Kavanagh, לעיל ה"ש 569, בעמ' 838; Chamberlain, לעיל ה"ש 565, בעמ' 499-500. כמו כן ראו סעיף 9 לכללי POAC (לעיל ה"ש 285).

על יכולתם של עורכי דין מיוחדים לעמוד בקשר עם בעלי הדין ובאי כוחם לאחר העיון בחומר החסוי. בניגוד למצב בארצות הברית, שבו עורך הדין בעל הסיווג הביטחוני מייצג את בעל הדין לכל דבר ועניין, ורשאי לקיים עימו קשר שוטף לאורך ההליך, בבריטניה ובקנדה כל תקשורת בין עורך הדין המיוחד ובין בעל הדין לאחר העיון בחומר החסוי טעונה אישור מיוחד של בית המשפט. בבריטניה קיימת חובה להעביר לנציגי המדינה כל בקשה מצד עורך דין מיוחד ליצור קשר עם בעל הדין – מהלך העלול להביא לחשיפת קו ההגנה שלו ואף לגרום נזק ישיר לבעל הדין (למשל, כאשר מסתבר שאין לו תשובות טובות לשאלות המוצגות לו).⁵⁷² משום כך עורכי דין בבריטניה כמעט אף פעם אינם מגישים בקשות כאלה, ומניעת התקשורת פועלת כמניעה מוחלטת.⁵⁷³ בקנדה לעומת זאת, בית המשפט העליון הבהיר כי על שופטים לנקוט "גישה ליברלית" ביחס למתן אישורי תקשורת – ולסרב רק כאשר מוכח במאזן ההסתברויות כי קיימת סכנה ממשית, ולא רק ספקולטיבית, לגילוי מזיק.⁵⁷⁴ בית המשפט גם ציין כי עורכי הדין המיוחדים יכולים, במקרים המתאימים, לבקש כי בקשתם תידון במעמד צד אחד כדי למנוע חשיפת האסטרטגיה שלהם לצד השני.⁵⁷⁵ בדומה ניתן לבקש כי הבקשה תידון לפני שופט שאינו מעורב בהליך העיקרי. בפועל, עורכי דין מיוחדים בקנדה עושים שימוש נרחב יותר באפשרות לבקש אישורי תקשורת, ויכולתם לעשות כן צוינה כאחד הגורמים להצלחה היחסית של המודל הקנדי.⁵⁷⁶

572 ראו Forcese & Waldman, לעיל ה"ש 557, בעמ' 36.

573 מגבלות חריפות אלה זכו לביקורת בין היתר מצד ועדה המשותפת לזכויות אדם של הפרלמנט הבריטי (Joint Committee on Human Rights, או JCHR). בדוח ראשון משנת 2007 המליצה JCHR על ריכוך האיסור מתוך אימוץ מנגנונים חלופיים למניעת דליפות בשוגג (כגון קיום פיקוח פנימי מטעם יחידת הסיוע לעורכי הדין המיוחדים על השיחות המתנהלות עם בעלי הדין). JCHR ציינה בהקשר זה כי עורכי דין מיוחדים שהופיעו לפני הדגישו את הקושי הרב שמניעת התקשורת מציבה לפניהם (ראו דוחות JCHR משנת 2007 ומשנת 2011).

574 Canada (Citizen and Immigration) v. Harkat 2014 SCC 37, [2014] 33 S.C.R. 68-67 (להלן: עניין *Harkat*). בעמ' 69.

575 שם, בעמ' 69.

576 Kent Roach & Craig Forcese, *The Need to Justify and Limit Procedural Innovation in National Security Legislation*, 68 (3) UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 526, 527 (2018)

פשרה אפשרית הראויה לבחינה בהקשר זה היא מתן סמכות לערכאה הדנה בעניין לקבל החלטה פרטנית, בכל תיק לגופו, ביחס למתווה הספציפי שיחול על התקשורת עם בעל הדין – בהתאם לפרמטרים כגון רמת הרגישות של המידע, מורכבות התיק, מהות טענות המדינה, ועוד. החלטה בנושא זה יכולה להתקבל במעמד הדיון בהיקף החיסיון, המתקיים בהשתתפות עורך הדין המיוחד ונציגי המדינה. אף שנהוג לדבר על חומר חסוי כמקשה אחת, ייתכנו מצבים שבהם גם אם רגישות החומר מחייבת שמירתו בסוד, המידע אינו כה רגיש עד כי נדרש פיקוח פרטני על כל מגע בין עורך הדין המיוחד לבין בעל הדין. במצבים אלה ניתן להסתפק בהתחייבות מצד עורך הדין המיוחד לנהוג בזהירות הראויה – או לחלופין לקבוע פרמטרים כלליים למגעים אלה, שיהיו מקובלים על הצדדים. באותם מקרים שנדרש בהם פיקוח הדוק יותר ניתן לאמץ מסגרת דיונית המאפשרת לעורך הדין המיוחד לבקש אישור תקשורת, מבלי להסתכן בחשיפת אסטרטגיית ההגנה, בדומה לנעשה בהקשר זה בקנדה.

5.2

עורך הדין המיוחד: עלה תאנה או ערובה משמעותית?

במרוצת השנים הביעו רבים את החשש שמא עורכי דין מיוחדים אינם משמשים אלא עלי תאנה, המשווים חזות הוגנת להליכים שאינם מכבדים את הזכויות הדיוניות הבסיסיות ביותר של האדם. בכמה הזדמנויות הביעו עורכי דין מיוחדים בעצמם ספקות לגבי תרומתם להוגנות ההליכים, והדגישו כי אין בהשתתפותם כדי לרפא את הפגם הבסיסי הטמון בניהול הליך שבו ננקטים צעדים נגד אדם או ארגון מבלי שהוא מקבל הזדמנות להתעמת עם מלוא הטענות והראיות נגדו.⁵⁷⁷ הם התריעו לבל תשמש נוכחותם ליצירת מצג שווא כאילו הליכים המתקיימים במעמד צד אחד יכולים להיות הוגנים, ולשיכון תחושת אי-הנוחות שצריכה

ללוות שופטים בהליכים אלו ולהטריד את מנוחתם.⁵⁷⁸ הרחבת השימוש במנגנון עורך הדין המיוחד בשנים האחרונות בבריטניה מעידה על סכנה נוספת: שיפורים פרוצדורליים, שנועדו להפוך הליכים חריגים ובעייתיים למעט הוגנים יותר, עלולים להביא לנורמליזציה של השימוש בהם ולהרחבתם ההדרגתית לתחומים נוספים.⁵⁷⁹ במחקרה על הליכי ביקורת שיפוטית על מעצרים מינהליים בבג"ץ מצאה שירי קרבס באופן מעניין, שדווקא סגורים הם שהתנגדו לאימוץ מודל עורך הדין המיוחד. בעוד שופטים, פרקליטים ונציגי שב"כ הביעו תמיכה ברעיון – כמנגנון העשוי לרכך במעט את הבעייתיות העמוקה של הליכים המתקיימים במעמד צד אחד – חלק מהסגורים שראיינה הזהירו כי הוא עלול לשפר את תדמית ההליכים מבלי להשפיע באופן ממשי על תוכם.⁵⁸⁰

על אף חששות אלה, במציאות הישראלית, שבה נעשה שימוש נרחב ושגרתי למדי בחומר חסוי במגוון הליכים, מודל עורך הדין המיוחד עשוי להיות שיפור חשוב ונחוץ. כדברי אחד השופטים שראיינה קרבס, הוא "טוב יותר מלא כלום. כעת אין לנו כלום".⁵⁸¹ קריאות לאימוץ מודל עורך הדין המיוחד בישראל הושמעו לאורך השנים דווקא מפי שופטים, החווים על בשרם את חוסר האונים הקשה הטמון בקבלת הכרעה מושכלת כשראיות המדינה מוסתרות מהצד השני. השופט זמיר העלה הצעה מעין זו כבר בשנת 1989, במאמר שניתח את הקושי הטמון בהסתמכות על חומר חסוי. כדבריו, "אכן, גם הסדר כזה לא יהיה בו כדי לפתור באופן מושלם את בעיית העימות בין האינטרס של בטחון המדינה, מזה, לבין האינטרס של עשיית הצדק, מזה. אך יהיה בו, אולי, להוסיף ולהקהות את

578 שם, בעמ' 507.

579 בשנת 2017 גם ממשלת קנדה העלתה לדיון הצעה לאימוץ המנגנון בהליכים אזרחיים מסוימים. בתגובה התריעו רואי' ופורסיז על הסכנה שחידושים פרוצדורליים הבאים לשפר הוגנותם של הליכים, הנסמכים על חומר חסוי, עלולים ליצור נקודת המחלה חדשה, ותהליך של כרסום הדרגתי בשלטון החוק. ראו Roach & Forcese, לעיל ה"ש 576, בעמ' 527.

Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, 45 (3) VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 639, 686–687 (2012)

581 שם, בעמ' 687.

חריפות העימות. הוא עשוי לשפר את האיזון בין האינטרסים.⁵⁸² הנשיאה דאז ביניש חזרה על הצעה זו בפסק דין שניתן בשנת 2008 ושעסק במניעת איחוד משפחות מטעמי ביטחון: "נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו משום מענה – ולו חלקי – לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על ביטחון המדינה תוך הגנה על חסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות".⁵⁸³ קריאות דומות לאמץ את מודל עורך הדין המיוחד השמיעו גם מומחים באקדמיה, ארגוני חברה אזרחית, ואף שופטים צבאיים השומעים תיקי מעצר מינהלי בשטחים.⁵⁸⁴

על אף המגבלות האינהרנטיות ביכולת עורך הדין המיוחד להתמודד בצורה מלאה עם טענות המדינה, השתתפותו מגבירה ולו במעט את השוויון הדינוני בין הצדדים ומכניסה אלמנט אדוורסרי חשוב להליך, שאם לא כן הוא מתנהל כשיחה פרטית בין השופט (או הוועדה) ובין נציגי המדינה.

582 יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 34–36 (1989).

583 ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (נבו 11.8.2009), חוות דעתה של הנשיאה ביניש. גם השופט מלצר הצטרף להמלצה זו: "ראוי לחשוב על הסדר של מינוי עורך דין מיוחד (Special Advocate), ואולם נושא זה הוא עניין למחוקק לענות בו" (שם, חוות דעתו של השופט מלצר).

584 ראו למשל: מרדכי קרמניצר ואח' על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם 183–186 (2017); מכתבם של עמיחי כהן, יובל שני ולירון ליבמן בעניין הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017 (מכתב מיום 18.5.2017 לחברי ועדת השרים לענייני חקיקה, ניתן לעיין באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה); לילה מרגלית ואדם שנער, נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע–2010 (11.7.2010, ניתן לעיין באתר האגודה לזכויות האזרח); לינא טאבא־חבש, נייר עמדה בעניין הצעת חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות) (מכתב ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 27.10.2016, ניתן לעיין באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה); נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר "ראיות חסויות וסניגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון" שערי משפט ט 61 (2017). כן ראו סמדר בר־נתן, אילן סבו, הדר מדניק, קלה ספיר ותומר ברזני שייקביץ "נטל כבד מנשוא: מינוי עורכי דין מיוחדים לשם התמודדות עם ראיות חסויות" חוקים (עתיד להתפרסם).

5.3

דרישת הגילוי המינימלי

ערובה חשובה נוספת להבטחת הליך הוגן במקום שבו המדינה מבקשת להסתמך על חומר חסוי היא דרישת הגילוי המינימלי – הדרישה לגילוי גרעין מינימלי של מידע לבעל הדין, כדי שידע באופן בסיסי מה הטענות נגדו ויוכל לתת הנחיות אפקטיביות לבא כוחו או לעורך דין מיוחד שמונה בעניינו. כפי שראינו בסקירה ההשוואתית, דרישה לגילוי מינימלי קיימת לעיתים גם במקומות שבהם לא פועל מנגנון עורך הדין המיוחד. היא עומדת בבסיס פסיקת בית הדין האירופי לצדק בעניין קאדי, שלפיה אל לו לאיחוד האירופי לאמץ הכרזות מבלי להבטיח כי אדם או ארגון יקבל לכל הפחות הסבר מפורט על אודות טעמי ההכרזה. גם בארצות הברית השאיפה לספק לארגון סיכום משמעותי של המידע החסוי מוכרת כחלק חשוב ממימוש הזכות החוקתית להליך הוגן.

הן בקנדה והן בבריטניה (בעקבות פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם) הוכרה דרישת הגילוי המינימלי כדרישת מינימום בהליכים הפוגעים באופן חמור בזכויות יסוד של הפרט, אשר בלעדיה גם מינוי עורך דין מיוחד אינו יכול לרפא את הפגם היסודי הטמון בהליך סודי. בבריטניה, כפי שראינו, דרישה זו הוחלה בפסיקה גם על משטרי סנקציות, הפוגעים באופן קשה בזכויות הרכשיות של פרטים ומוסדות פיננסיים. בניגוד לדרישה הכללית שתינתן לבעל הדין תמצית של החומר החסוי ככל הניתן מבלי לפגוע בביטחון המדינה, דרישת הגילוי המינימלי כפי שהוכרה בבריטניה וקנדה היא כלל נוקשה, הקובע מינימום הכרחי – רצפה – שממנו לא ניתן לרדת (irreducible minimum). כלל זה קיבל בבריטניה את השם דרישת ה"ג'יסט", כלומר הדרישה להעביר לאדם לפחות את עיקר הטענות נגדו.

דרישת הגילוי המינימלי, כפי שמקובלת היום בבריטניה, מקורה בפסק הדין התקדימי של בית הדין האירופי לזכויות אדם משנת 2009 בעניין *A and Others v. United Kingdom*. פסק הדין עסק בשימוש בחומר חסוי בהקשר אחר – הסמכות שהייתה קיימת בעבר בבריטניה לעצור מעצר מניעתי זרים החשודים בטרור

(מאז פסל בית הלורדים פרקטיקה זו כמפלה). באותו עניין נקבע כי הזכות להליך הוגן מחייבת שמירה על שני אלמנטים בסיסיים בהליך השיפוטי: "שוויון דינוי בין הצדדים" ("equality of arms") וקיומו של דיון אדוורסרי.⁵⁸⁵ בית המשפט קבע כי בכוחו של מנגנון עורך הדין המיוחד לשמש כלי אפקטיבי לקידום הליך הוגן רק אם בעל הדין מקבל מספיק מידע כדי לאפשר לו לתת לעורך הדין המיוחד "הנחיות אפקטיביות" ביחס לטענות נגדו.⁵⁸⁶

יש לשים לב כי בית הדין הבחין לעניין חובת הגילוי בין מהות הטענות נגד בעל הדין ובין הראיות המבססות טענות אלה. גם במצב שבו מרבית הראיות חסויות, אם הטענות מפורטות דיין כדי לאפשר הבאת ראיות להפרכתן, ייתכן שדי בכך למלא את החובה להבטיח הזדמנות מינימלית להתגונן. בהקשר זה על כל מקרה להיבחן לגופו.⁵⁸⁷ לעומת זאת, כאשר החומר הגלוי אינו כולל אלא

585 עניין *A. and Others*, לעיל ה"ש 109, בפס' 204.

586 "The Court further considers that the special advocate could perform an important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings. However, the special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate" (פס' 220).

587 "While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that, where the evidence was to a large extent disclosed and the open material played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions against him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations" (פס').

"טענות כלליות" בלבד ("general assertions"), וההחלטה נסמכת במידה מכרעת על מידע חסוי, אין לומר כי ניתנה הזדמנות אפקטיבית להתגונן.⁵⁸⁸

בעניין *A. and Others* הדגיש בית הדין את קיצוניות הצעד שננקט נגד החשודים – החזקתם במעצר לתקופה ממושכת – וציין כי בנסיבות אלה יש להקפיד על רמת הליך הוגן גבוהה במיוחד.⁵⁸⁹ אולם מאז דרישת הגילוי המינימלי הוחלה בבריטניה כאמור בהקשרים נוספים. ואכן, כפי שראינו בסקירה ההשוואתית, דרישה זו הוחלה מפורשות גם בהקשר הספציפי של סנקציות כלכליות המוטלות על מוסדות פיננסיים.

דרישת הגילוי המינימלי אומצה גם בקנדה בהליכים הגוררים פגיעה חמורה בזכויות הפרט. בעניין *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat* נדרש בית המשפט העליון הקנדי לשאלת חוקתיותו של הסדר המאפשר הגשת חומר חסוי בהליכי הרחקה של זרים החשודים בטרור, שבמסגרתם מתמנים עורכי דין מיוחדים. בית המשפט קבע כי חוקתיות ההסדר תלויה בקיומה של "חובת גילוי מינימלי" ("an incompressible minimum amount of disclosure"), שממנה לא ניתן לגרוע.⁵⁹⁰ אומנם החוק העניק לכאורה קדימות לשיקולי הביטחון, ואף לא הסמיק את השופט לערוך איזון בינם ובין צורכי הגילוי. אולם בית המשפט הבהיר כי יש לפרש את החובה הסטטוטורית של השופט להבטיח שהאדם יהיה "מודע באופן סביר" לטענות נגדו, כמחייבת להעביר לו מספיק מידע כדי שיוכל לתת הנחיות לבא כוחו ולערוך הדין המיוחד שמונה בעניינו.⁵⁹¹ בניגוד לבית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר הבחין בין הטענות נגד האדם ובין הראיות נגדו, בית המשפט העליון הקנדי הדגיש כי יש למסור לאדם מידע מינימלי הן ביחס לטענות

588 ש.ס.

589 ראו ש.ס, בפס' 217 לפסק הדין "Moreover, in the circumstances of the present case, and in view of the dramatic impact of the lengthy – and what appeared at that time to be indefinite – deprivation of liberty on the applicants' fundamental rights, Article 5 § 4 must import substantially the same fair-trial guarantees as Article 6 § 1 in its criminal aspect"

590 עניין *Harkat*, לעיל ה"ש 574, בפס' 54 לפסק הדין.

591 ש.ס, בפס' 56.

והן ביחס לראיות.⁵⁹² בית המשפט גם הבהיר מפורשות כי לכל הפחות יש לוודא שאדם מודע "למהות המידע והראיות התומכים בטענות נגדו" ("the essence of the information and evidence supporting the allegations").⁵⁹³ דרישה זו היא דרישה מוחלטת, ובמצבים שקיימת בהם התנגשות חזיתית בין צורכי הביטחון וצורכי הגילוי, המדינה עלולה להידרש למשוך את המידע בחזרה או אף להפסיק את ההליכים.⁵⁹⁴ כאמור לעיל, השאלה אם חובה זו עשויה לחול בהליכי הכרזה לא נדונה עד היום בקנדה.

5.3.1 המשמעות המעשית של דרישת הגילוי המינימלי

מה משמעות דרישת הגילוי המינימלי הלכה למעשה? מתי ניתן לומר כי נחשף לפני בעל דין מספיק מידע כדי לאפשר לו להתייחס באופן סביר לטענות נגדו? בית הלורדים ציין כי מדובר "בסטנדרט גבוה, המחייב ירידה לפרטים הקטנים וגילוי טענות מפורטות שניתן להשיב להן במידע ספציפי" ("it sets a relatively high standard. It suggests that where detail matters, as it often will, detail (must be met with detail).⁵⁹⁵ אבל מה זה אומר הלכה למעשה?

בעניין *A and Others* הדגים בית הדין האירופי מתי ניתן לומר כי טענה היא מפורטת דייה באמצעות המקרה של אדם שלגביו נטען כי נכח במחנה אימונים טרוריסטי בתאריכים ספציפיים. במקרה כזה, קבע בית הדין, החשוד יכול להביא מידע להפרכת הטענה או לספק הסבר חלופי לנוכחות שלו במקום – ולכן מדובר בטענה העומדת בדרישת הגילוי המינימלי.⁵⁹⁶ בהמשך לגישה זו, בית הדין קבע

592 שם.

593 שם, בפס' 57.

594 שם, בפס' 58-59.

595 *Secretary of State for the Home Department v. AF* [2009] UKHL 28, פס' 87 לחוות דעתו של לורד פיליפס.

596 שם, בפס' 220. כמו כן ראו Daniel Kelman, *Closed Trials and Secret Allegations: An Analysis of the "Gisting" Requirement*, 80 (4) THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 264, 267 (2016).

ביחס לחלק מהעותרים כי קיבלו מידע מספק, משום שבחומר הגלוי נמסר למשל כי קיימו מפגשים עם אנשים ספציפיים, במקומות ובתאריכים קונקרטיים.⁵⁹⁷

לעומת זאת, ביחס לעותרים אחרים נקבע כי הגילוי היה כללי מדי. כך למשל, נגד אחד העותרים נטען באופן כללי כי גייס כספים למען ארגוני טרור הקשורים לאל-קאעידה, והובאו ראיות גלויות שסכומי כסף גדולים עברו דרך חשבון הבנק שלו. אולם המידע הספציפי אשר קישר בין הכספים לבין ארגוני הטרור נותר חסוי. בנסיבות אלה קבע בית הדין כי לא נמסרו לעותר הפרטים הבסיסיים אשר היו דרושים לו כדי שיוכל להתגונן.⁵⁹⁸ לגבי עותר נוסף הגיע בית הדין למסקנה דומה אך שנמסר לו מידע שבמבט ראשון נראה די מפורט: נטען בחומר הגלוי כי סיפק תעודות מזויפות לארגונים קיצוניים וסייע לצעירים מוסלמים לנסוע לאפגניסטן על מנת לעבור אימונים ג'יהאדיסטיים.⁵⁹⁹ כמו כן נמסר כי הוא תועד מקיים קשרים עם גורמים קיצוניים במקומות ובמועדים ספציפיים. אך על פי כן בית הדין לא ראה בפירוט זה גילוי מספק, שכן הטענות המרכזיות לא גובו בפרטים ספציפיים אשר היו יכולים לאפשר התמודדות אפקטיבית עימן.⁶⁰⁰

הפסיקה הבריטית, שיישמה מאז את דרישת הגילוי המינימלי, הדגישה כי על הגילוי להיות כזה המאפשר **הפרכה** של הטענות המרכזיות העומדות ביסוד החלטת הרשות, להבדיל **מהכחשתן** בלבד.⁶⁰¹ דניאל קלמן (Kelman) מביא

597 *A. and Others*, לעיל ה"ש 109, בפס' 222. וכן ראו Kelman, שם.

598 *A. and Others*, שם, בפס' 223; Kelman, שם.

599 Kelman, שם, בעמ' 267–268.

600 שם, בעמ' 268.

601 הבחנה זו הודגשה בפסיקה העוסקת בסנקציות שהטיל משרד האוצר. ראו Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury [2010] EWCA Civ 483, המובא אצל Kelman, שם, בעמ' 272:

[D]isclosure has to be "sufficient to enable the bank to give sufficient instructions not merely to deny, but actually to refute [...] 'the essential allegations' relied on by the Treasury to justify the making and continuance of the direction." Thus "purely general assertions" *would be those that are impossible to refute, rather can only be denied.*

במאמר המנתח את אופן יישום דרישת הג'יסט דוגמאות אחדות להמחשת גישה זו. אחת מהן, אשר עשויה להיות רלוונטית דווקא להקשר של הכרזה על ארגוני טרור, עוסקת באדם שנגדו נטען כי ניסה להעביר כספים לגורמים בעייתיים בפקיסטאן. בית המשפט קבע כי הגילוי היה מספיק לאור ספציפיות הפרטים שנמסרו לו: תקופת הזמן שבה בוצעה ההעברה, האמצעים ששימשו לביצועה, ופרטיהם של האנשים המסוימים שקיבלו את הכספים.⁶⁰²

על היקף הגילוי הנדרש כדי לעמוד בסטנדרט זה ניתן לקבל השראה גם מעניין קאדי, שעליו הרחבתי לעיל. כזכור, בית הדין האירופי לצדק קבע כי לא ניתן לבסס את ההכרזה על הטענה הכללית שקאדי החזיק באלבניה כמה חברות שהעבירו כספים לפעילים קיצוניים במימונו של בן לאדן, וכי נדרש פירוט ספציפי ביחס לזהות החברות הרלוונטיות, לתקופה שבה התקיימה ההתנהלות הנטענת ולזהות הפעילים הקיצוניים שעליהם מדובר.⁶⁰³ כאמור, מאז הדיון בעניין קאדי תוקנו כללי הפרוצדורה של בית המשפט הכללי של האיחוד, כדי להסמיך אותו לקבל חומר חסוי שאינו מובא לידיעת הצד השני להליך. כללים אלה בוקרו, בין היתר, בשל העובדה שלא כללו דרישה מפורשת כי גרעין מינימלי של מידע יימסר לגורם המוכרז. ככל הידוע לי, טרם נעשה שימוש בהוראה זו, ולכן לא ברור כיצד הוא ייושם הלכה למעשה.

5.3.2 הגנה על זכויותיו של ארגון?

ברי כי לא הרי הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בהכרזה על ארגון כארגון טרור, כהרי הפגיעה הכרוכה בהטלת סנקציות כלכליות על אדם פרטי – צעד ההופך אותו ל"אסיר של המדינה", כהגדרת בית המשפט בבריטניה.⁶⁰⁴ לכאורה, כאשר ארגון מוכרז כארגון טרור, בכוחם של אנשים לנתק את קשריהם עימו ובכך למנוע נקיטתם של צעדים אישיים נגדם – עובדה המצמצמת את הסכנה שהכרזה תביא לפגיעה קונקרטית חמורה בזכויות הפרט. אולם, כפי שראינו, סמכות ההכרזה מעניקה לרשות המבצעת כלי חד לצמצום המרחב הדמוקרטי. גם אם

602 Kelman, שם, בעמ' 275.

603 ראו לעיל, בדיון בעניין קאדי בפרק 3 למחקר זה.

604 HM Treasury v. Ahmed [210] UKSC 2, פס' 4 ו-60 לפסק הדין.

ניתן להעלות על הדעת נסיבות שבהן הכרזה על ארגון או מוסד כארגון טרור לא תביא לפגיעה משמעותית בחופש הביטוי הפוליטי או בזכויות אישיות אחרות, ישנם מקרים רבים אחרים שבהם הוצאת ארגון אל מחוץ לחוק תגרור פגיעה מרחיקת לכת בזכויות הפרט – החל מזכויות פיננסיות ועד לשלילתן של זכויות פוליטיות בסיסיות. כאמור, עצם ההחלטה להכריז על תנועה פוליטית, למשל, כארגון טרור גוררת פגיעה עמוקה בזכויותיהם הפוליטיות של מעגלים רחבים של פעילים ותומכים – אף ללא קשר לצעדים הקונקרטיים הנוקטים בעקבות ההכרזה. בשל פוטנציאל הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה במנגנון ההכרזה, נודעת חשיבות רבה לקיום הליך הוגן ושקוף ככל האפשר – במיוחד באותם מקרים שבהם צפויה הכרזה להביא לצמצום המרחב הדמוקרטי או לפגיעה קונקרטית בזכויותיהם של פרטים.

5.4

אפשרות השימוש בחומר חסוי בחוק המאבק בטרור

על רקע דברים אלה אפנה כעת לבחינת ההסדר הקבוע בחוק המאבק בטרור, המאפשר הסתמכות על חומר חסוי בהליכי הכרזה. כפי שראינו, הוועדה המייעצת מוסמכת להורות שמידע יהיה חסוי אם שוכנעה כי "גילוי עולל לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בשלום הציבור או בביטחוננו, או לחשוף שיטות עבודה חסויות, וכי העניין שיש באיגילוי עדיף מהצורך לגלותו לשם בירור האמת ועשיית צדק".⁶⁰⁵

משמעות הדבר כי על הוועדה לערוך בדיקה דו־שלבית לפני שהיא מחליטה לאפשר הסתמכות על חומרים חסויים במסגרת ההליך לפנייה: בשלב הראשון עליה להשתכנע – על סמך נימוקים ספציפיים הנוגעים לחומר הקונקרטי המונח לפנייה – כי אכן קיימת עילה מוצדקת להטלת החיסיון;⁶⁰⁶ ובשלב השני עליה

605 סעיף 90(א) לחוק.

606 השו"ע פ"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, נא (1) 433, 462 (1997). לעניין

לערוך איזון בין האינטרסים המתנגשים. רק אם היא משתכנעת כי קיים צורך בחיסיון, וכי צורך ספציפי זה עדיף על הצורך בגילוי המידע לשם עשיית צדק, רשאית היא להכיר במידע כמידע חסוי.

נוסחת איזון זו נוקטת לשון דומה לזו המצויה בסעיפים 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, המסדירים את סמכות בית המשפט להורות על גילוי ראייה שלגביה הוצאה תעודת חיסיון. עם זאת, יש לשים לב להבדל חשוב בין ההסדרים: בעוד פקודת הראיות מורה לשופט לגלות ראייה אם מצא כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מהעניין שיש שלא לגלותה, כאן הנטל הוא הפוך – על הוועדה להורות על גילוי המידע אלא אם כן מצאה שהעניין שיש באיגלויו עדיף על הצורך לגלותו. נראה כי הבדל זה נעוץ בהשלכות החמורות יותר של החיסיון בענייננו: פקודת הראיות עוסקת בחיסיון שנפקותו אינהגשת החומר לבית המשפט המכריע בתיק (ושלילת יכולת התובע להסתמך עליה), ואילו כאן החיסיון מביא להסתרת המידע רק ממי שמשיג על ההכרזה, בעוד החומר מוגש לוועדה ועשוי לשמש נגדו.

על אף הבדל זה נראה כי ניתן לקבל השראה לעניין הפרשנות הראויה של הסעיף מהפסיקה המיישמת את הסדרי החיסיון בפקודת הראיות. ביחס להליכים פליליים קבע בית המשפט באופן חד-משמעי כי כאשר ראייה חיונית להגנת הנאשם (וכאמור מדובר בראייה שהמדינה אינה מבקשת להסתמך עליה, אלא ראייה שעשויה להועיל להגנת הנאשם) – הצורך בגילוי יגבר תמיד על הצורך בשמירת החיסיון; והמדינה תידרש לבחור בין גילוי המידע ובין נסיגה מכתב האישום.⁶⁰⁷ אולם גם ביחס להליכים אחרים, שבהם נעשה שימוש בנוסחת איזון דומה, נקבע כי יש להגביל את החיסיון למינימום ההכרחי

חובת המדינה לנמק את הצורך הספציפי בחיסיון ראו למשל את ע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' דולפא פ"ד נ(1) 786, 795 (2001).

607 ראו למשל ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984). כיום דרישה זו מעוגנת מפורשות בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. סעיפים 44 ו-45 לפקודה, העוסקים בתעודות חיסיון, קובעים כי בהליך פלילי על בית המשפט להורות על גילוי ראייה אם מצא כי "הראייה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם".

ולהעניק משקל משמעותי לתועלת שעשויה לצמוח מהראיה לטובת הצד השני בהליך.⁶⁰⁸

לאור עובי משטר הסנקציות שאומץ בחוק המאבק בטרור – הנושא השלכות מרחיקות לכת הן עבור הארגון עצמו והן עבור צדדים שלישיים, והטומן בחובו פוטנציאל ממשי לכרסום במרחב הדמוקרטי – מן הראוי לפרש נוסחת איזון זו כנותנת ביטוי לדרישת ה"ג'יסט", שעליה עמדתי לעיל. לפי דרישה זו, יש למסור לארגון מספיק מידע כדי לאפשר לו להתמודד בצורה אפקטיבית עם טענות המדינה נגדו. למצער יש מקום לעמוד על דרישה זו באותם מקרים שבהם גורת הכרזה פגיעה חמורה במיוחד בזכויות היסוד של האזרח. על הגילוי להיות כזה שיש בו כדי לאפשר לארגון להתמודד בצורה מושכלת עם הטענות הקונקרטיות של המדינה – להפריכן ולא רק להכחישן.

החוק ממשיך וקובע כי באותם מקרים שבהם הוועדה משתכנעת שאכן מוצדק לראות בחומר מידע חסוי, עליה להודיע על כך למשיג ולהעביר לו או לבא כוחו תמצית של המידע החסוי שהוכן בידי ראש רשות הביטחון, "ככל שניתן לעשות כן" מבלי לפגוע באינטרס שבשלו נקבע החיסיון מלכתחילה.⁶⁰⁹ אולם אין בסייג זה לחובת מסירת התמצית – הבא למנוע גילוי מידע שאכן עלול לפגוע בביטחון המדינה – כדי לפטור את הוועדה מנוסחת האיזון המהותית. אם אכן אין כל דרך ליצור תמצית המאפשרת גילוי מינימלי, על הוועדה יהיה לשקול אם אין בכך כדי לאיין את הוגנות ההליך באופן המחייב סירוב לבקשת המדינה להסתמך על החומר החסוי – ואי־הבאתו בחשבון בגיבוש ההמלצה.⁶¹⁰ ברי כי כאשר המשיג

608 ראו למשל ברע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 61-62 (1995):

נקודת המוצא העקרונית הינה עקרון הגילוי. כל אדם חייב למסור כל ראייה. ביסוד עיקרון זה עומד הערך של גילוי האמת. גילוי האמת משרת את אינטרס הצדדים בהבטיחו עשיית משפט. גילוי האמת משרת את אינטרס הציבורי, שהבטיחו את 'תקינות הפעולה של המערכת החברתית כולה' [...]. אכן, הכלל הוא האמת והצורך בגילוייה. החיסיון הוא החריג.

609 סעיף 9(ג) לחוק.

610 סעיף 9(ה) לחוק.

על ההחלטה הוא צד שלישי, ולא הארגון עצמו, יש להתאים את חובת הגילוי בנסיבות העניין.

5.5 סיכום

לסיכום חלק זה, מוצע לקבוע כי בכל הליך לאתגור הכרזה (אם לפני הוועדה המייעצת ואם לפני בית המשפט) ימונה עורך דין מיוחד, אשר יעיין בחומר החסוי וישתתף בדיונים המתקיימים במעמד צד אחד. דווקא בהקשר זה – דיונים הנוגעים לטענות נגד ארגון, להבדיל מאדם פרטי – עורך הדין המיוחד עשוי למלא תפקיד משמעותי אף אם מוטלות מגבלות שונות על התקשורת בינו ובין הלקוח. כך למשל, בהנחה שחל חיסיון ביחסים שבין עורך הדין המיוחד ובין הארגון, עורך הדין עשוי לקבל גישה למסמכי הארגון ולמידע הפיננסי שלו באופן המאפשר לו לאתר בעצמו מידע רלוונטי. גם כאשר המשיג הוא חבר בארגון (או כהצעתו – צד שלישי) ולא הארגון עצמו, ניתן לאפשר לעורך הדין המיוחד לפנות לארגון ולבקש לעיין במידע הרלוונטי.

באופן עקרוני, רצוי היה לאמץ את מודל עורך הדין המיוחד באמצעות תיקון חקיקה המעגן את עקרונות המודל, מקים מסגרת מתאימה להתנהלותו, ומקצה לו את המשאבים הנדרשים. בין היתר, על החוק לקבוע הסדרי חיסיון שבכוחם להבטיח שהמנגנון לא יביא לפגיעה בזכויותיו של בעל הדין. אולם גם בהיעדר הסדרה מפורשת בחוק, מומלץ כי הוועדה המייעצת תשקול במקרים המתאימים מינוי אדם מטעמה שיעיין בחומר החסוי ויגן על האינטרסים של הארגון במהלך הדיונים – הן ביחס להיקף החיסיון והן לגופם של דברים. זאת, מכוח סמכותה לקבוע את סדרי עבודתה אם אלה לא נקבעו בחוק – ובכלל זה לנקוט צעדים הנראים לה נחוצים לשם שיפור הוגנות ויעילות ההליכים לפנייה.⁶¹¹ מינוי אדם כזה עשוי לתרום תרומה חשובה ליכולת הוועדה לבצע את המוטל עליה כיאות. נוסף על כך, כמפורט לעיל, יש לאמץ בהקשר זה את דרישת הגילוי המינימלי, למצער כאשר מדובר בהכרזה, הגוררת בפועל פגיעה קשה במיוחד בזכויות יסוד של האזרח.

611 ראו לעיל, בפרק 4 למחקר זה.

מן הכלל אל הפרט: המחשת החשש מפני פגיעה במרחב הדמוקרטי

במוקד מחקר זה עומד החשש שמא מתן סמכות רחבה מדי לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור עלול להביא לפגיעה מופרזת בזכויות הפוליטיות של אזרחי המדינה – בייחוד של המיעוט – ולצמצום בלתי ראוי של המרחב הדמוקרטי. הטענה איננה כי רשויות הביטחון פועלות מתוך כוונה זדונית לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, או כי ההגנה על חופש ההתאגדות איננה חשובה להן. אלא שכגורמים הנושאים באחריות הכבדה למניעת מעשי טרור הרסניים, יש להן נטייה מובנית לפעול למקסום הסמכויות הניתנות להן להשגת מטרה חשובה זו. זהו תפקידה של החברה לקבוע איזונים, בלמים ומנגנוני פיקוח שבכוחם להבטיח איזון ראוי בין הצורך החיוני בהשגת ביטחון ובין השמירה הלא פחות חיונית על זכויות האדם והדמוקרטיה.

לפני סיום, אבקש להמחיש חשש זה באמצעות מספר דוגמאות. חשוב להדגיש כי אין בדוגמאות המובאות כאן כדי להביע עמדה ביחס לשאלה אם מדובר בהכרזות מוצדקות אם לאו; בחלק מהמקרים, כפי שנראה, המידע הדרוש לצורך קבלת הכרעה מעין זו אינו מונח לפנינו. הכרזות אלו גם לא הותקפו בבג"ץ. מטרת הדוגמאות להצביע על נקודת המפגש הקיימת בין מנגנון ההכרזות הקבוע בחוק ובין החברה האזרחית, ועל העקרונות והשיקולים שצריכים להנחות את הרשויות בבחינת הכרזות מעין אלה.

6.1

תג מחיר

הדוגמה הראשונה היא ההכרזה על "תג מחיר" כהתאחדות בלתי מותרת בשנת 2013. כידוע, המונח תג מחיר מתייחס לטקטיקה שאימצו פעילי ימין קיצוני בשנים האחרונות, הכוללת ביצוע מתקפות על רכושם, ולעיתים אף גופם, של פלסטינים כדי להרתיע את הרשויות מפני הריסת בתים בהתנחלויות או פינוי

יישובים.⁶¹² חלק מהפעולות המבוצעות במסגרת התופעה של תג מחיר הן פעולות טרור מובהקות – כגון האירוע מיולי 2015 שבו נזרקו בקבוקי התבערה על ביתה של משפחת דוואבשה באזור שכם, ונרצחו שלושה מבני המשפחה; ושורה של אירועים שבהם הוצתו מסגדים, כנסיות, בתי ספר ואפילו בתים.⁶¹³ חלק אחר הם מעשי ונדליזם כגון ניקוב צמיגים או השחתת רכוש באמצעות כתובות נאצה עם מסרים מסיתים או גזעניים (גרפיטי).⁶¹⁴

הקושי הטמון בהכרזה על תג מחיר כהתאחדות בלתי מותרת (הכרזה אשר כאמור גוררת כיום סיווג התופעה כ"ארגון טרור") נעוץ בכך שעולה ספק עד כמה ניתן להגדיר אותו כארגון או חבר בני אדם – להבדיל מתופעה או שיטת פעולה. ברי שישנן התארגנויות שמבצעות פעולות "תג מחיר" שניתן לראות בהן ארגוני טרור – בלי שום קשר לעצם ההכרזה;⁶¹⁵ ואולם שאלה היא אם ראוי להגדיר את התופעה בכללותה "ארגון טרור". על רקע זה גם מתעורר ספק אם יש בהכרזה על תג מחיר כדי לשרת את התכליות הראויות של מנגנון ההכרזה, ובראשן השבתת פעילותם של ארגוני טרור על ידי מניעת הגישה שלהם למשאבים וכספים. הנפקות המעשית המרכזית של ההכרזה היא מתן אפשרות לרשויות הביטחון להתייחס לחשודים במעורבות בתג מחיר כאל חברים בארגון טרור ולהפעיל כלפיהם סמכויות חקירה ומעצר מיוחדות.⁶¹⁶ משמעות הדבר שההכרזה עשויה

612 לחיאור מקיף של החופעה ראו Ori Nir, 'Price Tag' West Bank Settlers' *Terrorizing of Palestinians to Deter Israeli Government Law Enforcement*, 44 CASE WESTERN RESERVE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 277 (2011)

613 ראו "סיכום שנתי 2014" באתר שירות הביטחון הכללי (13.5.2015). ראו גם הסיכום "Price Tag and Extremist Attacks in Israel" באתר הליגה נגד השמצה (Anti-Defamation League).

614 הסיכום באתר הליגה נגד השמצה, שם.

615 לעניין זה ראו למשל ע"פ 3793/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 3.5.2020).

616 ראו למשל ההסבר להכרזה המובא במסמך משרד החוץ על "Israel's Investigation and Prosecution of Ideologically Motivated Offences Against Palestinians in the West Bank", המופיע באתר משרד החוץ, בעמ' 4-5 "In order to facilitate investigation efforts by the authorities, on August 13, 2013, the Minister of Defense declared that any association of persons – unionized [i.e. incorporated] or not, including any group, cell, social partnership, section or similar association –

לאפשר למשטרה ולשב"כ להפעיל סמכויות כגון מניעת מפגש עם עורך דין נגד מי שנחשד בפעילות במסגרת תג מחיר – גם אם החשדות המיוחסים לו כוללים השחתת רכוש באמצעות גרפיטי, ולא מעשים המוגדרים כמעשי טרור.⁶¹⁷

כפי שפורט לעיל, הצעת חוק המאבק בטרור ביקשה במקור להחיל את ההגדרה של מעשה טרור גם על מעשי ונדליזם (לרבות גרפיטי) שעלולים לעורר תגובות אלימות.⁶¹⁸ הצעה זו נזנחה במהלך הדיונים בחוק, והנוסח שהתקבל אימץ גישה מצמצמת יותר בנוגע לאפשרות להתייחס לפגיעות ברכוש כאל מעשי טרור. בנסיבות אלה ההכרזה עלולה לפעול הלכה למעשה כדי לאפשר לסווג כטרור התנהגות שאינה עונה על ההגדרה המהותית של טרור הקבועה בחוק, מבלי שהיא נדרשת כדי לסכל פעילותו של ארגון קונקרטי.

חשוב להדגיש כי פעולות תג מחיר הן פשעי שנאה קשים, הראויים לתגובה עונשית מחמירה, וחלקם הם מעשי טרור מובהקים. אין מדובר בפעילות שהיא חלק מהמרחב הדמוקרטי הלגיטימי. אולם הטכניקה הזאת של הכרזה על תופעה או על שיטת פעולה כארגון טרור באופן המאפשר התייחסות לאנשים כחברים בארגון טרור, ובכך להרחיב את יכולת רשויות הביטחון להפעיל סמכויות חריגות, ממחישה את פוטנציאל השימוש במנגנון באופן העלול לפגוע יתר על המידה בזכויות הפוליטיות של האזרח.

that uses the name 'price tag' or any other derivative with a similar meaning is an 'illegal association' pursuant to Regulation 84 of the *Defense (Emergency) Regulations* of 1945. Under this classification, a 'price-tag' offense can be regarded as a security-related offence that, in certain circumstances, allows for special law enforcement measures to be taken, subject to judicial review. Defining 'price-tag' perpetrators as engaging in an 'illegal association' attests to Israel's unequivocal stance against these phenomena and, on the practical level, provides law enforcement and security services with "(appropriate measures to act against them)".

617 לעניין סמכויות המעצר והחקירה החלות על פעילות בארגון מוכרז ראו לעיל, בה"ש 392 ו-394, ובטקסט הסמוך.

618 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 556.

6.2 הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית

דוגמה נוספת היא ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית כהתאחדות בלתי מותרת מנובמבר 2015. מדובר בתנועה פוליטית קיצונית, המקדמת אידאולוגיה אסלאמיסטית שמרנית המזוהה עם האחים המוסלמים. בעוד הפלג הדרומי של התנועה האסלאמית משתתף בבחירות לכנסת ונחשב מתון, הפלג הצפוני (שהתפצל מהפלג הדרומי בשנת 1996 על רקע החלטת הפלג הדרומי להשתתף בבחירות) נוקט גישה בדלנית. בדומה לתנועות אחרות המזוהות עם האחים המוסלמים, הפלג הצפוני משקיע משאבים ומאמצים רבים במתן שירותים חברתיים ושירותי צדקה לשכבות החלשות בחברה, כחלק מפעילות דעווה שנועדה לקרב את האוכלוסייה לערכי הדת.⁶¹⁹ על רקע פעילות זו הפך הפלג הצפוני עם השנים לתנועה פוליטית משמעותית בקרב חלק מהציבור הערבי בישראל. בשנים 1989–2001 כיהן מנהיג הפלג הצפוני ראאד סלאח גם כראש עיריית אום אל-פחם.

גישתו הקיצונית והבדלנית של הפלג הצפוני הציבה לאורך השנים אתגר משמעותי לפתחו של הממסד הישראלי.⁶²⁰ בשנת 1995 סגרו רשויות הביטחון את ועדת ההצלה (הסיוע) האסלאמית של התנועה, בטענה שעסקה באיסוף כספים למימון פעילויות שונות של ארגון חמאס.⁶²¹ בשנת 2005 הורשעו בכירי התנועה בקבלת כספים מקרנות בחו"ל, שהוכרזו כהתאחדויות בלתי מותרות וכארגוני טרור בשל היותן מזוהות עם חמאס, ובהעברת חלק מהכספים לאסירים ביטחוניים בישראל.⁶²² ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות

Eyal Pascovich, *Israel and the Northern Branch of the Islamic Movement*, 19 (1) ISRAEL AFFAIRS 139, 140–141 (2013) 619

לתיאור מפורט של התנועה ושל האחגר שהיא מציבה לממסד הישראלי ראו שם. 620

אברבור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 194–195. 621

Pascovich, לעיל ה"ש 619, בעמ' 145. 622

הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 (ועדת אור) עמדה על הקשרים הבעייתיים שקיימה התנועה באותה תקופה עם חמאס, ועל תרומתו ההרסנית של ראד סלאח לאווירה העכורה שהולידה את האירועים האלימים באוקטובר 2000. הוועדה האשימה את סלאח בעידוד אלימות, בשלהוב הרוחות סביב הסוגיה הרגישה של מסגד אל־אקצא (לרבות על ידי הפצת מסרים בדבר קיומו של טבח מתוכנן כביכול במסגד) ובהעברת מסרים השוללים את עצם הלגיטימיות של קיומה של מדינת ישראל והמציגים אותה כאויב.⁶²³ בעשורים האחרונים מוביל הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בין היתר קמפיין שכותרתו "אל־אקצא בסכנה". בשנת 2015 הורשע סלאח בהסתה לגזענות ובהסתה לאלימות על רקע נאום שבו קרא בין היתר ל"אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד 'אל אקצא' המבורך".⁶²⁴ בשנת 2019 הורשע סלאח בעבירה של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת (שהוחלפה בסעיף 24(א)(1) לחוק המאבק בטרור, העוסק בהזדהות עם ארגון טרור) ובהסתה לטרור.⁶²⁵ ההרשעות באו בעקבות התבטאויות שונות שהשמיע, ובהן הביע תמיכה בפלג הצפוני של התנועה האסלאמית והציג עצמו כמי שעומד בראשו, ובעקבות דברים שנשא בתקופת מתיחות בירושלים, שהיה בהם משום עידוד לאלימות.

ההכרזה על הפלג הצפוני – אם הייתה מוצדקת ואם לאו – ממחישה היטב את החשש מפני הפעלת מנגנון ההכרזה כלפי תנועות פוליטיות מקומיות משמעותיות באופן העלול להשליך על הזכויות הפוליטיות הבסיסיות של אזרחי המדינה. ההכרזה בוצעה בזמנה על פי תקנות ההגנה, אך על פי טענת המדינה במסגרת עתירה לבג"ץ שהגישה עמותה שנטען כי היא קשורה לפלג הצפוני,

623 דו"ח ועדת אור, שער ראשון, לפני אירועי אוקטובר: רקע, גורמים, צפי האירועים ומוכנות המשטרה, פסי' 1-7; ושער חמישי, ההודעות שנשלחו לפי סעיף 15 לחוק ועדת חקירה, פסי' 106.

624 רע"פ 7669/15 סלאח מחאגינה נ' מדינת ישראל, פסי' ג לפסק הדין (ניתן ביום 18.4.2016).

625 ראו ע"פ (מחוזי חי') 45090-03-02 מחאגינה נ' מדינת ישראל (נבו) 16.7.2020.

ניתן היה לבצע הכרזה זו גם לפי הסמכות הקבועה בחוק המאבק בטרור להכריז על ארגוני מעטפת.⁶²⁶

הכרזה זו נתפסה בעיני רבים בקרב הציבור הערבי בישראל – גם כאלה אשר אינם מזדהים כלל עם מטרות התנועה – כפגיעה קשה בחופש הביטוי ובזכויות הפוליטיות של המיעוט. בעקבות ההכרזה הודיעה ועדת המעקב העליונה של הציבור הערבי בישראל על שביתה כללית, וארגונים מרכזיים בחברה הערבית – ועדת המעקב, עדאלה, מרכז מוסאוא, ועוד – פנו ליועץ המשפטי לממשלה, לראש הממשלה ולשר הביטחון בדרישה לביטול ההכרזה. בפנייה נכתב כי לאור מרכזיות התנועה בהוויה הפוליטית והחברתית של החברה הערבית בישראל, ההכרזה נתפסת כ"צעד המכוון נגד האוכלוסייה הפלסטינית בישראל ו/או נגד חלקים גדולים ממנה, הנהגתה ופעילותה הפוליטית".⁶²⁷

לאור רגישותה המיוחדת של הכרזה זו נקט הקבינט המדיני-ביטחוני את הצעד הנדיר של פרסום הודעה לעיתונות המפרטת את עיקר נימוקה.⁶²⁸ עיון במסמך מעלה כי ביסוד ההכרזה עמדו כמה נימוקים מרכזיים. נטען כי:

(1) הפלג הצפוני הוא תנועת אחות של ארגון הטרור חמאס, והתנועות מקיימות "שיתוף פעולה הדוק וחשאי". שיתוף פעולה זה, "הן ברמת פעילות מוסדות התנועה והן ברמת המיזמים המשותפים עם החמאס" היה בסיס מרכזי להכרזה.

(2) התנועה האסלאמית "מסתייעת במערך הפיננסי הגלובלי של תנועת האחים המוסלמים, וממומנת על ידה", ובמשך שנים מומנה על ידי קרנות מזוהות עם חמאס.

626 ראו תגובה מקדמית מטעם שר הביטחון בעניין ראבטת אלעלם ואלארשאד, לעיל ה"ש 474, בפס' 31.

627 מכתבם של עו"ד נדים שחאדה ועו"ד עומר חמאיסי מיום 8.1.2016. כמו כן ראו ברק רביד, גילי כהן, ג'קי חורי, יהונתן ליס ואלמוג בן זכרי, "הקבינט הכריז על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית התאחדות בלתי מותרת" הארץ, 17.11.2015.

628 ראו "הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל", 17.11.2015 [הודעה לעיתונות], אתר ממשלת ישראל.

(3) "בתקופה האחרונה הוכרזו מספר מוסדות של התנועה האסלאמית כהתאחדויות בלתי מותרות משום שפעלו יחד עם חמאס בירושלים. למרות זאת, לא חדלה התנועה האסלאמית משיתוף פעולה עם חמאס, ופתחה מוסדות חלופיים במקום אלו שנסגרו".

(4) "קיים מידע שהתנועה מעוניינת בהמשך פעילות המוראביטון, למרות הוצאתם אל מחוץ לחוק. מדובר בפרויקט הדגל של שיתוף הפעולה בין הפלג הצפוני לחמאס" (מוראביטון הם קבוצות של מתפללים מוסלמים בהר הבית הפועלות בצורה מאורגנת כדי למנוע מיהודים ומלא-מוסלמים אחרים לעלות להר, באמצעות צעקות וקריאות גנאי).⁶²⁹

ברקע להחלטה נכתב עוד כי –

הפלג הצפוני מוביל מסע הסתה שקרי שכותרתו "אל-אקצא בסכנה", במטרה להאשים את ישראל בטענות שוא של כוונת לפגוע בהר הבית ולהפר את הסטטוס-קוו. במסגרת זו, הקים הפלג הצפוני של התנא"ס בשיתוף עם החמאס מערך פעילים בשכר (מוראביטון/מוראביטאת) שנועד ליזום פרובוקציות בהר הבית. פעילות זו הביאה להגברה משמעותית של המתיחות בהר הבית. חלק ניכר מהפיגועים בעת האחרונה התבצעו על רקע הסתה ותעמולה זו [...] בנוסף לכל אלה הפלג הצפוני של התנא"ס הוא ארגון בדלני, קיצוני וגזעני אשר אינו מכיר במוסדות המדינה, שולל את זכות קיומה ושואף לכוון במקומה חליפות אסלאמית. התנא"ס משתייכת לזרם האלסאמיסטי הקיצוני והוא חלק מתנועת "האחים המוסלמים" העולמית. שתייהן חולקות תפיסה אידיאולוגית קיצונית ומטרה משותפת – להשמיד את מדינת ישראל [...] (ההדגשות במקור).⁶³⁰

629 שם. על פעילות המוראביטון ראו שלומי אלדר, "נשים בשחור: שומרות הסף של אל אקצא" אל-מוניטור, 18.9.2015.

630 הודעה לעיתונות, לעיל ה"ש 628. הודעה כללה גם שורה של התבטאויות קיצוניות שהשמיעו מנהיגי הארגון במרוצת השנים.

ראשית ייאמר כי העובדה שתנועה פוליטית, קיצונית ככל שתהיה, מאשימה את המדינה בטענות שווא איננה יכולה כשלעצמה להיות שיקול רלוונטי בהחלטה אם להכריז עליה כארגון טרור. גם העובדה שארגון מקדם אידאולוגיה גזענית או אסלאמיסטית קיצונית איננה מספיקה כדי להצדיק הכרזה עליו כארגון טרור. המנגנון הספציפי בחוק המאבק בטרור – שעל מאפייניו הייחודיים עמדתי בהרחבה – לא נועד לאפשר פעולה נגד ארגונים חתרניים או ארגונים המקדמים אידאולוגיה הרסנית. הוא נועד להתמודד באופן ספציפי ובלעדי עם הסכנה החמורה לביטחון הציבור הטמונה בארגונים המקדמים מעשי אלימות קיצוניים.

לאור הרגישות המיוחדת הסובבת את הר הבית, הפצת שקרים בנוגע לכוונה לפגוע בו אכן עלולה להיות דבר מסוכן, ואם ישנן ראיות שארגון מפיץ שקרים כאלה ביוזעין, כחלק מקמפיין הסתה שנועד להביא לביצוע מעשי טרור, ראיות אלה עשויות להיות רלוונטיות. אולם השימוש בטענה מעין זו כבסיס להכרזה מחייב זהירות מפליגה. לארגון פוליטי הזכות להשמיע טענות או ביקורת נגד הממשלה גם בתחומים רגישים – ולמשלות באשר הן אינטרס מובנה לשכנע את הציבור כי מדובר בשקרים. ניתן לחשוב על הקשרים מגוונים שבהם עלולים ארגוני חברה אזרחית להיות מואשמים בהשמעת טענות שווא ובהתססת השטח, כאשר הם מעלים טענות קשות נגד המדינה בתחומים רגישים החורגים מהקונצנזוס. קיים גם חשש מובנה לשימוש סלקטיבי בטענה מעין זו כבסיס להכרזה; גם בנוגע להר הבית, למשל, ישנם שחקנים רבים העושים שימוש בהר כדי לשלהב את הרוחות או לחזק את התמיכה הפוליטית בהם.

העובדה שהפלג הצפוני מומן בעבר על ידי קרנות מזהות עם חמאס ומסתייע במערך הפיננסי הגלובלי של תנועת האחים המוסלמים – גם היא אינה מצדיקה כשלעצמה הכרזה על הארגון כארגון מעטפת לפי החוק. כזכור, מהדיון שקיימתי לעיל עולה כי תכלית הסמכות להכריז על ארגוני מעטפת היא לאפשר השבתת פעילותם של ארגונים הפועלים במטרה לסייע לארגוני טרור לממש אסטרטגיה ארגונית הכוללת ביצוע מעשי טרור. קבלת כספים ממקורות "מזהמים" עשויה להיות עבירה פלילית – אך נראה כי אינה משמשת לבדה עילה מספקת להכרזה על ארגון כארגון טרור.

הנימוק החזק ביותר המובא בהודעה לעיתונות הוא הנימוק שהפלג הצפוני של התנועה האסלאמית מקיים שיתוף פעולה הדוק וחשאי עם תנועת חמאס.

שיתוף פעולה עם חמאס אכן עשוי, בנסיבות המתאימות, להצדיק הכרזה על ארגון כארגון טרור. אולם כדי לבחון נימוק זה יש צורך במידע מפורט הרבה יותר בנוגע למהותו של שיתוף הפעולה המתקיים. בהתאם לעקרונות שהותוו בפרק הקודם, השאלה המרכזית הרלוונטית היא אם מדובר בשיתוף פעולה שנועד לחזק את חמאס ולסייע לו לקדם אסטרטגיה ארגונית הכוללת ביצוע מעשי טרור, ושכוחו לעשות כן. שיתוף פעולה גרידא לקידום עניינים משותפים – שלא נועד לסייע לחמאס באופן רחב יותר – עשוי שוב להצדיק צעדים פליליים במקרים המתאימים נגד המעורבים בכך. אולם כדי להצדיק את הצעד הקיצוני של הכרזה על התנועה כארגון טרור יש להראות כי מדובר בשיתוף פעולה המסייע באופן משמעותי לחמאס ושנועד לעשות כן.

נוסף על כך יש לבדוק אם לנוכח הפגיעה הממשית של ההכרזה בזכויות הפוליטיות של אזרחי המדינה מדובר בצעד מידתי, הדרוש בצורה אמיתית כדי להילחם בטרור. בהקשר זה יש לבדוק אם הפעילות הבעייתית, המצדיקה את ההכרזה, כה מאפיינת את הארגון בכללותו עד שלא ניתן לטפל בה באמצעות צעדים פליליים פרטניים נגד אנשים ספציפיים. כמו כן יש לבחון אם אמות מידה דומות מוחלות על ארגונים אחרים בחברה – למשל מקרב החברה היהודית – המקדמים אידאולוגיה קיצונית או גזענית, המתסיסים את האווירה סביב הר הבית, או המקיימים שיתוף פעולה בעייתי עם גורמים מוכרזים.

ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית גם ממחישה את הבעייתיות שבהכרזה על תנועה פוליטית רחבה כארגון טרור – מבלי לדרוש דיון נפרד בכל הארגונים הספציפיים המרכיבים תנועה זו. כזכור, ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית גררה סגירה של עמותות ומוסדות רבים המספקים שירותים חברתיים מסוגים שונים לחברה הערבית בישראל – לרבות ארגוני צדקה, שני כלי תקשורת ותא הסטודנטים "אקראא". לגבי מוסדות אלה נטען כי הם חלק מהתנועה האסלאמית ועל כן נסגרו ללא הכרזה נפרדת. אולם משמעות הדבר כי גם ארגונים אלה – המעטפת של המעטפת – הם למעשה ארגוני טרור לפי החוק. כמפורט בפרק הקודם, מן הראוי לבחון לגבי כל עמותה כזאת, באופן נפרד, אם מתקיימת הצדקה פרטנית לראות בה ארגון טרור, ובמקרים המתאימים לפרסם הכרזה נפרדת ואת נימוקיה.

6.3 הארגון הערבי לזכויות אדם בבריטניה

דוגמה שלישית העשויה להמחיש את פוטנציאל פגיעת מנגנון ההכרזות הקבוע בחוק במרחב הדמוקרטי היא ההכרזה על הארגון הערבי לזכויות אדם בבריטניה (Arab Organization for Human Rights in the UK), מיום 17.3.2019, בנימוק שהוא "משתייך לארגון הטרור חמאס ופועל בשמו נגד מדינת ישראל".⁶³¹ עיון באתר הארגון מעלה כי לפחות על פני הדברים מדובר בארגון הנחזה להיות ארגון זכויות אדם העוסק בפרסום דוחות המבקרים את התנהלות השלטון במגוון מדינות – לרבות סעודיה, מצרים, ישראל והרשות הפלסטינית. משמעות ההכרזה, בין היתר, שאסור לארגוני זכויות אדם מקומיים לשתף עימו פעולה וכי כל פעילי הארגון, ללא יוצאים מן הכלל, הם בגדר חברים בארגון טרור הצפויים לעונשי מאסר כבדים בישראל.

גם בנוגע למקרה זה אין בידינו מידע מספק כדי לגבש עמדה ביחס לשאלה אם מדובר בהכרזה מוצדקת. בקשת חופש מידע שהוגשה למשרד הביטחון לצורך קבלת מידע מפורט יותר על אודות הבסיס להכרזה נדחתה ביום 2.12.2019. בנימוק שמדובר במידע שנוצר, נאסף או מוחזק על ידי השב"כ, ועל כן מוחרג מתחולת חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.⁶³² אולם נראה כי מדובר במקרה העשוי לעורר את שאלת הגבול החמקמק בין ארגון שהוא חלק מארגון טרור ובין ארגון מעטפת, המספק לו סיוע מבחוץ. השאלות המהותיות שצריכות להנחות את הרשויות במקרה כזה הן: האם מדובר בארגון שהוא חלק בלתי נפרד מארגון חמאס, עד כי אין להתייחס אליו כלל כאל ארגון נפרד? אם התשובה היא שלילית – האם מדובר בארגון מעטפת, קרי ארגון הפועל באופן מכוון על

631 צו המאבק בטרור (הכרזה שחבר בני אדם הוא ארגון טרור) (תיקון מס' 4), התשע"ט-2019 ק"ת 8199, 3088. לנימוקי ההכרזה ראו רשימת ההכרזות מספטמבר 2021, לעיל ה"ש 15.

632 הודעת דוא"ל מיום 2.12.2019 מדינה פוליאק, ראש היחידה לפניות ותלונות הציבור, משרד הביטחון.

מנת לסייע לחמאס לממש אסטרטגיה ארגונית הכוללת ביצוע מעשי טרור, והאם הוא מעניק לחמאס סיוע מהסוג העשוי לקדם אסטרטגיה כזאת? האם ההכרזה נדרשת על מנת לנתק את חמאס ממשאבים המסייעים לו לבצע מעשי טרור? ברור כי העובדה שארגון זכויות אדם "פועל [...] נגד מדינת ישראל" אינה יכולה להיות נימוק להכרזה. במקרים מעין אלה, שקיפות ציבורית ביחס לטעמי ההכרזה חיונית כדי לשמור על אמינות מנגנון ההכרזות וכדי לאפשר פיקוח ציבורי על המדיניות שמפעילה המדינה בהקשרים רגישים אלה. במקביל, הבטחת ערובות פרוצדורליות חזקות למי שמבקש לאתגר הכרזה כזאת היא תנאי חיוני לשמירה על המרחב הדמוקרטי. במקרה זה מדובר בארגון הפועל מחוץ לישראל, ואשר אינו בעל זיקות משמעותיות לציבור הישראלי. בנסיבות אלה יש להניח כי השלכות ההכרזה על המרחב הדמוקרטי בישראל לא תהיינה כה גדולות. אולם ברור כי אילו היה מדובר בארגון מקומי, השלכותיה של הכרזה מעין זו היו יכולות להיות משמעותיות ביותר.

לאחר סיום כתיבתו של מחקר זה פורסם כי באוקטובר 2021 הכריז שר הביטחון על שישה ארגוני חברה אזרחית פלסטיניים – לרבות ארגון זכויות האדם הוותיק אל-ח'ק – כארגוני טרור, בשל זיקה נטענת לחזית העממית לשחרור פלסטין.⁶³³ בתחילת נובמבר 2021 אומצו ההכרזות גם בחקיקה הצבאית החלה בשטחים.⁶³⁴ דיון בהכרזות לגופן – אשר עוררו ביקורת רבה בישראל ומחוצה לה – חורג מגדר המחקר הנוכחי. ואולם הפרשה ממחישה היטב את הפוטנציאל הטמון במנגנון ההכרזות להצרת צעדיהם של ארגוני חברה אזרחית, על סמך חומר חסוי וללא שקיפות ציבורית.⁶³⁵

633 הגר שיזף, יהונתן ליס ובן סמואלס, "גנץ הכריז על 6 ארגוני חברה אזרחית בגדה ארגוני טרור; ארה"ב דורשת הבהרות", הארץ, 22.10.2021.

634 ניר חסון, "אלוף פיקוד מרכז הכריז על הארגונים הפלסטיניים ארגוני טרור גם בגדה", הארץ, 7.11.2021.

635 לדיון בהכרזות ובביקורת עליהן ראו, Lila Margalit and Yuval Shany, *Israel's Counterterrorism Designation Regime: A Process in Need of Reform* LAWFARE (January 10, 2022); Eliav Lieblich and Adam Shinar, *Counterterrorism off the Rails: Israel's Declaration of Palestinian Human Rights Groups as "Terrorist Organizations"*, JUST SECURITY (October 24, 2021); Anne Herzberg, *Clarifying the Record on Israel's Recent Terror Designations: A Response to Lieblich and Shinar* (October 26, 2021) (NGO Monitor באחר לעיין).

סיכום והמלצות

למנגנון הקיצוני המאפשר לרשות המבצעת להכריז על ארגונים כארגוני טרור תפקיד חשוב במאבק נגד מעשי אלימות חמורים, המאיימים על חייהם של מאות ואלפי בני אדם. הוא משמש כלי מרכזי ביצירת התשתית הבינלאומית הנדרשת כדי להיאבק בצורה אפקטיבית במימון טרור ולנתק את ארגוני הטרור ממשאבים המאפשרים להם לבצע מעשים חמורים.

לצד התכליות הלגיטימיות של מנגנון זה, טמון בו גם פוטנציאל לפגיעה משמעותית בזכויות הפוליטיות של האזרח ולצמצום בעייתי של המרחב הדמוקרטי. קיימת חשיבות רבה כי כל העוסקים במלאכה – במשרד הביטחון, בוועדה המייעצת לפי חוק המאבק בטרור, בפרקליטות ובבתי המשפט – יהיו מודעים היטב לפוטנציאל זה ויפעלו לצמצמו.

חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 ביקש להחליף את מנגנוני ההכרזה שעוגנו בעבר בתחיקת החירום בהסדר קבוע ומודרני, שיאפשר מאבק אפקטיבי בטרור מתוך שמירה על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה. החוק הביא לשיפורים חשובים לעומת תחיקת החירום. במישור המהותי, הוא קבע קריטריונים ברורים יותר להפעלת שיקול דעתו של שר הביטחון וייעד את מנגנון ההכרזה לארגונים בעלי זיקה – אף אם לא ישירה – לפעילות טרוריסטית ממשית. במישור הדיוני, הוא קבע לראשונה הסדר המאפשר הליך שימוע לפני ועדה מייעצת בראשות שופט בדימוס, לפני הפיכת הכרזה זמנית לסופית. אולם בחינת המנגנון על רקע הסדרים דומים שאומצו בעולם בעשורים האחרונים מעלה, כי הוא עדיין משקף תפיסה קיצונית ביחס לכוחה של הרשות המבצעת לפגוע בחופש ההתאגדות ובחופש הביטוי ולעצב על ידי כך את גבולות השיח הפוליטי. השילוב הבעייתי בין עילות ההכרזה הרחבות הקבועות בחוק, ההשלכות העבות והקיצוניות הנובעות מהכרזה והסודיות הרבה האופפת את ההליך – מגביר עד מאוד את הסכנה הטמונה במנגנון לפגיעה מופרזת ובלתי מוצדקת בזכויות יסוד של האדם.

על מנת לקדם את התכליות הביטחוניות הראויות של מנגנון ההכרזה, מתוך צמצום הפגיעה הפוטנציאלית במרחב הדמוקרטי, המחקר מציע המלצות בשלושה מישורים עיקריים: מישור העילות להכרזה על ארגון כארגון טרור,

מישור ההשלכות המיוחסות להכרזה ומישור ההוגנות והשקיפות של הליכי ההכרזה. רובן של המלצות אלה כרוך בפרשנות ההוראות הרלוונטיות בחוק המאבק בטרור, והן ניתנות ליישום על ידי הגורמים הרלוונטיים אף ללא תיקון חקיקה. חלק אחר כרוך בתיקון החוק.

להלן עיקר ההמלצות:

(1) מישור העילות

א. יש לפרש וליישם את סמכות המדינה להכריז על ארגוני מעטפת, באופן שיש בו כדי להגשים את התכליות הביטחוניות המובהקות אשר הצדיקו מתן סמכות זו. כדי להכריז על ארגון מעטפת כארגון טרור, יש להראות שהוא פועל באופן מכוון על מנת לסייע לארגון הטרור הראשי לממש אסטרטגיה ארגונית שבמרכזה ביצוע מעשי טרור, וכי פעילותו אכן תורמת בצורה ממשית לקידום מטרה זו. כוונה כאמור עשויה להילמד מנסיבות העניין: מהיקף התרומה לארגון הטרור; מאופי הפעילות האזרחית שמדובר עליה (למשל: האם מדובר בפעילות שמבטאת הזדהות עם האידיאולוגיה האלימה של ארגון הטרור, שנועדה לתגמל פעילי טרור על פעילותם, או שנועדה לגייס פעילי טרור לארגון?); ומהתנהלותם והתבטאויותיהם של פעילי הארגון (האם הארגון פועל מתוך הזדהות עם היעדים האלימים של ארגון הטרור?).

ב. נוסף על כך יש להחיל ביחס לארגוני מעטפת את העקרונות האלה:

- **עקרון המידתיות:** יש לבדוק אם הפעילות הבעייתית מאפיינת את הארגון בכללותו, ואם ניתן להשיג את מטרת ההכרזה באמצעים שפגיעתם פחותה – כגון מתן אזהרה לארגון, נקיטת צעדים פליליים נגד אנשים ספציפיים הפועלים בו או התמקדות בצעדים כלפי חלק של הארגון התורם לפעילות טרוריסטית. כמו כן יש לשקול את נחיצות ההכרזה אל מול מידת הפגיעה הקונקרטית בחופש הביטוי הפוליטי ובחופש ההתאגדות הכרוכה בה. ככל שעולה הסכנה שהכרזה תביא לפגיעה קשה יותר בחופש הביטוי ובחופש ההתאגדות, כך יש לנקוט זהירות רבה יותר.

• **עקרון השוויון:** על רקע מורכבות היחסים בין רוב למיעוט בישראל, והסכסוך המתמשך, קיים חשש מובנה שהשימוש במנגנון ההכרזה יביא לפגיעה מוגברת דווקא במיעוט הערבי. בבואם לבחון חוקיותה של הכרזה, מן הראוי שכל הגורמים האמונים על כך – החל משר הביטחון וכלה בוועדה המייעצת ובבג"ץ – ייתנו משקל לשאלה אם סמכות ההכרזה מופעלת בצורה שוויונית בין סוגים שונים של ארגונים העשויים לענות על ההגדרות הקבועות בחוק ואם אין מדובר בהפעלת אמות מידה שונות, המביאות לסוג של אכיפה בררנית.

• **שיקולים בנוגע לארגונים הפועלים בעזה:** כאשר מדובר בארגונים בעזה, יש להעניק משקל מיוחד לעובדה שארגון חמאס שולט במקום, ברוח הגישה שנוקטה בבית המשפט העליון בעניין **שביר**.⁶³⁶ יש לקבוע בנוגע לעבודתם של ארגוני סיוע הומניטרי הפועלים ברצועה תבחינים שיאפשרו להם להעניק את הסיוע הנדרש מתוך שמירה על עקרונות הניטרליות, העצמאות, היעדר הפניות והאנושיות – ולעגן אותם בהנחיות של היועץ המשפטי לממשלה. כמו כן יש להעמיד לרשותם גורמי קשר אשר יוכלו לסייע להם לנווט במסגרת הכללים המורכבים החלים עליהם.

ג. יש לדרוש הכרזה נפרדת ומפורשת כתנאי לקביעה כי ארגון שהוא ישות משפטית נפרדת "שייך" לארגון טרור. מומלץ לתקן את החוק כדי לעגן בו דרישה מפורשת ברוח זו; אולם גם בהיעדר תיקון לחוק מן הראוי לאמץ דרישה זו בפרקטיקה.

(2) מישור ההשלכות

מן הראוי לגזור את ההשלכות הנובעות מהכרזה מינהלית על ארגון כארגון טרור מהתכליות המניעתיות הקונקרטיות, המצדיקות קיומה של סמכות זו – ובראש ובראשונה הצורך ליצור תשתית לשיתוף פעולה בינלאומי, שבכוחה לנתק את ארגוני הטרור ממשאבים המאפשרים ביצועי מעשי אלימות קיצוניים – ולשלול מהם לגיטימציה ציבורית. בדומה להליך מעצר מינהלי, המביא לכליאתו של אדם באופן מניעתי, אך אינו יכול לשמש בסיס לקביעת אשמתו, הליך הכרזה מינהלי – הנסמך לרוב על חומר חסוי – אינו צריך לשמש בסיס לצעדים רחבים נגד פרטים,

636 עניין שביר, לעיל ה"ש 375.

מעבר לאלה הנדרשים להשגת תכליות קונקרטיות אלה (כגון איסורים הבאים לאכוף את הסנקציות הכלכליות המוטלות על ארגונים מוכרזים). אין משמעות הדבר שנשללת האפשרות לנקוט צעדים רחבים יותר נגד אנשים המשתתפים בפעילותו של ארגון טרוריסטי – אלא רק שאין מקום לעשות זאת על סמך הכרזה מינהלית של הרשות המבצעת על אודות טיב הארגון, המתקבלת בהליך שלא נשמרות בו מלוא הזכויות הדיוניות. למצער יש מקום ליצור הבחנה בין ההשלכות הנובעות מהכרזה על ארגון טרור "ראשי" – כזה שמעורבותו הישירה בביצוע מעשי טרור גלויה לכול – ובין ההשלכות הנגזרות מהכרזה על ארגון כארגון מעטפת.

(3) מישור ההגנות והשקיפות

יש לחזק את הערובות הפרוצדורליות הבאות למנוע הכרזות שאינן מוצדקות. ערובות אלה חיוניות הן כדי להבטיח סעד אפקטיבי והליך הוגן למי שעלול להיפגע בעצמו מהכרזה, והן כדי להגן על האינטרס הציבורי בשמירה על מרחב דמוקרטי חופשי. לשם כך:

א. יש לתקן את החוק כדי להרחיב את זכות העמידה לפני הוועדה המייעצת גם לגורמים נוספים הנפגעים מהכרזה (ולא רק לארגון ולחבר בו).

ב. יש להכיר בזכותו של ארגון שמשיג על הכרזה לקבל לידייו את כל החומר הרלוונטי (בכפוף לחיסיון), לרבות חומר המצוי ברשות המדינה והעשוי לכרסם בטענותיה.

ג. יש לאמץ את מנגנון עורך הדין המיוחד, המאפשר לאדם הכשיר לעיין בחומר סודי והאמון על האינטרסים של מי שמבקש לאתגר הכרזה לעיין בכל המידע החסוי ולהשתתף בכל דיון המתקיים במעמד צד אחד. לעורך הדין המיוחד תפקיד כפול: להבטיח גילוי מרבי של מידע רלוונטי למשיג ולייצג את האינטרסים שלו בהליכים לגופם. לעורך הדין המיוחד עשויה להיות תרומה חשובה לא רק בהגנה על האינטרסים הפרטיים של הארגון הספציפי העומד על הפרק, אלא גם בהבטחת שקיפות ציבורית מרבית. יש לעגן הסדר זה בחקיקה, אולם גם לפני כן מן הראוי שהוועדה המייעצת ובית המשפט ישקלו מינוי אדם שימלא תפקיד זה.

ד. יש לאמץ את "דרישת הגילוי המינימלי", המחייבת גילוי גרעין מינימלי של מידע כדי לאפשר לארגון להתמודד בצורה אפקטיבית עם טענות המדינה נגדו – להפריכן, ולא רק להכחישן. למצער יש לעמוד על דרישה זו באותם מקרים שבהם כרוכה הכרזה בפגיעה חמורה במיוחד בזכויות הפרט – כגון כאשר היא גוררת פגיעה בזכויותיו הפוליטיות.

ה. יש להבטיח זכותו של מי שנפגע מהכרזה לסעד שיפוטי אפקטיבי. לאור העובדה שבג"ץ הוא הערכאה היחידה המוסמכת לקיים ביקורת שיפוטית על הכרזות – מן הראוי כי יחיל בהקשר זה ביקורת שיפוטית מורחבת.

ו. יש לעגן בחוק מנגנון של ביקורת פרלמנטרית על הכרזות חדשות. יש לקבוע כי הכרזות יהיו טעונות אישור הוועדה הרלוונטית בכנסת (כגון ועדה משותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון) לפני הפיכתן לסופיות.

ז. יש לקיים ביקורת תקופתית על הכרזות קיימות, ולעגן חובה זו בחוק.

ח. יש לתקן את החוק כדי לקבוע ברירת מחדל שלפיה דיוני הוועדה המייעצת, המתקיימים במעמד שני הצדדים, יהיו בדלתיים פתוחות, ולהסמיך את הוועדה להורות על סגירת הדלתיים במקרים המתאימים.

ט. יש לפרסם באתר משרד הביטחון את ההמלצות המנומקות של הוועדה המייעצת, למעט כאשר נקבע כי קיימת מניעה ביטחונית קונקרטית לכך.

י. יש לפרסם באתר משרד הביטחון את הנימוקים המפורטים להכרזות.

יא. יש לבטל את הוראת המעבר בסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, המשמרת לצמיתות את כל ההכרזות שבוצעו בעבר לפי תקנות ההגנה (שעת חירום) ופקודת מניעת טרור. יש להחליף הוראה זו בהסדר השומר הכרזות ישנות לפרק זמן מוגבל, שבו ניתנת למשרד הביטחון הזדמנות להכריז מחדש על אותם ארגונים העונים על ההגדרה של ארגון טרור הקבועה בחוק.



Policy Paper 162

WHO IS A TERRORIST?

The Framework for the Designation of Terrorist Organizations in the Counter-Terrorism Law

Lila Margalit

December 2021

Text Editor [Hebrwe]: Dafna Lavi
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar Dayan
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem
Printed by Printiv Press, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-386-2

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, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2021 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

To order books:
Online Book Store: en.idi.org.il/publications
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

ABSTRACT

The Counter-Terrorism Law, enacted by the Knesset in June 2016, sought to replace Israel's emergency counter-terrorism framework with permanent, modern legislation befitting a twenty-first-century democracy and upholding the constitutional requirements of the Basic Law: Human Dignity and Liberty. Among the main powers enshrined in the law is the authority of the executive branch to designate entities as terrorist organizations and to take far-reaching measures against broad categories of individuals who maintain ties with such groups.

Against the backdrop of the enactment of the Counter-Terrorism Law and the incorporation of the power to designate a group a terrorist organization—previously perceived as an emergency power—in permanent Israeli legislation, this study revisits some fundamental questions: What is the role of the designation mechanism in a democracy? What aims might justify empowering the executive branch to designate groups as terrorist organizations and to take action against people based on this administrative designation? What price do we pay for granting this power to the executive, and what are the minimum procedural guarantees

required to ensure its proportional, proper use? Specifically, the study focuses on an issue that is often ignored—the impact the designation mechanism can have on the democratic space: its potential to infringe freedom of political expression, especially for the minority; and to have a chilling effect on activities and discourse in civil society.

The study considers these issues in light of an in-depth examination of the counter-terrorism designation regimes adopted in recent decades by the UN Security Council, the European Union, and four democratic countries: the United States, Canada, the United Kingdom, and Germany. The study proposes a theoretical framework for evaluating the potential harm to democracy inherent in designation mechanisms, based on a combination of parameters: the grounds for designation (is the mechanism applied only to organizations involved in carrying out extreme acts of violence, or also to groups with more indirect ties to terrorism?), the ramifications of the designation (is it a “thin” preventive mechanism that entails mainly economic sanctions or a “thick” mechanism that makes the organization illegal in a deeper sense?), and the fairness and transparency of the designation process. In addition, the study argues that attention should be paid to the geographical application of the designation mechanism: is it perceived primarily as a foreign policy tool or can it be directed against local political movements? The comparative analysis shows that various designation mechanisms strike different balances among these parameters, with a “strict” approach to one of the parameters often balanced by means of the other parameters. It also reveals the problems inherent in the approach of the Counter-Terrorism Law, which takes a stringent approach to all of these parameters.

The second part of the study consists of a critical discussion of the designation regime adopted in the Counter-Terrorism Law, in light of insights from the comparative and normative analysis. The discussion suggests an interpretation of the law, as well as various amendments, that could further the legitimate security aims of the designation mechanism,

while at the same time making it fairer and less likely to cause undue harm to democracy. Recommendations are made on three main levels, corresponding to the parameters described above: the grounds for the designation; the ramifications ascribed to the designation; and the fairness and transparency of the designation procedures. Most of the recommendations can be implemented by the officials charged with enforcing the law—the Defense Minister, the advisory committee charged with hearing objections to designation decisions, and the courts—without the need to amend the law. Others require amendments.

First, regarding the grounds for designation, the study argues that the state’s power to designate “auxiliary organizations” as terrorist groups should be interpreted and exercised in such a way as to achieve the specific security aim underlying this exceptional power: the need to prevent dangerous acts of terrorism and to cut off terrorist organizations from the resources that would enable them to achieve their objectives. (“Auxiliary organizations” are organizations that do not themselves engage in terrorism but actively assist organizations that do so.) In order to designate an auxiliary organization as a terrorist group, the study argues, it must be shown that it acts deliberately to assist the primary terrorist organization in carrying out an organizational strategy aimed at committing acts of terrorism, and that its activities are indeed capable of contributing in a real way to furthering this goal. Such intent may be deduced from the relevant circumstances. Furthermore, it must be shown that the problematic conduct characterizes the organization as a whole, such that criminal proceedings against specific activists are not sufficient.

Second, with regard to ramifications, the study argues that the consequences of an administrative decision to designate a group as a “terrorist” organization should stem from the concrete preventive objectives that justify this exceptional power—first and foremost, creating a foundation for international cooperation in combating the financing of terrorists and denying terrorist groups public legitimacy.

The consequences of designation are discussed in the study before the grounds, since the definition of a terrorist organization must be interpreted in light of the ramifications stipulated in the present law.

Third, in terms of fairness and transparency, the study calls for strengthening the procedural guarantees for preventing unjustified designations. These guarantees are essential for ensuring effective relief and due process for those liable to be harmed by the designation and for protecting the public interest of maintaining a free democratic space. In this context, the study recommends, *inter alia*, adopting the “special advocate” mechanism, which allows an individual representing the interests of a party harmed by a designation to review the confidential information and participate in any hearing that takes place in closed proceedings. Moreover, the study argues that as much public transparency as possible should be ensured with respect to the reasons for the designation, and the designations should be made subject to parliamentary supervision.

חוק המאבק בטרור, שנחקק ב־2016, מעניק לרשות המבצעת את הסמכות הקיצונית להכריז על ארגונים ארגוני טרור, ועל סמך הכרזה זו לנקוט צעדים מרחיקי לכת נגד מעגלים רחבים של חברים, פעילים ואוהדים. עם חקיקת חוק זה, שנועד במהותו להחליף את תחיקת החירום בתחום המאבק בטרור בחקיקה מודרנית המתאימה למדינה דמוקרטית, נהפכה סמכות ההכרזה לחלק בלתי נפרד מהחקיקה הקבועה של מדינת ישראל.

על רקע זה המחקר מבקש לחזור למושכלות יסוד ולשאול כמה שאלות בסיסיות: מה מקומו של מנגנון הכרזה כזה במדינה דמוקרטית? מהן התכליות הספציפיות המצדיקות מתן סמכות לרשות המבצעת להחליט בהליך מינהלי – הנסמך פעמים רבות על ראיות סודיות – שארגון הוא טרוריסטי? מהם המחירים הכרוכים בכך, ומהן הערובות הדיוניות המינימליות הדרושות כדי להבטיח שימוש ראוי בסמכות זו? המחקר מבקש להתמקד במיוחד בשאלה הנדחקת לעיתים קרובות לשוליים: כיצד עלולה סמכות ההכרזה להשפיע על המרחב הדמוקרטי – לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, לצנן התארגנויות אזרחיות או להצר את מרחב הפעולה של החברה האזרחית?

מחקר זה בודק את השאלות האלה על רקע בחינה מעמיקה של הסדרי ההכרזות שאומצו בעשורים האחרונים במועצת הביטחון של האו"ם, באיחוד האירופי ובארבע מדינות דמוקרטיות: ארצות הברית, קנדה, בריטניה וגרמניה. על בסיס בחינה זו המחקר מציג שורה של המלצות לפרשנות מנגנון ההכרזה בחוק המאבק בטרור ומציע כמה הצעות לתיקון החוק.

עו"ד לילה מרגלית היא חוקרת בכירה במרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה שבמכון הישראלי לדמוקרטיה. בעבר שימשה עורכת דין וראש תחום זכויות אדם בהליך הפלילי באגודה לזכויות האזרח בישראל. תחומי מומחיותה כוללים זכויות אדם במסגרת המאבק בטרור ומשפט חוקתי.

