

# תזכיר הצעת חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010

## התייחסות המכון הישראלי לדמוקרטיה

### מבוא

להלן התייחסותנו<sup>1</sup> הביקורתית לתזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010. בפתח הדברים נבהיר כמה הבהרות. ראשית, אנו רואים בברכה את היוזמה לאגד את החקיקה העוסקת בטרור לדבר חקיקה אחד, קוהרנטי ומודרני. שנית, מטבע הדברים ומפאת קוצר הזמן התמקדנו בסעיפים הבעייתיים ביותר בעינינו ונמנענו מהתייחסות פרטנית לכל סעיפי החוק, חלקם סעיפים מועילים וראויים. ייאמר מיד שהתמונה הכללית העולה מתזכיר החוק מדאיגה למדי. החוק כולל כמה מהפכות של ממש בכל הרמות של טיפול בטרור – החל בהגדרת הטרור (הכוללת גם ארגוני מעטפת), המשך בשינויים בדיון המהותי (הסתה, הזדהות, איומים), בשינוי סדרי עולם באשר לסדר הדיון (למשל באשר לקבילות אמרות של עדים שאינם נוכחים ובחקיקה מחדש של הוראת השעה שביטל בג"ץ באשר למניעת פגישה עם עורך-דין) וכלה בהחמרה דרמטית ברף הענישה. ראוי היה להקדיש מחקר מעמיק ודיון ציבורי רציני לכל אחד מהשינויים ואנו מקווים שעדיין לא מאוחר. בהתייחסות זו העלינו בקיצור נמרץ את טענותינו, שהן בבחינת מצע לדיון ולבחינה של הסוגיות לעומקן.

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

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

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

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

## א. סעיף 2: הגדרות

### 1. "ארגון טרור"

#### (א) תמצית

ארגון טרור מוגדר בתזכיר כחבר בני אדם המבצע מעשי טרור או פועל במטרה לאפשר או לקדם ביצוע של עברת טרור, לרבות חבר בני אדם המקדם או מאפשר את פעילותו של ארגון טרור כאמור. תזכיר החוק מוסיף וקובע כי לצורך הגדרה זו אין זה משנה אם חברי הארגון יודעים את זהותם של יתר החברים אם לאו, אם הרכב הארגון משתנה ואם הארגון מבצע גם פעילות חוקית ופועל גם למטרות חוקיות. התזכיר מבהיר כי "חבר בני אדם" כולל גם "פלג, סניף, סיעה או מוסד של חבר בני אדם כאמור", גם אם הוא קרוי בשם אחר. הגדרה זו עולה בקנה אחד עם המגמה ליצור אחידות בין ארגון המבצע פעולות טרור לבין ארגוני מעטפת התומכים בו או מקושרים אליו.

#### (ב) השוואה לדין החל

סעיף 1 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור) קובע הגדרה מצומצמת במידה ניכרת מההגדרה שבתזכיר, ואף מגביל את ההגדרה של ארגון טרור ל"חבר בני אדם שפועל לביצוע מעשה טרור או במטרה לאפשר או לקדם ביצוע מעשה טרור". במילים אחרות, הדין החל אינו כולל את ההרחבה המתייחסת ל"חבר בני אדם המקדם או מאפשר את פעילותו של ארגון טרור". כפי שמצוין בדברי ההסבר לתזכיר החוק, בכך מבקש התזכיר לכלול בהגדרה של ארגון טרור גם ארגוני מעטפת שאינם מבצעים פעולות טרור, אך עוסקים בפעילות הומניטרית שמטרתה לעודד ולתמוך בפעילות של ארגון טרור או של תנועה פוליטית שאליה משתייכים ארגוני הטרור וארגוני המעטפת. נוסף על כך, חוק איסור מימון טרור מגדיר חבר בני אדם באופן מצומצם בהרבה: הוא כולל חבר בני אדם, בין מאוגד ובין לא מאוגד, אך אינו מתייחס באופן זהה לפלגים, לסיעות ולתתי-ארגונים הקרויים בשמות נבדלים ועוסקים בפעילויות נבדלות, לעומת היחס לארגון הטרור. הבדל ניסוחי זה מרחיב במידה ניכרת את ההגדרה של ארגון טרור, ויש לו משמעות קריטית במיוחד ביחס לעברה של "ראש ארגון טרור", כפי שנפרט בחלק המתייחס לעברות המהותיות.

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

**(ג) התייחסות למשפט משווה**

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) commits or participates in acts of terrorism,

(b) prepares for terrorism,

(c) promotes or encourages terrorism, or

(d) is otherwise concerned in terrorism.

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

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

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

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

#### (ד) ביקורת

תזכיר החוק מחיל, ללא הבחנה, את סעיפי החוק המוצע ואת והמדיניות המותווית בו על ארגונים צבאיים, פוליטיים והומניטריים. החלה גורפת זו אינה מידתית במיוחד בשל הוראותיו הדרקוניות של החוק בעניינים המהותיים (הפליליים והרכשיים). המשמעות של הגדרה רחבה זו קשה ביותר. למעשה, היא מבקשת למנוע כליל את הפעילות של מרבית הארגונים ההומניטריים ברצועת עזה, (כגון ארגונים הפועלים לחלוקת מזון לנוזקים להפעלת גני ילדים), המשויכים מבחינה פוליטית לארגון החמאס השולט

ברצועת עזה ובחלק ניכר מתקציביה. סנקציות קשות מאוד, פליליות ורכושיות, מוטלות באופן כמעט שווה על פרטים המקדמים פעילות טרור ועל פרטים העוסקים בפעילות הומניטרית תחת המטרייה הפוליטית של ארגון טרור. למעשה, גם נותני שירותים לארגוני המעטפת ייכנסו בהגדרות המחמירות והרחבות של העברות הפליליות. יודגש, שכדי להכריז על ארגון הומניטרי כארגון טרור, חבריו של הארגון ההומניטרי אינם צריך לרצות לקדם או לאפשר את פעילותו של ארגון טרור ואף אינם צריך להיות מודעים לאופי הטרוריסטי של הארגון שאליו מקושר הארגון ההומניטרי שבו הם פועלים.

הגדרתם של ארגונים הומניטריים כארגוני טרור רק בגין השתייכותם הארגונית לארגון טרור עלולה לגרום נזק כפול: ראשית, בהגברת האיבה ובחיזוקם של ארגוני הטרור עקב הגדרתם של ארגונים הומניטריים כארגוני טרור אסורים המבצעים פעילות לא צודקת – מצב העלול להמריץ את חברי הארגונים ההומניטריים להיחפץ לפעילי טרור ממש; שנית, בפגיעה בתדמית של המדינה ושל מלחמתה בטרור. לכן, לדעתנו, ההגדרה של ארגון טרור בתזכיר החוק היא הרחבה לא מידתית ולא סבירה – הן בהשוואה לדין החל והן בהשוואה לדין המשווה. הגדרה זו אינה מסתפקת בארגונים המבצעים פעילות טרור ובארגונים המקדמים את פעילותם ומסייעים להם באופן ישיר, אלא מבקשת לחלוש גם על ארגונים הומניטריים שאין קשר אמיתי בינם לבין פעילות טרור, למעט השתייכותם לאותה מסגרת פוליטית.

## 2. "חבר בארגון טרור"

### (א) תמצית

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

### (ב) השוואה לדין החל

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

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

## (ג) התייחסות למשפט משווה

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

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

### Membership

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **(ד) ביקורת**

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

### **3. "מעשה טרור"**

#### **(א) תמצית**

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

1. המעשה נעשה מתוך מניע מדיני, אידאולוגי או דתי, או מתוך עוינות כלפי ציבור.
2. המעשה נעשה במטרה (או תוך מודעות לאפשרות קרובה לכך) לעורר פחד בציבור או להניע רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי לעשות פעולה או להימנע מביצועה.

3. המעשה כלל סיכון ממשי לאחד מאלה: (1) פגיעה ממשית בגופו או בחירותו של אדם; (2) פגיעה חמורה בביטחון המדינה או בשלום הציבור; (3) פגיעה חמורה ברכוש שהייתה עלולה לגרום לנזק כלכלי חמור או לפגיעה במוסדות השלטון או בסמליו; (4) פגיעה או שיבוש חמורים של תשתיות, מערכות או שירותים חיוניים, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה.

נוסף על כך התזכיר קובע כי אם נעשה המעשה אגב שימוש בנשק לא חלה דרישת המטרה הקבועה בסעיף 2 לעיל; אם נעשה שימוש בחומר מזיק שלפי טיבו עלול לגרום לפגיעה בשטח גדול או בציבור גדול – לא חלה גם דרישת הסיכון הקבועה בסעיף 3 לעיל.

התזכיר אף קובע כי אם נעשה המעשה על ידי ארגון טרור, חזקה שהתקיימו דרישות המניע והמטרה שבסעיפים 1 ו-2 לעיל.

### **(ב) השוואה לדין החל**

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

1. הוספת המניע הרחב של עוינות כלפי ציבור.
2. החלפת הביטוי "לכפות על רשות שלטונית" בביטוי "להניע" והוספת ארגון בין-לאומי לצד הרשויות השלטוניות המדינתיות.
3. הרחבת הסיכון הנובע ממעשה הטרור גם לפגיעה ברכוש העלולה לגרום נזק כלכלי חמור או פגיעה בסמלי השלטון, וכן פגיעה בכלכלת המדינה או בסביבה.
4. הוספת החזקה כי מעשה שנעשה על ידי ארגון טרור הוא מעשה טרור.

### **(ג) התייחסות למשפט משווה**

סעיף 83.01 לחוק הפלילי הקנדי (Canadian Criminal Code, R. S. C. 1985, c. C-46) מגדיר מעשה טרור כמעשה (לא כולל "איום") שבוצע ממניע פוליטי, אידאולוגי או דתי (לא כולל "עוינות כלפי ציבור"); מתוך מטרה להפחיד את הציבור או לאלץ (ולא "להניע") רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי לעשות מעשה או להימנע מעשייתו; והמעשה גרם לאחד מאלה: (1) מותו או פציעתו של אדם; (2) סיכון של חיי אדם; (3) סיכון של ביטחון הציבור; (4) פגיעה כלכלית שיש בה כדי לגרום לאחד המקרים המפורטים בסעיפים 1-3; (5) פגיעה בשירות חיוני שיש בה כדי לגרום לאחד המקרים המפורטים בסעיפים 1-3.

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

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



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

#### **(ד) ביקורת**

ההגדרה של מעשה טרור בתזכיר החוק היא רחבה במיוחד, בכל חלקיה. אמנם אפשר למצוא את רוב ההרחבות בחוקים מדינתיים, אולם לא יחדיו. אם כן, ראשית, ההגדרה החדשה כוללת הן מעשה והן איום בעשיית מעשה; שנית, היא כוללת את המניע העמום והרחב של "עוינות כלפי ציבור" – מניע המבטל את ההבחנה בין פשע ייחודי של טרור לבין פשע שנאה; שלישית, היא מתייחסת למטרה של "הנעת" רשות שלטונית או ארגון בין-לאומי (במקום כפייה); רביעית, היא כוללת פגיעה באינטרסים כלכליים רחבים מאוד, כולל פגיעה בסביבה (ואינה מסתפקת בסיכון לחיי אדם); חמישית, היא מוותרת כליל על דרישת המניע כשמדובר במעשה או איום שנעשו באמצעות נשק, ונוסף על כך מוותרת גם על דרישת המטרה כשמדובר במעשה או באיום באמצעות חומר מזיק העלול לגרום לפגיעה נרחבת. שישיית ואחרונה, היא כוללת חזקה טאוטולוגית שלפיה מעשה שביצע ארגון טרור הוא מעשה טרור. חזקה אחרונה זו מופרכת לחלוטין לנוכח ההגדרה הרחבה של ארגון טרור, שכן היא מביאה למצב שבו נהג המחלק מזון לילדים מטעם ארגון החמאס מבצע פעולת טרור. כל אחת מהרחבות אלה בעייתית לכשעצמה – ושילובן יוצר הגדרה הכוללת מעשים שבביטור אינם מעשי טרור במהותם.

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

#### **4. "אזור תשתית טרור"**

##### **(א) תמצית**

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

##### **(ב) השוואה לדין החל**

הגדרה זו אינה כלולה בהוראות החוק הקיימות העוסקות בטרור.

### **(ג) ביקורת**

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

## **ב. סעיף 17 : ניהול ארגון טרור**

### **(א) תמצית**

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

### **(ב) השוואה לדין החל**

אין בדין החל עברה של ניהול ארגון טרור.

### **(ג) התייחסות למשפט משווה**

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

החוק האנגלי הרלוונטי הוא משנת 2000 (החוקים האחרים שיצאו מאז, לאחר התקפות הטרור על אנגליה בשנת 2005, לא מתייחסים לנושא). בדברי ההסבר לחוק האנגלי מובהר כי אין בו כל חידוש הואיל ומדובר בהרחבה של תחולת החקיקה החלה ממילא על טרור אירי (על פי EPA).

החוק האנגלי אוסר על הכוונה, בכל רמה, של פעילות ארגון העוסק בטרור. מלשון החוק אפשר להבין כי העברה היא הכוונה של פעולות הארגון, אך לא ברור אם יש להוכיח כי הארגון עוסק בפעילות טרור או כי הפעולות שכיוון הנאשם עניינן ביצוע של מעשי טרור. החוק אינו מתייחס להחרפת העונש.

החוק הקנדי אוסר על הכוונת פעילות של ארגון טרור. הגדרה כוללת פעילויות שנועדו לקדם את הארגון, מקרים שבהם הפעולה לא בוצעה, מקרים שבהם האדם לא ידע את זהותו של מקבל ההוראה ומקרים שבהם לא היה אדם ספציפי שקיבל את ההוראה. החוק הקנדי אוסר גם על הכוונה של פעילות טרור ולא

רק על הכוונה של ארגון טרור. חשוב לציין שההגדרה של ארגון טרור בחוק הקנדי מצומצמת ודורשת כוונה מיוחדת.

#### **(ד) ביקורת**

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

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

### **ג. סעיף 19: חברות בארגון טרור**

#### **1. תמצית**

לפי סעיף 19 לתזכיר החוק, העונש על חברות בארגון טרור הוא חמש שנות מאסר; חבר בארגון טרור הנוטל חלק בפעילות הארגון או מבצע פעילות עבור הארגון, בשמו, או במטרה לאפשר או לקדם את פעילותו – דינו מאסר שבע שנים. סעיף 19(ג) קובע כי גיוס חבר לארגון טרור הוא עברה שהעונש עליה הוא שבע שנות מאסר. עברה זו כוללת גם מי שמשדל אחר (או ציבור לא מסוים, באמצעות פרסום) להצטרף לארגון טרור או לקחת חלק בפעולותיו, ללא קשר לתוצאת השידול או הפרסום.

#### **2. השוואה לדין החל**

בישראל יש כמה עברות הנוגעות לחברות בהתארגנות לא חוקית. העברה החמורה ביותר, שהעונש בגינה הוא מוות, קבועה בתקנה 58(ד) לתקנות שעת חירום. עברה זו חלה על חברות בארגון שאחד מחבריו הפר את התקנות בזמן היותו חבר בארגון. עברה נוספת, אף היא קבועה בתקנות שעת חירום (תקנה 84), עוסקת בחברות בהתאחדות לא חוקית (המוגדרת בהרחבה ככוללת, בין היתר, התאחדות המעודדת בוז כלפי ממשלת ישראל או שר משריה, וכן כל התאחדות שהוגדרה כלא חוקית על ידי שר הביטחון). העונש המרבי בגין עברה זו הוא שנת מאסר אחת אם הוגש ההליך לבית משפט שלום או עשר שנות מאסר אם הוגש לבית משפט מחוזי. עברה ספציפית של "חברות בארגון טרור" מופיעה בסעיף 3 לפקודה למניעת

טרור, 1948, והעונש בגינה הוא חמש שנות מאסר. לפי סעיף זה, "חבר בארגון טרור" הוא אדם הנמנה בו וכן אדם המשתתף בפעולותיו או מפרסם דברי תעמולה לטובת ארגון טרוריסטי או פעולותיו. בצדה של עברת החברות קבועה בפקודה עברה חמורה יותר – פעילות בארגון טרור (עד 20 שנות מאסר), המתייחסת בעיקר לפעילויות ניהוליות, ארגוניות והדרכתיות כמו גם לנשיאת נאום פומבי מטעם ארגון טרור; עוד מופיעה בפקודה עברה קלה יותר – תמיכה בארגון טרור (עד שלוש שנים). סעיף 147 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע עברה נוספת – חברות בהתאגדות אסורה – שהעונש המרבי בגינה הוא שנת מאסר אחת.

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

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

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

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

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

בגרמניה, סעיפים 127-129(a) לקוד הפלילי (StGB) עוסקים בהתארגנויות חמושות וטרוריסטיות. סעיף 127, שכותרתו "ייסוד קבוצות חמושות", אוסר להקים קבוצות כאמור, לפקד עליהן ולהצטרף אליהן

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

#### 4. ביקורת

כמה בעיות עולות מההגדרה של עברות החברות, על דרגותיהן, בתזכיר החוק. ראשית, ההגדרה של חברות בארגון טרור היא רחבה מדי, כפי שעולה מהביקורת שמתחנן על הגדרת המונח "חבר בארגון טרור". כך, למשל, לנוכח ההגדרה רחבת ההיקף של "ארגון טרור" והדרישות המינימליסטיות מ"חברות" בארגון, אפשר יהיה לגזור חמש שנות מאסר על אדם שהביע הסכמה לקחת חלק בפעילות הומניטרית של ארגון סיוע הומניטרי שאפשר לקושרו מבחינה ארגונית לחמאס. אפשר יהיה להטיל עונש זה גם על מי שלפני שנים רבות הפעיל גן ילדים מטעם החמאס, ועל מי שסיפר לאיש שב"כ כי הוא חבר חמאס. שנית, נראה שההגדרה של "גיוס לארגון טרור" – שהעונש עליה הוא שבע שנות מאסר – כוללת שורה ארוכה מאוד של התנהגויות שאין מקום לקבצן תחת אותה כותרת. בקצה האחד ניצבת עברה חמורה של גיוס בפועל של אדם להיות חבר בארגון טרור, ובקצה האחר ניצב פרסום, ללא נמען מסוים, שיש בו כדי לשדל להצטרף לארגון טרור, גם אם השידול האמור לא נשא כל פרי. לדעתנו, העברה החמורה של "גיוס לארגון טרור" חייבת להיות מוגדרת ומצומצמת יותר, ולכלול רק פעולה קונקרטיה של גיוס אדם מסוים לשורותיו של ארגון טרור. אין בכך כדי לומר ששידול באמצעות פרסום הוא פעילות לגיטימית, אלא שמדובר בפעילות האסורה על פי להוראות אחרות כגון הסתה לטרור (סעיף 22 לתזכיר החוק) או גילוי הזדהות עם ארגון טרור (סעיף 21 לתזכיר החוק).

### ד. סעיף 20: מתן שירות לארגון טרור

#### 1. תמצית

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

#### 2. השוואה לדין החל

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

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

בהקשר זה יש לציין גם את החוק האמריקני, בסעיפים (A)+(B) 18 U.S.C. § 2339. החוק האמריקני מפליל תמיכה בארגון טרור או לשם פעולת טרור (material support). האמצעים הכלולים בסעיף דומים לאלה שצוינו בסעיף 23 לתזכיר החוק (כסף, אימונים, ייעוץ, הלנה והסתרה וכו') במסגרת סעיף הסיוע ברשלנות (ראו ביקורת להלן). עם זאת, החוק האמריקני דורש מודעות. במאמרו מתח נורמן אברמס ביקורת על העברה.<sup>3</sup> עיקר הביקורת נסבה על כך שהסעיף אינו דורש כוונה, כפי שנדרש בדרך כלל בעברות סיוע. כפי שציין אברמס, יש לשים לב שהקלה זו ביסוד הנפשי באה בד בבד עם ההחמרה והספציפיות ביסוד העובדתי (לעומת "סיוע" באופן כללי) – דבר שאינו מופיע בהצעת החוק.

### 4. ביקורת

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

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

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

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

## ה. סעיף 21 : הזדהות פומבית עם ארגון

### 1. תמצית

לפי המוצע בתזכיר, העושה מעשה פומבי שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרור או מעשה טרור, דינו מאסר שלוש שנים. העברה המוצעת אינה דורשת ולו תרומה פוטנציאלית של מעשה גילוי ההזדהות לארגון הטרור או למעשי טרור; כן אין היא דורשת כוונה של האדם לסייע או לתמוך בארגון.

### 2. השוואה לדין החל

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

העברה המוצעת כוללת ביטויי תמיכה והזדהות עם מעשי טרור ולא רק עם ארגוני טרור. בעבר פירשה הפסיקה את האיסור שבסעיף 4 לפקודה כמתייחס רק לתמיכה או להזדהות עם ארגוני טרור ולא עם מעשים פרטיים.<sup>4</sup> בהמשך תוקן חוק העונשין ונוסף לו סעיף 2ד144, כך שגם הזדהות או תמיכה **במעשי אלימות או טרור** נחשבים עברה.

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

### 4. ביקורת

העברה המוצעת חמורה בעינינו בהגדרתה הנוכחית ואין לה מקום במשטר דמוקרטי המגן על זכויות הפרט. ראשית, ככל ביטוי, גם לביטוי כזה יש ערך חברתי כלשהו ואפילו מדובר בהוצאת קיטור. שנית, הסיוע הרוחני שאותו בעצם מבקשים המציעים למנוע צריך להיעשות בכוונה, כפי שנדרש בסיוע רגיל (וראו התייחסות לסוגיית הסיוע ברשלנות), ולא בהיעדר כל כוונה מצד ה"מסייע". כפי שמוצע בתזכיר החוק, העברה מאפשרת לכלוא לשלוש שנים כל מי שלבש חולצה עם סלוגן המתייחס בחיוב לחמאס, גם אם קיבל את החולצה מקרוב משפחה ולא התכוון כי לבישתה תבטא תמיכה בארגון. יתרה מזו: גם אם אין בנסיבות העניין סיכוי שהמעשה (לבישת החולצה) יעודד בפועל את ארגון הטרור, יקדם את פעילותו או יוביל לגיוס חברים נוספים אליו, עדיין אפשר להרשיע את העושה בעברה זו של סיוע רוחני.

<sup>4</sup> דנ"פ 8613/96 ג' בארין נ' מ"י, פ"ד נ"ד (5), 193.

## ו. סעיף 22 : הסתה

### 1. תמצית

החוק המוצע בתזכיר עוסק בשלושה מצבים של הסתה:

- (1) פרסום קריאה למעשה טרור: במקרה זה אין כל דרישה להסתברות שמעשה הטרור יבוצע; כל הקורא באופן ישיר לביצוע עברה שהיא מעשה טרור – דינו מאסר חמש שנים.
- (2) דברי שבח או הזדהות עם מעשה טרור: במקרה זה החוק המוצע מסתפק באפשרות סבירה שהפרסום יוביל לביצוע מעשה הטרור או האלימות או להצטרפות חברים לארגון הטרור.
- (3) מתן שירות לפרסום או אחזקת פרסום אסור לשם פרסום: כאן קובעת ההצעה עונש מופחת של שלוש שנות מאסר למי שמחזיק פרסום הנוגע לשני המקרים הקודמים או מסייע לפרסום ביטויים מסוג זה. להלן נתייחס לשני המקרים הראשונים.

### 2. השוואה לדין החל

סעיף 2ד144 לחוק העונשין קובע עברה של פרסום דבר שיש בו כדי לשבח, לעורר הזדהות או לעודד מעשי טרור, שבנסיבות הפרסום יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור. כאמור, סעיף זה נחקק בשנת 2002; טרם חקיקתו לא היה בחקיקה יסוד הסתברותי בעברה שבפקודה למניעת טרור.

### 3. ביקורת

אמנם, נטען בספרות כי הסעיף מקל מדי עם הקוראים במפורש לביצוע עברה שהיא מעשה טרור.<sup>5</sup> משום שהדרישה למבחן הסתברותי של אפשרות ממשית מתעלם מההשפעה המצטברת והשוחקת שיש להסתה על קהל השומעים. לפיכך, ייתכן כי יש לבטל דרישה הסתברותית לביצוע מעשה טרור או אלימות – אולם ראוי לדרוש שלקריאה, בנסיבות שבהן נעשתה, היה פוטנציאל של השפעה על מי שנחשפו לה.

המקרה השני שונה מאוד מהראשון. הנמכת הדרישה ההסתברותית שבחוק החל אינה דרך נאותה לאפיון ראוי של האיסור. יש להתבטאויות רבות שאפשר לפרש כהזדהות או שבח למעשה טרור ויש אפשרות סבירה כלשהי שיביאו לעשיית מעשה טרור; בה בעת עשוי להיות להתבטאויות ערך חברתי חשוב בדיאלוג הפוליטי בישראל. כאלה הן, לדוגמה, שאלת ההבחנה בין טרוריסטים ללוחמי חופש, השאלה מה אנו היינו עושים במצבם של הפלסטינים<sup>6</sup>. נראה כי יסוד נפשי של כוונה להביא לעשייתו של מעשה טרור, בצד יסוד

<sup>5</sup> ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על הערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא, משפט וממשל ז' (2004) 305.

<sup>6</sup> ראו קרמניצר ולבנון-מורג, בעמ' 353, וראו גם בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועמ"ש, סעיף 10 לפסק דינו של השופט ברק, המצטט את קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות, משפטים ל' תשנ"ט, 105".



הסתברותי נמוך (כגון זה המוצע) יספקו איזון ראוי יותר לפגיעה בחופש הביטוי. אפשרות אחרת היא לקבוע סייג לאחריות כשיש להתבטאות ערך חברתי פודה.

## ז. סעיף 23 : סיוע ברשלנות

### 1. תמצית

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

### 2. השוואה לדין החל

כפי שמפורט בתסקיר, בדין החל קיימים איסורים על מתן מקלט ועל סיוע לאחר מעשה, כמו גם עברות בגין הלנה, העסקה או הסעה שלא כדין. מדובר בעברות של מחשבה פלילית, לא של רשלנות. כמו כן, משום שמדובר בעברות סיוע, נדרשת בחלקן כוונה מיוחדת לסייע. לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעברת הסיוע (סעיף 31 לחוק העונשין) קבע בית המשפט העליון פה אחד:<sup>7</sup>

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

נוסף על כך דרשה הפסיקה יסוד נפשי מיוחד:

<sup>7</sup> ע"פ 320/99 פלונית נ. מדינת ישראל, פד"י נ"ה (3), 22, 32.

[...] נראית לי העמדה הדורשת, נוסף על המודעות לטיב ההתנהגות המסייעת ולנסיבות הרלוונטיות, גם מצב נפשי של מטרה או תכלית לסייע לעבריין העיקרי. אכן, המצב הנפשי המיוחד הנדרש בדיון הסיוע הוא שהמסייע יבקש לתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי.<sup>8</sup>

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

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

#### Harboring or concealing terrorists

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

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

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

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

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

אם כן, יש הבדלים בין המוצע בתזכיר החוק לבין המשפט המשווה המוזכר בו כ"הוראה דומה". החוק הישראלי דורש יסוד נפשי רחב יותר "יסוד סביר לחשד", ואילו החוק האמריקני והחוק האנגלי דורשים כי לעושה יהיה יסוד סביר לחשד. אין מדובר בניואנס אלא בדרישה מהותית: גם אם החוק האמריקני והחוק האנגלי אינם דורשים מודעות או חשד באשר למעשה הטרור, הם לכל הפחות דורשים מודעות לעובדות שמקימות את החשד. בתזכיר החוק המוצע לא דורש זאת ומכאן שאם אדם סביר יכול היה לדעת את העובדות המקימות את החשד, לכאורה אפשר יהיה להרשיע את העושה בסיוע ברשלנות.

<sup>8</sup> שם, שם.

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

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

#### 4. ביקורת

ההצדקות המובאות בתזכיר החוק לסעיף 23 בו הן הסיכון הרב שבמעשה הטרור והצורך להרתיע את האוכלוסייה האזרחית ממתן תמיכה וסיוע. לדעתנו אין שום הצדקה להרחיב את עברות הסיוע החלות ולהפכן לעברה הנשענת על יסוד אובייקטיבי.

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

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

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

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

## ח. סעיף 24 : אי-מניעת מעשה טרור

### 1. תמצית

הסעיף המוצע בתזכיר מציע שתי חלופות שבהתקיים אחת מהן יואשם אדם ב"אי-מניעת מעשה טרור", עברה שהעונש עליה הוא שלוש שנות מאסר :

(1) מי שיש לו מידע שמעלה חשד ממשי שנעברה או עומדת להתבצע עבירת פשע שהיא מעשה טרור ולא פעל באופן סביר למנוע את עשיתה/השלמתה/תוצאותיה. מסירת מידע לרשות ביטחון בהקדם האפשרי תיחשב לפעולה סבירה.

(2) מי שיש לו מידע כנ"ל, ובנוסף מידע שיוכל לסייע באופן ממשי לסיכול או מניעת ההשלמה, התוצאות או לגילוי זהותו של מי שעומד לבצע עבירה כאמור ולא מסר את המידע לרשות ביטחון בהקדם האפשרי.

חשוב לשים לב שבחלופה הראשונה מסירת מידע לרשות ביטחון מובאת כאפשרות למניעת עברה – אחת מני רבות; אך החלופה השנייה כבר מטילה חובה למסור מידע לרשויות.

### 2. השוואה לדין החל

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

חוק העונשין מתייחס לעברה העומדת להתבצע ואילו תזכיר החוק המוצע מתייחס הן לעברה העומדת להתבצע והן לעברה שנעברה.

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

חוק העונשין מאפשר למנוע את העברה גם בדרך אחרת ואילו סעיף 2 המוצע דורש פנייה לרשויות. לכן, למשל, אם ידוע לי על קרוב משפחה שעומד לבצע פשע והצלחתי להניאו מכך, אהיה פטור לפי חוק העונשין אך לא לפי החוק המוצע.

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

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

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

### 4. ביקורת

בכל הנוגע לסעיף זה עמדתנו נושאת פנים לכאן ולכאן.

למעט סעיף (2) שאליו נתייחס בהמשך, העברה מנוסחת בצורה מוצלחת יותר מהעברה שבחוק העונשין. היסודות של חשד מהותי לעברה שהתבצעה או שעומדת להתבצע, והאפשרות לדווח לרשויות או לנקוט אמצעי סביר (לעומת "כל האמצעים הסבירים") מצמצמת את העברה ומבהירה שאין סיבה לא להחיל את כלל עצימת עיניים על העברה (בניגוד לאמרת האגב של השופט חשין בפסק דין **הר שפי**<sup>9</sup>). כמו כן, העברה איננה כללית אלא נוגעת רק לאי-מניעת פשע שהוא מעשה טרור.

יש גם כמה נקודות בעייתיות בסעיף זה.

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

שנית, לדעתנו סעיף (2) המוצע מיותר ומזיק. נדמה כי לא ייתכן מצב שבו אדם ימנע פשע באופן סביר שאינו דיווח – ולכן יהא פטור מסעיף (1) – אך לא יעבור על סעיף (2). כיצד ייתכן שאדם הצליח למנוע את הפשע בלי שהיה בידו מידע שיוכל לסייע באופן ממשי לסיכול או מניעת ההשלמה, התוצאות או לגילוי זהותו של מי שעומד לבצע עברה? נראה כי המדינה מבקשת לקבל דיווח נוסף על דרישתה למניעת פשע. זו דרישה בעייתית, מוגזמת ולא יעילה. העברה שבחוק העונשין, כמו גם סעיף (1) המוצע, מציעים לאנשים תמריץ לנסות למנוע פשע. סעיף (2) מאיין תמריץ זה ובעצם מטיל על האנשים חובה עיקרית אחת – למסור מידע (ובכך הם פטורים גם מסעיף (1)). התוצאה שתתקבל היא שאם אדם **יסרב** לדווח לרשויות – וזה המקרה הקלאסי כשמדובר בקרובי משפחה, בחברים וכו' – לא יהיה לו תמריץ בחוק לנסות למנוע את הפשע בעצמו, למשל על ידי שכנוע של העושה. ההצעה מבוססת על סולם ערכי בעייתי ותמוה, המעדיף דיווח ממניעת פשע. בשולי הדברים נעיר כי ההסתמכות של תזכיר החוק על החוק האנגלי לא משכנעת ולא רלוונטית, שהרי החוק האנגלי עוסק במידע שהגיע לאדם במסגרת עסקית; ממילא הוא אינו בניסוח כללי כמו ההצעה שבתזכיר.

<sup>9</sup> ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל פ"ד נח(2), 735.

שלישית, הצעת החוק אמנם ספציפית יותר מהחקיקה שבחוק העונשין, אולם "מעשה טרור" מוגדר בהצעה הגדרה רחבה כל כך, שגם "אי-מניעה" שלו הוא רחב מדי ואיננו תואם מניעה של פשעים חמורים כגון רצח, כפי שהוצע במאמרו של פרופ' קרמניצר שהוזכר בתזכיר.<sup>10</sup>

רביעית, לא ברור מדוע יש להחמיר את העונש בגין אי-מניעת מעשה טרור "רגיל" (שאינו בהכרח חמור כגון רצח כאמור) משנתיים לשלוש שנות מאסר. הואיל וייתכן מצב שבו העושה מנע את הפשע אך לא דיווח עליו – ולכן יואשם לפי סעיף (2) – ראה כי עונש של שלוש שנים הוא חמור מדי.

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

## ט. סעיפים 35 ו-39: החמרה בענישה על עברה שהיא מעשה טרור

### 1. תמצית

לפי המוצע בסעיף 35 לתזכיר החוק, העובר עברה (שאיננה מופיעה בהצעת החוק) שהיא "מעשה טרור" – עונשו עונש כפול מהעונש שנקבע לאותה עברה או 30 שנות מאסר, לפי הקל מביניהם. לפי סעיף 39 לתזכיר, אם נקבע עונש מרבי של מאסר עולם לעברה שהיא מעשה טרור, בית המשפט רשאי להטיל עונש מאסר לא קצוב של עד 30 שנות מאסר.

### 2. השוואה לדין החל

ראשית, בדין החל אין החמרה כאמור בסעיף 35, ולכן ההבדל הוא הכפלת העונש המרבי בגין עברה שהיא "מעשה טרור". כמו כן, הדין החל קובע עונש מרבי של 20 שנות מאסר לעברה שעונשה מאסר עולם (ולא מאסר עולם חובה). תזכיר החוק מציע לגזור עד 30 שנות מאסר. ברקע יש לזכור את סעיף 144(ו) לחוק העונשין:

### עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה

144.ו. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם

<sup>10</sup> מרדכי קרמניצר, "החובה להלשין או החובה לדווח – על העבירה של אי-מניעת פשע" המשפט 20, 26.

עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

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

144א. בסימן זה –

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

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

### 3. התייחסות למשפט משווה

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

### 4. ביקורת

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

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

שנית, יש לזכור כי ההחמרה בסעיף 144 לחוק העונשין נועדה להעלות את הרף בעברות קלות יחסית, (ולכן נקבע שהעונש המוחמר לא יעלה על עשר שנות המאסר), מתוך תפיסה שכאשר מדובר בעברות

חמורות רף הענישה כולל ממילא את המקרים החמורים. החמרה בסעיף המוצע בתזכיר "מקפיצה" את רמת הענישה לרמות גבוהות אף יותר ולכן עלולה להביא לעיוות דין ולענישת יתר. שלישית, בשל ההגדרה הרחבה מדי של "מעשה טרור", כולל השימוש בחזקות המייתרות לעתים את הוכחת המניע, משמעות ההחמרה דרמטית אף יותר – בניגוד לסעיף 144 לחוק העונשין, הדורש הוכחה ישירה של המניע הגזעני ואינו חל על מקרים פריפריאליים, כפי שמבקש לעשות החוק המוצע. רביעית, יש לזכור כי בפרקטיקה, בעברות שהן "מעשה טרור" ממילא אפשר על פי רוב "לעבות" את כתב האישום בעברות של חברות בארגון טרור וכיוצא באלה, כך שהעונש על העברה הבסיסית מוחמר ממילא.

## י. סעיף 36 : החמרה בענישה על קשר, סיוע וניסיון לעברה שהיא מעשה טרור

### 1. תמצית

תזכיר החוק מבקש לקבוע כי העונש על העברות הנגזרות: סיוע, ניסיון וקשירת קשר, יהיה זהה לעונש על העברה המושלמת.

### 2. השוואה לדין החל

אשר לניסיון, העונש המרבי בדין החל זהה (למעט ניסיון לרצח, שדינו 20 שנות מאסר, ואי-תחולה של עונשי מינימום ועל עונשי חובה). אשר לסיוע, העונש בדין החל הוא מחצית מהעונש בגין העברה המושלמת, ואשר לקשר – העונש זהה לעונש בגין העברה המושלמת בהגבלה – עד שבע שנות מאסר בגין פשע ועד שנתיים מאסר בגין עוון.

### 3. ביקורת

ההנמקה שמציע התזכיר לסעיף זה חסרה מאוד. כלל לא ברור מדוע לא יחולו כל הרציונלים העומדים בבסיס ההקלה בענישה בנוגע לקשירת קשר, לסיוע ולניסיון בהשוואה לעברה המושלמת גם על עברות הקשורות בטרור (למשל: בניסיון – התמריץ לחדול, בקשירת קשר – התמריץ לא להוציא את הקשר לפועל ועוד רציונלים רבים אחרים). ודאי שיש ליצור הרתעה מפני העברות הנגזרות, אך כפי שיש הרתעה מפני ניסיון לרצח, הנובע מכל מניע שהוא, יש הרתעה גם ללא החמרה מוגזמת זו, שתהפוך כל קושר קשר לביצוע רצח לרוצח, עם עונש מאסר עולם חובה. תזכיר החוק יוצר השוואה נורמטיבית מעוותת בין מעשים שונים במובהק מבחינת הפגיעה החברתית שבהם. בעינינו אין הצדקה לקביעה גורפת כזו, הפוגמת בהיררכיה ובדירוג האחריות בין צדדים שונים לעברה ובין תרומות שונות לביצועה. הנטייה לאמץ כל הסדר מפוקפק המופיע בחקיקה ישנה (למשל בעברות נגד בטחון המדינה) אינה רצויה.



## יא. סעיף 41 : תחולה על עברות חוץ

### 1. תמצית

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

(1) העברה היא מעשה טרור או עברה לפי סעיף 28 (פעולה או עסקה בנשק, בחומר מזיק או במתקן רגיש למטרות טרור) שנעברה על ידי חבר בארגון טרור מוכרז כהגדרתו בפסקאות (1), (3) ו-(4) להגדרה "ארגון טרור מוכרז" (לא כולל הכרזת חוץ), בקשר לארגון טרור מוכרז או במסגרת פעילות של ארגון טרור מוכרז כאמור;

(2) מדובר בעברה כאמור בפסקה (1) או בעברה לפי סעיף 27 (עברת אימונים או הדרכה), והיא בוצעה באזור תשתית טרור (כלומר: אזור מחוץ לישראל שממנו בוצעו דרך קבע או בתכיפות גבוהה מעשי טרור המכוונים נגד תושבי ישראל, שלומם או חייהם, לרבות פעולות הכנה של מעשים או פעולות כאמור).

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

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

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

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

## יב. סעיף 42 : אמרת עד מחוץ לבית המשפט בעברות טרור

### 1. תמצית

תזכיר החוק מציע להוסיף חריג לכלל בדבר אי-קבילות של עדויות שמיעה: מוצע כי בעברות טרור יורשה בית המשפט לקבל אמרה בכתב אם מתן האמרה הוכח במשפט – אף אם נותן האמרה איננו עד משום שאי-אפשר להביאו לבית המשפט ובית המשפט שוכנע כי מנסיבות העניין עולה שהוא יצא לאחת ממדינות ערב או לרשות הפלסטינית. אי-אפשר יהיה להרשיע על סמך ראיה שהתקבלה לפי חריג זה, אך מוצע כי

ראיה כאמור תוכל לשמש דבר מה נוסף או חיזוק לראיות תביעה אחרות, או – מטעמים מיוחדים שיירשמו – סיוע לראיות התביעה.

## **2. השוואה לדין החל**

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

## **3. ביקורת**

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

## **יג. סעיף 43 : התיישנות**

### **1. תמצית**

הצעת החוק מבקשת לתקן את דיני ההתיישנות הנוגעים לעברות שהן מעשה טרור בשתי דרכים. סעיף 43 להצעה קובע חריג לתקופות ההתיישנות הקבועות בחוק. לפי החריג המוצע, כאשר אדם נמצא מחוץ לישראל ואי-אפשר להביאו, ייעצר מרוץ ההתיישנות. סעיף 110(א) להצעה קובע כי לא תהיה התיישנות כלל על עברת טרור שדינה יותר מעשר שנות מאסר, בדומה להסדר הקבוע בחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ו-1950 (להלן: חוק עשיית דין בנאצים). מצוין בתזכיר כי הצורך בתיקון זה ייבחן מחדש אם יתקבל התיקון לחוק סדר הדין הפלילי בנוגע להתיישנות ככלל.

## 2. השוואה לדין החל

הדין החל לא כולל את החריג המובא בסעיף 43 להצעת החוק וגם לא את ביטול ההתיישנות כמוצע בסעיף 110(א) להצעה (למעט התיישנות לפי חוק עשיית דין בנאצים). יש לציין שעל פי החוק הישראלי – בניגוד למדינות רבות בעולם – יש התיישנות גם בעברות חמורות מאוד כגון רצח ואונס.

## 3. ביקורת

ראשית יש לומר שעל פני הדברים, החריג המוצע בסעיף 43, המופיע בצורה דומה בהצעת החוק לתיקון ההתיישנות הפלילית, נראה מוצדק. עם זאת נראה שדי בקבלת תיקון כללי לדיני ההתיישנות: קשה להצדיק את ההבדל בין עברות חמורות בהקשר של טרור לבין עברות חמורות אחרות (ראו על כך גם בביקורת בהמשך).

שנית, אשר לביטול ההתיישנות לחלוטין בעברות טרור שעונשן יותר מעשר שנות מאסר, לטעמנו מדובר בהחרגה לא מוצדקת לחלוטין. להשקפתנו, כל הרציונלים הרגילים התומכים בהתיישנות באופן כללי חלים גם באשר לעברות טרור: כך הקושי להתגונן ולהביא ראיות (שיקולי הגינות), כך הצורך לתמרץ את הרשויות לחקור ולסיים את פעולתן בזמן סביר וכך גם שיקולי השיקום והאפשרות לחזור בתשובה. אפשר היה להחריג עברות חמורות כגון רצח (ויש מדינות שעושות זאת) באופן כללי, אך לא ברור איך אפשר להצדיק ביטול ההתיישנות על עברות שעונשן עשר שנות מאסר שהן "מעשה טרור" בזמן שאונס או רצח ממניע אחר, זדוני ככל שיהא, יהיו כפוף להתיישנות. גם כאן אפשר לראות שההגדרה הרחבה מדי של מעשה טרור – הכוללת, למשל, גם "איום" במעשים, כולל כאלה שאינם כרוכים בפגיעות בנפש או בסיכון כזה – גוררת הרחבה רבה מדי לעברות שלא יתיישנו לנצח לפי תיקון דיני ההתיישנות.

## ד. סעיפים 45-48: הוראות בנוגע לעצור בעברת טרור חמורה

### 1. תמצית

תזכיר החוק מציע לחוקק כהוראת קבע את הוראת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: הוראת השעה), שתוקפה אמור לפוג בדצמבר 2010, בכמה שינויים:

ראשית מוצע להשמיט מהחוק את ההוראה המאפשרת להחזיק חשוד במעצר ברצף אחד בקשר לאותו אירוע, לרבות במעצר ללא צו, לתקופה שאינה עולה על 35 ימים (במקום 30 הימים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים)).

שנית, אשר להשהיית הבאתו של עצור לפני שופט מעצר מעבר ל-48 שעות מוצע לקבוע תנאים מחמירים, כך שהשהיה כאמור תיוחד למקרים שבהם ניתן לכך אישור מאת ראש אגף החקירות בשב"כ ויש רמת הסתברות קרובה לוודאי שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לפני שופט תסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.

כן מוצע כי השהיה מעבר ל-72 שעות, ל-24 שעות נוספות, תדרוש גם אישור מאת ראש השב"כ והסכמה של היועץ המשפטי לממשלה.

שלישית, אשר לנוכחות העצור בדיונים, לאור פסיקת בג"צ בבש"פ 8823/07 פלוני,<sup>11</sup> שפסל את ההוראה המונעת קיום דיונים ללא נוכחות העצור, מוצע לאפשר קיום דיונים לא בנוכחות העצור בעברת טרור חמורה – רק במקרים שבהם הדבר חיוני ביותר לשם סיכול פעילות הטרור ולשם מניעת פגיעה בחיי אדם, תוך הקפדה על כך שזכותו החוקתית של העצור להיות נוכח בהליכי מעצרו תעמוד במבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה. לפי ההצעה, הארכת מעצר תהא לכל היותר לשתי תקופות שלא יעלו על 72 שעות בכל פעם, או ליתרת התקופה שנותרה עד 20 הימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחות העצור, לפי התקופה הקצרה מהשתיים. הסמכות להארכת מעצר כזו תינתן לשופט בית המשפט העליון בלבד, והעילה להארכת מעצר לא בנוכחות העצור תהא רמת הסתברות קרובה לוודאי שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לדיון עלולה לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם. אשר לנוכחות העצור בערר או בעיון חוזר על מעצרו, מוצע להגביל את מועד הגשת הערר על החלטת המעצר ל-24 השעות שלאחר ההחלטה ובית המשפט ייתן את החלטתו תוך 24 שעות נוספות. בית המשפט רשאי להורות שהדיון בערר או בעיון החוזר יתקיים שלא בנוכחות העצור אלא בנוכחות עורך דינו, על פי בקשה מאת ראש אגף החקירות בשב"כ, רק אם שוכנע ברמת הסתברות קרובה לוודאי שהפסקת החקירה לשם הבאת העצור לדיון עלולה לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.

החלטת בית המשפט בערר או בעיון חוזר, לאחר דיון שהתקיים לא בנוכחות העצור, תובא לידיעתו בהקדם האפשרי; בית המשפט רשאי לקבוע אחרת בנסיבות המפורטות בסעיף.

## 2. השוואה לדיון החל

באוקטובר 2006 נחקקה הוראת השעה שבאה להסדיר את נושא מעצרים של החשודים בביצוע עברות טרור. תקופה של הוראת השעה הוארך בדצמבר האחרון עד אוקטובר 2010.

אלה ההסדרים העיקריים שנקבעו בהוראת השעה:

(א) סעיף 3 להוראת השעה מאפשר להשהות את הבאתו של עצור בעברות ביטחון בפעם הראשונה בפני שופט לתקופה של 96 שעות (במקום 48 השעות הנקובות בחוק המעצרים במקרה הרגיל).

(ב) סעיף 4 להוראת השעה מאפשר להאריך את מעצרו של חשוד בעברת ביטחון עד 20 ימים בכל דיון (להבדיל מ-15 ימים במקרה הרגיל), לתקופה כוללת שאינה עולה על 35 ימים (במקום 30 הימים הנקובים בחוק המעצרים במקרה הרגיל).

(ג) סעיף 5 להוראת השעה אפשר לקיים דיון בהארכת מעצרו של עצור לא בנוכחותו, בתנאי שציווה בית המשפט על מעצרו, בנוכחותו, לתקופה הקצרה מ-20 ימים, לתקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו. בית המשפט רשאי היה לאפשר דיון כזה אם שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע

<sup>11</sup> בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2010).

סיכול של עברת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. בית המשפט יכול היה גם להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר או לערר במעצרו של החשוד לא בנוכחותו, אם שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע בפגיעה ממשית בחקירה. לא זו אף זו: סעיף 4(5) להוראה הסמיך את בית המשפט, לבקשת נציג המדינה, לא להודיע לחשוד על ההחלטה בעניין הארכת מעצרו.

בפברואר 2010, בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, החליט בית המשפט העליון ברוב דעות לבטל את סעיף 5 להוראת השעה בהיותו סותר את פסקת ההגבלה ועל כן אינו חוקתי. יש לציין כי העותר לא ביקש לבטל את הסעיפים האחרים של הוראת השעה ועל כן לא נדרש בית המשפט לחוקיותם.

לפיכך, נראה כי עיקר ההצעה בתזכיר החוק היא "החייאת" הסעיף שביטל בג"ץ באשר לקיום דיונים לא בנוכחות העציר, אגב הוספת תנאים מחמירים להפעלתו.

נוסף על כך תזכיר החוק מציע, כאמור, לבטל את סעיף 4 להוראת השעה, כך שבית המשפט יוכל להאריך את מעצרו של החשוד ב-20 ימים כל פעם לתקופה מרבית של 30 ימים במקום 35 ימים (לפני הצורך באישור היועץ המשפטי להארכה נוספת).

אשר להבאת העצור בפני השופט בפעם הראשונה, תזכיר החוק מציע, כאמור, להשאיר את אופציית הבאתו של העצור בפעם הראשונה בפני שופט 96 שעות אחרי המעצר, אך מחמיר את דרישת האישורים לכך.

אשר לאי-הודעה על החלטת המעצר לחשוד, תזכיר החוק מציע להשאיר אופציה כזו, בתנאים מסוימים.

### 3. ביקורת

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

תוצאת השילוב של שני ההסדרים היא אפשרות למצב שבו חשוד שנעצר בחשד לביצוע עברת טרור יהיה מנותק מהעולם החיצון במשך כשלושה שבועות – למעט הארכת המעצר הראשונה, אחרי ארבעה ימי חקירה.<sup>12</sup> מדובר במצב בעייתי מאוד שאינו מספק הגנה נאותה לזכויות העצור החשוד בעברת ביטחון. לדעתנו אין בתיקונים המוצעים בתזכיר החוק כדי לאיין בעייתיות זו. נפרט.

### (א) השהיה של הבאת עצור לפני בית משפט בתוך 96 שעות

<sup>12</sup> זאת בהנחה שבית המשפט האריך את מעצרו ב-20 ימים ואת פגישתו עם עורך דינו ב-21 ימים.

ההסדר המוצע אמנם מחמיר את הדרישה לאישורים, אך לדעתנו עדיין מדובר בהסדר לא מידתי. הביקורת הפנימית המוצעת (של ראש השב"כ ושל היועץ המשפטי לממשלה) אינה יכולה להחליף את הביקורת השיפוטית. ביקורת פנימית שונה מהותית מביקורת שיפוטית. זו מתבצעת על ידי שופט, המתרשם ישירות מהעצור ומחליט על הארכת המעצר לאחר עריכת האיזונים הנחוצים בין זכויות האדם לבין אינטרסים אחרים.

כך, למשל, אדם הנתון בחקירה אינטנסיבית, מלחיצה וממושכת, יהיה מנותק מהעולם החיצון ונתון לחסדי כולאיו. ארבעה ימים של חקירה הם זמן ממושך שיכול להתיש עצור ולגרום לו להודות בדברים שלא בהכרח ביצע. לפי המקובל היום, לא יהיה תיעוד מלא של החקירה ולכן מה שהתרחש בה צפוי להיות שנוי במחלוקת בין החוקרים לבין העצור. האפשרות של שבירת הנחקר על ידי התשתו התחזקה לאור פסיקות בג"ץ, שקבעה כי המבחן לעניין זה הוא כוונת החוקרים ולא מבחן אובייקטיבי.

זאת ועוד: הביקורת השיפוטית משמשת אמצעי חיוני להגנה מפני מעצר שרירותי ומפני עינויים. הדברים מתחזקים במקרה של עצורים ביטחוניים, במיוחד עקב העובדה שברוב המקרים הם מנועים מלהיפגש עם עורך דין. נוסף על כך הם אינם רשאים לפגוש בני משפחה או להתקשר בטלפון למקורבים. ניתוק הקשר מהעולם החיצון יוצר קרקע פורייה לשימוש באמצעי חקירה פסולים. הבאת עצור לפני שופט מאפשרת לאחרון להתרשם ממצבו של העצור בצורה ישירה ולוודא שלא נעשה שימוש בעינויים בעת חקירתו.

בעניין **מרעב** הבהיר בית המשפט כי תקופת המעצר עד לקיום הביקורת השיפוטית לא נועדה לאפשר לחוקרים זמן מינימלי להשלים את החקירה או להתקדם עמה. תכלית הביקורת השיפוטית היא לבחון, כבר בראשית החקירה, אם יש הצדקה כלל לקיום חקירה כשהחשוד במעצר. הביקורת השיפוטית מהווה חלק אינטגרלי מהשתכללות המעצר.

לדעתנו, השהיית ההבאה של העצור בארבעה ימים עד להבאתו בפני השופט בפעם הראשונה אינה מידתית, במיוחד משום שחוק המעצרים והוראת השעה אינם מספקים ערבויות חילופיות להבטחת שלומו של העצור בארבעת ימי הניתוק. **בצרפת** למשל, החוק (code of procedure penal) מחייב להביא חשוד בביצוע עברות טרור לפני שופט תוך 48 שעות, והארכת מעצר מעבר ל-96 שעות מחייבת בדיקת רופא. החוק הצרפתי גם מחייב לאפשר לעצור להיפגש עם עורך דינו בתוך 72 שעות ממעצרו.

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

#### **(ב) הארכת מעצרו של חשוד עד 20 ימים בכל דיון ובסך הכול עד 30 ימים**

אנו בהחלט תומכים בהצעה שסך כל תקופת המעצר, לפני הדרישה לאישור היועץ המשפטי לממשלה, לא תעלה על 30 ימים במקום 35 ימים הקבועים בהוראת השעה. עם זאת, לדעתנו הארכת מעצר של עד 20 יום בכל פעם, במקום 15 יום בכל פעם, אינה נחוצה ואינה מידתית.

ראשית, הפרקטיקה מראה שבית המשפט בדרך כלל מאריך את תקופת מעצרו של החשוד בימים ספורים. ככלל בית המשפט כמעט נמנע מהארכת מעצר ב-15 או ב-20 ימים. בדיונים שערכה ועדת חוקה הסביר עו"ד שי ניצן את הצורך לקבוע בחוק תקופה ארוכה – 20 יום – כדרך להעביר מסר לשופטים ולהשפיע על שיקול דעתם: "היום כתוב 15 ושופטים נותנים בד"כ 3, 5 או 10. אנחנו מעריכים שאם יגדילו מ-15-20 המחוקק אומר בזה לבית המשפט שפה אפשר להאריך את החבל. הרעיון הוא פרופורציונאלי [...]".<sup>13</sup> מכאן, שרשויות החקירה אינן באמת זקוקות ל-20 הימים: שינוי החוק נועד לשפר את עמדת המיקוח של התביעה – דבר פסול כשלעצמו, שהרי חוק אמור לשקף איזון נורמטיבי ראוי וצודק.

שנית, צירוף של הוראה זו להוראה המונעת פגישה עם עורך דין משמעו שאחרי הארכת המעצר הראשונה יהיה החשוד מנותק מהעולם החיצון לשבועיים נוספים. במשך תקופה זו הוא יהיה נתון לחקירות ממושכות, ללא יכולת להתייעץ עם עורך דין וללא ביקורת שיפוטית על תנאי המעצר – מצב פסול מעיקרו. אם יעבור החשוד עינויים בתקופה ארוכה זו, יש הסתברות גבוהה לכך שסימניהם ייעלמו ואי-אפשר יהיה להוכיחם לאחר מכן בבית המשפט.

שלישית, הארכת של תקופת המעצר ללא ביקורת שיפוטית ובמנותק מהעולם החיצון יכולה לשלוח לחוקרים מסר שגוי ופסול, שלפיו הם מוזמנים להשתמש באמצעים פסולים כדי לחלץ הודאה מהחשוד.

רביעית, יש לציין כי במדינות אחרות התקופה המרבית שבה אפשר להחזיק עצור במעצר לפני הגשת כתב אישום אינה עולה על ימים ספורים. **בצרפת**, למשל, מדובר בשישה ימים שבמהלכם מובא החשוד שלוש פעמים לפני בית המשפט; **בספרד** מדובר בתקופה מרבית של 13 יום.

### (ג) דיון שלא בנוכחות העצור

פיקוח שיפוטי בלא נוכחות הנאשם אינו מנגנון בקרה ראוי, אך הצעת החוק מובילה לתוצאה הלא חוקתית שפסל לאחרונה בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07 הנ"ל. החוק המוצע מתעלם מהחשיבות שיש להליכים להארכת מעצר לבחינת שלומו של החשוד ולשמירה על זכויותיו (אינטרס הנמצא בסכנה מיוחדת במקרים דחופים שהתזכיר מפרט).

כאשר החשוד אינו נוכח בדיונים, בית המשפט מחליט על סמך ראיות שמגיש לו צד אחד בלבד. עורך דינו של העצור אמנם מתייצב בדיונים, אך בדרך כלל, עקב האפשרות למנוע מפגש ביניהם, נוכחותו בדיונים אינה אפקטיבית. עורך דין שטרם נפגש עם מרשו אינו יכול להעלות טענות מפיו ואינו יכול לייצגו כראוי.

בנקודה זו ההצעה בתזכיר סותרת את פסק דינו הנ"ל של בית המשפט העליון. באותו מקרה ביטל בית המשפט את סעיף 5 להוראת השעה כלא חוקתי וחייב את המדינה למצוא פתרון אחר, **שאינו כרוך בהדרתו של החשוד מבית המשפט**. קביעתם בחוק של עילה וסעדים זמניים מחמירים יותר אין בה כדי להתגבר על אי-החוקתיות שהביאה את בית המשפט לפסול מלכתחילה את סעיף 5 המקורי.

<sup>13</sup> בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בעמ' 45.

בבדיקת השאלה אם סעיף 5 הנ"ל עומד במבחני המידתיות קבע בית המשפט, ברוב דעות, כי בשל הפגיעה הקשה בזכות להליך פלילי הוגן, עקב הדרת עצור מדיון העוסק בהארכת מעצרו, סעיף 5 קובע אמצעי הסותר כשלעצמו את מבחן-המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) ואת מבחן-המשנה השלישי (מבחן היחסיות או המידתיות במובן הצר).

אשר למבחן – המשנה השני קבע המשנה לנשיאה ריבלין:<sup>14</sup>

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

אשר למבחן-המשנה השלישי ציין השופט ריבלין:

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

בית המשפט איזן בין זכותו של החשוד להיות נוכח בדיונים בכלל לבין התועלת החקירתית שיכולה לנבוע ממניעתו להיות נוכח, והגיע למסקנה שהזכות הראשונה גוברת. בית המשפט לא ציין – ואין זה עולה מפסק הדין – אפשרות לאיזון אחר אם ייקבעו עילה וסעדים זמניים מחמירים יותר; להפך: המשנה לנשיא ריבלין הדגיש כי דווקא כשמדובר בעצור בעברת ביטחון, "אשר יכולתו להתגונן בהליכי מעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו"<sup>15</sup> ובכלל זה מניעת מפגש עם עורך דין – יש להקפיד ביתר שאת בשמירה על זכותו להיות נוכח, לכל הפחות, בדיוני המעצר הנוגעים לעניינו. ההצעה היחידה שעלתה מפסק דינו של השופט ריבלין לייעול החקירה הייתה בחינת דרכים נוספות שאינן כרוכות במניעת נוכחותו של העצור בדיונים.

<sup>14</sup> שם, פסקה 31 לפסק דינו של השופט ריבלין.

<sup>15</sup> שם, פסקה 28 לפסק דינו של השופט ריבלין.



השופטת פרוקצ'ה סיכמה את עמדת הרוב בנקודה זו :

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

רק ארבעה מתשעת השופטים בהרכב הכירו בחוות דעתם באפשרות לקבוע הסדר חלופי מסוג זה. רק שניים מהם – השופטים רובינשטיין וביניש – ציינו מפורשות שספק רב אם הדבר אפשרי. כך ציין השופט רובינשטיין:

ייתכן מאוד שניתן היה לראות כחוקתי צמצום סעיף (1)5 לעניין "פצצה מתקתקת". חברתי אף מטעימה כי הדבר כרוך בוודאות קרובה. גם אם מהלך חקיקתי כזה אפשרי, מסופקני אם במישור המעשי תהא בכך תועלת רבה, אלא במקרים נדירים, והשאלה היא אם לשמם כדאית חקיקה כזו.

והשופטת ביניש קבעה:

[...] אכן אפשר שייתכנו מצבים חריגים ונדירים בהם הימנעות מהבאת העצור בפני שופט לשם הארכת מעצרו נדרשת לשם מניעת סיכון מידי וקונקרטי, וזאת במקרים חריגים מאוד, בהם עצם הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור לבית המשפט עלולה להביא לפגיעה מיידית בחיי אדם, כאשר הסכנה היא ברמת ודאות גבוהה ביותר כדוגמת "הפצצה מתקתקת". כשלעצמי אני סבורה כי ניתן למצוא פתרון למקרים נדירים אלה במענה משפטי ולו חלקי הקיים בהסדרים אחרים. בעניין זה אני מצטרפת לעמדה שהביע חברי השופט רובינשטיין בה הביע ספק אם חקיקה כזו כדאית לצורך אותם מקרים נדירים.

יוצא כי הלכה למעשה אימץ תזכיר החוק את עמדתה העקרונית והיחידה של השופטת נאור שבשונה מרוב השופטים שדנו בעניין סברה שאפשר לרפא את הפגמים החוקתיים הטמונים בסעיף 5 להוראת השעה באמצעות עילות ומבחני זמן הדוקים יותר.

#### **(ד) הגבלה של תקופת הערר ל-24 שעות**

הגבלה של תקופת הערר על חוקיות המעצר ל-24 שעות מציבה קושי רב בכל הנוגע לייצוג החשוד : אם בה בעת חל גם צו מניעת מפגש, יכולתו של עורך הדין לפתח קו טיעון כלשהו בחלון הזמן המוקצב הזה מוגבלת ביותר.

#### **(ה) אי-מסירה של החלטת הערר לעצור**

הסדר זה אינו ראוי במדינת חוק. התזכיר אמנם מגביל סמכות זו רק להחלטות בערר שניתנו לא בנוכחות העצור, אולם אין בכך כדי לפתור את הקושי. הטעיית החשוד באשר לבסיס המשפטי להמשך מעצרו היא צעד משפיל, הרואה בו אובייקט הנטול יכולת לעמוד על זכויותיו. צעד כזה אף ימנע מהעצור אפשרות להגיש ערר נוסף לבית המשפט העליון על ההחלטה בערר, שהרי אי-אפשר לתקוף החלטה שכלל לא יודעים עליה. גם אם יחליט עורך הדין שהיה נוכח בדיון להגיש ערר, יכולתו להעלות טענות רלוונטיות תהיה מוגבלת מאוד. זאת ועוד: אחרי שתחלוף תקופת המעצר שנקבעה בנוכחות החשוד, הוא עלול לחשוש כי הוצא מהגנת החוק. מצב זה יוצר חוסר ודאות מובנה באשר לשאלת החוקיות של שלילת חירותו של אדם ואף פוגע בזכותו להתנגד משפטית למעצר לא חוקי.

#### **4. סיכום**

לסיכום סעיפים 45-48 לתזכיר החוק נאמר כי הבעיה המרכזית של מעצר הימים היא הסודיות שלו וניתוקו של החשוד מהעולם החיצון. ניתוק כזה מגביר את החשש לשימוש באמצעים פסולים על ידי הגורם החוקר במטרה "לשבור" את העצור.

למעט הופעת החשוד לפני שופט לצורך הארכת מעצרו, ולמעט פגישתו עם עורך דינו כשלושה שבועות אחרי מעצרו הראשוני, חוק המעצרים והוראת השעה אינם מספקים לעצורים בעברות ביטחון אפשרויות אחרות, היכולות להפחית מהחשש הנ"ל בתקופת מעצרו. להלן כמה אפשרויות כאלה:

(א) ביקור העצורים לבדיקת שלומם על ידי גופים חיצוניים שקיבלו את הסכמת המערכת כגון שופטים.

(ב) עריכת דיונים באמצעות וידיאו קונפרנס.

(ג) בדיקת העצור על ידי רופא חיצוני מדי כמה ימים. בצרפת, למשל, העצור יכול לבקש בדיקה רפואית בכל שלב של מעצרו; אם הוארך המעצר יותר מ-96 שעות – הבדיקה הרפואית נהפכת להליך אוטומטי. גם החוק הספרדי מספק אופציה כזו, אבל שם המדינה ממנה את הרופא שיבדוק את החשוד (להבדיל מרופא פרטי שהחשוד בוחר). לדעתנו, אם יוחלט לאמץ שיטת בקרה כזו, יש חשיבות מכרעת לכך שהרופא יהיה רופא פרטי.

בהתחשב בכל האמור לעיל, אנו מתנגדים לחקיקת סעיפים 45-48 המוצעים בתזכיר.

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

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

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

בדברי ההסבר נאמר במפורש שהאפשרות להכריז על ארגון טרור נועדה להחליף את ההכרזות לפי הפקודה למניעת טרור, חוק איסור מימון טרור ותקנות שעת חירום; אך בעוד סעיף 102 להצעת החוק מבטל את החוק לאיסור מימון טרור ואת הפקודה למניעת טרור, הוא אינו עושה כן לסעיפים הרלוונטיים בתקנות שעת חירום.

תקנה 84(1)(א) לא דורשת הכרזה, אבל יש לה מקבילה מלאה בחוק הטרור. הדבר אמור במיוחד ביחס לתקנה 84(1)(א)(IV), המתייחסת במפורש לארגוני טרור. בנוגע לשאר הנסיבות אפשר אמנם לטעון שצריך להשאירן בתוקף לגבי ארגונים שאינם מעורבים בטרור, אך למעשה גם סעיפים קטנים (I) ו-(III) נכללים בהגדרת "ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור (הגדרה שאף היא אינה דורשת הכרזה לצורך קיומה). אשר לסעיף קטן (II), אפשר אמנם להכלילו בצורה משתמעת מהכתוב בחוק החדש, אך ממילא דומה שסעיף זה

הוא ארכאי ומוגזם בכל הנוגע להגבלה שהוא מטיל על חופש הביטוי.<sup>16</sup> לכן, לדעתנו, יש לבטל לחלוטין את תקנה 84(1)(א).

תקנה 84(1)(ב) מאפשרת להכריז ללא כל הסבר על הנסיבות שבהן הוכרזה ההתאחדות. הנוהל המוצע בתזכיר החוק נועד לאפשר זכות שימוע והתנגדות באופן שכלל אינו קיים לפי תקנות שעת חירום. כאמור, תהליך ההכרזה על ארגון טרור נועד להחליף את תהליך הכרזה לפי תקנה זו ולכן אין סיבה ממשית לשמר את התקנה הזו.

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

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

## טז. מבוא לפרקים ו' ו-ז' לתזכיר: חילוטים

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

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

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

<sup>16</sup> ראו מרדכי קרמניצר ומיכל צור, **תקנות ההגנה – שעת חירום**, מחקר מדיניות 16, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

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

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

הפסיקה הכירה בגישה שלפיה מהותם של הסדרים משפטיים תיקבע לא על פי הכותרת שניתנה לפעולה משפטית, כי אם עלפי מהותה ותכליתה של אותה פעולה.<sup>17</sup> מהו, אם כן, טיבו של החילוט? על הקושי לסווג את החילוט כהוראה פלילית או אזרחית פסק השופט ברק:<sup>18</sup>

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

יש בפסיקה התייחסויות מגוונות לשאלה אם החילוט הוא עונש. בפסיקה שעסקה בפקודת סדר הדין הפלילי נפסק שהחילוט, על פי טיבו, מכווין לפגוע בזכות קניינית של העבריין ודינו כדין עונש שהוטל עליו.<sup>19</sup> לעומת זאת, בפסיקה שעסקה בחילוט לפי פקודת הסמים המסוכנים<sup>20</sup> נקבע שהחילוט אינו עונש במעמד דומה לזה של קנס או של מאסר.<sup>21</sup>

על פי פלטרשיש במשפט המקובל שני סוגים של חילוט:<sup>22</sup>

The first of these was the law of deodands, which prescribed the forfeiture

<sup>17</sup> ע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 - עניין בטלות יחסית; ע"פ 231/76 פרידמן נ' מ"י, פ"ד, פ"ד לא(1) 309 - עניין בחינת מהותה של עיסקה; ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מ"י, פ"ד נב(3) 766, 787 - עניין סיווג הליך חקירה; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 375. להרחבה בעניין סיווג החילוט כ"פלילי" או "אזרחי" ראה: ע"פ 4062/99 סבג נ' מ"י, פ"ד נה(1), 507, 512-513 (1999) (להלן: "עניין סבג").

to the Crown of all instruments causing death [...] The second [...] lay in the practice of forfeiting the worldly goods of all persons who caused the death of another.

לשיטתו של פלטשר, אם הקשר בין הרכוש למעשה האסור חזק אזי חילוטו הוא סנקציה אזרחית במהותה, שכן הרציונל שבבסיסו הוא פיצוי למדינה או לנפגע בגין הנזק שגרם הרכוש (סוג החילוט הראשון). רציונל זה נחלש כשמחולט רכוש שאינו קשור ישירות לביצוע עברה ולנזק שנגרם בעקבותיו, וחילוט כזה יש לראות כענישה (סוג החילוט השני).<sup>23</sup>

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

### חילוט פלילי

כאמור לעיל, ולמרות ההצהרות שבתזכיר, לדעתנו חילוט פלילי הוא אמצעי עונשי. אחת המטרות של ענישה היא הרתעה כללית. העובדה שמטרתו של אמצעי – הגורם סבל, אי-נעימות או שלילת זכות – היא "הרתעה כללית" אין פירושה שלא מדובר באמצעי עונשי; יתר על כן, המטרה הראשונה והעיקרית של כלל האיסורים והעונשים הפליליים היא הרתעה כללית. בחילוט הפלילי מתקיימים כל היסודות של "עונש משפטי": מדובר בהרעה מכוונת במצבו של אדם בשל עברה על כללי המשפט, הנגרמת על ידי אורגן המוסמך לגורמה בשיטת המשפט שכלליה הופרו. מטרתו המוצהרת של החילוט אינה למנוע שימוש עתידי בנכס לצורך ביצוע עברה – מטרה היכולה להיחשב, בנסיבות מסוימות, כמטרה מניעתית; מטרתו של החילוט היא להרתיע מבצעים בכוח מביצוע עברות דומות בעתיד. קשה אפוא להגדיר את

<sup>18</sup> ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מ"י, פ"ד לה (4) 625, 929.

<sup>19</sup> עניין סבג, לעיל הערה 6; ראה גם: ע"פ 6234/03 מ"י נ' מראד זיתאוי, תק-על (1)2005, 3032, 3035 (2005); ע"פ 1982/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מ"י, פ"ד מח(3), 238 (1994); ע"פ 4148/92 מועד נ' מ"י (לא פורסם); בש"פ 2757/03 סלמאן נ' מ"י (לא פורסם), וכן סעיפים 32 ו-39 (א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט 1969.

<sup>20</sup> פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.

<sup>21</sup> ע"פ 7475/95 מ"י נ' בן שטרית, פ"ד נב(2) 38. לעמדה דומה ראו ע"פ 7376/02 כהן נ' מ"י, פ"ד נז(4) 558.

<sup>22</sup> George P.Fletcher, Rethinking Criminal Law (Oxford University Press – 2000), pp. 343-344

<sup>23</sup> שם. 343-345.

החילוט כאמצעי מניעתי במובן המקובל של מושג זה. גם אם נאמר שאין מדובר באמצעי שהוא רק עונשי או עונשי טהור, אי-אפשר להתעלם מכך שיש בו היבט עונשי מובהק. כאשר מאפשרים חילוט של רכוש שאינו קשור כלל בעברה מתרחקים מתפיסה של אמצעי מניע וממחישים דווקא את האופי העונשי המובהק של החילוט.

### חילוט אזרחי

בתזכיר נקבעו כמה עברות פליליות. החילוט – פלילי ואזרחי – הוא אחד האמצעים לאכיפתן. מבחינת טיבו, מדובר בהליך שתוצאתו היא שלילת רכוש. זו תוצאה בעלת אופי עונשי, שכן אין דרישה לקשר כלשהו בין הנזק שנגרם לבין היקף החילוט. במצב דברים זה מתחזקת התחושה שמטרת החילוט היא ענישה. כאמור, כל שנדרש בחוק הוא כי הרכוש הקשור לעברת טרור<sup>24</sup> הוא רכוש של ארגון טרור<sup>25</sup> או שהוא שוויו של רכוש הקשור לעברת טרור, ובלבד שהוא שייך למי שביצע את העברה.<sup>26</sup> חיזוק לעמדה זו אפשר למצוא בתזכיר החוק, שבו צוין כי המטרה הראשונה של החילוט היא פגיעה בתשתית הכלכלית של ארגוני הטרור.

כמו כן, מסעיף 56(א)(2) לתזכיר עולה כי חילוט רכוש בהליך אזרחי עשוי להיות, במידה רבה, תחליף לענישה פלילית. אפשר, בין השאר, לחלט רכוש שווה ערך לרכוש הקשור לעברה כשאי-אפשר להגיש כתב אישום בשל העובדה שמבצע העברה אינו נמצא בישראל דרך קבע ולכן אי-אפשר להגיש נגדו כתב אישום או לנהל נגדו הליך פלילי.

עוד נקבע בסעיף 60 לתזכיר כי בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש אם טוען לזכות הוכיח את זכותו ברכוש ונוסף על כך התקיים אחד משני תנאים חלופיים: (1) הטוען לזכות רכש את הזכות ברכוש לפני ביצוע עברת הטרור שבקשר אליה התבקש חילוט הרכוש, או לפני שהרכוש היה לרכוש של ארגון טרור, לפי העניין, והרכוש היה לרכוש הקשור בעברת טרור, או רכוש של ארגון טרור, לפי העניין, ללא ידיעתו או על אף התנגדותו; או, (2) הטוען לזכות רכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב בלי שידע או שיכול היה לדעת כי הרכוש הוא רכוש טרור.

עולה מהתזכיר כי המטרה השנייה של החילוט היא הרתעה. הליכי החילוט נועדו להרתיע עבריינים בכוח מלבצע עברות טרור בשל החשש מפני ההשלכות הכלכליות שעלולות להיות לביצוע העברות על הרכוש הקשור לעברה. ההרתעה אינה מאיינת את טיבו העונשי של הליך זה, שכן זו אחת התכליות העיקריות של דיני העונשין ושל העונשים המוטלים בגדרם. זאת ועוד: מההסבר לפרק החילוט בתזכיר החוק, שניתן בדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת מניעת טרור,<sup>27</sup> נמצא כי לשיטת מנסחי החוק הטלת קנס היא עונש משום שהיא מביאה לפגיעה ברכוש. בהמשך הדברים הוסבר, לעניין ההרתעה: "אם

<sup>24</sup> סעיף 56(א)(1) לתזכיר.

<sup>25</sup> ש.ס. סעיף 56(א)(3).

<sup>26</sup> ש.ס. סעיף 56(א)(2).

<sup>27</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת מניעת טרור (חילוט רכוש אדם שביצע מעשה טרור), התשס"ט-2009, חה"כ דני דנון.

אנחנו רוצים להשתמש ברכוש כדי להרתיע, בדרך כלל אנחנו עושים את זה במסגרת גזר דין שאחרי הליך פלילי, שאז בית המשפט רשאי גם להטיל קנסות, ואז אנחנו פוגעים ברכושו של הנידון בלי שום קשר לאם הרכוש הזה נגוע או לא".<sup>28</sup> אם כן, אי-אפשר להתחמק: ההרתעה והענישה שלובים זו בזו.

אם כן, כפי שעולה מתזכיר החוק, יש בחילוט היבט עונשי הגם שכותרתו "חילוט אזרחי". להבחנה זו יש חשיבות מכרעת מבחינה מעשית לאיסורים הקבועים בחוק הפלילי כגון ענישה למפרע, איסור על סיכון כפול וכדומה, כמו גם ההצדקה לאפשרות של תפיסת רכוש בצו מנהלי ולאחר מכן חילוטו. נוסף על כך, לעובדה זו צריכה להיות משמעות בכל הנוגע לרמת הסף הביקורתי עת בוחנים את סעיפי החילוט הקבועים בתזכיר. זאת, דווקא בשל יחס הגומלין ההדוק בין עוצמת הסנקציה לבין היקף הפגיעה באדם שעליו מבקשים להטיל אותה. הצורך לעשות כן קיבל חיזוק לאחר קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועיגונה של זכות הקניין בגדרו.

## יז. פרק ו': חילוט שיפוטי וסעדים זמניים

### 1. סימן א': חילוט רכוש לאחר הרשעה בהליך פלילי (סעיפים 50-55)

#### (א) תמצית

סעיפים אלה מסדירים את סמכותו של בית המשפט, בעקבות הרשעה בעברת טרור, לחלט רכוש הקשור לעברת טרור (להלן: חילוט פלילי). בירור הטענות הנוגעות לחילוט יכול להיעשות במהלך הדיון או לאחר מתן גזר הדין, אם ראה בית המשפט כי בירור הטענות עלול להקשות על סיום הדיון בהליך הפלילי.<sup>29</sup>

התזכיר מציע שני מסלולי-משנה לחילוט: **חילוט חובה**, של רכוש של מי שהורשע בעברת טרור, אם מדובר ברכוש הקשור לעברה או בשווה ערך לרכוש הקשור לעברה, ו**חילוט רשות**, של רכוש שאינו של מי שהורשע בעברת טרור, אם מדובר ברכוש הקשור לעברה או ברכוש שהנידון מימן את רכישתו או העבירו לאחר בלא תמורה, או בתמורה הנמוכה במידה לא סבירה ביחס לערכו של הנכס, במטרה להבריח את הנכס ולמנוע את חילוטו.

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

<sup>28</sup> עו"ד נעמה פויכטונגר, מחלקת ייעוץ וחקיקה פלילי, משרד המשפטים - פרוטוקול מס' 218, ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (28 יוני, 2010).

<sup>29</sup> סעיף 51 לתזכיר החוק.



נוסף על כך, סעיף 55 לתזכיר מאפשר לתובע לבקש מבית המשפט שדן בעברה לחלט רכוש שהתגלה לאחר מתן גזר הדין, אם אפשר היה לבקש את חילוטו אילו התגלה לפני כן.

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

## **(ב) השוואה לדין החל**

אשר לחילוט לאחר הרשעה, חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור) קובע הסדר מצומצם במידה ניכרת מההסדר המוצע בתזכיר. חוק איסור מימון טרור מאפשר חילוט של רכוש הקשור לעברה רק בעקבות הרשעה באחת משתי עברות: פעולה ברכוש למטרות טרור או פעולה ברכוש טרור. אמנם החילוט לאחר הרשעה הוא בעיקרון חלוט חובה, אך חוק איסור מימון טרור משאיר לשופט הדין בחילוט שיקול דעת להימנע ממנו מנימוקים מיוחדים שיפרט.<sup>30</sup>

לפי חוק איסור מימון הטרור, בשונה מהתזכיר, חילוט רכוש שהוא שווה ערך לרכוש שבו נעברה העברה ייעשה רק אם לא נמצא אצל המורשע רכוש הקשור לעברה בשל מעשה שעשה שלא בתום לב.<sup>31</sup>

המסלול של חילוט רשות, בכל הנוגע לרכוש הקשור לעברה, דומה לזה המוצע בתזכיר. אשר לרכוש שאינו קשור לעברה אך הועבר לצד ג' שלא בתום לב, חוק איסור מימון טרור מאפשר לחלט גם רכוש זה אך רק אם לא נמצא רכוש של המורשע הקשור לעברה או השווה בערכו לרכוש כאמור.<sup>32</sup>

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

## **(ג) ביקורת**

### **(1) חילוט חובה**

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

---

<sup>30</sup> סעיף 12 לחוק איסור מימון טרור.

<sup>31</sup> סעיף 13 לחוק איסור מימון טרור.

<sup>32</sup> סעיפים 13-14 לחוק איסור מימון טרור.

- נהג משאית המחלק מזון לילדים מטעם ארגון החמאס מבצע פעילות טרור ועל כן בית המשפט חייב לחלט את המשאית או כל נכס אחר השווה ערך לה ושייך לנידון.
- אדם שניהל לפני שנים רבות גן ילדים מטעם החמאס נחשב לפי התזכיר חבר בארגון טרור ועל כן יש חובה לחלט את המבנה ששימש את גן הילדים.
- נהג באוטובוס שעליו שלט התומך בחמאס עובר עברה של הזדהות פומבית עם הארגון, ועל כן חובה לחלט את האוטובוס.
- גם סיוע ברשלנות נחשב עברה לפי התזכיר, משמע: מתן הסעה, הלנה, כסף או מקרקעין לאחר, כשיש יסוד סביר להניח שיהיה בכך כדי לסייע לו לבצע עברה, נחשב מעשה טרור ומחייב חילוט אמצעים אלה גם אם נותן השירות או האמצעים לא עשה זאת במודע. לפי דוגמה זו, נותן השירות הוא הנידון, כך שהסייגים לחילוט רכוש של צד ג' המופיעים בסעיף 62 לתזכיר אינם רלוונטיים לגביו.

חיוב בית המשפט לחלט את הרכוש בלא מתן שיקול דעת לשופט לבחון כל מקרה לגופו אינו ראוי ויכול ליצור מצבים אבסורדיים כגון אלה שפורטו לעיל. באוסטרליה, למשל, חילוט החובה חל רק על רכוש שהוא פרי העברה; ביחס לכל השאר מדובר בחילוט רשות במסגרת זו, בית המשפט רשאי להביא בחשבון כל קושי שעלול להיגרם לכל אדם כתוצאה מצו החילוט, את אופיו של השימוש הרגיל ברכוש ואת חומרת העברה.<sup>33</sup>

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

החלה של הסדר החילוט על כל הרשעה ב"עברת טרור" גם היא אינה ראויה בשל ההגדרה הרחבה שנתן תזכיר החוק למונח זה ובשל העונשים החמורים הקבועים בתזכיר לעברות הטרור בכלל. לדעתנו יש להגביל את החילוט למספר מצומצם של עברות חמורות במיוחד ומוגדרות מראש. באנגליה, למשל, אפשר לבצע חילוט פלילי לאחר הרשעה רק במספר מצומצם של עברות, שכולן קשורות ברכוש של פעולות טרור; לפי סעיפים 15-18 לחוק האנגלי (terrorism act),<sup>34</sup> בית המשפט רשאי להוציא צו חילוט לרכוש הטרור כמפורט להלן:

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

<sup>33</sup> Proceeds of crime act 2002, No. 85, 2002, סעיף 48.

<sup>34</sup> Terrorism Act 2000

- הורשע אדם בעברה של הלבנת הון הקשורה לטרור – בית המשפט רשאי לצוות על חילוט של כסף או של כל רכוש אחר שאליו מתייחס ההסדר.

כאמור, סעיף 51 לתזכיר החוק מציע הסדר חילוט מיוחד למורשעים בעברה של ניהול ארגון טרור. כפי שיוסבר להלן, הסדר זה אינו נחוץ: את רכושו של ארגון טרור אפשר לחלט בחילוט אזרחי בכל עת, גם בלא שמישהו מחברי הארגון יורשע בפלילים. סעיף 8(2) לחוק המאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 (להלן: חוק המאבק בארגוני פשיעה) כולל הסדר דומה, בתוספת סייג שלפיו בבואו של בית המשפט ליתן צו חילוט רכוש לפי פסקה זו, יביא בחשבון שיקוליו את היקף הפעילות הפלילית של ארגון הפשיעה. סייג זה לא אומץ בתזכיר החוק אף על פי שהוא חיוני במיוחד בשל ההגדרה הרחבה שנתן התזכיר לארגון טרור, הכוללת גם ארגוני מעטפת.

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

סעיף 53 לתזכיר החוק קובע כי לא תינתן הודעת חילוט לארגון הטרור. לדידנו, לא ברור מדוע אין לתת הודעה כזו לארגון הטרור, בכפוף לחשש למילוט נכסים. הארגון יוכל לאתר בעלי זכויות שלישיות ולהבהיר אם הרכוש אכן משמש לביצוע פעולות טרור או למימון. כפי שיוסבר להלן, אפשרות זו ניתנת לארגון בהליך אזרחי, לפי החוק המוצע, ואין סיבה לא להפעיל הוראה מסויגת דומה בהליך הפלילי.

כפי שצוין לעיל, תזכיר החוק מציע לאפשר גם חילוט רכוש שהתגלה לאחר מתן גזר הדין.<sup>35</sup> לא זו בלבד שהסדר זה בעייתי בהיותו פוגע בעיקרון בדבר סופיות הדיון, הוא גם אינו נחוץ לאור האפשרות לחלט רכוש הקשור לעברת טרור או רכוש של ארגון טרור בהליך אזרחי, שאינו מצריך הרשעה קודמת בהליך הפלילי או במסלול המנהלי. יצוין כי לא מצאנו הסדר דומה במדינות אחרות.

יש מקום לציין כי הסעיף בחוק לאיסור הלבנת הון<sup>36</sup> שאליו מפנה התזכיר מתייחס בכלל לחילוט אזרחי ואינו רלוונטי.

## **(2) חילוט רשות**

ההצעה להפוך חילוט רשות למסלול נוסף על חילוט חובה היא בעייתית בשל הפגיעה האפשרית – בעיקר החלק הראשון של ההסדר – בצדדים שלישיים ובזכות הקניין שלהם. ההסבר בתזכיר החוק שלפיו מדובר ברכוש הראוי לחילוט אינו משכנע. מדובר בחילוט במסלול הפלילי, והצד שחילוט רכושו מתבקש לא הורשע ואין לו קשר לביצוע העברה. גם אם הרכוש ראוי לחילוט בהיותו קשור לעברה לא נובע מכך שאפשר לחלטו בכל מצב, בייחוד כשהגדרה של רכוש הקשור לעברה היא רחבה במיוחד. זכות הקניין

---

<sup>35</sup> סעיף 55 לתזכיר החוק.

<sup>36</sup> סעיף 22.

היא זכות יסוד וכדי לפגוע בה יש להשתמש באמצעי הפוגעני פחות. במקרה זה, האמצעי הפחות פוגעני הוא חילוט רכוש של הנידון ששימש לביצוע העברה – ורק משלא נמצא רכוש כזה אפשר לפנות לחילוט רכוש של צד ג'.

הסייג שבסעיף 60(א) לתזכיר החוק, המונע חילוט רכוש של צד ג' שלא ידע ולא הסכים שהרכוש שבבעלותו ישמש לעברת טרור, אין די בו כדי למנוע תוצאות אבסורדיות ולא מוצדקות של הסדר זה, במיוחד כאמור בשל ההגדרה הרחבה של עברת טרור בתזכיר. כך, למשל, אדם שמשכיר בניין מתוך ידיעה שיוקם בו גן ילדים המשויך פוליטית לחמאס מסתכן בחילוט הבניין, אדם המשכיר משאיות לארגון הומניטרי המחלק אוכל לנזקקים ומשויך לחמאס מסתכן בחילוט המשאיות ונהג אוטובוס המבחין בנוסע באוטובוס המנופף בדגל של חמאס ואינו מתערב מסתכן בחילוט האוטובוס.

שני המסלולים הללו, עם ההגדרה הרחבה של רכוש הקשור לעברה, עלולים להביא לחילוט בסכומי עתק ולפגיעה בעקרון המידתיות – מה גם שהחוק אינו קובע רף עליון לחילוט. ההגבלה היחידה מופיעה בסעיף 62(א) – שלפיה התקרה היא סכום שלא יעלה על שוויו של רכוש הקשור לעברה שבקשר לביצועה ניתן הצו – אינה מסירה את הקושי שעיקרו, כאמור, נובע מההגדרות הרחבות שניתנו בתזכיר החוק לרכוש הקשור לעברה ולעברות טרור.<sup>37</sup>

כאמור, לפי תזכיר החוק בית המשפט יכול, לאחר הרשעת הנידון, לבחור לחלט רכוש של הנידון גם אם רכוש זה לא קשור לעברה, ובלבד שהוא שווה ערך לרכוש הקשור לעברה.<sup>38</sup> לפי התזכיר, "רכוש של הנידון" הוא רכוש שבבעלותו, בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו של הנידון. הבעייתיות בהסדר זה רבה. ראשית, הוכחת הערך של הרכוש האמור היא מורכבת, וכך גם בחירת הנכסים העונים על הדרישה לערך שווה; שנית, ביצוע ההסדר כרוך בהוכחת בעלותו של הנידון ברכוש, בסוגיות של רכוש משותף ובבחירה ברכוש החלופי שיחולט; שלישית, לצורך החילוט אפשר להסתפק בכך שהרכוש נמצא בחזקתו של הנידון גם אם הבעלות ברכוש היא של אחר. הואיל והסדר זה אינו מחייב זיקה בין הרכוש לבין ביצוע העברה, החילוט יכול לחול גם על רכוש ניטרלי המשמש בעיקר (או אפילו באופן זמני) את משפחתו של הנידון אף על פי שמבחינה פורמלית הוא בבעלותו או בשליטתו של צד ג' (למשל: בית מגורים, רכב משפחתי או בית עסק). במקרים כאלה מתעוררת סוגיית הענישה הקולקטיבית של מי שלא היו מעורבים ולא לקחו חלק בעברה. ענישה כזו אינה עומדת במבחן החוקיות. מיותר לציין כי הרעיון הפוסל פגיעה מכוונת באנשים לא מעורבים הוא אחד מאבני היסוד של שלטון החוק בכל שיטות המשפט המתקדמות.

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

<sup>37</sup> לצורך הגדרת "רכוש הקשור לעבירה", התזכיר מפנה לחוק איסור מימון טרור, שלפיו - רכוש שנתקיים בו אחד מאלה:

- (1) נעברה בו העבירה, שימש לביצוע העבירה, איפשר את ביצוע העבירה או יועד לביצוע העבירה;
- (2) הושג במישרין או בעקיפין כשכר ביצוע העבירה, יועד להיות שכר ביצועה או הושג כתוצאה מביצועה;

<sup>38</sup> סעיף 50 לתזכיר החוק.

## 2. סימן ב': חילוט רכוש שלא אגב הליך פלילי (סעיפים 56-59)

### (א) תמצית

התזכיר מציע מסלול חילוט חלופי למסלול הפלילי (להלן: חילוט אזרחי). לפי מסלול זה בית המשפט המחוזי יכול לחלט רכוש הקשור לעברת טרור<sup>39</sup> או רכוש של ארגון טרור<sup>40</sup> בין שהורשע או הואשם אדם בעברת טרור ובין שלא. הסדר זה מאפשר חילוט בהתבסס על זיקה בין הרכוש לבין הארגון בלא צורך להוכיח זיקה בין הרכוש לבין ביצוע העברה.<sup>41</sup> כמו כן מוצע לאפשר חילוט אזרחי של רכוש בשווי הרכוש הקשור לעברת הטרור, ובלבד שהוא של האדם שביצע את העברה ואי-אפשר להעמידו לדין בשל היותו בחוץ לארץ.

אשר לפן הראייתי, סעיף 59 לתזכיר החוק מבקש לאפשר לבית המשפט להיזקק לראיות שאינן קבילות במשפט להוכחת הקשר בין הרכוש לעברה או לארגון הטרור. לא זו אף זו: מוצע גם לאפשר לבית המשפט, במהלך הדיון בנושא החילוט, לקבל ראיה בדבר הקשר בין הרכוש לעברה או לארגון הטרור אף שלא בנוכחות הטוען לזכות ברכוש או בא כוחו או בלי לגלותה להם. אם יקבל בית המשפט ראיה כזו, סעיף קטן (ג) מציע להתיר לבית המשפט להורות על העברת התמצית שלה למשיב או לבא כוחו.

### (ב) השוואה לדין החל

חוק איסור מימון טרור כולל הסדר של חילוט אזרחי מצומצם בהרבה, שנועד מלכתחילה להתמודד עם טרור בין-לאומי שהליך החילוט הפלילי אינו מעשי כלפיו. לפי חוק איסור מימון טרור, חילוט אזרחי חל רק על רכוש של ארגון טרור או של מעשה טרור שאין להם זיקה לישראל.<sup>42</sup> רמת ההוכחה הנדרשת היא של מאזן ההסתברויות.<sup>43</sup>

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

---

<sup>39</sup> לאמור: נעברה בו עבירה, שימש לביצוע עבירה, איפשר את ביצוע העבירה, או יועד לביצוע העבירה. או הושג במישרין או בעקיפין כשכר ביצוע העבירה, יועד להיות שכר ביצועה או הושג כתוצאה מביצועה.

<sup>40</sup> רכוש המיועד לארגון טרור(לא רק לפעילותו) ורכוש שהארגון מימן את רכישתו או שהעבירו לאחר ללא תמורה, כמו כן אין לשכוח כי הגדרת ארגון טרור היא מאוד רחבה וכוללת גם ארגוני מעטפת לאמור ארגונים שאינם מבצעים מעשי טרור, אך תכליתם לעודד פעילות של ארגוני טרור ולתמוך בה זה כולל ארגונים הומניטארים כמו ארגוני חלוקת מזון לנוקדים, הפעלת גני ילדים וכדומה המשויכים לחמאס.

<sup>41</sup> הסדר דומה קיים בארה"ב (USA PATRIOT ACT).

<sup>42</sup> סעיף 22 לחוק איסור מימון טרור.

<sup>43</sup> סעיף 24 לחוק איסור מימון טרור.

## (ג) ביקורת

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

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

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

### (1) רכוש הקשור לעברה

להבדיל מהמצב היום, תזכיר החוק מרחיב את הסדר החילוט האזרחי על כל רכוש הקשור לעברה בד בבד עם ההליך הפלילי ולא רק כשהאחרון אינו ישים.<sup>44</sup> במילים אחרות, אפשר להגיש כתב אישום נגד נאשם ובה בעת להגיש את בקשת החילוט בהליך אזרחי, וליהנות מהאפשרות של הגשת ראיות חסויות אף על פי שיש הסדר בנוגע לחילוט בהליך פלילי. לדעתנו הסדר זה אינו ראוי. אם הוגש כתב אישום או, שהמדינה הצהירה שבכוונתה להגיש כתב אישום כנגד אדם מסוים, אזי תהליך החילוט של רכוש הקשור לעברה צריך להיעשות אך ורק במסלול הפלילי. רק אם אי-אפשר לנקוט הליך פלילי – למשל משום שהנאשם לא נמצא בישראל, נפטר או שאי-אפשר לאתרו (אך לא משום שאין די ראיות להעמיד לדין פלילי חשוד בעברה) – רק במצבים כאלה בא בחשבון שימוש בחילוט אזרחי.

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

<sup>44</sup> סעיף 56 לתזכיר החוק.

## (2) רכוש של ארגון טרור

לפי ההצעה, די להוכיח זיקה בין הרכוש לבין ארגון טרור כדי שניתן יהיה לחלטו ואין צורך גם להוכיח מעורבות כלשהי של הארגון או הרכוש בעברת טרור. חשוב לציין כי על פי הצעת החוק, כל הסייגים לחילוט רכוש המופיעים בסעיף 62 לתזכיר אינם חלים על רכוש של ארגון טרור, לאמור: אין תקרה לסכום הרכוש שאפשר לחלט, אין הגנה של רכוש שאין לחלטו להבטחת אמצעי מחיה לבעל הרכוש ולבני משפחתו ואין הגנה שלפיה לא יחולט רכוש אם לבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו לא יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר.

שלילת הסייגים הללו עם ההגדרה הרחבה של ארגון טרור ושל רכוש של ארגון טרור עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות ולא מידתיות של אפשרויות חילוט. לפי הסדר זה אפשר לחלט את האוכל שמחלק ארגון הומניטרי המשוך לחמאס כרכוש של ארגון טרור; מי שמנהלת מביתה משפחתון הממומן או נתמך על ידי החמאס, מסתכנת בחילוט ביתה אפילו אם זה מקום המגורים היחיד שיש לה ולבני משפחתה – מצב העלול להוות עונש קולקטיבי פסול). הואיל וההגדרה של רכוש טרור היא רחבה וכוללת גם רכוש המיועד לארגון טרור או רכוש שמומן על ידי ארגון טרור (ואפילו אינו לצורכי טרור), ומאחר שאין צורך להוכיח זיקה כלשהי בין הרכוש לבין ביצוע עברה ואין תקרה לערך החילוט – חילוט רכוש כזה יכול להגיע לסכומי עתק: לפי ההצעה אפשר לחלט את כל בתי הספר, גני הילדים, בתי הדפוס ומשרדי הארגונים ההומניטריים שמומנו או שנתמכים בכל דרך אחרת על ידי חמאס וכן את כל התרומות המיועדות לארגונים אלה.

## (3) אופן ההוכחה ורמתה

בית המשפט נדרש לא אחת לסוגיית החילוט אזרחי והכיר בבעייתיותו ובפגיעתו הקשה בזכויות האדם בכלל ובזכות לקניין בפרט. באחד מפסקי הדין, בהתייחס להסדר הקבוע בחוק איסור הלבנת הון, קבע השופט חשין כי לצורך חילוט אזרחי נדרשות ראיות רבות וכבודות משקל יותר מאשר בהליך אזרחי רגיל.<sup>45</sup> הרציונל מאחורי הדרישה להקפדה יתרה בעת הפגיעה בזכות הקניינית היא הסבירות הגבוהה של פגיעת החילוט בצדדים שלישיים.

על אף כותרתו, חילוט אזרחי טומן בחובו היבטים עונשיים ועל כן הכרח לגבש הסדר המאזן נכונה בין טיבו העונשי של החילוט האזרחי לבין היבטיו האזרחיים.<sup>46</sup> להיבט העונשי שבחילוט צריכה להיות משמעות בכל הנוגע לסדרי הדין החלים על העניין. אכן, גם אם אין להחיל בהליך מסוג זה את מכלול סדרי הדין החלים על הליכים פליליים, דומה כי יש טעם לשקול לכל הפחות החלה חלקית של סדרי דין אלה.

גישה זו ננקטה, למשל, בהסדר החילוט האזרחי הקבוע בחוק המאבק בארגוני פשיעה. סעיף 17(א) לחוק זה קובע כי "לצורך חילוט רכוש לפי פרק זה, הוכחת ביצוע עבירה או קיומו של ארגון פשיעה, תיעשה

<sup>45</sup> דובר היה בחילוט אזרחי של כספים בשווי \$750,000 אשר הועברו לישראל בלא דווח על פי חוק איסור הלבנת הון. ע"א

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

<sup>46</sup> רע"א 4096/04 שלמה בוטח נ. מ"י.

ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי". בסעיף קטן 17(ב) נקבע כי "לצורך חילוט רכוש לפי פרק זה, הוכחת הקשר בין הרכוש לבין העבירה או בין הרכוש לבין ארגון הפשיעה, כאמור בסעיף 14, תיעשה ברמה הנדרשת במשפט אזרחי".

יתרה מכך: בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית של חוק איסור מימון טרור נאמר כי כדי למנוע פגיעה בלתי הפיכה בזכויות קנייניות, מוצע לאפשר חילוט אזרחי רק אם יש ראיות ברמת הוכחה הנדרשת במשפט הפלילי לכך שהרכוש המדובר הוא רכוש טרור, בהתאם לאיזונים שאומצו מחוק המאבק בארגוני פשיעה.<sup>47</sup> בסופו של דבר החוק שהתקבל דורש הוכחה לפי "מאזן ההסתברויות".

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

ההסדר בדבר ראיות חסויות המוצע בתזכיר הוא בעייתי במיוחד משום שאין הוא כולל חובה למסור לנידון או לבא כוחו את תמצית הראיות החסויות. יש בכך פגיעה קשה ולא מידתית בזכות הליך הוגן הנגזרת מהזכות לכבוד. כמו כן, מצב זה מאפשר פגיעה לא מוצדקת בזכות לקניין בשל חוסר יכולתו של הנידון להגן על עצמו. העובדה שאפשרות זו אמורה להתקיים בעיצום שיש לו פן עונשי היא חמורה במיוחד כשלעצמה ויוצרת תקדים מסוכן. דינים מסוג זה חותרים תחת הלגיטימיות של מאמצי המדינה להתמודד עם הטרור.

#### **(4) שמירת דינים**

תזכיר החוק אמנם מציין כי ההסדר המוצע אמור לשמש תחליף מסוים להסדרים שבתקנות שעת חירום, אך אין הוא מבקש לבטל אותם. בכך המדינה משאירה לעצמה את האפשרות להמשיך להפעיל את החילוט – המהווה פגיעה ברורה בקניין – באופן שאינו נדרש לעמוד במגבלות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### **3. סימן ג': חילוט על פי צו שיפוטי: הוראות כלליות (סעיפים 60-65)**

#### **(א) רכוש שאין לחלטו בשל זכויות של אחר ברכוש (סעיף 60)**

##### **(1) תמצית**

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

<sup>47</sup> בקנדה למשל- **anti terrorism act 2001** – חובת ההוכחה היא ברמה של מאזן ההסתברויות.



## **(2) השוואה לדין החל**

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

## **(3) ביקורת**

כאשר משלבים את הסייגים שבסעיף 60 עם סעיף 61, הקובע כי ההוכחות הנדרשות לצורך חילוט הן בהתאם למשפט האזרחי (קרי: מאזן הסתברויות), נוצר מצב בעייתי. לפי חוק איסור מימון טרור, כאשר הטוען מעלה ספק בנוגע לידיעתו על השימוש ברכוש למטרות טרור, הוטל על המדינה להפריך ספק זה; לפי הצעת החוק, נטל ההוכחה לאי-הידיעה (ולא רק ליצירת ספק, כבחוק איסור מימון טרור) מוטל כולו על הטוען. הדבר אף מחריף כשמתייחסים לחילוט אזרחי שבו המדינה רשאית להציג ראיות שאינן קבילות לפי דיני הראיות ואף להציגן במעמד צד אחד באופן שהטוען לא יכול להתגונן כלפיהן.

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

## **(ב) סייגים לחילוט רכוש (סעיף 62)**

### **(1) תמצית**

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

## **(2) השוואה לדין החל**

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

## **(3) ביקורת**

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

ההגנה ההומניטרית היא ראויה, אך הסייג שלפיו אין התייחסות להגנה ההומניטרית במקרים שבהם מדובר על רכוש של ארגון טרור עשויה להביא למצבים בעייתיים, בייחוד כשמתייחסים להגדרה הרחבה של ארגון טרור. צריך למצוא משוואה המביאה בחשבון את השלכות ההומניטריות של חילוט רכוש של ארגון טרור מחד גיסא ואת הצורך למנוע מארגון הטרור להפוך את המשפחה והילדים למגנים אנושיים מפני החילוט מאידך גיסא.

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

## **4. סעדים זמניים (סעיפים 66-75)**

### **(א) הגדרת "צו זמני" ו"בית המשפט" (סעיף 66)**

#### **(1) תמצית**

סעיף 66 לתזכיר החוק קובע שאפשר לקבל כסעד זמני כל צו הדרוש למניעת סיכול החילוט; בית המשפט הרלוונטי לפי הסעיף הוא כל בית משפט שאליו הוגש או יוגש כתב אישום, או הוגשה או תוגש בקשה לחילוט אזרחי.

## **(2) השוואה לדין החל**

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

## **(3) ביקורת**

סעיף 66 לתזכיר החוק מוסיף צווים: "צו בדבר מתן ערבויות מטעם הנאשם או מטעם אדם אחר המחזיק ברכוש", ואף מרחיב ומאפשר לבית המשפט ליתן כל צו אחר הדרוש לדעת בית המשפט כדי למנוע את סיכול החילוט – הוראת סל רחבה כזו אינה מידתית ואינה סבירה, משום שאינה מסתפקת בצווים הקיימים אלא מאפשרת הוצאת כל צו ללא הבחנה. לעניין בית המשפט שידון בהוצאת הצו, תזכיר החוק (כמו גם חוק איסור מימון טרור) מסמיך לכך כל בית משפט שאליו הוגש או יוגש כתב אישום, או הוגשה או תוגש בקשה לחילוט אזרחי. נראה כי בעניין חשוב זה יש מקום לקבוע שבית המשפט המחוזי הוא שידון בבקשה ולא כל בית משפט שאליו תוגש הבקשה.

## **(ב) מתן סעד זמני בטרם הוגשו כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי (סעיף 69)**

### **(1) תמצית**

סעיף 69 מאפשר קבלת צו זמני אם יש יסוד סביר להניח שיש עילת חילוט ושהרכוש שלגביו מבקשים את הצו עלול להיעלם או שעלולים לעשות בו פעולות שימנעו את מימוש החילוט, או שהוא עלול לשמש לביצוע של עברת טרור או לשמש לפעילותו של ארגון טרור.

## **(2) השוואה לדין החל**

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

### **(3) ביקורת**

סעיף 69 לתזכיר מוסיף אפשרות של הוצאת צו על האפשרויות הקבועות בסעיף 33(א) לחוק איסור מימון טרור וסעיף 23(א) לחוק המאבק בפשיעה – כאשר סביר להניח שהרכוש "עלול לשמש לביצוע של עבירת טרור או לפעילותו של ארגון טרור". החוקים האחרים מאפשרים לחלט רק אם יש חשש שהרכוש ייעלם או שיעשה בו שימוש שימנע את חילוטו. נראה שהורדת רף ההוכחה מ"ראיות

לכאורה" ל"סביר להניח", בצירוף האפשרות לקבלת הסעד הזמני גם כשהרכוש "עלול לשמש", היא רחבה מדי. השימוש בביטויים "סביר להניח" בצירוף "עלול לשמש" אינו ממוקד די הצורך ואינו מתאים לאמצעים פוגעניים מאוד בעלי מאפיינים פליליים. בשים לב לעובדה שההגדרה של עברת טרור היא רחבה, שילוב התנאים הללו יאפשר לקבל צו נגד רכב שבו נוהג אדם המחלק מזון לילדים מטעם ארגון החמאס אף טרם הגשת כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי. נראה כי עוצמת הפגיעה בזכויות כשמחלט על חילוט זמני אינה מידתית, שכן היא פוגעת באלה המסייעים באופן הומניטרי לארגון הטרור ולצדדים שלישיים. פגיעה זו נובעת מהפרשנות הרחבה שניתנה למעשה טרור.

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

לפי חוק איסור מימון טרור, צו זמני שניתן לפני הגשת בקשה לחילוט אזרחי יפקע בתוך שלוש שנים מיום שניתן אלא אם כן הגיש טוען לזכות ברכוש בקשה לביטול הצו או לשינויו. אם הוגשה בקשה כזו יקיים בית המשפט דיון במעמד הצדדים, והנטל להראות כי מתקיימים התנאים למתן הצו הזמני יהיה על מי שביקש את הוצאת הצו. לא ברור מדוע לא יונהג במקרה דנן הנהוג בחוק איסור מימון טרור, קרי: מתן אפשרות לטעון נגד הצו. לפי התזכיר, אם הוגשה בקשה לחילוט פלילי או אזרחי יפקע הצו בתוך חצי שנה ואפשר להאריכו מעת לעת, ומעבר לשנה – באישור של בית המשפט העליון. לעניין הזמנים נראה שאפשר להסתפק בשלושה חודשים (במקום שישה חודשים) של חילוט זמני לפני הגשת כתב אישום או בקשה לחילוט אזרחי.

## **(ג) ראיות חסויות (סעיף 70)**

### **(1) תמצית**

תזכיר החוק בסעיף 70, הדן בקבילות הראיות לצורך צו זמני, מפנה להוראות סעיף 59 לתזכיר הדן בסטייה מדיני הראיות ובראיות חסויות וקובע כי לצורך החלטתו בעניין חילוט רכוש, רשאי בית המשפט להיזקק לראיות שאינן קבילות במשפט בדבר הקשר בין הרכוש לעברה או בדבר הקשר בין הרכוש לארגון הטרור, אם שוכנע, מטעמים שיירשמו, שהדבר יועיל לבירור האמת ולעשיית צדק. בדיון בבקשה לחילוט רכוש בית המשפט רשאי לקבל ראיה אף שלא בנוכחות המשיב או בא כוחו אם שוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, לסכן חיי אדם, לחשוף שיטות עבודה חסויות או לפגוע בעניין ציבורי אחר.<sup>48</sup>

### **(2) השוואה לדין החל**

סעיף 35 לחוק איסור מימון טרור קובע כי בדיון בבקשה למתן צו זמני בית המשפט רשאי לסטות מדיני

<sup>48</sup> ראו לעיל דיון בנושא בנוגע לרמת ואופן ההוכחה בחילוט האזרחי.

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

### **(3) ביקורת**

כאמור, סעיף 70 לתזכיר החוק מפנה לסעיף 59 לתזכיר, המנוסח באופן רחב יותר מסעיף 35 בחוק איסור מימון טרור. חוק איסור מימון טרור מאפשר לבית המשפט לקבל ראיה חסויה אם אחרי שעיין בה שוכנע כי גילוייה עלול "לפגוע בביטחון המדינה" או "לפגוע פגיעה ביחסי החוץ שלה"; ואילו לפי התזכיר בית המשפט יכול לקבל ראיה חסויה גם אם יש "חשש לחיי אדם או לחשיפת שיטות עבודה חסויות" או "לפגוע בעניין ציבורי אחר". נראה כי סעיף הסל "לפגוע בעניין ציבורי אחר" יאפשר תמיד לבית המשפט לקבל ראיה חסויה, שכן קל יותר לשכנע כי נפגע עניין ציבורי מלעמוד בנטל ההוכחה שיש סכנה לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה.

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

יתרה מזו: ההסבר בתזכיר אינו מדויק, שכן נכתב בו: "הסעיף המוצע אינו כולל הוראה לפיה בדיון בבקשה לסעד זמני רשאי בית המשפט לקבל ראיה אף שלא בנוכחות טוען לזכות ברכוש או בא כוחו או בלי לגלותה להם במקרה שבו 'אי גילוייה עדיף על פני גילוייה לשם עשיית צדק'" – אך בסעיף 70 התזכיר מפנה לסעיף 59, שסעיף קטן (ב) לו קובע "בית המשפט רשאי בטרם יקבל החלטה, לפי סעיף קטן זה, לעיין בראיה ולשמוע הסברים שלא בנוכחות המשיב ובא כוחו".

### **(ד) צו זמני במעמד צד אחד (סעיף 71)**

#### **(1) תמצית**

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

## **(2) השוואה לדין החל**

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

### **(3) ביקורת**

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

## **(ה) סייגים למתן צו זמני (סעיף 72)**

### **(1) תמצית**

על פי חוק איסור מימון טרור, בשני מקרים לא יצווה בית המשפט על חילוט רכוש: הראשון, אם הוכיח הטוען לזכות ברכוש כי רכש אותה לפני ביצוע העברה שבקשר אליה מתבקש החילוט או לא הסכים שהרכוש יהיה קשור לעברה; במקרה של ספק – יפעל לטובת הטוען לזכות (לא הנידון); השני, אם הוכיח הטוען לזכות כי רכש את הרכוש אחרי ביצוע העברה בתמורה ובתום לב. על פי התזכיר, יש לבית המשפט רשות לדחות דיון והכרעה באשר לזכות של טוען לזכות ברכוש וליתן סעד זמני בכפוף להוראות בדבר הבטחת זכותו של הטוען לזכות ברכוש, שתוכרע בהליך העיקרי.

## **(2) השוואה לדין החל**

סעיף 19(ב) לחוק המאבק בפשיעה וסעיף 26(ב) לחוק איסור מימון טרור קובעים כי לא יצווה בית המשפט על חילוט אלא אם כן נוכח שלבעל הרכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עמו יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר.

### **(3) ביקורת**

התזכיר קובע כי "בית המשפט לא יצווה על חילוט כל הרכוש שיש עילה לחילוטו לפי חוק זה, למעט רכוש של ארגון טרור, אם שוכנע כי חילוט כל הרכוש כאמור יגרום לכך שלבעל הזכות ברכוש שיחולט ולבני משפחתו הגרים עימו לא יהיו אמצעי מחיה סבירים ומקום מגורים סביר". מכאן, שרכוש של ארגון טרור יחולט גם אם לא יסופקו אמצעי מחיה סבירים או מקום מגורים סביר לבעל הזכות או משפחתו. אפשרות זו אינה מופיעה בחוקים האחרים. לאור ההגדרה הרחבה של ארגון טרור צפויים להיפגע ממתן הצו מעגלים רחבים מאוד – רחבים מדי – של אנשים.

כמו כן, סעיף 39 לחוק איסור מימון טרור וסעיף 27 לחוק המאבק בפשיעה, הקובעים כי אם בית המשפט צו זמני הוא רשאי להורות כי מי שניזוק בשל צו כאמור יפוצה מאוצר המדינה. תזכיר החוק אינו מאפשר פיצוי למי שנפגע: אין בו כל התייחסות לפיצוי בעניין זה – וראוי היה שתהיה.

### (ו) ערעור על צו זמני (סעיף 75)

#### (1) תמצית

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

#### (2) השוואה לדין החל

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

#### (3) ביקורת

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

## יח. פרק ז': תפיסה מנהלית זמנית וחילוט של ארגון טרור מוכרז

### (סעיפים 78-88)

#### 1. כללי

לפי תזכיר הצעת החוק, פרק זה נועד להסדיר את התפיסה והחילוט המנהליים כפועל יוצא מעצם ההכרזה על ארגון טרור. יתרה מזו: תזכיר החוק מציין כי בדומה לחילוט פלילי ואזרחי, המטרה של התפיסה והחילוט המנהליים היא לערער את התשתית הכלכלית של ארגוני הטרור (בניגוד למצב בחוק איסור מימון טרור, שם מטרת התפיסה המנהלית היא למנוע מילוט נכסים או סיכול מעשה טרור שאין לו קשר לישראל<sup>49</sup>). הפרק מאפשר לשר הביטחון להוציא צווי תפיסה לרכוש של ארגון טרור מוכרז או ארגון טרור שעומד בפני הכרזה (ואז יש להכריז על הארגון בתוך תקופה של 90 עד 120 יום, אחרת יתבטל הצו). צו התפיסה המנהלי תקף לתקופה של שנתיים, שבמהלכן הנפגעים מהצו רשאים להגיש השגות לשר ועתירות נגד צו התפיסה לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. לאחר שנתיים השר רשאי לחלט את הרכוש התפוס באישור בית המשפט המחוזי.

<sup>49</sup> סעיף 41 לחוק איסור מימון טרור.

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

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

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

## **2. צו מנהלי לתפיסת רכוש של ארגון טרור מוכרז (סעיף 79)**

### **(א) תמצית**

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

### **(ב) השוואה לדין החל**

#### **(1) חוק איסור מימון טרור**

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



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

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

## **(2) תקנות שעת חירום**

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

## **(ג) ביקורת**

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

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

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

### 3. צו מנהלי לתפיסת רכוש של ארגון טרור שעומד להיות מוכרז (סעיף 80)

#### (א) כללי

סעיף זה מאפשר תפיסה מנהלית של רכוש של ארגון טרור שטרם הוכרז. צו התפיסה למשך 90 יום שבהם יש להשלים את ההכרזה על ארגון הטרור. במידת הצורך אפשר להאריך את הצו באישור היועץ המשפטי לממשלה לתקופות נוספות, שסך הכול לא יעברו 120 יום. החל בהכרזה אפשר להוציא צו תפיסה בהתאם לסעיף 79.

כאמור, הליך החילוט האזרחי מאפשר לחלט רכוש של ארגון טרור גם אם לא הוכרז ככזה. המשמעות העיקרית של הכרזה על ארגון טרור היא ראייתית<sup>50</sup> ובית המשפט יביא אותה בחשבון בהחלטתו בנושא החילוט. לדעתנו, בשים לב לחלופה של הליך חילוט אזרחי אין הצדקה לסעיף זה.

### 4. תוכנו של צו תפיסה מנהלי (סעיף 81)

#### (א) תמצית

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

#### (ב) השוואה לדין החל

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

#### (ג) ביקורת

הצעת החוק אינה כוללת את הסייג המופיע בחוק איסור מימון טרור. לדעתנו, כפי שצוין לעיל בהקשר לסעיף 62, אף שמדובר ברכוש של ארגון טרור מוכרז (או שעומד להיות מוכרז) יש לשמור על איזון בין הפגיעה הנגרמת לאזרחים המשתמשים ברכוש מחד גיסא לבין היותו רכוש של ארגון טרור מאידך גיסא; כך אף ביתר שאת כשמביאים בחשבון את ההגדרה הרחבה של ארגון טרור ובהתאם – גם של רכוש של ארגון טרור.

<sup>50</sup> ראו סעיף 16 להצעת החוק "ייחוד הליך ביטול הכרזה" לפיו בכל הליך משפטי לא יזדקק בית המשפט לטענה כי ארגון שהוכרז אינו ארגון טרור.

## 5. זכות השגה (סעיף 82) ועתירה נגד צו תפיסה מנהלי (סעיף 86)

### (א) תמצית

לאחר שהוצא צו תפיסה מנהלי, טוען לזכות ברכוש רשאי להגיש השגה לשר הביטחון תוך 60 יום מהוצאת הצו או מקבלת הודעה על הצו (לפי המאוחר). אם נדחתה השגתו של הטוען הוא רשאי לעתור נגד החלטת שר הביטחון לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים ולבקש את ביטול הצו; והכול בתנאי שטרם ניתנה הוראת חילוט על ידי שר הביטחון.

### (ב) השוואה לדין החל

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

### (ג) ביקורת

אמנם מדובר בהוספת הליך שימוע שאינו מתקיים לפי חוק איסור מימון טרור, אך למעשה הטוען נמצא במצב שבו אין באפשרותו לערער על התפיסה המנהלית עצמה (למעט, אולי, באמצעות עתירה לבג"ץ) אלא רק על סבירות ההחלטה של שר הביטחון בהתאם לכללי המשפט המנהלי. עם זאת, צו התפיסה נמצא בתוקף לתקופה נוספת של כ-20 חודשים ורק לאחריה – אם יתבצע החילוט בפועל – יעמוד הנושא לביקורת שיפוטית. לדעתנו מדובר ביצירה של תקופת ביניים ארוכה מדי שבה אין לטוען לזכות אפשרות לערער על התפיסה וההחלטה אינה מגיעה לידי ביקורת שיפוטית. כתוצאה מכך עשוי להיגרם נזק (בלתי הפיך) לבעל הזכות ברכוש. בהקשר דומה, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי יש צורך לשמור על איזון הוגן בין הפגיעה בזכות קניינית אל מול שמירת אינטרס הציבור.<sup>51</sup> לדעתנו מתן אפשרות לצו תפיסה לתקופה של 20 חודשים מפרה באופן ברור את האיזון הזה.

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

<sup>51</sup> ECHR, *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, A52 (1982);

## 6. חילוט רכוש שנתפס (סעיף 88)

### (א) תמצית

לאחר שפקע צו התפיסה רשאי שר הביטחון לפנות לבית המשפט המחוזי כדי לקבל אישור לבצע חילוט ברכוש שנתפס. אם אי-אפשר לבצע חילוט יוחזר הרכוש למי שנתפס ממנו. הדיון לפני בית המשפט המחוזי יתנהל לפי הוראות סעיף 59 (ראו לעיל).

### (ב) השוואה לדין החל

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

### (ג) ביקורת

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

## י.ט. התאמת החוק לדרישות האמנה לעניין חילוט<sup>52</sup>

### 1. כללי

האמנה מחייבת אימוץ צעדים מתאימים כדי לזהות, לאתר, להקפיא או לתפוס כל הכספים המשמשים או מיועדים לביצוע עברת טרור, וכן את פירות העברה.<sup>53</sup> על המדינה לחלט את הכספים שנתפסו.<sup>54</sup> עוד

---

<sup>52</sup> International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999) - ישראל חתמה על האמנה ביולי 2000 ואשררה בחודש מרץ 2003. (להלן: האמנה).

<sup>53</sup> "Each State Party shall take appropriate measures, in accordance with its domestic legal principles, for the identification, detection and freezing or seizure of any funds used or allocated for the purpose of committing the offences set forth in article 2 as well as the proceeds derived from such offences, for purposes of possible forfeiture." שם. סעיף 18)

נקבע באמנה כי מדינות רשאיות לכרות הסכמים עם מדינות אחרות בנוגע לכספים שחולטו על בסיס קבוע או ממקרה למקרה.<sup>55</sup>

סעיף 77 לתזכיר עונה על דרישת האמנה בנוגע לקריאה למדינות החברות לשקול הקמה של מנגנון פיצוי שלפיו ייהנו מהכספים שחולט הקרבנות או בני משפחותיהם.<sup>56</sup> הסעיף קובע כי שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות הוראות בעניינים רבים ובהם הוראות בדבר הדרכים לניהול הרכוש שחולט או שניתן לגביו סעד זמני, וכן דרכי הנהלת הקרן שהוקמה לפי סעיף 65,<sup>57</sup> כמו גם השימוש שייעשה בנכסי הקרן ודרך חלוקתם למטרות שונות ובהם פיצוי נפגעי עבירות טרור. הסעיף קובע כי תישקל, בין היתר, זכאותו של נפגע עברה כאמור לפיצוי ממקור אחר.<sup>58</sup> אפשר היה להגדיר מנגנון כללי זה בחוק, ולקבוע בתקנות רק יחסי חלוקה, סכומים וכיוצא באלה; קביעת מנגנון פיצוי בחוק עצמו הייתה מחזקת את ההצדקה שבחילוט ואת השמירה על האינטרס הציבורי.

האמנה מדגישה כי החילוטים כולם ייעשו בלי לפגוע בזכויותיהם של צדדים שלישיים הפועלים בתום לב.<sup>59</sup> התזכיר מתייחס לזכויות אלה כדלקמן:

סעיף 53 לתזכיר, תחת הכותרת "הודעה על בקשה לחילוט רכוש וזכות טיעון", קובע כי הודעה תימסר לטוענים פוטנציאליים לזכויות ברכוש (למעט ארגון הטרור) אם הם ידועים וניתן לאתרם בשקידה סבירה בנסיבות העניין. בהודעה כאמור יימסר למקבל ההודעה על זכותו לבקש להישמע בעניין החילוט אם הוא בעל זכות ברכוש. לפי סעיף 53(ב) לא יצווה בית המשפט על חילוט רכוש אלא לאחר שנתן לטוען לזכות ברכוש, שביקש להשמיע טענותיו בעניין החילוט, אפשרות לעשות כן.

---

<sup>54</sup> "Each State Party shall take appropriate measures, in accordance with its domestic legal principles, for the forfeiture of funds used or allocated for the purpose of committing the offences set forth in article 2 and the proceeds derived from such offences." (סעיף 2)8

<sup>55</sup> "Each State Party concerned may give consideration to concluding agreements on the sharing with other States Parties, on a regular or case-by-case basis, of the funds derived from the forfeitures referred to in this article." (סעיף 3)8

<sup>56</sup> "Each State Party shall consider establishing mechanisms whereby the funds derived from the forfeitures referred to in this article are utilized to compensate the victims of offences referred to in article 2, paragraph 1, subparagraph (a) or (b), or their families." (סעיף 4)8

<sup>57</sup> לקרן זו, שתוקם על פי סעיף 65, יועברו הכספים שחולטו או תמורתם.

<sup>58</sup> סעיף 77(א)3(ג) לתזכיר.

<sup>59</sup> "The provisions of this article shall be implemented without prejudice to the rights of third parties acting in good faith" (סעיף 5)8

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

נוסף על כך, סעיף 60(א) לתזכיר, תחת הכותרת "רכוש שאין לחלטו בשל זכויות של אחר ברכוש", קובע כי בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש אם טוען לזכות ברכוש (שאינו הנידון אלא צד שלישי) הוכיח את זכותו ברכוש. על הצד השלישי להוכיח שני תנאים חלופיים: הראשון, הצד השלישי רכש את זכותו ברכוש לפני ביצוע עבירת הטרור שבקשר אליה התבקש חילוט הרכוש, או לפני שהרכוש היה לרכוש של ארגון טרור, והרכוש היה לרכוש הקשור בעבירת טרור או רכוש ארגון טרור, ללא ידיעתו או על אף התנגדותו. השני, הצד השלישי רכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב, אחרי שהרכוש היה לרכוש הקשור לעבירה שבקשר אליה התבקש החילוט, או היה לרכוש של ארגון טרור, ובלי שידע או שיכול היה לדעת כי הרכוש הוא רכוש טרור.

סעיף 72 לתזכיר קובע סייגים כלליים לחילוט רכוש. סייגים אלה מבטאים התחשבות בצורך להבטיח את כבודם הבסיסי ואת תנאי הקיום המינימליים של בעל הרכוש ובני משפחתו, וקובעים כי אין לחלט "מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול".<sup>60</sup> הסדר זה עולה בקנה אחד עם האמנה ועם המעמד החוקתי לזכות הקניין מאז קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עצם העובדה שחילוט הרכוש נעשה בהתאם להליך שיפוטי משמשת חסם בפני שרירותיות או החלטות נמהרות. הסייגים לחילוט מבטאים איזון ראוי בין האינטרס לחלט רכוש טרור לבין הצורך להגן על הזכות לקניין של צדדים שלישיים תמי-לב, כמו גם הימנעות מפגיעה חמורה מדי בתנאי החיים הבסיסיים של בעלי הרכוש.

## 2. ביקורת

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

האמנה מורה על יישום סעיפיה ללא פגיעה בצדדים שלישיים. התזכיר, כאמור לעיל, אכן מתייחס לכך

<sup>60</sup> מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול: (1) צרכי אוכל כדי מחיית החייב ובני משפחתו הגרים עמו, לתקופה של שלושים יום; (2) מערכות בגדים, מיטות, כלי מיטה, כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים שהם צרכים חיוניים לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; (3) דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; (4) כלים, מכשירים, מכוונות ומיטלטלין אחרים, וכן בעלי חיים, שבלעדיהם אין החייב יכול לקיים מקצועו, מלאכתו, משלח ידו או עבודתו שהם מקור פרנסתו ופרנסת בני משפחתו, ובלבד ששוויים אינו עולה על סכום שנקבע בתקנות, ואם היו מכוונות - בתנאי שהחייב עובד בהן בעצמו או בעזרת שני עובדים לכל היותר; (5) כלים, מכשירים, מכוונות, מיטלטלין אחרים ובעלי חיים, השייכים לנכה והנחוצים לו לשימוש האישי בגלל נכותו; (6) חיות מחמד; לעניין זה, "חייית מחמד" - בעל חיים המוחזק בביתו או בחצריו של החייב ואינו משמש לעיסוק בעל אופי מסחרי. ראה: סעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

ואף מספק הגנות לצדדים שלישיים הטוענים לזכות ברכוש (בהינתן שאין מדובר ברכוש של ארגון טרור). אולם, שוב, בשל ההגדרות הרחבות שנקבעו בתזכיר יש חשש לפגיעה ביחידים שבאופן רגיל היו מוגדרים כצדדים שלישיים במונח זה שהם נהפכים להיות מבצעי עברה (לדוגמה: כשצד שלישי סייע ברשלנות). במקרה כזה, הסייגים וההגנות שנקבעו בתזכיר ונועדו לחול על צדדים שלישיים כלל אינם רלוונטיים.

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