



31 באוקטובר 2016

לכבוד  
עו"ד אביחי מנדלבליט  
היועץ המשפטי לממשלה  
רח' סלאח אל-דין  
ירושלים  
בפקס: 02-6467001

שלום רב

**הנדון: נייר עמדה בעניין חוקתיות חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016**

על בסיס טיוטת עמדת הנייר שהכנו בעניין חוקתיות חוק המאבק בטרור, התשע"ו (להלן: החוק) והמפורטת להלן, הרינו לפנות אליכם על מנת שתפעלו לביטולו או לעריכת שינויים מהותיים, הכל כמפורט להלן.

1. בנייר עמדה זה אנו נתייחס לאי החוקתיות של סעיפים מרכזיים בחוק המתבטאת בעיקר בהגדרות חובקות עולם ועמומות למעשי טרור בניגוד לעקרונות הפליליים ועקרונות חופש הביטוי; בסדרי דין המנוגדים לעקרונות יסוד בדין הפלילי ועונשים לא מידתיים.
2. כאמור, נייר עמדה זה מתייחס לבעיות עיקריות בחוק ואין בו התייחסות למכלול הבעיות העולות מהחוק על כלל סעיפיו.

**הגדרות רחבות ועמומות**

3. ההגדרות שבחוק, ובייחוד ההגדרות של "ארגון טרור", "חבר בארגון טרור" ו-"מעשה טרור", הינן הגדרות רחבות ועמומות שיכולות להשליך באופן שלילי על פרשנות סעיפי החוק והאופן שבו הוא יופעל. כפי שיפורט להלן, לנוכח עמימותן של הגדרות הנ"ל יש בהן כדי לתפוס ברשתן אזרחים וארגונים רבים, שרבים מהם מקיימים פעילויות אזרחיות לגיטימיות, לרבות השימוש בכלים דמוקרטיים שונים. אי לכך, וכפי שיפורט להלן, החוק עלול לגרום לפגיעה קשה בזכויות יסוד של אזרחים בכלל ושל אזרחי המדינה הפלסטינים בפרט, כמו גם של הפלסטינים תחת כיבוש במזרח ירושלים.

4. ההגדרות של "ארגון טרור" ו-"חבר בארגון טרור" כפי שאלו מופיעות בסעיף 2(א) לחוק, כפי שיבואר להלן, אינן חוקתיות. ההגדרה של "ארגון טרור" מתייחסת לכל אחד מאלה:

- (1) חבר בני אדם בתבנית מאורגנת ומתמשכת, שמבצע מעשי טרור או פועל במטרה שיבוצעו מעשי טרור, ובכלל זה חבר בני אדם כאמור שעוסק באימונים או בהדרכה לביצוע מעשי טרור או שעושה פעולה או עסקה בנשק לביצוע מעשי טרור, בין שהוכרז ארגון טרור לפי פרק ב' ובין שלא;
- (2) חבר בני אדם בתבנית מאורגנת ומתמשכת, שפועל, במישרין או בעקיפין, כדי לסייע לארגון כאמור בפסקה (1), או במטרה לקדם את פעילותו של ארגון כאמור, ובכלל זה לממנו, והכול באופן שיש בו תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו, ובלבד שהוכרז ארגון טרור לפי פרק ב';

5. החוק (סעיף קטן (2)) מאפשר הכרזה על ארגונים הקשורים בארגוני טרור מוכרזים, גם כאשר פעילותם השוטפת של "ארגוני מעטפת" אלה, אינה קשורה כלל למעשים שיש להם זיקה לאלימות כפי שמצוין בסעיף קטן 2(א) (1). ארגוני המעטפת הנ"ל יכולים, למשל, להיות ארגונים הומניטריים שפועלים בתוך האוכלוסייה האזרחית בזמן מלחמה ואין בין פעילותם לבין עידוד אלימות ולא כלום, ובכל זאת, לפי ההגדרה שבחוק, בסיטואציות מסוימות יהא זה אפשרי להכריז עליהם כארגוני טרור על כל המשתמע מכך. אמנם, לפי הסעיף נדרשת "תרומה ממשית או מתמשכת לפעילות הארגון או בזיקה ממשית אליו", אך אין בדרישה זו כדי לצמצם את תחולת ההגדרה לארגונים שיש בפעילותם בכדי לתרום לפעילות אלימה כלשהי.

6. יתרה מכך, לפי הוראות המעבר של החוק (סעיף 101) ארגונים שהוכרזו כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, יראו אותם מוכרזים אוטומטית כארגוני טרור לפי סעיף 6 לחוק. להזכיר, תקנות ההגנה הן תקנות שרירותיות, דרקוניות וקיצוניות בסמכויות אותן הן מעניקות, אינן מתיישבות עם כללי הצדק וההליך ההוגן, ואינן מעניקות הגנה אפקטיבית לאזרחים. אף בית המשפט העליון לא היסס להביע את הסתייגותו מתקנות אלה ואשר כינה אותן קולוניאליות אשר חוקקו על ידי משטר קולוניאלי אוטוקרטי (בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פס"ד מב(4) 617, 626-627 (1988)). מעבר לכך, תכליתה של הכרזה על התאחדות בלתי מותרת שונה היא במהותה מהתכלית על הכרזה על ארגון טרור לפי החוק, בנסיבות העניין שאיבה אוטומטית כנ"ל ללא הליך הוגן הינה בעייתית ואיננה משרתת את תכלית החוק.

7. כך למשל, התנועה האיסלאמית, אשר הוכרזה בנובמבר 2015 כהתאחדות בלתי מותרת, תישאב אל תוך החוק ותוכרז כארגון טרור ללא כל הליך הוגן, כאשר מערך הראיות החסויות יכול ויהיה שונה במהותו בין ההכרזה הקיימת כהתאחדות בלתי מותרת לבין ההכרזה על פי החוק, וכאשר תכלית ההכרזה הקיימת, שהיא בעייתית בפני עצמה, שונה במהותה מתכלית הכרזת ארגון טרור על פי החוק.

8. מעבר לעובדה שההכרזה על התנועה האיסלאמית נעשתה על בסיס תקנות שרירותיות היא נשענה על שיקולים זרים שאין בינם ולבין האינטרס הציבורי ולא כלום ועל כן היא החלטה פוליטית לא לגיטימית בהיותה פוגעת בזכויות חוקתיות מוגנות. בצו הנדון לא צוין כי קיימות חשדות למעורבות התנועה בפעולות טרור, במימון פעולות טרור, בקבלת כספים ממקורות חשודים, בהסתה לטרור ואלימות ואף לא בהסתה לגזענות. ההכרזה הנ"ל נעשתה ללא מתן זכות טיעון לתנועה או למי מנציגיה בטרם ההכרזה. להכריז על ארגונים אלה כארגוני טרור לפי חוק זה בלי שלפחות לעבור בהליך הקבוע (והבעייתי) בחוק מעצים את הפגיעה הקשה בעקרונות המשפט המנהלי והן בחופש ההתאגדות, חופש הביטוי, חופש הביטוי הפוליטי והזכות להליך הוגן של אותם ארגונים וחבריהם והינו פסול.

### "מעשה טרור"

9. אחת הבעיות המרכזיות של החוק טמונה בהגדרת "מעשה טרור" כלהלן:

"מעשה טרור" – מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

(א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;

(ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו;

(ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;

(ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, "קודשי דת" – מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה;

(ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה;

10. יש לציין כבר עתה, שהמחוקק משתמש כבר בתנאי הראשון, תנאי המניע, במונחים ערטילאיים, רחבים ביותר ואינם ברורים דיים בכדי שיקבעו נורמה משפטית פלילית - כגון מניע אידאולוגי, לאומני, מדיני או דתי. מונחים אלה לא מוגדרים מבחינה משפטית, לא בחוק דן ולא בכל חוק אחר, ולא ברור מהי הכוונה המדוייקת מאחוריהם. על כן לא ברור מתי בדיוק ייחשב בעיני המדינה מעשה כמעשה עבירה שנעשתה מתוך מניע כזה או אחר לפי ההגדרה הנ"ל. השימוש במונחים אלה מקנה למדינה סמכות רחבה ביותר להחליט באופן רחב ביותר ושרירותי מתי עבירה פלילית מסוימת הופכת ל"מעשה טרור".

11. יוצא אפוא שכל מחאה פוליטית לגיטימית של הציבור הפלסטיני בישראל, אם זה נגד הכיבוש או נגד כל פעולה צבאית כנגד הפלסטינים או נגד מציאות חייהם במדינה יכולה להיתפש על פי חוק

זה כפעולות לא חוקיות. דוגמא לכך ניתן למצוא בהפגנות הגדולות שהתקיימו בישובים הערבים נגד המלחמה על עזה בקיץ 2014, מבצע "צוק איתן", כתבי אישום בגין הפגנות אלה או מעשים שנעשו בשוליהן, לאחר חקיקת החוק, יכולים להיחשב כמעשי טרור ולא עבירות פליליות "רגילות".

12. לפי האמור לעיל, מעשים רבים הנתפסים כיום כפליליים הופכים על פי החוק לפעולות טרור. כך למשל, אם ניקח את פרצי האלימות והשחתת הרכוש שליוו חלק מאירועי המחאה החברתית שהתרחשה ב-2011 נמצא כי פעולות אלה עונות על ההגדרה של מעשה טרור (כפי שזה מופיע בחוק: עבירות ממניע אידאולוגי, במטרה לאלץ את הממשלה לעשות מעשה תוך פגיעה קשה ברכוש, בתשתיות או במערכות ושירותים חיוניים אחרים), אך ברור לכל כי יהיה קשה לחשוב על מאורעות אלה כמעשי טרור, על אף המניע הפוליטי-האידאולוגי שעומד ביסודם, ויחד עם זאת הם נופלים ברשת ההגדרות שבחוק המאבק בטרור כפי שמעשי מחאה לגיטימיים עלולים ליפול בה. החשש שמתעורר בהקשר זה נוגע בין היתר בשאלת האכיפה, שהרי הגדרות רחבות אלה יכולות להביא למדיניות "אכיפה" שרירותית אשר בבסיסה מניעים פוליטיים פסולים ולא תכליתיים והוא ישמש, בדומה לכל מערך החקיקה הביטחונית, כעוד כלי לדיכוי חופש הביטוי, המחאה וההפגנה של אזרחי המדינה הפלסטינים. לעניין זה אין זה מופרך לסבור כי מעשים פליליים כגון אלה שהתרחשו במהלך המחאה החברתית יסווגו לכל היותר כמעשי ונדלזים וישארו בתחום הפלילי על אף המניע הפוליטי-האידאולוגי שעומד ביסודם. בעוד הפרות החוק בשולי מחאות של החברה הפלסטינית בישראל, יסווגו כטרור כשבנקל היה ניתן להתייחס אליהן בכלים פליליים רגילים.

13. הגדרות כאלו של "מעשה טרור" מנוגדות לעיקרון החוקיות ולעיקרון שאין עונשין אלא אם כן מזהירין. אחד התנאים למימוש עיקרון החוקיות בישראל הינו שהגדרת העבירה צריכה להיות מפורשת, שכן מצב שבו העבירה עצמה אינה מפורשת די, לא יהיה לציבור האפשרות לדעת מה בדיוק אסור עליו לעשות (ראו: ש"ז פלר **יסודות בדיני העונשין** כרך א 19-14 (1984); ע"פ 53/54 אש"ד, **מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח 785, 790-791 (1954)).

14. נוסף כי עמימות זו בהגדרות מובילה לפגיעה ברורה בחופש המחאה והביטוי, כולל הפוליטי (בג"ץ 73/53 **קול העם נגד שר הפנים**, פ"ד ז 871, 892-893 (1953); בג"ץ 2557/005 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (12.12.06), פסקה 13 סיפא לחוות דעתו של הנשיא ברק), לחירות (בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.02.10); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.10)).

15. אי אפשר להתעלם מהאפקט המצטבר לכלל ההגדרות הרחבות הנ"ל, אשר יביא לפגיעה מוגברת אף יותר, ולבטח מעל לנדרש, בזכויות יסוד של כלל אזרחי המדינה ובמיוחד באזרחי המדינה הפלסטינים כאמור, לרבות הזכות לחירות, לכבוד ולחופש הביטוי וכן יביא לדחיקת עקרונות יסוד במשפט הפלילי. הדברים מקבלים משנה תוקף כמובן בקונטקסט של תושבי מזרח ירושלים הנמצאים תחת כיבוש כאמור.

## פרק ג' לחוק: עונשין

16. חוק המאבק בטרור מונה בפרק ג', סימן א' שורה של עבירות פליליות שלצידן עונשים מחמירים יותר מאשר בחוק העונשין. הקשיים שעולים בפרק זה נשענים על מספר אדנים: ראשית, ההגדרות הרחבות של המונחים "מעשה טרור", "ארגון טרור" ו"חבר בארגון טרור", כפי שהוסבר לעיל, עוברים כחוט השני ביסודות השונים של העבירות המעוגנות בחוק, ועל כן, הקשיים המתעוררים לנוכח רחבותן של הגדרות אלה, כפי שבואר בחלק הקודם, זולגים לחלק זה בחוק ומכתימים אותו. שנית, בהינתן תכליתו המוצהרת של החוק "לתת בידי רשויות המדינה כלים מתאימים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, לשם התמודדות עם איומי הטרור שבפניהם ניצבת מדינת ישראל, וזאת בשל ייחודה של תופעת פשיעה זו..." (ראו: דברי הסבר לסעיף 1 להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015), החוק מרחיב את סל העבירות שנתפשות כעבירות טרור, וכולל בו עבירות ביטוי מובהקות, ובכך פוגע גם בחופש הביטוי החוקתי וגם מעמיד בשורה אחת תחת המטרייה של "טרור" עבירות שיש בצידן נזק רציני ומוחשי ועבירות שהנזק הכרוך בהן לאינטרס המוגן הוא, במקרה הטוב, שולי. המשקל הסגולי של תיוג עבריינות כלשהי כטרוריסטית הינו כה נכבד שמן הראוי להותירה אך ורק למקרים קיצוניים ביותר, במיוחד כאשר חוק העונשין נותן מענה לשאר המקרים אשר אינם נופלים במסגרת הזו, הכל כפי שיפורט להלן:

### עבירות ביטוי:

17. החוק אינו עורך איזון ראוי או מידתי בין חופש ביטוי לגיטימי לבין הפלתו. הבעייתיות שהצבענו עליה בהקשר הספציפי של עבירות הביטוי, עולה באופן הכי מזוקק בסעיף 24 לחוק, שקובע כך:

- (א) העושה מעשה של הזדהות עם ארגון טרור, לרבות בדרך של פרסום דברי שבח, תמיכה או אהדה, הנפת דגל, הצגה או פרסום של סמל, או הצגה, השמעה או פרסום של סיסמה או המנון, באחד מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:
- (1) בפומבי, במטרה להזדהות עם ארגון הטרור;
- (2) בנסיבות שבהן יש אפשרות ממשית שהדבר יביא לביצוע מעשה טרור או עבירה לפי סעיפים 22, 23, 25 או 29.
- (ב) העושה אחד מאלה, דינו – מאסר חמש שנים:
- (1) מפרסם קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור;
- (2) מפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו, ועל פי תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור.
- (ג) העושה אחד מאלה, דינו – מאסר שנתיים:
- (1) מחזיק, לשם הפצה, פרסום כאמור בסעיף קטן (א) שעל פניו מגלה הזדהות עם ארגון טרור, או פרסום כאמור בסעיף קטן (ב);
- (2) נותן שירות לשם הכנה, ייצור פרסום או הפצה של פרסום כאמור בפסקה (1).
- (ד) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על הפרסום האסור לפי הוראות סעיפים קטנים (א) או (ב), אינו מהווה עבירה לפי סעיף זה.
- (ה) לא יוגש כתב אישום לפי סעיף זה אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה.

18. אחד הקשיים העיקריים בסעיף דגן הנו המונחים הרחבים בהם הוא משתמש כגון: "דברי שבח", "אהדה" ו"עידוד". מונחים שהנם, כאמור חובקים עולם ומשאירים מקום לשרירותיות ולפגיעה ממשית בחופש הביטוי. על כך אמד פרופסור קרמניצר כלהלן:

"הקושי הוא שהביטויים 'שבח', 'עידוד', ו'אהדה' הם רחבים ביותר...  
האם אמירה לפיה 'אלמלא האינתיפדה לא היה נכרת הסכם אוסלו' איננה בבחינת אהדה למעשי אלימות? האם תיאור קיפוחו של המיעוט הערבי והקושי או אי-האפשרות לחולל שינוי משמעותי בעניין זה אינו עידוד אלימות? האם תיאור אמצעי הדיכוי הננקטים בשטחים המוחזקים תוך ביקורת חריפה ונוקבת עליהם אינו עידוד כזה? האם מחקר היסטורי המצביע על כך שבמצבים מסוימים לא ניתן להשיג את תשומת לבו של הרוב למצוקתו של המיעוט, אלא תוך שימוש באלימות, הוא עידוד לאלימות? האם התייחסות לקשר שבין מעשיה של הממשלה לבין פעולות טרור אינה מעודדת טרור?  
מדובר בפרסום דברים המצויים בלב התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי"  
מ' קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות' הסתה לגזענות"  
משפטים ל (תשנ"ט-תש"ס) 105, 142).

19. סעיפים אלה נסמכים על הגדרת המונח "מעשה טרור" שבחוק (כמו גם עבירת האיום שתידון להלן). הסתמכות זו מנמיכה את העבירות הללו באותה בעייתיות שעולה מההגדרות, כפי שהובא לעיל. לכאורה, למשל, לנוכח ההכרזה על הפלג הצפוני של התנועה האיסלאמית כהתאחדות בלתי מותרת, שעם כניסתו של חוק המאבק בטרור לתוקף, יראוה כהכרזה קבועה על התנועה האיסלאמית כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק (ראו: סעיף 101(א) לחוק), יוצא כי כל מחאה נגד ההחלטה האמורה, או כל הכרזה אחרת, יכולה להתפרש כהבעת תמיכה או הזדהות עם הארגון המוכרז באופן שמעמיד את היחיד בסכנה של העמדה לדין בגין תמיכה בארגון טרור.

20. יצוין כי ההסדרים שקדמו לחוק המאבק בטרור, לרבות פקודת מניעת טרור (להלן: **הפקודה**), כללו הפללה של ביטוי בדומה להסדרים שאומצו בחוק הנוכחי, ואולם אין לשכוח כי המדובר הוא בפקודה שאינה מתיימרת לאזן כנדרש בין אינטרסים ביטחוניים לבין זכויות אדם וחקיקתה קדמה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא פלא שבית המשפט נדרש להצר את תחולתה על ידי פרשנות המתחשבת בזכויות אדם. כך למשל, סעיף 4(א) לפקודה קבע בזמנו כי "המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי-אלמות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלמות כאלה", הוחל על פרסום דברי שבח למעשי אלימות ערטילאיים. על כן, בדנ"פ 8613/96 **ג' בארין נ' מדינת ישראל**, נד(5) 193 (2000) (להלן: עניין **ג' בארין**), צמצם בית המשפט העליון את תחולתו של הסעיף וקבע כי:

"לשם החלתו של סעיף 4(א) לפקודה אין די בכך שמעשי האלימות המתוארים בפרסום יהיו מן הסוג המאפיין פעילות טרוריסטית, אלא נדרש שהם יהיו מעשים של ארגון כזה. האם סעיף 4(א) חולש על פרסום מהסוג שבו עסקינן, פרסום המשבח ומעודד מעשי

אלימות הננקטים הן על-ידי יחידים והן על-ידי ארגונים טרוריסטיים, ואשר בו עצמו אין כל אינדיקציה, במפורש או במשתמע, פעולות של מי מהם הוא מבקש לעודד ולשבח, וכאשר הדגש בו הוא על מעשי האלימות עצמם, ללא קשר למיחות מבצעים?

...  
דעתי היא, שסעיף 4(א) אינו חולש על פרסום כאמור. הטעם לכך נעוץ בתכליתו של סעיף 4(א). הבהרתי לעיל, שאין תכליתו לאסור פרסום המעודד, משבח או אוהד מעשי אלימות מהסוג המאפיין פעילות טרוריסטית. הוא מיועד, כיתר חלופותיו של סעיף 4, למנוע תמיכה בארגונים טרוריסטיים, וזאת כחלק מהמערך הכולל בפקודה אשר תכליתו לחסל את תשתיתם של ארגונים אלה. על-מנת שפרסום ייכלל בגדר סעיף 4(א) נדרש, לדעתי, שיובן ממנו כי הוא תומך במעשי אלימות של ארגון טרוריסטי.  
עניין ג'בארין, בעמ' 210-209.

21. בעקבות פסק הדין האמור, ביטלה הכנסת את סעיף 4(א) בפקודה, והוסיפה את סעיף 2ד144 לחוק העונשין שעיגן את עבירת ההסתה לאלימות או לטרור שכללה בין היתר פרסום דברי שבח למעשי אלימות או טרור, וזאת תוך סטייה מובהקת מהאיזונים שנקבעו בעניין ג'בארין ואף הפחתה משמעותית של רף ההסתברות שהופיע בסעיף 4(א) מאיסור על פרסומים "העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלמות כאלה", שלפי פרשנות בית המשפט העליון בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, ז' (1) 871 (1953) (להלן: עניין קול העם), המבחן ההסתברותי המתבטא בדיבור "עלול" הינו מבחן הוודאות הקרובה (עניין קול העם, בעמ' 887). בסעיף 2ד144, אומץ מבחן "האפשרות הממשית", שהוא לכל הדעות מבחן מקל סף נמוך יותר, ולפיכך הוא מתיר פגיעה רחבה יותר בחופש הביטוי.

22. חוק המאבק בטרור ממשיך את המגמה האמורה, ומאמץ אף הוא את מבחן "האפשרות הממשית" בסעיף 24(ב)(2) וקובע כעבירה פרסום "דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו ועל פי תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור". בכך מאמץ למעשה המחוקק מבחן הסתברותי שמגן פחות על חופש הביטוי מהמבחן שהופיע בפקודה, ואף מרחיב את קשת המקרים שעליה תחול העבירה, כך שלא תוגבל אך למעשי אלימות של ארגון טרור קונקרטי, כפי שנקבע בעניין ג'בארין, והיא כוללת אף דברי שבח למעשי טרור ערטילאיים.

23. כך למעשה, החוק כולל בשורת עבירות הטרור גם עבירות ביטוי שהנזק שיכול להיגרם מהן לא רק שאינו מיידי וקרוב, אלא כזה שקיימת סבירות גבוהה לגביו שלעולם לא יתממש.

24. יתרה מכך, גם עיקרון המידתיות אינו מתקיים, על שלושת מבחניו. אין קשר רציונאלי בין התכלית הביטחונית לבין הפגיעה בחופש הביטוי, וזאת משום שהסדריו חולשים גם על ביטויים שאינם מותנים בהתרחשות נזקים קונקרטיים, קרובים ומוחשיים. בנוסף, הפגיעה אינה הפחותה בחומרתה מבין שלל האפשרויות הקיימות לשם מימוש התכלית של מניעת טרור. אך יותר מכל,

הנזק ליחיד שמורשע בעבירת ביטוי שמוגדרת כעבירת טרור ולזכויותיו עולה באלפי מונים מהתועלת היחסית שבקידום התכלית של התמודדות עם תופעת הטרור ומניעת נזקיו המידיים.

25. דין סעיף 27 לחוק דומה. סעיף 27 קובע כי "המאיים לבצע עבירה שהיא מעשה טרור, מתוך מניע ומטרה כאמור בפסקאות (1) ו-(2) להגדרה 'מעשה טרור', דינו – מאסר שבע שנים". ניכר הוא כי גם סעיף זה מביא לפגיעה קשה בחופש הביטוי, וזאת, בין היתר, לנוכח הבעייתיות הטמונה בהגדרה הגורפת של "מעשה טרור". כמו כן, בשונה מסעיף האיום שבחוק העונשין הקובע עונש של 3 שנות מאסר ואשר דורש כוונה להפחיד או להקניט אדם, ובניגוד לפסיקה העליונה שקבעה שכדי לבחון אם אכן הדברים הינם בגדר איום, יש לבדוק את המטרה האובייקטיבית של האמירה ולעמוד על כך שמדובר באיום מובהק (לעניין מבחני טיב האיום ראו: ע"פ 103/88 משה ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373 (1989) וע"פ 6368/09 מתן זקן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.7.2010), סעיף 27 לחוק אינו נוקט בשום נוסחה לבדיקת ממשיות האיום ואת מידת הכוונה של אותו אדם מאיים, ואף על פי כן נקבע בו עונש חמור של שבע שנות מאסר שיכול לחול בעיקרון על איומי סרק או ביטוי פזיז שיכול להתפרש, בשגגה, כאיום.

#### החמרת הענישה:

26. מגמת החמרה בענישה שחולשת על החוק כולו מייצרת מקרים אבסורדיים. החוק במקרים רבים מבקש להחמיר את הענישה בעבירה קיימת לנוכח המניע של העבירה. יכול הרי שלתקיפה על יסוד איבה אישית ולתקיפה על רקע דתי, לאומני או אידיאולוגי באופן שהופך אותה ל"מעשה טרור", יהיה נזק זהה, ועדיין החוק מתייחס לשני המקרים בצורה שונה לנוכח עיקרון החמרה בענישה שמופיע בסעיף 37 לחוק בזו הלשון:

העובר עבירה שהיא מעשה טרור, למעט עבירה כמפורט להלן, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה אך לא יותר מ-25 שנים:  
(1) עבירה לפי חוק זה;  
(2) עבירה לפי סימן ב' או סימן ד' לפרק ז' לחוק העונשין;  
(3) עבירה שדינה מאסר עולם חובה.  
(ב) על אף האמור בסעיף 41 לחוק העונשין, העובר עבירה שהיא מעשה טרור שדינה מאסר עולם, ולא נקבע שהוא עונש חובה, דינו – מאסר 30 שנים.  
(ג) החמרת הענישה לא תחול על העונש המזערי הקבוע לעבירה.  
(ד) קבע בית המשפט כי אדם ביצע עבירה שהיא מעשה טרור או הרשיע אדם בעבירה כאמור, יציין זאת בפסק דינו.

27. לא רק זאת, אלא שלפי סעיף 26 לחוק, מי שבין היתר לא פועל באופן סביר למנוע עבירה מסוג פשע שהיא מעשה טרור, דינו מאסר שלוש שנים, וזאת להבדיל מהעבירה הרגילה של אי מניעת פשע בסעיף 262 לחוק העונשין, שהעונש בצידה הינו שנתיים בלבד. כידוע, תכליתה של הפללת אי מניעת פשע בד"כ היא למנוע את הנזק שיכול להיגרם כתוצאה מביצוע העבירה. כפי שניתן לראות מההבחנה בעונש בין שני הסעיפים האלה מחדלו של הנאשם למנוע את התקיפה במקרה מסוים נתפש בעיני החוק חמור יותר ממחדל למנוע תקיפה אחרת, כשההבדל היחיד בין שני המקרים



הוא המניע של התוקף ולא האובייקט הפיזי החברתי המוגן. לשוני בהתייחסות אין כל הצדקה תכליתית.

28. מגמת החמרה הגורפת אינה חוקתית לנוכח גורפותה. לפי החוק, יכול שעבירה פלילית עם נזק שולי תלווה בעונש חמור יותר בגלל המניע האידיאולוגי שלה מעבירה פלילית שבצידה נזק עצום, שהמניע לה אינו נופל בשורת המניעים שבהגדרה של "מעשה טרור". לא רק שזה הופך את עיקרון ההחמרה הקטיגורי ללא ראוי אלא גם ככזה שאינו רציונאלי. הגורפות שמאפיינת אותו מלמדת על כך שעניינו באמצעי שהפגיעה הנגרמת ממנו לזכויות הנאשמים, ובעיקר לזכות לשוויון בפלילים, עולה על הנדרש.

### פרק ד' לחוק: עצור בעבירת ביטחון חמורה – הוראות מיוחדות

29. חוק המאבק בטרור קובע שורה של הסדרים פרוצדוראליים ייחודיים בעניינם של עצורים החשודים בביצוע עבירות ביטחוניות, כהגדרתן בחוק. עד לחקיקתו, חלקים מסוימים מהסדרים אלה עוגנו בחקיקה זמנית, ואולם עתה הם מעוגנים בחוק קבוע. הסדרים אלה מתעלמים מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, תוך התעלמות מוחלטת מזכויות החשודים כפי שאלה עוגנו ופותחו בפסיקות בית המשפט העליון, בייחוד לאחר קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות הזכות להליך הוגן, הזכות לחירות, הזכות לגישה לערכאות, הזכות להיוועצות עם עו"ד, הזכות לשוויון, וכן זכות העצור להיות נוכח בהליכי מעצרו (ראו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פד"י סג(3) 500, 529 (2010) (להלן: **עניין פלוני**)). כידוע, הזכות להליך הוגן, כוללת שורה רחבה של זכויות, כולל "זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות [...]..." (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 פס' 66 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 04.05.2006) (להלן: **עניין יששכרוב**). הסדרים אלה חורגים אף מהאיזונים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה ומעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן **חוק המעצרים**), שבין כה גם הם בעייתיים.

30. כך, בין היתר, מאפשר החוק להשהות הבאת עצור בפני שופט עד 96 שעות, מאפשר קיומם של דיוני מעצר, הליכי עיון חוזר וערר בהעדרו של החשוד ללא נוכחותו ואף לא להביא לידיעתו את ההחלטות בעניינו. כמו כן מאפשר החוק להאריך את מעצרו של חשודים לתקופות ארוכות יותר מאלו הנהוגות בדיני מעצרים הרגילים. קיום החקירות ודיוני המעצרים במתכונת החוק מהווה קרקע פורייה להתנהלות בלתי חוקית בחקירה שיכולה להסתיים בהודאות שווא שחולצו מפייהם של חשודים בעת שהיו במצב בידוד ממושך, תחת לחצים והרחק מעניני הפקוחות של בית המשפט. להלן פירוט עמדתנו כלפי ההסדרים הספציפיים והעיקריים של החוק בנושא הליכי מעצר וחקירה.

31. בעוד שחוק המעצרים קובע כי יש להביא עצור בפני שופט לאחר 24 שעות ממועד ביצוע המעצר (ובמקרים חריגים תוך 48 שעות), חוק המאבק בטרור מחריג חובה זו ומאפשר דחיית הבאתו של עצור בעבירת ביטחון לתקופה מצטברת של 96 שעות.

32. על פי הסעיף 46 לחוק, רשאי הקצין הממונה לעכב את הבאתו של עצור בפני שופט לתקופה של 48 שעות "אם שוכנע כי הפסקת החקירה לצורך הבאת עצור בעבירת ביטחון חמורה לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה". סמכות דחייה של 24 שעות נוספות ניתנת לקצין הממונה, באישור ראש אגף החקירות בשב"כ, ככל וייקבע כי "הפסקת החקירה... עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם". בנוסף לאלה, נתונה סמכות דחייה ב-24 שעות נוספות לבית המשפט, על פי בקשה של ראש השב"כ ובהסכמת היועמ"ש, אם ימצא כי הבאת העצור "לפני שופט עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם". על פי החוק, דיון כאמור בבית המשפט יתנהל שלא בנוכחות העצור.

33. לעומת זאת, סעיף 30 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה מעצרים), התשנ"ו – 1996 (להלן: "**חוק המעצרים**") מאפשר השהיית הבאתו של עצור למשך 48 שעות אך ורק לצורך ביצוע פעולת חקירה דחופה שאינה סובלת את הדיחוי. יוצא אפוא, כי הרף הנדרש כדי להשהות את הבאתו של עצור בעבירות ביטחון על פי סעיף 46 לחוק המאבק בטרור ל-48 שעות הינו נמוך משמעותית מהרף הנדרש בהליכים פליליים רגילים. די בכך שהבאת העצור בפני שופט תפגע פגיעה ממשית בחקירה, ואין דרישה שההשהייה נדרשת על מנת לבצע פעולה חקירה דחופה שאינה סובלת דיחוי. בהקשר הזה משתמע, כי עצם קיום ההליך השיפוטי נתפס כמפריע לפעולת החקירה. אמנם בסעיפי המשנה (2) ו-(3) לסעיף הנ"ל קיים אלמנט נוסף של סיכול מניעת פגיעה בחיי אדם, אך גם כאן הנחת הפגיעה בחקירה נובעת מעצם קיום ההליך השיפוטי.

34. ההסדר שבסעיף 46(א) לעיל, המאפשר השהיית הבאתו של עצור בפני בית המשפט לשם קיומו של פיקוח שיפוטי על המעצר עצמו, מהווה פגיעה בזכותו החוקתית של העצור לחירות ובזכותו להליך הוגן (בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג (5) 241, עמ' 262 (1999); בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נד(2) 349, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003). ההשהייה האמורה חוטאת לאחד היסודות החשובים ביותר בהליכי המעצר, והוא יסוד הביקורת השיפוטית שמשמשת אמצעי להגנה מפני מעצר שרירותי ותנאי הכרחי למניעת פגיעה בלתי מוצדקת בזכות לחירות (רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל אביב פ"ד נב(1) 697, 715; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נד(2) 349, 368 (2003); בג"ץ 2320/98 **אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נב(3) 346, 350 (1998)).

35. בעניין **צמח** פסל בית המשפט העליון הוראה, שאיפשרה מעצר חיילים ללא ביקורת שיפוטית למשך 96 שעות, תוך שנקבע כי "מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר

של פגיעה בחירות האישית. מעצר כזה, להבדיל ממאסר, אינו מוטל על-ידי בית-המשפט, לאחר הליך שיפוטי, כעונש על ביצוע עבירה. הוא מוטל על-ידי רשות מינהלית על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, על יסוד חשד בלבד. " (בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 262 (1999)).

36. כפי שצוין לעיל, אף תכליתו של סעיף 46(א) אינה ראויה. התכלית לאפשר חקירה רציפה ולזמן ממושך של עצור, תוך כדי ניתוקו המוחלט מן העולם החיצון, תוך כדי מניעת ביקורת שיפוטית על המעצר ואופן ניהול החקירה, ותוך כדי פגיעה חמורה בזכויות יסוד חוקתיות של עצורים, מהן מתעלם הסעיף כליל, אינה יכולה להיחשב לתכלית ראויה (חבע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 342 (1995). ראו עוד: בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44, 75-78 (2012)).

37. למעלה מן הצורך נבהיר, כי הפגיעה האמורה איננה עומדת במבחני המידתיות, שכן הביקורת השיפוטית בהליכי מעצר אינה בבחינת אבן נגף בניהול החקירה, מדובר באמצעי גורף ביותר אשר אין התועלת ממנו, ככל שהיא קיימת בכלל, יכולה להצדיק פגיעה כה מוחלטת בזכויות עצורים.

#### הארכה של תקופת המעצר המקסימאליות:

38. סעיף 17(א) לחוק המעצרים קובע, כי אם ציווה שופט על מעצרו של חשוד בנוכחותו, לא תעלה תקופת המעצר על 15 ימים. סעיף 47 לחוק מותח את התקופה בה ניתן להאריך את מעצרו של עצור בעבירות ביטחון עובר להגשת כתב אישום על ידי שופט. החוק מסמיך את שופט המעצרים להאריך את המעצר ב-20 ימים, ולהאריך תקופת אלה מעת לעת ב-15 ימים נוספים. על פי חוק המאבק בטרור, התקופה המקסימאלית להחזקת עצור בעבירת ביטחון לפני הגשת כתב אישום תהא 35 ימים – 5 ימים נוספים על מכסת הימים הניתנת בעבירות שעליהן חל חוק המעצרים.

39. הסדר זה מאריך את התקופה בה ניתן לחקור חשוד במעצר ללא ביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית תכופה חשובה היא על מנת לקיים פיקוח יותר הדוק על החקירה ובכך להגן על חירותו של האדם, על כבודו ועל שלמות גופו. תכליתו של הסדר זה איננה ראויה כלל ועיקר, לא רק מחמת התעלמותה הטוטאלית מזכויותיו של העצור, אלא מאחר והיא מקדמת תכלית פסולה ממש המבקשת להרחיק את החשוד מעיני בית המשפט מתוך תפיסת הביקורת השיפוטית כמכשול בפני החקירה. כמו כן, מתיחת התקופה המקסימאלית להחזקת עצור על פי חוק המאבק בטרור במעצר עובר להגשת כתב האישום איננה מידתית. הפגיעה בזכויותיו של החשוד, בייחוד זכותו לחירות, עולה על הנדרש בנסיבות העניין ועל כן אינה יכולה לצלוח את מבחן המידתיות.

#### קיום דיוני מעצר ללא נוכחותו של העצור

40. חוק המאבק בטרור מסמיך את בית המשפט לנהל דיון בהארכת מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון (סעיף 48 לחוק), דיון מקדמי בשאלת קיומה של עילה לעיון חוזר שהוגשה לפי סעיף 52 לחוק המעצרים (סעיף 40 לחוק), וכן דיון בערר על החלטה בהארכת מעצר (סעיף 50 לחוק), ללא נוכחות העצור, אם השתכנע כי קיימת בהפסקת החקירה והבאת העצור לדיון בבית המשפט אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. בנוסף לכל אלה, סעיף 51 לחוק מסמיך את בית המשפט להורות על אי הבאת ההחלטה שנתקבלה בהיעדרו של העצור לידיעתו, לרבות החלטה על הארכת מעצר והחלטה בדיון המקדמי בשאלת קיומה של עילה לעיון חוזר, אם שוכנע כי יש בכך כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.

41. למותר לציין כי שורת הוראות אלה פוגעת פגיעה אנושה בזכותו של העצור – וזכות יסוד חוקתית היא – להיות נוכח בהליכי מעצרו, כפי שזו השתרשה בפסיקת בית המשפט העליון, ובייחוד בעניין **פלוני** בו פסק בית המשפט העליון בדבר אי חוקתיותו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון)(הוראת שעה), התשע"ו-2015 (להלן: "הוראת השעה"). אמנם הוראת השעה תוקנה לאחר פסק הדין בעניין **פלוני**, ואולם היא נותרה מנוגדת להלכה שנקבעה בו. בעניין **פלוני**, קבע בית המשפט העליון כי קיום דיונים במעצר ללא נוכחותו של העצור הנו בלתי חוקתי. על כן הורה על ביטולו של הסעיף הרלוונטי (סעיף 5 דאז) להוראת השעה. אמנם בפסק הדין הביעה כב' השופטת (כתוארה אז) נאור את דעתה, כי ניהול דיון כאמור בהעדר העצור הנו מוצדק, במקרים בהם נוכחות העצור בדיון עלולה, בדרגה של ודאות קרובה, לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם (פסקה 4 לחוות דעתה), אך דעה זו הייתה בבחינת הערה אגבית שלא נתמכה על ידי רוב שופטי ההרכב אשר סברו כי גם במקרים כאלה אין הסעיף האמור עומד במבחני המידתיות. כב' השופטת ביניש הבהירה לעניין זה, כי "ניתן למצוא פתרון למקרים נדירים אלה במענה משפטי, ולו חלקי, הקיים בהסדרים אחרים."

42. נציין בהקשר הזה, כי צמצום העילות ופרקי הזמן לעניין זה אין בו כדי לרפא את הפגם החוקתי והערכי הקיים ביסוד הרעיון לקיים דיון במעצרו של אדם ללא נוכחותו. כך נקבע בעניין **פלוני**, כי "הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן, ועל כן היא זכות חוקתית מוגנת לפי חוק היסוד." (עניין **פלוני**, פסקה 17 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין).

43. נוכחותו של החשוד מתבקשת במיוחד וביתר שאת נוכח מכלול ההוראות הנוגעות לשלבי החקירה הראשוניים של חשודים בעבירות ביטחון. מניעת נוכחותו של העצור, בצירוף מניעת המפגש עם סניגוריו, יש בה כדי לסכל קיומה של כל ביקורת שיפוטית אפקטיבית (עניין **פלוני**, פסקה 31 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם חוות דעתם של השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין, ארבל וג'ובראן).

44. יצוין בהקשר זה, כי בעוד שההוראה אותה פסל בית המשפט העליון בעניין **פלוני** הייתה מעוגנת בהוראת חוק זמנית, שבינתיים נחקקה שוב ושוב בשינויים מינוריים אשר התבססו על אמירות אגביות שהובאו בדעת היחיד של השופטת נאור (ככינייה אז), עתה מעוגנת היא בהוראות חוק

המאבק בטרור כהוראת חוק קבועה, וזאת על אף אי-חוקתיותה המובהקת שנותרה בתוקף על אף הניסיון ליצור הסדר בעל איזונים שונים.

45. הדברים הנ"ל מתבקשים גם מכוח עקרון אחידות הדין, כולל סדרי הדין בפלילים הנובע מעקרון שוויון הכל בפני החוק. דהיינו סדר דין פלילי המחוייב מעקרונות חוקתיים כגון הגינות ההליך הפלילי, שחל על עבירות כמו רצח חייב להיות גם על עבירות אחרות גם אם הן מוגדרות כעבירות טרור. עקרון זה הוליד את מדיניות אחידות הענישה בפלילים. ניתן להקיש לענייננו גם מהאמור בעניין **מרכז הקבלנים**, בו קבע כבוד השופט (דאז) ברק, כי "האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבד של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלבד של הסכם, היא חייבת לפעול על פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור." (בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד(3) 725, 747 (1980)). דברים דומים נאמרו בהקשר של דיני הנזיקין על כב' הנשיא דאז, ברק בעניין **עדאלה** (בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון (פורסם במאגרים משפטיים)) (2006).

#### ראיות חסויות ופגיעה בזכות הגישה לערכאות:

46. חוק המאבק בטרור מאפשר שימוש נרחב ביותר בראיות חסויות ובמידע חסוי – שימוש אשר עומד בניגוד מוחלט לעקרונות יסוד חוקתיים. כידוע, בהליכים פליליים רגילים, ראיות חסויות אינן קבילות בערכאות השיפוטיות ועל כן אינן יכולות לעמוד ביסוד החלטה בעלת אופי שיפוטי שיש בה כדי לשנות את מערך הזכויות והחובות המשפטיות שבה (ראו סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות), לרבות החלטה בדבר הרשעה בפלילים, וזאת מאחר שבפני בעל העניין אין אפשרות ממשית להתמודד עם ראיות חסויות ולהתגונן מפני הנאמר בהן. אף על פי כן, חוק המאבק בטרור קובע בצמתים שונים סמכויות נרחבות לשימוש במידע חסוי שאינו נחשף לעיני בעל העניין, וקובע לכל היותר, וככל שהדבר מאפשר, כי ניתן להעביר לידי פרפראזה על החומר שנקבע לגביו החיסיון. כך למשל, בית המשפט רשאי, על פי סעיף 65 לחוק, לסטות מדיני הראיות ולהסתמך על ראיות חסויות בהליך שיפוטי שנוגע להחלטת שר הביטחון להורות על תפיסה מינהלית או חילוט של נכסים מסוימים על פי סמכויותיו בחוק.

47. דוגמא נוספת מופיעה בפרק ב' לחוק, שמסדיר את הפרוצדורה של ההכרזה על ארגון טרור ועל פעיל טרור. סעיף 9 מאפשר, למעשה, לוועדה המייעצת – ועדה בעלת אופי שיפוטי ושורה של סמכויות עצמאיות וסמכויות ייעוץ למקבלי החלטות אחרים ביחס לנושא ההכרזה על גופים כארגוני טרור – לקבוע חיסיון לגבי המידע שהוצג לפניו אם יש בו כדי לפגוע באינטרסים שלמדינה עניין בשמירה עליהם. עם זאת, בניגוד להוראות חיסיון אחרות בדין הישראלי, החוק מאפשר לוועדה להסתמך על מידע חסוי ולקבל על יסודו החלטות אופרטיביות שמשליכות באופן ישיר על מעמדם של פרטים ושל ארגונים.

48. ההחלטות שתתקבלנה על ידי הוועדה המייעצת והמלצותיה לבעלי תפקידים, כפי שמוסמכת היא לעשות על פי חוק, אינן מצטמצמות אך ורק לפן המינהלי של תהליך ההכרזה, אלא זולגות הן אף להליך הפלילי שיכול להתקיים נגד יחידים הנמנים על ארגון שהוכרז לגביו שהוא ארגון טרור. כפי שנאמר לעיל, עמידה בראש ארגון טרור או חברות בו הן בגדר עבירות פליליות לפי החוק, שפליליותן נשענת על החלטת ההכרזה שניתנת על ידי או בהמלצת הוועדה המייעצת על יסוד מידע חסוי. ההתבססות על מידע חסוי לשם הקביעה שמדובר בארגון או בפעיל טרור על ידי הוועדה המייעצת או כל מקבל החלטה אחר לצורך העניין, מאיינת את יכולתו של הפרט להתגונן בפלילים או כנגד כל אמצעי מינהלי שיכול להינקט נגדו.

49. לא רק זאת, אלא שסעיף 19 שבחוק מפקיע מיחידים ומארגונים שהוכרז לגביהם כי הם פעילי או ארגוני טרור, לפי העניין, את הזכות להביא את טענותיהם כנגד ההכרזה בפני בית המשפט, בין אם במישרין ובין בעקיפין במסגרת התגוננות בהליך פלילי. הסעיף קובע כי "בכל הליך משפטי, לרבות הליך משפטי לפי חוק זה, לא יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור או פעיל טרור, לפי העניין, או לטענה שעניינה בטלותה של הכרזה על ארגון טרור או על פעיל טרור...". בכך פוגע הסעיף בזכות להליך הוגן, וזאת מאחר והוא מצמצם בצורה ניכרת את היכולת של יחידים וארגונים שיכול ונעשה להם עוול להביא את עניינם כטענת הגנה בפני בית המשפט במסגרת ההליך הפלילי. לא זו אף זו: בעניין זה, החוק מהווה נסיגה מהמצב הקיים, בו נאשם רשאי להתגונן בהליך הפלילי באמצעות תקיפה עקיפה על ההכרזה מכוח תקנות ההגנה.

50. הבעייתיות העיקרית בהקשר זה היא יצירת הליך שנעדרים ממנו האלמנטים המינימאליים של הליך הוגן וישנה למעשה עקיפה בוטה לעיקרון היסוד בפלילים לפיו אין מרשיעים אדם על יסוד מידע שאינו נחשף אליו ובזכות להליך הוגן, ובזכות להתגונן. הפרוצדורה הסבוכה שמשתרעת על פני מספר רב של סעיפים מובילה בסופו של דבר לכך שישנה הסתמכות מוחלטת על סיווג יחידים וארגונים כארגוני טרור על ידי גוף מינהלי במסגרת ההליכים המשפטיים שיכולים להתקיים כתולדה של אותו סיווג. כך יוצא שההגבלות המוטלות על יכולתו של יחיד המואשם בחברות בארגון טרור, למשל, כפולות ומכופלות הן. מלכתחילה הסיווג במסגרת הרשות המינהלית המוסמכת נשען על חומר חסוי ומטבע הדברים האפשרות לאתגר אותו כמעט ואיננה אפשרית, ואם לא די בכך, הרי שעל יסוד אותה הכרזה ניתן לבוא בחשבון עם יחידים ולהעמידם לדין, מבלי שנתונה להם האפשרות לשכנע את בית המשפט שההכרזה שגויה, ובכך נותר בית המשפט מחויב להכרזה ולכל המשתמע ממנה, לרבות משמעויותיה ביחס להאשמתו בפלילים של מי שהיה חבר באותו ארגון. בכך למעשה מכניס החוק את פרקטיקת השימוש במידע החסוי מדלתו האחורית של אולם בית המשפט.

51. סעיף 9 ה"ל, שמתיר קבלת הכרעות בעלות אופי שיפוטי על יסוד מידע חסוי, פוגע בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי ומעניק, הלכה למעשה, פטור למדינה המאשימה מלכוחיח את החלק העובדתי

שביסוד כל עבירה פלילית (לעניין היסוד העובדתי שבעבירה ראו: ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א) (תשמ"ד) עמ' 371).

52. הסעיף הנ"ל פוגע גם בזכות להליך הוגן ובזכויות חוקתיות נוספות הנגזרות מעצם סיווג גוף או אדם כארגון או כפעיל טרור, לפי העניין. בהקשר זה, בעניין **יששכרוב** עמדה הנשיאה (דאז) ביניש על תוכנה של הזכות להליך הוגן, הכוללת "את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות." (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, 541 (2006)). הפגיעות הנגרמות לזכויות אלה אינן לתכלית ראויה כלל ועיקר, שהרי כל תכליתן היא להסתיר מן הנאשם מידע חיוני לניהול הגנתו. כמו כן, גורפותן של הוראות אלה והנזק הטמון בהן, הן לזכויות והן לאינטרסים ציבוריים כלליים, מובילים למסקנה כי ענייננו אף בסעיף בלתי מידתי. דין דומה לסעיף 19 המונע העלאת טענות נגד ההכרזה בבית המשפט, ולמעשה מפקיע מידי נאשמים טענת הגנה חשובה, ומבית המשפט את אחת הסמכויות העיקריות שלו, שבחשיבותה לא ניתן להפריז, וכפי שנאמר על ידי הנשיא (דאז) ברק:

"המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק (ראו *Brogan v. United Kingdom* (1988) 11 ECHR 11, 134). היא מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר"

בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349, 368 (2003)

53. ביטולה של המעורבות השיפוטית אינה לתכלית ראויה, שהרי מיועדת היא לפגוע בנאשמים ולצמצמם את זכויותיהם ללא כל הצדקה שניתן לעגנה בשיקול לגיטימי. כמו כן, גם עיקרון המידתיות מופר בהקשר זה, שכן המדובר הוא בהוראה גורפת שהנזק הנגרם ממנה לנאשמים עולה על התועלת, ככל שניתן לדמיין את קיומה, העולה ממנה.

54. לבסוף נזכיר, כי עצור החשוד בעברות ביטחון זכאי לכלל ההגנות החוקתיות החלות על חשודים בתור שכאלה. ההליך הינו פלילי במהותו והזכויות וההגנות המוקנות לחשוד בפלילים תקפות גם לגבי חשוד בעבירות ביטחון. מעמדו כחשוד הוא הרלוונטי לצורך מערך זכויותיו, ולא אופי העברות המיוחסות לו (ראו פסקה 256 לפסק הדין בעניין **פלוני**).

55. כאמור, קיימים הסדרים אחרים שחלים על חשודים בעבירות ביטחון שמעצימים את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויותיהם להליך הוגן ובאינטרס הציבורי בהבטחת ריסון רשויות החקירה לבל יפעלו שלא כדין בתורם אחר סגירת תיקים. כך למשל, סעיף 35 לחוק המעצרים יוצר חריג לזכות ההיוועצות בעניינם של עצורים בעבירות ביטחון ומאפשר דחיית מפגש עם עורך דינו לתקופה

מצטברת של עד 21 ימים. על פי סעיף 35(א), הקצין הממונה רשאי לדחות פגישה כאמור אם לדעתו יש בה כדי "לשבש מעצרים של חשודים אחרים"; "עלולה להפריע לגילוי ראיה או תפישתה, או לשבת את החקירה בכל דרך אחרת"; או אם "מניעת הפגיעה דרושה כדי לסכל עבירה אחרת או כדי לשמור על חיי אדם". סעיף 35(ג) מגביל את הדחייה האמורה על ידי הקצין לתקופה מקסימאלית של 10 ימים. הארכת תקופת המניעה מעבר ל-10 ימים יכולה להתבצע על ידי נשיא בית המשפט המחוזי על יסוד בקשה שהוגשה באישור היועמ"ש, בתנאי שסך התקופות לא יעלה על 21 ימים. הדיון בערר על החלטת הקצין בדחיית הפגישה שיתקיים בפני נשיא בית המשפט המחוזי והדיון בבקשת ההארכה בפני נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו יתקיימו, על פי סעיפים 35(ד) ו-ה) שלא בנוכחות העצור. לסעיף זה, מוסיף חוק המאבק בטרור את סעיף 52, שמאפשר הגבלת ייצוגם של העצורים בעבירות ביטחון בכך שהוא מעניק סמכות לראש מחלקת חוקרים בשב"כ או קצין משטרה בדרגת ניצב ומעלה, למנוע פגישה של עורך דין מסוים עם מספר עצורים באותו עניין, בין אם הוא מבקש להיפגש עמם ובין אם העצורים ביקשו להיפגש עימו, וזאת אם שוכנע כי הפגישה של אותו עורך דין עם מספר עצורים עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה. בהקשר זה, מיותר יהא להכביר במילים על חשיבותה של זכות ההיוועצות. בהקשר זה, עמד בית המשפט על התכליות המרובות שההיוועצות עם עורך דין מקדמת, שהרי באמצעותה ממומשות יתר הזכויות הנתונות לעצורים בשלבי החקירה, ויש בנוכחות עורך הדין בשלבים אלה כדי לשמש כגורם מפקח, לצד בית המשפט, על התהליך כולו (לזכות ההיוועצות בעו"ד ראו: ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.6.2009)) (להלן: **עניין אלזם**).

56. בנוסף להסדרים אלה, חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) פוטר את רשויות החקירה מתיעוד חקירותיהם של חשודים בעבירות ביטחון באמצעים חזותיים וקוליים. במועד כתיבת דו"ח זה הוראת פטור זו מעוגנת בהוראת שעה זמנית, ואולם על פי תזכיר חוק שהופץ על ידי משרד המשפטים, ישנה כוונה להפוך הוראה זמנית זו להוראה קבועה. יצוין כי שאלת חוקתיותו של הפטור האמור מונחת על שולחנו של בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 5014/15 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לביטחון פנים**.

57. בית המשפט העליון נתן את דעתו לעניין האפקט המצטבר של הפגיעות הנגרמות מכוח תחולה מקבילה של הוראות אלה כשבחן את חוקתיותו סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: **הוראת השעה**). הוראת השעה שאותגרה בבית המשפט קבעה הסדרים דומים לזה השוכן בחוק המאבק בטרור שהוצג לעיל, ואולם השוני בין שתי ההוראות הוא בכך שהוראת השעה, כפי ששמה מעיד, זמנית היא, בעוד שההוראות המעוגנות בחוק המאבק בטרור הן קבועות. כמו כן, מהוראת השעה שנידונה בבית המשפט נעדרה דרישת הוודאות הקרובה שהוספה אליה במסגרת התיקון שהגיע בעקבות ביטול סעיף 5 על ידי בית המשפט (בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פד"י סג(3) 500, 540 (2010)).



לאור כל האמור לעיל, הנכם מתבקשים בזאת לפעול לביטול החוק דן או לעריכת שינויים מהותיים בו שיגבירו את השמירה על זכויות יסוד של עצורים ועקרונות המשפט הפלילי.

בכבוד רב,

פאדי ח'ורי, עו"ד

נדים שחאדה, עו"ד