

## תקציר

### כללי

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

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

### הגדרת העברה בהצעת החוק ומרחב ההפללה שהיא מאפשרת

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

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

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

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

### ניתוח העברה בפרספקטיבה חוקתית

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

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

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

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

### ניתוח של העברה בראי עברות דומות במשפט הפלילי

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

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

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

### המצב במשפט המשווה

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

### המלצות

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

יש לכלול את השינויים שלהלן:

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

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