



הנדון: הצעת חוק המאבק בטרור (תיקון – הזדהות עם מבצע עבירת טרור מסוג המתה) התשפ"ג-2023 – תגובה להצעת נוסח מטעם היו"ר

אנו מתכבדים להגיב לנוסח הצעת חוק המאבק בטרור (תיקון – הזדהות עם מבצע עבירת טרור מסוג המתה) התשפ"ג – 2023, שהופץ לקראת הדיון שיתקיים ביום 17.9.24 בוועדת החוקה חוק ומשפט, לקראת אישור לקריאה שניה ושלישית.

אנו מבקשים להתנגד להצעה.

ההצעה כוללת, בין השאר, תיקון שלא הופיע במהלך הדיונים לקראת קריאה ראשונה, תיקון שיפגע בצורה אנושה בחופש הביטוי: הקניית סמכות למשטרה לפתוח בחקירות בעבירות ההסתה לטרור **ללא אישור הפרקליטות**, בניגוד להנחיות פרקליט המדינה שחלות כיום.

אם יאושר, התיקון יאפשר שיטפון של חקירות סרק ומעצרי שווא, על סמך פרשנויות של שוטרים להתבטאויות של אזרחים. לא בכדי, בעבירות ביטוי, יש צורך בגורם מתכלל, המאפשר מדיניות אחידה, בעלת מומחיות וראייה מערכתית רוחבית, ומכאן הצורך באישור הפרקליטות לפי הנחיה 14.12 בהנחיות פרקליט המדינה. מעבר לכך, ההצעה מרחיבה את האיסור על הסתה לטרור שלא לצורך, ועלולה להפיל התבטאויות רבות שאין בהן כל יסוד של חומרה מיוחדת ושאינן בהן פוטנציאל סכנה שמצדיק הפללה של ביטוי.

מובן כי המאבק בטרור הוא מאבק מוצדק וחשוב מאין כמוהו, ואף ביתר שאת מאז הטבח המזעזע שבוצע על ידי חמאס ב-7.10.23. עם זאת, מכך לא נובע שיש לעבור למשטר של אכיפת יתר כנגד התבטאויות מקוממות או מכעיסות, שאין בהן את אותו נזק מיוחד הבא לידי ביטוי באיזונים שהוכנסו לעבירות הביטוי בחוק המאבק בטרור. בייחוד שאין שום צורך אמיתי בתיקון וכל תכליתו היא מתן אור ירוק לחקירות ומעצרי שווא.

להלן עמדנו ביתר פירוט:

באשר לביטול הצורך באישור הפרקליטות לפתיחה בחקירה בעבירות הסתה לטרור

1. לפי הדין הקיים, שמעוגן בהנחיות פרקליט המדינה (הנחיה 14.12)¹, על מנת לפתוח בחקירה בעבירות הסתה (כמו כל עבירות הביטוי) יש צורך באישור הפרקליטות.

לפי ההצעה:

אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יוחנן פלסנר
נשיא

ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

- עו"ד ליאת אהרנסון
- אלי גרונד
- פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
- ד"ר חן ליכטנשטיין
- מזל מועלם
- שגריר לשעבר סלי מרידור
- פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א
- עו"ד אבי פושר
- ד"ר מיכל צור
- יוסי קוצ'יק

המועצה הבינלאומית

- פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
- השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
- אן אפלבוואם, ארה"ב
- פרופ' ורונן בוגדנוב, בריטניה
- השופטת דורית ביניש, ישראל
- השופט סטיבן בריי, ארה"ב
- ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
- פרופ' משה הלברטל, ישראל
- פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
- פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
- פרופ' כריסטוף מרקושיץ, גרמניה
- ד"ר שרון נריאן, ארה"ב
- השופט אברהם סופר, ארה"ב
- ברט טפנס, ארה"ב
- פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
- פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב
- פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
- פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

- פרופ' סוזי נבות, מחקר
- פרופ' קרנית פלוג, מחקר
- ד"ר ישי [ג'סי] פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

- פרופ' איתי אטר
- פרופ' תמר הרמן
- פרופ' נתן זוסמן [אורח]
- פרופ' עמית כהן
- מר תומר לוטן [אורח]
- פרופ' יותם מרגלית
- פרופ' דניאל סטמון
- פרופ' בני פורת
- פרופ' מרדכי קרמניצר
- פרופ' גדעון רהט
- ד"ר תהילה שורץ אלטשולר
- פרופ' יובל שני

מייסדים

- ד"ר אריק ברמון
- מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)

¹ הנחית פרקליט המדינה מס' 14.12 – אישור לפתיחה בחקירה ולהעמדה לדין בעבירות או עניינים בעלי רגישות מיוחדת, 3 בדצמבר 2023 (עדכון אחרון)

"על אף האמור בכל דין, נודע למשטרת ישראל על ביצוע עבירה לפי סעיף זה, על פי תלונה או בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה בלא צורך באישור של גורם נוסף";

מכאן, על פי המוצע, כל גורם חקירתי במשטרה יוכל לפתוח - בין על סמך תלונה ובין ללא תלונה - בחקירה, יוכל לבצע עיכובים ומעצרים, למשל על סמך כל פוסט ברשת חברתית או מאמר או כל פרסום בכל דרך אחרת, שלפי פרשנותו שלו, נכנס לגדרי אחד מסעיפי העבירה - עבירה שהיא עמומה גם כיום, והצעת חוק זו מרחיבה אותה אף יותר (ראו לעיל).

2. הדין הקיים לא מאפשר זאת - משום שעבירות ביטוי דורשות מומחיות מיוחדת, היכרות עם הפסיקה, שקילת כל שיקולי המדיניות הכוללים את השמירה על חופש הביטוי. לפיכך, כיוון שמדובר בעבירות ביטוי, נדרשת מדיניות אחידה בידי גורם אחד המאשר חקירות בעבירות ביטוי - הוא פרקליטות המדינה. יש לציין עוד שבמהלך הדיונים על חקיקת חוק המאבק בטרור, שהרחיב את הגדרת ההסתה לטרור, הייתה הסתמכות על מקומה וחלקה של הפרקליטות במאבק בעבירות אלה. אחד הנימוקים שנפרשו בפני הוועדה בתגובה לחשש שהובע על ידי חברי ועדה מהפגיעה בחופש הביטוי, היה החובה באישור הפרקליטות לפתיחה בחקירה. נטען כי האישור הזה מהווה איזון מפני הרחבה של אכיפת עבירות ההסתה לטרור למעלה מן הצורך².

יש לציין כי במהלך הדיונים שהתנהלו בוועדת חוקה בשנה האחרונה, לא עלה מגורמי המשטרה המתכללים את עבירות ההסתה כל צורך בביטול אישור הפרקליטות. ההיפך הוא הנכון. מן הדיונים עלה שקיים שיתוף פעולה והיענות מהירה של הפרקליטות לבקשות דחופות לפתיחה בחקירה וביצוע מהלכי חקירה. מכאן שאין שום צורך אמיתי בתיקון וכל תכליתו היא מתן אור ירוק לחקירות ומעצרי שווא.

3. אם יאושר הסעיף, יפתח הפתח לשיטפון של חקירות, עיכובים ומעצרים המבוססים על פרשנויות רחבות של סעיפי ההסתה לטרור שכידוע (מהשיח הציבורי והתבטאויות גורמים פוליטיים) כולל גם התנגדות למדיניות הממשלה וביקורת על המלחמה להתנהלות כזו יתלווה בהכרח אפקט מצנן, של הרתעת האזרחיות והאזרחים לפרסם דברים שהם כשרים מבחינה חוקית, לרבות כאלה שיש להם חשיבות וערך בדיון הציבורי.

4. מתן שיקול דעת מוחלט למשטרה בפתיחה בחקירה במצב זה, בייחוד על רקע המהלכים האחרונים שאנו עדים להם במשטרת ישראל, הם סכנה ממשית לדמוקרטיה הישראלית, פתח לרדיפה פוליטית וסתימת פיות של המיעוט הערבי ושל מתנגדי שלטון.

באשר לדין המהותי: הדין הקיים באשר להסתה, הזדהות ודברי שבח לפי חוק המאבק בטרור

5. חוק המאבק בטרור קובע מספר עבירות המתבצעות באמצעות "ביטוי". החמורה שבהן היא לפי סעי' 24 (ב) לחוק המאבק בטרור, עונשה 5 שנות מאסר ואלה יסודותיה:

א. מפרסם קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור.

² פרוטוקול ועדת החוקה חוק ומשפט, 28.12.15.

ב. מפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו, ועל פי תכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשי טרור.

החוק מתייחס לשתי סיטואציות חמורות במיוחד של הסתה ומסדיר את העבירה הפלילית סביבן. בסיטואציה הראשונה החומרה המיוחדת היא הקריאה הישירה לביצוע מעשה טרור – זה מצב שלא דורש קיומו של יסוד הסתברותי, קרי העבירה מתגבשת על ידי עצם הקריאה הישירה לביצוע מעשה טרור. בסיטואציה השנייה, החומרה המיוחדת באה לידי ביטוי ביסוד ההסתברותי. משמעות הדבר היא כי על אף שאין כאן "קריאה ישירה" הרי שכאשר נאמרים דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, כשעל פי הנסיבות יכולים להביא (בעתיד) למעשי טרור, נדרשת רמת הסתברות של אפשרות ממשית לכך, כדי להביא לגיבוש העבירה.

התיקון המוצע לפי הצעת היו"ר

6. לפי ההצעה, יתוקן סעיף 24 בשתי דרכים:

א. ראשית, יתווסף סעיף (ב1), לפיו:

"המפרסם דברי שבח או אהדה למבצע מעשה טרור שגרם למותו של אדם, תמיכה בו או הזדהות עמו, במטרה להזדהות עם המעשה, דינו – מאסר חמש/שלוש שנים."

מכאן, שבעוד בדין הקיים, ישנו איסור להזדהות עם מעשה טרור או עם ארגון טרור (לפי סעיף 24(א)), כאן יתווסף גם יסוד של הזדהות עם מבצע מעשה טרור שגרם למותו של אדם.

ב. שנית, לפי ההצעה, תשתנה הסיפא של סעיף 24(ב2) כך שהיסוד ההסתברותי בסעיף ישתנה מ"אפשרות ממשית" ל"אפשרות סבירה".

הביקורת על ההצעה

7. ראשית, באשר לחלק הראשון – אכן מדובר בנוסח בעייתי פחות מאשר זה שהוצע בהצעת החוק המקורית, שלא כללה את היסוד הנפשי המיוחד של "מטרה להזדהות עם המעשה" וכללה גם הזדהות עם האדם ללא קשר למעשיו (למשל בקשר עם פועלו לפני מעשה הטרור). עם זאת, העבירה עדיין יוצרת קטגוריה נוספת של עבירת הזדהות שאין בה כלל יסוד הסתברותי לגרימת מעשה טרור או עבירה אחרת. אכן, קיים דמיון בין ההצעה להזדהות עם ארגון טרור (לפי סעיף 24(א)) בו קיימת חלופה של הזדהות "בפומבי, במטרה להזדהות עם ארגון הטרור" ללא היסוד ההסתברותי. אלא שגם סעיף זה, מלכתחילה, רחב מדי (וכך סברנו בזמן שנחקק התיקון לחוק הטרור לפני כעשור) ואינו עונה על עקרון הנזק הדורש פגיעה כלשהי או סיכון לפגיעה של הערך המוגן בעבירה. העובדה שיש סעיף אחד שמנוסח באופן רחב, באשר להזדהות עם ארגון, אינה סיבה טובה ללמוד ממנו ולנסח סעיפים נוספים כאלה. כמו כן, ישנו חשש שיסוד הכוונה להזדהות עם המעשה עלול להילמד בקלות רבה מההזדהות עם האדם, ובכך שיסוד זה לא יהיה מחסום אמיתי בפני אכיפת יתר בביטויים שכאלה.

8. החלק השני בהצעה בעייתי אף יותר. לאחר התיקון, כל פרסום שיש בו יסוד של הזדהות, שבת, עידוד או אהדה למעשה טרור, שכולל רק "אפשרות סבירה" ולא "אפשרות ממשית" שהוא יביא למעשי טרור – יביא להרשעה בעבירה שדינה חמש שנות מאסר.

9. אכן נוסח זה בעייתי פחות מהנוסח המקורי שביקש **למחוק כליל** את דרישת ההסתברות, מה שהיה מרחיב בצורה קיצונית ביותר את האיסור. אלא שגם הורדת הרף ל"אפשרות סבירה" תביא להרחבה לא ראויה ופגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי.

10. ראוי להבהיר כאן מהי בדיוק הדרישה ההסתברותית של "האפשרות הממשית". מעבר לתוכנו של הפרסום, דרישה זו בעיקר עוסקת בשאלות כגון מי המפרסם ומה מידת השפעתו על הציבור, מי נחשף לפרסום ועד כמה הנחשפים לפרסום נחשפים גם לפרסומים נוגדים, כמה תהודה יש לפרסום, מהו הרקע לפרסום, האם מדובר בפרסום יחיד או בגל של פרסומים דומים היוצרים אקלים ציבורי כללי, עד כמה התוכן מסוכן ומניע לפעולה³.

שנמוך "האפשרות הממשית" לכדי "אפשרות סבירה" עלול להוות קריאת כיוון כלפי רשויות המשטרה, התביעה ובתי המשפט להוריד מאד את הרף (ועל רקע ריבוי כתבי האישום שהוגשו מאז טבח ה-7.10 נראה שרף זה נמוך ממילא⁴) עד כדי הגשת כתבי אישום כמעט בכל התבטאות שיש בה את היסוד של ההזדהות.

נדגיש – אף שאין לאמירות כאלו מקום במרחב הציבורי, עדיין מדובר בהגבלת זכות חשובה, אולי החשובה ביותר לקיומה של דמוקרטיה – הזכות לחופש ביטוי. על כן, **כדי להצדיק הפללה של ביטוי, חובה להצביע על פגיעה משמעותית באינטרס חשוב (כמו ביטחון המדינה וחיי אזרחיה). כאשר אין אפשרות ממשית לפגיעה כזו – אין הצדקה לאסור על הביטוי, ונותרת פגיעה בלתי נחוצה ובלתי מוצדקת בחופש הביטוי.**

11. יש לזכור כי גם בציבור הערבי וגם בציבור היהודי יש לעתים תגובות ספונטניות (שמבטאות זעם) לאחר מעשה טרור, שיכולות להתפרש כעידוד למעשה טרור (למשל כנקמה). אף אם בחברה המבוססת על ערכים דמוקרטיים השאיפה היא שלא יהיו קריאות כאלו, לא לכל תגובה כזו עשוי להיות פוטנציאל ממשי להביא לעשיית מעשה טרור. הוא הדין בתגובות של שביעות רצון ושמחה על מעשה טרור של אנשים מן הצד שביצע אותו. במיוחד אמורים הדברים באשר למגיבים צעירים שאין להם מעמד ציבורי ואין להם כל השפעה על הציבור. הפללה, כמעט של כל התבטאות כזו, היא הפללת יתר, בגדר "תפסת מרובה לא תפסת". יש בכך הסטה של המאבק הקריטי בטרור - ממניעה אפקטיבית של טרור למהלכי סרק שאין בהם תועלת, ועלולים אף להזיק. הרחבה כזו של העבירות

³ איתי ווילר, עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר **"עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות – חשיבה מחדש"**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019, בעמ' 33-35; רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין (2011). יש לציין כי עד לחקיקת חוק המאבק בטרור ב-2016 היתה העבירה של הסטה לטרור חלק מעבירת ההסתה לאלימות וטרור תחת סעיף 144 לחוק העונשין, שכוללת כולה יסוד הסתברותי.

⁴ לפי הדיווח האחרון שמנמסר לוועדת חוקה, בשנה האחרונה הוגשו 189 כתבי אישום בעבירות הזדהות והסתה לטרור (דיווח מאת משרד המשפטים לפי סעיף 99 לחוק המאבק בטרור, מיום 30.5.24).

עלולה לפתוח גם את הדרך לאכיפה שרירותית ובררנית, שכן ממילא לגופי האכיפה אין משאבים להגיע לכל המתבטאים הללו, שהתבטאותם מקוממת אך נטולת השפעה על אחרים.

12. מבחינת ההיסטוריה החקיקתית, גם הנוסח המקורי שהוצע לחוק המאבק בטרור בתזכיר שפורסם בשנת 2010 כלל "אפשרות סבירה" ולאחר דיונים קדחתניים בוועדה, שנמשכו עד חקיקת החוק בשנת 2016, הוכנס היסוד של "אפשרות ממשית" שמשווה את הסטנדרט שקיים בעבירות ההסתה לאלימות ולטרור עוד משנת 2002 (סעיף 2ד144 לחוק העונשין, שעד היום קובע סעיף דומה בהסתה לאלימות באמצעות הרף של אפשרות ממשית) כך שגם מבחינת הרמוניה חקיקתית לא ראוי לשנות זאת רק בהקשר זה.

13. מאז טבח ה-7.10 התקיימו מספר דיונים בוועדת החוקה, תוך ליווי פעילות המשטרה והפרקליטות בחקירה והגשת כתבי אישום רבים בעבירות ההסתה לטרור. מדיונים אלה לא עלה כי קיים צורך או חסר בחוק הקיים בכדי להתמודד עם התופעה של התבטאויות מסוכנות ברשתות החברתיות אלא ההיפך: הדינים הקיימים מעניקים כלים מספיקים, ומאפשרים אכיפה משמעותית של האיסורים.

14. לסיכום, הפללת יתר המוצעת בהצעה זו איננה הדרך הראויה לממש מטרה חשובה למיגור ביטויי הזדהות בטרור. ההצעה כרוכה בפגיעה קשה ובלתי מידתית בחופש הביטוי. היא מהווה שינוי בלתי מוצדק של החוק הקיים. החוק הקיים נחקק בעקבות מלאכה יסודית ומעמיקה, שנמשכה שנים ארוכות והשתתפו בה מיטב אנשי המקצוע בתחום הביטחון. העבירה הקיימת בחוק מספקת כלים מספיקים למלחמה בתופעה המסוכנת של הסתה לטרור והזדהות עם ארגון טרור ומעשי טרור. היא עושה זאת באופן מאוזן ומידתי, כיאה למדינה דמוקרטית ולמעמדו הרם של חופש הביטוי בדמוקרטיה. אין הצדקה לשנותה.

חמור במיוחד הוא התיקון שמבטל את הצורך באישור הפרקליטות לפתיחה חקירה. תיקון זה יביא לשיטפון של חקירות סרק ומעצרי שווא – פרקטיקה שכל כולה נועדה להפחיד, להשתיק, ולמנוע ביקורת על מדיניות הממשלה. ללא חופש ביטוי פוליטי מלא, שבמרכזו הביקורת על השלטון, מאבדת הדמוקרטיה גם במובנה הפרוצדורלי הצר את הליבה שלה. לא בכדי תואר חופש הביטוי הפוליטי כציפור הנפש של הדמוקרטיה. אל לכנסת לתת ידה לתיקון הזה.

בברכה,

ד"ר עמיר פוקס ופרופ' מרדכי קרמניצר