

שכנו של הרשע

חובת דיווח על חשד למימון טרור – מהן השלכותיה והאם היא מוצדקת?

עומר בכמן*

"במשפט העברי אנחנו יודעים: שכנו של הרשע לפעמים משלם מחיר בגלל הרשע, ... נושא המאבק בטרור יחייב את החברה למחשבה עמוקה על השאלה, מהי האחריות של שכנו של הרשע". (חבר הכנסת מיכאל איתן, יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת)¹

א. מבוא

ב. חובת דיווח על עבירה בנוף המשפט הישראלי והבין לאומי

1. חובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק בהשוואה לחובת דיווח על מימון טרור בעולם
2. חובת הדיווח בהשוואה לעבירות מחדל אחרות בישראל ובייחוד עבירת אי מניעת פשע
3. השפעת חובת הדיווח על חשד למימון טרור על זכויות האדם בישראל

1. הזכות לפרטיות

א. כללי

ב. אחת מתכונותיה הייחודיות של הזכות לפרטיות היא אפקט "מה בקופסה?"

ג. הגבלת השימושים במידע באמצעות חסיון שימוש ומידור רשויות החקירה

ד. העברת מרכיבים של תפקיד אכיפת החוק לידי האזרח

2. הזכות לשוויון

3. חזקת החפות

4. זכות ההיוועצות עם עורך דין והזכות להליך הוגן

ד. יישומה הראוי של חובת הדיווח – פרשנות מקיימת

1. פרשנות התיבה 'חשד סביר'

2. פרשנות סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור

ה. סיכום

א. מבוא

בחמש השנים האחרונות הטרור העולמי והמאבק בו תופסים מקום מרכזי בתודעה האישית והקולקטיבית בארץ ובעולם. התקפות הטרור רחבות ההיקף שספגו, למשל, ארצות הברית,² ספרד³

* בתחילת מלאכת הכתיבה היה המחבר סטודנט לתואר ראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת "הארץ דין". אבקש להודות לחברי המערכת שבאו בעקבותי (מערכת "הארץ דין" לשנת הלימודים תשס"ו) על הערותיהם המועילות ועל העזרה הרבה שהעניקו לי במהלך העבודה על חיבור זה.

¹ מתוך דברי חבר הכנסת איתן במליאת הכנסת, ביום ב', א' בטבת התשס"ה (13 בדצמבר 2004).

² מילים רבות נכתבו על התקפת הטרור המשולבת של ארגון אל-קעידה על ארצות הברית, שאירעה ב-11 בספטמבר 2001. במהלך התקפת טרור חסרת תקדים זו נחטפו ארבעה מטוסי נוסעים גדולים. שניים מן המטוסים רוסקו אל תוך מגדלי התאומים בניו-יורק (מרכז הסחר העולמי), מטוס שלישי רוסק על בניין הפנטגון בושינגטון, ואילו המטוס האחרון לא הגיע על מחוז חפצם של החוטפים והתרסק בשטח חקלאי בפנסילבניה, לאחר שנוסעי המטוס ניסו להיאבק בחוטפיהם. בהתקפות הטרור נספו כ-3,000 בני אדם, גופותיהם של רבים מהם לא זוהו עד היום.

ובריטניה⁴ הביאו משפטנים ומדינאים רבים לידי מחשבה מחודשת על מתן כלים יעילים יותר למלחמה בטרור.

ניתן להצביע על השפעה ניכרת של התקפת הטרור על מדיניות החוץ של ארצות הברית, על אכיפת החוק, השיטור והאווירה הציבורית בארצות הברית ועל התרבות האמריקנית כולה (כגון תעשיית הבידור האמריקנית). ההתקפה השפיעה על האווירה הציבורית גם מחוץ לארצות הברית וב-24 במאי 2002 התריעה המועצה המוסלמית של בריטניה מפני איסלמופוביה באירופה, וניתן לאתרה ב- www.mcib.org.uk/media/pr/24b0502.htm.

למידע נוסף על התקפת הטרור ראו: סקירת חדשות Ynet: "שנה לאסון התאומים", שניתן לאתרו ב: www.ynet.co.il/home/0,7340,L-1776,00.html. על השלכותיה של ההתקפה על מדיניות החוץ של ארצות הברית ראו: "מעצמה מחפשת מלחמה" **אתגר: ביטאון פוליטי תרבותי** (4) 3 (2001); על ההשלכות על התרבות האמריקנית ומושג ה-"Post 11.9" ראו, למשל: Kim Feddersen and J Michael Richardson, *Hamlet 9/11*; למשל: Kim Feddersen and J Michael Richardson, *Hamlet 9/11*, 31 COLLEGE LITERATURE 150 (2004); אדם אבולעפיה "...כשבמאי גרמני מתעסק בסימבוליקה, אתה יודע" **NRG** 17.1.2005; www.nrg.co.il/online/5/ART/855/280.html; נועה מנהיים "לדבר עד מוות" **Ynet** 31.3.2006; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3234267,00.html. להשלכות הפסיכולוגיות של ההתקפה בארצות הברית ראו: מלכה בירן-בן צור "תגובות פסיכולוגיות להתקפת הטרור בעיר ניו יורק ב-11 בספטמבר" **כתב העת הישראלי לרפואת משפחה** 16-15 (2006).

מלבד האמור, להתקפת הטרור הייתה השפעה על עולם המשפט האמריקני. בעקבות ההתקפה חוקקו חוקים רבים המגבירים את חופש הפעולה של רשויות החקירה במאבק בטרור, ובראשם חוק הפטריוט (להלן הערה 29). על מהלכי חקיקה אלו נמתחה ביקורת ונטען כי הם מרחיבים את סמכויות החקירה והציתות של הממשלה ובכך פוגעים בזכויות אדם במידה לא ראויה ובניגוד לחוקה. תגובה נוספת על התקפת הטרור הייתה החמרה של חוקי ההגירה למדינות מערביות רבות ואישור חקיקה המקלה את גירושם של זרים מאותן מדינות. לסקירת שינויי החקיקה והביקורת עליהם ראו, למשל: מרכז מחקר והמידע של הכנסת, "ריכוז מידע בעניין: המאבק הבין-לאומי בטרור בעקבות אירועי הטרור שאירעו בספטמבר 2001 והשפעתו על זכויות האדם", כתיבה: דן להב, ינואר 2002; Charles Doyle, *Terrorism: Section by Section Analysis of the USA PATRIOT ACT*, CRS Report for Congress, Dec. 2001; מרכז המחקר והמידע של הכנסת "מסמך רקע בנושא: תגובות פרלמנטים לאירועי טרור" (יונתן ארליך עורך, אוקטובר 2005), ניתן לאיתור ב- www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01272.doc; עמנואל גרוס **מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים מוסריים ומשפטיים** 469-490, 633-666 (2004).

בעקבות ההתקפה נעשו שינויי חקיקה גם באירופה באותם נושאים. בבריטניה נחקקה בתוך זמן קצר פקודה בשם The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001. הפקודה התייחסה לקשת רחבה של נושאים כגון רכוש טרור, הגנה מפני נשק גרעיני וסמכויות רשויות החקירה (כגון הסמכות לבצע מעצר מנהלי של חשודי טרור, בלא משפט). בנוסף ראו להתייחס לחקיקה המקיפה שאושרה בגרמניה. הידיעה כי מתכנני התקפת הטרור ייבאו בהמבורג הניעה שינויי חקיקה רבים בגרמניה שמטרתם סיכול התקפות טרור בגרמניה וכן מניעת שימוש באדמת גרמניה להקמת בסיסי טרור. לסקירת שינויים אלו והביקורת עליהם ראו: DIRK HAUBRICH, SEPTEMBER 11TH, ANTI-TERROR LAWS AND CIVIL LIBERTIES: BRITAIN, FRANCE AND GERMANY COMPARED (Government and Opposition Ltd, 2003); Evelien Brouwer, *Immigration, Asylum and Terrorism: A Changing Dynamic Legal and Practical Developments in the EU in Response to the Terrorist Attacks of 11.09*, 4 Eur. J. Migration & L. 399-424 (2003); Christoph J.M. Safferling, *Terror and Law, German Responses to 9/11*, 45 J. Int'l Crim. Just. 1152 (2006).

ב-11 במרץ 2004 התרחשה במדריד בירת ספרד סדרת פיגועי טרור בארבע רכבות נוסעים בשלוש תחנות רכבת בעיר. תגובות הרשויות בספרד על התקפת הטרור הייתה שונה מזו של ארצות הברית. ספרד לא בחרה לערוך שינויי חקיקה ומצאה לנכון להסתפק בהקמת ועדת חקירה פרלמנטרית לחקירת פיגועי הטרור. ועדה זו הוקמה במאי 2004, בהשתתפות כל סיעות הבית. אחת ממטרותיה העיקריות הייתה להשקיט את הסערה הציבורית שהתחוללה בעקבות ההתקפה. סמכויות הוועדה הוגבלו לבחינת חוסר התיאום בין רשויות הביטחון למודיעין ולא כללו בחינה של הפעילות הממשלתית בעניין. אחת ממסקנותיה העיקריות הייתה שיש צורך להקים רשות אחת שתרכז את הפעילות של כל הארגונים הפועלים נגד טרור.

למידע נוסף על ההתקפה בספרד והשלכותיה ראו תומר להב "ה-11 בספטמבר של אירופה" **אתגר: ביטאון פוליטי תרבותי** 13, 20 (2004). כמו כן ראו מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "מסמך רקע בנושא: תגובות פרלמנטים לאירועי טרור", לעיל הערה 2.

ב-7 ביולי 2005 התרחשה סדרת פיגועי טרור ברכבת התחתית בלונדון ובאוטובוס. הפיגועים אירעו בזמן שבריטניה אירחה בלונדון את ועידת ה-G8. בפיגועים נהרגו 52 נוסעים וארבעת המחבלים המתאבדים שביצעו את הפיגועים.

למידע נוסף על הפיגוע בלונדון ראו, למשל, רועי נחמיאס "למה לונדון? למה עכשיו?" **Ynet חדשות בעולם** 7.7.2005. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3109435,00.htm.

עוד לפני אירועים אלו, בשנת 1999, אימצה העצרת הכללית של האו"ם אמנה בין לאומית למניעת מימון טרור.⁵ סעיף 2 לאמנה זו מקים עבירה חדשה שיסודותיה הם איסוף כספים או העברתם, בכוונה או בידיעה שישמשו לפגיעה באזרחים או במי שאינם מעורבים במישרין בסכסוך לוחמתי במטרה לזרוע פחד באוכלוסייה.⁶

האמנה קוראת לקליטת עבירה זו בחוק בכל המדינות החתומות עליה ולצרף לעבירות אלו תג מחיר כבד בדמות ענישה חמורה.⁷ מלבד האמור, קובעת האמנה כי כל מדינה תנקוט את כל האמצעים הנדרשים, לרבות אמצעי חקיקה, כדי לוודא כי מעשי טרור כפי שהוגדרו בעבירה הנידונה לא יקבלו צידוקים פילוסופיים, דתיים, גזעיים, אתיים, פוליטיים או אחרים.⁸ נושאים נוספים שבהם מטפלת האמנה הם תפיסת כספים המיועדים למימון טרור,⁹ חובת כל מדינה לחקור וללכוד עברייני מימון טרור המצויים בשטחה וחובתה ליידע את האומות המאוחדות על כך וכן שיתוף פעולה בין המדינות בתחום זה.¹⁰ גם נושא החובה לדווח על פעולות פיננסיות חשודות, שבו עוסקת רשימה זו, מטופל באמנה.¹¹

לנוכח ניסיונה רב השנים של מדינת ישראל בהתמודדות עם טרור, מפתיע כי רק באחרונה התקבל בכנסת חוק איסור מימון טרור.¹² חוק זה קובע כי ישראל תכיר בהכרזותיהן של מדינות אחרות כי אדם הוא פעיל טרור והוא יוכרז ככזה גם בישראל¹³ ובנוסף הוא יוצר עבירות חדשות של

כזכור, מדינות אירופה הגיבו על התקפת הטרור בארצות הברית ב-11 בספטמבר-2001 בשינויי חקיקה. לכן, בתגובה על התקפת הטרור בלונדון לא התקבלו שינויי חקיקה מרחיקי לכת אלא נמשכה מגמת החקיקה הקיימת, שהחלה ב-2001 (יש לזכור כי חקיקת חוקים למניעת טרור החלה בבריטניה עוד קודם לכן בעקבות אירועי טרור שיזמה המחתרת האירית בשנות השמונים והתשעים). אחת התוספות לדיני הטרור הבריטיים, שנעשו לאחר פיגועי הטרור בלונדון, היא קבלת ה- (Eng.) 9-12, c. 11, Terrorism Act, 2006. פקודה זו מפלילה מגוון מעשים הקשורים לפעילות ארגוני הטרור ובהם עידוד פעילות טרור (באמצעות ביטוי), הפצת פרסומים של ארגון טרור, הכנת פיגועי טרור או סיוע להכנתם, אימון לקראת פעילות טרור, נוכחות במתקן אימונים של ארגון טרור ופעילות טרור הקשורה להשגת חומרים ומכשירים רדיואקטיביים והשימוש בהם. לסקירת השינויים המשפטיים שנעשו בבריטניה כדי להתמודד עם הטרור (לפני מתקפת הטרור ב-2005 ולאחריה) ראו: גרוס, לעיל הערה 2, 497-490, 667-680; Kent Roach, *Symposium: Terrorism, Globalization and the Rule of Law: Must We Trade Rights for Security? The Choice between Smart, Harsh or Proportionate Security Strategies in Canada and in Britain*, 27 CARDOZO L. REV. 2151 (2006); Laura K. Donohue, *Criminal Law: Anglo-American Privacy and Surveillance*, 39 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1059 (2006).

5 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Adopted by the General Assembly of the United Nations in resolution 54/109 of 9 December 1999, Article 2. הבינלאומית למניעת מימון טרור, כ"א 50 (נפתחה לחתימה ב-2000) (אושר ב-2000 ונכנסה לתוקף ב-2002) (להלן: האמנה הבין לאומית למניעת מימון טרור).

6 לדיון נרחב בדבר התעצמות תופעת מימון הטרור והמאבק בה ראו אלכס אברבוד "המאבק במימון הטרור בישראל – היבטים משפטיים" **משפט וצבא** 17, 183 (2004).

7 ראו סעיף 4 לאמנה הבין לאומית למניעת מימון טרור, לעיל הערה 5.

8 שם, בסעיף 6.

9 שם, בסעיף 8.

10 שם, בסעיפים 9-17.

11 שם, בסעיף 18.

12 ראו חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2004, ס"ח 76 (להלן: חוק איסור מימון טרור או החוק). הצעת החוק הוגשה לקריאה שנייה ושלישית ביום ט' בכסלו התשס"ה (22 בנובמבר 2004).

13 ראו סעיף 2 לחוק איסור מימון טרור. הדבר יוצר בעיה, שכן לא ברור אם ההכרזה של מדינה אחרת עומדת בתנאי ההליך ההוגן. אולם בכך לא תעסוק הארה זו.

שימוש בכספים או רכוש כדי לקדם פעולות טרור או אפילו מתוך מודעות לאפשרות שימשו לקידום טרור.¹⁴

מלבד דברים אלו, קובע חוק איסור מימון טרור חובת דיווח על חשד למימון טרור. לשון החוק¹⁵ מלמדת כי סעיף 10 לחוק יוצר חובת דיווח, החלה על כל מי שהתבקש לבצע פעולה ברכוש (המוגדרת בסעיף 1 לחוק) או ביצע פעולה כזו ויש לו חשד סביר כי זהו רכוש טרור או כי הפעולה תקדם טרור (להלן: חובת הדיווח). אי מילוי חובת הדיווח חושפת את האדם שעליו היא מוטלת, לעונש מאסר של שנה. סעיף 11 לחוק מחסן את המדווח מאחריות פלילית או אזרחית בגין הדיווח ופותר את המדווח מכל חובה חוזית או חובה על פי דין שאותן הוא מפר במהלך הדיווח, לרבות אלו הנובעות מחסיונות, כגון חיסיון עורך דין-לקוח.¹⁶

רשימה זו תעסוק בשאלת פרשנות ההסדר הקבוע בסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור. שאלת פרשנותה הראויה של חובת הדיווח הקבועה בסעיף 10 תיבחן באמצעות ניתוח דו שלבי של חובת הדיווח והקשיים העולים ממנה. תחילה נבחן את חובת הדיווח בהשוואה לחובות דיווח על מימון טרור שהתקבלו במדינות העולם השונות ובהשוואה לעבירות פליליות אחרות, המקימות חובת דיווח על עבירה, ובעיקר לעבירת אי מניעת פשע. מטרתה של השוואה זו היא לנתח את הפערים בין חובת הדיווח שבסעיף 10 לחובת הדיווח בהסדרים האחרים. בשלב השני נעסוק בניתוח השלכותיה

¹⁴ ראו סעיפים 8-9 לחוק איסור מימון טרור.

¹⁵ סעיף 10 לחוק איסור מימון טרור קובע כך:

"התבקש אדם לעשות פעולה ברכוש במהלך עסקיו או במילוי תפקידו, או בנסיבות שבהן היתה לו אפשרות של ממש לביצוע הפעולה והיה לאותו אדם חשד סביר שמתקיים אחד מהמפורטים בפסקאות (1) או (2), או עשה אדם פעולה ברכוש, והיה לו במועד עשיית הפעולה או בתוך שישה חודשים מהמועד האמור, חשד סביר כאמור, ידווח על כך למשטרת ישראל ולענין זה די שיוכח כי היה לו חשד סביר שמתקיים אחד מהמפורטים בפסקאות (1) או (2) אף אם לא יוכח איזה מביניהם –

(1) הרכוש הוא רכוש טרור כהגדרתו בפסקה (1) בהגדרה רכוש טרור או שהוא תמורתו הישירה או הרווח הישיר של רכוש טרור כאמור; לענין פסקה זו, "רכוש" – מקרקעין, מיטלטלין, כספים וזכויות;

(2) יש בפעולה כדי לאפשר, לקדם או לממן ביצוע של מעשה טרור, או לתגמל בעבור ביצוע של מעשה טרור...."

סעיף 10(ז) לחוק קובע כי: "הוראות סעיף זה לא יחולו על סוגי פעולות ברכוש או על פעולה מסוימת, אשר לעשייתן ניתן מראש היתר לפי סעיף 9(ד) אלא אם כן צוין אחרת בהיתר", וסעיף 11 קובע כי:

(א) אי עשיית פעולה ברכוש, מחדל אחר או מעשה שנעשו בתום לב כדי להימנע מעבירה לפי פרק זה, דיווח, גילוי, אי גילוי שנעשו בתום לב לצורך קיום הוראות פרק זה, ופעולה בהתאם להנחיות המשטרה או להוראות שניתנו לפי תקנה 284(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), אין בהם הפרה של חובות סודיות ונאמנות או של חובה אחרת לפי כל דין או הסכם, ומי שעשה או נמנע מעשיה כאמור, לא יישא באחריות פלילית, אזרחית או משמעתית בשל המעשה או המחדל; הוראות סעיף 24(ב) ו-1(ג) לחוק איסור הלבנת הון יחולו לענין מעשה או מחדל לפי סעיף קטן זה.

(ב) סעיף 25 לחוק איסור הלבנת הון יחול לענין גילוי ודיווח לפי הוראות פרק זה, בשינויים המחויבים (ההדגשות אינן במקור – ע"ב)."

¹⁶ יצוין כי סעיף 11(א) לחוק איסור מימון טרור מהווה חריג ייחודי לחיסיון שבין עורך דין ללקוחו. נוסח הסעיף מלמד כי גם במצב שבו החיסיון חל (לפי כל דין חיצוני לסעיף 11), רשאי עורך דיווח על חשד שהתעורר בו והוא יהיה פטור מהחיסיון ומחובת הסודיות החלה עליו מכוח סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין (התשכ"א-1961, ס"ח 178) ומכוח סעיף 48 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, דמ"י 421) בלי שהלקוח, שהוא כידוע בעל החיסיון, ויתר על החיסיון בדרך כלשהי.

יודגש כי מצב שבו עורך הדין יודע כי הפעולה שהתבקש לבצע תקדם מימון טרור, הוא מצב שבו החיסיון אינו חל כלל משום ששירות מקצועי של עורך דין ללקוחו "נועד להגיש ללקוח מיטב הייעוץ, הניסוח, הביצוע וכיוצא" בדרכים חוקיות, במקצועיות, בהגינות ובתום לב ואם נוכח עורך דין, כי הלקוח ביזמתו עשוי או עלול לסטות מקו זה, חובתו היא להתריע על כך, ולמנוע זאת ממנו". ראו על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עוה"ד, מא (4) 779 (1987) כמו כן ראו: יעקב קדמי על הראיות 937 (חלק שני, תשס"ד); מאיר זנטי דיני ראיות הלכה למעשה, כרך א 1097 (2005).

האפשרויות של חובת הדיווח על זכויות האדם בישראל, לנוכח החששות שעולים מניתוח הפערים בינה לבין חובות הדיווח האחרות שהוצגו. בתחילה נבחן את השפעת חובת הדיווח על הזכות לפרטיות לאור אופייה הייחודי של זכות זו. בהמשך תיבחנה השלכות חובת הדיווח על זכויות אדם אחרות ובהן הזכות לשוויון וחזקת החפות. לאור ניתוח דו שלבי זה, יוצגו כמה מסקנות בעניין פרשנותו הראויה של ההסדר שבסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור.

נקודת המוצא לדיון הינה ההכרה בחשיבות המאבק בטרור בכלל והמאבק במימון טרור בפרט. כידוע לכול, הטרור אינו בוחל בשום אמצעי כדי להשיג את מטרותיו והוא תוקף אוכלוסייה אזרחית חפה מפשע. חובת המדינה לביטחון אזרחיה מצדיקה מאבק נמרץ ועקיב בטרור משום שפגיעתו של הטרור בביטחונם של חפים מפשע עשויה לשמוט את הבסיס לקיומה של המדינה, שתפקידה הראשוני הוא להבטיח את קיומם הפיזי של אזרחיה וביטחונם.¹⁷ על אף דברים אלו, ישנה מחלוקת בעניין מרחב התמרון שאותו יש להתיר לדמוקרטיה ליברליות במאבקן בטרור ובעניין קשת האמצעים הלגיטימיים העומדים לרשותן במאבק זה. ישנם הסבורים כי יש לראות במאבק במימון הטרור סוגיה הנגזרת מהמסגרת המלחמתית שבה נתונה מדינה דמוקרטית מול ארגוני הטרור; לנוכח הסכנה הממשית שמציב הטרור לקיום המשטר הדמוקרטי ומשום שמשטר דמוקרטי אינו מרשם לאיבוד עצמי לדעת.¹⁸ לפי גישה זו הדמוקרטיה המתגוננת רשאית לנקוט את רובם המכריע של האמצעים הלוחמתיים כדי למגר את הטרור ואפילו לפגוע (פגיעה מידתית) בזכויותיהם של חפים מפשע לטובת הכלל. גישה אחרת גורסת כי המטרה אינה מצדיקה את האמצעים וכי יש להבחין בין היבטיו השונים של המאבק בטרור. משום שמשטר דמוקרטי הפוגע בזכויות אזרחיו החפים מעוון מסכן את מהותו הדמוקרטית, יש להאבק בטרור ובפעיליו באמצעות הדין הפלילי ומתוך שמירה על המסגרת החוקתית של כללים אלו, לפחות כל עוד אין אנו עוסקים בסוגיית השימוש בכוח הצבאי.¹⁹

¹⁷ מלומדים נוהגים להצביע על קיומה של 'דילמה דמוקרטית' במאבקה של הדמוקרטיה בטרור. מחד גיסא פיגועי הטרור חותרים תחת הסיבה הבסיסית להתאגדות בחברה מאורגנת – הבטחת הביטחון האישי והקיום הפיזי. מאידך גיסא, "הדמוקרטיה הליברלית מחויבת בהבטחת חירויות האדם וזכויות האזרח, ובסובלנות כלפי יריבים פוליטיים" (ראו: בועז גנור "הדילמה הדמוקרטית' בלוחמה בטרור" **משפט וצבא** 17, 159, 162-165 [2004]), לכן, הגנה נמרצת על זכויות האדם עלולה לפגוע בלגיטימיות המשטר הדמוקרטי, שאינו מסוגל להבטיח את ביטחונם וקיומם של אזרחיו ואף להביא לידי קריסת המשטר הדמוקרטי. עם זה, גם מתן משקל יתר לאינטרס הציבורי בזיכוי ארגוני הטרור והבטחת ביטחון האזרחים יגרום לקריסת המשטר הדמוקרטי, כאשר זכויות האדם ייפכו למס שפתיים ונימצא בשלטון טוטליטרי הקורא לעצמו דמוקרטיה ליברלית. להרחבת הדיון בנושאים אלו ראו: Martha Crenshaw, *The Logic of Terrorism: Terrorist Behavior as a Product of Strategic Choice*, in ORIGINS OF TERRORISM 14-15 (Walter Reich (ed.), 1998); Bruce W. Burton, *The "O.K. Corral Principle" in the Age of Terrorism: Proposed New Protocols for Judicial Notice in Cases of Alleged Misconduct by Law Enforcement*, 41 IDAHO L. REV. 85 (2004); Mark A. Drumbl, *War Crimes Research Symposium: "Terrorism on Trial": 'Lesser Evils' in the War on Terrorism*, 37 CASE W. RES. J. INT'L L. 335 (2005).

¹⁸ ראו גנור, שם, בעמ' 166. כמו כן ראו: Albert Bendura, *Mechanisms of Moral Disengagement*, in ORIGINS OF TERRORISM: PSYCHOLOGIES, IDEOLOGIES, THEOLOGIES, STATES OF MIND 161 (Walter Reich ed., 1990).

¹⁹ ראו גד ברזילי "מרכז נגד פריפריה: דיני 'מניעת טרור' כפוליטיקה" **פלילים** 8, 229 (1999). ברזילי סבור כי מטבע הלשון 'דמוקרטיה מתגוננת' הוא עלה תאנה המספק למדינה מחסה מפני ביקורת ציבורית ושיפוטית בעודה פוגעת בזכויותיהם של יחידים וקבוצות המגורשים מהקולקטיב. גנור סבור כי ברזילי מצביע על סכנה אפשרית של שימוש שרירותי בצעדי לחימה בטרור אך הוא מבקר את ברזילי על כך שהוא "משליך מן היוצא מהכלל על הכלל ולמעשה שופך את התינוק עם המים". ראו גנור, לעיל הערה 17, בעמ' 167-168.

לפי הגישה האחרונה, סוגיית המימון היא בעיקרה סוגיה הכפופה לדין הפלילי, ולפיכך אין הבדל של ממש לעניין זה בין המאבק במימון פשע לבין המאבק במימון טרור.

בחיי המעשה, המאבק במימון הטרור מתאפיין בקשיים רבים. ניתן להצביע על ארבעה מקורות מימון עיקריים לטרור: סיוע המועבר לארגוני הטרור ממדינות תומכות טרור, תרומות ממקורות פרטיים, הכנסות מפעילות פלילית, והכנסות מפעילות עסקית לגיטימית.²⁰ אם נתמקד במימון טרור שמקורו תרומות פרטיות, נבחין כי צמצום מקור מימון זה כרוך בקושי אינהרנטי להבחין בין פעילות הומניטרית לגיטימית למימון טרור. במקרים רבים כספים הנאספים על ידי ארגוני "צדקה" מועברים לידי הזרועות הצבאיות של ארגוני טרור דרך מספר רב של תחנות ביניים ורשויות החקירה מתקשות להוכיח את יעדם האמיתי של הכספים בטרם העברתם.²¹ גם הכנסות מפעילות עסקית לגיטימית מתאפיינות בקושי ראייתי. בדומה לתרומות הפרטיות, מדובר במקור מימון חוקי שנגדו לא ניתן לפעול עד להוכחת יעדם האמיתי ורחוק הטווח של הכספים.²²

קשיים משמעותיים אלו מחזקים את הגישה המרחיבה לשאלת האמצעים שרשאית המדינה לנקוט במאבקה בטרור, בהקשר המצומצם של המאבק במימון הטרור. עם זה, עדיין יש לשאוף לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכויות אדם ובכך לשמור על נשמתה הליברלית של הדמוקרטיה המתגוננת. ניצחון על הטרור שיביא לידי ויתור של ממש על ערכי הדמוקרטיה, הוא אפוא 'ניצחון פירוס'.²³ לפיכך, ראוי לבחון את חובת הדיווח ולשאול מהן הסכנות העולות ממנה לדמוקרטיה הישראלית ואם ניתן לצמצם סכנות אלו.

²⁰ ראו אברבוך, לעיל הערה 6, בעמ' 188.

²¹ ראו אברבוך, שם. דוגמה טובה לקושי זה תמצא בפרשת התנועה האסלאמית. השיח' ראיד מחאג'נה, ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, עמד בראש "המוסד לסיוע הומניטרי", מוסד שהעביר כספים לקרנות וגופים שהוכח כי הם חלק ממערך איסוף הכספים של החמאס, והם אף הוכרזו כארגוני טרור וכהתאחדות בלתי מותרת. במודעה שפרסם המוסד נכתב כי הוא הוקם במטרה לסייע "לפצועים, לכלואים ולמשפחות שהידיים" ובמטרה לתמוך בעמידתו ההרואית של העם הפלסטיני. הקשיים לחקור את מעשיהם של השיח' ושותפיו יימדדו בסוגיות המשפטיות שהעלתה החקירה. במגוון ההליכים המשפטיים בעניין זה נידונו סוגיות כגון קבילות עדותם של מומחי מודיעין המבוססות על חומר חסוי שלא הובא לידיעת ההגנה וחזקת המסוכנות של אדם החשוד במימון טרור. ראו בש"פ 7223/03 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 18.8.2003); בש"פ 11493/03 מחאג'נה נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4), 193 (2004); ב"ש (חי) 3006/04 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 27.1.2004); ב"ש (מחוזי חי) 4464/03 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן 20.1.2004) ות"פ (מחוזי חי) 272/03 מדינת ישראל נ' מחמוד מחאג'נה (טרם פורסם, ניתן ביום 12.1.2005). להרחבת הדיון בפרשת התנועה האסלאמית בפרט ומימון הטרור בישראל בכלל ראו אברבוך, לעיל הערה 6, בעמ' 194-199.

²² שם. מלבד האמור ראוי לציין כי ארגוני טרור עשויים לנצל את המערכת הפיננסית הישראלית והמשפט המסחרי כדי להסוות את יעדם האמיתי של הכספים המועברים אליהם מתרומות פרטיות או מהכנסה עסקית לגיטימית. דינים העשויים לשמש ארגוני טרור למטרות אלו הם, למשל, חובת הסודיות שביחסים בין בנק ללקוח, היעדר חובת שקיפות מלאה במסמכי תאגידים והאפשרות שלא לפעול למטרות המוצהרות במסמכי היסוד של חברה או לנסח מסרות כלליות ובלתי מחייבות. ראו אברבוך, לעיל הערה 6, בעמ' 199.

²³ על חשיבות המידתיות והשמירה על זכויות האדם במהלך המאבק בטרור עמד הנשיא לשעבר ברק לא פעם. לדוגמה, בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999), כתב הנשיא לשעבר ברק כי: "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות בפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורות לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה". כמו כן ראו גנור, לעיל הערה 17, בעמ' 167-168.

ב. חובות דיווח על עבירה בנוף המשפט הישראלי והבין לאומי

1. חובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק בהשוואה לחובות דיווח על מימון טרור בעולם

דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית²⁴ מלמדים כי חובת הדיווח שבסעיף 10 נחקקה ברוח סעיף 83.1 לקוד הפלילי הקנדי.²⁵ הדמיון בין שתי חובות הדיווח ניכר בשתי הנקודות האלה: שתי החובות מכילות סעיף נפרד הן בביטולם של חסיונות או דינים שמכוחם יועמד המדווח לדין ושתייהן חלות הן על בעלות והן על שימוש ושליטה ברכוש.²⁶ עם זה ניכר הבדל משמעותי בין החובה הקנדית לחובה הישראלית. בעוד הראשונה משתכללת רק משהתקיימה ידיעה **ממשית** כי הרכוש או הכסף נועדו לקדם טרור, השנייה מסתפקת בחשד סביר לכך, כתנאי לתחולתה.

פקודת הטרור הבריטית, לעומת זאת, מכילה בחלקה השלישי, העוסק ב"רכוש טרור, חובת דיווח דומה הרבה יותר לחובה הישראלית.²⁷ כפי שניתן ללמוד מנוסח החובה הבריטית, חובה זו חלה כשאדם חושד כי משהו מבצע את אחת מעבירות מימון הטרור המנויות בפקודה, והחשד נוצר במהלך עבודתו או עסקיו. חובה זו מצומצמת יותר מהחובה הישראלית מכמה סיבות: ראשית, היא חלה רק על חשד שנוצר בנסיבות מקצועיות ולא על כל חשד שנוצר עקב פעולה ברכוש או בקשה לפעולה כזו (ומטבע הדברים פעולה ברכוש יכולה להיות גם בנסיבות פרטיות כגון מכירת רכב פרטי).

²⁴ ראו דברי ההסבר להצעת חוק איסור מימון טרור, התשס"ג-2003, ה"ח 522.

²⁵

Criminal Code R.S.C. 1985, c. C – 46, s. 83.1 (Disclosure; Immunity):

83.1 (1) Every person in Canada and every Canadian outside Canada shall disclose forthwith to the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and to the Director of the Canadian Security Intelligence Service

(a) the existence of property in their **possession or control** that **they know** is owned or controlled by or on behalf of a **terrorist group**; and

...

Immunity

(2) **No criminal or civil proceedings lie against a person for disclosure made in good faith under subsection (1).**

²⁶ ראו הגדרת 'מבצע פעולה ברכוש' שבסעיף 1 לחוק איסור מימון טרור.

²⁷ Terrorism Act. 2000, Part 3 Terrorist Property, s. 19. סעיפים 19(1) ו-19(2) קובעים את חובת הדיווח.

Disclosure of information: Duty.

19. - (1) This section applies where a person-

(a) **believes or suspects** that **another person has committed an offence** under any of sections 15 to 18, and

(b) bases his belief or suspicion on **information** which comes to his attention **in the course** of a **trade, profession, business or employment**.

(2) The person commits an offence if he does not **disclose** to a constable as soon as is reasonably practicable-

(a) his **belief or suspicion**, and

(b) the **information on which it is based**.

(3) **It is a defence** for a person charged with an offence under subsection (2) **to prove that he had a reasonable excuse** for not making the disclosure.

...

שנית, סעיף 19(3) לפקודה הבריטית פוטר מאחריות אדם המציג סיבה סבירה (reasonable excuse) לכך שלא דיווח. שלישית, סעיף 19(5) קובע כי חובת הדיווח אינה חלה על מידע המוגן באמצעות חיסיון שבין עורך דין ללקוחו.

ארצות הברית נמנעה מלחוקק חובת דיווח כללית על מימון טרור, הימנעות המנוגדת למגמה הכללית בחקיקה האמריקנית העכשווית, מגמה להעניק סמכויות אכיפה נרחבות ולצמצם הגנות על זכויות אדם, לטובת המאבק בטרור.²⁸ חוק הפטריוט, הנחשב לחוק הנתון במתח עם זכויות האדם בסוגיות כגון חיפושים, האזנות סתר ומעקבים אלקטרוניים, מכיל רק סעיפים העוסקים בדיווח התנדבותי על פעילות חשודה מפי אנשי מקצוע בתחום הפיננסי. דיווח כזה מעניק למדווח חסינות מפני תביעות והחוק מחייב אותו לשמור את הדיווח בסוד.²⁹ חובת דיווח מסוימת נובעת מסעיף 356 לחוק הפטריוט, המחייב ברוקרים ועובדי חברת השקעות להגיש דו"חות תקופתיים על פעילות חשודה. חובה זו אינה דומה לחובת הדיווח הישראלית מכיוון שהיא ממוקדת בקהל מסוים, אינה מלווה בסנקציה פלילית ואינה דנה בהתייחסות אינדיבידואלית למקרה או לחשד נקודתי אלא בדיווח תקופתי. יועץ השקעות יכול להגיש את הדו"ח התקופתי בזמן ולעמוד בדרישת סעיף 356 בלי שיהיה אחראי לדווח על חשד מסוים למימון טרור.

מלבד חובות הדיווח שמקורן בדין הפנימי של המדינות השונות, ישנה חובת דיווח נוספת – חובת הדיווח המשתמעת מסעיף 18 לאמנה הבין לאומית למניעת טרור. חובה זו הינה חובה משתמעת ויישומה מחייב חקיקה מדינתית ספציפית אשר תגדיר את התנאים המדויקים להתגבשות החובה. עם זה, מסעיף 18(1)(b) נגזרת חובת המדינות לחוקק חוק שיחייב דיווח על פעולות פיננסיות חשודות.³⁰ מנוסח הסעיף עולה כי בדומה לחובת הדיווח הישראלית, חובת הדיווח המשתמעת

²⁸ ראו עמנואל גרוס, לעיל הערה 2, בעמ' 637-646.

²⁹ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT of 2001), s. 355, 357-358 (סעיף 355(2) מבחר כי לא מדובר בחובת דיווח אקטיבית אלא בעידוד דיווח התנדבותי שנהפך ללגיטימי.

³⁰ הסעיף קובע כי:

1. States Parties shall cooperate in the prevention of the offences set forth in article 2 by taking all practicable measures, inter alia, by adapting their domestic legislation, if necessary, to prevent and counter preparations in their respective territories for the commission of those offences within or outside their territories, including:

....

- (b) Measures requiring financial institutions and other professions involved in financial transactions to utilize the most efficient measures available for the identification of their usual or occasional customers, as well as customers in whose interest accounts are opened, and to pay special attention to unusual or suspicious transactions and report transactions suspected of stemming from a criminal activity. For this purpose, States Parties shall consider:

....

- (iii) Adopting regulations imposing on financial institutions the obligation to report promptly to the competent authorities all complex, unusual large transactions and unusual patterns of transactions, which have no apparent economic or obviously lawful purpose, without fear of assuming criminal or civil liability for breach of any restriction on disclosure of information if they report their suspicions in good faith;

מהאמנה הבין לאומית למניעת טרור גוברת על חסיונות ודינים אחרים העשויים להקים עילת תביעה נגד המדווח.

עם זה, ישנם הבדלים מהותיים בין שתי החובות: ראשית, האמנה הבין לאומית למניעת טרור מטילה חובת דיווח על מוסדות פיננסיים בלבד ולא על כל מבצע פעולה ברכוש, דבר המצר את היקף החובה. שנית, חובת הדיווח חלה לא על חשד למימון טרור ואף לא על ידיעה ממשית כי כסף משמש למימון טרור אלא על עסקאות בגודל לא שגרתי, דפוסי עסקאות בלתי שגרתיים ועסקאות שאין להן תכלית כלכלית או חוקית נראית לעין. הבדל זה הוא משמעותי מכיוון שהוא מספק למדווח הפוטנציאלי ודאות מסוימת בדבר המצבים והפעולות שעליהם חלה חובת דיווח. שלישית, האמנה אינה מזכירה סנקציה פלילית כלשהי ומשאירה תחום זה לפרורגטיבה החקיקתית של כל מדינה חברה. בנוסף, דומה כי האמנה הבין לאומית אינה מחייבת חקיקת חובת דיווח מפורשת על אירוע או עסקה ספציפית, אשר הפרתה מהווה עבירה פלילית.

2. חובת הדיווח בהשוואה לעבירות מחדל אחרות בישראל ובייחוד עבירת אי מניעת פשע

חובת הדיווח על חשד סביר למימון טרור יוצרת עבירה פלילית שהיסוד ההתנהגותי שלה הוא מחדל. עבירות מחדל נחשבות לחריג במשפט הפלילי בשל מידת פגיעתם באוטונומיה של הפרט ומשום שלא ברור אם יש לדרוש מהפרט להפגין סולידריות חברתית (כפי שעושות חובות "עשה") באמצעות סנקציה פלילית.³¹ פרק זה יתמקד בהשוואה בין חובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור לחובות עשה אחרות ובייחוד לחובת הדיווח הקמה מכוח עבירת אי מניעת פשע שבסעיף 262 לחוק העונשין.

בחוק העונשין ישנן שתי עבירות המטילות אחריות בגין היעדר דיווח: עבירת אי מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין) ועבירת חיפוי על עבירה³² (סעיף 95 לחוק העונשין). בעבירה השנייה מהשתיים לא נדון בהרחבה מפני שהיקפה מצומצם לנוכח הדרישה שהעונש על שעבירת המקור יהיה מאסר של 15 שנה לפחות (ואילו העונש על עבירות מימון הטרור הוא שבע שנים, ואם יש יסוד נפשי של כוונה – עשר שנים).³³

עבירת מניעת פשע מהווה את המסגרת הבסיסית להתמודדות עם מצבי ידיעה על ביצוע פשע. עבירה זו מטילה על אדם לדווח על ידיעתו זו למשטרה (או למצער לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את

³¹ מרדכי קרמניצר "המחדל בדיני העונשין" ספר תמיר 197, 199-201 (1999). פרופ' קרמניצר סבור כי חומרת המשפט הפלילי מחייבת את "צמצום השימוש בו למינימום ההכרחי: הגנה על האינטרסים החיוניים ביותר של הפרט והחברה מפני פגיעות קשות" (שם, בעמ' 199) לשיטתו, איסור לפגוע באחר או באינטרס שלו נובע מאכיפת הקיום האנושי בצורתו. חובות עשה, לעומת זאת, מבטאות עמדה של סולידריות חברתית, ערך שלא ברור אם ראוי להגן עליו באמצעות סנקציה פלילית. עוד טוען קרמניצר כי חובות עשה פוגעות בחירות הפרט יותר מאיסורים פליליים, הן מפני שהן מחייבות פעולה מסוימת בעוד איסור פלילי אוסר פעולה אחת ומותיר מגוון פעולות לגיטימיות והן מפני שהיקף חובות העשה קשה להגדרה ולכן הן בעייתיות מבחינת עקרון החוקיות.

³² עבירה זו מיועדת למנוע עבירות ביטחוניות חמורות. כאמור, העבירה שעליה מחפים חייבת להיות עבירה שעונשה 15 שנה לפחות ועונשה של עבירת החיפוי הוא שבע שנות מאסר.

³³ ראו סעיפים 8-9 לחוק איסור מימון טרור.

הפשע).³⁴ אמנם, היו שהטילו ספק בהצדקות שביסוד החובה למנוע פשע, ובכלל זה חובת הדיווח.³⁵ עם זה, כפי שמציין פרופ' קרמניצר,³⁶ הסולידריות שביסוד חברה דמוקרטית מחייבת כל חבר – היודע כי פשע מתבצע או עתיד להתבצע – לסייע, ולו באמצעות דיווח, למניעתו של הפשע, ובייחוד למניעת פשעים חמורים כגון רצח ופעילות טרור. לאור מרכזיותו של ערך חיי האדם, מקובל מבחינה מוסרית לראות באי דיווח מחדל פסול ובר הפללה.³⁷

מבחינה היסטורית, מקורה של חובת הדיווח על פשע הוא באירופה של ימי הביניים, בטרם התגבש המשפט הפלילי לכדי ישות מובנית הכוללת כוחות אכיפה מקצועיים. במציאות זו, חברי הקהילה לקחו חלק פעיל באכיפת החוק, ובכלל זה הוטלה על כל תושב החובה "להשמיע קול צעקה" ולהתארגן כדי לתפוס את הפושע.³⁸ העבירה המתגבשת משהופרה חובה זו נקראה במאה השש עשרה: "Misprision of Felony".³⁹ משהופיעה מערכת המשפט הפלילי, צומצמה החובה ואזרחים לא נדרשו עוד לקחת חלק פעיל בלכידת העבריין אלא רק לדווח לרשויות הממונות על האכיפה. עבירת אי הדיווח לא הייתה מן העבירות שנאכפו באדיקות, ובאנגליה בוטלה העבירה לחלוטין בשנת 1967.⁴⁰

בארצות הברית אמנם נשמרה חובת הדיווח בקודקס הפלילי הפדרלי,⁴¹ אך בתי המשפט סירבו לגזור ממנה עבירה מחדלית של אי דיווח כמו זו שבחוק איסור מימון טרור וקבעו כי העבירה מחייבת מעשה אקטיבי של הסתרת העבריין.⁴² בעקבות אדישות הציבור בארצות הברית לביצוע פשע, נקבעה שם, במדינות רבות, חובה החלה על עדי ראייה ומחייבת אותם להזעיק את המשטרה

³⁴ מתוך חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 266.

סעיף 262 לחוק העונשין קובע את עבירת אי מניעת פשע:

"מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים". הדבר אינו מצוין בחוק, אך דיווח למשטרה נכלל באמצעים הסבירים למניעת פשע.

³⁵ ספק זה מקורו בטענה כי מי שאינו מדווח על פשע איננו בהכרח אדם בעל מחשבה פלילית, המבטאת עמדה שלילית כלפי ערכם של חיי אדם. ייתכן שהוא נמנע מהדיווח בגלל רתיעה מפנייה למשטרה או מחשש כי יסתבך עם עבריינים, ומניעים אלו לא בהכרח ראויים לגינוי הנלווה לאחריות פלילית. ראו מרים גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע – אימתי מוצדקת" מחקרי משפט יז 355, 381 (2002).

³⁶ ראו קרמניצר, לעיל הערה 31, שם.

³⁷ שם, בעמ' 367.

³⁸ ראו גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 358-360. המקור לחובת הדיווח הוא המשפט המקובל. לסקירה מקיפה של חובת הדיווח והמקורות לה ראו: Sykes v. Director of Public Prosecutions [1961] 3 All E.R. 33 (H.L.).

³⁹ שם.

⁴⁰ שם, בעמ' 360. בשנת 1967 בוטלה עבירת אי הדיווח (Misprision of Felony) על ידי ה-Criminal Law Act. חיקוק זה המיר את עבירת המחדל של אי הדיווח על פשע בעבירה האוסרת קבלת טובת הנאה עבור הסתרת מידע על פשע, שהיא כמובן עבירת מעשה: Criminal Law Act 1967, c. 58 s. 5(1).

⁴¹ 18 U.S.C. sec. 4 (1970). עבירה זו נכללה בקודקס הפלילי המקורי של ארצות הברית משנת 1790. ראו גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 361. לדיון עכשווי בעבירה זו בארצות הברית ראו: Christopher Mark Curenton, The Past, Present, and Future of 18 U.S.C. § 4: An Exploration of the Federal Misprision of Felony Statute, 55 ALA. L. REV. 183 (2003).

⁴² United States v. Farrar, 38 F.2d. 515 (D. Mass.), 281 U.S. 624 (1930). כמו כן ראו גור-אריה, לעיל הערה 35

כשמתרחש פשע. גם חובה זו אינה רלוונטית לדיון הנוכחי מכיוון שמטרתה למנוע השלמתו של פשע המתרחש לנגד עיני המדווח ולא לסייע בלכידת עבריינים.⁴³

לנוכח עובדות אלו, נראה כי יש בחובת הדיווח הקמה מכוח סעיף 10 לחוק איסור מימון טרור, ובחובות הדומות לה בעולם, מעין חזרה לראשית המעגל: חובת הדיווח שבעבירת אי מניעת פשע מקורה בחובת הפעולה העצמית של חברי הקהילה נגד מפרי החוק, שהייתה אחד הכלים המרכזיים לאכיפת הסדר חברתי, בחברה שבה לא הייתה מערכת אכיפת חוק אפקטיבית. משהשתכללו מערכות המשפט והאכיפה, הצטמצמה חובה קהילתית זו לחובת דיווח שאכיפתה הלכה ונחלשה. משנוצר קושי חדש בפעולת מערכות האכיפה והמשפט, נראה כי ישנה חזרה לחובת הפעולה האזרחית וזאת לצד מערכת האכיפה, שפעולתה אינה מספקת.

מבחינה משפטית, חובת הדיווח מכוח עבירת אי מניעת פשע (או מניעת העבירה בדרך אחרת) נוצרת מעת שבעל החובה **יודע** על ביצוע העבירה או על הכוונה לבצע אותה. זאת לעומת חובת הדיווח שבחוק איסור מימון טרור, המסתפקת ב**חשד סביר** בלבד. ודוקו: כפי שקבע בית המשפט בפרשת **סולטאן**,⁴⁴ דרישת הידיעה שבעבירת אי מניעת פשע אינה מאפשרת החלפת הידיעה בעצימת עיניים או בידיעה קונסטרוקטיבית. באמצע את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בפסק דין **פלוני**,⁴⁵ העדיף למעשה בית המשפט את תפיסת עולם שיש להימנע מיצירת "חובת הלשנה" ולכן אין לדרוש מאדם לדווח על חשדות ואין להטיל עליו עונש אם אינו עושה זאת. הטלת חובת דיווח על חשדות בלבד עלולה ליצור ניכור חברתי, לטעת חרדות בלב האזרחים (הן מפני השלטון והן זה מזה), לפגוע בזכותם של האזרחים לפרטיות ולאוטונומיה ובכך לערער את ערכי הדמוקרטיה.⁴⁶ בנוסף, חובה כזו עלולה לשמש אזרחים נקמנים המעוניינים להשחיר את פניהם של אזרחים אחרים המסוכסכים עמם.⁴⁷ ואכן, הלכת **סולטאן** יושמה גם בפרשת **הר שפי**, שבה קבע השופט חשין כי אף שמדובר בידיעה שהיא יסוד נפשי ולא בנסיבה, עצימת עיניים אינה תחליף לידיעה, לצורך עבירת אי מניעת פשע.⁴⁸ חששות אלו, שהביע השופט חיים כהן בעניין עבירת אי מניעת פשע, נכונים גם בעניין עבירת אי הדיווח על מימון טרור שסעיף 10 קובע, והם ינחו את הדיון בנושא הפגיעות העלולות להיגרם מסעיף 10 לזכויות האדם והדמוקרטיה בישראל, בהמשך הדברים. עם זה, נראה כי השפעתו החברתית של סעיף 10 מצומצמת מהשפעת עבירת אי מניעת פשע מכיוון שעבירת אי הדיווח על חשד למימון טרור פונה לקהל מצומצם יחסית של אזרחים שהתבקשו לבצע פעולה מסוימת על ידי האדם שעליו הם מדווחים (ובחלק מהמקרים מופנית הדרישה רק לאלו שנעתרו לבקשה זו).

43 ראו גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 363.

44 ע"פ 307/73 **סולטן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 794 (1974).

45 ע"פ 496/73 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 714 (1974).

46 ראו דיון בפרק ג' ובעיקר ליד הערת שוליים 62 והערת שוליים 67.

47 גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 372.

48 ע"פ 3417/99 **הר שפי נ' מ"י**, פ"ד נה(2) 735 (2002). ראו גם מיכל פרידלנדר "אי מניעת פשע: היקפה הראוי של העבירה (לאור פסק הדין בעניינה של מרגלית הר-שפי)" **המשפט** ז 471 (2002).

חשוב לעמוד על ההבדל בין החשד הסביר שמקים את חובת הדיווח שבה עוסקת רשימה זו לבין חשד "סתם" (ובכלל זה עצימת עיניים): חובת הדיווח קמה כאשר מדובר פוטנציאלי מודע לקיומו של חשד סביר שהרכוש, שבו התבקש לפעול, ישמש למימון טרור. היסוד הנפשי הינו יסוד של מודעות, והוא מתייחס לקיומו של חשד סביר. אם אדם אינו מודע לחשד, מטבע הדברים הוא אינו "חושד" ולא מוטלת עליו חובת דיווח.⁴⁹ עם זה, אדם שעוצם עיניו מלחשוד חשד סביר, חושף עצמו לאחריות פלילית. אלא שכאמור, על החשד להיות סביר; אדם שעוצם עיניו מלחשוד חשד "סתם", אינו אחראי. זאת ועוד: אם בירר אדם את חשדו (כלומר לא עצם עיניו) ונותר עם חשד שאיננו עולה כדי חשד סביר, יצא ידי חובתו. המאפיין את "סבירותו" של החשד הוא קיומו של בסיס במציאות אשר יעורר חשד סביר אצל אדם סביר. נדרשת, אם כן, ראשית ראייה המעוררת חשד, אך לא נדרשת ידיעה של ממש: אם לא בירר האדם את חשדו הסביר, גם אם לא ידע כי מתבצע או צפוי להתבצע פשע, הרי בהתקיים התנאים האחרים, יישא באחריות פלילית אם לא ידווח.

מלבד ההבדל ביסוד הנפשי בין החובה למניעת פשע (הדורשת ידיעה) לבין חובת הדיווח שבה אנו עוסקים כאן, ניתן להצביע על שני הבדלים מרכזיים נוספים. הראשון מתייחס לציר הזמן: חובת הדיווח הוותיקות חלות כשפשע עתיד להתבצע ואילו חובת הדיווח החדשה חלה בהווה – בהתייחס לפעולה עכשווית בנוגע לרכוש. חובת הדיווח מכוח אי מניעת פשע חלה כשפלוגי "זומם" פשע. חובת הדיווח מכוח חוק איסור מימון טרור חלה כשישנו חשד שהרכוש שבו פועל המדווח או שהתבקש לפעול בו הוא רכוש טרור כעת או שהפעולה המתבצעת כעת תקדם ביצוע מעשה טרור. ניתן לטעון כי הבדל זה בין החובות מקהה במקצת את שיניה של הביקורת שמתח השופט חיים כהן על חובת הדיווח על חשד. לפי טענה זו, בניגוד לחובות הוותיקות, חוק איסור מימון טרור אינו מטיל על אזרחים חובה "לבחון לב וכליות" ולחדור אל הנעשה במוחו ובלבו של אדם אחר, ה"זומם" לבצע פשע, כדי להעריך את רצינות כוונותיו ותעוזתו ולקבוע אם באמת סביר שיבצע את מה שתכנן. לכן, ניתן להעלות את הרף ולקבוע חובת דיווח גם על חשד סביר.

לדעתי לא מדובר בטענה חזקה, מכיוון שהבדל זה אינו מהותי כפי שנדמה ממבט ראשון, וזאת מארבע סיבות: ראשית, חוק איסור מימון טרור עוסק במניעת עבירות עתידיות – ביצוע פעולות טרור. החוק קובע עבירות חדשות (מסוג פשע) שמעבירות את הדיווח לזמן הווה אך הפללת מימון טרור, או מעשים הנחשבים למימון טרור, מבוססת על התחזית שפעולות אלו יקדמו טרור בעתיד (ראו הגדרת "רכוש טרור"). ברור כי מימון הטרור יכול ליפול בגדר עבירת קשירת קשר (כגון קשירת קשר לביצוע פעולות טרור), אך הדבר אינו גורע מנכונות הטענה כי מטרת החוק היא לסכל פעולות טרור עתידיות. שנית, אדם המתבקש לבצע בהווה פעולה ברכוש, עשוי לחשוד כי הפעולה שהוא מבצע עכשיו תסייע למימון טרור עתידי ולכן עבירות מימון הטרור עצמן יהיו עתידיות, יחד עם עבירות הטרור שמימון הטרור מקדם, שיתרחשו מאוחר עוד יותר. שלישית, ניתן בהחלט לטעון שעבירת אי מניעת פשע תחול גם כשישנה ידיעה על עבירות שהתבצעו בעבר אם מדובר בעבריינים סדרתיים,⁵⁰

49 גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 379.

50 שם, בעמ' 385.

כגון מי שעוסקים במימון ובייזום פיגועי טרור. רביעית, גם עבירת אי מניעת פשע עשויה לחול על פעולה עכשווית כאשר מדובר בפשע מתמשך שאותו ניתן למנוע במהלך הביצוע. עבירות הגבלים עסקיים, למשל, הן בדרך כלל עבירות מתמשכות,⁵¹ שאותן ניתן למנוע (לפחות באופן חלקי) במהלך ביצוען.

ההבדל הנוסף בין מניעת פשע לבין חובת הדיווח שבה עסקינן הוא שמניעת פשע מחייבת נקיטת כל האמצעים הסבירים ובהם גם דיווח, ואילו חובת הדיווח כשמה כן היא; אין היא דורשת כל פעולה אחרת למניעת הפשע מלבד דיווח. אלא שגם הבדל זה אינו מהותי לדיון, ולו משום שדיווח למשטרה הוא אופן הפעולה הקלאסי המתבקש למניעת פשע. בנוסף, גם אם "נרכיב" את עבירת אי מניעת פשע על עבירות מימון הטרור שבסעיפים 6-9 לחוק איסור מימון טרור, נגלה שהאמצעי הסביר המרכזי העומד לרשות אדם היודע על מימון טרור, הוא הדיווח לרשויות החקירה.⁵² ראשית, הטרור אינו סלקטיבי בבחירת קורבנותיו ולכן הזהרת הקורבן אינה אפשרית, מה גם שאין בה כדי לסכל את עבירת מימון הטרור אלא את הפיגוע העתידי. שנית, עברייני טרור אינם ידועים בהסנותם ובפתיחות המחשבתית שלהם ולכן קשה להאמין שניתן לשכנעם שלא לבצע את העבירה – אמצעי סביר נוסף למניעת פשע.⁵³ יתרה מזו, לרוב האנשים העוסקים בתחום אין כלים אחרים למנוע טרור או למנוע שימוש ברכוש למטרות טרור (בין משום "רכוש טרור" הוא רכוש שנקשר בפעולות טרור שכבר אירעו ובין משום שהשימוש העתידי ברכוש מנותק ממצע הפעולה הפיננסית העכשווית).

השוואת חובות הדיווח מלמדת אפוא כי ההבדל המרכזי שקיים ביניהן לעניין זה⁵⁴ הוא רף הידיעה הנדרש להשתכללות חובת הדיווח. לשון אחר, מכיוון שמיון טרור הוא עבירה פלילית (בהתאם לסעיף 8-9 לחוק איסור מימון טרור), ניתן להרשיע בגין אי מניעת פשע אדם שידע (ולא די בכך שחשד) כי רכוש מסוים שבו פעל או התבקש לפעול משמש או ישמש למעשה טרור. דינו לא יעלה על מאסר של שנתיים. אם אך חשד אדם כי רכוש ישמש למעשה טרור, או כי מדובר ברכוש טרור,⁵⁵ נדרש לפנות לעבירת הדיווח, ולוודא את סבירותו של החשד.

⁵¹ לדוגמה, בנושא עבירות צד להסדר כובל השופטת ארבל קובעת כי "...העבירות של צד להסדר כובל הן עבירות נמשכות באופיין ואף סעיף 47 לחוק, בהתייחסו לגובה הקנסות שניתן להטיל בעבירה של צד להסדר כובל, מפנה לסעיף 61(ג) לחוק העונשין, הדין בעניינה בגין עבירה נמשכת", ראו ע"פ 7068/06 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה** (טרם פורסם, ניתן ביום 31.5.2007). כמו כן ראו ע"פ 4855/02 **בורוביץ' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (6) 776, 857 (2005); ע"פ 2929/02 **מדינת ישראל נ' סבירסקי**, פ"ד נז (3) 135, 142-143 (2003); ע"פ 7399/95 **נחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105, 123 (1998).

⁵² נוסח עבירת אי מניעת פשע מלמד כי אדם היודע כי פלוני זומם לבצע פשע חייב לנקוט "**אמצעי סביר**" למניעתו. ניתן לטעון כי בנוסף לדיווח לרשויות החקירה יכול אותו אדם לדווח לבנק (או לכל מוסד פיננסי אחר) שבאמצעותו בוצעה אותה פעולה ברכוש, וכי הדבר יהווה אמצעי סביר למניעת מימון הטרור. מכיוון שברובם המכריע של המקרים דיווח לבנק או למוסד פיננסי יביא לידי העברת המידע לרשויות החקירה (בשל חובות הדיווח החלות על מוסדות פיננסיים מכוח דיני איסור הלבנת ההון), אינני סבור כי אפשרות זו יוצרת הבדל מרכזי בין שתי העבירות.

⁵³ ראו גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 378.

⁵⁴ כזכור, בעיה דומה קיימת בעניין ההכרזה על אדם כפעיל טרור או על ארגון כארגון טרור, לפי סעיף 2 לחוק איסור מימון טרור, והזכות להליך הוגן, כנזכר בהערה 13 לעיל. לא ברור כלל שהכרזה על אדם כפעיל טרור או על ארגון כארגון טרור על בסיס "יסוד סביר" שיש לוועדת השרים כי היה ממש בהכרזה שניתנה בחו"ל בעניין מעורבותו של אותו אדם או ארגון בטרור (להבדיל מידיעה ממש כי אכן מדובר בגורם טרוריסטי), עומדת בתנאי הזכות להליך ההוגן.

⁵⁵ אדם היודע (או חושד ועוצם עיניים) שהוא מבצע פעולה ב"רכוש טרור", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק איסור מימון טרור, ייתכן שיורשע בפעולה בנכסים גנובים (לפי סעיף 411-413 לחוק העונשין) בד בבד עם האפשרות שיורשע בעבירת אי

מסקנה זו מחייבת לנסות ולענות על השאלות האלה: האם חובת הדיווח על חשד למימון טרור אינה חשופה גם היא לביקורת של השופט חיים כהן בעניין חובת הדיווח על חשד? בהנחה שביקורת זו לא נדחתה על ידי המחוקק בעצם חקיקת החוק, מהו התוכן שיש לצקת לתוך המונח 'חשד סביר', לאורה? זאת ועוד, האם לביקורת של חיים כהן אין להוסיף שיקולים נוספים, שמקורם במחויבות הדמוקרטית לזכויות האדם, שיקולים שחלשו על ההליך הפרשני אף לפני עידן חוקי היסוד, ולא כל שכן משנקבע לחוקי יסוד אלו מעמד חוקתי? אפנה לדון בשאלות אלו עתה, ואתחיל בסוגיית זכויות האדם הנפגעות על ידי החוק.

ג. השפעת חובת הדיווח על חשד למימון טרור על זכויות האדם בישראל

1. הזכות לפרטיות

א. כללי

לכאורה, אדם העוסק בביצוע פעולות פיננסיות – הוא המדווח הפוטנציאלי – נתון בדילמה. מחד גיסא, עליו לדווח אם חושד הוא שהרכוש הינו רכוש טרור או ישמש לטרור, שאם לא כן חשוף הוא להרשעה פלילית שבסופה ייתכן שישלח למאסר של שנה. מאידך גיסא, אם ידווח דיווח לא מוצדק, עלול הוא להסתכן בהפרת הזכות לפרטיות, בין מכוח חוק הגנת הפרטיות⁵⁶ ובין מכוח חוקים ספציפיים החולשים על העולם הפיננסי. דיווח כזה טומן בחובו אף הוא סנקציה (פלילית או אזרחית).⁵⁷ כאמור, קבע החוק את נקודת האיזון בחשד **סביר**, ולצדו החוק מעניק הגנה למדווח אשר פעל ב"תום לב".⁵⁸ מאזן זה מצביע, לדעתי, על תמריץ לדווח גם אם המדווחים אינם בטוחים כי חשדם "סביר" (כמובן כל עוד איננו עוסקים במדווחים הפועלים שלא בתום לב). לשון אחר, במקרה של ספק, יעדיף אדם תם לב לדווח על פעולות ברכוש של אחר, וכך עשויה להיפגע הזכות לפרטיות של האדם שעל מעשיו מדווחים.

כידוע, הזכות לפרטיות מעוגנת בחקיקה הישראלית ובחוקי היסוד.⁵⁹ זכות זו נתפסת כנגזרת מכבוד האדם⁶⁰ ומצדיקים אותה גם שיקולים דמוקרטיים אחרים כגון האוטונומיה (הזכות לגבש

מניעת פשע. הידיעה כי הרכוש הינו רכוש טרור, מקימה את עבירת אי מניעת פשע משום שרכוש טרור עשוי להיות "רכוש ששימש, איפשר או קידם ביצוע מעשה טרור, או רכוש שיועד או שהוא מיועד לאחד מאלה", ומהגדרה זו עולה חשש שישמש לקידום טרור בעתיד (ראו הגדרת רכוש טרור). כן יש לזכור כי גם אם רכוש הטרור לא ישמש לקידום טרור בעתיד, הוא מצביע על מבקשי הפעולה כעוסקים במימון טרור ועבריינים מסוג זה יהיו לרוב עבריינים סדרתיים, שעליהם יש לדווח (ראו דיון ליד הערת שוליים 50).

56 חוק הגנת הפרטיות קובע כי הפרת חובת סודיות שנקבעה בדין או בהסכם מפורש או משתמע מהווה פגיעה בפרטיות. ראו סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981, ס"ח 128. סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי פגיעה בפרטיות הינה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין יחולו עליה.

57 ש.ס.

58 ראו סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור, לעיל הערה 15.

59 ראו סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. ראו גם חוק הגנת הפרטיות, לעיל הערה 56.

60 רות גבזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" **זכויות האדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל** 61, 63-65 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ח-1988). מנגד, יש הטוענים כי דווקא הפרטיות היא הזכות הראשונית שממנה נגזרות זכויות אחרות כגון הזכות לקניין, לחירות ולשלמות הגוף. ראו אלי הלם **דיני הגנת הפרטיות** 2 (פרלשטיין-גינסר, 2003).

דעה בלא התערבות האחר והשלטון), החירות אישית⁶¹ (למשל, להתנגד לשלטון בצורה לגיטימית), שימור ופיתוח הזהות עצמית⁶² (היכולת לעצב זהות במרחב אישי מוגן), הלמידה⁶³ והיצירתיות.⁶⁴ ניתן אף לטעון בשם שמירת שפיותו של האדם הזקוק לפרטיות.⁶⁵ באחרונה עמד בית המשפט העליון על חשיבותן של הזכות לפרטיות וצנעת הפרט לאופי הדמוקרטיה ועל מעמדה במשפט הישראלי בבג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה**.⁶⁶

רציונלים אלו מצדיקים במיוחד פרטיות בעניינים אישיים ובדלת אמותיו של אדם אך חלקם מתאימים גם לפרטיות פיננסית – הזכות לשמור על ענייניך הכספיים פרטיים הן כלפי המדינה והן כלפי הציבור הרחב. רובנו אינו מעוניין שפעולותינו הכספיות באשר הן יהיו חשופות לעיניה של המדינה או של פקידיה. ישנם שירותים ומוצרים חוקיים, שאנשים מעדיפים למכור ולקנות אותם בפרטיות. קל וחומר באשר להעברת כספים או רכוש לקרובים או לחברים, העברה העלולה לחשוף את זהות הנעברים ולהביא לידי פגיעה במערכות יחסים אינטימיות. מידע כזה, המגיע לידי המדינה, עלול גם להיות מנוצל לרעה על ידי המדינה מכיוון שמידע פיננסי יכול ללמד על זהותו הפוליטית של אדם (כגון תשלום דמי חבר למפלגה מסוימת, תרומות לארגונים פוליטיים), על זהותו המינית (כגון תשלום חשבון למקום בילוי מסוים המזוהה עם הקהילה ההומו-לסבית) ועל שיוכים נוספים שיכולים לספק למדינה אמצעי לחץ כלפי אדם או להביא לידי הפלייתו.

ב. אחת מתכונותיה הייחודיות של הזכות לפרטיות היא אפקט "מה בקופסה?"

לא אחת, עד שתבוצע הפגיעה בפרטיות לא נדע אם הפגיעה אכן מידתית או מוצדקת. לדוגמה, במהלך האזנות סתר ייחשפו המאזינים לחייו הפרטיים של מושא ההאזנה, ורק אז ידעו אם באמת מדובר

61 Jeffrey Rosen, *Issac Marks Memorial Lecture: The Naked Crowd: Balancing Privacy and Security in an Age of Terror*, 46 ARIZ. L. REV. 607, 611 (2004)

62 ראו גביזון, לעיל הערה 60, בעמ' 70.

63 בתי המשפט בארצות הברית עמדו זה מכבר על חשיבותה של הזכות להיחשף למידע ולרעיונות באופן אנונימי, לחירות המחשבה והלימוד. נקבע כי לאדם הזכות לקרוא וללמוד בלי לחשוש מעיניהם הצופיות של המדינה ושל הציבור (בנוגע לעצם הלימוד ותוכנו). עם זה יצוין כי בארצות הברית זכות זו מעוגנת בחופש הביטוי ובד בבד גם בזכות לפרטיות. ראו, למשל:

Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981; *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1954); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969); *Tattered Cover, Inc. v. City of Thornton*, 44 P.3d 1044, 1053 (Colo. 2002).

64 ראו גביזון, לעיל הערה 60, בעמ' 71-72.

65 המשפטן ואיש מדע המדינה Westin מגדיר בספרו ארבעה מצבים פסיכולוגיים הדרושים לאדם כדי להתפתח מבחינה חברתית וכדי לשמור על שלווה נפש ושפיות. ארבעה מצבים אלו הם בדידות, אינטימיות, אנונימיות ו"הגנה" (ובאנגלית Reserve), הכוונה למצב שבו קבוצת אנשים המכירים זה את זה נמצאת יחד והיא מוגנת מפני בני אדם שאינם משתייכים לקבוצה). לפי Westin, ההימצאות במצבים אלו מספקת לאדם אפשרות לממש את האוטונומיה הפרטית שלו, לפרוק את רגשותיו, לגבש את החוויות שהוא חווה, להסיק מסקנות לעניין זהותו ואישיותו (Self Evaluation) ולתקשר עם אחרים בסביבה מוגנת. להרחבת הדיון בהצדקות הפסיכולוגיות והסוציולוגיות לזכות לפרטיות ראו: Stephen E. ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 3-51 (1967); Alan F. Westin, *Social and Margulis Privacy as a Behavioral Phenomenon*, 33(3) J. SOC. ISSUES; Alan F. Westin, *Social and Political Dimensions of Privacy*, 59 J. SOC. ISSUES 431 (2003).

66 טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.2006.

בעברייך שהאזנה לענייני מוצדקת או אולי מדובר באזרח חף מפשע. במהלך ההאזנה ייתכן שיחשפו החוקרים למידע אישי ומביך על החשוד, אך הם אינם יכולים להחזיר את הגלגל לאחור ולשכוח מה יש בקופסה.⁶⁷ אם נגלה שההאזנה הייתה משוללת יסוד, אולי ניתן יהיה לבקר את ההחלטה לאשר אותה, אך הנזק לפרטיות כבר נעשה. יתרה מזו, גם אם ההחלטה לפגוע בפרטיות הייתה סבירה בעת קבלתה, ואפילו נמצאו ראיות מפלילות, עדיין עלולים החוקרים להיחשף למידע אחר על חייו הפרטיים של מושא הפגיעה. ההפרדה בין מידע מפליל האמור לשמש את התביעה והמדינה למידע אחר שבו אין לעשות שימוש היא קשה ואולי אף בלתי אנושית. מאפיין זה של פגיעה בפרטיות מתקשר במישור להצדקה להגן עליה, שנבעה מערכי הדמוקרטיה: מידע אישי על מתנגדי המשטר כגון עבירות קלות ערך או אפילו בעיות בחיי הנישואין עשוי לשמש נושאי תפקיד במאבק לשמר כוח פוליטי – אם כוחו של שלטון ואם כוחם של אנשים מסוימים בתוך המנגנון. היעדר יכולת ההפרדה בין ראיות מפלילות למידע מוגן מצדיק ריסון הפגיעה בפרטיות.

פתרון חלקי לבעיה זו טמון ב**דרישת היסוד הסביר** להתרחשות עבירה, שהיא תנאי להוצאת צווי חיפוש והאזנות סתר בישראל ובמדינות רבות נוספות.⁶⁹ על פי דרישת היסוד הסביר, אם לא

⁶⁷ מידע כזה אף עשוי לשמש שלטון מושחת כדי להשחיר את פני מתנגדיו ברבים ולפגוע במעמד הציבורי, כפי שיוסבר בהערה הבאה. ראו רוזן, לעיל הערה 61, בעמ' 611.

⁶⁸ רוזן עמד על הקושי להפריד בין מידע מפליל המצדיק פגיעה בפרטיות למידע רגיש שאליו נחשף החוקר, במאמרו שכבר הזכרנו. רוזן פותח את הדיון בקושי זה בתיאור מכונת העירום (The Naked Machine), טכנולוגיה דמיונית המסוגלת לזהות כל חומר או חפץ המוסתר בגופו של אדם הנכנס לשדה תעופה, אך במהלך פעולתה חושפת את גופו העירום של האדם לעיני המשתמש בה (מה שעלול להביך רבים מאתנו ולפגוע בפרטיותם). ראו רוזן, לעיל הערה 61, בעמ' 608. כך משיגה המכונה את המידע הרלוונטי – מי ממבקרי שדה התעופה נושא על גופו חפצים מוסתרים – תוך כדי חשיפת אנשי הביטחון למידע בלתי רלוונטי ומביך – איך נראים כל מבקרי שדה התעופה בעירום מלא. משצפו בקהל באמצעות המכונה, אנשי הביטחון כמובן אינם יכולים להפריד בין המידע שאותו הם מעוניינים לדעת ושאותו יש להם זכות לדעת לבין מידע הראוי להישאר חסוי. במילים אחרות, משפתחו את הקופסה, הם אינם יכולים להחזיר פנימה את מה שלא רצו לראות.

במקום אחר מדבר רוזן על תופעה שהוא מכנה "אפקט ניקסון", בהתייחסו לניסיונו של הנשיא ניקסון להשתמש במידע על החזרי המס של מתנגדי המלחמה בוויאטנם כדי לאיים עליהם בתביעה אם לא יפסיקו את פעילותם. תופעה זו היא מצב שבו השלטון מנהיג חיפושים והאזנות רחבות היקף כדי להשיג מידע מביך או מידע המצביע על פעילות לא חוקית פחותת דרג כדי לנטרל את מתנגדיו או מבקרי מפעולה. אפקט "מה בקופסה" הוא תופעה דומה, אך יש בין השניים שני הבדלים משמעותיים: ראשית, בענייני לא מדובר בהכרח בניסיון מכוון ופסול של השלטון לנטרל את מבקרי ומתנגדיו. גם בחיפוש או בהאזנת סתר הנראים מוצדקים, עשויים החוקרים להיחשף למידע מביך או מזיק על החשוד שאינו מצדיק את הפגיעה בפרטיותו. ראו רוזן, לעיל הערה 61, בעמ' 611. שנית, גם אם לא ייעשה בפועל שימוש פסול במידע על ידי גורמים בעלי אינטרסים בממשל, אפקט "מה בקופסה" חל ונגרם לציבור נזק. הנזק הוא עצם חשיפת רשויות החקירה למידע בלתי רלוונטי אשר ההצדקות המאפשרות את סמכויותיהם המיוחדות (בענייני הצורך בהאזנות, בחיפושים ובחובות דיווח לקדם את המאבק במימון הטרור) אינן חלות עליו.

⁶⁹ הדרישה מאת רשויות החקירה להוכיח לבית המשפט, כי ישנו יסוד סביר לביצוע עבירה, לפני קבלת צו המתיר פגיעה בפרטיות, מעוגנת במגוון דינים בישראל, המסדירים פעולות הפוגעות בפרטיות פגיעה חמורה כגון חיפוש משטרתי בבתי אזרחים והאזנות סתר:

סעיף 6(א) לחוק האזנות סתר (התשל"ט-1979, ס"ח 118), העוסק בהאזנת סתר שמטרתה למנוע עבירות ולגלות עבריינים (להבדיל מהאזנות סתר ממניעים ביטחוניים), קובע כי "נשיא בית משפט מחוזי, או סגן הנשיא שהסמיכו הנשיא לענין זה, רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, **להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור, או לחקירה לצרכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע.**"

הסדר דומה קבוע בסעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט-1969, בעניין צווי חיפוש. לפי סעיף זה, יש להתיר חיפוש במקום מסוים אם התקיים אחד משלושת התנאים האלה: ראשית, החיפוש נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך חקירה, משפט או הליך אחר (יצוין כי השימוש בסעיף זה מצומצם מכיוון שרשויות החקירה נדרשות להצביע על חפץ מסוים שאותו הן מחפשות ולהראות מדוע לדעתן יימצא אותו חפץ במקום החיפוש). שנית, יש לשופט **יסוד להניח** שאותו מקום משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר

יוכחו רשויות החקירה כי ישנה ראשית ראיה נגד החשודים, המבססת יסוד סביר לכך שהם מעורבים בפעילות עבריינית, הפגיעה בפרטיות החשודים אינה מוצדקת ובית המשפט לא יאשר את החיפוש או את האזנת הסתר.⁷⁰ ראשית ראיה המבססת פגיעה בפרטיות היא, למשל, ראיה המראה קשר בין חשוד לגורמים פליליים⁷¹ ובמקרה שלנו בין חשוד לפעילי טרור או לאנשים העוסקים במימון טרור. כך מצטמצם הסיכוי לשימוש מוגזם באמצעי חקירה פוגעניים, העשויים לחשוף את חיהם הפרטיים של אזרחים שאינם מעורבים בפלילים, בלי שהדבר יהיה הכרחי או מידתי.

יובהר, כי הרעיון שבבסיס דרישת היסוד הסביר הוא כי רשויות החקירה אינן מוסמכות לפגוע בפרטיותם של אזרחים רק כדי לברר מי מהם הוא עבריין ואז לנקוט אמצעי חקירה אחרים.

בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא חוקית. שלישית, יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו. יצוין כי ישנם חריגים, המאפשרים ביצוע האזנות וחיפושים בלא צו בית משפט כאשר החלטת המנהלית כפופה לביקורת שיפוטית בדיעבד, אך חריגים אלו מוגבלים למקרי חירום שבהם לא ניתן להמתין להשגת הצו. להרחבת הדיון בדרישת היסוד הסביר והאיזון בין הזכות לפרטיות לאכיפת החוק וביטחון המדינה בדיון הישראלי ראו מרדכי ארגמן **אכיפת הדין הפלילי בישראל: פונקציות וסמכויות** 37, 49-47, 81-90 (הוצאת תמר, תשמ"ט-1989 Emanuel Gross, *The Struggle of a Democracy Against Terrorism – Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest – the Proper Balance*, 37 CORNELL INT'L L.J. 27, 46-67 (2004).

על אף היעדרה של זכות מפורשת לפרטיות בחוקת ארצות הברית, בית המשפט העליון בארצות הברית פירש את התיקון הרביעי לחוקה, המגן מפני חיפושים ומעצרים שרירותיים, כמקנה הגנה על אספקטים מסוימים של הזכות לפרטיות. התיקון הרביעי מחייב קיום יסוד סביר לביצוע עבירה כדי לאפשר חיפוש ומעצר. בתחילה פירשו בתי המשפט את המונח "חיפוש" כהסגת גבול, כלומר הפרת זכותו של אדם לקניין שרק אז נדרש יסוד סביר לביצוע עבירה. בשנת 1967 הפך בית המשפט העליון האמריקני הלכה זו ודוקטרינת הסגת הגבול הוחלפה בדוקטרינת "הצפייה הסבירה לפרטיות" המאפשרת החלתה של דרישת היסוד הסביר גם על אמצעי מעקב והאזנה טכנולוגיים שאינם מחייבים הסגת גבול. השופטים נימקו את החלטתם בקביעה כי התיקון הרביעי לחוקה מגן על אנשים ולא על מקומות. ראו *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). מאוחר יותר קיבל הקונגרס חקיקה הדורשת יסוד סביר לביצוע עבירה כתנאי לאישור האזנות סתר בחקירות פליליות רגילות. ראו *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, Pub. L. No. 90-351, tit. III 802, 82 Stat. 212 (codified as amended at 18 U.S.C. 2510-20 (2000)). גם בארצות הברית ישנם חריגים המתירים מעקב והאזנות סתר בלא ביקורת שיפוטית לפני הביצוע, כגון חיפושים מנהליים הנערכים כדי לאתר כלי נשק וחומרי נפץ מתוך מטרה מנהלית ושאינם חלק מחקירה משטרתית.

בנוסף, בבריטניה, בארצות הברית ובישראל החוק קובע כי פגיעה חמורה בפרטיות, כגון האזנות סתר וחיפושים בבתיים של אנשים ובגופם, שמטרתה לחקור עבירות, תותר אך ורק בצו שיינתן על ידי טריבונל בלתי תלוי (שיפוטי בישראל ובארצות הברית ומנהלי בבריטניה), שישקול את הפגיעה בפרטיות ואת נחיצות הצו לחקירת עבירה ולמניעתה. זהו מכנה משותף משמעותי שמספק הגנה ניכרת על פרטיות האזרח מפני רשויות החקירה. מטעמי נוחות ולטובת בהירות הדיון, נקרא לתנאי זה "דרישת היסוד הסביר", בלי להביע עמדה באשר למידת ההוכחה הראויה באיזון בין הזכות לפרטיות לביטחון המדינה ולשלום הציבור.

יודגש כי במרבית מדינות המערב דרישת היסוד הסביר אינה חלה תמיד על סוכנויות ביון וגורמי ביטחון נוספים העוסקים במניעת טרור ישירה וגם לא באכיפת עבירות כגון מימון טרור. עם זה לדעתי, בדיון בזכות לפרטיות בהקשרה של חובת הדיווח על חשד למימון טרור, ההשוואה הנכונה תהיה בין החובות המוטלות על המשטרה ורשויות החקירה האחרות, המבקשות לפגוע בפרטיותם של אזרחים במהלך פעילות האכיפה וחקירת העבירות לבין החובות החלות על האזרח בבואו לדווח על חשד למימון טרור.

להרחבת הדיון בהסדרים המתירים פגיעה בפרטיות בבריטניה, ארצות הברית וקנדה ראו Laura K. Donohue, *Criminal Law: Anglo-American Privacy and Surveillance*, 39 J.CRIM. L & CRIMINOLOGY 1059 (2006). כן ראו גרוס, שם, בעמ' 67-88.

מן הראוי לציין שחוק הפטריוט (לעיל הערה 29) צמצם במידה ניכרת את דרישת ה-Probable Cause בארצות הברית, אפשר חיפוש כללי על סמך צו בית משפט שאינו מפרט את המקומות והחפצים המיועדים לחיפוש, ביטל את הדרישה שהמשטרה תודיע לחשוד על עריכת החיפוש לפני הגעתה למקום, ומתיר קשת רחבה של שיטות מעקב אלקטרוניות הפוגעות בפרטיות ושלא הותרו בעבר. ראו סעיפים 210-219 לחוק הפטריוט וכן גרוס, לעיל הערה 2, בעמ' 639-642, 689.

71 ראו: בשי"פ 2145/92 **מדינת ישראל נ' גואטה**, פ"ד מו(5) 704, 726 (1992).

מצב כזה מאפיין משטרים טוטליטריים שבהם רשויות החקירה מאזינות לכל אזרחי המדינה ומאתרת מתוכם עבריינים ומתנגדי משטר.⁷² הצורך באמצעי החקירה הפוגע פגיעה ממשית בזכות לפרטיות (כגון האזנת סתר וחיפוש) אמור להתגבש מתוך ממצאי חקירה קודמים, שהושגו בלא פגיעה בפרטיות (או לפחות בלא פגיעה בחומרה ובהיקף המחייבים השגתו של צו בית משפט) ויש בהם כדי לקשור את החשוד לפעילות עבריינית, וכל זאת בטרם יופעל האמצעי הפוגע. בנוסף, מטבע הדברים יש להראות כי יש צורך באמצעי הפוגע כדי להשיג ראיות נוספות וכי לא ניתן להגיש כתב אישום על בסיס חומר הראיות הקיים.⁷³ כך, מאזן הדין בין זכותם של חשודים ושל כלל האזרחים לפרטיות לבין שלטון החוק ושלוש הציבור, בקובעו את דרישת היסוד הסביר. בהקשר זה תצוין ביקורתנו המרכזית של פרופ' גרוס על השינויים שחולל חוק הפטריוט האמריקני: לטענתנו, חוק זה מאפשר פגיעה בפרטיות ובזכויות אחרות בלא פיקוח שיפוטי ובכלל זה הקפדה על דרישת היסוד הסביר.⁷⁴

פתרון אפשרי אחר המצמצם את הפגיעה בזכות לפרטיות ואת אפקט "מה בקופסה" הוא הגבלת השימושים שיעשו רשויות החקירה במידע שהושג אגב שימוש בסמכויות ובהוראות חוק מיוחדות כגון חובת הדיווח ובד בבד מידור רשויות החקירה, שימנע העברת מידע מרשות שניזונה מחובות דיווח, ואשר לה סמכויות חקירה מיוחדות, לרשות שאינה כזו. פתרון זה אומץ בחוק איסור מימון טרור כפי שנראה מיד.

ג. הגבלת השימושים במידע באמצעות חסיון שימוש ומידור רשויות החקירה

הדיון באפקט "מה בקופסה?" נגע בקושי להפריד את המידע, שאליו חוקרים נחשפים, למידע מפליל ולמידע פרטי. כפי שהראיתי בפרק הקודם, פתרון מסוים לקושי זה טמון במידור רשויות החקירה ובהטלת חסיון שימוש על מידע המושג בדרכים הפוגעות בפרטיותם של חשודים.⁷⁵

לפי שיטה זו, מידע שהמשטרה השיגה באמצעות חובת הדיווח שבחוק איסור מימון טרור, חובה היוצרת איזון ייחודי בין הפגיעה בזכויות האדם לאינטרס הציבורי להיאבק בטרור, צריך לשמש אותה במלחמה בתופעת מימון הטרור או במלחמה בטרור ובנושא זה בלבד. לדעת כותב שורות אלה, אם הושג מידע באמצעות הוראת חוק ייחודית כגון חובת הדיווח, ומידע זה לא היה מתגלה בלעדיה, אין להשתמש בו למטרות אחרות, בין לאחר השימוש המקורי ובין בד בבד עמו (כגון לצורך איסוף ראיות אחרות בעקבות הדיווח, שישמשו בתורן למטרות אחרות).

נראה כי פגיעה בפרטיותו של אדם, שאותה ניתן להצדיק בשל חשד לפעילות טרור או למימון טרור, אינה אמורה להוות בסיס להרשעה בעבירות חמורות פחות, אשר אין להן זיקה לעניין מימון

⁷² ראו דיון לעיל בהערת שוליים 66.

⁷³ ראו ארגמן, לעיל הערה 69.

⁷⁴ שם, בעמ' 642.

⁷⁵ ראו רוזן, לעיל הערה 61, בעמ' 612. כן ראו דיון בתחילת פרק זה בעניין אפקט "מה בקופסה?"

הטרור וראיות עליהן התגלו במהלך החקירה.⁷⁶ לדוגמה, אם בעקבות דיווח על חשד למימון טרור התברר כי החשוד הוא ביגמיסט (דבר שאותו לא קשה להסיק מבחינת הנתונים הפיננסיים של אדם), מידע זה אינו אמור לשמש להעמדת החשוד לדין בגין עבירה זו (במישרין או בעקיפין) ועל רשויות החקירה הרלוונטיות למצוא את הראיות לביגמיה באופן עצמאי.

מידור רשויות החקירה העוסקות באכיפת איסור מימון טרור גם ימנע את השימוש בדיווח שהתקבל כדי להשיג ראיות אחרות, שימשו בתורן להרשעת החשוד בעבירות חמורות פחות. תוצאה בלתי רצויה זו של ראיות שהושגו שלא כדין נמנעת בארצות הברית באמצעות דוקטרינת "פירות העץ המורעל".⁷⁷ החלה של דוקטרינת פירות העץ המורעל על ראיות שהושגו שלא כדין נדחתה על ידי בית המשפט העליון בישראל,⁷⁸ אך לדעתי אין הדבר מספק טעם למניעת מידור הראיות המבוססות על דיווח מכוח סעיף 10 לחוק איסור מימון טרור, בידי רשות חקירה עצמאית. חוק איסור מימון טרור אף אימץ גישה זו. סעיף 48(ב) לחוק איסור מימון טרור קובע כי "דיווחים שיתקבלו לפי חוק זה ברשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור יישמרו במאגר המידע שהוקם לפי סעיף 28 לחוק איסור הלבנת הון". מאגר זה מרכז את כל הדיווחים שהתקבלו בעקבות החובות לדווח שבחוק איסור הלבנת ההון, בין שהתקבלו ברשות לאיסור הלבנת הון ובין שהתקבלו במשטרה והועברו למאגר על פי הוראות החוק.⁷⁹ חוק איסור הלבנת ההון קובע גם חובת סודיות⁸⁰ החלה על מי שברשותו מידע שמקורו בדיווח וסעיף 48(ב) מוסיף וקובע כי: "הוראות סעיף 31 לחוק איסור הלבנת הון שענינן חובת סודיות ואיסור גילוי מידע ושימוש בו שלא לפי הוראות חוק איסור הלבנת הון יחולו גם על אדם שהגיע אליו מידע שהתקבל לפי חוק זה".

⁷⁶ שם. חסיון השימוש ומידור רשויות החקירה מהווים גם הגנה מפני "אפקט ניקסון", שאותו מתאר רוזן במאמרו. המידע אשר נתגלה באמצעות חובת הדיווח לא יוכל לשמש את השלטון כדי לנטרל את מתנגדיו או להביך אותם ברבים.

⁷⁷ להרחבת הדיווח בדוקטרינת "פירות העץ המורעל" ראו: J. Stribopoulos, *Lessons From the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate*, 22 B.C. INT'L. & COMP. L. REV. 77, 101 (1999); R. H. Fallon & D. J. Melzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1810 (1991).

⁷⁸ ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 4.5.2006) פסקה 71 לפסק דינה של השופטת (דאז) בייניש.

⁷⁹ סעיף 28 לחוק איסור הלבנת הון (התש"ס-2000, ס"ח 293) קובע כי: "שר המשפטים יקים במשרד המשפטים, מאגר מידע של הדיווחים שיתקבלו לפי חוק זה ולפי חוק איסור מימון טרור (בחוק זה – מאגר המידע); השר יקבע כללים לניהול המאגר ולהבטחת המידע שבו". סעיף 29 לחוק זה קובע כי תוקם רשות מוסמכת שתנהל את מאגר המידע וכי "הרשות המוסמכת תנהל את מאגר המידע, תעבד את המידע שבמאגר ותאבטח אותו, תחליט בדבר העברת המידע לגורם המוסמך לפי חוק זה לקבלו ותעבירו לגורם כאמור, הכל לשם יישום חוק זה וחוק איסור מימון טרור". כמו כן קובע סעיף 29(ד) כי: "הגישה למאגר המידע תהיה לבעלי תפקידים ברשות המוסמכת שקבע ראש הרשות המוסמכת בהסכמתו של המפקח הכללי של משטרת ישראל".

סעיף 30 לחוק איסור הלבנת הון מסדיר את העברת המידע מהמאגר וקובע שתי הוראות חשובות: סעיף 30(א) קובע כי: "על אף הוראות פרק ד לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, לא תעביר הרשות המוסמכת מידע ממאגר המידע אלא לפי הוראות חוק זה ולרשויות כמפורט בו". סעיף 30(ב)1 קובע כי: "לצורך ביצוע חוק זה וחוק איסור מימון טרור [ומכאן משתמע שלא לצורך ביצוע חוקים פליליים אחרים – ע"ב] רשאית הרשות המוסמכת להעביר למשטרת ישראל מידע מתוך מאגר המידע; העברת המידע תהיה על פי בקשה מנומקת, בהתאם לכללים שיקבע שר המשפטים בהסכמת השר לביטחון הפנים". ההסדר שבסעיף 30 מעוגן אף הוא בסעיף 48(ב) לחוק איסור מימון טרור, הקובע כי "העברת מידע שהתקבל לפי חוק זה או לצורך אכיפתו של חוק זה, ממאגר המידע, תיעשה לפי הוראות חוק איסור הלבנת הון".

⁸⁰ ראו סעיף 31 לחוק איסור הלבנת הון, שם.

הסדר זה מבודד את המידע המתקבל ברשות לאיסור הלבנת הון בעקבות דיווחים על הלבנת הון,⁸¹ על פעולות חשודות שנתבקשו לבצע גורמים פיננסיים⁸² ועל חשדות למימון טרור, שהם עניינים הקשורים זה לזה מעצם טיבם. לגורמי חקירה אחרים לא תהיה גישה למידע זה, אלא בעקבות בקשות מיוחדות, על פי הוראות החוק שאוזכרו. כפי שתואר קודם לכן, להסדר זה תרומה מהותית להבטחת מידתיות הפגיעה שתיגרם עקב חובת הדיווח.

על אף הפתרון החלקי לפגיעה בזכות לפרטיות, הטמון בהוראת סעיף 48(ב) ובמידור המידע המתקבל במאגר נפרד, לחובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור מאפיין נוסף המעצים את פגיעתה האפשרית בזכות לפרטיות ובזכות לשוויון והוא העברת מרכיבים של תפקיד אכיפת החוק לידי האזרח.

ד. העברת מרכיבים של תפקיד אכיפת החוק לידי האזרח

חובת הדיווח יוצרת מצב ייחודי בהקשר של הזכות לפרטיות והוא "שיתוף"⁸³ האזרח בתפקידה של המדינה בתחום השגת הראיות למימון טרור. חקירה והשגת ראיות (בדרך כלל, אגב פגיעה בפרטיות), הן תפקידה המסורתי של המדינה כחלק מאכיפת החוק⁸⁴ והן אף כפופות לכללי המשפט המנהלי ובהם דרישת היסוד הסביר להתרחשות עבירה. לא כן האזרח. לכאורה, שיתוף כזה קיים גם בעבירת אי מניעת פשע, אלא שנקודת המוצא שם שונה. מכיוון שהעבירה דורשת "ידיעה", היא אינה מעודדת אנשים לפתוח בחקירות עצמאיות של שכניהם, אלא חלה ברגיל על מצבים שבהם נופל המידע לחיקו של האזרח. במצב זה "שיתפו" של האזרח במניעת פשע דווקא יצמצם את הפגיעה בפרטיות הנגרמת בעקבות חקירות משטרתיות, כיוון שדיווח על פשעים אשר ביצועם ידוע לאזרחים יצמצם את מספר חקירות המשטרה⁸⁵ חקירות אשר מעצם טיבן עלולות לפגוע בפרטיותם של רבים, ובהם חפים מפשע. דיווח המבוסס על ידיעה (או ליתר דיוק ידיעה לכאורה) מצמצם את החדירה לפרטיותו של החשוד. לכן לדעת כותב שורות אלו, "שיתוף" האזרח באכיפת החוק עשוי להיות לגיטימי כאשר מדובר באזרח היודע בוודאות על כוונה לבצע פשע, אך הוא לגיטימי פחות כשמדובר בחשד.

זאת ועוד, בבואן לחקור, אמורות רשויות המדינה, המחויבות לכללי המשפט המנהלי והחוקתי, לתכנן את פעולותיהן באופן שתפגענה פגיעה מינימלית בזכויות אדם.⁸⁶ לפיכך בדיקת

⁸¹ ראו סעיף 6 לחוק איסור הלבנת הון, הפוטר אדם, שידע כי הוא מבצע או מתבקש לבצע פעולה ברכוש המקדמת הלבנת הון, מאשמה אם דיווח על העניין.

⁸² ראו סעיף 217 לחוק איסור הלבנת הון, המטיל חובת דיווח על גורמים פיננסיים בעקבות פעילות רחבת היקף או חשודה של לקוחות, כפי שהיא נקבעת בצווים המפרטים את דרכי הדיווח. ראו לדוגמה: צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשס"א-2001, ק"ת 310; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של בנק הדואר), התשס"ב-2002, ק"ת 483; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה), התשס"ב-2001, ק"ת 239.

⁸³ מונח זה נבחר לאחר התלבטות, משום שהמדינה אינה מתפרקת מתפקידה, שכן היא ממשיכה לחקור חשדות למימון טרור בד בבד עם חובת הדיווח והיא גם אינה מאצילה את סמכותה משום שהאזרח אינו מקבל סמכות ביצועית כלשהי אלא מחויב לדווח.

⁸⁴ ראו ארגמן, לעיל הערה 69, בעמ' 24, 31-32.

⁸⁵ גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 368.

⁸⁶ ראו ארגמן, לעיל הערה 69, בעמ' 37-38.

חשדות לפעילות פלילית הכרוכה בפגיעה בפרטיות אפשרית רק לאחר עמידה בדרישת היסוד הסביר לביצוע עבירה.

לעומת זאת, לא ברור אם האזרח החוקר בעצמו את חשדותיו שלו, אפילו בנסיבות מקצועיות, מחויב לכללים החלים על גוף ציבורי. כפיפותו של האזרח לביקורת שיפוטית, אם יפר כללים החלים על המנהל, נתונה בספק. משהעביר את הדיווח למשטרה, מובן שמערכת הדינים המגבילה את כוחה של הרשות החוקרת תחול במלוא עוצמתה, אך במקרה הייחודי של פגיעה בפרטיות הנגרמת ברגע הדיווח, כבר יהיה מאוחר מדי. ניתן לטעון כי גם אזרח, המדווח על חשד שיש לו לגבי חברו, חשוף לחובות אזרחיות החלות עליו מכוח דיני הנוזיקין. לכאורה, ייתכן שסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע עוולה אזרחית של פגיעה בפרטיות, ישמש את בתי המשפט בצמצום הנזקים הנשקפים לפרטיות אזרחי ישראל מחובת הדיווח. עם זה, כפי שצוין בראשית הדברים, סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור מחסן אדם תם לב, המדווח על חשד למימון טרור, מאחריות אזרחית בגין הדיווח. אחריות אזרחית בכל זאת תוטל – ותבטיח את קיומו של מנגנון מרסן – אם בית המשפט יפרש כי רק דיווח על חשד **סביר** של ממש יקנה את הגנת תום הלב, ואילו דיווח על חשד בלתי מבוסס לא ייחשב לדיווח בתום לב. אפשרות זו תידון בהמשך.

2. הזכות לשוויון

מדווח פוטנציאלי אינו כפוף, כאמור, לכללי המשפט המנהלי והחוקתי ולביקורת שיפוטית. כפי שיוסבר מיד, פער זה עלול ליצור חוסר שוויון⁸⁷ בין אזרחי ישראל היהודים לאזרחיה הערבים, וליתר דיוק חוסר שוויון בפרטיות.

אירועי הדמים שקרו במהלך שנות קיומה של מדינת ישראל ואף לפני כן בין ערבים ליהודים יצרו מצב שבו חשד לפעילות טרור יופנה בעיקר כלפי הציבור הערבי. יהיו שיאמרו שמצב זה טבעי הוא, עקב האופי הלאומי של הסכסוך וההסתברות הגבוהה יותר שבני הלאום הערבי יעזרו לאחייהם מההסתברות שתגוש העזרה מצד יהודים. יהיו שיאמרו שהערבים צפויים להיחשד משום שהם בני מיעוט, וחשדות בעיתות משבר ומלחמה מופנים ברוב המקרים כלפי מיעוטים כרוניים.

לדעתי, אף אם ניתן להבין מדוע רשות חוקרת תפנה חלק ניכר ממאמצי החיפוש אל הציבור הערבי, לא ניתן להשלים עם מצב שבו האזרחים עצמם יפעילו שיקול דעת שכזה. רשות ציבורית תידרש להצדיק את הקצאת משאבי החקירה שלה, ולהזים טענות של פגיעה בשוויון (למשל באמצעות טענה כי המדובר בהבחנה רלוונטית),⁸⁸ אך אזרח "פרטי" חופשי לפעול לפי נטיות לבו (ובכלל זה דעותיו הקדומות).

זאת ועוד, גם אם תבחר רשות חקירה להפנות את מרב מאמציה כלפי הציבור הערבי בחקירת עניין מימון הטרור, לא תוכל אותה רשות לפגוע בפרטיותם של אזרחים ערבים (באמצעות

⁸⁷ להרחבת הדיון בחובת השוויון באכיפת החוק ראו: מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** 68-134 (2004); בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999). כן ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה' 165, 185-195 (1999).

⁸⁸ להבחנה בין הפליה פסולה להבחנה מותרת ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט (4) 94 (1995).

חיפוש בחצרים, האזנות סתר וכיוצא באלה) בלי שתעמוד **בדרישת היסוד הסביר לביצוע עבירה**.⁸⁹ מאמצי הרשות יתמקדו אפוא בהשגת ראשית ראיה על מעשי אותם אזרחים ערבים, שהיא חושדת בהם חשד ראשוני. רק לאחר השגת ראשית הראיה והעמידה בדרישת היסוד הסביר, יינתנו לחוקרים צווי חיפוש והאזנת סתר שיאפשרו פגיעה בפרטיות החשודים, אשר בעקבותיהם יתגלו ראיות של ממש. **כך משמשת דרישת היסוד הסביר להתרחשות עבירה מעין קו זינוק, אשר פגיעה בפרטיות אזרח, ערבי או יהודי, לא תיתכן עד חצייתו.** דרישת היסוד הסביר משמשת אפוא חסם מינימלי להבטחת זכותם של אזרחי ישראל הערבים לשוויון באכיפת החוק ולשוויון בפרטיות.

כפי שהוסבר, חובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור "משפתת" את האזרח בהליך איסוף הראיות בלי להטיל עליו את החובות המוטלות על רשויות החקירה ובהן את דרישת היסוד הסביר להתרחשות עבירה. נראה כי משהוחלה חובת הדיווח, מדווחים פוטנציאלים רבים יפנו את תשומות לבם לפעולות ברכוש של ערבים וידווחו על חשדות רבים יותר הנוגעים לענייניהם. עקב כך, ייתכן שבעקבות קיומה של חובת הדיווח, יצטמצם היקף זכותם של אזרחים ערבים לפרטיות לעומת היקף הפרטיות שלה יזכו אזרחים יהודים בלי שתיבחן שאלת קיומו של יסוד סביר לביצוע עבירה. לכן, עשויה חובת הדיווח לפגוע בזכותם של אזרחי ישראל הערבים לשוויון. בהקשר זה ראוי להזכיר כי הנזק לפרטיות האזרח מושא הדיווח נגרם מעצם פעולת הדיווח והוא מנותק משאלת העמדתו של האזרח לדין.

3. חזקת החפות

כידוע, חזקת החפות קובעת כי אדם נחשב לחף מפשע כל עוד אשמתו לא נקבעה על ידי בית משפט מוסמך.⁹⁰ באחרונה נפסק כי חזקת החפות הינה חלק מזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, זכות אשר פגיעה בה עשויה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם.⁹¹ כזכות הליכית (במובן של Due Process) חזקת החפות חלה במובהק במהלך משפטו של האזרח, אך ישנו דיון בהשפעותיה של החזקה על היחס שמגלים נציגי הרשות החוקרת והתביעה כלפי חשודים ונאשמים לפני שלב בירור האשמה⁹² ולאחריה.⁹³ הרציונל המנחה את התומכים בהרחבת תחולתה של חזקת החפות הוא שרשויות השלטון

⁸⁹ ראו דיון ליד הערת שוליים 69.

⁹⁰ חזקת החפות היא עיקרון מוכר ומקובל במשפט הישראלי. ראו לדוגמה ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843 (1995); בג"ץ 94/62 מרווין לי גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז (3) 1846, 1851 (1962). כן ראו מיכה לינדנשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות 1, 2 (הוצאת לשכת עורכי הדין, תשנ"ט).

בנוסף יש לציין כי חזקת החפות נכללת גם בסעיף 11 להצהרת האו"ם על זכויות האדם ובסעיף (4) לאמנה הבין לאומית בנושא זכויות פוליטיות, וכי אמנות אלו אושררו על ידי מדינת ישראל, אך לא נקלטו לתוך המשפט הישראלי בחקיקה. ראו לינדנשטראוס, שם, בעמ' 36.

⁹¹ ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006) בפסקאות 66-67 לפסק דינה של השופטת בייניש.

⁹² ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405, 456-450 (2003).

⁹³ ראו דן בייך "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 17-23 (תשנ"ט-1999). הכוונה לדיון בסייגים לאחריות הפלילית, שבו לחזקת החפות תחולה מסוימת מכיוון שלעתים ההפרדה בין יסודות העבירה לסייגים לאחריות הפלילית אינה מהותית.

צריכות להתייחס אל כל אזרח כאל חף מפשע במהלך החקירה, כיוון שיחס זה תורם ללכידות החברתית ומרכז את השפעותיו השליליות של ההליך הפלילי עצמו – להבדיל מההרשעה העלולה לבוא בסופו – על העומדים לפניו.⁹⁴

לפיכך חזקת החפות אינה חזקה עובדתית אלא חזקה ערכית-נורמטיבית שאינה מושפעת מהסתברות חפותו של הנאשם או החשוד.⁹⁵ לשיטת קיטאי, **עקב אופייה הנורמטיבי של חזקת החפות, כל עוד לא נקבעה אשמתו של החשוד או הנאשם, יש לשאוף לתת לו יחס זהה לזה שיינתן לכל אזרח אחר**, בהתחשב במגבלות הנובעות מעצם חקירתו ו/או העמדתו לדין.⁹⁶ לכן, אי שוויון בין חשודים במימון טרור לחשודים אחרים מבחינת ההתייחסות אליהם כאל חפים, מהווה גם פגיעה ברובד הנורמטיבי של חזקת החפות.

סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור⁹⁷ מבחין בין חשודים בעבירות מימון טרור לבין חשודים ונאשמים בעבירות חמורות אחרות וכן בין החשודים במימון טרור לבין אזרחים שאינם חשודים כלל. אדם חף מפשע ואדם החשוד או מואשם בעבירה אחרת ייהנו מחסיון עורך דין-לקוח, ומשאר החסיונות וחובות הסודיות שזכאי להם כל אדם.⁹⁸ כך גם אדם שאינו נחשד על ידי המשטרה, אך נדרש לתת עדות. גם אם בעל מקצוע החייב בחיסיון, כגון בנקאי, מבצע פעולה ברכוש, וחושד כי לקוחו ביצע פשע, הוא אינו מחויב לדווח על כך למשטרה והדברים הנאמרים בינו ובין לקוחו מוגנים באמצעות חיסיון וחובת סודיות.⁹⁹ מי שהבנקאי שלו חושד כי הוא מעורב בעבירת מימון טרור, לעומת

⁹⁴ כגון ניודי חברתי ועלבון הנגרמים מעצם המעצר, ההעמדה לדין וההליך הפלילי. בית המשפט העליון התייחס לתופעה זו, באומרו: "העמדתו של אדם – כל אדם, לדין, גוררת מעצם טיבה פגיעה בכבוד האדם, בשמו, בזכותו לפרטיות, ולעיתים גם בזכותו לחירות" ראו: בג"ץ 2366/03 **עסאף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (3) 597, 603 (2004).

ובמקום אחר נאמר: "אכן, חזקת חפות עומדת לו לאדם כל העת – עד אם מורשע הוא בדין, ואולם חזקה זו אין בה כדי לנחמו בחיי היומיום או להפיג מהמתח שהוא שרוי בו **לעת ההליך הפלילי**. חיינו של האדם אינם עוד כשהיו קודם ההליך הפלילי, ולעיתים לא יחזרו להיות כשהיו גם לאחר זיכוי בדין. ראו דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס** לעת ההליך חשוף הנאשם לאמצעי-דין שונים, ואלה יש גם בהם כדי לפגוע בזכויות היסוד שלו. **מעצר או מאסר**, לבד מכך שפוגעים הם – או עשויים הם לפגוע – במאזן הכספי של אדם, יש בהם אף כדי להביא **להשפלה ולביזוי**. אכן, בהליך הפלילי ובספיחיו מוכיחה המדינה במעשה מה רב הוא כוחה כלפי הפרט" (ההדגשות שלי – ע"ב). ראו ע"פ 4466/98 **דבש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 73, 100 (2002). להרחבת הדיון בנוזקים העלולים להיגרם ממעצר, ראו: Surell Brady, *Arrests Without Prosecution and the Fourth Amendment*, 59 MD. L. REV. 1, 60-77 (2000). נאמר זה מתייחס להשפלה שבמעצר במקום ציבורי, לנוזק הנפשי העלול להיגרם למשפחת העצור ולנוזקים נוספים הנגרמים ממעצר מסוג זה.

⁹⁵ ראו קיטאי, לעיל הערה 92 בעמ' 428-427. במקרים רבים חזקת החפות סותרת את המסקנות הנובעות מניסיון החיים והראיות בדבר אשמתו של החשוד או הנאשם, והיא נהפכת ל"פיקציית חפות" שמשמעותה נורמטיבית בלבד. עם זה, קיטאי סבורה כי לחזקת החפות ישנו פן עובדתי, שאותו התביעה מנסה לשלול במהלך המשפט, בד בבד עם הפן נורמטיבי שאינו מושפע ממאמצי התביעה ונשאר בלא שינוי עד ההרשעה. ראו קיטאי, שם, בעמ' 455.

⁹⁶ ראו קיטאי, שם, בעמ' 466-455. ברור כי פרשנות דווקנית ומילולית של חזקת החפות אינה מאפשרת את ניהולו של ההליך הפלילי כלל, שכן הוא מאפשר לתביעה להפריכה. עם זה, אם הדבר אינו נדרש מעצם ניהול ההליך הפלילי, אין להתייחס אל חשוד או נאשם אלא כאל אדם חף מפשע.

⁹⁷ ראו לעיל הערה 15.

⁹⁸ לדוגמה, החיסיון שבין רואה חשבון ללקוחותיו, החיסיון שבין מטפל נפשי למטופל (אף שמטפל נפשי לא יתבקש בדרך כלל לבצע פעולות ברכוש) והחיסיון שבין איש דת לחברי הקהילה.

⁹⁹ חובת הסודיות החלה על בנקאי בנוגע לחשבוניותיהם ופעולותיהם הפיננסיות של לקוחותיו התגבשה בפסיקה. לעיון במקורות לה ראו: רע"א 1917/92 **סקולר נ' ג'רבי**, פ"ד מז(5) 764 (1993); ריקרדו בן-אוליאל **דיני בנקאות** 107 (1996).

זאת, לא ייהנה מהחיסיון, מכיוון שהבנקאי (או כל בעל מקצוע אחר שעליו חלים חיסיון או חובת סודיות) מחויב לדווח על כל חשד סביר והחיסיון חסר תוקף מפאת הוראת סעיף 11.

לדעתי, יחס שונה זה בעייתי. חשודים בעבירות חמורות כמו רצח ובעבירות נגד ביטחון המדינה נהנים מחסיונות מלאים, המשקפים את חזקת החפות של חשודים אלו. קשה ליישב עמדה זו עם הסרת החיסיון כלפי חשוד בעבירות מימון טרור. באופייה הייחודי של עבירת מימון הטרור ובקושי לאסוף ראיות להוכחתה אין כדי להצדיק פגיעה בחסיונות המקצועיים בשל חשד בלבד, אף אם מדובר בחשד סביר. אם הדין אינו מחייב איש מקצוע לדווח על חשד שמתעורר בלבו כי לקוחו בעל החיסיון ביצע בעצמו פעולות טרור רצחניות, מדוע יש לחייבו בדין לדווח על חשד כי אותו לקוח ביקש ממנו להעביר רכוש שיקדם פעולות טרור כאלה? אלו גם אלו חפים עד שהוכחה אשמתם, ולכן עליהם ליהנות מאותם חסיונות.

4. זכות ההיוועצות עם עורך דין והזכות להליך הוגן

הדין בהשפעות חובת הדיווח על חזקת החפות העלה פגיעה נוספת של חובת הדיווח בזכויות האדם והיא צמצום זכותם של חשודים להיוועץ עם עורכי דינם. זכות ההיוועצות אמנם אינה נחשבת לזכות "חוקתית על חוקית" אך עם זה נקבע כי היא זכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית.¹⁰⁰ באחרונה קבע בית המשפט העליון, כי מעמדה של זכות ההיוועצות התחזק בעקבות קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח זיקתה האפשרית לכבודו וחירותו של הנחקר ובהתחשב בהיותה חלק מהזכות להליך פלילי הוגן.¹⁰¹

חיוב עורכי הדין לדווח על חשד למימון טרור יש בו כדי לצמצם את היקף זכות ההיוועצות של לקוחות הנחשדים על ידי הרשויות במימון טרור והיא אף עלולה לפגוע בזכות ההיוועצות של לקוחות אשר טרם התעורר בגינם חשד אצל רשויות החקירה, אך דבריהם עשויים לעורר חשד כזה בלב עורך דינם. חשוב להזכיר כי מלבד החשד הסביר, שעליו יש לדווח, ישנו תחום שחל עליו התמריץ שצוין לעיל, ולפיו יעדיף עורך הדין לדווח גם על חשדות קלים מיחשד סביר. מצב עניינים זה עלול לגרום ללקוחות להימנע מלהתייעץ עם עורכי דינם בעקבות החשש כי ידווחו על ענייניהם.

חשוב להזכיר כי במקרים רבים עורך הדין הוא ה"גשר" המרכזי ואף היחיד בין הנאשם לבין זכויותיו בשלושה רבדים – המודעות לזכויותיו, היכולת לזהות את הגופים המחויבים להגן על זכויותיו והיכולת לעמוד על שמירתן באמצעות הליכים משפטיים ומנהליים.¹⁰² מלבד חשיבותה הכללית, זכות זו חיונית במיוחד בשלב החקירה, לנוכח פערי הכוחות שבין רשויות החקירה לנאשמים

¹⁰⁰ ראו ע"פ 307/60 **יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז (3) 1541, 1570 (1963); ע"פ 747/86 **אייזנמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב (3) 447, 453 (1998).

¹⁰¹ ראו פסק הדין בעניין **יששכרוב**, לעיל הערה 91, בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת (דאז) ביניש.

¹⁰² להרחבת הדיון בנחיצותה של זכות הייצוג לצורך יכולתו של האזרח לעמוד על זכויותיו ולתבוע אותן ראו Felstiner, Abel & Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980-81).

ולנוכח אופייה המורכב והלוחץ של הסיטואציה, מבחינת הנאשם. על תלותם של נאשמים וחשודים בעורכי דינם עמד בית המשפט העליון בעניין **יששכרוב**.¹⁰³

ניתן לטעון כי מכיוון שבישראל וברוב מדינות העולם זכות ההיוועצות אינה מספקת הגנה מפני הרשעה בעבירת אי מניעת פשע,¹⁰⁴ אין כל הבדל בין חשוד במימון טרור לבין חשודים בעבירות אחרות או אפילו לבין מי שעדיין אינם חשודים כלל (מבחינת מערכת המשפט ורשויות החקירה) אך ביצעו עבירה, שכן בכל המקרים מחויב עורך הדין בדיווח.¹⁰⁵ בטענה זו אין ממש. כפי שכבר נאמר, עבירת אי מניעת פשע מתגבשת רק במצב של ידיעה ממש, שלא כחובת הדיווח על חשד למימון טרור המסתפקת בחשד סביר. לכן עורך דין החושד כי לקוחו בעל החיסיון ביצע עבירה כלשהי, אינו מחויב לדווח עד שתהיה לו ידיעה של ממש על ביצוע העבירה, שרק אז הוא נחשף להרשעה בעבירת אי מניעת פשע אם יימנע מדיווח. מצב דברים זה נכון הן כשמדובר בלקוח אשר מתנהלים נגדו הליך פלילי או חקירת משטרה והן כשמדובר בלקוח אשר איש עדיין אינו חושד בו. לעומת זאת, עורך דין (או, לעניין הזכות לחפות, איש מקצוע אחר), אשר לקוחו בעל החיסיון ביקש ממנו לבצע פעולה ברכוש, והוא חושד כי רכוש זה קשור למימון טרור, מחויב לדווח על חשד זה משהתעורר.

כפי שכבר צוין בדיון בפגיעת חובת הדיווח בחזקת החפות, עבירת אי מניעת פשע חלה על כל עורך דין היודע כי לקוחו ביצע או עתיד לבצע עבירה. לכן נראה כי גם הפגיעה בזכות ההיוועצות חורגת מהאיזון ששרר לפני חקיקת חובת הדיווח, שכן היא מחייבת דיווח גם על חשד סביר ולא רק דיווח על ידיעה ממש.

ד. יישומה הראוי של חובת הדיווח – פרשנות מקיימת

רשימה זו דנה בכמה חששות העולים מחובת הדיווח החדשה שמטיל חוק איסור מימון טרור. חששות אלו ראוי שיובאו בחשבון כשיפרש בית המשפט את סעיף 10 לחוק ויבחן אותו בחינה נורמטיבית. פרק זה יציע כמה פרשנויות ושינויים מבניים שיתמודדו עם השפעותיה השליליות של חובת הדיווח וינסו לאזן נכונה בין לבין הצורך הממשי להילחם בטרור.

¹⁰³ ראו פסק דין בעניין **יששכרוב**, לעיל הערה 92, פסקאות 14-15 לפסק דינה של השופטת בייניש.

¹⁰⁴ אדם כזה יואשם בעבירת אי מניעת פשע אם לא ידווח על כך למשטרה או ינקוט אמצעים סבירים אחרים. ראו גור-אריה, לעיל הערה 35, בעמ' 377.

¹⁰⁵ ישנם משפטנים הטוענים כי אין לפגוע בחסיון עורך דין-לקוח המגן על זכות ההיוועצות גם כשיש ידיעה ממשית על אשמת הלקוח, בשל האתיקה המקצועית של עורכי הדין (Role Morality) ומהות השיטה האדוורסרית. William J. H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 29 Wis. L. Rev. (1978), 36-38. תפיסה זו מעדיפה את עקרון ההליך ההוגן על אידיאל רדיפת האמת והלחימה בפשע. אף שטענה זו מסייעת לביסוס טענתי, היא אינה ראויה לדעתי והיא אף אינה הכרחית. גם אם נאמר שחסיון עורך דין-לקוח וחסיונות מקצועיים אחרים אינם חלים כשישנה ידיעה של ממש על כוונה לבצע פשע או על פשע שהתבצע, עדיין נוכל לטעון שחשודים ונאשמים במימון טרור מקבלים יחס שונה מחשודים ונאשמים בעבירות אחרות ומאזרחים חפים מפשע, ויחס שונה זה משמעו שלילה יחסית של זכות ההיוועצות שלהם, וכן של זכותם היחסית ליהנות מחפות עד שתוכח אשמתם.

ראו מנגד: "החובה לדווח על פשע עתידי – גוברת על חובת החיסיון המקצועי" **עט ואתיקה** 5 (פברואר 1990).

1. פרשנות התיבה 'חשד סביר'

הטלת החובה על אדם שיש לו חשד בלבד – ואפילו חשד סביר – היא הגורם המרכזי להשפעות השליליות שתוארו לעיל. ביקורתו של השופט חיים כהן קולעת ומתארת את המדרון החלקלק שאליו מביאה חובת דיווח על חשדות, גם ממרחק השנים. מעצם חקיקתו של סעיף 10 בכנסת ברור כי לא ניתן להחליף את דרישת החשד הסביר בדרישת ידיעה ממש בלי לקבוע כי סעיף זה פוגע בזכויות באופן אשר אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה¹⁰⁶ או להביא לידי שינוי החוק בכנסת. עם זה ניתן להתקרב לתוצאותיו של מהלך זה באמצעות פרשנות מצמצמת, פרשנות אשר תדרוש אלמנטים אובייקטיביים לחשד, כלומר "ידיעה קונסטרוקטיבית", שהיא מצב שבו כל אדם סביר היה חושד במימון טרור. אם יאמצו בתי המשפט פרשנות כזו, תימנע הרשעתם של אנשים שלא דיווחו במצב שבו היו רחוקים מידיעה ממש כי הרכוש שפעלו בו הוא רכוש טרור או נועד לממן פעילות טרור או ארגון טרור.

פרשנות אשר תצמצם את המרחק בין 'חשד סביר' לידיעה ממש, תועיל גם להפחתת הפגיעה האפשרית בזכות לשוויון, משום שהיא תצמצם את האפשרות המעשית לדיווח מפלה בין ערבים ליהודים. אם המונח 'חשד סביר' יפורש כ"חשד של ממש", ידרש המדווח לספק ראיה ממשית בטרם ידווח, ובכך יצטמצם החשש לדיווח על סמך דעות קדומות וסטראוטיפים.

פרשנות זו לא תסכל לחלוטין את הפגיעה בחזקת החפות ובזכות ההיוועצות משום שעדיין יתקיים תחום צר שבו חשוד אחד ייהנה מחיסיון מוחלט של הדברים שיחליף עם עורך דינו ואילו חשוד במימון טרור יאלץ לחשוש מדיווח. בהקשר זה יש לזכור כי חזקת החפות מחייבת לתת לכל חשוד, בכל עבירה, יחס זהה של הדין, יחס זהה לזה שזוכה לו אדם חף מפשע.¹⁰⁷ פרשנות מצמצמת כאמור תצמצם את כמות המקרים שבהם ידווח עורך דין או בעל חיסיון אחר על חשד שהתעורר בו כלפי לקוחו ולפיכך תצמצם את הפגיעה במידה ניכרת.

2. פרשנות סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור

מלבד האפשרות לאמץ פרשנות מצמצמת של המונח "חשד סביר", ישנו כלי פרשני נוסף המאפשר לצמצם את הסכנות הנשקפות מחובת הדיווח, שתוארו ברשימה זו. סעיף 11 פוטר את מי שפעל כדי להימנע מעבירת מימון טרור או דיווח על חשד למימון טרור, מאחריות חוזית או אחריות על פי דין (כגון חיסיון, חובת סודיות) בגין המעשה או הדיווח. הפטור הנובע מסעיף 11 חל על מי שדיווח **בתום לב**, וניתן ליצוק אל תוך מושג זה תוכן פרשני שיקרב את חובת הדיווח שבחוק לדין הרצוי. לפי שיטה זו, רק דיווח הנובע מאמונה אמיתית וכנה של המדווח בחשד של ממש (הן במשקפי האדם הסביר והן במשקפי המדווח) יפטור אותו מאחריות כלפי האדם שעליו דיווח. לפי פרשנות זו, לא יהיה די בחשד בלתי מבוסס או קלוש לפיו מדובר במימון טרור כדי להקים טענת תום לב ולפטור מדווח שאינו עוין את מושא הדיווח, אינו נתון בניגוד עניינים או במצב אחר השולל מניה וביה את טענת תום הלב,

¹⁰⁶ ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁰⁷ מסיבה זו יש הטוענים שחזקת החפות אינה חזקה ראייתית כלל ויש לקרוא לה פיקציית החפות או הנחת החפות. ראו קיטאי, לעיל הערה 66, בעמ' 428-413-423-ר.

מאחריות להפרת סודיות או פרטיות. כך, יאוזן התמריץ של מדווח פוטנציאלי לדווח בכל מקרה של ספק (ולו ספק קל שבקלים) על חשד למימון טרור. הסיכון שהוראת סעיף 11 לא תעמוד להגנת המדווח ימנע דיווחים על חשדות בלתי מבוססים שיפגעו בפרטיות ובזכויות אדם אחרות שלא לצורך. כך ישמש מושג תום הלב להחדרת נורמות של סבירות, הקיימות במשפט המנהלי וחלות על הרשות החוקרת, אל המשפט הפרטי החל על האזרח המדווח.

באותה נשימה מן הראוי לציין, כי שימוש בכלי שיפוטי זה ראוי שיעשה במשורה, וכלפי מדווחים אשר ניכר כי דיווחו על חשדות בלתי מבוססים וקלושים. החלת מבחן תום הלב האובייקטיבי במקרים גבוליים על אדם הסבור כי פעל כשורה ובתום לב, עשויה להטיל צל כבד על מערכת המשפט ולפגוע באמון הציבור בה.¹⁰⁸

ה. סיכום

חובת הדיווח שבסעיף 10 לחוק איסור מימון טרור הינה כלי חיוני העשוי לצמצם את היקף מימון הטרור בישראל ובעקיפין להציל חיים.

על אף חשיבותה הרבה של חובת הדיווח, השוואתה לחובת הדיווח על מימון טרור בעולם ולעבירות אחרות המקימות חובת דיווח, מלמדת כי חובת דיווח על חשד ולא על ידיעה ממש אינה נפוצה בעולם, ובפרשנות העבירה של אי מניעת פשע בישראל היא אף נדחתה משיקולים נורמטיביים.

בחינת השפעותיה של חובת הדיווח על זכויות האדם בישראל מראה כי היא עשויה לפגוע בזכויות האדם פגיעה של ממש. בראש ובראשונה נשקפת סכנה לזכות לפרטיות של אנשים שנמסר עליהם דיווח. הזכות לפרטיות עשויה להיפגע מחובת הדיווח מעל לנחוץ לצורכי חוק איסור מימון טרור בשל אפקט "מה בקופסה?", ולפיו במהלך פגיעה מוצדקת בפרטיות לצורך המאבק בטרור עשוי להתגלות מידע אשר אין לו כל קשר לעניין מימון הטרור והמאבק בו, אך שיש בו כדי להביד את החשוד או להפילו בעבירות פחותות דרג. מידור רשויות החקירה, שאליהן מגיע מידע שמקורו בדיווחים על חשדות למימון טרור, מספק פתרון חשוב לקושי זה ולפיכך הוא מבורך.

תכונה נוספת של חובת הדיווח, המעצימה את הפגיעה בזכות לפרטיות, היא "שיתוף" האזרח במלאכת איסוף הראיות, אזרח אשר חשדותיו כלפי חברו אינם נבחנים על ידי איש לפני הפגיעה בפרטיות, והוא אינו נאלץ להראות כי ישנו יסוד סביר להתרחשות העבירה. בהקשר זה הצעתי שיעשה שימוש בעקרון תום לב, כדי להחיל ולו באופן חלקי את חובת הפעלת שיקול הדעת המאפיינת את דרישת היסוד הסביר, גם על אזרח מדווח, וכדי לאזן את התמריץ החזק לדווח על חשד קל שבקלים, הנובע מהסנקציה הפלילית החלה על היעדר דיווח.

זכות אדם נוספת העלולה להיפגע מיישום חובת הדיווח היא הזכות לשוויון. זכות זו עלולה להיפגע בעקבות הפליה שתיווצר בעולם המעשה, בין אזרחי ישראל הערבים לאזרחים היהודים, בהיקף הדיווחים שיתקבלו ענייניהם ובעקבות זאת בהיקף זכותם לפרטיות. בלא דרישת היסוד הסביר להתרחשות עבירה, שהיא תנאי לחלק ניכר מפעולות רשויות החקירה הפוגעות בפרטיות

¹⁰⁸ ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199 (1999) ובייחוד פסקאות 1-9 לדעת המיעוט של השופט חשין.

אזרחים, אין קו אחד המבטיח שוויון בהיקף ההגנה, שממנה נהנים אזרחי ישראל, בטרם תיפגע פרטיותם. בהקשר זה הצעתי כי תאומץ פרשנות מצמצמת של המונח 'חשד סביר', שתדרוש ביסוס חשד ממשי לפני דיווח ותמנע דיווחים המבוססים על סטראוטיפים ודעות קדומות. יצוין כי גם הצעתי לגבי השימוש בעיקרון תום הלב, יעילה בצמצום הפגיעה האפשרית בזכות לשוויון.

חזקת החפות של חשוד במימון טרור וזכותו להיוועץ עם עורך דין, עשויות אף הן להיפגע מאכיפת חובת הדיווח בשל הפטור החל על המדווח (שעשוי בהחלט להיות עורך דינו או איש סודו של החשוד), מפני כל אחריות בשל הפרת חיסיון או חובת סודיות במהלך הדיווח. חשד למימון טרור מחייב את הגורם הנהנה מהחיסיון (עורך דין, בנקאי או כל גורם אחר המבצע פעולה ברכוש וחלה עליו חובת סודיות) לדווח על החשד שנוצר, ובכך מונע מלקוחו היוועצות חופשית עמו. לדעתי, הפטור שיוצר סעיף 11 לחוק איסור מימון טרור מפלה בין חשודים במימון טרור לחשודים בעבירות אחרות (שחסינם המוחלט נשמר) ופוגע בחזקת החפות, מלבד הפגיעה המובנת מאליה בזכות ההיוועצות. גם בהקשר זה אני סבור כי יש בפתרונות הפרשניים שהצעתי כדי להקל את הקושי. ככל שפרשנות ה"חשד הסביר" מתקרבת לכדי חשד ממשי וידיעה ממש, מתקרב המדווח הנהנה מהחיסיון לרף הידיעה שממילא מחייב אותו לדווח על כל עבירה (בשל עבירת אי מניעת פשע). כך מצטמצם חוסר השוויון בין חשודים במימון טרור לחשודים אחרים ועמו מצטמצמת הפגיעה בחזקת החפות ובזכות ההיוועצות.

בעידן חוקי היסוד קיימת נטייה לבחון חקיקה במשקפי חוקי היסוד, ובעיקר במשקפי דרישת המידתיות. בהארה זו העדפתי שלא לפסוח על השלב המקדמי שדורשת הפסיקה,¹⁰⁹ והוא הניסיון לפרש את החוק פרשנות המקיימת את דרישות חוקי היסוד, או לפחות מצמצמת את הסתירה בינו לבין החוק. לדעתי, ההצעות שהוצעו פועלות בכיוון זה, אם כי ישנן בוודאי פרשנויות אחרות ראויות לא פחות אשר ישיגו מטרה זו. נראה כי פרשנות מצמצמת ומחמירה של המונח 'חשד סביר' ושימוש בעקרון תום הלב להתעת מדווחים "נדיבים מדי" שידווחו על חשדות קלושים, יש בהם כדי לשפר את מידתיות ההסדר שנקבע בסעיף 10. יודגש כי פרשנות מקיימת זו תועיל לניתוח מידתיות הפגיעה בזכות לפרטיות רק אם היא תלווה בצעד חשוב של הרשות המבצעת – ריכוז המידע המושג באמצעות חובת הדיווח בידי רשות חקירה עצמאית וממודרת.

אמנם הצעתי כמה הצעות פרשנות בפרק ד, אך הארה זו אינה מהווה תחליף לשיקול הדעת המנהלי והשיפוטי. שיקול הדעת של מקבלי ההחלטות, והערכאות השיפוטיות המפקחות עליהם, הן בגיבוש המדיניות הכללית ליישום החוק והן בהחלטה בכל מקרה ומקרה, הוא השומר הראשון והאחרון, היכול למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות האדם בחסות חוקים ראויים וחשובים כגון חוק איסור מימון טרור. אסיים בתקווה כי שיקול דעת זה יופעל כראוי ובזהירות.

¹⁰⁹ להרחבת הדיון בעקרון הפרשנות המקיימת ראו: ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא (3) 577, 592-593 (1997); ע"א 3115/93 **יעקב נ' מנהל מס שבח במקרקעין חיפה**, פ"ד (נ) 549, 560 (1997); בש"פ 2708/95 **מרדכי שפיגל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 221, 230 (1995); אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ב – פרשנות החקיקה 252, 327-341, 434-436, 487-490, 530-537, 649-658 (תשנ"ג). כן ראו: אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 29-39, 190-198 (2004).