

המאבק המשפטי במימון טרור: בעקבות החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור

שי פרבר*

בשנת 2018 חוקקה הכנסת חוק ייחודי למאבק במימון טרור, הנקרא החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018. מטרתו של חוק זה, המכונה גם חוק ההקפאה, היא להקפיא סכומי כסף שהרשות הפלסטינית משלמת לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מכספי המיסים שישראל גובה ומעבירה לרשות הפלסטינית בשנה העוקבת. בדרך זו חוק ההקפאה נועד להקטין את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור. שלבי גיבושו של חוק ההקפאה והדיונים שעסקו בו לוו מאבקים רבים בין הכנסת לממשלה, שכן הוא טמן בחובו שורה של סוגיות מדיניות, כלכליות ומשפטיות בעלות השלכות רוחב. חוק ההקפאה מקפל בחובו אינטרסים מגוונים – מדיניים, הומניטריים, בטחוניים, משפטיים וכלכליים – אשר מתנגשים זה בזה ומחייבים הפעלת איזונים עדינים ביניהם. המאמר יטען כי הרעיון העומד בבסיסו של חוק ההקפאה משתלב הן עם מגמות במשפט הישראלי, ובראשן זו הבאה לידי ביטוי בחוק המאבק בטרור, הן עם הוראות המשפט הבינלאומי, והן עם הדין הפנימי של מדינות נוספות בעולם המערבי הנאבקות במימון טרור, לרבות Taylor Force Act האמריקני.

המאמר יטען כי לחוק ההקפאה יש מאפיינים ייחודיים בתשתית המשפטית הנאבקת במימון טרור. בעוד חוקים הנאבקים במימון טרור צופים בעיקר פני עתיד, חוק ההקפאה צופה פני עבר, שכן הוא קובע כי יש להקפיא סכומים שהרשות שילמה בשנה הקודמת בגין פעילות טרור. כמו כן, בעוד חוקי מאבק במימון טרור עוסקים בעיקר בפעילי טרור או בהתאחדויות בלתי מותרות, חוק ההקפאה קובע כי הרשות הפלסטינית תומכת בטרור באמצעות תשלום משכורות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם.

* דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לחבריי הרבים שקראו טיוטות קודמות של המאמר והעירו עלי. אני מודה לשופט בית המשפט הצבאי כמאל זהראלדין על סיועו. כמו כן אני מודה לרועי גולן על סיועו בתרגום מערבית. טעויות, ככל שישנן, הן באחריותי, כמובן. לתגובות Shai.farber@biu.ac.il.

על רקע ההצדקות השונות למדיניות שחוק ההקפאה מקדם, המאמר יציג ביקורות אפשריות על החוק, וינסה להציע מענים אפשריים לביקורות אלו. המאמר יטען כי על אף הקשיים הטמונים בחוק ההקפאה והאינטרסים המנוגדים המקופלים בתוכו, יתרונותיו עולים על חסרונותיו. החלק האחרון של המאמר יציג התפתחות משפטית נוספת מהעת האחרונה בקשר למאבק המשפטי במימון טרור, וזאת במסגרת תחיקת הביטחון של אזור יהודה והשומרון.

מבוא

- פרק א: החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל
1. התשתית המשפטית המעגנת את גביית תשלומי המיסים של מדינת ישראל עבור הרשות
 2. החקיקה הפלסטינית בנושא תשלומים והטבות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם
- פרק ב: המחלוקת בין הכנסת לממשלה בנוגע לחוק ההקפאה
1. סוגיית "התחנה האחרונה" – כלל הקפאה או כלל קיזוז?
 2. סוגיית גמישות שיקול הדעת של הממשלה
 3. סוגיית ייעודם של כספי ההקפאה
- פרק ג: המלחמה המשפטית הגלובלית במימון טרור
1. המאבק הגלובלי במימון טרור – מארצות הברית לאו"ם ומהאיחוד האירופי לישראל
 2. Taylor Force Act
- פרק ד: חוק ההקפאה בראי פסיקתו של בית המשפט העליון
1. עניין לביא נ' שר האוצר
 2. עניין לביא נ' שר הביטחון
- פרק ה: חוק ההקפאה – הצדקות, ביקורות וסיכויים מול סיכונים
1. ביקורת ראשונה: החוק מיותר הואיל וקיימת תשתית משפטית להקפאת כספים של הרשות
 2. ביקורת שנייה: החוק סותר את המסגרות ההסכמיות עם הרשות הפלסטינית
 3. ביקורת שלישית: חוק ההקפאה אינו אפקטיבי
 4. קשיים נוספים בחוק ההקפאה
- פרק ו: לקראת סיכום – מגמות אחרונות במאבק הכלכלי במימון טרור
סיכום

מבוא

פעילי טרור כלואים ומשוחררים ובני משפחותיהם זוכים בתגמולים חודשיים מידי הרשות הפלסטינית (להלן: הרשות).¹ נוסף על כך, גם פעילי טרור שנפצעו במהלך פעילותם ומשפחות של פעילי טרור שנהרגו זוכים בתשלומים חודשיים. על פי הערכות שונות, התשלומים שהרשות משלמת לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מסתכמים בכמיליארד שקלים מדי שנה.² התשתית החקיקתית המרכזית להענקת תשלומים אלו מעוגנת בחוק האסירים והמשוחררים של הרשות משנת 2004.³ נוסף על דבר חקיקה זה, תשלומי הרשות לפעילי טרור ולמשפחות של פעילי טרור שנהרגו קבועים גם בתקנות ובצווים שאינם מפורסמים ברבים, אולי על מנת להימנע מביקורת בין-לאומית בנושא.⁴ כחלק ממאבקה בטרור, ומתוך הבנה כי תשלומים חודשיים אלו מתמרצים ומעודדים טרור, העבירה הכנסת בשנת 2018 חוק ייחודי במובנים מסוימים בנוף החקיקה של המאבק בטרור. מטרת החוק היא להיאבק במדיניות תגמולי הטרור של הרשות. שמו הרשמי של החוק הוא החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור

- 1 כידוע, המונח "טרור" הוא מונח רב-משמעי, ובמרוצת השנים השתנו המשמעויות שניתנו לו. הוא נטבע לראשונה במאה השמונה-עשרה לשם תיאור הרצח של בני האצולה באירופה. BRUCE (2006) 3-4, HOFFMAN, INSIDE TERRORISM. כיום קיימים הבדלים משמעותיים בין מדינות בשימוש שהן עושות במושג זה. ראו BEN SAUL, DEFINING TERRORISM IN INTERNATIONAL LAW 262-269 (2006). במאמר זה אתייחס למונח "טרור" כהגדרתו המקובלת בישראל – אשר מופיעה, בין היתר, בס' 2(א) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 – כלומר, כאל עברה שנעשתה ממניע מדיני, דתי, לאומני או אידיאולוגי במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור. להרחבה בנוגע להגדרות טרור שונות ראו HOFFMAN, לעיל בהערה זו, בעמ' 3-4; WALTER LAQUEUR, NO END TO WAR: TERRORISM IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 14, 24-25 (2003); JONATHAN R. WHITE, TERRORISM: AN INTRODUCTION (3d ed. 2001); גיל לימון **המאבק בטרור בראי המשפט הבין-לאומי** (2016); הילי מודריק-אבן חן **טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי: ההבחנה בין לוחמים לאזרחים בשדה הקרב המודרני** 27-31 (2010).
- 2 ראו, למשל, דוחות שנתיים שהגיש שר הביטחון לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ובהם פירוט של סך הכספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור. הדוחות זמינים לצפייה באתר המטה הלאומי ללוחמה כלכלית בטרור, <https://nbctf.mod.gov.il/he/TerrorReportsHE/Pages/default.aspx>.
- 3 חוק האסירים והמשוחררים מס' 19 מיום 27.12.2004 (נכנס לתוקף ביום 23.4.2005) (להלן: חוק האסירים). החוק פורסם ב"רשומות" הפלסטיני בכרך 54 (23.4.2005), וזמין באתר הממשלתי של הרשות הפלסטינית בכתובת <http://cda.gov.ps/index.php/ar/althayia-2/2017-05-24-19-28-28/768-768>. ראו גם Yossi Kuperwasser, *Incentivizing Terrorism: Palestinian Authority Allocations to Terrorists and their Families*, JERUSALEM CENTER FOR PUBLIC AFFAIRS, <https://jcpa.org/paying-salaries-terrorists-contradicts-palestinian-vows-peaceful-intentions/>.
- 4 בתחילה שולמו תשלומים אלו דרך משרד האסירים הפלסטיני. לאחר מכן, ככל הנראה בשל לחץ בין-לאומי, נעשו התשלומים דרך ארגון אש"ף.

מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018 (להלן: חוק ההקפאה או החוק להקפאת כספי טרור).⁵ מטרת החוק היא לבטל את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור באמצעות קביעת הוראות לעניין הקפאה של כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור, וזאת מתוך הכספים שישראל מעבירה לרשות מדי שנה.⁶

על פי חוק ההקפאה, בסוף כל שנה אזרחית יגיש שר הביטחון לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט המדיני-הבטחוני או הקבינט) דוח המפרט את ההוצאות של הרשות על משכורות וקצבאות לפעילי טרור בשנה החולפת. לאחר שהקבינט יאשר את הדוח, יוקפא סך ההוצאות של הרשות על תגמולי טרור באותה שנה, בשנים-עשר חלקים שווים, מכספי המיסים שישראל גובה ומעבירה לרשות בשנה העוקבת. בדרך זו ביקש החוק לבטל את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור. במילים אחרות, מטרת החוק היא שכספים המועברים מממשלת ישראל לרשות במסגרת הסכמים שונים לא יממנו טרור. חרף חשיבות החוק, ולמרות העובדה שהחוק עבר בתמיכה של רוב חברי הכנסת,⁷ נדמה שהגורמים המופקדים על יישום החוק אינם ששים ליישמו. ייתכן, כפי שנראה בהמשך, שברקע הדברים עומדים לא רק אינטרסים משפטיים, אלא גם אינטרסים נוספים בעלי השלכות רחב.⁸ המאמר ידון אפוא בחוק ההקפאה, במניעיו, בתהליך חקיקתו ובהצדקות לו. כמו כן ידון המאמר בביקורות אפשריות על החוק ובמענים אפשריים לביקורות אלו.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: **פרק א** של המאמר יציג את התשתית המשפטית של העברת התשלומים השנתיים ממדינת ישראל לרשות מכוח הסכמים בין-לאומיים ומכוח החקיקה הפנימית. במקביל תתואר מדיניות התשלומים של הרשות לפעילי טרור כלואים או פצועים ולבני משפחותיהם. **פרק ב** יציג את הליך החקיקה של חוק ההקפאה ואת ההצדקות המשפטיות והאינטלקטואליות המרכזיות לחיקוקו. במקביל יציג הפרק כמה סוגיות משפטיות שעמדו בבסיסו של הליך החקיקה הייחודי, המשקפות, בין היתר, מחלוקות עומק גדולות יותר. **פרק ג** של המאמר יציג, בתמצית, את המאבק הגלובלי של מדינות אחרות בתחום של מימון טרור. הפרק יעסוק בעיקר בחוק האמריקני Taylor

5 לעיתים החוק מכונה גם "חוק הקיזוז", אך מונח זה אינו מדויק.

6 ס' 1 לחוק ההקפאה.

7 חוק ההקפאה עבר ברוב קולות של 87 חברי כנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה דאז. ראו פרוטוקול ישיבה 352 של הכנסת ה-20 (2.7.2018). <https://main.knesset.gov.il/Activity/plenum/Pages/SessionItem.aspx?itemID=2072376>

8 ראו "למרות החוק: ישראל עצרה את קיזוז משכורות המחבלים" **מעריב** (2.6.2020) <https://www.maariv.co.il/news/military/Article-769053>; "ממשלת ישראל נמנעת מקיום החוק? משכורות המחבלים אינן מקוזזות" **עכשיו 14** (3.6.2020) <https://www.now14.co.il/ה-משכורות-החוק-מקיום-משכורות-ה-3.6.2020>; משה פריד "בגלל רשלנות: ישראל לא קיצצה את כספי משפחות המחבלים" **בחדרי חרדים** (3.6.2020) <https://www.bhol.co.il/news/1106132>; "מדוע אינך מקזז התשלומים לרוצחי ישראלים?" **ערוץ 7** (2.6.2020) <https://www.inn.co.il/news/439079>; "בני גנץ ביטל הצו של בנט למניעת תשלום משכורות רוצחי יהודים" **ערוץ 7** (4.6.2020) <https://www.inn.co.il/news/439233>

Force Act, שנחקק אף הוא בשנת 2018, ואשר השפיע במידה רבה על הסוגיה של הקפאת הכספים. **פרק ד** יציג את חוק ההקפאה בראי פסיקתו של בית המשפט העליון. הפרק יראה, בין היתר, כי הקפאת כספי טרור מהווה נושא אקטואלי ומרכזי, וכי עיצובה ויישומה טרם גובשו באופן סופי. **פרק ה** יציג ביקורות אפשריות על חוק ההקפאה. הוא יבקש להציג לא רק קשיים משפטיים, אלא גם קשיים נוספים, ובראשם סוגיות מדיניות רחבות. בין היתר יראה הפרק כי החוק אינו כולל, כפי שתוכנן מלכתחילה, מענה לנפגעי עברה שזכאים לפיצויים מפעילי טרור אך אינם מקבלים אותם מהם. הפרק ינסה אף להציג מענים אפשריים לביקורות אלו. **פרק ו** של המאמר יציג התפתחות משמעותית מן העת האחרונה בתחום המאבק המשפטי במימון טרור, וזאת במסגרת תחיקת הביטחון של אזור יהודה והשומרון. **הפרק האחרון** יסכם את המאמר.

פרק א: החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל

בשנת 2018 חוקקה הכנסת את החוק להקפאת כספי טרור. סעיף 1 לחוק מגדיר את מטרתו כך: "חוק זה מטרתו להביא להפחתת פעילות טרור ולבטל את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור, באמצעות קביעת הוראות לעניין הקפאה של כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור, מתוך הכספים שמעבירה ישראל לרשות הפלסטינית בהתאם להוראות חוקי היישום." בהתאם לחוק ההקפאה, בסוף כל שנה יביא שר הביטחון לאישור הקבינט המדיני-הבטחוני דין וחשבון המפרט את סך הכספים ששילמה הרשות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם בשנה שחלפה, ובשנה שלאחר מכן יוקפא בכל חודש סכום בשיעור של 1/12 מהסכום שנקבע מתוך כספי המיסים שישראל מעבירה לרשות. במילים אחרות, מטרת החוק היא שכספי המיסים של תושבי המדינה לא יממנו את אלה שפועלים לרעתם באמצעי טרור.

למן חקיקתו יושם החוק פעמיים: בפברואר 2019 החליט הקבינט המדיני-הבטחוני להקפיא סכום של כחצי מיליארד ש"ח מן הכספים המועברים לרשות, וזאת מכיוון שהנתונים שהונחו לפניו הצביעו על כך שזה הסכום שהוציאה הרשות בזיקה לטרור בשנת 2018,⁹ ובסוף אותה שנה הקפיאה הממשלה 149 מיליון ש"ח נוספים בגין

9 ראו "הודעת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני)" (הודעת דוברות 17.2.2019). ההודעה מציינת כי "ראש הממשלה ושר הביטחון הנחה את גורמי הביטחון להעמיק את הבדיקות לגבי תשלומים נוספים שהרש"פ משלמת בזיקה לטרור למחבלים ומשפחותיהם. ככל שמידע כזה יתקבל, סכום ההקפאה יעודכן בהתאם". ראו אריאל כהנא "למרות הלחצים – כחלון חתם: כספי הטרור יקוזזו" **ישראל היום** (1.4.2019) <https://www.israelhayom.co.il/article/> 645769.

תשלומים נוספים ששולמו בשנת 2018 בזיקה לטרור;¹⁰ ובדצמבר 2020 – לאחר עיכובים שונים הקשורים, בין היתר, להתפשטות מגפת הקורונה בישראל וברשות – הקפאה ממשלת ישראל סך של כ־600 מיליון ש"ח בגין מימון פעילות טרור של הרשות בשנת 2019.¹¹ בשורות הבאות אתאר את התשתית המשפטית המעגנת את גביית תשלומי המיסים של מדינת ישראל עבור הרשות הפלסטינית ואת ההסדרים המשפטיים הפלסטיניים בנושא תשלומים והטבות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם.

1. התשתית המשפטית המעגנת את גביית תשלומי המיסים של מדינת ישראל עבור הרשות

מדינת ישראל מעבירה לרשות מדי שנה כשמונה מיליארד ש"ח בממוצע. תחילתם של תשלומים אלו ב"הסכמי הביניים" שנחתמו בין ישראל לרשות. בהתאם לנספח V להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, מיום 28.9.1995, התחייבה ישראל להעביר לרשות הפלסטינית 75% מסך מס ההכנסה שייגבה מהעובדים הפלסטינים תושבי יהודה, השומרון ורצועת עזה בגין עבודתם בישראל.¹² נוסף על כך התחייבה ישראל בהסכם זה להעביר את סך המיסים המלא שייגבה מן העובדים הפלסטינים העובדים ביישובים ישראליים ביהודה, בשומרון ובחבל עזה. ההסכם קבע גם מנגנון התחשבות בגין מיסים עקיפים.¹³ נוסף על תשלומים אלו, ישראל גובה מיסים נוספים עבור הרשות, כגון מכס והיטלים שונים הנגבים מפלסטינים, בעיקר מסוחרים וחברות המעבירים סחורות דרך ישראל.

כדי לממש את ההסכמים הבין-לאומיים האלה, חוקקה הכנסת את "חוקי היישום" – חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, וחוק יישום ההסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות לרשות הפלסטינית (תיקוני חקיקה והוראות שונות), התשנ"ה-1995 (שני החוקים להלן: חוקי היישום). חוקים אלו עיגנו את הסדר גביית המיסים שמדינת ישראל מבצעת עבור הרשות.¹⁴ למעשה, החל בהסכמי אוסלו, ולמרות "עליות ומורדות" ביחסים בין ישראל

10 נעה לנדאו "הקבינט אישר לקזז עוד 149 מיליון שקלים מכספי המסים של הרשות" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/politics/1.8327645> (29.12.2019).

11 ראו אריאל כהנא "הקבינט המדיני-ביטחוני יחליט על קיזוז משכורות הטרור" מכספי הרשות הפלשתינית "ישראל היום" <https://www.israelhayom.co.il/article/824469> (28.11.2020).

12 ס' V(4)(א) לנספח V להסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1, 376 (נחתם ב-1995) (להלן: הסכם הביניים).

13 הסכם הביניים, שם, בא להחליף את ההסכם הקודם – הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני, הנציג של העם הפלסטיני, כ"א 32, 1 (נחתם ב-1994) (להלן: ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו). בהתאם, נספח V להסכם הביניים בא להחליף את נספח IV להסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו.

14 ס' 2 לחוק יישום ההסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות לרשות הפלסטינית קובע כך: "ישראל רשאית להעביר לרשות הפלסטינית... סכום השווה ל-75% מן המס שגבתה על הכנסה לפי סעיף

לרשות, מדינת ישראל מעבירה לרשות מדי שנה כמה מיליארדי שקלים, המהווים חלק ניכר מתקציבה של הרשות.¹⁵

2. החקיקה הפלסטינית בנושא תשלומים והטבות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם

במקביל לתשלומי המיסים המועברים אליה מישראל, הרשות מפעילה מנגנון של תשלומים והטבות לפעילי טרור. מנגנון ההטבות של הרשות לאסירים, לאסירים משוחררים, למשפחות של פעילי טרור שנהרגו ולפעילי טרור פצועים מעוגנת בחקיקה ראשית של הרשות וכן בכמה קובצי תקנות, צווים והחלטות מנהליות של הרשות. חלק מההסדרים הקובעים את מנגנון התשלומים לפעילי הטרור ולבני משפחותיהם גלויים, ונמצאים באתר הממשלתי של הרשות הפלסטינית.¹⁶ עם זאת, לנוכח האמור, וככל הנראה עקב רצונה של הרשות להימנע מביקורת בין-לאומית על פעילותה בתחום של מימון טרור, וחששה מפני הפסקת סיוע כספי ממדינות העולם, לא כל החקיקה בנושא מפורסמת בציבור.

החוק המרכזי אשר מסדיר את העקרונות הכלליים לתשלום משכורות לפעילי טרור הוא חוק האסירים והמשוחררים מס' 19 (להלן: חוק האסירים).¹⁷ החוק מהווה מעין חוק יסוד בחקיקה הפלסטינית, שכן סעיף 12 לחוק זה קובע כי "כל חוק הסותר את הוראותיו של חוק זה – בטל". סעיף 2 מצהיר על מטרתו המרכזית של חוק האסירים: "האסירים והאסירים המשוחררים הינם מגזר לוחם וחלק בלתי נפרד ממרקם החברה הערבית הפלסטינית, והוראות חוק זה מבטיחות חיים בכבוד להם ולבני משפחותיהם." המילה הערבית שחוק האסירים השתמש בה בעבר היא "ראתב" (راتب) – משכורת. עם זאת, לאחר שחלק מהמדינות המושיטות סיוע כלכלי לרשות הפלסטינית הביעו הסתייגות מהעניין, שונה המינוח ונעשה שימוש במושג *مصروف شهري* ("הוצאה חודשית"), המרמז לסיוע כלכלי חלקי משכורת חודשית.¹⁸

2) לפקודת מס הכנסה מעבודה בישראל של תושבי יהודה והשומרון, שאינם אזרחים ישראלים כהגדרתם בסעיף 3א לפקודת מס הכנסה, שהועסקו כדין בישראל...". לפסק דין שסוקר התחייבויות אלו בהרחבה ראו בג"ץ 6317/95 פרסקו (מוצרי נפט) בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד נב(4) 170 (1998).

15 ראו ויקטור פתאל תקציב הרשות הפלסטינית וחובותיה לישראל (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2014).

16 ראו לעיל בה"ש 3.

17 ראו חוק האסירים, לעיל ה"ש 3.

18 ארגונים המייצגים את האסירים הבטחוניים הלינו על שינוי המונח בחוק, בטענה שהוא מהווה עלבון לאסירים, שכן הללו ראויים בעיניהם לתשלומי "משכורת", ולא לסיוע על בסיס כלכלי-חברתי, כמשתמע מן המונח "סיוע". הרשות הפלסטינית הגיבה, באמצעות השר לענייני אסירים, כי הרשות רואה בכסף שהאסירים מקבלים תשלום המשולם להם כ"הערכה לפועלם", וכי הוא בגדר "משכורת" לכל דבר ועניין. עמית פרייז ואייל נון המעצר המנהלי במדינת ישראל ובאזור יהודה ושומרון: הבסיס העיוני, מהות, סדרי דין וסוגיות נלוות 43 (2019).

חוק האסירים קובע כי "אסירים" לצורך תשלום המשכורות החודשיות הם כל מי שיושבים או ישבו בבתי הכלא של ישראל על רקע השתתפותם במה שמכונה "המאבק נגד הכיבוש". המשמעות היא שאסיר פלסטיני שנאסר על רקע פלילי ללא רקע בטחוני לא יקבל משכורת חודשית מהרשות.¹⁹ סעיף 3 לחוק קובע כי על מנת לממש את מטרות החוק, "הרשות הפלסטינית תפעל בכל האמצעים האפשריים למען הדברים הבאים: (1) שחרור האסירים מבתי הכלא של הכיבוש; (2) מימון סיוע משפטי לאסירים; (3) תשלום זכויות כספיות לאסיר ולמשפחתו...; (4) מתן אפשרות לאסיר ולילדיו לרכוש השכלה; (5) הענקת הכשרה מקצועית לאסירים המשוחררים; (6) הבטחת משרות לאסירים המשוחררים".²⁰

מנגנון התשלומים וההטבות של הרשות לפעילי טרור כלואים ולפעילי טרור שהשתחררו מהכלא מבוסס על מפתח תשלומים שלפיו משך תקופת המאסר קובע את גובה התשלומים, דהיינו, ככל שתקופת המאסר של פעיל הטרור ארוכה יותר (כלומר, למעשה, ככל שהעברה שלו חמורה יותר), התשלומים המשולמים לו גבוהים יותר. לדוגמה, על פי חוק האסירים והתקנות שהותקנו מכוחו, פעיל טרור שנשפט לעונש של שלושים שנה ומעלה (לרוב עקב מקרי רצח) זכאי למשכורת בסיס חודשית של כ-12,000 ש"ח (החל בשנה מסוימת). לעומתו, פעיל טרור שנשפט לעשר שנים זכאי למשכורת בסיס של כ-6,000 ש"ח בממוצע.²¹ נוסף על כך, לרוב משולמות לפעילי הטרור תוספות מעבר לסכום הבסיס, על פי תבחינים שונים: מצב משפחתי, מקום מגורים, אזרחות (של מדינת ישראל או של הרשות), מספר הילדים מתחת לגיל שמונה-עשרה ועוד.²²

לצד התשלומים לפעילי טרור שנכלאו בבתי הכלא ולפעילי טרור משוחררים, הרשות משלמת תשלומים שונים למשפחות של פעילי טרור שנהרגו, על בסיס תבחינים שונים.²³ גם פעילי טרור שנפצעו במהלך נסיונם לבצע פעילות חבלנית מקבלים

19 ראו, למשל, ס' 4 להחלטת הממשלה הפלסטינית מס' 21 לשנת 2010 (قرار مجلس الوزراء رقم 21 لعام 2010م بنظام تأمين احتياجات الأسرى داخل السجون الإسرائيلية), אשר זו לשונו: "האסיר יאבד את זכויותיו לקצבה חודשית אם ייחשב אסיר פלילי". ראו <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=16257>.

20 לסקירה של רוב הסדרי החקיקה הפלסטינית בנוגע לתשלומי הרשות לפעילי טרור ראו Itamar Marcus & Nan Jacques Zilberdik, *Palestinian Authority Paying Salaries to Terrorists with U.S. Money*, GATESTONE INST. INT'L POL'Y COUNCIL (July 28, 2011) <https://www.gatestoneinstitute.org/2302/palestinian-authority-terrorist-salaries>.

21 שם.

22 כך, למשל, משפחה של אסיר תושב ישראל מקבלת תוספת, משום שיוקר המחיה בישראל גבוה יותר מאשר ברשות הפלסטינית. ראו תק' 17 לתקנות המעורבות של האסירים הפלסטינים הכלואים בישראל (2010) (להלן: תקנות האסירים). התקנות זמינות באתר הממשלתי של הרשות הפלסטינית, לעיל ה"ש 3.

23 תק' 8 לתקנות האסירים קובעת: "...נפטר – יקבלו יורשיו את המשכורת באופן הבא: אם האסיר היה נשוי – (1) האישה והבנים הקטינים יקבלו סכום בשיעור של 75% מהמשכורת; (2) [במקרה שקיימים גם בנים לא קטינים], הבנים הקטינים והבנות שאינן נשואות יקבלו סכום בשיעור של 50%

תשלומים מן הרשות, על בסיס סוג הנכות, אחוזי הנכות, מצב משפחתי וכולי.²⁴ נוסף על כך נקבע בחוק כי כלל התשלומים המשולמים מכוח החוק יוצמדו למדד יוקר המחיה.²⁵ עוד נקבע בחוק האסירים שוויון בין פעילי טרור לפעילות טרור. כלומר, התשלומים בעבור פעילות הטרור ישולמו באופן שווה לאסירים ולאסירות.

תקנות האסירים הפלסטינים מוסיפות וקובעות, למשל, פטור מדמי רישום להשכלה גבוהה ומתשלום ביטוח בריאות לאסירים משוחררים, וכן הטבות נוספות לאסירים הכלואים בבתי סוהר ישראליים.²⁶ לדוגמה, מדי חודש מעבירה הרשות מאות שקלים לכל אסיר לצורך רכישת מוצרים שונים בבתי הכלא ("תשלומי קנטינה").²⁷ כמו כן, מכוח החקיקה הפלסטינית קמה זכאות למענק שחרור חד-פעמי, שגובהו נגזר ממשיך תקופת המאסר – ככל שהמאסר היה ממושך יותר, מענק השחרור גבוה יותר.²⁸

בצד התשלומים הכספיים המשולמים לפעילי טרור שנכלאו ולבני משפחותיהם, קיימות הטבות כלכליות ותעסוקתיות נוספות בגין פעולות הטרור שביצעו. כך, למשל, פעילי טרור אלו זכאים לאחר שחרורם להעסקה באחד משרדי הרשות (כלומר, ליהפך ל"עובדי מדינה" לאחר שחרורם, תוך התחשבות בשנות המאסר כוותק מקצועי),²⁹ לסיוע בתשלום שכר לימוד להם ולבני משפחתם,³⁰ וכן לתשלום הוצאות ביגוד³¹ וביטוח בריאות.³²

-
- מהמשכורת. אם האסיר היה רווק – (1) האב והאם... וכן האחים הקטינים ייהנו מסכום בשיעור של 75% מהמשכורת..."
- 24 תק' 18 לתקנות האסירים.
- 25 ס' 7(1) לחוק האסירים קובע כי "על הרשות לשלם לכל אסיר משכורת חודשית אשר תיקבע בתקנון ותוצמד למדד יוקר המחיה".
- 26 להרחבה בנוגע לתקנות נוספות המעניקות הטבות לאסירים פלסטינים ראו גם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעב"ל 15745-04-19 **טלאל נ' המוסד לביטוח לאומי** (נבו 2.12.2019).
- 27 תק' 33 ו-37 לתקנות האסירים. לפי נוהלי הרשות, תשלום קנטינה משולם גם לאסירים פליליים ללא רקע בטחוני. ראו אלישע בן קימון "באישור המדינה: אסירים ביטחוניים מקבלים כסף מהרשות הפלסטינית" **ynet** (9.8.2021) <https://www.ynet.co.il/news/article/bku45ht1f>.
- 28 מענק השחרור מכונה ברשות "מענק חיים בכבוד". ראו תק' 6 לתקנות האסירים, אשר מקצה, נוסף על המשכורת החודשית לאסיר ולמשפחתו, מדרגות של מענקים. כך, למשל, אסיר ששוחרר לאחר 25 שנות מאסר זכאי למענק חד-פעמי של 10,000 דולר.
- 29 ס' 3(6) לחוק האסירים – ראו לעיל ליד ה"ש 20.
- 30 ס' 5(1) לחוק האסירים קובע כי "כל אסיר משוחרר שישב בבתי הכלא של הכיבוש פרק זמן של חמש שנים לפחות וכל אסירה שישבה פרק זמן של שלוש שנים לפחות יהיו פטורים מהתשלומים הבאים: שכר הלימוד האוניברסיטאי; דמי הביטוח הרפואי...". תק' 28 לתקנות האסירים מוסיפה כי "כדי להמשיך לקבל פטור משכר הלימוד האוניברסיטה על האסיר המשוחרר להשיג ציון ממוצע מצטבר העולה על 60%".
- 31 ס' 6 לחוק האסירים קובע כי "הרשות הלאומית תעניק לכל אסיר... קצבת ביגוד בממוצע פעמיים בשנה".
- 32 ס' 8(2) לחוק האסירים קובע כי הרשות מתחייבת לשלם את פרמיות הביטוח של האסיר. נוסף על כך נקבע בס' 1(8) כי כל שנת מאסר שוות ערך לשנת ותק בשירות הציבורי ברשות. ראו תק' 6 ל"נוהל

מבחינת המנגנון להעברת התשלומים, בעבר שולמו המשכורות לפעילי הטרור ולבני משפחותיהם באמצעות המשרד לענייני אסירים ומשחררים, שהוקם בשנת 1998. משרד האסירים הוא חלק מהרשות ותוקצב באופן בלעדי על ידיה. בעקבות ביקורת בין-לאומית סגרה הרשות את המשרד בשנת 2014, ופתחה במקומו את "הרשות לענייני אסירים ומשחררים" (فئيه شؤون الأسرى والمحررين), אשר בפועל המשיכה להיות מתוקצבת על ידי הרשות. בעקבות פעילות זו הוכרזה "הרשות לענייני אסירים ומשחררים" כהתאחדות בלתי מותרת, והיא מוגדרת כארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.³³ על רקע הכרזה זו, וככל הנראה על מנת להתחמק מהסנקציות האפשריות בגין ההכרזה, הועברה בשנת 2018 האחריות לתשלום המשכורות לפעילי הטרור בחזרה לרשות, לידי משרד האוצר הפלסטיני.

מהי עמדת הדין הישראלי ביחס לחקיקה הפלסטינית שמעניקה לפעילי טרור ולבני משפחותיהם שורה של הטבות כלכליות וחומריות? בחינת הדין הישראלי מעלה כי תשלומים והטבות אלו הינם תשלומים אסורים שמבוצעים בניגוד לחוק. חוק המאבק בטרור מטיל איסור מפורש על תשלום ועל קבלת תשלומים בגין ביצוע עברות טרור. הוראות חוק המאבק בטרור כוללות איסורים פליליים שונים האוסרים, בין היתר, מימון פעילות של ארגון טרור וכן "פעולה ברכוש טרור", דהיינו, פעולות ברכוש שנועדו לממן עברות טרור חמורות, לסייע בביצוען או לתגמל בדיעבד בעבור ביצוען.³⁴ כאשר מועברים תשלומים לאדם בקשר לעברת טרור שביצע, בהתאם לנסיבות שמפורטות בחוק המאבק בטרור, הדבר עולה כדי הפרת חוק המאבק בטרור.³⁵ לא רק שחוק האסירים והתקנות והצווים שהוצאו מכוחו מפירים את המשפט הבין-לאומי ואת התחייבויותיה של הרשות מכוח הסכמים בין-לאומיים כפי שיפורט לקמן,³⁶ אלא שניתן לומר כי מכיוון שהתשלום מובטח מראש, הרשות נהפכת בכך למשדלת ושותפה לטרור, ולמעשה לאחראית לביצועו.³⁷ כלומר, מדיניות התשלומים של הרשות לפעילי טרור

הבטחת המשורות לאסירים המשחררים" ("דירוגו המקצועי של האסיר המשחרר ייקבע בהסתמך על מספר השנים שישב בכלא והתעודות המעידות על ההשכלה שרכש").

33 ראו "הכרזות על התאחדויות בלתי מותרות וארגוני טרור" אתר המטה הלאומי ללוחמה כלכלית בטרור <https://nbcdf.mod.gov.il/he/Announcements/Pages/nbcdfDownloads.aspx>.

34 ס' 32(א1) לחוק המאבק בטרור מגדיר זאת כ"פעולה ברכוש שיש בה כדי לסייע, לקדם או לממן ביצוע של עבירת טרור חמורה או לתגמל בעבור ביצוע של עבירת טרור חמורה גם אם מקבל התגמול אינו מי שביצע את העבירה או התכוון לבצעה".

35 ראו גם ס' 2 לחוק המאבק בטרור, המגדיר העברת כספים כשכר או כתגמול בעד ביצוע עברת טרור, במישרין או בעקיפין, כפעולה ברכוש טרור.

36 להרחבה ראו להלן בפרק ג, העוסק במאבק הגלובלי במימון טרור.

37 ברי כי הבטחה מראש לתשלום כספי למפגע ולבני משפחתו למשך שנים רבות בגין כל מעשה טרור נגד ישראלים מהווה שידול לביצוע העברה. ראו על כך את עמדתם של ג' טרסקי, י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנויקין: תורת הנויקין הכללית 439-440 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טרסקי עורך 1976): "המשדל אחראי בנויקין למעשה המשדל – יהא משדל זה עובד, קבלן עצמאי, שלוח או כל אדם אחר – אם אישר את מעשיו. דרכי האישור משתנות בהתאם לנסיבות. יכול האישור

ולבני משפחותיהם מתמרצת הן במישרין והן בעקיפין פעילות טרור, וככזו היא אסורה על פי הדין הישראלי.

מדינת ישראל מעבירה לרשות מדי שנה כשמונה מיליארד ש"ח בגין גביית מיסים, וזאת בהתאם ל"הסכמי הביניים" בין ישראל לרשות ובהתאם לחוקי היישום. במקביל הרשות עושה שימוש בחלק מהכספים האלה לצורך תשלום משכורות לפעילי טרור. על פי החקיקה הפלסטינית, פעילי טרור כלואים ומשוחזרים ובני משפחותיהם זוכים בתגמולים חודשיים מידי הרשות הפלסטינית. גם פעילי טרור שנפצעו במהלך פעילותם וכן בני משפחותיהם של פעילי טרור שנהרגו זוכים בתשלומים חודשיים. על פי הערכות שונות, התשלומים שהרשות משלמת לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מסתכמים במאות מיליוני שקלים בשנה. תשלומים והטבות אלו ניתנים בניגוד לחוק הישראלי ולמשפט הבין-לאומי.

פרק ב: המחלוקת בין הכנסת לממשלה בנוגע לחוק ההקפאה

על רקע ההבנה כי חלק מהכספים המועברים ממדינת ישראל לרשות משמשים למימון פעילות טרור ולפגיעה במטרות ובאזרחים ישראלים, הוגשה ביום 20.3.2017 הצעת חוק קיזוז כספים לרשות הפלסטינית בגין תמיכתה בטרור לדיון מוקדם.³⁸ בדברי ההסבר להצעת החוק מוסבר כך:

"שבעה אחוזים מתקציב הרשות הפלסטינית, שחלקו הגדול ממומן על ידי סיוע אמריקאי ואירופי, מופנה על פי החוק הפלסטיני, לתשלום משכורות ולמימון

שיעשה על-ידי אמירה או שתיקה, במפורש או מכללא. תהא דרך האישור אשר תהא, כדי שיהא תוקף לאישור צריך המעשה להוות עוולה, ושומה על המשדל לדעת – בשעת האישור – כי המעשה אותו הוא מאשר, מהווה עוולה, או שהוא נוטל את הסיכון והאחריות שהמעשה הוא עוולה." יתר על כן, מדיניותה של הרשות קושרת בין "חומרת הפיגוע" לבין הסכום המשולם מדי חודש. הקשר שבין מספר שנות המאסר (המשקף על פי רוב את חומרת הפיגוע) לבין גובה התשלום לאסירים ולבני משפחותיהם מהווה תמריץ לביצוע פיגועים משמעותיים.

38 הצעת חוק קיזוז כספים לרשות הפלסטינית בגין תמיכתה בטרור, התשע"ז-2017, פ/4079/20. הצעת החוק הוגשה על ידי חברי כנסת מסיעות שונות, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה דאז: אלעזר שטרן, אברהם דיכטר, יעקב פרי, מיקי לוי, איל בן ראובן, רוברט אילטוב, יעקב מרגי, משה גפני, דוד ביטן, רועי פולקמן, בצלאל סמוטריץ' ועמר בר-לב. הצעת החוק התקבלה בקריאה טרומית בתמיכת הממשלה ואושרה לקריאה ראשונה. היא הונחה על שולחן הכנסת כהצעת חוק מטעם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ואושרה בקריאה ראשונה.

הטבות למחבלים פלסטינים הכלואים בישראל (במהלך מאסרם ואף לאחר שחרורם) ולמענק קצבאות למשפחות פלסטיניות שקרובם נהרג או נפצע בהקשר לסכסוך, רבים מהם מחבלים. היקף תשלומים אלה עומד על למעלה מ-1.1 מיליארד שקלים חדשים (כ-300 מיליון דולר)... לפיכך מוצע לנכות מכל סכום המועבר לרשות הפלסטינית החלטת ממשלה את שיעור תמיכתה של הרשות הפלסטינית בטרור במהלך השנה החולפת.³⁹

שלב גיבושה של הצעת החוק, ועוד יותר מכך הדיונים בהצעת החוק בוועדת החוץ והביטחון, לוו מאבקים רבים בין חברי הכנסת השונים וכן בין חברי כנסת לנציגי הממשלה.⁴⁰ דומה כי לא הייתה מחלוקת בנוגע לחשיבות של הפסקת מימון הטרור על ידי הרשות ובנוגע לכך שאין זה ראוי שכספים שהמדינה מעבירה לרשות ישמשו למימון פעילות טרור כנגדה. ברם, שררו מחלוקות עמוקות לגבי מנגנון החוק, לגבי הסמכויות שיוקנו לרשויות המוסמכות, ובעיקר ביחס למשמעותו העתידית.⁴¹ במישור העקרוני של תכלית החוק היו שנקטו גישה גמולית.⁴² כלומר, מדינת ישראל צריכה להימנע מלהעביר לרשות כספים שמשמשים נגדה. סכומי כסף שמועברים לטרור צריכים להיות מוקפאים או מקוזזים מהכספים שישראל מעבירה לרשות, ללא שיקול דעת וללא קשר להשלכות עתידיות אפשריות שיש למדיניות זו על חוסנה הכלכלי של הרשות או על התיאום הבטחוני עם ישראל. לעומתם היו שהחזיקו בגישה תועלתנית לחוק.⁴³ אלה התמקדו

39 ש.ם.

40 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 181 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (28.6.2017); פרוטוקול ישיבה 219 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (9.1.2018); פרוטוקול ישיבה 231 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (21.2.2018); פרוטוקול ישיבה 260 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (27.6.2018).

41 לאחר דיונים מספר בוועדת החוץ והביטחון החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לקדם את הצעת החוק בקריאה טרומית, ובמקביל לקדם הצעת חוק ממשלתית. ראו החלטה 2790 של הממשלה ה-34 "הצעת חוק קיזוז כספים לרשות הפלסטינית בגין תמיכתה בטרור, התשע"ז-2017 של חה"כ אלעזר שטרן ואחרים (פ/4079)" (29.6.2017). עוד נקבע בהחלטת ועדת השרים לענייני חקיקה כי אם לא תקודם הצעת החוק הממשלתית, תקודם הצעת החוק הפרטית בתיאום עם משרדי ראש הממשלה, הביטחון, המשפטים והאוצר. בתאריך 9.1.2018 הופצה הצעת חוק ממשלתית שהתבססה על הצעת החוק הפרטית בנושא, בשינויים המחויבים. בסופו של דבר, לנוכח אי-הסכמות כפי שיתוארו להלן, הצעת החוק שעברה הייתה הצעת החוק הפרטית, ולא הצעת החוק הממשלתית.

42 עמנואל קנט (1724–1804) היה מראשוני הוגי הדעות הליברלים שהחזיקו בגישה "גמולית". הוא גרס כי ענישת עברייני היא מחויבת המציאות ובלתי ניתנת לפשרות – "הציווי המוחלט" (categorical imperative). קנט שלל כל ניסיון להצדיק את הענישה על סמך שיקולים תועלתניים שונים, וגרס כי יש לראותה רק כגמול על מעשה שלילי שעשה הנענש. H.J. PATON, THE CATEGORICAL IMPERATIVE: A STUDY IN KANT'S MORAL PHILOSOPHY (1971).

43 משנתו של ג'רמי בנתם (1748–1832) מבוססת על גישה תועלתנית למשפט (Utilitarianism). על פי גישה זו, ערכה של פעולה נקבע על פי תרומתה לתועלת הכללית. התועלתנות בוחנת את המעשים על פי תוצאתם, ולא על פי חשיבותם הערכית, וזאת בניגוד לתורות דאונטולוגיות, אשר מתייחסות

בעיקר בשקלול התועלת הצפויה מהחוק, וחששו מההשלכות הכוללות של חוק ההקפאה על יחסי החוץ של המדינה.

דיאלקטיקה זו הובילה בסופו של דבר לנוסחו הסופי של חוק ההקפאה, המהווה במידה רבה פשרה פוליטית ומשפטית.⁴⁴ בעמודים הבאים אבקש לתאר ולנתח שלוש סוגיות משפטיות עקרוניות הקשורות לחוק ההקפאה ולהשלכותיו.

1. סוגיית "התחנה האחרונה" – כלל הקפאה או כלל קיזוז?

הסוגיה הראשונה שנדונה בהקשר של חוק ההקפאה הייתה מעמד הכספים שמשולמים לפעילי הטרור ולבני משפחותיהם. השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה אם כספים אלו ינוכו, כלומר יישארו בידי מדינת ישראל ולא יועברו לרשות כלל (כלומר יקוזזו), או שמא הם יוקפאו ויועברו לרשות בשלב מאוחר יותר, כאשר תקבל החלטה אחרת של הגורמים המוסמכים בעניין (למשל, כאשר הרשות תפסיק להשתמש בכספים האלה לצורך תשלום משכורות לפעילי טרור). הדיונים בסוגיה זו, אשר מקפלת בחובה שיקולים רחבים יותר בתחום המדיני והבטחוני, נמשכו לאורך חלק ניכר מהשיבות של ועדת החוץ והביטחון שעסקו בחוק.⁴⁵

בסופו של דבר הגיעו חברי ועדת החוץ והביטחון לכלל מסקנה – שהיו שותפים לה גם יוזמי החוק העיקריים חברי הכנסת אלעזר שטרן ואברהם דיכטר – ש"התחנה האחרונה" של חוק ההקפאה לא תכלול כלל של ניכוי, אלא כלל של הקפאת כספים. כלומר, נקבע כי הכספים שמשולמים בזיקה לטרור יושמו במשמורת באוצר המדינה עד ליום שבו תפסיק הרשות לממן טרור. המתווה המשפטי של החוק קובע, בסופו של דבר, שכאשר הרשות הפלסטינית תפעל על פי הנורמות הבין-לאומיות ותפסיק לממן פעילי טרור, יועבר הכסף לידיה.⁴⁶ אכן, בהתאם לכך נוסח סעיף 4(ב) לחוק ההקפאה,

לחשיבותם הערכית של המעשים כשלעצמם, ורואות טוב או רוע מוסרי במעשים מסוימים בלי קשר לתוצאתם. ראו JEREMY BENTHAM, THE COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM: AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., 1996).

44 הצעת החוק הונחה כאמור ביום 20.3.2017, ואושרה בדיון מוקדם במליאת הכנסת ביום 14.6.2017. בתאריך 28.6.2017 התקיים הדיון הראשון בוועדת החוץ והביטחון (דיון הכנה לקריאה ראשונה).

45 פרוטוקול ישיבה 252 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (11.6.2018). נושא זה עלה גם בישיבות נוספות: פרוטוקול ישיבה 181 של ועדת החוץ והביטחון, לעיל ה"ש 40; פרוטוקול ישיבה 203 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (13.11.2017); פרוטוקול ישיבה 219 של ועדת החוץ והביטחון, לעיל ה"ש 40; פרוטוקול ישיבה 226 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20 (12.2.2018); פרוטוקול ישיבה 231 של ועדת החוץ והביטחון, לעיל ה"ש 40. ראו גם פרוטוקול ישיבה 320 של הכנסת ה-20 (5.3.2018).

46 יש לשער שההסכמה לכלל הקפאה חלף כלל של ניכוי התבססה על ההשערה שהרשות לא תחדל ממימון טרור בעתיד הנראה לעין. בהקשר זה ראוי להביא מדבריו של שר האסירים הפלסטיני (לשעבר) אשרף אל-עג'רמי, שהיה אחראי לתשלומים אלו, אשר ציין בעדותו בבית המשפט המחוזי

המאפשר לקבינט המדיני-הבטחוני "להפשיר" את הכספים, כולם או חלקם, ולהעבירם לרשות אם הרוח שהביא שר הביטחון לאישור הוועדה מצביע על כך שבשנה הקודמת לא הוציאה הרשות כספים בזיקה לטרור.

מבחינה משפטית ניתן לומר כי הרציונל שעמד בבסיס הבחירה בכלל ההקפאה חלף כלל הניכוי הוא העמדה המשפטית שלפיה הקפאת כספים שאמורים לעבור לרשות (כאמור, כספי מיסים שנגבים עבורה) עמידה יותר בביקורת בין-לאומית ובטריבונלים בין-לאומיים מאשר קיזוז הכספים. הטענה המשפטית היא שקיזוז הכספים עלול להתפרש כהפרת ההסכמים מול הרשות, ליצור מורכבות מדינית, ואף לגרור את המדינה לבוררות בין-לאומיות.⁴⁷ שיקול נוסף שעמד בבסיס הכלל של הקפאת הכספים האמורים חלף קיזוזם היה שהחוק לא נועד להגדיל את אוצר המדינה. תכלית החוק הייתה מאבק במימון טרור, ועצם אי-העברתם של הכספים לרשות, בלא קשר לשאלה מה יעלה בגורל הכספים לאחר מכן, יש בה כדי להיאבק במימון טרור.

2. סוגיית גמישות שיקול הדעת של הממשלה

הסוגיה המרכזית השנייה שנדונה במהלך חקיקתו של חוק ההקפאה עסקה בשאלת שיקול הדעת שניתן לממשלה בקשר לתשלומים אלו. השאלה שעמדה בבסיס הסוגיה המשפטית הייתה מהי מידת הגמישות של הממשלה בנוגע להחלטה אם להקפיא את הכספים.

מזיעי הצעת החוק גרסו כי לממשלה, ובפרט לקבינט המדיני-הבטחוני המופקד על יישום החוק, לא יוענק שיקול דעת להחליט אם להקפיא את הכספים. חששם של מזיעי החוק היה שמתן שיקול דעת לממשלה יאפשר לה, משיקולים שונים, לא ליישם את החוק כלשונו. מזיעי החוק פעלו אפוא לגיבוש ניסוח מצומצם של הסמכות המנהלית שתוקנה לרשות המבצעת. על פי ההצעה המקורית, על הרשות המבצעת לברר את

בירושלים כך: "אין מנהיג פלסטיני בעולם לא עכשיו ולא בעוד מאה שנים יכול להפסיק משכורות של משפחות אסירים או משפחות שאהידים." ראו ת"א (מחוזי י-ם) 2538/00 **ליטבק נורזיץ נ' הרשות הפלשתינאית**, פס' 2716 (נבו 8.7.2019) (חלק 3 של פסק הדין).

47 אני מודה לעו"ד ניר דויטש מהמחלקה למשפט בין-לאומי במשרד המשפטים על סיועו בנושא. לגישתי, וכפי שיפורט לקמן, כלל ההקפאה מהווה צעד מידתי ומאוזן יותר מאשר כלל של ניכוי, ותואם טוב יותר את עקרונות המשפט הבין-לאומי. הפעלת סנקציות מנהליות נגד מימון טרור מעוררת שאלות בנוגע לחובות המוטלות על המדינה להימנע מפגיעה בלתי מידתית, גם אם היא מוצדקת. במקרה זה איזון מידתי וראוי בין האינטרסים השונים המונחים על הכף מוביל להעדפת כלל של הקפאת הכספים, ולא קיזוזם. לאימוץ עקרון המידתיות במשפט הישראלי ראו ע"פ 174/54 **שטמפר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י 5, 14 (1956). להתפתחות עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ראו, למשל, NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY (1996). ראו גם, באופן כללי, Amichai Cohen & Yuval Shany, *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 310, 314-315 (2007).

הסכום ששילמה הרשות בזיקה לטרור בשנה החולפת ולערוך על כך דוח, כדי שיהיה אפשר לדעת מהו הסכום שיש להקפיא. לעומת זאת, נציגי הממשלה ביקשו שלממשלה תהיה סמכות להחליט אם ליישם את חוק ההקפאה אם לאו. הם טענו כי קיימים שיקולים נוספים, הקשורים לביטחון הלאומי וליחסי החוץ של מדינת ישראל, העשויים להיות רלוונטיים בשלב יישום החוק. הנוסח הסופי של החוק – אשר גובש לאחר מאבקים בין מציעי החוק לבין נציגי הממשלה בעניין זה, ואף לאחר רוויזיה מטעם הממשלה על הצעת החוק⁴⁸ – אינו מקנה שיקול דעת לממשלה להחליט כיצד לנהוג, ועליה להקפיא את הכספים ללא שיקול דעת סוברני בעניין.⁴⁹

יצוין עוד כי יש מקום לסברה שגם לעובדה שבחוק האמריקני המקביל (Taylor Force Act, שיתואר לקמן, אשר תרם לחקיקת חוק ההקפאה) אין שיקול דעת לגורמים המדיניים בהחלטה אם להקפיא כספים הקשורים לטרור הייתה השפעה מסוימת על עיצוב הסמכות המנהלית בחוק ההקפאה. כלומר, מבחינת המשפט המנהלי, חוק ההקפאה קובע כי הסמכויות המוקנות לממשלה בנושא זה הן סמכויות חובה, ולא סמכויות שברשות.⁵⁰ על שר הביטחון להציג לקבינת דוח המפרט את הכספים ששילמה הרשות בזיקה לטרור, ולאחר מכן יש להקפיא סכומים אלו.

3. סוגיית ייעודם של כספי ההקפאה

הסוגיה המרכזית השלישית שנדונה בקשר לחוק היא שאלת ייעודם של הכספים המוקפאים אשר לא יועברו לרשות בגין תמיכתה במימון טרור. מציעי החוק הציעו כי

48 בקשה לפי ס' 115 לתקנון הכנסת של חבר הכנסת דוד אמסלם ליושב ראש ועדת החוץ והביטחון חבר הכנסת אברהם דיכטר מיום 18.6.2018 (עותק מצוי בידי המחבר).

49 להשלמת התמונה, לקבינת ניתנה סמכות שברשות להעביר לרשות כספים שהוקפאו אם הרשות תחדל ממימון טרור. ס' 4(א) לחוק ההקפאה קובע כי מתוך הכספים שממשלת ישראל מעבירה לרשות הפלסטינית בהתאם להוראות חוקי היישום יוקפא בכל חודש סכום השווה לחלק השנים-עשר מסך הסכום ששילמה הרשות בזיקה לטרור בשנה הקודמת (דהיינו, סמכות חובה). עם זאת, ס' 4(ב) מוסיף וקובע כי "הביא השר לאישור ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי דוח כאמור בסעיף 3, ולפיו לא שילמה הרשות הפלסטינית כספים בזיקה לטרור בשנה שאליה מתייחס הדוח, רשאית ועדת השרים להחליט על העברת הכספים שהוקפאו לפי סעיף קטן (א), לרשות הפלסטינית, כולם או חלקם". כלומר, אם הרשות תחדל ממימון מחבלים ובני משפחותיהם, כי אז רשאי הקבינת המדינית הבטחוני להעביר לרשות את הכספים המוקפאים, כולם או חלקם.

50 על ההבחנה בין סמכות חובה לבין סמכות רשות ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 216–227 (2010); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א: המינהל הציבורי 319–325 (מהדורה שנייה מורחבת 2010). ראו גם בג"ץ 467/84 **עזרא נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לט(1) 745 (1985); בג"ץ 8735/13 **שטנגר נ' שרת המשפטים** (אר"ש 14.12.2017); בג"ץ 1605/94 **טלסינימה בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד נב(3) 803 (1998). יש לציין כי אופייה של הסמכות האמורה כסמכות חובה, ולא כסמכות רשות, נלמדת גם מההיסטוריה החקיקתית שלו. ראו, למשל, את הצגת החוק על ידי יושב ראש ועדת החוץ והביטחון, חבר הכנסת דיכטר, ואת דבריו בנושא (ד"כ 2.7.2018, 105): "...ולבסוף השתכנעה הממשלה כי נכון יותר שהקפאת הכספים תהיה אוטומטית וללא שיקול דעת לקבינת..."

הכספים שיישאררו בידי מדינת ישראל יועברו לקרן ייעודית שתוקם במיוחד לצורך העניין. אחת ממטרות הקרן, כך לפי ההצעה המקורית, תהיה תשלום לנפגעי עברה אשר נפגעו בפעולות טרור, תבעו את הרשות או את פעילי הטרור באופן ישיר, זכו בדין ואינם יכולים לממש את פסק הדין. ההנחה שעמדה בבסיס הצעה זו הייתה שהרשות הפלסטינית אישרה את פעולות הטרור – הן בדיעבד, באמצעות תשלום משכורות למבצעי הפיגועים, והן מלכתחילה, באמצעות ההבטחה מראש בחוק לתשלום של אותן משכורות עתידיות. לפיכך ראוי שהיא תפצה על הנזקים.⁵¹

בהצעה המקורית הוצע כי מטרת הכספים שלא יועברו לרשות בגין מימון טרור תהיה לסייע לנפגעי עברות טרור שנפסקו להם פיצויים במסגרת הליכים משפטיים שהתנהלו בעניינם אך הכספים לא שולמו להם. נוסף על מטרה זו הוצע כי ככל שיישאררו כספים בקרן ייעודית זו לאחר פיצוי נפגעי הטרור, הם ישמשו לפעולות משפטיות מטעם מדינת ישראל למאבק במימון טרור. בסופו של דבר, ככל הנראה בשל לחץ של נציגי הממשלה, נגזזה הצעה זו, וסעיף זה הוסר מהנוסח הסופי.

בעיניי מדובר בהחמצה מסוימת. בחוק ההקפאה, בנוסחו דהיום, אין מענה לנפגעי פעולות טרור שלא זכו לקבל את הפיצויים שנפסקו להם בתביעותיהם נגד הנפגעים. סוגיית פיצויים של נפגעי פעולות איבה על ידי פעילי הטרור היא נושא חשוב ואקטואלי, והמענה המשפטי הקיים לו מוגבל לפי שעה.⁵² דומה כי הסיבה המרכזית לקושי באכיפת תשלום פיצויים לנפגעי העברה היא הקושי המשפטי באכיפת פסקי דין באזורים שאינם בשליטה מלאה של ישראל מסיבות בטחוניות (בעיקר שטחי A). גופי האכיפה הישראליים אינם מוסמכים לפעול באזורים אלו, שכן סמכויות ההוצאה לפועל בהם

51 הנחה זו התבססה, בין היתר, על פסק הדין התקדימי בנושא בעניין **ליטבק נורוץ**, לעיל ה"ש 46. בתיק זה דן בית המשפט המחוזי בשבע עשרה תביעות נזיקין נגד הרשות הפלסטינית בגין פיגועים שונים שבהם נרצחו ישראלים, והשית את האחריות על הרשות הפלסטינית, על ארגון אש"ף ועל בכירים בארגונים אלו. בכמה תביעות השית בית המשפט את האחריות על ארגון החמאס, בהיבטים האידיאולוגיים, הכספיים והמעשיים. בית המשפט עמד על המקורות המשפטיים האחריות שעלו מפעולות שנקטה הרשות לאחר ביצוע פיגועים נגד מטרות ישראליות, ובעיקר מימון האסירים ובני משפחותיהם, מימון משפחות השהידים, הכרה מיוחדת במעמד השהידים ובמעמד המפגעים בפרסומי הרשות, ועוד. לפסקי דין נוספים בקשר לכך ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6062/04 **עזבון אמיתי נ' עיסא** (נבו 29.7.2019); ת"א (מחוזי י-ם) 3367/09 **גדרי נ' שובאני** (נבו 29.7.2019); ת"א (מחוזי י-ם) 6259/04 **שחר ושוח' חב' לעבודות עפר בניה כבישים בע"מ נ' הרשות הפלסטינאית** (נבו 29.7.2019).

52 ראו, למשל, הצעת חוק שהוגשה בנושא קרוב על ידי חברת הכנסת איילת שקד וחברי כנסת נוספים: הצעת חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תיקון – פיצויים שהוטלו על ידי בית משפט צבאי), התש"ף-2020, פ/1716/23. הצעת החוק נועדה לתקן את החוק הקיים כך שהמרכז לגביית קנסות יהיה מוסמך לגבות עבור נפגעי טרור פיצויים שנפסקו בבתי המשפט הצבאיים ולא נגבו. הצעת החוק אושרה בקריאה טרומית ב-9 בדצמבר 2020, אך מאז היא לא קודמה ולא הבשילה לכלל חוק. ראו גם Shai Farber & Nethanel Benichou, *Between Victims of Crime and Victims of Terrorism: Victims' Rights in the Military Courts in the West Bank*, 24 NEW CRIM. L. REV. 568 (2021).

נמסרו לרשות הפלסטינית במסגרת הסכמי הביניים.⁵³ אולם מעבר לכך, סביר להניח שגם אילו הייתה לגורמי האכיפה בישראל סמכות משפטית בנושא זה, הם לא היו מסכנים חיי אדם ושולחים כוחות לשטח A על מנת לגבות חובות כספיים בשמם של נפגעי טרור. בהערת אגב יצוין כי העובדה שבמקרים רבים פסיקת בתי המשפט בנוגע לפיצוים של נפגעי עברות טרור אינה ניתנת לביצוע פוגעת בראש ובראשונה בנפגעי העברה אך גם בתפיסה הציבורית לגבי משקלם של פסקי הדין ומעמדם של בתי המשפט.⁵⁴

דרך אגב, ביקורת אפשרית על ההצעה לפצות נפגעי עברות טרור מהכספים המוקפאים היא שנפגעי פעולות איבה זוכים ממילא בתגמול מכוח חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970. לפי ביקורת זו, מתן פיצויים לנפגעי העברה מתוך כספי ההקפאה הינו מיותר לנוכח היכולת (כמובן, במקרים המתאימים ובכפוף לעמידה בתנאי החוק) לקבל זכויות מכוח חוק זה. איני סבור כך. לגישתי, התכלית של פסיקת פיצויים לנפגע עברה והמטרה של הענקת זכויות מכוח חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה הן שונות, ואינן באות האחת על חשבון רעותה. המטרה המרכזית של הפיצויים הנפסקים בהליך הפלילי היא מתן סעד כספי מסוים, מהיר באופיו, לנפגע העברה.⁵⁵ לעומת זאת, הכספים המשולמים בהתאם לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה משרתים אינטרס חברתי בשיקום מסוים של נפגעי פעולות איבה.⁵⁶ לפיכך אין בהכרח מקום להקיש בין הדברים, ואין הם באים האחד על חשבון האחר. מכל מקום, כאמור, ההצעה להקים קרן ייעודית לנפגעי עברה לא קודמה.

53 ראו הסכם הביניים, לעיל ה"ש 12.

54 במאמר אחר הצעתי להסמיך את המרכז לגביית קנסות לפעול גם באזור יהודה ושומרון. לחלופין ניתן להקים פונקציה ייעודית דומה במאפייניה למרכז לגביית קנסות אשר תותאם לנסיבות האזור ותהא כפופה למנהל האזורי. בדומה לנעשה בישראל, מרכז זה יהיה מוסמך לקבוע אילו הליכים יש לנקוט על מנת לגבות חוב, לרבות הטלת עיקולים ותפיסת מיטלטלין נגד פעילי טרור שלא שילמו את הפיצויים שנפסקו לחובתם. ראו שי פרבר ונתנאל בנישו "זכויות נפגעי עברה בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון – עיון, ביקורת והצעות לשיפור" **מחקרי משפט** לד(2) (צפוי להתפרסם ב-2022). לעניין האמון בבתי המשפט ראו גם אהרון ברק "בית-המשפט העליון ואמון הציבור" **מבחר כתבים** כרך א 965 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000). לתיאור התפתחותה של בעיית האמון הציבורי במערכת בתי המשפט בארצות הברית ראו G. ALAN TARR, JUDICIAL PROCESS AND JUDICIAL POLICYMAKING 233–243 (3d ed. 2002).

55 ראו גם את פסק דינה של השופטת ברק-ארז בדנ"פ 5625/16 **אסרף נ' טווק בוקובזה** (אר"ש 13.9.2017). כן ראו, באופן כללי, אריה ל' מילר "הצעה להבטחת פיצויים לנפגעים מפשע" **משפטים** יא 468 (1981); אסנת אלירם "פיצויים לקרבן העבירה: הצעה לדגם חדש" **מחקרי משפט** יט 205 (2002); יניב ואקי "תקרת הפיצוי לנפגע עברה בהליך הפלילי" **מאזני משפט** יא 221 (2016).

56 פסק הדין המנחה בנושא הוא ע"א 1162/96 **וייס נ' מאק**, פ"ד נג(2) 79 (1999). לדיון בנושא האינטרסים העומדים בבסיס חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה וליחס בינם לבין פיצויים הנפסקים לנפגעי טרור על ידי בתי משפט צבאיים ראו ע/2326/15 (ערעורים צה"ל) **חמאמרה נ' התביעה הצבאית** (תקדין 2.7.2018).

זולת שלוש הסוגיות העקרוניות האמורות, סוגיה נוספת שנדונה בהרחבה הייתה תחולתו של חוק ההקפאה. מבחינה משפטית, הצעת החוק המקורית הייתה חסרה מבחינת תחולתה. כך, למשל, ההגדרה של פעילי טרור הייתה מצומצמת, ולא כללה פעילי טרור שהורשעו בבתי משפט צבאיים באזור יהודה והשומרון. ההצעה אף לא כללה את העצורים שנעצרו על ידי בתי משפט צבאיים במעצר מנהלי.⁵⁷ כידוע, רוב המורשעים בעברות טרור מורשעים על ידי בתי משפט צבאיים, ולא על ידי בתי משפט בישראל, ולכן אילו עבר החוק בנוסחו המקורי, תרומתו הייתה דלה ביותר, אם בכלל.⁵⁸

שלבי גיבושו של חוק ההקפאה לוו מאבקים רבים בין הממשלה לכנסת. גיבוש חוק ההקפאה טמן בחובו שורה של סוגיות רחב ששקו במנגנון החוק, בסמכויות שיוקנו לקבינט המדיני-הבטחוני, במשמעותו המדינית של חוק ההקפאה ועוד. חוק ההקפאה הוא חוק בעל מאפיינים ייחודיים בתבנית נוף החקיקה בקשר למאבק המשפטי במימון טרור. מסגרות משפטיות הנאבקות במימון טרור מתייחסות על פי רוב להתאחדויות אסורות, כגון ארגוני צדקה או תאגידים המממנים טרור (בנקים ומוסדות פיננסיים). חוק ההקפאה, לעומת זאת, קובע באופן קטגורי כי הרשות, כגוף מעין-מדינתי, מממן פעילי טרור באמצעות תשלום משכורות להם ולבני משפחותיהם.

פרק ג: המלחמה המשפטית הגלובלית במימון טרור

1. המאבק הגלובלי במימון טרור – מארצות הברית לאו"ם ומהאיחוד האירופי לישראל

בפרקים הקודמים סקרתי את מדיניות התשלומים לפעילי טרור ולבני משפחותיהם; תיארתי את חוק ההקפאה, את הרקע המשפטי שעמד ביסודו ואת גלגוליו השונים;

57 מספר העצורים המנהליים הוא לרוב בין 400 ל-500, והוא משתנה משנה לשנה, בין היתר, בהתאם למצב הבטחוני. לנתונים אלו ראו פרייז ונון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 39-40. באופן כללי ראו גם Dvir Saar & Ben Wahlhaus, *Preventive Detention for National Security Purposes in Israel*, 9 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 413 (2018).

58 ייתכנו מצבים שבהם סמכותו של בית משפט צבאי באזור יהודה והשומרון תהיה מקבילה לזו של בית משפט ישראלי. במקרים אלו שאלת הפורום הנאות לדון באישומים של פעילי טרור רובצת לפתחן של רשויות האכיפה. ע"מ (ערעורים איו"ש) 3166/06 עלקם נ' התובע הצבאי (נבו) 15.9.2006; ע"מ (ערעורים איו"ש) 88/00 התובע הצבאי נ' חמארה (נבו) 18.6.2000; נתנאל בנישו "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" משפט וצבא 18, 293 (2005); פרבר ובנישו, לעיל ה"ש 54.

וניחתתי כיצד מדיניות תשלום המשכורות של הרשות לפעילי טרור סותרת את החקיקה הישראלית. בפרק זה אבקש להציג את חוק ההקפאה על רקע המאבק המשפטי הגלובלי במימון טרור. הפרק יציג כיצד חוק ההקפאה משתלב במגמה הכללית של המשפט הבינ-לאומי ושל משפטן של מדינות מערביות שונות בתחום המאבק המשפטי במימון טרור. כידוע, הטרור אינו רק מדינתי; הוא גם על-מדינתי.⁵⁹ לפיכך חשוב להבין את המאבק המשפטי של מדינות וארגונים בין-לאומיים במימון טרור מנקודת מבט גלובלית.⁶⁰ אחד המרכיבים המשמעותיים ביותר בקיומו ובפיתוחו של טרור הוא האפשרות לממן פעילות זו. כיום, בפרט לאחר אירועי הטרור של ה-11 בספטמבר 2001, מקובל לגרוס כי המאבק במימון הטרור גורלי והכרחי ממש כמו המאבק נגד פעילי הטרור עצמם. המאבק במימון טרור נהפך אפוא למשימה בין-לאומית המאחדת סביבה מדינות, ארגונים ומנהיגי חברה אזרחית.⁶¹ במסגרת זו החליטו מדינות רבות וכן ארגונים בין-לאומיים שונים לפתוח במלחמה כוללת במימון הטרור.⁶²

מדינות רבות קבעו הסדרים חדשים (או תיקנו חוקים קודמים) ורחבים נגד מימון טרור. ארצות הברית, למשל, חוקקה את ה-USA PATRIOT Act of 2001, שבמסגרת הפרק השלישי שלו נקבעו הסדרים ייחודיים לעניין מימון טרור.⁶³ באופן ספציפי ביחס למימון פעילי טרור מצד הרשות, נחקק בשנת 2010 "חוק איחוד ההקצבות".⁶⁴ החוק קובע, בסעיף 7039 (שכותרתו "סיוע לגדה המערבית ולרצועת עזה"), כי לפני הקצאת

59 לקריאה כללית בנושא ראו CLIVE WALKER, BLACKSTONE'S GUIDE TO THE ANTI-TERRORISM LEGISLATION (2009).

60 David Williams, *The United Kingdom's Response to International Terrorism*, 13 IND. INT'L & COMP. L. REV. 683, 691–693 (2003).

61 דורין לוסיג "קאדי בירושלים – דמוקרטיה בעידן של ממשל גלובלי: רגולציה של מימון טרור בישראל" **מחקרי משפט** לא 881, 885 (2018).

62 אחד הארגונים הבין-לאומיים הבולטים במלחמה במימון טרור הוא ה-Financial Action Task Force (FATF). ארגון זה הוקם בשנת 1989 על ידי מדינות ה-G7. הוא פועל ליד ארגון ה-OECD בפריז אך מהווה ארגון נפרד. מדובר בכוח משימה בין-לאומי שמטרתו לפתח ולקדם מדיניות למאבק במימון טרור. הוא מוגדר כ"גוף מתווה מדיניות" לקידום המאבק בהלבנת הון ובכספי טרור. הארגון מפרסם המלצות לקידומה ולתיקונה של החקיקה בנושא. כמו כן הוא מפקח על יישום החקיקה ועל ההליכים לטיפול בהלבנת הון ולמלחמה בטרור במדינות שונות בעולם, עוקב אחר התפתחות הטכניקות להלבנת הון ולמימון טרור, ומעדכן בהתאם את המלצותיו להתמודדות עימן. להמלצות הארגון ראו FATF Recommendations, FATF <http://www.fatf-gafi.org/about/historyofthefatf>. אכיפת המלצותיו של הארגון נעשית באמצעות שורה של גופים בולטים, ובראשם מועצת הביטחון והבנק העולמי. ראו Kathryn L. Gardner, *Fighting Terrorism*, 13 GLOBAL GOVERNANCE 325, 325–345 (2007).

63 USA PATRIOT Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272.

64 Consolidated Appropriations Act, 2010, Pub. L. No. 111-117, 123 Stat. 3034.

כספים לסיוע לגדה המערבית ולרצועת עזה, ינקוט מזכיר המדינה את כל הצעדים הנדרשים כדי להבטיח שסיוע זה לא יועבר למימון טרור.⁶⁵ באופן דומה, במדינות מערביות נוספות רבות נחקקו או התווספו התייחסויות פרטניות לנושא המאבק במימון טרור. באנגליה, למשל, חוקק ה־Anti-terrorism, Crime and Security Act⁶⁶; בקנדה חוקק ה־Anti-terrorist Act⁶⁷; באיטליה נחקק הצו החקיקתי Emergency Measures to Fight Against International Terrorism⁶⁸; בספרד נחקק ה־Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo⁶⁹, ועוד.⁷⁰ המכנה המשותף הרחב של חקיקה זו הוא שתשלום או קבלה של סכומי כסף בקשר לפעילות טרור מהווה עברה פלילית. הנחה נוספת העומדת בבסיסה של חקיקה זו היא שככל הנראה אי-אפשר למנוע מימון טרור לחלוטין, אלא לכל היותר ניתן לשבש ולהקשות את הזרימה בעורקיה של כלכלת הטרור.⁷¹

מבחינת המשפט הבינ-לאומי, עיון בהוראות הרלוונטיות בדין הבינ-לאומי בנושא מימון טרור מלמד כי תשלום לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מנוגד לכולן. בכל האמנות הבינ-לאומיות, האמנות האזוריות וכן החלטות האו"ם העוסקות בנושא קיימות הוראות המחייבות למנוע מימון טרור. כך, למשל, האמנה הבינ-לאומית למניעת מימון טרור משנת 1999 (שמדינת ישראל אשררה בשנת 2003)⁷² קובעת כי הזרמת כספים לטרור, באופן ישיר או עקיף, היא מעשה פלילי. האמנה מסדירה גם את התנהלותם של

65 ס' 7039 (b) קובע כך: "Prior to the obligation of funds appropriated by this Act under the heading 'Economic Support Fund' for assistance for the West Bank and Gaza, the Secretary of State shall take all appropriate steps to ensure that such assistance is not provided to or through any individual, private or government entity... that the Secretary knows or has reason to believe advocates, plans, sponsors, engages in, or has engaged in, terrorist activity"

66 Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, c. 24 (Eng.)

67 Anti-terrorist Act, S.C 2001, c. 41 (Can.)

68 D.L. 18 ottobre 2001, n. 374 (G.U. ottobre 19, 2001, n. 244) (It.)

69 Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo (R.C.L 2003, 1342) (Spain)

70 להרחבה ראו WALKER, לעיל ה"ש 59; GLOBAL FINANCIAL CRIME: TERRORISM, MONEY

(Donato Masciandaro ed., 2017). LAUNDERING AND OFFSHORE CENTRES

71 גדי אשד "המאבק בטרור בזירת המימון" **משפט ועסקים** יג 253, 256 (2010). למבט השוואתי ראו

NICHOLAS RYDER, *THE FINANCIAL WAR ON TERRORISM: A REVIEW OF COUNTER-TERRORIST FINANCING STRATEGIES SINCE 2001* (2015)

72 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Dec. 12, 1999,

2178 U.N.T.S. 197; האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור, כ"א 1401)50 (נפתחה לחתימה

ב-1999) (נחתמה ב-2000) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-2003) (להלן: האמנה הבינ-לאומית למניעת

מימון טרור). ראו Roberto Lavalle, *The International Convention for the Suppression of the*

Financing of Terrorism, 60 HEIDELBERG J. INT'L L. 491 (2000). אחת הביקורות כלפי האמנה

גורסת כי היא הולמת אינטרסים צרים יחסית של מדינות אשר שריות ככלל בשלום ובביטחון,

ומנסות לפיכך לשבש את מימון הטרור מבלי לפגוע בשוק הגלובלי. ראו לוסטיג, לעיל ה"ש 61.

גורמים לא מדינתיים (כגון מוסדות פיננסיים) ואת חובתן של המדינות החברות באמנה לשותף פעולה כדי ליצור הסדרה אפקטיבית למניעת מימון טרור.⁷³ גם אמנות אזוריות שונות נגד טרור מחייבות מדינות למנוע באופן פעיל מימון טרור. כך, למשל, האמנה הבין-אמריקנית נגד טרור משנת 2002 כוללת סעיפים מיוחדים למאבק במימון טרור – סעיף 5 לאמנה עוסק בתפיסה ובהחרמה של כספים או נכסים אחרים, וסעיף 6 לאמנה עוסק במניעת הלבנת כספים המיועדים למימון טרור.⁷⁴

נוסף על האמור, בין היתר בעקבות התקפות הטרור בארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001, קיבלה מועצת הביטחון של האו"ם את החלטה 1373, שמהווה החלטה מחייבת בהתאם למגילת האומות המאוחדות.⁷⁵ ההחלטה קובעת כי על המדינות החברות באו"ם לשותף פעולה במאבק נגד הטרור ולנקוט צעדים שונים כדי למנוע טרור.⁷⁶ במסגרת זאת הגדירה ההחלטה את מימון הטרור כמעשה פלילי, ואסרה להעביר כספים ונכסים לאנשים שביצעו פעולות טרור. נוסף על כך הורתה מועצת הביטחון למדינות להבטיח שכל גורם הנוטל חלק ישיר או עקיף במימון טרור או תומך במעשים אלו יובא לדין.⁷⁷ תוכנית הפעולה האסטרטגית של העצרת הכללית של האומות המאוחדות ללחימה בטרור העולמי חוזרת על נחישותן של המדינות החברות למנוע פעולות טרור וללחום בהן, כולל באמצעות הימנעות ממימון הטרור, ומעודדת מדינות למנוע הלבנת הון ומימון טרור.⁷⁸

73 שם, בס' 18.

74 Inter-American Convention Against Terrorism (adopted 3 June 2002, entered into force 6 July 2003), AG/RES. 1840 (XXXII-O/02).

75 S.C. Res. 1373 (Sept. 28, 2001). ההחלטה העתיקה חלק מהוראותיה של האמנה הבין-לאומית למניעת מימון טרור, לעיל ה"ש 72. להבחנה בין החלטות לבין המלצות של מועצת הביטחון של האו"ם ראו Jost 2 THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY 455–459 (Bruno Simma et al. eds., 2d ed. 2002). Delbrück, Article 25).

76 Council Framework Decision of 13 June 2002 on Combating Terrorism 2002/475/JHA, ראו 3 2002 O.J. (L 164). לאחר המתקפה של ה-11 בספטמבר הפכה מועצת הביטחון של האו"ם את רוב הוראות האמנה נגד מימון טרור למחייבות, והקימה מנגנון לפיקוח על קיום ההוראות על ידי המדינות. בשנים שלאחר מכן הצטרפו לאמנה רוב מדינות העולם. בשנת 2009 אפשרה מועצת הביטחון כמה חריגים להקפאת כספים חשודים כמעורבים בטרור, בכפוף להסכמה של ועדה שמפקחת על כך. ראו S.C. Res. 1735 (Dec. 22, 2006); S.C. Res. 1452 (Dec. 20, 2002).

77 לדיון נרחב בנושא ראו Gilbert Guillaume, *Terrorism and International Law*, 53 INT'L & COMP. L.Q. 537, 543 (2004). Jose E. Alvarez, *The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options*, in REVIEW OF THE SECURITY COUNCIL BY MEMBER STATES 119, 121 (Erika de Wet & André Nollkaemper eds., 2003).78 E. Rosand, *Security Council Resolution 1373 and the Counter-Terrorism Committee: The Cornerstone of the United Nations Contribution to the Fight Against Terrorism*, in LEGAL INSTRUMENTS IN THE FIGHT AGAINST INTERNATIONAL TERRORISM: A TRANSATLANTIC DIALOGUE 603, 606 (C. Fijnaut, J. Wouters & F. Naert eds., 2004).

המדיניות של תשלום משכורות לפעילי טרור אינה עולה בקנה אחד גם עם מדיניותו של האיחוד האירופי. תשלומים אלו מפריים את דירקטיבה 2017/541 של האיחוד האירופי, העוסקת בהיבטים שונים של פעילות טרור, בחברות בארגוני טרור ובעברות הנוגעות במימון טרור.⁷⁹ בהתאם לדירקטיבה זו, מדינות החברות באיחוד האירופי נדרשות להפלייל מגוון פעילויות הקשורות לטרור, לרבות מימון טרור.⁸⁰ בשנת 2019 הרחיב האיחוד האירופי עוד יותר את מאבקו במימון טרור, באמצעות החמרת הנהלים הקשורים לסיוע כספי של מדינות החברות באיחוד לארגונים לא ממשלתיים. הדרישה החדשה של האיחוד הייתה שכסף שמועבר לארגונים לא ממשלתיים שונים לא ינותב לפעילות טרור.⁸¹

לסיכום תת-פרק זה ניתן לומר כי תשלום לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מנוגד הן למשפט הביין-לאומי, הן למשפט של האיחוד האירופי והן למשפטן של מדינות מערביות נוספות אשר חרתו על דגלן את המאבק המשפטי במימון טרור.

Taylor Force Act .2

במקביל למאבק המשפטי הגלובלי במימון טרור, החוק המרכזי שהיווה השראה לחקיקת חוק ההקפאה הוא Taylor Force Act,⁸² על שמו של האמריקני טיילור פורס, שנרצח בטיילת יפו על ידי פעיל טרור בשנת 2016.⁸³ מדובר בחוק אמריקני שנועד להפסיק

79 ראו Directive 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, 2017 O.J. (L 88) 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=EN> (להלן: EU Directive 2017/541).

80 ראו בעיקר ס' 11 לדירקטיבה, הקובע כך: "Member States shall take the necessary measures to ensure that providing or collecting funds, by any means, directly or indirectly, with the intention that they be used... in full or in part, to commit, or to contribute to the commission of, any of the offences referred to in Articles 3 to 10 is punishable as a criminal offence when committed intentionally".

81 ראו https://ec.europa.eu/info/publications/190724-anti-money-laundering-terrorism-financing-communication_en.

82 Taylor Force Act, 22 U.S.C. § 2346.

83 טיילור פורס היה קצין ארטילריה אמריקני שנלחם באפגניסטן ובעיראק. לאחר מכן הוא פנה ללימודי תואר שני באוניברסיטת ונדרבילט שבנשוויל, טנסי. לישראל הוא הגיע במסגרת משלחת מטעם האוניברסיטה כדי ללמוד יזמות. ב-8 במרץ 2016 הוא יצא לטייל בנמל יפו, ושם נדקר למוות על ידי מחבל. אביו ואימו היוו גורם משמעותי בשדולה הדו-מפלגתית שתמכה בקידום החוק שנקרא על שמו. ביום ההצבעה על חוק ההקפאה נכח ביצע הכנסת סטיוארט פורס, אביו של טיילור. ראו הודעת דוברות של הכנסת "אושר סופית: הקפאת כספים שהרש"פ מעבירה למחבלים, מהכספים המועברים אליה ממשלת ישראל" **חדשות הכנסת** (2.7.2018) <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/pages/press02.07.18oa.aspx>.

את הסיוע הכספי לרשות הפלסטינית עד שהיא תחדל לשלם משכורות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם. הצעת החוק הוגשה בתמיכה דו־מפלגתית בסנט על ידי הסנטורים Lindsey Olin Graham (קרוליינה הדרומית), Daniel Ray "Dan" Coats (אינדיאנה) ו־Roy Blunt (מיזורי). ב־3 באוגוסט 2017 אישרה ועדת החוץ של הסנט האמריקני להעביר את הצעת החוק למליאת הסנט.⁸⁴ כמה סנטורים דמוקרטים שנמנעו בתחילה מלתמוך בהצעת החוק, בטענה שחלק מכספי הסיוע לרשות הכרחיים כדי למנוע השתלטות של החמאס על הרשות, תמכו לבסוף בהצעת החוק, לאחר שהכניסו בה כמה שינויים. הפשרה שהושגה קבעה כי כמה תחומים יישארו במסגרת הסיוע הכלכלי לרשות: סיוע בהקמת תשתיות מים, סיוע לבתי חולים במזרח ירושלים וחיסונים לילדים.⁸⁵

החוק אושר סופית במסגרת "חוק ההסדרים" האמריקני, וקבע כי ארצות הברית לא תעביר סיוע כלכלי לרשות עד אשר זו תחדל לשלם משכורות לפעילי טרור ותגנה את הטרור. החוק נחתם על ידי נשיא ארצות הברית Donald J. Trump ב־23 במרץ 2018. המשמעות האופרטיבית של החוק היא הקפאת כלל הסכומים המשולמים לפעילי טרור או למשפחותיהם, מהסיוע השנתי האזרחי בסך כ־260 מיליון דולר שארצות הברית מעבירה לרשות מדי שנה.⁸⁶

נוסף על ארצות הברית (וייתכן שבמידה מסוימת בעקבות Taylor Force Act) הביעו מדינות נוספות את רצונן להפסיק או להקטין את כספי הסיוע לרשות בשל תשלום משכורות לפעילי טרור.⁸⁷ יש לשער שכאשר מדינות נוספות המעבירות כספים לרשות יחוקקו חוקים הדומים במהותם לחוק ההקפאה ול־Taylor Force Act, מניעת מימון הטרור מתוך הרשות תהיה יעילה יותר.⁸⁸ כפי שהראה Krisch, מאבק נגד מימון פעילות

84 ברוב של 16 תומכים מול 5 מתנגדים.

85 Michael Barbero, *Pass the Taylor Force Act to Combat Terrorism*, THE HILL (Mar. 14, 2017), <https://thehill.com/blogs/congress-blog/foreign-policy/323828-pass-the-taylor-force-act-to-combat-terrorism>.

86 Eric Shawn, *Bill in Congress Would Pressure Palestinian Gov't to Cut Off Terror-Tied Payments*, FOX NEWS (Apr. 30, 2017), <https://www.foxnews.com/politics/bill-in-congress-would-pressure-palestinian-govt-to-cut-off-terror-tied-payments>; Thane Rosenbaum, *Palestinians Are Rewarding Terrorists. The U.S. Should Stop Enabling Them*, WASH. POST (Apr. 28, 2017), <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2017/04/28/palestinians-are-rewarding-terrorists-the-u-s-should-stop-enabling-them/>.

87 על פי פרסומים שונים בכלי התקשורת, הולנד, אוסטרליה וקנדה קיצצו בשנים האחרונות את הסיוע שלהן לרשות. ראו, למשל, סוכנויות הידיעות "אוסטרליה עוצרת העברת כספים לרשות הפלסטינית" *ynet* (2.7.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5302030,00.html>. כן ראו "הפרלמנט ההולנדי: לא נסייע לפלסטינים כי הם מממנים מחבלים" *ערוץ 7* (20.11.2019) <https://www.inn.co.il/news/418768>. בית המשפט המחוזי במונטריאול קבע לאחרונה כי תשלום לבני משפחות של שהידים מהווה תמיכה בטרור: *Khudeish v. The Minister of Citizenship and Immigration*, [2020] FC 1124.

88 נשיא ארצות הברית Joe Biden ציין בכמה הזדמנויות כי הוא תומך ב־Taylor Force Act. ראו,

טרור אינו יכול להצליח בצורה מיטבית אם קבוצה של מדינות אינן משתפות פעולה בנושא.⁸⁹ התמודדות יעילה עם התופעה של מימון פעילות טרור על ידי הרשות מחייבת אפוא שיתוף פעולה מצד כלל המדינות אשר מסייעות במימון הרשות.

הרעיון העומד בבסיסו של חוק ההקפאה משתלב הן עם מגמות במשפט הישראלי, ובראשן זו הבאה לידי ביטוי בחוק המאבק בטרור, הן עם הוראות המשפט הבינ-לאומי, והן עם הדין הפנימי של מדינות נוספות בעולם המערבי, לרבות Taylor Force Act האמריקני. בחינת כלל ההסדרים המשפטיים בנושא בעולם המערבי מראה כי תשלום או קבלה של כסף בקשר לפעילות טרור מהווה עברה פלילית. אם כך הוא הדבר, מדוע התנגדה ממשלת ישראל לחוק ההקפאה? מדוע החוק שנוי במחלוקת? על רקע הניתוח הגלובלי, אדון בפרק הבא ביישום החוק בישראל ובבחינה המשפטית שנערכה לגביו בבית המשפט העליון. בפרק שלאחר מכן אדון בביקורות אפשריות על חוק ההקפאה, ואציע כמה מענים אפשריים להן.

פרק ד: חוק ההקפאה בראי פסיקתו של בית המשפט העליון

חוק ההקפאה נחקק בשנת 2018. שלבי גיבוש החוק לוו מחלוקות עמוקות לגבי מנגנון החוק, הסמכויות שיוקנו לרשויות המוסמכות ומשמעותו העתידית. המחלוקות ביחס לחוק ההקפאה ביטאו השקפות עולם שונות באשר לדרכי המאבק במימון טרור של הרשות ובמישור יחסי החוק של מדינת ישראל. בפרק הנוכחי אבקש להציג אפוא את חוק ההקפאה בראי פסיקתו של בית המשפט העליון. באמצעות פסקי דין אלו אראה, בין היתר, כי יישומו של החוק הינו חלקי בלבד.

1. עניין לביא נ' שר האוצר

העתירה הראשונה ביחס לחוק ההקפאה הוגשה באפריל 2020. בעקבות הסגר וההגבלות שהוטלו במסגרת ההתמודדות עם מגפת נגיף הקורונה, שמנעו כניסה של פועלים

למשל, "ביידן: נגד סיפוח, זה יחנוק כל תקווה לשלום" *ynet* (19.5.2020) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5733702,00.html>

89 Nico Krisch, *The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods*, 89 108 AM. J. INT'L L. 1 (2014); GEORGE W. DOWNS & DAVID M. ROCKE, OPTIMAL IMPERFECTION? DOMESTIC UNCERTAINTY AND INSTITUTIONS IN INTERNATIONAL RELATIONS (1995).

מהרשות וגרמו לצמצום הפעילות הכלכלית, פחתה העסקת עובדים תושבי הרשות בישראל.⁹⁰ בהתאם פחתו כספי המיסים שנגבו על ידי מדינת ישראל עבור הרשות. לנוכח זאת פנה שר האוצר של הרשות, ד"ר שוכרי בשארה, למשרד האוצר בבקשה להחזרת הכספים שהוקפאו או לחלופין להלוואה כספית דחופה. ביום 19.3.2020, לאחר דיונים בנושא, חתם שר האוצר משה כחלון על צו להעברת 120 מיליון ש"ח לרשות. כספים אלו הוגדרו כעודפי גבייה של מיסים מהפלסטינים, אשר במשך תקופה ארוכה התנהלו לגביהם משא ומתן והתחשבנויות.⁹¹ שר האוצר כחלון דחה את בקשתו של שר האוצר של הרשות להעביר כ-650 מיליון ש"ח מכספי המיסים שישראל הקפיאה כמה חודשים קודם לכן בהתאם לחוק ההקפאה,⁹² אולם ב-12.4.2020 – ככל הנראה עקב משבר הקורונה, אי-כניסת פועלים פלסטינים לישראל והפחתת המיסים שישראל גובה – החליט משרד האוצר להעביר לידי הרשות כ-800 מיליון ש"ח כהלוואה.⁹³ על רקע ההלוואה שניתנה לרשות הוגשה עתירה.⁹⁴

העתירה הוגשה על ידי עמותת "לביא" ועמותת "בחרנו בחיים! – משפחות שכולות ונפגעי פעולות איבה", וכיוונה למנוע את העברת הכספים לרשות, בין כהלוואה ובין כמקדמה על חשבון מיסים עתידיים. העותרות טענו כי ההלוואה שניתנה לרשות עקפה את החובה שהטיל המחוקק על הממשלה להקפיא כספים בסכום השווה לתשלומים שהרשות משלמת לפעילי טרור. נציגי פרקליטות המדינה טענו כנגד זה כי השאלה של העמדת הלוואה לרשות הפלסטינית היא סוגיה מדינית מובהקת, והיא כרוכה בטבורה ביחסי החוץ של מדינת ישראל ובעניינים של ביטחון לאומי. הם ציינו כי התערבות בית המשפט בסוגיות מעין אלה היא נדירה ביותר, וטענו כי מקרה זה אינו מתאים לכך.⁹⁵ נוסף על כך טענו נציגי המדינה כי ההלוואה הנדונה לרשות אינה סותרת את חוק ההקפאה. הטענה הייתה כי הדרג המדיני הורה על הלוואה זו הן בשל שיקולים הומניטריים ובריאותיים הנוגעים בחשש שהעדר מענה בריאותי הולם ברשות עלול להוביל להתפרצות הנגיף בישראל והן מטעמים בטחוניים.⁹⁶

90 ראו, למשל, נועה שוסטרמן "הרשות הפלסטינית – האתגר הכלכלי בעקבות משבר הקורונה" המכון למחקרי ביטחון לאומי (19.5.2020) <https://www.inss.org.il/he/publication/the-pa-economic-situation-after-corona/>

91 ברק רביד "מחשש לקריסת הרשות: ישראל העבירה לפלסטינים 120 מיליון שקלים" ערוץ 13 (22.3.2020) <https://13tv.co.il/item/news/politics/politics/palestinian-taxes-1032523/>

92 שם.

93 אריאל כהנא "ביום ראשון: ישראל תעביר לרשות הפלשתינית 800 מיליון שקלים" ישראל היום (8.5.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/758791>

94 בג"ץ 2674/20 לביא, זכויות האזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' שר האוצר (אר"ש (24.5.2020) (להלן: עניין לביא נ' שר האוצר).

95 ראו, למשל, בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל – ע.ר. נ' ראש הממשלה (אר"ש (15.6.2009), שבו נקבע כי אלה נושאים שבית המשפט לא יתערב בהם ככלל.

96 מכתב ממשלה כחלון, שר האוצר, לרוני חזקיהו, החשב הכללי (30.4.2020) (עותק מצוי בידי המחבר). ראו גם בג"ץ 2669/20 רופאים לזכויות אדם – ישראל נ' שר הבריאות (אר"ש (7.5.2020).

בתום הדיון קבע בית המשפט העליון כי לא קמה עילה משפטית להתערבותו: "אין עוררין, והמשיבים מכירים בכך, שחוק ההקפאה מחייב את הממשלה, והיא נדרשת ליישמו. עם זאת, בהלוואה הנדונה כאן, אין מדובר בהקפאת כספים או בעשיית שימוש בכספים המוקפאים, אלא בהעמדת הלוואה שתוחזר למדינת ישראל במסגרת קיזוז סכומי-כסף אשר יועברו בעתיד לרשות הפלסטינית... בכפוף לחוק ההקפאה."⁹⁷ בסיכומה של עתירה זו קבע בית המשפט העליון כי חוק ההקפאה מחייב את הממשלה, וכי היא נדרשת ליישמו. עם זאת, במקרה הקונקרטי של הלוואה לרשות נקבע כי אין בה משום עקיפה של חוק ההקפאה.

2. עניין לביא נ' שר הביטחון

כחודש לאחר פסק הדין בעניין לביא הראשון, ביום 22.6.2020, הוגשה עתירה נוספת בעניין חוק ההקפאה. העתירה הוגשה על ידי אותם עותרים בצירוף כמה נפגעי פעולות איבה.⁹⁸ עניינה המרכזי של העתירה הוא הימנעותו של שר הביטחון מקיום החובה המוטלת עליו לפי סעיף 3 לחוק ההקפאה להביא לאישור הקבינט המדיני-הביטחוני דוח המפרט את הנתונים בדבר סך הכספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור. לדברי העותרים, מחדלו של שר הביטחון, אשר אינו מביא את הדוח לאישור הקבינט, מונע את האפשרות המעשית ליישם את הקפאת הכספים מתוך הכספים שמדינת ישראל מעבירה לרשות. העותרים טענו עוד כי מנוסח החוק עולה כי החובה להביא את הדוח לאישור הקבינט ולאשרו היא חובה מוחלטת, שאינה נתונה לשיקול דעתו של שר הביטחון.⁹⁹ אף על פי כן, בתום שנת 2019, כך על פי העתירה, לא הובא הדוח לאישור הקבינט, ועקב כך לא בוצעה הקפאת כספים בשיעור הסכומים שהרשות שילמה בזיקה לטרור בשנת 2019.

פסק הדין, האוחז שורות ספורות, קבע כך: "מהודעת עדכון מטעם המשיבים שהוגשה לבית משפט זה ביום 31.12.2020, עולה כי ביום 29.11.2020 התכנס... הקבינט המדיני-ביטחוני... ואישר את הדו"ח שהוגש לו בהתאם לסעיף 3(א) לחוק [ההקפאה]... ביחס לשנת 2019. משאלו פני הדברים, ובהינתן שהסעד היחיד אשר

בבג"ץ 2757/20 מסאד נ' שר האוצר (אר"ש 12.5.2020) ביקש העותר מבית המשפט למנוע את המשיבים מלהעביר לרשות כספי מיסים שנגבים מפלסטינים תושבי הרשות המועסקים בישראל, ואשר מיועדים למימון זכויותיהם הסוציאליות, וזאת על פי חוק יישום ההסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות לרשות הפלסטינית (תיקוני חקיקה והוראות שונות). העתירה נדחתה על הסף מחמת אי-מיצוי הליכים.

97 עניין לביא נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

98 בבג"ץ 4129/20 לביא זכויות אורח, מנהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' שר הביטחון (אר"ש 6.1.2021) (להלן: עניין לביא נ' שר הביטחון) (העתקים של העתירה ושל תגובת פרקליטות המדינה מצויים בידי המחבר).

99 ראו את הדיון בנוגע לעצמאות שיקול הדעת לעיל בתת-פרק ב2.

התבקש במסגרת העתירה הוא חיוב המשיבים לפעול כאמור, העתירה התייתרה, והיא נמחקת בזאת.¹⁰⁰

בשנת 2020 הוגשו, בזמן קצר יחסית, שתי עתירות הקשורות ליישום החוק. העתירה הראשונה טענה כי הלוואה שניתנה לרשות עוקפת ומבטלת למעשה את החוק. העתירה נדחתה, אך תוך שבית המשפט העליון מציין כי "אין עוררין... שחוק ההקפאה מחייב את הממשלה, והיא נדרשת ליישמו".¹⁰¹ העתירה השנייה ביקשה לחייב את שר הביטחון להציג לקבינט דוח בדבר סך הכספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור, על מנת להביא לידי מימוש חוק ההקפאה ביחס לשנת 2019. לנוכח העובדה שכעבור חודשים אחדים אכן הציג שר הביטחון לקבינט את הדוח האמור והכספים הוקפאו, התייתרה העתירה. ניתן לטעון אפוא שעתירות אלה מלמדות כי המדינה לעיתים גורת רגליים ביישום החוק ולעיתים מחפשת דרכים יצירתיות לעקוף אותו ולהעביר כספים לרשות (ככל הנראה משיקולי ביטחון).

פרק ה: חוק ההקפאה – הצדקות, ביקורות וסיכויים מול סיכונים

1. ביקורת ראשונה: החוק מיותר הואיל וקיימת תשתית משפטית להקפאת כספים של הרשות

חוק ההקפאה אינו נקי מספקות ומקשיים שונים. על אף חשיבותו, ניתן למצוא כמה ביקורות בנוגע אליו. על פי הביקורת הראשונה, חוק ההקפאה מיותר הואיל ואף עובר לחקיקתו הייתה תשתית משפטית לקיזוז או הקפאה של כספים שמועברים לרשות. פרוטוקול פריז,¹⁰² המהווה מעין נספח כלכלי להסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו,¹⁰³ קובע את הכללים המרכזיים של העברת כספי המיסים שישראל גובה עבור

100 עניין לביא נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 98.

101 עניין לביא נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

102 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה – נספח V: פרוטוקול בנושא יחסים כלכליים.

103 ביום 13.9.1993 חתמו ישראל ואש"ף בווינגטון על "הצהרת עקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי", וביום 4.5.1994 הוסיפו וחתמו בקהיר על ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו, לעיל ה"ש 13. הפרוטוקולים הכלכליים של פריז (המכונים גם "פרוטוקול פריז" ו"הסכמי פריז") שולבו, עם תיקונים קלים, בהסכם אוסלו ב, בספטמבר 1995. בפועל שילב הפרוטוקול את הכלכלה הפלסטינית עם הכלכלה הישראלית באמצעות איחוד מכסים, שליטה ישראלית בגבולות הרשות

הרשות הפלסטינית. בהתאם להסכמים אלו, מדינת ישראל מעבירה לרשות את כספי המיסים שהיא גובה מתושבי הרשות העובדים בישראל וכן מיסים עקיפים שישראל גובה עבור הרשות. הסדרים אלו עוגנו במסגרת חוקי היישום.¹⁰⁴ והנה, לצד העברת הכספים לרשות, סעיף 16 לחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה) מאפשר לשר האוצר לקזז חובות שהרשות חבה למדינת ישראל. כלומר, גם לפי חקיקה מוקדמת היה אפשר לכאורה לקזז סכומים מהרשות, ומשכך אין לכאורה צורך בחוק ההקפאה.¹⁰⁵ יותר מכך, בעבר אכן הפעיל שר האוצר את סמכותו והורה על קיזוז מכספים שהיו אמורים להיות מועברים לרשות הפלסטינית. כך, למשל, בשנת 1996 הורה שר האוצר על קיזוז לטובת חברת "מקורות", ובשנת 1997 – לטובת "הדסה".¹⁰⁶

בעיניי, יש בביקורת זו טעם רב, אך ניתן לספק לה מענה בכמה רבדים. ראשית, קיים הבדל מהותי בין ההסדר הקבוע בחוק ההקפאה לבין התשתית המשפטית הקיימת בחוקי היישום העוסקים ביחסים הכלכליים מול הרשות. החקיקה לפני חוק ההקפאה היא חקיקה כלכלית בעיקרה, שעוסקת בקיזוז חובות אזרחיים ובהתחשבנויות בין הרשות למדינת ישראל. חוקי היישום אינם מאפשרים הקפאת כספים של הרשות בעילה משפטית הקשורה למימון טרור. בעבר אכן קוזזו סכומי כסף שהיו אמורים להשתלם לרשות מכוח ההסכמים וחוקי היישום, אך קיזוזים אלה נעשו בגין חובות אזרחיים בלבד: חובות של הרשות לחברת החשמל, לתאגידי מים וביוב שביצעו טיהור שפכים עבור הרשות, וכולי.¹⁰⁷ לעומת זאת, חוק ההקפאה, שנועד להקפא כספים בגין מימון פעילות טרור על ידי הרשות, שינה את המצב המשפטי, וקבע אפשרות של הקפאת כספים ללא קשר לחבות כספית כלשהי של הרשות. שנית, ניתן לומר שלחוק ההקפאה יש לא רק פן מעשי, אלא גם פן דקלרטיבי. הוא קובע כי הרשות הפלסטינית תומכת בטרור, במישרין ובעקיפין.

ייאמר בהערת אגב כי יש מקום לסברה שיישום חוק ההקפאה יוביל בעתיד לסנקציות חמורות יותר כלפי הרשות במישור הבין-לאומי, בעיקר מצד מדינות מערביות נוספות.

וסידור מערכת היחסים בין ישראל לרשות הפלסטינית בשישה תחומים עיקריים: מכס, מיסים, עבודה, חקלאות, תעשייה ותיירות. ראו גם איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" **משפט וממשל** ח 551 (2005); Michel Paradis, *The Biggest Peace: The Structure of the Palestinian Legislative Council and the Politics of Separation*, 26 FORDHAM INT'L L.J. 1265, 1285 (2003).

104 ראו חוקי היישום, לעיל ליד ה"ש 14. להרחבה ראו לעיל בפרק א.
105 נוסף על כך, הוראת ס' 17 לאותו חוק קובעת כי "שר האוצר ממונה על ביצוע פרק זה והוא רשאי לקבוע הוראות מינהל בענין הסדרים והמועדים להעברת תשלומים לרשות הפלסטינית ולביצוע קיזוזים מהם, בכפוף להסדרים שיוסכמו עמה". לפסק דין שסוקר התחייבויות אלו ראו עניין **פרסקו**, לעיל ה"ש 14.

106 שם, בפס' 22.

107 גם סכומי הכסף שקוזזו על ידי שר האוצר לטובת "הדסה" ו"מקורות" לא היו שנויים במחלוקת, והרשות הסכימה לקיזוז. שם.

המסר העקרוני היוצא מיישום חוק ההקפאה הוא שהרשות, כישות מעין-מדינתית, היא גוף אשר תומך במימון טרור. משכך, אין זה מן הנמנע שחוק ההקפאה יוליד לחץ מדיני ומשפטי בין-לאומי על הרשות לחדול מתמיכתה במימון טרור. אם לא תעשה כן, היא עלולה להינזק לא רק בהקפאת הסכומים השנתיים המועברים אליה מצד מדינות המסייעות לה, אלא גם בסנקציות כלכליות חמורות יותר, ואף מצד מדינות מערביות נוספות.¹⁰⁸

2. ביקורת שנייה: החוק סותר את המסגרות ההסכמיות עם הרשות הפלסטינית

ביקורת אפשרית נוספת עשויה לגרוס כי חוק ההקפאה סותר הסכמים בין-לאומיים שמדינת ישראל חתמה עם הרשות. כאמור לעיל בפרק א, בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, מיום 28.9.1995, התחייבה מדינת ישראל להעביר לרשות הפלסטינית 75% ממס ההכנסה שייגבה מהעובדים הפלסטינים בגין עבודתם בישראל.¹⁰⁹ נוסף על כך התחייבה ישראל בהסכם זה להעביר את מלוא המיסים שייגבו מן העובדים הפלסטינים העובדים ביישובים ישראליים ביהודה, בשומרון ובחבל עזה. לפיכך ניתן לטעון שחוק ההקפאה עומד בניגוד לעיקרון המוכר במשפט הביין-לאומי שלפיו "הסכמים יש לקיים",¹¹⁰ ובניגוד לכלל הידוע במשפט הביין-לאומי שלפיו מדינה אינה רשאית להסתמך על משפטה המדינתית כהצדקה לאי-מילוי הוראות אמנה שהיא צד לה.¹¹¹ נוסף על כך ניתן לטעון כי יישום החוק עלול להסב לישראל פגיעה תדמיתית בעולם כמי שאינה מקיימת הסכמים שהיא חתמה עליהם. מענה אפשרי לביקורת זו יגרוס כי חוק ההקפאה אינו סותר את המסגרת ההסכמית עם הרשות, וכי הוא אף עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הביין-לאומי. ניתן לטעון

108 כידוע, לחץ בין-לאומי שהופעל בעולם, בעיקר על ידי ארצות הברית, אשר העבירה כמה חוקים בולטים, אפשר נקיטת סנקציות שונות נגד רשימה של מדינות שונות התומכות בטרור. ראו, למשל, Export Administration Act of 1979, Pub. L. No. 96-72, 93 Stat. 503. ביקורת אפשרית תגרוס כי העובדה שמדינות מסוימות אשר תומכות בטרור אינן נמצאות ברשימה זו מלמדת כי ההחלטות מערבות גם שיקולים מדיניים.

109 הסכם הביניים, לעיל ה"ש 12.

110 *pacta sunt servanda* (לטינית) הוא כלל בסיסי בכל שיטות המשפט, לרבות במשפט הביין-לאומי. כך, למשל, אמנת וינה בדבר דיני אמנות, משנת 1969 (להלן: אמנת האמנות), קובעת בס' 26, בהתבסס על כלל זה, כי כל אמנה בין-לאומית צריכה להיות מקוימת על ידי הצדדים לה בתום לב. ראו Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331. ראו, למשל, אסתר אפרת-סמילג "דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" משפט בינלאומי 747 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים 2016).

111 שם, בעמ' 751; ס' 27 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 110. ראו גם, באופן כללי, CHANG-FA LO, TREATY INTERPRETATION UNDER THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A NEW ROUND OF CODIFICATION (2017).

כי סעיפים מהותיים ב"הסכמי הביניים" מול הרשות, ובעיקר סעיף 15 להסכם הביניים, שכתרתו "מניעת פעולות עוינות" (Prevention of Hostile Acts), קוראים לרשות לא לתמוך ולא לעודד פעילות טרור. סעיף 15(1) קובע כך: "שני הצדדים ינקטו בכל האמצעים הנחוצים כדי למנוע מעשי טרור, פשע ועוינות נגד כל אחד מהם, נגד אנשים המצויים בסמכות הצד האחר ונגד רכושם, וינקטו אמצעים משפטיים נגד עבריינים."¹¹² נוסף על ההסכם עצמו, גם בנספח I להסכם הביניים קיימים סעיפים שעוסקים במניעת טרור ובמניעת עידודו. כך, למשל, סעיף II(1)(ב) לנספח I קובע כי "המשטרה הפלסטינית תפעל בשיטתיות נגד כל ביטוי של אלימות וטרור."¹¹³ סעיף II(2) קובע כי הרשות וישראל יפעלו "להבטיח טיפול מידי, יעיל ואפקטיבי בכל תקרית של איום או ביצוע מעשה טרור."¹¹⁴ כלומר, חוק ההקפאה יוצר למעשה מעין "סטטוס קוו" בין ישראל לרשות הפלסטינית: מחד גיסא, מדינת ישראל מתעלמת מהפרת ההסכם על ידי הרשות הפלסטינית, ואינה פועלת לביטול ההסכם; ומאידך גיסא, הרשות הפלסטינית מתעלמת מן ההפרה לכאורה הישראלית המגולמת בהקפאת הכספים.¹¹⁵ משכך, בוודאי אי־אפשר לראות את ישראל כמפרה את ההסכם.

נוסף על כך ניתן לטעון כי חוק ההקפאה לא רק שאינו סותר את המסגרת ההסכמית עם הרשות, אלא אף עומד בקנה אחד עם כללי המשפט הבינ־לאומי. כפי שראינו לעיל, עיון במשפט הבינ־לאומי בנושא המאבק במימון טרור מלמד כי תשלום לפעילי טרור ולבני משפחותיהם מנוגד לכלל האמנות הבינ־לאומיות והאזוריות הרלוונטיות העוסקות בסיכול מימון טרור. בכל האמנות הבינ־לאומיות והאמנות האזוריות, וכן בהחלטות או"ם שונות, נקבעה החובה לפעול למניעת מימון טרור.¹¹⁶ ככל שהרשות ממשיכה לממן טרור באמצעות תשלום משכורות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם, מבחינת המשפט הבינ־לאומי ניתן לראות זאת כהפרה של הסכם הביניים, המצדיקה נקיטת פעולות מצד מדינת ישראל.¹¹⁷ במילים אחרות, המענה האפשרי לביקורת זו הוא שחוק ההקפאה אינו סותר את המסגרת ההסכמית עם הרשות, ואף עומד בקנה אחד עם כללי המשפט הבינ־לאומי בנושא המאבק במימון טרור.

112 ס' 15(1) להסכם הביניים, לעיל ה"ש 12, בעמ' 18.

113 ס' II(1)(ב) לנספח I להסכם הביניים, שם, בעמ' 35. ראו גם ס' IV(1)(ו) לנספח I להסכם הביניים, הקובע כי המשטרה הפלסטינית מתחייבת להילחם בטרור. שם, בעמ' 45.

114 שם, בעמ' 35.

115 ראו, למשל, אפרת-סמילג, לעיל ה"ש 110, בעמ' 772; רובי סיבל "תפקיד המשפט הבינ־לאומי ביישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני" ספר רות לפידות 61 (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים) (2020).

116 להרחבה ראו לעיל פרק ג.

117 כאמור, מדיניות זו מפרה הוראות רבות של האיחוד האירופי הנוגעות בחברות בארגוני טרור ובמימון טרור. ראו EU Directive 2017/541, לעיל ה"ש 79.

3. ביקורת שלישית: חוק ההקפאה אינו אפקטיבי

ביקורת אפשרית נוספת על חוק ההקפאה תגרוס כי החוק אינו אפקטיבי. כזכור, בסופו של דבר החוק נוקט כלל של הקפאה, ולא כלל של ניכוי. החוק קובע שהכספים שמשולמים בזיקה לטרור יושמו במשמורת ליום שבו תפסיק הרשות לממן טרור. הביקורת תטען כי מנגנון זה, קרי מנגנון הקפאה, הוא מעין "קופת חיסכון" של הרשות. אם קיימת אפשרות שכספים אלו יוחזרו, אזי אין בכך מלחמה אפקטיבית בטרור, אלא רק "מס שפתיים".¹¹⁸ ניתן אף לטעון כי חוק ההקפאה יתמרץ את הרשות להמשיך במדיניות התשלומים לפעילי הטרור ולבני משפחותיהם "מתחת למכ"ם" ובדרכים עקיפות, כך שאותם תשלומים לא ייכללו בחישוב הסכומים המוקפאים.¹¹⁹

תשובה אפשרית לביקורת זו היא שכלל ההקפאה – חלף כלל של קיזוז, כפי שהוצע בתחילה – מהווה צעד מידתי ומאוזן יותר. כאשר בוחנים הפעלת סנקציות מנהליות נגד מימון טרור, מתעוררות שאלות כבדות משקל בדבר החובות המוטלות על המדינה להימנע מפגיעה בלתי מידתית.¹²⁰ בעיניי, במחלוקת מעין אלה, המקפלות בחובן סכסוכים מדיניים, יש לפעול בתבונה אך גם באופן מידתי ומאוזן מבחינה משפטית.¹²¹ במקרה זה איזון ראוי בין האינטרסים השונים בתחום מוביל לנקיטת כלל של הקפאה, ולא כלל של ניכוי הכספים. לגישתי, כלל ההקפאה מידתי ומאוזן יותר מכלל הקיזוז.¹²²

118 מעבר לכך, יש שיטענו כי לא רק שהמדינה "תצבור" את הכסף לטובת הרשות, אלא שבאותו זמן תפעל הרשות במישור הבין-לאומי ובפורומים שונים על מנת לתקוף את המדינה בגין יישום חוק זה.

119 לדין מעמיק ב"פרצות" האפשריות בנושא ראו להלן פרק ו.

120 הכתיבה בנושא מבחני המידתיות בכל הקשור למאבק בטרור היא רבה. ראו, למשל, ליאורה בילסקי "תפקידו של המשפט במאבק בטרור" **המשפט** ט 195 (2004); אליקים רובינשטיין "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור" **משפט וצבא** 16, 765 (2002); דפנה ברק-ארו ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" **ספר אליהו מצא** 115 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים) (2015); דפנה ברק-ארו "המאבק המשפטי בטרור: ההיבט המוסדי" **עיוני משפט** לב 47 (2010).

121 להרחבת התמונה נציין כי כללי המידתיות מוכרים כיום כעקרונות כלליים של המשפט הבין-לאומי. למידתיות של המשפט המנהלי יש מקום מרכזי בדינים בדבר סכסוכים מזוינים. בסכסוכים אלו נדרש תדיר לאזן בין צרכים מתחרים. ראו Judith Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 391 (1993); William J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, 98 MIL. L. REV. 91 (1982); Olivera Medenica, *Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality?*, 23 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 329 (2001). במשפט האירופי ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 47.

122 Yigal Mersel, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era*, 38 N.Y.U. INT'L L. & POL. 67, 75-76 (2006). סקירה השוואתית של האיונים שבתי המשפט עורכים במצבים בטחוניים ראו Stephen J. Schulhofer, *Checks and Balances in Wartime: American, British and Israeli Experiences*, 102 MICH. L. REV. 1906 (2004).

הוא גם מקטין את החשיפה של מדינת ישראל להתדיינות במישור הבין-לאומי. נוסף על כך יש לזכור כי מטרת החוק היא לא התעשרות והגדלה של אוצר המדינה, אלא צמצום הטרור, ואין ספק שעצם אי-העברתם של הכספים, בלא קשר לשאלה אם מדובר בהקפאה או בניכוי, יש בה כדי לסייע במאבק במימון טרור.

4. קשיים נוספים בחוק ההקפאה

לצד שלוש הביקורות שנדונו לעיל קיימים שני קשיים נוספים הקשורים לחוק ההקפאה. ראשית, החוק קובע מנגנון להקפאת כספים מהרשות המושחתת על סכום התשלומים שהעבירה הרשות בזיקה לטרור, אך בפועל קשה – אם לא בלתי אפשרי – לנקוב את הסכום המדויק שיוקפא. הסיבה היא שהתמונה העובדתית בכל הקשור לתשלומים אלו אינה מלאה, בלשון המעטה. התשלומים הבסיסיים קלים יחסית לבירור, אולם קיימים תשלומים נוספים והטבות אחרות שמשולמות בדרכים עקיפות (כגון הטבה בשכר לימוד לאסירים משוחררים או לילדי אסירים כלואים). על כך אשיב כי ניתן לשער שרשויות המדינה יכולות לגבש תמונה עובדתית ברמת דיוק גבוהה, בין היתר באמצעות גופי המודיעין. מבחינה משפטית אין מניעה לעשות שימוש בראיות מנהליות אלו, שכן רשות מנהלית, כידוע, אינה כפופה לדיני הראיות הרגילים, והיא רשאית לבסס את החלטתה על כל ראיה "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת"¹²³. יתר על כן, גם אם סכום ההקפאה לא יהיה מדויק, אלא קטן מסך התשלומים שהרשות משלמת לפעילי טרור, עדיף משהו על לא כלום.

שנית, נשאלת השאלה לגבי אופן עיגונם של ההסדרים המופיעים בחוק ההקפאה, כלומר, אם היה נכון לעגנם כחוק עצמאי או שמא היה מקום לשלבם במסגרת חוק המאבק בטרור משנת 2016, שהוא כידוע החוק המקיף ביותר שנחקק בישראל בנוגע למאבק בטרור.¹²⁴ החוק כולל גם סעיפים שונים הקשורים למאבק במימון טרור.¹²⁵ לפיכך ניתן לטעון כי על מנת לשמור על לכידות, אחדות ואחידות במישור

123 בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972). ראו גם בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 424 (1994); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך שני 288–297 (1996); יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993).

124 חוק המאבק בטרור "ניקה את השולחן" בכל הנוגע בהגדרה של "מעשי טרור" ובהסדרה הנורמטיבית של הנושא, על ידי ביטול פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, וחלק ניכר מתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ראו פרק ז לחוק המאבק בטרור.

125 חוק המאבק בטרור מאגד יחד כמה נושאים שונים המוסדרים במסגרתו. בראש ובראשונה נקבעו בו הגדרות למונחי יסוד, ביניהם "ארגון טרור", "מעשה טרור", "חבר בארגון טרור" ועוד. בכך נתחמו גבולות הגזרה של תופעת הטרור לדידו של המחוקק, וסומן קו הגבול בין תופעות של עבריינות על רקע פלילי לבין עבריינות על רקע מעשי טרור. ראו, למשל, ס' 32 לחוק המאבק בטרור ("איסור פעולה ברכוש טרור"). להרחבה על פרשנותן של הוראות אלו ראו גם ע"פ 6434/15 מדינת ישראל נ' שכיר (אר"ש 4.7.2017).

החקיקתי, היה ראוי לשלב את ההסדרים של חוק ההקפאה כחלק מחוק המאבק בטרור. לטעמי, ההחלטה לחוקק את חוק ההקפאה כחוק עצמאי הייתה החלטה נכונה מבחינה משפטית, שכן ההסדרים של חוק ההקפאה אינם תואמים בהכרח את ההסדרים הקבועים בחוק המאבק בטרור.

הפרק נפתח בהצגת שלוש ביקורות ביחס לחוק ההקפאה: הראשונה, החוק מיותר הואיל וקיימת תשתית משפטית להקפאת כספים של הרשות; השנייה, החוק סותר את המסגרות ההסכמיות עם הרשות הפלסטינית; והשלישית, החוק אינו אפקטיבי. הפרק ניסה אף להציע מענים אפשריים לביקורות אלו, וכן לקשיים נוספים הטמונים בחוק. אכן, יש טעם בביקורות שהוצגו, אולם דומה כי בראייה כוללת, בין היתר לנוכח המענים שהוצעו לביקורות, ההצדקות לחוק ההקפאה גוברות על הביקורות והקשיים הטמונים בו.

חוק ההקפאה נועד לצמצם ככל האפשר את הטרור באמצעות סגירת ערוץ המימון המרכזי של פעילי הטרור הפלסטינים. לכאורה, הפעילות המממנת את פעילי הטרור אינה מהווה סכנה מיידית לשלום הציבור, בהיותה בעלת אופי פיננסי בלבד. עם זאת, לנוכח חשיבות תפקידם של גופי המימון במערך הטרור, יש לראות מימון זה כאחד מאבני היסוד של הטרור. מדיניות התשלומים של הרשות – קרי, תשלום לפעילי טרור ולבני משפחותיהם על פי חומרת העברה – הינה חסרת תקדים. על פי מדיניות זו, כל פעיל טרור, אם לא נהרג במהלך פעילותו, נהפך לעובד מדינה של הרשות ומקבל משכורת חודשית. מדובר במדיניות שקשה להצדיקה, וקשה להבין כיצד עד כה לא הופסקו העברות הכספים מישראל לרשות. אם הרשות אינה חדלה מהמדיניות של תשלום משכורות לפעילי טרור, כי אז אין על המדינה לסייע במימון משכורות אלו.

פרק ו: לקראת סיכום – מגמות אחרונות במאבק הכלכלי במימון טרור

לפני סיום ראוי לציין התפתחות נוספת מן העת האחרונה בכל הקשור למאבק המשפטי במימון טרור. ביום 9 בפברואר 2020 פורסם צו בדבר הוראות ביטחון שהיה אמור להיכנס לתוקף שלושה חודשים מאוחר יותר, ב-9 במאי 2020.¹²⁶ על פי צו זה, המהווה

126 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 67) (יהודה והשומרון) (מס' 1827), התש"ף-2020, קמ"צ"ם 9435 (להלן: צו המאבק במימון טרור).

חקיקה ראשית באזור יהודה והשומרון,¹²⁷ תשלום משכורות חודשיות לפעילי טרור מהווה פעולה אסורה ברכוש טרור.¹²⁸ הצו, אשר לפי נתונים שונים מתייחס לכשנים-עשר אלף משפחות באזור, קובע, בין היתר, כי מוסדות פיננסיים שממוקמים ברשות ואשר דרכם יועברו משכורות לפעילי טרור ולבני משפחותיהם ייחשבו כמבצעים עברות פליליות. הצו קובע כי מוסדות פיננסיים אלו עשויים להיסגר, וצעדים פליליים עשויים להינקט נגדם. הצו האמור אף מתריע בפני מנהלי מוסדות פיננסיים אלו כי הם ועובדיהם עשויים לחוב באחריות פלילית אישית אם ימשיכו לאפשר את המשך תשלום המשכורות לפעילי טרור.¹²⁹

אולם כעבור כארבעה חודשים, ביום 7 ביוני 2020, החליט המחוקק באזור (אלוף פיקוד מרכז) לדחות את כניסתו לתוקף של הצו בנושא. הוא קבע כי תחיקה זו, שנועדה להיאבק במימון הטרור של המוסדות הפיננסיים, תיכנס לתוקפה רק ביום 17 ביולי 2020.¹³⁰ הקפאת צו המאבק במימון טרור הוארכה בהמשך שלוש פעמים נוספות, והצו נכנס בסופו של דבר לתוקף רק בסוף אותה שנה – ב-131.30.12.2020 הרקע לדחיית הצו היה, ככל הנראה, מתן אפשרות למוסדות הפיננסיים ברשות להיערך למציאות המשפטית החדשה. נוסף על כך ניתן להעריך כי לחצים של קבוצות אינטרס חזקות (כגון בנקים בין-לאומיים המחזיקים סניפים ברשות) היו מעורבים אף הם בדחיית כניסתו של הצו לתוקף.

מכל מקום, בעקבות הצווים האמורים הקפא בשלב מסוים בנק "קהיר עמאן" את החשבונות שהחזיקו אצלו חלק מפעילי הטרור, וגם בנקים נוספים ברשות החלו לנקוט

127 Moshe Drofi, *The Legal System in Judea and Samaria: A Review of the Previous Decade with a Glance at the Future*, 8 ISR. Y.B. HUM. RTS. 144, 152–153 (1978); YORAM DINSTEN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* (2d ed. 2019)

128 צו המאבק במימון טרור, לעיל ה"ש 126. לגבי מעמד הצווים בחקיקת האזור ראו, למשל, יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" **עיוני משפט** ב 505, 507 (1972); Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government—The Initial Stage*, in 1 *MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980: THE LEGAL ASPECTS* (Meir Shamgar ed., 1982).

129 ראו ס' 3 לצו המאבק במימון טרור, לעיל ה"ש 126, המגדיר "פעולה ברכוש", וכן ס' 10 לצו, שכותרתו "איסור פעולה ברכוש למטרת ביצוע עבירה המנויה בתוספת הראשונה".

130 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 67) (תיקון) (יהודה ושומרון) (מס' 1900), התש"ף-2020, קמצ"ם 10063.

131 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 67) (תיקון מס' 2) (יהודה ושומרון) (מס' 1922), התש"ף-2020, קמצ"ם 10285; צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 67) (תיקון מס' 3) (יהודה ושומרון) (מס' 1942), התש"ף-2020, קמצ"ם 10313; צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 67) (תיקון מס' 4) (יהודה ושומרון) (מס' 1955), התש"ף-2020, קמצ"ם 10369. ראו גם אלישע בן קימון "גנץ האריך צו שמונע סנקציות על משכורות מחבלים: 'בהתאם להמלצות מערכת הביטחון'" *ynet* (19.7.2020). <https://www.ynet.co.il/news/article/SymQcGMeP>

צעדים דומים, מחשש שייחשפו לתביעות משפטיות ולסנקציות מצד מדינת ישראל.¹³² אם כן, לאחר חקיקת חוק ההקפאה עלתה מדינת ישראל שלב נוסף במאבק המשפטי נגד מימון טרור. מאבק זה אינו מתמצה עוד רק בהקפאת כספים הנמצאים בידי ישראל, אלא מכווון גם נגד המוסדות הפיננסיים ברשות אשר מחזיקים חשבונות של פעילי טרור ובני משפחותיהם.¹³³ ההנחה בבסיס צו זה היא שהמאבק נגד התשתית הכלכלית של הטרור צריך להתנהל בשני מישורים מקבילים: המישור האחד הוא הקפאה של כספים המיועדים למימון טרור לפני מימושם על ידי פעילי הטרור; והמישור האחר, המשלים, הוא סגירת ערוצי המימון ופיקוח יעיל על מגזרים פיננסיים המשמשים פלטפורמה למימון טרור.

עם זאת, יש להניח שיימצאו כשלים בחקיקה זו. ראשית, הפעלת פיקוח על מוסדות פיננסיים ברשות עלולה לגרום לפגיעה בפרטיות של לקוחות פיננסיים תמימים שאינם מעורבים בפעילות טרור, ובמידה מסוימת להפרה של כללי הסודיות העסקית.¹³⁴ אם כך יהיה, הדבר עלול לחשוף את המדינה במקרים מסוימים לתביעות נזיקיות מצד מוסדות פיננסיים ברשות.¹³⁵ שנית ועיקר, יש להניח כי על מנת להתחמק מצו זה, יאמצו מוסדות הרשות דרכים חדשות ודפוסי פעילות חדשים אשר יעקפו את החקיקה החדשה ויאפשרו להמשיך את מדיניות התשלומים לפעילי טרור. אכן, על פי פרסומים שונים, הרשות מחפשת דרכי פעולה שונות כדי להתחמק מסנקציות ישראליות או מהליכים משפטיים נגד המוסדות הפיננסיים המעבירים את הכספים לפעילי הטרור.¹³⁶

132 לפי פרסום של מכון המחקר "מבט לתקשורת הפלסטינית", פעולותיהם של הבנקים עוררו זעם בקרב פעילי הטרור ובני משפחותיהם. על פי פרסום זה, בעיר ג'נין ירו פעילים של פת"ח לעבר סניף של בנק "קהיר עמאן", ברמאללה נתלו כרזות נאצה בסניף של אותו בנק, ובירחיו נשרף סניף של הבנק. לפי אותו פרסום, הרשות הגיעה להסכמות עם ראשי הבנקים שהבנקים לא ייפגעו. נוסף על כך הוקמה ועדה של הרשות במטרה ללמוד את הנושא ולהגיש המלצות לראש הממשלה הפלסטיני. ראו *Maurice Hirsch, PA Banks Refuse to Accept Salaries for Terrorists*, PALESTINIAN MEDIA WATCH (July 6, 2020) <https://palwatch.org/page/18050?fbclid=IwAR3cqQnlXdhLxBpZfsgX8cYwh0Lcur3NjXhaI93INJuMtHycPqsAMm.mtMpM>.

133 מאבק זה נעשה במקביל לאסדרה הקיימת על המוסדות הפיננסיים בישראל, אשר עלולים להעביר כספים לבנקים ברשות ומשם לפעילי טרור ולבני משפחותיהם. ראו, למשל, פול לנדס ושלומית ווגמן-רטנר "לעמוד על המשמר" **עורך הדין** 28 (2015). ראו גם חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס') (13), התשע"ד-2014, ס"ח 742.

134 לשאלת החובות החוקתיות של מדינת ישראל כלפי אזרחי הרשות ראו Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 735 (2018).

135 כידוע, נציגי המדינה אינם חולקים על סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדון בעתירות של תושבי השטחים. ראו Esther Rosalind Cohen, *Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm*, 24 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 471, 473 (1986) בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

136 ככלל, בארגוני טרור יש ניסיון מתמיד להסוות את הפעילות הכלכלית, במטרה להפריד בין הזרוע

דרך אפשרית נוספת לעקיפת הצו החדש ביחס למוסדות הפיננסיים היא לשלם את המשכורות לפעילי הטרור בכסף מזומן, ולא דרך חשבונות בנק. דרך אפשרית אחרת לעקוף את הצו החדש היא להעביר את המשכורות באמצעות צ'קים (המחאות), שיומחו לאחרים ללא העברת כספים לחשבונות עצמם. דרך נוספת לעקיפת הצו היא תשלום המשכורות באמצעות סניפי דואר או באמצעות מוסדות לא פיננסיים אחרים. כך, למשל, דרך מוכרת למימון טרור "מתחת למכ"ם" נקראת "חוואלות" – רשת של נותני שירותי מטבע (Change) להעברת כספים.¹³⁷ דרך הפעולה המסתמנת של הרשות, אשר מנסה כאמור לסכל את החקיקה החדשה, היא באמצעות מכשירי כספומט שיפוזרו בסניפי בנק הדואר הפלסטיני במחוזות השונים ברחבי יהודה והשומרון.¹³⁸ לסיכום, הצו החדש מלמד על נחישותה של המדינה במאבקה המשפטי במימון טרור. הוא מצביע על ההבנה כי נדרשים "כלים שלובים" במאבק משפטי זה – לא רק הקפאת כספים הנמצאים בידי מדינת ישראל, אשר לא יועברו לרשות כל עוד היא מממנת פעילי טרור, אלא גם מאבק נגד המוסדות הפיננסיים המחזיקים חשבונות של פעילי טרור. לצד זאת, ועל רקע הדרכים לעקוף הסדרים אלו, ההתפתחויות המשפטיות האחרונות בתחום המאבק במימון טרור מלמדות כי לכל היותר מדובר בשיבוש חלקי של עורקי הטרור, ולא במניעה מוחלטת של מימון הטרור.

הדתית או החברתית לבין הזרוע הטרוריסטית. כך, למשל, ארגון החמאס מנצל את חשיבות הצדקה והתרומה באסלאם לשם מימון טרור. לארגון יש תשתית "דעווה" (دعوة) נרחבת, שבאמצעותה תרומות מכל העולם מועברות לאגודות, אשר מעבירות בהמשך חלק מהכספים לפעילות טרור. ראו דוח של מרכז המידע למודיעין וטרור "חברה ופוליטיקה ברצועת עזה: מערך ה'דעווה', תשתית המוסדות האזרחיים של תנועת חמאס, מהווה מקור תמיכה חשוב לשליטתה הפוליטית של התנועה ברצועת עזה" **מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית במרכז למורשת המודיעין – מל"מ** (2.11.2008) <https://www.terrorism-info.org.il/he/18397/>.

¹³⁷ השיטה עובדת כך: אדם פונה אל עסק להחלפת מטבע, נותן לו סכום כסף מסוים ומבקש ממנו להעבירו (בניכוי עמלות) לאדם במדינה אחרת. עסק זה, שהוא חבר ב"חוואלה", פונה לאיש ה"חוואלה" במדינת היעד המקושר אליו ומבקש ממנו להעביר את הסכום ליעד הנדרש. חבר ה"חוואלה" באותה מדינה נענה לבקשה על סמך הידיעה שלאחר מכן גם חבר ה"חוואלה" הראשון יעמיד כספים לאנשים במדינתו על פי בקשות של סניף ה"חוואלה" במדינה שמעבר לים. ראו Melvin Soudjin, *Hawala and Money Laundering: Potential Use of Red Flags for Persons Offering Hawala Services*, 21 EUR. J. CRIM. POL'Y & RES. 257 (2015); Karen Pamer, *A Global Study of Hawala Targeting Regulations* (M.S. Thesis, Utica College, 2016). בהקשר הישראלי ראו גם עומר בכמן "שכנו של הרשע: חובת דיווח על חשד למימון טרור – מהן השלכותיה והאם היא מוצדקת?" **הארץ דין** ג 145 (2006).

¹³⁸ ראו דוח של מרכז המידע למודיעין וטרור "ברשות הפלסטינית מצאו דרך 'צירתית' חדשה להעברת התשלומים החודשיים לאסירים, פצועים ולמשפחות המחבלים ההרוגים" **מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית במרכז למורשת המודיעין – מל"מ** (20.7.2021) https://www.terrorism-info.org.il/app/uploads/2021/07/H_117_21.pdf.

סיכום

החוק להקפאת כספי טרור נועד לצמצם את התשלומים הניתנים לפעילי טרור ולבני משפחותיהם בגין פעילות טרור. מצד אחד, מדינת ישראל נלחמת בטרור בכל האמצעים העומדים לרשותה, לרבות תוך סיכון חיי אדם; ומן הצד האחר, היא מעבירה כספים לאותם גופי טרור שבהם היא נלחמת. לחוק ההקפאה יש מאפיינים ייחודיים בהשוואה לחוקים אחרים במסגרת תשתית המאבק המשפטי במימון טרור: בעוד חוקי מאבק בטרור אחרים צופים בעיקר פני עתיד, חוק ההקפאה צופה פני עבר; בעוד חוקי מאבק בטרור אחרים עוסקים בפעילי טרור ובהתאחדויות אסורות התומכות בטרור, חוק ההקפאה מכריז כי הרשות הפלסטינית, כגוף סטטוטורי, היא גוף אשר מממן פעילות טרור.

חוק ההקפאה מעורר דילמות: מצד אחד, המדינה מעוניינת ליישמו ולמנוע את העברת הכסף מהרשות לפעילי הטרור; מצד אחר, קיים חשש מסוים שהפסקת העברתם של כספי מיסים לרשות תהפוך את ישראל לכוז שמפירה הסכמים בין-לאומיים, ונוסף על כך קיים חשש שהדבר יוביל לקריסת הרשות ולהחמרת המצב הבטחוני והמדיני באזור יהודה והשומרון. המאמר טען כי כאשר בוחנים הפעלת סנקציות מנהליות נגד מימון טרור, מתעוררות שאלות כבדות משקל בדבר החובות המוטלות על המדינה להימנע מפגיעה בלתי מידתית. איוון ראוי ומידתי בין האינטרסים השונים בא לידי ביטוי בנקיטת כלל של הקפאה, כפי שהחוק נוקט, ולא כלל של קיזוז. כלל ההקפאה שהחוק נוקט הוא מידתי ומאוזן. הוא גם מקטין את חשיפתה של מדינת ישראל לעימותים במישור הבין-לאומי. הפרק האחרון הראה כי ישראל נחושה להיאבק במימון הטרור גם באמצעות מאבק במוסדות פיננסיים המחזיקים בחשבונות של פעילי טרור ובני משפחותיהם.

חוק ההקפאה, ובמידה מסוימת גם ההסדרים החדשים ביחס למאבק במוסדות פיננסיים המחזיקים בחשבונות של פעילי טרור, הם בבואה של המאבק המשפטי במימון טרור בכללותו – מעין משחק של "חתול ועכבר" בין מדינת ישראל לבין פעילי הטרור והגורמים שמממנים אותם. לכאורה לחוק ההקפאה יש שם ניטרלי, שכן הפעילות המממנת את פעילי הטרור אינה מהווה לכאורה סכנה לשלום הציבור, בהיותה בעלת אופי פיננסי. עם זאת, לנוכח חשיבות תפקידם של גופי המימון במערך הטרור, יש לראות בתשלומים אלו את אבני היסוד של הטרור. לכאורה מדובר בחוק חשבונאי, העוסק במנגנון הקפאת כספים, אך לא כך הם הדברים. מדובר במלחמה עיקשת במימון טרור. חקיקתו של חוק ההקפאה מהווה ציון דרך חשוב בכל הנוגע בסל הכלים העומד לרשות המדינה במאבק במימון טרור. החוק מהווה במידה רבה תפנית במחשבה הקיימת על אודות המאבק במימון טרור. חוק ההקפאה מלמד אפוא כי השתרשה ההבנה בקרב הגורמים הרלוונטיים שהמאבק המשפטי במימון טרור מצריך שימוש מושכל באפיקים שונים המותאמים למאפייניה הייחודיים של תופעה זו.

