גירוש כהלכה

בג"צ 5973/92 ואח'; האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם).

חיים ה' כהן*

רק לעתים רחוקות – אם בכלל – פסק בית-המשפט העליון בהרכב מורחב פסק-דין אנונימי. עצם התופעה הזאת, כפי שקרתה עתה בפרשת הגירושים, אומרת דרשני. ניתן להבין שאיפת הנשיא והשופטים להכריע בעניין כה מרעיש, המפלג את העם ומקומם את העולם, בפסק-דין אחיד שבית-המשפט מדבר בו בקול אחד. זכורני מקרים שבהם דרש הנשיא מן השופטים שיעברו על מידותיהם ויסמכו ידיהם על פסיקה מוסכמת ואחידה; ולא זכור לי מקרה אשר בו דרישה זו אמנם נתקבלה על דעתי. היו – ויש – מקרים רבים שבהם אמנם היתה תמימות-דעים בין כל השופטים שישבו לדין; אך מעולם לא קרה ששופט נתבקש או נדרש להימנע מלחוות דעתו ולהסביר נימוקיו בפסק-דין נפרד. פסיקה אנונימית היתה נוהגת ומקובלת רק בעניינים שבשגרה או של מה בכך. שיטת המשפט שלנו – להבדילה מן השיטה הקונטיננטלית – היא שכל שופט מדבר בער עצמו, בסגנונו שלו וכטעמו שלו: התיאוריה היא שזכותו של בעל-דין לדעת טיב שיקולי הצדק והדין של כל אחד משופטיו, ושחשיפת הצדק האינדיווידואלי של השופט שקולה כנגד אוניפורמיות ואוניסוניות הפסיקה. לא פעם העמדנו על בעלי-דין חמישה או שבעה או אף תשעה פסקי-דין נפרדים: לא ששופטי הרוב ושופטי המיעוט לא סמכו זה על זה, ולא שחשב כל אחד מהם שאין כמותו יודע לכתוב; אלא שראו לחובתם לגלות קבל עם ועדה איפה בדיוק הם עומדים בזירת הויכוח הציבורי. משנכנעו השופטים הפעם לדרישת האחידות האנונימית, נמנעו מלהעניק לפסיקתם פאר משקלו המוסרי והסגולי של כל אחד מהם; ואינו דומה משקלו של המוסד למשקלם של שופטיו.

תמימות-הדעים המופגנת היתה אולי פרי פשרה בין שופטים שדעתם לא היתה נוחה כולי האי מן הגירושים, לבין שופטים שהיו מוכנים להתום עליהם – זה בשתי ידיים וזה לפתות ביד אחת. השוללים באו על שכרם – אם כי אין אני יכול להבין כיצר באו על סיפוקם – עם ביטול צווי-הגירוש הכלליים; והמחייבים באו על שברם – ועל סיפוקם – באישור צווי-הגירוש האישיים. דא עקא שביטול הצווים הכלליים אינו אלא מעין מס שפתיים, כפי שאנסה להראות.

מעשה שהיה כך היה: הממשלה החליטה ביום 16.12.1992 "להנחות ולהסמיך את המפקדים הצבאיים של איזורי יהודה, שומרון וחבל עזה" להוציא צווי-גירוש זמניים, עם

---

* ממלא מקום קבוע לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס).

זכות-ערר תוך 60 יום שלאחר הגירוש. משום-מת נושאת ההחלטה כותרת בזו הלשון: "הסמכה להתקנת תקנות-שעת-חירום לשם הוצאת צווי-גירוש מיידיים להרחקת מסיתים לפעולות טירור". אין פלא שהמפקדים הצבאיים צריכים היו להבין, והבינו, כי הממשלה סבורה שעשיית צווי-גירוש שכאלה מחייבת התקנת תקנה מיוחדת תחילה; אלא מאחר שלא ראו עצמם מוסמכים להתקין תקנות-שעת-חירום, או שלא רצו להתקינן מסיבה אחרת, עשו מפקדי יהודה ושומרון וחבל עזה בו ביום צווים "ברבר גירוש זמני (הוראת שעה)" (להלן הצווים הכלליים), שהוראתם העיקרית היא כי "צו גירוש זמני ניתן לביצוע מיד לאחר הוצאתו" – כלומר, בלי להמתין לתוצאת הערר אשר כל מועמד לגירוש זכאי להגיש לפי תקנה 112(8) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. הצווים הללו הם על פניהם צווים חקיקתיים, וכל הסימנים מעידים שהם נעשו על-פי ההנחיות שבהחלטת הממשלה כאמור. על בסיס חקיקתי זה נעשו 415 צווי-גירוש אינדיווידואליים, מגורש מגורש וצו-גירושו (נוסח הצווים האינדיווידואליים לא הובא בפסק-הדין).

בית-המשפט פסק שהצווים הכלליים היו מיותרים: לפי פירושה הנכון של תקנה 112(8) יוצאים ידי חובה של זו בלאו הכי על-ידי מתן זכות ערר לאחר ביצוע הגירוש,לפחות במקרים "חריגים"; ומכיון שאלה היו מקרים "חריגים" מאד,לא הוסיפו הצווים הכלליים בהוראת-השעה ולא כלום. ומאידך גיסא, אם התיימרו הצווים הכלליים להכשיר גירושים ללא ערר קודם גם במקרים שאינם "חריגים", כי אז נעשו ללא סמכות, והם בטלים מדעיקרא; וכל כך למה, כי "תחיקת בטחון אינה יכולה להביא לשינויין של נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי, אשר אותן רואה משפטנו כעקרונות של הצדק הטבעי" (סעיף 13 לפסק-הדין). קל להבחין בקידה ובמחווה שעושה כאן בית-המשפט לשוחרי הצדק הטבעי והמינהל התקין.

אבל מה נשתנו הצווים הכלליים מן הצווים האישיים? אלה ניתנו כהוראת שעה כי "טעמי בטחון החלטיים מחייבים זאת", ואלה ניתנו בעקבות הצווים הללו מאותם טעמים החלטיים עצמם; אם אלה אינם חלים אלא על מקרים "חריגים", גם תחולתם של אלה היא על מקרים "חריגים" בלבד. ואם בכל זאת יש בצווים הכלליים משום פגיעה בצדק הטבעי, כיצד זה הצווים האישיים שנעשו על-פיהם אינם פוגעים בו? או: אם הפגיעה בצדק הטבעי שבצווים האישיים באה לידי "איזון" עם צרכי הבטחון, ביצד נשלל איזון זה מן הצווים הכלליים?

אם הממשלה הנתתה את המפקדים הצבאיים שצווי-גידוש-מיידי טעונים תחיקה תחילה, והמפקדים אמנם ראו צורך בתחיקה שכזו ועל כן עשו אותה, סימן וראיה שגם המוסמכים להתקין תקנות-שעת-חירום (הממשלה) וגם המוסמכים לעשות צווי-גירוש (המפקדים) היו בדעה שצווי-גירוש-מיידי שייעשו ללא צו כללי המסמיך לעשותם, לא יהיו חוקיים. נכון ששאלת חוקיותם היא שאלה משפטית, ונכון שגם הממשלה וגם המפקדים יכולים לטעות בה. אבל אם אמנם הצווים הכלליים בטלים הם, ובטלים היו, מחמת פגיעתם בצדק הטבעי, מעשה שנעשה על-פיהם ומכותם גם הוא צריך להיות בטל. לשון אחר: אילו ידעו המפקדים בשעת מעשה כי הצווים הכלליים שעל-פיהם עמדו לפעול הם בלתי-חוקיים, לא היו עושים את הצווים האישיים, או, אילו בכל זאת עשאום, היו מודעים לאי-חוקיותם, וכאילו

nevo.co.il

מתכוונים לעשות מעשים בלתי-חוקיים. דומני כי על-פי כללי מינהל תקין, בית-המשפט לא יתן תוקף למעשה אשר עושהו ראה, או היה צריך לראות, כבלתי-חוקי. אחת מן השתיים: או שהצווים הכלליים היו חוקיים, כי אז גם הצווים האישיים היו חוקיים; או שהצווים הכלליים לא היו חוקיים, כי אז גם הצווים האישיים אינם יכולים להתקבל כחוקיים – לא מפני שהיה צורך משפטי אמיתי בצווים הכלליים, אלא אף-על-פי שלא היה צורך בהם.

הצווים הכלליים הסמיכו לא רק לעשות גירושים "ומניים" ולא רק לדחות זכות-הערר עליהם עד לאחר ביצוע הגירוש, אלא גם הסמיכו את הוועדות מעל ומעבר לסמכויות הנתונות להן לפי תקנה 112(8). דוברי הממשלה הדגישו, כזכור, תוספת הסמכויות הללו כחידוש חשוב ומיטיב מאד. עיקרו הוא שוועדות-הערר שידונו בצווי-הגירוש הזמניים ההם לא יהיו בעלות סמכות מייעצת בלבד, אלא יהיו מוסמכות להחליט בעצמן על ביטול או שינוי צו-גירוש שכזה. לאור התוספת לסמכות הוועדות, שבית-המשפט מתארה במפורש (סעיף 4(ג)(4) לפסק-הדין), קשה להבין פסיקת בית-המשפט שהצווים הכלליים היו מיותרים: פשיטא שאי-אפשר היה להעניק לוועדות סמכויות נוספות בצווי-הגירוש האישיים-מינהליים. עתה נדמה כי המצב המשפטי צריך להיות שמפאת ביטולם של הצווים הכלליים, שוב אין המגורשים יכולים לצפות מוועדות-הערר אלא אך המלצות בלתי-מחייבות בלבד; או, אם הוועדות יחליטו החלטות "מחייבות", רשאים מפקדי הצבא להתעלם מהן. במסקנותיו הסופיות עובר בית-המשפט על כל העניין הזה בשתיקה. חוששני שהפגיעה בזכויות-האדם שבצווים האישיים עולה בהיקפה ובחומרתה על זו שבצווים הכלליים: בביטולם של אלה הוסיף בית-המשפט קיפוח על פגיעה.

ההלכה שנפסקה בפסק-דין זה, ואשר לדעת בית-המשפט אין בה משום חידוש, היא שבמקרים "חריגים" אין תוקפו של צו גירוש נפגם בשל דחיית מימושה של זכות-הערר עד לאחר ביצוע הגירוש. זאת היתה דעת הרוב בפרשת קוואסמה הראשונה (בג"צ 320/80, פ"ד לה (3) 113). "החריג" הוא מצב אשר בו המימוש המיידי של זכות-הערר יסכן חיי אדם. בלשון בית-המשפט: "בכגון דא עריף הערך העליון של שמירת חיי אדם על פני הערך של זכות הסיעון. איזון זה שבין שני ערכים אלה הוא הערך העליון במערכת משפטנו" (מובאה מבג"צ 4112/90, פ"ד מד (4) 626). בית-המשפט קיבל ככל הנראה את טענת המשיבים, כי מתן זכות-ערר במועדה וכהלכתה "היה עלול לעורר גל של תסיסה ואלימות חמורים ביותר, אשר היו מיועדים, בין השאר, לגרום להיווצרות לחץ (הן פנימי והן בינלאומי) על מדינת ישראל לבטל את כוונת הגירוש". לי נראה שלחץ פנימי ובינלאומי שכזה הוא לגיטימי מאד; ולא זו בלבד אלא עינינו הרואות שדחיית מימושה של זכות-הערר לא מנעה אותו כל עיקר.

ואולם בסכנת "התסיסה והאלימות" יש משום סיכון חיי אדם, ומה גם אם "גל תסיסה זה היה צפוי להתפשט אף מעבר לרחוב הפלשתיני ולתוך תחומי מיתקני הכליאה ובתי-הסוהר" (מובא בסעיף 12(א) לפסק-הדין). היתה זו הערכה בתום לב של שלטונות הבטחון והעובדה שאיש אינו יכול לדעת אם היתה מתאמתת אם לאו, אינה מעלה ואינה מורידה.

"האיזון" בין הצורך לשמירת חיי-אדם מכאן וכיבוד זכויות המגורשים מכאן, נעשה בדרך העדפת הראשון על-פני האחרון. לכאורה, איזון שכזה אינו מאזן כולי האי: הוה אמינא שחיזוק מחייב שקילת כל הערכים המתנגשים לפי משקלם היחסי, בחינת אחוז בזה וגם מזה אל תנח ידך. ישיבו לך שגם זכויות המגורשים נשקלו כדבעי; הרי זכות-הערר לא נשללה מהם, אלא תעמוד להם לאחר שיגורשו בפועל תחילה, ובכך יבואו על תיקונם "המאוזן". אילו ביטלו, למען שמירת חיי אדם, את כל זכות-הערר כולה, לא היה האיזון איזון; אך משהשאירוה בתוקף, באו גם ערך זה וגם עדך זה על איזונם כמיטב האפשרויות.

ואולם אינה דומה זכות-הערר שלפני הגירוש לזכות-ערר שלאחריו: האיזון נעשה על-ידי שלילת הזכות האחת כליל, והענקת זכות אחרת, פחותה ממנה, במקומה. מעצם טיבה וטבעה, זכות-ערר נתונה לאדם כדי שיוכל למנוע בעוד מועד את ביצוע צו-הגירוש נגדו; משבוצע צו-הגירוש בפועל, התגדפה זכות זו ואין בה עוד ממש. ערר שלאחרי הגירוש דומה לבקשה לקיצור תקופתו: עצם הגירוש ככר נעשה וביטולו שלאחר המעשה אינו מביא אלא לסיום תקופת הגלייתו מביתו. ואם כי אין לזלזל גם בזכות פחותה זו, הרי קריאת שם זכות-ערר עליה היא מטעה ואינה הוגנת.

כל סכנת "התסיסה והאלימות" אשר לטענת המדינה עתידה היתה לצמוח מעיכוב הגירושים עד לאחר בירור העררים, לא יכלה לצמוח מגירושים אינדיווידואליים אלא רק מגירוש המוני: כל גירוש אינדיווידואלי היה עובר – כפי שהנטיון מוכיח – ללא סיכון מעין זה; הסכנה נבעה אך מביצוע גירוש של מאות אנשים בבת-אחת (לפי "הערכת גורמי הבטחון" המובאת בסעיף 31 לתשובת המשיבים המצוטטת בפסק-הדין). בית-המשפט ראה להדגיש מפורשות שהגירושים היו אינדיווידואליים, גירוש גירוש ועילותיו שלו (סעיף 4(ה) לפסק-הדין); ולא זו בלבד אלא שהיו שם גירושים בסעות, של אנשים "שלא היתה בוונה לגרשם" (סעיף 4(ו) שם). כל אחד מן המגורשים "עומד על רגליו הוא" וכל אחד מן הגירושים היה צריך למצוא הצדקתו שלו בצרכי בטחון דחופים (סעיף 8, שם). מן ההדגשה המפורשת וההחוזרת הואת, נמצאנו למדים שבית-המשפט לא היה סומך ידו על גירוש המוני או קיבוצי, למשל של "כל פעילי החמאס בשטחים", או של "כל מנהיגי החמאס והג'יהאד בשטחים", או כיוצא באלה תיאורים כלליים: הוא סמך ידו על מאות הגירושים בבת-אחת רק משום שהיו אינדיווידואליים. אך הגירושים האינדיווידואליים, כשלעצמם, לא סיכנו חיי-אדם, כאמור; רק הגירוש ההמוני דווקא הצמיח את הסכנה. האם האיזון לא היה צריך להיעשות על בסיס כל גירוש אינדיווידואלי לחודו שאילו נעשה כך, היתה נשמרת זכות-הערר האינדיווידואלית לפני ביצוע הגירוש וגירושי הטעות (אלה שהודו בהם ואלה שלא הודו בהם) היו נמנעים.

אך האיזון לא נעשה עם גירושים אינדיווידואליים, אלא דווקא עם הגירוש ההמוני. ואולם עם הגירוש ההמוני לא היה כשר מדעיקרא, אין הוא יכול גם לשמש אובייקט (או סובייקט) של איזון. אולי היה הדבר שונה אילו עמדה למאן דהו זכות-ערר נגד הגירוש ההמוני בתור שכזה, ועד להחלטה אחרת בערר היה הגירוש מתעכב – אך וזהי שאלה היפותטית שלא התעוררה במשפט. בהניחו את הגירוש ההמוני דווקא ביסוד איזון הערכים, נתן בית-המשפט, לפחות מכללא, ואולי בעל-כרחו, את הגושפנקה שלו לגירושים

המוניים. ואת עלולה להיות בכייה לדורות – מה גם שאדם מן היישוב בין כה וכה אינו רואה הבדל בין גירוש מאות אנשים בבת-אחת לבין גירושם ההמוני או הקיבוצי. חסידי גירושים המוניים זכו לאילן גדול להיתלות בו.

בית-המשפט הלך כאמור בעקבות ההלכה שנפסקה בפרשת קוואסמה (הראשונה), שלפיה ניתן לדחות מימוש זכות הערר עד לאחר ביצוע הגירוש. גם קוואסמה וחבריו גורשו תחילה ללבנון, אך לא שמענו שממשלת לבנון לא קיבלה אותם לשטחה בזרועות פתוחות. הם עברו מלבנון לירדן; והעובדה שהיו אורחים ירדניים שמטלכת ירדן היתה על-פי דין חייבת לקבלם, תפסה מקום רב בדיוני בית-המשפט בפרשה השניית (בג"צ 698/80, פ"ד לה (1) 617). המגורשים דנן הובלו לארץ גדירה (תרתי-משמע) שבריבונות מדינה זרה שלא היתה מוכנה ולא היתה חייבת לקבלם, ולא זו בלבד אלא קוואסמה וחבריו הובאו בחזרה אל השטחים המוחזקים כדי להופיע בפני ועדות-הערר; בית-המשפט לא העלה על הדעת כלל לשלוח את ועדות-הערר אל מחוץ לשטח ישראל או לשטחים המוחזקים כדי שישמעו את העררים שם. ואילו לגבי המגורשים דנן, פסק בית-המשפט כי "הועדה תוכל לקיים דיוניה בכל מקום אשר בו צה"ל יוכל להבטיח תקינות דיונית" (סעיף 15 לפסק-הדין). לעניין שטח ישראל או השטחים המוחזקים, אין רבותא בכך שצה"ל יוכל להשליט "תקינות זו": אין זאת כי אם התכוון בית-המשפט גם ל"מקום" אשר הוא מחוץ לשטח ישראל או לשטחים המוחזקים - אם כי ברוב אסמינותו לא אמר זאת במפורש. ואולם חוששני שאין "תקינות" בדיוני הוועדה המתקיימים מחוץ לשטח ישראל או לשטחים המוחזקים ללא הסכמה או הזמנה מטעם הממשלה הריבונית שבמקום ההוא: אין לדבר על "תקינות", כשהדיונים מובטחים על-ידי פעולות כוחות צה"ל על אדמה זרה, לא ברשות כי אם תוך כדי הסגת-גבול בלתי חוקית. למעשה סומך בית-המשפט ידו על פגיעה בריבונות לבנונית, לא רק בהכנסת מאות זרים לשטחה שלא ברשות ושלא כדין, אלא גם במתן היתר מכללא לצה"ל להבטיח שם, מסתמא גם בכוח, תקינות דיונית של ועדה ישראלית.

ולא פחות מתמיהה היא הדרישה המשתמעת כי עורכי-דין שירצו להופיע לפני הוערות כדי שדיוניהן אמנם יהיו "תקינים", יפרו את חוקי המדינה ההיא וייכנסו אליה ללא רשות כדין. אם על פי משפט המלחמה מותר להכנס לשטח האויב תוך כדי לחימה לשם הדיפת תוקפנות, אין במשפט המלחמה שום דין המתיר לעשות בשטח האויב את אשר בית-המשפט הירשה כאן לשם ביצוע גירושים אלה. ככל הנראה גם בית-המשפט לא שמע עוד על דין המתיר זאת - אחרת היה מביא סימוכין כלשהם, שהרי לעולם אין הוא קופץ ידו מלהביא תקדימים ואסמכתאות לרוב (וגם פסק הדין שלפנינו מלא בהם לעניינים אחרים).

תוששני שזכינו לעוד הלכה חדשה: לא רק זכויות האדם אינן יכולות לעמוד בפני צרכי הבטחון של מדינת ישראל; גם זכויות מדינות זרות אינן יכולות לעמוד בפניהם. כאילו משפטי העמים וריני מלחמה אינם עניין למדינת ישראל לענות בו, מקום ושעה שרשויות הבטחון הישראליות רואות צורך לפעול. כאילו מותר לעשות במדינה זרה כבתוך שלנו, אם רק ניתן לשרת בכך צורכי בטחון ישראליים. אני ממאן להאמין שבית-המשפט ראה

nevo.co.il

עצמו מוסמך או רשאי להכשיר "איזון" גם בין הערך של ריבונות מדינה זרה לבין ערך-משפטי-פנימי שלנו, יהא אשר יהא – אך אין מנוס מן המסקנה שבסומכו ידו על גירושים אלה הוא אמנם התיימר לעשות כן.

בית-המשפט גם לא שם לבו לעובדה (שלפי רשימת טענות העותרים שבפסק-הדין לא נסתנה בפניו), שמחמת סירובה של ממשלת לבנון לקבל את המגורשים לשטחה, הם הושלכו במקום שהושלכו וזהופקרו לגורלם. גירוש אשר, בנסיבות אפשריות שניתן לצפותן מראש, עלול להיפך לגזר-דין של מוות ברעב ובצמא ובחוסר כל, הוא בלתי-חוקי בעליל, ולו רק משום שהוא בלתי-אנושי. בהחלטתו באחד מהליכי-הביניים במשפט זה, השלים בית-המשפט (פה אחד) עם נחישות הממשלה להתנער מכל אחריות לשלומם של המגורשים, באשר נמצאו כבר בשטחה של מדינה זרה. אין אנו יודעים – ואין אני מסוגל לנחש – מה הגיע את בית-המשפט לנער חוצנו מערכי-יסוד של המשפט ההומניטרי.

אין להניח שיודמן לו לבית-המשפט לזכותנו בביטול ההלכה שנפסקה פה: יש לקוות שהממשלה לא תיכשל עוד בגירוש נוסף – ולו גם גירוש כהלכה.

nevo.co.il