

דמוקרטיה מתגוננת: האם אפשר להטיל שלילת אזרחות, גירוש או שלילת זכויות אזרחיות על אזרח שהפעיל טרור נגד מדינתו?

עמנואל גרוס*

תקציר

עניינו של המאמר באפשרות להטיל שלילת אזרחות, גירוש או שלילת זכויות אזרחיות על אזרח שהפעיל טרור נגד מדינתו. ככל שמדינה דמוקרטית מגלה כי אחד מאזרחיה או תושביה בגד בה ונהפך לפעיל טרור, עולה השאלה אם אותו אדם – לאחר שיאושר כי אכן מדובר בטרוריסט – זכאי להמשיך להיות אזרח או תושב במדינה זו חרף בגידתו בה. מדינת-ישראל ידעה למן הקמתה מלחמות עם אויביה, שאחת הקשות מביניהן, מלחמת חרבות-ברזל, פרצה ב-7.10.2023. כחלק ממאבקה של מדינת-ישראל בטרור, על מדינת-ישראל להתמודד עם דילמות מוסריות ומשפטיות שונות, ביניהן שלילת אזרחות וגירוש של פעילי טרור. המאמר מנתח את התפתחות הדין הישראלי בעניין שלילת אזרחות וגירוש, תוך התייחסות לדין משווה ביחס לאירועים דומים. במישור הראשון המאמר בוחן מהי אזרחות, ודן בזכות לאזרחות במשפט הביין-לאומי, במשפט הישראלי וכן במשפט משווה בארצות-הברית. המאמר מנתח את הוראות החוק הרלוונטיות ומנסה לזהות את השלכותיהן. נוסף על כך, הוא דן בביקורת על חוק האזרחות ושימושו במדינה דמוקרטית, ובוחן אם שלילת אזרחות מתיישבת עם עקרונות המשפט הביין-לאומי. המאמר ממשיך ועוסק בתזכיר חוק לביטול אזרחות או תושבות בגין מעשה שנעשה בעת מצב מיוחד בעורף (תיקוני חקיקה), התשפ"ד-2023, אשר גובש בעקבות מלחמת חרבות-ברזל.

* פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, וחבר סגל בית-הספר למשפטים, מכללת נתניה.
אני מבקש להודות לעוזרת-המחקר שלי רוני פלח ולחברתי ד"ר מעיין פרל על סיוען בהבאת מאמר זה לדפוס.

במישור השני המאמר דן בעונש הגירוש במשפט הישראלי וכן במשפט המשווה. המאמר בוחן אם הגירוש הוא אמצעי עונשי להשלמת הפעולה של שלילת אזרחות, ואם הוא מכשיר לגיטימי לשמירה על בטחון המדינה.

מסקנת המאמר היא כי שלילת האזרחות והגירוש הם מכשירים לגיטימיים לשמירה על בטחון המדינה, אך לא במתכונת שלהם כיום. כדי להבטיח את חוקתיותם ואת עמידתם בדין הבין-לאומי, המאמר מציע לצרף את הסנקציה של שלילת אזרחות וגירוש למערך העונשים העומדים לרשות בית-המשפט בגזירת דינו של נאשם שהורשע בפעילות טרוריסטית במסגרת הליך פלילי ראוי.

מבוא

א. הזכות לאזרחות – טיבה והיקפה

1. האם שלילת אזרחות היא סנקציה פלילית?

ב. הזכות לאזרחות: משפט בין-לאומי, משפט ישראלי ומשפט משווה

1. המשפט הבין-לאומי

2. המשפט הישראלי

(א) חוק האזרחות ופרשת זיוד

(ב) תזכיר החוק בעקבות מלחמת חרבות-ברזל

(ג) ביקורת על שלילת אזרחות

(ד) התמודדות עם הביקורת – דיון נורמטיבי

3. משפט משווה – ארצות-הברית

ג. עונש הגירוש

1. מקורותיו ההיסטוריים של עונש הגירוש

2. האם גירוש הוא בהכרח ענישה קיבוצית? מהי הפרשנות הראויה לסעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית?

3. שלילת אזרחות וגירוש או שלילת זכויות אזרחיות

ד. עונש הגירוש במשפט הישראלי

סוף דבר

מבוא

מלחמתה של דמוקרטיה בטרור מציבה את הדמוקרטיה בפני דילמות מוסריות ומשפטיות סבוכות וקשות. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שמדובר במלחמה של מדינה שומרת חוק ושל אזרחים ותושבים שומרי חוק נגד מי שביד גסה וללא כל רגש אנושי מפרים את החוק. במאמר זה אבקש להתמקד בנסיבות שבהן מדינה דמוקרטית מגלה כי אחד (או יותר) מאזרחיה אינו שומר חוק, ובמעשיו לא רק שאינו נלחם יחד עימה בטרור, אלא חובר לטרור ונלחם יחד עימו נגדה. האם אדם כזה – לאחר שמוסד מוסמך אישר כי הוא אכן בגד במדינה וחובר לטרור נגדה – זכאי להמשיך להיות חבר בה חרף בגידתו בה? התשובה לכך יונקת מהבנתנו את המושג "אזרחות": מה משמעותה של הזכות להיות אזרח או תושב במדינה, והאם לאחר גיבושה של הזכות היא נהפכת למוחלטת או שמא – כמו כל זכות חוקתית – היא יחסית וניתנת לביטול ב"הליך ראוי"?

אך בכך לא ייתם דיוננו: גם אם נגיע למסקנה שלמדינה דמוקרטית, כחלק מתפיסת ההגנה שלה, מותר לשלול אזרחות של אדם אשר בגד בה ופעל נגדה בדרך של טרור, האם ההמשך המתבקש או האפשרי הוא גירושו של אותו אדם? האם הגירוש אמור להיות אמצעי עונשי להשלמת פעולה של שלילת אזרחות של אדם, שהרי שלילת אזרחותו של אזרח המסייע לארגוני הטרור ובכך נהפך לטרוריסט בעצמו אין בה כשלעצמה כדי לאיין את הסיכון הנובע מאותו אדם לבטחונה של המדינה ואזרחיה, ורק גירושו משטח המדינה והרחקתו מאזרחיה יקטינו את הסיכוי שהוא יוכל לסייע לטרוריסטים לפגוע באזרחיה של המדינה אשר לה השתייך ובשטחה ישב? אך גם בכך לא סגי. אם נגיע למסקנה שראוי לצייד את הרשויות המוסמכות בכלי עונשי זה, תעלה שאלה מעשית: לאן נגרש את האדם? מושבות קולוניאליות עברו מן העולם, וכדי לגרש אדם למקום של ריבונות אחרת נדרשת הסכמתה של המדינה האחרת, ומה אם זו תסרב לקבלו? ובכלל, האם ראוי למדינה דמוקרטית להפעיל עונש של גירוש? יש שיטענו כי מדובר באמצעי חריף ואכזרי מדי, שפוגע במידה העולה על הנדרש בזכויות הבסיסיות ביותר, וכי אין לשלול מאדם את מקום מושבו גם אם הוא בגד ביושביו ופגע בהם. האומנם? במאמר זה אבקש להיצמד לתפיסת-היסוד המאפיינת את מאבקה של הדמוקרטיה בטרור, ולפיה זהו מאבק בגדרי המשפט אשר נעשה על-פי הנורמות של המשפט ונבחן בבתי-משפט.

במדינה דמוקרטית מעמידים לדין אזרח שסרח, ובית-משפט הוא שמחליט איזה עונש יש להשית עליו. חלק עיקרי ממלאכתו של בית-המשפט הוא לדאוג לאזן בין

שני ערכים ועקרונות נוגדים העומדים בבסיס המאבק של דמוקרטיה בטרור: מחד גיסא, עקרונות וערכים הקשורים לבטחון המדינה ואזרחיה; ומאידך גיסא, העקרונות והערכים הקשורים לזכויות אדם.¹ שום ערך אינו מוחלט: זכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי ואינן יכולות להצדיק בכל מצב פגיעה בבטחון המדינה; ומאידך גיסא, בטחון המדינה אינו היתר בלתי-מוגבל לפגיעה בפרט. כאמור, בין ערכים ועקרונות אלו נדרש איזון. נקודת האיזון אינה קבועה. היא משתנה מעניין לעניין. אופי הפגיעה הטרוריסטית בבטחון המדינה ואופי התגובה עליה משפיעים על אופי ההגנה על זכויות האדם.²

במאמר זה ננסה למצוא את האיזון הראוי בסוגיה רגישה זו בין הזכות לאזרחות לבין בטחון המדינה. לסוגיית בטחון המדינה יש חשיבות גדולה במיוחד לנוכח מתקפת הטרור האכזרית ביותר של ארגון הטרור חמאס על מדינת-ישראל, שבמסגרתה חדרו אלפי מחבלים ליישובים בדרום הארץ מהיבשה, מהאוויר ומהים, תוך כדי ירי מסיבי של אלפי רקטות לעבר שטח המדינה. בעת כתיבת המאמר לא הייתה כוונה לצפות את שאירע, אבל לנוכח המציאות שבה אנו חיים כיום ראוי לבחון כיצד מאמר זה מתכתב עם מתקפת-הפתע שפרצה ב-7.10.2023.

בפרק הראשון נבחן את טיבה והיקפה של הזכות לאזרחות, את התפתחותה ההיסטורית ואת משמעותה במסגרתה של חברה דמוקרטית. הפרק השני יבחן את התייחסותו של המשפט הבין-לאומי לזכות זו, וכן את היחס אליה במשפט הישראלי ובמשפט המשווה. בפרק השלישי נתייחס לעונש הגירוש – נבחן את הגדרתו על-פי המשפט הבין-לאומי, וננסה להבין אם יש לראות בו אמצעי משלים לעונש של שלילת אזרחות. בפרק הרביעי נבחן את התמודדותם של המשפט הישראלי והמשפט המשווה עם סוגיית הגירוש. בפרק האחרון נסיק מסקנות ונעיר הערות לעתיד.

א. הזכות לאזרחות – טיבה והיקפה

מושג האזרחות הקלסי נולד בהקשר היסטורי מסוים, באירופה של המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, ואי-אפשר להפרידו מתהליכים כגון תיעוש, חילון, אורבניזציה (שהואצה בעקבות הכלכלה התעשייתית), התרחבות ההשתתפות הפוליטית וכדומה. כלומר, צמיחתו של מושג זה נטועה בהקשר היסטורי, כלכלי, תרבותי וחברתי. הוא ביטא ניסיון ליצור זירה אחת, כוללנית, של

1 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000).

2 אהרן ברק "דברים בפתחת שנת המשפט התשס"ב" משפט וצבא 16, 1, 7 (2002).

חיים קולקטיביים, תוך כדי התמוטטות של זירות אחרות, מצומצמות למדי.³ הטרנספורמציה המודרנית, תחילה באירופה ואחר כך במקומות אחרים, הסתיימה בהיווצרותה של מדינת הלאום, לא תמיד במתכונת דמוקרטיה. תפיסת האזרחות היא שהבדילה בין מדינות לאום שהתגבשו כמדינות דמוקרטיות לבין אלה שהתגבשו לא תחת משטר דמוקרטי: במקומות שבהם תפיסת האזרחות הייתה מכלילה ורחבה יותר, צמח בדרך-כלל משטר דמוקרטי; ואילו במקומות שבהם תפיסת האזרחות התבססה על היבט תרבותי צר – אתני או דתי – או על זהות אידאולוגית כלשהי, המשטר הדמוקרטי היה חלש מאוד או לא התפתח כלל. לכן יש לראות במושג האזרחות את אחד מעמודי-התווך של המשטר הדמוקרטי המודרני.⁴ הזכות לאזרחות מוכרת כאחת הזכויות החשובות של האדם – "קיומה, פעמים רבות, הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד... בבחינת צינור החיים של זכויות אדם רבות".⁵ אזרחות חיונית כדי לאפשר לאדם להתקיים בעולם המודרני, ואובדן אזרחות עלול לסכל את יכולתו לנהל חיים תקינים.⁶ המשותף לגישות פילוסופיות שונות העוסקות בתולדות הרעיון המדיני הוא שהאזרחות מנקודת-הראות של המדינה הייתה מעין אמנה חברתית שנחתמה בין המדינה לבין האזרח. מנקודת-מבטה של המדינה הדמוקרטית, זה היה הבסיס לדרישת נאמנות מהאזרח. תפיסות פילוסופיות מצאו במדינה – בהקמת גוף פוליטי באמצעות אמנה חברתית – פתרון למצב הטבע, שהוא המצב הטרוריסטי-מדינתי שבו יש חירות ללא מעצורים המובילה לתחרות אנרכית ללא כללים ולריק מוסרי, מעין מלחמת הכל בכל. לפי הובס, הפתרון למצב טבע מעין זה הוא הקמתה של מדינה – גוף פוליטי שימנע חיי סכנה וחרדה, יבטיח ביטחון ויהווה אמצעי לשיפוט מעשה האדם. כך נשיג שלום וביטחון.⁷ האמנה החברתית, לפי הובס, היא הסכמה בדבר ויתור על זכויות למען החיים עצמם. כלומר, הלגיטימציה לשלטון באה מעצם קיומו, מיכולתו לשלוט ולהשליט סדר ושלום, ואין להצדיק התנגדות לשלטון.⁸ על-

3 ברוך קנייפו "דמוקרטיה ופוליטיקה של זהויות: מאזרחות לפיצול" זהויות קולקטיביות, אזרחות וזירה ציבורית 27 (ש"נ אייזנשטדט, אילנה פ' סילבר ולואיס רוניגר עורכים, מכון ון ליר 1999).

4 שם, בעמ' 28.

5 בג"ץ 7348/08 גריגוריאן נ' משרד הפנים, פס' 8 (נבו 5.1.2010).

6 ראו לינא סאבא וטליה שטיינר "אזרחות על תנאי או אזרחים על תנאי: שלילת אזרחות בישראל" פרלמנט 67 (2010).

7 תומס הובס ליתן: או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 161–167 (יוסף אור מתרגם 1962).

8 "אמנה חברתית" האנציקלופדיה הישראלית הכללית מהדורה חמישית 148 (יון פדר עורך ראשי

כן, מי שמסכן את הסדר הציבורי ואת בטחון החברים במדינה מסכן בכך את המשך חיותו של הפתרון למצב הטבע. הוא חותר תחת התכלית של הקמת המדינה וכינון החברה האזרחית, ומציב מכשול קשה בפני המדינה בכואה למלא את חובתה להגן על זכויות האזרחים שלה.

לפי ג'ון לוק (המייצג את ראשיתה של האסכולה הליברלית), מצב הטבע הוא מצב שבו בני-האדם שווים, חופשיים ותבוניים. זהו מצב חברתי שקיים בו כלל של כיבוד הזכויות הטבעיות ושמירה עליהן.⁹ הבעיה מתעוררת משום שתמיד ימצאו אחדים שלא יכבדו את החוק הטבעי וינסו לפגוע בזכויות הטבעיות של האחרים. כמו-כן, בנסיבות של הפרת החוק הטבעי אין מוסד שיפוטי מוסכם לפתרון סכסוכים. האמנה החברתית היא הסכמה תבונית ומודעת בין בני-אדם בדבר ויתור על הזכות להוציא לפועל את החוק הטבעי. כלומר, הלגיטימציה של השלטון נובעת מההסכמה החופשית של האזרחים להקים אותו במטרה שישמור על זכויותיהם. מפה גם נובע הבסיס למחויבות לציות. היחסים בין האזרחים לשלטון מבוססים על אמון. אזרח רשאי לפעול נגד השלטון רק כאשר קיימת פגיעה מהותית בזכויות הטבעיות או חריגה מהסמכות שניתנה לשלטון על-ידי האזרחים, שהרי מעשה כזה של השלטון מהווה הפרת אמון, ומכוח האמנה החברה רשאית להסמיך שלטון אחר.

מגישתו של לוק עולה תורת אמון שלפיה הפרת אמון גוררת אחריה אפשרות של מהפכה מוצדקת. לדעתו, יש לקרוא את תורת האמון כעוסקת ביחסים הדדיים. כלומר, כשם שהפרת אמון של השלטון כלפי האזרחים מצדיקה את שלילת הלגיטימיות של שלטון זה ואת שלילת קיומו, כך גם הפרת האמון של האזרח כלפי השלטון מצדיקה את שלילת הלגיטימיות של מעמד האזרחות שהוענק לו, ואין להמשיך לאפשר לו להיות חבר בקהילה. הפרת הזכות הבסיסית ביותר של האזרחים במדינתו – הזכות לחיים – היא פגיעה קשה בתפקוד השלטון, אשר נוצר כאמור כדי לשמור על זכויות האזרחים, ביניהן כמובן הזכות לחיים.

בחינה של רעיון המדינה והחברה האזרחית על-פי התאוריה של ג'ון רולס מובילה למסקנה דומה.¹⁰ הדרך להגיע לאמנה החברתית היא בעזרת מסך הבערות, אשר מחזיר אותנו למצב הטבע ההתחלתי שבו לאדם אין ידע לגבי הסטטוס שלו בחברה האזרחית, ולכן התנאים להגיע להסכמה הם תנאים של אובייקטיביות

1989). על-פי הובס, החריג היחיד לכלל שלפיו אין להצדיק התנגדות לשלטון הוא שמהפכה שהצליחה מצדיקה את עצמה.

9 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 64–97 (יוסף אור מתרגם 1959).

10 אלעזר וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר כרך ב 215–255 (מהדורה שנייה 2008).

ושוויון. בתנאים כאלה נגיע להסכמה על עקרונות הצדק של רולס,¹¹ שבסיסם הוא הרצון להבטיח את מרב הזכויות הבסיסיות. הזכות לחיים ולביטחון היא זכות בסיסית, ומי שמפר זכות זו חותר תחת האמנה החברתית, ולא ייתכן שהוא ייחשב אזרח רציונלי. הפרת חוק תהא מוצדקת לפי רולס רק אם מטרתה להחזיר את הדמוקרטיה למסלולה הצודק והתקין. פגיעה בבטחון האזרחים לעולם לא תיחשב פגיעה שמטרתה להחזיר את הדמוקרטיה למסלול תקין; להפך – זו פגיעה בערך הבסיסי ביותר שעליו נועדה הדמוקרטיה להגן – החיים!

ג'ון סטיוארט מיל הוא אחד הפילוסופים הידועים שעסקו בשאלות היסוד של אזרחות: מיהו האזרח הטוב? כיצד עליו להתנהג? ומהו גבול ההתערבות של המדינה בחירותו של האזרח?¹² החירות העומדת בבסיס התאוריה של מיל היא הזכות של כל אזרח לעשות כרצונו כל עוד הוא אינו פוגע באחר. כלומר, המטרות הבסיסיות של הממשל הן להגן על החירות של האזרחים ולמנוע פגיעה בהם. זוהי גישה מינימליסטית, שכן המדינה אינה מתערבת בחיי הפרט, אלא מבטיחה מסגרת שבה אחרים לא יפגעו בפרט. השאלה היא מפני אילו פגיעות על המדינה להגן (פיזיות, כלכליות, רגשיות וכולי) ומתי עליה להגן מפניהן (לאכוף את האיסור מראש או רק בדיעבד). אין מחלוקת שעל המדינה לאסור פגיעה פיזית באזרחים. בחברה דמוקרטית הנטייה תהא לאכוף פחות חוקים שאוסרים מעשים מראש, ולאכוף יותר חוקים שבהם גבול הפגיעה קרוב יותר. כלומר, כאשר יש ודאות כלשהי לנזק או לפגיעה, יהיה קל יותר לרשויות לאכוף את האיסור, כי אז התערבותם בחירות הפרט אינה מתוך מטרה להגביל את חירותו, אלא כדי להבטיח את המסגרת שבה חיים כל שאר הפרטים. הגבלת חירותו של העושה במקרה זה היא אך תוצאה נלווית.¹³ הנה כי כן, לפי כל הדעות, העמדה של חיי האזרחים בסכנה ממשית – לדוגמה, באמצעות פעולת טרור – היא מעשה אסור שיש לתת עליו את הדין. יתרה מזו, מכל התאוריות שהזכרתי עולה כי מעשה כזה, אשר מעמיד את החברה האזרחית כולה בסכנה קיומית, הוא מעשה שמנוגד לאמנה החברתית שיצרו האזרחים, ולכן לא ייתכן שהעושה הוא אזרח. אזרח רציונלי לא יעמיד את הקבוצה שלו בסכנת חיים – סכנה אשר הטרור, תומכיו ומסייעיו מגלמים.

11 (1993) 11–15, 22–40. JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM. העיקרון המרכזי בתאוריה של רולס הוא עקרון ההגינות. החברה צריכה להיות מסגרת הוגנת של שיתוף פעולה. האדם הסביר הוא זה שמכבד את האוטונומיה של האחר ומוכן לשתף פעולה עימו רק בתנאים שגם האחר מסכים להם.

12 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 133–137, 174–214 (אריה (לאון) סימון מתרגם 1946).

13 שם, בעמ' 174–214.

כאמור, מנקודת-הראות של המדינה, האזרחות היא מעין אמנה חברתית שנחתמה בין המדינה לבין האזרח. מנקודת-מבטה של המדינה הדמוקרטית, זה הבסיס לדרישת נאמנות מהאזרח. יוצא אפוא שהאזרחות מציינת למעשה את הזיקה המיוחדת שבין אדם לבין מדינה, את הקשר החזק ביותר ביניהם, שמתבטא בכך שהאזרח זכאי למלוא הזכויות שהמדינה מעניקה ומחויב במלוא החובות שהיא מטילה.¹⁴ מעל כולן ניצבות חובות הנאמנות של האזרח למדינתו וכן זכותה וחובתה של המדינה להעניק לו הגנה.¹⁵

האזרחות יוצרת קשר משפטי נמשך בין אדם לבין מדינתו. לקשר זה יש חשיבות בתחומי משפט נרחבים – הן מבחינת המשפט הבין-לאומי והן מבחינת המשפט המדינתי. יש באזרחות כדי להטיל חובות על המדינה ביחסי החוץ שלה. מבחינת האזרח עצמו, יש בה כדי ליתן לו זכויות, להעניק לו כוחות, להטיל עליו חובות ולהכיר בחסינותו בעניינים שונים ומגוונים. האזרחות קשורה לזכות הצבעה, ליכולת לכהן במשרות ציבוריות שונות, לסמכות בתי-המשפט, לענייני הסגרה ולעניינים רבים ומגוונים נוספים. אזרחות מקפלת בתוכה נאמנות, והיא פרושה בתחומי המדינה ומחוץ לה.¹⁶ כלומר, אמת-המידה המרכזית להענקת הזכות לאזרחות היא קשר ממשי של האדם למדינה, שמתבטא בעיקר בהיותה מקום מגוריו המרכזי, בנאמנותו לה ובנכונותו להשתלב במרקם חייה.¹⁷ תמורת מתן זכויות וזכאויות אפשר לכפות על אזרח המדינה הדמוקרטית נאמנות. מבחינת הפרט, הסדר זה פותר את אחת הבעיות הגדולות ביותר של המסגרת המודרנית: ברגע שאדם קיבל אזרחות – בין שהוא נולד לתוכה ובין שהוא קיבל אותה על-ידי התאזרחות – שאלת זהותו כבר אינה שנויה במחלוקת.

ביסוסה של הזכות לאזרחות מתמקדת בשתי זיקות עיקריות: זיקת העבר וזיקת ההווה והעתיד. כאשר האזרחות מבוססת על זיקת העבר, היא מדגישה את הרעיון הלאומי או השבטי כבסיס לחברות במדינה. הרעיון הלאומי מבוסס על כך

14 ראו לעניין זה את הגדרת האזרחות בפסק-הדין של בית-הדין הבין-לאומי בהאג – Liechtenstein v. Guatemala, 1955 I.C.J. 4, 23 (Apr. 6) (להלן: עניין *Nottebohm*): "According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties"

15 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 671 (מהדורה רביעית 1991).

16 בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117 (1984).

17 יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז 55, 59 (2000).

שהיסטוריה משותפת, שפה אחידה, תרבות ולעיתים גם דת מהווים בסיס לקשר בין האנשים. לפי גישה זו, רק אדם שיש לו קשר ללאום בשל היותו צאצא של אנשים שחוו יחד את ההיסטוריה, ואשר חיו על-פי תרבות ודת משותפים ונלחמו על שימורם, זכאי להיות חבר מלא, דהיינו, אזרח במדינה.¹⁸ בשותפות העבר כבסיס להקניית אזרחות יש כדי לחזק תחושות של השתייכות, אחדות, סולידריות ונאמנות למדינה.¹⁹

לעומת זאת, יש מדינות שבהן הענקת אזרחות אינה מבוססת על קשרים של שותפות גורל. במדינות אלו המוכנות של החברים במדינה לחיות על-פי עקרונות מוגדרים שקבעו מייסדיה, ואשר מעוגנים בדרך-כלל בחוקה, היא הבסיס לאזרחות. האמונה היא שחיים לאור העקרונות הללו הם תשתית לחיי הווה ועתיד רצויים. למדינה מתקבלים חברים שמוכנים למלא דרישות קבועות מראש שנועדו לאפשר למדינה להתקיים ולממש את מטרותיה.

יוצא שהמרכיב המרכזי המשותף לשתי הזיקות הוא דרישת הנאמנות. כל מקבל פוטנציאלי של אזרחות חייב להיות נאמן למדינה במתכונתה העכשווית. הנאמנות היא צומת הדרכים שבו שתי הזיקות נפגשות, והיא שתוחמת את גבול היקפה של הזכות לאזרחות: "יהא זה בלתי סביר להקנות אזרחות או לשמור על אזרחות של אנשים שמסכנים את קיום המדינה מבית או מחוץ. אנשים שמבקשים לפגוע בביטחון המדינה או במבנה הבסיסי של משטרה, אינם יכולים להיות אזרחים גם אם הם קשורים לאוכלוסיית הרוב שלה בזיקת עבר ברורה וחזקה".²⁰

לכאורה, חוסר נאמנות אינו הסיבה היחידה שבגינה ניתן לשלול אזרחות, גם אם הוא הסיבה המרכזית לשלילתה. כך, יש הסבורים כי ניתן לעמוד על שלוש סיבות המצדיקות שלילת אזרחות: נאמנות, ענישה וסדר ציבורי.²¹ אולם לדעתנו, חוסר נאמנות מקפל בחובו את שתי הסיבות הנוספות לשלילת אזרחות. במאמר זה אנו עוסקים בחוסר נאמנות של אזרח למדינתו הבאה לידי ביטוי בחברותו בארגון טרור או בסיוע לארגון כזה בהוצאה לפועל של פיגועים נגד אזרחים חפים מפשע. פעילותו זו מהווה סכנה לסדר הציבורי ולביטחון האזרחים בכלל. כמו-כן, יש

18 Thomas M. Franck, *Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice*, 90 Am. J. INT'L L. 359, 362 (1996). דוגמאות למדינות שמבטאות את זיקת העבר בחוקי האזרחות שלהן יידונו להלן בפרק ב.

19 WILLIAM A. BARBIERI, JR., *ETHICS IN CITIZENSHIP: IMMIGRATION AND GROUP RIGHTS IN GERMANY* 91 (1998).

20 זילברשץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 74.

21 T. Alexander Aleinikoff, *Theories of Loss of Citizenship*, 84 MICH. L. REV. 1471, 1473-1475 (1986).

בשלילת אזרחותו משום אמצעי ענישה, שכן אין סיבה לתת לו ליהנות מזכויות האזרח ומהגנת המדינה עליהן בזמן שהוא מפר את הזכות לחיים של האזרחים האחרים במדינתו. לכן במאמר זה נתמקד בנאמנות כבסיס המרכזי למתן אזרחות וכרציונל המצדיק את שלילתה.

ראינו כי על-פי התאוריות הפילוסופיות השונות, הזכות לאזרחות אינה זכות מוחלטת. היא אינה יכולה להשתרע גם על נסיבות שבהן האזרח אינו ממלא את חובתו העיקרית כלפי המדינה וכלפי חבריה – חובת הנאמנות. עלינו לזכור כי אזרחות אינה זכותו של אדם כלפי מדינתו, אלא השם של מערכת היחסים עם מדינתו ועם שאר החברים בתוכה.²² לכן תהיה זו טעות לסבור שאזרחות היא זכות מוחלטת שאינה ניתנת לביטול אלא בויתור וולונטרי של האזרח עצמו.²³

כלומר, הגישות הפילוסופיות מבססות למעשה את הזכות לאזרחות על תאוריה של הסכמה בין המדינה לבין האזרחים או על תאוריה של חוזה בין האזרחים לבין עצמם. ההסכמה והחוזה מופרים כאשר האזרח מבטא חוסר נאמנות, והתרופה להפרה זו היא השבה: לקחת ממנו את שקיבל על-פי החוזה, קרי, את אזרחותו.²⁴ טענה אפשרית היא שאין לדבר על שלילת אזרחות שכן אזרחות היא מרכיב בזהותו של אדם.²⁵ שלילת אזרחותו של אדם היא פגיעה קשה בעצמי (self) שלו, ולכן אין היא לגיטימית.²⁶ לדעתי, אין בטענה זו ממש. אנו עוסקים בשלילת אזרחות על רקע העדר נאמנות של הפרט למדינתו ובחירתו לפעול נגדה בדרך של טרור. בכך הוא בחר למעשה להכריז מלחמה על מדינתו ואזרחיה. לכן שלילת אזרחותו לא תהווה פגיעה בעצמי שלו, שהרי הוא נלחם נגד מרכיב זה בזהותו, הוא אינו נאמן לו, ובמעשיו הוא מבטא את רצונו להחליפו במרכיב אחר – בטרור.²⁷

David A. Martin, *Due Process and Membership in the National Community: Political Asylum and Beyond*, 44 U. PITT. L. REV. 165, 190–208 (1983)

23 על גישות הרואות בזכות לאזרחות זכות מוחלטת, ראו דיון בפרק 2 אודות הזכות לאזרחות בארצות-הברית; Aleinikoff, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1488.

24 שם, בעמ' 1471, 1473–1475 ו-1493.

25 כידוע, זהות היא מכלול של מרכיבים שבאמצעותם האדם מגדיר את עצמו. מרכיבים אלו נחלקים לשני סוגים: סוג אחד הוא מרכיבים של זהות השייכים לפרט מלידתו, והסוג האחר הוא מרכיבים נרכשים הניתנים לשינוי, ביניהם האזרחות. כל פרט בוחר להדגיש מרכיבים אחרים בזהותו. ראו לעניין זה יעקב שץ ו'ש' אריאל לקסיקון דברי: אזרחות, חברה, מדינה (1989).

26 "Its citizenry is the country, and the country is its citizenry." Justice Black in *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253, 268 (1967).

27 ראו עע"ם 8277/17 זיוד נ' שר הפנים, פס' 49 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (נבו 21.7.2022): "מעשה... שיש בו משום הפרה של חובת האמונים מצד האזרח... יכול... להתפס כאינדיקציה"

1. האם שלילת אזרחות היא סנקציה פלילית?

גם אם נסכים לקבילות האמצעי של שלילת אזרחות והפעלתו נגד אזרחים טרוריסטים, יש לבחון את אופיו של אמצעי זה, כדי לקבוע את סוג ההליך שבו הוא יופעל. לדעתי, מדובר באמצעי עונשי המגלם בחובו יסוד מניעתי ויסוד הרתעתי. סיווגו כעונש מחייב אותנו לצרפו למערך העונשים שבסמכותו של בית-משפט לגזור בסיום ההליך המשפטי הפלילי. לסיווג זה יש נפקות חשובה, שכן כל עוד שלילת אזרחות אינה חלק מהמשפט הפלילי לא עומדים לנאשם – או למי שעתידי להישלל ממנו אזרחותו – אותם ערובות חוקתיות ובטחונות שעומדים לו במסגרת המשפט הפלילי.

בארצות-הברית נהוג לראות בשלילת אזרחות אמצעי מהמשפט האזרחי, ולא הפלילי.²⁸ פרופ' Cheh טוענת כי יש הליכים המסווגים כהליכים אזרחיים אך יש להתייחס אליהם כאל הליכים פליליים אם –

“...the punishment imposed so dramatically expresses societal disapproval that its imposition only can be legitimated through the ceremony of a criminal conviction. These punishments are those that actually separate a person from civilized society and label her as not worthy of being a member of the group.”²⁹

בין ההליכים שעונים על מבחן זה מציינת Cheh את ההליך של שלילת אזרחות.³⁰ הביקורת על הגישה הרואה בשלילת אזרחות תרופה מהמשפט האזרחי, ולא סנקציה מהמשפט הפלילי, רלוונטית לשלילת אזרחות לא רק ממהגרים, אלא גם מאזרחים מלידה. לכן בפרשת *Mendoza-Martinez* החליט בית-המשפט כי אין לשלול את אזרחותו של חייל אמריקאי כאשר החוק המאפשר שלילת אזרחות הוא

לניתוק הקשר ההדוק בין האזרח למדינה ולקרע שנוצר בינו ובין מדינתו. נסיבות כאלה מצריכות מסר ברור ומהדהד שיבטא את עוצמתו של הניתוק והקרע. מכאן צומחת התכלית ההצהרתית המשמיעה 'שפלוני אינו ראוי להימנות עמנו. אין אנו רואים בו חלק מאתנו, ואין אנו חייבים לו שום הגנה או חלק בתועלת שמצמיחה החברות במדינתנו'...”

John Francis Stephens, Note, *The Denaturalization and Extradition of Ivan the Terrible*, 26 RUTGERS L.J. 821, 834 (1995)

Mary M. Cheh, *Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction*, 42 HASTINGS L.J. 1325, 1363 (1991)

שם. 30

פלילי במהותו אך ההליך שבמסגרתו האזרחות נשללת אינו הליך ראוי העומד באמות-המידה החוקתיות של חוקת ארצות-הברית.³¹
 בפרשת *Trop* נפסל באופן עקרוני האמצעי של שלילת אזרחות על-ידי הממשל, ונקבע כי –

“...citizenship is not subject to the general powers of the National Government, and therefore cannot be divested in the exercise of those powers.”³²

לטענת הממשל, אין מדובר בחוק פלילי שכן מבחינה טכנית הוא אינו מסווג כחלק מהמשפט הפלילי. על כך הגיב בית-המשפט באומרו:

“How simple would be the tasks of constitutional adjudication and of law generally if specific problems could be solved by inspection of the labels pasted on them! Manifestly, the issue of whether Section 401(g) is a penal law cannot be thus determined.”³³

אין ספק שגם חקיקה אשר מסווגת באופן מפורש עונש כעונש שאינו פלילי אינה משנה את אופיו המהותי והטבעי של העונש.³⁴ בית-המשפט קובע את אופיו של העונש לפי תכלית החקיקה.³⁵ כאשר התכלית היא להרתיע ולהעניש את הנאשם על מעשהו, הסנקציה היא פלילית.³⁶ על העונש של שלילת אזרחות אמר בית-המשפט באופן שאינו משתמע לשני פנים:

“The purpose of taking away citizenship from a convicted deserter is simply to punish him. There is no other legitimate purpose that the statute could serve... and therefore the statute is a penal law.”³⁷

.Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 186 (1963) 31

.Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 92 (1958) 32

שם, בעמ' 94 33

.United States v. Constantine, 296 U.S. 287, 294 (1935) 34

Francis D. Wormuth, *Legislative Disqualifications as Bills of Attainder*, 4 VAND. L. REV. 603, 608–610 (1951) 35

עניין *Trop*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 96 36

שם, בעמ' 97 37

יתר על כן, כאשר אנו מנתחים את הסנקציה של שלילת אזרחות בנסיבות של תמיכת אזרח בטרור, עולה שהמטרה היא לא רק להעניש את הנאשם, אלא גם להרתיע אחרים מפני תמיכה בטרור. לכן במאמר זה נתייחס לשלילת אזרחות כאל סנקציה פלילית, וכזו עליה להיות מופעלת בסופו של הליך משפטי פלילי ראוי. נפנה עתה לבחינת היקף הזכות לאזרחות במשפט הבין-לאומי, במדינת-ישראל ובמדינות אחרות.

ב. הזכות לאזרחות: משפט בין-לאומי, משפט ישראלי ומשפט משווה

1. המשפט הבין-לאומי

בית-המשפט הבין-לאומי מציע הגדרה מעניינת לאזרחות, המשלבת את הפן המשפטי של המושג עם ההיבטים הפוליטיים, החברתיים והתרבותיים שלו:

“[N]ationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.”³⁸

חשוב להבחין בין אזרחות במשפט המקומי לבין הזכות לאזרחות במשפט הבין-לאומי. אזרחות היא זכות שנוצרת ומקבלת תוכן לפי משפט מקומי, ועל-כן טיבה והיקפה שונים ממדינה למדינה.³⁹

ובכל-זאת, המשפט הבין-לאומי אינו מותיר את הזכות לאזרחות בידיו של המשפט המקומי-המדינתי בלבד. סיווגו של אדם כאזרח של מדינה כזו או אחרת הוא סיווג קריטי מבחינת המשפט הבין-לאומי. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שאדם ללא אזרחות אינו יכול ליהנות מהזכויות וההגנות שהמשפט הבין-לאומי מעמיד עבורו. כך, למשל, המשפט הבין-לאומי מגן על ריבונותה של מדינה, וכחלק ממנה על סמכות השיפוט שלה על אזרחיה. ללא הענקת הזכות לאזרחות עלול להיווצר מצב שבו כל מדינה תהא מעוניינת לקבל סמכות שיפוט על אנשים שונים. האזרחות

38 עניין *Nottebohm*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 23.

39 Jeffrey L. Blackman, *State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law*, 19 MICH. J. INT'L L. 1141, 1147–1148 (1998); I OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW: PEACE 852 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992); Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws art. 2, Apr. 12, 1930, 179 L.N.T.S. 89 (entered into force July 1, 1937).

תוחמת את כוחן וסמכויותיהן של המדינות כלפי הפרטים המרכיבים את הקהילה בעולם כולו. לא בכדי קובע המשפט הבינ-לאומי כי אם אזרח של מדינה הפר נורמה בין-לאומית באופן שמחייב העמדה לדין, ומדינת אזרחותו מיצתה עימו את הדין ושפטה אותו במסגרת סמכותה, אזי אותו אזרח לא יעמוד למשפט נוסף במישור הבינ-לאומי.⁴⁰

אומנם, עדיין לא מקובל לראות בזכות זו חלק מהמשפט הבינ-לאומי המנהגי,⁴¹ אך במשפט הבינ-לאומי ההסכמי מקובל לראות באזרחות זכות-יסוד. סעיף 15 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, משנת 1948, קובע כי כל אדם זכאי לאזרחות.⁴²

כלומר, גם במשפט הבינ-לאומי, כמו בגישות הפילוסופיות שסקרתי לעיל, הזכות לאזרחות אינה זכות מוחלטת. ניתן לשלול מאדם את אזרחותו, ובלבד שאין מדובר בשלילה שרירותית. אך ההכרזה האמורה אינה מפרטת מהן הנסיבות שבהן מדינה חייבת להעניק אזרחות או לחלופין מהן הנסיבות שבהן מדינה רשאית לשלול מאדם את זכותו לאזרחות. יתרה מזו, האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,⁴³ שמטרתה ליצוק תוכן משפטי להכרזה לכל באי עולם, אינה מתייחסת לזכות לאזרחות.⁴⁴ במסגרת המשפט הבינ-לאומי אנו מוצאים חיזוק נוסף לעמדה שהזכות לאזרחות אינה מוחלטת באמנת האומות המאוחדות בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות, משנת 1961.⁴⁵ סעיף 8 לאמנה זו אוסר שלילת אזרחות מאדם אם יהיה בכך כדי לעשותו חסר כל אזרחות.⁴⁶ אך איסור זה אינו מוחלט, והאמנה מציגה כמה סייגים לו – למשל, כאשר אדם מתגורר בחו"ל לפרק-זמן כמפורט בחוק הלאום של המדינה, במקרים של אי-גילוי נאמנות ראויה, כאשר

40 ראו לעניין זה, Rome Statute of the International Criminal Court art. 17(1)(a), July 17, 1998, U.N. Doc A/CONF 189/9 (1998) 37 I.L.M 999 (1998)

41 Blackman, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1183.

42 G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948) (להלן: ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם).

43 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

44 עם זאת, האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות הילד מציינת את זכותו של כל ילד לרכוש עם לידתו אזרחות. ראו ס' 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

45 The Convention on the Reduction of Statelessness art. 1(1), Aug. 30, 1961, 989 U.N.T.S. 175 (להלן: האמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות).

46 שם, בס' 8.

אדם התנהל באופן הפוגע קשות באינטרסים החיוניים של המדינה, ועוד כמפורט בסעיף. ⁴⁷ יש האומרים כי מדובר בסייגים רבים ורחבים מדי. ⁴⁸ אם כן, יסוד הנאמנות בזכות לאזרחות הוא היסוד המרכזי ביותר גם על-פי המשפט הבינ-לאומי. חוסר נאמנות יכול להצדיק שלילת אזרחות גם אם בעקבות זאת ייפך אותו אדם לחסר אזרחות. המסקנה המתבקשת היא שהזכות לאזרחות מוכרת במשפט הבינ-לאומי כאחת הזכויות הבסיסיות של האדם אך אין מדובר בזכות מוחלטת. "זכויות אינן מוחלטות. הן בנויות על מציאת איזון בין הזכויות לבין הצרכים של כל הפרטים המרכיבים את החברה ועל זכות קיומה של המדינה והחברה בכללותן." ⁴⁹

בשל חשיבותה העילאית של הזכות לאזרחות, הדגישה ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, עוד בשנת 1948, כי "כל אדם זכאי לאזרחות" וכי "לא תישלל מאדם אזרחותו דרך שרירות". עקרונות אלו מוכרים כיום כמשקפים נורמות מנהגיות בסיסיות של המשפט הבינ-לאומי, המחייבות את כלל מדינות העולם. ⁵⁰

2. המשפט הישראלי

(א) חוק האזרחות ופרשת זיוד

גם בישראל מקובל לראות בזכות לאזרחות זכות-יסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, שממנה צומחת הדמוקרטיה. ⁵¹ קבלת אזרחות ישראלית מתאפשרת מכוח חבירתם יחד של כמה תנאים. ⁵² הדרך המרכזית לרכישת אזרחות ישראלית היא מכוח שבות. לפיה, אזרחות ישראלית מוענקת באופן אוטומטי לכל יהודי שעולה לישראל ומביע נכונות לקבל אזרחות של המדינה. ⁵³ חוק האזרחות מונה דרכים חלופיות נוספות לקניית אזרחות על-פי

47 שם, בס' 8(2)(a), 8(3)(a)–(ii) ו-8(3)(b).

48 ראו Blackman, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1179.

49 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 75 לפסק-הדין של הנשיא (בדימ') שמגר (1995).

50 ראו United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality Under Articles 5–9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, at 25–44, HCR/GS/20/05 (May 2020).

51 בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22 (1996).

52 התנאים מפורטים בחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

53 ס' 2 לחוק האזרחות קובע כי "כל עולה לפי חוק השבות, תשי"א-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות".

המשפט הישראלי, אך הן מערימות קשיים רבים יותר בהשוואה לקבלת אזרחות מכוח שבות. מכאן שיש עדיפות משמעותית ליהודים ברכישת אזרחות בישראל על מי שאינם משתייכים ללאום היהודי.⁵⁴ בכך החוק הישראלי מבטא את זיקת העבר כיסוד לרכישת אזרחות. כאמור, אזרחות המבוססת על זיקת עבר מדגישה את הרעיון הלאומי. בישראל הלאומיות אינה יכולה להתבסס על זיקת עבר של היסטוריה ותרבות משותפת בטריטוריה מוגדרת, שכן העם היהודי התנתק מהטריטוריה למשך זמן רב. אך הוא שמר בכל-זאת על הדת היהודית. הדת היא שמבססת את זיקת העבר בגישת האזרחות הישראלית. כמורכב, מאז קמה המדינה מאוחדים בישראל סביב תחושת סכנה קיומית והצורך להתגונן מפני החרבת המדינה על-ידי האויבים המקיפים אותה. אחדות כזו ורצון להילחם כדי לשמר את החיים במדינה משקפים קשר לאומי אמיתי בין האנשים, המוכיח כי אין מדובר בסתם אוסף של מהגרים ממקומות שונים בעולם.⁵⁵ אזרחות מכוח שבות אינה הדרך היחידה לצורך רכישת אזרחות ישראלית.⁵⁶ ניתן לקבל אזרחות מכוח ישיבה בישראל,⁵⁷ מכוח לידה⁵⁸ או בהליך של התאזרחות.⁵⁹

אף שאזרחות ישראלית ניתנת ביתר קלות ליהודים, חוק האזרחות הישראלי רואה בדרישת הנאמנות למדינה תנאי הכרחי, ואין הוא מבחין לעניין זה בין יהודי לבין מי שאינו יהודי. מי שאינו נאמן למדינה – תישלל אזרחותו. כך מורה סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות: "בית המשפט לעניינים מינהליים... רשאי, לבקשת שר הפנים, לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אם... אותו אדם עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל".

לנוכח הבעייתיות הרבה בסעיף 11 בנוסחו הקודם, לא הפעיל שר הפנים את הסמכות לביטול אזרחות אלא במקרים ספורים. אולם בשלהי שנת 2002 אכף לראשונה שר הפנים דאז אלי ישי את הסמכות הזו כאשר שלל את אזרחותיהם של שני ערבים ישראלים בעקבות חברותם בחמאס ובחיזבאללה, בהתאמה, ומעורבותם בטרור ובעברות ביטחון.⁶⁰

54. DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 36 (1990).

55. Franck, לעיל ה"ש 18, בעמ' 367-366; זילברשץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 68.

56. הסבר על הדרכים השונות לרכישת אזרחות ישראלית ניתן למצוא בספרו של רובינשטיין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 671-689.

57. ס' 3 לחוק האזרחות.

58. ס' 4 לחוק האזרחות.

59. ס' 5-8 לחוק האזרחות.

60. בתאריך 9.9.2002 החליט שר הפנים לשלול את אזרחותו של נאהד אברוקישאק, תושב טול כרם שהואשם בפעילות בזרוע הצבאית של חמאס, שבמסגרתה תכנן פיגועים שגרמו לרציחתם

בעקבות זאת, בשנת 2008, תוקן חוק האזרחות (תיקון מס' 9).⁶¹ עיקרו של תיקון זה היה העברת הסמכות לשלילת אזרחות משר הפנים לבית-המשפט לעניינים מנהליים, לפי בקשה של שר הפנים ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. בידי שר הפנים נותרה סמכות מצומצמת לביטול אזרחות בגין רכישה על יסוד פרטים כוזבים, ובתנאי שטרם חלפו שלוש שנים מיום הרכישה;⁶² אם חלפו שלוש שנים, הסמכות עוברת לבית-המשפט.⁶³ שינוי משמעותי נוסף שאומץ במסגרת תיקון מס' 9 נוגע בעילת הביטול "מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל". התיקון יצק תוכן קונקרטי להגדרת המונח העמום "הפרת אמונים" בסעיף 11(ב)(2), באמצעות קביעת שלוש חלופות אשר התקיימות של כל אחת מהן תשקף "הפרת אמונים למדינת ישראל": (1) מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, סיוע או שידול למעשה כאמור או נטילת חלק פעיל בארגון טרור כהגדרתו בחוק האמור; (2) מעשה המהווה בגידה לפי סעיפים 97-99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או ריגול חמור לפי סעיף 113(ב) לחוק העונשין; (3) רכישת אזרחות או זכות לישיבת-קבע במדינה או שטח של אויב (כמוגדר בתוספת לחוק האזרחות). נוסף על כך נקבע סייג בנוגע למי שיוותר חסר אזרחות עקב ביטול אזרחותו הישראלית, כך שלא יהיה אפשר לגרשו מישראל. התיקון, שהתקבל כאמור בשנת 2008, חידד למעשה את היכולת לשלול אזרחות ממי שביצע מעשי טרור, אך הוסיף שורה של בלמים ומגבלות, אשר נבחנו בהמשך על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת זיוד.

פרשת זיוד עוסקת בשני ערעורים על פסקי-דינם של בתי-משפט לעניינים מנהליים שעניינם ביטול אזרחות מכוח סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות. במקרה הראשון נעתר בית-המשפט לעניינים מנהליים לבקשת שר הפנים והורה על ביטול אזרחותו של הנאשם בגין מעשה טרור שביצע – פיגוע דריסה ודקירה שבו נפצעו ארבעה בני-אדם.⁶⁴ במקרה השני דחה בית-המשפט לעניינים מנהליים את בקשת שר הפנים לביטול אזרחותו של הנאשם בגין מעשה טרור שביצע – הטמנת

ופציעתם של ישראלים רבים. ראו לעניין זה אורי יבלונקה, סעיד בדראן וזיווה מוגרבי "שר הפנים שלל את אזרחותו של מחבל" מעריב 10.9.2002, 5. כמ"כ, בתאריך 27.11.2002 החליט שר הפנים לשלול את אזרחותו של קייס עובייד, ישראלי תושב טייבה לשעבר שעבר להתגורר בלבנון והיה מוכר כפעיל בחיזבאללה. ראו לעניין זה מזל מועלם "ישי שלול אזרחות ערבי-ישראלי פעיל חיזבאללה" הארץ 28.11.2002, 5.

61 חוק האזרחות (תיקון מס' 9), התשס"ח-2008, ס"ח 810.

62 ס' 11(א) לחוק האזרחות.

63 ס' 11(ב)(1) לחוק האזרחות.

64 עת"ם (מנהליים חי') 57857-05-16 שר הפנים נ' זיוד (נבו 6.8.2017).

מטען-נפץ באוטובוס בתל-אביב שגרם לפציעתם של עשרים וארבעה בני-אדם.⁶⁵ השאלה המשפטית שנדונה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון עסקה בחוקתיותו של סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות ובאופן יישומו.

בפרשת זיוד אישרה דעת הרוב, מפי הנשיאה חיות, את הסדר שלילת האזרחות לפי סעיף 11 לחוק האזרחות, וקבעה כי לא נפל פגם חוקתי בסעיף זה, וכי המעמד החלופי שיינתן למי שיוותר חסר כל אזרחות בשל ביטול אזרחותו הישראלית יהיה מעמד קבוע. כמו-כן נקבע כי המרכיב הקריטי לחוקתיות ההסדר הוא העובדה שמדובר בהחלטה שיפוטית לאחר הליך הוגן ובו בחינה פרטנית של פרטי המקרה. במישור הפרטני הוחלט כי יש לדחות את הבקשות לביטול אזרחות בשל הפגמים המהותיים שנפלו בהגשתן.⁶⁶

בית-המשפט העליון ציין כי בשיטתנו המשפטית נקבע כי הזכות לאזרחות היא זכות חוקתית עצמאית, ואף שהזכות לאזרחות לא עוגנה במפורש בחוק-היסוד, היא נמנית עם זכויות-היסוד. ההצדקה העיקרית להגנה החוקתית על הזכות לאזרחות טמונה בזיקה המשמעותית של האזרחות לתפיסת הזהות העצמית וההגדרה האישית של האדם האוחז בה, כלומר, לזכות לכבוד במובנה הזהותי. בית-המשפט העליון הדגיש כי ליבת הזכות לאזרחות כוללת את הזכות לא לאבד את האזרחות ולהיות אזרח ישראלי. עוד צוין כי הזכות לאזרחות היא זכות יחסית, אשר ניתן לפגוע בה כל עוד הפגיעה צולחת את מבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט העליון קבע כי אדם שביצע מעשים חמורים ביותר – כגון מעשי טרור, בגידה, ריגול חמור ורכישת מעמד במדינה עוינת – הפר באופן בוטה את חובת האמונים הבסיסית שלו כלפי המדינה, ומשכך אין הוא ראוי עוד להיחשב אזרח שלה. דבר זה מהווה את תכליתו המרכזית והעיקרית של הסדר זה, ומדובר בתכלית ראויה.⁶⁷ בית-המשפט בחן את מידתיות ההסדר על-פי שלושת מבחני-המשנה – מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. בפסק-הדין התמקדו הצדדים בעיקר במבחן-המשנה השלישי, קרי, בשאלה אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שטמונה בהסדר הנתקף לבין הפגיעה בזכויות חוקתיות – במקרה הנוכחי בזכות לאזרחות – שנגרמת בעטיו. בית-המשפט העליון ציין כי הקושי העיקרי בהקשר זה נסב על האפשרות לשלול אזרחות ממי שנותר עקב כך חסר כל אזרחות,

65 ענמ"א (מנהליים מר') 39716-12-15 שר הפנים נ' מפארגה (נבו 17.6.2018).

66 עע"ם זיוד, לעיל ה"ש 27.

67 שם, בפס' 50 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

להבדיל ממי שאוחז באזרחות נוספת,⁶⁸ וקבע כי על-מנת שהסדר ביטול האזרחות בגין הפרת אמונים יצלח את מבחני המידתיות, יש לקרוא את הצירוף "רישיון לישיבה בישראל" כמתייחס לרישיון קבוע.

לאחר תיקון מס' 9 נחקקו שלושה תיקונים נוספים. ראשית, בשנת 2011, במסגרת תיקון מס' 10 לחוק האזרחות,⁶⁹ נוסף סעיף 11א, הקובע מסלול נוסף לביטול אזרחות (המסלול הפלילי). לפי סעיף זה, בית-משפט שהרשיע אזרח בעברה של מעשה טרור או בעברה חמורה אחרת רשאי, לבקשת שר הפנים, לבטל את אזרחותו הישראלית של המורשע, נוסף על כל עונש, בכפוף לדרישה שהוא לא ייוותר עקב כך ללא אזרחות. בהמשך, בשנת 2017, חוקק תיקון נוסף לחוק האזרחות, תיקון מס' 13,⁷⁰ הקובע כי הסמכות לקבוע איזה רישיון ישיבה יינתן למי שייוותר חסר אזרחות בשל ביטול אזרחותו מכוח סעיף 11(ב) או מכוח סעיף 11א לחוק תהא של שר הפנים, ולא של בית-המשפט. עוד נקבעו בתיקון מס' 13 הסדרים שונים באשר לדיון בבקשה לביטול אזרחותו של אדם בהעדרו, וכן נוסף סעיף 11(ד), המאפשר לבית-המשפט, לבקשת שר הפנים, לא להתיר את כניסתו לארץ של אזרח שהוגשה בקשה לביטול אזרחותו, ואשר יושב דרך קבע מחוץ לישראל, מטעמים של סכנה ממשית לבטחון המדינה או לשלום הציבור. לבסוף, בשנת 2018 אושר סופית תיקון מס' 30 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952,⁷¹ המקנה לשר הפנים סמכות לשלול תושבות-קבע של מורשעים בעברות בטחוניות.⁷²

בפברואר 2023 אושר סופית החוק לביטול אזרחותו או תושבותו של פעיל טרור שמקבל תגמול עבור ביצוע מעשה הטרור (תיקוני חקיקה), התשפ"ג-2023 (להלן: ההסדר החדש). בסעיף 1 לחוק נכתב כי "מטרת חוק זה היא לקבוע הליך ייעודי לביטול האזרחות או הרישיון לישיבת קבע בישראל והרחקתו מישראל של מי שנדון למאסר בפועל בעקבות הרשעה בביצוע מעשה טרור והוכח שהוא מקבל

68 שם, בפס' 62–66 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

69 חוק האזרחות (תיקון מס' 10), התשע"א-2011, ס"ח 733.

70 חוק האזרחות (תיקון מס' 13), התשע"ז-2017, ס"ח 460. הרקע לתיקון זה היה פרשת הריגול של חבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה לטובת ארגון חיזבאללה, שבעקבותיה נמלט בשארה לחו"ל. עקב כך זכה התיקון בכינוי "חוק עזמי בשארה". ראו לעניין זה גדעון אלון "ברוב גדול אושר חוק 'עזמי בשארה'" ישראל היום (6.3.2017) <https://www.israelhayom.co.il/article/457969>.

71 חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 30), התשע"ח-2018, ס"ח 228.

72 תיקון זה נחקק בעקבות פסק-הדין של בג"ץ בעניין אבו ערפה, שניתן בשנת 2017. באותו עניין פסל בג"ץ ברוב דעות את ההחלטה של שר הפנים לשלול את רישיון ישיבת-הקבע של פעילי חמאס המתגוררים במזרח ירושלים. ראו בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו) (13.9.2017).

תגמול בעד מעשה הטרור מהרשות הפלסטינית או מטעמה; נסיבות כאמור מעידות על השתייכותו של אותו אדם לרשות הפלסטינית שמעשיה מביאים לכך שאדם כאמור הוא חלק ממנה ומצדיקות את ניתוק זיקתו לישראל והרחקתו לשטחי הרשות הפלסטינית". ההסדר החדש קובע כי שר הפנים יוכל לשלול את האזרחות או מעמד התושבות ולגרש לשטחי הרשות הפלסטינית מחבלים שקיבלו שכר מהרשות בעבור מעשיהם, בין במישרין או באמצעות גוף זה, וזאת מבלי להתחשב בקיומו של הסייג בדבר העדר אזרחות חלופית. תיקון זה מבקש להסדיר גירוש של אזרחים ערבים-פלסטינים ותושבים פלסטינים של מזרח ירושלים שהתקיימו לגביהם התנאים האמורים שבסעיף 11(ב1) לחוק האזרחות אל שטחי הרשות הפלסטינית ורצועת עזה. התיקון קובע למעשה מסלול מנהלי קצר יותר מהמסלול המנהלי הקודם, אשר התנה את שלילת האזרחות בהגשת בקשה על-ידי שר הפנים ובאישורה על-ידי בית-המשפט. המסלול הקצר בא לידי ביטוי בקביעת שלושה תנאים – (1) ביצוע עברת טרור; (2) נשיאת מאסר בפועל בעקבותיה; (3) קבלת תשלום בעבור מעשה הטרור מהרשות הפלסטינית – אשר בהתקייםם יאבד הטרוריסט את אזרחותו. בהתאם לסעיף 11(ב1) ו-11(ב2) לחוק האזרחות, שיקול-דעתו של בית-המשפט בעניין מצומצם. על-פי התיקון, בהתקיים שלושת התנאים האמורים יודיע שר הפנים לאדם כאמור, בתוך שבעה ימי עבודה, על כוונתו לבקש מבית-המשפט לעניינים מנהליים לבטל את אזרחותו הישראלית, והבקשה תוגש בהסכמת שר המשפטים. בית-המשפט יהיה חייב להיענות לבקשת שר הפנים תוך שלושים יום, אלא אם כן שוכנע כי הבקשה אינה מוצדקת, מטעמים מיוחדים שיירשמו. בעניין ביטול תושבות תינתן הזדמנות של שבעה ימי עבודה להתנגד לסנקציה. לפי ההסדר החדש, מי שעבר את הפרוצדורה המתוארת יגורש עם סיום מאסרו.⁷³

יש לציין כי קיים מסלול נוסף לביטול תושבות-קבע, המצוי בסעיף 11א לחוק הכניסה לישראל: שר הפנים רשאי לבטל רישיון לשיבת-קבע בישראל אם הוכח להנחת דעתו כי בעל הרישיון עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת-ישראל (והחלטתו זו של שר הפנים ניתנת לתקיפה בבית-משפט לעניינים מנהליים). הדגש הוא במילה "רשאי", כלומר, השר רשאי לבטל תושבות אם מתקיים רק אחד מהתנאים. אך כאשר שלושת התנאים האמורים מתקיימים במלואם (הרשעה בעברת טרור, מאסר בפועל וקבלת תשלום מהרשות), השר חייב לפתוח בהליך: עליו לפנות לאותו אדם תוך שבעה ימי עבודה ולהודיע לו כי ככוונתו לשלול את תושבותו,

73 ראו לעניין זה מרכז עדאלה "בשקט ובתמיכה רחבה, ישראל מבססת שתי מערכות חוק לאזרחיה" שיחה מקומית (14.2.2023) <https://www.mekomit.co.il/ps/125295>.

ובמתחם של שבעה ימי עבודה אותו אדם רשאי לטעון את טענותיו; ככל שלא מוכח אחרת בנוגע לעניין התושבות, המחוקק מורה לשר להרחיק את אותו אדם לשטחי הרשות בתום תקופת מאסרו. בהליך זה, כאשר כל שלושת התנאים מתקיימים, אין לבית-המשפט יד בהליך.

סיכומם של דברים, בחוק האזרחות יש כיום ארבעה מסלולים לביטול אזרחות של אדם: הראשון מצוי בסעיף 11(א), והוא ביטול על יסוד פרטים כוזבים; השני מצוי בסעיף 11(ב), והוא מסלול מנהלי המסמיך את בית-המשפט לעניינים מנהליים, לבקשת שר הפנים, לבטל אזרחות של אדם שביצע אחת מהחלופות המצויות בסעיף; השלישי מצוי בסעיף 11א, והוא מסלול פלילי אשר מסמיך את בית-המשפט, לבקשת שר הפנים ולאחר שהרשיע אזרח בעברות מסוימות, לבטל את אזרחותו הישראלית; המסלול הרביעי מצוי בסעיף 11(ב), והוא מסלול מנהלי "קצר" המפרט שלושה תנאים שאדם המקיים אותם מאבד את אזרחותו. במסלול אחרון זה שיקול-דעתם של השר ובית-המשפט צומצם והוגבל באופן משמעותי – ברגע שאדם ממלא את התנאים האמורים, הן שר הפנים והן בית-המשפט מחויבים לשלול את אזרחותו, אלא אם כן שוכנע בית-המשפט, מטעמים מיוחדים בלבד, שביטול האזרחות אינו מוצדק. כלומר, במצב שבו אי-אפשר להצביע על פגם בהליך, שר הפנים ובית-המשפט מחויבים לבטל את האזרחות מבלי לעשות כלל שימוש בשיקול-דעתם.

(ב) תזכיר החוק בעקבות מלחמת חרבות-ברזל

בעקבות מתקפת הטרור הרצחנית של ארגון הטרור חמאס ב-7.10.2023 הוכרז על מצב מיוחד בעורף.⁷⁴ תזכיר חוק לביטול אזרחות או תושבות בגין מעשה שנעשה בעת מצב מיוחד בעורף (תיקוני חקיקה), התשפ"ד-2023,⁷⁵ מציג את העמדה שלפיה על מדינת-ישראל להתייחס באופן מחמיר ביותר למעשה של הזדהות עם ארגון טרור והסתה לטרור וכן למעשה של הפרת אמונים שנעשו בתקופה של הכרזה על מצב מיוחד בעורף, ולפעול לביטול מעמדו של מי שעשה מעשה כאמור והורשע בו.

לפי התזכיר, שר הפנים, בהסכמת שר המשפטים, יהיה מוסמך לשלול את אזרחותו של מי שהורשע בעברת הזדהות עם ארגון טרור או בעברה של הסתה לטרור לפי סעיף 24 לחוק המאבק בטרור או בעברה המהווה "מעשה של הפרת

74 החלטה 941 של הממשלה ה-37 "הארכת תוקפה של הכרזת שר הביטחון על מצב מיוחד בעורף" (8.10.2023).

75 תזכיר החוק נגיש בכתובת <https://did.li/S0XIC>.

אמונים" לפי סעיף 11 לחוק האזרחות, ככל שאלה בוצעו בעת "מצב מיוחד בעורף". כלומר, על-מנת לשלול אזרחות מוצע לדרוש הסכמה של שר המשפטים והמלצה של ועדה מייעצת, והחלטת השר תהיה כפופה לביקורת שיפוטית. שלילת האזרחות לא תהיה לפי הדין הקיים כיום, קרי, החלטה שיפוטית בבית-המשפט לעניינים מנהליים. על-פי תזכיר זה, עברות ההזדהות וההסתה כוללות מגוון רחב מאוד של התנהגויות.

על תזכיר זה הוגשה חוות-דעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה, הגורסת כי בהצעת חוק זו אין צורך, שכן ניתן להשיג את תכליתה בכלים שהדין הקיים מספק. בחוות-הדעת צוין כי ההצעה פוגעת באופן בלתי-מידתי בזכותו של אדם לאזרחות. כמורכב נטען כי ההצעה נוקטת פרוצדורה בלתי-ראויה, וכי התזכיר סותר את פסק-הדין בפרשת זיוד, אשר הותיר על כנו את ההסדר הקיים.⁷⁶

נוסף על כך, בעקבות מעורבותם של אזרחים ישראלים בהתפרעויות אלימות על רקע לאומי-אתני בעת מצב מיוחד בעורף, הוגשה הצעת חוק האזרחות (תיקון – ביטול האזרחות בגין מעשה אלימות בזמן מצב מיוחד בעורף),⁷⁷ שלפיה שר הפנים יוכל לפנות לבית-המשפט בבקשה לבטל את אזרחותו הישראלית של אזרח שהורשע במעורבות כאמור, שכן הקשר בין הזכות לאזרחות ישראלית לבין נאמנות למדינה הוא קשר בלתי-ניתן לניתוק.⁷⁸

(ג) ביקורת על שלילת אזרחות

יש הסוברים כי הפעלת הסמכות לשלילת אזרחות אינה עולה בקנה אחד עם הערכים הדמוקרטיים של מדינת-ישראל. גישה זו נובעת לעיתים מהחשש שהסמכות האמורה תופעל בישראל רק נגד אזרחים מהציבור הערבי, ולכן גם אם יש הצדקה לשלילת אזרחות מאזרח ערבי מסוים, יש להימנע ממנה כי יש בה כדי להכתים ציבור שלם על לא עוול בכפו.⁷⁹ כלומר, המתנגדים לשלילת אזרחות אינם חולקים

76 "תזכיר חוק ביטול אזרחות או תושבות בגין מעשה שנעשה בעת מצב מיוחד (תיקוני חקיקה), התשפ"ד 2023" (חוות-דעת של יובל שני, עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה 22.11.2023). <https://did.li/vN45q>.

77 הצעת חוק האזרחות (תיקון – ביטול האזרחות בגין מעשה אלימות בזמן מצב מיוחד בעורף), התשפ"ג-2022, פ/1052/25.

78 ראו שם, בדברי ההסבר.

79 כך, למשל, סבור ד"ר אריק כרמון, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה לשעבר, שדבריו מובאים במעריב 7.8.2002, 4: "יוזמתו של שר הפנים היא פסולה ועומדת בניגוד מוחלט לנורמות הדמוקרטיות, משום שהיא מכתימה ציבור שלם על לא עוול בכפו". על ביקורת זו שהושמעה כלפיו השיב שר הפנים: "אם אני אדע על יהודי שהניח מטען חבלה בתוך אוטובוס או היה

בנימוקיהם על הרציונל העומד מאחורי הסמכות לשלול אזרחות: חוסר נאמנות למדינה. נימוקיהם מתמקדים בחשש שאפשרות לשלול אזרחות ישראלית מערבים ישראלים מגדירה את כל הציבור הערבי בישראל כקהילה של אזרחים על תנאי:

”אמת, כי אזרחות כרוכה גם בחובות, וגם כאשר אדם לא עבר הליך התאזרחות אנו מניחים מכללא את מחויבותו למדינה ולחוקיה, מתוקף ההסכם האזרחי ההוגן שהוא נהנה מיתרונותיו. אך למדינה די כלים כדי להיאבק באי קבלת מרותה ולהעניש על עבירות פליליות, אם הן מתקיימות. נטילת אזרחות מאדם איננה דרך ראויה, על אחת כמה וכמה כאשר היא איננה מתבצעת בהליך שיפוטי אלא מוטלת כצעד מינהלי ענישתי, וכאשר היא מותירה את האדם מחוסר אזרחות. אפשר לכלוא אדם, כאשר בית המשפט מוצא אותו אשם בפלילים; לא מוצדק לשלול את אזרחותו.”⁸⁰

אלא שהסכמתי עם עצם הסמכות העקרונית שיש בידי המדינה לשלול את אזרחותם של הפועלים בניגוד לעיקרון המרכזי שבגיננו הם קיבלו את אזרחותם – קרי נאמנות – אינה הסכמה באשר לאופן הפעלת הסמכות.

על ההסדר החדש, שנדון בסוף חלק ב2(א), נמתחה ביקורת שמדובר בשלילה אוטומטית של שר הפנים, ללא גורם שיפוטי, ללא הליך הוגן וללא פתרון לאדם חסר אזרחות. נטען כי מתכונת זו מאפשרת שלילת אזרחות באופן שרירותי, בניגוד לעקרונות-יסוד של המשפט החוקתי הישראלי ושל המשפט הבין-לאומי.⁸¹

ענייננו אפוא בשאלה אם ההסדר החדש צפוי לקדם מדיניות חדשה אשר תעלה בקנה אחד עם הדין הבין-לאומי. כלומר, האם ההסדר החדש מתיישב עם האיסור בדבר שלילת אזרחות באופן המותיר את האדם ללא אזרחות כלשהי? יש הטוענים כי ההסדר ”אינו חוקתי בהיותו פוגע בזכויות יסוד ומנוגד להוראות המשפט הבינלאומי... לשונו המפורשת נועדה כי החוק יופעל אך ורק נגד פלסטינים”.⁸²

שותף לטרור לא אהסס לשלול את אזרחותו. דין יהודי כדין ערבי”. מזל מועלם “הרעיון הבא של ישי: שלילת זכויות חלקית” הארץ 7.8.2002, 2.

80 נעמה כרמי ויורם שחר “כביש עוקף לשיח הדמוקרטי” הארץ 24.10.2002 ב2.

81 “הצעות חוק ביטול אזרחות ותושבות של פעיל טרור המקבל תגמול עבור ביצוע מעשה טרור” (חות-דעת של יובל שני ועמיר פוקס, המכון הישראלי לדמוקרטיה 17.1.2023) <https://did.li/MYvIw>.

82 “הכנסת אישרה ברוב של 94-10 חוק שיאפשר שלילת מעמד וגירוש של פלסטינים” עדאלה <https://www.adalah.org/he/content/view/10792> (15.2.2023).

ההסדר; נהפוך הוא, הם מחריפים את הפגיעה בזכויות ומחדדים את התכלית הענישתית הפסולה שעומדת ביסוד התיקון. לא זו בלבד שההסדר מעביר אל האזרח או התושב את הנטל להוכיח כי הוא יוותר חסר אזרחות או מעמד-קבע במדינה כלשהי כתוצאה מהפעלת החוק לגביו, הוא גם הופך את ההוכחה כאמור לבלתי-אפשרית. יוצא שנושא עובדתי התלוי בראיות נהפך לפיקציה משפטית, המניחה את אישור העובדה ללא הצגת ראיות. לכן מדובר בשינוי המנוגד לזכות החוקתית להליך הוגן. זכות זו מחייבת שלא תישלל זכות-יסוד מאדם ולא תיפגע חירותו מבלי שהדבר יתבסס על ראיות ברורות וחד-משמעיות.⁸³ כמו-כן, מדובר בחוסר תום-לב, המתבטא בניסיון לגבור על אי-חוקתיותו של ההסדר ואי-התאמתו להוראת סעיף 8 לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות על-ידי יצירת חזקה פיקטיבית שלפיה אותם אנשים לא ייוותרו חסרי מעמד כתוצאה מהפעלת החוק לגביהם. לכן שינויים אלו מחריפים את הפגיעה בזכויות-יסוד, לרבות בזכות לחיי משפחה ולחופש התנועה, ואת חוסר המידתיות הקיצוני של ההסדר זה, אשר באופן ברור אינו מסתפק בפן ההצהרתי שנטען בפרשת זיוד,⁸⁴ אלא עומד על גירוש וניתוק של אזרחים ותושבים מקהילתם, מבתיהם וממשפחותיהם.⁸⁵ ההסדר החדש "נועד להוסיף עוד מסלול לשלילת אזרחות ותושבות, שכרוך בו גם גירוש לגדה המערבית או לרצועת עזה, ובכך להרחיב עוד יותר את הפגיעה הקיימת". תחת הסדר זה, "בין המועמדים לשלילת אזרחות ותושבות יכללו רק מי שהורשעו ונאסרו בגין ביצוע 'מעשי טרור' או מעשה 'בגידה', וכן עמדו בתנאי השני, שלפיו 'הוכח להנחת דעתו של שר הפנים' שקיבל כספים מן הרשות הפלסטינית 'בעד הפרת האמונים'". החוק קובע כחזקה כי "מי שקיבל כספים כאמור, ויתר על אזרחותו או תושבותו ולא נותר חסר אזרחות, ובכך [הוא] מנסה לדלג על החובה שהטיל בג"ץ על שר הפנים בפסק-דין זיוד [לספק מעמד קבוע למי שנותר ללא אזרחות]."⁸⁶

לעומת זאת, יש שיטענו כי התיקון האמור אינו סותר נורמות מן המשפט הבין-לאומי. סעיף 8 לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות קובע באופן חד-משמעי כי שלילת אזרחות או תושבות שכתוצאה ממנה יוותר האדם חסר אזרחות מותרת בנסיבות מסוימות.⁸⁷ סעיף 8(2) וסעיף 8(3) לאמנה מפרטים נסיבות המחריגות

83 על הזכות להליך הוגן, שבמסגרתו ניתנת לפרט אפשרות ממשית להתגונן מפני פגיעה בזכויותיו, ראו בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185 (1981).

84 ע"ם זיוד, לעיל ה"ש 27.

85 כפי שציין השופט עמית בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פס' 6 לפסק-דינו (נבו 23.4.2020), "מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה".

86 מרכז עדאלה, לעיל ה"ש 73.

87 ס' 8(2)–(3) לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות, לעיל ה"ש 45.

את האיסור המוכר שבסעיף 8(1) כאשר בחוק של המדינה קבועים איסורים בנוגע להתנהגויות כגון הפרת אמונים המתבטאת בקבלת תגמולים ממדינה אחרת תוך התעלמות מאיסור מפורש, התנהגות הפוגעת קשות באינטרסים החיוניים של המדינה, שבועה או הצהרה רשמית על נאמנות למדינה אחרת או מתן ראייה ודאית להחלטה לא להיות נאמן למדינה. מכך עולה כי באמנה אין איסור מוחלט להותיר אדם ללא מדינה, אלא מטרתה רק לצמצם את התופעה של מחוסרי מדינה, בכפוף לתנאים האמורים. על-מנת לקבל משכורת מהרשות, נדרש ממחבל ערבי-ישראלי מאמץ מיוחד, בשונה ממחבל פלסטיני תושב הרשות, אשר נכלל ברשומות של הממשל הפלסטיני. כלומר, עליו לחתום על טופס בקשה ולהגישו בצירוף מסמכים המעידים על ביצוע פעולות הטרור. מכיוון שיש נתק בין המחבל הישראלי לרשות הפלסטינית, כדי שהמחבל הישראלי יקבל את משכורתו, ובכלל זה את התוספת המיוחדת מתוקף היותו ישראלי, עליו לנקוט יוזמה ומאמץ רב יותר מאשר מחבל פלסטיני תושב הרשות; עליו לפנות לגורמים הרלוונטיים ברשות הפלסטינית, לצרף את כלל המסמכים הנדרשים, ולחתום על מסמך שבו הוא קובע למעשה את מיופה-כוחו.⁸⁸ מעבר לדרישה הפורמלית, חתימתו של המחבל הערבי-ישראלי על הטופס "טומנת בחובה משמעויות כבדות משקל: בכך המחבל חותם ויתור על שייכותו לחברה הישראלית וחותם על השתייכות לחברה הפלסטינית, ואף מעבר לכך – על שייכותו ל'מגזר הלוחם' של העם הפלסטיני, כפי שמגדירה הרשות במסגרת התשלומים".⁸⁹ בהתאם לחוק-היסוד של הרשות הפלסטינית, "כל ערבי שנוולד, בין היתר, בישראל זכאי למעמד כפלסטיני".⁹⁰ "לגישת הרשות הפלסטינית

88 ס' 3 להחלטת ממשלת הרשות הפלסטינית מס' 23 לשנת 2010, "בעניין תקנה לתשלום משכורת חודשית לאסיר", קובע, בין היתר, כי על האסיר להציג מסמכים כגון מסמך מקורי של הצלב האדום המעיד על מעצרו, כתב אישום של התביעה הישראלית, צילומי תעודות הזהות של האסיר ושל מיופה-כוחו, צילומים של תעודת הנישואים של האסיר ותעודות הלידה של הילדים, מספר חשבון בנק של מיופה-כוחו של האסיר באחד הבנקים בשטחי הרשות וגור-דין של בית-משפט בישראל. ס' 7 להחלטה האמורה קובע את העיקרון שלפיו הרשות הפלסטינית תשלם את משכורת המחבלים, ס' 5 להחלטה קובע את הדרך שבה המחבל הכלוא מגדיר מי יהיה "מיופה-כוחו" לצורך קבלת הכספים, וס' 8(2) להחלטה קובע כי מחבל "ישראלי" זכאי לתוספת מיוחדת. ראו לעניין זה "הצעת חוק לביטול אזרחותו או תושבותו של פעיל טרור שמקבל תגמול עבור ביצוע מעשה הטרור (תיקוני חקיקה), התשפ"ג-2022" (נייר עמדה, מכון מבט לתקשורת פלסטינית 16.1.2023) <https://did.li/8N45q> (להלן: נייר העמדה של מכון מבט לתקשורת פלסטינית).

89 "הפרת אמונים: שלילת אזרחות או תושבות ממחבלים שמקבלים שכר מהרשות הפלסטינית והרחקתם לשטחי הרשות תחזק את ההרתעה ומהווה אמצעי ענישה אפקטיבי מול מחוללי הטרור" 12 (נייר עמדה, הביטחוניסטים, מחלקת מחקר 7.2.2023) <https://did.li/Br0Nf> (להלן: נייר העמדה של הביטחוניסטים).

90 ס' 7 לחוק-היסוד המתוקן של הרשות הפלסטינית קובע כי "אזרחות פלסטינית תוסדר בחוק".

'הפנים' הוא כל שטח מדינת ישראל הריבונית... כאשר הרשות הפלסטינית מאשרת את בקשת המחבל הישראלי, ומשלמת לו את 'המשכורת', הלכה למעשה, היא נענית לבקשת המחבל, מכירה בו כפלסטיני שזכאי לתשלום, ומשלמת לו לא רק את התגמול בשל היותו פלסטיני שנאבק 'נגד הכיבוש' – קרי, חייל של הרש"פ.⁹¹ מבחינתן של שתי-עשרה מדינות באירופה, התגייסות לצבא זר מהווה עילה לביטול אזרחות. לפיכך "החשש ממעמד 'חסר מדינה' (stateless) אינו יכול להיות ישים למקרים של שלילת תושבות מאדם שהגיש בקשה וקיבל מעמד תושבות, מאחר שההנחה היא שמעמדו הקודם מספיק, הגם שהיה חסר מדינה לפני כן. בתור פלסטיני, יש לו זכאות לתושבות פלסטינית".⁹² כמו-כן יש לציין כי שופטים בבית-המשפט העליון קבעו לגבי מחבלים ישראלים כי "מעמדם הוא, כך יש להניח, כשל תושבי הרשות הפלסטינאית".⁹³

מכל האמור עולה כי קודם להסדר החדש כבר היו למדינה כלים יעילים להתמודדות עם התופעה של אזרחים ותושבים המפעילים נגדה טרור, וזאת מכוח חוק המאבק בטרור, חוק האזרחות וחוק הכניסה לישראל. כלומר, בהתאם לדין הבין-לאומי, העובדה שאותו אזרח מקבל תשלום מהרשות הפלסטינית אינה מעידה כי אפשר לשלול את אזרחותו היחידה, וזאת עקב אי-ההכרה ברשות הפלסטינית כמדינה עצמאית. מאידך גיסא, ניתן לומר כי אין צורך בקיומה של ישות מדינית, אלא ניתן להסתפק ברשות אוטונומית.⁹⁴ כך, כאשר רשות אוטונומית דוגמת הרשות

ס' 26 לאותו חוק-יסוד קובע כי לפלסטינים יהיו זכויות פוליטיות שונות (ביניהן הזכות להצביע בבחירות לפרלמנט הפלסטיני). The AMENDED BASIC LAW (Promulgated Mar. 18, 2003), <https://did/li/11qZH>.

91 נייר העמדה של מכוון מבט לתקשורת פלסטינית, לעיל ה"ש 88, בעמ' 5.

92 נייר העמדה של הביטחוניסטים, לעיל ה"ש 89, בעמ' 13.

93 עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 72, פס' יב לפסק-הדין של שופט המיעוט רובינשטיין.

94 המשפט הבין-לאומי מכוון בראש ובראשונה למדינות, והמדינות הן שיוצרות את המשפט הבין-לאומי. התנאים לקיומה של מדינה הם: (1) אוכלוסייה קבועה; (2) שטח מוגדר (אין חובה לרציפות טריטוריאלית); (3) ממשל אפקטיבי (דוגמה לקיומו של תנאי זה היא ממשלת חיזבאללה); (4) עצמאות בניהול יחסי חוץ. כמו-כן ראוי לציין כי הכרה על-ידי מדינות אחרות אינה מהווה תנאי לקיומה של מדינה. ראו לעניין זה *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, Dec. 26, 1933, 49 Stat. 3097, <https://did/li/iO45q>. קיימת הסכמה בין-לאומית רחבה לגבי זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית לאומית. בשנת 1988 הכריז ארגון אש"ף על הקמת מדינת פלסטין; בשנת 1994 הוקמה הרשות הפלסטינית בהתאם להסכמי אוסלו; בשנת 2011 הגישה הרשות הפלסטינית בקשה להתקבל כחברה באו"ם (הבקשה טרם הובאה להצבעה, נדרשת תמיכה של מועצת הביטחון); בשנת 2012 החליטה העצרת הכללית להעניק לפלסטין מעמד של "מדינה משקיפה שאינה חברה"; ובשנת 2021 קבע בית-הדין הפלילי בהאג (ICC), ברוב קולות, כי פלסטין היא מדינה חברה,

הפלסטינית פותחת את שעריה לפני מחבל ישראלי ומאפשרת לו ליהנות ממעמד פלסטיני, מזכויות שונות ומתגמול כספי נדיב מאוד בגין ביצוע מעשי טרור, תיחשב הרשות כמעניקה למחבל הישראלי אזרחות, ואותו מחבל בעל אזרחות ישראלית או תושבות-קבע ייחשב כמוותר על אזרחותו והשתייכותו לחברה הישראלית באופן המצדיק שלילת מעמד והרחקה.

לדעתי, יהא זה בלתי-סביר לאפשר קיומו של הליך של שלילת זכויות-יסוד חוקתיות מבלי שבית-המשפט יהווה גורם מרכזי ופוסק סופי בו. שלילה כזו, הכרוכה מטבעה בפגיעה קשה בזכויות אדם, ללא שיקול-דעתו החשוב של בית-המשפט עלולה לגרור ביקורת בין-לאומית חריפה. רק לבית-המשפט יש הידע הנרחב והמומחיות לערוך איזון ראוי בין כלל הערכים המוגנים על-מנת להגיע לתוצאה הצודקת והראויה ביותר.

ראשית, לעניין כלל המסלולים שצוינו לעיל, הסמכות להפעלת ההליך מצויה בתחום סמכותו של שר הפנים בלבד. ככל שהוא ימצא לנכון להפעיל סמכות זו, ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק, יעביר השר בקשה לבית-המשפט לעניינים מנהליים לצורך מתן אישור. עצם העובדה שאדם עשה מעשה של הפרת אמונים אינה מטילה על השר חובה לבטל את אזרחותו של אותו אדם (בכפוף לכך שלא מתקיימים שלושת התנאים שבסעיף 11(ב)(1) לחוק האזרחות ושאינן מדובר בשלילת תושבות על-פי חוק הכניסה לישראל). להפך, מעשה של הפרת אמונים הוא רק תנאי להפעלת הסמכות של השר; אם תנאי זה מתקיים, ורק אם הוא מתקיים, ניתן להפעיל את הסמכות. משמע, נדרש מעשה של הפרת אמונים כדי שהשר יהיה רשאי להחליט, לפי שיקול-דעתו, אם להגיש בקשה בדבר ביטול האזרחות אם לאו.

שנית, גם אם מתקיים התנאי של מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינה, על השר להפעיל את שיקול-דעתו. כלומר, הסמכות היא סמכות שבשיקול-דעת, ללא חובת הוכחה של אשמה כלשהי וללא כפיפות לדיני הראיות.

שלישית, הסייג האוסר שלילת אזרחות מאדם שזו אזרחותו היחידה מצוי בכלל המסלולים, למעט המסלול שבסעיף 11(א) בדבר פרטים כוזבים. באשר להסדר החדש, הקובע כי אדם אשר קיבל תגמול מהרשות הפלסטינית בגין מעשה טרור

ועל בסיס זה אישר לתובעת הראשית פאטו בנסודה לפתוח בחקירה על "פשעי מלחמה של ישראל" ולנהל את החקירה בכל רחבי השטחים. ראו לעניין זה איתמר אייכנר ואליאור לוי "בית הדין הפלילי בהאג: אור ירוק לחקירת פשעי מלחמה נגד ישראל" *ynet* (6.2.2021) <https://did.li/g6ex5>; וכן *International Criminal Court: Investigate Senior Israeli Army Lawyer for War Crimes, Crimes Against Humanity*, DAWN (Oct. 31, 2022), <https://did.li/IIkgT>.

רכש למעשה "מעמד קבוע בשטחי הרשות הפלסטינית" ולכן ניתן לשלול את אזרחותו ואף לגרשו לשטחי הרשות, ניתן לומר שאנו עלולים לעמוד בפני אותו מחסום בין-לאומי שהיה קיים גם לפני ההסדר החדש, מכיוון שהרשות הפלסטינית אינה מוגדרת מדינה עצמאית בדין הבין-לאומי, ולפי הדין הבין-לאומי ניתן לגרש אדם רק למדינה שהוא בעל אזרחות בה. לעומת זאת, יש שיטענו כי הרשות היא למעשה רשות אוטונומית, וניתן לגרש אליה אדם שרכש תושבות-קבע בשטחיה בכפוף לתנאים בחוק. אך שוב, הסיכויים שטענה זו תתקבל בדין הבין-לאומי הם קלושים, אם לא אפסיים.

רביעית, במסלול שבסעיף 11(ב1)(1) מוטלת חובה לשלול אזרחות באופן שאינו מאפשר כלל לבית-המשפט לבקר את ההליך ולהפעיל שיקול-דעת, וזאת בכפוף לכך שאין מדובר בנסיבות חריגות. עולה השאלה אם הסדר זה מצמצם או שמא מחמיר באופן בלתי-מידתי את עוצמת הפגיעה בזכויות-יסוד חוקתיות. עיקר תפקידו של בית-המשפט בסוגיה מהותית זו הוא לאזן בין ערכים ועקרונות נוגדים העומדים בבסיס המאבק של דמוקרטיה בטרור. זה תחום מומחיותו, שאינו קיים אצל שום גורם ממשלתי. ביקורת זו של בית-המשפט היא חשובה, ומהווה חלק ממערך האיזונים והבלמים של הרשויות במדינה דמוקרטית. אין זה סביר שסמכות גורפת כזו תהא נתונה בידי שר, שהוא גורם פוליטי וזמני (המתחלף בהתאם לשינויים במפה הפוליטית), ואשר אינו מומחה בדרישת המידתיות, המהווה מרכיב מרכזי בהפעלת הסמכות לשם הכרעה בכל מקרה שיש בו כדי להשליך באופן מהותי על זכויות אדם.⁹⁵ כאשר הפעלת סנקציה כזו תלויה בגורם פוליטי, קיים סיכוי סביר שהוא יערוך את מאזן הנזק מול תועלת בהתאם למאזן האינטרסים הפוליטי שלו (גם אם לא במודע או מתוך מניע פוליטי נסתר), ואל לה למדינה דמוקרטית לתת את ידה למצב כזה.

היעלה על הדעת שננקוט סנקציה כה חמורה של שלילת אזרחות מבלי לשמור על הערובות החוקתיות ההולמות את חומרת הסנקציה? ערובות חוקתיות אלו קיימות כל עוד ההליך הוא הליך שיפוטי ראוי. הסכנה שתישלל מאדם אזרחותו לא בצדק היא סיכון שאסור למדינה הדמוקרטית לשאתו. אמת, המדינה הדמוקרטית אינה יכולה להסתכן בהגנה על זכויות של אזרח שבחר להילחם בה יחד עם הטרור. על ישראל, המצויה במערכה קשה מול טרור רצחני וחסר מעצורים, לנקוט צעדים

95 יש לציין כי בטרם החליט שר הפנים אלי ישי לשלול את אזרחותו של אבו קישאק (ראו לעיל ה"ש 60), הוא נועץ ביועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין ובפרקליטת המדינה עדנה ארבל, ולאחר דיון ממושך הם קבעו כי שר הפנים אכן רשאי לשלול אזרחות, בכפוף לשימוע. ראו לעניין זה מעריב 7.8.2002, 4. כן ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11-12.

של דמוקרטיה המגינה על עצמה, וככזו עליה לזכור שלחברה דמוקרטית יש גבולות שהיא אינה חוצה, גם כאשר הדבר כרוך במחיר לא־קל.⁹⁶

(ד) התמודדות עם הביקורת – דיון נורמטיבי

ראינו כי במשפט הבין־לאומי אזרחות היא אחת הזכויות הבסיסיות של כל אדם, ומהווה חלק מזהותו. ובכל־זאת, גם במשפט הבין־לאומי אין פוסלים אפשרות של שלילת אזרחות. האיסור חל על שלילה שרירותית של אזרחות. האם שלילת אזרחותו של אזרח אשר במעשיו פוגע פגיעה חמורה בבטחון המדינה, ובמעשיו חובר לארגוני טרור שכל תכלית פעילותם היא להשמיד את מדינת־ישראל, יש בה כדי להוות שלילה שרירותית? לדעתי, התשובה על כך שלילית. אמת, שלילת אזרחות היא צעד דרסטי וקיצוני, שכן האזרחות כוללת בתוכה זכויות־יסוד אחרות, כגון הזכות לבחור ולהיבחר. למעשה, הזכות לאזרחות היא זכותו הבסיסית של האדם, שכן היא לא פחות מאשר "הזכות לקבל זכויות".⁹⁷

עם זאת, כאמור, אין מדובר בזכות מוחלטת.⁹⁸ משמע, בכל דיון בזכות חוקתית נדרשת ראייה מאוזנת המביאה בחשבון לא רק את זכותו של מי שמלין על הפגיעה, אלא גם את זכויותיהם של אחרים, העלולים להיפגע מן ההענקה הייחודית והבלתי־מאוזנת של הזכות. כאמור, על־פי הדין בישראל ניתן לפגוע בזכות לאזרחות, בין היתר, בעקבות מעשה של הפרת אמונים. לאחר רצח ראש ממשלת ישראל יצחק רבין הוגשה עתירה לבית־המשפט העליון בישראל שביקשה לשלול את אזרחותו של הרוצח יגאל עמיר. העותרת טענה כי הטעם המרכזי שבגינו יש לחייב את השר לשלול את אזרחותו של הרוצח הוא "שביטול האזרחות נדרש כדי להביע הסתייגות נחרצת של החברה המאורגנת מן המעשה הנורא של רצח ראש הממשלה".⁹⁹ בית־המשפט הסכים כי יש בביטול אזרחותו של הרוצח כדי להוסיף עוד דרך על הדרכים הרבות שבהן כבר הובעה ההסתייגות החברתית מהרצח, אולם אין זו הדרך היחידה. בין כותלי בית־המשפט ומחוץ להם כבר הביעה החברה זעזוע וסלידה מהרצח המתועב. הסמכות הייתה מסורה אז בידי של השר בלבד, וזה סבר כי אין בנסיבות אותו מקרה אינטרס ציבורי חיוני שיצדיק את ביטול

96 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817, 845 (1999).

97 INDEPENDENT COMMISSION ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN ISSUES, WINNING THE HUMAN RACE? 107 (1988) (ציטוט של נשיא בית־המשפט העליון האמריקאי לשעבר ארל וורן).

98 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221, 242 (1988).

99 עניין אלראי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 24.

אזרחותו של הרוצח. בית-המשפט קבע כי החלטת השר אינה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ולכן השאיר את ההחלטה על כנה.¹⁰⁰ לעומת זאת, נסיבות שבהן אזרח נוטל חלק בפעילות טרור יש בהן כדי להוות אינטרס ציבורי חיוני שיצדיק שלילת אזרחות. ודוק: עלינו לזכור כי אחד מיסודותיה של כל עברה פלילית הוא אינטרס ציבורי מוגן;¹⁰¹ מעשה אינו עברה פלילית אלא אם כן הוא פוגע באינטרס ציבורי.¹⁰² אין בכוונתי לטעון כי יש לשלול את אזרחותו של כל עבריין שיעבור על החוק הפלילי, וזאת אף שבמעשיו הוא פגע באינטרס ציבורי. טענתי מצומצמת לסוג מיוחד של עברות פליליות – עברות נגד בטחון המדינה, ובתוכן אני עוסק בעברה של מעשה טרור גרידא לפי חוק המאבק בטרור. אין כל היגיון להתיר לאזרח ישראלי שהחליט לסייע בידי הטרוריסטים לפגוע באזרחים ישראלים חפים מפשע להמשיך ליהנות מזכויות האזרח ומההגנה עליהן אם במעשיו הוא הפר את הזכות הבסיסית ביותר של האזרחים במדינתו – זכותם לחיים ולשלמות הגוף. כאשר אזרח מדינה רואה בשאר קבוצת האזרחים במדינתו אויב, לא ייתכן שהוא ימשיך להיות חלק מהקבוצה. במעשיו הוא בחר לצאת מהמעגל. ליציאה זו ממעגל האזרחים יש מחיר; שלילת אזרחותו היא לא יותר מאשר חלק אינטגרלי שתואם את מהות מעשיו, ויש בה כדי לסייע בידי המדינה לנהוג במידה הנדרשת נגד מי שפועל נגדה.¹⁰³

3. משפט משווה – ארצות-הברית

ארצות-הברית היא דוגמה למדינה שבה האזרחות מוקנית על בסיס של זיקת הווה ועתיד. כלומר, הענקת האזרחות מבוססת על המוכנות של החברים במדינה לחיות על-פי עקרונות מוגדרים שקבעו מייסדיה, מתוך הנחה שחיים לאור עקרונות אלו הם המתכונת לחיי הווה ועתיד רצויים. על כוונה זו ביססו האבות המייסדים של ארצות-הברית את ההשתייכות לחברה בה.¹⁰⁴

מעמדה של הזכות לאזרחות בארצות-הברית הוא חוקתי. לפי סעיף 1 לתיקון הארבעה-עשר לחוקה, כל אדם שנולד בארצות-הברית, גם להורים זרים, הוא

100 שם, בעמ' 26.

101 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין א 721–745 (1984).

102 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550 (1998); ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 500 (1997).

103 חיים משגב "לשלול זכויות ממשפחות מחבלים-מתאבדים" News1 (21.9.2001) <https://www.news1.co.il/Archive/003-D-644-00.html>

104 Charles R. Kesler, *The Promise of American Citizenship, in* IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE 21ST CENTURY 3 (Noah M.J. Pickus ed., 1998)

אזרח ארצות-הברית.¹⁰⁵ כמו-כן, ארצות-הברית הוקמה כמדינת הגירה, וכעיקרון היא לא קבעה אם לקלוט מהגרים ממוצא לאומי זה או אחר, אלא אפשרה כניסה אליה לכל מי שחפץ למקם את חייו בארצות-הברית.¹⁰⁶

האמנה האמריקאית לזכויות אדם קובעת בסעיף 20(2):

“Every person has the right to the nationality of the state in whose territory he was born if he does not have the right to any other nationality.”¹⁰⁷

במהלך השנים התפתחו בארצות-הברית גם דיני הגירה שאינם מעניינו של מאמר זה. עם זאת, מה שרלוונטי לענייננו הוא מרכיב הנאמנות בזכות לאזרחות בארצות-הברית. כדי ליהפך לאזרח, המתאזרח צריך להראות שהוא קשור לעקרונות החוקה ומכיר ומוקיר את הסדר הטוב והאוויר הגלומים בחיים במדינה.¹⁰⁸ כמו-כן עליו להישבע אמונים.¹⁰⁹

כלומר, ארצות-הברית אינה מכירה בהליך אוטומטי של התאזרחות. יש לציין שגם מי שנכנס לארצות-הברית כמהגר וקיבל מעמד של תושב-קבע אינו יכול ליהפך לאזרח ארצות-הברית אלא אם כן הוא חי בארצות-הברית תקופה של חמש שנים.¹¹⁰ לדעתי, תכליתה של דרישה זו היא למלא בתוכן את הרכיב ההכרחי של נאמנות בזכות לאזרחות, קרי, ליצור ניתוק בין המהגר לבין מדינת המקור שלו, ולאפשר לו ללמוד ולהפנים את עקרונות השיטה האמריקאית – חוקיה, תרבותה, ההיסטוריה הבסיסית שלה ושפתה.¹¹¹ התבחינים לשלילת אזרחות חלים על מהגרים כמו-גם על אזרחים באותו אופן.¹¹²

U.S. CONST. amend. XIV, § 1: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside”

DAVID S. WEISSBRODT, IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL 1–5 (4th ed. 1998)

Organization of American States, American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123

.8 U.S.C. § 1427(a) 108

.8 U.S.C. § 1448 109

.8 U.S.C. § 1427(a)–(b) 110

.8 U.S.C. § 1423 111

Marian Nash (Leich), *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 595, 598 (1993): “The Supreme Court has stated that there cannot be two classes of U.S. citizens based upon how that

המרכיב המשותף לכל התבחינים השונים שבגינם אזרח אמריקאי יאבד את אזרחותו הוא הנאמנות.¹¹³ כך, למשל שבועה למדינה אחרת או למשטר שלה,¹¹⁴ שירות בצבא של מדינה אויבת לארצות-הברית¹¹⁵ או הרשעה בכגייה¹¹⁶ מהווים עילה לביטול אזרחות אמריקאית. נשים לב שבניגוד לישראל, שבה קיימת הוראה כללית בחוק שמאפשרת לשלול את אזרחותו של אדם שהפר אמונים למדינה,¹¹⁷ בארצות-הברית ההוראה בחוק אינה עושה שימוש במושגים עמומים דוגמת "הפרת אמונים" או "נאמנות", אלא מפרטת את המקרים הספציפיים שבהם ניתן לדבר על שלילת אזרחות. כאמור, המאפיין המשותף לנסיבות השונות שבהן ניתן לשלול אזרחות בארצות-הברית הוא חוסר נאמנות. אך האם מכאן מתבקשת המסקנה שניתן לשלול בארצות-הברית אזרחות על בסיס חוסר נאמנות בנסיבות שאינן מפורטות בחקיקה הקיימת, כגון פעילות טרוריסטית של אזרח? בהנחה שהסנקציה של שלילת אזרחות היא סנקציה פלילית, במשפט פלילי החוק הוא לעולם הסדר שלילי, ואין יצירה של נורמות בדרך של היקש או בדרך של קל וחומר. לכן התשובה היא שלילית. לדעתי, ראוי לשלול מאזרח טרוריסט את אזרחותו, אך בשל אופיו המפורט של החוק בארצות-הברית בסוגיה זו, שלילת אזרחות בנסיבות אלו חייבת להיות מעוגנת בצורה מפורשת בחוק. חיזוק למסקנה זו אנו מוצאים בפסיקה האמריקאית, אשר מתאפיינת בפרשנות מצמצמת של החוק לצד דחיית הרעיון של שלילת אזרחות מאזרח אמריקאי על בסיס של חוסר נאמנות.¹¹⁸

8 "citizenship was attained, *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163 (1964). ראו גם 8 U.S.C. § 1481(a)(8): "A person who is a national of the United States, whether .by birth or naturalization, shall lose his nationality by..."

113 ראו 8 U.S.C § 1481(a)(4)(a).

114 8 U.S.C § 1481(a)(1)-(2).

115 8 U.S.C § 1481(a)(3).

8 U.S.C § 1481(a)(7): "committing any act of treason against, or attempting by 116 force to overthrow, or bearing arms against, the United States, violating or conspiring to violate any of the provisions of section 2383 of title 18, or willfully performing any act in violation of the section 2385 of title 18, or violating section 2384 of title 18 by engaging in a conspiracy to overthrow, put down, or to destroy by force the Government of the United States, or to levy war against them, if and when .he is convicted thereof by a court martial or by a court of competent jurisdiction"

117 ס' 11(ב) לחוק האזרחות.

118 ראו עניין *Trop*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 92-102; עניין *Mendoza-Martinez*, לעיל ה"ש 31; עניין *Afroyim*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 253-254; 252, 263 *Vance v. Terrazas*, 444 U.S. 252, 263; בעמ' 44 (1958) *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958).

אך האם לאחר 7.10.2023 – התאריך שבו תופעת הטרור והסכנות הרבות שהיא מקפלת בחובה נחשפו ברוב אכזריותן – ניתן עדיין לומר ששיתוף-פעולה עם טרוריסטים שכל מטרתם היא לפגוע באזרחי העולם החופשי, באזרחי הדמוקרטיה, הוא מעשה שאין בו בהכרח כדי לבטא חוסר נאמנות?! סבורני כי לא ולא. אומנם, לא כל הפרת חובה של האזרח גוררת אחריה שלילת אזרחות, אך יש הפרת חובה אחת שיש בה כדי לעבור את סף הסבולת של כל חברה, לרבות חברה דמוקרטית, והיא הפרת חובת הנאמנות בדרך של תמיכה בטרור. תמיכת אזרח בטרור היא מעבר להשתמטות מחובות האזרח. בתמיכה של אזרח במוקד העיקרי שמדינתו נלחמת נגדו יש כדי לבטא התנכרות עמוקה של האזרח לאזרחותו, המגלמת מסר סמוי של ויתור על אזרחותו. פרשנות כזו אינה פוגעת בזכות הבסיסית לאזרחות, שכן ויתור וולונטרי עליה הוא חלק מהזכות, והוא כאמור אופציה אפשרית גם בעיני אלה היוצאים נגד קיומה של סנקציה זו. יתרה מזו, נשים לב שבארצות-הברית הגישה השלטת להענקת אזרחות לזרים מעמידה במרכזה את מרכיב הנאמנות בהיבט הבטחוני.¹¹⁹

אמת, הזכות לאזרחות בארצות-הברית היא זכות חוקתית, וככזו עליה לקבל את כלל ההגנות המהותיות והפרוצדורליות שהחוקה מורה על-פי התיקונים החמישי והארבעה-עשר.¹²⁰ הגישה הראויה היא גישה שאינה רואה בזכות לאזרחות זכות מוחלטת שאינה ניתנת לאיזון כנגד אינטרסים אחרים של המדינה או זכויות אחרות של הציבור. מבחינה חוקתית ראוי להשקיף על הזכות לאזרחות כעל כל זכות חוקתית אחרת, קרי, כעל זכות יחסית.¹²¹

במבחן האיזון עלינו לזכור כי הטרור מגלם פוטנציאל ממשי לנזק מוחשי לבטחון המדינה ולפגיעה בחייהם של אזרחי הדמוקרטיה. לכן בנסיבות אלו, ובתנאי שהוכח מעל לכל ספק סביר כי המועמד לשלילת אזרחות שותף לפעילות טרור, ראוי

Lawrence E. Harkenrider, *Due Process or "Summary" Justice?: The Alien Terrorist Removal Provisions Under the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, 4 TULSA J. COMPAR. & INT'L L. 143, 155 (1996): "The alien, to whom the United States has been traditionally hospitable, has been accorded a generous and ascending scale of rights as he increases his identity with our society. Mere lawful presence in the country creates an implied assurance of *safe conduct* and gives him certain rights; they become more extensive and secure when he makes preliminary declaration of intention to become a citizen, and they expand to those of full citizenship upon naturalization" (ההדגשה הוספה).

120 זוהי זכות-יסוד המוגנת על-ידי קריאה מהותית של סעיף ההליך התקין של התיקון החמישי לחוקה. ראו *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

121 Aleinikoff, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1485.

שהאינטרס הציבורי יגבר על האינטרסים הפרטיים של המועמד ויוביל לשלילת אזרחותו.¹²²

בשנים האחרונות הוגשו בארצות-הברית כמה הצעות חוק שנועדו לאפשר קביעה של אובדן אזרחות לגבי אזרחים שהיו מעורבים בטרור, אך אף אחת מהן לא עברה עד כה את כל שלבי החקיקה.¹²³

ג. עונש הגירוש

בפרק הקודם דנו במצבים שבהם ניתן לבטל את אזרחותו של אדם, וראינו כיצד הדבר משתלב במדינה דמוקרטית. במצב שבו מדינה דמוקרטית שוללת את אזרחותו של אדם אשר בגד בה ופעל נגדה בדרך של טרור, האם ההמשך המתבקש הוא גירושו של אותו אדם? הרי רק גירוש משטח המדינה והרחקתו של אותו אדם מאזרחי המדינה יכול למנוע את הסיכון הנובע מאותו אדם לבטחון המדינה. בפרק זה נבחן אם ראוי שמדינה דמוקרטית תפעיל עונש של גירוש, ואם על הרשויות המוסמכות להשתמש בגירוש ככלי עונשי.

1. מקורותיו ההיסטוריים של עונש הגירוש

מבחינה היסטורית רואים בגירוש עונש שתוצאתו אינה שונה במהותה מזו של עונש מוות: מסירים מהחברה את הפרטים אשר הוכח כי יש בהם כדי להוות סכנה לקהילה,¹²⁴ כפי שמסביר ההיסטוריון A.G.L. Shaw.¹²⁵

122 על נסיבות שבהן ראוי שאינטרס ציבורי יגבר על אינטרס פרטי ראו, Elliott M. Abramson, *Reflections on the Unthinkable: Standards Relating to the Denaturalization and Deportation of Nazis and Those Who Collaborated with the Nazis During World War II*, 57 U. CIN. L. REV. 1311, 1349 (1989).

123 ראו ס' 501 להצעת החוק לקידום הביטחון הלאומי שהוגשה בשנת 2003, שם הוצע לקבוע חזקה שלפיה הצטרפות לארגון טרור או מתן סיוע חומרי לארגון טרור הם בגדר ויתור מרצון על האזרחות. Timothy Scahill, *The Domestic Security Enhancement Act of 2003: A Glimpse into a Post-PATRIOT Act Approach to Combating Domestic Terrorism*, 38 J. MARSHALL L. REV. 327 (2004). בשנים 2014–2019 הוגשו הצעות חוק שנועדו לאפשר את שלילת אזרחותם של אזרחי ארצות-הברית שהיו מעורבים בפעילות של ארגון המדינה האסלאמית (דאעש), ואשר לפיהן מעורבות כאמור כמוה כוויתור מרצון על האזרחות האמריקאית. ראו, למשל, Terrorist Denaturalization and Passport Revocation Act, H.R. 178, 114th Cong. (2015).

124 J.M. BEATTIE, *CRIME AND THE COURTS IN ENGLAND 1660–1800*, 473 (1986)

125 A.G.L. SHAW, *CONVICTS AND THE COLONIES: A STUDY OF PENAL TRANSPORTATION FROM GREAT BRITAIN AND IRELAND TO AUSTRALIA AND OTHER PARTS OF THE*

מדובר באמצעי עונשי המופעל כנגד התנהגות פלילית, שמטרתו להרחיק מהחברה, לארץ רחוקה, פושעים שהורשעו בפלילים.¹²⁶ במשפט הביין-לאומי גירוש הוא העברה בכפייה של אדם מוגן מתחומי השטח הריבוני אל מחוץ לו. מקובל לראות בהוצאתו של אדם ממקום מגוריו ובהעברתו הכפויה למקום אחר פגיעה קשה בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת-גג לראשו, אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים.¹²⁷ כמה וכמה זכויות בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא-רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחציית גבול מדיני.¹²⁸ האיסור החל במשפט הביין-לאומי על גירוש והעברה בכפייה של אנשים מוגנים אל מחוץ לשטח כבוש מעוגן בסעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית.¹²⁹ האיסור הוא איסור מוחלט לכאורה – העברה בכפייה או גירוש של יחידים או של רבים אסורה, תהא הסיבה אשר תהא.¹³⁰ עם זאת, סעיף 49, בפסקתו השנייה, קובע חריג שלפיו כאשר הדבר דרוש לבטחונה של האוכלוסייה או מטעמים צבאיים מכריעים, ניתן לבצע פינוי חלקי וזמני של האוכלוסייה האזרחית מאזור מסוים בתוך השטח הכבוש. כלומר, בעוד פינוי אוכלוסייה אזרחית על-ידי העברה ממקום למקום בתוך השטח המוחזק מותר למען צורכי ביטחון של האוכלוסייה או בשל טעמים צבאיים מכריעים, כאמור בפסקה השנייה של הסעיף, האיסור החל על גירוש מעבר לגבול,

BRITISH EMPIRE 21 (1966): "Execution is a simple punishment, quick, effective, economical, but not merciful. Hence perhaps the resort to what seemed to many to be the next best thing—banishment. This at least satisfied the society from which the criminals were expelled, if no one else. There was no need to worry about their behavior in the future"

Javier Bleichmar, *Deportation as Punishment: A Historical Analysis of the British Practice of Banishment and Its Impact on Modern Constitutional Law*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 115, 129 (1999)

Maria Stavropoulou, *The Right Not to Be Displaced*, 9 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 689, 717 (1994)

FRANCIS M. DENG, INTERNALLY DISPLACED PERSONS: COMPILATION AND ANALYSIS OF LEGAL NORMS 14 (1998)

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War art. 49, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית): "Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive"

130 ראו לעניין זה בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 70 (עמדת המיעוט של השופט בך). (1988)

לפי הפסקה הראשונה, הוא מוחלט. הפרת האיסור החל על העברה בכפייה של אזרחים מוגנים נחשבת הפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה.¹³¹ בהקשר זה יש לציין את סעיף 78 לאמנה, הדין בריתוק למקום מגורים ובמעצר של אנשים המסכנים את בטחון הציבור.¹³² מקריאת סעיף זה לצד סעיף 49 לאמנה מתבקשת המסקנה כי כאשר מדובר בשטח הנמצא תחת כיבוש, האנשים המוגנים הנוגעים בדבר ייהנו מהוראות סעיף 49, ואי-אפשר לגרשם. חלף זאת ניתן להכניסם למגורים במקום קבוע בגבולות המדינה הנמצאת תחת כיבוש.¹³³

2. האם גירוש הוא בהכרח ענישה קיבוצית? מהי הפרשנות הראויה לסעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית?

גירוש נתפס כעונש קיבוצי, ומכאן הפסול המוסרי שדבק בו לכאורה: הבסיס לאיסור ענישה קיבוצית בכל דין הוא העיקר המוסרי שעל-פיו כל אדם הוא ישות אוטונומית העומדת בפני עצמה, והוא בלבד אחראי למעשיו ונושא בתוצאותיהם. איסור מפורש של ענישה קיבוצית נקבע בסעיף 33 לאמנת ז'נווה הרביעית.¹³⁴ פרופ' דינשטיין סבור כי שיטת הפרשנות הראויה לאמנות היא שיטת הפרשנות הטקסטואלית, שלפיה המובן הטבעי והרגיל של המילים בהקשרן גובר הן על הכוונה המקורית של הצדדים והן על מטרת האמנה.¹³⁵ לדעתו, "ברור בעליל, כי הפיסקה מנוסחת בלשון של איסור מוחלט שאין לו כל חריג. סייג המבוסס על סדר

131 ס' 147 לאמנת ז'נווה הרביעית, לעיל ה"ש :129: "Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention:... unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person..."

132 שם, בס' 78: "If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment. Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay. In the event of the decision being upheld, it shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body set up by the said Power"

IV THE GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949: COMMENTARY 368 (Jean S. Pictet ed., 1958) (להלן: פרשנות של אמנת ז'נווה).

134 ראו שם, בעמ' 224–229.

135 יורם דינשטיין "גירושם משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג 403 (1988).

צבאי וביטחון האוכלוסייה האזרחית מופיע אמנם בסעיף 49. אך הדברים אמורים לא בפסקה הראשונה (העוסקת בגירוש-הגלייה אל מחוץ לטריטוריה הכבושה) אלא בפסקה השנייה (המתייחסת לפינוי זמני, שיכול ואף צריך להעשות בתוך הטריטוריה הכבושה).¹³⁶ לפיכך סעיף 49, בחלקו האוסר גירושים אל מחוץ לטריטוריה הכבושה, חל על גירושים המוניים כמו-גם על גירושים של יחידים.

כך סבור גם שופט בית-המשפט העליון בישראל השופט בך: "נוסח הסעיף, גם בהדבק הדברים ועל רקע האמנה בשלמותה, אינו סובל, לדעתי, את הפירוש, לפיו מכוון הוא למנוע אך ורק מעשים כגון אלה שבוצעו על-ידי הנאצים מטעמים גזעיים, אתניים או לאומיים. אל לנו לסטות, בדרך הפרשנות, ממובנן הברור והפשוט של מלות החיקוק, כאשר לשון הסעיף היא חד-משמעית, וכאשר הפירוש הלשוני אינו עומד בסתירה למטרת החיקוק ואינו מביא לתוצאה בלתי הגיונית או אבסורדית".¹³⁷ לעומת זאת, יש הסבורים כי יש לפרש את סעיף 49 באורח מצומצם, כנוגע אך ורק בגירושים שרירותיים של קבוצות אזרחים למטרות שעבוד, השמדה וטעמים אכזריים דומים, כפי שנעשה בזמן מלחמת-העולם השנייה.¹³⁸

לדעתי, יש לפרש את ההוראה באמנה בהתאם לכללי המשפט הבינ-לאומי בדבר פרשנות, כפי שהם באים לידי ביטוי באמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969 (להלן: אמנת וינה).¹³⁹ אמנה זו נכנסה לתוקף רק בשנת 1980, וסעיף 4 לאמנה זו קובע כלל של אי-תחולה למפרע.¹⁴⁰ עם זאת, אבקש להסתייע בהוראות הפרשנות שבאמנה כדי להכריע בשיטת הפרשנות הראויה. סעיפים 31 ו-32 לאמנת וינה, הדנים בפרשנות, מורים כי אמנה תתפרש בתום-לב, וכי ניתן להידרש לאמצעי פרשנות משלימים. לכאורה, הרישא של סעיף 31(1) מעידה כי האמנה מבקשת לתת תמיכה לזרם הפרשני הדווקני, השם דגש בנוסח הכתוב. אולם הסיפא של סעיף 31(1) וסעיף 32 יוצרים סינתזה בין גישת הפרשנות הפורמלית לגישת הפרשנות התכליתית:

136 יורם דינשטיין "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ז 188, 193 (1979).

137 עניין עפו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 71.

138 בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 626-628 (1980) (להלן: עניין קוואסמה 2).

.Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331 139

"Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States"

"משמע, הוראות האמנה מותירות מקום ושטח פעולה נרחב, המאפשרים בחינתה של המטרה שהביאה לכריתתה. מתאפשר אף מתן הדעת לעבודות ההכנה המתארות את הרקע לכריתת האמנה, בגדר חומר היכול להשלים את הבנת הנוסח כפשוטו ואת מטרתו והיקף תחולתו".¹⁴¹

כאמור, אמנת וינה אינה חלה על אמנת ז'נווה שבה אנו עוסקים, אך בחינת התכלית החקיקתית היא בכל מקרה בין עקרונות הפרשנות המוכרים.¹⁴² יוצא אם כן שההכרעה בדבר הפרשנות הראויה תלויה בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 49, אשר תווה עבורנו את תכלית ההוראה. האם תכליתה מצומצמת למניעת גירושים שרירותיים גרידא או שמא תכליתה רחבה יותר ומיועדת למנוע כל גירוש? ניתן לטעון כי התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 49 מלמדת כי הטיוטה לאמנה הוכנה על-ידי ועדה של הצלב האדום, והוגשה לכינוס הבין-לאומי החמישה-עשר של הצלב האדום, שהתכנס בטוקיו בשנת 1934. סעיף 19(ב) לטיוטה עוסק בגירוש וקובע:

"גירושים אל מחוץ לשטחה של המדינה הכבושה הם אסורים, אלא אם כן הם פינויי אוכלוסין המיועדים, לנוכח ממדיהם של מבצעים צבאיים, להבטיח את בטחונם של התושבים".¹⁴³

ועדת מומחים מטעם הממשלות שהכינה את הטיוטות הראשונות לאמנות ז'נווה לאחר מלחמת-העולם השנייה, הסתמכה באופן נרחב על טיוטת טוקיו, וניסחה מחדש את הסעיף האמור כדלקמן:

"גירושים או העברות של יחידים או של המונים, הנעשים תחת לחץ פיזי או מוסרי, למקומות מחוץ לשטחים כבושים, ומכל מניע שהוא – אסורים".¹⁴⁴

נוסח זה, כך טוענים, הוא שהיווה את הבסיס לסעיף 49, ומכאן שאיסור הגירושים

141 עניין עפו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 17.

J.G. STARKE, AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 510 (8th ed. 1977) 142
Draft International Convention on the Condition and Protection of Civilians
of Enemy Nationality Who Are on Territory Belonging to or Occupied by a
Belligerent, art. 19, Tokyo, 1934, <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/320-IHL-43-EN.pdf>

144 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 153 (נבו 13.8.2002) (כתב עתירה).

מקורו לפני מלחמת-העולם השנייה, והוא לא בא בתגובה על הגירושים ההמוניים שאירעו במהלכה. ההשפעה שהייתה למוראות המלחמה על נוסח הסעיף התבטאה בהרחבת היקף תחולתו, כך שהוא אוסר גם העברה בכפייה, ולא רק גירושים, וכן אוסר גירוש אדם מכל מניע שהוא.¹⁴⁵ לעומת זאת, ניתן לטעון כי הרקע שעמד לנגד עיניהם של מנסחי האמנה היה המלחמה האחרונה (כלומר, מלחמת-העולם השנייה), וכי השימוש במונח deportation נעשה בהקשר של הגירושים, מחנות הריכוז ותפיסת בני-ערובה כפי שאירעו במהלך אותה מלחמה.¹⁴⁶ Pictet מסביר את הישגיה של האמנה בהשוואה למצב ששרר לפנייה. הוא מזכיר את נסיונות-השווא של הוועדה הבין-לאומית של הצלב האדום בשנת 1921 לאסור הוצאה להורג של בני-ערובה וגירושים, ומתאר את סבלה של האוכלוסייה האזרחית בזמן מלחמת-העולם השנייה.¹⁴⁷ הוא ממשיך וקושר את סעיף 49, שאוסר גירושים, לתיאור הבא:

”כאשר חושבים על מיליוני האנשים שהועברו ממקום למקום בכפייה במהלכו של הסכסוך האחרון, ועל סבלותיהם הגופניים והנפשיים, אפשר רק לברך בהכרת-טובה על הנוסח [של האמנה], אשר שם קץ לנהגים הלא-אנושיים הללו.”¹⁴⁸

כלומר, מטרת החקיקה של סעיף 49 וההקשר הענייני הם שהאוכלוסייה לא תשמש עוד מטרה למעשי שרירות ולניצול לא-אנושי; לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושים המוניים להשמדה והזזות אוכלוסייה המוניות מסיבות מדיניות או לתנויות או לשם עבודות-כפייה. כפי שהבין את הדברים הנשיא שמגר בעניין עפו:

”אין המדובר בהקשר זה, ואף לא ברמז, על סילוקו מן השטח של מחבל, מסתנן או סוכן האויב, אלא על ההגנה על כלל האוכלוסייה האזרחית בתור שכזאת מפני גירוש, מאחר שהאוכלוסייה הכללית הפכה יותר ויותר לקורבן ישיר של המלחמה על-אף אופיה האזרחי ועל-אף אי-מעורבותה בלחימה הפעילה.”¹⁴⁹

כלומר, אמנת ז'נווה הרביעית לא באה לפגוע בחובתה של המדינה להגן על

145 שם.

RICHARD I. MILLER, THE LAW OF WAR 88 (1975) 146.

Jean S. Pictet, *La Croix-Rouge et les Conventions de Genève*, 76 RECUEIL DES 147 COURS 1, 96 (1950).

148 שם, בעמ' 109–110.

149 עניין עפו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 26.

אזרחיה ולנקוט את האמצעים הדרושים לשם בטחונה היא.¹⁵⁰ לפי עמדה זו, הטעם המצדיק נקיטת עונש של גירוש הוא מניעת סכנה הנובעת מהמגורש.¹⁵¹ לדעתי, הפרשנות המעדיפה לראות את איסור הגירוש כאיסור שאינו מוחלט מתחייבת לא רק מן המטרה החקיקתית של ההוראה, אלא גם מהגישה הראויה שלפיה למרות הפגיעה הקשה בזכויות אדם הנגרמת על-ידי הגירוש, שום זכות אינה מוחלטת.¹⁵²

ודוק: אין לדעתי כל הבדל בעניין זה בין מגורש שהוא טרוריסט חבר בארגון טרור לבין אזרח שפעילותו נושאת אופי טרוריסטי חבלני.¹⁵³ לא נעלמה מעיני הוראת סעיף 4 לאמנת ז'נווה הרביעית, המורה כי האמנה חלה על אנשים מוגנים, ולעניין זה אנשים מוגנים הם אלה שנמצאים – במקרה של התקפה או כיבוש – בשליטתו של צד לסכסוך שהם אינם אזרחיו.¹⁵⁴ יוצא שמי שנכנס בגדר אדם מוגן כולל מסתנן, מרגל ואף כל מי שבא לשטח לא כדין בדרך כלשהי, כל עוד הוא אינו אזרח של המדינה הכובשת. פרשנות מילולית כזו של סעיף 4, בשילוב עם סעיף 49 לאמנת ז'נווה, מובילה לתוצאה שהיא בלתי-סבירה, עד כדי אבסורדית, שכן יוצא שחוקיותו של השטח המוחזק אינה רלוונטית, ודי בהימצאות פיזית בשטח להקנות חסינות מוחלטת מפני גירוש. כמו-כן יש לשים לב להוראת סעיף 5 לאמנה, העוסקת במפורש במחבלים וקובעת כי אדם החשוד בחשד של ממש בפעולה לרעת המעצמה הכובשת יראו אותו – מקום שהביטחון מחייב זאת – כאילו הפסיד את זכויות הקשר שלו לפי האמנה.¹⁵⁵ את הסעיפים השונים באמנה

JEAN PICTET, HUMANITARIAN LAW AND THE PROTECTION OF WAR VICTIMS 115 150 (1975).

Mark D. Allison, *The Hamas Deportation: Israel's Response to Terrorism During the Middle East Peace Process*, 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 397, 430 (1994)

152 בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו"ד (6) 352, פס' 15 (2002).

153 Emanuel Gross, *Use of Civilians as a Human Shield: What Legal and Moral Restrictions Pertain to a War Waged by a Democratic State Against Terrorism*, 16 EMORY INT'L L. REV. 445 (2002)

154 ס' 4 לאמנת ז'נווה הרביעית, לעיל ה"ש 129: "Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals"

155 שם, בס' 5: "Where in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the occupying power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present convention"

יש לפרש באופן שיתיישבו זה עם זה. לא ייתכן שסעיף 49 בא לסתור את סעיף 5 ולהגן על מחבלים מפני סנקציה של גירוש. מעבר לכך, סעיף 147 לאמנה אוסר "unlawful deportation". מכלל הלאו נשמע ההן – האיסור חל על גירוש בלתי-חוקי, ומכאן שיתכנו מקרים שבהם הגירוש חוקי. קריאה שלמה של האמנה מצביעה על הצורך בקריאה צרה של איסור הגירוש, בעיקר כדי להימנע מתוצאה בלתי-סבירה שלפיה לכובש אין יכולת לשמור על בטחון השטח ותושביו.¹⁵⁶ אין באפשרותי להסכים לפרשנות שמעניקה הגנה לטרוריסטים. כאמור, למי שעוסק בפעילות טרור, בין שהוא חבר בארגון טרור ובין שהוא אזרח הפועל באופן עצמאי, אין זכות מוקנית לחסינות מפני גירוש. גירוש אינו סנקציה שאסורה באופן מוחלט, אלא ניתן להפעילה כאשר המטרה העיקרית המונחת בבסיסה היא מניעה, ומניעת מסוכנות של טרוריסטים היא אמצעי הכרחי שהדמוקרטיה חייבת להשתמש בו.

בית-המשפט העליון בישראל קבע כי גירוש יכול להתבצע רק כאמצעי מניעה, כאשר נשקפת סכנה ברורה ומיידית לשלום האזור ותושביו אם המועמד לגירוש יישאר בשטחים. אין הגירוש יכול לשמש עונש על פשעי עבר או אמצעי להרתעת אחרים, שכן לשם כך קיימת המערכת המשפטית.¹⁵⁷ זו הסיבה לדעתי שכאשר אנו עוסקים בפשע של טרור יש להפוך את האמצעי של גירוש לאמצעי עונשי המשלים את העונש של שלילת אזרחות.

יש הטוענים כי מדינה אינה יכולה לגרש אזרח מאזרחיה:

"...על כל פנים מוטלת עליהן [על המדינות] חובה שבדין להכיר בזכות אזרחיה לשבת על אדמתה. ואף גם זאת חובה בינלאומית היא, ולא רק חובה של המדינה כלפי אזרחיה בלבד: אין צריך לומר שמדינה המגרשת אזרחיה מגבולותיה מעמיסה מעמסה על מדינה אחרת או על מדינות אחרות. התנהגות המדינות, במילוי חובה שבדין,

156 ראו גם Kenneth J. Bialkin, *Interpreting Article 49*, NAT'L L.J., Oct. 31, 1988, at 13, 16-17 (הקובע כי פרשנות רחבה ומילולית של סעיף 49 תוביל לתוצאות מעוותות וטוען כי המונח "גירוש בלתי-חוקי" מצביע על תקפותם של גירושים חוקיים).

157 בג"ץ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 271 (1989): "אין המשיב רשאי להשתמש בסנקציה זו של הוצאת צווי גירוש רק במטרה להרתיע אחרים. זו כזה הינו לגיטימי רק אם מוציא הצו משוכנע, כי האדם המיועד לגירוש מהווה סכנה לכיטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולה של סכנה זו". ראו גם בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456 (1991): "סמכות הגירוש היא מניעתית, פניה אל העתיד, והיא באה למנוע סכנה של ממש הצפויה לאזור מן המגורש, שלא ניתן למנועה בדרך אחרת, אלא על דרך גירוש".

באסרן על עצמן לגרש אזרחיהן מאדמתן, אוניברסלית היא ותדירה ועולה לכדי נוהג של משפט העמים".¹⁵⁸

אזרח טרוריסט שאזרחותו נשללת בעקבות חוסר נאמנות בולט וקיצוני למדינתו אינו עוד אזרח, ולכן אין לו שום זכות ישיבה בתוך השטח הריבוני של המדינה אשר נגד קיומה ונגד בטחון אזרחיה הוא פעל. גירוש ושלילת אזרחות בנסיבות כאלה הם אמצעי מתאים למטרה. ודוק: עליו להדגיש כי אני תומך בהפיכתן של סנקציות אלו לסנקציות המוטלות על הנאשם על-ידי בית-המשפט, ורק בנסיבות של טרוריסטים שנשקפת סכנה מהם. בכך העונש מבטא לא רק גמול על פשעי עבר, אלא יש בו יסוד נוסף, יסוד מניעתי, ומכאן שאין מדובר בעונש קיצוני, אלא מידתי, שאינו פוגע בזכויותיו של הטרוריסט יתר על המידה, שכן כחלק מהחירות שלו הוא החליט לשתף פעולה עם הטרור. חירות זו אינה מוגנת בשום רובד נורמטיבי משפטי, גם לא מבחינה חוקתית. יתרה מזו, פגיעה בחירות שלו על-ידי מאסר בלבד לא תהווה עונש ההולם את חומרת מעשיו. העונש ההולם את חומרת מעשיו בנסיבות שבהן אנו עוסקים אינו עונש דרסטי, שכן הוא עולה בקנה אחד עם תכלית פעולותיו של הנאשם: הנאשם חותר תחת קיומה של המדינה הדמוקרטית, כלומר אינו מעוניין ליטול חלק בה ובמוסדותיה, ושלילת אזרחות וגירושו הם לא פחות מאשר "מענה לבקשתו".

כפי שמסביר Weis, אחד המרכיבים הגלומים במושג האזרחות הוא הזכות להתיישב ולשבת בטריטוריה של מדינת האזרחות, ומן ההיבט המשלים – חובת המדינה להעניק ולהתיר ישיבה זו לאזרחיה. החובה המוטלת על המדינה כלפי אזרחיה, על-פי חוקיה המוניציפליים שלה, היא גם חובה שלה כלפי מדינות אחרות, ונהייתה לחבות שלה על-פי המשפט הבינ-לאומי.¹⁵⁹ Goodwin-Gill מסביר כי התנאי הראשון והכללי ביותר המגביל את הגירוש הוא שלא ישתמשו באמצעי זה אלא כלפי זרים, ולכן כתוצאה ישירה של זכות הגירוש התגבשה חובת המדינות לקבל לשטחן את אזרחיהן שגורשו ממדינה אחרת.¹⁶⁰ איני חולק על חובתה של מדינת האזרחות לקבל את אזרחיה לשטחה ולהעניק להם את הזכות לשבת על אדמתה. השאלה שאני מבקש לשאול היא אם לפי המשפט הבינ-לאומי מדינת האזרחות יכולה להתנער מחובתה זו על-ידי פעולה חד-צדדית של שלילת אזרחות.

158 עניין קוואסמה 2, לעיל ה"ש 138, בעמ' 639.

P. Weis, NATIONALITY AND STATELESSNESS IN INTERNATIONAL LAW 49 (1956) 159

GUY S. GOODWIN-GILL, INTERNATIONAL LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS 160
BETWEEN STATES 201 (1978).

יש העונים על כך בשלילה. לדעתם, האפשרות לגרש אזרח מדינה אינה מתאפשרת גם אם תקדים המדינה לשלול את אזרחותו בטרם תגרשו. כך סבור Brownlie, למשל. לטענתו, אם מדינה פלמונית תנסה לנער את חוצנה מאזרחיה המגורשים ממדינה אחרת על-ידי ביטול אזרחותם, כי אז יהא בביטול האזרחות משום הפרת חובתה הבינ-לאומית.¹⁶¹ לדעתי, צעד מקדים של שלילת אזרחות של אזרח שנהיה טרוריסט אינו הפרת חובה בין-לאומית של המדינה. כפי שהסברתי, האיסור הבינ-לאומי חל על שלילת אזרחות שרירותית.¹⁶² אזרח שבחר לשלב יד אחת עם הטרור נהפך למעשה לזר. שלילת אזרחותו היא רק הגושפנקה הפורמלית להתנהגותו דה-פקטו. סמכות הגירוש, מצומצמת ככל שתהא, חלה על זרים, ומכאן שצעד מקדים של שלילת אזרחות בנסיבות אלו ולאחר-מכן גירוש אינם בבחינת הפרה של המשפט הבינ-לאומי.

יש לציין כי בעובדה ששלילת אזרחותו תהפוך אותו לחסר אזרחות אין כדי למנוע צעד זה. הסברתי שאמנת האומות המאוחדות אינה שוללת אפשרות שלפיה אדם יהא חסר אזרחות בנסיבות שבהן הוא נכשל בהוכחת נאמנות למדינתו.¹⁶³ יתרה מזו, יש הסבורים כי נושא הגירוש ממדינה לא זכה עדיין בקונקרטיזציה במישור הבינ-לאומי הכללי, וכי האיסור היחיד חל על שרירותיות.¹⁶⁴ אמת, סעיף 9 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם אוסר הגליה (גירוש) שרירותית.¹⁶⁵ לפיכך מתבקשת המסקנה שגירוש מותר אלא אם כן הוא נובע מטעמים שרירותיים. יש הטוענים כי איסור השרירות בא נוסף על איסור אי-החוקיות, ולא במקומו. כלומר, מקום שהגירוש מלכתחילה יש בו משום הפרה של משפט העמים, שאלת השרירות אינה צריכה להתעורר, והוראת סעיף 9 אינה צריכה לחול.¹⁶⁶ לדעתי, יש בעייתיות בפרשנות מעין זו, שכן אם גירוש מוגדר מראש כאסור מבחינה חוקית, אזי אין טעם לאסור את הפעלתו רק מטעמים שרירותיים. הכלל, כפי שהוא מנוסח בסעיף 9 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, מציג היתר לגירוש בכפוף לחריג האוסר שרירות.

161. IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 383 (2d ed. 1973)

162. ס' 15 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 42.

163. ראו בפרק ב, בטקסט המפנה לה"ש 46–47.

164. יורם דינשטיין המשפט הבינלאומי האל-מדינתי 163 (1979).

165. ס' 9 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 42: "No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile"

NEHEMIAH ROBINSON, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ITS ORIGIN, SIGNIFICANCE, APPLICATION, AND INTERPRETATION 113 (1958); עניין קוואסמה 2, לעיל ה"ש 138, בעמ' 647.

זאת ועוד, את הוראות המשפט הביין-לאומי יש לקרוא ולפרש בהתאם לשינוי העיתים.¹⁶⁷ עלינו להבין שאנו מתמודדים עם רשת גרורות של טרור ואיבה הפרושה עמוק בחלקיו השונים של המערב. מצב כזה אינו מאפשר לנו לקרוא את האיסורים שהוטלו על גירוש ושליטת אזרחות כמוחלטים. לכל כלל יש חריג. אמת, הסנקציות שאנו דנים בהן הן סנקציות חמורות, ולכן על החריג להיות מצומצם ככל האפשר, אך עליו להיות קיים. הטרור הוא איום חמור ומסוכן מדי, שאינו מאפשר לדמוקרטיה להימנע מהפעלת סנקציות אלו, אשר שילובן ירחיק ממנה את אלה המאיימים לקום מתוכה ולחסלה.

3. שלילת אזרחות וגירוש או שלילת זכויות אזרחיות

קיומה של אפשרות חוקית לשלול אזרחות מאזרחים טרוריסטים ולאחר-מכן לגרשם מהמדינה אינה סוף פסוק. עלינו לבדוק אם מבחינה מעשית ניתן לשלב את שלילת האזרחות עם גירוש. כלומר, עונש הגירוש מותנה באכיפתו. לכן אי-אפשר להסתפק בבחינת המישור החוקי. כדי לשלב את הסנקציות, עלינו לבחון כעת את יישומן בפועל, במציאות שאין בה מדינות קולוניאליות. מה תעשה מדינה ששללה מאזרח שלה את אזרחותו ורוצה כעת לגרשו? האם היא רשאית לגרשו לכל מדינה? האם חלות עליה מגבלות מסוימות?

ראינו שבשגרה הביין-לאומית מקובל שכל מדינה ומדינה חייבת לקבל את אזרחיה כאשר המדינה שבה הם נמצאים מגרשת אותם. אך כעת השאלה היא הפוכה – האם מדינה כלשהי חייבת לקבל "אזרח לשעבר" של מדינה אחרת? גירוש אזרח אפשרי רק אם מדינה אחרת הסכימה לפתוח את שעריה לפניו. ברור כי החובה לקבל אזרחים אינה מתייחסת לאזרחים בעבר, אלא לאזרחים בהווה אשר מוכרחים או רוצים לשוב לארצם.¹⁶⁸ מדינה המתבקשת לקבל אדם שמדינתו שללה ממנו אזרחותו מתבקשת למעשה לקבל זר לשטחה. להלכה אין שום הוראה בין-לאומית המחייבת את המדינות להתיר לזרים כניסה לתחומיהן. ההסבר לכך נעוץ בעקרון הריבונות, שממנו נובעת זכותה של כל מדינה להחליט על כניסת זרים לתחומיה, על תקופת שהייתם בה ועל זכויותיהם וחובותיהם, ומהרעיון של שיתוף-פעולה בין המדינות נובע ההסדר המקובל בתחום זה ביחסים הביין-לאומיים.¹⁶⁹ כלומר, העיקרון הכללי הוא שאין זר יכול להיכנס לתחומי המדינה אלא בהסכמתה,

167 ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421, 427 (1980).

168 מריון מושקט הלכה ומעשה ביחסים הבינלאומיים 359 (1959).

169 "אין לפקפק בכך שהריבון יכול להחליט איזה זר [הוא] יהיה מוכן לארח... איזה זר יכול לכפות את עצמו על מארח [ש]אינו רוצה בו?" בג"ץ 43/26, 3 קפ"ד 987.

והסכמה זו באה לידי ביטוי בהטבעת אשרת כניסה על דרכון זר. אין המדינה חייבת להעניק אשרות כניסה לזרים, והיא זכאית לסגור את שעריה בפני זרים בכלל או בפני זרים מסוימים בפרט, לפי שיקול-דעתה המוחלט.¹⁷⁰

בענייננו ניתן להצביע על שני חריגים לכלל זה. החריג הראשון הוא הסכם מיוחד בין המדינות שלפיו מדינה אחרת ששותפה להסכם מתחייבת לקבל אזרח שנשללה אזרחותו על-ידי מדינה אחרת ששותפה להסכם. אמת, חריג זה הוא מלאכותי. עקרון הריבונות, המעגן את זכותה של מדינה לסרב לקבל זר לשטחה, הוא גם העיקרון שמחייב אותה כעת לקבלו לשטחה, שכן מדינות המקבלות על עצמן התחייבויות בדרך של הסכם מבטאות בכך את ריבונותן.¹⁷¹ החריג האחר, שאף הוא חריג לכאורה בלבד, הוא בנסיבות שבהן המדינה ששללה אזרחות מאזרח טרוריסט שלה מבקשת כעת לגרשו למדינה שנותנת חסות לטרור ואשר בשמה ועבורה פעל אותו טרוריסט. במצב כזה קשה לדבר על זכותה להתנגד לקבלו; להפך, היות שהוא פעל בשמה ולמען קידום האינטרסים שלה, ואף מקבל תגמול בעבור מעשה הטרור, יש הסכמה משתמעת שלה לפתיחת שעריה לפניו. הסברתי את חשיבותו של רכיב הנאמנות בזיקה שבין אדם למדינתו המתבטאת באזרחות.¹⁷² התנגדותה לקבלו כעת – משנחשפה תמיכתה בטרור, אשר באה לידי ביטוי, בין היתר, בהפעלת אותו אזרח של הדמוקרטיה בפעילות טרור – עשויה להיות מובנת מטעמים בין-לאומיים דיפלומטיים-פוליטיים, אך אי-אפשר למצוא לה הסבר מוצדק מטעמים ענייניים. לכן הדרישה ממנה לפתוח את שעריה לפניו אינה פוגעת בריבונותה; להפך, היא רק ביטוי למתן החסות שלה לפעילותו של אותו אזרח. התנערותה כעת ממתן חסות זו אינה מתקבלת על הדעת.

מכאן ששני החריגים שהצגתי הם מלאכותיים. אף אחד מהם אינו מספק פתרון לסיטואציה שבה מדינה שללה מאזרח טרוריסט שלה את אזרחותו וזה אינו פועל מטעמה של מדינה כלשהי שנותנת חסות לטרור, אלא בשמו של הטרור כתופעה בין-לאומית. בשני החריגים אין כדי לפגוע בעקרון הריבונות של המדינה, ולא בכדי.

170 יורם דינשטיין סמכויות המדינה כלפי פנים 141 (1972); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892).

171 ראו לעניין זה את חוות-דעתו של בית-הדין הביין-לאומי הקבוע לצדק משנת 1931 בעניין איחוד המכס האוסטרו-גרמני. בחוות-הדעת הדגיש בית-הדין כי מושג הריבונות נעוץ במצב שבו המדינה כפופה אך ורק למרותו של המשפט הביין-לאומי. ההתחייבויות שהמדינות מקבלות על עצמן, אף שהן מגבילות במידה מסוימת את ריבונותן, אינן סותרות את עקרונות הריבונות, אלא דווקא מחזקות אותם: *Customs Union (Austro-German) Case 1931*, Publications of the Permanent Court of International Justice, A/B41.

172 ראו לעיל בפרק ב למאמר זה.

סוגיה זו מורכבת יותר כאשר מדובר בפליטים המצויים בסכנת חיים. בהתאם לאמנת הפליטים משנת 1951, כאשר פליט בורח ממדינתו, אין להחזירו למדינה שבה נשקפת סכנה חמורה לחייו או לחירותו. בסיטואציה זו, כאשר אין לפליט אזרחות נוספת, אי-אפשר לגרשו למדינה אחרת ללא הסכמתה, וכך נוצר מצב שבו זכות המדינה להחליט לאילו זרים להעניק אשרת כניסה נהפכת למוגבלת.¹⁷³

במשפט הבינ-לאומי אין הסדר לגבי מקרים מיוחדים שבהם אדם מגורש ממדינה מסוימת אך אין לאן לגרשו.¹⁷⁴ הסדר כזה יהיה חייב לעגן מרכיבים של כפייה על המדינה, ומכאן הקושי הרב להגיע להסדר בין-לאומי בסוגיה זו. יש לציין שכתוצאה מלקונה זו במשפט הבינ-לאומי קבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי תקופת מעצרו של שוהה בלתי-חוקי בארצות-הברית שהוחלט לגרשו, ואשר מוחזק במעצר לצורך חיפוש אחר מדינה שתסכים לקבלו, חייבת להיות מוגבלת לזמן סביר.¹⁷⁵ אם במשך זמן סביר לא נמצאה מדינה שתסכים לפתוח את שעריה לפניו,¹⁷⁶ יש לשחררו מהמעצר.¹⁷⁷ יוצא אפוא שבהעדר פתרון במשפט הבינ-לאומי יישאר הזר בשטחה של המדינה שהוא נמצא בה כעת.

לכן, לדעתי, בהעדר משפט כתוב מיוחד, הדבר צריך להיות מוסדר על-ידי המשפט הפנים-מדינתי. עליו לתת את המענה למקרה שבו, מחד גיסא, המדינה שללה את אזרחותו של אדם, ומאידך גיסא, אין לאן לגרשו. המשפט הפנים-מדינתי צריך להתאים את חוקיו לנסיבות מסוג זה, ולהסדיר את המשך החזקתו של אותו אדם שאינו בעל מעמד של אזרח. ניתן לעשות זאת על-ידי מתן אישור שהייה זמני במדינה, שיואריך מדי תקופה בכפוף למגבלות בטחוניות דרושות. אך אישור שהייה זה חייב להתאים לדרישות המשפט הבינ-לאומי בעניין זכויות האדם. קרי, גם אם

.Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 U.N.T.S. 137 173

174 הניסיון לקבוע את ההוראות הבינ-לאומיות העוסקות בכניסה לשטחן של מדינות נכשל בוועידת פריז בשנת 1929: Comptes Rendus de la Conférence Internationale sur le

Traitement des Etrangers, 1 session, Paris 5, XI-5, XII 1929, Geneve 1930

175 *Zadvydass v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). יש לציין כי פסק-הדין מציין מפורשות שהגבלת זמן המעצר לזמן סביר אינה חלה כאשר הגירוש של הזר נעוץ בסיבה בטחוניית המבוססת על פעילות טרוריסטית שלו. במקרה כזה, אם לא נמצאה מדינה המוכנה לקבלו, הוא יישאר במעצר. ראו שם, בעמ' 696–697.

176 פסק-הדין מתאר את החיפוש אחר מדינה כזו ואת סירובן של המדינות לקבל את הזר. שם, בעמ' 684.

177 שם, בעמ' 699: "[W]e conclude that, once removal is no longer reasonably foreseeable, continued detention is no longer authorized by statute." יודגש כי מצב הדברים המתואר כאן צריך להביא בחשבון אפשרות שקודם לכן נשפט אותו אדם בשל מעשי הטרור שלו וסיים לשאת את עונשו, וכעת, לאחר שגורש, הוא ממתין למציאת מדינה שתסכים לקבלו.

אין הוא עוד אזרח במדינה, עליה לאפשר לו לחיות ברמת-סף של כבוד, על כל המשתמע מכך. נזכור שמדינה חייבת להתנהג לזרים שבשטחה על-פי "עקרון רמת-הסף של זכויות" (International Minimum Standard), שלפיו יש להתנהג כלפי זרים לפי המקובל במדינות תרבותיות. זהו עיקרון עמום, אך נהוג לקרוא לתוכו את החובה לגלות כלפיהם יחס הומניטרי, ובכלל זה לאפשר להם פנייה לבתי-משפט מקומיים ולספק להם הגנה על החיים, החירות והרכוש, כל עוד הדבר אינו מנוגד לסדר הציבורי הפנים-מדינתי.¹⁷⁸ מכאן, בדרך של קל וחומר, המדינה חייבת לנהוג על-פי עקרון-הסף הזה כלפי מי שבעבר היה אזרח שלה וכעת איננו עוד אך נמצא עדיין בשטחה. זהו עיקרון המטיל חובה בין-לאומית על כל מדינה, גם על זו שבשטחה מצוי זר שלה, כלומר, מי שבעבר היה אזרח שלה. אך נדגיש, אין פירוש הדבר שמוטלת על המדינה החובה לנהוג כלפיו ביחס שווה לזה שהיא נוהגת כלפי אזרחיה. אילו כך היו פני הדברים, לא היה כל טעם בהצעה לשלול את אזרחותו של טרוריסט שאין לאן לגרשו. למדינה מותר להפלותו לעומת אזרחיה, כל עוד ההפליה רלוונטית ונעשית לתכלית ראויה. כך, למשל, המדינה רשאית למנוע ממנו עיסוק בתחומים מסוימים שיש להם היבט בטחוני. הגבלה זו היא עניינית, ונובעת מהעובדה שאזרחותו נשללה בשל טעם בטחוני כבד – טרור. אך ההגבלה חייבת להיות מידתית, ועל-כן אין המדינה רשאית להגביל לחלוטין את זכותו לעיסוק ולפרנסה, דהיינו, למחיה ברמת-סף של כבוד. המדינה רשאית גם למנוע מאותו אזרח לשעבר הטבות סוציאליות מסוימות (כגון חינוך חינם) והשתתפות בחיים הפוליטיים שלה,¹⁷⁹ אך אין היא רשאית למנוע ממנו תנאי-סף של מחיה.¹⁸⁰

פתרון אחר למקרה שבו אין לאן לגרש את האזרח הטרוריסט שנשללה אזרחותו ניתן לאמץ מהמשפט בארצות-הברית, והוא יהיה מקביל במהותו לפתרון שהצעתנו לעיל. בארצות-הברית עונשו של אדם שהורשע בעברות פליליות מסוימות¹⁸¹ אינו

178 מושקט, לעיל ה"ש 168, בעמ' 368.

179 דינשטיין, לעיל ה"ש 170, בעמ' 142.

180 *Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*, 4 R.I.A.A. 77 (Nov. 2, 1926). זהו פסק בוררות בעניין תביעת פיצויים שהגישה ארצות-הברית נגד מקסיקו בגין החזקתו של אזרח אמריקאי במעצר זמן ממושך בתנאים לא-אנושיים. מקסיקו טענה כי האזרח האמריקאי הוחזק באותם תנאים כמו האסירים המקסיקאיים. פסק הבוררות מדגיש שהמבחן אינו אם יש שוויון ביחס כלפי זרים וכלפי אזרחים, אלא אם היחס לזרים תואם את הסטנדרטים המקובלים בעולם התרבותי. שם, בעמ' 80.

181 ראו *OFFICE OF THE PARDON ATT'Y, U. DEP'T OF JUSTICE, CIVIL DISABILITIES OF CONVICTED FELONS: A STATE-BY-STATE SURVEY* app. B (1996). ראו גם Megan's Law, 42 U.S.C. §§ 14071–14072 (1999). חוק מייגן מחייב רישום של עברייני מין

מתמזה בתקופת מאסר,¹⁸² אלא גם לאחריה חלות עליו סנקציות נלוות שמשמעותן היא למעשה שלילת זכויות אזרחיות ופוליטיות.¹⁸³ כך, למשל, בשנות השמונים של המאה העשרים החלו להטיל בארצות-הברית הגבלות על זכותם של עבריינים לשאת נשק אישי ואף על זכויותיהם ההוריות,¹⁸⁴ וכן לשלול את זכאותם להטבות ממשלתיות.¹⁸⁵ הסנקציה המשמעותית ביותר היא שלילת זכות הבחירה, שכן בלעדי זכות זו קשה לראות באותו אזרח חבר אמיתי בקהילת הדמוקרטיה שבמדינתו.¹⁸⁶ זכות הבחירה בארצות-הברית נשללת בדרך-כלל מעבריינים שהורשעו בעברה של בגידה.¹⁸⁷ גם באירופה בגידה היא אחת העברות שבגינן ניתן לשלול מאדם את זכותו הפוליטית הבסיסית – זכות הבחירה.¹⁸⁸ יש הסבורים כי הגבלה מסוג זה עומדת בסתירה למשפט הבין-לאומי,

מורשעים מסוימים, ומאפשר יידוע של הקהילה, על-מנת להתריע בפני חבריה בדבר נוכחותם של עברייני מין מורשעים בקהילתם.

Andrew von Hirsch & Martin Wasik, *Civil Disqualifications Attending* 182
Conviction: A Suggested Conceptual Framework, 56 CAMBRIDGE L.J. 599 (1997)

Nora V. Demleitner, *Preventing Internal Exile: The Need for Restrictions on* 183
Collateral Sentencing Consequences, 11 STAN. L. & POL'Y REV. 153, 162 (1999):
"Collateral sentencing consequences... further serve to reinforce the political,
economic and social exclusion of the ex-offender from the polity"

Theresa Walker Karle & Thomas Sager, *Are the Federal Sentencing Guidelines* 184
Meeting Congressional Goals?: An Empirical and Case Law Analysis, 40 EMORY
.L.J. 393, 437-438 (1991)

Recent Legislation: Welfare Reform—Punishment of Drug Offenders—Congress 185
Denies Cash Assistance and Food Stamps to Drug Felons—Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, 110 HARV. L. REV.
.983, 984 (1997)

Heather Lardy, *Citizenship and the Right to Vote*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 75, 186
.86 n.48 (1997)

Alice E. Harvey, *Ex-felon Disenfranchisement and Its Influence on the Black Vote*: 187
The Need for a Second Look, 142 U. PA. L. REV. 1145, 1146 n.6 (1994): "Some states disenfranchise all felons, while others exclude only those who have committed ALA. CONST. art. VIII, § 182 enumerated offenses or 'infamous crimes'" (disqualifying from voting "those who shall be convicted of treason, murder, arson, embezzlement, malfeasance in office, larceny, receiving stolen property... robbery... burglary, forgery, bribery"); ARIZ. CONST. art. 7, § 2 ("No person... convicted of treason or felony [shall] be qualified to vote in any election..."); UTAH CONST. art. IV, § 6 ("disenfranchising persons committing treason and election offenses only...")

Nora V. Demleitner, *Continuing Payment on One's Debt to Society: The German* 188

שכן סעיף 25 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מבטיח לאזרחים את זכותם לבחור ולהיבחר למשרות ציבוריות.¹⁸⁹ אולם הרישא של הסעיף אינו מדבר על זכות מוחלטת שאין להגבילה לעולם, אלא רק דורש מהמדינות לא להטיל הגבלות בלתי-סבירות על הזכות.¹⁹⁰ מכאן שהגבלת הזכויות לבחור ולהיבחר עשויה להיות סבירה בנסיבות מסוימות.¹⁹¹

אכן, גם אני סבור שהנסיבות של שלילת זכות הבחירה מאזרח חייבות להיות מוגבלות למקרים שבהם האזרח פעל בניגוד לתכליתן של הזכויות הפוליטיות, כלומר, למקרים שבהם הוא הביע חוסר נאמנות למדינתו וחוסר רצון להיות חלק מהקהילה, ובפעילותו הוא מהווה איום עליה. לדעתי, אזרח שהורשע בפעילות טרוריסטית עונה על תנאים אלו, ולכן הגבלת זכויותיו הפוליטיות תהא סבירה. לפיכך, במקרים שבהם אין לאן לגרש אזרח שהורשע בפעילות טרוריסטית – ובכך הפגין חוסר נאמנות בוטה כלפי מדינתו המצדיק את שלילת אזרחותו – ניתן להימנע משלילת אזרחותו ולהסתפק בשלילת זכויות אזרחיות ופוליטיות שלו, בהתאם לחומרת פעילותו הטרוריסטית. עלינו לזכור כי מטרתה של שלילת האזרחות היא לאפשר את גירושו של האזרח הטרוריסט מהמדינה שנגדה ונגד חבריה הוא פעל. אך בנסיבות שבהן המקרה אינו נכנס לחריגים שהזכרתי אי-אפשר לגרשו, ומכאן גם שאין נפקות מעשית לשלילת אזרחותו, וזו מתייתרת. עליו להישאר במדינתו. אך כאמור, המדינה, בעזרת המשפט המקומי-המדינתי, צריכה ליצור נורמות חוקיות שתכליתן לטפל באזרח שהביע במעשיו הפליליים הטרוריסטיים אי-רצון מובהק להיות חלק ממנה. נורמות אלו יורו על שלילת זכויות אזרחיות ופוליטיות מאותו אזרח שהורשע בפעילות טרור. באופן זה לא נאפשר לו חזרה לחברה ולמסגרת הקהילה, כאילו הוא מעולם לא ניסה להרוס את התשתית של אותה מסגרת על-ידי שיתוף-פעולה עם האויב הכי גדול שלה – הטרור. החוקים צריכים למנוע את אפשרותו להשתתף בבחירת השלטון, ובפרט לשלול

Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative, 84 MINN. L. REV. 753, 761 (2000).

189 ראו Demleitner, לעיל ה"ש 183, בעמ' 160.

190 ראו ס' 25 רישא לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 43: "לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות, ללא כל הפליה מן ההפלות שצויינו בסעיף 2 וללא הגבלות בלתי-סבירות" (ההדגשה הוספה).

191 בגרמניה, למשל: "The offenses which allow the court to deny an offender the right to vote are assumed to be those whose commission will or is likely to undermine the foundation of the state or constitutes tampering with elections" ראו Demleitner, לעיל ה"ש 188, בעמ' 761.

ממנו את זכות הבחירה. כן יש לשלול ממנו את הזכות להיבחר או לכהן בתפקיד ציבורי. ניתן גם לשלול ממנו הטבות סוציאליות או כלכליות אחרות הניתנות במסגרת פעולות הממשל לטובת אזרחיו. ראוי לדעתי שבית-המשפט, במסגרת גזר-דינו, יפרט את הסנקציות שיתלוו לעונשו העיקרי של הנאשם. הסיבה לכך כפולה. ראשית, היא נעוצה בעובדה שהמונח "טרור" טרם זכה בהגדרה בין-לאומית מוסכמת.¹⁹² פעולות שונות עשויות להיחשב פעולות טרור, והחוק אינו יכול לצפות את מגוון ההתנהגויות שהמציאות הדינמית עשויה להעניק להן אופי טרוריסטי. לכן ראוי שבית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו בכל מקרה לגופו, ויקבע, לפי הנסיבות שבהן הורשע האזרח בפעילות טרור, אם יש לצרף סנקציות נלוות המעוגנות בחוק, ואם כן – אילו מהן. שנית, בשלילה זו של זכויות יש לראות לדעתי סוג של עונש,¹⁹³ וככזה עליו להיות בסמכות שיפוטית, ולא בסמכות אחרת.

כמו-כן איני סבור כי ראוי שהחוקים השונים שיעגנו את מגוון הסנקציות הנלוות ידברו בלשון מוחלטת. אין מקום לשלילה מוחלטת של כל הזכויות לאחר הנשיאה בעונש. כלומר, שלילה מוחלטת של הזכות לבחור ולהיבחר בספרה הציבורית היא ראויה, ועולה בקנה אחד עם תכלית פעולותיו של אזרח טרוריסט, אך שלילת הזכות לעבוד באופן מוחלט, ולא רק במשרות ציבוריות כלשהן המעניקות שירות לציבור, תמנע ממנו את הזכות להתקיים ברמת-סף של כבוד. ראוי לדעתי להקיש מהנורמה במשפט הבין-לאומי החלה על זרים בשטחה של מדינה, אשר מחייבת את המדינה לנהוג כלפיהם על-פי עקרון רמת-הסף של זכויות. מדינה אשר מוצאת לנכון לשנות את חוקיה באופן שיטיל סנקציות עונשיות נוספות על אזרח טרוריסט שהורשע בפעילות טרור ונשא בעונשו חייבת להתייחס לעקרון רמת-הסף של זכויות, ולשלול מאותו אזרח זכויות אזרחיות ופוליטיות שונות רק עד לאותו סף, אשר אין להמשיך לרדת ממנו. בכל פגיעה של השלטון בזכויות עלינו לפעול לפי עיקרון של מידתיות, ומקרה זה אינו יוצא-דופן. אמת, אנו עוסקים במדינה דמוקרטית שמנסה להגן על עצמה מפני אנשים שבעבר היו אזרחיה וחבו לה חובת נאמנות וכעת נחשפו כמפירים חובה זו בצורה הקשה ביותר, על-ידי שיתוף-פעולה עם האיום הקיומי החמור ביותר על הדמוקרטיה – הטרור. אם מדינה דמוקרטית שללה את אזרחותו של אדם כזה

192 Emanuel Gross, *Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights*, 6 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 89, 97-101 (2001)

193 בית-המשפט העליון של ארצות-הברית הגדיר כבר בשנת 1866 את שלילת הזכויות כעונש: *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277, 321 (1866).

ואין ביכולתה לגרשו משטחה, עליה להמשיך להחזיק בו, ובהתייחסותה אליו היא חייבת להמשיך לדבוק בסף של עקרונות המוסר המנחים את יחסה לכל אדם שנמצא בשטחה. התפשרות של הדמוקרטיה על דרישת-סף זו תאפשר לאויב לכרסם קשות באופייה, ובכך תסלול לטרור מסלול בטוח לניצחון עליה. אולם ייתכן בהחלט מצב שבו אזרח שהיה מעורב בפעילות טרור נגד מדינתו יישפט על כך, וייגזר עליו, נוסף על כל עונש, גם עונש גירוש או שלילת זכויות אזרחיות.¹⁹⁴ דוגמה לכך ניתן לראות במקרה של דמרה, פלסטיני משכם אשר היגר לארצות-הברית וקיבל שם אזרחות. בשנת 2004 הוא הורשע בבית-משפט באוהיו על כך שהסתיר מידע על השתייכותו בעבר לארגון טרור.¹⁹⁵ אף שדמרה החזיק באזרחות ירדנית, סירבה ירדן לקבלו לשטחה. במסגרת הסדר הועבר דמרה לישראל, שם נעצר על-ידי הרשויות וגורש לשטחי יהודה והשומרון.

עם זאת, ייתכן שלאחר הנשיאה בעונש המאסר, אם לא תימצא מדינה שאליה יהיה אפשר לגרש את האזרח שהורשע בטרור והוא מהווה עדיין סכנה אם ישוחרר, יהיה צריך להמשיך להחזיקו במעצר, אולי בדרך של מעצר מנהלי.¹⁹⁶

ד. עונש הגירוש במשפט הישראלי

בהתאם למדיניות הקודמת, גירוש פלסטינים תושבי השטחים נעשה מכוח תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). על-פי תקנה זו, מפקד האזור מוסמך "ליתן צו בחתימת ידו... לשם גירושו של כל אדם מן השטח המוחזק. מי שלגביו ניתן צו גירוש יישאר מחוץ לשטח המוחזק כל עוד הצו בתוקף". תחולתה של תקנה זו בתוך הקו הירוק בוטלה בשנת 1979,¹⁹⁷ אך התקנה עודנה

194 לשלילת זכויות אזרחיות ראו, לדוגמה, בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (נבו 12.1.2006), שם ביקש העותר, אשר הורשע בעברות על בטחון המדינה, להורות על ביטול צו איסור יציאה מן הארץ וכן את ההגבלות שהוטלו על חופש התנועה שלו.

195 United States v. Damrah, 334 F. Supp. 2d 967 (N.D. Ohio 2004).

196 Emanuel Gross, *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, 18 ARIZ. J. INT'L & COMPAR. L. 721 (2001).

197 ההוראה בוטלה במסגרת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, שבא להחליף חלק בתקנות ההגנה שדן במעצרים המנהליים ובגירושים מן הארץ. ס' 12 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) מורה כי "תקנות 185(י) ו-111 עד 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 – בטלות". כמו-כן יש לציין שעם חקיקתו של חוק המאבק בטרור בוטלו תקנות נוספות, לאחר שהחוק החדש נתן מענה הולם לסוגיות שטופלו בהן. ראו לעניין זה תזכיר חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ב-2012 <https://did.li/RV45q>.

תקפה בשטחי יהודה והשומרון ובחבל עזה. המשך תוקפה של התקנה, שהתקנה בזמן המנדט הבריטי, נבע תחילה מהוראות החוק הירדניות, ולמן כניסת כוחות צה"ל לאזור – מן המנשרים בדבר סדרי שלטון ומשפט של יהודה והשומרון ושל רצועת עזה.¹⁹⁸ אולם המפקד הצבאי אינו מורשה לעשות שימוש בתקנה זו ככל העולה על רוחו, שכן תקנה 108 לתקנות ההגנה מורה כי –

"לא יתנו שר הבטחון או מפקד צבאי צו לפי החלק הזה בגין כל אדם אלא-אם-כן סבורים שר הבטחון או המפקד הצבאי, הכל לפי הענין, כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה".

לאחר הוצאת צו הגירוש המועמד לגירוש יכול לערער על הצו לפני ועדה מייעצת, אך זו מורכבת מאנשי צבא, ובכל מקרה לקביעתה אין מעמד מחייב, אלא ממליץ בלבד. סמכותה של הוועדה המייעצת מעוגנת בתקנה 112(8) לתקנות ההגנה: "כל ועדה מייעצת שמונתה לפי הוראותיה של תקנת משנה (4) לתקנה 111, אם תתבקש לכך על ידי מי שניתן לגביו צו גירוש לפי תקנות אלה, מוסמכת לדון ולתת המלצות למפקד האזור בקשר לצו הגירוש". לאחר הפנייה לוועדה ניתן לעתור לבג"ץ נגד החלטתה, בטרם יבוצע הגירוש. הקמת הוועדה המייעצת ופתיחת שערי בית-המשפט לפני המיועד לגירוש באה לקיים את אחד מכללי הצדק הטבעי – זכות השימוע – ולפקח על הפעלת שיקול-הדעת של המפקד הצבאי בסוגיית הגירוש:

"...תוך ערנות לפגיעה החמורה ומרחיקת הלכת הנגרמת לאדם הנוגע בדבר עקב צו גירוש ממקום מגוריו, קבע המחוקק פרוצדורה מיוחדת, אשר אינה מוכרת בדיון הפלילי, באמצעות התקנות 111(4) ו-112(8) לתקנות ההגנה, לפיה הוקם ועד מייעץ, בראשותו של משפטן, אשר מסמכותו לבדוק את כל המידע הקיים נגד המיועד לגירוש, לרבות כל הראיות הגלויות והחסויות המצויות בידי רשויות הביטחון. ועד זה נותן למיועד לגירוש הזדמנות להביא לפניו את עדותו ואת טענותיו, ועליו גם לאפשר לאותו אדם להשמיע עדים נוספים מטעמו, אם עדים אלה עשויים להשפיע על תוצאות הבירורים. לאחר בחינת חומר הראיות ושמיעת טיעוני הצדדים או באי-כוחם מביא הוועד המייעץ את המלצתו לפני המפקד הצבאי ביחס לגורל הצו הנדון... אם מחליט המפקד, לאחר קבלת חוות הדעת מאת הוועד המייעץ,

198 עניין מסלם, לעיל ה"ש 157, בעמ' 455.

שלא לבטל את צו הגירוש ולעמוד על ביצועו, פתוחה לפני המיועד לגירוש הדרך של הגשת עתירה לבג"צ".¹⁹⁹

בית-המשפט העליון בישראל פירש את סעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית כמתייחס רק לגירושים המוניים, ולא לגירוש של יחידים על רקע "בטחוני", ולפיכך קבע כי גירוש הוא שימוש לגיטימי בסמכותו של המפקד הצבאי, ואין הוא עומד בניגוד לסעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית.²⁰⁰

יש לציין כי מדינת-ישראל לא אשררה את אמנת ז'נווה הרביעית, ולכן אין היא מחייבת אותה במשפט המוניציפלי שלה, אלא רק בהיבט הבין-לאומי. אמנת ז'נווה הרביעית היא משפט בין-לאומי הסכמי, וטרם קיבלה מעמד של משפט בין-לאומי מנהגי. ההלכה בישראל היא שרק כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו, ובמקרה של התנגשות עם חוק חרות, יד החוק החרות על העליונה.²⁰¹ לעומתם, כללי המשפט הבין-לאומי ההסכמי אינם נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי, אלא יש צורך בחקיקה מיוחדת ומפורשת כדי שהם ייפכו לחלק מן המשפט.²⁰² לכן לכאורה אין לישראל דילמה חוקתית-חוקית בסוגיית הגירוש. אך מדינת-ישראל, כמדינה דמוקרטית, אינה מעוניינת להתעלם מהוראות האמנה ולפעול באופן מכוון בניגוד לאמור בה. אמנת ז'נווה הרביעית נושאת כותרת של הגנה על אזרחים. מטרה זו היא מטרה ראויה, העולה בקנה אחד עם דיני המלחמה שהדמוקרטיה כפופה להם. ממשלת ישראל החליטה לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נווה הרביעית.²⁰³ מדינת-ישראל אינה מעוניינת לגרש אזרחים הראויים להגנה. היא מעוניינת לגרש טרוריסטים, המהווים איום על אזרחים הראויים להגנה. סעיף 112 לתקנות ההגנה נועד למטרה זו, ומכאן שהוא אינו עומד בסתירה לאמנת ז'נווה. יתרה מזו, אמנות האג הן חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי.²⁰⁴ ההוראה בתקנה 43 לתקנות האג, שמדינת-ישראל מחויבת להן, אינה מאפשרת לקרוא את האיסור שבסעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית כאיסור מוחלט; איסור זה מסויג בהתאם

199 בשג"ץ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, 537 (1989).
200 בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309, 316 (1979).
201 רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807, 826 (1990).

202 יורם דינשטיין המשפט הבינלאומי והמדינה 146–147 (1971).

Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 203
1 Isr. Y.B. ON HUM. RTS. 262, 263 (1971).

Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land art. 43, 204
Oct. 18, 1907, 205 CTS 277.

לחובה המעוגנת בתקנה זו. כלומר, ניתן לגרש יחידים מתושבי אותם שטחים כל אימת שהמשך נוכחותם עלול לפגוע בבטחון הציבור ובסדר הציבורי בשטחים המוחזקים. מדינת-ישראל פועלת בהתאם לשילוב פרשני זה של הכלל המנהגי מתקנות האג והכלל ההסכמי מאמנת ז'נווה.²⁰⁵

כך, למשל בעניין עפו נדונה עתירה של תושב גנין אשר מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון הוציא נגדו צו גירוש עקב היותו פעיל בכיר בארגון החזית העממית ולנוכח עברו הפלילי-החבלני העשיר – הוא נידון שלוש פעמים לעונש מאסר בפועל בשל פעילותו החבלנית, ובמהלך שהייתו האחרונה בכלא המשיך באינטנסיביות בפעילות עוינת לקידום מטרות הארגון.²⁰⁶ במקרה של רפיע, תושב עזה,²⁰⁷ הוחלט להוציא צו גירוש נגדו עקב היותו "מדריך רוחני של תנועת הג'יהאד האיסלמי ברצועת עזה הדוגלת במהפיכה איסלמית אלימה כדוגמת אירן, במאבק מזויין ושחרור פלסטין בדרך הג'יהאד. במסגרת דרשותיו במסגדים הוא קורא לפעול כנגד השלטון הישראלי על ידי מאבק צבאי".²⁰⁸ הוועדה בעניינו הגיעה למסקנה שהצעד היעיל והמתאים ביותר הוא לגרשו, שכן "המבקש היה נתון בעבר להגבלות שונות בשל פעילותו ואף נשפט וריצה עונש מאסר. אולם חרף כל זאת, לא שינה את דרכיו והמשיך בדיוק באותה דרך שבה הלך קודם לכן, ובמשך הזמן אף הגדיל את כוח השפעתו ורכש ציבור גדול יותר של מאמינים. המבקש, כפי שהצטייר בפנינו, הינו בעל אישיות חזקה המאמין בכל מאודו בצדקת דרכו, ולפיכך אין כל סיכוי כי בעתיד הנראה לעין יחדל מפעילותו המסוכנת. לא נראה לנו כי הגבלות שיוטלו עליו יהא בכוחן כדי למנוע את המשך השפעתו השלילית על תושבי האיזור".²⁰⁹ בית-המשפט העליון דחה עתירות אלו וקבע כי אין עילה להתערבות בשיקול-הדעת של המפקד הצבאי. דרך פעולתו בהפעלת הסמכות לפי תקנה 112 הייתה תקינה, והנושא נבחן באופן יסודי וממצה לפני הוועדה המייעצת.

שתי דוגמאות אלו ממחישות שישראל לא השתמשה בעונש הגירוש כאמצעי ענישה קיבוצי, אלא הוציאה אמצעי זה לפועל רק על בסיס פרטני של מסוכנות ברורה הנשקפת מהמיועד לגירוש, וכאמצעי אחרון לאחר שכל שאר האמצעים (כגון מאסר) מוצו, ולא נותרה דרך אחרת, למעט גירוש, שיהיה בה כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים ולנטרל את המסוכנות הנשקפת מהמגורש.

205 יורם דינשטיין דיני מלחמה 215 (1983).

206 עניין עפו, לעיל ה"ש 130.

207 שהדיון בעניינו אוחד עם הדיון בעניין עפו, שם.

208 שם, בעמ' 54.

209 שם, בעמ' 57.

אחד ממקרי הגירוש הידועים בתולדותיה של מדינת-ישראל אירע בדצמבר 1992.²¹⁰ בתחילת חודש זה ביצעו פעילים של חמאס והג'יהאד האסלאמי שורה של מעשי רצח נגד אוכלוסייה יהודית בישראל ובשטחים המוחזקים. מעשים אלו, שהיוו המשך של פעילות אלימה נגד יהודים, הגיעו לשיא ביום 13.12.1992 עם חטיפתו ורציחתו של ניסים טולדנו. בעקבות זאת התכנסה ממשלת ישראל והחליטה "לאור קיומו של מצב חירום וכדי לשמור על בטחון הציבור – למלא את ידי ראש הממשלה ושר הבטחון להנחות ולהסמיך את המפקדים הצבאיים של אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, להוציא צווים, בהתאם לצרכי הבטחון המיידים ההכרחיים, בדבר גירוש זמני, וללא הודעה מוקדמת, לשם הרחקת מסיתים, אותם מתושבי האזור המסכנים בפעולתם חיי אדם, או מסיתים לפעולות כאלה, וזאת לתקופה שתקבע על ידי המפקדים הצבאיים ושלא תעלה על שנתיים ימים".²¹¹

מכוח תקנה 112 והצווים החדשים הוצאו בסך-הכל 415 צווים פרטניים נגד פלסטינים תושבי השטחים שהורו על גירושם לדרום לבנון, חלקם לתקופה של שנה וחלקם לשנתיים. מועצת הביטחון של האו"ם, בהחלטה 799, גינתה את החלטת ממשלת ישראל, בראותה בה הפרה של אמנת ז'נווה הרביעית, ודרשה מישראל להכיר בעצמאותה וריבונותה של לבנון ולכבדן.²¹² האגודה לזכויות האזרח ועותרים נוספים עתרו לבית-המשפט הגבוה לצדק על-מנת שיפסוק בשאלת חוקיותם של צעדי הגירוש.²¹³ בהחלטה פה אחד קבע בית-המשפט כי הצווים הכלליים בדבר גירוש זמני בטלים, משום שהם מתיימרים לשלול את חובת השמיעה המוקדמת מבלי להתנות שלילה זו בנסיבות מיוחדות המצדיקות אותה. עם זאת,

210 לתיאור המקרה ולניתוח גישותיהם של השופטים בפסק-הדין ראו Behnam Dayanim, *The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy*, 30 STAN. J. INT'L L. 115 (1994)

211 נוסח ההחלטה כפי שהיא מצוטטת בתוך "הטיעון של המשיבים במשפט המגורשים" פלילים ד 67, 69 (1994).

212 S.C. Res. 799, U.N. SCOR, 47th Sess. 3151st mtg. (Dec. 18, 1992) ראו גם Allison and the Territories, 32 HARV. INT'L L.J. 457, 464 (1991): "it is symptomatic of the U.N.'s bias that it has found Israel not to be 'a peace loving state', when the [Arab aggressors have made no efforts to resolve the [Arab-Israeli] conflict peacefully or to accept Israel as a state. Nor has the U.N. ever condemned the Arab aggressions against Israel or the terrorist actions of the P.L.O. and other Arab groups"

213 בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) (1992) (להלן: בג"ץ הגירוש ללבנון). לניתוח של פסק-הדין ראו Allison, לעיל ה"ש 151.

נפסק כי אין צורך בצווים אלו, שכן ממילא חובת השמיעה אינה מוחלטת, ועשויה לסגת מפני צורכי ביטחון דחופים. נקבע כי בטלות הצווים הכלליים אינה משליכה על תוקפם של הצווים הפרטניים. על-כן, והואיל והגירוש כבר בוצע, ולמגורשים תינתן הזדמנות להשמיע את טענותיהם מכוח תקנה 112(8), לא מצא בית-המשפט לנכון לקבוע אם בנסיבות העניין הייתה הצדקה מלכתחילה לא לקיים את חובת השמיעה המוקדמת לפני הגירוש.²¹⁴

ההחלטה בנוגע לזכות השמיעה המוקדמת יש בה כדי לכרסם בחיוניותה של הזכות, בייחוד כאשר מדובר בעונש חמור וקשה של גירוש. הַצְעָתִי לְכַלּוֹל אֶת עוֹנֵשׁ הַגִּירוּשׁ כַּחֲלָק מִמְעֵרֵךְ הָעוֹנֵשִׁים הַמוֹנַח לְפָנֵי בֵּית־מִשְׁפֵּט נוֹבֵעֵת, בֵּין הֵיטֵר, מֵהַבִּיּוֹרֵת עַל פֶּסֶק־הַדִּין בְּפִרְשָׁה זו.²¹⁵ הַשִּׁמוּעַ הַמוֹקְדֵם הוּא הַחֻצָּץ הַיְחִיד וְהָאֲחֵרוֹן הַמְפְרִיד בֵּין הַמִּיּוֹעֵד לְגִירוּשׁ לְבֵין גִּירוּשׁוֹ בְּפוֹעַל. בְּפֶסֶק־הַדִּין אִיזְנו הַשׁוֹפְטִים בֵּין זְכוּת הַשְּׁמִיעָה הַמוֹקְדֵמת לְבֵין הַצּוֹרֵךְ הַבְּטָחוֹנִי, וְקָבְעוּ כִּי "כֹּאשֶׁר הַנְּסִיבוֹת הַבִּיטָחוֹנִיּוֹת הֵן בְּעִלּוֹת מִשְׁקַל מִיּוֹחַד, אֵין מְקִיִּימִים אֶת זְכוּת הַשִּׁמוּעַ מֵרֵאשׁ, אֲלֵא רַק לְאַחַר הַפְּעֵלֶת הַסְּמִכוֹת, וּמִיִּידוּתָהּ שֶׁל הַפְּעֵלֶת הַסְּמִכוֹת הִיא אִז בְּגֵדֵר הַכְּרַח בִּל יִגְוֹנָה".²¹⁶

ללא זכות השימוע, הסבירות לגירוש של אדם על לא עוול בכפו עולה. אמת, גם באותם מקרים של צורך לא ויתר בית-המשפט על זכות השימוע כליל, ודרש את מימושה לאחר הפעלת הסמכות. אך ההבדל בין שימוע לפני גירוש לבין שימוע אחרי גירוש הוא מהותי.²¹⁷ יוצא שהטעם בזכות השמיעה בדיעבד מצומצם למדי. מבחינתה של הדמוקרטיה, זהו סיכון של פגיעה קשה וללא צורך בזכויות אדם – סיכון שאין לדעתי להרשות לה ליטול, ואשר ניתן למונעו מראש על-ידי הוצאת סמכות הגירוש מידי הרשות המנהלית והעברתה לידי הרשות השופטת, דהיינו לבתי-המשפט, אשר כחלק בלתי-נפרד מפעולתם לקידום הצדק מכריעים על בסיס שמיעת טיעוני הצדדים. עלינו לזכור כי בהתנגשות בין אינטרסים בטחוניים קיומיים לבין זכויות אדם יש חשש שהראשונים יגברו על האחרונים עד כדי הפחתת ערכן

214 איל בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א 441, 444 (1993).

215 על החלטת בג"ץ בפרשה זו נמתחה ביקורת חריפה על-ידי משפטנים. ראו לעניין זה מרדכי קרמניצר "בכל זאת, יש שופטים בירושלים" ידיעות אחרונות 31.1.1993, 19; משה נגבי "אבדן ההרתעה המשפטית" מעריב 25.2.1993, 9. נגבי טען כי שופטי בג"ץ נתפסו בפסיקתם לאותה תהום מסוכנת שבין הרטוריקה לפרקטיקה: במישור הרטורי הם רוממו וקילסו את זכות הטיעון המוקדם, אך מה ערכה של הרטוריקה הזו כאשר במישור המעשי הם אינם מבטלים גירוש שנעשה תוך רמיסת זכות זו? שם.

216 בג"ץ הגירוש ללבנון, לעיל ה"ש 213, בעמ' 286 (ההדגשה במקור).

217 בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 118 (1980) (להלן: עניין קוואסמה 1). ראו לעניין זה גם מרדכי קרמניצר "יגורש הגרוש" פלילים ד 17, 19 (1994).

של הזכויות יתר על המידה, בייחוד בנסיבות של מדינת-ישראל, השרויה בחרדה בטחונית יומיומית. כמורכן, השאיפה לביטחון מלא היא אומנם שאיפה ראויה, אך במדינה דמוקרטית היא אינה מציאותית, שכן ביטחון מרכי כרוך בהגבלות מרביות של החירות והכבוד האנושיים, ואלה אינן ראויות.²¹⁸ לכן אין מקום, לדעתי, לכרסם בזכות הטיעון. למרות אופייה הדיוני, מדובר בזכות הקדומה ביותר בתרבות האנושית, שעניינה בהליך שצריך להתקיים כאשר מבקשים לפגוע בזכויות-היסוד המהותיות.²¹⁹ על-ידי העברת סמכות הגירוש לידי בית-המשפט לא נאפשר פגיעה בזכות הטיעון, נגן טוב יותר על זכויות האדם, ובעיקר נמנע מקרים שבהם נותנים לבטחון המדינה משקל רב מן הראוי בהתאם לנסיבות, כלומר, נמנע טעויות באיזון בין האינטרס של בטחון המדינה לזכויות אדם.²²⁰

יתרה מזו, במסגרת הדיון באופייה של סנקציית הגירוש הסברתי כי בבסיסה עומדת מטרה מניעתית, וכי הפעלתה אינה אפשרית רק כדי להרתיע אחרים.²²¹ בהעברת הסנקציה לידי בית-המשפט נאפשר שימוש בעונש הגירוש תוך שילוב של שיקולי מניעה עם שיקולי הרתעה, אשר בית-המשפט מומחה בבדיקתם.

“...בסוגייה של הרתעה יש עיסוק משותף הן לדרג הבטחוני והן לדרג השיפוטי, כל אחד בתחומו הוא; לראשון האחריות לדאוג להרתיע כל גורם עויין לבל ייצא למלחמה או ינקוט פעולות איבה אחרות, ולדרג השיפוטי האחריות לחפש עונש שיהיה בו כדי להזהיר עבריינים בכוח. שני התחומים הללו מתחברים ביחד כאשר עוסקים בפעולות הננקטות על ידי זרועות הבטחון נגד פרטים, או קבוצות מוגדרות; או אז יש חפיפה של טיפול, ושותפות של מומחיות. לבית המשפט היושב במשפט פלילי ועליו לגזור דין של עבריין, מתוך שיקול של השפעת העונש על אחרים, יש נסיון רב במשמעות של אמצעים הננקטים לאחר ביצוע עבירה. מומחיות זאת רצוי שתופעל שעה שבוחנים פעולות של זרועות הבטחון הנועדות להשיג הרתעה של רבים, אותה הרתעה שהינה העיסוק היום-יומי של בית משפט הדן נאשמים והמשית עליהם עונשים.”²²²

218 יצחק זמיר “זכויות האדם ובטחון המדינה” משפטים יט 17 (1989).

219 קרמניצר, לעיל ה”ש 217, בעמ’ 20.

Eugene V. Rostow, *The Japanese American Cases—A Disaster*, 54 *YALE L.J.* 220, 489, 519 (1945).

221 ראו את הדיון בנושא לעיל בפרק ג.

222 ליאון שלף “גירוש רבים כהרתעה כושלת” פלילים ד 47, 48 (1994).

יש לציין כי יעילות הפעלתו של עונש הגירוש במתכונתו העכשווית לא הוכיחה את עצמה. מחקר שערך אריה שלו העלה כי עונש הגירוש אינו מגלם את היסוד המניעתי – מסוכנותו של הטרוריסט לא נוטרלה, והתקפות הטרור המשיכו לפקוד את שטחנו.²²³ אולם בכך, לדעתי, אין כדי להוביל למסקנה שיש לבטל כליל את עונש הגירוש. דווקא משום היותו עונש דרסטי, חשוב שהטרוריסטים ידעו כי אי אפשר לרצוח ישראלים בלא תגובה דרסטית. ויתור על עונש הגירוש יש בו כדי לכרסם ביכולת ההרתעה שלנו. לדעתי, יש במחקר כדי לחזק את הדרישה לערוך שינוי במתכונתו של עונש הגירוש באופן שיגלם יסוד הרתעתי, על-ידי הפעלתו רק כלפי זה שבחר לצעוד בדרך הטרור ולאחר שהוכח לבית-משפט מעבר לכל ספק סביר שאכן מדובר בטרוריסט. כך נשפר את יעילותה וחוקיותה של הסנקציה: שהרי כל עוד הגירוש מופעל לא במסגרת הליך פלילי ראוי, הציבור מקבל את הרושם שבין שאדם עוסק בפועל בפעילות טרור ובין שהוא רק נתפס כחשוד בפעילות טרור, עונש הגירוש מאיים עליו בשני המקרים. בנסיבות שבהן המצב הכלכלי קשה וארגוני הטרור מבטיחים גמול כספי למי שישתף עימם פעולה, לו ולמשפחתו, יהיו שיעדיפו לחבור לטרור. לעומת זאת, אם ידע הציבור שרק כלפי טרוריסט בפועל תופעל הסנקציה, ולא כלפי כל מי שמערכת הביטחון חושבת בטעות שיש להפעיל נגדו את הסנקציה, ניצור תמריץ חיובי להימנע מפעילות טרוריסטית.

יתרון נוסף שיש בהעברת סמכות הגירוש לידי המערכת המשפטית הוא הגברת הוודאות שעונש הגירוש יופעל רק כאשר הוכח מעבר לכל ספק סביר כי אין עונש אחר המתאים לנסיבות המקרה, וכי הגירוש כעונש – דרסטי ככל שיהא – הוא האמצעי הדרסטי פחות בנסיבות המקרה. ב-3.9.2002 נדונה עתירה של בני משפחתם של טרוריסטים שהוחלט על גירושם בהתאם לסעיף 49, קרי בתוך השטח הכבוש (העברתם מאזור יהודה והשומרון לחבל עזה למשך שנתיים), ובהתאם לסעיף 78 לאמנת ז'נווה הרביעית.²²⁴ בית-המשפט העליון דן בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי להוציא צו תיחום מגורים ובאופן הפעלת שיקול-דעתו.

ההחלטה להוציא צווים מסוג זה התקבלה על רקע בטחוני קשה מאוד במדינת-ישראל. התגברות הטרור אינה תופעה ייחודית למדינת-ישראל, והיא מתרחשת בעולם כולו. עם זאת, עוצמתה ותדירות הופעתה אכן מגיעים לממדים שהם "ייחודיים" למדינת-ישראל. לפי הנתונים של אתר משרד החוץ הישראלי, מספר הקורבנות של האלימות והטרור הפלסטיניים מספטמבר 2000 ועד 16.5.2024,

223 אריה שלו האינתיפאדה: הסיבות, המאפיינים וההשלכות 130 (1990).

224 עניין עגורי, לעיל ה"ש 152.

באירועים שאינם קשורים למלחמת חרבות-ברזל, עמד על 1,456 הרוגים.²²⁵ נוסף על כך, ב-7.10.2023 ובמלחמת חרבות-ברזל נמנו, עד סוף שנת 2023, 1,438 הרוגים ו-11,549 פצועים.²²⁶

לנוכח המצב הבטחוני המתואר לעיל ומתקפת הטרור הרצחנית של ארגון הטרור חמאס שאירעה ב-7 באוקטובר 2023, ולאחר שמבצעי הלחימה המיוחדים לא נתנו מענה מספק לצורך המיידית בהפסקת מעשי הטרור הקשים והתברר כי הטרור אינו מכיר כל גבול, חוק או קו אדום, הצהירה הממשלה על כוונתה לגרש משפחות של מחבלים מתאבדים, והוגשה הצעת חוק גירוש משפחות מחבלים, התשפ"ג-2022,²²⁷ במטרה למנוע ביצועם של מעשי טרור נוספים ולהרתיע מִפְּגָעִים פוטנציאליים מפני מימוש תוכניותיהם. כיום ניתן להרוס בתי מחבלים על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה, אך נראה כי אמצעי זה אינו מהווה הרתעה מספקת. על-פי דברי ההסבר להצעת החוק, מטרת החוק היא ליצור הרתעה בקרב המחבלים, אשר יחששו לגורל משפחותיהם לאחר הפיגוע, וכן לעודד את בני המשפחה של המחבל הפוטנציאלי להניאו מלבצע את הפיגוע.²²⁸

על-פי הצעת החוק, "שר הפנים [יוכל] להורות על גירוש, מישראל וככל הנראה גם מאזור יהודה והשומרון (איו"ש), של בני-משפחה (אב, אם, אח, אחות, בן, בת), ישראלים וככל הנראה פלסטינים, של מחבל שהורשע בביצוע עבירת טרור או שמוחזק במעצר בחשד לביצוע עבירה כזו, אם הללו ידעו מראש על תוכנית המחבל לבצע מעשה טרור, הביעו תמיכה או הזדהות עם מעשה הטרור, או פרסמו דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה הטרור".²²⁹ הצעת החוק מבקשת למעשה לעגן מחדש את תקנה 112 לתקנות ההגנה, אשר עיגנה בעבר את סמכות הגירוש ובוטלה בשנת 1979. על-פי חוות-דעת שנכתבה בעניין הצעת החוק, המשפט הפלילי מאפשר הגנה רחבה יותר על זכויות הנאשם, ולכן יש להעדיף את השימוש בהליך פלילי, ולא בהליך מנהלי.²³⁰

225 ראו לעניין זה *Victims of Palestinian Violence and Terrorism Since September 2000*, MINISTRY OF FOREIGN AFF. (May 16, 2024), <https://did.li/SjYIC>

226 ראו שירות הביטחון הכללי סיכום שנתי 2023 8 (2024) <https://did.li/aOaOf>

227 הצעת חוק גירוש משפחות מחבלים, התשפ"ג-2022, פ/729/25.

228 שם, בדברי ההסבר.

229 "הצעת חוק גירוש משפחות מחבלים, התשפ"ג-2022 (פ/729/25) פס' 1 (חוות-דעת של ערן שמיר-בורר ודפני נבניסטי, המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.2.2023) <https://did.li/wGSCN>

230 שם, בפס' 8-9.

יש לציין כי ממשלת ישראל והשופטים בפסקי-הדין אינם משתמשים במונח "גירוש" אלא במונח "תיחום מגורים" – העברתם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים ושולחיהם שהיו מעורבים הם עצמם בפעילות חבלנית מאזור יהודה והשומרון לחבל עזה.²³¹ כבג"ץ עבד דחה בית-המשפט את עתירתו של פלסטיני מאזור שכס שהוצא נגדו צו תיחום מגורים שהורה על מעברו לרצועת עזה למשך שנתיים, לאחר שהשופט דורנר קבעה כי "בידי המדינה אינדיקציות של ממש בדבר הסיכון הביטחוני הנשקף מן העותר, ובדבר נחיצות צו תיחום המגורים להפחתת סיכון זה".²³² כפי שמציינות חוקרות מהמכון למחקרי ביטחון לאומי:

"בנוגע להעברה של פלסטינים תושבי יהודה והשומרון (הגדה המערבית) לרצועת עזה, מתעוררת שאלה האם מדובר בתיחום מגורים בתוך השטח הנתון לתפיסה לוחמתית או בגירוש מחוצה לו. בתקופה שקדמה להתנתקות מרצועת עזה (2005),²³³ ישראל העבירה פלסטינים תושבי הגדה לרצועת עזה מכוח צו 'תיחום מגורים', זאת כאשר שטחי הגדה ועזה היו תחת ממשל צבאי ישראלי ונתפסו כיחידה טריטוריאלית אחת. אולם, מאז ההתנתקות, העמדה הישראלית העקבית, שהתקבלה בבג"ץ ונשמעת מפי נציגי המדינה בפורומים בינלאומיים, הינה שרצועת עזה אינה מצויה יותר תחת כיבוש ישראלי וכי היא בבחינת שטח שמעמדו שונה משטחי הגדה".²³⁴

לדעתי, יהיה מדויק יותר לדבר במונחים של גירוש, שכן כפי שראינו בפרק הקודם, סעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית, העוסק באיסור הגירוש, מתיר בפסקתו השנייה חריג המאפשר פינוי חלקי זמני של אזור מסוים מהאוכלוסייה האזרחית שבו בתוך השטח הכבוש. סעיף 78 לאותה אמנה דן בריתוק של מוגנים למקום המגורים. מכיוון שבנסיבות המקרה יש העברה של בני משפחה שנשקפת מהם סכנה בטחונית

231 המקרה הראשון שבו נדונה חוקתיותה של מדיניות תיחום המגורים היה עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 152. ראו לעניין זה ענבר לוי (בהנחיית מרדכי קרמניצר) "על גירוש ותיחום מגורים" אלעד גיל, יוגב תובל וענבר לוי (בהנחיית מרדכי קרמניצר ויובל שני) אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 255 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010).

232 כבג"ץ 9552/03 עבד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 31.12.2003).

233 ראו לעניין זה תכנית ההתנתקות – הרעיון ושברו (יעקב בר-סימן טוב עורך, מכון ירושלים לחקר ישראל 2009) <https://did.li/RSkgT>.

234 פנינה שרביט ברוך וקרן אברים "תיחום מקום מגורים של בני משפחות מחבלים – המסגרת המשפטית" המכון למחקרי ביטחון לאומי (7.4.2016) <https://www.inss.org.il/he/publication>.

(ולכן הם אינם עונים על ההגדרה של "מוגנים"²³⁵) ממקום מגוריהם למקום אחר בתוך השטח המוחזק, ולא ריתוק למקום מגוריהם הקבוע, יהיה מדויק יותר להגדיר את הצו כצו גירוש לפי סעיף 49.

בית-המשפט פירש את סעיף 78 כמאפשר תיחום מקום מגורים, ובלבד שמקום המגורים החדש יהא בתחום האזור הנתון בתפיסה לוחמתית שבו מצוי מקום המגורים שממנו מוצא האיש. לדעת בית-המשפט, מכיוון שהעותרים מגורשים מאזור יהודה והשומרון לחבל עזה, ושני אזורים אלו אינם שני אזורים נפרדים הנתונים בתפיסה לוחמתית נפרדת, אלא שניהם חלק מארץ-ישראל המנדטורית ושניהם נתפסו בתפיסה לוחמתית על-ידי מדינת-ישראל, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 78, ולא סעיף 49. תמוה בעיניי מדוע בית-המשפט נמנע מלדון בנושא תחת המסגרת הנורמטיבית של סעיף 49. כאמור, הפסקה השנייה של סעיף זה רלוונטית לענייננו – היא אינה מעמידה בספק את חוקיות ה"גירוש", ובכך למעשה מייטרת את הדיון בשאלה אם סעיף 78 חל אם לאו. יתרה מזו, סעיף 78 עוסק בריתוק של מוגנים. בעתירות שנדונו הדגיש בית-המשפט כי אין לדבר על ריתוק של בן משפחה תמים, אלא רק על ריתוקו של זה ששיתף פעולה עם הטרוריסט. שיתוף-פעולה כזה מוציא אותו מהגדרת "מוגן" ומכניס אותו לגדרי סעיף 49 לאמנה.

בית-המשפט קבע כי ניתן לבצע תיחום מגורים כלפי בן משפחה של טרוריסט אם תיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו. אי-אפשר לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם קרובו הטרוריסט. התיחום נועד למנוע את בן המשפחה מלהמשיך להוות סיכון בטחוני, ולא להענישו. האפשרות שתיחום מגוריו של אדם שנשקפת ממנו סכנה לבטחון המדינה עלול לפגוע בבני משפחתו החפים מכל פשע היא אפשרות קיימת. אין היא המטרה של התיחום, אך היא עלולה להיות תוצאתו. אולם זוהי תוצאה שאין מנוס ממנה אם מבקשים לשמור על יעילותו של אמצעי זה.²³⁶ בית-המשפט הוסיף וקבע כי המפקד הצבאי אינו רשאי לנקוט צעד של תיחום מגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד, אך כאשר תיחום המגורים מוצדק בשל מסוכנותו של אדם, אין כל פגם בכך שישקלו גם שיקולים של הרתעת הרבים.

בעניין עגורי מצא בית-המשפט כי הצו נגד אחותו של המחבל בדין יסודו, שכן יוחסה לה התנהגות חמורה ביותר של סיוע ישיר וממשי לפעילותו החמורה של אחיה, ולכן הסיכון שנשקף ממנה לבטחון המדינה ממשי. גם בצו נגד אחיו של המחבל נמנע בית-המשפט מלהתערב, שכן הוא מצא כי הלה סייע בידי אחיו והיה

235 ראו את הדיון בהקשר זה בס' 4 לאמנת ז'נווה הרביעית לעיל ליד ה"ש 153–156.

236 בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653 (1997).

מעורב עמוקות בפעילותו (הוא שימש תצפיתן שנועד להזהיר את אחיו, שהיה עסוק באותה שעה בהעברת מטעני חבלה).²³⁷ רק בעניין אחיו של מחבל אחר (שעניינו נדון גם הוא בעניין עג'ורי) התערב בית-המשפט וקבע כי לא היה מקום להוציא נגדו צו של תיחום מקום מגורים, שכן בהתנהגותו (העמדת רכבו לרשות אחיו, בטענה שהוא לא ידע לאיזו מטרה ישמש הרכב) לא הייתה אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לבטחון האזור.²³⁸

היה באפשרותי להסכים להחלטתו זו של בית-המשפט אילו אכן הוכח חוסר הידיעה של האח באשר לשימוש שיעשה אחיו הטרוריסט ברכבו. אך בית-המשפט לא קבע חוסר ידיעה; להפך, הוא הדגיש כי התנהגותו של העותר הייתה פסולה: "דווקא עזרה זו שבני המשפחה מעניקים למחבלים מאפשרת להם להימלט מזרועות הביטחון ולבצע את זממם".²³⁹ למרות זאת סבר בית-המשפט כי התנהגות זו אינה עוברת את הסף הנדרש להפעלת האמצעי של תיחום מגורים. בכך למעשה קבע בג"ץ כי אי-אפשר להעביר לעזה את מי שסייע להסיע מחבל, סיפק לו מסתור או סיפק לו תמיכה לוגיסטית למעשי טבח. זוהי תוצאה מסוכנת, שיש בה כדי לפגוע ביכולת המניעה וההרתעה של רשויות הביטחון בדמוקרטיה.²⁴⁰ איננו דנים פה בסנקציות שמופעלות נגד חפים מפשע במטרה להרתיע את המסוכנים. אנו מתמודדים עם שותפים למעשי טרוריסטים שמתכסים בכותרת של אזרחים. עלינו לתת משמעות לתוכן שממלא כותרת זו; אל לנו להתבלבל ולתת משמעות לכותרת עצמה.

איני חולק על כך שיתרונה של הדמוקרטיה הוא לחימתה כאשר לא כל האמצעים כשרים בעיניה. במקום אחר התייחסתי לחשיבות חוסנה המוסרי של ישראל כמדינה דמוקרטית במסגרת המלחמה בטרור: "אין ספק שאיום הטרור על מדינת ישראל הוא איום קיומי, וחובתה המוסרית היא להגיב בהגנה עצמית עליו ... חובתה המוסרית אינה מתמצית בהגנה על אזרחיה. ביציאה למלחמה בטרור עליה לבחור

237 עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 152, בפס' 31–36.

238 שם, בפס' 37–41.

239 שם, בפס' 39.

240 לעומת זאת, יש הסבורים כי הכרעת בג"ץ הייתה ראויה. ראו, למשל, ניצה שפירא ליבאי "פסיקת בג"ץ בהתאם למשפט הבינלאומי" ידיעות אחרונות 10.9.2002, 5: "בפסק דינו תחם בג"ץ באופן מהודק את הפרמטרים אשר במסגרתם רשאי המפקד הצבאי להחליט על העתקת מגורים כפויה ואשר אסור לו לחרוג מהם: איש בעונו יישא; העמדת חשודים לדין אלא אם כן נבצר הדבר מחמת חסיון ראיות; והעתקת מגורים כפויה כאמצעי אחרון למניעת סיכון בטחוני הנשקף מנשוא הגזירה, ובשום פנים ואופן לא לצורך הרתעת זולתו. הפרמטרים שקבע בג"ץ מתיישבים עם תוואי האיזון עפ"י דיני המלחמה ההומניטריים המפורטים באמנת ג'נבה".

באמצעים שיתאימו לאמות מידה מוסריות הנדרשות ממדינה דמוקרטית".²⁴¹ מכאן גם מתבקשת המסקנה שאין לגרש משפחות של טרוריסטים שהן חפות מפשע בדיוק כמו האזרחים הישראלים החפים מפשע שנפגעים על-ידי הטרור. אך לא במשפחות אלו עסקינן. ממשלת ישראל הסמיכה את המפקד הצבאי להוציא צווים נגד משפחות של טרוריסטים בהתאם לחוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה יוצאו צווים רק נגד בני משפחה שהיו מעורבים הם עצמם בפעילות הטרוריסטית. זאת, מתוך הנחה מודיעינית שיש בצעד זה כדי לתרום תרומה ממשית במאבקה של הדמוקרטיה בטרור המתאבדים ולהציל חיי אדם. כלומר, גירוש של בן משפחה כזה מגלם יסוד מניעת, כי יהיה בו כדי למנוע את בן המשפחה מלממש את זממו, בצד יסוד הרתעת כלפי טרוריסטים אחרים. במאמר זה איננו דנים בחוקיות הגירוש של בן משפחה של טרוריסט שהוא חף מפשע ונעדר כל נגיעה במעשה הטרור; אנו עוסקים בגירוש של מי שמשותף פעולה עם קרובו הטרוריסט, שיודע על כוונותיו ותוכניותיו, שמסייע לו בדרכים שונות, בין פעילות ובין סבילות, ואשר אינו עושה דבר כדי למנוע את מימוש כוונתו הזדונית. משפחה של טרוריסט אשר מעודדת אותו ותומכת בפעולותיו אינה משפחה חפה מפשע; היא משפחה שאשמה לכל-הפחות באי-מניעת פשע, ואולי גם בסיוע לפשע של טרור, עד כדי שותפות מלאה בו. כמוה גם משפחה אשר לאחר מות בנה הטרוריסט בפעולת ההתאבדות מהללת, משבחת ומברכת אותו. יש בכך כדי לבטא תמיכה שלה בטרור וסיוע לו בדיעבד. לכן גם משפחה כזו אינה חפה מפשע, ויש לפעול לגירושה המיידית.²⁴²

לדעתי, יהיה ראוי ליישם זאת גם בהקשר של תושבי יהודה והשומרון, אשר רובם הביעו תמיכה בטבח שביצע חמאס ב-7.10.2023.²⁴³ הנתונים העולים מהסקר שנערך בקרבם מדאיגים, וממחישים את הצורך לשמור על בטחון המדינה, ולכן הוצע תזכיר חוק לביטול אזרחות או תושבות בגין מעשה שנעשה בעת מצב מיוחד בעורף (תיקוני חקיקה), אשר דנו בו בהרחבה לעיל במסגרת הדיון בשלילת האזרחות במשפט הישראלי.²⁴⁴

241 עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 569–570 (2004).
242 על ההבחנה המשפטית והמוסרית בין אזרחים חפים מפשע לבין אזרחים אשמים ראו Gross, לעיל ה"ש 153.

243 לנתונים מתוך הסקר שערך ד"ר ח'ליל שקאקי בקרב תושבי יהודה והשומרון ראו אהוד יערי "סקר ביו"ש וברצועת עזה: רוב הפלסטינים תומכים בטבח 7 באוקטובר" N12 (13.12.2023) <https://did.li/6ffx5>.

244 ראו לעיל חלק ב(ב) למאמר.

ענישה כזו אינה ענישה קיבוצית, אלא פרטנית – האדם, כישות אוטונומית, אחראי למעשיו ונושא בתוצאותיהם. חברי משפחתו של טרוריסט אשר תמכו בו, חיזקו את ידיו ולא מנעו את פשעיו, אף שידעו מה הוא עומד לחולל, חייבים לשאת בתוצאת מעשיהם. מסוכנותם ממלאת בתוכן את הצורך הבטחוני לגרשם מהאזור כדי להבטיח את חיי האזרחים הישראלים החפים מפשע, ולכן גירושם עומד באמות-המידה המשפטיות והמוסריות הניצבת בבסיסו של איסור הגירוש. כפי שהסברתי, ניתן להפעיל את עונש הגירוש בישראל רק כלפי מי שאינו אזרח ישראלי.

לדעתי, הבחנה זו בין מי שמהווה סיכון למדינה אך הוא אזרח תושב הקו הירוק ולכן אי-אפשר לגרשו לבין מי שמהווה סיכון למדינה אך הוא תושב השטחים ולכן ניתן לגרשו היא הבחנה נכונה, אך לא מושלמת. תכלית הגירוש היא לסכל את מסוכנותו של המועמד לגירוש ולמנוע אותו מלפגוע בבטחון המדינה ואזרחיה. בנסיבות שבהן אזרח ישראלי מקיים את אותה מידה של מסופנות, תכלית הגירוש מתקיימת, אלא שמדינה אינה יכולה לגרש אזרח שלה. כאמור, הסברתי שאין מניעה הגיונית, מוסרית או משפטית לשלול אזרחות מאזרח טרוריסט. שלילת אזרחותו מסירה את מחסום האזרחות, וניתן לגרשו.

אבקש להסביר את הצעתי תוך התייחסות לנסיבות הגירוש שנעשה בשנת 1992 – אותה החלטה שתוארה לעיל לגרש ללבנון 415 מתושבי יהודה והשומרון וחבל עזה שלגביהם הצטבר מידע שלפיו הם פעילים בחמאס או בג'האד האסלאמי. ראינו שבית-המשפט לא מצא פגם חוקי בעונש הגירוש, אלא רק חיזק בהחלטתו את הצורך לקיים שימוע לפני הפעלת העונש.²⁴⁵ לענייננו חשוב שצווי הגירוש הפרטניים הוצאו נגד פעילים בארגון טרור שכל מטרתו היא להביא לידי חיסולה של מדינת-ישראל באמצעות ג'האד (מלחמת-קודש). אילו היו פעילים בארגון זה אזרחים ישראלים, האם התוצאה הייתה צריכה להיות שונה? נדגיש: אנו עוסקים בחמאס, שהוא תנועת התנגדות אסלאמית, ארגון שמשלב פונדמנטליזם אסלאמי קיצוני ביותר עם התנגדות החלטית לכל הסדר עם ישראל או הכרה בה, ואשר מטיף להכחדה של מדינת-ישראל.²⁴⁶

אזרח ישראלי שהחליט לתמוך בארגון מסוג זה או דומה לו ולשתף עימו פעולה אינו שונה מפלסטיני תושב השטחים שמשתף פעולה עם אותו ארגון, למעט באזרחותו. הבדל זה נעלם אם נשלול את אזרחותו של הישראלי. בכך הוא יעמוד באותו מעמד של הפלסטיני, ושניהם יהיו מועמדים ראויים לגירוש. על-פי החוק

245 בג"ץ הגירוש ללבנון, לעיל ה"ש 213.

246 ראו ס' 15 לאמנת החמאס, כמצוטט אצל YONAH ALEXANDER, PALESTINIAN RELIGIOUS
TERRORISM: HAMAS AND ISLAMIC JIHAD 56 (2002).

הפלסטיני שקבעה הרשות הפלסטינית,²⁴⁷ כל מחבל זכאי למשכורת חודשית בתמורה לפעילות הטרור שביצע. הרשות אינה מבדילה במסגרת הגדרת "הפלסטינים" בין תושבי הרשות לבין פלסטינים תושבי ישראל וערכים אזרחי ישראל. על-פי נתונים שנאספו, מתוך 5,000 אסירים בטחוניים יש 1,000 מקבלי שכר מהרשות הפלסטינית שהם או ערכים ישראלים או פלסטינים בעלי תושבות ישראלית.²⁴⁸

לדעתי, בתקופה הקשה שבה נמצאת מדינתנו כיום, ולאחר שראינו כי חלק מערביי ישראל מעורבים בפגיעים נגד ישראלים ואף תומכים בארגון הטרור חמאס,²⁴⁹ יהיה ראוי וצודק לשלול את אזרחותו של אזרח ישראלי אשר תומך בטבח הנורא, ולראותו כמועמד לגירוש.

סוף דבר

המציאות העולמית הנוכחית, שבה התפתחה רשת טרור ענפה וסבוכה המהווה איום קיומי על מדינות העולם החופשי כולן, היא מציאות שהמשפט הבין-לאומי והמשפט המקומי אינם יכולים להתעלם ממנה. מדינה דמוקרטית נלחמת בטרור תוך כדי שמירת החוק ובמסגרת המערכת המשפטית. אסור לדמוקרטיה לסטות מנתיב זה:

"עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בוותר על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק".²⁵⁰

במאמר זה הצגתי את שלילת האזרחות והגירוש כמכשירים לגיטימיים לשמירה על בטחון המדינה – אמצעים שמחויבים מן המציאות הקשה שיצר הטרור למדינות העולם החופשי כאשר חשף אותן לתופעה הלא-אנושית של "פצצות אדם". עם זאת, אני סבור כי המתכונת הנוכחית של הפעלת מכשירים אלו אינה שומרת בצורה

247 ראו יוסי קופרווסר פרס לטרור: תשלומי הרשות הפלסטינית למחבלים ומשפחותיהם נספח 5 (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה 2017) <https://did.li/PISCN>.

248 ראו נייר העמדה של הביטחוניסטים, לעיל ה"ש 89, בעמ' 11.

249 נינה פוקס "נציג שב"כ הזהיר לקראת ההצבעה על חוק האזרחות: 'אוכלוסייה מועדת לפיגועים'" <https://www.ynet.co.il/news/article/HyadYIXT00> (5.7.2021) **ynet**.

250 עניין קוואסמה 1, לעיל ה"ש 217, בעמ' 132.

הראויה על ערובות חוקתיות וזכויות האדם של המיועד לשלילת אזרחות או לגירוש. לכן הצעתי היא לצרף את הסנקציות של שלילת אזרחות וגירוש למערך העונשים העומד לרשות בית-המשפט בכואו לגזור את דינו של נאשם שהורשע, במסגרת הליך פלילי ראוי, בפעילות טרוריסטית. בכך נוציא אותן מתחום סמכותה של רשות מנהלית, ונגן טוב יותר על זכויות האדם הבסיסיות, שעלולות להיפגע בעקבות סנקציות אלו.

הדמוקרטיה מעמידה במרכזה את זכויות האדם, אולם הכל יסכימו שללא ביטחון אין זכויות, ולכן זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה כאילו אין טרור. אין אני בא לטעון כי יש לעבור מקיצוניות לקיצוניות ולפעול רק לשמירת הביטחון בהתעלם מזכויות אדם. יש לאזן בין השניים, באופן שישקף את המציאות שאנו חיים בה – מציאות שבה אירע שינוי המחייב הערכה מחדש של המשקל שאנו נותנים לאינטרסים העומדים על כפות המאזניים. במסגרת איזון זה עלינו לנקוט מידתיות: "חייב להתקיים יחס ענייני – יחסיות או מידתיות ראויות – בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעים הננקטים על-ידי השלטון...".²⁵¹ נדרש קשר של התאמה בין האמצעי של שלילת אזרחותו של אדם או גירושו לבין המטרה של מניעת הסיכון הנובע מאותו אדם אם לא יינקט כלפיו אמצעי זה.²⁵² כמו-כן נדרש שפגיעתו של האמצעי הננקט תהא הפחותה האפשרית, ותעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו בהבטחת בטחון האזור.²⁵³

לכן הסברתי שבמקרים שבהם אי-אפשר לגרש את האזרח הטרוריסט אין תכלית עניינית לשימוש בסנקציה של שלילת אזרחותו, ולא תצמח תועלת אמיתית משלילה זו. במקרה כזה יש לשקול, במסגרת גזר הדין בעניינו, את שלילת זכויותיו האזרחיות בהתאם לנסיבות המקרה. אמת, בדרך-כלל על המדינה הדמוקרטית להעדיף את זכויות הפרט, אך "האינטרס הציבורי אינו יכול לצאת מקופח, כי הוא אינו רק אינטרס של הכלל כמסגרת מאורגנת שלמה ורבת כוח אלא גם מייצג את מכלול האינטרסים של פרטים רבים, שהם הציבור על כל מרכיביו".²⁵⁴

המטרה של שמירה על האינטרס הציבורי של בטחון המדינה ואזרחיה מפני האיום הטרוריסטי היא מטרה ראויה. אך מבחנה האמיתי של כל שיטה משפטית,

251 בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992).

252 בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 364 (1996).

253 בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000).

254 בג"ץ 84/159 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 335 (1985).

בייחוד של זו המופעלת במדינה דמוקרטית, הוא כברירת האמצעים המותרים להשגת מטרות ראויות. במאמר זה מצאנו כי שלילת אזרחות וגירוש הם אומנם אמצעים ראויים במסגרת מלחמתה של דמוקרטיה בטרור, אך אי-אפשר להשתמש בהם כפי שהדבר נעשה כיום, שכן אמצעי נבחן לא רק לאור יעילותו, אלא עליו לעמוד גם במבחן ערכי של היותו ראוי מבחינה מוסרית.²⁵⁵ כאשר הסמכויות לשלול אזרחות ולגרש מצויות בידי גורם פוליטי או צבאי, עולה חשש כבד שאופן הפעלתן, גם אם הוא יעיל, אינו מוסרי. החשש לפגיעה קשה לא לצורך בזכויות אדם הוא חשש ממשי שאסור לדמוקרטיה להשלים עימו.

טרור קיברנטי פירושו פעולות טרור הנעשות באמצעות לוחמת רשת. אחד האיומים המהותיים שהחברה המודרנית ניצבת בפניהם כיום הוא האיום של טרור הסייבר.²⁵⁶ נראה כי גם במסגרת הלחימה בטרור מסוג זה שלילת אזרחות וגירוש יכולים לשמש אמצעים הולמים, שכן שלילת אזרחות היא הדרה חברתית, ואין אנו חייבים להעניק הגנה לאדם המפר אמונים למדינתנו. יש הטוענים כי ניתן לסווג מתקפות אלו כעברה פלילית.²⁵⁷ על-כן יהיה ראוי, לדעתי, להפעיל את אמצעי הגירוש במסגרת ההליך הפלילי, כך שייוצר אצל הטרוריסט רושם שאיום הגירוש קיים בין שהוא יעסוק בפועל בטרור ובין שהוא רק ייחשד בפעילות כזאת. כאשר הגירוש יופעל כעונש במשפט פלילי, תושג ההזרעה המבוקשת, ולכן, לדעתי, אמצעי זה שימושי גם בטרור קיברנטי.²⁵⁸

Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report—Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the “Needs” of the Security Service?*, 23 *Isr.*

L. Rev. 216, 266–267 (1989)

REZA MONTASARI, *CYBERSPACE, CYBERTERRORISM AND THE INTERNATIONAL SECURITY IN THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION: THREATS, ASSESSMENT AND RESPONSES* (2024)

257 חיים ויסמונסקי הקירה פלילית במרחב הסייבר 21–24 (2015).

Marwan Albahar, *Cyber Attacks and Terrorism: A Twenty-First Century Conundrum*, 25 *Sci. & Eng'g Ethics* 993 (2019)