הכרזת העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ־ישראל*

אליאב שוחטמן**

עד כה עיקר ההתייחסות להכרזת העצמאות של מדינת ישראל כמקור לזכויות משפטיות, או כמקור לפרשנות, היתה בשני מישורים אלה: (א) זכויות האדם וההגנה עליהן;[1] (ב) אופיה היהודי של מדינת ישראל,[2] למישור נוסף – זכויותיו של העם היהודי על ארץ־ישראל – כמעט שלא היתה התייחסות. למישור זה אני מבקש לייחד את דברי.

בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל,[3] פרופ' אמנון רובינשטיין מבחין בין ארבעה חלקים בהכרזת העצמאות. לדעתו, "שאלת תוקפה המשפטי של ההכרזה יכולה להתעורר אך ורק לגבי החלקים השני והשלישי. מעצם טיבו אין החלק הראשון (כמו גם החלק הרביעי) עשוי לשמש תכלית משפטית, באשר אין הוא כולל כל הוראה שניתן לפרשה כנורמטיבית". אכן, גם לדעתו של רובינשטיין, "ניתן להיעזר בחלק הראשון לצורכי פרשנות, בדבר אופייה של מדינת ישראל כ'מדינה יהודית ודמוקרטית'"; ובהמשך

---

* הרצאה ביום עיון שהתקיים בירושלים ביום כ"ז אדר תשנ"ט מטעם האוניברסיטה העברית והעמותה למשפט ציבורי, לזכר מנחם בלסמן ז"ל, בנושא הכרזת העצמאות כמקור לזכויות במשפט הציבורי והפרטי.

** פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1. ראו, לדוגמא, בג"ץ 73/53 ואח' חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, עמ' 884; בג"ץ 262/62 פרץ ואח' נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, עמ' 2113; בג"ץ 153/87 שקריאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221, עמ' 240.

2. ראו, לדוגמא, בג"ץ 72/62 ואח' רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428, עמ' 2447; ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים־עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.

3. אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, שוקן, תשנ"ז), 45.

nevo.co.il

הדברים הוא מפנה לדבריו של הנשיא, אהרון ברק, הכותב, כי גם לחלקים אחרים של ההכרזה חשיבות לעניין גיבוש עקרונותית.[4] בדברים אלה נעסוק בהמשך.

לעניות דעתי, בעקבות חקיקת סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו,[5] שוב אין מקום להבחנה בין חלקיה השונים של הכרזת העצמאות, ולכל חלקיה תוקף משפטי גמור, ככל שאפשר למצוא בהם עקרונות. סעיף 1 לחוק קובע לאמור:

> זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

חובה אפוא לכבד את זכויות־היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. חובה זו מוטלת על כל רשויות השלטון בישראל (סעיף 1 לחוק) ואין לפגוע בזכויות המוגנות על־פי חוק־היסוד, אלא באמצעות חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל והעומד באמות־המידה של סעיף 8 לחוק.

ההוראה שבסעיף 1 לחוק היא הוראה חוקתית, על־חוקית, ואינה מבחינה בין חלקיה השונים של הכרזת העצמאות. לפיכך כל עיקרון הגלום בהכרזה חייב להילקח בחשבון בשעה שעולה על הפרק יישומה של זכות־יסוד של אדם בישראל.

אחד העקרונות החשובים שבהכרזת העצמאות – אם לא החשוב שבהם – הוא זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל במובן זכותו להקים בה מחדש את מדינתו. למעשה זוהי התשתית לריבונותנו על הארץ. ההכרזה פותחת בקשר ההיסטורי של העם היהודי וארצו ומציינת את העובדה שקשר זה לא נזנח מעולם.[6] ההכרזה ממשיכה באזכור ההכרזה שנשמעה מפיו של חוזה המדינה, תיאודור הרצל, בקונגרס הציוני הראשון, בדבר זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל, ועל ההכרה הבינלאומית שניתנה לכך – תחילה בהצהרת בלפור, לאחר־מכן באישור כתב־המנדט על ארץ־ישראל על־ידי חבר־הלאומים, ולבסוף מטעם ארגון האומות המאוחדות.

זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל באה אפוא לידי ביטוי הן בתפיסה היהודית־ציונית הן במשפט הבין־לאומי שהכיר בקיומה של זכות זו. שני עקרונות אלה קיבלו ביטוי בהכרזת העצמאות ולכן יש לכבד את זכויות־היסוד של האדם הקבועות בחוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו (כמו גם בחוק־יסוד: חופש העיסוק), ברוח עקרונות אלה.

בהקמתה של מדינת־ישראל, שעליה הוכרז בהכרזת העצמאות, היה משום מימוש זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל (על־כל־פנים באופן חלקי, לאחר שחבלי ארץ־ישראל שממזרח לירדן נקרעו מתחום המנדט הבריטי).

---

4. ראו שם, 46.
5. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ד 90.
6. על הרקע לפסקה זו ראו זרח ורהפטיג, "מגילת העצמאות ופקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח, ובעיות דת ומדינה", ספר שרגאי (מרדכי אליאב ויצחק רפאל – עורכים, מוסד הרב קוק, תשמ"ב) 156.

מבחינת המשפט הבין־לאומי מה כוללת זכותו של העם היהודי על ארץ־ישראל, פרט לעצם הזכות להקמת מדינתו?

לבדיקת שאלה זו יש לעיין בכתב־המנדט הבריטי, שבו הוטלה על ממשלת בריטניה המשימה להוציא לפועל את תוכנית "הבית הלאומי" של העם היהודי בארץ־ישראל; שכן ממשלת ישראל היא היורשת של המנדט הבריטי, ואותן זכויות שאמורה היתה ממשלת המנדט להוציא לפועל עברו לממשלת ישראל לצורך הגשמתן.

בכתב־המנדט נאמר:

> בעל המנדט יהא אחראי לכך ששום שטח ארצישראלי לא יינתן, לצמיתות או בחכירה, לממשלתה של מעצמה זרה כלשהי, ולא יושם באיזה אופן שהוא תחת שלטונה.
>
> ממשלת ארץ־ישראל, בהבטיחה שזכויותיהם ומצבם של חלקי אוכלוסיה אחרים לא ייפגעו לרעה... ותעודד תוך שיתוף־פעולה עם הסוכנות היהודית... התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות המדינה ואדמות שוממות שאינן דרושות למטרות ציבוריות.[7]

ממשלת בריטניה, שלא מילאה אחרי מטרות המנדט בתחומי העלייה וההתיישבות (גזירות "הספר הלבן"), מעלה גם בתפקידה כנאמן בנושא השמירה על שטחי ארץ־ישראל לצורך הקמתו של הבית הלאומי לעם היהודי, ובספטמבר 1922 – חודשים ספורים לאחר אישור כתב־המנדט, כאמור – החליטה בריטניה על הפרדת עבר־הירדן המזרחי מזה המערבי ועל מסירת השטח שממזרח לירדן לשלטון ערבי. בכך נותרה לכאורה, מבחינת המשפט הבין־לאומי, רק ארץ־ישראל המערבית – מן הים עד הירדן – כאיזור המיועד להקמת הבית הלאומי.[8]

תוכנית החלוקה של ארגון האומות המאוחדות משנת 1947, אשר ביקשה להותיר בידי העם היהודי רק חלק מארץ־ישראל המערבית, נדחתה על־ידי העולם הערבי, אשר ביום ה' באייר תש"ח (15.5.1948) – יום סיום המנדט הבריטי על ארץ־ישראל – יצא למלחמת־השמדה נגד מדינת ישראל שזה עתה קמה. לא למותר להדגיש, כי תוכנית זו לא היתה אלא בגדר של המלצה בלבד, בלא כל תוקף מחייב, ואף המלצה זו נדחתה, כאמור, על־ידי העולם הערבי כולו והפכה לבטלה ומבוטלת מבחינת המשפט הבין־לאומי.[9]

---

7. סעיפים 5-6. ראו ברנרד יוסף, השלטון הבריטי בארץ־ישראל (מוסד ביאליק, תש"ח), 272.
8. באשר לתוקפותו של מעשה זה ראו אליאב שוחטמן, "הגולן – הסכר מול המפולת: מעמדה המשפטי של ישראל ברמת־הגולן", נתיב 31 (תשנ"ג) 5, עמ' 8.
9. על בטלותה של החלטת החלוקה של האו"ם משנת 1947 עקב דחייתה על־ידי הצד הערבי והתוקפנות הערבית נגד ישראל ראו: Julius Stone, *Israel and Palestine Assault on the Law of Nations* (John Hopkins, Baltimore, 1981), 59-66, 127-128. גם בית־משפט בישראל קבע בהחלטה עקרונית, כי ריבונות המדינה מבוססת בראש־ובראשונה על הזכות הטבעית

nevo.co.il

השאלה הנשאלת היא: כלום בעקבות מלחמת־השחרור איבד העם היהודי את זכותו על חבלי ארץ־ישראל המערבית – ובכלל זה את זכות ההתיישבות באזורים אלה – בגלל העובדה שבמשך 19 שנים היו אותם אזורים נתונים לכיבוש ערבי?

התשובה לכך שלילית. מצרים כלל לא התילה את ריבונותה על שטח רצועת־עזה, וריבונותה של ירדן על יהודה ושומרון לא הוכרה אלא על־ידי שתי מדינות בלבד – בריטניה ופקיסטן.[10] למעשה לא היתה ירדן מעולם ריבון תוקי בשטחי יהודה ושומרון.[11] מעמדה וזכויותיה של ירדן בשטחי ארץ־ישראל, שהיו כבושים על־ידה במשך 19 שנים, לא היו אלא "לכל היותר זכויות של כובש".[12] בשל העובדה שישראל השיבה לעצמה שטחים אלה במלחמת־מגן שנכפתה עליה, בעוד שמצרים וירדן השתלטו על אותם שטחים באמצעות התוקפנות הבלתי־חוקית במלחמת־השחרור, הרי שזכויותיה של ישראל עדיפות בשטחי יש"ע, מבחינת המשפט הבין־לאומי, על־פני זכויותיהן של ארצות ערב התוקפניות.[13] אזורים אלה לא חדלו אפוא – מבחינת המשפט הבין־לאומי – להיות חלק מארץ־ישראל המערבית, המיועדת כולה להקמת בית לאומי לעם היהודי.[14] יש לזכור גם,

---

וההיסטורית של העם היהודי ולכן הגבולות שנזכרו בהחלטת החלוקה לא הם שקבעו למעשה את גבולות המדינה. ראו תום שגב, 1949 – הישראלים הראשונים (דומינו, תשמ"ד), 16, המצטט מפסק־דינו של השופט מ' עזיוני בבית־המשפט המחוזי בחיפה (לימים שופט בית־המשפט העליון), על־פי הפרסום בהארץ (10.1.1949).

10. ראו בג"ץ 69/81 ואח' אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לז (2) 197, עמ' 228-230.

11. ראו סטון (לעיל, הערה 9).

12. ראו יהודה צבי בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה", הפרקליט כז (תשל"א) 315. והשוו יורם דינשטיין, "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה", הפרקליט כז (תשל"א) 5, עמ' 5-11; יורם דינשטיין, "והפדה לא נפדתה' או 'לא הפגנות אלא מעשים'", הפרקליט כז (תשל"א) 519.

13. ראו: Stephen M. Schwebel, "What Weight to Conquest?", *American Jornal of International Law* (1970) 344, p. 346 ; סטון (לעיל, הערה 9), 41-58, 116.

14. גם אם ירדן היתה מוכרת כריבון בעת ששלטה באזורי יהודה ושומרון, מכל־מקום היא הסתלקה מריבונות זו – לשיטתה – בעקבות הכרזתו של המלך חוסיין מיום 31.7.1988, בדבר ניתוק הגדה המערבית (כולל ירושלים) מירדן בתחומי המשפט המינהלי. ראו: Ruth Lapidoth and Moshe Hirsch, *The Arab-Israel Conflict and its Resolution: Selected Documents* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992), 339-343. לפיכך מבחינת המשפט הבין־לאומי אין תובה על ישראל להתזיר שטחים אלה לירדן. אכן, באותה שנה (1988) הכריזה מועצת אש"ף על הקמת מדינת פלשתין שבירתה ירושלים. ראו שם, 344-356; וכן בקובץ הצהרות והחלטות בנושא הפלסטיני 1950-1989 (משה גבאי – עורך, יד טבנקין, מכון ישראל גלילי לחקר כוח המגן, 1999), 218-221. אולם אף־על־פי שבעקבות הכרזה זו הכירו מדינות רבות ב"מדינת פלשתין", לא היה בכך כדי ליצור ריבונות מדינית חדשה של

כי סעיף 80 למגילת האו"ם נועד להגן על זכויות של עמים, אשר הוכרו במסגרת שיטת המנדטים של חבר־הלאומים, גם אם שיטה זו עברה מן העולם.[15]

לאחר מלחמת ששת הימים, מששוחררו שטחי ארץ־ישראל המערבית מידי הכובש הערבי, נותרו בעינן כל המחויבויות שעל־פי המשפט הבין־לאומי, שתכליתן להכשיר שטחים אלה למען הקמת הבית הלאומי לעם היהודי. מעמדה של ישראל בשטחים אלה אינו מעמד של כובש אלא של ריבון, או לפחות הטוען לריבונות: "לפי התפיסה המנחה את מדינת ישראל מאז הקמתה... אין ישראל 'מספחת' שטחים שהיוו עד 1948 חלק מארץ־ישראל המנדטורית. אין ישראל רואה את מעמדה בשטחים אלה כמעמד של מדינה כובשת, משום שמעולם לא ראתה את מדינות ערב שפלשו לתוך ארץ־ישראל במאי 1948 כבעלות זכויות ריבונות על שטחי ארץ־ישראל שעליהם השתלטו, כי אם ככובשים צבאיים בלבד".[16] משששבו שטחים אלה לשליטת מדינת ישראל, הרי זו חובתה של המדינה היהודית – הן מן הבחינה היהודית והציונית הן מן הבחינה של המשפט הבין־לאומי – לממש את זכויותיו של העם היהודי על ארץ־ישראל המערבית כולה, כולל זכות ההתיישבות.[17]

בעמדה זו, שלפיה מעוגנת זכות ההתיישבות היהודית ביש"ע בכללי המשפט הבין־לאומי, תומך סגן מזכיר־המדינה לשעבר של ארה"ב, יוג'ין רוסטוב, פרופ' למשפט בין־לאומי, הכותב בין השאר:

> הזכות של העם היהודי להתיישב בארץ־ישראל מעולם לא נפסקה בחלקה המערבי (להבדיל מארץ־ישראל שממזרח לירדן)... הדרך היחידה שבה אפשר להביא לקצה את זכות ההתיישבות שעל־פי כתב־המנדט, היא על־ידי סיפוחו של שטח זה למדינה קיימת או על־ידי יצירת מדינה חדשה באותו שטח.[18]

זכות זו של עם ישראל על ארץ־ישראל היא מעקרונות־היסוד של הכרזת העצמאות, וברוח עיקרון זה יש לכבד – כאמור בסעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – את זכויות־היסוד של האדם בישראל.

"פלשתין", באשר לא נתקיימו כל התנאים לכך מבחינת המשפט הבין־לאומי, ובמיוחד התנאי הדורש שלטון אפקטיבי. ראו רות לפידות ומשה הירש, ירושלים – היבטים מדיניים ומשפטיים (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1994), 7.

15. פול ס' ריבנפלד, "ההתנחלות בישי"ע מעוגנת בזכות חוקית ללא ערעור", נתיב 42 (תשנ"ה) 39. ראו גם: W. Thomas Mallison and Sally V. Mallison, *The Palestine Problem in International Law and World Order* (Longman, Harlow Essex, 1986), 170.

16. בלום (לעיל, הערה 12), 316.

17. על תחולת זכות ההתיישבות היהודית שמכות כתב־המנדט על כל חלקי ארץ־ישראל ראו יוסף (לעיל, הערה 7), 106.

18. Eugene V. Rostow, "To the Editor in Chief", 84 *The American Journal of International Law* 717, p. 718 (1990).

nevo.co.il

כך כותב הנשיא אהרן ברק:

> דומה שלא תהא מחלוקת על כך, שעקרונות אלה [של ההכרזה] כוללים בוודאי את העקרונות הבאים, הקבועים בחלק השלישי של הכרזת העצמאות... גם חלקים אחרים של הכרזת העצמאות עשויים להיות חשובים לגיבוש עקרונותיה. הקשר בין הארץ לעם היהודי, הזכות של העם על הארץ, החייאת השפה העברית והשאיפה לשלום – כל אלה מהווים עקרונות אשר לרוחם יש לכבד זכויות יסוד של האדם.[19]

מהן ההשלכות המשפטיות הנובעות מכך? לעניות דעתי, יש לכך השלכה ישירה, בין השאר לגבי אפשרות פינוים בכוח, בעתיד, של מתיישבי יהודה, שומרון ועזה – שהם מַחֲבְלֵי ארץ־ישראל שעליהם מתפרסת זכותו של העם היהודי, בכלל, וזכות ההתיישבות שלו, בפרט.

פינוי בכוח עשוי להתרחש מכוחה של פקודת פינוי או מכוחו של חוק מיוחד שתקבל הכנסת. נדון בחוקיותם ובתוקפותם של שני אלה. נעסוק תחילה בפינוי באמצעות צו מינהלי.

לדעתי, החוק הישראלי כיום שולל פינוי בכוח של יהודים מבתיהם ומישולם מרכושם שרכשו כדין. פינוי יישובים ועקירת מתיישבים מאדמתם היא פגיעה קשה ביותר באנשים אשר לא זו בלבד שפעלו במסגרת החוק, אלא נשלחו למקומות שבהם הם יושבים כדי לבנות שם את חייהם ולהגשים את הערכים שהמדינה ביקשה לקדם: ערך ההתיישבות בארץ־ישראל וההגנה על בטחון המדינה.

יהודים שמילאו אחר הצו הלאומי והתיישבו במסגרת תוכניות מאושרות של הממשלה יכולים היו לצפות שהתיישבותם תהיה התיישבות של קבע. בשל העובדה שלממשלות ישראל אשר פעלו לקידום ההתיישבות היהודית בארץ־ישראל היו תביעות ריבונות על האזורים שיושבו על־ידה (אם לא באשר לכל שטחי ארץ־ישראל ששוחררו במלחמת ששת הימים, הרי לפחות לגבי חלק מהם, לצורכי ביטחון), ונוכח עבודות התשתית הנרחבות שבוצעו על־ידי ממשלות ישראל – עבודות שאינן אופייניות למגורי־ארעי – רשאים היו המתיישבים להניח כי התיישבותם היא התיישבות־קבע. כוונתן של כל ממשלות ישראל להקים את היישובים כיישובי־קבע מוכחת גם מתוך העובדה, כי הקרקעות שעליהן הוקמו היישובים לא נתפסו על־פי צווי תפיסה צבאיים ולצרכים צבאיים – מה שעשוי היה להצביע על ארעיות – אלא היישובים הוקמו על אדמות מדינה, על אדמות הקרן־הקיימת־לישראל או על אדמות פרטיות שנרכשו כדין, במטרה להקים עליהן יישובי־קבע. גם הודעות שונות מפי דוברים רשמיים של הממשלה לא יכלו להותיר כל ספק בעניין זה.[20]

---

19. אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 306.
20. ראו, לדוגמא, הודעת בא־כוח המדינה מפי ראש־הממשלה בדבר "יוכות עם ישראל להתנחל

nevo.co.il

צו לפינוי יהודים מבתיהם ומנחלתם, לבד מן העובדה שהוא יהיה פגיעה קשה בערכים הנ"ל שהמדינה ביקשה להגשימם, יהיה לכאורה הפרה בוטה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992. על־פי סעיף 2 לחוק, "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; ועל־פי סעיף 3 לחוק, "אין פוגעים בקנינו של אדם". בסעיף 4 לחוק נאמר: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". בפינויים בכוח של מתיישבים שמילאו שליחות לאומית, פעלו כחוק ורכשו זכויות כדין, יש לכאורה משום הפרה גסה של סעיפים אלה.

דומה בעיני, שאם זכות קניינית רגילה של אדם על ביתו נחשבת כזכות־יסוד הראויה להגנה, על־אחת־כמה־וכמה כשמדובר בזכותו של אדם הדבק באדמתו והחי במולדתו, שלא יגרשוהו משם; שכן לבד מן הפגיעה בגוף ובקניין יש כאן פגיעה בכבוד הלאומי, שהיא קשה אולי יותר מן הפגיעה בכבוד הפרטי. אין גם לשכוח, כי כל מה שנעשה מכוח זכות ההתיישבות של העם היהודי בארצו מעוגן בכללי המשפט הבין־לאומי.

בשנים האחרונות מרבים לדון במוסריותו של "טרנספר" לגבי המיעוט הערבי החי בישראל. הדעה המקובלת על חלק גדול מן הציבור בישראל היא, שמעשה כזה הוא אנטי־דמוקרטי ופוגע בזכויות־היסוד של האדם ועל־כן הוא שולל פעילות מסוג זה. האם יעלה על הדעת, שמעשה אשר לגבי ציבור הערבי נחשב כפסול, ייחשב כמעשה כשר כשמדובר ביהודים?!

כדוגמא למעשים שיש בהם פגיעה בכבודו של אדם מונה פרופ' רות גביזון מעשים, כמו יריקה בפנים, טיפול משפיל או ענישה משפילה ופגיעה בשמו הטוב של אדם.[21] דומה, שהפגיעה בכבודו של אדם בדוגמאות האמורות מתגמדת לעומת הפגיעה בכבודו של אדם המגורש מביתו ומאדמתו.[22]

מדינת ישראל היא מדינה יהודית: "התפיסה כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית מהווה עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו" – כלשונו של הנשיא אהרן ברק, בפרשת "ימין ישראלי".[23] על־פי המסורת המשפטית היהודית, אקט הגירוש נשלל לחלוטין; ולפי התבטאותו של ירמיהו הנביא, אקט הגירוש הוא מעשה חמור יותר אפילו מן המוות.[24]

ביהודה ושומרון" – בג"ץ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1, עמ' 16.

21. רות גביזון, "הזכות לכבוד, לשם טוב ולפרטיות", זכויות האדם והאזרח בישראל (כרך ג, טלי בן־גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין – עורכים, האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשנ"ב) 263, עמ' 264-265.

22. חיים כהן, "על משמעות הנכות לכבוד־אנוש", זכויות האדם והאזרח בישראל (כרך ג, טלי בן־גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין – עורכים, האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשנ"ב) 267.

23. ר"מ 7504/95 ואח' יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד נ (2) 45, עמ' 63.

24. ירמיהו כב, י: "אל תבכו למת ואל תנודו לו, בכו בכה להולך [מארצו], כי לא ישוב עוד וראה את ארץ מולדתו". פירוש: "ארץ מולדתו אהובה על האדם מכל הארצות, והיוצא ממנה

הגירוש הוא פגיעה בזכויות האדם גם לפי שורה ארוכה של מסמכים והסכמים בין־לאומיים, שבחלקם מדברים על האיסור לגרש באופן שרירותי[25] ובחלקם מדברים על איסור מוחלט ובלתי־מסויג של גירוש אזרח ממדינתו.[26] הגירושים של ערבים שבוצעו במרוצת השנים על־ידי ישראל אושרו על־ידי בית־המשפט הגבוה לצדק רק משום הסיכון לביטחון ולסדר הציבורי, שנבע מהישארותם של אותם מגורשים בשטחים שבידי ישראל.[27] כאשר שוקלים זה לעומת זה את זכויות־היסוד של האדם, מתד גיסא, ואת בטחון המדינה והסדר הציבורי, מאידך גיסא, גובר השיקול הציבורי גם אם יש בכך פגיעה בזכות הפרט.

לעומת זאת, מתיישבי יש"ע (נורמת־הגולן) הם אנשים שומרי חוק, ואין מקום להעלות נגדם, כציבור, את הטענה של סיכון בטחוני ופגיעה בסדר הציבורי. שיקולי ביטחון אינם יכולים לשמש אפוא עילה להצדקת פינוים בכוח.

כאמור לעיל, פקודה לפינוי יהודים מבתיהם אשר בהם יש להם זכויות כדין נשללת מכוח ההגנות המוקנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. על־אחת־כמה־וכמה מוגנות זכויות אלה לפי דרישת סעיף 1 לחוק־היסוד, שלפיו יש לכבד את זכויות־היסוד שבחוק ברות העקרונות שבהכרות העצמאות. שתי זכויות־היסוד האמורות גם יחד – הזכות לכבוד וזכות הקניין – ראוי שתכובדנה ברות העקרונות שבהכרות העצמאות.

באשר לזכות־היסוד לשמידה על כבודו של אדם, אחד מעקרונותיה של הכרות העצמאות הוא זה הקובע כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית. משמעות הדבר היא, כי ערכיה של מדינת ישראל הם הערכים הבסיסיים של היהדות. בין ערכים אלה תופס בלא ספק מקום חשוב הערך המצווה על שמירת כבודו של אדם[28] והשולל תכלית שלילה גירושו של אדם מנחלתו שבארץ־ישראל – אקט שיש בו משום פגיעה לא רק בכבוד האישי, אלא גם בכבוד הלאומי.

באשר לזכות־היסוד לשמירה על קנייניו של אדם, ההגנה על זכות הקניין היא ערך יהודי[29] ואף היא מתחייבת מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית. אולם מדובר לא רק

בעל כרחו, בלי שיוכל לחזור אליה, יהיה כל ימיו בצרה גדולה" (דעת מקרא, שם), מה שאין כן במי שמת – שלא ידע עוד כל צרה.

25. כמו סעיף 9 ל־Universal Decleration of Human Rights, General Assembly: Resolution 217 (III) (1948), 2 *U.N. Resolutions* (Series I, Resolution Adopted by the General Assembly) (1948-1949), 137.

26. כמו סעיף 22(5) של American Convention on Human Rights (1969), 65 *American J. of International Law* (1971) 679, p. 686.

27. למשל: בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג (3) 309; בג"ץ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (1) 617.

28. ראו הרב אברהם שרמן, "חוקי־יסוד זכויות האדם לאור תורת ישראל ומשפטיה", תורה שבעל פה לו (תשנ"ה) עט, עמ' פא-פט; מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 659, עמ' 674-682.

29. ראו שרמן (לעיל, העדה 28).

בזכויות קניין שבמישור המשפט הפרטי, אלא בזכויות קניין המגשימות את זכות ההתיישבות של העם היהודי בארצו. אם בזכות קניין רגילה אין לפגוע אלא בתוק התואם את אמות־המידה הקבועות בסעיף 8 לחוק־היסוד, קל־וחומר שוכות המעוגנת בעקרון־היסוד של הכרזת העצמאות אי־אפשר לפגוע בה שלא בדרך של חוק מיוחד הממלא אחר אמות־מידה אלה.

מכאן לשאלה: כלום רשאית הכנסת לחוקק חוק מיוחד המתיר פינוים בכוח של יהודים?

לעניות דעתי, התשובה שלילית. על־פי סעיף 8 לחוק, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של הציונות, שעל בסיס תוכניתה קמה מדינת ישראל, ואחד מערכיה המקודשים ביותר קובע שאין לעקור יהודים מאדמתם ואין לפנות יישוב יהודי בארץ־ישראל. ההגנה על זכותם של יהודים לחיות על אדמתם היא נשמת־אפה של הציונות ושל מדינת ישראל גם יחד. מאחר שמטרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא לעגן בחוק את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1 לחוק), הרי שאין לך ערך נעלה יותר והראוי להגנה מאשר זכותו של יהודי לחיות על אדמתו ולא להיות מגורש ממנה – ערך שהוא גם יהודי, גם תואם את עקרונות הדמוקרטיה ונוסף על כך מעוגן בעקרונות המשפט הבין־לאומי הפומבי.

מאחר שחוקי הכנסת חייבים להיות תואמים את עקרונות חוק־היסוד הנ"ל, הרי שחוקתיותו של חוק שיתיימר לסתור את הוראותיו של חוק זה מוטלת בספק.[30]

מסקנה זו היתה נכונה גם אלמלא סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. משנחקק סעיף 1, שלפי הוראתו יש לכבד את זכויות־היסוד של האדם בישראל ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות, קל־וחומר שמסקנה זו נכונה, וחוק שיורה על נישולם של יהודים וגירושם מאדמתם – דבר שהוא פגיעה גם בזכות הקניין הפרטית גם בזכויותיו של העם היהודי בארצו – אחד דינו לכאורה להתבטל.

מסקנה זו מתחייבת גם מכוח האמור בחלקה הראשון של הכרזת העצמאות בדבר זכות העם היהודי על ארץ־ישראל, והיא מתחייבת גם מכוח האמור בחלקה השלישי של ההכרזה, שלפיו "מדינת ישראל... תהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".

---

30. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367. כן ראו דבריו של השופט אהרן ברק, "המהפכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, עמ' 20 ואילך. וראו אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 271, עמ' 272: "חוק רגיל (יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא), הפוגע בכבוד האדם בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הוא בלתי חוקתי, ועל פי התרבות המשפטית שלנו – בטל"; וכן שם, 288-289 והערה 125. עוד ראו בג"ץ 142/89 ואח' תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529, עמ' 554.

nevo.co.il

בדרך־כלל שימש חלק זה של ההכרזה בסיס ומקור לאופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל.[31] ברם, ה"נאמנות לעקרונותיה של מגילת האו"ם", האמורה במלק זה של ההכרזה, כוללת גם את הנאמנות לסעיף 80 למגילת האו"ם – הוא הסעיף הידוע שבא להגן על זכויותיהם של עמים ושנוסח במיוחד כדי להגן על זכותו של העם היהודי בארצו (מאחר שבעת ניסוחה של מגילת האו"ם, בשנת 1945, טרם קמה מדינת ישראל, והיה צורך לנסח סעיף מיוחד שיגן על זכויותיהם של עמים שאין להם עדיין מדינה ואינם חברים בארגון האו"ם).

כבר קבע בשעתו הנשיא אהרון ברק,[32] כי "כיבודן של זכויות־היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל הפכה לצו חוקתי. נמצא, כי לא רק שיש לעקרונותיה של הכרזת העצמאות תוקף משפטי, אלא שהחובה לכבד את זכויות־היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות הפכה לחובה חוקתית, שחוק 'רגיל' אינו יכול לעמוד לעומתה".

על סמכותו של בית־המשפט להורות על בטלותו של חוק העומד בסתירה לעקרונות הכרזת העצמאות דן גם חבר־הכנסת דן מרידור במסגרת הדיון בכנסת על הצעת החוק: "עד היום שימשה מגילת העצמאות, לפי פסיקת בית־המשפט, מדריך לבית־המשפט כאשר הוא דן בתקנות של הממשלה, אבל לא כאשר הוא פוסל חוקים של הכנסת. היום קבענו גם את הקביעה הזאת..."[33]

חקיקה של הכנסת שתורֶה על גירושם של יהודים מנחלתם בארץ־ישראל תעמוד אפוא לכאורה בסתירה לא רק לזכויותיו של העם היהודי בארצו – כמוכרז במגילת־העצמאות – מבחינת החפיסה היהודית־ציונית. חקיקה כזו תעמוד בסתירה גם למוצהר בהכרזת העצמאות, כי המדינה תהיה נאמנה לעקרונות מגילת האו"ם. כאמור, על חוקי הכנסת לתאום את עקרונותיה של הכרזת העצמאות ולא לסותרם.[34]

יש לקוות, כי הדיון בשאלה זו יישאר לעולם בתחום העיון התיאורטי ולא תידרש הכרעה שיפוטית בעניין.

31. ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 3), 56.
32. ברק (לעיל, הערה 19), 305.
33. ד"כ 136 (תשנ"ד) 5414.
34. מעבר לכל האמור לעיל, חקיקה שתורֶה על פינוים בכוח של יהודים מיישוביהם בארץ־ישראל ואשר במשתמע תבקש לשמר את זכויותיהם של ערביי ארץ־ישראל כאזוני הארץ במקומות שבהם תהיה אסורה זכות המגורים ליהודים בלבד (יודנריין), תהיה בעליל חקיקה מפלה וגועלית, וגם בתור שכזו דינה יהיה להתבטל.

nevo.co.il