

לקראת פרדיגמה חדשה: על הזכויות הקבוצתיות של הברואים במקרקעין בנגב

רונית לוי-שנור*

שאלת זכותם של הברואים במקרקעין בנגב היא אחת הסוגיות הסבוכות והקשות בצומת של משפט, פוליטיקה וחברה בישראל. זה כמאה שנים שהמערכת השלטונית – מימי הכיבוש הצבאי הבריטי על ארץ ישראל, עבור בתקופת המנדט ועד לאחר הקמת מדינת ישראל – מבקשת להכפיף את אוכלוסיית הארץ המקומית לדיני קניין נוקשים ולמערכת פורמלית של רישום מקרקעין. בעשותה כן פועלת מדינת ישראל – גם בשנים האחרונות ממש – באופן אשר נתלה ברשת סבוכה של דברי חקיקה, של פרשנויות ושל החלטות מדיניות כדי לשלול לחלוטין כל הכרה בזכות אישית של הברואים במקרקעין בנגב. אל מול מאמצים אלה ניצבים תובעי הבעלות הברואים בגיבוי אקדמי של כמה מהבולטים במחקר בתחום של משפט, גיאוגרפיה והיסטוריה. ספרם של סנדי קדר, אחמד אמארה ואורן יפתחאל שפורסם בשנת 2018 הוא גולת הכותרת של מחקרם רב-השנים בתחום. הוא מציע פרספקטיבה רחבה ורב-תחומית, המיטיבה לעמוד על כוחה של הדוקטרינה השלטת, ההופכת את כיכר השוק לריקה ואת הנגב – למת. בהשראת הספר ולאור כישלוננו של הניסיון האחרון לשנות את הדוקטרינה, מציע מאמר זה פרדיגמה חדשה להכרה בזכויות הברואים בנגב, המתמקדת לראשונה בזכויות קבוצתיות שנרכשו מכוח שימוש ציבורי משותף רב-שנים בידי קהילות הברואים בנגב. הצעה זו מבוססת על חשיפת אפיק משפטי להכרה בזכות מסוג מתרוכה בהתאם לחוק הקרקעות העותמאני. המאמר מציג אפיק זה, אשר עד היום טרם נבחן, דן בו וטוען כי יש בו כדי לאפשר הכרה ראויה – הן משפטית והן חברתית – באינטרס הציבורי-קבוצתי של הברואים במקרקעין הנגב.

* מרצה בכירה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לשני ארד על עזרה במחקר, לדורין לוסטיג, ליהל קורלנדר, ליורם שחר, לקורא החיצוני ולמערכת כתב העת "עיוני משפט" (איה אומסי, ערן חיו, אבנר שמלה ועידן רייטר). כמו גם למשתתפי סדנאות ב-"Association for Law, Property, and Society Annual Meeting, Maastricht University, 2018 ובכנס האגודה הישראלית למשפט וחברה, המכללה האקדמית נתניה, 2017.

מבוא

א. על פרדיגמת הזכויות האישיות

1. הרקע למחלוקת על זכויות הבדואים
2. עיצוב המחלוקת הקניינית בידי המדינה
3. עיקר הטענות המשפטיות של המחברים בספר
4. קיומה של הקצאה קודמת
5. התיישנות הבעלות המלאה
6. החיאה שנזנחה
7. פקודת המוואת כדין כובש

ב. לקראת פרדיגמה חדשה: הזכויות הקבוצתיות

1. עיקרי הדברים
 2. מתרובה ומוואת: חשיבות הסיווג
 3. חשיבות ההכרה בזכות הקבוצתית של הבדואים
 4. רישום מקרקעי המתרובה ושינוי השימוש בהם
- סיכום: ניצוצות של הכרה

מבוא

האם לבדואים זכויות קניין במקרקעין בנגב? התשובה המשפטית-רשמית הנפוצה על שאלה זו כיום היא שלילה גורפת.¹ ביסוסה של עמדה זו נמצא בפסק הדין המכריע בעניין אל הואשלה משנת 1984,² שם נדונו מקרקעין מאדמות קסר א-סיר שבנגב אשר נתבעו בידי הבדואים במסגרת הליך הסדר זכויות במקרקעין³ שהחל בשלהי שנות

1 ראו למשל, הצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013, ה"ח 761 (וראו במבוא לדברי ההסבר, בעמ' 316: "עמדת המדינה היא כי הדין הקיים אינו מאפשר לקבל תביעות אלה" (תביעות הבעלות)). ההצעה אושרה בקריאה ראשונה ביום 24.6.2013. לדין, ראו חיים זנדרבג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 156-170 (יצחק זמיר עורך, 2016) (להלן: זנדרבג חוק יסוד). לביטוי קודם ומפורט יותר של טענות אלה, ראו חיים זנדרבג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט-ציונות 143-158 (2007) (להלן: זנדרבג ציונות). ראו עוד, רונית לוי-שנור תכנית ההתנתקות בנגב: על הצעת החוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013 11-8 (2013) (להלן: לוי-שנור התיישבות בדואים).

2 ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984). ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

3 הליך הסדר זכויות במקרקעין לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר) מבוסס על פרוצדורה קבועה ושיטתית למיצוי מלוא התביעות לזכות במקרקעין הנתונים בהסדר, תוך שתוצאות ההסדר יוצרות מחסום מהותי בפני טענות לזכות אשר לא הוכרו במסגרתו. השלמתו של ההליך אף מקימה מניעה בפני יצירת זכות מהותית במקרקעין שעברו הסדר. ראו בפרט ס' 81 ו-93 לפקודת ההסדר; ס' 125 (א) ו-159 (ב) לחוק

השישים.⁴ אף שבפסק הדין הוכרע גורלן של אותן חלקות מסוימות שעמדו לדיון, מבחינה מעשית שימש פסק הדין דגל לעמדה ולפיה אין לבדואים כל סיכוי להוכיח זכות אישית בקרקע הנתבעת בידם.⁵ בעקבות פסק הדין התנהלה ממשלת ישראל משך עשרות בשנים ביחסה אל הבדואים כמי שאין להם זכות בדין.⁶ לצד זאת הכירה הממשלה בצורך להתייחס אל הבדואים "לפנים משורת הדין" ולהגיע עימם לפשרות קרקעיות פרטניות חרף היעדר זכות.⁷ נראה כי המדינה ביקשה להימנע ממצב שבו הסכמי פשרה לא יגובשו, תביעות הבדואים יידחו והליך ההסדר יושלם מבלי שלבדואים מעמד חוקי כלשהו. על כן, לכאורה בעטיו של הרצון שלא להביא את הליך ההסדר לידי הכרעה מבלי שהוא מלווה באימוצה של פשרה בידי תובעי הזכויות בהליך ההסדר, אך למעשה תוך גרימת נזק ראייתי מתמשך ובניגוד לתכליות הליך ההסדר, הוקפא בפועל ההליך משך שנים רבות.⁸ קצב הפשרה היה איטי ביותר, וכיום נתונים עדיין במחלוקת כ-574,000 דונמים – כ-74% משטח התביעות במקור.⁹

באמצע שנות האלפיים החלה המדינה להחיות את הליך הסדר הזכויות במקרקעין, וביקשה להביא למיצוי משפטי של התביעות לקרקע.¹⁰ בהקשר זה נוהל "תיק דגל" בידי קבוצת תובעי זכויות בראשות נורי אלעוקבי לבחינה מחדש של הדוקטרינה השלטת (פרשת אלעוקבי).¹¹ תיק זה, שבו הסתייעו התובעים באקדמאים ובמשפטנים ובהם מחברי הספר שבפנינו – סנדי קדר, אחמד אמארה ואורן יפתחאל (להלן: המחברים), עסק בשישה תיקי

המקרקעין, התשכ"ט-1969. כן ראו רונית לויין-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 161-173 (2012) (להלן: לויין-שנור דיני רישום). עיקר המחלוקת עם הבדואים התעוררה ונוצרה סביב הליך ההסדר, שכן לעת הזו נדרשו הבדואים לראשונה לעמוד ולהוכיח את זכותם בקרקע, ולשאת בתוצאות כישלונם להצליח בכך. ראו עוד על כך להלן בפרק א.1.

4 ראו חבצלת יהל "לפנים משורת הדין: המהלכים לגיבוש פשרה בתביעות הבעלות של הבדווים" עיונים בתקומת ישראל 28, 84, 98-99 (2017) (להלן: יהל "לפנים משורת הדין").

5 ראו הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים כנגב דין וחשבון 18-19 (2008) (להלן: דוח גולדברג).

6 ראו לעיל ה"ש 1; יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4.

7 שם, בעמ' 95.

8 ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל, פס' 25 (פורסם בנבו, 14.5.2015); יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 104, 115-116; ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA, ;116-115, 104 OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV (2018) 101 (להלן: KEDAR, AMARA & YIFTACHEL או הספר). ראו גם לויין-שנור התיישבות בדואים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20-24.

9 מבקר המדינה דין וחשבון 66 לשנת 2015 ולחשבונות שנת הכספים 2014, 931, 944-945 (2016). ברוח צוין כי משרד המשפטים הודיע למשרד המבקר, שלפי החלטה מחודש אוגוסט 2014 קידום תביעות נוגדות (הליכים לבירור תביעות הבדואים) ייעשה אך ורק במקרים שבהם ישנו צורך ציבורי ברור בקרקע.

10 חבצלת יהל "הוויכוח הקרקעי בין בדואי הנגב ומדינת ישראל" יער 17, 54, 63 (2017).

11 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8.

הסדר באדמות הנגב הצפוני.¹² חרף המאמצים הרבים שהושקעו בתיק, בסופו של דבר דחה בית המשפט העליון את טענות התובעים דחייה גורפת, תוך סתימת הגולל על האפשרות להביא לשינוי משפטי באשר לנקודת המוצא ולפיה בכל הנוגע לטענות הברואים למקרקעין בנגב המתבססות על תביעת זכות אישית זכות שבדין אינה קיימת.¹³

העמדה שלפיה כל הענקת זכות לברואים מידי המדינה היא על בסיס חסד ולא זכות נמצאת גם ביסוד ניסיון ההסדרה הרגולטורי שקידמה הממשלה בשנים האחרונות. כך בדוח הוועדה הציבורית להסדרת התיישבות הברואים בנגב (ועדת גולדברג)¹⁴ וכן במהלכים שנעשו לשם יישומו – "מהלך הקשבה" שנקט השר בגין לבקשת הממשלה,¹⁵ וביתר שאת אף בדוח צוות היישום הממשלתי לדוח ועדת גולדברג (הידוע כדוח פראוור)¹⁶ ובהצעת החוק הממשלתית להסדרת התיישבות ברואים בנגב משנת 2013.¹⁷ בעקבות זאת המשיכה הממשלה במאמצייה לפינוי הברואים מהכפרים הבלתי-מוכרים אל יישובי הקבע – בעיקר בהסכמה אך לא רק¹⁸ – תוך שאחד ממקרי הפינוי בכוח הסתיים בטרגדיה ובאובדן חי

12 להתייחסות לפסק הדין, ראו מיכל טמיר וגרשון גונטובניק "אתגר המציאות של הקהילה הברואית בנגב: הכרה בתורת ההכרה" משפט, חברה ותרבות: משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 429 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017).

13 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28. ראו זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167-168; זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 146; יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 28, 84, 95.

14 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28 ("מתן זכות בעלות על קרקע על ידי המדינה מתוך התחשבות בזיקה ההיסטורית ולא מתוך זכות שבדין [שאינה קיימת], הוא שעומד גם ביסוד ההסדר המוצע על ידינו לפתרון המאבק על הקרקע").

15 השר בגין פעל לשמוע את עמדת הציבור הברואי בנוגע לסוגיית הקרקעות. פעולותיו סוכמו בזאב ב' בגין הסדרת התיישבות ברואים בנגב סיכום מהלך ההקשבה לציבור לגבי תזכיר החוק להסדרת התיישבות ברואים בנגב והמלצות למדיניות ולתיקון תזכיר החוק (2013) (להלן: דוח בגין). לאישור הדוח, ראו החלטה 5345 של הממשלה ה-32 "השלמות להחלטת הממשלה מס' 3707 מיום 11.9.2011 בעניין הסדרת התיישבות ברואים בנגב" (27.1.2013).

16 בהחלטה 4411 של הממשלה ה-32 "הובלת צוות יישום דו"ח ועדת גולדברג להסדרת התיישבות הברואים בנגב" (18.11.2009) נקבע, כי הממשלה רואה במתווה גולדברג "בסיס להסדרת התיישבות הברואים בנגב", ומונה צוות ליישום הדוח, אשר מסקנותיו גובשו בצוות ליישום המלצות ועדת גולדברג להסדרת התיישבות הברואית בנגב מתווה מוצע להסדרת התיישבות הברואית בנגב (2011) (דוח פראוור) (המתווה לא פורסם ברבים). ראו החלטה 3707 של הממשלה ה-32 "דו"ח הצוות הבינמשרדי ליישום המלצות הוועדה להסדרת התיישבות הברואים בנגב – המשך דיון והעברת טטח פעולה ממשרד למשרד" (11.9.2011). על מתווה זה נאמר, כי "מדובר היה למעשה בקבורת פרטי ההסדר שהציע השופט גולדברג". ראו אליעד וינשל והנגב לא ישקוט: סוגיית הברואים בנגב – בין פתרון אזרחי לסכסוך לאומי 101 (2018).

17 לעיל ה"ש 1. דחיית ההצעה מימין ומשמאל הביאה למפלגה. ראו KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 240; זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 84, 196; וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 173-184.

18 ראו למשל, רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2015). להרחבה, ראו טל שטיינר "כרם נבות בנגב: על פסק הדין בעניין אום אל חיראן" המשפט ברשת – זכויות

אדם.¹⁹ על רקע כל אלה מתנהל בשנים האחרונות שיח אקדמי ער בנושא זכויות הבדואים בנגב,²⁰ אשר ספרם של קדר, אמארה ויפתחאל, שהיו גם ממנסחי הטיעון שלא צלח בעניין אלעוקבי, הוא אחת מפסגותיו.²¹

הספר המרתק והעשיר מביא בפני הקוראים את סיפור המסע של מחקר גיאוגרפי-היסטורי על אודות התיישבות הבדואים בנגב והמפגש שלה עם השינויים הפוליטיים של המאה העשרים, בפרט עם שלטונות המנדט, התנועה הציונית ומוסדות מדינת ישראל לאחר

- 19 אדם 5, 55 (2016); טמיר וגונטובניק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 462-463.
 בג"ץ 708/17 אבו אלקיען נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2017). ראו עוד רון "דע מאין באת ולאן אתה הולך ולפני מי אתה עתיד לתת דין וחשבון": בעקבות בג"ץ 708/17 אבו אלקיען נ' משטרת ישראל" המשפט ברשת – זכויות אדם 65, 4 (2017).
- 20 ראו, באופן בלתי-ממצח: Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins Under the Law* (1996) 30 *Law & Soc'y Rev.* 231; סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665 (1998) (להלן: קדר "זמן של רוב"); שמיר, לעיל ה"ש 2; אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" תיאוריה וביקורת 16, 67 (2000); Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948-1967*, 33 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 923 (2000) (להלן: זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (2000) (להלן: זנדברג הסדר); Issachar Rosen-Zvi, *Taking Space Seriously: Law, Space and Society in Contemporary Israel* (2004); Havatzelet Yahel, *Land Disputes Between the Negev Bedouin and Israel*, 11 *Isr. Stud.* 15 (2006); זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1; אבינועם מאיר "בחינה אלטרנטיבית של שורשי הקונפליקט הקרקעי בנגב בין הממשלה לברווים: היבטים גיאו משפטיים" קרקע 63, 14 (2009); אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחדש בהלכת הנגב המת: זכויות קניין במרחב הברווים" משפט וממשל יד 7 (2012); חבצלת יהל "הסדרת קרקעות בנגב: פסיקות חדשות של בית המשפט המחוזי בתביעות הבעלות של הברווים" רשימות בנושא הברווים 41, 7 (2012); Indigenous (In) Justice: Human Rights Law and Bedouin Arabs in the Naqab/Negev (Ahmad Amara, Ismael Abu-Saad & Oren Yiftachel eds., 2013); Haim Sandberg, *The Politics of "Over-Victimization" – Palestinian Proprietary Claims in the Service of Political Goals*, 19 *Israel Affairs* 488 (2013) (להלן: יהל, רות קרק וסת' פרנזמן "האם הבדואים בנגב הם התושבים המקוריים – עם יליד?" אופקים בגאוגרפיה 84, 73 (2013); לויין-שנור התיישבות בדואים, לעיל ה"ש 1; זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1; Alexandre (Sandy) Kedar, *Dignity Takings and Dispossession in Israel*, 41 *Law & Soc. Inquiry* 866 (2016); Gary Fields, *Enclosure: Palestinian Landscapes in a Historical Mirror* (2017); יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4; טמיר וגונטובניק, לעיל ה"ש 12; נועה קרם "אל-עוקבי נ' מדינת ישראל: העלמת המשפט וההיסטוריה הבדואית בקביעת הבעלות על אדמות הנגב" משפט, חברה ותרבות: משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 389 (ראיף זריק ואילן סבן, עורכים, 2017); וינשל, לעיל ה"ש 16.
- 21 כמו גם יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20, מאמרם של המחברים שקדם לספר ואשר חלקים ניכרים ממנו מבוססים עליו. ראו להזכיר גם את בא כוח התובעים, עו"ד מיכאל ספרד; ואת מעורבותה של החוקרת נועה קרם, לעיל ה"ש 20, בעמ' 408-409.

הקמתה. הספר בוחן את מעמדה של התיישבות הברואים מנקודות מבט מגוונות, ובכלל זה ההתפתחות ההיסטורית והגיאוגרפית שלה, מעמדה החוקי לפי משפט המנדט ומשפט מדינת ישראל ומעמדה לאור ההגנה על קבוצות ילידיות במשפט הבינלאומי. המחקר המסוכם בספר מבוסס על בדיקה מעמיקה וראשונה מסוגה במגוון של ארכיונים ושל חומרים היסטוריים ומשפטיים, והוא הישג אקדמי מזהיר. הספר מציב את הסכסוך בתוך מסגרות השוואתיות, גיאוגרפיות והיסטוריות, אשר מצביעות על הדמיון הניכר – לפי טענתם המשכנעת של המחברים – בין הדוקטרינה המשפטית המכונה "הלכת הנגב המת" לבין תפיסת ה-Terra Nullius המזוהה עם הקולוניאליזם ההיסטורי. מחברי הספר מפרקים באופן ביקורתי ומקורי את רכיביה של הלכת "הנגב המת", אשר כפי שהם מראים מהווה נדבך מרכזי ורבי-פנים בתהליך שלילת זכויות הקניין של הברואים בנגב והכשתן. הדוקטרינה מתבססת למעשה על סיווג הקרקעות הנתונות במחלוקת כאדמות "מתות", השייכות כביכול למדינה. דוקטרינה משפטית זו טומנת בחובה השלכות כבדות משקל באשר לשאלת זכויות הקניין הפרטי של הברואים בנגב. ניתוח הגיאוגרפיה המשפטית בנגב שהמחברים עורכים בצורה מרשימה מצביע על כך שבנגב חיה במשך מאות שנים חברה ילידית, שפיתחה מערכת קרקעית ויישובית המתפקדת עד ימינו על בסיס המסורת הברואית, אשר הייתה צריכה לזכות להגנה, לכבוד ולשוויון. בעיקרו של דבר הספר כולל ניתוח מפורט ומקיף מאוד של הטעמים, אשר בעטיים היה לרעת המחברים מקום לקבל את התביעות האישיות לזכות במקרקעין שהוצגו במסגרת תיק אלעוקבי. חובה בעיניי היא להדגיש, שדיני הקניין העותמאניים, המנדטוריים ואף הישראליים הם מן התחומים המשפטיים הסבוכים והמורכבים שישנם. עבודתם של המחברים בחקר, בניתוח ובהצגת ממצאיהם על אודות דינים אלה היא עשירה ומלמדת מאוד. ביקורתי המסוימת שתובא להלן על המתודולוגיה שלהם או על מסקנותיהם אין בה כדי לעמעם מההערכה הרבה שיש להקנות למחקרם.

קריאת הספר מעוררת תסכול רב. רוחבם והיקפם של הממצאים המוצגים בו, בכל אחת מהחזיתות הרבות הנפרסות בו – ההיסטוריה הגיאוגרפית של המקום, העדויות הישירות הרבות מפי גופים ציבוריים ואחרים לאורך שנים רבות קודם להקמת מדינת ישראל, הכשלים המשפטיים באופן שבו עוצבה "הלכת הנגב המת" והדמיון למקומות אחרים שבהם נעשתה מחיקה של זכויות ילידים – הם אדירים. התסכול הוא בכך שכל אלה לא היה בהם כדי לזעזע את המבצר המשפטי שבנתה מדינת ישראל מאז שנות השבעים בגיבוי מוחלט של בית המשפט העליון.

תסכול זה צריך לעורר את מי שחוש הצדק פועם בו בניסיון לאתר כיוונים אחרים – נוספים – שיהיה בהם אולי את הכוח לפרוץ את מחסום ההפרדה המשפטית שהוצב בפני הברואים בידי המדינה ומוסדותיה מפני הכרה בזכותם הקניינית. בהשראת הספר אנסה לפיכך לעמוד ברשימה זו על כיוונים משפטיים שטרם נבחנו, ועיקרם פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות שבה אבקש להתמקד. אי לכך מאמר זה אינו מוקדש לעיון בעדויות ההיסטוריות והגיאוגרפיות, בטענות הילידות, בהיבטים התיאורטיים הנדונים בו או בהיבטי התכנון הנסקרים בו. ברשימה זו אבקש לעמוד על מגבלות הטיעונים המשפטיים שהוצגו ושנדונו בעניין אלעוקבי ובספר. טענתי היא כי המהלך המשפטי של בית המשפט, אשר המחברים ניתחו

במחקרם, מעוצב ב"גבולות הגזרה" שהתוותה הלכת אל הואשלה.²² בגבולות אלה ידה של המדינה היא על העליונה, שכן זוהי זירת ההתגוששות המאפשרת לה לכאורה לזכות בנתח הקנייני הגדול ביותר.²³ בעת ניהול התיק המשפטי של אלעוקבי היה היגיון לעצב את הטיעון המשפטי סביב קווי המתאר של פרשת אל הואשלה, נוכח הזירה המוסדית שבה הוא הוצג – בית המשפט; ואולם לאחר שניתן פסק הדין, מבחינה מעשית יש להמשך הצגת הטיעון שנכשל באופן נרחב בספר זה מגבולות. ראשית, בבואנו לנסות ולקדם את פתרון הסכסוך רב-השנים בין המדינה לאזרחיה הבדואיים אין לטיעון המשפטי שבספר עוד אפקטיביות – הוא נוסה ונכשל בשל סירובו העיקש של בית המשפט להשתכנע בממצאים ובטיעונים שהוצגו בפניו. שנית, בשל התזמון של מועד מתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אלעוקבי, לאחר שכפי הנראה כבר נכתב הספר, הטיעון שבספר בנוי כך שהכרעות בית המשפט בפסק הדין מוצגות רק בפרק הסיום. שלישית, ככל הנראה שוב מטעמים פרקטיים, לא נוצלה ההזדמנות לפתח דיון על כיוונים משפטיים אחרים להכרה במעמד הבדואים בנגב. מגבלה זו של הספר היא כאמור ההשראה למאמר זה.

טענתי במאמר זה היא כי את הטיעון המשפטי הקיים, אשר נדון בספר, ניתן לאפיין כמשתייך לפרדיגמת הזכויות האישיות. אכן, לבדואים אין אפשרות או יכולת להוכיח בבתי המשפט בישראל – למעט במקרים נדירים – זכות אישית שנוצרה במקרקעין. עם זאת אציע כאן את פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות כמסגרת חדשה לבחינת זכויות הבדואים. פרדיגמה חלופית זו לא נבחנה עד היום, אם כי בית המשפט העליון העיר עליה בעניין אלעוקבי.²⁴ הפרדיגמה נוגעת לזכויות הקבוצתיות של הבדואים מכוח דיני הקניין הכפרי-ישותופי, המכונה דין המתרוכה מורפקה.²⁵ דין זה מאפשר לקהילות לרכוש מכוח התיישנות זכות שיתופית במקרקעין אשר משמשים לצורכי הציבור של הקהילה. טענתי היא כי חרף המאמצים שהושקעו בנושא ברור זכויות הבדואים עד היום, ובכלל זה במסגרת הספר שבפנינו, ישנם טיעונים נוספים באשר לאופן היווצרותן של זכויות קניין בכלל וזכויות קבוצתיות בפרט, אשר טרם נשקלו ונבחנו. אדגיש כי בחינת טיעונים אלה, כפי שאראה בהמשך, היא אף הכרחית לצורך מיצוי הדיון בנוגע להיקפן של הזכויות האישיות ולביקורת ההלכה, ומכאן שהיא אף מחזקת ישירות את טיעונם של המחברים במסגרת הספר. אציג את האפשרות כי טיעונים אלה, אשר לא נבחנו, עשויים מבחינה מעשית להתיישב עם הדרישה שמביעים המחברים ואחרים להכיר במעמדם המיוחד של הבדואים כקבוצת מיעוט. לעניין זה לא משנה אם דרישה זו נובעת מזיהויה של הקבוצה – כטענת המחברים שיש מי שחולקים עליה – עם קבוצות ילידיות הראויות להגנה, או שהיא נובעת מאי-השוויון העמוק בחלוקת משאבים ובהכרה תרבותית שהם בכירור מנת חלקה של הקבוצה. יתר על כן, הכרה בזכות קבוצתית לבדואים

22 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2.

23 ראו Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89, 101, בהתייחס למשרד המשפטים דו"ח מסכם של צוות המומחים לעניין הסדר מקרקעין איזור הסייג והנגב הצפוני (1975) (להלן: דוח אלבק). הוספתי את המילה "לכאורה", שכן למעשה המדינה אינה מבקשת מטעמים פוליטיים לממש את ניצחונה הקנייני, והיא נמנעת מלהשלים את הליך ההסדר, כאמור תוך גרימת נזק ראייתי לתובעים בהסדר. ראו לעיל ה"ש 9.

24 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 42, 67. ראו גם וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58.

25 להרחבה ראו להלן בפרק ב.1.

תאפשר להתגבר על טענות בדבר אי־שוויון בחלוקת משאבים בין תובעי הבעלות בהסדר ואחרים, מחד גיסא, ותהיה בסיס להכרה במסורת ההתיישבות של הברואים, מאידך גיסא. המאמר מורכב משני פרקים. הפרק הראשון דן בפרדיגמת הזכויות האישיות. תחילה יוצגו בתמצית עיקרי המחלוקת הנוכחית על זכויות הברואים, הטענות המרכזיות שבספר והקושי המתודולוגי שאני רואה בו. בהמשך לכך יידונו בהרחבה כמה דוגמאות, המדגישות את הקשיים שבעמדת בית המשפט בעניין אלעוקבי ואת אי־מיצוין – על אף מורכבות הדיון שבספר – של טענות בעלות משקל הנוגעות לרכישת זכות אישית. הפרק השני של המאמר, שהוא תרומתו המרכזית, יעמוד על חיוניות פיתוחה של פרדיגמה קניינית חדשה בנוגע לזכויות הקניין של הברואים בנגב – פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות. אופן פיתוחה של תזה זו והתרומה שעשויה להיות לה לקימום היחסים המשפטיים־פורמליים שבין הברואים למדינת ישראל יוסבר בפרק זה בקווים ראשוניים.

א. על פרדיגמת הזכויות האישיות

בפרק זה תוצג המחלוקת שבין המדינה לברואים על זכויותיהם הנטענות במקרקעין, מחלוקת שבה המחברים מייצגים למעשה את עמדת הברואים. מבנה הפרק הוא כדלקמן: תחילה יוצג הרקע למחלוקת על זכויות הברואים והתנאים שבמסגרתם היא נוצרה; לאחר מכן יתואר בקצרה האופן שבו עוצבה המחלוקת הקניינית בידי המדינה ובאישור בית המשפט; בהמשך לכך תתומצת ביקורת המחברים על הפסיקה; לאחר מכן יידונו כמה סוגיות חשובות הנוגעות לפרדיגמת הזכויות האישיות, אשר טרם זכו לטיפול ממצה ואשר יש בהן כדי להוסיף ולחזק את טענת המחברים לקיומה של זכות קניין אישית. סוגיות אלו הן קיומה של הקצאה קודמת, התיישנות הבעלות המלאה, דינה של החייאה שנונחה ומעמדה של הפקודה כדין של הכובש הבריטי על ארץ ישראל. הצגת טענות אלה מטרתה להראות, כי גם במסגרת פרדיגמה זו טרם נבחנו ומוצו מלוא הטענות שעשוי להיות להן משקל בעיצוב הדוקטרינה, גם אם – כפי שיוצג בפרק הבא של המאמר – דווקא את אפיק הזכויות הקבוצתיות יש לפתח בעת הזו.

1. הרקע למחלוקת על זכויות הברואים

קדר, אמארה ופיתחאל מתארים בספר בהרחבה את ההיסטוריה הגיאוגרפית וההתיישבותית של הברואים בנגב במאות הקודמות ועד לשנות השבעים. על בסיס זה הם מגיעים לשתי מסקנות. מסקנתם הראשונה היא שהברואים ישבו בנגב, עיבדו קרקע והחזיקו בה בהיקפים נרחבים במשך מאות שנים.²⁶ מסקנה זו, שהיא עיקר הטעון להוכחה מבחינתם, מגובה בספר בעדויות רבות ומגוונות אשר מעולם לא נסתרו או הופרכו. תרומתם של המחברים בהקשר זה להוכחת העוול ההיסטורי היא מרשימה וחשובה. בשל מגבלות מקום לא אעמוד כאן על רכיבי ההוכחה שהם פורסים, אך הדברים מעידים בעדם. המסקנה השנייה, שבה אתמקד ברשימה זו, היא שפעולות אלה של הברואים לא יצרו מחלוקת קניינית עם השלטונות עד לתקופה הקדם־ישראלית, ובמידת מה אף לא לאחר הקמת המדינה ועד לפתיחה בהליך

26 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בפרקים 5-6.

הסדר הזכויות במקרקעין בנגב בשלהי שנות השישים, שכן היו גורמים שהכירו בזכותם של הבדואים בדרכים שונות.²⁷ אע"פ עתה בטענה זו.

לפי הטענה המקסימליסטית, שלטונות המנדט הכירו למעשה בזכויות הבדואים במקרקעין שהם עיבדו בהיקף של 2-3.5 מיליון דונמים בצפון הנגב.²⁸ במובנה המרבי (שהמחברים אינם טוענים לו) טענת נישול או ניכוס של מקרקעי הבדואים נוגעת להיקפי שטחים אלה.²⁹ יש להבהיר כי מבין 75,000-90,000 הבדואים שהתגוררו בנגב ערב סיום המנדט, כ-80% לא נותרו בו לאחר מלחמת העצמאות בשנת 1948,³⁰ הגם שכ-10,000 איש ואישה מהם הורשו לחזור לאחר מכן.³¹ הבדואים שנותרו בשטח ישראל פונו ורוכזו בידי המדינה וצה"ל לאזור מוגדר בנגב, אשר כונה "אזור הסייג".³² שטחים אחרים בנגב נסגרו בפניהם בצו סגירה צבאי.³³ עד להליכי הסדר הזכויות במקרקעין של שנות השבעים, ששיאם היה בפסק הדין בעניין אל הואשלה, היה אפשר לשייך את המקרקעין בנגב הצפוני שלבדואים הייתה אחיזה או טענה לאחיזה כלשהי בהם לאחת הקטגוריות הבאות:

(א) באזור הסייג החזיקו הבדואים בקרקע ללא כל התערבות של השלטון. בנוגע לחלק מהקרקעות שהם החזיקו הייתה להם טענת בעלות ובנוגע לחלק אחר לא, אלא שניתנה להם הרשות להחזיק בקרקע עם הפינוי לאזור הסייג.³⁴

(ב) מחוץ לאזור הסייג החזיקו הבדואים בקרקע שהיו להם טענות לבעלות בה.

(ג) בין באזור הסייג ובין מחוצה לו ננקטו במקומות מסוימים פעולות רגולטוריות שונות מבלי לברר – או מבלי לברר עד תום – את טיב הזכויות בקרקע. כך הולאמו קרקעות מכוח

27 שם, בעמ' 70, 97.

28 שם, בעמ' 86. בדוח גולדברג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8, מצוין, כי לפי סקר בריטי מהשנים 1946-1945, בדומה למפקד משנת 1943, הבדואים עיבדו כ-2 מיליון דונמים. ראו גם זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167, ה"ש 76-77.

29 ראו זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144.

30 KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87. לתיאור פעולות גירוש הבדואים, ראו בני מוריס לידתה של בעיית הפליטים הפלסטינים 1947-1949, 288-287, 326-328 (1991). להתייחסות לאוכלוסיית הבדואים בהיקף של 65,000 נפשות, ראו Havatzelet Yahel & Ruth Kark, *Israel Bedouin During the 1948 War: Departure and Return*, 21 ISRAEL AFFAIRS (2015) 48, 49.

31 שם.

32 שטח אזור הסייג עמד על כ-1,100 קמ"ר. ראו דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 9-10; KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6.

33 ראו מוריס, לעיל ה"ש 30, בעמ' 328; עמנואל מרקס החברה הברית בנגב 37, 89 (1974); חנינא פורת "הבדווים בנגב: עימות ומחלוקת בשאלות הבעלות על הקרקע והקמת יישובי קבע 1960-1973" קתדרה 126, 129 (2007); KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87-88.

34 מקרה ידוע שבו לא הייתה טענה לבעלות היסטורית במקרקעין של התיישבות באזור הסייג הוא של אום אל-חיראן. ראו את המקורות לעיל בה"ש 18. לאפיון הזכות להחזיק בקרקע באזור הסייג כרישיון בתמורה נוכח הניתוק מהאדמות שמחוץ לאזור הסייג, ראו ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343 (1991).

חוק נכסי נפקדים בהיקף שאי-אפשר לעמוד עליו במדויק;³⁵ כך הופקעו קרקעות בשנות החמישים מכוח חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים),³⁶ אשר נועד להבטיח את אי-חזרתם של תושבים למקומות שהיו בהם לפני הקמת מדינת ישראל;³⁷ כמו כן הופקעו שטחים מכוח חוק הסכם השלום עם מצרים.³⁸

(ד) קרקעות מסוימות, בהיקף של 220,000 דונמים, נרשמו על שם המדינה בהליך הסדר זכויות שנערך בהר הנגב (מחוץ לאזור הסייג) באמצע שנות השישים, אשר התנהל באופן לקוי ולא-ממצה וללא כל בירור זכויות.³⁹ יש יסוד לטענה, אשר לא הוצגה עד היום, שלפיה הליך הסדר אשר נפל בו פגם יסודי הנוגד את עיקרי הצדק הטבעי איננו נתון לעקרונות הסופיות שבהסדר,⁴⁰ אך לא אעסוק בכך כאן.

מהו טיבן של הזכויות שהיו לבדואים בכל אחת מן הקטגוריות הללו – איש אינו יודע לאשורו של דבר. האומנם נכון לומר – כפי שמצביעות עדויות מסוימות המוזכרות בספר – שעד לשלהי שנות השישים תפיסה מקובלת הייתה שלבדואים זכויות באדמה שבה הם

35 חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. אצל זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 158 מופיעים שמות של 17 יישובים בדואיים בנפת באר שבע שמהם הולאמו שטחים, כולם יישובים שננטשו. ראו שם, בעמ' 80.

36 חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: חר"ם).

37 ראו זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 78. לפי הערכתי השטח שהופקע לפי חר"ם, לעיל ה"ש 36, עומד על כ-200,000 דונמים על פי התחשיב על פי התחשיב הבא: לפי הנתונים הידועים, סך כל השטח שהופקע מכוח חר"ם עומד על 1,225,174 דונמים. לפי ההערכות, מתוך שטח זה ישנם 704,502 דונמים קרקע שהייתה בבעלות נפקדים שהולאמה לפי חוק נכסי נפקדים. מתוך השטח הנותר, כ-333,000 דונמים היו בבעלות פרטית (בעיקרה ערבית ומיעוטה יהודית), ו-197,139 דונמים הן "אדמות בלתי ניתנות לעיבוד", אשר ניתן להעריך כי חלקן הארי הוא בנגב. ראו זנדברג ציונות, שם, בעמ' 78-79, 155-156. ניתן להגיע לנתון דומה בדרך אחרת. לפי וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 118, כשליש משטח התביעות בנגב הן קרקעות מופקעות. ככל הנראה הכוונה היא לכשליש מהשטח של 590,000 דונמים, שעמד על הכף בשנת 2011 עת נאסף הנתון.

38 חוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התש"ם-1980. ככל הנראה היקף השטחים עומד על כ-85,000 דונמים. ראו: Havatzelet Yahel & Ruth Kark, *Reasoning from History: Israel's "Peace Law" and Resettlement of the Tel Malhata Bedouin*, 21.2 ISRAEL STUDIES 102, 111 (2016); יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 115. ראו יוסף בן דוד "הקונפליקט הקרקעי בין ברווי הנגב לבין המדינה – היבטים היסטוריים, משפטיים ואקטואליים" קרקע 40, 76 (1995), המתייחס לשטח בהיקף של 35,000 דונמים בלבד.

39 לפי וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 43, הודעה על הסדר בהר הנגב פורסמה בעיר דימונה במסגרת הליך הסדר "שקט" אשר לא הביא לבחינה אמיתית של סוגיית הבעלות על הקרקע.

40 בסיס לכך שפגם יסודי בהליך ומקרים קיצוניים של אי-צדק יכולים להצדיק סטייה מעקרונות הסופיות ומתן אפשרות לתקוף את תוצאות ההסדר ניתן למצוא ב"ע"א 51/89 האפורטורפוס הכללי נ' אבו חמדה, פ"ד מו(1) 497, 491, 502 (1992). כן ראו חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505, 512 (2003); זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 317. כן ראו Qader v. Sultan v. Attorney General, 14 P.L.R. 115, 131 (1947) וכן Abu Dheisheh v. Abu Dheishe, [1937] 11 C.L.R. 60; Nasr, [1937] S.C.J. 420, 421 ע"א 805/79 עיזבון אל גול נ' כולל חב"ד בירושלים, פ"ד לח(1) 57, 67 (1984).

נוהגים מנהג בעלים?⁴¹ נדמה כי הצגה זו אינה הכרחית; שכן אפשר לטעון שפחות משהכירה המדינה בזכויות הבדואים בנגב היא הפגינה כלפיהם יחס של שליטה ופיקוח, ולכן לגישה כל שהיה להם – מידי ומפי השלטון היה. על כן למשל ראתה המדינה לנכון להגדיר לבדואים את תחום ההתיישבות המותר, תוך שהחזקתם במקרקעין מחוץ לתחום זה נמנעה; על כן ראתה לנכון להלאים, להפקיע ולהסדיר קרקעות מבלי שעניינה של האוכלוסייה המקומית נלקח כמרכיב במשוואה. נכון הוא שער לשנות השישים לא פעלה הממשלה ליישוב הבדואים באתרי קבע, ומשעה שהחלה לעשות כן הפכו קיבוע הבדואים ליישובים והעברת הקרקע לבעלות המדינה להיות סוגיה שלטונית רבת-ערך.⁴²

2. עיצוב המחלוקת הקניינית בידי המדינה

משנתפתח בשנת 1971 הליך הסדר הזכויות באשר לעיקר מקרקעי הנגב הצפוני שבאזור הסייג ומחוצה לו,⁴³ נעשה לראשונה מאמץ ממשלתי להגיע אל הטוענים לזכויות.⁴⁴ לפי מקורות אחדים הבדואים הגישו כ-6,000 טופסי תביעה באשר לשטח של 2.5 מיליון דונמים, מהם 1.2 מיליון דונמים שטחי מרעה שבטי.⁴⁵ לפי מקור אחר כלל השטח שנתבע 1.5 מיליון דונמים, מתוכם 600,000 דונמים שטחי מרעה שבטי.⁴⁶ למיטב הבנתי, שטחי התביעה למרעה שבטי כלל לא נתבררו כתזכירי תביעה רשמיים בהליך ההסדר, והטענות בעניינם מעולם לא נבחנו. כפי שהסביר אשר סולל, מי שהיה בכיר באגף המדידות (כיום המרכז למיפוי ישראל) והיה אמון על ביצוע המדידות לצורכי ההסדר, העמדה הרווחת בקרב הפקידות הייתה כי מרעה שבטי איננו מקנה זכויות על הקרקע.⁴⁷ עמדה זו היא שגויה וגרמה לעוול

-
- 41 השוו Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 81-86. וראו אצל יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 99.
- 42 ראו Noam Shoked, *Housing Others: Design and Identity in a Bedouin Village*, 8 Int'l J. Islamic Architecture 307, 309 (2019).
- 43 בשנים 1970-1967 הוכרו 410,000 דונמים להסדר, ובהכרזה של שנת 1971 נכללו 3,430,000 דונמים. יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 98, 101. ראו גם וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 118.
- 44 להשפעת לקחי העבר על מאמץ זה, ראו יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 102.
- 45 אשר סולל "הסדר הקרקעות בישראל" קרקע 39, 52, 60-62 (1995). כן ראו יהל "לפנים משורת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 102; ונדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144 וההפניות שם.
- 46 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 88, ה"ש 7, על בסיס נתון שצוין בדוח אלבק, לעיל ה"ש 23.
- 47 סולל, לעיל ה"ש 45, בעמ' 62. פרופ' עמנואל מרקוס, מומחה לבדואים, העיד בפני ועדת גולדברג כי "אבל לבדואים היתה בעלות...". לשאלת יו"ר הוועדה, "מה זאת הבעלות?", השיב "חלק לרעייה וחלק לזריעה", וכששבו יו"ר הוועדה ושאל "מה זאת הבעלות?", השיב "הבדווים טוענים בעלות, טוענים לבעלות רק על אדמות זרועות" (הדברים מובאים אצל יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 119). ניתן להבין את הדברים כך שהתביעות האישיות הן לא על אדמות המרעה, אך לא ניתן ללמוד מכך שבכללו של דבר לבדואים אין תביעות לקרקעות המרעה. ראו בהקשר זה ונדברג, חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 166, ה"ש 70.

בהיקף עצום, כפי שאראה בהמשך.⁴⁸

רשמית ובהנחיית נציגי המדינה ובהכוונתם התקבלו כלגיטימיים רק תזכירי תביעה על תביעות אישיות. סך הכול אושרו להגשה כ-3,220 תזכירי תביעה אישית של בדואים לשטח בהיקף של כ-776,856 דונמים,⁴⁹ ואלו שטחי התביעה שחלקם הארי נותר עד היום במחלוקת. למיטב הבנתי, שטחי התביעה האישית אינם כוללים שטחים שנתבעו כשטחי המרעה השבטי. עוד יצוין כי חלק משטח התביעה כלל קרקעות שהופקעו, בעיקר מכוח חר"ם, אשר כמה יישובים בדואים הוקמו או תוכננו עליהם.⁵⁰ הליך ההסדר והתביעות שהוגשו במסגרתו יצרו עימות משפטי ישיר ואדוורסרי בין תביעת הבעלות של המדינה לתביעות של אזרחיה הבדואים, עימות שנוהל סביב התביעות האישיות בלבד אף על פי שדיני הקניין המהותיים מכירים בתביעה הקבוצתית לקרקעות מרעה שבטיות או יישוביות.

ידה של המדינה הייתה על העליונה בעימות המשפטי אל מול הבדואים, לאור שני מאפיינים מרכזיים של הסכסוך כפי שהיא עיצבה אותו. ראשית, התביעות התנהלו בין המדינה ליחידים – כבודדים ולא קבוצות או כקהילות. שנית, עיקר המחלוקת סב סביב דרך אחת ליצירת זכויות קניין – מכוח החיאה והתיישנות רוכשת.⁵¹ רכישת הזכות בדרך זו מושפעת מסיווג הקרקע. התיישנות רוכשת היא כלל החל בנוגע למקרקעי המירי, ואילו החיאה היא דרך הרלוונטית למקרקעי המוואת.⁵² מהו דין התיישנות הרוכשת, מהי החיאה וכיצד יש לסווג קרקע לקטגוריות השונות (מירי ומוואת) הן שאלות העומדות בלב המחלוקת שבין המדינה לבדואים, ואשר מיטב מאמציהם של המחברים בספר מושקעים בניסיון לבקר את תשובות המדינה עליהן ואת הפסיקה בעניינן.

לשיטת המדינה כפי שהיא הוצגה בעניין אל הואשלה,⁵³ לפי חוק הקרקעות העותמאני החל בעניין,⁵⁴ הקרקעות שבמחלוקת וככלל מקרקעי הנגב כולם הם מסוג מוואת, היינו קרקע מרוחקת, עזובה ובלתי-מוחזקת.⁵⁵ כללי סיווג של הקרקע כמוואת שנויים במחלוקת. לשיטת

-
- 48 ראו להלן בפרק ב.
- 49 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13. ייתכן כי הנתון הנכון הוא 778,856 דונמים. ראו בן דוד, לעיל ה"ש 38, בעמ' 72.
- 50 וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 118.
- 51 כפי שאראה להלן, אני מזהה ארבע דרכים רלוונטיות לרכישת זכות במקרקעין: (1) החיאה והתיישנות רוכשת; (2) התיישנות הבעלות המלאה (הרקבה); (3) הקצאה פרטית; (4) זכות קבוצתית במקרקעין שבשימוש ציבור מקומי. שלוש הדרכים הראשונות יוצרות זכות אישית, והאחרונה זכות קבוצתית.
- 52 סיווגי הקרקעות ומשמעותם יובהרו להלן. נוכח המחלוקת בעניין זה, אימנע בשלב זה מלתת הגדרה מדויקת.
- 53 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 144.
- 54 ס' 162 לחוק המקרקעין.
- 55 חוק הקרקעות העותמאני, 1858 (להלן: חוק הקרקעות), ס' 6 ו-103. לתרגום החוק ראו חוקי הקרקעות במדינת ישראל (א' בן שמש מתרגם, 1953) (להלן: בן שמש).

המדינה המבחן הקובע הוא ריחוקה של הקרקע מעל מיל וחצי מכפר של ממש שהיה קיים בשנת 1858, הימצאותה במקום שומם ומבלי שהוקצתה למאן דהוא.⁵⁶ לפי הרישה לסעיף 103 לחוק הקרקעות, קרקע מסוג זה ניתן להחיות "ברשיון הפקיד", ללא תמורה, ולקבל בה זכות. אי-מימושה של זכות הפיתוח למשך שלוש שנים יביא למסירת הקרקע לאחר. לחלופין, לפי הסיפה לסעיף 103 לחוק, אדם שהחיה קרקע כאמור בלא נטילת רשות היה יכול לקבל בעדה תעודת רישום בכפוף לתשלום דמי הטאבו.⁵⁷ ואולם, כך טענה המדינה, פקודת הקרקעות (מוואת) משנת 1921 ביטלה את הסיפה וקבעה במקומה כי מי שלאחר פרסום הפקודה מחיה קרקע ללא רישיון הפקיד הוא מסיג גבול, ולא יוכל לזכות בשטר רישום (טאבו) בגין זאת.⁵⁸ עוד נקבע בפקודה, כי על מי שמחזיקים כבר בקרקע ללא היתר להודיע על כך בתוך חודשיים מיום פרסום הפקודה למשרד רישום הקרקעות ולקבל תעודת רישום.⁵⁹ ישנה מחלוקת בשאלה מה דינו של מי שלא ביקש היתר בתוך חודשיים מפרסום הפקודה. לשיטת המדינה, מי שכשל בהגשת בקשת היתר לשימור החזקתו שקדמה לפרסום הפקודה בתקופה שנקבעה בה הפך למסיג גבול. כלומר, אי-רישום הזכות בתוך חודשיים הפקיע את הזכות לחלוטין.⁶⁰

שיטת המדינה התקבלה במלואה על דעת בית המשפט העליון מפי השופט אברהם חלימה בעניין אל הואשלה. בית המשפט קבע כי אכן הקרקע שבנדון היא מוואת, הוא אימץ את המבחנים שציינה המדינה לסיווג הקרקע ככזו (להבדיל מקרקע מירי), את מרכזיותה של פקודת המוואת בהכרעה בזכויות בקרקע, וכן קבע כי בשל היעדר הוכחה על בקשת רישום בחודשיים שחלפו לאחר פרסום הפקודה אין בהחזקת המקרקעין גם לפני תקופה זו כדי להועיל לתובעים. בית המשפט ציין לעניין זה, כי בהיעדר בקשת רישום אשר הוגשה במועד "הוחמזה ההזדמנות שעמדה להם לבלי שוב".⁶¹ דברים אחרונים אלה נקבעו תוך

56 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 147. כפי שאראה להלן בפרק ב.2, הצגה זו של הכללים להיותה של קרקע מוואת משמיטה מההגדרה את התנאי של שלילת היותה של הקרקע מסוג מתרוכה, כלל אשר מופיע בחוק הקרקעות בס' 6 ו-103 ואשר אומץ בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 53.

57 ס' 6 ו-103 לחוק הקרקעות.

58 ראו ס' 2 לפקודה: Land Ordinance (Mewat), 1921, 1 LEGISLATION OF PALESTINE, 1918- (להלן: פקודת המוואת). במקומות אחרים סומן סעיף זה כסעיף (a). ראו KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 66-67; יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 34-35.

59 ס' 3 לפקודת המוואת. במקומות אחרים מסומן סעיף זה כסעיף (b). ראו ע"א 323/54 חמדו נ' אל-קואתלי, פ"ד י 853, 854 (1956); יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 34-35.

60 בנקודה זו מציג הספר טיעון אחר. ראו KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 67-68, כפי שאראה להלן.

61 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 151.

הנמקה קצרה שהתבססה על פסק דין קודם, בעניין בדראן.⁶² גם שם וגם בעניין אל הואשלה ניתן פסק הדין ללא דיון שקול ופתוח בהסתייגויות או בקשיים.⁶³ פסקי הדין המרכזיים בתחום, בעניין אל הואשלה ובעניין אלעוקבי, כמו גם הספר שבנדון, עוסקים בעיקרו של דבר בתזה המשפטית שפיתחה המדינה. לפיכך מוקד הדיון הוא בשאלות הבאות: האם סיווג הקרקע שבדיון צריך להיות מוואת? כיצד יש להחיות קרקע? האם החיאה שלא קיבלה אישור בתוך חודשיים מיום פרסום הפקודה מזכה בזכות? ומה דינה של קרקע שהוחייתה אך לאחר מכן נזנחה? בסעיף הבא יוצג עיקר ביקורת המחברים בסוגיות אלה.

3. עיקר הטענות המשפטיות של המחברים בספר

הספר, שהוא ביטוי מקיף לטענות שבעיקרן גובשו בידי המחברים במסגרת תיק אלעוקבי,⁶⁴ מציג תזה משפטית-גיאוגרפית-היסטורית אלטרנטיבית לנרטיב המשפטי השלט, ומבקש

62 ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן, פ"ד טז 1717 (1962).

63 בית המשפט ציין אומנם בעניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 151, כך: "בזמן המנדט היו מקרים שבהם נהגו השלטונות בסלחנות מה לגבי אלה אשר לא הודיעו על חזקתם בקרקע 'מואת' ממש תוך החודשיים שנקצבו בפקודה משנת 1921. ברם, במקרה שלפנינו, נהגו המערערים וקודמיהם, כאילו הפרסום לא נגע להם כלל ובניגוד גמור להלכות, שניתנו על-ידי בית-משפט זה", וכאן הזכיר בית המשפט פסקי דין שניתנו עשרות שנים לאחר שהמועד הרלוונטי חלף. יתר על כן, פסקי הדין המוזכרים הם שלושה: עניין בדראן, לעיל ה"ש 62, אשר קבע את הדברים ללא כל הסתמכות על פרקטיקה או על פסיקה קודמת (ראו להלן את הטקסט ליד ה"ש 152); עניין חמדו, לעיל ה"ש 59, בעמ' 855; ע"א 298/66 קסיס נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(1) 372, 376 (1967). אומנם, בעניין קסיס חזר בו השופט לנרדי מעמדתו בעניין חמדו, לנוכח הפסיקה בעניין בדראן, בציינו כי עמדתו המקורית התבססה על הפרקטיקה שתוארה בספרות אף על פי שמהדין עולה אחרת. לכן ההסתמכות בעניין אל הואשלה היא אך ורק על עניין בדראן. מעמדת בית המשפט בעניין חמדו עולה שיש לברר את מועד ההחיאה, שכן אם ההחיאה קרמה לשנת 1921 היא הייתה יכולה להקנות זכות. בית המשפט הזכיר שם, שהסעיף בפקודה בעניין הצורך למסור הודעה לרשם הקרקעות בתוך חודשיים הושמט מהוצאת דרייטון (Drayton) (קובץ חקיקה המפרט את דברי החקיקה המנדטוריים עד לסוף שנת 1933: The Law of Palestine: In Force on the 31st Day of December 1933, at 852 (rev. ed., prepared by Robert Harry Drayton, 1934). ראו יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 37; KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69 מצאו בהשטמה זו, מבלי שהם מזכירים את פסק הדין בעניין חמדו, חיזוק לטענתם כי שלטונות המנדט לא יישמו את דרישת הרישום כתנאי להכרה בהחיאה שתחילתה לפני שנת 1921. אולם את התשובה הפורמליסטית לטענה זו הציע כבר יהושע ויסמן "החיאת אדמות מואת כדרך לרכישת בעלות" הפרקליט כ 105, 106-107 (1964) (להלן: ויסמן "החיאת אדמות") (מאמר שאינו מוזכר בספר), והיא אומצה שנים לאחר מכן בידי בית המשפט בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 75 (גם כן מבלי להזכיר את המאמר). ראו רונית לוי-שנור "על תרומתו של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל לדני הקניין בישראל: עיון נוסף במאמרו 'החיאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות' (1964) "משפטים על אתר טז 1 (2020) (להלן: לוי-שנור "על החיאת אדמות").

64 KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10. ראו גם את ביקורת הספר שפירסם Morad Elsana ב: 33 Isr. Stud. Rev. 158, 159 (2018).

להראות כי ההלכה המקורית שנפסקה בעניין אל הואשלה שגויה מיסודה או שגויה בהשלכותיה המצטברות. המחברים מעלים שלושה סוגים של טענות. ראשית, הם טוענים כי הפסיקה בעניין אל הואשלה ולפיה יש לסווג את אדמות הנגב ככלל כאדמות מוואת מתעלמת מעובדות גיאוגרפיות-חברתיות, ולפיהן הבדואים לא נהגו כנוודים בשנת 1921 וכן עיבדו אדמות בצורה שיטתית. לפיכך לטעמם יש לסווג את המקרקעין כמירי. חלקים ניכרים מספרם מוקדשים להוכחת טענה זו בכלל, תוך שימוש במקורות היסטוריים שונים, ובאשר למקרה המסוים של החלקות שעמדו על הפרק בעניין אלעוקבי בפרט.⁶⁵ כאמור, הוכחות אלה אינן נבחנות כאן, אך אין ספק כי משקלן המצטבר הוא רב מאוד.

שנית, ובכך עיקר הספר, נטען כי שגויה המסקנה המשפטית – שהיא בליבת הלכת אל הואשלה – ולפיה קרקע שסווגה כמוואת אין למחזיק בה זכויות אישיות מכוח החייאת הקרקע אם נכשל ברישום זכותו בשנת 1921, בשל הוראת פקודת המוואת. טענה זו הם מבססים על כך שלשיטתם אין תימוכין להחלטה המחייבת של פקודת המוואת בתקופת המנדט בכלל,⁶⁶ ועל היעדר תקדימים לתחולתה על מקרקעי הנגב ועל האוכלוסייה הבדואית בנגב בפרט. הם מסבירים זאת בקיומה של מערכת זכויות במקרקעין תקפה ומתפקדת של הבדואים קודם להקמת מדינת ישראל, מערכת שהוכרה בידי השלטונות.⁶⁷ הם מצביעים בפירוט על הפערים העצומים בתפיסת המציאות והמצב המשפטי – מהו עיבוד, מהי החזקה, מהו יישוב וכן הלאה – בין התובעים הבדואים מצד אחד ובין המדינה ובית המשפט מן הצד האחר.⁶⁸ שלישית, המחברים טוענים כי התוצאה של גישת המדינה היא שלילה שיטתית וגורפת של זכויות ילידים, תוך הטלת נטל ההוכחה על הטוענים לזכות והצבת רף בלתי-עביר, בניגוד לחובות המוכרות או הנמצאות בהליכי הכרה במשפט הבינלאומי. לטענת המחברים, אופן היווצרה של ההלכה המשפטית שהם מכנים "הלכת הנגב המת" ותוכנה השולל זכויות מתיישבים עם מהלכים דומים שנעשו כלפי זכויות קניין של עמים ילידיים במסגרת הקונספציה של "terra nullius".⁶⁹ מכאן אף נובע הבסיס לצורך בשינוי הדוקטרינה או במציאת פתרונות לתיוון שורשי של יחס המדינה לבדואים.⁷⁰ מטרתו של הספר לפי מחבריו היא להפוך את

65 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בפרקים 5-6.

66 שם, בעמ' 70-74.

67 שם, בעמ' 74-78.

68 שם, בפרקים 2-4. ראו גם שמיר, לעיל ה"ש 2, אשר זיהה חלק מכשלים אלה קודם לכן.

69 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, פרקים 1, 7-8. ישנו קושי להגדיר במדויק את

המונח המשפטי-פוליטי terra nullius, שמשמעותו הפשוטה היא אדמה ללא בעלים, ללא ריבון, ללא תובע לזכות. לפי הספר, שם, בעמ' 9, המושג משמש לתאר את השיטות אשר שימשו מתיישבים אירופיים לנשל אוכלוסיות ילידיות, לנצל את משאביהן הטבעיים ולהשתלט על אדמותיהן. לגישה אחרת לשאלת ילידות הבדואים, ראו למשל Havazelet Yahel, Ruth Kark & Seth Frantzman, *Negev Bedouin and Indigenous People: A Comparative Review, in Societies, Social Inequalities and Marginalization: Marginal Regions in the 21st Century* 121 (Raghubir Chand et al. eds., 2017).

70 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, פרק 9.

"טענת ההכחשה" המאפיינת את המצב המשפטי והנתמכת בידי אקדמאים "ממסדיים" ולעבור למצב של הכרה, אשר יאפשר צדק מעברי וחלוקתי.⁷¹

מבחינה מתודולוגית הספר מבוסס על שילוב של ניתוח משפטי-ביקורתי, מחקר היסטורי-גיאוגרפי עצמאי ומקיף ובכלל זה מחקר שדה שערכו המחברים, מחקר על זכויות ילדים במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינות והישענות על מגוון תיאוריות ביקורתיות. זהו ספר מרתק הכתוב היטב, אם כי מגמתו היא ללא ספק מובהקת באופן שאינו מתיימר לניטרליות או לשקילות בין עמדות נוגדות. דוגמה בולטת לכך היא ההתייחסות לעבודתה של פרופ' רות קרק, אשר חוות דעת המומחה שלה עומתה בבית המשפט בעניין אלעוקבי עם חוות הדעת של אחד המחברים, פרופ' אורן יפתחאל.⁷² יתר על כן, הספר לוקה בכך שאינו נזהר דיו בנקודות מורכבות.⁷³ דוגמה לכך היא טענת המחברים, שלפיה אדמת מוואת שהוחייתה הפכה לעד לאדמת מירי, אפילו אם עיבודה פסק לפני שנרשמה. אעמוד על כך בהרחבה בהמשך.⁷⁴

מנקודת מבט פנימית של המשפט הישראלי הקושי המרכזי בספר לטעמי הוא היותו בבחינת "מהדורה מורחבת" – בפעם השלישית – של טענות המחברים נגד הלכת אל הואשלה, כאשר קדמו לכך ההתדיינות המשפטית עצמה ומאמרם רחב ההיקף שפורסם בכתב העת "משפט וממשל" בשנת 2012.⁷⁵ כאמור, ככל הנראה מסיבות של תזמון הספר אינו מזכיר את פסק הדין של בית המשפט העליון עד לפרק הסיכום, שם הוא דן בו.⁷⁶ כך למשל מועלית בספר הטענה, כי רכישת המקרקעין מהברואים בידי האימפריה העותמאנית לטובת הקמת העיר באר שבע מעידה על הכרה בזכויותיהם,⁷⁷ טענה שארחיב עליה בהמשך.⁷⁸ המחברים אינם מזכירים כלל במהלך הדיון בטענה זו את עמדת בית המשפט העליון בסוגיה.⁷⁹ זאת ועוד, בניגוד למאמרם משנת 2012,⁸⁰ לאחר שניתן פסק הדין בעניין אלעוקבי אין עוד חיות לטענות המחברים נגד הלכת אל הואשלה. כך גם באשר לטענות בדבר הגנה לברואים כקבוצה ילידית, ככל שהתביעה לכך מתנהלת בישראל.⁸¹ אשר לתוחלת של טענות אלה במשפט הבינלאומי, אף לשיטת המחברים ישנו פער בין צמיחתן במשפט הבינלאומי של נורמות הגנה על ילדים לבין יישומן הלכה למעשה כנורמות מחייבות.⁸² הספר אינו מספק

71 שם, בעמ' 16.

72 שם, בעמ' 107-118.

73 כך למשל שם, בעמ' 79 מצוין, כי "it seems safe to assume" שלו הגיע הליך ההסדר לנגב בתקופת המנדט, היו האדמות שהוחזקו ועובדו בידי הברואים כנטען על ידם נרשמות על שמם.

74 שם, בעמ' 61, 69. ראו על כך להלן, בפרק א.6.

75 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20. ראו גם עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 21.

76 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 258-263.

77 שם, בעמ' 55.

78 ראו להלן, בפרק א.4.

79 כך גם לעניין בית המשפט השבטי. ראו Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 77; ואת תשובת בית המשפט בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 39. וישנן דוגמאות נוספות.

80 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 20.

81 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 80-81.

82 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 208.

אם כן אפיק משפטי פרודוקטיבי להכרה בזכויות הבדואים, ומכאן התסכול שהזכרתי מוקדם יותר. אומנם, לא רק שיש לעודד ולא לשלול כתיבה אקדמית שאיננה בעלת תועלת משפטית ישירה, אף על פי שזוהי הסוגה שבה פעלו המחברים מלכתחילה; ואומנם אין לומר שאין היגיון בכתיבה ביקורתית על פסק דין לאחר שנחתן, גם אם נדחו בו טענות שהועלו כלפיו מלכתחילה; ואולם הקושי נעוץ בכך שבספר הנוכחי נותרים המחברים מבחינה משפטית ב"איזור הנוחות" של הממשלה, היינו נצמדים לאותן הטענות המשפטיות והעובדתיות אשר הניסיון מלמד שלמדינה יתרון מוחץ בהן.

אני סבורה שהשקעתם של המחברים בשני האפיקים, להפוך ישירות את הלכת אל הואשלה ולעמוד על הפגיעה בזכויות הבדואים כקבוצה ילידית – אף שהיא ראויה – החמיצה טענות משפטיות אחרות שיש להן פוטנציאל לא־טריטוריאלי לזכות לאוזן קשבת. לפיכך אבקש להרים כאן את האתגר, ובמקום לעיין מחדש ב"הלכת הנגב המת" אציע לעיין מחדש בדרכי רכישת זכות במקרקעין במוכר רחב ומקיף יותר. בפרק הבא אבקש להצביע בקווים ראשוניים על האופן שניתן לעשות כן באמצעות פיתוח פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות של הבדואים. בשלב זה אבקש לעמוד על כמה נקודות של ביקורת על ההלכה הקיימת, אשר נדונו בחלקן בספר ובפסיקה אך הדיון בעניינן לא מוצה. עיון נוסף בסוגיות אלה הוא בעל ערך, הן כדי לענות על השאלה אם לבדואים זכות אישית במקרקעין והן לנוכח יחסי התלות שבין טענת התביעה האישית לתביעה הקבוצתית, כפי שאסביר בהמשך.

4. קיומה של הקצאה קודמת

ראש וראשונה לדרכי רכישת זכות קניין היא הקצאה פרטית מידי השלטון ליחידים.⁸³ הקצאת זכות מתבטאת בתעודת רישום או בשטר רישום. אחד התנאים להיותה של קרקע מסוג מוואת הוא כאמור שהיא לא הוקצתה למאן דהוא בשטר.⁸⁴ ככל הידוע אין בידי הבדואים כל תעודה או שטר כאמור, ובהליכים המשפטיים כמו גם בספר לא נטען לקיומו של רישום על שמם. המחברים מעלים עם זאת את הטענה, שלפיה הוקצתה ארמת הנגב לבדואים במעין הקצאה פרטית קבוצתית, בתיחום שאינו ברור בין הסוגים (פרטי או קבוצתי). הם טוענים שהשלטונות העותמאניים, והבריטים בעקבותיהם, הכירו וכיבדו את משטר המקרקעין השבטי של הבדואים, ובפרט את כוחם של שטרי מכר (סנד) שנערכו בפני השיח'ים אשר הפכו להוכחה לגיטימית לזכויות קניין.⁸⁵ עוד הם מציינים, כי הכרה זו בממשל העצמי של הבדואים מהווה רשות להחזיק ולהשתמש בקרקע במוכר שדרישה שכזו נדרשת לפי סעיף 103 לחוק הקרקעות. לטענתם יש ביטוי לכך בתיעוד על רכישת מקרקעי באר שבע מהבדואים בידי השלטון העותמאני ובתיעוד מתקופת המנדט על רכישות של גופים ציוניים מהבדואים.⁸⁶ בשל אילוצי מקום אצייין כאן רק בקצרה, כי מהמקורות שבספר לא שוכנעתי כי יש בסיס לטענה שלפיה שטרי המכר הוכרו כהוכחה לזכות במקרקעין. לא ברור לי גם כיצד

83 לארבע דרכי רכישת זכות במקרקעין, ראו לעיל ה"ש 51.

84 גם לפי המבחן של עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 149. ראו גם בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 53.

85 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 55.

86 שם.

הטענה בדבר הכרה בזכויות הבדואים בנגב מתיישבת עם הטענה בדבר קיומה של הסכמה הנדרשת לפי סעיף 103 לחוק הקרקעות; שכן אם הוכרה זכותם, המקרקעין אינם מוואת, ולא החייאתם יצרה את הזכות בהם. באשר לתיעוד על רכישת מקרקעי באר שבע, יש לציין כי על אף שההסכם אינו שנוי במחלוקת, הוא לא נרשם.⁸⁷ בית המשפט ציין בעניין אלעוקבי כי ייתכן שהרכישה אינה מהווה ביטוי להכרה בזכויות מכוח הדין הבדואי המסורתי, שכן ייתכן כי מדובר בזכויות שהוכרו מכוח חוק הקרקעות, כגון זכויות שימוש קיבוציות בקרקע מסוג מתרובה לחנייה ולמרעה. תמיכה לכך מצא בית המשפט בכך שהתשלום ניתן לשבט המוחמדן בכללותו ולא לפרטים מסוימים ממנו.⁸⁸ קביעה זו אינה מתמודדת עם הטענה שהוכחת הרכישה מבקשת לתמוך בה – קיומה של הקצאה מסוג היתר ללא תעודת רישום להחזיק ולהשתמש בקרקע. היא אף אינה מתיישבת עם הדין, שכן זכויות שימוש קיבוציות בקרקע מסוג מתרובה אינן ניתנות למכירה ואי-אפשר לבנות עליהן.⁸⁹ יתר על כן, מתן התשלום לשבט ולא לפרטים מסוימים ממנו אינו מעיד על סיווגה של הקרקע כמתרובה, אלא עשוי לבטא את המנהג הרווח, אשר נהג גם בנוגע לקרקעות המירי, שכמעט כולן נרשמו על שם כפרים או על שמות זקני המשפחות ונכבדיהן בשימוש משותף – מושאע.⁹⁰ אך גם אם שגה בית המשפט בקביעותיו, אין בכך כדי להעיד על כך כי היה לבדואים היתר גורף, שלא נרשם, על כל מקרקעי הנגב.

טענת המחברים להכרה במעמד הבדואים נתמכת גם בתיעוד על קיומן של עסקאות שנעשו ונרשמו בתקופת המנדט בין בדואים לחברות ציוניות בהיקף כולל של 100,000 דונמים.⁹¹ על כך השיב בית המשפט בעניין אלעוקבי כי אין בקיומן של עסקאות אלה שנרשמו משום הכרה בזכויות הבדואים בקרקעות, שכן המשקל הפורמלי של הרישומים בפנקסי השטרות לא היה ראייה לנכונותו.⁹² אני סבורה כי בית המשפט שגה גם בנקודה זו, וכי יש לייחס לרישום משקל רב כראיה לכך שממשלת המנדט הייתה נכונה להכיר במעמדם של הבדואים כמוכרי המקרקעין שהיא רשמה על שם הרוכשים. ראשית, לפי החקיקה העותמאנית למרשם המקרקעין יש ערך מחייב אשר ניתן לסתור אותו באמצעות הכרעה שיפוטית בלבד, על יסוד ברור מקיף ועל פי טעמים חוקיים.⁹³ מובן שכך הוא באשר לסיווג הקרקע, אשר קביעתו בקושאן אינה מסורה לבחירת מבקש השטר. שנית, אומנם לפי החקיקה המנדטורית היה

87 התייעוד על הרכישה משנת 1901 מופיע אצל Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בנספח 3.

88 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 36.

89 ס' 96-99 לחוק הקרקעות; משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 59 (1952).

90 שם, בעמ' 60. להיתר להחייאת אדמות מוואת שניתן לקולקטיב, ראו זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 123, 126-128; זנדברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

91 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 82. לתייעוד עסקאות כאלה, ראו שם, בעמ' 81-86. הטיעון שבספר נוגע לרכישות בידי יהודים, להבריל מרכישות בידי לא-יהודים, ולפיכך התייחסותי נוגעת רק לכך.

92 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 46. ראו גם שם, פס' 42. המקורות שהביא בית המשפט לתמיכה בנקודה זו אינם משפטיים.

93 ראו לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 130.

לרישום ערך הוכחתי מוגבל,⁹⁴ אולם כבר הפסיקה המנדטורית – וודאי שהפסיקה הישראלית לאחריה – ייחסה משקל רב לרישומים שנעשו בתקופה זו. כך נפסק, כי רישום במקרקעין לא-מוסדרים יהיה ראייה לכאורה בעלת משקל מיוחד וכי נדרשת הוכחה קפדנית (strict proof) כדי לסתור אותו.⁹⁵ ושוב, מובן שכך הוא בנוגע לסיווג הקרקע, אשר נקבע בידי הרושם ולא בידי מבצע העסקה. במקרה אחד שבו התעוררה בדעיבה שאלה בנוגע לסיווג הקרקע כמידי במרשם קבע בית המשפט העליון המנדטורי, כי אם קרקע רשומה בסוג מסוים אזי “prima facie it belongs to the category in which it is registered; any other view would lead to a state of great confusion”. עם זאת היה בית המשפט נכון באותו המקרה לבחון את טענות הכפר טנטורה, שלפיהן חרף הרישום המקרקעין נתונים לכפר כמתרוכה מכוח התיישנות השימוש הציבורי-מקומי בהן.⁹⁶

לפיכך מתעוררת השאלה, אם הכרת ממשלת המנדט בעסקאות אלה מבטאת הכרה במעמד האוטונומי של הבדואים ובקיומה של הקצאה גורפת של המקרקעין להם כפי שנטען.⁹⁷ אני סבורה כי התימוכין ההיסטוריים-משפטיים לטענה זו המובאים בספר אינם משכנעים, אם כי אין באפשרותי לעסוק בכך כאן בהרחבה. נדרש אם כן הסבר חלופי לשאלה מדוע אושרו עסקאות אלה בידי ממשלת המנדט, אם אומנם המקרקעין לא היו מסוג מירי. ייתכן שההסבר לכך נמצא בקיומו של היתר שניתן לבדואים מזמן קדום (lost modern grant), שאין עליו ראיות, והוא אשר עשוי להיות מקור עצמאי לזכות בקרקע. טענה מסוג זה מצאה הדים שונים בפסיקה בהקשר של קרקע המוחזקת עידן ועידנים שאין בעניינה תיעוד על הקצאה.⁹⁸ תנאי להכרה בזכות הוא כי ההחזקה היא רצופה ומתמשכת, מה שיתכן שהתקיים בנוגע לאותן קרקעות שאכן נמכרו, אף אם לא התקיים בנוגע לאדמות אחרות. אך דומה שההסבר הסביר ביותר לנכונותה של ממשלת המנדט לרשום קרקעות ברכישה מהבדואים הוא, שאישור רכישת קרקע בדרך זו אפשר לה להיענות בצורה פשוטה מבחינה פוליטית ללחצי ההתיישבות. מצד אחד, מתן תוקף לעסקה עם הבדואים הקנה לממשלת המנדט “שקט תעשייתי” מול הבדואים, אשר לא יכלו לטעון לגזילת זכותם; מן הצד האחר, מתן תוקף לעסקה אפשר לה לחמוק מהקצאה ישירה של קרקע ממשלתית לטובת ההתיישבות הציונית. לכן, לא עניין של אוטונומיה כאן ואף לא עניין של הקצאה מזמן קדום; רק פוליטיקה. זו בדיוק מהותה של הקצאת קרקע בידי השלטון.⁹⁹

94 ס' 8 או 9 לפקודת העברת קרקעות, 1920.

95 יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 306 (1993) (להלן: ויסמן חלק כללי); לויין-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 135.

96 Abu Hana v. The Attorney General, P.L.R. 221, 224 (S.C., 1938).

97 Kedat, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 82.

98 זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 273-275. ראו גם ע"א 10653/05 ת"ת הכללי והישיבה הגדולה "עץ חיים" בירושלים נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי (פורסם בנבו, 1.8.2010).

99 השוו: ד"ר 10/76 המועצה המקומית יפיע נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 605, 610 (1977) (להלן: עניין יפיע).

5. התיישנות הבעלות המלאה

החלופה השנייה לרכישת זכות במקרקעין, שאיש מעולם לא דן בה למיטב ידיעתי – גם לא במסגרת הספר – מבוססת על התיישנות הבעלות המלאה (הרקבה).¹⁰⁰ חוק עותמאני משנת 1913¹⁰¹ קבע "עקרונ חדש"¹⁰² שלפיו המחזיק בקרקע מירי, ווקף ומחלול ממולק במשך 36 שנים "מפקיע" מאת המדינה את הזכות לתבוע את הבעלות המלאה (הרקבה).¹⁰³ הוראה זו אינה קשורה לקיומו של עיבוד בקרקע או להימצאה של הרשאה, שכן היא תקפה גם כלפי מסיג גבול.¹⁰⁴ היה אפשר לפיכך להעלות את הטענה כי בלא קשר לעיבוד, אם החזיקו הברואים במקרקעין בנגב במשך 36 שנים לפחות קודם לחקיקת חוק המקרקעין בשנת 1970¹⁰⁵ והמשיכו להחזיק בהם במועד הגשת תזכירי התביעה, או אם החזיקו בקרקע בתקופה האמורה עד לפינוים הכפוי לאזור הסייג בראשית שנות החמישים, יש להם זכות טובה בהם.¹⁰⁶ נראה כי טענה זו מותנית בכך שהקרקע תסווג כמירי.

100 חלופה זו הועלתה למיטב ידיעתי לראשונה – אם כי לא בהקשר של הברואים בנגב – בידי יו"ר ועדת הערר הצבאית, רס"ן מאיר ויגיסר, בהחלטה הנוגעת לצווי פינוי מקרקעין באזור יהודה והשומרון (ערר (איו"ש) 84/12 אל-חאג' נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (פורסם בנבו, 18.7.2016). (להלן: ערר אל-חאג').

101 ס' 15 לחוק העברת נכסי דלא נידי, 1913 (דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 494). על החוק, ראו לוי-שנור, דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 128, 130.

102 בן שמש, לעיל ה"ש 55, בעמ' 204. להתייחסות להוראות המג'לה בעניין התיישנות, ראו ע"א 167/51 ברסקי נ' סגל, פ"ד ט 5, 12-13 (1955).

103 זנדרבג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 156, ה"ש 98 מצייין, כי על אף שחקיקת מקרקעין עותמאנית משנת 1913 נחקקה ערב מלחמת העולם הראשונה ולפיכך לא אושרה בידי האסיפה הכללית העותמאנית, שלטונות המנדט אימצו בעניינה את הגישה כי דברי החקיקה תקפים מיום פרסומם. האמור אצל Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 48, ה"ש 14 הוא גם בהסתמך על זנדרבג, שם.

104 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 316. הדברים מובאים גם בע"א 149/81 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 374, 389 (1984).

105 לפי ס' 113(ב) לחוק המקרקעין, אין התיישנות במקרקעין ציבור לא-רשומים, אך אין בכך כדי לפגוע בדין שהיה קיים ערב תחילתו של החוק בנוגע להתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים (ס' 162(ב) לחוק).

106 בע"א 520/89 מדינת ישראל נ' שיבלי, פ"ד מו(2) 81 (1992) נפסק, כי חקיקת חוק יסוד: מקרקעין ישראל בשנת 1960 הביאה לכך שהחל ממועד זה אי-אפשר עוד לרכוש זכות בקרקע כלפי המדינה מכוח התיישנות. אם כך, אפשר שאת תקופת 36 השנים להתיישנות היה צורך להשלים עוד לפני 1960. ואולם יש מקום לטענה, כי כשם שהליך ההסדר מקפיא את מצב הזכויות בחלקה (ראו Krikorian v. Attorney General, 10 P.L.R. 302, 305 (1943); ע"א 193/56 אל-קרא נ' אבו חמוד, פ"ד יא 1267 (1957)), כך הוא אף מקפיא את המצב המשפטי נכון למועד פרסום לוח התביעות, בפרט כאשר הליך ההסדר הותלה שנים רבות מאוד בידי המדינה. ראו בדומה הוראת המעבר בס' 159(ב), 162 ו-166 לחוק המקרקעין. אומנם חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 האריך את תקופת התיישנות במקרקעין (בס' 25), אך שינוי זה אינו מאריך את התקופה בהקשר של תקופת התיישנות הארוכה יותר הקבועה בס' 15 לחוק העברת נכסי דלא נידי, והוא אף אינו מקצר את התקופה (לפי ס' 29(ד) לחוק ההתיישנות).

בעניין אלעוקבי נטען בהקשר של סיווג מקרקעין כמירי, כי אף אם נניח לטובת המערערים שבט אלעוקבי אכן חי ונדר באזור החלקות במשך שנים רבות, אין בעובדה זו כדי להקנות לו זכויות בחלקות אלה מכוח התיישנות. טענה זו נסמכה על הטיעון, שבפסק הדין הנוגע להסדר בעניין נועיפאת¹⁰⁷ נקבע במפורש כי אורח החיים הבדואי, המתאפיין בנדידת שבטי הבדואים בתא שטח מסוים בהתאם לעונות השנה, אינו מקנה זכויות מכוח התיישנות. ואולם עיון בפסק הדין מעלה כי לא כך נפסק שם. ראשית, הסכסוך באותו המקרה לא היה מול המדינה אלא מול תובע פרטי. המחלוקת הייתה אם התובעים שמנגד – מתיישבי חדרה – נטשו את החזקתם הרשומה בקרקע כאשר לא סילקו את הבדואים מן האדמה. שנית, בפסק הדין נאמר במפורש, כי השאלה אם הקמת מחנות והצבת אוהלים במקום מסוים משך שנים מקימה זכות מכוח התיישנות אינה טעונה הכרעה בתיק.¹⁰⁸ נובע מכאן, כי לא מוצה למעשה הדיון בשאלה אם נתונה בידי הבדואים זכות מכוח התיישנות הרקבה. החזקתם המתמשכת ראויה להגנה, ודין התיישנות הרקבה יכול להתאים.¹⁰⁹ מכל מקום, חלופה זו רלוונטית למקרקעי המירי בלבד. ואולם הכרה בזכות קיבוצית מכוח התיישנות לפי דיני המתרכה מהווה מקבילה לטענת ההתיישנות המלאה כאשר עסקינן בשימוש בקרקע לצורכי ציבור. כפי שאראה בהמשך, זוהי סוגיה שהגיעה העת לבחון.

6. החייאה שנזנחה

טענה שהמחברים מייחסים לה משקל רב נוגעת להטלת נטל הראיה להוכחת התביעה על מבקשי הזכות – הבדואים במקרה זה. לטענתם הטלת הנטל עליהם פוגעת בצדק פרוצדורלי, בפרט כלפי אוכלוסייה ילידית,¹¹⁰ נוכח הימשכות הזמן מאז ראשית ההחזקה ונוכח היעדרם של מסמכים לתמיכה בטענות, כמו גם – בעת הזו – עדויות חיות.¹¹¹ עיקר הקושי נובע מכך שבית המשפט מחפש אחר "ראיה אובייקטיבית", הלוא היא תצלום אוויר.¹¹² כך, פענח תצלומי אוויר הפך בעיני בית המשפט למקור חותך ולמעשה יחיד להוכחת זכות

- 107 בעניין Village Settlement Committee of Arab en Nufei'at v. Samsonov, 8 P.L.R. 165 (1941) (להלן: עניין נועיפאת). בית המשפט ציין בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 50, כי על פסק הדין הוגש ערעור, (P.C.A. 17/44 The Village Settlement Committee of Arab en Nufei'at v. Samsonov (1944)). לא עלה בידי לאתר את פסק הדין, על אף חיפוש ממוחשב באוסף פסקי הדין המנדטוריים הכוללים את ה-Privy Council.
- 108 עניין נועיפאת, לעיל ה"ש 107, בעמ' 166. וראו את הציטוט החלקי מפסק הדין גם אצל זנדרבג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 164, ה"ש 60.
- 109 השוו אצל וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 59-62, המתייחס להכרה בפועל של בית המשפט בעניין אלעוקבי בהחזקה בקרקע בשנים שקדמו לקום המדינה, ולאחריה באזור הסייג.
- 110 ראו גם קרם, לעיל ה"ש 20.
- 111 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 195, 209.
- 112 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 71, 74.

בקרקה,¹¹³ עד כדי כך שאומצה ההלכה שלפיה "תצלומי אוויר אין דרכם לשקר",¹¹⁴ תוך התעלמות לכאורה מכך שתצלומי אוויר אין דרכם אף לדבר, אלא רק מפענחיהם עושים כן.¹¹⁵ ואולם – וכאן נקודה שיש להתעכב עליה – תצלומי אוויר בארץ ישראל קיימים רק למן שנת 1944. אם כך, השאלה המהותית שיש לבחון – וגם זה לא נעשה עד כה – היא: האם ייתכן כי בקרקה שהוחייתה לפי הנדרש קודם לשנת 1944, והחייה זו הקנתה במועד גיבושה זכות, צומחת זכות בלתי-הדירה אף אם עיבודה או החזקתה נזנחו לאחר מכן והם אינם באים לידי ביטוי בתצלומי האוויר הראשונים שבנמצא, תוך שנטל ההוכחה להוצאת הקרקה מידי התובע מועבר למדינה?

שאלה זו יש לבחון בנוגע לשני סוגי המקרקעין העשויים להיות רלוונטיים – מירי ומוואת. כאשר למקרקעי המירי, השאלה היא אם ביטולו המעשי של דין המחלול שבסעיף 68 לחוק הקרקעות, שלפיו קרקע שהופסק עיבודה (מוברת, רטושה) חוזרת לאוצר המדינה בכפוף להליך מול הבעלים שזנחה ובמסגרתו מותר לו לקבלה חזרה (בתנאים מסוימים),¹¹⁶ נובע אך מעקרון "קדושת הרישום", שלפיו רואים הקצאת מירי בקושאן כהקצאה לתמיד ללא סייג של חובת עיבוד,¹¹⁷ או שמא יש לו תחולה גם כאשר הקרקע שהוחייתה נזנחה לפני שנרשמה. שאלה חשובה זו אינה מטופלת בספר בצורה ראויה. במקום אחר עמדתי על הפרקטיקה המקובלת בהליכי הסדר באזורים אחרים (בירושלים ובגליל), שלפיה כאשר מדובר בקרקה עירונית או מבונה המדינה נוקטת גישת "מחילת המדינה" ומוותרת על טענה לזכות בקרקה, אף אם הקרקע שעובדה בעבר אינה מעובדת עוד במועד התביעה, ובפרט אם במועד זה יש בה שימוש שאינו חקלאי.¹¹⁸ אשר לאזורים אחרים, ישנם ביטויים בפסיקה

113 קדר "זמן של רוב", לעיל ה"ש 20, בעמ' 721-723; ראו זנברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' Irus Braverman, "The Tree is the Enemy Soldier": A Sociolegal Making of; 139-135 War Landscapes in the Occupied West Bank, 42 Law & Soc'y Rev. 449, 465-466 (2008)

114 עניין סאלח, לעיל ה"ש 104, בעמ' 381.

115 אשר עשויים בהחלט להיות במחלוקת. ראו למשל בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 55; Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 261.

116 היינו ביטולה של זכות ללא שנותרה עוד הזדמנות לרוכשה בדמי בד' מת'ל (דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 333). ראו בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 20.3.2012); לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 323-321, 350; ת"א (מחוזי נצ') 41391-06-13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.3.2017); ערר אל-חאג', לעיל ה"ש 100.

117 ראו פליאה אלבק ורון פליישר דיני מקרקעין בישראל 50 (2005); לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67, 317; עררים מאוחדים 14-9/06 הממונה על הרכוש הממשלתי והננוש באיו"ש נ' חב' אהוד קהתי 3000 בע"מ, 5 (6.8.2008) (החלטה שניתנה בידי פרופ' חיים זנברג כשופט בוועדת הערר) (לא פורסם) (להלן: ערר קהתי). אך ראו ת"א (שלום ק"ש) 527/99 בטחיש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.10.2004). כאשר למצב ההפוך של אפשרות לרכוש זכות מכוח החזקה ועיבוד של קרקע שנרשמה על שם המדינה, ראו עניין סאלח, לעיל ה"ש 104, בעמ' 381, שם כינה השופט חלימה את השאלה, שהצדדים לא ביקשו לבחון, שאלה קרדינלית. כן ראו את עניין Abu Hana, לעיל ה"ש 96, והריון הסמוך שם.

118 לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 205-214.

המנדטורית¹¹⁹ והישראלית¹²⁰ ובספרות הקניינית לגישה, שלפיה הפסקת העיבוד החקלאי לאחר עשר שנים (תוך המשך ההחזקה בידי הטוען לזכות) מקנים לטוען לזכות טענה טובה נגד המדינה.¹²¹ טענות אלה כלל לא נבחנו עד היום. היה ניתן לטעון כי המשך החזקתה של קרקע שעובדה בעבר בתקופת ההתיישנות אך עיבודה פסק מקנה זכות להירשם כבעליה, וכן לטעון כי חוסר היכולת להוכיח עיבוד בזמן קודם לשנת 1944 – בשל היעדר תצלומי אוויר – מקים חזקת כשרות בידי המחזיק בקרקע בעת הגשת התביעה בהסדר.¹²² הקושי כאן הוא, שהחזקת קרקע חייבת להיעשות ולהיות מוכחת (בעת הגשת התביעה בהסדר)¹²³ באמצעי ההוכחה הנדרש של השתקפותה בתצלומי אוויר – היינו בין בעיבוד ובין כבינו.

- 119 בפרט (1946) 37, 38 P.L.R. 13, *Nayef v. Government of Palestine*.
- 120 השופט זוסמן בע"א 314/61 אל-כטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד טז 837, 840 (1962); ע"א 4861/91 עיסה נ' סרטור, פ"ד מח(1) 441, 447 (1993).
- 121 לויין-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 317-323. ראו גם ערר (איו"ש) 49/13 עאמר נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (פורסם בנבו, 23.6.2015); ערר אל-חאג', לעיל ה"ש 100; ומנגד ערר (איו"ש) 54/11 יורשי סלום נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש (פורסם בנבו, 15.5.2016).
- 122 קושי נוסף שיש לבחון הוא ההארכה הרטרואקטיבית מכוח חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 של תקופת החזקה הנדרשת לקרקע לא-מוסדרת ל-15 שנים, כאשר במניין הימים לא יבואו בחשבון 5 שנים ממועד תחילת החוק בנוגע להחזקת קרקע שתחילתה לאחר 1.3.1943 (ס' 2)5, 22 (ב) (לחוק). שינוי זה אינו אמור להשפיע על מי שטוען לזכות מכוח החזקה לפני 1943 שלא באה לידי ביטוי בתצלומי האוויר של 1944-1946 על בסיס הטענה כי החייאה שהושלמה תקפה גם אם נזנח העיבוד, משום שאין דרך לסתור (או להוכיח) שהחזקתו שקדמה ל-1943 נמשכה 10 שנים דווקא ולא 15 כנדרש. על מי שטוען להחזקה המאוחרת לשנת 1943 להראות לפחות עשרים שנות החזקה ועיבוד (לכל הפחות עד שנת 1963). כאמור בעניין שיבלי, לעיל ה"ש 106, נקבע כי לאחר חקיקת חוק יסוד: מקרקעי ישראל בשנת 1960 אין עוד התיישנות רוכשת, ובחוק המקרקעין נקבע כי אין התיישנות כלפי המדינה בקרקע לא-רשומה. עולה השאלה, אם הלכת שיבלי חלה גם באשר להליכי הסדר שהחלו לאחר חקיקת חוק היסוד ולפני שניתן פסק הדין, כלומר, אם להלכה תוקף דקלרטיבי או קונסטיטוטיובי, ואם היא חלה באשר להליכי הסדר, שכן היא ניתנה בהקשר של תביעת פינוי מקרקע מוסדרת. ראו זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 363-365. ראו גם ע"א 8117/14 חוסין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 16.6.2016). בערר קהתי, לעיל ה"ש 117, בעמ' 8, ציין השופט זנדברג כי "הערור (הממונה על הרכוש הממשלתי – ר' ל"ש) אינו יכול להיבנות מהתליית הליכי הסדר לזמן בלתי מוגבל. לוח הזכויות הלא סופי ממשיך אמנם להיות חשוף לתביעות המערערות על תשתיתו מדעיקרא, אך אין מקום לחושפו לתביעות הנבנות כל כולן על ההתליה. לא לכך כיוון צו ההתליה. כוונה כזו זרה הן לדיני מדינת ישראל והן לדין הכללי הנוהג באזור, על כל שכבותיו. היא פוגעת פגיעה חמורה ובלתי מוצדקת בקניין הפרטי. היא סותרת את האינטרס הציבורי בוודאות משפטית של זכויות הקניין ובהגנתו של בעל זכות הקניין מפני הפקעת זכויותיו ללא טעם חוקי". ראו לויין-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 290.
- 123 ראו את עניין *Krikorian*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 305; *Habbab v. Government of Palestine*, 14 P.L.R. 337, 342 (S.C., 1947); ע"א 40/50 אל הבאב נ' ממשלת ישראל, פ"ד ז 493, 497

החזקה שאינה מותירה סימנים של ממש בקרקע עשויה שלא לקבל ביטוי בתצלום שכזה. עם זאת ייתכן שהשינויים ההיסטוריים-פוליטיים שהתרחשו באזור משנת 1917 והשפעתם על האפשרות להחזיק בקרקע עשויים להצדיק את המסקנה שאף החזקה במועד הגשת התביעה בהסדר אינה הכרחית. כך למשל, בכל הנוגע לאי-החזקת הקרקע במועד הגשת תזכיר התביעה, לא צריך להיות כל משקל אם הדבר נוצר עקב החלטות שלטוניות שאינן בשליטת המחזיקים (הפינוי לאזור הסייג).¹²⁴ אפשר גם, כי ההימנעות המוחלטת של שלטונות המנדט מלערוך הסדר כנגב עשויה להצדיק בחינה גמישה יותר של קיום החזקה במועד ההסדר. מכל מקום, דיון בהיבטים אלה אינו מוצע בספר, לא נבחן בפסיקה, ולא יוכל להיערך כאן. בנוגע למקרקעי המוואת, לעומת זאת, מדבריו של משה דוכן בספרו עולה כי אף שקרקע מוואת שעובדה הופכת לקרקע מירי, אם היא נזנחה לאחר מכן היא אינה נהנית מדיני המירי-מחלול שבסעיף 78 לחוק, אלא היא חוזרת להיות קרקע מוואת: "קרקע מוואת אינה נהפכת למחלול".¹²⁵ מסקנה זו צריכה להיות מוגבלת לכל היותר אך ורק בנוגע לקרקע מוואת שהוחייתה ולא נרשמה, שכן משעה שנרשמה הקרקע (אף לאחר החייתה כמוואת), היא נהנית מהגנת עקרון קדושת הרישום.¹²⁶ למחברים טענה אחרת, ולפיה קרקע שהוחייתה הופכת למירי לעד, אפילו אם עיבודה פסק לפני שנרשמה.¹²⁷ טענה חשובה זו אינה נתמכת בדבר, ולמעשה בהערת השוליים היחידה לתמיכה בה מצוין כי המלומד דוכן שגה בעניין זה.¹²⁸ מבלי להכריע בוויכוח, נדמה לי שישנם טעמים התומכים בפרשנותו של דוכן.¹²⁹ ראשית, החוק קובע הסדר ספציפי בסעיף 103 רישה לחוק, ולפיו קרקע שניתן בעניינה

- (1953); ע"א 379/57 סיקלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יד 1075, 1077 (1960); ע"א 391/62 אל-באש נ' חברת מדן כרמל בע"מ, פ"ד יז 981, 983-ה (1963).
- 124 ראו ס' 72 לחוק הקרקעות, ולפיו אם כל בני עיר או כפר עזבו את מקומם, אין קרקע נכנסת לגדר דין מחלול. כפי שמסביר דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 332, הוראה זו מתאימה למצב שבו עקב ריב שבטים או מלחמה פנימית בין האוכלוסייה באחד הגלילים או המחוזות, בני כפר עוזבים את מקומם ומזניחים את נכסיהם. כך נראה מצב הדברים שנוצר עקב הפינוי לאזור הסייג.
- 125 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 53.
- 126 ראו גם ס' 155 לחוק המקרקעין.
- 127 KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 61, 69.
- 128 שם, בעמ' 69. המחברים מציינים את אי-הסכמתם לאמור אצל דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 28, אך דבריו בעמ' 53 חריפים אף יותר בעניין. בעמ' 73 מתייחסים המחברים לפסק הדין בעניין *Habbab*, לעיל ה"ש 123, וממנו הם מחלצים את המסקנה ההפוכה לזו שהם טוענים לה בעמ' 69, ולפיה במקרה שנטענת טענת החייתה של קרקע מוואת "the revival must take place concomitantly with the kushan's request". ראו גם זנדרבג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 126, ה"ש 95. כן ראו את הציטוט המעניין מעניין קסיס, לעיל ה"ש 63, בעמ' 377: "מכאן גם שלא הוכח כי סוג האדמות שונה אי פעם ממוואת למירי".
- 129 עם זאת חיים זנדרבג מצייין כי דוכן שימש בא כוח של ממשלת המנדט, ואפשר שבשל כך יש להתייחס בזהירות לסברותיו המיטיבות עם המדינה. חיים זנדרבג "הבעלות בדרכים מוניציפאליות (מתרוכה) לאחר שינוי ייעודן – על פרשנותו הראויה של סעיף 154 לחוק המקרקעין" *מקרקעין* ג/3, 3, 12 ה"ש 41 (2004) (להלן: זנדרבג "מתרוכה").

רישיון הפקיד להחייאה ולא הוחייתה במשך שלוש שנים תימסר לאדם אחר.¹³⁰ שנית, כיוון שהחייאתה של קרקע מוואת קלה יותר מנקודת מבטו של חוק הקרקעות, הן מבחינת אופן ההחייאה והן מבחינת משך ההחייאה הנדרשת, אשר אינה מוגדרת בחוק,¹³¹ ייתכן שאין הצדקה להגן על המוכר באמצעות הזכות לרכוש את הקרקע בדמיה. ייתכן אם כן כי למחזיק (בפועל או בכוח, אם נמנעה ממנו באופן קולקטיבי ההחזקה) במועד הגשת התביעה בהסדר, הטוען כי קרקע מירי לא־רשומה הוחייתה לפי הנדרש קודם לשנת 1944, טענה טובה נגד המדינה, שלפיה החייאה זו מעניקה זכות בלתי־הדירה אף אם עיבוד הקרקע נזנח לאחר מכן והוא אינו בא לידי ביטוי בתצלומי האוויר הראשונים שבנמצא. במצב זה הנטל צריך לעבור למדינה להוכיח כי קודם לשנת 1944 לא הייתה הקרקע מעובדת במשך תקופת ההתיישנות כדרוש. אשר לקרקע מוואת לא־רשומה, נדמה כי הטענה אינה יכולה לעמוד אם ההחייאה פסקה בעת הגשת התביעה בהסדר או קודם לפינוי לאזור הסייג.

7. פקודת המוואת כדין כובש

סיכומו של דבר, לפקודת המוואת משקל מכריע להדיפת זכות התביעה האישית של תובעי הזכויות הברואיים. לפני סיום הדיון בפרדיגמת הזכויות האישיות יש מקום להרגיש בכמה מילים את השאלה, מהי למעשה אותה פקודה גורלית, מניין צמחה ומה תוקפה בשם לב לכך שהיא חקיקה של כוח כובש – הצבא הבריטי.

הצבא הבריטי החזיק בפלשתינה־א"י משלהי מלחמת העולם הראשונה, כארבע וחצי שנים קודם להחלת כתב המנדט הבריטי על ארץ ישראל.¹³² אי־אפשר לתת את המשקל הנכון לפקודת המוואת מבלי להבין את התקופה שבה ניתנה. בתקופה זו פעל מטעם בריטניה מושל צבאי, וביום 1.7.1920, ללא שחל שינוי בסטטוס המשפטי של בריטניה בארץ ישראל, מונה מושל אזרחי (לורד הרברט סמואל). החוקתם של הבריטים בארץ ישראל באותה תקופה נעשתה לפי דיני הכיבוש שבמשפט הבינלאומי.¹³³ כך גם ראו זאת הבריטים עצמם.¹³⁴ המושל הצבאי הורה בשלב מוקדם על איסור מוחלט של ביצוע עסקאות במקרקעין, בין השאר בשל הקושי לערוך תיעוד של עסקאות אלה בהיעדר פנקסי רישום.¹³⁵ הגבלה זו הוסרה מיד לאחר שהחלה התקופה ה"אזרחית", אז הותר לבצע פעולות במקרקעין, אך רק בתנאי שהן יירשמו במשרדי האחווה ויתקבל עבורן רישיון הפקיד.¹³⁶ ניסיון זה לשלול

130 ס' 103 לחוק הקרקעות.

131 לדיון בנושא כללי ההחייאה, ראו אצל KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 74-70; עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 69-70.

132 GUDRUN KRÄMER, A HISTORY OF PALESTINE: FROM THE OTTOMAN CONQUEST TO THE FOUNDING OF THE STATE OF ISRAEL 154-163 (2008).

133 YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 9, 128 (2nd ed., 2019).

134 Norman Bentwich, *The Legal Administration of Palestine Under the British Military Occupation*, 1 BRIT. YB INT'L L. 139 (1920). תורת ליבליך על ההפניה.

135 Proclamation מיום 18.11.1918, פורסמה בקובץ PROCLAMATIONS, ORDINANCES AND NOTICES (Issued by O.E.T.A. (South), 1919); דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 144.

136 פקודת העברת קרקעות, 1920. דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 144-146.

את תוקפן של עסקאות שלא הורשו ונרשמו עורר קשיים רבים נוכח אי-ציות שהיה רווח לו. לא ארך זמן רב עד שבית המשפט העליון המנדטורי מצא לנכון להחיל על הכלל ברבר היעדר תוקף לעסקאות שלא נרשמו סייג מדיני היושר,¹³⁷ ואילו המחוקק המנדטורי הכיר לימים במעמדו של מחזיק מכוח התחייבות לעשיית עסקה שלא נרשמה והורשתה במסגרת הליכי הסדר זכויות במקרקעין.¹³⁸

באותה תקופת דמדומים של שלהי השלטון הצבאי וקודם להחלת כתב המנדט של חבר הלאומים היו שני ניסיונות נוספים למשטר את ההחזקה במקרקעין ולהגביל את תוקפן של זכויות במקרקעין שלא ניתן עליהן אישור השלטון מראש. נוכח מעמדו של המפקד הצבאי בשטח, יש לבחון ניסיונות אלה באספקלריה של חובת המפקד הצבאי בשטח כבוש לכבד את החקיקה המקומית זולת אם נמנע ממנו הדבר לחלוטין.¹³⁹

בשנת 1920, עוד קודם לפרסום פקודת המוואת, הותקנה פקודת הקרקעות (מחלול).¹⁴⁰ לפי פקודה זו, מי שהחזיק בקרקע מחלול במשך זמן מה לפני פרסום הפקודה והודיע על החזקתו לשלטונות יקבל חוזה שכירות. יתר על כן, נקבע כי מי שהחזיק בקרקע לאחר פרסום הפקודה ולא הודיע על כך לממשלה עלול לשאת בסנקציה כספית או בחיוב מאסר.¹⁴¹ הוראות פקודת המחלול עמדו בסתירה לקבוע בחוק הקרקעות העותמאני, שלפיו המחזיק בקרקע מירי-מחלול בהתאם לתנאי סעיף 78 לחוק¹⁴² קונה (או מקבל) זכות להירשם; הן גם עמדו בסתירה לחובה לנקוט פרוצדורה של מתן זכות קדימה לרכישה בידי הנוטש על מנת שהקרקע תיכנס ל"דין מחלול".¹⁴³ התקנת הפקודה נועדה לצמצם את התופעה של תפיסת מקרקעי מירי.¹⁴⁴ ואכן, דוכן מציין כי המחזיק (לפני פרסום הפקודה) זכאי לדרוש רישום (קושאן) על אף האמור בפקודה,¹⁴⁵ וכי אין ידועים מקרים שבהם אירע אחרת. זאת ועוד,

137 להפתחות הפסיקה המנדטורית בנדון, ראו שם, בעמ' 149 ואילך; LEAH DOUKHAN-LANDAU, EQUITABLE RIGHTS TO LAND AND THE REMEDY OF SPECIFIC PERFORMANCE OF CONTRACTS FOR THE SALE OF LAND (1968). כן ראו ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 292.

138 ס' 52 ו-54 (ב) לפקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), 1928 (להלן: פקודת ההסדר המנדטורית). ראו לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 134.

139 תק' 43 לתקנות דברר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land) and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land (Oct. 18, 1907) 1 U.S.T. 631, 653; DINSTEIN, לעיל ה"ש 133, בעמ' 128.

140 Mahlul Land Ordinance, 1920, 1 LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925, at 74-75 (Norman Bentwich compiler, 1926) (להלן: פקודת המחלול). כאמור לעיל, קרקע מחלול היא קרקע מירי שעבודה נזנח.

141 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 318.

142 ולס' 8 לחוק על הוראות בנוגע לשטרי טאבו, 1860. ראו בן שמש, לעיל ה"ש 55, בעמ' 184.

143 חזרתה של קרקע המחלול לאוצר המדינה איננה אוטומטית, אלא מחויבת בפרוצדורה משפטית. ראו עניין עבדאלקאדר, לעיל ה"ש 116, פס' 19-20; לוי-שנור דיני רישום, לעיל ה"ש 3, בעמ' 321-322.

144 זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 127, וה"ש 97.

145 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 317-318.

לחובה ליתן הודעה על החזקה בקרקע מחלול לאחר פרסום הפקודה ולסנקציה שננקבה בה לא היה כל ביטוי מעשי. נהפוך הוא, פקודת המחלול הייתה ל"אות מתה": כל שכירות לא ניתנה, וכל סנקציה לא הוטלה.¹⁴⁶ במשך עשרות רבות בשנים הוכרו זכויות מחזיקים ומעבדים בקרקע מירי-מחלול לפי סעיף 78 לחוק, ולא נודעה ברבים פעולה משפטית כלשהי שננקטה עקב פקודת המחלול. הפסיקה כמו גם הספרות מתעלמים כליל מהוראותיה ומן הקשר שבינה לבין פקודת המוואת.¹⁴⁷

כך, גורלה של פקודת המחלול, בדומה לגורלה של הסנקציה כלפי אי-רישום כאמור בפקודת העברת קרקעות, היה הפיכתה לאבק משרדי. שינוי הדין המהותי, תוך שלילת האפשרות לרכוש זכות מכוח החייאת הקרקע, והטלת הסנקציה לאי-דיווח מצד מחיי קרקעות המחלול זכו לאפקטיביות אפסית, ולא אומצו למעשה בפרקטיקה ובדין התקף. פקודת המוואת, שהתבססה על טעמים דומים לאלה של פקודת המחלול, קיבלה אף היא למעשה את הטיפול הממסמס שניתן לאחיותיה משך שנים רבות, כפי שנראה להלן.

שאלה שזכתה לתשומת לב רבה בספר ונרונה גם בעניין אלעוקבי¹⁴⁸ היא, אם מי שהחייא קרקע לפני שנת 1921 מאבד את זכותו בה אם לא ביקש את רישומה בתוך חודשיים מפרסום פקודת המוואת.¹⁴⁹ זוהי שאלה פרשנית, הנובעת מאי-בהירות בניסוח הפקודה ומאי-הקפדה על הדרישה בתקופת המנדט.¹⁵⁰ בעניין אלעוקבי עמד בית המשפט על קיומה של בקשת רישום בתוך התקופה כתנאי להוכחת זכות המערערים, אף על פי שהוא ציין כי שלטונות המנדט נקטו גישה מקילה בעניין זה.¹⁵¹ גם חיים זנדברג מכיר בכך שהפקידים הבריטיים "הגמישו את המדיניות" בכל הנוגע ליישום פקודת המוואת, וכי פרקטיקה גמישה זו הייתה מקובלת על פקידי ההסדר הישראליים.¹⁵² למדיניות זו בא הקץ כאשר בית המשפט העליון דחה אותה בלא נימוק או דיון בראשית שנות השישים בפסק הדין בעניין בדראן.¹⁵³ הדרישה להוכיח בקשת רישום מעוררת קושי, הן בשל השאלה הפרשנית והיישומית של הוראות הפקודה והן משום שככל הידוע אף לא אדם אחד – בנגב על כל פנים – מימש זכות זו בחודשיים שלאחר הפקודה.¹⁵⁴

146. FREDERIC M. GOADBY & MOSES K. DOUKHAN, THE LAND LAW OF PALESTINE 261 (1935).

147. פקודת המחלול מוזכרת בספר בחטף. ראו KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 66.

148. ראו שם, בעמ' 67-68, 74.

149. פרק הזמן המקורי שנקבע בפקודה הוארך. ראו לוין-שנור "על החייאת אדמות", לעיל ה"ש 63, 150. ראו שם.

151. פרשת אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 69-70.

152. ראו זנדברג הסדר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 127, ה"ש 96, ובעמ' 279, ה"ש 47; זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 145-146, טקסט ליד ה"ש 493. הוא מציין שם גם כי פקודת המוואת עצמה הייתה בבחינת שינוי מדיניות מבחינת הבריטים לעומת השלטון העותמאני, שכן הם "הפגינו נחישות שלא להכיר בתפיסה בלתי מורשית", אף על פי שלדבריו הוא הפגנת הנחישות הזו הייתה על הנייר בלבד.

153. עניין בדראן, לעיל ה"ש 62.

154. כפי שעלה מרבריה של ד"ר חבצלת יהל בכנס האגודה הישראלית למשפט וחברה, מושב בנושא "המרחב הגיאוגרפי" (המכללה האקדמית נתניה, 7.2.2017).

סמוך לאחר שפורסם פסק הדין בעניין בדראן כתב עליו – אז הד"ר הצעיר – פרופ' יהושע ויסמן ז"ל, כי "הלכה שנהגו לפיה שנים רבות נעקרה על ידי בית המשפט בפסק הדין הנ"ל. בית המשפט קבע את ההלכה החדשה בלי להתיחס כלל לפסקי הדין הקודמים שבסוגיה זו, ובלי לגלות שהוא היה ער לעובדה שהוא משנה בפסק דינו מצב משפטי שהשתרש בארץ תקופה ממושכת".¹⁵⁵ דברים אלה, שנאמרו באשר לשאלת פרשנותה של פקודת המוואת לעניין מי שהחזיק בקרקע לפני שנת 1921, שרירים וקיימים באותה המידה גם בנוגע לסוגיות אחרות שהוכרעו באותו פסק דין כגון השאלה של סיווג מקום ככפר ושל המועד הקובע לסיווג.¹⁵⁶ לא הייתה לבית המשפט בעניין אלעוקבי כל מניעה להשיב עטרה ליושנה, ולאפשר לדיון על זכויות הברואים להתנהל מתוך הקפדה על צדק דיוני במובן העמוק והמחייב של המונח.¹⁵⁷

נוכח הקמתה לתחייה של הפקודה בפסקי הדין בעניין בדראן, אל הואשלה ואלעוקבי מתחייבות שאלות מורכבות ביותר, שרק בחלקן זכו לתשומת לב מספקת חרף כל מה שנכתב על עניין אל הואשלה ובספר. מעניינת במיוחד השאלה באשר לעצם שלילת הזכות לרכוש זכות בקרקע מתוקף החיאתה לאחר שנת 1921. כך, יש לבחון מהו התוקף של פקודה של שלטון לא-נבחר השוללת את דיני הקניין המהותיים החלים על אוכלוסייה מסוימת. ניתן להעמיד שאלה זו במבחן מנקודת המבט של מוסדות בינלאומיים, מנקודת המבט של בתי המשפט המקומיים בעת שהשלטון הלא-נבחר עדיין בתוקף או מנקודת המבט של בתי המשפט המקומיים לאחר שהשלטון הלא-נבחר איננו עוד בתוקף. לענייננו נקודת המבט האחרונה היא החשובה, שכן כפי שטוענים המחברים, לשיטתה של מדינת ישראל מדיניותה בנוגע לקרקעות המוואת היא פועל יוצא של רציפות שלטונית עם המשפט שהיה בתוקף בתקופת המנדט.¹⁵⁸ ראוי לפיכך לבחון, כיצד הייתה שאלת תוקף פקודת המוואת נשאלת בתקופת המנדט, אילו אכן התעוררה שאלה זו.¹⁵⁹

155 ויסמן "החיאת אדמות", לעיל ה"ש 63, בעמ' 105. נדמה כי מאמר זה נשכח, ובית המשפט והכתיבה משפטית כמו גם המחברים עצמם אינם מזכירים אותו, אף על פי שהוא תומך בדיוק בעמדתם בנוגע לפרשנות פקודת קרקעות המוואת עד לעניין בדראן, לעיל ה"ש 62. ראו לוי-שנור "על החיאת אדמות", לעיל ה"ש 63.

156 ראו להלן, בפרק 2. מעניין כי בד"נ 17/62 בדראן נ' מדינת ישראל, פ"ד יז 1191 (1963) (להלן: ד"נ בדראן), שבו דן השופט לנדוי, לא נטען נגד החידוש שישנו בפסק הדין בעניין פרשנות הפקודה, אלא רק נגד פרשנות חוק הקרקעות לעניין מבחן השמיעה לעומת מבחן המרחק ואופן סיווגו של כפר. ראו על כך להלן בה"ש 191, ובטקסט לידה.

157 ראו לוי-שנור התיישבות ברואים, לעיל ה"ש 1.

158 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13-14.

159 אילו נבחנו שאלת תוקף הפקודה מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי, היה אפשר לטעון כי ספק אם הפקודה עומדת בחובה לקיים את המשפט שהיה בתוקף ערב הכיבוש וזולת אם נמנע הרב לחלוטין, גם אם מבחן זה יתפרש ככולל שינויי חקיקה המיועדים "to serve the interests of the inhabitants of the occupied territories", ככל שהפקודה פוגעת באופן מפלה באוכלוסייה מסוימת ולא באחרות. ראו Dinstein, לעיל ה"ש 133, בעמ' 128. השוו Nisuke Ando, Surrender, Occupation, and Private Property in International Law: An Evaluation of US Practice in Japan 125 (1991).

סימן 74 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, אשרר את תוקפן של פקודות שנחקקו לאחר יום 1.7.1920.¹⁶⁰ לולא פעולה זו היו הפקודות חסרות תוקף עם סיום הכיבוש.¹⁶¹ אני מציעה לכן לראות הוראה זו כמתקפת פקודות אלה, תוך הכפפתן לעקרונות בדבר הפעלת סמכות החקיקה של ממשלת המנדט כקבוע בדבר המלך. בפרט, סימן 18 לדבר המלך אסר על חקיקת פקודות אשר עשויות לנטות (shall tend to) להפליה בכל דרך בין התושבים על בסיס גזעם, דתם, או שפתם, וכן על פקודות אשר סותרות או אשר אינן בהלימה עם הוראות כתב המנדט.¹⁶² במבוא לכתב המנדט מצוין כי נוטלת המנדט תהיה אחראית להקמת בית לאומי לעם היהודי, בכפוף לכך שלא ייעשה דבר שיפגע בזכויות האזרחיות והדתיות של הלא-יהודים בארץ. ה-Privy Council פירשה הוראה זו כך, שעל בתי המשפט מוטלת הזכות והחובה לבחון את תנאי כתב המנדט ולהכריע אם פקודה מסוימת עומדת בניגוד כלשהו לתנאים אלה. עוד נקבע, כי אם פקודה כלשהי נכשלת במבחן זה לבית המשפט ישנו הכוח והחובה לראות בה כבטלה.¹⁶³ בפרט נקבע, כי בית המשפט יכול להורות לממשלה להימנע מפעולה או מחקיקה שיש בה נטילה של רכוש פרטי באופן מפלה, "in favour of persons of any one religion or race".¹⁶⁴ מכאן נדמה, שככל שפקודת המוואת משמעה פגיעה שיטתית בזכויות האזרחיות של הלא-יהודים – וזהו ללא ספק השימוש היחיד שניתן לפקודה זו – כי אז אפילו לפי הדין ששרר בעת חקיקתה היה מקום לפסילתה השיפוטית. אומנם צעד דרסטי זה לא נעשה, כפי שלעיתים רבות בתקופת המעבר שלאחר סיום הכיבוש דברי חקיקה מתקופת הכיבוש נותרים ללא ביטול מפורש;¹⁶⁵ ואולם לחקיקת כיבוש הנוגדת את הדין הבינלאומי אין תוקף גם אם לא בוטלה במפורש.¹⁶⁶ הפרקטיקה שהתבססה של התעלמות מוחלטת מפקודת המחלול ושל התעלמות רבתי מפקודת המוואת משקפת את הגישה המעשית שלא ליתן תוקף לפקודות אלה. החייאתה של פקודת המוואת והשבתה לחיים בעניין בדראן, ועוד יותר מכך לאחרונה, בעניין אלעוקבי, בזמן שבו מוכרת המחויבות לשוויון ולאי-הפליה, גם כאשר התיישבות עומדת על הפרק, עומדת בניגוד לנורמה הראויה.

על אף שהדוגמאות שלעיל מראות שלמעשה עוד לא אבד הכלח על הטיעונים בנושא זכות התביעה האישית של הבדואים בנגב, יש להצביע דווקא על חלופה נוספת לרכישת

-
- 160 דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922, חא"י ג 2534, סימן 74 (להלן: דבר המלך).
 161 Dinstein, לעיל ה"ש 133, בעמ' 306.
 162 דבר המלך, לעיל ה"ש 160, סימן 18.
 163 Yoram Shachar, ראו Jerusalem-Jaffa District Governor v. Murra, 5 C.J.C. 1818 (1926) 163
The Dialectics of Zionism and Democracy in the Law of Mandatory Palestine, in THE HISTORY OF LAW IN A MULTICULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917-1967 95, 99 (Ron Harris et al. eds., 2002). פסיקה מנדטורית אשר עסקה בתקפות של פקודה מתקופת הביניים שבין 1.7.1920 להחלת דבר המלך אינה מוכרת.
 164 עניין Murra, לעיל ה"ש 163, בעמ' 1833.
 165 Dinstein, לעיל ה"ש 133, בעמ' 307.
 166 Felice Morgenstern, *Validity of the Acts of the Belligerent Occupant*, 28 BRIT. Y. B. INT'L L. 291, 320 (1951).

זכות במקרקעין. זוהי חלופת "ההקצאה הציבורית" או "התיישנות השימוש הציבורי" כמקור שמן ההכרח לבחון אותו על מנת לעמוד על טיבן של זכויות הברואים בנגב. בכך יעסוק הפרק הבא.

ב. לקראת פרדיגמה חדשה: הזכויות הקבוצתיות

1. עיקרי הדברים

עד כה דנתי בדרכים השונות לרכישת זכות אישית במקרקעין. בפרק זה אציג חלופה לרכישת זכות אישית, והיא דרך הרכישה של זכות קבוצתית של בני כפר או עיר בקרקע שבשימוש ציבורי בהתאם לדין המתרוכה שבחוק הקרקעות.

קרקעות המתרוכה, היינו קרקעות שברשות הרבים, משתייכות לאחת משתי קטגוריות: קרקעות שהבעלות המלאה בהן (הרקבה) מסורה בידי הריבון, אך השימוש בהן נמסר לציבור – לכפר, לעיר או לציבור קבוע אחר – כגון קרקעות מרעה המיוחדות לבני המקום (מתרוכה מורפקה), וקרקעות שהרבים מחזיקים בהן בתור ציבור לא-קבוע (מתרוכה מחמיה).¹⁶⁷ קרקע מתרוכה משני הסוגים יכולה להיווצר מתוך הקצאה או מתוך התיישנות, היינו שימוש מזמן קדום.¹⁶⁸ השימוש יכול להיות מסוגים שונים. הרלוונטי ביותר לענייננו הוא הרעייה והשימוש כשטח פתוח.¹⁶⁹ קטגוריה חשובה זו עשויה להיות רלוונטית במיוחד עבור התיישבות בדואית קדומה, בפרט זו שהמשיכה להתקיים גם לאחר קביעת "תחום המושב" של אזור הסייג.¹⁷⁰ הברואים הציגו בראשית הליכי ההסדר בשנות השבעים תביעות רבות לזכות בקרקע מכוח מרעה שבטי, אולם תביעות אלה כלל לא נבחנו ולא נשמעו, ותביעותיהם היחידות שנבדקו היו אלה שהתבססו על המסלול של יצירת זכות מכוח החיאת מקרקעי המוואת או זכות מכוח עיבוד והחזקה מתמשכים.¹⁷¹ בפסק הדין בעניין אלעוקבי דן בית המשפט, כנראה מיוזמתו, בנושא קיומה של זכות למערערים מכוח דיני המתרוכה.¹⁷² מסקנת דיונו הייתה, שאין לשלול את האפשרות שהקרקעות שעמדו להכרעה הונחו לשימוש שבט אלעוקבי

167 ס' 5 לחוק הקרקעות. מורפקה משמעה מצורפת, משועברת. מחמיה משמעה מוגנת. ראו בן שמש, לעיל ה"ש 55, בעמ' 36.

168 עניין *Abu Hana*, לעיל ה"ש 96; ע"א 4/50 היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד ה' 725 (1951); דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 55-57.

169 לכך שגם בדין הברואי המסורתי אזורי מרעה מקנים זכות גישה שווה לא בלעדית לציבור, ראו CLINTON BAILEY, *BEDOUIN LAW FROM SINAI & THE NEGEV — JUSTICE WITHOUT GOVERNMENT* (2009) 263-265.

170 השאלה אם השימוש כמתרוכה צריך להימשך עד למועד הגשת התביעה בהסדר (או לאחר מכן), גם בנסיבות שבהן אי-השימוש במועד הגשת התביעה נבע מאילוץ חיצוני שהטילו השלטונות, אינה פשוטה. למצב הדברים הרגיל שלפיו השימוש פסק ללא אמתלה, ראו ע"א 438/70 המועצה המקומית אום אל-פחם נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 813 (1972). להשפעתה של אמתלה בהקשר של קרקע מחלול, ראו לעיל ה"ש 124.

171 ראו לעיל ה"ש 45-48 וטקסט נלווה.

172 הנושא לא נבחן בערכאה דלמטה. ראו ת"א 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012). כן ראו וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58.

כאדמות מתרוכה, אך המערערים לא טענו לעניין זה והעובדות הצריכות לכך לא נתלבנו די צורכן. כמו כן צוין, כי אפילו אם היה בידי המערערים לבסס טיעון בעניין לא היה בכך כדי לסייע להם, שכן הזכות במתרוכה היא קיבוצית ואילו תביעתם היא אישית.¹⁷³ טענה דומה לכך שהכרה בזכות מכוח מתרוכה לא תועיל העלה אליעד וינשל, המציין כי הבדואים חפצים בזכות אישית ולא קבוצתית, ואילו אינטרס המדינה ייפגע אם ייקבע כי שטחי המרעה אינם אדמות מוואת. מכאן, לטעמו, אפיק זה הוא בבחינת הפסד כפול.¹⁷⁴

טיעוני לעניין חשיבות ההכרה בזכות הקבוצתית של הבדואים הם שישה. ראשית, אי-ההתייחסות לתביעות הבעלות לקרקע שבמרעה שבטי היא בגדר טעות. שנית, גישתו של בית המשפט שלפיה ניתן להכריע בתביעות הבעלות לפי דיני ההחייאה והתיישנות העיבוד וההחזקה מבלי להכריע בשאלת המתרוכה איננה נכונה, שכן מטיבו של הליך ההסדר הוא שמן ההכרח למצות את מלוא הטענות במסגרתו. שלישית, מקרקעי המוואת נקבעים באופן שיורי כקטגוריית סל, המותנית בכך שהמקרקעין אינם מסוג מתרוכה. רביעית, הטענה ולפיה הבדואים עצמם אינם מעוניינים בזכות קבוצתית צריכה להיבחן מולם – תובעי הבעלות ושאינם תובעי הבעלות. חמישית, הטענה כי אינטרס המדינה ייפגע כלל אינה שיקול לצורך קיום הבירור אם הקרקע היא מסוג מתרוכה. שישית, אטען כי הכרה בזכות הקבוצתית של הבדואים במקרקעין תאפשר להגשים תכליות רבות-משקל ובהן אלה: שינוי נקודת המוצא ולפיה לבדואים אין זכות אלא חסד; הכרה במעמד ההתיישבות הכפרית כקבוצת ייחוס משפטית, ובכך שינוי התפיסה שלפיה ההתיישבות היא לא-מוכרת. הגשמת התכליות הללו תהיה תוך הכרה באינטרס הציבורי של בני הקבוצה כולה, ולא רק של יחידים מתוכה שיתכן שאינם מייצגים את האינטרסים של חלקים שונים בקבוצה.

בסעיף הבא אעמוד על חשיבות ההכרעה בסיווג הקרקע כמתרוכה או ככזו שאינה מתרוכה כתנאי לזיהוי קרקע כמוואת. בהמשך לכך אתייחס לחשיבות ההכרה בזכות הקבוצתית ובכלל זה בהקשר של שטחי המקרקעין אשר טרם הוסדרו. לבסוף אתייחס לשאלת האופן שיש לרשום זכויות במתרוכה במרשם המקרקעין.

2. מתרוכה ומוואת: חשיבות הסיווג

בניגוד למה שנאמר בעניין אל הואשלה,¹⁷⁵ וכפי שעולה במפורש מחוק הקרקעות ואושר בעניין אלעוקבי, על מנת לקבוע אם יש לסווג את הקרקע כמוואת אין די במבחן המרחק (מיל וחצי מ"עיר או כפר) ובמבחן היעדר ההחזקה וההקצאה באמצעות שטר, אלא יש לקיים גם את התנאי שלפיו הקרקע אינה מתרוכה.¹⁷⁶ אם כך, אי-אפשר לסווג קרקע כמוואת אלא אם נשלל סיווגה כמתרוכה. הסיווג למוואת נעשה באופן שיורי, לאחר שנקבע שקרקע היא במקום שומם (לא מולק ולא מירי), לא הוקצתה בשטר ואין בעניינה הקצאה מזמן קדום לתושבי כפרים או ערים (מתרוכה).

173 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 67.

174 וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58.

175 ראו לעיל, טקסט ליד ה"ש 56.

176 ס' 6 ו-103 לחוק הקרקעות; עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 53.

יתר על כן, אי־אפשר לבדוק את מבחן המרחק אלא אם נבחנת השאלה אם ישנה מתרובה, שכן מתרובה לבני כפר כרוכה בקיומו של כפר במקום. להכרעה בדבר סיווג הקרקע כמתרובה ובדבר קביעת אופן השימוש בקרקע וטיבו יש משמעות גם לעניין תנאי המרחק. בעניין אלעוקבי הסביר בית המשפט, כי מטרת התנאי הזה היא "להוציא מגדר מוואת קרקעות מרעה הסמוכות לכפרים ומצויות בשימוש תושביהם גם מבלי שהוקצו להם".¹⁷⁷ לפיכך, על מנת לקבוע מהו כפר ואם ישנו כפר בשטח הנתבע או בסמוך לו יש לבחון, אם מרעה שהתקיים מצדיק מבחינת טיבו את סיווג הקרקע כמתרובה. אם סוגיה זו לא לובנה כל צורכה, אי־אפשר להכריע בסיווג הקרקע כמוואת, בפרט כאשר בית המשפט מדגיש כי סוג המתרובה הרלוונטי לעניינו הוא של אדמות מרעה המשמשות את תושבי הכפר למרעה אף שלא הוקצו לו.¹⁷⁸ מכאן, אם הקרקע אינה מתרובה הרי היא מוואת; אך אם היא מתרובה, הרי זה משום שקיים במקום כפר, ואזי ודאי שהיא אינה מוואת. עניין זה חשוב במיוחד, משום שהשאלה מהו "כפר" היא אחת הנקודות הדואבות במיוחד בהקשר של הסדר הזכויות בנגב.¹⁷⁹

הסוגיה של חשיבות הסיווג מתבררת בצורה חריפה בהקשר של פסק הדין בעניין אלעוקבי. בית המשפט הגיע למסקנה העובדתית, שהמדינה אינה חולקת עליה, כי שבט אלעוקבי נדר באזור החלקות והשתמש בהן בתקופות מסוימות לצורכי חנייה, מרעה וחקלאות עונתית.¹⁸⁰ עוד הוא ציין בפסק דינו, כי אין לשלול את האפשרות שהחלקות הונחו לשימוש השבט כאדמות מתרובה. עם זאת ציין בית המשפט, כי הואיל והמערערים לא טענו לעניין זה והעובדות לא נתלבנו ולא הובררו במסגרת ההליך, והואיל וזיהויה של הקרקע כמתרובה לא היה עשוי לסייע להם, אין צורך להכריע בעניין.¹⁸¹ ואולם התיק אשר נדון בפני בית המשפט היה תיק הסדר, ולפי דיני ההסדר על פקיד ההסדר – ומטבע הדברים על בית המשפט – להכריע בזכויות הכרעה סופית וקונקלוסיבית.¹⁸² זהו "בריח התיכון" של ההסדר.¹⁸³ הוכחה כי המקרקעין הם מסוג מתרובה אינה מוטלת על תובעי הזכויות. זוהי חובתו של פקיד

177 שם. אין קשר הכרחי בין המידה של מבחן המרחק – מיל וחצי או קול צעקה – לבין הפרימטר של קרקעות המתרובה, אשר סיווגן אינו לפי סטנדרט (נניח, הטבעת שקוטרן הוא מיל וחצי) אלא לפי שימוש בפועל.

178 שם; ס' 101 לחוק הקרקעות. ראוי להדגיש כי יצירת מתרובה מכוח שימוש קדום ולא מכוח הקצאה אינה מוגבלת לס' 105 לחוק הקרקעות, אלא זהו המצב גם באשר לס' 95–99 לחוק. ראו דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 55–56.

179 ראו גם שמיר, לעיל ה"ש 2.

180 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 54.

181 שם, פס' 67.

182 ס' 81 לפקודת ההסדר. בית המשפט ציין בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 68, כי הכרעתו היא "ככל שהדבר נוגע להליך דנן", אולם כאמור, בהליך הסדר ההכרעה היא סופית כלפי כל העולם.

183 Heirs of Prince Selim v. Attorney General, 8 P.L.R. 181, 185 (1941); ס' 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין; ע"א 492/83 דיאב נ' דיאב (פורסם בנבו, 9.5.1988).

ההסדר לברר אם יש לסווג את הקרקע ככזו.¹⁸⁴ על המדינה, הטוענת כי הקרקע היא מסוג מוואת, להוכיח שהקרקע אינה מתרוכה, שהיא אינה קרקע למרעה קיץ או חורף, שהיא אינה מירי או מירי מחלול, ורק אם לאחר חקירת המצב מתברר שהיא אינה שייכת "אף למין אחד מאלה" שנזכרו, הריהי בסוג של קרקע מוואת.¹⁸⁵ אי-ההכרעה בשאלה אם יש לסווג את הקרקע כמתרוכה הוא כשל עמוק בפסק הדין, שניתן אולי להצדיקו בחוסר רצונו של בית המשפט לסתום את הגולל על האפשרות להכיר בקרקע כמתרוכה בשל היעדר מיצוי של הטיעון בדיון שבפניו. ואולם בית המשפט לא היה יכול לקבוע כמצא שהקרקע היא מסוג מוואת, אם לא קבע שהיא אינה מתרוכה.

בית המשפט נדרש לשאלה אם שימושם של בני שבט אלעוקבי בקרקע – שימוש שהוא נמנע מלאפיינו במדויק – הופך את אחיזתם במקום להתיישבות, העולה בגדר "כפר". בעניין זה הוא ציין, כי "קשה לראות כיצד ניתן לראות בהתיישבות נוודית 'עיר או כפר', וקבע כי מונחים אלה מתארים "באופן מובהק התיישבות של קבע".¹⁸⁶ כתימוכין לקביעה חשובה זו כל שנשען עליו בית המשפט הוא פסיקתו הקודמת. אך פסיקה קודמת זו כשלעצמה אינה נשענת על דבר: בעניין בדראן¹⁸⁷ תבעו המערערים קרקע מאדמות הכפר בענה בטוענם כי היא מסוג מירי. המדינה טענה מנגד כי המקרקעין הם מסוג מוואת, הואיל והם מרוחקים מעל מיל וחצי מבענה. המערערים הוסיפו וטענו, כי הקרקע שעובדה על ידם מרוחקת פחות ממיל וחצי מיישוב אחר, ערב א-סוועאד. ללא בדל הפניה או הנמקה קבע השופט ברנזון כי אין מדובר בכפר אשר ניתן למרוד ממנו את המרחק, שכן "כל" שיש בו הם שבעה מבני קבע שנבנו בתקופת המנדט והמפוזרים על שטח גדול.¹⁸⁸ בפרשות מאוחרות יותר שהוזכרו בעניין אלעוקבי – סואעד¹⁸⁹ ואל הואשלה¹⁹⁰ – כל שישנו הוא הפניה לעניין בדראן. ודוקו,

184 וראו בהקשר זה *Abu Hana*, לעיל ה"ש 96; *Kedar, Amara & Yiftachel*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 73-74. ס' 22 לפקודת ההסדר, הקובע כי המדינה היא הבעלים השיורי של הקרקעות שלא הוכחה בהם זכות פרטית, אינו פוטר את המדינה מהצורך להוכיח את סוג הקרקע, בפרט כאשר ישנה מחלוקת בעניין.

185 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 48.

186 פסק הדין בעניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 61. להטלת המשקל על המובן המקובל בימינו למונח "כפר" יש מגבלות רבות. אולם גם בהתחשב בשיטתו של בית המשפט, המסתמך בפס' 62 על פרסומים של ממשלת המנדט שמהם עולה כי היא פירשה את המונחים "עיר או כפר" כמתייחסים ליישובי קבע בלבד, ראוי לשים לב למילה שדווקא לא הודגשה בידי בית המשפט בהביאו את המודעה ולפיה כמקרקעי מוואת ייחשבו אלה הנמצאים "במרחק כזה מן הבית האחרון של המקום או הכפר" (ההדגש הראשון של בית המשפט; השני שלי – ר' ל'ש). היינו, המסקנה שלפיה ממשלת המנדט פירשה את המונחים כמתייחסים ליישובי קבע – אין לה בסיס בצייטוט זה. מן הבחינה המשפטית, ניתן לחלוק על המשקל שיש לייחס למסמך זה. בדומה לכך, ראו גם את הפנייתו של בית המשפט בפס' 63, לדרבריו של טיוט, *RICHARD CLIFFORD*, שם מצוין הביטוי "new inhabited-sites".

187 עניין בדראן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1720.

188 לביקורת על פסק הדין, ראו *Kedar, Amara & Yiftachel*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 91-97.

189 ע"א 55/63 סואעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(2) 3 (1966).

190 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 148-149.

גם בעניין בדראן עצמו לא נאמר מה שקבע בית המשפט בעניין אלעוקבי, היינו כי דרושה במובהק התיישבות של קבע על מנת לעמוד בדרישות התנאי. למעשה הודגש בדיון הנוסף בעניין בדראן כי לא הייתה התחשבות במרחק מערב אסוועאד, משום שהמרחק לא הוכח ומשום שהבתים מפוזרים על שטח גדול ואינם מהווים שטח בנוי של כפר.¹⁹¹

קשיים דומים עולים גם כאשר למועד הקובע לסיווג; השאלה היא, אם קיומו של כפר נבחן בעת חקיקת חוק הקרקעות בשנת 1858 או במועד הגשת התביעה בהסדר. בית המשפט בעניין אלעוקבי נסמך על מקור אחד בלבד – ספרו של השופט טיט, ¹⁹² שממנו הוא למד כי לפי טיט הקרקע הנוצרת בעקבות התרחבות היישובים לאחר חקיקת החוק היא "מסוג בלתי מוגדר", ועל כן סבר שם בית המשפט כי יש להחיל על קרקע זו עקרונות פרשניים שהוחלו במצבים דומים, היינו סיווג לפי הקטגוריה הקרובה ביותר.¹⁹³ ואולם טיט מציין במפורש כי נגד תהליך ההתרחבות של כפרים ושל יצירת כפרים חדשים בידי פולשים אין למדינה שום זכויות, למעט אכיפת האיסור על הבנייה בלא היתר. טיט, כנביא הצופה את בעיית ימינו, מצביע על הצורך לפתור עניין זה בחקיקה. יושם אל לב: טיט פרסם את ספרו בשנת 1927, כמה שנים לאחר פרסום פקודת המוואת, ואין הוא רואה בה פתרון לבעיה הטעונה חקיקה; שכן התיישבות בקרקע משנה את חוקי המשחק – אין מדובר כאן בשאלה רגילה של החייאת אדמה המעניקה זכות שייתכן שהפקודה ביקשה לבלום. זאת ועוד, העקרונות הפרשניים עוסקים בשאלה אחרת לגמרי של קרקע שבעניינה החוק קובע סיווג ברור, אלא שתכליתו של החוק – בהקשר של קרקע בתחום המיל וחצי מהכפר אשר אינה מוחזקת בידי תושביו – אינה מתקיימת.¹⁹⁴ מכל מקום, החלת כללי פרשנות אלה הייתה צריכה להצדיק סיווג של הקרקע אשר בפני בית המשפט בהתאם לקטגוריה הקרובה ביותר האפשרית. כאשר בית המשפט קובע כי אין חולק שהתובעים השתמשו בקרקע והחזיקו בה לפחות משנת 1936,¹⁹⁵ המסקנה שלפיה הקרקע היא קרקע מוואת שלא הוחייתה היא בלתי-סבירה. עוד יש להדגיש, כי בדיון הנוסף בעניין בדראן חידד בית המשפט את מה שנשמט עם הזמן לבלי שוב, היינו כי השאלה המשפטית, אם קובע השטח הבנוי של הכפר כפי שהיה בשנת 1858 או אם מותר להתחשב בכנייה שנעשתה לאחר מכן, היא שאלה אקדמית בנסיבות העניין.¹⁹⁶

3. חשיבות ההכרה בזכות הקבוצתית של הבדואים

לבחינת האפשרות להכיר בזכות הקבוצתית של הבדואים בגדר דין המתרוכה חשיבות רבה בכמה מישורים. ראשית, כפי שהראיתי, בלא בחינת שאלת המתרוכה הכרעת בית המשפט בעניין סיווג הקרקע הנתבעת כמוואת בטעות יסודה. תיקון טעות שכזו הוא ראוי והכרחי, בפרט כדי לקיים את עקרון הסופיות של הסדר הזכויות במקרקעין אשר אינו יכול לעמוד על תילו אם עניינים מסוימים שלא נתבררו כל צורכם נותרים לעת מצוא. שנית, ההתעלמות

191 ד"נ בדראן, לעיל ה"ש 156, בית המשפט באלעוקבי לא התייחס לדיון נוסף זה.

192 Tute, לעיל ה"ש 186, בעמ' 16, 198.

193 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 63-64.

194 שם, פס' 64; דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 48.

195 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 49.

196 ד"נ בדראן, לעיל ה"ש 156. בפסק הדין עצמו מצוינת, עקב טעות כנראה, השנה 1958.

הגורפת והשגויה מתביעות הבעלות לקרקעות המרעה שהגישו הבדואים בשנות השבעים (בהיקף של 600,000–1,200,000 דונמים, לפי הערכות שונות)¹⁹⁷ מהווה על פניה פגיעה קשה בהוגנות הדיונית, שהיא – כמו עקרון הסופיות – מעקרונות היסוד של הליך ההסדר.¹⁹⁸ שלישית, הכרה בזכות קבוצתית מתיישבת עם הטענות לצורך בהגנה על מעמדתם הילידי של הבדואים, שכן כמקובל במדינות אחרות ההכרה לזכויות ילידיות היא במישור הקבוצתי, לשימוש שאיננו אקסקלוסיבי לפרטים מסוימים אלא לכלל בני הקבוצה.¹⁹⁹ באופן זה מובטח לא רק עניינם של בני הקבוצה הנוכחיים, אלא גם של הדורות הבאים.²⁰⁰ רביעית, הכרה בזכות קבוצתית תוכל להבטיח איזון חיצוני ליחסי הכוחות הפנימיים בין תובעי הבעלות למי שאינם תובעי בעלות, הנובעים מיחסי כוחות מוקדמים, מחלוף הזמן ושינוי הדורות (שהביאו בחלק מן המקרים לפרקטלים של זכות תביעה אישית לכל יורש) ומהשפעת הבדלים מגדריים ואחרים שייתכן שעיצבו את זהות מגישי התביעות. בהקשר זה חשובה כמובן הערכה טובה יותר, המבוססת אמפירית, לשאלה כיצד האוכלוסייה עצמה מעריכה את הלגיטימיות של התביעות האישיות. כמו כן, החצנת הקונפליקט על הקרקע מסכסוך של יחידים עם המדינה לסכסוך (או אולי לפתרון) בין המדינה לקבוצות או לשבטי הבדואים תאפשר מעצם עיצובו ככזה להיות מכשיר להכרה במעמד הקבוצתי של הבדואים. חמישית, הכרה בזכות קבוצתית תוכל להביא לשינוי בנקודת המוצא שלפיה אין רואים בבדואים בעלי זכות אלא בעלי חסד. מחקרים מראים, כי לאופן שבו מוענקת זכאות יש השפעה על הערך המיוחס לה בידי המקבל.²⁰¹ כאשר יתיישבו נציגי קבוצות הבדואים לשולחן המשא ומתן בעודם מוערכים כבעלי זכות, אף אם קבוצתית, תהיה נכונותם לוותר עליה בהסכמה, אם אילווצים תכנוניים או אחרים יצדיקו זאת, שונה מאוד מנכונותם במצב שבו הם מגונים כחסרי כל זכות וכרודפי טובות הנאה.²⁰² עשויות להיות לכך גם תועלות נלוות, כגון שיפור המחויבות האזרחית הכללית לשלטון החוק, אם הוא ייתפס כצודק יותר והוגן מנקודת מבטה של האוכלוסייה הזו.²⁰³ שישית, הכרה בזכות קבוצתית תאפשר להתייחס להתיישבות הכפרית הבדואית כאל קבוצת ייחוס משפטית, ובכך לשנות את התפיסה שלפיה התיישבות זו היא לא-מורשית או לא-מוכרת.

197 ראו לעיל ה"ש 45-46.

198 ראו לעיל ה"ש 40.

199 ראו 1 CLR 175 (1992) (No. 2) *Mabo v Queensland*; עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 81; וזנברג חוק יסוד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 166. עם זאת ישנה גם הכרה בזכויות אישיות. ראו KEDAR, AMARA & YIFTACHEL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 176-178.200 *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256, para 67, 86.201 ראו 91 *In Defense of Redistribution Through Private Law*, Daphna Lewinsohn-Zamir, MINN. L. REV. 326 (2006).

202 ובכך אני סבורה כי לא צדק וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58, כאשר ראה מצב אפשרי זה כהפסד כפול מבחינת המדינה.

203 ראו 3-7 (2006); Dean G. Pruitt, *Social Conflict*, in THE HANDBOOK OF SOCIAL PSYCHOLOGY 476, 470 (Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske & Gardner Lindzey eds., 4th ed. 1998).

מבחינה פרקטית טרם הוכרע מעמדם של כ-592,000 דונמים מאדמות הנגב. גם אם לא יהיה מהלך לפתיחה מחדש של הליך הסדר שכבר הושלם בשל פגם בעריכתו, התביעות לשטחים אלה שטרם הוסדרו נדונו בעת הזו לכליה. הצעתי היא, כי כתנאי לרישום מקרקעין אלה על שם המדינה יהיה עליה להוכיח כי הם אינם מסוג מתרוכה. כיוון שהיא לא תוכל לעשות כן נוכח הממצאים שהוצגו בפסק הדין בעניין אלעוקבי, בספרם של המחברים ובמקורות אחרים, יהיה על המדינה להכיר בקיומה של התיישבות בדואית רבת-שנים ושאינה שנויה במחלוקת באדמות הנגב. הכרה בזכויות הבדואים כקבוצה, לאו דווקא במסגרת הליך ההסדר לתובעי הזכויות האישיות, תוכל להתיר בידיהם שטח בהיקף ראוי למחיה, התואם גם את צורכי האוכלוסייה.

מבחינה כמותית, נכון לשנת 2008 נמצא כי תובעי הבעלות מחזיקים בכ-386,000 דונמים משטח תביעותיהם, היינו כ-200,000 דונמים משטח התביעה אינו מוחזק בפועל. היקף השטח המוחזק בתחום היישובים הקיימים והמתוכננים הוא כ-61,000 דונמים.²⁰⁴ לפי הערכות, היקף השטח המוחזק המשמש בפועל למגורים הוא 130,000 דונמים,²⁰⁵ היינו ישנם כ-69,000 דונמים קרקע מוחזקת למגורים בידי תובעי בעלות מחוץ לתחום היישובים הקיימים והמתוכננים. גם לפי תוכנית האב להכרה בכפרים הבדואיים בנגב השטח המוחזק למגורים מחוץ לתחום היישובים הוא 70,000 דונמים, נתון המבוסס על הערכה של 20% מתוך כל השטח המוחזק.²⁰⁶ בשטח המשמש למגורים התגוררו באותה נקודת זמן כ-62,000-84,000 תושבים.²⁰⁷ לפי ההערכות, הניסיונות הממשלתיים להסדרת התיישבות שנערכו בשנים האחרונות – ובכללן הצעת החוק להסדרת התיישבות הבדואים – היו צפויים להביא להכרה בבעלות התובעים על כ-200,000 דונמים נוספים.²⁰⁸ אין בהירות בשאלה כמה דונמים מתוך שטח זה מיועדים למגורים, אך מדוח בגין עולה כי לפחות ככל שמדובר בתביעות בתוך יישובים (61,000 דונמים כאמור) הכוונה הייתה שהשטח שיינתן ייועד למגורים.²⁰⁹ כאמור בתוכנית האב, לצורכי האוכלוסייה עד שנת 2030 נחוצים 140,000 דונמים נוספים על הקיים לצורכי בינוי ותשתיות ציבוריות, ונוסף עליהם שטחי חקלאות ומרעה.²¹⁰ דומה אם כן שכלל שמדובר בהסדרת התיישבות הבנויה ואף בהתאמתה לצרכים הנחוצים, אין מרחק רב בין הצדדים בכל הנוגע להיקפי השטחים הנוספים הראויים ליישובי הבדואים. מעבר ל-61,000 דונמים בתחום היישובים הקיימים נחוצים כ-69,000 דונמים נוספים של

204 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16. לפי דוח בגין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8, היקף השטח המוחזק מבין התביעות הוא 347,000 דונמים.

205 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16, בהסתמך על מסמך של מנהלת הבדואים.

206 המועצה האזורית לכפרים הבלתי-מוכרים בנגב ובמקום מתכננים למען זכויות תכנון תכנית אב להכרה בכפרים הלא-מוכרים בנגב 260 (2012) (להלן: תכנית האב). Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 256, מתייחס לתכנית האב כבסיס לפתרון הראוי.

207 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25-26. לפי ההערכה האוכלוסייה מכפילה את עצמה כל 13 שנים. שם, בעמ' 11-12.

208 Kedar, Amara & Yiftachel, לעיל ה"ש 8, בעמ' 237. ראו גם וינשל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 164-165, שאינו נוקב בהיקף.

209 ראו שם, בעמ' 159; דוח בגין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10-11.

210 תכנית האב, לעיל ה"ש 206, בעמ' 260-261.

קרקע להתיישבות למגורים, רובם במסגרת שטחי התביעה המוחזקים כבר כפועל למגורים מחוץ לתחום היישובים, וכ-140,000 דונמים נוספים כשטחים ציבוריים להתפתחות עתידית. שטחים אלה, כמו גם שטחים נוספים לחקלאות ולמרעה – שטחי התביעה המוחזקים מעבר לאמור, כ-116,000 דונמים – אינם צריכים להיות בבעלות פרטית אם תוכר בהם זכות השימוש של הציבור הבדואי.

על כן, אף כי תיתכן כמובן מחלוקת על זהות הנהנים, על מיקום השטחים ועל השימושים המותרים בהם, היקף השטח שבמחלוקת בין המדינה לבדואים אינו גדול. מכאן מסתמא שהדרישה להעניק לבדואים כקבוצה (וביתר דיוק כקבוצות) – ולא לתובעי הבעלות – זכויות אישיות וקהילתיות בכל היקפם של שטחי התביעה המוחזקים (386,000 דונמים) אינן בלתי־סבירות. כפי שהראיתי, אף הבסיס הנורמטיבי לדרישות אלה אינו כזה. בסעיף הבא אפנה לשאלה הנוגעת לאופן רישום מקרקעי המתרוכה ולשאלה, אם ניתן להשתמש בקרקע שנרשמה כמתרוכה למטרות ציבוריות שונות מאלה שלהן שימשה במקור, כגון לצורך הקמת מבני ציבור ודיוור ברי־השגה.

4. רישום מקרקעי המתרוכה ושינוי השימוש בהם

בעניין אלעוקבי טענה המדינה, כי גם אם מוכחת הטענה שלפיה בני השבט אלעוקבי רכשו זכויות בקרקע הנתבעת בשל שימושם הקיבוצי־ציבורי בה מימים ימימה, יש לרשום את הקרקע על שמה בהתאם לאמור בסעיף 154(א) לחוק המקרקעין.²¹¹ בית המשפט לא הכריע בטענה, אך מובן שאם יש בה ממש אין לכאורה טעם רב בהצעתו לפתח את פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות. לכך אשיב כי אין בטענה כל ממש, אך גם לו היה כן, רבות מן התועלות שהוזכרו לעיל יתקיימו גם אם מבחינה רישומית המקרקעין יירשמו על שם המדינה כביטוי לזכות הקבוצתית. על מנת להסביר את תשובתי הראשונה יש להידרש להיסטוריה של רישום מקרקעי המתרוכה.

לפי פקודת ההסדר המנדטורית, שהייתה בתוקף עד לקביעתו של נוסח חדש בשנת 1969, מקרקעין מסוג מתרוכה כפרית שהוקצו או שהשתמשו בהם מזמן קדום יירשמו על שם הכפר או העיר אם הוקמה ישות משפטית חוקית הרשאית להחזיק בשמם במקרקעין, ואם לא – על שם הנציב העליון בתור נאמן.²¹² הפרקטיקה של רישום על שם הנציב העליון כנאמן הייתה מקובלת ורווחת מאוד, ורכבות דונמים מאדמות בור בגליל נרשמו בצורה זו.²¹³ כך למשל, בשנת 1947 נרשמו מקרקעין לאחר הסדר זכויות על שם הנציב העליון כנאמן של הכפר יפיע, הואיל ובאותה העת לא היה גוף משפטי שייצג את הכפר.²¹⁴

211 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 24.

212 ס' 29 לפקודת ההסדר המנדטורית. הוראה זו שנקבעה בתיקון משנת 1939 (Land (Settlement) Ordinance No. 48 of 1939, of Title) (Amendment) Ordinance No. 48 of 1939) ע"ר (א) 154 שיקפה פרקטיקה שרווחה עוד קודם לכן. ראו זנברג "מתרוכה", לעיל ה"ש 129, טקסט ליד ה"ש 46.

213 עניין יפיע, לעיל ה"ש 99.

214 שם. באותו המקרה נרשמו מקרקעי מירי באופן זה, והדבר עורר קושי שאינו רלוונטי לנו.

בנוסח החדש של פקודת ההסדר נקבע, כי מקרקעין שיועדו לשימוש של עיר או של כפר והוקם תאגיד שבכוחו להחזיק מקרקעין בשבילם, יירשמו המקרקעין על שמו.²¹⁵ הוראה מנהלית זו בדבר הצורך בקיומה של אישיות משפטית אינה אמורה להפריע מבחינה מהותית להכרה בזכויות הקבוצתיות של הברואים, גם אם לא אוגרו כתאגיד משפטי ערב השלמת פעולת הרישום; שכן ניתן לעשות כן טרם הרישום עצמו, בפרט בעת הזו שבה התאגדות כאישיות משפטית היא פעולה פשוטה יחסית. יש לזכור כי פקודת ההסדר בנוסח החדש אינה באה לפגוע בזכויות מוקנות, אלא כדי לאפשר ביטוי פרודורלי עדכני יותר לאופן שבו יוכרו זכויות לפי הדין המהותי. לכן, אין צורך בתאגיד כאמור שהוקם בזמן קדום או אפילו במועד הגשת התביעה, אלא ניתן להסתפק בקיומו או בהקמתו של תאגיד שכזה לפני השלמת הליך הרישום.

טענת המדינה בנוגע לסעיף 154(א) לחוק המקרקעין מוצאת בו פנים שלא כשורה. סעיף זה נמצא בפרק "שונות", בתת-פרק המכונה "ביטול סוגי מקרקעין", ומטרתו לשחרר את מרשם המקרקעין מסיווגי הקרקע העותמאניים. סעיף 152 לחוק קובע כי "סיווג המקרקעין לסוגים שונים שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה מכוח החקיקה העותמנית – בטל", אך סעיף זה אינו קובע דבר בנוגע למקרקעין אשר טרם נרשמו; עליהם חל האמור בסעיף 162 לחוק, המתנה במפורש על סעיף 152 לחוק וקובע, כי אין בהוראות החוק כדי לבטל או כדי להביא שינוי בדין שהיה קיים ערב תחילתו בנוגע להתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים (היינו, בין השאר, התיישנות השימוש הציבורי בדין מתרוכה).²¹⁶ לעומת זאת בנוגע למקרקעין אשר כבר נרשמו בעת חקיקת חוק המקרקעין, אשר נכנס לתוקף ביום 1.1.1970, יחול האמור בסעיף 154(א) לחוק ולפיו מקרקעין "שערב תחילתו של חוק זה" נמנו עם הסוג מתרוכה יירשמו על שם המדינה או על שם הרשות המקומית, כתלות בשאלה אם הם שימשו בעיקר את תושבי הרשות המקומית או לא. גם שינוי סיווג זה ייעשה בכפוף להוראת ההגנה שבסעיף 156 לחוק, ולפיה אין בהוראות סעיף 154 כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות ערב תחילתו של החוק במקרקעין. מטרתה של ההוראה שבסעיף 154 לחוק היא להבטיח, כי בעת ביטול סיווגי המקרקעין תירשם על שם המדינה מזה ועל שם הרשות המקומית מזה קרקע שהייתה בסיווג מתרוכה כתלות באופי השימוש במקרקעין באותה עת. בפרט תכלית ההוראה היא לאפשר את רישומן על שם המדינה של דרכים עורקיות העוברות על מתרוכות מוניציפליות.²¹⁷ נקודה נוספת החשובה לציון בהקשר זה נוגעת לסעיף 154(ב) לחוק. לפי סעיף זה, אם נרשמו מקרקעין על שם רשות מקומית לפי סעיף קטן (א) ולאחר מכן שונה שימושם לשימוש שלא היה מצדיק את רישומם על שם הרשות המקומית, הם יעברו לבעלות המדינה. גם סעיף זה יש לקרוא בכפוף להוראת ההגנה שבסעיף 156 לחוק. מכאן שמתעורר הצורך לבחון מהן הזכויות הקיימות ערב חוק המקרקעין בנוגע למקרקעי מתרוכה אשר שימושם שונה. חוק הקרקעות העותמאני קובע באשר לקרקעות המתרוכה שני סוגים של הסדרים. סוג אחד הם הסדרים הנוגעים לאיסור על העברת הבעלות ולהיעדר התיישנות במקרקעי המתרוכה.

215 ס' 23 לפקודת ההסדר.

216 ראו לאה דוכן-לנדוי "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ממבט ראשון" הפרקליט כו 101, 109 (1971).

217 זנדברג "מתרוכה", לעיל ה"ש 129.

הסוג האחר הם הסדרים הנוגעים לסוג השימושים המותרים. ההגבלות על השימושים הביאו לעלייה תלולה ומתמשכת בבקשות של רשויות מקומיות להמיר את סיווג המקרקעין ממתרחה למירי או למולק, אשר נתקבלו כנורמה. ואכן, כפי שכותב זנדברג, "מאז תקופת המנדט, משמעותו המרכזית של הסיווג העותמאני היתה הצורך להזדקק למנגנון מינהלי שיאשר שינויי ייעוד. מנגנון זה שינה את הייעוד כבדרך שגרה... תהליך זה לא עורר מעולם טענות לביטול הבעלות במקרקעין מוסדרים או טענות בדבר תמורה כספית או אחרת שיש לשלם בניגוד למדינה. הוא בא לקיצו, באופן טבעי וצפוי, עם חקיקת חוק המקרקעין".²¹⁸

לפיכך, אם יירשמו בהסדר הזכויות במקרקעין בנגב מקרקעי המתרחה בשם תאגידים משפטיים לטובת הכפרים, הרי רישומם לא יהיה כפוף למגבלה כלשהי על השימוש, למעט מגבלה הנובעת מדיני התכנון והבנייה. אשר על כן, יהיה בידי הכפרים להשתמש במקרקעין כל שימוש ציבורי מקובל וחוקי, ובכלל זה הקמת מבני ציבור ומבני מגורים, בכפוף למגבלות החלות על מקרקעי רשות מקומית או תאגיד מקומי שהם גם מקרקעי ייעוד.²¹⁹

סיכום: ניצוצות של הכרה

בהתאם למסורת המשפטית העותמאנית-פיאודלית שרר בארץ ישראל עקרון שיוויון הריבון (הכובש, המושל, המדינה). על פי עיקרון זה כל קרקע בטריטוריה היא בבעלות הריבון, ועל המבקש לזכות בזכות אישית או קבוצתית בקרקע לעמוד באחת מדרכי יצירת הזכות שהוכרו על ידו.²²⁰ ישנן ארבע חלופות מוכרות להוצאת זכות מידי הריבון: חלופת ההקצאה הפרטית, אשר באה לידי ביטוי במתן היתר או במתן תעודת רישום – שטר טאבו (המכונה קושאן) כפי שנקבע לראשונה בחוק הקרקעות העותמאני,²²¹ חלופת התיישנות הבעלות המלאה (הרקבה), המגינה על המחזיק למשך תקופה ארוכה העולה על 36 שנים;²²² חלופת ההחייאה וההתיישנות הרוכשת (בקרקעות המוואת והמירי), אשר באה לידי ביטוי בשימוש, בעיבוד הקרקע ובהחזקתה באופן ובתנאים הקבועים;²²³ ולבסוף, חלופת ההקצאה הציבורית או התיישנות השימוש הציבורי, אשר מאפשרת הכרה בזכות לקהילה או לכפר לצורכי דרכים, מרעה, שווקים, מקומות כינוס וכן הלאה מכוח הקצאה או מכוח שימוש רב-שנים.²²⁴ במאמר זה הראיתי כי הפסיקה והספר שעמד לדיון דנים בעיקר בחלופה השלישית, ובפרט בחלופת ההחייאה במקרקעי המוואת. החלופות האחרות, ובעיקר החלופה הרביעית של התיישנות השימוש הציבורי, היינו סיווג כמתרחה, לא זכו כמעט לכל דיון. טענתי היא כי פיתוחה של חלופה זו הוא אתגר השעה. המעבר מפרדיגמת הזכויות האישיות לפרדיגמת הזכויות הקבוצתיות הוא הכרחי.

218 שם.

219 כאמור בס' 107 ו-110 לחוק המקרקעין.

220 דוכן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 33-38.

221 ס' 3 לחוק הקרקעות.

222 ס' 15 לחוק העברת נכסי דלא ניירי.

223 בעיקר בנוגע לקרקע מסוג מירי – לפי ס' 78 לחוק הקרקעות, ובנוגע לקרקע מסוג מוואת – לפי ס' 103 לחוק.

224 ס' 5, 91-102 לחוק הקרקעות.

דחיית טענות הברואים בתביעות האישיות בעניין אל הואשלה ולאחר מכן בעניין אלעוקבי עומדות בניגוד למימושן הפרקטי בידי המדינה. בעקבות פסק הדין הראשון הוקפאו הליכי ההסדר, שכן המדינה השכילה להבין שאת התוצאה הגורפת של שלילת זכויות הברואים אי-אפשר ליישם (אגב כך גרמה המדינה נזק ראייתי לתובעי הבעלות בשל הקפאת ההליכים). והנה, השתנו העיתים ובאה המדינה בשנות האלפיים לחדש את הליכי ההסדר, אך את לקחי העבר היא לא למדה, שכן היא ביקשה שוב לממש את הלכת אל הואשלה. עניין אלעוקבי שימש את התובעים ואת המחברים כהזדמנות ראשונה לרכז מאמץ משפטי ואקדמי לתקוף אחת לאחת את הקביעות שעליהן התבסס בית המשפט בעניין אל הואשלה. חרף המאמץ הניסיון נכשל כליל, אך אחריו הוקפאו שוב הליכי ההסדר. מכאן שלא רק שהתובעים מפסידים מן האופן שבו מתנהלות התביעות כעת, אלא גם המדינה, אשר בריש גלי מופרות זכויותיה כבעלים ונפגעים כוחותיה כשלטון.

חשוב להדגיש שכפי שציין בית המשפט בעניין אלעוקבי, שלטונות המנדט הכירו בכך שלברואים זכויות מסוימות בקרקעות הנגב, וסברו כי מדובר בזכויות שימוש קיבוציות.²²⁵ הנשיאה חיות הביאה בהקשר זה ממכתבו של סיר ג'ון הופ-סימפסון לשר המושבות בשנת 1930.²²⁶ שם נכתב כי יש לבחון בזהירות ולפסל את האופן שבו יש להתנהל ולרשום את זכויותיהם של הברואים, אשר הסדרת ענייניהם חייבת להיות מוכרת:

"In any solution of the Palestine problem, they are an element which must be recognized. Also in any plans of development it will be necessary carefully to consider, and scrupulously to record and deal with their rights."

דחיית הטענות בדבר היעדר זכות אישית אין משמעה כי העמדה הנפוצה המופיעה בפתח המאמר, ולפיה אין לברואים זכויות במקרקעין נכונה היא. כל ישיב בה הוא חידוד הצורך וההכרח למצוא את הדרכים הראויות, אולי באמצעות דיני הקניין הציבוריים-קבוצתי שעליהם עמדת, להכיר בזכויותיהם.

חשוב לומר, גם בשעה שאימוצה של פרדיגמה חדשה עומדת על הפרק, כי אי-ההכרה בתביעות האישיות של הברואים מבוססת על שורה ארוכה מאוד של קביעות בעלות אופי פורמליסטי ודרקוני. לפרופ' ויסמן ז"ל הייתה ההוגנות לשים את הדברים על מכונם עוד בשעה שבה נוצרו הלכות אלה. הגישה המקילה שהנהיגו שלטונות המנדט והפסיקה בעקבותיהם בנוגע להחייאת קרקעות המוואת, שאותה ביטל בית המשפט בעניין בדראן, לא נבעה מתקלה טכנית, אלא משום שעד אותה עת "השלימו בתי המשפט עם חוסר ההקפדה בו נהגו השלטונות במחזיקי אדמות מוואת".²²⁷ מששינתה המדינה את יחסה למחזיקי הקרקע, צעד בית המשפט בעקבותיה. אך בית המשפט הוא גם זה אשר השאיר באחרונה את שאלת

225 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 42 והמקורות המוזכרים שם.

226 *Report on Immigration, Land Settlement and Development*, by Sir John Hope-Simpson, C.I.E. 73 (1930), in 7(3) LAND LEGISLATION IN MANDATE PALESTINE 27, 101 (Martin P.

Bunton ed., 2009); עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 8, פס' 42.

227 ויסמן "החייאת אדמות", לעיל ה"ש 63, בעמ' 107.

סיווג הקרקע כמתרוכה בצריך עיון, בהעניקו פתח להצגת טיעון זה בתיקי ההמשך. עתה נדרש כי המדינה ופקידי ההסדר יצעדו בעקבותיו.

אני סבורה לכן כי נוכח חשיבות הדברים ועוצמתם, על המדינה לאפשר לקהילות הבדואים גם בעת הזו להגיש תזכירי תביעה לקרקעות אשר רישומם טרם הושלם, אם טענתם היא להכרה בזכות שיתופית-קבוצתית מסוג מתרוכה. יש לעשות כל מאמץ, כפי שנאמר כבר בשנת 1930, לפסל את הדין כך שיתאים להכרה במאפייני החזקת הקרקע של קבוצות אלה. יש אם כן עדיין מקום רב לחשיבה על אופן יישוב המחלוקת עם הבדואים תושבי הנגב. כפי שצינתי, הדברים רלוונטיים במיוחד לאותם המקומות, כמו בהקשר של שבט אלעוקבי, אשר המשיכו לשמש את בני השבט גם לאחר הקמת מדינת ישראל וערב ההסדר.²²⁸ אי־אפשר להשיב בשלילה על השאלה שהוצגה בפתח הדברים, אם לבדואים זכויות במקרקעי הנגב, מבלי שנבחנה כרבעי שאלת סיווג הקרקע כמתרוכה. הדבר נדרש הן לצורך הקביעה אם המקרקעין הם מסוג מוואת והן לצורך הקביעה לגופו של עניין, אם לכפרים זכות שיתופית במקרקעין. כולי תקווה שכך ייעשה בהקדם.

228 ראו ע"א 673/85 המועצה המקומית פקיעין נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 627 (1988).

