

עיון מחודש בהלכת "הנגב המת":

זכויות קניין במרחב הברדווי

אורן יפתחאל, * סנדי קדר** ואחמד אמארה***

באמצעות דיון בתביעת המקרקעין של שבט אל-עוקבי, המחקר המוצג כאן בוחן לראשונה בצורה שיטתית וביקורתית את הלכת "הנגב המת", שבאמצעותה נשללות בישראל זכויות קניין של הברדוויים בנגב. שלילה זו מתבססת על סיווג הקרקעות שעליהן ישבו הברדוויים זה דורות כאדמות "מתות", השייכות כביכול למדינה. למהלך זה יש השלכות מרחיקות-לכת לא רק על ענייני הקניין הפרטי והשבטי-הכפרי המתבררים בהליכי הסדר המקרקעין, אלא גם על תוכניות הממשלה המבקשות לפנות עשרות אלפי בדוויים מאדמותיהם בטענה שהם כביכול "פולשים" ומסיגי-גבול.

* פרופסור, המחלקה לגיאוגרפיה, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

*** עורך-דין, בעל תוארי LLB ו-LLM מאוניברסיטת תל-אביב ותואר LLM מאוניברסיטת Essex, וכעת סטודנט לתואר שלישי בחוג להיסטוריה ובמחלקה ללימודי ישראל באוניברסיטת ניו-יורק (N.Y.U.).

המחקר נעשה בסיוען של הקרן הלאומית למדע (I.S.F.), קרן מרכז רוברט ה' ארנו לחקר החברה הברדוויית והתפתחותה, וקרן גרמניה-ישראל (G.I.F.). אנו מבקשים להודות למשפחת אל-עוקבי על שפתחה לפנינו את ארכיון המשפחה המלא, ועל סיועה באיסוף חומר על תולדות השבט. כן סייעו לנו במחקר ובהערות ד"ר קלינטון ביילי, ד"ר יפעת הולצמן-גזית, ד"ר זאב זיוון, פרופ' ברק מדינה, ד"ר סלמאן אבו-סיתה, אלי עצמון, ד"ר חנינא פורת, פרופ' גאזי פלאח, ד"ר קלאודיה קדר, ד"ר יובל קרפלוס, ד"ר אבי רובין וד"ר בתיה רודר. ברצוננו להודות גם לסטודנטים של הקליניקה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת הרווארד, אשר סייעו באיסוף חומר ובחלקים מהמחקר אשר שימש בסיס לכתיבת המאמר. ברצוננו להודות גם לעו"ד מיכאל ספרד ולעובדי משרדו, לעו"ד רדואן אבו-ע'רארה, לעו"ד נועה קרם וכן לעוזרי-המחקר אמיר מלצר, נופר אבני ורני מנדלבאום. תודה מיוחדת לעורך כתב-העת ד"ר אילן סבן. כמו-כן אנו מודים לחברי המערכת על הערותיהם המועילות והחשובות, ובמיוחד לסגני העורכים חגית לויין ועידו רוזנבלום, לחבר המערכת עמית בכלר ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודתם המאומצת. אנו מודים מאוד לקוראים האנונימיים על הערותיהם החשובות. לבסוף, ברצוננו להודות לבנות-זוגנו ולילדינו על הסבלנות וההבנה שגילו בזמן שעבדנו על המאמר. האחריות למאמר כולה שלנו, כמובן.

המאמר מציג, ראשית, את נדבכיה העיקריים של הלכת "הנגב המת" ואת הדוקטרינות המשפטיות והגיאוגרפיות שהובילו לגיבושה. לאחר-מכן הוא מאתגר את תקפותה ואמינותה על-ידי דיון ביקורתי בכל אחד מנדבכים אלה. המאמר טוען כי ההלכה מושתתת על פרשנות ישראלית מרחיקת-לכת ומוטעית של חוקי המקרקעין העות'מאניים והבריטיים, ועל תיאור ברירני (סלקטיבי) של הגיאוגרפיה האנושית של הנגב במאות התשע-עשרה והעשרים. הניתוח מתבסס על מידע רב שנאסף במחקר, בעיקר מסמכים רשמיים ובדוויים שלא נחשפו עד כה, עדויות מבתי-המשפט, סקרי-שדה, תצלומי-אוויר ומפות מהתקופה הבריטית והישראלית.

מעבר להיבטים העובדתיים, המאמר טוען כי הלכת "הנגב המת" מתעלמת גם מחקיקה ומנורמות משפטיות ישראליות ובין-לאומיות שהתגבשו בשני העשורים האחרונים, הכוללות התייחסות חדשה לכבוד האדם, לזכויות קניין ולקבוצות ילידות. לאור הממצאים והדיון הפרשני המאמר טוען כי יש לדחות את הלכת "הנגב המת" ולגבש דוקטרינה מדינתית והלכה משפטית חדשות, התואמות יותר את הידע המדעי, את עקרונות-היסוד של השיטה המשפטית הישראלית ואת זכויותיהן של קבוצות ילידות.

מבוא – פולשים או בעלי הקרקע? א. מסגרת – גיאוגרפיה משפטית וסקירת ספרות.
ב. עיון היסטורי-משפטי מחודש בהלכת "הנגב המת": 1. התקופה העות'מאנית המאוחרת; 2. התקופה המנדטורית; 3. התקופה הישראלית – התפתחותה של דוקטרינת "הנגב המת". ג. עיון גיאוגרפי-היסטורי מחודש בהלכת "הנגב המת": 1. התפתחות הגיאוגרפיה האנושית של צפון הנגב; 2. התפתחות המרחב הברדווי; 3. אוטונומיה בדווית מול מערכות השלטון. ד. סדקים בהלכה – שבט אל-עוקבי באזור עראקיב: 1. היסטוריה שבטית וגיאוגרפיה שבטית; 2. שבט אל-עוקבי והתפתחות המערכת הקרקעית; 3. שבט אל-עוקבי והשלטון הישראלי. ה. סדקים בהלכה – הברדווים כקבוצה ילידה. ו. סיכום ומסקנות – לקראת תיקונה של הלכת "הנגב המת"?

מבוא – פולשים או בעלי הקרקע?

ב-14 באפריל [2006]... עלה [נורי] אלעוקבי [בן 64, ראש האגודה לסיוע ולהגנה על הברדווים בישראל]... אל אחת הגבעות הצחיחות שעל הכביש המהיר לבאר שבע, תקע יתדות, הקים אוהל, מתח רצפת בטון והתחיל בשביתת שבת... החלטתו לשבות נולדה... אחרי שבית המשפט העליון... דחה את הערר שהגיש בשם שבט אלעוקבי לאפשר להם להקים ישוב כפרי חקלאי על אדמותיהם ההיסטוריות. הדחייה האחרונה היא סופה של

התדיינות משפטית ארוכה ורבת שנים של בני השבט עם רשויות המינהל בישראל, התדיינות שתחילתה ב-1951...

ב-27 באפריל, בשש בבוקר, הקיפו את הגבעה הצחיחה ניידות משטרה רבות בליווי דחפור, אמבולנס ורופא והחלו לסגור עליו מכל הכיוונים. "היו פה אולי 250 שוטרים ואנשי משמר הגבול... ומרחוק ראיתי את הדחפור דוחף את הסככה שבניתי..." הבית שבו נולד אלעוקבי נמצא למרגלות הגבעה שעליה הוא יושב היום. הריסותיו עדיין בולטות בשטח... זהו כמעט השריד האחרון מעראקיב... היישוב הכפרי של שבט אלעוקבי שישב... על שטח של כ-19 אלף דונם!¹

כתבתה של לורי מתארת מסכת אחת ממפגשיו המרובים של נורי אל-עוקבי עם מערכת המשפט, הקשורים רובם ככולם למעורבותו ארוכת-השנים במאבקם של הברווים להכרה בבעלותם בקרקעות שבהן החזיקו בצפון הנגב במשך דורות לפני קום מדינת-ישראל. במקביל מתבררת, למן שנת 2005, תביעת הבעלות של יורשי סלימאן אל-עוקבי, שאותה מוביל בנו נורי, המבקשת לרשום 1,251 דונם על שם שמונת יורשיו.² קרקעות אלה, המוגדרות על-ידי המדינה "קרקעות מתות", הופקעו בשנת 1953 מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953.³ עם זאת, הקרקעות לא נרשמו

1 אביבה לורי "עמוק באדמה" מוסף הארץ 21.6.2006 www.haaretz.co.il/misc/1.1114865

2 בריאיון עם אחד הכותבים, קדר, שנערך ב-17.5.2011, סיפר נורי אל-עוקבי כי הוא מעורב כעת במספר רב של תיקים בבתי-המשפט (להערכתו, "בין חמישה-עשר לעשרים"). רובם קשורים לענייני קרקעות ודיוור בנגב ובלוד, שאליה עבר שנים מספר לאחר עקירת שבטו ומשפחתו מעראקיב. לאחר מסירת המאמר לדפוס ניתן פסק-הדין בת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012), ובו דחתה סגנית הנשיא השופטת דברת את תביעותיהם של יורשי סלימאן אל-עוקבי והורתה על רישום הקרקע על שם המדינה ורשות הפיתוח. בשל העיתוי לא נוכל להתייחס במאמר לפסק-הדין, לבד מציון השימוש הנרחב שעשתה השופטת בטיעונים של דוקטרינת "הנגב המת" המפורטים במאמר, ובראשם סיווג הקרקע כ"מוואת" עקב אי-רישומה על שם מחזיקיה הברווים בשנת 1921.

3 שאלת הפקעת הקרקעות לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, חורגת ממסגרתו של מאמר זה. נעיר רק שמשפחת אל-עוקבי העלתה טענות נגד חוקיותה של ההפקעה. ראו החלטה במסגרת ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.9.2010) (להלן: עניין אל-עוקבי); עמ' 19-20 לסיכומים מטעם התובעים בעניין אל-עוקבי (העתק מצוי בידי המחברים). לפסיקה העוסקת באפשרות תקיפתה של רכישה לפי חוק רכישת מקרקעים ראו ע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.1.2010); ע"א 3535/04 דינר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.4.2006). ראוי לציין כי גם אם ההפקעה כשרה, יש עדיין מקום לברר את שאלת הבעלות במקרקעין, וזאת לצורך קבלת פיצוי לפי החוק. ראו לעניין זה את החלטתה של השופטת נצר בת"א (מחוזי ב"ש) 1161/07 מדינת ישראל נ' אבו מדיעם (פורסם בנבו, 23.10.2011). להערכת כמות הקרקעות שהופקעה לפי החוק ראו להלן ה"ש 155.

במרשם המקרקעין, ובתחילת שנות השבעים הכריזה המדינה על הסדר מקרקעין באזור זה, ויורשי הקרקעות בכל אזור עראקיב הגישו תביעות לרישום הקרקעות בבעלותם. סמוך לקרקעות הנתבעות על-ידי נורי אל-עוקבי שוכן הכפר עראקיב, שבו מתגוררים בני שבט אל-טורי, אשר רכשו את קרקעותיהם מאביו ומסבו של נורי אל-עוקבי בתחילת המאה העשרים. הכפר, שהוקם מחדש בסוף שנות התשעים על-ידי תושבים שגורשו ממנו בשנות החמישים, נתקל גם הוא בזרועה הקשה של מערכת האכיפה הישראלית. עד לחודש פברואר 2012 נעשו בכפר שלושים ושש פעולות הריסה.⁴ בינואר 2011 דיווח ynet כי –

על הכפר הברואי הלא-מוכר, שהפך לזירת התגוששות קבועה, עלו בפעם התשיעית דחפורי מינהל מקרקעי ישראל. 5 נפגעו מגז, 3 נעצרו בעימותים. במינהל מנסים לאמץ טקטיקה חדשה... "...הופעלו כדורי צבע וגז פלפל". מנהל הפיקוח במינהל מקרקעי ישראל, שלמה ציור, סיפר כי... נעשה ניסיון למצוא פתרון סופי למתרחש באל-עראקיב. "...באותה הזדמנות, התחלנו להכשיר את המקום לנטיעות, כדי לשמור את הקרקע שם". ציור ביקש להבהיר כי "כמובן שההריסות נעשו על-פי פסיקת בית המשפט".⁵

עראקיב הינו אחד מבין ארבעים ושישה הכפרים הלא-מוכרים בנגב, אשר בסוף 2010 התגוררו בהם יותר מ-90,000 נפש.⁶ ארבעים מהכפרים, ביניהם עראקיב, יושבים על אדמות שניתנו לתושבים בירושה מאבותיהם אך שאינן מוכרות על-ידי המדינה כשייכות לבדווים. שישה כפרים הינם של עקורים (פליטי-פנים), אשר הועברו בכפייה על-ידי המדינה בשנות החמישים לאזור "הסייג" (האזור המשתרע בין באר-שבע, ערד ודימונה), שם הוחזקו תחת ממשל צבאי עד לאמצע שנות השישים. חלק מקרקעותיהם של עקורים אלה – במערב הנגב, בצפון ובדרומו – הופקעו. במהלך השנים עברו רוב עקורי-הפנים לשבעה יישובים עירוניים שהוקמו על-ידי המדינה בעבור הבדווים, שם קיבלו מגרשים לבנייה ותשתיות

4 ראו אתר "פורום דו-קיום בנגב לשוויון אזרחי" – www.dukium.org/heb/?page_id=7680

5 אילנה קוריאל "אל-עראקיב נהרס שוב: מדיניות פשיסטית נאצית" ynet 16.1.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4014318,00.html

6 נכון ליולי 2011, עשרה כפרים מבין הארבעים ושישה נמצאים בתהליכי הכרה במסגרת מועצה אזרחית אבו-באסמה. כפרים אלה קיבלו הכרה כיישוב, אך עקב בעיית הקרקעות, אין עדיין תוכניות מאושרות, ואי-אפשר להוציא אישורי בנייה ביישובים אלה. כפר אחד (תראבין א-צאנע) הוכר לאחר שהועבר בכפייה מאזור עומר למשמר-הנגב, ויש לו תוכנית מאושרת. שלושים וחמישה הכפרים האחרים, שבהם מתגוררים כ-80,000 נפש, נותרו ללא הכרה תכנונית או קרקעית, וכל הבנייה בהם נחשבת בלתי-חוקית. ככל ארבעים וחמישה הכפרים שנותרו לא-מוכרים נמשכת פעילות נמרצת של הריסת בתים – ראו אתר "פורום דו-קיום בנגב לשוויון אזרחי", לעיל ה"ש 4.

ציבוריות.⁷ לעומתם, רוב הכדורים היושבים על קרקעות אבותיהם וטוענים לבעלות סירבו לעבור לעיריות, ונתרו בכפריהם. לאחרונה הכירה המדינה מוניציפלית בעשרה כפרים היושבים על אדמותיהם, והוכנו בעבורם תוכניות, אך אף לא באחד מהם נפתרה לפי שעה שאלת הבעלות על הקרקעות, ולכן עשרות אלפי המבנים שבכפרים הכדוריים – כולל באלה שקיבלו הכרה – מסווגים עדיין כ"בלתי-חוקיים".⁸ בשנת 2010 ביצעה המדינה כ-700 הריסות בתים בכפרים הכדוריים, ונראה שמדיניות האכיפה הנוקשה נמשכה בשנת 2011 בקצב דומה.⁹

מדוע המדינה נוקטת יד כה קשה נגד תושבי אזור עראקיב, המבקשים לחיות על קרקעות שעברו אליהם בירושה מאבותיהם? מדוע אין המדינה מתירה להם להמשיך לחיות ולהתפתח בכפריהם ולעבד את אדמותיהם? אנו סבורים כי התשובה לכך טמונה במידה רבה בשאיפה לייחד את הנגב, באמצעות ריכוז האוכלוסייה הכדורית בשטח מצומצם ובמקביל פיזור יהודים על שטח נרחב,¹⁰ וכן בקשייה של מדינה "מודרנית" להתמודד עם שילובה של אוכלוסייה ילידה.¹¹

אך במאמר זה לא נתמקד בסיבות-העומק, אלא בהצדקות ובכלים המאפשרים למדינה להתמיד בסירובה להכיר ברוב-רובם של הכפרים הכדוריים בנגב ולהרוס מאות בתים בשנה. במדיניותה הכוחנית המדינה מסתמכת על דוקטרינה מנהלית-משפטית שאותה אימצה כבר בשנת 1975, ומבקשת להשריש וליישם הלכה הגורסת כי לכדורים אין זכויות בעלות בקרקעותיהם ההיסטוריות ולכן הם בגדר מסיג-גבול. כך בעראקיב וכך ביתר ארבעים ושישה הכפרים הלא-מוכרים הפרושים בצפון הנגב ובמרכזו. הלכה זו חלחלה גם לתחומים אחרים של המדיניות הציבורית, כגון תכנון עיר ואזור, חינוך, תשתיות ופיתוח. זרועות השלטון בתחומים אלה מסרבות להכיר בכפרים ולספק להם שירותים שוויוניים, ולעיתים

-
- 7 עיירות אלה ממשיכות להיות עד היום היישובים המוכרים העניים בישראל. ראו בעניין זה: HARVEY LITHWICK, ISMAEL ABU SAAD & KATHLEEN ABU-SAAD, A PRELIMINARY EVALUATION OF THE NEGEV BEDOUIN EXPERIENCE OF URBANIZATION: FINDING OF THE URBAN HOUSEHOLD SURVEY (2004).
 - 8 כפי שמראה התיקון לתוכנית המחוזית 4-14-23, הכפרים שקיבלו הכרה הם אבו-קרינאת, אום בטין, אל-גרין (אל-סייד), ביר הדאג', דריג'את, ואדי ג'ווין (מולדה), מכחול, קסר אל-סיר ותראבין א-צאנע. ראו לעיל ה"ש 4.
 - 9 לגישה דומה ראו את דבריו של הדין המיוחד של האו"ם לעניין זכויותיהם של עמים ילידים ג'יימס אניה – Anaya Report, להלן ה"ש 16, נספח VI, פס' 11 – המתאר כי אחת הסיבות שזוהתה להריסת בתים כדוריים בכפרים לא-מוכרים היא: "...to clear the way for maintaining a Jewish presence throughout the Negev, in order to offset the high population growth of the Bedouin..."
 - 11 רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (1999).

אף מבקשות לפנותם ממקום מגוריהם, על-סמך ההנחה השלטת כי לבדווים אין זכויות קניין באדמות שהכפרים יושבים עליהן.

דוקטרינה זו, שנכנה אותה "דוקטרינת הנגב המת", נוסחה בשנת 1975 על-ידי צוות של משרד המשפטים בראשות עו"ד פליאה אלבק, שהייתה אז מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה,¹² ואושרה בפסיקת בית-המשפט העליון בהלכת אל-הואשלה משנת 1984.¹³ כפי שקבע השופט חלימה בפרשה זו:

מצבו של הנגב בשנת 1870 נחקר על-ידי המלומד פלמר (מוצג ת/21), שעשה מסע באזור ועמד מקרוב על מצבו של הנגב. הוא מצא שממה, חורבות עתיקות וברווים נוודים, אשר לא עיבדו במיוחד את האדמה, לא חרשו אותה ובכלל לא עסקו בחקלאות. גם כשירדו גשמים והייתה צמחייה טבעית, השתמשו במים להשקאת העדרים אך לא לצורך עיבוד חקלאי. אם נוסף לכל זה את אופיים הנוודי של שבטי הברווים והעובדה שהאזור הוא בדרך כלל צחיח מחוסר גשמים רוב ימות השנה, תישמע מסקנתה של הערכאה הראשונה מתאימה למציאות ולמצב האובייקטיבי, המאפיין את המקום... סיכומו של דבר: המדינה הצליחה להוכיח גם את האלמנט השני

12 על עיצוב הדוקטרינה ברוח ועדת אלבק ראו להלן חלק ב3(א).

13 ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984) (להלן: ע"א אל הואשלה). ועדות ממשלתיות ומדינתיות שונות עסקו בשאלת הברווים בכלל ובמעמדם בקרקעות בפרט. לא כאן המקום לפרט את כל הוועדות. עם זאת, ראוי לציין כי כבר במהלך מלחמת תש"ח עסקו צוותים ממשלתיים רמי-דרג בשאלת הברווים. כך, ביום 25.11.1948 דן צוות בראשות ראש הממשלה בן-גוריון – ובהשתתפות האלופים יגאל ידין ויגאל אלון, המושל הצבאי של הנגב מיכאל הנגבי, מומחה המקרקעין (ומאוחר יותר מנהלו הראשון של מנהל מקרקעי ישראל) יוסף ויץ ופקידים בכירים נוספים – בשאלת המדיניות כלפי הברווים. ראו דוד בן גוריון יומן המלחמה – תש"ח-תש"ט כרך ג 844 (1982) (רישום מיום 11.11.1948); יוסף ויץ יומני ואגרותי לבנים כרך 3, 357 (1965) (רישום מיום 25.11.1948). בשנת 1952 מינה שר המשפטים "ועדה מצומצמת לענין בירור שאלת בעלות קרקעות הברואים בנגב" בראשותו של יוסף ויץ. נוסף על ויץ השתתפו בוועדה חשובה זו גם יועץ ראש הממשלה לענייני ערבים יהושע פלמון ובנימין פישמן ממחלקת רישום והסדר מקרקעין. משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה המצומצמת לעניין בירור שאלת בעלות קרקעות הברואים בנגב (1952) (מופיע בגנון המדינה, חטיבה 74, ג-5742/10; להלן: דוח ועדת ויץ). לאחרונה עסקה בנושא ועדה ממשלתית בראשות שופט בית-המשפט העליון ומבקר המדינה לשעבר אליעזר גולדברג. ראו הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הברואים בנגב דוח הוועדה (2008) www.moch.gov.il/odot/rashut_beduim/Pages/goldberg.aspx (להלן: דוח ועדת גולדברג). צוות בראשות אהוד פראוור עסק ביישום של דוח זה. ראו החלטה 3707 של הממשלה "המלצות צוות היישום לדו"ח גולדברג להסדרת התיישבות הברואים בנגב" (31.5.2011) www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/028BD7E1-4E5E-4EBB-9600-3B0F27123 (1.5.2011). לסקירה של ועדות נוספות ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 52ב – לשנת 2001 100 (2002).

שמאפיין קרקע מסוג "מואת", ויש להתייחס לקרקעות בחלקות, שעליהן נסב ערעור זה, כאל קרקע מסוג זה.¹⁴

עשרות פסיקות של בית-המשפט המחוזי, במיוחד בבאר-שבע, פסעו בנתיב שהתוותה הלכת "הנגב המת", אשר קבעה כי האדמות שתבעו הכדורים הן מסוג "מואת", כלומר, קרקעות "מתות" ושוממות. היות שהן לא היו מיושבות, מעובדות או מוקצות, ומכיוון שהן לא נרשמו עד לשנת 1921 (לכאורה, המועד החוקי האחרון לרישומן), לא קמו לכדורים זכויות קנייניות בהן. הלכה זו הבנתה את הכדורים כנוודים חסרי שורשים ונעדרי זכויות קניין, אשר מעולם לא עסקו בחקלאות. ההלכה מורכבת משני אדנים מרכזיים השזורים ותומכים זה בזה. האדן הראשון הוא היסטורי-גיאוגרפי, ומספק את המסד המדעי לטענה כי קרקעות הנגב היו ריקות ושוממות, ולכן יש לסווגן כמואת, אשר מעצם מהותו נמצא בבעלות המדינה. אף שפסק-דין אל-הואשלה עסק בסכסוך קונקרטי באזור כורנוב, התפרשה ההלכה באופן מקיף כקובעת כי קרקעות הנגב היו ונתרו "מתות", ולכן הן "מרוקנות" מזכויות קניין בדויות ושייכות למדינה המנדטורית, ולירשתו החוקית – מדינת-ישראל. היוצאים-מן-הכלל היו עשרות אלפי דונמים שנרכשו מהכדורים על-ידי גורמים יהודיים, ועוד מספר קטן של שטחים בבעלות ערבית, שנרשמו כדין במשרדי הטאבו בתקופה המנדטורית. האדן השני הוא היסטורי-משפטי, ועיקרו הטענה כי מדינת-ישראל אך מיישמת את הדין שקדם לה, ובעיקר את הדין העוסק בהסדר המקרקעין שבו קרקעות מסוג מואת שייכות למדינה. ביטוי לאדן השני ניתן למצוא במאמר שפרסמה עורכת-הדין חבצלת יהל, ראש המחלקה האזרחית בפרקליטות מחוז דרום ודמות-מפתח במערכה המשפטית בסכסוך הקרקעות עם הכדורים בנגב.

The State of Israel not only followed previous attempts and reforms carried out by previous legislators to settle land ownerships, but also adopted the existing Ottoman and British land laws regarding those issues.¹⁵

גישה זו חזרה לאחרונה (באוגוסט 2011) בעמדה שהגישה מדינת-ישראל לדין המיוחד של האו"ם לעניין זכויותיהם של עמים ילידים. לפי המתואר על-ידי הדין:

Israel's position [is] that Bedouin people do not have customary rights to lands in the Negev given that the land laws of the State of Israel, as

14 ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 149–150.

15 Havatzelet Yahel, *Land Disputes Between the Negev Bedouin and Israel*, 11 ISR. STUD. 2 (2006). ראו גם ס' 70–79 לסיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3.

developed from the Ottoman and British laws that preceded them, do not recognize Bedouin custom as a source of private land rights.¹⁶

לעמדה זו יש כוח לגיטימציוני רב, היות שעל־פיה ישראל אינה נוהגת מעשה נישול, אלא מיישמת דין קיים שעוצב על־ידי משטרים קודמים, ומשלימה, על בסיס החקיקה המנדטורית והעות'מאנית, מהלך של הסדר המקרקעין שהחל עוד בשנת 1928. אל מול גישה זו, המתנערת מאחריות לעיצוב הדין המנשל, נראה בפרק ב של המאמר כי ישראל הכניסה שינויים מהותיים בדין הקודם. זאת, לא באמצעות שינויי חקיקה ישירים, אלא בדרך של שינוי רדיקלי של הפרקטיקה השלטונית־המשפטית כלפי הבדווים בנגב, וכן על־ידי פרשנות חדשה ומרחיקת־לכת של חוקי המקרקעין, ובכלל זה של דיני המוואת. גישה משפטית זו פועלת בכיוון הפוך מזה הראוי והמצופה: לא רק שהיא אינה מאמצת עמדה פרשנית המתאימה את הדין לשינויים החוקתיים הנובעים מן המעבר מהמשטר המנדטורי־הקולוניאלי למשטר הישראלי, שהצהיר על מחויבותו לעקרונות־יסוד דמוקרטיים, אלא שהיא אף מרעה מאוד את מצבה של האוכלוסייה הילידה הבדווית ביחס לדין הקודם.

במאמר נטען אפוא כי הלכת "הנגב המת" שגויה בחלק ממרכיבי־היסוד שלה, ונבהיר כיצד הפגמים המשמעותיים שנפלו בה גרמו וגורמים לנישול קולקטיבי של אזרחים בדווים מקנינם. נדגים כיצד ההלכה הכלילה בצורה גורפת והתייחסה באופן אחיד לכל תביעות המקרקעין של הבדווים בנגב, ונסביר את עמדתנו שלפיה הלכה זו מתעלמת מהתפתחויות משפטיות – פרשניות ואחרות – שהתרחשו בארץ ובעולם בעשורים האחרונים. לב הדברים הוא הטענה כי הלכת "הנגב המת" מעולם לא עמדה במבחן אקדמי מחקרי מעמיק, ובמאמר זה אנו מבקשים לבחון לעומק ולאטגר את רוב ההנחות ההיסטוריות, הגיאוגרפיות והמשפטיות העומדות בבסיסה.

נעיר עוד כי במהלך השנים 2010 ו־2011 הגיע לשיא חדש לא רק המאבק הפיזי על עראקיב, אלא גם המאבק המשפטי. מבחינה זו נהפך עראקיב למקרה־מבחן קריטי בכל הנוגע בסכסוך הקרקעות שבין המדינה לבין אזרחיה הבדווים. עראקיב אינו עוד רק אתר מקומי, אלא סמל למאבק הכללי של הבדווים על אדמותיהם ויישוביהם בנגב, וצוהר לדרישתם להשיב לבעלותם מאות אלפי דונמים שאותם החזיקו, עיבדו, ירשו והורישו במשך דורות, ואשר נמצאים בהליכי הסדר מקרקעין שהוקפאו במשך כארבעים שנה. חשוב גם למקם את המתרחש בעראקיב בתוך תמונת המאבק ארוך־השנים בין המדינה לבין אזרחיה הערבים־הבדווים בנגב. שורשיו של מאבק זה בהתרחשויות "הנכבה" במהלך מלחמת תש"ח ומייד לאחריה. במהלך המלחמה הוברחו רוב תושביו הערבים של הנגב

U.N. GAOR, Report by the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 16 James Anaya, U.N. Doc. A/HRC/18/35/Add.1, Annex VI, § 27 (Aug. 22, 2011), www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/A-HRC-18-35-Add-1.pdf (להלן: Anaya Report).

בעיקר לרצועת עזה, לסיני, לגדה המערבית ולירדן. בתחומי ישראל נותרו רק כ-11,000 בדווים, אשר רוכזו בתחילת שנות החמישים באזור "הסייג", מצפון וממזרח לבאר-שבע, שם הם חיו תחת ממשל צבאי עד שנת 1966.¹⁷

לאחר-מכן החלה המדינה לנסות לעייר את הבדווים – תחילה תוך העברתם לערים במרכז הארץ, כגון רמלה, לוד ויפו, ולאחר-מכן על-ידי בניית שבע עיירות בדוויות באזור הסייג, אשר התיימרו לספק לתושבים שירותים מודרניים תמורת התיישבותם במגרשים עירוניים מסודרים. במשך שלושים שנה, עד אמצע שנות התשעים, ביקשה מדיניותה התכנונית של ישראל לרכז את כל הבדווים בשבע העיירות. הצלחת המהלך הייתה חלקית בלבד: כמחצית הבדווים, בעיקר אלה המחזיקים בקרקעות אבותיהם, סירבו להתפנות לעיירות ונותרו לשבת על אדמתם. יישוביהם הם אותם כפרים "לא-מוכרים" שהמדינה מסרבת לספק להם שירותים אזרחיים או מעמד מוניציפלי.¹⁸ במקביל, בשנות השבעים, החל הליך הסדר המקרקעין שעליו נסב עיקרו של מאמר זה, שבמסגרתו פיתחה המדינה את הלכת "הנגב המת". נסיבות אלה הובילו לסכסוך עמוק ומתמשך בין הבדווים לבין המדינה, ולכשלונות חוזרים ונשנים של המדינה להגיע לפשרות קרקעיות עם רוב-רובם של המחזיקים הבדווים, הממשיכים לטעון לזכויות קניין מלאות בקרקעות שירשו מאבותיהם.¹⁹ במקביל, וכחלק מהמאבק הממשלתי מול הבדווים, "הפשירה" המדינה את הליכי ההסדר שאותם הקפיאה במשך כשלושים וחמש שנה, והשיקה בשנים האחרונות יוזמה של "תביעות נוגדות", שדרכן הצליחה – על בסיס הלכת "הנגב המת" – לזכות ביותר ממאתיים תביעות ולא להפסיד אפילו באחת, וכך לרשום יותר מ-40,000 דונם על שמה.²⁰ רובן המכריע של התביעות הנוגדות מנוהלות לא בנוכחות התובעים הבדווים, ואין להן לגיטימציה בקרב האוכלוסייה הבדווית, הממשיכה לקיים את המשפט המסורתי שלה בכל הנוגע במערכת בעלויות הקרקע.²¹ התדיינות משפטית אחת חרגה מן השורה והייתה שונה באופייה מאותן מאתיים תביעות. בעראקיב, בפעם הראשונה, גיבשו התובעים הבדווים, ובראשם נורי אל-עוקבי, נתונים, ראיות, חוות-דעת וטיעונים משפטיים, גיאוגרפיים והיסטוריים, אשר מגבשים יחדיו אתגר רציני להלכת "הנגב המת".

17 בני מוריס לידתה של בעיית הפליטים הפלסטינים 1947–1949 327–328 (1988); OREN YIFTACHEL, ETHNOCRACY: LAND AND IDENTITY POLITICS IN ISRAEL/PALESTINE 197–205 (2006).

18 ראו חנינא פורת הבדווים בנגב: בין נוודות לעיור, 1948–1973 (2009).

19 ראו אבינועם מאיר "בחינה אלטרנטיבית של שורשי הקונפליקט הקרקעי בנגב בין הממשלה לבדווים: היבטים גיאומשפטיים" קרקע 63, 14 (2007).

20 הרצאתו של אילן ישורון בכנס השנתי של איגוד המתכננים "לקראת פתרון בעיית הבדווים", 10.2.2011, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, באר-שבע. בהליך הסדר מקרקעין שני הצדדים נחשבים תובעים.

21 על המשפט המסורתי בתחום הקרקעות ראו להלן תת-פרק 3.

כבסיס לבניית טיעוניו, כמקרה-מבחן וכאמצעי להדגמת התמונה הכללית, יתעד וינתח פרק ד של המאמר שלפנינו את המערכה המשפטית המתנהלת בין המדינה לבין יורשיו של סלימאן אל-עוקבי, אשר תבע בהסדר בשנת 1972 שמונה חלקות, המשתרעות יחדיו על 1,251 דונם, באזור עראקיב ובאזור זחיליקה שמצפון לו. תביעות אלה מתבררות עתה בארבעה הליכים משפטיים המתנהלים בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע. המרכזית מבין התביעות, שבה אוחדו תיקים של שש חלקות, נדונה לפני סגנית הנשיא השופטת שרה דברת.²² המאמר מתייחס למקרה זה כאל מיקרוקוסמוס של הסכסוך המרחבי-המשפטי שבין המדינה לבין הברווים בנגב. חשוב לציין כבר עתה כי אנו, מחברי המאמר, מעורבים בפרשת אל-עוקבי. אחד מאיתנו (אורן יפתחאל) הגיש חוות-דעת מומחה בתמיכה בתביעתה של משפחת אל-עוקבי, וגם שני הכותבים האחרים היו מעורבים באיסוף ובעיבוד של חומר מחקרי בעבור אותה חוות-דעת.

חלקו הראשון של המאמר יפרוש בקצרה רקע תיאורטי לדיון. חלקו השני יבחן את הבנייתן של הלכת המוואת והלכת "הנגב המת", המשמשות למדינה בסיס מרכזי לטענה כי בני משפחת אל-עוקבי, ועימם כל דיירי הכפרים הברווים בנגב המחזיקים בקרקעותיהם, הינם בגדר "פולשים" לקרקעות אבותיהם, וכי לכל אותם בדווים שכבר נעקרו מקרקעות אלה אין – ולא היו – זכויות קניין בהן. על בסיס מחקר היסטורי-משפטי נראה כי הטענה שהלכת "הנגב המת" ממשיכה את הדין שקדם להקמת ישראל אינה מבוססת. חלקו השלישי של המאמר יבחן באופן ביקורתי ואמפירי את המרכיבים הגיאוגרפיים-ההיסטוריים המרכזיים של דוקטרינת "הנגב המת" בהקשר של המרחב הברווים בנגב. מחקרנו בסוגיה זו מערער את תקפותן המדעית של ההנחות הגיאוגרפיות-ההיסטוריות העומדות בבסיס הדוקטרינה, ומראה כי חלק ניכר מהקרקעות הנטענות על-ידי הברווים לא היו "מתות" בתקופות הרלוונטיות. בחלקו הרביעי של המאמר נדגים טענות אלה על-ידי בחינה פרטנית יותר של המקרה של שבט אל-עוקבי באזור עראקיב. חלקו החמישי של המאמר יבחן באופן ביקורתי את הלכת "הנגב המת" מנקודת-הראות של שיח המשפט הבין-לאומי ביחס לקהילות ילידות, ויבקש לשרטט חלופות לתיקון המצב המשפטי-המרחבי הנוכחי באזור הנגב. חלקו האחרון של המאמר יסכם את הדיון ויציע כמה כיוונים אפשריים לתיקון המצב הקיים.

22 בשנת 2005 פנה נורי אל-עוקבי לפקיד ההסדר בבקשה לרשום את החלקות על שמו. המדינה הגישה אף היא תביעה על הקרקע, וכך הגיע התיק לשופטת דברת. ראו עניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3. את יורשיו של סלימאן אל-עוקבי ייצגו בתחילה עו"ד שי גבסי ועו"ד רדואן אבו-ערארה, ומאפריל 2010 החליף את שי גבסי עו"ד מיכאל ספרד. העיתונאית אביבה לורי סבורה כי המשפט הוא "מהחשובים שידעה המדינה". ראו אביבה לורי "הקרב על אדמות הברואים באל-עראקיב מתנהל בבית המשפט בבאר שבע" הארץ 20.8.2010 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1185410.html

כאן המקום להוסיף שתי הבהרות החשובות לטיעונינו. ראשית, הביקורת שאנו מפנים כלפי הלכת "הנגב המת" אינה מובילה למסקנה שכל תביעותיהם של הכדורים צודקות בהכרח. אין ספק שבנגב היו שטחים רבים אשר היה ראוי שישווגו כקרקעות מוואת. שנית, הדיון שאנו עורכים מוגבל לכדורים אזרחי ישראל. אין אנו מביעים כאן דעה לגבי גורל זכות הקניין של הפליטים שמקורם בנגב, שכן לשאלה זו נלוות סוגיות נוספות, אשר לא נוכל לדון בהן כאן.

א. מסגרת – גיאוגרפיה משפטית וסקירת ספרות

ניתן לבחון את האירועים המתרחשים בעראקיב ובאולמה של השופטת דברת מבעד לפריזמה של הגיאוגרפיה המשפטית. תחום זה צמח בשנים האחרונות כתוצאה מהבשלתם המאוחרת של תהליכים בשדה החקר האקדמי המשפטי והגיאוגרפי. עד לעשור וחצי האחרונים לא שוחחו כמעט הדיסציפלינות של משפט וגיאוגרפיה זו עם זו, ובוודאי לא התקיים תחום מחקר עצמאי העוסק בגיאוגרפיה של המשפט. תמונה זו החלה להשתנות החל באמצע שנות השמונים.²³ בשנים האחרונות חלה פריחה של ממש בכתיבה בתחום זה – הן בחוץ-לארץ²⁴ והן בארץ.²⁵ הגיאוגרפיה המשפטית החלה לחקור את האופנים שבהם המשפט – כמערכת של מוסדות, תהליכים, טקסטים ופרקטיקות – מעוצב על-ידי הממדים הגיאוגרפיים של החיים החברתיים והפוליטיים, ובה-בעת את האופנים שבהם הגיאוגרפיה

23 הפרסומים המשמעותיים הראשונים היו: GORDON L. CLARK, JUDGES AND THE CITIES: INTERPRETING LOCAL AUTONOMY (1985); NICHOLAS K. BLOMLEY, LAW, SPACE, AND THE GEOGRAPHIES OF POWER (1994).

24 לסקירה של הספרות ראו: Alexandre (Sandy) Kedar, *On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda*, 5 CURRENT LEGAL ISSUES 401 (2003); DAVID DELANEY, THE SPATIAL, THE LEGAL AND THE PRAGMATICS OF WORLD-MAKING: NOMOSPHERIC INVESTIGATIONS 9–12 (2010); Sarah Blandy & David Sibley, *Law Boundaries and the Production of Space*, 19 SOC. & LEGAL STUD. 275 (2010); Mariana Valverde, *Jurisdiction and Scale: Legal 'Technicalities' as Resources for Theory*, 18 SOC. & LEGAL STUD. 139 (2009); Desmond Manderson, *Interstices: New Work on Legal Spaces*, 9 L. TEXT CULTURE 1 (2005).

25 לסקירת הספרות בארץ ראו דין ודברים ב (2005) (גיליון שנערך על-ידי סנדי קדר והוקדש למשפט וגיאוגרפיה). ראו במיוחד את מאמרו של ישי בלנק "קהילה, מרחב, סובייקט: תזות על משפט ומרחב", שם, 19, ואת מאמרו של אורן יפתחאל "גיאוגרף במרחב המשפטי: הוראת 'גיאוגרפיה משפטית' כנווט בספר האקדמי", שם, 211. ראו גם הוצאה מיוחדת (Special Issue) של כתב-העת הגר: *The Spatial Age: The Turn in Law, the Social Sciences and the Humanities*, 10 HAGAR (2010).

של החיים החברתיים מעוצבת על-ידי המשפט.²⁶ מעבר לכך, הדיסציפלינה הבינת-חומית החדשה מתמקדת יותר ויותר בחקר הדרכים המורכבות שבהן המשפט והמרחב מכוננים זה את זה, בזיקה למסגרות של זהות ושל כוח פוליטי וכלכלי.²⁷ מוסד הקניין בכלל ומשטר המקרקעין בפרט הם אחד המחוזות המרכזיים שבהם כוח, מרחב, משפט והון שזורים זה בזה, ולכן הם היו מוקד חשוב למחקרים המשלבים משפט וגיאוגרפיה.²⁸ אין פלא, אם כן, שהגיאוגרפיה המשפטית מוצאת כר פורה למחקר במשטרי מקרקעין של חברות מתיישבים אתנוקרטיים.²⁹ בחברות אלה נוצק בדרך-כלל משטר קנייני חדש, המבוסס בשלבי הראשוניים על נישול נרחב ואלים של עמים ילידים, שבמסגרתו אוכלוסיות ילידות נעקרות ממחוזותיהן, מאורחות חייהן ומקרקעות שבהן הן החזיקו במשך דורות רבים. כפי שכותב הגיאוגרף המשפטי ניקולס בלומלי:

ביסוסו של משטר מקרקעין מערבי-ליברלי היה בעת ובעונה אחת מטרתה של האלימות [נגד האוכלוסייה הילידה] והאמצעי לשעתוקן של צורות הסדרה אלימות ולעיגונן בחוק. מרחב, קניין [קרקע] ואלימות שימשו [את המתישבים הקולוניאליסטיים] במשולב.³⁰

הקולוניזציה האירופית של אוכלוסיות ילידות ביבשות אחרות, כמו-גם נישולן של קבוצות ילידות במדינות לא-אירופיות באסיה, באפריקה ובאמריקה הדרומית אשר ביצעו "קולוניאליזם פנימי", התרחשו תוך כדי החלשתן והחלפתן של מערכות הקניין הקרקעי המקומיות. עמים ילידים הוצגו במקרים רבים כ"פראים פרימיטיביים שלא היה ביכולתם להגות מושגים דוגמת 'בעלות בקרקע', ובוודאי לא היה מקום להכיר בהם כבעלי קרקעות".³¹

-
- Nicholas Blomley, *Law and Geography*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL & BEHAVIORAL SCIENCES 8461 (2001). ראו גם: Nicholas Blomley, *Law, Geography of*, 435 THE DICTIONARY OF HUMAN GEOGRAPHY (2000). 26
- Nicholas Blomley, ; 24–22 בעמ' 25, לעיל ה"ש 214 ; בלנק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 24–22 ; 27 *From 'What?' to 'So What?': Law & Geography in Retrospect*, in LAW AND GEOGRAPHY 17 (J. Holder & C. Harrison eds., 2003).
- David Delaney, *Tracing Displacements: Or Evictions in the Nomosphere*, 22 ENVIRONMENT & PLANNING D: SOCIETY & SPACE 847, 849 (2004). 28
- על אתנוקרטיה ראו YIFTACHEL, לעיל ה"ש 17. 29
- Nicholas Blomley, *Law, Property and the Geography of Violence: The Frontier, the Survey, and the Grid*, 93 ANNALS OF THE ASSOCIATION OF AMERICAN GEOGRAPHERS 121, 129 (2003). ראו גם: ; LAW'S VIOLENCE (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1993); ; LAW, VIOLENCE, AND THE POSSIBILITY OF JUSTICE (Austin Sarat ed., 2001). 30
- PAUL TENNANT, ABORIGINAL PEOPLES AND POLITICS: THE INDIAN LAND QUESTION : ראו ; Blomley, המצוטט אצל Blomley, לעיל ה"ש 30, בעמ' 129. לדיון רחב יותר בשאלה זו ראו : Francisco de Vitoria, *On the American Indians (De* 31

נישול קולוניאלי מחייב לא רק פעולות פרטניות של גירוש ואלמות, אלא גם תהליך מתמיד של הרחקה, הכחשה והשכחה, על-מנת לייצר מרחב משפטי וקנייני חדש. במקרים אלה, בד בבד עם היותו אמצעי נישול, מוסד הקניין משמש גם דרך ליציקת משמעות חדשה במרחב תוך מחיקת זכרונות קודמים מאיימים.³² באופן זה השתלטויות כוחניות מתורגמות להסדרים נורמטיביים ומוסדיים אשר מכשירים, מקבעים ומשכיחים את השינוי המרחבי-הקנייני שהתרחש ברגעיהן המכוננים של חברות אלה, אשר כוננו בדרך-כלל תוך דחיקה וגירוש של הקבוצות הילידות והורשת הקרקעות שהוחזקו קודם לכן על-ידיהן.

כדרך לבסס את משטר המקרקעין החדש, ייצרו מערכות המשפט המקובל (Common Law) במדינות מתיישבים משוכות המגבילות או מאיינות את יכולתם של ילידים ו"זרים" אחרים להגן באופן אפקטיבי על האינטרסים הקרקעיים שלהם.³³ זאת, באמצעות השתתפות רישות משפטיות שהילידים לא יכלו לעמוד בהן (כגון רישום מוסדר בסגנון מערבי של זכויות במקרקעין, הוכחת תהליכי פיתוח והשבחה או קיומה של מערכת קניינית שבמרכזה מוסד הבעלות פרטית), וכן שימוש בארגז כלים משפטי פורמליסטי, טכני, מקצועי ו"מדעי". בכך הוענקה תדיר למשטר הקנייני החדש הילה של מערכת טבעית, ניטרלית והכרחית.³⁴ תהליך הנישול נעטף בפורמליזם משפטי ומוסדי אשר מעלימו מן העין ומכחיש, באמצעות הניטרליות-כביכול שלו, את עצם קיומו של הנישול.³⁵ אבן-הפינה של הפורמליזם הזה הייתה פיתוח דוקטרינת "הארץ הריקה" (terra nullius), אשר סייעה בנישולם של העמים הילידים מקניינם ומריבונותם.³⁶ בהמשך נרחיב על דוקטרינה זו ועל דוקטרינת "הנגב המת", שהיוותה מעין גרסה ישראלית שלה.

אנו סבורים כי הגיאוגרפיה המשפטית הביקורתית של חברות מתיישבים מהווה פריזמה מתאימה לניתוח ביקורתי של הסכסוך הקולקטיבי בין המדינה לבין הכדורים ושל הסכסוך הקונקרטי בינה לבין משפחת אל-עוקבי ושכניה מעראקיב. למרות זאת, כמעט כל המחקר הישראלי שעסק בשאלת הכדורים והנגב התעלם מזווית זו. רוב-רובם של המחקרים בנושא

Indis, in VITORIA POLITICAL WRITINGS 231 (Anthony Pagden & Jeremy Lawrance eds., 1991).

Nicholas Blomley, *Cuts, Flows and the Geographies of Property*, 7 LAW, CULT. & HUMANIT. 203 (2010). ראו גם Blomley, לעיל ה"ש 30, בעמ' 128.

ראו Kedar, *On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States* 419–414, לעיל ה"ש 24, בעמ' 419–414.

Steven Paul McSloy, "Because the Bible Tells Me So": *Manifest Destiny and American Indians*, 9 ST. THOMAS L. REV. 37, 37–38 (1996).

ראו Blomley, לעיל ה"ש 30, בעמ' 128, המסתמך על מאמרו של קנת ברילי: Kenneth Brealey, *Travels from Point Ellice: Peter O'Reilly and the Indian Reserve System in British Columbia*, 115/116 BC STUD. 181 (1998).

David Mercer, *Terra Nullius, Aboriginal Sovereignty and Land Rights in Australia: The Debate Continues*, 12 POL. GEOGRAPHY Q. 299 (1993).

מתייחסים לבדווים כאל מיעוט בתר-נוודי העובר תהליכי מודרניזציה במדינת לאום מודרנית.³⁷

אנו סבורים כי זוויית זו, הגם שהיא חשובה בוודאי, היא חלקית בלבד אם אין ממסגרים אותה בתוך המבנה ההיסטורי-המרחבי-המשפטי של חברת מתיישבים המשתלטת על אזור שהיה מולדתה ומקום חייה של קבוצה ילידה. מבנה זה מאיר תהליכים המעצבים בצורה משמעותית את היחסים בין רוב ומיעוט בנגב כחלק מישואל/פלסטין. ברוב המחקרים הקיימים, שליטתה של המדינה (היהודית והמייחדת) בנגב, ובכלל זה בקרקעותיו, מהווה את נקודת הפתיחה המובנת מאליה, והבדווים מוצגים כקבוצה השרויה בתהליכי קיבוע בתר-נוודיים אך חסרת בעלות בקרקע. מחקרים אלה מקבלים אם כן, ללא בחינה ביקורתית, את ההגמוניה המדינתית ואת דוקטרינת "הנגב המת" שמוביל הממסד הפוליטי, המשפטי, הקרקעי והתכנוני בישראל. אולם לאחרונה החלו חוקרים אחדים לאמץ את הגישה של חברת מתיישבים מול מיעוט יליד, ומאמרנו מבקש להוסיף עומק משפטי והיסטורי לגישה זו.³⁸

37 גרעון מ' קרסל "זמינות הקרקע החקלאית בנגב לציבור ולפרטים ממנו – בדווים ויהודים" מפנה 55, 24 (2007) www.kibbutz.org.il/mifne/articles/071230_Kersel55.pdf; אבינועם מאיר "בדווי הנגב – גלובליזציה ותכנון במטרופולין באר שבע" באר שבע – מטרופולין בהתהוות 87 (יהודה גרדוס ואסתר מאיר-גליצנשטיין עורכים, 2008); רות קרק תולדות ההתיישבות היהודית החלוצית בנגב: 1880–1948 (2002); שמיר, לעיל ה"ש 11; AREF ABU-RABI'A, BEDOUIN CENTURY: EDUCATION AND DEVELOPMENT AMONG THE NEGEV (2001); TRIBES IN THE TWENTIETH CENTURY; ח'ליל אבו-רביע "אימפריה רודפת אימפריה: קרקעות, תרבות וזהות אצל הבדואים בנגב" מטען 9, 24 (2005); יוסף בן-דוד הבדווים בישראל: היבטים חברתיים וקרקעיים (2004); Emanuel Marx, *Land and Work: Negev*; 4 NOMADIC PEOPLES 106 (2000) *Bedouin Struggle with Israeli Bureaucracies*; סראב אבורביעה-קוידר מודרות ואהובות: סיפוריהן של נשים בדוויות משכילות (2008); כנס סוגיות פסיכו-חברתיות בקרב אוכלוסיות ילידים: הפרספקטיבה הבדואית תכנית וספר תקצירים (אוניברסיטת בן-גוריון בנגב: המרכז לחקר החברה הבדואית והתפתחותה, 2004); Ghazi Falah, *Israeli State Policy Towards Bedouin Sedentarization in the Negev*, 18 J. PALEST. STUD. 71 (1989).

38 אלכסנדר (סנדי) קדר "הסדר הקרקעות בנגב בהקשרים של המשפט הבינלאומי" גיליון עדאלה האלקטרוני 8 (2004) www.adalah.org/newsletter/heb/dec04/ar1.pdf; Oren Yiftachel, *Epilogue: Studying Naqba/Negev Bedouins: Toward a Colonial Paradigm?* 8 HAGAR 173 (2008); Ismael Abu-Saad, *Spatial Transformation and Indigenous Resistance: The Urbanization of the Palestinian Bedouin in Southern Israel*, 51 AM. BEHAV. SCI. 1713 (2008); אסמעיל אבו-סעד "תמורות חברתיות-פוליטיות והחינוך הערבי בנגב" תכנית אב לכפרים הבדווים הלא-מוכרים בנגב 171 (2010) (פרסום מטעם המועצה האזורית לכפרים הלא-מוכרים בנגב; העתק מצוי בידי המחברים); ת'אבת אבו-ראס "מחלוקות קרקע בישראל: המקרה של הבדואים בנגב" גיליון עדאלה האלקטרוני 24 (2006) www.adalah.org/newsletter/heb/apr06/ar2.pdf.

קיימת ספרות אנתרופולוגית, גיאוגרפית והיסטורית ענפה העוסקת בחברה הכדווית, אך עד לאחרונה, כאמור, ניתחו רוב החוקרים את מצבם של הכדווים בעיקר באמצעות פרדיגמה הרואה אותם כאוכלוסייה נוודית המצויה בתהליכי התקבעות.³⁹ ספרות זו התמקדה בתהליכי מודרניזציה ועיור ובהשלכותיהם על מבנה המשפחה, הכלכלה והחברה של האוכלוסייה הכדווית.⁴⁰ חלק מאותם חוקרים התייחסו גם לנושאי־מפתח כגון דויר, כלכלה, וחשוב מכל לענייננו – סוגיית הקרקעות.⁴¹ במקביל החלה להתפתח בשנים האחרונות ספרות ביקורתית יותר שניתחה את הכדווים כמיעוט פריפריאלי במסגרת מדינה אתנית.⁴² כמורכך מתפתחת לאחרונה גישה הבוחנת את

- 39 עידו שחר "הספרות האקדמית המתוספת בנושא הכדווים כנגב בראי הביקורת" רשימות בנושא הכדווים 34, 40–45 (2002).
- 40 ראו ABU-RABI'A, לעיל ה"ש 37; Marx, לעיל ה"ש 37; AL-HAM'MADE FARAJ SLIMAN, (1997) TURĀTH WAQADĀ'ASHĀ'IR'ARAB AN-NAQAB (המקור כתוב בשפה הערבית; העתק מצוי בידי המחברים); Steven C. Dinero, *Female Role Change and Male Response in the Post Nomadic Urban Environment: The Case of the Israeli Negev Bedouin*, 28 J. COMP. FAM. STUD. 261 (1997); Gideon Kressel, *Nomadic Pastoralists, Agriculturists and the State: Self-Sufficiency and Dependence in the Middle East*, 21 J. RURAL COOPERATION 33 (1993); EMANUEL MARX, *THE BEDOUIN OF THE NEGEV* (1967); Avinoam Meir, *Territoriality among the Negev Bedouin in Transition from Nomadism to Sedentarism*, in *TRIBAL AND PEASANT PASTORALISM: THE DIALECTICS OF COHESION AND FRAGMENTATION* 187 (P.C. Salzman & U. Fabietti eds., 1996); AVINOAM MEIR, *AS NOMADISM ENDS: THE ISRAELI BEDOUIN OF THE NEGEV* (1997).
- 41 ראו קרסל, לעיל ה"ש 37; יוסף בן־דוד ועמירם גונן *כדווים וכדווים – פלאחים בתהליך העיור כנגב* 2–3 (2001); Eliahu Stern & Yehuda Gradus, *Socio-Cultural Considerations in Planning Towns for Nomads*, 277 EKISTICS 224 (1979); Yehuda Gradus & Eliahu Stern, *From Preconceived to Responsive Planning: Cases of Settlement Design in Arid Environments*, in *DESERT DEVELOPMENT: MAN AND TECHNOLOGY IN SPARSELANDS* 41 (Yehuda Gradus ed., 1985); JOSEPH BEN DAVID, *THE CONDITION OF THE NEGEV BEDOUIN* (Jerusalem Institute for Israel Studies, 1991); Nurit Kliot & Arnon Medzini, *Bedouin Settlement Policy in Israel, 1964–1982: Another Perspective*, 16 GEOFORUM 428 (1985); ארנון מדזיני "מדיניות יישוב הכדוואים בישראל: הצלחה או כישלון?" *אופקים* 237, 69–68 (2007); Arnon Soffer & Yoram Bar-Gal, *Planned Bedouin Settlement in Israel – A Critique*, 16 GEOFORUM 423 (1985); Eran Razin, *The Fiscal Capacity of the Bedouin Local Authorities in the Negev*, BACKGROUND STUDIES FOR THE BEDOUIN URBAN PROJECT (2000), available at [www.iataskforce.org/sites/default/files/Development%20\(8\).pdf](http://www.iataskforce.org/sites/default/files/Development%20(8).pdf).
- 42 Suleiman Abu-Bader & Daniel Gottlieb, *Education, Employment and Poverty among Bedouin Arabs in Southern Israel*, 8 HAGAR 121 (2008); Norma Tarrow, *Human Rights and Education: The Case of Negev Bedouins*, 8 HAGAR 137 (2008); Tovi Fenster, *Planning as Control – Cultural and Gendered Manipulation and Mis-use of Knowledge*, 3 HAGAR 67 (2002); Avinoam Meir, *Nomads and the State: The Spatial Dynamics of Centrifugal and Centripetal Forces among the Israeli Negev Bedouin*, 7 POL.

הסכסוך בין המדינה לבין הברווים בהקשר של הסכסוך היהודי-פלסטיני.⁴³ עם זאת, שאלת הקרקע, ובמיוחד היבטיה המשפטיים, לא זכתה בתשומת-לב מחקרית מספקת. אנשי אקדמיה אחדים שאינם משפטנים עסקו לאחרונה בסכסוך הקרקעי בין המדינה לבין הברווים, אך למרות חשיבותה של כתיבה חדשנית זו, היא אינה מנתחת באופן מספק את ההקשר המשפטי של סכסוך הקרקעות.⁴⁴ זאת ועוד, אף שקיימת כתיבה משפטית שיטתית ומעמיקה על-אודות המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל⁴⁵ ועל סכסוך הקרקעות שבינו לבין המדינה,⁴⁶ חוקרים משפטיים מעטים

GEOGRAPHY Q. 251 (1988); Isaac Nevo, *The Politics of Un-recognition: Bedouin Villages in the Israeli Negev*, 4 HAGAR 203 (2003); HARVEY LITHWICK & ISMAEL ABU SAAD, A WAY AHEAD: A DEVELOPMENT PLAN FOR THE BEDOUIN TOWNS IN THE NEGEV (2000); מדיניות הממשלה כלפי הברואים בנגב" מידע על שוויון 14 (2005) [www.adva.org/](http://www.adva.org/uploaded/bedouimreport.pdf) (2005) 14

43 ראו, לדוגמה: Ismael Abu-Saad, Yossi Yonah & Avi Kaplan, *Identity and Political Stability in an Ethnically Diverse State: A Study of Bedouin Arab Youth in Israel*, 6 SOC. IDENTITIES 49 (2000); SALMAN H. ABU-SITTA, THE END OF THE PALESTINIAN-ISRAELI CONFLICT: FROM REFUGEES TO CITIZENS AT HOME (2001), available at www.plands.org/books/book%2001-00.html; ראו גם Falah, לעיל ה"ש 37; ארנון סופר "הברואים בישראל – היבטים גאוגרפיים ב-2007" אופקים בגאוגרפיה 68–69, 224 (2007); Shaul Krakover, *Urban Settlement Program and Land Dispute Resolution: The State of Israel Versus the Negev Bedouin*, 47 GEOJOURNAL 551 (1999)

44 כאן בולטת כתיבתם של גיאוגרפים ואנתרופולוגים העוסקים בחוקי המקרקעין, אך הללו מנתחים לרוב היבטים מרחביים, כלכליים וחברתיים של חוקים אלה, ולא היבטים משפטיים שלהם. ראו מאיר "בחינה אלטרנטיבית של שורשי הקונפליקט הקרקעי בנגב בין הממשלה לברווים", לעיל ה"ש 19; קרק, לעיל ה"ש 37; יוסף בן-דוד מריבה בנגב: ברווים, יהודים, אדמות (1996); פורת, לעיל ה"ש 18. חשוב להזכיר כאן גם את העבודה ההיסטורית-הגיאוגרפית המקיפה של החוקר הפלסטיני סלמאן אבו-סיתה – ראו: Salman Abu-Sitta, *The Denied Inheritance: Palestinian Land Ownership in Beer Sheba* (2009), available at www.plands.org/store/pdf/BS%20Cte%20Paper.pdf

45 Hassan Jabareen, *The Future of Arab Citizenship in Israel: Jewish-Zionist Time in a Place with No Palestinian*, 4 HAGAR 113 (2003); Raef Zreik, *The Israeli Palestinians: An Arab Minority in the Jewish State*, 34 J. PALEST. STUD. 114 (2005); GAD BARZILAI, COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF LEGAL IDENTITIES (2003); Michael K. Karayanni, *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian-Arab Minority in Israel*, 5 NW. UNIV. J. INT'L HUM. RTS. 41 (2006); DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL (1990); Ilan Saban, *Minority Rights in Deeply Divided Societies: A Framework for Analysis and the Case of the Arab-Palestinian Minority in Israel*, 36 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 885 (2004)

46 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 (2001); Jeremy Forman & Alexandre Kedar, *Colonialism, Colonization and Land Law in*

בלבד הקדישו תשומת-לב מחקרית משמעותית לסכסוך הקרקעי בין המדינה לבין הכדורים. קיימים כמה דוחות בנושא שנכתבו על-ידי גופים של המדינה או פקידי ציבור,⁴⁷ או על-ידי ארגונים לשינוי חברתי,⁴⁸ אך קיים רק קומץ קטן של פרסומים אקדמיים משפטיים בנושא. עם זאת, בנושא הממוקד של מחקרנו היו כמה התחלות חשובות. באמצע שנות התשעים פרסם רונן שמיר מאמר ביקורתי פורץ-דרך שהציע פרספקטיבה תיאורטית חשובה על-אודות הסכסוך הקרקעי, שדרכה ניתח כמה פסקי-דין בולטים.⁴⁹ כעבור כעשור הקדיש איסי רוזן-צבי פרק בספרו לסכסוך בין המדינה לבין הכדורים, ובו הציע פרספקטיבה חשובה על-אודות הסכסוך המשפטי והטריטוריאלי.⁵⁰ עם זאת, שני מחקרים חשובים אלה מבוססים באופן בלעדי כמעט על ספרות משנית ועל ניתוח מספר מצומצם של תקדימים של בית-המשפט העליון.

כפי שנראה במאמר, "הלכת הנגב המת" מושתתת על כמה טיעונים משפטיים, גיאוגרפיים והיסטוריים:

- א. ישראל מקיימת רציפות משפטית עם המשטרים העות'מאני והבריטי, וממשיכה את יישום דיניהם לצורך השלמת הסדר המקרקעין.
- ב. הכדורים לא רשמו את קרקעותיהם עד לתאריך הקובע בפקודת הקרקעות המתות (פקודת המוואת), קרי עד שנת 1921, וכך עוגן מעמדן כקרקעות מוואת, אשר שייכות למדינה אלא אם כן היושבים עליהן יכולים להוכיח חזקה ועיבוד "מזמן קדום", כלומר, מלפני 1858.
- ג. לפחות עד שנת 1921 לא עסקו הכדורים בחקלאות בצורה שיטתית.
- ד. לפחות עד שנת 1921 היו הכדורים נוודים, ולא התגוררו ביישובים.

Mandate Palestine: The Zor al-Zarqa and Barrat Qisarya Land Disputes in Historical Perspective, 4 THEO. INQ. L. 491 (2003); Jeremy Forman & Alexandre (Sandy) Kedar, *From Arab Land to 'Israel Lands': The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948*, 22 ENVIRONMENT & PLANNING D: SOCIETY & SPACE 809 (2004).

47 ראו, למשל, משרד המשפטים דו"ח מסכם של צוות המומחים לעניין הסדר מקרקעין איזור הסייג והנגב הצפוני (1975) (להלן: דוח אלבק). כן ראו Yahel, לעיל ה"ש 15.

48 סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 42; Negev Coexistence Forum for Civil Equality, *The Bedouin-Arabs in the Negev-Naqab Desert in Israel: Response to the Report of the State of Israel on Implementing the Covenant on Civil and Political Rights (CCPR)* (2009), available at www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/Negev_Coexistence_Forum_Civil_Equality.pdf; Human Rights Watch, *Off the Map: Land and Housing Rights Violations in Israel's Unrecognized Bedouin Villages* (2008), available at www.hrw.org/en/reports/2008/03/30/map.

49 ראו שמיר, לעיל ה"ש 11.

50 ISSACHAR ROSEN-ZVI, *TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL* (2004); קדר, לעיל ה"ש 38.

ה. לא הייתה לבדווים מערכת קרקעית תקפה ומתפקדת המקנה זכויות קניין מוכרות.
 ו. השלטונות העות'מאניים, הבריטיים והישראליים מעולם לא הכירו בקיומה של אוטונומיה משפטית בדרוית בכלל, ובזכויות קניין מסורתיות בפרט.
 ז. הבדווים אינם קבוצה ילידה ולכן אינם זכאים לזכויות של קבוצות ילידות, כפי שהוקנו בכמה מדינות בעשורים האחרונים. גישת "הצדק המעברי" והצהרת האו"ם לגבי זכויותיהן של קבוצות ילידות אינן תקפות בדין הישראלי.
 המאמר הנוכחי מבקש לצעוד צעד קדימה, לבחון מחדש באופן מקיף את שאלת זכויותיהם הקנייניות של הבדווים בקרקעות מושבם בנגב, ולהציע ניתוח משפטי המבוסס, בין היתר, על מגוון של מקורות ראשוניים המערערים את תקפותה של דוקטרינת "הנגב המת".

ב. עיון היסטורי-משפטי מחודש בהלכת "הנגב המת"

כאמור, אחת הטענות המרכזיות שהמדינה מעלה במשפטה של משפחת אל-עוקבי, כמו-גם בסכסוכי הקרקע עם הבדווים בנגב בכלל, היא שמערכת המשפט הישראלית אינה מחדשת דבר, אלא ממשיכה ליישם את הדין העות'מאני ואת הדין המנדטורי שנותרו בתוקף במשפט הישראלי, וזאת עד הסדר המקרקעין וכבסיס לו. העניין נוגע בעיקר בקרקעות המסווגות כקרקעות מוואת או מירי,⁵¹ ומתייחס לתהליך הסדר המקרקעין. על בסיס דינים אלה, לטענת המדינה, לא היו בני שבט אל-עוקבי – כמו-גם כלל הבדווים בנגב – בעלי זכויות קניין בקרקעות בנגב. לפני שנגיע לדיון פרטני בטענות המדינה, נציג תחילה את המסגרת המשפטית ונבחן את הדינים העות'מאניים והמנדטוריים הרלוונטיים.⁵²

1. התקופה העות'מאנית המאוחרת

במהלך המאה התשע-עשרה התרחשו מהלכי רפורמה מרחיקי-לכת במוסדות האימפריה העות'מאנית. מהלכים אלה הגיעו לשיאם באמצע אותה מאה, עם הרפורמה המכונה ה"תנזימאת", שכללה שינויים משמעותיים בתחום המשפט והשיפוט. הרפורמה שאפה למרכז (צנטרליזציה) ולחזוק שליטתו של המרכז האימפריאלי בפרובינציות שברחבי האימפריה. במסגרת זו נערכו כמה נסיונות לארגן את דיני הקרקעות ואת אופן רישומם, שהיה בעל חשיבות רבה היות שקרקעות היוו מקור מימון מרכזי של האימפריה

51 להגדרה של קרקע "מירי" ראו להלן, הטקסט ליד ה"ש 67 ואילך.

52 ראו גם סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665 (1998); Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 46.

העות'מאנית.⁵³ בשלהי התקופה נערכו כמה נסיונות לגבש מערכת רישום קרקעות מודרנית. נסיונות אלה צלחו באופן חלקי בלבד, היות שיישום הוראות הרישום לא היה אחיד בכל חלקי האימפריה, והיה רופף במיוחד בשטח שנהפך מאוחר יותר למדינת-ישראל, שהיה מרוחק יחסית ממרכז האימפריה.⁵⁴ מחזיקי קרקע רבים נמנעו מרישום הקרקע עקב רצונם להשתמש מתשלום מיסים ומגיוס לצבא. כתוצאה מכך, הרוב המכריע של המקרקעין לא נרשם כלל. עד לתחילת הסדר המקרקעין הבריטי בשנת 1928, כלומר יותר מעשור לאחר כיבוש הארץ מהעות'מאנים, פחות מחמישה אחוזים מקרקעות ארץ-ישראל/פלסטין נרשמו בטאבו.⁵⁵ עם זאת, חשוב להדגיש כי הדין העות'מאני לא התנה גיבוש זכות קניינית במקרקעין ברישומה, וכפי שנראה מייד, הוא החיל הסדרים שאפשרו גיבוש זכויות בלי רישום ואף ללא התערבות כלשהי מטעם השלטון. גם במקרים שבהם הייתה אפשרות רישום, בדרך-כלל לא היה זה רישום קונסטטיטויבי, אלא דקלרטיבי בלבד.⁵⁶

חוק הקרקעות העות'מאני, משנת 1858 (להלן: חק"ע),⁵⁷ ובמיוחד ההגדרות ביחס לקרקע מוואת והשינויים שהוכנסו בהן על-ידי הבריטים, עומדים בלב הדיון המשפטי בין המדינה לבין הכדורים, ולכן נעמוד כעת על כמה הסדרים מרכזיים שבו. חק"ע היווה במשך יותר ממאה שנה, עד לחקיקת חוק המקרקעין הישראלי, אבן-יסוד עיקרית של שיטת המקרקעין הישראלית ושל זו שקדמה לה. גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין הישראלי, בשנת 1970, חק"ע ממשיך לחול במקרים מסוימים, כגון במקרים של טענות

53 ראו אליעזר מלחי תולדות המשפט בארץ-ישראל: מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל 52 (1953); משה דוכן דיני הקרקעות במדינת ישראל 25 (1952); ז'ק קנו בעיית הקרקע בסכסוך הלאומי בין יהודים וערבים (1917-1990) 15 (1992).

54 הממשל העות'מאני בארץ לא הצליח לערוך סקר, מיפוי והסדר של קרקעות, המהווים תנאי מוקדם לשיטת רישום קרקעות פורמלית ומדויקת. דב גביש קרקע ומפה – מהסדר קרקעות למפת ארץ-ישראל 1920-1948 7-19 (1991); רות קרק וחיים גרבר "מפות-רישום קרקעות בארץ-ישראל בתקופה העות'מנית" קתדרה 22, 113 (1982). על הנסיונות לערוך רישום קרקעות ראו גם יצחק שכטר "רישום הקרקעות בארץ-ישראל במחצית השנייה של המאה הי"ט" קתדרה 45, 147 (1987). ארתור רופין, בתארו את המצב באותה תקופה, כותב כי "לא היו בנמצא לא רשימה מדויקת של קרקעות (קדאסטר) ולא ספר לקניין קרקעות, במובנם האירופי..." – מצוטט אצל לאה דוכן-לנדאו החברות הציוניות לרכישת קרקעות בארץ ישראל 1897-1914 15 (1979).

55 בשנת 1928 החלו הבריטים ליישם את פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), חא"י ב 829. ראו אברהם הללי "הזכויות במקרקעין: רקע היסטורי כללי של התפתחות הקניין בארץ" ארצות הגליל כרך ב 575, 586 (אבשלום שמואלי, ארגון סופר ונורית קליאוט עורכים, 1983).

56 חוק הטאבו משנת 1858, שחוקק בסמוך לחוק הקרקעות העות'מאני (להלן: חק"ע), תרם לפורמליזציה של שיטת הרישום בספרי האחוזה. ראו גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 32; דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 25-38. עם זאת, חוק הטאבו לא התנה את גיבושה של זכות קניין במקרקעין ברישומה. ראו, למשל, ס' 3 ו-22 לחוק הטאבו.

57 חק"ע התפרסם ב-1858.21.4.

התיישנות בקרקע בלתי-מוסדרת⁵⁸ וכן במקרים של הסדר זכויות במקרקעין כאשר תובע הזכות מתבסס על הדין שקדם לחוק הקרקעות הישראלי.⁵⁹ בעוד שחלק ניכר מהחוקים העות'מאניים שחוקקו בתקופה זו נשענו על החקיקה הצרפתית, חק"ע התבסס בעיקר על מקורות מוסלמיים.⁶⁰

החוק העות'מאני קבע חמישה סוגים של קרקעות, שעל כל אחד מהם הוחלו דינים שונים.⁶¹ שתי הקטגוריות הראשונות משמעותיות פחות לטיעונו כאן, ולכן נתייחס אליהן בקצרה בלבד. קרקע בבעלות מלאה נקראה "מולכ". קרקע מסוג זה הייתה נדירה מאוד ברחבי האזור שנקרא מאוחר יותר, בתקופת המנדט, ארץ-ישראל/פלסטין,⁶² ונמצאה בעיקר באזורים הבנויים של ערים וכפרים.⁶³ קרקע "מוקופה" הייתה קרקע שהוקדשה בהקדש דתי.⁶⁴

קטגוריה שלישית הייתה קרקע "מתרוכה". קרקע מסוג זה נועדה לשמש לצורכי ציבור, ונחלקה בין קרקע ששימשה את הציבור כולו, כגון דרכים וחופי ים, לבין קרקע ששימשה ציבור מסוים, כגון אדמות מרעה של כפר.⁶⁵ לקרקעות מתרוכה נחזור בקצרה בהמשך.⁶⁶ קטגוריה רביעית הייתה קרקע מסוג "מירי", שהייתה השכיחה ביותר באזורים המיושבים ו/או המעובדים.⁶⁷ בקרקע מסוג "מירי" נערכה הפרדה בין ה"ראקבה", שהייתה

58 ראו ס' 162 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.

59 שם, ס' 153–155.

60 Avi Rubin, *Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal*, 7 HISTORY COMPASS 119, 121 (2009).

61 ס' 1 לחק"ע. חשוב לציין שסיווג הקרקעות שנבע מהחוק העות'מאני היה דינמי, והיווה בעיקר בסיס לגביית מיסים, ולא מערכת שקיבעה את סוגי הקרקע השונים. הדינמיות של המערכת מודגמת על-ידי הקלות היחסית שבה התיר החוק העות'מאני רכישה או איבוד זכויות בקרקעות מירי (באמצעות דיני ההתיישנות הרוכשת והמחלול, שאליהם נתייחס בהמשך), וכן על-ידי האופן שבו התיר חוק זה העברת קרקעות להקדש הווקף ו"החייאה" של קרקעות מתות.

לתיאור סוגי הקרקעות השונים ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – חלק כללי 27 (1993); דוכן, לעיל ה"ש 53; אהרן בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (1953); קנו, לעיל ה"ש 53, בעמ' 15–33; 10–15; KENNETH W. STEIN, *THE LAND QUESTION IN PALESTINE, 1917–1939*, 10–15; 33–15 (1984); Raja Shehadeh, *The Land Law of Palestine: An Analysis of the Definition of State Lands*, 11 J. PALEST. STUD. 82 (1982).

62 בתקופה העות'מאנית היה האזור מחולק לכמה מחוזות, אך למען נוחות הדיון נקרא לחבל-ארץ זה ארץ-ישראל/פלסטין, אף שהגדרה זו אינה תואמת את המצב בתקופה העות'מאנית.

63 קרקע מולכ הוגדרה בס' 2 לחק"ע.

64 קרקע מוקופה הוגדרה בס' 4 לחק"ע.

65 קרקע מתרוכה הוגדרה בס' 5 לחק"ע.

66 ראו להלן ה"ש 86 והטקסט שליידה, וראו במיוחד את דיונונו בפרשת אבו-חנה, להלן ליד ה"ש 133–135.

67 עם זאת, קטגוריה זו לא הייתה מוגבלת מבחינת מיקומה, ויכלה לחול גם על קרקעות מעובדות המרוחקות מהיישוב.

מעין בעלות שורית וביטוי לריבונות המדינה, לבין ה"תסארוף", שהייתה זכות קניין שכללה חלק ניכר מזכויות החזקה והשימוש, ואשר הייתה שייכת לפרט שהחזיק בקרקע כל עוד השתמשו בה.⁶⁸ חק"ע הכיר בהחזקת קרקע מירי ובעיבודה במשך יותר מעשר שנים כמקנה זכות למעבד להמשיך להחזיק ולעבד את הקרקע לצמיתות.⁶⁹ מכשיר משפטי זה היווה אמצעי פשוט לרכישת זכויות קניין בקרקע מסוג מירי באמצעות "התיישנות רוכשת". ההסדר עוגן בסעיף 78 לחק"ע, שקבע כי אדם שהחזיק ועיבד קרקעות מדינה במשך תקופה של עשר שנים זכה בזכות לרושמה על שמו.⁷⁰ סעיף זה אפשר אם כן רכישה פשוטה ומהירה של זכויות קניין בקרקעות ציבוריות עם קיומם של שלושה תנאים מצטברים עיקריים: (1) חזקה; (2) עיבוד מתמשך ורצוף; (3) תקופה של עשר שנים. הסדר זה שימש מעין כלל-רקע שחזק את נוהגי ההחזקה ביישובים הערביים, ואשר נבע, בין היתר, מרצונם של השלטונות לתמרץ התיישבות-קבע ועיבוד חקלאי, שתוצרתו היוותה מקור הכנסה עיקרי של האימפריה העות'מאנית.⁷¹

הקטגוריה החמישית הייתה קרקע מסוג מוואת. קטגוריה זו מחייבת התייחסות מפורטת, היות שהדין הישראלי הפך אותה למרכיב מרכזי בהלכת "הנגב המת". קטגוריית המוואת היוותה את סוג הקרקע השכיח ביותר באזורים שוממים, מרוחקים ובלתי-מיושבים ו/או בלתי-מעובדים. כמו בקרקעות מירי, גם לגבי קרקע מוואת קבע הדין העות'מאני כללים שתמרצו את עיבודה ואפשרו גיבוש זכויות בקרקע זו בקלות מרובה וללא צורך ברישום.⁷² חשוב לציין כי בדין העות'מאני הוגדרו חלקים מרכזיים ממרכיביה של קטגוריית המוואת בעמימות או בכמה אופנים חלופיים. אך כפי שנראה בהמשך, בדומה לפרקטיקה שנהגה בחברות מתיישבים אחרות שבהן סיעו מערכות המשפט הן לתהליכי הנישול והן להכחשתם, בחרה הפסיקה הישראלית להציג את גיבושה של הלכת "הנגב המת" כהחלה אובייקטיבית, פורמליסטית והכרחית של דיני המוואת העות'מאניים והמנדטוריים.⁷³ כפי שנראה מייד, בניגוד להבניה הגמונית ואחודה זו, דיני המוואת, הן העות'מאניים והן המנדטוריים, רחוקים מלהיות בהירים והרמוניים, וקיים לגביהם מתחם פרשני נרחב, אשר הועלם כמעט לחלוטין מן השיח השיפוטי הישראלי.

68 ראו אסמכתות לעיל בה"ש 61. כן ראו דוכן-לנדאו, לעיל ה"ש 54, בעמ' 13.
69 בכפוף למגבלות מסוימות. ראו קדר, לעיל ה"ש 52.
70 ראו ישראל גלעד "והדרת פני זקן" משפטים כב 233 (1992); אברהם חלימה "חזקה והתיישנות במקרקעין ופקודת הסדר הקרקעות" המכון להשתלמות שופטים ע"ש זוסמן – פרוטוקול הכנס 2, 4 (1987) (העתק מצוי בידי המחברים).
71 הללי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 580.
72 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 48.
73 לדיון בנושא זה ראו להלן תת-פרק ב3.

סעיף 6 לחק"ע – בתרגומו של משה דוכן, המקובל על הפסיקה הישראלית⁷⁴ – הגדיר קרקע מוואת כך: "קרקע מתה (מוואת), שאינה מוחזקת על ידי איש, ולא הוקצתה לשימוש הציבור, ולא הונחלה לתושבי איזה כפר. לקרקע זו נחשבת קרקע הרחוקה מן הכפר או מן העיר במדה כזו, שהקול הרם ביותר ששמיע אדם מן המקום המיושב הקרוב ביותר, לא ישמע שם, ושיעורו של מרחק כזה הוא מיל וחצי או מחצית שעת הליכה."⁷⁵ סעיף 103 לחק"ע הוסיף על הגדרה זו, וכן פירט את הכללים החלים על מוואת.⁷⁶ גם המג'לה העות'מאנית (הקוד האזרחי), המאוחרת לחק"ע, הרחיבה בנושא של הגדרת קרקעות מתות ותהליך החיאתם (סעיפים 1270–1280).⁷⁷ ברם, כפי שנראה מייד, סעיפים 6 ו-103 לחק"ע וסעיפי המג'לה שעסקו במוואת לא תאמו במלואם זה את זה.

74 ראו ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן, פ"ד טז 1717, 1720 (1962) (להלן: ע"א בדראן).
75 תרגומו של דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 466 (ההדגשות הוספו).

76 "קרקע מתה (מוואת) היא: המקומות המזונחים, כגון ראשי ההרים ומקומות הטרשים והסלעים והקוצים והמרעה, שלא החזיק בהם אדם על פי שטר טאבו ולא הוקצו מימים קדמונים ('ab-antiquo') לרשות עיר אחת או כפר אחד, והם רחוקים מן הישוב, עד כדי שהעומד בתוכם לא ישמע קולו של חברו העומד בקצה הישוב, אף על פי שהוא מרים את קולו – מי שרוצה בקרקע מן הקרקעות הללו, עובדה ועושה אותה שדה ניר ומחזיק בה בחנם ברשות הפקיד אלא שגוף הקרקע (הרקבה) הוא לאוצר המלכות. וכל הדינים הנוהגים בשדי מזרע – נוהגים בה. מי שלקח אחת מן הקרקעות האלו ברשות הפקיד על מנת לעשותה שדה ועשה אותה שדה, אלא שהניחה ולא זרעה שלוש שנים רצופות שלא באמתלא, – נותנים אותה לאחרים. מי שלקח אחת מן הקרקעות הללו ועשה אותה שדה שלא ברשות הפקיד, אומרים לו והוא נותן דמי שווייה לפי מידת המקום שעשה אותו שדה, ונותנים לו שטר טאבו." תרגומו של דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 480. ראוי לציין שקיימות מחלוקות לגבי נוסח התרגום של הסעיפים העוסקים במוואת. כך, למשל, בתרגומו של סטנלי פישר לס' 6 לחק"ע, תיאור הנקודה שממנה מודדים את המרחק הוא "הנקודה הקרובה ביותר שיש בה מקומות מיושבים" ("the nearest point where there are inhabited places"). ראו: STANLEY FISHER, OTTOMAN LAND LAWS CONTAINING THE OTTOMAN LAND CODE AND LATER LEGISLATION AFFECTING LAND 5 (1919); ואילו בתרגום שסיפק בעבור מחקר זה העות'מאניסט ד"ר אבי רובין, המונח "אל-קדים", שתורגם על-ידי דוכן ל"זמן קדום", מתורגם לצירוף "לפי הנוהג". להבדלים אלה ואחרים יש השלכות קנייניות, והם מהווים סלע-מחלוקת שלא הוכרע. ס' 103 לחק"ע הסדיר את הליך רכישת הזכויות במוואת על-ידי שילוב של החזקה והעיבוד הראשוניים. על-פי הוראת הסעיף, אדם קיבל זכות לרכוש אדמת מוואת שהוחייתה לפי ערך הטאבו שלה, כלומר, לפי ערכה של הקרקע כשטח "מת" לפני השבחתה: "Anyone who is in need of such [Mewat] land can with the leave of the Official, plough it up gratuitously and cultivate it on the condition that the legal ownership (Raqaḅé) shall belong to the Treasury... But if anyone has broken up and cultivated land of this kind without leave, there shall be exacted from him payment of the tapou value of the piece of land which he has cultivated and it shall be granted to him by the issue of a title-deed" FISHER, ראו עמ' 33. לעיל, בעמ' 33.

77 ABRAHAM GRANOTT, THE LAND SYSTEM IN PALESTINE: HISTORY AND STRUCTURE 92 (1952).

כך, למשל, קיימת עמימות לגבי מיקומה של קרקע מוואת. חק"ע קבע כי מדובר בקרקע המרוחקת מרחק משמעותי ממקום יישוב, אך קיימת בו אי־בהירות לגבי אופיו של מקום היישוב שממנו מודדים את המרחק עד לנקודה שבה מתחילה קטגוריית המוואת, וכן לגבי דרך חישובו של מרחק זה. האם מוואת היא קרקע המרוחקת טווח צעקה, חצי שעת הליכה או מיל וחצי? שלושת הקריטריונים הללו מופיעים יחדיו בסעיף 6 לחק"ע, ואילו סעיף 103 לחק"ע מתייחס אך ורק לטווח הצעקה, וכך גם סעיף 1270 למג'לה. כיצד ראוי להכריע במקרים שבהם אין חפיפה בין הקריטריונים הללו? נתייחס לנקודה זו בהמשך.

באופן דומה קיימת אי־בהירות ביחס לשאלה אם המרחק המופיע בסעיפים 6 ו־103 לחק"ע צריך להימדד רק מ"עיר או כפר" או גם מ"מקום מיושב/יישוב"? הגם שחק"ע נחקק בשנת 1858, מילאה התשובה המצמצמת שהעניקה מערכת המשפט הישראלית לשאלה זו – מאה ואף מאה וחמישים שנה מאוחר יותר – תפקיד משמעותי בהבניית הכדורים בנגב כמשוללי זכויות קניין.⁷⁸ לכן חשוב להדגיש כבר כאן כי חוקר חוק הקרקעות העות'מאני ונשיא בית־המשפט לקרקעות בירושלים, השופט טיוט (Tute), סבר שכל מקום יישוב יכול להוות נקודת מדידה, ולא רק עיר או כפר.⁷⁹ באופן דומה כתבו המלומדים פדל (Padel) וסטיג (Steege), בספרם על חוקי הקרקעות העות'מאניים, כי המוואת נמצא במרחק טווח צעקה ממקום מיושב ("endroits habités", "habitations").⁸⁰ גם סעיפי המג'לה העוסקים במוואת התייחסו לקרקע מוואת ככזו שרחוקה מכל מקום יישוב. סעיף 1270 למג'לה הגדיר קרקע מוואת ככזו שרחוקה מכל מקום יישוב ואף מן הציוויליזציה (remote from "civilization").⁸¹ היות שדיני הקרקעות העות'מאניים הקנו באופן מיידי זכות קניין משמעותית לאדם שהִקְחָה קרקע מוואת, וזאת על־מנת לתמרץ עיבוד חקלאי והתיישבות באזורים נידחים באימפריה, היה היגיון רב בכך שהסדר זה יחול על קרקע המרוחקת באופן משמעותי מכל מקום יישוב, ולא רק מעיר או מכפר. שאלה קשורה, שנהפכה אף היא

78 ראו, למשל, את הדיון בע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, ובע"א בדראן, לעיל ה"ש 74.

79 ראו: RICHARD CLIFFORD TUTE, THE OTTOMAN LAND LAWS WITH A COMMENTARY ON THE OTTOMAN LAND CODE OF 7TH RAMADAN 1274, 98 (1927).

80 WILHELM PADEL & LOUIS STEEG, DE LA LÉGISLATION FONCIÈRE OTTOMANE 38 (1904).
 פדל וסטיג הבינו את ס' 6 ו־103 לחק"ע כקובעים שמדובר בקרקעות – "qui se trouvent a une distance telle des endroits habités qu'on ne puisse y entendre un cri poussé a extrémité des habitations par un homme ayant une forte voix" ("המצויות במרחק כזה מאזורים מיושבים שניתן לשמוע שם צעקה שהושמעה על־ידי אדם בעל קול רם" – התרגום של סנדי קדר).
 81 ראו ס' 1270 למג'לה: "Dead land consists of land which is not the property of anyone in absolute ownership, nor the grazing ground of any town or village, nor a place where wood can be gathered, and which is remote from civilisation. That is to say, a place where the voice of a person who is shouting from the outskirts of a town or village cannot be heard" (נלקח מהכתובת www.iiium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_(majalleb10.html).

למרכזית בגיבושה של הלכת "הנגב המת", היא אם מקום היישוב שממנו נמדד המרחק למוואת חייב להיות כזה שכבר קיים זמן מינימלי מסוים. טיוט סבר כי "מקום יישוב" כלל גם יישובים חדשים, ולא רק כאלה שקיימים זה זמן.⁸² ניתן לומר כי למרות העמימות הקיימת בחלק ממרכיבי המוואת, ברור שהגדרות המוואת כיוונו למקומות שהיו שוממים ומרוחקים מיישוב-אדם מאז ומתמיד, כגון הרים ומקומות סלעיים, כמצוין בסעיף 103 לחק"ע.⁸³ כפי שהסביר זאת משה דוכן, "קרקע שהיא במרחק יותר גדול מעיר או כפר מן המרחק הקבוע בחוק ושאינה נעבדת אינה נכללת דוקא בסוג של קרקע מואת. היא יכולה להיות קרקע למרעה קיץ או למרעה חורף, או חורשות, יערות ושדה עצים (מחטבות). הקרקע יכולה להיות קרקע מירי שהונחה על ידי הבעלים, או קרקע מירי-מחלול. היא יכולה להיות גם קרקע מתרוכה..."⁸⁴ חשוב לציין כי על-פי הדין העות'מאני, קרקע מוואת שעובדה והוחייתה בעבר נהפכה לקרקע מסוג מירי; אם העיבוד בה הופסק למשך תקופה העולה על שלוש שנים, זכות השימוש והחזקה בה ("ה"תסארוף") חזרה למדינה, והקרקע נהפכה לקרקע מסוג מירי-מחלול, ולא שוב לקרקע מוואת.⁸⁵ בקטגוריית המוואת לא נכללו גם קרקעות ששימשו באופן מסורתי לסיפוק צרכיו הכלכליים

82 כפי שציין השופט טיוט: "Of late, the sites of many towns and villages have... been greatly extended, and new inhabited sites have been formed. This means that the limits of the Mewat have retreated with the advance of habitation", ראו TUTE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 98.

83 קיימים כאמור כמה תרגומים לחק"ע, שהשתמשו במושגים שונים. ראו TUTE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 97: "The expression dead land (mevat) means vacant (khali) land, such as mountains, rocky places, stony fields, pernallik and grazing ground which is not in possession of anyone by title deed nor assigned ab antiquo to the use of inhabitants of a town or village". תרגומו של אונגלי (Ongley) לס' 103 לחק"ע פותח כך: "Empty (khali) places such as Otlak, Pernallik, kiraj[,] Tashlik (stony place), and Kuhi (hill)...". F. ONGLEY, THE OTTOMAN LAND CODE 54 (Clowes & Sons, 1892), available at ia700302.us.archive.org/22/items/ottomanlandcode00turkuoft/ottomanlandcode00turkuoft.pdf (ראו שם גם את הערות השוליים של מילר). באופן דומה מתרגמים PADEL & STEEG, לעיל ה"ש 80, בעמ' 38, את הגדרת המוואת בחק"ע כחלה על: "les terrains incultes tells que montagnes, endroits rocailleux, broussailles, terrains ou croit une herbe trop courte pour quelle puisse etre coupee etc" ("הקרקעות הבלתי-מעובדות, כגון הרים, אזורים סלעיים, סבכי חורש/קוצים וכן קרקע שצומח בה עשב נמוך מכדי שיהיה אפשר לקצור אותו" – התרגום של סנדי קדר).

84 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 48 (ההדגשה הוספה).

85 שם, בעמ' 46–47. השוו זאת לדין בפרשנות שונה שאימצה הפסיקה המנדטורית להלן ליד ה"ש 118–130.

של יישוב, כגון קרקע ששימשה למרעה, לגורן או לאספקת עצים. קרקע זו הוגדרה קרקע מסוג מתרוכה, ולתושבי היישוב הייתה בה זכות קניינית קולקטיבית.⁸⁶ על-פי הוראת סעיף 103 לחק"ע, כל אדם ש"הִקְהִי"ה" קרקע מוואת – כלומר, הפך אותה מקרקע שאינה ראויה לעיבוד לקרקע שראויה לעיבוד – זכה באופן מיידי בזכויות קניין משמעותיות בקרקע זו. על-פי סעיף 1275 למג'לה, החייאת קרקע כללה זריעה, נטיעת עצים, חריש, השקיה או פתיחת מעברי מים או תעלות.⁸⁷ סעיף 1276 למג'לה קבע שאם אדם בנה חומות סביב קרקע מוואת, או הקיפה בסכר על-מנת להגן עליה מפני הצפות, נחשבה קרקע זו לקרקע שהוחייתה.⁸⁸

סעיף 103 לחק"ע הבחין בין החייאת קרקע שנעשתה באישור לבין כזו שלא נעשתה באישור. אם המְחִי"ה קיבל אישור מראש להחייאת הקרקע, הוא היה זוכה בה בחינם – "עובדה ועושה אותה שדה ניר ומחזיק בה בחנם ברשות הפקיד"⁸⁹ על-פי המג'לה, קרקע מוואת שנחפרה בה באר ברישיון נהפכה לקרקע מולפ של החופר (סעיף 1280), ותחום הבאר – שטחה של הבאר עצמה וארבעים אמה מסביבה – נהפך לרכוש בעליה של הבאר. הסדר דומה היה קיים גם לגבי תעלות וצינורות (סעיפים 1281 ו-1286). גם עץ שניטע בקרקע מוואת העניק לנוטע אותו זכויות בהיקף של חמש אמות לכל צד (סעיף 1289).⁹⁰ ראוי להדגיש כי חוק הקרקעות העות'מאני והמג'לה לא הגדירו מהי אותה "רשות" שנדרשת מאת הפקיד. בוודאי לא נקבע שם שהרשות צריכה להינתן בכתב, ולא מן הנמנע להסיק שהיא הייתה יכולה להינתן גם בדרך של התנהגות ואף שתיקה.⁹¹

86 כפי שמסביר זאת משה דוכן: "אם קרקע כזאת, שהיא מקרקעות הכפר, נמסרה לשימוש הציבור (מתרוכה) בפקודת העברה ברורה, או מפני שאנשי הכפר משתמשים בקרקע מזמן קדמון (Immemorial user) – היא יוצאת מגדר הסוג של מואת. אסמכתה לכך אני מוצאים בס' 1271 מן המג'לה, הקובע הלכה, שקרקע הסמוכה ליישוב, מניחים אותה למתיישבים – למרעה, לגורן ולשדה עצים וקוראים לה – קרקע מתרוכה." דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 48. ראו גם: FREDRIC M. GOADBY & MOSES J. DOUKHAN, THE LAND LAW OF PALESTINE 44 (1935). באופן דומה הוציא ס' 1270 למג'לה מגדרה של הגדרת מוואת קרקע ששימשה שדה מרעה של עיר או כפר וכן קרקע שהיה אפשר לקושש בה עצים.

87 ראו: CHARLES A. HOOPER, THE CIVIL LAW OF PALESTINE AND TRANS-JORDAN 329 (1938) ("Article 1275. Vivification consists of sowing seed, planting trees, ploughing the land, watering it, or opening water-channels or canals, in order to irrigate it"). לנוסח זה ראו www.iiium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleb10.html.

88 ראו שם: "Article 1276. If any person builds walls round dead land, or with a view to protecting it from flooding, makes a dam round it by raising the sides thereof, such land is considered to have been vivified". ראו נוסח זה ב- www.iiium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleb10.html.

89 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 480.

90 שם, בעמ' 54.

91 ראו גישה מעין זו בפסיקה הישראלית בע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 350, 343 (1991) (להלן: ע"א אל-קאלאב).

מי שהִקְחָה קרקע מוואת ללא אישור זכה בזכות לרכוש קרקע זו כקרקע מירי במחיר שווייה לפני השבחה: "מי שלקח אחת מן הקרקעות הללו ועשה אותה שדה שלא ברשות הפקיד, אומרים לו והוא נותן דמי שווייה לפי מידת המקום שעשה אותו שדה, ונותנים לו שטר טאבו."⁹² שווייה של קרקע מוואת שלא עובדה לפני כן, בוודאי באזורים "נידחים" דוגמת הנגב, היה מזערי. סעיף 103 לחק"ע הכיר אם כן בדרך עצמית לגיבוש זכויות קניין משמעותיות ביותר בקרקע מסוג מוואת. גיבושה של הזכות לא היה תלוי בהסכמת השלטונות או באישורם, וההבדל היחיד בין מצב שבו התקבל אישור מן השלטונות להחייאת הקרקע לבין מצב שבו לא התקבל לכך אישור היה רק התשלום (הסמלי למעשה) שמי שהִקְחָה את הקרקע מבלי לקבל לכך אישור היה חייב לשלם.

ראוי להוסיף כי מנקודת־מבט "מודרנית", שיטת ההחזקה בקרקע בארץ־ישראל/פלסטין בתקופה העות'מאנית נראית בלתי־מוסדרת ובלתי־ברורה. אולם במסגרת של קהילות קטנות ובעלות לכידות חברתית חזקה, שחבריהן מנהלים יחסים ארוכי־טווח ואינטימיים ביניהם, התפתחו הסדרים חברתיים קנייניים חלופיים למערכת הרישום הפורמלית, שהיו ברורים למדי למשתתפים בהם. תבונה זו נכונה במיוחד ביחס לשבטי הברווים בנגב. כפי שנראה בהמשך, פיתחו הברווים מערכת "משפט ללא ממשלה", והשתמשו בדרכים מוסכמות וברורות כדי לסמן את גבולות ההחזקה והשליטה שלהם בקרקע – הן ברמות השבטית והעל־שבטית והן במסגרות קטנות יותר.⁹³

2. התקופה המנדטורית

הכוחות הבריטיים כבשו את ארץ־ישראל בשנת 1917 והנהיגו משטר צבאי, שהוחלף במשטר אזרחי בשנת 1920. ביולי 1922 קיבלו הבריטים מחבר־הלאומים את המנדט ל"פלסטין", שנכנס לתוקף בדצמבר אותה שנה.⁹⁴ לבריטים היה קשה לקבל את המצב ששרר בתחום הקרקעות בתקופה העות'מאנית, שנראה בעיניהם כמצב של העדר הסדר

92 כהן, לעיל ה"ש 76, בעמ' 78. הדיווח על החייאת הקרקע היה צריך להיעשות תוך שישה חודשים, שאם לא כן היו קובעים את מחיר הקרקע בעת הדיווח על החייאתה. ראו גם TUTE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 69.

93 ראו את ספרו החשוב של ביילי: CLINTON BAILEY, BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV: JUSTICE WITHOUT GOVERNMENT (2009). לגישה דומה ראו חיים זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ־ישראל ובמדינת ישראל 48 (2000) (הערה 1, שבה הוא כותב כי "גם בחברת נוודים עשויה הותרת סימני החזקה מקובלים בשטח להוות אסמכתא משפטית מספקת לזכויות הקבוצה הנעדרת זמנית מהשטח... הפגנת החזקה נתקבעה בתודעת הברווים גם בהיעדרם של בני השבט. המערכת הפנימית האוטונומית הייתה חזקה מאוד אף ללא רישום"). לדיון בשיטת המקרקעין הברווית ראו להלן תת־פרק 3ג למאמר.

94 ASSAF LIKHOVSKI, LAW AND IDENTITY IN MANDATE PALESTINE 21 (2006).

פורמלי.⁹⁵ מצב דברים זה פגע במדיניות האימפריאלית של הבאת סדר מערכי לקולוניות ושל שליטה בנעשה בתחום המקרקעין.⁹⁶ כתוצאה מכך, ואף שהצהירו על המשכיותם העקרונית של חוקי המקרקעין העות'מאניים, הכניסו הבריטים כמה שינויים מרכזיים הנוגעים בדיוני המקרקעין ובמדיניות המקרקעין.⁹⁷

נוסף על כך, וכפי שהוטל עליה בכתב המנדט משנת 1922, הייתה ממשלת בריטניה מחויבת למימושה של הצהרת בלפור בדבר הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ-ישראל/פלסטין, ולעודד התיישבות יהודית צפופה על קרקעות מדינה.⁹⁸ המשמעות המרחבית של התחייבות זו הייתה מציאה ורישום של קרקעות זמינות, שאינן נמצאות בבעלות מאן דהוא, שאותן תוכל ממשלת המנדט לרשום על שמה. לשם כך, ולשם קידום מטרות ציבוריות אחרות, הנהיג דבר המלך במועצתו – לראשונה בארץ-ישראל/פלסטין – סיווג קרקעי חדש של "אדמות ציבוריות" ו"אדמות מדינה" (public land, public domain).⁹⁹ רישום קרקעות על שם המדינה נועד לאפשר לשלטונות המנדט להשתמש בהן, בין היתר, כדי לממש את הוראת סעיף 6 לכתב המנדט ולהקצות קרקעות פנויות למוסדות הציוניים למען פיתוח התיישבות ייעודית (close settlement) למהגרים ולתושבים יהודים.¹⁰⁰ נציין שמחויבות זו של שלטונות המנדט בלטה בעיקר בשנים הראשונות של שליטת הבריטים בארץ, והלכה ונחלשה במשך שנות השלושים והארבעים.¹⁰¹

הבריטים הנהיגו שני שינויים במשטר המקרקעין שהינם רלוונטיים במיוחד לסכסוך בין הבדווים לבין מדינת-ישראל: (א) שינוי פקודת המוואת; (ב) החלת תהליך הסדר מקרקעין.

95 על המדיניות החקיקתית של רשויות המנדט הבריטי ראו: MARTIN BUNTON, COLONIAL LAND POLICIES IN PALESTINE 1917–1936, 1 (2007).

96 Sally Engle Merry, *Law and Colonialism*, 25 LAW & SOC'Y REV. 889, 909–917 (1991).

97 ראו BUNTON, לעיל ה"ש 95, בעמ' 38–49. יש לציין עם זאת כי השינויים הוכנסו תוך שימור של תשתית החקיקה העות'מאנית המרכזית בכל תקופת המנדט ואף לאחריה.

98 ראו ס' 2, ו-11 לכתב המנדט: The Mandate for Palestine (July 24, 1922), available at www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Mandate+for+Palestine.htm (להלן: כתב המנדט).

99 Martin Bunton, *Inventing the Status Quo: Ottoman Land-Law During the Palestine Mandate, 1917–1936*, 21 INT'L HIST. REV. 28 (1999). ראו גם Shehadeh, לעיל ה"ש 61.

100 ראו גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 42–43. ראו גם BUNTON, לעיל ה"ש 95, בעמ' 31–33. ס' 6 לכתב המנדט, לעיל ה"ש 98, קבע: "Art. 6. The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews, on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes". ראו גם כתב המנדט, לעיל ה"ש 98, ס' 11.

101 ראו BUNTON, לעיל ה"ש 95, בעמ' 57–58.

(א) שינוי הכללים ביחס למוואת

כאמור, לב הטיעון המשפטי של המדינה הוא שהיא אינה מחדשת דבר, אלא מיישמת באופן דווקני את הדין שקדם להקמת ישראל, ובמיוחד את דיני המוואת כפי שעוצבו ופורשו בתקופת המנדט הבריטי. אנו סבורים כי המדינה שוגה בעניין זה פעמיים. ראשית, בחינה מעמיקה של דיני הקרקעות בתקופה המנדטורית – שכללו הן את החוקים העות'מאניים שהמשיכו לחול גם בתקופה זו והן שינויים שהוכנסו בחוקים אלה בתקופה המנדטורית – מטילה ספק עמוק בעמדת המדינה שלפיה כל הקרקעות הנטענות על-ידי הברווים (או כמעט כולן) הינן קרקעות מוואת בבעלות המדינה. שנית, כפי שנראה, דיני המוואת לא הוחלו על הנגב, היות שהבריטים העניקו לברווים בנגב אוטונומיה נרחבת, לרבות בדיני הקרקעות. נבחן תחילה את דיני הקרקעות המנדטוריים, ובפרט את דיני המוואת.

על-פי עדותם של פקידים בריטים, חששו השלטונות מתופעת ההשתלטות על קרקעות ריקות בעקבות מלחמת-העולם הראשונה. על-מנת למנוע רכישת זכויות במקרים מעין אלה, הגיבו הבריטים בהחלת כמה הסדרים שנועדו לייצב את משטר המקרקעין ולמנוע השתלטות על קרקעות. כבר בנובמבר 1918 הם סגרו את כל משרדי רישום המקרקעין ואסרו ביצוע עסקות במקרקעין,¹⁰² ובשנת 1920 הם חוקקו את פקודת קרקעות המחלול, שנועדה למנוע השתלטות על קרקעות מירי בלתי-מעובדות.

בהמשך למגמה זו חוקקו הבריטים ב-16.2.1921 את פקודת הקרקעות המתות (פקודת המוואת).¹⁰³ פקודה זו ביטלה את הסיפא של סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני, וקבעה במקומו הסדר שהחיל שני מרכיבים – הראשון צפה פני עתיד, ואילו השני היווה הוראת-מעבר. החלק הראשון של הפקודה קבע:

102 ראו גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 35; דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 372-389; GRANOTT, לעיל ה"ש 77, בעמ' 74-75; ראו STEIN, לעיל ה"ש 61, בעמ' 39-43.

103 את חקיקת פקודת הקרקעות ניתן להבין על רקע ההיערכות האדמיניסטרטיבית הבריטית בעקבות כיבוש ארץ-ישראל/פלסטין וכהמשך לקו המדיניות שיועד לייצב את מצב המקרקעין ולמנוע השתלטות בלתי-מבוקרת על קרקעות. כך, באותו חודש שבו חוקקה פקודת המוואת, קרי בפברואר 1921, הצביע הנציב העליון הרברט סמואל על תנועה מאיימת ומדאיגה של השתלטות על קרקע בלתי-מעובדת, והסכים עם ועדת הסדרת המקרקעין, אשר קבעה בדין-וחשבון שלה כי: "it is necessary that the Administration obtain forthwith a complete record of all such lands". ראו BUNTON, לעיל ה"ש 95, בעמ' 43. ראו גם מקורות המאוזכרים אצלו: 'Report of the Land Settlement Commission, August 1920', CO 733/18, 592.

(a) Any person who, without obtaining the consent of the Administration, breaks up or cultivates any waste land shall obtain no right to a title-deed for such land, and, further, shall be liable to be prosecuted for trespass.¹⁰⁴

המשמעות המשפטית של תיקון זה הייתה מרחיקת-לכת, ובמיוחד מרחיקת-שנים: בעוד שלפי הדין העות'מאני כל אדם ש"הִחִיָּה" קרקע מוואת זכה בזכות קניין בקרקע זו באופן מייד, אף אם לא קיבל אישור מן השלטונות לעבד את הקרקע, בא התיקון המנדטורי וקבע כי כל החייאת קרקע מוואת לאחר 1921 שנעשתה ללא הסכמה היא בגדר הסגת-גבול. פסקה (a) של פקודת הקרקעות המתות נוסחה בלשון הווה, ולא חלה באופן רטרואקטיבי על קרקע שהוחייתה לפני חקיקת הפקודה. לגבי קרקע מסוג זה חל סעיף-קטן (b), שקבע הוראת-מעבר:

(b) Any person who has already cultivated such waste land without obtaining authorisation shall notify the Registrar of the land registry within two months of the publication of this ordinance and apply for a title-deed.

אם ממקמים את חקיקת הפקודה בהקשרה ההיסטורי – סיום מלחמת-העולם הראשונה ותחילת השלטון הבריטי, עוד לפני קבלת כתב המנדט – ניתן להניח שמטרתם של מנסחי הפקודה הייתה אדמיניסטרטיבית בעיקרה, קרי, עריכת סדר ורישום בזכויות הקיימות בקרקע, ובמקביל מניעת השתלטות עתידית על קרקע מסוג מוואת. למרות זאת, כפי שנראה בהמשך, פרשנותה של הפקודה על-ידי מדינת-ישראל ומערכת המשפט שלה הפכה פקודה מינורית וטכנית זו לאבן-פינה בבניין דוקטרינת "הנגב המת". לפי הגישה הישראלית, הסנקציה על העדר הודעה על-פי סעיף (b) הייתה הפקעה רטרואקטיבית של זכויות שגובשו בקרקע מוואת עוד לפני חקיקת הפקודה.¹⁰⁵

בחלק 3 של המאמר נבחן בהרחבה פרשנות ישראלית זו, אך כבר בשלב זה כדאי להעיר כי על-פי הבנתנו קיימת הבחנה ברורה בין שני חלקיה של פקודת הקרקעות המתות. החלק הראשון – (a) – צפה פני עתיד ואסר, מעת כניסתה לתוקף של הפקודה, כל עיבוד קרקע מוואת ללא הסכמת השלטונות ("consent of the Administration"). בהתאם לכך נוסח הסעיף בלשון הווה – "כל אדם המְחִיָּה... – וקבע סנקציות עתידיות: "לא יזכה בכל זכות... ויהיה חשוף לתביעה משפטית... כלומר, כפי שמקובל בחקיקה העוסקת בזכויות קניין, הפקודה הבחינה בין זכויות קנייניות שגובשו לפני חקיקתה לבין שינוי המצב לאחר כניסתה לתוקף. את הסנקציה הקשה של סיווג כ"מסיגי-גבול" החילה הפקודה באופן פרוספקטיבי

104 ראו: LEGISLATION OF PALESTINE vol. I 135–136 (Norman Bentwich ed., 1926). ראו גם GOADBY & DOUKHAN, לעיל ה"ש 86; בן-שמש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 147.

105 על הפרשנות הישראלית של הפקודה ראו להלן תת-פרק 3.

רק על אותם אנשים שיתחילו בעתיד (כלומר, אחרי 16.2.1921) לעבד קרקע מוואת ללא אישור, קרי, רק לאחר שינוי הכללים ביחס לרכישת זכויות במוואת. החלק השני – (b) – היווה הוראת-מעבר שמטרתה להבטיח כי כל מי שגיבש זכויות לפני חקיקת הפקודה ייכנס לסדר המרחבי-המשפטי החדש וירשום את זכותו. כפי שראינו, הדין העות'מאני הקנה זכות משפטית ברורה ובעלת ערך כלכלי גם למי שהִחִיָה קרקע ללא אישור השלטונות. הסעיף הסדיר את מעמדו של אדם שכבר הִחִיָה את הקרקע בעבר (Any person who has already cultivated such waste land (without obtaining authorization)), וקבע כי על אדם כזה לפנות בתוך חודשיים מיום חקיקת הפקודה לפקיד רישום הקרקעות ולבקש שטר רישום.

אין ספק בעינינו שהדרישה לעשות זאת בתוך חודשיים בלבד הייתה בלתי-סבירה בתנאי הארץ בשנת 1921, אך חשוב לציין כי בניגוד לסעיף (a), הוראת-המעבר שבסעיף (b) לא קבעה כל סנקציה על העדר רישום. שתיקתו של הסעיף לגבי העדר רישום של זכויות עבר מותרת מרחב פרשני משמעותי לגבי ההסדר החל לגבי מי שהִחִיָה קרקע עוד לפני חקיקת הפקודה. חשוב לציין בהקשר זה כי ההערכות הן שרק 117,000 דונם (כלומר, 4.4% בלבד!) מסך כל הקרקעות בארץ-ישראל/פלסטין היו רשומות בסוף 1921 – חודשים ארוכים לאחר סיומה של תקופת רישום הקרקעות לפי סעיף (b).¹⁰⁶ יותר ממחצית ממספר זה היו מקרקעים של יהודים – ארגונים ובעלי קרקע פרטיים. נתון זה מעיד שקרקעות רבות אשר "הוחיו" בוודאי לפני 1921, ולא נרשמו בתקופת החודשיים של פקודת המוואת, הוקנו מאוחר יותר למְעַבְדֵיהֶן כקרקעות מירי במהלך הסדר המקרקעי. הדבר מציב סימן שאלה משמעותי לגבי השימוש בסעיף (b) כעילה לנישול נרחב, כפי שממשלת ישראל פועלת כיום בנגב. נראה בלתי-סביר שהבריטים התכוונו לקבוע בפקודה כי כל מי שלפני חקיקת הפקודה עיבד קרקע המצויה במרחק משמעותי (מיל וחצי או חצי שעת הליכה או טווח צעקה) ממקום יישוב, ולא הודיע על כך לשלטונות בסד של חודשיים, ייהפך למסיג-גבול לנצח.¹⁰⁷ כפי שנראה בהמשך, פרשנות סבירה של פקודת המוואת, הנותנת משקל ראוי להיסטוריה החקיקתית ולעקרונות-יסוד של השיטה המשפטית, היא שאי-רישום זכויות עבר מקשה אומנם על מי שהִחִיָה קרקע מוואת לפני 1921 לרשום את זכותו, אך אין בסעיף זה דבר המחייב לקבוע כי אי-רישום הזכות במסגרת חלון-ההזדמנות בן החודשיים שנקבע במסגרתו מפקיע זכויות מוקנות, כפי שבתיה-המשפט הישראליים פוסקים תדיר. בהקשר זה חשוב להדגיש כי כפי שציין משה דוכן, וכפי שנראה בהמשך, גם לאחר חקיקתה של פקודת הקרקעות המתות, "בפועל נקטה ממשלת המנדט שיטה יותר קלה ונתנה תעודות רישום

106 גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 119.

107 יש לציין גם כי פקודת הקרקעות (סידור זכות קניין), שהחילה את מערכת הסדר הקרקעות בארץ, חוקקה רק בשנת 1928, ואף היא לא החילה חובת רישום גורפת על כל שטחי הארץ. עד לשנת 1928 רק כ-5% משטח ארץ-ישראל/פלסטין היו רשומים. גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 119. לדיון בפקודה ראו להלן חלק 2(ב).

לאלה, שהוכיחו שהם החיו קרקע מואת, אם גם התובעים לא הודיעו במשך החדשיים. רבים מיושבי הארץ השתמשו בחוק האמור והרבה אלפי דונם קרקע נמסרו לידי אנשים שונים, שהוכיחו לשלטונות שעבדו את הקרקעות.¹⁰⁸

חשוב לציין גם שבשנת 1934 פרסמו שלטונות המנדט קובץ המפרט ומעדכן את כל החקיקה המנדטורית הרלוונטית לארץ-ישראל/פלסטין עד לסוף 1933. בקובץ זה, שנודע כ"קובץ דרייטון" (Drayton), הושמט החלק השני – (b) – של פקודת הקרקעות המתות (הדורש רישום בשנת 1921), אף שהוא לא בוטל באופן רשמי. העדרו של סעיף הרישום מקובץ החוקים, ששימש משנת 1934 את מערכת המשפט כנוסח המעודכן של החקיקה המנדטורית, מחזק את טענתנו שהשלטון הבריטי מעולם לא התייחס לחלקה השני של פקודת המוואת – כלומר, לדרישה לרישום בשנת 1921 – כאל עילה לשלילתן של זכויות קניין, כפי שעשתה מאוחר יותר ישראל.¹⁰⁹

זאת ועוד, ניתוח קפדני של פקודת הקרקעות המתות מלמד כי היקף חלוקתה מצומצם בהרבה מכפי שהוצג מאוחר יותר במשפט הישראלי, ואף מכפי שנקבע בחלק מן הפסיקה המנדטורית שפירשה את הפקודה. חשוב להדגיש כי הפקודה לא שינתה את הגדרות המוואת שנקבעו בדין העות'מאני.¹¹⁰ כפי ששמה מעיד עליה, הפקודה חלה אך ורק על מקרקעין מסוג מוואת; הוראות הפקודה לא חלו על קרקע שלא הייתה מוואת בשנת 1921. כפי שראינו, הדין העות'מאני קבע כי מוואת הינה קרקע שוממה ומרוחקת שלא עובדה מעולם. על-פי הדין העות'מאני, קרקע מוואת שהוחייתה נהפכה לקרקע מסוג מירי, ואף אם הופסק עיבודה, היא לא חזרה על-פי הדין העות'מאני לקטגוריית המוואת. הגדרת "החייאה" כללה זריעה, חריש וכולי. קרקעות ששימשו לסיפוק צרכים כלכליים של יישוב, כגון מרעה או קישוש עצים הוגדרו בקטגוריית מתרוכה, ולא מוואת. במילים אחרות, הפקודה חלה אך ורק על קרקע שהייתה מוואת בשנת 1921, והחלתה על קרקע שעל-פי הדין העות'מאני לא נפלה להגדרת "מוואת" (מכל סיבה שהיא, כגון עקב החייאת קרקע מוואת והפיכתה למירי) מהווה חריגה מהסמכות שניתנה בפקודה ובו-בזמן החלה רטרואקטיבית הפוגעת בזכויות קניין מוקנות.

בהקשר זה יש לציין כי ועדת אברמסון הבריטית, שבדקה את הנושא בשנת 1921, קבעה כי 2,845,000 דונם בנגב הם מירי. מעבר לכך, הפקודה (על שני חלקיה) חלה אך ורק על קרקע מוואת שהוחייתה ללא אישור או הסכמה של השלטונות, אך הן הדין העות'מאני והן הפקודה לא הגדירו מהו האישור או ההסכמה הנדרשים. הפסיקה הישראלית קבעה כי

108 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 50. באופן דומה ראו משה דוכן דיני קרקעות בארץ ישראל 138 (1925): "ביחס לקרקעות אלו נקבע כלל, שכל העובד אדמה שוממה, מתה, או שעבד אותה לפני פרסום הפקודה האמורה למעלה, מקבל מאת הממשלה את הקרקע בשטר טאבו."

109 THE LAWS OF PALESTINE: IN FORCE ON THE 31ST DAY OF DECEMBER 1933 vol. II 852 (rev. ed., prepared by Robert Harry Drayton 1934).

110 ראו לעיל תת-פרק ב1.

בהקשרים קרקעיים מסוימים, כגון ביחס לבר-רשות במקרקעין, ניתן להסיק על קיומה של רשות להחזיק ולהשתמש במקרקעין לא רק מכוח רשות מפורשת ו/או בכתב, אלא גם מתוך התנהגות, ואף על בסיס שתיקה.¹¹¹

לבסוף, ראוי לציין כי כל השחקנים הרלוונטיים בנגב – קרי, הריבון העות'מאני ולאחריו זה המנדטורי, היהודים והערבים שרכשו מקרקעין באזור וכן הברווים שהיו מעורבים בטרנסקציות קרקעיות שונות – חשובו, התנהגו ופעלו על-פי הסכמה נרחבת שלפיה הקרקעות המעובדות בנגב הן קרקעות בדויות, וכי אין תחולה להוראותיה של פקודת הקרקעות המתות באזור זה.

לטעמנו, גם אילו אימצה הפסיקה המנדטורית גישה פרשנית המצמצמת את זכויותיהם של מחזיקי המוואת, הקמתה של מדינת-ישראל וביטול המשטר הקולוניאלי ששרר בה עד להקמתה היו מאפשרים – וכנראה אף מחייבים – אימוץ פרשנות חדשה הנותנת משקל ראוי לזכויות אדם ולזכויות אזרח.¹¹² אך עקב מרכזיותה של הטענה, המועלית על-ידי המדינה ומערכת המשפט שלה, שלפיה ישראל אינה מחדשת בהקשר זה דבר, אלא אך מחילה את הדין הקודם, נתייחס כאן לפסיקה המנדטורית הרלוונטית. סקירה מקיפה של פסיקה זו מעלה כי הפסיקה הבריטית התייחסה לפקודת הקרקעות המתות במקרים ספורים ביותר, וזאת רק בסכסוכי קרקעות שהגיעו ממחוזות הארץ הצפוניים, וכי העמדה הנחרצת והחד-משמעית שהמדינה מציגה ביחס להמשכיות הדין אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה המנדטורית.

בעניין *Ghannameh v. The Attorney General* (משנת 1927) פסק בית-המשפט המנדטורי לקרקעות כי יש לרשום על שמה של המעבדת קרקע מוואת שהוחייתה ללא אישור השלטונות.¹¹³ אך המעבדת ערערה לבית-המשפט העליון על כך שבית-המשפט דלמטה לא קיבל את טענתה כי יש לרשום על שמה גם קרקע מוואת שלא הוחייתה אך נמצאה בסמיכות לקרקע שהוחייתה.¹¹⁴ בית-המשפט העליון דחה את הערעור והותיר על כנה את החלטתו של בית-המשפט לקרקעות.¹¹⁵ נוסף על כך הדגיש בית-המשפט העליון את עמימותו ופתיחותו של הטקסט בהוראת-המעבר (b) שבפקודת הקרקעות המתות.¹¹⁶

111 ראו, למשל, ע"א אל-קאלאב, לעיל ה"ש 91.

112 בפועל, כפי שנראה, אימצה ישראל גישה הפוכה.

113 מועד ההחייאה לא צוין בפסק-הדין.

114 המערערת ביססה את טענתה על הוראת ס' 1273 למג'לה, שקבע כי כאשר אדם מחיה קרקע מוואת, ומותיר בלב החלקה המעובדת חלק בלתי-מעובד, הוא רשאי לקבל זכות קניין גם על החלק הבלתי-מעובד.

115 בית-המשפט העליון הוסיף באמרת-אגב כי הוא סבור שהמערערת לא הייתה זכאית אף לרישום הקרקע שנרשמה על שמה על-פי פסיקתו של בית-המשפט לקרקעות, אך החליט לא להתערב היות שהנושא לא הועלה על-ידי המדינה.

116 *Ghannameh v. The Attorney General*, 1 P.L.R. 162 (S.T., 1927) (להלן: פרשת ג'נאמה): "The Section [(b) of the Mewat Ordinance] says no more. It does not say if the squatter

מהתייחסותו של בית-המשפט לסעיף (b) לפקודה ניתן להסיק כי הקרקע הוחייתה לפני 1921 ולא נרשמה במהלך החודשיים שניתנו לכך. פסק-דין זה בוודאי אינו מהווה תקדים התומך בעמדתה הנוכחית של מדינת-ישראל.

בפרשה נוספת, *Debbas v. The Attorney General et. al.* (משנת 1943), עמדה להכרעה שאלת סמכותו של פקיד ההסדר לרשום קרקע מוואת מעובדת באזור נפת עכו. בית-המשפט העליון ציין כי אף שחלק ניכר מהקרקע היה "מוואת באופיו", היו ראיות לכך שחלקים רבים מן הקרקע עובדו במשך תקופה ארוכה. לנוכח זאת סברו השלטונות כי למעבד היו לכל-הפחות זכויות מוסריות חזקות בקרקע זו ("the Defendants had, at any rate, strong moral claims to this land..."). ולכן הציעו פשרה שאפשרה את רישום הקרקע המעובדת על שם מעבדה.¹¹⁷ פקיד ההסדר סירב לרשום את הקרקע על שם המעבד, היות שהוא סבר כי לאחר חקיקתה של פקודת הקרקעות המתות לא הייתה לממשלה סמכות להעביר קרקע מוואת למעבדה, אפילו תמורת תשלום ערך הקרקע לפני החייתה. בית-המשפט העליון דחה את עמדתו של פקיד ההסדר, וקבע כי היות שהממשלה הסכימה לרישום, פקיד ההסדר היה מחויב לרשום את הקרקע על שם המעבד.¹¹⁸ באמרת-אגב קבע בית-המשפט כי אלמלא ההסכמה לא הייתה לפקיד ההסדר סמכות לרשום את הקרקע על שם המעבד.¹¹⁹

שלוש פרשות אחרות העוסקות בקרקע מוואת, ובעיקר בשאלת החייתה, הגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון כתוצאה מיוזמתם של השלטונות העות'מאניים, בשנת 1912, לנסות "להחיות" דיונות מדרום ליפו ולמנוע סחף חול. לצורך כך עודדו השלטונות תושבים מיפו ומסביבתה לנטוע באזור הדיונות עצי פרי ואיקליפטוס.¹²⁰ בפרשת *Dajani v. Colony of Rishon le Zion* (משנת 1926) (להלן: פרשת דג'אני), טענו בני משפחת דג'אני כי החיו

is to get a title deed or not, or if so, if he is to get it as of right or at the discretion of the Registrar, nor does it say if he is to get it gratis or on payment of the value"

117 הפשרה הושתתה על כך שהמקרקעין שבמחלוקת נחלקו לשלושה חלקים שונים: חלק מן הקרקע היה ביצה, חלק היה קרקע מעובדת, וחלק היה קרקע רשומה. הצעת הממשלה הייתה להעניק למערער זכויות בקרקע המעובדת ובקרקע הרשומה, ולהותיר בידי פקיד ההסדר את ההחלטה היכן עובר קו הגבול בין החלק המעובד לבין הביצה.

118 *Debbas v. The Attorney General*, [1943] A.L.R. 205 (להלן: פרשת דבאס).

119 שם, בעמ' 207: Settlement a "Now, it is quite true that if there had been no arrangement a Settlement Officer would not have had any power to award this land to the Appellants on payment of *badl misl*. He is quite correct in this statement, but we know of no rule by which a Settlement Officer would be prevented from giving a judgement by consent..." חשוב להדגיש כי הנקודה שהייתה במחלוקת ואשר לגביה הכריע בית-המשפט הייתה שאלת סמכותו של פקיד ההסדר לרשום קרקע מוואת. ניתן לנסח את ה"רציו" של פסק-הדין באופן הבא: כאשר הממשלה ומעבד של קרקע מוואת מסכימים על רישום הקרקע על שם מעבדה, חובתו של פקיד ההסדר לרשום קרקע זו.

120 תיאור הרקע מופיע בפסק-הדין *Habbab v. Government of Palestine*, 14 P.L.R. 337, 339 (להלן: פרשת חבאב). (S.C., 1947)

שטח חולות באמצעות נטיעת עצים. בפסק-הדין – אשר לא פורסם אך זכה בהתייחסות בספרות ואוזכר גם בפסיקה המנדטורית והישראלית, לרבות בפסק-דין אל-הואשלה – קבע השופט בלייק-ריד ש"עיבוד" לצורך החייאת קרקע מוואת חייב להיות עיבוד בפועל, הנמשך ללא הפסקה, וכן שיש צורך בנקיטת פעולות שתוצאתן שינוי ברור וקבוע באיכות הקרקע;¹²¹ ובתרגומו של דוכן – "שהמדבר יהפוך לגן עדן (לשטח פורח)".¹²² גישתו של בלייק-ריד, שצמצמה לדעתנו את זכויותיהם של מחיי מוואת כפי שהוגדרו בדין העות'מאני,¹²³ אומצה בעיקרה בעניין *Krikorian v. The Attorney General* (משנת 1942). עם זאת, חשוב להדגיש כי אף-על-פי שהקרקע לא נרשמה בשנת 1921, אישר בית-המשפט בפרשת קריקוריאן את החלטתו של פקיד ההסדר לבחון בשנת 1936 את אופיו והיקפו של עיבוד הקרקע, ומכאן ניתן להבין שהוא סבר כי אי-רישום הקרקע בחודשיים שהוקצו לכך בשנת 1921 אינו מאיין את זכותו של מחזיק הקרקע.¹²⁴

לקראת סיומה של תקופת המנדט חזר בית-המשפט לגישה פרשנית שתאמה יותר את רוחו של המשפט העות'מאני, וצמצם את היקפה של הלכת דג'אני. בפרשת *Habbab v.*

הערה [1a]: הפניה מלאה למקור המסומן בה"ש

121 ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, פס' 6 לפסק-דינו של השופט חלימה. פסק-הדין לא פורסם ככל הנראה, אך דווח בספרם של GOADBY & DOUKHAN, לעיל ה"ש 86, בעמ' 48–49, ובספרו של דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 51–52, ואוזכר גם בפרשות קריקוריאן (להלן ה"ש 124) וחבאב (לעיל ה"ש 120, בעמ' 343).

122 "The wilderness must be made to blossom". השופט הוסיף כי "אין... שום יסוד, שהמעבד יתבע לעצמו זכויות על יסוד נסיון שלא הצליח". דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 51. השופט בלק-ריד קבע גם כי אין די בנסיון החייאה שנעשה בעבר על-מנת שהקרקע תשנה לעד את סיווגה למירי. "...קרקע מוואת, אפילו היתה פעם נעבדת אבל לא הוכרה על ידי השלטונות בתור שכזו, מוסיפה להיות קרקע מוואת כשהיתה, ואי אפשר לה להחשב כקרקע נעבדת לתמיד. הזכות של מעבד קרקע כזו (שמעולם לא היתה רשומה על שם התובע כחוק), אי אפשר לה להחשב כנשמרת בשבילו לתמיד, כתמורה בעבור הנסיון להחייאה שלא הצליח, וששרידי העיבוד וההחייאה נעלמו מעל פני הקרקע." דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 52. ראו גם את פסק-הדין *Chavivi v. Gov't of Palestine*, 7 P.L.R. 288 (S.C., 1940), שבו קבע בית-המשפט העליון כי היות שפקיד ההסדר קבע כי הקרקע שבמחלוקת אינה מוואת, אלא מירי, המבחן שהוא היה צריך להחילו הוא אם הקרקע עובדה במשך עשר שנים, לפי ס' 78 לחק"ע, ולא את מבחן ההחייאה שחל על קרקע מוואת. באמרת-אגב הסביר בית-המשפט כי "החייאה" של קרקע מוואת היא הפיכתה מבלתי-מעובדת למעובדת.

123 ראו לעיל תת-פרק ב1.

124 *Krikorian v. The Attorney General*, 10 P.L.R. 302, 2 A.L.R. 463 (S.C., 1943) (לעיל ולהלן: פרשת קריקוריאן). במקרה זה קבעה ועדת מוואת בשנת 1921 כי שני שלישים מן הקרקע שבסכסוך הוחייחה, אך עקב טעות פרוצדורלית לא נרשמה הקרקע על שמם. בשנת 1936 נערכה פנייה נוספת לרשום את הקרקע על שם המערערים. במסגרת ההליך ביקר פקיד ההסדר בחלקת-המריבה, וקבע שמתוך שטח של 690 דונם שנתבעו, הצליחו התובעים להוכיח "החייאה" של כ-20 דונם בלבד. בית-המשפט העליון ציטט בהסכמה את העמדה שנקבעה בפרשת דג'אני, שלפיה "עיבוד" מחייב עיבוד בפועל, מתמיד, וכן נקיטת פעולות שתוצאתן שינוי ברור וקבוע באיכות הקרקע.

Government of Palestine (משנת 1947) שוב דובר בערעור על החלטה של פקיד הסדר הקרקעות בסכסוך שנגע בדיונות החול מדרום ליפו.¹²⁵ השאלה המרכזית בדיון הייתה מתי קרקע מוואת חזלה להיות כזו. בית-המשפט הדגיש כי במצבן המקורי דיונות חול הן מסוג מוואת, אך החייתן משנה את סיווג הקרקע למירי. על-פי סעיף 1051 למגילה העות'מאנית, החייתן קרקע מוואת כרוכה בהפיכתה לראויה לעיבוד. בית-המשפט הדגיש כי סעיפים 1275 ו-1276 למגילה קובעים דרכים מגוונות להחייתן, לרבות זריעה, נטיעה, חריש, השקיה או הקמת תעלות או נתיבי השקיה, הקפת הקרקע בחומה או הגבהת חומה קיימת, וחפירת תעלות על-מנת להגן על הקרקע מפני הצפה.¹²⁶ המערערים הודו בכך שהקרקע שבסכסוך הייתה מסוג מוואת, ולכן התמקד בית-המשפט בשאלה אם אדם שהחיה קרקע מוואת רוכש בכך זכות לקבל קושאן (שטר המעיד על זכות הקניין) כקרקע מירי מרגע ההחייתן, ואם זכות זו נותרת על כנה גם אם לאחר ההחייתן, אך לפני קבלת השטר, הזניח המחיה את הקרקע וזו חזרה לשימונה.¹²⁷ בעניין זה טען דב יוסף, עורך-דינם של המערערים,¹²⁸ כי פקיד ההסדר פירש בצורה מצומצמת מדי את פסיקתו השופט בלייק-ריד בפרשת דג'אני, כאשר קבע כי לא יתייחס כאל "החייתן" לעיבוד תבואה וירקות ב"כיסים" של אדמה פורייה בתוך דיונות החול אלא אם כן התלוו לעיבוד זה השבחה וקיבוע אמיתיים של הקרקע שהפכו את השטח לראוי לעיבוד באופן קבוע.¹²⁹ בית-המשפט אימץ את עמדתו של דב יוסף, ודחה קביעה זו של הפקיד.

עם זאת, בית-המשפט קיבל חלקית מרכיב אחר מהלכת דג'אני הקובע כי לא כל החייתן חד-פעמית של קרקע מוואת שלא נרשמה כמירי מקנה זכות תמידית לרישומה. בית-המשפט קבע שכאשר מדובר בהחייתן שמבוססת על שינוי קבוע או לפחות בר-קיימא, כגון בניית נתיבי השקיה, ניתן להתבסס על עצם החייתן זו גם שנים מאוחר יותר על-מנת לקבל קושאן בקרקע. לעומת זאת, אם מדובר בעיבוד הקרקע, הוא צריך להתקיים במועד שבו מבקשים את הקושאן ואת רישום הקרקע כמירי. לכן, כאשר מדובר ביבול קצר-מועד, נראה שהמעבד

125 פרשת **חבאב**, לעיל ה"ש 120, בעמ' 339.

126 שם. בית-המשפט אזכר בהסכמה את הסיקרה בנדון שהופיעה אצל: NEJIB CHIHA, TRAITE DE LA PROPRIETE IMMOBILIERE EN DROIT OTTOMAN 115 (1906).

127 פרשת **חבאב**, לעיל ה"ש 120, בעמ' 340.

128 ראוי לציין כי מעבדי הקרקע יוצגו על-ידי עורכי-הדין ברנרד (דב) יוסף, ששימש גם היועץ המשפטי של הסוכנות היהודית, ולימים גם שר החקלאות, שר המשפטים, שר התחבורה ושר המסחר והתעשייה, ועל-ידי שותפו עורך-הדין מיכאל כספי. את הממשלה ייצג משה דוכן.

129 פרשת **חבאב**, לעיל ה"ש 120, בעמ' 341: "...the settlement officer went too far when he stated in paragraph 34(3) of his decision, that he would not consider the cultivation of cereals and vegetables in pockets of good land with the sand dunes to be effective revival, unless it was accompanied by real reclamation work to fix the sand and render such pockets permanently cultivatable".

אינו יכול להתבסס על כך ששנים קודם לכן הוא הצליח לגדל יבול אחד או שניים, אם לאחר-מכן הוא אפשר לקרקע לחזור למצבה הבלתי-מעובד המקורי.¹³⁰ בהתבסס על פרשנותו זו קבע בית-המשפט באשר לשטחים שבהם גודלו יכולים לטווח קצר (short-term crops) כי אם לא הוצגו לפני פקיד ההסדר ראיות לכך שגידולים אלה נעשו באופן עקבי, כִּי־אז צדק הפקיד בהחלטתו שאין בגידולי עבר מעין אלה כדי להקנות זכות לרשום את הקרקע כיום אלא אם כן נלוו לגידולים אלה עבודות השבחה בנות-קיימא. לעומת זאת, אם ניטעו בקרקע עצים שמצויים עדיין במקום, או אם גודלה במקום תבואה באופן עקבי, אזי לא הייתה הצדקה לדרוש גם ביצוע עבודות שמטרתן למנוע נדידת חול. באופן דומה, אם אדם מצליח לגדל תבואה על קרקע המועדת להצפה, ייחשב הדבר החייה גם אם לא נעשו במקום עבודות הגנה מפני הצפה.¹³¹ לבסוף הוסיף בית-המשפט כי פקיד ההסדר היה צריך להביא בחשבון גם את הוראת סעיף 1273 למג'לה, העוסק ב"כיסוי מוואת" המוקפים בקרקע שהוחייתה. סעיף זה קבע כי קרקע כזו תשנה אף היא את סיווגה למירי. בית-המשפט החזיר את הדיון לפקיד ההסדר, בצירוף הוראה לבחון איזה חלק מן הקרקע היה מוחייה בשנת 1936 – המועד שבו ביקשו המערערים את רישומה. גם בפרשה זו ניתן אם כן לראות בכירור כי העדר רישום הקרקע בשנת 1921 לא היווה בעיני בית-המשפט חסם מפני הכרה בזכויות הקניין של המחזיק. כמו־כן קבע בית-המשפט כי היה מקום לתת משקל לרשומות של תשלומי מס הרכוש החקלאי (Rural Property Tax). בית-המשפט קבע כי בעוד רישומי המס אינם מהווים ראיה שלמה ובלתי-ניתנת לסתירה לטובת המערערים, יש לזכור כי רישומים אלה מלמדים על התוצר שעל בסיסו נגבה מס זה, ויש לתת להם משקל נאות אלא אם כן ברור שהם בלתי-מהימנים לחלוטין או מזויפים.¹³²

פסק-הדין האחרון שאליו נתייחס בהקשר זה הוא פסק-הדין בפרשת *Abu Hana v. The Attorney General* (משנת 1938), שניתן בערעור שהגיש הכפר טנטורה על החלטה של בית-המשפט לקרקעות בחיפה. להבדיל מפסקי-הדין שנדונו לעיל, פסק-דין זה התמקד ביחס שבין קרקע מוואת לבין קרקע מסוג מתרוכה. תושבי הכפר טענו לזכות מסוג מתרוכה לרעות את בקרם ולאסוף קני סוף לצורך ייצור מחצלות, וזאת מכוח "זכות מזמן קדום" (ab antiquo right). המדינה טענה, לעומת זאת, כי מדובר בקרקע מוואת בלתי-מוקצית של המדינה

130 בית-המשפט סבר כי "ההסכמה הכללית" של הדין העות'מאני הייתה שחלקת קרקע נרשמה כמירי כאשר הייתה סבירות גבוהה שהקרקע תהיה פורייה ותניב מיסים. אם מאוחר יותר ננטשה קרקע זו, היא נהפכה לקרקע מירי-מחלול, ולפי ס' 68 לחק"ע, המחזיק בה היה יכול לבקשה מחדש תמורת תשלום ערכה, ואם לא ביקש זאת, היא הייתה עומדת למכירה פומבית. לטעמנו, פרשנות זו של בית-המשפט אינה תואמת את לשון הדין העות'מאני. לענין זה השוו טקסט ליד ה"ש 84–85 לעיל.

131 פרשת חבאב, לעיל ה"ש 120, בעמ' 341.

132 שם, בעמ' 346. על בסיס אלה החליט בית-המשפט לבטל את החלטתו של פקיד ההסדר, והחזיר את המקרה לדיון ובדיקה "חדשים ורעננים", אשר ייעשו בהתאם לקביעותיו של בית-המשפט לגבי השאלה מה עומד בגדר "החייה". ראו שם, בעמ' 347.

"unassigned State Domain")¹³³. נשיא בית-המשפט העליון השופט טרסטד וכן השופט גרין, בדעת רוב, דחו כמלאכותית את עמדתו של בית-המשפט דלמטה שלפיה זאת אומנם קרקע מסוג לא-מוגדר אך יש לסווגה כקרקע מוואת היות שהיא מעולם לא עובדה.¹³⁴ שופטי הרוב קבעו כי אין צורך להקצות קרקע מסוג מתרוכה באמצעות שטר הקצאה או הקדשה (deed of grant or dedication) או באמצעות רישום במרשם המקרקעין. במקרים רבים משתמשים בקרקע ומתייחסים אליה כאל מתרוכה ללא צורך בפעולות פורמליות כלשהן. לנוכח זאת קבעו טרסטד וגרין כי אפילו כאשר קרקע רשומה על שם הממשלה, זכויות קרקע מתרוכה של כפר ניתנות להוכחה באמצעות שימוש ארוך-טווח. עם זאת הדגיש בית-המשפט כי הכפר אינו יכול לבסס בדרך זו זכות לשטח קרקע גדול יותר מזה שהוא זקוק לו. לנוכח זאת קבעו השופטים כי הדין יחזור לבית-המשפט לקרקעות, כדי שזה יקבע כמה קרקע שימשה קרקע מתרוכה של הכפר טנטורה, ולכמה מקרקע זו הכפר זקוק באופן סביר.¹³⁵

לסיכום חלק זה ניתן לומר כי התמונה בנושא דיני המוואת בתקופת המנדט אינה חד-משמעית ובהירה. עם זאת, ברור למדי כי הדין המנדטורי בנוגע לקרקעות מוואת אינו תואם את דוקטרינת "הנגב המת". נהפוך הוא – מניחות פסקי-הדין המנדטוריים העיקריים עולה כי עמדתם של השלטונות (ראו, למשל, את עובדות פסקי-הדין בפרשות ג'נאמה, קריקוריאן וחבאב) ושל בית-המשפט העליון המנדטורי (למשל, בפרשות דבאס וחבאב) הייתה שמי שעבד קרקע מוואת רכש בקרקע זו זכות מסוג מירי, אף אם לא הודיע על כך לשלטונות בחלוף-הזמן בן החודשיים שניתן על-פי פקודת הקרקעות המתות. לגבי אופי העיבוד, עמדת הפסיקה המנדטורית הקשתה בתחילה בשלב מסוים על מחיי קרקע מוואת (בפרשות דג'אני

133 עם זאת הודיעה המדינה כי היא מתירה לתושבי הכפר לרעות ולעשות שימושים נוספים בשטח של 565 דונם המצוי בחלק הצפוני של אזור הסכסוך. המדינה טענה כי הרישום העות'מאני (ספר השמטיה) לא כלל כל התייחסות להקצאת קרקע לצורכי מרעה, ולכן יש לראות בקרקע זו קרקע מדינה בלתי-מוקצית. תושבי הכפר התבססו על עדותם של מוכתר לשעבר ושלושה מוכתרים של כפרים שכנים, שהעידו כי כל ימי חייהם הייתה הקרקע בחזקתם של תושבי טנטורה ושימשה למרעה ולאיסוף קני סוף לצורך ייצור מחצלות. חלק מן הקרקע באזור הייתה קרקע מירי רשומה על שם הממשלה, וזו הוענקה בזיכיון לחברת פיק"א. עוד על הפרשה ראו ה"ש 46, Forman & Kedar, *Colonialism, Colonization and Land Law in Mandate Palestine*.

134 שופטי הרוב סברו כי אם הקרקע אינה רשומה, אזי יש להתייחס להיסטוריה שלה ולתכונותיה, ואלה יקבעו לאיזו קטגוריה יש לשייכה.

135 השופט חייאת, בדעת מיעוט, קבע כי תושבי טנטורה החזיקו בקרקע מזמן קדום והשתמשו בה לצורכי מרעה ולשימושים נוספים, ולכן הקרקע הינה בגדר מתרוכה. לטעמו, ובניגוד לדעת הרוב, אי-אפשר לצמצם את שטח המתרוכה לצורכי תושבי הכפר בעת הזו בלבד, וליטול מן התושבים את שאר הקרקע. לדעתו, אי-אפשר לשנות כעת את סוג הקרקע, שהינה מתרוכה מכוח שימוש מזמן קדום, אלא באמצעות חקיקה מיוחדת. Abu Hana v. The Attorney General, P.L.R. 221, 225 (S.C., 1938) (לעיל ולהלן: פרשת אבו-חנה).

וקריקוריאן), אך בפסק-הדין האחרון בנושא (וזה שמחייב מבחינה משפטית), בעניין חבאב, חזר בית-המשפט העליון המנדטורי לגישה פרשנית מקילה יותר כלפי מחיי קרקע מוואת. בית-המשפט הבחין בין שינוי מהותי בשטח, שהקנה למְחִייה זכות מסוג מירי שנותרה על כנה גם אם הקרקע הונחה לאחר-מכן, לבין עיבוד רגיל, שהיה צריך להימשך עד למועד הגשת הבקשה לרישום הקרקע כמירי, אך פרק-הזמן שבו היה אפשר להגיש בקשה כזו לא הסתיים בשנת 1921, אלא נמשך למעשה עד לסיום תקופת המנדט. לבסוף, פסק-הדין בפרשת אבו-חנה קבע כי לחברי קהילה כפרית יש זכות קניין קולקטיבית מסוג מתרוכה בקרקע שבה השתמשו לאורך זמן לצורכי רעייה ופרנסה נוספת, וכי זכות זו יכולה להירכש מכוח שימוש ארוך-טווח, גם אם הקרקע אינה רשומה, ואפילו אם היא רשומה באופן פורמלי על שם המדינה.

נעבור כעת לנקודה השנייה, ולפיה נהנו הבדווים בנגב מאוטונומיה משפטית. אין זה מקרה שכל פסקי-הדין שעסקו במוואת הגיעו ממרכז הארץ ומצפונה. כפי שנראה להלן, שלטונות המנדט החריגו את החוק והמנהגים הבדויים מדרישותיה של פקודת המוואת ומדרישות נוספות של הדין המנדטורי, והעניקו לדין ולמנהגים הבדויים בנגב הכשר ותוקף משפטיים וכן מרחב ניכר של אוטונומיה. עוד לפני תום תקופת החודשיים שניתנו לרישום הקרקע על-פי פקודת הקרקעות המתות, הבהיר שר המושבות הבריטי וינסטון צ'רצ'יל, בהצהרה מיוחדת שניתנה ב-29 במרס 1921, כי בנגב ימשיך לחול הדין המסורתי הבדוי. סיכום הפגישה הרשמי מ-29 במרס 1921 נוסח כך:

The secretary of state for the colonies reaffirmed the assurances already given in Beersheba by the High Commissioner to the Sheikhs that the special rights and customs of the Bedouin tribes of Beersheba will not be interfered with.¹³⁶

מדיניות זו, שקיבלה אישור בדבר המלך במועצתו משנת 1922,¹³⁷ שהיה מאוחר לפקודת הקרקעות המתות ועליון עליה בפירמידת הנורמות המנדטורית, הביאה לידי הקמתם הפורמלית של בתי-דין שבטיים בדויים בשנת 1924.¹³⁸ בכך המשיכו הבריטים לתת הכרה למשפט המנהגי הבדוי, כפי שעשו העות'מאנים לאחר הקמת באר-שבע.

136 הצהרתו של צ'רצ'יל מופיעה ב-, Public Records Office, C.O. 733/2/21/21698/folio 77, March 1921, London. ראו את מחקריו של סטיין על הצהרת צ'רצ'יל – STEIN, לעיל ה"ש 61, בעמ' 60–61.

137 ס' 45 לדברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, קבע כי "שר המשפטים רשאי לכונן, עפ"י צו, בתי משפט נפרדים למחוז באר-שבע ולשאר אזורים שבטיים, כפי שימצא לראוי. בתי משפט כאלה רשאים לנהוג עפ"י מנהגי השבטים, עד כמה שאינם מנוגדים לצדק ולמוסר הטבעי".

138 .The Establishment of Courts Order Gaz., ¶ 3 (August 1, 1924)

ניתן לשחזר את העמדה המנדטורית באמצעות שורה של מסמכים, קווי מדיניות ועמדות משפטיות המצביעים על תמונה שונה מאוד מעמדתן של המדינה והפסיקה הישראליות, הטוענות כי הן פועלות בהתאם לרציפות הדין מן התקופות העות'מאנית והמנדטורית. נוסף על סכסוכי קרקעות שנשפטו לפני שופטי קרקעות בדווים ולפני בית-הדין השבטי בבאר-שבע, הגיעו עשרות סכסוכים בין תושבי הנגב אל בית-המשפט לענייני קרקעות בבאר-שבע, וחלקם אף הגיעו בערעור לבית-המשפט העליון. מהתייחסותם של בתי-המשפט המנדטוריים לסכסוכי קרקעות בנגב ניתן ללמוד כי בתי-משפט אלה הכירו בדיני הקרקעות הבדווים והתבססו עליהם בפסיקתם, וכי מסמכי קניין בדווים מסורתיים, כגון "סנד" או "ראהן" (בהתאמה – שטרי בעלות או משפון קרקע מסורתיים), היוו ראיות חותכות לבעלות בקרקע.

כך הכירה הפסיקה המנדטורית בסמכותם של בתי-הדין השבטיים לפסוק בענייני קרקעות, וזאת על-פי דין שונה מדיני המקרקעין המנדטוריים הכלליים. בפסק-הדין בפרשת *Ghandour v. Abou Ghaban* (שניתן בשנת 1930 ופורסם בשנת 1934), למשל, קבע בית-המשפט העליון המנדטורי כי לבית-הדין השבטי יש סמכות לדון בנושאי מקרקעין, ובלבד שהנושא הופנה אליו על-ידי הגורם המוסמך.¹³⁹ בהופכו את החלטת בית-המשפט לקרקעות, שסבר כי אין לבית-הדין השבטי כל סמכות לדון בתביעות מסוג זה, קבע בית-המשפט המנדטורי העליון:

In view of the absence of title deeds to land in the Beersheba area and the necessity for the production of a title deed under article 24 of the Magistrates Law, a case such as this appears to be one of those for which the application of tribal custom under article 45 of the Palestine Order in Council is specially intended.¹⁴⁰

יתר על כן, בתי-המשפט המנדטוריים היו ערים לאי-האכיפה של רישום הקרקעות ולא-י-חזולתה של חובת הרישום בנגב, ונתנו תוקף למשפט הבדווי המנהגי במקרקעין ולמסמכי הקניין הבדווים. כך, למשל, בפסק-דין *Farhan v. Ali Kirreh* (משנת 1936) התבסס בית-המשפט על סנד בדווי שנערך בשנת 1915 לצורך הכרעה בסכסוך מקרקעין בנגב.¹⁴¹ באופן

139 כלומר, על-ידי נשיא בית-המשפט המחוזי או הפקיד הרלוונטי. *Ghandour v. Abou Ghaban*, P.L.R. 458 (S.C., 1934).

140 כלומר, אף שהדין הכללי, כפי שנקבע בפקודת בתי-המשפט (Magistrates Act), דרש אישור שלטוני כתוב לכל עסקת מקרקעין, קבע בית-המשפט העליון המנדטורי כי דרישה זו אינה חלה על הבדווים באזור באר-שבע.

141 *Farhan v. Ali Kirreh*, 3 P.L.R. 30 (1936) ("The respondent to this appeal, Khalaf ibn Ali Kirreh, relies upon a sanad of sale of land in Beersheba District in which the name of the alleged vendor, the father of the present appellant, Eid ibn Farhan Abu Abed, has been

דומה, בפסק-דין *Kirret v. Ghannam el Saneh* (משנת 1939) הכריע בית-המשפט בסכסוך קרקעות על בסיס מסמכים מסורתיים ועדויות בעל-פה.¹⁴² בפסק-דין *Abu Hassan v. Irfan* (משנת 1944) הכיר בית-המשפט העליון המנדטורי במערכת דיני המשכונות המסורתיים, וקבע כי –

The custom prevailing in Beersheba is that mortgage-deeds are written in one copy and are kept with the mortgagees.¹⁴³

בפסק-דין *El Baik v. Gharbieh* (משנת 1942), שעסק בסכסוך מקרקעין בעיר באר-שבע, ציין בית-המשפט כי –

It is common ground between the parties that the land in question is not registered and never has been registered. It is also well within the knowledge of the members of this Court that this is a common practice in regard to the Beersheba lands and the law as to the compulsory registration of sales has not been strictly enforced in the Beersheba District.¹⁴⁴

נסכם בתמצית את הנקודות העולות מעיון בפסיקה המנדטורית, אשר דומה כי הן חדשות לשיח המשפטי הנוכחי: למיטב ידיעתנו, מערכת המשפט המנדטורית לא הורתה לרשום קרקע מעובדת כמוואת, וזאת גם מעבר לתחום המיל וחצי וגם שנים רבות לאחר שפגה כביכול תקופת הרישום (בשנת 1921). מעבר לכך, ככל שהעלו בדיקותינו, בתי-המשפט המנדטוריים מעולם לא השתמשו בפקודה זו בנפת באר-שבע; קל וחומר שהם לא הורו לשלול בעלות פרטית או בעלות שבטית בקרקע ולרושמה על שם המדינה על בסיס פקודת המוואת. כפי שנראה בהמשך, בתי-המשפט לא היו היחידים שכיבדו את דיני המקרקעין המנהגיים הברדוויים בנגב; גישה זו בוטאה באופן עקבי ובהיר גם על-ידי הרשויות

written by the person by whom the sanad itself was written. The sanad is duly stamped. One witness has signed it; another Aitiyeh Odeh, has affixed his seal. The names of other witnesses have been written by the writer of the sanad")

באמיתותו של הסנד, החליט בית-המשפט לשמוע עדויות בעל-פה.

Kirret v. Ghannam el Saneh, 6 P.L.R. 513, 514 (S.C., 1939) 142

Abu Hassan v. Irfan, 11 P.L.R. 556, 557 (S.C., 1944) 143

El Baik v. Gharbieh, 9 P.L.R. 397, 397 (S.C., 1942) 144

"Twenty years have now passed, and it is more than time that this particular law as to the registration of sales should be applied even in Beersheba" יש לשים לב כי במקרה זה הקרקע שבמחלוקת הייתה בתחומי העיר באר-שבע, ולא באזורים המרוחקים יותר של השבטים הברדוויים, מה שהניע ככל הנראה את בית-המשפט לקרוא להחלת רישום מכר, היות שמדובר באזור עירוני.

המנהליות, ובראשן הנציב העליון, אשר גילם בו-זמנית את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.¹⁴⁵ אי-הפעלתה של פקודת הקרקעות המתות בנגב, ואי-רישומן של קרקעות הנגב על שם המדינה, לא נבעו מהזנחה או מרמת עניין נמוכה, כפי שנטען. אדרבה, לטענתנו אי-היישום נובע ממדיניות עקבית של הרשויות השופטת, המחוקקת והמבצעת, שלפיה אין להחיל ו/או לאכוף את פקודת המוואת על הכדורים בנגב, אשר נהנו מאוטונומיה משפטית נרחבת.

(ב) הקמת מערכת של רישום והסדר קרקעות

שינוי משמעותי ומרחיק-שנים נוסף שהכניסו הבריטים היה הקמת מערכת של רישום והסדר קרקעות. בעקבות אי-נחת מהשיטה העות'מאנית – ותוך היענות ללחצים מצד התנועה הציונית לקדם הסדר קרקעות אשר יבהיר את מצב הזכויות במקרקעין, יקל איתור קרקעות מדינה ורכישת קרקעות מערבים, ויקדם ודאות קניינית ברכישות אלה – חוקקו הבריטים בשנת 1928 את פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) (להלן: פקודת הסדר המקרקעין).¹⁴⁶ הפקודה קבעה הליך מקיף של סקר והסדר קרקעות מקיף בארץ-ישראל/פלסטין, המבוסס על דגם אוסטרלי המכונה "שיטת טורנס".¹⁴⁷ שיטה זו יצרה ספרים של רישום זכויות במקרקעין המנוהלים על-ידי המדינה. הזכויות, לפי שיטה זו, נרשמות לפי גושים וחלקות, ומתבססות על מדידת קרקעות, מיפוי המדויק וסירוי-שטח של רושמי המקרקעין. עוצמתו המשפטית של הסדר זכויות המקרקעין על-פי שיטת טורנס נבעה מהסתמכותו על מפות מדויקות וכן מסופיות הרישום. לאחר סיום תהליך ההסדר באזור מסוים היה אפשר לתקוף את הרישום רק על בסיס עילות מצומצמות ביותר. פקודה זו, בשינויים המעטים שהוכנסו בנוסח החדש שלה בשנת 1969, מהווה את הדין המרכזי המסדיר את דיני הסדר הקרקעות בישראל עד עצם היום הזה, ואת המסגרת הדיונית לסכסוך שבין יורשי אל-עוקבי לבין מדינת-ישראל.¹⁴⁸

עד לסיום תקופת המנדט הסדירו הבריטים סופית כ-5,000,000 דונם, שהיוו כ-20% מן השטח המנדטורי. הבריטים החילו את ההסדר באופן ברייני (סלקטיבי) על אזורים שהוכרוזו

145 ראו להלן חלק ג(ב).

146 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 390 (להרחבה ולעיון נוסף ראו שם, פרק 18). ראו גם גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 150–155.

147 לפרטים על השיטה שהונהגה על-ידי השלטון המנדטורי ראו GRANOTT, לעיל ה"ש 77, בעמ' 74–75; דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 372–389. תהליך זה התבסס כאמור על שיטת "טורנס" האוסטרלית, אשר נועדה במקור לענות על צורכיהן של מדינות מיישבות-אוכלוסייה. ויסמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 290, 295–296. ראו גם גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 136–139, 156–161.

148 ראו פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969, נ"ח 292. לפירוט על הסדר המקרקעין ראו גם זנדברג, לעיל ה"ש 93.

באופן רשמי על-ידי השלטונות כשטח בהסדר (Settlement Area). קרקעות אלה נמצאו ברובן באזורים יהודיים או באזורים שהיו בסכסוך בין יהודים לערבים.¹⁴⁹ כפי שכותבים הללי, דנין, פורמן, גביש ופנטון, הסדר המקרקעין הבריטי העניק דרך קבע זכויות מירי בקרקעות מעובדות למחזיקיהן על-סמך מצב הקרקע בזמן ההסדר.¹⁵⁰ עד הקמתה של מדינת-ישראל לא נעשה תהליך שיטתי של רישום והסדר מקרקעין בנגב, ולא נערכו בו אפילו סקרים מוקדמים. זאת ועוד, משרדי הטאבו הקרובים ביותר לנגב היו בעזה ברוב שנות המנדט. אם כן, כמעט כל מערך רישום הקרקעות הממשלתי לא היה נגיש לבדווים כפי שהיה נגיש לתושבי יתר אזורי הארץ. גם מפות פיסקליות שהוכנו בעבור כל הנפות בארץ ופרשו את הבעלויות בקרקעות החקלאיות לא שורטטו בעבור החקלאים בנפת באר-שבע, ועקב כך נותרה שיטת המיסוי החקלאי בנגב שונה מזו שהונהגה בכל יתר המחוזות.¹⁵¹ אך כפי שנראה בהמשך, נערכו רישומים נקודתיים של קרקע, במיוחד כאשר זו נמכרה מבדווים ליהודים.¹⁵²

3. התקופה הישראלית – התפתחותה של דוקטרינת "הנגב המת"

כמו ברוב חלקי הארץ, גם בנגב היוותה מלחמת תש"ח נקודת מפנה מכריעה בכל הנוגע במשטר המקרקעין. למעשה, נדמה שהמהפך בנגב היה העמוק מכולם, שכן כמעט כל תושבי הנגב הערבים הפסידו את זכויות הקרקע ואת מרבית רכושם. כ-80% מהבדווים שהתגוררו בנפת באר-שבע לפני 1948, בעיקר בנגב המערבי, ברחו או גורשו, ולא הורשו לחזור לאחר המלחמה, וכך איבדו את כל רכושם. יישוביהם נהרסו, ואדמותיהם נמסרו ליישובים חקלאיים ועירוניים יהודיים שהוקמו באזור. כ-11,000 הבדווים שנותרו רוכזו בתחילת שנות החמישים תחת ממשל צבאי באזור "הסייג" (סייג' בערבית פירושו "גדר"),

149 Yitzhak Oded, *Land Losses among Israel's Arab Villagers*, 7 NEW OUTLOOK 10, 13 (1964). בשטח שנהפך למדינת-ישראל לא הסדירו הבריטים כלל את האזור הערבי של הגליל ואת אזור הנגב. ראו מפת הסדר הקרקעות בתום תקופת המנדט אצל גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 201, 203, 205; כהן, לעיל ה"ש 76.

150 הבריטים גם הכינו מפות פיסקליות לכל הכפרים בארץ-ישראל/פלסטין המנדטורית, שבהן סומנו – במהירות יחסית וללא תהליך קדסטרי – חלקות העיבוד ושמות המחזיקים. מפות אלה היוו בסיס למיסוי הקרקע החקלאית ולרישומה מאוחר יותר כקרקע מירי בזמן ההסדר והמיפוי הקדסטרי. ראו גביש, לעיל ה"ש 54; BUNTON, לעיל ה"ש 95; הללי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 579; חירם דנין "זיכרונות מימים ראשונים" באר שבע ואתריה 170 (1990).

151 ראו גביש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 25–29.

152 בתקופה העות'מאנית לא נעשה רישום קרקעות בנגב, ובתקופה המנדטורית לא הדריס הסדר הקרקעות בנגב מעבר לקו שבין קרית-גת ואשקלון. תהליך הרישום גם נעצר בשנת 1947, עם החלטת החלוקה וסיום המנדט. כתוצאה מכך לא עברו אדמות הבדווים בנגב הסדר. ראו בן-דוד מריבה בנגב, לעיל ה"ש 44.

שכלל כ-1,000,000 דונם ממזרח ומצפון לבאר-שבע.¹⁵³ סכסוך המקרקעין הנוכחי, חשוב להזכיר, נוגע רק בכדורים שנותרו במדינה ונהפכו לאזרחיה.

בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה לא הגיע הסדר הקרקעות לנגב. בשנות השישים החל להתבצע הסדר הדרגתי, שבמסגרתו נערך רישום גורף של קרקעות הנגב על שם המדינה. רישום זה כלל אזורים נרחבים, בעיקר בהר הנגב, שהוחזקו לפני 1948 על-ידי הכדורים ממה העזאמה.¹⁵⁴ היות שהמחזיקים הכדורים של אזורים אלה פונו עוד לפני כן לאזור הסייג, הסדר קרקעות אלה יצא אל הפועל ללא התנגדות, וככלל גם ללא ידיעתם של הכדורים.

במקביל להסדר המקרקעין, ונוסף עליו, נרשמו חלקים נרחבים מן הנגב על שם המדינה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, ומכוח חוק נכסי נפקדים, התשי"ו-1950.¹⁵⁵ חלקים אחרים נרשמו על שם המדינה בהסתמך על העמדה שלפיה הקרקע הייתה קרקע מוואת ולכן היא בבעלות המדינה.¹⁵⁶ אזורים אלה כללו קרקעות שהוחזקו בעבר על-ידי הכדורים, אולם בתקופה זו, על-פירוב, לא הוחל ההסדר על קרקעות הסייג שעליהן ישבו כדורים בעת הכרזת ההסדר.¹⁵⁷

153 ראו: HELMUT MUHSAM, BEDOUIN OF THE NEGEV: EIGHT DEMOGRAPHIC STUDIES 24 (1966); BENNY MORRIS, THE BIRTH OF THE PALESTINIAN REFUGEE PROBLEM REVISITED (2004) 528.

154 הבעלים המסורתיים של קרקעות אלה הגישו תביעות בשנות השבעים על 521,000 דונם באזור הר הנגב, אך אלה נפסלו על הסף בטענה שהקרקע כבר רשומה על שם המדינה. יורשי התובעים טוענים עד היום כי תביעותיהם צריכות להתברר, וטענה זו נתמכת על-ידי ועדת גולדברג, אשר מונתה בשנת 2008 על-ידי ממשלת ישראל לחקור את שאלת הקרקעות וההתיישבות של הכדורים. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13, פס' 80, 90.

155 מייקל פישבך מעריך כי מדינת-ישראל הפקיעה 4,865,334 דונם לפי חוק נכסי נפקדים. הקרקע שהולאמה באזור באר-שבע מוערכת על-ידינו בכ-1,700,000 דונם. MICHAEL R. FISCHBACH, RECORDS OF DISPOSSESSION: PALESTINIAN REFUGEE PROPERTY AND THE ARAB-ISRAELI CONFLICT 30, 50-51, 80 (2003). לסקירת הערכות שונות של הקרקעות שהופקעו ראו Forman & Kedar, *From Arab Land to 'Israel Lands'*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 812. חיה נח מעריכה כי מתוך כ-1,250,000 דונם שהופקעו מכוח חוק רכישת מקרקעים, 137,400 דונם הופקעו בנגב. חיה נח הכפרים שישנם ואינם: הכפרים הכדואים הלא-מוכרים בנגב (2009).

156 ראו מכתב מפקיד מסדר ירושלים והדרום אל מנכ"ל משרד המשפטים (10.11.1961); הנושא את הכותרת "מצב ההסדר באזורי ירושלים והדרום". לפירוט של היקפי הרישום לפי דונמים ויישובים ראו מכתב מצבי אוריאל, מנהל אגף בעלות ורישום במנהל מקרקעי ישראל, אל יוסף ויץ, מנהל מנהל מקרקעי ישראל (29.5.1964) (א.מ.י. חט' 74, מכל 5733/ג, תיק 3520/11), הנושא את הכותרת "רישום והסדר קרקעות באזורי הנגב הצפוני והדרומי", מאוזכר אצל זנדברג, לעיל ה"ש 93, בעמ' 345, הערה 29.

157 בשנת 1975 דיווח כי הושלמה הסדרתן של מרבית הקרקעות בנגב שלא היו בסכסוך עם הכדורים. דוח אלבק, לעיל ה"ש 47.

מצב דברים זה השתנה בסוף שנות השישים, כאשר הוחלט לערוך הסדר קרקעות באזורים המוחזקים על-ידי הברווים. בין השנים 1971 ו-1979 הוגשו לפקיד ההסדר כ- 3,220 תביעות לזכויות על שטח של 1,500,000 דונם באזור הנגב הצפוני.¹⁵⁸ תביעות אלה התייחסו למצב בעלות הקרקע בשנת 1948. השטח הנתבע נמתח בגבולו הצפוני בין ערד, אזור רהט ואזור נתיבות של היום (בעבר ואדי שריעה), ובגבולו הדרומי – בין האזורים שממזרח לדימונה של היום ועד לרביבים. חלק זה כלל בעיקר את אזור "הסייג", שבו רוכזו הברווים שנותרו בישראל לאחר מלחמת תש"ח. לאחר הגשת התביעות הוקפא למעשה ההסדר במשך כשלושים וחמש שנה. הקפאה זו מהווה חריגה משמעותית מההליך הנורמטיבי המצוין בפקודת ההסדר, שבמסגרתו המדינה מחויבת לדאוג לפרסום לוח תביעות במהירות סבירה, וכן לדון בתביעות ולפרסם דוח זכויות לפי לוח-זמנים ותקופות שקבועות בפקודה.¹⁵⁹ לא כאן המקום לדון בהשלכות החמורות של הדחייה, מעבר לציון העובדה הברורה שהיא פגעה ופוגעת בתובעי הקרקעות הברווים, המתקשים כיום למצוא ראיות או עדים חיים מהתקופה הרלוונטית. הדחייה אינה רק עיכוב טכני או ביורוקרטי, אלא נהפכה לחלק מהיתרון המובנה של המדינה בתיקי ההסדר.¹⁶⁰

(א) הנחת יסודות הדוקטרינה – דוח ועדת אלבק, 1975

באוקטובר 1975 הוגש לממשלת ישראל מסמך שכותרתו "דו"ח מסכם של צוות המומחים לעניין הסדר מקרקעין איזור הסייג והנגב הצפוני".¹⁶¹ הדוח קיבל תוקף של החלטת

158 קיימים נתונים שונים בקשר להיקף השטח שנתבע, וזאת מאחר שיש אזורים שנתבעו וכבר נרשמו על שם המדינה לפני ההסדר. למשל, דוח אלבק, לעיל ה"ש 47, העריך את שטח הקרקע שעליו הוגשו תביעות הסדר ב-1,500,000 דונם, שמתוכם כ-600,000 דונם היו שטח מרעה שבטי. לפי הדוח של ועדת גולדברג, מזמן הכרזת ההסדר, בתאריך 2.5.1971, עד תאריך 24.10.1979 הוגשו 3,220 תביעות על שטח של 776,856 דונם. על-פי נתונים שנמסרו לוועדה ממנהלת הברווים, בשנת 2008 נותרו 2,749 תביעות על שטח של 549,000 דונם. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13, פס' 31–35. 2,478 מתוך 3,220 התביעות הן לקרקע בתוך הסייג, ומספר התובעים הוא 1,281. ב-389 תביעות יש יותר מתובע אחד, ו-292 מביניהן עוסקות בקרקע בתוך הסייג. נוסף על כך, כ-150,000–200,000 דונם מהשטח שנתבע נתבעו באזור הר הנגב על-ידי שבט אל-עזאזמה (מחוץ לאזור שהוכרז להסדר), שם כבר נרשמה הקרקע על שם המדינה בשנות החמישים. ראו בן-דוד מריבה בנגב, לעיל ה"ש 44, בעמ' 73, 75.

159 ס' 34, 38 ו-55 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר).

160 אומנם, באופן תיאורטי היה אפשר לפנות לבתי-המשפט ולזרז את ההסדר, כפי שעשה בשנת 2005 נורי אל-עוקבי. אך במצב השוליות של הברווים בשנות השבעים, השמונים והתשעים, לא היו להם הכלים או המשאבים ליוזם תהליך זה, הנמצא כאמור באחריות המדינה לפי פקודת ההסדר.

161 דוח אלבק, לעיל ה"ש 47.

ממשלה ביום 15.8.1976. הצוות, שבראשותו עמדה מנהלת המחלקה האזרחית של פרקליטות המדינה עו"ד פליאה אלבק, התווה בדין-וחשבון את מדיניות הממשלה ביחס למקרקעי הכדורים, ולמעשה עיצב את התפיסות המובילות מדיניות זו עד עצם היום הזה. במשפטי הפתיחה של הדוח ניתן למצוא חלק ניכר מן המרכיבים המרכזיים ששימשו ומשמשים עד היום את המדינה בהבניית הכדורים כחסרי זכויות בקרקע וכניתנים להעברה ממקום למקום. על-פי הדוח, באזור הסייג שבצפון הנגב "נמצאים במפורז" כ-30,000 "כדורים של הנגב", העוברים "יותר ויותר מצורת החיים המקורית של הכדורים כנוודים לחיי קבע במקומות שהם מתיישבים בהם ומעבדים את אדמותיהם עיבוד חקלאי. בשנים האחרונות עברו הכדורים כתוצאה מכך מצורת מגורים היסטורית באהלים – להתיישבות במבני קבע..."¹⁶² משפטים אלה הנגידו בין "צורת החיים המקורית" של הכדורים כנוודים לבין המעבר ל"חיי קבע". האוהל, שהיווה את "צורת המגורים ההיסטורית", שימש ראייה ניצחת לנוודותם של הכדורים. על-פי נרטיב זה, רק "בשנים האחרונות" עברו הכדורים להתיישבות קבע, שסומלה על-ידי "מבני קבע", ורק לאחר שעברו להתיישבות קבע זו החלו הכדורים בעיבוד חקלאי. הדוח המשיך וקבע כי בשנת 1965 הוחלט "לרכוז את כל הכדורים למגורים" בכמה "עיירות לכדורים" באזור הסייג. זמן קצר לאחר-מכן החל גם הסדר הקרקעות באזור הנגב הצפוני, לרבות באזור הסייג, במטרה לקבוע את הבעלות בשטח זה, וזאת לאחר ששטחים אחרים בנגב כבר הוסדרו.

נרטיב היסטורי-גיאוגרפי זה השתלב עם זה המשפטי, שלפיו כל קרקעות הסייג הינן בבעלות המדינה עקב היותן מסוג מוואת.¹⁶³ וכך אימץ הדוח את העמדה שלפיה:

כל אדמות אזור הסייג הינן אדמות שהיו מרוחקות מכל שטח בנוי בעת שנחקק חוק הקרקעות העות'מאני, ולפיכך שייכות הן לסוג קרקעות המוואת – קרקעות אשר לפי פקודת הקרקעות (מתות) 1921, אי אפשר לרכוש בהן זכויות אם לא היו זכויות אלו רשומות בשנת 1921 או מייד לאחריה, או הוענקו במפורש – על ידי המדינה. מאחר שאין חולק שהכדורים לא רכשו זכויות רשומות באדמה באזור הסייג, הרי טענת המדינה בהסדר המקרקעין היא שמכיוון שאדמות אלה כולן מסוג מוואת, אין הכדורים יכולים לרכוש בהן שום זכויות, אף לא מכוח החזקה ועיבוד ממושכים, ולפיכך כל האדמות הינן אדמות מדינה.¹⁶⁴

162 שם, בעמוד הראשון לדוח (ההדגשות הוספו).

163 הקביעה לגבי אזור הסייג מכוונת במשתמע לכלל הנגב. אכן, בתביעות נוגדות שהוגשו על קרקעות מחוץ לאזור הסייג, כגון קרקעות אל-עוקבי בזחיליקה או קרקעות אבו-פריח בצפון-מערב עראקיב, המדינה משתמשת בטיעונים – הלקוחים מדוח אלבק – בדבר היות הקרקע מסוג מוואת, בדיוק כמו באזור הסייג.

164 דוח אלבק, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1.

הדוח המשיך וציין כי עמדה זו של המדינה התקבלה בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע בשני המשפטים הראשונים שנדונו בעניין זה. כמו-כן צוין כי באחד המקרים הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, אך בעת כתיבת הדוח טרם נדון ערעור זה. אף שהדוח לא ציין את פרטי הערעור, קרוב לוודאי שהכוונה הייתה לע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, אשר נפסק בשנת 1984 על-ידי השופט חלימה ונהפך לאבן-הפינה להלכת "הנגב המת".¹⁶⁵ נחזור מייד לפסק-דין מרכזי זה, אשר מרחף מעל פרשת אל-עוקבי ומעל מכלול הסכסוך הקרקעי בנגב.

לאחר הקביעה הנחרצת כי אין לבדווים זכות משפטית בקרקע, נפתח סדק צר של "חסד":

למרות... שהאדמות הן מסוג מוואת, היה ברור לכל הנוגעים בדבר כבר בשלב מוקדם, שלא יתכן מבחינה אנושית, ויש להניח שגם בית המשפט העליון לא יאשר זאת כאשר יגיע הסדר המקרקעין לדיון בפניו, שהבדווים יפוננו מכל אזור הסייג ללא כל פיצוי במסגרת הסדר המקרקעין, למרות שנים רבות מאוד של חיים, אך ורק לאור הטענה שלא היה במקום ישוב כפרי או עירוני בנוי בשנת 1858.¹⁶⁶

לנוכח זאת הסבירו מחברי הדוח כי החליטו להעניק לבדווים פיצוי תמורת פינוים מן השטחים שבהם הם מחזיקים או החזיקו בעבר ואשר הם טוענים לזכויות עליהם. עיקר הפיצוי חושב כאחוזים משווי הקרקע, והיה אמור להיות משולם בכסף. לבדווים שהוכרה תביעתם לבעלות על יותר מ-100 דונם ניתנה אפשרות לקבל חלק קטן מן הפיצוי בקרקע, ולא בכסף, ובתביעות מעל 400 דונם היה אפשר לקבל גם פיצוי בקרקע חקלאית. שווי הפיצוי בקרקע עמד בדרך-כלל על 20% בלבד מהיקף תביעת הקרקע שהוכרה על-ידי המדינה.¹⁶⁷

אך "שיח החסד" של ועדת אלבק, שנהפך למדיניות ממשלתית, נתן למעשה גיבוי משפטי להחלטה הגיאופוליטית לרכז את הבדווים בעיירות-הקבע. דוח אלבק לא הותיר בידי הבדווים שום מקום בנגב שבו יכלו להימצא באופן חוקי, להוציא את עיירות הבדווים,

165 ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13.

166 ראו דוח אלבק, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1.

167 למי שהוכרה תביעתו לבעלות ביותר מ-400 דונם ניתנה אפשרות לקבל שטח השווה בגודלו ובערכו ל-20% מן השטח שלגביו הוכרה תביעתו, וכן פיצוי כספי נוסף. במקרים שבהם היה השטח קטן מ-400 דונם אך גדול מ-100 דונם היה אפשר לקבל כאחוז אחד מן הקרקע כקרקע שלחין, והשאר בפיצוי כספי. נוסף על כך, כיום בדווים העוברים לעיירות-קבע זכאים לפיצוי כספי נוסף וכן לקרקע ל"בנה ביתך". ראו גם Yahel, לעיל ה"ש 15.

שבהן יכלו לקבל מספר מצומצם של מגרשים וקרקע חקלאית בחוזים עונתיים זמניים.¹⁶⁸ הדוח קבע נחרצות כי "לא יינתן שום פיצוי אלא למי שמפנה את השטח או פינה אותו בעבר, ואיננו מתגורר ואיננו מחזיק עוד בשום מקום באזור הסייג פרט לאדמות שהוקצו לו בעיירות המיועדות לבדווים או באיתורים שיועדו לעיבוד חקלאי לבדווים."¹⁶⁹ בהמשך למדיניות זו נחתמו בין השנים 1978 ו-2006 הסכמי פשרה בנוגע למקרקעין בהיקף של כ-150,000 דונם. גורלם של 220,000 דונם נוספים הוכרע בבתי-המשפט, כך שבשנת 2006 נותרו מאותם 1,500,000 דונם של תביעות מקוריות כ-620,000 דונם של קרקע בסכסוך. תביעות שהגישו שבטי העוזאמה על כ-500,000 דונם בהר הנגב נפסלו על הסף, מכיוון שבזמן הכרזת הסדר המקרקעין כבר היו קרקעות אלה רשומות על שם המדינה. פסילה זו מהווה סלע-מחלוקת נמשך בין המדינה לבין שבטי העוזאמה. כשני שלישים מקרקעות אלה – כלומר, יותר מ-400,000 דונם – עדיין מוחזקים, מיושבים ומעובדים על-ידי הבדווים באזור הסייג.¹⁷⁰

(ב) גיבוש הלכת המוואת בפסיקתו של בית-המשפט העליון

הטיעון המשפטי בדוח אלבק התמקד, כפי שראינו, בכך שהקרקע המוחזקת על-ידי הבדווים היא מסוג מוואת ולכן אין להם זכויות קנייניות בה. טיעון זה התבסס על פסיקת בית-המשפט העליון בנדון שהתקבלה בתחילת שנות השישים במסגרת הסדר קרקעות באזורים ערביים בגליל.¹⁷¹ בשנים אלה גיבשה פסיקת בית-המשפט העליון את הלכת המוואת באופן שהרחיב את סיווגה של קרקע ככזו, וכך הקשה על תובעים לטעון לבעלות על הקרקע והקל על המדינה לטעון כי מדובר במקרקעי המדינה. פסיקה זו גובשה בפסק-הדין המוביל בעניין מדינת ישראל נ' בדראן (משנת 1962), וקבעה חלק ניכר מן ההלכה – המוטעית לדעתנו –

168 באופן תיאורטי יכלו בדווים לרכוש קרקע פרטית, ואף ממקרקעי ישראל. אך נראה כי אפשרות זו לא הייתה מציאותית עקב העדרו של שוק מקרקעין משמעותי בנגב (בוודאי באותה תקופה). כמו-כן, לנוכח מצבם הכלכלי של הבדווים, ספק אם הם יכלו לרכוש קרקע בהיקפים משמעותיים שהיה בהם כדי לשמר את אורח חייהם המסורתי של חקלאות-בעל המשולבת במרעה. במקרים מסוימים יכלו בדווים לרכוש דירות או בתים בבאר-שבע או ביישובים נוספים, אך גם כאן נראה שבתקופה המדוברת מומשה אפשרות זו על-ידי מעטים בלבד, אם בכלל.

169 ראו דוח אלבק, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2. כן ראו שמיר, לעיל ה"ש 11.
170 נתונים של מנהלת הבדווים, כפי שהם מובאים במאמרה של חבצלת יהל "הסדרת מקרקעין בנגב" רשימות בנושא הבדווים 38, 54 (2006). מתוך שטח זה, כ-80,000 דונם היו קרקעות באזור שפונה לשם הקמת שדה-התעופה באזור נבטים לאחר הסכם השלום עם מצרים. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13; חוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התש"ם-1980. ראו גם סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 42, בעמ' 19-21.

171 לניתוח מקיף של פסיקה זו ראו קדר, לעיל ה"ש 52; Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 46.

שיושמה לאחר־מכן בנגב ואשר ממשיכה לחול עד עצם היום הזה.¹⁷² בעניין בדראן עלתה לדיון שאלת רישומה של קרקע באזור הכפר בענה שהוגדרה על־ידי בית־המשפט כ"קרקע מואת, שפותחה ועובדה לפני שנכנסה לתוקף פקודת הקרקעות (מתות) והיא מוחזקת ומעובדת עד היום הזה על ידי צאצאי המפתחים המקוריים".¹⁷³ בפסק־דינו הקצר עיצב השופט ברנזון את הלכת המוואת הישראלית כסדרה של משוכות אשר ניתנות לכאורה להתגברות אך למעשה בלתי־עבירות, שמנעו ממחזיקי קרקע המרוחקת מכפר או מעיר את האפשרות להוכיח זכויות בקרקע זו, אף אם החיו ועיבדו אותה במשך דורות. המדינה טענה כי הקרקע היא מוואת, ואילו מעבדי הקרקע טענו כי היא מירי, וכי לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (חק"ע) הם זכאים לרושמה על שמם. השאלה העיקרית שעמדה לדיון הייתה אם כן סוג הקרקע.

כפי שראינו, סעיף 6 לחק"ע הגדיר קרקע מוואת ככזו המרוחקת מרחק מסוים מקצהו של כל אזור מיושב שהוא. לחישוב המרחק ניתנו בחוק העות'מאני שלוש אפשרויות (1) המרחק שממנו אי־אפשר לשמוע קול צעקה של אדם הנמצא באזור מיושב; (2) מיל וחצי; (3) מרחק הליכה של חצי שעה.¹⁷⁴ בית־המשפט בחר בקריטריון השני: "...בתחרות בין מרחק מדידה למרחק שמיעה דוחק מרחק המדידה את רגלי מרחק השמיעה והוא הקובע."¹⁷⁵ ככלל, בפסיקותיו של בית־המשפט העליון נקבעה הלכה עקבית, ללא נימוק משפטי הולם, שלפיה כל קרקע המצויה בטווח של יותר ממיל וחצי ממקום יישוב ואשר לא נרשמה בשנת 1921 היא לכאורה אדמת מוואת, ולפיכך שייכת למדינה.¹⁷⁶ למעשה, ההלכה הישראלית הניחה את המבוקש. נזכיר כי לפי החוק העות'מאני אין מניעה שקרקעות הנמצאות במרחק העולה על מיל וחצי מיישוב יוגדרו לא כמוואת, אלא כמירי או כמתרוכה, למשל.¹⁷⁷ כפי שראינו, משה דוכן סבר כי "קרקע שהיא במרחק יותר גדול מעיר או כפר מן המרחק הקבוע בחוק ושאינה נעבדת אינה נכללת דוקא בסוג של קרקע מואת. היא יכולה להיות קרקע למרעה קיץ או למרעה חורף, או חורשות, יערות ושדה עצים (מחטבות).

172 ע"א בדראן, לעיל ה"ש 74. ראו גם קדר, לעיל ה"ש 52; Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 46.

173 ע"א בדראן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1719.

174 לנוסחו של ס' 6 לחק"ע (בתרגומו של דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 466) ראו לעיל ליד ה"ש 75. ס' 103 לחק"ע התייחס אך ורק לטווח הצעקה, וכך גם ס' 1270 למג'לה. ראו דיון לעיל ליד ה"ש 74 ואילך.

175 ע"א בדראן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1720.

176 לשימוש דומה בקריטריון המיל והחצי ראו ע"א 26/62 מדינת ישראל נ' נזאל, פ"ד טז 1722 (1962), שניתן על־ידי השופט ברנזון באוגוסט 1962, בהסכמת השופטים כהן ומני; ע"א 274/62 מדינת ישראל נ' סואעד, פ"ד טז 1946 (1962) (להלן: ע"א סואעד השני), שניתן על־ידי הנשיא אולשן בספטמבר 1962; ע"א 55/63 סואעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(2) 3 (1966) (להלן: ע"א סואעד השלישי), שניתן על־ידי השופט לנדוי במרס 1966, בהסכמת השופטים אגרנט והלוי.

177 ראו דיון לעיל בתת־פרק ב1, ליד ה"ש 84 ואילך.

הקרקע יכולה להיות קרקע מירי שהזנחה על ידי הבעלים, או קרקע מירי-מחלול. היא יכולה להיות גם קרקע מתרוכה...¹⁷⁸

הבחנה זו קריטית למקרה הכדורי, בין היתר היות שסעיף 54 לפקודת הסדר המקרקעין (משנת 1928) קבע במפורש שבמסגרת הסדר קרקעות ניתן לרשום קרקע מעובדת על שם מחזיקיה ומעבדיה הלא-רשומים, וזאת בכפוף לכך שהקרקע אינה מסוג מוואת או מירי-מחלול.¹⁷⁹ כאמור, על-פי הדין העות'מאני, קרקעות מוחזקות שעדיין מעובדות אינן בגדר מוואת או מחלול.¹⁸⁰ כך גם קבעה הפסיקה המנדטורית.¹⁸¹ במילים אחרות, מחזיקי קרקע המוכיחים כי הקרקע אינה מוואת אינם נופלים לגדר דרישת הרישום הנזכרת בפקודה משנת 1921, משום שהקרקע אינה מוואת, ולכן סעיף 54 לפקודת הסדר המקרקעין (משנת 1928) מאפשר רישום קרקע כזו על שם.

נושא מרכזי נוסף היה שאלת אופי המקום שממנו מודדים את המרחק שממנו מתחיל המוואת. הוכח כי קרקע-המריבה הייתה רחוקה יותר ממיל וחצי מהכפר בענה, אך מעבדי הקרקע טענו כי היא מצויה בקרבת היישוב ערב-עסוואעד. בית-המשפט דחה טענה זו וקבע:

ערב-עסוואעד הוא לא עיר ולא כפר ולא הוכח קיומו מלפני חוק הקרקעות העתמאני. השבט היושב שם מונה בסך הכל שבע משפחות השוכנות בבניני קבע שנבנו בתקופת המנדט והמפוזרים על פני שטח גדול כך שאין לראות בהם שטח בנוי של עיר או כפר שניתן למדוד ממנו את המרחק לקרקע הנדונה. יתר על כן, לפני שהוקמו הבנינים, היה השבט גר באוהלי-קידר (בתי שיער) אך איש לא העיד שהם שכנו שם והיו ישוב של קבע מימים קדומים, כלומר מלפני פרסום חוק הקרקעות העתמאני, שהוא המועד הקובע לעניין זה.¹⁸²

בפסקה קצרה זו עשה השופט ברנזון שתי הכרעות פרשניות דרמטיות, שתוצאתן המעשית הייתה חסימת האפשרות של כדורים לזכות בקרקעות שאותן עיבדו במשך דורות. ראשית, הוא קבע כי רק "עיר או כפר" – ולא כל מקום יישוב – מהווים מקום מדידה לגיטימי. עמדה נחרצת זו עומדת בסתירה לעמימות ששררה ביחס לסוגיה זו במשפט העות'מאני ובעמדה הבריטית. השלטונות העות'מאניים והבריטיים התחשבו באופיים המיוחד של היישובים הכדוריים, ואפשרו להם לזכות בזכויות מקרקעין למרות אופיים הייחודי. כפי שראינו, הדין

178 דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 48 (ההדגשה הוספה).

179 ראו לעיל בתת-פרק 2, ליד ה"ש 102 ואילך.

180 הסדר זה כולל במפורש גם את המחזיקים שקיבלו את הקרקע בהעברה לא-רשומה, כמו רוב-רובם של הכדורים.

181 ראו דיון לעיל בתת-פרק 2, ליד ה"ש 113 ואילך.

182 ע"א בדראן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1720 (ההדגשות הוספו).

העות'מאני לא הגדיר באופן אחיד וחד-משמעי מהו "ישוב", והתייחס הן לפאתי "עיר או כפר" והן לפאתי "מקום יישוב" כאל נקודות שמהן יימדד המרחק.¹⁸³ גם ועדת אברמסון לאיתור קרקעות המדינה, שהוקמה על-ידי הבריטים בשנת 1921, אימצה את הגישה שלפיה קרקע מוואת מתחילה מהנקודה שבה לא יישמע קולו של גבר מקצה "מקום או כפר".¹⁸⁴ זאת ועוד, בפקודת הסדר המקרקעין הבריטי משנת 1928, ובנוסח הישראלי של הפקודה משנת 1969, "ישוב" מוגדר ככולל גם "אזור שבטי": "ישוב" – לרבות מקרקעין של ישוב שבתחום עירייה או שבתחום אזור שבטי או הגובלים עם תחומים כאמור, או חלק ממקרקעין אלה...¹⁸⁵

שנית, ברנוון קבע כי רק "ישוב של קבע" שקיים מלפני שנת 1858 ייחשב לצורך מדידת המרחק. הכרעה זו עומדת בסתירה להבנתו של חוקר חוק הקרקעות העות'מאני ונשיא בית-המשפט לקרקעות בירושלים השופט טיוט (Tute), שלפיה "מקום יישוב" כלל לא רק ערים וכפרים קיימים, אלא גם יישובים חדשים.¹⁸⁶ הדרישה ש"ישוב" יהיה קיים מלפני שנת 1858 על-מנת שהקרקע בו ובסביבתו לא תסווג כמוואת הינה חדשה; היא אינה מופיעה בשום חוק, ולמיטב ידיעתנו – גם בשום פסיקה מנדטורית.¹⁸⁷ קביעת תאריך זה כתנאי להכרה בקיומו של "ישוב" הגבילה בצורה משמעותית את סך האדמות שיכולות להוות קרקע מירי, והרחיבה בצורה משמעותית את כמות הקרקע מסוג מוואת באמצעות הגבלת מספר היישובים המהווים נקודה לגיטימית שניתן למדוד ממנה את מרחק המיל וחצי. נוסף על כך, בפקודת הסדר המקרקעין משנת 1928 כלל המחוקק המנדטורי "אזור שבטי" בהגדרתו של "כפר". והנה, בית-המשפט העליון אצלנו התעלם מההגדרה הפתוחה של מקום היישוב בשתי חקיקות מרכזיות אלה, המהוות כמובן את התשתית של הסדר המקרקעין המתבצע כעת בנגב. נוסף על כך, באופן לא-מפתיע לא נימק השופט ברנוון את

183 ראו דיון לעיל ליד ה"ש 78 ואילך.

184 ראו: Public Notice: Demarcation of Government Lands, ¶ 4 (1.12.1921); GENERAL REPORT OF THE COMMISSION TO ENQUIRE INTO THE CONDITIONS OF LAND SETTLEMENT IN PALESTINE 10 (1921) (PRO CO 733/18, 174761) (להלן: דוח אברמסון).

185 ס' 1 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש].

186 ראו לעיל בתת-פרק ב1, ליד ה"ש 79–82.

187 ראו דיון בחקיקה ובפסיקה המנדטוריות לעיל בחלק ב2(א). השופט ברנוון לא עיגן את בחירתו במועד חקיקתו של חק"ע כמועד הקובע כתנאי להכרה בקיומו של "ישוב" לגיטימי למדידה. ייתכן שהוא ערך אנלוגיה לאחת הגישות הפרשניות ביחס לשאלה אם קרקע מירי באזור שנהפך לעיר או לכפר אחרי חקיקת חק"ע נהפכת לקרקע מסוג מולכ. לדיון בנושא זה ראו דוכן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 39–41. אך גם אם זה המקור שהשפיע על בחירתו (וכאמור, הוא אינו מתייחס לכך בפסק-דינו), לא הייתה לו חובה משפטית לעשות כך, ומדובר בבחירה בכלל פרשני שחסם למעשה כמעט לחלוטין את אפשרותם של בדרוים לזכות בהכרה בזכותם בקרקעות שאותן החזיקו ועיבדו.

הכרעותיו הפרשניות, אלא הציגן כהחלה פורמלית של הדין הקיים. הכרעתו זו של ברנזון נהפכה במהירות להלכה מובילה.¹⁸⁸

גם בנוגע לנטל ההוכחה הקשתה הגישה הישראלית על המחזיקים. סעיף 29 לפקודת ההסדר קבע כי "יש לחקור ולסדר את זכויות הממשלה לקרקע, בין שתבעו אותן בדרך פורמאלית ובין שלא תבעו אותן... כל זכויות לקרקע שלא הוכחו ע"י כל תובע [יש] לרשמה על שם הנציב העליון בתור נאמן בשם ממשלת פלשתינה (א"י)".¹⁸⁹ בית-המשפט הישראלי פירש סעיף זה באופן שהטיל עול הוכחה כבד על הטוענים לזכויות בקרקע מוואת. כך, נקבע כי הנטל להוכיח כי המקרקעין שבסכסוך נמצאים במרחק קטן ממיל וחצי מן הכפר מוטל על המחזיק.¹⁹⁰ כמו-כן, ראייה שלפיה חלקה סמוכה הוכרה כקרקע מירי, ולא מוואת, לא שכנעה את בית-המשפט שהחלקה אינה צריכה להיות מוגדרת כקרקע מוואת.¹⁹¹

קושי נוסף בהלכה הישראלית שהושת על מחזיקי הקרקעות נובע מפרשנות נוקשה לחובה כביכול לרשום את קרקעות המוואת המוחזקות ב"חלון-הזמן" בן החודשיים בשנת 1921. כמוזכר לעיל, פקודת הקרקעות המתות הבריטית (משנת 1921) הכילה שתי פסקות – הראשונה אסרה החייאת קרקע מוואת לאחר 1921, והשנייה ביקשה מן המחזיקים בקרקע מוואת שהוחייטה לרשמה בתקופה של חודשיים.¹⁹² כפי שמקובל בחקיקה העוסקת בזכויות קניין, הבחינה הפקודה בין זכויות שגובשו לפני חקיקתה לבין שינוי המצב לאחר כניסתה לתוקף. את הסנקציה הקשה של סיווג כ"מסיגי-גבול" החילה הפקודה באופן פרוספקטיבי, קרי, רק על אותם אנשים שיתחילו לעבד קרקע מוואת ללא אישור לאחר כניסתה לתוקף של הפקודה. עד לסוף התקופה המנדטורית נהגו הבריטים לתת תעודות רישום למי שהחיו קרקעות לפני חקיקת הפקודה גם אם לא הודיעו על כך במשך החודשיים שניתנו לכך, ולעיתים אף לא עמדו בצורה דקדנית על הדרישה שההחייאה נעשתה עוד לפני 1921.

אל מול גישה זו בחר בית-המשפט הישראלי בפרשנות הדורשת באופן דווקני עמידה בדרישת הרישום גם ממי שהחיו את הקרקע לפני חקיקתה של הפקודה. בית-המשפט פירש את פקודת הקרקעות המתות באופן ש"לכד" את כל מי שלא רשם קרקע מעובדת הממוקמת

188 ד"נ 17/62 בדראן נ' מדינת ישראל, פ"ד יז 1191 (1963); ע"א סואעד השלישי, לעיל ה"ש 176, בעמ' 4-5; ע"א 298/66 קסים נ' מדינת ישראל, פ"ד כא (1) 372, 374 (1967).

189 ס' 29 לפקודת הסדר המקרקעין (משנת 1928).

190 ע"א 472/59 אל-גדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 648 (1961) (שם קבע השופט לנדוי כי "נטל ההוכחה לסיווג הקרקע הנטען מוטל על הטוען, במסגרת הליך הסדר הקרקעות". דרישה זו מצויה כמעט בכל פסקי-הדין העוסקים בקרקע מוואת).

191 ע"א 25/62 מדינת ישראל נ' דיאב, פ"ד טז 1485 (1962) (נפסק על-ידי ממלא-מקום הנשיא אגרנט והשופטים זילברג וויתקון). ראו גם ע"א 342/61 מדינת ישראל נ' סואעד, פ"ד טו 2469, 2475 (1961) (להלן: ע"א סואעד הראשון). השוו לע"א 452/59 דאוד נ' אל-שאער, פ"ד טו 1392 (1961).

192 ראו דיון לעיל ליד ה"ש 103 ואילך.

מעבר לתחום המיל וחצי בחודשיים שבין פברואר לאפריל 1921 והפכו למסיג-גבול, יהא הזמן שהחזיק בקרקע ארוך ככל שיהא. כך כתב השופט ברנזון בערעורו של בדראן:

...עד לחקיקתה של פקודת הקרקעות (מתות) משנת 1921 – מי שהחיה ועיבד קרקע מתה ברשות השלטונות היה זוכה בה בתוקף ההחייאה והיה זכאי לקבל קושאן עליה בתור קרקע מירי, ואילו אם החיה ללא נטילת רשות היה יכול לזכות בה על-ידי תשלום דמי שוויה (בדל מית'ל). הפקודה משנת 1921 שינתה את המצב תכלית שינוי. היא קבעה, כי מיום פרסום הפקודה ואילך, אדם המחיה ומעבד אדמה מתה בלי שקיבל תחילה הסכמת הממשלה אינו רוכש לעצמו כל זכות לקבל קושאן עליה, והוא עלול להיתבע לדין כמסיג-גבול. אשר להחייאה שנעשתה לפני פרסום הפקודה בלי הרשאה מאת השלטונות, נתנה האפשרות לבסס זכות חוקית לקבלת קושאן על הקרקע על-ידי מתן הודעה מתאימה לרשם הקרקעות תוך חודשיים מיום פרסום הפקודה. המשיבים מעולם לא טענו, כי הם או קודמיהם קיבלו אי פעם רשות להחיות הקרקע או שהודיעו על החייאתה תוך החודשיים הקבועים בחוק. בדין הניח איפוא השופט המלומד כי המשך עיבוד הקרקע אחרי המועד הזה היה הסגת גבול מטעם המשיבים...¹⁹³

אנו סבורים, כאמור, כי השופט שגה כאשר איחד את שתי פסקותיה של פקודת הקרקעות המתות, והחיל על המעבדים הלא-רשומים מלפני 1921 את הסנקציות המיועדות למסיג-גבול שנכנסו לקרקע לאחר 1921. לשון הפקודה אינה אוסרת החזקת קרקע על-ידי מעבדיה מלפני 1921, ואינה מציינת עונשים למאחרים לרושמה. זהו הבדל עקרוני וחשוב מאין כמוהו, שהיה מאפשר להסיר דרישה בלתי-אפשרית זו שעלתה בעניין בדראן ואשר אומצה לאחר-מכן גם בפרשת אל-הואשלה. מעבר לכך, כפי שנראה להלן בתת-פרק 3, הממשל העות'מאני האציל סמכויות ניהול עצמי למטות ולשבטים של הבדווים, ובכלל זה את הסמכות לחלק את הקרקעות וליצור מערכת קניינית של הורשה, חלוקה, מכירה ורכישה. לכן, אף אם מדובר בקרקע מוואת, ניתן לראות בכך "הרשאה" מאת השלטונות. ומה דינו של מי שעיבד קרקע ולא רשמה? בית-המשפט הותיר לכאורה – אך רק לכאורה – "פתח" למחזיקי הקרקע להראות כי הם אינם פולשים, וזאת על-ידי פרשנות חדשנית: היות שהמחזיקים תובעים את הקרקע "כאדמת מירי בלתי-רשומה שבאה להם בירושה ובקנייה... היה זה מחובתם להוכיח שהקרקע היא מסוג זה ולא מסוג אחר, כלומר, היה עליהם להוכיח כי מבראשית כאשר החלו אבותיהם או אבות-אבותיהם להחזיק בה ולעבדה הייתה ראויה לעיבוד ולא הייתה מסוג הקרקעות המוזנחות הנזכרות ברישה של

193 ע"א בדראן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1720–1721 (ההדגשות הוספו).

סעיף 103 (ראשי הרים, מקומות טרשים וסלעים וכו')¹⁹⁴ מהו המועד שאליו התכוון השופט כאשר קבע שיש להוכיח כי "מבראשית" לא הייתה הקרקע בגדר מוואת? השופט לא פירט. אך אם נביא בחשבון את הדרישה לכך שמקום היישוב יהיה עיר או כפר הקיימים מלפני חקיקת חוק הקרקעות העות'מאני, נראה כי להוציא מקרים חריגים, היה על הטוענים כעת להוכיח את סוג הקרקע מלפני שנת 1858. לא למותר לציין כי דרישה זו אינה אפשרית כמעט, עקב חוסר במפות, במסמכים, בתצלומים ובעדים חיים מאמצע המאה התשע-עשרה. דרישה זו בוודאי אינה אפשרית לגבי הבדווים, שתרבותם היא בעיקרה תרבות שבעל-פה.¹⁹⁵ כפי שמסביר זאת סטיב וקסלר:

If the burden of proof is imposed on a certain side or social category, when it comes to the making of decisions, it turns out that rarely, if ever, can the burden of proof be met. What a surprise! This is the way law works: it is more likely to reach the conclusions it starts out assuming...¹⁹⁶

אנו סבורים שבית-המשפט העליון בחר בפרשת בדראן בגישה פרשנית מוטעית. את הטעות שאנו מוצאים יש לתקן, שכן היא נוגעת בפרשנות הראויה של הדין שנקלט למשפט הישראלי בעת הקמתה של המדינה. אילו פנה בית-המשפט העליון בנתיב של פרשנות משפטית ראויה, הוא היה נותן תשובה שונה מזו שנתן כאשר פירש את פקודת הקרקעות המתות. הפרשנות הראויה אינה רק "משפט ראוי", צו של מוסר, אלא "המשפט המצוי" של ישראל. זו תורת הפרשנות הנוהגת במשפט הישראלי – "הפרשנות התכליתית", המפרשת את הדין לאור תכליתו, ובתוך כך החזקה שלפיה דבר חקיקה בישראל מבקש לתאום את "המטריה הנורמטיבית" של ערכי-היסוד של מדינת-ישראל. אשר על-כן, פרשנות ראויה הייתה נותנת משקל נאות לזיקתם של מחזיקים לקרקעות, ולכן הייתה מבחינה בין מחזיקים

194 שם, בעמ' 1720–1721 (ההדגשה הוספה).

195 השימוש בכללים פרוצדורליים ובכללי ראיות כאמצעי להשגת יעדים מהותיים אינו ייחודי למשפט הישראלי. ראו, למשל: U.N. ESCOR, *Human Rights of Indigenous Peoples: Indigenous People and Their Relationship to Land* (second progress report on the working paper, prepared by Erica-Irene A. Daes), §§ 46–62, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/18 (June 3, 1999), available at www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/154d71ebbbdc126a802567c4003502bf (para. 55: "A particular problem that has been repeatedly brought to [our] attention... is the use or misuse of .claim procedures to deprive indigenous peoples of their rights... to land and resources") ראו גם: Nell Jessup Newton, *Indian Claims in the Courts of the Conqueror*, 41 AM. U. L. REV. 753, 820 (1992); Guadelupe T. Luna, *Chicana/Chicano Land Tenure in the Agrarian Domain: On the Edge of a "Naked Knife"*, 4 MICH. J. RACE & L. 39 (1998) Steve Wexler, *Burden of Proof, Writ Large*, 33 U. BRIT. COLUM. L. REV. 75, 78 (1999–2000).

ותיקים שהחיו את הקרקע לפני שנת 1921 לבין מחזיקים חדשים, שהחלו להחזיק בקרקע לאחר החודשיים שניתנו לרישום ואשר רק לגביהם היה אולי מקום לאי-הכרה בזכויות הקניין שהתגבשו. בית-המשפט העליון הישראלי של שנות השישים לא עשה שימוש בתורה פרשנית זו, אף שהיו לה ניצנים כבר בשנות החמישים – למשל, בפסק-הדין פורץ-הדרך וההיסטורי בפרשת קול העם, שם אמר בית-המשפט העליון את דבריו החשובים בהקשרו של חופש הביטוי, שנהפכו לנכס צאן ברזל של המשפט הישראלי ואשר נכונים בוודאי גם בהקשרן של הזכות לשוויון והזכות לקניין:

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה, "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" [בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק]... אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" (שם), מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלן.¹⁹⁷

כפי שנראה בסיכום המאמר, שאלת הגישה הפרשנית מקבלת משנה תוקף למן "המהפכה החוקתית". בית-המשפט העליון של שנות השישים קבע, ללא כל הנמקה, הלכה חסרת תקדים ובעייתית, ויותר מכך – הלכה שהיו אפשרויות פרשניות ראויות ממנה. פרשנות זו לא תאמה את השינוי שעברה ישראל בשנת 1948 ממדינה שמחוקקיה ופרשניה המשפטיים משרתים מערכת קולוניאלית למדינה שאמורה לפעול כדמוקרטיה אשר מחויבת לערכי-יסוד אנושיים ופועלת ל"פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", כלשון הכרזת העצמאות.

197 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953). ראו גם בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לעניני דתות, פ"ד נ(4) 89, פס' 35 לפסק-דינו של השופט חשין (1996) ("נדע כי עם קום המדינה נתחולל מהפך-זוטא בפירושה של דברי-חוק אלה. אכן, דברי-חיקיה שהורתם בתקופת המנדט יימלאו תוכן בעקרונות-יסוד המקובלים עלינו כיום, והרי את חיינו כהיום הזה אמורים אנו לנהג לפיהם... העיקרון הדימוקרטי – באשר הוא – מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל").

פרשנותו של בית-המשפט בפרשת בדראן מהווה עד היום חסם בלתי-עביר כמעט לבדווים, הן בצפון הארץ והן בנגב, וזאת גם מבחינת הדין המהותי וגם מבחינת דיני הראיות. כל היישובים הבדויים שהוקמו לאחר שנת 1858 – מועד חקיקתו של חוק הקרקעות העות'מאני – אינם נחשבים יישובים מוכרים, והם עצמם, כמו-גם כל השטח ברדיוס של מיל וחצי מעבר להם, מוגדרים כקרקע מוואת. כל מקום יישוב שנהפך ל"כפר או עיר" רק לאחר 1858, אפילו כזה התואם את הסטנדרטים המערביים של יישוב, נחשב באופן אוטומטי כיושב על קרקע מוואת, ומכאן – כמעט בוודאות – כפולש לקרקע המדינה. החריג היחיד שהותר בית-המשפט העליון היה האפשרות לרשום בתוך פרק-זמן של חודשיים קרקע מוואת שהוחייתה. לפי פרשנותו זו של בית-המשפט, כל מי שלא רשם קרקע כזו נהפך למעשה למסיג-גבול, היא הזמן שהוא מחזיק בקרקע ארוך ככל שיהא. הסיכוי להוכיח רישום מעין זה על-ידי בדווים מן הנגב היה קלוש ביותר.¹⁹⁸

פסק-דין בדראן נפסק אומנם במסגרת הליך הסדר הקרקעות בגליל, אך ההלכה שפותחה בעקבותיו "יוצאה" במהירות לנגב. ההלכה העניקה השראה לנציגי מנהל מקרקעי ישראל בוועדת הסדר הקרקעות בנגב, אשר טענו, במסגרת דיונים רשמיים על עתיד הקרקעות בנגב, כי כדאי למדינה לתבוע את הבדווים, במסגרת "מקרה-מבחן" ראשוני, על בסיס סיווגה של הקרקע כמוואת. זאת, כדי להדוף את טענות החזקה והעיבוד של הבדווים.¹⁹⁹

(ג) החלת הלכת המוואת על הנגב – פרשת אל-הואשלה (משנת 1984)

מקרה-המבחן של המדינה הצליח, ובית-המשפט העליון נענה ליוזמה, אולי אף יותר מציפיותיהם של משפטני המדינה.²⁰⁰ פסק-הדין המרכזי בעניין זה הוא ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, שנפסק בבית-המשפט העליון בשנת 1984.²⁰¹ פסק-הדין עסק אומנם בסכסוך ספציפי, אך פורש כחל באופן גורף על "הנגב" כולו, וסתם למעשה את

198 לסקירת הפסיקה בנדון ראו Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 46.

199 ראו מכתב מצבי אוריאל, מנהל אגף בעלות ורישום במנהל מקרקעי ישראל, אל יוסף ויץ, מנהל מנהל מקרקעי ישראל, ואל פקידים בכירים אחרים (29.5.1964) (א.מ.י. חט' 74, מכל 3/5733, תיק 3520/11), שבו נכתב כי שטחים באזור בני-שמעון בנגב שקיים לגביהם חשש לתביעות מצד הבדווים ייתבעו על-ידי המדינה (כמקרי-מבחן) לפי סוג מוואת, על יסוד פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בע"א בדראן, לעיל ה"ש 74, ובע"א סואעד השני, לעיל ה"ש 176. המכתב מצוטט אצל זנדברג, לעיל ה"ש 93, בעמ' 350, הערה 53.

200 כפי שראינו ברוח אלבק, לעיל ה"ש 47, ההנחה הייתה שבית-המשפט לא ייענה לתביעה לפנות את הבדווים ללא כל פיצוי, לאחר שנים כה רבות של חיים במקום, אך ורק על בסיס הטענה שלא היה במקום יישוב כפרי או עירוני בנוי בשנת 1858.

201 ראו ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13.

הגולל, לפחות עד לאחרונה, על יכולתם של הברווים לספר את סיפורם ולהגן על קרקעותיהם.²⁰²

תחילתה של פרשת אל-הואשלה בהליך הסדר מקרקעין שהחל בשנת 1969.²⁰³ בבית-המשפט המחוזי קיבל נשיא בית-המשפט, השופט אלקיים, את עמדת המדינה כי הקרקע היא מוואת וכי לכן יש לרושמה על שמה. על כך הגישו הברווים ערעור, אשר לאחר שנים ארוכות, בשנת 1984, נפסק לטובת המדינה על-ידי השופט חלימה, שאליו הצטרפו השופטים דב לוין ונתניהו. המהלך העיקרי בפסק-דינו של השופט חלימה היה יישום הלכת המוואת על הברווים בנגב.²⁰⁴ הבסיס הדוקטרינרי-המשפטי לא נזקק לפיתוח משמעותי, היות שיסודותיו כבר נוצקו בפסיקה הישראלית בסכסוכי הקרקעות שהגיעו מן הגליל בשנות השישים, ובמיוחד בפרשת בדראן. החידוש המשמעותי של פסק-הדין היה בפן הגיאוגרפי-ההיסטורי ובמתן גושפנקה של בית-המשפט העליון לעמדת המדינה שלפיה הנגב היה שומם, והברווים היו נוודים שלא עסקו בחקלאות ולא התגוררו ביישובים, ולכן אדמת הנגב הייתה "קרקע מתה", ומכאן, לפי דוקטרינת המוואת – מקרקעי המדינה. בהבניית פסק-הדין קיבל חלימה סיוע משמעותי: את המדינה ייצגה בערעור מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה עו"ד פליאה אלבק.²⁰⁵ אלבק מילאה תפקיד מרכזי בעיצוב דוקטרינת "הנגב המת", וזאת לא רק במסגרת תפקידה כראש הצוות שהתווה את מדיניות הממשלה ביחס למקרקעי הברווים, אלא גם בתרומתה לעיצוב ההלכה המשפטית בנדון. על-פי תיאורו של השופט חלימה, בהרצאה שנשא כשנה לאחר מתן פסק-הדין, אלבק הייתה –

אמו הורתו של פסק הדין [אל-הואשלה]... שבו ניצלו מאות חלקות ונרשמו על שם המדינה בזכות הגנתה. המופקדים על ההגנה על זכויותיה של המדינה הצליחו במקרים רבים לבלום כל נסיון מצד שודדי הקרקעות לזכות בקרקע ללא הצדקה חוקית, וכאשר המדובר באזור הנגב עלינו לשים לנגד עינינו את העובדה המוסכמת על כולנו דהיינו קרקעות אלו חשובות לקליטתם של העולים ולבטחונה של המדינה, מי יתן ששני אלמנטים אלה

202 לניתוח ביקורתי של פסק-הדין ראו שמיר, לעיל ה"ש 11; ROSEN-ZVI, לעיל ה"ש 50, פרק 3.
203 תיק ההסדר המאוזכר בערעור הוא 3/69. פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי ניתן בשנת 1972,
ופסק-הדין בבית-המשפט העליון ניתן בשנת 1984. ראו ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13,
בעמ' 143.

204 שם, בעמ' 146.

205 הברווים לא היו מיוצגים בבית-המשפט המחוזי, אך יוצגו על-ידי עורכי-הדין הרצברג וזילכה בערעור לבית-המשפט העליון.

כאחד יהיו גורם מדרבן לשמירה על קרקעות הנגב ביתר שאת על-ידי סיום פעולות ההסדר באזור זה בהקדם האפשרי.²⁰⁶

כפי שהסביר זאת השופט חלימה, "הציר המרכזי" בהתדיינות ובמחלוקת המשפטית היה שאלת סיווגה של הקרקע – אם היא מוואת, כטענת המדינה, או "זכות בלתי רשומה, שעברה אליהם מדורי דורות... אדמות, אשר מבראשית ראיות היו לעיבוד ולא היו מסוג האדמות המוזנחות", כפי שטענו המערערים.²⁰⁷ בהתבססו בעיקר על פרשת בדראן ועל שאר הפסיקה מן הגליל, קבע בית-המשפט העליון כי הקרקע היא אכן מוואת. היות שעמדנו על הבעיות המרכזיות של הפן המשפטי של הדוקטרינה בדיונונו בפרשת בדראן, לא נחזור עליהן כאן בפירוט. השופט חלימה הדגיש שני מרכיבים בסיווגה של קרקע כמוואת: "א. ריחוק הקרקע מהיישוב, וכן ב. הימצאותה במקום שומם, בלי שהוקצתה בעבר למאן שהוא, ובלי שהחזיק בה מישהו."²⁰⁸

באשר למרכיב הראשון הדגיש בית-המשפט כי הקרקע המצויה בסכסוך באזור סיר רחוקה יותר ממיל וחצי מדימונה, שהיא נקודת היישוב הקרובה ביותר לחלקות מושא הסכסוך, ורחוקה אף יותר מבאר-שבע, אשר לדעת השופט הייתה "היישוב הקרוב בתקופה הרלוואנטית".²⁰⁹ המערערים טענו לקיום יישוב קרוב יותר לחלקות-המריבה, בשם כורנוב, אך בית-המשפט דחה טענה זו, בניסוח שהדהד בו קולו של דוח אלבק, באומרו כי "אחרי ככלות הכול מסתבר, שכורנוב לא היה יישוב במובן הסעיפים הרלוואנטיים, ורק תחנת משטרה הייתה בו ומאהל ברדווי לידה אך לא שום דבר נוסף".²¹⁰ "עוד טענו המערערים כי באמצע המאה ה-19 היה מקום מושבם של אבותיהם בכפר הברדווי 'סיר', הנמצא בין כורנוב לבין ערוער, שאינו מרוחק יותר ממיל וחצי מהאדמות, שהן נושא הדיון." גם טענה זו נדחתה. השופט חלימה קבע כי על בסיס תיאורים מן המאה התשע-עשרה, "כפי שראוהו

206 אברהם חלימה אדמות הנגב בראי החוק 9 (פרסומי המכון לחקר שימושי קרקע, כרך 24, 1986) (זהו פרוטוקול הרצאה שנישאה לפני החוג למדיניות קרקעית של הקרן הקיימת לישראל באוקטובר 1985; העתק מצוי בידי המחברים). ע"א אל הואשלה היווה הבשלה של מאמץ אסטרטגי שעשתה המדינה, כשחקן אסטרטגי רב-פעמי (repeat player), להביא לידי עיצובה ועיגונה של דוקטרינת "הנגב המת" על-ידי בית-המשפט העליון. במאמר זה לא נוכל להרחיב בנושא זה. על שחקנים חד-פעמיים ורב-פעמיים ראו את מאמרו הקלסי של מרק גלנטר: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

207 ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 143–144.

208 שם, בעמ' 147.

209 שם, בעמ' 148. באר-שבע נוסדה רק בתחילת המאה ועשרים, אך ייתכן שהשופט חלימה לא היה מודע לכך, שכן ניתן להבין מדבריו כי הוא סבר שבאר-שבע הייתה קיימת במועד חקיקתו של חק"ע בשנת 1858.

210 שם (ההדגשה הוספה). בית-המשפט הוסיף כי בכל מקרה שכן יישוב זה במרחק של עשרה קילומטר מהחלקות.

אלה אשר עברו לאורכו ולרוחבו של הנגב באמצע המאה הקודמת... "עולה" שבאזור שבו מדובר לא היה לא כפר ולא עיבוד, ופרט למאהל בדווי וצמחיית בר שנראו בשטח היה אזור זה כולו מדבר שומם".²¹¹ כפי שראינו בדיון בפרשת בדראן, הן בתקופה העות'מאנית והן בזה המנדטורית שררה עמימות ביחס לשאלה מהו "יישוב", והשלטונות העות'מאניים והבריטיים התחשבו באופיים המיוחד של היישובים הבדווים ואפשרו להם לזכות בזכויות מקרקעין למרות אופיים הייחודי.²¹² אך מבחינתו של בית-המשפט בפרשת אל-הואשלה, מאהל בדווי לא היה יכול לענות על ההגדרה של "יישוב". כפי שקרה בבתי-משפט של חברות מתיישבים אחרות, גם בבית-המשפט הישראלי לא זכתה צורת ההתיישבות הילידית בהכרה משפטית. מאהל בדווי והאזורים השבטיים סביבו, ששקקו חיים, נהפכו אם כן לשווי-ערך למקום שומם, בלתי-מיושב ובלתי-מעובד. כמו בדוח אלבק, גם בפסקתו של השופט חלימה בעניין אל הואשלה הובנתה זהות הבדווים כקבוצה נוודית חסרת זכויות בקרקע.

באשר למרכיב השני הדגיש אומנם בית-המשפט כי "מקובל על כולנו, שלא כל קרקע, המרוחקת מעל מיל וחצי מהיישוב הקרוב, היא אדמת 'מוואת'. בכל מקרה יש הכרח וצורך להוכיח... שאותה קרקע נמצאת גם במקום שומם, שלא הוחזקה על-ידי מאן דהוא, וגם לא הוקצתה למישהו..."²¹³ אך לשופט חלימה לא היה ספק כי הקרקע מושא הסכסוך הייתה שוממה, וכי "עולה", שבאזור שבו מדובר לא היה לא כפר ולא עיבוד".²¹⁴ גם כאן, באופן שהזכיר מאוד את דוח אלבק, מצא בית-המשפט קשר הדוק בין שממת הקרקע לבין "אופיים הנוודי של שבטי הבדווים".²¹⁵ בית-המשפט אישר את גישתו של בית-המשפט המחוזי, אשר עשה שימוש בידע הנחזה כידע מדעי והתבסס "הן על העדויות שהיו לפניו והן על עבודות מחקר, שנעשו בעבר על-ידי חוקרים שונים".²¹⁶ השופט חלימה ציין כי "מרבית העדים, אשר הופיעו לפני הערכאה הראשונה מטעם המערערים, היו צעירים לימים, שאין להם ידע מספיק אודות מה שהתרחש בעבר, ובוודאי אינם יודעים פרטים על מה שהתרחש באזור בשנת 1858...". אומנם, חלק מעדים אלה היו מבוגרים ותמכו בעמדת המערערים, אך בית-המשפט נתן תוקף לעמדתו של בית-המשפט המחוזי, ש"העדיפה על דבריהם את תיאור המצב האובייקטיבי בשטח, כפי שנמסר על-ידי העדים המומחים שהעידו מטעם המדינה".²¹⁷ חלק מְדַע זה בא לידי ביטוי בעדויותיהם של כמה אנשי ממסד לשעבר, שהעידו כי המחסור במים באזור "...לא איפשר לתושביו להחיות את האדמות באזור

211 שם (ההדגשות הוספו). כן ראו שמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 481–482.

212 ראו לעיל ליד ה"ש 183–185.

213 ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 148–149.

214 שם, בעמ' 148.

215 שם, בעמ' 150.

216 שם, בעמ' 149.

217 שם, בעמ' 152.

ושהעדיפו חיי הנוודות ורעיית הצאן על עיבוד אדמות מסודר ורנטאבילי; ומשום כך נשאר האדמות באזור שוממות".²¹⁸ השופט חלימה התבסס גם על כתיבתו של הנוסע הבריטי פלמר:

מצבו של הנגב בשנת 1870 נחקר על-ידי המלומד פלמר (מוצג ת/21), שעשה מסע באזור ועמד מקרוב על מצבו של הנגב. הוא מצא שממה, חורבות עתיקות וכווים נוודים, אשר לא עיבדו במיוחד את האדמה, לא חרשו אותה ובכלל לא עסקו בחקלאות. גם כשירדו גשמים והייתה צמחייה טבעית, השתמשו במים להשקאת העדרים אך לא לצורך עיבוד חקלאי. אם נוסף לכל זה את אופיים הנוודי של שבטי הכדורים והעובדה שהאזור הוא בדרך כלל צחיח מחוסר גשמים רוב ימות השנה, תישמע מסקנתה של הערכאה הראשונה מתאימה למציאות ולמצב האובייקטיבי, המאפיין את המקום.²¹⁹

היות שבית-המשפט קבע כי מדובר בקרקע מוואת, עבר נטל הוכחת הזכות למחזיקים, והיה זה נטל כבד מנשוא. גם כאן הלך בית-המשפט בעקבות הלכת בדראן. בית-המשפט קבע כי היות שמדובר בקרקע מוואת, היה על המערערים להוכיח כי החזיקו בקרקע באישור השלטונות. היות שלא הוכיחו כי קיבלו אישור מעין זה מן השלטונות העות'מאניים, ההזדמנות האחרונה שהייתה בידם לעשות כן הייתה בשנת 1921, לפי פקודת הקרקעות המתות, אשר נתנה פסק-זמן של חודשיים על-מנת שכל מְחִיה קרקע מוואת ימסור הודעה לשלטונות על כך. מי שלא עשה כן החמיץ את ההזדמנות האחרונה לזכות ברישום הקרקע על שמו. השופט חלימה ציין "במאמר מוסגר... כי בזמן המנדט היו מקרים שבהם נהגו השלטונות בסלחנות מה לגבי אלה אשר לא הודיעו על חזקתם בקרקע 'מוואת' 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..."²²⁰ תיאורו של חלימה אינו מדויק, שכן כפי שראינו, הפרקטיקה שנקטה על-ידי השלטונות המנדטוריים, ואשר קיבלה הכרה בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון המנדטורי, הייתה להמשיך לרשום קרקעות מוואת גם אם לא נרשמו בחודשיים שנקצבו לכך. אך חלימה קבע כי היות שהמערערים לא פעלו לפי פקודת הקרקעות המתות, ולא הודיעו על עיבוד הקרקע לשלטונות, "מחדל זה אינו ניתן לריפוי בנסיבות הקיימות". גם טענת המערערים כי בשנת 1921 לא היו במקום משרדי ממשלה מסודרים שהיה אפשר לפנות אליהם בנדון נדחתה על-

218 שם, בעמ' 150.

219 שם, בעמ' 149–150 (ההדגשות הוספו).

220 שם, בעמ' 151.

ידי בית-המשפט. גם אם טענה זו נכונה, קבע בית-המשפט, הם יכלו לפנות למשרדי ממשלה בערים אחרות. היות שלא עשו כן, "הוחמזה ההזדמנות שעמדה להם לבלי שוב".²²¹ מעבר לכך הדגיש בית-המשפט כי יש הבדל בין "עיבוד", הנדרש לצורך זכייה מכוח התיישנות רוכשת בקרקע מירי, לבין "החייאה", הנדרשת לצורך רכישת זכות בקרקע מסוג מוואת.²²² לגבי דידו לא היה ספק כי המערערים לא עמדו בדרישה הכבדה יותר של "החייאת" הקרקע. השופט חלימה ציין כי בע"א 55/25 (פסק-דין דג'אני) קבע בית-המשפט המנדטורי, מפי השופט בלייק-ריד, כי העיבוד העומד בדרישת החייאה –

"...צריך להיות עיבוד בפועל, הנמשך ללא הפסקה. העיבוד צריך ליתן תוצאה של שנוי במצב הקרקע וטבעה. צריך – שהמדבר ייהפך לגן-עדן (לשטח פורח)". [השופט חלימה הוסיף כי] ייתכן שהדרישה "שהמדבר ייהפך לגן-עדן" מרחיקת לכת היא; אך גם בקריטריונים פחותים הרבה מזה לא עמדו המערערים. הערכאה הראשונה לא שוכנעה שהיה עיבוד, ובוודאי לא היה עיבוד רצוף תוך שיפור והשבחת האדמה. בפועל נשארה האדמה בשממונה במשך דורות.²²³

בפרשת חבאב, כפי שראינו, צמצם בית-המשפט העליון המנדטורי את הלכת דג'אני, אך השופט חלימה התעלם מכך.²²⁴ לבסוף, השופט חלימה סירב לקבל את העמדה כי אין להחיל על הנגב תקדים שנקבע בהקשר גיאוגרפי אחר (קרקעות הגליל).²²⁵ גם קביעה זו של השופט חלימה הייתה מוטעית, לדעתנו. הן הרשות המחוקקת, הן הרשות המבצעת והן הרשות השופטת המנדטוריות הכירו באוטונומיה של הבדווים בנגב ובחלותו של דין ספציפי שהוציא מגדרו את פקודת הקרקעות המתות.²²⁶ דוח אלבק ופסק-הדין בעניין אל הואשלה קיבעו באופן נחרץ קביעות אחדות שנהפכו לאבן-יסוד בהתייחסותם של השלטונות הישראליים למעמדם הקרקעי של הבדווים בנגב. בעודה מתיימרת ליישם את הדין הקודם, שינתה ישראל בפועל את הגדרות המוואת ואת

221 שם, בעמ' 150–151.

222 שם, בעמ' 151–152.

223 שם, בעמ' 152.

224 ראו פרשת חבאב, לעיל ה"ש 120. לדיון בפרשה ראו לעיל ליד ה"ש 125 ואילך.

225 "ואחרונה בעניין הטענות, שהושמעו מטעם המערערים, אומרת, שיש לזכות את המערערים ביחס מיוחד בשל אופיין המיוחד של קרקעות הנגב. טענה זו מקומה לא יכירנה בערעור הנוכחי. אם לא מצא המחוקק העותמני לנכון (ובאותה דרך פעלו שלטונות המנדט כאשר חקקו את הפקודה מ-1921) לייחד במסגרת החוק דין מיוחד לקרקעות הנגב, אשר כדוגמתן היו שטחים רבים ונרחבים במדינה העותמאנית, אין זה מתפקידו של בית המשפט להעניק הקלות מהסוג המבוקש, שאינן עומדות בפני הוראותיו המפורשות של המחוקק." ע"א אל הואשלה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 154.

226 ראו דיון להלן בתת-פרק ג3 וכן לעיל ליד ה"ש 136 ואילך.

מיקומו של קו הגבול בין קרקע מסוג זה לבין קטגוריות קרקע אחרות, שהיו נוחות יותר לכדורים, כגון מירי ומתרוכה. במקומות של עמימות או אי-בהירות בדין הקודם, כגון בשאלות על-אודות הגדרתו וקיומו של מקום יישוב שבהסתמך עליו ניתן לקבוע כי קרקע נתונה אינה קרקע מוואת, בחרה הדוקטרינה הישראלית בפרשנות הנמצאת במתח עם לשונם של החוק העות'מאני והחוק הבריטי ועם הפרשנות הבריטית המקובלת. גם ביחס לשאלה מהי "החייאה" של קרקע מוואת ההופכת אותה לקרקע מסוג מירי סתתה הדוקטרינה הישראלית מן הדין הקודם, בעודה טוענת ליישומה.

דוח אלבק ופסק-הדין בעניין אל הואשלה קיבעו גם גישה שזכתה בהגמוניה בשיח המשפטי, המדינתי והציבורי בישראל. במקביל אימץ פסק-דין אל הואשלה את הגישה הגיאוגרפית ההיסטורית שהוצעה בדוח אלבק, שלפיה הנגב היה שומם והכדורים היו נוודים שלא עיבדו את הקרקע ולא התגוררו ביישובים, ונתן ל"אמיתות" המדעיות הללו גושפנקה משפטית. בפרק הבא של המאמר נראה כי הבסיס המדעי של גישות אלה מעורער ופגום. אך לפני כן נעמוד כעת על השלכותיהם של דוח אלבק ופסק-דין אל הואשלה על הדין המשפטי והציבורי.

(ד) השלכותיה של הלכת "הנגב המת"

לאחר הגשת התביעות הנוגדות בשנות השבעים וקבלת דוח אלבק בשנת 1975, הקפיאה המדינה את תהליך הסדר הקרקעות בנגב. בשנת 2002, לנוכח הקיפאון המשפטי והתרחבותה של בעיית הכפרים הלא-מוכרים, יזמה פרקליטות מחוז דרום את חידוש ההליך, לאחר כמעט שלושים שנות הקפאה. היוזמה נהפכה לתוכנית ממשלתית בשנת 2003 – "יוזמת לבני-שרון".²²⁷ חידוש תהליך ההסדר באזורי הכדורים הוטל על יחידה מיוחדת בפרקליטות מחוז דרום, יחד עם מנהלת הכדורים ומשרדי ממשלה נוספים. יחידה זו החלה לפעול באופן נמרץ. נכון לשנת 2006 הוגשו 175 תזכירי תביעות נוגדות, ומתוכם 120 תיקי הסדר הועברו לבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע.²²⁸ מתוכם נפסקו כ-40 תיקים, ובהם הוחלט על רישום כ-25,000 דונם על שם המדינה.²²⁹ עד מאי 2008 הגישה כבר המדינה כ-450 תביעות נוגדות לפקיד הסדר הקרקעות בנגב, מתוכן הועברו 223 תביעות לבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע. במועד זה זכתה המדינה בכ-80 תביעות ובכ-50,000 דונם.²³⁰ בהרצאה

227 ראו Yael, לעיל ה"ש 15, בעמ' 12–13.

228 על-פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], מי שמבקש רישום קרקע באזור הסדר ממלא ומגיש תזכיר תביעה (טופס סטנדרטי), דהיינו, תובע את זכותו לרישום. המדינה, באופן דומה, הגישה תזכירי תביעות נוגדות בתגובה על תזכירי התביעה של הכדורים שהוגשו שלושים שנה קודם לכן. ראו ס' 17, 22 ו-43 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש].

229 ראו גם Yael, לעיל ה"ש 15.

230 ראו פרוטוקול עדותו של אילן ישורון, שהיה אז מנהל "המנהלת לקידום הכדוראים", לפני ועדת גולדברג, מתאריך 20 במאי 2008, עמ' 123–126 (עותק בידי המחברים). בדוח של מנהל

שנתן בינואר 2011 ציין אילן ישורון (סגן יושב-ראש הרשות להסדרת ההתיישבות הבדווית) כי המדינה זכתה בקרוב ל-200 תיקי הסדר קרקעות (100% הצלחה) בשטח הקרוב ל-70,000 דונם.

בכל התיקים הללו בנתה המדינה את התביעות הנוגדות על-פי הלכת "הנגב המת". אכן, החוקרים מאוחדים בדעתם כי פסק-דין אל הואשלה נהפך לתקדים המרכזי בעניין הגדרת קרקעות הנגב כקרקע מתה.²³¹ גם ועדת גולדברג, אשר מונתה על-ידי הממשלה בשנת 2008 להגיש המלצות בעניין הסדרת ההתיישבות הבדווית, רואה בפסק-דין זה חסם עיקרי המונע הכרה בזכויות קניין של הבדווים בקרקע.²³² באופן דומה, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות מחוז דרום, עו"ד חבצלת יהל, שאחראית זה שנים מספר על תיקי הסדר הקרקעות בנגב, מתבססת על תקדים אל הואשלה כאסמכתה מרכזית לכך שאין לבדווים זכויות בקרקעות שבאזור.²³³ עו"ד יהל אימצה גישה זו בשני מאמרים שפרסמה בשנת 2006,²³⁴ וכך גם מנהל מקרקעי ישראל בדוח בנושא הבדווים שפרסם בשנת 2007 וכן בסרטון הסברה שהפיק.²³⁵ כתב-העת קרקע, המוצא לאור על-ידי המכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע של קק"ל, הקדיש חוברת שלמה לדיון בסוגיה של קרקעות הבדווים, ורוב הכותבים בחוברת זו התבטאו בצורה דומה.²³⁶ כך גם חיים זנדברג, מן המכללה למנהל, בספר שפרסם בנושא קרקעות.²³⁷

הלכת "הנגב המת" זוכה אומנם באימוץ סטנדרטי ותדיר בבתי-המשפט, ובעיקר בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, אך ראוי להדגיש כי רוב פסקי-הדין הנ"ל נשמעו ונפסקו

מקרקעי ישראל מופיע כי המדינה הגישה 370 תביעות נוגדות על 160,000 דונם. ראו "הבדואים בנגב" (דוח של מנהל מקרקעי ישראל, 21.11.2010) www.mmi.gov.il/Osh/Aspx/DownloadTofes.aspx?Maarechet=71&TofesId=76&UserId=323&RO=True (להלן: דוח המנהל).

231 ראו, למשל, ROSEN-ZVI, לעיל ה"ש 50, בעמ' 46-49; HUSSEIN ABU HUSSEIN & FIONA, 121-124 (2003) MCKAY, ACCESS DENIED: PALESTINIAN LAND RIGHTS IN ISRAEL. כן ראו שמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 481-482.

232 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13, בעמ' 16-18.

233 Yahel, לעיל ה"ש 15, בעמ' 11 ("[t]he conclusion that the Bedouin do not have ownership rights over their past pasture territories was upheld by the Supreme Court [in al-Huashela]...").

234 ראו יהל, לעיל ה"ש 170, בעמ' 45-60; Yahel, לעיל ה"ש 15 (במאמריה יהל מודה לרשימה של אנשים שחלקם הגדול הם אנשי הפרקליטות. במאמרה בעברית היא מציגה את עצמה כראש המחלקה האזרחית, ובמאמרה באנגלית היא מציגה את עצמה כראש יחידת הסדר הקרקעות – Land Title Settlement Unit).

235 דוח המנהל, לעיל ה"ש 230. לסרט ההסברה שהפיק מנהל מקרקעי ישראל בנושא הבדווים ראו www.youtube.com/watch?v=ei8yHjk_MbM.

236 קרקע 66 (2009).

237 חיים זנדברג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט-ציונות 22 (2007). ראו גם גרעון ביגר "הבדווים בנגב – אמת או דימיון" הארץ 26.6.2011 www.haaretz.co.il/opinions/1.1177783.

במעמד צד אחד בלבד או בהתנגדות רפה ובייצוג חלקי וחסר של הבדווים, אשר רובם אינם רואים בפנייה לבית-המשפט פתח לישועה או הליך שיש להם סיכוי ממשי להוכיח בו את זכויותיהם. רוב האוכלוסייה הבדווית, במיוחד אוכלוסיית הכפרים, אינה מקבלת את פסיקותיו של בית-המשפט כלגיטימיות, וממשיכה לנהל את קרקעותיה על-פי הדין המסורתי. כפי שטען לאחרונה ראש המועצה האזורית לכפרים הבדוויים הלא-מוכרים, אברהים וקילי, החברה הבדווית רואה בפעילותה של מערכת המשפט בנושא משום "נישול קולקטיבי עקבי ואכזרי של זכויותינו ההיסטוריות והאנושיות לחיות בשלום על האדמות שהורישו לנו אבותינו".²³⁸ בשום תיק עד היום, חוץ מאשר בתביעות של משפחת אל-עוקבי, לא אותגרה בצורה משמעותית הלכת "הנגב המת".

דוקטרינת "הנגב המת", המציירת את הבדווים כחסרי זכויות קרקע ולכן כפולשים לאדמותיהם בנגב, זכתה בהעצמה בתקשורת הישראלית. "חשיפה: הבדווים השתלטו על הנגב", קבע העיתון מעריב בכותרת ראשית, והבהיר בכותרת-המשנה: "בדיקת מעריב מגלה: 'כבשו' כ-800,000 דונם ובנו כ-30 אלף מבנים לא חוקיים...".²³⁹ בנובמבר אותה שנה פרסם ערוץ 7 כתבה שבה מצוטט ראש מועצת עומר, פיני בדש, המתריע מפני מה שהוא מכנה השתלטות בלתי-חוקית של הבדווים על אדמות המדינה.²⁴⁰ העיתון גלובס פרסם בשנת 2004 כי שמואל ריפמן, ראש המועצה האזורית רמת הנגב, התריע כי "מאות בדואים משתלטים על אדמות מדינה בנגב – ואין אכיפה".²⁴¹ שיח דומה עולה מכתבתו הארוכה של קלמן ליבסקינד "נגב הולך לאיבוד: כך כשלה המדינה בטיפול בבדואים בדרום".²⁴² אם כן, גם השיח התקשורתי הדומיננטי מתאר את הבדווים כעבריינים פורעי חוק המשתלטים על הנגב. אלא שלב הדברים חסר: נעדר ההקשר ההיסטורי והרחב יותר של סוגיית סכסוך הקרקע בנגב ונישול הבדווים מהמרחב שבו הם היו בעלי הקרקעות במשך דורות ארוכים.

238 נאום של אברהים וקילי, ראש המועצה לכפרים הלא-מוכרים בנגב, בטקס יום האדמה, עראקיב (30.3.2011).

239 "חשיפה: הבדווים השתלטו על הנגב" מעריב 14.2.2002.

240 "פיני בדש: צריך להציל את אדמות הנגב והגליל" ערוץ 7 11.11.2002
www.inn.co.il/News/News.aspx/38191. ראו גם "אפי פיין בראש עמותה להצלת קרקעות הנגב" גלובס 25.3.2001 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=478886 : "חברי העמותה הינם אנשי ציבור מכל גווי הקשת הפוליטית, ומטרתה, לדברי מייסדיה, היא למנוע השתלטות בלתי חוקית על אדמות הנגב... לדברי [ראש מועצת עומר, פיני] בדש, מיליון וחצי דונם מאדמות המדינה נתפסו בצורה בלתי חוקית."

241 גדי גולן "ריפמן: מאות בדואים משתלטים על אדמות מדינה בנגב – ואין אכיפה" גלובס 12.9.2004 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=836087.

242 קלמן ליבסקינד "נגב הולך לאיבוד: כך כשלה המדינה בטיפול בבדואים בדרום" nrg מעריב 16.7.2010 www.nrg.co.il/online/54/ART2/133/497.html.

הנחות היסוד של הלכת "הנגב המת", כפי שגובשו בדוח אלבק ובפרשת אל הואשלה, שבות ועולות בסיכומי המדינה בפרשת אל-עוקבי. סיכומים אלה מחולקים לטענות משפטיות, המבקשות להסתמך על התקדימים של הלכת המוואת והלכת "הנגב המת" בבתי-המשפט הישראליים, ולטענות גיאוגרפיות-היסטוריות המעגנות את מצבן "המת" של קרקעות הנגב לפני שנת 1921. בטיעוניה המשפטיים המדינה מתבססת על הלכת המוואת הישראלית, שגובשה בגליל בהלכת בדראן בשנת 1962 (ובפרשת סואעד²⁴³ שהמשיכה קו זה), ועל הלכת אל הואשלה, אשר יישמה בשנת 1984 את פסיקת המוואת בנגב ופיתחה אותה לכלל הלכת "הנגב המת":

עמדת התובעים [אל-עוקבי] עומדת בניגוד ברור להלכות בית המשפט העליון, אשר קבע מפורשות כי לא די במאהל, מגורים זמניים, בתי מגורים בודדים או מבנים מרוחקים שאינם מהווים שטח רצוף כדי להוות יישוב (סואעד 5; אלהואשלה 148; בדראן, 1720). לפיכך, המדינה הוכיחה כי התביעות מרוחקות ממקום יישוב, מרחק רב מה"מייל וחצי" כנדרש על פי הדין. בכך מתקיים התנאי הראשון להוכחה, שהמדובר במקרקעי מואת.²⁴⁴

עוד טענה המדינה כי היה על התובעים להוכיח כי "עוד מזמנים קדומים הייתה האדמה מעובדת, ולא שוממה", ואת זאת לא עשו.²⁴⁵ זאת ועוד:

תנאי בסיסי נוסף הוא קבלת אישור השלטונות ורישום הזכויות בטאבו (דוכן 53, אלהואשלה 145–146). לא הוכח לא אישור מראש ולא בדיעבד, לא בשנת 1921 ולא לאחר מכן. בכך איבדו התובעים הזדמנות, גם אם היו מוכיחים החיאה, לרישום הקרקעות על שמם ויכלו להיות חשופים לסנקציה פלילית של הסגת גבול ולתביעות סילוק יד מטעם המדינה.²⁴⁶

243 פסק-דין סואעד הראשון, לעיל ה"ש 191. לדיון נוסף בפסק-הדין ראו Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 46.

244 סיכומים מטעם הנתבעת בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3, פס' 13 (העתק מצוי בידי המחברים) (להלן: סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי).

245 לגרסת המדינה טענו אומנם התובעים כי "הנגב בחלקיו היה מעובד, ובמיוחד כך באזור התביעה" (שם, פס' 30), אולם "ראיות התובעים באשר לחלקות עצמן לוקות בחסר ומתייחסות, לכל המוקדם, לשנות ה-20 וה-30 של המאה ה-20" (שם, פס' 19). "לאור כל האמור לעיל ברי שהנתבעת הוכיחה, כי התקיים התנאי השני ובמקרקעי מואת עסקינן, שהינן בבעלות הריבון" (שם). "ניסיון התובעים להסתמך על רישומי מס מעשר" (שם, פס' 43) "הוגדר באלהואשלה כ'משענת קנה רצוף' המהווה, לכל היותר, ראיה לחזקה ולא לעיבוד" (שם, פס' 32).

246 שם, פס' 20.

המדינה גם דחתה בטיעוניה את הטענה כי פקודת הקרקעות המתות לא חלה בנגב וכי לבדווים הייתה אוטונומיה משפטית שהוכרה על-ידי השלטונות.

טענות התובעים [בנוגע לאוטונומיה שיפטית של הבדווים] מתנגשות חזיתית עם קביעה מפורשת של בית המשפט העליון בהקשר של אותה טענה ביחס לבדווים ולנגב: "אם לא מצא המחוקק העותומני לנכון (ובאותה דרך פעלו שלטונות המנדט כאשר חוקקו את הפקודה מ-1921) לייחד במסגרת החוק דין מיוחד לקרקעות הנגב, אשר כדוגמתן היו שטחים רבים ונרחבים במדינה העות'מאנית, אין זה מתפקידו של בית המשפט להעניק הקלות מהסוג המבוקש, שאינן עומדות בפני הוראותיו המפורשות של המחוקק. גם טענה זו לא תתקבל והיא נדחית" (אלהואשלה, 154...)²⁴⁷.

...הטענות בדבר הענקת זכויות בעלות פרטית לבדווים על יסוד היותם "ילידים" ותוך שימוש בדוקטרינות של צדק מעברי, אינן מעוגנות בדין הישראלי ואינן חלק מהמשפט הבינלאומי המחייב. לא ניתן באמצעות "פרשנות" להחיל בישראל חקיקה של מדינות זרות, שנחקקה על רקע תרבותן הייחודית.²⁴⁸

בעניין אל הואשלה, כפי שראינו, אימץ בית-המשפט את התפיסה שלפיה הבדווים היו נוודים, מחוסרי מגורי-קבע, אשר לא עסקו בחקלאות. גם במישור הגיאוגרפי-ההיסטורי צועדים סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי בעקבות הלכת אל הואשלה – הם כופרים בקיומם של יישובים בעראקיב ובזחיליקה, ומבנים שוב את הבדווים כנוודים:

...לא הוכח, כי מגורי השבט היו במיקום קבוע, שאינו משתנה. נהפוך הוא... מדובר במסגרת נוודית ובשבט שעבר בנדודיו מאזור ערד לזחיליקה (לא ידוע מתי). היינו, לכל היותר הצביעו התובעים על כך שבמרחבי הנגב וגם בתביעות וסביבתן השתמש השבט למרעה ולחנייה בתקופות מסוימות. הא ותו לא.²⁴⁹

ההיבטים הגיאוגרפיים-ההיסטוריים של הלכת "הנגב המת" נוסחו בצורה רהוטה בשלוש חוות-דעת של פרופ' רות קרק שהגישה המדינה בפרשת אל-עוקבי. לפי עדותה, הסתמכה קרק בעיקר על יומני מסעות של נוסעים וחוקרים מהתקופה הנדונה, על חומר ארכיוני כתוב ועל מפות היסטוריות. בעדותה הבהירה פרופ' קרק כי לא ערכה סקרי-שטח ולא ראינה את

247 שם, פס' 79.

248 שם, פס' 93.

249 שם, פס' 15.

האוכלוסייה הברווית. על מצבם של יישובי-הקבע בחלקות הנתבעות במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים היא כתבה:

מתוך בחינה ביקורתית של מגוון מקורות ראשוניים הכוללים תעודות בנות התקופה, תיאורי נוסעים ומפות היסטוריות עולה בבירור מצב בו לא היה כל ישוב קבע בשטח התביעה עצמו ואף לא קרוב אליו. מתוך המקורות עולה כי סביב לכל שטח התביעה ברדיוס גדול היו חרבות בלבד. הבניינים ברי הקיימא הקרובים ביותר לשטח התביעה היו בנייני העיירה באר שבע... ניתן לראות במהלך העשורים הראשונים של המאה העשרים תופעה של התחלות בנייה באזור על פי המפות ההיסטוריות אך אלו היו באזורים מרוחקים משטח התביעה ולא הגיעו לכדי בניית יישובים של ממש.²⁵⁰

לגבי אורח החיים של הברווים באותה תקופה טענה פרופ' קרק:

מספרות הנוסעים האירופים שעברו בארץ-ישראל במחצית השנייה של המאה הי"ט עולה כי הברווים... מתפרנסים בעיקר מגידול גמלים וצאן, המצריך נדידה עונתית ומפשיטות על האזור החקלאי המיושב. חלק מן המקורות מתארים עיבוד קרקע מועט בלתי רציף ואקראי בנגב, אולם מדובר במרחק רב משטח התביעה. מסקנתי מניתוח החומר הנה, כי העיבוד המרוחק אף הוא נעשה בצורה אקראית לחלוטין, ללא תכנון או עיבוד מכוון, ללא עבודה לאורך כל השנה או טיפול אינטנסיבי בקרקע אלא בצורה מקרית בלבד. מן המקורות עולה כי גידולים חקלאיים סדורים החלו בשטח זה רק בתקופת המנדט ואילך בקנה מידה מצומצם.²⁵¹

נעבור כעת לבחון את ההנחות ההיסטוריות-הגיאוגרפיות העומדות בבסיסה של דוקטרינת "הנגב המת", כפי שהן באות לידי ביטוי ברוח אלבק, בפרשת אל הוואלה ובטיעוני המדינה בפרשת אל-עוקבי.

ג. עיון גיאוגרפי-היסטורי מחודש בהלכת "הנגב המת"

כפי שנראה מייד, פרשת אל-עוקבי מאתגרת את הדוקטרינה ואת השגרה ההגמונית שבאמצעותן הברווים מוגדרים – בהליך שיפוטי קצר, סטנדרטי, "ברור מאליו" ושגרת –

250 חוות-דעת מומחה של פרופ' רות קרק מיום 30.1.2010 בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3 (להלן: חוות-הדעת של קרק).

251 שם.

כמי שפלוש למקרקעי הציבור בנגב. כזכור, פתחנו את המאמר בהתמקדות בדיון בתביעת הסדר קרקעות שהוגשה בשנות השבעים על-ידי סלימאן מוחמד אל-עוקבי על חלקות באזור עראקיב ואל-זחיליקה שבצפון הנגב, ואשר מתבררת כעת בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע לפני סגנית הנשיא השופטת שרה דברת.²⁵² בדיון זה המדינה חוזרת על הטענה הגורפת שלפיה הקרקע היא מוואת ולכן קרקע בבעלות המדינה, ומכאן משפחת אל-עוקבי ובני שבטם הם פולשים ומפרי סדר. בני משפחת אל-עוקבי, לעומת זאת, טוענים כי הקרקע שייכת להם ולכן המדינה ושלוחיה הם המסיגים את גבולם. המדינה מוסיפה על טענת המוואת גם טענה להפקעה כדין (והמשך הפקעה כדין) של הקרקע, אולם בטענה זו, שגם קשייה רבים בעינינו עקב היוותרות הקרקע ריקה במשך שישים שנה, לא נדון במאמר זה, שהינו ארוך ומורכב דיו גם כן. בחלקו זה של המאמר נבחן באופן ביקורתי את הטענות הגיאוגרפיות-ההיסטוריות המהוות את הבסיס ה"מדעי" העיקרי שדוקטרינת "הנגב המת" מושתתת עליו.

נוסף על עורכי-הדין של משפחת אל-עוקבי – מיכאל ספרד ורדואן אבו-ע'רארה – ועל צוות עורכי-הדין של המדינה, קיים תפקיד חשוב לעדים המומחים בתיקים הנדונים. אכן, חלק משמעותי מן השיח המשפטי שהתנהל באולמה של השופטת דברת היה הוויכוח בין שני פרופסורים לגיאוגרפיה שהגישו חוות-דעת מקצועיות: מטעם המדינה – פרופ' רות קרק מהאוניברסיטה העברית בירושלים; ומטעמה של משפחת אל-עוקבי – אחד מכותבי המאמר, פרופ' אורן יפתחאל מאוניברסיטת בן-גוריון בנגב.

1. התפתחות הגיאוגרפיה האנושית של צפון הנגב

כאמור, הלכת "הנגב המת" קובעת כי אדמת הנגב הייתה קרקע שוממה, בלתי-מוקצית ובלתי-מעובדת, וכי לפחות עד לתחילת תקופת המנדט לא היו בנגב התיישבות וחקלאות בדוויות משמעותיות. עם זאת, עיון מעמיק במקורות הקיימים מעלה תמונה שונה למדי, אשר נעדרה עד עתה מהשיח המשפטי ומחלק מהשיח הגיאוגרפי המתנהל בישראל.

עיון זה מעלה כי הגיאוגרפיה האנושית של אזור צפון הנגב התאפיינה, לפחות מהמאה התשע-עשרה ואילך, בהתיישבות בדווית נרחבת ובעיסוק ניכר בחקלאות, במקביל לכלכלת המקנה והעדרים המסורתית. למעשה, קיימות ראיות לקיום התיישבות חקלאית של מאות שנים בנגב בכלל, ובקרב שבט אל-עוקבי באזור עראקיב בפרט. רוב השבטים של צפון הנגב שכנו במשך דורות באזורי מגורים וליד שטחי עיבוד קבועים, הנקראים "דירה" ("דיאר"

²⁵² כאמור, בשנת 2005 פנה נורי אל-עוקבי לפקיד ההסדר בבקשה לרשום את החלקות על שמו. המדינה הגישה אף היא תביעה על הקרקע, וכך הגיע התיק לשופטת דברת. ראו עניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3. העיתונאית אביבה לורי סבורה כי המשפט הוא "מהחשובים שידעה המדינה" – ראו לורי, לעיל ה"ש 22.

כרבים) ברוב אזורי הנגב או "בלאד" ו"בלאד עאמרי" (אדמה, אדמות, אזורים מיושבים) באזורים מערביים יותר. הבדווים הורישו את הקרקע מדור לדור, תוך שהם מבססים מערך חקלאי המושתת על גידולי-בעל, ומקימים יישובי אוהלים ובשלב מאוחר יותר בקתות ("בייקות") ובתים.

חשוב לציין כי אף שבספרות יש לעיתים התייחסות כללית אל "הנגב" כאל אזור אחד, ראוי להתמקד בכמה תת-אזורים מובהקים בתוך אזור רחבי-ידיים זה. רוב החוקרים מחלקים את הנגב לכמה חלקים, בעיקר על-פי כמות המשקעים, הטופוגרפיה וסוג הקרקעות. בענייננו יש להבחין בין אזורים פוריים פחות לבין צפון הנגב וצפון-מערב הנגב, אשר רלוונטיים לביורר המצב בחלקת התביעה בעראקיב, המצויה כשנים-עשר קילומטר מצפון ומצפון-מערב לבאר-שבע העתיקה, ובוחיליקה, הנמצאת כעשרים ושניים קילומטר מצפון לבאר-שבע. באזורים אלה יורדים 250–400 מ"מ גשם בשנה, וקרקעות הלס בהם פוריית.²⁵³ קיימות עדויות רבות לכך שהאזור יושב במשך מאות שנים על-ידי שבטים בדוויים, כשֶׁפּר המדבר ושולי האזור המיושב בכפרים מסורתיים של "פלאחים" מתערבבים לעיתים זה בזה.

לא ברור מתי החלה התיישבותם של הבדווים באזור, ובספרות יש סברות שונות לגבי מועד הגעתם. חוקרים אחדים מציינים כי נוכחות הבדווים בנגב הייתה "מאז ומעולם",²⁵⁴ ואחרים מעלים את הסברה שהבדווים הראשונים הגיעו לאזור בזמן פלישתם של צבאות מוחמד לאזור, במאה השביעית לספירה.²⁵⁵ אל הנגב (אשר במרבית התקופה לא הוגדר כאזור נפרד) נכנסו בשלוש מאות השנה האחרונות גם בדוויים מסיני ומעבר-הירדן, ואליהם הצטרפו מהגרים לא-בדוויים מאזורים שכנים, כגון מצרים, עבר-הירדן ואזורי החוף של רפיח ועזה. יש להניח כי שבטים לא-מעטים ששהו בנגב בתקופות מסוימות עזבוהו לאחר-מכן, וכי רבים מבניהם נטמעו בשבטים אחרים.²⁵⁶

מקור מפורט ושיטתי לביורר תולדותיה של החקלאות הבדווית בנגב הוא המפקד המקיף שערכו העות'מאנים באזור בשנת 1596. המפקד התבסס על דפוסי גביית המיסים באזורי

253 שאר האזורים הקרובים הם בקעת באר-שבע, המשתרעת מקצה העיר כלפי מזרח, אשר כמות המשקעים בה היא כ-200–250 מ"מ, והקרקעות בה בנוי-עיבוד אך פוריות פחות מצפון הנגב; האזורים של בקעת ערד, תל-מלחתה (תל אל-מלח) וגבעות ממשית (דימונה), אשר כמות המשקעים בהם היא 100–200 מ"מ וקרקעותיהם חוליות; ולבסוף הר הנגב, שכמות המשקעים בו נעה בין 100 ל-150 מ"מ ואשר רוב קרקעותיו טרשיות והרריות.

254 לסקירות של ההיסטוריה העתיקה הערבית-הבדווית בנגב ראו, למשל, אברהם נגב "השתמרות ושיכחה של שמות מקומות קדומים בנגב המרכזי" קתדרה 4 (1977) 121 www.snunit.k12.il/heb_journals/katedra/04047.html; ABU-RABI'A, לעיל ה"ש 37.

255 עארף אל-עארף תולדות באר שבע ושכטיה – שבטי הבדואים במחוז באר שבע 192–200 (2000); בן-דוד הבדווים בישראל, לעיל ה"ש 37, בעמ' 52–53.

256 אל-עארף, שם; MEIR, לעיל ה"ש 40; Clinton Bailey, *Dating the Arrival of the Bedouin*; 40 *J. ECON. & SOC. HIST. ORIENT* 20 (1985) *Tribes in Sinai and the Negev*.

האימפריה השונים, ונותח בספרם של הוטרות ועבדולפתאח.²⁵⁷ דפי הרישום של תשלומי המיסים מפרטים את אזורי החקלאות של הבדווים ואת גידוליהם – חיטה, שעורה ותירס. העות'מאנים מעידים, עם זאת, שחלקים גדולים מהחקלאות הבדווית נוהלו במה שהם כינו "מזרעה", כלומר, אזורי גידולים רחבים ללא יישוב ברור, שאותם עיבדו הבדווים על סף המדבר הצפוני. שבטי הבדווים נקראו בשפה העות'מאנית המנהלית "ג'מאעת" (جماعة) או "עורבאן" (عربان) או לעיתים "בדו" (بدو). החוקרים מעידים כי תהליך התקבעותם של הבדווים ומעברם לחיים המשלבים עיבודים קבועים החל כבר במאה השש-עשרה:

...From the type of taxes levied on the nomadic jama'a we assume there must have been stages of development between a nomadic and an agricultural way of life... There are some jama'a's which pay taxes for wheat and other field crops in exactly the same way as to the villages... for the purposes of registration they were too widely scattered to be attributed to particular villages... the mazra'a were usually small arable areas, dispersed amongst the hills...²⁵⁸

המפקד העות'מאני של סוף המאה השש-עשרה מציין את קיומם של יותר מ-2,000 "מזרעות" בשטח שנהפך לארץ-ישראל/פלסטין, בעיקר באזורי סף המדבר. מתוכן לפחות מאה זוהו באזור דרום הר חברון, החופף חלקים מצפון הנגב. בדיווחים על המפקד מצוינים שמותיהם של שישה שבטים בדוויים, אשר חמישה מהם ניתן לזהות כיום באזורי צפון הנגב ודרום הר חברון. יצוין גם שקצה אזור השליטה העות'מאנית עבר, לפי מפות המפקד, בקו שבין חברון לרפיח, כלומר בשוליים הצפוניים מאוד של האזור הבדווי, כך שרוב האזורים הבדוויים נותרו מדרום לקו זה וללא דיווח מפורט במפקד. כפי שמצוין במפקד, סביר שגם מדרום לקו זה התפרנסו הבדווים מחקלאות.²⁵⁹ החוקרים מציינים גם שבשנים שלאחר המפקד, על רקע תהליכי הביזור בשלטון העות'מאני, התרחשו שינויים דמוגרפיים בדרום מישור החוף שהובילו להשתקעותם של כמה שבטים בדוויים באזורים פוריים יותר ולמעברם לאורח חיים מוטה-חקלאות. מתקופה זו החוקרים מזהים את צמיחתו של אורח החיים ה"נוודי למחצה", המשלב חקלאות, מקנה ומקומות מגורים קבועים לכל שבט ושבת.²⁶⁰ המפקד העות'מאני של 1596 מעיד אם כן בכירור על עיבוד חקלאי בדווי

WOLF HUTTEROTH & KAMAL ABDULFATAH, HISTORICAL GEOGRAPHY OF PALESTINE, 257
.TRANSJORDAN AND SOUTHERN SYRIA IN THE LATE 16TH CENTURY (1977)

שם, בעמ' 28–29.

שם, בעמ' 29.

אבינועם מאיר "כלכלה ורקע בקרב בדווי הנגב: תהליכים חדשים, תוכנות חדשות" (2006)
David Amiran, ; www.geog.bgu.ac.il/fastSite/coursesFiles/bedouins/publications/meir.pdf

.The Pattern of Settlement in Palestine, 2 ISR. EXPLOR. J. 65 (1953)

באזורי צפון הנגב הנמשך כבר מאות שנים. שילוב רעייה עם חקלאות קיבע את הבדווים באזורים מסוימים, והחל לבסס מערכת של חלוקת מקרקעין ובעלות מקרקעין, כפי שיפורט בהמשך.

(א) יומני נוסעים

מקורות נוספים הנמצאים בידינו בנוגע לגיאוגרפיה ההיסטורית של הנגב הם יומני המסעות של אירופים שהגיעו לארץ-הקודש מסוף המאה השמונה-עשרה ואילך. אף שרבים מהנוסעים היו אנשי דת, ורובם לא היו מדענים מדופלמים, עדויותיהם מספקות בכל-זאת מידע מהותי – גם אם חלקי ולעיתים מוטה – על הגיאוגרפיה האנושית של האזורים הבדויים במאות הקודמות. נוסעים שעברו בבקעת באר-שבע ובצפון-מערב הנגב, ובמיוחד אלה שעברו בין החורף לתחילת הקיץ, הבחינו בפעילות חקלאית ענפה.²⁶¹ כך, למשל, הַדְנֹוח אדוארד רובינסון – שעבר בשנת 1839 באזור לקייה, כעשרה קילומטר ממזרח לעראקב באותו קו רוחב – כתב כי הוא מזהה מחסנים של תבואה המאוגדים ב"נאטור", כלומר, אזור מסודר ושמור למטרה זו:

...[We] went off to the left towards the N. to a place where the Bedawin have their magazines of grain, called Nuttar al-Lukiyeh.²⁶²

הנוסע ההולנדי ון-דה-ולדה מציין אף הוא גידולים ביומניו לאחר מסעו בשנת 1854:

Our course now lay north-north-east by the still remnant foundations of the city of Beer Sheba, which had last year been used as threshing floors, in consequence of which some part of the grains of corn that had been left had sprung up of themselves.²⁶³

גם הכומר תומסון (W.M. Thomson), אשר ביקר באזור בשנת 1856 ועבר דרך שבט ג'באראת הבדווי, כחמישה-עשר קילומטר מצפון לשטח התביעה, מתאר את האזור במילים "חיטה, חיטה ואוקיינוס של חיטה".²⁶⁴ תומסון מתאר כ"פוריים" גם את אזורי ואדי שריעה

261 ראו: WILLIAM M. THOMSON, THE LAND AND THE BOOK: OR, BIBLICAL ILLUSTRATIONS DRAWN FROM THE MANNERS AND CUSTOMS, THE SCENES AND SCENERY OF THE HOLY LAND 556 (1910); ויקטור גרן תיאור גיאוגרפי, היסטורי, וארכיאולוגי של ארץ-ישראל כרך שני: יהודה (ב) (חיים בן-עמרם מתרגם, 1982).

262 EDWARD ROBINSON & ELI SMITH, BIBLICAL RESEARCHES IN PALESTINE, MOUNT SINAI AND ARABIA PETRAEA: A JOURNAL OF TRAVELS IN THE YEAR 1838 vol. I 306 (1841).

263 CHARLES VAN DE VELDE, NARRATIVE OF A JOURNEY THROUGH SYRIA AND PALESTINE IN 1851 AND 1852 vol. II 139 (1854).

264 THOMSON, לעיל ה"ש 261, בעמ' 556–557.

(נחל עזה) ונחל גרר, הנמצאים כשישה קילומטרים מצפון-מערב לשטח התביעה בזחיליקה, ומדווח כי ראה בהם שדות תבואה נרחבים. הוא מתאר את הסכנות של שוד וביזה האורבות לנוסעים מידי הבדווים, ומבקר את הדרך שבה הממשלה מאפשרת לבדווים לשלוט בשטח, בצורה הרסנית לדעתו. עם זאת, תומסון מתאר גם את מראות החריש והתבואות במסעותיו במחוזות הבדווים: "הקרקע מסביב אינה כלל מה שאנו מכנים באמריקה 'קרקע בתולית'. הקרקע נחרשה במשך אלפי שנים, כנראה באותו אופן שבו היא נחרשת בהווה."²⁶⁵ נוסע מפורסם נוסף היה הנרי טריסטרם, ששילב את מקצוע הכמורה עם מחקרי טבע. לספרו מצורפת מפה מפורטת של מסלולי מסעותיו. בשנת 1858 הוא נסע מכיוון ביר אל-מלח (תל מלחתה) בכיוון מערב אל עבר בקעת באר-שבע. את האזור שממזרח לבאר-שבע הוא מצייר כאזור חרב, אך בהמשך הוא מתאר את הכניסה לבקעת באר-שבע המעובדת:

...לפנינו האפיק הרחב של נחל באר שבע, שגדתו הצפונית מוגנת על ידי חומה עתיקה בנויה היטב... יכולנו לראות מחנות אחדים של ערבים... סימן אחד... מציין את באר שבע כגבול בין המדבר לבין ארץ הגבעות. סימן זה הוא גידול תבואה על ידי הערבים בחלקות גדולות, לא גדורות... מאז שעזבנו את יריחו זהו המקום הראשון שמצאנו בו אדמות מעובדות. השטחים המישוריים הפוריים והנמוכים שבקרבת באר שבע נחרשים או ליתר דיוק מגורדים... וזורעים בהם חיטה ושעורה...²⁶⁶

עדות נוספת עולה מספרו של החוקר אדוארד הָל (Hull), שפורסם בשנת 1883. הָל נבדל מרוב עורכי המסעות בהיותו חוקר מדופלם, אשר כיהן כראש משלחת גיאולוגים בריטית. כך הוא מתאר את אזור תל אבו-הורירה, הנמצא בוואדי שריעה, כעשירים וחמישה קילומטר מצפון-מערב לבאר-שבע, בלב האזור הבדווי של המאה התשע-עשרה, וכחמישה-עשר קילומטר ממערב לשטח התביעה בעראקיב:

We therefore pressed for another day's march to Tel abu-Hureira... The country we traversed was spread a deep covering of loan of a very fertile nature... the district is extensively cultivated by the Terabin Arabs, and by little parties of fellahin... *The extent of the ground which is cultivate, as well as all the way to Gaza, is immense, and the crops are wheat, barley, and maize must vastly exceed the requirements of the population.* In fact,

265 ש.ם.

266 הנרי בייקר טריסטרם מסע בארץ ישראל – לחקר חיי הארץ וטבעה – יומן 1863–1864. 279 (חיים בן-עמרם מתרגם, 1975).

large quantities of agricultural produce raised in this part of Palestine are annual exported from Jaffa and other towns...²⁶⁷

גם הנוסע והחוקר הצרפתי ז'וסן (Jausse), שעבר באזור בשנת 1905, מדווח על החקלאות הברווית הענפה ועל השיטות שבהן גייסו הברווים עובדים מאזורים אחרים לעונות הקציר, עקב היבולים הגדולים. הוא משווה את דרום פלסטין החרב (כלומר, אזור הנגב הדרומי) עם אזורי באר-שבע ועזה הפוריים, תוך שהוא מציין במיוחד את האזורים של שבטי הקדיראת השוכנים בבקעת באר-שבע:

The south of Palestine... is neither the beautiful plains of Gaza, neither those of Bir as-Saba', which were always cultivated by the inhabitants of the plain or by the villagers living close by... I attract the attention on the plowing fields that spread more or less, with some interruptions of hills and dry plains, until... The farmable land is, for a good reason, strongly appreciated by Bedouins, it is their strength, their source of livelihood; they sometimes know to claim it with energy.²⁶⁸

היו חוקרים רבים נוספים שדיווחו על חקלאות בדרווית בנגב,²⁶⁹ אבל חשוב לציין שהיו גם נוסעים וחוקרים ידועים – כגון ויקטור גרן הצרפתי, שעבר בנגב בשנת 1863, ואדוארד פלמר, שאותו ציטט השופט חלימה בפרשת אל הואשלה ואשר חצה את האזור בשנת 1868

267 EDWARD HULL, MOUNT SEIR, SINAI AND WESTERN PALESTINE 138–139 (1885) (ההדגשה הוספה).

268 ANTONIN JAUSSEN, COUTUMES DES ARABES AU PAYS DE MOAB 246–247 (1908) (תורגם בעבור המחברים על-ידי ד"ר סדריק פריזוט (Cédric Parizot)).

269 וילטון (Wilton), למשל, שעבר באזור בשנת 1863, מדווח על מסעו מאשקלון לכיוון הר הנגב, ועל מפגשיו עם שבט העזאזמה באזור ראס אלסראם וואדי ח'פיר (הקרובים לניצנה של ימינו, כחמישים קילומטר מדרום-מערב לחלקת התביעה), שם ראה בדרווים חורשים את שדותיהם עם גמלים, והבחין בטלאים של שדות חיטה משני צידי הדרך דרומה (ע' 222–229). החוקר והנוסע הגרמני-האמריקאי גוטליב שומכר (Schumacher) סייר באזור בשנות השמונים של המאה התשע-עשרה והפיק מפה ראשונית הממפה את הטריטוריות הברוויות. המפה, שפורסמה בשנת 1886, מעידה על התמסדותן של הטריטוריות הברוויות סביב עזה, עם אזורים מובהקים של המטות הגדולים – חנאג'רה, ג'ובאראת, תיאאה ותראבין (ראו נספח 4). נוסעים נוספים שעברו בנגב תיארו את חייהם של הברווים. שניים מביניהם הם אולריך זיצן ומקס אופנהיים, המדווחים על העיסוק הברווים בחקלאות, ובאופן ספציפי יותר על חייהם של בני שבט אל-עוקבי. אל כתביהם של נוסעים אלה עוד נשוב. ראו: ULRICH JASPER SEETZEN, REISEN DURCH SYRIEN, PALÄSTINA, PHÖNICIEN, DIE TRANSJORDAN LÄNDER, ARABIA PETRAEA UND UNTER-AEGYPTEN (1855); MAX FREIHERR VON OPPENHEIM, DIE BEDUINEN: BANK II: DIE BEDUINENSTÄMME IN PALÄSTINA, TRANSJORDANIEN, SINAI, HEDJAZ (1983).

— שדיווחו רק על שטחי מרעה וחורבות מפורזות. עם זאת, בדיקה של נתיב מסעותיהם מעלה כי שניהם חצו את הנגב באזורים שממזרח לבאר-שבע. כידוע, באזורים אלה כמות המשקעים נמוכה, ופיזור הכדורים היה תמיד רחב יותר באזורים אלה עקב הצורך ביחידות שטח גדולות לקיום בסיסי.²⁷⁰ גם משלחת המיפוי הבריטית משנת 1880 מדווחת ברשימות הנלוות למפות (memoirs) רק על עיבודים מועטים יחסית, בעיקר תירס וטבק, בדרכם מבאר-שבע לדהרייה.²⁷¹ גם החוקר הידוע אלויס מוסיל ערך כמה מסעות, ואף הכין מפה של צפון הנגב משנת 1902. מוסיל מקונן על קיומם של מקומות נטושים ושוממים באזורי התביעה, ומדווח על חורבות שמצא (אך גם על יישוביה של קהילת אל-עוקבי)²⁷² באזור זחיליקה. מוסיל מביע את צערו אל מול הנוף החרב לנוכח סימנים ברורים שאזורים אלה שגשגו בעבר.²⁷³

חשוב לציין כי העובדה שחוקרים מסוימים לא ראו עיבוד אינה שקולה מבחינה ראייתית לעובדה שחוקרים אחרים הבחינו בו. העדר דיווח על אודות עיבוד יכול לנבוע ממעבר של הנוסעים באזור המרוחק משדות, מתזמון מסעם בחודשי הקיץ השחונים או מאי-הבנת מאפייניה של החקלאות בנגב. במילים אחרות, אי-ראיית עיבודים אינה פוסלת את האפשרות שהם היו קיימים. לעומת זאת, הבחנה בהימצאותם של שדות מעובדים אינה משתמעת על-פירוב לשני פנים, ומעידה בבירור על קיומה של חקלאות.

לסיכום, למרות דיווחיהם של כמה נוסעים אירופים שלא הבחינו בפעילות החקלאית וההתיישבותית הכדורית, עדויותיהם של נוסעים לא-מעטים מצביעות על העובדה החשובה ביותר מבחינה היסטורית-גיאוגרפית, קרי — שחקלאות נרחבת ושיטתית אכן התקיימה.

270 ראו גרן, לעיל ה"ש 261. גרן, אשר צירף גם הוא מפה לספרו, נסע בדרכים העוברות באזורי ח'רבת חי'ואלפה של אז, בצמוד לקיבוץ להב של היום, כלומר חמישה-עשר קילומטר מצפון-מזרח לעראקב. פלמר עבר אפילו מזרחה יותר, ליד תל אל-מלח (תל מלחתה, בסיס נבטים של היום) וח'רבת חורה (היא העיירה חורה של היום), כלומר בין חמישה-עשר לעשרים וחמישה קילומטר ממזרח לשטחי התביעה — אזורים שבהם כמות המשקעים נמוכה מ-150 מ"מ. ראו: EDWARD PALMER, THE DESERT OF THE EXODUS: JOURNEYS ON FOOT IN THE WILDERNESS OF THE FORTY YEARS WANDERINGS (1872). פלמר גם מעיר במפורש (שם, בעמ' 380–381) על תקופת הבצורת שפקדה את הנגב בזמן מסעו, ומכאן שגם אם חרשו הכדורים וזרעו את הקרקע, כפי שעשו במשך דורות, גידוליהם לא נבטו בשנה זו.

271 CLAUDE CONDER & HERBERT KITCHENER, THE SURVEY OF WESTERN PALESTINE: MEMOIRS OF THE TOPOGRAPHY, OROGRAPHY, HYDROGRAPHY AND ARCHAEOLOGY: JUDAEA 392 (Edward Palmer & Walter Besant eds., 1883).

272 ראו להלן סעיף-קטן (ד) וכן Musil, להלן ה"ש 391, והטקסט שלידה.

273 ראו דיווח על דיווחיו של מוסיל אצל יוסף ברסלבסקי הידעת את הארץ — ארץ הנגב כרך ב 227–228 (1946) (המעיד כי מוסיל התמקד בעיקר בהר הנגב ובאזור עוג'ה אל-חפיר, אם כי עבר גם בנגב הצפוני). גם בלדנספרגר חקר את אזורי הכדורים בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים, ולא דיווח על חקלאות מסודרת. ראו: PHILIP J. BALDENSBERGER, THE IMMOVABLE EAST: STUDIES OF THE PEOPLE AND CUSTOMS OF PALESTINE 247–252 (Frederic Less ed., 1909).

העדויות האחרות יכולות רק להצביע על כך שבמקומות מסוימים (במזרח הנגב, בצפון-מזרח הנגב וכמובן בדרומו) ובעונות מסוימות (בעיקר בחודשי הקיץ או בשנות בצורת) נראה השטח בלתי-מעובד. עם זאת, מעדויות מגוונות של נוסעי המסעות, המתחזקות מעדויות מתחילת הציונות שיובאו להלן, ניתן להסיק כי בנגב הצפוני והצפון-מערבי ובאזור בקעת באר-שבע הייתה החקלאות שיטתית וקבועה, והניבה תנובה משמעותית שנוצלה אפילו לייצוא.

(ב) דיווחי המתיישבים הציונים

בתחילת המאה העשרים החלו גם נוסעים וחוקרים ציונים להגיע לאזור ולדווח על נופיו ואוכלוסייתו. בדומה לעורכי המסעות האירופים, הם מצאו אזור מיושב ומעובד, אם כי בדרכים שונות מהמקובל באירופה או בצפון הארץ. כך עולה, למשל, מתיאורו של זלמן דוד ליבונטין, ממייסדי חובבי ציון, שהתעניין מאוד ביישוב הנגב, ואף סייר בו פעמים מספר. ליבונטין מציין כמה מפגשים עם הבדווים בשנת 1882 לאחר ביקור באזור נחל גרר, העובר כשניים עד שלושה קילומטרים מצפון לאזורי התביעה בעראקיב וכארבעה קילומטרים מדרום לחלקות בזחיליקה:

ונלך בדרך מעזה כארבע-חמש שעות הלוך וסבוב שדות ושכונות בדווים, ונבוא עד נחל גרר לפנות היום... ומשני עברי הנחל נטויות שורות-שורות אוהלי בדויים רועי צאן. אילנות אין שם וכל הכר זרועה חיטה ושעורה.²⁷⁴

לאחר-מכן מדווח ליבונטין על מפגשו עם 'שיח' בדווי:

"כמה הם מספר בני שבטך השוכנים פה איתך?" שאלתי את הנשיא.

"יותר ממאה משפחות" – ענה הנשיא.

"ומקנה רב לכם פה?"

"לאלפים ימנו" – ענה הנשיא בגאון.

"וקרקע לזריעה יש לכם רב?"

"לה' הארץ ומלואה ואנחנו לצרכינו נחרוש ונזרע."

"ויותר מצרכיכם לשם מכירה לא תזרעו?" שאל רעי.

274 זלמן דוד ליבונטין לארץ אבותינו כרך א 37 (מהדורה שנייה, תרפ"ד) (ההדגשה הוספה).

"יש בינינו רבים הזורעים הרבה ומוכרים תבואות שדותיהם לסוחרים עזה... אבל אנוכי אינני רואה בזה תועלת." 275

גם מנחם שינקין, ממנהיגי היישוב הציוני בתל-אביב בתחילת המאה העשרים, ערך מסע לנגב, כנראה בשנת 1912 או 1913. שינקין דיווח על חקלאות נרחבת, אבל גם על שיטותיהם המסורתיות וה"נחותות" של החקלאים הבדווים:

במוצאי שבת עם חשכה עזבנו את מקום תחנתנו ונלך צפונה-מזרחה בדרך באר שבע... פה ושם נמצאים משכנות הערביים, שהן כעין תערובת של בתים, צריפים ואוהלים... דרך רחבה וטובה למסע עגלות עוברות בין שדות תבואות, זרועים שעורה וחטי תירס שהביאה אותנו על גבעת העיר באר שבע... בערב הזמין אותנו פקיד החבל לסעודה... שוחחנו על התפתחות העיר... האדמה מסביב פורייה. שדות תבואה למכביר... ערביי המקום מעבדים רק חלק מאדמת הסביבה, וגם זה – באופן רע ושטחי. רובם חורשים רק בחמור אחד... רובם לא מדקקים בטיב החרישה, כי מיסי הממשלה מוטלים שם לא על האדמה כי אם על צמד הבקר... 276

עדות נוספת נמצאת בדוח ששמור בארכיון יד בן-צבי. את הדוח חיבר מרדכי יגאל, מראשי ארגון "השומר" ותושב זכרון-יעקב, אשר נשלח לאזור על-ידי החברה להכשרת היישוב. "התושבים הם בדווים. מהם חלק קטן חי חיי רועים... והרוב חצאי פלאחים, בעלי מקנה ואדמה גם יחד..." 277 לאחר הכנת דוח ראשוני זה ארגנה החברה להכשרת היישוב את הסקר המקיף הראשון של הנגב. על הסקר חתום ד"ר יעקב טהון, שהיה מנהל החברה ולפני כן מנהל המשרד הארץ-ישראלי של ההסתדרות הציונית וחבר בהנהלתה. בסקר חשוב זה, שפורסם בשנת 1920, חוקרי החברה סוקרים את מצבת השבטים, העיבודים החקלאיים ובעלות הקרקע בנגב. 278 מסקנות הסקר ברורות – חלקים גדולים של אזורי הנגב מיושבים, מעובדים ונמצאים בבעלות בדווית. בדוח מצוין שבאזורים המקיפים את באר-שבע נמצאים 2,660,000 דונם בבעלות הבדווים, ושכ-35% מהם מעובדים. על-פי הסקר, בצפון הנגב אחוזי העיבוד עולים על 50%. הדוח מפרט את הבעלויות בקרקע ואת עיבודי הקרקע ברמת השבט, תוך ציון שמותיהם של יותר מ-90 שבטים, המאוגדים במטות כדלקמן:

- מטה העזאזמה הוא בעלים של 770,000 דונם קרקע, מתוכם 140,000 (20%) מעובדים.

275 שם, בעמ' 36–37 (ההדגשה הוספה).

276 כתבי מנחם שינקין 186–187 (1941) (ההדגשות הוספו). אין בספר תיארוך מדויק של ביקורו, אך שינקין מתאר שם את בניית בית-הספר בבאר-שבע, וזו התרחשה בשנים 1912–1913.

277 מופיע בארכיון יד בן-צבי, בתוך השאיפה אל הנגב: קובץ תעודות, תעודה 2/5/1/1 (1974).

278 החברה להכשרת היישוב הנגב (יעקב טהון עורך, 1920) (להלן: דוח החברה להכשרת היישוב). דוח זה מופיע בארכיון הציוני, עברית ואנגלית, מספר תיק L/2/6289, מספר סידורי L 33/1, מספר ישן L 18/127/2.

- מטה התיאהא הוא בעלים של 1,120,000 דונם, מתוכם 640,000 (40%) מעובדים. לענייננו, הדוח מציין גם את שבט "עוקבנה" (בני עוקבה, דהיינו, שבט אל-עוקבי), שבבעלותו 26,250 דונם ואשר מעבד 40% משטחו.
 - מטה הג'באראת הוא בעלים של 66,000 דונם, מתוכם 38,000 (60%) מעובדים.
 - מטה התראבין הוא בעלים של 778,750 דונם, מתוכם 272,000 (35%) מעובדים.²⁷⁹
- הסקר של החברה להכשרת היישוב קובע כי מטה התיאהא שלט במשך כמה מאות שנים על דרום ארץ-ישראל/פלסטיין. המטה עיבד בעיקר חיטה, שעורה ודורה, אך גם אבטיחים ששימשו מזון לגמלים. בפרק העוסק בתנאי החיים נכתב כי התיאהא הם "בעיקר עובדי-אדמה, והם בדרום ליהפך לחקלאים... הם חיים על אדמתם ועוובים אותה רק לצורכי מרעה" (ראו נספח 2).

מקור נוסף הקשור לתנועה הציונית הוא הדין-וחשבון של ועדת אברמסון, שהוקמה על-ידי הנציב העליון הרברט סמואל במטרה לברר את מצב הקרקעות בארץ-ישראל/פלסטיין, תוך שימת דגש במיפוי קרקעות המוואת והמחלול, שאותן היה אפשר לרשום כקרקעות מדינה וכך ליצור תשתית להקמת בית יהודי בארץ-ישראל. חבר מוביל בוועדה היה חיים קלברסקי, שעבד ברכישת קרקעות בשם פיק"א. בוועדה היה חבר גם פאיד אל-עלמי, חבר הפרלמנט העות'מאני לשעבר. דוח הוועדה, שהוגש לממשלת המנדט הבריטי ביולי 1921, מיפה את הקרקעות החקלאיות בכל ארץ-ישראל והעריך את גודלן. על-פי הדוח נמצאו באזור באר-שבוע כ-2,800,000 דונם מעובדים בבעלות הברווים, וכל חלקה עובדה בממוצע פעם בשנתיים.²⁸⁰ הדוח קובע כמובן שקרקעות אלה לא היו מוואת, ובכך מערער נדבך נוסף בהלכת "הנגב המת", הטוענת כזכור כי לפני תחילת המנדט הבריטי לא הייתה חקלאות בדווית שיטתית ונרחבת בנגב.

לסיכום, דיווחים מוקדמים של מקורות ציוניים חשובים, ביניהם הדוח המקיף והשיטתי הראשון במאה העשרים על המרחב הברווית של החברה להכשרת היישוב, מעידים בבירור כי בשלהי התקופה העות'מאנית הייתה החקלאות דרך חיים מקובלת ונפוצה באזורים ברדווים נרחבים. עקב אילוצי האקלים וסוג הקרקע אך טבעי הוא שבאזורים הצפוניים והמערביים אחוז השטח המעובד גדול יותר. אולם חשוב לציין שגם הקרקע שלא הייתה מעובדת הייתה מוחזקת, ושימשה את השבטים לסיפוק צורכיהם, כולל מרעה, שבילים, בתי-קברות ועוד. אם כך, המקורות המגוונים שהובאו מעידים ללא ספק כי חלק ניכר מן הקרקע באזור לא הייתה שוממה, אלא עובדה על-ידי הברווים, וכי אפילו המקורות הציוניים הכירו בבעלות זו. זאת, בניגוד לעמדה הנטענת תדיר בדיונים היסטוריים, גיאוגרפיים ומשפטיים באקדמיה,

279 שם, פרק "תיאהא", בעמ' 1. הסקר תיחס את גבולות המטה, כלומר, את הטריטוריה שבתוכה הייתה לו ריבונות ליישב את שבטיו ולהנהיג את משפטו מבלי לחדור לטריטוריה של מטות שכנים, כגון עזאמה, תראבין וג'באראת. על-פי הסקר: "The marked area is owned by the great tribe of the Tayaha". עמ' 26 בקובץ ה-PDF שהתקבל מגנוז המדינה.

280 דוח אברמסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 9-10, 28-29.

משפט וממשל יד תשע"ב עיון מחודש בהלכת "הנגב המת": זכויות קניין במרחב הכדורי

וכן על-ידי המדינה בבתי-המשפט. החומר שלעיל מערער לכן על תשתית מרכזית של הלכת "הנגב המת", הטוענת כי במאה התשע-עשרה היה הנגב שומם, מיושב בדלילות על-ידי נוודים, ושקרקעותיו היו "מתות", קרי, אדמות מוואת (ללא יישוב, מרוחקות מיישוב ובלתי-מעובדות). ערעורנו על תפיסה זו מקבל משנה תוקף מעבודות מחקר אקדמיות על האזור שנכתבו בדורות האחרונים, כמפורט להלן.

(ג) ספרות מחקרית

מגוון חוקרים תיעדו וניתחו בצורה שיטתית את המצב באזור בשלהי התקופה העות'מאנית, ורובם מציינים את קיומה של חקלאות ענפה באזור באר-שבע וצפון הנגב. נציין כאן בקצרה רק כמה חוקרים בולטים המעניקים בניתוחיהם גושפנקה נוספת לקיומה של חקלאות שיטתית באזורי הכדורים. ההיסטוריונית הטורקית יסמין אבצ'י (Yasemin Avci), למשל, מציינת את הסיבות להקמת באר-שבע במיקומה הנוכחי בתנאים ששררו באזור בסוף המאה התשע-עשרה:

More importantly, there was an abundant supply of water drawn mainly from seven wells, and the surrounding country had already been under cultivation.²⁸¹

קלינטון ביילי, הנחשב לאנתרופולוג המוביל בחקר התרבות, המסורת והחוק הכדוריים, מציין גם הוא, במאמרו משנת 1980, כי "הכדורים של אמצע המאה התשע-עשרה... גם גידלו עיזים שחורות ועסקו בחקלאות, במיוחד בצפון-מערב הנגב. לכן הם מסווגים כ'נוודים למחצה'".²⁸² חוקרים נוספים של הגיאוגרפיה ההיסטורית של ארץ-ישראל והנגב מתארים את התפתחותה של החקלאות הערבית בנגב. כך, למשל, דוד עמירן, מגדולי הגיאוגרפים הישראליים וממייסדי התחום בארץ, מנתח במאמר מכוון משנת 1953 את העיבודים הכדוריים מצפון הנגב ועד אזור כורנוב (מיקומו של סכסוך הקרקעות בפרשת אל הואשלה), המכתש הגדול ומכתש רמון:

The interesting point is the Bedouin... process of settlement. Bedouin population have turned semi-nomadic during recent centuries, first by growing cereals... then by using houses for storing their harvest, and

281 Yasemin Avci, *The Application of Tanzimat in the Desert: The Bedouins and the Creation of a New Town in Southern Palestine (1860–1914)*, 45 MIDDLE EAST. STUD. 969, 976 (2009).

282 Clinton Bailey, *The Negev in the Nineteenth Century: Reconstructing History from Bedouin Oral Tradition*, 14 ASIAN & AFR. STUD. 35 (1980) –40, בעמ' 35, (ראו מפות שם, בעמ' 41).

eventually by occupying houses themselves... All Bedouin engage in some sort of agriculture...²⁸³

הגיאוגרף דוד גרוסמן תיאר את הקיום הבדווי של המאה התשע-עשרה כמבוסס על "כלכלה דואלית" של מקנה וחקלאות. כלכלה דואלית זו היוותה מעין "ביטוח" קיומי לבדווים למקרה של בצורת מזה או פגיעה בעדרים מזה. אך העיסוק הנפוץ בחקלאות במאה התשע-עשרה חייב התקבעות והקמת יישובים, ואלה אכן הוקמו בעשרותיהם באזורי צפון הנגב. עם זאת, חשוב לציין, כפי שמראה גרוסמן במחקריו המגוונים, כי אופיים של יישובים דרומיים אלה היה שונה מאופיים של היישובים באזורי הארץ הצפוניים. יישובים רבים הוקמו בח'רבות (כלומר, באתרים של כפרים שננטשו בעבר), במערות או במקבצים של אוהלים, אך הם תפקדו כיישובים, כלומר, כאזורי מגורים קבועים או עונתיים-מחזוריים (קרי, כאלה המיושבים במחזוריות כל שנה, בדיוק באותם מקומות, ופעמים רבות תוך תקיעת יתדות האוהלים על אותה פיסת אדמה בדיוק). בהמשך נראה כיצד האופי החקלאי של בקעת באר-שבע והנגב הצפון-מערבי קשור גם למערכת בעלויות הקרקע שהתפתחה באזור, אשר הקנתה למעבדיה, לפי הדין המקומי-המסורתי, את זכויות הבעלות במקרקעין.²⁸⁴ גם אבינועם מאיר, שחוקר כבר כמה עשורים את ההיסטוריה הקרקעית של הבדווים, מתאר את התפתחותה של החקלאות הבדווית במאה התשע-עשרה כתהליך בעל שורשים עמוקים:

בנגב... היה זה... תהליך הדרגתי... [ש]התבסס גם, ואולי בעיקר, על ידע שהיה מורשת עתיקת יומין שהבדווים צברו עוד לפני כן. כך למשל קיימות עדויות כבר משלהי המאה ה-18 על עיבוד חקלאי של בקעת באר שבע... חקלאות בנגב במחצית המאה ה-19 לא הייתה אפוא בגדר חידוש... במחצית השנייה של המאה ה-19 עיבוד קרקע חקלאית... לא היה זר לבדווים...²⁸⁵

חשוב לציין שתהליך זה של התקבעות והסתמכות גוברת על חקלאות, שאותו מתאר פרופ' מאיר, נפרש על-פני כמה דורות, ונבנה בהדרגה תוך התבססות הולכת ומעמיקה של הסדרים יישוביים וקרקעיים מתאימים. כפי שראינו, ניתן לראות את ניצניו של תהליך זה כבר במאה השש-עשרה. עקב כך ניתן גם להתייחס למציאות החקלאית בנגב בתקופת

283 Amiran, לעיל ה"ש 260, בעמ' 65.

284 דוד גרוסמן "הפלאח והבדווי בשולי המדבר – מערכת היחסים ואסטרטגיות קיום" היישוב הערבי בישראל – תהליכים גיאוגרפיים 23 (דוד גרוסמן ואבינועם מאיר עורכים, 1994); דוד גרוסמן האוכלוסייה הערבית והמאה ה-19 – תפוסת וצפיפות בארץ ישראל בשלהי התקופה העותמנית ובתקופת המנדט הבריטי (2004); דוד גרוסמן הכפר הערבי ובנותיו – תהליכים ביישוב הערבי בארץ-ישראל בתקופה העותמאנית 213–216 (1994).

285 מאיר "כלכלה וקרקע בקרב בדווי הנגב", לעיל ה"ש 260, בעמ' 54 (ההדגשה הוספה).

המנדט הבריטי כמעידה רבות על שהתחולל בתקופה העות'מאנית, שהרי לא היה אפשר לבסס מרחב חקלאי מתפקד כפי שמצאו החוקרים בתקופת המנדט ללא תשתית חקלאית וקרקעית יציבה שנוצרה בתקופה העות'מאנית.

מחקרים על מאפייניו של הנגב בתקופת המנדט הבריטי ממשיכים להעיד על התבססות גוברת של החברה הכדורית על חקלאות. עניין זה חשוב לא רק מבחינה היסטורית, אלא כתשתית להקניית זכויות מקרקעין. בתקופה זו התגבר רישום הקרקע על-ידי הכדורים בספרי רישום פנימיים (שנקראו "דפתר" ו"דפאתר" ברבים) שהוחזקו בידי שיח'ים כדורים. אף שהקרקע הייתה רשומה בספרי קניין פנימיים אלה, ולא בספרי האחוזה הרשמיים, החזיקו הכדורים בקרקע והחשיבו אותה לפרטית. יתר על כן, הם נהנו מאוטונומיה שלטונית ממשית עד לתקופת המדינה.

בחלקים גדולים של הנגב בתקופה זו אכן הייתה לתושבים הכדורים חזקה בקרקע, והם עיבדו שטחים נרחבים. כך, למשל, החוקר אליהו אפשטיין (אילת) ציין בשנת 1939 כי בנגב הצפוני עובדו (באופן "פרימיטיבי", לדבריו) בין 2.1 ל-3.5 מיליון דונם של דגנים. עקב תנאי האקלים עובדו חלק מהחלקות רק פעם בשנתיים, אך המינימום לפי הסקר שלו היה 2.1 מיליון דונם, כלומר, רוב השטח המכונה "הנגב הצפוני" – בין שדרות של היום, קרית-גת ועד האזור שממזרח לבאר-שבע.²⁸⁶ באופן דומה, גם הארכיאולוג ג'ורג' עדן קירק, שהוביל כמה מהסקרים הארכיאולוגיים המעמיקים הראשונים של האזור, מצביע, במאמר משנת 1938, על כך שגם ממזרח לבאר-שבע, באזור ואדי משאש, היו שדות גדולים של דגנים, אך ככל שהוא נע מזרחה, לכיוון בקעת הערבה, נפסקו העיבודים, והאזור שימש בעיקר למרעה.²⁸⁷

נוסף על כך, מפות מהתקופה המנדטורית מציינות שטחים נרחבים סביב העיר באר-שבע כמעובדים, לעיתים "בטלאים" ("cultivated" or "cultivated in patches"), כולל האזורים שבהם שוכנות קרקעותיו של שבט אל-עוקבי. המפות, שהוכנו על בסיס תצלומי-אוויר, מציינות סדרה של אזורים מעובדים עד שלושים קילומטר ממזרח ומדרום לבאר-שבע, וכך הולמות את תיאוריהם של חוקרי התקופה.²⁸⁸

לסיכום חלק זה ניתן לומר כי בניגוד חד לסיפור המשפטי ולחלק מהסיפור הגיאוגרפי שהמדינה מציגה לפני בית-המשפט, קיימות עדויות רבות מספור בדבר היות הנגב הצפוני מעובד בצורה שיטתית ומסודרת בדורות שקדמו להקמת מדינת-ישראל. העדויות הראשונות המצויות בידינו חוזרות עד למאה השש-עשרה, אל הסקר האימפריאלי העות'מאני שנעשה אז, אך ייתכן כמובן שהעיבוד החל מוקדם אף יותר. החקלאות התבססה והתמסדה לאורך

286 ראו: Eliahu Epstein, *Bedouin of the Negev*, 71 PALEST. EXPLOR. Q. 59, 70 (1939).

287 G.E. Kirk, *Archaeological Explorations in the Southern Desert*, 70 PALEST. EXPLOR. Q. 211, 214–216 (1938).

288 ראו, למשל, את מפות המחוזות Hebron ו-Beersheba משנת 1936 (sheets 12, 15), המבוססות על תצלומי-אוויר. עותקים מצויים במרכז למיפוי ישראל.

השנים, תוך מעבר הדרגתי של הברווים לסגנון חיים נוודי למחצה, המבוסס על התיישבות קבועה סביב האזורים החקלאיים בשילוב עם מְקָנָה נייד. חלק מהשבטים התקבעו לחלוטין לפני 1948. עם זאת, חשוב גם כאן לסייג ולהבהיר שהחקלאות הברווית הייתה מותאמת לתנאי הנגב, המגוונים למדי כשלעצמם, והסתמכה לרוב על גידולי-בעל אקסטנסיביים, בעיקר בחורשי החורף, ועל חריש שטחי ועיבוד דליל יותר מאשר באזורים הצפוניים של הארץ. במקרים רבים נזרעו השדות רק פעם בשנתיים, כדי לשמור על איכויות הקרקע. גודלו המדויק ותפוקתו של האזור המעובד היו תלויים גם, כמובן, בכמויות הגשמים הלא-יציבות באזור ובשיטות העיבוד המגוונות של השבטים השונים. עם כל זאת, חקלאות מסודרת ושיטתית היוותה גורם קבוע בחייהם של הברווים שוכני צפון הנגב מאמצע המאה התשע-עשרה ועד קום מדינת-ישראל. אזור זה היה סֶפֶר המדבר, ותושביו התאמצו לחיות ולהתקיים בו, ועיבדו חלקים ממנו בעמל רב. אכן, חלקים משמעותיים מאדמתו של אזור זה לא היו מתים כלל וכלל.

(ד) מדע היסטורי וגיאוגרפי בשירות הלכת "הנגב המת"

בפרשת אל-עוקבי ובתיקים אחרים המדינה נעזרת תדיר בעדויות של מומחים, כגון חוקרים מהאקדמיה ועובדי ציבור, לגיבוי הלכת "הנגב המת". תופעה זו אינה חדשה: בפרשת אל הואשלה העידו מטעם המדינה כמה אנשים שהוצגו כמומחים לענייני הברווים – רובם המכריע פקידי מדינה בעבר, בהווה או בעתיד.²⁸⁹ בעשרות תיקים בעבר לא נתקלו המומחים מטעם המדינה במומחים ובחוות-דעת נגדיות, והדבר סייע להטות את הכף בתיקים רבים שבהם זכתה המדינה. אולם לאחרונה החלו גם מספר קטן של תובעים ברוויים לגבות את טענותיהם בעדויות של מומחים אקדמאים.

בשנים האחרונות חוזרת ומופיעה פרופ' רות קרק – מומחית לגיאוגרפיה היסטורית מהאוניברסיטה העברית בירושלים – כעדה מומחית בתיקי המדינה נגד הברווים בנגב. חוות-הדעת שלה מהוות תשתית מדעית מרכזית לטענות המהותיות שהמדינה מקדמת בתיקי המקרקעין בנגב, ולכן יש מקום להתמודד איתן בצורה ממוקדת.²⁹⁰

289 פרשת אל הואשלה (לעיל ה"ש 13) והשימוש בידע הנחזה כמדעי במסגרת פרשה מרתקת זו מצריכים מאמר נפרד, ועקב קוצר היריעה לא ניכנס כאן לפרטים. נציין רק כי עם המומחים שהעידו במשפט נמנו, בין היתר, אריה אפרת ממשרד החקלאות; ששון בר-צבי, ששירת תקופה ארוכה בממשל הצבאי בנגב ואף היה מפקדו; ומשה שרון, שכתב עבורת MA על-אודות הברווים במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה ועבודת מחקר על הברווים ביהודה ושומרון כחלק משירותו הצבאי בשטחים, ואשר שנים מספר לאחר עדותו שימש יועץ לענייני ערבים של ראש הממשלה מנחם בגין ופרופטור למזרח התיכון באוניברסיטה העברית בירושלים.

290 ראו חוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250.

נעיר כאן שהופעתה של פרופ' קרק בתיקי מקרקעין אינה מהווה מבחינתנו תופעה אישית, אלא מבנית. עקב כך הביקורת שאנו מפנים מבקשת בעיקר להציב סימני שאלה על הלכת "הנגב המת", ולא דווקא על מחקרה של פרופ' קרק, שבזכותם זכתה בפרסום מדעי רב. התופעה שאנו מבקשים להאיר היא גיוסם של אינטלקטואלים ומומחים לשם "נרמול" נרטיבים שנויים במחלוקת של המדינה במעטה של אמת מדעית. הוגי-דעות בולטים, כגון אנטוניו גרמשי, מישל פוקו וארונדהטי רוי, ניתחו את מערכות הכוח, התגמולים והמימון המחזקות את נטייתם של רוב האינטלקטואלים, ביניהם חוקרים במדעי החברה, לייצג את עצמם כ"מומחים עצמאיים" אך ב-בזמן לחזק את מנגנוני ההון, הכוח והמדינה.²⁹¹ כך כותב על תופעה זו אנטוניו גרמשי:

The relationship between the intellectuals and the world of production... is, in varying degrees, "mediated" by the whole fabric of society... of which the intellectuals are, precisely, the "functionaries"... the "spontaneous" consent given by the great masses of the population to the general direction imposed on social life by the dominant fundamental group [i.e., through their intellectuals who act as their agents or deputies]; this consent is "historically" caused by the prestige (and consequent confidence) which the dominant group enjoys...²⁹²

יתרה מזו, כפי שכותבת ארונדהטי רוי, מנגנוני הנרמול של הכוח פועלים לא רק על אותם אינטלקטואלים היוצאים בתמיכה גלויה במנגנוני הכוח, אלא בעיקר על מעגלים נרחבים של מומחים אשר מושתקים בתוך אותו מבנה של ידע-כוח, והדבר מאפשר לפעולות הנישול והניצול להמשיך באין מפריע.²⁹³ אכן, בבואנו לסקור את הספרות המדעית בנושא זכויות הכדורים בנגב, מצאנו באופן מפתיע כי חוץ מיוצאי-דופן ספורים ביותר, רוב שדה המחקר הענף בתחום לא ביקש מעולם לאתגר את ההנחה שלכדורים אין זכויות קניין בקרקעות שעליהן חיו ללא ערעור במשך מאות בשנים.²⁹⁴

291 ראו: MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE & PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 101, 106 (1995); ARUNDHATI ROY, POWER POLITICS (2002); ANTONIO GRAMSCI, SELECTIONS FROM THE PRISON NOTEBOOKS (1971).

292 ראו, למשל, GRAMSCI, שם, בעמ' 12-15.

293 ROY, לעיל ה"ש 291, בעמ' 7.

294 Shlomo Swirski, *Transparent Citizens: Israel* : לסקירת הספרות המחקרית ראו: *Government Policy Towards the Negev Bedouins*, 8 HAGAR 25 (2008). יוצאי-הדופן בשדה כוללים מספר קטן של חוקרים. ראו, למשל, מאיר "בחינה אלטרנטיבית של שורשי הקונפליקט הקרקעי בנגב בין הממשלה לכדורים", לעיל ה"ש 19; Ghazi Falah, *The Development of the 'Planned Bedouin Settlements' in Israel 1964-1982: Evaluation and Characteristics*, 14 GEOFORUM 311 (1983). ראו גם Abu-Sitta, לעיל ה"ש 44.

נראה כי פעילותה של פרופ' קרק נופלת לתוך מבנה זה של יחסי מדען-מדינה-חברה, כאשר הפרופיל האקדמי הגבוה שלה מגויס כדי להדוף טענות היסטוריות של הקבוצה הילידה בנגב. עם זאת, בדיקת עומק מוצאת פער ניכר בין הממצאים המדעיים במחקרה של פרופ' קרק לבין טיעוניה בחוות הדעת שהגישה לבית המשפט בעניין אל-עוקבי. כך, למשל, במחקרה האקדמיים פרופ' קרק מסכימה בדרך-כלל עם רוב הספרות המדעית בעניין החקלאות, אורח החיים ומערך ההתיישבות והבעלויות בנגב. למשל, בספרה על ההתיישבות בנגב, שיצא בשנת 1974 ופורסם מחדש בשנת 2002, מצביעה קרק בכירור על קיומה של חקלאות ערבית-בדווית ענפה בנגב, אשר מתפקדת כחלק ממערך הקיום של הבדווים, שאותו היא מגדירה "נוודי למחצה". החוקרת מוסיפה כי שטחי העיבוד היו רצופים, ורק מדרום להם החלה חקלאות טלאים בקטעי ואדיות:

ב-1928 נמצאו בנגב שטחים מעובדים בהיקף 1.5 מליון דונם... ב-1934 נמצאו בעיבוד חקלאי 2,109,234 דונם. אם נזכור שהבדווים מעבדים את קרקעותיהם לסירוגין, שנה כן ושנה-שנתיים לא, יש להביא בחשבון שטח עיבוד כללי של כ-3.5 מליון דונם... השטח המעובד מגיע בצפון לגבול נפת באר שבע; ובדרום עד כרנוב [כלומר עד קו ניצנה-רביבים-דימונה של היום]. דרומה מקו זה אין שטחים רצופים של עיבוד אלא בקטעי ואדיות בלבד. שמונה עשיריות משטחי העיבוד של הבדווים מהווה השעורה, ואחריה לפי הסדר: חיטה, דורה, אבטיחים ועדשים.²⁹⁵

בנוגע לבעלות הקרקע של הבדווים מביאה קרק במחקרה פרטים רבים על המגעים והעסקות של הרוכשים היהודים עם מה שהיא מכנה "בעלי הקרקע הערביים".²⁹⁶ קרק גם מתארת את התגבשותה של המערכת הבדווית המסורתית בתקופה העות'מאנית, ואת רישום הקרקעות הפנימי ב"דפאטר" (מחברות) שאותן ניהלו השיח'ים. בהמשך היא מציינת כי לא רק שהקרקעות היו "שייכות" לבדווים, אלא שהממשלה לא הייתה רשאית לרשום אותן על שמה, כלומר, שקרקעות אלה לא היו קרקעות מוואת. כדבריה:

בסוף 1920... נתברר כי כל אדמת הנגב שייכת לשבטי בדווים... אין הממשלה רשאית להעביר את הקרקעות לרשותה, שכן כאן לא באו מעולם לידי שימוש חוק הקרקעות ותקנת ה"מחלול". מכיון שהממשלה... לא רצתה לאשר עד אז... אלא קניית קרקעות שכבר עובדו במשך 10 שנים, וגם

295 קרק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 57 (ההדגשה הוספה).

296 שם, בעמ' 76-78.

קניות אלו הותרו רק בתנאי ששבטי הכדורים יקבלו פיצויים בעד תביעותיהם על הקרקעות.²⁹⁷

על-אף המצב המהותי הברור העולה ממחקריה, בשלוש חוות-הדעת שלה בתיק אל-עוקבי, כמו בתיקים אחרים, טענה פרופ' קרק טענות הסותרות את ממצאיה המדעיים. כך, בחוות-הדעת שלה היא גורסת כי עד לתקופה המנדטורית לא הייתה חקלאות כדורית מסודרת בנגב, שהשבטים היו "נוודים" (ולא "נוודים למחצה") אשר חיו ללא יישובים, ושלא הייתה לכדורים מערכת קרקעית מסודרת המעניקה זכויות. הסתירה עלתה באופן חד בחקירתה הנגדית של פרופ' קרק בבית-המשפט, כאשר נאלצה להודות כי שינתה את דעתה בקשר לממצאים המופיעים בספרה.²⁹⁸

להדגמת הסתירות בין עמדתה של החוקרת והעדה פרופ' קרק, להלן ציטוטים מפרוטוקול המשפט בעניין אל-עוקבי:

כבוד השופטת דוברת: השאלה אם את חוזרת כך ממה שכתוב [בספרך] או שאת מאשרת?

ת. אני די חוזרת בי. אני חושבת שהיו סאנדים, הסכמים פנימיים, אבל לא היו פנקסים רשמיים חוקיים... אני בפירוש כותבת שאדמות הנגב נחשבו לאדמות מוואת.

כבוד השופטת דוברת: אנחנו כרגע לא בנושא של מוואת. אנחנו כרגע בנושא מאוד ממוקד. כי איך אמר עו"ד ספרד קודם? ההיסטוריה לא השתנתה. העובדות לא השתנו. בתקופה העות'מנית אנחנו לא יכולים להשפיע עליה היום. ושום דבר לא יעזור. אז השאלה אם את מסכימה עם מה שכתוב שם [בספרך] או שאת מסכימה עם מה שכתוב בחוות הדעת, לכל הנושא של הטאבו?

ת. מבחינת בעלות רשמית אני לא מסכימה...

כבוד השופטת דוברת: אז את מסכימה עם מה שכתוב בספר?

297 שם, בעמ' 59 (ההדגשות הוספו).

298 פרופ' קרק הצדיקה את שינוי עמדתה בחוות-הדעת על-סמך תעודות חדשות. תעודות אלה לא נחשפו בבית-המשפט, ולא ניתנה שום הפניה אליהן במקור אקדמי או מיקום אחר. על סתירות אלה ועל החקירה הנגדית בבית-המשפט ראו עמ' 14-22, 47, 71-72, 73-75 לפרוטוקול שיבה מיום 13.5.2010 בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3.

ש... את כותבת שבתקופה התורכית לא היה רישום והבעלות נסמכה על מסורת שנרשמה בדפתראות. את זה את כותבת. ואם את לא מסכימה עם זה אז תגידי שאת היום חושבת אחרת.

ת. אני חושבת אחרת.²⁹⁹

מאוחר יותר באותה ישיבה נשאלה פרופ' קרק על-ידי עו"ד ספרד:

ש... אני מפנה לעמוד 59, את מתארת שיחה בין הרברט סמואל, ד"ר סימון וד"ר רופין, עם נשיא ועדת הקרקע של הממשלה. כדי לבדוק אם אפשר להקל על רכישת קרקעות בנגב... אני מקריא מהשורה השלישית. "מתוך השיחה מתברר כי כל אדמת הנגב שייכת לשבטי בדואים, ובלי תקנות חוקיות חדשות אין הממשלה רשאית להעביר את הקרקעות לרשותה, שכן כאן לא באו מעולם לידי שימוש חוק הקרקעות ותקנת המחלול" זה דבר שאת לא עומדת מאחוריו היום?

ת. לא.³⁰⁰

זאת ועוד, קרק העדה המומחית, בניגוד לקרק החוקרת, "מדלגת" בצורה שיטתית ורצופה על קטעים או ראיות בספרות המקצועית המצוטטת המצביעים על עיבוד, התיישבות וזכויות קרקע של הברדווים בנגב, וכן על אזכורים של שבט אל-עוקבי. ראיות אלה מופיעות בעשרות מקומות במקורות שהיא עצמה ציטטה בספרה. למשל, במחקריהם של זיצן, טריסטרם, רובינסון, הל, מוסיל, אבצ'י, אל-עארף, ברסלבסקי, ביילי, מאיר ועמירן – אשר את רובם פרופ' קרק מצטטת בספרה – מופיעים אזכורים רבים לחקלאות בדווית ולשבט אל-עוקבי, ואת כל האזכורים הללו בחרה פרופ' קרק להשמיט מחוות-הדעת שלה. להלן שתי דוגמאות ממוקדות לדילוגים ולציטוטים הברירניים של פרופ' קרק:

א. היא מביאה בחוות-דעתה ציטוט ארוך של הנוסע תומסון מאמצע המאה התשע-עשרה, שלדעתה לא ראה חקלאות או יישובים ערביים, אבל ממקמת באמצע הציטוט שלוש נקודות המחליפות את המשפט הבא: "הקרקע מסביב אינה כלל מה שאנו מכנים באמריקה 'קרקע בתולית'. הקרקע נחרשה במשך אלפי שנים, כנראה באותו אופן שבו היא נחרשת בהווה."³⁰¹

ב. היא מדווחת בהרחבה על מסעותיו של החוקר טריסטרם באמצע המאה התשע-עשרה, אבל מדלגת על תיאור חקלאות בדווית בעמ' 285–286 וגם על קטע בעמ' 279, שם

299 שם, בעמ' 71–72.

300 שם, בעמ' 73.

301 ראו חוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250, בעמ' 4–5. למשפט המושמט ראו THOMSON, לעיל ה"ש 261, בעמ' 556–557.

כותב החוקר: "מה שמבדיל את אזור באר שבע הוא גידול תבואה ע"י הערכים בחלקות גדולות, לא גדורות... השטחים המישוריים הפוריים והנמוכים שבקרבת באר שבע נחרשים... וזורעים בהם חיטה ושעורה".³⁰² קרק גם טוענת שרובינסון לא דיווח על חקלאות במסעותיו בשנת 1838, אך משמיטה דווקא דיווח על-אודות קציר חיטים בדווי.³⁰³

נוסף על כך אישרה פרופ' קרק בבית-המשפט כי לא ערכה שום סיור מקצועי בשטחי התביעה לצורך הכנת חוות-הדעת, ולא ערכה מחקר-שדה בחלקות הנתבעות כדי לבחון את הממצאים המצויים בהן.³⁰⁴ עמדתנו היא כי חוות-דעת מומחה הנוגעת במצב היישובי לפני כתשעים שנה חייבת להתבסס גם על בחינת פיזית של האתר, וכי חוות-דעת הניתנת ללא סיור מקצועי לוקה בפגם בהקשר זה. כך, לדוגמה, כפי שמפורט בפרק ד להלן, סיור בשטח עראקיב חשף שם בתי-קברות, ח'רבות, בתים עומדים, בארות וסכרים, שכולם בולטים וקיימים. נוסף על כך, היות שהתרבות הבדווית אינה כתובה, יש משקל רב לעדויות בעל-פה ולידע הקהילתי של השבט הנדון או של שכניו. קרק התעלמה מכל אלה, והטילה בכך עננה על חוות-הדעת שהגישה, במיוחד לנוכח מסקנותיה הגורפות בדבר העדר כל שימושי קרקע המקנים זכויות בשטחי התביעה. הסתירות והמתחים בין מחקריה של פרופ' קרק לבין חוות-הדעת שהגישה במשפט אל-עוקבי מעידים, לדעתנו, על חולשתה של הלכת "הנגב המת" ועל יסודותיה הרעועים.

2. התפתחות המרחב הבדווי

זכור, הלכת "הנגב המת" קבעה כי הבדווים היו נוודים וכי מקומות מגוריהם לא היוו מקום יישוב. כפי שראינו, גישה זו הופיעה בשני מאמרים שפרסמה בשנת 2006 עו"ד חבצלת יהל, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות מחוז דרום, אשר מילאה תפקיד מרכזי בניסוח

302 ראו חוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250, בעמ' 15. לחלק המושמט ראו טריסטראם, לעיל ה"ש 266, בעמ' 279, 285–286.

303 ראו גם עמ' 18–20 ו-47 לפרוטוקול ישיבה מיום 13.5.2010 בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3; ROBINSON & SMITH, לעיל ה"ש 262, בעמ' 306.

304 עמ' 25–31 ו-47 לפרוטוקול ישיבה מיום 13.5.2010 בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3. גילוי נאות: בפסק-הדין שניתן לאחרונה בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, הנזכר לעיל בה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת... נדונו מקצת טענות הביקורת שהושמעו לעיל כלפי פרופ' קרק, ואותן טענות שנדונו נדחו על-ידי השופטת דברת. במקביל מתחה השופטת ביקורת על נקודות הנוגעות באחד מכתבי המאמר, פרופ' יפתחאל, שהיה העד המומחה מטעם משפחת אל-עוקבי. מכיוון שפסק-הדין ניתן לאחר העברת המאמר לדפוס, אין זה המקום להשיב לכבוד השופטת.

עמדתה של המדינה בסכסוך עם הבדווים.³⁰⁵ גישה זו מופיעה גם בחוות-הדעת של פרופ' קרק, הקובעת נחרצות כי "לא היו כל ישובי קבע בשטח התביעה ואף לא קרוב אליו... באר שבע, ישוב הקבע הראשון באזור, נוסדה בשנת 1900".³⁰⁶ בסיכומיה הוסיפה המדינה כי "לא די במאהל, מגורים זמניים, בתי מגורים בודדים או מבנים מרוחקים שאינם מהווים שטח רצוף כדי להוות ישוב".³⁰⁷

נוסף על כך, רוב הנוסעים והחוקרים בני התקופה לא דיווחו על יישובים ברורים באזור הנגב (בניגוד לחקלאות) לפחות עד לתחילת המאה העשרים. כך, למשל, דוחות ה־memoirs הבריטיים והמפות שצורפו אליהם – שמבוססים על עבודה רצינית ומקיפה של סריקה ומיפוי של ארץ-ישראל/פלסטיין בשנות השבעים של המאה התשע-עשרה, ואשר פורסמו בשנת 1883 בשם מפות PEF (Palestine Exploration Fund) – אינם מציינים שמות של יישובים בדוויים, חוץ מרשימה של ח'רבות, המסומנות ברובן כהרוסות. היישובים הדרומיים ביותר המסומנים במפות הם דהרייה בדרום הר חברון והוג', בצפון-מערב הנגב בואך עזה.³⁰⁸ העדרם של יישובים מדיווחי הנוסעים ומן המפות שהוכנו באותה תקופה מהווה אתגר משמעותי ליכולתם של הבדווים לטעון כי הקרקעות שהם מחזיקים אינן מוואת. זוהי אם כן טענה כבדת-משקל, שנתייחס אליה בכובד-ראש בעמודים הבאים.

טענתנו העיקרית היא שאף-על-פי שברוב המפות מהתקופה העות'מאנית לא צוינו יישובים בדוויים, הם היו קיימים, וציונם במפה נעשה באמצעות שמות המטות והשבטים, המופיעים תדיר במפות. החלוקה הפנימית לאזורי המחיה וההתיישבות של השבטים הבדוויים השונים נעדרה בדרך-כלל מן המפות, אך הייתה קיימת בשטח. עשרות אלפי בדווים חיו ביישובים שהתפתחו בצורה הדרגתית, על-פי חלוקת הקרקעות ביניהם, במשך דורות רבים לפני כניסת המנדט הבריטי. יש להניח כי תפיסותיהם התרבותיות ומטרותיהם

305 ראו יהל, לעיל ה"ש 170; Yahel, לעיל ה"ש 15. ראו גם את סרט ההסברה שהפיק מנהל מקרקעי ישראל בנושא הבדווים, לעיל ה"ש 235. יהל היא עורכת-הדין הבכירה החתומה על סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244.

306 חוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250, בעמ' 5–11 (חוות-הדעת ביחס לחלוקת עראקיב 2, 6, 60; העתק מצוי בידי המחברים). בחוות-הדעת מוסיפה קרק התייחסות לארבעה חוקרים שהוזכרו על-ידי יפתחאל, וטוענת כי בניגוד לחוות-הדעת, "יש בדבריהם תמיכה בממצאים" שאותם הציגה בחוות-הדעת הראשונה שלה. החוקר אולריך יאספר זיצן, שעבר באזור בשנת 1807, לא ציין ולו יישוב-קבע אחד בקטע שמדרום הר חברון, דרך באר-שבע ועד עזה. גם החוקר ויליאם תומסון, לפי התיאור של קרק, לא עבר באזור הקרוב לשטח התביעה ואף כתב כי הקרקעות באזור שייכות לממשלה. החוקר השלישי הוא גרן, שכבר הוזכר לעיל. לטעמה של קרק, גם גרן תומך בעמדתה. לבסוף, קרק מתייחסת לחוקר אדוארד הל, שאוזכר אף הוא על-ידי יפתחאל, וטוענת כי שחזור מסעו מורה כי הוא עבר במרחק רב מן השטחים הרלוונטיים. עמ' 3–8 לחוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250.

307 סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244, פס' 14.

308 ראו חוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250, בעמ' 6; CONDER & KITCHENER, לעיל ה"ש 271, בעמ' 199–394.

של משרטטי המפות, כמו גם קשיים אובייקטיביים בסימון גבולות בלתי־נראים בין שבטים ומיקומם של מאות יישובים קטנים, הניעו אותם להתעלם תכופות מאזורי ההתיישבות הכדורית, ולהעדיף את הסימון הקל יחסית של כלל האזור השבטי באמצעות שם הפרוש על אזור גיאוגרפי ללא גבולות ברורים.

לחזוק טענתנו בדבר קיומם של יישובים נזכיר את העדויות הרבות מספור בנוגע לחקלאות הכדורית, אשר הצריכה, כמו כל חקלאות, הקמה של יישובים. עם זאת, סגנון ההתיישבות היה שונה מאשר באזורי הארץ הצפוניים יותר – הכדורים חיו ביישובים קטנים, בעיקר במקבצי אוהלים, שעליהם היתוספו לעיתים "בייקות" (מבני בוץ), ומאוחר יותר, בעיקר במאה העשרים, מבני אבן. עקב כך היה קשה לנסעי המסעות ולמשרטטי המפות לפרש את אשר ראו כיישובים, שכן הם היו שונים מאוד מהכפרים ה"רגילים" בצפון הארץ או באירופה. עם זאת, הם תפקדו בהחלט כמקומות יישוב קבועים.

(א) נוודות למחצה

יישובים אלה התפתחו כחלק מאורח החיים ה"נוודי למחצה" של הכדורים, אשר נהפך לקיבוע מוחלט במהלך מאה השנים האחרונות. חוקרים רבים – כגון טוביה אשכנזי, ח'ליל ועארף אבו־רביע, יעקב חבקוק, אבינועם מאיר ויוסף בן־דוד – מזהים תהליך זה, הקשור ישירות לחלוקת הקרקע ולעיבודה.³⁰⁹ כך, כבר בשנות החמישים כתב האנתרופולוג טוביה אשכנזי כי יש לסווג את האוכלוסייה הכדורית במאה התשע־עשרה כ"נוודים למחצה", ולא כ"נוודים", כפי שהם מתוארים תדיר. ההבדל המרכזי, החשוב ביותר לענייננו, הוא שקהילה נוודית למחצה שוכנת במקום התיישבות קבוע בתוך ה"דירה" או ה"בלאד" של השבט (כלומר, בתוך האזור שהשבט שולט בו), במקביל לקיום (הולך ופוחת) של כלכלת מקנה:

[הכדורים בנגב] הם אלה שעזבו את חיי הנדידה הרחוקה, התקשרו לאדמה והתיישבו עליה, אבל לא פסקו מלעסוק בגידול הצאן והבקר... הכדורים בנגב... נוודים רק בשטח מוגבל בתוך היישוב וברובם מגדלים צאן... באזורים מסוימים רכשו להם הכדורים – הנומדים למחצה – קרקעות, ומעבדים אותן...³¹⁰

יעקב חבקוק, אנתרופולוג שהקדיש שנים ארוכות ללימוד הבית הכדורי, מוסיף:

309 ראו עמנואל מרקס החברה הכדורית בנגב (1974); מאיר "כלכלה וקרקע בקרב כדורי הנגב", לעיל ה"ש 260, בעמ' 54; יעקב חבקוק מבית השיער לבית האבן: משכנות הכדורים בתהליכי שינוי – מחקר אתנוגרפי (1986); בן־דוד הכדורים בישראל, לעיל ה"ש 37.
310 טוביה אשכנזי הכדורים בארץ־ישראל 31–33, 35 (2000) (ההדגשה הוספה).

הברדוי הנודד-למחצה, שלא כמו עמיתו הברדוי הנודד, יושב עם משפחתו במקום מסוים, בדרך כלל במקום מושבו של השבט שלו. שם הוא מעבד את חלקת אדמתו, ורק במשך תקופת מה, הנמשכת על פני חודשים אחדים – הוא, או משהוא אחר מבני משפחתו, נוטל את העדר ויוצא לנדרים, בעקבות העשב החד-שנתי והמים. ראוי להדגיש, שבעוד הברדוי הנודד נוטל עמו בנודדיו את כול בני משפחתו, הברדוי הנודד למחצה משאיר חלק מן המשפחה במקום מושבו הקבוע.³¹¹

כדי לחזק את טענתנו בנוגע להתיישבות הברדוית, עלינו לבחון גם מה היה היקף האוכלוסייה הברדוית בתקופה העות'מאנית. בהסתמך על עבודתיהם של חוקרים כיצחק ביילי ודוד גרוסמן, ועל פרסומים של השלטון העות'מאני, ניתן להעריך את מספרם של הברדוים בנגב בשנת 1880 בכ-32,000, ובשנת 1914 – כ-55,000.³¹² סביר מאוד להניח שאוכלוסייה של עשרות אלפים קיימה עשרות או מאות מקומות יישוב, בעיקר סביב האזורים המעובדים, אשר דרשו כמובן זריעה, טיפול, קציר ושמירה. נוסף על כך, ידוע לנו כי לפי הדין המסורתי, שבו נדון בקרוב,³¹³ רוב הקרקע לא הייתה פתוחה או ציבורית, אלא חולקה ל"דיאר" ("דירה" ברבים) או "בלאד", המציינים אזור שבטי מוגדר שאסור לחרוג ממנו בשום אופן. שטחים אלה היו בבעלותם ובחזקתם של השבטים, אשר הקצו אותם למשפחות השונות, ובכך יצרו מקומות יישוב קבועים.

(ב) היישוב הברדוי

כאמור, החברה הברדוית יצרה אזורי התיישבות שתאמו את שיטת החלוקה והעיבוד של הקרקע השבטית. במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה הורכבו יישובים אלה משני סוגים עיקריים: האחד – מקבצי אוהלים בתוך ה"דירה"; והאחר – "עיזבה", שהיא מקום מגורים צנוע ליד שדות השבט, שם שהו העובדים בחודשי הקיץ. חלק מבני השבט נותרו דרך קבע במקומות היישוב במהלך כל השנה. נוסף על אוהלים החלו הברדוים לבנות

³¹¹ חבקוק, לעיל ה"ש 309, בעמ' 105 (ההדגשה הוספה).

³¹² קיימות הערכות מגוונות לגבי מספר הברדוים בנגב בשלהי התקופה העות'מאנית, ואין עדות ברורה לגבי מהימנותן, היות שהברדוים לא היו רשומים כאזרחים עות'מאנים, והמפקדים השתמשו בהערכות בלבד. המפקד העות'מאני משנת 1914 העריך את מספרם של הברדוים בנגב כ-55,000, ואילו המפקד הבריטי משנת 1922 קבע כי היו 71,108 ערבים בנפת באר-שבע, מתוכם 2,358 עירוניים. לסקירה מקיפה של המפקדים וההערכות ראו: JUSTIN MCCARTHY, THE POPULATION OF PALESTINE: POPULATION HISTORY AND STATISTICS OF THE LATE OTTOMAN AND THE MANDATE (1990). ראו גם חנינא פורת "מדיניות הפיתוח ושאלת הברדוים בנגב בשנותיה הראשונות של המדינה, 1948–1953" עיונים בתקומת ישראל 7, 389, 398 (1997).

³¹³ ראו להלן חלק ג(א).

לקראת סוף המאה בקתות בוץ, צריפים ופחונים, ובשלהי התקופה העות'מאנית, וביתר שאת בתקופה הבריטית, נוספו גם מבני אבן לאותם כפרים.

רוב הנוסעים והחוקרים שפעלו בארץ-ישראל/פלסטין במאה התשע-עשרה היו נוצרים שבאו מצוידים בתפיסה מערבית לגבי צורתם של שטחי חקלאות ו/או צורתם של יישובים. על-כן את המידע שנחשף לעיניהם הם "סיננו" דרך המסגרות הקוגניטיביות השגורות שלהם. באזורי המערב שמהם באו, יישובים היו מקבץ של בתי אבן או צריפים, הבנויים בצפיפות יחסית, והיה להם גבול חיצוני ברור. אך המחקר הגיאוגרפי ההתיישבותי מראה כי בתקופה זו היו היישובים באזורי ספר המדבר שונים: הם כללו בדרך-כלל מקבצי אוהלים שהיו מרוחקים יחסית זה מזה, ובתוך כל מקבץ היו רווחים בין האוהלים שיכלו להגיע לעשרות מטרים. מעבר לגרעין הקבוע של המקבץ היו אוהלים שנבנו בכמה מיקומים לפי עונות השנה. במאה התשע-עשרה נבנה מדי פעם בית בוץ (בייקה) או בית אבן, בעיקר בעבור השיחים, סביב באר, סכר או מוקד פעילות אחר. יישובים אלה תפקדו כמרכזים גיאוגרפיים, משפחתיים, מנהליים וכלכליים לקהילות שסביבם.³¹⁴ אכן, תצלומי-אוויר מתחילת שנות המנדט, כמו-גם דוחותיהם של החוקרים והנוסעים, מעידים כי האוהלים התארגנו במרחב במקבצים שתפקדו ככפרים.

היות שעשרות אלפי בדווים חיו בצפון הנגב, והיות שאורח חייהם כלל מקומות יישוב, נראה שהבעיה של העדר יישובים בדויים במפות ובדיווחים נעוצה בתפיסות ובשיטות העבודה של הנוסעים והחוקרים, אשר לא הבינו לאשורם את המרחב הכדורי. יש להניח גם שבהעדר מידע מתוך הקהילה עצמה, לא נראו מקבצים אלה כיישובים בעיני הנוסעים והחוקרים המערביים, אשר לא היו מודעים מספיק לדפוסים המרחביים של חיי הקהילות הכדוריות. בגלל חסך זה פירשו הנוסעים והחוקרים את מקבצי האוהלים כחלק ממערכת נוודית, ולא כיישובים בעלי מיקום קבוע בטריטוריה שבטית קבועה, המתפקדת כחלק ממערכת קניינית ברורה.

התייחסותם של הנוסעים ועורכי המפות לאוהלים לקתה גם כנראה בחוסר הבנה לגבי תפקידו של האוהל – "בית השיער", כפי שהוא נקרא בשפת הכדורים – שבו רבים מהכדורים התגוררו דרך קבע כדרך לחבר את המסורת הנוודית עם המציאות החקלאית. הד ברור לתפיסה המזוהה אוהל עם נדודים ניתן למצוא בדוקטרינת "הנגב המת", המזהה אוהלים עם נוודות, ללא בדיקה אם האוכלוסייה אכן נוודית. זוהי מתודולוגיה בעייתית, לטענתנו, שהובילה למסקנות משפטיות שגויות.³¹⁵

314 ראו מאיר "כלכלה וקרקע בקרב כדורי הנגב", לעיל ה"ש 260, בעמ' 54; חבקוק, לעיל ה"ש 309.

315 ראו דיון בעניין הקשר כביכול בין אוהלים ונדודים אצל שמיר, לעיל ה"ש 11.

(ג) מיפוי ויישובים

אם כן, המפות ששרטטו מומחים במאה התשע-עשרה מציגות פרשנות אירופית ונוצרית של המרחב, ולא תמונה מדויקת של הנוף על סף המדבר ושל מערכות החיים הערביות-הבדוויות שתפקדו בו. מעבר למבט המערבי המוגבל והאוריינטליסטי, חשוב גם לזכור כי מפות אלה שורטטו באמצעים פרימיטיביים יחסית, ללא צילומי-אוויר ושיטות מיפוי מדעיות שהונהגו במאה העשרים. רוב הממפים סקרו את המרחב ברכיבה על סוסים, בהליכה רגלית או בתצפיות ממקומות גבוהים, והמפות משקפות רק את שראו עיניהם. יכולתם להקיף במבטם את הנוף הייתה מוגבלת כמובן לאמצעים המצומצמים שעמדו לרשותם.

ביטוי עכשווי חשוב של הלכת "הנגב המת" הן כאמור חוות-הדעת שהגישה פרופ' קרק לבית-המשפט בעניין אל-עוקבי, הטוענות להעדר יישובים בנגב עד תחילת המנדט. חוות-הדעת של פרופ' קרק מסתמכות, בין היתר, על מאמר שכתבה בשנת 2009 (ופרסמה בשנת 2010) יחד עם החוקרים נועם לוי ואמיר גלילי, הסוקר עשרות מפות של הנגב עד קום המדינה. המאמר מסתמך יותר מכל על מפה שהכינה משלחת של הקרן הבריטית לחקר פלסטין (Palestine Exploration Fund – PEF) בסביבות שנת 1880.³¹⁶ טענתם של שלושת החוקרים היא כי מפת ה-PEF "מציינת את כל היישובים הקבועים והח'רבות, כמו-גם את כל הבתים המבודדים מחוץ לכפרים ואת כל אזורי הגידולים החקלאיים".³¹⁷ מכאן הם מסיקים שכל ישות מרחבית משמעותית שלא הופיעה במפת ה-PEF לא הייתה קיימת בשטח. אך בחינה מקצועית מדוקדקת מעלה כי הנחה זו מוטעית. בבדיקה שערכנו הצלבנו את מפת ה-PEF עם מפות עכשוויות אמינות המבוססות על רשומות של רשות העתיקות.³¹⁸ בבדיקה מדגמית מצאנו כי באזור הקטן יחסית של עראקיב וסביבתו המיידית קיימות במפת ה-PEF שש שגיאות משמעותיות (ראו נספח 3).³¹⁹ נוסף על כך ערכנו הצלבה קרטוגרפית בין מיפוי הח'רבות בנפת באר-שבע במפת ה-PEF לבין מפות "סקר פלסטין" (Survey of)

316 מפת המשלחת הבריטית זמינה באתר עמוד ענן – amudanan.co.il.

317 Noam Levin, Ruth Kark & Emir Galilee, *Maps and the Settlement of Southern Palestine, 1799–1948: An Historical/GIS Analysis*, 36 J. HIST. GEOGRAPHY 1, 6 (2010) geography.huji.ac.il/upload/RuthPub/Num%20113%20Maps%20and%20Settlements.pdf.

318 ראו, למשל, את "שכבת" האתרים של רשות העתיקות המופיעות במפות האתר עמוד ענן – amudanan.co.il/.

319 מפת ה-PEF של האזור השמיטה שתי ח'רבות, שתי בארות ושני בתי-קברות אשר אין ספק שהיו קיימים באותה תקופה. בסיור שערכנו בשטח ביקרנו בחמישה מהאתרים שהמפה החטיאה – ח'רבת כרכור וח'רבת עמארי, בית-הקברות ליד ח'רבת אל-בקר, הבאר הביזנטית במרכז עראקיב וכן "הבאר הלבנה" הביזנטית המפורסמת ליד משמר-הנגב. האתרים אכן נראים עתיקים ובלטים בשטח, כפי שהיו כנראה גם בשנת 1880, כאשר הוכן הסקר למפת ה-PEF.

(Palestine) שהוכנו על-ידי ממשלת המנדט בעבור ועדת החקירה האנגלו-אמריקאית על בסיס תצלומי-אוויר משנת 1945.³²⁰ לאחר ההצלבה מסתבר שמפת ה-PEF "החטיאה" 225 ח'רבות מתוך 503 (45%!) שהיו קיימות מדרום לפלוג'ה (קרית-גת) בשנת 1880. אם כך, מפת ה-PEF שחוות-הדעת והמאמרים של פרופ' קרק מסתמכים עליה אינה אמינה דייה. לא למותר לציין שאם רמת הדיוק של המפה הנחשבת לטובה ביותר במאה התשע-עשרה הייתה נמוכה יחסית, קל וחומר שמפות אחרות היו אמינות אף פחות ממנה. הפרכת אמינותן הקרטוגרפית של מפות אלה לא נועדה לשלול את ההישג הגדול של יצירתן בתקופה הנתונה, אלא להבהיר את חוסר היכולת להסתמך עליהן כראיה מכרעת לאי-קיומם של יישובים בדוויים במאה התשע-עשרה. לעניין הבנת המרחב הבדווי בשלהי המאה התשע-עשרה טענתנו העיקרית היא אם כן שאי-אפשר לשלול על-פי מפות אלה את קיומם של יישובים בדוויים בנגב.

ראוי לציין עוד כי היו חוקרים אחרים באותה תקופה ששרטטו במפותיהם את ההתיישבות הבדווית. כך, למשל, החוקר הגרמני-האמריקאי גוטליב שומכר שרטט את אזורי המחיה וההתיישבות הקבועים של המטות הבדוויים כבר בשנת 1886 (ראו נספח 4), ואילו בשנת 1895 מצא החוקר הגרמני הנס פישר מספר לא-קטן של יישובים בדוויים, ביניהם זחיליקה (אחד משני אזורי החלקות שנתבעו על-ידי משפחת אל-עוקבי), וציין אותם במפה שפרסם.³²¹

נוסף על כך, חשוב לציין כי מבחינה לוגית סביר להניח שאם אתר או יישוב מסוימים מופיעים במפה, הם אכן קיימים בשטח. ההפך, לעומת זאת, אינו מחויב-המציאות, וזאת לנוכח מגבלות טכניות ובשל קיומם של מסננים תרבותיים-קוגניטיביים של הממפים. כלומר, העדר ציון של מקום כלשהו במפה אינו מהווה הוכחה לאי-קיומו על פני השטח. זאת ועוד, מקומות רבים מופיעים במפות הישנות תחת הציון "ח'רבה". פרופ' קרק פסלה באופן גורף את האפשרות שח'רבות יכולות להיות מקום יישוב. אולם רוב המחקר הגיאוגרפי-היסטורי פונה למסקנה אחרת. ח'רבות הן אומנם מקומות שבהם נמצאות הריסות של יישובי עבר, אולם בנגב, במאות התשע-עשרה והעשרים, הן תפקדו תדיר כיישובים חיים קטנים. כך, למשל, הגיאוגרף דוד גרוסמן, שהתמחה ביישוב הערבי במאה התשע-עשרה, מתאר בספרו משנת 2004 כיצד באזור הרחב של סף המדבר נוצרו במשך השנים סוגים שונים של יישובים, אשר תושביהם התגוררו במערות, במקבצים זעירים, במחנות, במאהלים או בח'רבות. גרוסמן מתאר גם כיצד קבוצות שהתיישבו בח'רבות הפכו

320 ראו להלן ה"ש 361.

321 בחוות-הדעת של קרק, לעיל ה"ש 250, שימש פישר מקור לכך שכביכול לא היו יישובים בנגב. ראו את מפתו של פישר משנת 1895, המציינת את זחיליקה, בכתובת www.jnul.huji.ac.il/dl/maps/pal/html/eng/pal002368545.htm.

אותן לעיתים ליישובים חדשים ומשגשגים, אשר לעיתים קרובות לא הופיעו במפות במשך עשרות שנים.³²²

גם החוקרים הוטרוט ועבדולפתאח מציינים את קיומן הנרחב של מאות ח'רבות בפלסטין של המאה השש-עשרה, אשר חלקן שימשו אתרים למגורים עונתיים, מרכזים לעיבודים חקלאיים או בסיסים להתיישבות מחודשת.³²³ די במבט חטוף על מפת היישובים הברווים דהיום להעלות שח'רבות רבות – כגון ח'רבת לקייה, ח'רבת אל-ווטן, ח'רבת חורה, ח'רבת אבו-תלול, ח'רבת משאש וח'רבת זובאלה – נהפכו ליישובים גדולים, שבכל אחד מהם מאות ואף אלפי תושבים. מכאן עולה כי הח'רבות המצוינות ביומני הנוסעים ובמפות המאה התשע-עשרה היוו ככל הנראה, במקרים לא-מעטים, מקומות יישוב קטנים, ולא אתרים שוממים. על התפתחותם של היישובים הברווים מאמצע המאה התשע-עשרה עמד גם החוקר פרופ' אבינועם מאיר:

קבוצות או פרטים מעדיפים לעבור למצב שבו הם מתחמים את מקומם או אזורים כך שזה ייחד מבחינת השימוש בו להם בלבד... בדווי הנגב אכן עברו תהליך כזה תוך כדי התקבעותם והתנתקותם מן הדומיננטיות של רעיית צאן בכלכלתם. התהליך, בצורתו הפשוטה ביותר, החל כבר במחצית הראשונה של המאה ה-19, הוא צבר תאוצה בהמשכה... במרחב הנגב הצפוני היו עשויים להיות פזורים אז יישובים בדוויים רבים... שמספרם אמור היה לשקף לכל הפחות את מספר היחידות השבטיות ופלגי השבטים שהיו קיימים אז. על פי ברסלבסקי (1946) ואל-עארף (1937) היו בנגב בתקופת המנדט הבריטי בין שבעים למאה יחידות שבטיות, ואלה היו מפוצלות למספר גדול עוד יותר של יחידות תת-שבטיות... על פי צורת הבנה זו של המציאות, היו אמורים להיות בנגב הצפוני לפחות כמה עשרות מקומות יישוב כאלה...³²⁴

צוהר לצורה שבה התארגן המרחב הכפרי הברדווי פתחה לנו מפת האוהלים והמבנים בנגב שאיתרנו בגנוך המדינה. המפה הוכנה על-ידי הבריטים על בסיס תצלומי-אוויר משנת 1945. ניתוח מפה זו מצביע על דפוסים חוזרים של התיישבות המורכבת מאוהלים, מבייקות ומבתים באזור. בדרך-כלל נוצר בתוך ה"דירה" או ה"בלאד" השבטיים מרכז גדול של עשרים עד שלושים אוהלים סביב בית אבן, לרוב של השיח', וכן כמה בייקות ששימשו לעיתים למגורים ולעיתים לאחסון של חיות או כלים חקלאיים. סביב מרכז ה"דירה",

322 ראו גרוסמן האוכלוסייה הערבית והמאחז היהודי, לעיל ה"ש 284, בעמ' 267–268.

323 HUTTEROTH & ABDULFATAH, לעיל ה"ש 257, בעמ' 26–31.

324 ראו מאיר "בחינה אלטרנטיבית של שורשי הקונפליקט הקרקעי בנגב בין הממשלה לברווים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 14, 38, 43 (ההדגשה הוספה).

במרחקים של בין קילומטר לשניים זה מזה, היו פזורים ריכוזים קטנים יותר של ארבעה עד חמישה אוהלים ומבנים, כל אחד על אדמתו המשפחתית. סביב מקבצים אלה נעשה העיבוד החקלאי. לעיתים נראים אוהלים מרוחקים יותר, בדרך-כלל בצמדים, ואלה מעידים כנראה על חלוקת הקרקע לדור ממשיך והקמת כפרירים חדשים. מפת האוהלים מדגימה בבירור את הימצאותם של דפוסי התיישבות דומים יחסית בבקעת באר-שבע, בצפון הנגב ובמערבו, וניתן להיווכח שצפיפות האוהלים והבתים גוברת ככל שמתקדמים לכיוון צפון-מערב.³²⁵ בתת-פרק 11 ובנספח 5 להלן נפרוש ניתוח מפורט יותר של מפת האוהלים ומשמעותיה. גם מחקריו של האנתרופולוג הנודע עמנואל מרקס חושפים לפרטים את תהליך ההתקבעות, שבמסגרתו גרעין היישוב – שבו התגורר בדרך-הכלל ה'שיח' – נהפך לאתר קבוע במרחב, וכמה מאהלים שבטיים סביבו מוקמים כחלק מצורכי העיבוד החקלאי העונתי ופעולות הרעייה.³²⁶ גם ממחקרים אחרים, כגון אלה של טוביה אשכנזי ואבינועם מאיר המצוטטים לעיל, עולה בבירור שמקבצים אלה תפקדו בהחלט ככפרים, כלומר, כעוגן יישובי קבוע של קהילות קטנות שעסקו במגוון פרנסות – מרעה, חקלאות ומסחר. פרשנות גיאוגרפית-היסטורית חשובה זו מאירה באור אחר את הגיאוגרפיה היישובית של הנגב, ומראה כי נוסף על העיבודים הנרחבים, היה השטח זרוע יישובים. אלה אומנם אינם היישובים ה"רגילים", דוגמת כפרי הצפון, אשר בתי-המשפט הישראליים אימצו כדימוי נפוץ, אולם בראייה היסטורית, גיאוגרפית וחברתית – מבחינה פונקציונלית ומבחינה מהותית – מדובר ביישובים.³²⁷

חשוב לציין כאן כי השלטונות העות'מאניים והבריטיים התחשבו באופיים המיוחד של היישובים הכדוריים, ואפשרו להם לזכות בזכויות מקרקעין למרות אופיים הייחודי. כפי שראינו, חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858 וכן המג'לה, המאוחרת יותר, לא הגדירו בצורה סגורה מהו "יישוב". בהתייחסו למדידת המרחקים האמורה לקבוע את קצה תחום ה"מירי", השתמש החוק גם במונחים "מקום מיושב" (inhabited place) או "נקודה מיושבת" (inhabited spot),³²⁸ ללא ציון מאפיינים הכרחיים מעבר להיותו של המקום מיושב. גם הוועדה המנדטורית לאיתור קרקעות המדינה, שהוקמה בשנת 1921, ציינה כי קרקע מוואת מתחילה מן הנקודה שבה לא יישמע קולו של גבר מקצה "מקום או כפר",

325 מפת האוהלים, 1947 (מופיע בגנוך המדינה, מפה 5941/1).

326 ראו את תיאור הקשר בין הרועים לבין יישובי-הקבע שבהם התגוררה רוב האוכלוסייה אצל מרקס, לעיל ה"ש 309.

327 שם, בעמ' 76–78. ראו גם את ניתוח משמעותה של המילה "כפר" אל מול החקיקה העות'מאנית אצל: Avinoam Meir, *Contemporary State Discourse and Historical Pastoral Spatiality: Contradictions in the Land Conflict Between the Israeli Bedouin and the State*, 32 ETHNIC & RACIAL STUD. 823 (2009).

328 הראשון לפי תרגומו של סטנלי פישר (FISHER, לעיל ה"ש 76), והשני לפי תרגומו של פרנק אונגלי (ONGLEY, לעיל ה"ש 83, בעמ' 6).

היכן שהיה כזה בשנה זו.³²⁹ בפקודת הסדר המקרקעין הבריטי משנת 1928, ובנוסח הישראלי של הפקודה משנת 1969, "ישוב" מוגדר ככולל גם "אזור שבטי": "ישוב" – לרבות מקרקעין של ישוב שבתחום עיריה או שבתחום אזור שבטי או הגובלים עם תחומים כאמור, או חלק ממקרקעין אלה."³³⁰

מקורות אלה מאפשרים פרשנות המתייחסת לאזורי המחיה הברדווים ולמקבצים שבתוכם כאל יישובים, מכיוון שאלה אכן היו מקומות התיישבות קבועים, גם אם שונים באופיים מאלה שהיו נפוצים בטורקיה, בסוריה או בצפון ארץ-ישראל. לא סביר, לא ראוי ולא מתחייב מבחינה פרשנית להשליך על המחצית השנייה של המאה התשע-עשרה הגדרות "ישוב" עכשוויות שלא היו רלוונטיות לאזור בתקופה הנדונה, ועל-פיהן לשלול את קיומם של מקומות יישוב של קהילות הברדווים. אלה התיישבו בצפון הנגב לפחות מהמאה התשע-עשרה, וכנראה אף מוקדם יותר, על-פי דפוסים שתאמו את תרבותם ואת התנאים הפיזיים במקום.

ההתיישבות הברדווית הניבה פעילות בנייה ענפה. כך, דוח ועדת אד-הוק של האו"ם בנושא פלסטין, שפורסם לאחר מחקר מקיף, מדווח על קיומם של 8,722 אוהלים ו-3,389 בתים ערביים בנפת באר-שבע בשנת 1946.³³¹ יש לזכור כי נפת באר-שבע הייתה קטנה אז מגודלה כיום, בעוד נפת עזה הייתה גדולה פי שניים מרצועת עזה של היום. בתוך שטח זה של נפת באר-שבע דאז, כך מעיד דוח האו"ם, התנהלה מערכת יישובית ענפה ומשגשת, וזוהו בו 12,111 מבנים ואוהלים, וכן אוכלוסייה של כ-70,000–90,000 נפש. שהייתה מאורגנת במקבצים בנקודות-מפתח, בעיקר בלב האזורים החקלאיים. רוב-רובה של האוכלוסייה הייתה בדווית; יוצאי-הדופן היו העיר באר-שבע, שבה התגוררו כ-4,000 נפש שכללו גם לא-ברדווים, וכן 11 היישובים היהודיים הקטנים בצפון הנגב.

סיכום-ביניים: אף שחלק מהמפות מהמאה התשע-עשרה אינן מציינות את קיומם של יישובים בדווים, החומר שהצגנו בתת-פרק זה מצביע על חוסר דיוקן של חלק ממפות אלה, ועל הימצאותם של יישובים רבים שהוקמו בסגנון בדווי בצפון הנגב לפחות מאמצע המאה התשע-עשרה. רוב היישובים הורכבו בעיקר מאוהלים בצפיפות נמוכה יחסית, ועל-כן ייתכן שהם לא נחשבו יישובים "אמיתיים" על-ידי חוקרי האזור. אך ניתוח אשר מביא בחשבון את קיומה של אוכלוסייה של עשרות אלפי אנשים בסוף המאה התשע-עשרה, את החקלאות והמרעה שהתמסדו מבחינה מרחבית ואת חלוקת המרחב ליחידות קרקעיות שבטיות מתוחמות וקבועות – מצביע על כך שבתוך יחידות קרקעיות אלה צמחו באופן טבעי יישובים קטנים וקבועים. הברדווים בצפון הנגב התיישבו בין החלקות שעיבדו ורעו במקבצי

329 ראו דוח אברמסון, לעיל ה"ש 184.

330 ס' 1 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש].

331 U.N GAOR, Report of the Ad-Hoc Committee on the Palestinian Question, U.N. Doc. A/AC.14/32 (1947).

אוהלים ובכמה מבני בוץ ואבן, וכך יצרו דפוסי התיישבות קבועים בתהליך ארוך-טווח של מעבר ל"נוודות למחצה".

3. אוטונומיה בדווית מול מערכות השלטון

כפי שנראה מייד, אנו סבורים שעד קום המדינה, ובמידה מוגבלת אף לאחר-מכן, התקיימה בנגב אוטונומיה משפטית שנתנה גושפנקה חוקית למערכת הקניין הבדווית המסורתית. לפי הלכת "הנגב המת", המדינה רואה בטענות הבדווים לאוטונומיה בנגב, שכללה הסדרים קנייניים, "טענות יומרניות אך מעורפלות בדבר 'אי תחולת' חוק הקרקעות העות'מאני בנגב, 'הבטחה' מצד השלטון הבריטי שלא להחיל את פקודת המואת 1921, מנהג בדווי ה'גובר' על חוק המדינה והענקה כביכול של 'אוטונומיה משפטית קרקעית' לבדווי הנגב".³³² נוסף על כך טענה המדינה כי טענות התובעים מתנגשות חזיתית עם קביעה מפורשת של בית-המשפט העליון. בפרשת אל-עוקבי צייטה המדינה מפסק-דין אל הואשלה: "אם לא מצא המחוקק העות'מאני לנכון (ובאותה דרך פעלו שלטונות המנדט כאשר חוקקו את הפקודה מ-1921) לייחד במסגרת החוק דין מיוחד לקרקעות הנגב... אין זה מתפקידו של בית המשפט להעניק הקלות מהסוג המבוקש, שאינן עומדות בפני הוראותיו המפורשות של המחוקק."³³³ לטענותיה אלה של המדינה נתייחס עתה.

(א) התקופה העות'מאנית

חוקרים רבים, המצוטטים להלן, מראים כי עד תחילת המאה העשרים הותירו השלטונות העות'מאניים אוטונומיה נרחבת לבדווים ולמרחבם – הנגב. עד לסוף המאה התשע-עשרה התייחסו השלטונות העות'מאניים לבדווים, כמו-גם לקבוצות אחרות רבות, בגישה שאפשרה להם להשתמש במשפטם המנהגי, כולל ביחס לקרקעות. החוקים העות'מאניים לא הוחלו – ובוודאי לא הונהגו – במרחבי הנגב. לכן הדרישה הישראלית לרישום הקרקע בנגב ולהוכחה רשמית של החיאתה בתקופות שקדמו לתחילת המאה העשרים משוללת בסיס היסטורי-גיאוגרפי, ומהווה גם החלה רטרואקטיבית פסולה של הדין. יתר על כן, גם לאחר הקמת באר-שבע והנסיונות להחלת החוק העות'מאני באזור הנגב (אשר רובם לא צלחו), העדר רישום הקרקע אינו מעיד בהכרח על היות הקרקע מוואת ועל חוסר בעלות. אי-רישום זה נבע, בחלקו לפחות, מקיומה של מערכת מקרקעין בדווית אוטונומית, מסורתית מתפקדת ומסודרת, אשר פעלה בחסות השלטונות העות'מאניים, המנדטוריים ואף הישראליים עד

332 ראו סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244, פס' 70.

333 שם, פס' 70, 79.

לתחילת שנות החמישים, ואשר ממשיכה לפעול בקרב הבדווים ואף גוברת במצבים רבים על המשפט הפורמלי הישראלי עד ימינו אלה.

כפי שכבר הוזכר, הכרת השלטונות במערכת הקרקעית הבדווית התבססה על האוטונומיה התרבותית, המשפטית והשלטונית שממנה נהנתה החברה הבדווית, אשר עיצבה כמעט ללא התערבות חיצונית את אורח חייה עד תחילת המאה העשרים. אוטונומיה זו עיצבה את ההסדרים המרחביים-המשפטיים שקבעו את חלוקת הקרקע ודפוסי הקניין. מחקרים רבים וראיות היסטוריות מעידים כי מצב זה שרר בנגב מאות בשנים. כך, למשל, טען החוקר קלינטון ביילי במאמר חשוב משנת 1980 על סדרי החיים במאה התשע-עשרה:

The desert-dwelling Bedouin often lived in a state of virtual independence from the Turkish authorities, resident in the town of Gaza... the Ottoman authorities were hence unable to know what was transpiring within the Bedouin population, or to report on current events with any degree of accuracy...³³⁴

בשנת 2009 פרסם ביילי, בהוצאת הספרים האקדמית של אוניברסיטת ייל, ספר המסכם עשרות שנות מחקר, שכותרתו *BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV: JUSTICE WITHOUT GOVERNMENT*³³⁵, ובו הוא מנתח את צמיחת המשפט הבדווי האוטונומי בתנאי הבידוד של מדבר סיני ושל הנגב, ועקב חוסר היכולת של שליטים חיצוניים לשלוט במרחבי המדבר ולשרוד פיזית בתנאים הקשים. המשפט הנוהג, המסורתי, נועד להסדיר את חייהן של הקהילות הבדוויות, והתגבש לכלל קודקס יציב וקבוע יחסית. מערכות חוקים דומות התקיימו ברובה של "ארץ הבדווים", שכללה את סיני, הנגב ודרום ירדן של היום. בתוך מערכת זו, ומול תהליך ההתקבעות, העיבוד החקלאי והבנייה של הבדווים באזורי צפון הנגב, צמחה המערכת הקרקעית הבדווית העצמאית הפועלת עד ימינו אלה. גם חוקרים נוספים, כגון נמרוד לוז ויוסף בן-דוד, מציינים את האופן העצמאי שבו ניהלו הבדווים את חייהם.³³⁶ כך כותבת בבהירות גם החוקרת הטורקית יסמין אבצ'י:

The difficulties of the Ottoman government in controlling the Bedouins are described in detail in innumerable archival documents, dating back to the 1840's... The Bedouin community, as a social and political organization, had all the attributes which the state claimed for itself,

334 ראו Bailey, לעיל ה"ש 282, בעמ' 35.

335 BAILEY, לעיל ה"ש 93.

336 ראו נמרוד לוז "יצירתה של באר שבע המודרנית – פרויקט אימפריאלי(סטי) עות'מאני" באר שבע – מטרופולין בהתהוות 163 (יהודה גרדוס ואסתר מאיר-גליצנשטיין עורכים, 2008); בן-דוד מריבה בנגב, לעיל ה"ש 44.

namely "loyalties and allegiances, a code of conduct, a system of arbitration and justice". Therefore, the Bedouins obviated any effective government...³³⁷

גם יוסף ויץ – ממנהיגי הציונות, מראשי קק"ל ולימים מנהל מנהל מקרקעי ישראל – הכיר בקיומה של מערכת קרקעית בדווית אוטונומית ומתפקדת, שכללה רישום וניהול פנימיים של בעלויות ועסקות קנייניות. תפקוד זה נמשך למרות אי-הרישום בספרי האחווה הרשמיים. ביומנו תיאר ויץ את המערכת:

בתקופה התורכית לא חל רישום של אדמות הנגב. הבעלות על הקרקע נסתמכה על מסורת שנרשמה ב"דפתארות", פנקסים שהיו שמורים בידי השייחים והמוח'תארים. כל פעולה משפטית בקרקע נרשמה בדפתארות והבדווים התייחסו אליה בכבוד ואמון.³³⁸

חוקרים אלה גם מצביעים על כמה סיבות לבנייתה של באר-שבע המודרנית בתחילת המאה העשרים, אך מתמקדים בעיקר בנסיונה של האימפריה העות'מאנית להכפיף אליה את הבדווים, ואיתם את אזור הנגב, בעיקר על-ידי משא-ומתן ועל-ידי גישה של פיתוח, אשר שימרה חלק ניכר מהאוטונומיה המשפטית והמנהגית בנגב. חלק מהחוקרים ראו בבניית העיר גם הכנה לקראת העימותים הצפויים עם האימפריות הבריטית והצרפתית, שהחלו לגלות עניין רב בסיני ובארץ-ישראל. הקמת באר-שבע המודרנית מהווה אם כן את תחילת נסיונות ההחלה של החוק העות'מאני באזורי הנגב, תוך שהעות'מאנים מקימים מוסדות שלטון, ממנים פקידים בכירים ומארגנים מחדש את מערכתם הצבאית. למן הקמת העיר, בשנת 1901, אחד הנסיונות המרכזיים של העות'מאנים להשגת שליטה בבדווים היה הניסיון לשכנעם לרשום את הקרקעות שבבעלותם בספרי האחווה, על-מנת להקל את גביית המיסים. מהלך זה טמן בחובו הכרה בזכויות הבדווים בקרקעות שהחזיקו, אך חרף זאת, כפי שמראים נמרוד לוז ויוסף בן-דוד, הצלחת המהלך הייתה מזערית עד אפסית. גם לאחר הקמת באר-שבע המשיכו הבדווים לנהל את חייהם על-פי הדין המסורתי, ואחד הביטויים הבולטים לכך היה אי-נכונותם לרשום את קרקעותיהם בספרי האחווה. היו אומנם כמה יוצאי-דופן, אך מספרם היה קטן ביותר. כפי שמראים אבצ'י וביילי, המערכת השלטונית העות'מאנית אפשרה ואף עודדה רישום קרקע מקומי, לצורכי מיסים ופיקוח, אך בר-בזמן אפשרה לבדווים לקיים את הדין המסורתי ללא התערבות משמעותית.

נסיונותיהם של העות'מאנים ללחוץ על הבדווים לרשום את קרקעותיהם לא פגעו בזכויות הקניין של הבדווים – לא בתקופה העות'מאנית ולא בזו המנדטורית. זאת, מכיוון

337 ראו Avci, לעיל ה"ש 281, בעמ' 970–971.

338 ויץ, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1.

שהחברה הבדווית ניהלה מערכת מקובלת ומסועפת של ניהול מקרקעין, אשר הסדירה את המרחב ואת פעולות הרכישה והמכירה של קניין קרקעי, ומערכת זו קיבלה את חסותם של השלטונות, שאפשרו לבדווים לנהל את המרחב לפי כלליהם. מערכת זו המשיכה לתפקד עד תקופת השלטון הישראלי.³³⁹

לשם הבנת התשתית המרחבית של משטר המקרקעין בנגב בתקופה העות'מאנית, יש להבין את תהליך הגדרת הטריטוריות של המטות הבדויים ("קבאיל" בערבית – מעין "שבטי-על", קונפדרציות של שבטים), שקובע בהסכם משנת 1891, אשר שם קץ לסכסוכי גבול תכופים בין שבטי הבדויים. החוקר סלמאן אבו-סיתה מתאר במחקרו סקר מיוחד שערכו העות'מאנים, שבעקבותיו הוגדרו – בהסכמתם של נציגי הבדויים – הטריטוריות של המטות השונים.³⁴⁰ ניתן לתאר טריטוריות אלה כ"תת-מדינות" או כפרובינציות במשטר פדרלי, מכיוון שהוסכם על הבדויים מן המטות תראבין, עזאזמה, ג'באראת ותיאהא כי הם לא יתיישבו או ירכשו קרקעות מחוץ לטריטוריה של המטה ללא הסכמת המטה השולט באותה קרקע. כן הוסכם כי ניהול הטריטוריות יהיה על-פי החוק המסורתי. המסמך עצמו, המוצג במאמרו של אבו-סיתה, מסדיר שטחים בגודל של כ-5,000,000 דונם, ונושא את חתימותיהם של שישה-עשר שיחיים בדויים ושל מועצה צבאית מיוחדת לעניין. מסמך זה מאשש את זכות ה"תסארוף", כלומר, את הזכות להתיישב ו"להוציא פרי" מהטריטוריות שסומנו לפי ה"מטות".³⁴¹ בתוך אותן טריטוריות התארגנו השבטים לפי "דיאר" ("דירה" ברבים), כלומר תחומי מחיה, אשר התפתחו לאורך דורות (לפני ההסכם ואחריו), ובהם נהנה כל שבט משליטה, מחזקה, ולפי מסורתם – גם מבעלות על כל הקרקעות.³⁴²

הקרקעות בתוך הטריטוריות של המטות נהפכו בהדרגה לסחירות, ובמאה העשרים התקיים בהן כבר מסחר ער למדי על בסיס הבעלויות המסורתיות שקובעו בין גבולות המטות. בשלב זה התייצבה סופית תשתיתה של מערכת הקרקעות הבדווית שהחלה להיווצר במאות הקודמות, והיא המתפקדת עד היום. היות שהשלטון העות'מאני (ואחר כך המנדטורי) נתן את הסכמתו למהלך זה, והיות שהוא האציל סמכויות ניהול עצמי למטות ולשבטים של הבדויים, ובכלל זה את הסמכות לחלק את הקרקעות וליצור מערכת קניינית של הורשה, חלוקה, מכירה ורכישה, ניתן לראות בכך, לכל-הפחות, "הרשאה" לפי חוק הקרקעות העות'מאני (חק"ע) לצורך החייאת קרקע מוואת, וייתכן מאוד שניתן לראות בכך גם "הקצאה" לצורך הגדרת הקרקע כמירי.

339 ראו ברסלבסקי, לעיל ה"ש 273; ספר באר שבע (יהודה גרדוס ואליהו שטרן עורכים, 1979); אל-עארף, לעיל ה"ש 255; Abu-Sitta, לעיל ה"ש 44.

340 Abu-Sitta, לעיל ה"ש 44.
שם. המסמך כתוב בעות'מאנית (טורקית באותיות ערביות). בהתייחסות עם המומחה פרופ' דרור זאבי, אישר הלה כי המסמך נראה מהימן.

342 ראו דיון מפורט אצל MEIR, לעיל ה"ש 40.

ככל הידוע, מעבר לסיוע בהגדרת הטריטוריות של מטות הכדורים, לא התערב המשטר העות'מאני במערכת המקרקעין שהייתה נהוגה בנגב, וזו המשיכה להתנהל באופן כדורי מסורתי ובחסות הריבון. זוהי נקודה חשובה – העות'מאנים, ולאחריהם גם הבריטים, קיבלו את המערכת הקרקעית הכדורית, וסמכו על רישומי העברת המקרקעין הפנימיים ולאחר-מכן גם החיצוניים (כלומר, מכירות ללא-כדורים) כפי שעוגנו בהסכמי הסנד. מסמכי מכירות אלה היו אסמכתה לזכויות קניין, וניתן לתרגמם להגדרת הקרקע כ"מולף" וכ"מירי" לפי החוק העות'מאני, מכיוון שהם עסקו במכירת קרקעות למגורים ולעיבוד.

עדות ברורה ליחסם זה של השלטונות הייתה רכישת הקרקעות לבניית העיר באר-שבע משבט המוחמאדין (ממטה העזאזמה) בשנת 1901, על-ידי העות'מאנים, שעליה מדווחים חוקרים רבים, כגון עארף אל-עארף, יהודה גרדוס, יוסף ברסלבסקי ורות קרק.³⁴³ הנושא נוגע בענייננו שכן אם קרקעות האזור היו "מתות", כפי שטוענת המדינה, ולכן בבעלות המדינה, אזי לא היה צורך לרכוש אותן גם בתקופה העות'מאנית. אך העות'מאנים התייחסו אליהן כאל קניינן של המשפחות הכדוריות, ורכשו אותן כדת וכדין בבואם לבנות עליהן יישוב. גם רכושו הקרקעי העצום של הסולטן עבד אל-חמיד השני, הנאמד ביותר מ-800,000 דונם בארץ-ישראל, הורכב רובו ככולו מרכישות של קרקעות פרטיות.³⁴⁴ אם כך, הפעולות הנ"ל מאששות את ההכרה בבעלות המסורתית של הכדורים בקרקעותיהם על-ידי השלטון העות'מאני, שהיה כזכור הגורם שחוקק בשנת 1858 את חק"ע, שמהווה את הנורמה המשפטית העיקרית שעליה מתבסס בירור הזכויות בחלקות הנתבעות בסכסוך המקרקעין בנגב בין המדינה לבין הכדורים.

גם לאחר הקמת באר-שבע וחיזוק שליטתו של המרכז האימפריאלי באזור, נשאר מוסדות השיפוט והדין בענייני מקרקעין בחזקת הקהילה השבטית. העות'מאנים הקימו אומנם מערך מוסדי-קרקעי בבירת הנגב, אבל התוכן שיצקו בו נשאר הדין השבטי המסורתי, שהמשיך להכתיב את דיני הקרקעות. כך מתארים קרסל, בן-דוד ואבו-רביע את צמיחתה של מערכת הבעלויות המסורתית בתקופה העות'מאנית:

לאחר ייסוד באר שבע, הכירו המוסדות הממלכתיים העות'מאניים בהסדרים האוטונומיים המיוחדים לחברה הכדורית. הכרה זו היא שהביאה לייסוד בית הדין השבטי (מחכמת אל-עשאאיר) בבאר-שבע. בבית דין זה ישבו שייחים, נציגים של רוב שבטי הכדורים, שלושים ושלושה במספר. בישיבות רגילות, למשל בישיבות שדנו בבעלות על חלקות, נהגו לשבת בדיון שלושה מהם: שניים היו מסנגרים על כל אחד מהמתדיינים והשלישי

343 המצוטטים לעיל בה"ש 37 (קרק וגרדוס), 255 (אל-עארף), 273 (ברסלבסקי).
344 Roy S. Fischel & Ruth Kark, *Sultan Abdülhamid II and Palestine: Private Lands and Imperial Policy*, 39 NEW PERSP. TURKEY 129 (2008)

היה זה אשר הכריע (מרג'ח) בסכסוך, ופסיקתו הייתה סופית... מן העדויות עולות שלוש עובדות:

א. הבדווים החלו אז לסחור באדמות שהיו בשליטתם;

ב. השייח'ים תיפקדו כפקידי טאבו, בכך שהנפיקו את שטרי המכר המסורתיים (סַנְד, או אַסְנָאד ברבים)...;

ג. לשלטון לא היה עניין ישיר באדמות הבדווים.³⁴⁵

המחברים מציינים אומנם כי העות'מאנים והבריטים לא רשמו באופן רשמי את קרקעות הבדווים בבעלותם, אך מוסיפים שעד קום המדינה המשיכה המערכת המסורתית לתפקד. החוקרת יסמין אבצ'י כותבת כי בשנת 1903 הוכרו בתי-הדין השבטיים כערכאה שיפוטית ראשונה מטעם השלטון. בתי-משפט אלה עסקו גם בענייני מקרקעין, ושפטו מן הסתם לפי החוק המסורתי הבדווי. כך, לפי אבצ'י:

An imperial edict, issued in 1903, directed that the Beersheba meclis [council] should also sit as a Court of the First Instance (bidavet mahkemesi) in cases related to land-holding.³⁴⁶

לאחר התייצבותן של הטריטוריות השבטיות במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, ולאחר הרפורמות הכלכליות שעודדו החיאה של קרקעות וחלוקתן בתוך השבטים לבתי-אב, החל תהליך ארוך-טווח של כעין הפרטה של הקרקע. כחלק מאותו תהליך עלה ערכה הכלכלי של הקרקע, והתגבשה מערכת שניתן לתארה בקיצור נמרץ ככוללת שלושה יסודות: (א) דפוסים מסורתיים של קביעת בעלויות לפי החוק הבדווי; (ב) הנהגת תהליכי רכישה ומכירה; (ג) קיום מנגנוני בוררות/שיפוט. הבעלות המסורתית היוותה את לב המערכת. המושג "חג'ר" הגדיר את אותן קרקעות שעליהן התיישבו הבדווים ה"אמיתיים" – אותם שבטים ותיקים שמוצאם בדווי "טהור" לפי התרבות המקורית. המסורות הבדוויות והאסלאמית, כמפורט גם במג'לה העות'מאנית, עודדו "פתיחה" או "החיאה" של קרקעות שוממות, ואלה סומנו על-ידי המתיישבים בהן וּמְעַפְדִּיהֶן באבנים או בסוג צמחייה עמיד. אם לא היה עוררין על ההתיישבות, העיבוד או המרעה השבטי באותו אזור, הוא נהפך לנחלת השבט או לנחלתה של המשפחה המעבדת, וקרקעות אלה הוקצו בין משפחות השבט והורשו מדור לדור, תוך חלוקה בין היורשים.³⁴⁷

345 גרעון קרסל, יוסף בן-דוד וחליל אבו-רביע "תמורות בבעלות על הקרקע אצל בדווי הנגב במאה השנים האחרונות: ההיבט התוך שבטי" המזרח החדש לג 39, 41 (1991) (ההדגשה הוספה).

346 ראו Avci, לעיל ה"ש 281, בעמ' 976.

347 קרסל, בן-דוד ואבו-רביע, לעיל ה"ש 345.

במקביל, ועם כניסתם של רוכשי קרקעות ("אפנדים") מאזורי עזה וחברון, החלה להתמסד שיטת מסחר בקרקעות המבוססת על ה"סנד" – הוא מסמך הבעלות הכתוב המתעד מכירות קרקע, אשר כולל פרטים החוזרים על עצמם בדפוס קבוע: המחיר, שמות המעורבים בעסקה, הגדרת השטח כולל גבולות מארבעה כיוונים, תנאים מיוחדים, תרחישי נסיגה מהסכמים ופיצויים. הסנד קיבל את תוקפו מחתימתם של כמה שיח"ים, שהיו ערבים בכך לביצועו. בתחילה הונהג הסנד בעיקר כדי לעגן רכישות של זרים, אך לקראת סוף המאה התשע-עשרה הוא החל להיות נפוץ גם בקרב הברווים ברישום מכירות או בתהליכי ירושה. ה"ראהן" היה מסמך דומה ל"סנד", אשר הגדיר תנאי חכירה ומשכון קרקעות, ושימש את הברווים בעיקר אל מול פלאחים שהגיעו מאזורים אחרים, כגון מצרים ועזה, ועיבדו את שדותיהם של בעלי הקרקעות הברווים. היסוד השלישי היה מנגנוני הבוררות, אשר התבססו, כפי שתואר לעיל, על בתי-הדין השבטיים.³⁴⁸

כאמור, מערכת זו התגבשה לאורך כמה עשרות שנים, תוך שהיא מסתמכת על מוסדות הבוררות המסורתיים להסדרת הסכסוכים שהתעוררו. כך, לדוגמה, מסמך משנת 1883 המצוי אצלנו מאשרר שקרקע הסמוכה לחלקות אל-עוקבי נמצאת בקניינו ובעיבודו של אחמוד אל-ווחידי ממטה תראבין בתוך שטחו של מטה העזאמה. על המסמך חתומים שבעה-עשר שיח"ים ברויים – שבעה בני עזאמה, חמישה מתראבין וחמישה ממטה שכן – התיאהא (ראו נספח 6).³⁴⁹

ראייה נוספת לאוטונומיה הברווית ולשליטתם של הברווים בקרקעות הנגב עולה מדיווח על פגישה של משלחת שיח"ים עם אחד מפעיליה הראשונים של הציונות – ד"ר יצחק לוי – בזמן ביקורו בארץ בשנת 1902. ד"ר לוי ניהל התכתבות ענפה עם תיאודור הרצל, שבמסגרתה הועלו רעיונות שונים לגבי יישוב היהודים בארץ. בפגישה עצמה, כפי שעולה מן הדיווח הנמצא בארכיון הציוני, ביקש השיח' סלים אבר-רביע להיפגש עם הרצל ולהעביר אליו הצעה ליצור טריטוריה יהודית-ברווית בנגב. השיח' גם הציע 10,000 חיילים להגן על השטח שבו יתיישבו היהודים. הצעה זו באה על רקע הנסיונות העות'מאניים הכושלים להשתלט על הברווים בשנים אלה. אפשר כמובן להקל ראש באפשרות המדינית לממש רעיונות מעין אלה שהועברו על-ידי הברווים להרצל, אבל ההצעה מעידה שוב על בעלותם המובנת מאליה של הברווים על קרקעות הנגב, והאוטונומיה שבה זכו באזור. כך מדווח יצחק לוי על הפגישה:

המשלחת הייתה מורכבת מארבעה-חמישה איש ובראשה השיח' סלים אבר-רביע. איש גבוה מאוד, חסון ומזויץ מכף רגל ועד קודקודו... באותן השנים... פרצו מריבות בין המשטרה ובינם [הברווים]. כדי להכניע אותם

348 אבר-רביע, לעיל ה"ש 37; בן-דוד הברווים בישראל, לעיל ה"ש 37.

349 העתק של המסמך נמסר לנו מארכיון משפחת אל-עוקבי. המסמך נבדק על-ידי פרופ' דרור זאבי, שאישר כי הוא נראה אותנטי.

הייתה הממשלה מחויבת לשלוח לדרום צבא. הדבר בא לידי שפיכות דמים והצבא נאלץ לסגת אחור... השייח' הציג עצמו בתור אמיר של שבט הז'וללאם, ואמר לי שהוא שולט ב־10,000 בעלי רובים... והוסיף: "לפי ידיעה שקיבלתי, אתה הינך אחד ממנהלי ההתיישבות בארץ־ישראל. שלח לנו אפוא יהודים לבאר שבע. אני אתן להם אדמה, עד כמה שהם דורשים. יש לי קשיים גדולים עם הממשלה. נתקשר יחד ונתחזק. אתם היהודים חכמים, יש לכם השפעה גדולה בחוגים הגבוהים, ואנו הבדווים הננו גיבורי מלחמה. נתאחד יחד ושום כוח לא יוכל להכריענו."³⁵⁰

עוד עדות לקיומה של בעלות מסורתית בקרקעות הנגב עולה מפרשת "קרקעות ג'מאמה", היא רוחמה של היום, שבה מכרו בני שבט אל־עטאונה את קרקעותיהם, בשנת 1913, למתיישבים היהודים, אשר רשמו את הקרקע על שמם במשרדי הטאבו. מהלך המכירה סותר שוב את טענת המדינה בדבר היות הקרקע הלא־רשומה באזור "קרקע מתה", מכיון שסביר שהשלטונות לא היו מאשרים מכירה של קרקע שאינה בבעלות המוכר, ובוודאי לא קרקע השייכת למדינה. כך מדווח ברסלבסקי על הרכישה:

הקשרים שנרקמו בין כמה מראשי היישוב ובין ראשי השבטים, ובראש ובראשונה עם השייח' עלי אל־עטאונה, הכשירו עד מהרה את רכישת האדמה (6,000 דונם) בג'מאמה (היא רוחמה)... אבל הרכישה לא הייתה קלה ביותר. ככל הקרקעות בנפת באר־שבע, לא הייתה אדמת ג'מאמה לשבט עטאונה רשומה בספר האחוזות, והשלטונות התורכיים בארץ סירבו לאשר את המכירה. השלטונות הוסיפו להתנגד לאישור הקנייה גם לאחר שמוכריה הבדווים רשמו את אדמתם בספר האחוזות כחוק... רק השתדלות הרב הראשי של קושטה פתרה את הבעיה... זה לקח כארבע שנים.³⁵¹

גם אל־עארף, שהיה מושל נפת באר־שבע בתקופת המנדט, מתאר בפרוטרוט את התפקוד המסודר והתהליך המובנה שהיה נהוג בנושאי מקרקעין בבתי־הדין הבדווים, אשר דנו על־פי הדין המסורתי וכללו אפילו ערכאות ערעור ומנגנונים של תשלום ואכיפה. כך, למשל, בנושא של הסגת־גבול:

בדווי המסיג את גבול שכנו... או שואף בדרכים אחרות להרחיב את נחלתו על חשבון אדמת שכנו, הריהו נקנס נקנס גדול. מסיג גבול שלא שילם את הקנס לנפגע, רשאי זה לתובעו לדין בפני שופטי הקרקעות ("אהל אל־

350 יצחק לוי הבלתי ידוע על הרצל 4 (1914) (העתק מצוי בידי המחברים).
351 ראו ברסלבסקי, לעיל ה"ש 273, מצוטט ב־www.snunit.k12.il/beduin/arti/book421.html (ההדגשה הוספה).

דיאר" של השבטים. על שופטים אלה לישב את הסכסוך... או למסרו אל גדולי השבט הבקיאים בגבולות הקרקע. דגולים ובקיאים אלה נקבעים ע"י "אהל אלדיאר"... עדות שכן בעניין גבולות-קרקע יש לה תוקף יותר מעדותו של שותף או מוכר... את דמי השיפוט ("רוקה") משלמים בעלי הדין לשופטים למפרע... אם לא קיבלו את פסק-דינם, עליהם לפנות שוב אל שופטי הקרקעות... לפני השופטים ומביא שני עדי ראיה שהיו נוכחים בשעת קביעת הגבולות והמעידים על מסקנת המומחים... אז מוציאים שופטי הקרקעות את פסק הדין.³⁵²

(ב) התקופה המנדטורית

עם כיבוש הארץ על-ידי הבריטים, ולמרות מאמצים מוקדמים של השלטון החדש לשנות את המצב, נותרה האוטונומיה הברדווית הקרקעית על כנה. כפי שתואר לעיל בתת-פרק 2, בתחילת שלטונם חוקקו הבריטים כמה חוקי מקרקעין שביקשו לשנות את המערכת המשפטית-הקרקעית, ובראשם פקודת רכישת מקרקעין (משנת 1920), פקודת המחלול (משנת 1920) ופקודת הקרקעות המתות (משנת 1921). כפי שראינו, החליט שר המושבות הבריטי וינסטון צ'רצ'יל, לאחר פגישה שערך עם משלחת שייחים בירושלים, לגבות את הנציב העליון בהחלטתו שבנפת באר-שבע ימשיך לשרור הדין המסורתי. מדיניות זו של הממשלה הבריטית קיבלה ביטוי ממסדי ומשפטי מידי בשטח.³⁵³ כך, בפרק החמישי לדבר המלך במועצתו, שעסק ב"מוסדות המשפט", נקבע בסעיף 45 כי הנציב העליון יכול להקים באזור באר-שבע בתי-משפט שבטיים, שבסמכותם לשפוט על-פי הדין המסורתי (אשר כלל, כפי שראינו, גם את דיני המקרקעין).³⁵⁴ בשנת 1924 הקים הממשל הבריטי את בתי- המשפט השבטיים,³⁵⁵ ובכך המשיך ליישם את החוק השבטי באזור, כפי שנעשה בחסות העות'מאנים לאחר הקמת באר-שבע.

כפי שראינו, בתי-המשפט האזרחיים המנדטוריים נתנו תוקף למערכת בתי-הדין השבטיים ולמשפט המנהגי הברדווי בענייני מקרקעין. נוסף על כך, המחקר ההיסטורי מלמד

352 אל-עארף, לעיל ה"ש 255, בעמ' 165-166.

353 ראו את מחקריו של סטיין על הצהרת צ'רצ'יל - STEIN, לעיל ה"ש 61, בעמ' 60-61.

354 ראו ס' 45 לדברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947: "שר המשפטים רשאי לכוון, עפ"י צו, בתי משפט נפרדים למחוז באר-שבע ולשאר אזורים שבטים, כפי שימצא לראוי. בתי משפט כאלה רשאים לנהוג עפ"י מנהגי השבטים, עד כמה שאינם מנוגדים לצדק ולמוסר הטבעי." ובאנגלית: "The High Commissioner may by order establish such separate Courts for the district of Beersheba and for such other tribal areas as he may think fit. Such courts may apply tribal custom, so far as it is not repugnant to natural justice or morality".

355 The Establishment of Courts Order, לעיל ה"ש 138.

כי גם הרשויות המנדטוריות האחרות הסכימו להעדר האכיפה של רישום פורמלי של העברות בעלות בקרקע בנגב, וגיבו את מערכת המקרקעין הבדווית. כפי שמדווחת החוקרת רות קרק: "בסוף 1920... נתברר כי כל אדמת הנגב שייכת לשבטי בדווים... שכן כאן לא באו מעולם לידי שימוש חוק הקרקעות המתות ותקנת ה"מחלול".³⁵⁶ באופן דומה, בדוח של ממשלת המנדט לחבר-הלאומים משנת 1930 נכתב כי קרקעות ריקות (waste land) מצויות רק באזורי הדיונות של מישור החוף ובאזור המדברי מדרום-מזרח לבאר-שבע. יתר על כן, ביחס לחלק מהאדמות מדרום-מזרח לבאר-שבע הזכירה ממשלת המנדט כי לבדווים יש בהן זכויות מרעה (בלשון משפטית היינו מכנים זאת "זיקת הנאה", ובלשון הדין העות'מאני ייתכן שהיו אלה זכויות מסוג מתרוכה). מכאן עולה כי ממשלת המנדט גרסה בכיורר שהאזורים המצויים מצפון-מערב לבאר-שבע, ובכלל זה אזורי התביעות של רבים מהבדווים, ביניהם משפחת אל-עוקבי, אינם אדמות ריקות או מתות.³⁵⁷ גם המפקד הרשמי שערכו הבריטים בשנת 1931 מלמד כי הם הכירו בקניין הבדווי המסורתי בקרקעות בנגב. דוח המפקד הגדיר יותר מ-75% ממשקי-הבית הבדוויים כ"בעלי קרקעות" (land-owners), המעבדים את קרקעותיהם באופן ישיר ובהיתר מן השלטונות (sufferance). לעורכי המפקד לא היה ספק שהחקלאות הבדווית באזור צפון הנגב ובבקעת באר-שבע מהווה על-פי המשפט המנהגי הקצאת מקרקעין מקובלת (normal assignment), ולכן אין מדובר בקרקע מתה, למרות העדר רישום פורמלי. וכך נכתב בדוח הסיכום של מפקד 1931:

298. The number of earning land-owners is 7,869, and that of tenants is 2,508... the land-owners tend, on the whole, to cultivate their lands directly. A land-owner in Beersheba is a land-owner on sufferance... In the strict sense most of the land may be described as mewat not having been assigned or disposed by deed. Nevertheless, the "privileges" of the nomads have been confirmed from time to time, and it is, undoubtedly part of the "customary" law, as opposed to formal law, to recognize the nomadic traditional cultivation in this area as normal assignment.³⁵⁸

356 קרק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 59.

357 "Waste lands belonging to Government are the coastal sand-dunes, the desert area south-east of Beersheba... In some of these areas, too, Arabs have grazing rights..." Report by His Majesty's Government in the U.K. of Great Britain and Northern Ireland to the Council of the League of Nations on the Administration of Palestine and Transjordan for the Year of 1930 (December 31, 1930), available at unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/C2FEFF7B90A24815052565E6004E5630

358 ERIC MILLS, CENSUS OF PALESTINE 1931 vol. I, part I (1932). (ההדגשות הוספו).

תמונה דומה עולה ממסמך משנת 1937 שבו ענתה ממשלת המנדט לפנייתה של הסוכנות היהודית, ובן-גוריון בראשה, לאפשר ליהודים להתיישב בנגב. הסוכנות דרשה זאת על בסיס הימצאותה הנרחבת כביכול של קרקע מוואת בנגב. תשובתה של ממשלת המנדט הבהירה בצורה חד-משמעית כי האדמות באזור באר-שבע "שייכות לשבטי הכדווים עקב ישיבתם על הקרקע מזמן קדום". בעלות זו, בצירוף הפרקטיקה הכדווית של חלוקת חלק מהקרקע השבטית למגרשים, אפשרה להם למכור קרקע גם ליהודים. ובשפת המקור:

The cultivable land in the Beersheba sub-district is regarded as *belonging to the Bedouin tribes by virtue of possession from time immemorial...* in the past the lands have been occupied entirely as tribal land, but in recent years the practice of allotting tribal holdings has come into existence, thus enabling sales to be made to Jewish interests.³⁵⁹

ההכרה בבעלותם של הכדווים על קרקעותיהם המעובדות נמשכה גם בשנות הארבעים. ברוח הרשמי של "סטטיסטיקת הכפרים" ("Village Statistics") שהוכן על-ידי ממשלת המנדט בשנת 1945 נכתב כי שטחו של תת-מחוז באר-שבע היה כ-12,500,000 דונם, ומתוכם סווגו יותר מ-1,900,000 דונם (15.39%) כשייכים לערבים, וכ-65,000 דונם כשייכים ליהודים (0.52%).³⁶⁰ גם "סקר פלסטין" ("Survey of Palestine") שנעשה על-ידי הבריטים בשנת 1946 בעבור האו"ם קבע כי אין להתייחס באופן גורף אפילו לקרקעות הנגב שמדרום לבאר-שבע ולקרקעות מדבר יהודה כאל מוואת:

it is not safe to assume that all the empty lands south of Beersheba or east of Hebron, for instance, are *mewat*.³⁶¹

כמו-כן הבהיר הדוח כי כ-2,000,000 דונם של קרקע באזור הנגב מעובדים, ויש עליהם טענות זכות:

Some 12,577 square kilometers lie in the deserts of Beersheba. It is possible that there may be private claims to *over 2000 square kilometers*

359 תשובת הבריטים לסוכנות היהודית בנוגע לקרקעות הכדווים (מופיע בתיקי הממשלה הבריטית בארץ-ישראל – DCF/32-72, Government of Palestine, 1937, (ההדגשה הוספה).
360 VILLAGE STATISTICS 1945: A CLASSIFICATION OF LAND AND AREA OWNERSHIP IN PALESTINE 35 (Palestine Liberation Organization Research Center, 1970), available at www.palestineremembered.com/Articles/General-2/Story3150.html (להלן: STATISTICS OF PALESTINE).

361 Government of Palestine, A Survey of Palestine: Prepared in December 1945 and January 1946 for the Information of the Anglo-American Committee of Inquiry 256 (1946), available at www.palestineremembered.com/Acre/Books/Story831.html

which are cultivated from time to time. The remainder may be considered to be either mewat or empty miri.³⁶²

לסיכום חלק זה ניתן לומר בבהירות כי השלטונות הבריטיים הכירו בייחודיותו של הנגב, ובאמצעות חקיקה ומדיניות אפשרו למערכת הקרקע המסורתית להמשיך לתפקד. אם כך, נראה כי הגורם היחיד שמנע את רישומן של קרקעות הבדווים בטאבו הוא איטיותו של הסדר המקרקעין הבריטי וסיום המנדט. לנו כחוקרים אין ספק שאילו הגיע הסדר המקרקעין המנדטורי לשטחים אשר מיושבים, מוחזקים ומעובדים על-ידי הבדווים, הם היו נרשמים על שם מחזיקיהם. אם כן, הבדווים "נענשים" כיום על-ידי מדינת-ישראל על כך שהבריטים לא השלימו את רישום הסדר המקרקעין בנגב.³⁶³

(ג) רישום ומכירה של קרקעות ליהודים

כאמור, ראייה חזקה נוספת להכרה מנדטורית בבעלותם של הבדווים בקרקעותיהם היא האפשרות המוכחת לרישום קרקעות אלה בספרי הטאבו לאורך כל התקופה המנדטורית. כפי שראינו, בתקופה העות'מאנית היה היקף הרישום הרשמי של הקרקעות מצומצם מאוד בנגב, ורוב-רובם של הבדווים ניהלו את סחר המקרקעין באמצעות רישום השייחים ומערכת המסמכים הנלווים. בתקופת המנדט רישום הקרקעות באזור הנגב בספרי האחוזה היה שכיח יותר, במיוחד כאשר הנסיבות הכריחו את הבדווים לעשות כן. תהליך זה לא התחשב כלל ב"תאריך הקובע" של פקודת הקרקעות המתות או בשאלת עיבוד הקרקע בשנת 1858, כפי שקובעת הלכת "הנגב המת". רישום הקרקעות הבדוויות הסתמך כמעט בלעדית על הסדרי הקרקע הנהוגים על-ידי הבדווים, ובעיקר על עיבוד קרקע במשך יותר מעשור, כפי שמכתיב החוק העות'מאני לגבי קרקעות מירי.

עדות נוספת להכרה בבעלותם של הבדווים בקרקע היא רכישה יהודית של קרקעות בדוויות לא רשומות גם בשנים שלאחר חקיקת פקודת הקרקעות המתות בשנת 1921. חוקרים חשובים התייחסו לתופעה זו. למשל, עבודותיהם של חנינא פורת ורות קרק על ההתיישבות היהודית בנגב מפרטות עסקות רבות של מכירת קרקעות של בדווים למוסדות יהודיים ולפרטים יהודים, שבהן הכירו השלטונות לשם רישום בטאבו. עסקות אלה הסתכמו ביותר מ-100,000 דונם, אשר 65,000 מתוכם נרשמו על שם קק"ל בתום תקופת המנדט (ראו נספח 7).³⁶⁴

362 שם, בעמ' 257.

363 לדיון בהסדר המקרקעין הבריטי ובהשפעותיו על מערכת הבעלויות בישראל ראו Forman & Kedar, *Colonialism, Colonization and Land Law in Mandate Palestine*, לעיל ה"ש 46.

364 חנינא פורת מיישמון לארץ נושבת – רכישת קרקעות והתיישבות בנגב 80 (1996); קרק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 52; ראו גם FISCHBACH, לעיל ה"ש 155, בעמ' 259–260, 273 (No registers) "of title or tax records were thus available for Beersheba land. The only documents from

מהלך כזה לא היה נדיר או חריג, והרשויות המנדטוריות אישרו כדרך שגרה את המכירות ואת רישום הקרקע על שם הקונים היהודים. בכך טמונה כמובן גם הכרה בסמכותם של מוכרי הקרקע הבדווים לרושמה בטאבו ולהעבירה לאחרים (ראו נספח 8), שהרי כלל קנייני ברור קובע כי אין אדם יכול להעביר יותר זכויות מכפי שיש לו. אילו סברו הבריטים כי הבעלות המקורית בקרקע הייתה של המדינה המנדטורית, ולא של הבדווים, הם לא היו מאשרים בוודאי את רישומה על שם הקונים היהודים ללא ויתור פורמלי על רכוש המדינה. כלומר, הייתה זו ההכרה הבריטית בבעלותם המקורית של הבדווים שהיוותה מקור קנייני תקף לתחילת העסקה הקניינית שהסתיימה ברישום הזכות על שם הבעלים היהודים. במאמר מוסגר ניתן לציין כי אחת הטענות שהעלתה המדינה נגד משפחת אל-עוקבי היא שגם אם ירשו את הקרקע מאבותיהם, לא יכלה ההעברה לרפא את הפגם היסודי בזכות הקניין המקורית.³⁶⁵ טענה זו לא הושמעה מעולם על-ידי הקונים היהודים בתקופת המנדט, ולפי מיטב ידיעתנו גם לא הושמעה מעולם על-ידי מדינת-ישראל כלפי אותם קונים, מוסדות ופרטים יהודים, אף שבהקשרים אחרים, שאינם מערבים רוכשי קרקע יהודים, היא טוענת כי לא הייתה לבדווים זכות קניין בקרקעות הנגב.

כיצד אם כן יכלו הבדווים להנחיל קרקעות ליהודים בעודם נטולי זכויות? האם באורח פלא, מכל הבדווים בנגב, רק לבדווים שמכרו קרקע ליהודים הייתה זכות קניין, בעוד כל האחרים היו פולשים? במילים אחרות, טענות המדינה לוקות בחוסר עקביות ובחוסר הוגנות. האין כאן נסיבות היוצרות השתק? ההיקף המשמעותי של מכירת הקרקעות בנגב ורישומן הרשמי של עסקות המכירה מעידות כי אי-אפשר לתלות את הדבר ביד המקרה, בחוסר עניין של השלטונות בנגב או בכך ש"פקידים מסוימים נהגו בחוסר אכפתיות לגבי הקרקע", כפי שנטען על-ידי המדינה בעניין אל-עוקבי,³⁶⁶ אלא יש כאן הכרה עקבית של השלטונות שקדמו לישראל בזכויותיהם של הבעלים הבדווים בקרקע.

פרופ' קרק מפרטת בספרה רכישות קרקע במיקומים שונים בנגב, ממד'בח שבמזרח (בין באר-שבע לדימונה), דרך עסלוג' (אזור רביבים) ועד מישור החוף הדרומי בקרבת רפיח. קרק מתייחסת רבות בספרה ל"בעלי הקרקע הערביים" בנגב, ומציגה את מערכת הבעלויות המסורתית כמתפקדת וכמסומנת בבירור. "הבעלות זעירה ומפוצלת לחלקות קטנות", היא כותבת, אם כי היא מסייגת זאת באומרה כי "אין רישום חוקי" של קרקעות.³⁶⁷ קרק אף

Beersheba available to Hadawi's staff were sixty registers of deeds for the area that were (in the Israelis' possession"

365 סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244, פס' 55-56 ("כלל יסוד הוא, כי אין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו ('nemo dat quod non habet') ומכאן הצורך לעקוב אחרי שרשרת הזכויות ולהוכיח כשרות כל חוליה וחוליה באותה שרשרת. שרשרת זכויות שיסודה בהעברה חסרת תוקף, אין בכוח אף אחת מחוליותיה להעביר את הזכות המקורית").

366 שם, פס' 76.

367 קרק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 74, 78-76.

מציגה את מערכת בעלויות הקרקע בכמה מפות. מכאן שנהיר שגם לפי מחקריה של קרק (להבדיל מעדותה בבית-המשפט), קרקעותיהם של הברווים סביב באר-שבע לא היו קרקעות מוואת.³⁶⁸

גם חירם דנין, ששימש במשך שנים ארוכות פקיד בכיר בקק"ל ובמנהל מקרקעי ישראל, מעיד כי תהליך הרישום של קרקעות ערביות התאפשר גם לאחר פקודת המוואת, היות שהמנדט התייחס אליהן כאל אדמות מעובדות, מוחזקות או מיושבות, ולכן כמצויות בבעלות מחזיקיהן. הרישום נעשה על בסיס מיפוי מערך הבעלויות המסורתיות, החתמת שכנים ורישום הנכס הערבי בטאבו, כצעד ראשון לפני מכירת הנכס ליהודים. על שיטה זו מעיד דנין:

...סיימתי לרכוש שטח קרקע של כ-400 דונם צפונה לבית הקברות הצבאי, שנרשם בטאבו ע"ש חברת הכשרת היישוב... כאשר הוכנו המפות של אדמת א-ציר כולה, החלה עבודת החתמת הבעלים הברווים והשכנים על המפות ועל המסמכים הדרושים... כאשר הוחתמו המפות והמסמכים על-ידי הבעלים, השכנים והנכבדים, הוגשו לטאבו לשם רישום, ולאחר זמן ניכר ניתנה הוראת הנהלת מחלקת הקרקעות הממשלתי לרשום את הקרקעות בשם הבעלים הברווים, ופקיד מיוחד בא מירושלים לרשום את הקרקעות באנגלית.³⁶⁹

מסמכים שאיתרנו בארכיון הציוני ובארכיון של קיבוץ משמר-הנגב מתעדים היבטים ושלבים שונים של רכישות קרקע של יהודים מברווים ורישומן בטאבו המנדטורי. גם מסמכים אלה מעידים על הכרה של השלטונות המנדטוריים בבעלות הברווית. כך, בדיון שכינס יושב-ראש קק"ל אוסישקין בשנת 1925 עם האישים המרכזיים בתנועה הציונית שעסקו בהתיישבות וברכישת קרקעות באותה תקופה, נדונה רכישת קרקעות בנגב.³⁷⁰ בדיון זה דיווח יהושע חנקין כי קיימת אפשרות לרכוש כ-500,000 דונם בנגב, והציע לקנות כ-50,000 דונם בכל שנה. על השאלה מיהם בעלי הקרקעות ענה חנקין: "שבטים. אבל אנחנו צריכים לקנות את הקרקע מכל אחד ואחד, צריך יהיה לעשות קושאן על כל אחד ואחד שמחזיק את האדמה." ד"ר טון (ככל הנראה מדובר בד"ר יהושע טהון) הוסיף פרטים על-אודות מעמדה של הקרקע באזור:

368 ראו, למשל, מפה מס' 6 בספרה של קרק (שם, בעמ' 50), שבה מסומנים בכירור גושים נרחבים – המשתרעים על כמחצית משטחה של המפה – כ"קרקע בבעלות ערבית", או מפה מס' 7 (שם, בעמ' 71), שבה מסומנות ה"חלקות שנרכשו מבעלים ערביים, בג'ממה (רוחמה) בשנת 1920".

369 ראו דנין, לעיל ה"ש 150, בעמ' 172 (ההדגשה הוספה).

370 עמ' 23 לפרוטוקול ישיבה שכינס אוסישקין, יושב-ראש קק"ל, לגבי ההתיישבות בנגב, מיום 23.11.1925 (מופיע בארכיון הציוני המרכזי, KKL5/1551-20).

[הפרובינציה] היחידה שאפשר עוד לדבר על התיישבות גדולה ומאוחדת זהו הנגב. מצד אחד יש שם אדמת סיר, על 18 אלף דונם יש כבר קושאנים לבעלים והקניה איננה כ"כ קשה; בכל שאר השטחים צריך יהיה לסדר מקודם את הטאבו שלהם, מקודם לרשום את הבעלים המחזיקים כיום בה האדמה ואח"כ תסודר ההעברה אלינו. היות והדבר הזה ילך בהכרח בטמפו איטי מאד אז בודאי צריך יהיה לבוא אח"כ בדברים עם הממשלה שמסדרת עכשיו את הקדסטר.³⁷¹

אם כן, ברור שראשי ההתיישבות הציונית ומומחי המקרקעין של היישוב סברו כי בעלי הקרקע הם הכדורים, וכי יש להם עליה בעלות פרטנית, ולא קולקטיבית. מהלך זה הוביל לרישום ישיר של קרקע על שם כדורים, ולאחר-מכן על שם חברות רכישת קרקע ציוניות וקונים יהודים פרטיים. כך, למשל, תעודת רישום משנת 1938 מעידה על מכירת 16 דונם באזור אל-קלטה (ממערב לבאר-שבע) ממוחמד ואחמד, בנוי של מוחמד א-סופי, לאפרים וצילה שוורץ. במשבצת "רובע או שכונה" צוין שבט הנג'מט א-סופי תראבין, במשבצת "מין הנכסים דלא נידי – Class of Land" הוגדרה הקרקע כמירי, ובתיאור הקרקע היא הוגדרה כראויה לעיבוד (arable land) (ראו נספח 8). הנה כי כן, במסמך רשמי וסטנדרטי זה ניתן לראות בבירור כי עמדתם של השלטונות הבריטיים שהיו אמונים על רישום הקרקעות הייתה שהקרקע היא מירי, ולא מוואת, ושהיא ראויה לעיבוד, ולא צחיחה ושוממה. אין אנו טוענים, כמובן, שלא הייתה קרקע שוממה בנגב, אך אין ספק בעינינו שמסמך זה, שמצויים רבים כמותו, מעיד באופן ברור כי הטענה שדוקטרינת "הנגב המת" הגורפת מהווה אך המשך ויישום של הדין הקודם אינה אמינה.

אכן, הסכם זה היה שגרתי למדי. בדוח משנת 1939 שכותרתו "רשימת החוזים בעניני באר-שבע", שמצאנו בארכיון הציוני, מפורטות עסקות רבות של רכישת קרקע ממוכרים כדורים על-ידי יהודים פרטיים וחברות רכישת קרקעות יהודיות. העסקות הקיפו שטחי קרקע גדולים ביותר. כך, למשל, מצאנו במחקרנו כי נחתם חוזה בין שיח' חמד בן חמדאן אל-צאנע ושיח' מוחמד מוסטפה אבו-דלאל לבין חברת הכשרת היישוב לקניית שטח של 15,000–20,000 דונם באזור קלשה ח'בירה ואל-חדיר. חוזי רכישת קרקעות דומים נחתמו עם כדורים ביחס לקרקעות באל-שקיב (כ-5,000 דונם על גבול אל-סיר), במדוס ובמד'בח (7,000 עד 10,000 דונם), באל-זרנוק (400 דונם), בחזאלי (8,077 דונם) ובעסלוג' (12,882 דונם).³⁷² בכל העסקות הללו, כאמור, לא דרשה המדינה המנדטורית בעלות על הקרקע, וגם

371 שם, בעמ' 3.

372 נספח 50 לחוות-הדעת של פרופ' אורן יפתחאל מיום 20.11.2010 בת"א (מחוזי ב"ש) 5278/08 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.10.2010) (מופיע בארכיון אל-עוקבי; להלן: חוות-הדעת של יפתחאל). ראו גם "רשימת מוכרי הקרקע הערביים באזור באר שבע, 1939" (שם, נספח 19).

לא חתמה על ויתור עליהן. אם קרקעות אלה היו מסוג מוואת (ולכן קרקעות ציבוריות), כפי שהמדינה טוענת כיום, אזי שלטונות המנדט היו מתנגדים לעסקות אלה, אך כך לא קרה. באופן כולל יותר, שכיחותן של רכישות הקרקע היהודיות מבדווים, והקלות שבה רשמו הבדווים את קרקעותיהם בטאבו בתקופה המנדטורית, מאששות חלק מטענותינו בנוגע למרכיבים מרכזיים של משטר המקרקעין המנדטורי בנגב – אותו משטר שהמדינה טוענת כי היא ממשיכה ומיישמת אותו. מרכיבים אלה מסוכמים להלן בתמצית:

א. אי-תחולה בנגב של פקודת המוואת, אשר אסרה כביכול רישום של מקרקעין בשטחים הרחוקים יותר ממיל וחצי מיישובים מוכרים לאחר 1921;

ב. העדר תביעה של המדינה לבעלות בקרקעות בדוויות שלא נרשמו בשנת 1921, והכרת השלטונות בבעלותם של הבדווים בהן;

ג. המשך תוקפה של הבעלות הבדווית המסורתית בקרקע וסחר בקרקע על בסיסה;

ד. התייחסותם של שלטונות המנדט לקרקעות מעובדות בנגב כאל קרקעות "מירי", כלומר, כאל קרקעות בנות רישום ומכר.

חלק משמעותי מהקרקעות שנרכשו שימש להקמת היישובים היהודיים בנגב ערב הקמת המדינה, וכלל, בין היתר, את קרקעותיהם של רביבים, חצרים, ניר-יצחק, דורות, נגבה, בארי, משמר-הנגב, שובל ורוחמה. בארכיון של קיבוץ משמר-הנגב, למשל, מפורטים שמותיהם של בעלי הקרקע הערבים שמהם נרכשו כ-2,150 דונם ששימשו להקמת הקיבוץ.³⁷³ אי-אפשר להניח שהבריטים היו מאפשרים הקמת יישוב שלם על קרקע שהם סברו כי היא בבעלותם ללא מתן אישור לכך. זאת ועוד, קשה להצדיק עמדה הטוענת, מצד אחד, שרכישות הקרקע מהבדווים היו חוקיות, ומצד אחר, שהבדווים הינם פולשים מחוסרי זכויות בקרקע. הסטנדרט הכפול בולט במיוחד בנוגע לקיבוץ משמר-הנגב, שרכש את קרקעותיו בצמוד לעראקיב בשנת 1926, ואשר נחשב ליישוב חוקי ומוכר, בעוד הכפר הסמוך עראקיב, שתושביו רכשו את קרקעותיהם ממשפחת אל-עוקבי שנים מספר לפני משמר-הנגב, נחשב פולש, וחשוף להריסות בתים תכופות.³⁷⁴

מחקרו של חוקר המקרקעין האמריקאי מייקל פישבך מדגים את תוקפן של הטענות שלעיל, כאשר הוא מראה כי נוסף על מכירות הקרקע ליהודים נרשמו במחוז באר-שבע בתקופת המנדט כ-64,000 דונם על שמם של בעלים ערביים.³⁷⁵

גם יוסף ויץ – מראשי הציונות ויושב-ראש קק"ל בשנות הארבעים והחמישים, ומנהלו הראשון של מנהל מקרקעי ישראל – הצביע על בעלותם של הבדווים בקרקעותיהם ועל הצורך לרכוש אותן מהם לצורך התיישבות יהודית. כך, למשל, בדיון בשנת 1948 עם ראש

373 רשימת שמותיהם של בעלי הקרקעות הבדווים שמהם נרכשו אדמות משמר-הנגב מופיעה מפת דובינסקי, 1926 (ארכיון משמר-הנגב; העתק מצוי בידי המחברים).

374 ראו לעיל ליד ה"ש 4–5.

375 ראו Fischbach, לעיל ה"ש 155, בעמ' 259–260, 273, Village Statistics of Palestine, לעיל ה"ש 360, בעמ' 37.

הממשלה בן-גוריון בנוגע לפיתוח האזורים הכדוריים, טען ויץ: "אם נעשה תוכנית פיתוח הנגב – הם יפריעו. האדמה מחולקת והיא פרטית, אם כי אין קדסטרי [מיפוי ורישום מקרקעין]. איך ניפטר מהם? האם נעשה אתם הסכם עכשיו על הקרקע?"³⁷⁶ ויץ שימש גם יושב-ראש "הוועדה המצומצמת לעניין בירור שאלת בעלות קרקעות הכדורים בנגב", אשר מונתה על-ידי שר המשפטים והגישה את המלצותיה באוקטובר 1952. נוסף על ויץ נמנו עם ועדה חשובה זו גם יועץ ראש הממשלה לענייני ערבים יהושע פלמון וכן בנימין פישמן ממחלקת רישום והסדר מקרקעין. בדוח הסודי שהגישה לשר המשפטים קבעה הוועדה כי ידוע שהכדורים נמנעו מלרשום את קרקעותיהם בתקופה העות'מאנית והמנדטורית עקב הרצון להתחמק מגיוס לצבא.³⁷⁷ כתוצאה מכך, עם הכיבוש הבריטי, נמצא כי כמעט כל אדמות הכדורים בנגב אינן רשומות. אך "אף על פי כן, ראו הכדורים את כל השטחים המעובדים על ידם כשטחים שבבעלותם. למרות שלא היו בידיהם תעודות רשום, השלטונות, הן התורכים והן הבריטים, הכירו בעובדה זו".³⁷⁸ מעבר לכך, לפי קביעתם של חברי הוועדה:

...ידועה העובדה כי בתקופת שלטון המנדט, נרשמו שטחים נכבדים מאוד בשמם של הכדורים, על יסוד הוכחות ששטחים אלה היו נעבדים על ידם במשך תקופת ההתיישנות, וחלק חשוב של אדמות אלה הועברו, לאחר רישומן, לקרן קימת, לחברות יהודיות אחרות וכן ליהודים פרטיים. כך שבעניין זה ישנם מאות תקדימים, ואנו סבורים שממשלת ישראל לא תוכל, ואינה צריכה להתעלם מהם... מלבד תעודות הרשום שנתנו בתקופת המנדט לשבטי הכדורים, שיוגשו בודאי כהוכחות רשום חלק מאדמותיהם, הרי לא מן הנמנע שיש בידי הכדורים הוכחות חזקה גם לשטחים רבים אחרים, כגון: קבלות תשלום ורקו ועושר, שישמשו כהוכחות עיבוד שטחים נרחבים אחרים.³⁷⁹

על בסיס מסקנות אלה סיכמה הוועדה כי "אין להימנע מלהכיר בזכויות הכדורים לבעלות אותם השטחים שיוכיחו שהיו בעיבודם, תקופה ארוכה (תקופת התיישנות)".³⁸⁰ עדות חשובה נוספת לבעלות הכדורית בקרקעותיהם מציג המושל הצבאי לשעבר של אזור הסייג, החוקר והסופר ששון בר-צבי, במסמך מיום 11 ביולי 1966, שאותו הכין בעבור

376 דוד בן-גוריון יומן המלחמה – תש"ח-תש"ט כרך ג 845 (1982) (דיון ב-25.11.1948 על הכדורים) (ההדגשה הוספה).

377 דוח ועדת ויץ, לעיל ה"ש 13.

ש.ם. 378

ש.ם. 379

ש.ם. 380

אלוף הפיקוד. במסמך, הנמצא בארכיון צה"ל, מבהיר המושל הצבאי את המצב ללא כחל ושרק:

הקרקע בנגב... לא נרשמה ע"י ממשלת המנדט בספרי האחוזה (טאבו). הברווים, שנמנעו מלרשום את קרקעותיהם לא סבלו במיוחד מאי רישום הקרקעות כי השלטונות הכירו בברווים ובזכויותיהם לקרקע, דבר שבא לידי ביטוי ברישום כל הקרקעות בספרי תשלום מסים (דפתר חבאל) והסכמת השלטון להכיר בהעברת קרקע מברווי אחד לברווי אחר כבמכירה חוקית, ובהסכמתם לרשום את הקרקע בספרי האחוזה על שמו של הקונה (בדרך זו רכשה הקרן הקיימת אלפי דונמים ורשמה אותם על שמה). הברווים החזיקו בקרקע כתוצאה מ-א. ירושה; ב. קניה, על סמך תעודת מכר; ג. שעבוד; ד. חזקה, בשיטה זו היו רשומים חבלי ארץ רחבים כקרקעות של שבט או מטה.³⁸¹

לבסוף, אפילו השלטון הישראלי הכיר בצורה חלקית בתקפותה של מערכת המקרקעין הברווית המסורתית. דוגמה אחת היא החלטת הממשל הצבאי בשנת 1949 למנות בית-דין שבטי באזור עראקיב, שבו ישבו נציגים של שלושה שבטים (ביניהם השיח' אל-עוקבי), ולהפנות לשם סכסוכי קרקעות בין ברווים, אשר הוכרעו מן הסתם על בסיס החוק המסורתי. דוגמה שנייה: כפי שכותב בזכרונותיו דודיק שושני, שהיה מתאם פעולות הפינני מתל אל-מלח (מלחתה), גם במסגרת חוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התש"ם – 1980, היוו מסמכי הסדר – שעל בסיסם נרשמו תביעות המקרקעין של הברווים – ראייה חשובה שהוכרה על-ידי המדינה לצורך חישוב פיצויים וקבלת קרקע חלופית. שושני מסכם את השפעת החוק: "החוק התקבל בכנסת ב-1980 והוא תקף עד היום... חוק זה מכיר לראשונה בתולדות ישראל בתביעות הבעלות של הברווים."³⁸²

גורמים חשובים בישראל המשיכו לפעול להכרה בזכויות ההיסטוריות של הברווים. גם הוועדה הממשלתית בראשות השופט העליון ומבקר המדינה בדימוס אליעזר גולדברג, שישבה בשנת 2008 על המדוכה של הסדרת ההתיישבות הברווית, המליצה על הקמת ועדת בירור תביעות, אשר תתחשב בחזקה היסטורית ובהוכחת עיבוד לפני 1948, כלומר, לפי המערכת הקרקעית המסורתית. הוועדה קבעה כי "ההסדר המוצע יחול על קרקע נתבעת שלגביה קבעה ועדת תביעות... כי התובע החזיק בה ועיבד אותה בשנים שלפני הקמת המדינה, כשאורך התקופה ייקבע בחוק... זאת בלי להתחשב בסוגיה של הקרקע על פי החוק העותמאני."³⁸³

381 ארכיון צה"ל, תיק אג"ם ממשל צבאי, מב 510 (2902) (ההדגשה הוספה).

382 דודיק שושני חיי עם הברווים 110 (2010).

383 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13, ס' 85.

הוועדה הושפעה בוודאי מעדותו של אחד מחשובי המומחים בעניין הברדווי, פרופ' עמנואל מרקס:

פרופ' עמנואל מרקס: אבל לברדווי הייתה בעלות, זה לא כמו שהרבה אנשים טוענים שהברדווי לא הייתה להם בעלות על האדמה, אלא השתמשו בצורה ארעית באדמה.

יו"ר, אליעזר גולדברג: מה זאת הבעלות?

פרופ' עמנואל מרקס: חלק לרעייה וחלק לזריעה.

יו"ר, אליעזר גולדברג: מה זאת הבעלות?

פרופ' עמנואל מרקס: הברדווי טוענים בעלות, טוענים לבעלות רק על אדמות זרועות והאדמות האלה הן גם יש להם גבולות מסומנים, האדמות האלה עברו בירושה מאב לבן והאדמות האלה גם נמכרו בין הברדווי והיו גם אדמות שנמכרו ליהודים. עכשיו, אותן האדמות שנמכרו ליהודים, בעיקר באזור תל מלחתה, האדמות האלה נרשמו בטאבו.

יו"ר, אליעזר גולדברג: אחרי המכירה?

פרופ' עמנואל מרקס: לא, עוד בתקופת המנדט.³⁸⁴

עינינו הרואות, פרופ' מרקס, כמו חוקרים ובעלי-תפקידים רבים אחרים שפורטו לעיל, מצביעים על תקפותה של מערכת הבעלויות הברדווי המסורתית, שאותה מבקשת המדינה לשלול בהלכת "הנגב המת".

(ד) סיכום-ביניים

הניתוח לעיל מראה בבירור כי מאמצע המאה התשע-עשרה ועד הקמתה של מדינת-ישראל נהנו הברדווי מאוטונומיה תרבותית ומשפטית נרחבת, שבמסגרתה התפתחה מערכת הקניין המסורתית, אשר קיבלה הכרה משתי מערכות ריבונות שונות – זו העות'מאנית וזו המנדטורית. ניתוח זה מפרך את הטענה הנפוצה שלפיה אי-הרישום של קרקעות הברדווי בספרי האחווה שולל את זכותם לבעלות בקרקעותיהם. החזקה, היישוב והעיבוד הברדוויים במשך דורות הקנו אם כן זכויות קניין. אי-הרישום נבע בעיקר מהעדר הצורך ברישום, שכן היה ברור לכל כי הברדווי לא עיבדו את קרקעותיהם בהיותן קרקע מוואת או קרקע מדינה, אלא יכלו, כבעלים לכל דבר ועניין, להשכירה, למוכרה או למשכנה. רק לאחר הקמת

384 פרוטוקול ועדת גולדברג, 20.5.2008, 31–33 (ההדגשות הוספו).

המדינה, ולפי הגישה המשפטית בישראל, נחשבו הברווים כמחוסרי זכויות בקרקע וכמסיגי-גבול באדמות מדינה.

הניתוח שלעיל מעלה עוד כמה נקודות חשובות לניתוח המצב המרחבי-המשפטי בנגב. ראשית, בניגוד לדוקטרינה הישראלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהלכת אל הואשלה ובטענות המדינה במשפטי הסדר הקרקעות מול הברווים, אין זה נכון להחיל על אזור זה את שנת 1858 כתאריך קובע להכרה בזכויות הקניין של הברווים. זאת, מכיוון שהשלטון העות'מאני לא שלט בנגב במאה התשע-עשרה, לא גבה מיסים, ומן הסתם לא החיל את חוקיו על האזור. גם כאשר עשו העות'מאנים מאמץ לחדור לחברה ולמרחב הברווים עם הקמת באר-שבע המודרנית בשנת 1901, הם אפשרו לברווים לנהל את המערכת הקרקעית על-פי הדין המסורתי ובאמצעות בתי-המשפט השבטיים.

שנית, בתקופה המנדטורית נמשכה האוטונומיה הברווית, והפעם אף גובתה בהכרזות רשמיות ובמבנה מוסדי-חוקי אשר עיגן את הלגיטימיות של החוק הנוהג הברווית ברוב תחומי החיים, כולל בדיני המקרקעין. אישור רכישות הקרקע הרבות של המתישבים היהודים (ושל אחרים) מידי הברווים, ציון דפוסי הבעלות הקרקעית במפקדי האוכלוסין וגביית מס חקלאי במשך שנים ארוכות מחקלאים ברווים הרשומים כ"בעלים" בנגב – כל אלה מדגימים בצורה הבהירה ביותר את הכרתם של השלטונות הבריטיים בבעלות המסורתית הברווית.

גם המערכת המדינתית הישראלית לא השמיעה קול אחיד השולל את זכויותיהם הקרקעיות של הברווים. לעיתים בחשאי, כגון בדוח ועדת ויץ,³⁸⁵ ולעיתים בגלוי, כגון בחוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים) ובדוח ועדת גולדברג,³⁸⁶ הכירו גורמים רשמיים חשובים בזיקתם החזקה של הברווים לקרקעות הנגב שבהן החזיקו ואשר אותן עיבדו מזמן קדום.

השילוב של חקלאות נרחבת, מערכת התיישבותית וקרקעית מסודרת והכרת השלטונות בבעלות המוקצית מעידים אם כן בבהירות כי חלק ניכר מקרקעות צפון הנגב לא היו – ואינן – קרקעות "מתות".

ד. סדקים בהלכה – שבט אל-עוקבי באזור עראקיב

כאן המקום, אם כן, לשוב בקצרה לפרשת אל-עוקבי ולהדגים כיצד הטיעונים הגיאוגרפיים והמשפטיים העולים מן המחקר מתיישבים עם קורותיו של שבט מסוים. כזכור, בהתאם להלכת "הנגב המת" טענה המדינה כי הקרקעות בסכסוך עם משפחת אל-עוקבי הינן מסוג

385 דוח ועדת ויץ, לעיל ה"ש 13.
386 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 13.

מוואת, וכי לא הוכח שהתובעים רכשו בהן זכויות.³⁸⁷ כנגד טענה זו נדגים בעמודים הבאים, באמצעות קורות השבט, את הדרך שבה רכשו לדעתנו הכדורים זכויות מהותיות בקרקע באמצעות התיישבות, עיבוד, חלוקה, קנייה ומכירה. בהכנת הסקירה של תולדות שבט אל-עוקבי הסתמכנו על עדויותיהם של בני השבט ושכניהם מעראקיב, על מקורות כתובים, על ממצאים משטחי המחלוקת וכן על מחקרים, יומני מסעות ונתונים רשמיים. כמו-כן ניתחנו את תעודות ה"סנד" (שטרי בעלות מסורתיים) של קרקעות השבט וכן מסמכים נוספים שהועברו אלינו מבניו של סלימאן אל-עוקבי.

1. היסטוריה שבטית וגיאוגרפיה שבטית

אין בידינו מידע מדויק על תאריך תחילתה של התיישבות השבט, אך אין ספק שהשבט התקיים בנגב במשך מאות שנים לפחות. קיימות כמה מסורות שעליהן מדווח ספרו הידוע של עארף אל-עארף: האחת משייכת לאל-עוקבי קרבה לבני מדין, הקרובים למשה רבנו, ואחרת מצביעה על אנשי השבט כעל חיל-החלוץ של צבא מוחמד שהגיע לארץ במאה השביעית ואשר מוצאו מעקבה. אל-עארף וברסלבסקי מתארים בספריהם את מקומות מושבו של שבט אל-עוקבי בעראקיב ובזחיליקה.³⁸⁸ קלינטון ביילי, החוקר את הכדורים זה עשרות שנים, מתארך את יישובו של שבט אל-עוקבי באזורים שמצפון לבאר-שבע לכל-המאוחר לסוף המאה השמונה-עשרה.³⁸⁹ החוקר והנוסע הגרמני הידוע אולריך זיצן מדווח על מפגשו עם שבט אל-עוקבי במסגרת מסע המחקר שלו בנגב בסקר שנערך בשנת 1807. זיצן מתאר מפגש מרשים עם יישוב אוהלים שהיה הגדול ביותר שראה בנגב, שבו שכן השבט באותה תקופה:

בשלוש אחרי הצהריים הגענו ל"דוואר" [כנראה "דירה" או "אדיאר"] של עטייה, ענף של בני עוקבה, במקום שהייתו של זיבן. דוואר זה היה גדול מכל אלה שראיתי לפני כן או אחרי כן, והכיל שבעים אוהלים... היו שם

387 נוסף על כך טענה המדינה כי המסמכים שהביאו התובעים לא היו ברורים ולא נלווה אליהם מפה, וכי התובעים לא הצליחו להוכיח את הקשר בינם לבין החלקות שבסכסוך, כמו-גם את גודלן וגבולן (סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244, פס' 32). טענה זו תמוהה, היות שכל המשפט מסתמך על תזכירי תביעה מדויקים, אשר שורטטו בתחילת שנות השבעים על-פי הגבולות המתוארים באסנאד המקוריים של סלימאן אל-עוקבי.

388 ראו ברסלבסקי, לעיל ה"ש 273, בעמ' 248–249; אל-עארף, לעיל ה"ש 255, בעמ' 192–200.

389 ראו Bailey, *The Negev in the Nineteenth Century*, לעיל ה"ש 282, מפות בעמ' 40–41; Bailey, *Dating the Arrival of the Bedouin Tribes*, לעיל ה"ש 256.

שלושה אוהלים לאירוח, ומדור אירוח מיוחד בכל אוהל, הנקרא אצל
הבדווים "אל-שיג".³⁹⁰

גם החוקרים אלוים מוסיל³⁹¹ ומקס אופנהיים³⁹² מדווחים על פגישות עם שבט אל-עוקבי במקומות מושביהם בזחיליקה ובעראקיב. לפי אל-עארף וברסלבסקי, היה לשבט אל-עוקבי מעמד רם ומכובד בקרב שבטי צפון הנגב, שקשור גם לנוכחותם הממושכת באזור.³⁹³ אחת העדויות לקיום השבטי הרצוף באזור היא מצבת קברו של סבם של התובעים, חאג' מוחמד אל-עוקבי, אשר נמצאה בבית-הקברות "מקברת אל-שיח' סאלח", הנמצא במקום שבו נסלל מאוחר יותר צומת תלמי ביל"ו.³⁹⁴ על המצבה חרוטים שמותיהם של שבעה דורות אשר לפי ההיסטוריה המשפחתית היו בני הקהילה המקומית – "חאג' מוחמד – בן סאלם – בן סלים – בן עמר – בן סלים – בן סלמאן – בן סעד אלקוראישי – אל עוקבי". מבחינה גיאוגרפית, חלקות הקרקע הנתבעות מהוות חלק קטן מאזורי ההתיישבות והעיבוד ההיסטוריים של שבט אל-עוקבי. כמקובל אצל בעלי הקרקעות הבדווים (המשתייכים לרוב לשבטים הגדולים והחזקים), לשבט היו שתי "דיאר" ("דירה" ברבים) – הגדולה בעראקיב והאחרת באזור זחיליקה, ליד מושב תלמי ביל"ו של היום. היישוב שבאזור זחיליקה הוחרב במלחמת תש"ח, ורוב תושביו הוברחו לעזה. שני היישובים, בשתי ה"דיאר", נכללו ברשימות הבריטיות הרשמיות של מקומות יישוב בארץ אשר פורסמו ברשומות מדי פעם.³⁹⁵

בסוף 1951 פונה השבט מעראקיב למקום מושבו הנוכחי, שהוגדר כ"זמני", ליד חורה. סיבת הפינוי, כפי שנאמרה לשיח' אל-עוקבי, הייתה "תמרונים צבאיים". במזכר פנימי של הממשל הצבאי הושמעו נימוקים אחרים: הסכנה הבטחונית שמיקומו של השבט מהווה במקרה של מלחמה עתידית עם צבאות ערביים, ועובדת התיישבותו על עשרות אלפי דונמים של אדמה פורייה. השבט גם הואשם בפעילות הברחה, שהסתייעה במיקומו של אזור עראקיב. המושל הצבאי, סאל' מיכאל הנגבי, אף הזהיר במכתב כי מיקומו החדש של הבדווים ליד גבול ירדן עלול להוביל לבעיות בטחוניות, אך תמך בכל-זאת בהעברת השבט למיקומו הנוכחי ליד חורה.³⁹⁶

390 SEETZEN, לעיל ה"ש 270, בעמ' 32–33.

391 ALOIS MUSIL, ARABIA PETRAEA vol. III (1908). ראו גם ברסלבסקי, לעיל ה"ש 273, בעמ' 37–38.

392 OPPENHEIM, לעיל ה"ש 269, בעמ' 112.

393 ראו ברסלבסקי, לעיל ה"ש 273, בעמ' 270–272.

394 ששון בר-צבי, עארף אבו רביעה וגדעון קרסל קסם הקברים – מנהגי אבלות ופולחן צדיקים בקרב בדוויי הנגב 103 (1998).

395 ROBERT JARDINE & McARTHUR DAVIES, A GAZETTEER OF THE PLACE NAMES WHICH APPEAR IN THE SMALL-SCALE MAPS OF PALESTINE AND TRANS-JORDAN (1940).

396 מופיע בארכיון צה"ל 848-854/1959.

רובה של אדמת אל-עוקבי בעראקיב נותרה ריקה עד היום, קרי, שישים שנה לאחר הפינוי. החלקה המזרחית ביותר, אשר נקראת בשפת המקומיים "זנקוליייה" (החלקה "עראקיב 1") ומשתרעת על 250 דונם, הוחזרה לידי בני השבט בהסכם עם מנהל מקרקעי ישראל בשנת 1972, והיא מעובדת מאז ברציפות – תהליך המעיד על הקשר הנמשך של המשפחה עם קרקעותיה. לאחרונה הוקם על חלק קטן מקרקעות השבט היישוב גבעות-בר, ובעקבות הדיון המשפטי בתביעה המתוארת כאן נטעה קק"ל חורשות על חלק מהחלקות. בזמן כתיבת המאמר הגישה המועצה האזורית בני-שמעון תוכנית ייעור לחלק נוסף מקרקעות עראקיב. נוסף על כך, במשך השנים הוקצו חלקים מקרקעות אל-עוקבי למעבדים בדווים ממשפחות אחרות על בסיס חוזים שנתיים.³⁹⁷

החלקות הנתבעות מהוות חלק קטן משטחים נרחבים שהיו בבעלותו, בעיבודו ובחזקתו של שבט אל-עוקבי במחצית הראשונה של המאה העשרים. שטחים אלה נאמדו בכ-26,250 דונם בדוח של החברה להכשרת היישוב משנת 1920, ומתוכם היו מעובדים אז כ-10,000 דונם (ראו נספח 2).³⁹⁸ בדוח מצוי תיאור של שבט אל-עוקבי, המכונה "בני-עקבאנה" או "ערב עקבאנה". שמו של שייח' השבט המצוין בדוח הוא מוחמד אל-עוקבי, ונכתב כי לשבט היו 60 גמלים וסוסים ו-100 בתים (כולל אוהלים, כנראה). בשטחים אלה, על-פי הדוח, גודלו חיטה, דורה ושעורה. תיאורים אלה חופפים ברמת דיוק טובה את ההיסטוריה המסופרת של השבט, כפי ששמענוה בראיונות עם תושבי עראקיב בכלל ועם בני שבט אל-עוקבי בפרט.³⁹⁹

אכן, כפי שמעידים המסמכים שבידינו ותצלומי-אוויר משנת 1945, הקרקעות היו מיושבות ומעובדות היכן שתנאי הקרקע אפשרו זאת (ראו נספח 15). בשתי ה"דיאר" היו יישובים קטנים, שהתרכזו סביב מספר קטן של בתי אבן, וסביבם אוהלים, מחסנים, סכרים ומבנים לחיות המקנה. גם מפות משנות הארבעים, אשר שורטטו על-ידי קק"ל ומופיעות גם בספרו של ברסלבסקי, מעידות על-קיומו של אזור שיושב ועובד על-ידי שבט אל-עוקבי בעראקיב.⁴⁰⁰ היישוב בעראקיב נמצא כ-2.1 קילומטרים מצפון-צפון-מזרח לח'רבת כרכור, אשר היוותה מוקד יישובי לבדווים בסביבה במשך דורות רבים. היישוב בזחיליקה נמצא

397 העתקים של מסמכים שבהם אותם שוכרים מאשימים את בעלותו של שבט אל-עוקבי על קרקעותיהם מצויים בידי המחברים.

398 ראו דוח החברה להכשרת היישוב, לעיל ה"ש 278.

399 שטחי השבט מתוארים כשוכנים בין תת-שבט שלאחין (משבט העלמאת) בצפון, ראמדין במזרח, אל-הווייל בדרום ואבו-זיבן במערב. יש לציין שאבו-זיבן (או זאבן) היה פלג של שבט אל-עוקבי, ולכן ייתכן ששטחי השבט היו אף גדולים יותר. שם, פרק "תיאהא", בעמ' 1, 13.

400 נספח 42 לחוות-הדעת של יפתחאל, לעיל ה"ש 372: מפת קק"ל, 1944, משמר הנגב ועראקיב (העתק מצוי בידי המחברים); שם, נספח 43: מפת ברסלבסקי, נגב צפוני, 1946 (מופיע בספריית המפות, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב; העתק מצוי בידי המחברים).

כשני קילומטרים ממזרח ליישוב הוותיק מוחרקה, המופיע ברוב המפות מהתקופה העות'מאנית.

נספח 5 מציג ניתוח המתבסס על מפת האוהלים שהכינו הבריטים בשנת 1945. הצלבת פרישת האוהלים עם תצלומי-האוויר מעלה כי בלב מקבצי האוהלים עמדו במקרים רבים בתי אבן ובייקות (מבני בוץ). המרחב התארגן במקבצי יישובים קטנים, שבהם התגוררו התושבים על סף אזורי החקלאות והמרעה, וזאת על-פי חלוקת המקרקעין בין המשפחות השונות. ניתוח זה מעלה את ההנחה ההגיונית שאילו הגיע הסדר המקרקעין הבריטי לאזור, היו לפחות כל החלקות המיושבות והמעובדות נרשמות על שם מחזיקיהן, כפי שנעשה באזורים אחרים בארץ.

לשבת אל-עוקבי הסתפחו במשך השנים משפחות של בדווים ועובדים-מהגרים חסרי קרקע, אשר עיבדו בעבור בעלי הקרקעות, ובמקרים רבים אף רכשו בהדרגה חלקות מקרקעין קטנות מבעלי הקרקע המקוריים. בני השבט מעריכים כי בשנת 1948 התגוררו קרוב לאלף איש על קרקעות אל-עוקבי בעראקיב ובזחיליקה, וכי יותר ממחציתם נהפכו לפליטים.⁴⁰¹

בסיוורים מחקרניים בעראקיב מצאנו שרידים של חמישה בתי אבן שבהם שכנו בני עוקבה, ועוד עשרות אתרים הקשורים להתיישבות, כגון בתים, סכרים, שלושה בתי-קברות, בארות ובורות מים, המעידים על המארג היישובי, החקלאי והקהילתי שהתפתח באזור עד פיניו בתחילת שנות החמישים (ראו נספח 9).⁴⁰² באזור זחיליקה, שבו שכנה כאמור ה"דירה" השנייה והקטנה יותר של השבט, מצאנו שרידים של בית דודו של סלימאן אל-עוקבי, אברהים, שכללו עמודים, לבנים, רצפות וקורות, אשר הושלכו לוואדי הסמוך וזוהו על-ידי בני המשפחה. נוסף על כך קיימים באזור זחיליקה שרידים ברורים של בית-הקברות, בארות, בייקות וסכרים. עם זאת, העיבוד האינטנסיבי של האזור על-ידי המושבים הקיימים, והכבישים החדשים שנשללו בדיוק על "דירת" אל-עוקבי, חיסלו כנראה את רוב השרידים היישוביים בזחיליקה, בעוד באזור עראקיב הם קיימים עדיין בצורה ברורה.⁴⁰³

לאחר מלחמת תש"ח, ב-19 ביולי 1949, הורה הממשל הצבאי לכל בני שבט אל-עוקבי להתרכז תוך ימים אחדים ב"יישובו המקורי של השבט", שהוגדר כאזור "עראקיב 2", הנמצא בלב ה"דירה" בעראקיב.⁴⁰⁴ המסמך מעיד על קיומו הרצוף של יישוב באזור זה גם אחרי קום המדינה. מסמכים רשמיים נוספים – כגון הודעה לרישום בבחירות הראשונות של

401 ראו מוריס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 287–289, 327–328.

402 בסיוור בעראקיב (שנערך ב-15 באוגוסט 2009) מצאנו כי למרות פינוי השבט בשנת 1951 והריסת רוב רכושו ובתיו, בית-הקברות המרכזי של השבט נותר ללא פגע, אם כי במצב מוזנח. באתר מצויים יותר ממאה קברים, והוא בולט בשטח.

403 הסיוורים נערכו על-ידי אורן יפתחאל באוגוסט 2009, בנובמבר 2009, בינואר 2010 ובאוקטובר 2010.

404 ראו נספח 50 לחוות-הדעת של יפתחאל, לעיל ה"ש 372.

1949, ותשלומי מס שונים, הודעות והתכתבויות של הממשל הצבאי, רישומי בית-ספר והתכתבויות עם הממשלה – מאשרים את קיומו של הכפר עראקיב ככתובתו הרשמית של סולימאן אל-עוקבי. השיח' גר בכיתו שבחלקה "עראקיב 2", יחד עם אשתו וארבעה מילדיו, אשר התגוררו עימו עד עקירת בני השבט בשנת 1951.⁴⁰⁵

למן הפינוי עשה השבט מאמצים בלתי-פוסקים לשוב אל אדמתו, שכללו התכתבויות רבות עם השלטונות בבקשה חוזרת ונשנית לחזור; כמה נסיונות של שיבה פיזית לעיבוד הקרקע, שנקטעו על-ידי השלטונות; הגשת תביעת מקרקעין מפורטת בשנת 1972; וחזרה לעיבוד החלקה "עראקיב 1" למן שנת 1972. גם פלגי שבטים ששכנו באזור יחד עם שבט אל-עוקבי ופוננו בתחילת שנות החמישים, כגון שבט אל-טורי ושבט אבו-פריח, מנסים שנים רבות לבנות שוב את היישובים החקלאיים שמהם פונו בכפייה.

2. שבט אל-עוקבי והתפתחות המערכת הקרקעית

ההיסטוריה של אזור עראקיב בכללותו, ושל שבט אל-עוקבי בתוכו, מגובה גם במסמכים המעידים על התמסדותה של המערכת הקרקעית בתהליך חלוקת המקרקעין והעיבוד המקומי. המסמך הקרקעי הראשון שנמצא בידינו בנוגע לאזור הוא שטר הסכמה משנת 1883 שעליו חתומים שבעה-עשר שיחיים בנוגע לעיבוד שטחים חקלאיים באזור ח'רבת כרכור, הנושקת לגבול הדרומי של עראקיב (ראו נספח 6).⁴⁰⁶ נוסף על כך קיימות עדויות בכתב על-אודות עסקות מכר מקרקעין שנעשו על-ידי בני השבט החל בעשור הראשון של המאה העשרים. כך, למשל, שטר מכירה משנת 1909 מעיד על מכירת קרקע מחאג' מוחמד (סכם של התובעים מצד האב) לשבט אל-טורי הסמוך, קילומטרים אחדים מצפון לחלקות התביעה.⁴⁰⁷ שטר מכירה ("סנד") משנת 1911 מעיד כי מוחמד סלאם אל-עוקבי מכר חלקה הקרובה לחלקות הנתבעות לשכנו מוחמד סאלמה אל-מוערבי (ראו נספח 10).⁴⁰⁸

הדגמה לקיומה של מערכת קרקעית מסורתית מהווים מסמכי הסנד הקיימים לגבי כל החלקות הנתבעות על-ידי יורשיו של סלימאן אל-עוקבי, ובכולם פירוט של הגבולות, התנאים, המחיר והנכבדים-העדים החתומים על המסמך (ראו נספח 11). בשניים מהאסנאד

405 שם, נספח 46: מכתב מהמושל הצבאי לשיח' שבט אל-עוקבי (19.7.1949) – דרישה להגשת דוח זריעת אדמות (קרקעות נוכחים ונפקדים).

406 שם, נספח 5: הסכם 17 שייחים על הקצאת קרקע ח'רבת כרכור, 1883 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

407 שם, נספח 27: אסנאד – שטרי מכירות של קרקע מסאלם ופריח ותורפה אבן סביחה אל-עוקבי לסלימאן חוסיין אבו-מודיג' אל-טורי, 1909, 1929 (מופיע בארכיון משפחת אל-טורי; העתק מצוי בידי המחברים).

408 שם, נספח 28: סנד – הסכם מכירה, בין מוחמד סאלמה אל-מוערבי למוחמד בן סאלם אל-עוקבי, 1911 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

מצוינת דרישה, בתנאים מסוימים, לרשום את הקרקע במשרדי הטאבו בעזה. סעיף זה מדגים את טיעונו בנוגע להכרה הבריטית ולאפשרות שהייתה קיימת לרשום את הקרקע הבדווית המעובדת, אשר אם כך, כמובן, לא הייתה מסוג מוואת.⁴⁰⁹

תעודות נוספות מעידות על תפקודה המסודר של המערכת הקרקעית המסורתית באדמות אל-עוקבי בכל הנוגע בהקצאתו ובהסדרתו של הקניין הקרקעי. כך, למשל, בידינו מסמך כתוב המחלק את קרקעות עראקיב לחמישה מבניו של חאג' מוחמד אל-עוקבי בשנת 1930 (ראו נספח 12).⁴¹⁰ מסמך זה טיפוסי לשיטת "הג'דייה", כלומר העברת הקרקע בירושה מדור לדור, הנהוגה בחברה הערבית בארץ. המסמך מתעד את השיטה שבה יחולקו הקרקעות ("קורעה" – מעין הגרלה) ואת האחריות של כל אחד לעיבוד חלקתו. כדי להבין בפירוט את המערכת, שרטטנו על בסיס ראיונות וסיוורים בשטח תרשים המציג את הקשר בין המבנה המשפחתי-השבטי לבין הורשת הקניין הקרקעי והנדל"ני מדור לדור (ראו נספח 13).

קיימות בידינו תעודות מגוונות נוספות המעידות על תפקודה של המערכת הקרקעית המסורתית. אלה כוללות שטרי מכר,⁴¹¹ הרשאות לבניית מבנית וסכרים,⁴¹² הסכם אחריות על עיבוד ושימור קרקעות, ושטר "ראהן" בדבר החכרה לשכנים משבט אל-טורי תמורת קבלת שלישי מהיבול.⁴¹³ במחקר מצאנו ראיות לכך ששכניהם של שבט אל-עוקבי ממערב, באזורים שבהם נרכשו קרקעות על-ידי קק"ל בשנות העשרים, קיימו מערכת קרקעית מסורתית בדומה לשבט אל-עוקבי. מערכת זו חילקה את הקרקע לחלקות עיבוד ומגורים שבטיות ברורות, שאותן היה אפשר לחלק ולמכור לפי הדין המסורתי.⁴¹⁴ מצויים בידינו גם עותקי קבלות על תשלומים של "מס מעשר" שאותם שילמה משפחת אל-עוקבי לשלטונות הבריטיים, משנת 1922 עד 1946, בעבור היבולים שגידלה בשטחי עראקיב וזחיליקה (ראו נספח 14).⁴¹⁵ בתעודות אלה מוזכרת במפורש משפחת אל-עוקבי

409 שם, נספח 29: סנד – הסכם מכירת שתי חלקות, עראקיב 1, 2, בין חג' מוחמד לבנו סלימאן, 8.12.1942 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

410 שם, נספח 30: הסכם חלוקת אדמה, בין חג' מוחמד לחמשת בניו ובן אברהים, 1930 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

411 שם, נספח 31: סנד – הסכם מכירת אדמה זחיליקה 132-133-134, 5.9.1935 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

412 שם, נספח 33: הסכם קרקעות בתוך שבט אל-עוקבי, בין שיח' סלימן לאביו חג' מוחמד, 1937 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

413 שם, נספח 34: ראהן – הסכם מכירה על תנאי, בין סלאמה אל-עוקבי לסלימן אל-עוקבי, עראקיב 6, 28.9.1945 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

414 שם, נספח 22: שמות בעלי הקרקעות הבדווים מהם נרכשו אדמות משמר הנגב, מתוך מפת דובינסקי, 1926 (מופיע בארכיון משמר-הנגב).

415 שם, נספח 36: קבלות פדיון מס מעשר מסלמאן אל-חאג' ראשוד (אל-טורי) באזור אל-עראקיב 1922 עד 1935 באישור שיח' אל-עוקבי (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 37: דו"ח פדיון מס מעשר מבני-עוקבה באזור אל-עראקיב 8-1927, ללא תאריך (מופיע בארכיון

(בני עוקבה) במשבצת "הבעלים הידועים", וסוג הקרקע המצוין שם הוא "מירי". בכך יש כדי להעיד על מצבן של הקרקעות כאדמות מעובדות, ועל כך שהבריטים מנפקי התעודות קיבלו את הסדרי המקרקעין ואישרו בעצמם את עיבוד הקרקע. כזכור, לפי סעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני, התקף לענייננו, קרקע המעובדת באישור השלטונות נחשבת קרקע מירי. גם פנינים של בני שבט אל-עוקבי מאזור עראקיב לא הפסיק את ההתייחסות אליהם כאל בעלי הקרקעות בקרב הבדווים. כך עולה מתצהירים של משפחות אבו-פריח ואל-הוזייל, אשר חוכרים שטחים בעראקיב ומכירים במעמדם של הבעלים המקוריים – שבט אל-עוקבי.⁴¹⁶

מחקרנו בנוגע לזכויות הקניין של שבט אל-עוקבי בפרט, ושל הבדווים בכלל, השתמש גם בניתוח תצלומי-אוויר כראיה חשובה למצב הגיאוגרפי-הקנייני. מצאנו סדרה של תצלומי-אוויר בריטיים מינואר 1945 המקיפים את כל החלקות הנתבעות על-ידי יורשיו של סלימאן אל-עוקבי בעראקיב. מתצלומי-אוויר אלה, וכן על-סמך עדותו של המפענח שהעיד מטעם התובעים, ניתן להבחין כי בתקופה זו התקיים עיבוד אינטנסיבי ברוב החלקות בעראקיב, וכי החלקות הגדולות – "עראקיב 1" ו"עראקיב 2" – היו מעובדות ביותר מ-80% משטחן. גם שתי החלקות בזחיליקה עובדו באותה תקופה במלוא היקפן כמעט. ניתן להבחין בתצלומים באינטנסיביות בולטת של העיבוד לאורך גדות היובלים המובילים לנחל גרר (ואדי עראקיב) ובעיבוד אינטנסיבי פחות בחלקות המרוחקות מהנחל, המחולקות בצורה האופיינית לגידולי שדה, כגון שעורה ודורה. ניתן להבחין בתצלום גם במאגר המים שהיה ביישוב עראקיב, ומצפון לו ניתן להבחין בבית השיח' וסביבו כמה אוהלים ומבנים חקלאיים, המקושרים בשבילים, וכן בכמה דרכים מרכזיות. תצלומי-אוויר משנת 1945 מעידים, אם כן, על הפוס חקלאי-כפרי הטיפוסי ליישובי הבדווים בצפון הנגב – פיזור של ריכוזי מגורים קטנים, חקלאות-בעל אינטנסיבית (לפחות בחודשי החורף) ומבנים לטיפול במקנה (ראו נספח 15).

ראיות מוצקות נוספות בנוגע לתפקודה ההיסטורי של המערכת הקרקעית בסביבת עראקיב עולות מתעודות המצויות בארכיון של קיבוץ משמר-הנגב, השוכן כשלושה עד חמישה קילומטרים ממערב לחלקות התביעה בעראקיב. למשל, מפה ששורטטה על-ידי המודד המוסמך יוסף דובינסקי בשנת 1926 מפרטת את גבולותיהן של החלקות ואת שמות

אל-עוקבי); שם, נספח 38: רשימת משלמי מס מעשר, זחיליקה, 28-1927 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

416 שם, נספח 39: מכתב מסאלמה אבו-פריח ואחרים, המאשר את בעלותו של סלימאן אל-עוקבי על קרקעות עראקיב, 1973 (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 40: מכתב מסלמאן אל-הוזייל ואחרים, המאשר את בעלותו של שבט אל-עוקבי על קרקעות עראקיב, 1973 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

הבעלים הברווים שמהם נרכשו אדמות בעבור הקיבוץ.⁴¹⁷ במכתב ששלח עורך-הדין יואב צוקרמן למוסדות הקרן הקיימת לישראל ב-3.3.1944 הוא מפרט את שמותיהם של כל בעלי המקרקעין שמהם רכש אדמות בנגב, ביניהן אדמות משמר-הנגב, בסך כולל של 4,764 דונם. פירוט הבעלים הערביים שמהם נקנתה הקרקע על-ידי גורמים יהודיים מאשש כמובן שוב את ההכרה בבעלות הקרקעית הברווית ואת הלגיטימיות שלה בשנים שקדמו להקמתה של מדינת-ישראל.

3. שבט אל-עוקבי והשלטון הישראלי

קיימות עדויות גם להכרה של ממשלת ישראל בהתיישבות בעראקיב עד לפינוי בשנת 1951. כך, למשל, תצלום-אוויר מ-2.10.1949 מצביע בבירור על קיומו של כפר פעיל בקרקעות "עראקיב 2". בתצלום רואים בניין אבן, כארבעה מקבצי אוהלים, כנראה לפי החמולות, כל אחד בן 10–30 אוהלים, בית-קברות, מחסן תבואות, סכר וברכת מים גדולה, וכמה מבנים נוספים, כגון דירים ואורות. כל אלה מעידים על הרציפות של קיום הכפר ושימושי הקרקע החקלאיים סביבו גם לאחר הקמת המדינה.⁴¹⁸

בארכיון צה"ל קיימים מסמכים נוספים מתקופת הממשל הצבאי המעידים על תשלום מס בעבור יבולי עראקיב על-ידי שיח' סלימאן חאג' מוחמד אל-עוקבי בשנת 1950, ועל קיומו של בית-ספר. בחלק מהתעודות מצוין סיווג הקרקע כ"מירי"⁴¹⁹ ואף כ"מולפ" השייך לשבט אל-עוקבי.⁴²⁰

417 הטבלה הנלווית למפה מציינת בעלי קרקעות כגון אל-קריני, אנקיו, אבו-שילחה ומזאעיל, ומצביעה על מערכת מקרקעין מסורתית מסודרת ומתפקדת באזור הגובל מצד מערב בעראקיב. שמותיהם של בעלי הקרקעות הברווים שמהם נרכשו אדמות משמר-הנגב מופיעים במפת דובינסקי, 1926 (ארכיון משמר-הנגב; העתקי המסמכים מצויים בידי המחברים).

418 חוות-הדעת של יפתחאל, לעיל ה"ש 372, נספח 44: צילום אוויר – כפר אל-עראקיב 2, 2.10.1949 (המרכז למיפוי ישראל; העתק מצוי בידי המחברים).

419 שם, נספח 45: הודעות מהמושל הצבאי לשיח' שבט אל-עוקבי – (א) דרישה להתרכז במקום המקורי – 19.7.1949, (ב) דרישה להגשת דוח זריעת אדמות (קרקעות נוכחים ונפקדים) – 19.7.1949 (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 46: הודעה מהמושל הצבאי לשיח' שבט אל-עוקבי (19.7.1949) – דרישה להגשת דוח זריעת אדמות (קרקעות נוכחים ונפקדים) (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 48: קבלה לסלימן אל-עוקבי עבור מס מעשר, 28.8.1950 (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 49: תעודת בית ספר עראקיב נורי אל-עוקבי (חסן סלימן אל-עוקבי) – משרד החינוך, 25.12.1950 (מופיע בארכיון אל-עוקבי); שם, נספח 50: קבלות לסאלם בן חג' מוחמד אל-עוקבי ולסלים סאלם אל-עוקבי עבור תשלום תמורת חריש – 24.1.1950 (מופיע בארכיון אל-עוקבי).

420 מסמכים בדבר הקמת בית-דין שבטי על-ידי ישראל בהשתתפות שיח' אל-עוקבי, 1949 (מופיע בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון 1447/52/80; העתק מצוי בידי המחברים).

זאת ועוד, בתעודות ההפקעה של אדמות אל-עוקבי בעבור רשות הפיתוח של ממשלת ישראל – מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 – סווגה הקרקע ככל חלקות התביעה בעראקיב וזחיליקה כ"מירי". כלומר, הצלבת מסמכי הממשל הצבאי עם מסמכי ההפקעה מעידים שגם מדינת-ישראל הכירה בשנות החמישים בקרקע השייכת למשפחת אל-עוקבי כקרקע מירי, ולא מוואת (ראו נספח 16).⁴²¹

כפי שראינו בחלקים קודמים, הברווים בנגב נהנו מאוטונומיה משפטית. אוטונומיה זו נמשכה גם בשנים הראשונות לקיומה של המדינה, וביטוי לכך ניתן לראות ביחסו של הממשל הצבאי לשבטי הברווים בנגב בכלל ולשבט אל-עוקבי בפרט. כך, למשל, פקודה שהעביר המושל הצבאי של הנגב אל קציני הקשר לברווים ביום 2.7.1949 קבעה כי "...עד אשר יהיו תנאים לחידוש בית המשפט של השבטים עליך למנות בכל שבט ועדה משפטית מורכבת משלושה זקני ונכבדי השבט אשר... ישמעו וישפטו בדיני ממון וחברה של השבט".⁴²² בתשובה למושל הצבאי מן השיחים סלמאן אל-הווייל, סלימאן אל-עוקבי וחסן אבו-עבדון הודיעו השיחים כי החליטו להקים בית-משפט שבטי משותף לשלושת שבטיהם. בהערת הממשל הצבאי על גוף המכתב, מיום 1.8.1949, נכתב "לאשר את העניין".⁴²³

מסמכים נוספים מעידים על פינוי הכפוי של שבט אל-עוקבי לאזור חורה בנובמבר 1951 ועל נסיונותיהם של בני השבט לחזור לכפרם. כך, מכתב בחתימתו של סרן אברהם שמש מפרט את הקצאת הקרקעות ה"זמנית" לכפר באזור חורה, "עד אשר יוחזרו" לעראקיב.⁴²⁴ בישיבה שנערכה ב-8.11.1951 בשיותף קציני הממשל הצבאי והשיחים הברווים פירט שיח' אל-עוקבי את נסיבות העברתו של השבט ואת רצון שבטו לשוב לאדמותיו המקוריות – מאבק שנמשך עד ימינו אלה. כך נרשמו דבריו של השיח' בפרוטוקול הפגישה:

מסרתי לישראל ונכנעתי לה עם יתר השבטים. למען אדמותינו, נפשותינו ונפשות שבטינו תוספת ותחמושת להגנה עצמית. שמירה על רכושנו הכללי... קבלנו הוראה לעבור מאדמותינו שנולדנו בה אנו ואבותינו ואבות אבותינו. ובנינו שם עצים, סכרים (סאדות) וכו'... חתמנו על כרחנו כי לא נוכל לעולם להתנגד על העברה והשארנו רכוש שווה אלפים בחריש

421 חלקים מתוך רישומי המקרקעין של הממשל הצבאי (שם מצוין "מולכ" ליד קרקעות אל-עוקבי; מופיע בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון 233-834/1953).

422 מכתב ממכאל הנגבי, המושל הצבאי, אל קציני הקשר לברווים (2.7.1949).

423 לעיל ה"ש 420.

424 מסמך הפקעה של רשות הפיתוח – הגדרת הקרקע בעראקיב כמירי (בעמודה השישית מימין) (מופיע בארכיון אל-עוקבי; העתק מצוי בידי המחברים); מכתב המפרט את השטחים שיימסרו לשבט אל-עוקבי עד אשר יוחזרו, 21.10.1951 (מופיע בארכיון אל-עוקבי; העתק מצוי בידי המחברים).

וכדומה... במצב המלחמה עזבנו את הערכים והצטרפנו לישראל על כן על ישראל לשמור עלינו יותר מאשר על אנשיה... נבקש מהמושלים שמירת אדמותינו שהועברנו ממנו ולו גם כרגע הממשלה זקוקה להם... כרגע קיבלנו אזור שמרבית אנשים נמצאים בישראל, ולא אוכל לרכוש אדמה שבעליה נוכחים כי זה יביא אולי לרצח הדדי, ואין אדמה מספקת לי ולעאמר אלטלאקה ולאפיניש.⁴²⁵

במכתב נוסף, שנשלח סמוך לאותו תאריך, ביקשו שלושה שיח"ים שפנו מאזור עראקיב לשוב אל אדמתם על-סמך הבטחה שניתנה להם לכאורה מהשלטונות:

הממשלה הכריחה אותנו לעבור מהאזור הצפוני לאזור המזרחי עם תנאים ולכן עברנו... הגשנו את הבקשה הזו כדי לשמור על רכושנו ככל שאר השבטים... אנו מבקשים להחזיר אותנו למקומנו ולרחם כי עתידנו תלוי בכס... ובאם לא נעבור לאזור הצפוני בהקדם האפשרי, וזה כפי הבטחתך בעל פה ועשינו כרצונכם.⁴²⁶

כשבע שנים מאוחר יותר פנו עשרה שיח"ים, ביניהם השיח' אל-עוקבי, אל שר המשפטים, תוך מודעות גוברת לנישולם מהקרקע:

...הועברנו עפ"י צו הממשלה מאדמותינו בגמר מלחמת השחרור, ועד היום אנו יושבים על קרקע לא שלנו. האדמות שמהם הועברנו היו שייכות לנו מדורי-דורות, ועבדנום בזיעת אפינו, ובחלקים מסוימים אף נבנו בתים וניטעו כרמים; וכל זה חרב והלך לטמיון... ניסינו מפעם לפעם... לדרוש הסדר הקרקעות אך תמיד אנו שומעים כי אין למשרדים הנוגעים בדבר הוראות בעניין זה... כמו כן אומרים לנו שהבעיה שלנו קשה ומסובכת, מאחר ובשטחי הנגב לא נעשה אף פעם ע"י הממשלות הקודמות הסדר קרקעות...

...עוד מעט יעברו 10 שנים שלקחו את קרקעותינו, ואם לא יגשו מיד להסדר הקרקעי, יוכלו גם להגיד כי זכויותינו התיישנו ואין מה לעשות יותר. לא יתכן להפקיר אותנו. מוכרחים לגשת מיד לפתרון הבעיה, ואנו מוכנים

425 מכתב המפרט את השטחים שיימסרו לשבט אל-עוקבי עד אשר יוחזרו, שם. על דברים אלה השיב לו המושל הנגבי כי הם נכנעו ללא תנאי. מכתב ממיכאל הנגבי, המושל הצבאי, לאגף מבצעים (14.11.1951) (מופיע בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון 54-848/1959; העתק מצוי בידי המחברים).

426 עמ' 4 לפרוטוקול ממשל צבאי – ישיבה בנוכחות שיח"ים מיום 8.11.1951 (התבטאות סלימן אל-עוקבי; מופיע בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון 233-834/1953).

לשתף פעולה, ולעזור למציאת הדרך הנכונה לכך. לא יתכן להשאיר אותנו לתמיד כאריסים לממשלה... הננו מקופחים... אנו חוזרים ומבקשים מכב' להביא עניין זה לדיון בפני הממשלה...⁴²⁷

שנים מספר לאחר-מכן, ביוני 1966, פנו שמונה-עשר שיח'ים, לרבות שיח' סלימאן אל-עוקבי, אל ראש הממשלה בבקשה להשיב את השבטים לאדמותיהם המקוריות, שנותרו בינתיים ריקות, תוך אזכור הסכמה ממשלתית מוקדמת לשיבת השבטים אל אדמותיהם המקוריות:

...בשנת 1948 פנינו אל כבוד המושל הצבאי בבאר שבע בבקשה חתומה על ידינו, והבענו את רצוננו לקבל את [מרות המדינה]. אחד התנאים שלנו בבקשתנו הייתה לחיות על אדמותינו ולעבוד יד ביד עם שאר תושבי המדינה. הממשלה אשרה בזמנו את תוכן בקשתנו הנ"ל, ועל יסוד זה הסכמנו להשאר במדינה הישראלית שלנו. לצערנו, לאחר מכן התברר לנו שרצוננו הנ"ל, לא רק שלא נתמלא אלא מה שהתרחש היה ההפך הגמור... [הכדורים] נהפכו לפליטים בתוך המדינה ואדמותיהם נפקעו.

...על-כך כבוד ראש הממשלה, אנו מגישים את בקשתנו... שהממשלה תכיר רשמית בזכות הבעלות של הכדורים לגבי אדמתם כפי שהיה נהוג בזמן שלטון התורכים ולאחריו... שהממשלה לא תגש להקמת כפרי הכדורים בנגב לפני שתפתר בעית האדמות, ובכל מקרה לא תקים כפרים אלו ללא הסכמתם המלאה של הכדורים עצמם... הכדורים לא יותרו בשום פנים ואופן על זכויותיהם לאדמותיהם.⁴²⁸

לסיכום פרק זה, הטבלה המופיעה בנספח 17 מתמצת את עיקר האירועים הרלוונטיים לשאלת קרקעותיו של שבט אל-עוקבי. שרשרת הראיות, החוקים, המסמכים והאירועים המופיעים בטבלה מעידה על הקשר הארוך של השבט לאדמתו, כמו-גם על תקפותם של הטיעונים הכלליים שאותם פרשנו בפרקים הקודמים. הפרטים המקומיים מעידים שה"דיאר" של השבט היו מיושבות ומעובדות מן המאה התשע-עשרה לפחות; שהשבט חי באוטונומיה משפטית וקהילתית בתקופה העות'מאנית ובתקופת המנדט הבריטי; שהתפתחה באזורי השבט מערכת קרקעית מסורתית מתפקדת, שבמסגרתה נעשו הורשות, חלוקות ומכירות, אשר קיבלו תוקף חוקי מהשלטונות; ובעיקר – שהתפתחה בעראקיב

427 מכתב מעשרה שיח'ים לפנחס רוזן, שר המשפטים (21.4.1958) (העתק מצוי בידי המחברים). ראו גם מכתב משיח' סלימאן אל-עוקבי ומשיח' עאמר אל טלאקה אל מיכאל הנגבי, המושל הצבאי (18.11.1951) (מופיע בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון 834/53-281).

428 מכתב השיח'ים הכדורים אל לוי אשכול, ראש הממשלה ושר הביטחון (20.6.1966) (מופיע בארכיון מדינת-ישראל, היועץ לענייני ערבים, הכדואים בנגב, כרך ג, גל 17003/1).

מערכת יישובית וחקלאית המקנה זכויות קניין לפי הנורמות המשפטיות של הסדר המקרקעין שעוצב בפקודה משנת 1928 ואשר לא הושלם עדיין בנגב.

ה. סדקים בהלכה – הבדווים כקבוצה ילידה

לקראת סיום מאמר זה מצאנו לנכון להתייחס בקצרה לנקודה רלוונטית נוספת העולה בהקשר של הזכויות הקנייניות של הבדווים באדמותיהם המסורתיות – העובדה שמדובר בקהילה ילידה (indigenous). קהילה כזו מוגדרת בהצהרות ובאמנות בין-לאומיות, וכן בפרסומים של ועדות או"ם שונות, כאוכלוסייה אשר הוכפפה לשלטונה של מדינה מודרנית לאחר שחיה במשך דורות תחת שלטון עצמי. קבוצות, אוכלוסיות ועמים ילידים נחנים בייחוד תרבותי-אתני, ומקיימים אורח חיים מסורתי, בדרך-כלל שבטי, המתבסס על תרבות ומשפט ייחודיים, תוך שמירת רציפות של דורות בטריטוריה הקהילתית שבה חייתה הקבוצה לפני הכפפתה למשטר המודרני. נושא "הילידות" מצריך דיון מעמיק החורג ממסגרת מאמר זה. למרות זאת אנו מעלים את סוגיית "הקהילה הילידה" מתוך רצון למקם את שאלת קרקעותיהם של הבדווים גם בהקשר השוואתי ובין-לאומי. נושא הילידות אינו רק עניין מוסרי שיש להתייחס אליו במסגרת הסכסוך בין המדינה לבין הבדווים, אלא גם נושא בעל ממדים משפטיים חשובים.

עניין הילידות קשור גם לגישה משפטית נוספת, היא גישת "הצדק המעברי" (transitional justice), הגורסת כי יש לשמור ככל האפשר על זכויות האדם וזכויות הקניין שהתקיימו במשטר שקדם למדינה הנוכחית. גישה זו פותחה בעבור מצבים שונים של מעבר מהיר בין משטרים שונים – למשל, במרחב הבתר-קומוניסטי של מזרח אירופה או במדינות שונות באמריקה הדרומית בעידן הדמוקרטי.⁴²⁹ בשנים האחרונות נעשה שימוש גובר בגישה זו גם לשם הגדרת זכויותיהם של עמים ילידים והגנתן. גישה זו מאפשרת למערכת המדיניות הציבורית ליצור נורמות ייחודיות לקבוצות ילידות, כדי לשמור על זכויותיהן וקניינן במעבר הדרמטי בין משטרים, וכן לפצות קבוצות ויחידים אשר נפגעו ממהלכים שרירותיים של השלטונות החדשים, ולהשיב להם במידת האפשר – קרי, ללא יצירת אי-צדק חדש – את רכושם וזכויותיהם.⁴³⁰

המשפט הבין-לאומי בנוגע לאוכלוסיות ילידות קיבל תנופה חזקה וחשובה בשני העשורים האחרונים, וזאת הודות להתפתחותו של משפט זכויות האדם בכלל וכן הודות לפעילות נמרצת של קבוצות ילידות ברחבי העולם. עם זאת, תהליך זה מצוי עדיין בעיצומו,

Ruti G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, 16 HARV. HUM. RTS. J. 69 (2003); Aeyal Gross, *The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel*, 40 STAN. J. INT'L L. 47 (2004).
Teitel, 430 שם.

ודיני הילידים הבין-לאומיים רחוקים מלהיות שלמים או אף מיושמים במלואם על-ידי המדינות הרלוונטיות. אף-על-פי-כן אנו סבורים כי יש בדינים אלה חשיבות משפטית ומוסרית, ויש מקום להתייחס אליהם כאן עקב השלכותיהם החזקות על הלכת "הנגב המת". מסמכי האו"ם מצביעים כיום על כ-350 מיליון בני-אדם המשתייכים לקבוצות ולעמים ילידים.⁴³¹ הקבוצות הילידות סבלו מהפליה ומנישול במשך דורות – הן תחת המשטרים הקולוניאליים והן עם מיסודן של המדינות המודרניות. בתקופה זו נושלו קבוצות ילידות רבות מאדמותיהן המסורתיות, ממקורות המחיה שלהן ומאוצרות-הטבע המצויים בקרקעותיהם, ובמקרים רבים גורשו או הוזזו מאזורי המחיה וההתיישבות שלהן. האפיון המשפטי של ילידים השתנה במהלך השנים יחד עם התפתחותו של המשפט הבין-לאומי. המושג "ילידים" (indigenous) או "עמים ילידים" משמש להגדרת קבוצה נרחבת של קהילות בעולם. משתמשים בו כדי להתייחס לשבטים נוודיים שחוצים גבולות בין-לאומיים לפי חילופי העונות, לקבוצות מפוזרות המהוות מיעוט במדינה שבה הן חיות, וכן לקבוצות אשר מחזיקות עדיין בקרקעותיהן. בהעדר הגדרה מדויקת מוסכמת למושג, נעשה בשנים האחרונות מאמץ מרוכז להבהרתו, במיוחד על-ידי האו"ם. בעשורים האחרונים הורחבה ההגדרה ויוחסה חשיבות גוברת להגדרה העצמית ולזיהוי העצמי של קבוצות אלה כקבוצות ילידות. בשנת 1957 אימץ ארגון העבודה הבין-לאומי (ILO) את אמנה מס' 107 בעניין ההגנה והאינטגרציה של אוכלוסיות ילידות, שבטיות ומעין-שבטיות, במדינות עצמאיות.⁴³² סעיף 1 לאמנה אימץ הגדרה רחבה לקבוצות ילידות, וציין כי האמנה חלה על:

(a) members of tribal or semi-tribal populations in independent countries whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by the other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;

(b) members of tribal or semi-tribal populations in independent countries which are regarded as indigenous on account of their descent from the

431 U.N. ESCOR, Study of the Problem of להגדרות בין-לאומיות של קבוצות ילידות ראו: Discrimination Against Indigenous Populations by Jose R. Martinez Cobo, Special Rapporteur of the Sub-commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7, vol. I, pp. 10–12 (1986).
432 International Labour Organization [ILO], Indigenous and Tribal Populations Convention, C107, June 5, 1957, available at www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C107.

populations which inhabited the country... at the time of conquest or colonisation.⁴³³

לאחר התייעצות אינטנסיבית עם ממשלות, יועצים, מומחים וקבוצות ילידות, אימץ בשנת 1989 ארגון העבודה אמנה חדשה – האמנה בדבר עמים ילידים ושבטיים במדינות עצמאיות (אמנה מס' 169).⁴³⁴ אמנה זו לא רק הרחיבה את ההגנות המשפטיות המוענקות לעמים ילידים, אלא אף ציינה, בסעיף 1.2, כי –

[s]elf-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply.⁴³⁵

ובסעיף 7.1 קבעה האמנה כי –

[t]he peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development... and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development.⁴³⁶

מעבר למשקל הגדול שניתן להגדרה העצמית של ילידים קיימת הסכמה על חשיבותם של ארבעה יסודות עיקריים: המשכיות היסטורית של קיום לפני היווצרות המדינה החדשה; מאפיינים תרבותיים נפרדים; העדר דומיננטיות וכפיפות לשלטון של קבוצה אחרת; ותפיסה עצמית כקבוצה נפרדת. גישה זו קיבלה גיבוי בשנת 1996 במסמך שנוסח על-ידי "קבוצת-העבודה לעניין אוכלוסיות ילידות" של נציבות זכויות האדם באו"ם, אשר התייחס לארבע הנקודות הבאות:

1. קדימות בזמן ביחס לנוכחות ולשימוש בטריטוריה ספציפית;
2. המשכיות רצונית של שוני תרבותי, שעשוי לכלול שפה, ארגון חברתי, דת וערכים רוחניים, דרכי ייצור, חוקים ומוסדות;
3. זיהוי עצמי וכן זיהוי על-ידי קבוצות אחרות או על-ידי מוסדות המדינה כקולקטיב נפרד;
4. היחשפות לשעבוד, לדחיקה לשוליים, לנישול, להדרה או להפליה, בין אם תנאים אלה נמשכים גם בהווה ובין אם לאו.⁴³⁷

433 ש, ס' 1.

International Labour Organization [ILO], Indigenous and Tribal Peoples Convention, 434 C169, June 27, 1989, available at www.unhcr.org/refworld/docid/3ddb6d514.html

435 ש, ס' 1.2.

436 ש, ס' 7.1.

U.N. ESCOR, Working Group on Indigenous Populations, *Standard-Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People*, § 69, U.N. Doc.

ההכרה במצוקתן של הקבוצות הילידות כתוצאה מהפליה מתמשכת וכן בזכויותיהן המשפטיות הגיעה לשיא מרשים עם קבלתה של "ההכרזה בדבר זכויותיהם של עמים ילידים" על-ידי מליאת האו"ם, בספטמבר 2007, ברוב של 143 מדינות מול 4 מתנגדות ו-11 נמנעות. ישראל לא השתתפה בהצבעה. שלוש מהמתנגדות – ארצות-הברית, אוסטרליה וניו-זילנד – הצטרפו לאחר-מכן לתמיכה בהצהרה. הכרזות של עצרת האו"ם אינן מחייבות כשלעצמן, אך הוראותיהן מנחות מבחינה ערכית, ובמקרים מסוימים הן גם משקפות כללים מנהגיים של המשפט הבין-לאומי. מכל מקום, אין חולק שההכרזה מתווה את ההתייחסות המשפטית הראויה לעמים ילידים – כזו שמדינות דמוקרטיות אמורות לאמץ. להלן הוראות חשובות מתוך הצהרת האו"ם התקפות לעניין הכדורי:⁴³⁸

סעיף 26, 2: לעמים ילידים יש הזכות להיות בעלים, להשתמש, לפתח ולשלוט בקרקעות, בטריטוריה ובמשאבים שאותם הם מחזיקים מכוח בעלות מסורתית...

סעיף 26, 3: מדינות יעניקו הכרה חוקית והגנה משפטית לקרקעות, לטריטוריה ולמשאבים אלה [אשר שייכים לעמים ילידים או מוחזקים על-ידיהם]. הכרה כזו תיעשה תוך הענקת כבוד למנהגים, למסורות ולשיטות האחיזה בקרקע של העמים הילידים הנוגעים בדבר.

טיעוני המדינה בסיכומיה בעניין אל-עוקבי ביקשו כזכור לשלול את הגדרת הכדורים כמיעוט יליד.⁴³⁹ זאת, אף שחוקרים רבים מסווגים אותם ככאלה. למשל, פרופ' רדולפו סטיבנהאגן (Rodolfo Stevenhagen), שכיהן בתפקיד המכובד של דָנוח מיוחד (Special Rapporteur) של האו"ם לנושא עמים ילידים, הצהיר בחוות-דעת שהגיש בעניין אל-עוקבי את הדברים הבאים:

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 (prepared by Erica-Irene A. Daes) (June 10, 1996), available at [www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.AC.4.1996.2.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.AC.4.1996.2.En?Opendocument) ("(a) Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory; (b) The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions; (c) Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and (d) an experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist")

438 לנסח המלא ראו הצהרת האו"ם ברשת – www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf

439 סיכומי המדינה בעניין אל-עוקבי, לעיל ה"ש 244, פס' 93.

The history, culture, ecology, economic and social organization of the Negev shows that Bedouins fall under the definition of indigenous peoples. The emerging international law of indigenous peoples, including its human rights provisions, certainly applies to the Bedouin population, and should be so considered by government authorities and legal experts.⁴⁴⁰

חוקרים ומומחים נוספים מצטרפים לקביעה זו. כך, למשל, קוטס (Coates) מציין את הברווים בנגב כעם יליד;⁴⁴¹ פרופ' אבו-סעד דן רבות במאפייני הברווים כחברה הילידית בנגב;⁴⁴² ברמן (Berman), מאוניברסיטת אלסקה, דן בהיבטים שונים של הספקת שירותים לברווים כחברה ילידית;⁴⁴³ החוקר קדר והחוקרים אל-קרנאווי (al-Krenawi) וגרהם (Graham) מנתחים יחסים חברתיים בקרב חברות ילידים, תוך שימת דגש מיוחד בברווים של הנגב;⁴⁴⁴ ודוח מיוחד של משלחת מומחים מטעם ארגון "הביטט", בראשות מילון קותרי (Miloon Kothari), לשעבר הנהנה המיוחד של האו"ם לעניין הזכות לדור, קבע אף הוא לאחרונה כי הברווים הם קבוצה ילידה, הזכאית לזכויות מיוחדות ולהעדפה מתקנת.⁴⁴⁵ אין ספק שרוב החוקרים העוסקים בנושא תמימי-דעים כי הברווים בנגב מהווים חברה ילידית.⁴⁴⁶ מעבר לכך, הברווים, כמו במקרה של שבט אל-עוקבי ובמקרים אחרים, מזהים ומגדירים את עצמם כקבוצה ילידה, כפי שניתן ללמוד מהצטרפותם לפורום העמים הילידים של האו"ם ומהשתתפות נציגיהם בארבעה כנסים עולמיים של קבוצות ילידות למן שנת

-
- 440 הצהרתו של פרופ' סטיבנהאגן, לשעבר הנהנה המיוחד של האו"ם לנושאי עמים ילידים (העתק מצוי בידי המחברים). ראו גם מכתב מ-17 שיחים אל לוי אשכול, ראש הממשלה ושר הביטחון (20.6.1966) (דרישה לפתרון בעיית הקרקעות; ארכיון צה"ל 117-72/1970).
- 441 KEN S. COATES, A GLOBAL HISTORY OF INDIGENOUS PEOPLES: STRUGGLE AND SURVIVAL 185 (2004).
- 442 Abu-Saad, לעיל ה"ש 38.
- 443 Gerald S. Berman, *Social Services and Indigenous Populations in Remote Areas: Alaska Natives and Negev Bedouin*, 49 INT'L SOC. WORK 97 (2006).
- 444 ALEAN AL-KRENAWI & JOHN R. GRAHAM, HELPING ; 38 ראו קדר, לעיל ה"ש 38 ; PROFESSIONAL PRACTICE WITH INDIGENOUS PEOPLES: THE BEDOUIN-ARAB CASE (2009).
- 445 HABITAT INTERNATIONAL COALITION, THE GOLDBERG OPPORTUNITY: A CHANCE : ראו FOR HUMAN RIGHTS BASED STATECRAFT IN ISRAEL 13 (2010), available at www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/HIC_Israel147.pdf.
- 446 ראו COATES, לעיל ה"ש 442 ; Berman, לעיל ה"ש 444 ; Abu-Saad, לעיל ה"ש 38 ; AL-Rebecca Tsosie, *Land, Culture and Community*: ; 444 לעיל ה"ש KRENAWI & GRAHAM *Envisioning Native American Sovereignty and National Identity in the 21st Century*, 2 HAGAR 183 (2001).

2005. 447 יתר על כן, לאחרונה (באוגוסט 2011) דחה ג'יימס אניה (James Anaya), הדןוח המיוחד הנוכחי של האו"ם לעניין זכויותיהם של עמים ילידים, את עמדתה של ישראל שלפיה הכדורים אינם בגדר ילידים, וקבע:

First, the Special Rapporteur acknowledges the position of the State of Israel that it does not accept the classification of its Bedouin citizens as an indigenous people given that Bedouin tribes arrived to the Negev area late in the Ottoman era, mainly from Saudi Arabia and Egypt, to an already existing legal regime. The Special Rapporteur notes, however, the longstanding presence of Bedouin people throughout a geographic region that includes Israel, and observes that in many respects, the Bedouin people share in the characteristics of indigenous peoples worldwide, including a connection to lands and the maintenance of cultural traditions that are distinct from those of majority populations. Further, the grievances of the Bedouin, stemming from their distinct cultural identities and their connection to their traditional lands, can be identified as representing the types of problems to which the international human rights regime related to indigenous peoples has been designed to respond. Thus, the Special Rapporteur considers that the concerns expressed by members of the Bedouin people are of relevance to his mandate and fall within the ambit of concern of the principles contained in international instruments such as the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

...

Second, the Special Rapporteur would like to respond to Israel's position that Bedouin people do not have customary rights to lands in the Negev given that the land laws of the State of Israel, as developed from the Ottoman and British laws that preceded them, do not recognize Bedouin custom as a source of private land rights. In the view of the Special Rapporteur, such a position, which is based in colonial era laws and policies, should be reviewed. Far from providing a justification for the

447 איננו טוענים כי כלל הכדורים מזהים את עצמם בהכרח כקבוצה ילידה במובן המשפטי, היות שלא ערכנו סקר בנושא זה. אולם עובדה גמורה בקרב הכדורים היא כי הם קדמו למדינת-ישראל וקיימו בנגב אורח חיים מיוחד ומערכת משפטית מסורתית.

current failure to recognize indigenous peoples' land rights based on their customs, the historical denial of these rights and the dispossession of indigenous peoples from their traditional lands are acts that are now understood to be inconsistent with international human rights standards. In this regard, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples specifically requires that States must provide "redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent" (article 28). Finally, the Special Rapporteur does recognize the need for an orderly administration of land and a respect for the rule of law. However, legal and administrative policies related to land must also be consistent with international human rights standards and accordingly must also be adjusted where they fall short of those standards.⁴⁴⁸

הדָּנוּחַ קִבַּע גַּם כִּי אֵי־אֶפְשֵׁר לְהִשְׁאִיר אֶת הַקְּבִיעָה אִם קְבֻצָּה מְסוּיֶמֶת מֵהוּוּה קְבֻצָּה יְלִידָה לְהַחֲלֹטֶתן הַסּוֹבִיֶּקְטִיבִּית שֶׁל הַמְּדִינֹת הַנּוֹגְעוֹת בְּדַבֵּר.⁴⁴⁹ בְּאֹפֶן סְפִצִּיפִּי הַבִּיעַ הַדָּנוּחַ הַמִּיּוֹחַד אֶת חֲשׂוֹ מִמְּדִינֹת הַרִיסַת הַמְּבַנִּים הַלֹּא־מוֹכְרִים שֶׁל הַבְּרוּיִם בְּנֶגֶב:

According to the information the Special Rapporteur has received from other sources, possible explanations for the Government's demolitions of unrecognized Bedouin villages include the need to concentrate the Bedouin people into recognized towns and settlements so as to assist in the delivery of services to them. Another reason identified for the demolitions is to clear the way for maintaining a Jewish presence throughout the Negev, in order to offset the high population growth of the Bedouin, which is one of the highest in the world. With respect to the first of these possible justifications, there are questions regarding the non-discriminatory application of this policy, since according to the information received Jewish settlements in the Negev are provided with essential services while Bedouin settlements of comparable sizes and

448 ראו Anaya Report, לעיל ה"ש 16, נספח VI, פס' 25, 27.

449 שם, נספח VI, פס' 26.

populations are not. The second of these possible justifications – assisting in maintaining a Jewish presence in the Negev in order to offset the high population growth of the Bedouin – is racially discriminatory on its face, and thus, even if it were established by law, could not count as a legitimate limitation on Bedouin land rights that comports with relevant international standards.⁴⁵⁰

לכן ניתן לומר בבירור כי הבדווים הינם קבוצה ילידה שקיבלה הכרה מן הגוף המוסמך והמתמחה לכך מטעם האו"ם, ולפיכך יש לנהוג בזכויותיהם הקנייניות כקבוע במסמכים הבינ-לאומיים בהקשר זה.

בשלב זה ראוי לציין בקצרה כמה ממדים השוואתיים בעלי רלוונטיות מיוחדת לעניינם של הבדווים. ציר מרכזי של הכרה בזכויות ילידים בהקשר זה מתייחס להמשכיותם של דפוסי הזכויות בקרקע ששררו באזורי המחיה של הקבוצות הילידות לפני כינון השלטון הנוכחי.⁴⁵¹ זכויות ילידיות נוספות שנהפכו לנורמה בין-לאומית כוללות את הזכות לשמירת התרבות המסורתית, הזכות לאוטונומיה אזורית ותרבותית, הזכות לשליטה במקורות המחיה, הזכות לגישה אל אוצרות הטבע המסורתיים, והזכות להעדפה מתקנת כפיצוי על קיפוח והדרה של שנים ארוכות.⁴⁵²

פריצת הדרך המשפטית בהכרה בקניין ילידי ובסדר הקנייני הילידי הושגה עם פסיקת בית המשפט הפדרלי הגבוה של אוסטרליה בעניין *Mabo* (משנת 1992).⁴⁵³ בתיק זה פסק בית המשפט האוסטרלי כי יש להעניק לתובעים, בני קבוצה ילידה, זכות של בעלות מסורתית (native title) בקרקע. הפסיקה האוסטרלית הסתמכה על אמנות בין-לאומיות ועל חקיקה אוסטרלית האוסרת הפליה גזעית, כמו גם על ראיות שלפיהן התקיימה רציפות של חזקה בקרקע (ללא מסמכים כתובים) ועל קיומה של מערכת ארוכת-שנים של דין מסורתי מתפקד, כדי להכיר בבעלותו של השבט על קרקעותיו ההיסטוריות. בפסק-דין מאוחר יותר הובטח, עם זאת, ברוח גישת הצדק המעברי, כי במקרה של התנגשות יישמרו גם זכויותיהם

450 שם, נספח VI, פס' 11.

451 ראו *Kedar, On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 405.

452 ראו *COATES*, לעיל ה"ש 442; *Berman*, לעיל ה"ש 444; *Tsosie*, לעיל ה"ש 447; קדר, לעיל ה"ש 38.

453 *Mabo & Ors v. The State of Queensland*, (1992) 175 C.L.R. 11. בעניין חשיבותו של פסק-הדין ראו: *Peter H. Russell, Recognizing Aboriginal Title: The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism* (2005). ראו גם: *Paul Havemann et al., Traditional Use of Marine Resources Agreements and Dugong Hunting in the Great Barrier Reef World Heritage Area*, 22 *ENV'T'L & PLAN. L.J.* 258 (2005).

של המתישבים החדשים.⁴⁵⁴ פן משפטי נוסף של הכרה בזכויות ילידים הוא התוקף הגובר הניתן בכת"ה המשפט של מדינות דמוקרטיות לסוגים מגוונים של ראיות אשר בעבר לא היה אפשר להציגן בהתדיינות משפטיות. היות שחברות ילידים התבססו ברוב המקרים על תרבות לא-כתובה, חסרת ארכיונים או מסמכים רשמיים, בתי המשפט ברחבי העולם מכירים יותר ויותר בראיות המבוססות על עדויות בעל-פה, על הסכמים בין שבטים ועל שחזור המשפט הנוהג ששרר בטריטוריות ילידיות לאורך דורות ארוכים.⁴⁵⁵

פסק-דין *Mabo* ביטל את הדוקטרינה המשפטית של "ארץ ריקה" (*terra nullius*), אשר עיצבה במאות התשע-עשרה והעשרים את המשפט הקרקעי באפריקה, באסיה ובאוסטרליה, והשפיעה על מדינות רבות אחרות השולטות בטריטוריות שבהן שלטו בעבר עמים ילידים, כגון פינלנד, נורווגיה, הודו, ברזיל וניו-זילנד.⁴⁵⁶ במחקרים שונים הושו מדיניותה ועמדתה של מדינת-ישראל כלפי הבדווים בנגב לגישת "הארץ הריקה" שנהגה כלפי עמים ילידים באוסטרליה ובמדינות אחרות.⁴⁵⁷ ביטולה של דוקטרינת "הארץ הריקה" וההכרה בזכויות ילידים בקרקע מעידים כי במדינות דמוקרטיות קיימת היכולת לתקן פגיעה בזכויות של קבוצות ילידות גם לאחר שנים ארוכות של שלילתן בחסות חוקים מפלים. הכרה ברציפות התרבותית, הגיאוגרפית והמשפטית של הקיום הבדווי בנגב יכולה וצריכה להוות תשתית לתיקון כזה גם בישראל.

ו. סיכום ומסקנות – לקראת תיקונה של הלכת "הנגב המת"?

הפרקים שלעיל פרשו בצורה מפורטת את התפתחותה של הלכת "הנגב המת" ואת הסדקים הרחבים הנפערים בה לנוכח הראיות העולות מהחומר ההיסטורי, הגיאוגרפי, האנתרופולוגי והמשפטי. הלכת "הנגב המת" מורכבת משני אדנים מרכזיים השלובים זה בזה: משפטי-

454 Mercier, לעיל ה"ש 36; Richie Howitt, *A Nation in Dialogue: Recognition, Reconciliation and Indigenous Rights in Australia*, 2 HAGAR 277 (2001).

455 במובן זה הייתה זו מערכת המשפט הקנדית שפרצה את הדרך. ראו: The Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11 (U.K.), s. 35(1) ("The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed"). דוגמה להסכם בין המדינה לבין עם יליד בדבר הכרה בזכויות המקרקעין שלו ובזכויותיו באוצרות-טבע היא אמנת ניסגאה. ראו: *Fact Sheet: The Nisga'a Treaty*, Angelia K. Means, *Narrative*: www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100016428. ראו גם: *Argumentation: Arguing with Natives*, 9 CONSTELLATIONS 221 (2002); Lisa Strelein, 'Beliefs, Feelings and Justice': *Delgamuukw v British Columbia: A Judicial Consideration of Indigenous Peoples' Rights in Canada* (1998), www.aiatsis.gov.au/ntru/docs/publications/issues/ip98n22.pdf.

456 RUSSELL, לעיל ה"ש 454, בעמ' 335-365.

457 ראו שמיר, לעיל ה"ש 11; קדר, לעיל ה"ש 38; Falah, לעיל ה"ש 294.

היסטורי וגיאוגרפי-היסטורי. אדנים אלה מהווים בסיס לכמה טענות עיקריות השזורות בטענות המדינה, אשר שוללות מהכדורים זכויות קניין בקרקעותיהם. בפרקים שלעיל ניתחנו לעומק טענות אלה, ועיקרי ממצאינו מפורטים בנקודות שלהלן:

א. האם ישראל מקיימת בנגב את "הרציפות המשפטית" שהיא טוענת לה ביחס לקרקעות הכדורים בנגב? החומר והטיעונים שהוצגו מלמדים בבירור כי ישראל סתתה בצורה משמעותית מהדין העות'מאני ומהדין הבריטי, כאשר מביאים בחשבון את מכלול החקיקה, הפסיקה, הפרשנות, היישום והאכיפה. משטרים אלה מעולם לא רשמו קרקעות על שם המדינה בנגב על בסיס היותן קרקעות מוואת כביכול. ישראל למעשה "רוקנה לאחור" את הנגב מזכויות קניין של בני-אדם שהפכו בעמל וביזע אדמה קשה לאדמה נושבת, ובכך נישלה רכבות מאזרחיה מקניינם ההיסטורי, אשר היה ועודנו ציר מרכזי בתרבותם הילידית. שינוי הדין לא נעשה על-ידי המדינה בחקיקה מפורשת וגלויה, אלא בפרשנות משפטית מרחיקת-לכת, ולדעתנו גם מוטעית, של דיני המקרקעין של המשטרים הקודמים. במאמר הראינו כי מרכיבו העיקרי של הטיעון המשפטי-ההיסטורי של המדינה הם בלתי-מבוססים, וכי המדינה ובתי-המשפט שלה לא "המשיכו" ביישום הדינים העות'מאני והמנדטורי. בעודם מתיימרים ליישם את הדין הקודם, הם שינו בפועל את הגדרות המוואת ואת תיחום קו הגבול בין לבין קטגוריות קרקע אחרות שהיו נוחות יותר לכדורים, כגון מירי ומתרוכה. בנושאים שבהם הייתה עמימות או אי-בהירות בדין הקודם, כגון אופיו ומועד הקמתו של מקום יישוב שממנו קובעים מהי קרקע מוואת, הם בחרו בפרשנות הגרועה ביותר מנקודת-מבטם של הכדורים. גם ביחס לשאלה מהי "החיאה" של קרקע מוואת ההופכת אותה לקרקע מסוג מירי סתתה ההלכה הישראלית מן הדין הקודם, בעודה טוענת ליישומה.

ב. האם אי-רישום הקרקע על-ידי הכדורים בשנת 1921 הופך את אדמותיהם המעובדות למוואת ולכן לקרקעות מדינה? הראינו במאמר כי קרקעות שהיו מוקצות, מוחזקות, מעובדות ומיושבות על-ידי הכדורים סמוך לפני 1921 לא נחשבו מוואת – הן בשל העדר היסוד של "אי-הסכמת השלטונות" והן משום שהבריטים הודיעו, כבר במרס 1921, כי בנפת באר-שבע יישמר הדין המסורתי, ואף כוננו בתי-דין שבטיים באזור. בכך הם סיפקו הכרה במשטר המקרקעין הכדורי ובדפוסי הבעלות של הכדורים באדמתם, ומקל וחומר סיפקו "הסכמה" להמשך עיבודן של הקרקעות על-ידי הכדורים. זהו הטעם לכך שהרשויות המנדטוריות מעולם לא יישמו את פקודת המוואת בנפת באר-שבע. נוסף על כך, הפרשנות הישראלית לפקודת המוואת נראית שגויה כאשר היא מטילה סנקציות המיועדות למסיגי-גבול לאחר 1921 על המחזיקים בקרקע מלפני 1921. במסגרת הרישום המנדטורי של עסקות פרטיות בין מוכרי קרקעות כדורים לבין רוכשי קרקעות, נרשמו דרך קבע קרקעות שעובדו על-ידי כדורים, אשר רובן ככולן לא דווחו לרשם המקרקעין בשנת 1921, על שם אלה שרכשו אותן מהם, יהודים וערבים. לא הכדורים ראו אותן כמוואת ולא הרשויות ראו אותן ככאלה. הניתוח במאמר מוביל למסקנה החשובה שלפיה אי-רישום קרקע מוחזקת ומעובדת בשנת 1921 לא פגע בזכויות הקניין העכשוויות של תובעיה בנגב.

ג. האם עד 1921 לא הייתה חקלאות בדווית מסודרת? הראיות מצביעות על כך שגם לפני 1921 התקיימה חקלאות בדווית מסודרת ושיטתית סביב באר־שבע ובנגב הצפוני על קרקע בהיקף של 2–3 מיליון דונם.

ד. האם לפני 1921 היו הבדווים נוודים ולא התגוררו ביישובים? החומר מראה כי במאה התשע־עשרה התקיימה התיישבות בדווית נרחבת, כחלק מאורח חיים נוודי למחצה, המקיים יישובים קבועים ב"דיאר" של השבטים, אשר התקבעו ברובן במאה התשע־עשרה. בתוך "דיאר" אלה החל תהליך של פיצול קרקעי לפלגים ולמשפחות, אשר היווה בסיס להתיישבות – תחילה באוהלים, ולאחר־מכן גם בבתי בוץ ובבתי אבן.

ה. האם לא הייתה לבדווים מערכת קרקעית תקפה ומתפקדת המקנה זכויות קניין? החומר מראה כי מערכת כזאת הייתה ועודה קיימת, וכי יש בה נורמות מקובלות, מסמכים מחייבים וכן מוסדות בוררות ואכיפה. אלפי ירושות, מכירות וחלוקות קרקע נעשו לפי השיטה הבדווית המסורתית, וכובדו על־ידי כל הצדדים, כולל השלטונות העות'מאניים והבריטיים, ואפילו על־ידי השלטון הישראלי עד שנת 1950 ובחוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התש"ם–1980.

ו. האם נמנעו השלטונות העות'מאניים והבריטיים מלכבד אוטונומיה בדווית בנוגע לזכויות קניין, ויותר מכך, האם הכירו בזכויות אלה? הראיות מצביעות על כך שהמשטר העות'מאני והמשטר המנדטורי התירו לבדווים לנהל את ענייניהם הקנייניים לפי החוק המסורתי, והכירו בבעלותם באדמות המעובדות בנגב. מבחינה היסטורית נהנתה החברה הבדווית, הן בסניגו והן בנגב, מדרגה גבוהה של אוטונומיה מעין־ריבונית עד להקמת באר־שבע בשנת 1901, ואף לאחר־מכן. לאוטונומיה זו היו גם ביטויים ממסדיים: המשטרים העות'מאני והבריטי, ואף המשטר הישראלי בשנים הראשונות, הקימו בתי־דין שבטיים, אשר פסקו לפי הדין המסורתי. כל העדויות מצביעות על כך שהבריטים כיבדו את מערכת הבעלויות המסורתית הבדווית ואישרו מכירות בהיקפים גדולים של קרקעות ליהודים ולאחרים, וזאת על יסוד הכרה בבעלות הקרקע של המחזיקים הבדווים המקוריים.

ז. האין הבדווים "קבוצה ילידה" הזכאית לזכויות של מיעוטים ילידים לפי הדין הבין־לאומי המתגבש? לפי ההגדרות המקובלות במשפט ההשוואתי של מדינות דמוקרטיות רבות, בכתביהם של מומחים חשובים במוסדות האו"ם וכן בהכרזת האו"ם בדבר זכויותיהם של עמים ילידים, הבדווים עונים בבירור על ההגדרה של "קבוצה ילידה". דוקטרינת "הארץ הריקה" (terra nullius), הדומה להלכת "הנגב המת", נפסלה בפסק־דין חשובים המופיעים במשפט ההשוואתי. כמו־כן, מדינות דמוקרטיות רבות שבהן שוכנות קבוצות ילידות מיישמות בשנים האחרונות את גישת "הצדק המעברי", ומתקנות עוללות עבר – לפחות באופן חלקי – באמצעות הכרה בבעלות המסורתית של הקבוצות הילידות באדמתן. בהקשר זה ראוי לשים לב לדברים שכתב לאחרונה הנָּוּח המיוחד של האו"ם ג'יימס אניה כהמלצה לממשלת ישראל:

The Government [of Israel] should ensure that all laws and administrative practices related to lands and development align with international

standards concerning rights of indigenous people to lands, territories and resources. To this end, the Government should undertake a comprehensive review of its land and development policies that affect Bedouin people living in the Negev... As part of this review, Israel should establish a mechanism to identify and protect the lands in the Negev over which Bedouin people have legal entitlement, in accordance with relevant international standards...

The Government should embrace a long-term vision for social and economic development of the Negev, including in the unrecognized Bedouin villages, bearing in mind the historical and cultural importance of these villages to the Bedouin and to the society at large.⁴⁵⁸

הניתוח לעיל מצביע, אם כן, על הצטברות של פגמים וטעויות משמעותיים בכל אחד מנדבכיה של הלכת "הנגב המת". אלה מצביעים על בעייתיות עמוקה ביישומה המתמשך של הלכה זו בבת-המשפט הישראליים וכנדבך מרכזי בכינון מדיניות התכנון וההתיישבות מול הכדוויים. אין ספק שהשימוש הנרחב בהלכת "הנגב המת" יצר נישול לא-הוגן, לא-מוסרי וככל הנראה גם לא-חוקתי של הכדוויים בנגב. הפגמים העמוקים בהלכת "הנגב המת" מצריכים לדעתנו חשיבה מחודשת – משפטית ותכנונית.

לדעתנו, היות שישראל טוענת לרציפות הדין מהתקופה הבריטית, עליה לכל-הפחות לדבוק בדין הבריטי על כל צדדיו – החקיקה, היישום, הפסיקה והאכיפה. נזכיר שהבריטים הם שאימצו את חוק הקרקעות העות'מאני, והם שחוקקו את פקודת הקרקעות המתות. אך הבריטים מעולם לא הפעילו אותה בנגב, לא נישלו שום כדווי מאדמתו, ואף הכירו – על-פי ראיות רבות – בבעלות הקרקע המסורתית של הכדוויים, לכל-הפחות בקרקעות המעובדות, המוחזקות והמיושבות. חובה על ישראל לקיים הכרה זו כנגזרת מעקרון הרציפות המשפטית, כהגנה בסיסית על זכות הקניין המעוגנת בחוק-יסוד, וכבסיס להסדר מקרקעין בר-קיימא בנגב. הסדר זה ישלים באופן הוגן את הליך ההסדר הבריטי, ינהיג את עקרונות הצדק המעברי הנפוצים בהתייחסות לקבוצות ילידות ברחבי העולם, ויישם את עקרונות השוויון, כבוד האדם והצדק החלוקתי שעוגנו במשפט הישראלי.

הניתוח שהצגנו הראה כי שימוש בכלים שפיתחה הגיאוגרפיה המשפטית הביקורתית מאפשר לנו להבין טוב יותר את הקשר בין מרחב, משפט ויחסים אתניים ופוליטיים. בחינה ביקורתית חושפת במקרה שלפנינו את האופן שבו מערכת המשפט יוצרת ומבצרת קטגוריות מעין-אובייקטיביות (כגון "יישוב", "בעלות", "זהות", "נוודות", "הקצאה" וכדומה), אך יוצקת בהן תכנים המחזקים את "המדינה" (וכך את הקבוצות המסוימות הסמוכות אליה)

458 Anaya Report, לעיל ה"ש 16, נספח VI, פס' 17, 21.

ומנשלים קבוצות אחרות מודרות וחלשות. מסגרת תיאורתית זו חשפה גם את הדמיון בין התייחסות המדינה לבדווים לבין היחס שהופנה ומופנה במדינות מתיישבים אחרות כלפי קבוצות ילידות, אשר הוכפפו – לרוב נגד רצונן ובאלימות – למערכות משפט מודרניות. מערכות אלה כפו על החברה הילידית ועל מרחביה סדרה של תבחינים, נהלים וקטגוריות אשר זרים לה ולאופן שבו היא מנהלת את המרחב והחברה.

באופן זה מופיעות, במסגרת תביעות המקרקעין שמתנהלות בין המדינה לבין משפחת אל-עוקבי וגם בדווים אחרים, דרישות להצגת ראיות שאינן בנמצא, מכיוון שהחברה הבדווית לא השתמשה בהן כלל, כגון צווי ירושה רשמיים, אישורי בנייה או היסטוריה כתובה של השבטים ומקומות מגוריהם. נוסף על כך האוכלוסייה הילידה מוכפפת לדרישות אבסורדיות המושלכות "לאחור", כגון דרישה להצגת אישור מהשלטון העות'מאני להקצאת מקרקעין בשנת 1858 באזורים שבהם הוא לא שלט כלל; דרישה להצגת מפות של שטורות קניין, אשר לא שורטטו כלל במאה התשע-עשרה; דרישה להצגת מסמכים בריטיים – שלא היה כל צורך להשיגם בזמן-אמת – לאישור הקצאת מקרקעין תוך-שבטית; או דרישה לעמידה בחובת רישום 90 (!) שנה לאחר שהוכרזה כביכול בפקודת הקרקעות המתות (משנת 1921), וזאת חרף העובדה שהשלטון אשר חוקק את החובה-לכאורה מעולם לא יישם אותה בנגב. בתוך כך מערכת המשפט הישראלית גם מאמצת הגדרות צרות של "יישוב", "עיבוד" או "בעלות", אשר אינן מופיעות כלל בחוקים שאותם היא מיישמת כביכול. אם כך, למרות חזותן הניטרלית, קטגוריות אלה יוצרות בעצמן גיאוגרפיה משפטית של נישול החברה הילידית, אשר טיפוסית לחברות מתיישבים. ניקולס בלומלי, שכבר צוטט לעיל, מסכם זאת היטב:

ביסוסו של משטר מקרקעין מערבי-ליברלי היה בעת ובעונה אחת מטרתה של האלימות [נגד האוכלוסייה הילידה] והאמצעי לשעתוקן של צורות הסדרה אלימות ולעיגונן בחוק. מרחב, קניין [קרקעין] ואלימות שימשו [את המתישבים הקולוניאליסטיים] במשולב.⁴⁵⁹

כוונתו העיקרית של מאמר זה הייתה להציב סימן שאלה משמעותי על הלכת "הנגב המת", אשר הפכה כזכור את תובעי הקרקעות הבדווים לפולשים באדמות שקיבלו בירושה. אין במסגרת מאמר זה אפשרות לפתח בצורה שיטתית וראויה כיוונים משפטיים או תכנוניים נורמטיביים הנובעים מערעור ההלכה. עם זאת, נעיר בקצרה כי מעבר למשטר מקרקעין צודק והוגן בנגב הוא צו השעה. שינוי זה יכול להתקדם בכמה זירות, אשר יעבירו את היחסים בין המדינה לבין הבדווים מפסים של סכסוך ארוך ומר לעבר דיאלוג המבוסס על הוגנות ושוויון. זירות אלה יכולות לכלול מגוון של פתרונות, כגון בירור היסטורי וגיאוגרפי

459 Blomley, לעיל ה"ש 30, בעמ' 129. ראו גם LAW'S VIOLENCE, לעיל ה"ש 30; LAW, VIOLENCE, AND THE POSSIBILITY OF JUSTICE, לעיל ה"ש 30.

הוגן, מחוץ לכותלי בית-המשפט, של בעלות הקרקע, תוך התבססות על עדויות בעל-פה, מסמכים פנימיים וראיות ילידיות אחרות; הקצאת קרקעות מדינה לברדוויים באופן שוויוני למגזר הכפרי היהודי; מציאת פתרונות תכנוניים הולמים לכפרים הלא-מוכרים על בסיס שוויון עם יישובי היהודים; וכניסה לתהליכי גישור בסיוע מומחים עצמאיים, תוך עצירת אמצעי האכיפה הנוקשים ונטישת מסלול התביעות הנוגדות.

לא כאן המקום לדיון מעמיק בשאלת השפעתן של ההתפתחויות המשפטיות הנזכרות בזירה הבינ-לאומית וההשוואתית על המשפט בישראל, או בסוגיות החוקתיות והפרשניות אשר עולות ממאמר זה ומחייבות לדעתנו בחינה מחודשת של דוקטרינת "הנגב המת". אנו מבקשים רק להפנות בקצרה את תשומת-הלב להשלכותיהן ביחס לסוגיות אשר רלוונטיות במיוחד לברדוויים: הכרה בזכויות קניין לא-רשומות; התחשבות בתקפות הדין המסורתי של השבטים הברדוויים, כולל דיני קניין וירושה; והכרה במשקלן של ראיות בעל-פה ובמסמכים מסורתיים. די אם נאמר בשלב זה כי זיהוים של הברדוויים כקהילה ילידה מחייב אותנו לערוך דיון ערכי ומשפטי מחודש על-אודות דוקטרינת "הנגב המת", ולשלב בו תובנות וכיווני-דרך המופיעים במשפט הבינ-לאומי ובגישת הצדק המעברי, במשפט ההשוואתי ובמשפט החוקתי, המנהלי והקנייני, ובכללי הפרשנות הישראלים.

למרות הרגישות המוסרית והפוליטית הטמונה בהכרה באי-הצדק ובעוול ההיסטורי שנגרם לקבוצות ילידות בכלל ולברדוויים בפרט, גישה מוסרית זו עדיפה על המשך הפליה, נישול ואי-הכרה. מדינות רבות בעולם החלו במהלכים – שגם שם אינם מושלמים בהכרח – של פיצוי ותיקון עוול לשם מעבר לחברה דמוקרטית וצודקת יותר. אם תבחר המדינה להמשיך לפעול על-פי הלכת "הנגב המת", ואם יסכים לכך בית-המשפט, תעמיק ישראל את הקרע שיצרה כאשר נישלה את הברדוויים מאדמת אבותיהם, ותוותר על האפשרות – שהופיעה במקומות אחרים והוצהרה במסמכים בין-לאומיים חשובים – של תיקון אפוליות מערכתיות ועוולות היסטוריות שנעשו כלפי מיעוטים ילידים בשאון ההקמה של מדינות חדשות או משטרים חדשים. תיקון זה אפשרי, לדעתנו, באמצעות אימוצן של הנורמות הבינ-לאומיות כמתוות כיוון פרשני נכון לעקרונות-היסוד של שיטת המשפט הישראלית הנוכחית, וכמעניקות משמעות ומשקל ראוי לכבוד האדם וחירותו, לשוויון ולעקרונות של צדק חלוקתי.

התפתחויות חשובות שהתרחשו בדין הישראלי לאחר התבססותה של הלכת "הנגב המת" פותחות פתח לכיבוד חלק ניכר מהנורמות הבינ-לאומיות. התפתחויות אלה כוללות, למשל, את חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על כבודו של אדם ועל קניינו. חוק-היסוד הביא לידי בחינה משפטית מחודשת של מוסד הקניין. כפי שהסביר השופט לוי:

...הזכות לקניין כרוכה – בנסיבות מסוימות – באישיותו של בעל הקניין ובזכותו לכבוד. ערכו של הקניין בנסיבות אלו, אינו נובע משוויו הכלכלי, כי אם מהמשמעויות בהם הוא נושא עבור בעליו. משמעויות אלו – החל במשמעות רגשית עמוקה, עובר בזיקה משפחתית או מסורתית, וכלה בקשר היסטורי או דתי, אינן ניתנות לכימות או הערכה, וספק אם ניתן לפצות על

אובדנם. תוצאתה של פגיעה בקנין בנסיבות אלו חמורה פי כמה מבחינתו של הפרט הנפגע...

זאת ועוד, ההכרה בכך שקנין עשוי להוות חלק מאישיותו של האדם בנסיבות מסוימות, מחיבת להעניק משמעות אף לציפייה של אדם להוסיף ולהחזיק בו... פגיעה הנגרמת לאדם כתוצאה מנטילת ביתו, כפייתו לעזוב את היישוב בו בחר לחיות את חייו, וניתוקו הכפוי מאורח החיים הקהילתי בו היה מורגל משך שנים רבות – פגיעה אנושה היא. זו אינה פגיעה קניינית במובנה הכלכלי בלבד... הפגיעה הקניינית – ככל שניתן לתארה ככזו – כורכת עמה פגיעה אנושה בכבודם של המתיישבים...⁴⁶⁰

לנוכח זאת מודגש כי "מעמדה החוקתי של הזכות לקנין מחייבנו לפרש חיקוקים שיצאו תחת יד המחוקק עוד בטרם היות חוק היסוד, באופן שיהלום את המציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם קבלתו".⁴⁶¹ באופן דומה קבע השופט זמיר כי "אכן, חוק-היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד... אולם הוא בהחלט עשוי להשפיע על פירוש הדין. הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין".⁴⁶²

באופן דומה יש לתת משקל להלכת קעדאן, האוסרת הפליה בין אזרחים באפשרות הגישה לקרקע, וכן לבג"ץ הקרקעות (בג"ץ 244/00), אשר קבע כי "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית".⁴⁶³ קיימים אם כן בידי המשפט הישראלי כלים מספיקים על-מנת לבטל את הלכת "הנגב המת" ולהכיר בכך שהיא מהווה פגיעה אנושה בכבודם ובקניינם של אזרחי המדינה. שינוי ההלכה יאפשר לבדווים מימוש חוקי של זכויות קניין בקרקע שבה הם מחזיקים כיום באופן לא-חוקי לכאורה אף שקיבלו אותה בתום-לב מאבותיהם או רכשו אותה משכניהם. אם כן, ניתן וצריך לבטל בדחיפות את הלכת "הנגב המת" השגויה ולהחליפה בעקרונות ההכרה והצדק המעברי. שינוי המדיניות ומעבר לתהליך של הסדר הוגן ופתוח וכלול להוות גם תשתית הוגנת ומקובלת לבניית מערך התיישבות ופיתוח בר-קיימא לבדווים (ולכן גם ליהודים) באזור באר-שבע, אשר יקרב את ישראל לקבוצת המדינות הנאורות, המבקשות לתקן את

460 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 30–31 לפסק-דינו של השופט לוי (2005).

461 שם, פס' 28 לפסק-דינו של השופט לוי.

462 ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 (1995).

463 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פס' 21, 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2000); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, פס' 39 לפסק-דינו של השופט אור (2002).

משפט וממשל יד תשע"ב עיון מחודש בהלכת "הנגב המת": זכויות קניין במרחב הברווי

עולות העבר וליצור עתיד של פיוס וחיים משותפים בכבוד. לסיום נציין גם שתהליך פיוס בין הברווים למדינה ייצר מרחב שוויוני והוגן יותר ויטיב את מצבם של כלל תושבי הנגב – ברוויים, יהודים ואחרים – הסובלים כיום כולם מהתמשכות הסכסוך ומהשלכותיו השליליות על האזור כולו.