

אמת מטרידה – "הלכת הנגב המת" ונישול הבדואים לאור מאמרה של רונית לויין-שנור "לקראת פרדיגמה חדשה: על הזכויות הקבוצתיות של הבדואים במקרקעין בנגב" בגיליון זה

אלכסנדר (סנדי) קדר, אחמד אמארה, אורן יפתחאל*

מאמר זה מתמקד בדיון בספרם של המחברים "Emptied Lands: A Legal Geography of Bedouin Rights in the Negev" (אדמה מרוקנת: גיאוגרפיה משפטית של זכויות הבדואים בנגב) משנת 2018, ומתקדם בשלושה צעדים. במבוא נפרסים ומנותחים עיקר טיעוניה של רונית לויין-שנור כביקורתה על הספר. המחברים מבקרים את היקפו המצומצם של הדיון שהיא עורכת בחומרי המחקר החדשניים שהוצגו בספר ואת מסקנותיה שממצאים אלה אינם רלוונטיים עוד מבחינה משפטית מאחר שנדחו בידי בית המשפט. המחברים טוענים כי "האמת המטרידה" בנוגע לנישול המקיף של האוכלוסייה הילידית בנגב חייבת להיחשף ולהידון בזכות עצמה, ולא להימדד על פי החלטות שיפוטיות ועל פי שיקוליהם השניים במחלוקת של בתי המשפט; אלו מהווים מושא למחקרם ולא הגורם הנותן או המונע ממנו תוקף. עם זאת המחברים תומכים בפרשנות הביקורתית של לויין-שנור מציגה בנוגע לפסקי הדין הישראליים אשר איינו שלא כדין את זכות הקניין וההתיישבות הבדואית.

פרק א מבקש להאיר את מה שנותר בחשכה במאמרה של לויין-שנור, ובאותה הזדמנות את הפינות האפלות של הדיון המשפטי הישראלי בזכויות הבדואים. לשם כך נפרסות בקצרה "ראיות הזהב" שהובאו בספר, המציגות ראיות חותכות להיותם של חלקים ניכרים מבקעת באר שבע בבעלות בדואית. ראיות אלה סותרות את מה שהמחברים מכנים בספר "הלכת הנגב המת", אשר נוסחה בידי פליאה אלבק ומשרד המשפטים עוד בשנות השבעים. ההלכה נוסחה תוך אימוץ גישה המזכירה את דוקטרינת ה"טרה נוליוס" (terra nullius – אדמה ריקה), אשר שימשה חברות מתיישבות לנישול נרחב

* פרופסור אלכסנדר קדר הוא חבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ונשיא האגודה לצדק חלוקתי; ד"ר אחמד אמארה הוא מרצה למשפט והיסטוריה באוניברסיטת ניו-יורק תל-אביב, בתר-דוקטור באוניברסיטת בן-גוריון המתמחה בקניין ובמשפט עותמאני ועורך דין לזכויות אדם; פרופסור אורן יפתחאל הוא מרצה לגיאוגרפיה פוליטית ומשפטית באוניברסיטת בן-גוריון בנגב ופעיל זכויות אדם. אנו מודים לקרן הלאומית למדע ISF על מענק המחקר מס' 920/13, אשר מימן חלק מן המחקר שעליו מבוסס ספרנו ומאמר זה. כמו כן אנו מודים לגב' מאי ערד על הסיוע בהכנת מאמר זה לדפוס.

של עמים ילידיים ברחבי העולם מבעלותם המסורתית במקרקעין, ואפשרה את ריכוזם בשמורות וב"גטאות". בדומה למצבים מעין אלו במקומות אחרים, "הלכת הנגב המת", המציבה תנאים בלתי־אפשריים להוכחת בעלות בקרקע של הברואים, השפיעה על מאות פסקי דין מנשלים שהפכו את הברואים ל"פולשים" בארמות שהם ואבותיהם החזיקו במשך דורות. המחברים מראים בהרחבה בספר – ובתמצית במאמר זה – כיצד ההלכה המבוססת על פרשנות מעוותת ומוטעית של הדין העותמאני, הבריטי והבינלאומי ממשיכה לאיין עד היום את קניינם של האזרחים הברואים בנגב – בניגוד לראיות, לדין ולמוסר. פרק ב דן ב"תזת המתרוכה" (קרקע לשימוש ציבורי) אשר לויין־שנור מציגה כחלופה לעיגון זכויות קולקטיביות של הברואים בקרקע, ומנתח את יתרונותיה ואת חסרונותיה. מסקנת המחברים היא שלמרות הכיוון העקרוני החיובי בהצעה זו, התזה מוגבלת וסיכויה המשפטיים קלושים, והם נוגעים כנראה רק לשטחי מרעה בשולי האזור המיושב. זאת ועוד, החברה הברואית הילידית מתייחסת לקרקעותיה כאל קרקעות כבעלות שבטית, משפחתית ופרטית ולא כאל קרקע ציבורית, ולכן היא אינה מקבלת עד היום את גישת המתרוכה. עם זאת, ברוח ההצעה החלופית של לויין־שנור, המחברים פורסים כיוון תכנוני שכבר פורט בספר, שעשוי בקלות יחסית להעניק זכויות מגורים, בנייה ופיתוח ליישובים הברואים הלא מוכרים. המחברים סבורים, כי לתוכניות האלטרנטיביות שהכינו נציגי הקהילה הברואית בשנים האחרונות ולשילוב היישובים הברואים בתוכניות המתאר לאזור הנגב יש סיכוי סביר לשמור על מה שנותר מזכויות הקרקע וההתיישבות של האזרחים הערביים־ברואים במרחבי הנגב, ולאפשר להם קיום בשוויון ובכבוד במשותף עם שאר תושבי הנגב.

מבוא

א. קריאה סלקטיבית

1. מטרת הספר

2. תרומות הספר – ממצאים, מסמכים, ראיות

(א) "הלכת הנגב המת" והפרכתה

(ב) ראיות זהב שאספנו, על קצה המזלג

3. תהיות

4. אי־דיוקים

ב. שאלת המתרוכה

לקראת אתגור ההלכה?

מבוא

שמחנו כאשר מערכת "עיוני משפט" יזמה את הכנתה של ביקורת על ספרנו "Emptied Lands: A Legal Geography of Bedouin Rights in the Negev"¹. לבסוף אומנם התברר שמאמרה של ד"ר רונית לויין-שנור הפך מביקורת ספרים ל"דיון בעקבות הספר", אך אנו מרוצים על ההזדמנות לתרום לדיון.

בצורתו הסופית מאמרה של לויין-שנור מהווה מעין "תפירה" של הערכה קצרה וחלקית על ספרנו במשולב עם חיבור עצמאי ארוך, המציג מהלך אחר לסוגיית הקרקע בנגב. "תזת המתרוכה" של לויין-שנור מקדמת היא בהחלט בעלת ערך בעינינו ויכולה אף לסייע במאבק הנוכחי לצדק קרקעי בנגב, אם כי לדעתנו פחות במישור המשפטי, כפי שיפורט בהמשך. המחברת דנה בספרנו ישירות רק בחלק קטן ממאמרה בן ה-41 עמודים,² אם כי דיון זה מבלבל משהו: מן הצד האחד, המחברת מנסה לברל את עצמה מאיתנו באמצעות העברת ביקורת נוקבת על מטרות הספר וגישתו כאשר היא טוענת ש"אין לטיעון המשפטי שבספר עוד אפקטיביות – הוא נוסה ונכשל [...]".³ טענה זו מפחיתה מערכו של החומר המעמיק – ההיסטורי, הגיאוגרפי והמשפטי – שהצגנו בספר, טענה שאליה נחזור בהמשך; מן הצד האחר, מסתבר שגם המחברת תומכת בטיעוננו המרכזי, שלפיו פסקי הדין בפרשת אלעוקבי (בבית המשפט המחוזי והעליון) מלאים שגיאות, חלקן אפילו חמורות.⁴

לטעמנו ישנם קשיים באופן שבו לויין-שנור מתארת את ספרנו ומפרשת חלק ניכר מטיעוננו. קשיים אלה אפשר לראות במיוחד בבחירתה שלא להיכנס לעומקם של חלקים מרכזיים מן הטיעונים והממצאים שהעלינו בספר, המצביעים על בעלות בדואית בקרקע מסוג "מירי" (ולא "מתרוכה" כפי שהיא מציעה). כאמור, טענתה העיקרית היא שממצאים אלה אינם רלוונטיים מבחינה משפטית, מאחר שהם נדחו בידי בית המשפט. אך כפי שנפרט, קביעתה מחטיאה לטעמנו את העיקר. מחקרנו, שנבנה על סמך בדיקה מעמיקה וראשונה מסוגה במגוון של ארכיונים ושל חומרים היסטוריים ומשפטיים, שופך אור חדש על סוגיית הבעלות השבטית והמשפחתית בקרקע ובונה אדנים להכרה בבעלות מסוג "מירי", ולא "מתרוכה" כפי שהיא מציעה. מוזר בעינינו, שהכיוון המחקרי והמשפטי אשר אימצנו לאחר מחקר זה

1 ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV 101 (Stanford University Press, 2018) (להלן: "ספרנו" או "הספר").

2 רונית לויין-שנור "לקראת פרדיגמה חדשה: על הזכויות הקבוצתיות של הבדואים במקרקעין בנגב" עיוני משפט מג 689 (2021). שלא כמקובל בביקורת ספרים, רק בסיומו של עמ' 691 (ושוב בקצרה בעמ' 693) במאמר עצמו מוזכר ספרנו לראשונה, אולם המחברת מגיעה לדיון משמעותי בספר רק בעמ' 703! הספר מוזכר עוד כמה פעמים בעמודים העוקבים, אך בחלק האחרון של מאמרה לויין-שנור נוטשת את ההתייחסות לספר ומציעה "פרדיגמה חדשה" (כינוי שלה) מבלי לחזור שוב אל ספרנו (למעט אזכור שולי), אף לא בסיכום.

3 שם, בעמ' 695.

4 ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012) (להלן: עניין אלעוקבי); ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2015) (להלן: ערעור אלעוקבי); דנ"א 3751/15 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.7.2015).

מקיף נפסל בעיניה של לויין-שנור על סמך פסיקות מסוימות של בתי משפט ישראליים, שאפילו בעיניה הן מוטעות. הדרך הנכונה לדעתנו היא לפעול למען מיצוי מלא של זכויות האזרחים, למרות הפסיקות המחמירות, תוך שימוש במגוון כלים – משפטיים, תכנוניים ופוליטיים, בארץ ובחול – ולא לחתור לסעד חלקי כפי שמציעה לויין-שנור.

זאת ועוד, נדגיש שבעבודתנו האקדמית בית המשפט הוא מושא המחקר, לא מי שקובע את תקפותו. כך, ובדומה לבתי המשפט בישראל (אם כי מעמדה שונה מבחינה נורמטיבית), בחרה לויין-שנור לעקוף את התמונה הברורה העולה ממאות המסמכים והעדויות שאספנו, המעידה על בעלותם של הברואים בחלקים גדולים מקרקעות הנגב, ביחוד בבקעת באר שבע. יודגש עוד, כי בית המשפט התקשה לעמוד מול חלק ניכר מן הראיות ומן הטענות אשר הובאו בפרשת אלעזקבי, ולכן בחר שלא להתמודד עם חלקן; אך בסופו של דבר הוא בחר לאמץ פרשנות משפטית השוללת את זכויות הקניין של הברואים. גישה זו של בתי המשפט הישראליים היא נקודת המוצא למחקר הביקורתי שבו מתמקד הספר.

"רוב העולם פשוט מתעלם מהאמת המטרידה" טוען אל גור בסרטו המפורסם על שינויי האקלים.⁵ דומה שזה המצב גם בשיח המשפטי על זכויות הברואים בכלל, ובביקורתה של לויין-שנור בפרט. עם זאת ההתעלמות אינה מבטלת או מפריכה את העובדות שחשפנו במחקר, ואף לא את השימוש הבעייתי ב"הלכת הנגב המת" אשר אנו מבקרים ומפריכים בספר. כחוקרים וכאזרחים אנו סבורים שכל סטודנטית, חוקרת או שופטת בישראל אמורות להכיר את העובדות שנחשפו בספר, המציגות באור חדש את נישולם המתמשך של הברואים בחסות מערכת המשפט הישראלית. זוהי התשתית העמוקה לתיקון הקנייני והמרחבי הרחוף המתבקש מן המצב העגום שבנגב.

טיעונה של לויין-שנור, שלפיו ישנה דרך חלופית לטעון לזכויות הקניין של הברואים – על בסיס בעלות וזכות שימוש קיבוצית (מתרוכה) – הוא טיעון מעניין וחיובי; שאלת המתרוכה אף עלתה בספרנו, כמו גם גישה המקדמת מדיניות תכנון ופיתוח, אשר פיתחנו כדרך עדיפה להקניית זכויות מרחביות קולקטיביות, כפי שיורחב בהמשך. ניסיונה של לויין-שנור לקדם את הסוגיה בהחלט מעורר, אם כי המהלך שהיא מציעה רלוונטי לדעתנו בנוגע לחלק קטן בלבד מן הקרקעות שבמחלוקת, היינו שטחי המרעה.⁶ בכל מקרה, אנו מברכים על תמיכתה בטיעונים הביקורתיים המופיעים בספרנו כלפי תפקידה של מערכת המשפט בנישול הברואים, ורואים בה שותפה לקידום הצורך לצדק מתקן אל מול העוול המתמשך הנגרם לאוכלוסייה הילידית בנגב.

א. קריאה סלקטיבית

1. מטרת הספר

לויין-שנור טוענת, כי "הקושי המרכזי בספר לטעמי הוא היותו בבחינת 'מהדרורה מורחבת' – בפעם השלישית – של טענות המחברים נגד הלכת אל הואשלה".⁷ כדאי להעמיד דברים

5. An Inconvenient Truth (Participant Media, 2006).

6. ראו בעמ' 61, 73, 79 ו-92 לספר, לעיל ה"ש 1.

7. לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 704.

על דיוקם. ספרנו לא יועד להיות ואף אינו מהווה כתב טענות משפטי חדש המוגש לבית המשפט, אלא מחקר אקדמי בנושא הגיאוגרפיה המשפטית וההיסטוריה של שינוי המרחב הבדואי בנגב, מחקר שערכנו מתוך גישה מחקרית רב־תחומית, ריאליסטית וביקורתית. אם כך, מדובר בספר שמטרתו מחקרית, והיא אינה ממוקדת בטקטיקות של ליטיגציה. כפי שאנו מבהירים בפרק הראשון לספרנו, התייחסותנו לחומרים שואבת את השראתה מגישות ביקורתיות, כגון גיאוגרפיה משפטית ביקורתית, גישות ביקורתיות למשפט וניתוח המשפט בחברות מתיישבים.⁸ מתוך גישות אלו אנו ניגשים לניתוח מעמיק של השיח ההגמוני. בדרך זו הניתוח מתייחס לשיח ההגמוני ברצינות רבה, ומנסה לפרק אותו לא רק "מבחוץ" אלא גם "מבפנים" באמצעות חשיפת סתירות פנימיות וכשלים במערכת.⁹ זוהי דרך מקובלת בגישות ביקורתיות. כך למשל, מבקרות פמיניסטיות אינן חוששות מחשיפת הדיכוי הגברי וניתוחו על מנת לתקנו. למרות מאות שנים של מאבק רווי כישלונות, נשים וגברים פמיניסטיים ממשיכים במהלך ומשיגים הישגים גדולים בדרך זו.

קרוב יותר לענייננו – עמים ילידיים ברחבי העולם נאבקו בבתי המשפט עשרות שנים למען זכויות קרקעיות, ונכשלו פעמים אין־ספור במדינות כמו אוסטרליה, קנדה, דרום אפריקה וברזיל. למרות זאת המשיך המחקר הביקורתי להעמיק בסוגיה, והוביל לכמה הישגים משפטיים אשר הקנו לילידים זכויות משמעותיות בהכרה בזכויות קניין במספר הולך וגדל של מדינות, כמו גם בדין הבינלאומי. נדגיש שהגישה המשפטית הישראלית באשר לבדואים לא השתנתה עד היום, ולכן איננו מתבצרים במגדל השן. כוונתנו בהחלט להשפיע על השיח המשפטי, היות שהמערכת המשפטית אינה מנותקת בדרך כלל מן המערכת המגשלת בחברות מתיישבים, נוסף לעובדה כי "האמת המשפטית" איננה אמת מוחלטת אלא תוצר של יחסי כוח ושל אידאולוגיות שונות. המחקר שלנו אכן שואף גם להיות בעל תרומה והשפעה בעולם "האמיתי", אם כי באמצעות מחקר מעמיק, חשיפת חומרים וניתוח ביקורתי של חקיקה ופסיקה, ולא דרך שיקולי "רווח והפסד" פרגמטיים שישמשו טיעונים בפני בית המשפט בתיקים כאלה או אחרים.

לעומתנו, לוי־שנור מציגה גישה של פרשנות פורמליסטית משפטית, שהייתה לאורך מאות שנים נשק חשוב בידי הכוחות הקולוניאליים על בסיס הנחות היסוד שלהן בנוגע להיעדר הזכויות של האוכלוסייה הילידית. גישה זו מגיעה מתוך פרספקטיבה פנימית של מערכת המשפט הישראלית, והיא מנסה לבדוק מהם הטיעונים המשפטיים שעשויים לשכנע את בית המשפט בטיעוניהם של הבדואים בדבר מצבם הקרקעי.¹⁰ פרשת אלעוקבי

8 ראו את ספרנו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19-20.

9 ראו למשל (DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION: FIN DE SIÈCLE (1997).

10 כך למשל כותבת המחברת, כי: "בעניין אלעוקבי טענה המדינה, כי גם אם מוכחת הטענה שלפיה בני השבט אלעוקבי רכשו זכויות בקרקע הנתבעת בשל שימושם הקיבוצי-ציבורי בה מימים ימימה, יש לרשום את הקרקע על שמה בהתאם לאמור בסעיף 154(א) לחוק המקרקעין. בית המשפט לא הכריע בטענה, אך מובן שאם יש בה ממש אין לכאורה טעם רב בהצעת לפתח את פרדיגמת הזכויות הקבוצתיות. לכך אשיב כי אין בטענה כל ממש...". ראו לוי־שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 725 (ההדגשה הוספה). בצורה דומה היא כותבת, כי "כך גם באשר לטענות בדבר הגנה לבדואים קבוצה ילידית, ככל שהתביעה לכך מתנהלת בישראל. אשר לתוחלת של טענות אלה במשפט הבינלאומי, אף לשיטת המחברים ישנו פער בין צמיחתן במשפט הבינלאומי של

מהווה עבורנו מקרה מבחן עשיר ומרתק, שדרכו אנו מנתחים – הן "מבחוץ" והן "מבפנים" ותוך אימוץ פרסקטיבות תיאורטיות – את האופן שבו המערכת הישראלית מנשלת את הבדואים מקרקעות אבותיהם. המחקר חושף נקודות מפתח וראיות חדשות ומשמעותיות שאנו מציגים בספרנו לראשונה. אנו מעריכים את ניסיונה של לויין-שנור למצוא נתיבים חלופיים להצלחה בבתי המשפט, אך ההבדל הוא שהניתוח שלנו מבקש להציף את נקודת המבט הילידית הרה-קולוניאלית, אשר מכירה בבעלות הבדואים במקרקעין. גישה זו אף התקבלה בקרב מערכות המשפט והתכנון במקומות לא מועטים בעולם, כגון אוסטרליה, קנדה וברזיל. באמצעות תפיסה זו אנו מבקשים להדגים את הטעויות העמוקות בפסיקה, שאליה לויין-שנור מתייחסת כאל אמת משפטית חלוטה.

זאת ועוד, הקריאה הסלקטיבית של לויין-שנור גרמה לה גם להחמיץ חלק מקורי בספר (פרק 9), הודן בפתרונות תכנוניים למצוקה המרחבית של הבדואים, המתבססים (בדומה להצעה שהיא מקדמת) על שימוש קולקטיבי רב-שנתי בקרקע והזכויות שהוא מעניק. חלק זה בספרנו משרטט חלופה חשובה לבתי המשפט בתהליך עיגון הזכויות המרחביות והקרקעיות של האוכלוסייה הבדואית. הפרק מתאר תהליך ארבע-שנתי של הכנת תוכנית אב ליישובים הבדואים מטעם המועצה האזורית לכפרים הבדואים הלא מוכרים, ופורס את תכנון של המהלך התכנוני ברמה המשפחתית, היישובית והאזורית; מטרת-העל של מהלך זה היא "הכרה במקום" של היישובים, תוך התחשבות מקסימלית במורשת הילידית הקרקעית. תוכנית זו, שהושקה בשנת 2013, הוכנה בידי צוות מקצועי בראשות אחד ממחברי הספר, אורן יפתחאל, ועימו סעייד אבו סמור ומתכננים ומתכננות מעמותות "במקום" ו"סידרה". התוכנית מתבססת על תביעות הקרקע של הבדואים, שאותן היא מגדירה מבחינה פורמלית "נחלות" תכנוניות (בדומה למודל של המושבים והקיבוצים), תוך הוספת "יישוב בדואי" לסוגות היישוב האפשריות במערכת התכנון. בדרך זו, טוענת התוכנית, ניתן להוביל להכרה ביישובים המועמדים לפינוי על פי סטנדרטים תכנוניים ישראלים של המרחב הכפרי ברמת המשבצת היישובית. בר-בזמן המתווה מאפשר לבדואים להמשיך ולפתח את מרחבי הפנים של יישוביהם על פי החלוקה הקרקעית הפנימית המבוססת על ה"מווארס" (חלקות משפחתיות). התוכנית כוללת גם מנגנונים של הקצאה שוויונית לחסרי קרקע ותוכנית להקמת מערך מוניציפלי לניהול היישובים.

הניתוח בספר מראה, שבדרך זו יהיה אפשר לעגן את זכויות הבדואים בקרקע על בסיס תכנוני-קולקטיבי (יישוב) ומשפחתי-פרטי (הנחלה) במסלול בעל סיכויים רבים יותר, לעניות דעתנו, מאשר מסלול ה"מתרוכה" שלויין-שנור מקדמת. ואכן, התקדמות לא מבוטלת הושגה כבר באמצעות מתווה זה מאז פרסום התוכנית ועד היום: שישה יישובים ועשרות אלפי אזרחים שהיו מיועדים לפינוי הוכרו מאז בידי מערכת התכנון, ותושביהם בטוחים כעת במקומם. עקב דילוגה של לויין-שנור על פרק זה בספרנו הוחמצה ההזדמנות לדיון השוואתי בין פתרון ה"מתרוכה" שהיא מציעה לפתרון התכנוני המוצע בספרנו – וחבל.

נורמות הגנה על ילידים לבין יישומן הלכה למעשה כנורמות מחייבות". ראו שם, בעמ' 704. אנו סבורים שבית המשפט אינו מתמודד כראוי עם טיעון הילידיות ועם הנורמות הבינלאומיות, שבחלקן מהוות כבר משפט בינלאומי מנהגי המחייב בישראל. ראו את ספרנו, לעיל ה"ש 1, בפרק 8-7 וכן בעמ' 262, שם.

2. תרומות הספר – ממצאים, מסמכים, ראיות

עיקר מאמרה של לויין-שנור עוסק בקידום גישה קולקטיבית להקצאת קרקע לבדואים, כביכול על בסיס הכישלון המתמשך של הבדואים במאבקם המתמשך להכרה בעלות אינדיבידואלית ודחיית בתי המשפט את הטענות שעלו ממחקרנו. אך למען דיון מסוג זה אנו סבורים, שחשוב שתפרס התמונה האמפירית שאנו חושפים בספרנו, בפעם הראשונה בבמה מחקרית בינלאומית מכובדת. חלק מן הראיות המוצגות בהמשך המאמר רואות אור גם לראשונה בעברית.¹¹ מאחר שלויין-שנור אינה עושה זאת במאמרה, נפרוס כאן בקצרה את עיקרי הממצאים אשר אספנו בארכיונים ברחבי העולם ובארץ, כמו גם במחקר עומק בחברה הבדואית עצמה.

(א) "הלכת הנגב המת" והפרכתה

אחד המהלכים המרכזיים של ספרנו הוא פיצוחה של מה שאנו מכנים "הלכת הנגב המת". גישה מדינתית-משפטית עוצמתית זו מאגדת בין תפיסות משפטיות, היסטוריות ומרחביות לכרי דוקטרינה הגמונית ומנשלת. אבן ראשה זו של הספר אומנם מוזכרת קצרות במאמרה של לויין-שנור,¹² אך לדעתנו היא אינה מוצגת בצורה מספקת ההולמת ביקורת ספרים. כפי שאנו מראים בפירוט בספר, ישראל גיבשה גרסה משלה לדוקטרינת ה"טרה נוליוס" (terra nullius – אדמה ריקה) הקולוניאלית. גישה זו, שהתבססה על המשפט הרומי אך עברה עיבוד ושינוי בעידן הקולוניאלי, גורסת שכאשר הגיעו המתישבים לטריטוריות ילידיות הם גילו "אדמה ריקה" נעדרת בעלים, היות שהילידים היו חסרי זכויות במקרקעין אלו. גישה זו מהווה כלי המוחק את ההיסטוריה, את המשפט ואת הזכויות במקרקעין של התושבים המקומיים. כך, הגעת האדם (הלכן בדרך כלל) לטריטוריה ילידית זו פותחת "דף חלק", המאפשר לנשל את המקרקעין מן המקומיים תוך הכחשת עצם מעשה הנישול.¹³ "הלכת הנגב המת" נוצקה בידי מדינת ישראל באופן המקל על הכרזת המקרקעין שהוחזקו בידי הבדואים במשך דורות כמקרקעי המדינה המיועדים לייחוד המרחב, לרבות יישוב יהודים בהם. הספר חושף את העיוותים בדוקטרינה זו: אנו מראים שכמעט בכל צומת הכרעה בדבר פירוש ההיסטוריה, הגיאוגרפיה והמשפט בחרה המערכת הישראלית בפרשנות הגרועה ביותר מנקודת מבטם של הבדואים, תוך שהיא מציגה את הבחירה ככורה וכאפשרות היחידה. באופן דומה לתהליכים משפטיים שהתרחשו במקומות אחרים, נישולם של ילידים מצריך תחזוקה מתמדת של תהליכי הדחקה, הכחשה והשכחה. ברוח זו "הלכת הנגב המת" משמשת הצדקה מרחבית-משפטית, המנשלת תוך כדי הכחשת עצם הנישול באמצעות ביסוס הטענה (המעוותת לטעמנו) שלבדואים מעולם לא הייתה בעלות בקרקע.

11 חשוב לציין, שחלק מן הראיות המוצגות כאן נפרסו במאמרנו: אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדוי" משפט וממשל יד 7 (2012). כל הממצאים החזותיים וחלק מן המילוליים מוצגים כאן לראשונה בעברית.

12 לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 705.

13 ראו את ספרנו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5, 9 ו-32-35.

הדוקטרינה עושה זאת על בסיס שילוב של טיעונים היסטוריים, גיאוגרפיים ומשפטיים בתוספת כלים פרוצדורליים וראייתיים, שאותם אנו מפריכים לאורך הספר.¹⁴ אומנם הנגב מעולם לא הוגדר רשמית "כטרה נוליוס", אך ההתייחסות הקולוניאלית והכנסה במובלע דרך מדיניות מרחבית ומשפטית אשר "רוקנה" את זכויות הקניין הברואי באמצעות עיוות ההיסטוריה הילידית, ובהמשך תוך הכחשת המשפט המנהגי, דפוסי הקניין השבטיים, שליטתם במרחב, תרבותם הקולקטיבית ואת המדיניות העותמאנית והבריטית והאינטראקציות שלהם עם הברואים. כל זה נעשה תוך מתן פרשנות מסולפת, לטענתנו, למשפט ולפרקטיקה השלטונית, העותמאנית והבריטית.¹⁵ מהלך מפתח באימוץ גישת ה"טרה נוליוס" ובניית גרסה ישראלית שלה היה הגדרת הנגב כולו כמקרקעי "מוואת".¹⁶ מושג זה שואב את השראתו מן המסורת המוסלמית, ומופיע מאוחר יותר במסגרת חוק המקרקעין העותמאני משנת 1858 ובחקיקה מנדטורית בריטית משנת 1921.¹⁷ עבור הניתוח בספר זיקקנו מתוך "הלכת הנגב המת" שמונה מרכיבי ליבה, שאותם אנו מפריכים על בסיס מחקר שיטתי ומעמיק:¹⁸

1. ישראל טוענת שהיא ממשיכה ואף מיישמת בדווקנות את דיני המקרקעין העותמאניים והמנדטוריים, בייחוד אלו הנוגעים להסדר מקרקעין ולמקרקעי מוואת ומירי. בספרנו אנו מראים כי בניגוד לעמדה זו, המשפט הישראלי לא רק שלא המשיך את הדינים ואת הפרקטיקות שקדמו לו, אלא אף הפך אותם על פניהם.¹⁹
2. המדינה טוענת שלברואים בנגב לא הייתה מערכת קניינית מאורגנת ומתפקדת. בניגוד לכך, אנו מביאים ראיות רבות לכך שבקרב הברואים בנגב התקיימה מערכת מפותחת, מורכבת ומתפקדת של מקרקעין אשר הקצתה, חילקה, משכנה, אישרה מכירה ובררה בסכסוכי מקרקעין.²⁰
3. לטענת המדינה משטרים קודמים מעולם לא הכירו באוטונומיה ברואית או במשפטם המנהגי, ולכן המדינה אינה מנשלת את הברואים מזכויות שהיו להם מכוח משפטם המנהגי, אלא רק ממשיכה את הדין הקיים אשר לא הכיר בזכויות קניין של הברואים במקרקעיהם בנגב.

לעומת זאת, אנו מראים על בסיס ראיות היסטוריות, גיאוגרפיות ומשפטיות, כי לממשל העותמאני לא הייתה שליטה מוחלטת באזור, לפחות עד שנת 1901, כאשר הוא הקים את העיר באר שבע. זאת ועוד, הן המשטר העותמאני והן המשטר המנדטורי העניקו

14 ראו שם, בעמ' 5, 13-14, 34-35, 89-91 ו-257-274.

15 ראו שם, בעמ' 12, 50-51, 53, 77-81, 96-97 ו-257-264.

16 ראו שם, בעמ' 98.

17 ראו שם, בעמ' 46, 57 ו-81.

18 הצגת הדוקטרינה והפרכתה נערכות לאורך כל הספר. תיאור תמציתי של הדוקטרינה מופיע בעמ' 13 לספר ומעט יותר בפירוט במסגרת ביקורתנו את פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור וברדיון הנוסף בפרשת אלעוקבי, לעיל ה"ש 3 (ראו את הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 258-264).

19 ראו שם, בעמ' 91-97 ו-257 ואילך.

20 ראו שם, בעמ' 122-124, 128-133, 141 ו-145-147.

- לאחר מכן אוטונומיה משמעותית לשבטים הבדואים, לרבות בנוגע למערכת הקניינית הפנימית שלהם.
- מעבר לכך, החל מן התקופה העותמאנית המאוחרת, ובייחוד בתקופה המנדטורית, התנהל שוק מקרקעין נרחב, שבו בדואים מכרו מקרקעין לרוכשים יהודיים וערביים ולחברות רכישת קרקע יהודיות כגון הכשרת הישוב וק"ל. עסקאות אלו נרשמו בידי הממשלים העותמאניים והמנדטוריים.²¹ רישום זה מוכיח כי משטרים אלו הכירו בבעלות הבדואית, היות שכלל בסיסי בקניין הוא כי אדם אינו יכול להעביר יותר זכויות במקרקעין ממה שיש לו. אין ספק שאילו סברו השלטונות שהקרקע היא בבעלותם (כטענת מדינת ישראל), הם ודאי לא היו נותנים תוקף לגזלת מקרקעין מן המדינה (העותמאנית או המנדטורית), העברתם לצד ג ורישומם ברישומי הטאבו.²²
4. כישלונם של הבדואים לרשום את מקרקעיהם במועד הקובע לפי פקודת הקרקעות המתות המנדטורית (16.4.1921) הופך אותם למסיגי גבול תמידיים. אנו מראים, שפקודת הקרקעות המתות הבריטית אינה אמורה לחול על קרקעות הבדואים, היות שהן היו ברובן מסוג קרקע "מירי". עוד אנו מראים, כי הפקודה גם לא יושמה בצורה עקבית ומלאה ב"פלסטיין" המנדטורית, ולא הוחלה בנגב לפני החלתה בידי מדינת ישראל לאחר הקמתה.²³
5. המדינה גורסת, שלפחות עד שנת 1921 הבדואים לא עיבדו מקרקעין בנגב בקביעות. לכן לטענת המדינה, הקרקע לא היוותה קרקע מירי מעובדת שניתן לזכות בה בזכויות קניין, אלא קרקע מוואת לא מעובדת השייכת למדינה. על בסיס מקורות ראשוניים ומשניים אנו מראים, כי הגיאוגרפיה ההיסטורית של הנגב מוכיחה שבדואים עיבדו ברציפות את המקרקעין בבעלותם המסורתית, עיבוד שהגיע כדי שלושה מיליון דונמים.²⁴
6. לגרסת המדינה, לפחות עד שנת 1921 היו הבדואים נוודים נעדרי יישובי קבע. אנו מראים, כי הבדואים בתקופה זו היו "נוודים למחצה" וכי היו להם יישובי קבע (כפרים) – נתון קריטי עבור זכויות "מירי" בקרקע. כפרים אלו היו כמובן שונים מבחינה חזותית מ"כפרים" בצפון הארץ או באירופה, אך הם עונים על המרכיב המשפטי העותמאני כ"כפר" או כ"מקום מיושב" לשם מדידת המרחק על מנת לקבוע אם הקרקע היא מוואת.²⁵
7. המדינה גורסת שהבדואים אינם ילידים, ושכל מקרה אין משמעות משפטית בישראל לדין החל על ילידים (מרכיב זה הוא חדש יחסית, ולא היה קיים בפרשת אל-הוואשלה משנות השמונים אשר קידמה את "הלכת הנגב המת". הוא מהווה במידה רבה תגובה לטיעונים שהעלו הבדואים).

21 ראו שם, בעמ' 81-86.

22 ראו שם, בעמ' 50-51 ו-86.

23 ראו שם, בעמ' 66-74.

24 ראו שם, בעמ' 79.

25 ראו שם, בעמ' 12, 17 ו-131-145.

אנו מראים, שהברואים תואמים את אפיוני הילידיות במשפט הבינלאומי והמשווה, ושחלקים מן המשפט הבינלאומי בעניין זה הופכים למשפט בינלאומי מנהגי החל ישירות בישראל.²⁶

8. נטל הראיה להוכיח את זכותם כנגד כל האמור לעיל מוטל במלואו על הברואים. אנו מראים שנורמות משפטיות בינלאומיות, אזוריות ומדינתיות מעניקות במידה גוברת והולכת זכויות טריטוריאליות במקרקעין לקהילות ילידיות, ומתאימות את כללי הפרוצדורה והראיות על מנת שיהלמו יותר נורמות ופרקטיקות ילידיות.²⁷ עוד נזכיר, שזהו הספר הראשון המציג בחלקו המרכזי הפרכה של "הלכת הנגב המת", שאליה לויין-שנור אינה מתייחסת בצורה מספקת. הפרכה זו מתבצעת על בסיס שלושה כיווני מחקר מרכזיים: גיאוגרפי-היסטורי – המדגים שהנגב הצפוני לא היה קרקע מוואת; היסטורי-משפטי – המנתח את הנורמות המשפטיות של המשטרים הקודמים והמראה כי בניגוד לטיעוני המדינה, היא כלל אינה "ממשיכה" את הדין הקודם; ילידיות הברואים – המבסס את הגישה שלפיה הברואים הם ילידים וכי הדין הנוגע לילידים הפך בחלקו למשפט בינלאומי מנהגי, גישה מחקרית שאליה לא התייחסה לויין-שנור כלל. לעניות דעתנו כחוקרים, חיבורם של שלושת כיווני המחקר חושף את העיוותים שבהלכה המשפטית המהווה עד ימינו תשתית לכל פסקי הדין בנושא קרקעות הברואים, ובכך לנישול מתמשך של האוכלוסייה הילידית.

(ב) ראיות זהב שאספנו, על קצה המזלג

בשל קוצר היריעה נוכל לספק רק כמה דוגמאות מן הראיות הרבות המופיעות בספר, ואשר חלקן הופיעו גם במאמרנו "עיון מחודש בהלכת הנגב המת".²⁸ כך למשל, אנו מציגים בספרנו את החלטת מועצת המדינה העותמאנית משנת 1891, שהתייחסה לצורך ברישום קרקעות המטות המרכזיים של הברואים כנגב בטאבו, אשר אומדן עמד על כחמישה מיליון דונמים עותמאניים בצפון הנגב, ושצפתה רישום עתידי של המקרקעין בטאבו העותמאני²⁹ – כלומר הכרה עותמאנית ברורה בשייכות הקרקעות לברואים.

כמו כן, אנו מביאים מסמך חשוב אחר של החברה להכשרת הישוב משנת 1920 שחשפנו בארכיון הציוני, המפרט את הבעלות הברואית בחלקים נרחבים מן הנגב ואת העיבוד החקלאי הנרחב שלהם, לרבות של שבט אל-עוקבי. מסמך זה לא הוצג בבית המשפט העליון עקב התנגדות פרוצדורלית של המדינה, אך מבחינה אקדמית הוא מהווה ראיה רבת-עוצמה המוכחת מפרספקטיבה ציונית, והמפרטת למעשה את המצב ששרר בסוף התקופה העותמאנית וכן בתחילת התקופה המנדטורית. הצילום שלמטה הוא חלק מעמוד המוקדש לשבט אל-עוקבי

26 ראו שם, בעמ' 159-162, 169-172, 174 ו-183-212.

27 ראו שם, בעמ' 184-208.

28 לעיל ה"ש 10.

29 שם, בעמ' 53. המסמך נמצא בארכיון ראש הממשלה באנקהר. תרגום ההסכם מופיע בנספח 2 לספר, לעיל ה"ש 1, והמפה שצורפה לו בנספח 1 שם. ראו גם יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 104.

"עקבאנה"), המפרט את בעלות השבט בשטח של 15,000 חבלים (כ־26,000 דונמים), וכן את נכסי השבט הנוספים במיקומו בין שבטי אל-הווייל ורמדין (כלומר אזור עראקיב).³⁰

- 12 -

<u>ערב עקבאנה:</u>	
ש"ך :	סוחד אל עובי.
פוסים ונסלים :	60
בח"ם :	100
שטח :	15000 חבלים.
אדמה מעובדת:	40% : חסה, דורא ושעורה.
מים :	ב"ר איחולפה ב"ר אל חסאם.
גבולות:	צפון : שלאלין
	מזרח : ערב רמדין
	דרום : ערב אי-הוויילין
	מערב : ערב אבו זע"זה.

לפי המסמך, 40% מן המקרקעין של שבט אל-עוקבי, בהיקף של 15,000 חבל (כ־26,000 דונמים), שימשו לעיבוד חקלאי של שדות חיטה, שעורה ודורה. מסמך זה חשוב ביותר, משום שלפי "הלכת הנגב המת" השנה הקובעת לצורך רכישת זכויות במקרקעין היא 1921, ו"החייאת" הקרקע לאחר 1921 אסורה ואינה מקימה זכות במקרקעין. אף שאנו חולקים על קביעה זו, אפשר לראות שאפילו לפי פרשנות המדינה, מסמך "הכשרת הישוב" משנת 1920 מוכיח בבירור שעוד לפני 1921 קרקעות אל-עוקבי לא היו "מתות", כלומר לא מרוחקות, מוזנחות, פראיות או שוממות, או כאלה שאינן מעובדות, מוקצות או מיושבות.³¹ לפי הדין העותמאני והבריטי, קרקעות מעובדות הן קניין בעליהן. המסקנה מכך היא, שאפילו במקרה של שבט אל-עוקבי ניכר שההלכה הגורסת שכל הנגב היה קרקע "מוואת" בשנת 1921 נסדקת בצורה חמורה; שכן חלקים ניכרים מהאזור היו מיושבים ומעובדים לפני שנת 1921, ועולה מכך שהם היו קרקע מסוג "מירי", ולא "מוואת".

עקב סקירתה הקצרה לויין-שנור לא התייחסה למתודולוגיה של הספר ולחומרים הארכיוניים שעליהם הוא הסתמך; היא לא התייחסה למסמכים הרבים המעידים על זכויות האוכלוסייה היילרית בקרקע, ובכלל זה 22 נספחים שכללנו בספר ומסמכים רבים ומגוונים שמגבשים מסכת עובדתית המפריכה את הבסיס הראייתי של "הלכת הנגב המת".

30 ראו את הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129-130 ו-264; ראו נספח 7 שם.

31 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 123.

דוגמה נוספת למסמך חשוב ביותר, המופיע בספר ומוכא במלואו כנספח, הוא דוח של "הועדה המצומצמת לעניין ברור שאלת בעלות הקרקעות הברואים בנגב" שמינה שר המשפטים, אשר כללה את היושב ראש יוסף ויץ (דמות מפתח במשטר המקרקעין הישראלי), את יהושע פלמון, יועצו רב-העוצמה לענייני ערבים של ראש הממשלה דוד בן-גוריון, ואת בנימין פישמן ממחלקת רישום והסדר המקרקעין במשרד המשפטים. הדוח, אשר הוגדר "סודי", הוגש לשר המשפטים בשנת 1952, וקבע בין היתר כי:

"ידועה העובדה כי בתקופת שלטון המנדט, נרשמו שטחים נכבדים מאוד בשמם של הברואים, 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 הברואים, שיוגשו בוראי כהוכחות רשום חלק מאדמותיהם, הרי לא מן הנמנע שיש בידי הברואים הוכחות חזקה גם לשטחים רבים אחרים, כגון: קבלות תשלום ורקו ועושר, שישמשו כהוכחות עיבוד שטחים נרחבים אחרים".³²

כמו כן, בנספחי הספר מופיע מסמך משנת 1901 של מחלקת מרשם המקרקעין העותמאני, אשר נדון בידי כמה חוקרים בעבר, המאשר כי הממשל רכש מן הבעלים הברואים את הבעלות במקרקעין (כך מוגדר במסמך המקורי), שנדרשו לו לשם בניית העיר באר שבע.³³ מלבד נספחים אלו מצורפים לספרנו נספחים נוספים, ובהם המסמכים הבאים: מסמכי רישום המקרקעין, שלא זו בלבד שהם רשומים על שמם של ברואים כמקרקעי מירי (הסותרים את עמדת המדינה שכל הנגב הוא מקרקעי "מוואת"), אלא אף התייחסו ליישוב הברואי כאל כפר;³⁴ מפת רכישה של למעלה מ-100,000 דונמים של קרקעות ברואיות בידי יהודים (ראיה חזקה ביותר לבעלות הברואים, אשר היו חייבים לרשום את הקרקע לפני המכירה);³⁵ דוגמאות של מסמכי מכר מקרקעין (סנד) בידי ברואים, המעידים על קיומה של תרבות של הקצאת ומכירת קרקעות ילידית מאורגנת, שאושרה בידי המדינה;³⁶ קבלות על תשלומים של מיסי מקרקעין וחקלאות לממשלת המנדט ולממשל הצבאי הישראלי, המעידים שהמחזיקים לא היו פולשים כפי שטוענת המדינה;³⁷ ניתוח תצלומי אוויר המעידים על עיבוד נרחב של בקעת באר שבע בשנות המנדט; ראיות לאישור השלטונות; מפות מארכיונים שונים המעידות על קיום התיישבות ברואית בנגב, שאותה שוללת המדינה.³⁸ אנו מציגים גם את מסקנות המפקד

32 ראו את הספר, לעיל ה"ש 1, בנספח 22, ואת ניתוחו בעמ' 95-96 (ההדגשה הוספה). הציטוט הופיע גם ביפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 118.

33 שם, בעמ' 105; הספר, לעיל ה"ש 1, בנספח 3. ניתוח המסמך והמשמעות של רכישת המקרקעין לצורך הקמת העיר באר שבע מופיעים שם, בעמ' 51-52.

34 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 115; ראו גם הספר, לעיל ה"ש 1, בנספח 5.

35 המפה פורסמה בספרו של חנינא פורת משימון לארץ נושבת: רכישת קרקעות והתיישבות בנגב – 1930-1947 15 (1996); הספר, לעיל ה"ש 1, בנספח 6.

36 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 26; הספר, לעיל ה"ש 1, בנספחים 9-12.

37 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 127; הספר, לעיל ה"ש 1, בנספחים 13 ו-17.

38 שם, בנספחים 8, 15 ו-16.

הבריטי משנת 1931, שלפיו קרוב ל-90% מן הבדואים התבססו על חקלאות כמקור מחייתם העיקרי, ושסיווג למעלה מ-75% ממשפחות הבדואים כבעלי קרקעות על פי הדין המסורתי.³⁹ אלו הם מקצת מן המסמכים החשובים המעידים על התיישבות ועל בעלות בדואית שאנו חושפים ומנתחים בספר (ובכמה מאמרים שקדמו לספר) לראשונה בתולדות המחקר בנושא. בצורה דומה אנו מנתחים בספר את הצהרת שר המושבות וינסטון צ'רצ'יל והנציב העליון הרברט סמואל, שהבטיחו לבדואים כבר בתחילת שנת 1921 את שימור זכויותיהם ומסורתיהם המיוחדות. הצהרה משותפת זו מעידה כאלף עדים על אישור שלטונות המנדט לתקפות של הדין המסורתי, אישור שלטענת המדינה מעולם לא ניתן לבדואים:

"The Secretary of State for the colonies reaffirmed the assurances already given at Beersheba by the High Commissioner to the Sheiks that the special rights and customs of the Bedouin tribes of Beersheba will not be interfered with".⁴⁰

במסגרת שלל הראיות מופיעה בספר גם תגובת ממשלת המנדט משנת 1937 לבקשת בן-גוריון לרכוש מקרקעין בנגב, ולפיה "הקרקעות המעובדות בנפת באר שבע נחשבות כשייכות לשבטי הבדואים בשל חזקה מקדמת דנא".⁴¹ מובן מאלי שביקורת ספרים אינה צריכה לקבל או להפריך את הטענות המוצגים בספר, אך ישנה ציפייה כי הביקורת תציג את הממצאים העיקריים, תתמודד בצורה מחקרית ומקצועית עם הטענות ועם החומרים שנאספו בעמל רב "ותשוחח" עימם גם בהבניית גישה חדשה.

3. תהיות

אחת העובדות החשובות המופיעות בספרנו היא כאמור, שהממשל המנדטורי הכיר ורשם עסקאות מקרקעין בהיקף של למעלה מ-100,000 דונמים בין הבדואים לבין רוכשים יהודיים, בין אם היו אלו חברות רכישת קרקע ציוניות כקק"ל וחברת הכשרת הישוב ובין אם היו הרוכשים אנשים פרטיים.⁴² נוסף על כך נרשמו עוד כ-64,000 דונמים שנמכרו בידי הבדואים לרוכשי קרקע לא יהודיים.⁴³ לפיכך הטיעון המרכזי שלנו הוא, שרישום בהיקף עצום שכזה מוכיח כי הבריטים הכירו בזכות הקניין של הבדואים. אילו סברו הבריטים שהמקרקעין הללו הם בבעלותם, הם בוודאי לא היו נותנים יד לגזל שכזה ולא היו מאשרים בצורה שיטתית את העסקאות הללו.⁴⁴ לצערנו, לויין-שנור אינה מתמודדת עם טענות מרכזיות אלו, על אף שציינה במאמרה ששגה בית המשפט משלא ייחס משקל לרישום כאל ראייה בעלת משקל. כך היא כותבת:

39 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 110.

40 שם, בעמ' 44; הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75, ובנספח 4.

41 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 111; הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

42 שם, בעמ' 13, 81 ו-117.

43 MICHAEL R. FISCHBACH, RECORDS OF DISPOSSESSION: PALESTINIAN REFUGEE PROPERTY AND

THE ARAB-ISRAELI CONFLICT 259-260 (2003); הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260.

44 שם, בעמ' 82.

"לפיכך מתעוררת השאלה, אם הכרת ממשלת המנדט בעסקאות אלה מבטאת הכרה במעמדם האוטונומי של הברואים ובקיומה של הקצאה גורפת של המקרקעין להם כפי שנטען. אני סבורה כי התימוכין ההיסטוריים-משפטיים לטענה זו המובאים בספר אינם משכנעים, אם כי אין באפשרותי לעסוק בכך כאן בהרחבה".⁴⁵

כך, ללא כל הנמקה ראויה, לויין-שנור פוסלת טענה מרכזית ביותר בספר. אך הצורך בהסבר מונח עדיין לפתחה, שכן לפי פרשנותנו הזהירה עצם רישום העסקאות בידי הבריטים בהיקף של למעלה מ-160,000 דונמים מוכיח כי הם הכירו בזכות הברואים כבעלים. אחת ההשערות של לויין-שנור מעלה היא, שרישום העסקאות בידי הבריטים נעשה על מנת לרצות את התנועה הציונית.⁴⁶ לא רק שאין שום תימוכין לעמדה זו, אלא שהעובדה שהבריטים רשמו גם 64,000 דונמים של עסקאות בין הברואים לבין רוכשים ערביים סותרת את ההיגיון העומד ביסוד הטענה. ליבת טיעוננו כאן אינה קשורה לשאלת המעמד האוטונומי של המשפט הברואי ואף לא לשאלת ההקצאות כטענתה של לויין-שנור, אלא לזכות הקניין עצמה. מאחר שמדובר בטיעון מרכזי בספר, לא מובן מדוע לויין-שנור לא מצאה מקום להתמודד עם הרישום ועם המשקל שהוא מעניק לסיווג המירי. לפי כל אמת מידה היסטורית, משפטית או גיאוגרפית מדובר בקרקע מירי, שבה התקיימו חזקה ועיבוד. קרקע מסוג זה מהווה מקור זכות על פי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמאני ולא על פי הרשאה להחזיק בקרקע כטענת לויין-שנור. תרומה חשובה נוספת של הספר היא המסגרת התיאורטית הרב-תחומית, המאפשרת הבנה מעמיקה ושלמה יותר של התהליך המרחבי בנגב. בפרק הראשון של הספר אנו מבקרים את הגישות הדומיננטיות לחקר הברואים בנגב, ומציעים במקומן גישה המבוססת על שילוב של גיאוגרפיה היסטורית ומשפטית במסגרת של חברות מתיישבים קולוניאליות. סינתזה זו משמשת בסיס חשוב לניתוח ביקורתי של הסכסוך הקרקעי שבין המדינה לבין הברואים. בניגוד לשיטת הניתוח בספרנו, לויין-שנור כותבת מתוך פרספקטיבה משפטית פורמליסטית בעיקרה, ואינה מתמודדת עם הערך המוסף של הגישה הרב-תחומית המוצגת בספר. עניין חשוב נוסף הוא טענתה של לויין-שנור שספרנו אינו מציע אלטרנטיבה למצב הקיים. ואולם בניגוד לכך, חלק שלם בספר מתאר את ההתארגנות האזורית של הכפרים הברואים, את מאבקם המשפטי והתכנוני ואת התוכנית האלטרנטיבית שגיבשה המועצה האזורית של הכפרים הלא מוכרים, כפי שתואר בקצרה לעיל.⁴⁷ תוכנית זו כוללת גם הוספת קרקעות בבעלות קולקטיבית לפאתי הכפרים על פי מסורת הקרקעות השבטיות, וכן תואמת את גישת המתרוכה שאותה מקדמת לויין-שנור בעצמה.⁴⁸

45 לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 707.

46 ראו שם: "אך דומה שההסבר הסביר ביותר לנכונותה של ממשלת המנדט לרשום קרקעות ברכישה מהברואים הוא, שאישור רכישת קרקע בדרך זו אפשר לה להיענות בצורה פשוטה מבחינה פוליטית ללחצי ההתיישבות. מצד אחד, מתן תוקף לעסקה עם הברואים הקנה לממשלת המנדט 'שקט תעשייתי' מול הברואים, אשר לא יכלו לטעון לגזילת זכותם; מן הצד האחר, מתן תוקף לעסקה אפשר לה לחמוק מהקצאה ישירה של קרקע ממשלתית לטובת ההתיישבות הציונית. לכן, לא עניין של אוטונומיה כאן ואף לא עניין של הקצאה מזמן קודם; רק פוליטיקה".

47 ראו הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 241-256.

48 בניגוד לעמדתה של לויין-שנור אנו מתייחסים לקטגוריה זו של מקרקעין, אך היא אכן מרחיבה בתחום זה. ראו את הערותינו לעניין ההתייחסות למתרוכה להלן בפרק ב.

היבט מרכזי נוסף בספר, שלא זכה גם הוא להתייחסות נאותה של לוי-שנור, הוא הניתוח המקיף שערכנו בשני פרקים על אודות מעמדם של הבדואים כילידים ומשמעותו המשפטית.⁴⁹ על בסיס דחיית הטענה באמירה קצרה ולא מנומקת של בית המשפט העליון היא כותבת, כי "אין עוד חיות לטענות המחברים... בדבר הגנה לבדואים כקבוצה ילידית, ככל שהתביעה לכך מתנהלת בישראל", ומוסיפה, כי "מקובל במדינות אחרות ההכרה לזכויות ילידיות היא במישור הקבוצתי, לשימוש שאיננו אקסקלוסיבי לפרטים מסוימים אלא לכלל בני הקבוצה".⁵⁰ אך בפרק שבע ושמונה לספר אנו מבקשים להתחיל ולהחדיר לשיח המשפטי את השאלה הילידית, שמעולם לא נדונה ברצינות בערכאות המשפטיות הישראליות. לכן ודאי שאין מקום לטענה גורפת כאילו "אין להן עוד חיות". כמו כן הראינו בספרנו, כי יש בפסיקה העולמית גם הכרה בזכויות מקרקעין פרטיות של ילידים. אולי חשוב מכול, הסדר המקרקעין הבריטי והמשכו הישראלי אפשרו רק תביעות לבעלות פרטית (משפחתית) של הבדואים, ולא תביעות קולקטיביות מכל סוג. בהתאם לכך, תביעותיהם של הבדואים לרשום שטחי מרעה, למשל, כקרקע משותפת נדחו על הסף.⁵¹ חשוב לציין, שהיו תביעות פרטיות ומשפחתיות הנובעות מהיסטוריה של בעלות קולקטיבית בקרקעות השבטים, כאשר במהלך הדורות – בתוך אותה טריטוריה שבטית – פוצלה הקרקע לחלקות משפחתיות-פרטיות שהוחזקו ועובדו בצורה משמעותית, מה שאפשר מכירת קרקעות לצדדים שלישיים. מקור הסמכות הקנייני אם כך נשאר השבט, גורם שממנו לוי-שנור מתעלמת.

זאת ועוד, בנושא רכישות מקרקעין בדואים בתקופה שקדמה לקום המדינה לוי-שנור כותבת את הדברים הבאים: "כך למשל מועלית בספר הטענה, כי רכישת המקרקעין מהבדואים בידי האימפריה העותמאנית לטובת הקמת העיר באר שבע מעידה על הכרה בזכויותיהם, טענה שארחיב עליה בהמשך. המחברים אינם מזכירים כלל במהלך הדין בטענה זו את עמדת בית המשפט העליון בסוגיה".⁵² הערות אלו מעוררות תמיהה, שהרי חלקים גדולים מהספר הם בעיקר התמודדות עם המפעל השיפוטי מתקופת המנדט ועד ימינו, וכן מתייחסים להלכות בתי המשפט הישראליים בעניין ומבקרים אותן, ובכלל זה פסקי הדין הרלוונטיים של בית המשפט העליון המנדטורי והישראלי ובית המשפט המחוזי הישראלי. פסק הדין בפרשת אלעוקבי בבית המשפט העליון ניתן אומנם בעת שהספר כבר היה כתוב, אך למרות זאת הוספנו חלק נרחב בסופו המתאר והמבקר אותו בפירוט.⁵³ חשוב לציין שאנו סבורים כי אין חידוש רב בפסק הדין, וכי הוא למעשה ממחזר בעיקרו את ההלכות שעוצבו בפסיקה קודמת, הן בבית המשפט העליון (בעיקר בפרשת אל-הוואשלה) והן בפסק דינה של השופטת דברת בבית המשפט המחוזי בפרשת אלעוקבי עצמה.⁵⁴

49 הספר, לעיל ה"ש 1, בפרק 7 ו-8.

50 לוי-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 704 ו-723 בהתאמה.

51 ועדת אלבק דו"ח מסכם של צוות המומחים לענין הסדר מקרקעין איזור הסייג והנגב הצפוני (1975) (להלן: ועדת אלבק).

52 לוי-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 704.

53 הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 257-264.

54 ע"א 218/74 אל הוואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984); עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 3.

4. אידיוקים

לעיתים חוזרת לויין-שנור על הטעויות של בית המשפט. כך למשל היא כותבת, כי "חשוב להדגיש שכפי שציינ בית המשפט בעניין אלעוקבי, שלטונות המנדט הכירו בכך שלברואים זכויות מסוימות בקרקעות הנגב, וסברו כי מדובר בזכויות שימוש קיבוציות".⁵⁵ אך כפי שאנו מדגימים בספר, ההכרה הבריטית לא הייתה רק בזכויות קולקטיביות אלא גם – ובעיקר – בזכויות קניין אישיות על קרקע מירי מעוברת. כפי שניתן לראות מרישום זכויות על שם ברואים ועסקאות קנייניות בין ברואים לבין קונים שאינם ברואים, המוכרים היו פרטים ולא הקהילה; כפי שהעריכו בסקר פלסטיין שנערך לפני סוף המנדט, אם ייערך הסדר זכויות בנגב צפויים להירשם על שם הברואים שני מיליון דונמים.⁵⁶ באופן דומה לויין-שנור כותבת, כי "על כן, לכאורה בעטיו של הרצון שלא להביא את הליך ההסדר לידי הכרעה מבלי שהוא מלווה באימוצה של פשרה בידי תובעי הזכויות בהליך ההסדר, אך למעשה תוך גרימת נזק ראייתי מתמשך ובניגוד לתכליות הליך ההסדר, הוקפא בפועל ההליך משך שנים רבות".⁵⁷ זוהי אומנם עמדת בית המשפט, אך זו איננה עמדתנו. אנו סבורים כי הקפאת ההסדר עד היום אינה תמימה כלל, משום שהיא פוגעת קשות ביכולתם של הברואים להוכיח את זכויותיהם במקרקעין. חלוף השנים הביא באופן טבעי לפטירתם של חלק ניכר מן העדים וכן לאובדן של חלק מן הראיות. נוסף על כך, בשנות האלפיים פתחה המדינה בסדרה של "תביעות נוגדות", שהחלישו מאוד את מעמדם של הברואים, אשר לרובם אין ייצוג משפטי הולם. תביעות נוגדות כלל לא היו מגיעות לאוויר העולם אלמלא הדחייה הפוגענית בבירור התביעות.

ב. שאלת המתרוכה

לויין-שנור מקדישה את עיקר מאמרה כדי להציע פרדיגמה חדשה הנוגעת לזכויות הברואים בקרקע ציבורית משותפת (סיווג "מתרוכה" בחוק העותמאני). בספרנו אומנם עמדנו על השאלה של קטגוריית המתרוכה על פי המשפט העותמאני, ועל כך שחלק מן הנגב סווג בידי הבריטים כמקרקעי מתרוכה, אולם הנושא לא היווה מוקד לדיוננו בשל כמה סיבות; במרכזן של סיבות אלה העובדה, כי קרקעות הברואים הנתבעות היו בעיקרן קרקעות "מירי" בבעלות מסורתית פרטית או משפחתית ולא "מתרוכה" לפי החוק העותמאני – קרקעות מרעה או קרקעות עם מקורות מים השייכות לפי החוק המסורתי לקבוצת תושבים או כפרים.⁵⁸ לפיכך, המהלך העיקרי בספרנו התעמת עם הדוקטרינה המשפטית שהמדינה הבנתה בעת שסיווגה כ"מוואת" את הקרקעות שתבעו הברואים כ"מירי". קרקעות אלה גם נרשמו כ"מירי" לאחר הפקעתן במקומות רבים בנגב בידי המדינה.

-
- 55 לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 728. וראו עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 3, בפס' 42 והמקורות המוזכרים שם.
- 56 ראו למשל הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81-86 ובנספח 5.
- 57 לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 691. לויין-שנור מפנה בין השאר לערעור אלעוקבי, לעיל ה"ש 3, בפס' 25.
- 58 ראו הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55-57, 61, 65, 73 ו-101.

סיבה נוספת למיעוט הדיון במתרוכה הוא אופי הסדר המקרקעין עצמו, שבו נרשמו תביעות הבדואים לקרקעות מסוג "מירי" פרטית, ובכך ייתר את סוגיית המתרוכה מן הדיון ברישום הקרקע בבית המשפט המחוזי. במילים אחרות, המדינה עצמה דרשה מהבדואים לרשום את התביעות על בסיס "מירי", ומן הסתם כך ראו הבדואים את רוב אדמותיהם, לבד מקרקעות משותפות כמפורט להלן.⁵⁹

עוד טוענת לויין-שנור כך:

"הצעתי היא, כי כתנאי לרישום מקרקעין אלה על שם המדינה יהיה עליה להוכיח כי הם אינם מסוג מתרוכה. כיוון שהיא לא תוכל לעשות כן... יהיה על המדינה להכיר בקיומה של התיישבות בדואית רבת-שנים ושאינה שנויה במחלוקת באדמות הנגב. הכרה בזכויות הבדואים כקבוצה... תוכל להותיר בידיהם שטח בהיקף ראוי למחיה, התואם גם את צורכי האוכלוסייה".⁶⁰

רעיון זה נובע לדעתנו מכוונה ראויה של תרומה לפתרון הסוגיה הכאובה. עם זאת הוא אינו מתמודד עם אחד המרכיבים המרכזיים של "הלכת הנגב המת" (מרכיב 8) שפירטנו מוקדם יותר. כפי שפירטנו לעיל, על פי הפסיקה נטל הראיה מוטל במלואו על הבדואים. מבלי להתמודד עם זרמי העומק העומדים מאחורי הלכה זו, לרבות תפיסת האדמה הריקה וייהוד המרחב, אנו סבורים שאין סיכוי לשכנע את בית המשפט לסטות מגישתו המורשת, המטילה נטל זה על הטוענים לזכויות במקרקעין.

סוגיית המתרוכה עלתה בדיונים לקראת הגשת כתבי הטענות של שבט אל-עוקבי, אך הוחלט שלא להעלותה מאחר שהמסקנה הייתה שלא תהיה לה כל אפקטיביות משפטית בנוגע לטענות אלו. סיווג המתרוכה רלוונטי יותר בכל הנוגע לתביעות הבדואים לקרקעות שהם בעצמם ראו בהן קולקטיביות ומשותפות, כגון קרקעות מרעה, בארות, דרכים וכולי, בשונה מקרקעות מעובדות שהן כבעלות פרטית ומשפחתית על פי תפיסתם. ראוי לציין, כי במסגרת הליך ההסדר תבעו הבדואים בתחילת שנות השבעים יותר מחצי מיליון דונמים של קרקעות מרעה, אך משרד המשפטים (ועדת אלבק) החליט להשיטן ממסגרת התביעות והותיר על כנו רק את התביעות לקרקע פרטית (מירי ומולק).⁶¹ לפיכך, כפי שהראינו בספר, עניין קרקעות המתרוכה עלה בצורה משנית בלבד בדיונים על הסדר קרקעות הבדואים.

קושי נוסף בטיעון המתרוכה הוא ההנחה המשתמעת והמוטעית שלבדואים אין בעלות פרטית. גישתה של לויין-שנור מזכירה כאן את גישת המדינה, הסבורה שאין לבדואים מערכת קרקעית מורכבת שבה בעלות פרטית.⁶² לפי הניתוח שלנו, עיבוד הקרקע הנרחב בידי הבדואים ברשות השלטונות הקודמים (שגם גבו מהם מיסים במשך עשרות שנים) מקנה להם זכויות אישיות במקרקעי מירי.⁶³ כפי שהראינו בספרנו, במהלך המאות האחרונות

59 ראו שם, בעמ' 79 ו-101.

60 לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 724 (ההדגשה הוספה).

61 ועדת אלבק, לעיל ה"ש 49.

62 עם זאת לויין-שנור אינה שוללת לחלוטין את עמדתנו שלפיה יש לבדואים זכויות פרטיות במקרקעין, וכותבת כי: "הדוגמאות שלעיל מראות שלמעשה עוד לא אבד הכלח על הטיעונים בנושא זכות התביעה האישית של הבדואים בנגב...". ראו לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 717.

63 ראו הספר, לעיל ה"ש 1, בפרק 2 ו-3.

התפתחה והתגבשה בקרבם תפיסה חזקה של קניין פרטי בצל העיבוד הנרחב והתיישבות הקבע.⁶⁴ התייחסות רצינית לקבוצה ילדית משמעה כיבוד רצונות חבריה. מרבית תביעות הבדואים שהוגשו וכן רוב היורשים כיום מבקשים הכרה בבעלות פרטית במקרקעיהם ולא בעלות קולקטיבית, ולכן הצעתה של לויין-שנור אינה נותנת מענה מספק על בקשותיהם. זאת ועוד, ההנחה שרוב הקרקעות היו בשימוש קולקטיבי אינה מתיישבת עם ההיסטוריה המרחבית והמשפטית שסקרנו בספר. רק במקרים מסוימים קרקעות מרעה ובארות מסוימות אכן היו משותפות לחלק מן המשפחות ומן השבטים בהיקף שהגיע למאות אלפי דונמים.⁶⁵ גישת המתרוכה מעוררת לפיכך קושי מבחינה הזכויות בקרקע, ומהווה לעניות דעתנו מעין מוצא של פשרה, שמבקש לקרב עמדות ולא לשקף את המצב ההיסטורי-משפטי-גיאוגרפי ששרר באזור עד קום המדינה. פה ניתן לראות שוב את הפער שבין הגישה והמחקר האקדמי שאנו מציגים בספרנו לבין גישה העוסקת בהצלחת ה"ליטיגציה", גם אם חלקית, אשר מציגה לויין-שנור.

גם לפי גישתה הליטיגטורית של לויין-שנור יש במהלך המתרוכה סיכונים לא מעטים להפסדים גורפים בבתי המשפט. הניתוח שלנו מראה, שמאז שנות השמונים הייתה לבית המשפט אפשרות לפרש בצורה פשוטה את הדין החל על מוואת ומירי, בייחוד אל מול הראיות הרבות של עיבוד, של יישוב ושל מכירת קרקעות בדואיות; ואולם בית המשפט בחר בצורה עקבית ובלתי-מתפשרת שלא להכיר בזכויות הבדואים, ולהיצמד לטיעונים פורמליסטיים בדבר תאריכי רישום או הגדרות "יישוב" שלא התאימו כלל לנסיבות בנגב.⁶⁶ לפי ניתוחנו, הסיבה לנוקשות של בית המשפט היא בחירתו לאמץ את הפרשנות המיטיבה ביותר עם המהלכים של ייחוד המקרקעין המדינתיים.⁶⁷ לכן הנחתה של לויין-שנור שטיעון אחר יתקבל בידי בית המשפט אינה מציאותית לדעתנו. נוסף עוד, שהוכחת סיווג הקרקע כמתרוכה עומדת מול כמה מכשולים עמוקים כגון נטל ההוכחה; שהרי סביר שהבדואים יתבקשו שוב בידי בית המשפט להוכיח – באופן שהוא בלתי-אפשרי עבורם – את הקצאת הקרקע בצורה פורמלית או דרך שימוש מקדמת דנא, ולפחות משנת 1858.⁶⁸ מן הסתם תעלה גם שאלת מיהות הגוף הטוען לזכויות קולקטיביות בהיעדר שלטון מקומי בדואי. גם ביטול קטגוריית המתרוכה בחוק המקרקעין עשוי להוות כר לפרשנות מרעה עבור הבדואים. אין סיבה להניח שבית המשפט יבחר בחלופה פרשנית מסובכת זו, בעוד שהוא לא פסע במשעול פרשני פשוט אל מול ראיות ישירות וחזקות להיותה של הקרקע מסוג מירי. זאת ועוד, שלילת הזכויות הגורפת עולה גם מהתעלמותו של בית המשפט ממסגרות מאפשרות אחרות שציינו בספרנו, כגון זכויות ילדים, שוויון, כבוד אדם, זכות הקניין וכולי, שעליהן היה יכול להישען לו רצה להכיר בזכויותיהם. אם כך, ייתכן שתפיסתה הפורמליסטית-פנימית של לויין-שנור מציבה גם את רעיון המתרוכה בפני מכשולים כמעט בלתי-עבירים.

64 ראו למשל שם, בעמ' 77, 80, 85 ו-176-178.

65 ראו שם, בעמ' 39 ו-91; הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב דין וחשבון 16-15 (2008); חבצלת יהל "לפנים משורת הדין": המהלכים לגיבוש פשרה בתביעות הבעלות של הבדווים בנגב בשנות השבעים" עיונים בתקומת ישראל 28, 84, 91 (2017).

66 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 52; עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 3.

67 ראו הספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9-10, 15, 26 ו-218.

68 ראו שם, בעמ' 59, 94-97, 106-107 ו-258-259.

עם זאת עמדתנו הפרגמטית אינה שוללת כיוון של פשרה ושל הקצאת חלק מן המקרקעין בצורה קולקטיבית, אולי לפי דוגמת הקיבוצים בישראל, אם כי נושא זה צריך להיות מוסכם כמובן עם בעלי הקרקעות ועם הקהילות הבדואיות. באופן פרגמטי, אכן ייתכן שרעיון המתרכה מותר עדיין "סדק דק" לפתרון הסכסוך הקרקעי. הגילוי של לויין-שנור בנוגע לחוק התיישנות (36 שנים) שנחקק בשנת 1913 הוא חידוש מעניין ורלוונטי, המוסיף לחשיפת משטר המקרקעין שהיה בנגב עד שנת 1948. אך יש לציין שההתיישנות נוגעת לתביעות המדינה לפנינו מקרקע בהסתמך על זכות הרקבה, והחוק איננו מתייחס למתרכה אלא למירי או למירי מווקפה ומחלול; לפיכך הצעה זו תחזיר אותנו לדיון ולהתמקדות שערכנו, בעוד שהמדינה תטען שוב שהקרקע היא מוואת שאין בה זכות להתיישנות.⁶⁹

לקראת אתגור ההלכה?

דברים אלה הם מעבר לתגובה על מאמרה של לויין-שנור; אנו מקווים שמאמרו יהווה תשתית לפעילות משותפת של משפטנים, של מתכננים ושל אזרחים כדי לאתגר את "הלכת הנגב המת" המטעה והפוגענית, הממשיכה לשלוט בשדה המשפטי והתכנוני. המאמר שלנו מאיר חלקים מן המחקר המקיף שערכנו, המוצג במלואו בספר. תרומתו המרכזית של הספר, אשר חלקים ממנה מוצגים כאן לראשונה בעברית, היא חשיפתה של ההלכה על מרכיביה המעוותים, השוללים שלא בצדק ובצורה גורפת זכויות קניין והתיישבות של הבדואים בנגב. מעבר לנגב, ספרנו מציג גם את תרגומה של גישת "הטרה נוליוס" הקולוניאלית למציאות המשפטית והגיאוגרפית בישראל-פלסטין. גישה דכאנית ומפלה זו מרוקנת את הקרקע מזכויות תושביה הקודמים, אשר במשך דורות ארוכים יישבו, עיבדו, פיתחו וסחרו בקרקעותיהם. השימוש הנרחב בגישה זו בידי המדינה וזרועותיה המשפטיות והתכנוניות צריכה להדיר שינה מעיניהם של משפטנים, של גיאוגרפים ושל מתכננים והוגנים העוסקים בעיצוב המרחב העתידי. גרסאות דומות ל"הלכת הנגב המת" תרמו גם להלאמה נרחבת של קרקעות בגדה המערבית ואף של אזורים אחרים בארץ, והיא מהווה תמרור אזהרה לאחריתה של שאלת הקרקעות הפתוחה והטעונה ביחסים בין שני העמים המתגוררים בארץ.

אנו שמחים שלויין-שנור מצטרפת בחלק מהניתוח שהיא מציעה לתוצאות מחקרנו, המראות ששורת הפסיקות בענייני הקניין הבדואי, ובראשן פרשות אל-הוואשלה ואלעוקבי, מלאות בעיות, אפליה ועיוותים. פסיקות אלה מנשלות שלא בצדק את האוכלוסייה הילידית מקניינה, הופכות אותה למסיגת גבול על אדמת אבותיה ואת יישוביה למשכנות עוני ומצוקה. גישת המתרכה שהיא מציעה, למרות קשייה, היא לדעתנו צעד בכיוון הנכון של מציאת פתרונות שיפסיקו את העוול המתמשך של נישול זכויות קולקטיבי, ויתחילו להבנות עתיד אחר של יחסים מרחביים והוגנים ושוויוניים. לפיכך, במקום שהמדינה וגורמים רבים נוספים

69 ראו גם Noa Kram, *Clashes over Recognition: The Struggle of Indigenous Bedouin for Land Ownership Rights Under Israeli Law* (Published Ph.D dissertation, California Institute of Integral Studies, 2013); Noa Kram, *The Naqab Bedouin: Legal Struggles for Land Ownership Rights in Israel*, in *INDIGENOUS (IN)JUSTICE: HUMAN RIGHTS LAW AND THE BEDOUIN ARABS IN THE NAQAB/NEGEV* 126 (Ahmad Amara, Ismael Abu-Saad & Oren Yiftachel eds., 2012); לויין-שנור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 709-712.

ימשיכו להתעלם מן האמת המטרידה, אנו סבורים שיש לחשוף, לאתגר ולתקן אותה, ויפה
שעה אחת קודם!