

## אל-עוקבי נגד מדינת ישראל: העלמת המשפט וההיסטוריה הבדואית בקביעת הבעלות על אדמות בנגב

מבוא. א. הטענות המשפטיות של המדינה ושל תובעי הבעלות הבדואים. ב. דחיית הטענות של תובעי הבעלות על ידי בית המשפט העליון. ג. ההתפתחות ההיסטורית של תפיסת הבעלות על אדמות בחברה הבדואית. ד. התפתחות נורמות משפטיות להסדרת הבעלות על האדמות: 1. ירושה; 2. מכירת אדמות; 3. משכון אדמה; 4. סימון גבולות. ה. תוקף הבעלות המסורתית בחברה הבדואית. ו. רקע תאורטי: סכסוכי קרקעות בין עמים ילידים למדינת לאום. ז. מקרה מבחן: משפט אל-עוקבי: 1. הרקע להליך המשפטי; 2. כתבי הטענות; 3. עדויות בבית המשפט; 4. עדויות מומחים; 5. סיכומי הצדדים. ח. דיון: ההתעלמות מהמשפט הבדואי בפסק הדין בעניין אל-עוקבי: 1. התעלמות מהמשפט הבדואי בקביעת בעלות על האדמה; 2. התעלמות מהטענה שהשלטונות העות'מאניים והבריטיים כיבדו את הבעלות הבדואית ומרכישות אדמות מהבדואים על ידי התנועה הציונית טרם קום המדינה; 3. אי-מתן תוקף ומשקל לעדויות בדבר ההיסטוריה האוראלית שהציגו תובעי הבעלות; 4. הרחיקה לשוליים של השפה הערבית כחלק מההליך המשפטי במשפט הבעלות; 5. עדים בעלי עניין ועדים אובייקטיביים: מי נחשב עד לגיטימי להעיד בשאלת הבעלות? 6. גישה לייצוג משפטי הולם במשפטי הבעלות. ט. התנהלות המדינה אל מול נורמות בינלאומיות לגבי זכויות עמים ילידים. י. הכרעת בית המשפט העליון: המשך ההתעלמות מן המשפט וההיסטוריה הבדואיים.

### מבוא

מאז שנות השבעים יש סכסוך בין הבדואים בנגב למדינת ישראל לגבי הבעלות על אדמות בנגב. המדינה טוענת כי אדמות הנגב הן אדמות מדינה וכי אין לבדואים זכויות משפטיות לבעלות עליהן. הטיעון המשפטי של המדינה מבוסס על חקיקה עות'מאנית, בריטית

\* ברצוני להודות למרואיינים במחקר שאפשרו לי ללמוד ולהכיר נושא כאוב זה. כן ברצוני להודות לפרופ' אסמעיל אבו-סעד ולפרופ' מטומבו מפניה, שליוו אותי במהלך מחקר הדוקטורט שעליו מבוסס מאמר זה. תודה לשלומית ליקה וליונתן רום על העזרה בעריכה. תודה מיוחדת לעורכי כתב העת, ד"ר ראף זריק וד"ר אילן סבן, ולקורא האנונימי על ההערות המועילות ועל הסבלנות שגילו בהליך כתיבת המאמר.

וישראלית. הברואים, מצדם, טוענים לבעלות על האדמה על בסיס המשפט המסורתי הברואי. סכסוך זה, המאפיין יחסים בין מדינת לאום לעמים ילידים בכמה מקומות בעולם, טרם נפתר. במסגרת המאמר אטען כי ההליך המשפטי בפרשת אל-עוקבי<sup>1</sup> השתיק והעלים את המשפט הברואי, את ההיסטוריה הברואית ואת הקשר העמוק בין הברואים לאדמה, כך שבסופו של יום נרשמה האדמה על שם המדינה.

פרשת אל-עוקבי התנהלה בין תובעי בעלות משבט אל-עוקבי למדינת ישראל בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בשנים 2009 ו-2010, וכללה כ-11 ישיבות, ארבע חוות דעת מומחים וכ-1,100 עמודי פרוטוקול. תביעות הבעלות בתיק הוגשו על ידי בני השבט בשנות השבעים כחלק מהסדר הקרקעות בנגב, לגבי חלקות קרקע דרומית וצפונית-מערבית לרהט. החלקות שימשו ביתם ומקור פרנסתם של בני שבט אל-עוקבי עד 1951, אז הועברו על ידי הממשל הצבאי לאזור אחר. כך תוארה גרסתו של נורי אל-עוקבי, התובע הראשי בתיק, בכתבה בעיתון "גלובוס" מיום 5.8.2009:

הכפר אל-עראקיב, צפונית לבאר שבע, נמצא כעשרים קילומטרים מהמקום שבו שכך עד 1591. שלטונות הביטחון הודיעו לראשי הכפר שעליהם להתפנות מטעמי ביטחון, וכי יוחזרו למקומם בתוך חודשים מספר. ההבטחה מעולם לא קוימה [...]. באפריל 2006 עזב נורי אל-עוקבי, 67, את ביתו בלוד וחזר אל חורבות ילדותו. הוא הקים אוהל מחאה בשטח החשוף [...].

"אני אב לחמישה בנים ולשלוש בנות, מכונאי במקצועי", אומר אל-עוקבי. "[...] אבא שלי היה שיח'. הוא ניהל פה בכפר בית משפט שבטי, כל שני וחמישי. אני זוכר, בתור ילד, איך העלו את דגלי המדינה ותמונות של הרצל ושל בן-גוריון [...]."

[...] הוא מצביע על נקודה חרבה, כמה אבנים במקום שהיה בית, הבית שבו נולד. "[...] אנחנו לא נוודים. אלה סתם סיפורים כדי לנשל אותנו מאדמתנו. היינו חקלאים, שילמנו מסים לטורקים, יש לנו קבלות מתקופת המנדט, אבל לא רשמנו בטאבו. לכל ברואי יש חלקת אדמה וכל ברואי יודע מה החלקה, מה גבולותיה, משבצת-משבצת, וגם הפקידים יודעים"<sup>2</sup>.

במהלך המשפט אתגרו תובעי הבעלות את הטענות המשפטיות, ההיסטוריות והגאוגרפיות של המדינה וטענו לפרשנות משפטית המביאה בחשבון את המשפט הברואי וההיסטוריה הברואית בקביעת זכויות הבעלות באדמה. טענות התובעים נדחו במלואם על ידי בית המשפט, שקבע כי מדובר באדמות מדינה. ביום 14.5.2015 פורסם פסק דין של בית המשפט העליון בפרשת אל-עוקבי<sup>3</sup>. בית המשפט העליון אישר את החלטת המחוז, תוך דחייה מוחלטת של טענות תובעי הבעלות. פסק הדין של בית המשפט העליון פורסם לאחר השלמת כתיבת המאמר ולכן לא יכלול המאמר ניתוח מפורט של ההחלטה, אם כי אתיחס לכמה נקודות מרכזיות בה.

המאמר יתמקד בניסיונות של תובעי הבעלות הברואים לכלול את המשפט הברואי וההיסטוריה הברואית כרלוונטיים לקביעת בעלות בבית המשפט ואת תגובת המדינה לטענות

1 ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012).

2 דוד שליט "לא נעים להכיר" גלובוס (5.8.2009) 22, 24 (ההדגשה הוספה, ההשמטות שלי).

3 ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 14.5.2015).

אלה. הדיון יתייחס לכמה שאלות: האם יש משפט בדואי המסדיר את נושא הבעלות באדמה? האם לדיון הבדואי יש תוקף בהליך משפטי בישראל? האם ההיסטוריה האוראלית הבדואית לגבי מקור הבעלות על פי המשפט הבדואי היא מקור ידע לגיטימי לקביעת עובדות משפטיות? מה המשמעות של הכלל האוסר על עדות שמיעה בהקשר זה? מה היחס לעדויות בשפה הערבית ולמסמכים הכתובים בערבית כגון הסכמי מכר והשכרה? הדיון יעניק דגש למסגרת התאורטית הנוגעת ליחסים בין מדינת לאום לעמים ילידים בכלל ולמאבק של עמים ילידים לבעלות על האדמה בפרט. אטען כי הסכסוך המשפטי לגבי הבעלות על אדמות בנגב משקף יחסי כוח א-סימטריים בין המשפט הבדואי, כמשפט ילידי, למשפט המדינה. המאמר מבוסס על מחקר אתנוגרפי שנערך בנגב. המחקר כלל תצפיות במשפט הבעלות על אדמות בין הבדואים למדינה, שמיעת דיוני הוכחות, ניתוח מסמכים משפטיים וחוות דעת מומחים שהוגשו לבית המשפט, ראיונות עם תובעי בעלות בדואים ועם עובדי רשויות העוסקים בהסדרת הבעלות, סיורים באדמות הנתונות בסכסוך משפטי ומחקר בארכיונים. המחקר נעשה מתוך גישה מתודולוגית של Participatory Research.<sup>4</sup> גישה זו דורשת שיתוף פעולה עם הקהילה הנחקרת במטרה להוביל לשינוי חברתי וליצור ידע רלוונטי לקהילה הנחקרת. נקודת המבט שלי "מעורבת": לקחתי חלק בייצוג המשפטי של תובעי הבעלות, והמחקר וניתוח החומרים כוללים את התחושות והרשמים שלי כחוקרת כמו גם את אלה של המעורבים במשפט. כך אני מנסה לאפשר לתובעי הבעלות "להשמיע את קולם" ולהגיב להליך ההשתקה וההתעלמות מהמשפט וההיסטוריה הבדואית בהליך התביעה המשפטי.

אתחיל בסקירת הטיעונים המשפטיים של המדינה ושל הבדואים בנוגע לבעלות על האדמות. הסקירה תכלול דיון במערכת המשפטית הבדואית ובכללים השונים לקביעת בעלות על אדמות כגון סימון גבולות, מכירה, השכרה, ירושה ויישוב סכסוכים, כפי שהתפתחו בנגב מאז אמצע המאה התשע-עשרה. במסגרת זו אטען שיש בחברה הבדואית מערכת מסודרת ובעלת תוקף לקביעת בעלות על האדמה, אף שאין היא מוכרת על ידי המשפט הישראלי. לאחר מכן אתאר את משפט הבעלות בעניין אל-עוקבי ואדון בתהליכי ההשתקה וההעלמה של המשפט הבדואי ושל הקשר ההיסטורי בין הבדואים לאדמות שהתרחשו במסגרתו.

## א. הטענות המשפטיות של המדינה ושל תובעי הבעלות הבדואים

העמדה של מדינת ישראל היא שאדמות הנגב שייכות למדינה ולבדואים אין זכויות בעלות עליהן.<sup>5</sup> טענת המדינה מבוססת על חקיקה עות'מאנית, בריטית וישראלית, החלטות ממשלה ופסקי דין. חוק הקרקעות העות'מאני מ-1858 חילק את אדמות האימפריה לחמש קטגוריות.

4 ראו, למשל, Patricia Maguire, *Doing Participatory Research: A Feminist Approach* (1987); Stephen Kemmis & Robin McTaggart, *Participatory Action Research*, in *Handbook of Qualitative Research* 567 (Norman K. Denzin & Yvonna S. Lincoln eds., 2d ed. 2000).

5 Shlomo Swirski, *Transparent Citizens: Israeli Government Policy Toward the Negev Bedouins*, 8 HAGAR, no. 2, 2008, at 25; Havatzelet Yahel, *Land Disputes Between the Negev Bedouin and Israel*, *ISR. STUD.*, Summer 2006, at 1.

אחת מהן היא אדמת "מוואת" ("מתה" בטורקית), המוגדרת כאדמה שוממת שאינה מעובדת ואינה מיושבת, רחוקה יותר ממייל וחצי ממקום יישוב וסווגה כאדמת מדינה. החוק אפשר החייאה של אדמות מוואת וקבע כי מי שעיבד אדמות מסוג זה יכול לרשום אותן על שמו. מטרת השלטונות העות'מאניים הייתה לעודד עיבוד אדמות ולהגדיל את הכנסות האימפריה ממסים.<sup>6</sup>

בתקופת המנדט הבריטי שינו השלטונות הבריטיים את החקיקה העות'מאנית כדי לבסס את שליטתם באדמות. פקודת הקרקעות הבריטית מ-1921 קבעה כי מי שעיבד אדמת מוואת ללא הסכמת הרשויות יכול לרשום את האדמה על שמו בפרק זמן מוגבל של חודשיים מיום פרסום הפקודה. בנוסף קבעה הפקודה כי החייאת אדמות מוואת לאחר 1921 ללא הסכמת הרשויות היא הסגת גבול. בכך הפכה הפקודה מעבדים של אדמות מוואת מכאלו הזכאים לרישום הקרקע על שמם למסיגי גבול פוטנציאליים.<sup>7</sup>

חוק המקרקעין הישראלי מ-1969 ביטל את קטגוריית המוואת וקבע כי אדמות מוואת יירשמו כאדמות מדינה, אלא אם כן יש רישום של האדמות בטאבו על פי החוקים העות'מאניים והבריטיים.<sup>8</sup> על פי עמדת המדינה, ההודמנות האחרונה לרשום את האדמות הייתה על פי פקודת הקרקעות הבריטית ב-1921. מאחר שרוב הברואים לא רשמו את אדמותיהם תחת השלטונות העות'מאניים והבריטיים, האפשרות היחידה שלהם להוכיח בעלות על פי החוק היא לשכנע את בית המשפט כי האדמות אינן אדמות מוואת על פי החוק העות'מאני מ-1858.<sup>9</sup> עמדה זו נקבעה על ידי ועדת אלבק ("צוות המומחים לעניין הסדר מקרקעין – אזור הסייג

- 6 חוק הקרקעות העות'מאני (1858) **קובץ החוקים העות'מאנים** כרך ב 5 (מהדורה שנייה, ש' יפרח מתרגם, 1954); Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*; 33 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 923 (2001); ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL 47 (2004); Oren Yiftachel, *Bedouin Arabs and the Israeli Settler State: Land Policies and Indigenous Resistance*, in THE FUTURE OF INDIGENOUS PEOPLES: STRATEGIES FOR SURVIVAL AND DEVELOPMENT 21, 31–32 (Duane Champagne & Ismael Abu-Saad eds., 2003).
- 7 פקודת הקרקעות השוממים (מוואת), 1921, ע"ר 5; Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 923; ROSEN-ZVI, לעיל ה"ש 6, בעמ' 47.
- 8 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.
- 9 Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins Under the Law of Israel*, 30 L. & SOC. REV. 231 (1996); Yiftachel, *Bedouin Arabs and the Israeli Settler State*; לעיל ה"ש 6, בעמ' 31–32. לדיון ברקע לא-ירישום הקרקע על ידי הברואים במרשמים הבריטיים והעות'מאניים ראו אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת ה'נגב המת': זכויות קניין במרחב הברווזי" **משפט וממשל** יד 7 (2012); נעה קרם "אדמה, תרבות ומשפט: התפתחות המשפט המנהגי הברואי לגבי בעלות על האדמה מאמצע המאה ה-19 ועד אמצע המאה ה-20" **הבניית המרחב הברואי בנגב** (אבינועם מאיר ויובל קרפלוס עורכים, 2013); אלי עצמון "המדיניות ליישוב הברווזים בנגב" **הברווזים בנגב – אתגר אסטרטגי לישראל** 50 (ראובן פדהצור עורך מדעי, 2013).

והנגב הצפוני") בשנת 1975, שדנה בהסדר המקרקעין באזור הנגב. המלצות הוועדה אומצו על ידי הממשלה והיו הבסיס לעמדה של רשויות המדינה מאז.<sup>10</sup> בשנת 1969 הקימה המדינה מנגנון משפטי להסדרת הזכויות במקרקעין בנגב. על פי הסדר זה, הטוען לזכות בעלות בקרקע נדרש להגיש תביעה לפקיד הסדר המקרקעין במשרד המשפטים. במסגרת הליך זה הגישו בדואים בנגב כ-3,200 תביעות בעלות למשרד המשפטים בהיקף של כ-990 אלף דונם. בירור התביעות הופסק באמצע שנות השבעים, לאחר שקיבלה המדינה את המלצות ועדת אלבק להקפיא את ההליך המשפטי ולנסות להגיע לפשרה עם תובעי הבעלות הבדואים.<sup>11</sup> רוב התביעות לבעלות עדיין תלויות ועומדות ורק במיעוטן הושגה פשרה.<sup>12</sup>

תביעות הבעלות שהגישו הבדואים התבססו בדרך כלל על זכויות היסטוריות לפי המשפט הבדואי. הבדואים טענו כי הם החזיקו ועיבדו את אדמותיהם במשך שנים רבות, קיבלו אותן בירושה מאבותיהם או רכשו אותן. עוד טענו תובעי הבעלות כי עיבדו את האדמה במשך שנים רבות ולכן אין מדובר באדמת מוואת. במקרים מסוימים התבססו הבדואים על מסמכים המעידים כי שילמו מסים בגין עיבוד האדמה לשלטונות הבריטיים והעות'מאניים. כן נטען כי במקרים רבים מכרו בדואים את אדמותיהם לפני 1948 לשלטון הטורקי או לארגונים ציוניים, והרוכשים קיבלו זכות בעלות על סמך העסקה שהוכרה על ידי השלטון עות'מאני והבריטי – מה שמוכיח את בעלותם הראשונית באדמה.<sup>13</sup>

## ב. דחיית הטענות של תובעי הבעלות על ידי בית המשפט העליון

בשנת 1984 דן בית המשפט העליון בשאלת הבעלות במסגרת פסק הדין בעניין אל-הואשלה.<sup>14</sup> בית המשפט דחה את הטענה של תובעי הבעלות הבדואים להכרה בבעלותם בכמה חלקות ולרשום את האדמות על שמם על פי חוק המקרקעין משנת 1969. המדינה טענה כי מדובר באדמות מוואת, ומאחר שהתובעים לא רשמו את האדמה במרשם הבריטי – יש לרשום אותן על שם המדינה על פי חוק המקרקעין. השאלה המשפטית שעמדה במרכז הדיון הייתה אם

10 שלמה סבירסקי ויעל חסון אזרחים שקופים – מדיניות הממשלה כלפי הבדואים בנגב (מידע על שוויון 14, מרכז אדוה, ספטמבר 2005) Shamir; adva.org/post-slug-1171, לעיל ה"ש 9, בעמ' 238–250.

11 ועדת אלבק קבעה כי לבדואים אין זכויות בעלות באדמות בנגב, אך הציעה כי לפנים משורת הדין תציע המדינה פיצויים עבור אדמות נתבעות בהתבסס על הנכונות של תובעי הבעלות לוותר על תביעתם. ראו Swirski, לעיל ה"ש 5.

12 סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 10.

13 יוסף בן-דוד מריבה בנגב – בדווים, יהודים, אדמות (1996); יוסף בן-דוד הבדווים בישראל: היבטים חברתיים וקרקעיים (2004); ARAB ASS'N FOR HUMAN RIGHTS, BY ALL MEANS POSSIBLE: DESTRUCTION BY THE STATE OF CROPS OF BEDOUIN CITIZENS IN THE NAQAB (NEGEV) BY AERIAL SPRAYING WITH CHEMICALS (2004). לדיון בטענה שלמרות אי-ירישום הקרקעות במרשם הכירו השלטונות העות'מאניים והבריטיים בפועל בבעלות המסורתית הבדואית, ראו יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 9; קרם, לעיל ה"ש 9.

14 ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984).

מדובר באדמות מוואת, כלומר: האם היה יישוב במרחק מייל וחצי מאזור התביעה והאם הקרקע הייתה מעובדת בשנת 1858.<sup>15</sup> בית המשפט דחה את טענות העותרים שהאדמה הייתה מעובדת ושהיה באזור כפר בדואי. נקבע כי מדובר במקום "שומם מקדמת דנא" בהסתמך, בין היתר, על דוח של מטייל בריטי בשם פלמר מהמאה התשע-עשרה:

מצבו של הנגב בשנת 0781 נחקר על-ידי המלומד פלמר [...] שעשה מסע באזור ועמד מקרוב על מצבו של הנגב. הוא מצא שממה, חורבות עתיקות ובדווים 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 נוסיף לכל זה את אופיים הנוודי של שבטי הבדווים והעובדה שהאזור הוא בדרך כלל צחיח מחוסר גשמים רוב ימות השנה, תישמע מסקנתה של הערכאה הראשונה מתאימה למציאות ולמצב האובייקטיבי, המאפיין את המקום.<sup>16</sup>

פסק דין זה קבע את ההלכה המשפטית בנושא, וככל הידוע בכל פסקי הדין שהובאו מאז לדיון בבית המשפט נדרו טענות הבדואים לבעלות ונקבע כי אדמות הנגב הן אדמות מוואת השייכות למדינה.<sup>17</sup>

### ג. ההתפתחות ההיסטורית של תפיסת הבעלות על אדמות בחברה הבדואית

בחלק זה אדון בתפיסת הבעלות בחברה הבדואית עצמה כפי שהתפתחה החל מאמצע המאה התשע-עשרה, ואטען כי אף על פי שמערכת המשפט הישראלית איננה מכירה בבעלות הבדואים על אדמות, בחברה הבדואית עצמה התקיימה מערכת פנימית מסודרת לקביעת מערך הבעלויות. במידה מסוימת, מערכת זו עדיין בתוקף גם היום. הבדואים חיו בנגב במאות השנים האחרונות באורח חיים נוודי ונוודי-למחצה והתפרנסו ממרעה ומחקלאות. הם היגרו לאזור הנגב מחצי-האי ערב בתקופות שונות החל במאה

15 יש בספרות ביקורת על ההסתמכות על חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858 ועל חוקים מנדטוריים כאמצעי לשלילה של בעלות הבדואים באדמות. נטען כי השימוש בחוקים ואופן פרשנותם נעשה ללא התחשבות בהקשרם החברתי וההיסטורי. חוקים אלה לא נועדו להפקיע את האדמות מהבדואים. על פי הביקורת, השלטונות העות'מאניים והבריטיים לא התערבו באוטונומיה הפנימית של הבדואים בענייני אדמות, ובתקופת שלטונם לא נשללה בעלות הבדואים באדמות. רק אחרי 1948 השתמשו הרשויות הישראליות בחוקים העות'מאניים והבריטיים כאמצעי להפקעת בעלות של הבדואים. Shamir, לעיל ה"ש 9, בעמ' 239-240; אבינועם מאיר "היבטים גיאוגרפיים של חוק הקרקעות העות'מאני בהקשר של בדווי הנגב: בחינה אלטרנטיבית" כלכלה וקרקע בקרב בדווי הנגב: תהליכים חדשים, תובנות חדשות 45 (2006); Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography*; לעיל ה"ש 6, בעמ' 953.

16 שם, בעמ' 149-150 (ההדגשה הוספה).

17 OREN YIFTACHEL, *ETHNOCRACY: LAND AND IDENTITY POLITICS IN ISRAEL/PALESTINE* (2006)

החמישית.<sup>18</sup> במחצית הראשונה של המאה העשרים היו הבדואים מאורגנים כ-95 שבטים, כשכל שבט התנהל כיחידה טריטוריאלית ומנהלית, ובשמונה מטות (קבוצות של שבטים) על בסיס מוצא משותף. במשך המאה התשע-עשרה היו הבדואים כמעט היחידים שחיו בנגב. השלטון העות'מאני לא התערב בענייניהם והם חיו בקיום "אוטונומי, אם לא עצמאי".<sup>19</sup> אבינועם מאיר מסביר במחקריו כי עד תחילת המאה התשע-עשרה הייתה עיקר פרנסתם של הבדואים מבוססת על רעיית צאן. אף שיש עדויות על עיבוד חקלאי של האדמה כבר במאה השמונה-עשרה, החקלאות לא הייתה בסיס מרכזי בפרנסה ובקיום.<sup>20</sup> בתקופה זו, השימוש העיקרי והחשוב באדמה היה למרעה ולמקורות מים. לא הייתה הבחנה ברורה בין שליטה טריטוריאלית לבעלות, והגדרת הטריטוריה הייתה ברמה השבטית או ברמת המטה. במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה התרחשו בין השבטים כמה מלחמות על טריטוריה ועל מקורות מים. ב-1890 התייצבו הגבולות בין המטות ונשארו קבועים עד 1948. אזורי המרעה היו רכוש משותף של השבט, וזכות הגישה למקורות מים הייתה משותפת לכל השבט. האדמה לא נסחרה ולא הייתה בבעלות פרטית.<sup>21</sup> במאה התשע-עשרה החל מעבר לאורח חיים המשלב רעיית צאן ועיבוד חקלאי של אדמה. היו לכך כמה גורמים. חוק הקרקעות העות'מאני מ-1858 קבע כי בתנאים מסוימים אדמה שאינה מעובדת תיחשב "מתה", וקביעה זו עודדה מעבר לחקלאות על חשבון רעיית צאן.<sup>22</sup> כמו כן, קרסל, בן-דוד ואבררביעה מסבירים כי קבלת שכר עבור עבודות כגון סלילת דרכים אפשרה לרכוש זרעים וכלים לעיבוד.<sup>23</sup> נוסף על כך, הגירה של איכרים ממצרים הגדילה את כוח העבודה ואת הרווחיות מעיבוד אדמה. הירידה במחירי המקנה, בעיקר גמלים, בתחילת המאה העשרים הפחיתה את ההכנסה ממשק החי ועודדה גם היא גידול בהיקף עיבוד האדמה. ב-1903 הקימו השלטונות העות'מאניים את העיר באר שבע כמרכז

- 18 AREF ABU-RABIA, THE NEGEV BEDOUIN AND LIVESTOCK REARING: SOCIAL, ECONOMIC, AND POLITICAL ASPECTS (1994); EMANUEL MARX, BEDOUIN OF THE NEGEV (1967). אורח החיים של בדואים נוודים מבוסס על גידול גמלים ונדירה במדבר, ואורח חיים נוודי-למחצה משלב עם גידול הגמלים גם צאן ובקר (כבשים, עזים, פרות) וחקלאות, והמרעה נעשה בשטח מסוים ומוגבל. מאז המאה התשע-עשרה חיו הבדואים בנגב באורח חיים נוודי-למחצה. ראו טוביה אשכנזי **הבדואים בארץ-ישראל** (2000); Clinton Bailey, *The Negev in the Nineteenth Century: Reconstructing History from Bedouin Oral Traditions*, 14 ASIAN & AFRICAN STUD. 35 (1980).
- 19 Bailey, *לעיל ה"ש* 18.
- 20 מאיר, *לעיל ה"ש* 1517; AVINOAM MEIR, AS NOMADISM ENDS: THE ISRAELI BEDOUIN OF THE NEGEV (1997).
- 21 Bailey, *לעיל ה"ש* 18; CLINTON BAILEY, BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV: JUSTICE WITHOUT GOVERNMENT (2009); GIDEON M. KRESSEL, LET SHEPHERDING ENDURE: APPLIED ANTHROPOLOGY AND THE PRESERVATION OF A CULTURAL TRADITION IN ISRAEL AND THE MIDDLE EAST (2003); מאיר, *לעיל ה"ש* 15.
- 22 ROSEN-ZVI, *לעיל ה"ש* 6.
- 23 גרעון מ' קרסל, יוסף בן-דוד וח'ליל אבררביעה "תמורות בבעלות על הקרקע אצל בדווי הנגב במאה השנים האחרונות: ההיבט התוך שבטי" *המזרח החדש* לג 39 (1991).

מנהלי וכעיר שוק לתוצרת חקלאית. סוחרים מעזה ומחברון סחרו עם הבדואים, והרווח ממכירת התוצרת החקלאית עודד את התפשטות החקלאות.<sup>24</sup> בתקופת השלטון הבריטי התגברה המגמה של מעבר לחקלאות. הנגב הושפע מהכלכלה המערבית ומהביקוש האירופי למוצרי חקלאות מהמזרח התיכון כגון שעורה לתעשיית הבירה האנגלית, וכתוצאה מכך גדל היקף העיבוד החקלאי על חשבון המרעה. עיבוד האדמה ומכירת התוצרת החקלאית נהפכו למקור פרנסה רווחי. בד בבד, התפתח ביקוש לאדמות מצד סוחרים מעזה ומצד איכרים שהיגרו לאזור ממצרים. ערך האדמה עלה, חשיבות השמירה על גבולות השבט פחתה ועיבוד האדמות ומכירתן לשימוש חקלאי – גברו.<sup>25</sup> בתחילת המאה העשרים הייתה החקלאות בנגב ממוסדת ובהיקפים גדולים. על פי הערכות, כמות האדמה בנגב שהייתה בשימוש ובעיבוד הבדואים בשנות השלושים נעות בין כ-600 אלף דונם בשנים שחונות לשניים עד שלושה וחצי מיליון דונם בשנים גשומות. הגידולים החקלאיים כללו חיטה, שעורה, דורה, עדשים, ופירות וירקות כגון אבטיחים, תירס, מלון ועגבניות.<sup>26</sup> על פי המפקד הבריטי משנת 1931, 89.3% מהבדואים היו תלויים בחקלאות לפרנסתם ורק 10.7% חיו ממרעה.<sup>27</sup> מניתוח שטחי העיבוד על פי תצלומי אוויר משנת 1945 עולה כי הבדואים עיבדו כשניים וחצי מיליון דונם קרקע, בעיקר בנגב הצפוני-מערבי.<sup>28</sup> העלייה בהיקף החקלאות הובילה לתפיסה קבועה יותר של שטח. מאז המחצית השנייה של המאה התשע-עשרה החלו הכפרים הבדואים להתפתח, ונוסף על אוהלים נבנו מבנים קבועים מחמר, מבוץ ומאבן. כמו כן הופיע סוג של מבנה הקרוי "באיקה", שנבנה מבוץ ומקש. בניגוד לדימוי הרווח של הבדואים כנוודים חסרי קשר לאדמה, מהספרות עולה כי עם המעבר לחקלאות – לפחות מתחילת המאה העשרים – רוב הבדואים בנגב גרו ביישובי קבע ועיבדו את רוב האדמות שהתאימו לחקלאות. חלק מהשבט נדד בעונת המרעה באזור המרעה השבטי הנקרא "דירה", וחלק נשאר במקום היישוב הקבוע ועסק בחקלאות.<sup>29</sup>

#### ד. התפתחות נורמות משפטיות להסדרת הבעלות על האדמות

המעבר לחקלאות הביא לתהליך הפרטה של הקרקעות השבטיות. אזורי המרעה ומקורות המים נשארו בבעלות שבטית משותפת, ואילו אדמות מעובדות – שבאופן מסורתי היו לפני

24 MEIR, לעיל ה"ש 20; ROSEN-ZVI, לעיל ה"ש 6.

25 שם.

26 מאיר, לעיל ה"ש 15; חנינא פורת משימון לארץ נושבת – רכישת קרקעות והתיישבות בנגב 1930–1947 (1996); רות קרק (קליינר) תולדות ההתיישבות היהודית החלוצית בנגב: 1880–1948 (מהדורה חדשה, 2002); Ghazi Falah, *Israeli State Policy Toward Bedouin: Sedentarization in the Negev*, 18 J. PALESTINE STUD., no. 2, 1989, at 71.

27 I. E. MILLS, CENSUS OF PALESTINE, 1931 (1932).

28 עצמון, לעיל ה"ש 9.

29 Yosef Ben-David, *The Negev Bedouin: From Nomadism to Agriculture, in THE LAND THAT BECAME ISRAEL: STUDIES IN HISTORICAL GEOGRAPHY* 181 (Ruth Kark ed., 1989).

MARX, לעיל ה"ש 18; MEIR, לעיל ה"ש 20; Shamir, לעיל ה"ש 9.



כן בבעלות קולקטיבית – חולקו בין משפחות ויחידים ועברו לבעלות משפחתית ואישית.<sup>30</sup> בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים נוצר צורך במיסוד הנורמות המשפטיות לגבי קביעת בעלות באדמה והסדרת השימוש בה. הנורמות שהתפתחו הושפעו מהמשפט המסורתי הברואי, מהחוק העות'מאני ומהחוקים שבהם הורגלו האיכרים שהיגרו לנגב ממצרים ולקחו חלק בעיבוד האדמות.<sup>31</sup> הדיון שלהלן מפרט את התחומים שבהם התפתחו נורמות משפטיות-קרקעיות אלה.

## 1. ירושה

קלינטון ביילי בספרו *BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV*<sup>32</sup> מסביר כי המשפט הברואי מכיר בבעלות אישית על חלקת אדמה על סמך ירושה, רכישה ומתנה. כללי הירושה הושפעו מהכללים שהיו מקובלים בקרב האיכרים שהיגרו לאזור ממצרים ומכללי המשפט המוסלמי. על פי כללים אלו, כשנפטר בעל קרקעות הייתה האדמה מתחלקת שווה בשווה בין בניו. אם היו החלקות באיכויות שונות, היה נהוג לחלקן בין היורשים בהטלת גורל. נשים – הן כבנות, הן כאחיות והן כנשות המורישי – לא קיבלו חלק באדמות, למרות החוק המוסלמי שלפיו בנות מקבלות מחצית מחלקו של הבן.<sup>33</sup>

## 2. מכירת אדמות

מאמצע המאה התשע-עשרה גדל הביקוש לאדמות בנגב ועסקאות קרקעיות נהיו נפוצות. השלטון העות'מאני נעשו רוב העסקאות עם סוחרים מעזה ומחברון. בתקופת המנדט עלה היקף העסקאות עקב הגירת איכרים ממצרים, שהגיעו לאזור בחיפוש אחר פרנסה, וכן בשל התעניינות ארגונים ציוניים ברכישת אדמות מהברואים.<sup>34</sup> שנות העשרים והשלושים הביאו לעלייה במכירת קרקעות עקב תקופות בצורת וירידה בערך המקנה מחד גיסא, וצורך במזומנים לתשלום מסים לרשויות ועבור מוצרי צריכה מאידך גיסא.<sup>35</sup>

מאז תחילת המאה עשרים התפתחה פרקטיקה של שימוש בשטר מכר. הרקע לכך היה השפעה של סוחרים מעזה ומחברון ושל מוסדות ציוניים שהיו מורגלים בשימוש במסמכים כחלק מעסקאות, והיו זקוקים למסמך לשם רישום העסקאות במרשם העות'מאני או הבריטי. כך נעשה ה"סנד" (שטר מכר בערבית) פרקטיקה מקובלת ומוכרת. סנד הוא הסכם חתום בין מוכר לקונה הכולל פרטים חיוניים לגבי העסקה: שם המוכר והקונה, כתובותיהם, המקור של זכות הבעלות באדמה (ירושה או רכישה), מיקום הקרקע, גבולותיה, פירוט החלקות השכנות, פירוט מדויק של החלקה (ואם יש בה מקורות מים, מערות, גנים, סכרים וכו'), תאריך, תמורה, צורת התשלום, חתימות של המוכרים והקונים, של עדים ושל שיח'ים. הסנד

30 מאיר, לעיל ה"ש 17; KRESSEL, לעיל ה"ש 21; MARX, לעיל ה"ש 18.

31 קרסל, בן-דוד ואבו-רביעה, לעיל ה"ש 23; Shamir, לעיל ה"ש 9.

32 לעיל ה"ש 21.

33 ראו גם ח'ליל אבו-רביעה "שימושי הקרקע בקרב הברויים" הברויים: רשימות ומאמרים 119 (יעקב עיני ועזרא אוריון עורכים, 1988).

34 KRESSEL, לעיל ה"ש 21; מאיר, לעיל ה"ש 17.

35 קרסל, בן-דוד ואבו-רביעה, לעיל ה"ש 23.

מבויל בבולי הרשויות. השימוש בבולים נתן תוקף רשמי למסמך, אף שרוב העסקאות לא נרשמו במרשם העות'מאני או הבריטי. הדבר היה חשוב במיוחד כשהצדדים היו זרים זה לזה והייתה אפשרות שהרשויות יתערבו בהכרעת הסכסוך אם יתעורר.<sup>36</sup>

הסנד שימש הוכחה לבעלות על אדמה והיה לו תוקף משפטי בתוך החברה הברואית ומחוץ לה. בית המשפט השבטי השתמש בו כדי להכריע בסכסוכי אדמות והשלטון הבריטי הכיר בו כמסמך מספק לרישום החלקה במרשם המקרקעין. הסנד גם שימש ראיה לקביעת היקף החלקה לצורך תשלום מס, לדוגמה בקביעה שאדמה מסוימת אינה בבעלות הנישום.<sup>37</sup> קרסל מציין כי "אכן, התוקף המשפטי של הסנד בפני בית המשפט היה כזה, שבתקופת המנדט בעל דין היה מצהיר: 'יש לי סנד!' אפילו לפני שהיה טוען, 'זו האדמה שלי!'".<sup>38</sup> איור מס' 1 להלן מציג סנד משנת 1935 (שאספתי מנורי אל-עוקבי במחקר) בין קונה למוכר משבט אל-עוקבי, הנושא את הכותרת "חווה למכירת אדמה". בהסכם נכתב כי הוא נעשה מתוך רצון חופשי של הצדדים, והוא כולל את תיאור החלקות, שמותיהן וגבולותיהן:

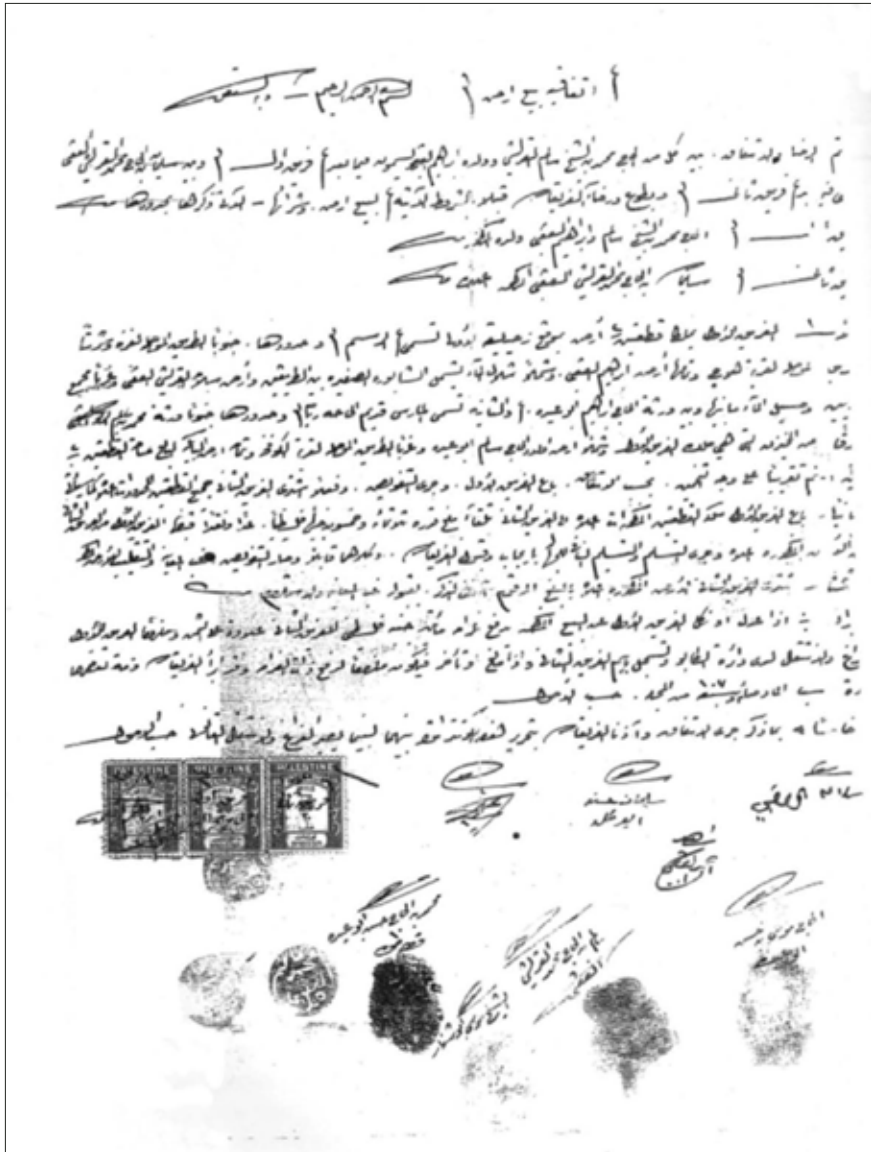
מן הדרום הדרך המובילה לעזה. מן המזרח, הדרך המובילה לכפר הוג' והמסתיימת באדמות איברהים אל-עוקבי. מן הצפון, מפל המים המהווה המשולש הקטן בין שתי הדרכים ואדמת סלאמה אל-קרישי אל-עוקבי. מן המערב, מפגש שתי הוואדיות וזרימת המים שבינה לבין אדמת יורשי אל-חג' איברהים אבו-עידה.

עוד מצוין בסנד גודל החלקות: "מאתיים דונם בערך – לפי הערכה", והתמורה בעדן: "הסכום של שלוש מאות וחמישים לירות פלשתינאיות". מצוין כי הקונה קונה את החלקה "לאחר שראה אותה והסכים לה", ואם ישנה המוכר את דעתו או ימנע מהקונה לרשום את האדמה בטאבו, הוא ישלם קנס של מאתיים לירות פלשתינאיות. הסנד מבויל בבולי הכנסה של השלטונות הבריטיים, כולל תאריך, חתימות וחתימות של הצדדים, וכן שמות וחתימות של 16 עדים. פירוט התנאים הספציפיים וחתימות הצדדים מעידים על תוקפו המחייב של המסמך.

36 שם; KRESSEL, לעיל ה"ש 21.

37 קרסל, בן-דוד ואבו-רביעה, לעיל ה"ש 23.

38 KRESSEL, לעיל ה"ש 21, בעמ' 43.



איור מס' 1: סנד משנת 1935

שנת ה' תרצ"ט (1935)	
החוק להקמת המועצה	
<p>1. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה מקומית או למועצה אזורית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>2. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>3. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p>	<p>1. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה מקומית או למועצה אזורית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>2. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>3. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p>
<p>4. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>5. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>6. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p>	<p>4. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>5. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p> <p>6. כל מי שיש לו זכות הבחירה בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, יוכל גם להצביע בבחירות למועצה אזורית או למועצה מקומית, לפי שיקראו לה.</p>

איור מס' 1.1: סנד משנת 1935 (תרגום לעברית)

3. משכון אדמה

הבדואים גם משכנו אדמות בהסדר שנקרא "ראהן". קרסל, בן-דוד ואבורביעה מסבירים כי ברקע להתפתחות הפרקטיקה הזו עמדה ההכרה בפוטנציאל הרווחי הטמון בעיבוד האדמה, עם הצורך במזומנים וחוסר רצון למכור את החלקה.<sup>39</sup> הראהן כלל את שמות הצדדים, שם החלקה המושכרת, גבולותיה, תקופת ההסכם והתימות הצדדים והעדים. חליל אבורביעה מסביר שיש כמה סוגים של ראהן: סוג אחד, הדומה למשכון, קובע כי בעל האדמה נותן רשות לעבד את האדמה תמורת סכום מסוים וכאשר יחזיר בעל האדמה את הכסף – יקבל את אדמתו חזרה. הסדר זה בא לתת פתרון לבעלי אדמות הנתונים במצוקה כלכלית וזקוקים לכסף אך אינם מעוניינים למכור את האדמה. בחלק מהמקרים נקבע כי בעל האדמה יכול להחזיר את הכסף מתי שירצה ולקבל את האדמה, ובחלק מהמקרים נקבע כי אם בעל אדמה לא יחזיר את הכסף בתוך תקופה מסוימת תעבור הבעלות לידי המשכון והראהן ייהפך לסנד, כלומר: לשטר מכר.<sup>40</sup>

סוג נוסף של ראהן, הדומה יותר לשכירות או לשותפות, קובע כי יש לשוכר זכות לעבד את האדמה בתמורה לשליש מהיבול. כך, לדוגמה, ראהן משנת 1942 (שאספתי מנורי אל-

39 קרסל, בן-דוד ואבורביעה, לעיל ה"ש 23.

40 אבורביעה, לעיל ה"ש 33.

עוקבי במחקר) בין משכיר משבט אל-עוקבי לשוכר משבט אל-טורי נקרא "הסכם השכרת אדמה" (איור מס' 2), וכולל את שמות המשכיר והשוכר, שם החלקה המושכרת, גבולותיה, סנקציות בגין הפרות ההסכם, משך ההסכם וחתימות של הצדדים ושל עדים. התמורה לבעלים היא "שליש מן התוצרת כגון חיטה, תבן, פסולת וכל שתיתן האדמה". הראהן כולל הוראות לגבי טיב עיבוד האדמה שהשוכר מחויב אליו: היכן תאוחסן התבואה וסוג הזרעים: "על השוכר לזרוע את האדמה בזרעים מובחרים, נקייה מפסולת ולכלוך". אם יאחר השוכר בתשלום, לא ישלם את המסים או לא ימלא אחר התנאים שבהסכם, "תעמוד הזכות למשכיר לתפוס את כל התוצרת המזכרת".<sup>41</sup>



איור מס' 2: ראהן משנת 1942

הסכם השכרת אדמה

כל הגירות להשכרת אדמת ורכוש תמצואה אצל שריף מוסספ אלהיבי – באר שכבז התחמס לאחר הגעה של מורכי דין אנשי הדין.

שם המשכיר סלימאן בן אלתא מחמד אלקוריישי אלעוקבי מבני עוקבה שם השוכר חסין בן אלתא רשוד אבו מדינים אלטורי שם החלק: המשכרת (אם היא מחולקת) מארס .... אשר בואאי תדרומי גבולות האדמה המשכרת (אם היא מחולקת) דורום אדמת חסין בן סלים אלכואטלה ומבזרה אלתאג אחמד אלעוקבי וזמן דרך ראשית ומכרס סאלם אבן אלתאג מחמד אלעוקבי המקום ואו המר שכחוטמו נמצאת האדמה המשכרת אזור אלעראקיב טיך האדמה המשכרת הפלג השייכת לו האדמה המשכרת ששם בני עוקבה תראה נפת באר שכבז כמות החלק המשכר כספר ואו הפלג שלישי מסה"כ התוצרת ששת האדמה בדונם ע"פ הערכה 140 מאה ארבעים דונם תקופת ההשכרה שנה אחת האריך תחילת ההשכרה וסיומה מ 8 ל20 שואל שנת 1362 ועד רביעי אל שנת 1363 הגרי תמורת השכירות שלישי מתוצרת ..... (תנאי הסכם ההשכרה)

- 1) השכיר סלימאן בן תאג מחמד אלקוריישי אלעוקבי אדמה שטאורה דלעיל מיל השכירות המתוארה דלעיל גם בן לשוכר חסין בן אלתאג רשוד אבו מדינים אלטורי
- 2) מתחייב השוכר לשלם למשכיר בזמן הנקוב בהסכם זה
- 3) מתחייב המשכיר לשלם למשכיר במקום השכר שלישי בן התוצרת כזון חושה תבן פסולת וכל שתתן האדמה .
- 4) על השוכר לערום את תוצרת האדמה המשכרת קיץ תורף וגורן שיהלים המשכיר בתוך שנה האדמה מאחזירה חזאנה הקיימת .
- 5) על השוכר לקבל את הקבלן שישלח ע"י המשכיר לשמור את התוצרת כזון הקציר ובזמן הגורן ועליו להגיש לו אוכל כל עוד הוא כשבודה .
- 6) על השוכר לרזוע את האדמה בורעים מוכתרים נקיה ממפולת ולכלוך .
- 7) על השוכר לקבל מהסכם המשכיר להעסיק שומר לשמירה על גידולי האדמה המשכרת .
- 8) על השוכר לפנות את האדמה המשכרת ולהחזירה למשכיר נקיה מכל אישור שרעי בתוך תקופת השכירות כאשר המשכיר לא מעניין להשכיר את אדמתו בשנה הבאה ומבלי שיהיה כל זכות לפצוים ממשכיר תמורת הריש האדמה .
- 9) יהיה השוכר יאחר לשלם תמורת השכירות ואו חלק מהתמורה או לא ישלם את המיסים שהיו מתחייב לשלם בזמן זה לא ימלא אחר התנאים שבהסכם זה העמנו הזכות למשכיר לתפוס את כל התוצרת המזכרת קיץ וחורף אם אחרי הקצא או לפני בן והשוכר לא וכאי להגנו ואו לדרוש כל פיצא .
- 10) ואם השוכר התגנו למשכיר להמס את התוצרת ע"פ השיף הקודם יהיה השוכר כספר להסכם ועליו יפלו כל הנזקים כפי שאשור בהסכם מולל תשלום דמי השכירות .
- 11) הזכות למשכיר לקבל מאת השוכר במקום החלק שמגיע ע"פ המסכם ——— תוצרת האדמה המשכרת . ואם זה התוצרת קיץ ואו תורף ובאם יסכים המשכיר לקבל יתייב השוכר להוביל התוצרת מתוך השטח למשכיר ואו לפתח המשכיר כזנאי שהתוצרת תהיה נקיה מכל פסולת ולכלוך כמו בן למשכיר זכות לחלק התוצרת בעודה מעורכבת כש ולהעביר אותה כאמצעות בהמתיו למתן של המשכיר לאחר דשה הסמור למשכיר שלישי פרענים שלישי תבן ושלישי פסולת מנוסף לתוצרת הזכרת .
- 12) המשכיר יודוש את האדמה שלא נוצרה כעונת התורף שלוש פעמים ולא ישאר אדמה בור ולא ידרוש כל פצוי כתוצאה מנבזרות הרישי .
- 13) ירביץ על השוכר תשלום השכירות כל עוד אין לו ככתב מהמשכיר אישור שקבל שלישי מתוצרת במקום השכירות קבלה על קבלת כל היכול וה"ל .
- 14) ואם מצא המשכיר כי התוצרת שקבל מהשוכר פחותה מתוצרת של שנת אחר דומה זכותו לדרוש מהשוכר לשלם לו את דמי השכירות המוסכם ויחזיר לשוכר תוצרת בהתאם לתוצרת אדמה דומה לאדמה שמשוכרת .
- 15) אם ישר השוכר אחו מתנאי הסכם זה או יותר יהיה חייב להחזיר את המשכר מייד אפילו לו היה רוצע בנזקף לתשלום דמי השכירות המוסכמים ועוד המס המעשר של המשלה לירה וחמש מאות מיל תמורת נזקים מערבים ומוסכמים ללא כל התראה .
- 16) אני הצדדים רשאים לבטל חלק מהטעמים בתנאי שהדבר יוזכר בתנאים נוספים ולהבדיר התנאי או התנאים שהוסכם לכוטולם .
- 17) לשני הצדדים הזכות להוסיף תנאים אחרים ולכתוב אותם בתנאים הנוספים .

התנאים הנוספים על השוכר חסין הנ"ל לחלק שלישי מכל תוצרת האדמה האמורה על האמור הכינוי הצדדים מרזון וקיבלו הצדדים תנאי הסכם זה וירלשלם 1500 מיל תמורת מס מעשר למסלה 28 שואל שנת 1362 הגרי משכיר סלימאן בן אלתאג מחמד אלעוקבי משכב בני עוקבה יש בול הבמה 10 מיל שוכר תאג ארשוד אבו מדינים אלטורי

עד עד  
 תאמד אבן עבי אלטובה (מביעת אצבע) מאלם אבן אלתאג מחמד אלקוריישי אלעוקבי (מביעת אצבע)

אני הוצעום מהו אלעוקבי סעיד מ.ס.ס. מסנה מאשר בואת כי תרגמתי מסמך זה ביום 22/11/2009 מהשפה הערבית לשפה העברית לני מיסב ידידותי והבנתי ולראיה כאני על העתום .

  
 חותמת

  
 חותמת  
 שירות משרדי  
 שרדני תרגום

איור מס' 2.1: ראהן משנת 1942 (תרגום לעברית)<sup>42</sup>

42 תורגם לעברית על ידי סעיד אל-עוקבי, שירות משרדי מ.ס.ס. פסגה, 2009.

#### 4. סימון גבולות

הגבולות בין אדמות השבטים ובין חלקות שונות בתוך השבט סומנו בכמה דרכים שנבעו מאופי האדמה ומסוג העיבוד. דרך אחת הסתמכה על המאפיינים הגאוגרפיים של האזור כגון ואדיות, דרכים או גבעות; דרך אחרת הסתמכה על סימון באבנים או על שתילת צמחים שאינם נעקרים בקלות כגון "בוצול", סוג של צמח עם שורש בצלי (דוגמת חצב), צמחים הפורחים בסתיו לפני עונת החריש או שיחים קוצניים. דרך שלישית הייתה סימון האדמה באבנים שנשרפו קודם לכן בתנור ונקברו בה בנוכחות עדים. שיטה זו נועדה למקרים שבהם אחד הצדדים חשש ממחלוקת עתידית. במקרים מסוימים חרשו תלמים באדמה ולאחר מכן סימנו אותם בחבלים.<sup>43</sup>

ביילי מתאר כי על פי המשפט הבדואי, סכסוכים ומחלוקות לגבי גבולות ובעלות על חלקות נדונים על ידי זקני המטה או על ידי שופטים מיוחדים המתמחים בבעלות על האדמה. ההחלטות נקבעות על בסיס ראיות, שבועות או מבחן אש (אלכימיה) – מבחן ליקוק האש לגילוי האמת בין שני צדדים).<sup>44</sup> עדויות של שלושת השכנים הקרובים ביותר לחלקת האדמה הן ראיה בת-תוקף, מתוך הנחה שהשכנים מכירים היטב את הגבולות של החלקות הסמוכות להם. אם אין שכנים היכולים למסור עדות או שעדויותיהם סותרות, התובע את הבעלות צריך להישבע או לעבור מבחן אש. בית המשפט לענייני אדמות מחמיר עם מסיגי גבול, ואם נקבע שאדם מסוים הוא מסיג גבול, עליו לפנות את החלקה, לשלם קנס ואת שכר טרחת השופטים. כמו כן אותו אדם מאבד את זכותו בתבואה שזרע והיא עוברת לבעלים. על פי אל-אערף, בענייני אדמות לא חלה התיישנות ואי-אפשר לזכות בבעלות באדמה מן ההפקר משום שהבעלים לא תבעו את זכויותיהם.<sup>45</sup> ההחמרה עם מסיגי גבול והעובדה שלא חלה התיישנות על תביעות בענייני אדמה מעידות על חשיבות השימוש באדמה ועל חשיבות הבעלות בה בקרב הבדואים בנגב. לבדואים אף הייתה מערכת רישום פנימית של אדמות: החלקות נרשמו בספרים ששמרו השיחים ונקראו "דפתראות" או "דפתר חבל" וכללו פרטים משמעותיים בנוגע לאדמה, לפעולות משפטיות הקשורות לקרקע ולגבולות החלקות. הליך זה נתן לרישום תוקף חוקי בחברה הבדואית ושימש בסיס לגביית מסים על אדמות בתקופת המנדט הבריטי.<sup>46</sup>

#### ה. תוקף הבעלות המסורתית בחברה הבדואית

טרם הקמת המדינה הייתה הבעלות של הבדואים על האדמות ידועה, מוכרת ובעלת תוקף מחייב בחברה הבדואית. כך, לדוגמה, גם במקרים שבהם עזבו הבעלים זמנית את חלקת האדמה (לצורך מרעה או בשל סכסוך), בדואי אחר לא יכול היה לתפוס חזקה או בעלות על האדמה. אפשר היה לעזוב את האדמה ללא שומר אף שהאדמה לא הייתה רשומה במרשם

43 פורת, לעיל ה"ש 26; קרסל, בן-דוד ואבורביעה, לעיל ה"ש 23; AREF EL-AREF, BEDOUIN

KRESSEL; LOVE LAW AND LEGEND (1944), לעיל ה"ש 21.

44 BAILEY, לעיל ה"ש 21.

45 EL-AREF, לעיל ה"ש 43.

46 פורת, לעיל ה"ש 26; קרק (קליינר), לעיל ה"ש 26; KRESSEL, לעיל ה"ש 21.

הרשויות.<sup>47</sup> קרסל אף מציין כי "זה היה כאילו הבעלות [של בעל האדמות הנעדר] הייתה כבר טבועה, למרות שלא הייתה מתועדת במסמך, על האדמה".<sup>48</sup> עארף אל-אערף, שהיה מושל מחוז באר שבע בתקופת המנדט הבריטי, כתב בספרו *BEDOUIN LOVE LAW AND LEGEND* על האדמה באזור באר שבע:

Every inch of land is owned by someone and everyone knows his own land in spite of the absence of boundary fences. A strip of fallow or a strip of sown land carrying a crop different from the land on each side will serve as lines of demarcation. Clumps of *basul* grown at certain points also serve to define ownership. There are fewer disputes over boundaries in Beersheba than in the towns and villages.<sup>49</sup>

המרואיינים הדגישו את התוקף המחייב של המשפט הברדואי לגבי בעלות ותיארו מצב שבו הבעלות הייתה ידועה, מוכרת ומכובדת על ידי בדואים אחרים.<sup>50</sup> הגבולות היו ידועים הן בין השבטים השונים והן בין משפחות ויחידים בתוך השבט, ואסור היה להיכנס לשטח ללא רשות הבעלים. כך, למשל, סיפר נאסר כי "כל אחד שיש לו שטח פרטי, כל אחד יודע, אפילו סנטימטר לא יכלו להיכנס [אחד] לשטח של השני".<sup>51</sup> כך העיד גם עבדאללה:

[...] אנחנו הברדואים היינו מחולקים לשבטים ומטות, מטה זה יותר גדול משבט. המטה יודע את הגבול שלו עם המטה האחר [...] לפי גבולות מסוימים ששני הצדדים מכירים [...] יש סימנים, הר, ואדי סימנים טבעיים [...] השבטים בתוך המטה יודעים כל שבט איפה הגבול שלו עם השבט השני. החמולות [קבוצה של משפחות] בתוך השבט יודעים את הגבולות שלהם עם חמולות אחרות ומשפחות הגרעין יודעות את הגבולות שלהם עם המשפחות השניות. וזה עבד כל התקופה במשך מאות שנים [...] <sup>52</sup>

מערכת זו עדיין תקפה בחברה הברדואית, גם היום: סכסוכי קרקעות נדונים אצל שופטים בדואים, והגבולות בין שבטים, משפחות ויחידים מכובדים וחל איסור להיכנס או להשתמש באדמה שאינה שלך ללא רשות הבעלים. לדוגמה, במקרים מסוימים, כשהאדמה מסווגת כאדמת מדינה על פי החוק הישראלי, הברדואים טוענים כי הם בעלי האדמות על פי החוק המסורתי ולפיכך מסרבים לפנות את האדמה ומתעקשים להישאר עליה. כמו כן, בחלק מהמקרים שבהם הרשויות מחכירות או מוכרות אדמה לברדואים בעיירות הברדואיות, עלול להתעורר קושי: על פי החוק המסורתי, במקרים מסוימים האדמה כבר שייכת לברדואים אחרים, ואלה עלולים להתנגד לעסקה ואז האדמות נשארות ריקות וללא שימוש. אם כן,

47 אבו־רביעה, לעיל ה"ש 33.  
 48 KRESSEL, לעיל ה"ש 21, בעמ' 35.  
 49 EL-AREF, לעיל ה"ש 43, בעמ' 180.  
 50 להגנה על פרטיות המרואיינים אני משתמשת בשמות בדויים.  
 51 ריאיון עם נאסר (14.7.2009).  
 52 עדות עבדאללה בעת סיור בכפרים בדואים לא־מוכרים (15.4.2010).



במקרים אלה החוק המנהגי גובר על חוק המדינה.<sup>53</sup> הן בדואים והן אנשי רשויות הסבירו כי המשפט הבדואי תקף בחברה הבדואית. לדוגמה:

[...] בדואי אחר לא יגע באדמה של מישהו אפילו שהיא בעיירה והמדינה שמה יד עליה, יש הרבה דוגמאות [...] דוגמאות בולטות בלקיה ובכסיפה [...] אפילו שהמדינה נותנת לו גיבוי ואומרת 'זאת אדמת מדינה הפקענו אותה' הוא לא יתקרב.<sup>54</sup>

החוק השבטי הבדואי עדיין קיים. נניח שהפקיעו קרקע למישהו, בלי תיאום עם הבעלים, פיתחו [את האזור] ותכננו ליישוב מסוים, בדואי לא ייכנס לאדמה, היא שייכת לבעלים הבדואים.<sup>55</sup>

אהרן, העוסק בהסדרת ההתיישבות הבדואית, תיאר את תוקף מערכת הבעלויות בכפר שהוכר לאחרונה:

זה לא סתם שיש שם כל מיני תלים וגבעות וכל מיני דברים כאלה, זה לא חלוקה שהמדינה עשתה. הם יודעים בדיוק בינם לבין עצמם איפה עובר הגבול של כל אחד [...] יש פה תלוליות [...] התלוליות האלה הן גבולות [...] בין המשפחות ובין התביעות ובין החמולות. [...] הם יודעים בדיוק גם אם זה לא כתוב כי [הם] חיים שם, גרים שם, מנהלים את זה לאורך שנים, שום דבר לא כתוב, אבל הכול פה אצל האנשים. ואין על זה אגב ויכוחים, כולם יודעים, זה לא שהוא אומר זה שלי, והשני אומר זה שלי, הם יודעים בדיוק, אתה רוצה לדעת איפה הגבול תשאל אותם, אל תיקח מודד ואל תיקח כלום.<sup>56</sup>

לסיכום: במהלך המחצית השנייה של המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים התגבשה בחברה הבדואית מערכת מסודרת לקביעת בעלויות באדמות. מערכת זו כללה פרקטיקות של סימון גבולות, עסקאות של מכירה והשכרה ובית דין לפתרון סכסוכים על אדמות. הגבולות בין החלקות היו ידועים ולמערכת המנהגית היה תוקף מחייב. חרף העובדה שהמשפט הישראלי אינו מכיר במשפט הבדואי כאשר לבעלות באדמה, משפט זה עדיין תקף ומיושם בחברה הבדואית והוא חלק מהתרבות הקולקטיבית.

## 1. רקע תאורטי: סכסוכי קרקעות בין עמים ילידים למדינת לאום

הספרות מתארת כמה גישות לניתוח סכסוך האדמות בין הבדואים למדינה. גישה אחת מנתחת את סכסוך הקרקעות כחלק מהסכסוך הלאומי האתני בין מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין הבדואים כחלק מהמיעוט הערבי בישראל;<sup>57</sup> גישה אחרת רואה בו סכסוך בין

53 אבררביעה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 122.

54 ריאיון עם נאסר (20.7.2009).

55 ריאיון עם סעיד (11.7.2010).

56 ריאיון עם אהרן (13.4.2011) (ההדגשות הוספו).

57 Oren Yiftachel, 'לעיל ה"ש 6', Yiftachel, *Bedouin Arabs and the Israeli Settler State Epilogue: Studying Naqab/Negev Bedouins—Toward a Colonial Paradigm?*, 8 HAGAR, ROSEN-ZVI; no. 2, 2008, at 83. לעיל ה"ש 6.

נוודים למדינה;<sup>58</sup> בתחילת שנות האלפיים התעוררה בשיח האקדמי מגמה המנתחת את כסוך הקרקעות בהקשר כהתנגשות בין משפט ישראלי מודרני למשפט מנהגי של קבוצה ילידית.<sup>59</sup> מחקר זה הוא חלק מהגישה המחקרית הרואה בכדואים עם יליד ומנתחת את כסוך הקרקעות כסכסוך בין משפט מנהגי ילידי למשפט המדינה. בחלק זה אסקור את המאפיינים המרכזיים של עם יליד ואת היישום שלהם לגבי הכדואים בנגב, תוך התמקדות בסכסוכי קרקעות בין עם יליד למדינת לאום.

עמים ילידים כוללים חברות מגוונות ושונים זה מזה במבנים החברתיים, בפרקטיקות תרבותיות, בהתארגנות פוליטית ובאמצעי קיום. המונח "ילדות" מתייחס ל-"being native" "or belonging naturally to a place",<sup>60</sup> והמונח "עם יליד" מתייחס ל-"people with primary attachments to land and culture".<sup>61</sup> הזהות הילידית קשורה להימצאות תחת שלטון זר עקב תהליך של קולוניזציה או מדיניות של מדינה, ולשוליות פוליטית ועקירה מאדמות שאינה מאפשרת לחברה לקיים ולפתח את תרבותה.<sup>62</sup> אין הגדרה אחת מוסכמת לעמים ילידים, במובחן מקבוצות מיעוט, אך יש כמה מאפיינים מקובלים:

1. קדימות בזמן בשימוש בטריטוריה מסוימת.
2. רציפות תרבותית ייחודית: שפה, מבנים חברתיים, ערכי דת ורוחניות, חוקים ומוסדות.

58 Yahel, לעיל ה"ש 5. לדיון נוסף ראו Duane Champagne & Ismael Abu-Saad, *Concluding Remarks and Conference Declaration, in THE FUTURE OF INDIGENOUS PEOPLES, supra note Yiftachel, Bedouin Arabs and the Israeli Settler State*; 6, at 249; לעיל ה"ש 6; ברך קימרלינג ויואל שמואל מגדל פלסטינים – עם בהיווצרותו (1999); ברך קימרלינג מהגרים, מתיישבים, ילידים (2004).

59 INDIGENOUS (IN)JUSTICE: HUMAN RIGHTS LAW AND BEDOUIN ARABS IN THE NAQAB/NEGEV (Ahmad Amara, Ismael Abu-Saad & Oren Yiftachel eds., 2012); **כיה נח הכפרים שישנם ואינם – הכפרים הכדואים הלא-מוכרים בנגב** (2009); Ismael Abu-Saad, *Spatial Transformation and Indigenous Resistance: The Urbanization of the Palestinian Alexandre (Sandy); Bedouin in Southern Israel*, 51 AM. BEHAV. SCIENTIST 1713 (2008) Kedar, *Land Settlement in the Negev in International Law Perspective*, 8 ADALAH'S NEWSLETTER (Dec. 2004), www.adalah.org/en/content/view/8041 **רודר מבט השוואתי על התפתחות ההכרה בזכויות העמים הילידים בקרקע: המקרה של הערבים-הכדואים בנגב** 58 (מרכז רוברט ארגו לחקר החברה הברווית והתפתחותה, 2010). **לגישה שונה, שלפיה הכדואים אינם עונים כל הגדרה של עם יליד**, ראו Ruth Havatzelet Yahel, Kark & Seth J. Frantzman, *Are the Negev Bedouin an Indigenous People? Fabricating Palestinian History*, MIDDLE E. Q., Summer 2012, at 3

60 Jerome M. Levi & Bartholomew Dean, *Introduction to AT THE RISK OF BEING HEARD: IDENTITY, INDIGENOUS RIGHTS, AND POSTCOLONIAL STATES* 1, 5 (Bartholomew Dean & Jerome M. Levi eds., 2003)

61 RONALD NIEZEN, *THE ORIGINS OF INDIGENISM: HUMAN RIGHTS AND THE POLITICS OF IDENTITY* 3 (2003)

62 **שם, בעמ' 5, 221-218**, A WILL TO SURVIVE: INDIGENOUS ESSAYS ON THE POLITICS OF CULTURE, LANGUAGE, AND IDENTITY (Stephen Greymorning ed., 2004)

3. הגדרה עצמית והכרה על ידי קבוצות אחרות או על ידי רשויות המדינה כקולקטיב נפרד.

4. דחיקה לשוליים, נישול, הדרה או אפליה על ידי משטר קולוניאלי או מדינה מודרנית.<sup>63</sup> עמים ילידים ברחבי העולם נבדלים מבחינת היסטוריה, אזור גאוגרפי, מבנים חברתיים, פרקטיקות תרבותיות ואמצעי קיום ופרנסה.<sup>64</sup> בדרך כלל עמים ילידים שומרים על שפתם ונאבקים לשמר ולפתח את זהותם כקבוצה. הזהות הילידית קשורה לחוויה של מיעוט תחת שלטון של קבוצות שונות אתנית ותרבותית, ולהיסטוריה של כפיית התיישבות, גירוש, שוליות פוליטית, הרס של התרבות הילידית ונישול מאדמות שבהן החזיקו באופן מסורתי. לאדמה יש תפקיד מרכזי בהיסטוריה, בפרנסה ובזהות של עמים ילידים, ובמקרים רבים מאבקם של עמים ילידים לזכויות באדמה קשור במאבק להישרדות תרבותית.<sup>65</sup> למשפט יש תפקיד מרכזי בסכסוכי קרקעות בין עמים ילידים למדינת לאום. משפט המדינה בדרך כלל לא מכיר במשפט הילידי, ולמערכת המשפט יש תפקיד מרכזי בהפקעת אדמות של עמים ילידים והפיכתן לאדמות מדינה. חברות ילידיות רבות נהפכות ל"מסיגות גבול" באדמותיהן המסורתיות, וגם אם המדינה מאפשרת להם להחזיק באדמה, חזקה זו נתפסת כמחווה ולא כזכות ותלויה באישור הרשויות.<sup>66</sup> הקונפליקט הקרקעי בין המדינה לעמים ילידים הוא משפטי, אך למאבק המשפטי יש היבטים תרבותיים ופוליטיים: התנגשות האינטרסים בין המדינה לעם היליד מהווה את ההקשר החברתי-פוליטי להתפתחות החוק, ועמים ילידים חווים את החוק כאמצעי לנישולם מאדמות שבהן החזיקו באופן מסורתי.<sup>67</sup> הברואים עונים על ההגדרות המקובלות של עם יליד. הם צאצאים של קבוצות שגרו בנגב לפני הקמתה של מדינת ישראל, הם שונים אתנית ותרבותית מהרוב היהודי במדינת ישראל, הם מזהים את עצמם ומזוהים על ידי רשויות המדינה כקבוצה נפרדת. הם חיים תחת

63 TONY SIMPSON, INDIGENOUS HERITAGE AND SELF-DETERMINATION: THE CULTURAL AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES 23 (1997)

64 NIEZEN, לעיל ה"ש 61, בעמ' 217-218; צפדיה ורודר, לעיל ה"ש 59.

65 David Maybury-Lewis, *From Elimination to an Uncertain Future: Changing Policies Toward Indigenous Peoples*, in AT THE RISK OF BEING HEARD, *supra* note 62, at 324;

DAVID MAYBURY-LEWIS, INDIGENOUS PEOPLES, ETHNIC GROUPS, AND THE STATE (2d ed. Sharon Venne, *She Must Be Civilized: She Paints*; 5 בעמ' 61, לעיל ה"ש 61, 2002)

HER TOE NAILS, in A WILL TO SURVIVE, *supra* note 64, at 126; BRADLEY REED HOWARD, INDIGENOUS PEOPLE AND THE STATE: THE STRUGGLE FOR NATIVE RIGHTS 201 (2003)

66 Taiiaike Alfred, *From Sovereignty to Freedom*, in A WILL TO SURVIVE, *supra* note 64, at 111, 115; אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי"

תיאוריה וביקורת 16, 67, 73-74 (2000).

67 Rebecca Tsosie, *Land, Culture and Community: Envisioning Native American Sovereignty and National Identity in the Twenty-First Century*, in THE FUTURE OF INDIGENOUS PEOPLES, *supra* note 6, at 3, 7; LAURA NADER, THE LIFE OF THE LAW: ANTHROPOLOGICAL PROJECTS

11, 67 (2005); Sally Falk Moore, *Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999*, in LAW AND ANTHROPOLOGY: A READER 346 (Sally Falk Moore

Champagne & Abu-Saad, ed., 2005) לעיל ה"ש 58, בעמ' 249.

שלטון המדינה הזר למאפייניהם החברתיים וחווים מדיניות של עקירה מאדמות והפקעת אדמות. כמו כן, הבדואים משתתפים בפורום הקבוע של האו"ם לענייני עמים ילידים.<sup>68</sup>

## ז. מקרה מבחן: משפט אל-עוקבי

משפט אל-עוקבי התנהל בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בשנים 2009-2010. ערכתי תצפיות בשמונה ישיבות, בחנתי מסמכים משפטיים, פרוטוקולים של דיוני בית המשפט, כתבי טענות וחוות דעת מומחים שהגישו הצדדים לבית המשפט. בחרתי במקרה זה משתי סיבות מרכזיות. ראשית, המקרה משקף היבטים כלליים של סכסוך הקרקעות בין תובעי הבעלות הבדואים למדינה. הטיעונים המשפטיים במקרה זה דומים לטיעונים במקרים אחרים, כך שמקרה זה מאפשר להגיע לתובנות לגבי ההתנגשות בין החוק הישראלי לחוק הבדואי ככלל. שנית, מדובר במקרה ייחודי: בשונה ממקרים קודמים, תובעי הבעלות הבדואים יוצגו ונתמכו על ידי צוות מומחים שכלל עורכי־דין ואקדמאים שאתגרו את הטיעונים המשפטיים, הגאוגרפיים וההיסטוריים של המדינה, והציגו טיעונים היסטוריים, משפטיים וגאוגרפיים אלטרנטיביים.

במסגרת שיטת המחקר האתנוגרפי ההשתתפותי (Participatory Research) צפיתי במשפט ותיעדתי אותו בזמן אמת; בד בבד לקחתי חלק בהליך המשפטי. הקשר שלי למשפט נוצר בעקבות ריאיון עם התובע המרכזי, נורי אל-עוקבי, טרם תחילת המשפט. כאשר החלו ההליכים המשפטיים הזמין אותי נורי אל-עוקבי להשתתף בדיונים. כמשפטנית וכאנתרופולוגית הייתי סקרנית לצפות כיצד יתפתח ההליך המשפטי. במהלך המחקר נוכחתי בפער העצום בין הטענות ההיסטוריות, המשפטיות והגאוגרפיות של תובעי הבעלות כפי שבאו לידי ביטוי בראיונות ובסידורים שערכתי באדמות, שבהם ראיתי שרידים של כפרים וחיים על האדמה, לבין הטענות שעלו במשפטים קודמים לפני בית המשפט. מבחינת בית המשפט מדובר באדמות מתות השייכות למדינה, אך אני למדתי שיש קשר היסטורי משמעותי וחזק בין תובעי הבעלות לאדמה ושיש מערכת משפטית פנימית בחברה הבדואית המסדירה את הבעלות באדמה. מציאות חברתית זו, שעלתה במחקר בצורה ברורה ומובהקת, נעלמה מהשדה המשפטי. כמו כן, כשצפיתי בדיונים המשפטיים וקראתי את טיעוני הצדדים שהוגשו לבית המשפט בתחילת המשפט, נוכחתי כי אף על פי שהטענה המשפטית של המדינה אותגרה בספרות המחקרית, הביקורת לא הוצגה בשלב זה לבית המשפט. כעורכת־דין סברתי שייצוג משפטי הולם לתובעי הבעלות דורש היכרות והתמצאות בחוקי הקרקעות העות'מאניים, הבריטיים, הישראליים והבדואיים, וכן הבנה של ההיבטים ההיסטוריים, הגאוגרפיים והאתרופולוגיים של הסכסוך המשפטי. יתר על כן: כדי לאתגר את חוות דעת המומחים שהוגשו לבית המשפט מטעם המדינה במקרים קודמים, על תובעי הבעלות הבדואים להגיש חוות דעת מומחה נגדית. על פי השקפתי, תנאים אלה הכרחיים לקיום הליך משפטי הוגן. הדיונים הראשוניים של המשפט היו עבורי חוויה מתסכלת. נורי אל-עוקבי היה חדור אמונה שטענותיו יזכו לאוזן קשבת ושיוכל לשכנע את השופטת כי מדובר באדמות השייכות

68 Kedar, *Land Settlement in the Negev in International*; לעיל ה"ש 59, INDIGENOUS (IN)JUSTICE  
*Law Perspective*, לעיל ה"ש 59, Yiftachel, *Epilogue: Studying Naqab/Negev Bedouins*; לעיל ה"ש 57.

למשפחתו ולא אדמות מתות, אך תחושת הייתה שהתוצאה ידועה מראש. המדינה יוצגה על ידי פרקליטים הבקיאיים בחומר ובתיקים דומים ובמצב המשפטי, והיו לה משאבים להביא חוות דעת של מומחים; אך עורכי-הדין שייצגו את נורי אל-עוקבי התמודדו לראשונה עם הנושא המורכב ללא סיוע של מומחים. ידעתי כי תחת המצב המשפטי הקיים ובהיעדר ייצוג משפטי הולם וחוות דעות מומחים, אין סיכוי של ממש לתביעת הבעלות.

בדיון במאי 2009 ביקשו התובעים לדחות את מועדי ההוכחות כדי להיערך בצורה טובה: למצוא עדים, לתרגם מסמכים ולהביא עדויות מומחים, מטרת הדורות הכנה מורכבת ועמוקה. לדברי בא-כוח התובעים, התובעים חיכו שלושים שנה כדי שמישהו ישמע את טענותיהם, ושמיעת ההוכחות בפרק זמן כה קצר לא יאפשר להתכונן כראוי וימנע מהם להשמיע את דברם. השופטת סירבה לבקשה באומרה "תעבדו בקצב שלי" והתרעמה על כך שהבקשה מוגשת באיחור. ההוכחות נקבעו לחודשים יוני וספטמבר 2009 (הדיון היה בחודש מאי). אינני יודעת אם אכן היה צורך להגיש את הבקשה לדחייה בדרך אחרת; אך במבחן התוצאה היה ברור שמועדים אלה לא יאפשרו היערכות של ממש.

בהמשך המשפט – באיחור רב, ולאחר הופעת רוב עדי התביעה בבית המשפט – פנה נורי אל-עוקבי בבקשה לאקדמאים ולעורכי-דין העוסקים בתחום לקחת חלק בייצוג המשפטי. סייעתי לצוות האקדמי-משפטי ושיתפתי את הצוות בחומרים שאספתי. האמנתי כי בעזרת מומחים, עורכי-דין ואנשי אקדמיה אפשר יהיה "לתרגם" לשפה המשפטית את הקשר של הבדואים לאדמה שהם רואים כרכוש משפחתם וכחלק מההיסטוריה ומהזהות התרבותית, וכי טיעוני התובעים יזכו לאוזן קשבת ולדיון של ממש. אכן, במהלך המשפט, כשמשרד עו"ד ספרד וצוות של אקדמאים נכנסו לתמונה, התחולל שינוי דרמטי במהלך הדיונים. המומחית מטעם התביעה נחקרה חקירה נגדית משמעותית שבמהלכה אותגרו טענותיה והועלו טענות חדשות לפני בית המשפט.

בסופו של יום התעלם בית המשפט בצורה כמעט מוחלטת מהטענות החדשות, ובהסתמך על הלכות קודמות קבע כי מדובר באדמות מדינה. הפער בין מה שהתרחש במהלך הדיונים לבין פסק הדין היה עצום: במהלך הדיונים התגלו סתירות וקשיים בעמדת המדינה – סתירות שזכו אף להתייחסות השופטת במהלך הדיונים – והועלו טענות כבדות-משקל מטעם תובעי הבעלות. בפסק הדין לא היה לכך כל זכר. בכך, לדעתי, ויתר בית המשפט על האפשרות להיות אתר של "תרגום" לטענות תובעי הבעלות הבדואים ובחר לפעול כאתר של השתקה והעלמה.

בפרק הבא אתאר את הליך ההשתקה והדחיקה של ההיסטוריה הבדואית והמשפט הבדואי במסגרת פרשת אל-עוקבי. בתיאור המקרה ובניתוחו אדגיש את הניסיונות של תובעי הבעלות לכלול את המשפט המסורתי הבדואי ואת ההיסטוריה הבדואית, כראיה להוכחת זכויות בעלות – ואת תגובת המדינה לניסיונות אלה. בהמשך אתיחס לפרקטיקות משפטיות התוחמות את השיח המשפטי ואינן מאפשרות למשפט הבדואי להיכנס לשיח המשפטי כיסוד רלוונטי לקביעת הבעלות על אדמות בנגב. ב"פרקטיקות משפטיות" כוונתי לטיעונים משפטיים, לפרוצדורות משפטיות, למכשולי שפה ולגישה לייצוג משפטי הולם. במסגרת זו אבחן את האופנים שבהם ההליך המשפטי – הנראה מאוזן ומאפשר לכל צד להשמיע את קולו ואת הנרטיב שלו – מבטל ומשתיק את הנרטיב הבדואי בכלים משפטיים, כך שתובעי אל-עוקבי נשארים נוכחים-נפקדים.

## 1. הרקע להליך המשפטי

האדמות שבמחלוקת כוללות כ-940 דונם וממוקמות בצד הצפוני-מערבי של הנגב, בין ארבעה לעשרה קילומטרים מזרחית לרהט וכעשרה עד עשרים קילומטר צפונית לבאר שבע, והן חלק מתביעות בעלות נוספות שהגישו בני שבט אל-עוקבי. שבט אל-עוקבי התגורר באזור אל-עראקיב טרם הקמת מדינת ישראל. בשנת 1951 הועברו תושבי השבט על ידי הממשל הצבאי לאזור אחר. מאז, רוב השבט – כאלף נפשות – גרים במבנים לא קבועים בכפר לא מוכר. התובע המרכזי, נורי אל-עוקבי, נולד באל-עראקיב. נורי אל-עוקבי ייסד בשנות השבעים את "האגודה לשמירה ולהגנה על זכויות הברואים בישראל" ולקח חלק במאבקים ציבוריים ומשפטיים להכרה בתביעות השבט לאדמה ולהקמת יישוב חקלאי לחברי השבט באזור אל-עראקיב. בשנות השבעים, כחלק מהליך הסדר הקרקעות, הגישו חברי השבט תביעות לאדמה.<sup>69</sup> התביעות לא הובאו לבית המשפט במסגרת מדיניות הרשויות להקפיא את ההליך המשפטי ולנסות להגיע לפשרה מחוץ לבית המשפט. בשנת 2005 ביקש נורי אל-עוקבי להביא את התביעות לדיון לפני בית המשפט והמדינה הגישה תביעה נגדית.

## 2. כתבי הטענות

שני הצדדים העלו את טענותיהם בכתבי טענות שהוגשו לבית המשפט. המדינה טענה שהאדמה הנתבעת היא אדמת מוואת ושהיא הופקעה באמצעות חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: "חוק רכישת מקרקעים"), ולפיכך שייכת למדינה.<sup>70</sup> התובעים טענו כי האדמות הנתבעות הן חלק מרכוש המשפחה והיו בבעלותם ובהחזקתם במשך דורות. האדמה היא חלק מאזור רחב יותר, שעד קום המדינה שימש ככפר בני עוקבה לשבט אל-עוקבי. הסבא של חלק מהתובעים, מחמד סאלם אל-עוקבי ז"ל, נולד ב-1859 ונפטר ב-1945 וחי במשך כל חייו באדמות הנתבעות. עוד נטען כי חברי שבט אל-עוקבי שילמו מסים לשלטונות העות'מאניים והבריטיים כמו גם לשלטונות הישראליים. האדמה הייתה בבעלות המשפחה במשך מאות שנים, על פי החוקים העות'מאניים, הבריטיים והברואים. בשנת 1951 ביקש המושל הצבאי מהשבט לפנות את האזור למשך שישה חודשים כדי לערוך אימון צבאי באזור. חברי השבט נענו לבקשה בהתבסס על ההבטחה שיוכלו לחזור לאדמתם. השבט פונה לאזור חליפי באזור חורה. מאז ניסו חברי השבט פעמים רבות לחזור לאזור אך ללא הצלחה. התובעים טענו כי האדמות הנתבעות אינן אדמות מוואת וביקשו מבית המשפט לקבוע כי מדובר באדמות השייכות להם.

## 3. עדויות בבית המשפט

ב-7 ביוני 2009 התקיימה הישיבה הראשונה של שמיעת העדויות. מטעם התביעה העידו בדואים שהכירו את אזור התביעה והעידו כי האדמה הייתה שייכת לחברי שבט אל-עוקבי.

69 התביעה המקורית הוגשה בשנות השבעים על ידי שיח' סולימאן מוחמד אל-עוקבי ז"ל. התובעים במשפט הם יורשיו.

70 לא אדון במסגרת המאמר בטענות לגבי הפקעת האדמות על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 ובהשפעת החוק על סוגיית הבעלות.

העדים העידו כי החלקות היו בחזקה, בשימוש ובבעלות של חברי שבט אל-עוקבי, שיח' סלימאן מחמד אל-עוקבי ז"ל ובנו עלי סלימאן מחמד אל-עוקבי ז"ל, שניהם משבט אל-עוקבי, שהתובעים הם יורשיהם. שפת האם של העדים הבדואים היא ערבית. ישיבות בית המשפט התנהלו בעברית ובחלק מהישיבות נעשה שימוש במתורגמן. העד הראשון, מוחמד, נולד בשנת 1924 וגר בשכנות לאל-עוקבי.<sup>71</sup> הוא אישר כי הוא יודע היכן אדמות אל-עראקיב והיכן הגבולות של אל-עראקיב. מוחמד העיד כי משפחתו ובדואים נוספים גרו באזור והתפרנסו מעיבוד האדמה וממרעה וכי כל מי שהייתה לו אדמה עיבד אותה. העד השני, אלעיין, לא ידע את גילו המדויק והעיד כי הוא בין 95 למאה שנה. עדותו תורגמה באמצעות מתורגמן מערבית לעברית. הוא העיד כי למוחמד אל-עוקבי היה שטח נרחב ובית וכי הוא התפרנס מעיבוד אדמה. כן העיד כי אנשים שכרו את האדמה וחילקו ביניהם את התבואה, וכי הוא יודע היכן ממוקמות אדמות אל-עוקבי וכי הייתה "באיקה" באזור. התפתחה שיחה לגבי משמעות המונח באיקה:

אני יודע איפה האדמה של סלימאן אלעוקבי, זה בית לא מאבן בדיוק אבל זה מין באיקא, בוא נגיד שזה באיקא...  
מתורגמן: זה מבנה כזה מבטון, לא יודע איך לתרגם את זה.  
עו"ד גבסו: מבנה קבע פשוט.  
כ.ה דברת: לא קבע, מבנה מספיק לנו.<sup>72</sup>

העד השלישי, אחמד, העיד כי רכש אדמה משבט אל-עוקבי. הוא ומשפחתו גרו באזור והיו להם בית, באר ועצים. כאשר נשאל איך הוא יודע שמדובר באדמות אל-עוקבי, הוא ענה שהאדמה שייכת לאל-עוקבי וש"השטח של אלעוקבי זה לא רק אני זה כל האנשים שיודעים".<sup>73</sup> הוא הסביר את המשמעות של ראהן והעיד כי השיח' סולימאן מוחמד אל-עוקבי ז"ל התפרנס מעיבוד אדמה. העד הבא, אסמעיל, בן 75, נולד באל-עראקיב; גילו נקבע על פי תעודת הזהות. בשני מקרים ציינו העדים שגילם מוערך משום שלא נרשם בצורה מדויקת כשנולדו.<sup>74</sup> לדוגמה, כאשר נשאל אסמעיל על גילו הוא ענה "בערך 75".<sup>75</sup> אסמעיל העיד לגבי עסקאות באדמה וציין כי הוא יודע שהאדמות שייכות לאל-עוקבי וכי מוחמד אל-עוקבי חילק את האדמות טרם מותו. העד הבא, נכדו של מוחמד אל-עוקבי, נולד באל עראקיב ב-1934. הוא נשאל כיצד הוא יודע היכן אדמות אל-עוקבי הוא ענה: "מה זאת אומרת, אני גדלתי שמה ואני מכיר את זה".<sup>76</sup> הוא הסביר כי חלק מהאדמות הועברו בירושה וחלק נרכשו. בישיבה מיום 26 באוקטובר 2009 העידו עדים נוספים. עוואד, שנולד באל-עראקיב, העיד כי הוא זוכר את ביתו של סולימאן אל-עוקבי, את הבאר ואת בית הקברות; סבו נקבר

71 השמות המלאים של העדים מופיעים בפרוטוקול בית המשפט. במאמר זה אני מציינת את שמותיהם הפרטיים בלבד.

72 עמ' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009 בת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (ההפניות לפרוטוקולים להלן עניינן תיק זה).

73 שם, בעמ' 58.

74 שם, בעמ' 61.

75 שם, בעמ' 73.

76 שם, בעמ' 98.

באל-עראקבי. הוא העיד "ומאז שאני נולדתי אנחנו יודעים שהאדמה הזאת היא אדמה של סלימאן אל-עוקבי או של אחיו".<sup>77</sup> למשפחתו הייתה אדמה ליד אל-עראקבי וסבו רכש אדמה מאל-עוקבי בשנים 1924 ו-1947. בחקירה הנגדית הוא נשאל: "[...] כל מה שאתה מספר לנו על מה שהיה [...] זה דברים שבעצם סיפרו לך. אתה לא מספר מידיעתך האישית".<sup>78</sup> הוא הסביר כי עדותו מבוססת על מה שאביו וסבו סיפרו לו, על ידע אישי שלו ועל מסמכים; הוא הסביר מהו סנד ואת תוקפו. השופטת שאלה: "מאיפה אתה לוקח את זה? זה מעוגן באיזה שהוא מקום? זה כתוב באיזה שהוא מקום?"<sup>79</sup> העד השני, מוחמד, העיד כי נולד בשנת 1933 באל-עראקבי וכי התפרנס מהאדמה. הוא דיבר על הראהן ועל הסנד ואמר כי אדמות אל-עראקבי שייכות לאל-עוקבי. לסיכום, כל העדים מטעם התובעים היו בדואים שהם או משפחתם גרה באל-עראקבי, וכולם העידו כי האדמות הנתבעות שייכות לתובעים בני משפחת אל-עוקבי.

ב-7 בדצמבר 2009 העיד נורי אל-עוקבי. בזמן עדותו היה האולם מלא, בעיקר בפעילים ובתומכים; לא היה מקום לכולם וחלקם הוצאו מאולם המשפט. נורי אל-עוקבי העיד כי נולד ב-1942 באל-עראקבי בבית אביו שנבנה בשנת 1936, כי גם אביו וסבו נולדו במקום וכי משפחתו גרה באזור במשך דורות. כן העיד כי האדמה עובדה: באביב הייתה ירוקה, במאי החל הקציר וכל משפחה עיבדה את אדמתה; השבט גידל כבשים, עזים וגמלים; כל אחד בנה את ביתו על חלקת אדמתו. נורי סיפר כי אביו בנה סאדה (מאגר מים) ושתל תאנים, רימונים, ענבים וירקות. הבית היה בנוי מבוץ ומאבנים; בית משפחתו שימש את המדינה כבית משפט שבטי; הוא למד בבית ספר באל-עראקבי. כן ציין כי יש חמישה בתי קברות באל-עראקבי והשבט התפרנס ממרעה ומחקלאות. נורי אל-עוקבי נשאל על ידי עורך-דינו איך הוא יודע מה היה לפני שנולד, והוא ענה כי אביו סיפר לו וכי דודתו סיפרה לו, זה ברור לו ויש לו מסמכים. בא-כוח המדינה הגיב כי אינו רוצה להפריע אך הוא מתנגד לעדות בשל היותה עדות שמיעה.

אל-עוקבי אמר שוב כי אביו סיפר לו את זה וכי זה ידוע. הוא ראה את אביו מעבד את האדמה. הוא הסביר את הליך עיבוד האדמה: בסוף ספטמבר הכינו את התבואה לאחסון וכיסו אותה בקש ובבוץ כדי שהגשם לא יפגע בה. באוקטובר חרשו עם גמלים במשך שלושה חודשים את החיטה והשעורה. לסבו היו 12 עובדים שחרשו את האדמה והגנו על הזרעים מהצאן. בחורף הם נטעו חיטה ושעורה ובקיץ – פירות וירקות. אל-עוקבי הוסיף כי הבריטים ידעו שהם מעבדים את האדמות וגבו מס על עיבוד האדמות. נורי המשיך והעיד כי משפחתו קיבלה את האדמה בירושה שעברה מדור לדור ובאמצעות רכישה. כן ציין כי סבו ודודו מכרו אדמה לאביו. הוא הסביר כי גבולות האדמה נראים בשטח: אביו הראה לו את הגבולות והוא מכיר את הגבולות משום שנולד שם. משפחתו לא רשמה את האדמה בטאבו משום שאף ממשלה לא לקחה את אדמתם – לא העות'מאנים ולא הבריטים. משפחתו חייתה באזור לפני תקופת השלטונות העות'מאניים והבריטיים, יותר ממאתיים שנים.

77 עמ' 9 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009.

78 שם, בעמ' 18.

79 שם, בעמ' 26.



## 4. עדויות מומחים

עדויות המומחים שהגישו הצדדים בשלב זה לבית המשפט עמדו במרכז המשפט. על פי עמדת המדינה, השאלה המשפטית הרלוונטית היא אם מדובר באדמות מוואת, כלומר: אם האדמה עובדה והייתה ממוקמת ליד יישוב בשנת 1858. ככלל, על פי דיני הראיות, עדים יכולים להעיד מידעתם האישית בלבד. מכיוון שאף עד אינו יכול להעיד מידעה אישית בשנת 2009 על מצב האדמה בשנת 1858, יש צורך בעדויות מומחים. עדויות המומחים אינן מוגבלות לעדות על פי ידע אישי, וחוות דעת מומחה מבוססת על מומחיות העד ועל מקורות ממקורות שונים. בשונה מרוב משפטי הבעלות הקודמים, שבהם לא אותגרה חוות הדעת שהגישה המדינה ישירות על ידי חוות דעת נגדית, במקרה הנוכחי הגישו תובעי הבעלות חוות דעת מומחה מטעמם.

פרופ' אורן יפתחאל מהמחלקה לגאוגרפיה של אוניברסיטת בן-גוריון הגיש חוות דעת מומחה מטעם תובעי הבעלות.<sup>80</sup> פרופ' רות קרק מהמחלקה לגאוגרפיה של האוניברסיטה העברית בירושלים הגישה חוות דעת מומחה מטעם המדינה.<sup>81</sup> אתאר את הנקודות המרכזיות בחוות הדעת, על פי הסדר שבו הוגשו לבית המשפט, תוך התמקדות בהתייחסות למשפט המנהגי הבדואי לגבי בעלות על אדמות.

חוות הדעת מטעם התובעים התייחסה לשתי נקודות מרכזיות: הראשונה היא קיום, עיבוד ויישוב באזורים הנתבעים, והשנייה – קיום משפט בדואי מנהגי בנוגע לבעלות באזורים הנתבעים. בחוות הדעת נטען שיש ראיות מצטברות לקיום קהילת שבט אל-עוקבי באזור אל-עראקיב כמשך דורות רבים. הם העבירו את האדמות מדור לדור, עיבדו את האדמה והקימו כפרים. על פי חוות הדעת, באזורים כפריים כמו צפון הנגב הבעלות המסורתית קשורה במישרין לעיבוד ממושך של האדמה וליישוב, ועיקרון זה הוכרז על ידי השלטונות העות'מאניים והבריטיים והן על ידי המשפט הבדואי. כן נטען כי בסוף המאה התשע-עשרה היה האזור מעובד ולא שומם כפי שנטען בדיונים גאוגרפיים, היסטוריים ומשפטיים. עוד נטען בחוות הדעת כי השלטונות העות'מאניים לא התערבו במשטר האדמות הבדואי בנגב, וכי השלטונות העות'מאניים והבריטיים קיבלו את משטר הקרקעות הבדואי והשתמשו במסמכים פנימיים של החברה הבדואית כראיה לבעלות; השלטונות הבריטיים אף הכירו בפועל בבעלות המסורתית ולא השתמשו בחוקי הקרקעות משנת 1921 לשלילת בעלות הבדואים באדמות. חוות הדעת התבססה, בין היתר, על ספרות מהמאה התשע-עשרה, על מפות מתקופת השלטון הבריטי ועל ספרות מחקר ישראלית. נטען בה כי האדמה הנתבעת היא חלק משטח רחב יותר, של כ-19 אלף דונם, שהוחזק ועובד על ידי שבט אל-עוקבי במחצית הראשונה של המאה העשרים. על פי המסורת האוראלית, שבט אל-עוקבי הגיע לנגב במאה השמונה-עשרה, התיישב באזור אל-עראקיב ובהדרגה החל לעבד את האדמות. האדמות עברו מדור לדור בירושה. בחוות הדעת נטען, לדוגמה, כי קבר סכם של התובעים הוא ראיה לקיום השבטי באזור. חוות הדעת הציגה מסמכים המעידים על קיום מערכת

80 "חוות דעת מומחה בעניין תביעת יורשי סלימאן אל-עוקבי לבעלות על חלקות באל-עראקיב וחזיליקה" (חוות דעת של פרופ' אורן יפתחאל, 28.8.2009).

81 "חוות דעת מומחה בעניין תביעת יורשי סלימאן אל-עוקבי לבעלות על חלקות באל-עראקיב וחזיליקה" (חוות דעת של פרופ' רות קרק, 31.1.2010).

בעלות מסורתית בנוגע לאדמות כגון הסכם לחלוקת אדמות בין האב לבניו בשנות השלושים. הטענות התבססו על צילומי אוויר של האזור משנות הארבעים של המאה העשרים, על קבלות בגין תשלום מסים של המשפחה לשלטונות הבריטיים ועל שרידי קהילה מתפקדת באזור כגון שרידי בתים, בארות, בורות מים, סכרים ובתי קברות.

בחוות הדעת שהגישה המדינה נטען כי בהתבסס על מקורות ראשוניים, הכוללים מסמכים, ספרות מטיילים, מחקר לגבי הנגב ומפות של אזור אל-עראקיב, לא היה בתקופה הרלוונטית יישוב קבע באזורים הנתבעים אלא חורבות בלבד. על פי ספרות הנוסעים האירופים שעברו בארץ ישראל במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה עולה כי הברואים התפרנסו מגידול גמלים וצאן שהיה כרוך בנדידה עונתית ומפשיטות על אזורים חקלאיים מיושבים. צוין כי חלק מהמקורות מתארים עיבוד קטן ואקראי של האדמה, אך לא על בסיס קבוע ובמרחק רב מהאדמות הנתבעות. לגבי האדמות הנתבעות נטען כי במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים לא היו באזור התביעה מבנים או יישובים למעט שרידי מבנים עתיקים הרוסים, ולא הייתה חקלאות קבע בשטח התביעה. הברואים באזור התפרנסו ברובם מפשיטות, משור ומגידול מקנה. עוד נטען בחוות הדעת כי מחקרים מהמאה התשע-עשרה מראים כי הברואים באזור היו נוודים ולא תושבי קבע. נטען כי עיבוד חקלאי של האדמה החל רק בתקופת המנדט הבריטי. יתר על כן: הועלתה הטענה שחוות הדעת שהגישו התובעים מבוססת על עדויות של בעלי עניין במקום על ממצאים אובייקטיביים ושהיא מערבת דעות פוליטיות עם ממצאים היסטוריים. נטען גם שהשלטונות העות'מאניים לא קיבלו את החוק המסורתי הברואי ושלברואים לא הייתה מערכת מסודרת היכולה לקבוע בעלות. על פי חוות הדעת, הפקודה הבריטית משנת 1921 יושמה בנגב ומושג הילידות אינו חל על הברואים בנגב.

לאחר הגשת חוות הדעת עמדו שני העדים המומחים לחקירה נגדית. באי-כוח המדינה ערכו חקירה נגדית למומחה מטעם התובעים בישיבות בית המשפט מיום 11 בפברואר ו-8 במרץ 2010. באי-כוח המדינה טען כי חוות הדעת הוכנה לא על פי הפרוצדורה המתאימה וכי המומחה אינו מומחה בשאלות הרלוונטיות. עוד טען באי-כוח המדינה כי חלק ניכר מחוות הדעת מבוסס על עדויות על-יפה של התובעים ובני משפחתם. המומחה נשאל, לדוגמה, לגבי פעילותו לקידום זכויות הברואים, לגבי מעורבותו עם "המועצה האזורית לכפרים הערבים הבלתי מוכרים בנגב" ולגבי קשריו עם ארגון בצלם. באי-כוח המדינה טען כי חוות הדעת לא הוגשה על פי כללי הפרוצדורה: כך, למשל, חלק מהמסמכים הוגשו בערבית ללא תרגום לעברית. המומחה מטעם התובעים טען בתגובה כי הערבית היא שפה רשמית במדינה ולכן היה רשאי להגיש מסמכים בערבית. השופטת ציינה כי למרות שערבית היא שפה רשמית במדינה היא איננה שולטת בה.

בישיבה מיום 11 בפברואר 2010 ביקש המומחה מטעם התובעים להגיש תגובה לחוות הדעת שהגישה המדינה.<sup>82</sup> בתגובתו נטען כי יש ראיות בספרות הנוסעים לכך שהאדמה הנתבעת הייתה מעובדת, וכי ספרות זו איננה יכולה להיחשב כמדעית בשל העובדה שנכתבה על ידי נוצרים שהגיעו לפלשתינה לעקוב אחר שרידי התנ"ך. התגובה הנ"ל העלתה את

82 "חוות דעת מומחה: התייחסות לחוות הדעת של פרופ' רות קרק בעניין תביעת יורשי סלימאן אל-עוקבי לבעלות על חלקות באל-עראקיב וחיליקה" (חוות דעת של פרופ' אורן יפתחאל, 28.2.2010).

השאלה: אם לא היו מקומות יישוב באזור באר שבע, היכן התגוררו עשרות אלפי הבדואים שחיו בנגב במאה התשע-עשרה? עוד כללה התגובה הנ"ל ביקורת על המתודולוגיה בחוות הדעת מטעם המדינה וציון כי היא לא כללה את גרסת בני משפחת אל'עוקבי ובדואים נוספים מהאזור אשר העידו על הבעלות המסורתית, ועל פי נורמות חדשות במחקר לגבי עמים ילידים יש לכלול את ההיסטוריה האוראלית של העמים הילידים בבית המשפט.

ב-24 בפברואר 2010 נחקרו בחקירה נגדית שני עדים נוספים שהגישו חוות דעת מומחה מטעם תובעי הבעלות הבדואים. אחד מהם, מודד במקצועו, נחקר בחקירה נגדית לגבי מעורבותו בפעילות של הפורום לדרו קיום בנגב. בא כוח המדינה טען כי מכיוון שהפורום תומך במאבק הבדואים להכרה בקרקעותיהם, היה על העד לציין את מעורבותו בחוות הדעת ורמז כי יש לעד עניין אישי במחלוקת.

בחודשים מאי ויוני 2010 נחקרה המומחית מטעם המדינה בחקירה נגדית. בשלב זה התחלפו עורכי-הדין המייצגים את תובעי הבעלות הבדואים, ומשרד עו"ד ספרד, המתמחה במשפט בינלאומי ובזכויות אדם, ייצג את תובעי הבעלות. במהלך החקירה הנגדית אישרה המומחית כי הגישה בין חמש לשבע חוות דעת במשפטי בעלות בנגב וכי בכל המשפטים הקודמים הגיעה למסקנה שהאדמה שייכת למדינה. המומחית ציינה כי ביקרה באזור התביעה אך לא לצורך הכנת חוות הדעת, וכי לא ראינה אנשים בשטח לגבי גרסתם לגבי ההיסטוריה האוראלית, אך קראה מחקרים שכללו ראיונות עם בדואים. כן טענה כי בכל מקרה אי-אפשר לראיין אנשים לגבי התקופה הרלוונטית ואישרה כי היא איננה מומחית בנושא התרבות הבדואית והחוק הבדואי.

בא-כוח התובעים טען כי חוות הדעת מבוססת על חוקרי תנ"ך שהייתה להם אג'נדה דתית והתעניינו בגאולוגיה ובטבע; חלקם התייחסו לאזורים הרחוקים ממקום התביעה ולא עברו באזור התביעה. בתגובה טענה המומחית כי היא מניחה שהם היו מציינים עיבוד חקלאי אילו היה עיבוד כזה. לדוגמה, אם רובינסון – אחד החוקרים – היה יודע שיש באזור כפר, הוא היה הולך לשם. בא-כוח התובעים טען, לדוגמה, כי מטרת הקרן הבריטית לחקר ארץ-ישראל – ארגון בריטי שהוקם ב-1856 – הייתה לקדם מחקר בתחום הארכיאולוגיה, ההיסטוריה והטבע, כך שחקר החברה האנושית לא היה חלק ממטרתם. נוסף על כך טען בא-כוח התובעים כי בלתי-אפשרי כיום לדעת אם הם לא הזכירו כפר מסוים משום שלא היה קיים או משום שלא ייחסו לו חשיבות. המומחית אישרה כי אם היו מחנות של אוהלים, היא לא בטוחה שהחוקרים היו מציינים אותם.

בא-כוח התובעים טען כי כל המקורות שעליהם התבססה חוות הדעת הם של אירופיים ומערביים שאינם מהאזור. כמו כן, חוות הדעת לא כללה קטעים מספרי מסע שעל פיהם חלקים בנגב היו מעובדים ומיושבים – במיוחד באזורי התביעה. בא-כוח התובעים הציג ביקורת מחקרית על המקורות שעליהם התבססה חוות הדעת: הטענה המרכזית בביקורת הייתה שהחוקרים הנ"ל הגיעו עם תפיסה מערבית לגבי השאלה מהי חקלאות ומהו יישוב. בתגובה טענה המומחית כי תיעוד של היסטוריה אוראלית הוא חשוב, אך אם הוא המקור היחיד זה לא רציני. בתגובה לטענה שמאז אמצע המאה התשע-עשרה היו הבדואים בנגב נוודים-למחצה ולא נוודים, וכי נדרו באזורים קבועים וחזרו לנקודות התיישבות קבועות, המומחית עמדה על כך שבמאה התשע-עשרה היו הבדואים בנגב נוודים: "הם היו נוודים.

נקודה. בסוף המאה ה-19 מתחיל תהליך של התיישבות למחצה. מצומצם ביותר<sup>83</sup>. במהלך החקירה הנגרית עלה הנושא של השפעת האידאולוגיה של החוקר על הכתיבה. המומחית מטעם המדינה טענה שאין לה אידאולוגיה בעניין זה. כאשר הציג לה בא-כוח התובעים את האפשרות שכתביה מתרכזות במחקר מנקודת מבט ציונית, התערכה השופטת וביקשה לעבור לשאלה הבאה.<sup>84</sup>

בישיבה הבאה הציג בא-כוח התובעים למומחית שיר שצוטט בספרו של קלינטון ביילי, שנכתב על ידי בן לשבט אל-עוקבי בשנת 1875: "Our lands are lands of plenty whose harvest we glean. And those sent forth to scout them out are quickly met"<sup>85</sup>. תגובת המומחית הייתה:

תרשה לי לענות לך, ש-Our lands איך פתאום הם נהיו Our lands? אולי תסביר לי? לא, יש לי מלא ציטוטים פה על הקרקעות האלה שהם לא היו הקרקעות שלהם. זה שהם באו ותקעו את החרב שלהם ואמרו זה שלי זה יפה מאוד, זה תיאור רומנטי.<sup>86</sup>

גם בישיבה הבאה חזרה המומחית על טענתה שלברואים לא הייתה מערכת מאורגנת שהסדירה את מערך הבעלויות אלא הסכמים פנימיים חסרי תוקף פורמלי. כך, לדוגמה, היא העידה: "זה נורא נחמד שלפי התיאורים הציוריים של עארף אל עארף בא ברואי תוקע את החרב שלו בקרקע ואומר זה שלי. ואז כשיש לו סכסוך עם מישהו אחר הוא בא לשייח ואמר אני אמרתי שזה שלי ולכן זה שלי"<sup>87</sup>.

במהלך החקירה הנגרית טען בא-כוח התובעים שיש סתירות בין דברים שכתבה המומחית בספרים שפרסמה בעבר לבין חוות הדעת ועדותה בבית המשפט. לדוגמה, בספר שפרסמה בשנת 2002 נכתב כי בתקופה הטורקית לא היה רישום של אדמות בנגב והבעלות נסמכה על רישום בפנקסי השיח'ים.<sup>88</sup> בחקירה הנגרית בבית המשפט חזרה בה המומחית מדברים אלה:

כבוד השופטת דוברת: השאלה אם את חוזרת כך ממה שכתוב (בספרך) או שאת מאשרת?  
ת: אני די חוזרת כי. אני חושבת שהיו סאנדים, הסכמים פנימיים, אבל לא היו פנקסים רשמיים חוקיים...  
כבוד השופטת דוברת: ... אז השאלה אם את מסכימה עם מה שכתוב שם (בספרך) או שאת מסכימה עם מה שכתוב בחוות הדעת, לכל הנושא של הטאבור?  
ת: מבחינת בעלות רשמית אני לא מסכימה ...  
כבוד השופטת דוברת: אז את מסכימה עם מה שכתוב בספר? את כותבת שבתקופה התורכית לא היה רישום והבעלות נסמכה על מסורת שנרשמה

83 עמ' 93 לפרוטוקול הדיון מיום 6.5.2010.  
84 שם, בעמ' 109.  
85 עמ' 41 לפרוטוקול הדיון מיום 13.5.2010.  
86 שם.  
87 עמ' 5 לפרוטוקול הדיון מיום 23.6.2010.  
88 קרק (קליינר), לעיל ה"ש 26, בעמ' 33, 48.

**בדפתראות. את זה את כותבת. ואם את לא מסכימה עם זה אז תגידי שאת היום חושבת אחרת.  
ת: אני חושבת אחרת.<sup>89</sup>**

מאוחר יותר באותה ישיבה נשאלה המומחית על ידי בא-כוח התובעים:

ש: אני מפנה לעמוד 95 בספרך, 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 [...] "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 [המתות] ותקנת המחלול". זה דבר שאת לא עומדת מאחוריו היום?  
ת: לא.

סתירות אלה לא קיבלו ביטוי בפסק הדין.

## 5. סיכומי הצדדים

הסיכומים של תובעי הבעלות הבדואים התמקדו בהיסטוריה של הבדואים באזור ובמשפט הבדואי הנוגע לבעלות באדמות. התובעים טענו כי האדמות נשוא התביעה היו ביתם של בני שבט אל-עוקבי ושימשו מקור לפרנסתם במשך דורות רבים עד לשנת 1951, וכי טרם הקמת מדינת ישראל היה כפר בדואי באזור אל-עראקיב שכלל בית ספר, מבנים ואוהלים. הם ביקשו מבית המשפט לתקן את העוול של נישול התובעים מאדמות אבותיהם בהתבסס על קונסטרוקציה משפטית הבודקת את מעמד האדמה לפני 150 שנה. התובעים טענו כי המדינה קבעה את הבעלות על האדמה – שבה התגוררו התובעים במשך עשורים טרם קום המדינה – בהתבסס על מיסיונרים מערביים שביקרו באזור לפני 150 שנה וכי המדינה מבקשת –

לרשום על שמה אדמות שתובע מספר 1 נולד בהן, שאביו בנה בהן את בית המשפחה, שאביו אביו עיבדן ורעה בהן את צאנו, שאביו סבו חי בהן – וזאת על פי יומני מסעות שכתבו לפני מאה וחמישים שנה האוריינטליסט הבריטי פלמר, או הרטוריקן וחוקר התנ"ך הצרפתי ויקטור גרן, אשר לא עברו אפילו בחלקות התביעה.<sup>90</sup>

התובעים טענו כי האדמות שבמחלוקת אינן אדמות "מוואת" מכמה סיבות. ראשית, האדמה הייתה מיושבת ומעובדת ב-1858. שנית, החוק העות'מאני לא יושם באזור עד תחילת המאה העשרים. שלישית, השלטונות העות'מאניים והבריטיים העניקו לבדואים אוטונומיה בנוגע לאדמותיהם. רביעית, על פי המשפט הבדואי האדמות שייכות לתובעים. יתר על כן, רכישות של אדמות מהבדואים על ידי יהודים מאשרת את בעלות הבדואים באדמה. לסיום הם טענו שהזמן הרלוונטי לבדוק את מעמד האדמות על פי המשפט העות'מאני והבריטי

89 עמ' 140-142 לפרוטוקול הדיון מיום 13.5.2010 (ההדגשות הוספו).

90 עמ' 1 לסיכומים מטעם התובעים בת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (7.12.2010).

הוא לכל המוקדם 1921, שבה הוחלה פקודת הקרקעות הבריטית, ולא מועד החקיקה של חוק הקרקעות העותומאני ב-1858.

התובעים דנו בהחלטת המדינה להקפיא את ההליכים המשפטיים משנת 1973 ועד שנת 2006. הם טענו כי העיכוב פגע בצורה בלתי-הוגנת בתובעים, שבשנת 1973 היו יכולים להביא לעדות את זקני השבט שיכלו להעיד מידיעה אישית לגבי מצב האדמה במאה התשע-עשרה, וכי התובעים איבדו את האפשרות הזו בין השנים 1973 ל-2006.

המדינה טענה בסיכומיה כי האדמות נשוא התביעה הופקעו על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, וכי לפני ההפקעה היו אלה אדמות מוואת ולפיכך הן בבעלות המדינה. המדינה טענה כי התובעים התעלמו מחובתם לרשום את האדמות בטאבו תחת השלטונות העות'מאניים והבריטיים. על פי החוק העות'מאני והחלטות בתי המשפט הישראליים, המועד הקובע לבדיקה אם מדובר באדמות מוואת הוא 1858.<sup>91</sup>

המדינה טענה כי לכל היותר הוכיחו התובעים כי השבט השתמש באזור למרעה וחנה בו לעתים – ותו לא. באזור לא הייתה חקלאות אינטנסיבית אלא לכל היותר חקלאות פרימיטיבית לא רציפה; "זכויות" ו"בעלות" הם מושגים המקבלים את הלגיטימציה שלהם מהשלטונות, ואילו הסכמי האדמות שהציגו התובעים הם פנימיים לחברה הברואית; הברואים הגיעו לנגב רק לפני מאתיים שנה, כשהאדמות כבר היו חלק מהאימפריה העות'מאנית.

המדינה גם טענה לתוקף חוות הדעת שהוגשה מטעמה, המבוססת על חוקרים רציניים אשר "לא נתנו לאמונתם הדתית לבלבל אותם".<sup>92</sup> המדינה מתחה ביקורת על חוות הדעת שהגישו התובעים משום שהתבססה בעיקר על עדויות אוראליות של בעלי עניין, מה גם שעדים אלה אינם יכולים להעיד לגבי התקופה הרלוונטית (1858).

המדינה טענה כי החוקים העות'מאניים והבריטיים קובעים מהו החוק הרלוונטי בשאלת הבעלות: אילו ביקשו השלטונות הללו לפטור אוכלוסייה מסוימת מתחולת החוק, הם היו עושים זאת מפורשות ובכתב. אשר לטענה שבמקרים מסוימים אפשרו הבריטים לברואים לרשום את אדמתם אחרי 1921 – יש לייחס זאת לרשלנות פקידים ביישום החוק. המדינה דחתה טענות המתייחסות לאפליה ולנישול, וטענה כי השבט נכנע במלחמה ועזב את אדמותיו ואת מקום מגוריו מרצונו החופשי. לבסוף טענה המדינה כי לטיעון הילידות אין בסיס משפטי משום שהחוק הישראלי אינו מכיר בזכויות ילידיות ולא הוכח קיומן של נורמות בינלאומיות.

### ח. דיון: ההתעלמות מהמשפט הברואי בפסק הדין בעניין אל-עוקבי

ב-15 במרץ 2012 פרסם בית המשפט המחוזי בבאר שבע את פסק הדין בעניין אל-עוקבי. בית המשפט קיבל במלואן את טענות המדינה וקבע כי האדמות נשוא המשפט שייכות למדינה.<sup>93</sup> מאחר שהשתתפתי בדיונים וקראתי את כתיבי הטענות של הצדדים, בקריאת פסק

91 סיכומים מטעם המדינה בת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (6.4.2011).

92 שם, בעמ' 9.

93 מאמר זה מתמקד בהיבט המשפטי של סכסוך הקרקעות, אך נושא הבעלות אינו הגורם היחיד: יש גם שיקולים הנוגעים לתכנון, לפיתוח ולמדיניות התיישבותית. תחומים אלה מרכזיים לכל ניסיון להגיע לפתרון של סכסוך הקרקעות. לדוגמה, אף אם יקבע בית המשפט כי אדמה נתבעת שייכת לתובעי הבעלות הברואים, יכולתם להשתמש באדמה למגורים, לחקלאות או

הדין נוכחתי לראות כי טענות מהותיות – משפטיות, גאוגרפיות והיסטוריות – שהועלו לראשונה במהלך הדיון על ידי עדים בדואים, עדים מומחים ועורכי-דין לא זכו לדיון של ממש בפסק הדין. רוב-רובן של הטענות שהועלו בחוות הדעת שהגישו התובעים, המתבססות על מחקר מקיף ועדכני, לא זכו לדיון; הדחייה של חוות דעת נעשתה תוך התמקדות בטעויות טכניות. בו בזמן התעלם פסק הדין לחלוטין מסתירות ומכשלים מהותיים בעמדת המדינה ובחוות הדעת שהגישה. בדומה למקרים קודמים, שוב תוארו הבדואים על ידי בית המשפט כ"נוודים חסרי קשר לקרקע", בניגוד לראיות ולעדויות באשר למקום המרכזי של האדמה בהיסטוריה ובתרבות הבדואית.

גם הטענות בדבר קיום משפט מנהגי בדואי ובדבר הרלוונטיות של עדויות אוראליות לקביעת בעלות באדמה נדחו. במהלך המשפט העידו בני שבט אל-עוקבי ועדים בדואים משבטים אחרים כי החלקות היו בחזקה, בשימוש ובבעלות של בני שבט אל-עוקבי מדורי דורות. הטענה שיש להעניק משקל לעדויות אלה – שהן צורת תיעוד ההיסטוריה בתרבות הבדואית, שהייתה בתקופה הנדונה תרבות אוראלית – לא זכתה להתייחסות. בחלק זה אדון בדרך שבה "הועלמו" המשפט הבדואי וההיסטוריה הבדואית מפסק הדין ואציין כמה נקודות מרכזיות שלא נדונו לעומק בפסק הדין.

## 1. התעלמות מהמשפט הבדואי בקביעת בעלות על האדמה

בדומה למקרים דומים של משפטי בעלות בין תובעי בעלות בדואים למדינה, השאלות המרכזיות בהליך המשפטי נסובו סביב הפרשנות והיישום של חוקי הקרקעות העות'מאניים והבריטיים. בשונה ממקרים קודמים, בעניין אל-עוקבי טענו תובעי הבעלות כי יש להכיר במשפט המנהגי הבדואי. המדינה טענה כי אין לחוק הבדואי תוקף במרחב המשפטי: הוא אינו רלוונטי תחת החוק הישראלי ואין לכלול אותו במסגרת נורמות בינלאומיות הדנות בהכרה במשפט מנהגי ילידי לגבי זכויות באדמה.<sup>94</sup>

יתר על כן: על פי עמדת המדינה אין מערכת משפטית בדואית המסדירה את מערך הבעלויות על אדמות. בעניין אל-עוקבי טענו תובעי הבעלות כי מערכת הבעלויות המסורתית שלהם פעלה טרם קום המדינה וכי מערכת זו עדיין בתוקף כיום;<sup>95</sup> והמדינה טענה כי לא הייתה לבדואים בנגב מערכת קרקעית מסודרת שיכלה לקבוע בעלויות. עמדה זו עומדת

למרעה תלויה במדיניות תכנון ופיתוח. עם זאת, השאלה המשפטית של הבעלות ממלאת תפקיד חשוב וייחודי בשל העובדה שהמשפט מעניק לגיטימציה לטענת הרשויות שאדמות הנגב שייכות למדינה ושהבדואים אינם זכאים לבעלות בהן. בפועל, העובדה שאין לבדואים סיכוי ממשי להשיג בעלות במערכת המשפטית, והיעדר זכאותם לבעלות, היא נקודת מוצא למדיניות פיתוח והתיישבות ולכל ניסיון להגיע להסדרי פשרה מחוץ לבית המשפט. כל הצעה שהרשויות מציעות לבדואים נתפסת כפשרה, כ"הצעה נדיבה", "לפנים משורת הדין" (גישה זו באה לידי ביטוי בהמלצות ועדת אלבק; ראו סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 10). במילים אחרות, ההכניה של הבדואים כחסרי זכויות בעלות משפיעה על כל ניסיון להגיע לפשרה מחוץ לבית המשפט. 94 במקרים מסוימים הרשויות מכירות במשפט המנהגי הבדואי כחלק מהסדרי פשרה, למשל כשתובעי הבעלות הבדואים מוכנים לוותר על תביעת הבעלות ולהגיע להסדר. מריבה בנגב, לעיל ה"ש 13.

95 סיכומים מטעם התובעים, לעיל ה"ש 90.

בניגוד למחקר בתחום ונכתבה על ידי מומחית שהעידה בבית המשפט כי אינה מומחית למשפט ולתרבות הבדואית.

מחוץ לכותלי בית המשפט, המשפט הבדואי קיים ובעל תוקף מחייב בתוך החברה הבדואית. כפי שתיארתי בתחילת המאמר, עובדת קיומו מתועדת בספרות ענפה ובאה לידי ביטוי במחקר שערכתני הן בעדויות בדואים והן בעדויות של אנשי רשויות העוסקים בהסדרת ההתיישבות הבדואית. בית המשפט לא נתן מקום למשפט זה; הוא "הועלם" ונמחק כאילו איננו קיים.

## 2. התעלמות מהטענה שהשלטונות העות'מאניים והבריטיים כיבדו את הבעלות הבדואית ומרכישות אדמות מהבדואים על ידי התנועה הציונית טרם קום המדינה

כאמור, הטיעון המשפטי של המדינה מבוסס על חקיקה עות'מאנית ובריטית הדורשת רישום בטאבו כתנאי לבעלות באדמה. עמדה זו אותגרה במהלך המשפט בכמה דרכים: הוצגה פרשנות אלטרנטיבית לחוקי הקרקעות, הועלו הסברים לגבי הרקע התרבותי לאי-הרישום בטאבו, ונטען כי היישום של פקודות הקרקעות על ידי השלטון הישראלי עומד בניגוד למדיניות של השלטונות העות'מאניים והבריטיים, שלא יישמו את הפקודות בדרך זו ולא הפקיעו אדמות מהבדואים. נהפוך הוא: הובאו ראיות להכרה בפועל של השלטונות העות'מאניים והבריטיים בבעלות הבדואים על אדמות. כך, לדוגמה, רכשו העות'מאניים אדמות משבט אל-עזאזמה לשם הקמת העיר באר שבע, והשלטונות הבריטיים רשמו בטאבו עסקאות שבהן מכרו הבדואים אדמות לאחר המועד האחרון הקבוע בפקודה לרישום האדמות בשנת 1921. בנוסף, עד שנת 1947 רכשה הקרן הקיימת לישראל כ-65 אלף דונם בנגב. כמו כן, בעלי קרקעות ערבים בנגב רשמו 64 אלף דונם על שמם במרשם המקרקעין, וסביר להניח שרוב הרכישות בוצעו לאחר 1921.<sup>96</sup> אילו היו השלטונות מיישמים את הפקודה ומכריזים על קרקעות לא רשומות כאדמות מוואת, לא היה צורך לרכוש אדמות מהבדואים והבדואים לא היו יכולים למכור אדמות שאינן רשומות על שמם ושייכות, על פי עמדת המדינה, לשלטונות. מסמכים מארכיון צה"ל מחזקים גם הם את הטענה שהרשויות הכירו בבעלות הבדואים על אדמות. כך, לדוגמה, במסמך שמצאתי בארכיון צה"ל כתב ששון בר-צבי, שכיהן כמושל הצבאי בנגב בשנת 1966, שהאדמה בנגב לא נרשמה במרשם האדמות הבריטי אך אי-הרישום לא פגע בבדואים משום שהרשויות הכירו בזכות הבעלות שלהם:

הקרקע בנגב, שלא כבשאר חלקי הארץ, לא נרשמה על ידי ממשלת המנדט בספרי האחוזה (טאבו). הבדואים, שנמנעו מלרשום את קרקעותיהם לא סבלו במיוחד מאי רישום הקרקעות כי השלטונות הכירו בבדואים ובזכויותיהם לקרקע, דבר שבא לידי ביטוי ברישום כל הקרקעות בספרי תשלום מסים (דפתר חבאל) והסכמת השלטון להכיר בהעברת קרקע מבדואי לבדואי או אחר

96 פורת, לעיל ה"ש 26; MICHAEL R. FISCHBACH, RECORDS OF DISPOSSESSION: PALESTINIAN REFUGEE PROPERTY AND THE ARAB-ISRAELI CONFLICT (2003); Noa Kram, *The Naqab Bedouins: Legal Struggles for Land Ownership Rights in Israel*, in INDIGENOUS (IN) JUSTICE, *supra* note 61, at 126



**כבחכירה חוקית, ובהסכמה לרשום את הקרקע בספרי האחוזה על שמו של הקונה (בדרך זו רכשה הקרן הקיימת אלפי דונמים ורשמה אותם על שמה).<sup>97</sup>**

עמדה זו נתמכה גם במחקריה של המומחית מטעם המדינה, שכתבה בספרה "תולדות ההתיישבות היהודית החלוצית בנגב" כי בתקופה הטורקית לא היה רישום של אדמות בנגב והבעלות נסמכה על רישום בפנקסי השיח'ים. בחקירה הנגדית בבית המשפט חזרה בה המומחית מדברים אלה<sup>98</sup> והטענות לא נדונו בפסק הדין. נוסף על כך הובאו במהלך המשפט ראיות לרכישות אדמות מהברואים טרם קום המדינה והכרה בבעלות הברואית מצד ארגונים ציוניים שפעלו בנגב. אין מחלוקת שהמושבים והקיבוצים שהוקמו בנגב טרם קום המדינה הוקמו על אדמות שנרכשו מברואים. רכישות אלה הוכרו על ידי השלטונות העות'מאניים והבריטיים, שרשמו את האדמות על שם הקונים. בית המשפט לא התמודד עם השאלה כיצד מכרו ברואים עשרות אלפי דונמים לארגונים ציוניים טרם קום המדינה אם לא הייתה להם בעלות על האדמה ועם השאלה כיצד אישרו השלטונות הבריטיים את המכירות אם על פי עמדת המדינה מדובר באדמות מתות השייכות לשלטונות. לסיכום: פסק הדין לא התמודד עם השאלה המשפטית והערכית המתבקשת: כיצד ייתכן שהברואים הוכרו כבעלי אדמות טרם קום המדינה ונהפכו לחסרי זכות בעלות לאחר קום המדינה.

### 3. אימתן תוקף ומשקל לעדויות בדבר ההיסטוריה האוראלית שהציגו תובעי הבעלות

על פי טענת המדינה, עדויות ברואים תושבי אזור התביעה בשאלת הבעלות אינה רלוונטית לקביעת הבעלות. כאמור, במהלך המשפט העידו עדים ברואים שגרו באזור התביעה או בסמוך לו כי האדמה הנתבעת שייכת לבני שבט אל-עוקבי. על פי החוק הברדואי, עדויות שכנים מהוות ראיה ויכולות לשמש להוכחת בעלות. בסיכומיה התייחסה המדינה לעדויות אלה כהצהרות של "בעלי עניין" וערערה על תוקפן בשל אייכולתם של העדים להעיד לגבי התקופה הרלוונטית היחידה על פי עמדת המדינה – 1858.

כאשר העידו תובעי בעלות ברואים במשפט אל-עוקבי לגבי ההיסטוריה המשפחתית שלהם והקשר ההיסטורי לאדמה, בשני מקרים התנגד באכוח המדינה לעדויות כעדויות שמיעה.<sup>99</sup> התובעים טענו כי האדמות עברו לבעלותם על פי המשפט הברדואי באמצעות ירושה או רכישה, וברוב המקרים לא תועדה העברת הקרקע בירושה בכתב. לפיכך, עדויות אוראליות לגבי העברת הקרקע בירושה נחוצות להוכחת הבעלות על פי המשפט הברדואי. השימוש בכלל האוסר על עדות שמיעה במקרה זה מנע מתובעי הבעלות הברואים להוכיח את טענותיהם על פי החוק והמסורת הברדואית. דוגמה בולטת לכך הייתה ההתייחסות לעדויות בדבר היסטוריה אוראלית במהלך עדותו של עוואד, שהעיד כי אביו קנה אדמות ממשפחת אל-עוקבי וכי יש לו מסמכי רכישה אך לא הביא אותם. עדותו אופיינה כ"עדות שמועה" והוא נשאל לגבי מסמכים לעיגון דבריו. בדומה, כאשר העיד עד תביעה נוסף כי

97 מתוך מכתב בתיק ארכיון צה"ל 187-72/1970 (ההדגשה הוספה).

98 ראו לעיל ה"ש 88-89.

99 עמ' 18 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009 ועמ' 24 לפרוטוקול הדיון מיום 7.12.2009.

אביו חילק את האדמות בין ילדיו שאלה השופטת אם יש לו מסמכים. בסופו של יום, לא קיבלו עדויות אלה דיון ומשקל בפסק הדין.

יתר על כן: לפי הטיעון המשפטי של המדינה, השאלה הרלוונטית לקביעת הבעלות היא מצב האדמה ב־1858. מאחר שהתרבות הברואית הייתה תרבות אוראלית בעיקרה, אין בנמצא מחקרים ותיעוד בכתב שנעשו על ידי בדואים מהנגב מהתקופה הנ"ל, המתעדים את מצב ההתיישבות והחקלאות בנגב. השימוש בכלל האוסר על עדות שמיעה בהקשר זה מונע מתובעי הבעלות הברואים להשמיע את גרסתם לגבי ההיסטוריה של האזור ב־1858 כעדות בת־תוקף. כך התייחסה המדינה בסיכומיה לעדויות הברואים: "יתר העדים שהובאו על ידי התובעים כולם בעלי עניין, אשר ממילא לא יכלו להעיד על התקופה הרלוונטית"<sup>100</sup>. גם בפסק הדין אין דיון של ממש בעדויות הברואים אלא, לכל היותר, אזכור שלהן:

התובעים טוענים כי השימוש בקרקע נעשה על ידי משפחת אלעוקבי בתחילת המאה ה־20 ואף קודם לכן. עוד לפני קום המדינה, היה באל עראקיב ישוב בדואי מפותח ובו בית ספר [...] מבנים ואוהלים וכן עיבוד נרחב של המקרקעין. [...] כך גם העידו עדים נוספים שהתגוררו באל עראקיב סמוך לפני קום המדינה, שזכרו גם שגידלו שעורה, חיטה ועצים והיו להם מאגרי מים [...] <sup>101</sup>

מעבר לכך אין דיון של ממש בעדויות וברלוונטיות שלהן לשאלת הבעלות. במהלך המשפט ראייתי את נורי אל־עוקבי, התובע המרכזי. הראיונות בוצעו באזור אל־עראקיב, אזור התביעה. אל־עוקבי הראה לי את האדמה, את הגבולות, סיפר מה היה בשטח, היכן היה בית המשפחה והיכן היו שטחי העיבוד. הקשר לאדמה וההיכרות האינטימית עם האזור עלו באופן ברור וממשי. הפער בין הקשר לאדמה והשייכות לאזור כפי שעלה בראיונות ובסיוורם בשטח לבין ניתוק הקשר באמצעות קונסטרוקציות משפטיות במסגרת ההליך המשפטי היה עצום. במהלך המחקר ראייתי תובע בעלות נוסף, שבהמשך העיד כעד תביעה במהלך משפט אל־עוקבי. הראיונות בוצעו טרם העדות בבית המשפט וללא קשר להליך המשפטי. מדובר באדם מבוגר בשנות השבעים לחייו, שבמהלך הראיונות סיפר לי על האדמה וכיצד הגיעה לבעלותו, וכן לקח אותי לסיור באדמות שתבע. במהלך הסיור הראה לי את שרידי בית המשפחה, את בית הספר שהיה במקום ועוד. הקשר הבלתי־אמצעי לאדמה היה ברור ונוכח בריאיון ובסיוור, עם הכאב וההשלמה עם כך שאינו יכול לשוב לאדמתו ותחושתו כי בית משפט ישראלי לעולם לא יכיר בבעלותו על האדמה. במהלך עדותו בלט הפער בין החוויה שעברתי בריאיון ובסיוור בשטח התביעה לבין העדות בבית המשפט. בסיוור הראה לי העד את שרידי הכפר וסיפר לי על החיים במקום ולא היה ספק בדבר שייכותו לאזור, אך בבית המשפט שידרה נוכחותו זרות וחוסר שייכות. הוא לבש בגדים בדואיים מסורתיים, גלבייה וכאפיה – בגדים לא "נכונים" בבית משפט שאליו עדים "רציניים" מגיעים בחליפה; שפת האם של העד היא ערבית, העברית שבפיו אינה שוטפת, ולמרות השימוש במתורגמן העובדה שלא דיבר בשפה העברית יצרה תחושה של זרות וניכור. בראייה של עורכת־דין נוכחתי כמה קל להתעלם מהעדות: היא נאמרה בשפה "לא נכונה", בתלבושת "לא נכונה", וגובתה בהיסטוריה משפחתית שהוגדרה כעדות שמיעה או כ"סיפורים". חשתי תסכול רב

100 עמ' 12 לסיכומים מטעם המדינה, לעיל ה"ש 91.

101 פרשת אל־עוקבי, לעיל ה"ש 1, בפס' 17.

מכך שלא הייתה נכונות לשמוע ולהבין את הטענות של תובעי הבעלות, להפך: השתמשו בכללים פרוצדורליים כדי לרחות על הסף את הטענות ותוך התעלמות ומחיקת ההיסטוריה המשפחתית והקשר לאדמות.

#### 4. הדחיקה לשוליים של השפה הערבית כחלק מההליך המשפטי במשפט הבעלות

השפה הערבית אמנם מוכרת כשפה רשמית בישראל, אך בפועל העברית היא השפה הדומיננטית בבית משפט: דיוני בית המשפט, חוות דעות מומחים וסיכומי הצדדים נעשו כולם בעברית; כאשר העירו עדים בדואים מבוגרים ששפת אמם ערבית, מתורגמן תרגם את עדותם מערבית לעברית. הפער בין שפת האם של העדים לשפה בבית המשפט בא לידי ביטוי במהלך עדויות בדואים שלא שלטו בשפה העברית. לדוגמה, כשהשתמש אחד העדים במונח "באיקה" והמתורגמן אמר: "זה מבנה כזה מביטון, לא יודע איך לתרגם את זה", התערב עורך-הדין ואמר שמדובר במבנה קבע, והשופט דחתה את פרשנותו ואמרה "לא (מבנה) קבע, מבנה מספיק לנו"<sup>102</sup>. בסוורים שערכתי בנגב באדמות התביעה ראיתי שרידים של "באיקות" ושמעתי על השימוש שנעשה בהן למגורים: מדובר במבנה העשוי קש ובטון, מבנה קבע שהיה חלק מהתפתחות הכפרים הבדואיים ומהמעבר מאוהלים למבנים קבועים. זו דוגמה לכשל הייצוג של הטענות וההיסטוריה הבדואית לפני בית המשפט. המונח "באיקה", השגור ומקובל בקרב האוכלוסייה הבדואית, נהפך לזר ולא מוכר בבית המשפט; המתורגמן לא ידע לתרגם אותו והשופט דחתה את התרגום שהציע עורך-הדין. צורת ההתיישבות הייחודית לחברה הבדואית בתקופה מסוימת – המעבר ל"באיקה", המאפיין את המעבר להתיישבות קבע – נותרו זרים ומחוץ לכותלי בית המשפט, מצב שאפשר להמשיך ולתאר את הבדואים כ"נוודים" ו"חסרי קשר לאדמה".

#### 5. עדים בעלי עניין ועדים אובייקטיביים: מי נחשב עד לגיטימי להעיד בשאלת הבעלות?

במשך המשפט ניסו באי-כוח המדינה לערער את האמינות והלגיטימיות של כמעט כל העדים שהעידו מטעם תובעי הבעלות הבדואים, בין בשל היותם בדואים ולכן בעלי עניין ובין בשל פעילות למען זכויות הבדואים. כך, לדוגמה, נשאל המומחה מטעם התובעים בחקירתו הנגדית על קשריו עם "המועצה לכפרים הלא מוכרים", ובסיכומיה טענה המדינה כי מעורבותו במאבק להכרה בזכויות הבדואים ודעותיו הפוליטיות מעוררים את החשד שחוות דעתו מוטית. בה בעת, העמדות הערכיות והזהות של העדים שהופיעו מטעם המדינה נתפסו כלא רלוונטיות והעדים מטעם המדינה נתפסו כחסרי עמדה קדומה בנושא – וודאי שלא נתפסו כבעלי עניין בנושא טעון זה. לדוגמה, העדה המומחית הראשית מטעם המדינה טענה כי אין לה אידאולוגיה בנוגע למקרה, אך כשציין באי-כוח התובעים כי מחקריו נעשו מנקודת מבט ציונית (לדוגמה, אחד מספרייה נקרא "תולדות ההתיישבות היהודית החלוצית בנגב

1880-1948<sup>103</sup>) התערבה השופטת וביקשה לעבור לשאלה הבאה.<sup>104</sup> חוות דעת מומחה נוספת שהגישה המדינה ניתנה על ידי עו"ד אברהם הללי, ועסקה בעיקר בהפקעת האדמה על פי חוק רכישת מקרקעים. המומחה פרסם את עמדתו לגבי מאבק העם היהודי לזכויות באדמה בישראל. מאמר שפרסם המומחה בשנת 1983 מציג בגלוי את עמדתו: "המאבק על זכותו של עם ישראל על ארץ ישראל נמשך מימי בראשית עד ימינו אלה, וכולל את המאבק על זכות הקניין והבעלות על הקרקע".<sup>105</sup>

מובן שאינני טוענת כי יש פסול בעדות של חוקרים או עדים בעלי עמדה בשאלת הבעלות באדמות כנגב או של כאלה המחזיקים באידאולוגיה התומכת ב"יהוד" הנגב. עם זאת, אם יש חשש לדעה קדומה של העדים בהתבסס על הזהות הלאומית, האתנית, או על עמדה אידאולוגית בנושא – ואם נושאים אלה רלוונטיים לעדות – אזי ראוי לבחון זאת לגבי עדים מטעם שני הצדדים. במשפט אל-עוקבי נשארה האידאולוגיה התומכת בעמדת המדינה "שקופה" ולא סומנה ככזו, בניגוד לבעלי עמדה שונה מעמדת המדינה, שסומנו כ"בעלי עניין".

## 6. גישה לייצוג משפטי הולם במשפטי הבעלות

למיטב ידיעתי, המשפט היה ייחודי בשל העובדה שבפעם הראשונה ייצג את תובעי הבעלות הברואים משרד עורכי-דין המתמחה במשפט בינלאומי וכזכויות אדם. הסבירות שבמקרים עתידיים תהיה לתובעי בעלות נוספים גישה לייצוג משפטי דומה אינה גבוהה. תובעי הבעלות שייכים לקהילה הברואית כנגב – קבוצה במעמד הסוציו-אקונומי הנמוך ביותר בישראל;<sup>106</sup> במקרים רבים אין להם את האמצעים הכספיים הדרושים ואת הגישה לייצוג משפטי הולם ולחוות דעת מומחים.

כרוב המקרים שנדרגו בעבר לפני בית המשפט לא אתגרו תובעי הבעלות הברואים את הטענה המשפטית-היסטורית-גאוגרפית של המדינה, ובמקרים מסוימים לא היו מיוצגים כלל. לדוגמה, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אל-הואשלה,<sup>107</sup> פסק דין מנחה בנושא, צוין כי תובעי הבעלות הברואים לא היו מיוצגים בדיון בערכאה הראשונה (בבית המשפט המחוזי) אלא רק בערעור לבית המשפט העליון. ניהול מעמיק של משפט בעלות כרוך במשאבים עצומים: עורכי-דין, חוות דעת של מומחים, תרגום מסמכים ומחקר, איתור עדים והכנתם. למדינה יש משאבים המתאימים להתמודדות עם תיקים כאלה, לתובעי הבעלות בדרך כלל אין, כך שנוצר מונופול מוחלט של המדינה לגבי הידע בנושא. במצב זה האפשרות של הליך הוגן היא תאורטית בלבד.

103 קרק (קליינר), לעיל ה"ש 26.

104 עמ' 109 לפרוטוקול הדיון מיום 6.5.2010.

105 אברהם הללי "הזכויות במקרקעין – רקע היסטורי כללי של התפתחות הקניין בארץ" ארצות הגליל חלק ב 575 (אבשלום שמואלי, ארנון סופר ונורית קליאוט עורכים, 1983).

106 סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 10; Suleiman Abu-Bader & Daniel Gottlieb, *Education, Employment and Poverty among Bedouin Arabs in Southern Israel*, 8 HAGAR, no. 2, 2008, at 121.

107 לעיל ה"ש 14.

## ט. התנהלות המדינה אל מול נורמות בינלאומיות לגבי זכויות עמים ילידים

בעשורים האחרונים עלה נושא העמים הילידים לסדר היום הבינלאומי. קשת של החלטות בינלאומיות, תקדימים משפטיים ואמנות בינלאומיות הגדירו מסגרת חדשה להתייחסות ראויה לגורלם של עמים ילידים. המסגרת הילידית נועדה להתמודד עם מצב שבו חוקי המדינה לא מכירים בזכויות באדמה של עמים ילידים, והאדמה שבה החזיקו באופן מסורתי מופקעת על ידי המדינה.<sup>108</sup> המסגרת הילידית מאפשרת לעמים אלה לבסס את טענתם לזכויות באדמה על סמך ההיסטוריה הילידית, דפוסי החזקת הקרקעות והמשפט הפנימי. יש מספר נורמות בינלאומיות המדגישות את הצורך של מדינות להכרה בזכויות עמים ילידים לגבי אדמות שהוחזקו על ידיהם באופן מסורתי; אוסטרליה וקנדה, למשל, הכירו במידה מסוימת בבעלות הילידית.<sup>109</sup> הזכות של עמים ילידים לאדמה בהתבסס על המשפט המנהגי הוכרה בסעיף 26 להצהרת האומות המאוחדות לגבי זכויות עמים ילידים. לפי סעיף זה, לעמים ילידים יש זכות לאדמות שהיו בבעלותם באופן מסורתי, וכן יש להם זכות להשתמש בטריטוריות שבהן החזיקו מכוח הבעלות המסורתית. כן נקבע כי על המדינות להכיר משפטית באדמות אלה תוך התייחסות למערכת הקרקעית של העם היליד.<sup>110</sup> חלק מרכזי בהכרה בזכויות עמים ילידים הוא ההמשכיות של דפוסי הזכויות בקרקע ששררו באזורי המחיה של הקבוצות הילידות טרם כינון השלטון המקומי. לדוגמה, בפסק דין מאבו משנת 1992 הכיר בית המשפט האוסטרלי בזכויות באדמה של אבוריג'ינים. הפסיקה שינתה את דוקטרינת האדמה הריקה שחלה ברחבי האימפריה הבריטית והותירה עמים ילידים ללא בעלות על אדמותיהם ההיסטוריות, והכירה בקניין מסורתי-ילידי המבוסס על רציפות תרבותית וקהילתית ועל זיקה לקרקע גם ללא מסמכי בעלות כתובים.<sup>111</sup>

108 Alfred Niezen, לעיל ה"ש 66, בעמ' 115; Champagne & Abu-Saad, לעיל ה"ש 58, בעמ' 249; Niezen, לעיל ה"ש 61, בעמ' 75.

109 Rodolfo Stavenhagen & Ahmad Amara, *International Law of Indigenous Peoples and Kedar*, *the Naqab Bedouin Arabs*, in INDIGENOUS (IN)JUSTICE, *supra* note 61, at 158 Erica-Land Settlement in the Negev in International Law Perspective Irene A. Daes (Special Rapporteur), *Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples and Minorities: Indigenous Peoples and Their Relationship to Land* (Final Working Paper, prepared by), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21 (June 11, 2001), available at [https://www1.umn.edu/humanrts/demo/RelationshipToLand\\_Daes.pdf](https://www1.umn.edu/humanrts/demo/RelationshipToLand_Daes.pdf) לדיון בנורמות בינלאומיות לגבי זכויות עמים ילידים, הכוח המשפטי שלהם ודרכים אפשריות ליישם במערכת המשפט הישראלית, ראו Ahmad Amara, *The Goldberg Committee: Legal and Extra-legal Means of Solving the Naqab Bedouins Case*, 8 HAGAR, no. 2, 2008, at Kedar, ;227; S. JAMES ANAYA, INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW (2d ed. 2004) לעיל ה"ש 59.

110 G.A. Res. 61/295, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Sept. 13, 2007).

111 Stavenhagen & Amara, לעיל ה"ש 109; צפדיה ורודר, לעיל ה"ש 59.

היבט נוסף של הכרה בזכויות עמים ילידים הוא מתן תוקף משפטי למגוון של ראיות. הואיל והתרבות הילידית היא במקרים רבים אוראלית, ואינה כוללת ארכיונים ומסמכים רשמיים, במקרים מסוימים בתי המשפט מכירים בראיות המבוססות על עדויות על-פה. מתן משקל לנושא הילידי יכול להביא להענקת משקל ראייתי לשיטות קנייניות של הילידים, למסמכים שבידיהם ולמנהגיהם הקניינים.

התעלמות בית המשפט בעניין אל-עוקבי מהמשפט הברואי בשאלת הבעלות עומדת בניגוד לסטנדרטים בינלאומיים אלה. במשפט הועלתה הטענה שהברואים הם עם יליד ושיש לכך משמעות משפטית: זכויות של קבוצות ילידות מעוגנות במשפט הבינלאומי המנהגי, ויש לפרש את החוקים הקיימים בדרך העולה בקנה אחד עם נורמות אלו. סוגיה זו לא זכתה לדיון של ממש בפסק הדין של בית המשפט המחוזי; ההתייחסות היחידה לנושא הייתה ציון העובדה שמדובר בסוגיה כבדת-משקל ובעניין של מדיניות, וראוי שהמחוקק יתייחס לנושא: "ונכון לעת זו החקיקה בישראל אינה מכירה בזכויות מכח ילידות".<sup>112</sup> בעניין זה קבע בית המשפט העליון כי מדינת ישראל לא הצטרפה להכרזת העצרת הכללית של האומות המאוחדות בדבר זכויות עמים ילידים משנת 2007 ולא אימצה אותה בחקיקה ישראלית פנימית, וכי אין להכרזה תוקף מחייב. בית המשפט לא דן בשאלה אם הברואים עונים למונח "ילידים".<sup>113</sup> לגופו של עניין, נושא הילידות לא קיבל משקל ותוקף בפסקי הדין.

### י. הכרעת בית המשפט העליון: המשך ההתעלמות מן המשפט וההיסטוריה הברואיים

בית המשפט העליון אישר את הלכת אל-הואשלה<sup>114</sup> משנות השמונים תוך דחייה מוחלטת של טענות תובעי הבעלות.<sup>115</sup> הסיבה העיקרית לדחייה הייתה הלכת המוואת: מאחר שתובעי הבעלות לא רשמו את הקרקעות במרשמים העות'מאניים והבריטיים, ולא הצליחו להוכיח כי לפני שנת 1858 היו האדמות מיושבות או מעובדות – מדובר באדמות מדינה.<sup>116</sup> כאמור, לא אכלול במאמר זה ניתוח מעמיק של נימוקי בית המשפט העליון. הנקודה המשמעותית לטעמי בהקשר של מאמר זה היא שבית המשפט העליון המשיך מסורת של התעלמות והעלמה של המשפט, התרבות וההיסטוריה הברואית בהבניית זכויות הבעלות. כך, לדוגמה, המערכת הקניינית הברואית לגבי הקרקעות לא נדונה לעומק בפסק הדין; עדויות ברואים לגבי עיבוד והתיישבות באזור, ותיאור חיים עשירים הכלולים מגורים, חקלאות, רעיית צאן, הורשת קרקעות וביצוע עסקאות בקרקע באזור – כל אלה לא קיבלו משקל, ונקבע כי עדויות ברואים לגבי עיבוד הקרקעות באזור אל-עראקיב נוגעות לשנים מסוימות בלבד וכי מדובר

112 פרשת אל-עוקבי, לעיל ה"ש 1, פס' 34 לפסק הדין.

113 ע"א אלעוקבי, לעיל ה"ש 3, בפס' 80-81.

114 לעיל ה"ש 14.

115 פסק הדין נכתב על ידי השופטת אסתר חיות; להחלטתה הצטרפו המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין והשופט סלים ג'ובראן.

116 בית המשפט אישר את הלכת אל-הואשלה, לעיל ה"ש 14. לביקורת על ההלכה ראו ראו פתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 9; Shamir, לעיל ה"ש 9, קרם, לעיל ה"ש 9.

בעדויות כלליות שאי-אפשר להסיק מהן עיבוד רציף המקנה זכויות.<sup>117</sup> גם מכירות קרקע על ידי הבדואים לשלטונות העות'מאניים ולארגונים ציוניים לא קיבלו משקל בקביעת זכות הבעלות. בית המשפט דחה את הטענה שרכישת אלפי דונמים מהבדואים על ידי ארגונים ציוניים בתקופת המנדט הבריטי מובילה למסקנה שהבדואים היו בעלי האדמות שמכרו. בית המשפט קבע, לדוגמה, כי "[...] בדואים משבט העטאוונה הצליחו לרשום על שמם אדמות בנגב באזור שנקרא אז ג'מאמה ולמכור אותן לחברת הכשרת יישוב. אדמות אלה שימשו לאחר מכן להקמת קיבוץ רוחמה".<sup>118</sup> בית המשפט קבע כי מדובר ב"תיעוד עסקאות" בלבד, שאיננו מהווה ראיה לבעלות הבדואים.<sup>119</sup> אשר לרכישת קרקעות מהבדואים על ידי השלטונות העות'מאניים להקמת העיר באר שבע, בית המשפט קבע כי העובדה שהאימפריה העות'מאנית רכשה קרקעות משבט המוחמדין להקמת באר שבע "אינה מעידה בהכרח על כך שמדובר בזכויות שהוענקו לבני שבט המוחמדין מכוח הדין הבדואי המסורתי ובהחלט ייתכן כי מדובר בזכויות שהשלטונות העות'מאניים הכירו בקיומן מכוח חוק הקרקעות העות'מאני [...]".<sup>120</sup> במילים אחרות, העובדה, אשר איננה שנויה במחלוקת, כי הבדואים מכרו אדמות הן לשלטונות העות'מאניים והן למוסדות ציוניים טרם קום המדינה, לא הובילה למסקנה כי היו בעלי האדמות. בסופו של יום, ולמרות עדויות הבדואים והמחקר שהוצג לגבי היקף החקלאות והאדמות המעובדות בנגב, שוב הוצגו הבדואים כנוודים. בלשון המשנה לנשיאה רובינשטיין: "[...] דומה שמן הספרות עולה, כי עיקר ההווה הבדואית היתה של נוודות, ולא של חקלאות 'רגילה', גם אם היו חריגים".<sup>121</sup>

במהלך המחקר התוודעתי למחלוקת בקרב תובעי הבעלות אם לקחת חלק בהליך המשפטי ולהביא את טענותיהם וגרסתם לפני בית המשפט. חלק מהמרואיינים הביעו חוסר אמון במערכת המשפטית ותפסו את מערכת המשפט כמשרתת את מטרת הרשויות להעביר אדמות מבעלות בדואים לבעלות המדינה. התובע בתיק, נורי אל-עוקבי, הביע אמונה בבית המשפט ובאפשרות שבית המשפט יכיר בקשר ההיסטורי לאדמות שהוא רואה כרכוש משפחתו. במהלך שמיעת עדי התביעה רשמתי פעמים רבות "יש צורך בהסבר", מתוך מחשבה שאם מומחה או עורך-דין "יתרגם" את טענות תובעי הבעלות לעולם המשפטי, יידונו הטענות. בסופו של יום, גם לאחר שמיעת טענות המומחים ועורכי-הדין המשיך בית המשפט במסורת ההתעלמות מההיסטוריה, מהמשפט ומהתרבות הבדואית.

בפסקי הדין בעניין אל-עוקבי אין למעשה חידוש, לא מבחינה משפטית ולא מבחינת מדיניות אי-ההכרה בתביעות הבעלות של הבדואים. ייחודו של משפט אל-עוקבי הוא בכך כי לראשונה צוות עורכי דין וחוקרים אתגר את טענות המדינה וניסו "להכניס" לשיח המשפטי את טענותיהם המשפטיות, ההיסטוריות והגאוגרפיות של תובעי הבעלות. ניסיון זה נדחה באופן גורף. מה המשמעות של האפשרות לעלות טענות בבית משפט כשבפועל אין לטענות אלה משקל? איך אפשר להסביר את ההתעלמות של פסקי הדין מהסתירות בעדות

117 ע"א אל-עוקבי, לעיל ה"ש 3, בפס' 73.

118 שם, בפס' 37.

119 שם, בפס' 41.

120 שם, בפס' 36.

121 שם, בפס' ג' לחוות דעתו.

המומחית מטעם המדינה? איך אפשר להסביר את ההכרה בבעלות קיבוצים ומושבים על אדמות שנרכשו מהבדואים טרם קום המדינה – וכך בכך את אי־ההכרה בבעלות הבדואים על אדמות? לדעתי, המסגרת הילידית – שלא זכתה לדיון של ממש בפסק הדין של בית המשפט המחוזי ונדחתה על ידי בית המשפט העליון – מאפשרת מפגש ו"תרגום" של הטענות המשפטיות, ההיסטוריות, הגאוגרפיות והתרבותיות של תובעי הבעלות. אפשרות זו עדיין פתוחה ואפשר להשתמש בה כדי ליצור מרחב משפטי שמאפשר עשיית צדק והגעה לפתרון לתביעות הבעלות.