



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4220/12

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות

המערערים :
1. סלימאן מחמד אלעוקבי ז"ל
2. סעיד עלי אלעוקבי
3. מאג'ד עלי סלימאן אלעוקבי
4. מאהר עלי אלעוקבי
5. פאטמה אלנברי אלעוקבי
6. נואל אלעסס אלעוקבי
7. דלאל אלעוקבי
8. תמאס אלעוקבי
9. רג'יא אלעוקבי
10. חסן (נורי) סלימאן אלעוקבי
11. אנואר סלימאן אלעוקבי
12. אברהים סילמאן אלעוקבי
13. סעיד סלימאן אלעוקבי
14. חליל סלימאן אלעוקבי
15. רחאב סלימאן אלעוקבי
16. חלמה סלימאן אלעוקבי

נ ג ד

המשיבה :
מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע
בת"א 7161/06, ת"א 7275/06, ת"א 7276/06, ת"א
1114/07, ת"א 1115/07 ות"א 5278/08, שניתן ביום
15.3.2012 על ידי כב' סגנית הנשיא השופטת ש' דברת

תאריך הישיבה :
ד' בסיון התשע"ד (02.06.2014)

בשם המערערים :
בשם המשיבה :
עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד אדר גרייבסקי
עו"ד משה גולן ; עו"ד חבצלת יהל

פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (כב' סגנית הנשיא ש' דברת) מיום 15.3.2012. פסק הדין ניתן במאוחד בשישה תיקי הסדר מקרקעין (ת"א 7161/06, ת"א 7275/06, ת"א 7276/06, ת"א 1114/07, ת"א 1115/07 ות"א 5278/08), ולפיו נדחו תביעות המערערים לבעלות בחלקות אדמה שונות כנגב הצפוני ונתקבלה טענת המדינה כי יש לרשום את הבעלות בחלקות אלה על שמה ועל שם רשות הפיתוח.

רקע הדברים ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. בשנת 1971 החל באדמות הנגב הצפוני הליך הסדר מקרקעין לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר). במסגרת הליך זה תבע המערער 1 בעלות על שלוש חלקות אדמה מדרום לרהט (הידועות כערקיב 2, ערקיב 6 וערקיב 60) ושלוש חלקות אדמה מצפון לנתיבות (הידועות כשריעה 132, שריעה 133 ושריעה 134) (להלן: חלקות ערקיב ו- חלקות שריעה בהתאמה, וביחד החלקות). המדינה מצדה תבעה אף היא בעלות על החלקות האמורות וסמכה את תביעתה זו בעיקרו של דבר על העובדה שהחלקות מצויות בתחומי הגושים באותו אזור ששטחם הכולל הופקע על ידה בשנת 1954 מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: חוק הרכישה). הליך ההסדר הנוגע, בין היתר, לחלקות הנדונות לא הושלם לאורך שנים ארוכות ובשנת 2006 הגישו יורשיו של המערער 1 (המערערים 2-16) שש תביעות לבית המשפט קמא בהן עתרו להצהיר על בעלותם בחלקות ולרושמן על שמם.

2. הדיון בשש התביעות שהגישו המערערים אוחד ובפסק דינו מיום 15.3.2012 דחה אותן בית המשפט קמא, כאמור, והורה לרשום על שם המדינה ורשות הפיתוח את הגושים בהם מצויות, בין היתר, גם החלקות הנדונות (גושים מספר 400367, 400369, 400371, 400526 ו-400527). תחילה בחן בית המשפט את תוקפה של ההפקעה שבוצעה על ידי המדינה בשנת 1954 על פי חוק הרכישה, ובדחותו שורה של טענות שהעלו המערערים כנגד תוקפה של הפקעה זו הגיע אל המסקנה כי ההפקעה נעשתה כדין וכי יש לדחות את תסקיר התביעה של המערערים בו טענו לבעלות בחלקות. עם זאת, קבע בית המשפט קמא בהסתמכו על ההלכה שנפסקה בע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל (3.1.2010) (להלן: עניין ג'בארין) כי העובדה שמדובר בהפקעה בת תוקף אינה מייתרת את הצורך לדון בשאלת הזכויות שהיו למערערים, אם בכלל, טרם ההפקעה וזאת לצורך הכרעה בסוגיית הפיצוי הנגזרת מכך. בדונו בשאלה זו ניתח בית

המשפט קמא את הוראות חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), ובכלל זה ההוראות שבסעיפים 152-156 לחוק, וקבע כי דברי החקיקה המרכזיים שעל פיהם יש לבחון את שאלת הזכויות שהיו למערערים טרם ההפקעה משנת 1954, הם: חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1274 להיג'רה (1858) (להלן: חוק הקרקעות העות'מאני או חוק הקרקעות) ופקודת הקרקעות (מוואת) 1921 (להלן: פקודת המוואת), שהיו בתוקף במועד הקובע (1954). זאת נוכח הוראת סעיף 156 לחוק המקרקעין הקובעת כי הוראות סעיפים 152-155 המבטלות את סיווגי הקרקעות שהיו קיימים על פי החקיקה העות'מאנית, אין בהן כדי לגרוע מזכויות שנרכשו במקרקעין ערב חקיקתו של חוק המקרקעין.

3. בית המשפט בחן את זכויות המערערים בחלקות במועד הקובע (1954) על פי ההוראות שבחוק הקרקעות ובפקודת המוואת והגיע אל המסקנה כי מקרקעין אלה היו במועד הקובע מקרקעין מסוג מוואת בבעלות המדינה. במסקנתו זו נסמך בית המשפט המחוזי בעיקרו של דבר על חוות דעת המומחית מטעם המדינה פרופ' רות קרק אותה העדיף על פני חוות דעת המומחה מטעם המערערים פרופ' אורן יפתחאל. בית המשפט דחה את טענת המערערים כי החלקות שבמחלוקת הן קרקעות מסוג "מירי" אשר הוחזקו ועובדו מקדמת דנא על ידי שבט אלעוקבי אליו הם משתייכים (להלן: שבט אלעוקבי או השבט). כמו כן, נדחתה על ידו טענתם כי גם אם מדובר בקרקע מסוג מוואת הם רכשו בה זכויות מכוח עיבוד והחייאה. עוד דחה בית המשפט את טענת המערערים לפיה בשלב כלשהו ועל פי הסדרים פנימיים שנעשו בין בני השבט, נרכשו זכויות הבעלות באותן החלקות על ידי משפחת המערערים. בהקשר זה לא קיבל בית המשפט את טענת המערערים לפיה בתקופת השלטון העות'מאני וכן בתקופת השלטון המנדטורי שבא אחריו, נהנו השבטים הבדואים בנגב ובכללם שבט אלעוקבי מאוטונומיה אשר מכוחה הכירו השלטונות בהסדרים פנימיים שנערכו על ידי בני השבט לגבי הקרקעות בנגב כהסדרים תקפים המשקפים זכויות קנייניות, גם אם הזכויות הללו לא נרשמו בטאבו.

בית המשפט קמא עמד על כך שעל מנת שקרקע תיחשב כקרקע מירי לפי חוק הקרקעות העות'מאני יש להראות כי הוקצתה בזמן כלשהו למאן דהו על ידי השלטונות. בית המשפט קמא קבע שלא הוכח על ידי המערערים שהחלקות הוקצו בזמן כלשהו על ידי השלטונות למשפחתם או לכל אדם אחר ומכאן שלא הוכח על ידם כי מדובר בקרקע מירי. מנגד, כך קבע, יש לסווג את החלקות למועד ההפקעה כקרקע מוואת בבעלות המדינה וזאת משום שבנוסף לכך וכעולה מחוות דעתה של פרופ' קרק, בשנה שבה נחקק חוק הקרקעות העות'מאני (1858) עמדו החלקות שוממות ובלתי

מעובדות והיו מרוחקות יותר ממייל וחצי (2.2185 ק"מ) משוב קבע, ובכך התקיימו בהן התנאים שקבע חוק הקרקעות לצורך סיווגה של קרקע כקרקע מוואת. במחלוקת העובדתית שנפלה בין הצדדים בשאלת ריחוק החלקות ממקום ישוב בעת חקיקת חוק הקרקעות, קבע בית המשפט קמא כי המערערים לא עמדו בנטל להוכיח את דבר קיומו של ישוב קבע במרחק של מייל וחצי מהחלקות ואף לא הוכיחו כי השבט ישב אי פעם בחלקות שבמחלוקת. לעניין זה אימץ בית המשפט קמא את חוות דעתה של המומחית מטעם המדינה, פרופ' רות קרק, אשר העידה כי עד סוף מלחמת העולם הראשונה (1918) לא היו ישובי קבע באזור החלקות והן עמדו שוממות ובלתי מעובדות, והעדיף אותה על פני חוות דעתו של המומחה מטעם המערערים, פרופ' אורן יפתחאל, אשר טען כי השבט הקים ישובים בחלקות ועיבד אותן מימים ימימה. בית המשפט קמא עמד על כך שחוות דעתה של פרופ' קרק הייתה מפורטת ויסודית והסתמכה על מקורות היסטוריים מהימנים מהם עולה כי החלקות היו בתקופה הרלבנטית שטחי בור שוממים. לעומת זאת, כך קבע בית המשפט, התנהלותו של פרופ' יפתחאל הותירה תחושה לא נוחה ופגמה במהימנותו. בית המשפט קמא עמד על כך שבמהלך חקירתו הנגדית התברר כי פרופ' יפתחאל הסתמך על מקורות מבלי שקרא אותם, ציטט באופן מגמתי חלק מהמקורות עליהם התבסס והתעלם ממקורות אשר לא תמכו במסקנה אותה ביקש להציג. אשר לאפשרות לרכוש זכויות בחלקות מסוג מוואת על דרך של עיבוד והחייאה קבע בית המשפט כי אפשרות זו בוטלה עם חקיקתה של פקודת המוואת בשנת 1921, ועל כן היה על המערערים להוכיח כי עיבדו והחיו את החלקות לפני 1921. בהתבסס על חוות דעתה ועל עדותה של פרופ' קרק הגיע בית המשפט קמא אל המסקנה כי החלקות עמדו שוממות ובלתי מעובדות גם במועד שבו נחקקה פקודת המוואת בשנת 1921. לפיכך קבע, כי החלקות היו מאז ומעולם קרקע מסוג מוואת אשר בהן מוקנית הבעלות למדינה ובשום שלב לא התקיימו התנאים הנדרשים לשינוי סיווגן ממוואת למירי ולרכישת בבעלות פרטית בהן על ידי משפחת המערערים.

4. עוד קבע בית המשפט קמא כי חוות הדעת הנוספות שהגישו המערערים לגבי מצב החלקות בשנים שלפני קום המדינה אף הן אינן מסייעות להם. אשר לחוות דעתו של מפענח תצלומי האוויר מטעם המערערים, מר שלמה בן יוסף (להלן: בן יוסף), קבע בית המשפט קמא כי היא אינה יכולה לבסס את טענות המערערים לעיבוד והחזקה של החלקות בשנים הרלבנטיות בהינתן העובדה כי היא מבוססת על תצלום אוויר אחד ויחיד משנת 1945. בית המשפט קמא הדגיש כי על פי עדותו של בן יוסף עולה מתצלום האוויר שבשנת 1945 עובדו החלקות באופן דליל ביותר וכי טענתו של בן יוסף כאילו באותה השנה היה קיים בשטח החלקות ישוב כפרי בדואי אין לה בסיס והיא מתייחסת לפריסה דלילה של אוכלוסייה המשתרעת על שטח של 30,000 דונם. אשר לחוות דעתו

של המודד מטעם המערערים, מר אבו פריחה (להלן: אבו פריחה), עמד בית המשפט קמא על כך שכלל האתרים שסומנו על ידו במפה ולגביהם נטען כי הם מעידים על קיומו של יישוב בדואי קדום באזור החלקות, מצויים כולם, למעט אחד, מחוץ לשטח החלקות. כמו כן, ציין בית המשפט קמא כי אבו פריחה הודה בעדותו שכלל לא מדד את תחום החלקות ורק סימן במפה אתרים אליהם הפנו אותו המערערים. נוסף על כך, אישר אבו פריחה בעדותו כי חלק מהאתרים שסומנו במפה אותה הציג כלל לא מצויים בשטח במקום שסומן על ידו. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי חוות דעת זו אף היא אינה מבססת את טענת המערערים בדבר קיומו של יישוב קבע במרחק של מייל וחצי מהחלקות בתקופה הרלבנטית ואף לא את היותן מעובדות לפני חקיקת פקודת המוואת בשנת 1921.

5. בנוסף, דחה בית המשפט קמא את טענת המערערים לפיה גם התיישבות נוודית או נוודית למחצה (כלומר, התיישבות הנוודת בתוך תא שטח אחד על פי עונות השנה), יכולה להיחשב לפי חוק הקרקעות העות'מאני כ"יישוב" אשר הקרקעות הסמוכות אליו לא יחשבו לאדמות מוואת. בית המשפט קמא עמד על כך שעל פי הפירוש שניתן בפסיקה לחוק הקרקעות, ישוב שהאדמות המקיפות אותו לא יחשבו לאדמות מוואת הוא ישוב קבע הנטוע במקום אחד לאורך כל ימות השנה. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי אף אם שבט אלעוקבי נדד באזור החלקות בין השנים 1858 ו-1921 אין בכך כדי להקנות להם בעלות בחלקות. כפי שכבר צוין, דחה בית המשפט את טענת המערערים לפיה גם אם בשלב כלשהו סווגו החלקות כמוואת הם רכשו בעלות בחלקות בשל עיבוד והחייאה שלהן. בהקשר זה הוסיף בית המשפט וקבע כי גם אלמלא נדחתה ברמה העובדתית טענת המערערים בדבר עיבוד והחייאה של החלקות, לא היה בעיבוד והחייאה שלהן בלבד כדי להוביל אל המסקנה שהמערערים הפכו לבעלי החלקות וזאת משום שהחלקות או איזה מהן מעולם לא נרשמו בטאבו על שם, על שם המערער 1 שהוא מורישים או על שם מי שממנו ירש המערער 1 זכויות באותן חלקות על פי הנתען. בהקשר זה הזכיר בית המשפט את הוראת סעיף 2 לפקודת המוואת לפיה מי שעיבד קרקע מוואת לפני פרסום הפקודה נדרש להירשם כבעל הזכויות בתוך חודשיים מיום פרסומה שאם לא כן יאבד את זכויותיו בקרקע. בית המשפט קמא הוסיף ודחה את טענת המערערים לפיה השבט לא נדרש לרשום את החלקות על שמו בטאבו על מנת לרכוש בהן זכויות משום שהשלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי העניקו לבדואים אוטונומיה בשטחי הנגב ונתנו תוקף חוקי לזכויות שנרכשו בקרקע לפי הדין הבדואי המסורתי. בית המשפט קמא אימץ גם בעניין זה את חוות דעתה של פרופ' קרק, לפיה הן בתקופה העות'מאנית והן בתקופת המנדט לא הייתה הכרה גורפת בבעלותם של הבדואים על קרקעות הנגב, והעדיף אותה על פני חוות דעתו של פרופ' יפתחאל אשר

גרס כי השלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי נתנו תוקף חוקי לזכויות שנרכשו על פי הדין הבדואי המסורתי, גם מבלי שנרשמו בטאבו. בית המשפט קמא דחה בהקשר זה את טענת המערערים לפיה יש תימוכין לגרסתם בהכרזה שהשמיע ווינסטון צ'רצ'יל, שר המושבות, בפגישה שקיים עם הנציב העליון בשנת 1921, לפיה הבריטים לא יפגעו בזכויותיהם ובמנהגיהם המיוחדים (Special Rights and Customs) של הבדואים (Official Report, 29 March 1921, Great Britain Public Record Office, C.O.) 733/2/77; להלן: הצהרת צ'רצ'יל). בית המשפט קמא קבע בעניין זה כי לא ניתן לייחס מעמד חוקי להכרזה האמורה מבלי שעוגנה בדברי חקיקה מפורשים וכי לו היו הבריטים מעוניינים במתן מעמד משפטי מחייב למערכת הבעלויות הבדואית בקרקע, יש להניח כי היו נותנים לכך ביטוי בחקיקה רשמית. כמו כן, קבע בית המשפט קמא כי כלל לא ברור למה התכוון צ'רצ'יל בהצהרה האמורה ועל כן לא ניתן להסתמך על הצהרה זו על מנת ליצור זכויות חוקיות יש מאין.

6. עוד ציין בית המשפט קמא כי טענת המערערים לפיה הם היו פטורים מלרשום בטאבו את זכויותיהם בחלקות אינה מתיישבת עם חוזים שונים שהוצגו על ידם כראיה. כך, למשל, בחוזים ת/1 ו- ת/13, הנוגעים לחלקות ערקיב 2 ושריעה 132, מתחייב המוכר לרשום בטאבו את החלקה על שם הרוכש. בית המשפט קמא עמד על כך כי לו האמינו חברי השבט כי די ברכישת זכויות על פי הדין הבדואי המסורתי על מנת להעניק תוקף חוקי לבעלותם בקרקע יש להניח כי לא היו טורחים לקבוע בהסכם המכר תנאי בדבר רישום החלקה בטאבו. אשר לחוזים עצמם ציין בית המשפט קמא כי הם אינם מציינים מה מקור הזכויות של מוכרי החלקות בקרקע ובהיעדר רישום של זכויות המוכרים בטאבו, חוזים אלו אינם יכולים להוות ראיה לכך שנרכשו בהן זכויות כדין. כמו כן, קבע בית המשפט קמא כי חוזים בין צדדים פרטיים אין בהם כדי לחייב את השלטונות ולהעניק להם זכויות בקרקע מקום שבו לא רכשו בה מלכתחילה זכויות על פי דין.

7. לאחר שקבע כי משפחתם של המערערים לא רכשה זכויות בחלקות מכוח עיבוד והחייאה עבר בית המשפט קמא לבחון האם עומדת להם טענת התיישנות לגביהן. בהקשר לכך עמד בית המשפט קמא על כך שדיני הקרקעות העות'מאניים אינם מאפשרים לרכוש זכויות מכוח התיישנות בקרקעות מוואת ועל כן מרגע שנקבע כי החלקות הן אדמות מסוג מוואת לא עומדת למערערים טענת התיישנות. מעבר לנדרש קבע בית המשפט קמא כי גם לגוף הדברים יש לדחות את הטענה לפיה רכשו המערערים זכויות בחלקות מכוח התיישנות. זאת מן הטעם שלשם רכישת זכויות בקרקע מכוח התיישנות נדרשת על פי חוק הקרקעות העות'מאני, בצירוף סעיף 22

לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), החזקה רצופה בקרקע במשך 15 שנים, ככל שמדובר בהחזקה שהחלה לפני שנת 1943. במקרה דנן, כך קבע בית המשפט קמא, רוב המסמכים אותם הציגו המערערים בנוגע לחלקות מתייחסים לשנים שבין שנת 1943 ושנת 1951 (בה טוענים המערערים כי גורשו מהקרקע) והמסמך המוקדם ביותר אותו הציגו בקשר לחלקות היה תעודת פדיון מעשרות משנת 1937. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי המערערים לא עמדו בנטל להוכיח כי החזיקו בחלקות ברצף לאורך פרק הזמן הנדרש על פי החוקים הנזכרים לעיל.

8. טענה נוספת שהעלו המערערים התייחסה לזכויות בחלקות מכוח ילידות וצדק מעברי. בעניין זה קבע בית המשפט קמא כי מדובר בסוגיה כבדת משקל אשר מן הראוי שהמחוקק ייתן עליה את דעתו, אך הוא הוסיף וקבע כי החוק הקיים אינו מכיר בזכויות מכוח ילידות ועל כן אין מקום להידרש לטענה זו. כמו כן, ציין בית המשפט קמא כי ספק בעיניו אם ניתן להתייחס לשבט אלעוקבי כקבוצה ילידית על פי החוק הבינלאומי, שכן לגרסתם שלהם עצמם הם הגיעו לנגב לאחר שכבר היה בשליטה של האימפריה העות'מאנית ומכאן שלא מדובר במיעוט ילידי אשר נכבש על ידי שלטון זר שהגיע לארצו.

מטעמים אלו כולם דחה בית המשפט קמא את תביעת המערערים לזכויות בחלקות והורה לרשום אותן על שם המדינה ורשות הפיתוח. כמו כן, ונוכח המסקנות שאליהן הגיע כאמור, לא ראה בית המשפט קמא לקבוע כי קמה למערערים זכאות לפיצוי על פי חוק הרכישה, בשל הפקעת החלקות.

טענות המערערים

9. המערערים אינם משלימים עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי ובערעור שבפנינו הם טוענים כי משפחתם חיה בנגב מזה מאות בשנים, ולמרות זאת קבע בית המשפט קמא כי בכל אותה תקופה היא לא רכשה זכויות כלשהן באדמותיו. לשיטת המערערים זו היא תוצאה בלתי צודקת ובלתי סבירה הנובעת מאימוץ דוקטרינה משפטית והיסטורית שהשתרשה בפסיקה, אשר מכוחה מנושלים השבטים הבדואים מאדמותיהם ההיסטוריות. המערערים מלינים על הממצאים העובדתיים של בית המשפט קמא ובהם, בין היתר, הקביעות כי החלקות היו שוממות ובלתי מעובדות בין השנים 1858 ו-1921 ומרוחקות מיישוב כדי למעלה ממיל וחצי. כמו כן, מלינים המערערים על המסקנה המשפטית שאליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה היו החלקות אדמות מוואת בבעלות המדינה. לבסוף, טוענים המערערים כי ממצאיו ומסקנותיו של

בית המשפט קמא בכל הנוגע לתוקף ההפקעה שביצעה המדינה בשנת 1954 על פי חוק הרכישה, שגויים אף הם ויש להתערב בהם.

10. במישור העובדתי-היסטורי טוענים המערערים כי בית המשפט בחר להתעלם מראיות מבוססות שהוצגו בפניו הנסמכות על מקורות היסטוריים ומחקריים שונים המוכיחים כי שבט אלעוקבי ישב בחלקות ועיבד אותן עוד משנת 1807. המערערים מפנים בהקשר זה, בין היתר, לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל על נספחיה, לחוות דעתו של המודד אבו פריחה, לחוות דעתו של מפענח תצלומי האוויר בן יוסף, ולעדויות של זקני השבט (להלן: זקני השבט) אשר מסרו על פי הנטען גרסה ממקור ראשון באשר למצב החלקות בתקופה הרלבנטית. כמו כן, מפנים המערערים לפרסומים רשמיים שונים של ממשלת המנדט ושל מדינת ישראל בשנים שלאחר קום המדינה המוכיחים לטענתם כי השבט ישב בחלקות ועיבד אותן. המערערים טוענים כי בהינתן הראיות הרבות באשר לחזקה ועיבוד של החלקות על ידי השבט לאורך דורות שגה בית המשפט קמא משהעדיף את חוות דעתה של פרופ' קרק על פני חוות דעתו של פרופ' יפתחאל. נטען, כי בניגוד לפרופ' יפתחאל אשר ערך סיור בשטח החלקות ועמד בנוסף למחקר העיוני-היסטורי על הראיות הפיזיות להימצאותו של יישוב בדואי קדום בחלקות הנדונות, חוות דעתה של פרופ' קרק הסתמכה באופן בלעדי על ספרות מסע של מטיילים אירופאים, מיסיונרים וחוקרים שונים בני המאה ה-19 שעברו במסעותיהם בשטחי הנגב. לטענתם, אין ליתן אמון בספרות המסע עליה הסתמכה פרופ' קרק שכן מחבריה לא הגיעו לנגב במטרה לחקור את האוכלוסייה הבדואית וכל התייחסותם לקבוצה זו נעשתה אגב אורחא והיא טבולה בדעות מערביות קדומות. בנוסף טוענים המערערים, כי אף אם היה מקום לתת אמון בעדויות החוקרים בני המאה ה-19 שסיירו בשטחי החלקות, הרי שפרופ' קרק התעלמה בחוות דעתה מעדויות ומכתבים של חוקרי נגב רבים אשר הוזכרו בחוות דעתו של פרופ' יפתחאל ודיווחו על התיישבות וחקלאות בדואית ענפה בנגב.

11. לצד הערעור שהגישו עותרים המערערים להגשת ראייה נוספת בשלב הערעור הנוגעת להחזקה ועיבוד של החלקות על ידי השבט. המדובר במסמך שנטען לגביו כי הוא דו"ח שהוכן על ידי חברת הכשרת היישוב בשנת 1920, המכיל סקר בנוגע למצב אדמות הנגב. בסקר זה, כך נטען, נאמדו שטחים שהיו בעיבודם ובחזקתם של מורישי המערערים והוא מוכיח את זכויותיהם בחלקות. ראייה זו, כך נטען, התגלתה בשלבים האחרונים של ניהול ההליך בבית המשפט קמא בעקבות עבודת מחקר שערך פרופ' יפתחאל ביחד עם חוקרים נוספים לצורך כתיבת מאמר משותף ולטענת המערערים, יש לאפשר את הגשתה בשלב הערעור נוכח חשיבותה ובשל העובדה כי מדובר בתיק

עקרוני. אקדים ואומר כי לא ראיתי מקום לאפשר את הגשת הראיה בשלב הערעור וזאת על פי המבחנים שהותוו לעניין זה בפסיקה. כך נפסק כי הרשות להגשת ראיה חדשה בערעור תינתן במשורה ורק במקרים בהם הראיה שמבקשים להוסיף היא פשוטה וחותכת ובעלת חשיבות ניכרת הנוגעת לליבת המחלוקת בין הצדדים (ע"א 105/05 דהאן נ' מישל קסון, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (10.11.2005); ע"א 1773/06 אלף נ' קיבוץ איילת השחר, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (19.12.2010); ע"א 679/11 דרדיקמן נ' נדב, פסקה 29 לפסק דינו של השופט א' שהם (27.3.2014)). אין זה המקרה בענייננו. עוד נפסק כי על המבקש את הוספת הראיה להראות כי לא ידע על קיומה בעת שהתנהל הדיון בערכאה הדיונית ואף לא יכול היה לגלותה גם לו פעל בשקידה ראויה לשם כך (ראו, ע"א 374/08 קטן נ' הורנשטיין, פסקאות 9-10 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (25.12.2012)). ואילו בענייננו עולה מן הבקשה עצמה כי הראיה הייתה בידי המערערים בעת ניהול התיק בבית המשפט קמא ולמרות זאת לא טרחו להגישה, בלא שניתן לכך הסבר כלשהו.

12. במישור המשפטי טוענים המערערים כי על פי הדינים שחלו על אזור הנגב עד קום המדינה העובדה ששכט אלעוקבי חי והתגורר בחלקות מזה דורות הקנתה לו בעלות עליהן. המערערים שבים וטוענים כי הן השלטון העות'מאני והן השלטון המנדטורי העניקו אוטונומיה משפטית לבדואים לנהל את קניינם ואדמותיהם על פי הדין הבדואי המסורתי. לפיכך, לטענת המערערים, חוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת כלל לא חלו בשטחי הנגב עד קום המדינה וכי הדין שהיה תקף בנגב בתקופה הרלבנטית היה הדין הבדואי המסורתי. לטענת המערערים התעלם בית המשפט קמא מהראיות הרבות שהוצגו בפניו לקיומה של האוטונומיה האמורה ממנה נהנו השבטים הבדואים באותה תקופה במרחבי הנגב, וכן מהראיות בדבר רכישת זכויות על ידי משפחת המערערים בחלקות על פי הדין הבדואי המסורתי, שהוצגו בפניו. בהקשר זה מדגישים המערערים את העובדה שהן בתקופה העות'מאנית והן בתקופה המנדטורית רשמו בדואים רבים קרקעות בנגב על שמם ומכרו אותן למוסדות הציוניים. עובדה זו, כך נטען, מוכיחה כי השלטונות לפני קום המדינה הכירו בזכויות הבדואים על קרקעות הנגב ואיפשרו להם לרשום קרקעות אלו על שמם אם רק חפצו בכך – הן לפני חקיקתה של פקודת המוואת והן לאחר מכן.

13. לחלופין טוענים המערערים כי אף אם יש לבחון את זכויותיהם בחלקות על פי חוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת המנדטורית, טעה בית המשפט קמא בקבעו כי החלקות היו קרקעות מסוג מוואת בבעלות המדינה ולא קרקעות מסוג מירי בבעלות המערערים. בהקשר זה טוענים המערערים כי שגה בית המשפט קמא משלא הורה על

העברת נטל השכנוע בעניין זה אל המדינה וזאת בשל כך שהתנהלה בתיק דנן בחוסר תום לב מהותי ונמנעה באופן מכוון במשך למעלה מ- 30 שנה מלהביא להכרעת בית המשפט את התביעות הסותרות שהוגשו בנוגע לחלקות במסגרת הליך ההסדר. התנהלות זו, כך נטען, גרמה למערערים נזק ראייתי כבד וחיבלה קשות בסיכוייהם להוכיח את בעלותם בחלקות. לטענת המערערים שגה בית המשפט קמא בכך שלא נתן לדבר ביטוי בדרך של היפוך נטל השכנוע, כך שבמקום שיהיה על המערערים להוכיח כי החלקות היו קרקע בבעלות משפחתם, יעבור הנטל אל המדינה להוכיח כי מדובר בקרקעות מוואת שהיו בבעלותה.

14. לגופו של עניין טוענים המערערים כי פרשנות נכונה של חוק הקרקעות העות'מאני צריכה להוביל למסקנה כי לא התקיימו בחלקות התנאים הנדרשים כדי שיסווגו על פיו כאדמות מוואת. ראשית, נטען כי הוכח שמשפחת המערערים החזיקה בחלקות ועיבדה אותן מזה שנים רבות ומכאן שלא מדובר בקרקעות עזובות ושוממות אשר יכולות להיחשב על פי חוק הקרקעות כאדמות מוואת; שנית, נטען כי החלקות לא היו מרוחקות יותר ממייל וחצי ממקום יישוב כפי שדורש חוק הקרקעות. לעניין זה טוענים המערערים כי על פי פירושו הנכון הכיר חוק הקרקעות העות'מאני גם בהתיישבות נוודית (או נוודית למחצה) של בדואים בנגב כ"יישוב" אשר הקרקעות הסמוכות אליו אינן אדמות מוואת. נטען, כי פרשנות זו מתיישבת עם האמור בדברי חקיקה אחרים של ממשלת המנדט בענייני קרקעות. כמו כן טוענים המערערים כי הפרשנות האמורה למונח "יישוב" בחוק הקרקעות העות'מאני מתיישבת עם תכליתו של חוק זה לעודד עיבוד חקלאי של קרקעות שוממות בדרך של הקניית בעלות על קרקעות מעובדות הסמוכות לריכוזי אוכלוסין. המערערים מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי אף לשיטת המערערים לא היו החלקות מיושבות בכל ימות השנה והישובים שנטען ששכנו בהן היו לא יותר ממקומות חניה זמניים שהוקמו לעת מצוא. לטענת המערערים, קביעה זו היא פרשנות שגויה שנתן בית המשפט קמא לטענתם לפיה בני שבט אלעוקבי לא היו נוודים אלא נוודים למחצה ("סמי נוודים"). משמעותה של טענה זו, כך נטען, היא כי בני השבט ישבו באתרי חניה קבועים מהם היו נודדים בעונת החורף וחוזרים אליהם עם שוך הגשמים. נטען כי לשבט אלעוקבי היו שני אתרי חניה קבועים כאמור, האחד בחלקות ערקיב והשני בחלקות שריעה. ואולם, כך מדגישים המערערים, מעולם לא נטען על ידם כי הישובים שהקים השבט בחלקות היו קיימים רק בחלק מעונות השנה או כי הפסיקו להתקיים עם היציאה למרעה.

15. כמו כן, טוענים המערערים כי הפרשנות המוצעת על ידם למונח "יישוב" בחוק הקרקעות העות'מאני נדרשת בנסיבות העניין על מנת למנוע את התוצאה האבסורדית והמפלה אליה הגיע בית משפט קמא, לפיה שטחי מחייה שתפקדו כיישובים לכל דבר ועניין לאורך מאות בשנים אינם מוכרים כמקומות יישוב לצורך הכרעה בשאלת הבעלות על הקרקע. לטענת המערערים, ההגדרה המצמצמת למונח "יישוב" בחוק הקרקעות העות'מאני אותה אימץ בית משפט זה בעבר ולפיה רק יישוב קבע הבנוי בתי אבן הוא מקום יישוב שהאדמות המקיפות אותו הן קרקעות מירי, גורמת עוול חמור לבדואים ומפלה אותם לרעה בשל תרבותם ואורח חייהם הנוודי. לפיכך, נטען כי שגה בית המשפט קמא משלא נתן משקל לפרשנות המוצעת על ידי המערערים למונח "יישוב" שבחוק הקרקעות העות'מאני וחלף זאת אימץ את ההלכות הקיימות בנושא ללא בחינה מחודשת שלהן כפי שהתבקש על ידי המערערים.

16. טענה נוספת אותה מעלים המערערים היא כי שגה בית המשפט קמא משקבע כי יש לסווג את החלקות כאדמות בבעלות פרטית או כמוואת על פי מצבן בשנה שבה נחקק חוק הקרקעות העות'מאני (1858). לטענת המערערים, ראה עצמו בית המשפט קמא כבול להלכות שנפסקו על ידי בית משפט זה ואולם, כך טוענים המערערים, המדובר בטעות משפטית שכן מונחים הקבועים בדבר חקיקה יש לפרש בעת שמבקשים ליישם אותם במקרה נתון. על כן, לגישת המערערים, יש לשנות מן ההלכה הנוהגת בעניין סיווג הקרקעות בארץ ישראל על פי הדין שקדם לחוק המקרקעין, ולקבוע כי את סיווגן של החלקות כאדמות בבעלות פרטית או כמוואת יש לבחון על פי מצבן בעת שהחלו בהן הליכי הסדר.

17. לחלופין טוענים המערערים כי אף אם יש לסווג את החלקות כאדמות מוואת, יש לפסוק כי משפחתם רכשה בהן בעלות מכוח עיבוד והחייאה שכן הוכח כי עיבדה אותן במשך שנים רבות. בהקשר זה טוענים המערערים כי העובדה שמשפחתם לא פעלה לרישום החלקות על שמה בפרק הזמן הקבוע לעניין זה בפקודת המוואת אינה שוללת את האפשרות שרכשה בהן זכויות מכוח החייאה. גישה זו, כך נטען, מתיישבת עם הפירוש שנתן בית המשפט העליון המנדטורי לפקודת המוואת ועם העובדה שגם מי שלא רשמו את זכויותיהם בקרקע מוואת מעובדת בחודשיים שלאחר פרסום הפקודה זכו לרישום הקרקעות על שמם במסגרת הליכי ההסדר שבאו לאחר חקיקתה. בנוסף, מתיישב הפירוש הנטען עם העובדה שגם שנים רבות לאחר פרסום הפקודה בדואים רבים לא התקשו לרשום על שמם אדמות ברחבי הנגב ולמכור אותן לתנועה הציונית. כמו כן, מתיישב הפירוש האמור לטענת המערערים עם העובדה שסעיף 2 לפקודת המוואת הושמט מקובץ דברי החקיקה המנדטורי הרשמי "דרייטון" שפורסם ב-1933.

לפיכך, נטען כי אי רישום זכויותיה של משפחת המערערים בחלקות אינו מוליך לאיבוד זכויות אלו.

18. טענה נוספת בפי המערערים היא כי יש לרשום את החלקות על שמם אף אם לא רכשו בהן זכויות לפי חוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת המנדטורית שקדמו לחוק המקרקעין והם מצביעים בהקשר זה על שלושה מקורות נורמטיביים ואלו הם: דיני היושר, חוקי היסוד, והדין הבינלאומי. אשר לדיני היושר טוענים המערערים כי הדין והפסיקה המנדטורית הכירו בשימוש והחזקה במשך שנים רבות בקרקע כמקנים בה זכויות מן היושר. לפיכך, אף אם משפחתם לא רכשה בחלקות זכויות בהתאם לחוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת המנדטורית, היא רכשה בהן זכויות בעלות מן היושר בשל העובדה שהחזיקה בחלקות ועיבדה אותן מזה דורות. אשר לחוקי היסוד, טוענים המערערים כי יש לפרש את חוק הקרקעות העות'מאני ואת פקודת המוואת המנדטורית בהתאם לעקרונות חוקתיים של שוויון ושל כבוד האדם. עקרונות אלו, כך נטען, מחייבים מתן פרשנות מודרנית לחקיקת הקרקעות שקדמה לחוק המקרקעין בדרך שתמנע את הפלייתה של האוכלוסייה הבדואית ואת נישולה המתמשך משטחי המחיה ההיסטוריים שלה בנגב. בהתייחס לדין הבינלאומי נטען כי בהיותם של הבדואים קבוצה ילידית באדמות הנגב יש לפרש את אותם החוקים באופן המעניק להם זכויות באדמותיהם ההיסטוריות. עוד טוענים המערערים כי לבדואים זכויות והגנות ייחודיות מכוח הדין הבינלאומי אשר יש להתחשב בהן בעת הכרעה בשאלת בעלותם בחלקות. לפיכך, אף אם לפי חקיקת המקרקעין העות'מאנית והמנדטורית שהייתה בתוקף בשנים הרלבנטיות הם לא רכשו זכויות בחלקות, כיום יש חובה להכיר בזכויות אלה מכוח הדין הבינלאומי. לטענת המערערים, שגה בית המשפט קמא בקבעו כי החוק בישראל אינו מכיר בזכויות מכוח ילידות ונטען כי זכויות הבדואים באדמות הנגב מעוגנות בהקשר זה בדין הבינלאומי המנהגי. עיגון זה, כך נטען, מחייב את בית המשפט הישראלי להתחשב בזכויות שרכשו הבדואים באדמותיהם ההיסטוריות אף אם דין זה לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי.

19. לבסוף, מעלים המערערים טענות בנוגע לחוקיות צווי ההפקעה שהוצאו לחלקות מכוח חוק הרכישה. לטענתם צווים אלו הוצאו לחלקות על סמך ההנחה השגויה שמדובר באדמות מוואת שוממות שאינן בבעלותו של איש. ואולם, משהוכח שהחלקות היו בבעלותה של משפחת המערערים נופל המקרה דגן לגדר אותם מקרים מיוחדים וחריגים בהם ניתן לערער על האמור בתעודת ההפקעה. עוד נטען, כי יש לבטל את צווי ההפקעה לחלקות מן הטעם שמאז ההפקעה עמדו החלקות שוממות במשך 58 שנים ורק בשנתיים האחרונות נעשה ניסיון לשתול בהן מספר חורשות.

לפיכך, טוענים המערערים כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי המטרה שלשמה הופקעו החלקות מומשה. קביעה זו מתבססת על העובדה שהפקעת החלקות נעשתה כחלק מהפקעה של תא שטח גדול יותר ומניחה שאם מומשו מטרת ההפקעה בחלק מאותו תא שטח אזי ניתן לומר שמטרת ההפקעה מומשה ביחס לכולו. ואולם, העובדה שנעשה שימוש בחלקות אדמה אחרות שהופקעו ביחד עם החלקות שבמחלוקת, אין משמעותה שמטרת ההפקעה מומשה גם באותן חלקות שנותרו שוממות ואת השאלה האם מומשה מטרת ההפקעה יש לבחון ביחס לכל חלקה וחלקה לעצמה.

טענות המדינה

20. המדינה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא ולטענתה דין הערעור להידחות. במישור העובדתי טוענת המדינה כי הובאו בפני בית המשפט קמא ראיות למכביר על כך שמאז תחילת המאה ה-19 ועד לאחר קום המדינה עמדו החלקות שוממות והיו בלתי מעובדות. אשר לחוות דעת המומחים מטעם הצדדים טוענת המדינה כי הוכח בפני בית המשפט קמא שחוות דעתו של פרופ' יפתחאל היא מגמתית ומשוללת יסוד ומכאן שבדין העדיף בית המשפט קמא על פניה את חוות דעתה ועדותה של פרופ' קרק. אשר לחוות הדעת שהגישו המודד אבו פריחה והמפענח בן יוסף, טוענת המדינה כי הוכח שהן לוקות בפגמים מהותיים ואין לסמוך עליהן כחוות דעת המבססות את טענות המערערים. לפיכך, טוענת המדינה כי לא עלה בידי המערערים להוכיח כי שבט אלעוקבי ישב בחלקות ועיבד אותן במשך שנים רבות לפני קום המדינה ולכל היותר הוכח על ידם כי בתקופות מסוימות שימשו החלקות את השבט למרעה ולחניה.

21. עוד טוענת המדינה כי המערערים נהגו שלא כדין והגישו במסגרת הערעור, בלא נטילת רשות, גרסה מתוקנת של חוות הדעת מטעם פרופ' יפתחאל. זאת למרות שבית המשפט קמא לא התיר את הגשתה והורה להתעלם ממנה. כמו כן, הגישו המערערים במסגרת הערעור וללא נטילת רשות מאמר שכתב פרופ' יפתחאל המתייחס לסוגיות העולות בהליך דנן והמהווה על פי הנטען עיבוד של חוות הדעת אותה הגיש בהליך (מאמרם של פרופ' יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה, "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדואי", משפט וממשל, י"ד 7 (2012)). מאמר זה אף הוא לא עמד בפני בית המשפט קמא. לפיכך, מבקשת המדינה להתעלם מהגרסה המתוקנת של חוות הדעת מטעם פרופ' יפתחאל שהגישו המערערים בשלב הערעור וכן מן המאמר שכתב בהתבסס על ההליך דנן. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי חלק מהספרות המקצועית שהגישו המערערים במסגרת הערעור לא הוגשה על ידם בבית

המשפט קמא ומטעם זה היא טוענת כי יש להתעלם גם ממנה. אקדים ואומר בעניין זה כי עיון במאמר שאליו מתייחסת הטענה מלמד כי הוא אכן מבוסס על חוות הדעת שהגיש פרופ' יפתחאל בהליך דנן תוך עיבוד של חוות הדעת למתכונת של מאמר אקדמי, וכי המערערים עושים בו שימוש כחוות דעת נוספת מטעמם. זאת מבלי שהמאמר הוגש לבית המשפט קמא. כמו כן, מצטטים המערערים מתוך מקורות שונים אליהם מפנה המאמר מבלי שאלו הוגשו בבית המשפט קמא או בערעור. יש טעם בטענת המדינה ככל שהדבר נוגע להסתמכות על המאמר ועל האסמכתאות החדשות שאליהן הוא מפנה. כמו כן, ובהתאם להחלטת בית המשפט קמא מיום 7.3.2010, יש להתעלם מן האמור בחוות דעתו השלישית של פרופ' יפתחאל ככל שהוא חורג מהתייחסות ותגובה לחוות דעתה של פרופ' קרק.

22. במישור המשפטי טוענת המדינה כי אין ממש בטענת המערערים לפיה אין להחיל בעניינם את חוק הקרקעות העות'מאני ואת פקודת המוואת המנדטורית בשל האוטונומיה לה זכו הבדואים בנגב בתקופות שבהן שלטו באזור העות'מאנים והבריטים. לטענת המדינה הבדואים בנגב מעולם לא קיבלו אוטונומיה כנטען ואף אם היו תקופות בהן התקשו השלטונות העות'מאנים והמנדטורים לשלוט באופן אפקטיבי בשטחי הנגב, הם ראו בו תמיד חלק מן השטח הריבוני בארץ ישראל הנתון לשליטתם ונהגו בו בהתאם. בהתייחס לתקופה המנדטורית נטען עוד כי לא זו בלבד שאין כל ביטוי לכך שממשלת המנדט העניקה לבדואים אוטונומיה בשטחי הנגב ואימצה את מנהגייהם כמקור חוקי לרכישת זכויות בקרקע, דברי החקיקה שנחקקו וכן הפסיקה המנדטורית מלמדים שההיפך הוא הנכון. אשר לטענת המערערים כי הבדואים הצליחו לרשום על שמם אדמות רבות בשטחי הנגב גם לאחר חקיקתה של פקודת המוואת, טוענת המדינה כי ייתכנו לכך הסברים שונים, אך לטענתה תהא הסיבה לכך אשר תהא, אין להסיק מרישום זה של קרקעות על שם בדואים לאחר חקיקת פקודת המוואת מסקנה גורפת לפיה הפקודה לא חלה בשטחי הנגב או כי הבדואים זכו לאוטונומיה משפטית מצד שלטונות המנדט.

23. בהינתן המסקנה כי יש לבחון את מצב הזכויות בחלקות על פי חוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת המנדטורית, טוענת המדינה כי יש לאמץ את קביעתו של בית המשפט קמא לפיה לא רכשה משפחת המערערים זכות כלשהי בחלקות. בהקשר זה טוענת המדינה, בין היתר, כי הפירוש למונח "יישוב" שבחוק הקרקעות העות'מאני אותו מציעים המערערים ולפיו הוא כולל גם מאהלים בדואים המאוכלסים באופן עונתי, נוגד את הלשון ואת התכלית של אותו החוק. לטענת המדינה, אורח החיים הבדואי לא היה זר לאימפריה העות'מאנית כמי ששלטה בשטחים נרחבים בחצי האי

ערב ובצפון אפריקה. על כן, אילו ראה המחוקק העות'מאני באורח החיים הבדואי מקור לרכישת זכויות קניין, היה קובע זאת באופן מפורש בחוק ומשלא עשה כן אין מדובר בהשמטה שבהיסח הדעת והמסקנה שיש להסיק מכך היא כי המחוקק העות'מאני לא התכוון להקנות זכויות בקרקע מכוח אורח החיים הבדואי. עוד מציינת המדינה כי המחוקק העות'מאני הבחין בין קרקע מסוג מוואת ובין סוגי קרקע אחרים בקבעו קריטריון של מרחק מקצה היישוב (מייל וחצי). עובדה זו מלמדת אף היא כי המחוקק העות'מאני לא ביקש להוציא מגדר הגדרת המוואת את אזורי המחיייה של השבטים הנודדים.

24. המדינה מוסיפה וטוענת כי בהינתן המסקנה לפיה החלקות היו אדמות מוואת, ומשהמערערים לא הוכיחו עיבוד והחייאה שלהן כנדרש ואף לא הוכיחו כי קיבלו את הרשאת השלטונות לכך, צדק בית המשפט קמא בקבעו כי החלקות היו אדמת מוואת בשנת 1921 עת נחקקה פקודת המוואת ונותרו כאלה גם לאחר מכן. בהתייחס לפרשנות המוצעת על ידי המערערים לפקודת המוואת טוענת המדינה כי אין ממש בטענת המערערים לפיה היא פורשה בפסיקה המנדטורית כמאפשרת רכישת זכויות מכוח החייאה בקרקעות מוואת גם לאחר פרסומה בשנת 1921. נטען כי פסקי הדין אליהם מפנים המערערים בתמיכה לטענתם מאשררים כולם את תוקפה של פקודת המוואת וקובעים כי לאחר חקיקתה לא ניתן עוד לרכוש זכויות באדמות מוואת מכוח החייאה. אשר לעובדה שסעיף 2 של הפקודה הושמט מקובץ החקיקה דרייטון בשנת 1933 מציינת המדינה כי אף המערערים מסכימים שאין משמעות הדבר כי הסעיף בטל ומכל מקום, אין בכך כדי לשנות מהקביעה שבסעיף 1 לפקודה לפיו מי שהחיייה אדמת מוואת ללא אישור השלטונות לא יזכה לרכוש בה זכויות. כמו כן, טוענת המדינה כי צדק בית המשפט בקבעו שלא עומדת למערערים טענת התיישנות משום שזו אינה אפשרית במקרקעי מוואת. ומכל מקום כך היא מוסיפה וטוענת, יש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט קמא גם לגופם של דברים לפיהן לא הוכיחו המערערים חזקה ועיבוד רצופים של החלקות לאורך פרק הזמן הנדרש לצורך ביסוס טענת ההתיישנות על פי חוק הקרקעות העות'מאני וסעיף 22 לחוק ההתיישנות. אשר לטענת המערערים לפיה רכשו זכויות בחלקות בשל כך ששבט אלעוקבי החזיק והשתמש בהן מימים ימימה, טוענת המדינה כי גם אילו הוכחה טענה זו משמעותה היא כי מדובר בקרקעות שנעשה בהן שימוש קיבוצי-ציבורי על ידי השבט והמסקנה המשפטית הנובעת מכך היא כי מדובר בקרקעות מסוג מתרוכה וכי בהתאם לאמור בסעיף 154(א) לחוק המקרקעין יש לרושמן על שמה.

25. לעניין נטל הראייה טוענת המדינה כי בניגוד לטענת המערערים, נקודת המוצא בתיקי הסדר מקרקעין היא כי על הטוען לזכות בקרקע להוכיח את טענתו ואם לא עמד בנטל תירשם הקרקע על שם המדינה. כמו כן, גורסת המדינה כי אין יסוד לטענת המערערים לפיה העיכוב שחל בבירור תביעתם בחלקות בבית משפט מעביר את נטל הראייה אל כתפי המדינה להוכיח כי החלקות לא היו אדמות מוואת. לעניין זה טוענת המדינה כי הימנעותה מלהגיש תביעה בנוגע לחלקות ולקדם את בירור הזכויות בהן בבית המשפט, נבעה ממדיניות שבה נקטה ולפיה העדיפה קידום פשרות כתביעות הסדר מקרקעין בנגב על פנייה לערכאות שיפוטיות. זאת מכיוון שלשיטת המדינה אין לאוכלוסייה הבדואית זכויות חוקיות באדמות הנגב ומשום שהעריכה כי הכרעות שיפוטיות שיקבעו זאת לא יקדמו את שילובה של אוכלוסייה זו בחיי המדינה. על כן העדיפה המדינה לקדם החלטות ייחודיות לטובת הבדואים בנגב אשר מכוחן יוכלו לקבל פיצויים גם בהיעדר זכויות בקרקע. המדינה מוסיפה כי במקרה דנן הימנעותה מלהביא את עניינם של המערערים להכרעה שיפוטית נבע אף הוא מהעדפת נתיב הפשרה ואין לייחס לה התנהלות בחוסר תום לב בשל כך. עוד טוענת המדינה כי המערערים סרבו לכלל הסדר פשרה שהוצע להם בנוגע לחלקות והיא מדגישה כי ככל שהמערערים סברו שהעיכוב בהשלמת הליכי ההסדר הנוגעים לחלקות גורם להם נזק הייתה להם אפשרות להגיש בכל עת שחפצו בכך תביעה בעניין זה לבית המשפט, כפי שאף עשו לבסוף בשנת 2006. מכל מקום, כך טוענת המדינה, גם אם יקבע שנטל הראייה בתיק זה מוטל עליה להוכיח כי החלקות הן אדמות מוואת היא עמדה בנטל זה נוכח הראיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא.

26. כזכור, העלו המערערים טענות נוספות לפיהן גם אם על פי חוק הקרקעות העות'מאני ופקודת המוואת לא נרכשו על ידם זכויות בחלקות, ניתן למצוא עוגן נורמטיבי לקיומן של זכויות אלה בדיני היושר, בחוקי היסוד, ובדין הבינלאומי. לעניין זה טוענת המדינה כי בעלות מכוח דיני היושר אינה אלא הכרה בזכות שבדין ובהיעדר זכויות על פי חוק אין מקום לפסוק זכויות מן היושר. עוד טוענת המדינה כי ככל שיש ממש בטענה לפיה שבטם של המערערים ישב בחלקות במשך שנים רבות הרי שהיה מדובר בתפיסת קרקעות שלא כדין מידי השלטונות בכוח הזרוע שאין בה כדי להקנות זכויות מן היושר וכי הסכמים פנימיים בין בני השבט אף הם אין בכוחם להקנות זכות חוקית בקרקע מקום שבו זכות כזו לא הייתה קיימת לכתחילה. בהתייחס לטענה לפיה יש לפרש את חקיקת הקרקעות העות'מאנית והמנדטורית ברוח חוקי היסוד, טוענת המדינה כי אין מקום לפרש דברי חקיקה שבוטלו זה מכבר בדרך שאינה נאמנה ללשונם ולתכליתם רק כדי להעניק למערערים זכויות שמעולם לא רכשו בקרקע. עוד טוענת המדינה כי קבלת טענתם של המערערים לפירוש חדש של חקיקת הקרקעות

העות'מאנית והמנדטורית ברוח חוקי היסוד, תפגע בוודאות וביציבות המשפטית ומשמעותה היא - פגיעה רטרואקטיבית בזכויות שרכשו צדדים שלישיים לאורך השנים באדמות הנגב בהתאם לדין הקיים. אשר לדין הבינלאומי טוענת המדינה כי צדק בית המשפט קמא בקבעו כי החוק הישראלי אינו מכיר בזכויות עמים ילידים והיא מוסיפה וטוענת כי מדינת ישראל לא הצטרפה להכרזה בדבר זכויות עמים ילידים משנת 2007 אליה מפנים המערערים אשר אינה מהווה נורמה בינלאומית מחייבת אף בקרב המדינות החתומות עליה. עוד טוענת המדינה כי לא הוכח קיומה של נורמה מנהגית כזו בדין הבינלאומי וכי אין מקום להשוואה בין עמים ילידים במדינות כמו אוסטרליה וקנדה לאוכלוסייה הבדואית בישראל בכלל ולמערערים בפרט. בהקשר זה מדגישה המדינה כי במדינות שהכירו בזכויותיהם של עמים ילידים המתגוררים בשטחיהן, היה מדובר בזכויות קיבוציות שניתנו לכלל האוכלוסייה הילידית שבשטחן ואילו בענייננו מבקשים המערערים לרשום את החלקות על שמם ולרכוש בהן בעלות פרטית.

27. המדינה אינה משיגה על הילוכו של פסק הדין נושא הערעור אשר בדחתו את הטענות שהעלו המערערים בנוגע לתוקף ההפקעה משנת 1954, הוסיף ובחן האם יש למערערים זכות או טובת הנאה בחלקות לצורך הכרעה בסוגיית הפיצוי המגיע להם מתוקף חוק הרכישה בעקבות ההפקעה. זאת אף שהמערערים לא העלו כלל טענות לעניין פיצוי והסתפקו בטענות לעניין הזכויות המוקנות להם לטענתם בחלקות ולעניין בטלות צווי ההפקעה. על כן, מיקדה המדינה גם בערעור את טענותיה בשתי סוגיות אלו. תשובת המדינה לטענות המערערים בעניין הזכויות המוקנות להם לטענתם בחלקות פורטה לעיל, ובכל הנוגע לבטלות צווי ההפקעה טוענת המדינה כי יש לאמץ את מסקנותיו של בית המשפט קמא והיא מדגישה כי האפשרות לתקוף צווי הפקעה שהוצאו מכוח חוק הרכישה היא לכתחילה מצומצמת ביותר ובמקרה דנן היא כלל אינה קיימת נוכח העובדה שהמערערים תוקפים את חוקיות הפקעתן של החלקות 60 שנים ויותר לאחר ההפקעה. לגופו של עניין טוענת המדינה כי השאלה האם החלקות היו במועד הפקעתן בבעלות פרטית כלל אינה רלבנטית לחוקיות ההפקעה, שכן חוק הרכישה מאפשר הפקעה של קרקעות בבעלות פרטית ככל שאלה לא היו בחזקת בעליהן במועד ההפקעה. אשר לטענת המערערים לפיה יש לבטל את ההפקעה מן הטעם שמטרת הרכישה לא מומשה, מציינת המדינה כי ההלכה בדבר בטלותן של הפקעות שלא מומשה מטרתן, אינה חלה על הפקעות מכוח חוק הרכישה וכי מכל מקום על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות), כפי שתוקנה בתיקון מספר 3 בשנת 2010, הפקעות שלגביהן חלה ההלכה האמורה וחלפו 25 שנים ממועד פרסום ההודעה, תקפות גם אם לא מומשה מטרתן. גם מטעם זה, כך

טוענת המדינה, ובהינתן העובדה שבענייננו חלפו למעלה מ- 60 שנים מאז ביצוע ההפקעה, אין בטענה בדבר אי מימוש מטרת ההפקעה כדי להועיל למערערים.

דיון והכרעה

28. שש התביעות המאוחדות אשר נדונו על ידי בית המשפט המחוזי עסקו בתביעות סותרות לבעלות שהועלו במסגרת הליך הסדר מקרקעין. אף שטענות המערערים בעניין זה נדחקו לשולי הערעור, הסוגיה הראשונה שיש לדון בה בערעור זה היא סוגית תוקפה של ההפקעה על פי חוק הרכישה. זאת הואיל ותביעת המדינה בהליך ההסדר נשענה בעיקרה על אותה הפקעה וההכרעה בה משליכה באופן מהותי על יתר הסוגיות שהועלו בהליך (לאפשרות להשיג על תוקפה של הפקעה על פי חוק הרכישה בדרך של תקיפה עקיפה ראו, דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח (12.4.2015)). ככל שאגיע למסקנה כי טענות אלה דינן להידחות, יש להוסיף ולבחון האם הייתה למערערים זכות או טובת הנאה כלשהי בחלקות ערב ההפקעה, על כל סוגיות המשנה המתעוררות בהקשר זה. בחינה זו נדרשת לצורך הכרעה בשאלה האם זכאים המערערים לפיצוי או לקרקע חלופית בשל ההפקעה. ראוי לציין כי ההתייחסות בפסק הדין נושא הערעור לשאלת הזכות או טובת הנאה שהייתה למערערים בחלקות ערב ההפקעה לצורך הכרעה בשאלת הפיצוי בגין ההפקעה, הייתה פרי יוזמה של בית המשפט קמא אשר ראה עצמו מחויב לעשות כן נוכח האמור בפסק הדין בעניין ג'בארין (פסקאות 39-38 לפסק הדין). זאת הגם שהמערערים מצדם לא העלו בפני בית המשפט קמא את הטענות האמורות בהקשר זה של פיצוי בגין ההפקעה. לגישתי, ספק אם לכך כיוון פסק הדין בעניין ג'בארין, אך משבחר בית המשפט קמא לפסוע בנתיב זה ומשהמדינה הסכינה עם כך ולא העלתה כל טענת סף בנדון, אוסיף אף אני לפסוע באותו נתיב ככל שאגיע למסקנה שהטענות בעניין בטלות ההפקעה דינן להידחות.

הפקעת החלקות

29. בית משפט זה נדרש לא אחת למאפיינים הייחודיים של חוק הרכישה ושל ההפקעות שבוצעו מכוחו, כחוק אשר נועד להכשיר בדיעבד תפיסת קרקעות נטושות על ידי הממשלה שנעשתה בשנים שלאחר קום המדינה ללא סמכות חוקית (ראו, ע"א 3535/04 דינר נ' שר האוצר (27.4.2006)), בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (להלן: עניין דינר). סעיף 2 לחוק הרכישה קובע כי בהתקיים שלושה תנאים מצטברים הקבועים בסעיף "יקום [הנכס] לקנין רשות הפיתוח, ורואים אותו נקי מכל שעבוד, ורשות הפיתוח רשאית להחזיק בו מיד", ואלה התנאים: (א) ביום 1.4.52

הנכס לא היה בחזקת בעליו; (ב) הנכס שימש או הוקצה לצרכי פיתוח חיוניים, התיישבות או ביטחון בתקופה שבין יום 14.5.48 ליום 1.4.52; (ג) במועד ההפקעה הוא היה דרוש לאחד הצרכים האמורים. סעיף 2 לחוק הרכישה מוסיף וקובע תנאים לעניין הוצאת תעודות הפקעה, ולגבי תעודות אלה נפסק כי הן מהוות ראייה חותכת לאמיתות תוכנן וכי האפשרות לתקוף את חוקיותן היא מצומצמת ביותר (ראו, בג"צ 5/54 יונס נ' שר האוצר, פ"ד ח 314, 317 (1954); ע"א 816/81 גרה נ' רשות הפיתוח, פ"ד לט(1) 542, 547 (1985); בג"צ 84/83 אל וכילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 173, 179-180 (1983); ע"א 517/85 הממונה על ווקף הכנסייה המרוניטית נ' רשות הפיתוח, פ"ד מב(1) 696, 701-702 (1988), וכן עניין דינר, בפסקה 6). הבעלים המקוריים של הקרקעות הנטושות שנתפסו על ידי הממשלה והופקעו על פי חוק הרכישה זכאים על פי החוק לפיצויים או לקרקע חלופית במקרה שבו הקרקע המופקעת שימשה לחקלאות והייתה מקור פרנסתם העיקרי של בעליה (סעיף 3 לחוק הרכישה). עם זאת, אין בחוק הרכישה פתח כלשהו המאפשר את השבת הקרקע שהופקעה לידי בעליה המקוריים, וזאת גם אם הבעלים שב אליה. אין לכחד - חוק הרכישה פוגע פגיעה קשה בזכות הקניין שהוכרה כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעבר אף הובעה הדעה כי אלו נחקק חוק הרכישה בימינו אלה היה מקום לבטלו בשל היותו בלתי חוקתי (ראו, עניין דינר, בפסקה 7). אך עניין לנו בחוק ישן וסעיף שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק היסוד, שהגיונו עמו, אינו מאפשר פגיעה בתוקפו למרות הקושי החוקתי שהוא מעורר. כמו כן, נפסק כי נוכח אופיו המיוחד של חוק הרכישה והנסיבות ההיסטוריות הייחודיות שהובילו לחקיקתו, אין כיום מקום לערער על חוקתיות ההפקעות שנעשו מכוחו או לקבוע מבחנים גמישים מאלה שנקבעו בפסיקה לצורך פירוש התנאים להפקעה הקבועים בסעיף 2 לחוק (ראו, עניין ג'בארין, בפסקאות 35-36 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; עוד ראו, עניין דינר, בפסקה 7).

30. בענייננו, אין המערערים טוענים כי התנאים הקבועים בסעיף 2 לחוק הרכישה לא התקיימו לגבי החלקות. כך, למשל, הם אינם טוענים כי החזיקו בחלקות במועד הקובע לעניין חוק הרכישה (1.4.1952). כל שנטען על ידם הוא כי צווי ההפקעה הרלבנטיים הוצאו על סמך ההנחה השגויה כי מדובר באדמות מוואת שוממות בעוד שבפועל היה מדובר באדמות בבעלות משפחתם. טענת המערערים כי הם בעלי החלקות אפילו הייתה מתקבלת לא היה בה כדי להוליך לבטלות ההפקעה וזאת משום שעל פי התנאים הקבועים בסעיף 2 לחוק הרכישה די בכך שהקרקע המופקעת לא הייתה בחזקת בעליה ביום 1.4.1952 על מנת שניתן יהיה להפקיעה לפי חוק זה, ובלבד ששני התנאים האחרים הקבועים בסעיף התקיימו אף הם.

31. הטענה הנוספת שהעלו המערערים לעניין תוקף ההפקעה היא כי יש להורות על בטלות הצווים בשל העובדה שמטרת ההפקעה לא מומשה. טענה זו בדין נדחתה על ידי בית המשפט קמא שכן היא נסמכת על ההלכה שנפסקה בבג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פד"י נה(2) 625 (2001) (להלן: הלכת קרטיק), אך כבר נפסק לא אחת כי הלכה זו אינה חלה, ככל הנראה, לגבי הפקעות שבוצעו על פי חוק הרכישה (ראו, עניין דינר, בפסקה 8; ובג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803, 815 (2003)). ומכל מקום, תחולתה של הלכת קרטיק, כך נפסק בה, אמורה להיות מבוססת על חקיקה שתיישם את העיקרון ותקבע את התנאים לתחולתו (לעניין זה ראו גם בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל (9.2.2009)). בהקשר זה בצדק הפנתה המדינה בטיעוניה לתיקון מספר 3 לפקודת הקרקעות לפיו הוגבלה תחולתה של הלכת קרטיק ל-25 שנים מיום פרסום הודעת ההפקעה, ובהינתן העובדה כי בענייננו מדובר בהפקעה מלפני 60 שנים ויותר, אין תחולה להלכת קרטיק אפילו היינו סוברים כי היא חלה לגבי הפקעות על פי חוק הרכישה (לעניין זה ראו: בג"ץ 9804/09 שוואהנה נ' רשות הפיתוח (29.5.2014), בפסקה 18 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; וע"א 6288/98 כליל נ' רשות הפיתוח (11.8.2011), בפסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס). למעלה מן הצורך יצוין כי על פי ממצאיו של בית המשפט קמא אין לקבל גם לגופם של דברים את הטענה לפיה לא מומשה מטרת ההפקעה. מן הראיות שהוצגו (תצהירו של מר שלמה ציזר, מנהל מחלקת פיתוח במחוז דרום של רשות מקרקעי ישראל אשר צורף כמוצג מש/5 בערעור), עולה כי 4 מתוך 6 החלקות שבמחלוקת (שריעה 133, שריעה 134, ערקיב 6 וערקיב 60) משמשות מזה שנים לצרכי חקלאות וייעור ודי בכך על מנת לסתור לגופה את הטענה בדבר אי מימוש מטרת ההפקעה ביחס לכל החלקות (להלכה לפיה יש לבחון בהקשר זה את השימושים שנעשו בכלל השטח המופקע ולא בכל חלקה בנפרד ראו: דנג"ץ 4466/94 נוטייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (1995), בפסקה 9 לפסק דינו של השופט א' גולדברג; עניין ג'בארין, בפסקה 36).

32. משנדחו טענות המערערים לעניין תוקף ההפקעה משנת 1954 על פי חוק הרכישה, אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא כי יש לרשום את החלקות על שם המדינה ורשות הפיתוח, ותביעת המערערים לבעלות באותן חלקות בדין נדחתה. אך בהתאם למהלך הדיון שהותווה בפסקה 28 לעיל, יש לבחון עתה האם היו בידי המערערים או בידי מורישם ערב ההפקעה זכות או טובת הנאה בחלקות, המזכה אותם בקבלת פיצוי או קרקע חלופית בגין ההפקעה בהתאם לאמור בסעיף 3 לחוק הרכישה.

המסגרת הנורמטיבית לבידור זכויותיהם של המערערים בחלקות

טענת האוטונומיה והדין הבדואי המסורתי

33. השאלה האם הייתה בידי המערערים או בידי מורישם זכות או טובת הנאה כלשהי בחלקות ערב ההפקעה צריכה להיבחן על פי הדין שחל על חלקות אלה באותו מועד. בענייננו מדובר בהפקעה משנת 1954 ונשאלת השאלה מהו הדין אשר חל על החלקות באותו מועד ולפיו נקבע קיומן של זכות או טובת הנאה בהן. טרם חקיקת חוק המקרקעין משנת 1969 וגם לאחר קום המדינה עמדו בתוקפם דיני מקרקעין שנחקקו בתקופה העות'מאנית וכן בתקופה המנדטורית. המערערים טוענים כי אין להחיל בעניינם דינים אלה משום שהשלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי שבא אחריו העניקו לבדואים בנגב אוטונומיה משפטית ואיפשרו להם להתנהל על פי הדין הבדואי המסורתי ולרכוש מכוחו זכויות בקרקע. עוד טוענים המערערים כי על פי הדין הבדואי המסורתי הייתה בידי המערער 1 ובידיהם כיורשיו ערב ההפקעה זכות בעלות בחלקות. טענה דומה בדבר קיומו של דין מיוחד הנוגע לקרקעות הנגב ולזכויות הבדואים בהן הועלתה בעבר ונדחתה על ידי בית משפט זה בע"א 218/74 הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984) (להלן: עניין הואשלה) שם פסק השופט א' חלימה כי:

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

המערערים ערים לקביעתו זו של בית המשפט בעניין הואשלה אך לטענתם זוהי קביעה שגויה והם קוראים לשנותה. מנגד, טוענת המדינה כי אין מקום לשנות ממה שנפסק בסוגיה זו בעניין הואשלה ולגישתה בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי את השאלה האם רכשה משפחת המערערים זכות או טובת הנאה כלשהי בחלקות, יש לבחון לפי דיני הקרקעות העות'מאניים והמנדטוריים אשר היו בתוקף בארץ ישראל טרם קום המדינה ואשר המשיכו לעמוד בתוקף עד לביטולם בשנת 1969 עם חקיקת חוק המקרקעין.

34. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים בסוגיה זו אני סבורה כי יש לדחות את טענת המערערים בדבר קיומה של אוטונומיה בדואית בשטחי הנגב קודם הקמת המדינה. בהקשר זה מפנים המערערים למחקרים גיאוגרפיים-היסטוריים בהם צוין כי השלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי שבא אחריו התקשו לשלוט באזור הנגב ובשבטים הבדואים החיים בו וייחסו לאזור זה חשיבות מעטה (ראו, רות קרק, הנגב בתקופת המנדט הבריטי - ההתיישבות היהודית, עמ' 1 (1974), צורף כאסמכתא ח' לכרך אסמכתאות המערערים; Ruth Kark, *Landownership and Spatial Change in Nineteenth Century Palestine: an Overview*, in TRANSITION FROM SPONTANEOUS TO REGULATED SPATIAL ORGANAZATION, 96 (M. Roscizewsky Ed., 1984), צורף כאסמכתא ט' לכרך אסמכתאות המערערים; רות קרק, תולדות ההתיישבות היהודית החלוצית בנגב 1880-1948, עמ' 33 (2002), צורף כאסמכתא ז' לכרך אסמכתאות המערערים (להלן: תולדות ההתיישבות) - במאמר מוסגר אציין כי אסמכתאות אלה וכן אסמכתאות נוספות שאליהן הפנו המערערים בסיכומיהם, הוצגו בפני בית המשפט קמא וזאת בניגוד לטענת המדינה בפנינו כאילו מדובר באסמכתאות שהוגשו לראשונה בשלב הערעור). כפי שיפורט להלן, מחקרים אלה אין בהם כדי לבסס את טענת המערערים כאילו ניתנה לבדואים בשנים שלפני קום המדינה אוטונומיה בנגב אשר כללה הכרה רשמית של השלטונות בדין הבדואי המסורתי במובן זה שמכוחו ניתנו לבדואים זכויות קניין באדמות הנגב.

35. מן המקורות שאליהם הפנו המערערים עולה כי בתקופה העות'מאנית ראה השלטון העות'מאני בנגב שטח הנתון לריבונותו ופעל במטרה להטיל את מרותו על האוכלוסייה הבדואית המתגוררת בו. כך, למשל, החוקרת יסמין אבצ'י מציינת במאמרה, אשר צורף כאסמכתא י' לכרך אסמכתאות המערערים, כי:

The second half of the nineteenth century was a period when the Ottoman government's centralization efforts gained momentum. In Southern Palestine, this entailed a struggle for central government to gain the upper hand over the Bedouin tribes. In the 1860's, the Ottoman government was still using military power to end the internal strife between the Bedouin tribes. However, from the 1890's on, the government began to use sophisticated means and tactics in order to secure control and encourage the migration of the Bedouin element in the empire. The creation of a new town, namely Beersheba, the changing apparatus of administration, the construction of public buildings in the dessert, all meant that the government attempted to penetrate the nomad's way of life (see, Yasmin Avci, *The Application of Tanzima in the Dessert: the*

Bedouins and the Creation of a New Town in Southern Palestine (1860-1914), in MIDDLE EASTERN STUDIES, Vol. 45, No. 6, 969, p. 969 (2009)

דברים דומים כתבה גם פרופ' קרק בספרה אשר מובאות ממנו צורפו כאסמכתא

י"א לכרך אסמכתאות המערערים, שם מציינת פרופ' קרק כי:

The Ottoman period reveals a very robust policy on the part of the Ottoman government to gain firm control over the Negev and its nomadic population. Through registration of land, granting land to local sheikhs inside the municipality, establishing a trading center and market place and establishing a permanent military presence and settled villages on the periphery, the Negev was changed dramatically. In addition the seeds for Bedouin sedenterization were sown. (see, Ruth Kark and Seth J. Frantzman, *The Negev: Land, Settlement, The Bedouin and Ottoman and British Policy 1871-1948*, in BRITISH JOURNAL OF MIDDLE EASTERN STUDIES, Vol. 39(1), 53, p. 58 (2012)

המערערים מבקשים להיבנות מהחולשה השלטונית שאפיינה את התקופה העות'מאנית בכל הנוגע לשטחי הנגב ולפרשה כמתן אוטונומיה לשבטים הבדואים שחיו באותו אזור. ואולם, גם אם המקורות שאליהם הפנו המערערים יש בהם כדי ללמד על קושי לשלוט בטריטוריה זו, אין להסיק מכך על מתן האוטונומיה הנטענת בלא ראיות מפורשות המעידות על כך ועל הענקת זכויות קניין בשטחי הנגב בהתאם לדין הבדואי המסורתי, כנטען. ראיות כאלה לא הוצגו על ידי המערערים. ודוקו - העובדה כי המקורות שהציגו המערערים מצביעים על כך שבתקופה העות'מאנית חילקו הבדואים בינם לבין עצמם את הזכויות בקרקעות הנגב בהתאם לדין הבדואי המסורתי, אין בהם משום ראיה מספקת לעניין זה. לכל היותר יש בהם כדי להוכיח כי ברמה הבדואית-השבטית הייתה משמעות לחלוקה זו אך הם אינם מוכיחים כי היא זכתה להכרה רשמית מצד השלטון העות'מאני. כך, מרבית המקורות שאליהם מפנים המערערים בהקשר זה אינם מציינים כלל שהשלטונות העות'מאניים הכירו בזכויות הקניין של הבדואים שנבעו מן הדין הבדואי המסורתי (ראו, Clinton Bailey, *BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV: JUSTICE WITHOUT GOVERNMENT*, pp. 263-271 (2009), צורף כאסמכתא י"ב לכרך אסמכתאות המערערים; חנינא פורת, מישימון לארץ נושבת - רכישת קרקעות והתיישבות בנגב 1930-1947, בעמ' 16-17 (1996), צורף כאסמכתא י"ד לכרך אסמכתאות המערערים (להלן: מישימון לארץ נושבת)). חלק מהמקורות עליהם מסתמכים המערערים מציינים באופן מפורש כי השלטון העות'מאני לא הכיר בבעלות הבדואית על קרקעות הנגב (ראו, ששון בר צבי מסודת השיפוט של

בדווי הנגב – עיונים על מגעים עם זקני הבדווים, בעמ' 146-147 (1991), אסמכתא ט"ו לכרך אסמכתאות המערערים). המקור היחיד אליו מפנים המערערים ממנו עשויה אולי להשתמע הכרה כזו, הוא מאמרם של גדעון מ. קרסל, יוסף בן דוד וח'ליל אבו רביע, בעלות הקרקע אצל בדווי הנגב (אסמכתא י"ג לכרך אסמכתאות המערערים, בעמ' 41), שם מציינים המחברים כי "לאחר ייסוד באר שבע (1903) הכירו המוסדות הממלכתיים העות'מאניים בהסדרים האוטונומיים המיוחדים לחברה הבדווית, והכרה זו היא שהביאה לייסוד בית הדין השבטי. [...] בישיבות שדנו בבעלות על חלקות נהגו לשבת בדין שלושה [דיינים]...". ואולם, אמירה כללית זו אין די בה לביסוס טענת המערערים בדבר ההכרה של השלטון העות'מאני בזכויות קניין שהוענקו להם לטענתם על פי הדין הבדואי המסורתי ובהקשר זה לא למותר לציין כי מחברי המאמר עצמם מציינים בו כי מעט מאוד ידוע על מצבן המשפטי של הקרקעות בנגב בשלהי התקופה העות'מאנית וכי המידע היחיד בנושא זה נלמד בעקיפין מעסקאות שביצעה התנועה הציונית עם הבדואים בקרקעות אלו (שם), ולכך נתייחס להלן.

36. המערערים מבקשים למצוא תמיכה לטענתם לפיה התאפשר לבדואים לרכוש זכויות באדמות הנגב מכוח הדין הבדואי המסורתי, בעובדה שהאימפריה העות'מאנית רכשה בכסף משבט המוחמדין (ממטה עזאזמה) קרקעות עליהן הוקמה העיר באר שבע. עובדה זו אשר לא הייתה שנויה במחלוקת ונזכרה על ידי המומחים מטעם שני הצדדים, אין בה כדי להועיל למערערים. זאת משום שאותה רכישה 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. למשל, זכויות שימוש קיבוציות בקרקע מסוג מתרוכה לחניה ולמרעה (אליהן נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים). תמיכה לסברה זו ניתן למצוא בעובדה שהתשלום שניתן לשבט המוחמדין על ידי השלטונות העות'מאניים בעבור אדמות באר שבע ניתן לשבט המוחמדין בכללותו ולא לפרטים מסוימים ממנו. לכך יש להוסיף את האמור בחוות דעתה של פרופ' קרק, כי בכל הנוגע לאדמות באר שבע הסכימה אמנם האימפריה העות'מאנית לשלם לשבטים הבדואים עבור רכישת הקרקע, אך סמוך לפני כן בשלהי המאה ה-19, העביר הסולטאן עבדול חמיד השני לבעלותו הפרטית שטחים נרחבים בנגב שבהם נדרו הבדואים מבלי לשלם להם דבר, ומכאן עולה המסקנה כי הסולטאן ראה באדמות אלה רכוש של האימפריה העות'מאנית אשר בו הוא יכול לעשות כבשלו (ראו, חוות דעתה של פרופ' קרק מיום 31.1.2010 מש/ג, בעמ' 16-17 וההפניות שם).

37. בנוסף לרכישת אדמות באר שבע משבט המוחמדין, מבקשים המערערים ללמוד על הכרה של השלטון העות'מאני בזכויות שנרכשו מכוח הדין הבדואי המסורתי מכך שבדואים 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, ולטענת המערערים יש בכך כדי להוכיח שהשלטון העות'מאני הכיר בבעלותם של הבדואים על אדמות הנגב ועל כן איפשר להם לרשום אותן על שמם ולמוכרן. המערערים מוסיפים ומציינים בהקשר זה כי פרופ' קרק לא ידעה לתת בעדותה הסבר אחר לעובדה שאדמות אלו, אשר היו לטענתה אדמות מסוג מוואת, נרשמו על שם בני שבט העטאוונה (ראו, עדותה של פרופ' קרק בעמ' 51-52 לפרוטוקול הדיון מיום 23.6.10) ואף בכך הם מוצאים חיזוק לעמדתם.

אינני סבורה כי ניתן להסיק מהמקרה הפרטי של אדמות רוחמה שנמכרו לחברת הכשרת היישוב על ידי בני שבט העטאוונה לאחר שנרשמו על שמם, מסקנה גורפת כמו זו שמבקשים המערערים להסיק. בספרה תולדות ההתיישבות, אליו הפנו המערערים, מציינת פרופ' קרק כי המקרה האמור הוא המקרה היחיד בתקופה העות'מאנית בו נרשמו קרקעות בנגב על שם בדואים וכי הדבר נעשה באותו מקרה על מנת לאפשר את המכירה לגופים ציוניים לאחר שהשלטונות הערימו קשיים באישור העסקה (שם, בעמ' 44-45). מן המקרה היחיד הזה לא ניתן כאמור ללמוד על הכרה גורפת של השלטון העות'מאני בדין הבדואי המסורתי כמקנה זכויות בקרקע ולהסיק ממנו מסקנות בנוגע לחלקות התביעה.

38. טענת המערערים לאוטונומיה שניתנה לבדואים בנגב בתקופת המנדט נסמכת אף היא בעיקרה על דיווחים לפיהם התקשתה ממשלת המנדט לשלוט בנגב ובשבטים הבדואים החיים בו. ואולם, כפי שמציינת המדינה, ממשלת המנדט בדומה לשלטון העות'מאני עשתה אף היא מאמצים להשליט את מרותה על השבטים הבדואים בנגב וחוקקה חוקים מיוחדים לשם כך ובהם: פקודת מניעת פשעים (שבטים ופלגות), 1935 ופקודת הפיקוח על הבדואים, 1942. כפי שכבר צוין, אין מקום להסיק מקושי לשלוט בשטחי הנגב על מתן אוטונומיה לשבטים הבדואים המתגוררים בו והעובדה שממשלת המנדט עשתה מאמצים לשלוט באופן אפקטיבי בנגב ובשבטים הבדואים החיים בו מלמדת כי היא ראתה בנגב שטח ריבוני שלה ולא שטח שבו נתונה השליטה לבדואים במתכונת של אוטונומיה. אשר לטענת המערערים לפיה הצהרת צ'רצ'יל כוננה אוטונומיה משפטית לשבטי הבדואים בנגב, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה לא ברור מה הייתה כוונתו של צ'רצ'יל כאשר התחייב בפני ראשי השבטים הבדואים כי זכויותיהם ומנהגיהם המיוחדים לא יפגעו. מדובר באמירה כללית ועמומה

והמערערים לא הציגו כל אסמכתא המבססת את המשמעות מרחיקת הלכת שהם מבקשים לייחס לה. על כן אין לקבל את עמדת המערערים לפיה מדובר בהצהרה המעניקה לבדואים אוטונומיה בשטחי הנגב, בפרט בהינתן דברי החקיקה המפורשים מן התקופה המנדטורית השוללים מסקנה זו.

39. המערערים מוסיפים ומפנים אל סימן 45 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 (להלן: דבר המלך במועצתו) ומבקשים למצוא בו תמיכה לטענותיהם בעניין האוטונומיה שניתנה לבדואים בתקופת המנדט. וכך מורה סימן 45:

The High Commissioner may by order establish such separate Courts for the district of Beersheba and for such other tribal areas as he may think fit. Such courts may apply tribal custom, so far as it is not repugnant to natural justice or morality.

המערערים מבקשים ללמוד על האוטונומיה הנטענת על ידם ועל האפשרות לרכוש במסגרתה קניין באדמות הנגב שהוכר על ידי שלטונות המנדט, מן העובדה ששלטונות המנדט איפשרו לבדואים על פי סימן 45 הנ"ל להתנהל בהתאם לדינים המסורתיים שלהם ואף להתדיין בבתי משפט מיוחדים משלהם. טענה זו דינה להידחות. הקמת בתי המשפט המיוחדים לאוכלוסייה הבדואית והסמכויות שהוקנו להם הוסדרו בתקנות בתי משפט שבטיים, 1937 (להלן: תקנות בתי המשפט השבטיים). תקנה 3 לתקנות אלו מורה כי בתי משפט אלו רשאים לדון אך ורק בסכסוכים שהעביר אליהם נשיא בית המשפט המחוזי או פקיד המחוז (הוראה דומה קיימת גם בסעיף 3 לפקודת הקמת בתי משפט, 1924 (An Order Establishing Certain Courts in Palestine, 1924), שפורסמה בע"ר 120 עמ' 764, 1924), ותקנה 6 לתקנות אלו מורה באופן מפורש כי "אסור לבית משפט שבטי להחליט בכל שאלה של בעלות נכסי מקרקעים, אלא רשאי הוא ליתן אותן או שימצא לנכון בנידון חזקה בנכסי מקרקעים". הוראות אלו מלמדות כי בתי המשפט השבטיים שהקים השלטון המנדטורי נועדו ליישוב סכסוכים פנימיים בין הבדואים לבין עצמם, ככל שאותם סכסוכים הועברו להכרעתם באישור השלטונות, אך בתי משפט אלה לא הוסמכו להחליט ולהכריע בכל הנוגע לזכויות קניין באדמות הנגב והתקנות מלמדות כי סמכות זו נשללה מהם באופן מפורש. מכאן ניתן להסיק כי השלטון המנדטורי ביקש לשמר בידיו את הסמכות לדון בעניינים הנוגעים לבעלות על קרקעות הנגב ומסקנה זו נוגדת במובהק את עמדת המערערים בהקשר זה. המערערים מפנים אל פסק הדין בעניין Ashour Ghandour v. Abdullah Abuo Ghaban, 1 P.L.R. (1929) 458 (ע"ק 89/29 אשור גנדור נ' עבדוללה אבו גאנם, פל"ר 1 458 (1929))

וטוענים כי הוא תומך בעמדתם לפיה הכיר השלטון המנדטורי בהכרעותיהם של בתי המשפט השבטיים לעניין הזכויות באדמות הנגב. עיון בפסק דין זה מלמד כי אף הוא אינו מבסס עמדה זו וכי כל שנקבע בו הוא שבית המשפט השבטי רשאי לדון בסכסוך בנוגע לחזקה בקרקע, אם הסכסוך הועבר אליו על ידי נשיא בית המשפט המחוזי.

40. המערערים מוסיפים ומתייחסים בטיעוניהם לרישומים (דפתראות) המשקפים לגישתם את מערכת הבעלויות הבדואית המסורתית בקרקע ואת האופן בו חילקו הבדואים את קרקעות הנגב בינם לבין עצמם. עוד טוענים המערערים כי השלטון המנדטורי הכיר בתוקפם של רישומים אלה כרישומים המעידים על זכויותיהם באותן קרקעות. המערערים לא הציגו כל ראיה המבססת את טענתם בדבר הכרה רשמית של ממשלת המנדט באותה מערכת בעלויות מסורתית שהם טוענים לה ובהקשר זה לא למותר לציין כי מערכת הבעלויות המסורתית שטוענים לה הבדואים בקרקעות הנגב לא הייתה מערכת הזכויות הבלתי רשמית היחידה שנוהלה בארץ בשנים שלפני קום המדינה. באותה תקופה היו בארץ מספר קהילות ובהן: יישובי העלייה הראשונה ומושבות הטמפלרים, שיצרו לעצמן מרשמים פנימיים של זכויות. ואולם, הדין המנדטורי לא ייחס כל משקל למרשמים אלו ולא הכיר בזכויות על פיהם ככל שעמדו בסתירה לרישומים או לשטרי קניין עות'מאנים (ראו, זנדברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 161). באופן דומה קשה להניח ומכל מקום לא הוכח כי המרשמים הפנימיים שניהלו הבדואים, זכו להתייחסות שונה. בהקשר זה לא למותר לציין כי על פי פקודת תיקון ספרי האחוזה משנת 1926 התאפשרה הטמעת המרשמים הפנימיים שהוזכרו במרשם החדש (שם, בעמ' 164). הטמעה כזו לא בוצעה, ככל שהדבר נוגע לרישומים הפנימיים הבלתי רשמיים שערכו הבדואים על פי טענתם בקרקעות הנגב.

41. עוד טוענים המערערים כי בתקופת המנדט רשמו בדואים חלקים רבים מאדמות הנגב על שמם בטאבו (המרשם העות'מאני שהוכר כמרשם הרשמי על ידי ממשלת המנדט), ומכרו אותם למוסדות ציוניים ואף בכך הם מוצאים תימוכין לטענתם כי שלטונות המנדט הכירו בזכויות שאותן רכשו הבדואים באדמות אלו על פי הדין הבדואי המסורתי. העובדה שעסקאות לרכישת קרקע בנגב בין גופים ציוניים ובדואים נרשמו במרשם העסקאות המנדטורי אין משמעותה כי הבדואים הצליחו לרשום את קרקעות הנגב בבעלותם או כי שלטונות המנדט הכירו בזכויות הבדואים בקרקעות אלו. הטעם לכך הוא כי לגבי מקרקעין בלתי מוסדרים - וזה היה באותה העת (ובמידה רבה גם כיום) מעמדן של הקרקעות בנגב - מרשם המקרקעין בתקופת המנדט היה מרשם עסקאות בלבד אשר לא היווה ראייה לבעלות על הקרקע (ראו, משה דוכן, דיני הקרקעות במדינת ישראל בעמ' 147 (מהדורה שנייה, התשי"ג) (להלן: דיני הקרקעות

בישראל); אהרון בן שמש, חוקי הקרקעות במדינת ישראל, בעמ' 261 (1953) (להלן: חוקי הקרקעות בישראל); זנברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 180 ו-188). ולעניין זה קובע סעיף 9 לפקודת העברת קרקעות, 1920 מפורשות כי:

No guarantee of title or of the validity of the transaction is implied by the consent of the Administration and the registration of the deed. A person acquiring land under this Ordinance will be subject to any registration which may hereafter be introduced by the Government of Palestine ...

42. הנה כי כן, כל שמוכיח רישום העסקאות שנערכו בין בדואים וגופים ציוניים בקשר לאדמות הנגב במרשם העסקאות הוא כי פקידי המנדט נאותו לרשום עסקאות אלו מבלי שהדבר יחייב אותם להכיר בתוקפן או בזכויות שנרכשו בהן. מסקנה זו יש לה תימוכין במקורות שעליהם מסתמכים המערערים בטיעוניהם. ממקורות אלו עולה כי הגופים הציוניים אשר רכשו אדמות מהבדואים בנגב היו מודעים לכך שזכויות הבדואים באדמות הנגב טרם הובררו וייתכן כי הדבר יהווה קושי כאשר יבקשו להירשם כבעליה של הקרקע (ראו, קרק תולדות ההתיישבות, בעמ' 58, 76 ו-78; וכן, פורת מישימון לארץ נושבת, בעמ' 16). תמיכה נוספת למסקנה זו ניתן למצוא בדו"חות שונים של ממשלת המנדט מהם עולה כי אף שהשלטונות המנדטוריים הכירו בכך שלבדואים זכויות מסוימות בקרקעות הנגב, הם סברו כי לא מדובר בזכויות בעלות על הקרקע אלא בזכויות שימוש קיבוציות כאלה ואחרות (כגון זכויות מרעה) וקבעו כי לא ניתן לקבוע את אופיין המדויק של זכויות אלו עד שלא יושלם הליך הסדר בקרקעות הנגב. עוד עולה מדו"חות אלו כי הבריטים ראו במערכת הבעלויות הבדואית המסורתית בקרקע כדרך בה מחלקים הבדואים את שטחי המחיה שלהם בינם לבין עצמם ולא כמערכת דינים בעלת תוקף חוקי. כך, למשל, בדו"ח שהוכן בעבור שר המושבות בשנת 1930 בנושא הסדר קרקעות בארץ ישראל נכתב, כי:

One of the problems of land administration in Palestine lies in the indefinite rights of the Beduin population. [...] The majority of these bduin wander over the country in the Beersheba area and the region south and south east of it, but they are found in considerable numbers in the Jordan valley and in smaller numbers in the four other plains. Their rights have never been determined. They claim rights of cultivation and grazing of an indefinite character and over indefinite areas. Mr. Shell recorded that they have established a traditional right to graze their cattle on the fellah's land after the harvest. In region which they regard as their own, they divide the country

among their various tribes, and in the tract recognized as the sphere of the tribe, the Sheikhs or the tribal Elders divide the individual plots among the families of the tribe. The position is unsatisfactory. If, for instance, artesian water were discovered in the Beersheba area, there is little doubt that claims would immediately be urged, by the tribes of the Beersheba tract, to the land commanded by that water. The Beduin are an attractive and picturesque element in the life of the country, but they are an anachronism wherever close development is possible and desired. At the same time their existence cannot be overlooked. In any solution of the Palestine problem, they are an element which must be recognized. Also in any plans of development it will be necessary carefully to consider, and scrupulously to record and deal with their rights (see, *Report on Immigration, Land Settlement and Development*, by Sir John Hope-Simpson, C.I.E., p. 73 (1930) in LAND LEGISLATION IN MANDATE PALESTINE, Vol. 7, No. 3, 27, p. 101 (M. buntun Ed., 2009) עור ראו, מכתב (להלן: דו"ח סימפסון) (של פרופ' יפתחאל, בעמ' 3 ממשלת המנדט לסוכנות שצורף כנספח 52 לחוות דעתו).

ראיה משמעותית נוספת המעידה על כך שבני שבט אלעוקבי לא ייחסו תוקף רשמי לרישומים הפנימיים שעל פיהם התנהלה על פי הנטען מערכת הבעלויות בקרקעות הנגב, מצא בית המשפט קמא בצדק בעובדה שחלק מההסכמים אותם הציגו המערערים בנוגע לחלקות, כללו תניות והתחייבויות בדבר רישום העסקה בטאבו.

43. סיכום ביניים - השלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי שבא אחריו ראו בנגב חלק מהשטח הריבוני הנתון לשליטתם והמסקנה מכל האמור בפסקאות 33-43 לעיל היא כי לא עלה בידי המערערים להוכיח קיומה של אוטונומיה משפטית לבדואים בנגב בשנים שלפני קום המדינה, אשר במסגרתה איפשרו השלטונות הנ"ל לבדואים לרכוש זכויות קניין באדמות הנגב מכוח הדין הבדואי המסורתי. על כן יש להוסיף ולבחון האם על פי חקיקת המקרקעין העות'מאנית והמנדטורית שקדמה לחוק המקרקעין רכשה משפחת המערערים זכויות כלשהן בחלקות נושא ערעור זה, אשר בגינן הם זכאים לפיצוי או לקרקע חלופית בעקבות הפקעתן לפי חוק הרכישה.

לשאלה זו אפנה עתה.

44. סעיף 1 לחוק הקרקעות העות'מאני (על פי תרגומו של נשיא בית המשפט לקרקעות המנדטורי בירושלים ריצ'רד ק. טיוט) קובע כך:

Land in the Ottoman Empire is divided into classes as follows:

- (I) "Mulk" land, that is land possessed in full ownership;
 - (II) "Mirie" land;
 - (III) "Mevqufe" land;
 - (IV) "Metrouke" land;
 - (V) "Mevat" land.
- (see, Richard Clifford Tute, THE OTTOMAN LAND LAWS, p. 1 (1927) (להלן: חוקי הקרקעות העות'מאניים))

"מולק" היא קרקע המצויה בבעלותו המלאה של אדם פרטי; "וואקף" היא קרקע שהוקדשה לאל; "מירי" היא קרקע בבעלות המדינה שניתנה לאדם פרטי הזכות להשתמש בה לצרכים מסוימים; "מתרוכה" היא קרקע בבעלות המדינה שבה ניתנו לכלל הציבור או לציבור מסוים זכויות שימוש קיבוציות לצרכים מסוימים; ו"מוואת" היא קרקע שוממת בבעלות המדינה שלא הוקצתה לשימושו של איש (ראו, Frederick M. Goadby & Moses J. Doukhan, THE LAND LAW OF PALASTINE, p. 17, 37, 44, 52 (1935) & 69 (להלן: חוקי הקרקעות בפלסטינה); טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 1-2; בן שמש, חוקי הקרקעות במדינת ישראל, בעמ' 28-38; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 39, 46, 47, 54, ו-62; פליאה אלבק ורן פליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 40, 47, 68, 76 ו-85 (2005) (להלן: דיני מקרקעין בישראל); אליהו כהן, רישום ועסקאות מקרקעין, בעמ' 3, 5, 27, 30 ו-34 (ד. מימון עורך, 1988)). חוק הקרקעות העות'מאני לא יצר סוגים חדשים של קרקע אלא רק עיגן בחוק את סיווגי הקרקע שהיו קיימים ברחבי האימפריה העות'מאנית ערב חקיקתו. עם זאת, משחוקק, הגדיר חוק הקרקעות באופן ברור ומוחלט את סוגי הקרקעות השונים ברחבי האימפריה העות'מאנית (ראו, בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 27). לא נטען, וממילא לא הוכח, כי החלקות היו קרקע מסוג מולק או וואקף. על כן, מצטמצמות אפשרויות הסיווג של החלקות טרם חקיקת חוק המקרקעין לשלושה סוגי הקרקע הנותרים (מירי, מוואת או מתרוכה). לטענת המערערים מדובר בקרקע מסוג מירי ואילו המדינה טוענת כי מדובר בקרקע מסוג מוואת. בית המשפט קמא דחה, כאמור, את טענת המערערים כי מדובר בקרקע מסוג מירי וקיבל את טענת המדינה כי מדובר בקרקע מסוג מוואת. כמו כן, דחה בית המשפט קמא את טענתם של המערערים לפיה גם אם מדובר בקרקע מסוג מוואת הם רכשו בה זכויות.

45. סעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע מהי קרקע מירי:

State land, the legal ownership of which is vested in the Treasury, comprises arable fields, meadows, summer and winter pasturing grounds, woodland and the like, the enjoyment of which is granted by government. Possession of such land was formerly acquired of sale or being left vacant, by permission of or grant by feudatories (sipahis) of "timars" and "ziamets" as lords of the soil, and later through the "multezims" and "muhasils". This system was abolished and possession of this kind of immovable property will henceforward be acquired by leave of and grant by the agent of the Government appointed for the purpose. Those who acquire possession will receive a title-deed bearing the Imperial Cypher. The sum paid in advance (muajele) for the right of possession which is paid to the proper Official for the account of the State, is called the Tapu fee (טיוט, חוקי) בעמ' 7 (הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 7

כעולה מן הסעיף, קרקע מירי היא כל קרקע שהשלטון העניק בה זכויות החזקה ושימוש לאדם פרטי. טרם חקיקתו של חוק הקרקעות העות'מאני היו זכויות החזקה והשימוש בקרקע מירי ניתנות על ידי אריסים שמינה השלטון העות'מאני והאריסים היו מופקדים על גביית מיסים תמורת השימוש בקרקע. בשלב כלשהו הגיעו השלטונות העות'מאניים למסקנה כי אותם אריסים מועלים בתפקידם ומנצלים לרעה את האיכרים המעבדים את הקרקעות עליהן הופקדו. על כן בוטל משטר האריסים ובמקומו הונהג משטר אחר לפיו ניתנה הזכות להשתמש בקרקע מירי ישירות על ידי המדינה והמיסים תמורת השימוש בקרקע שולמו ישירות לקופתה, ללא תיווך האריסים. שינוי זה אשר משתקף בהוראת סעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני היה אדמיניסטרטיבי במהותו ולא שינה את סיווג הקרקעות שהיה קיים ערב חקיקת החוק (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטטינה, בעמ' 2-6; בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 12-13; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 34-37; אלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 7 ו-237-239; טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 8).

46. מסעיף 3 לחוק הקרקעות העות'מאני אנו למדים כי על מנת להוכיח שמדובר בקרקע מסוג מירי יש להראות כי היא הוקצתה בזמן כלשהו על ידי השלטונות לשימוש של אדם פרטי (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטטינה, בעמ' 17; טיוט,

חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 8). כמו כן, מתנה הסעיף את ההחזקה והשימוש בקרקע מירי בקבלה של שטר קניין (קושאן) (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטינה, בעמ' 17-18; זנדברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 136-137). עם זאת, בשל הכשלים הרבים בשיטת הרישום העות'מאנית, בפועל היו קרקעות מירי שהוחזקו גם ללא קושאן ומבלי שנרשמו ככאלה בספרי האחוזה הישנים (ראו, ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו' 57, בעמ' 91-92 (1952) (להלן: עניין ליבמן); זנדברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 147-155; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 367; גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטינה, בעמ' 271), ובהקשר זה אף נפסק כי קושאן או רישום בספרי האחוזה הישנים אינם מהווים ראיה חותכת לקיומן של זכויות בקרקע (ראו, עניין ליבמן, בעמ' 91-92; וע"א 7210/00 דנה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ"ז(6) 476, 468 (2003)).

47. המערערים לא הציגו בשום שלב קושאן על החלקות או רישום שלהן כקרקע מירי בספרי האחוזה הישנים. מוכנה אני להניח כי בכך בלבד אין די כדי לדחות את טענת המערערים לפיה מדובר בקרקע מירי שהם רכשו בה זכויות. אך על מנת להוכיח את טענתם בנסיבות אלה הנטל הוא על המערערים להראות כי החלקות הוקצו בזמן כלשהו על ידי השלטונות לשימוש של מי ממורשיהם או לאדם פרטי אחר ממנו רכשו בהן את הזכויות.

נטל זה לא הורם על ידי המערערים משום שאין באיזו מן הראיות שהציגו כדי לבסס ממצא כזה. כך, למשל, צרף פרופ' יפתחאל לחוות דעתו כנספח 13 שני עמודים מתוך טבלה בכתב יד אשר צולמו, לדבריו, מתוך ארכיון צה"ל והמתייחסים בין היתר לאזור ערקיב (בעמודה המתייחסת ל"מקום הקרקע" צוין בחלק מהמקרים "ערגיב" או "רגיב"). בעמודים אלה מצוינות רשימות של עשרות מעבדי קרקעות ובעמודת הבעלות רשום ליד רובם "אלעוקבי" או "עוקבה" וכן מצוין כי מדובר בקרקע מסוג מולק (נספח 13). לדברי פרופ' יפתחאל טבלה זו היא מסמך ישראלי המעיד על בעלות של שבט אלעוקבי בחלקות שבמחלוקת וכן על עיבודן ועל גידולי חקלאות בהן. בכותרת העמוד הראשון מבין שני העמודים נספח 13 שצורפו לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל מודפסות המילים "ארכיון צה"ל 233-834/1953", ומכאן עולה לכאורה כי מדובר במסמך שנערך בשנת 1953. המסמך אינו מפרט לאיזה שנים מתייחס התיעוד הכלול בו אך בהינתן טענת המערערים לפיה בשנת 1951 הועברו בני שבט אלעוקבי בכפייה על ידי הממשל הצבאי הישראלי לאזור הסייג (משולש באר-שבע, דימונה, ערד), ברור כי אין מדובר בתיעוד המתייחס לשנה שבה לכאורה נערך המסמך. כמו כן, לא ברור מי ערך את המסמך, לאיזה צורך ובאיזה הקשר, ומכל מקום אין מדובר במרשם רשמי המתעד את

זכויות הקניין בקרקעות הנגב, הוא אינו מתייחס לבעלים פרטי והבעלות המצוינת בו היא לשבט כולו בלא התייחסות לחלקות ספציפיות באזור ערקיב. כמו כן, המסמך מתייחס לקרקע מסוג מולק אך המערערים עצמם לא מעלים טענה כי מדובר בחלקות מסוג כזה וטוענים לקרקע מירי. נוכח סימני השאלה הרבים המתעוררים באשר לשני העמודים נספח 13 לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל, נראה כי לא ניתן ללמוד מהם על הקצאת החלקות שבמחלוקת לשימושה של משפחת המערערים או לשימוש של אדם פרטי אחר כלשהו. מסמך נוסף שצורף לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל וממנו הוא מבקש ללמוד על כך שמדינת ישראל הכירה בחלקות כקרקע השייכת למשפחת המערערים, הוא המסמך שצורף כנספח 14 לחוות דעתו. לדבריו מדובר בתעודה של רשות הפיתוח משנת 1956 בה מסווגות כל החלקות שהופקעו כקרקע מסוג מירי. עיון בנספח 14 אין בו כדי ללמד דבר וחצי דבר ממה שמבקש פרופ' יפתחאל לקרוא בו. המדובר בצילום בלתי קריא של טבלה ערוכה בכתב יד אשר לא ברור מי ערך אותה, מתי ולאילו מטרה ולפיכך אין לייחס משקל ראייתי כלשהו למסמך זה.

48. משהגענו אל המסקנה כי לא זו בלבד שהמערערים לא רכשו זכויות בחלקות כקרקע מירי אלא כי לא הוצגה כלל ראיה אשר מכוחה ניתן לסווג את החלקות לכתחילה כקרקע מירי, מתייתר למעשה הצורך לדון בטענה נוספת שהעלו המערערים ולפיה רכשו זכויות בחלקות מכוח התיישנות. למעלה מן הצורך, יצוין עם זאת כי אפילו היינו מניחים שהחלקות היו קרקע מסוג מירי לא היה בכך כדי להועיל למערערים משום שהם לא הוכיחו את התקיימות התנאים הנדרשים על מנת להקים טענת התיישנות על פי סעיף 20 ואף לא על פי סעיף 78 לחוק, כפי שקבע בצדק בית המשפט המחוזי (לעניין התנאים הקבועים בסעיפים אלה ולהבדלים שביניהם ראו, פליאה אלבק "על התיישנות במקרקעין בישראל" קרית המשפט, א' 335, בעמ' 344-350 (התשס"א-2001) (להלן: התיישנות במקרקעין); ואלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 207-212; טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 23-24 ו-75-80; גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטטינה, בעמ' 257-261; בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 53-65 ו-131-134; ודוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 316).

49. לשם רכישת זכויות על פי סעיף 20 או על פי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני (בצירוף סעיף 22 לחוק ההתיישנות), נדרשת החזקה רצופה בקרקע לתקופה של 15 שנים לפחות, או 20 שנים אם החלה לאחר יום 1.3.1943. ולצורך רכישת זכויות על פי סעיף 78 נדרש בנוסף כי להחזקת הקרקע יתלווה עיבוד משמעותי שלה על ידי המחזיק (ראו, אלבק, התיישנות במקרקעין בעמ' 344-350; ואלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 207-212). כפי שיובהר להלן, המערערים הוכיחו לכל היותר

החזקה רצופה בחלק מחלקה ערקיב 2 ואף זאת משנת 1936. החזקה זו נמשכה לכל היותר עד שנת 1948 בה נלחם שבט אלעוקבי במלחמת העצמאות לצד צבאות ערב ונפוץ לאחר ניצחון מדינת ישראל במלחמה לעזה ולירדן (ראו, עדותו של מוחמד אל גרינאווי, בעמ' 53-55 ו-60-61 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009; עדותו של אחמד אבו סיאם, שם בעמ' 74-75; עדותו של אסמעיל מוחמד סאלם אלעוקבי, שם בעמ' 89-94 ו-102-103; עדותו של יונס סאלם מוחמד אלעוקבי, שם בעמ' 114; עדותו של מוחמד אלעציבי, בעמ' 50 ו-55 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009; עוד ראו, חוות דעתה של פרופ' קרק מיום 31.1.2010 מ/ש/1ג, עמ' 20-22 וההפניות שם). לפיכך, לא הוכח כי משפחת המערערים החזיקה בחלקות או באיזה מהן לאורך פרק הזמן הנדרש לשם רכישת זכויות מכוח התיישנות. כמו כן, לא עלה בידי המערערים להוכיח כי עיבדו את החלקות ברציפות לאורך פרק הזמן הנדרש כאמור וכפי שיובהר להלן, לכל היותר הוכיחו המערערים עיבוד חלקי ובלתי רציף של חלק מהחלקות בשנים כאלה ואחרות.

50. נוכח טענות נוספות שהעלו המערערים בהקשר זה חשוב להדגיש כי אף אם נניח לטובת המערערים ששבט אלעוקבי אכן חי ונדד באזור החלקות במשך שנים רבות, אין בעובדה זו כדי להקנות לו זכויות בחלקות אלה מכוח התיישנות. אסמכתא לכך ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון המנדטורי בעניין Village Settlement Committee of Arab en Nufei'at v. Samaonov, 8 P.L.R. 165 (1941) ("ע"א 125/40 ועדת הסדר קרקעות בכפר ערב עין נועיפאת נ' שמענונוב, פל"ר 8, 165 (1941) (להלן: עניין שמענונוב)) שם נקבע באופן מפורש כי אורח החיים הברדואי במסגרתו נוהגים לנדוד שבטי הברדואים בתא שטח מסוים בהתאם לעונות השנה, אינו מקנה זכויות מכוח התיישנות:

It is clear that grazing and wood cutting are rights which are recognized by the law, but I do not think that their exercise gives any right to the land itself. As to camping, whether or not the pitching of tents on the same spot for many years would give rise to prescriptive rights it is not necessary to determine, as in this case the Settlement Officer found that the tents were pitched in the most convenient and accessible places according to the seasons and occupations followed at time. I do not think that by moving tents hither and thither over a tract of land the owners of the tents can establish prescriptive title to the land.

על פסק הדין בעניין שמעונוב הוגש ערעור למועצת המלך (Privy Council) אשר דחתה את הערעור בקבעה כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט העליון המנדטורי (ראו, P.C.A. 17/44 The Village Settlement Committee of Arab, En Nufei'at Vs. Aharon Samsonov (1944); עוד בעניין זה ראו, חיים זנדברג, מקרקעי ישראל - ציונות ופוסט ציונות, בעמ' 144-146 (2007)).

סיכום ביניים - המערערים לא הוכיחו כי החלקות היו קרקע מסוג מירי ואפילו היו מוכיחים זאת, לא היה בכך כדי להועיל להם משום שלא עלה בידם להוכיח כי רכשו בה כזו זכויות, אף לא מכוח התיישנות.

האם החלקות היו קרקע מסוג מוואת

51. כפי שצוין, טענה המדינה כי החלקות היו מאז ומתמיד קרקע מסוג מוואת וטענה זו התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי. בערעור שבים המערערים וטוענים כי לא הוכחו התנאים הנדרשים לצורך סיווגן של החלקות כקרקע מוואת והם מוסיפים וטוענים כי נטל השכנוע בעניין זה מוטל על המדינה בשל העובדה שהתנהלה בחוסר תום לב ועיכבה את העברת התביעות הסותרות לגבי החלקות להכרעה בבית המשפט ובכך גרמה להם נזק ראייתי.

טענה זו בדין נדחתה על ידי בית המשפט קמא.

סעיף 22 לפקודת ההסדר קובע כי "זכויות המדינה במקרקעין ייחקרו ויוסדרו בין אם נתבעו רשמית ובין אם לאו, וכל זכות במקרקעין שלא הוכחה בתביעתו של אחר תירשם על שם המדינה". על כן אין המדינה נדרשת להוכיח את זכויותיה בקרקע במסגרת הליכי הסדר וככל שהתובע לא הוכיח כי יש לו זכויות בקרקע הנתבעת, היא תירשם על שם המדינה (ראו, ע"א 182/54 האפורופוס לנכסי נפקדים נ' דוד, פ"ד י 776, 783-782 (1956)). טענת המערערים כאילו המדינה נהגה בחוסר תום לב בכך שעיכבה את העברת התביעות שהגיש המערער 1 בנוגע לחלקות להכרעה שיפוטית ובכך גרמה להם נזק ראייתי, אין בה ממש. ראשית, דבר לא מנע מהמערערים להגיש בעצמם את התביעות לבירור בפני בית המשפט כפי שאכן עשו לבסוף בשנת 2006. שנית, המדינה הסבירה כי היא מצדה נמנעה לאורך השנים מהעברת התביעות להכרעה שיפוטית בשל המדיניות שבה נקטה ולפיה העדיפה לקדם הסדרי פשרה בתביעות להסדר מקרקעין בנגב על פני הכרעות שיפוטיות (ראו, עדותה של הגב' חגית מנוס, מבקרת תביעות בלשכת הסדר זכויות מקרקעין באר-שבע, עמ' 6 ש' 11-12 לפרוטוקול הדיון מיום

7.7.2010). מדיניות זו הנה ראויה בתיקי הסדר מקרקעין בכלל ובתיקי הסדר מקרקעין בנגב בפרט ועל כן, אין לזקוף את הדבר לחובת המדינה (על יתרונותיה של הגישה המעדיפה פשרה בתביעות הסדר על פני הכרעה שיפוטית ראו, זנדברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 294-295). במקרה דנן דחו המערערים הצעות שונות לפשרה שהעלתה המדינה בהתאם להחלטות רשות מקרקעי ישראל לפני ואחרי הגשת התביעות על ידם לבית המשפט (ראו לעניין זה לאחרונה, החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 1383 "מחירי קרקע פיצויים ומגרשי בניה לבדואים בנגב" (29.9.2014)).

52. האם טעה בית המשפט קמא בקבעו, כי החלקות הן קרקע מוואת? סעיף 6 לחוק הקרקעות העות'מאני מגדיר מהי קרקע מוואת:

Dead land (mevat) is land which is occupied by no one, and has not been left for the use of the public. It is such as lies at such a distance from a village or town from which a loud human voice cannot make itself heard at the nearest point where there are inhabited places, that is a mile and a half, or about half an hour's distance from such (חוקי הקרקעות) טיוט, חוקי הקרקעות, בעמ' 15 (העו'מאניים, בעמ' 15)

וסעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני מוסיף וקובע לעניין זה כי:

The expression dead land (mevat) means vacant (khali) land, such as mountains, rocky places, stony fields, pernallik and grazing ground which is not in possession of anyone by title deed nor assigned ab antiquo to the use of inhabitants or a town or village, and lies at such a distance from towns and villages from which a human voice cannot be heard at the nearest inhabited place. Anyone who is in need of such land can with the leave of the Official plough it up gratuitously and cultivate it on the condition that the legal ownership (raqabe) shall belong to the Treasury The provisions of the law relating to other cultivated land shall be applicable to this kind of land also. Provided that if any one after getting leave to cultivate such land, and having had it granted to him leaves it as it is for three consecutive years without valid excuse, it shall be given to another. But if anyone has broken up and cultivated land of this kind without leave, there shall be exacted from him payment or the tapou value of the piece of land which he has cultivated and it shall be granted to him by the issue of a title deed (שם, בעמ' 97)

53. משילוב האמור בסעיפים אלו עולה כי על מנת שקרקע תיחשב למוואת צריכים להתקיים לגביה שלושה תנאים מצטברים: הראשון, כי אינה בחזקתו של איש ולא הוקצתה למאן דהו באמצעות שטר קניין (קושאן) ("is occupied by no one" [סעיף 6]; "is not in possession of anyone by title deed" [סעיף 103]); השני, כי לא הוקצתה לשימוש של הציבור ("not been left for the use of the public" [סעיף 6]; "nor assigned ab antiquo to the use of inhabitants or a town or village" [סעיף 103]); והשלישי, כי היא שוממת ומצויה במרחק של יותר ממייל וחצי (2.2185 ק"מ) מעיר או מכפר ("vacant ... land" [סעיף 103]; "at such a distance from a village or town ... that is a mile and a half" [סעיף 6]; לעניין זה ראו, ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן, פ"ד ט"ז(3) 1717, בעמ' 1720-1719 (1962) (להלן: עניין בדראן); עוד ראו, עניין הואשלה, בעמ' 147-149). התנאי הראשון נועד להוציא מהגדרת המוואת קרקעות המוחזקות מכוח קושאן, כלומר, קרקעות מירי ומולק, ואילו התנאי השני נועד להוציא מכלל אדמות המוואת אדמות שהוקצו לשימוש של הציבור, כלומר, מתרוכה. התנאי השלישי, לפיו על קרקע מוואת להיות מרוחקת יותר ממייל וחצי מעיר או מכפר נועד להוציא מגדר מוואת קרקעות מרעה הסמוכות לכפרים ומצויות בשימוש תושביהם גם מבלי שהוקצו להם והמהוות כפי שאפרט בהמשך סוג של מתרוכה (ראו, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 15 ו-97; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 48; אלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 68-71; וכן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, עמ' 37-38).

כפי שפורט בפסקאות 45-50 לעיל, המערערים לא הוכיחו כי מדובר בחלקות מסוג מירי ולא טענו כי מדובר בקרקע מסוג מולק. לפיכך מתקיים לגביהן התנאי הראשון הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני לצורך סיווגן כאדמת מוואת. על כן נותר לדון בהקשר זה בהתקיימות התנאים השני והשלישי, ולמען נוחות הדיון נקדים ונדון תחילה בשאלתה התקיימותו של התנאי השלישי.

התקיימות התנאי השלישי - ריחוק החלקות "מעיר או מכפר"

54. המערערים טוענים כי לא מתקיים בחלקות התנאי השלישי לפיו על קרקע מוואת להיות מרוחקת יותר ממייל וחצי מעיר או מכפר. לטענתם היה בחלקות ישוב בדואי קדום של שבט אלעוקבי שישב בהן והחזיק בהן דרך קבע. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט קמא אשר קבע כי לא הוכח ששבט אלעוקבי ישב אי פעם באזור החלקות (עמ' 23 לפסק דינו). קביעה זו הנה גורפת מידי ומצדיקה את התערבותנו מכמה טעמים. ראשית, המדינה, כך נראה, אינה חולקת על כך ששבט אלעוקבי נדד

באזור החלקות ועל כך שייתכן שהשתמש בהן בתקופות מסוימות למרעה ולחניה (ראו, פסקאות 27 ו-79 לסיכומיה). שנית, דומה כי אין מחלוקת שהעיבודים שנראים בחלקות בתצלום האוויר שלהן משנת 1945 נעשו על ידי השבט. ושלישית, מן הראיות שהוצגו, ובהן מקורות שונים ועדויות זקני השבט, עולה כי יש ממש בטענת המערערים לפיה בני שבטם נהגו לנדוד באזור חלקות ערקיב (ראו, עדותו של מוחמד אבו ג'עבר, בעמ' 4-5 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009; עדותו של יונס אלעוקבי, שם בעמ' 108-107; ועדותו של מוחמד אל עציבי בעמ' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009). עוד עולה מהמקורות שאליהם מפנים המערערים כי בנוסף לחלקות ערקיב נהג השבט לנדוד גם באזור חלקות זחיליקה (ראו, עארף אל עארף, תולדות באר שבע ושבטיה - שבטי הבדואים במחוז באר שבע, בעמ' 100-103 (תרגום: מ. קפליוק, 2000), צורף כאסמכתא ל"א לכרך אסמכתאות המערערים (להלן: שבטי הבדואים); ויוסף ברסלבי (ברלבסקי), הידעת את הארץ, כרך ב ארץ הנגב (הנגב הצפוני), בעמ' 270-271 (התשט"ז); צורף כאסמכתא ל"ב לכרך אסמכתאות המערערים).

55. ואולם, הגם שמן הראיות שצוינו עולה כי בתקופות מסוימות נהג השבט לנדוד באזור החלקות, אין די בכך על מנת לבסס את טענתו כי היה במקום ישוב בדואי קדום שבו ישב השבט דרך קבע גם בתקופות שחלק מן השבט נדד למקומות אחרים. בניגוד לנטען על ידי המערערים, לא נמצאו בחלקות ראיות פיזיות המעידות על קיומו של יישוב בדואי קדום במקום. כפי שציין בית המשפט קמא, כל האתרים (למעט אחד) אותם סימן המודד אבו פריחה במפה שהגישו המערערים ואשר לטענתם מעידים על התיישבות בדואית באזור החלקות, מצויים למעשה מחוץ לתחום החלקות (ראו, עדותו של אבו פריחה בעמ' 63 ש' 12-17 לפרוטוקול הדיון מיום 24.2.2010). כמו כן, עולה מחוות דעתו ומעדויותו של המפענח בן יוסף כי על פי תצלום האוויר של החלקות משנת 1945 קיים בחלקות בית אחד בחלקה שריעה 133, אשר לא הוברר מתי נבנה ולמי היה שייך, ובית נוסף בחלקה ערקיב 2 אשר זקני השבט העידו כי הוא שייך למערער 1 והמערערים עצמם טוענים כי הוא נבנה בשנת 1936, דהיינו, בתקופת המנדט (ראו, פסקה 14 לסיכומיהם בערעור). פרט לכך אין בתצלום האוויר משנת 1945 כל סממנים אחרים המעידים על קיומו של יישוב בדואי קבוע בשטחי החלקות. ויודגש, על פי עדותו של המפענח בן יוסף בורות המים והמאהלים שנצפו בתצלום מצויים כולם מחוץ לתחום החלקות (ראו, עמ' 12-17 לחוות דעתו של מר בן יוסף, הוגשה כמוצג מע/3; וכן עדותו בעמ' 41 ש' 21, עד עמ' 42 ש' 8 לפרוטוקול הדיון מיום 24.2.2010). עוד יש לציין כי בן יוסף הבהיר בעדותו שמניסיונו ההתיישבות הנראית בתצלום האוויר משנת 1945 מחוץ לתחומי החלקות, אף היא איננה התיישבות קבועה אלא נוודית (שם, בעמ' 19 ש' 5-6, ועמ' 20 ש' 6-12).

56. המסמכים והתעודות ההיסטוריות עליהם מבקש פרופ' יפתחאל לסמוך את חוות דעתו באשר לקיומו של ישוב בדואי קדום בתחומי החלקות, אף הם אינם מבססים מסקנה זו: נספחים 12 ו-17 לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל הם צילום מסמך אשר נטען לגביו כי הוא מהווה הוראה של הממשל הצבאי לבני שבטם של המערערים להתרכז "במקום המקורי"; נספח 18 לחוות הדעת הוא צילום מסמך אשר נטען לגביו כי הוא מכתב ממשרד המושל הצבאי בנגב לשייח' של שבט אלעוקבי בו הוא נדרש להגיש דיווח לגבי אדמות המעובדות על ידי בני השבט שבעליהם אינם נמצאים בגבולות ישראל; נספח 19 הוא מסמך שנטען לגביו כי הוא תעודת בית ספר של המערער 10 משנת 1950 מבית הספר "בני עוקבה"; נספח 22 הוא צילום של פתקית בכתב יד אשר נטען כי נכתבה על ידי נציג הממשל הצבאי בנגב בה פירט את השטחים שימסרו לשבט "עד החזרת בני שבט בני עוקבה לאדמותיהם"; נספח 23 הוא צילום מכתב אשר נטען כי נשלח למערער 1 מהאפוטרופוס על נכסי נפקדים בו הוא נדרש למסור תוצרת חקלאית השייכת לאחר; נספחים 24 ו-25 הם צילומים בלתי קריאים של מפות אשר לא ברור מה מקורן והיכן, אם בכלל, מופיעות בהן חלקות התביעה. ביחס למפה שצורפה כנספח 24 ראוי להעיר כי פרופ' קרק מציינת בחוות דעתה כי שמו של שבט אלעוקבי מופיע בה במקום מרוחק מהחלקות ואילו בחלקות רשומים שמותיהם של שבטים אחרים (ראו, מש/ג' 17 בעמ' 17); נספח 30 הוא צילום של מכתב בכתב יד שנטען כי נשלח מאת השייח' של שבט אלעוקבי לממשל הצבאי בנגב בו הוא קובל על כך שמוסה פעמיים בגין אותם גידולים. פרט לנספח 18 (שהוגש גם כמוצג מע/6 בערעור), לא צורף תרגום לאף אחד מהנספחים שפורטו לעיל וכמו כן לא הוצג לגבי איזה מן הנספחים אישור או אימות המעיד עליהם כי הם מסמכים אותנטיים. מכל מקום, גם אם אניח לטובת המערערים כי מדובר במסמכים אותנטיים אשר תוכנם הוא כנטען, אין באיזה מן המסמכים הללו כדי לבסס את דבר קיומו של ישוב בדואי קבוע בשטח החלקות (וראו, לעניין זה גם התייחסותה של פרופ' קרק לנספחים שצוינו בעמ' 17-18 לחוות דעתה מש/ג' 17).

57. מסמך נוסף עליו מסתמך פרופ' יפתחאל לתמיכה בטענה בדבר קיומו של יישוב בדואי בחלקות הוא רשימה של שמות המקומות בפלסטינה שפרסמה ממשלת המנדט בשנת 1940 (A Gazetteer of Place Names Which Appear in the Small Scale) (1940) Maps of Palestine and Trans-Jordan; נספח 56 לחוות דעתו; להלן: רשימת השמות). ברשימה זו מופיע שמו של מקום בשם El-Araqib. המערערים לא טרחו לצרף חוות דעת מומחה המבהירה האם הקואורדינטות המופיעות ליד השם אל-עראקיב ברשימת השמות תואמות את מיקומן של החלקות או איזה מהן בשטח. ואולם, גם

בהנחה כי המקום המופיע ברשימת השמות כאל-עראקיב ממוקם בשטחי החלקות אין ברשימה זו כדי לתמוך בטענה כי מדובר ביישוב קבע. ההיפך הוא הנכון. כך, בהקדמה לרשימת השמות נכתב כי רשימה זו מפרטת גם מקומות בלתי מיושבים המופיעים במפה. עוד מצוין בהקדמה כי לצד מקומות אשר מוכרים באופן רשמי על ידי הממשלה כיישוב (Village Unit) לצרכי מיסוי ואדמיניסטרציה יופיע הסימול "Vill. Unit" ביחד עם ציון שטח היישוב והערכה של מספר התושבים המתגוררים בו. ניתן לראות כי סימול מעין זה לא מופיע ברשימה לצד השם "אל-עראקיב" וכמו כן לא מצוין לגביו מה שטחו ומה מספר התושבים המתגוררים בו. כל שמצוין ליד השם "אל-עראקיב" ברשימה הוא כי מדובר ב"Locality", כיתוב שאינו מעיד בהכרח על מקום מיושב (ראו לעניין זה עדותה של פרופ' קרק בעמ' 110-114 לפרוטוקול הדיון מיום 6.5.2010). רשימת משלמי מס המעשרות ללא תאריך (נספח 35 לחוות הדעת) הנזכרת בחוות דעתו של פרופ' יפתחאל כמסמך נוסף התומך בעמדתו לפיה היה בחלקות יישוב קבע בדואי קדום, אף הוא אינו מעיד על כך. פרופ' יפתחאל מציין כי באותו המסמך בעמודה המיועדת לפירוט היישוב נכתב "אל-עראקיב". ואולם, מכך בלבד לא ניתן להסיק קיומו של יישוב בדואי קבוע במקום, בייחוד בהינתן העובדה כי יתר הראיות שסקרנו עד כה אינן תומכות במסקנה זו ועל כן ניתן להניח כי המילים "אל-עראקיב" נועדו לתאר את אזור הגידולים אשר בגינם נגבה מס מעשרות על פי אותה רשימה ואין להסיק מהם על קיומו של יישוב בדואי קבוע בחלקות. ראיה נוספת עליה מבסס פרופ' יפתחאל את טענתו בדבר קיומו של יישוב קבע בחלקות היא הודעה לבוחר אשר נשלחה למערער 1 בשנת 1949 ובה נכתב "אל עראקיב" במשבצת המיועדת לפירוט "שם העיר או הכפר" (מוצג מע/7 בערעור). כפי שכבר צוין, בשנת 1936 בנה המערער 1 את ביתו בחלקה ערקיב 2 ועל כן יש להניח כי לצורך זיהוי המקום שבו הוא מתגורר צוין בהודעה לבוחר "אל עראקיב". אך בית אחד איננו יישוב ומהודעה לבוחר אחד אין להסיק על קיומו של יישוב. לכן גם מסמך זה אין בו כדי לבסס את הטענה שהעלו המערערים בעניין זה.

58. הנה כי כן, המסמכים והמקורות שעליהם הסתמך פרופ' יפתחאל אין בהם כדי לבסס את טענת המערערים בדבר קיומו של יישוב קבע בדואי בחלקות. מסקנה דומה עולה גם מעדויותיהם של זקני השבט לפיהן הסממן הקבוע היחיד שהיה במקום הוא ביתו של המערער 1 בחלקה ערקיב 2 (ראו, עדותו של מוחמד עבדאללה אבו-ג'עבר בעמ' 4-17 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009; עוד ראו, עדותם של אלעיין מוחמד אלגראווי, שם, בעמ' 43-47; עדותו של אחמד ג'חאדה אבו סיאם, שם בעמ' 63-65; ועדותו של מוחמד אל עציבי, בעמ' 42-52 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009, אשר פרט לביתו של המערער 1 אינם מזכירים בעדותם כל סממן אחר להתיישבות קבע

בחלקות). חלק מן העדים העידו אמנם על קיומם של בתים ובורות מים שנחפרו באזור חלקות ערקיב (ראו, למשל, עדותו של יונס סאלם מוחמד אלעוקבי, בעמ' 112 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009). ואולם, בהתחשב בעובדה שבצילום האוויר משנת 1945 לא נראים בתים או בורות מים בתחומי החלקות וכן בהתחשב בעובדה שלגרסת המערערים עצמם השבט חי ונדד בתא שטח רחב של 19,000 דונם, יש להניח כי הבורות אליהם מתייחסים עדים אלה מצויים מחוץ לשטח החלקות. עוד יש לציין, כי בניגוד לטענתו של פרופ' יפתחאל לפיה היה קיים בחלקות ערקיב מבנה בית ספר בו למדו ילדי השבט, מעדויותיהם של זקני השבט עולה כי לא היה בית ספר בחלקות אלה: העדים אסמעיל אלעוקבי ומוחמד אל עציבי העידו כי הלימודים התקיימו בביתו של המערער 1 בחלקה ערקיב 2 (ראו, עמ' 89 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009, ועמ' עמ' 45-46 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009), ואילו העדים מוחמד אלגרנאוי ויונס סאלם מוחמד אלעוקבי העידו כי ילדי השבט כלל לא למדו באזור ערקיב אלא בכפרים שכנים (ראו, עמ' 73 ו-112 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009).

59. לעומת זאת, וכפי שציין בית המשפט קמא, המדינה הביאה במסגרת חוות דעתה של פרופ' קרק ראיות למכביר המעידות על כך שמעולם לא התקיים בחלקות ישוב קבע בדואי וכן על כך שהחלקות לא עובדו בין השנים 1858 ו-1921. אין לקבל את הטענות שמעלים המערערים נגד חוות דעתה של פרופ' קרק ובניגוד לנטען על ידם, חוות דעתה אינה מסתמכת באופן בלעדי על כתביהם של חוקרים אשר סיירו בעבר בנגב אלא על מגוון רב של מקורות מהימנים, ובהם: סקרי קרקע, מפות היסטוריות ותעודות רשמיות שונות הנוגעות לשטח החלקות מהם עולה כי החלקות לא היו מיושבות ומעובדות בין השנים 1858-1921. אין למצוא דופי בהסתמכותה של פרופ' קרק על דיווחיהם של חוקרים שונים אשר סיירו בנגב במהלך המאות הקודמות (לעניין הסתמכות מומחה על ספרות מקצועית ראו, ע"פ 889/79 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4), 479 (1982), בפסקה 13 לפסק דינו של השופט מ' בן פורת), וכפי שציין בצדק בית המשפט קמא, פרופ' יפתחאל הסתמך אף הוא באופן נרחב על דיווחיהם של חוקרים מערביים שונים שעברו בנגב במהלך המאות האחרונות, ככל שהיה בהם לתמוך בטענותיו. כזכור העדיף בית המשפט קמא את חוות דעתה של פרופ' קרק על פני חוות דעתו של פרופ' יפתחאל מן הנימוקים שפורטו לעיל בפרק המתאר את פסק דינו, ולא ראינו להתערב בכך הן משום שמדובר בסוגיה אשר בה אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב (ראו, למשל, ע"א 4126/05 חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים (20.6.2006), בפסקה י"א; ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני (7.3.2013), פסקה 12) והן משום שמצאנו כי הנימוקים המבססים העדפה זו מצדיקים זאת במקרה דנן.

60. בשל כל הטעמים שעליהם עמדנו לעיל יש לקבוע כי אף ששבט אלעוקבי נדד באזור החלקות והשתמש בהן בתקופות מסוימות לצרכי חניה, מרעה וחקלאות עונתית, לא היה קיים בחלקות ישוב קבע של השבט בעת שחוקק חוק הקרקעות העות'מאני (1858) ואף לא לאחר מכן. על כן יש לדחות את טענת המערערים לפיה אין מתקיים ביחס לחלקות התנאי השלישי מבין התנאים הקבועים בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני לצורך סיווגן כקרקע מוואת. אך המערערים אינם מסתפקים בטענה בדבר קיומו של ישוב קבע שנדחתה והם מוסיפים וטוענים לחלופין כי התנאי השלישי האמור אינו מתקיים משום שגם אם לא היה קיים ישוב קבע בשטחי החלקות בשנים הרלבנטיות, די בכך שהשבט קיים במקום התיישבות נוודית על מנת שלא יתקיים בהן התנאי הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות לפיו על קרקע מוואת להיות מרוחקת יותר ממייל וחצי מעיר או מכפר. עוד הם טוענים כי גם אם במועד חקיקת חוק הקרקעות העות'מאני עמדו החלקות שוממות ובלתי מיושבות אין משמעות הדבר כי מדובר באדמות מוואת, שכן את בחינת מרחק החלקות ממקום ישוב יש לעשות במועד בו מתקיימים בהן הליכי הסדר מקרקעין. לטענתם, הפרשנות לפיה סיווג הקרקע נקבע במועד חקיקת חוק הקרקעות העות'מאני ונותר קבוע ממועד זה ואילך אינה הגיונית ופרשנות סבירה של חוק הקרקעות צריכה להתחשב בשינויים שאירעו בשטחי החלקות במרוצת השנים. המערערים מודעים לכך כי טענות אלו נדחו בעבר על ידי בית משפט זה, אשר קבע כי מקום יישוב לפי סעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני הוא רק ישוב קבע ועוד נקבע כי מדובר ביישוב קבע שהיה קיים בעת חקיקתו של חוק הקרקעות (ראו, עניין בדדאן, בעמ' 1720; עניין הואשלה, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט א' חלימה; וכן, ע"א 55/63 טואנד נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(2) 3 (1966)). עם זאת, טוענים המערערים כי פרשנות זו היא שגויה ומפלה והם מבקשים כי תיבחן מחדש.

61. לאחר שעיינתי בטענות שהעלו המערערים בשני עניינים אלה הגעתי למסקנה כי אין מקום לשנות מההלכות שנקבעו בעניין בדדאן ובעניין הואשלה באשר לסוג ההתיישבות שאליו מתייחס התנאי השלישי הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני לצורך סיווגה של אדמת מוואת, ואף לא באשר למועד הקובע שבו יש לבחון את המרחק של הקרקע שסיווגה עומד לדיון ממקום יישוב כאמור.

בתרגומם של טיוט וכן שמש לסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני, נעשה שימוש במונח "עיר או כפר" וכך גם בתרגומו של דוכן לסעיף 6 (ראו, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 15 ו-97; בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 37 ו-147; ודוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 466; אם כי בתרגומו לסעיף 103 לחוק

הקרקעות העות'מאני עושה דוכן שימוש במונח "יישוב": שם, בעמ' 480). קשה לראות כיצד ניתן לראות בהתיישבות נוודית "עיר או כפר" וכפי שמציינת המדינה, אורח החיים הבדואי לא היה זר למחוקק העות'מאני ודומה כי אם היה בכוונתו לכלול התיישבות בדואית נוודית בין מקומות היישוב אשר הקרקעות המקיפות אותם אינן נחשבות לקרקעות מוואת, חזקה עליו שהיה נוקט במונחים המתאימים לכך ולא במונחים המתארים באופן מובהק התיישבות של קבע. גם התכלית שאותה מייחסים המערערים למחוקק העות'מאני בהקשר זה לא הוכחה כלל ועיקר. לטענתם, יש לכלול גם התיישבות בדואית נוודית בגדר היישובים שהקרקעות המקיפות אותם אינן מוואת משום שהמחוקק ביקש "לעודד אנשים לעבד אדמות מרוחקות ממקום יישוב" (פסקה 38 לסיכומיהם). טענה זו אין בה ממש והיא אף נוגדת את התכלית אשר לשמה נחקק סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני, אליו אתייחס להלן, שנועד ליצור תמריץ לעיבוד והחייאה של אדמות מוואת המרוחקות ממקום יישוב והמשמשות, למשל, להתיישבות נוודית בכך שהוא מאפשר למי שהחייא קרקע מוואת לרכוש בה זכויות.

62. תימוכין לפרשנות המוצעת על ידם מבקשים המערערים למצוא בכך שפקודת ניהול הכפרים, 1944, פקודת ההסדר המנדטורית ופקודת ההסדר שהחליפה אותה, מגדירות את המונח "כפר" גם כ"אזור שבטי". אין להקיש מהגדרת המונח "כפר" בדברי חקיקה של ממשלת המנדט ושל מדינת ישראל שנועדו לתכליות שונות, על האופן שבו יש לפרש את חוק הקרקעות העות'מאני. כפי שמציינת המדינה, הגדרת המונח "כפר" בדברי החקיקה אליהם מפנים המערערים נועדה לצרכים אדמיניסטרטיביים ואינה באה לקבוע זכויות מהותיות בקרקע. לפיכך, דומה כי אין יסוד לפירוש אותו מציעים המערערים לסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני בהסתמך על דברי החקיקה הללו. כמו כן, מפרסומים רשמיים שונים של ממשלת המנדט עולה כי אף היא פירשה את המונחים "עיר או כפר" בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני כמתייחסים ליישובי קבע בלבד. כך, בהודעה רשמית שפרסמה ממשלת המנדט ביום 10.11.1921 שעניינה "קביעת התחומים של קרקעות הממשלה" (פורסמה בע"ר 56, עמ' 9, 1921), נאמר כי תוקם ועדה שמטרתה לקבוע ולציין את גבולותיהן של קרקעות הממשלה בארץ. בסעיף 4 למודעה נכתב כי "כל הקרקעות העזובים, אשר אין עליהם שטרי מקנה ואשר לא נמסרו לתושבי שום מקום או כפר, הנמצאים במרחק כזה מן הבית האחרון של המקום או הכפר שקול אדם בקראו לא יגיע משם יצוינו על ידי הועדה כקרקעות מות (מתים)" (ההדגשה שלי; שם, בעמ' 10). הנה כי כן, אף ממשלת המנדט לא החשיבה התיישבות נוודית כמקום יישוב אשר הקרקעות הסמוכות אליה אינן אדמות מוואת.

63. טענה נוספת שהעלו המערערים היא כאמור הטענה לפיה המועד שבו יש לבחון את מצבה של הקרקע לצורך סיווגה על פי חוק הקרקעות העות'מאני, הוא המועד שבו נערכים בה הליכי ההסדר ולא המועד שבו נחקק החוק. טענה זו אף היא דינה להידחות. בניגוד לקרקעות מיירי אשר המחוקק העות'מאני דאג לקבוע הוראות המסדירות את מעמדן בעת שינוי באופי הקרקע (כמו, למשל, סעיפים 5 ו-6 לחוק על החזקת נדל"ן משנת 1331 להיג'רה (1913), וסעיפים 44, 82 ו-89 לחוק הקרקעות; עוד בנושא זה ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטיונה, בעמ' 29-32; וטיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 2, 6-7 ו-169-170), לא נקבעו הוראות דומות בנוגע לאדמות מוואת. לפיכך, אין התייחסות בחקיקת הקרקעות העות'מאנית להשפעה של התרחבות יישובים או להקמה של יישובים חדשים על סיווג הקרקעות הסמוכות אליהם. על כך כותב טיוט, כי:

The Land Code (vide Art. 31) did not contemplate the extension of the inhabited sites which were in existence when it was passed. It was not therefore foreseen that the extension of those sites would create difficulties. Their rapid growth in recent years brings them continually nearer to the former Mewat area, and, under the definition we are discussing, must result, in a progressive curtailment of that area. The process, at the same time, brings into existence an indeterminate class or land, which was formerly Mewat. On this area which is neither Mewat, Mirie, nor assigned pasture, squatters are likely to settle, against whom the present law gives the State no rights, other than those conferred by a strict enforcement of the prohibition of building contained in Art. 31. Such land cannot regarded (under Art. 105) as unassigned pasture, because, ex hypothesi, it lies outside the boundaries of any town or village (טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, עמ' 16

ובהמשך הוא מוסיף, כי:

The Code does not contemplate any great extension or the village sites which existed when it was framed (Vide art. 31). Of late years the sites of many towns and villages have, however, been greatly extended, and new inhabited-sites have been formed. This means that the limits or the Mewat have retreated with the advance or habitation. The process results in the creation of intermediate land which cannot be brought under any or the classes dealt with by the Code. As the rakaba of such land has never been transferred it apparently remains with the State. It might however be held that, under the conditions referred to, the

boundaries of towns or villages adjoining the Mewat must be held to enlarge with the area reachable by the human voice. Whatever view is taken the result is that the mewat lands, of the State are being steadily reduced by the subtraction of areas which, are often of great and increasing value. Legislation is clearly required to deal with the situation (שם, בעמ' 98)

64. על אף עמדתו של טיוט לפיה הקרקע הנוצרת כתוצאה מהתרחבות היישובים שהיו קיימים בעת חקיקת חוק הקרקעות אל עבר תחומי אדמות המוואת היא מסוג בלתי מוגדר, דומה כי ניתן לסווגה באמצעות עקרונות פרשניים בהם נקטו בתי המשפט המנדטוריים בבואם להתמודד עם בעיות מסוג זה. אכן, מצב בו קרקע מסוימת אינה תואמת במדויק אף אחת מהגדרות הקרקע הקיימות בחקיקת הקרקעות העות'מאנית, היה שכיח למדי בדין שקדם לחוק המקרקעין (ראו, בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 27), ועל מנת להתמודד עם קושי זה פסק בית המשפט העליון המנדטורי בקפריסין בעניין *Kyriako v. Principal Forrest Officer*, 3 C.L.R. 87 (1894) (להלן: עניין קיריאקו) כי במקרה בו קרקע מסוימת אינה עונה באופן מדויק לאף אחת מהגדרות הקרקע הקיימות בחקיקת הקרקעות העות'מאנית, יש להחיל עליה את הדין המתאים לה ביותר ולסווגה כסוג הקרקע שאליו היא הקרובה ביותר (שם, בעמ' 95-94). לדעת גודבי ודוכן, בדרך כלל תסווג קרקע כזו כמוואת (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטינה, בעמ' 45; וכן ראו, דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 48).

מכאן עולה כי כל קרקע אשר בעת שנחקק חוק הקרקעות העות'מאני (1858) הייתה אדמת מוואת המרוחקת מישוב קבע למעלה ממייל וחצי, תמשיך בדרך כלל להיחשב כאדמת מוואת ואין בהתרחבות והתפתחות היישובים בשנים שלאחר חקיקת חוק הקרקעות כדי לשנות מכך. זאת אלא אם כן הפכה לקרקע מסוג אחר בדרך של החייאה או הקצאה מידי השלטונות, על פי הוראות חוק הקרקעות העות'מאני.

במקרה דנן הוכח כי החלקות לא עובדו ולא היו בקרבת יישוב קבע בעת שנחקק חוק הקרקעות העות'מאני, ומאחר שהקמתם של יישובים חדשים בקרבתן וישובי נוודים בפרט, אין בה כדי לשנות מן הסיווג שלהן בעת חקיקת חוק הקרקעות העות'מאני, די בכך שבמועד הקובע היו החלקות מרוחקות יותר ממייל וחצי ממקום של יישוב קבע על מנת לקיים את התנאי השלישי הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני, לצורך סיווגן כאדמת מוואת.

התקיימות התנאי השני - האם החלקות אינן קרקע מתרוכה

65. משקבענו כי מתקיים לגבי החלקות התנאי השלישי הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני, נותר לבחון האם מתקיים לגביהן גם התנאי השני הנדרש לצורך סיווגה של קרקע כאדמת מוואת והוא - כי אין מדובר בקרקע שהוקצתה או הונחה לשימוש הציבור, דהיינו, כי אין מדובר בקרקע מסוג מתרוכה.

סעיף 5 לחוק הקרקעות העות'מאני מגדיר קרקע מתרוכה באופן הבא:

Land left for the use of public (metrouke) is of two kinds: -

(I) That which is left for the general use of the public, like a public highway for example;

(II) That which is assigned for the inhabitants generally of a village or town, or of several villages or towns grouped together, as for example pastures (meras) (טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, עמ' 14)

הסעיף מבחין בין שני סוגים של קרקע מתרוכה: זו ש"הונחה" (left) לכלל הציבור וזו שהוקצתה (assigned) לשימושם של בני עיר או כפר מסוימים. לדעתו של טיוט, ההבדל במינוח בין הסעיפים מלמד על כך שקרקע מתרוכה לשימושם של כלל הציבור יכולה להיווצר על ידי כך שמניחים לכלל הציבור להשתמש בה גם מבלי שהוקצתה לשימושם באופן מפורש. לעומת זאת, קרקע מתרוכה שנועדה לשימושם של קבוצת אוכלוסייה מסוימת יכולה להיווצר רק בדרך של הקצאה מפורשת מידי השלטונות (שם, בעמ' 14 ו-100; עוד ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטין, בעמ' 56). גישה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון המנדטורי וכן על ידי בית משפט זה אשר פסקו כי גם קרקע מתרוכה המשמשת ציבור מסוים יכולה להיווצר בדרך של הקצאה משתמעת אם הונחה לשימושם של אותו ציבור, ואין חובה כי תתקיים הקצאה מפורשת על ידי השלטונות לשם כך (ראו, Abu Hana v. The Attorney General, 5 P.L.R. 221, p. 224 (1938) (ע"ק 72/34 אבו חנה נ' התובע הכללי, פל"ר 5, 221, 224 (1938)); ע"א 4/50 היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית תל אביב, פ"ד ה(1) 725, 727-726 (1951); ע"א 673/85 המועצה המקומית פקיעין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ב(3) 627, 631-632 (1988) (להלן: עניין פקיעין)). אשר למשך השימוש הנדרש בקרקע על מנת שתיחשב כמתרוכה נפסק כי יש צורך להראות שימוש לאורך תקופה כה ארוכה שאיש אינו זוכר עוד את ראשיתה (שם, וראו גם, ע"א 24/57 מלאח נ' ג'נדקלו, פ"ד י"ב 757 (1958), בפסקה 3 לפסק דינו של מ"מ הנשיא ש"ז חשין). כמו כן, הובהר כי שימוש

שהחל בדורנו אינו יכול להיחשב כשימוש מימים קדמונים, אשר יש בכוחו להקנות זכויות שימוש קיבוציות בקרקע (ראו, ע"א 504/61 מדינת ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד ט"ז 872, 875 (1962) (להלן: עניין עיריית ת"א)). לפי פרשנותו של בית המשפט המנדטורי לקרקעות יש לבחון כל מקרה לפני נסיבותיו בעת שבוחנים את משך השימוש, אך קשה להניח כי שימוש לאורך פחות מ-100 שנים יכול להקנות זכויות שימוש קיבוציות בקרקע (ראו, Government of Palestine v. Village Settlement Committee of Sajad and Qazaza, 2 C.O.J. 672, p. 676 (L.C. Jaffa, 1933) (ת"ק (יפו) 18/32 ממשלת פלסטינה נ' ועדת הסדר קרקעות בכפרים סג'ד וקאזאה, קפ"ד 2, 672, 676 (1933) (להלן: עניין קאזאה)). עוד נפסק כי על השימוש המקנה להיות רציף ולא ניתן לראות בשימושים שונים בתקופות שונות כשימוש אחד רצוף אשר בכוחו להפוך קרקע למתרוכה (ראו, עניין עיריית ת"א, בעמ' 875; עניין פקיעין, בעמ' 632; וכן, ע"א 438/70 המועצה המקומית אום אל פחם נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 813, 816 (1972)). בנוסף, נפסק כי על שימוש היוצר קרקע מתרוכה שהוקצתה לציבור מסוים להיות בלעדי לאותו ציבור, ואם גם אחרים יכלו ליהנות מן הקרקע באותו אופן שבו יכול היה ליהנות ממנה הציבור הטוען בה לזכויות, אין לראות בה קרקע שהוקצתה לשימוש של אותו ציבור מסוים (ראו, עניין עיריית ת"א, בעמ' 875; ועניין פקיעין, בעמ' 632).

66. חוק הקרקעות העות'מאני מתייחס למגוון של שימושים ציבוריים בקרקע מתרוכה כגון: דרכים ציבוריות, חנית כלי רכב, איסוף בקר, שווקים, גרנות, שטחי תפילה, מחטבות עצים ושטחי מרעה (ראו, סעיפים 91-101 לחוק הקרקעות העות'מאני). השימוש הרלבנטי לענייננו הנו זכויות מרעה. החוק מבחין לעניין זה בין אדמות מרעה שהוקצו מימים קדמונים לציבור מסוים (סעיפים 97 ו-101) ובין אדמות מרעה (סעיף 105) המצויות בתוך גבולותיו של כפר והמשמשות את תושביו למרעה אף מבלי שהוקצו לו (להבחנה האמורה בין סוגי אדמות המרעה ראו, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 92-94 ו-100. כן ראו גישתו של טיוט, שם בעמ' 14, לפיה אדמות הבאות בגדר הקטגוריה של סעיף 105 לחוק הן אדמות מוואת). סעיף 97 לחוק הקרקעות מקנה לתושבי הכפר זכות בלעדית לרעות את עדריהם בשטחים שהוקצו להם ולמנוע מזרים לעשות כן. לעומת זאת, מוקנית לתושבי הכפר על פי סעיף 105 אך ורק זכות לרעות בשטחים הסמוכים לכפרם מבלי לשלם על כך מס, אך הוא אינו מאפשר להם למנוע מזרים לרעות בשטחים אלו ובנוסף לכך, בעוד שזכויות מרעה לפי סעיף 97 זכות להגנה הן מפני אנשים פרטיים והן מפני המדינה, זכויות מרעה לפי סעיף 105 אינן מונעות מהמדינה להפקיע את המקרקעין או להקנות אותם למאן דהו כקרקע מירי (ראו, The Attorney General v. Village Settlement Committee of El Maqaibla, 8 C.O.J. 485 (L.C. Nablus, 1935) (ת"ק (שכם) 4/34 התובע הכללי נ' ועדת הסדר

קרקעות בכפר אל מוקייבלה, קפ"ד 8, 485 (1935); וכן, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 96). סעיף 101 מתייחס לזכויות מרעה עונתי (קיץ וחורף) וייחודו הוא בכך שבנוסף לשימוש לצרכי מרעה הוא מאפשר גם עיבוד של האדמות בהסכמת התושבים אשר להם הוקצו זכויות המרעה. סעיף 101 נוקט אמנם בלשון של איסור ומורה כי לא ניתן לעבד את הקרקעות המנויות בו ללא הסכמת התושבים להם הוקצו, אך מכך ניתן ללמוד כי בהסכמת התושבים ניתן לעבד אותן (ראו, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 95-96). בנוגע לאדמות מתרוכה המיועדות למרעה לפי סעיף 101 כותב טיוט, כי ניתן להניח שהבדואים הם אלה אשר להם אינטרס מיוחד באפשרות לעבד את האדמה בנוסף לזכויות המרעה, וכלשונו:

It may be presumed that the persons chiefly interested in the provisions of this article are members of the Beduin tribes, who wander in search of pasture and water, and do a little sporadic cultivation when the rainfall permits (שם, בעמ' 96)

67. ואכן, מן הראיות שהוצגו בהליך דנן עולה האפשרות כי חלקים שונים באדמות הנגב הונחו מימים קדמונים לשימושם של שבטים בדואים שונים לצרכי חניה, מרעה וחקלאות עונתית ואין לשלול את האפשרות כי החלקות האמורות הונחו אף הן לשימוש כאמור של שבט אלעוקבי כאדמות מתרוכה. אך המערערים לא טענו לעניין זה בבית המשפט קמא או בערעור והעובדות הצריכות לכך לא נתלבנו ולא הובררו די צורכן במסגרת הדיונים בהליך זה. מכל מקום, אפילו היה בידי המערערים לבסס טיעון בדבר היות החלקות אדמת מתרוכה שהונחה לשימוש שבט אלעוקבי לפי סעיף 101 לחוק הקרקעות העות'מאני לא היה בכך כדי לסייע למערערים באופן כלשהו. זאת הואיל וזכויות באדמת מתרוכה הן לעולם זכויות קיבוציות וחוק הקרקעות העות'מאני אוסר על אנשים פרטיים לרכוש זכויות משל עצמם באדמות מסוג זה (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטינה, בעמ' 54-55). סעיף 101 לחוק הקרקעות העות'מאני אף מורה מפורשות, כי:

These summer and winter pastures cannot be bought and sold, nor can exclusive possession of them be given to anyone by title deed ... (טיוט, חוקי הקרקעות) (העות'מאניים, עמ' 95)

עוד קובע חוק הקרקעות העות'מאני כי לא ניתן להשתמש בקרקע מתרוכה לשום צורך פרט לזה אשר לשמו הוקצתה. כמו כן, נאסר להפוך את זכות השימוש הציבורית בקרקע מתרוכה לזכויות פרטיות ולא ניתן להעביר את הזכויות שניתנו בה

לידיים פרטיות בדרך של חלוקה, מכירה או העברה. בנוסף, לא ניתן לרכוש בקרקע מתרוכה זכויות מכוח התיישנות (ראו, סעיף 102 לחוק הקרקעות העות'מאני; וכן, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 15, 89, 93 ו-96; בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 147-146; אלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 86-87). מטעמים אלה סיווגן של החלקות כאדמת מתרוכה אין בו גם אילו כך סווגו כדי לקדם באופן כלשהו את עניינם של המערערים הטוענים לזכויות פרטיות באותן החלקות.

68. מכל מקום, המערערים לא טענו וממילא לא הוכיחו כי החלקות היו אדמת מתרוכה. משכך, וככל שהדבר נוגע להליך דנן, מתקיים גם התנאי השני הקבוע בסעיפים 6 ו-103 לחוק הקרקעות העות'מאני לצורך סיווג החלקות כקרקע מוואת. ואולם, גם בהינתן מסקנה זו יש עדיין לבחון את טענתם החלופית של המערערים לפיה ככל שייקבע כי מדובר באדמות מוואת הם רכשו זכויות בחלקות אלה מכוח עיבוד והחייאה שלהן, וזאת בהתאם לסעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני ולפקודת המוואת.

עיבוד והחייאה של קרקע מוואת

69. סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני אכן איפשר רכישה של זכויות בקרקע מוואת מכוח עיבוד והחייאה שלה והוא קובע כי מי שהחייא קרקע מוואת ברשות השלטונות יזכה לקבל עליה קושאן ללא תשלום, ואילו מי שהחייא קרקע מוואת ללא רשות השלטונות ישלם את דמי שוויה ורק לאחר מכן יינתן לו קושאן עליה. בעבר בטרם נחקק חוק הקרקעות, מי שהחייא קרקע מוואת ברשות השלטונות זכה לקבל אותה כמולק לבעלותו המלאה. חוק הקרקעות העות'מאני ביטל אפשרות זו ולאחריו קרקע מוואת שהוחייתה ניתנה למחייא כמירי בלבד (ראו, בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, עמ' 148; טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 99). בתי המשפט המנדטוריים פסקו כי לשם רכישת זכויות בקרקע מוואת מכוח החייאה נדרש עיבוד רציף ואפקטיבי שלה המביא לשינוי קבוע וברור באיכותה (*Kirkorian v. The Attorney General*, 10 P.L.R. 302, p. 304 (1943) (ע"א 226/42 קירקוריאן נ' התובע הכללי, פל"ר 10, 302, 304-305 (1943); להלן: עניין קירקוריאן); *Habbab v. Government of Palestine*, 14 P.L.R. 337, p. 341 (1947) (ע"א 153/46 חבאב נ' ממשלת פלסטין, פל"ר 14, 337, 341 (1947) (להלן: עניין חבאב); עוד ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטין, עמ' 48-49; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 52-51; זנדברג, הסדר זכויות בארץ ישראל, בעמ' 125-128). עוד נפסק, כי עצם החייאת

הקרקע אינו הופך אותה למירי ולשם כך נדרשת הגשת בקשה לרישום הקרקע על שם המחייב (ראו, עניין קירקוריאן, בעמ' 304 וכן דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 52).

זה היה מצב הדברים עד שנת 1921, אז חוקקה ממשלת המנדט את פקודת המוואת. פקודה זו קובעת כי מי שהחייב קרקע מוואת ללא רשות השלטונות, לא רק שלא יקבל בה זכויות אלא ייחשב למסיג גבול והוא צפוי לעונש. בכך ביטלה פקודת המוואת את האפשרות לרכוש זכויות באדמות מוואת מכוח החייאה ללא רשות המדינה. אשר להחיאות שנעשו טרם חקיקתה קבעה הפקודה תקופה של חודשיים ימים מיום פרסומה, בה יכול היה מי שהחייב קרקע מוואת ללא רשות לדווח על כך לפקיד המרשם ולבקש את רישום הקרקע על שמו. בפועל, יש לציין, נקטו שלטונות המנדט גישה מקלה ונאותו להכיר בהחיאות שבוצעו לפני שנת 1921 גם אם לא דווח עליהן בתוך פרק הזמן שקצבה פקודת המוואת (ראו, גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות של פלסטינה, בעמ' 47; ודוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 50).

70. על מנת לבסס את טענתם כי רכשו זכויות בחלקות מכוח עיבוד והחייאה לפי סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני, היה על המערערים להוכיח ראשית כי משפחתם עיבדה את החלקות באופן רציף ואפקטיבי לפני שנת 1921. שנית, היה על המערערים להוכיח כי משפחתם פנתה אל פקיד המרשם על פי פקודת המוואת בבקשה לקבל תעודת רישום של החלקות על שמם מכוח עיבוד והחייאה כאמור וכי קיבלו תעודה כזו. בית המשפט קמא בחן את הראיות שהוצגו בפניו וקבע כי המערערים לא הוכיחו זאת. ככלל, אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בקביעות עובדתיות ובמצאי מהימנות של הערכאה הדיונית להוציא מקרים חריגים של טעות בולטת הנוגעת לראיות שהוצגו או של התעלמות מראיות, אשר יש בהן כדי לשנות מן המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא (ראו, ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011)). בענייננו טוענים המערערים כי בית המשפט התעלם מראיות ומעדויות לרוב שהוצגו בפניו אשר יש בהן כדי להוליך למסקנה שונה בסוגית העיבוד והחייאה. על כן, סברנו כי במקרה דנן ולו למען הזהירות יש מקום לבחון את מכלול הראיות שאליהן הפנו המערערים בהקשר זה. ואולם, גם לאחר בחינת הראיות כולן אנו סבורים כי יש להותיר על כנה את מסקנתו של בית המשפט קמא לפיה המערערים לא הוכיחו עיבוד והחייאה של החלקות כאדמות מוואת במועדים הרלבנטיים, ואף לא הוכיחו את דבר קיומה של תעודת רישום שהוצאה על שם מי מבני משפחתם לפי פקודת המוואת מכוח עיבוד והחייאה כאמור.

71. פרופ' יפתחאל, המומחה מטעם המערערים, מציין בחוות דעתו כי "הקרקעות הנתבעות באל-עראקיב וחחיליקה [...] הן רק חלק קטן משטחים נרחבים המוערכים על ידי

עדויות בעל פה בכ-19,000 דונם שהיו בחזקה ובעיבוד השבט [אלעוקבי] במחצית הראשונה של המאה ה-20 (עמ' 11 לחוות הדעת). ואולם, המערערים לא הציגו כל ראיה אובייקטיבית המעידה על כך שמשפחתם עיבדה את החלקות שבמחלוקת לפני שנת 1945. בחוות דעתו מציין פרופ' יפתחאל כי חלקות אלה עובדו על ידי שבט אלעוקבי מקדמת דנא והוא מבסס זאת על מקורות שונים מהם עולה באופן כללי כי קרקעות בנגב עובדו על ידי שבטים בדואים וכן על מקורות מהם עולה כי החלקות הנדונות מצויות באזורים אשר בהם נהג שבט אלעוקבי לנדוד. המסמך המוקדם ביותר אשר צורף לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל ואשר לטענתו נוגע לחלקות, הוא קבלה המתייחסת לשנות המס 1927-1928 על תשלום מס מעשרות (נספח 6 לחוות דעתו). עוד טוען פרופ' יפתחאל כי המס שולם בגין תוצרת חקלאית מגידולים בחלקות ערקיב (שלוש מתוך שש החלקות שבמחלוקת), שעובדו על ידי משפחת המערערים. המערערים לא טרחו לצרף תרגום נאמן למקור של הכיתוב בקבלה האמורה, אך בחינתה מעלה כי טופס הקבלה אין בו כלל משבצת אשר בה יש לציין ולפרט את השטח הרלבנטי לאותה תוצרת חקלאית. לפיכך, לא ניתן לקבוע כי הקבלה האמורה אכן מתייחסת לתוצרת חקלאית מחלקות ערקיב (השוו, עניין הואשלה, בעמ' 153-154), וזאת גם אם נתעלם מן העובדה שמדובר בקבלה אחת בלבד וכן מן העובדה כי קבלה זו היא משנת 1927, דהיינו, שש שנים לאחר המועד הקבוע בפקודת המוואת (1921), אשר לאחריו לא ניתן עוד לרכוש זכויות על פי סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני מכוח עיבוד והחייאה. ראיות נוספות אותן מביא פרופ' יפתחאל לעיבוד החלקות על ידי משפחת המערערים הן: קבלה על תשלום מס מעשרות בשנת 1950, אשר גם לגביה נטען כי הוצאה בגין מיסים ששולמו על תוצרת חקלאית מחלקות ערקיב (נספח 19 לחוות הדעת) ושתי קבלות נוספות בגין תשלום עבור חריש, אף הן משנת 1950 (נספח 21 לחוות הדעת). בדומה לקבלה משנת 1927, אף בקבלות אלו לא מצוין לאילו שטחים הן מתייחסות ומכל מקום בהינתן העובדה כי הן מתייחסות לשנת 1950, אין בהן כדי לבסס את טענת המערערים בדבר עיבוד והחייאת החלקות בשנים שקדמו לשנת 1921.

פרופ' יפתחאל מוסיף ומצרף לחוות דעתו שתי רשימות של משלמי מס מעשרות. האחת, לגביה נטען כי היא מתייחסת לחלקות ערקיב, אינה נושאת תאריך (נספח 35 לחוות הדעת) והשנייה, לגביה נטען כי היא מתייחסת לחלקות זחילקה (חלקות שריעה 133 ושריעה 134), הסמוכות לחלקה שריעה 132, נושאת תאריך 22.9.1937 (נספח 36 לחוות הדעת). בשל איכות הצילום ובהיעדר תרגום או ביאור לגבי תוכנם של מסמכים אלה, יש קושי רב להבין את האמור בהם ומן המעט שניתן לקרוא בהם לא ניתן להגיע אל המסקנה שאליה הגיע פרופ' יפתחאל בדבר עיבוד

מתמשך כביכול של החלקות נושא הדיון על ידי משפחת המערערים בשנים הרלבנטיות.

72. מסמכים נוספים אשר צורפו על ידי פרופ' יפתחאל כנספח 13 לחוות דעתו (שני עמודים מתוך ארכיון צה"ל) אף הם אינם מבססים את טענת העיבוד וההחייאה וזאת מן הטעמים שפורטו בפסקה 47 לעיל, שם התייחסנו למסמכים אלה בהקשר אחר ואין צורך לחזור על הדברים. כמו כן, ביקש פרופ' יפתחאל להסתמך לביסוס טענת העיבוד וההחייאה על צילומי אוויר של החלקות מהשנים 1945 ו-1949. בהתייחס לצילום האוויר משנת 1945 עולה מחוות דעתו של פרופ' יפתחאל ומעדויותו וחוות דעתו של המפענח בן יוסף, כי חלק מסוים מהחלקות אכן היה מעובד באותה שנה ובהיעדר טענה לסתור אני מוכנה להניח כי העיבוד נעשה על ידי בני שבט אלעוקבי. אל צילום האוויר משנת 1949 לא צורפה חוות דעת של מפענח ונוכח איכותו הגרועה קשה ללמוד ממנו דבר. על כן יש בפנינו לכל היותר ראייה לעיבוד חלק מסוים מהחלקות בשנת 1945 ואף זאת לא בעיבוד אינטנסיבי המכסה את רוב שטח החלקות, כטענת פרופ' יפתחאל. עמד על כך בית המשפט קמא בהתייחסו לעדות המפענח בן יוסף באמרו כי מעדותו עולה תמונה שונה לחלוטין מזו שניסה פרופ' יפתחאל לצייר ובלשון בית המשפט:

עולה תמונה שונה לחלוטין, של עיבוד חלקי ביותר [של החלקות] וזאת בלשון המעטה. כך אחוז העיבוד בערקיב 6 הינו בשיעור של 21%, בערקיב 60 בשיעור של 5%, שם רק 3 דונם ניתנים לעיבוד, היתר זה ערוץ ואדי, ביתרונות בהם לא ניתן לקיים עיבוד כלל ואפילו לא מרעה. מוסיף כי 10% מאדמות ערקיב הם ביתרונות, בלתי ניתנים לשימוש. לגבי חלקה 6 מציין שמרבית השטח מופקע ע"י הצבא ויש עליו מוצבים. בערקיב 2, מלוא השטח מעובד (עמ' 26 – 27, 51). בנתונים אלה לא ברור לי כיצד ראה פרופ' יפתחאל עיבוד אינטנסיבי המכסה את רוב חלקות ערקיב – תמוה. המסקנה, היא כי לא הונחה תשתית ראייתית לעיבוד אינטנסיבי, גם לא בשנת 1945. (פסקה 19 לפסק הדין)

מסקנותיו אלה של בית המשפט קמא מבוססות היטב ואין מקום להתערב בהן.

73. המערערים מוסיפים ומפנים בטיעוניהם לעדויות של זקני השבט ומלינים על כך שבית המשפט קמא התעלם מעדויות אלו ולא ייחס להן את המשקל הראוי. עיון באותן עדויות מלמד כי קשה לסמוך עליהן את המסקנות שאליהן חותרים המערערים וזאת משום שמדובר בעדויות גורפות וכלליות ביותר בכל הנוגע לעיבוד החלקות שבמחלוקת, אשר אין בהן זיהוי מדויק של החלקות ואף לא של שנות העיבוד וטיב

העיבוד. אשר לרציפותו של העיבוד אישרו חלק מאותם עדים כי מדי כמה שנים הייתה בנגב שנת בצורת בה לא היה ניתן להוציא גידולים מהאדמה (ראו, למשל, עדותו של מוחמד אל גרינאווי, עמ' 52-53 ו-62 לפרוטוקול הדיון מיום 7.6.2009; עדותו של אחמד אבו-סיאם, שם בעמ' 81; עדותו של עסמאיל אלעוקבי, שם בעמ' 86; עדותו של מוחמד אלעציבי, בעמ' 43 ו-61 לפרוטוקול הדיון מיום 26.10.2009). דברים אלו תואמים את האמור בדו"חות רשמיים של ממשלת המנדט כגון ה- Village Statistics of Palestine משנת 1945 (צורף כנספח 54 לחוות דעתו של פרופ' יפתחאל; להלן: סטטיסטיקת הכפרים), שם נכתב כי:

The Beersheba sub-district has been inhabited from time immemorial by the Bedouin tribes of Palestine who cultivated what areas they were able to depending on the amount of rainfall in a given year. Furthermore, it should not be forgotten that Arab practices have been to rotate cultivation, that is, land cultivated one year are left fallow for one or two subsequent years because of lack of fertilizer and sufficient rainfall (שם, בעמ' 35)

דברים דומים נכתבו במכתב מיום 13.3.1937 ששלחה ממשלת המנדט לסוכנות היהודית בנוגע להתיישבות היהודית באדמות הנגב (נספח 52 לחוות הדעת; להלן: מכתב ממשלת המנדט לסוכנות), בו נכתב כי הבדואים באזור באר שבע מעבדים את אדמותיהם רק ב- "favorable seasons" (שם, בעמ' 3). לפיכך, עדויות זקני השבט בדבר עיבוד קרקעות באזור ערקיב, גם אם נייחס אותן לחלקות, מתייחסות לכל היותר לשנים מסוימות שלא הוגדרו באופן מפורש ומכל מקום לא ניתן להסיק מעדויות אלה על עיבוד רציף ואפקטיבי בשנים הרלבנטיות, כנדרש לצורך הוכחת התנאי של עיבוד והחייאה המקנים זכויות בקרקעות מוואת מכוח סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני. בהקשר זה לא למותר לציין כי בניגוד לעמדתו של פרופ' יפתחאל כאילו עסקו הבדואים בחקלאות מקדמת דנא, עולה מחוות דעתה של פרופ' קרק ומן המקורות שהוצגו כי מדובר בהתפתחות הדרגתית ומאוחרת יחסית. כך, למשל, כותב ההיסטוריון ומושל נפת באר שבע בתקופת המנדט עארף אל עארף כי "תקופות ארוכות עברו על הבדואים מבלי שיתעניינו בקרקעות אפילו כלשהו. ולא עוד אלא שהיו בזים לכל מי שקשר לו עם עבודת האדמה כי ראו בה הפרעה והיסח הדעת לחיי הנדודים ומסעות השוד. יתכן, שבזה יש למצוא את יסוד שנאתם לפלאח ולאורח חייו. אולם כיום [1933] השתנה המצב והבדואים התחילו נוטים לחקלאות" (ראו, עארף אל עארף, שבטי הבדואים, צורף כאסמכתא ל"א לכרך אסמכתאות המערערים וצוטט בעמ' 10 לחוות דעתה של פרופ' קרק מיום 31.1.2010 אשר הוגשה כמוצג מ/ש/1ג).

74. מניתוח הראיות המפורט לעיל עולה כי פרופ' יפתחאל אינו נסמך בחוות דעתו על ראייה אובייקטיבית כלשהי המלמדת על כך שהחלקות עובדו על ידי משפחת המערערים לפני שנת 1945. ואולם, גם אם אניח לטובת המערערים כי הקבלות, רישומי המס, צילומי האוויר ויתר העדויות והמסמכים שהוצגו יש בהן כדי להוכיח עיבוד של החלקות בשנים כאלה ואחרות, אין די בכך לצורך קיום התנאי של עיבוד רציף ואפקטיבי קודם שנת 1921, כנדרש על פי סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מאני ועל פי פקודת המוואת, לצורך רכישת זכויות באדמות מוואת. זאת ועוד, אפילו היו המערערים מוכיחים כי עיבדו והחיו את החלקות לפני שנת 1921, היה עליהם להוסיף ולהוכיח כפי שצוין לעיל, כי פנו לפקיד המרשם על פי פקודת המוואת במועד שנקבע בה וביקשו להירשם כבעלים של החלקות מכוח עיבוד והחייאה כאמור, וכי מבוקשם זה ניתן להם. דבר מכל אלה לא הוכח על ידי המערערים ודי בכך על מנת לשלול את טענתם החלופית של המערערים לפיה אם יימצא שהחלקות הן אדמות מוואת, רכשה בהן משפחת המערערים זכויות מכוח עיבוד והחייאה. המערערים ערים לקושי זה ועל כן הם מוסיפים וטוענים כי פקודת המוואת לא הוחלה בשטחי הנגב ומשכך, לטענתם, אין להתייחס להוראותיה ככל שמדובר בסוגית הזכויות שרכשו בחלקות מכוח עיבוד והחייאה. טענה זו דינה להידחות שכן, כפי שכבר צוין, ממשלת המנדט ראתה בנגב שטח הנתון לריבונותה עליו חלים החוקים שחוקקה ובהם פקודת המוואת.

המערערים מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי פקודת המוואת לא יושמה בפועל וכי ממשלת המנדט איפשרה רכישה של זכויות בקרקעות מוואת מכוח עיבוד והחייאה שלא באישור השלטונות, גם לאחר חקיקת פקודת המוואת בשנת 1921, והם מפנים בעניין זה לפסיקה מנדטורית התומכת לגישתם בטענה זו. ואולם, עיון בפסקי הדין הללו מעלה כי אין בהם כדי לתמוך בטענת המערערים: בפסקי הדין בעניין חבאב ובעניין קירקוריאן דובר על קרקעות שהוחיו לפני שנת 1921, ובעניין קירקוריאן הבקשה לרישום הקרקע על שם המחזיקים אף הוגשה במועד שנקבע בפקודת המוואת. בעניין חבאב הבקשה הוגשה אמנם שלא במועד אך מאחר שפקיד המרשם היה מוכן לדון בה קבע בית המשפט כי הוא אינו רואה מקום לדקדק עם המערערים בעניין זה; גם בעניין גנאמה דובר על קרקע שלפי הטענה הוחייתה ללא רשות השלטונות לפני שנת 1921 והוראת הפקודה יושמו באותו מקרה; בפסק הדין בעניין *Debbas v. The Attorney General*, 1 A.L.R. 205 (1943) (ע"א 217/42 זבאט נ' התובע הכללי, אל"ר 1, 205 (1943)) דובר על קרקע שהוחייתה על ידי המערערים שם וממשלת המנדט נאותה להעניק להם זכויות בה תמורת תשלום שוויה אף שלא עמדו בתנאי פקודת המוואת. פקיד ההסדר סבר כי מאחר שפקודת המוואת ביטלה את זכותם של המערערים לקבל זכויות בקרקע מכוח החייאה הוא אינו רשאי לאשר את ההסדר בינם לבין הממשלה

ובית המשפט העליון המנדטורי קבע כי פקודת המוואת אינה שוללת את סמכותו של פקיד ההסדר לאשר את ההסכם שהגיעה אליו הממשלה עם המערערים.

הנה כי כן, פקודת המוואת הייתה בעלת תוקף מחייב והיא יושמה בפסיקה המנדטורית, בין היתר, בכל הנוגע לשטחי הנגב.

75. טענה נוספת שמעלים המערערים בניסיון להתגבר על אי יכולתם להציג תעודת רישום לגבי החלקות על פי פקודת המוואת היא הטענה כי יש לפרש את סעיף 2 לפקודת המוואת באופן שאינו שולל זכויותיו של מי שהחיה אדמת מוואת לרכוש זכויות בה ולרושמן על שמו, גם בחלוף פרק הזמן של חודשיים ימים שנקצב באותו סעיף. לטענת המערערים סעיף 2 הנ"ל קובע אמנם כי על כל מי שהחיה קרקע מוואת ללא רשות השלטונות להודיע על כך לפקיד המרשם בתוך חודשיים מיום פרסום הפקודה ולהגיש בקשה לרישום הקרקע על שמו. אולם, כך טוענים המערערים, הסעיף אינו קובע כי מי שלא עשה כן מאבד את הזכויות שרכש בקרקע מכוח החייה. תימוכין לטענתם מוצאים המערערים בכך שסעיף 2 לפקודת המוואת הושמט מפרסום הפקודה בקובץ החקיקה המנדטורי "דרייטון". הפרשנות המוצעת על ידי המערערים לפקודת המוואת לא התקבלה על ידי בית משפט זה אשר קבע מפורשות כי מי שהחיה קרקע מוואת לפני פרסום פקודת המוואת אך לא הגיש בקשה לרישום את זכויותיו במועד שנקבע בה, אינו זכאי לרישום הקרקע על שמו. כך, למשל, נפסק בע"א 298/66 קטיס נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(1) 372 (1967) כי:

בשנת 1921 הוחקה פקודת הקרקעות (מוואת) שנתנה הזדמנות אחרונה לקבלת קושן על אדמת מוואת, אשר הוחיתה לפני כן, על-ידי מתן הודעה תוך שני חדשים מיום פרסום הפקודה. ב-ע"א 518/61, [1], הנ"ל, הוסבר שמי שהחמיץ את השעה לכך, אינו יכול עוד לזכות ברישום של אדמת מוואת בשמו בהסדר, אפילו החיה את האדמה לפני 1921, וגם סעיף 54 של פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין) לא יעמוד לו, כי לפי הסיפא של אותו הסעיף אין הוא חל על אדמת מוואת. (שם, בעמ' 375; עוד ראו, עניין בדראן, בעמ' 1721; ועניין הואשלה, בעמ' 147; עוד ראו, טיוט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 16 ו-98; דוכן, דיני הקרקעות בישראל, בעמ' 49; בן שמש, חוקי הקרקעות בישראל, בעמ' 148; אלבק ופליישר, דיני מקרקעין בישראל, בעמ' 74).

ואשר להשמטת סעיף 2 בפקודה מקובץ החקיקה דרייטון - אין לייחס לכך משמעות פרשנית כלשהי משום שבקובץ החקיקה המדובר מופיעה פקודה בשם

Revised Edition of the Laws Ordinance (No. 2), 1934, בה מצוינים סעיפים שונים אשר יושמטו מתוך דברי חקיקה מסוימים המפורסמים באותו קובץ, וביניהם סעיף 2 לפקודת המוואת. ואולם, פקודה זו מוסיפה וקובעת כי אין בהשמטה האמורה כדי לגרוע מתוקפם של הסעיפים שהושמטו.

76. לבסוף יצוין כי לא ניתן לרכוש זכויות מכוח התיישנות במקרקעי מוואת (ראו: גודבי ודוכן, חוקי הקרקעות בפלסטינה, בעמ' 263; טיט, חוקי הקרקעות העות'מאניים, בעמ' 16; ואלבק, התיישנות במקרקעין, בעמ' 344). על כן, ובהינתן המסקנה כי על פי הראיות שהוצגו בהליך זה החלקות הן אדמות מוואת, טענת ההתיישנות אף היא אינה מועילה למערערים.

האם רכשו המערערים זכויות בחלקות מכוח דינים אחרים

77. מן הטעמים המפורטים לעיל, כולם, נובעת המסקנה כי המערערים לא רכשו זכויות בחלקות מכוח דיני הקרקעות העות'מאניים והמנדטוריים המזכות אותם בפיצוי בגין הפקעתן בשנת 1954. האם רכשו המערערים זכויות בחלקות מכוח דינים אחרים? המערערים מבקשים להיאחז בהקשר זה בשלוש מערכות דינים בטענה כי הן מצמיחות להם זכויות בחלקות: האחת - דיני היושר; השנייה - הדין הבינלאומי; והשלישית - חוקי היסוד. אקדים ואומר כי לא מצאתי באיזה מן הדינים הללו אחיזה לטענת המערערים בדבר רכישת זכויות בחלקות.

דיני היושר

78. דיני היושר הם דוקטרינה משפטית שמקורה במשפט המקובל. דוקטרינה זו באה להוסיף על החוק החרות כללים וזכויות שנועדו למנוע מצבים בהם החלת החוק ככתבו וכלשונו מוליכה לתוצאה בלתי צודקת החוטאת לרוחו של החוק ולעקרונות הצדק הטבעי (ראו, (John McGhee, SHELL'S EQUITY, p. 4 (13th Edition, 2000)). דיני היושר יובאו למשפטנו באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו המורה כי החקיקה העות'מאנית ופקודות ממשלת המנדט "shall be exercised in conformity with the substance of the common law, and the doctrines of equity in force in England". בהתאם לאמור בסימן 46 לדבר המלך במועצתו, עשו בתי המשפט המנדטוריים ובתי המשפט הישראליים בעקבותיהם, שימוש בדיני היושר בתחומים שונים, לרבות בתחום המקרקעין (ראו, למשל, Farouqi v. Ayoub, 4 P.L.R. 331, P. (1937) 339-338 (ע"א 191/37 פרוקי נ' איוב, פל"ר 4 331 (1937)), אשר ניתן בעקבות

פסק דינה של מועצת המלך ב- P.C.A. Faruqi v. Aiyub, 2 P.L.R. 390, p. 394 (1935) (עמ"ה 1/35 פרוקי נ' איוב, פל"ר 2 390 (1935)); לפסיקה ישראלית המחילה את דיני היושר ראו, ע"א 400/67 הווארד נ' מלמד, פ"ד כב(1) 100 (1968); ולפסיקה ישראלית המחילה את דיני היושר בתחום המקרקעין ראו, למשל, ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פ"ד כא(2) 342 (1967) (להלן: עניין שטרן); וכן ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פ"ד כב(2) 36 (1968).

בשנת 1969 נחקק חוק המקרקעין הישראלי ובו סעיף 161 שכותרתו "שלילת זכויות שביושר" הקובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". נוכח הוראה זו באה, ככלל, לסיומה תחולתם של דיני היושר בתחום המקרקעין (לשלילה גורפת של זכויות מן היושר במקרקעין ראו, רע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (1971), ולריכוך מסוים של הלכה זו ראו, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999); כן ראו לעניין זה, מיגל דויטש, "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות", עיוני משפט, כ"ד(2) 313 (2000). עם זאת חשוב לציין כי נוכח הוראת סעיף 44(א) לפקודת ההסדר המורה כי במסגרת הליכי הסדר "בית המשפט ידון לפי דיני המקרקעין שהם בתוקף בשעת הדיון, ויתחשב בזכויות למקרקעין הן לפי הדין והן לפי היושר", נותרה בדין הישראלי אחיזה מסוימת לדיני היושר האנגלים בהקשר זה.

79. בענייננו, הופקעו החלקות בשנת 1954, דהיינו, טרם חקיקת חוק המקרקעין. לטענת המערערים ככל שתידחנה טענותיהם לעניין רכישת זכויות בחלקות על פי הדינים העות'מאניים והמנדטוריים, היו בידיהם באותה עת למצער זכויות מכוח דיני היושר וזאת מכוח החזקת החלקות ועיבודן לאורך שנים כנטען. כפי שכבר צוין המערערים לא תבעו פיצוי או קרקע חלופית מכוח חוק הרכישה, אך משקבענו כי החלקות הופקעו כדין בשנת 1954, טענת המערערים לזכויות מכוח דיני היושר גם אם תתקבל, יש בה לכל היותר כדי להוליך למסקנה כי המערערים זכאים לפיצוי או לקרקע חלופית מכוח חוק הרכישה בגין הפקעת החלקות. אלא שטענת המערערים לרכישת זכויות מכוח דיני היושר אינה יכולה לעמוד. כפי שפורט לעיל, נועדו דיני היושר להגשים את רוח החוק ולהביא לתוצאה צודקת במקרים שבהם קיימת לאקונה או תקלה חקיקתית אחרת. ואולם זכות שביושר אינה נולדת יש מאין והיא אינה קמה מקום שבו הזכות הנטענת עומדת בסתירה להוראה מפורשת שבחוק. עמד על כך בית המשפט העליון המנדטורי בעניין קזאזה, שם בעמ' 675, באמרו:

It is perfectly true as the Settlement Officer states, that an equitable right cannot be established in contradiction to the clearly expressed provisions of substantive law, or, in other words, that Equity cannot create a right that the Law prohibits

בהינתן הוראותיה של פקודת המוואת והוראות חוק הקרקעות העות'מאני, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל, לפיהן נשללת זכותם הנטענת של המערערים לבעלות בחלקות, לא קמה להם זכות כזו מכוח דיני היושר (השוו, ע"א 525/74 עיטה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 729, 732 (1975)).

הדין הבינלאומי בדבר זכויות ילידים

80. לטענת המערערים יש להכיר בזכויותיהם בחלקות מכוח הדין הבינלאומי בדבר זכויות ילידים וזאת בין על דרך של פירוש חקיקת הקרקעות העות'מאנית והמנדטורית ודיני הראיות בהתאם לעקרונות הדין הבינלאומי אשר יקנה להם זכויות כאמור, ובין בדרך של הכרה בזכויותיהם בחלקות מכוח עקרונות בדין הבינלאומי גם בלא זיקה לאותם חוקים.

טענה זו אף היא דינה להידחות.

ראשית, על מנת שנורמה שמקורה בדין הבינלאומי תהא בעל תוקף מחייב עליה להיות מעוגנת בדין הבינלאומי ההסכמי או המנהגי (ראו, ע"א 24/48 שמשון בתי חרשת ארץ ישראלים למלט פורטלנד בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד' 143, 145-146 (1950) (להלן: עניין שמשון); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197 (1983), בפסקה 12 לפסק דינו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר (להלן: עניין אבו עיטה)). שנית, ככל שהדבר נוגע לנורמות שמקורן בדין הבינלאומי ההסכמי נפסק כי הן אינן מחייבות אלא אם כן אומצו או שולבו בדבר חקיקה פנימי (ראו, ע"א 439/76 הסתדרות מכבי ישראל, מרכז קופת-חולים מכבי נ' מדינת ישראל, פד"י ל"א(1) 770, 777 (1977)). שלישית, לגבי נורמות שמקורן בדין הבינלאומי המנהגי יש להראות כי הן מוכרות על ידי מדינות רבות ומקובלות בעולם עד כדי כך ששום מדינה תרבותית לא תוכל להתעלם מהן (ראו, עניין שמשון, בעמ' 146; עניין אבו עיטה, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט מ' שמגר; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט"ז 2032, 2040-2041 (1962)) וכן יש להראות כי אין דבר חקיקה ישראלי הסותר אותן (ראו, בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד

ס"ב(1) 507 (2006), בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק; רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625 (1997), בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק). חובת ההוכחה "בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר [...] רובצת על מי שטוען לקיומו" (עניין אבו איטה, בפסקה 14(ב) לפסק דינו של השופט מ' שמגר), ובענייננו על המערערים.

81. בכל הנוגע לדין הבינלאומי ההסכמי בעניין זכויות עמים ילידים, מדינת ישראל לא הצטרפה להכרזת העצרת הכללית של האומות המאוחדות בדבר זכויות עמים ילידים משנת 2007 אליה הפנו המערערים ולא אימצה אותה בחקיקה ישראלית פנימית. מכל מקום, אין בהכרזה זו כדי להועיל למערערים שכן הכרזות של העצרת הכללית של האומות המאוחדות אין להן תוקף מחייב (ראו, South West Africa, Second Phase, judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6, para. 98 pp. 50-51), והמערערים לא הפנו לאמנה בינלאומית או להסכם בינלאומי המכירים בזכויות עמים ילידים וממילא לא נטען כי מדינת ישראל אימצה אמנה או הסכם כזה. כמו כן, לא הוצגה כל ראיה לכך שממשלת המנדט או האימפריה העות'מאנית הכירו בזכויות מכוח ילידות או אימצו בדברי חקיקה נורמות בינלאומיות, ככל שהיו כאלה, בשנים הרלבנטיות. במילים אחרות, המערערים לא הוכיחו קיומה של נורמה מחייבת בדין הבינלאומי ההסכמי, בעבר או בהווה, המשליכה על זכויותיהם בחלקות. כמו כן, לא הוכח קיומה בעבר או בהווה של נורמה מחייבת כאמור על פי הדין הבינלאומי המנהגי. בטיעוניהם מפנים המערערים בהקשר זה לפסק דין אוסטרלי (Mabo v. Queensland (No. 2) (1992) (H.S.A. 23, 175 C.L.R. 1)). פסק דין זה אף הוא אינו מועיל למערערים. ראשית, אין די בפסק הדין האוסטרלי כדי לעמוד בנטל הנדרש לביסוס הטיעון בדבר קיומה של נורמה בינלאומית מחייבת על פי הדין הבינלאומי המנהגי (לעניין נטל ההוכחה בדבר המשפט הבינלאומי המנהגי ראו, עניין אבו איטה, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט מ' שמגר). שנית, פסק הדין האוסטרלי הכיר בזכויות קיבוציות של שבט ילידי באדמותיו ואילו בענייננו תובעים המערערים את החלקות לעצמם וטוענים לבעלות פרטית בהן וגם מטעם זה אין הנדון דומה לראיה. נוכח מסקנה זו אין צורך להידרש לטענות שונות שהעלות הצדדים בשאלה האם הבדואים עונים למונח "ילידים" אם לאו.

82. לטענת המערערים יש לפרש את חקיקת הקרקעות העות'מאנית והמנדטורית שקדמה לחוק המקרקעין ברוח חוקי היסוד ועל פי עקרונות חוקתיים של שוויון והגנה על הקניין וברוח עקרונות אלו, כך לטענת המערערים, יש להכיר בזכויותיהם בחלקות. אכן, הגישה לפיה משמשים חוקי היסוד כלי עזר פרשני גם לגבי חקיקה שעליה חלה פסקת שמירת הדינים, מעוגנת היטב בפסיקתו של בית משפט זה (וראו אך לאחרונה ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן (15.4.2015)). עם זאת, טענתם של המערערים לפיה יש לפרש את החקיקה העות'מאנית והמנדטורית ברוח חוקי היסוד לוקה בכלליות והזכויות שמבקשים לעצמם המערערים מתוקף טענה זו אינן מתיישבות עם ההוראות המפורשות הרלבנטיות לענייננו באותה חקיקה, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל. פרשנות ברוח חוקי היסוד אינה נוסחת קסם היכולה לייצר זכויות יש מאין, וכבר ציין הנשיא א' ברק כי:

יש להכיר בכך שלא בכל מקרה ניתן לתת לחוק פירוש דינמי. לא תמיד אפשר, בדרך הפרשנות, להתאים את החוק למציאות החברתית החדשה. יש גם חוקים, שתכליתם "נוקשה" [...] בחוקים אלה אין אפשרות לפרשנות דינמית. פרשן נאמן נותן לחוקים אלה פרשנות שתתאים לתכליתם ביום חקיקתם (ראו, אהרון ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, כרך שני, עמ' 274-272 (התשמ"ג); ולעניין פרשנותו של חוק הרכישה ראו והשוו, עניין ג' בארין, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט י' דנציגר)

אין חולק כי סוגיית זכויותיהם של שבטי הבדואים באדמות הנגב היא סוגיה נכבדה אשר מן הראוי כי יימצא לה פתרון המניח את דעת כל הצדדים, וככל שיקדם כן יטב. ואולם, מן הטעמים שפורטו לעיל אין בכוחם של חוקי היסוד להקרין על חקיקה עות'מאנית ומנדטורית מפורשת בענייני קרקעות באופן המוליד זכויות קנייניות יש מאין. על כן הפתרון לסוגיה זו - ועל אחת כמה וכמה ככל שהדבר נוגע לזכויות פרטיות שטוענים להם המערערים - אינו מצוי בערוץ זה.

109 דבר

83. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחברי לדחות את טענות המערערים ככל שהן נוגעות לתוקפה של הפקעת החלקות משנת 1954 על פי חוק הרכישה. כמו כן, אציע לחברי לדחות את טענות המערערים בכל הנוגע לזכויות שרכשו בחלקות וזאת בין מכוח הדין הבדואי המסורתי, בין על פי חקיקת הקרקעות העות'מאנית והמנדטורית, או על פי דיני היושר, הדין הבינלאומי וחוקי היסוד. עוד אציע לחברי

לקבוע כי נוכח מסקנות אלה אין המערערים זכאים על פי חוק הרכישה לפיצוי או לקרקע חלופית בגין הפקעת החלקות כאמור.

ככל שהצעתי תתקבל, נדחה את הערעור וכפועל יוצא מכך נבטל את הסעד הזמני אשר ניתן ביום 6.5.2013, אך בנסיבות העניין אוסיף ואציע לחברי לא לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינה היסודי של חברתי השופטת א' חיות, וכן מצטרף בחום לקריאתה למציאת פתרון לסוגיית זכויותיהם של שבטי הבדואים באדמות הנגב (פסקה 82 לפסק דינה). מן הראוי כי המדינה תפעל בהקדם למציאת דרך שבה יהיה ניתן להסדיר את זכויותיהם באותן אדמות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתה המקיפה והמאלפת של חברתי השופטת חיות, שבדקה את הסוגיות בערעור על יסוד חומרים מרחוק ומקרוב, ואשר ניתן ללמוד ממנה רבות על התפתחות דיני הקרקעות בארץ מן התקופה העות'מאנית, ועל יישומם לנגב; כך על פי שפעת המקורות שבה, ובהמשך לפסק דינו המפורט של בית המשפט קמא (סגנית הנשיא דברת). צר לנו שנסיונות פשרה בעידודנו לא עלו יפה.

ב. הסוגיות העולות בפסק הדין ודוגמתן הן מן המורכבות ביחסי מדינת ישראל עם הבדואים בנגב, וראשיתן עוד בטרם קום המדינה, והמצב המשפטי שתיארה חברתי, דבר דבור על אפניו, טבול מורכבויות אלה. שותף אני למסקנותיה וגם לצורך בפתרונות, וכידוע עשתה המדינה, בעידננו ולפניו, מאמצים מסוגים שונים, שהתקדמו בהקמת עיירות בדואיות ובדרכים נוספות, אך לא נשלמו; ראו לאחרונה גם רע"א 3094/11 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (5.5.15), פסקאות כ"ג – כ"ד לעניין הפתרונות

שהוצעו לנושא התישבות הבדואים בנגב, והאסמכתאות שם, לרבות דו"ח הועדה להצעת מדיניות להסדרת התישבות הבדואים בנגב (ועדת השופט גולדברג, תשס"ט-2008), ומאמצי היישום.

ג. לא למותר לציין, כי בעיות שנתקלו בהן בראשית המדינה עולות גם בימינו ראו, בין היתר, ח' פורת, "מדיניות הפיתוח ושאלת הבדואים בנגב בשנותיה הראשונות של המדינה" עיונים בתקומת ישראל 7 (תשנ"ז-1997), עמ' 389, ובמיוחד 438-436; Havatzelet Yahel "Land disputes between the Negev Bedouin and Israel", Israel studies 11(2) (2006), 1-22. ואסמכתאות נוספות שהובאו על-ידי חברתי ובעניין אלקיעאן; ראו גם אריה ל' אבנרי, ההתיישבות היהודית וטענת הנישול (-1948 1878) מכון טכניקין לחקר ולימוד הקיבוץ ותנועת העבודה, תש"ם) עמ' 189-192, לעניין רכישת קרקעות בנגב בשנות השלושים והארבעים למאה הקודמת, לרבות אופי הקרקעות ומיהות המוכרים, תוך ציון שעיקר הקרקע שנרכשה בנגב היתה שוממה וזיבורית, ועל-פי רוב ללא אריסים; כן ראו שם עמ' 215-216, לעניין תכנית פיתוח לנגב שהוצעה ב-1937. עוד ראו ג' ביגר, ארץ רבת גבולות, מאה השנים הראשונות של תיחום גבולותיה של ארץ ישראל, 1840-1947 (תשס"א-2001) 212; דוד בן-גוריון מדינת ישראל המחודשת א' (1969), בעמ' 557-558, המתאר את התקוות לפיתוח הנגב שהוא היה מסור לו במיוחד, וכידוע עבר לגור בשדה בוקר כחלק ממסר לציבור במדינה. דומה שמן הספרות עולה, כי עיקר ההויה הבדואית היתה של נוודות, ולא של חקלאות "רגילה", גם אם היו חריגים, ושמענו בקשב את טיעוני המערערים. ראו גם ד' בן גוריון יומן המלחמה (מלחמת הקוממיות) בעריכת ג' ריבלין וא' אורן (תשמ"ג, 1982), ב' 525; ובהקשר אחר ראו יומן המלחמה א', 75. ועם זאת, ברי כי בשאיפת פיתוח הנגב על-ידי המדינה לטובת הכל אין סתירה לצורך לטפל בשאלת הבדואים וזכויותיהם.

ד. לעניין קליטתו של המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי למשפט הישראלי, ראו בנוסף למקורות שהביאה חברתי גם ת' ברודי, "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי", בתוך משפט בינלאומי, מאת ר' סיבל בהשתתפות כותבים שונים (מה' 2, תש"ע – 2010), עמ' 71-75 והאסמכתאות שם; כן ראו ר' סיבל, " אזרחות וזכויות האדם" שם, 205, 211.

ה. הסדר נושא הבדואים בנגב עדיין עומד על הפרק והבעיות לא תמו, אך הדרך לפתרונן, לרבות בקשר למערערים, היא ברוח האמור בחוות דעת חברתי; ויש לקוות כי פתרונות ברצון טוב ובאורח ענייני ימצאו, תוך מבט הדדי רחב; ובכבוד; ראו רשימת "שיון המיעוטים במדינה יהודית ודמוקרטית" זוויות 3 (תשע"ג – 2013), 141, 143 -

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ה באייר התשע"ה (14.5.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה