

1 באפריל, 2012

לכבוד	לכבוד	לכבוד
מר בנימין נתניהו	עו"ד יהודה ויינשטיין	השר זאב בנימין בגין
ראש הממשלה	היועמ"ש לממשלה	Bbegin@knesset.gov.il
בפקס : 02-5664838	בפקס : 02-6467001	

לכבוד
עו"ד יעקב נאמן
שר המשפטים
בפקס : 02-6285438

שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ב-2012

אנו שני הארגונים, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל והאגודה לזכויות האזרח בישראל, פונים אליכם בעניין הסוגיות החוקתיות המתעוררות מתזכיר חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ב-2012 (להלן: "תזכיר החוק" או "התזכיר") כלהלן:

1. תזכיר החוק הנדון מצהיר כי תכליתו היא "להסדיר את הבעלות על הקרקעות בנגב בהתייחס לתביעות הבעלות שהוגשו בידי האוכלוסייה הבדואית בנגב" וכן "לאפשר את פיתוחו של הנגב לטובת כלל תושביו, ובכלל זה לאפשר מתן פתרונות התיישבותיים לאוכלוסייה הבדואית בנגב." (סעיף 2 לתזכיר החוק). בפועל, התזכיר מתווה מסגרת אשר תזרז מהלכים לכפיית מדיניות ממשלתית כלפי האוכלוסייה הערבית בדווית בנגב בשתי סוגיות מקבילות. סוגיה אחת הנה פינוי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב, כאשר ההנחה העומדת בבסיס התזכיר לעניין זה הנה כי תושבי הכפרים הבלתי מוכרים הנם פולשים ונטולי כל זכויות בקרקע ועל כן יש לפנותם. ממסגרת התזכיר עולה השאיפה לפנות את רוב הכפרים הבלתי מוכרים, 36 במספר, בהם מתגוררים כ- 70,000 תושבים. הסוגיה השנייה היא נושא הבעלות על הקרקעות בנגב. הנחת המוצא של התזכיר היא, כי לא קיימת כלל בעלות בדווית בקרקע בנגב. ועל כן ההסדר המוצע על פיו הינו "לפנים משורת הדין" (עמוד 44 לדברי ההסבר); ואכן, ה"הסדר"

וה"תמורות", הן בכסף והן בקרקע, המוצעות בתזכיר החוק, מבוססות על שלילה מוחלטת של זכויות האוכלוסייה הבדווית לקניין וזיקתה ההיסטורית לקרקע כפי שיפורט להלן. תזכיר החוק מקדם את עקרון הפרדה על רקע שיוך ותיוג אתני, שלפיו מגורי האוכלוסייה הבדווית וה"תמורות" בקרקע אשר תקבל, מתוחמים באזור גאוגרפי ידוע מראש ומצומצם, על פי המפה שהופיעה בתוספת הראשונה לחוק.

2. תזכיר החוק, הנו מתייג אתנית, גורף, כוללני ולא נשען על תשתית עובדתית ראויה. הגורפות משתקפת, בין היתר, באי בדיקת נסיבותיו של כל כפר וכפר מבין הכפרים הבלתי מוכרים וההתייחסות אל האוכלוסייה הבדווית כאל מכלול אחד. התייחסות כוללת זו, איננה יכולה לשרת שום תכלית ראויה, והיא מנוגדת לפסיקת בית המשפט העליון, אשר פסלה הגבלה גורפת של זכויות, אשר איננה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית.

3. התזכיר נשען על הנחות מוטעות שאין להן כל אחיזה במציאות ההיסטורית והעכשווית בנגב ואף מנוגדות לאמירות משפטיות ברורות בעניין זה. הישענות תזכיר החוק על הנחות מוטעות הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בחוק החורף את גורלם של אלפי משפחות להרס בתיהם, להרס כלכלתם, להרס חיי החברה שלהם.

4. יתירה מכך, תזכיר החוק מציע להקים מנגנון לכפיית "הסדר" אשר יופעל בעיקר דרך סמכויות מנהליות אשר ישעו את תחולת עקרונות המשפט החוקתי, המשפט המנהלי ודיני המקרקעין והתכנון. לכן, הוא מאמץ מתכונת של משטר חירום הפוגעת גם בעקרונות שלטון החוק והשוויון בפני החוק, הפרדת הרשויות, הליך הוגן ועצמאות השפיטה.

5. התזכיר פוגע בזכויות החוקתיות לשוויון, לקניין ולכבוד ללא תכלית ראויה. פגיעה זו הינה בלתי מידתית הן בשל האופי הגורף והכוללני של התזכיר, ובפרט לאור העובדה כי התזכיר מציג את חלופת הפינוי כחלופה הבלעדית לתושבי הכפרים הבלתי מוכרים. וזאת, ללא בדיקה מעמיקה ופרטנית באשר לחלופות נוספות, ובעיקר באשר לאפשרות ההכרה בכפרים הבלתי מוכרים, ולהכרה בזכויות האוכלוסייה הערבית בדווית לקניין.

בפנייתנו זו נבקש לפרט את טיעוננו במטרה להביאכם לגנוז את תזכיר החוק, כלהלן:

פינוי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב

6. המתווה המשתמע מתזכיר החוק הנו ריכוז האוכלוסייה הבדווית ביישובים המוכרים תוך כדי פינוי כפוי של הכפרים הבלתי מוכרים והריסת הבתים שבהם. מסקנה זו עולה בשל העדר אמירה מפורשת בחוק בדבר עיקרון ההכרה בכפרים הבלתי מוכרים; בשל העדרה של רשימה מפורטת של ישובים אשר יוכרו; וכן מהפניה לתוכניות המתאר הקיימות, אשר רובן ככולן, יחד עם החלטות ממשלה שונות (כגון, תוכנית מתאר מחוזית חלקית לאזור באר שבע (מטרופולין באר שבע) תמ"מ 14/4 שינוי מס' 23; החלטת ממשלה מס' 2265 מיום 21.7.2002 בדבר "הקמת ישובים חדשים והכרה בישוב קיים; החלטת ממשלה מס' 3782 מיום 30.10.2011 בדבר הקמת חלב התיישבות באזור מבואות ערד") לא רק שאינן מאפשרות

הכרה, אלא שוללות אפשרות זו על ידי יעוד הקרקעות עליהם קיימים הכפרים הבלתי מוכרים ליעור, אזורי תעשייה, תשתיות, מחנות צבא וכן לישובים יהודיים.

7. פינוי הכפרים הבלתי מוכרים מהווה פגיעה חמורה בזכויות יסוד חוקתיות של האוכלוסייה הבדווית המתגוררת ביישובים אלה לכבוד, לשוויון ולקניין, וכאמור, נשען על ההנחה המוטעית המתייגת את כלל תושבי הכפרים הבלתי מוכרים כפולשים, ואינו מאפשר בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה. הדברים הנ"ל פוגמים בתכליתו של תזכיר החוק.

8. הכפרים הבלתי מוכרים בנגב ממוקמים במרביתם באזור צפון מזרח הנגב בשטח שבין באר שבע, ערד, דימונה וירוחם, ואשר כונה "אזור הסייג". מרביתם של הכפרים הבלתי מוכרים היו קיימים לפני הקמת מדינת ישראל. תושבי כפרים אלה גרים על קרקעותיהם מימים ימימה והם מחזיקים ומעבדים קרקעות אלה במשך עשרות ואף מאות שנים. חלק קטן מהכפרים נוצר בעקבות צווי גירוש, אשר קיבלו תושביהם מהמושל הצבאי שביקש לרכזם שלא מרצונם ב"אזור הסייג"¹, ובאותה עת, הקרקעות שמחוץ לאזור "הסייג", כולל הקרקעות של הכפרים, הוכרזו שטח צבאי סגור ונאסרה כניסתם של התושבים שגורשו אליהן לכל מטרה, כדי למנוע מהם לחזור לקרקעותיהם.²

9. פינויה וריכוזה הכפוי של האוכלוסייה הבדווית כאמור היו חלק ממדיניות ממשלתית, שנועדה להגביל את אזורי המחיה של האוכלוסייה הערבית בנגב, לפקח עליה ולשלוט בה, תוך כדי נסיון לאלצה לוותר על אורחות חייה, על תרבותה ועל כלכלתה המסורתית, שהתבססה בעיקר על גידול מקנה וחקלאות. זאת, כדי לפנות שטחים נרחבים בנגב ולהעבירם לטובת הקמה והרחבה של יישובים יהודים שהמועצות האזוריות אליהן הם משתייכים שולטות למעשה ברוב המכריע של עתודות הקרקע בנגב. כך רוקנו כ-95% משטח הנגב – השטח שמחוץ לאזור הסייג – מתושביו הערבים.

10. על אף המצב הנתון הנ"ל, המדינה לא הכירה במשך עשרות שנים בכפרים הללו ובמחדלה זה גרמה ועודנה גורמת לסבל רב בקרב התושבים. כיום מתגוררים כ-70,000 מהאוכלוסייה הבדווית בכ-36 כפרים בלתי מוכרים, ללא תשתיות מים, חשמל, שירותי חינוך, שירותי בריאות וכדומה. השאר מתגוררים ביישובים המוכרים (שבע העיירות ויישובי המועצה האזורית אבו בסמה), אשר סובלים במרביתם מהעדר תכנון, מצפיפות אוכלוסין, מתשתיות ירודות, ממחסור בשירותים למיניהם ומאחוז גבוה של אבטלה ועוני.

¹ ראה דו"ח "הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב" (2008), עמ' 9. ראו לעניין זה גם: שלמה סבירסקי ויעל חסון, **אזרחים שקופים: מדיניות הממשלה כלפי הבדואים בנגב**. מרכז אדוה, מידע על שוויון, גיליון מס' 14 (2005), בקישור: <http://www.adva.org/uploaded/bedouimreport.pdf>; לואי מאיר, **לא על המפה, הפרת זכויות לקרקע ולדיוור בכפרים בדואים בלתי מוכרים בישראל**, Human Rights Watch, בקישור: <http://www.hrw.org/he/node/88492/section/7>.

² במסמך מ"ארכיון צה"ל", אשר סווג "סודי ביותר" ואשר מהווה דו"ח על מצב הבדואים, אשר הוגש למושל הצבאי בבאר שבע בתאריך 17.3.1952, נכתב: "המשך ביצוע העברה מותנה בכמה גורמים, ההעברה בשנה שעברה בוצעה בעיקר בדרך של שכנוע ולחץ כלכלי. לא היה לנו כל בסיס חוקי ואף היתה הוראה מפורשת לא להשתמש בכוח, ע"כ היה הכרח לנהוג זהירות בביצוע מבלי להסתבך בבעיות משפטיות. היו מספר ניסיונות התקשרות עם עורכי דין ופניות לכנסת. בזמנו ביקשנו שהשטח הצפוני יוכרז כאזור ביטחון. אינני רואה אפשרות מעשית של ביצוע וסיום מוחלט של ההעברה מבלי שהדבר יקוים"; ראו גם סבירסקי וחסון, עמ' 4; מדינת ישראל הפקיעה בשלבים מאוחרים יותר חלק ניכר מקרקעות אלה באמצעות חוקים שונים, כגון חוק נכסי נפקדים, התשי"א-1950, חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, חוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התשי"ם-1980.

11. מהדברים לעיל עולה, כי הקביעה שלפיה תושבי הכפרים הבלתי מוכרים הינם בגדר מסיגי גבול, אשר פלשו לקרקע ללא כל רשות, אינה נכונה. במספר פסקי דין בהקשר של הכפרים שנוצרו בעקבות צווי הגירוש כאמור לעיל (עקורי הפנים) נקבע, כי עניין לנו בתושבים שהם ברי רשות, אשר הועברו לאזור בו הם נמצאים היום לפי הצווים כאמור. כך, למשל, בפסק דין **אלקלאב**³ נקבע על ידי בית משפט העליון, בהקשר של מדיניות העברת האוכלוסייה הבדווית לאזור הסייג בשנות החמישים, כי:

”המערערים, אחד-עשר בדואים, היו תושבי הנגב המרכזי עד שנת 1959, עת הועברו על-ידי הממשל הצבאי לאזור נחל סכר שבנגב והגישה לאדמותיהם הקודמות נאסרה עליהם.”

12. בהתאם לכך, המשיך בית המשפט וקבע בעניין **אלקלאב**, כי הנ”ל הנם ברי רשות בלתי הדירה ולא ניתן לפנותם.

13. בעניין **אברהים אבו אלקיעאן**⁴, בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי בבאר שבע קבעו, כי תושבי הכפר הבלתי מוכר עתיר/אום אלחיראן, הנם ברי רשות בקרקע, שעליה הם יושבים מאז שנת 1956, וזאת מכיוון שהם עברו לקרקע זו לבקשת ובהסכמת מדינת ישראל. בית המשפט המחוזי בבאר שבע אף מתח ביקורת חריפה על אופן התנהלות המדינה והדרך בה נוסחו כתבי התביעה (פינוי) כנגד תושבי הכפר באומרו, כי:

”המערך העובדתי המצטייר הינו זה של העתקת מקום מושבם של המשפחות, לאתר הנדון, לפני עשרות שנים, ברשות, ואף בדרישת, הרשויות המוסמכות. לימים, ומשיקולים שונים, הוחלט לבטל את ההרשאה, ולהביא לפינוי השטח.

בהינתן עובדות אלה, שפסק הדין קמא מאזכר וקובע אותן כבלתי שנויות במחלוקת, יוצא, שמלכתחילה, כתב התביעה שהמשיבה הגישה המציג עילה של פלישה ”סטנדרטית”, ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהויתן, ולא שיקף את המציאות המורכבת ואת הנסיבות הלא שיגרתיות, שפסק הדין קמא קובע [...] על הצגת הדברים בצורה לא שלמה ומדוייקת בכתב התביעה, יש להצר.”⁵

14. אף ועדת גולדברג התייחסה לעניין זה וקבעה, כי ”אין להתעלם מניודם הכפוי של חלק מהם [מהשבטים הבדואים] לאזור הסייג לאחר הקמת המדינה, ולאחיותו רבת השנים של חלקם האחר בקרקעות שבאזור הסייג. לא ניתן לומר על השבטים שהיו ועל אלה שהועברו, כי הם פלשו לאזור הסייג [...]”⁶.

15. הנה כי כן, תזכיר החוק מושתת על הנחות עובדתיות ומשפטיות כוללניות ומוטעות כאשר אין הוא מורה באופן חד וחלק על הצורך בהכרה בכפרים הבלתי מוכרים מחד, ומאידיך פועלות הרשויות לקידום תוכניות מתאר אשר יביאו לפינוי כפרים אלה.

³ ע”א 496/89 אל-קאלאב נ’ אוניברסיטת בן גוריון ננגב, פ”ד מה(4) 343 (שנה)

⁴ ע”א 1165/09 אברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ’ מדינת ישראל, טרם פורסם, פסק דין מיום 28.2.2011.

⁵ שם. דבריו של כבי השופט אריאל אגו בעמ’ (פיסקה?) 7 לפסק הדין. כיום תלוי ועומד תיק זה בפני בית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור אשר הגישו התושבים כנגד הקביעה כי הרשות שניתנה להם הינה הדירה, רע”א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ’ מדינת.

⁶ ראו דו”ח הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדווים בנגב בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג 2008 (בעמ’ 27), בקישור

http://www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/odot/doch_goldberg/Doch_Vaada_Shofet_Goldberg.pdf

שלילת זכויות הבעלויות על הקרקעות

16. כאמור, ה"הסדר" וה"תמורות", הן בכסף והן בקרקע, המוצעות בתזכיר החוק, מבוססים על שלילה מוחלטת של זכויות האוכלוסייה הבדווית לקניין וזיקתה ההיסטורית לקרקע כפי שיפורט להלן. בדברי ההסבר לתזכיר החוק הובהר, כי לתובעי הבעלות "אין זכות שבדין בקרקעות שנתבעו על ידם" ועל כן, כאמור, ההסדר הינו "לפנים משורת הדין" (עמוד 42 לדברי ההסבר).

17. הסדר זה מתעלם בבוטות מעובדות ברורות ומוכחות לעניין מבנה הבעלות המסורתית ההיסטורית של בדווים על קרקעות בנגב ולנסיבות שהביאו לאי-רישום קרקעות אלה בספרי הטאבו של מדינת ישראל. התעלמות זו פוגעת קשות בזכות החוקתית לקניין, כפי שיפורט להלן.

18. הבעלות והחזקה בקרקע בנגב בידי האוכלוסייה הבדווית הינה כתוצאה מירושה, רכישה, שעבוד, חזקה וכד'. הבעלות על קרקעות עברה בקרב האוכלוסייה הבדווית מדור לדור, לפי החוקים והמנהגים השבטיים, אשר הוכרו וכובדו על ידי השלטונות המנדטוריים-התורכים והבריטיים - עד לתום המנדט הבריטי בפלסטין המנדטורית.⁷ העותמאנים, ולאחריהם גם הבריטים, קיבלו את המערכת הקרקעית הבדווית, וסמכו על רישומי העברת המקרקעין הפנימיים, המבוססים כאמור על החוקים והמנהגים השבטיים המסורתיים, כאסמכתא לבעלות ולביצוע פעולות בקרקעות.⁸

19. ההכרה כאמור במבנה הבעלות המסורתית עולה מפורשות ממסמכים ארכיוניים משנות החמישים והששים. ממסמכים אלה אף עולה, כי דרך הכרה זו רכשו ורשמו מוסדות ופרטים יהודיים קרקעות מהבדווים. כך, למשל, עולה מכתב "סודי" מטעם "[ה]ועדה [ה]מצומצמת לענין ברור שאלת בעלות קרקעות הבדואים בנגב" מיום 20.10.1952 אל שר המשפטים דאז, שבו נכתב:

"ידועה העובדה שעוד בזמן שלטון התורכים נמנעו שבטי הבדואים, ובמקרים רבים גם התנגדו, לרשום קרקעותיהם בספרי האחווה הממשלתיים, ונמוקם היה שרשום קרקעות יביא במוקדם או במאוחר, לכך שהם יתפשו לשרות צבאי, דבר שלו התנגדו הבדואים בתוקף.

עם כבוש הארץ על ידי הבריטים, נמצאו – מלבד מקרים בודדים - כל אדמות הבדואים בלתי רשומות בספרי האחווה.

אף על פי כן, ראו הבדואים את כל השטחים המעובדים על ידם כשטחים שבעלותם. למרות שלא היו בידם תעודות רשום, השלטונות, הן התורכים והן הבריטים, הכירו בעובדה זו.

[...]

[...] הרי ידועה העובדה שבתקופת שלטון המנדט, נרשמו שטחים נכרים מאד בשמם של הבדואים, על יסוד הוכחות ששטחים אלה היו נעבדים על ידם במשך תקופת התישנות, וחלק חשוב של אדמות אלה העברו, לאחר רישומן, לקרן קימת, לחברות יהודיות אחרות, וכן ליהודים פרטיים. כך

⁷ אורן יפתחאל, חוות דעת מומחה – ת"א 7161/06 (התייחסות לחוות הדעת של פרופ' רות קרק) בעניין תביעת יורשי סלימאן אל-עוקבי לבעלות על חלקות באל-עראקיב וזחילקיה (פברואר 2010), עמ' 13-14.
⁸ אורן יפתחאל "חוות דעת מומחה" בת"א 7161/06 (אוגוסט 2009), עמ' 6 : http://toibillboard.info/Yiftah_1

שבענין זה ישנם מאות תקדימים, ואנו סבורים שממשלת ישראל לא תוכל, ואינה צריכה, להתעלם מהם.⁹

20. כך גם עולה ממכתב מטעם ששון בר צבי, מושל צבאי נגב מיולי 1966 אל "מפכל אגמ/ממשל – צבאי בנושא "בעיית הקרקע של בדואיי הנגב" שבו הוסבר:

"הקרקע בנגב, שלא כבשאר חלקי הארץ, לא נרשמה ע"י ממשלת המנדט בספרי האחוזה (טאבו). הבדואים, שנמנעו מלרשום את קרקעותיהם לא סבלו במיוחד מאי רישום הקרקעות כי השלטונות הכירו בבדואים ובזכויותיהם לקרקע, דבר שבא לידי ביטוי ברישום כל הקרקעות בספרי תשלום מסים (דפתר חבאל) והסכמת השלטון להכיר בהעברת קרקע מבדואי לבדואי או אחר כבחכירה חוקית, ובהסכמה לרשום את הקרקע בספרי האחוזה על שמו של הקונה (בדרך זו רכשה הקרן הקיימת אלפי דונמים ורשמה אותם על שמה)¹⁰."

21. יצויין, כי מספר סיבות הביאו לאי רישום זכויות הבעלות של רוב הבדווים בנגב בספרי הטאבו. תהליך הסדרת הקרקעות בתקופת המנדט הבריטי, שבאמצעותו נרשמו רבים מהמחזיקים בקרקע בצפון ובמרכז הארץ, לא התבצע בנגב, ולכן מנגנון הרישום היה מרוחק ולא נגיש לתושבים.¹¹

22. סיבה מרכזית נוספת לכך שהבדווים לא רשמו את הקרקעות על שמם נעוצה בקיומה של מערכת קניין מסורתית, שהסדירה במשך שנים את משטר המקרקעין בקרב הבדווים. מערכת זו חילקה את הקרקעות לטריטוריות בין הקבוצות השונות בנגב. בתוך כל טריטוריה חולקו הקרקעות בין המשפחות, על פי חזקה היסטורית או על פי הסכם מכירה מסורתי ("סנדי") שהשלטונות העות'מאניים והבריטיים הכירו בו. כאמור, גם השלטון העות'מאני וגם המנדט הבריטי כיבדו את המערכת הקרקעית היישובית הבדווית, וכך נוצר אצל הבדווים הרושם שרישום הקרקעות במרשם המנוהל בידי השלטון אינו הכרחי להכרה בזכויותיהם על הקרקע ושמירה עליה. אי לכך, אי-רישום הקרקע בטאבו אינו מאשר אפוא את סיווגה כ"מוואת" ואינו שולל את הזכות ההיסטורית של הבדווים לקרקע שהחזיקו בה ועיבדו אותה במשך דורות.¹²

23. ברקע מציאות זו, תזכיר החוק מתבסס, כאמור, על ההנחה, כי לא קיימת בעלות בדווית על שום קרקע באזור הנגב, וכי ה"הסדר" המוצע במסגרתו, הנו לפנים משורת הדין. זאת, כאמור תוך ניצול העובדה של אי-רישום קרקעות ותוך התעלמות מהנסיבות ההיסטוריות שהביאו לכך, כפי שפורט לעיל. בדברי ההסבר לתזכיר החוק צויין, כי "ככלל, ובהתאם לתקדימים משפטיים שנקבעו בענין זה, ניתן לומר כי לתובעי הבעלות אין זכות שבדין (חוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969, או חוקי מקרקעין אחרים) בקרקעות שנתבעו על ידם. משכך, התמורות המוצעות מצויות כולן במתחם "לפנים משורת הדין" (עמ' 42 לתזכיר החוק). אי לכך, מציע תזכיר החוק לתת פיצוי כספי בגין קרקע נתבעת שלא הייתה מוחזקת על ידי תובע הבעלות

⁹ מכתב מטעם חברי ה"ועדה [ה]מצומצמת לענין ברור שאלת בעלות קרקעות הבדואים בנגב" י.ויץ, י.פלדמן וב. פישמן אל שר המשפטים מיום 20.10.1952, מסמך מגנזך המדינה.

¹⁰ מכתב מטעם ששון בר צבי, מושל צבאי נגב מיולי 1966 אל "מפכל אגמ/ממשל – צבאי בנושא "בעיית הקרקע של בדואיי הנגב". מסמך מ"ארכיון צה"ל".

¹¹ אורן יפתחאל, "לקראת הכרה בכפרי הבדווים? תכנון מטרופולין באר שבע מול ועדת גולדברג". תכנון 16(1), 165, 172 (2009).

¹² שם, עמ' 173.

ב"תקופה הקובעת" (לפי סעיף 1 לתזכיר החוק, התקופה הינה שבין התאריכים 2.5.1971 ל-24.10.1979). באשר לתובעי הבעלות, אשר החזיקו בקרקעותיהם ב"תקופה הקובעת" מציע תזכיר החוק פיצוי בקרקע הנע בין 20% - 50% משטח הקרקע המוחזק ב"תקופה הקובעת" (לוחות 1-8 שבתוספת השלישית לתזכיר החוק).

24. יתרה מכך, תזכיר החוק, ובמטרה לכפות את ההסדרים שבו קובע, כי תובע בעלות אשר לא אישר את תביעתו וביקש פיצויים על פי המוצע בתזכיר ולא הגיש בקשה לבירור תביעתו על פי פקודת ההסדר, ובית המשפט לא החליט בתביעתו עד תום תקופת ההסדר שבתזכיר החוק, לא יהיה בעלים בקרקע מכוח תביעת הבעלות שנתבררה בהליכי ההסדר אף אם הוא הוכיח את בעלותו בקרקע. בעלים כאמור, יהיה זכאי לפיצויים כספיים בגין בעלותו (סעיף 69 לתזכיר החוק).

25. ראשית יצוין, כי ההסדר שביסוד הצעת החוק מתבסס על הנחה מוטעית, כי תביעות הבעלות של בדווים על קרקעותיהם בנגב הינן בלתי מוצדקות. זאת, למרות העובדה, כי מרבית תביעות אלה טרם התבררו וטרם ניתנה בהן הכרעה כלשהי. אי-בירור התביעות במשך שנים רבות נובע ממחדליה של מדינת ישראל, כפי שיפורט להלן.

26. לקראת תחילת שנות השבעים של המאה הקודמת החלה מדינת ישראל בהליכי הסדר קרקעות בנגב, כדי להסדיר את רישום הבעלויות בהן. באותה תקופה הגישו הבדווים כ-3,200 תביעות בעלות על כמיליון דונם. כצעד פוליטי אסטרטגי סירבה מדינת ישראל להכיר בתביעות אלה והחלה בהגשת תביעות נוגדות לרישום הקרקעות בנגב על שמה, וזאת בניגוד למצב שהיה קיים בתקופת המנדט הבריטי כאמור. משך עשרות השנים שחלפו מאז תחילת הליך ההסדר והקפאתו, יזמו רשויות המדינה מהלכים שונים שמטרתם להגיע ל"הסדר" עם האוכלוסייה הבדווית בקשר לסוגיית הבעלות על הקרקע. יוזמות אלה כשלו בשל העובדה, כי הם ביקשו לנשל את האוכלוסייה הבדווית מזכויותיה על הקרקע באופן כמעט מוחלט ובמסגרתן הוצעו מתכונות שונות של פיצויים, אשר לא היו מקובלים מבחינה עקרונית על האוכלוסייה.

27. אי לכך, מבקשת המדינה כעת להיבנות מהמחדל של אי-בירור תביעות הבעלות במשך שנים (תוך גרימת נזק ראייתי בלתי הפיך לרעתם של הבדווים מגישי התביעות) כדי לכפות "הסדר" מקרקעין בלתי צודק, בצורה חד צדדית, תוך נקיטת אמצעי כפייה דורסניים כלפי האוכלוסייה הבדווית.

28. לסיכום הדברים עד כה, תזכיר החוק, על שני מרכיביו, פינוי הכפרים ואי ההכרה בזכויות הבעלות על הקרקע בנגב, הנו מתייג אתנית, גורף, כוללני ולא נשען על תשתית עובדתית ראויה. התזכיר נשען על הנחות מוטעות שאין להן כל אחיזה במציאות ההיסטורית והעכשווית בנגב ואין להן כל אחיזה בהתפתחויות המשפטיות, אשר חלו בפסיקת בתי המשפט בעניין זה. המחדל של מנסחי תזכיר החוק מתייחס לאי בדיקה עניינית למסכת העובדתית שביסוד התזכיר, הנו חמור ביותר, במיוחד כאשר מדובר בחוק החורף את גורלם של אלפי משפחות להרס בתיהם, להרס השקעותיהם הכלכליות, להרס חיי חברה ולהרס חייהם השבטיים תוך כדי פגיעה גורפת בזכויות הקניין, הכבוד והשוויון של אלה. המחדל

אף משתקף באי בדיקת נסיבותיו של כל כפר וכפר מבין הכפרים הבלתי מוכרים וההתייחסות אל כולם כאל מכלול אחד ומבלי לבדוק בכל מקרה ומקרה מה הן העובדות הרלוונטיות ביחס אליו. התייחסות כוללת זו, איננה יכולה לשרת שום תכלית ראויה, והיא מנוגדת לפסיקת בית המשפט העליון, אשר פסלה הגבלה גורפת של זכויות, אשר איננה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית¹³, כפי שיפורט להלן.

מנגנון כפייה המשעה את תחולת הדין הקיים:

29. תזכיר החוק משעה את תחולת המשפט החוקתי והמשפט המינהלי ומעניק סמכויות מינהליות רחבות היקף וגורפות, הדומות למתכונת חקיקת חירום במצב מלחמה. דבר הפוגע באופן מוחלט בעקרון שוויון הכל בפני החוק.

30. פרק ח' – אכיפה ועונשין שבתזכיר החוק, מעניק סמכויות מנהליות רחבות היקף לאכיפת וכפיית ההסדרים שבתזכיר על כלל האוכלוסייה הערבית הבדווית בנגב. התזכיר מעניק סמכויות לממונים ליתן צווי סילוק מנהליים לביצוע תוך 30 ימים, כנגד כל מי שאינו מקבל את מסגרת ה"הסדר" המוצע בחוק, וכנגד כל מי שקיבל את מורת החוק אך לא קיים את התנאים שנקבעו ליישומו במועדם וכד' (סעיף 71 (א)) לתזכיר החוק. סעיף 72 (א) לתזכיר החוק אף מעניק סמכות ליתן צו פינוי כאמור לאחר 15 ימים מיום הוצאת הצו.

31. יתירה מכך, צווי הפינוי החוק המוצע יוצאו מבלי ליתן זכות שימוע. אמנם ניתנת אפשרות לפנייה לבתי המשפט בבקשה לביטול הצווים (סעיף 71 (ז) לתזכיר), אך סמכותו של בית המשפט להתערבות בעניין הוגבלה אך ורק לבדיקת התקיימותם או אי התקיימותם של תנאים טכניים העומדים בבסיס הוצאת צו הפינוי. תזכיר החוק אף מטיל עונשי מאסר בפועל על התושבים שאינם מקיימים את צווי הפינוי על פיו (סעיף 73 לתזכיר החוק).

32. הלכה למעשה, תושבי הכפרים הבלתי מוכרים אשר היו קיימים מימים ימימה, ואלה אשר נבנו לפני עשרות שנים בעקבות צווים של המושל הצבאי בנגב, יפוננו לפי צווים מנהליים. תושבי הנגב הבדווים לא יוכלו עוד לטעון לזכויות שימוש כלשהן בקרקעות עליהן הם יושבים או לזכויות בעלות על קרקעותיהם. כמו כן, הם לא יוכלו לתקוף את ההחלטות לפנותם מכוח עקרונות המשפט המינהלי או המשפט החוקתי, לא יוכלו להתגונן בפני פינויים מכוח דיני המקרקעין ולא יוכלו להתגונן בפני הריסת בתיהם מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

33. במילים אחרות, תזכיר החוק ימנע באופן פוזיטיבי מתושבי הנגב הבדווים להגן על זכויותיהם ומכאן שהוא פוגע באופן בסיסי בזכות החוקתית להליך הוגן. התזכיר מייצר מנגנון קרקעי חדש ושונה מההסדרים הנוהגים כלפי שאר האזורים ושאר האזרחים במדינה ובכך הוא פוגע בעקרון שלטון החוק, המבוסס על האקסיומה של שוויון הכל בפני החוק.

34. לתושבי הכפרים הבלתי מוכרים זכויות על פי דין ולהם הזכות להגן על זכויות אלה על פי דין. כך, למשל, בשתי הדוגמאות אשר הובאו לעיל בעניין **אלקלאב ואבו אלקיעאן** נקבעו קביעות

¹³ ראו לעניין זה: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202, (2006); בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06).

עובדתיות אשר סותרות כליל את אשר נטען על ידי המדינה לפלישות כביכול של הנתבעים. במצב נתון זה, תזכיר החוק בא והופך את המצב המשפטי הקיים, והלכה למעשה מכריז על כלל תושבי הכפרים הבלתי מוכרים כמפרים את החוק ולו מעצם העובדה שאינם מוכנים לקבל את ה"הסדר" שבתזכיר. צווי הסילוק המנהליים על פי תזכיר החוק אינם קשורים לשאלה אם התושבים פולשים או לא. הם קשורים אך ורק לשאלה אם הם מקבלים על עצמם את ה"הסדר" שבחוק אם לאו. מתכונת זו של תזכיר החוק פוגעת בשלטון החוק בגלל שהיא מתעלמת מקיומן של הגנות משפטיות על פי חוקים אחרים וכן היא משעה את הזכות לשוויון הכל בפני החוק ואף מוחקת את הזכות להליך הוגן.

35. יתירה מכך, וכמפורט לעיל, בחלק מהמקרים, אף תובעי בעלות אשר יוכיחו את בעלותם בקרקע וניתן לזכותם פסק דין כאמור, לא יהיו זכאים לרישום קרקעותיהם על פי פסק הדין על שמם, אלא יחויבו בקבלת פיצויים כספיים בגין קרקעותיהם.

36. הלכה פסוקה היא, כי חובות המשפט המינהלי ועקרונות המשפט החוקתי חלות על כל פעולה סטטוטורית של הרשות השלטונית באשר היא וכפי שנאמר: בתי המשפט הם רבים אך המשפט המינהלי הוא אחד. "חובות אלו [של המשפט המינהלי] מוטלות על הרשות השלטונית שעה שהיא מפעילה סמכות סטטוטורית, וניתן לראות בהן עקרונות המגבילים – על פי כוונתה המשווערת של החקיקה – את הסמכות עצמה."¹⁴ שלטון החוק כולל היבט מהותי של הגנה על זכויות אדם ושל הגשמת ערכי צדק. מכאן, עקרונות חוקתיים חלים על כל פעולה של השלטון, כולל אקט החקיקה עצמו (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 834 (2003); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, נבו הוצאה לאור (2010), עמ' 280 - 283); אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר הוצאה לאור, נבו הוצאה לאור (2004).

37. הפסיקה הנ"ל מעלה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגיונות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה, אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט (ראו לעניין זה: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 366-367 (1998)).

38. לכן הניסיון ליצור דין מיוחד לקבוצה מסוימת מהווה פגיעה חמורה ביותר לא רק בעקרון שלטון החוק אלא בעקרון השוויון בפני החוק. לפיכך, המדינה אינה יכולה לקבוע בחוק הסדרים המשעים, הלכה למעשה, את תחולתו של המשפט המינהלי והחוקתי ביחס לפעולות ולסמכויות, המוקנות לה לפי אותו חוק. כך גם אינה יכולה לקבוע בחוק הסדרים המשעים את דיני המקרקעין והתכנון כלפי האוכלוסייה הבדווית בנגב כאשר אלה שרירים וקיימים כלפי שאר אזרחי המדינה.

¹⁴ בג"ץ 79/840 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(3) 725, 746 (1980).

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות:

39. תזכיר החוק מהווה פגיעה חמורה ביותר בזכויות תושבי הנגב הבדווים לקניין, לכבוד ולשוויון¹⁵. הפיכת כלל האוכלוסייה הבדווית ל"עבריינית" באופן רטרואקטיבי, הנהגת משטר סגרגציה כלפיהם, הנהגת מסגרת חוקית של מתכונת חירום הנשענת על סמכויות מנהליות, אי ההכרה בזכויות הקניין של האוכלוסייה הערבית הבדווית, ופניוי עשרות אלפים מבתיהם וכפריהם, ללא כל ספק פוגעת בזכויות כלל תושבי הנגב הבדווים החוקתיות לכבוד, לקניין ולשוויון, כפי שיפורט להלן:

א. הזכות החוקתית לקניין:

40. זכותם של הבדווים בנגב לרכוש בעלות מלאה על קרקעותיהם הנה זכות קניינית ממעלה ראשונה. המערכת הקניינית והיישובית המסורתית הבדווית התגבשה במסגרת של אוטונומיה שלטונית ותרבותית בדווית שהתקיימה עד תחילת המאה העשרים, ואחריה זכתה לחסות השלטון העות'מאני, השלטון הבריטי, כפי שעולה מהמסמכים הארכיוניים אליהם הפנינו לעיל, ובאופן חלקי אף לחסותו של השלטון הישראלי בשנותיו הראשונות.¹⁶ המדינה סיווגה את הקרקעות שהיו בחזקת הבדווים עד שנת 1948 כאדמות "מוואת" (קרקע לא מעובדת, לא מוקצית ולא מיושבת), אשר אמורות להירשם כקרקעות מדינה, בין היתר בטענה שהן לא היו רשומות בטאבו על שם מחזיקיהן הבדווים.¹⁷

41. כאמור, גישה זו של מדינת ישראל, המבקשת לנצל את מצב העדר רישום רוב הקרקעות בנגב בספרי הטאבו, שונה היא בתכלית מזו של המנדט הבריטי והשלטון העות'ומאני. גישה זו שוללת את זיקתם של הבדווים לאדמותיהם, מתעלמת באופן מוחלט מהמערכת הקניינית המסורתית של האוכלוסייה הבדווית ובכך שוללת ופוגעת באופן מוחלט בזכויות הקניין של הבדווים בנגב. גישה זו גם מעמידה את האוכלוסייה הבדווית במצב נחות ביותר מבחינה ראייתית, כאשר ממול עומדים מוסדות השלטון כאשר ידם על העליונה.

42. אספקט שני של הזכות לקניין של הבדווים מתבטא בזכותם של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים על שני סוגיהם (ההיסטוריים והעקורים) לשימוש בקרקעות שמשמשות אותם למגורים במשך עשרות רבות של שנים. אחיזה רבת שנים זו יוצרת זכות חוקתית לקניין לפי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43. כאמור, מעברם של תושבי חלק מהכפרים הבלתי מוכרים למקום שהפך להיות כפרם בהוראת המדינה ובניצוחה הבלעדי, השקעתם בכפריהם, בניית בתיהם ופיתוח חייהם וכן הציפייה וההסתמכות, כי זהו ביתם וזוהי אדמה הנתונה לשימושם התמידי, כל אלה משכללים זכות קניינית חוקתית, הראויה להגנה מלאה. שום פיצוי כספי איננו יכול לרפא

¹⁵ לזכות לשוויון ראו: בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 17.6.07); בג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 160, 170 (2000).

¹⁶ ראו לעניין זה גם: אורן יפתחאל, חוות דעת מומחה בעניין יורשי סלימאן אל-עוקבי לבעלות על החלקה הידועה כ"עראקיב 1" – חוות דעת זו הוגשה במסגרת הליך משפטי התלוי ועומד בביהמ"ש המחוזי בבאר שבע (2010).
¹⁷ שם. טענת המדינה היא שהיות שהבדווים לא רשמו את הקרקעות ב-1921 בתגובה לפקודת הקרקעות הבריטית, והיות שלטענתם לא היו באותה תקופה כפרים באזור, כל האדמות הן "מוואת" ולכן צריכות להיות רשומות כאדמות מדינה.

פגיעה כה חמורה וגורפת בזכות זו כמיוחל על ידי תזכיר החוק. הדברים האמורים תקפים על אחת כמה וכמה כאשר עניין לנו בכפרים היסטוריים, אשר היו קיימים עוד בטרם הקמת מדינת ישראל על אדמות בבעלות הבדווים. על משמעותה ומהותה של זכות הקניין ראו: בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 583 (2005); בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 317 (1996); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995); בג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, נט(5) 368 (2005); בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001).

ב. הזכות החוקתית לכבוד:

44. התיוג האתני של האוכלוסייה הבדווית בנגב וההסדר הכוללני כלפיה, כמו גם ופינויים של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים מכפריהם, בנסיבות אשר פורטו לעיל, מהווה אף פגיעה חמורה ביותר בזכותם החוקתית של התושבים לכבוד. שכן, פינוי בנסיבות אלה וללא בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה, ישלול את זכותם לדיור, ישלול כל ערך לחיי המשפחה והחברה שלהם וישלול כל ערך לאנושיותם וכן לתרבותם ולאורחות חייהם. המדיניות העומדת בבסיס תזכיר החוק נותנת לתושבי כפרים אלה את התחושה, כי היחס אליהם הינו כאל חפצים שניתן בנקל להעבירם ממקום למקום ללא לקיחה בחשבון את זיקתם וקשריהם ההדוקים לאותו מקום, את ההשלכות חברתיות, המשפחתיות והכלכליות של העברה זו ואת נסיבותיו המיוחדות שלכל כפר וכפר או של כל תושב ותושב. ראו לעניין זה: בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561-562 (2005); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך 3 422-423 (1994).

ג. הזכות לשוויון:

45. פינויים של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים מכפריהם בנסיבות העניין, תוך כדי תיוגם אתנית מהווה פגיעה בזכות החוקתיות לשוויון, שמהווה אף היא חלק מכבוד האדם. תזכיר החוק בהקשר הזה לא נותן משקל שווה, וליתר דיוק לא נותן כלל משקל לאינטרסים של האוכלוסייה הבדווית הילידית המתגוררת באזור הנגב מימים ימימה.

46. יתירה מכך, בו בעת בה מדינת ישראל מסרבת להכיר בכפרים הבדווים וממשיכה להתייחס לתושביהם כפולשים ולנקוט כלפיהם מדיניות מפלה של ריכוז, פינוי וניתוק מאורח החיים הכפרי ושליטת זכויות בקרקע, היא הקימה וממשיכה להקים יישובים יהודים בנגב בצורות התיישבות שונות ומגוונות. כיום קיימים יותר ממאה יישובים יהודים בנפת באר שבע עם אוכלוסייה ממוצעת של כ- 300 נפשות לשוב.¹⁸ זאת בנוסף לעשרות חוות בודדים, שהוקמו ללא היתר אך הממשלה פעלה לתת לחלקן הכרה תכנונית בדיעבד.¹⁹ בהקשר זה נציין, כי רק

¹⁸ הנתונים מבוססים על ניתוח נתוני הלמ"ס ומשרד הפנים שערכה המתכנתת נילי ברוך מעמותת במקום, והתפרסמו בכתבה שהתפרסמה בוינט, "בדווים בנגב? לא מכירים". בקישור: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3562139,00.html>

¹⁹ חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון מס' 4) התש"ע-2010, אשר נתקבל בכנסת ביום 12.07.2010, הסמיך את הרשות לפיתוח הנגב לקבוע כללים ואמות מידה להכרה בחוות ולהתיר להן להשתמש באדמות הנגב למטרות חקלאיות ותיירותיות, כולל רישוי הבינוי למגורי המחזיקים בחוות. אשר לחוות הקיימות, נקבעו בחוק הוראות מעבר שיאפשרו את המשך ישיבתן על הקרקע ואת ההכרה בהן בדיעבד. הסדרת מעמדן של החוות מבטאת את המדיניות הרשמית של

לאחרונה קיבלה ממשלת ישראל החלטה על הקמת חבל התיישבות חדש באזור "מבואות ערד", שכולל עשרות ישובים יהודיים (החלטת ממשלה מספר 3782 מיום 30.10.2011). זאת, בנוסף להכרה ב"גרעיני התיישבות" יהודיים רבים הקיימים באזור הנגב, ללא תכניות מתאר וללא אישורים כדין, אך בגיבוי ממשלתי מלא.

47. בנוסף, עיקרון ההפרדה במגורים והגבלת אזורי המחיה של האוכלוסייה הבדווית, אף הוא מהווה פגיעה חמורה בזכות לשוויון.

48. החובה המוטלת על רשויות הציבור, כולל כמובן הכנסת, לנהוג בשוויון כלפי כל אזרחיה של מדינת ישראל הינה רחבת היקף, והיא משתרעת לכל התחומים, במיוחד בכל מה שקשור להקצאתם של משאבים העומדים לרשותה. חובתה של הרשות לנהוג בשוויוניות בכל תחומי פעילותה מקבלת משנה חשיבות ותוקף עת שמדובר באוכלוסייה הערבית במדינה (בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), ניתן ביום 17.6.07); בג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 160, 170 (2000)).

תכלית בלתי ראויה

49. בנסיבות המפורטות לעיל, תזכיר החוק, אשר איננו מכיר בתביעות הבעלות על הקרקע של האוכלוסייה הבדווית ומציע לעקור עשרות כפרים, איננו יכול להיות לתכלית ראויה. זאת, במיוחד כאשר הוא לא בא לשרת אינטרס ציבורי מובהק אלא רק כדי לפנות שטחים בנגב לטובת האוכלוסייה היהודית או לטובת אינטרסים אחרים, שלא יכולים להיות שקולים כנגד פגיעה כה קשה וודאית בזכויות האדם והאזרח של עשרות אלפי התושבים הבדווים שאותם הוא בא לפנות ולגרש.

50. על מנת לחדד את הדברים, ניקח מספר דוגמאות לבחינה: הכפר הבלתי מוכר אום אלחיראן, אשר פינויו מתבקש על מנת לבנות על חורבותיו ישוב יהודי בשם "חירן"; הכפרים הבלתי מוכרים עתיר ועראקיב, אשר פינויים מתבקש על מנת לנטוע במקומם יערות; הכפר הבלתי מוכר אלסרה, אשר פינויו מתבקש על מנת לבנות בסביבתו אזור תעסוקה והכפרים הבלתי מוכרים מקימן ועוגיאן על מנת להקים במקומם "קריית מודיעין" של הצבא.

51. הפסיקה קבעה, כי תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. כך גם תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות ותכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים בה (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו, פ"ד נא(4) 625 (1997); ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים

הממשלה, שעליה ניתן ללמוד בין היתר מהודעת מזכיר הממשלה מיום 15.7.07 לעניין מינוי ועדה בין-משרדית "אשר תפעל להסדרת מעמדן של חוות היחידים הקיימות ותמליץ בפני הממשלה על נוהל להקמת חוות יחידים נוספות בנגב והגליל." ניתן לעיין בנוסח ההודעה בקישור:

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Templates/Spokesman.aspx?NRMODE=Published&NRNODEGUID=%7b16DD00E0-A664-4B66-9F15-3D3DCDAEEEEAB%7d&NRORIGINALURL=%2fPMO%2fArchive%2fmazkir%2f2007%2f07%2fgovmes150707%2ehtm&NRCACHEHINT=Guest#six>

של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה (4) 529 (1991); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

52. תכלית של פינוי וריכוז האוכלוסייה הערבית בדויות בנגב איננה יכולה להיות תכלית העומדת בפני עצמה. שכן בסופו של תהליך עניין לנו בחלוקת משאבי קרקע לכלל האזרחים במדינה, אשר אמורה להיות מושתת על עקרונות הצדק וההגינות, כפי שאלה נקבעו בעניין עמותת שיח חדש²⁰.

53. עמוד השדרה של תזכיר החוק הנו עקרון הסגרגציה. מצד אחד קובע התזכיר דין מיוחד על בסיס שיוך אתני, בניגוד לזכות לשוויון בפני החוק, ומצד שני הוא מבסס כפייה בדיוור וב"תמורות" בקרקע לפי שיוך זה, וזאת בניגוד לחובת המדינה שלא לנהוג בהפליה על בסיס לאום בהקצאה של משאבי קרקע, חובה שנקבעה מפורשות בפסיקת בית המשפט העליון בעניין קעדאן²¹.

54. כאמור, תזכיר החוק מציע להתייחס לכלל הכפרים הבלתי מוכרים ולכלל האוכלוסייה הבדווית בנגב כאל מקשה אחת והוא שולל כל בדיקה פרטנית ואינדיבידואלית של כל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו. התייחסות כוללנית זו, איננה יכולה לשרת שום תכלית ראויה, והיא מנוגדת לפסיקת בית המשפט העליון, אשר פסלה הגבלה גורפת של זכויות, אשר איננה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית²².

55. תזכיר החוק אינו לתכלית ראויה מאחר והוא גם מנוגד לעקרונות בסיסיים של המשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויותיהם של הבדווים בנגב מנוגדת לנורמות הבינלאומיות של זכויות אדם, המעגנות באמנות שונות את זכויותיהם של מיעוטים בכלל ואת זכויותיהם של מיעוטים ילידיים בפרט. בשורה של אמנות והצהרות שמדינת ישראל מחויבת להן עוגנו בהקשר זה הזכות לשוויון,²³ הזכות לקניין,²⁴ הזכות לדיוור²⁵ והזכות לשמירה על הצביון התרבותי.²⁶

56. מיעוטים ילידיים זכו להגנה מיוחדת במשפט הבינלאומי של זכויות האדם בשל פגיעותם, ונורמות אלו עוגנו בהכרזה בדבר ההגנה על זכויותיהם (להלן – "ההכרזה").²⁷ לפי המשפט הבינלאומי והאמנות השונות מיעוט ילידי שזכאי להגנות הני"ל הוא כל אוכלוסייה מובחנת,

²⁰ בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

²¹ בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

²² ראו לעניין זה: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202, (2006); בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06); בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 28.2.2012).

²³ הזכות לשוויון היא אחד העקרונות הבסיסיים ביותר של זכויות האדם. האיסור על אפליה מופיע בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) (1966), המעגנת בסעיף 2.1 את הזכות לשוויון ובסעיף 26 את חובת השוויון בהגנה שהחוק המדינתי מעניק.

²⁴ הוועדה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית ייחדה את הערה מס' 23 לזכויותיהם של עמים ילידיים, ובמיוחד לזיקה של עמים אלה לקרקע ולזכויות קניין.

²⁵ סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מעגן את זכותו של כל אדם לתנאי מחיה מינימליים הכוללים את הזכות לדיוור.

²⁶ סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מחייב מדינות שיש בהן מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים לאפשר לבני אדם המשתייכים אל מיעוטים אלה את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, ולהשתמש בלשונם. האמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית הרחיבה את ההגנה על זכותם של מיעוטים שונים, ובראשם מיעוטים ילידיים, לשמירה על תרבותם כקולקטיב. הערה כללית מס' 23 של הוועדה מייחסת חשיבות מיוחדת לשמירה על תרבותם של עמים ילידיים, ומייחסת חשיבות מיוחדת לקשר של מיעוטים אלה לקרקע ולזיקה בין הקרקע ובין זכותם לשמירה על תרבותם ואורח חייהם.
²⁷ שם.

בעלת מאפיינים דתיים ותרבותיים ייחודיים, המאוגדת במבנים חברתיים מסורתיים ואורח חיה קשור למקום ולקרקע, והכפופה לשלטון חדש של מדינה מודרנית, המאיימת על תרבותה ונכסיה.²⁸ ברור, אם כן, שהאוכלוסייה הבדווית בנגב, אשר עונה על הגדה זו, זכאית להגנות שנקבעו כאמור בנורמות הבינלאומיות להגנה על מיעוטים ילידים.

57. ויודגש, כי נורמות אלה, כפי שעוגנו בהכרזה, כוללות את החובה שלא לפנות אוכלוסייה ילידית בכוח מאדמתה או מאזורי מחייתה ולא ליישבה מחדש ללא הסכמתה החופשית, המוקדמת והמודעת, ובכפוף לפיצויים הוגנים ומלאים.²⁹ כמו כן, לאוכלוסייה הילידית הזכות להיות בעליה של קרקע, להחזיק בה, להשתמש בה ולשלוט בקרקע, בטריטוריה ובמשאבים שבהם היא מחזיקה מכוח הבעלות המסורתית, וזכות להשבה של קרקעות ומשאבים שנלקחו ממנה.³⁰ כן נקבע, כי על המדינות להכיר בקרקע, בטריטוריה ובמשאבים השייכים לאוכלוסייה הילידית או המוחזקים על ידיה ולתת להם הגנה חוקית. הכרה כזאת תיעשה מתוך כבוד למנהגיה של האוכלוסייה הילידית, למסורותיה ולשיטות בעלות הקרקע הנהוגות בה. ההצהרה אף קובעת, כי המדינה מחויבת לספק לאנשים השייכים לעמים ילידיים מנגנון אפקטיבי כדי למנוע כל העברה כפויה, העלולה לפגוע בזכויותיהם כקהילה.³¹

58. הערה כללית מס' 23 משנת 1997 של הוועדה, שמפרשת את האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה, הוקדשה כולה לזכויות של עמים ילידיים וקבעה, כי אפליה גזעית נגד עמים ילידיים נפוצה במיוחד, כיוון שאלה איבדו את אדמתם ואת משאביהם וסכנה מרחפת על תרבותם ועל זהותם ההיסטורית.³²

59. בנוסף, מספר ועדות של או"ם התייחסו בעבר לנושא זכויות האוכלוסייה הבדווית בנגב תוך כדי מתן המלצות להכרה מלאה בזכויותיהם. כך למשל, ביום 22.8.2011 פרסם פרופ' גיימס אנאיה, הדווח המיוחד לענייני עמים ילידים מטעם האו"ם, את הדו"ח השנתי שלו על הדין ודברים שניהל עם ממשלות. סעיף 23 לנספח השישי לדו"ח עוסק בכפרים הבלתי מוכרים בנגב. הסעיף דן בקשר שבין השמירה על צביון תרבותי והעברת תושבים:

"While in general, removals of people from their traditional lands have serious implications for a wide range of human rights, these implications are greater for groups like the Bedouin, who hold bonds of deep historical and cultural significance to the lands in which they live."

60. גם הוועדה לזכויות כלכליות חברתיות של האו"ם מיום 8.12.2011 בהמלצותיה בעקבות הגשת הדו"ח על-ידי מדינת ישראל, בדבר יישום האמנה לזכויות כלכליות וחברתיות, התייחסה לנושא זה והבהירה, כי:

²⁸ *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples* – הכרזת האו"ם בדבר זכויותיהם של עמים ילידיים – אשר התקבלה ביום 13.9.07 על ידי עצרת האו"ם (להלן "ההכרזה בדבר זכויותיהם של עמים ילידיים").

²⁹ סעיף 10 להכרזה בדבר זכויותיהם של עמים ילידיים.

³⁰ סעיפים 1, 2 ו-26 להכרזה בדבר זכויותיהם של עמים ילידיים.

³¹ סעיף 8(ג)(2) להכרזה בדבר זכויותיהם של עמים ילידיים.

³² סעיף 3 להערה כללית 23 של ועדת CERD, (*General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples*,) Dated 18/08/97.

"The Committee is concerned that the measures adopted by the State party to relocate the Arab-Bedouin villages in new settlements will negatively affect their cultural rights and links with their traditional and ancestral lands.(U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights" 14th Session, Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, E/C.12/ISR/CO/3, par. 38)"

"The Committee raised concern about the Praver Plan and recommended that Israel, **"ensure that the implementation of the Plan does not result in the forceful eviction of Bedouins. The Committee also recommends the State party to officially regulate the unrecognized villages, cease the demolition of buildings in those villages, and ensure the enjoyment of the right to adequate housing"** (CO 27)".

61. מסקנותיה של ועדת האו"ם לזכויות האדם, העוקבת אחר יישום **האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR)** מיום 29.07.10, התייחסו אף הן לזכויותיהם הקנייניות של הבדווים בנגב. המסקנות הסופיות כללו התייחסות מפורשת לסוגיית הבדווים בנגב (סעיף 24 למסקנות).³³ הוועדה הביעה דאגה עקב אירועים של פינוי כפוי של אוכלוסייה בדווית ושל חוסר ההתחשבות בצרכיה המסורתיים ובאורח חייה של אוכלוסייה זו בתכנון ובפיתוח הנגב. הוועדה קראה לישראל, בין השאר, לכבד את זכותם של האזרחים הערבים הבדווים על אדמות אבותיהם ולהבטיח את גישתם לשירותי בריאות וחינוך, למים ולחשמל, ללא קשר למקום מגוריהם ולרבות בכפרים הלא-מוכרים.

62. גם הוועדה לביעור כל צורות האפליה הגזעית של האו"ם (CERD) העוקבת אחר יישום **האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית** מיום 9.3.2012. מתחה ביקורת חריפה על ישראל וקראה לממשלת ישראל למשוך את תזכיר החוק להסדרת ההתיישבות הבדואים בנגב, בטענה שהוא יפלה לרעה את האוכלוסייה הבדווית ויעגן תהליכים גזעניים בחקיקה.

"the State party should withdraw the 2012 discriminatory proposed *Law for the Regulation of the Bedouin Settlement in the Negev*, which would legalize the ongoing policy of home demolitions and forced displacement of the indigenous Bedouin communities."³⁴

63. בהקשר הזה נציין, כי ניתן ללמוד לענייננו מניסיון של מדינות רבות בעולם, אשר החליטו לנקוט במדיניות מתקנת כלפי אוכלוסיות ילידות בשטחיהן, אשר נושלו היסטורית

³³ למסקנות ועדת האו"ם ראו: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/448/06/PDF/G1044806.pdf?OpenElement>
³⁴ למסקנות הוועדה ראו <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.ISR.CO.14-16.pdf>

מזכויותיהן בקרקע. מדינות כמו אוסטרליה, קנדה ניוזילנד השכילו לתקן עוולות היסטוריות והחליטו להכיר בזכויות של קבוצות ילידים לחזקה, שימוש ובעלות בקרקעותיהם מתוך זיקה היסטורית.

פגיעה בלתי מידתית בזכויות:

64. תזכיר החוק פוגע בזכויות החוקתיות של תושבי הנגב הבדויים באופן בלתי מידתי. חוסר המידתיות מתבטא, בין היתר בגורפות תזכיר החוק וה"הסדרים" הקבועים בו אשר מופעלים, כאמור, כלפי כלל האוכלוסייה הבדווית כמתויגת אתנית ובאופן שלילי על ידי התזכיר.

65. הלכה פסוקה היא, כי אין לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות על ידי השעיית הדין הכללי, על בסיס שיוך אתני וכן באופן כוללני וגורף. כך למשל, בדצמבר 2006 פסק בית המשפט העליון בעניין חוקתיות החוק אשר שלל את הזכאות להגיש תביעות נזיקין מתושבי השטחים הכבושים בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. המשיבים ביקשו להצדיק את שלילת הזכויות על בסיס שיוכם האתני של הנפגעים בבחינת שייכים לישות אויבת (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון**, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06). בפסק הדין נקבע כי החוק הינו בלתי חוקתי, כי אין מקום להחיל דיני נזיקין מיוחדים במקום דיני הנזיקין הכלליים שהם אמורים להיות דינים מחייבים שחלים על הכל, כי החוק החוק הינו גורף וכוללני. כמו כן, בעניין **פלוני** בג"ץ ביטל חקיקה אשר ביקשה ליצור דין מיוחד בהליכים פליליים בעניין הבאת עציר ביטחוני בפני השופט כי הוא גורף, פוגע בהליך הוגן וגם פוגע בעקרון השוויון בפני החוק המוסד בסדרי הדין הפליליים. לאחרונה ניתן פסק הדין **חסן** שביטל הוראת חוק השוללת את הזכאות לגמלת הבטחת הכנסה על בסיס ההנחה החלוטה לפיה "רואים בכל מקרה של בעלות או שימוש כאילו הייתה לבעלים או למשתמש ברכב הכנסה קבועה בגובה כזה שמוציא אותו ממעגל הזכאים לגמלה". חזקה זו, קובע פסק הדין, "מתעלמת מההתנגדות הפרטניים של כל מקרה ומקרה, וסופה שהיא מובילה לשלילת הגמלה ללא אבחנה, גם ממי שאלמלא קבלתה לא יוכל לחיות במינימום של קיום אנושי בכבוד." (פסקה 47 לפסק הדין, בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, טרם פורסם** (פסק הדין ניתן בתאריך 28.2.2012)).

ראו לעניין זה גם: בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – **המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** פ"ד סא(2) 202, (2006); דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721.

66. חוסר המידתיות מתבטא גם באי שקילת החלופה של הכרה בזכויות האוכלוסייה הבדווית בנגב, הן במישור של הכרה בכפריהם והן במישור של הכרה בזכויותיהם הקנייניות. שכן, לא ברור כלל מדוע לא ניתן לקיים את מטרות החוק המוצהרות, תוך כדי הכרה בכפריים הבלתי מוכרים והכרה בזכויות הקניין של תושבי הנגב הבדויים. חוסר המידתיות עולה גם בהעמדת אופציית פינוי הכפרים ושלילת זכויות הקניין של האוכלוסייה הבדווית כאופצייה היחידה להסדרת נושא הבעלויות על הקרקע והסדרת הנושא התיישבות בנגב, על אף קיומן של חלופות אחרות כאמור, של הכרה בכפריים ובזכויות. נראה כי חלופות אלה לא נבחנו כלל בתזכיר החוק (על החובה לבחון אופציות שלא פוגעות או הפוגעות פחות בזכויות חוקתיות ראו: בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 850-851; (2004); בג"ץ 2577/04 **אל חוואגנה נ' ראש הממשלה**, (טרם פורסם, ניתן ביום 19.7.07);

בג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (טרם פורסם, ניתן ביום 26.6.06); בג"צ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, 50 (טרם פורסם, ניתן ביום 15.4.07).

לאור כל האמור לעיל, ולאור העובדות ההיסטוריות הבלתי מעורערות הנ"ל, הנכם מתבקשים בזאת לפעול לאי קידומו של תזכיר החוק הנ"ל ולהסרתו מסדר יומה של הכנסת. כמו כן, הנכם מתבקשים בזאת להכיר בזכויות תושבי הכפרים הבלתי מוכרים בחזקה ושימוש בקרקעות שעליהן הם מתגוררים מזה עשרות שנים, וכן להכיר בזכויות הבעלות של הבדווים על קרקעותיהם בנגב כצעד מתחייב לקראת עשיית צדק היסטורי כלפי אוכלוסייה זו.

בכבוד רב,

סוהאד בשארה, עו"ד

ראויה אבורביעה, עו"ד

האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר), נחלת בנימין 75 תל אביב, טל': 03-5608185, פקס: 03-5608165
דואר אלקטרוני: rawia@acri.org.il

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי (ע"ר), רחוב יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 31090, טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140 דואר אלקטרוני: suhad@adalah.org