

הצעה לסדר 6

## תכנית ההתנתקות

(انسحاب احادي الجانب) בנגב:

על הצעת החוק להסדרת התיישבות  
בדואים בנגב, התשע"ג-2013

רונית לוי-שנור

דצמבר 2013



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**תכנית ההתנתקות (انسحاب احادي الجانب) בנגב  
על הצעת החוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב,  
התשע"ג-2013**

**רונית לוי-שנור**



**המכון הישראלי  
לדמוקרטיה**

**הצעה לסדר 6**

**ירושלים, דצמבר 2013**

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

מסת"ב: 9-134-519-965-978 ISBN

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

טלפון: 02-5300867 ; פקס: 02-5300800 ; 1-800-20-2222

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il) ; דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 9104401

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ד), תשע"ד

Copyright © 2013 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

הדברים המתפרסמים בסדרת "הצעה לסדר" אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

5	תקציר
7	א. מבוא
12	ב. התיישבות והתנתקות
20	ג. מהסדר להסדרה: עקרונות הצעת החוק
20	(1) כללי
20	I תביעות הבעלות
25	II עיקרי ההצעה
31	(2) תובעי הבעלות בתקופת ההסדרה
34	(3) מסלול התמורות לתובעי הבעלות
45	(4) תובעי הבעלות בתום תקופת ההסדרה
50	(5) מסלול הזכאות למי שאינם תובעי בעלות
51	(6) סמכויות הפינני
55	ד. ביקורות עקרוניות כלליות על הצעת החוק
55	(1) הסגנון החקיקתי וההטיה לטובת המדינה
65	(2) היעדר הגנה לקהילה וליישובים הקיימים
67	(3) חוקתיות הצעת החוק
73	(4) האם צפוי שיתוף פעולה?
77	ה. סיכום



## תקציר

אחד האתגרים הגדולים העומדים לפני הכנסת ה־19 הוא ההכרעה בעתידה של הצעת החוק הממשלתית להסדרת התיישבות בדואים בנגב, שאושרה בקריאה ראשונה בסיומה של הצבעה סוערת. ההצעה מבקשת לכוון פתרון מסוג אחת ולתמיד לסכסוך הקרקעות בין המדינה למיעוט הבדואי, ובפרט בעניינה של הפזורה הבדואית, המורכבת מעשרות כפרים "בלתי מוכרים", ובהם כ־90,000 תושבים. הצעת החוק מבקשת לחייב את הבדואים שתביעת הבעלות שלהם טרם התבררה לבחור, בתוך פרק זמן קצר, בין קבלת תמורה בכסף ובקרקע, בזיקה מוגבלת לתביעה המקורית (מסלול התמורות), לבין מיצוי טענותיהם בבית המשפט. נוסף על כך כוללת ההצעה מתן אפשרות לכל בדואי בנגב שאין לו מגרש מגורים לקבל מגרש בתמורה לפינוי הקרקע שהוא מחזיק. בתום חלון החסד לקבלת מגרשים ותמורות תוסמך המדינה לבצע פינוי קרקע ומבנים בהליכים מקוצרים, ותביעות שלא התבררו – יתבטלו.

החקיקה החדשה טומנת בחובה הזדמנות יקרת ערך לפתיחת דף חדש ביחסים בין הבדואים למדינה, שיתבסס על הבטחת תנאי קיום מינימליים וכיבוד הדדי – של שלטון החוק מזה ושל כבוד האדם מזה. אך האם ההצעה שמונחת לפני הכנסת עומדת בציפיות אלו? ניתוח מקיף של ההסדרים המשפטיים המורכבים שבהצעת החוק, כפי שמוצג במחקר זה, מעלה כי ההצעה נכשלת במשימתה. בבחינת פרטי ההצעה מתבררת תמונה קשה של שלילה עקבית של זכויות דיוניות אשר הן בגדר נורמה מקובלת בישראל. כך למשל, מקובל כי כאשר המדינה מבקשת לפנות מקרקעין בחלוף זמן (36 חודשים) ממועד הפלישה, עליה לפנות לבית המשפט בעניין כל פלישה ופלישה לשם מתן זכות טיעון למחזיקים. הצעת החוק, לעומת זאת, מעניקה למדינה את הכוח לבצע פינוי גורף של מחזיקים, אף אם הם מחזיקים בקרקע עשרות שנים, ללא משפט וללא מתן אפשרות לעכב את הליכי הפינוי באמצעות צו שיפוטי (אלא בעילות מצומצמות המוגדרות בהצעת החוק). יתר על כן, ההצעה פוגעת בהסדריה בזכותו ובכבודו

של הפרט, בשל שימור כוח עורף בידי המדינה. כך לדוגמה, למי שמבקשים להצטרף למסלול התמורות אין שום יכולת אפילו להשמיע את עמדתם בדבר מיקום וטיב הקרקע שתינתן להם, לא כל שכן לבקש כי בהליכי היישוב מחדש תישמר קהילת המגורים הקיימת שלהם (על קשרי המשפחה שלהם). הבחורים במסלול התמורות אינם יכולים לחזור בהם, אף שאין התובעים יודעים מראש מה יינתן להם. כמו כן הצעת החוק מענישה שותפים בחלקה על התנהגות חבריהם – אם שניים שותפים בחלקה, ואחד מהם ביקש שלא להצטרף למסלול התמורות, התמורה הקרקעית של חברו עשויה להיפגע. לבסוף, ההצעה קובעת כי בתום תקופת ההסדרה יימחו למעשה כל תביעות הבעלות שלא הוסדרו, אם התובעים לא הודיעו על בחירתם (במסלול התמורות או במסלול ההסדר בבית המשפט), אף שהמדובר בתביעות שהוגשו לפני למעלה משלושים שנה, ומחובתה לפי דין של המדינה להביאן לבירור שיפוטי במקרה של מחלוקת.

נדמה על כן שההצעה מבוססת על חשש מפני השתלטות בדואית על קרקעות הנגב, ועקב חשש זה היא מאמצת כלים וסמכויות חריגים בקשיחותם. ואולם מדובר בחשש מופרז ביותר. כך למשל, הקרקעות שבמחלוקת שטרם הוסדרו מחזיקות פחות מ-2% בלבד משטח מדינת ישראל ופחות מ-3% משטח הנגב. מעל לשני שלישים מתביעות הבדואים כבר הוכרעו לטובת המדינה. הואיל וכך מוטב היה לו המהלך האחרון לפתרון המחלוקות הקרקעיות המעטות יחסית שעוד נותרו היה אימוץ הסדר המבטיח שימור מקיף ככל הניתן של קהילות המגורים הקיימות של הבדואים, ככל שאין מניעה סביבתית או לאומית לכך; המעניק תמריצים משמעותיים למבקשים להצטרף מרצון למסלולי פשרה; ומנגד, המקיים את הזכויות הדיוניות שאזרחי הנגב הבדואים זכאים להן. תכנית שכזו יכולה הייתה לקדם את חיבורם של הבדואים למדינת ישראל. התכנית המוצעת בהצעת החוק, לעומת זאת, עלולה דווקא להביא להחרפת ניכורם וניתוקם של הבדואים בנגב.

## א. מבוא

אחד האתגרים הגדולים העומדים לפני הכנסת ה־19 הוא ההכרעה בעתידה של הצעת החוק הממשלתית להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013, שאושרה בקריאה ראשונה על ידי הכנסת בסיומה של הצבעה סוערת.<sup>1</sup> הצעת החוק מבקשת לכוון פתרון מסוג אחת ולתמיד לסכסוך הקרקעות בין מדינת ישראל למיעוט הברואי שבתחומה בכל הנוגע לאדמות הנגב, ובפרט בעניינה של הפזורה הברואית, המורכבת מעשרות כפרים "בלתי מוכרים"<sup>2</sup> ובהם כ־77,000-90,000 תושבים.<sup>3</sup>

- 1 הצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 761 (פורסמה ביום 27.5.2013) (להלן: הצעת החוק). ההצעה אושרה בקריאה ראשונה על ידי מליאת הכנסת ה־19 בישיבתה ה־44 (24.6.2013), ברוב של 43 תומכים מול 40 מתנגדים.
- 2 לרשימת הכפרים ראו נתוני המועצה האזורית לכפרים הבלתי מוכרים בנגב אל עונה, מעודכנים לשנת 2004 (להלן: רשימת ה־46). על רשימה זו הסתמכה ועדת גולדברג בדוח שלה – הוועדה לשם הצעת מדיניות להסדרת התיישבות הברואית בנגב דין וחשבון נספח 5 (2009) (להלן: דוח גולדברג). מהם יש לגרוע את עשרת היישובים האלה: אבו קרינאת; אום בטיין; אל סייד; ביר הדאג; דריג'את; כחלה; מולדה; מכחול; קצר א־סר; תראבין א־צענא, אשר לפי התוספת הראשונה להצעת החוק הם בכחינת יישובים מוכרים (יש לציין כי הכפרים מולדה ומכחול אינם מופיעים בשמות האלה ברשימת ה־46) (להלן: עשרת היישובים הנוספים). תשעה מעשרת היישובים הנוספים (היישוב כחלה הוא החריג) הוכרו בעקבות התיקון לתכנית המתאר המחוזית החלקית למטרופולין באר שבע, תמ"מ 23/14/4 (פורסמה בילקוט פרסומים 6457, התשע"ב, ב־18.6.2012) (להלן: תמ"מ 23/14/4).
- 3 77,000 תושבים נכון לאוקטובר 2012, לפי נתוני הרשות להסדרת התיישבות הברואים בנגב: [www.moch.gov.il/rashut\\_beduim/odot/uchlusiya/Pages/uchlusiyyat\\_](http://www.moch.gov.il/rashut_beduim/odot/uchlusiya/Pages/uchlusiyyat_) hapezura.aspx#GovXParagraphTitle1 (אוחזר ביום 29.8.2013); 90,000-70,000; תושבים לפי האמור בדוח השר זאב ב. בגין "הסדרת התיישבות בדואים בנגב – סיכום מהלך ההקשבה לציבור לגבי תזכיר החוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב והמלצות



אפיון הסכסוך והבהרת רכיביו הם כשלעצמם עניין טעון שאין הצדדים מסכימים בעניינו. מבחינת מדינת ישראל לאוכלוסייה הברואית בנגב אין, ככלל, כל זכות במקרקעי הנגב המוחזקים בפועל בידיהם, מחוץ למקומות היישוב המוסדרים שלגביהם ניתנה הקצאה והרשאה על ידי מינהל מקרקעי ישראל.<sup>4</sup> כך, לא רק שהבנייה היא, במרבית המקרים אם לא בכולם, בלתי חוקית, אלא שעצם ההחזקה בקרקע אינה מבוססת על קיומה של זכות במקרקעין.<sup>5</sup> הטעם לכך הוא הפרשנות שניתנה על ידי מדינת ישראל – ובית המשפט העליון בעקבותיה – לשאלת הנטל שבו יש לעמוד בבוואך לתבוע זכות במקרקעי הנגב מידי המדינה, שבדרך ברת המחדל כל המקרקעין בבעלותה.<sup>6</sup> התוצאה של אימוץ פרשנות זו היא שהברואים בנגב הם בבחינת פולשים חסרי זכות, שכן אין בהחזקתם הממושכת בקרקע כדי לכוונן להם זכות חוקית בה.<sup>7</sup>

- למדיניות ולתיקון תוכיר החוק" (הוגש לממשלה ביום 23.1.2013): [www.pmo.gov.il/MediaCenter/SecretaryAnnouncements/Documents/bedu270113.pdf](http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/SecretaryAnnouncements/Documents/bedu270113.pdf) (להלן: דוח בגין בסיום מהלך ההקשבה), בעמ' 4.
- 4 נכון לאוקטובר 2012 התגוררו 129,571 תושבים בשבעת היישובים המוסדרים הוותיקים (חורה, כסיפה, לקיה, ערערה בנגב, רהט, שגב שלום, תל שבע). לפי נתוני הרשות להסדרת התיישבות הברואים בנגב: [www.moch.gov.il/rashut\\_beduim/odot/uchlusiya/Pages/uchlusiyyay\\_yyishuvey\\_haqevq.aspx](http://www.moch.gov.il/rashut_beduim/odot/uchlusiya/Pages/uchlusiyyay_yyishuvey_haqevq.aspx) (אוחזר ביום 29.8.2013).
- 5 Havatzelet Yahel, *Land Disputes Between the Negev Bedouin and Israel*, 11 ISRAEL STUDIES 1, 11 (2006); דוח גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12-13, 19.
- 6 סעיף 3 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951; סעיף 22 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר); סעיף 138 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.
- 7 הטעם המשפטי העיקרי לכך הוא אפיון של אדמות הנגב כמקרקעין מסוג "מוואת" (כאמור בסעיף 6 לחוק הקרקעות העותמאני, 1858), שעצם החזקתן ועיבודן אינו מקנה זכות בהן, אם לא ניתן על כך רישיון השלטונות, כפי שנדרש בפקודת הקרקעות (מתות), 1921, ששינתה את סעיף 103 לחוק הקרקעות העותמאני. אך גם שנויה במחלוקת עצם שאלת עיבוד הקרקעות בפועל, שהוא המבחן הקובע לרכישת זכות. ראו ע"א 518/61 בדראן נ' מדינת ישראל, פ"ד טז(3) 1717 (1962); ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984); ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 15.3.2012). בימים אלה תלוי ועומד תיק עירוני שבו תיבחן פרשנות זו, 20 שנה לאחר שהוחלה על תביעות הברואים בנגב.

מבחינת הברואים בנגב, מנגד, החזקתם בקרקע נמשכת ורציפה מימים מימה, למעט כאשר נדרשו על ידי כוחות הביטחון לפנות את החזקתם בקרקע שברשותם ולהתיישב ב"אזור הסייג".<sup>8</sup> החזקה זו מבוססת על זכות אבות ועל המשפט השבטי, שלהם קדימות על פני כל דרישה פורמלית או מהותית להוכחת זכות בקרקע.<sup>9</sup> הברואים מבקשים לדחות את הבסיס העובדתי והמשפטי שעליו נסמכת המדינה בקביעותיה הגורפות שמקרקעי הנגב הם מבחינת מהותם, המעשית והמשפטית, קרקעות מתות אשר לברואים אין כל זכות בעניינם, וכן הם טוענים להכרה בזכויותיהם בקרקע כזכויות של מיעוט ילידי.<sup>10</sup>

---

ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (תלוי ועומד). ראו אורן יפתחאל, סנדי קרד ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הברדוו" משפט וממשל יד 7 (2012). את הדיון והביקורת על טענות אלה אשאיר למקום אחר.

8 הברואים שנתרו בנגב לאחר הקמת מדינת ישראל קובצו בשטח מוגדר של כ-1,100 קמ"ר, שכונה "אזור הסייג", והפכו ל"מפוני פנים". באזור הסייג היו טרם הקמת מדינת ישראל שבטים אחרים. אלה וגם אלה היו נתונים למשטר צבאי עד לחודש דצמבר 1966. על הפינוי לאזור הסייג ראו דוח גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9-10; עמנואל מרקס החברה הברדווית בנגב 37, 89 (רשפים, 1974); חנינא פורת "הברדווים בנגב: עימות ומחלוקות בשאלות הבעלות על הקרקע והקמת יישובי קבע 1960-1973" קתדרה 126 (2007). ראו גם ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מח(4) 343 (1991); ע"א (מחוזי ב"ש) 1165/09 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 28.2.2011).

9 ראו למשל פורום דר-קיום בנגב לשוויון אזרחי "תהליכים של נישול בנגב-נאקב: מדיניות תביעות הנגד כלפי הערבים הברדואים" 16-17 (10.12.2012): [www.dukium.org/heb/wp-content/uploads/2012/03/Counter\\_claims\\_Hebrew\\_2012.pdf](http://www.dukium.org/heb/wp-content/uploads/2012/03/Counter_claims_Hebrew_2012.pdf)

10 לטעמם של הברואים, אפיון אדמות הנגב כמקרקעי "מוואת", אף אם המועד הקובע הוא מועד חקיקת חוק הקרקעות העותמאני ב-1858 (עניין שהם חולקים עליו), טעון בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה. בדיקה כזאת עשויה להראות כי לפחות בעניין חלק מתביעות הבעלות אין הקרקע עולה כדי סיווג זה לנוכח סימנים של עיבוד חקלאי ויישוב ולאור עדויות נלוות על הכרה בפועל של מוסדות היישוב והמנדט שהקרקע היא מסוג "מירי". עוד הם טוענים כי פקודת הקרקעות (מתות) מתקופת המנדט הוחרגה במפורש מלחול על מקרקעי הנגב הברדואים, וכך אף נהגו בפועל פקירי המנדט. כן נטען כי הפרשנות שנתן בית המשפט העליון בעניין אל הואשלה (לעיל ה"ש 7) לפקודת הקרקעות (מתות) שגויה, מאחר שאינה מבחינה בין שני חלקי התיקון לסעיף 103 לחוק הקרקעות העותמאני. ראו יפתחאל, קרד ואמארה, לעיל ה"ש 7.

במחקר זה אינני דנה במחלוקת בשאלת הזכות המהותית. עם זאת, למי שמבקשים לנהוג בהוגנות קשה לקבל את העמדה שלבדואים בנגב אין שום זכויות במקרקעין, בין שנתבעו במועד ובין שלא במועד, בין שהוחזקו ועוברו וסווגו כאדמות "מירי" ובין שלא. הצטברות של מקורות היסטוריים מעידה אחרת. השכל הישר מעיד אחרת. ומכל מקום אף אם אין הבדואים עומדים בתנאי רכישת זכויות בקרקע לפי חוק הקרקעות העותמאני, אין זאת אומרת שאין מקום לפרש הוראות אלו מחדש או לשנותן על מנת להתאימן לתכליות ההווה ולצרכיו,<sup>11</sup> ובפרט כשאנו מבקשים לגבש חקיקה חדשה.<sup>12</sup>

קונפליקט עקרוני זה מתבטא בכך שבדואים בנגב יושבים על אדמה השנויה במחלוקת מבחינת טיב הזכות של מחזיקיה. תופעה זו משפיעה לרעה על אפשרויות התכנון והפיתוח של ההתיישבות הבדואית בנגב ועל הרמה והטיב של התשתיות המסופקות לתושבים; ולא זו בלבד אלא שהיא מקור לא אכזב להתנגשויות אלימות וכואבות בין בדואים למוסדות השלטון סביב מאמצים נמשכים של הממשלה לפנות את המחזיקים הבדואים עקב הפלישות והבנייה הבלתי חוקית. הקונפליקט ארוך השנים מייצר ניכור, עוני וסטגנציה חברתית.<sup>13</sup>

11 ראו בג"ץ 5439/09 עבדאלקאדר נ' ועדת העררים הצבאית, בפסקה 22 (ניתן ביום 20.3.2012).

12 ראו בהקשר זה אמירתו של השר בגין ש"אמנם ניתן לטעון שהמסגרת המשפטית ניתנת לשינוי ושהכנסת יכולה לתקן את דיני המקרקעין כך שיוכרו כל תביעות הבעלות של הבדואים בנגב. אולם שינוי כזה אינו מוצדק ומכל מקום, מכיון שעלינו להציע פתרון מעשי למחלוקת על הקרקע, צריך להניח כי שינוי כזה אינו צפוי". דוח בגין בסיום מהלך ההקשבה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8. השוו, בהקשר אחר, חיים זנדרבג "ההצדקות למוסד ההתיישנות: ביהודה ושומרון" דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 211, 255 (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, בורסי, 2013) (בעניין דיני ההתיישנות ביהודה ושומרון נטען כי "משטר טעמם של הדינים הקיימים, רצוי להתאימם לצורכי הציבור והזמן").

13 ראו למשל סלימאן אבו-ברר ודניאל גוטליב "עוני, חינוך ותעסוקה בחברה הערבית-בדואית: מבט השוואתי" (המוסד לביטוח לאומי ומכון ון ליר בירושלים, 2009): [www.btl.gov.il/Publications/research/Documents/mechkar\\_98.pdf](http://www.btl.gov.il/Publications/research/Documents/mechkar_98.pdf); אבינועם מאיר מסינגור תכנוני לתכנון עצמאי: בדווי הנגב בנתיבי הדמוקרטיזציה בתכנון (מרכז הנגב לפיתוח אזורי, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 2003).

יש הסבורים כי פתרונה של המחלוקת הקרקעית ייטיב עם האוכלוסייה הברואית. זו תוכל להתקדם באורחות חייה, במקומות יישוב מסודרים ומאורגנים ומתוך ביסוס קשרים תקינים עם גורמי הממשלה למיניהם.<sup>14</sup> יתר על כן, הסדרת המצב הקרקעי תסייע, כך נטען, לשמירה ולהגנה על האינטרסים הלאומיים, החברתיים והסביבתיים, שהתפרשותה המרחבית של האוכלוסייה הברואית במקרקעי הנגב מונעת או מעכבת את מימושם.<sup>15</sup> הברואים כמובן אינם אדישים לתועלת האישית שעשויה לצמוח להם מפתרון הסכסוך הקרקעי, והדבר הביא בעבר את חלקם להסכים להסדרי פשרה נקודתיים שונים. אולם כקבוצה נראה שרמים בהם הקולות המזהים בניסיונות הפתרון המוצעים על ידי הממשלה (כעת, במסגרת הצעת החוק) כוונה לנשלם מאדמתם, להכחיש את זכותם ולכפות עליהם לוותר על אשר מגיע להם על ידי איום שאי-היענות מרצון תרע את מצבם. בהקשר זה בולטת הטענה שכפיית הסדר חד-צדדי ללא מעורבות של האוכלוסייה עצמה היא מהלך חסר תקנה שאין להשלים עמו.

מחקר זה בוחן את ההסדר המוצע באופן ענייני הממוקד בפרטי ההסדר, מתוך ניסיון להתייחס להסדרים הנראים פורמליים או פרוצדורליים, ועל כן "לא מהותיים", בהתאם לכוחם האמיתי – לעצב זכויות חוקיות.<sup>16</sup> ברקע של בחינת ההסדרים השונים של הצעת החוק עומדת ההגנה החוקתית המוקנית

14 אם כי ראו טענה שהסדרת בעלות במקרקעין מביאה רווקא להרעת מצבם של מחזיקים בשל הגברת כוחה של הממשלה: Larissa Katz, *Governing through Owners: How and Why Formal Private Property Rights Enhance State Power*, 160 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 2030 (2012); רונית לוינ-שנור דיני רישום מקרקעין – הרישום, ההסדר ותוצאותיהם בישראל ובגדה המערבית 57 (בורסי, 2012).

15 זוהי נקודת המוצא ברוח גולדברג, לעיל ה"ש 2, ברוח בגין בסיום מהלך ההקשבה, לעיל ה"ש 3, ובהצעת החוק – בסעיף המטרות, סעיף 1, ובדברי המבוא להצעה.

16 ראו סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665, 732-733 (1998). קדר טוען כי "העתקת כובד המשקל של הדיון בסוגיה של הסדר הקרקעות והתיישנות לשאלות של פרוצדורה וראיות עיקרה או עמעמה את השאלות המהותיות שעמדו בבסיס הפרקטיקות הללו, ועיצבה את הדיון כדיון טכני בעיקרו, ניטרלי ומשולל הטיות או משמעויות פוליטיות". בניגוד לכך מחקר זה מתייחס ברצינות גם לעניינים "פרוצדורליים".

לקניין.<sup>17</sup> מבנה המאמר הוא כדלקמן. פרק ב מבקש לקשור בין הצעת החוק הנידונה לבין תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון והחוק שאומץ לשם יישומה. פרק ג ממשיך בהצגה ובביקורת על עקרונות המנגנון המוצע בהצעת החוק לסיום ולהכרעה בסכסוך בין המדינה לבין התושבים הברואים בנגב, תובעי הזכויות והמחזיקים בקרקעות שאינם תובעי זכויות בה. לאחר שאעמוד על עיקרי החקיקה אתיחס לכמה סוגיות כלליות הנוגעות להסדר זה: הסגנון החקיקתי וההטיה לטובת המדינה; היעדר הגנה לקהילה וליישובים קיימים; ושאלת חוקתיות הצעת החוק. לבסוף אעריך את מידת שיתוף הפעולה הצפויה מצד הברואים (פרק ד) ואסכם בדברי הערכה לחשיבות ההכרה בשונות. לנוכח העובדה שבימים אלה נפתחים דיוני ההכנה לקריאה שנייה ושלישית של הצעת החוק על ידי ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, כולל המאמר המלצות קונקרטיות, המודגשות בהתאם, לביצוע תיקונים בהצעת החוק, אשר יש בהן כדי להתמודד עם הליקויים החוקתיים העיקריים שבהצעה ולקדם את מידת ההוגנות שלה.

## ב. התיישבות והתנתקות

תכנית התיישבות הברואים בנגב והחוק המוצע ליישומה מכוונים לכפיית יישובם מחדש של הברואים בנגב באזורים שיוגדרו מתאימים לכך על ידי הממשלה. יש בינה לבין תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון והחוק שנחקק לשם יישומה<sup>18</sup> קווי דמיון אחדים. שתי התכניות מבקשות להביא לביטול זכויות קניין פרטיות (כהגדרתן הרחבה ביותר) באזור תחולתן, ביחס לקבוצת אוכלוסייה מסוימת (ברואים בנגב; אזרחים ישראלים בחבל עזה וצפון השומרון), ולפנות את המשתתיכים לקבוצת אוכלוסייה זו על קהילותיהם בשלמות מהחזקת מקרקעין באזור תחולת התכנית אגב החלת הסדרי פינוי מיוחדים. בצד זה, שתי התכניות קובעות הסדרי יישוב מחדש לאוכלוסייה שנדרשה להתפנות. חוק יישום תכנית ההתנתקות בחבל עזה וצפון השומרון כולל רכיב משמעותי של פיצויים בגין

17 סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

18 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: חוק יישום תכנית ההתנתקות).

חובת העתקת מקום המגורים ומקום התעסוקה<sup>19</sup> וכן הסדרים מסוימים לשם הבטחת הקמתן מחדש בשלמות של קהילות מגורים<sup>20</sup> – שני עניינים הנעדרים מחוק יישום תכנית ההתנתקות בנגב.

שתי התכניות הוצדקו על ידי ראשי הממשלה שקידמו את אישורן (ראש הממשלה אריק שרון מזה, וראש הממשלה בנימין נתניהו מזה), בכך שהן מהוות "החלטות היסטוריות" שיביאו להפסקת פעילויות בלתי חוקיות ויאפשרו חיים משותפים בעתיד.<sup>21</sup> במישור הפוליטי אפשר להתווכח על ההצדקות לתכניות אלו, ואף ראוי שיתקיים שיח ציבורי ער בעניינן לנוכח חשיבותן והשלכותיהן העמוקות על האוכלוסיות הנוגעות בדבר ועל החברה בכללותה. מבחינה משפטית, עם זאת, ככל שתכניות אלה נושאות עמן פגיעה בזכויות אדם (הזכות לכבוד, הזכות לקניין), עליהן לעמוד במבחנים החוקתיים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כיצד תשפיע על בחינת חוקתיות החוק המוצע ההשוואה בין תכליותיו לבין התכליות שהועמדו ביסודה של תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון? מה ניתן ללמוד מהתחייבויותיו של המחוקק לפיצי הנפגעים מתכנית ההתנתקות ומהביקורת השיפוטית שהתקיימה בנוגע לחוק זה?

19 עמדתו של המחוקק הייתה שעל הפיצויים להיות "הוגנים וראויים", ושיש לסייע לזכאים בתהליך הפינוי ובמעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים. ראו סעיף 1(2)–(3) לחוק יישום תכנית ההתנתקות. וראו להלן בה"ש 70 ובטקסט הנלווה.

20 סעיפים 1(4) ו-85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות. וראו להלן בה"ש 233 ובטקסט הנלווה.

21 במקרה של תכנית התיישבות הבדואים בנגב מדובר בהפסקת פעילויות בלתי חוקיות מצד הבדואים. ראש הממשלה דאז אריק שרון אמר בכנס הרצליה ה-5, דצמבר 2004: "אני מקווה ומייחל כי בזמן הקרוב תקבלו גם אתם החלטה היסטורית לעצור את הגורמים התומכים בטרור להפסיק את פעולות הטרור, ולמצוא יחד אתנו את הדרך בה יוכלו שני העמים להיות כאן, על פיסת הארץ הזו, בביטחון ובשלום": [www.herzliyaconference.org/?CategoryID=230&ArticleID=1634](http://www.herzliyaconference.org/?CategoryID=230&ArticleID=1634). ראש הממשלה בנימין נתניהו אמר עם אישור המלצות השר בגין על ידי הממשלה ביום 27.1.2013 כי: "מטרת ההחלטה ההיסטורית הזאת – לשים קץ להתפשטות הבניה הבלתי חוקית של הבדואים בנגב ולהביא לשילוב טוב יותר של הבדואים בחברה הישראלית": [www.pmo.gov.il/mediacenter/spokesman/pages/spokebedu270113.aspx](http://www.pmo.gov.il/mediacenter/spokesman/pages/spokebedu270113.aspx). עוד על תכליות תכנית ההתנתקות ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005).

אחת הדרישות לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות מוגנות היא שהחוק הנחקק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, והוא נועד לתכלית ראויה. האם יש משמעות חוקתית לעוצמת ההצדקה החברתית לתכנית ההתנתקות בנגב לעומת עוצמת ההצדקה החברתית לתכנית ההתנתקות בחבל עזה ובצפון השומרון, מבחינת הלגיטימציה לפגוע בזכויות אדם מוגנות? אמת המידה המקובלת לדרישת ה"תכלית הראויה" היא הסתפקות ברמת הפשטה גבוהה למדי. הדרישה היא לרוב לקיומה של מטרה ציבורית חשובה אשר די במידה כלשהי של הימצאותה (כגון מידה כלשהי של שמירה על ביטחון המדינה) כדי לבסס את הקביעה שהפגיעה מיועדת לתכלית ראויה.<sup>22</sup> לפי טענתו של אהרון ברק (המשקפת לשיטתו גם את הפסיקה בפועל), ככל שהפגיעה בזכויות החוקתיות היא בזכויות "החשובות ביותר", אזי לעניין הקביעה איזו תכלית תוכר כראויה תאומץ אמת מידה קפדנית המציבה רף גבוה.<sup>23</sup> ברק מדינה מטיל ספק בכך שעמדה רצויה זו אכן משקפת את המצב המשפטי הרווח בישראל.<sup>24</sup> לשיטתו, יש מקום להרחיב את היקפה של הדרישה ל"תכלית ראויה" כקו הגנה לזכויות באמצעות הצבת קווים אדומים ללגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות חוקתיות, ויש להסתייע בדרישה זו כדי לקבוע אילו סוגים של תועלות חברתיות יש להביא בחשבון בעת מעבר לשלב הבא של הבחינה החוקתית – בחינת מידתיותו של החוק הפוגע (שכן לפי חוק היסוד, לא די שהחוק הפוגע

22 ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' – בעקבות ספרו של אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)" משפט ועסקים טו 281, 310 (2012), המפנה לעמ' 330-331 בספרו של ברק מושא ביקורתו. ראו גם ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 87-107 (2009).

23 אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 353-355 (נבו, 2010). הזכויות הנמצאות ברמה הגבוהה ביותר לשיטתו של ברק הן חופש התנועה, כבוד האדם, הקניין והשוויון. כדי להצדיק פגיעה בזכויות אלו דרושה, לדבריו, תכלית העולה כדי "צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי".

24 מדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 310. וראו תגובתו של ברק – אהרון ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה והמחוקק היורה בתותח: תשובה למבקרים" משפט ועסקים טו 417, 447-449 (2012).

בזכויות מוגנות יהיה לשם תכלית ראויה, על הפגיעה לעמוד גם בדרישה שהיא איננה עולה על הנדרש). איתור התועלות הרלוונטיות (או התכליות הראויות) צריך להיעשות קודם לבחינת המידתיות. בהקשר זה הוא מיישם את גישתו בדבר החלת ניתוח עלות-תועלת באילוצים דאונטולוגיים (המכונה "constrained cost-benefit analysis")<sup>25</sup>, כך ש"ההכרה בקיומו של אילוץ דאונטולוגי לגבי פגיעות מסוימות באנשים מסוימים מנביעה לא רק מסקנה באשר לגובה ה'סף' של התועלת החברתית שיכול להצדיק את הפגיעה (דרישת המידתיות), אלא גם באשר לסוגי התועלות שיכולות להצדיק את הפרת האילוץ".<sup>26</sup> עם זאת, אין בכך כדי לומר כי עוצמתה של התכלית איננה רלוונטית: גם לגישתו של מדינה נחיצותה וחיוניותה של התכלית הן אחד הרכיבים שיש לשכלל בבחינת קיומה של תכלית ראויה.<sup>27</sup> לעת בחינת תכלית החוק, ניתן לומר על בסיס דיון זה כי עוצמתה של התכלית עשויה להשפיע על ההצדקה לפגיעה בזכויות מוגנות, כמובן זה שכלל שהתכלית חשובה יותר, כך ניתן יהיה להצדיק פגיעות נרחבות יותר בזכויות או פגיעות בזכויות חשובות יותר.

גם אם נלך בדרך המסורתית של מיקוד הדיון החוקתי במבחני המידתיות, נוכל להגיע למסקנה דומה. בחינת מידתיות החוק הפוגע נעשית בשלושה שלבים: קיומו של קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי (החוק במקרה זה); האמצעי שנבחר יהיה זה שפוגע בפרט במידה הקטנה ביותר מתוך מגוון האמצעים האפשריים; והנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שאומץ יהיה ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא ("מידתיות כמובן הצר").<sup>28</sup> בהקשר זה מציע ברק כי ההתמודדות עם הבעיה של היעדר מכה משותף להשוואה (incommensurability) בין הנזקים שחוקים גורמים לבין התועלות שהם מניבים תיעשה באמצעות מבחן "החשיבות החברתית היחסית". לפי מבחן זה, "אמת המידה הרלוונטית לקביעת

EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (Oxford University Press, 2010) 25

מדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 312. אני מניחה במסגרת הדיון כאן שאין קושי דאונטולוגי בחוק המוצע. 26

ראו שם, בעמ' 313. 27

ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840 (2004). 28



המשקל של כל אחת מכפות המאזניים היא החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים בנקודת ההתנגשות.<sup>29</sup> במילים אחרות, במסגרת בחינת המידתיות, עוצמת הצורך בתכלית החברתית שהחוק בא להגשימה משפיעה על משקל הפגיעה החוקתית המותרת. ככל שהצורך בחוק רב יותר, כך תוצר פגיעה נרחבת יותר.

ההצדקה המפורשת לתכנית ההתנתקות בנגב, כעולה מהחלטת הממשלה העיקרית בעניין ומנוסח סעיף המטרות בהצעת החוק,<sup>30</sup> היא שיש הכרח באימוץ "יוזמה תכליתית שתוביל לפתרון הוגן ובר ביצוע של המאבק של הקרקע והמחלוקת על ההתיישבות", ותביא למפנה בכל הקשור לאוכלוסייה הברואית בנגב ולהקטנת הניכור בין המדינה לאזרחיה ולהאצת פיתוח הנגב לטובת כל יושביו.<sup>31</sup> תכנית חבל עזה וצפון השומרון הוצדקה בתכליות מדיניות, ביטחוניות ולאומיות, שעליהן אמר בית המשפט העליון כי "אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בין-לאומית וכיוצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליתו של חוק יישום

29 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 430. ראו רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות?": על מידתיות במשפט – בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים טו 337, 363 (2012).

30 סעיף 1 להצעת החוק. החלטת ממשלת ישראל מס' 3707 ("דו"ח הצוות הבינמשרדי ליישום המלצות הוועדה להסדרת התיישבות הברואים בנגב: המשך הדיון והעברת שטח פעולה ממשרד למשרד", הממשלה ה-32 [החלטה מיום 11.9.2011]: כי הממשלה תפעל "באופן מואץ להסדרת התיישבות ברואים בנגב, תוך מתן מענה לסוגיית הבעלות על הקרקעות, והפיתוח הכלכלי והחברתי, כל זאת בתקופה תחומה ומוגדרת", ולשם מימוש החלטה זו תוביל הממשלה "מהלך רחב של הסדרת ההתיישבות הלא מורשית של ברואים בנגב, על מנת להעמיד פתרונות התיישבות המותאמים לאוכלוסייה ולתנאי החיים המתוקנים כמקובל במדינת ישראל, ליצור, תוך שיתוף האוכלוסייה בתכנון, בדרכים שייקבעו, מגוון רחב של פתרונות אשר יאפשרו התיישבות קבע של האוכלוסייה הברואית בנגב, והכול ככפוף לתכנית המתאר המחוזית" ו"להסדיר תביעות בעלות של ברואים על קרקעות בנגב על ידי מתן תמורות הולמות".

31 חברי המבוא להחלטה מס' 3707, שם, המסתמכים על דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27.

ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי".<sup>32</sup> שתי התכניות יכולות על כן להיחשב מיועדות ל"תכלית ראויה" בהתאם למבחן החוקתי הדרוש כדי לאפשר פגיעה בזכויות אדם חוקתיות (כגון פגיעה בזכות לכבוד ובזכות הקניין), שכן בשני המקרים משרתות התכניות מטרות חברתיות מהותיות, מטרות ציבוריות שניתן לומר עליהן שהן "חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן".<sup>33</sup>

כאמור, במישור הפוליטי ניתן לחלוק על הרציות ומידת הצדק שבאימוץ תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון, כמו גם בנוגע לאימוצה של תכנית ההתנתקות בנגב. קשה עם זאת לומר למי מהתכניות "חשיבות חברתית יחסית" גבוהה או רבה יותר, אם כי נדמה שלפחות בציבוריות הישראלית המשקל המיוחד ליחסי ישראל עם הפלסטינים רב יותר, ומכאן שלקידום פתרון בעניין זה יש חשיבות רבה יותר. מכל מקום, נראה משכנע למדי לומר כי לתכנית ההתנתקות בנגב אין חשיבות חברתית יחסית רבה יותר מזו של תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון. אם כך הוא הדבר, קשה להצדיק מכוח תכנית ההתנתקות בנגב פגיעה רבה יותר בזכויות אדם מוגנות מכפי שהוצדקה פגיעה זו מכוח תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון.

ואולם עולה השאלה הבסיסית – האם לכדואים ולמתנחלים בחבל עזה ובצפון השומרון אותן זכויות? אין ספק שיש להם (ולו מן הבחינה המשפטית) אותה הזכות לכבוד, לחופש תנועה וכיוצא באלה, אולם נטען כי זכויות הקניין שלהם הן שונות. לכאורה, כך לפי הטענה, לכדואים בנגב אין זכויות קניין, ולכן אין לדבר על פגיעה בזכות הקניין מכוחה של תכנית ההתנתקות בנגב; ואילו למתנחלים בחבל עזה ובצפון השומרון היו גם היו זכויות קניין.<sup>34</sup> מתברר

32 בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 570.

33 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002).

34 וריאציה נוספת של טענה זו היא שהיישובים שפוננו מחבל עזה ומצפון השומרון היו יישובים רשמיים ואילו היישובים הברואים המפונים אינם כאלה. בהקשר של טענה זו יש להזכיר את הטיפול המיוחד שבו זכו היישובים תל קטיפא, כרם עצמונה, כפר ים, שירת הים, שליו ודהנייה, שלא נחשבו "יישובים מפונים" לפי ההגדרה שנקבעה לכך בחוק יישום תכנית ההתנתקות, בשל כך שהיו בלתי חוקיים או שהבנייה בהם הייתה בלתי חוקית. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה שעל אף חוסר החוקיות של

שבבית המשפט העליון טענה המדינה כי גם למתנחלים אין זכויות קניין. כך למשל טענה המדינה כי בהקצאות המקרקעין לצורכי ההתיישבות בחבל עזה ובצפון השומרון, נכללו הוראות שלפיהן הממונה על הרכוש הממשלתי רשאי להקדים את יום סיום החוזה או אף לבטל את החוזה, וכי גם במקום שהוראה כזאת אינה קיימת, היא נגזרת מארעיותה של התפיסה הלוחמתית ומארעיות מעמדו של המפקד הצבאי.<sup>35</sup> ובגדר הכללה טענה המדינה כי: "לדעת המדינה, אין למצוא במשפט הפרטי מקור לחובת תשלום הפיצויים למפונים. אין בפניו משום הפרת חוזה או מעשה נזיקין. ביטול זכויות הישראלים במקרקעין (סעיף 28 לחוק יישום [תכנית] ההתנתקות) אינו בגדר הפקעה".<sup>36</sup> בית המשפט העליון דחה עמדה זו מכול וכול. קביעתו של בית המשפט שקמה למדינה חובה לפצות את המפונים בפיצויים הוגנים וראויים לא הסתמכה אפוא על הוכחה קניינית שלמפונים זכויות קניין,<sup>37</sup> וודאי לא על הוכחה פרטנית שכזו.<sup>38</sup>

יישובים אלה לא ניתן לשלול מתושביהם פיצוי לעת פינוי, כפי שציין: "לא פיצוי במובן המשפטי, פיצוי כלומר תמורה על זכותם שנשללת ממך, אלא יותר תפישה של יישוב מחדש או שיקום. אלה אנשים שגם אם התיישבו באופן לא חוקי, עדיין מדינת ישראל צריכה לדאוג להם כשהיא מפנה אותם במהלך כזה". עדותו הפומבית של עו"ד מני מזוז, לשעבר היועץ המשפטי לממשלה, לפני ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפול של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון, בעמ' 4785 (16.12.2009): [http://elyon1.court.gov.il/heb/hitnatkut/doc/protocol\\_16\\_12\\_09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/hitnatkut/doc/protocol_16_12_09.pdf). בהתאם לכך הגיע עניינם של יישובים אלה לדיון לפני הוועדה המיוחדת שהוקמה לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, אשר קבעה בהחלטותיה את שיעורי הפיצויים היחסי (75%-95% מהפיצוי מלא) באשר לכל אחד ואחד מן היישובים הבלתי חוקיים האמורים. בעניין זה ראו ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון **דין וחשבון** 266 (2010) ("ועדת מצא"): [http://elyon1.court.gov.il/heb/hitnatkut/doc/final\\_report.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/hitnatkut/doc/final_report.pdf); וכן ראו לעיל בה"ש 8 (פינוי הבדואים לאזור הסייג בשנות החמישים).

- 35 בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 585.
- 36 שם, בעמ' 586.
- 37 שם, בעמ' 587-590.
- 38 וראו בהקשר זה גם את סעיף קטן (4) להגדרת "בעל זכות בבית מגורים" שבסעיף 32 לחוק יישום תכנית ההתנתקות.

אין בפי טענה שדינם של המפונים מחבל עזה ומצפון השומרון צריך להיות זהה לדינם של הברואים המפונים מהחזקתם בארמות הנגב על פי החוק המוצע. אדרבה, להבדלים המהותיים בין חברי שתי הקבוצות יש לתת את המשקל הראוי בעת עיצוב מנגנון התמורות, כפי שאכן מוצע בהצעת החוק ביחס להיקף הפיצוי בכסף לעומת הפיצוי בקרקע, היעדר מענק בשל ותק (הכולל רכיב של פיצוי בגין עוגמת הנפש שהפנינו מסב<sup>39</sup>), הסדרי פיצוי ושיקום בתחום התעסוקה ועוד. עם זאת, מתן משקל יתר לטענה שלברואים אין זכויות קניין במקרקעין שהם מחזיקים אינו עולה בקנה אחד עם נקודת המוצא של בית המשפט העליון, אשר דחה טענה דומה שהושמעה על ידי המדינה על היעדר זכויות קניין למפונים מחבל עזה ומצפון השומרון. לפי היגיון זה, אפשר לומר כי משעה שהצעת החוק מבקשת להחיל על הברואים בנגב תכנית התנתקות, המתאפיינת כאמור בביטול זכויות ביחס לאוכלוסייה מסוימת באזור התחולה, מתוך החלת הסדרי פינוי מיוחדים והסדרי יישוב מחדש לאוכלוסייה זו בלבד, התגדרות בטענות הנוגעות להיקף הזכות הקניינית על פי דיני המקרקעין המהותיים כמכשיר שבאמצעותו אפשר להרוף טענות בדבר חובתה של המדינה לפצות את הנפגעים מהחוק בפיצויים הוגנים וראויים – איננה יכולה לעמוד. מה עוד שלעת אימוצם של הסדרים התנתקותיים כאלה, להחזקה בפועל של המקרקעין צריכה להיות – כך תוצאת החלטתו של בית המשפט העליון – חשיבות רבה, מתוך ניתוק מסוים משאלת חוקיות ההחזקה.<sup>40</sup> הבחינה צריכה להיעשות לא רק בנוגע לקיומה או להיעדרה של זכות קניינית. המדינה איננה יכולה להחזיק בעמדה שהתמורות הקנייניות שבחוק המוצע, מראשיתן ועד סופן, הן בבחינת חסד שהיא עושה עם

39 בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 642.

40 ייתכן שיש לשים סייגים לעמדה זו. כך למשל במקרה שבו ההחזקה בפועל נעשית בחוסר יושר או מתוך התנהגות רעה. מכל מקום ברור לי שלא ימוץ גישה זו יכולות להיות השלכות מרחיקות לכת בהקשרים עתידיים שהיא עשויה לחול בהם. אדגיש על כן כי עמדה זו איננה עמדה נורמטיבית-מוסרית שאני קוראת להחלתה, אלא עמדה הנובעת מתוך קריאת עמדתו של בית המשפט העליון בבג"ץ המועצה האזורית חוף עזה (לעיל ה"ש 21). כמו כן, כפי שעלה מהניתוח לעיל בעניין התכלית הראויה, ייתכן שבשים לב לתכליות חברתיות שעוצמתן עולה על זו שבתכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון תותר פגיעה קשה יותר בזכויות מוגנות.

האוכלוסייה הברואית. גישה זו יש לשרש, שכן חלחולה אל הסדרי החוק השונים פוגם בהם באופן אינהרנטי.

העולה מכל האמור הוא שככלל, אמת המידה לביקורת החוק המוצע צריכה להיות דומה לאמת המידה שהונהגה לביקורת חוק יישום תכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון. שני החוקים נבחנים באותה מסגרת חוקתית, ולהבדלים המסוימים בזכויות הקניין של קבוצות המטרה לא צריכה להיות משמעות רבה, למעט בנוגע להיקף התמורות. בדברים שלהלן אעמוד על כמה הקשרים שנתבעים בהם שינויים מכוחה של גישה זו.

## ג. מהסדר להסדרה: עקרונות הצעת החוק

### (1) כללי

#### I. תביעות הבעלות

את הברואים ביישובים הבלתי מוכרים בנגב ניתן לחלק לשתי קבוצות עיקריות: (א) תובעי בעלות; (ב) מחזיקי קרקע שאינם תובעי בעלות.<sup>41</sup> הצעת החוק הנידונה מבקשת לטפל בשתי קבוצות אלה בכלים דומים אך בשינויים מסוימים.

**תובעי הבעלות** הם אלה אשר הגישו תזכירי תביעה במסגרת הליכי הסדר הזכויות במקרקעי הנגב הצפוני שהוכרזו ביום 2.5.1971, או יורשיהם. הסדר זכויות במקרקעין הוא הליך ציבורי המוביל לרישום המחייב של מקרקעין בספרים המנוהלים על ידי המדינה. במדינת ישראל מרבית המקרקעין, יותר מ-98%, נרשמו לאחר הליכים של הסדר זכויות במקרקעין.<sup>42</sup> מרבית המקרקעין

41 המחזיקים בזכויות במקרקעין ביישובים המוכרים בנגב נמנו בעבר עם אחת משתי הקבוצות האמורות.

42 לפי נתוני מינהל מקרקעי ישראל לשנת 2012, סך כל המקרקעין אשר טרם הוסדרו הוא 410,000 דונם מתוך שטחה הכולל של ישראל (כ-21.65 מיליון דונם, לא כולל שטח ים המלח, שאף הוא מוסדר). מינהל מקרקעי ישראל "דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2012" 73 (מס' 52, 2013): [www.mmi.gov.il/Osh/Aspx/DownloadTofes.aspx?Maarechet=71&TofesId=%20325&UserId=-1&RO=true](http://www.mmi.gov.il/Osh/Aspx/DownloadTofes.aspx?Maarechet=71&TofesId=%20325&UserId=-1&RO=true). השנים 2010 ו-2011 היו פוריות מאוד מבחינת קצב הסדרת המקרקעין – 133,602 דונם ו-125,303 דונם בהתאמה הוסדרו בהן, כעולה

שטרם הוסדרו נמצאים בנגב,<sup>43</sup> ובעניינם עוסקת הצעת חוק זו. עם ההכרזה על פתיחה בהליך הסדר זכויות בנוגע למקרקעין מסוימים ("הודעת הסדר", בלשון פקודת ההסדר), על כל תובע מקרקעין בשטח שהוכרז להתייזב ולהגיש את תזכיר תביעתו לפקיד ההסדר.<sup>44</sup> בתקופה הקובעת להגשת תביעות במקרקעי הנגב הצפוני, בשנים 1971–1979, הוגשו על ידי הכרואים כ-3,220 תזכירי תביעות, שהקיפו שטח של כ-776,856 דונם (להלן: שטח התביעות המקורי). עד אמצע שנות האלפיים נמנעה המדינה במכוון מלהגיע להכרעה משפטית במרבית תביעות אלה (מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם התכליות האובייקטיביות של דיני ההסדר),<sup>45</sup> והמקרים שהוסדרו היו מעטים יחסית, לרוב בעקבות הגעה לפשרה עם המדינה. פשרה זו, שהמדינה מתייחסת אליה כאל "לפנים משורת הדין",<sup>46</sup> הייתה במתווה שנקבע בשנות השבעים של המאה הקודמת על ידי "ועדת אלבק"<sup>47</sup> ועבר שינויים מסוימים עם הזמן – מתן קרקע בשיעור חלקי משטח התביעה (לתביעות המתייחסות לחלקות החל בגודל מסוים), בצד פיצוי כספי לפי ערכים קבועים.<sup>48</sup> נכון לשנת 2007 הוסדרו בפשרה או על פי פסיקת בית המשפט כ-18%

---

מדוחות שנתיים של האגף לרישום והסדר מקרקעין לשנים 2010 ו-2011: [www.justice.gov.il/MOJHeb/HagafLrishomMekakein/Statistika/stat\\_klali.htm](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HagafLrishomMekakein/Statistika/stat_klali.htm) (לעומת, לדוגמה, 144,238 דונם שהוסדרו בשנים 2005–2009, למעט שנת 2006. ראו רונית לויץ-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה: זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" עיוני משפט לד' 183, 216, ה"ש 126 [2011]).

- 43 שם, בעמ' 216.
- 44 סעיף 17 לפקודת ההסדר.
- 45 ראו חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** 267 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2000).
- 46 Yael, **לעיל** ה"ש 5, בעמ' 11. הנוסח המעודכן ביותר של הסדר הפשרה הוא החלטה 1282 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל "מחירי קרקע פיצויים ומגרשי בניה לכרואים בנגב" (3.6.2013), המחליפה את החלטה מס' 1028 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל "מחירי קרקע ופיצויים ומגרשי בניה לכרואים בנגב" (2.5.2008).
- 47 משרד המשפטים "דו"ח מסכם של צוות המומחים לעניין הסדר מקרקעין איזור הסייג והנגב הצפוני" (1975) (הידוע בכינויו "דוח אלבק" או "ועדת אלבק"); ראו גם יפתחאל, קדר ואמארה, **לעיל** ה"ש 7, בעמ' 50–53.
- 48 החלטה מס' 1282 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, **לעיל** ה"ש 46.

כ־205,670 דונם) משטח התביעות המקורי וביחס לכ־12% מן התביעות (380 תביעות);<sup>49</sup> ולפי נתון נוסף מיוני 2008, נותרו להסדר אז 2,749 תביעות בשטח כולל של כ־76% (592,000 דונם) משטח התביעות המקורי.<sup>50</sup> מאמצע העשור הראשון של שנות האלפיים שינתה המדינה כיוון והחלה לפעול באינטנסיביות יחסית לשם הגעה להכרעה בתביעות אלה,<sup>51</sup> בשימוש בטקטיקה של הגשת תביעה נוגדת מטעם המדינה,<sup>52</sup> שמשמעה המעשי הוא

- 49 נתוני פקיד ההסדר שנמסרו לוועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13-14.
- 50 נתוני מינהלת הברווים שנמסרו לוועדת גולדברג, שם, בעמ' 14. השוו לנתונים המובאים במאמרה של חבצלת יהל "הסדרת מקרקעין בנגב" רשימות בנושא הברווים 38, 54 (2006), ולנתוני אלי עצמון "המדיניות ליישוב הברווים בנגב" הברווים בנגב: אתגר אסטרטגי לישראל 50 (עורך מדעי ד"ר ראובן פדהצור, מרכז ש. דניאל אברהם לדיאלוג אסטרטגי, 2013): [www.fnst-jerusalem.org/beduim.pdf](http://www.fnst-jerusalem.org/beduim.pdf).
- 51 Yael, לעיל ה"ש 5, בעמ' 5; החלטת ממשלת ישראל מס' ערב/15, "התכנית לטיפול במגזר הברואי בנגב – נוסח מתוקן של החלטה מס' 216 (ערב/1) מיום 14.4.2003, הכולל את התיקונים שאושרו בהחלטה מס' ערב/14 מיום 17.9.2003 (17.9.2003), בפרט סעיף 3 שלה.
- 52 כך למשל, ממרץ 2004 עד אפריל 2005 הוגשו כ־130 תביעות נוגדות על שטחים בהיקף של כ־85,000 דונם, ומתוכן כ־50 הועברו על ידי פקיד ההסדר לדיון ולהכרעה בבית המשפט המחוזי. דברי ההסבר להחלטה מס' 1028 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 46; החלטת ממשלה מס' ערב/15, לעיל ה"ש 51. לא ברור לי בשלב זה כיצד בוצע הדבר מבחינה פורמלית־משפטית, בהתחשב בכך שחלפו כ־30 שנה מהמועד הקובע להגשת תזכיר תביעה. אמנם סעיף 22 לפקודת ההסדר קובע כי זכויות המדינה במקרקעין ייחקרו ויוסדרו בין שנתבעו רשמית ובין שלא, וסעיף 37 לפקודה קובע כי פקיד ההסדר רשאי להוסיף תביעה חדשה ללוח התביעות כל עוד לא הוסדרו התביעות לזכויות באותו גוש, אם הייתה לעיכוב סיבה סבירה, וכי ההוספה לא תפגע בהתנגדויות לאותה תביעה או בכירורן של תביעות אחרות, אך (א) אין בכך כדי להאריך את התקופה הקובעת להגשת תזכיר תביעה באופן שחל על המדינה בלבד; (ב) התעכבות משך שנים רבות מלקיים את הסדר הזכויות ואחר כך הגשת תביעה נוגדת נדמת כהתנהגות בלתי הוגנת; (ג) וזו הטענה העיקרית, בשתיקת המדינה, במקרים מסוימים, יש לראות משום מניעות מהעלאת טענת זכות נוגדת עם חלוף הזמן. הגשת תביעה נוגדת 30 שנה לאחר המועד הקובע עומדת בסתירה לכלל מעין השתק זה. ראו בהקשר זה הסברי על עקרון מחילת המדינה בהליכי הסדר זכויות במקרקעין וטענתי כי בהתאם לפרקטיקה הנוהגת בהסדר זכויות בחלקי ארץ אחרים (ירושלים, בגליל), החזקה ללא עיבוד במקרקעין עירוניים או מבונים מביאה את המדינה לעתים למחול על זכויותיה ולהכיר בזכויות הפרט. ראו לוי־שנור דיני רישום מקרקעין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 197-201.

העברת ההכרעה בשאלת הזכויות בחלקה שבעניינה ישנן תביעות נוגדות לכית המשפט המחוזי (בבאר שבע, במקרה זה). לפי נתון מראשית שנת 2011, בשנים שקדמו למסירת הנתון נחלו תובעי הבעלות הפסד מוחץ בבית המשפט ביותר מ-200 מקרים (הנוגעים ליותר מ-40,000 דונם)<sup>53</sup> – לרוב בלי שטרחו להתייצב להליך. לפי נתוני האגף לרישום והסדר מקרקעין, בשנים 2010 ו-2011 הוסדרו בנגב 257,131 דונם, וניתן להניח כי מרביתם, אם לא כולם, מקרקעין שבעניינם הוגשו תזכירי תביעה מצד הברואים.<sup>54</sup> לפי המפורט בהצעת החוק, נותרו כיום כ-2,900 תביעות הנוגעות ל-12,000 תובעים.<sup>55</sup> נדמה שנתון זה אינו מדויק, שכן לכל הפחות הוסדרו עד לשנת 2011, 671 תביעות<sup>56</sup> וכן מספר רב של תביעות נוספות בשנת 2011 ולאחריה, היינו נותרו לכל היותר, 2,549 תביעות. להערכתי, על בסיס ניתוח דוחות האגף לרישום והסדר מקרקעין ונתוני מינהל מקרקעי ישראל,<sup>57</sup> אדמות הנגב שטרם הוסדרו מחזיקות 269,931 דונם בלבד. כלומר,

53 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15 (מתבססים על הרצאתו של אילן ישורון מיום 20.2.2011).

54 ראו הדוחות השנתיים של האגף לרישום והסדר מקרקעין לשנים 2010 ו-2011, לעיל ה"ש 42.

55 המבוא לדברי ההסבר להצעת החוק.

56 ראו לעיל בה"ש 50 ו-53.

57 להלן תמצית הניתוח שערכתי בהתבסס על המקורות המפורטים לעיל בה"ש 42:

לוח 1: נתונים ערכניים בנוגע להיקף הסדר המקרקעין בישראל – עיבוד והערכה על בסיס דוחות שנתיים של האגף לרישום והסדר מקרקעין ומינהל מקרקעי ישראל (ברונמים)

סך הכול	לא נגב	נגב	
884,193.00	154,193.00	730,000.00	שטחים שטרם הוסדרו לפי דוח אגף ההסדר 2004
-144,238.00	-6,971.00	-137,267.00	שטחים שהוסדרו לפי דוחות אגף ההסדר 2009-2005, למעט שנת 2006
-55,716.00	-2,829.00	-52,887.00	הערכה ל-2006 היחס בין נגב ללא נגב חושב על בסיס ממוצע השנים 2005-2009, ללא 2006 (הדוח חסר)
-133,601.90	-1,195.00	-132,406.90	שטחים שהוסדרו לפי דוח אגף ההסדר לשנת 2010
-125,302.88	-578.00	-124,724.88	שטחים שהוסדרו לפי דוח אגף ההסדר לשנת 2011
-15,333.00	-2,550.00	-12,783.00	שטחים שהוסדרו לפי דוח אגף ההסדר לשנת 2012
410,001.22	140,070.00	269,931.22	סך הכל נותרו להסדר



טרם הוכרע מעמדם של כ-34.75% בלבד משטח התביעות המקורי.<sup>58</sup> במילים אחרות – בכך-65.25% מהמקרים הוסדרו המקרקעין שנתבעו על ידי הבדואים, ובכל המקרים נרשמו על שם המדינה (או, אם גובשה בעניינם פשרה, על שם תובע הבעלות).<sup>59</sup>

הפסדם של תובעי הבעלות בכל המקרים שהושלמו בעניינם הליכי ההסדר נובע לא רק מאי-התייצבות לדיון בבית המשפט ומחוסר הלגיטימציה שהם מעניקים לבית המשפט: אי-ההתייצבות וחוסר הלגיטימציה הם פועל יוצא, בין השאר, של העמדה הרווחת שאין לבדואים כל סיכוי בבית המשפט. עמדה זו היא תוצאתה המובהקת של הלכת אל הואשלה.<sup>60</sup> סטייה מגישה זו באה לידי ביטוי בהליכים שמנהלים בשנים האחרונות נורי אל-עוקבי ובני משפחתו, יורשי סלימן אל-עוקבי. התדיינות משפטית עקרונית זו מבקשת לערער את יסודותיה של ההלכה המשפטית, והיא נידונה כעת לפני בית המשפט העליון.<sup>61</sup>

תובעי הבעלות עצמם נחלקים לשלוש קבוצות: (א) המחזיקים בפועל בקרקע שהם תובעים (לרוב מי שישבו באזור הסייג מלפני קום המדינה); (ב) התובעים קרקע אשר הם ובדואים אחרים אינם מחזיקים בה היום, מרביתם מפוני פנים (היינו, נדרשו להתפנות מהמקום שהם טוענים לזכויות עליו אל אזור הסייג); (ג) התובעים קרקע המוחזקת בידי בדואים אחרים.<sup>62</sup> תובעי בעלות אשר ניתן

58 הנחתי היא שבמקרקעי הנגב שטרם הוסדרו ישנן תביעות לבעלות, שאם לא כן היו הליכי ההסדר לגביהם מושלמים זה מכבר, ולכן שכל יתרת המקרקעין שטרם הוסדרו בנגב כלולים בשטח התביעה המקורי. שאר המקרקעין שטרם הוסדרו, בהיקף של כ-140,070 דונם, נמצאים בירושלים, ובפרט במזרחה, וכן במרכזי ערים אחרות. ראו לויין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה", לעיל ה"ש 42.

59 ראו למשל סעיף 2.2 להחלטה מס' 1282 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 46; דוח בגין בסיום מהלך ההקשבה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8. לפי נתוני דוח גולדברג (לעיל ה"ש 2, בעמ' 13-14), במרוצת השנים הוסדרו 150,000 דונם בהסדרי פשרה. אין בידי נתון על היקף השטח שנרשם בבעלות תובעים בדואים בעקבות הסדרי פשרה. ראו גם יהל, לעיל ה"ש 50, בעמ' 54; יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 53.

60 ראו לעיל בה"ש 7; עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 7. כן ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (1999).

61 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 7.

62 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13.

פסק דין על פי פקודת ההסדר בדבר טענותיהם בעניין חלקה שנתבעה על ידם או שהגיעו להסכם עם המדינה בדבר טענותיהם לפני תחילתו של החוק המוצע, אינם נחשבים תובעי בעלות לצורך החוק.<sup>63</sup>

**מחזיקי קרקע שאינם תובעי בעלות הם כל אותם הכרואים אשר אינם מתגוררים ביישובי קבע בהתאם להקצאה של מינהל מקרקעי ישראל מחד גיסא, ואינם תובעי בעלות מאידך גיסא. הסיבה להיעדר תביעת בעלות מצדם אינה נוגעת בהכרח להיעדר טענה בדבר בעלות בקרקע; אולם מבחינה עובדתית אין חולק כי לא הגישו תביעת בעלות לפי פקודת ההסדר במועד הקובע.<sup>64</sup>**

## II. עיקרי ההצעה

הצעת החוק מבקשת לגרום לכך שהאוכלוסייה הכרואית בנגב תתיישב מחדש במקומות יישוב שיתרו לה על בסיס כללי ופרטני ושייקבעו בהתאם לשיקולים תכנוניים, קניינים ואחרים, שאינם מפורטים באופן מלא בהצעת החוק.<sup>65</sup> בכל שאר חלקי הנגב יוחלו הסדרים המתירים למדינה לבצע פינוי פלישות באופן מהיר, גורף ופשוט מבחינה משפטית ומתוך שלילת כל טענת זכות לקרקע שלא הוקצתה על ידי המדינה או שבית המשפט לא הכריע במפורש כי היא לתובע. כדי להביא לכך, ההצעה ממסדת את מסלול הפשרה של "לפנים משורת הדין" והופכת אותו (בהבדלים מסוימים) לזכות מן הדין, למי שמבקשים להסדר כך את תביעת הבעלות שלהם ועומדים בתנאים שנקבעו בהצעה. בד בבד ההצעה מציבה מגבלת זמן קשיחה לאפשרות לממש פסק דין הקובע זכות בקרקע במקרה של זכייה בתביעה לפי פקודת ההסדר, וזכות זו מתבטלת אם לא ננקטה על ידי התובע במועד הרלוונטי פרוצדורה מסוימת הנקובה בחוק.<sup>66</sup> אף שהצעת החוק הופכת את מנגנון הפשרה הקיים היום לזכות מן הדין, היא מנוסחת כולה בהתאם לגישה כי לכרואים אין זכויות במקרקעין. כך למשל, על תובע שנקבע בעניינו כי הוא זכאי לקבל קרקע בתמורה לתביעתו, לחתום על הסכם ל"רכישתה" ולהיות

63 סעיף 29(ב) להצעת החוק.

64 לצורך מחקר זה איני מתייחסת לטענות בנוגע לכשרות הליכי ההסדר.

65 ראו בעניין זה גם האמור להלן בה"ש 230 ובטקסט הנלווה.

66 סעיף 67 להצעת החוק.

כפוף למס רכישה.<sup>67</sup> כמו כן, ההצעה קובעת את תנאי הקצאת הקרקע בהתיישבות קבע, שתניתן לכל מחזיק שאינו תובע בעלות, ובכך ממסדת את הסדרי הקצאת הקרקעות לברואים.<sup>68</sup> ההצעה אף קובעת, כאמור, הסדרים מרחיקי לכת בנוגע לסמכויות פינני.<sup>69</sup> היא אינה כוללת פיצוי כספי בגין עצם הצורך בפינני בהליכים מזורזים ובהתאם לתכנית היישוב מחדש, למעט סיוע כספי לצורך העתקת מקום המגורים ופינני המחוברים, ששיעוריו ותנאיו ייקבעו בעתיד בתקנות;<sup>70</sup> ואינה מתייחסת לנושא היישוב מחדש מתוך שימור הקהילה הקיימת. הצעת החוק אינה מתייחסת, אם כן, להיבטים רבים הנוגעים להתיישבות מחדש, והיא אינה מציעה כלים קונסטרוקטיביים לצורך הגשמת התכלית הרחבה הנקובה בהצעה של פיתוח הנגב לכלל תושביו.<sup>71</sup>

הצעת החוק קובעת כי ב"מרחב ההסדרה", שהוא כל שטחה הדרומי של מדינת ישראל (מאזור קריית גת ודרומה),<sup>72</sup> יכריז ראש הממשלה על "אזורי הסדרה", ולפי תיקון שהוכנס להצעת החוק בעת הצגתה לקריאה ראשונה – הוא יורה על אזורי ההסדרה בתוך ארבע שנים ממועד כניסת החוק לתוקף.<sup>73</sup> בחלוף חמש שנים מיום תחילתו של החוק, לכשיאושר, או בחלוף שלוש שנים מיום

- 67 סעיפים 51(5), 66(ב)(1) ו-78 להצעת החוק. ראו גם להלן בה"ש 151.
- 68 למצב הקיים ראו החלטה מס' 1282, לעיל ה"ש 46. סעיף 59 להצעת החוק. המונח "התיישבות קבע" הננקט בסעיף 59(א)(1) אינו מפורש בגוף ההצעה. **הצעת תיקון:** יש להגדיר את המונח "התיישבות קבע" או להסירו מסעיף זה. השאלה המהותית היא אם "התיישבות קבע" כוללת את היישובים שיוכרו ככאלה בעקבות פעילות ועדת התמורה לפי החוק המוצע. ראו להלן, בתת-פרק ד(2).
- 69 פרק ט' להצעת החוק.
- 70 סעיפים 52(ג) ו-59 להצעת החוק, וראו להלן בה"ש 149 ו-170. השוו להסדרי הפיצוי שבחוק יישום תכנית ההתנתקות.
- 71 סעיף 1(2) להצעת החוק.
- 72 ראו הגדרת "מרחב ההסדרה" בסעיף 2 להצעת החוק.
- 73 התיקון הוכנס בעל פה לסעיף 66 להצעת החוק לאחר דין ודברים עם סיעת הבית היהודי, ועל הוספתו מסר שר הרווחה מאיר כהן בעת הצגת הצעת החוק במליאת הכנסת לקריאה ראשונה. לא ניתן היה לאתר את נוסח התיקון המוצע, ויש להניח כי עניינו יזכה בתשומת לב בעת הדיונים בוועדת הפנים והסביבה בעניין. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 44 של הכנסת ה-19 (24.6.2013), עמ' 107, עמ' 180. כן ראו חוקי עזרא וישי קרוב "המחטף של נתניהו שנמנע על ידי הבית היהודי" ערוץ 7 (24.6.2013):

התחילה של ההכרזה על אזור הכרזה לגבי אותו אזור, לפי המוקדם, יגיע מועד "תום תקופת ההסדרה"<sup>74</sup>. הסדרים שונים נקבעו בעניין תקופת ההסדרה ולאחריה בנוגע לתובעי הבעלות ולמי שאינם תובעי בעלות.

בעניין תובעי הבעלות – כאמור, מי שהגישו תזכירי תביעה לפי פקודת ההסדר, בשנים 1971 ו-1979<sup>75</sup>, בין שהמדובר בתובע הבעלות המקורי, מגיש

---

www.inn.co.il/News/News.aspx/258083 (האמור שם אינו תואם את הסכרו של שר

הרווחה בנוגע לתיקון כפי שהוצג במליאת הכנסת).

74 סעיף 66(ב) להצעת החוק. **הצעת תיקון**: הקביעה שמועד תום תקופת ההסדרה יהיה חמש שנים מיום תחילתו של החוק או שלוש שנים מיום התחילה של הכרזה באזור מסוים לפי המוקדם, בשילוב עם ההצעה המפורטת לעיל כי אזורי הסדרה יפורסמו בתוך ארבע שנים ממועד כניסת החוק לתוקף לכל המאוחר, עשויה להביא לידי כך שתיתן שנה בלבד לשם השלמת הליכי ההסדרה בטרם יגיע מועד תום תקופת ההסדרה. בשים לב לכך שלפי סעיף 60 להצעת החוק עומדת לכל תושב שאינו תובע בעלות הזכות להגיש בקשה לקבלת מגרש מגורים בתוך 11 חודשים מיום התחילה של הכרזה, ולפי סעיפים 30 ו-31, פרק הזמן למועד הקובע לאישור תביעה לגבי תובעי בעלות הוא תשעה חודשים מיום פרסום ההודעה על תביעות שתפורסם בתוך שישים יום מיום התחילה של הכרזה (סך הכול 11 חודשים גם כן), תוצאת סעיף 66(ב) שתיתן שנה בלבד להשלמת ההליכים לפני שיבוטלו הזכויות בחלקות הנתבעות היא אבסורדית, שכן אין ספק כי ועדת תמורה אינה יכולה להשלים את עבודתה בפרק זמן של חודש אחד. כמו כן, הקביעה שהוראת סעיף 66(ב) תחול גם על כל חלקה נתבעת באזור שההכרזה עליו בוטלה לפי סעיף 73 להצעה, עשויה להביא לתוצאה אבסורדית אף עוד יותר, שכן גם אם יתווסף התיקון שעליו הודיע שר הרווחה בשיבת מליאת הכנסת, אם בוצעה הכרזה על אזור מסוים בתוך ארבע שנים ממועד כניסת החוק לתוקף, אולם לאחר מכן ההכרזה בוטלה, עדיין יחול עליה כלל ההקניה הגורף למדינה המפורט בסעיף 66(ב) להצעה. אף לא ברור מדוע יש כלל להורות על ביטול זכויות בחלקות נתבעות אם השליטה על מועד ההכרעה בזכויות מסורה לידי צדדים שלישיים שהם אינם התובעים – בין שהמדובר בבית המשפט ובין שהמדובר בוועדת תמורה. מוצע על כן לבטל את ההוראה הנוגעת לתום תקופת ההסדרה ולהסתפק בהוראה שאזורי הסדרה ייקבעו בתוך פרקי זמן סבירים, ככל שפרסום ההכרזה יאפשר להשיג את מטרות החוק באותו אזור, ברוח האמור בסעיף 73 להצעה.

75 סעיף 28 להצעת החוק. תזכיר תביעה של המדינה, הקרן הקיימת לישראל או רשות הפיתוח אינו צריך לעמוד בתנאי זה כדי שאלה ייחשבו תובעים מקוריים. ראו ביקורתי על הארכת המועד להגשת תביעות נוגדות, לעיל ה"ש 52; כתובע מקורי ייחשב אף,

התביעה, או בחליפיו או חליפי חליפיו, הכוללים את מי שהועברו אליהם לפי חוק או לפי הסכם זכויותיו של תובע בעלות מקורי או יורשיו על פי דין, אם לא ניתן צו ירושה או צו קיום צוואה עד למועד הקובע לאישור תביעה,<sup>76</sup> ובלבד שלא הוצאו מתחולת החוק בשל כך שניתן פסק דין על פי פקודת ההסדר בעניינם באשר לחלקה הנתבעת או שהגיעו להסכם עם המדינה בעניין טענותיהם ביחס לחלקה הנתבעת<sup>77</sup> – חל ההסדר שיתואר להלן.

באזור שנקבע כ"אזור הסדרה מוכרז" יהיה על פקיד ההסדר לפרסם בתוך שישים ימים מיום התחילה של הכרזה על האזור הודעה על תביעות, שתכלול תשריט של אזור ההסדרה המוכרז, שיסומנו בו החלקות הנתבעות ופירוט של תובעי הבעלות ביחס לכל חלקה נתבעת.<sup>78</sup> עם פרסומה של הודעה זו, ובתוך תשעה חודשים, על כל תובע בעלות הנכלל בהודעה להודיע לפקיד ההסדר על רצונו ב"אישור התביעה" (ראו יכונה "תובע מאשר") או על רצונו ב"בירור התביעה".<sup>79</sup> אם רצונו באישור התביעה, המשמעות היא שהוא יופנה למסלול

---

לפי סעיף 28(ב)-(ג) להצעת החוק, מי שהגיש תזכיר תביעה לגבי קרקע שבמרחב ההסדרה בתוך התקופה הקובעת (1971-1979), אף כי הקרקע נושא תזכיר התביעה הוסדרה בטרם הגשתו, ופקיד ההסדר אישר את קבלת תזכיר התביעה וכלל אותו בקובץ התביעות שנערך ביום 24.10.1979, וכן מי שהגיש לפקיד ההסדר תביעת בעלות לגבי קרקע שבמרחב ההסדר לפני התקופה הקובעת ותביעתו הוכרה וטופלה כתזכיר תביעה על ידי פקיד ההסדר במהלך התקופה הקובעת. **הצעת תיקון:** מוצע לפרסם, עם אישור החוק, את קובץ התביעות האמור ואת רשימת התביעות העונה לקריטריון הקבוע בסעיף 28(ב)(2) להצעת החוק, באתר האינטרנט של הרשות להסדרת התיישבות הברואים בנגב ובכל מקום מתאים אחר, על מנת להגביר את השקיפות והודאות ולאפשר זמן תגובה מרבי למי שרואים עצמם נפגעים מהאמור במסמכים אלה.

76 סעיף 29 להצעת החוק. **הצעת תיקון:** מוצע להוסיף בסעיף 29(א)(1) את המילים "או לפי צוואה"; ובסעיף 29(א)(2) מוצע לתקן ל"מי שביום פטירתו של תובע הבעלות היו יורשיו על פי דין".

77 סעיף 29(ב) להצעת החוק.

78 סעיף 30 להצעת החוק. ראו הגדרת "חלקה נתבעת" בסעיף 2 להצעת החוק. על משקלה הראיתי של ההודעה ראו סעיף 77 להצעת החוק.

79 סעיף 31 להצעת החוק. בתקופת הביניים, מיום ההכרזה על אזור הסדרה ועד למועד הקובע לאישור, נקבע כי לא תיעשה כל פעולה לפי פקודת ההסדר (סעיף 74 להצעת החוק). **מוצע לתקן** הוראה זו ולהחריג התדיינות משפטיות מכללה, אם הסכים תובע

התמורות שנקבע בהצעת החוק. אם רצונו בכירור התביעה, המשמעות היא שהוא יופנה לבית המשפט לכירור תביעתו לפי פקודת ההסדר, לשם הכרעה בזכויות הנתבעות בינו לבין מדינת ישראל, וייתכן שאף מול תביעה פרטית נוגדת, אם ישנה כזו. הודעה כזאת יש להגיש ביחס לכל חלקה נתבעת.<sup>80</sup> ביקש תובע בעלות לברר את תביעתו לפי פקודת ההסדר, תועבר התביעה לכירור שיפוטי בתוך 120 מהמועד הקובע לאישור.<sup>81</sup> הצעת החוק מאפשרת לתובע בעלות להגיע כך באופן ישיר לבית המשפט לשם הכרעה לפי פקודת ההסדר, דבר שאיננו אפשרי היום, שכן הסמכות להפנות סכסוכים בגין תביעות סותרות מסורה לפקיד ההסדר או נתונה בידי כל התובע זכות במקרקעין, אך רק לאחר שפקיד ההסדר מפרסם "לוח זכויות".<sup>82</sup>

בסעיפים הבאים בפרק זה יידונו במפורט ההסדרים שבהצעת החוק והליקויים שיש בהם. על מנת להקל על הקוראים תובא להלן תמצית העניינים העיקריים הנידונים בו:

---

הבעלות הפרטי כי הדיון בתיק ימשיך; שכן אין לראות טעם מדוע נכון לפגוע בהליכים משפטיים שתחילתם לפני חקיקת החוק וההכרזה על אזור ההסדרה, במקרה שהתובע הפרטי אינו מתנגד לכך ורצונו במיצוי טענותיו. ככל שנקבע בהצעה כי הליכי כירור תביעה לפי פקודת ההסדר אין בהם כדי לעכב הליכי הסדרה לפי החוק (סעיף 68(א) להצעת החוק), ראוי גם כי הליכי ההסדרה לא יעכבו הליכים לפי פקודת ההסדר.

80 סעיף 31(א) סיפא להצעת החוק. **הצעת תיקון:** על מנת להקל על התובעים, ובשים לב לאפשרויות המחשוב העומדות לפני פקיד ההסדר, מוצע להתיר הגשת הודעה או בקשה אחת, לפי זהות האדם, שתכלול את רשימת החלקות הנתבעות. בהקשר של הקלת התנאים עם מאשרי הבקשות, מוצע כי בטופס 1 לתוספת השנייה להצעת החוק, שהוא טופס ההודעה על אישור תביעה, תיכלול רשימת המסמכים שיש לצרף ותימחק הדרישה להצהיר על כך שתנאי ההסדרה שבחוק ברורים למבקש להצטרף, אלא אם כן תיקבע חובת הסבר על תנאי החוק שתוטל על הרשות. כנ"ל לגבי טופס 5.

81 סעיף 35(א) להצעת החוק.

82 ראו סעיפים 43 ו-59 לפקודת ההסדר. סוגיית הסמכות לכירור תביעות שהותחל בענייני הליך הסדר, אך פקיד ההסדר לא מעביר לבית המשפט ולא מפרסם לגביהן לוח זכויות, נידונה בימים אלה בע"א 644/10 עזבון רווידאן נ' נג'אר (תלוי ועומד). לטענתי שכל התובע זכות במקרקעין זכאי לדרוש מפקיד ההסדר שיפעיל את סמכותו לפי סעיף 43 לפקודת ההסדר ויעביר את הסכסוך לבית המשפט, ראו לוי-שנור דיני רישום מקרקעין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 168.

- הקושי שבתבחינים שבהצעת החוק להבחנה בין שיעור התמורה בקרקע (להבדיל מתמורה בכסף) לתובעים ששיעור האישור של תביעתם (בידי שותפיהם לתביעה) ביחס לחלקה נתבעת הוא 50% ומעלה, לבין שאר התובעים, ולתובעים מחזיקים לעומת תובעים שאינם מחזיקים בקרקע הנתבעת.
- הצורך בשיפור הנגישות של ההסדרים הקבועים בחוק. למשל, לפרסם את רשימת התביעות מיד עם חקיקתו; לאפשר הגשת הודעה מרוכזת בנוגע לכל החלקות הנתבעות.<sup>83</sup>
- הקושי בכך שהליכים משפטיים תלויים ועומדים מעוכבים לפי ההצעה לתקופה של תשעה חודשים מעם הכרזה על אזור הסדרה.
- הצורך לאפשר לתובעי בעלות לבחור במסלול הבירור השיפוטי לאחר שייוודע להם מהי התמורה שתינתן להם במסלול התמורות.
- הצורך לקבוע כי בית המשפט המוסמך לכל דבר ועניין הנוגע להצעת חוק זו הוא בית המשפט המחוזי, ולא ליצור פיצול בין בית משפט זה לבית המשפט לעניינים מינהליים, שלו מוענקות סמכויות מסוימות בהצעת החוק.
- הקושי שבהגבלת סמכותו של בית המשפט לתת צווי ביניים בהליכים לפי פקודת ההסדר. יש לשמור על סמכותו בכל העניינים הנוגעים להסדר זכויות (כמו למשל במחלוקת על תיחומה של חלקה נתבעת).
- הצורך לקבוע כי שטחה של חלקה המיוחסת לתובע לצורך תמורה, שהוא חלקם היחסי של התובעים המאשרים בכלל החלקה, ייקבע מתוך השטח הטוב ביותר בחלקה הנתבעת (או לפחות החלק הממוצע); והצורך לקבוע שתינתן כתמורה קרקע הדומה בתכונותיה לשטח שיוחס לתובע, ולא רק ביחס לתכונותיה החקלאיות של החלקה.
- הצורך במתן אפשרות לתובע להישמע קודם לקביעת קרקע התמורה, וההכרח להתחשב גם בדעתו בעת קביעת מיקום החלקה בתמורה ומגרש המגורים בכלל זה.

83 היבטים נוספים של שקיפות וכן היבטים של ייצוגיות נידונים בפרק הבא, בתת-פרק ד(1)(ו).

- הקושי שבהתניית קבלת התמורה במסירת קרקע המוחזקת בידי התובע, ובפרט בנוגע להתניית התמורה במסירת קרקע כשהיא פנויה מכל אדם וחפץ שהימצאותם איננה בשליטת התובע.
- הצורך לקבוע כי בכל מקרה שבו לא אושרה תביעה במועד הקובע – היא תתברר בבית המשפט על פי דיני ההסדר. אין לרשום על שם המדינה קרקע כמוסדרת רק בשל חלוף הזמן מהמועד להגשת בקשה לאישור או לבירור.
- הקושי הרב שבסמכויות הפיננסי הנרחבות שנקבעו בהצעה.

## (2) תובעי הבעלות בתקופת ההסדרה

כאשר הוגשה בעניין חלקה נתבעת מסוימת בקשה לבירור תביעה לפי פקודת ההסדר וכן הודעה על אישור תביעה (על ידי תובע בעלות אחר), "ועדת התמורה" הממונה לפי החוק<sup>84</sup> היא אשר תעביר את התביעה לבירור לפני בית המשפט, אם קבעה כי מי שהגיש בקשה לבירור התביעה לפי פקודת ההסדר הוא תובע הבעלות ביחס לחלקה הנתבעת;<sup>85</sup> או שוועדת התמורה מצאה כי הבקשה לבירור התביעה לפי פקודת ההסדר הוגשה בעניין חלק מהחלקה הנתבעת שלגביו אין מחלוקת עם תובעי בעלות אחרים. כיוון ששיטת הבעלות המשותפת בישראל היא מושאע, שמשמעה שלכל שותף בחלקה חלק יחסי בכל חלק מחלקיה,<sup>86</sup> לא ברור מה יחסה של הצעת החוק למצב שבו שניים שותפים בחלקה – אחד מהם מעוניין באישור התביעה במסלול התמורות, והאחר מעוניין בבירור התביעה בבית משפט. לכאורה, הצעת החוק אינה מספקת למצב זה מענה, וראוי לקבוע במפורש כי אם מגיש הבקשה לבירור הוא תובע בעלות, תביעתו תידון בבית המשפט.<sup>87</sup> למעשה, איני רואה כלל את הטעם בכך שהליך ההפניה לבית המשפט במצב של שני תובעים ביחס לאותה חלקה אשר

84 לביקורת על הרכב ועדת התמורה, ראו להלן, בתת-פרק ד(1)(ו).

85 סעיף 38(ה)(1) להצעת החוק.

86 סעיף 27 לחוק המקרקעין.

87 **הצעת תיקון:** למחוק את ה"א היידוע ב"תובע הבעלות" בסעיף 38(ה)(1).



בחירותיהם שונות (תמורות או בית משפט) צריך לעבור דרך ועדת התמורה, ורצוי בעיניי **לשנות הוראה זו**.<sup>88</sup>

ההצעה קובעת כי במצב שבו אין מחלוקת עם תובעי בעלות אחרים, תועבר התביעה לבירור לפני בית המשפט רק לאחר קביעת "השטח המיוחס" של החלקה הנתבעת.<sup>89</sup> "השטח המיוחס" של החלקה הנתבעת הוא שטח הקרקע מתוך חלקה נתבעת אשר ייוחס לתובעים המאשרים, ומיקומו וגודלו הוא סך כל חלקיהם של התובעים המאשרים בחלקה הנתבעת.<sup>90</sup> משנקבע שטח מיוחס לא יוכל עוד שותף בחלקה שביקש לברר את תביעתו בבית המשפט לזכות בחלק זה של החלקה, והדבר מבטא סנקציה על מי שמבקשים לברר את זכותם בבית המשפט.<sup>91</sup> סנקציה נוספת אשר הבחירה במסלול הבירור השיפוטי מטילה על שותפיו של תובע שביקש זאת תידון להלן.

**אם תובע בעלות אינו עושה דבר, היינו, אם אינו מבקש לא אישור ולא בירור, מוחלות עליו ועל שותפיו לתביעת הבעלות בחלקה נתבעת סנקציות. הסנקציה המוחלת עליו היא שאם יינתן פסק דין בהליך לפי פקודת ההסדר בתום תקופת ההסדרה, לא תינתן לו הקרקע אף אם זכה בתביעה. כפי שאסביר להלן, יש לבקר קביעה זו.**<sup>92</sup> הסנקציה המוחלת על שותפיו לחלקה היא שאם שיעור האישור של החלקה הנתבעת, היינו סך שטח כל חלקיהם של תובעים מאשרים בחלקה הנתבעת אשר הגישו הודעה על אישור התביעה עד למועד הקובע

88 **הצעת תיקון:** היינו, יש לדעתי צורך למחוק את המילים "ולא הוגשה הודעה על אישור תביעה לגבי אותה חלקה נתבעת" בסעיף 35(א) להצעת החוק.

89 סעיף 38(ה)(2) להצעת החוק.

90 **הצעת תיקון:** בסעיף 41(א) להצעת החוק יש להניח שב"מיקומו" הכוונה ל"מיקומו" בתוך החלקה הנתבעת בכללותה, ולא במיקומו בערכות הנגב הגדולות. מוצע להבהיר זאת. כמו כן, יש להוסיף בסיפא של סעיף 41(ב) – "חלקי שטח החלקה הנתבעת כולה".

91 סעיף 41(ד) להצעת החוק. חוסר ההיגיון שבקביעה זו נוגע לכך שאין שום קשר בין הגדרת שטח מיוחס לבין המיקום בפועל של הקרקע שתוקנה לתובעים מאשרים הזכאים לתמורה קרקעית (ראו סעיף 46 להצעת החוק). וראו להלן בה"ש 130 ובטקסט הנלווה.

92 ראו להלן, בתת-פרק ג(4).

לאישור חלקי שטח החלקה הנתבעת כולה,<sup>93</sup> קטן מ-50%, יהיו זכאים תובעים מאשרים ביחס לאותה חלקה נתבעת רק ל"תמורה משנית",<sup>94</sup> השונה מן התמורה העיקרית בהיקף שטח התמורה שיינתן בקרקע (להבדיל מפיצוי כספי).<sup>95</sup> כלומר, תובע בעלות עשוי לסכל בהחלטתו שלא לפנות למסלול התמורות, בין משום שהחליט שלא לעשות דבר ובין משום שהחליט לפנות למסלול הבריור המשפטי, את אפשרות קבלת התמורה הקרקעית של שאר שותפיו בחלקה. לא ברור מהי ההצדקה לכך שחוסר שיתוף פעולה או החלטה לפנות לבריור משפטי יפגעו פגיעה גורפת וכוללנית בשותפים לחלקה, ומוצע לבטל סנקציה זו.<sup>96</sup> תובעים מאשרים אינם צריכים להיענש בשל התנהגותם של אחרים, בין שאחרים נמנעים מלפעול ובין שהם מבקשים למצות את זכויותיהם לפי פקודת ההסדר.

אם תובע בעלות משתהה בקבלת החלטה ומאשר את תביעתו לאחר שחלפו חודשיים מהמועד הקובע לאישור, אך לא יותר מ-21 חודשים מהמועד הקובע, וטרם נקבע כי תובע בעלות אחר הוא תובע מאשר ולא הוגשה בקשה לבריור התביעה לפני בית משפט,<sup>97</sup> יהיה תובע מאחר כזה זכאי רק לתמורה משנית, ולאחר פרק זמן זה לא יהיה זכאי כלל לפנות למסלול התמורות.<sup>98</sup>

תובע בעלות שאישר את תביעתו לא יוכל עוד לבררה לפי פקודת ההסדר, ויראו אותו כמי שוויתר על תביעתו לפי פקודת ההסדר.<sup>99</sup> כפי שאראה להלן, בבחירה במסלול התמורות רב הנסתר על הגלוי מבחינת טיב התמורה שתינתן לתובע המאשר: התובע לא יודע מראש מה יהיה גודל השטח שיינתן לו בקרקע (שכן הדבר תלוי בהתנהגות שותפיו לתביעה); מה יהיה מיקומו; ומה יהיה ייעודו. אפשר להניח כי ההצדקה להוראת "אין דרך חזרה" זו, מבחינת הממשלה, היא יעילות אדמיניסטרטיבית, שכן ללא הוראה זו סביר שרבים מאוכלוסיית המטרה

- 93 סעיף 44 להצעת החוק.  
 94 סעיף 46(ג) להצעת החוק.  
 95 סעיף 47 להצעת החוק.  
 96 **הצעת תיקון:** היינו, יש לדעתי למחוק את סעיף 46(ג) להצעת החוק.  
 97 סעיף 31(ה) להצעת החוק. ראו להלן, בתת-פרק ד(1)(ב).  
 98 סעיף 46(ה) להצעת החוק.  
 99 סעיף 65 להצעת החוק. סייג לכך קבוע בסעיף 49(א) להצעת החוק לגבי תובע מאשר בשטח שההכרזה על אזור הסדרה לגביו בוטלה.

יבקשו למצות תחילה את מסלול התמורות ולבחון אם עולה בעיניהם התמורה המוצעת על ויתור על תביעתם לפי פקודת ההסדר.<sup>100</sup> בחוק יישום תכנית ההתנתקות (מחבל עזה וצפון השומרון) נכללה הוראה קרובה בטיבה, שלפיה זכאים לפיצויים יכלו לפנות במסלולי פיצוי סטטוטוריים או לקבלת שומה פרטנית. אולם משבחרו במסלול השומה הפרטנית, לא יכלו עוד לחזור למסלולי הפיצוי הסטטוטוריים.<sup>101</sup> בג"ץ קבע כי התכלית של יעילות ונוחות מינהלית איננה יכולה להצדיק שלילת זכות לפיצויים הסטטוטוריים, שהם תנאי למידתיות הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של הזכאים. בית המשפט התייחס אף לכך ששלילת זכות החזרה מן הבחירה מייצרת הרתעת יתר למפונים רבים אשר יעדיפו, בשל שנתא סיכון, שלא לפנות אל מסלול השומה הפרטנית, אף שיכלו לקבל במסלול זה פיצוי גבוה יותר. מטעמים אלה נקבע כי הוראה זו היא בלתי חוקתית.<sup>102</sup> נראה לי שיש להגיע לתוצאה דומה גם בנוגע לסעיף 65 להצעת החוק דכאן, שכן החלופה של מימוש הזכות הסטטוטורית – בירור התביעה בהליכים לפי פקודת ההסדר, מקבילה היא מבחינה מהותית למסלול הפיצוי הסטטוטורי, וקיומה הוא המבטיח את חוקתיות החוק.<sup>103</sup> נראה על כן כי יש לבטל את סעיף 65 להצעת החוק.

### (3) מסלול התמורות לתובעי הבעלות

כאמור לעיל, באזור שנקבע כ"אזור הסדרה מוכרז" יהיה על פקיד ההסדר לפרסם בתוך שישים ימים מיום התחילה של הכרזה על האזור הודעה על תביעות, שתכלול תשריט של אזור ההסדרה המוכרז שיסומנו בו החלקות הנתבעות

100 גם אם תובע בעלות יפסיד בבית המשפט, הוא יזכה בכבוד ובהערכה השמורים למי שנלחם על זכויותיו. כמו כן, אם הצטרפות למסלול התמורות נתפסת כהפסד (לנוכח המחיר הגבוה שיש בהצטרפות לו) תובעים עשויים להעדיף את הסיכוי, אף הקלוש, של זכייה מלאה וגורפת בבית המשפט. ראו Jeffrey J. Rachlinski, *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, 70 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW 113 (1996)

101 סעיף 37(ה) לחוק יישום תכנית ההתנתקות.

102 בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 637-642. ראו גם אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 526-528 (נבו, 1994).

103 ראו להלן, הדיון בתת-פרק ד(3).

ופירוט של תובעי הבעלות ביחס לכל חלקה נתבעת. עם פרסומה של הודעה זו, ובתוך תשעה חודשים, על כל תובע בעלות הנכלל בהודעה להודיע לפקיד ההסדר על רצונו ב"אישור התביעה" (ואז יכונה "תובע מאשר") או על רצונו ב"בירור התביעה". לאחר פרסום הודעה על תביעות, ובתוך תשעה חודשים, על כל תובע בעלות להודיע אם רצונו באישור התביעה במסלול התמורות או בבירורה בבית המשפט. על התובע לעשות כן במועד הקובע – תשעה חודשים (למעשה 11 חודשים)<sup>104</sup> לאחר פרסום ההודעה על תביעות, ועל ידי מילוי הטופס בצירוף המסמכים הנדרשים בנוגע לכל חלקה.<sup>105</sup> לאחר השלמת פרוצדורה המאפשרת הגשת הערות הציבור (והמדינה) לתיקון ההודעה על התביעות,<sup>106</sup> על פקיד ההסדר להעביר לוועדת התמורה את ההודעה המעודכנת על התביעות.<sup>107</sup> בשלב זה, כך קובעת ההצעה, על ועדת התמורה לקבוע מיהו התובע המאשר באשר לכל חלקה נתבעת ומהו חלקו היחסי בחלקה הנתבעת.<sup>108</sup> קביעה זו מבוססת על הודעות פקיד ההסדר, בכפוף לכך שבמקרי מחלוקת על האמור בהודעה המקורית על תביעות שפרסם פקיד ההסדר, שבאו לידי ביטוי בהגשת "הערה", לוועדת התמורה הסמכות לדון ולהכריע בהם, זולת אם החליטה מיוזמתה להעבירם לבית המשפט בשל צורך בבירור עוברתי או משפטי מורכב או שיש בה קושי מטעם אחר.<sup>109</sup> הועברה ההכרעה במחלוקת לבית המשפט, קובעת ההצעה, אין בכך כדי לעכב קבלת החלטות של ועדת התמורה בנוגע לחלקים אחרים של החלקה הנתבעת שעניינם לא הועבר להכרעת בית המשפט כאמור, אלא אם כן ועדת התמורה קבעה אחרת.<sup>110</sup> בכך, לכאורה, קובעת ההצעה

- 104 בהתחשב בכך שכתובע מאחר ייחשב מי שאישר את התביעה בחלוף חודשיים מהמועד הקובע לאישור ולא יותר מ-21 חודשים מהמועד הקובע לאישור, לפי סעיף 46(ה) (1) להצעת החוק. אך במצב זה עשויים הוא ושותפיו בחלקה להיפגע בנוגע לחישוב התמורה – סעיפים 46(ד)-(ה) להצעה.
- 105 ראו לעיל בה"ש 80.
- 106 סעיפים 32-33 להצעת החוק.
- 107 סעיף 34 להצעת החוק.
- 108 **הצעת תיקון:** בסעיף 37 להצעת החוק, בראשיתה, נפלה טעות סופר. צריך להיות: "נקבע בהודעה מעודכנת על תביעות".
- 109 סעיפים 36-40 להצעת החוק.
- 110 סעיף 38(ד) להצעת החוק.

כי לבית המשפט אין סמכות לתת צווי ביניים בנוגע לתיק המתנהל לפניו, בניגוד להסמכתו הכללית לעשות כן (ובפרט בהקשרה של פקודת ההסדר).<sup>111</sup> הבעייתיות אינה נוגעת רק לפגיעה במעמדו של בית המשפט,<sup>112</sup> אלא לכך שהסדר התמורות הקבוע בהצעת החוק נגזר משיעור האישור של תובעי הבעלות בחלקה. כך למשל, שיעור התמורה לתובע מאשר שבידו קרקע מוחזקת לגבי חלקה נתבעת יהיה כזה: כאשר שיעור האישור של החלקה הנתבעת הוא 50% ומעלה, התובע יהיה זכאי לתמורה בקרקע בשיעור של 50% מהשטח המיוחס לתמורה שהוא קרקע מוחזקת; ואם פחת שיעור האישור מ-50% – לתמורה בקרקע בשיעור של 20% בלבד מהשטח המיוחס לתמורה שהוא קרקע מוחזקת.<sup>113</sup> יוצא כי אם למשל ישנה מחלוקת מיהו "התובע הנכון"<sup>114</sup> כאשר לחלק מחלקה מסוימת, בין מי שהוא תובע מאשר לבין תובע שברצונו לברר את תביעתו בבית המשפט, במקרה שהחליטה ועדת התמורה בעד התובע שברצונו לברר את תביעתו, לנוכח הכלל שלפיו הכרעת בית המשפט לא תעכב את החלטות ועדת התמורה, עשויים שאר תובעי הזכויות בחלקה להיפגע כאשר נקבע שיעור התובעים המאשרים מן החלקה הנתבעת בכללותה. ומהי ההצדקה, לפי דברי ההסבר, לפגיעה זו בתובעים? – "יעילות" והרצון להשלים את הליכי ההסדרה בתוך זמן נקוב. אין לקבל גישה זו.<sup>115</sup> כל עוד התמורה בקרקע מושפעת משיעור האישור של כלל השותפים, השאיפה ל"יעילות" צריכה להידחות מפני הפגיעה בתמורה הקרקעית שעשויה להיות באימתן צו ביניים על ידי בית המשפט. ואכן, נדמה שההצעה מבקשת להביא בעייתיות זו בחשבון, כאשר נקבע כי אם פסק בית המשפט לאחר שהעבירה ועדת תמורה הערה להכרעתו כי תובע שאישר את תביעתו במועד הקובע הוא תובע הבעלות, ייכלל חלקו בחישוב שיעור האישור של החלקה הנתבעת לצורך חישוב התמורות.<sup>116</sup> אם כך, יש לומר במפורש כי לא ניתן לקבוע

111 סעיף 47 לפקודת ההסדר; סעיף 9 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

112 ובכלל זה בית המשפט העליון, לאור סעיף 40(ב) להצעת החוק.

113 סעיף 47 להצעת החוק.

114 הכוונה היא למי הוא התובע שראוי להיחשב ביחס לאותה חלקה כתובע בעלות. אין בכך כדי לומר שתובע זה הוא תובע אשר בידו לזכות בפועל בתביעה (כנגד המדינה) ביחס לאותה חלקה.

115 וראו גם לעיל בה"ש 102 ובטקסט הנלווה.

116 סעיף 40(א) להצעת החוק.

את שיעור האישור של החלקה הנתבעת<sup>117</sup> כל עוד ישנו הליך תלוי ועומד מהסוג האמור. אך אם ייקבע כן, האם לא ראוי כי מלכתחילה ייקבע, ככלל, כי יינתן צו ביניים בעת הדיון בהערה, ובמקרה כזה יהיה לבית המשפט תמריץ להזדרז במתן הכרעתו? **מוצע על כן לתקן את נושא צווי הביניים בדיון בהערות.**

בעייתיות דומה עולה מהוראה נוספת הקובעת כי אם החליטה ועדת התמורה בעניין זהות תובע הבעלות במקרה של מחלוקת, ניתן לעתור כנגד החלטתה לבית המשפט, אך אין בעתירה כדי לעכב את הליכי ההסדרה לפי החוק, אלא אם מצא בית המשפט כי הדבר "מוצדק בנסיבות העניין"<sup>118</sup>. ואולם בנוגע להוראה זו לא נקבע כי חלקו של התובע המאשר, כפי שייקבע על ידי בית המשפט, ייכלל בחישוב שיעור החלקה הנתבעת (כפי שהוסבר קודם).<sup>119</sup> במצב זה חייב בית המשפט ליתן צו ביניים, כדי שלא להביא לפגיעה הקניינית בתובע – ובשותפיו לחלקה.

יש לציין כי לפי הצעת החוק על החלטות ועדת התמורה, ובכלל זה על החלטות בעניינים שנידונו בפסקאות הקודמות, ניתן לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים,<sup>120</sup> בעוד שבית המשפט המוסמך לענייני הסדר מקרקעין הוא בית המשפט המחוזי.<sup>121</sup> אמנם בית המשפט לעניינים מינהליים הוא טריבונל של בית המשפט המחוזי, אך לא ברור מדוע יש ליצור פיצול זה ולהכפיף סוג מסוים של עתירות בנוגע להליך ההסדרה (כגון העתירה בנוגע להחלטה בדבר זהות תובע הבעלות הנכון) לכללים החלים בעת הדיון בבית המשפט לעניינים מינהליים, וסוג אחר של עתירות, ובכללן עניינו של מי שביקש כי תביעתו תתברר לפני בית המשפט, לכללי הדיון לפי דיני ההסדר. כך למשל, עניינה של העתירה בנוגע לזהות תובע הבעלות הנכון איננה נוגעת לסבירות החלטתה

117 לפי סעיף 44 להצעת החוק.

118 סעיף 39 להצעת החוק. **הצעת תיקון:** בסעיף 39 להצעה מצוין כי יראו את מי שנקבע כתובע מאשר על ידי ועדת תמורה ככזה לכל דבר ועניין, "אלא אם כן קבע בית המשפט כי מגיש העתירה הוא בעל הזכויות בקרקע". אולם בית המשפט איננו קובע בשלב זה מיהו "בעל הזכויות בקרקע" אלא מיהו "תובע הבעלות" (כעולה מסעיף 32(א)(1) להצעת החוק).

119 לעיל בה"ש 116 ובטקסט הנלווה.

120 סעיף 83 להצעת החוק.

121 והוא אשר, למיטב הבנתי, המוסמך לדון במקרה שוועדת התמורה החליטה להעביר את ההכרעה בהערות לפניו, בשל כך שלא נקבע אחרת.

של ועדת התמורות, אלא היא נוגעת לכירור עובדתי ומשפטי הנובע מתוך דיני ההסדר: מי הגיש תזכיר תביעה, מיהם יורשיו של תובע הבעלות המקורי וכיצא באלה. עניינים אלה מתבררים מאז ומעולם בבית המשפט המחוזי וחלים עליהם כללי הדיון וההכרעה בענייני הסדר זכויות.<sup>122</sup> מוצע על כן לקבוע כי לבית המשפט המחוזי יוקנו כל הסמכויות בנוגע לחוק זה.

לעניין מיקום החלקה וגבולותיה – על פקיד ההסדר לפרסם בהודעה על תביעות, וכן להעביר לוועדה בהודעה המעודכנת על התביעות, תשריט של אזור ההסדרה המוכרז אשר יסומנו בו החלקות הנתבעות. אם חלק אדם בהערה על מיקום החלקה הנתבעת או על גבולותיה, רשאי פקיד ההסדר להכריע בהערה, אם מצא שאינה במחלוקת. דא עקא שאם ההערה במחלוקת, לא נקבע מי יכריע בה, שכן לוועדת התמורות הוקנתה הסמכות לקבוע רק מיהם תובעי הבעלות והתובעים המאשרים כאשר לחלקה הנתבעת ואת חלקם בה,<sup>123</sup> ולא מעבר לכך. בהקשר זה הסמכתה הכללית של ועדת התמורה "לקבוע את שטחה של החלקה הנתבעת, את מיקומה ואת גבולותיה",<sup>124</sup> הקבועה בפרק הכללי של הצעת החוק, איננה מקבלת עיגון פרטני בגוף ההצעה ובהוראותיה. ההפך מכך: הסמכות לקבוע את שטחה של החלקה הנתבעת, את מיקומה ואת גבולותיה מסורה לפקיד ההסדר ולו בלבד. מוצע לתקן עניין זה.<sup>125</sup> השאיפה צריכה להיות שהסמכות לקבוע את גבולות החלקה ומיקומה, במקרה של מחלוקת עם ההודעה שפרסם פקיד ההסדר, צריכה להיות מסורה לבית המשפט ולא לוועדת התמורה, שכן אין מדובר במחלוקת בנוגע לתמורות אלא בביקורת שיפוטית על פעולת פקיד ההסדר.

לאחר שנקבעה זהות התובעים המאשרים, על ועדת התמורה לקבוע לגבי כל חלקה את השטח מתוכה אשר ייוחס לתובעים המאשרים ואת מיקומו, באופן שיושגו ככל האפשר מטרותיו של החוק, ולאחר שניתנה לתובעי הבעלות הזדמנות להשמיע את טענותיהם. גודל השטח המיוחס משקף את חלקם היחסי של התובעים המאשרים בחלקה.<sup>126</sup> הוראה דומה קבועה בנוגע לקביעת

122 ראו פקודת ההסדר, ובעיקר סעיפים 44 ו-45 לפקודה; תקנות הסדר זכויות במקרקעין (הליכי הסדר וסדרי דין), התשל"ג-1972. וראו בהקשר זה גם סעיף 82 להצעת החוק.

123 סעיף 38(ב) להצעת החוק.

124 סעיף 13(א)(2) להצעת החוק.

125 היינו, מוצע למחוק את סעיף 13(א)(2) להצעת החוק.

126 סעיף 41(א) להצעת החוק.

השטח המיוחס הפרטני, שהוא חלקו המיוחס של כל תובע בשטח המיוחס.<sup>127</sup> כיוון שמטרותיו של החוק הן רחבות למדי, קשה להעריך איזו מהן תעצב את הקביעה בדבר מיקומו של השטח. הבעייתיות מתחדדת לנוכח העובדה שלאחר שנקבעו השטח המיוחס והשטח המיוחס הפרטני, ועדת התמורה צריכה לקבוע בעניין כל אחד מהם מהו החלק מתוכו שהוא קרקע מוחזקת בידי תובע בעלות, מהו שיפוע הקרקע ואם הקרקע היא קרקע לבנייה בתחומי יישוב.<sup>128</sup> הקביעה בנוגע לשאלת ההחזקה בקרקע היא מהותית לעניין קביעת שיעור התמורה בקרקע; הקביעה בנוגע לשיפוע הקרקע חשובה מאוד משום ששיפוע חד משפיע דרמטית על אפשרויות השימוש והבינוי של הקרקע; וכך גם באשר לקביעה אם הקרקע היא קרקע לבנייה בתחומי יישוב. מתוך כוונה ליישם את מטרות החוק ולהבטיח כי התמורה שתינתן תהיה המיטבית מבחינת הפרט, מבלי שיהיו לכך השלכות מרחיקות לכת על שיעורי התמורה, נראה לי שהשאלות בדבר היקף ההחזקה בפועל (בתקופה הקובעת)<sup>129</sup> והשיפוע של הקרקע צריכות לעצב את הקביעה בדבר מיקום השטח המיוחס והשטח המיוחס הפרטני, ויש לקבוע שככלל תינתן העדפה לזיהוי השטח המיוחס והשטח המיוחס הפרטני בהתאם להחזקתם של התובעים המאשרים,<sup>130</sup> וכי תועדף קרקע שאינה בשיפוע על קרקע שאינה בשיפוע, וקרקע שמיועדת לבנייה בתחומי יישוב על פני קרקע שאינה מיועדת לבנייה בתחומי יישוב, לצורך קביעת השטח המיוחס,<sup>131</sup> ובהתאם לחלקו היחסי בה.<sup>132</sup>

127 סעיף 42 להצעת החוק.

128 סעיף 45 להצעת החוק.

129 ראו לעניין התקופה הקובעת להחזקת הקרקע להלן בה"ש 204.

130 כיוון שקביעת השטח המיוחס אין משמעה הענקתו של שטח זה כתמורה, כפי שיוסבר מיד, אין בייחוס הרעיוני של החלקים העדיפים מבחינת תכונותיהם לתובעים המאשרים משום פגיעה בתובעים שלא אישרו. אך ראו סעיף 41(ד) להצעת החוק וההתייחסות אליו לעיל בה"ש 91.

131 וכך גם לגבי קביעת השטח המיוחס במצב שבו חלק מהחלקה הנתבעת הופקע אך לא כולו. ראו סעיף 46(ו) להצעת החוק. ההסדר בעניין זה אינו ברור דיו, ומוצע להבהירו. למשל – להבהיר מתי יחולו ההסדרים השונים של סעיף 47 להצעת החוק.

132 סעיף 46(א) להצעת החוק, אם כי אין ביטוי להוראה זו בחלק של הצעת החוק העוסק בתמורה, למעט האמור בסעיפים 46(ג) להצעה (המתייחס לקשר רצוי בין התכונות



התמורה עצמה נקבעת בשים לב לשיעור האישור של החלקה הנתבעת ולשאלה אם הקרקע הוחזקה בידי התובע בסמוך למועד הגשת תזכיר התביעה,<sup>133</sup> כפי שמסכם לוח 2.<sup>134</sup>

לוח 2: היקף התמורות, בקרקע ובכסף, בהתאם להצעת החוק

"תמורה משנית": שיעור האישור קטן מ-50%, או לתובע מאשר מאחר (2-21) חודשים לאחר המועד הקובע), או שבוטלה ההכרזה על אזור הסדר	"תמורה עיקרית": שיעור האישור 50% ומעלה	
תמורה קרקעית בשיעור של 20% משטח הקרקע הנתבעת, השאר בכסף	תמורה קרקעית בשיעור של 50% משטח הקרקע הנתבעת, השאר בכסף	<b>בעד קרקע מוחזקת בידי תובע בעלות</b>
כסף בלבד	תמורה קרקעית בשיעור של 25% משטח הקרקע הנתבעת, השאר בכסף	<b>בעד קרקע שאיננה מוחזקת בידי תובע הבעלות</b>

ביסודו של דבר, תובע מאשר מקבל תמורה מלאה בגין תביעתו, אך לא כולה בקרקע, והתמורה שבקרקע נתונה לסייגים שונים. העובדה שלא כל התמורה ניתנת בקרקע אלא חלקה בכסף איננה בלתי מתקבלת על הדעת. ניתן לנמקה בטעמים שונים, ובהם המחסור בקרקעות בישראל, שיקולי צדק חלוקתי, ההכרה בישראל בכוחן של הרשויות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור (בתמורה או שלא בתמורה) ועוד. השאלה הקשה יותר היא אם הקריטריונים שמאמצת הצעת החוק לצורך הבחנה בין תובעים מאשרים ביחס לרכיב הקרקעי בתמורה שתינתן להם – מה שיעור האישור (מתוך כלל התובעים ביחס לחלקה נתבעת), ואם הקרקע מוחזקת בידי תובע הבעלות – הם מוצדקים. באשר לשיעור האישור, כבר צוין לעיל כי

החקלאיות של השטח המיוחס לשטח התמורה) וסעיף 46(ד) להצעה (הנוגע לשטח המיועד לבנייה בתחום יישוב). לא הצלחתי למצוא הצדקה לסעיף 46(ד) – מדוע מי שהשטח המיוחס שלו הוא קרקע לבנייה בתחומי יישוב צריך לקבל בתמורה קרקע חקלאית בתחומי היישוב ובמחצית השטח? ובלא הצדקה כזאת, הוראה זו נדמית ראויה לביטול.

133 ראו כאמור, הערתי להלן בה"ש 204.

134 סעיף 47 להצעת החוק.

יש בכך בעייתיות, שכן אדם נפגע (וברי כי בנסיבות העניין מתן הפיצוי בקרקע הוא פגיעה לעומת מתן התמורה בקרקע<sup>135</sup>) בשל התנהגותם של אחרים שאין לו שליטה עליהם. באשר לשאלת ההחזקה בפועל, עוצמת ההצדקה לקריטריון זה איננה גבוהה, בשים לב לכך שאין קשר בין מיקום קרקע התמורה לבין מיקום החלקה הנתבעת, כלומר, זה אינו המקרה שמי שמחזיק בקרקע זכאי לחלק גדול יותר של תמורה קרקעית, מאחר שכך יקבל את הקרקע שמוחזקת בידו בפועל; וכן בשים לב לכך שלנוכח הרקע ההיסטורי של הסטת הכדואים בנגב ל"אזור הסייג", אי-החזקה של הקרקע בפועל איננה יכולה להיתפס כנטישה מכוונת של הקרקע. זאת ועוד, בהתאם לדיני ההסדר המועד הקובע לעניין שאלת הזכות המהותית בקרקע נתבעת הוא מועד הגשת תזכירי התביעה.<sup>136</sup> אם כך הוא, לא ניתן היה לצפות כי אי-החזקת קרקע תפגע ביום מן הימים בזכות בנוגע לאותה קרקע או בזכות לתמורה הנובעת ממנה. נדמה שהוראות אלה זקוקות לחשיבה ולליבון מחודשים. נראה שקשה לנמק את התבחינים לעיל ואת השפעתם על סוגי התמורות. **מוצע לשקול** נושאים אלה מחדש במסגרת הדיונים על הצעת החוק.

מתן התמורה לתובע מאשר כפוף לכמה כללים, ולהלן העיקריים שבהם:

(א) מיקום קרקע התמורה. קרקע התמורה תינתן, לפי קביעת ועדת תמורה ובהמלצת הרשות, באזור גיאוגרפי מוגדר הנמצא בין צומת קמה מצפון לצומת הנשיא, כביש 40 ממערב, צומת טללים מדרום-מערב, דימונה מדרום-מזרח וערד ממזרח (להלן: השטח המיועד לתמורה), ובתוך שטח זה תינתן הקרקע, ובלבד שהיא נמנית עם אחת מהקטגוריות האלה:<sup>137</sup>

(1) מיועדת לפי תכנית המתאר המטרופולינית (תמ"מ 23/14/4) לאזור נוף כפרי חקלאי (שהוא שטח המיועד ליישוב כפרי), בשטח גיאוגרפי מוגבל בסמוך לצומת ערוער ממזרח לכביש 25 ומדרום לכביש 80. מבדיקה עולה כי השטח העונה על תנאים אלה הוא

135 וראו גם להלן בה"ש 164 ובטקסט הנלווה.

136 ראו למשל, ע"א 193/56 אל-קרא נ' אבו חמוד, פ"ד יא 1267 (1957). מובן בהקשרנו שאם במועד הגשת תזכירי התביעה התובע לא החזיק בקרקע בשל מניעה ביטחונית לכך, הרי המועד הקובע יהיה המועד האחרון קודם להיווצרותה של המניעה.

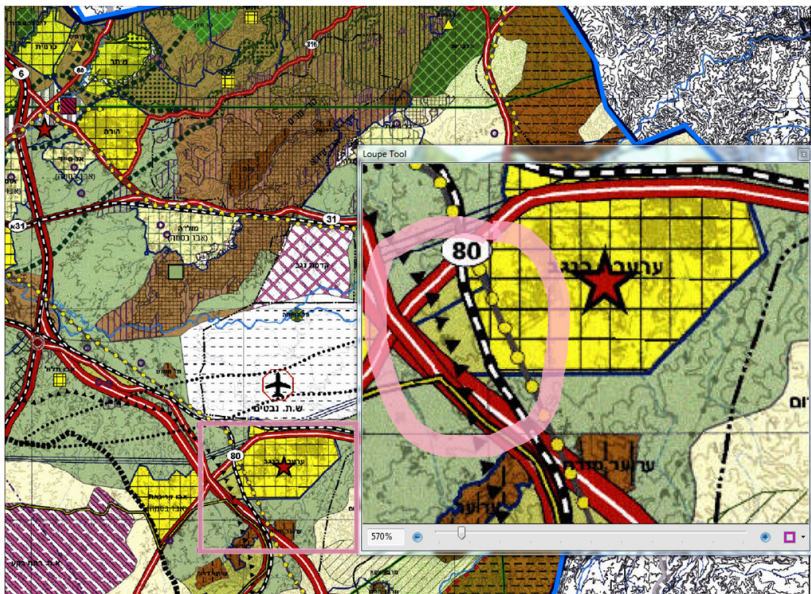
137 סעיף 53(ב) להצעת החוק.

משולש הכלוא בין דרכים ראשיות למסילת רכבת, כשליש ממנו נתון למגבלות בנייה ביטחוניות, וגודלו הוא 1,210 דונם (ראו איור 1). רק לשם קבלת מושג, שטחה של תמ"מ 23/14/4<sup>138</sup> הוא 2,876,521 דונם.<sup>139</sup>

- (2) מיועדת לאזור נוף כפרי חקלאי משולב (שבו רשאית הוועדה המחוזית לאשר תכנית מקומית שמטרתה הקמת יישוב או הרחבתו).  
 (3) מיועדת לאזור נוף מדבר (שאיננו מיועד להקמת יישוב או להרחבתו).

### איור 1

תיחום (בוורוד) על גבי תכנית המתאר המחוזית תמ"מ 23/14/4 של השטח שייעודו בתכנית לאזור נוף כפרי חקלאי בסמוך לצומת ערוער, ממזרח לכביש 25 דרום לכביש 80 (לפי סעיף 53(א)1 להצעת החוק) (גודלו של השטח הוא 1,210 דונם)



138 ראו לעיל בה"ש 2.

139 אני מודה לעדי בן-נון מהמרכז לגיאוגרפיה חישובית, האוניברסיטה העברית בירושלים, על עזרתו בעניין זה.

(ב) מאפייניה החקלאיים של הקרקע צריכים להישמר, ככל האפשר, למול השטח המיוחס בחלקה הנתבעת. ודוק: שיפוע וייעוד, לדוגמה, אינם מאפיינים חקלאיים, ולכן אין על הוועדה להביאם בחשבון חרף השפעתם הרבה על יכולות השימוש בקרקע ועל שווייה. אם השטח המיוחס הוא קרקע לבנייה בתחומי יישוב, תינתן, לבחירת התובע, קרקע בתחומו של אותו יישוב, ובלבד שהיא לשימוש חקלאי ובמחצית משיעור התמורה שהיה זכאי לקבלה מחוץ לתחומי יישוב.<sup>140</sup> כלומר, אין כל קשר גיאוגרפי הכרחי בין מיקום השטח שנתבע במקור על ידי התובע לבין השטח שבו תינתן התמורה; לתובע המאשר אין כל שליטה במיקום השטח שיימסר לו (למעט במקרה של שטח מיוחס שהוא קרקע לבנייה בתחומי יישוב, כאמור);<sup>141</sup> השטח שיימסר נמצא באזור גיאוגרפי מוגבל. כמו כן, השטח אינו מיועד, ככלל, למגורים, אם כי ניתן להמיר תמורה בקרקע, אם אינה עולה על 20 דונם, למגרשי מגורים מפותחים בתנאים שייקבעו בעתיד. הצעת החוק איננה מפרטת מה יהיה יחס ההפחתה בין שטח התמורה לשטח המגרשים למגורים.<sup>142</sup> מהוראות אלו עולה שורה של הגבלות מהותיות על טיב התמורה בקרקע שתימסר לתובע מאשר, אשר רבות מהן אינן ניתנות לצפייה בעת קבלת ההחלטה אם להצטרף למסלול התמורות. עניין זה מצריך שינוי מהותי.<sup>143</sup> הדוגמה המובאת באיור 1 ממחישה כיצד הממשלה יורדת לפרטי פרטים של הסדרים, אם הדבר משרת אותה, ונמנעת מלפרט אפילו עניינים מינימליים שסייעו לקבל החלטות מושכלות, כאשר הדבר נוגע לזכויות הברואים, כמו בהקשר זה.

(ג) הפחתת מגרש מגורים. לתובע מאשר המתגורר במקום שאינו מיועד למגורים ואינו בעל זכויות במגרש המיועד למגורים במרחב ההסדרה יוקצה מגרש מגורים מפותח לצורכי מגוריו,<sup>144</sup> אשר יופחת משטח התמורה

140 סעיף 53 להצעת החוק. לביקורת ראו לעיל בה"ש 132.

141 אך תובע יכול להודיע כי איננו מעוניין בתמורה קרקעית (אלא בתמורה כספית בלבד) לאחר שנמסר לו מיקום קרקע התמורה – סעיף 56(ב) להצעת החוק.

142 סעיף 57 להצעת החוק.

143 וראו בהקשר זה גם לעיל בה"ש 103 ובטקסט הנלווה.

144 סעיף 52 להצעת החוק.

שהוא זכאי לה או מהתמורה הכספית.<sup>145</sup> מניסוח זה עולה כי ההקצאה אינה תלויה ברצונו של התובע. כמו כן, לא נאמר היכן יהיה מגרש המגורים, עניין שיש לו חשיבות רבה, שכן לכאורה עולה כי הרשות קובעת את מקום מגוריו העתידי של תובע מאשר באופן חד-צדדי ומבלי להיוועץ עמו. אמנם הצעת החוק קובעת כי ההקצאה תיעשה לפי כללים ותנאים שייקבעו על ידי רשות מקרקעי ישראל, אך לא ניתן להסיק מכך דבר בנוגע למיקום העתידי של המקרקעין ובנוגע לשאלת ההיוועצות או ההתייחסות לרצונו של התובע. מהפניה זו לכללים עתידיים אף לא ניתן להסיק אם הכוונה היא להקצאת בעלות בקרקע זו או לחכירה לדורות.<sup>146</sup> כיוון שהתמורה בקרקע ניתנת בבעלות, יש להבהיר כי אף מגרש המגורים יינתן בבעלות. וכן ראוי לקבוע כי הקצאת מגרש המגורים תיעשה מתוך כיבוד העדפתו של התובע המאשר בעניין מיקומו.

(ד) פינוי שטחים מרצון. התמורה תינתן אם נמסרה לרשות החזקה בשטח המיוחס הפרטני של התובע, ובקרקע חליפית אם נמצאת בידו; התובע אינו מתגורר במקום שאינו מיועד למגורים; והוא הסיר מהקרקע המיועדת כל מבנה או חפץ שאינם כדין.<sup>147</sup> מסעיף זה עולה, לכאורה, כי על התובע לדאוג לפינוי החזקה בשטחים שהוחזקו בידו. מדובר בנטל העשוי להיות בלתי אפשרי אם ישנם במקרקעין מחזיקים אחרים. יש לתקן זאת. מעבר לבעיה הפרקטית, חיוב תובע לפנות את הנכס מכל מחזיק אחר מניח כי יש לתובע זכות מסוימת בנכס, אשר מכוחה רשאי הוא להורות לאחרים

145 סעיף 48 להצעת החוק. נדמה שהעובדה שהפחתת התמורה הכספית נעשית כנגזרת משווי הקרקע עשויה להביא לכך שאם מגרש המגורים הנמסר הוא בתחומי יישוב קיים, תהיה ההפחתה גדולה יותר, באופן יחסי, מבמקרה שבו קרקע התמורה היא לדוגמה, קרקע משופעת. יש מקום ליצור תאימות בין שני המקרים.

146 כלומר, לא ברור לי אם במילים "בכל הקרקע שהוא זכאי לה כתמורה" בסעיף 58 כוללים קרקע שהיא מגרש מגורים מפותח בהתאם לסעיף 48 לחוק. ויש לראות בהקשר זה גם את סעיף 66(א) להצעת החוק שבו ישנה התייחסות נפרדת לקרקע שהוקצתה כתמורה ולקרקע שהוקצתה כמגרש מגורים.

147 סעיף 51 להצעת החוק.

כיצד לנהוג.<sup>148</sup> הנחה כזאת איננה מתיישבת עם עמדת המוצא של החוק, שלתובעים אין זכויות במקרקעין הנתבעים על ידם, ועל כן היא טומנת בחובה מעין סתירה פנימית.

אפשר לחלוק גם על התניית התמורה בפינוי העצמי. כך למשל, בחוק יישום תכנית ההתנתקות לא נקבע כי הזכאות לפיצויים לפי החוק מותנית בפינוי מרצון, אלא רק שממי שלא פינה מרצון נשללה הזכאות למענקי הובלה והתארגנות.<sup>149</sup> הדבר מבטא, כך נדמה, הבנה שעצם ההתנגדות לפינוי איננה פסולה, ועל כן אין עמה כדי לשלול את הזכאות לפיצוי, וראוי לשקול שהיא תחול גם בהקשר דנן.

#### (4) תובעי הבעלות בתום תקופת ההסדרה

עם תום תקופת ההסדרה יוקנו למדינת ישראל כל חטיבות הקרקע שבעניינין הוגשו לפקיד ההסדר תזכירי תביעה, והן יירשמו על שמה כקרקע מוסדרת ונקייה מכל זכות נוגדת, למעט זכות שהמדינה העבירה לאחר לפי החוק באחת מהקטגוריות האלה:<sup>150</sup> (1) היא הוקצתה ל"תובע מאשר" לפי הוראות החוק ונכרת הסכם לרכישתה;<sup>151</sup> (2) ניתן לגביה פסק דין שלפיו הזכויות בה שייכות

148 השוו גר טדסקי "העתיקות בדיני הקניין" משפטים ט 363, 365 (1979).

149 סעיף 44 לחוק יישום תכנית ההתנתקות. השוו את קביעת שיעור הפיצויים בעניין זה בחוק יישום תכנית ההתנתקות להפניה לכללים עתידיים שייקבעו בעניין סיוע כספי שניתן לתובע בדואי לפי סעיף 52(ג) להצעת החוק, עניין אשר ראוי לתקנו.

150 סעיף 66(ב) להצעת החוק. **הצעת תיקון:** נדמה שראוי לתקן כאן, ובמקום המילים "למעט זכות שהמדינה העבירה לאחר לפי חוק זה: (1)..." יבוא "למעט זכות שחל עליה אחד (או יותר) מהתנאים הבאים: (1)..." שכן המילים "זכות שהמדינה העבירה לאחר" ו"לפי חוק זה" אינן נכונות, לכל הפחות, לגבי חלופה (2) ("ניתן לגביה פסק דין שלפיו הזכויות שייכות למי שאינו המדינה"), אך גם עשויות להיות לא נכונות לגבי שאר הסעיפים הקטנים.

151 **הצעת תיקון:** סעיף 66(ב)(1) מתייחס להחרגת קרקע אשר "הוקצתה לתובע מאשר לפי הוראות חוק זה ונחתם הסכם לרכישתה בין התובע לבין רשות מקרקעי ישראל". סעיף 51(5) להצעת החוק קובע כאחד התנאים לקבלת תמורה בקרקע את התנאי כי התובע "חתם על הסכם לרכישת התמורה בקרקע", אך לא נאמר בו כי ההסכם צריך להיות עם רשות מקרקעי ישראל. מוצע על כן למחוק את המילים "בין התובע לבין רשות מקרקעי

למי שאינו המדינה; (3) המדינה העבירה לאחר את הבעלות בה בהסכם שנחתם כדין, וכן למעט קרקע שתובע בעלות הגיש בעניינה בקשה לבירור תביעה לפי פקודת ההסדר בתקופה הקובעת וטרם ניתן לגביה פסק דין חלוט הדוחה את התביעה.<sup>152</sup>

הנובע מהסדר זה, שהוא בליבת הצעת החוק, שבחלוף זמן מסוים מאישור החוק, זכויות במקרקעין שנתבעו לפי תזכירי תביעה בהתאם להליכים לפי פקודת ההסדר (ולא ניתן לגביהן פסק דין המכיר בזכויות התובעים הפרטיים)<sup>153</sup> יאבדו לתובעיהן, מאחר שתובעי הבעלות<sup>154</sup> החליטו להתעלם מחקיקת החוק או לבקש לברר את התביעה לפי דיני ההסדר אך לאחר חלוף המועד הקובע להגשת בקשה כזאת<sup>155</sup> (עד תום תשעה חודשים מיום פרסום ההודעה על התביעות שיפרסם פקיד ההסדר).<sup>156</sup> אם תביעתם תוכח, כל שיקבלו הוא פיצוי כספי.<sup>157</sup> הוראה זו עומדת בניגוד לשאיפה של דיני הסדר הזכויות במקרקעין להבטיח כי ההסדר יסתיים בקביעה חד-משמעית של הזכויות, היינו של בחינת טענות סותרות לגופן ורישום המקרקעין בהתאם לתוצאת הכרעה זו,<sup>158</sup> בין שתבעו או התייצבו הזכאים לזכויות בקרקע ובין שלא.<sup>159</sup> לא זו אף זו: היא כופה על התובעים הבדואים לנקוט פעולה משפטית על מנת להבטיח כי טענתם לזכות בקרקע, שהועלתה בתזכירי תביעה עוד בשנות השבעים של המאה הקודמת, תמומש במקרה של

- 
- ישראל" בסעיף 66(ב)(1), או להוסיף את המילים "עם רשות מקרקעי ישראל" בסופו של סעיף 51(5), על מנת להבהיר כי ההסכם צריך להיחתם מול רשות מקרקעי ישראל.
- 152 סעיף 66(ג) להצעת החוק.
- 153 סעיף 66(ב)(2) להצעת החוק.
- 154 סעיפים 28-29 להצעת החוק. ראו להלן בה"ש 75-77 ובטקסט הנלווה.
- 155 סעיף 67(א) להצעת החוק. לא ברור כיצד יש לבקש בירור תביעה לפי דיני ההסדר בחלוף התקופה, שכן מחוץ לגרדי המסלול לבירור תביעה הקבוע בחוק המוצע אין פרוצדורה דומה לקידום הליכי הסדר לבקשת תובע פרטי (ראו בעניין זה לעיל בה"ש 82 ובטקסט הנלווה).
- 156 סעיף 31(א) להצעת החוק.
- 157 סעיף 67(ב) להצעת החוק.
- 158 זנדברג, לעיל ה"ש 45, בעמ' 267; לויין-שנור דיני רישום מקרקעין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 190-191.
- 159 סעיפים 18 ו-24 לפקודת ההסדר.

זכייה בתביעה בבית המשפט. זוהי, אם כן, הסנקציה הקבועה בהצעת החוק למי שאינו נוקט פעולה לשם מימוש תביעתו (בכלל או במועד הקובע) – ביטול מוחלט של אפשרות קבלת הזכות בקרקע במקרה של זכייה עתידית בתביעה בבית המשפט, ללא צורך בכל אקט שיפוטי או מינהלתי נוסף.

אפשר בהחלט לבקר את החוקתיות והלגיטימיות של הוראה זו, המבטלת את הזכויות בהיעדר נקיטת פעולה נוספת מצד הטוען הפרטי לזכויות וללא כל הכרעה שיפוטית, לנוכח העובדה שהגשת תזכיר התביעה בשנות השבעים של המאה העשרים, לפני שנים הרבה, היא הפעולה המשפטית היחידה הנדרשת מתובע זכויות בהליכים לפי פקודת ההסדר על מנת שתביעתו תבורר בבית המשפט במקרה של תביעה סותרת. הימנעות פקיד ההסדר מלברר את התביעות ולפעול להסדרתן,<sup>160</sup> וכן הימנעותו מלהעביר את הסכסוך לבית המשפט במקרה של תביעות סותרות בין שני תובעים או יותר<sup>161</sup> עומדת לחובתה של המדינה, ואין היא צריכה לעמוד לחובתו של תובע הזכויות הפרטי. ביטול התביעה הקניינית ללא בירור שיפוטי מהווה פגיעה חוקתית בזכות הקניין.<sup>162</sup> הגשת תזכיר תביעה איננה מייצרת זכות קניינית, אולם כיוון שאפשר שהוא נושא בחובו זכות קניינית, ביטולה של התביעה בשל אי-נקיטת פעולה נוספת שאינה נדרשת לפי דיני ההסדר החלים על הכלל, ושלא נדרשה על פי דיני ההסדר במועד הגשת התביעה, היא פגיעה חוקתית בזכות הקניין. שלילת הזכות שהמחלוקת הקניינית תתברר לפני בית המשפט משום התנייתה בכיצוע פעולה משפטית נוספת בתוך פרק זמן מוגבל, היא פגיעה בזכות הגישה לערכאות, שיש לה הכרה חוקתית.<sup>163</sup>

160 כנדרש בסעיף 38 לפקודת ההסדר.

161 כנדרש בסעיף 43 לפקודת ההסדר.

162 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 256 (1995) (הנשיא שמגר).

163 ראו למשל רע"א 4311/00 מדינת ישראל נ' בן שמחון, פ"ד נח(1) 827, 838-839 (ניתן ביום 19.11.2003); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (בורסי, 1998); אהרון ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוינ 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאלי קרייני עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2013).



מתן פיצוי כספי במקרה של זכייה שלא ניתן לממשה איננו תחליף המקל את בעיית החוקתיות, שכן קרקע ושווה כסף אינם תחליפיים,<sup>164</sup> ובפרט הדברים אמורים כאשר המדובר בבית המגורים.<sup>165</sup> מכל מקום, קבלת הפיצוי הכספי מותנית בקיומו של הליך הקובע את זכויות התובע בקרקע; הליך לפי פקודת ההסדר שלא יתקיים, שכן המדינה מוחקת בהצעת חוק זו, באופן בעייתי למדי, את חובתה לפעול לפי דיני ההסדר. כך, מסעיף 66 להצעת החוק נובע כי המדינה תהיה פטורה מקיום הליכי הסדר לפי החוק כתנאי לרישום המקרקעין על שמה. כלומר, קרקע שלא ננקטה בעניינה פעולה נוספת לאחר פרסום ההודעה על התביעות, תירשם בלי בירור של התביעות הסותרות ובלי פרסום נוסף. זוהי פגיעה במעמדם של דיני ההסדר ובמעמדו של הרישום שיתקבל על פי חוק מוצע זה, והיא ראויה על כן לתיקון.<sup>166</sup>

אף לא ברור מהו ה"רווח" הצפוי מקביעתה של הוראה קיצונית כזאת המבטלת את זכויות התובע בקרקע. מדוע לא לפעול בהתאם לפקודת ההסדר ולהורות על העברת התביעות הסותרות לבית המשפט לאחר חלוף התקופה להגשת בקשה להצטרף למסלול התמורות הקבועה בהצעה? האם החיסכון בזמן בכלל ו"בזמן שיפוטי" בפרט מצדיק את ביטולן של תביעות פרטיות לזכויות, רק בשל כך שהתובעים הפרטיים לא ביקשו לברר את תביעתם לפי פקודת ההסדר? מדוע על מי שהגיש תזכיר תביעה בשנת 1971 לבקש כעת את בירור תביעתו בבית המשפט? הרי עצם הגשת תזכיר התביעה כוללת בחובה, מלגו, את הציפייה שאם תוגש תביעה סותרת בעניין אותה חלקה, היא תופנה על ידי פקיד ההסדר לבירור בבית המשפט. מנגנון ביטול זה של זכויות בקרקע נעשה באופן גורף, בלי להביא בחשבון את הצורך לבצע בדיקה פרטנית בנוגע לשאלה אם ישנה בעיה במימוש פסק דין אשר יכיר בזכויות בקרקע. מעצם

164 ראו Daphna Lewinsohn-Zamir, *Can't Buy Me Love: Monetary Versus In-Kind Remedies*, 1 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 151 (2013)

165 Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STANFORD LAW REVIEW 957 (1982); ראו גם ע"א 2000/01 בן בסט נ' עין דר, פ"ד נט(1) 481, 490 (2004).

166 ראוי לתקן את הצעת החוק ולחייב את המדינה לקיים הליכים לפי פקודת ההסדר בנוגע לכל תביעה שלא הושלם הטיפול בה באמצעות המנגנונים המוצעים בחוק.

קביעתו של מנגנון זה ניתן להניח כי יש כוונה להעניק כתמורה את הקרקע הנידונה לאחרים שאינם צד להתדיינות. דבר זה מבטיח את חוסר שיתוף הפעולה של מקבלי תמורות פוטנציאליים, שעשויים לסרב לקבל לידהם קרקע כתמורה כאשר ירוע להם כי חברם מנהל הליכים משפטיים. הצעת החוק אף אינה טורחת לפרט את טיב הפיצויים שיוענקו למי שיזכה בתביעה לפי דיני ההסדר לאחר תום תקופת ההסדרה, אך בשל ביטול הזכויות בקרקע לא יוכל לממש את זכויותו.<sup>167</sup>

לסיכום עניין זה, **מוצע לתקן** את ההצעה ולקבוע כי:

(א) בחלוף 21 חודשים מהמועד הקובע לאישור יעביר פקיד ההסדר את כל התביעות שלא הוגשה בעניינן הודעת תובע על אישור התביעה במסלול התמורות,<sup>168</sup> ויש לגביהן תביעה נוגדת,<sup>169</sup> להכרעת בית המשפט, בהתאם לסעיף 43 לפקודת ההסדר (ניתן לקבוע הוראה זו בין סעיף 65 לסעיף 66 בנוסח הנוכחי של הצעת החוק).

(ב) מוצע לתקן את סעיף 66(ג) להצעת החוק כך שתחת המוצע בו יבוא: "על אף האמור בסעיף קטן (ב) לא תוקנה למדינה קרקע לפי אותו סעיף קטן אם סכסוך לגביה מתברר לפי פקודת ההסדר, וזאת כל עוד לא ניתן פסק דין חלוט בעניין".

(ג) מוצע לבטל את סעיף 67 להצעת החוק, שאיננו ראוי ואף אין בו צורך עם תאומצנה שתי הצעות התיקון שלעיל.

167 סעיף 67 להצעת החוק. **הצעת תיקון:** בסעיף 67(ב) מצוין כי תובע מאחר יהיה זכאי לפיצויים מהמדינה. מוצע לקבוע במפורש, לכל הפחות, כי הפיצויים יהיו בדרך של קרקע חלופית שתיקבע בתיאום עם התובע. לא ברור למה הכוונה, ומה הטעם, בסיפא של סעיף 67(ב) שלפיה "אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותה של המדינה לפי כל דין", והאמור בדברי ההסבר כי קביעה זו מתייחסת גם "לרבות זכויותיה כלפי מי שקיבל תמורה לפי החוק בעד אותה קרקע, ככל שישנן". ככל שלמדינה ישנן זכויות הן עומדות לה ואין צורך לומר, באופן מאיים משהו, כי הדבר אינו גורע מזכותה לפי כל דין וכלפי כל אדם.

168 מוצע לקבוע מועד זה, חלוף 21 חודשים מהמועד הקובע לאישור, כדי ליצור התאמה עם סעיף 46(ה) להצעת החוק, המאפשר לתובע מאשר להצטרף למסלול התמורות באיחור של עד 21 חודשים מהמועד הקובע לאישור.

169 בהנחה שהמדינה הגישה תביעה נוגדת לגבי כל החלקות שנתבעו על ידי הברואים.

(ד) ליצור התאמה בין תיקונים מוצעים אלה לסמכויות הפיננסי שבחוק.

### (5) מסלול הזכאות למי שאינם תובעי בעלות

לבדואי שאינו תובע בעלות הצעת החוק מעניקה זכאות למגרש מגורים מפותח, בהתקיימם של כמה תנאים: סעיף סל כללי שלפיו הסדרת התיישבותו בהתיישבות קבע נדרשת לצורך מימוש מטרת החוק; הוא מתגורר באזור הכרזה מוסדר; הוא אינו מתגורר ביישוב קיים או ביישוב אחר שראש הממשלה הכריז עליו, אלא אם כן קבע ראש הממשלה אחרת; אין לו זכויות בבית או במגרש המיועדים למגורים; ומתקיימים בו תנאים נוספים שקבע ראש הממשלה. יינתן לו אף סיוע כספי לצורך העתקת המגורים, לפי כללים שייקבעו בתקנות.<sup>170</sup> את הזכאות לפי הצעת החוק יש לממש בהגשת בקשה לקבלת זכויות בתוך 11 חודשים מיום הכרזתו של אזור הסדרה. הבקשה תיבחן על ידי הרשות, ותאושר על ידי יושב ראש ועדת תמורה, או על ידי הוועדה עצמה, לפי העניין (כך נוסח ההצעה הסתום במקצת), אם השיג המבקש על קביעותיה של הרשות.<sup>171</sup> הענקת הזכויות בפועל מותנית בפינוי השטח שהוחזק על ידו, בהסרת בנייה בלתי חוקית בקרקע המיועדת להקצאה ובהימנעות ממגורים באזור שאינו מיועד לכך.<sup>172</sup>

הצעת החוק יוצאת מנקודת מוצא שלמי שאינם תובעי בעלות אין כלל זכות במקרקעין כלשהם. העובדה שהם, בחלק מהמקרים לפחות, בני רשות במקרקעין שהתבקשו להתכנס אל אזור הסייג, והחזקתם בפועל בקרקע שנמשכת עשרות שנים בחלק מן המקרים, אינן מקימות להם, לשיטתה של הצעת החוק, כל זכות בקרקע. זוהי נקודת מוצא מרחיקת לכת וקשה.<sup>173</sup>

170 סעיף 59 להצעת החוק. גם כאן תקפה הערתי בעניין הבעייתיות שבהשארת נושא זה לקביעה בכללים. ראו לעיל בה"ש 149, ולהלן בה"ש 197.

171 סעיפים 60-62 להצעת החוק.

172 סעיף 63 להצעת החוק. ראו לעיל הערתי בנוגע למסירת ההחזקה בשטח כשהוא פנוי מכל אדם וחפץ – הטקסט לעיל, ליד ה"ש 147, ויש לתקן עניין זה גם בהקשר זה.

173 השוו למשל להגדרה הרחבה של "בעל זכות בבית מגורים", שבסעיף 32 לחוק יישום תכנית ההתנתקות; בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 584 ולעיל ה"ש 34.

## (6) סמכויות הפינוי

סמכויות פינוי נרחבות קבועות בפרק ט' להצעת החוק. נקבע כי תובע בעלות שלא הגיש בקשה לאישור תביעה או בקשה לבירור התביעה עד למועד הקובע לאישור (ודוק: זהו המועד המוקדם ביותר מתוך שורת מועדים שננקבה בהצעת החוק בכל מיני הקשרים למאחרים, כפי שפורט לעיל); תובע מאשר או מחזיק שאינו תובע שנקבעה זכאותו לתמורה או לזכויות אך לא מילא את התנאים לקבלתן; מי שאינו תושב הזכאי לפנות למסלול הזכאות, או מי שהוא תושב הזכאי לפנות למסלול הזכאות אך לא עשה כן בתקופה הקובעת להצטרפות; או מי שהקרקע המוחזקת על ידו הוקנתה למדינה לפי החוק – יהיו כפופים להוצאת צו פינוי לפי הצעת החוק (להלן: צו פינוי לפי סעיף 69).<sup>174</sup>

לא יינתן צו פינוי אלא לאחר שניתנה למחזיק בקרקע הזדמנות להשמיע את טענותיו, ומי שהוסמך לכך הגיש למנהל רשות מקרקעי ישראל דין וחשבון המאמת את עילת מתן הצו.<sup>175</sup> צו הפינוי לפי הצעת החוק מחייב את המחזיק,<sup>176</sup> בתוך תקופת הפינוי בת 60 ימים, לפנות את הקרקע שלגביה ניתן הצו מכל אדם, מיטלטלין ובעלי חיים, מכל הבנוי ואף מכל הנטוע עליה, ומכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע. אם לא עשה כן, יהיה מי שהוסמך לכך רשאי להיכנס לקרקע ולבצע את הפינוי אף בשימוש בכוח. צו פינוי זה יאפשר הריסת בניין אף בלא היתר הריסה לפי דיני התכנון והבנייה, ופינוי חוזר ללא פעולה נוספת ב-12 החודשים שלאחר נתינתו. הגשת בקשה לביטול הצו אפשרית בתוך 30 יום בלבד מנתינתו, והוא יבוטל – כך מורה הצעת החוק לבית המשפט – רק

174 סעיף 69(א)(1) להצעת החוק.

175 לא נקבע בהצעת החוק (סעיף 69(ה)) לפני מי יבוצע השימוע. ואילו, לשם השוואה, בחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981, נקבע כי השימוע ייעשה לפני הממונה, שהוא, לעניין מקרקעי ישראל, מנהל רשות מקרקעי ישראל או מנהל מרחב של הרשות שהוסמך על ידו, וכל אחד מהם יחד עם היועץ המשפטי של הרשות או של מרחב הרשות. ראו הגדרת "הממונה" בסעיף 1 וסעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע). **הצעת תיקון:** יש לקבוע במפורש בפני מי יעשה השימוע, ולכלל הפחות ראוי שהשימוע ייערך בפני מנהל המחוז והיועץ המשפטי שלו.

176 ואת בן זוגו וילדיו הגרים עמו – אף אם הם בגירים ובעלי משפחות. סעיף 69(יב) להצעת החוק. **מוצע להוסיף** את המילה "קטינים" לאחר המילה ילדיו.

אם לא התקיימו במחזיק אף תנאי מהתנאים המפורטים בהצעה שבהתקיימם ניתן להוציא את צו הפינוי. עיכוב ביצוע יינתן על ידי בית משפט בנסיבות מיוחדות בלבד, ולאחר שימוע שיינתן לרשות מקרקעי ישראל. מה הטעם בקביעת התנאים – שאחד מהם צריך לחול על המחזיק, תובע בעלות שלא ביקש לאשר את תביעתו או לבררה, או תובע מאשר הזכאי לתמורה שלא קיים את התנאים שהוטלו עליו וכיוצא באלה – אם בסופו של דבר קובעת הצעת החוק כי אף אם הם לא התקיימו (שכן כולם מותנים בהכרזה על האזור כאזור הכרזה מוסדר), ניתן להוציא צו פינוי לפי הצעת החוק, אם בכוונת ראש הממשלה להכריז על האזור כאזור הסדרה מוכרז.<sup>177</sup> הוראה זו, כפי שאטען להלן, היא כה קיצונית ודרקונית, ואף חסרת כל היגיון בתוך עולמו של החוק, שלא ניתן אלא לראותה כבלתי סבירה, בלתי מידתית או חוקתית, שכן יש בה כדי לכפות על אדם את פינוי מקרקע נתבעת שלגביה עומדת לו טענת התביעה הקניינית. **מוצע לבטלה.**

הבעייתיות בסמכויות נרחבות אלה עולה כאשר משווים אותן לסמכויות הרחבות ממילא הקבועות בחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), בפרט כפי תיקונו בשנים האחרונות, אשר להן תחולה על צווי הפינוי לפי הצעת החוק, בשינויים המחויבים.<sup>178</sup> לפי חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), אפשר לפנות אדם אשר תפס מקרקעי ציבור, בכפוף לעיון בדוח ולמתן הזדמנות שימוע, בתוך שישה חודשים מיום שהתברר שהתפיסה הייתה שלא כדין, ולא יאוחר משלושים ושישה חודשים מיום התפיסה.<sup>179</sup> משמעות הדברים היא שכאשר מדובר בתפיסה הנמשכת מעל 36 חודשים, אי-אפשר לעשות שימוש בסמכויות הפינוי המינהליות, ואין מנוס מהגשת תביעה לפינוי לבית המשפט. ואילו לפי הצעת החוק, תובע בעלות שלא אישר את תביעתו או ביקש לבררה את התביעה לפי פקודת ההסדר,<sup>180</sup> וכן תושב

177 סעיף 69(ח) להצעת החוק.

178 סעיפים 69(י)-(יא) להצעת החוק.

179 סעיף 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע).

180 יש להניח, אם כי הדבר אינו הכרחי, שכוונת מנסחי ההצעה הייתה שצו הפינוי יוצא במקרה כזה לגבי החלקה הנתבעת של תובע הבעלות. כלומר, אם תובע בעלות מחזיק בקרקע שאינה הקרקע שנתבעה על ידו בתוכיר התביעה, הוא אינו נכלל בסעיף 69(א)1. **הצעת תיקון:** אם לכך הכוונה, יש להוסיף בסעיף 69(א)1 להצעה, בסופה: "המחזיק בחלקה שנתבעה על ידו".

המחזיק בקרקע ולא הגיש בקשה לקבלת זכויות במסלול הזכאות או שאינו זכאי למסלול הזכאות, עשויים להיות כפופים לצווי פינוי מינהליים,<sup>181</sup> גם אם החזקתם נמשכת זה חמישים שנה. וכך, לכאורה, אף אם החזקתם תואמת את תזכיר תביעתם, או שנעשתה מכוחה של הרשאה שניתנה להם עם הדרישה להתפנות אל אזור הסייג.<sup>182</sup> הארכה בלתי מוגבלת זו של תקופת ההחזקה בקרקע שקדמה להוצאת צו הפינוי עומדת בסתירה למהותו של צו הפינוי לפי חוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), כהליך שהוא מעין עשיית דין עצמית,<sup>183</sup> אשר אף על תנאיו (שהצעת החוק מחמירה עם הפרט ביחס אליהן) נמתחה ביקורת.<sup>184</sup> הארכה כזאת אף פוגעת פגיעה קשה בזכות הגישה לערכאות ובזכותו של המחזיק, גם אם אינו מחזיק כדין.<sup>185</sup> זאת ועוד, הצרת צעדיו של בית המשפט והגבלתו לדון אך

181 לפי החלופות שבסעיף 69(א1), (4) ו-(5) או בחלופה השירית של סעיף קטן (6). הבעייתיות שבסעיף קטן (6) (הקרקע שהוא מחזיק בה הוקנתה למדינה לפי הוראות חוק זה) נובעת, באופן מיוחד, מההוראות שביקרתי בנוגע להסדר ההקניה. ראו לעיל, תת-פרק ג(4).

182 ראו לעיל בה"ש 8.

183 עניין בן שמחון, לעיל ה"ש 163, בעמ' 836, 840; יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 270 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1993).

184 יהושע ויסמן סבור כי מכיוון שחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע) "הוא חריג לכלל הרחב שלפיו מותנית ההגנה על החזקה בפנייה לערכאות, מתבקשת פרשנות מצרה להיקף השימוש המותר בחוק זה. בייחוד יש לעמוד על כך שיהא ברור על פניו שמדובר בתפיסה שאינה כדין, וכי אין ספק של ממש בעניין זה". יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש 100 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005) (ההדגשה שלי). כן ראו ויסמן דיני קניין – חלק כללי, לעיל ה"ש 183, בעמ' 271-272.

185 ראו עניין בן שמחון, לעיל ה"ש 163, בעמ' 848.

עיקרו של סעד השימוש בכוח עצמי הוא למנוע באופן מיידי את מעשה הפלישה או להגביל לו מיד עם התרחשותו, בעוד החזרת הנכס הנגזל היא בדרך כלל עניין לתביעה פוסטורית רגילה, אלא אם הפלישה טרייה, וטרם התגבשה חזקה בפועל של ממש על ידי הפולש בקרקע. התנאים הבסיסיים האמורים טבועים, בשינויים המתחייבים, גם בהסדר סילוק פולשים לגבי מקרקעי ציבור.

ורק בשאלה אם המחזיק משתייך לאחת הקטגוריות האמורות<sup>186</sup> משמעה ביטול למעשה<sup>187</sup> של זכויות התובעים שלא נקטו פעולה כציפיית החוק (אישור התביעה למסלול התמורות או הגשת בקשה לקיום דיון משפטי במסלול פקודת ההסדר), וביטול למעשה של זכויות שאפשר שיש למחזיקים בקרקע שמיאנו להצטרף למסלול הזכאות או שתנאיו אינם חלים עליהם.<sup>188</sup> משמעה של הצרת צעדים זו היא גם איסור על בית המשפט לדון בהתקיימות תנאיו האחרים (המינימליים) של החוק בנוגע להוצאת צו הפינוי, בניגוד מוחלט למה שנתפס כתפקיד הביקורת השיפוטית (לצד בירור עצם הזכות במקרקעין בהליך המתאים).<sup>189</sup> אלו הן קביעות מרחיקות לכת, וספק אם הן חוקתיות.<sup>190</sup>

מרחיקות לכת אפילו עוד יותר הן ההוראות הנוספות הקבועות בהצעת החוק המסמיכות את מנהל רשות מקרקעי ישראל (בהתייעצות עם מנהל הרשות להסדרת התיישבות הברואים ופרקליט המחוז) להוציא צו הקובע כי קרקע הכלולה באזור הסדרה תפונה מכל אדם וחפץ בתוך התקופה שנקבעה בצו, וכי בתום התקופה האמורה ייאסר על כל אדם להחזיק בקרקע או להשתמש בה, אם התקיים אחד מהתנאים האלה: (1) הקרקע מיועדת להיות תמורה, או שהיא

186 השוו לסעיף 5ב(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), הקובע כי הרואה עצמו נפגע ממתן צו רשאי לפנות לבית משפט השלום שבתחום שיפוטו נמצאים המקרקעין כדי להוכיח את זכותו להחזיק במקרקעי הציבור.

187 אמנם חובת הפינוי אינה מבטלת את הזכות הקניינית, אך אם הזכות היא להחזקה, חובת הפינוי דינה כביטול הזכות. ראו בהקשר זה רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 394 (2001).

188 השוו בר"ם 5118/10 יוזמות חינוך ימין אורד (ע.ר.) נ' דגמפור (ניתן ביום 26.1.2011).

189 עניין בן שמחון, לעיל ה"ש 163; ויסמן דיני קניין – חלק כללי, לעיל ה"ש 183, בעמ' 272, מצייין כי ככלל מן הראוי שבתי המשפט יעניקו סעד ביניים המעכב את הליכי הפינוי עד לבירור זכויות הצדדים ביד רחבה.

190 ניתן להשוות בהקשר זה לעמדתו של בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 162. כן ראו ביקורתו של אסף פוזנר על דלות הניתוח שבוצע בפסק דין רחב היקף זה בעניינה של ההגנה החוקתית על זכות הקניין. אסף פוזנר "חוק גל כמשל – ההגנה על זכות הקניין" משפטים כח 581 (1997). השימוע הכללי שנערך לפני השר בגין אין די בו כדי לעמוד בדרישה לשימוע קונקרטי קודם לנקיטת אקט פוגע כפינוי, אלא נדרש שימוע פרטני. ראו למשל בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).

נדרשת למימוש מטרה ממטרות החוק; (2) הוצא צו פינוי למחזיק (כמפורט לעיל), והוא הופר על ידי המחזיק; (3) הוצא צו פינוי לגבי הקרקע, וזו נתפסה בידי אחר; (4) ריבוי המחזיקים בקרקע שאינם זכאים לתמורה מקשה באופן ניכר על פינויה של הקרקע בצו פינוי לפי סעיף 69. ואולם אפשר להוציא צו לפינוי שטח גם אם האזור איננו אזור הסדרה מוכרז – לצורך יישום מטרות החוק כמובן.<sup>191</sup> במילים אחרות, מה שראינו כבעייתי באשר לצו הפינוי לפי סעיף 69, הוא כאין וכאפס לעומת הבעייתיות שבצו פינוי לפי סעיף 70 להצעת החוק: אין בו כל תנאים מוקדמים באשר למחזיק; הוא אינו כולל חובת שימוע למחזיק; לא תיתכן ביקורת שיפוטית, מאחר שהסעיף היחיד שהוכר לביקורת שיפוטית מעוקר מתוכנו בכל הקשור לצו לפינוי שטח.<sup>192</sup> ביטולה של הוראה זו נראה צעד הכרחי.

## ד. ביקורות עקרוניות כלליות על הצעת החוק

נפנה עתה להערות ביקורת עקרוניות כלליות על הצעת החוק. ההערות נוגעות לסגנון החקיקתי ולהטיה שבהצעת החוק לטובת המדינה; להיעדר הגנה לקהילה וליישובים הקיימים ולאיתנות החוקתית של ההצעה.

### (1) הסגנון החקיקתי וההטיה לטובת המדינה

הצעת החוק סובלת מבעיות רבות בסגנון החקיקתי שלה ומהטיה שיטתית לטובת המדינה. הדבר מקשה מאוד על הבנת ההסדרים הקבועים בהצעה (לעניין הסגנון החקיקתי), וכן אינו תורם לרתימת קבוצת המטרה להשתתף במנגנוני ההסדרה (הן הסגנון החקיקתי והן ההטיה לטובת המדינה). ההצעה לוקה בחסר בהקשר לשיקולים של ייצוגיות ושקיפות. להלן דוגמאות אחדות לכך.

(א) שימוש במונחים מקוריים. הצעת החוק מצריכה לימוד שפה חדשה. כך למשל, היא כוללת הגדרות מקוריות למונחים, אשר רובם מוגדרים בגוף ההצעה ולא בסעיף ההגדרות שלה. המונחים החדשים הם, בין השאר: תובע

191 סעיף 70 להצעת החוק.

192 סעיף 70(1) המחיל את סעיף 69(ז) להצעת החוק.



בעלות, תובע בעלות מקורי, תובע מאשר, ועדת תמורות, תמורה, תמורה משנית, מגיש הערות, הודעה על תביעות, בקשה לברר, שטח מיוחס, שטח מיוחס פרטני, שטח מיוחס לתמורה, מרחב הסדרה ואזור הסדרה. תשומת הלב והקשב הנתבעים לשם רכישתה של שפה זו הם גדולים, והם מקשים מאוד על אזרחית מן היישוב, או אפילו על קבוצת אזרחים, להבין ולהתמצא בעולם מושגים ייחודי זה. בלא הבנה והתמצאות לא ניתן לגבש עמדה מושכלת בנוגע להצטרפות להסדרים השונים שבהצעה, ועל כן ככל שהצעת החוק מנוסחת באופן בעייתי יותר, כך הפגיעה בקניין הפרט ובזכות הגישה שלו לערכאות גדלה.

(ב) מורכבות בניסוח והיעדר רציפות בארגון ההוראות. מי שקוראת את הצעת החוק, נדרשת לדלות את הוראותיה בדילוגים קדימה ואחורה, מאחר שהוראותיה בנוגע לעניין מסוים אינן מובאות באופן מובהר ומרוכז. כך לדוגמה, נבחן את עניינה של "תובעת בעלות" שרוצה "לאשר את תביעתה" באיחור ומבקשת לדעת מה הן ההוראות החלות עליה. סעיף 31(ה) להצעת החוק קובע כי –

על אף האמור בסעיף קטן (א), תובע בעלות רשאי להגיש הודעה על אישור תביעה ביחס לחלקה נתבעת או חלק ממנה לאחר המועד הקובע לאישור ובלבד שלא חלף המועד האמור בסעיף 46(ה)(2); ואולם ועדת תמורה לא תקבע שהוא תובע מאשר אם התקיים ביחס לאותה חלקה או חלק ממנה, לפי העניין, אחד מאלה: (1) ועדת התמורה קבעה, לפני הגשת ההודעה, כי תובע בעלות אחר הוא תובע מאשר; (2) הוגשה בקשה לבירור התביעה לפי פקודת ההסדר כאמור בסעיף קטן (א), והתביעה הועברה לבירור לפני בית המשפט.

יש לדלג על כן לסעיף 46(ה)(2) ולנסות להבין מהו המועד האמור בסעיף זה, אשר מן הדין כי טרם יחלוף כדי שניתן יהיה להגיש הודעה על אישור תביעה לאחר המועד הקובע לאישור. מדוע לא לנקוב במועד בסעיף 31(ה) עצמו? ומי שפונים לסעיף 46(ה)(2), מוצאים בו את ההוראה הזאת:

על אף האמור בסעיף קטן (ד), תובע מאשר כאמור באותו סעיף קטן שאישר את תביעתו – (1) לאחר שחלפו חודשיים מהמועד הקובע לאישור ולא יאוחר מתום 21 חודשים מהמועד הקובע לאישור – יהיה זכאי רק לתמורה משנית כאמור בסעיף 47(ב); (2) לאחר תום 21 חודשים מהמועד הקובע לאישור – לא יהיה זכאי עוד לתמורה לפי חוק זה, ואולם אין באמור כדי למנוע בירור תביעתו לפי פקודת ההסדר, והכל בכפוף להוראות סעיף 67.

מהו אם כן המועד האמור בסעיף זה? האם המועד האמור הוא 21 חודשים מהמועד הקובע? זוהי הסקה סבירה אך לא בלתי חשופה לביקורת – צריך גם לברוק את סעיף 67, לא? ובכל מקרה, בכך לא תם מסענו בשאלת עניינה של התובעת המאחרת. יש לבחון אם מתקיים התנאי האמור בסעיף 31(ה)(2) – האם הועברה התביעה לבירור לפני בית המשפט? ומהו התנאי לשם העברת התביעה לבירור לפני בית משפט? התשובה טמונה בסעיף 35(א) להצעה, שאף היא פותחת דרך לכשעצמה. וגם בכך לא די. סעיף 31(ו) להצעה מוסיף וקובע כי "אין בהוראות סעיף קטן (ה) כדי לגרוע מהוראות סעיפים 40 ו-46". ומי שמקפיד לקרוא יגלה גם את סעיף 31(ז), שבו נקבע כי "על אף הוראות סעיף קטן (ד), להודעות על אישור תביעה המוגשות לפי סעיף קטן (ה) לא ניתן לצרף הערות כאמור בסעיף 32". ולסיום, סעיף 46(ד) להצעת החוק קובע כי חלקו של תובע מאשר מאחר לא ייכלל בחישוב שיעור האישור של החלקה הנתבעת, ועל כן הוא וגם שותפיו בחלקה עשויים להיפגע בשיעור התמורה בקרקע שתינתן בשל כך שאיחר בהגשת תביעתו.<sup>193</sup>

(ג) הקניית סמכויות רבות לקביעת כללים והוראות לראש הממשלה. ההצעה קובעת כי הסדרים רבים הנדרשים לצורך מימוש ההצעה ייקבעו בעתיד על ידי ראש הממשלה. כך למשל, ראש הממשלה יקבע כללים לעניין השימוש בתצלומי אוויר, שלהם חשיבות רבה לצורך קביעת התמורה על ידי ועדת

193 ויושם אל לב כי "תובע מאחר" של סעיף 67(א) להצעת החוק הוא תובע בעלות שלא אישר ולא הגיש בקשה לבירור עד למועד הקובע לאישור.

התמורה, וכללים לעניין קביעת גודל השטח ששימש למגורים, שיתייחסו בין השאר לגודל השטח המוחזק ולאופן חישובו. מדובר בקביעות שעל ועדת תמורה לערוך באשר לכל תביעה פרטנית;<sup>194</sup> ראש הממשלה יקבע כללים ושיעורים בדבר הקצאת קרקע פנויה לשימוש חקלאי, שנותרה ביישוב קיים לאחר שהוקצתה תמורה בקרקע לכל התובעים המאשרים, לתובעים מאשרים נוספים הזכאים לתמורה בקרקע;<sup>195</sup> ראש הממשלה יקבע תנאים וסכומים להמרת תמורה בקרקע בתמורה בכסף,<sup>196</sup> ולהמרת תמורה בקרקע במגרשי מגורים מפותחים.<sup>197</sup> הוראה נוספת קובעת כי תושב מרחב ההסדרה שאינו תובע בעלות ומבקש להצטרף למסלול הזכאות, זכאי למגרש מגורים מפותח, אם, בין השאר, הוא אינו מתגורר ביישוב קיים או ביישוב אחר שראש הממשלה הכריז עליו לעניין זה. ואולם ראש הממשלה רשאי לקבוע שגם תושב שלא מתקיים לגביו תנאי זה יהיה זכאי למגרש מגורים מפותח בהתאם להוראות שיקבע.<sup>198</sup> באותו הקשר זכאותו של תושב מרחב ההסדרה למגרש מפותח עלולה להישלל אם לא יתקיימו בו תנאים נוספים שיקבע ראש הממשלה לעניין זה.<sup>199</sup> גם לכוונותיו של ראש הממשלה יכולות להיות השלכות רחבות היקף. לדוגמה, את צו הפינוי המיוחד שאפשר להוציא לפי הצעת החוק אפשר ליתן לגבי קרקע הכלולה באזור הסדרה מוכרז ואשר מתקיימים בעניינה תנאים מסוימים, אך גם לגבי קרקע שנמצאת במרחב ההסדרה ואיננה כלולה באזור הסדרה מוכרז, אם ראה מי שמוסמך להוציא את הצו שהדבר דרוש לצורך יישום מטרות החוק, ואם כוונת ראש הממשלה להכריז על אזור זה כאזור הסדרה מוכרז.<sup>200</sup> כלומר, כוונתו של ראש הממשלה להכריז על אזור כאזור הכרזה מוסדר, כוונה המתקיימת, מעיקרא, עם אישור החוק לנוכח הקביעה המוצעת כי

- 194 סעיף 45(ג) להצעת החוק.  
 195 סעיף 53(ו) להצעת החוק.  
 196 סעיף 56(א) להצעת החוק.  
 197 סעיף 57 להצעת החוק. וראו גם לעיל בה"ש 149 ו-170.  
 198 סעיף 59(א)(3) להצעת החוק.  
 199 סעיף 59(א)(5) להצעת החוק.  
 200 סעיף 69(ח) להצעת החוק, אשר מוצע לבטלו, כאמור לעיל.

אזורי הסדרה יוכרזו בתוך ארבע שנים מכניסתו לתוקף,<sup>201</sup> משמעה כי ההוראות (המוגבלות כשלעצמן) המגדירות את המקרים שבהם ניתן להוציא צו פינוי, כלל אינן בעלות משקל. לנוכח החשיבות הרבה שרואה הממשלה בקביעת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לתביעות הקרקעיות ולסכסוכי ההחזקה בחקיקה בעלת תחולה רחבה וידועה לכול, שהיא העומדת לכאורה בעצם חקיקת החוק,<sup>202</sup> לא ניתן להסביר את הותרתם של עניינים רבים כל כך – ודווקא אלה שעשויים להיות החשובים ביותר מנקודת מבטו של הפרט השוקל אם להצטרף למסלול זה או אחר של ההצעה – להכרעת כללים שיקבע ראש הממשלה, שמועד קביעתם ודרך פרסומם אינו ידוע ואשר לא נקבעה חובת היועצות בעניינם. ראוי בעיניי **לשקול מחדש** את השימוש בכלי זה של כללים שיקבע ראש הממשלה להסדרת עניינים מהותיים כל כך כמפורט כאן.<sup>203</sup> הבעייתיות נובעת מעצם השארת שיקול דעת כה רחב בעניינים מהותיים ומרכזיים שחוקתיותם עומדת לדיון. גישה חקיקתית דומה לא הופיעה בהקשר של חוק יישום תכנית ההתנתקות מחבל עזה ובצפון השומרון, אשר מגיע כדי פרטי הפרטים של הפיצוי (גם אם בדיעבד התברר שאף בכך לא היה די).

(ד) **הטיה לטובת המדינה**. ההטיה לטובת המדינה נוכחת, למשל, בהוראה שהקביעה שקרקע הוחזקה בידי תובע בעלות תיעשה בהתייחס למועד הגשת תזכיר התביעה בעניינה על ידי תובע הבעלות, למעט אם הקרקע הוחזקה על ידי המדינה, שאז המועד הקובע הוא סמוך למועד הגשת תזכיר התביעה או בשלוש השנים שקדמו לכניסתו של החוק לתוקף, כולן או חלקן.<sup>204</sup> דוגמה אחרת להטיה היא בהרכב ועדת התמורה לפי

201 ראו לעיל בה"ש 73-74.

202 ראו למשל, המבוא להצעת החוק, שבו נמנה כסיבה הראשונה להצדקת החוק הרצון להסדיר את סוגיית הפשרה בדרך של זכות שבדין, שהיקפה ותנאיה מעוגנים בחוק; דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28.

203 כן ראו בעניין זה סעיף 81 להצעת החוק.

204 סעיף 45(ד) להצעת החוק. לא ברור מהי ההצדקה ליצירת הבחנה כזאת, ו**מוצע לשוקלה מחדש**. ההסדר הבוחר את שאלת ההחזקה של התובעים ביחס למועד הגשת התביעה יוצר חוסר הוגנות כלפי מפוני הפנים, שאי-החזקתם בקרקע במועד הגשת

ההצעה.<sup>205</sup> נטיית ההצעה להעדיף את עניינה של המדינה על פני עניינם של התובעים משתקפת גם בכך שאף תובע שמחליט להצטרף להסדר התמורות אינו יכול לדעת מראש מה תהיינה זכויותיו בהתקיים תנאים מסוימים. כך למשל נקבע כי אם בוטלה ההכרזה על אזור הסדרה (אם ראש הממשלה ראה שאין אפשרות ממשית להשגת מטרות החוק באותו אזור, בהתייחס בין השאר לשיעור השטח שהוגשו לגביו הודעות על אישור תביעה),<sup>206</sup> יקבל התובע תמורה משנית בלבד, אלא אם ביקש לחזור בו מתביעתו.<sup>207</sup> נראה לי שזהו הסדר שאיננו הוגן, בבחינת ממה נפשך: אם בוטלה ההכרזה על אזור הסדר, מדוע יש לראות את התובע כמי שהגיש בקשה לבירור תביעתו? נוסף על כך, אם לא ביקש התובע לחזור בו מאישור תביעתו, מדוע שתקבע לו תמורה משנית בלבד? קשה להבין. העדפת המדינה על פני התובעים והתושבים מכוונת נרטיב של עימות בין המדינה לאזרחיה, שבמסגרתו המדינה מפעילה את כוחה הפוליטי נגד אזרחיה. יש לתקן גם עניין זה.

(ה) חוסר ודאות בנוגע לתמורות הצפויות. הצעת החוק מסתפקת, בעיקר בהקשר לתמורות שלהן יהיו תובעים מאשרים זכאים, בקביעות כלליות, בלתי מחייבות ובלתי ניתנות לצפייה (ראו לעניין זה, למשל, את הדיון במסלול התמורות שהובא לעיל). תובע מאשר המבקש לדעת אם כדאי לו להצטרף למסלול התמורות, לא יכול לדעת למה יהיה זכאי בסופו של דבר – לא מבחינת גודל התמורה בקרקע שתינתן לו, לא מבחינת מיקומה, לא מבחינת טיבה – הן בשל ההתניה של שיעור התמורה בקרקע בהתנהגותם של השותפים והן בשל חוסר הנכונות של הצעת החוק להתחייב לפרטים הנוגעים לתמורות. תובע מאשר אף לא יכול לדעת מה יקרה עם שכניו

---

תזכיר התביעה נבעה מפינויים לאזור הסייג. מוצע לתקן הוראה זו גם כמובן זה ולקבוע שהמועד הקובע לשאלת ההחזקה יתחשב בטעם לכך שהקרקע הנתבעת לא הוחזקה בעת הגשת תזכיר התביעה. אם הטעם הוא פינוי הקרקע בשל דרישה ביטחונית או שלטונית, המועד הקובע חייב להיות המועד שקדם לדרישה זו.

205 ראו על כך להלן, בתת-פרק ד(1)(1).

206 סעיף 73 להצעת החוק.

207 סעיף 49 להצעת החוק.

ובני קהילתו, שכן ההצעה אינה מביאה כלל בחשבון את רכיב ההתארגנות החברתית.

(ו) בעייתיות בהיבטים של ייצוגיות, שקיפות ופרסום. הצעת החוק אינה ערוכה כהלכה מבחינות של ייצוגיות, שקיפות ופרסום. בשינויים קטנים בניסוח של הצעת החוק ניתן להגביר משמעותית את הגוון הדמוקרטי של ההליכים המעוגנים בהצעת החוק. להלן דוגמאות אחדות לכך.

ייצוגיות. הרכבה של ועדת תמורה הוא זה: יושב הראש יהיה משפטן הכשיר לשמש שופט מחוזי, שימונה על ידי שר המשפטים על פי המלצת ועדה מייעצת; ארבעה נציגי משרדים ממשלתיים (נציג הרשות להסדרת התיישבות הברואים בנגב, נציג שר המשפטים, נציג החשב הכללי, ועובד רשות מקרקעי ישראל); ונציג ציבור מהעדה הברואית.<sup>208</sup> המניין החוקי בישיבות ועדת תמורה הוא שלושה חברים לפחות, שאחד מהם הוא יושב ראש הוועדה או ממלא מקומו.<sup>209</sup> הוראה מיוחדת בהצעה קובעת כי פעולת ועדת תמורה לא תיפסל מחמת זה בלבד שבזמן עשייתה היה מקומו של חבר בוועדה פנוי מכל סיבה היא; ושתחילת עבודת ועדת תמורה תהיה אף אם לא מונו כל חברים, ובלבד שמונו היושב ראש ושני חברים נוספים לפחות (שאר החברים ימונו, ככל האפשר, סמוך לאחר תחילת פעולתה).<sup>210</sup> ניתן להניח כי מטרתן של הוראות אלו היא להתגבר על מצב דברים אפשרי שבו לא יצלח בידי ראש הממשלה למנות נציג ציבור מקרב האוכלוסייה הברואית. לטעמי, רצוי להדגיש, ולא לטשטש, את חשיבותו של נציג הציבור. על כן ראוי לתקן את ההצעה ולקבוע כי מינויו של נציג ציבור מקרב האוכלוסייה הברואית הוא תנאי לתחילת פעולתה של ועדת תמורה, והוא תנאי לקיומו של מניין חוקי בוועדת תמורה.<sup>211</sup> כמו כן, מבחינת הרכב הוועדה, היחס בין

208 סעיף 11 להצעת החוק.

209 סעיף 15 להצעת החוק.

210 סעיף 16 להצעת החוק.

211 מוצע על כן להוסיף בסופו של סעיף 15: "ואחד מהם הוא נציג הציבור מקרב האוכלוסייה הברואית"; וכן כי בסעיף 16(א) אחרי המילים "של חבר בוועדה" תווסף: "למעט חבר שמונה לפי סעיף 11(א)6)", ובסעיף 16(ב) אחרי המילים "ושני חברים נוספים לפחות" תווסף: "ובתנאי כי אחד מהם הוא נציג ציבור מקרב האוכלוסייה הברואית".

מספר נציגי הממשלה (ארבעה) למספר נציגי הציבור (אחד) איננו מיטבי. משמעותו היא שוועדת התמורה היא גוף ממשלתי תלוי ולא גוף מעין שיפוטי ובעל אופי ציבורי ובלתי תלוי, וכן שלעולם לנציגי הממשלה תהיה עדיפות בקבלת החלטות.<sup>212</sup> ראוי לשנות את הרכבה של ועדת התמורה ולקבוע כי מלבד יושב הראש יכהנו בוועדה ארבעה חברים, שניים מהם נציגי הממשלה (שניים מתוך אלה: נציג הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, נציג שר המשפטים, נציג החשב הכללי ועובד רשות מקרקעי ישראל. אם יש צורך בחוות דעתם המקצועית של כל הארבעה, שניים מתוכם יכולים לשמש יועצים לוועדה<sup>213</sup>) וכן שני נציגי ציבור (מקרב האוכלוסייה הבדואית, וכן נציג ציבור נוסף בלתי תלוי מן האקדמיה, מארגונים מקצועיים כגון העמותה לקידום התכנון, הבנייה והסביבה בישראל, או מארגונים חוץ ממשלתיים אחרים שייקבעו בהתייעצות עם האוכלוסייה הבדואית). מוצע לשקול אם לא ראוי שכיושב ראש ועדת תמורה ישמש שופט מחוזי בדימוס. תיקון נוסף שיש לערוך לשם שיפור הייצוגיות של ההליכים במסלול התמורות הוא בנוגע להוראה שלפיה אם לא מונה ממלא מקום ליושב ראש ועדת תמורה בהתאם לדרך מינויו של יושב הראש, יהיה נציג שר המשפטים בוועדת התמורה ממלא המקום.<sup>214</sup> לנוכח רגישות העניין, מוטב שאם לא נקבע ממלא מקום בהתאם לכללים לבחירתו ולכשירותו של יושב ראש, אין מקום שחבר אחר בוועדה – בין שהוא נציג שר המשפטים ובין שהוא חבר אחר – יהיה ממלא מקומו של יושב הראש. יתר על כן, לא ברור מהי ההצדקה למינוי ממלא מקום ליושב ראש ועדת תמורה. אם יתברר כי נבצר מיושב ראש מלמלא את מקומו לתקופה ממושכת, מן הראוי להחליפו או לקבוע כי לוועדת תמורה אחרת יהיו סמכויות בנוגע לאותם עניינים שהיו בטיפולה של ועדת התמורה שאינה מתפקדת. כמו כן, עדיף לקבוע כי אם לא נקבע ממלא מקום בהתאם לכללים לבחירתו ולכשירותו של יושב ראש, אין מקום שחבר אחר בוועדה – בין שהוא נציג שר המשפטים ובין שהוא חבר אחר – יהיה

212 לאור כלל הרוב הקבוע בסעיף 18(ד) להצעת החוק וסעיף 15 שנידון לעיל.

213 במתכונת היועצים המוצעת בסעיף 14 להצעת החוק.

214 סעיף 11(ג) להצעה החוק.

למלא מקומו של יושב הראש.<sup>215</sup> דוגמה נוספת לנושא הייצוגיות שראויה לחשיבה מחודשת היא אחד מסעיפי ההצעה הקובע כי שר המשפטים יקים ועדה מייעצת שתמליץ לו לעניין מינוי יושב ראש ועדת תמורה.<sup>216</sup> הוועדה המייעצת מורכבת משופט עליון בדימוס, עובד מדינה בכיר שימנה ראש הממשלה ונציג היועץ המשפטי לממשלה. הוועדה המייעצת איננה מייצגת את הבדואים, ויש בה רוב מובנה לעמדת המדינה. בסופו של דבר, הגורם המחליט על המינוי הוא שר המשפטים, אשר מיוצג בוועדה על ידי נציג היועץ המשפטי לממשלה (לפחות במובן מסוים, שכן סביר להניח כי הנציג יהיה עובד משרדו של שר המשפטים). ראוי לשקול אפשרות שהוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין מינוי יושב ראש ועדת תמורה תורכב גם מנציג ציבור או מנציג האוכלוסייה הבדואית. כמו כן, ראוי שלציבור תינתן הזדמנות להגיב על שמות מועמדים העולים לדיון לפני הוועדה, וכן שתינתן אפשרות להציג מועמדים לשקילת הוועדה המייעצת.<sup>217</sup>

**שקיפות ופרסום.** הצעת החוק אינה מפרטת את הדרכים שבהן יפורסמו הודעות והכרזות, כגון הודעה על "אזור הסדרה מוכרז"<sup>218</sup> או "הודעה על תביעות",<sup>219</sup>

215 מוצע על כן למחוק את סעיף 11(ג) ולתקן את סעיף 11(ב), כך שבמקום "סעיף קטן (א) (1) עד (6)" יבוא "סעיף קטן (א)(2) עד (6)".

216 סעיף 12 להצעת החוק.

217 מוצע, בנוגע לסעיף 12 להצעת החוק, כי במקום "עובד המדינה בכיר" כחבר הוועדה המייעצת, או במקום נציג היועץ המשפטי לממשלה, או נוסף על אלה, ימונה נציג ציבור או נציג האוכלוסייה הבדואית כחבר הוועדה המייעצת; מוצע להוסיף לסעיף 12 סעיף קטן (ב) (ולסמן את ההוראה המוצעת כעת "א"), שבו ייקבע: "הוועדה המייעצת תפרסם הודעה לציבור ובו תזמין את מי שרואה עצמו כמתאים לתנאי הסף הנדרשים להציג את מועמדתו לתפקיד יושב ראש ועדת תמורה"; מוצע להוסיף לסעיף 12 סעיף קטן (ג), שבו ייקבע: "הוועדה המייעצת תפרסם להערות הציבור את שמות המועמדים הנשקלים על ידה, קודם לקיום דיון במועמדותם"; מוצע להוסיף לסעיף 12 סעיף קטן (ד), שבו ייקבע: "הוועדה המייעצת תפרסם ברשומות ובאינטרנט את שמותיהם של מועמדים אותם בכוונתה לשקול, מתוך מתן הזדמנות לציבור להגיב לעניין".

218 לפי סעיף 72 להצעת החוק.

219 לפי סעיף 30 להצעת החוק.



אף שלהודעות אלה יש משמעות משפטית רבה בהקשרים שונים של הצעת החוק. **מוצע** להורות בחוק על דרכי הפרסום ולהבטיח יצירת מנגנונים אפקטיביים להבאת דבר קיומן של הודעות כגון אלה לידיעת הציבור אשר זכויותיו מושפעות מהן. בעייתית בעיניי ההוראה שוועדת תמורה תפרסם את החלטותיה בדרך שתמצא לנכון.<sup>220</sup> **מוצע לתקן** הוראה זו ולקבוע את חובת פרסום ההחלטות מיד עם נתינתן (באתר האינטרנט ובהנחת עותקים במשרדים ממשלתיים ובמשרדי הרשויות המקומיות הנוגעות בדבר), ואף לתרגמן לערבית. עוד מוצע לקבוע כי החלטת ועדת תמורה תהיה מנומקת ותינתן בכתב;<sup>221</sup> להוסיף הוראה הקובעת כי ההחלטה תישלח לתובע בדואר רשום, למען להמצאת מסמכים שציין בהודעתו;<sup>222</sup> ולבסוף מוצע לקבוע באופן מפורט יותר את הסייגים לפרסום ההחלטות.<sup>223</sup> עוד בהקשר זה ניתן להפנות להוראה בהצעת החוק שלפיה מנהל הרשות יגיש אחת לשנה דין וחשבון על פעולות הרשות<sup>224</sup> – לא ברור מן הסעיף אם הדין וחשבון יעמוד לעיון הציבור, וראוי לקבוע כן במפורש.<sup>225</sup> לפי סעיף אחר בהצעת החוק, מנהל הרשות יגיש אחת לשנה את תכנית העבודה של הרשות לאישור ראש הממשלה.<sup>226</sup> כדי להגביר את שקיפות פעולתה של הרשות, וכדי לאפשר פיקוח על עבודתה, ראוי להעמיד את תכנית העבודה לעיון הציבור.<sup>227</sup>

- 220 סעיף 18(ג) להצעת החוק.
- 221 ראו סעיף 16(א) לחוק יישום תכנית ההתנתקות.
- 222 ראו סעיף 16(ג) לחוק יישום תכנית ההתנתקות.
- 223 היינו, מוצע לתקן את הסיפא של סעיף 18(ה) להצעה, כך שבמקום המילים "אם ראה כי הרבר דרוש לצורך קידום מטרות החוק" יבוא: "אם יש בהם משום פגיעה בפרטיות"; וראו סעיף 16(ד) לחוק יישום תכנית ההתנתקות.
- 224 סעיף 9 להצעת החוק.
- 225 מוצע על כן כי בסופו של סעיף 9 להצעה יתווסף: "הדין וחשבון יועמד לעיון הציבור ויפורסם באינטרנט, עם הגשתו לראש הממשלה". ניתן לשקול אם יש לקבוע את פרק הזמן המקסימלי עד לקיום דיון הממשלה בדין וחשבון.
- 226 סעיף 10 להצעת החוק.
- 227 מוצע על כן להוסיף בסופו של סעיף 10 להצעה: "תכנית העבודה שאושרה על ידי ראש הממשלה תועמד לעיון הציבור ותפורסם באינטרנט, בסמוך לאחר אישורה".

הצעת החוק מנוסחת באופן בעייתי. עשרות שעות של קריאה בסבך הוראותיה מותירות את הקורא (שיש לו ידע משפטי) בתחושה של הבנה חלקית בלבד של ההסדרים שבהצעת החוק. פירוט יתר דקדקני רווח, בעיקר, כלפי צד החובות של תובעי הבעלות ומחזיקי הקרקעות, ואילו פירוט חסר והותרת עניינים מהותיים להכרעה במועד עתידי, בכללים נוספים שייקבעו, רווח בעיקר בנוגע לצד הזכויות. סייגים על סייגים פרושים לאורכה ולרוחבה של ההצעה, והם מרכיבים את הבלבול והקושי לשלוט לא רק בפרטי ההצעה, אלא גם בהכרעות המהותיות ביותר שהיא נושאת עמה. הדוגמה שהבאתי לעיל בעניין איור 1 ממחישה זאת היטב.<sup>228</sup> ההצעה מפרטת בדקדקנות את מיקומו של שטח לתמורה, נחות בטיבו, מוגבל מאוד בהיקפו ושאינו עמו כל נחת. אין בהצעה ולו רגע אחד של חיבור והשתייכות; אין בה הושטת יד מקרבת ומאחדת. במקום שתעמיד בבסיסה את הרצון להבטיח את זכויותיהם של הברואים ואת עתידם המרחבי, היא מעמידה בבסיסה את האיום והכוח המרובה שיוקנה לה למדינה כדי להבטיח את שלטונה ושליטתה.

## (2) היעדר הגנה לקהילה וליישובים הקיימים

אחת המשמעויות העיקריות של מסלול התמורות, כפי שהוא מובנה בהצעת החוק, היא שההצעה איננה נותנת כל ביטוי לחשיבות שימורה של הקהילה. תובע בעלות אשר שוקל עם שכניו ובני משפחתו אם להצטרף למסלול התמורות (או למסלול הזכאות, למי שאינם תובעי בעלות) לא יכול לדעת מראש את הגודל, המיקום והטיב של הקרקע שתוקצה לו, אך הוא אף לא יכול להחזיק באמונה שהמבנה הקהילתי ישתמר. היעדר הכרה בחשיבות שימור הקהילה הוא אפוא חיסרון גדול של הצעת החוק.<sup>229</sup>

228 ראו לעיל איור 1, בסמוך לה"ש 139.

229 ראו למשל: Gideon Parchomovsky and Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics*, 92 CALIFORNIA LAW REVIEW 75 (2004). ראו גם, Kristen A. Carpenter, *Real Property and Peoplehood*, 27 STANFORD ENVIRONMENTAL LAW JOURNAL 313 (2008). שאלת היקפה של חובת ההגנה על קהילה היא שאלה רחבה שלא זה המקום לדון בה, אך נדמה שקשה לחלוק

הצעת החוק איננה מבטיחה שיישוב כלשהו מעשרות היישובים הבלתי מוכרים ישתמר או יועתק בשלמותו. אמנם בדוח בגין בסיום מהלך ההקשבה נאמר כי עומדת בעינה המלצת ועדת גולדברג ש"עקרונית מוצע, להכיר ככל שניתן בכל אחד מן הכפרים הבלתי מוכרים אשר קיימת בו מסה מינימלית של תושבים, כפי שתקבע, ויהיה לו כושר נשיאה מוניציפאלי, ובתנאי בל יעבור שהכרה זו לא תעמוד בסתירה לתכנית מתאר מחוזית"<sup>230</sup>, אך גם יותר מארבע שנים לאחר גיבושה של המלצה זו אין בידו של השר בגין להתייחס בפירוט למקומות שבהם יש תביעות בעלות על הקרקע ואשר יוסדרו בעתיד כיישובים או שייכללו בהרחבות של יישובים קיימים.<sup>231</sup> לדבריו, רוב גדול מקרב התושבים המתגוררים במקומות שבהם נעדרת היום הסדרה תכנונית יוכלו להמשיך להתגורר שם בעתיד ביישובים מוסדרים, ובחלק מן המקרים יהיה צורך בהעתקה של בתי המגורים מרחק קצר יחסית של כמה מאות מטרים. במקומות שההתיישבות אינה אפשרית, בשל הוראותיה של תכנית המתאר, ייבחנו חלופות להתיישבות מתוך הידברות עם התושבים, ותיכנה האפשרויות להעתק המגורים לשכונות ביישובים המוסדרים היום, לתחומי הרחבות עתידיות או ליישובים חדשים. בסך הכול מדובר לדבריו בהעתקה ליישוב אחר של פחות מ-3,000

---

על חשיבותו של היבט זה בעת ביצוע תכניות למיקום מחדש של אוכלוסיות. ראו בהקשר זה, למשל: The World Bank, *Involuntary Resettlement Sourcebook: Planning and Implementation in Development Projects* (2004): <http://tinyurl.com/6v6rghl>; ועדת מצא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 71.

230 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 32. ראוי לציין כי ההתניה בהתאמה לתכנית מתאר מחוזית היא במידה מסוימת טאוטלוגית, שכן תכנית מתאר מחוזית מגובשת ונקבעת בשים לב לא רק לשיקולים תכנוניים "אובייקטיביים" (כגון קיומם של מפגעים סביבתיים), אלא מתוך רצון להגשים את המטרות המדיניות והחברתיות שנקבעו לה. הדרישה למסה מינימלית של תושבים וכושר נשיאה מוניציפלי צריכה להיקבע בשים לב לאופייה של ההתיישבות בנגב, אשר לפחות לגבי חלק ממנה – חוות הבודדים, למשל – לא מוחלים שיקולים אלה. ראו בג"ץ 2817/06 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (ניתן ביום 15.6.2010).

231 דוח בגין בסיום מהלך ההקשבה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.

תושבים וכן 14,000 תושבים נוספים המתגוררים בוואדי אל נעם הסמוך לרמת חובב.<sup>232</sup>

אולם מדוע כל זאת אינו יכול לקבל ביטוי בהצעת החוק? הנה לשם השוואה, בחוק יישום תכנית ההתנתקות נקבע כי מינהלת ההתנתקות רשאית, לבקשת קבוצה של 20 מתיישבים מבתי מגורים שונים, או לבקשת אגודה שיתופית התיישבותית, המעוניינים להעתיק את מקום מגוריהם במסגרת קהילתית אחת, להתקשר בהסכם עם המתיישבים לעניין העתקת המגורים.<sup>233</sup> יש לומר כי הסדר זה של חוק יישום תכנית ההתנתקות נחשב, במבט לאחור, כשל חקיקתי.<sup>234</sup> ראוי שהצעת החוק תכלול הסדרים מתאימים המביאים בחשבון את לקחי הניסיון של העתקת הקהילות שפנו בתכנית ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון, אשר יבטיחו כי למי שמבקשים זאת, וזכאים לתמורה קרקעית (ובכלל זה למגרש מגורים מפותח), תינתן האפשרות להעתיקה ולהתיישבות במסגרת קהילתית אחת. היעדר התייחסות בהצעה לעתידם של 35-36 יישובים מבטא ביטול ומחיקה של רכיבי זהות משמעותיים ויסודיים בחייהם של הברואים בנגב. ההצעה איננה מתייחסת כלל לכל נושא היישוב מחדש, למספר היישובים שיוקמו, לסוגם ולטיבם. היעדר התייחסות כזאת מעלה קושי לנוכח הכוונה המוצהרת של הסדרת פיתוח הנגב ויישובם של הברואים בו, ויש בו כדי לפגום במידתיות הפגיעה בזכות לכבוד ובזכות הקניין. אין להסכין עם שתיקתה של הצעת החוק בעניין זה. שתיקה זו פוגעת בחוקתיות החוק.

### (3) חוקתיות הצעת החוק

ההגנה החוקתית לקניין עמדה במוקד פסק הדין המרכזי הראשון שבו אומצה התפיסה שחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנה לבית המשפט את הסמכות לבטל חוקים העומדים בסתירה לו – פסק דין בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר

232 שם, בעמ' 5-6.

233 סעיף 85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות. על קביעת מסגרת כללית זו בחוק יישום תכנית ההתנתקות, כמו גם היישום בפועל של בקשות ההעתיקה נמתחה ביקורת רבה, בין השאר, על ידי ועדת מצא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 121-122, 182-205.

234 שם, בעמ' 194.

שיתופי.<sup>235</sup> עם זאת, למיטב ידיעתי, פסק הדין היחיד שבו בוטלו הוראות חוק בשל פגיעתן בהגנה החוקתית היה פסק הדין של בית המשפט העליון בנושא חוק יישום תכנית ההתנתקות.<sup>236</sup> אף על פי כן, בהקשרים רבים אומצה הגישה שעם

- 235 עניין בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 162.
- 236 בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 21. בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (ניתן ביום 28.2.2012) נפסלה הוראת החוק הקובעת חזקה חלוטה, שלפיה מי שבבעלותו או בשימושו הקבוע כלי רכב ייחשב כמי שהכנסתו כגובה גמלת הבטחת הכנסה, ולפיכך תישלל זכאותו לגמלה זו. בית המשפט העליון ביכר לבסס קביעה זו על כך שחזקה זו פוגעת בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, הנמצאת "בליבו ובגרעינו של כבוד האדם" (פסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש), תחת לראות בהוראת החוק הנידונה פגיעה בזכות הקניין, שכן היא מביאה לשלילת הגמלה באופן שאיננו מתיישב עם פסקת ההגבלה. הימנעות בית המשפט מלדרוך בשאלה של פגיעת החוק בהגנה החוקתית על הקניין יכולה להיות מוסברת בכך שלשיטתו המהות העיקרית של הפגיעה היא בכבוד האדם, ומשכך אין צורך לבחון פגיעות משניות נוספות; או בכך שבית המשפט חושש לזהות פגיעה קניינית במקום שבו החקיקה יכולה להיחשב חקיקה פיסקלית או כלכלית, לנוכח רתיעתו המובנית מהתערבות בעניינים אלה. ראו עניין בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 162, בעמ' 348 (הנשיא שמגר); עמ' 576 (השופט גולדברג). ואולם בתגובה לכך ניתן לטעון כי משעה שבית המשפט איתר את גמלת הבטחת ההכנסה (וממילא את שלילתה) כגמלה המתחייבת משום החובה להבטיח מינימום של קיום אנושי בכבוד, לא היה מקום לחשוש כי התערבות בחקיקה תיחשב כנופלת תחת התערבות בחקיקה המשקפת מדיניות פיסקלית, ועל כן ניתן היה לבחון את החוק שעל הפרק במשקפי ההגנה החוקתית לקניין. לתפיסה כי גמולים סוציאליים הם קניין ראו Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE LAW JOURNAL 733 (1964). לביקורת בכיוון דומה על דרך ההנמקה השיפוטית במקרה אחר של פסילת חוקים ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 690 (2010).
- בשולי הדברים ניתן להוסיף כי אמנם על רקע ריבוי דעות בעניין זה בעניין בנק המזרחי המאוחד (לעיל ה"ש 162), נטה תחילה בית המשפט לגישה כי שלילת הטבות לפי חקיקה כלכלית – הטבות מס, תמריצי עידוד וכו' – אינה כלל בגדר פגיעה בקניין, שכן "אין לאדם זכות מוקנית או זכות קנויה (לשם הדיוק יש לומר: אין לו זכות) שהמדיניות תישאר קפואה וכך גם הסובסידיה. יש לו, אולי, ציפייה, אך הציפייה אינה מגיעה כדי זכות" (בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 202 (1998)); אולם עם השנים אימץ בית המשפט גישה אחרת, שלפיה אין

העלאת מעמדה של זכות הקניין למדרגה החוקתית, יש בכך כדי להקרין על דרך הפרשנות הרצויה אף להוראות חוק משוריינות.<sup>237</sup> על רקע זאת יש לבחון את שאלת חוקתיות הפגיעה בזכות הקניין.

נקודת המוצא של הצעת החוק היא שלברואים אין זכויות במקרקעין הנתבעים או המוחזקים על ידם. בהתחשב בנקודת מוצא זו אפשרית העמדה שעם תום תקופת ההסדרה שבה אפשר להצטרף להסדרי הקצאה וולונטריים – ניתן יהיה לפנות את הנגב מכל מחזיקי הברואים שלא הסדירו את עניינם תחילה, כלומר שלא פנו לקבל את ההטבה שהממשלה מוכנה מרצונה הטוב להעניק להם. שתי שאלות נדרשות כאן: (א) האם זוהי נקודת מוצא סבירה, כלומר האם החוק חוקתי מלכתחילה?; (ב) ואם לא תהיה הצטרפות וולונטרית כלל, האם החוק יהיה עדיין חוקתי?<sup>238</sup>

ביסוס הצעת החוק על ההנחה שלברואים אין כל זכויות במקרקעין הנתבעים על ידם אינו תואם את הפרוצדורה הקבועה בדיון הקיים, שלפיה במצב של תביעות

---

הוא דן בשאלה אם ביטולה או שינויה של חקיקה כלכלית באופן המרע עם הפרט (כגון ביטול הטבת מס או החמרת דרגת המס) מהווה פגיעה בקניינו, אלא הוא נכון להניח קיומה של פגיעה זו וממקד את הדיון בתחומה של פסקת ההגבלה. ראו למשל בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ביניש (ניתן ביום 10.5.2006) (ביטול הטבות מס למספר ישובים בנגב בעקבות חוקי ההסדרים לשנת 2003 ו-2004); בג"ץ 3734/11 דוידאן נ' כנסת ישראל, פסקה 29 לחוות דעתה של המשנה לנשיא נאור (ניתן ביום 15.8.2012) (חוקתיותו של היטל על רווחי בעלי זכויות נפט מהפקת נפט וגז שהוחק בחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011, בעקבות דוח הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל [2011] "וועדת ששינסקי").

237 ראו למשל ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817 (2003); דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (ניתן ביום 15.4.2012). כן ראו יהושע ויסמן "שישים שנות דיני קניין" משפט ועסקים י 305, 310 (2009).

238 הדיון כאן איננו משום חזרה על התייחסויות קונקרטיות לסעיפי הצעת החוק שטופלו בפרק ג, ולכן ככל שנאמר בעניין הוראה זו או אחרת כי היא חורגת ממתחם החוקתיות, הדברים אינם תלויים בהכרח בהנמקה המובאת בפרק זה.

סותרות בהליכי הסדר זכויות במקרקעין, על בית המשפט להכריע למי הזכות במקרקעין. ללא ביצוע הפרוצדורה הנדרשת על פי החוק אין המדינה יכולה לקבוע חד-צדדית כי הזכויות במקרקעין הן שלה, גם אם סטטיסטית, נניח, ב-99.9% מהמקרים תביעות שהתבררו בבית המשפט נחלו הפסד למדינה. קיום הפרוצדורה משרת כאן את התכלית של בירור האמת ושל הוגנות.<sup>239</sup> על כן בלא השלמת ההליך הנדרש לקביעת הזכות אי-אפשר לומר כי לבדואים אין כל זכות בקרקע הנתבעת. במצב של תביעות סותרות לכל אחד מן הצדדים התובעים יש "משהו" בעל אופי קנייני, גם אם בסופה של ההתדיינות ה"משהו" הזה יתברר כלא כלום. ביטול התוקף של דיני הסדר הזכויות במקרקעין בכל הנוגע לקבוצה אחת באוכלוסייה – הבדואים בנגב – פוגע גם בעקרון השוויון לפני החוק. כך, מתן הטבות לבני אוכלוסיית מיעוט עשוי להיחשב אפליה מתקנת שאיננה נתפסת כפגיעה בשוויון,<sup>240</sup> ואילו שלילת זכויות לפי החוק, ובכלל זה שלילת הזכות שעניינה יתברר לפי הפרוצדורה ולפי כללי ההכרעה המקובלים, צריכה להיחשב פגיעה בשוויון. ייתכן שמנקודת מבטה של המדינה, התמורות שהיא מוכנה לתת במסגרת החוק המוצע, "מיוזמתה החופשית", משתוות ועולות על הפגיעה הקטנה יחסית בביטול החובה לקיים הליכים לפי פקודת ההסדר כתנאי לקביעת זכויות בקרקע. ואולם כדי לומר שהתמורות ניתנות "מיוזמתה החופשית" של המדינה, יש לקבוע תחילה כי אין לבדואים זכויות. ולא ניתן לקבוע זאת אם הפרוצדורה איננה ננקטת. כמו כן, לא בטוח שהתמורה לפי הצעת החוק היא תחליפית לזכות לבירור תביעתך בהתאם לפרוצדורה המתאימה לכך. מדובר בקושי להשוות בין שני דברים שאינם עומדים על אותו מישור.

ההצדקה היחידה לפגיעה זו של הצעת החוק היא יעילות אדמיניסטרטיבית – הרצון להביא לבירור ולהסדרה, ויפה שעה אחת קודם, של התיישבות הבדואים בנגב. הצדקה זו הופכת את ההסדרים שבהצעת החוק שיש בהם משום ביטול למעשה של דיני ההסדר (אשר פורטו לעיל) לבלתי חוקתיים, הן מבחינת תכליתם

239 ראו עפר מלכאי ורונית לויץ-שנור "היחס בין פרוצדורה למהות: מה קודם למה?" פרוצדורות, ה"ש 68 והטקסט הנלווה (טליה פישר ואיסי רוזן-צבי עורכים, עתיד להתפרסם ב-2013).

240 ראו למשל בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 204 (התש"ס).

והן מבחינת מידתיותם.<sup>241</sup> ויודגש כי המספר הרב של ההקשרים בהצעת החוק שבהם המדינה מתנערת מחובתה לפעול לפי דיני ההסדר – אי-העברת תביעות שבסכסוך לבית המשפט (ללא צורך בפנייה של הפרט); החלת צווי פינוי גורפים; ביטול זכות לקרקע בסיום ההליכים; פגיעה בשיעורי התמורה לשותפים של תובע שביקש לברר את תביעתו בבית המשפט; הקפאת ההליכים לתקופת ביניים ועוד – איננו מתאזן עם עצם מתן האפשרות לכדואים לפנות בבקשה לכירור משפטי.

בכל הנוגע למי שאינם תובעי בעלות, אך גם בנוגע לתובעי בעלות העתידים, כך לפי הסטטיסטיקה, להפסיד בתביעתם אם תבורר, עולה השאלה אם אכן המדינה אינה חייבת להם דבר, כפי שהיא סבורה, ולכן כל שהיא נותנת הוא בבחינת מעל ומעבר ומלפנים משורת הדין. שאלה זו עומדת בבסיס המחלוקות ההיסטוריות, התרבותיות, המשפטיות והפוליטיות שבין המדינה לבין האוכלוסייה הברואית.<sup>242</sup> הכרעה בה איננה פשוטה, ואולי אף איננה אפשרית.

אך דחיקתה של שאלה זו אל קרן זוית, מתוך היאחזות בפסיקת בית המשפט בעניין שאלת הוכחת הזכות בקרקע במסגרת תביעות ההסדר (בעיקר בפסק דין אל הואשלה),<sup>243</sup> איננה עושה צדק עם הברואים או עם הציבור, המצפה – כך יש לקוות – שבמקרה הקונקרטי של הברואים, ומעבר לכך, תדע המדינה להכיל מורכבות ורב-ממדיות בעת שהיא מגבשת פתרונות הצופים פני עתיד.<sup>244</sup>

בהקשר זה יש להזכיר כי בנוגע ליישום תכנית ההתנתקות בחבל עזה ובצפון השומרון, הביעה המדינה לפני בית המשפט את עמדתה שביטול זכויות הישראלים במקרקעין אינו בגדר הפקעה, ואין למצוא במשפט הפרטי מקור לחובת תשלום

241 ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 99-107 וכן הדיון לעיל בה"ש 23-29 ובטקסט הנלווה.

242 ראו שמיר, לעיל ה"ש 60; חסן ג'בארין "ישראליות" הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו 53 (התשס"א); אבינועם מאיר "היבטים גיאומטרטיים של חוק הקרקעות העות'מאני בהקשר של בדרוי הנגב: בחינה אלטרנטיבית" כלכלה וקרקע בקרב בדרוי הנגב: תהליכים חדשים, תובנות חדשות 45 (מרכז הנגב לפיתוח אזורי, 2006): [www.geog.bgu.ac.il/fastSite/coursesFiles/bedouins/publications/meir.pdf](http://www.geog.bgu.ac.il/fastSite/coursesFiles/bedouins/publications/meir.pdf)

243 עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 7.

244 ראו Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustice* 103 ETHICS 4 (1992). כבוונתי להרחיב בעניינים אלה בעתיד ובמקום אחר.



פיצויים למפונים. בית המשפט העליון דחה גישה זו מכול וכול.<sup>245</sup> גם בהקשר דנן קשה לקבל את העמדה שלברואים בנגב אין שום זכויות במקרקעין, בין בהתאם לדיני הקרקעות ובין בהתאם לגישה שלעת יישום תכנית התנתקות אין מדקדקים בזכויות לפי דינים אלה. ניתן להכיר בזכויות הברואים במקרקעי הנגב ועדיין להגביל את אפשרויות השימוש בהם באמצעות דיני התכנון והבנייה, או אף את עצם הבעלות בהם מכוח דיני ההפקעה. הליכי החקיקה עד כה חסרים דיון ממצה בשאלות אלו. האמירה שאנו מקיימים את החוקים כפי שהיו במקורם, ומהם נובע היעדר הזכויות לברואים בנגב, היא אמירה בעייתית משלושה היבטים לפחות: (א) יש מחלוקת עובדתית-משפטית על האמת שבאמירה זו, בשים לב למיעוט תשומת הלב שניתן בפסיקה למסורת ההכרה ביצירת זכויות במקרקעי הנגב קודם להקמת מדינת ישראל ובשנותיה הראשונות; (ב) היצמדות לדין כפי שהיה בעבר עשויה להיות בלתי ראויה ובלתי הוגנת לצורכי ההווה; (ג) הצעת החוק עצמה מציעה שינוי דרמטי משלה כמערך הדינים הקיים.<sup>246</sup> לסיכום, ככל שהצעת החוק מבקשת לפגוע בעצם קיומם של הליכי ההסדר לפי פקודת ההסדר – הרי היא איננה חוקתית. וככל שהצעת החוק מבוססת על ההנחה שלברואים לא מגיע דבר ושעל כל דבר שיקבלו עליהם להודות, הרי היא בלתי מוסרית ואפשר שאף בלתי חוקתית.

משאמרנו זאת, עולה השאלה אם המועד להכרזת החקיקה כבלתי חוקתית הוא מועד חקיקת החוק או שמא המועד שבו יתברר, ככל שאכן יתברר, כי המסלולים הוולונטריים שבהצעת החוק לא מומשו על ידי קבוצת המטרה. בפרשת גיוס תלמידי הישיבות ו"חוק טל" התעוררה שאלה דומה. הנשיא ברק ציין כי בנוגע לבחינת תנאי המידתיות הראשון לחוקתיות החוק, "כאשר התכלית המונחת ביסוד חוק היא להביא לשינוי חברתי, אשר התרחשותו אינה אך הערכה תיאורטית אלא נבחנת במבחן החיים, יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן התוצאה".<sup>247</sup> בחינה זו יש לערוך לאחר סיומה של תקופת המתנה (במקרה

245 ראו בעניין זה הדיון לעיל, בפרק ב.

246 ראו בעניין זה הדיון לעיל בה"ש 11-12 ובטקסט הנלווה.

247 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 63-64 ו-68 לחוות דעתו של הנשיא ברק; חוות דעתה של השופטת כדאז ביניש (ניתן ביום 11.5.2006).

של "חוק טל", של חמש שנים במקור), ובמועד זה ניתן יהיה לבחון את התקיימותו של קשר רציונלי בין מטרותיו של החוק לבין האמצעים שנקבעו בחוק להגשמתו. בחלוף השנים הוגשה אכן עתירה נוספת, אשר העמידה לדיון את מידתיותו של החוק. בית המשפט העליון פסק כי במבחן המעשי נמצא שהאמצעים שנקבעו בחוק אינם מגשימים את מטרותיו.<sup>248</sup> נדמה לי שבהקשר זה ניתן לקבוע כבר היום שהחוק איננו חוקתי במובנים שפורטו לעיל. שני טעמים עיקריים לכך. ראשית, בניגוד לחוק טל, הותרת ההסדרים הבלתי חוקתיים על כנם מייצרת תוצאות בלתי הפיכות הפוגעות באופן ישיר בברואים – פינוי קרקע, ביטול זכויות. להבדיל, בהקשרו של חוק טל, הותרת החוק על כנו לתקופת הבחינה הביאה אולי לכך שבסופו של יום מי שמחזור הגיוס שלו חלף כבר לא יגויס לעולם, אך אין אדם מקרב העותרים או הציבור אשר נפגעת זכותם החוקתית, האישית, באופן בלתי הפיך. שנית, ניתן להעריך כבר היום שכלל שברואים ישתפו פעולה עם החוק המוצע, יהיה זה רק לנוכח סנקציות בלתי חוקתיות אלה.

#### (4) האם צפוי שיתוף פעולה?

חוסר שיתוף פעולה הוא התנהגות שניתן לצפות מצדם של נמעני ההצעה. הערכה כזאת יכולה להתגבש הן לנוכח הצהרות שהושמעו על ידי מנהיגי הברואים על דחייתם את המתווה המוצע, והן לנוכח הגישה הרווחת בקרבם שההגנה על זכויותיהם הקנייניות (ולא רק) היא עניין שאיננו טעון אמצעי אכיפה ממסדיים-שלטוניים.<sup>249</sup> כפי שטענתי, ההסדרים הכופים את שיתוף הפעולה בהצעת החוק

248 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פסקה 56 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (ניתן ביום 21.2.2012).

CLINTON BAILEY, BEDOUIN LAW FROM SINAI AND THE NEGEV: JUSTICE WITHOUT 249 :GOVERNMENT 16 (Yale University Press, 2009)

The meaning of law that emerged in the desert was that of "a right" [...], in the sense of an entitlement. The term "right" connotes three related things. First, every person has a right, or is entitled, to what Bedouin view as the basic and inviolable elements of a human being: life, limb, honor, and property. The enjoyment of these entitlements unviolated by other persons is seen as the natural condition of life: a state of natural

פגומים מבחינה חוקתית, ואילולא הם חוסר שיתוף פעולה מצד הבדואים יביא לכך שהחוק לא יצליח לממש את המטרות שהונחו ביסודו; אך בעקבותיו, כך ניתן להעריך, תבוא החרפת הקרע ביחסים שבין מדינת ישראל לאזרחיה הבדואים. שני ההסברים המקובלים לשאלה מדוע אנשים מצייתים מרצונם לחוק לא יהיו רלוונטיים למקרה של הבדואים בנגב והצעת החוק שעל הפרק. ההסבר הראשון הוא הסבר אינסטרומנטלי: אנשים מצייתים לחוק משום שהם נרתעים מהסנקציה שתיגרם להם בשל הפרתו. הסנקציה שתיגרם לבדואים בשל "הפרת החוק", במובן של חוסר היענות למסלולי החוק השונים, היא חמורה מבחינות מסוימות (שעליהן עמדתי לעיל); אך עם זאת יש לזכור כי גם מי שלא ישתף פעולה בהצטרפות למסלולי החוק השונים יוכל בעתיד להתיישב במקומות יישוב מוסדרים לבדואים, בתנאים שהם יחסית נוחים, בשל שווי הקרקע וסבסוד ממשלתי להתיישבות בדרום. קשה להעלות על הדעת שהמדינה לא תיזום, ותוסיף לייזום, הקצאות קרקע להתיישבות ביישובי קבע, רק משום שחלפה תקופת ההסדרה של החוק.

ההסבר השני לשאלה מדוע אנשים מצייתים לחוק הוא הסבר נורמטיבי: ההערכה של בני אדם את החוק או את תוצאותיו<sup>250</sup> כצודקים, הוגנים ומוסריים או את מוסדות החקיקה כלגיטימיים, מייצרת אצלם תחושת מחויבות לציית, בלי קשר לשאלת הסיכון הצפוי להם בשל הפרת החוק.<sup>251</sup> מבחינת ההערכה כיצד נתפסת מוסריותו או צדקתו של החוק, קשה לומר כי ישנו ספק באשר להערכת החסר המוסרית לחוק מנקודת מבטם של הבדואים; שכן המחלוקת בינם לבין

---

justice. Thus, the violation of any one of them constitutes an act of injustice [...] Second, right denotes the permission granted by society to rectify a violation, including the ways by which a victim can effect a rectification.

Dean G. Pruitt and Melvin J. Kimmel, *Twenty Years of Experimental Gaming: Critique, Synthesis, and Suggestions for the Future*, 28 ANNUAL REVIEW OF PSYCHOLOGY 363 (1977)

TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 3-7 (Princeton University Press, 2006); Dean G. Pruitt, *Social Conflict*, in THE HANDBOOK OF SOCIAL PSYCHOLOGY 470, 476-477 (Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske, Gardner Lindzey eds., 4<sup>th</sup> ed., McGraw-Hill, 1998)

מדינת ישראל בנוגע לשאלת עצם קיומה של הזכות הקניינית היא מחלוקת כה עמוקה, שהצעת החוק המציעה מתן תמורות הנופלות מהתביעה הברואית ללא הכרה בעצם קיומה של הזכות המהותית אינה יכולה לזכות להערכה כצודקת.<sup>252</sup> בהקשר של הערכת החוק כצודק ומוסרי יש להתחשב גם בשאלה אם הפרוצדורה, ובכלל זה פרוצדורת החקיקה, נתפסת כצודקת.<sup>253</sup> הגישה האינסטרומנטלית לפרוצדורה צודקת מעריכה את הסיכוי שהתוצאות המועדפות, מנקודת מבטו של הפרט, יושגו באמצעות הפרוצדורה. מתאימה יותר בהקשרנו, שבו אנו בוחנים את מידת הצדק של הליכי החקיקה (ולא של תוצאות קונקרטיות שיתגבשו בהליכים מכוחו), היא הגישה הנורמטיבית לפרוצדורה צודקת. הגישה הנורמטיבית לפרוצדורה צודקת נוגעת לא רק לתוצאות הצפויות של ההליך אלא גם לעמידתה של הפרוצדורה בקריטריונים המוערכים כמשקפים הוגנות: ניטרליות, היעדר פניות, כנות, מאמצים להוגנות, נימוסיות וכבוד כלפי זכויות.<sup>254</sup> קשה לומר כי יש ספק באשר לשאלה אם המחוקק הישראלי זוכה, בהקשר של רפורמה קרקעית זו, לגיטימציה במובן של תפיסת הפרוצדורה של הליכי החקיקה כהוגנת, אף שנעשו ניסיונות מסוימים לשתף את הציבור הנוגע בדבר בשלב ההידברות עם השר בגין, לאחר פרסום המתווה הראשוני של הצעת החוק ("מתווה פראוור"). ההבדלים בין הצעת החוק דנן לבין מתווה פראוור הם יחסית מינוריים. מבחינת רכיב זה של צדק פרוצדורלי, נראה שהקריאות הרמות בקרב האוכלוסייה הברואית על מיעוטם של הליכי שיתוף הציבור בהליך החקיקה והיעדר פתיחות אמיתית בעת קיומם, מעידות כי החקיקה לא תזכה להערכה כתוצר של פרוצדורה הוגנת, ועל כן לא סביר לצפות כי תבוצע על ידי חברים רבים בקבוצה.<sup>255</sup>

252 נמנעתי מלערוך במסגרת מחקר זה דיון בשאלת הערך האקספרסיבי של הכרה בזכויות הברואים ובמעמדם, אך אין זאת אומרת שאין להיבטים מסוג זה משקל וחשיבות.

253 Tom R. Tyler, Heather J. Smith, *Social Justice and Social Movements*, in THE HANDBOOK OF SOCIAL PSYCHOLOGY 595 (Daniel T. Gilbert, Susan T. Fiske, Gardner Lindzey, eds., 4<sup>th</sup> ed., McGraw-Hill, 1998)

254 TYLER, לעיל ה"ש 251, בעמ' 6-7.

255 John M. Orbell, Alphons J. Van de Kragt, and Robyn M. Dawes, *Explaining Discussion-Induced Cooperation*, 54 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 811 (1988)

החוק המוצע היה צריך להפוך את שיתוף הפעולה בין הצדדים לאסטרטגיה השלטת עבור כל אחד מהם. מבחינת מדינת ישראל, במצב הדברים היום ובהיעדר שיתוף פעולה עם הבדואים, היא תנהל את תביעות ההסדר בבית המשפט, תנצח בכולן (כך לפחות נדמה שהיא מעריכה), אולם תתמודד עם קשיים עצומים אם תבקש לממש את תוצאות פסקי הדין ולפנות את התובעים ובני משפחותיהם מהקרקעות שעליהן הם יושבים. בעיה זו מתעצמת כאשר מביאים בחשבון שעניינה של המדינה איננו רק בפינוי התובעים מהקרקע (שהם לפי ההערכות חלק קטן בלבד מכלל הבדואים המחזיקים בפועל בקרקע מחוץ לתחומי יישוב מוכר), אלא בפינוי רבבות בדואים שאינם תובעים. הקושי בפינוי נובע משלושה מקורות: (א) פינוי קרקע בנסיבות של מחלוקת תובע הקצאת משאבים רבה של כוחות שיטור וכלי הריסה ופינוי; (ב) פינוי בדואים מקרקע בהחזקתם אשר איננה מגודרת ומופרדת (כפי שהיה לאחר ההתנתקות מחבל עזה), ללא שמוסכם עמם המקום שאליו יתפנו, צפוי להביא לכך שתיווצר פלישה חוזרת בתוך זמן קצר; (ג) ריבוי פעולות הריסה ללא מתן פתרון פוזיטיבי לעניינם של הבדואים חושף את ממשלת ישראל לביקורת מבית ומחוץ. שיתוף פעולה ופשרה נדרשים על כן למדינה כעניין של צורך ולא של חסד כלפי הבדואים, בלי קשר לשאלת חוקיות החזקתם. עמדה דומה הוכרה על ידי גורמים ממשלתיים זה מכבר, וההצדקה לכינונו של מסלול הפשרה יוסדה גם על ההבנה שלבדואים קשר היסטורי עמוק לקרקע, ושלא ניתן לפנותם ללא כל מתן פיצוי.<sup>256</sup>

מבחינת הבדואים, בהיעדר שיתוף פעולה עם מדינת ישראל הם יזכו בכבוד הנובע מאי-יותור על עמידתם על זכויותיהם, ואולם יסבלו מהימשכם של הקשיים העצומים הנובעים מכך שמקומות היישוב שלהם לא זוכים בהכרה, ובהם: (א) מחסור חמור בתשתיות; (ב) סכנת הריסה תמידית המשפיעה לרעה על כל הנתונים לה; (ג) ניכור חברתי בשל דעת הקהל הרואה בהם פולשים ומפרי חוק. שיתוף פעולה ופשרה נחוצים על כן בה במידה גם לבדואים, כעניין של הכרח ולא של כניעות. הרציונל המפורש של החוק, פיתוח הנגב לטובת כל תושביו, לא יושג אם לא תושג הסכמה רחבה סביבו, אם לא ייתפס החוק כצורך בתוכנו ובמהותו כמו גם בתהליך גיבושו ואישורו. בסופו של דבר, תחושות

256 ראו לדוגמה האמור ברוח אלבק, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1, כמובא אצל יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52.

הקיפוח, אי-הצדק והניכור יוסיפו לעמוד ביסוד יחסי המדינה ואזרחיה הברואים ואף יתגברו בעוצמתן. רצוי אם כן לערוך בהצעה שינויים, למשל ברוח המפורט במחקר זה, העשויים להתמודד, או לשפר את ההתמודדות, עם התממשות החששות האמורים מפני תוצאה של חוסר שיתוף פעולה.

## ה. סיכום

רבים מהעוסקים בנושא התיישבות הברואים בנגב מביעים את כוונותיהם הטובות להסדרת הקונפליקט הקרקעי בדרך שתישא עמה ברכה לא רק למדינה אלא גם לאזרחים הברואים ולילדיהם. כוונות טובות אלה אינן מתממשות בהצעת החוק. ההצעה בונה מודל דורסני והרסני לקהילות הברואים וליחסי אוכלוסייה זו עם מדינת ישראל. ישנה אף סבירות גבוהה כי היא לא תוכל להביא למימוש המטרות מרחיקות הלכת שביסודה. אימוצה של פרספקטיבה המושתת על כבוד והכרה במעמדם של הברואים יכולה הייתה, אולי, להביא לשיתוף פעולה ולהסכמה עם חלקים נרחבים מציבור זה מבלי שהדבר יפגע ברצונה של המדינה לדאוג לאזרחי הנגב ולעתידו של מרחב זה. שונותם של הברואים ראויה לכבוד ולהתייחסות, הן בנוגע לחוסר ההלימה בין תביעות הבעלות שלהם, המבוססות על טענות הקודמות להקמתה של מדינת ישראל, הן בנוגע לדפוסי ההתפרשות המרחבית והמחיה שלהם, והן בנוגע לתפיסתם השונה מהותית בנוגע להגנה ולהכרה בזכותם. בהקשר זה יפים בעיניי דבריה של השופטת פרוקצ'יה שנאמרו בהקשר של גיוס תלמידי הישיבות:<sup>257</sup>

ככלל, השונות התרבותית-רוחנית כשלעצמה אינה מעידה על שונות רלבנטית המכשירה מבחינה מושגית יצירת הסדר מפלה בנשיאת נטל החובה הציבורית. עם זאת, שונות זו עשויה להצריך מנגנון התאמה ייחודי; לעיתים, היא תחייב תהליך הדרגתי ורב-שלבי בדרך לגישור על פני פער הריחוק בין הקבוצות השונות,

257 בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 247, בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

בדרך להשגת יעד השוויון. דרך זו עשויה לחייב פעולה על בסיס של שונות. יש להתמודד עם שונות זו כחלק מהתהליך הדמוקרטי החותר לאינטגרציה אמיתית בין קבוצות האוכלוסיה השונות, תוך יצירת הרמוניה ונקודות מיתאם ביניהן, אגב הכרה וכיבוד עצמאותן הערכית והאידיאולוגית.

החקיקה החדשה טומנת בחובה הזדמנות יקרת ערך לפתיחת דף חדש ביחסים בין הברואים למדינה, שיתבסס על הבטחת תנאי קיום מינימליים וכיבוד הדדי – של שלטון החוק מזה ושל כבוד האדם מזה. ניתוח ההסדרים המשפטיים המורכבים שבהצעת החוק, כפי שהוצג במחקר זה, מעלה כי ההצעה נכשלת במשימתה. בבחינת פרטי ההצעה מתבררת תמונה קשה של שלילה עקבית של זכויות דיוניות אשר הן בגדר נורמה מקובלת בישראל. למשל בהקשר של הסמכויות לבצע פינוי גורף של מחזיקים, אף אם הם מחזיקים בקרקע עשרות שנים, ללא משפט וללא מתן אפשרות לעכב את הליכי הפינוי באמצעות צו שיפוטי (אלא בעילות מצומצמות המוגדרות בהצעת החוק). יתר על כן, ההצעה פוגעת בהסדריה בזכותו ובכבודו של הפרט, עקב שימור כוח עודף בידי המדינה. דוגמה בולטת לכך היא החד-צדדיות שבה תיקבע תמורה קרקעית לפי הצעת החוק, ללא שמיעת והיוועצות עם הפרט, ושתיקת ההצעה מכול וכול בנוגע לשימור קהילות המגורים הקיימות במסגרת היישוב מחדש. בשים לב לכך, כפי שעולה מן המחקר, שהקרקעות במחלוקת שטרם הוסדרו מחזיקות פחות מ-2% בלבד משטח מדינת ישראל ופחות מ-3% משטח הנגב, ולכך שמעל לשני שלישים מתביעות הברואים כבר הוכרעו לטובת המדינה, מוטב היה לו המהלך האחרון לפתרון המחלוקות הקרקעיות המעטות יחסית שעוד נותרו היה אימוץ הסדר המבטיח שימור מקיף ככל הניתן של קהילות המגורים הקיימות של הברואים, ככל שאין מניעה סביבתית או לאומית לכך; המעניק תמריצים משמעותיים למבקשים להצטרף מרצון למסלולי פשרה; ומנגד, המקיים את הזכויות הדיוניות שאזרחי הנגב הברואים זכאים להן. תכנית כזאת הייתה יכולה לקדם את חיבורם של הברואים למדינת ישראל. התכנית המוצעת בהצעת החוק, לעומת זאת, עלולה דווקא להביא להחרפת ניכורם וניתוקם של הברואים בנגב. יש לקוות שיאחזו כל האמצעים הנחוצים במסגרת הליך החקיקה לתיקונם של ליקויים אלה או להורדת ההצעה מסדר היום.

**רונית לוי-שנור** היא דוקטורנטית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ובעלת תואר ראשון ושני במשפטים ובתכנון עירוני ואזורי. היא עוסקת בנושאים של דיני קניין, תכנון ובנייה, פיתוח עירוני וצדק אורבני ומרצה בתחומים אלה באוניברסיטה העברית בירושלים ובתכנית לעיצוב אורבני בבצלאל.

המחקר יוצא לאור במסגרת הפרויקט "שוויון והאוכלוסייה הערבית" של המכון הישראלי לדמוקרטיה.



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

שחכו אותנו בפייסבוק



מס"ב: 9-134-519-965-978

