



כרם נבות בנגב: על פסק הדין בעניין אום אל חיראן

טל שטיינר*

“וַיָּבֹא אַחְאָב אֶל-בֵּיתוֹ סָר וְזָעַף, עַל-הַדָּבָר
אֲשֶׁר-דִּבֶּר אֵלָיו נְבוֹת הַיִּזְרְעֵאלִי, וַיֹּאמֶר,
לֹא-אַתָּן לָךְ אֶת-נַחֲלַת אַבְוֹתַי; וַיִּשָּׁכַב, עַל-
מִטָּתוֹ, וַיִּסַּב אֶת-פָּנָיו, וְלֹא-אָכַל
לֶחֶם. וַתָּבֹא אֵלָיו, אֵיזֶבֶל אֲשֶׁתוֹ; וַתִּדְבַר
אֵלָיו, מֵה-זֶה רוּחַךְ סָרָה, וַאֲיִנֶּךָ, אֲכַל לֶחֶם.
וַיִּדְבַר אֵלֶיהָ, כִּי-אֲדַבֵּר אֶל-נְבוֹת הַיִּזְרְעֵאלִי
וַאֲמַר לוֹ תִּנְהַל-לִי אֶת-פְּרִמְךָ בְּכֶסֶף, אוֹ אִם-
חֶפְזָן אַתָּה, אֲתַנְּה-לָךְ כְּרֶם תַּחֲתָיו; וַיֹּאמֶר,
לֹא-אַתָּן לָךְ אֶת-פְּרִמִּי. וַתֹּאמֶר אֵלָיו, אֵיזֶבֶל
אֲשֶׁתוֹ, אַתָּה, עַתָּה תַעֲשֶׂה מְלוּכָה עַל-
יִשְׂרָאֵל.”¹

מבוא. 2. תמצית פסק הדין. 3. הבניית מציאות עובדתית ומשפטית
בפסק הדין. 4. שלטון החוק במאבק מול זכויות הפרט; סדר שיהיה
פה. 5. הערה לאחר סיום.

א. מבוא

בשנת 1956 התיישבו בני השבט הברדואי אבו אלקיעאן, בהוראת המושל הצבאי, באזור
נחל יתיר שבנגב הצפוני, והקימו את בתיהם בשני יישובים, אום אל חיראן ועתיר. זאת,

* עו"ד טל שטיינר היא סטודנטית לתואר שני במשפטים, עמיתת תכנית "תקנה" של הקתדרה
לזכויות אדם ע"ש אמיל זולה, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי
המכללה למינהל. אני מבקשת להודות לאנה אבידוב, שניסחה את קו ההגנה לאיזבל,
ולמיכל רותם על הערכון מהשטח.
¹ מלכים א', כ"א 4-7.



לאחר שבשנת 1948 צוו לעזוב את מקום מגוריהם הקודם בואדי זובאלה (כיום קיבוץ שובל). מאז שנת 2002 מקדמת המדינה תכניות לבניית היישוב היהודי חירן על אדמות אום אל חיראן, ולשם כך היא תובעת לפנות את המערערים מהשטח, וליישבם מחדש ביישוב חורה. המערערים מתנגדים לפינוי.

האם תביעת הפינוי ניתנה כדין? האם חובה הייתה על בתי המשפט שדנו בתביעת הפינוי להתייחס גם לנסיבות האופפות אותה, קרי לכוונה להקים במקום יישוב יהודי, ולדון בטענות המערערים במישור המינהלי והחוקתי? האם פסק הדין קובע הלכה חדשה, לפיה יכולה המדינה לבטל בכל עת רשות שנתנה לאדם להתגורר באזור מסוים, כל עוד ניתנה רשות זו בלא תמורה? אלו השאלות שנידונו והוכרעו במסגרת בקשת רשות הערעור והבקשה לדיון נוסף בבית המשפט העליון, שבהן תעסוק הארת פסיקה זו. בהארת פסיקה זו אבחן את פסקי הדין של בית המשפט העליון במסגרת הערעור והדיון הנוסף, וכן את החלטותיהם של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי שקדמו להן. הבחינה תיעשה בשני צירים מקבילים: הציר הראשון יבחן את הדרך שבה מבנה ההליך המשפטי בכלל, והנרטיב שבפסקי הדין בפרט, את תמונת המציאות – הן המציאות העובדתית והן המציאות המשפטית, עליה מתבססות החלטותיו. הציר השני יבחן את היחס שבין "שלטון החוק", במובנו הפורמלי, לזכויות הפרט. יחס זה הומשג בפסקי הדין כמאבק בין סדר לכאוס – הן במסגרת ההליכים המנהליים והמשפטיים הנקודתיים בעניינם של המערערים, והן במישור ה"חוקיות" של חיי המערערים באום אל חיראן בפרט, ושל הקהילה הבדואית בנגב בכלל. ברשימה זו אבקש לקדם את הטענה לפיה במקרה זה, בחר בית המשפט לשמר את כוחו של השלטון, במחיר פגיעה בזכויות הפרט.

ב. תמצית פסקי הדין

פסק הדין בבקשת רשות הערעור² מתאר בהרחבה את המסכת העובדתית אשר הביאה לתביעות הפינוי שהגישה המדינה כנגד המערערים, תביעות שאושרו על ידי בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי. המסכת העובדתית עליה הסכימו הצדדים, היא שבשנת 1956 התיישבו בני השבט אבו אלקיעאן, בהוראת המושל הצבאי בנגב, באזור נחל יתיר שבנגב, והקימו שם שני "מתחמים" – אום אל חיראן ועתיר. אף על פי כן, יישובים אלה מעולם לא הוכרו על ידי מדינת ישראל, ואין בהם תשתיות חשמל ומים, שירותי בריאות, חינוך ורווחה. בהתאם, הבתים והתשתיות שהקימו התושבים במקום נבנו ללא היתר

² רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2015).



בנייה. בשנת 1978 עברו קרקעות היישובים הליכי הסדר ונרשמו כאדמות מדינה. מאז שנות השמונים ניהלה המדינה משא ומתן עם תושבי אום אל חיראן בניסיון להעבירם להתגורר ביישוב הבדואי חורה המוכר על ידי המדינה, ורבים מהם העתיקו את מגוריהם לשם. באום אל חיראן ובעתיר נותרו כאלף תושבים.

בשנת 2002 התקבלה החלטת ממשלה 2265, להקמת 14 יישובים חדשים בנגב הצפוני, על בסיס עבודתה של ועדת ההיגוי "מטרופולין באר שבע"³. ההחלטה יושמה במסגרת שינוי 27 לתכנית המתאר המחוזית, שפורסם בשנת 2003 וכלל תכנית מתאר יישובית להקמת היישוב חירן.⁴ משלב זה התנהלו במקביל שני הליכים: הליך התכנון של היישוב המיועד חירן, והליך הפינוי של תושבי אום אל חיראן.

הליך הפינוי, שבו עוסק פסק הדין, התחיל עם הגשת שתי תביעות לסילוק יד מידי של המערערים מהמקרקעין, בטענה כי פלשו אליה שלא כדין.⁵ בית משפט השלום דחה את טענת המדינה כי המערערים פלשו לשטח, וקבע כי מעמדם בשטח הוא של "בני רשות" שניתנה להם על ידי המדינה – אך כיוון שהרשות ניתנה ללא תמורה, היא הדירה (כלומר, המדינה יכולה לבטלה בכל עת), ומשכך התקבלו תביעות הפינוי.

המערערים, בסיוע עמותת עדאלה, ערערו לבית המשפט המחוזי,⁶ שם טענו, בין היתר, כי פינוים מהשטח נעשה לצורך הקמת היישוב היהודי חירן, ועל כן הוא נגוע בחוסר תום לב ובאפליה פסולה. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור, תוך שהוא קובע כי מקום טענות המערערים במישור המינהלי והחוקתי "בפני טריבונל אחר ולא במסגרת ההליך הנידון".⁷ כנגד פסק דין זה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון, בדעת רוב מפי המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין, קיבל את הבקשה, אף על פי שקבע כי היא "אינה מגלה במישור המשפטי סוגיה כללית החורגת מעניינם הקונקרטי של הצדדים", זאת כיוון שהסוגיה העומדת ברקע הבקשה "מעלה

³ החלטה 2265 של הממשלה ה-29 מיום 21.7.2002, אינה זמינה במאגר הממוחשב של החלטות הממשלה, ניתן לקרוא מובאות מתוכה אצל הנא חמדאן "מדיניות ההתיישבות ו'יהוד המרחב' בנגב" 11 (עדאלה, מרץ 2005) <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yv9G88DfL3AJ:www.adalah.org/uploads/oldfiles/newsletter/heb/mar05/ar2.doc+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=il>

⁴ תכנית מתאר מחוזית מחוז הדרום מס' תממ/4/14/27 (שינוי 27) "יישוב פרברי חירן" (2003).

⁵ ת"א (ב"ש) 3326/04 מדינת ישראל מנהל מקרקעי ישראל נ' פרהוד ואח'; ת"א (ב"ש) 3341/04 מדינת ישראל מנהל מקרקעי ישראל נ' אבולקיעאן (פורסם בנבו, 30.7.2009).

⁶ ע"א (ב"ש) 1165-09 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.2011).

⁷ שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ברקאי.



חשיבות ורגישות ציבורית⁸. עם זאת, בית המשפט דחה את הערעור משני טעמים: ראשית ובעיקר, כיוון שטענות המערערים נגד פינוים מהשטח, היו למעשה "תקיפה עקיפה" של החלטות מינהליות בדבר תכנונו המיועד של השטח, ועל כן מקומן במסגרת הליכים משפטיים אחרים;⁹ שנית, לגופו של עניין, כיוון שהמדינה פעלה במסגרת סמכותה, וגם אם אגב כך פגעה המדינה בזכות המערערים לשוויון ובזכות הקניין שלהם, פעולותיה עומדות במבחני פסקת ההגבלה ולפיכך חוקתיות.¹⁰

דעת המיעוט, שנכתבה על ידי השופטת דפנה ברק-ארז, קבעה כי עניינם של המערערים צריך להיבחן במסגרת של "דואליות נורמטיבית", שכן הוא מערב שיקולים מתחום המשפט הפרטי (דיני הרשות במקרקעין) ומתחום המשפט הציבורי (חובות הרשות המינהלית). כן נקבע, שעניינם של המערערים מתקיים ב"דואליות פרוצדורלית", במסגרת הליכי התכנון מחד גיסא והליכי הפינוי מאידך גיסא. החלטת הרשות להורות על פינוים של המערערים נסמכה על מסכת עובדתית שגויה – ההנחה כי הם בגדר פולשים לשטח, ולא בני רשות להחזיק בו. לפיכך, לאחר שהועמדה הרשות על טעותה, מן הראוי שתשוב ותבחן את החלטתה. עם זאת, הבחינה מחדש שהציעה השופטת ברק-ארז נוגעת רק לרכיב הפיצוי שהוצע למערערים בגין הפינוי, ולא לעצם הפינוי; זאת, מהטעם שהליכי התכנון התקדמו מעבר לשלב שבו יכולים המערערים לטעון כנגדם.¹¹

כנגד פסק דין זה הוגשה בקשה לדיון נוסף, שבה טענו המערערים כי פסק הדין קבע למעשה הלכה חדשה, לפיה בעלות המדינה במקרקעין מעניקה לה שיקול דעת רחב בהחלטה על פינוי היושבים בהם, גם אם הם במעמד של בני רשות, ללא קשר לשאלת משך הישיבה שלהם במקום וללא חובה לשיקול שיקולים מינהליים וחוקתיים. הלכה זו, כך נטען, מנוגדת להלכה שנקבעה בעניין אל קאלאב,¹² שם נדחתה תביעת פינוי בנסיבות דומות.

בית המשפט העליון, בפסק דינה של הנשיאה מרים נאור, דחה את הבקשה לדיון נוסף. בית המשפט קבע כי פסק הדין לא קבע כל הלכה חדשה, שכן איננו עוסק בסוגיה של סמכות המדינה לחזור בה מהיתר שניתן לשימוש במקרקעין ללא תמורה, ועיקרו נסוב סביב שאלת התקיפה העקיפה של הליכי התכנון. במישור זה נקבע, פסק הדין אינו סוטה מההלכה המקובלת. עוד נקבע כי פסק הדין אכן מכיר בקיומה של "דואליות נורמטיבית", בניגוד לטענת המערערים כי פסק הדין מוציא את השיקולים המינהליים

⁸ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁹ שם, בפס' כ"ה-ל"ב.

¹⁰ שם, בפס' ל"ד-מ'.

¹¹ שם, בפס' 4-10, 12-16 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹² ע"א 469/89 אל קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה (4) 343 (1991).



מתחום הדיון; וממילא הוא דן ודחה את טיעוניהם החוקתיים של המערערים לגופם. לסיכום, בית המשפט קבע כי מקרה זה אינו נכלל בגדר המקרים ה"חריגים שבחריגים, נדירים שבנדירים, שבהם יקום דיון נוסף".¹³

ג. הבניית מציאות עובדתית ומשפטית בפסקי הדין

סיפור ההתיישבות של בני אבו אלקיעאן באום אל חיראן ובעתיר, ושל מאמציה של המדינה לפנותם משטח זה על מנת להקים בו יישוב חדש, ארוך ומסועף, ומקורותיו האפשריים רבים. על בית המשפט מוטלת המלאכה לברור נתונים אלה, ליצור מסד עובדתי אחד עליו תתבסס הכרעתו, ולאחר מכן לנתח אותו בהתאם לדיון. מעניין לראות אם כן, מה "יודע" בית המשפט, אילו עובדות הוא מקבל, במפורש ובמשתמע, ואף בוחר להבליט, ואילו נתונים נעלמים מעיניו של בית המשפט או שבית המשפט בוחר "שלא לדעת".

ג.1. בני רשות, מסיגי גבול, עברייני בנייה

ייחודה של אום אל חיראן הוא כמובן מעמדם של המערערים שאינם "פולשים", כפי שנטען בכתבי התביעה המקוריים לפינוים, אלא "בני רשות" לחיות בשטח שהוקצה להם על ידי המושל הצבאי דאז.

בית משפט השלום קיבל טענה זו, אך לא פירט על מה ביסס את קביעתו. בית המשפט לא שאל כיצד מתיישבת עובדה זו עם עדויות עדי התביעה, אשר שבו וטענו כי "לנתבעים אין כל זכויות כל שהן במקרקעין והימצאותם ושימושם בהם הינם בניגוד לכל דין". המסקנה המתבקשת – לפיה כתבי התביעה הוגשו על סמך מסד עובדתי שגוי – נבלעת ברקע של פסק הדין, ואינה משליכה על גורלה של התביעה. בבית המשפט המחוזי, זוכה עובדה זו למעט יותר הדגשה – השופט ואגו מעיר כי "יוצא, שמלכתחילה, כתב התביעה שהמשיבה הגישה, והמציג עילה של פלישה 'סטנדרטית', ותפיסת חזקה ללא הרשאה כלשהי, לא תאם את מערך העובדות כהוותן", אך שוב, ללא כל נפקות מעשית, שכן כפי שקבעה השופטת דוברת "נוסח כתב התביעה, לקוי ככל שיהיה, לא פגע בזכויות מהותית של המערערים, משהעובדות לאשורן, התבררו עד מהרה".

¹³ דנ"א 3959/15 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל - מנהל מקרקעי ישראל, פס' 13-16, 18 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 17.01.2016).



רק במסגרת בקשת רשות הערעור לבית המשפט העליון, בפסק דינה של השופטת ברק-ארז, מתגלה לכאורה נתון משפטי חדש – "פסיקתו המסורתית של בית משפט זה הקפידה על כך שכאשר מוגשת נגד מחזיקים במקרקעין תביעה בגין סילוק יד, ובמהלכה מתברר כי לאמתו של דבר הם בני-רשות, תידחה התביעה [...] אין ספק שזוהי ההלכה המחייבת בעת הנוכחית".¹⁴ פסק הדין אינו מבהיר כיצד מתיישבת קביעה זו עם הכרעותיהן של הערכאות הקודמות, ואם ייתכן שבית המשפט השלום והמחוזי, אשר עוסקים בתביעות אלה כעניין שבשגרה, לא הכירו "הלכה מחייבת" זו שאינה מוזכרת ולו ברמז בפסקי הדין שהוציאו. על כל פנים בהתאם לקביעתה של השופטת ברק-ארז, המחלל לכאורה של הרשות המשפטית אינו מביא לביטול החלטותיה, אלא צריך להביא לבחינה מחדש של ההחלטה המינהלית – אותה רשות מינהלית אשר הגישה את כתבי התביעה השגויים מלכתחילה.

אם כן, מה "יודע" בית המשפט לגבי מעמדם של המערערים ועל ההליכים שנקטו כנגדם? בית המשפט יודע שתביעת הפינוי שהגישה המדינה "לא תאמה את מערך העובדות כהווייתן"; בית המשפט אינו יודע, וגם אינו מברר, אם ידעה המדינה את העובדות הנכונות בעת הגשת התביעה; בית המשפט אינו מזכיר את הכלל, כי טעות שכזו הייתה אמורה להביא לדחיית תביעת הפינוי על הסף – שגיאה זו נותרת "יתומה" ואיש אינו משלם את מחירה (מלבד, כמובן, המערערים); ולבסוף, כאשר "נוכר" בית המשפט באותה הלכה מחייבת, הוא אינו מבטל את החלטות הרשות השופטת, אלא מציע (בדעת מיעוט) כי הרשות המבצעת תישא במחיר הטעות, בדרך של בחינה מחדש של פעולותיה – אך לא באופן שיכול להשפיע על פינוי המערערים, אלא רק על הפיצוי שיוענק להם אגב כך.

המערערים, כאמור, אינם פולשים לאדמות בהן בנו את ביתם, אלא התיישבו בהן בהוראת המושל הצבאי. אך באותה נשימה, התיישבות זו מעולם לא הוסדרה, וממילא, לא יכלו המערערים לבקש ולקבל היתרי בנייה – כפי שמעולם לא הוכרו כזכאים לתשתיות חשמל, ביוב, מים, חינוך ורווחה. האם בית המשפט "יודע" עובדה זו? ניתן בהחלט לטעון שכן. חמש שנים קודם לפסק הדין, עסק בית המשפט בתביעת המערערים ואחרים לחברם לרשת המים – תביעה שנדחתה.¹⁵ אף על פי כן, במסגרת פסק הדין בבקשה לדיון נוסף, בחר בית המשפט להדגיש את "עבריינות הבנייה" של המערערים, מיד בפתח הדיון: "המבקשים משתייכים לשבט הבדואי אבו-אלקיעאן אשר התיישב בשנת 1956 בשטח המצוי באזור נחל יתיר שבנגב [...] בהוראת המושל הצבאי. מדובר

¹⁴ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
¹⁵ ע"א 9535/06 אבו מסעאד נ' נציב המים (פורסם בנבו, 5.6.2011).



בשטח המצוי בבעלות המשיבה. נוסף לכך, כלל המבנים בכפר הוקמו ללא היתרים ובניגוד לדין, ועומדים כנגדם צווי הריסה¹⁶. המערערים, אם כן, הם בני רשות – ובו זמנית עבריינים.¹⁷ העובדה שצייתו להוראת המושל הצבאי אינה נזקפת לזכותם, ואינה מבדילה אותם מעניינה של כלל "הפזורה הברדואית",¹⁸ אשר נידון בהרחבה, כמקשה אחת, בפסק הדין בבקשת רשות הערעור.¹⁹

ג.2. מדוע נדרש פינוים של המערערים?

בפסק דינה, תובעת השופטת ברק-ארז מהרשות המינהלית להשיב לשאלות היסוד העובדתיות: "מהם הטעמים העומדים ביסוד ההחלטה על פינוים של בני הרשות? [...]. האם הפינוי נובע מתכנון חדש למקרקעין, ובאיזה שלב נמצאים הליכי התכנון?".²⁰ נראה, כי הערכאות השונות אשר עסקו בעניינם של המערערים, מציגות תשובה מתפתחת לשאלה קרדינלית זו.

בערכאה הראשונה, בית משפט השלום, נתון זה מופיע כ"טענה" של המערערים, אשר נראה כי בית המשפט מפקפק בנכונותה, אך בה בעת אינו מעמת את עדי התביעה עם טענה זו.²¹ יוזכר, כי במועד מתן פסק הדין בערכאה הראשונה כבר התקבלה החלטת הממשלה 2265,²² פורסמה תכנית המתאר הנקודתית להקמת חירן, והתקבלה החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה להפקיד תכנית זו. כלום נותר ספק מהי מטרת הפינוי של

¹⁶ דנ"א 3959/15, לעיל ה"ש 13, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

¹⁷ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' ל"ח-ל"ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

¹⁸ במסגרת הארה זו לא אוכל לעמוד על המורכבות של סוגיית הקהילות הערביות והברדואיות בנגב, אשר מתמודדות כולן עם ניסיונות "הסדרה" והפקעת זכויות. אין בכך כדי להפחית מתביעותיהן כבודות המשקל של קהילות אחרות, שאינן במעמד משפטי של "בנות רשות". לקריאה נוספת בעניין, ראו Oren Yiftachel, *Ethnocracy: Land and Identity Politics in Israel/Palestine* (2006); חיה נח הכפרים **שישנם ואינם – הכפרים הברדואים הבלתי מוכרים בנגב** (יעל אונגר עורכת, 2009); רונית לויץ-שנור **תכנית ההתנתקות בנגב: על הצעת החוק להסדרת התיישבות ברדואים בנגב, התשע"ג-2013** (2013).

¹⁹ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' כ"א-כ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. אגב כך, מעניין יהיה להתעמק במקורות אליהם מפנה פסק הדין, הבוחנים סוגיה זו, ובהם כותרים כגון "עיונים בתקומת ישראל", "מישימון לארץ נושבת", מאמר הנושא את השם "Fabricating Palestinian History", כמו גם אזכור של התזה המשפטית בדבר "קרקעות מוואת", ששימשה בעבר להפקעת קרקעות בשטחים הכבושים, המאוזכרת במאמר מאת פליאה אלבק.

²⁰ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

²¹ ת"א (ב"ש) 3326/04, לעיל ה"ש 5, פס' 3, 7-8 לפסק הדין.

²² החלטת ממשלה 2265, לעיל ה"ש 3.



המערערים מבתיים? בית משפט השלום אינו משיב לשאלה זו, כיוון שכנראה לשיטתו, אין לה כל נפקות באשר לאישור תביעות הפינוי.²³ גם בערכאה השנייה, בית המשפט המחוזי, נשאר שאלת מטרתו של הפינוי עמומה ("טענת ההפליה, חוסר שוויון ופגיעה בכבוד האדם וחירותו, לנוכח הטענה כי למשיבה כוונה נסתרת, ואולי אף גלויה, לפנותם מן המקרקעין לטובת הקמת יישוב יהודי במקום").²⁴ זאת, חרף העובדה כי במועד מתן פסק הדין כבר התקבלה החלטה נוספת של המועצה האזורית על הקמת היישוב חירן וכי התכנית היישובית הופקדה והמערערים אף הגישו התנגדותם לה.²⁵ שוב נקבע, כי ממילא אין בכך כדי להביא לדחיית תביעות הפינוי.

רק כאשר ניגש בית המשפט העליון להכריע בסוגיה, הוסר הלוט מעל מטרת הפינוי, ובית המשפט קבע מייד כי מטרת הפינוי היא הקמת היישוב חירן. לכאורה, סטייה זו מהמסד העובדתי שיצרו הערכאות הקודמות, יכולה הייתה להביא לערעור מסקנותיהן המשפטיות, בייחוד נוכח תביעתה הנורמטיבית של השופטת ברק-ארז מהרשויות המינהליות לשקול מחדש את החלטה שהתבססה על מסד עובדתי שגוי (תביעה שאותה ניתן להפנות גם כלפי בית המשפט). למרות זאת, בית המשפט לא התעכב על כך, שכן לשיטתו הדבר כלל אינו מעיב על החלטה המינהלית לפנות את המערערים ממקום מגוריהם. כפי שנראה להלן, טענה זאת דורשת הבניה נוספת של המצב העובדתי – הנחתו של בית המשפט כי המערערים יוכלו, אם ירצו, להשתלב כתושבי היישוב החדש חירן.

ג.3. למי מיועד היישוב החדש חירן?

בית משפט השלום אשר דן בתביעות הפינוי כנגד המערערים, יצא מנקודת הנחה שהפיתרון שהוצע למערערים הוא אחד – העתקת מגוריהם ליישוב חורה. בית המשפט ממילא לא סבר כי מתפקידו לדון בטענות נגד שיקול דעתה של הרשות אשר החליטה על הפינוי, ולא עסק כלל בשאלת הפיצוי שיוענק למפונים כנגד עקירה זו.²⁶ בית המשפט המחוזי שדן בעניינם, יצא אף הוא מאותה נקודת הנחה.²⁷

²³ ת"א (ב"ש) 3326/04, לעיל ה"ש 5, בפס' 13.

²⁴ ע"א (ב"ש) 1165-09, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברקאי.

²⁵ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²⁶ ת"א (ב"ש) 3326/04, לעיל ה"ש 5, פס' 13 לפסק הדין.

²⁷ ע"א (ב"ש) 1165-09, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברקאי; פסק דינו של השופט ואגו.



כאשר הונח העניין בפני בית המשפט העליון השתנתה התמונה. נראה כי בית המשפט היה מודע יותר לצרימה שבפניו המערערים הבדואים לשם הקמת יישוב יהודי. בדיון התזכורת שנערך בפניו בשנת 2014, ביקש בית המשפט מהמדינה לשקול פתרון יצירתי, לפיו תיבחן האפשרות לשלב את בתייהם של המערערים בתכנונו של היישוב המיועד חירן²⁸ – הצעה לה השיבה המדינה בלשון רפה ביותר.²⁹ אך בית המשפט אינו נרמז, ואף מפרט כיצד לדעתו יכולים המערערים להשתלב ביישוב החדש, אף כי הוא מודה כי "הדעת נותנת [...] כי מרבית האוכלוסייה שתבקש להתגורר במקום היא יהודית".³⁰

קשה מאוד להניח שבית המשפט לא ידע, לכל הפחות אינטואיטיבית, שמטרתן של תכנית "מבואות ערד" ותכניות דומות לה, היא ליישב יהודים דווקא באזורים אלה, במטרה "לתפוס את יתרת השטח האחרונה [...] ובכך למנוע המשך פלישת הבדואים לאדמות הלאום שנותרו ולמנוע יצירת רצף בדואי או ערבי מכיוון דרום הר חברון לכיוון ערד".³¹ ניתן גם להניח שבית המשפט ידע, שגרעין ההתיישבות המתוכנן "חירן" מורכב ממשפחות יהודיות דתיות שהתגבש בבית המדרש לבוגרי צבא בהתנחלות עלי, ואשר חרת על דגלו "הקמת יישוב בארץ מתוך אידיאולוגיה של מצוות יישוב ארץ ישראל".³² ניתן גם להניח כי בית המשפט ידע, שהמבקשים להצטרף ליישוב חירן יעמדו בפני ועדת קבלה, בהתאם לפסק דינו בעניין החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות שניתן מספר חודשים קודם לכן.³³

²⁸ אגב כך, מעניין לציין כי בית המשפט נוהר ביותר מלהגדיר את היישוב המיועד "יהודי" לאורך כל פסק הדין, וביכר את הביטוי הניטרלי "יישוב כללי".

²⁹ רע"א 3094/11 לעיל ה"ש 2, פס' י"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "במישור המעשי נטען, כי המבנים במקום אינם תואמים את תכנית המתאר; ובמישור העקרוני, כי אין ברצון המשיבה להקים בתחומי היישוב שכונה בדואית נפרדת, באופן שיפגע באופיו הכללי של היישוב".

³⁰ שם, בפס' ל"ז.

³¹ שירי בס-ספקטור "השלכות החלטת הממשלה בדבר הקמת חבל התיישבות באזור מבואות ערד" (חוות דעת של מרכז המחקר והמידע של הכנסת 28.11.2011), דברי מנכ"ל החטיבה להתיישבות בסוכנות היהודית; רנית נחום-הלוי "המטרה של הקמת יישובים בנגב – למנוע השתלטות הבדואים" *The Marker* 9.12.2011 <http://www.themarker.com/realestate/1.1587325>

³² ראה דף המידע על גרעין ההתיישבות באתר האינטרנט של "המרכז להתיישבות בנגב" www.negev-

www.negev-.net.org.il/HTMLs/article.aspx?C2004=14364&BSP=12779&BSS333=12779

³³ בג"ץ 2504/11 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014). לעניין תפקידן המרכזי של ועדות הקבלה בהפרדה במגורים בין



נראה כי בנקודה זו הגיעה לשיאה הבנית המציאות (performative construction of reality) שביצע בית המשפט בבואו לפסוק בערעור. בית המשפט זיהה נכונה כי הכותרת "גירוש בדואים מפני יהודים" היא חולשתו של ההליך המינהלי שמבקשת המדינה לבצע, ולפיכך ביקש ליטול עוקץ זה על ידי ההנחה הבלתי-סבירה, כי שתי האוכלוסיות יוכלו לחיות זו לצד זה ביישוב החדש. בזכות הנחה זו, נפתחה בפניו הדרך לאשר את המהלך גם מבחינה מינהלית וחוקתית, ולנטרל את הטיעון הנוקב בדבר אפליה על רקע לאום.

ד. שלטון החוק במאבק מול זכויות הפרט; סדר שיהיה פה

כפי שמציינת הנשיאה נאור בפסק הדין בבקשה לדיון נוסף, עיקרו של פסק הדין הדוחה את בקשת רשות הערעור נסוב על שאלה פרוצדורלית: האם יכולים המערערים להעלות טיעונים נגד הליכי התכנון להקמת היישוב חירן, אגב ההליך שעניינו פינוים משטח זה. דעת הרוב בפסק הדין שבערעור עונה על שאלה זו בשלילה. המשנה לנשיאה רובינשטיין מפרט באילו הליכים היה על המערערים לנקוט לשם כך, על מנת לבסס את הטענה כי הערעור הוא בעיקרו "תקיפה עקיפה" של הליכי התכנון, שדינה דחייה. האומנם לא מיצו המערערים את זכויותיהם במסגרת ההליכים החלופיים? האם היו יכולים לקבל סעד לו פעלו כהמלצת בית המשפט?

לא אוכל לפרט במסגרת זו את כלל ההליכים שבהם היו מעורבים המערערים כנגד הליכי התכנון שנקטה המדינה, מהחלטת הממשלה והלאה, ודי לציין שהמערערים כלל לא שקטו על שמריהם, ועתרו כנגד ההחלטות שהתקבלו בעניינם הן בבג"ץ³⁴ והן בפני ועדות התכנון. הם טענו לכל אורך הדרך כי תכניות אלו מפלות כנגדם (כאשר המדינה פועלת לפינוים בכוח מבתיים, כפי שהתרחש בשנת 2007).³⁵ אכן, בשנת 2010 היה אף רגע מסוים, שבו נראה היה כי מאמצייהם של המערערים נושאים פרי, וכי ימצא פיתרון

האוכלוסייה היהודית והערבית בנגב, ראו מיכל רותם "מרחבים מובחנים: מדיניות ההפרדה המרחבית במגורים בין יהודים וערבים בנגב" פורום דו קיום בנגב 21.3.2016
http://www.dukium.org/wp-content/uploads/2016/03/HRDAR_HEB_WEB.pdf
בג"ץ 6094/12 אבו אלקיעאן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנוב, 19.11.2012).
ענת ברק ושבסקי "בנגב: המינהל הרס 3 מתחמים בדואים ביער יתיר" Ynet 25.6.2007
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3417152,00.html



הוגן המוסכם על כל הצדדים – אך פיתרון זה נזנח לאחר התערבות חריגה מצד הדרג המדיני בהליכי התכנון.³⁶

המערערים פעלו במקביל, הן במסגרת הליכי התכנון והן במסגרת הליכי הפינוי – אך בשני המסלולים נדחתה טענתם לאפליה פסולה, בנימוק הטכני כי היא מועלית בפני פורום בלתי-מתאים. "הפרדה זו אינה עניין של מה בכך; המחוקק קבע כיצד יטופל כל נושא, ובית משפט זה אינו כתובת ליצירת אנדרלמוסיה",³⁷ קובע פסק הדין. כפי שטוענים החוקרים דגן וקרמניצר:

"במקרה זה לא רק תושבי הכפר שגו פרוצדוראלית, אלא גם המדינה [...] דעת הרוב [...] מגלה יחס נוקדני וחמור כלפי המשגה של התושבים בכך שלא העלו במועד את טענותיהם כלפי תוכנית המתאר בדבר הקמת היישוב חירן. אך משגה זה של איחור במועד הוא פחות חמור מהמשגה של המדינה, שהיה בו מעשה אקטיבי של ייחוס עוולה (הסגת גבול) לתושבים שלא חטאו (שהרי היו בני-רשות)".³⁸

אם פסק הדין בערעור הוא פורמליסטי, הרי שפסק הדין בבקשה לדיון נוסף הוא מופת של פורמליזם: בית המשפט קבע כי לא נקבעה בפסק הדין הלכה חדשה בסוגית התקיפה העקיפה, ובהתאם, השאלה המשפטית בדבר רשות בלתי-הדירה במקרקעין כלל לא הוכרעה. בית המשפט התעלם מכך ששילוב גורמים אלה – דחיית הערעור מטעמים פרוצדורליים, והתוצאה של גירוש בני רשות, אשר מבחינה מהותית זכאים להגנה – יוצר בעצמו הלכה חדשה וקשה. בית המשפט התעלם גם מכך שיישום הדין בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה מביא לתוצאה קשה, גם אם לא חדשנית מבחינה משפטית, אשר יכולה להצדיק התערבות במסגרת דיון נוסף.³⁹

³⁶ ג'קי חורי "משרד ראש הממשלה התערב ומנע מוועדה מקצועית הכרה ב-2 כפרים בדוויים" **הארץ** 17.11.2010. בית המשפט מרמז לפרשה זו בסיפא של פס' ל"ה לפסק הדינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2.

³⁷ שם, בפס' כ"ה.

³⁸ חנוך דגן ומרדכי קרמניצר "חירן – מכילה את אום-אל חיראן או קמה על חורבנה?" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1.5.2015)

www.idi.org.il/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/um_el_hiran

³⁹ הפסיקה מדגישה את שיקול דעתו הרחב של השופט הדין בבקשה לדיון נוסף, היכול לשקול את כלל נסיבותיה של ההלכה שנקבעה ואם הן מצדיקות התערבות ב"גלגול רביעי": "גם אם ההלכה חשובה, קשה או חדשה, אין בכך בלבד משום צידוק לקיום דיון נוסף [...]. ההיענות לבקשה לדיון נוסף היא בגדר שיקולו של השופט בפניו הובאה העתירה והלה אינו



יתרה מכך, הרטוריקה שבאמצעותה מתאר בית המשפט את המערערים ואת הסוגיה בכלל, מנגידה בין הסדר הראוי, המתגלם לשיטתו בהליכים המינהליים והמשפטיים על מסלוליהם השונים, לבין מצב של כאוס וחוסר סדר, המתגלם כביכול במערערים, לא רק בדרך הפרוצדורלית שבה פעלו, אלא בעצם חייהם ה"בלתי-מוסדרים". כך למשל, מביא בית המשפט מתוך החלטתה של ועדת העררים, אשר תיארה את "היקפה העצום של הבנייה הבלתי-חוקית 'והפראית' בהתיישבויות אלו והתפזרותה על שטחים נרחבים".⁴⁰ לעומת זאת, המהלך שמבקשת המדינה לבצע מתואר כ"פתרון מערכתי כולל", הנובע מתוך אינטרס של "הגנה על שלטון החוק",⁴¹ ואילו תגובתם של המערערים לעניין זה היא בבחינת "הפיכות סדרי דין על פיהם, ונסיון לשים מקלות בגלגלי המהלכים" וזאת "משיצאה רכבת ההחלטות והתכנון לדרכה".⁴²

הנגדה זו של סדר מול כאוס ושל שלטון החוק לעומת עברייניות, נראית מוטת ביותר נגד המערערים, שכן כאמור לעיל, המדינה עצמה פעלה באופן שגוי, תוך ניצול כוחה העדיף. למרבה האירוניה, כפי שתיאר הכותב עידן לנדו, "הרבה זמן וכסף משחיתים הבדואים בנסיונות סרק לקבל לגיטימציה והכרה במסדרונות השלטון והיכלי המשפט; הרבה מאד יחסית לאוכלוסייה שמוצגת תדיר כפורעת חוק".⁴³ בספרו "אוריינטליזם", עומד אדוארד סעיד על חשיבותן של שתי תמות אלה – הנגדה בין המערב למזרח, או בין "אנחנו" ו"הם", וייחוס מהותני של תכונות קבועות ונצחיות לקבוצת ה"אחרים" – ביצירתו והבנייתו של ה"אוריינט":

"ביסוד כל היחידות השונות של השיח האוריינטליסטי – שבו כוונתי פשוט לאוצר-המלים שמשמשים בו כל אימת שמדברים או כותבים על האוריינט – מצויה מערכת של מטבעות-לשון יצוגיות, או כותרות [...] במקום למנות את כל מטבעות הלשון הנקשרות לאוריינט – המוזרות שלו, שונותו, חושניותו האקזוטית וכן הלאה – נוכל לתארן תיאור כללי [...] הן כולן הצהרתיות ומוכנות מאליהן; זמן הוא הזמן הנצחי האל-זמני; הן

נותן דעתו רק להלכה שנפסקה מבחינת מרכיביה ומאפייניה אלא גם נוקט אמת-מידה של סינון ובחירה על יסוד מהותו וטיבו של העניין המסוים שבפניו. משמע, לצד החידוש שבהלכה צריך העניין להיבחן גם לאור מכלול נסיבותיה הספציפיות", ראו ד"ר 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(10), 99 (3) (1982).

⁴⁰ רע"א 3094/11, לעיל ה"ש 2, פס' כ"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴¹ שם, בפס' כ"ב, ל"ח.

⁴² שם, בפס' כ"ו, כ"ח.

⁴³ עידן לנדו "אום אלהיראן: טרנספר בברכת החוק" לא למות טיפש 8.11.2012 [//idanlandau.com/2012/11/08/umm-elhiran-legal-transfer](http://idanlandau.com/2012/11/08/umm-elhiran-legal-transfer)



יוצרות רושם של חזרה וכוח; הן תמיד סימטריות למקבילה אירופית [...]
ועם זאת הן נחותות ממנה בתכלית".⁴⁴

התפיסה האוריינטליסטית, שנשענת על נחיתותו המובנית של המזרח הנחשל למול המערב הנאור, שימשה טאוטולוגית כהצדקה מראש וכהסבר בדיעבד לשליטתן של האימפריות הקולוניאליסטיות באוריינט, אשר זקוק לחוק ולסדר שיש בכוחן להביא: "הטיעון, כאשר צומצם לצורתו הפשוטה ביותר, היה ברור, מדויק וקל לתפישה. ישנם מערביים, וישנם אוריינטליים. המערביים שולטים; האוריינטליים צריכים להישלט, מה שאומר, בדרך-כלל, שארצם כבושה, ענייניהם הפנימיים מנוהלים בקשיחות, ודמם וממונם עומדים לרשות מעצמה מערבית זו אחרת".⁴⁵

כפי שתואר לעיל, מנגנון דומה פועל ביסודם של פסקי הדין בעניין אום אל חיראן. הקהילה הבודאית כולה, והעותרים בתוכה, מתוארת כפורעת-חוק במהותה, ללא קשר לפעולותיה בשטח, וזאת בניגוד לסדר וליציבות שמאפיינים לכאורה את עמדת המדינה. קבלת תביעתם של המערערים תביא לכאוס; הם עצמם משתייכים לעולם הכאוס, כעולה מנהגיהם ה"פראיים". דחיית תביעתם והפקעת אדמותיהם מוצגות כהכרח רציונלי, אשר ננקט בסופו של דבר גם לטובתם שלהם.

כאשר איזבל בת מלך צידון משכנעת את בעלה, המלך אחאב, שלא להיכנע לסירובו של נבות למכור את נחלת אבותיו, היא טוענת כנגדו טיעון מנצח, אלטרואיסטי לכאורה: "אתה, עתה תעשה מלוכה על-ישראל". מאבקו של הנתיב ברצונו של הריבון מתפרשת כמרדנות, אשר חובה על המלך להכניע כדי לשמר את הסדר בממלכה, סדר החשוב יותר לטובת הכלל מאשר עשיית הצדק עם נתין אחד.

"תאכל. (מתחננת) תאכל מהעוף. אם היום סירב מישהו בשם נבות לתת למלך כרם עלוב שגובל בארמון, והסירוב שלו התקבל, למה שמחר לא יסרבו אחרים לשלם מיסים או לצאת למלחמה? תאכל, זה מתקרר. (בבוז) בשביל מה אתה משפשף פה את הכיסאות? ממלכה חייבת מפעם לפעם להיות מרושעת, לדרוך למישהו על האצבעות בלי רחמים כדי שידעו שהיא קיימת. הרכרוכיות שלך תביא עלינו אסון. תאכל. תטעם את החצילים".⁴⁶

⁴⁴ אדוארד סעיד **אוריינטליזם** 69 (עתליה זילבר מתרגמת, 2000).

⁴⁵ שם, בעמ' 39.

⁴⁶ יעקב שבתאי "אוכלים" **כתר בראש ואחרים** (1995).



ה. הערה לאחר סיום

בעת כתיבת שורות אלה, הדחפורים טרם עלו על אום אל חיראן. פעילים חברתיים ממשיכים להפגין נגד הפינוי וההריסה הצפויים, והתושבים מצדם פועלים למציאת פתרונות יצירתיים של פשרה וחלופות מוסכמות – עד כה תוך התעלמות רשויות המדינה. כפי שצינו אלי בכר ותאבת אבו ראס מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר היה מעורב במאמצים אחרונים אלה למציאת פתרון בדרכי שלום, בסופו של יום עניינה של אום אל חיראן איננו סוגיה משפטית, אלא שאלה של "צדק, מוסר ומדיניות שהן בליבת היחסים בין המיעוט למדינה".⁴⁷

⁴⁷ אלי בכר ותאבת אבו ראס "איך המדינה מתעקשת לפנות" הארץ 15.2.2016
<http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.2852216>