

הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים

מאת
רונית לוי-שנור*

תקציר

הסדר זכויות במקרקעין הינו הליך ציבורי המוביל לרישום המחייב של מקרקעין בספרים המנוהלים על-ידי רשויות המדינה. זהו תהליך מרכזי של הכרה בזכויות קניין המאפשר את אכיפתן, וככזה הוא נחשב בספרות הקניינית לתהליך של הפרטת זכויות. במדינת-ישראל מרבית המקרקעין – יותר מ-96% מהם – נרשמו לאחר הליכים של הסדר זכויות במקרקעין. החלק הקטן של המקרקעין שטרם הוסדר מצוי בנגב, במרכז הערים ובמיוחד במזרח ירושלים. בנוגע לחלק המקרקעין הלא-מוסדר המצוי במזרח ירושלים, אי-השלמת ההסדר הינה פועל יוצא ממדיניות מכוונת ועקבית של ממשלת ישראל למן סיפוח מזרח העיר בשנת 1967.

עמדתם הרשמית הנוכחית של נציגי הממשלה בסוגיה זו היא כי בשל קיומם של "קשיים מעשיים ומדיניים" אין הממשלה פועלת לחידוש ההסדר במקומות שבהם הוא טרם הושלם או לנקיטתו במקומות שבהם הוא טרם נעשה כלל. מהותם של הקשיים אינה מפורטת באופן רשמי.

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את טיבה של המדיניות האמורה, את השלכותיה ואת הדרכים למזער את ההיבטים השליליים של מדיניות זו, מבלי להתעלם מן המורכבות הפוליטית הרבה הכרוכה בנושא המקרקעין במזרח ירושלים.

לפי המינוח המוצע במאמר, את החלטת-המדיניות הנידונה יש לקרוא כהפרטה של רישום המקרקעין במזרח ירושלים, במובן של דה-פוליטיזציה של הסכסוך: העברת עניין ששנוי במחלוקת (מעורבות ציבורית בנושא קרקעי במזרח ירושלים) מן הספירה הציבורית אל הספירה הפרטית. בהתאם למובן נוסף של הפרטה, המדינה מעבירה את האחריות דה-פקטו לביצוע הרישום לירידי פרטיות.

נטען כאן כי החלטת-מדיניות זו נובעת מכך שהמדינה אינה מעוניינת לעורר קונפליקט נוסף באזור הטעון של מזרח ירושלים מבלי שיש לה תמריץ קנייני לעשות כן. ממשלת

* דוקטורנטית ועמיתת-מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר מבוסס בחלקו על עבודת-גמר לתואר מוסמך בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, שנעשתה בהנחייתה של פרופ' דפנה לוינסון-זמיר. תודתי נתונה לפרופ' לוינסון-זמיר וכן לאבישי בניש. יפעת הולצמן-גזית, אריאל יוספי, ברק מדינה, גיא פסח ושרון שקרג'י סייעו לי רבות בהערותיהם לגרסה קודמת של המאמר. אני מודה גם לחברי/ות קבוצת ה"לימוד בחברותא" בנושא "הפרטה ודמוקרטיה" באוניברסיטה העברית בירושלים וכן לחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם החשובות.

ישראל נכונה לוותר על השימוש בהסדר זכויות במקרקעין כסממן להחלת ריבונות במזרח ירושלים, חרף עוצמתו של סממן זה, בין היתר משום שלא תצמח לה תועלת קרקעית ישירה מכך, ובהעדרה אין לה עניין בכניסה למחלוקת.

המאמר מבקש על-כך לעמוד על המובנים ההפרטיים של הפעולה הממשלתית, תוך עיגון ההצדקות לה בבסיס תיאורטי. עם זאת, גבולות ההצדקה נוצרים מקום שהפעולה המפריטה נהפכת לפעולה בעלת תוצאות מפלות. נמצא כי אי-החלת הריבונות באמצעות ביצוע ההליכים של הסדר רישום הזכויות במקרקעין מובילה להפליה של תושביה הערבים של העיר ירושלים. במאמר מוצגות הדרכים לריפוי של תוצאות אלה, המבוססות על ניתוח קנייני של דיני רישום המקרקעין בישראל.

א. מבוא

ב. שלושה מובנים של הפרטה

1. מובן ראשון: הפרטה כהכרה קניינית בזכויות במקרקעין
2. מובן שני: העברה מהספרה הציבורית לספרה הפרטית (דה-פוליטיזציה)
3. מובן שלישי: העברת האחריות דה-פקטו לפרט בשל הימנעות ממשלתית מפעולה

4. סיכום-ביניים

ג. בעיות עקרוניות בנקיטת מדיניות של הפרטה-הפרדה

1. הפרדה ואינטרסים קבוצתיים

(א) מבוא

(ב) גישה של בדלנות מבחירה

(ג) גישה של "כלל עם פטור"

(ד) עמדת המודל השתתפותי

(ה) סיכום-ביניים

2. הפרטה-הפרדה והסמליות שבמרחב הציבורי

ד. רישום מקרקעין במזרח ירושלים

1. גורמי רקע

(א) יהודים, ערבים, מקרקעין

(ב) מעמדה של מזרח ירושלים

2. מצב רישום המקרקעין

3. אל מול הסדר הזכויות בנגב

ה. ערכם של הרישומים המושגים בהליך הרישום הראשון הפרטני

1. הבחנות-יסוד

2. הסדר זכויות לעומת רישום ראשון פרטני

3. כיוון השינוי הרצוי: השוואת תוצרי הרישום

(א) פומביות

- (ב) חיזוק תוצאות הרישום
1. החזקה שלפיה מקרקעין שאינם רשומים הינם חסרי בעלים
 1. הצגת הבעיה
 2. כיוון השינוי הרצוי
 - (א) החלטות על הפקעת מקרקעין ופעולות דומות
 - (ב) זכויות בתכנון
 2. סיכום

א. מבוא

הסדר זכויות במקרקעין הינו הליך ציבורי המוביל לרישום המחייב של מקרקעין בספרים המנוהלים על-ידי רשויות המדינה. זהו תהליך מרכזי של הכרה בזכויות קניין, אשר מוביל להפרטתן, דהיינו, ליצירת זכות פרטית מוכרת במקרקעין אלה.¹ במדינת ישראל מרבית המקרקעין – יותר מ-96% מהם – נרשמו לאחר הליכים של הסדר זכויות במקרקעין. הסדרת המקרקעין נעשתה בתהליך ממשלתי מאומץ מתקופת המנדט ועד ימינו. החלק הקטן של המקרקעין שטרם הוסדר מצוי בנגב, במרכזי הערים ובמיוחד במזרח ירושלים. בנוגע לחלק המקרקעין הלא-מוסדר המצוי במזרח ירושלים, אי-השלמת ההסדר הינה פועל יוצא ממדיניות מכוונת ועקבית של ממשלת ישראל למן סיפוח מזרח העיר בשנת 1967. למרות מדיניותה הכללית של ישראל, שלפיה הסדרת המקרקעין הינה פעולה חיונית הנחוצה בכל חלקי הארץ, גם כאשר היא כרוכה בקונפליקט (עם הבדווים בנגב, למשל), המקרקעין במזרח ירושלים מטופלים על-ידי המדינה באופן שונה ונפרד. עמדתם הרשמית הנוכחית של נציגי הממשלה בסוגיה זו היא כי בשל קיומם של "קשיים מעשיים ומדיניים" אין הממשלה פועלת לחידוש ההסדר במקומות שבהם הוא טרם הושלם או לנקיטתו במקומות שבהם הוא טרם נעשה כלל.² מהותם של הקשיים אינה מפורטת. מטרתו של מאמר זה היא לבחון את טיבה של המדיניות האמורה, את השלכותיה ואת הדרכים למזער את ההיבטים השליליים של מדיניות זו, מבלי להתעלם מן המורכבות הפוליטית הרבה הכרוכה בנושא המקרקעין במזרח ירושלים.

לפי המינוח המוצע במאמר, את החלטת-המדיניות הנידונה יש לקרוא כהפרטה של רישום המקרקעין במזרח ירושלים, במובן של דה-פוליטיזציה של הסכסוך:³ העברת עניין ששנוי במחלוקת (מעורבות ציבורית בנושא קרקעי במזרח ירושלים) מן הספֶרה הציבורית

1. למובן זה של הפרטה, שהינו אחד מני שלושה מובנים שאותם אציג במאמר זה, ראו להלן תת-פרק ב1.
2. ראו בג"ץ 660/00 ח'גאזי נ' מנהל אגף רישום והסדר מקרקעין (לא פורסם, 28.5.2002). עמדה זו הינה העמדה הערכנית המיוצגת על-ידי פקידי ההסדר. ראו, למשל, בר"ע (מחוזי י-ם) 363/08 חברת בתי המלון הערביים בע"מ נ' רשות הפיתוח, תק-מח 2008(4) 6237, פס' 5 (2008).
3. זהו המובן השני של הפרטה שבו אעשה שימוש. ראו להלן תת-פרק ב2.

אל הספרה הפרטית. לפי מובן נוסף של הפרטה, המדינה מעבירה את האחריות דה־פקטו לביצוע הרישום לידיים פרטיות.⁴

החלטת־מדיניות זו נובעת מכך שהמדינה אינה מעוניינת לעורר קונפליקט נוסף באזור הטעון של מזרח ירושלים מבלי שיש לה תמריץ קנייני לעשות כן. זאת, על בסיס ההנחה הממשלתית שבמזרח העיר יש מקרקעין מועטים בלבד שיתבררו כמצויים בעלות המדינה. ממשלת ישראל נכונה על־כן לוותר על השימוש בהסדר זכויות במקרקעין כסממן להחלת ריבונות במזרח ירושלים, חרף עוצמתו של סממן זה, בין היתר משום שלא תצמח לה תועלת (קרקעית) ישירה מכך, ובהעדרה אין לה עניין בכניסה למחלוקת.

המאמר מבקש על־כן לעמוד על המובנים ההפרטתיים של הפעולה הממשלתית, תוך עיגון ההצדקות לה בבסיס תיאורטי. המאמר עומד על כך שגבולות ההצדקה נוצרים מקום שהפעולה המפריטה נהפכת לפעולה בעלת תוצאות מפלות. נמצא כי אי־החלת הריבונות באמצעות ביצוע ההליכים של הסדר רישום הזכויות במקרקעין מובילה להפליה של תושביה הערבים של העיר ירושלים. במאמר מוצגות הדרכים לריפוי של תוצאות אלה, המבוססות על ניתוח קנייני של דיני רישום המקרקעין בישראל.

המאמר מציג על־כן ניתוח תיאורטי של שלושה מושגים של הפרטה – הפרטה כהכרה, הפרטה כדה־פוליטיזציה והפרטה כהעברת אחריות דה־פקטו לידיים פרטיות – ושל מגבלות ההפרטה לפי מובנים אלה (ויחסי־הגומלין ביניהם), תוך בחינת מקרה אחד מרכזי שבו לניתוח התיאורטי יש חשיבות נורמטיבית ופוזיטיבית. המאמר נע בין שני מרכזי־כובד תוך יצירת מרכז־כובד משותף (fulcrum point): הצגת תיאוריה הפרטתית־פוליטית הנתמכת על־ידי מקרה־מבחן של רישום המקרקעין במזרח ירושלים, והצגת הבעיה המעשית הנוצרת בשל מדיניות ההפרטה של הליכי ההסדר שממשלת ישראל נוקטת במזרח ירושלים. תרומתם הסגולית של שני מרכזי־כובד האלה היא במציאת נקודת איזון לבחינה ולביקורת של מכלול הסוגיות המועלות.

כאמור, מדיניות הממשלה נשענת על שיקולים "מעשיים ומדיניים".⁵ השערתני היא כי מבחינת השיקולים המעשיים הכוונה היא בעיקר לצורך לכונן מנגנון מקצועי שיוכל לגשר בין התנגדותם של תושבי מזרח ירושלים למוסדות השלטון הישראליים לבין החובה וההכרה להשיג שיתוף־פעולה מלא של האוכלוסייה בעת ביצועו של הסדר זכויות במקרקעין. יודגש, עם זאת, כי שיקולים מעשיים אלה קיימים בכל הסדר מקרקעין באזור שיש בו אוכלוסייה ערבית החוששת לפגיעה בזכויותיה – למשל, בגליל ובנגב – ואף על־פי־כן הם לא הרתיעו את הממשלה בעבר והם אינם מרתיעים אותה בהווה מביצוע הליכי הסדר. נראה על־כן כי השיקולים המדיניים הם לב העניין. הכוונה היא לרגישות הפנימית, הבין־לאומית והבין־דתית הכרוכה בכל פעילות שלטונית־ממלכתית במזרח ירושלים, במיוחד בהקשר הקרקעי (בשים לב גם לעניין הנפקדים). רגישות זו מניעה את הממשלה לנקוט גישה של הימנעות מיצירת קונפליקט נוסף בחלקה המזרחי של העיר – פעילות הימנעותית שניתן לראותה כהפרטה מסוג דה־פוליטיזציה של הסכסוך. הסברה כי לזניחת הליכי ההסדר יש טעם פוליטי מובהק נשענת גם על העובדה שהמדינה פעלה ופועלת לביצוע הסדר זכויות במקרקעין

4 כאן מסתתר על־כן המובן השלישי של הפרטה. ראו להלן תת־פרק 3.3.

5 ראו לעיל ה"ש 2.

ביחס לחלק מהמקרקעין שסופחו לעיר לאחר יוני 1967 ואשר הופקעו לאחר-מכן מבעליהם והוקמו עליהם שכונות יהודיות. זאת, מתוך התפיסה כי הסדרתם של מקרקעין אלה, אשר מוחזקים בפועל לא על-ידי תושבים ערבים, אינה כרוכה בהתנגדות פוליטית-ציבורית. במקרה זה אין לכאורה לגיטימציה להתנגדותם של "הבעלים לשעבר", אשר נותקו מזכותם (הלא-מוכרת) בקרקע.

המדיניות הממשלתית עומדת, ולו לכאורה, בסתירה לעמדת הכנסת, אשר ביטאה בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל את תפיסתה כי אחדותה של ירושלים היא עובדה מוגמרת, אשר שינויה ייתכן רק בהחלטה של רוב חברי-הכנסת.⁶ החלת מדיניות שונה בחלקי העיר משקפת, ולו לכאורה, חתירה תחת "עקרון האחדות". נקודה זו מתחדדת על רקע החלטה המתמשכת של מדיניות דומה של זניחת הליכי ההסדר בשטחי הגדה המערבית המצויים בשליטת צה"ל.⁷ קיומה של מדיניות דומה בשני אזורים גיאוגרפיים אשר אמורים להיות, להלכה, מובחנים זה מזה מבחינת מעמדם המשפטי (מזרח ירושלים ושטחי הגדה המערבית) יוצרת הבדלה בין שני חלקי ארץ אשר אמורים להיות זהים זה לזה מבחינת מעמדם המשפטי (מזרח ירושלים ושאר חלקי מדינת-ישראל), ומבטאת לפיכך עמדה בעלת נופך ריבוני מובהק. המדינה אינה טוענת זאת במפורש, אך אפשר ששיקול נוסף, חשוב לא פחות, עומד ברקע הדברים ומסביר את הנכונות לסטות מ"עקרון האחדות": ההערכה כי שיעור הבעלות הציבורית במקרקעין במזרח ירושלים הינו נמוך. דהיינו, המדינה אינה סבורה כי תצמח לה "תועלת קניינית" כתוצאה מפעולת ההסדר.⁸ היחס בין השיקול התועלתני לבין השיקול הפוליטי הוא לפיכך יחס של השלמה. לפי הטעון, המדיניות במישור הריבוני מושפעת ומונעת גם על-ידי תמריץ כלכלי-חומרי.

עם זניחתם של הליכי ההסדר עומדת לרשות הטוענים לזכויות במקרקעין חלופה פרטית לביצוע רישום, המכונה בחוק המקרקעין "רישום ראשון".⁹ דהיינו, הממשלה, בפעולתה המחודלת, מעבירה את האחריות דה-פקטו לביצוע הרישום לידיים פרטיות. אולם ההליך הפרטי, לפי הדין הקיים, אינו מזכה את הנרשמים לפיו בזכות קניינית שלמה, משום שהרישום המושג בסיומו מהווה ראייה לכאורה בלבד לנכונותו. הרישום שנעשה באופן פרטי אינו שקול על-כך לרישום שנעשה באופן ציבורי, לאחר הסדר זכויות. המוצר הרישומי הפרטי נותר, מבחינת משקלו הקנייני, בעולם היחסים הבלתי-רשמיים, שהינם נטולי תוקף ציבורי

6 ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (להלן: חוק-יסוד: ירושלים). כן ראו בהקשר זה חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010.

7 ראו צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס' 291), התשכ"ט-1968, קמ"ז מ' 16. לדיון בטעמים למדיניות זו ראו רוגית לויין-שנור "סכסוכי קרקעות בגדה המערבית - בין הפרטי לציבורי" (לא פורסם), עותק שמור במערכת עיוני משפט (להלן: לויין-שנור "סכסוכי קרקעות").

8 אם תצמח למדינה "תועלת קניינית" כתוצאה מאיתורם של נכסים, אזי יהיה בכך, לכל-הפחות, משום קיוויו של הנזק ה"פוליטי". איני מחשיבה את איתורם של נכסי נפקדים כ"תועלת קניינית".

9 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק ט, ס' ג. להלן אכנה זאת גם "רישום ראשון פרטני", על-מנת להבהיר שאין כוונתי להליכי ההסדר.

מכרע, באופן אשר פוגע בשוויון בין מי שהמדינה החליטה לקדם הסדר זכויות לגבי מקרקעיהם לבין מי שלא זכו בכך.

בהעדר תמריצים מספקים לביצוע רישום באופן פרטי, נכסים רבים במזרח ירושלים נותרים בלתי-רשומים או לחלופין רשומים ברשימות חסרות תוקף משפטי ממשי, כגון מסמכי-הביניים של הליכי ההסדר. מי שמחזיקים בזכויות במקרקעין אלה חשופים לפגיעת-יתר בזכויותיהם בשל תיוג המקרקעין שהם יושבים עליהם כ"חסרי בעלים" או כ"מקרקעין בסכסוך". בהקשרים אחרים לתיוג זה יש השפעה שלילית על מצבם של הטוענים לזכויות, באופן שמייצר סוג נוסף של הפליה.

אם כן, נקיטת המדיניות הנוכחית כרוכה בהפליה לרעה של תושבי מזרח ירושלים ושל בעלי הנכסים שם. יתר על כן, יש הטוענים כי נקיטת מדיניות זו נועדה, כעניין מרכזי, לפגוע במיעוט הערבי שבמזרח ירושלים. אולם בהעדר ראיות פוזיטיביות לעמדה האחרונה, ולנוכח חוקת תקינות מנהלית שראוי אולי להחיל גם בכתיבה ביקורתית, אעדיף לראות בהפליה תוצאה נלווית, ולא מכשיר מרכזי. ברור, מכל מקום, כי הפליה זו יוצרת בעיה חוקתית המאפילה על ההצדקה, אף אם קיימת, להמשך נקיטתה של המדיניות הנוכחית.¹⁰ תחת ההנחה כי אין עמדה מוסרית-פוליטית קבילה לפי המצב המשפטי-הפנימי של מזרח ירושלים אשר מתירה לקיים תוצאה של הפליה בין מזרח העיר לבין מערבה, ובין מזרח העיר לבין כלל המדינה בהקשר הקנייני, אבחן אם ניתן לאמץ שינויים בדין אשר יבטלו או יצמצמו באופן מספק את אופייה ההפלייתי של המדיניות הנוכחית.

המדיניות שתוארה של זניחת הליכי ההסדר, על תוצאתה המפלה, תיבחן במאמר תוך ניסיון למקמה ביחס למושגים "הפרטה" ו"הפרדה". ביחס להפרטה הדיון מכוון להרחבת ההמשגה הרווחת – בעשור האחרון במיוחד¹¹ – המדגישה את המובן של הפרטה כתהליך כלכלי, כאמצעי להפחתת פעילותה של המדינה בבעלות על נכסים ובהספקת שירותים.¹²

10 לחוקתיותו של השוויון ולאיסור ההפליה ראו, למשל, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006), וכן בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 11.5.2006).

11 כמה דוגמות לשימוש בהפרטה בכתיבה המשפטית של שנות התשעים של המאה העשרים ימחישו את מגוון ההתייחסויות האפשריות למושג זה: פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח "משפטים כג 21 (1994) (המכנה את הרעיון של החלת זכויות האדם בין הפרטים בחברה גם כאשר הכוח הגורע מזכויות אלה מופעל על-ידי פרט אחר, ולא על-ידי השלטון, בשם "הפרטת זכויות האדם"); יהושע ויסמן "הפרטה מוסווית של מקרקעי ישראל" עיוני משפט כא 525 (1998) (המכנה את ההצעה להאריך את תקופת החכירה של מקרקעי ישראל מ-98 ל-196 שנים, תוך מתן מלוא זכויות הפיתוח לחוכרים, בשם "הפרטה מוסווית"); וכן רות גביוון "רת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב 55, 65, 68 (1994) (הפרטת המימד הציבורי של הדת והפיכתה לכזו המתקיימת בספרה הפרטית).

12 שורשי המעבר בישראל לשימוש במונח "הפרטה" לציון הוצאתם של שירותים ותשתיות מידיים ציבוריות לידיים פרטיות מצויים באמצע שנות התשעים של המאה העשרים, במדיניותה של ממשלת רבין השנייה. ראו יאיר ברק "ההיסטוריה של ההפרטה בישראל – תהליך היווצרותה של הסכמה חובקת כל" תחומי האחריות של המדינה וגבולות ההפרטה

לעומת המובן המצומצם האמור של "הפרטה", בהקשר של השיח הקנייני הפרטה היא האכסניה הטבעית לשאלות של לגיטימציה של רישום מקרקעין. המאמר יציג מובן זה של הפרטה, כמרגש שני מובנים אפשריים נוספים שלה, ויבחן את תרומתם האנליטית לביסוס הדיון בהקשר של זניחת הסדר הזכויות בירושלים. המאמר יבחן כיצד הספרות הרבת-תרבותית מציעה לבדוק אם מדיניות מסוימת של הפרדה הינה קבילה מבחינה פוזיטיבית ונורמטיבית. שאלת ההפליה נגזרת, בין היתר, מאיתורה של הפרדה פסולה. גם למונח "הפרדה" יש בהקשרנו יותר ממובן אחד. פן אחד של ההפרדה הוא שהמדינה מפרידה בפעולתה בין המרחב העירוני הפלסטיני בירושלים לבין המרחב העירוני היהודי בעיר. כמו-כן היא מפרידה בטיפולה בין נכסים שבהם לערבים יש טענת זכות לבין נכסים שבהם ליהודים יש טענת זכות. הפן האחר של ההפרדה הוא עצם פעולת ההפרטה, במובן של דה-פוליטיזציה ושל נקיטת מדיניות המוציאה פעילות מסוימת מתחום הידיים הציבוריות ומעבירה אותה למרחב הפרטי. אני מכנה מובן זה "הפרטה-הפרדה".

מכיוון שהמאמר מבוסס על איזון בין שני מרכזי-כובד, ניתן לקרוא אותו כמורכב משני חלקים מרכזיים, המקיימים יחס-גומלין ביניהם לכל אורכו של המאמר. פרקים ב-ו ג עוסקים בעיקר במינוח של הפרטה, הפרדה והפליה: בפרק ב אציג את מובני ההפרטה האפשריים, לצורך ניתוח המדיניות הנוגעת במקרקעין במזרח ירושלים; ופרק ג יתמקד במנגנון לאיתור בעיה חוקתית הטמונה במדיניות של הפרטה-הפרדה, דהיינו, במנגנון לאיתור קיומה של הפרדה פסולה. לאחר שני פרקים אלה אחזור להתמקד בהקשר הקונקרטי של רישום מקרקעין במזרח ירושלים. בפרק הרביעי אחיל את המנגנון שזוהה בפרקים הראשונים על הנסיבות הספציפיות של רישום מקרקעין במזרח ירושלים, בהשוואה למצב בחלקה המערבי של העיר ובארץ בכללותה. פרק זה כולל ממצאים אמפיריים לגבי השימוש בכלי של "רישום ראשון" מזה ובהסדר המקרקעין מזה. הפרק החמישי דן בהבדלים המשפטיים שבין מקרקעין שנרשמו לאחר הסדר זכויות לבין מקרקעין שנרשמו לאחר הליך "רישום ראשון". על בסיס דיון זה הפרק בוחן את ההפליה הנוצרת במצב המשפטי הקיים בהקשר של מקרקעין שנרשמים, ומפרט דרכים לתיקונה. הפרק השישי דן במצבם של מקרקעין שאינם נרשמים ובתוצאות המפלגות של המדיניות הנוכחית ביחס למקרקעין אלה. השלכות הניתוח המוצע על הדיון ועל המדיניות מרוכזות בסיכום.

ב. שלושה מובנים של הפרטה

בשיח השגור בפי כל, המונח "הפרטה" נתפס כמציין את תהליך התפרקותה של המדינה מנכסיה בשל הניסיון – הלקוי, יש יאמרו – לקדם תועלת כלכלית.¹³ בפרק זה אעמוד על

(לא פורסם) www.kibbutz.org.il/hazan/hazan-002.htm. אך ראו דני גוטוויין "תמורות במדיניות הכלכלית של הימין הישראלי 1977-2003: מהפרטה מלאימה להפרטה אוליגרכית" עבודה, חברה ומשפט י 221 (2004) (המדגיש את ההפרטה כמדיניות שנבעה מהמהפך השלטוני ב-1977).

13 ראו, לדוגמה, דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 464-465 (2008).

שלושה מובנים מתחרים של "הפרטה"¹⁴. כל אחד מהמובנים שיוצג כאן יומחש באמצעות הנושא של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים. בסיום הפרק אנתח את שלושת המובנים ואת הקשרים שביניהם. הניתוח שיוצג במאמר מיישם את המודל התיאורטי על המקרה של רישום המקרקעין במזרח ירושלים, ומהווה, מטבע הדברים, הזמנה להמשיך חשיבה על אפשרות תפקודו בהקשרים אחרים בחברה.

1. מובן ראשון: הפרטה כהכרה קניינית בזכויות במקרקעין

בעולם דיני הקניין, לצד ניתוח ההצדקות לקיומן של זכויות פרטיות, ניצבת השאלה כיצד מתפתחות זכויות קניין בפועל.¹⁵ נקודת המוצא המקובלת היא שאנו חיים בעולם שבו המשאבים מוגבלים.¹⁶ התחרות על המשאבים, כך נטען, היא המייצרת את התנאים להתפתחותן של זכויות קניין.¹⁷ על בסיס זה טען הרולד דמסץ, במאמר קלסי, כי זכויות קניין מתפתחות בתגובה על שינויים בטכנולוגיה, בכלכלה, בשווקים וכדומה, וכי מטרתן להפנים רווחים ועלויות של החצנות הנגרמות כתוצאה מהשימוש בקרקע. זכויות קניין ייווצרו, לכן, כאשר הרווחים מהפרטת הקניין עולים על עלויותיה.¹⁸ דהיינו, לפי המובן הראשון, הפרטה של הקניין משמעה יצירת פורמט פרטי להחזקה ולשימוש במקרקעין. אנדרסון והיל הוסיפו נדבך חשוב לניתוח בהקשרנו, כאשר הראו כי ליחס שבין העלות של אמצעי ההכרה והאכיפה של זכויות קניין לבין העלות של הזכות והתועלת המופקת ממנה יש השפעה ישירה על סוג ההסדר הקנייני שיתפתח.¹⁹ כך, ככל שקיימת סבירות רבה יותר לאובדן הנכס בהעדר הכרה, גְּלָה גם הפרודוקטיביות של פעילות הכרה ואכיפה.²⁰ יודגש כי לצד חשיבותה של ההכרה בזכויות קניין, הנעשית בימינו בעיקר על-דרך רישום מקרקעין, האפקטיביות של מיסוד זכויות קניין בעיצוב התנהגות שתקדם שימוש פרודוקטיבי יותר בנכסים תלויה גם באכיפתן של זכויות אלה. למערכת מוגדרת היטב של זכויות לא

-
- 14 את הדיון שאני עורכת כאן אפשר לראות גם כסוג אחר של עיסוק בשאלת "גבולות הפרטה".
 15 ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 46-49 (2005).
 16 JEAN-PHILIPPE PLATTEAU, INSTITUTIONS, SOCIAL NORMS AND ECONOMIC DEVELOPMENT 122 (2000).
 17 Jean-Marie Baland & Jean-Philippe Platteau, *Division of the Commons: A Partial Assessment of the New Institutional Economics of Land Rights*, 80 AM. J. AGRIC. ECON. 644, 645 (1998).
 18 .Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967)
 19 Terry L. Anderson & Peter J. Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*, 18 J. L. & ECON. 163 (1975)
 20 שם, בעמ' 167.

תהיה חשיבות רבה אם היא לא תיאכף,²¹ הן בין צדדים לעסקה והן בין צדדים שלישיים עתידיים.²² זהו אפוא המאפיין החפצי, In Rem, של זכויות הקניין.

את המינוח הרמסציאני, הרואה את היווצרות זכויות הקניין כתהליך של הפרטה, ממשכה קרול רוז.²³ רוז מתארת את התופעה של רישום מקרקעין אשר טרם נרשמו קודם לכן כפעולה של הפרטה באמצעות הכרה (recognition). לדבריה, מנגנוני הכרה הם אלה המספקים את האמצעים המנהליים לרגולציה של בעלות פרטית בנכסים, במיוחד באמצעות פורמליזציה של זכויות בעלות בידי אלה אשר נהנו לפני כן מזכויות בלתי־רשומות. הפרטה במובן זה הינה לדבריה צורה "חלשה" (low-key) של הפרטה (לעומת הפרטה במובן הכלכלי גרידא). עם זאת, אין בכך כדי להמעיט מהשפעתה של פעולת ההכרה על החיים (ולו על איכות החיים) ועל המערכת הכלכלית באזור שבו היא נעשית. השפעה זו ניכרת במיוחד במקרה המובהק של כניסת מערכת רישום זכויות למדינות מתפתחות אשר חסרות כליל (או כמעט כליל) מערכות של רישום פורמלי.

ככל הפרטה ממניעים כלכליים, גם לגבי סוג זה של הפרטה יש מחלוקות עקרוניות ואמפיריות. אין בכוונתי לדון במחלוקות אלה כאן,²⁴ אך יש מקום להזכיר בהקשר זה פן נוסף של תוצאות ההפרטה: זירווי התפרקותה של קהילה קטנה המבוססת על יחסי קרבה, והכנסתה של המדינה כגורם בעל משקל בקביעת זכויות. אלינור אוסטרום, זוכת פרס נובל בכלכלה לשנת 2009, הראתה במחקרה²⁵ כי בקהילות המבוססות על יחסי קרבה ("קהילות־קרבה")²⁶ אין צורך ברישום פורמלי על־מנת להבטיח כיבוד הדדי של זכויות, אם משום שיש הכרה של כל החברים בחלוקה, ואם משום שיש בעליית־תפקידים המכריעים בסכסוך ללא צורך במסמכים. ההכרה בזכות פורמלית, לעומת זאת, חיונית בדיוק לשם הכנסת זרים

Lee J. Alston, Gary D. Libecap & Bernardo Mueller, *Violence and the Development of Property Rights to Land in the Brazilian Amazon*, in THE FRONTIERS OF THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS 145, 146 (John N. Drobak & John V.C. Nye eds., 1997)

Douglas Baird & Thomas Jackson, *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*, 13 J. LEGAL STUD. 299, 300 (1984)

Carol M. Rose, *Privatization: The Road to Democracy?* 50 ST. LOUIS U. L.J. 691, 694 (2006)

24 לטיפול במחלוקות אלה ראו, למשל, רונית לוי-שנור רישום ראשון של מקרקעין שאינו במסגרת הסדר זכויות 38-43 (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 2008) (להלן: לוי-שנור רישום ראשון); Amnon Lehavi, *The Taking/Taxing Taxonomy*, 88 TEX. L. REV. 1235 (2010)

25 ראו, למשל: ELINOR OSTROM, *GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION* (1992)

26 ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* 177-178 (1991). בקהילות-קרבה כל התושבים מכירים זה את זה, ומודעים באופן אינטימי לתביעות הבעלות של הזולת. אם יש העברות של קניין, הכל יודעים גם על כך. העברות כאלה יכולות להיעשות, כאמור, ללא תיעוד כתוב, משום שהעדויות וההשתתפות של התושבים בתהליך העסקה הן ראייה מספקת, לצד לחיצת-היד, העברת המפתחות וכולי. ראו גם Rose, לעיל ה"ש 23, בעמ' 703.

למרחב המקומי ופירוק מרקם החיים הקיים, ועל-כן היא גם מובילה לכך.²⁷ על-כן, בין אם תושבי הקהילה מעוניינים בכך ובין אם לאו, ההכרה הפורמלית מוליכה לצורה של הפרטה, בכך שהיא מחילה צורה קניינית על מצב "טבעי", חוק-מדינתי. אין בתיאור זה כדי להעריך נורמטיבית אם הפרטה היא דבר טוב לחברת-קרבה אם לאו. רציונות כניסתם של זרים תלויה, ככל מקרה ומקרה, במגוון רחב של שיקולים, ביניהם שיקוליה של הקבוצה עצמה.

ההפרטה במובן הראשון משמעה דווקא התערבות מדינתית רבה יותר, ולא פחותה, כפי שמקובל לחשוב על הפרטה. משמעה הפיכתם של מקרקעין המצויים בבעלות משותפת או בלתי-מוגדרת למקרקעין בבעלות פרטית מוכרת ובת-אכיפה. בהקשר הקנייני, לפיכך, הליכי הסדר המקרקעין מהווים תופעה של הפרטה.²⁸ את התופעה של זניחת הליכי הסדר במזרח ירושלים יש לראות – תחת מובן זה של הפרטה – כמסמלת אי-ביצוע הפרטה של המקרקעין, כהימנעות מהפרטה. משמעותה של הפעולה המחדלית היא פגיעה ביכולת היווצרותה של הכרה קניינית בת-אכיפה בזכויות במקרקעין.

פעולת ההכרה, המהווה הפרטה לפי המובן הראשון, צריכה להתרחש כפועל יוצא מצורך כלכלי וטכנולוגי וכאשר קיימת תועלת כלכלית מן הרישום. אין חולק כי שני מרכיבים אלה מתקיימים במזרח ירושלים בדיוק באותה מידה כמו במערב ירושלים ובישראל ככלל. ברור על-כן כי המדיניות הנוכחית אינה מתיישבת עם מה שתואר בהקשר זה כרצוי וכמתבקש בספרות הכלכלית-קניינית. אי-אפשר גם לטעון כי יש שיקולים הנוגעים בהכנסת זרים לקהילת-קרבה, מכיוון שהמרקם העירוני של מזרח ירושלים אינו מתיישב עם תנאי-היסוד של קהילות-קרבה. מאידך גיסא, העובדה שהמדינה אינה מתמרצת לבצע הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים בשל ההנחה שלפיה לה עצמה לא תצמח תועלת קניינית מכך אינה רלוונטית לשם הערכת הרציונות החברתית-הכלכלית של מהלך רישום המקרקעין. המדינה יוצרת זהות, באופן תיאורטי, בין תמריציה שלה כבעלים לבין תמריציה וחובותיה השלטוניות. מובן שזהות זו אינה מבוססת מבחינה כלכלית וקניינית.

המדיניות הממשלתית של זניחת כל פעילות של הסדרת מקרקעין במזרח ירושלים מעידה לכן על חוסר נכונות לעשות את מה שחיוני מבחינה כלכלית וקניינית לשם הבטחת מעמדן של זכויות, וזאת מבלי שניתן לזהות טעמים כלכליים או חברתיים לכך אשר רלוונטיים למהלך ההחלטה של המדינה כמחזיקה בכוחות השלטון.²⁹

2. מובן שוני: העברה מהספרה הציבורית לספרה הפרטית (דה-פוליטיזציה)

התופעה המתוארת של זניחת ההליכים של הסדר רישום המקרקעין הוצדקה כאמור על-ידי נציגי הממשלה בשיקולים מדיניים ומעשיים. המקור הרשמי למדיניות זו אינו מצוי, כך נראה, בהחלטה רשמית של הממשלה, אלא במדיניות שהותוותה על-ידי היועצים המשפטיים

27 שם, בעמ' 703-704.

28 להיסטוריה הארץ-ישראלית של הפרטת מקרקעי המושאע ראו לוי-שנור רישום ראשון, לעיל ה"ש 24, שם.

29 ובעת גיבוש המדיניות אף לא נטען שניתן לזהות טעמים כאלה. ראו להלן ה"ש 30-31 והטקסט הסמוך אליהן.

לממשלה,³⁰ ובראשונה על-ידי מאיר שמגר, אשר כהונתו כיועץ החלה בשנת 1968.³¹ בהעדר החלטה שהטעמים לה מפורטים או גלויים, ניתן רק להניח כי השיקול המדיני מבטא את הרגישות הפנימית, הבין-לאומית והבין-דתית הכרוכה בכל פעילות שלטונית-ממלכתית במזרח ירושלים, במיוחד בהקשר הקרקעי. רגישות זו מניעה את הממשלה לנקוט גישה של הימנעות מיצירת קונפליקט בחלקו המזרחי של העיר – פעילות הימנעותית שאציע לראותה כהפרטה מסוג דה-פוליטיזציה של הסכסוך.

לפי גישה זו, נושאים אשר מצויים בקונפליקט או מעוררים סוגיות קשות ביחסים שבין המדינה לבין יחידה מן הראוי שיוצאו מהספרה הציבורית, הפוליטית, ויתנהלו במרחב הפרטי, שבו אין הממשל מתערב. כך, בנקודת הממשק של הפרטה והפרדה ניצבת מדיניות המיועדת להרחיק נושא מסוים מסדר-היום הציבורי, דהיינו להפריטו, על-מנת להימנע מלהכריע מקום שההכרעה אינה חיונית. מדיניות זו נתפסת כרצויה על-ידי מצדדיה בעיקר משום שהימנעות ממנה מעוררת קונפליקט.

הביסוס לתפיסה זו מצוי במקורותיו של הליברליזם הקלסי. ג'ון רולס עמד על כך שיש תועלת פוליטית – ואף חשיבות בסיסית במסגרת גיבושה של תפיסת הצדק – במה שהוא כינה "the method of avoidance"³². לשיטתו, בדמוקרטיה חוקתית התפיסה הציבורית של צדק צריכה להיות בלתי-תלויה ככל האפשר בדוקטרינות פילוסופיות או דתיות שנויות במחלוקת. באמצעות המתודה של הימנעות, הברלים בין תפיסות פוליטיות יכולים להיות מטופלים באופן שמשמר שיתוף-פעולה חברתי המבוסס על כיבוד הדדי.

בהקשר דומה טען רונלד דוורקין כי הליברליזם הוא התפיסה שלפיה הציווי בדבר "equal concern and respect" מחייב שהמדינה תישאר ניטרלית ביחס למושגים שונים של טוב, וכך לא תגביל את חירותו של היחיד.³³ נטען כי כאשר דוורקין זיהה את הניטרליות

30 כך לפי נדב שרגאי תכנון, דמוגרפיה וגאופוליטיקה בירושלים – בעקבות הדיונים על תכנית המתאר לירושלים 26-27 (מסמך מדיניות למקבלי החלטות, המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 2010) (להלן: שרגאי תכנון, דמוגרפיה).

31 סביר להניח כי שמגר ייבא לתפקידו כיועץ משפטי לממשלה את מדיניותו כפרקליט צבאי ראשי ביחס להקפאת הליכי ההסדר בשטחים שנכבשו בשנת 1967. לא למותר לציין כי בעוד המדיניות של זניחת ההסדר בשטחי הגדה המערבית מגובה בצו ראשי, בישראל לא נמצאו לה כל תימוכין פורמליים. ההוראה החוקתית היחידה העוסקת בנושא קובעת דווקא את תוקפם של הליכים משפטיים – ושל הליכי הסדר בכלל זה – שהתקיימו בתקופת שלטון ירדן, וזאת על-פי עקרונות הליכום. ראו ס' 25 לחוק הסדרי משפט ומינהל (נוסח משולב), התש"ל-1970, וכן תק' 19 לתקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים), אכיפת פסקים והכרה במסמכים), התשכ"ט-1968.

32 John Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, 14 PHIL. & PUB. AFF. (1985) 223, 231. רולס טען כי יש הנחות מטפיזיות לגבי טבע האדם אשר ייוותרו לעולם שנויות במחלוקת. לפיכך, כדי להגיע בחברה משוסעת למושג של צדק שיהיה מקובל על הציבור, צריך לפשט את השאלות העלולות לעורר מחלוקת עזה. בסדר חברתי ליברלי, המסגרת הנורמטיבית צריכה להיות מסוגלת להפגין נאמנות למגוון של יחידים וקבוצות.

33 Ronald Dworkin, *Liberalism*, reprinted in RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE (1985) 181, 191.

כפירוש הליברלי ל"יחס שווה של דאגה וכבוד", אחת ממטרותיו הייתה לבטא את המחויבות המסורתית של הליברליזם להפרדה חדה בין הכנסייה למדינה.³⁴ גם בריאן ברי, הממשיך את הדרך הליברלית, גורס כי ניטרליות רשמית ביחס לדת או לתרבות והפרטתה מהשיח הציבורי הן מדיניות הוגנת.³⁵

הגישה של הימנעות, ניטרליות והפרטה באמצעות טקטיקה של הפרדה מומשגת על-ידי סטפן הולמס כ"גag rules". לדבריו, כללי השתקה שתקפים במערכת הציבורית יכולים להסיט את תשומת-הלב מאזורים של חוסר הסכמה לאזורים של הסכמה.³⁶ רות גביון³⁷ סבורה אף היא כי סילוקו של נושא מסוים מעל סדר-היום הציבורי – דהיינו, הפרדתו מתחום העיסוקים שניתן לדון בהם במרחב המחיה הפומבי, עד כדי השתקתו – עשוי להיות בעל ערך פרודנטי רב. מכאן נובע המובן של הפרדה שבו אשתמש בהמשך: הפרדה כאמצעי להוריד מעל סדר-היום הציבורי נושאים המעוררים קונפליקט.

אכן, לנוכח המורכבות הפוליטית הרבה הכרוכה בטיפול של המדינה בענייני מקרקעין במזרח ירושלים, ניתן לומר כי יש הצדקה חזקה להימנעות מפעולה בהקשר זה, ובהפיכת רישום המקרקעין לפעולה המתנהלת בספֶרה הפרטית. עם זאת, הדבר מעורר שתי בעיות עקרוניות.

ראשית, כאשר ההפרטה במובן של דה-פוליטיזציה מוחלט באופן ממוקד המעורר חשד להבחנה פסולה, האין לומר כי ההצדקה לה מתבטלת? האם ההצדקה להפרטה תקפה גם כאשר ההדרה הציבורית נעשית באופן ממוקד ומכוון במהות?³⁸ כלומר, מה תהיה העמדה הליברלית במקרים שבהם הטעם להימנעות מפעולה אינו חל בכל ההקשרים – למשל, כאשר הוא אינו חל לגבי כל הסדר המקרקעין, ואף לא לגבי כל הסדר המקרקעין בשטחים המוחזקים על-ידי אוכלוסייה ערבית בישראל – אלא רק בחלק קטן מאוד מכלל הפעילות הממשלתית-המדינית? האם גם אז המחזיקים בדעות ליברליות יוכלו לראות בכך הבחנה רלוונטית המבטלת את אופייה הפסול לכאורה? במילים אחרות, האם הפרדה הלוקה בעצמה בהעדר כלליות – כלומר, שהיא חלקית או שהיא מוחלטת באופן מפריד – אינה פסולה כשלעצמה? האם קיומה של הצדקה ספציפית לנקיטת פעילות של דה-פוליטיזציה באופן מופרד עשויה לבסס את הלגיטימיות של הבחירה במדיניות של דה-פוליטיזציה?³⁹ איני בטוחה לגבי התשובה שתינתן לשאלות אלה על-ידי הוגי הליברליזם הניטרלי-הקלסי, אשר הצדיקו את הגישה מלכתחילה, אולם נראה כי לתומכי התפיסה הרב-תרבותית, המכירה בחשיבותה של ההשתייכות הקבוצתית, לא תהיה בעיה להצדיק נקיטת מדיניות שונה ביחס לקבוצות אשר שונות זו מזו מבחינה תרבותית.

34 לביקורת על התאמתה של התיאוריה למטרה זו ראו: Peter De Marneffe, *Liberalism, Liberty, and Neutrality*, 19 PHIL. & PUB. AFF. 253, 271 (1990)

35 BRIAN BARRY, CULTURE & EQUALITY 28 (2001)

36 Stephen Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 19 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988)

37 גביון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 88.

38 ראו באופן דומה גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191, 215 (2009).

39 הצדקה ספציפית אפשרית כזו מובאת להלן ביחס למובן השלישי של הפרטה.

שנית, יש מקרים, כגון בהקשר הקנייני ובהקשר הדתי, שבהם אין אפשרות להסתפק בספירה הפרטית ולהביא בה לידי ביטוי מלא את הזכות הנוגעת בדבר (זכות הקניין, הזכות לפולחן דתי). כך, לגבי רישום מקרקעין, העדרה של הכרה ציבורית מלאה בתוקפם של הרישומים – הכרה אשר לפי הדין הקיים מושגת רק לאחר הסדר זכויות במקרקעין – פוגם בתוקף הזכות.⁴⁰ החלה של הצדקה נורמטיבית על פעילות מסוג זה מבלי להעריך נכונה את הפגיעה שהיא מייצרת בתוקף הזכות אינה יכולה לעמוד ללא ביקורת. דהיינו, הפרטה במובן דה־פוליטיזציה של הסכסוך רלוונטית מאוד כמסד אפשרי להכשרת מדיניות הממשלה בנוגע להסדר זכויות בירושלים. אולם מכיוון שהמדיניות ננקטת באופן ממוקד ונפרד במזרח ירושלים, להבדיל משאר חלקי הארץ, יש לבחון מדוע לא תוכרז מדיניות זו כהפרדה פסולה המקימה, כשלעצמה, מניעה חוקתית מלהמשיך להחזיק בה. נוסף על כך יש לראות כיצד ניתן להימלט מאובדן הביסוס הנורמטיבי בשל הפגיעה באפשרות המימוש של מלוא הזכות.⁴¹

3. מובן שלישי: העברת האחריות דה־פקטו לפרט בשל הימנעות ממשלתית מפעולה

לפי המובן השלישי של הפרטה שאבקש לשייך לשיח שלנו, מחדליה של המדינה מביאים לידי כך שהפרטים הם האחראים דה־פקטו לרישום המקרקעין. לפנינו אם כן הפרטה באמצעות טקטיקה של הימנעות, או לפי המשגתה של דפנה ברק־ארז – "הפרטה על־דרך מחדל באמצעות פעילות שלטונית מצומצמת".⁴² פעולת הפרטה זו, אשר המדינה עומדת למעשה מאחוריה, מניעה את הפרטים להשתמש באפיקים פרטיים להסדרת עסקותיהם במקרקעין.⁴³

להימנעות מפעולה שלטונית ולהעברת האחריות אל הפרט עשויות להיות תוצאות חיוביות. כך, למשל, ניתן לטעון כי לעיתים ההימנעות עשויה להעצים קבוצות מיעוט או לאפשר להן את החירות לקיים את רצונן בהפרדה. לדוגמה, אי־התערבותה של המדינה בפרקטיקות מדיורות של האוכלוסייה החרדית כלפי קבוצות־משנה בתוכה ומחוץ לה מעצימה את כוחו של ההסדר הלא־פורמלי הנוהג ואת כוחה של הקבוצה השלטת בתוך אוכלוסיית המיעוט. כך, לדוגמה, בהקשר של "ועדות הקבלה" של רבנים ביישובים או בשכונות המאוכלסים על־ידי חרדים.⁴⁴ אי־התערבות בהקשר זה מתבטאת בכך שהמדינה כמחוקקת

40 ראו להלן בפרק ה.

41 ראו להלן בפרק ג.

42 ברק־ארז, לעיל ה"ש 13, בעמ' 475 ("לעיתים תרומתה של המדינה להפרטתו של תחום מתבטאת בכך שהממשלה ורשויות אחרות מפסיקות לפעול בו, ובכך מפנות את המקום ליזומות פרטיות").

43 ראו באופן דומה: Tehila Sagy, *What is Private about Private Ordering?* LAW & SOC'Y .REV. (forthcoming).

44 ראו גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור" קהילות מגודרות 425, 446, 455-457 (אמנון להבי עורך, 2010).

נמנעת מלאסור פרקטיקות אלה, והמוסדות השיפוטיים נמנעים מלשלול את תוקפם של הסדרים המחייבים את כיבודה של החובה החברתית האמורה.

גרשון גונטובניק⁴⁵ טוען, בהקשר של הפרדה בדיור, כי יש להבחין בין גדרות חברתיות שהקהילה יוצרת לעצמה לבין חומות משפטיות שהמדינה בונה. במקרה האחרון משודר לחברה מסר רב עוצמה שלפיו סגירה והסתגרות הם אמצעים לגיטימיים בחברה רב-תרבותית. לעומת זאת, כאשר המדינה אינה מתערבת בגדרות החברתיים הקיימים ממילא – למשל, בשל שיקולים תרבותיים – אין היא משדרת, לדירו של גונטובניק, אותו מסר של לגיטימציה. לטעמי, גם אם ניתן לקבל את ההבחנה המוצעת על-ידי גונטובניק בין גדרות חברתיות לבין חומות משפטיות, לא בטוח שניתן לקבוע בכל מקרה נתון אם המדינה "בונה" חומה אם לאו. כך, למשל, במקרה של הסדר הזכויות במזרח ירושלים: כאשר המדינה נמנעת במכוון מביצוע הסדר זכויות, האין לומר כי היא בונה חומה, אף שפעולתה היא מחדלית? כלומר, את השאלה אם לפנינו פעולה או אי-פעולה, בנייה או אי-בנייה, יש לבחון מנקודת מוצא שלפיה מדיניות מחדלית שבמסגרתה המדינה מחליטה למעשה על כיוון פעולה הימנעותי היא בבחינת פעולה. באופן דומה, יש להבחין בין אי-קבלת החלטה להתערב לבין התערבות מינימליסטית או בקנה-מידה מינורי. כך, למשל, ההחלטות של מועצת מינהל מקרקעי ישראל ביחס לוועדות הקבלה ביישובים קהילתיים ובהרחבות של יישובים חקלאיים הן מן הסוג האחרון.⁴⁶

אולם, כפי שאראה, המקרה שאנו דנים בו כאן אינו מקרה שבו החברה ביקשה להסתגר ולסגור את עצמה מפני השפעות תרבותיות חיצוניות, ולכן אי-אפשר לשייך אותו לאותה קבוצת מקרים שבה להימנעות של המדינה מפעולה – ואף לנקיטת פעולה מחדלית – יש השלכות חיוביות מטיבן לשיטתה של הקבוצה.⁴⁷

התוצאות השליליות של הימנעות המדינה מפעולה והעברת האחריות אל הפרט כאשר אין מדובר בהערפה קבוצתית הן רבות ומגוונות. בהקשר של הדיון שלנו אין צורך לדון בכלן, משום ששלוש מהן מתבלטות כראויות במיוחד לתשומת-לב.

ראשית, כפי שצינתי, התנערות המדינה מרישום המקרקעין במזרח ירושלים אינה משקפת מדיניות אחידה בכל חלקי הארץ. יתר על כן, גם אילו הודיעה המדינה כי החל בתאריך עתידי כלשהו היא תחדל מביצוע הסדר בכל חלקי המדינה, משמעות הדברים תהיה זהה, מכיוון שיותר מ-96% מהקרקעות כבר הוסדרו. כלומר, גם במצב זה תוביל הפרקטיקה הרשמית לחוסר שוויון עמוק. עולה מכך כי התנערות המדינה מפעולה ממשית צריכה להיבחן ביחס להיקף תחולתה של ההתנערות. ככל שלהתנערות יש תוצאות חלוקתיות, וככל שהיא חלקית וממוקדת, כן היא נראית חשודה על פניה, וטעונה על-כן הצדקה חזקה ונקיטת אמצעים למזעור ההיבטים השליליים שלה.

תוצאה שלילית שנייה נוגעת בכך שבאופן אינהרנטי יש פעולות אשר הותרתן בספירה הפרטית, בשל מעשה או מחדל, גורמת נזק לאינטרסים ציבוריים מובהקים. לפי טיעון אפשרי,

45 שם, בעמ' 450-451.

46 ראו נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טבענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 336-337 (אמנון להבי עורך, 2010).

47 ראו עוד על כך להלן בפרק ג.

הספירה הציבורית מבטיחה קיומם של ערכים אשר אי־אפשר להמירם לספירה הפרטית. גם אם הפרט נוטל אחריות לגורלו (במקרה שלנו – יוזם את רישום המקרקעין), אין בפעולתו העצמאית כדי להבטיח שהאינטרס הציבורי שהיה אמור להיות מוגשם באמצעות הפעולה הציבורית אכן יתממש.

המקרה של הפרטת בתי־המשפט העליון,⁴⁸ שונה מאוד מהמקרה של העברת האחריות לרישום לידי הפרט, אך יש אולי טעם לעיין בו לצורך זיהוים של אינטרסים ציבוריים אשר אינם יכולים להתממש בספירה הפרטית. קריאה דקדקנית של פסק־הדין מעלה כי בית־המשפט העליון (חוות־דעתה של הנשיאה ביניש) לא היה מוטרד מהתוצאות הנחותות ומאי־הוודאות שיהיו כרוכות בהפעלת המוסד על־ידי הקבלן הפרטי, משום שההסתברות להתממשותן של תוצאות אלה לא הוערכה כלל.⁴⁹ בית־המשפט העמיד תחת זאת את הטענה כי יש פגיעה בלתי־נמנעת בשל עצם העובדה שהשליטה בחייו של אדם ובחירותו תהיה נתונה בידי גוף שאינו ציבורי.⁵⁰ כלומר, בית־המשפט העליון הרגיש את המרכיב החיוני של ציבוריות בעת שימוש בכוח שלטוני, ולא דווקא את התוצאות הנחותות של השימוש הפרטי בכוח. לפי פסק־הדין, שלילת המימד הציבורי מן הפעולה מעלה שאלה בדבר פגיעה אפשרית בכבוד האדם והגבלה של החירות.⁵¹ יש לזכור כי ערכים אלה אינם רק ערכים פרטיים, במובן זה שאדם יכול לוותר עליהם או לברור אותם מרצונו, אלא יש להם משמעות חברתית. הם בטחונות שעל השיטה המשפטית להבטיח כדי לקדם את האינטרס הציבורי. אלמלא כן, היה על בית־המשפט להעריך את התוצאות הצפויות של פעולת ההפרטה על־ימנת לבחון אם אכן ייגרם נזק לפרט.

האם ניתן לומר כי עלולה להיגרם פגיעה באינטרס ציבורי ברור, כגון פגיעה בכבוד, בשל העברת האחריות לביצוע הרישום לידי הפרט וויתור על המימד הציבורי שבפעולה? ברור כי הפעלת מרות שלטונית על אסיר על־ידי גורם פרטי פוגעת בגרעין הכבוד וסותרת את תפיסתנו כחברה בנוגע למהותו, אולם נראה כי בהקשר של קניין העניין מורכב יותר ומובהק פחות. על כל פנים, הדוגלים בתפיסה צרה של תיאוריית הקניין כאישיות עשויים לעמוד על קשר הדוק יותר בין בעלות על קניין – ובכלל זה דרכי ההוכחה של הזכות בו – לבין שאלות של כבוד.⁵² בכל אופן, ייתכן שלמותג הציבורי יש ערך אשר שלילתו מהווה נזק.

48 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, תקעל 2009 (4) 2405 (2009).

49 ראו שם, פס' 19 לחוות־דעתה של הנשיאה ביניש: "...על אף שהחששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד, עניינם הוא בפגיעה עתידית בזכויות אדם, שהפוטנציאל להתרחשותה אינו ודאי; ולפיכך ספק אם די בה כדי להקים בסיס חוקתי לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת." אציין כי גישה זו אינה מובנת מאליה, והיא עומדת, ולו לכאורה, בסתירה לתפיסה החוקתית המסתפקת במבחני־סף לפוטנציאל פגיעה (ודאות קרובה וכולי) כהצדקה להתערבות במישור החוקתי.

50 לטעמי, בית־המשפט לא הבהיר מה הייתה גישתו אילו דובר לא בגוף מסחרי, אלא בעמותה או במוסד אחר ללא מטרת רווח. ביטויים לכך ניתן למצוא, למשל, שם, בפס' 18-19 לחוות־דעתה של הנשיאה ביניש.

51 ראו שם, פס' 20, 38.

52 ראו ע"א 2000/01 בן בסט נ' עין דר, פ"ד נט(1) 481, 491 (2004) Margaret Jane Radin;

Property and Personhood, 34 STAN. L. REV. 957 (1982)

התוצאה השלילית השלישית של הימנעות המדינה מפעולה היא שבמישור הפרטי עלולות להתקבל תוצאות נחותות לעומת אלה שהיו מתקבלות בעקבות פעולה ציבורית-ממשלתית. כך, בהקשר של רישום מקרקעין, הימנעותה של המדינה מביצוע הסדר זכויות במזרח ירושלים מותירה ליחידים את האפשרות לנקוט הליך עצמאי של רישום ראשון. דא עקא, הליך זה מייצר זכות פגומה מבחינה קניינית, מכיוון שכוחה הוא בגדר ראייה לכאורה בלבד, ואין נהנית מההגנות השמורות בדין למקרקעין מוסדרים. אף שהמדינה מוסיפה לקיים את פנקס הרישומים, היא מפריטה את ההיבטים הציבוריים-הקנייניים של הרישום.⁵³ לסיכום היבט זה של הפרטה, ראינו כי הימנעות המדינה מפעולה משמעה הפרטה של הפעולה או של מערך הפעולות, והעברתן לספירה הפרטית. להימנעות זו עשויות להיות תוצאות חיוביות, אך עלולות להיות לה גם תוצאות שליליות. הדבר תלוי בשאלה אם ההימנעות הינה פועל יוצא מתביעה קבוצתית, ולפיכך יש לבדוק את העניין ביחס לכל מקרה ומקרה. כאשר אין מדובר בתביעה קבוצתית, עמדתה על שלוש נקודות חשובות שיש לבחון בהקשר של התוצאות השליליות האפשריות: התוצאות החלוקתיות של המדיניות ומצב הדברים בנקודת אימוצה של המדיניות; קיומו של ערך אינהרנטי לפעולה ציבורית; היחס בין איכות התוצאה המתקבלת מפעולה במישור הפרטי לבין איכות התוצאה המתקבלת מפעולה במישור הציבורי.

4. סיכום ביניים

בפרק זה הראיתי כי טענתי שלפיה יש לראות את מדיניותה של ישראל ביחס להסדר רישום הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים כמדיניות של הפרטה מתבססת על ניסוח שלושה היבטים שונים, מתחרים ומשלימים, של המונח "הפרטה". הדיון תורם לפיכך להרחבת מאגר ההקשרים המשויכים לשימוש במונח "הפרטה" בהקשר של ניתוח ביקורתי של מדיניות ממשלתית. במקרה הנוכחי, המדיניות שבה עסקינן מסמלת, מחד גיסא, את עצירתו של מנגנון קנייני המכוון להפוך זכויות קניין לפרטיות, למוכרות ולבנות-אכיפה, במובן של העדר הפרטה, ומאידך גיסא היא מסמלת פעולה של הפרטה לפי המובנים השני והשלישי: העברתו לספירה הפרטית של עניין אשר הטיפול הממלכתי-הרשמי בו עלול לעורר או להחריף קונפליקט, והעברת האחריות דה-פקטו לביצוע הרישום לידי הפרט בשל חוסר מעורבות ממשלתית. במבט על מכלול המובנים ניתן לאתר קשרי-גומלין ביניהם. כך, למשל, ניתן לראות כי את הלגיטימציה למובן השני של הפרטה – דה-פוליטיזציה – ניתן לגבש בשים לב להשלכותיה כפי שהן באות לידי ביטוי תחת המובן השלישי של הפרטה. עם זאת, קשרי-גומלין אפשריים אלה אינם הכרחיים. הכרחי רק להבחין במכלול מובני הניתוח. טבלה 1 מסכמת את הדיון עד כה. היא מציגה את המובנים השונים של הפרטה שבהם עסקתי, מתייחסת לשאלה אם המדיניות במזרח ירושלים משקפת הפרטה או העדר הפרטה על-פי כל אחד מהמובנים, ומציינת לגבי כל מובן של הפרטה את ההצדקות האפשריות לה ואת הבעיות שהיא עלולה לעורר (ואשר המדיניות במזרח ירושלים אכן מעוררת).

טבלה 1: המובנים השונים של הפרטה

המובן	הצדקות אפשריות להפרטה	מה המדיניות במזרח ירושלים משקפת	בעיות עם המדיניות
הפרטה כהכרה קניינית	הצדקה כלכלית, פירוק מבנה חברתי	העדר הפרטה	המדיניות אינה יכולה להיות מוצדקת מפרספקטיבה זו.
דה־פוליטיזציה	מניעת קונפליקט	הפרטה	א. ההצדקה הליברלית פגומה בשל פגיעה בצדק החלוקתי; ב. יש זכות שבספֶרה הפרטית אינה שלמה.
העברת אחריות לאזרח	שאלה של אידיאולוגיה	הפרטה	א. אם הקבוצה לא ביקשה להיפרד, המדיניות מהווה פגיעה בשוויון; ב. המימוש הפרטי עלול להיות נחות מהמימוש הציבורי.

המובנים השונים שניתן לייחס למונח "הפרטה" משפיעים הן על השאלה מה המדיניות הנבחרת במאמר משקפת והן על כיווני הניתוח הנורמטיבי.

השאלה אם מניעת הפרטה כמובן הקנייני היא מדיניות לגיטימית צריכה להיבחן ביחס להיבטים הכלכליים והחברתיים של הפרטה לפי מובן זה. כפי שציינתי, אי־אפשר לזהות הבדלים משמעותיים מבחינת המבנה הכלכלי או החברתי בין מזרח ירושלים לבין שאר חלקי המדינה אשר יש בהם כדי לבטל את ההצדקות – התקפות בכלל המדינה – לביצוע הפרטה כמובן הקנייני. ההשלכות הפוליטיות הנטענות (עוררות קונפליקט) אינן נוגעות בקיומה של הצדקה לביצוע פעולת ההכרה. יוצא מכאן שאי־אפשר להצדיק את המדיניות של מניעת הפרטת המקרקעין כמובן הראשון ביחס למזרח ירושלים בהעדרה של הצדקה חברתית־כלכלית לביצוע פעולות הפרטה. אי־אפשר גם לומר כי קיומה של הצדקה פוליטית, כמובן השני של הפרטה, מבטל את הצורך החברתי־הכלכלי בביצוע הפרטה כמובן הקנייני. עם זאת, ניתן להגיע לתכלית הרצויה של פעילות הכרה ואכיפה קניינית גם בדרכים אחרות שאינן הסדר זכויות במקרקעין. מנגנונים אחרים שיבטיחו תמריצים מספקים לפעילות הכרה ואכיפה קניינית יהיו תקפים באותה מידה. יש לבחון על־כן אם החלופה של רישום ביוזמתם של הטוענים לזכות מולידה זכות תקפה ובת־אכיפה אשר יש תמריץ להשיגה. תובנה זו תלווה אותנו בהמשך, כאשר אראה כי יש פגם מובנה במודל הרישום הראשון הפרטני לפי הדין הקיים, השולל קיומם של תמריצים אלה.⁵⁴

לעומת זאת, יש קשר רציונלי תקף בין המובן השני של הפרטה, דה־פוליטיזציה, לבין המטרה שאיתרנו לאימוץ המדיניות – מניעת קונפליקט. אכן, הוצאת עניין מהשיח הציבורי על־ידי העברתו לספֶרה הפרטית מסייעת, במקרים המתאימים, בהקטנת להבות העימות שהתערבות ממשלתית עלולה לעורר. הפרטת הליך הרישום ביחס למזרח ירושלים מאפשרת להסיר מעל סדר־היום הציבורי סוגיה פוליטית־מדינית טעונה, אשר עלולה להביא לידי החרפת היחסים עם תושבי מזרח ירושלים (ואולי אף מעבר לכך). ניטרליות ציבורית בהקשר

54 ראו להלן בפרק ה.

זה, במובן של הימנעות מטיפול ציבורי בנושא של רישום המקרקעין, מאפשרת לגבש מדיניות אשר עשויה להיחשב הוגנת, ומכאן – צודקת. התפיסה של הפרדת מרכיב שאינו יכול להיות ניטרלי – מדיניות קרקעית יהודית-ישראלית במזרח ירושלים – עשויה להיחשב מוצדקת מבחינה פוליטית. עם זאת, אין בקיומו של קשר רציונלי זה כדי להכשיר מניה וביה פגיעה בעקרונות חוקתיים של מניעת הפרדה. כך, יש לבחון אם מובן זה של הפרטה אינו מוגשם באופן שיוצר הפרדה פסולה שאינה מתיישבת עם עקרונות חוקתיים.

לבסוף, הפרטה במובן של העברת האחריות אל שכמו של הפרט היא מדיניות אשר עשויה להיות מוצדקת כאשר העברה זו משרתת אינטרס קבוצתי. אך כאשר היא מוחלת באופן לא-אחיד בחברה מבלי שיש אינטרס קבוצתי כזה, היא עשויה לעורר טענה לפגיעה בשוויון. עיקר הוויכוח בהעדר הצדקה כזו נוגע בתוצאות הפעולה, דהיינו, בבחינה אם היא מוחלת באופן אשר פוגע בשוויון או מעמיק את הפגיעה בו. כאמור, יש קשר בין ניתוחו של מובן זה לבין ניתוח המובן השני של הפרטה, מכיוון ששאלת הפגיעה בשוויון נוגעת בשאלת התאמתה של המדיניות שעל הפרק לרצונה של הקבוצה המושפעת. כפי שהראיתי, קיומן של השלכות חיוביות להעברת אחריות אל שכמו של הפרט אינו תופעה בלתי-קיימת, אולם יש לבחון במקרה שלנו אם הימנעותה של המדינה מפעולה אכן מיטיבה את מצבם של המושפעים או מרעה אותם.

את המדיניות הננקטת ביחס למזרח ירושלים אכנה מכאן ואילך "הפרטה-הפרדה", דהיינו, הפרדת הבעייתיות הפוליטית מהמרחב הציבורי באמצעות טקטיקה של הפרטה (לפי המובן השני) המולידה תוצאות של הפרדה במובן של טיפול שונה בין פרטים (לפי המובנים השני והשלישי). טבלה 1 מאפשרת לנו לראות בכירור כי הן המובן השני והן המובן השלישי של הפרטה (וביחד – "הפרטה-הפרדה") מעלים במקרה של הפסקת ההסדר במזרח ירושלים בעיות דומות, שאותן אחלק לבעיות עקרוניות (מסדר ראשון) ולבעיות משניות (מסדר שני). בעיות עקרוניות (מסדר ראשון): האם ההפרטה, באופן שבו היא נעשית, גורמת להפרדה פסולה או לפגיעה בשוויון בשל עצם הבחירה במדיניות שאינה מוחלת באופן אחיד וגורף? האם יש שיקול אינטרסנטי-קבוצתי המצדיק סטייה מהחלה גורפת של מדיניות? נוסף על כך, האם שלילת המותג הציבורי מוצדקת? האם יש מובן שבו עצם קיומה של הפעולה בספרה הפרטית פוגם בתוקף הזכות?

בעיות משניות (מסדר שני): האם ההפרטה מובילה להפליה בתוצאות בין מי שנהנית מהפעולה הממשלתית לבין מי שאינה נהנית ממנה? האם ניתן להביא לידי מזעור או בטלותן של בעיות אלה?

ההבחנה בין שתי הרמות של הבעיות מאפשרת לנו לבחון באופן אנליטי כל אחת מהסוגיות כשלעצמה. מתן פתרונות לבעיות מן הסדר הראשון מכשיר את הדרך לבחינת הבעיות מן הסדר השני. חשוב להדגיש כי גם כאשר ניתן להצדיק מדיניות של הפרטה-הפרדה, אי-אפשר להצדיק תוצאות של הפליה,⁵⁵ ועל-כן יש חשיבות רבה לניתוח בשתי הרמות שנמנו.

ארון בהן על-כן כסדרן.

55 כך, למשל, דברי השופט לוי בהקשר של מקרה של הפרדה בחינוך, שאותו אאפיין להלן בחלק ג1(ב) כגישת "בדלנות מבחירה": "אמת, אין בכוחו של כל מאפיין ייחודי – יהא זה מאפיין

ג. בעיות עקרוניות בנקיטת מדיניות של הפרטה-הפרדה

בפרק זה אבחן שתי סוגיות הנובעות מבחירה במדיניות של הפרטה-הפרדה. הסוגיה הראשונה היא איתורה של לגיטימציה להפרדה המונעת על-ידי אינטרסים קבוצתיים. לגיטימציה זו סוטה אומנם ממקורותיו של הליברליזם הקלסי, אשר הצדיקו את הרעיון של הפרטה כדה-פוליטיזציה, אך מתיישבת עם תוצאות חיוביות אפשריות של הפרטה כהעברת האחריות לידי הפרט, ועשויה על-כן להיות רלוונטית לניתוח מדיניות של הפרטה-הפרדה. הסוגיה השנייה נוגעת בשאלת קיומו של ערך אינהרנטי לפעולה ציבורית – שאלה אשר אנסה להתוות את קווי הדיון לפתרונה.

1. הפרדה ואינטרסים קבוצתיים

(א) מבוא

המדיניות הננקטת על-ידי ממשלת ישראל ביחס לרישום המקרקעין במזרח ירושלים מהווה, ללא כל ספק, מדיניות של הפרדה במוכן האגרגטיבי, מעבר למוכן של הפרטה-הפרדה שעליו עמדת. בהתאם למדיניות זו, באזור מזרח ירושלים – ככל שהדבר נוגע בשטחים שאינם משמשים לצורכי התיישבות יהודית – אין מקיימים הליכים של הסדר זכויות במקרקעין. הדרך הפרטית שנותרת לשם ביצוע רישום הינה דרך מוגבלת ביותר במאפייניה הפומביים, שהם לחם-חוקה של זכות קניין. יתרה מזו, המדינה אף מבקשת לצמצם את היקף השימוש במנגנון הרישום הפרטי – למשל, כאשר היא אינה מאפשרת לטוענים פרטיים לבצע הליך רישום ראשון ביחס למקרקעין שהופקעו.⁵⁶ הרושם המיידני שנוצר לנוכח הפרדה על בסיס חשוד (גזעי, מגדרי, אתני וכולי) הוא שזו מדיניות פסולה. הפרדה כזו מעלה חשש לטיפול סטריאוטיפי, המבוסס על שיקולים זרים שאינם אתיים. ערך השוויון במשפט הציבורי כולל היבט חוקתי, של איסור הפליה במדיניות ובחקיקה, והיבט מנהלי, של מתן טיפול דומה לאנשים המצויים בנסיבות דומות. זהו אחד מעקרונות-היסוד של שיטתנו המשפטית.⁵⁷ הגישה שלפיה תיתכן מדיניות של הפרדה תוך שמירה על שוויון – מדיניות המכונה "נפרד אך שווה" (separate but equal) – נתפסת למן פסק-הדין המפורסם בעניין *Brown v. Board of Education*⁵⁸ כבלתי-חוקתית.⁵⁹ במקום תפיסה זו אומצה גישת "עוורון-הצבעים", הגורסת כי לצבעו של אדם – כמו-גם לכל מאפיין זהותי-קהילתי אחר שלו – לא צריכה להיות השפעה על קביעת מדיניות ציבורית. כפי שמציין

תרבותי, דתי, מנהגי או אידיאולוגי, כדי להצדיק הפלייה". בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, תק-על 2009(3) 1797, פס' 19 (2009).
 56 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 182.
 57 השוו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 2562, פס' 13-15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).
 58 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 495 (1954).
 59 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279 (2000).

איל בנבנשתי, "הגישה של עוורון צבעים, שהעמידה כנקודת מוצא שליליה של כל מדיניות של הפרדה, אפילו היא שוויונית, מהווה עיקרון בסיסי הרווח בחשיבה החוקתית עד היום".⁶⁰ לנוכח אימוצה של גישת "עוורון-הצבעים", קשה לקבל, כעניין חוקתי-מהותי, מדיניות של הפרדה בטיפול בין רישום המקרקעין במזרח ירושלים לבין רישום המקרקעין בכלל המדינה.⁶¹ כך, יצירתה של מדיניות מפרידה ומבחינה על בסיס השתייכות קבוצתית-קהילתית (תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים) או על בסיס מרחבי-טריטוריאלי (אזור מזרח ירושלים הערבי) מהווה כשלעצמה התנהגות פסולה, ללא קשר חיוני לקיומן של תוצאות מפות. התוצאה ההכרחית במישור העקרוני של טענה זו היא שיש לכפות את המדינה לבצע הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים. זאת, בלי קשר להמשך פעילותה בתחום ההסדר באזורים אחרים של הארץ, אלא על בסיס הנתון הסטטיסטי שלפיו רוב-רובם של המקרקעין כבר הוסדרו.

כנגד זה ייטען כי מדיניות של הפרדה עשויה בתנאים מסוימים להיות תקינה מבחינה חוקתית, חרף אופייה המפריד, וזאת תחת תפיסה רב-תרבותית של הכרה באינטרסים של קבוצות מיעוט. להלן אציג כמה גישות אפשריות לכך, ואבחן את תחולתן ביחס למקרה של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים.

(ב) גישה של בדלנות מבחירה

הגישה הראשונה המצדיקה מדיניות של הפרדה נוגעת במקרים שבהם ההפרדה מכוונת ליצור התאמה לצרכים ייחודיים של קהילות, במיוחד של קהילות הנושאות מאפיינים תרבותיים, דתיים, אתניים וכדומה. כך, יש הסבורים כי כאשר הקהילה מבקשת להיבדל ולהיפרד – למשל, בהקשר של מגורים – מקהילות אחרות או מהציבור בכללותו, יש לאפשר לה זאת מן הטעם שמבחינת הקהילה עצמה ההפרדה היא אמצעי חיוני לשימור תרבותה ולקידום מעמדה.⁶² אני מכנה גישה זו "בדלנות מבחירה".

על בסיס גישה זו ניתן לטעון כי מניעת ההסדר במזרח ירושלים רצויה על-מנת למנוע כניסה של ערכים חוץ-קהילתיים אשר יפרמו את המרקם הקהילתי או יפגמו בו. באופן ספציפי ניתן לטעון כי מניעת ההסדר רצויה מבחינת הקהילה שכן היא תאפשר לה לשמר את אורח החיים המסורתי שלה, ובכלל זה להגביל את סחירותם של המקרקעין לזרים, וכן

60 איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 772-773 (1998).

61 אכן, המדיניות עשויה להיות קבילה מבחינה חוקתית אף אם היא פוגעת בזכויות, אם היא עומדת במבחנים של ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אני דוחה את הצורך לקיים דיון בשאלה אם יש הצדקה "יהודית ודמוקרטית" להבחין בין יהודים לערבים ביחס לרישום המקרקעין במזרח ירושלים, מכיוון שעל פניה אפשרות זו נראית לי לא-רלוונטית.

62 ראו בנבנשתי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 773, 783; רות גביון ואורי שוורץ "הפרדה בדיוור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט כה 73, 131 (2001).

תמנע את אפשרות אובדנם של המקרקעין לידי המדינה בתהליך ההסדר.⁶³ לטעמי, גישה זו אינה תקפה למקרה שלנו. אסביר.

ראשית, לא מוכרת לי טענה ערבית-מזרח-ירושלמית השוללת את חידוש הליכי ההסדר מהטעם של שמירה על מאפיינים קהילתיים. אכן, אילו הועלה הנושא על סדר-היום, ייתכן שהיו נשמעות קריאות השוללות את ביצוע הסדר הזכויות במזרח העיר, אם מתוך דחייה פוליטית של מעמדה של ממשלת ישראל באזור זה ואם משום החשש שההסדר ישמש אמצעי נוסף לשלילת זכויות במקרקעין המצויים בידיים ערביות. נקודה אחרונה זו מתקשרת לטענה⁶⁴ כי בהליכי ההסדר מוחלים כללים דרקוניים ודווקניים, המביאים לידי שלילת זכויות מידי בעלים פרטיים, ערבים בפרט. אך אין בטענות אלה כדי לומר כי יש תביעה קהילתית-קבוצתית להימנע מביצוע הליכי הסדר במזרח ירושלים על-מנת לשמר את לכידותה או את צביונה של הקהילה הערבית.⁶⁵

שנית, באשר להצדקה להפרדה הנשענת על החשש מפני פגיעה באורח החיים המסורתי, ובכלל זה בהיבט של סחירות המקרקעין, וכן על החשש מפני אובדן המקרקעין לידי המדינה – הצדקה זו אינה עומדת במבחן המציאות, ואף מעוררת כמה בעיות חמורות. ראשית, קשה להסביר מדוע יש לראות אזור עירוני זה כ"אי של אורח חיים מסורתי", במיוחד בהינתן שבאזורים קהילתיים מובהקים אומצה מדיניות של ביצוע הסדר. יתר על כן, גם ביחס לאוכלוסייה הפלסטינית בישראל, ולמרחב הכפרי בפרט, התפיסה של "חברה מסורתית" ושל אורח חיים "כפרי" היא במידה רבה המצאה של פקידות ישראלית.⁶⁶ מכיוון אחר, תחת התפיסה הפוליטית החותרת ל"איחוד" של חלקי העיר, אי-אפשר לקבל שבתוך השטח העירוני של ירושלים ייתכן סדר חברתי ופוליטי נפרד, הנבדל לחלוטין מהנעשה במערב

63 השוו נייג'ל וורדן התהוותה של דרום אפריקה המודרנית 102-103 (יחידה 8 במסגרת סדרת האוניברסיטה הפתוחה צמיחת המדינות החדשות באפריקה, מהדורה שלישית, 2002).

64 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 103.

65 אכן, ראו ראסם חמאסי בין מנהגים לחוקים – תכנון וניהול הקרקע ביישובים הערביים בישראל 55 (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 2007), הסובר, ביחס למגזר הערבי בכללותו, כי על-מנת לשפר את מערכת התכנון בעבור האוכלוסייה הערבית, יש לקדם את נושא הסדר הזכויות במקרקעין. השוו: Omar M. Razzaz, *Contestation and Mutual Adjustment: The Process of Controlling Land in Yajouz, Jordan*, 28 LAW & SOC'Y REV. 7, 16 (1994) המנתח את המקרה של אדמות שהוחזקו באופן לא-רשמי בידי שבט בְּנֵי חֶסֶן, סמוך ליאג'וז שבירדן, ומציין בהקשר זה כי התושבים ביקשו דווקא לקדם את נושא רישום המקרקעין:

"Members of the tribe applied to the Land and Survey Department to initiate what they thought would be a routine process of land registration. To their surprise, they were turned down. The lack of political clout of the Bani Hasan in the government, as well as the desire among several public officials to maintain control over the area, rendered their attempts to officially own the land in Yajouz (as well as other areas) fruitless."

66 גיל אייל "בין מזרח למערב: השיח על 'הכפר הערבי' בישראל" קולוניאליות והמצב הפוסטקולוניאלי – אנתולוגיה של תרגום ומקור 201, 204-205 (יהודה שנהב עורך, 2004).

העיר וביתר חלקי הארץ. מכיוון שהדוגלים בתפיסה פוליטית זו – הממשל – הם גם אלה המורים על זניחת ההסדר, אי־אפשר להלום את הסתירה.

בנוגע לפגיעה אפשרית בלכידות הקהילתית בשל פתיחת אפשרות של סחירות במקרקעין עם זרים עקב רישומם הברור והמחייב, עליי לציין כי קיומה של מערכת רישום חלופית, כאמצעות המנגנון של רישום ראשון פרטני, אינו מאפשר לקבל באופן מלא את הטוען כי ההפרדה מכוונת למנוע כניסה של גורמים חיצוניים שיפרקו את המאפיינים הקהילתיים. כך, מערכת הרישום החלופית יכולה בנסיבות מסוימות לקדם את אפשרות סחירות של המקרקעין גם ללא הסדר זכויות במקרקעין. יש לזכור, עם זאת, כי פתיחת אפשרות המסחר עם זרים מבחינה פורמלית אינה מונעת את האפשרות שמוסדות חברתיים פנימיים שאינם רשמיים יסיפו לחול במקביל. כך, למשל, מנגנוני הכוח החברתיים־הקהילתיים באוכלוסייה הערבית ובאוכלוסייה החרדית מענישים בדרכים קשות ביותר את מי שהעז לסחור עם גורמים "בלתי־רצויים" בעיניהם או אף את הגורמים ה"בלתי־רצויים" עצמם.⁶⁷

ועניין אחרון בהקשר זה – הטענות לחשש מפני אובדן של זכויות נטענות במקרקעין לידי המדינה אינן מצדיקות את החלטה של גישת בדלנות מבחירה. אילו התקבלה טענה זו, היה אפשר להצדיק גם אי־הטלת מיסים כלליים על קבוצות בעלות אפיונים מובהקים, מתוך כך שהטלת המס תפגע בקניינם.⁶⁸ עם זאת, רגישות לתוצאותיהם של הכללים המהותיים המוחלים בעת ביצוע הסדר אינה תכונה פסולה בעיניי, והיא ראויה לבחינה נפרדת. גישת הבדלנות מבחירה אינה יכולה לפיכך לשמש הצדקה למדיניות של הפרטה־ההפרדה במקרה של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים.

(ג) גישה של "כלל עם פטור"

גישה רווחת נוספת בקרב הדוגלים בהכרה ברב־תרבותיות, המהווה חריגה מעקרון "עוורון־הצבעים", גורסת כי אף שהדין צריך לחול ככלל באופן שווה על הכל, חברות וחברים המשתייכים למיעוט תרבותי או דתי רשאים לבחור להימנע מציות להגבלה חוקית מסוימת מטעמיהם התרבותיים או הדתיים. זוהי גישת ה"כלל עם פטור" (rule and exemption), כלשונו של בריאן פרי,⁶⁹ אשר ניתן לסווגה כגישה של "מודעות־צבעים".⁷⁰

67 למנגנוני כוח חרדיים ראו, למשל, ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747 (1999) (השתוללות המונית בדירה שהושכרה לנוצרים); למנגנוני כוח ערביים ראו, למשל, את הטענות המפורטות בב"ש (מחוזי י"ם) 9107/09 מדינת ישראל נ' אמור (לא פורסם, 14.9.2009).

68 אכן, יש תרבויות שבהן קבוצות מיעוט אינן צריכות לשלם מיסים, אך זאת בקהילות הזכות באוטונומיה מלאה מהשלטון. ראו, לדוגמה, פטורים מתשלום מיסים לאינדיאנים ביחס לאדמות השמורות ולרכוש הפרטי של האינדיאנים בתוך השמורות, בהתאם לס' 87 ל־Indian Act, R.S.C. 1970. ראו גם: Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29.

69 BARRY, לעיל ה"ש 35, בעמ' 33. הוא עצמו, אגב, אינו מקבל את הגישה האמורה.

70 למינוח זה ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23, 46 (2003).

כפי שמסביר יורגן הברמס,⁷¹ לפי תפיסת הליברליזם הפוליטי מבית-מדרשו של ג'ון רולס, אזרחים יכולים ליהנות בפועל מזכויות המחולקות בשוויוניות אך ורק אם כולם יזכו בהזדמנות שווה לממשן.⁷² הכוונה כאן היא גם ל"equal treatment".⁷³ בהציבו את הדרישה המעשית שזכויות שוות יהיו בעלות "ערך שווה" לכל, רולס עובר, לשיטתו של הברמס, מפרשנות ליברלית לפרשנות סוציאל-דמוקרטית של השוויון האזרחי. גישה זו מבוססת על פירוש לשוויון אזרחי המבטיח צדק חברתי באמצעות חלוקה מחדש של משאבים והזדמנויות. אולם, כך נטען, אין די במימד הצדק החברתי להבטיח שוויון אזרחי. לפי התפיסה הרב-תרבותית, הפרת הזכויות לשוויון של אזרחים במדינה ליברלית עשויה להתייחס הן למעמדם החברתי והן לחברותם בקהילה. יישובה של הסוגיה השנייה נעשה באמצעות הכרה הדדית, סימטרית פחות או יותר, בין קבוצות אשר שונות זו מזו ברקען ובזהותן. המודעות למימד מובחן זה של צדק מתעוררת כאשר נדרשת הצדקה לזכויות תרבותיות.

מכאן ניתן לטעון כי הכרה בטיפול שונה עשויה להיות בעלת ערך חיוני להישרדותן של קבוצות מיעוט תרבותיות ולהגדלת החירות של יחידיהן. יש המדגישים בהקשר זה את משקלם של הביטויים הסמליים (מאפייני ביגוד, למשל) ככאלה המקדמים במיוחד את התכלית של הכלה חברתית ושחרור יחידים מהנטל של נשיאת זהות מובחנת במרחב.⁷⁴ תפיסה זו מקדמת את השוויון בתוצאות כאמצעי למימוש הסובלנות הניטרלית, תוך סטייה מהליברליזם הניטרלי לכיוון הרב-תרבותי.

בהקשר של זניחת הליכי ההסדר בירושלים, היה אפשר לנסות להצדיק את המדיניות תחת הגישה של "כלל עם פטור" אילו היה אפשר להצביע על סיבה תרבותית, קבוצתית או קהילתית, המחייבת את הסטייה מהכלל הרווח (הסדר זכויות) לטובת הכלל המיוחד (רישום ראשון פרטני). אכן, ניתן לכאורה לומר כי יחסיהם של תושבי מזרח ירושלים עם הממשל הישראלי, ומעמדם המיוחד הן מבחינה פנים-ישראלית והן מבחינה חיצונית, מחייבים את ראייתם כקהילה מובחנת, אשר ראוי להימנע מלהחיל עליה את הסטנדרטים הכובלים של הסדר זכויות. כך, הסדר הזכויות מחייב את מיסודה של הזכות הקניינית ואת הכפפתה למערכת ממשלתית המכירה בזכויות לפי דין כללי, שהינו חסר רגישות למאפיינים התרבותיים של הקבוצה.

מאפיינים אחדים המיוחדים למזרח ירושלים באים בחשבון בהקשר זה. ראשית, יחסם של התושבים לנכסי הנפקדים ולנכסים שהופקעו אינו זהה ליחסה של המדינה לנכסים אלה. מבחינה חברתית מקובל שאין לראות בנכס של נפקד או בנכס שהופקע כאילו הועבר לירי המדינה. על-כן עסקות בנכסים אלה אינן מקובלות, הואיל והגישה היא שיש לקבל את הסכמת הבעלים המקוריים לגביהם.⁷⁵ בהליכי ההסדר ייווצר קושי בנוגע להסדרת מעמדם של נכסים אלה. בעיה זו חמורה במיוחד במזרח ירושלים, לנוכח מורכבותה המתמדת של

71 יורגן הברמס "הכרה וחלוקה מחדש: מה נחוץ להתחדשותה של תרבות?" עיוני משפט כז 11 (2003).

72 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).

73 BARRY, לעיל ה"ש 35, בעמ' 32-35.

74 ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION 99-114 (2002).

75 חמאסי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 53.

סוגיית האזרחות או התושבות במזרח העיר. לשאלת התושבות יש משקל רב בעת ההכרעה בשאלה אם יש לראות בנכס "נכס נפקד".⁷⁶ כך, למשל, לפי גישתה של המדינה, תושב מזרח ירושלים שאינו מתגורר בה דרך קבע עשוי לאבד את זכויות התושבות שלו.⁷⁷ יתרה מזו, המדינה פעלה לאחרונה באופן יזום על-מנת לאתר תושבי מזרח ירושלים אשר לא התגוררו בה בשבע השנים שקדמו לאיתורם, וזאת כדי לשלול את זכותם כתושבים.⁷⁸ כלומר, היקף נכסי הנפקדים במזרח ירושלים הינו דינמי, ואינו אחת מאותן סוגיות אשר העלו כבר אבק. שנית, שיתוף-פעולה עם הממסד הישראלי, שהינו חיוני ביותר בהליך של הסדר זכויות, עלול להיתפס מבחינה חברתית-תרבותית כבגידה בעקרון ההתנגדות וכהכרה למעשה בריבונות הישראלית במזרח ירושלים.⁷⁹ לפיכך עשויים להיות בעלי זכויות במקרקעין אשר יימנעו מלפעול למימוש תביעתם, על-מנת לא לפגוע במוסכמה הפנים-פלסטינית. למציאות הפוליטית הזמנית המתמשכת במזרח ירושלים יש השלכות גם בהיבט זה.

שיקולים אלה נראים משמעותיים ביותר בעת עיצוב הנורמה המשפטית הנוגעת ברישום הזכויות במזרח ירושלים. עם זאת, איני בטוחה שהם משקפים מאפיינים תרבותיים שנדרשת הכרה לגביהם כדי לקיים את הרעיון של שוויון אזרחי במובן הרחב שעליו עמדנו. נדרשת אומנם התאמה של הדין לנסיבותיה של חברה ייחודית זו של תושבי מזרח ירושלים, אך נראה לי כי שיוכן של ההתאמות הנדרשות להקשר של זכויות תרבותיות אינו נקי מספקות. ההבדלים שעליהם עמדתי קשורים יותר להיבטים פוליטיים-מדיניים מאשר למאפיינים זהותיים, קהילתיים ותרבותיים של המיעוט הערבי במזרח ירושלים ככזה. בהמשך אבחן את השפעתם של השיקולים הפוליטיים-המדיניים הללו ביחס לשאלה אם בשלילת ההסדר במזרח ירושלים יש משום הפליה טבועה, ללא קשר לתוצאותיה, בשל עצם שלילת המימד הסמלי-הציבורי של ההליך.⁸⁰

76 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 4293/02 משעל נ' אפוטרופוס לנכסי נפקדים, תק"מח 2008 (1) 1199 (2008).

77 ראו, למשל, ע"ם 5829/05 דארי נ' משרד הפנים (לא פורסם, 20.9.2007).

78 בשנת 2008 נשללה תושבותם של כ-4,500 איש ואשה. בארבעים השנים שקדמו לכך נשלל מעמד זה ממספר דומה של בני-אדם. מתשובת משרד הפנים לפנייה של המוקד להגנת הפרט עולה כי השלילה המסיבית בשנת 2008 היא תוצאה של בדיקה יזומה. יש לציין כי שלילת התושבות נעשית, כך לפי משרד הפנים עצמו, ללא הליך מקדמי של שימוע. ראו מכתב ממלי דודיאן, הממונה על חופש המידע במשרד הפנים, לעו"ד יותם בן הלל, המוקד להגנת הפרט (5.11.2009) www.hamoked.org.il/items/110587.pdf; פניית עו"ד יותם בן הלל, המוקד להגנת הפרט, לדניאל שגב, הממונה על חופש המידע במשרד הפנים (22.4.2009) www.hamoked.org.il/items/110585.pdf.

79 "פלסטיניזציה" של תושבי מזרח ירושלים ראו עמירב, להלן ה"ש 108, בעמ' 22.

80 ראו להלן בתת-פרק 23.

(ד) עמדת המודל ההשתתפותי

ראוי בהקשר זה להפנות לגישת המודל ההשתתפותי (The Deliberative Model).⁸¹ לפי גישה זו, המוצגת על-ידי שילה בנחביב, יחסים בין קבוצות אשר שונות זו מזו ברקען ובזהותן יכולים להתפתח אך ורק על בסיס יישוב מחלוקות בספֶרה ציבורית פוליטית הנגישה לכל. מודל זה, להבדיל מהתפיסה הרולסיאנית, דוגל באי-הגבלת סדר-היום של השיח הציבורי. למעשה, המודל מעודד שיח בנוגע לקווים המפרידים את הפרטי מהציבורי. בהקשרנו, אף לפי הגישה ההשתתפותית, גם אם יש מקום לקיים דיאלוגים במרחב הציבורי בנוגע לנושאים שנויים במחלוקת, בניגוד לתפיסת ה־gag rules או למדיניות ה"הפרטה-הפרדה", אין משמעות הדבר שיש מקום להפעיל כוח שלטוני כופה כדי לקיים את השיח הציבורי בין הקבוצות. כך, הצדקת זניחתם של הליכי ההסדר במזרח ירושלים כנובעת מהרצון להימנע מכפיית סדר ציבורי (הסדר זכויות) במרחב אשר רצוי שיישמר "פרטי" (במובן של העדר מעורבות ממשלתית) אינה מתנגשת במישור העקרוני עם מודל זה. מאידך גיסא, אין במודל ההשתתפותי כל הצדקה לכפיית ביצוע רישום פרטי על-ידי הטוענים לזכויות. כלומר, מבחינה לוגית ההצדקה להימנעות המדינה מהסדר אינה מכתובה הצדקה לכפיית הפרטים לבצע רישום.

(ה) סיכום-ביניים

לנוכח הדיון בשלושת ההיבטים האמורים נראה כי הגישה הרב-תרבותית אינה מנפקת תשובה משכנעת לבעיות שהוצגו בפתחו של פרק זה. עם זאת, הניתוח באמצעות פריזמה זו העלה כי יש מאפיינים חברתיים-פוליטיים מסוימים של מזרח ירושלים המאפשרים לראות במדיניות ייחודית ונפרדת המוחלת בהקשר של הסדר הזכויות במקרקעין משום מתן טיפול שונה לשונים. במובן זה, הליכה בכיוון הרב-תרבותי מובילה אותנו בחזרה לליברליזם הניטרלי (על ההגדרה שלו לשוויון), תוך שמדיניות הפרדה חלקית הולכת ומקבלת צביון מעט חיובי יותר.

מנקודת-מבט נוספת אטען כי אף אם המאפיינים הפוליטיים והחברתיים המעגנים את הצורך בהימנעות מביצוע הליכים של הסדר זכויות בירושלים אינם ניתנים לצביעה תרבותית-קבוצתית, אין הם זניחים. ברוח דבריו של הברמס, פרשנות הוגנת לרולס מחייבת מתן פירוש לשוויון אזרחי המבטיח צדק חברתי, בהתייחס גם למעמד החברתי ולחברותם בקהילה של כלל האזרחים (במקרה זה, למצער, תושבי-הקבע). מעמד חברתי זה צריך להיבצע לא רק בצבעים תרבותיים, אלא גם בצבעים פוליטיים.

נראה לי, לפיכך, כי נקודה זו מצדיקה את הסטת מרכז הדיון לשאלה מהן התוצאות שהבחירה במדיניות ההימנעות מייצרת, דהיינו, לטיפול בבעיות המשניות (מסדר שני). עם זאת, לפני שאפנה לניתוח התוצאות האפשריות של הבחירה במדיניות של הימנעות, עליי לבחון פן נוסף של בעיות עקרוניות (מסדר ראשון) בנקיטת מדיניות של הפרטה-הפרדה – זה שיידון להלן.

SEYLA BENHABIB, THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL ERA 81
105–146 (2002).

2. הפרטה הפרדה והסמליות שבמרחב הציבורי

במסגרת הבעיות מהסדר הראשון – קרי, הבעיות העקרוניות הנוגעות במדיניות של הפרטה הפרדה – שאלתי אם יש מובן שבו עצם קיומה של הפעולה בספרה הפרטית פוגם בתוקף הזכות, דהיינו, אם שלילת המימד הציבורי הסמלי של רישום המקרקעין כרוכה בפגיעה בערכים חוקתיים של שוויון (וכבוד).

השאלה אם יש מרכיב סמלי-ציבורי חיוני במימושה של זכות אינה שאלה טריוויאלית. במסגרת הטיפול בה אנו נתקלים במורכבות של הגדרת חירות הפעולה של הפרט במסגרת הכופה של המדינה. אחת הדוגמות שבאות בחשבון לשם השוואה היא המקרה של התביעה לנישואים בין בנות-זוג או בני-זוג מאותו מין. יש ליברלים מובהקים, כגון ויליאם אסקרידג', הטוענים כי במסגרת אימוצה של גישת הפרטה הפרדה יש לגיטימציה לכך שממוששה של התביעה יידחה עד אשר ישתנו התפיסות השוללות נישואים אלה, אשר רווחות עדיין בחברה (האמריקנית לפחות, לפי הטענה).⁸² הקשר קרוב הוא המקרה של הסדרת נישואים אזרחיים בישראל, לאו דווקא חד-מיניים. ביחס למודל שלפיו יוסד "מרשם זוגיות" אשר לא יכונה "נישואים" תוך הותרת המונופול הדתי על המותג, סבור שחר ליפשיץ⁸³ כי מנקודת-מבט אזרחית עדיפה גישה פרגמטית על המצב המגביל הקיים, כך שלמבקשים לעגן את יחסיהם מחוץ לרבנות יינתן פתרון מספק מבלי לגרום קרע עם הציבור הדתי.⁸⁴

גישה זו מתיישבת היטב עם ההצדקה הליברלית של "כללי הימנעות" העומדת ביסוד התפיסה של הפרטה הפרדה. הדוגלים בגישה זו רואים על-כן את הפרגמטיזם כמובן שלם יותר של הליברליזם. כאשר אנו מחליטים על הימנעות מהכרעה בנושא מסוים משום אופיו הקונפליקטואלי, אנו נוטלים על עצמנו גם הסכמה לכך שהמימד הציבורי שלו ייפגע. גישתם של אסקרידג' ושל ליפשיץ צריכה להיות מקובלת, אם כן, על אלה שקיבלו את המדיניות של הפרטה הפרדה. כך, לפי הטענה, פרקטיקה פרגמטית מבטלת את הערך האינטרינזי של פעולה משפטית-ציבורית.

כנגד זה יש הסוברים כי שלילתו של המותג "נישואים", גם אם משקולים פרגמטיים, טבולה בהפליה שאינה ניתנת למחיקה.⁸⁵ כך, לשיטת המחנה הרדיקלי, לנוכח המשמעויות הערכיות, החברתיות והתרבותיות של מוסד הנישואים, מניעת האפשרות של זוגות חד-

WILLIAM N. ESKRIDGE JR., EQUALITY PRACTICE: CIVIL UNIONS AND THE FUTURE OF GAY RIGHTS (2002) 82

שחר ליפשיץ ברית הווגיות 65 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006). השוו שחר ליפשיץ הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 262 (2005). 83

ליפשיץ סבור כי הפתרון שעוגן לאחרונה בחוק ברית הווגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, הינו חלקי עד כדי כך (לפסולי חיתון בלבד) ששכרו יוצא בהפסדו. ראו שחר ליפשיץ "לא לילד הזה פיללנו: על ההחמצה שבהצעת חוק ברית הווגיות" (17.3.2010) www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/177.aspx 84

יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253, 268 (2002). 85

מיניים לחסות בצילו הינה מדיניות מפלה.⁸⁶ עמדה זו נשענת על הגישה שלפיה איסור הנישואים החד-מיניים מבוסס על הומופוביה וסקסיזם, הטרוסקסואליות כפויה וחלוקה בינרית כפויה לתפקידי מינים, באופן שיוצר תיוג שלילי ומנציח דעות קדומות ביחס למיעוט, וכן מעורר בקרב רגשי נחיתות ותחושה של אזרחות סוג ב. בהתאם לכך נטען כי חלופות לנישואים מגלמות תפיסה של הומואים ולסביות כבעלי ערך נמוך יותר, וגורמות לדה-הומניזציה שלהם.⁸⁷

ההכרעה בין התפיסה הפרגמטית לבין זו הרדיקלית תלויה בשיקולים ערכיים-פרטיים. עם זאת, אציע כי בעת גיבושה של עמדה משפטית יש להביא בחשבון שני שיקולים: שיקול מוסדי ושיקול חברתי. מתן משקל ראוי לשיקולים אלה יאפשר לנו להעריך את משקלה של מדיניות הפרטה-הפרדה, בלי קשר להעדפות פרטיקולריות.

השיקול המוסדי מצביע על כך שהשאלה אם שלילת המותג הציבורי מהווה הפליה כרוכה ללא הפרד במהותו של הגוף שהחליט על שלילה זו ובפרוצדורה שבה קיבל את החלטתו. לדוגמה, החלטה על שלילת תחולתו של המותג הציבורי "מקרקעין מוסדרים" ממקרקעין שמצויים במזרח ירושלים (ואשר אינם משמשים להתיישבות יהודית) צריכה להתקבל על-ידי הרשות המחוקקת, האמורה לייצג את מגוון האינטרסים שעל הפרק.⁸⁸ בעת דיון בשיקול המוסדי יש מקום לשאול גם אם אין מקום לשמוע בהקשר זה את עמדתם של מוסדות פנים-קהילתיים של קבוצת המושפעים-בכוח מההחלטה, כלומר, אם קבוצה זו אינה צריכה להיות המוקד בעת בחינת השאלה מהי המדיניות הראויה, ולו כמימוש של זכות הטיעון שלה.

בהקשר של הסדר זכויות עמדתי על כך שמבחינתה של קבוצת הנפגעים-בכוח מהמדיניות הממשלתית ייתכן שזניחת הליכי ההסדר הינה תוצאה רצויה ואף חיונית. זאת, משום שהיא מונעת את הסכנה הגלומה בתיוגם כ"לא נאמנים" בעת שיתוף-פעולה שלהם עם המסד המבצע את הרישום המוסדר, ומשום שהיא מונעת את הצורך להתעמת באופן ישיר עם עניינם של נפקדים. מובן שהשערות אלה טעונות בדיקת-עומק, ואין הן אלא השערות בלבד. שאלת המשקל הנורמטיבי שיש לייחס לעמדת הקבוצה הנפגעת ראויה אף היא לבחינה. השיקול הבא מתחבר בדיוק בהקשר זה.

השיקול החברתי גורס כי בעת שקילת החלטה של מדיניות הפרטה-הפרדה יש מקום לבחון את התפיסה הרווחת בחברה ביחס לערכו של המותג הציבורי. הכרחי בהקשר זה לבחון אם מבחינה חברתית-תרבותית, ואף כלכלית או אחרת, יש חשיבות טבועה למותג. כך, למשל, בהקשר של נישואים בין בנות-זוג מאותו מין, ניתן לבדוק אם חלופה של נישואים אזרחיים אינה מבטלת את המובן הדתי המצומצם (של ברית בין איש לאשה) שהיה למותג

86 מרין מצייין כי בקרב הקהילה ההומו-לסבית יש כאלה – שהוא מכנה אותם "ברלנים" – אשר אינם מעוניינים בכפיית המודל של נישואים על יחסי הזוגיות שלהם. במובן זה ניתן להצדיק את מדיניות ההפרדה כמדיניות של "ברלנות מבחירה", כפי שעמדתי עליה קודם לכן. ראו שם, בעמ' 271-272.

87 שם, בעמ' 277.

88 השוו: Lewis v. Harris, 908 A.2d 196 (N.J. 2006) (בדעת הרוב נפסק כי שאלת התבנית שתניתן למערכת יחסים חד-מינית – "נישואים" או כותרת אחרת כלשהי – היא עניין למחוקק; דעת המיעוט נקטה את הגישה הרדיקלית שהוזכרה לעיל).

"נישואים" בעבר. במקרה של זניחת הליכי ההסדר יש מקום לבחון מהו המשקל הסמלי המיוחס בחברה לקרקע מוסדרת לעומת קרקע רשומה, כלומר, אם לפיטוי "מוסדר" (להבדיל מ"רשום") יש השלכה בעת ביצוע עסקות מקרקעין, בעת הגנה על זכות בהליכים משפטיים, בעת העברת מקרקעין בירושה וכיוצא בהם. ניתן לבחון גם אם למותג יש ערך כלכלי, כלומר, אם יש פער – מבחינה חברתית, ולא דווקא ריאלית – בין ערכם של מקרקעין מוסדרים לבין ערכם של מקרקעין רשומים. האם זכות מוסדרת נתפסת כיקרת-ערך בגלל התבנית הציבורית שבו היא טבועה? כאן שבה השאלה אם נדרשת בחינה של עמדות הציבור הרחב או של עמדות הציבור הנפגע מהמדיניות, ומה היחס שצריך לתת לעמדותיו של כל אחד מהציבורים האמורים במקרה של קונפליקט ביניהם.

לדידי, מדיניות הפרטה-הפרדה עשויה להיות מוצדקת אם היא נובעת מרצון למנוע החרפה של קונפליקט ולאפשר חיים משותפים עם פתרונות מעשיים סבירים. עם זאת, שלילת המימד הסמלי-הציבורי של הפעולה המשפטית (הסדר זכויות במקרה של רישום מקרקעין; נישואים במקרה של זוגות חד-מיניים) אכן עלולה לטמון בחובה פגיעה בעלת טבע מפלה באותם יחידים או קבוצות הנפגעים מהמדיניות. עוצמתה של ההצדקה להפרטה-הפרדה תלויה בהיקף הפגיעה במיעוט בשל החלת המדיניות. היקף הפגיעה משתנה ממקרה למקרה, והוא כרוך בשאלת היחס החברתי והקבוצתי למותג הציבורי. ככל שהתפיסה בדבר משקלו המשמעותי של המיתוג הציבורי רווחת יותר כן יש לראות את שלילת המיתוג כפעולה בעלת אופי פוגעני ומפלה. בדיקה אמפירית נדרשת על-יכן על-מנת לעמוד על היקפה של הפגיעה. מכל מקום, הכרעה בנושא זה צריכה להתקבל על-ידי המוסד המתאים ובהתבסס על פרוצדורה ראויה לקבלת החלטה. קבלת המדיניות של זניחת הליכי ההסדר בירושלים על-ידי הדרג הביצועי (ודוקו: אין לפנינו החלטת ממשלה בנושא זה), באופן שחותר במובהק תחת גישתו של המחוקק המצדדת בעקרון אחדות העיר, מעידה על קיומה של בעיה מוסרית. לסיכום, אימוצה של מדיניות פרגמטית כרוך בפגיעה, ולו סמלית, אשר אינה ניתנת לריפוי באמצעות השוואת תנאים. ההצדקה לקיומה של הפגיעה תלויה בעוצמת הצורך בבחירה בדרך של הפרטה-הפרדה, מחד גיסא, ובהיקף הפגיעה במושפעים-בכוח מההחלטה, מאידך גיסא. עוצמת ההצדקה והיקף הפגיעה ראוי שייבחנו ביחס לשיקול המוסרי ולשיקול החברתי. במקרה של הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים נראה כי שיקולים אלה טרם נבחנו וטרם נבדקו, ועל-יכן אי-אפשר לומר בשלב זה כי אימוצה של הגישה הפרגמטית ראוי הוא, ומכאן שהדרך להכשרת המדיניות טרם הושלמה.

ד. רישום מקרקעין במזרח ירושלים

השלב הבא במהלך שהתוויתי עד כה הוא ניתוח בעיות-המשנה הנובעות ממדיניות הפרטה-הפרדה, אלה הנוגעות בשאלת קיומה של הפליה בתוצאות המעשה. על-מנת לנתח בעיות אלה ביחס למקרה של מדיניות זניחתו של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים, מן ההכרח להעמיד תחילה מקום נרחב יותר למהותם של הליכי רישום המקרקעין, לרקעם ולמשמעותם. בכך אנו נעים אל עבר מרכז-הכובד השני שבו עוסק המאמר. בפרק זה ברצוני להפנות על-יכן את המבט והמיקוד אל הנעשה מבחינת רישום מקרקעין במזרח ירושלים. בלב הפרק ניתוח נתונים עובדתיים הנוגעים ברישום במזרח העיר ובכלל.

הצגה זו תאפשר לברר באיזו מידה המדיניות הנוכחית מולידה תוצאות של הפליה ביחס לטיפול במקרקעין בכלל המדינה. קודם שאפנה לניתוח זה עליי לעמוד על גורמי רקע הקשורים לרישום מקרקעין במזרח ירושלים. הקבוצה הראשונה של גורמי הרקע נוגעת ביחסים שבין יהודים, ערבים ומקרקעין בישראל, והקבוצה השנייה של גורמי הרקע נוגעת במצב המשפטי המיוחד של מזרח ירושלים. במסגרת זו אציג את המדיניות הממשלתית של אי-ביצוע הליכים של הסדר זכויות במזרח העיר בהקשר רחב יותר.

1. גורמי רקע

(א) יהודים, ערבים, מקרקעין

מעורבות ממשלתית ברישום מקרקעין במזרח ירושלים, באמצעות נקיטת הליכים של הסדר מקרקעין, מעוררת באופן ישיר את הנושא הרגיש ביותר במסגרת היחסים שבין היהודים והממשל לבין הערבים בישראל – הנושא הקרקעי.⁸⁹ ניתן לנסח שלוש סיבות כלליות לרגישות ולחשיבותו של הנושא בעיני האוכלוסייה הפלסטינית: המעמד הסמלי-הלאומי של הקרקע; המדיניות הממשלתית העקבית שהביאה לידי פגיעה במשאב זה; הקשר בין הקרקע לבין המבנה החברתי-החקלאי. להלן נעמוד על סיבות אלה ועל השפעתן על ענייננו. הסיבה הראשונה היא כאמור סמלית-לאומית. המאבק היהודי-ערבי מתנהל על שטחי מחיה ועל קיומו של מרחב חברתי-תרבותי – שטחי המולדת. מאז קמה מדינת-ישראל (ואולי גם לפני כן) נהפכה האדמה לזירה המרכזית שבה התקיימו המאבקים הפוליטיים.⁹⁰ האדמה מסמלת את היאחזותם של הערבים בארץ ואת מאבקם על זכויות ומעמד במדינה.⁹¹ מאידך גיסא, גם בעבור האוכלוסייה היהודית יש חשיבות סמלית-לאומית למקרקעין. הבעלות על הקרקע היא סוגיה חשובה הקשורה ללגיטימיות ולאפשרות הפעולה של המפעל הציוני.⁹² להתיישבות היהודית בישראל יש תפקיד קריטי בפרויקט יהוד המרחב ובעיצובה של הזהות הלאומית-היהודית.⁹³ קיומה של הציונות מושתת למעשה על קיומו של מרחב טריטוריאלי

89 רות גביון ועסאם אברירא **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים** 33 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

90 שם.

91 ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דין וחשבון** 41-42 (התשס"ג).

92 קיימת כתיבה רבה בנושא זה. ראו, למשל, יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" **ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 73, 108 (שלום לרנר ורפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002) (להלן: הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות"); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** כא 405, 439 (1998).

93 אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" **עיוני משפט** כא 637, 646-647 (1998).

בארץ-ישראל לצורך מימושה.⁹⁴ המושג "אדמה" נהפך אם כן לסמל לאומי במאבק בין ערבים ליהודים.⁹⁵

הסיבה השנייה למרכזיותה של הסוגיה הקרקעית ביחסים שבין המיעוט הערבי בישראל לבין הממשל היא המדיניות הממשלתית העקבית של פגיעה בזכויות במקרקעין של קבוצת מיעוט זו ושלילתן ממנה, או למצער הטענה לקיומה של מדיניות כזו.⁹⁶ טקטיקות מגוונות שימשו לכך, החל בשימוש דווקני⁹⁷ בחוק נכסי נפקדים⁹⁸ וכן חקיקה ופעולות נלוות ששימשו להעברה בלתי-חוזרת של נכסי הנפקדים לידיים שלישיות;⁹⁹ המשך בהפקעות,¹⁰⁰ תפיסות צבאיות, החלת צווי שטח אש וצווי סגירה¹⁰¹ ועוד; המשך בשינוי וקביעה של תחומי השיפוט¹⁰² וכן קביעת ועדות תכנון מרחביות, ולא מקומיות; וכלה בהליכים של הסדר

94 ראו חיים זנדברג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט-ציונות 26 (2007) (להלן: זנדברג מקרקעי ישראל).

95 חסן ג'בארין 'ישראליות' הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל 1 ו 53, 58 (2001).

96 סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665 (1998); גרוס, לעיל ה"ש 92, בעמ' 438-439; אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" מרחב, אדמה, בית 18, 29-37 (יהודה שנהב עורך, 2003).

97 ראו איל זמיר ואיל כנבנשתי הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני 12-14 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1998) (להלן: זמיר וכנבנשתי הקניין הפרטי).

98 חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. כפי שמציינת הולצמן-גזית, קיימים אומדנים שונים לגבי היקפן של אדמות הנפקדים, הנעים בין ארבעה מיליון ומאתיים אלף דונם לבין חמישה מיליון דונם. ראו יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601, 625 ה"ש 74 (2002).

99 העברת נכסי הנפקדים לגורמים שלישיים, ביניהם הקק"ל ורשות הפיתוח, החלה עוד קודם לחקיקת חוק נכסי נפקדים ונמשכה לאחריה. ראו הולצמן-גזית, שם, בעמ' 625 ה"ש 76; זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 68.

100 אף בנושא זה קיימת כתיבה רבה. ראו, למשל, גביון ואבו-ריא, לעיל ה"ש 89, בעמ' 33-34; הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות", לעיל ה"ש 92; אלי רכס ערבי ישראל והפקעת הקרקעות בגליל: רקע, אירועים והשלכות 1975-1977 (1977); ברוך קימרלינג השפעת הגורמים הקרקעיים והטריטוריאליים בסכסוך היהודי-ערבי על בינוי החברה היהודית בארץ-ישראל (מראשית ההתיישבות ועד 1955) 177-178 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1974); רן כסלו פרשת הפקעת הקרקעות (1976). כן ראו את פסק-הדין המכונן בבג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת נ' שר האוצר, פ"ד ט(2) 261 (1955). כנגד זה ראו את התייחסותו של זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בפרק הרביעי.

101 בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (2003).

102 ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביוזר ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197, 213 (2003); יששכר (איסי) רוזן-צבי "מקום הצדק: משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט כח 417, 460 (2004); ערן רוזן ואנה חזן שינויי

הזכויות במקרקעין, אשר בהם, כך נטען, ננקטו פרקטיקות שתוצאתן היא פגיעה במעמדם של חקלאים ערבים ושל הציבור הערבי בכללותו.¹⁰³ הדוגלים בטענה אחרונה זו, ובראשם סנדי קדר וג'רמי פורמן, מצביעים הן על המניעים הפוליטיים-הלאומיים לשימוש בהליכי ההסדר כמנגנון לשלילת זכויות במקרקעין והן על האמצעים המשפטיים והמוסדיים אשר אפשרו את המגמה האמורה. האמצעים הנטענים הם הארכת תקופת ההתיישנות, שלילת האפשרות לרכוש בעלות על בסיס החזקה ללא עיבוד חקלאי, רישום המרחב הכפרי הבלתי־מנוצל על שם המדינה, רישום חלקות המעובדות בדלילות על שם המדינה¹⁰⁴ וכן שימוש בפיענוח של תצלומי־אוויר כדי לשלול טענות לעיבוד.

חיים זנדברג מנסה לנטרל את הטענות האמורות, שלפיהן נעשתה פגיעה מכוונת במקרקעי המיעוט הערבי. לפי זנדברג, אין לזהות את נטילת נכסיהם של הנפקדים־הפליטים עם נטילת מקרקעיו של הציבור הערבי בעל האזרחות הישראלית:¹⁰⁵ הפקעת המקרקעין מידיו של המיעוט הערבי אינה בשיעורים כה ניכרים, וממילא היא נובעת מהשיעור הגבוה יחסית של מקרקעין פרטיים בישראל שהיו בבעלות ערבית;¹⁰⁶ ואילו הפגיעה הנטענת בהליכי ההסדר לאו פגיעה היא, מכיוון שמדובר בשטחים שמעולם לא הייתה בהם בעלות פרטית.¹⁰⁷ לצרכי במאמר זה אין זה משנה אם אכן קיימת (או התקיימה) מדיניות עקבית כאמור של פגיעה במקרקעיו של המיעוט הערבי בישראל או שמא מדובר בתחושות רווחות בלבד, אשר אינן מבוססות על עובדות או על משפט. כאמור, טענתי היא כי הנושא הקרקעי הוא נושא טעון ביותר ביחסים שבין יהודים לערבים. בין שהמדיניות הממשלתית של פגיעה במקרקעי המיעוט הערבי בישראל היא מכוונת או אגבית, בין שהפגיעה היא ממשית או רגשית־סובייקטיבית, את היחסים בין המיעוט הערבי למדינה הן עיצבו ומעצבות. בבואנו להעריך כיום את אפשרות קיומם של הליכי הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים, אין להתעלם ממשקלן המצטבר בדעת־הקהל של התופעות המתוארות ומתגובת ההתנגדות האישית והחברתית שחידוש הליכי ההסדר עלול לעורר. את נקיטת המדיניות של הפרטה־הפרדה ביחס להסדר מקרקעין אשר המושפעים העיקריים ממנו יהיו פלסטינים,

גבולות מוניציפאליים והרשויות המקומיות הערביות (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 2001).

103 ראו קדר, לעיל ה"ש 96; Geremy Forman, *Israeli Settlement of Title in Arab Areas: "The Special Land Settlement Operation" in Northern Israel (1955–1967)* (Ph.D. Thesis, University of Haifa — Faculty of Humanities, Department of Land of Israel Studies, 2005) (להלן: פורמן "מבצע ההסדר"). ראו גם זנדברג *מקרקעי ישראל*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 107.

104 ראו בהקשר זה: 50 Geremy Forman, *A Tale of Two Regions: Diffusion of the Israeli "Percent Rule" from the Galilee to the Occupied West Bank*, 34 LAW & SOC. INQUIRY 671 (2009).

105 זנדברג *מקרקעי ישראל*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 69.

106 שם, בעמ' 98.

107 שם, בעמ' 108.

תושבי מזרח ירושלים (ונפקדים), יש לראות על-כך על רקע המורכבות שהתערבות ממשלתית מסמלת בהקשר זה.

הסיבה השלישית לפרובלמטיקה היהודית-ערבית סביב קרקעות נוגעת בכך שהקרקע מהווה משאב אינ-בלתו בחברה חקלאית-כפרית. בהקשר של מזרח ירושלים, בשל מהותה העירונית, אין אומנם משמעות לפירוק השותפות החקלאית. אולם גם גורם זה תרם לעיצוב התפיסה שלפיה ההתערבות השלטונית בתחום המקרקעין הובילה לפגיעה במקום החיים הכפרי הפלסטיני, שהיה יכול, לכאורה, להוסיף להתקיים באין מפריע.

סיכומו של דבר, המתח הקיים ביחסים שבין השלטון (היהודי) לבין המיעוט הערבי ביחס לנושא הקרקעי הוא עובדה קיימת. זהו גורם רקע בעל משקל רב, ואפשר שיש לו תרומה ניכרת לחוסר הרצון הממשלתי לקיים את הליכי ההסדר במזרח ירושלים. ניתן לסבור כי מרכיבי המתח שעליהם עמדתי הם חלק מאותם "קשיים מדיניים ומעשיים" שהמדינה נאחזת בהם בבואה להצדיק את הימנעותה מביצוע הליכי הסדר במזרח העיר. עם זאת, כפי שאראה בהמשך, המדינה ביצעה הליכים של הסדר זכויות במקרקעין גם באזורים שבהם המתוחות עם האוכלוסייה הערבית הייתה בלתי-נמנעת.

(ב) מעמדה של מזרח ירושלים

עניין משקלה של ירושלים במישור הפנים-ישראלי וברמה הבין-לאומית אינו זקוק להבהרה מיוחדת. ידוע לכל כי רבות מהמחלוקות הפוליטיות ביחסים שבין הישראלים לפלסטינים מתנקזות לשאלת מעמדה של העיר במסגרת הסדר של שלום. אעמוד כאן בקצרה רק על מספר מצומצם ביותר של היבטים העשויים להיות רלוונטיים לענייננו.¹⁰⁸ ב-7 ביוני 1967 הובסו כוחות הירדנים במזרח ירושלים, הופלה החומה שהפרידה בין חלקי העיר והוחלה שליטה צבאית בשטחים אלה, שהיו מיושבים על-ידי אוכלוסייה ערבית. בימים הראשונים נטל צבא ההגנה לישראל את השלטון במזרח העיר, כמו-גם בשטחי הגדה המערבית,¹⁰⁹ אולם לקראת סוף חודש יוני 1967 הפרידה ההנהגה הישראלית בין טיפולה ביחס לשטחי הגדה המערבית לבין טיפולה ביחס למזרח ירושלים. בימים 27.6.1967 ו-28.6.1967, בסדרה של פעולות משפטיות,¹¹⁰ החילה ממשלת ישראל את המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל על מזרח ירושלים.¹¹¹ בפעולות אלה אוחדו מהבחינה המשפטית-הפנימית שני חלקי העיר, ומזרח העיר סופח למדינת-ישראל ונהפך לחלק ממנה. עמד על כך השופט

108 להרחבה בסוגיות מגוונות המעידות על הרגישות הרבה בנוגע לירושלים ועל משקלה במבט פנים ובמבט חוץ, ראו הקובץ אדוני ראש הממשלה: ירושלים! (משה עמירב עורך, 2005).

109 ראו מנשר מס' 1 בדבר נטילת השלטון על-ידי צה"ל, קמ"צ"מ 1 (7.6.1967).

110 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, הוסף ביום 27.6.1967 ס' 11ב, הקובע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". בהתאם לסעיף זה הוציאה ממשלת ישראל, ביום 28.6.67, את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967, שמכוחו הוחל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל על מזרח ירושלים.

111 ראו איל זמיר ואיל בנבנשתי 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 66-65 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1993) (להלן: זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים).

אהרן ברק: "עם החלת המשפט, השיפוט והמינהל נוצרה סינכרוניזציה בין המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לבין מזרח ירושלים והמצויים בה."¹¹²

בחוק-יסוד: ירושלים באה לידי ביטוי נוסף עמדתה של כנסת ישראל,¹¹³ שלפיה אחדותה של ירושלים בגבולותיה המורחבים היא עובדה מוגמרת, אשר שינויה ייתכן רק בהחלטה של רוב חברי-הכנסת.¹¹⁴ קיומה של מדיניות שונה במזרח העיר ירושלים ביחס להסדר זכויות במקרקעין עומדת, לכאורה לפחות, בניגוד לגישה חקיקתית זו. אולם אין זה הביטוי היחיד של שונות בין מזרח העיר לבין מערבה ובין מזרח העיר לבין כלל מדינת-ישראל. קיימים ביטויים נוספים לכך בהקשרים קנייניים, כאשר אין האחדה מלאה של הדינים והמדיניות בין שני חלקי העיר. אחת הדוגמות לכך היא הטיפול בנכסי הנפקדים.¹¹⁵ זאת ועוד, מעמדם של תושבי מזרח העיר הוא יוצא-דופן, וזאת לא רק מבחינה מעשית ותקציבית (במובנים של הפליה והזנחה),¹¹⁶ אלא אף מבחינת הסטטוס האישי שלהם.¹¹⁷

בעקבות הסיפוח יזמה הממשלה סדרת פעולות של בינוי ופיתוח נרחבים.¹¹⁸ שיכונים ושכונות חדשות נבנו באזורים החדשים, והורחב השטח הבנוי של העיר. השכונות החדשות נבנו משיקולים אסטרטגיים של שטח ושליטה. תנופת הבנייה הישראלית נעשתה בעיקר באופן של בניית שכונות-פרוורים מרוחקות מהעיר הפנימית, אשר חוברו אליה בכבישים ארוכים.¹¹⁹ הפיתוח היהודי של ירושלים המורחבת נעשה על בסיס הפקעת מקרקעין מסיבית.¹²⁰

- 112 בג"ץ 282/88 עוור נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, 430-429 (1988).
- 113 זמיר ובנבנשתי הקניין הפרטי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 24.
- 114 חוק-יסוד: ירושלים, ס' 7. ראו בהקשר זה את דבריו של השופט אלון בבג"ץ 4185/90 נאמני הר הבית – עמותה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, 247 (1993). כן ראו לאחרונה חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון).
- 115 ראו זמיר ובנבנשתי הקניין הפרטי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 28-29; זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים, לעיל ה"ש 111, בעמ' 90-91; ס' 3 לחוק הסדרי משפט ומינהל.
- 116 ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות אדם בירושלים המזרחית: עובדות ונתונים (2010).
- 117 ראו ע"ם דארי, לעיל ה"ש 77. משה עמירב טוען כי רק כ-6,000 מבין 230,000 תושבי העיר הערבים ביקשו וקיבלו אזרחות ישראלית. ראו משה עמירב "מבוא – בעיית ירושלים: היבטים בין-לאומיים פלסטיניים וישראליים" אדוני ראש הממשלה: ירושלים! 13, 22 (משה עמירב עורך, 2005).
- 118 יובל פורטוגלי יחסים מוכלים – חברה ומרחב בסכסוך הישראלי-פלסטיני 166 (1996); מירון ובנבנשתי מול החומה הסגורה – ירושלים החצויה והמאוחדת 288-298 (תשל"ג).
- 119 ראו שלמה חסון "עיר אחת שהיא שלוש" פנים 28 (2004) www.itu.org.il/Index.asp?Artic.leID=2079&CategoryID=563&Page=2
- 120 ההפקעות במזרח ירושלים מוערכות בכ-26,000 דונם. ראו זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 88, 94-97 (הטוען כי רוב השטח המופקע לא היה פרטי). לעניין זה ראו גם חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505, 513-514 (2003) (להלן: זנדברג "ירושלים – הסדר"); הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות", לעיל ה"ש 92, בעמ' 99-100.

לסיכום נקודה זו, הסוגיה הקרקעית במזרח ירושלים מהווה נקודת קצה של המתחנות היהודית-ערבית בנוגע למקרקעין. התנהגות שלטונית ביחס למקרקעין באזור זה מעוררת תגובות חריפות של המערכת הפוליטית והתקשורתית בארץ ובעולם.¹²¹ מגורמי הרקע אפנה עתה למאפיינים של רישום המקרקעין בישראל ובמזרח ירושלים בפרט.

2. מצב רישום המקרקעין

סך כל המקרקעין הבלתי-מוסדרים בישראל הוא כ-3.4% בלבד מכלל המקרקעין בישראל.¹²² מדובר בכ-740,000 דונם מתוך שטחה הכולל של ישראל (כ-21.65 מיליון דונם, לא כולל ים המלח, שאף הוא מוסדר). בתקופת המנדט הוסדרו 5 מיליון דונם. למן קום מדינת-ישראל ועד סוף שנת 2004 הוסדרו כ-15.6 מיליון דונם, מתוכם כשני שלישים בנגב הדרומי והשאר בכל הארץ.¹²³ מבין השטחים שנותרו להסדר, נכון לראשית שנת 2005, היו 154,193 דונם בשטח עירוני וכפרי בנוי¹²⁴ ו-730,000 דונם בשטח כפרי פתוח (בעיקר בנגב הצפוני).¹²⁵ למן שנת 2005 נמשכו הליכי ההסדר והוסדרו שטחים נוספים, מרביתם (מעל 95%) בנגב.¹²⁶ על מיעוט פעולות ההסדר שנעשו בירושלים ניתן ללמוד גם מכך שבשנים

121 זכרו, למשל, את פרשת "גשר המוגרבים" בכותל המערבי, את פרשת תוספת הבנייה בשכונת גילה בירושלים ועוד. ראו אסף אוני "אונסק"ו מפשר במחלוקת גשר המוגרבים" הארץ 1.2.2008; סוכנויות הידיעות "האיחוד האירופי: ההתנחלות, הגירוש וההריסה במזרח ים מנוגדות לחוק הבינלאומי" הארץ 18.11.2009.

122 הנתונים מבוססים על ניתוח של כמה מקורות, ובראשם הנתונים שפרסם אגף רישום והסדר מקרקעין ב"דור"ח פעילות לשכות הסדר המקרקעין עד 31.12.04" (מיום 9.1.2005) (להלן: דוח אגף רישום 2004) ובדוחות שנתיים לשנים 2003-2009, למעט שנת 2006. כל הדוחות מצויים באתר האינטרנט של האגף - www.justice.gov.il/MOJHeb/HagafLrishomMekakein/ - Statistika.

123 נתונים שעובדו מתוך מינהל מקרקעי ישראל דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2006, 105 (2007); מינהל מקרקעי ישראל דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2004, 78 (2005). www.mmi.gov.il/osh/net/searchresults.aspx?maarechet=71&kodApplic=409500&mare_chetName

124 יש לומר כי היקף בדונמים של שטח אשר ממתין להסדר אינו מרמז על היקף התביעות ביחס לשטח זה או על היקף הנכסים באותו שטח שיהיה צורך לברר את הזכויות בהם. כך, בדרך-כלל שטחים עירוניים מורכבים הרבה יותר להסדרה משטחים פתוחים, והיקף הנכסים בהם רב יותר.

125 נתונים אלה לקוחים מתוך דוח אגף רישום 2004, לעיל ה"ש 122. להערכות קודמות ומגוונות לגבי היקף השטחים הבלתי-מוסדרים בנגב ראו, למשל, דברי ההסבר להחלטה 932 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל "מחירי קרקע פיצויים ומגרשי בניה לכרואים בנגב" (24.6.2002) (המעריכים את היקף המקרקעין הללו כ-350,000 דונם), ומבקר המדינה דוח שנתי 52ב - לשנת 2001 ולחשבונות שנת הכספים 2000, 115 (2002), וכן מבקר המדינה דוח שנתי 54ב - לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002, 889 (2004) (המעריך את היקף המקרקעין הללו כ-650,000 דונם).

126 אין לפניי נתונים הנוגעים בשנת 2006. בשנים 2005-2009, למעט 2006, הוסדרו בנגב 137,267 דונם, ובשאר חלקי הארץ - 6,971 דונם. על החשיבות שהמדינה רואה בהסדרת

2007-2003 נמסרו הודעות "הכרזה" על פתיחה בהליכי הסדר בירושלים ביחס ל-1,642 דונם – כאחוז בלבד מתוך סך השטחים שהוכרו לקראת הסדר בתקופה זו. באותן שנים הוסדרו בירושלים 9,382 דונם – כ-8% מתוך סך השטחים שהוסדרו בסך-הכל. ירושלים היא אחת הערים הספורות בישראל המתאפיינות בריבוי מקרקעין פרטיים בתחום השיפוט שלהן.¹²⁷ נוסף על כך, רוב שטחה של ירושלים המערבית מוסדר או רשום.¹²⁸ לעומת זאת, רק מיעוט שטחה של ירושלים המזרחית מוסדר.¹²⁹ כפי שציינת, הממשלה אינה נכונה לבצע הסדר זכויות במזרח העיר, למעט באזורים אשר הופקעו או משמשים למגורי אוכלוסייה יהודית.¹³⁰ יוטעם כי ממשלת ישראל אף אינה נכונה לחדש ולהשלים את הליכי ההסדר שהחלו בתקופת השלטון הירדני אך לא הושלמו עובר ליוני 1967.¹³¹ כאמור, כל זאת בשל מה שהמדינה מכנה "קשיים מעשיים ומדיניים". המדינה אינה מפרטת את מהותם של הקשיים האמורים. ניתן לשער¹³² כי מבחינת השיקולים המעשיים הכוונה היא לצורך לכונן מנגנון מקצועי שיוכל לגשר בין התנגדותם של תושבי מזרח ירושלים למוסדות השלטון הישראליים¹³³ לבין החובה וההכרח להשיג שיתוף-פעולה מלא של האוכלוסייה

מקרקעי הנגב ראו, למשל, החלטה 1028 של מועצת מינהל מקרקעי ישראל "מחירי קרקע פיצויים ומגרשי בניה לברואים בנגב" (2.5.2005).

127 למיעוט מקרקעין בבעלות ציבורית בשטחים עירוניים באופן כללי ראו: YIFAT HOLZMAN- 193 (1993). למיעוט מקרקעין בבעלות המדינה בשטחים שסופחו לירושלים ראו בבכשתי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 289.

128 אזורים ושכונות שאינם מוסדרים עדיין בשלמותם הם מרכז העיר, נחלאות, חלק מהשכונות גאולה ומאה שערים, וכן שכונות שהוקמו לאחר הרחבת תחום השיפוט של ירושלים: ארמון-הנציב, גילה, הגבעה הצרפתית, נוה-יעקב, הר-חומה. באזורים אלה יש כמה גושים ספציפיים שמצויים בעיצומו של הסדר, וגושי שומה אחרים נרשמו בפנקסי השטרות. מידע זה מבוסס על מקורות פנימיים שברשותי. על הסדרת ירושלים המערבית מייד לאחר קום המדינה ראו חיים זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל 346-343 (2000) (להלן: זנדברג הסדר זכויות).

129 בירושלים המזרחית הוסדרו רק בית-צפאפה, חלקים מבית-חנינא, שיח' ג'ראח וחיזמה. בחלק מבית-חנינא, בשועפאט ובחלק משיח' ג'ראח/ואדי ג'וז החלו הליכי הסדר בתקופת השלטון הירדני, אך לא הסתיימו. ראו גם זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 97.

130 לפתיחה בהליכי הסדר במקרקעין שסופחו לירושלים לאחר 1967, אך הופקעו והוקמו עליהן שכונות מגורים לאוכלוסייה יהודית, ראו, למשל, הודעה מוקדמת בדבר התחלת הסדר זכויות במקרקעין בפסגת זאב (ארמות שועפאט ובית חנינא), י"פ 5776, 1935 (10.1.2008). כן ראו הודעת הסדר לפי סעיף 9 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין בגוש רישום מס' 31337 (חלק מגוש ירדני 30511, ירושלים) י"פ 5993, 5527 (16.8.2009) (בשכונת אבו-טור ה"יהודית", בין הרחובות הגיחון וחנוך אלבק לבין טיילת שרובר).

131 לתוקפם של הליכים אלה ראו לעיל ה"ש 31.

132 ראו שרגאי תכנון, דמוגרפיה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 27-28; והשוו לסיבות להתליית ההליכים של הסדר הזכויות בגדה המערבית, כמפורט אצל לוי-שנור "סכסוכי קרקעות", לעיל ה"ש 7.

133 ראו הלל כהן כיכר השוק ריקה – עלייתה ונפילתה של ירושלים הערבית 1967-2007 (2007). השוו יורם בר-סלע "אכיפת החוק בירושלים המזרחית" ירושלים – היבטים

בעת ביצועו של הסדר זכויות במקרקעין. נוסף על כך, בנוגע לחידוש הליכי הסדר שהתחילו בתקופה הירדנית וטרם הסתיימו, יש הכרח באיתור מסמכים היסטוריים ובהגנה על זכויות אפשריות של צדדים שלישיים,¹³⁴ אשר חלקם הינם נפקדים. פעילות כזו כרוכה כמוכן בקשיים טכניים ומעשיים. הקשיים המדיניים נוגעים, כך נראה, ברגישות הבין-לאומית והבין-דתית הכרוכה בכל פעילות שלטונית-ממלכתית ישראלית במזרח העיר, וברגישות הקרקעית בפרט, כפי שתוארו לעיל.

חלק בלתי-ידוע מהמקרקעין שאינם מוסדרים, בפרט אלה שבשטח הבנוי, רשומים בפנקסי המקרקעין שאינם מוסדרים (פנקסי השטרות). נסיוני לקבל מידע נוסף בעניין זה לא נשא פרי. בניסיון לעמוד על היקף התופעה של המקרקעין שאינם רשומים כלל, ועל-מנת להצביע על מרכזיותה של ירושלים בין סך כל המקרקעין שאינם רשומים, הגשתי לאגף רישום והסדר זכויות במקרקעין במשרד המשפטים בקשה, לפי חוק חופש המידע, לקבל נתונים בדבר היקף הבקשות לרישום ראשון פרטני שטופלו על-ידי בשנים 1991-2006. הבקשה לקבל את מספר התיקים בחלוקה לנפות נענתה, ותוצג להלן,¹³⁵ אולם בקשה לקבל נתונים נוספים – מספר תיקי הבקשות שהתקבלו לעומת מספרם של אלה שנדחו, חלוקתם לפי שנים ולפי נפות, וכן השטח בדונמים שהקיפו בקשות אלה – נענתה בשלילה, בשל העדר ריכוז נתונים כזה בהנהלת האגף. בקשה לעיין בתיקי הבקשות או בהחלטות הרישום נענתה בשלילה אף היא.¹³⁶

סך כל הבקשות לרישום ראשון שהוגשו בתקופת הזמן האמורה הוא 489 בקשות. חלק הארי של בקשות אלה (65%) נוגע במקרקעין בירושלים.¹³⁷ ממצאים אלה מתיישבים עם הערכתו של איזנשטיין¹³⁸ – הן בהיבט היקפה המוגבל של תופעת הרישום הראשון הפרטני

משפטיים 26 (אורה אחימאיר עורכת, מכון ירושלים למחקר, התשמ"ג).

134 ראו בהקשר זה ע"א 10646/07 אבו עסב נ' אלחוסני (לא פורסם, 21.10.2009).

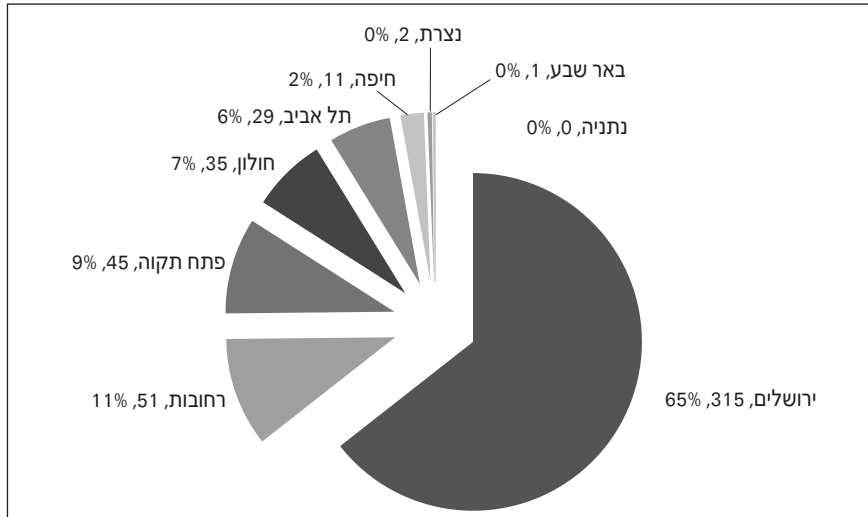
135 בקשת המחברת לממונה על חוק חופש המידע במשרד המשפטים, 27.12.2006; תשובת הממונה על חוק חופש המידע במשרד המשפטים למחברת, 3.1.2007.

136 בהעדר נתונים נוספים, ואף בלי קשר לכך, נענתה הנהלת האגף לבקשתי לקיים ראינות עם בעלי-תפקידים אשר רלוונטיים לנושא המאמר. ביום 21.5.2009 הגשתי לוועדה לבדיקת נגישות הערכאות למחקר אקדמי נייר-עמדה בנוגע לעיון בהחלטות בנושא רישום ראשון של מקרקעין, ובו הצעה להמליץ על מתן היתר לחוקרים/ות לעיין בתיקי בקשות לרישום ראשון וכן בהחלטות של מפקחים וממונים במסגרת תיקי רישום ראשון, ואף להעתיקם. דוח הוועדה טרם פורסם, ואין לדעת אם הוועדה תתייחס לנושא.

137 מנתוני משרד המשפטים לשנת 2007 עולה כי בשנה זו הוגשו 29 בקשות לרישום ראשון ולחידוש רישום, מהן 15 בירושלים ו-14 בחיפה. אם כן, אף ללא ההפרדה הנחוצה בין סוגי הבקשות, המגמה העולה מהנתונים עד לשנת 2006 נשמרה גם בשנת 2007. בשנת 2008 הוגשו 33 בקשות לרישום ראשון ולחידוש רישום, כולן בירושלים. ראו www.justice.gov.il. MOJHeb/HagafLrishomMekakein/Statistika.

138 אריה איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין כרך א: המירשם ופעולות במקרקעין 134, 155 (מהדורה שנייה, 1995), מציין כי מקרקעין אשר טרם נרשמו מצויים בעיקר באזורי ירושלים והגליל, ובמידת-מה גם בנגב.

איור 1: בקשות לרישום ראשון פרטני 1991–2006 בחלוקה נפתית



מקור: הנהלת האגף לרישום והסדר זכויות במקרקעין, ינואר 2007.

והן בקיומו של ריכוז גדול יחסית של מקרקעין לא־רשומים בירושלים, הנלמד מתוך היקפן הגבוה של הבקשות לרישום במחוז זה.

אף שלא התאפשר לי לקבל נתונים מספריים לגבי חלוקת הבקשות בין מזרח ירושלים לבין מערבה, אני מסיקה כי חלק־הארי של בקשות אלה נוגע במזרח העיר. מסקנתי זו מבוססת על כמה מרכיבים שיפורטו בפסקה הבאה, כמו־גם על מקורות בלתי־רשמיים נוספים.

ראשית, בריאיון עם פקיד ההסדר של ירושלים¹³⁹ נמסר לי כי בהתאם למדיניות הממשלתית, שעליה עמדת, לא נעשה כיום הסדר של גושים חדשים במזרח ירושלים,¹⁴⁰ אף שבמערב העיר נעשה הסדר כזה, ולכן לגבי מקומות לא־מוסדרים מתאפשר לאנשים פרטיים לבצע הליך של רישום ראשון. פקיד ההסדר הדגיש את המגבלות והקשיים הרבים הכרוכים בביצוע הליך הסדר, במיוחד באזורים עירוניים, וסבר כי ההצעה שהעליתי לפניו – להרחיב את אזורי ההסדר ולייצר תמריצים לנקיטת הליכים אלה בירושלים – אינה מעשית. שנית, מבדיקת ההליכים המשפטיים הנוגעים ברישום ראשון עולה כי רובם ככולם נוגעים במזרח ירושלים. שלישית, מדוח ועדת זמיר, העוסק אומנם ברישום ראשון של מקרקעין

139 ריאיון טלפוני עם דניאל אוסטר, פקיד הסדר ירושלים (8.10.2007).

140 ייתכן שהפרסומים על ביצוע רישום ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים הם חריג שאינו מעיד על הכלל. ראו נדב שרגאי "לראשונה: ישראל רושמת בטאבו נכסים ברובע היהודי" הארץ 11.3.2008. כן ראו בעניין זה מבקר המדינה דוח שנתי 2005 – לשנת 2005 ולחשבונות שנת הכספים 2004, 389–390 (2006).

בגדה המערבית,¹⁴¹ עולה מסקנה דומה ביחס לבולטותם של המקרים אשר נוגעים במזרח ירושלים ומשקפים בקשות של יהודים המבקשים לרשום קרקעות שרכשו באזור. לבטוף, לפי נדב שרגאי, 90% מהקרקע באזורים הערביים במזרח ירושלים אינה מוסדרת.¹⁴² ניתן לשער במידה גבוהה של סבירות כי הריבוי היחסי (מכלל הארץ) של הליכים לרישום ראשון באזור מזרח ירושלים נובע מזניחת הליכי ההסדר בשל המדיניות הממשלתית שעליה עמדת. המסקנה כי בהעדר מנגנון ציבורי לרישום נעשה שימוש בחלופה הפרטית נלמדת מתוך הדברים.

את ההיקף הקטן של בקשות לרישום ראשון פרטני, במספרים מוחלטים, על-אף קיומו של שטח עירוני לא-מבוטל שאינו רשום, ניתן להסביר בשני אלה. ראשית, הגשת בקשות על-ידי תובעים פרטיים צריכה לצלוח מכשולים רבים. רק קיומם של תמריצים לרישום – ובכלל זה הבטחתה של זכות קניינית טובה (השקולה מבחינה קניינית לזכות המושגת בסיומו של הליך הסדר זכויות במקרקעין)¹⁴³ – עשוי לעודד פרטים להגיש תביעות אלה. מובן שיש נסיבות שבהן מוגשים הליכי רישום ראשון גם בלא קשר לתמריצים קנייניים – למשל, כאשר "זרים", אשר זכותם במקרקעין תוטל בספק על-ידי התושבים, מבקשים לבצע עסקה במקרקעין.¹⁴⁴ זהו המקרה הנפוץ של הגשת הליכי רישום ראשון על-ידי רוכשים יהודים במזרח ירושלים. שנית, גורם בעל משקל רב בהליכי רישום מקרקעין אינו מעורב בהליכי רישום ראשון. זוהי המדינה, אשר בכובעה כבעלת מקרקעין (או כתובעת זכות בהם)¹⁴⁵ אינה פועלת לרישום ראשון, ולו בהתאם לפרוצדורה הקבועה בחוק,¹⁴⁶ אלא נוקטת הליכי הסדר, אם בכלל.¹⁴⁷

141 הוועדה לבדיקת הסוגיה של רישום ראשון של מקרקעין באזור יהודה והשומרון דין וחשבון (בראשות פרופ' איל זמיר, 2005).

142 שרגאי תכנון, דמוגרפיה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 29. כן ראו לעיל ה"ש 129.

143 ראו את הדיון להלן בחלק ה.

144 השוו לניתוח התמריצים לביצוע רישום ראשון בנוגע לגדה המערבית אצל לוי-שנור "סכסוכי קרקעות", לעיל ה"ש 7.

145 כידוע, חלקם של מקרקעי ישראל מבין מקרקעי המדינה הוא עצום, ומוערך בכ-92%. ראו זנדרבג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 42. ויסמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 193, מתייחס למקרקעי ישראל כמהווים 93% ממקרקעי המדינה. כן ראו HOLZMAN-GAZIT, לעיל ה"ש 127, בעמ' 20-24. לפי דוח של מינהל מקרקעי ישראל משנת 2007 (אשר נתוניו שונים מאלה של אגף רישום והסדר מקרקעין), מתוך 21,029,485 דונם שהוסדרו עד אותה עת, 19,589,000 דונם הם מקרקעי ישראל, כלומר, כ-93% מכלל המקרקעין המוסדרים. ניתן להניח כי חלקם של מקרקעי ישראל מבין המקרקעין שטרם הוסדרו – בעיקר בנגב – אינו מבוטל, כך שהסדרתם עשויה להעלות את השיעור הכולל של מקרקעי ישראל מכלל מקרקעי המדינה. ראו מינהל מקרקעי ישראל דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2007, 105 (2008).

146 בע"א (מחוזי י"ם) 3374/09 כהן נ' הממונה על מרשם המקרקעין בירושלים (לא פורסם, 21.12.2009) צוין כי לדברי הממונה "נקבע לפני כשלושה עשורים, כי מקרקעין שאינם רשומים המוקנים לרשות ציבורית מכח הפקעה יירשמו על שמה בפנקס המקרקעין... ללא ההליכים המנויים בסימן ג' פרק ט' לחוק". לא ברור לי מהו המקור המשפטי לקביעה זו.

147 לנקיטת הליכי הסדר במקרקעין המשמשים לשכונות יהודיות ראו לעיל ה"ש 130 והטקסט הסמוך אליה.

3. אל מול הסדר הזכויות בנגב

חשוב להבחין, לטעמי, בין יחסה של ממשלת ישראל לביצוע הליכי הסדר במזרח ירושלים לבין יחסה לביצוע הליכי הסדר באזור הנגב, שבו האוכלוסייה הבדווית מצויה בסכסוך מרחבי מתמשך עם השלטונות. כפי שראינו, המדינה ממשיכה בשנים האחרונות – ואף תוך השקעת משאבים לא־מבוטלים – בביצוע הליכים של הסדר זכויות בנגב, חרף הקונפליקט שפעולות אלה מעוררות בינה לבין האוכלוסייה הבדווית. אוכל להציע שתי סיבות לכך שגורמי הרקע שתיארתו בפרק זה אינם מעצבים מדיניות של הימנעות מהסדר אף ביחס לאזור הנגב.

הסיבה הראשונה היא קיומם של מאפיינים מסוימים אשר ייחודיים למזרח ירושלים. הרגישות ביחס לאזור זה מבחינה פוליטית־מדינית, הן במבט פנים־ארצי והן במבט של יחסי החוץ, אינה זהה לרגישות ביחס לאזור הנגב. ההשוואה עם מדיניות הסדרת המקרקעין בנגב מבליטה את חשיבותה הפוליטית של ירושלים בעיני מקבלי ההחלטות, ואת העובדה שחשיבות פוליטית זו מצויה בלב ההכרעה לא לנקוט הליכי הסדר. המעניין הוא כי בעוד שבקום המדינה זוהתה חשיבות פוליטית־מדינית בהסדרת המקרקעין בירושלים המערבית, כאקט של הפגנת ריבונות ו"סימון גבולות"¹⁴⁸, המדיניות הנוכחית בנוגע להסדר המקרקעין במזרח ירושלים מסמלת את ההפך: העדר תביעה לריבונות.

גישה מרחיקת־לכת זו בדבר כוונותיה הפוליטיות של ממשלת ישראל לגבי מזרח ירושלים אינה מתיישבת לכאורה עם חוק־יסוד: ירושלים או עם קווי־היסוד של הממשלה הנוכחית, אשר דומים בנקודה זו לאלה של ממשלות קודמות. הפער בין הגישה המוצהרת ביחס ל"אחדות" ירושלים לבין זניחת הליכי ההסדר עשוי להצביע על עוצמתו של הקושי השלטוני בביצוע הליכים אלה. הניתוח שהצעתי מחדד את הפער בין הרטוריקה לבין המעשה, ומאפשר אולי גם לרמוז כי ייתכן שהמעשה, שהינו עקבי זה כמה עשורים, איתן יותר ומחייב יותר מאשר הדיבור ההצהרתי. גישתי, שלפיה השיקול העיקרי המונע את חידוש הליכי ההסדר הוא החשש מפני קונפליקט ו"הבערת" השטח, נראית כמסתברת גם מטעם זה. הסיבה השנייה לכך שגורמי הרקע שתיארתו אינם מעצבים את מדיניות ההסדר ביחס לאזור הנגב היא העדרה של תרומה אפשרית למצאי הקרקעי הלאומי. כאמור, קיימת הערכה, אשר רווחת גם בקרב הדרגים הממשלתיים והפקידותיים, שלפיה החלק היחסי של המקרקעין הפרטיים בירושלים הוא גבוה.¹⁴⁹ מכאן נובע כי המדינה לא תעשיר את קופת המקרקעין שלה כבעלים בעקבות ההסדר. הערכה הפוכה קיימת ביחס למקרקעי הנגב,¹⁵⁰ ומכאן קיומו של תמריץ לאומי וכלכלי להעמקת ביצועם של הליכי ההסדר בנגב.

אכן, הרצון לברר את היקף זכויותיה של הממשלה במקרקעין ולעצור את "אובדנם" של מקרקעין בשל קיומה של טענת התיישנות מכוח החזקה, כתמריץ לביצוע הסדר, אינו

148 זנדברג הסדר זכויות, לעיל ה"ש 128, בעמ' 343-346.

149 לחלקה הגדול יחסית של האוכלוסייה הערבית בקרב הבעלים של מקרקעין פרטיים ראו זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 42-43. להעדר נכסים בבעלות יהודים בעיר העתיקה בירושלים ראו זמיר ובנבנשתי אדמות היהודים, לעיל ה"ש 111, בעמ' 19; בבנשתי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 292.

150 ראו בהקשר זה זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 94, בעמ' 143-148.

ייחודי לנגב. מניע זה הנחה את שלטונות המנדט בפועלם להסדרת מקרקעי הארץ, וכן את ממשלת ישראל בפועלתה להמשך הסדרת המקרקעין לאחר קום המדינה.¹⁵¹ גורם נוסף שהשפיע על החלטותיה של ממשלת ישראל בנוגע להסדר מקרקעין הוא הרצון לפעול להסדר אזוריים אשר עמדו לפני פיתוח או נדרשו להתיישבות לפי מדיניותה של ממשלת ישראל.¹⁵² ייתכן שרצון דומה אינו קיים ביחס למזרח ירושלים הערבית, אם כי מוקדם עדיין לבסס אפשרות זו.

גם אם שני השיקולים האחרונים לגיטימיים כשלעצמם, אין בהם כדי להוות הצדקה לנקיטת פרקטיקה של הפרטה-הפרדה. כאמור, קיומם של מאפיינים חברתיים-פוליטיים אשר ייחודיים למזרח ירושלים עשוי לאפשר את ראייתה של מדיניות ייחודית ונפרדת המוחלת בהקשר של הסדר הזכויות במקרקעין כטיפול שונה לשונים. בעוד השיקול הריבוני מתקשר למאפיינים אלה, השיקולים הכלכליים ומדיניות ההתיישבות של המדינה אינם רלוונטיים. המדינה אינה רשאית לשקול את טובתה ה"פרטית" התועלתנית במובן הכלכלי בהחלטה שלטונית אשר יש בה משום פגיעה בזכות-יסוד של הפרט (כאן, זכות הקניין והזכות לשוויון).¹⁵³ סופו של דבר, אין בטעמים אלה כדי להצדיק את המדיניות הנוכחית. לסיכום, ניסיתי להצביע על המאפיינים העומדים ברקע המדיניות של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים. הראיתי כי לצד גורמי הרקע הנוגעים ביחסים שבין הממסד לבין המיעוט הפלסטיני, יש השפעה רבה למאפיין הפרטיקולרי של ירושלים – הרגישות המיוחדת הקיימת ביחס אליה. לא נפקד גם מקומו של השיקול התועלתני הצר – העובדה שלמדינה לא יהיה "רווח" קרקעי כתוצאה מן ההסדר. בין השיקולים יש לטעמי יחס של השלמה: המדינה אינה נכונה לעימות מקום שהרווח הישיר שלה אינו גבוה. חרף קיומו של יחס השלמה זה, רק מערך השיקולים הראשון מהווה בסיס להצדקת מדיניות של הפרטה-הפרדה. מכל מקום, אין בקיומה של הצדקה כזו כדי להכשיר קיומה של הפליה תוצאתית. בפרקים הבאים אעמוד על שני היבטים של הפליה הכרוכים במדיניות הנוכחית, ואבחן באיזו מידה הם ניתנים למזעור ולנטרול.

ה. ערכם של הרישומים המושגים בהליך הרישום הראשון הפרטני

עמדתי על כך שגם כאשר ניתן להצדיק מדיניות של הפרדה, אי-אפשר להצדיק תוצאות של הפליה,¹⁵⁴ ועל-כן ההצדקה למדיניות תהיה תקפה אם ורק אם ניתן לבטל את התוצאות המפלגות. בפרק זה אעמוד על-כן על המובן הפרטי של אפשרות הרישום הפתוחה לפני תושבי מזרח ירושלים ובעלי הזכויות במקרקעין שם, וזאת לעומת המובנים הציבוריים של הליך הסדר המקרקעין. באופן זה אצביע על חלק ממאפייני הפליה הכרוכים במדיניות הממשלתית הנוכחית, ואבחן אם מאפיינים אלה אינהרנטיים למדיניות או ניתנים לשינוי. המרכיב הראשון של הפליה הנגרמת כתוצאה מהמדיניות הנוכחית הוא לפיכך נחיתותם של הרישומים המושגים בסימום של הליך הרישום הפרטני מבחינת איכותם וטיבם. נשאלת

151 ראו זנדרברג הסדר זכויות, לעיל ה"ש 128, בעמ' 360-361.

152 שם, בעמ' 343-346; פורמן "מבצע ההסדר", לעיל ה"ש 103.

153 השוו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113, 144 (1995).

154 ראו, למשל, לעיל ה"ש 10 ו-55 והטקסט הסמוך אליהן.

השאלה אם העדרן של ציבוריות או ממלכתיות בפעולה הפרטית הוא שפוגע בטיב הזכות הקניינית הנוצרת בסיומה, ואם פגיעה זו – אם תאותר – הינה הכרחית או בת־תיקון.

1. הבחנות יסוד

בפתח הדיון נדרשת על־כן הצגה תמציתית של מהותם של הליכי ההסדר ושל החלופה הפרטית להן. הסדר הזכויות במקרקעין משתייך למשפחת הפעולות המשפטיות המכוונות לרישום, בפעם הראשונה, של מקרקעין אשר עד לאותה עת לא בא זכרם בספרי הרישום. דהיינו, ההסדר הינו סוג של "רישום ראשון", במובנו הלשוני הישיר של מונח זה. גם ההליך הפרטני לרישום מיועד לאותה תכלית בדיוק: רישום הראשון של מקרקעין אשר טרם נרשמו במרשם. אולם בין הליך ההסדר לבין ההליך הפרטני יש הבדלים אחדים שאעמוד עליהם להלן.

את הליך ההסדר ואת ההליך הפרטני לרישום ראשון ניתן לנתח ביחס לשתי ההבחנות הבאות: אפיון שיטת הרישום (סיסטמטית או ספורדית) וזיהוי מערכת הרישום (זכויות או שטרות).

אתייחס, ראשית, לאפיון שיטת הרישום. שתי שיטות מרכזיות באות כחשבוך. הראשונה היא שיטה של רישום סיסטמטי. הליך הסדר הזכויות משתייך לשיטה זו.¹⁵⁵ כאן הכוונה לתהליך שיטתי, סדור ויוזום מצד המדינה של רישום כל חטיבות המקרקעין במדינה, אזור אחר אזור, כפר אחר כפר, מתחם אחר מתחם. כאמור, היוזמה לנקיטת הליך זה באה מצד גופי השלטון, ויש בו כדי להביא בסופו של דבר לידי כיסוי מלא ומקיף של המקרקעין במדינה. אדם פרטי אינו יכול לתבוע, כעניין של דין, שיעשה הסדר במקרקעין מסוימים.¹⁵⁶ השיטה השנייה היא רישום ספורדי, ובמסגרתה המקרקעין אינם נרשמים באופן שיטתי, אלא באורח מפורז ואקראי, לפי דרישה נקודתית־פרטנית של בעלי המקרקעין. בהקשר של חוק המקרקעין, רק שיטת הרישום הספורדי זוכה משום־מה בכינוי "רישום ראשון", חרף העובדה שגם רישום סיסטמטי הינו סוג של רישום ראשון. לעומת ההליך הסיסטמטי, ההליך הספורדי הינו הליך פרטי, בראש ובראשונה משום שהיוזמה לנקיטתו מגיעה מהטוען לזכות במקרקעין,¹⁵⁷ ואינה מבוססת על החלטה ממשלתית.

לאחר שאפיינו את שיטת הרישום, יש לאתר מהי מערכת הרישום. קיימות שתי קבוצות בולטות של מערכות: זכויות ושטרות. הקבוצה הראשונה כוללת מערכות של רישום זכויות, שבהן הרישום הוא הוכחה לזכותו של הבעלים הרשום, ועל־כן ניתן להסתמך על המרשם במידה זו או אחרת. מקורן של מערכות רישום הזכויות במחצית השנייה של המאה התשע־עשרה, והן נודעות בשם "שיטת טורנס" על־שם מייסדן (Torrens).¹⁵⁸ הקבוצה השנייה

155 ההליכים נעשים בהתאם לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר).

156 עמדה זו התקבלה, למעשה, בעניין חגאזי, לעיל ה"ש 2.

157 כך לשונו של ס' 134 לחוק המקרקעין: "מקרקעין שעדיין אינם רשומים בפנקסי מקרקעין, כל התובע זכות בהם רשאי לבקש את רישומם."

158 ויסמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 290; Pamela O'Connor, *Registration of Title in England*; 290 and *Australia: A Theoretical and Comparative Analysis*, in 2 MODERN STUDIES IN

כוללת מערכות של רישום שטרות, שבהן הרישום אינו משקף את הזכות, אלא את העסקה שנערכה במקרקעין.¹⁵⁹ המרשם במצב זה אינו מהווה, כעניין שבעיקרון, הוכחה לקיומה של זכות קניינית, ויש בו כדי להוות ראיה לכאורה בלבד לנכונותו. רישום שנעשה בפנקס השטרות שונה אם כן מרישום שנעשה בפנקס הזכויות מבחינת ההגנה הקניינית המוענקת לבעלים הרישום.¹⁶⁰ ניתן לומר כי המדינה ערבה לנכונותן של תוצאות הרישום בפנקס הזכויות, אך לא כך לגבי הרישום בפנקס השטרות.¹⁶¹ כך, הפרמטר המרכזי המבחין בין שתי השיטות – רישום שטרות ורישום זכויות – הוא המידה שבה המדינה מעניקה ודאות לזכות הרשומה, ובכלל זה תקפותה ביחס לזכויות סותרות.¹⁶² שאלה מרכזית להבחנה בין השיטות היא לפיכך מה הדין כאשר מסתבר כי שרשרת הזכויות שבעקבותיה נרשם הבעלים הנוכחי הינה פגומה, וכי לבעלים קודם יש זכות (בלתי־רשומה) במקרקעין. הברלים אחרים, כגון שיטת שימור המידע ומידת המיפוי, אינם אינהרנטיים לשיטת הרישום.¹⁶³

את ההבחנות שהצעתי – מערכת הרישום ושיטת הרישום – ניתן לזהות על־כן כאפיון של ההליך, מחד גיסא, וכאפיון של תוצאותיו, מאידך גיסא. את שתי ההבחנות ניתן למקם על־גבי רצף פרטי-ציבורי, כמתואר בתמציתיות רבה בטבלה 2 וכמובא בהרחבה בתת־פרק הבא.

טבלה 2: אפיון שיטת הרישום ומערכת הרישום לפי הדין הקיים על־גבי הרצף פרטי-ציבורי

הסדר זכויות	רישום ראשון פרטני	ההליך (שיטת הרישום)
ציבורי (הסדר)	פרטי למחצה (ספורדי)	התוצאות (מערכת הרישום)
ציבורי (זכויות)	פרטי (שטרות)	

בהתאם לחוק המקרקעין, הרישום הראשון הוא פרטי הן במימד ההליכי של שיטת הרישום והן בתוצאותיו – במערכת הרישום. כפי שאראה להלן, תוצאה זו אינה חיונית, וניתן שיטת רישום ספורדית המובילה לרישום בפנקס הזכויות.

S. ROWTON SIMPSON, PROPERTY LAW 81, 81–82 (Elizabeth Cooke ed., 2003) ראו גם:
 LAND LAW AND REGISTRATION 68–69 (1976)
 159 James Edward Hogg, *Registration of Title to Land*, 28 YALE L.J. 51, 51 (1918); רב גביש קרקע ומפה – מהסדר קרקעות למפת ארץ ישראל 1920–1948, 158 (1991).
 160 ראו ס' 125 לחוק המקרקעין; ויסמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 289.
 161 ראו SIMPSON, לעיל ה"ש 158, בעמ' 19–23. ראו גם זנדרברג *הסדר זכויות, לעיל ה"ש 128*, בעמ' 85–87; חיים זנדרברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" *עלי משפט* ב 273 (2002).
 162 THEODORE B.F. RUOFF, AN ENGLISHMAN LOOKS AT THE TORRENS SYSTEM 8 (1957)
 163 SIMPSON, לעיל ה"ש 158, בעמ' 19; ויסמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 294–296; Thomas J. Miceli & C.F. Sirmans, *The Economics of Land Transfer and Title Insurance*, 10 J. REAL ESTATE FIN. ECON. 81, 82 (1995); Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans & Geoffrey K. Turnbull, *Title Assurance and Incentives for Efficient Land Use*, 6 EUR. J. L. & ECON. 305, 306 (1998).

כפי שהסברתי, הסדר הזכויות מתאפיין הן כמערכת רישומית ציבורית והן כהליך שותצאותיו ציבוריות־קנייניות. הליך הרישום הספורדי, לעומת זאת, לוקה בפרטיות הן בהליך והן – לפי הדין הישראלי – בתוצאות. כך, הדין קושר באופן חד־משמעי בין שיטת הרישום הסיסטמטית כמערכת של רישום זכויות לבין שיטת הרישום הספורדית כמערכת של רישום שטרות.¹⁶⁴ הרישום הראשון הספורדי בישראל מתווג מבחינת הדין כרישום שטרות. במילים אחרות, הדין קושר בין פרוצדורת הרישום לבין תוצאותיו. לטענתי, קישור זה אינו הכרחי. שיטה ספורדית העומדת בסטנדרטים של פומביות יכולה להניב רישום כמערכת של זכויות, וכך אכן המצב בשיטת המשפט האנגלית וכן בשיטה הירדנית, שעודה חלה בשטחי הגדה המערבית הנשלטים על־ידי צה"ל.¹⁶⁵

לטעמי, בנסיבות מסוימות החלת מערכת של רישום זכויות בשיטה ספורדית הינה חיונית לשם הגשמת ערכים של שוויון ומניעת הפליה.¹⁶⁶ לפיכך, גם אם מתקבלת העמדה שלפיה הסדר הזכויות במקרקעין לא ייעשה במזרח ירושלים, אין משמעות הדבר שאין מקום לשקול החלת מאפיינים של מערכת רישום זכויות באמצעות שיטה של רישום ראשון ספורדי, כדי למנוע את התוצאות המפלות של מדיניות זו או את חלקן. כלומר, אנו יכולים להימנע משינוי המדיניות הנוכחית, שלפיה המדינה אינה יוזמת רישום מקרקעין שטרם נרשמו במזרח ירושלים ואינה אחראית לביצוע רישום כזה, אולם לערוך במסגרת מדיניות זו שינויים בתפיסת הרישום הנעשה באופן פרטי, באופן שישפר את טיב הזכות הנרשמת ואת מעמדם של בעלי הזכויות במקרקעין.

טבלה 3 מצביעה על כיוון השינוי המוצע ביחס לציר פרטי-ציבורי.

טבלה 3: אפיון שיטת הרישום ומערכת הרישום לפי הדין המוצע על־גבי הרצף פרטי-ציבורי

הסדר זכויות	רישום ראשון פרטני	ההליך (שיטת הרישום)
ציבורי (הסדר)	פרטי למחצה (ספורדי)	
ציבורי (זכויות)	ציבורי (זכויות)	התוצאות (מערכת הרישום)

הרישום הראשון יישאר פרטי רק במובן של שיטת הרישום, ההליך. תוצאות הרישום ייפכו לציבוריות, בדומה לרישום לאחר הסדר.

טענתי על־כן היא כי את המרכיב של תוצאות הרישום ניתן להתאים לכל שיטת רישום, בין שהיא ציבורית (הסדר) ובין שהיא פרטית (ספורדית). ההתאמה הנרשמת נוגעת בעיקר בהחלת מאפיינים חפציים־פומביים בהליך. תוצאה זו עשויה להיות חיונית, כפי שאראה

164 ראו במיוחד ס' 125 ו־139 לחוק המקרקעין.

165 ראו לוי־שנור רישום ראשון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 149–191.

166 להצדקות נוספות להחלת מערכת של רישום זכויות בשיטה ספורדית, ובכלל זה התמריצים שמערכת כזו נותנת למחזיקי הזכויות לנקוט את ההליך הרישומי, ראו שם, בעמ' 66–77.

בהמשך, על-מנת למנוע את המרכיב ההפלייתי הכרוך בהפניית תושבי מזרח ירושלים לאפיק הספורדי מבלי שמוענקת להם באפיק זה זכות בעלת מימד ציבורי-קנייני.

2. הסדר זכויות לעומת רישום ראשון פרטני

בתת-פרק הקודם עמדתי על כך שמערכת הרישום (של זכויות) אינה אינהרנטית לשיטת הרישום (הסיסטמטית). כך, ניתן להגיע לשיטת רישום ספורדית שתוצאותיה הן רישום בפנקס הזכויות. בתת-פרק זה אעמוד ביתר פירוט על ההבדלים בין השיטה הסיסטמטית לבין השיטה הספורדית בהקשר הישראלי, ועל ההבדלים בין מערכת רישום זכויות לבין מערכת רישום שטרות. עמידה על ההבדלים תאפשר להצביע על כיווני השינוי הרצויים, מחד גיסא, ולהראות כי הותרת החלופה הפרטית לתושבי מזרח ירושלים במצב הדין הנוכחי כרוכה בהפליה. כך אראה הן את לקותו של הדין ואת ההפליה הטמונה בו והן את הדרך לתקן מרכיב מפלה זה.

הליך ההסדר נושא בחובו מאפיינים ציבוריים, בעוד הליך הרישום הפרטני נעדר מאפיינים אלה. לתופעה זו יש כמה היבטים, אשר כולם נקשרים למימד הפומבי של הליך ההסדר. פומביותו של הליך ההסדר מאפשרת להוביל להכרה בזכות קניינית שלמה בסיומו. על הליך הרישום הפרטני לחקות, בשינויים המתאימים, את מאפייני הפומביות הקיימים בהליך הסדר הזכויות במקרקעין, על-מנת להעצים את קנייניותו של ההליך. טבלה 4 מפרטת, בקיצור נמרץ, כמה מן ההיבטים המבחינים בין שני ההליכים.

טבלה 4: ההבדלים בין הליך הרישום הפרטני לבין הליך ההסדר מבחינת הציבוריות/הפרטיות של הליך הרישום¹⁶⁷

הסדר זכויות	רישום ראשון פרטני	
שר המשפטים	פרטית	היחזמה
תקציב המדינה	פרטית	נשיאה בעלות ההליכים
רחבה – כל שלבי ההליך מפורסמים הן בפרסומים הרשמיים והן במקום המקרקעין	מצומצמת	קיומה של חובה ליידע את הציבור
רחבה – הודעה בכפר/ביישוב, הקמת ועדת הסדר; חומרי ההסדר גלויים בדיעבד	מצומצמת – פרסום הודעה בילקוט הפרסומים; חומרי הרישום חסויים בדיעבד	פומביותו של הליך הבירור
רחבה – פרסום לוח רישום, הודעה על סיום הליך הסדר	מצומצמת מאוד – אין הודעה על סיום הליך הרישום; ההחלטות אינן מפורסמות	פומביותו של ההחלטות בסיום ההליך
רחבה	מצומצמת – רק לבעלי עניין	פומביותם של מסמכי ההליך

הליך הסדר הזכויות מתאפיין כהליך פומבי. דבר זה בא לידי ביטוי בכמה היבטים, החל ביוזמה לנקיטתו וכלה בפרסום החלטות הניתנות במסגרתו.

167 טבלות 4 ו-5 מבוססות על הוראות פקודת ההסדר, חוק המקרקעין, תקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל-1969, ותקנות המקרקעין (אגרות), התשל"ה-1974. אני נמנעת מהפניה ספציפית בכל אחד מהסעיפים.

ניתן לראות, אם כן, כי ההליכים שונים מאוד במהותם הציבורית/הפרטית. ההיבטים הפומביים בהליך ההסדר הם רחבים ועקביים. הליך הרישום הראשון הפרטני, לעומת זאת, מתקיים במידה רבה – מבחינת ההיבטים הפרוצדורליים שלו¹⁶⁸ – כהליך אדוורסרי בין מבקש הרישום לבין המתנגדים, אם יש כאלה. מבחינה קניינית, ככל שההיבטים הציבוריים של הרישום איתנים יותר כן ההגנה כלפי כולי עלמא הטמונה בהליך הרישום איתנה יותר. ההליך הפומבי מייצר, אם כן, הבטחה לקנייניותה של הזכות.¹⁶⁹ אכן, אף תוצרי הרישום נבדלים זה מזה, כפי שאראה להלן.

חשוב להדגיש כי מבחינת התנאים המהותיים לרישום – כלומר, במסגרת השאלה "מיהו הבעלים הזכאי להירשם" – הן ההליך הציבורי (הסדר) והן ההליך הפרטי (רישום ראשון) עומדים תחת אותם מבחנים בדיוק. ניתן לשייך על-כן את הפרטיות המוגברת של ההליך הפרטי כתוצאה של הפרוצדורה – הליך גיבושה ואיתורה של הזכות – אך לא כעניין מהותי. טבלה 5 מפרטת כמה מאפיינים קנייניים הנוגעים בטיבה של הזכות שנרשמה, דהיינו, בתוצאות ההליך. הטבלה עומדת על ההבדלים החפציים שבין תוצאותיו של הליך הרישום הראשון הפרטני לבין אלה של הסדר הזכויות.

טבלה 5: ההבדלים בין הליך הרישום הפרטני לבין הליך ההסדר מבחינת הציבוריות/הפרטיות של תוצאות הרישום¹⁷⁰

הסדר זכויות	רישום ראשון פרטני	רישום בפנקס השטרות
ראיה חותכת	ראיה לכאורה	מסקל הרישום
קיימת	אינה קיימת	חסינות מפני טעות ברישום
קיימת	אינה קיימת	הגנת מסתמכים על הרישום מפני טעות (שנרשמו בתמורה ובתום-לב)
קיימת	אינה קיימת	הגנה מפני מסיגי-גבול שהשלימו את תקופת ההתיישנות במקרקעין
רחבה	מצומצמת	הגנה מפני בונה ונוטע במקרקעי הזולת בתום-לב

הערך הקנייני של תוצאות הליך ההסדר עולה במידה ניכרת על זה של תוצאות ההליך הפרטי.

ניתן לראות, אם כן, כי התוצר של ההליך הפומבי פחות הוא קנייני פחות. כך, הזכות הקניינית במקרקעין הרשומים בפנקס השטרות אינה שוות-ערך לזכות הרשומה בפנקס

168 מגמה זו אינה ניכרת בהיבטים המהותיים של הרישום. ראו לויין-שנור רישום ראשון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 107-118.

169 ראו, למשל, מיגל דויטש "פומביות הקניין, חופש הקניין ותאימות השיטה – הצורך במודל וקווים לעיצובו" משפטים כג 257 (1994); ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 422 (2003).

170 לביסוס האמור בטבלה זו ראו לעיל ה"ש 167.

הזכויות. אם כן, להליך הפרטי, שאינו נהנה ממאפיינים פומביים וציבוריים מספקים, יש נפקויות בעת ההכרעה לגבי משקלה של הזכות הרשומה.

לטעמי, ניתן להגיע למאפיינים הציבוריים גם בעקבות נקיטת הליך ספורדי, אך עליו לקיים את כל ממדי הפומביות החלים ביחס להליך הסדר הזכויות. אימוץ זה יוביל לשיפור ולטיובו של ההליך הפרטני, ומכאן, בהכרח, לצמצום הפגיעה במי שמקרקעיו אינם מוסדרים אך שניתנת לו האפשרות לבצע רישום באופן פרטני. אולם עד לעריכת השינוי המוצע מן ההכרח לראות כי הדין הקיים כולל בחובו הפליה משמעותית. שלילת האפשרות לביצוע הסדר שוללת סדרה של הגנות קנייניות מן הנרשמים באופן פרטי. מטבע הדברים, תוצאה זו פוגעת אף בתמריצים לרישום ובהצדקות לכפייתו.

אני סבורה על-כן כי בהקשר הקנייני ניתן לגבש מדיניות של הפרטה במונח השני – של דה־פוליטיזציה של הסכסוך – מבלי להיקלע לבעיה, שתיארת לעיל, של העדר אפשרות להסתפק בספרה הפרטית ולהביא בה לידי ביטוי מלא את הזכות הנוגעת בדבר.¹⁷¹ פתרון זה מחייב, עם זאת, שהמאפיינים הפומביים – מייצרי הזכות החפצית – יתקיימו במלואם בהליך הרישום הפרטני.

לסיכום, עמדתי על המאפיינים המרכזיים המבחינים את מערכת רישום הזכויות ממערכת רישום השטרות. במשפט הישראלי לרישום בפנקס הזכויות, לאחר הסדר מקרקעין, יש ערך עודף על רישום בפנקס השטרות, לאחר רישום ראשון. הבדל זה משפיע מאוד על המשקל שיש לרישום בפנקס השטרות ועל עוצמת התמריצים שיש לבעלים פרטיים לקיים את ההליך הפרטי. תוצאת הדברים היא שאין לראות את שני סוגי הרישומים כשווי־ערך, אלא ערכו של הרישום לאחר ההסדר עולה בכמה וכמה מובנים על הרישום לאחר רישום ראשון. זוהי אחת התוצאות השליליות של הפרטה במונח השלישי, קרי, של הפרטה במונח של העברת האחריות לירדיים פרטיות.¹⁷² אם כן, מעבר לעצם ההכרח בנקיטת יוזמה לרישום המקרקעין, גם כאשר ננקטת יוזמה כזו, היא מניבה פירות אשר רחוקים מלהיות שווי־ערך לאלה שהם תוצר ההסדר. תוצאה שלילית זו אינה חיונית, וניתן לגבש הליך רישום מופרט שייעשה ביוזמת הנוגעים בדבר, בלי מעורבות ממשלתית בהחלטה על נקיטתו, אך שתוצריו יבטיחו הגנה קניינית־ציבורית לנרשמים. אולם עד לגיבושו של הליך כזה יש לומר כי הדין הקיים נושא בחובו מטען של הפליה כאשר המדינה מדירה את רגליה מרישום המקרקעין במזרח ירושלים.

3. כיוון השינוי הרצוי: השוואת תוצרי הרישום

עמדתי על כמה מאפיינים המבחינים בין תוצר הרישום לאחר הסדר לבין תוצר הרישום לאחר רישום ראשון. הסברתי כי לגישתי מאפיינים אלה מהווים הפליה בתוצאות. עם זאת, אני סבורה כי ניתוח נכון של דיני רישום המקרקעין מעלה כי ניתן לגרום לכך שהליך רישום ראשון פרטני יקיים מאפיינים מספקים של פומביות, ומכאן שתוצריו יוכלו לזכות בהכרה חפצית מלאה, השווה לזו המושגת בסיומו של הליך הסדר זכויות במקרקעין. הצעתי היא לפיכך לחזק את מעמדם של הרישומים המושגים בעקבות רישום ראשון לפי

171 ראו לעיל תת־פרק ב2.

172 ראו לעיל תת־פרק ב3.

חוק המקרקעין, תוך יצירת קטגוריה מתאימה בחקיקה אשר תשווה את התוצרים של הליך הרישום הראשון הפרטני לתוצרים של הליך ההסדר. הצעה זו מותנית בכך שיוקשחו מרכיבי הפומביות שבהם יהיה על בקשה לעמוד כתנאי לקבלתה. מבלי למצות כאן את הרעיונות העשויים לבוא בחשבון בהקשר זה, אדגיש את השינויים המוצעים בסעיפים הבאים בנוגע לאופן חיזוקו של המימד הפומבי ולשינוי במעמדן של תוצאות הרישום שאמור להתלוות לחיזוק המימד הפומבי.¹⁷³

(א) פומביות

יש מקום לראות את הליך הרישום הראשון כהליך חפצא, ולהחיל עליו את הכללים המקובלים בהקשר זה ביחס לפומביות. כך, יש מקום לדרוש פרסום בשטח המקרקעין מושא ההליך ובעיתונות,¹⁷⁴ וכן מסירת הודעה לשכנים על-אודות הגשת הבקשה. כמו-כן, הדיונים בבקשות הרישום צריכים להיות פומביים, וכך גם ההחלטות הניתנות בסיומם. בכלל זה צריך שיתקיים סיוור במקרקעין. ראוי שיעשה שימוש באמצעים טכנולוגיים, כגון אתר האינטרנט של משרד המשפטים, כדי להעלות אליו מידע בדבר קיומם של ההליכים ובדבר תוצאותיהם. כן יש לשאוף ליצירת מאגר מידע גיאוגרפי דיגיטלי (מ"ג) פתוח לציבור, אשר יכיל את שכבת הרישומים שנעשו כתוצאה מרישום ראשון פרטני. יש לשאוף להרחיב את אפשרות העיון במידע על-אודות הליכי רישום אשר התקיימו או מתנהלים בהווה, ולפתוח את דיוני הרישום לכל המעוניין. אכן, הפיכתו של הליך הרישום הראשון לפומבי-קנייני תחייב את כל מי שעלול להיפגע ממנו ליטול בו חלק, שאם לא כן יהיו לכך השלכות שליליות מבחינתו. אולם האם פתרון זה, הכרוך בהעלאת רמת הפומביות של הליך הרישום, לא יוביל בסופו של יום להתנגדות ולהתקוממות פוליטית-מדינית, אשר בשל החשש מפניהן גובשה מלכתחילה מדיניות ההימנעות מהליכי ההסדר? אני סבורה כי התשובה לכך שלילית, שכן נותר עדיין הברדל מבחינת הגורם היוזם את נקיטת ההליך ומבחינת שיטתיות הפעולה. ככל שהיוזמה היא פרטית, קיימת הנחה מראש של נוקטת ההליך כי היא תצלח בו. ייתכן אומנם שההליך יסתיים בתוצאה שאינה לרוחה של המבקשת, אך נקודת המוצא תיוותר עדיין שונה, והסבירות גם-כן. נוסף על כך, פעולה אשר אינה נעשית באופן שיטתי וגורף,

173 ניתן לטעון כי עם השוואת תוצאות הרישום תיהפך מערכת הרישום הראשון לעדיפה על ההסדר מבחינת האלגנטיות שלה ומבחינת הפרוצדורה הכרוכה בהשגת הרישום. אם אכן כך יהיה, ברור כי התמריצים לפנייה מטעם גורם פרטי לרשויות השלטון בתביעה לביצוע הסדר זכויות יפחתו (האפקטיביות של פניות כאלה, ככל שהן קיימות, אינה ברורה כלל – ראו עניין חיגאזי, לעיל ה"ש 2). האם במצב זה תחדל המדינה מביצוע הסדר? אפשר שלמעט במקרים שבהם המדינה מעריכה כי היא עשויה לקבל את חלק-הארי של המקרקעין שהוסדרו, היא תימנע מפעולה. אולם כפי שהראיתי, לטענתי זהו כבר מצב הדברים כיום, כך שלא יהיה בכך כל חדש.

174 לא מכבר פרסם אגף רישום והסדר מקרקעין טיוטה להערות הציבור של תקנות מקרקעין (ניהול ורישום), התשס"ט-2009. תק' 46 מציעה להוסיף לדין הקיים שמפקח יהיה רשאי להורות כי בקשות לרישום ראשון יפורסמו בעיתונים. לטעמי, הפרסום אינו צריך להיעשות על חשבון המבקש, כמוצע שם בתק' 96, לנוכח העובדה שהפרסום הינו אינטרס ציבורי ושעלות הפרסום בהסדר מוטלת על שכמה של המדינה.

אלא באופן נקודתי, עשויה לא ליצור תחושה בקרב הציבור הרלוונטי כי הוא נמצא תחת מתקפה שלטונית.

(ב) חיזוק תוצאות הרישום

עם הגשתה של בקשה לרישום צריך שיהיה לה ביטוי ב"הערת פתיחה"¹⁷⁵, אשר תחזק את התמריצים למקרה של תחרות זכויות. ההערה רצויה שתהיה מוגבלת בזמן, לשם הבטחת קידום של הליכי הרישום.

יש לראות ברישום בסיומו של ההליך משום הוכחת זכות. לרישום ראשון ספורדי צריך להקנות מעמד קונקלוסיבי, בהתאם לסעיף 125(א) לחוק המקרקעין. רק מקרים חריגים של טעות ומרמה – בדומה לסייגים להסדר הזכויות במקרקעין¹⁷⁶ – יצדיקו תקיפה של הרישום לאחר מעשה בכל הנוגע בטענות שעילתן קדמה לרישום. זאת, בתנאי שטרם בוצעה עסקה, הנהנית מהגנת תקנת השוק לפי סעיף 10 לחוק, אשר את תחולתה יש להרחיב לדעתי גם על רישום מסוג זה.

יש לפעול להאחדת תוצרי הרישום הראשון עם תוצרי ההסדר. בכל ההקשרים שעליהם עמדתי שבהם יש הבדלים בתוצאות המשפטיות בין הרישום בפנקס השטרות לבין הרישום בפנקס הזכויות, ובכלל זה בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת והתיישנות, אציע לערוך שינויים בדין וליצור כללים משותפים וזהים, כך שתיווצר האחדה בכל הפרמטרים שאפיינתי לעיל כמשקפים מערכת "ציבורית" לעומת "פרטית".

סופו של דבר, אימוץ שני הפתרונות שתיארתי, המהווים סיבה ומסובב, ימנע חלק ניכר מהבעיות מן הסדר השני הכרוכות בנקיטת מדיניות הפרטה הפרדה, אם כי לא את כולן – ועל כך להלן.

1. החזקה שלפיה מקרקעין שאינם רשומים הינם חסרי בעלים

פן נוסף של ההפליה הנובעת מנקיטת מדיניות של הפרטה הפרדה נוגע בקיומה של חזקה (פרוזומפציה) שלפיה מקרקעין שאינם רשומים הינם חסרי בעלים. במילים אחרות, מחזיקי קרקעות שאינם רשומים אינם זוכים בהכרה משפטית ומעשית כמעמד מצד רשויות השלטון. הואיל ומהצדקתה של מדיניות הפרטה הפרדה לא נגזרת לטעמי הצדקה לחיוב בעלי מקרקעין בביצוע רישום פרטי של נכסיהם, התפיסה שלפיה הרישום הראשון הוא עניינם של הבעלים הפרטיים (ירצו – יירשמו; לא ירצו – לא יירשמו), לצד קיומה של

175 מונח זה שאוב מתקנות המקרקעין (סדרי רישום), התש"ך-1960, אשר קדמו לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל-1969, ובוטלו במסגרתן. הכוונה היא כי עם הגשת בקשה לרישום עסקה תירשם על כך הערה בפנקס המקרקעין, תוך ציון תאריך הגשתה, אשר תכונה "הערת פתיחה" (להבדיל מ"הערת חסימה" – המינוח הרווח בתקנות אלה ל"הערת אזהרה"). רישום הערה זו אינו מונע רישומן של הערות נוספות, אך הן יירשמו לפי סדר הגשתן, ויימחקו לאחר רישום העסקה בפנקסים. יהיה זה מנגנון ליצירת תיעוד רשמי לקיומן של התחייבויות לעשיית עסקה במקרקעין.

176 ס' 93-97 לפקודת ההסדר.

החזקה האמורה, מביאה לידי הפלייתם של תושבי מזרח ירושלים הערבים. להלן אציג כמה כיוונים ראשונים לשם פתרון.

1. הצגת הבעיה

מדינת ישראל מאשרת כי היא אינה מחדשת או מבצעת הליך הסדר זכויות במקרקעין במזרח ירושלים. עמדתי על האפשרות להצדיק מדיניות זו בטעמים של הפרטה-הפרדה. בטעמים אלה לא גלומה כל חובה פוזיטיבית שמחזיקים בנכסים ייגשו לרישום נכסיהם. על-מנת לתמצם לעשות כן, יש לחזק את ההיבטים הקנייניים שברישום הפרטני, באופן שעליו עמדתי בפרק הקודם. אולם ייוותרו עדיין שיקולים כבדי-משקל שירחקו טוענים לזכויות במקרקעין מנקיטת הליך רישום באופן פרטי. השיקול הראשון הוא החשש כי בעת הרישום תישלל זכותם של המחזיקים, בשל חוסר יכולת לעמוד בתנאים פורמליים או מהותיים אחרים. השיקול האחר נוגע בקיומם של נפקדים ובמורכבות המשפטית הנוצרת בשל כך. אני סבורה על-כן כי גם לאחר קידום של תמריצים אלה, תהיה עדיין המדינה מנועה מלהטיל לפתחם של המחזיקים בנכסים את האחריות לאירישומם, במובן זה שבנסיבות שבהן אין המקרקעין רשומים, תצטרך המדינה לראות את המקרקעין בבחינת "מקרקעין פרטיים שמחזיקיהם טרם זוהו בוודאות", וזאת עד לזיהוי קונקרטי אד-הוקי או רישומי.¹⁷⁷ כך, לגיטימי, כאשר המקרקעין אינם רשומים כלל במרשם המקרקעין, תיחשב בדרך-כלל המדינה כגורם לאירישומם, אף אם לזכות הבעלים עמדה האפשרות לנקוט הליכי רישום ראשון. לשינוי זה של החזקה יהיו נפקויות משמעותיות מבחינתם של המחזיקים בפועל,

177 אני סבורה כי הכרה זו לא תוביל להרעה במצבם של המחזיקים, אלא רק לשיפור במצבם. הרעה במעמדם של המחזיקים במצב כזה הייתה עלולה להתרחש אילו עצם ההכרה במקרקעין כ"פרטיים" הייתה מביאה לידי חשיפתם של המחזיקים לסיכון גדול יותר של ניצול מצד הממשלה. ראו: Larissa Katz, *Governing Through Owners* (לא פורסם, עותק שמור במערכת עיוני משפט) (המסבירה כי הממשלה עלולה לפגוע ביתר קלות ביחידים ובקבוצות הנהנים מהכרה פורמלית, באמצעות הפעלת כלים משפטיים פורמליים לכאורה, דוגמת מיסוי מוניציפלי). אולם הדין הישראלי מכיר כבר כיום במעמדם של המחזיקים כאשר הדבר משרת אינטרסים ציבוריים. כך, למשל, מס השבח מוטל בעת מכירת זכות במקרקעין, בלא קשר לרישומה (ס' 1 ו-6 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963), וחייב התשלום בארנונה כללית מוטל על המחזיק, ולא על הבעלים הרשומים (אם קיים) (ס' 8(א) לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ג-1992). "מחזיק" מוגדר בס' 1 לפקודת העיריות (נוסח חדש), נ"ח 8, התשכ"ד (1964.9.8), כ"אדם המחזיק למעשה בנכס כבעל או כשוכר או בכל אופן אחר, למעט אדם הגר בבית מלון או בפנסיון", ואילו "בעל" מוגדר שם "לרבות אדם המקבל, או הזכאי לקבל, הכנסה מנכס, או שהיה מקבלה אילו היה הנכס נותן הכנסה, בין בזכותו הוא ובין כבא כוח או כנאמן, בין שהוא הבעל הרשום של הנכס ובין שאיננו הבעל הרשום, וכולל שוכר או שוכר משנה ששכר נכס לתקופה שלמעלה משלוש שנים". כן ראו שם, ס' 325-326.

והוא יתרום לקידום התכלית של הפרטה במובנה הראשון, קרי, הפרטה במובן של הכרה בזכויות קנייניות, אף אם לא על-דרך רישומן.¹⁷⁸ להלן אציג שתי דוגמות לכך.¹⁷⁹

2. כיוון השינוי הרצוי

(א) החלטות על הפקעת מקרקעין ופעולות דומות

כאשר המדינה נמנעת מלפעול להסדרת הזכויות במקרקעין, קל לה יותר לגרום להפקעתם, מכיוון שהיא מציגה את ההפקעה לא ככזו הפוגעת בקניין הפרט, אלא ככזו הפוגעת במקרקעין "בסכסוך".¹⁸⁰ הנתון הכללי שלפיו מרבית הקרקעות "בסכסוך" הן למעשה בבעלות המדינה – נתון המתבסס על שיעורי ההצלחה בהליכי הסדר – מאפשר למדינה לנסות להמעיט במשקלן ובערכן של ההפקעות הנעשות באזורים לא-מוסדרים.¹⁸¹ נוסף על כך, המדיניות הממשלתית שאינה מאפשרת בירור זכויות בדיעבד במקרקעין שהופקעו¹⁸² שוללת מבעלי טענות לזכות במקרקעין את היכולת לזכות בהכרה בזכויותיהם, ומהווה לכן פגיעה במי שלא נרשמו. מסתבר כי המדינה נוהגת לרשום מקרקעין שהופקעו מבלי לקיים את הוראות החוק בנוגע לרישום ראשון, דהיינו, בלי הליך מסודר קודם לכך ומבלי שלציבור ניתנת הזדמנות לדעת על ההליך ולהתגונן מפניו.¹⁸³ בשל העמדה שלפיה אין צורך לקיים את דרישות החוק, מובן שהתנאים הנוגעים בפרסום ובמתן פומבי להליך אינם מתממשים כלל, ומכאן העדרה של בדיקת הזכות קודם להפקעה. בהתחשב בהיקף הגדול יחסית של הפקעות בירושלים, בפרט לאחר שנת 1967,¹⁸⁴ סוגיה זו אינה חסרת משקל. כך, לא רק שהמדינה מתייחסת למקרקעין לא-רשומים כאל מקרקעין "בסכסוך", ולפיכך נוטה להפקעת-יתר שלהם, היא אף נמנעת מבירור הזכויות שקדמו להפקעה בעת ביצוע הליך הרישום הראשוני. זאת ועוד, תחת המדיניות הנוכחית, בקשה לביטול רישום ראשון (של הפקעה) על-מנת לאפשר רישום זכויות שקדמו להפקעה נתפסת על-ידי הממונה על אגף רישום והסדר מקרקעין – כמו-גם על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים¹⁸⁵ – כתקיפה

178 ראו לעיל תת-פרק ב1.

179 אני משאירה בצד את השאלה אם אימוץ גישתי צריך להוביל לשינוי בדיני ההתיישנות במקרקעין לא-רשומים.

180 לאימוצה של טענה בעייתית זו, המזהה מקרקעין "בסכסוך" כמקרקעין שאינם פרטיים, ראו זנדברג **מקרקעי ישראל**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 97. ראו גם זנדברג "ירושלים – הסדר", לעיל ה"ש 120, בעמ' 514 וה"ש 48.

181 כזכור, במזרח ירושלים ההנחה היא שמרבית המקרקעין הם פרטיים, ולכן לפחות לגבי אזור זה אין להניח כי השיעורים הכלליים של מקרקעין "בסכסוך" המוכחים לבסוף כמצויים בבעלות המדינה יחולו גם לגבי שטח זה.

182 ריאיון עם אילנה יעקב, המשנה לממונה על אגף רישום והסדר מקרקעין (29.1.2007). כן ראו את כתב ההגנה שהוגש מטעם המדינה בת"א (מחוזי י"ם) 4362/02 אלג'ול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ו/או עיריית ירושלים (2004).

183 ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 146.

184 ראו לעיל בה"ש 120.

185 עניין כהן, לעיל ה"ש 146.

עקיפה של הפקעה, אשר אינה בסמכות הממונה. במצב דברים זה, הפתרון המעשי העומד לרשות מי שרוצה לברר את זכויותיו הוא הגשת תביעה נגד הרשות המפקיעה, שבמסגרתה התובע עותר לבית-המשפט בבקשה לברר את זכויותיו שקדמו להפקעה על-מנת שיוכל לקבל פיצויים או אף השבה של הנכס.¹⁸⁶ פתרון דחוק זה אינו ראוי ואינו רצוי. טעם אחד מני כמה לכך הוא שבעידן שבו הפקעה אינה סוף-פסוק,¹⁸⁷ שלילת האפשרות של טוענים לזכויות במקרקעין להוכיח את זכותם בהליך רישומי בעל תוקף מחייב עלולה למנוע מהם את הסעדים העתידיים העשויים להיות מוקנים לבעלים עם שינויה או ביטולה של מטרות ההפקעה.

עליכן הצעתי היא כי בעת קבלת החלטות על נטילה שלטונית יש לראות אף במקרקעין שאינם רשומים כמקרקעין פרטיים, על כל הנפקויות המתחייבות בשל השוואה זו. כך, למשל: א. בעת שקילת החלטה על הפקעה או פגיעה תכנונית יש לראות במקרקעין לא-רשומים כמקרקעין פרטיים שזהות בעליהם אינה ידועה.

ב. מקום שיש חובת שימוע לבעלים העלולים להיפגע מהפקעה או מפגיעה תכנונית, יש לזמן גם את המחזיקים בפועל, גם אם הם אינם רשומים. הפרקטיקה של קיום שימוע, שהייתה נהוגה בהתאם לעיגונה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה,¹⁸⁸ נהפכה לחובה מן הדין עם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).¹⁸⁹ לפי החוק המתוקן, בעל הקרקע ומי שיש לו טובת-הנאה בה צריכים לקבל הזדמנות לטעון את טענותיהם עם פרסומה של הודעה על כוונה לרכוש מקרקעין לצורכי ציבור. טרם הותקנו התקנות, ולפיכך לא ברור כיצד במקרקעין לא-מוסדרים תובטח זכותם של מחזיקים לקבל הודעה במועד ובאופן שיאפשרו להם לעמוד על זכותם. בתוספת לפקודה נקבע כי לפניות של בעל קרקע או של בעל טובת-הנאה בה יש לצרף מסמכים להוכחת הזכות בה. ברור כי אם לא תהיה היערכות מתאימה למצבם של בעלי הנכסים במזרח ירושלים, אשר חסרים בדרך-כלל מסמכים עדכניים ורשמיים להוכחת זכותם בקרקע, הם עלולים להיפגע.¹⁹⁰

186 ת"א (מחוזי י"ם) 2202/00 ת"ת הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' החברה לשיקום ולפתוח הרובע היהודי (לא פורסם, 26.6.2005).

187 ראו ס' 5 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 (להלן: חוק לתיקון פקודת הקרקעות).

188 על החובה לזמן לשימוע בעלים של מקרקעין אשר יש כוונה להפקיעם ראו ס' 10 ל"הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור - שימוע הבעלים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.3002 (התשמ"ו, עדכון התשס"ד).

189 ס' 10 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות.

190 ערב הורדת המאמר לדפוס הותקנו תקנות הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (שימוע בפני הוועדה המייעצת), התשע"א-2010. בנוסח ההתנגדות לפי התוספת לתקנות מצוין, תחת הסעיף "טיב הזכות לגבי המקרקעין", כי "יש לצרף נסח רישום בפקסי המקרקעין או מסמך אחר המעיד על הזכות של המשיג לגבי הנכס, אם הזכות איננה רשומה בפקסי המקרקעין". כיוון הדברים נכון, אך יש להבטיח כי לא תהא עמידה על הצגת מסמכים המעידים על הזכות בנכס, וכי גם מסמכים או ראיות אחרות (כגון תצהיר) המעידים על החזקתו של המשיג לגבי הנכס יהיו עמידה מספקת בתנאי זה.

ג. בעת רישום ההפקעה בספרי המקרקעין יש לקיים הליך רישום ראשון פרטני מלא לפי חוק המקרקעין או לחלופין הליך הסדר זכויות במקרקעין, תוך זימון המחזיקים הקודמים להליך על-מנת לאפשר להם להוכיח את זכויותיהם ש"נדרחו" עקב ההפקעה.

ד. בהקשר של דיני הפיצויים בגין הפקעה ופגיעה תכנונית תחייב הצעתי סטייה מן העיקרון הקבוע בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור),¹⁹¹ שלפיו במקרקעין לא-רשומים חובת ההוכחה שהקרקע היא בבעלות פרטית מוטלת על הטוען – נטל אשר עלול לפגוע בהכרה בזכות לפיצויים של מחזיקים הטוענים לזכויות בנות-רישום.

ה. המדיניות הננקטת על-ידי עיריית ירושלים והוועדה המקומית לתכנון ובנייה בעיר,¹⁹² המסרבת להכיר במבקש פיצויים בגין פגיעה במקרקעין מכוח הפקעה או תוכנית¹⁹³ זולת אם יציג רישום של המקרקעין בשמו או פסק-דין הצהרתי, אינה יכולה לעמוד. אכן, אף פרקליטות המדינה סבורה כי דרישה זו אינה ראויה, הואיל ולרשות המפקיעה עומדות דרכים שונות לבדיקת זכאותו של התובע לפיצויים, ואין גורם שמונע בדיקה של המסמכים והטענות וקבלת הכרעה ללא דרישה לרישום.¹⁹⁴ עם זאת, גישה זו אינה מבוססת על אותו שיקול שאני מציעה להביא בחשבון, אלא על רצון להימנע מהפיכת הליכי הרישום הראשון לרלוונטיים בעבור בעלים פרטיים בשעה שהמקרקעין הופקעו – מדיניות שהינה לקויה כשלעצמה.

(ב) זכויות בתכנון

הדוגמה הנוספת לצורך בשינוי החזקה ביחס למי שאינם רשומים נוגעת בהליכי תכנון. בהעדר זכויות רשומות במקרקעין יש קושי לקדם הליכי תכנון ובנייה במקרקעין.¹⁹⁵ אומנם, ברמת התכנון למרחב בנייה, כגון שכונה, חלה התקדמות משפטית כאשר נדחתה הגישה שלפיה נדרשת זיקת בעלים לשם הגשת תוכנית מתאר.¹⁹⁶ זאת, תוך פרשנות רחבה למונח "בעל עניין בקרקע", הקבוע בחוק התכנון והבניה,¹⁹⁷ אשר מכירה גם בזכותם של תושבים לזיום תוכנית באזור מגוריהם. עם זאת, בנוהל משרד הפנים הרלוונטי להכנת תוכניות מתאר מקומיות ותוכניות מפורטות מצוין כי על מגיש התוכנית – אשר צריך להיות "בעל עניין בקרקע", כאמור בלשון החוק – להציג לפני מוסד התכנון את המסמכים המעידים על היותו

191 ס' 17 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (לא חל כל שינוי בהוראה בתיקון הפקודה משנת 2010), בשילוב עם ס' 3 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 וס' 138 לחוק המקרקעין.

192 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 4362/02 אלג'זל נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ו/או עיריית ירושלים, תק"מח (1)04 9592 (2004).

193 לפי ס' 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

194 ראו את כתב ההגנה בעניין אלג'זל, לעיל ה"ש 182.

195 ראו כהן, לעיל ה"ש 133, בעמ' 150; שרגאי תכנון, דמוגרפיה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 27-32.

196 ראו עע"ם 2797/01 ועד עין כרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (לא פורסם, 27.1.2002). כן ראו עת"מ (מחוזי י"ם) 129/00 ועד עין כרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (לא פורסם, 5.3.2001).

197 ס' 61א(ב) לחוק התכנון והבניה.

בעל עניין בקרקע, תוך הפניה ל"נסח מתוך פנקסי המקרקעין, חוזה עם מינהל מקרקעי ישראל וכדומה".¹⁹⁸ על בעל העניין בקרקע לציין אם הוא בעלים, חוכר, שוכר או דייר.¹⁹⁹ יתר על כן, ברמת התכנון הנקודתי, המפורט, ובוודאי ברמה של הוצאת היתר בנייה, קשה מאוד להתקדם ללא הוכחת בעלות רשומה. בעתירה מנהלית שהוגשה זה לא כבר על-ידי האגודה לזכויות האזרח²⁰⁰ צוין כי לפי עמדת הוועדה המקומית בירושלים, הוכחת הבעלות על הקרקע היא תנאי להנפקת היתר בנייה. עמדה זו עומדת לכאורה בניגוד לדין.²⁰¹ כפי שמצוין בעתירה, לאורך השנים נמצאו הסדרים מעשיים אשר אפשרו קבלת היתרי בנייה גם בהעדר הוכחת בעלות. אולם מציאות זו השתנתה החל בשנת 2000, שאז הוחלו נהלים חדשים אשר החמירו את הדרישות בדבר הוכחת בעלות. בהקשר זה מצוין כי נדרשת התחייבות של המחזיקים לבצע רישום פרטי של המקרקעין כתנאי לפתיחת תיק רישוי, ולעיתים נדרשת אף הוכחה על פתיחת תיק רישום פרטי ממש.

איון מחודש של ייחוס האחריות להעדר רישום זכות במקרקעין במזרח ירושלים, באופן שיסיר את האשמה לכך מכתפיהם של הבעלים ויעבירנה אל שכמה של המדינה, יחייב גזירת מסקנות גם בתחום התכנון, באופן שימנע פגיעה בלתי-מוצדקת זו במחזיקים. כך, למשל: א. יש לתקן את נוהל משרד הפנים באופן שיאפשר גם לתושבים שאינם יכולים להצביע על רישום מקרקעין לקדם תוכניות תכנון.

ב. יש להבטיח כי בעת שקילת בקשות להוצאת היתר בנייה לא ידרשו עיריית ירושלים והגורמים התכנוניים מסמכים הנוגעים בהליכי רישום, אלא יסכימו לקבל גם ראיות אחרות להוכחת מעמדו של המבקש בנוגע למקרקעין.

198 משרד הפנים נוהל מבא"ת 2006 – מבנה אחיד לתכנית, ס' 1.8 (מהדורה 1.2, מעורכן ליולי 2009), www.moin.gov.il/Subjects/Regulation2006/hanchyot/Pages/default.aspx.

199 שם.

200 עתירה מנהלית בעת"מ (מנהליים י"ם) 1853/09 עביראת נ' ראש עיריית ירושלים (הוגשה ביום 10.11.2009).

201 חוק התכנון והבניה אינו עוסק בנושא זה. בתק' 2 לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970, נקבע כי מבקש היתר בנייה יגיש לוועדה המקומית בקשה להיתר אשר תהיה חתומה, בין היתר, על-ידי בעל זכות בנכס כמפורט בתק' 2א. תק' 2א(5) קובעת כי בנכס שאינו רשום במרשם המקרקעין, בעל הזכות בנכס שחתמתו על הבקשה דרושה הוא "מי שחייב עליו בתשלום מס רכוש וקרן פיצויים לפי הרשום בפנקסים המנוהלים לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, או מי שהיה חייב במס כאמור לולא הופטר מתשלומו מכח כל חוק". אולם דרישה זו אינה ישימה. בשנת 1999 תוקן חוק מס רכוש וקרן פיצויים באופן שביטל דה-פקטו את מס הרכוש על הקרקע (לשון החוק קובעת כי מס הרכוש יהיה בשיעור 0% – ראו ס' 3 לחוק). עם תיקון החוק חדלה רשות המיסים לערכן את רשימות המס. בהעדר ערכון לרשימות הן מהוות, כשלעצמן ולבדן, מקור חלקי בלבד להוכחת מעמדו של מבקש ההיתר הנוכחי. על ההיסטוריה של השימוש בחוק ונסיבות ביטולו ראו נטע זיו "מיסוי המיעוט – המאבק לביטול מס רכוש כהכרה בשונות התרבותית של פלסטינים בישראל" עיוני משפט כו 197 (2002). תחת תיקון תקנות התכנון והבניה והתאמת הדין למציאות החדשה, נמצאו, כמתואר בטקסט, "פתרונות" בדמות נהלים לא-רשמיים שמשתנים חדרות לבקרים, ואשר אינם מתיישבים עם האחריות הממשלתית לאי-הרישום.

ג. ניתן להסתייע בדרישה לפרסום הבקשה להיתר בנייה, באופן שיבטיח כי למתנגדים להליך בשל קיומן של זכויות סותרות יהיה יומם.²⁰²

ז. סיכום

התופעה של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים זה יותר מארבעים שנה ראויה לדיון ציבורי ולביקורת. היא נוגעת ב"שורשים החשופים" של המדיניות הקרקעית הישראלית במקרה-הקצה של מזרח ירושלים.

הצעתי לנתח את המדיניות הנוכחית באמצעות שימוש במינוח של הפרטה, על שלושה פנים אפשריים שלה. הפרטה במובן הקנייני מלמדת אותנו כי המדינה מונעת מקבוצת המושפעים ממדיניותה, הכוללת גם את הרוכשים בכוח של נכסים במזרח העיר, את האפשרות לבצע פעולה יעילה של הכרה בזכויותיהם במקרקעין ואכיפתן. לא אותרה ואף לא נטענה הצדקה כלכלית וחברתית למניעה זו (למעט העדרו של תמריץ כלכלי מצידה של המדינה עצמה, בכובעה כבעלת מקרקעין – תמריץ שאינו רלוונטי כלל). עם זאת, פעולות הכרה ואכיפה יעילות יכולות להיעשות גם באמצעות שימוש במנגנון רישומי שאינו בכחינת הסדר, ובתנאי שיעמוד בתנאים קנייניים מספקים. פתרון זה עלה גם בעת בחינת המוכנים האחרים של הפרטה.

כך, הראיתי כי ניתן להצדיק את המדיניות של זניחת הליכי ההסדר במזרח ירושלים ברצון להימנע מההרפתה או מהעמקתו של קונפליקט פוליטי-מדיני, באמצעות העברת הסוגיה הטעונה למרחב הפרטי. בהעדר דומיננטיות ממשלתית בהחלטה על פעולות של הסדר זכויות במקרקעין ובביצוען, אי-אפשר לייחס למדינה נסיונות להשתלט ו"להבעיר אש". כנגד זה יש לבדוק אם הדרתם של תושבי מזרח ירושלים הערבים לבדם מהזכויות לביצוע הסדר זכויות במקרקעין אינה פסולה בשל היותה מדיניות מפרידה. הראיתי את הקשר בין עוצמת הטיעון בדבר דה-פוליטיזציה לבין עומק ההצדקה לאימוצה של מדיניות מפרידה. עניין זה התחדר על רקע ההיבט השלישי של הפרטה, שלפיו המדינה, בעצם הימנעותה מפעולה שלטונית, מעבירה את האחריות דה-פקטו לידי הפרט.

בשל העובדה שהמדיניות, שאותה כיניתי פרקטיקה של "הפרטה-הפרדה", מוחלת באופן נפרד על מזרח ירושלים הערבית לעומת שאר חלקי העיר והארץ, היה צורך לבחון אם ההצדקות העקרוניות לאימוצה של הפרקטיקה, הנטועות בשיח הליברלי והרב-תרבותי, אינן מתבטלות. עמדתי על כך שאין אומנם מאפיינים תרבותיים המצדיקים טיפול שונה באזור זה, אולם יש מאפיינים פוליטיים-מדיניים החלים אך ורק על תושבי מזרח ירושלים הערבית. קיומם של מאפיינים אלה קורא לנו להרחיב את גבולות הטיעון הניטרלי, מחד גיסא, והרב-תרבותי, מאידך גיסא, גם למקרים שבהם קיים שוני פוליטי בין קבוצות שונות באוכלוסייה.

אולם היה עליי לבחון שמא שלילת המותג הסמלי-הציבורי "נכסים מוסדרים" אינו טבול, כשלעצמו, בהפרדה בלתי-חוקתית. הצבעתי על מחקר-המשך שיש לערוך, לטעמי, על-מנת לבחון שאלה זו ביחס לשיקול מוסדי ולשיקול חברתי.

202 עלות הפרסום אינה צריכה להיות מוטלת על המבקשים. ראו באופן דומה לעיל ה"ש 174.

עם עיגונן, ולו החלקי, של הצדקות למדיניותה של ממשלת ישראל, פניתי לבחינת בעיות מסדר שני הנובעות מבחירה במדיניות של הפרטה-הפרדה: קיומה של הפליה בתוצאות. הראיתי כי יש הכרח בשינוי היחס כלפי הליך הרישום הראשון הפרטני שנוטר אפשרי למבקשים לרשום את זכויותיהם. ניתוח ההליך מפרספקטיבה של דיני הקניין הראה כי שיפור מאפייני הפומביות בהליך יאפשר להביא לידי השוואת תוצאות הרישום לאלה המושגות בסיומו של הליך הסדר זכויות במקרקעין, מבלי להפוך את ההליך הפרטני לציבורי באופיו. עמדתי על היבטים שונים של הבדלים קנייניים שיש להחיל בהם את השינוי. לבסוף, עמדתי על כך שהחזקה שלפיה מקרקעין שאינם רשומים הינם חסרי בעלים, אשר משמעותה היא למעשה שלבעלים לא-רשומים אין זכות, מהווה פגיעה קשה באלה שזכותם אינה רשומה בשל החלטת המדיניות. הצעתי כמה רעיונות בהקשר זה על-מנת לצמצם את התוצאות המפלות הנובעות מחזקה זו, ועמדתי על הצורך למעשה בהיפוכה.

