

## והדרת פני זקן

מאת

### ישראל גלעד\*

(בעקבות ע"א 520/89 מדינת ישראל נ' שבלי ואח')\*\*

א. השאלה. ב. גררי הספקות. ג. ההחלטה בענין שבלי. ד. ביקורת ההחלטה. 1.  
נקודת-המוצא — פרשנות סלקטיבית של איסור ההעברה שבחוק-היסוד; 2. האם עקרון  
איסור ההעברה מצדיק את ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78? 3. האם ביטול חוק-היסוד  
את הסדר הרישום שבפקודת הסדר זכויות במקרקעין? 4. האם תביא הלכת שבלי לביטול  
ההתיישנות הדינונית נגד המדינה? 5. השלכותיה הרטרואקטיביות של הלכת שבלי; 6.  
איי-התאמה בין טעם ההחלטה לבין תוצאתה; ה. סיכום.

### א. השאלה

בשלוש רשימות שנתפרסמו בכתב-עת זה נדונה שאלת ביטולו המלא או החלקי של  
סעיף 78 לחוק הקרקעות העותמני מ-1858, על-ידי סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי  
ישראל<sup>1</sup>.

סעיף 78 לחוק העותמני קובע, כי אדם המחזיק במקרקעין מסוג מירי, השייכים  
למדינה, במשך תקופת ההתיישנות, ומעבדם עיבוד חקלאי, זוכה בבעלות רשומה  
במקרקעין. סעיף 22 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, שימר את חוקפו של סעיף  
78 תוך שיבוצו בהסדר ההתיישנות החדש. סעיף 22 לחוק ההתיישנות תוקן  
בשנת תשכ"ה, כאשר התיקון מאריך את תקופת-ההתיישנות על-פי סעיף 78. חוק  
המקרקעין, תשכ"ט-1969, צמצם במידה ניכרת את תחומיה של טענת ההתיישנות  
בתביעות מקרקעין. ממועד תחולת החוק — 1.1.70 — לא ניתן עוד לרכוש  
זכויות מכוח התיישנות בקרקע מוסדרת (סעיף 159 (ב)). כמו-כן נקבע בסעיף 113  
(ב), כי באדמות-המדינה (ובמקרקעי-ציבור, בכלל) לא תתחיל תקופת-ההתיישנות  
לפני היום שנרשמו על שם בעליהם. הוראות אלה צמצמו את תחומי חלותו של  
ההסדר שבסעיף 78 — ככל שהיה בתוקף — (א) לטענת התיישנות שהתגבשה  
מכוחו לפני תחולת חוק המקרקעין; (ב) לטענת התיישנות במקרקעין רשומים  
ושאינם-מוסדרים.

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\* טרם פורסם.

1 י' ויסמן, "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד) 3; י' גלעד, "התיישנות במקרקעין — קווים  
לדיפורמה" משפטים יח (תשמ"ח) 177; י' ויסמן, "מקרקעי ישראל" משפטים כא (תשנ"א) 79.

יצוין ויודגש כי ייחודה של ההתיישנות מכוח סעיף 78 הוא בהיותה התיישנות מנחילה. מכוח סעיף 78, עם התגבשות ההתיישנות המחזיק זכאי לקבלת בעלות רשומה במקרקעין המחזיקים על-ידו, כשבמקביל פוקעת בעלותה הקניינית של המדינה. זאת להבדיל מההתיישנות על-פי הסדריו האחרים של חוק ההתיישנות, שאינה אלא התיישנות דיונית. ההתיישנות הדיונית מקנה למחזיק הגנה מפני תביעת סילוק, תוך שהיא מותירה את זכות-הקניין בידי הבעלים.

סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע, כי הבעלות במקרקעין אלה לא תועבר, "אם במכר ואם בדרך אחרת".

בהינתן האופי המנחיל של ההתיישנות על-פי סעיף 78 (רישום הקרקע על שם המתחיק), האין פעולת הסעיף נוגדת את הוראת חוק-היסוד האוסרת על העברה, כאמור?

### ב. גדרי הספקות

זכות-היוצרים על השאלה הנ"ל שייכת לפרופ' ויסמן. ברשימתו "ההתיישנות והמדינה", העלה את השאלה ובחן נימוקים שונים בעד ונגד ביטול סעיף 78 על-ידי חוק-היסוד<sup>2</sup>.

(א) הנימוק הראשון, התומך בהשארת סעיף 78 על כנו, הוא שחוק-היסוד שולל רק העברה רצונית של הזכויות, להבדיל מהעברה מכוח החוק (*ex lege*). מאחר שסעיף 78 מעביר בעלות מכוח חוק, הרי שלא בוטל על-ידי חוק-היסוד. המחבר הצביע על חולשתו של הטיעון והיא, שלשונו של החוק אינה תומכת בהבחנה בין שני סוגי ההעברות.

(ב) נימוק נוסף שנבחן, השולל גם הוא את תוצאת הביטול, הוא שחוק-היסוד, בהיותו חוק כללי מאוחר, אינו יכול לבטל חוק מיוחד מוקדם (סעיף 78). מנגד ציין פרופ' ויסמן, כי סעיף 2 לחוק-היסוד, שסייג את תחולתו של איסור ההעברה, מהווה גם הוא דין מיוחד בכל הנוגע לחריגי איסור ההעברה. מכך שסעיף 78 לא נכלל בין החריגים הסטטוטוריים המיוחדים לאיסור ההעברה, שפורטו בסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ניתן ללמוד – לדעת המחבר – כי המחוקק לא ראה בסעיף 78 דין מיוחד הגובר על האיסור הכללי שבחוק-היסוד.

(ג) הנימוק השלישי שבחן פרופ' ויסמן תומך בתוצאת הביטול. הטענה היא כי משיקולים ענייניים אין להכיר בהעברה מכוח התיישנות כחריג לאיסור ההעברה. אם הטעם העיקרי המצדיק העברת זכויות מכוח התיישנות הוא הגנה על המחזיק מפני קושי ראייתי להוכיח כי הזכות במקרקעין הועברה אליו כדין, הרי שטעם זה אינו קיים לגבי מקרקעין שאין להעבירם. משאסר המחוקק במישרין על העברת בעלות בקרקעות המדינה, אין להתיר העברה זו בעקיפין באמצעות התיישנות. בסופו של דבר לא הגיע פרופ' ויסמן למסקנה הנחרצת כי סעיף 78 אכן בוטל על-ידי חוק-היסוד, אם כי נטה לדעה זו. בשל הספק שנותר בלבו הציע, כי המחוקק יאמר את דברו בנושא.

ומה תהא התוצאה אם אכן בוטל סעיף 78 על-ידי חוק-היסוד? כאן נטה פרופ'

<sup>2</sup> "ההתיישנות והמדינה" (לעיל, הערה 1), 8-11.

ויסמן לדעה, כי ביטול הסעיף אינו מוביל לדחיית טענת ההתיישנות של המחזיק. את מקומו של סעיף 78 והסדר ההתיישנות המנחילה הקבוע בו יתפשו הסדרי ההתיישנות הדיונית של חוק ההתיישנות, שבשל אופיים הדיוני אינם מתנגשים עם חוק-היסוד.

ברשימה "התיישנות במקרקעין – קווים לריפורמה", נטה כותב שורות אלה לדעה, כי סעיף 78 לא בוטל על-ידי חוק-היסוד:

(א) על-אף שסעיף 78 מייצג גישה אנכרוניסטית, המקנה למחזיק את הבעלות במקרקעין המעובדים על-ידו כ"פרס" על השבחת הקרקע ועל העשרת אוצר-המדינה במסי היכול, סבר הכותב כי בשל עיקורו, הגבלתו וצמצומו של סעיף 78 יש להתייחס אליו כ"הוראת שעה" ולהניח לו להוציא את ימיו עם תום הליכי-ההסדר, מבלי לגרום לזעזועים בדין מורכב ורגיש זה.<sup>3</sup>

(ב) מבחינה פרשנית ועניינית כאחת ראה הכותב קושי בפרשנות השוללת במשתמע כל העברה מכוח חוק של קרקעות המדינה, במיוחד כאשר לשונו של סעיף סובלת פרשנות המגבילה את האיסור להעברה מרצון.<sup>4</sup>

(ג) מבחינה עניינית סבר הכותב, כי באיסור ההעברה התכוון המחוקק לשמר בידי המדינה זכויות ממשיות במקרקעיה – זכויות שיאפשרו לה שליטה ופיקוח על השימוש באדמותיה. לדעתו, לא היה למחוקק עניין בשמירת זכות הבעלות של המדינה כזכות ערטילאית שאין עמה יכולת שליטה ופיקוח. ראה לכך מצא הכותב בהוראת סעיף 153 לחוק המקרקעין, שהפכה את הזכות בקרקע מידי לזכות בעלות מלאה. עד להוראה זו הקנתה קרקע מידי רק את זכות ה"תצרוף" – זכות השימוש ואכילת הפירות – בעוד שזכות הבעלות הערטילאית נותרה למדינה. בחוק המקרקעין ויתרה המדינה במפורש על זכות ערטילאית זו, על-אף איסור ההעברה שבחוק-היסוד, ובכך גילתה את דעתה כי העברה של זכות בעלות ערטילאית – שרוקנה מתוכן מעשי – אפשרית. מהוראה זו ניתן לגזור גזרה שווה לעניין ההתיישנות. עם התגבשותה של זכות ההתיישנות הדיונית, מוקנית למחזיק זכות ההחזקה הבלעדית. הבעלים הקנייני מאבד בפועל את זכויותיו הממשיות בנכס ושוב אין לו פיקוח או שליטה ממשיים על הנעשה במקרקעין. העברת זכות-הקניין למחזיק בהסדר של התיישנות מנחילה אינה שוללת לכן מן הבעלים זכות פיקוח או שליטה ממשיים, ולפיכך אין הגיונו של איסור ההעברה חל עליה. אמנם, זכות הבעלות בהתיישנות דיונית אינה ערטילאית גרידא, שכן ייתכנו מצבים שבהם תשוב ההחזקה אל הבעלים.<sup>5</sup> מנגד, קיימים נימוקים כבדי-משקל נגד שלילת הכוח המנחיל של ההתיישנות והפיצול בין בעלות רשומה לבין הזכויות הממשיות בנכס הנגרם עקב כך<sup>6</sup>; והא ראייה: המחוקק עצמו הקנה להתיישנות הדיונית מעמד של התיישנות מנחילה במסגרת הליכי ההסדר.<sup>7</sup>

(ד) טעם נוסף שהעלה הכותב נגד ביטול סעיף 78 הוא, שהאלטרנטיבה – התיישנות דיונית על-פי הנראות חוק ההתיישנות – תפגע למעשה באינטרס

3 "קווים לריפורמה" (לעיל, הערה 1), 180, 231-234.

4 נימוק זה ושני הבאים אחריו, מובאים בעיקר בהערה 259, בעמ' 235 לרישימה.

5 ראה להלן, בסעיף ד.2.

6 נימוקים אלה יידונו להלן, בסעיף ד.2.

7 פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חרש], התשכ"ט-1969, סעיף 51. ראה בעניין זה ע"א 141/83

המדינה. בעוד שסעיף 78 דורש עיבוד חקלאי כתנאי להתיישנות ושולל אותה כאשר המחזיק מודה כי רכש חזקה ללא זכות, מכיר חוק ההתיישנות ברכישת זכות החזקה גם על-ידי מחזיק שלא עיבד את הקרקע או שהודה כי רכש את הקרקע שלא בזכות. כך תתקבל התוצאה התמוהה שלפיה חוק-היסוד, שבא לשמר את זכויות המדינה במקרקעיה, אמנם מגן על זכויותיה הערטילאיות של המדינה, אך בפועל שולל ממנה זכויות החזקה בהיקף גדול יותר מזה שקדם לחוק-היסוד. במאמרו "מקרקעי ישראל", שב הפרופ' ויסמן והתייחס לסוגיה. לאחר בחינת מכלול ההסדרים הרלבנטיים הגיע למסקנה, כי אין להבין את איסור ההעברה כחל באורח גורף על כל סוגי ההעברות מכוח חוק וכי העברה מכוח חוק תיתכן גם מחוץ לחריגים הסטטוטוריים לאיסור ההעברה המצויים בסעיף 2 לחוק-היסוד ובסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960. אשר על-כן, הציע לפרש את איסור ההעברה בחוק-היסוד כשולל העברה מכוח דין רק כאשר רקעו ומטרתו של הדין המעביר מצדיקים זאת.<sup>8</sup>

האם בוטל סעיף 78 על-פי גישה סלקטיבית זו? הפעם לא התייחס פרופ' ויסמן במפורש לסוגיה זו, אך ציין כי אפשר שחוק-היסוד חל על הסדר התיישנות שבו טוען המחזיק כי רכש את הקרקע אך אין בידו ראיות לכך. מנגד, הביא שתי גישות השוללות את תחולת חוק-היסוד על סעיף 78. האחת – גישתו של פרופ' אקצין, שסבר כי חוק-היסוד אינו חל על העברות מכוח חוק. הגישה האחרת היא של מנהל מקרקעי ישראל, הפועל על בסיס ההנחה שהעברת קרקעות מכוח הדין, לרבות העברה באמצעות התיישנות, אינה נתפשת על-ידי חוק-היסוד.<sup>9</sup> כך ריחפה לה בחלל המשפט, שלושים שנה לאחר חקיקת חוק-היסוד, שאלת תוקפו של סעיף 78, ודומה היה כי תעבור מן העולם יחד עם גוויעתו הצפויה של סעיף 78. בא עניין שבלי והפך את השאלה לאקטואלית.

### ג. החלטה בעניין שבלי

בעניין שבלי נדון מקרה שבו החזיק התובע במקרקעין מוסדרים של המדינה במשך תקופת-ההתיישנות. תקופה זו הושלמה לפני חקיקת חוק המקרקעין, אך לאחר חקיקת חוק-היסוד. בית-המשפט קמא הכיר בזכותו של המחזיק להירשם כבעלים מכוח סעיף 78. בערעור הועלתה לראשונה הטענה, כי לאחר חקיקת חוק-היסוד לא ניתן עוד לרכוש בעלות במקרקעי ישראל מכוח סעיף 78. בית-המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, קיבל טענה זו פה אחד. ראשית עמד על האנכרוניזם של ההסדר בסעיף 78. לאחר-כן הזכיר בהסכמה את הטענות שהציג פרופ' ויסמן – במאמרו המוקדם על "ההתיישנות והמדינה" – בעד ביטול הסעיף, ולבסוף קבע כי לא ניתן לרכוש מכוחו בעלות במקרקעי המדינה. שתי נקודות ראיות להרגשה כהחלטה זו. ראשית, על-אף שבית-המשפט ביסס

ראו נ' מנהל מט שבח מקרקעין ת"א, פ"ד מא (1) 821, 824, והאסמכתאות שם. לדיון בהוראות פקודת ההסדר ומשמעותן ראה להלן, בסעיפים ד.2 ו-ד.3.

8 "מקרקעי ישראל" (לעיל, הערה 1), 102-103.

9 שם.

את החלטתו על נימוקים שהוצגו במאמרו המוקדם של פרופ' ויסמן, הרי שקיבל גם את עמדתו של פרופ' ויסמן, במאמרו המאוחר, שלפיה חוק-היסוד לא בא לשלול באורח גורף את כל דרכי העברת הבעלות, מכוח חוק, במקרקעי המדינה, אלא רק את אותן דרכי העברה שרקען ומטרתן אינם מתיישבים עם חוק-היסוד. במלים אחרות: נקבע כי שלילת העברה מכוח סעיף 78 אינה נובעת באורח מפורש ומחייב מלשון החוק, אלא מקורה בפרשנות או בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי באשר לרקעו של הסעיף ומטרתו המשוערת.

שנית, בית-המשפט לא נקט עמדה ברורה באשר לתוצאה הנובעת מהחלת חוק-היסוד על סעיף 78. מחד גיסא, ציטט בהסכמה את דעתו של פרופ' ויסמן, שלפיה סעיף 78 יבוטל ובמקומו יחול הסדר ההתיישנות הדיוני של חוק ההתיישנות. מאידך גיסא, עולה מהחלטתו כי סעיף 78 לא יבוטל כי אם יישאר על כנו, אלא שההתיישנות מכוחו לא תהא עוד מנחילה אלא דיונית בלבד. פתרון זה לא הוצע על-ידי פרופ' ויסמן. תוצאות אלה אינן מתיישבות זו עם זו. כאמור לעיל, ההתיישנות לפי חוק ההתיישנות אינה דורשת עיבוד ואינה נשללת על-ידי הודאת המחזיק כי רכש את החזקה ללא זכות. לעומת זאת, סעיף 78 מתנה את ההתיישנות בעיבוד ושולל אותה עם הודאה, כאמור. כל תוצאה קובעת היקפי הכרה שונים בטענת התיישנות ולכן אין הן יכולות לדור בכפיפה אחת.

לאיזו תוצאה כיוון, איפוא, בית-המשפט? נראה, כי כיוון לביטול הכוח המנחיל של סעיף 78 תוך השארת ההסדר שבסעיף על כנו, ולא לביטול הסעיף ולהחלת הסדר ההתיישנות האלטרנטיבי של חוק ההתיישנות. כך עולה מקריאת ההנמקה שבה בית-המשפט עומד על הקושי בביטולו המוחלט של סעיף 78 לאחר תיקונו של זה בשנת 1965. בשנה זו תוקן סעיף 22 לחוק ההתיישנות כאשר התיקון מאריך את תקופת-ההתיישנות על-פי סעיף 78. אם בשנת 1965 הכיר המחוקק בתוקפו של סעיף 78, כיצד זה ניתן לומר כי חמש שנים קודם-לכן שלל את תוקפו של סעיף זה באמצעות חוק-היסוד? כדי להימנע מתוצאה קשה זו בחר בית-המשפט בפתרון ביניים: מחד גיסא, השאיר את סעיף 78 על כנו; ומאידך גיסא, שלל ממנו את הכוח המנחיל.

#### ד. ביקורת ההחלטה

##### 1. נקודת-המוצא – פרשנות סלקטיבית של איסור העברה שבחוק-היסוד

בחינתה של החלטת בית-המשפט והערכתה ייעשו להלן על בסיס ההנחה, כי הפרשנות הראויה לאיסור העברה שבחוק-היסוד היא אכן הפרשנות הסלקטיבית שהוצעה על-ידי פרופ' ויסמן ונתקבלה על-ידי בית-המשפט. על-פי פרשנות זו, אין לומר באורח גורף כי חוק-היסוד שלל את תוקפן של כל ההעברות מכוח חוק או הכיר בתוקפן של כל ההעברות מכוח חוק. יש לבחון כל העברה לגופה ולראות אם יש הצדקה לשלילת תוקפה.

אמנם, ניתן לתקוף פרשנות זו בנימוק הפורמלי הבא: על-פי לשונו של סעיף 1 לחוק-היסוד, שלילת תוקפה של העברת הבעלות במקרקעין היא גורפת ומוחלטת: "הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". משקבע בית-המשפט, כי

"בדרך אחרת" – גם העברה מכוח חוק במשמע, מהו הבסיס הפרשני למתן תחולה סלקטיבית להוראה זו? היכן נאמר כי יש דרכי העברה מכוח חוק שאינן נתפשות בחוק-היסוד? הוראה ממין זה אינה יכולה להילמד מן החריגים הסטוטוריים לאיסור ההעברה. חריגים אלה, בסעיף 2 לחוק-היסוד, אינם כוללים כלל העברות כפוויות מכוח החוק.

עם זאת, צודק פרופ' ויסמן בטענתו, כי הכרה גורפת או אי-הכרה גורפת בכל ההעברות מכוח חוק אינה תואמת את רוחו ומטרתו של חוק-היסוד. מחדלו של המחוקק להבהיר בחוק-היסוד, ובחוקים האחרים העוסקים במקרקעי ישראל, את היקפו המדויק של עקרון איסור ההעברה, אינו צריך להביא לסיכול מטרותיו של עיקרון זה, ומן הראוי שבית-המשפט יטול על עצמו משימה זו גם אם סמכות זו אינה מפורשת בחוק.

## 2. האם עקרון איסור ההעברה מצדיק את ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78?

על בסיס ההנחה כי בית-המשפט אכן מוסמך וצריך להחליט מתי נשללת העברה מכוח חוק על-ידי חוק-היסוד, האם מן הראוי לבטל את הכוח המנחיל של סעיף 78, כפי שקבע בית-המשפט? עם כל הכבוד, ספק אם זוהי אכן התשובה המתבקשת. חוק-היסוד בא למנוע מצב שבו הבעלות במקרקעי ישראל תעבור לגורם אחר. מטרת ההוראה היתה לשמר למדינה זכויות של ממש במקרקעיה – זכויות הנגזרות מזכות-הבעלות. עמד על כך בהרחבה פרופ' ויסמן במאמרו על "מקרקעי ישראל"<sup>10</sup>. ההסדר הנפוץ, שעל-פיו מוחכרות אדמות-המדינה לתקופה של 49 שנים, מותיר או נועד להותיר בידי המדינה זכויות ממשיות במקרקעין כגון זכות לקביעה מה ייעשה במקרקעין, זכות לקבלת דמי-חכירה ודמי-הסכמה, זכות למנוע את העברת המקרקעין לגורמים בלתי-רצויים וזכות להשבת המקרקעין עקב הפרת חוזה-החכירה או בסיומו<sup>11</sup>.

לעומת זאת, מה ישיג ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78? בהנחה כי בית-המשפט אכן ביטל אך ורק את הכוח המנחיל של הוראה זו, אך מכיר ברכישתה של התיישנות דיונית כתנאי סעיף 78 – הרי שמכוח ההתיישנות הדיונית ירכשו לעצמו המחזיק את זכות ההחזקה המלאה במקרקעין. המדינה לא תהא זכאית מכוח בעלותה לפקח על הנעשה במקרקעין, לזכויות כספיות בגינם או להשבתם בגין שימוש לא-נאות או לא-מוסכם בקרקע.

החשיבות המעשית שיש לביטול הכוח המנחיל טמונה באפשרות הקיימת בהתיישנות דיונית, שהקרקע תחזור ביום מן הימים להחזקת המדינה. המצב המשפטי בסוגיה זו אינו ברור, וקשה להעריך אם אכן תהנה המדינה מאפשרות זו, ובאילו מידה. כוחה של המדינה לשוב ולתפוס החזקה באדמותיה על-אף ההתיישנות הדיונית תלויה בכוחו של המחזיק להעביר לאחר את זכותו להחזיק

10 לעיל, הערה 1, 101-95, 113-127, המחבר סוקר ומנתח את טעמיו של העיקרון בדבר שמירת הבעלות במקרקעי ישראל בידי הציבור ואת הפעלת העיקרון הלכה למעשה.

11 בניתוחו מראה פרופ' ויסמן, כי חלק מטעמיו של עקרון איסור ההעברה משכנע פחות לאחר בחינה ביקורתית.

במקרקעין מכוח התיישנות, אם באמצעות העברה מכוח חוק (בעיקר ירושה) ואם בהעברה רצונית (מכר, מתנה וכיוצא בזה). אם הנעבר רוכש בעקבות ההעברה את זכותו של המעביר נגד הבעלים, הרי שקטנים עד מאוד סיכויי הבעלים לשוב ולתפוש חזקה. המצב המשפטי בסוגיה זו, הידועה כסוגיית החליפות, מעורפל. לעניין זה יש להבחין בין חילופי מחזיקים בתוך תקופת-ההתיישנות, לבין העברת החזקה לאחר שתקופת-ההתיישנות התגבשה והמחזיק קנה לעצמו מכוחה את זכות-ההחזקה. עיקר הדיון בפסיקה בסוגיית החליפות עסק במצבים שבהם מעבר ההחזקה ממחזיק למחזיק נעשה בתוך תקופת-ההתיישנות. כאן השאלה היא האם ניתן לצרף את תקופת-ההחזקה של מחזיקים שונים. מניחות ההלכה שקדמה לחוק ההתיישנות ומניחות ההלכה שדנה בסעיף 18 לחוק ההתיישנות העוסק בסוגיית החליפות, לא ניתן לומר באורח חד-משמעי באיזו מידה מי שנכנס לנעליו של המחזיק מכוח דין או בהעברה רצונית נחשב כחליף של מעביר המקרקעין לצורך התיישנות<sup>12</sup>. כאשר מדובר בחליפות לאחר שתקופת-ההתיישנות הקנתה למעביר

12 לפי דוכן (מ' דוכן, דיני הקרקעות במדינת ישראל (מהדורה שנייה, השי"ג) 303) ניתן היה לצרף את זמני ההחזקה של שני מחזיקים עוקבים במקרקעין, אם קיים ביניהם קשר אישי. מהו אותו קשר אישי המבשר את הצירוף? האם הכוונה היא לקשר משפחתי או לקשר משפטי כלשהו? זאת לא הבהיר דוכן. על רקע ערפל זה העריך בית-המשפט העליון בשלב ראשון להשאיר את שאלת החליפות בין מחזיקים במקרקעין ב"צריך עיון" ולא לנקוט עמדה בשאלה אם החזקתו של מוריש, מוכר או מחזיק קודם, נוקפת לזכותו של היורש. הקונה או המחזיק המאוחר (ראה ע"א 482/59 בדואן נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 906, 909; ע"א 276/60 בשיר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2145, 2149; ע"א 151/62 מדינת ישראל נ' טרבלס, פ"ד טו 1451). עם זאת, נטה לראות בירש חליף של המוריש (ראה ע"א 38/52 קטלן ואח' נ' מוסיוף ואח', פ"ד ט 1917; ע"א 314/61 אלי-כטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 837). סעיף 18 לחוק ההתיישנות התייחס במישורין לשאלה זו, ומרכז-הכובד הועתק איפוא אל פרשנותו של סעיף זה. אלא שגם לשוני של הסעיף אינה מספקת תשובה ברורה לשאלת זהותו של החליף. שאלה זו נדונה לראשונה בעניין סטרבילביץ נ' אפשטיין ואח' (ע"א 212/62, פ"ד טו 2377) בעניין זה הוסג גבולו של התובע על-ידי מחזיק מוקדם, ולאחר-מכן על-ידי הנחבע במחזיק מאוחר. בין המחזיקים לא נכרת כל הסכם ולא היתה ביניהם כל זיקה משפטית לעניין השימוש באדמת-המריבה. בית-המשפט, מפי השופט ח' כהן, דחה את הטענה כי יש לצרף את תקופת-ההחזקה לצורך התיישנות. דרישת "חליפות" של סעיף 18 – כך נאמר – כמה רדישת "הקשר האישי" של דוכן. תוכן הדרישה הוא, שיחזיקים בין שני המחזיקים קשר של "התקשרות או החיחסות משפטית" לעניין השימוש בקרקע (שם, 2383). בהעדר קשר שכזה "נשאר מעשה הסגת-הגבול של כל אחד מהם בבחינת עוולה נפרדת ומיוחדת, ושתי עוללות שכאלה אינן יכולות להצטרף לזכות". מהחלטה זו עולה, כי העברה מכוח דין או העברה רצונית יכולה להפוך את הנעבר לחליפו של המעביר. מסקנה זהה עולה ממקרה אחר, שבו החזיקו תושבי כפר באדמות-המדינה ועיברו אותן לפי חלוקה עמית מוסכמת (משאע) (ע"א 504/62, 145/64 זריק ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד יח (4) 617, 624). כאן נטה בית-המשפט להכיר בקיומו של "קשר אישי" בין המחזיקים. שיטת החלוקה הקבועה, שמקורה במנהג, יצרה – לדעתו – "יחס משפטי וקשר אישי הדוק" בין תושבי הכפר.

דין עקרוני בתנאי החליפות בין מחזיקים על-פי סעיף 18 התקיים בפסק-הדין הידוע בעניין יעקובסון נ' גז (ע"א 242/66, פ"ד כא (1) 85). תמונתו של התובע נגולה, עברה מספר בלתי-ידוע של גולגולים ונמכרה כסופו של דבר לנתבע. האם תצורפנה תקופת החזקה על-ידי הגולגולים השונים? השופט ח' כהן העניק הפעם למונח חליפות משמעות מצמצמת יותר. חליפות לשיטתו קיימת רק כאשר עילת התביעה נגד הנחבע זהה לחלוטין לזו של קודמו. לעומת זאת, כאשר העילה נעוצה גם במעשהו של הנחבע או במחלול, אין לראות בו חליף (שם, 92-93). מאחר שעילת הגזל או הסגת-הגבול כרוכה תמיד בהיווצרות עילה נייקית חדשה נגד כל מחזיק חדש, הדברים שקולים לפסילה עקרונית של צירוף תקופות בין מסיגי-גבול או גולגולים. הפעם לא ניתן לכאורה משקל לקיומו של קשר אישי או משפטי בין הגולגולים, כפי שנעשה בהזלזות הקודמות. השופט ברנזון אימץ למעשה את אותו המבחן, בהדגישו שחליף הוא

את זכות ההחזקה, הדעת נותנת כי יש לראות בנעבר את חליפו של המעביר. כאן המעביר כבר קנה לעצמו זכות החזקה בנכס ויש לו, איפוא, מה להעביר לזולתו. זאת ועוד: התיישנות אינה זכות אישית של מחזיק מסוים; התיישנות היא פגם שרביק בזכותו של הבעלים. תפישה שלפיה כל העברה של החזקה ממרקת פגם זה ומחזירה את זכות הבעלים לקדמותה אינה מתיישבת עם טעמי התיישנות, שכן היא מתירה לבעלים לממש זכות שהזניח שנים ארוכות – זכות "חלודה" שהציבור איבד עניין במימושה, ופוגעת בציפיות הנעבר המסתמך על מחדלו של הבעלים וביכולתו להתגונן כנגד התביעה. דא עקא, שגם בסוגיה זו לא קיימת הלכה ברורה<sup>13</sup>. השורה התחתונה היא אפוא, ששמירת בעלותה הקניינית של המדינה

מי שבא לחלוטין במקום קודמו. מטעם זה הגיע גם הוא למסקנה, כי לא ניתן לצרף תקופות לגבי עילת הגזל. אף על פי כן פסק השופט בסופו של דבר, כי ניתן לצרף את תקופות ההחזקה. כיצד: על ידי שימוש בהיבט הקנייני של התביעה – הסעד המבוקש של השבת הנכס. בקשת סעד זו יכולה להיות מופנית רק נגד אדם אחד, המחזיק באותו המוצד. מבחינה זו הנתכע "בא מבחינה משפטית במקומו של אחר" – במקומם של הגולנים שקדמו לו (שם, 97-98).

הכלל המשפטי העולה מהחלטה זו אינו ברור. האם אכן נשללה כאן הרלבנטיות של קשר משפטי או אישי בין מסייג-גבול וגולנים? מהחלטות קודמות מתבקשת, כאמור, מסקנה אחרת. זאת ועוד: שני השופטים צומדים בדבריהם על כך שבהעברה מכו חוק, כגון במקרים של ירושה, אפטרופסות, פשיטת-רגל וכיוצא בזה, נחשב הנעבר כחליף (בית-המשפט חזר לאחרונה על קביעה זו בהקשר של זיקת הנאה לפי סעיף 94 לחוק המקרקעין – ראה ע"א 700/88 אסטרטאן ואח' נ' בן חורין ואח', (פ"ד מה(3) 720, 739). מקביעה זו ניתן להבין כי העברה בין גולנים ומסייג-גבול, אם היא נעשית מכו ירושה או מכו דין אחר, היא העברה טובה לצורך התיישנות. לא זו אף זו: המבחן הקנייני שהציע השופט ברנזון מאפשר לראות בכל מסייג-גבול או גולן מאוחר את חליפו של קודמו מבחינת הסעד המבוקש, גם בהעדר העברה ביניהם. אמנם, הדברים נאמרו בשעתו על רקע העילה הקניינית שמקורה בדין העות'מני, אך גם כיום עומדת לתובע עילה דומה מכו סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ומכו סעיף 8 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. בפסיקה מחזית ניתן למצוא הסחמכות על הפן ה"נויקי" של יעקובסון נ' גז, תוך התעלמות מן הפן ה"קנייני" המוביל לתוצאה שונה. פסיקה זו לא הכירה בחליפות בשני מקרים שבהם הסכים המחזיק המוקדם להעברת החזקה בקרקע אל המחזיק המאוחר, על אף שבין המעביר לנעבר התקיימו קשרי-משפחה או קשרי-עבודה משותפת במקרקעין (ע"א (נצ') 2/81 קוגס בע"מ נ' שושני ואח', פ"מ תשמ"ג א 361, 376; ת"א (ת"א) 25142/84 זוסמנביץ ואח' נ' זוסמנביץ, פ"מ תשמ"ד א 341. ראה גם ת"א (ת"א) 2678/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עזבן נובי ואח', פ"מ תשמ"ב א 3, 14-15). לפן הקנייני עליו הצביע השופט ברנזון לא ניתן משקל בהחלטות אלה. ניתן לסכם ולומר, כי אין בפסיקה גישה ברורה ואחידה לנושא החליפות בין מסייג-גבול שכיניהם מתקיים קשר של העברה בתוך תקופת-ההתיישנות.

13 בע"א 314/61 אל-כטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד טז 837, השאיר בית-המשפט בצריך עיון את שאלת מעמדו של מחזיק מכו סעיף 78 שהחזיק בקרקע ועיכודה בתקופת-ההתיישנות ואחר-כך חדל לעבדה או להחזיק בה. בית-המשפט לא שלל את האפשרות שזכותו של זה תישמר על-אף הפסקת ההחזקה. אם זכות ההחזקה עוברת למחזיק עם תום תקופת-ההתיישנות, בלי קשר להמשך החזקה בפועל, מדוע שלא יוכל להעבירה לאחר? ואכן, בע"א 163/62 מדינת ישראל נ' חבקה, פ"ד טז 1697, הבחין בית-המשפט בין העברת החזקה מכו מכר, שנעשתה בתוך תקופת-ההתיישנות לפי סעיף 78, לבין העברת החזקה מכו מכר שנעשתה בתום תקופת-ההתיישנות, כשהוא נוטה ליתן תוקף להעברה הנעשית לאחר תקופת-ההתיישנות.

מנגד ניצב פסק-הדין בעניין יגורי ואח' נ' רשות הפיתוח (ע"א 197/84, פ"ד לט (2) 85). במקרה זה מכר מחזיק מכו התיישנות ריונית (סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מני) את זכותו לאחר. בית-המשפט לא הכיר בנעבר כחליף ובטענת ההתיישנות שלו נגד הבעלים. בית-המשפט הבחין בפסקי-הדין אל-כטיב וחבקה כטענה, כי אלה עסקו בהתיישנות מנחילה על-פי סעיף 78, ולא בהתיישנות ריונית (ראה עמ' 92-94). ראה גם ע"א (ת"א) 453/83 דעאס נ' דעאס, פ"מ תשמ"ב א 166, 169. חולשתו של פסק-הדין



במקרקעיה באמצעות ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78 אינה מבטיחה כלל כי המקרקעין ישובו לשליטת המדינה ביום מן הימים<sup>14</sup>. לעומת זאת, פועלים שיקולים כבדי-משקל נגד ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78. התיישנות דיונית במקרקעין אינה תופעה רצויה, שכן היא יוצרת פער בלתי-רצוי בין המציאות המשפטית (המחזיק נהנה בפועל מן הזכויות בקרקע) לבין החזות המשפטית (בעלות ערטילאית ללא זכויות ממשיות). לפיצול זה גם מחיר כלכלי, וכבר העיר בית-המשפט על כך שהפיצול בין הבעלות לבין החזקה, הנוצר על-ידי ההתיישנות המתגוננת, אינו תורם לקשירת עסקאות ולהעברת הקניין<sup>15</sup>. לא בכדי אימצה השיטה האנגלית, אם התפישה הדיונית של התיישנות, הסדר של התיישנות מנחילה לא רק במקרקעין, אלא אפילו במיטלטלין. כזו היתה גם המלצת הכותב<sup>16</sup>. לפיצול שההתיישנות הדיונית יוצרת בין בעלות להחזקה חסרון בולט נוסף כאשר הזכויות במקרקעין אמורות להשתקף באורח מדויק ומחייב כמרשם המקרקעין. פיצול זה חותר תחת עקרון השיקוף וההסתמכות על המרשם. מטעם זה נקבע בפקודת הסדר זכויות במקרקעין, כי המחזיק מכוח התיישנות דיונית ירשם בכל-זאת כבעל הזכות הקניינית במסגרת הליכי ההסדר<sup>17</sup>. המחוקק, באמצעות פקודת ההסדר, ביקש ליצור התאמה בין הרישום לבין המצב המשפטי. מאחר שהתיישנות, על-אף אופיה הדיוני, מקנה למחזיק את מרבית הזכויות הממשיות בנכס, אם לא את כולן, ומותירה בידי הבעלים זכות מופשטת ומרוקנת מתוכן ממשי – בחר המחוקק להתעלם מזכות זו ולהקנות למחזיק גם את הבעלות הרשומה, תוך יצירת התאמה בין המציאות המשפטית לבין המשתקף מן הרישום. גם הענקת זכות הבעלות המלאה בקרקע מירי, במקום זכות ה"תצרוף" ששימרה

היא בכך שהוא מתבסס על סעיף 18 לחוק התיישנות ועל הלכה יעקובסון. בית-המשפט לא נתן את דעתו על כך, שסעיף 18 והלכת יעקובסון עוסקים בחליפות בתוך תקופת-ההתיישנות, ולא לאחר חלוף תקופת-ההתיישנות. סעיף 18 מגביל את תחולתו "לעניין חישוב תקופת-ההתיישנות". מששלמה תקופת-ההתיישנות, שוב אין לו תחולה. בסיסה של הלכה יגורי הוא אפוא רעוע ביותר.

"במקרקעין טענת התיישנות הינה טענה רק כפי המחזיק באדמה בשעת בירור הסכסוך בינו לבין יריבו" — ע"א 379/59 סיקלי נ' האפוט' הכללי לנכסי נפקדים ואח', פ"ד יד 1075, 1077; ע"א 126/83 אלעלמי ואח' נ' אלחטיב ואח', פ"ד מ (1) 397, 407-408. האם עולה מאמירה זו כי המחזיק האחרון צריך להחזיק בקרקע בעצמו במשך כל תקופת-ההתיישנות? תשובה חיובית משמעה שלילת ההכרה בחליפות לאחר תקופת-ההתיישנות. נראה כי לא לכך כוונת הדברים. הריישה היא לקיומה של החזקה בעת שבה מועלית טענת התיישנות, ואין האמירה עוסקת בסוגיית החליפות. עוד יצוין, שדברים אלה נאמרו בהקשר של הליכי הסדר (כפי שצוין בע"א 391/62, 393/62 אל-באש נ' חברת מדן כרמל בע"מ ואח', פ"ד יז 981, 983) וכי הם מתייחסים במקורם למקרה המיוחד של בעלים שחפשו, בדרכי שלום, את החזקה במקרקעין נשוא טענת התיישנות.

14 על-אף אי-הבהירות בסוגיית החליפות, וגם אם תאומץ הגישה המצמצמת בסוגיה, קשה להניח כי בית-המשפט לא יכיר בחליפות לפחות במקרה של העברה מכוח דין שנעשתה לאחר התגבשות התיישנות (המשפט האנגלי, לצורך השוואה, מכיר בחליפות בין מסיגי-גבול בתוך תקופת-ההתיישנות). גם על-פי גישה מינימליסטית זו כמעט שאין משמעות מעשית לזכות ההשבה של המדינה. מחזיק היודע שזכות-ההחזקה שלו אינה ניתנת להעברה רצונית יחזיק את הקרקע עד למותו ורעבונה ליורשיו.

15 ע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח ואח', פ"ד מ (3) 624, 636.

16 "קווים לריפורמה" (לעיל, הערה 1), 240.

17 ראה לעיל, הערה 7.

למדינה בעלות ערטילאית, מעידה, כאמור, כי אין המחוקק מחשיב במיוחד בעלות ריקה מתוכן מוחשי.

זאת ועוד: אם ביטול הכוח המנחיל יגרום לכך שהמחזיק לא יוכל להעביר לאחר את זכותו להחזיק במקרקעין מכוח התיישנות, יגרום הדבר ל"הקפאת" הקרקעות בידי מחזיקים. עקב כך תיפגענה אפשרויות ניצולה של הקרקע ה"מוקפאת" וייקטן ערכה לחברה בכלל.

המסקנה המתבקשת היא שביטול הכוח המנחיל של סעיף 78 כמעט שאינו מקדם את מטרותיו של איסור ההעברה בחוק-היסוד (בכפוף לאפשרות המעורפלת של חזרת הקרקע להחזקת המדינה). שמירתה של הבעלות המופשטת של המדינה בנכס שזכות החזקה המלאה בו עברה למחזיק מכוח התיישנות דיונית רחוקה מלהגשים באופן מובהק את מטרות חוק-היסוד. לעומת זאת, ביטול הכוח המנחיל עלול לגרום ליצירת פער בלתי-רצוי בין הבעלות לבין הזכויות הממשיות בנכס, לפגוע בעקרון השיקוף וההסתמכות על המרשם ואף בניצולן של קרקעות. בהעדר הצדקה עניינית לביטולו של סעיף 78 באמצעות חוק-היסוד, לא היה כל קושי לקבוע, בהתאם לגישה הסלקטיבית, כי סעיף 78 לא בוטל.

### 3. האם ביטול חוק-היסוד את הסדר הרישום שבפקודת הסדר זכויות במקרקעין?

שאלה שלא נדונה בפסק-הדין, ושבה עסק פרופ' ויסמן במאמרו "ההתיישנות והמדינה"<sup>18</sup>, היא שאלת השפעתו של חוק-היסוד על הליכי הסדר מקרקעין לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש]. סעיפים 51 ו-52 לפקודת הסדר קובעים, כי מי שהוכיח זכות להחזקה מכוח התיישנות יירשם בלוח הזכויות כבעל המקרקעין. כאמור, סעיפים אלה הופכים גם התיישנות שהיא דיונית במקורה להתיישנות מנחילה במסגרת הסדר זכויות<sup>19</sup>.

מה יהא, איפוא, דינו של מי שרכש זכות להחזקה נגד המדינה מכוח התיישנות דיונית והוא מבקש להירשם כבעל-הזכויות במסגרת הליכי ההסדר<sup>20</sup>? לעניין זה

18 בעמ' 11-12.

19 ראה לעיל, הערה 7 וכן "קווים לריפורמה" (לעיל, הערה 1), 287.

20 קיימת אי-בהירות לא-מעטה באשר למצבים שבהם המחזיק נגד המדינה רשאי לבקש רישום זכויות על-פי פקודת הסדר מכוח התיישנות דיונית. אם קנה זכות להחזקה במקרקעין רשומים, עומדת לו לכאורה הוראת סעיף 51, המקנה זכות לרישום למחזיק מכוח התיישנות במקרקעין רשומים. הקושי הוא, שעל-פי הדעה הרווחת בספרות, סעיף 51 אינו חל כלל על התיישנות נגד המדינה. אם קנה זכות להחזקה מכוח התיישנות במקרקעין שאינם רשומים, עומדת לו לכאורה הוראת סעיף 52, המקנה זכות לרישום למחזיק מכוח התיישנות במקרקעין שאינם רשומים. אלא שכאמור, מכוח סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, נראה שלאחר חקיקת חוק המקרקעין, מירון התיישנות זה אינו מתחיל כל עוד המקרקעין המוחזקים לא נרשמו על שם המדינה, ואם נרשמו – שוב אין תחולה לסעיף 52. ייתכן איפוא, כי הזכות לרישום הזכות שנרכשה נגד המדינה בהתיישנות דיונית קיימת רק לגבי מקרקעין לא-רשומים, שלגביהם נרכשה זכות החזקה מכוח התיישנות לפני תחולת חוק המקרקעין – 1.1.70. ראה "ההתיישנות והמדינה" (לעיל, הערה 1), 11-12; "קווים לריפורמה" (לעיל, הערה 1), 238-239. עם זאת, אין להוציא מכלל אפשרות רישום זכויות מכוח התיישנות נגד המדינה גם במקרקעין רשומים, מכוח סעיף 51. בין כך ובין כך אין ספק, כי קיימים מצבים שבהם לפני הלכת שבלי מחזיק שקנה החזקה במקרקעין ישראל מכוח התיישנות דיונית היה רשאי לדרוש רישום זכויות על שמו מכוח פקודת ההסדר.

אין נפקא מינה אם זכות זו נרכשה מכוח סעיף 78 לאחר ביטול הפן המנחיל או מכוח הסדריו האחרים של חוק ההתיישנות (למשל: זכות מכוח התיישנות בקרקע מסוג מולכ).

אילו אומצה הפרשנות, שלפיה חוק-היסוד אוסר על כל העברה שהיא מכוח חוק, היתה מתקבלת מאליה התוצאה השוללת מן המחזיק את רישום זכותו בהליכי ההסדר<sup>21</sup>. אולם משאימץ בית-המשפט את הפרשנות הסלקטיבית, יש לבחון אם העברה זו מכוח חוק מתיישבת עם איסור ההעברה שבחוק-היסוד.

כפי שהוסבר לעיל, ההסדר המנחיל המצוי בפקודת ההסדר הוא הסדר רצוי, החיוני להבטחת הכלל הקבוע בסעיף 125 (א) לחוק המקרקעין, שלפיו רישום לגבי מקרקעין מוסדרים מהווה ראיה חותכת לתוכנו, וכן להוראת ההסתמכות על הרישום שבסעיף 10 לחוק זה. כמורכב הסדר זה מונע פיצול בלתי-רצוי בין הבעלות המופשטת בנכס לבין הזכויות הממשיות בו. אשר על-כן ניתן לקבוע, בהתאם לגישה הסלקטיבית, כי הוראות אלה של פקודת ההסדר לא בוטלו על-ידי חוק-היסוד. דא עקא, שקביעה שכזו אינה יכולה להתיישב עם ביטול הכוח המנחיל של סעיף 78, שהרי תקבל התוצאה התמוהה שלפיה הכוח המנחיל של סעיף 78, שבוטל על-ידי הלכת שבלי, ישוב ויתעורר לחיים במסגרת הליכי-ההסדר. ביטולו לצמיתות של הכוח המנחיל יהא יפה רק בקרקעות שכבר עברו הסדר, כמקרה שבלי.

מתוצאה זו ניתן להימנע אם יוחלט, כי חוק-היסוד ביטל את הכוח המנחיל של סעיף 78 ושל פקודת ההסדר גם יחד. על מחירו של פתרון זה במונחים של פגיעה בעקרון השיקוף ובניצול הקרקע, תוך יצירת פיצול בין בעלות לזכויות הממשיות בקרקע, כבר עמדנו לעיל. אלא שבכך לא מתמצית הבעייתיות של ביטול הכוח המנחיל של פקודת ההסדר. ביטול זה עלול להשפיע גם על תוקפה ועל היקפה של ההתיישנות הדיונית נגד המדינה, כפי שיובהר מיד.

#### 4. האם תביא הלכת שבלי לביטול ההתיישנות הדיונית נגד המדינה?

הפתרון השולל את הכוח המנחיל מהוראות ההסדר מעורר קושי נוסף: מה יהא מעמדו של המחזיק במסגרת הליכי הסדר? אם הבעלות אינה יכולה להירשם על שם המחזיק, מכוח הלכת שבלי, האלטרנטיבה היא לרשום את הבעלות על שם המדינה. על-פי סעיף 81 לפקודת ההסדר, "הרישום של מקרקעין בפנקס החדש יבטל כל זכות הסותרת אותו רישום". ביטולן של כל הזכויות שקדמו לרישום הוא "הבריה התיכון" של שיטת ההסדר<sup>22</sup>. מאחר שזכות ההחזקה של המחזיק סותרת את הרישום, תבטל זכות זו עם הרישום.

התוצאה המתקבלת היא תמוהה וקשה. הליכי הסדר, שנועדו ליתן גושפנקא לזכות ההחזקה מכוח ההתיישנות הדיונית, ייהפכו להליכים שבמסגרתם מאבד המחזיק את זכות ההחזקה שלו! חוק-היסוד יהפוך להיות מקור משפטי לשלילת

21 כך עלה מניתוחו של פרופ' ויסמן (לעיל, הערה 12).

22 ראה ע"א 518/86 אבו סולכ ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, באר שבע, ואח', פ"ד מב(4) 518, 521-522 האסמכתאות שם.

זכויות מוקנות באמצעות הליכי הסדר שנועדו במקורם להכיר בזכויות אלה. תוצאה זו עומדת בסתירה מוחלטת למטרתו של סעיף 78 שנועד ליתן "פרס" למי שמפרה את קרקעות המדינה ומעשיר את קופתה. כהלכת שבלי סבר בית-המשפט, כי הפרס של בעלות מלאה הוא גדול מדי, אינו מתיישב עם חוק-היסוד, ולכן ביקש לצמצמו על-ידי החלפת התיישנות מנחילה בהתיישנות דיונית. אם תוצאת החלטתו היא ביטול טוטלי של הפרס והמרתו ב"עונש" המוטל על המחזיק על-ידי טריפת הקרקע מידיו, הרי שזוהי חקיקה שיפוטית רטרואקטיבית הפוגעת בזכויות מוקנות. פתרון אפשרי לבעיה, שהוצע בשעתו על-ידי הכותב<sup>23</sup>, הוא להעניק למחזיק מכוח התיישנות במקרקעי המדינה זכות רשומה לחכירה ארוכה בתנאים המקובלים. בכך תושג מטרת חוק-היסוד מבלי לפגוע בזכויות מוקנות ובהליכי ההסדר. גם אם ימצא פתרון כזה או אחר לבעיה ההסדר, עדיין ניתן לטעון, ללא כל קשר להסדר, כי הלכת שבלי ביטלה לא רק את הכוח המנחיל של סעיף 78, אלא את סעיף 78 כולו. מדוע? משום שסעיף 78 אינו קובע הסדר של התיישנות נגד המדינה, אלא רק הסדר של הענקת קושאן למעבר הקרקע. עם ביטול הכוח להעניק קושאן בטלים טעמו ומטרתו של סעיף 78 כולו ואין לו עוד קיום. לטענה זו תימוכין בפסיקה<sup>24</sup>.

ביטול גורף של סעיף 78 יכול להוביל לשתי תוצאות: תוצאה אחת היא שלא תוכר עוד התיישנות נגד המדינה מכוח החזקת מקרקעין. הסדר סעיף 78 ייחשב כהסדר ממצה השולל כל הסדר אחר, כך שעם ביטולו אין עוד מקור להתיישנות נגד המדינה. כאמור, שקולה תוצאה זו לביטול רטרואקטיבי של זכויות מוקנות. תוצאה אחרת היא, שאת מקומו של הסדר ההתיישנות שבסעיף 78 יחליף הסדר ההתיישנות הדיוני של חוק ההתיישנות. הסדר זה ירע בפועל את מצבה של המדינה, שכן מכוחו תוכר התיישנות גם מכוח החזקה שאין עמה עיבוד. ברי, כי לא לתוצאה זו כיוון בית-המשפט בשבלי.

##### 5. השלכותיה הרטרואקטיביות של הלכת שבלי

על-פי הלכת שבלי לא ניתן היה לרכוש זכויות בעלות מכוח סעיף 78, אלא לגבי התיישנות שהושלמה לפני חקיקת חוק-היסוד בשנת 1960. אם כך, הרי שכל רישומי הבעלות שנעשו ב-32 השנים שחלפו מאז, על בסיס סעיף 78, נעשו שלא כשורה לגבי התיישנות שהושלמה אחרי חוק-היסוד. האם תוכל עתה המדינה לתבוע את ביטול הרישומים הנ"ל? השאלה נשאלת גם לגבי זכויות המשחקות כיום בפנקסי-המקרקעין. הבעיה חריפה יותר אם ייקבע בעתיד, כי חוק-היסוד ביטל גם את ההוראות המנחילות שבפקודת ההסדר. קביעה זו תהפוך את כל רישומי הבעלות מכוח התיישנות נגד המדינה, שנעשו לגבי מקרקעין מוסדרים — בין על-פי סעיף 78 ובין על-פי הסדרי התיישנות אחרים — לרישומים שנעשו שלא כדין.

<sup>23</sup> "קווים לריפורמה" (לעיל, הערה 1), 240.

<sup>24</sup> ראה ע"א 505/63 דיאב נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 29, 31, שבו מצוין הנשיא אולשן כי הוראת סעיף 78 אינה הוראת התיישנות, אלא עילה לתביעת קושאן.

האם תוכל המדינה לפנות אל בית-המשפט, בהסתמך על סעיף 93 לפקודת ההסדר, ולבקשו להורות על תיקון הפנקס כך שיימחקו ממנו שמות המחזיקים מכוח התיישנות וחירשם זכותה על מקרקעין אלה? טענה זו יכולה המדינה לסמוך על כך, ש"זכות שהיתה רשומה בפנקס קיים הושמטה מן הפנקס החדש או שנרשמה בו שלא כשורה". האין רישומם של מחזיקים בניגוד לחוק-היסוד בבחינת רישום "שלא כשורה" – כלשון סעיף 93?

היקף טענה אפשרית זו של המדינה מוגבל מלכתחילה. ניתן להעלותה רק אם המדינה היתה הבעלים הרשום בפנקס קודם ובכפיפות לזכותו של צד ג שרכשה בתום-לב ובתמורה מן המחזיק הרשום (הסיפא לסעיף 93). כמובן כל התובע תיקון רישום מכוח סעיף 93 חשוף לטענת התיישנות של הבעלים הרשום<sup>25</sup>. אך האם הקנתה הלכת שבלי למדינה את היכולת העקרונית לתבוע תיקון רישום? תשובה חיובית לשאלה זו מובילה לא רק לפגיעה רטרואקטיבית בזכויות מוקנות שנרכשו מכוח סעיף 78, אלא גם לפגיעה בזכויות רשומות, תוך ערעור יציבותה ואמינותה של מערכת-הרישום.

התשובה לשאלה זו אינה חד-משמעית: מחד גיסא, קיימת נטיה ברורה בפסיקה ליתן פירוש מצמצם לסעיף 93. בעניין עזבון המנוח חסן נ' חסן<sup>26</sup> קבע הנשיא שמגר, כי הדיבור "שלא כשורה" בסעיף 93 "עניינו רק בזכויות שהועתקו באופן שגוי במהלך ההסדר, באופן, שהרישום שלא כשורה בפנקס החדש גרם לכך שנגרעה זכותו של בעל הזכות עקב ההעתקה". בקביעה זו הסתמך על החלטות קודמות<sup>27</sup>. מאידך גיסא, קיימות החלטות אחרות, מוקדמות לחסן<sup>28</sup> ומאוחרות לו<sup>29</sup>, שבהן הוצעה פרשנות מרחיבה יותר לסמכות התיקון שבסעיף 93. יתירה מזאת: הנשיא עצמו סייג את הפרשנות המצמצמת כך שלא תחול כאשר "אין מדובר בצד שלישי שכבר רכש את המקרקעין, רישום הבעלים אינו נכון והבעלים הרשום מודה בהיות הרישום שגוי"<sup>30</sup>. לא ניתן, איפוא, לשלול על הסף את הטענה שהמדינה זכאית לתיקון הרישום מכוח הלכת שבלי.

אמנם, קשה להניח, כי המדינה תבקש להשתמש בהלכת שבלי כדי לבטל בריעבד רישומים שנעשו מכוח פקודת ההסדר, תוך נישול המחזיקים מאדמתם. עם זאת, עצם הפתח שפתחה הלכה זו לטיעונים שכאלה מצביע על הבעייתיות שבה.

- 25 ע"א 681/88 עזבון המנוח עבד אלגליל אבו אל היג'א נ' מדינת ישראל, פ"ד מר(2) 653, 657.  
 26 ע"א 492/83 (לא פורסם) – מופיע בתקדין כדך (2)88 (642).  
 27 ע"א 279/53, 250/53 לוי נ' קלינגר ואח', פ"ד י 807, 802; ע"א 155/76 מדינת ישראל נ' מוחסין מנאצרה מטורען, פ"ד לב(2) 645, 648.  
 28 ע"א 615/79 אלגני נ' עזבון המנוח עבדאלגני (לא פורסם, אוזכר בחסן). זהו מקרה של רישום "שלא כשורה" כשל מחולו של הצד הרישום להודיע לפקיד-ההסדר כי מכר את המקרקעין.  
 29 ע"א 128/86 אל-אסד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 820, 823 (רישום שלא כשורה בשל מעשיו או מתדליו של פקיד-ההסדר).  
 30 ד"ע 28/84 זיידן נ' עידיר ואח' (לא פורסם) – מופיע בתקדין כרך 88 (2) 369. הציטוט לעיל לקוח מע"א 72/89 ערשול ואח' נ' גיסר ואח', פ"ד מה(4) 7, 12. המאזכר את ד"ע 28/84 הג"ל. יצוין עוד, כי בעניין חסן הסתייג השופט בייסקי מפרשנותו המצמצמת של הנשיא לסעיף 93.

#### 6. אי-התאמה בין טעם ההחלטה לבין תוצאתה

את החלטתו תומך בית-המשפט בטיבו האנכרוניסטי של סעיף 78, שנועד במקורו לעודד את עיבוד אדמות-המדינה ולהגדיל את הכנסותיה ממסי יבול. על שיקולים אלה אבד הכלח זה מכבר. התוצאה המתבקשת היא לכאורה ביטולו של סעיף זה – כהצעתו המקורית של פרופ' ויסמן. דווקא התוצאה שבית-המשפט ביקש כנראה להגיע אליה – השארת סעיף 78 על כנו תוך ביטול כוחו המנחיל – משמרת את האנכרוניזם שבסעיף, שכן מקורו של זה אינו בכוח המנחיל, אלא דווקא בורישת העיבוד החקלאי שנתרה בעינה.

#### ה. סיכום

מוטב היה להניח לסעיף 78, בן 134 השנים, להוציא את ימיו בדרך הטבע, עם סיומם של הליכי הסדר המקרקעין ומיצוי הזכויות שנרכשו מכוח התיישנות לפני ה-1.1.70. שמירת זכותה המופשטת של המדינה במקרקעי ישראל, שבהם נרכשה זכות התיישנות מכוח סעיף 78, לא הצדיקה את הטלטלה שטלטל בית-המשפט את מערכת רישום הזכויות במקרקעין ואת סימני-השאלה וחוסר-הוודאות שיצר הן באשר לתקפותם של זכויות מוקנות ורישומים שנעשו בעבר, הן באשר לזכויות שתתבררנה בעתיד, והן לגבי אופן הפעלתו של הסדר הזכויות במקרקעין בכל הנוגע לפעולת ההתיישנות. אמנם, סעיף 78 הוא אנכרוניסטי, אך ביטולו ההיבט המנחיל שלו לא פתר בעיה זו אלא רק יצר בעיות נוספות. נראה, איפוא, שהפסדה של הלכת שבלי גדול משכרה.