

מאמרים

עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותמניים?

מאת

פרופ' יהושע ויסמן*

א. מבוא. ב. הוראת המעבר שבחוק המקרקעין. ג. זכויות שהיו קיימות ב"מירי", "מתרוכה" ו"מוואת".

א. מבוא

1. כאחת-עשרה שנה חלפו מאז הצהיר המחוקק בחוק המקרקעין שכל החקיקה העותמנית שעניינה מקרקעין בטלה ומבוטלת. ואולם, המעיין בכרכים של פסקי הדין שניתנו מאז אותה הצהרה יגלה, כי חוקי המקרקעין העותמניים ממשיכים להעסיק את בתי המשפט, ובימינו אלה אפשר אף שנתגברה חיותם, בעקבות פתח חדש שגילתה הפסיקה, ושבאמצעותו עלולים חוקים אלה להמשיך ולחדור אל תוך משפטנו. עד כה סבורים היינו, שהמשך תחולתם של חוקי הקרקעות העותמניים עשוי לנבוע, בעיקרו של דבר, משתי הוראות שבחוק המקרקעין:

(א) ההוראה שבסעיף 162, לפיה אין בהוראות חוק המקרקעין כדי לבטל את הדין הקודם לעניין מקרקעין מסוג "מוקופה", הקדשות והתיישנות במקרקעין שאינם מוסדרים;

(ב) ההוראה שבסעיף 166, הקובעת את הוראת המעבר שבחוק לגבי מצבים שנוצרו לפני 1.1.1970, הוא מועד כניסת חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, לתוקפו.

לאחרונה, ובמפתיע, הופנתה תשומת הלב להוראה נוספת שבחוק המקרקעין הפותחת — על-פי פירוש מסוים שניתן לה בבית המשפט — מרחבים נוספים לתחולת הדין העותמני. כוונתנו להוראה שבסעיף 156 לחוק המקרקעין לפיה אין בביטול הסיווג העותמני של המקרקעין ל-"מירי", "מתרוכה" ו"מוואת" כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות במקרקעין אלה ערב תחילתו של חוק המקרקעין.

על המקור הראשון מבין שלושת המקורות הנזכרים אמרנו דברים אחדים בהודמנות קודמת שבאה לידינו²; עתה נתרכו במקור השני והשלישי.

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 סעיף 158 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

2 ראה: "מושגי יסוד בדיני קניין — סקירה ביקורתית", משפטים יא (תשמ"א) 41, 52—54.

ב. הוראת המעבר שבחוק המקרקעין

2. היש טעם להקדיש כיום, לאחר שהלפה תקופה ממושכת מאז נחקק חוק המקרקעין, תשומת לב מיוחדת להוראת המעבר שבחוק? מטבען של הוראות מעבר שהן דנות בבעיות חריגות, המתעוררות בתקופה של בין השמשות, בין שקיעת ההסדר הישן ובין זריחת ההסדר החדש; האין להגית, שהאקטואליות של הדיון בבעיות מסוג זה כבר חלפה, משחלפו אחת-עשרה שנה מאז נחקק חוק המקרקעין? תשובתנו היא, שהאקטואליות של הנושא הוזה לא פגה עד היום. במציאות ארצנו רבים מרוכשי הדירות שרכשו את דירותיהם לפני שנת 1970 טרם נרשמו בפנקסי המקרקעין כבעלי הזכויות בדירותיהם. תופעה זו נובעת מכך, שבאזורים רבים טרם הוכנו פנקסי המקרקעין המאפשרים את רישום הזכויות. רוכשי המקרקעין באזורים אלה מחזיקים בנכסיהם רק על יסוד התחייבויות לרישום זכויותיהם בפנקסי המקרקעין, לכשיגיע המועד שבו יהא הרישום אפשרי. כל ההתחייבויות האלה נתפסות ברשת של הוראות המעבר שבחוק המקרקעין. ועוד, להוראות המעבר יש תפקיד מרכזי לגבי כל אותן זכויות במקרקעין שנרכשו בעבר, על-פי הדין הישן, ושחוק המקרקעין החדש אינו מכיר בהן. נמצא אפוא, שחשוב אף כיום לעמוד על המשמעות הנודעת להוראות המעבר.³

3. הוראת המעבר שבסעיף 166 קובעת לאמור:

"(א) עיסקה במקרקעין, והתחייבות לעיסקה כזאת, שנעשו לפני תחילת חוק זה, וכן זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו וחוק זה אינו מכיר בה, יוסיף לחול עליהן הדין הקודם.
(ב) זכות במקרקעין שחוק זה דן בה יחול עליה חוק זה אף אם נוצרה לפני תחילתו."

הסעיף דן בארבעה מצבי מעבר שנוצרו לפני כניסת חוק המקרקעין לתוקפו, כאשר השאלה אינהו הדין שיש להתילו עליהם מתעוררת לאחר שנכנס חוק המקרקעין לתוקפו (כגון עקב סכסוך שנתגלע כיום). כך, למשל:

ההווה	1970	1965
המועד שבו נתגלע סכסוך	מועד כניסת חוק המקרקעין לתוקף	המועד שבו נוצר מצב המעבר

הסעיף מבחין בין ארבעה מצבי מעבר שהיו עשויים להתרחש בשנת 1965:

1. התחייבות לעיסקה.
 2. עיסקה.
 3. זכות במקרקעין שחוק המקרקעין אינו מכיר בה.
 4. זכות במקרקעין שחוק המקרקעין דן בה.
- 3 ד"ר א' גולדנברג כתב על הוראת המעבר שני מאמרים: "על הוראת המעבר של חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969", משפטים ב (תשל"ל) 425; "חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 — הוראת המעבר ומורשת העבר", עיוני מייפס ב (תשל"ב) 839. מאז הופעת מאמרים אלה חלו ההפתחויות חשובות בפסיקה שעליהן נעמוד בהמשך דברינו.

עמדתו של המחוקק היתה, שעל מצב המעבר הרביעי יחול חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, בעוד שעל מצבי המעבר 1—3 ימשיך לחול הדין הישן, כפי שהיה ערב חוק המקרקעין. נדון להלן בכל אחד מארבעת מצבי המעבר.

4. ההוראה המרכזית שבהוראות המעבר היא זו המתייחסת למצב המעבר הרביעי. על זכויות במקרקעין שנוצרו לפני שנת 1970 לא יחול הדין שהיה בתוקף בעת שנוצרה הזכות, אלא חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ובלבד שחוק המקרקעין דן בזכות זו. כך, למשל, אם רכש אדם בשנת 1965 זכות חכירה, וסכסוך בקשר לאותה חכירה מתעורר כיום, יש להחיל על החכירה את חוק המקרקעין, ולא את דיני החכירה העותמניים שהיו בתוקף בשנת 1965, בעת שנוצרה החכירה. בכך סטה המחוקק מן הכלל המקובל לעניין מעמדן של זכויות שנוצרו על-פי חוק שבוטל לאחר מכן.

בדרך כלל נמנע המחוקק מלהשפיע באופן רטרואקטיבי על זכויות, כאמור בחוק הפרשנות, התשמ"א—1981, בסעיף 22(3): "ביטולו של דין אין כוחו יפה — להשפיע על זכות או חיוב שלפי הדין המבוטל...". המחוקק גילה בחוק המקרקעין את כוונתו לסטות מן העמדה הרגילה, השוללת תחולה רטרואקטיבית של חוק. סטייה זו של חוק המקרקעין מן הכלל המקובל היתה מחויבת המציאות. משהגיע המחוקק למסקנה, שיש לבטל את הדין העותמני המיושן, שלא התאים עוד לצורכי זמננו, ולהחליפו בחוק מקרקעין חדש, סביר היה להניח שישאף לשחררנו מן החוק המיושן מוקדם ככל האפשר. אילו נהג על-פי הכלל הרגיל, השולל תחולה רטרואקטיבית של חוק חדש, היו חוקי חקרקעות העותמניים ממשיכים להיות עמנו לאורך ימים, שהרי זכויות רבות מאלה שנוצרו לפני שנת 1970 עתידות להימשך לאורך ימים. כך הן זכויות הבעלות שנרכשו לפני שנת 1970, וכאלה הן אף זיקות ההנאה ("שעבודים", כפי שכונו בעבר), או החכירות לדורות, שהן כה רווחות בארץ. אם על כל אלה אמורים היינו להמשיך ולהחיל את הדין הישן כפי שהיה ערב חקיקת חוק המקרקעין, היה הדבר מסכל את המטרה של חוק המקרקעין להמיר את הדין העותמני המיושן בדין חדש. על כן לא היה מגוס מלקבוע, שעם חקיקת חוק המקרקעין יחולו הוראותיו גם על זכויות שנרכשו לפני חקיקת חוק המקרקעין.⁴

5. במצב המעבר הראשון, הנזכר לעיל, נדונות התחייבויות לביצוע עסקאות במקרקעין שנעשו לפני שנת 1970. על ההתחייבויות האלה ימשיך לחול, על-פי האמור בסעיף 166, הדין הישן, כפי שהיה ערב חוק המקרקעין. כך, למשל, על התחייבות להחכיר דירה בחכירה לדורות, שנעשתה בשנת 1965, לא יחול חוק המקרקעין, אלא הדין הישן. מכיוון שכך ימשיכו לחול על התחייבות שכזאת דיני "הקניין שביושר", כפי שהיו ערב חוק המקרקעין, וזאת למרות סעיף 161, שכותרת השוליים שלו מדברת על "שלילת זכויות שביושר", ולמרות סעיף 160, המונע תחולת סימן 46 לדבר המלך על ענייני מקרקעין.⁵

4 גולדנברג, "על הוראת המעבר" (לעיל, הערה 3) 426.

5 המר' 799/76 יורי ג' בלונגפולר פ"ד לא(1) 587. והשווה עם ת"א ב"ש 386/73 אממא בע"מ ג' שפר, פ"מ תשל"ה(2) 176, 188—189, שבו הכיר אמנם בית המשפט בקניין שביושר מבחן התחייבות לביצוע עסקה במקרקעין שנערכה לפני חוק המקרקעין, אך צירף לכך

מסתבר, שהמחוקק סבר כי ניתן להשאיר את הדין הישן בתוקפו בכל הנוגע למצב המעבר הראשון בהניחו שדבר זה לא יגרור עמו תחולה ממושכת של הדין הישן. בהבדל ממצב המעבר הרביעי שנדון לעיל, שבו אילו היינו משאירים את הדין הישן בתוקפו היה הדבר גורם תחולה נמשכת של הדין הזה (כאורך התקופה של הזכויות שעליהן אמור היה הדין הישן לחול). הרי כאשר מדובר בהחלת הדין הישן על התחייבות לביצוע עיסקה מדובר, מטבע הדברים, על שלב זמני וחולף. ההתחייבות נעלמת משמתבצעת העיסקה נשוא ההתחייבות, ואז נולדת זכות במקרקעין, שלגביה יש הסדרים אחרים בהוראות המעבר שבתוק.

דא עקא, שההנחה כי לא יישארו לתקופה ממושכת התחייבויות בלתי מבוצעות שנערכו לפני שנת 1970 נתגלתה כהנחה לא נכונה. לא מעטים הם המכנים למגורים שנבנו לפני שנת 1970, שעד היום טרם נרשמו בפנקסי המקרקעין⁶. במבנים אלה יש בידי הרוכשים "התחייבויות" בלבד, מכיוון שקבלת "זכויות במקרקעין" אפשרית רק עם הרישום בפנקסי המקרקעין, ורישום זה טרם נתבצע. נמצא כי, שלא כפי שניתן היה אולי להניח מראש, ההסדר גורם למצב המעבר הראשון שבסעיף 166 תחולה ממושכת של הדין הישן.

6. גם לגבי מצב המעבר השני, שעניינו "עיסקאות" במקרקעין שנעשו לפני שנת 1970, קובע סעיף 166 כי ימשיך לחול הדין הישן. ההבדל בין "עיסקה במקרקעין" ובין "זכות במקרקעין" (שעליה מחילים את חוק המקרקעין, כאמור במצב המעבר הרביעי), טעון הדגשה שלעתיים עשוי הגבול בין שני אלה להיטשטש. כך, למשל, מהי "משכנתה", "עיסקה" או "זכות"? "ד"ר א' גולדנברג, אשר התייחס לשאלה זו במאמרו הנ"ל, מציע את המבחן הבא: "כשרותה של עיסקה שנעשתה לפני כניסתו של החוק לתוקף, תיחתך לפי הדין הקודם, ואילו בחינתה של הזכות אשר הולידה תעשה לפי החוק החדש". לפי גישה זו, אשר אומצה על ידי בית המשפט⁷, נאמר כי משכנתה היא גם "עיסקה" וגם "זכות"; היא "עיסקה" ככל שהדבר נוגע למסכת העובדות בשלב של ההתקשרות אשר הולידה את הזכות, והיא "זכות" ככל שהדבר נוגע למסכת העובדות מאז היווצר הזכות, ולאחר מכן, כל עוד הזכות קיימת. בהתאם לגישה זו, שאלות המתייחסות, למשל, לכשרות הצדדים בהסכם המשכנתה ייחשבו כמתייחסות ל"עיסקה במקרקעין", ויחול עליהן הדין הקודם (במשכנתה שנוצרה לפני

את הסייג שהקניין שביושר שכך נוצר צמוד למקבלו המקורי ואינו ניתן להעברה. ספק בעינינו אם הסייג הזה מתיישב עם החובה (שבית המשפט הכיר בה) להחיל את הדין הקודם על ההתחייבות שנערכה לפני חוק המקרקעין. הדין החל על התחייבות מקיף, באופן טבעי, גם את הסוגיה של העברת ההתחייבות. אותם נימוקים, שבגללם מצא המחוקק לנכון להחיל על ההתחייבות את הדין הקודם, תופסים גם לעניין העברת ההתחייבות. ההבחנה שעשה בית המשפט בין דיני ההתחייבות לדיני העברת ההתחייבות נראית על כן כמלאכותית בעינינו.

6 ראה דברי ההסבר לסעיף 3 בהצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 5), תשל"ו-1976, הצעות חוק 1243 (עמ' 256-257), וכן דברי המבוא להצעת חוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), תשמ"א-1981, הצעות חוק 1521 (עמ' 258).

7 "על הוראת המעבר" (לעיל, הערה 3) 426.

8 ע"א 261/72 "עוריאלי" מ"שכ עובדים כ"מ"מ נ' ללצ'ק, פ"ד כו(2) 462, 466.

(1970), ואילו שאלות המתעוררות כיום, כגון בהליכים למימוש המשכנתה, ייחשבו כמתייחסות ל"זכות במקרקעין", ויחול עליהן חוק המקרקעין.⁹

מסתבר, שהטעם להחלת הדין הישן על עיסקאות שנוצרו לפני שנת 1970 היה דומה לטעם שבגללו החילו את הדין הישן על התחייבויות שנערכו לפני שנת 1970. מסכת העובדות הקשורות בעיסקה משתרעת על-פני פרק זמן קצר, וההנחה היתה, כפי הנראה, שאין להניח כי שאלות משפטיות הכרוכות בעיסקאות שנערכו לפני שנת 1970 ימשיכו להטריד את בתי המשפט תקופה ממושכת לאחר כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. מסיבה זו ניתן היה להחיל על מצב מעבר זה את הכלל הרגיל (המופיע כיום בסעיף 3(22) לחוק הפרשנות, התשמ"א—1981, ואשר צוטט לעיל) לפיו, הדין שהיה בתוקף בעת שנתרחשו העובדות נשוא הדין המשפטי הוא שיקבע את זכויות הצדדים.

7. ההבחנה בין מצב המעבר השלישי ובין מצב המעבר הרביעי מעוררת קושי, כי שני מצבים אלה אינם מוציאים זה את זה. אפשר שחוק המקרקעין "אינו מכיר" בזכות כלשהי במקרקעין, שנרכשה לפני שנת 1970, ואז אמור לחול הדין הישן (מצב המעבר השלישי), ויחד עם זאת אפשר שחוק המקרקעין "דן" באותה זכות, במובן זה שיש בחוק הוראה השוללת את ההכרה בזכות, ואז אמור חוק המקרקעין לחול (מצב המעבר הרביעי). כך, למשל, איך השפיע סעיף 166 על המצבים שנוצרו על-פי הדין הקודם, שאיפשר הפרדה בין בעל קרקע ובין בעל מבנה הבנוי על הקרקע? על-פי הדין ששרר עד לשנת 1937 היה יכול להיווצר מצב שבו הבעלות בקרקע היתה לראובן ואילו הבעלות בבית הבנוי על אותה קרקע היתה לשמעון.¹⁰ מה עולל חוק המקרקעין למקרים האלה, ששרדו עד לכניסת חוק המקרקעין לתוקפו? על-פי חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיף 12: "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי... עליה...". דהיינו, אין חוק המקרקעין מכיר באפשרות של בעלות בבית הנפרדת מן הבעלות בקרקע. האם נאמר על בעלות נפרדת בבית כי לפנינו "זכות שהיתה מוקנית ערב תחילתו [של חוק המקרקעין] וחוק זה אינו מכיר בה" — כאמור במצב המעבר השלישי שבסעיף 166(א) של חוק המקרקעין — ונחיל את הדין הקודם, כשהתוצאה מכך היא, שהבעלות הנפרדת בבית תמשיך להיות כתוקף? או, שמא נאמר כי לפנינו "זכות שחוק זה [חוק המקרקעין] דן בה", כאמור במצב המעבר הרביעי שבסעיף 166(ב) (שהרי סעיף 12 לחוק המקרקעין דן בנושא זה), ואז יהיה עלינו להחיל את חוק המקרקעין, השולל את האפשרות של בעלות בבית הנפרדת מן הבעלות בקרקע? הקושי שנקלענו אליו גובע מכך שמצב המעבר השלישי ומצב המעבר הרביעי נוסחו כך שהם אינם מוציאים זה את זה, בעוד שהדין החל על כל אחד ממצבי המעבר האלה שונה.

לשאלת היחס בין מצב המעבר השלישי ובין מצב המעבר הרביעי נזקק הן ד"ר א' גולדנברג, בשני מאמריו הנוכריים¹¹, והן בית המשפט העליון¹². הפתרון שהוצע היה לפרש את מצב המעבר הרביעי, המדבר על זכויות שחוק המקרקעין דן בהן,

9 ברע' 49/71 הלואה וחסיכון נ' טפחת, פ"ד כה(1) 631, 634.

10 פקודת חוק הקרקעות (תיקון), 1937, ס' 10.

11 ראה הערה 3 לעיל.

12 ראה הערה 8 לעיל.

כמכוון רק לאותם מקרים שבהם דן חוק המקרקעין בזכויות חוד הכרה בקיומן, ולא תוך שלילתן. לשון אחרת, לאחר שניסח המחוקק, בסעיף 166(א), את מצב המעבר השלישי, באומרו: "זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו וחוק זה אינו מכיר בה" (שאו יש להחיל את הדין הקודם), היה עליו לומר, בבואו לקבוע בסעיף 166(ב) את החלופה למצב זה: "זכות במקרקעין שחוק זה מכיר בה יחול עליה חוק זה אף אם נוצרה לפני תחילתו" (במקום המלים "זכות במקרקעין שחוק זה דן בה..."). בדרך זו היה מצב המעבר הרביעי מכסה את השטח שנותר פנוי על-ידי מצב המעבר השלישי. שני מצבי המעבר היו אז מוציאים זה את זה, ולא היו נוצרים אזורי חפיפה מעין אלה שבדוגמה שלעיל, בדבר הבעלות הנפרדת בבית ובקרקע. כל שאנו צריכים לעשות כדי להגשים את מטרת המחוקק, ולפתור את הקושי הנובע מן הגיטוח הנוכחי של החוק הוא לקרוא את סעיף 166(ב) כאילו נאמר בו "מכיר" במקום "דן". לפי זה, דוגמת הבעלות הנפרדת בבית אינה נתפסת על-ידי מצב המעבר הרביעי, אלא על-ידי מצב המעבר השלישי. זהו מקרה שבו קיימת זכות שחוק המקרקעין אינו מכיר בה, ועל כן יש להחיל עליה את הדין הקודם, ועל פיו תמשיך להתקיים הבעלות הנפרדת בבית, בלא שסעיף 12 לחוק המקרקעין יבוא לידי תחולה.

8. עד כה, בפרשנו את מצב המעבר הרביעי, ניסינו לעמוד על משמעות הסיפא שבביטוי "זכות במקרקעין שחוק זה דן בה" שבסעיף 166(ב). נתעכב עתה על הרישא של הביטוי הזה: "זכות במקרקעין". לאילו זכויות התכוון המחוקק בקובעו שעל "זכות במקרקעין" שחוק המקרקעין מכיר בה יש להחיל את הוראות חוק המקרקעין אף אם הזכות נוצרה לפני החוק?

האם התכוון המחוקק בהשתמשו בביטוי "זכות במקרקעין" לזכות קניין דווקא, להוציא זכויות אישיות, כגון זכותו של בר-רשות (שעליהן ימשיך לחול הדין הקודם)? אכן, כוו היתה דעתו של השופט י" כהן, בפרשת אליהו נ' גרודה¹³, ואילו השופט עציוני הטיל ספק בכך¹⁴. בין כך ובין כך, מכיוון שחוק המקרקעין אינו מכיר בזכות של בר-רשות¹⁵ יחול ממילא הדין הקודם על רישיון שנוצר לפני חוק המקרקעין. שהרי ממה נפשך, אם לעניין סעיף 166 הרישיון בכלל "זכות במקרקעין" הוא, הרי שלפנינו "זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו [של חוק המקרקעין] וחוק זה אינו מכיר בה" (מצב המעבר השלישי), ועל כן יש להחיל על הרישיון את הדין הקודם, כאמור בסעיף 166. אם, לעומת זאת, לא נראה את הרישיון כ"זכות במקרקעין" לצורך סעיף 166, נצטרך להחיל על הרישיון את הוראת המעבר שבחוק הפרשנות, סעיף 22, וגם לפיו אנו מצויים להחיל את הדין הקודם. אין אפוא תכלית בהתפלפלות בשאלה אם ה"זכות במקרקעין" הנזכרת בסעיף 166 כוללת גם את זכותו של בר-רשות.

13 ע"א 17/72 אליהו נ' גרודה, פ"ד כז(1) 337, 340.

14 שם, בעמ' 344.

15 השאלה, הנזכרת בסעיף 83 לחוק המקרקעין, והמוסדרת בפירוט בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, איננה בגדר "בר-רשות", או "רישיון" (Licence). השאלה שונה באופן מהותי מן ה"רישיון", שאת דיניו קלטנו בעבר מן המשפט האנגלי. עם חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה ביקש המחוקק להשתחרר כליל ממוסד הרישיון. ראה חוק המקרקעין, סעיפים 83, 84(א); הצעת חוק השכירות, תשל"ב-1970, הצעות חוק 901 (עמ' 288), דברי המבוא; וחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, סעיף 31.

בדומה לכך, אין גם תכלית בבירור השאלה אם הזכות במקרקעין הגזורה בסעיף 166, במצב המעבר הרביעי, כוללת את הקניין שביושר שנוצר מכוח התחייבות שנערכה לפני תחילת תוקפו של חוק המקרקעין. בתי המשפט החליטו להחיל על הקניין שביושר שנוצר בנסיבות אלה את הדין הקודם, תוך עקיפת השאלה אם הקניין שביושר נכלל בביטוי "זכות במקרקעין", באומרים כי את הדין הקודם בדבר הקניין שביושר יש להחיל משום שלפניו "התחייבות" לביצוע עסקה, שנערכה לפני חוק המקרקעין, כאמור ברישא של סעיף 166(א) (דהיינו, בהתאם לדין החל על מצב המעבר הראשון, שעליו עמדנו לעיל).¹⁶

קשה להעלות על הדעת זכויות אחרות (לבד מן הרישיון ומן הקניין שביושר, שנדונו לעיל) שחוק המקרקעין מכיר בהן, וששאלת סיווגן כ"זכות במקרקעין", לצורך סעיף 166, תהיה נחוצה, וכרוכה בקשיים, ועל כן לא נאריך בעניין זה.¹⁷ נסתפק בהערה, שיש להניח שנטיות בתי המשפט תהיה, במקרים של ספק בסיווג זכות כלשהי כ"זכות במקרקעין" לצורך ס' 166, להעדיף את הסיווג שתוצאתו תהא צמצום הפגיעה בזכויות מוקנות. תוצאה זו נדרשת על-פי סעיף 22 לחוק הפרשנות, ומאחר שסעיף 166 לחוק המקרקעין הוא חריג לכלל שבפקודת הפרשנות מסתבר שהוא יתפרש על דרך הצמצום.¹⁸

9. שאלה קשה, שגדונה מספר פעמים בפסיקה, היא השאלה עד לאיזו מידה של צמצום יש להגיע בפירוש הביטוי "זכות במקרקעין", שבמצב המעבר הרביעי. הדוגמה שלהלן, הלקוחה מן הפסיקה, תדגים את הבעיה:

לפני כניסת חוק המקרקעין נמכרה חלקה אדמה מסוג מולק, ובעל החלקה הסמוכה הגיש תביעת מצרנות ("שופעה") על-פי הדין העותמני, המעניק זכות קדימה לשכן. עד שנתבררה התביעה נתקבל חוק המקרקעין, והשאלה שנתעוררה היתה מהו הדין שיש להחילו על-פי סעיף 166? האם לפנינו מצב המעבר הרביעי, דהיינו, זכות במקרקעין שחוק המקרקעין דן (ומכיר) בה? הספק נובע מכך, שמחד גיסא אמנם מכיר חוק המקרקעין בקטגוריה של זכויות קדימה (והוא דן בהם בסעיפים 99 עד 106), אך מאידך גיסא אין חוק המקרקעין מונה בין בעלי זכות הקדימה את זכות הקדימה הספציפית של השכן. (החוק מכיר בזכות קדימה מכוח הסכם, מכוח שיתוף שבעקבות ירושה, ומכוח שיתוף שבין בני זוג; אין החוק מכיר בשכנות כעילה לזכות קדימה.) האם נאמר, שמכיוון שחוק המקרקעין מונה בין הזכויות השונות במקרקעין גם את הקטגוריה של זכות קדימה יש לראות את המקרה כנופל בד' אמותיו של סעיף 166(ב), שעניינו זכות במקרקעין שחוק המקרקעין מכיר בה (מצב המעבר הרביעי), ועל כן להחיל עליו את חוק המקרקעין? אם כך נעשה, תידחה תביעת המצרנות של השכן בשל העובדה שבין זכויות הקדימה המוכרות על-פי חוק המקרקעין לא מוכרת השכנות כעילה לזכות קדימה. לעומת זאת, אם לא נסתפק בכך שחוק המקרקעין מכיר בקטגוריה

16 המר' 799/76 יזדי נ' בלומנפלד, פ"ד לא(1) 587.

17 בזכויות שחוק המקרקעין אינו מכיר בהן לא תתעורר שאלת סיווגן כ"זכות במקרקעין" לעניין סעיף 166, שהרי לגבי זכויות כאלה בין כך ובין כך, בין אם תחשבנה כ"זכות במקרקעין" ובין אם לאו, יהא צורך להחיל את הדין הקודם (כמוסבר לעיל בקשר לרישיון).

18 ע"א 261/70 דוידוף נ' חברת אילת השחר בת"א יפ"ו בע"מ, פ"ד כה(1) 520, 522.

של "זכויות קדימה", ונציג את השאלה המצומצמת יותר האם חוק המקרקעין דן ומכיר בזכות קדימה מכוח שכנות, הרי מכיוון שהתשובה לשאלה זו שלילית יפול המקרה בד' אמותיו של מצב המעבר השלישי, הנדון בסעיף 166(א) ("זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו [של חוק המקרקעין] וחוק זה אינו מכיר בה") ויהיה עלינו להחיל את הדין הקודם. החלת הדין הקודם, המכיר בזכות קדימה מכוח שכנות, תביא לתוצאה שתביעת המצרנות תתקבל.

השאלה באופן כללי היא אפוא האם לצורך ההבחנה בין מצב המעבר השלישי ובין מצב המעבר הרביעי עלינו לשאול אם לקטגוריה של זכויות במקרקעין שעל-פי הדין הקודם יש קטגוריה מקבילה בחוק המקרקעין, ובהימצא הקבלה שכזאת להחיל את חוק המקרקעין, כמצוות מצב המעבר הרביעי; או שמא עלינו לרדת לפרטים, ולהשוות את הזכויות הספציפיות השונות המרכיבות את הקטגוריה, וכשאינן בחוק המקרקעין זכות ספציפית המקבילה לזכות הספציפית שבדין הקודם, נמשיך להחיל את הדין הקודם, כמצוות מצב המעבר השלישי?

לשאלה זו, שהתעוררה בפרשת דוידוף, השיב בית המשפט כי יש לשאול את השאלה המצומצמת יותר, ולהתייחס לכל אחת מזכויות הקדימה כאל זכות נפרדת, ולא להסתפק בהשוואת הקטגוריות הכלליות של הזכויות במקרקעין¹⁹. בדרך זו הושגה הגנה לזכות המוקנית שהיתה לתובע ערב כניסת חוק המקרקעין לתוקפו.

10. על ההחלטה הזאת מתח ד"ר גולדנברג ביקורת במאמרו הנ"ל²⁰, באומרו שהיא עשויה להביא לכך, שבכל מקרה של שוני או ניגוד בין הדין הקודם ובין חוק המקרקעין יהיה עלינו להחיל את הדין הקודם, ביחס לזכויות במקרקעין שנולדו לפני תחילת תוקפו של החוק החדש. כך, למשל, על-פי הדין העותמני היתה לממשכן מקרקעין זכות למנוע ממקבל המשכנתה להעביר את זכותו (אלא אם כן נקבע אחרת בשטר המשכנתה), ואילו על-פי חוק המקרקעין אין לממשכן זכות כזאת (אלא אם כן נקבע אחרת בשטר המשכנתה). על-פי החלטת דוידוף – כך טוען גולדנברג – מאחר שחוק המקרקעין אינו מכיר בזכותו של הממשכן למנוע את העברת המשכנתה, צריך יהיה להחיל על הזכות הזאת של הממשכן את הדין הקודם (במשכנתה שנוצרה לפני חוק המקרקעין). גישת בית המשפט מביאה אפוא לכך, שהדין העותמני ימשיך להיות בתוקף עוד תקופה ממושכת. כדי למנוע תוצאה זו, סבור ד"ר גולדנברג, יש להשוות את הקטגוריות דווקא, ולא לצמצם את בסיס ההשוואה לזכויות הספציפיות המרכיבות את הקטגוריות. לפי גישתו מן הראוי היה לשאול בפרשת דוידוף את השאלה אם חוק המקרקעין מכיר בקטגוריה של זכויות קדימה, ומשהשיבונו בחיוב לשאלה זו היה עלינו, כמצוות סעיף 166(ב), להחיל על המקרה את חוק המקרקעין (שאינו מכיר בזכות הקדימה הספציפית של שכן) ולדחות את תביעת המצרנות.

11. את הביקורת הזאת דחה בית המשפט העליון בפרשת "עזריאל" ג' ללצ'ק²¹.

19 שם, בעמ' 524.

20 "חוק המקרקעין" (לעיל, הערה 3) 839, 842.

21 ע"א 261/72 "עזריאל" מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ג' ללצ'ק, פ"ד כז(2) 468, 467. בית המשפט העליון הלך בעקבות "עזריאל" בפרשת בלסקי ג' אמריקון הולדינגס בע"מ, ע"א 342/79 פיסקה 6 (טרם פורסם).

השופט לנדוי חיווה את דעתו שלצורך סעיף 166 יש להבחין בין זכויות ספציפיות במקרקעין ובין התוצאות המשפטיות שהחוק מייחס לאותן זכויות. התוצאות המשפטיות הן זכויות הנלוות לזכויות במקרקעין, אך להן, בפני עצמן, אין קיום עצמאי. הבחנה זו תצדיק, לדעת בית המשפט, את העמדת השאלה אם זכות הקדימה שעל-פי הדין העותמני, העומדת לטובת שכן, שהיא זכות ספציפית במקרקעין, מוכרת גם על-פי חוק המקרקעין (ומכיוון שהיא אינה מוכרת תהיה המסקנה שיש להחיל את הדין העותמני, כמצוות סעיף 166(א)), אך היא לא תצדיק את העמדת השאלה, שהעלה ד"ר גולדנברג, אם יש בחוק המקרקעין מקבילה לזכותו של ממשכן למנוע את מקבל המשכנתה מלהעביר את זכותו. שאלה זו עוסקת בתוצאות (בזכויות הנלוות) של זכות המשכנתה, כפי שנקבעו בדין המסדיר את הזכות הזאת (זכות המשכנתה). הזכות למנוע העברה על-ידי מקבל המשכנתה אינה, בפני עצמה, זכות במקרקעין שיש לה קיום עצמאי, ועל כן העובדה שזכות כזאת אינה מוכרת בחוק המקרקעין לא תביא להחלת הדין הישן. מטרת סעיף 166 היתה לקבוע, שעל זכויות במקרקעין שחוק המקרקעין מכיר בהן יחול חוק המקרקעין, על התוצאות המיוחדות (והזכויות הנלוות) שהוא קובע לאותן זכויות. העובדה, שהתוצאות האלה שונות מן התוצאה שעל-פי הדין הישן אינה שוללת את החלת חוק המקרקעין, אלא אדרבא, כוונת המחוקק בסעיף 166 היתה להמיר את הדינים העותמניים בדבר הבעלות, החכירה, וכדומה, בהסדר המודרני שנקבע לאותן זכויות בחוק המקרקעין. אך, בהבדל מכך, לא היתה כוונתו של המחוקק לשלול את זכותו של אדם שרכש זכות במקרקעין על-פי הדין הישן, אם זכות זו אינה מוכרת על-פי החוק החדש.

12. להשקפתו של גולדנברג, הגורס השוואת הקטגוריות בלבד, יתרון בכך שעל-פיה מצטמצמים המקרים שבהם צריך להמשיך ולהחיל את הדין הישן. כך, למשל, לפי גישתו לא יהיה עוד מקום להחלת דיני "השופעה" העותמניים על מצרין-שכן. יתרון נוסף של גישת גולדנברג היא פשטותה. גישת בית המשפט, בפרשת "עזריאל", מבוססת על הבחנה בין זכויות במקרקעין, מחד גיסא, ובין זכויות נלוות (או תוצאות הזכויות) מאידך גיסא. ההבחנה הזאת לא תמיד קלה לביצוע, כפי שנראה בסמור. גישתו של גולדנברג עוקפת את הצורך בהבחנה זאת.

המחיר עבור שני היתרונות האלה שבגישת גולדנברג הוא בשלילה אפשרית של זכויות מוקנות במקרקעין שנרכשו על-פי הדין הישן (כך, עלול אדם לאבד זכות קדימה מכוח שכנות, שנוצרה לטובתו על-פי הדין הישן). שאלה היא אם זהו מחיר שכדאי לשלמו עבור היתרון שבצמצום מספר המקרים שעליהם ימשיך לחול הדין הקודם.

כפי שצינו לעיל, גישת בית המשפט בפרשת "עזריאל", המחייבת אותנו להבחין בין זכויות במקרקעין ובין זכויות נלוות, עלולה להיות קשה לביצוע. כך, למשל, אדם הבונה מתוך טעות על קרקע שאינה שלו זכאי, בהתמלא תנאים אחדים, לכופ את בעל הקרקע למכור לו את המקרקעין. זכות זו, לרכישת המקרקעין, הוסדרה בדין הישן, ואף חוק המקרקעין דן בה, בהכירו בה. ואולם, בעוד שהדין הישן לא הבחין לעניין זה בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים, קובע חוק המקרקעין כי הזכות הזאת קיימת רק במקרקעין שאינם מוסדרים. לפי זה, מהו דינו של אדם שבנה בטעות על

מקרקעין מוסדרים שאינם שלו, לפני שחוק המקרקעין נכנס לתוקף, והמבקש עתה לממש את הזכות לרכישת המקרקעין? האם נאמר כי "הזכות במקרקעין" שאנו דנים בה היא "זכותו של הבונה על מקרקעי הזולת", כאשר ההבחנה שבחוק המקרקעין בין מקרקעין מוסדרים ובין מקרקעין שאינם מוסדרים אינה אלא חלק מן "התוצאות המשפטיות" שהחוק קובע לזכות האמורה? אם כך נראה את פני הדברים, כי אז מכיוון שחוק המקרקעין דן בזכות האמורה ("זכותו של הבונה על מקרקעי הזולת") יש להחילו על הזכות, בהתאם לאמור בסעיף 166(ב), ותוצאת ההחלה היא שתביעת הבונה במקרקעין מוסדרים תידחה. לעומת זאת, אם נתייחס אל "זכותו של הבונה על מקרקעין מוסדרים" של הזולת כאל "זכות במקרקעין" העומדת בפני עצמה, ולא כאל "תוצאה" גרידא, כי אז תישמר זכותו של הבונה לרכוש את הקרקע, מכיוון שחוק המקרקעין אינו מכיר בזכות זו, ועל כן יש להחיל את הדין הישן, כמצוות סעיף 166(א). בית המשפט החליט בפרשת "עזריאל" על-פי החלופה השנייה, וראה את הזכות הנדונה כזכות במקרקעין העומדת בפני עצמה, ולא כתוצאה משפטית, או כזכות גלווית. ניכר הדבר, שבית המשפט נטה למתוח את ההבחנה בין "זכות במקרקעין" ובין "זכות גלווית" בדרך שתגן על זכויות שנרכשו על-פי הדין הישן, גם אם המחיר לכך הוא החלה נמשכת של הדין העותמני. זוהי דוגמה נאה להמחשת האימרה הידועה שהתפתחות המשפט מוכתבת על-פי שיקולים מורכבים ואין היא נשלטת רק על-פי ההיגיון הצרוף.²²

דוגמה נוספת מן הפסיקה לקושי שבישום ההבחנה בין "זכות במקרקעין" ל"זכות גלווית" ניתן למצוא בפרשת בישור בע"מ נ' מאופה²³. בהנחה, שהדין העותמני מאפשר לבונה בטעות על מקרקעי הזולת להעביר לצד שלישי את זכותו לרכישת הקרקע, ובהנחה שחוק המקרקעין אינו מאפשר זאת, האם יש לראות את האפשרות שהבונה יעביר את זכותו לאחר כ"זכות גלווית", כ"תוצאה" שהדין קובע לזכות במקרקעין (שהיא "זכותו של הבונה על מקרקעי הזולת"), או שמא נתייחס לכך כאל "זכות במקרקעין" העומדת בנפרד? בית המשפט התייחס ליכולתו של הבונה להעביר את זכותו לרכישת המקרקעין כאל "זכות במקרקעין", בעלת קיום נפרד, ולא כאל תוצאה גרידא שהדין קובע ל"זכות במקרקעין" של הבונה על מקרקעי הזולת, ובהתאם לכך סבר שעל-פי סעיף 166 היה מקום להחיל את הדין הישן ולא את הדין החדש.²⁴ להערכתנו הרחיב בית המשפט במקרה זה את הביטוי "זכות במקרקעין" מעבר לרצוי, ועד כדי ביטול האפשרות לשמור על ההבחנה שבין "זכות במקרקעין" ובין "זכות גלווית" (או "תוצאה" שהדין קובע לזכות במקרקעין). אם נזכור את החלטת בית

"The life of the law has not been logic, it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral or political theories; intentions of public policy avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed". Holmes, *The Common Law* (1881) 1

23 ת"א (ח"י) 86/71 בישור נ' מאופה בע"מ, פס"מ תשל"ז(1) 106, 117.

24 בערעור על פסק דין זה (ע"א 596/76, פ"ד לב(3) 713) לא התעכב בית המשפט העליון על הפירוש הוה שניתן בבית המשפט המחוזי לסעיף 166.

המשפט העליון בפרשת "עזריאל", שם נקבע כי יש להתייחס אל זכותו של ממשכן למנוע ממקבל המשכנתה להעביר את זכותו כאל זכות גלווית גרידא, יגבר הספק אם בפרשת כישור נ' טאובה הפעיל בית המשפט כהלכה את ההבחנה בין "זכות במקרקעין" ל"זכות גלווית".

על כל פנים, שוב אנו נוכחים לדעת כי ביישום ההבחנה הקשה שבין "זכות במקרקעין" ובין "זכות גלווית" נטה בית המשפט למתוח את ההבחנה בדרך שתימנע שלילת זכויות שהיו מוכרות על-פי הדין הישן, אף אם התוצאה מכך היתה הארכת התחולה של הדין הקודם.

ג. זכויות שהיו קיימות ב"מירי", "מתרוכה" ו"מוואת"

13. מקור אפשרי נוסף להמשך תחולתו של הדין העותמני מצוי בסעיף 156 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, שזה לשונו:

"שמירת זכויות אין בהוראות סעיפים 153, 154 או 155 כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה במקרקעין האמורים בהם."

עד לעת האחרונה כמעט שלא ניתנה הדעת לסעיף זה²⁵ ולא נתבררה פעולתו כמקור נוסף המשמר את דיני המקרקעין העותמניים. תשומת הלב הופנתה לסעיף זה בפרשת חברת אמריקן ישראל הולדינגס בע"מ נ' בלסקי²⁶. במקרה זה נתעוררה השאלה אם אדם שהיה לשותף במקרקעין מסוג מירי לפני כניסת חוק המקרקעין לתוקפו יכול להעלות טענת זכות קדימה של שותף ("אוולויה"), על-פי סעיף 41 לחוק הקרקעות העותמני משנת 1958, במקרה ששותף אחר בנכס מוכר את חלקו במועד כלשהו שלאחר חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969. השאלה מתעוררת משום שחוק המקרקעין קעין אינו מכיר בכך ששותף במקרקעין משמש עילה לטענת זכות קדימה. השופט שאל, אשר כתב את החלטת בית המשפט, בדק תחילה את הוראות המעבר שבסעיף 166. לפי סעיף זה, כך סבר בית המשפט, לא יחול חוק הקרקעות העותמני על המקרה מכיוון שעל-פי האמור בסעיף 166(א) יחול הדין הקודם כאשר לפנינו "זכות במקרקעין שהיתה מוקנית ערב תחילתו [של חוק המקרקעין] וחוק זה [חוק המקרקעין] אינו מכיר בה...". בהסתמך על פסיקה קודמת²⁷ קבע בית המשפט, שזכות הקדימה הנדונה אינה "מוקנית" כל עוד לא נקט אחד השותפים צעדים למכירת חלקו, ומכיוון שצעדים כאלה ננקטו רק לאחר חקיקת חוק המקרקעין, לא מתקיים התנאי הנדרש בסעיף 166(א) לפיו על הזכות להיות "מוקנית" ערב תחילתו של חוק המקרקעין. ואולם, בשלב השני עבר השופט שאל לבדוק את השפעת סעיף 156 על המקרה שלפניו, ובעניין זה כתב את הדברים המפתיעים שלהלן:

25 ואולם ראה: י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969: מגמות והישגים (ירושלים, תשל"ל) 26, 27, הערה 70.

26 המ' (חי') 76/76 חברת אמריקן ישראל הולדינגס בע"מ נ' בלסקי, פ"מ תשל"ח(2) 156.

27 ע"א 25/63 אייזנברג נ' אייזנברג, פ"ד יז(2) 1289.

"זכות הקדימה לפי סעיף 41 לחוק הקרקעות ניתנה רק לגבי קרקעות מסוג 'מירי' או 'מוקופה'. נאמר בסעיף 152 לחוק המקרקעין כי 'סיווג מקרקעין לסוגים שונים שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה מכוח החקיקה העותומנית — בטל'. ובסעיף 153 נאמר: 'מקרקעין שערכ תחילתו של חוק זה נמגו עם הסוג מירי, הבעלות בהם תהיה בעלות מלאה בהתאם להוראות חוק זה'. אך הוראה נוספת, סעיף 156 אומרת: 'אין בהוראות סעיפים 153, 154 או 155, כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה במקרקעין האמורים בהם'. המדובר כאן בזכויות שהיו קיימות, ולא רק בזכות שהיתה 'מוקנית', ולפי ההלכה של הרוב בע"א 25/63 לא אוכל למצוא כי זכות הקדימה של המשיבים לפי סעיף 41 לחוק הקרקעות לא היתה 'קיימת' בעת תחילת תקפו של חוק המקרקעין".

לדעת השופט שאל מביא סעיף 156 לתוצאה הפוכה מזו שמכתיבות הוראות המעבר שבסעיף 166. כפי שראינו לעיל, על-פי סעיף 166 לא היה אמור לחול הדין הקודם, אלא חוק המקרקעין (ולפי זה היתה תביעתו של בעל זכות הקדימה נדחית), ואילו החלת סעיף 156 גורמת, לדעת השופט, לכך שאין לגרוע מן הזכויות שהיו קיימות ערב תחילת חוק המקרקעין, ועל כן יש לקבל את תביעת זכות הקדימה (אוולויה), לפי סעיף 41 לחוק הקרקעות העותומני.

אם נבליט מתוך הדברים האלה, שנסבו על המקרה הספציפי של זכות קדימה, את הכלל המשפטי המונח ביסודם, הרי שהוא היה כדלקמן: זכות שהיתה קיימת על-פי הדין הקודם במקרקעין מסוג "מירי" (הגדונים בסעיף 153 לחוק המקרקעין), "מתרוכה" (הגדונים בסעיף 154) או "מוואת" (הגדונים בסעיף 155), לא תיפגע כתוצאה מביטול סוגי המקרקעין האלה, אף אם הוראת המעבר שבסעיף 166 היתה מחייבת פגיעה שכזאת כתוצאה מהחלת חוק המקרקעין.

לדעתנו, יש לעשות כל מאמץ כדי לדחות את הפירוש הזה שניתן לסעיף 156 בשל התוצאות השליליות שהוא עלול לגרום. על-פי פירוש זה כל המקרקעין מסוג "מירי" שהיו בבעלות משותפת לפני שנת 1970 ימשיכו להיות כפופים לדיני הקדימה שבחוק הקרקעות העותומני משנת 1958, וזאת ללא הגבלת זמן. מה שאמר בית המשפט לגבי זכות הקדימה במקרקעין מסוג "מירי" נכון יהיה לאמרו גם לגבי כל זכות אחרת בסוגי המקרקעין האלה ("מירי", "מתרוכה" "מוואת") שהדין הקודם הכיר בה. נמצא, שלמרות המגמה של הוראת המעבר שבסעיף 166, להמיר את חוק הקרקעות העותומניים בחוק המקרקעין החדש, ואפילו לגבי זכויות שנולדו לפני חקיקת חוק המקרקעין, ימשיכו חוקי הקרקעות העותומניים לחיות עמנו ללא הגבלת זמן הנראית לעין. בית המשפט לא התעלם מן התוצאות השליליות שפירושו עלול לגרום, אך ראה את עצמו כפוי להגיע למסקנתו בשל ניסוחו של סעיף 156.²⁸

הבהרות נוספות לסעיף 156 לא קיבלנו מן הפסיקה. אדרבא, מן המעט שנאמר על הסעיף מסתבר שפירושו של השופט שאל לא נדחה מכל וכל.²⁹ מן הראוי על כן שננסה

28 ראה עמ' 159 (ליד אותיות השוליים ד-1) לפסק הדין.

29 דברי השופט שאל נאמרו בהחלטה שבהמרצה. מתוך פסק הדין שניתן באותו תיק על-ידי

לעמוד על משמעותו של הסעיף הזה ולבחון אם ניתן לפרשו בדרך שתמנע את התוצאות הקשות שאליהן מוביל הפירוש הנזכר לעיל, שנתן לו בית המשפט. תחילה, כיצד, לדעתנו, אין לפרש את הסעיף הזה. אין לפרש את סעיף 156 כמונע גריעה מאותן זכויות שהיו מוגנות ביסוד הסיווג של המקרקעין ל"מירי", "מתרוכה" ו"מוואת". כך, למשל, ביסוד הסיווג של המקרקעין למקרקעי "מירי" היתה מוגנת ההבחנה בין זכות הבעלות הערטילאית ("ה"רקבה"), שהיתה שייכת למדינה, ובין זכות ההחזקה והשימוש ("ה"תצרוף"), שהיתה שייכת למחזיק הפרטי. סעיף 153, המבטל את מקרקעי ה"מירי" (בהמשך לאמור בסעיף 152), מוחק את ההבחנה שבין ה"רקבה" ל"תצרוף", וקובע כי מעתה תהיה במקרקעין אלה בעלות מלאה.³⁰ מחיקה זו מפקיעה למעשה מן המדינה את זכות הבעלות הערטילאית שהיתה לה במקרקעי ה"מירי". אין להעלות על הדעת שכאשר סעיף 156 קובע שאין בהוראות סעיף 153 כדי לגרוע מן הזכויות שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה נתכוון בכך המחוקק שלא לגרוע מזכות ה"רקבה" שהיתה למדינה במקרקעי ה"מירי". לו היינו אומרים כך היה חוק המקרקעין סתור מניה וביה,

השופט דורי עולה, שהשופט דורי נטה לקבל את השקפתו של השופט שאל. ת"א 1501/75 בלפני ג' אמריקן-ישראל הולדינגס בע"מ, פסקה 13 לפסק הדין. טרם פורסם). בבקשת רשות לערער על החלטתו של השופט שאל, בפני בית המשפט העליון, אמר בית המשפט העליון, שאכן השאלה שהתייחס אליה השופט שאל היא נכבדה וראויה לבידור ולדין, אך מסיבות דיוניות החליט שלא להתיר את הערעור על החלטת שבתמרצה. בערעור שהוגש על פסק הדין (בת"א 1501/75 הג"ל) הגביל עצמו בית המשפט העליון אך ורק לפירוש סעיף 166. בית המשפט העליון פסק, שזכות הקדימה הנדונה מתהווה רק מן העת שאחד השותפים מוכר את חלקו, ומכיוון שכך לא היתה לתובע ערב חוק המקרקעין "זכות מוקנית", כנדרש על-פי סעיף 166(א), מכיוון שהמכר בוצע על-ידי אחד השותפים רק לאחר כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. (ע"א 342/79 בלפני ג' אמריקן הולדינגס בע"מ, השופט שמגר, בפסקה 8 לפסק הדין, טרם פורסם). תמוה הדבר שבית המשפט העליון לא התייחס כלל לאפשרות שזכות הקדימה נשארה בתוקף על יסוד סעיף 156, כפי שסבר השופט שאל בהחלטת שנתן בהמרצה שבאותו תיק. ניתן אולי לומר, שהחלטת בית המשפט העליון כי זכות הקדימה הנדונה מתהווה רק לאחר שאחד השותפים מוכר את חלקו דוחה, מכללא, את השקפתו של השופט שאל כי יש מקום להבחין בין השאלה אם זכות הקדימה היתה "מוקנית" ערב חוק המקרקעין (השאלה הנדרשת לצורך סעיף 166), ובין השאלה אם זכות הקדימה היתה "קיימת" (שאלה הנדרשת לצורך סעיף 156). אליבא דבית המשפט העליון, כך ניתן לגרוס, מתהווית זכות הקדימה רק לאחר פעולת המכירה, ובטרם מכירה אין זכות הקדימה לא "מוקנית" ולא "קיימת". אם כך נפרש את פסק הדין של בית המשפט העליון, ניתן יהיה לומר, שבכך מנע בית המשפט את האפשרות ליישם את סעיף 156, על-פי פירושו של השופט שאל, במקרה של זכות קדימה בטרם מכר. ואולם, עדיין נשארת פתוחה השאלה מה יהיה על פירושו של השופט שאל לסעיף 156 בהקשרים אחרים, שבהם אכן היתה קיימת זכות בקשר למקרקעין מסוג "מירי", "מתרוכה" או "מוואת"? האם זכויות אלה ימשיכו להתקיים כבעבר — כפי שסובר השופט שאל — אף-על-פי שהוראת המעבר שבסעיף 166 מחייבת את ההיפך מוזן? לשאלה זו, שאינה צמודה לבעיה המיוחדת של זכות קדימה, לא ניתנה הדעת בפסק דינו של בית המשפט העליון.

30 אמנם החוק אינו אומר למי תהיה הבעלות המלאה, האם למי שהיה בעבר בעל ה"רקבה", או למי שהיה בעבר בעל ה"תצרוף"? מסתבר, שהכוונה היתה שהמחזיק הפרטי, שער או היתה לו זכות החזקה ושימוש בלבד, יהיה לבעלים המלא של הקרקע (כפי שאכן נאמר במפורש בסעיף 229 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964).

שכן מחד גיסא הוא מבטל את סיווג המקרקעין ל"מירי" ומאידך גיסא הוא משמר את הסיווג הזה.

בדומה לכך, על-פי סעיף 154 מתבטל סיווג המקרקעין ל"מתרוכה", ויש לרשום מקרקעין אלה על שם המדינה (פרט למקרים המפורטים בסעיף, שבהם על המקרקעין להירשם על שם רשות מקומית). הוראה זו מבטלת סוגים אחדים של זכויות שנתקיימו בעבר מכוח הסיווג ל"מתרוכה", כגון זכויות באדמות מרעה של בני כפר, המצויות מתוך לתחום רשות מקומית. אילו הביא סעיף 156 לשימור הזכויות הגובעות מעצם הסיווג של המקרקעין ל"מתרוכה" לא היו מתבטלות הזכויות מן הסוג המתואר, וה"מתרוכה" היתה ממשיכה להתקיים לאורך ימים.

למרות לשונו של סעיף 156 אין, על כן, לפרשו כמונע גריעה מן הזכויות שהיו מונחות ביסוד ההגדרה של אותם סוגי מקרקעין שחדלו להתקיים על-פי הסעיפים 153—155.

אין גם לפרש את סעיף 156 בדרך שבה פירשו השופט שאל, המביאה לכך שהוא עומד בסתירה להוראות המעבר שבסעיף 166 לחוק. כאשר על-פי סעיף 166(ב) אמור חוק המקרקעין לחול על זכות במקרקעין (שנרכשה לפני שנכנס חוק המקרקעין לתוקפו)³¹ ותחולה זו מביאה לגריעה מהיקף הזכות בהשוואה למעמדה על-פי הדין הישן, אין למנוע גריעה זו בטענה שסעיף 156 מונע גריעה מזכויות שהיו קיימות במקרקעין מסוג "מירי", "מתרוכה" ו"מוואת". כך, למשל, זכות דרך במקרקעין "מירי", שנרכשה לפני חוק המקרקעין, תוסדר כיום על-פי חוק המקרקעין, ואפילו נגרמת כתוצאה מכך גריעה כלשהי מזכות הדרך כפי שהיתה על-פי החוק העותמני. פירוש אחר היה מנציח את דיני המקרקעין העותמניים ולכך בוודאי לא נתכוון המחוקק.

פירושו זה, לא זו בלבד שתוצאותיו רצויות אלא הוא אף נדרש על-פי לשון סעיף 156, כשנדייק בו. בסעיף 156 לא נאמר כי הוראות חוק המקרקעין אינן גורעות מזכויות שהיו קיימות ב"מירי", "מתרוכה" ו"מוואת". כל שנאמר בו הוא, כי אין בביטול הסוגים המיוחדים האלה של המקרקעין, כמפורט בסעיפים 153—155, כדי לגרוע מזכויות שהיו קיימות במקרקעין אלה ערב חוק המקרקעין. ללמדך, שאם הגריעה מן הזכויות נגרמת שלא עקב הוראות סעיפים 153—155 אלא עקב הוראות סעיפים אחרים שבחוק המקרקעין (וסעיף 166 בכלל זה), אין סעיף 156 מונע זאת.

לשון אחרת (ובכך ננסה להשיב על השאלה כיצד יש לפרש את הסעיף ולא רק כיצד אין לפרשו), העובדה שגשוא הזכות חדל להתקיים (עקב מחיקת הקטגוריות "מירי", "מתרוכה" ו"מוואת") לא תפגע במי שהיו לו זכויות בגשוא זה, ובלבד שעל-פי ההוראות האחרות שבחוק המקרקעין ממשיכה זכותו להתקיים.

פירוש זה, שהוא הפכו של הפירוש שנתן השופט שאל, לא זו בלבד שהוא מביא לתוצאות רצויות, ולא זו בלבד שהוא נדרש על-פי לשון סעיף 156, אלא שהוא אף נתמך בעבודות ההכנה לסעיף 156. דעתם של מנסחי סעיף 156 היתה נחונה לתופעה השכיחה של בניית שיכונים ציבוריים על מקרקעין מסוג "מתרוכה" שבתחומי רשויות מקומיות (במיוחד בעיירות פיתוח), או למקרים שבהם נרכשו זיקות הנאה באדמות "מוואת", או לזכויות אריסים שנרכשו במקרקעין "מירי" על-פי פקודת האריסים (הגנה).

31 ראה לעיל, ההתייחסות לתוצאות הזכות, ול"זכויות נלוות", בפרשת "עוריאלי".

1933–1934, כדי שבעלי זכויות כאלה לא ייפגעו עקב היעלמותם של סוגי המקרקעין שאליהם התייחסו אותן זכויות, קבע סעיף 156 את שקבע³².

מוקד תשומת הלב בסעיף 156 היה התמורות שחלו בסוגי הנכסים מכוון חוק המקרקעין, וההשפעה העשויה להיות לכך על זכויות שהיו קיימות באותם נכסים לפני חקיקת החוק, ואילו מוקד תשומת הלב בסעיף 166 היה התמורות שחלו בדיני המקרקעין בעקבות חקיקת חוק המקרקעין, וההשפעה של תמורות אלה על הדינים הקודמים. סעיפים אלה פועלים אפוא במישורים שונים ואין הם באים לכלל התנגשות. אם נקבל השקפה זו, לא תהיה לסעיף 156 החשיבות המרכזית שהועיד לו בית המשפט כמקור נוסף להנצחת דיני המקרקעין העותמניים.

32 כפי שעולה מן הדיונים שנתקיימו בוועדת החוקה חוק ומשפט, ובוועדת המשנה שלה, בתאריכים 3.12.1968 ו־22.6.1969.