

נאמרים

התיישנות במקרקעין – קווים לריפורמה

מאת

ישראל גלעד *

א. מבוא; 1. הצגת המטרה ומגבלותיה; 2. תמונת ההתיישנות;
3. זמניות הסדר ההתיישנות והשלכותיה; 4. על הסוגיות הנבחנות
ב. "טענת-זכות"; 1. תביעות "טובות" ותביעות "רעות"; 2. שיקולי
מדיניות; 3. תפישה קניינית בלבד ראייתי; 4. הדרישה ל"טענת-
זכות" ותפישת ההתיישנות שמאחוריה; 5. תפישת ההתיישנות במשפט
הישראלי; (א) "טענת-זכות" עד לחוק ההתיישנות; (1) "טענת-
זכות" בפסיקה – ביטוי לגישה קניינית בלבד ראייתי; (2) על
מקורותיה של הדרישה ל"טענת-זכות"; (3) "טענת-זכות" והסדרי
ההודאה; (4) "טענת-זכות" ו"החזקה נוגדת"; (5) "טענת-זכות"
והאופי "הדיוני"-ההגנתי של ההתיישנות; (6) תפישה קניינית מפר
רשת; (7) סיכום; (ב) חוק ההתיישנות ו"טענת-זכות"; (ג)
חוק המקרקעין ו"טענת-זכות"; 6. "טענת-זכות" – חיש מקום
לחקיקה מתקנת? ג. "החזקה נוגדת"; 1. מודל עיוני; (א)
מקורות הדרישה "להחזקה נוגדת"; (ב) נקודות-המבט הרלבנטיות;
(ג) השאלה הנורמטיבית; (ד) "מנהג בעלים" – רציפות וייחודיות;
(ה) דרישת "הניגוד"; (1) "הניגוד" ומקורותיו; (2) שיקולי
המדיניות וביטויים המשפטיים; (3) מבחן ראשון – היווצרות כוח
התביעה; (4) מבחן שני – טיב מערכת-היחסים שבין המחזיק ובין יריבו;
(5) משך ההחזקה; (6) שתיקת חריב; (7) חלוקת נטל הראייה;
2. הפסיקה; (א) מקורות הדרישה ל"החזקה נוגדת"; (ב) יסודות
"ההחזקה הנוגדת"; (ג) "החזקה נוגדת" בתקופת השכירות; (ד)
"החזקה נוגדת" בתום תקופת השכירות; (ה) "החזקה נוגדת" בין
בעלים משותפים/יורשים; (ו) "החזקה נוגדת" בין קרובי-משפחה
וידידים; (ז) המגמה לצמצום תחומי "ההחזקה הנוגדת"; (1) כללי;

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי העמוקה ליהושע
ויסמן, שסייע לי רבות, ולאסף פוזנר על הערותיו והארותיו המועילות, שפירותיהן משובצים
לאורך הרשימה. יודגש, עם זאת, כי רשימה זו אינה משקפת אלא את דעותיו של מחברה.

(2) התמקדות בנקודת־מבטו של היריב ו"הרשות מכללא"; (3) על שיקול המדיניות שמאחורי הגישה המצמצמת; (4) הגישה המצמצמת ו"הרשות מכללא"; (5) על מידת השפעתה של הגישה המצמצמת; (6) הגישה המצמצמת — הערכה ביקורתית; 3. קווים לריפורמה. ד. **התיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור"**; 1. סקירה כללית; 2. ייחודו של דין ההתיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור"; 3. היש מקום לשינוי הדינים המיוחדים? (א) מקורות דרישת העיבוד והאופי ה"רוכש" של ההתיישנות; (ב) דרישת העיבוד והאופי ה"רוכש" באספקלריית ההווה; (ג) היש לבטל את דרישת העיבוד? (ד) דרישת רישום המקרקעין; 4. לשאלת היקף התחולה של סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני; 5. הסדר הזכויות במקרקעין והתיישנות נגד המדינה. ה. **התיישנות "רוכשת" או התיישנות כטענת־הגנה?** ו. **תקופת ההתיישנות.** ז. **ריכוז ההמלצות.** נספח: על הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964.

א. מבוא

1. הצגת המטרה ומגבלותיה

המתבונן בתמונת ההתיישנות במקרקעין במשפטנו יזהה בה את תוויהן של שלוש אסכולות: הראשונה, אסכולת המשפט העות'מני. לידתה וגיבושה של זו בימים רחוקים ובנסיבות כלכליות וחברתיות שכבר אבד עליהן הכלח. הציירים המאוחרים של אסכולה זו, שהיו רחוקים ממקורותיה — והכוונה לבתי־המשפט בתקופת המנדט ולאחר קום המדינה — קיצרו, האריכו והסיטו את קווייה המקוריים. באה האסכולה השנייה, זו של חוק ההתיישנות, תשי"ח—1958 (להלן: חוק ההתיישנות), מחקה חלקים מן הציור והוסיפה לו משלה. הן המחיקה והן התוספת מעורפלים־מה, ואין ההרמוניה שוררת גם בין ציירי אסכולה זו. חלפו תריסר שנים וכבר צמחה לה אסכולה שלישית, אסכולת חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 (להלן: חוק המקרקעין). עיקר התמחותה של זו במחיקה, אלא שגם כאן אין תחומי המחיקה ברורים דיים.

לנוכח תמונה מטושטשת זו, שקויה לא תמיד משתלבים לכלל צורות מוגדרות, נשאלת השאלה: הניתן עדיין ליטול את המכחול ואת המחק ולנסות ולשלב את קווי שלוש האסכולות אל תוך צורות ברורות יותר ומותאמות יותר למציאות הנוכחית? על שאלה זו ננסה להשיב באופן חלקי ברשימה זו על־ידי דיון בשלוש צורות מרכזיות שבציור: "טענת־זכות" ו"החזקה נוגדת" כיסודות ההתיישנות במקרקעין¹, ו"התיישנות במקרקעי ציבור"².

1 על שני מבתנים חייבת החזקה לענות, כדי שתעלה טענת התיישנות... האחד הוא כי החזקה צריכה להיות "חזקה נוגדת"... המבחן השני, הנוסף, הוא כי

תשובתנו תהא חלקית, משום שבתמונת ההתיישנות קיימות צורות חשובות נוספות שאף הן טעונות בחינה. נמצא שם, למשל, סוגיות כ"חליפות"³, מניעות⁴, שיהוי⁵ ואת כללי השעיית מירוח ההתיישנות והפסקתו⁶. נדגיש כי גם תווי הצורות שבהן בחרנו לדון תלויים במידה זו או אחרת בצורות האחרות, שהרי בין הסוגיות השונות קיימים יחסי-גומלין והשפעות הדדיות. על-אף חשיבותן של הסוגיות האחרות, לא נוכל לדון בהן במסגרת זו. זאת, לא רק בשל קוצר המצע אלא גם משום שהשאלות העולות מסוגיות אלה אינן ייחודיות לתחום ההתיישנות במקרקעין, אלא שזורות ברקמת ההתיישנות לכל אורכה. טיפול נאות בסוגיות אלה מחייב בחינה לרוחב של דין ההתיישנות בכל ענפי המשפט הרלבנטיים ולא רק במגזר הצר של התיישנות במקרקעין.

2. תמונת ההתיישנות*

חוק המקרקעין (בסעיף 159(ב)) מחק למעשה את החלק הארי של תמונת ההתיישנות, בהוציאו מקרקעין מוסדרים מתחומי חלותו של חוק ההתיישנות. החלק שנותר מורכב אפוא בעיקר ממקרקעין לא-מוסדרים וממקרקעין מוסדרים, שטענת ההתיישנות לגביהם התגבשה לפני תחילת החוק הנ"ל.

מהו דין ההתיישנות החל על מקרקעין שבהם לא נשללה התיישנות? התשובה הטבעית לכך: הדין שהיה בתוקף עד ליום תחולתו של חוק המקרקעין (ראה סעיף 162 לחוק). דין זה הוא, כאמור, הרכב של שני רבדים: הראשון ביניהם הוא הרובד העות'מני שמשל בכיפה עד לחוק ההתיישנות. רובד זה הוא תרכובת של חוק הקרקעות העות'מני, פרק ההתיישנות במגילה והוראות חוק עות'מניות ומנדטוריות משלימות. את הרובד השני מהוות הוראותיו של חוק ההתיישנות. חוק זה שימר חלקים נכבדים של הרובד העות'מני וביטל אחרים (סעיף 126(1) לחוק). בין ההוראות שתוקפן נשמר נוכיר כבר עתה את הסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני.

החוקה צריכה לבוא מכח טענת זכות בעלות של המחזיק. (ע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח ואח', פ"ד מ(3) 624, 633).

הדברים שנאמרו בהקשר המוגבל של סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מני, מייצגים את הגישה שלפיה מורכבת ההתיישנות משני יסודות עצמאיים ומצטברים של "החוקה נוגדה", מחד גיסא, ו"טענת זכות", מאידך גיסא. גישה שכזו קיימת גם בארצות-הברית. ... the occupant must not merely be in possession adversely to the owner but must by word or act proclaim during all the period of the running of the statute that he himself is then the owner (American Law of Property (R.G. Patton) (Boston, 1952) vol. III 774).

2 לעניין זה נפנה כבר עתה למאמרו של פרופ' י' ויסמן, "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד) 3.

3 סעיף 18 לחוק ההתיישנות.

4 נגענו מעט בסוגיא זו להלן, הערה 55, ובטקסט שליד הערה 214. ראה גם ג' שלו, "הבטחת השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ז) 295, 310-311.

5 ראה, למשל, ע"א 118/75 החברה לשיכון עממי בע"מ נ' מימון ואח', פ"ד מ(2) 802; ת"א (חי') 829/79 רותבלום נ' קרן קיימת לישראל בע"מ, פ"מ תשמ"ה (2) 45, 61-62.

6 ראה ג' טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ז) 335, 362-374.

*6 לתאור התמונה ראה י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והצגים (ירושלים, תש"ל) 24-26, 82-84.

מהם סוגי המקרקעין שלגביהם נשמרו דיני ההתיישנות? על-פי מצוות הסעיף 162(2) לחוק המקרקעין, נשמר לצורך ההתיישנות הסיווג העות'מני של המקרקעין – סיווג שבוטל בהוראה מפורשת של סעיף 152 לחוק. על-פי סיווג זה, נחלקים המקרקעין לחמש קבוצות עיקריות: מולק (בעלות מלאה), מירי (זכות החזקה ושימוש), מתרובה (שימוש הציבור), מוקופה (הקדש) ומוואת (אדמות-בור מרוחקות).

3. זמניות הסדר ההתיישנות והשלכותיה

בשלילת ההתיישנות במקרקעין מוסדרים הביע המחוקק עמדה עקרונית, השוללת הכרה בטענת ההתיישנות בשיטת זכויות המבוססות על המרשם כיוצר זכויות ומשקפן. השארת דיני ההתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים על כנם נועדה אפוא להיות זמנית בלבד – עד שתוסדרנה הקרקעות כולן.

לאופיו הארעי של ההסדר הנוכחי חשיבות מרובה כאשר באים לבחון הכנסת שינויים בדין הקיים. חשוב לזכור, כי דין זה אינו משקף את תפישתו של המחוקק באשר לתוכן הרצוי של דין ההתיישנות. המחוקק היה מודע לכך שבדין זה משתקפת תמונת-עולם שאבד עליה הכלת, אך העדיף בכל-זאת לשמרו כמות שהוא בבחינת "הוראת שעה" עד שיתבטל מאליו. להשארת הדין הקיים על כנו, גם הוא ארכאי, יתרון ברור: רציפות הדין מונעת פגיעה לא-הוגנת בציפיותיהם של המסתמכים עליו והוסכת עלויות וזעזועים הכרוכים בשינוי הדין בתחום כה מרכזי ורגיש. אין אפוא כל רבותא בהצבעה על ארכאיותו של הדין הקיים ובהצעת שינויים דרסטיים בו. זוהי התפרצות לדלת פתוחה. אשר על-כן, שמנו לנו למטרה להציע שיפורים בדין הקיים שאינם כרוכים ב"שבירות" ובזעזועים. מטרה זו ניתנת – לדעתנו – להשגה בכמה דרכים: דרך אחת היא הצעת תשובה מחייבת לשאלות שנוותרו עדין פתוחות. כזו היא, למשל, שאלת הצורך ב"טענת-זכות" שלה נקדיש את הפרק הבא. דרך אחרת היא להציע פתרון מחייב לבעיות הטעונות פתרון (כמו, למשל, בעיית סעיף 52 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין, הנדונה בפרק הרביעי). דרך שלישית שבה נלך תהא "החזרת עטרה ליושנה", דהיינו: הצעות לבטל שינויים "של הזמן האחרון" בדין, בין שמקורם בהתפתחות בלתי-רצויה של ההלכה (כהלכת הרשיון-מכללא שתידון בפרק השלישי) ובין שמקורם באקט חקיקתי בעייתי (כסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין שידון בפרק הרביעי).

4. על הסוגיות הנבחנות

כאמור, נעסוק ברשימה זו בשלוש צורות מרכזיות בתמונת ההתיישנות: "טענת-זכות", "החזקה נוגדת" ו"התיישנות במקרקעי ציבור". נקדים ונרחיב מעט: לב-לבה של טענת התיישנות היא בדרישת "ההחזקה הנוגדת". יסוד זה עוסק בטיב ההחזקה הנדרשת כתנאי להשמעת טענת התיישנות. לא כל החזקה משמשת בסיס לטענת התיישנות, אלא רק החזקה בתנאים הנדרשים באמצעות יסוד זה. לעומת זאת, "טענת-זכות" היא דרישה נוספת שאינה חיונית לטענת ההתיישנות. תוכנה, בקליפת-אגוז, הוא שבנוסף על "החזקה הנוגדת", המחזיק צריך לטעון כי הוא הבעלים של הזכות שעליה מבקש הוא להגן באמצעות ההתיישנות. אנו נעסוק בהרחבה בשאלה,

האם אכן נדרש יסוד גוסף זה במשפטנו. ומכאן ל"התיישנות במקרקעי ציבור", כשהדגש הוא על מענת התיישנות הנטענת נגד המדינה. ייחודה של סוגיא זו הוא בתחום ההתיישנות בקרקע מסוג בידי. על התיישנות זו חלה ההוראה המיוחדת של סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני, שהוזכרה לעיל. כפי שנראה בהמשך, זוהי התיישנות ממין מיוחד הן בטעמיה (אינטרס המדינה בהחזקה), הן כתנאיה (דרישת ה"עיבוד") והן בתוצאותיה (התיישנות "רוכשת").

ב. "טענת-זכות"

בפרק זה נבחן תחילה אם ועד כמה נדרשת בדין ההתיישנות הישראלית במקרקעין "טענת-זכות" כדרישה מצטברת על התנאי הבסיסי של "החזקה נוגדת". האומנם המחזיק צריך לטעון לבעלות בזכות שעליה הוא מבקש להגן באמצעות ההתיישנות? כדי להשיב על שאלה זו עלינו להתחקות תחילה אחר משמעות הדרישה וטעמה. כאן ניווכח לדעת כי ל"טענת-הזכות" שני פנים: "קנייני" ו"ראייתי", כאשר כל פן מייצג, למעשה, תפישות בסיסיות שונות של מוסד ההתיישנות. נפתח אפוא בהצגת שתי התפישות השונות של ההתיישנות. זאת נעשה בסעיפים 11 עד 33. בסעיף 44 נעמוד על הדרך שבה כל תפישה מעצבת את הסדר טענת-הזכות. בסעיף 55 נבחן את שאלת קיום הדרישה והיקפה בכל שלושת רבדי הדין. גסיים בהצעות לשינויים בדין. לכך נקדיש את סעיף 66.

1. תביעות "טובות" ותביעות "רעות"

מהי פעולתה של ההתיישנות במקרקעין? כיצד היא מסייעת למי שהצליח להוכיחה? את התשובות לשאלה יסודית זו ניתן, במיון ראשוני, לחלק לשני ראשים: האחד ראייתי והשני קנייני. התשובה הראייתית, בתמצות, היא שחזקת השנים מכריחה את זכותו הקניינית של הטוען להתיישנות. נקודת-המוצא היא שלמחזיק היתה, ללא קשר להתיישנות, זכות טובה במקרקעין, וההתיישנות מסייעת בידו להוכיח את זכותו זו. לעומת זאת, התשובה הקניינית שונה לחלוטין. על-פי התפישה הקניינית, חזקת השנים יוצרת את הזכות ושוא ההתיישנות. מעבר הזמן אינו גורם ראייתי המלמד על ה"יש", אלא גורם קונסטטיטוטיבי היוצר "יש" מאין.

את השוני בין שתי תפישות אלה של התיישנות ניתן להציג באמצעות ההבחנה בין תביעות "טובות" לבין תביעות "רעות".⁷ תביעה נגד מחזיק היא תביעה "טובה", כאשר זכותו של היריב טובה מזכותו של המחזיק על-פי המשפט המהותי.⁸ תביעת היריב תהא "רעה" כאשר זכותו נחותה מזכות המחזיק. ההנחה המונחת בבסיס התפישה הראייתית היא, שתביעת היריב "רעה" ותפקיד דין ההתיישנות הוא לסייע למחזיק להוכיח זאת. לעומתה, התפישה הקניינית יפה גם לתביעות "טובות". ה"יש" שחזקת

7 לשימוש בכינויים הנ"ל ראה להבי (לעיל, הערה 1), 636.

8 בהתעלם, כמובן, מהשפעת ההתיישנות.

השנים יוצרת מצדיק דחיית תביעה "טובה". נפנה עתה לבחון את טעמי התפישות השונות.

2. שיקולי מדיניות

מהו הרציונל של דין ההתיישנות על-פי כל אחת משתי התפישות הנ"ל? נפתח בתפישה הראייתית: התשובה האינטואיטיבית כאן היא, שאורך תקופת ההחזקה וטיבה ("החזקה נוגדת") הם ראיה נסיבתית המבססת, לפחות לכאורה, את טענת המחזיק. תשובה זו, השאובה מדיני הראיות, היא חלקית. טעם חשוב אחר המונח בבסיס האפקט הראייתי של ההתיישנות הוא היחס השלילי לתביעות המוגשות באיחור. הכוח לתבוע את סילוקו של המחזיק מן המקרקעין מצוי בידי כל תובע פוטנציאלי המחליט אם ומתי יעשה בו שימוש. הנתבע, הכפוף לכוחם זה של התובעים הפוטנציאליים, אינו יודע אם ייתבע, על-ידי מי ומתי. כושר ההתגוננות שלו נגד תביעות פוטנציאליות מוגבל: הוא מצוי בעמדת נחיתות כלפיהם בכל הקשור להכנת ראיות ושמירתן לאורך זמן. הפעלה מאוחרת של כוח התביעה היא לכן בבחינת "שימוש לרעה בכוח", שכן היא פוגעת ביכולת הנתבע להוכיח את טענתו. יתירה מזאת: קיים חשש כי השימוש-לרעה בכוח התביעה ייעשה במודע ובמתכוון על-ידי מי שיתפתה לתבוע תביעה-כוזב תוך הסתמכות על היתרון הראייתי שהקנה לו חלוף הזמן על-פני הנתבע.⁹ באמצעות החלוקה המחודשת של העומס הראייתי דין ההתיישנות חותר אפוא להגן על הנתבע מפני תביעות "רעות", מפני שימוש-לרעה בכוח התביעה, בין שהדבר נעשה בתום-לב ובין שהדבר נעשה במתכוון ועולה אף כדי תביעה-כוזב.

מהם השיקולים התומכים בתפישה הקניינית, בהתיישנות של תביעות "טובות"? השיקולים הם רבים וכבדי-משקל: ראשית, הפעלה מאוחרת של כוח התביעה פוגעת לא רק בכושר המחזיק להתגונן אלא גם בציפיות שמעבר הזמן יוצר. מי שמחזיק בנכס תקופה ארוכה נקשר לנכס ורואה אותו כשלו. זאת ועוד: אצל מחזיק שלא נתבע תקופה ארוכה נוצרת מטבע הדברים הערכה שגם בעתיד לא ייתבע. בתכנון מהלכיו העתידיים מסתמך המחזיק על הערכה זו, מתייחס לנכס כאילו הוא שלו ואינו מקפיד עוד על שמירת רורבה מתאימה כנגד תביעה אפשרית. תביעה מאוחרת מסכלת לכן את ציפיותיו ובכך גורמת לו נזק שלא היה נגרם לו היתה מוגשת בהקדם. בשל מעבר הזמן, מתקיימים כאן האלמנטים של מצג, הסתמכות ונזק שמכוחם משתיקים את היריב, הגם שתביעתו טובה.¹⁰ שנית, מאי-הפעלת כוח התביעה במשך תקופה ארוכה עולה ריח של ויתור, רואים את היריב כמי שוויתר על זכותו המהותית.¹¹ שלישית, "... שה-

9 ע"א 158/54 דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ תל-אביב ואח', פ"ד י 687, 695; הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז-1957, ה"ח תשי"ז 280, 283; מ' דוכן, דיני הקרקעות בארץ-ישראל (ירושלים, מהדורה שנייה, תשי"ג) 302.

10 ראה דה בוטון (לעיל, הערה 9), 695; הצעת חוק ההתיישנות, שם; ויסמן (לעיל, הערה 2), 3-5, 457, 10 Harv. L. Rev. (1897) 476-477, O.W. Holmes.

11 שם. גימוק בוסף המופיע אצל ויסמן הוא שהתיישנות מגיבה על רוכש הנכס מאת המחזיק מפני תביעת הבעלים: מקנה לו ביטחון ברכישה. ההנחה מאחורי גימוק זה היא, שרוכש

הולך לישון על תביעותיו אינו זכאי לקבל עזרת בתי-המשפט¹². כאן ההתמקדות היא לא בנוק למחזיק אלא בהתנהגות הפגומה של יריבו השוללת ממנו את זכות העמידה. רביעית, עם חלוף הזמן הולך ונחלש, מחד גיסא, העניין הציבורי שבמיומש ואכיפת זכויות מהותיות שהורתן בעבר הרחוק, ומאידך גיסא, מתחזקת הנטייה להשאיר בעינו סטטוס-קוו שנשמר תקופה ארוכה, תוך התאמת המצב המשפטי למצב העובדתי ושמירה על השקט. לכך יש להוסיף את הקושי שבכירור תביעות "חלודות" (stale)¹³.

3. תפישה קניינית בלבוש ראייתי

על-פי התפישה הראייתית, תכליתה של ההכבדה הראייתית על התובע היא לסנן תביעות "רעות". עם זאת, גלוי וידוע שככל שיוקטנו חורי המסננת כך גדל הסיכוי שגם תביעות "טובות" לא תעבורנה דרכה. בקביעת החלוקה המחודשת של העומס הראייתי יש לכן לאזן בין הצורך להגן על הנתבע מפני תביעות "רעות" לבין הסיכוי שתביעות "טובות" ייכשלו. קביעת האיוון המועדף מצריכה הערכה אמפירית והכרעה נורמטיבית. כל עוד נשמר איוון סביר בין השניים, אות הוא כי התפישה הראייתית היא המנחה את דין ההתיישנות. הכוונה היא לתת גיבוי ראייתי לטענת הזכות של המחזיק, בהנחה שטענתו אמת, תוך נטילת סיכון מחושב שתוגנה גם טענות-זכות כחבות. כאשר האיוון בשיטת משפט כלשהי חורג מן הסבירות, סימן הוא שלא התפישה הראייתית היא הכוח המניע את ההתיישנות. במה דברים אמורים? אם הוקטנו חורי המסננת עד כדי כך שכרור כי מרבית התביעות "הטובות" ייכשלו, גם כאשר אין חשש ממשי ל"שימוש לרעה בכוח" ולפגיעה בנתבע, אוראו הדעת נותנת כי השיקול הראייתי נדחק על-ידי השיקול הקנייני. שיטה הקובעת, למשל, שהחזקה בתקופת ההתיישנות ובתנאיה עולה כדי חזקה חלוטה כי טענת-הזכות שהמחזיק מעלה אמת היא, משתמשת למעשה בכלים ראיתיים כדי לקבוע הסדר קנייני. הוא-הדין בשיטה המטילה על הטוען נגד המחזיק נטל כבד במיוחד גם אם אינו עולה כדי חזקה חלוטה. סיווגו של הסדר נתון, כקנייני או כראייתי, תלוי אפוא בתוכן ההסדר ולא בצורתו. מדוע לעשות תפישה קניינית בלבוש ראייתי? על כך נעמוד בהמשך.

כיצד משתלבת הדרישה ל"טענת-זכות" בניתוח שלעיל?

4. הדרישה ל"טענת-זכות" ותפישת ההתיישנות שמאחוריה

איזה מן התפישות שמנינו לעיל משתקפת בדרישה ל"טענת-זכות" כתנאי מתנאי ההתיישנות? ברור כי עצם הדרישה להעלאת "טענת-זכות" היא יסוד חיוני של התפישה הראייתית. כיצד תסייע ההתיישנות למחזיק להוכיח את זכותו במקרקעין אם מלכתחילה

הנכס נחשב לחליפו של המחזיק המקורי לצורך ההתיישנות. נושא החליפות סבוך וחורג, כאמור, מגבולותיה של רשימה זו.

12 ע"א 242/66 יעקובסון נ' גו ואח', פ"ד כא(1) 85, 91.

13 American Law of Property (לעיל, הערה 1), 759. ראה גם, ג' טדסקי (לעיל, הערה 6), 373.

אין הוא טוען לקיום זכות שכזו? מחזיק שאינו מעלה טענת-זכות כנגד יריבו כמוהו כמי שמודה בכך כי תביעת היריב "טובה" היא. על-אף ש"טענת-זכות" חיונית לתפישה ראייתית, אין היא ייחודית לה. בדרישה ל"טענת-זכות" יכולה להשתקף גם גישה קניינית בלבד. כך יהיה כאשר "טענת-הזכות" אינה ניתנת להפרכה או שהפרכתה קשה במיוחד. כדי לעמוד על משמעות הדרישה ל"טענת-זכות" בהסדר נתון יש לכן לבדוק את דרכי הפרכתה. על-רקע האמור לעיל נפנה עתה לבחון את תפישת ההתיישנות במשפטנו.

5. תפישת ההתיישנות במשפט הישראלי

מהי תפישת ההתיישנות במקרקעין של המשפט הישראלי? האם זוהי תפישה ראייתית, כגישת המשפט העברי¹⁴, תפישה קניינית בלבד או שמא תפישה קניינית? עד כמה שהדבר יישמע מוזר, לא ניתן להשיב תשובה חד-משמעית לשאלה יסודית זו. גדר הספקות מתמצה בשאלה הבאה: האם ההסדר הקיים משקף תפישה קניינית "נקייה" או שמא משתקפת בו תפישה קניינית בלבד או שמא תפישה קניינית שתהיה גישה זו לצד זו? מקור הספקות נעוץ בדרישה ל"טענת-זכות". מקורה, היקפה ומשמעותה של דרישה זו עודם לוטים בערפל. בפרק זה ננסה לפזר את הערפל על-ידי בחינה וניתוח של מקורותיה והיקפה של דרישה זו בתקופות השונות של דין ההתיישנות בישראל.

(א) "טענת-זכות" עד לחוק ההתיישנות

(1) "טענת-זכות" בפסיקה — ביטוי לגישה קניינית בלבד או ראייתית

הפסיקה הישראלית שעמדה על הצורך ב"טענת-הזכות" ראתה דרישה זו כמשקפת את האופי הראייתי של דין ההתיישנות העות'מני — הוכחת זכות טובה שיש למחזיק¹⁵. האם אופי ראייתי זה מעיד על תפישה ראייתית אמיתית או שמא על תפישה קניינית בלבד או ראייתית? ראינו כי את משמעות "טענת-הזכות" יש לבחון על-פי הסדר הפרכתה

14 ברשימתו, "על ההתיישנות בדין העברי" (הפרקליט יד [תשי"ח] 179, 243) המחבר מ' אלון מבחין בין שלוש תקופות בהתפתחות הדין (בעמ' 265–266). בתקופה הראשונה לא היתה להתיישנות כל השפעה. בתקופה השנייה הוקנה לה אופי ראייתי מוגבל — הטלת ספק במהימנות הראיות של התובע. בשלב השלישי גבר הספק עד כי "... היה בגורם ההתיישנות... משום הוכחה לכאורה של אי מהימנות הראיה שבידי התובע". ההתיישנות במשפט העברי היא אפוא לכל היותר כלל ראייתי הגיתן לסתירה: "אין לדרוש מהטוען בעלות על סמך חזקה של שלש שנים, שיתמוך בטענתו בדרך אחרת, אך אפשר לחקרו על מקור זכויותיו ולהביא ראיה שתפריך את דבריו (ההדגשה שלי — י.ג)". ("צירוף תקופות של מחזיקי מקרקעין לצורך התיישנות" הפרקליט יג [תשי"ז] 162, 164). ראה גם ע"א 213/76 גילברג נ' פאנוס, פ"ד לא (2), 272, 279–280; וע"א 223/52 גרייבר נ' גרין, פ"ד ט 47, 51.

15 דעה זו, המובאת אצל דוכן (לעיל, הערה 9), 302, נקלטה בפסיקה: ראה גרייבר (לעיל, הערה 14); ע"א 210/59 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד יד 568, 571; בהן (להלן, הערה 18); להבי (לעיל, הערה 1), 635–636.

וכי הסדר ההפרכה נוקשה במיוחד משקף תפישה קניינית. ואכן, הסדר ההפרכה שאומץ על-ידי הפסיקה מעיד בבירור על תפישה קניינית בלבד. נקבע בפסיקה, כי אם הוכיח הטוען טענת-התיישנות את היסוד האחר של טענתו, דהיינו: שהחזיק בקרקע "החזקה נוגדת" כנדרש, יינתן לטענת-הזכות שלו מעמד של הנחה משפטית מעין חלוטה הניתנת לסתירה אך ורק על-ידי הודאת הנתבע:

אולם אם החזקה היא נוגדת, אין להביא הוכחות שמגמתן להראות שמקור חזקתו של הנתבע הוא פגום. רק הודאת הנתבע עצמו, שהוא מחזיק באדמה ללא כל זכות, עלולה לסתור את טענת ההתיישנות... יתר על כן, אנו גורסים שהתובע אינו רשאי לחקור את הנתבע בכוונה להוציא מפיו הודאה שחזקתו היא ללא זכות.¹⁶

צעד נוסף בכיוון זה נעשה בעת שהוטל ספק בקבילותה של הודאת המחזיק, כאשר זו הוצאה ממנו בעקיפין ושלא במסגרת הדיון בטענת-ההתיישנות.¹⁷ אמנם בשלב יותר מאוחר ניתן לאתר בפסיקה ניצנים של תפיסה ראייתית אמיתית של ההתיישנות,¹⁸ אך בראייה כללית זוהי תופעה שולית שהורתה — כפי הנראה — בטעות.¹⁹

16 ראה גרייבר (לעיל, הערה 14), שם. דעה ברוח זו מובאת אצל דוכן (לעיל, הערה 9), 306; וכן ראה י' יפרח, "בעיות בענייני חזקה מדינה והתיישנות" הד המשפט (תשי"ז) 81, 83. לפסיקה מאוחרת החוזרת על ההלכה ראה ע"א 607/65 סופר ואח' נ' גרד, פ"ד כ(4) 7, 10; ולהבי (לעיל, הערה 1), 637—638.

17 המ' 299/59 דוידוף נ' סגל, פ"ד יד 618.

18 הדבר אירע על הרקע בדיון בשאלה הבאה: מה דינו של מחזיק הטוען אמנם טענת-זכות, אך בו בעת מאשר כי זכות זו הועברה לו בעבר על-ידי הטוען נגד ההתיישנות? האם הודאתו זו משפיעה על אופני ההפרכה של טענת-הזכות שהעלה? בספרות המשפטית רווחה בשעתו הדעה כי משגילה המחזיק שהזכות היתה בזמן מן הזמנים בידי הטוען נגד ההתיישנות, המחזיק חייב להוכיח כי אכן רכש את הזכות כדון (1). דעה זו, שמשמעותה החלת תפיסה ראייתית במקרים של הודאה כאמור, נדחתה תחילה בהקשר של תביעת חוב (2). מדוע ייחס בצל ההתיישנות מי שטוען טענה סתמית וחלקית "שלי היא" ולא מי שאומר "שלי היא, רכשתי מן התובע". אין היגיון ואין צדק בהבחנה זו בין שהתפשה היא ראייתית ובין שהיא קניינית.

עליאף הדחייה הראשונית נקלט בסופו של דבר הנדע הראייתי בקרקע הפסיקה המאוחרת. בעניין ספריכלבין (3) נקבע כי מחזיק שהודה בזכות התובע בעבר, חייב להוכיח כיצד רכש את זכותו. בעניין טוביד (4) התרחבה התפיסה הראייתית. נאמר שם: "אם גילה (המחזיק) מקור זכות חזקתו, עליו הראיה להוכיחה". המשמעות: כל-אמת שהמחזיק מציין ממי רכש את הזכות, ואפילו לא מן הטוען נגד ההתיישנות, הוא צריך להוכיח את זכותו, ואין הוא נהנה עוד מהסיוע הראייתי של ההתיישנות. אפילו נטל השכנוע — כך משתמע — אינו עובר מן המחזיק ליריבו. פריצת גדר ההודאה נעשתה בעניין כהן (5). נקבע שם, כי הסיוע הראייתי של טענת ההתיישנות למחזיק אינו קיים "כאשר מקור החזקה ידוע והוא אינו כזה המראה שהחזקה באה מתוך תביעת זכות קנין בקרקע". קביעה זו היא בבחינת מהפך בדיון: לא עוד תלוי הטוען נגד ההתיישנות בהודאת המחזיק, אלא הוא רשאי להוכיח מקור החזקה שאינו מתיישב עם טענת הזכות של המחזיק. שיאה של מגמה זו היא בפסק-הדין גילברג (6), שם מתייחס בית-המשפט לחזקה שלפיה ההתיישנות מוכיחה את טענת-הזכות באומרו: "זוהי חזקה הניתנת לסתירה, והיא יכולה להסתיר אם על ידי הודאה של הנתבע בזכות התובע כבעלים, אם על-ידי הנסיבות

(2) על מקורותיה של הדרישה ל"טענת-זכות"

אמרנו לעיל, כי את הדרישה ל"טענת-זכות" אימצה הפסיקה כדרישה הנגזרת מהסדר ההתיישנות במשפט העות'מני. ממה בדיוק נגזרה דרישה זו? חשיבותה של שאלה

הכללית של המקרה, ואם עלידי הוכחה ישירה של התובע על מקור או סיבת ההחזקה של התובע... (ההדגשה שלי — י"ג) (7).

- (1) דוכן (לעיל, הערה 9), 302; וכן א' בן שמש, חוקי הקרקעות במדינת ישראל (תל-אביב, 1953) 64; א' גיצלטר וא' פרוכט, "מהי הודאת התובע השוללת ממנו את טענת ההתיישנות?" הפרקליט יג (תשי"ז) 112.
- (2) דהיבוסון (לעיל, הערה 9), 691—696: "הלכה זו פסולה היא, הלכה מלאכותית ובלתי מוסרית אשר לא יכירה מקומה בתרבות המשפטית המודרנית שלנו" (694). לביקורת פסק-הדין ראה בגיצלטר (לעיל, הערה 18, הערת-משנה 1).
- (3) ע"א 212/62 ספריכלברג ואח' ב' אפשמיין ואח' / פ"ד טז 2377, 2381.
- (4) ע"א 138/62 האבוטרומים לנכסי נפקדים ב' עובדי, פ"ד טז 2649, 2656. ראה א' כהן, התיישנות והסדר במקרקעין (חיפה, תשמ"ד) 165.
- (5) ע"א 316/62 עיריית תל-אביב יפו ב' כהן, פ"ד יח (4) 744, 748.
- (6) גילברג (לעיל, הערה 14), 275—276.
- (7) שם, 276. הדמיון בין ניסוח זה של תוצאות ההתיישנות לבין הגישה הראייתית של המשפט העברי (לעיל, הערה 14) בולט לעין.

19 תמציתו של הטיעון שנציג להלן היא זו: שינוי מעמדה של "טענת-הזכות" מחזקה מעין חלוטה שאינה בשליטת היריב — לטענה שהיריב יכול להפריכה בראיות ישירות או נסיבתיות — נובע מאי-הקפדה על ההבחנה בין "טענת-זכות", מחד גיסא, ל"החזקה נוגדת", מאידך גיסא. בשל אי-הקפדה זו החלו דינים שנועדו במקורם ל"החזקה נוגדת" על טענת-זכות. נסביר להלן טענה זו.

מחזיק הטוען להתיישנות צריך להראות כי החזקתו היא "החזקה נוגדת". היריב, המבקש להתגבר על טענת-ההתיישנות, יכול ורשאי מטבע הדברים לערער את טענת ההתיישנות עלידי הפרכת הטענה של "החזקה נוגדת". אחת הדרכים המרכזיות לכך היא להראות שהחזקת המחזיק באה לו מכוח זכות הקניין של היריב. אך האין הוכחת זכות הקניין של היריב לצורך שלילת "החזקה נוגדת" שקולה להפרכת "טענת-זכות" של המחזיק? כאן לכאורה נוצר ניגוד בין הצורך לאפשר ליריב להוכיח העדר "החזקה נוגדת", לבין הכלל שאין להפריך "טענת-זכות" אלא בהודאה רצונית. אם נקפיד על האחרון, ייווצר לכאורה מצב שהדעת אינה סובלת, שלפיו מנוע היריב מלהוכיח כי החזקת המחזיק לא היתה "נוגדת"... די היה לשוכר שהמשיך להחזיק במושכר ללא זכות בתום תקופת הסכם השכירות ועד עבור תקופת ההתיישנות, למלא פיו מים, תוך טענה סתם שהוא מחזיק חזקה נוגדת במשך תקופת ההתיישנות, כדי שתיכשל תביעת סילוק יד... את התפתחות התפישה הראייתית שאפשרה ליריב להפריך את "טענת-הזכות" בכל דרך מקובלת ניתן אפוא להסביר על רקע זה (הציטוט לעיל לקוח מפורסר (לעיל, הערה 16), 11; לאותו טיעון ראה ע"א (ת"א) 501/74 פאנוס נ' גילברג, פ"מ תשל"ו (ב) 412, 418.

לדעתנו, ההתנגשות בין זכותו של היריב להפריך את טענת "ההחזקה נוגדת", לבין חוסר יכולתו להפריך "טענת זכות", אינה אלא התנגשות מדומה. החזקה הכמעט-מחולטת של "טענת-זכות" אינה נוצרת אלא לאחר שהוכיח המחזיק "החזקה נוגדת". הסיוע הראייתי לא ניתן למחזיק אלא על-תנאי שיוכיח כי נתקיים התנאי הבסיסי של ההתיישנות (ראה להבי [לעיל, הערה 1], 635 ו-638, מול האות 1). המחסום שהדין מציב בפני היריב לעניין הפרכת "טענת-הזכות" לא מונע אפוא בעדו להפריך טענת "ההחזקה נוגדת" מן הטעם הפשוט שמחסום זה טרם נוצר בשלב זה. המסקנה: אין צורך לוותר על החזקה הכמעט מחולטת של "טענת-זכות" כדי לאפשר ליריב להפריך טענת "החזקה נוגדת". זכות זו

זו נובעת מן השינויים שהכניס מאוחר יותר המחוקק הישראלי בהסדר ההתיישנות. רק אם נצליח לאתר את מקורותיה המדויקים של הדרישה, נוכל לעמוד על השפעת החקיקה המאוחרת על קיומה והיקפת של דרישה זו.

המקור המרכזי שעליו הסתמכה הפסיקה היה הסדרי ההודאה אשר שללו את חסות ההתיישנות ממחזיק שהודה כי אין הוא בעל-הזכויות בקרקע המוחזקת על-ידו²⁰. כמו-כן הוזכרה גם הדרישה המרכזית של הסדר ההתיישנות, ה"חזוקה הנוגדת", כמקור אפשרי. להלן נבחן מקורות נסענים אלה ונראה עד כמה ניתן להשתית עליהם את הדרישה ל"טענת-זכות".

(3) "טענת-זכות" והסדרי ההודאה

נציג תחילה את הסדרי ההודאה: סעיף 1674 למג'לה, המצוי בפרק הכללי הדן בהתיישנות, קבע כי הודאת הטוען להתיישנות בזכותו של התובע מבטלת את ההתיישנות. בסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני, העוסקים בקרקע "מירי", נאמר כי הודאת המחזיק שהחזיק בקרקעות "כמתערב" או "בלא זכות" מסירה מעליו את מטרית ההתיישנות²¹.

מהו הקשר בין "טענת-זכות" לבין הסדרי ההודאה הנ"ל? האם הסדרים אלה אכן משקפים את הדרישה הכללית ל"טענת-זכות"? לכאורה מתבקשת תשובה חיובית לשאלה האחרונה. מדוע? משום שהודאה בהעדר זכות קניין בנכס המוחזק כמזה כהצהרה על העדר "טענת-זכות"²². מכאן עולה לכאורה, כי הוראות השוללות את

עומדת לו ממילא. אם זהו אמנם מקורה של הגישה הראייתית, הרי שבטעות יסודה. סיכומו של דבר: התפישה הראייתית היא בטענה זר ברובד העות'מני של קרקע ההתיישנות ושורשיה קצרים ורופפים. מפתיע לכן למצוא הד מאוחר שלה גם בפסיקה מן הזמן האחרון. ראה ע"א 574/81 אלריאזי נ' ביטחה מושב עובדים להתיישנות הקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד לט(2) 181, 189.

20 כאמור (לעיל, הערה 15), הסתמכה הפסיקה בדרישת "טענת-הזכות" על גישת המשפט המוסלמי להתיישנות, כפי שהיא מופיעה אצל דוכן. דוכן עצמו למד על גישה זו, בין השאר, מהוראת סעיף 1674 למג'לה. סעיף זה ידון להלן. נוסף על הסתמכות "עקיפה" זו, נמצא גם הסתמכות ישירה על דיני ההודאה; ראה להלן, הטקסט ליד הערות 79–83. 21 לנוסח הסעיפים הנ"ל ראה ה"ח תשי"ז 268 (סעיף 1674 למג'לה) ו-288 (סעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני לפני תיקונם על-ידי סעיף 22 לחוק ההתיישנות).

22 ראשית, נבהיר כי ההוראה נשוא הדיון היא הודאה המלווה בטענת התיישנות. אין אנו עוסקים כאן בהודאה שאין עמה התיישנות*. שנית, רק הודאה בקיום זכות לזולת בתוך תקופת ההתיישנות משליכה על "טענת-הזכות". רק כאן קיימת התנגשות פוטנציאלית בין ההודאה לבין "טענת-זכות". לא כך כאשר הודאת המחזיק בזכות יריבו או בזכות צד

* הודאה ללא טענת-ההתיישנות פועלת בדרך-כלל להפסקת מירון ההתיישנות — סעיף 9 לחוק ההתיישנות; *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 811; מדוע מפסיקה ההודאה את מניין הזמן? כנראה משום שההודאה יוצרת מצג כאילו המחזיק אינו מבקש לעצמו את זכות ההחזקה. יוצר המצג, המחזיק, מושקע ומנוע מלהתכחש לו כאשר בעל-הזכות פעל על-סמך המצג ומנע מלהגיש תביעה במועד. להסברים נוספים ראה *M. Franks, Limitation of Actions* (London, 1959) 216.

חסות ההתיישנות ממני שמודה, כאמור, הן הוראות המלמדות על הדרישה ל"טענת זכות". האומנם כך? לא בהכרח. להסדרי ההודאה קיים הסבר אפשרי אחר, והוא שההודאה שוללת את חסות ההתיישנות לא בשל העדר "טענת זכות", אלא משום שההודאה מעידה על המחזיק כי רכש את החזקה בקרקע בדרך כה פסולה (אלימות, מרמה וכיו"ב), עד כי אין הוא ראוי להגנה. השיקול הוא של תקנת הציבור: מי שידיו אינן נקיות לא יזכה להגנת ההתיישנות.

גדגים את השוני בפעולת ההודאה תחת ההנחות השונות באשר למטרותיה. ננית כי פלוני עלה על קרקע של אחר בתום לב, החזיק בה "החזקה נוגדת" בתקופת ההתיישנות ועתה עמד על טעותו ומודה בכך. אם מקור דיני ההודאה הוא ב"טענת זכות", הרי שלא ייחנה מהתיישנות. אם מקורם הוא בתקנת הציבור, יזכה פלוני להגנת ההתיישנות. כדי לעמוד על מקורות דיני ההודאה יש אפוא לבחון את תוכן ההודאה השוללת התיישנות ולראות אם זו משקפת "טענת זכות" או שיקולי תקנת ציבור.

סעיף 1674 למגילה אינו מתייחס כלל לדרך רכישת החזקה ולפיכך ניתן לראות בו מקור לדרישה של "טענת זכות". ואכן, ראינו שהסעיף פורש בפועל בדרך זו²³. עם זאת, מן הראוי לציין כי ההסבר שניתן בסעיף גופו לשלילת ההתיישנות במקרה של הודאה אינו מתיישב עם הדרישה ל"טענת זכות". הסעיף תולה את תוצאת ההודאה בכך שהתיישנות אינה מפקיעה את הזכות המהותית, אלא רק את זכות התביעה. בהמשך נראה כי דווקא תכונה זו של ההתיישנות אינה מתיישבת עם הדרישה ל"טענת זכות"²⁴.

סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מני שולל את הגנת ההתיישנות "אם הכיר ותודה הנתבע, שהחזיק בקרקעות שבידו וזרען כמתערב"²⁵ או כאשר "... הודה הנתבע (המחזיק), שירד לתוכה שלא ברשות (באלמות)..."²⁶. מיהו "מתערב"? מי שירד לקרקע "בניגוד לזכויות או במטרה לגזול את זכויותיו של המחזיק הרשום"²⁷ או "בלי להתחשב עם זכויות הזולת"²⁸ ולמעט מי שפעל בתום לב²⁹. מהי "אלמות"? ז

שלישי, מתייחסת לעבר, לתקופה שלפני מניין התיישנות הנטענת, והמחזיק מוסיף וטוען כי לאחר-מכן, אך לפני תקופת ההתיישנות, הוא רכש את הזכות. הודאה בזכותו של אחר בעבר אינה מתנגשת עם טענה לזכות מאוחרת יותר. ברוח זו פסק בית-המשפט בעניין דה בושון (לעיל, הערה 9), כי ההודאה הנזכרת בסעיף 1674 למגילה היא הודאה בזכותו של הנתבע בהווה. אותו היגיון חל גם עם ההודאה הנזכרת בסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני. טענת זכות של מחזיק אינה נשללת על-ידי הודאתו כי קודם לרכישת המקרקעין החזיק בהם כמסיג-גבול. אין להבין מן האמור לעיל כי הודאה בקיום זכות לזולת לפני תקופת ההתיישנות הנטענת היא חסרת-נפקות בהקשר ההתיישנות. להודאה ממין זה חשיבות רבה — כפי שיתברר להלן — הן כאשר באים לבחון את טיב החזקה בתקופת ההתיישנות, כלומר: להכריע אם היתה "נוגדת" אם לאו, והן כאשר נבדקת שאלת דרך רכישת החזקה.

23 לעיל, הערות 15 ו-20.

24 ראה להלן, ב-5(א)5.

25 בתרגום בן שמש (לעיל, הערה 18), 53.

36 בתרגום דוכן (לעיל, הערה 9), 468.

27 בן שמש (שם), 65 (מסתמך על פסיקה מגדטורית).

28 סס"ד בהן (לעיל, הערה 18), 750.

29 ע"א 5/62; 4/62 בורמן נ' בדני, פ"ד טז 2460, 2465.

"...כפייה, שכופין אדם שלא כדין על ידי הפחדה לא לעשות דבר לשם הגנת רכושו... יש להניח כי הכוונה היא רק לאלמות חמורה, הדומה לאונס חמור... כיום, בתנאים של מדינה מסודרת, אין ערך מעשי לטענת אלמות"³⁰. בפסיקה הפכה האלמות ל"אלי-מות"³¹. הספרות והפסיקה מאוחדים אפוא בדעה כי ההודאה שבה מדבר סעיף 20 הנ"ל קשורה באופן נטילת ההחזקה, דהיינו: בהתנהגות פגומה. על-פי לשונו סעיף 20 משקף אפוא שיקולי חקנת ציבור ולא דרישה ל"טענת-זכות".

נבחן עתה את ההודאה שבסעיף 78. לפני הדיון במשמעות ההודאה בסעיף זה יש ליתן את הדעת לסעיף 8 מן ההוראות לחוק הסאבו משנת 1276 ולפסיקה עות'מנית בהקשרו. לפי אלה, ייהנה המחזיק הנשען על סעיף 78 מהתיישנות רק אם יראה כי הקרקע באה לידי על-ידי מכירה או על-ידי ירושה או שהועברה להחזקתו בדרך חוקית אחרת.³² האם אכן חייב המחזיק הנשען על סעיף 78 להוכיח "מקור החזקה חוקי"? בספרות המשפטית הדעות חלוקות.³³ בית-המשפט העליון "לא עמד עד כה בפסיקתו על הוכחת מקור חוקי לחזקת התובע על יסוד סעיף 78"³⁴. זהו ניסוח זהיר שאינו שולל החלה בעתיד של הדרישה הנ"ל.

מהי המשמעות שיש לדרישה מן המחזיק להראות "מקור החזקה חוקי"? האם זו דרישה להוכחת "טענת-זכות"? לו היה זה תוכן הדרישה (ויש הסוברים כך³⁵), דהיינו שהמחזיק לא רק יצביע על מקור החזקתו במקרקעין, אלא גם יוכיח שלמעביר היתה זכות קניין טובה בהם, הרי שאין המחזיק צריך עוד את טענת-ההתיישנות — את זכותו הוכיח במישרין. הדגש כאן הוא אפוא לא על טענת הזכות, אלא על נקיון כפיו של המחזיק, על הדרך שבה הפך למחזיק. דוכן³⁶ מבחין לעניין זה בין "מחזיק ביושר" (Bona Fidei) לבין "מחזיק שלא ביושר" (Male Fidei). מחזיק "שלא ביושר" הוא מי שאין בידו להראות "מקור החזקה חוקי", מי שגולה או שנטלה בדרך של הסגת-גבול³⁷. נעיר כי הדרישה ל"מקור החזקה חוקי" אינה חופפת לדרישת

30 בן שמש (לעיל, הערה 18), 61; וכן דוכן (לעיל, הערה 9), 313, הערה 37.

31 ע"א 431/61 שסק' לבובבסקי נ' פישל יצחק ואח', פ"ד טו 2487, 2492.

32 דוכן (לעיל, הערה 9), 315–316; בן שמש (לעיל, הערה 18), 132, 134; יפרה (לעיל, הערה 16), 83–84.

33 ראה לעיל, הערה 32, ולהלן, הערה 35, וכן בספרו של כהן (לעיל, הערה 18), 23.

34 ע"א 238/63 חימרי נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 41, 43; ע"א 149/81 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 374, 384; בג"צ 277/84 אצ'ירייב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מ (2) 57, 65–66. פסק-הדין האחרון מגדיל את מספר סימני-השאלה סביב היחס בין סעיף 78 לבין דרישת "מקור החזקה חוקי". עד אליו היתה ההתלבטות בשאלה אם "מקור החזקה חוקי" הוא תנאי המצטבר על דרישת ה"עיבוד" שבסעיף 78. על-פי האמור בפסק-הדין, דרישת העיבוד החקלאי דרישת "מקור החזקה חוקי" הן דרישות חלופיות, די למחזיק שיראה או עיבוד או "מקור החזקה חוקי". סתם בית-המשפט ולא פירש מדוע קיימת תחלופה בין שתי הדרישות הנ"ל וכיצד מתיישבת קביעה זו עם ההלכה שקדמה לה.

35 ת"א (ב"ש) 2106/62 מנצ'י נ' מדינת ישראל ואח', פ"מ מו 249, 256–257.

36 לעיל, הערה 32.

37 ראה סאלח (לעיל, הערה 34), 387.

"תום-הלב" המשתמעת מסעיף 20 הנ"ל. מחזיק יכול להצביע על "מקור החזקה חוקי" מבלי להיות תם-לב.³⁸

המסקנה: גם אם ישנה בית-המשפט את גישתו ויקבע כי התנאי של "מקור החזקה חוקי" חל על המחזיק המסתמך על סעיף 78, אין לראות בכך תימוכין לגישה הראייתית ולדרישה של "טענת-זכות". "מקור החזקה חוקי" דרוש, אם בכלל, לא כדי לבסס את טענת-הזכות של המחזיק, אלא כדי להראות כי התנהגותו היתה תקינה ולא פגומה. ומכאן לסיפא של סעיף 78 ולהודאה הנזכרת בו. תוכן ההודאה היא שהמחזיק "...תפיש אדמה נטושה בלא זכות..." או "...שהחזיק בה שלא ברשות..."³⁹ הודאה זו אינה שוללת לחלוטין את טענת-ההתיישנות, אלא מסייגת את פעולתה בכך שהמחזיק צריך לשלם את ערך הקרקע כתנאי לקבלת שטר טאבו.⁴⁰

משמעות ההודאה הנ"ל תלויה בתוקף הדרישה של "מקור החזקה חוקי". אם דרישה זו תקפה ושללת לחלוטין טענת-ההתיישנות ממסיג-גבול ומגולן, מה באה הודאה זו להוסיף? לדעת דוכן⁴¹, מתייחסת ההודאה הנזכרת בסיפא ל"זכייה מן ההפקר": לנטילת החזקה בלי רשיון הממשלה. זוהי קטיגוריה-ביניים המצויה בין "החזקה ביושר" לבין "החזקה שלא ביושר"⁴². אין המחבר מסביר כיצד תיתכן קטיגוריה כזו ומהו תחום השתרעותה ביחס לשתי הקטיגוריות האחרות. ניקת, לדוגמא, מסיג-גבול, שעלה על הקרקע בטעות סבירה ובתום-לב, והוא מזדה בכך, האם תישלל זכותו מכוח העדר "מקור החזקה חוקי"? ואם לא, היש לראותו כ"מחזיק ביושר" או כ"מחזיק שלא ביושר"?

בית-המשפט, בנתחו את משמעות הסיפא לסעיף 78⁴³, הוסיף על חוסר-הבהירות באשר לטיב ההודאה. נקבע, תוך הסתמכות על דוכן, כי אם הודה המחזיק, המסתמך על סעיף 78, כי הוא מסיג-גבול או שהחזקתו אינה "ביושר", תחול עליו הסיפא לסעיף הנ"ל. דא עקא, שדוכן גזר זאת לא מן הסיפא, אלא מסעיף 8 הנ"ל שאותו נמנע בית-המשפט מלהחיל. לפי דוכן, מסיג-גבול או "מחזיק שלא ביושר" אינם נכנסים מלכתחילה לתוך סעיף 78 ואינם נהנים אף מן הזכות לרכוש את הקרקע. לסיפא נתן דוכן, כאמור, משמעות אחרת "זכייה מן ההפקר" שאותה בית-המשפט מזכיר ללא התייחסות כלשהי. זאת ועוד: החזקה ביושר (Bona Fide) אינה נשללת בהכרח בכל מקרה של הסגת-גבול. תיתכן הסגת-גבול סבירה ובתום-לב. האם תחול או הסיפא לסעיף 78? לא ברור.

38 ניתן לראות הקבלה בין הדרישה הנ"ל ל"מקור החזקה חוקי" לבין הדרישה ל"מצג זכות" (color of title), שבה מותנית ההתיישנות, מכוח החוק, במספר קטן של אזוריים בארצות-הברית. American Law of Property (לעיל, הערה 1), 785. תוכן הדרישה הוא שהתובע יציג ראיה, בדרך-כלל מסמך כתוב, המעיד לכאורה, שהזכות בקרקע עברה אליו, הגם שבפועל לא היתה העברה תקפה. אפשר להבין דרישה זו כמתייחסת לאופן רכישת החזקה על-ידי המחזיק, הסבר אחר לדרישת ה"color of title" קשור לטיב ההחזקה הנדרשת. קיומו של מסמך, כאמור, מפחית מהנטל המוטל על המחזיק להוכיח את טיב החזקתו (שם).

39 בן שמש (לעיל הערה 18), 136; דוכן (לעיל, הערה 9), 476.

40 ע"א 298/61 מדינת ישראל נ' הסיק, פ"ד טו 1923; ראה גם סאלח (לעיל, הערה 34), 388.

41 לעיל, הערה 32.

42 שם.

43 סאלח (לעיל, הערה 34), 387—388.

תמצית הדברים: לא נקבעה הלכה ברורה לשאלה מהי ההודאה שבסיפא לסעיף 78 והאם המחזיק צריך להוכיח "מקור החזקה חוקי". עם זאת, ההדגשה על "החזקה ביושר" כתנאי להפעלת דין ההתיישנות מצביעה על כך שגם בסעיף 78 מתקיים השוויון הודאה=התנהגות פגומה, ולא השוויון הודאה=העדר "טענת-זכות". לא ברור מן הסעיף מהי ההתנהגות הפגומה הנזכרת בו ומה היחס בינה לבין זו הנזכרת בסעיף 20.

נסכם: ניתוח הסעיפים 1674 למגילה ו-20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני הראה, כי את השפעת ההודאה על ההתיישנות ניתן להסביר טוב יותר בשיקולים של תקנת הציבור מאשר בדרישה הכללית של "טענת-זכות". גם בשיטה קניינית "נקייה", שאינה דורשת כלל "טענת-זכות", יש מקום לדיני ההודאה על-רקע שיקולי תקנת הציבור. התבססות הפסיקה על דיני ההודאה כמקור ל"טענת-זכות" לא היתה מחויבת המציאות.

(4) "טענת-זכות" ו"החזקה נוגדת"

נציב עתה אל מול הדרישה של "טענת-זכות" את הדרישה המרכזית של דין ההתיישנות במקרקעין, דרישת "ההחזקה הנוגדת", ונראה עם ועד כמה נתמכת "טענת-הזכות" על-ידי "אחותה" הבכירה.

מהי "החזקה נוגדת"? בכך נעסוק בהרחבה בפרק השלישי. לצורך הדיון הנוכחי, "החזקה נוגדת" היא (א) החזקה ממשיה, רצופה ובלעדית; (ב) החזקה שכרוכה בה התגששות אינטרסים בין המחזיק לבין יריבו.

מהו היחס שבין דרישת ה"החזקה הנוגדת" לבין "טענת-הזכות"? בפסיקה נמצא את השניים, לעתים קרובות, שלובים וכרוכים זה בזה⁴⁴. האם אלה שני צדדים של אותה המטבע? האם נובעת האחת מתוך האחרת או ההיפך?

בבסיסה של הגישה הראייתית מונח, כזכור הרצון להגן על הנתבע מפני שימוש-לרעה בכוח התביעה. ההגנה היא, שהפעלה מאוחרת של כוח התביעה פוגעת ביכולת הנתבע להוכיח את טענתו. מאחר ש"החזקה נוגדת" יוצרת את כוח התביעה, ברור כי קיומה של "החזקה נוגדת" הוא אלמנט חיוני על-פי התפישה הראייתית שממנה נגזרת "טענת-הזכות". בהעדר "החזקה נוגדת", אין למחזיק מפני מה להתגונן, אין הוא נפגע על-ידי מעבר הזמן ואין הצדקה להתיישנות משיקולי ראייה. דרישת ה"החזקה הנוגדת" מתיישבת עם "טענת-זכות" גם מההיבט הראייתי הטהור. העובדה שהיריב נמנע לאורך תקופה ארוכה מלהפעיל את כוח התביעה שקם לו, מהווה ראיה גסיבתית לכך שיש ממש ב"טענת-הזכות" של המחזיק.

על-אף האמור לעיל, אין דרישת ההחזקה הנוגדת מהווה אינדיקציה ל"טענת-זכות". זאת, מן הטעם הפשוט שהחזקה נוגדת היא תנאי חיוני גם על-פי התפישה הקניינית. כל הטעמים שמאחורי תפישה זו (ויתור, הסתמכות, סיב התנהגות הצדדים וגיוון תביעות) מתבססים על כך שחלף פרק-זמן ארוך שבו החזקה הקרקע בתנאים הנ"ל. יתירה מזאת: יש רגליים לטענה כי מרכיב חשוב של ההחזקה הנוגדת אינו מתיישב, מעצם טבעו, עם "טענת-זכות". כאמור, ההחזקה הופכת ל"נוגדת" כאשר היא גורמת

44 כהן (לעיל, הערה 18); גילברג (לעיל, הערה 14); ראה להלן, הטקסט ליד הערה 78.

להתנגשות אינטרסים עם זכויות היריב. דרישה זו מחייבת לעתים את קיומה של כוונה אצל המחזיק לשלול מן הבעלים את זכויותיו (subjective hostile intent). לצורך הוכחת החזקה נוגדת בין יורשים, למשל, על המחזיק להראות כוונה "לגשול" ולקפח את יריביו.⁴⁵ דרישת העוינות וכוונת הקיפוח אינם מתיישבים עם "טענת-זכות".⁴⁶ מדוע לדרוש ממי כמאמין בזכותו להחזקה לפתח עוינות וכוונות קיפוח ונישול כלפי הוולת?

סיכמו של דבר: החזקה נוגדת אינה תומכת ב"טענת-זכות" כיסוד מיסודות ההתיישנות; דרישה זו משתבצת טוב יותר בשיטה שבה "טענת-זכות" אינה נדרשת.

(5) "טענת-זכות" האופי ה"דיוני"-ההגנתי של ההתיישנות

מקובלת הדעה שההתיישנות במשפט העות'מני (והישראלי) היא "דיונית". אין היא מפקיעה וממיתה את זכותו המהותית של היריב, אלא מהווה טענת-הגנה המונעת ממנו את מימושה.⁴⁷ מאחר שההתיישנות אינה מפקיעה את זכותו של היריב, אין היא יכולה לשמש אמצעי לרכישת זכויות. ואכן, בדרך-כלל במשפט העות'מני ההתיישנות אינה מוכרת כדרך לרכישת קניין (חריג בולט לכך הוא סעיף 78)⁴⁸. כעיקרון, ההתיישנות היא מגן ולא חרב.

לדעתנו, אופייה ה"דיוני"-ההגנתי של ההתיישנות מחליש את מעמדה של הדרישה ל"טענת-זכות". אם ההנחה היא שהמחזיק הוא אכן הבעלים, וההתיישנות היא רק דרך להוכחת טענה זו, מדוע שלא נקנה את הזכות למחזיק ונשלול אותה מיריבו? מאידך גיסא, אם המחזיק ממילא לא רוכש לעצמו את הזכות אלא הגנה בלבד, האין זה מלאכותי ומיותר לדרוש ממנו לטעון טענה שברור מראש כי לא תתקבל?⁴⁹

(6) תפישה קניינית מפורשת

בסקירת הפסיקה שעסקה ברובד העות'מני של דין ההתיישנות, הצגנו עד כה את התפישה הקניינית בלבוס ראייתי כגישה המרכזית. להשלמת התמונה נציג עתה את הקצת האחר: גישה קניינית "נקיה" שאותה נמצא בשלושה הקשרים.

45 ראה, למשל, ע"א 74/53 רצאבי ג' רצאבי, פ"ד ט 520, 526; וע"א 38/52 קמלן ואח' ג' מוסחף ואח', ס"ד ט 1917, 1921.

46 C. Donahue, Jr., T.E. Kauper, P.W. Martin, *Property* (St. Paul, 1983) 137.

47 "אין זכות עוברת ובטלה על ידי קדמות הזמן...". (1674 למג'לה); "... אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה" (סעיף 2 לחוק ההתיישנות).

48 דוכן (לעיל, הערה 9), 314-315.

49 "דווקא מי שרואה בה — כמו המג'לה שלנו — הגנה פרוסצואלית גרידא, ולא גויעת הזכות ממש, אינו יכול לאחוז את החבל גם בראשו השני, ולדרוש כי לא יהיו שומעים לה, אלא אם-כן היא עולה בקנה אחד ממש עם הטענה הסובסטנטיבית של הנתבע. הן בין כך ובין כך אין בית-המשפט פועל לפי תוכנה הממשי של הטענה...". (דה בוטון (לעיל, הערה 9), 696; "כשהקניין של הנתבע אינו נפגע, מה הטעם בדרישה, שהחזקה של הנתבע תבוא מטענת זכות קניין מצדו הוא?" (להבי [לעיל, הערה 1], 636).

ההקשר הראשון: דינים המבטלים כל עסקה במקרקעין שלא הועברו כדרישת החוק. אלה עומדים בסתירה לתפישה הראייתית ול"טענת-הזכות", שהרי כיצד מחזיק, שזכותו אינה רשומה, יכול לטעון טענת-זכות⁵⁰ ? אם נשמעת טענת-התיישנות על-אף בטלותה של העסקה שעליה נסמכת טענת-הזכות, האין בכך אות וסימן שלא "טענת-הזכות" היא העומדת בבסיס ההתיישנות ? בעניין אלי-טבר⁵¹, נאמרו הדברים במפורש: "הרי לא בהעברה האסורה מקור זכותו של האיש המסתמך על ההתיישנות אלא בעצם חזקתו ללא עזר במשך תקופת ההתיישנות"⁵².

ההקשר השני הוא טענת התיישנות הנטענת בין שותפים לנכס מכוח ירושה משותפת או מכוח הסכם. הפסיקה בנושא כאילו מתעלמת מהצורך ב"טענת-הזכות" כתנאי מקדמי להכרה בזכות המחזיק. נהפוך הוא: ההכרה בזכות המחזיק מותנית דווקא בכך שזה "יתעלם" מזכויות שותפו, "יקפח" ו"יגשל" אותו⁵³. גם פסיקה מאוחרת בנושא לא שינתה את ההלכה⁵⁴. האין דין התיישנות ספציפי זה עומד בניגוד גמור לתפישה הראייתית ולדרישת "טענת-זכות"⁵⁵ ? כאן בא לידי ביטוי הניגוד, שעליו עמדנו לעיל, בין המרכיב השני של הדרישה ל"החזקה נוגדת" (ניגוד האינטרסים) לבין "טענת-זכות".

ההקשר השלישי הוא טענת התיישנות הנטענת נגד המדינה מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני. כבר עמדנו על טיבה המיוחד של התיישנות זו — על האופי ה"רוכש" של ההחזקה. ואכן נאמר בפסיקה, כי תנאי ההחזקה שבסעיף 78 נדרשים לא לצורך תמיכת טענת-זכות, אלא כמקור עצמאי המקיים את טענת-ההתייש-

50 ראה ש' יהודה, דיני הסדר זכויות האחוזה בישראל (חיפה, תש"י) 92; י' ויסמן, "התיישנות נגד שוכר" הפרקלים יז (תשכ"א) 108, 109, הערה 3. השאלה עלתה גם בלהבי (631—632), אך לא נדונה לגופה (639). עוד בהקשר זה: מכוח סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, לא תועבר בעלות במקרקעי המדינה במכר או בדרך אחרת, בכפיפות לחריגים שבחוק מקרקעי ישראל, תש"ך—1960. נמצא שמי שאינו יכול להראות כי טענת הזכות שלו נופלת אל תוך אחד החריגים הנ"ל, לא יוכל לטעון טענת-זכות נגד המדינה אם זו נרכשה לאחר שנת 1960. לא מצאנו בפסיקה מאוחרת ביטוי למגבלה זו.

51 ע"א 4/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אלי-טבר ואח', פ"ד י 1198, 1201.

52 בלבזובסקי (לעיל, הערה 31), 2491, נאמר: "אשר לטענת אי-החזקת מחמת חוסר רישום, הלכה פסוקה היא מקדמת דנא שאי-החזקת מיוחדת זו אינה מונעת טענת התיישנות". בניגוד לאל טבר, אין בית-המשפט שולל את "תביעת-זכות" כתנאי לטענת-ההתיישנות. כיצד מתיישבת אי-החזקת, השוללת את הזכות, עם הדרישה ל"טענת-זכות" ? סתם בית-המשפט ולא פירש. הסבר אפשרי דחוק הוא, שההחזקה מרפאה את הפגם שנפל בהעברה הופכת בכך את התביעה לתביעה "טובה". הסבר זה חותר תחת הוראת המחוקק באשר לדרכי ההעברה התקפות.

53 לעיל, הערה 45.

54 ע"א 83/76 מחמור אחמר נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים ואח', פ"ד לב (1) 835.

55 הסבר אפשרי לפער שבין הפסיקה הנ"ל לבין הדרישה ל"טענת-זכות" הוא שזכותו של המחזיק "המגשל והמקפח" נשענת לא על התיישנות, אלא על מניעות שבה המצג וההסתמכות הם הגורמים הדומיננטיים, ולא חלוף הזמן. דא עקא, שבעניין רצאבי, שבו הוכרה המניעות, הוזכר "הקיפוח" דווקא בהקשר לטענת ההתיישנות (כעמ' 526). ל- title by estoppel ראה ב- American Law of Property (לעיל, הערה 1), 839—854; וכן להלן, הטקסט שליד הערה 214.

נות גם כנגד תביעות "טובות" של המדינה. "...עובדת החוקה משמשת, כשהיא לעצמה, יסוד לזכות הבעלות הגטענת (...כאשר התביעה מושתתת על 'חוקה ועיבוד' לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני" ⁵⁶). תוכיח זאת גם דרישת ה"עיבוד החקלאי" שבסעיף 78: החוקה שאין עמה עיבוד חקלאי אינה מקימה טענת התיישנות על-פי סעיף זה, גם אם היא "נוגדת" במהותה ⁵⁷. בתפיסה ראייתית טהורה אין הצדקה לתנאי מיוחד זה המשקף על פניו תפיסה קניינית מיוחדת. ואכן, הפסיקה שהכירה בשעתו בטענת ההתיישנות מחוץ לתחומי סעיף 78 גם בהעדר עיבוד, תוך הסתמכות מפורשת על השיקול הראייתי ⁵⁸, שינתה מאוחר יותר את גישתה; "החוקה נוגדת" שאין לצדה עיבוד חקלאי או זכות רשומה לא הוכרה עוד כיוצרת התיישנות נגד המדינה ⁵⁹.

לגישה הקניינית שורשים גם בספרות המשפטית ⁶⁰.

(7) סיכום

ביישום האסכולה העות'מנית של דין ההתיישנות במקרקעין באו לידי ביטוי בפסיקה כל שלוש הגישות האפשריות. דומיננטית ביניהן הגישה העוטפת תפיסה קניינית בלבד ראייתית. לצדה נמצא תפיסה קניינית "נקייה" וברקע אף הד קלוש לתפיסה ראייתית של ממש ⁶¹. לכך התכוונו בפתח דברינו כשדיברנו על "קוויה המטושטשים" של תמונת ההתיישנות. מהם אפוא הקווים הטעונים הדגשה ואלו קווים טעונים מחיקה? בכך נעסוק לאחר שנבחן את ההפעת כתי האסכולות המאוחרות על הדין. בשלב זה נסתפק ב"ממצא" כי שורשי גישה זו אינם כה רבים ועמוקים כפי שמקובל לחשוב. זאת, הן משום שקיים גיגוד אינהרנטי בין התוכן הקנייני ובין הכסות הראייתית והן משום שדיני ההודאה אינם נמנים בהכרח על שורשים אלה. הדברים אמורים במיוחד

56 ע"א 472/60 מדינת ישראל נ' יתם ואח', פ"ד טו 1495, 1506.

57 ראה להלן, הערה 245.

58 כאן המקום לציין, כי בית-המשפט רשאי ליתן ערך ראייתי למעבר הזמן גם בשיטה שבה תפישת ההתיישנות איננה ראייתית. אין מניעה להפעיל גישה ראייתית לצד הסדר ההתיישנות ובנוסף עליו; *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 832. לשימוש בהחוקה לאורך זמן כראיה לטענת זכות נגד המדינה ראה ע"א 272/53 אלי-מחמד ואח' נ' היעזר המשפטי, פ"ד ט 1095, 1097; ובעקבותיו ע"א 540/59 פרחאת נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 248, 250; יתם (לעיל, הערה 56); בע"א 457/79 צחייק נ' שרגשי, פ"ד טו 60, הופעלה הגישה הראייתית בסכסוך בין פרטים.

59 חיסוי (לעיל, הערה 34), 93; ע"א 525/73 עיזה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 729, 731.

60 ויפמן (לעיל, הערה 50), 109; וכן "צירוף תקופות של מחזיקי מקרקעין לצורך התיישנות" הפרקליט יג (תשר"ז) 162, 163–165. נוסף ונעיר כי הטיעונים שלפיהם סעיף 1 לחוק היסוד הנ"ל וסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין מונעים או מצמצמים את פעולתו של סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני (ויפמן [לעיל, הערה 2], 8–14), בנויים על ההנחה שלמחזיק, המסתמך על הרישא לסעיף 78, אין זכות במקרקעין ושלמדינה יש תביעה "טובה" לקרקע. אילו נקודת-המוצא של סעיף 78 היתה שלמחזיק יש זכות טובה, שאותה הוא מבקש להוכיח באמצעות ההתיישנות, הסעיפים הנ"ל לא היו חלים כלל בהעדר זכות למדינה.

61 ראה לעיל, הערות 18 ו-19.

לגבי דיני ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני (להבדיל מ-1674 למגילה). באשר לגישה קניינית מפורשת וגלויה, זו קיימת ובאה לידי ביטוי אם במצבים שבהם הניגוד הטבוע בין התוכן הקנייני ובין המעטה הראייתי עולה על-פני השטח ואם אצל אותם שופטים שדעתם אינה נוחה מן הפיקציה של "טענת-זכות"⁶².

(ב) חוק ההתיישנות ו"טענת-זכות"

חוק ההתיישנות, בהוראה מפורשת, שלל ככלל הן את התפישה הראייתית של ההתיישנות כמי שנועדה לאשש זכות טובה שיש לטוען לה, והן את המעטה הראייתי של ההתיישנות היוצרת. סעיף 9 לחוק קבע וקובע, כי הודאה של הטוען להתיישנות בזכותו של היריב איננה פוגמת כלל בטענת ההתיישנות הנלווית להודאה. בכך ביטל הסעיף את הצורך בהעלאת "טענת-זכות", ומדין קל-וחומר שמת את הבסיס מתחת לתפישה הראייתית.

האם בכך נסתם הגולל על "טענת-הזכות"? לא בהכרח. סעיף 9 קבע את הכלל ולזה, כידוע, אפשר שיהיו חריגים היוצאים ממנו. המהפך שהכניס סעיף 9 לדין ההתיישנות הכללי הוא שהדרישה ל"טענת-זכות" היא חריג הסעון הוכחה. הטוען לו צריך להצביע על מקור בדין לדרישה זו, ואין הוא יכול עוד להישען על התפישה הכללית של דין ההתיישנות.

האם לאחר חקיקת חוק ההתיישנות נותר מקור שבדין המקיים את הדרישה ל"טענת-זכות" או את התפישה הראייתית בדין ההתיישנות במקרקעין? תשובה חיובית לשאלה זו ניתן לבסות ולהשעין על שתי טענות: האחת – המשכיות ועצמאות של הרובד העות'מני בדין ההתיישנות במקרקעין. האחרת – משמעות דיני ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני.

הטענה הראשונה היא, שחוק ההתיישנות אמנם שינה ככלל את תפישת ההתיישנות העות'מנית, אלא שלכלל קיים יוצא-מן-הכלל – ההתיישנות במקרקעין⁶³. דינים אלה נשארו על כנם⁶⁴. עלי-פי טענה זו, הסדרי ההתיישנות במקרקעין מהווים ממלכה נפרדת שעודנה נשלטת על-ידי דיני הרובד העות'מני, לרבות הדרישה ל"טענת-זכות". חולשת הטענה היא בכך שאין היא באה לידי ביטוי בלשון החוק. נהפוך הוא: חוק ההתיישנות, במקביל להוראת סעיף 9, ביטל את סעיף 1674 למגילה – הסעיף שממנו נגזרה הדרישה ל"טענת-זכות"⁶⁵. הרובד העות'מני של ההתיישנות במקרקעין אמנם נשתמר בחלקו, אך זאת רק בתחומים שבהם לא בוטל במפורש. את החלקים שנותרו יש לראות לא כשלוחות עצמאיות של ממלכה עצמאית, אלא כשרידים של ממלכה ששקעה,

62 ראה להלן, הטקסט ליד הערות 106–108.

63 "החוק המוצע אינו דן בגוף הלכות ההתיישנות הנוגעות לעניני מקרקעין. תיקון הסדרן של הלכות אלה מקומם בחוק הקובע את דיני הקרקעות באשר עניני ההתיישנות בקרקעות אופי מיוחד ושונה להן מדיני ההתיישנות בכלל" (הצעת חוק ההתיישנות [לעיל, הערה 9], 285).

64 הרצון להימנע מהכנסת שינויים בדין ההתיישנות במקרקעין בא לאחר-מכן לביטוי מפורש בהוראת סעיף 162(2) לחוק המקרקעין. ראה י' ויסמן (לעיל, הערה 6), 25–26.

65 ראה לעיל, הערות 15 ו-20.

ששולבו אל תוך הממלכה החדשה לאחר שעברו את הטרנספורמציה הנדרשת. הוראות הרובד העות'מני שנשתמרו כפופות אפוא להסדרים הכלליים של חוק ההתיישנות (כסעיף 9) ואין לפרשן באורח אחר אלא-אם-כן נשתמר במפורש הסדר המנוגד להוראות חוק ההתיישנות.⁶⁶

הטענה האחרת היא, שהסדרי ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני אשר נשתמרו בעינם⁶⁷ מהווים מקור לדרישת "טענת-זכות", לפחות בתחומי החלות של סעיפים אלה. התשובה לטענה זו היא, שהסדרי ההודאה הנ"ל מתיישרים טוב יותר עם שיקולי תקנת הציבור מאשר עם הדרישה לטענת-זכות.⁶⁸ הטענה חלשה במיוחד ביחס לסעיף 78.⁶⁹

עד כאן פרשנותנו-אנו לשינויים שהוכנסו על-ידי חוק ההתיישנות בקשר ל"טענת זכות" והתפישתה הראייתית⁷⁰. כיצד ראתה זאת הפסיקה?

נפתח במשמעות העקרונית של סעיף 9 לחוק ההתיישנות ובהשפעתו על דין ההתיישנות במקרקעין. לדעתנו, הלך כאן בית-המשפט בדרך עקלתון. תחילה הוצהר כי הסעיף אכן שינה גם את תפישת ההתיישנות במקרקעין על-ידי ביטול הדרישה ל"טענת-זכות" (וממילא שלילת התפישת הראייתית): "איני מוצא שום הד להלכה הקודמת, כפי

66 כהסדרי ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 הנ"ל.

67 ראה לבזובסקי (לעיל, הערה 31), 2491-2492; בורמן (לעיל, הערה 29), 2465; וסאלח (לעיל, הערה 34), 387.

68 ראה לעיל, ב5(א)(3).

69 ראה לעיל, ב5(א)(6).

70 על-פי פרשנות זו, שינה חוק ההתיישנות גם את משמעות המונח "טענת-זכות". עד לחוק ההתיישנות זוהתה טענה זו עם טענת בעלות: "... החזקה שמקורה בזכות פחותה מבעלות מלאה אינה יכולה להוות בסיס לטענת התיישנות כנגד תביעת הבעל הרשום... ". (צ"א 473/69 פנינת הכרך בע"מ נ' חברה לתעשיית לבני סיליקט בע"מ, ס"ד כד(1) 154, 155). לאחר חוק ההתיישנות הועלתה הטענה, כי לפי החוק תיתכן טענת-התיישנות של מחזיק נגד שוכר על-אף הודאה בזכות צד שלישי לבעלות. הטענה הוגדרה כ"רצינית להלכה", אך הושארה בצריך עיון: בריחי (לעיל, הערה 15), 573. עיין וייסמן (לעיל, הערה 50). האם יפה טענת ההתיישנות גם כנגד זכויות המשכיר? המשפט המקובל השיב בשלילה על שאלה זו. הטעם לכך הוא שהזכות לתבוע את סילוק המחזיק נתונה, כל עוד השכירות בתוקף, לשוכר בלבד. זכותו של המשכיר להחזקה תתחדש רק בתום תקופת השכירות (future interest) ולכן אין היא נפגעת על-ידי ההחזקה נגד השוכר בתקופה זו. ראה סעיף 4 לתוספת השנייה לחוק ההתיישנות האנגלי מ-1980; סעיף 16 לחוק ההתיישנות מ-1939; E.H. Burn, *Cheshire's Modern Law of Real Property* (London, 12th ed., 1976) 896, (לעיל, הערה 1). *American Law of Property* 806-802. מהו הדין במשפטנו? נראה כי המשפט המקובל שאומץ תחילה (וייסמן, שם, 96), צריך לסגת מפני הוראת סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, המקנה את התביעה למסירת מקרקעין לא רק לזכאי להחזיק אלא גם ל"בעל-המקרקעין". החזקה נגד שוכר יכולה מכוח הודאה זו להיחשב גם כהחזקה נגד הבעלים. גם באנגליה נשמעו קולות שקראו לשינוי הדין, כך שהתיישנות תרוץ גם נגד future interest: Law Reform Committee, 21st Report (1977) Cmnd, 6923, 47-48. החלטת השאיר את הדין הקיים על כנו (שם, בעמ' 75). עוד לעניין החזקה נגד שוכר ראה להלן, הטקסט ליד הערות 291 ו-299.

שפותחה בפסיקת בתי-המשפט... שעבור הזמן כשהוא לעצמו, ללא טענת זכות מצד המחזיק, אין בו כדי לבסס טענת התיישנות במקרקעין" (הלכת יולורי)⁷¹. אלא שגם כאן לא גילה בית-המשפט גישה עקיבה ושיטתית למשמעות השינוי בדין. כפי שנראה בהמשך⁷², הורחבה תחילה הלכת יולורי והובנה כשוללת מכוח סעיף 9 הנ"ל לא רק את הצורך "בטענת-זכות", אלא גם את הצורך ב"החזקה נוגדת". לאחר-מכן שינה בית-המשפט את טעמו והחזיר את עטרת ה"החזקה הנוגדת" ליושנה⁷³. כיצד השפיע השינוי המאוחר על הדרישה ל"טענת-זכות"? האם לצד השבת דרישת "ההחזקה הנוגדת" על כנה הושבה גם "טענת-הזכות" למקומה? תחילה הבחין בית-המשפט המחוזי בין השניים: גם מי ש... מודה בפה מלא שהחזקתו הנוגדת היא על פי הסגת גבול" נהנה מהגנת ההתיישנות⁷⁴. בערעור כבר נחלקו הדעות. לצד הדעה שאין עוד צורך בטענת-זכות⁷⁵ היה מי שסבר כי "טענת-זכות" עודנה יסוד מיסודות ההתיישנות⁷⁶. פסק-דין יותר מאוחר מסתמך דווקא על הדעה האחרונה ועומד על הצורך ב"טענת-זכות"⁷⁷.

כיצד ניתן להסביר את אי-הבהירות בפסיקה בנושא? גם כאן, כמו בשאלת חלוקת העומס הראייתי בהקשר ל"טענת-הזכות"⁷⁸, שורש הבעיה הוא באי-ההקפדה על ההבחנה בין "טענת-זכות", מחד גיסא, ו"החזקה נוגדת", מאידך גיסא. זיהוי מוטעה של השניים הביא בשלב ראשון להלכה המוטעית שלפיה סעיף 9 שולל גם את ה"החזקה הנוגדת", ובשלב שני — לטעות ההפוכה שלפיה חידוש ההכרה באחרונה גורר אחריו גם את חידוש ההכרה בראשונה.

מה היתה עמדת בית-המשפט בשאלה אם בדין שלאחר חוק ההתיישנות מצוי מקור לדרישת "טענת-זכות" (שאלה שעליה השיבונו בשלילה)? בעניין להבי⁷⁹ ניתנה לכך תשובה חיובית: "סעיף 20 מורה במפורש, כי אם הכיר הנתבע והודה, כי הוא מחזיק כמתערב, לא תעמוד לו ההתיישנות, והפסיקה פרשה זאת, כאמור, כי להתיישנות על פי סעיף 20 יש מקום, רק כשהחזקה מבוססת על טענת בע-לות". בפרשת להבי הניח בית-המשפט ראשית, כי ההודאה שבסעיף 20 מקבילה להודאה שבסעיף 1674 למגילה; ושנית, כי "טענת-זכות" אכן נגזרת מ-1674⁸⁰. מכאן מסקנתו, כי המחזיק הטוען להתיישנות על-פי סעיף 20 עודנו נזקק ל"טענת-זכות"⁸¹. מאחר שאף סעיף 78 מגביל את ההתיישנות במקרה של הודאה, ניתן לגרוס כי גם

71 ע"א 46/60 יולורי ואח' נ' גבון ואח', פ"ד יד 2199, 2204. ראה ויסמן (לעיל, הערה 6), 83.

72 ראה להלן, הטקסט ליד הערות 150–155.

73 ראה גילברג (לעיל, הערה 14), שבו אושר פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי פאנוס (לעיל, הערה 19) שקרא תיגר על הרחבת הלכת יולורי ל"החזקה נוגדת".

74 פאנוס (לעיל, הערה 19), 418.

75 השופט ברנזון בגילברג (לעיל, הערה 14), 278, מול האות נ.

76 השופט שרשבסקי, שם, 279–280.

77 ע"א (ת"א) 631/82 רשות הפיתוח ואח' נ' להבי, פ"מ תשמ"ה (א) 3, 11.

78 ראה לעיל, הערה 19.

79 (לעיל, הערה 1), 637.

80 ראה לעיל, הטקסט ליד הערה 22.

81 זאת, על-אף שבית-המשפט סבר שאין לה הצדקה עניינית (בעמ' 637–638).

על-פיו לא תישמע טענת התיישנות בהעדר "טענת-זכות"⁸². להסתמכות על דין ההודאה כמקור ל"טענת-זכות" טביעות-אצבע נוספות בפסיקה⁸³. על הבעייתיות שבניסיון לגזור את "טענת-הזכות" מתוך כללי ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 כבר עמדנו לעיל.

מצאנו בפסיקה שלאחר חוק ההתיישנות גם את ביסוס "טענת-הזכות" על תפישת ההתיישנות של הרובד העות'מני⁸⁴. בכך יש, כאמור, התעלמות מה"מהפך" שהביא עמו חוק ההתיישנות בסוגיא⁸⁵.

לסיכום: סעיף 9 לחוק ההתיישנות, השולל נפקות מהודאה המלווה בטענת-התיישנות, ביטל באורח מפורש את "טענת-הזכות" כתנאי מתנאי ההתיישנות, עד כמה שתנאי זה אכן נדרש על-פי הדין הקודם. בכך נשמט גם הבסיס לגישה הראייתית. שינוי עקרוני זה מצא הדין ברור ומפורש בפסיקה. עם זאת, עדיין נמצא בפסיקה את הדרישה ל"טענת-זכות" למרות הוראת סעיף 9. מקורותיה הנטענים של דרישה זו הם שלושה: האחד — ראיית "טענת-זכות" כפועל יוצא של הדרישה ל"החזקה בנוגדת". מקור זה משאיר את "טענת-הזכות" על כנה בכל תחומי ההתיישנות במקרקעין. ניסיון להראות כי ההסתמכות על "החזקה בנוגדת" בטעות יסודה. המקור האחר הוא כללי ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני. מכוח מקור זה נדרשת "טענת-הזכות" רק בקרקע "מירי" ולא בסוגי הקרקעות האחרים. הראינו כי ניתן להסביר את כללי ההודאה באופן שאינו מחייב את הדרישה ל"טענת-זכות". מקור שלישי הוא השתמרותה של תפישת ההתיישנות של הרובד העות'מני בדין ההתיישנות במקרקעין. טענתנו היתה שתפישת התיישנות זו נדחתה על-ידי חוק ההתיישנות (אלא-אם-כן נשמרה במפורש).

(ג) חוק המקרקעין ו"טענת-זכות"

חוק המקרקעין ביטל את ההתיישנות ב"מקרקעין מוסדרים" (סעיף 159(ב)) והשאיר בתוקף את דיני ההתיישנות הקיימים ב"מקרקעין לא-מוסדרים" (סעיף 162(2))⁸⁶. לכאורה יש כאן מהפך בתפישת ההתיישנות במקרקעין; בעוד שחוק ההתיישנות, דרך סעיף 9, הכיר עקרונית בהעדר "טענת-זכות" וראה בה דרך לרכישת זכויות (חסינות מפני תביעה) גם כנגד תביעות "טובות" בא חוק המקרקעין וקובע כי במקרקעין מוסדרים אין החזקה לאורך זמן מקנה זכויות נגד תביעה "טובה" של בעל הזכות הרשומה⁸⁷.

82 זאת, בכפיפות לאופי הקנייני של הסעיף; לעיל, הערה 69.

83 ראה, למשל, כהן (לעיל, הערה 18), 747–748.

84 עוביד (לעיל, הערה 18), 2656; כהן (לעיל, הערה 18), 747–748.

85 בת"א (ירושלים) 2154/84 הפטריארך הארמני נ' אפרהמיון ואח', פ"מ תשמ"ו (ב) 492,

505, נאמר בהקשר לסעיף הנ"ל: "טענת התיישנות תעמוד רק למי שטוען טענת התיישנות

כבעלים". בית-המשפט הסתמך על הפסיקה שקדמה לחוק ההתיישנות.

86 ויסמן (לעיל, הערה 6), 82–84.

87 שם, 83.

האם יש לראות בשינוי הדין ביהס ל"מקרקעין מוסדרים" הצהרה על שינוי כללי בגישת המחוקק לסוגיית ההתיישנות במקרקעין במובן שמשמעת ממנו גישה ראייתית אשר מכוחה יש להכיר רק בתביעות "טובות" גם "במקרקעין לא-מוסדרים"? אם התשובה חיובית, הרי שקיימת "סתירה פנימית" ⁸⁸ בגישת המחוקק שלא שינה בהתאם את דין ההתיישנות במקרקעין "לא-מוסדרים" ⁸⁹. לדעתנו, ניתן לומר כי השינוי "במקרקעין מוסדרים" אינו משליך בהכרח על הדין ב"לא-מוסדרים". המטרה המרכזית שמאחורי שלילת ההתיישנות ב"מקרקעין מוסדרים" היא להגיע למצב שבו הרישום ישקף במדויק את הזכויות ⁹⁰. ההתיישנות נפסלת כדרך לרכישת זכויות לא משום שאין היא נתמכת "בטענת זכות", אלא משום שהכרה בזכויות מכוח ההתיישנות עלולה לפגוע במטרה של שיקוף מדויק של הזכויות באמצעות הרישום ⁹¹. אם זהו הסעם לשלילת ההתיישנות, הרי שאין בו כדי להשפיע על דין ההתיישנות "במקרקעין לא-מוסדרים". שם הרישום הקיים ממילא אינו משקף נאמנה את הזכויות במקרקעין. חיווק לקו-מחשבה זה מצוי במוסד של "זיקת הנאה" המעיד, כי חוק המקרקעין אינו שולל עקרונית רכישת זכויות מכוח שימוש ממושך גם בהעדר טענת זכות ⁹². שאלת היחס בין ההתיישנות לבין "זיקת הנאה" חורגת מתחומי רשימה זו ⁹³.

88 בלשוננו של ויסמן, שם.

89 ראה גם פאנוס (לעיל, הערה 19), 423.

90 ויסמן, שם, 82; מ' מאוטנר, "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" — הגנתו של המסתמך על מצב הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשמ"ו) 92, 161—162. עקרון השיקוף ב"מקרקעין מוסדרים" לא הוגשם במלואו. לסקירת החריגים ראה ויסמן, שם, 87—88, וא' פוזנר, "תיכנון ובניה לאור משפטנו הפרטי" משפטים טו (תשמ"ה) 45, 46. ראה גם ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ ואח' נ' שיבר ואח', פ"ד (4) 322, 334. זכות חשובה שאיננה משתקפת גם ברישום מקרקעין מוסדרים היא שכירות לתקופה של עד עשר שנים (סעיף 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב—1972, ס"ח 668 (תשל"ב) 176). כאן גדולה מידת הפגיעה ברוכש נכס מושכר. הסבר אפשרי להריגה זו מעקרון השיקוף הוא, שעובדת השכירות ניתנת לגילוי וכן שדרישת רישום של שכירויות קצרות תכבד הן על הצדדים והן על מערכת הרישום.

91 ייווצרו זכויות לא רשומות שתפגענה ברוכש הנכס. ראה ויסמן, שם, 88, הערה 291.

92 ויסמן, שם, 83—84.

93 נעיר רק, כי התנאים לרכישת זיקת-הנאה שונים מאלה הנדרשים על-ידי דין ההתיישנות לרכישת הזכות להחזיק במקרקעין. התנאי המרכזי של "החזקה בוגדת" אינו מוחל על רכישת זיקת-הנאה משום שזו מוגדרת כטובת-הנאה שאין עמה החזקה. התנאי המקביל הוא של "שימוש בוגד". סעיף 94(ב) גם קובע כי התנגדות בעלי-המקרקעין מפסיקה את מירון הזמן. זאת ועוד: בית-המשפט, מכוח סעיף 96, רשאי לבטל את הזיקה או לשנות את תנאיה. אופייה המוגבל של הזכות הנרכשת, קשיי הרכישה וארעיותה אולי מסבירים מדוע חרג המחוקק לגביה מעקרון שיקוף הזכויות. מן הסתם, הנחתו היתה שמידת הפגיעה של זכות לא רשומה זו ברוכש הנכס איננה גדולה. לנושא רכישת זיקת-הנאה ראה את הדו"ח ה-14 של ה"Law Reform Committee" מ-1966 בעניין Acquisition of Easements and Profits by Prescription, (ויסמן, שם).

6. "טענת-זכות" — היש מקום לחקיקה מתקנת?

אם נחזור לדימוי התמונה שבו פתחנו רשימה זו, נוכל לומר כי תוויה של אחת הצורות המרכזיות בתמונה, "טענת-זכות", משתנים עם שינוי זווית-הראייה הנבחרת. הצופה הוא היריב המבקש לגנוח את טענת ההתיישנות של המחזיק, וזווית-הראייה היא הפסיקה שעליה יסתמך. מזווית-הראייה הראשונה אין הדרישה ל"טענת-זכות" גראית כלל ועיקר.⁹⁴ מזווית-הראייה השנייה גראית "טענת-הזכות" כצורה קטנת-ממדים: רק באדמות "מירי", וגם אז — רק כאשר המחזיק מודה בהיעדרה.⁹⁵ מזווית-ראייה שלישית "טענת-הזכות" מתעצמת לפתע ומתרחבת על כל תחום ההתיישנות במקרה קעין.⁹⁶ לכל אחת מצורות ההסתכלות הנ"ל ניתן למצוא סימוכין בפסיקה, וכיצד, בדיוק, ניתן להפריך את טענת-הזכות? גם כאן התשובה איננה חד-משמעית.⁹⁷ למותר לציין כי מצב משפטי זה טעון תיקון. יש לפזר את הערפל שיצרו החקיקה והפסיקה ולהבהיר באופן ברור וחד-משמעי אם ומתי נדרש המחזיק להעלות "טענת-זכות", וכיצד, אם בכלל, יכול היריב להפריך טענה זו (הכול, כמובן, "במקרקעין לא-מוסדרים"). לפני למעלה מעשרים שנה התריע בית-המשפט על הבלבול הקיים, תוך שהוא תולה את יתרו בחוק המקרקעין החדש.⁹⁸ מסתבר שהבעיה לא נפתרה מאז אלא התריפה.⁹⁹

תחילה נסיר מדרכנו את האפשרות האיפוחיתית לאמץ תפישה ראייתית המכירה עקרונות בהתיישנות רק כנגד תביעות "רעות".¹⁰⁰ ראינו כי תפישה זו זכתה, לפחות לכאורה, לעדנה מחודשת בחוק המקרקעין.¹⁰¹ בחנו את שיקולי המדיניות שמכוחם נוצר מוסד ההתיישנות, וראינו כי עיקרם יפה דווקא נגד תביעות "טובות".¹⁰² הדרישה ל"טענת-זכות" — כמשמעותה על-פי התפישה הראייתית — תביא בפועל לדחיית החלק המכריע של טענות ההתיישנות, תוך סיכול המטרות המרכזיות המונחות בבסיסו של מוסד זה. העלאת תנאי זה כמוה כהכרעה נורמטיבית המגמדת את המשקל הניתן לאינטרסים הלגיטימיים שיש למחזיק ולציבור בקיום ההתיישנות. משמעותה המעשית — ביטול ההתיישנות.¹⁰³ מאחר שהגישה הראייתית לא הייתה מעולם שורשים של ממש במשפטנו,¹⁰⁴ ואף נשללה לאחרונה לגופה.¹⁰⁵ יש, כאמור, לדחותה על הסף.

94 אם בשל ביטולה על-ידי סעיף 9 לחוק ההתיישנות ואם משום שמלכתחילה לא היתה קיימת.

95 מכוח דיני ההודאה שבסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני.

96 אם מכוח הזיקה שבין "טענת-זכות" לבין החוקה נוגדת ואם מכוח השתמרות דיני הרובד העות'מני לצד חוק ההתיישנות.

97 ראה לעיל, הערות 18 ו-19.

98 פופר (לעיל, הערה 16), 12.

99 ראה ויסמן (לעיל, הערה 6*), 19—23.

100 ראה לעיל, הערה 18.

101 לעיל, 5(ג).

102 לעיל, 22.

103 שהרי התחשבות במשך ההחזקה לצורך הוכחת "טענת-זכות" קיימת גם מחוץ למוסד ההתיישנות. ראה לעיל, הערה 58.

104 ראה לעיל, הערה 19.

105 ראה הביקורת בלהבי (לעיל, הערה 1), 637—636.

השאלה הבאה: האם יש להכיר בצורך לטעון "טענת-זכות", אך מבלי לדרוש את הוכחתה? השיקול היחיד התומך בגישה זו הוא שיקול "אסתטי"; לא מן הראוי לדחות תביעה כשהמחזיק עצמו אינו טוען שהיא "רעה"¹⁰⁶. המשפט מוכן להעניק סעד גם נגד מי שתביעתו "טובה", אך אין הוא מוכן לעשות כן בפומבי ובמוצהר. מגינים על המחזיק מפני תביעות "טובות", ובלבד שלא יודה בכך. אין צורך להרחיב את הדיבור על חולשותיו של הנימוק ה"אסתטי"; מה הטעם להשתמש בפיקציה שהכול יודעים שאין בה ממש? מדוע לחייב את המחזיק לטעון טענת-כזב שאינה דרושה מבחינה עניינית? מדוע להפלות לרעה את דובר האמת ולהעדיף על פניו את מי שמכסה על האמת או את המציג רק את חלקה? לעניין זה נזכיר את ביקורתו הבוטה של בית-המשפט¹⁰⁷ על דין היוצר תמריץ לטענות ממין זה¹⁰⁸.

בדיקה משווה של הסוגיא מחזקת מסקנה זו. הדרישה ל"טענת-זכות" כיסוד מיסודות התיישנות במקרקעין נפוצה, כאמור, גם בארצות-הברית¹⁰⁹. אך מה התוכן שניתן הלכה למעשה לדרישה זו? האם הובנה כפשוטה? התשובה לכך ברוב המכריע של המקרים היא שלילית. הדרישה ל"טענת-זכות" אמנם קיימת, אך תוכנה — מסתבר — אינו כבררה. להלן נציג שלוש משמעויות שניתנו לדרישה זו, החורגות מן התפישת הראייתית. במקרים רבים דרישה זו משמשת לא בהקשר של טענה משפטית באשר לקניין בנכס, אלא לתיאור עובדתי של טיבה האובייקטיבי של ההחזקה הנדרשת בנכס. כפי שנראה בהמשך¹¹⁰, תנאי יסודי להיותה של ההחזקה "נוגדת" היא שהמחזיק נהג בנכס "מנהג בעלים", דהיינו: השתמש בו באותו אופן שבו הבעלים של הנכס מסוג זה היה נוהג. "טענת-זכות" משמשת כאן כמטבע-לשון לתיאור היסודות העובדתיים והאובייקטיביים של ההחזקה הנדרשת ותו לא¹¹¹. אין היא מוסיפה ולא כלום לתנאי הבסיסי של "החזקה נוגדת"¹¹².

משמעות אחרת שניתנה ל"טענת-זכות" בפסיקה היא, שזו מתייחסת למצבו הנפשי המובייקטיבי של המחזיק, להבדיל מהאופי האובייקטיבי של החזקה. בגירסא זו תוכן

The plaintiff cannot claim title by adverse possession, and at the same time recognize the title in one from whom it claims (*Inhabitants of Town of Island Falls v. A.K.R. Inc.*, 170 A. 2d 395 (Me., 1961) 398).

107 לעיל, הערה 18(2). ראה גם הביקורת בד"כ כד(1) (תשי"ח), 183.
108 לביקורת הגישה האסתטית ראה גם *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 789.
109 *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 765, 773-774. לפסיקה מאוחרת יותר ראה לדוגמא *A.K.R.* (לעיל, הערה 106), 397, 588 P. 2d, 632, *Woolfolk v. Isler*, 386 A. 2d 1117 (R.I., 1978), 1119 (Or., 1978) 633; *Martineau v. King*, 386 A. 2d 1117 (R.I., 1978), 1119.

110 להלן, 11(ד).

111 ההחזקה צריך שחיה

...with a claim of ownership such as parties seeking information upon the subject that the premises are not held in subordination to any title or claim other, [than possessor] but against all titles and claimant" (*Kimble v. Allan*, 298 P. 2d 1042 [Ok., 1956] 1044).

112 *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 780-774. בפסק-דין *Woolfolk* (לעיל, הערה 109) נדרשת "טענת-זכות", אך הדיון מוגבל לשאלת אופי ההחזקה.

הדרישה הוא, שעל המחזיק להראות כי התכוון בהחזקתו לשלול את זכויותיו של יריבו. דרישה זו הועלתה בעיקר במצבים של סכסוכי גבולות.¹¹³ גם משמעות זו של "טענת-זכות" שייכת, למעשה ליסוד ההחזקה הנוגדת. יתירה מזאת: ראינו כי קיימת סתירה פנימית בין טענה לזכות קניין טובה לבין כוונה לנשל אחרים מקניינם.¹¹⁴ הסבר שלישי ל"טענת-הזכות" הוא, שדרישה זו באה לשלול את חסות ההתיישנות ממי שרכש את ההחזקה בדרך פגומה, על-ידי גזילה, למשל.¹¹⁵ זהו ההסבר שהצענו לדיני ההודאה. גם הסבר זה אינו משקף "טענת-זכות" כפשוטה; דרך רכישת ההחזקה משמע טיב ההתנהגות שבאמצעותה נרכשה ההחזקה ולא טענה משפטית הנלווית אליה.

מה נותר אפוא מן התוכן "המקורי" של "טענת-זכות" כאשר מתעלמים מן המקרים שבהם ניתנה לה משמעות שונה? מעט מאוד:

...it may be said with assurance that practically no authority sustains the position that the claim of right must be bona fide claim of absolute ownership good against all the world.¹¹⁶

באשר למעט שנותר, רובו באמירות-אגב¹¹⁷, הדעה הרלווחת — כך נראה — היא שאין הצדקה עניינית לדרישה זו. התפישה הבסיסית של ההתיישנות במקרקעין היא, שזו מושתתת על החזקה שלא כדיון של אדם במקרקעי זולתו. דווקא האופי הפסול של ההחזקה וכוח התביעה שקם בעקבותיו הם לב-לבו של מוסד ההתיישנות:

Adverse possession must necessarily mean any wrongful possession which subjects the wrongdoer to the action of ejectment.¹¹⁸

על-רקע זה נתפשה הדרישה ל"טענת-זכות" כנטע זר ומוזר.¹¹⁹ האם העדר "טענת-זכות" שולל מהסגת-הגבול את אופייה הפסול ומונע בכך את היווצרותה של עילת התביעה? זהו הרי תרתי דסתרי. הרעיון לבסס את ההתיישנות על יסודות ראיתיים בלבד זר למשפט המקובל.

113 *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 790–785. ראה גם פסק-דין *Sturm* (לעיל, הערה 38).

114 ראה לעיל, הטקסט ליד הערות 45–46.

115 *American Law of Property*, 781.

116 שם, 782–781.

117 שם, 780.

118 שם, 763–762. "...the doctrine apparently affords an anomalous instance of maturing a wrong into right..." (H.W. Ballantine, "Title by Adverse Possession" 32 *Harv. L. Rev.* [1918] 135); "...depriving a man of his rights, a pure evil as far as it goes..." (O.W. Holmes, "The Path of the Law" 10 *Harv. L. Rev.* [1897] 457, 476); "Adverse possession' which is nothing more than a person taking someone else's private property for his own private use" (*Lang v. Colonial Pipeline Co.*, 266 F. Supp. 552 [Pa., 1967] 555).

119 *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 714, 762.

התוצאה: כדין ראוי נותרת רק זווית-הראיה הראשונה המיוצגת הן בפסיקה שלפני חוק ההתיישנות והן באורח ניכר יותר, בפסיקה שלאחריו. מן הראוי אפוא להבהיר בתורה מפורשת כי העלאתה של "טענת-זכות" שוב לא תשמש תנאי להכרה בטענת-התיישנות.

אלא שבכך לא תמה המלאכה: עדיין יש להבהיר את הדינים ולאחדם באשר להשפעת דרך רכישת ההחזקה על טענת-ההתיישנות. במצב הקיים יש נפקות לדרך נטילת ההחזקה רק כשמדובר בקרקע "מירי", ורק בהקשר של הודאת המחזיק¹²⁰, וגם אז דין ההודאה בסעיף 78 לחוק הקרקעות שונה מהדין המקביל בסעיף 20 לאותו חוק¹²¹. ביחס לכל סוגי הקרקעות האחרים, עד כמה שקיימת בהם התיישנות, אין הוראה מקבילה¹²². להבחנות אלה אין הצדקה עניינית. יש לפתוח לכן בקביעת עמדה עקרונית באשר להשפעת דרך רכישת ההחזקה על טענת-ההתיישנות. אם תיבחר גישת חוק ההתיישנות, שלפי פשוטו אינו מגביל את ההתיישנות בשל אופייה הפגום של דרך רכישת ההחזקה, הרי שיש לבטל את דין ההודאה גם ביחס לאדמת "מירי", הן בסעיף 20 והן בסעיף 78. לעומת זאת, אם יוחלט ליתן נפקות לדרך רכישת ההחזקה, יש קודם-כול לקבוע מה נחשב לדרך רכישה פסולה. ככל שנחמיר עם הרוכש, כך נקטין את תחומי ההתיישנות. קשת האפשרויות משתרעת מהתנהגות רשלנית, בקצה האחד, עד לאלימות פיזית, בקצה האחר. בתווך מצויים העדר "מקור החזקה חוקי", העדר תום-לב, נישול, קיפוח, מרמה וכיוצא בזה¹²³. מבלי לקבוע מסמרות בעניין זה, שהשלכותיו חורגות מתחום ההתיישנות במקרקעין¹²⁴, נעיר כי דרישת "תום-לב", נראית לנו כמרחיקת-לכת. התניית טענת-ההתיישנות ברכישה ב"תום-לב" תפעל, כמו "טענת-זכות", לצמצום משמעותי של תחולת ההתיישנות ולפגיעה באינטרסים לגיטימיים של המחזיק ושל הציבור. ואכן, הדעה הרווחת בארצות-הברית היא, שהעדר "תום-לב" אינו שולל את ההתיישנות¹²⁵. קושי נוסף, הכרוך בדרישת תום-לב, מצוי בצורך להוכיח מצב נפשי זה ובאיי-הודאות הנוצרת עקב כך.

לאחר הקביעה מה נחשב לדרך רכישה פסולה, יש לקבוע את דרך הראיה ונטלי הראיה באשר לדרך רכישת ההחזקה. המצב הקיים אינו מניח את הדעת. אם מבקשים לחסום טענת-התיישנות בשל התנהגות פגומה, מדוע להגביל את הוכחת ההתנהגות הפגומה להודאה בלבד? בשלב השלישי יש להגדיר את השפעת דרך הרכישה הפסולה

120 אלא-אם-כן תוכר הדרישה ל"מקור החזקה חוקי" בסעיף 78.

121 לעיל, ב5(א)(3).

122 למעט ההוראות הכלליות של חוק ההתיישנות כמו "תרמית והונאה" (סעיף 7) או "התיישנות שלא מדעת" (סעיף 8).

123 פקודת האריסים (הגנה) הגנה בשעתו גם על אריס מסיג-גבול, ובלבד "שהחזקה לא הושגה בכוח או על-ידי השגת גבול פלילית". ע"א 756/82 קיבוץ יגור קבוצת עובדים להתיישבות שיתופית נ' שירותי נפט בע"מ, פ"ד מא (1) 85, 101.

124 השאלה כיצד התנהגות פסולה משפיעה על הזכות לטעון טענת התיישנות אינה ייחודית למקרקעין. ההתחקות אחר התשובה המועדפת מצריכה את בדיקת הסוגיא בכל ענפי והת-יישנות. ראה לעיל, הטקסט ליד הערות 3-6.

125 *Ballantine* (לעיל, הערה 118), שם; *Sturm* (לעיל, הערה 38), 910; *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 781-779; *Property* (לעיל, הערה 46), 137.

על טענת-ההתיישנות (שלילה מוחלטת ? השהייה של המרוץ ?). לאחר גיבוש הכללים הרצויים, מן הראוי להחילם באופן שווה על כל סוגי המקרקעין.

ג. "החזקה נוגדת"

בחינת הפסיקה שעסקה בסוגיית ה"החזקה הנוגדת" (adverse possession) הביאתנו למסקנה, כי יהיה מן הראוי להקדים להצגה ולגיתוח של המשפט הישראלי בסוגיא זו מודל עיוני בסיסי שיציג, ממעוף הציפור, את מרכיביה ומקורותיה של דרישה זו, תוך הישענות על המשפט המקובל. הדבר יסייע בידינו להציג, לנתח ולהעריך את הדין הישראלי בסוגיא ולעמוד על מידת הצורך בריפורמה.

1. מודל עיוני

(א) מקורות הדרישה "להחזקה נוגדת"

מה מקור הנטייה להנות מחסות ההתיישנות את מי שמחזיק במקרקעי אחר תקופה ארוכה ? נבחן עתה את טעמי ההתיישנות שעליהם עמדנו לעיל בחתך האינטרסים המעורבים. ראשון, אינטרס המחזיק. ההתיישנות מגינה על המחזיק מפני פגיעות שמקורן בהסתמכותו על מעבר הזמן. בשל הסתמכות זו, נחלש כושרו להתגונן, נוצר קשר נפשי בינו לבין הנכס ומתקבלות החלטות המבוססות על ההנחה שהנכס יישאר ברשותו. להלן נתייחס למקור זה לדין של ההתיישנות כ"שיקול ההסתמכות". שני, האינטרס של מי שטוען נגד ההתיישנות (להלן: היריב). האינטרס הבסיסי של היריב הוא, כמובן, שזכותו המהותית לנכס תישמר ותיאכף. אינטרס זה פועל נגד ההתיישנות. מה שמצדיק את ההתיישנות גם מבחינתו של היריב, היא ההנחה שמעבר הזמן מעיד על כך שהיריב ויתר על זכותו. זהו אפוא "שיקול הוויתור". האינטרס השלישי הוא האינטרס הציבורי. בעד ההתיישנות פועלים הקושי שבבירור תביעות "חלודות" (stale), התחושה שיש להוסיף ולקיים את השקט, להשאיר בעינו סטטוס-קוו שנשמר תקופה ארוכה והרצון להתאים את המצב המשפטי למציאות העובדתית. זהו "שיקול תקנת הציבור".

(ב) נקודות-המבט הרלבנטיות

על-רקע השיקולים שלעיל נגדיר עתה שלוש נקודות-מבט רלבנטיות לעיצוב דין ההתיישנות במקרקעין. הראשונה היא נקודת-מבט הפובליקטית של המחזיק. כיצד רואה המחזיק את מקור החזקתו וטיבה ? כיצד השפיעה החזקה זו על החלטותיו והתנהגותו ? עד כמה ייפגע בפועל אם תידחה טענת ההתיישנות שהעלה ? נקודת-המבט השנייה היא נקודת-המבט הפובליקטית של היריב. כיצד מסביר הוא את העובדה של החזקת המחזיק במקרקעין ? האם ויתר ? כיצד רואה הוא את מערכת היחסים בינו לבין המחזיק ? האם ועד כמה רואה הוא עצמו כמי שנפגע על-ידי ההח-

זקה? כיצד תיפגע בו טענת-ההתיישנות? שתי נקודות-המבט הסובייקטיביות כוללות גם את מה שידע וחשב כל צד על נקודת-מבטו של האחר. נקודת-המבט השלישית היא אובייקטיבית. זו בוחנת את המצב הנפשי ואת דרך הפעולה של מחזיק סביר, מחד גיסא, ויריב סביר, מאידך גיסא. המידע המתקבל באמצעות נקודת-מבט זו מאפשר הן להעריך את מידת הסטייה בהתנהגות הגלויה של המחזיק והיריב המסוימים מסטן-דרטים מקובלים של התנהגות והן להניח הנחות ראשוניות באשר למצבם הנפשי.

(ג) השאלה הנורמטיבית

כיצד יש לבנות את הסדר ההתיישנות בהינתן האינטרסים המעורבים ונקודת-המבט הרלבנטיות? זוהי הכרעה נורמטיבית המטורה למעצב דין ההתיישנות, בין שמדובר במחוקק ובין שמדובר בשופט. ראשית, עליו לשקלל את האינטרסים המעורבים על-ידי קביעת משקלים יחסיים. שנית, יש לקבוע את האיוון הראוי, דהיינו: את רמת המימוש של כל אחד מן האינטרסים המתנגשים. שלישית, יש לעצב כלל משפטי שיבטיח את השגת האיוון הראוי. הדבר יעשה, בין השאר, על-ידי קביעת נקודות-המבט הרלבנטיות וקביעת משקלן היחסי. גביא כמה דוגמאות להמחשת התהליך הנורמטיבי. נניח כי היה ויתור סובייקטיבי אצל הבעלים, אך לא היתה הסתמכות סובייקטיבית אצל המחזיק. כאן מתנגשים שיקול ההסתמכות ושיקול הוויתור. נוצר הצורך בהכרעה נורמטיבית. הכרעה לטובת שיקול הוויתור, למשל, יכולה ללבוש צורה משפטית על-ידי אימוץ, לגבי המחזיק, של נקודת-מבט אובייקטיבית. זו מתמקדת לא במחשבותיו וכוונותיו של המחזיק המסוים, אלא בשאלה אם טיבה האובייקטיבי של ההחזקה היה יוצר הסתמכות אצל מחזיק סביר. באמצעות כלל זה מתעלמים מן העובדה שבמקרה מסוים לא היתה הסתמכות, ובכך מחזקים את שיקול הוויתור על-חשבון שיקול ההסתמכות. נניח עתה כי לא היה ויתור סובייקטיבי אצל הבעלים, אך היתה הסתמכות אצל המחזיק. העדפה של שיקול הוויתור תלבש עתה צורה שונה: תאומך נקודת-מבט סובייקטיבית לגבי הבעלים. בהמשך נחזור לדון, ביתר הרחבה, בשני מצבים אלה, תוך הרחבת יריעת השיקולים הרלבנטיים. הכרעה נורמטיבית נדרשת גם לעניין המשקל שיש ליתן להתנהגות לא-ראויה של הצדדים. האם, למשל, תתיימן תביעה גם בהעדר צפיות וויתור רק משום שהיריב "ישן על זכותו"? האם ומתי תיחסם טענת ההתיישנות בשל התנהגות פגומה של המחזיק?

הניתן לקבוע מראש, ובאורח גורף, אינטרס או נקודת-מבט דומיננטיים? היה מי שסבר כי נקודת-מבטו הסובייקטיבית של המחזיק היא המכרעת¹²⁶. דעה זו אינה מתיישבת, למשל, עם הכלל במשפט המקובל שלפיו חילופי מחזיק אינם פוגעים

...the foundation of the acquisition of rights by lapse of time is to be looked for in the position of the person who gains them, not in that of the loser... It is in the nature of man's mind. A thing which you have enjoyed and used as your own for a long time... takes roots in your being... The law can ask no better justification than the deepest instincts of man (Holmes [לעיל, הערה 118], 477).

ראה גם Ballantine (לעיל, הערה 118).

ברציפות ההחזקה הנוגדת.¹²⁷ מכלל זה עולה שהדגש הוא דווקא על הזנחת התביעה על-ידי הבעלים. מסקנה דומה מתקבלת מכלל הגילוי הדוחה את תחילת המירוץ עד לגילוי עובדת ההחזקה. סברה אחרת היא שיסוד ההתיישנות היא בסגירת הפער בין המציאות העובדתית ובין המצב המשפטי.¹²⁸ הגישה הנראית לנו היא שאין זה ראוי לקבוע מראש, ובאורח גורף, עדיפות של אינטרס או של נקודת-מבט מסוימת.¹²⁹ בעיצוב הסדר ההתיישנות יש לכן לחתור לכללים שיבטיחו כי כל האינטרסים וכל נקודות-המבט יובאו בחשבון. שיקול-הדעת הנורמטיבי צריך להתבטא בשקלול היחסי של האינטרסים המעורבים ונקודות-המבט הרלבנטיות, ולא בהתעלמות עקרונית מחלק מהם. גישה זו תנחה אותנו בהמשך.

(ד) "מנהג בעלים" – רציפות וייחודיות

מהם התנאים שהחזקה נתונה צריכה לקיים כדי שתיווצר תשתית עובדתית לשיקול ההסתמכות, מחד גיסא, ולשיקול הוויתור, מאידך גיסא? בארצות-הברית נדרשים מן ההחזקה קודם-כול המאפיינים הבאים: עליה להיות ממשיה (actual), ייחודית (exclusive), רצופה (continuous/uninterrupted) וגלויה (open and notorious).¹³⁰ התנאי המרכזי הנוגע לאופי ההחזקה הוא שהמחזיק ינהג בקרקע "מנהג בעלים", כלומר: ישתמש בה וייהנה ממנה כשם שהיה נוהג הבעלים של הקרקע בהינתן מיקומה וטיבה. זוהי דרישת ה-actual possession.¹³¹ כאשר נשוא ההתיישנות איננו הבעלות, אלא זכות פחותה, כשכירות, יש להבין "מנהג בעלים" כמתייחס לדרך התנהגותו של בעל-הזכות. מה באה דרישת הייחודיות להוסיף על תנאי זה? לפי הסבר אחד דרישה זו איננה אלא שלוחה של "מנהג הבעלים".¹³² וכשם שהחזקה הבעלים אינה ייחודית באורח אבסולוטי, כך גם אין נדרשת מן המחזיק בלעדיות מוחלטת.¹³³ דעתנו היא, שהייחודיות שיש לדרוש מן המחזיק כלפי צדדים שלישיים גדולה מזו שבעלים יכול להרשות לעצמו; את החזקתו של צד ג לצד הבעלים ניתן להסביר במושגים של שליחות, הסכמה או רשיון. הסברים אלה אינם עומדים לרשותו של המחזיק חסרי-הזכויות. מכאן ההלכה שלא תיתכן החזקה נוגדת בין שני מחזיקים.¹³⁴ יש אפוא מקום לדרישה עצמאית של

- J.G. Riddal, *Introduction to Land Law* (London, 3rd ed., 1983) 394 127
 מדסקי (לעיל, הערה 6), 372–373.
 129 ראה *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 759.
 130 שם, 765; ראה גם Martineau (לעיל, הערה 109), 1119; Woolfolk (לעיל, הערה 109), 130
Blickenstaff v. Bromley 220 A. 2d 558 (Md., 1966), 561; *Gadd v. Stone* 633
 459 So. 2d 773 (Miss., 1984), 773.
 131 *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 765–768; ראה לעיל, הערה 111 והציטוט
 שם, וכן: *U.S. v. Chatham* 208 F. Supp. 220 (N.C., 1962), 226; *Hair v. City*
 of Norman, Okl. 389 P. 2d 634 (Okl., 1963), 637; *Barringer v. Weatherington*
 182 S.E. 2d 239 (N.C., 1971), 243.
 132 *Blickenstaff* 132 (לעיל, הערה 130), 563–562.
 133 *Riddal* (לעיל, הערה 128), 392; 496; *Norgard v. Busher* 349 P. 2d 490 (Or., 1960), 496;
 134 *Howard v. Stanolind Oil & Gas Co.* 169 P. 2d (Okl., 1946) 737, 744

ייחודיות. רציפות בהחזקה נדרשת משום שקטיעת הרציפות כמוה כנטישת ההחזקה והפסקת מירוצ' הזמן.¹³⁵ באשר לאופי הגלוי של ההחזקה, ספק אם יש מקום לדרישה עצמאית שכונו. אם הכוונה היא לכך שהיריב ידע על החזקת המחזיק¹³⁶, הרי שידיעה שכונו נדרשת ממילא מכוח כלל הגלוי¹³⁷. אם הכוונה היא לחזות האובייקטיבית של ההחזקה, הרי שזו מובלעת כבר בדרישה ל"מנהג הבעלים".

(ח) דרישת "חניגוד"

(1) "הניגוד ומקורותיו"

נעבור עתה למאפיין חיוני ומרכזי נוסף הנדרש מן ההחזקה, והוא היותה נוגדת (adverse) או "עוינת" (hostile).¹³⁸ חשיבות התנאי מומחשת בנוהג הנפוץ לכנות את ההחזקה היוצרת התיישנות, על כל תנאיה, בשם החזקה נוגדת ("adverse possession"). כך נהגנו גם אננו. מהו אפוא ה"ניגוד" הנדרש? התשובה לשאלה זו מצויה במערכת-היחסים שבין המחזיק לבין יריבו, בעל הזכויות במקרקעין. החזקה היא נוגדת כאשר כרוכה בה התנגשות אינטרסים בין המחזיק, מחד גיסא, ליריבו, מאידך גיסא. מדוע נדרש "הניגוד"? משום שהן ההסתמכות והן הוויתור נוצרים במצב של ניגוד אינטרסים. הוויתור כאן הוא במשמעות של מחילה על זכות. ובמלים אחרות: השלמה עם פגיעה בזכות. מנגד, ההסתמכות היא על כך שהאחר מחל על הפגיעה בזכותו.

(2) שיקולי המדיניות וביטויים המשפטי

מתי תיחשב החזקה להחזקה נוגדת? זוהי שאלה נורמטיבית מובהקת המצריכה, כאמור, בשלב ראשון, את שקלול השיקולים הרלבנטיים ומציאת האיזון הראוי, ובשלב שני — את תרגום האיזון הראוי לכללים משפטיים תוך שימוש בשלוש נקודות-המבט הרלבנטיות. הטבלה שבעמוד הבא מתארת שמונה כללי הכרעה אפשריים, כשכל כלל משקף איזון שונה בין שיקול הוויתור לשיקול ההסתמכות:

135 American Law of Property 135 (לעיל, הערה 1), 806. לסקירת הדרישה ראה עמיתים 806—812.
136 אפשרות שנדחת ב־ American Law of Property (לעיל, הערה 1), 769—770.
137 ראה בסעיף 8 לתוק התחיישנות.
138 American Law of Property 138 (לעיל, הערה 1), 712—713. ראה גם פסקי-הדין בהערה 130.

3	2	1	
הסתמכות פובליקטיבית	הסתמכות אובייקטיבית	לא נדרשת הסתמכות	הסתמכות ויתור
			א. לא נדרש ויתור
			ב. ויתור אובייקטיבי
			ג. ויתור סובייקטיבי

שורה א משקפת גישה המתמקדת בשיקול ההסתמכות תוך התעלמות משיקול הויתור. טור 1 מייצג גישה הפוכה. עמדתנו בשאלה הנורמטיבית היתה, כאמור, שאין זה נכון לפסול מראש ובאורח גורף שיקול מדיניות רלבנט. מטעם זה היינו דוחים כבלתי-ראויים את הכללים שביטויים במשבצות ב1, ג1, א2, ו-א3. ארבע המשבצות שנותרו (ב2, ב3, ג2, ו-ג3) משקפות כל אחת גישה מאוזנת יותר המתחשבת בשני השיקולים. השוני בין משבצות אלה הוא בנקודות-המבט הרלבנטיות. גם כאן עמדתנו היא שאין לאמץ או לדחות באופן גורף שורה, טור או משבצת מסוימים. שיקול-הדעת צריך להיות של בית-המשפט על-פי נסיבות המקרה המסוים. אנו פטורים אפוא מלהביע דעה במחלוקת הגדולה שנפלה במשפט המקובל בשאלה אם להתנות את ההתיישנות בקיום כוונה אצל המחזיק להחזיק החזקה נוגדת¹³⁹. תשובתנו תהא שיש מקרים שבהם

139 השאלה היא אם נוסף על אופייה הנוגד של ההחזקה מבחינה אובייקטיבית המחזיק צריך להראות כי התכוון להחזיק בקרקע תוך שלילת זכותו של אחר להחזיק בה (*animus possidendi*). השאלה התעוררה בעיקר במצבים שבהם החזיק פלוני בטעות בקרקע השייכת לאלמוני באמונה מוטעית שהזכות שייכת לו, לפלוני (קיים דמיון בין סיטואציה זו לבין בגייה במקרקעי הזולת – ראה סעיף 23 לחוק המקרקעין). שכיחה במיוחד הסיטואציה של סכסוכי-גבולות שבהם פלוני מאמין בטעות שחלקתו משתרעת על שטח השייך למעשה לחלקת שכנו. דרישת כוונה סובייקטיבית תביא לחסימת טענת ההתיישנות במצבים אלה, שכן המחזיק בטעות לא התכוון לשלול זכות מאחר. כללית לנושא ראה P. Bordwell, "Disseisin"; 791–785 (לעיל, הערה 1), and Adverse Possession" 33 Yale L.J. (1923–1924) 141, 285. וכן פסק-דין *Sturm* (לעיל, הערה 38). המגמה השלטת לאחרונה בארצות-הברית היא לוותר על דרישת ה-*subjective hostile intent*. ראה *Property* (לעיל, הערה 46), 137. וכן *Norgard* (לעיל, הערה 133), 493–494. נראה שזו היא גם הנטייה באנגליה – *Riddal* (לעיל, הערה 128), 392–393. אצלנו ניתנה נפקות למצבו הנפשי של שוכר המחזיק בקרקע של אחר (ראה להלן, הערה 172, הטקסט לידה) ולמצבו הנפשי של בעלים המחזיק נגד שותפיו לבעלות

ראוי ליתן משקל לקיומה של כוונה שכוז ומקרים אחרים שבהם ניתן להתעלם מקיומה. כך, למשל, יש לתת משקל לעובדה שהתנאת ההתיישנות במצב נפשי של אחד הצדדים כרוכה בקשיים ראייתיים ויוצרת חוסר-ודאות באשר למצב המשפטי. שיקול תקנת הציבור פועל אפוא נגד נקודות-המבט הסובייקטיביות, ואפשר שיכריע את הכף נגדן במצבים מסוימים.

הגמישות ושיקול-הדעת הרחב הנדרשים — על-פי שיטתנו — בכל מקרה של הכרעה בשאלת אופייה הנוגד של החזקה, אינם מובילים בהכרח להסדר אמורפי היוצר שרירותיות וחוסר-ודאות. נציג להלן שני מבחני-עזר שיש בהם כדי לעצב ולהאיר את גבולות ה"חזקה הנוגדת".

(3) מבחן ראשון — היווצרות כוח התביעה

לכל השיקולים שעליהם נשען מוסד ההתיישנות קיים מכנה משותף אחד: הפעלה מאוחרת של כוח התביעה. היווצרות כוח התביעה היא אפוא תנאי הכרחי, הגם שלא מספיק, בכל הסדר של התיישנות. המסקנה: כל עוד לא קם ליריב הכוח להגיש נגד המחזיק תובענה בגין החזקה, לא נפתח מירון ההתיישנות.¹⁴⁰

שאלה מעניינת היא, אם כוח התביעה הנדרש הוא לעולם אובייקטיבי, כלומר: כוח הנוצר בפועל בעולם המשפט, או שמא די לעתים גם בכוח תביעה נחוזה בלבד, שאינו קיים הלכה למעשה. דעתנו היא, שאין להירתע ממתן משמעות סובייקטיבית לתנאי-יסוד זה. כך, למשל, אם האמינו שני הצדדים, בשל טעות כנה וסבירה, שכוח תביעה אכן נוצר, לא צריכה להיות מניעה עקרונית להכרה בהתיישנות.

ההחזקה אינה נעשית אפוא החזקה נוגדת כל עוד לא נוצר הכוח אצל היריב לתבוע את המחזיק בשל החזקה. דוגמא מובהקת לכך היא מקרה השכירות. כל עוד החזקתו של שוכר היא בזכות מכוח הסכם-השכירות, לא קם הכוח למשכיר לתבוע את פיניון, וממילא אין ההחזקה נוגדת.¹⁴¹

הסתמשנו לעיל במינוח היווצרות "כוח התביעה" לציון המרכיב החיוני הראשון של "החזקה נוגדת". האם הכוונה ל"הולדת עילת התביעה"? לא בכדי נמנענו מהשימוש במונח "עילת התביעה". "עילת התביעה" היא מושג המשתנה עם ההקשר שבו הוא נדון. לצורך פתיחת תובענה זוהי מערכת-העובדות המקימה את הזכות המהותית לקבלת סעד.¹⁴² בהקשר ההתיישנות זוהי מערכת-העובדות הנדרשת לפתיחת מירון ההתיישנות.¹⁴³ בהקשר ש"מעשה בית-דין" זוהי מערכת העובדות שלגביה חל ההש-תק.¹⁴⁴ רכיב "כוח התביעה" ב"החזקה נוגדת" זהה למעשה ל"עילת התביעה" במשמעות

(לעיל, הערה 45, והטקסט לידה). לעומת זאת, בחוק המטלטלין, תשל"א-1971, בהקשר של רכישה מכוח הפקר, נדרשת כוונה סובייקטיבית הן של המפקיר והן של הרוכש (סעיפים 3, 7).

140 ראה *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 762-763, 774.

141 שם, 791; ראה גם להלן, הערה 166.

142 י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (תל-אביב, מהדורה רביעית, תשל"ד-1973) 99-100.

143 סעיף 6 לחוק ההתיישנות.

144 זוסמן, שם, 321-323; ע"א 167/73 ג'ארח ב' ג'ארה, פ"ד יז(4) 2617, 2624.

הצרה של פתיחת תובענה, אלא שנוכח המשמעות הנוספת שיש למונח "עילת תביעה" בהקשר ההתיישנות, העדפנו את המונח "כוח התביעה".

(4) מבחן שני – טיב מערכת היחסים שבין המחזיק ובין יריבו

אופייה הנוגד של ההחזקה, בניגוד לתנאים שמנינו קודם, מתייחד בתלות במערכת היחסים שבין המחזיק לבין יריבו. החזקה ייחודית ורצופה, שיש עמה "מנהג בעלים", אפשר שתיחשב לנגדת במערכת יחסים אחת וכלא נוגדת במערכת יחסים אחרת. ה"ניגוד" שבהחזקה מתבטא, כזכור, בהתנגשות אינטרסים, בכך שהמחזיק נוטל ויריבו מוחל. אך מנין לנו כי החזקת המחזיק אכן יצרה את התנגשות האינטרסים האמורה? הרי קיימת האפשרות שאחיותו בקרקע היא דווקא מטעמו של בעל-הזכויות או מכוח הסכמה הדדית. הן השליחות והן ההסכמה ההדדית שומטים בדרך-כלל את הקרקע מתחת לטענת ההתיישנות. אחיזה מכוח שליחות או הסכמה אינה יוצרת הסתמכות אצל האוחז וויתור אצל בעל-הזכויות. בכך גופלים שני הנימוקים המרכזיים להתיישנות ונשלל אופייה הנוגד של ההחזקה.¹⁴⁵

כיצד נדע אפוא אם החזקה נתונה יצרה את התנגשות האינטרסים הנדרשת? התשובה הסופית תיקבע, בכל מקרה, לאחר בדיקת נקודות-המבט של המחזיק ושל יריבו, הן האובייקטיביות והן הסובייקטיביות. לענייננו, הנקודה החשובה כאן היא שניתן ומקובל לקצר את הדרך אל ההכרעה על-ידי בחינת טיב היחסים בין המחזיק לבין יריבו; אם השניים "זרים" זה לזה, דהיינו אם אין ביניהם זיקה משפחתית, משפטית, חברתית או כל זיקה אחרת המקרבת בני-אדם זה לזה, או-אז סבירה יותר ההנחה שהחזקת המחזיק עולה כדי החזקה נוגדת (בהנחה שהיא מקיימת את תנאי הייחודיות, הרציפות ו"מנהג הבעלים"). מאחורי הנחה זו עומד ניסיון החיים המלמד כי, מחד גיסא, מי שנוטל החזקה במקרקעי הזולת הור לו עושה זאת כדי להנות את עצמו על-חשבון הזולת¹⁴⁶, ומאידך גיסא – שאין דרכו של אדם להסכים להחזקת זר במקרקעיו.

A possession which originates in the consent of the owner is obviously 145 not adverse and no citation of authority is therefore required (*American Law of Property*, 791).

הסבר אחר הוא שכאשר פלוני אוחז בקרקע מטעמו או בהסכמתו של אלמוני, אין הוא נחשב כלל למחזיק: רואים את ההחזקה כאילו עודנה נתונה בידי אלמוני ובכך נשלל התנאי הבסיסי של "החזקה" על-ידי פלוני ועמו – כוח התביעה של אלמוני. ראה *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 771–772, 796; וכן *Halsbury's Laws of England* (London, 4th ed., 1979) Vol. 28, para. 751 (p. 337). הבחנה זו בין ההיבטים העובדי-תיים ובין ההיבטים המשפטיים של אחיזה פלוני בקרקע אינה הולמת – לדעתנו – את צורכי דין ההתיישנות: ההחזקה המשמשת יסוד לטענת התיישנות היא בראש-ובראשונה ההחזקה הפיזית על מאפיניה העובדתיים. מערכת-היחסים בין הצדדים, כוונותיהם ורצונותיהם הם אמנם רלבנטיים, אך רלבנטיות זו יש להגביל לא לעצם עובדת ההחזקה אלא לאופייה הנוגד. נראה לנו אפוא כי המבחן לקיומו או להיעדרו של כוח התביעה כמרכיב הראשוני של האופי הנוגד היא, האם פלוני היה יכול להצביע על זכות שבדין מאחורי החזקה. בהעדר זכות שכזו, יראו את אלמוני כמי שהיה יכול, לו רצה, לתבוע את סילוקו של פלוני.

But there is a presumption which lasts till it is rebutted, that an intruder 146

במקרה זה אין צורך בהצהרות מפורשות, אלא המעשה מעיד על עצמו¹⁴⁷. האפשרות שהחזקה אינה נוגדת קיימת אמנם גם בין זרים, אך הסתברותה נמוכה. כאשר בין המחזיק ובין יריבו קיימת קרבה מסוימת, נחלשת ההנחה בדבר האופי הנוגד של החזקה, ובד בבד גדלה ההסתברות של יחסי שליחות או הסכמה. בין מידת הקרבה להנחת האופי הנוגד קיים יחס הפוך: ככל שהראשונה גדלה, כך נחלשת האחרונה. ברמת קרבה מסוימת תתבטל הנחת החזקה הנוגדת. ברמת קרבה גבוהה יותר תיווצר הנחה הפוכה בדבר קיום יחסי שליחות או הסכמה.

נדגיש: מידת הקרבה שבין הצדדים אינה חותכת את שאלת אופייה הנוגד של החזקה באורח סופי. פעילותה היא בתחום דיני הראיות. מבחן הקרבה קובע, ראשית, על מי רובץ הנטל להוכיח את אופי החזקה כנוגדת או כלא נוגדת, ושנית, מה טיב הנטל, דהיינו מהו משקל וסוג הראיות שיש להביא כדי להרים את הנטל. התוצאה הסופית תלויה בנסיבות המקרה המסוים ובראיות הצדדים. אפשר בהחלט שיוכר האופי הנוגד גם ביחסי קרבה הדוקים או שיישאל אופי זה בין זרים. נמחיש ונדגים את פעולת המבחן השני בהמשך, בעת שנסקור וננתח את הדין הישראלי בסוגיא.

(5) משך החזקה

מהי המשמעות שיש לייחס לאורך הזמן שחלף מאז שנוצרה ליריב עילת התביעה נגד המחזיק? הקיים יחס כלשהו בין אורך הזמן לבין אופייה הנוגד של החזקה? לדעתנו, חלוף הזמן מעיד בדרך-כלל על אופייה "הנוגד" של החזקה. מסקנה זו נגזרת במישורן משיקולי המדיניות שבבסיס ההתיישנות. הן ההנחה כי היריב ויתר על זכותו והן ההנחה כי ציפיות המחזיק יסוכלו אם תלקח ממנו החזקה, גשענות על חלוף הזמן כגורם המרכזי. ככל שמתארך הזמן, כך מתחזקות ההנחות הנ"ל. מעבר הזמן הוא הכוח המניע שמאחורי מוסד ההתיישנות וממילא הוא פועל לטובת הטוען להתיישנות ולא נגדו. אמנם ייתכנו מצבים שבהם מעבר הזמן אינו מעיד על אופייה הנוגד של החזקה, ואפשר שיעיד במקרים מסוימים דווקא על היעדרה. הטעון הוא שבדרך-כלל יש להניח יחס ישר בין אורך הזמן שחלף לבין טיבה הנוגד של החזקה.

(6) שתיקת היריב

מה ניתן וצריך ללמוד מן העובדה שיריבו של המחזיק אינו מותח כנגדו, אלא שומר על שתיקה (בהנחה שהוא יודע או צריך לדעת את דבר החזקה)? לנו נראה כי השתיקה כשלעצמה היא נתון נייטרלי. אפשר שהיא מלמדת על השלמה, והשלמה הרי מובילה לוותר שהוא אחד מנימוקי ההתיישנות. מאידך גיסא, ניתן לראות בשתיקה הסכמה להחזקה בשל קשר של שליחות, קרבה משפחתית וכו'. כל זאת מנקודת-

intends to hold for himself... (Patterson v. Reigle 4 Pa. (1846) 201).

המצוטט ב- Property (לעיל, הערה 46), 135-136.

147 American Law of Property 147 (לעיל, הערה 1), 772.

מבטו של היריב. גם מבחינת נקודת-המבט של המחזיק, יכולה שתיקת היריב להתפרש באופנים שונים, אם כוונתו ואם כהסכמה. חשוב גם לדעת מה כל צד יודע על נקודת-מבטו של האחר וכיצד נראה המכלול כולו בעין אובייקטיבית. משמעות השתיקה תיקבע אפוא על-פי נסיבות המקרה ונקודות-המבט השונות.

(7) חלוקת נטל הראיה

ניתוח יסודותיה השונים של ה"החזקה הנוגדת" מצביע על חלוקת נטל הראיה כדלהלן: מחזיק הטוען טענת התיישנות נושא בנטל השכנוע להוכיח את טענתו¹⁴⁸. לכן עליו להראות כי התקיימו יסודותיה האובייקטיביים של ההחזקה הנדרשת, דהיינו: שהיתה ייחודית ורצופה ושהיה בה "מנהג בעלים". אם עמד המחזיק בנטל זה, קמה לזכותו הנחה שהחזקתו אכן החזקה נוגדת. מקור הנחה זו בכך שהמחזיק הראה לכאורה כי נטל מיריבו לתקופה ארוכה את הזכות האלמנטרית הכרוכה בקניין בנכס. במצב זה עובר ליריב נטל הבאת הראיות בשאלת אופייה הנוגד של ההחזקה. היריב ירים נטל זה אם (א) יראה שכוח התביעה לא נוצר; (ב) יראה כי קיימים בין הצדדים יחסי קרבה היוצרים הנחה של העדר החזקה נוגדת; (ג) יביא ראיות מהסוג, מהכמות ומהמשקל הנדרשים כדי להרים את הנטל. עשה כן, יחזור הנטל אל המחזיק להוכיח את האופי הנוגד של החזקתו, וחזור חלילה. אם בתום המשפט ייווצר ספק שקול באשר לאופייה הנוגד של ההחזקה, יכריע בית-המשפט נגד המחזיק הנושא, כאמור, בנטל השכנוע.

2. הפסיקה

(א) מקורות הדרישה ל"החזקה נוגדת"

ניתוחנו לעיל הראה כי ה"החזקה הנוגדת" נגזרת במישור, כתנאי טבעי והכרחי, מן השיקולים המונחים בבסיס מוסד ההתיישנות במקרקעין. אין צורך בהוראה מיוחדת כדי להקים דרישה בסיסית זו. מן הראוי לכן להצביע על שתי מגמות בפסיקה שיש בהן כדי לטשטש את מרכזיותה וחיוניותה של דרישת "ההחזקה הנוגדת". במגמה אחת כבר פגשנו. הכוונה היא לנטייה לכרוך ואף לזהות את "ההחזקה הנוגדת" עם "טענת-זכות" כאילו נובעים השניים זה מתוך זה. עד כה נתקלנו בניסיון להקיש על "טענת-זכות" מתוך "החזקה הנוגדת". עתה נציג ניסיון הפוך¹⁴⁹: כריכה מוטעית של ה"החזקה הנוגדת" עם "טענת-זכות" הביאה את בית-המשפט, בשלב מסוים, למסקנה התמוהה שתיתכן התיישנות במקרקעין ללא "החזקה נוגדת". כיצד אירע הדבר? בעניין יולזרי¹⁵⁰ נפסק, כזכור, כי סעיף 9 לחוק ההתיישנות, בתחומי חלותו, ביטל את "טענת-הזכות" כיסוד מיסודות ההתיישנות. אגב כך העיר בית-המשפט, כי בחוק ההתיישנות

148 שם, 771.

149 ראה גם ע"א (נצ') 2/81 קינס בע"מ ג' שושני ואח', פ"מ תשמ"ג (א) 361, 370–371.

150 (לעיל, הערה 71), 2204.

לא הגדיר המחוקק מהו טיב ההחזקה הנותנת יסוד לטענת התיישנות וכי עניין זה טעון פירוש. בסמ"ד¹⁵¹ פורש סעיף 9 הנ"ל כשולל לא רק "טענת-זכות", אלא גם "החזקה נוגדת". ההסבר: בית-המשפט רואה ב"החזקה נוגדת" סוג של "טענת-קניין". בפסק-דין גוטסדינר¹⁵² חזר בית-המשפט על הקביעה שביטול "טענת-הזכות" גורר עמו את ביטול ה"החזקה הנוגדת". ההלכה שבה והועמדה על מכוונה, תחילה בעניין פאנוס¹⁵³, בו הציג בית-המשפט המחוזי להפריד בין "החזקה נוגדת" לבין "טענת-זכות"; ואחר-כך – בגילברג¹⁵⁴, שם קבע בית-המשפט כי "סעיף 9 אינו קובע דבר ואינו שולל את עקרון ההחזקה הנוגדת"¹⁵⁵. אילו ניתנה הדעת מלכתחילה לטעמיה ולמהותה של דרישת ה"החזקה הנוגדת", לא היה מתעורר הצורך לחפש לה מקום פורמלי וממילא לא היו נזקקים ל"טענת-זכות" כמקור אפשרי.

המגמה האחרת היא לכרוך את "ההחזקה הנוגדת" עם נושא השכירות והשאלה. נושא "ההחזקה הנוגדת" עלה בפסיקה לעתים קרובות בהקשר של יחסי שכירות¹⁵⁶. עניין זה הוסדר במיוחד על-ידי סעיף 23 לחוק הקרקעות העות'מני וסעיף 1673 למג'לה, ששללו את טענת ההתיישנות משוכר או משואל. האזכור התכוף של "ההחזקה הנוגדת" לצד הסעיפים הנ"ל עלול ליצור את הרושם כי דרישת ההחזקה הנוגדת נגזרת מהוראות מיוחדות אלה. ואכן, בעניין להבי נאמר: "דרישה זו מקורה בהוראות ס' 23 לחוק הקרקעות העות'מני, המביע את אותו רעיון שבסעיף 1673 של המג'לה"¹⁵⁷. המסקנה המתבקשת: דרישת "ההחזקה הנוגדת" תקום ותיפול עם סעיפים אלה.

למותר לציין כי זוהי מסקנה מוטעית. ראינו, כי דווקא מקרה השכירות היא המקרה הקל של "החזקה נוגדת", שכן לא נוצר בו כלל כוח התביעה. הסעיפים הנ"ל הם אפוא יותר דקלרטיביים מאשר קונסטיטוטיוויים, וגם בהיעדרם לא היתה נשמעת טענת התיישנות מפי שוכר. תחום ההשתרעות של "ההחזקה הנוגדת" רחב הרבה יותר. העמדת "ההחזקה הנוגדת" על הוראות אלה תביא לפירוש מצמצם ומטעה של דרישה זו. סיכומי של דבר: קיימת נטייה בפסיקה לחפש מקור בחוק לדרישת "ההחזקה הנוגדת". עד עתה נבחרו לצורך זה "טענת-זכות" והוראות השכירות שבדין העות'מני כמקורות אפשריים. ההישענות על מקורות אלה גרמה לפירוש מסולף ומצמצם של "ההחזקה הנוגדת". למעשה אין צורך בחיפוש אחר מקור שכזה: דרישת "ההחזקה

151 (לעיל, הערה 18(3)), 2382.

152 ע"א 324/68 גוטסדינר נ' מעונות נורדיה (תל אביב) בע"מ ואח', פ"ד כג (1) 48, 51.

153 (לעיל, הערה 19), 416–417.

154 (לעיל, הערה 14), 278–279. הציטוט מעמ' 279.

155 לסקירת ההתפתחות הנ"ל ראה ת"א (ת"א) 25142/84 זוסמנוביץ ואח' נ' זוסמנוביץ, פ"מ תשמ"ו (א) 341, 348–349.

156 ראה גרייבר (לעיל, הערה 14), 51; עירית תיא (לעיל, הערה 18(5)), 748–749; סופר (לעיל, הערה 16), 10–11; גוטסדינר (לעיל, הערה 152), 51–52; גילברג (לעיל, הערה 14).

157 להבי (לעיל, הערה 1), 633. זאת, בהנחה שסעיף 158 לחוק המקרקעין מגן על סעיף 1673 ועל הוראות ההתיישנות האחרות במג'לה שלא בוטלו במפורש קודם לחוק המקרקעין מפני ביטול מאוחר על-ידי החוק לביטול המג'לה, תשמ"ד–1984. הנחה הפוכה תביא לא רק לביטול סעיף 1673, אלא גם לביטול הסדרי ההתיישנות לגבי "הקדש" (סעיף 1671) ומתרוכה (סעיף 1675). אין זה סביר שהמחוקק אכן התכוון לבטל הוראות אלה בדרך עקיפה זו.

הנוגדת" אינהרנטית להתיישנות במקרקעין. עם זאת, ראוי לשקול הכנסת הוראה מפורשת בעניין, במסגרת רפורמה אפשרית, זה כדי למנוע תופעות אלה.

(ב) יסודות "החזקה הנוגדת"

האם באים לידי ביטוי בפסיקה יסודותיה של "החזקה הנוגדת" שנסקרו לעיל ("מנהג בעלים", ייחודיות, רציפות ואופייה הנוגד של החזקה), ואם כן — כיצד? בחינת פסקי-הדין מראה, כי בדרך-כלל לא התגבשה בפסיקה תפישה כוללת מגובשת וממצה של מוסד מרכזי זה.¹⁵⁸ לעתים קרובות מודגש המאפיין הנגטיבי של "החזקה הנוגדת", דהיינו: "שאינה באה מכוח זכות בעלות של היריב"¹⁵⁹. לעתים יופיע ההיבט הפוזיטיבי — נישול הבעלים מהנאותיו ברכוש¹⁶⁰. במקום אחד הובלט השוויון שבין "החזקה נוגדת" לבין הולדת עילת התובענה¹⁶¹. למה היתה הכוונה? אם זו היתה — כפי שעולה מהקשר הדברים — לעילת התביעה במובן של "תחילת מירון ההתיישנות", הרי הדברים ברורים מאליהם ומיותרים: ללא "החזקה נוגדת" לא יתחיל מירון ההתיישנות¹⁶². לעומת זאת, אם כיוון בית-המשפט ל"עילת התביעה" במובן הצר של "כוח התביעה"¹⁶³, האם דחה בכך מכלל את יתר המאפיינים שמנינו ב"החזקה נוגדת"? זוהי תוצאה מרחיקת-לכת.

כיצד ניתן להסביר את העדר הגישה השיטתית ל"החזקה הנוגדת"? על טעם אחד כבר עמדנו והוא עירוב התחומין בין דרישה זו לבין "טענת-זכות" שטשטש את גבולות המושגים. טעם אפשרי אחר הוא שהדרישה נתפשה כמובנת מאליה וכברורה¹⁶⁴. בין כך ובין כך, ועל-אף שלאחרונה ה"החזקה הנוגדת" זוכה לטיפול יסודי ושיטתי יותר¹⁶⁵, חשוב וראוי כי לא רק הדרישה אלא גם יסודותיה החיוניים ימצאו ביטוי מחייב והולם בדין.

(ג) "החזקה נוגדת" בתקופת השכירות

יחסי השכירות או השאילה שוללים, כאמור, את "החזקה הנוגדת" בנכס המושכר. כל עוד החזקה היא על-פי זכות שבדין, לא קם ליריב כוח התביעה וממילא אין צורך לבחון את אופייה הנוגד של החזקה¹⁶⁶. על מי רובץ נטל ההוכחה לעניין קיום קשר שכירות? על-פי הניתוח לעיל, החזקה בלעדית כשלעצמה מעבירה את נטל

158 זוסמנוביץ (לעיל, הערה 155), 349–350.

159 ראה למשל בגרייבר (לעיל, הערה 156), שם.

160 ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג 68, 77.

161 עיריית ת"א (לעיל, הערה 18(5)), 749. ובעקבותיו בקונם (לעיל, הערה 149), 367.

162 Franks (לעיל, הערה 22), 119.

163 ראה גם דובן (לעיל, הערה 9), 303.

164 שם, בעמ' 306.

165 קונם (לעיל, הערה 149), 368–369; רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77), 14–17.

166 Franks (לעיל, הערה 22), 135–136; Hyde v. Pearce [1982] 1 All E.R. 1029.

American Law of Property (לעיל, הערה 1), 791, 1038–1041; (C.A.).

הבאת הראיות ולכן היריב הוא זה הצריך להרים גל זה ולהראות כי מקור ההחזקה הוא ביחסי שכירות. כך אכן נפסק¹⁶⁷.

מה דינה של החזקה בנכס מקרקעין הנמצא ליד הנכס המושכר, אך אינו מהווה חלק ממנו? בשני מקרים נפסק כי החזקה שכזו לא היתה "החזקה נוגדת". במקרה האחד החזיק השוכר, ללא תמורה, נכס השייך למשכיר¹⁶⁸. במקרה האחר החזיק השוכר קטע מקרקעין שהיה שייך לבעלים של חלקה שכנה¹⁶⁹. ההנמקה היתה שלכל היותר ניתן לראות בשוכר ברירות, דהיינו: מי שמחזיק בנכס בהסכמת הבעלים¹⁷⁰. החזקתו של ברירות – כפי שנראה לעיל – איננה החזקה נוגדת. קל יותר לתמוך בתוצאה במקרה הראשון: קשר השכירות יוצר קרבה בין שוכר ובין משכיר. למשכיר יש אינטרס בהמשך השכירות, גם אם חרגה מגבולותיה המוסכמים, ומכאן אי-הפעלת כוח התביעה. התנחה הסבירה היא שתחום השכירות הוגדל בהסכמה, אלא אם יוכח אחרת¹⁷¹. לא כן במקרה האחר. שוכר הנכס ובעל-המקרקעין היו זרים זה לזה. מדוע לא הפעיל הבעלים את כוח התביעה שלו? בית-המשפט לא מזכיר הצדקה למחדל האמור, ובכלל-זאת שולל את טענת "ההחזקה הנוגדת"¹⁷². כפי שנראה בהמשך, מהווה פסק-דין זה חולייה אחת בשרשרת פסק-דין המאופיינת על-ידי המגמה לצמצם את תחומי ההכרה ב"החזקה הנוגדת".

167 ע"א 22/57 אלשאלם נ' עואד, פ"ד יב 387, 391; סופר (לעיל, הערה 16), 11; גומסנידר (לעיל, הערה 152), 52–53. מהן הנסיבות שבהן תהפך החזקתו של שוכר להחזקה נוגדת על-אף קיום הקשר החזי? מהי התוצאה של הפרת חוזה-השכירות על-ידי השוכר? אם בוטל החוזה כדין על-ידי המשכיר, פקעה זכותו של המחזיק החזקתו הופכת לנוגדת. אך מה אם המשכיר, למרות יסודיות ההפרות, מחליט שלא לבטל את החוזה? מחד גיסא, כל עוד חוזה-השכירות עומד בתוקפו, קיימת לכאורה לשוכר המחזיק טענת הגנה נגד תביעת פינוי שהמשכיר מגיש. סעיף 7 בתוספת הראשונה לחוק התיישנות האנגלי 1980 (סעיף 8 לחוק מ-1939) אכן קובע, כי זכות להשבת מקרקעין בשל הפרת חוזה אינה פותחת את מירון התיישנות אלא אם מומשה (Franks) [לעיל, הערה 22], 126–127, 136; Burn (לעיל, הערה 70), 896. ניתן להשלים עם תוצאה זו כל עוד ההפרה פוגעת אמנם במשכיר, אך לא קוראת תיגר על זכותו בקרקע (אי-תשלום שכר-דירה). אך מאידך גיסא, אם פעולת המשכיר סותרת מעצם טיבה את זכותו השיורית של המחזיק בקרקע (או הצהרה מפורשת בריח זו), ספק אם יהיה ראוי להתעלם מהאופי הנוגד של פעולת המחזיק רק משום שחוזה-השכירות עומד בתוקפו מבחינה פורמלית. ראה American Law of Property (לעיל, הערה 1), 792–793.

168 ע"א 50/77 מורחי נ' אפלול, פ"ד לא (3) 433, 438.

169 גילברג (לעיל, הערה 14).

170 מורחי (לעיל, הערה 168), 438; גילברג (לעיל, הערה 14), 279.

171 Franks (לעיל, הערה 22), 137; Riddal (לעיל, הערה 128), 392–398. השווה לע"א 272/73, 275/73 הראובני נ' מלבר, פ"ד כט (1) 533, 539, שם סבר בית-המשפט כי שוכר שיחיד לעצמו את השימוש בחדר-המדרגות, הפעיל בכך את מירון התיישנות.

172 עם זאת ניתן להסביר את דחיית טענת "ההחזקה הנוגדת" בגילברג (לעיל, הערה 14) על-רקע שתי העילות החלופיות שהוזכרו שם. האחת, שההחזקה לא היתה בלעדית; והשנייה, שהשוכר עצמו לא ראה את החזקתו כנוגדת אלא כחלק מיחסי השכירות. הנימוק האחרון מופיע גם במורחי (לעיל, הערה 168). אפשר שהרעיה מלהכיר בטענת התיישנות של שוכר נגד שכן גובעת מהקושי שיתעורר בתום תקופת השכירות: האם יוסיף השוכר להחזיק כבעלים באותו קטע צר שבין החלקות? פתרון אפשרי הוא, שהזכות להחזיק בקטע המריבה תעבור למשכיר; Riddal (לעיל, הערה 128), 397.

(ד) "החזקה נוגדת" בתום תקופת השכירות

האם החזקתו של השוכר בנכס לאחר שתמה תקופת השכירות היא החזקה נוגדת? תשובה חיובית נחרצת נתן בשעתו בית-המשפט המחוזי: "אין ספק כי ידו של השוכר המחזיק במושכר אחר תום תקופת השכירות נחשבת כיד מסיג גבול"¹⁷³. בערעור הפכה הוודאות לספק: "אין כלל משפטי ששוכר הנשאר במושכר אחרי תקופת השכירות מחזיק בו כמסיג גבול, ואין מקום לשום הנחה ברבר מיכה של החזקה כזו... על המתגונן בטענת התיישנות אחרי גמר השכירות להוכיח את טיב החזקתו באותו זמן (ההדגשה שלנו — י.נ.)"¹⁷⁴.

להלכה זו הביא בית-המשפט שני טעמים. האחד: שעל-פי המגילה, אין השוכר חייב להחזיר את הנכס המושכר אלא אם נדרש לעשות כן. בהעדר דרישה, אין סירוב ואין "החזקה נוגדת"¹⁷⁵. הטעם השני היה, ש"הזמן מתחיל לרוץ לטובת המחזיק רק מאז שהוא עושה מעשה המראה בעליל שהוא כופר בזכות הקנין של הבעלים". הלכה זו אושרה בפסיקה מאוחרת¹⁷⁶.

לדעתנו, לא נשענת הלכה זו על יסודות מוצקים, וראוי לאמץ את גישת בית-המשפט המחוזי. כל עוד היתה השכירות בתוקף, לא קם למשכיר כוח התביעה. תמה השכירות, נוצר כוח זה בידי המשכיר, בין שדרש את הפינוי ובין שלא¹⁷⁷, ואז השאלה היא האם הפכה ההחזקה לנוגדת. לשם כך יש לבחון את מערכת-היחסים בין השוכר לשעבר ובין המשכיר לשעבר. לנו נראה כי נקודת-המוצא הראויה היא זו: משפקע קשר השכירות, הופכים צדדיו לזרים זה לזה. לא עוד קיים האינטרס המשותף בהחזקת הנכס על-ידי מי שהיה שוכר. בהחזקה בין זרים, עובדת ההחזקה כשלעצמה היא בבחינת מעשה של כפירה בזכות הקניין של הבעלים, ודי בה כדי להעביר את נטל הבאת הראיות אל המשכיר לשעבר שיבוא ויראה כי ההחזקה לא היתה נוגדת. במלים אחרות: שני התנאים שבית-המשפט מזכיר, הוכחת טיב ההחזקה ומעשה של כפירה בזכות הקניין, מתקיימים לכאורה בכל מקרה של החזקה בלעדית בין זרים, ובהעדר הוכחה לסתור — יש לראות שוכר ומשכיר בתום תקופת-השכירות כזרים¹⁷⁸.

173 ת"א (ת"א) 230/61 עיריית ת"א נ' כהן, פ"מ לג (תשכ"ג) 100, 104, מפי השופט חלימה.
174 עיריית ת"א (לעיל, הערה 18), 748—749. ראה גם להבי (לעיל, הערה 1), 634; וע"א (חי') 24/85 יבניאל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשמ"ו (א) 31, 36.

174* עיריית ת"א (לעיל, הערה 18), 749.

175 ע"א 805/79 עזבון המנחם אליגול נ' כולל הב"ד בירושלים, פ"ד לח (1) 57, 71.

176 את החובה שהטילה המגילה על המשכיר לקבל את ביתו אין הכרח לפרש כשוללת את כוחו לתבוע את סילוק השוכר מרגע תום הסכם-השכירות וכמקנה לשוכר זכות מקבילה לשבת במושכר מעבר לתקופה המוסכמת. אפשר שהחובות הן בלתי-תלויות: השוכר חייב לפנות את המושכר והמשכיר חייב לקבלו. סעיף 20 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971, אכן מקדים את חובת המסירה לחובת הקבלה. תימוכין נוספים לכך יש בסעיף 19 לאותו חוק הקובע, כי שכירות לתקופה הלא-קצובה תסתיים בדרך של "מתן הודעה לצד השני".

177 לקרהמחשבה שהנחה את בית-המשפט, דהיינו: שאין החזקתו של השוכר הופכת לנוגדת בתום תקופת-השכירות אלא-אם-כן הביע הבעלים רצון לסלקו, יש מקביל במשפט המקובל. זוהי הדוקטרינה של "disseisin at election" (American Law of Property [לעיל, הערה 1], 793—796), שהוחלה על שכירות לתקופה בלתי-קצובה (at will). על שכירות

מאחר שההלכה הנ"ל גשענה על המשפט העות'מני, יהיה ניתן לשנותה ברוח האמור לעיל גם מבלי שינוי מפורש בדיון.

(ה) "החזקה נוגדת" בין בעלים משותפים/יורשים

כאשר המחזיק הייחודי בנכס הוא אחד מבעליו, גדלה במידה ניכרת ההסתברות שהחזקתו אינה נוגדת אלא מטעמם או בהסכמתם של שותפיו. האם יש להסיק מכך כי נקודת-המוצא היא לכל יחסי שיתוף היא שהחזקת שותף אחד אינה נוגדת את החזקתו של שותף אחר? לא בהכרח. הדבר תלוי בעוצמת הזיקה שבין השותפים, בטיבה ובמקורותיה. ייתכנו מצבים של שיתוף כפוי שבהם ההתנגדות להחזקת הזולת גדולה מזו שבין זרים. בקביעת נקודת-המוצא יש להבחין אפוא בין סוגי שותפות שונים. ואכן, בדין הישראלי קיימת הבחנה בין מצבים שבהם בעלות משותפת יוצרת חזקה של קשר שליחות לבין מצבי שיתוף שבהם ייחשבו השותפים לזרים לכאורה. בסוג המצבים הראשון מניחים כי ההחזקה אינה נוגדת והנטל להצביע את אופיה הנוגד עובר למחזיק. בסוג המצבים האחר אין הנחה של שליחות: רואים את החזקת השותף כהחזקה עצמאית ויחולו דיני הראיות הרגילים¹⁷⁸. אופייה השילוחי או העצמאי של החזקה בין שותפים תלוי באופי השיתוף. בוחנים מדוע, כיצד ובאילו נסיבות נוצר השיתוף, ובהתאם לכך קובעים את אופייה השילוחי או העצמאי של החזקה. "... ענייני בעלות משותפת רב גוניים הם, והכל תלוי בנסיבות המקרה"¹⁷⁹. בעלות משותפת שאין עמה קשר משפחתי או חווי אינה יוצרת את חזקת השליחות¹⁸⁰. כך, למשל, אין להניח קשר של שליחות בין שותפים שזכותם בנכס באה להם ממורשים שונים¹⁸¹. לעומת זאת, חוזה לרכישת קרקע ולבנייה עליה יוצר הנחה של קשר שליחות בין צדדיו¹⁸². הנחה זו מתחזקת עוד יותר כאשר בין הצדדים לחוזה קיימים קשרי משפ-

המתחדשת מדי תקופה קצובה (periodic) וגם על שכירות קצובה שהסתיימה (holdover). דוקטרינה זו, לפחות בחלקה, נדחתה בשעתו במשפטם עלידי החוק האנגלי מ-1939 (סעיף 9) שקבע, כי מירון ההתיישנות בשכירות בלתי-קצובה ייפתח שנה לאחר תחילתה ובתום התקופה הראשונה בשכירות תקופתית (American Law of Property) [לעיל, הערה 1], 794. החוק מ-1980 ביטל הסדר זה לגבי שכירות בלתי-קצובה. ראה Law Reform Committee (לעיל, הערה 70), 46. הגם שניתן למצוא תימוכין לגישת בית-המשפט במשפט המקובל (ראה גם את Restatement, Second, Property, vol. II, סעיף 14.7, בעמ' 43. גראה לנו, כי בדרך-כלל הקשר בין משכיר לשוכר לאחר תקופת השכירות המוסכמת היא קשר רופף שאינו מצדיק הנחה של העדר "ניגוד".

178 ראה הדיון בנטלי הראיה לעיל, 11(ה) (7).

179 קטלן (לעיל, הערה 45), 1922.

180 שם, בעמ' 1923.

181 שם. ראה גם דוכן (לעיל, הערה 9), 309. בעניין אלשאלם (לעיל, הערה 167) אמנם נאמר, בהקשר של שותפים "רחוקים", כי הנטל להוכיח "החזקה נוגדת" מוטל על שכם המחזיק (בעמ' 392), אך זוהי אמירה כללית, ואין — לדעתנו — ללמוד ממנה על הכרה בהנחה "שליחות" בין שותפים "רחוקים".

182 קטלן, בעמ' 1922.

זה¹⁸³. סוג אחר של שיתוף שלגביו הוכרה חוקת השליחות הוא שיתוף בין יורשים יוצאי חלציהם של אבות משותפים¹⁸⁴. גם כאן חוברים יחדיו הקשר המשפחתי והזיקה המשפטית. סוג שיתוף נוסף שבו הוכר קשר של נאמנות השולל "החזקה נוגדת" היא שותפות בגטיות¹⁸⁵.

כיצד יכול המחזיק שנגדו פועלת חוקת השליחות לסתור את החזקה ולהראות כי למרות ה"קרבה" לא פעל כשלוחו של שותף אחר? הקושי שחוקת השליחות מעמידה בפני המחזיק הוא, שהחזקה אינה נחשבת כבלעדית או כפוגעת באינטרסים של שותפיו. רואים אותו כמי שהחזיק עבור השותפים האחרים ויחד עמם, ואם הפיק טובת הנאה כלשהי מן הנכס ונטלה לעצמו, כמוהו כמי שמחזיק בה בנאמנות עבור השותפים האחרים¹⁸⁶. כדי להפריך את החזקה המחזיק צריך אפוא להראות כי הוציא את עצמו מקשר הנאמנות. מעשיו צריכים להעמיד על "...כוונתו לנשל את יתר היורשים ולהשתלט על הנכס בשלמותו, שאם עשה כן, הסיר מעצמו את השליחות המוטלת עליו והפך את חוקתו לחזקה עצמאית"¹⁸⁷. עליו להבליט את בלעדיות החזקה.

מהו סוג המעשים המקיים אחר הדרישות הנ"ל? תשובת הפסיקה ניתנה בהקשר של החזקה בין יורשים¹⁸⁸. אובחנו שלושה סוגי החזקה: הראשונה, החזקה רגילה המאופיינת בכך "...שהמחזיק בנכס משתמש בו שימוש שלשמו נוצר". החזקה מסוג שני היא החזקה נוגדת פסיבית שמבחינה "...קיפוח זכויות בכוונה כשכל הצדדים יודעים על הקיפוח". פסיביות החזקה מתבטאת בכך שאין עמה שינוי יסודי בנכס. הסוג השלישי של החזקה היא החזקה נוגדת "אקטיבית" שייחודה ב"שינוי יסודי הכרוך בהוצאת ממון". החזקה ממין זה לא רק שהיא נוגדת, אלא שכוחה יפה גם ליצירת השתק.

לדעתנו, יש להתייחס בזהירות למבחנים שקבע בית-המשפט לצורך הדירוג של עוצמת האופי הנוגד של החזקה. טיב השימוש (רגיל מול חריג) ומידת השינוי בנכס המחזיק אינם מעידים בהכרח על בלעדיות החזקה ועל התנערות מקשר השליחות. ייתכנו מצבים שבהם דווקא שימוש רגיל בנכס יעיד על נישול וקיפוח שיטתיים, ולעומתם מצבים שבהם שינוי יסודי בנכס נעשה לכאורה במסגרת קשר השליחות ונאמנות. כל מקרה צריך להיבחן על-פי נסיבותיו ומשלוש נקודות-המבט הרלבנטיות (של המחזיק, של יריבו וזו האובייקטיבית). כך, למשל, במערכת-יחסים שבה קיימת יריבות

183 ע"א 247/53 עספרי נ' עספרי, פ"ד ט 1628.

184 דובין (לעיל, הערה 9), 307–308; רצאבי (לעיל, הערה 45); קטלן (לעיל, הערה 45); אחמד (לעיל, הערה 54); ראה גם זוסמנוביץ (לעיל, הערה 155), 347–348.

185 אחמד (לעיל, הערה 54), 837.

186 ע"א 335/65 בורשטיין נ' האפוטרופוס הכללי בישראל, פ"ד יט (4) 302, 305.

187 קטלן (לעיל, הערה 45), 1921. ראה גם *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 798.

188 רצאבי (לעיל, הערה 45), 526; ראה גם זוסמנוביץ (לעיל, הערה 155), 347. בהקשר זה מן הראוי להעיר על טעות שהשתרשה בפסיקה ושמקורה באי-דיוק לשוני. בעניין רצאבי (לעיל, הערה 45), 525, נקבע כי הנחת השליחות תיסתר "...בראיות המורות, כי חוקת היורש המחזיק מנוגדת...". בפסיקה מאוחרת נתחלפה לה ה"ה" שבמלה "המורות" ב"ח". כך נקבע בטעות הצורך ב"ראיות המורות" כדי לסתור את הנחת השליחות. ראה זוסמנוביץ (לעיל, הערה 155), 347, מול האות ד; ואחמד (לעיל, הערה 54), 838, מול האות ג.

ידועה וקשה בין יורשים למרות קרבת המשפחה או בגללה, אפשר שכל שימוש בלעדי בנכס, רגיל ככל שיהיה, יספיק כדי להפריך את הנחת השליחות. בכפופות לאמור לעיל, נראה לנו כי טיפול הפסיקה בסוגיית "ההחזקה הנוגדת" בין שותפים למיניהם היא טיפול ראוי, הן מבחינת קביעתו של היקף חזקות השליחות והן מבחינת דרכי הפרכתן.

האם הכניסו הוראות השיתוף בחוק המקרקעין שינוי בדין "ההחזקה הנוגדת" לעניין ההתיישנות? היש בהוראות אלה כדי להפוך "החזקה נוגדת" לפני תחולת החוק להחזקה שאינה נוגדת לאחר תחולתו? שאלות אלה מתעוררות נוכח הוראת סעיף 31(א)(1) המתיר לכל שותף להשתמש במקרקעין שימוש סביר "בלי הסכמת יתר השותפים". מבלי לקבוע מסמרות בסוגיא, נראה לנו כי אין בהוראות הנ"ל כדי לשנות את דין "ההחזקה הנוגדת" שקדם לחוק המקרקעין. ראשית, מדובר בשימוש רגיל וסביר.¹⁸⁹ שנית, ראינו כי "החזקה נוגדת" בין שותפים מצריכה לרוב "קיפוח" ו"נישול". הכוחות שהסעיפים הנ"ל מקנים אינם מתרחבים על "קיפוח" או "נישול".¹⁹⁰ יתירה מזאת: כוחות אלה מסויגים גם על-ידי העיקרון האוסר על שימוש-לרעה בנכות (סעיף 14 לחוק המקרקעין), ועל-ידי עקרון תום-הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים.¹⁹¹ שלישית, שותף המשתמש בקרקע חייב לחבריו שכר ראוי עבור השימוש (סעיף 33 לחוק המקרקעין), והם זכאים לחלק יחסי מהפירות (סעיף 35 לחוק המקרקעין).¹⁹² ההתנהגויות שהוכרו עד כה כיוצרות "החזקה נוגדת" אינן מקבלות אפוא לגיטימציה בהוראות הנ"ל.

(ו) "החזקה נוגדת" בין קרובי-משפחה וידידים

גם קרבה משפחתית או קשר חברתי הדוק בין המחזיק ליריבו יכולים לשמש אינדיקציה להעדר "ניגוד". זוהי אכן מגמת הפסיקה: "הצדדים אחים. ואם אח אחד נותן לשני לגור בחדר אחד בביתו אינו מוכיח ששיבתו בחדר נוגדת לזכויות אחיו".¹⁹² סביר להניח כי הקרוב או החבר מסכים להחזקתו של המחזיק בגלל קשרי המשפחה או קשרי הידידות ביניהם, ועל בסיס ההבנה שהמשך ההחזקה הוא בשל קשרים אלה ומכוחם. האם ראוי לקבוע במצבי קרבה ממין זה חזקות של הסכמה והבנה הדדית כשם שנקבעו חזקות השליחות לגבי סוגי שיתוף מסוימים? אפשר שבקרבה משפחתית מדרגה ראשונה יש מקום להנחה שכזו.

189 ר"ע 42/86 נוזי-פו נ' גרינבלט, פ"ד מ(1) 284, 285.

190 סעיף 30(ב) מקנה זכות-תביעה לשותף המקופח; הסיפא לסעיף 31(א)(1) אוסרת על השותף המשתמש למנוע שימוש סביר משותף אחר. ראה ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533, 536–537.

191 ע"א 810/82 חזל בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737, 740, 745. לדעה אחרת באשר לתחולתו של סעיף 39 ראה א' רוזן-צבי, "שימוש לרעה בנכות מקרקעין" עיוני משפט ד (תשל"ו), 651, 669–670.

191* ראה ע"א 274/82 יוצר נ' יוצר, פ"ד לט(1) 53, 55.

192 בריחי (לעיל, הערה 15), 572. עניין ההחזקה בין קרובים עלה גם בעניין אלי-טבר (לעיל, הערה 51), אלא ששם נטענה גם טענת בעלות במוחזק מכוח מתנה, וזה היה ציר הדיון.

כדי לשלול את הנחת ההסכמה וההבנה ההדדית במצבי "קרבה" שבהם תוכר הנחה שכוון, צריך המחזיק להראות כי למרות הקרבה חדלו ההסכמה וההבנה מלהתקיים בשלב מסוים או שלא התקיימו מעולם. כך, למשל, הגשת תביעת פינוי נגד המחזיק תעיד כי מיום זה ואילך אין עוד ישיבתו מוסכמת על הצדדים¹⁹³. להצבעה על יריבות משפחתית קשה יהיה אפקט דומה.

(ז) המגמה לצמצום תחומי "החזקה הנוגדת"

(1) כללי

בשנים האחרונות ניתן לאבחן בפסיקה, בעיקר המחזוית, מגמה לצמצום את תחומיה של "החזקה הנוגדת" — צמצום, הן בהשוואה לפסיקה מוקדמת יותר והן בהשוואה לרוחב המתבקש מן הניתוח העיוני של המוסד. הצבענו קודם-לכן על ביטוי מוקדם אחד של מגמה זו: אי-הנכונות לראות בהחזקה לאחר תום תקופת השכירות משום הסגת-גבול לכאורה. לאחרונה — כך נראה — לובשת המגמה תאוצה. מה עומד מאחורי מגמת הצמצום וכיצד הוא מתבצע הלכה למעשה? על חלקה הראשון של השאלה ננסה להשיב לקראת סוף הדיון בסוגיא. באשר לדרך הצמצום, כאן מצטיירת התמונה הבאה:

(2) ההתמקדות בנקודת-מבטו של היריב ו"הרשות מכללא"

הנחתנו עד כה היתה שהחזקה ייחודית ורצופה שיש עמה "מנהג בעלים", נחשבת כשלעצמה כפוגעת לכאורה באינטרס של היריב, שכן היא מתנגשת עם זכותו האלמנא-טרית בקניין שלו הוא טוען. במלים אחרות: אדם נחשב כנפגע או כמי שצריך להיפגע, כאשר אחר נוטל לעצמו את החזקה במקרקעין. לכך קיים ביטוי ראיתי: די בעובדת החזקה הבלעדית כדי להעביר ליריב את הנטל להראות כי כוח התביעה לא נוצר או שהחזקה לא היתה נוגדת.

כזו היתה עמדת הפסיקה בשעתו: "...משהחזיק אדם באדמה במשך תקופת התי-יישנות, קמה ההנחה, כי חזקתו היתה אמנם מנוגדת, ועצמאית, ועל התובע, המוציא מחברו, הראיה כי לא היתה זו אלא חזקה שילווחית"¹⁹⁴.

בעניין פאנוס¹⁹⁵ הוצהר על גישה שונה. בית-המשפט המחוזי אימץ הלכה אנגלית שלפיה "כדי שתועיל לטוען התיישנות לא די לה שהיא נוגדת את עניינם המשפטי של הבעלים: היא צריכה לנגוד גם את עניינם המעשי. משמע כל עוד הנסיבות מצדיקות להעלות על הבעלים שלא איכפת לו מה האדם הזה עושה בינתיים במקרקעין, הרי החזקה הזו אינה עולה כדי החזקה הנוגדת המועילה לטענת התיישנות". המשמעות: בטלה ההנחה שהחזקה כשלעצמה פוגעת באינטרס היריב. העובדה שאחר עושה שימוש

193 בריחי, שם.

194 קטלן (לעיל, הערה 45), 1919, 1923.

195 (לעיל, הערה 19), 422.

בזכות האלמנטרית שדיגי הקניין מקנים, אינה נחשבת עוד מצד עצמה לפגיעה. עתה מתלווה אליה תנאי נוסף: שהיריב יראה עצמו כנפגע עקב ההחזקה. מרכיב-הכובד מועתק מן המשמעות האובייקטיבית של עובדת ההחזקה והשלכותיה אל נקודת-מבטו הסובייקטיבית של היריב. בהמשך פסק-הדין רוכך השינוי: גם אם ההחזקה איננה נוגדת את עניינו המעשי של הבעלים, אלא שהמחזיק אינו ער לעובדה זו, יחול הכלל הקודם והבעלים ייחשב כנפגע. משמעות הריכוך: עדיין יש משקל לנקודת-מבטו של המחזיק, אך זה מוגבל לידיעה שיש למחזיק על זווית-הראייה של יריבו. הלכת פאנום, עם כלל הריכוך, אושרה בפסק-דין גילברג¹⁹⁶. בעניין קונם¹⁹⁷ הובא רק חלקה הראשון של ההלכה, ללא כלל הריכוך, וכך היה גם ברשות הפיתוח¹⁹⁸. התנאי הנוסף של פגיעה בעניינו המעשי של הבעלים היה אפוא להלכה¹⁹⁹.

העברת מרכיב-הכובד אל נקודת-המבט של היריב באמצעות הוספת הדרישה של פגיעה באינטרס המעשי שלו עוררה את הצורך לבחינה מחודשת של טיב היחסים בין המחזיק ובין יריבו. כל עוד נחשבה ההחזקה, כשלעצמה, כפגיעה מספקת בזכויות היריב, ראו את האחרון כמי "שסבל והשלים עם חזקתו של אדם זר שירד לנכסיו" וכמי שאינו זכאי, עקב כך, לסעד ולסיוע²⁰⁰. כיצד ייראו היחסים בין השניים בתגובה שדרושה גם פגיעה בעניינו המעשי של הבעלים ובהעדר פגיעה שכזו?

תשובת הפסיקה, המבטאת את מגמת הצמצום האמורה, היא שבהעדר פגיעה בעניינו המעשי של היריב ניתן לראותו כמי שהסכים לנוכחותו של המחזיק בקרקע. המחזיק ייחשב אפוא כבר-רשות, כמי שמחזיק מכוח הסכמה הדדית. החזקתו של בר-רשות איננה החזקה נוגדת ואין קמה לו טענת התיישנות²⁰¹. כדי להפריך את טענת ה"רשות", יש להראות כי היריב עצמו לא ראה את המחזיק כבר-רשות. התבטאות של היריב המפירה את שתירתו והמעידה על כך שאינו רואה במחזיק בר-רשות, תענה על צורך זה²⁰².

196 (לעיל, הערה 14), 277–278.

197 (לעיל, הערה 149), 369.

198 (לעיל, הערה 77), 17–19, 25–26.

199 בערעור על רשות הפיתוח (להבי [לעיל, הערה 1], 634–635) שנתנה החלטת בית המשפט המחוזי והוכרה "החזקה נוגדת" בשל קיומן של ראיות ברורות על העדר הסכמה. בית-המשפט לא התייחס במישרין להלכות פאנום וגילברג בדבר הצורך בפגיעה באינטרס המעשי של הבעלים ולכן יש להגות כי ההלכה עומדת בתוקפה.

200 לבנון (לעיל, הערה 160), 75; ראה גם ת"א (ת"א) 2678/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עזבון נדבי, פ"מ תשמ"ב (א) 3, 16; וכן תיק הסדר 152/כסר קרע עזבון אבו עטא נ' אבו עטא, המובא בספרו של כהן (לעיל, הערה 18(4)), 413, 425.

201 פאנום (לעיל, הערה 19), 421–422, שאושר בגילברג (לעיל, הערה 14), 277–278; קתם (לעיל, הערה 149), 368–369, 378–379; רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77), 16–18; בורפמנוביץ (לעיל, הערה 155) נסקרות ההלכות הנ"ל. ראה גם ע"א (ת"י) 27/85 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשמ"ו (ב) 221, 234–235. ראה לעיל, הערה 145, באשר לבסיס העיוני של הלכה זו.

202 בלהבי (לעיל, הערה 1), שבו התקבל עקרונית המוסד של רשות המוסקת משתיקת היריב (בעמ' 635), נהפכה התוצאה של רשות הפיתוח והוכרה "החזקה נוגדת" משום שהן בכתב התביעה והן במסמך קודם כינה היריב את המחזיקים "מסיגי-גבול".

הטיעונים לעיל יפים למקרה שבו הסכים היריב בפועל להחזקת אחר באדמתו בהעדר פגיעה בעניינו המעשי, אך מה כאשר עובדת ההפכמה עצמה מוטלת בפסק? אלה הם המצבים שבהם היריב מגיב בשתיקה על נטילת החזקה. קודם ראינו, כי שתיקה כשלעצמה היא עובדה נייטרלית המתיישבת הן עם החזקה נוגדת והן עם שליוחות או הסכמה.²⁰³ תומכי הגישה המצמצמת בפסיקה, לעומת זאת, נטו לפרש את השתיקה כנגד המחזיק. על-פי דעה זו קיימת חזקה שלפיה שתיקתו של הבעלים כהסכמה דמי. כל הטוען אחרת, דהיינו: המחזיק, צריך להפריך את החזקה ולהראות כי עניינו המעשי של הבעלים אכן נפגע וכי אין לפרש את שתיקתו כהסכמה. במלים אחרות: על המחזיק מוטל הנטל להראות כי החזקתו לא היתה החזקת בר-רשות.²⁰⁴ דעה זו מצמצמת עוד יותר את תחומיה של "ההחזקה הנוגדת"; לא זו בלבד שנוספה דרישה של פגיעה באינטרס המעשי ושאיין מסתפקים עוד בפגיעה בזכות המשפטית, אלא שמוסיפים וקובעים כי ספק באשר לפגיעה הראשונה יפורש נגד המחזיק; וזאת גם כאשר בין המחזיק ובין יריבו אין יחסי קרבה כלשהם המצדיקים הנחה של הסכמה. לא רק שינוי של כלל מהותי יש כאן, אלא גם שינוי בכללי נטל הראיה. לשינוי גורף זה התנגדו גם שופטים שתמכו בתפישת הרשות מכללא.²⁰⁵

מצאנו בפסיקה דרך יותר "רכה" להגיע לתוצאה של שימוש בשתיקה נגד המחזיק; במקום להעביר למחזיק את נטל הראיה כאשר למשמעות השתיקה, ניתן להגיע לתוצאה דומה או קרובה על-ידי הוכחת עובדת ההסכמה באמצעות משיך תקופת השתיקה. הטענה: התארכות תקופת השתיקה היא ראיה טובה לקיומה של הסכמה. לא זאת אף זאת: גם אם מלכתחילה לא היתה הסכמה להחזקה והמחזיק נחשב כמסיג-גבול, הרי שניתן לראות בהתארכות תקופת השתיקה עדות לכך שההסכמה נוצרה במהלך התקופה. בלשון בית-המשפט: "עבירת הזמן יכולה, בפרט שמצטרפות אליה נסיבות אחרות, ולהעיד על כך שהסכים בדיעבד והשלים עם נוכחותו של אדם ברכוש, ואם כך הדבר, חדל זה להיות משיג גבול והפך לבר-רשות".²⁰⁶

203 קונס (לעיל, הערה 149), 368; רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77), 16–17; להבי (לעיל, הערה 1), 634; ראה לעיל, 11(ה)6.

204 "העילה לכל הדעות אינה נולדת אם וכל עוד הגתבע הוא בר רשות מאת התובע". הנטל להוכיח את עילת התביעה רובץ על הטוען ל"החזקה נוגדת". כך בפאנופ (לעיל, הערה 19), 421. כזכור, אושר פסק-הדין בגילברג (לעיל, הערה 14). בעניין רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77) נחלקו דעות השופטים בעניין זה. בעוד שהשופט בן-דרור סבר כי המחזיק הוא הנושא בנטל להוכיח שאינו בר-רשות (בעמ' 17), היסס השופט אילן (בעמ' 22) להגיע למסקנה זו; ואילו השופט טלגם החזיק בדעה (בעמ' 26) "שאינו צורך בראיה על חוסר הסכמה". בעניין כהן (לעיל, הערה 201) השופט ביין מצביע בדעת מיעוט על הקושי בקביעת תוכן ה"רשיון מכללא" והיקפו (בעמ' 231).

205 לעיל, הערה 204.

206 בג"צ 45/71 קרושכסקי נ' קירית תל-אביב, פ"ד כה (1) 792, 797; ראה גם ע"א 247/72 חדר נ' רפטי בע"מ, פ"ד כח (2) 533, 535; ע"א 32/77 טכוליצקי נ' בית הכנסת ובית מדרש החסידיים, פ"ד לא (3) 210, 214; מזרחי (לעיל, הערה 168), 439. הקטע המצוטט מפסקי-הדין הנ"ל שאימצו אותו לא עסקו כלל – כפי שנראה בהמשך – בהתיישנות וב"החזקה נוגדת". אימץ ההלכה הנ"ל בהקשר של "החזקה נוגדת" מצוי בקונס (לעיל, הערה 149), 378; אצל השופט בן-דרור בעניין רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77), 16; וכן בלהבי (לעיל, הערה 1), 634.

הטענה שמעבר הזמן פועל לטובתו של מי שמגיב בשתיקה על נטילת החזקה באדמתו, היא טענה תמוהה. מעבר הזמן הוא לבי-לבו של מוסד ההתיישנות. כל השיקולים העומדים בבסיסו יוגים הרי מאפקט שיש למעבר הזמן על האינטרסים של הצדדים לסכסוך ועל האינטרס הציבורי. השכל הישר מורה אפוא שמעבר הזמן, כשלעצמו, אינו יכול לשמש כמשקל-נגד להתיישנות. לא ייפלא אפוא שגם שהטעון הנ"ל שנוי במחלוקת בפסיקה.²⁰⁷

(3) על שיקולי המדיניות שמאחורי הגישה המצמצמת

עיון בפסקי-הדין של השופטים הנזכרים לגישה המצמצמת מראה, כי גישה זו נשענת, מחד גיסא, על שיקולי מדיניות, ומאידך גיסא — על ההלכה העוסקת במוסד "הרשות" במקרקעין. טענתנו להלן תהיה, כי שתי המשענות הנ"ל הן בבחינת קנה רצון. שיקול המדיניות הוא זה: נוכח שלילת ההתיישנות במקרקעין מוסדרים יש "... לה-סיק שהפרשנות השיפוטית של ימינו, ראוי לה שתכוון למדיניות של צמצום ההתיישנות במקרקעין".²⁰⁸

כבר הערנו לעיל²⁰⁹, כי לשלילת ההתיישנות במקרקעין מוסדרים יש טעם מיוחד — שיקוף אמין של הזכויות, שאינן קיים במקרקעין שאינם מוסדרים. אין אפוא להקיש מן הראשונים על האחרונים. ואכן, בסעיף 162 לחוק המקרקעין נקבע מפורשות כי אין בו "להביא שינוי" בדין ההתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים. אילו הופעלה הגישה המצמצמת הנ"ל בפרשנות סוגיות שטרם נדונו בעבר, ניחא; אך ראינו כי יש בגישה זו משום הכנסת שינוי בדין קיים. זאת ועוד: גם לפרשנות מצמצמת יש גבולות; איננו בטוחים אם התעלמות מן המשמעות המיידית והברורה של נטילת החזקה על-ידי זר, שלא לדבר על ראיית מעבר הזמן כפועל נגד ההתיישנות, אינם חורגים מגבולות אלה.

(4) הגישה המצמצמת ו"הרשות מכללא"

המשענת האחרת לגישה המצמצמת היא, כאמור, ההלכה שעניינה מוסד "הרשות מכללא" במקרקעין.²¹⁰ תמציתה של הלכה זו היא "לשם יצירת רשיון של שימוש במקרקעין אין צורך בהסכם מפורש ומספיקה התנהגותם של בעלי המקרקעין שממנה

207 בעניין רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77) סבר השופט אילן, כי הגישה הנ"ל סותרת בעצם את הגולל על ההתיישנות מבחינה פרקטית. מכאן מסקנתו שתקופה ארוכה מתיישבת יותר עם "החזקה בוגדת" מאשר עם יחסי רשות (בעמ' 24). תימוכין למסקנה זו ניתן למצוא בפסיקה קודמת שלפיה "אין דרכו של אדם לגטוש רכושו במשך עשרות בשנים... אורך הזמן לבדו יכול שישמש להבלטת זכות הבעלות הנטענת" (ע"א 22/76 יורשי כנסור נ' נאצר המובא בספרו של ברוך (לעיל, הערה 18)), 318, 320 וכן ע"א 717/74 (לא פורסם. מוזכר בקונס, בעמ' 366); ראה גם זוסמנוביץ (לעיל, הערה 155), שם נסקרות הדעות השונות באשר למשמעות משך השתיקה (בעמ' 350).

208 פאנוס (לעיל, הערה 19), 423. אושר, כאמור, בגילברג (לעיל, הערה 14), 277–278.

209 ראה לעיל, הערה 90.

210 פסקי-דין קרשבעקי, חדר, טבוליצקי ומורחי (לעיל, הערה 206).

ניתן להסיק שהסכימו בדיעבד והשלימו עם שימושו של אחר ברכושם. העובדה שעבר זמן רב מאז תפס אדם את הקרקע, ושבמשך כל אותו זמן נמנע בעל הנכס מתגובה כלשהי למרות שידע על התפיסה, יכולה להעיד על הסכמתו, וליצור רשיון מכללא (implied license) שלא היה קיים מלכתחילה²¹¹. הלכה זו, שעסקה במעמדו כלפי הבעלים של המחזיק שאינו שוכר שלא על-רקע טענת ההתיישנות, הועתקה ויושמה על דין ההתיישנות באופן שעליו עמדנו: אם שתיקה לאורך זמן כמוה כהסכמה, ואם הסכמה שקולה ל"רשות" מכללא, הרי שהמחזיק נחשב "לבר-רשות", ולפיכך החזקתו איננה נוגדת ולא תעמוד לו טענת ההתיישנות.

נקודת-המוצא של בית-המשפט היא ש"רשות מכללא" ו"החזקה נוגדת" הם תרתי דסתרי: מי שטוען "רשות מכללא", שומט מגיה-וביה את הבסיס לטענת "החזקה נוגדת", וההיפך. לאור נקודת-המוצא זו, הצביע בית-המשפט על כך שהתשובה לשאלת טיב החזקה משתנה בהתאם לשלב שבו נטענת הטענה ולצד המעלה אותה: לפני תום תקופת ההתיישנות יבקש המחזיק להוכיח "רשות" ויריבו יטען להסגת-גבול. לאחר תום התקופה יתהפכו היוצרות²¹².

אנו חולקים על נקודת-המוצא של בית-המשפט, וממילא על הדרך שבה כרך את הלכת "הרשות מכללא" עם דין "החזקה נוגדת". לדעתנו, אין סתירה וניגוד בין טענת "רשות מכללא" לבין טענת "החזקה נוגדת". ההיפך הוא הנכון: "רשות מכללא" ו"החזקה נוגדת" הם מוסדות משפטיים המשלימים זה את זה. שניהם תולדה של אותה מערכת-שיקולים, ושניהם נוצרו כדי להשיג תוצאה זהה. נבהיר טענה זו.

הסיטואציה העובדתית היא זו: ראובן, ללא הסכמת שמעון, נוטל את החזקה במקרקעי שמעון ומחזיק בהם תקופה ארוכה תוך שהוא עושה בהם כבתוך שלו, משקיע ויוצר. שמעון לאורך כל התקופה, רואה ומחריש. יום אחד מתעשת שמעון ותובע את סילוקו של ראובן. לתביעת הסילוק שמעון יכול לצרף תביעת נזיקין או תביעת שכר ראוי. מהי מערכת-השיקולים שממנה תיגזר ההכרעה בסכסוך זה? התשובה: שיקולים המונחים בבסיס מוסד ההתיישנות. שתיקת שמעון כמוה כוויתור, כהשלמה. לעומת זאת, ראובן, בגלל שתיקת שמעון, פיתח ציפיות להפיק הנאות מהנכס ואף פעל בהתאם לציפיות אלה. סיכומי של דבר: שיקולי הוויתור מחד גיסא, ושיקולי ההסתמכות מאידך גיסא, מצביעים בכיוון הגנה על האינטרס של ראובן. מהי עוצמת ההגנה? הדבר תלוי קודם-כול באורך תקופת החזקה. כאשר התקופה היא ארוכה במיוחד, מעל לתקופת ההתיישנות, המחזיק זוכה להגנה רבת-עוצמה — ההתיישנות. הוא רוכש את הזכות להת-זיק בנכס. אך מה יהא בגורלו של המחזיק כאשר תקופת החזקה קצרה מתקופת ההתיישנות או שטענת ההתיישנות נשללת ממנו מטעם כלשהו? האם יופקר המחזיק או שמא יזכה להגנה אחרת, חזקה פחות? התשובה: מוסד "הרשות מכללא". ניתן להגן על המחזיק בנסיבות הנ"ל על-ידי ראייתו כמי שמחזיק בהסכמת הבעלים. הרשות מכללא היא ביטוי פיקציה משפטית שנועדה להגן על אינטרס ראוי של מחזיק שאינו נהנה מהגנת ההתיישנות. התיישנות ו"רשות מכללא" הם אפוא שני מוסדות משפטיים הניזונים מאותם שיקולים: ויתור והסתמכות, והמיועדים לאותה מטרה — הגנה על המחזיק בנסיבות

211 סבוליצקי, בעמ' 214.

212 רשית הפיתוח (לעיל, הערה 77), 16—17; להבי (לעיל, הערה 1), 634.

של ויתור והסתמכות. הם משלימים זה את זה במובן ש"הרשות מכללא", כפיקציה משפטית, פועלת בתנאים שבהם ההגנה החזקה יותר של התיישנות איננה בת-תחולה. הרשות מכללא הוא למעשה "מעין-התיישנות", או "התיישנות זוטא".

זוהי אכן התמונה המתקבלת מפסקי-הדין שיצרו והפעילו את הלכת "הרשות מכל-לא"²¹³, בעניין קרושבקקי השתמש בית-המשפט ב"רשות מכללא" כדי להעניק למסיגי-גבול ארכה בת שנתיים לפינוי המקרקעין, בהתחשב בכך שהשקיעו כספים ובנו מתקנים בנכס שהיה מקור פרנסתם. בחדר נעשה שימוש בכלי זה כדי לדחות תביעת סילוק-יד נגד מסיגי-גבול. בטבוליצקי זכה מסיגי-הגבול לפיצוי בגין השקעותיו בקרקע בעקבות הענקת המעמד של "בר-רשות". במזרחי ניתנה למסיגי-גבול שהפך לבר-רשות ארכה לפינוי המקרקעין והובעה נכונות עקרונית לפצותו בגין השקעותיו.

סיכומי של דבר: מוסד "הרשות מכללא", כפיקציה משפטית, אינו נוגד את טענת "ההחזקה הנוגדת"; להיפך: הוא מחזק ומשלים אותה. הניסיון להסתמך על מוסד זה לצורך צמצום תחומי "ההחזקה הנוגדת" בטעות יסודי.

לסיום נעיר עוד שלוש הערות בהקשר זה: הראשונה עניינה ביחס בין "ההחזקה הנוגדת" ובין ה"רשות" במצבים שבהם "יחסי הרשות" אינה פיקציה משפטית אלא עובדה שהוכחה. האם במצבים אלה יש סתירה בין דיני "הרשות" לבין דיני ההתיישנות? לדעתנו, נשמרת גם כאן ההרמוניה בין שתי קבוצות הדין. כאשר היחסים הם יחסי רשות אמיתיים, על-דעת הבעלים והמחזיק כאחד, אין לראות את הבעלים כמוותר, ושיקול הוויתור אינו פועל נגדו. מאידך גיסא, לא יכול המחזיק להעלות טיעונים של הסתמכות ושינוי מצב לרעה, שכן ידע או היה צריך לדעת שהחזקתו היא זמנית ותלויה ברצונו הטוב של הבעלים. במצב דברים זה קיים בידי הבעלים "טעם ראוי" לאי-הפעלת כוח התביעה, וממילא ההחזקה אינה "החזקה נוגדת". כאשר קיימים יחסי רשות אמיתיים, אין המחזיק זקוק, ואין הוא זכאי, להגנה של התיישנות או "מעין התיישנות". הזכאות והצורך בהגנה ממין זה ייחודיים למצב שבו אין יחסי רשות של ממש.

ההערה השנייה היא, שבין ההתיישנות לבין ה"מעין התיישנות" של "הרשות מכללא" אפשרי גם הסדר-ביניים והוא הסדר ההשתק. כאשר לא מלאה תקופת ההתיישנות, אך שיקולי הוויתור וההסתמכות חזקים במיוחד, משתיקים את הבעלים מלטעון את זכותו בקרקע. התוצאה אז דומה אם לא זהה להפעלת דין ההתיישנות והמחזיק מקבל גושפנקא חוקית להמשך החזקתו. דוגמא מובהקת להפעלת הסדר-ביניים זה הוא פסקי-הדין בעניין רצאבי²¹⁴. הדגש שם הוא על האופי הפסול של שתיקת הבעלים, על מידת ההסתמכות של המחזיק על שתיקה זו ועל גודל השקעתו בנכס עקב ההסתמכות זו.

עניינה של ההערה השלישית הוא במעמד המשפטי כיום של מוסד "הרשות". קיים ספק אם המעמד של בר-רשות עודנו שריר וקיים למן כניסתו לתוקף של חוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971²¹⁵. אם אמנם בטל מעמד זה, עולה השאלה כיצד תושפע

213 לעיל, הערה 206. ראה גם כהן (לעיל, הערה 201), 235, והאסמכתאות שם.

214 (לעיל, הערה 45), 526—528.

215 ע"א 496/82 רוזן נ' פלייניס, פ"ד לט' (2) 337, 344; באגוזי שפע (לעיל, הערה 90), 33, נאמר כי ספק אם יש מקום להכיר בקיומו של זכות מסוג "רשות" לצד זכויות הקניין

הגישה המצמצמת עקב כך. האם יישמט הבסיס ההלכתי שעליו נשענה? היהיה ניתן לראות במחזיק "שואל" ז' 216.

(5) על מידת השפעתה של הגישה המצמצמת

האם פעלה הגישה המצמצמת הלכה למעשה לשלילת טענת "ההחזקה הנוגדת" במקום שזו היתה מוכרת בלעדית? לצורך זה נסקור את תוצאותיהן של שלוש התדיינות. הסכסוך הראשון גודן בפאנוס ובגילברג²¹⁷, פסקי-הדין שבהם נקבעה והוכרה הדרישה לפגיעה באינטרס המעשי של הבעלים. מפסקי-הדין עולה בבירור, כי לא היה צורך ביצירת הגישה המצמצמת כדי להגיע לתוצאה של דחיית טענת "ההחזקה הנוגדת". החזקת הנתבע שם: (א) לא היתה בלעדית; (ב) לא היתה עצמאית אלא טפלה להחזקתו כשוכר בנכס סמוך²¹⁸.

לא כן בקנס וברשות הפיתוח²¹⁹, שבהם החזיקו זרים (הנתבעים) באדמות התובעים חזקה בלעדית ועצמאית במשך תקופת ההתיישנות מבלי שהתובעים מחו כנגדם. אלמלא הדרישה של פגיעה בעניינו המעשי של הבעלים והפעלת מוסד "הרשות מכללא", בפסקי-דין אלה לא היתה נשללת טענת "ההחזקה הנוגדת". אמנם להבי²²⁰ הפך את רשות הפיתוח והכיר "בהחזקה נוגדת", אך הטעם לכך היה שהבעלים הודו בכתב-התביעה שהנתבעים הם מסיגי-גבול ובכך שללו מעצמם את טענת "הרשות מכללא"²²¹.

(6) הגישה המצמצמת – הערכה ביקורתית

האם קיימת הצדקה עניינית לאימוץ הגישה המצמצמת מעבר לאלו שביקרנו לעיל? דעתנו היא שלא. הגישה המצמצמת, בנוסחיה השונים, מביאה להערכתנו לצמצום לא רצוי של תחומי ההתיישנות במקרקעין. בהתאם לכך תהא המלצתנו להחזיר את הגלגל לאחור ולשלול באורח מפורש את הפעלתה של דוקטרינה זו.

מדוע? הטעם העיקרי לכך הוא, שגישה זו פוגעת בפגיעה של ממש ביכולת לאזן כהלכה, באמצעות דין ההתיישנות, את האינטרסים הלגיטימיים של הסתמכות, ויתור

שמונה חוק המקרקעין. עם זאת, טעגת-רשות עודנה הגנה טובה להדיפת תביעה בגין הסגת-גבול. ראה גם ע"א 588/81 ציוק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321, 325; וכן ג' טרסקי, "דיוור קבע במלון-דירות ובבתי-אבות" עיתני משפט יא (תשמ"ו) 181, 188–189; ופוזנר (לעיל, הערה 90), 48.

216 סעיף 26 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971.

217 לעיל, הערות 19 ו-14.

218 פאנוס (לעיל, הערה 19), 424; גילברג (לעיל, הערה 14), 278–280.

219 לעיל, הערות 77 ו-149.

220 לעיל, הערה 1, 634.

221 נעיר כי על-פי הבנתנו את מוסד "הרשות מכללא" אין לשלול את החלתו כל-אימת שקיימות ראיות כי הבעלים התייחס למחזיק כמסיגי-גבול. מטרת ה"רשות מכללא" היא הרי להגן על אינטרס ההסתמכות של המחזיק נגד הבעלים. אם הבעלים יוכל לשלול מן המחזיק את הגנתו על-ידי כך שיתייחס אליו בכתב-התביעה כ"מסיגי גבול", שקול הדבר לביטול למעשה של המוסד.

ותקנת הציבור. הגישה המצמצמת מעניקה מראש ובאורח גורף משקל מכריע לשיקול הוויתור על-חשבון שיקול ההסתמכות, תוך הדגשת נקודת-מבטו הסובייקטיבית של היריב. האינטרס הלגיטימי של המחזיק, ולמעשה גם האינטרס הציבורי, נדחקים הצדה. לעומת זאת, עמדתנו היתה שאיוון נכון של האינטרסים מחייב מנגנון איוון החובק, מחד גיסא, את כל השיקולים ונקודות-המבט הרלבנטיים, ומאידך גיסא, אינו קובע מראש את משקלותיהם היחסיים. השקלול והאיוון הסופיים צריכים, בסופו של דבר, להיעשות על-ידי בית-המשפט על-רקע נסיבות המקרה שלפניו.²²² באימוץ הגישה המצמצמת, שולל בית-המשפט מעצמו חלק לא קטן משיקול-הדעת הדרוש לו כדי להשיג איוון ראוי. הוא מונע מעצמו את היכולת להתחשב כיאות בפגיעה שתיגרם למחזיק ובעומס שיוטל על המערכת אם תידחה טענת ההתיישנות וכן בסבירות מחדלו של היריב להגיב על הפגיעה בזכותו המשפטית.²²³ כלל ההכרעה שגישה זו משקפת (טור 1 בטבלת כללי ההכרעה שלעיל)²²⁴ הוא לכן כלל הכרעה בלתי-ראוי.

כתימוכין להערכתנו השלילית את הגישה המצמצמת נביא את ההתפתחות בסוגיא זו במקום שממנו נלקחה — המשפט האנגלי. הולדתה של דוקטרינת "הרשות מכללא" (implied licence) היא בשורת החלטות, החל מאמצע שנות השבעים, שבה הניח בית-המשפט קיומה של רשות, על-אף העדר בסיס עובדתי להנחה זו.²²⁵ על הדוקטרינה נמתחה ביקורת חריפה, לרבות הטענה שיש בה משום ביטול שיפוטי של ההתיישנות הסטטוטורית.²²⁶ על-פי המלצת הוועדה המכינה²²⁷ הוכנסה בחוק מ-1980 הוראה מפורשת בעניין²²⁸, וזו לשונה:

(4) For the purpose of determining whether a person occupying any land is in adverse possession of the land it shall not be assumed by implication of law that his occupation is by permission of the person entitled to the land merely by virtue of the fact that his occupation is not inconsistent with the latter's present or future enjoyment of the land.

This provision shall not be taken as prejudicing a finding to the effect that a person's occupation of any land is by implied permission of the person entitled to the land in any case where such a finding is justified on the actual facts of the case.

222 ראה לעיל, ג1(ג).

223 ראה רצאבי (לעיל, הערה 45), 527.

224 ראה לעיל, ג1(ה)(2).

225 *Law Reform Committee* 226 (לעיל, הערה 70), 45; *Riddal* (לעיל, הערה 128), 391.

226 פסק-הדין המוביל הוא *Wallis's Cayton Bay Holiday Camp Ltd. v. Shell-Mex and B.P. Ltd.* (1975) 1 Q.B. 94. עוד על ההלכה ראה *Riddal* (לעיל, הערה 128), 391—392.

227 *Law Reform Committee* (לעיל, הערה 70), 44—45.

228 שם.

228 סעיף 8(4) לתוספת הראשונה ל-1980 Limitation Act.

זוהי שלילה מפורשת של דוקטרינת "הרשות מכללא" עד כמה שזו מבוססת על פיקציה משפטית, שמקורה בהדגשת שיקול הוויתור ובהבלטת נקודת-המבט הסובייקטיבית של היריב.²²⁹ פתרון ברוח זו יפה גם למשפטנו.

3. קווים לריפורמה

בהמשך וכסיכום להצגה ולניתוח של "ההחזקה הנוגדת" בדין הישראלי נצביע להלן על השינויים הראויים להיכלל בחקיקה מתקנת.

ראשית, יש לקבוע בהוראה מפורשת כי "החזקה נוגדת" היא יסוד הכרחי של כל טענת התיישנות במקרקעין תוך הדגשת מרכזיותה ועצמאותה של דרישה זו.²³⁰ עמדנו בהרחבה על הגטייה בפסיקה לחפש מקור בחוק ל"החזקה הנוגדת" (כ"טענת זכות" ודיני שכירות ספציפיים) ועל הפירוש המסולף והמצמצם שנבע מכך.²³¹ הוראה ברורה ממין זה תשים קץ לתופעות לא-רצויות אלה.

האם מן הראוי לקבוע בחוק את יסודות "ההחזקה הנוגדת" או שמא עדיף לקבוע בו, במתכונת החוק האנגלי, רשימה לא ממצה של מצבים שבהם החזקה תיחשב כנוגדת או כלא נוגדת;²³² ואולי יותר טוב לקבוע הנחיות כלליות או ליצור הנחות הניתנות לסתירה באשר לאופי הנוגד של ההחזקה? מבלי לקבוע עמדה בשאלות הנכבדות הנ"ל, נציג להלן נוסחה ראשונית וחלקית של "החזקה הנוגדת" המבוססת על הניתוח בפרק זה.

(1) החזיק אדם (להלן: המחזיק) החזקה ייחודית ורצופה שיש עמה מנהג בעלים (להלן: ההחזקה) במקרקעין שאחר טוען לזכות בהם (להלן: הזולת), תיחשב החזקה להחזקה נוגדת אלא אם-כן הראה הזולת כי לא הוכח אופייה הנוגד של ההחזקה.

(2) בהכריעו בשאלת אופייה הנוגד של ההחזקה, יתחשב בית-המשפט, בין השאר, במערכת-היחסים בין המחזיק לזולת (להלן: הצדדים) בעת רכישת ההחזקה ובמהלכה. היו הצדדים בעלים משותפים של מקרקעין מכוח הסכם ביניהם או מכוח ירושה משותפת, או שהיתה ביניהם קרבה משפחתית מדרגה ראשונה, תיראה ההחזקה לכאורה כהחזקה שאינה נוגדת.

(3) הראה הזולת כי ההחזקה לא פגעה בהנאתו מן המקרקעין, או שתאמת את עניינו באופן אחר, לא ייחשב הדבר מצד עצמו כשולל את אופייה הנוגד של ההחזקה, ואין בכך משום ראיה לקיומם של יחסי מרשה ומורשה בין הצדדים.

Riddal 229 (לעיל, הערה 128), 393, סבור כי התוספת הנ"ל לחוק מ-1980 פתרה אמנם את בעיית ה"רשות מכללא", אך לא סילקה את הקושי הנובע מהעתקת מרכז-הכובד לנקודת-מבטו הסובייקטיבית של היריב תוך הדגשת שיקול הוויתור. לדעתנו, חשש זה אינו מוצדק. ההוראה בחוק מתייחסת במפורש לנקודת-מבטו הסובייקטיבית של המחזיק וקובעת שאין ליתן לה משקל מיוחד. אמנם ההוראה אינה שוללת לחלוטין את השימוש בנקודת-מבט זו, אך זוהי — לדעתנו — תוצאה רצויה. על-אף המחיר הכרוך — חוסר-ודאות באשר למצבו הנפשי של היריב — זוהי עדיין נקודת-מבט חשובה ולגיטימית. כשם שאין ליתן לה משקל-יתר, כך גם אין להמעיט מחשיבותה.

230 ראה, למשל, סעיף 1(8) לתוספת הראשונה לחוק הנ"ל.

231 לעיל, 21(א).

232 סעיפים 8 ו-9 להוספת הראשונה ל-Limitation Act 1980.

ההוראה הראשונה מפרטת את יסודות החזקה הנוגדת²³³ ומחלקת חלוקה ראשונית את נטלי הראיה ביחס ליסודות אלה²³⁴. המחזיק צריך להוכיח את יסודותיה האובייקטיביים של החזקה, ואילו יריבו צריך להרים את נטל הבאת הראיות לעניין העדר אופי נוגד להחזקה.

ההוראה השנייה קובעת הנחיה כללית באשר להכרעה בדבר אופייה הנוגד של החזקה, ומעבירה את נטל הראיה בעניין זה לגבי סוגי החזקה מסוימים²³⁵. ההוראה השלישית מהווה מחסום מפני החלת והרחבת של הגישה המצמצמת ל"החזקה נוגדת"²³⁶.

נוסחה ראשונית זו משקפת, כאמור, את הבעיות שעליהן עמדנו במהלך גיתוח "ההחזקה הנוגדת" ופתרונות אפשריים. אפשר שהיא טעונה הרחבה ואפשר שהיא טעונה צמצום — הכול על-פי הגישה באשר לרוחב שיקול-הדעת הרצוי של בית-המשפט בסוגיא זו. ייתכן שיועדפו פתרונות אחרים. בין כך ובין כך, אין ספק כי דין "ההחזקה הנוגדת" במצבו כיום מצריך טיפול מרוכז ושיטתי.

ז. התיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור"

1. סקירה כללית²³⁷

מקור זכויות המדינה בסוגי המקרקעין השונים הוא הן בזכותה השיורית למקרקעין שאין להם בעלים²³⁸ והן בדרכי הרכישה השונות²³⁹. להלן סקירה קצרה של דיני ההתיישנות הרלבנטיים לקרקעות שאינן בבעלות של גורם אחר. ביחס לקרקע מסוג "מתרוכה", דהיינו: קרקע המשמשת את צורכי הציבור, הדעה הרווחת היא כי אין התיישנות בקרקע מסוג זה, אם בשל הוראות הסעיפים 1675 למגילה ו-102 לחוק הקרקעות העות'מני, ואם בשל העובדה ששימוש הציבור בהם שולל את יכולתו של פלוני להחזיק בהם "החזקה נוגדת"²⁴⁰. גם בסיווג המחודש

233 כאמור, לא היתה הצגה שיטתית של היסודות הנ"ל בפסיקה. ראה לעיל, 22(ב) והערה 158.

234 ראה לעיל, 11(ה)7 וכן ביקורתנו על הטלת הנטל להוכיח "החזקה נוגדת" על "השוכר לשעבר" (לעיל, 22(ד)), והמגמה להטיל על המחזיק להוכיח העדר "רשות מכללא" (לעיל, 22(ז)).

235 בעקבות הדיון לעיל 11(ה)4, 22(ה) ריג(2)1.

236 בעקבות הדיון לעיל, 22(ז).

237 ראה ויסמן (לעיל, הערה *6), 31—37; ויסמן (לעיל, הערה 2), 8—14. ראה גם א' זמיר, ארמות המדינה ביהודה ושומרון — סקירה משפטית (מחקרי מכון לחקר ישראל, מס' 12, תשמ"ה), 16—24.

238 סעיף 3 לחוק נכסי המדינה, תשי"א—1951; סעיף 22 לפקודת ההסדר.

239 כמו, למשל, העברת הזכויות בנכסי נפקדים מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים לרשות הפיתוח, ראה סעיף 19(א)1 לחוק נכסי נפקדים, תשי"א—1950.

240 דובן (לעיל, הערה 9), 320; ע"א 317/62 חברת "מגדן" בע"מ נ' עיריית תל-אביב יפו ואח', פ"ד טז 2720, 2722, 2724.

של המקרקעין בחוק המקרקעין נשללה ההתיישנות ב"מקרקעי יעוד" (סעיף 113(א) לחוק).

באשר לקרקע מסוג "מוואת" – אדמות-בור המרוחקות ממקום-יישוב – כאן קבעה הפסיקה בשעתו כי על-פי הדין שקדם לחוק ההתיישנות אין למעשה התיישנות במקרקעין אלה²⁴¹. התיישנות בקרקעות, "מוואת", המסתמכת על חוק ההתיישנות טרם הוכרה, וספק אם תוכר²⁴².

על אדמות מסוג "מולק" יחולו חוק ההתיישנות ושרידי הדין העות'מני שהשאר החוק בתוקף (כמו הוראת סעיף 1673 למג'לה).

רובן המכריע של טענות ההתיישנות נגד המדינה נטענות לגבי קרקעות מסוג "מירי". טענות אלה מוסדרות, כאמור, על-ידי סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני, שעל ייחודו כבר עמדנו לעיל. לסעיף זה נקדיש את עיקר הדיון בפרק זה.

בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין מצוי דין התיישנות חשוב החל על מקרקעי המדינה, והוא שלא תתחיל בהם תקופת ההתיישנות לפני רישומם על שם המדינה. תוקפת של ההוראה הנ"ל, התולת את תחילת ההתיישנות ברישום, לא הוגבל לקרקעות המדינה אלא הורחב ל"מקרקעי ציבור". "מקרקעי ציבור" כוללים, נוסף על קרקעות המדינה, את הקרקעות של רשות-הפיתוח, של הקרן-הקיימת-לישראל, של רשות מקומית ושל תאגיד שהוקם על-פי חיקוק²⁴³. באשר לרשות-הפיתוח, לתאגידים סטטוטוריים אחרים המפעילים סמכויות של השלטון המרכזי ולקרן-הקיימת-לישראל, נראה לנו שההרחבה מובנת מאליה: אלה הם זרועות של המדינה שיש להתייחס אליהן, לצורך ההתיישנות, כאילו היו המדינה למרות אישיותן המשפטית נפרדת²⁴⁴. ההרחבה היא אפוא ביחס לתאגידים סטטוטוריים שאינם שלוחות של השלטון המרכזי. בהמשך נשוב לעסוק בהוראה זו.

2. ייחודו של דין ההתיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור"

מהו ייחודם של הסדרי ההתיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור", בהשוואה להסדרים הכלליים? לצד שלילת ההתיישנות בקרקעות "מתרוכה" וב"מקרקעי יעוד" (וכנראה אף במקרקעי "מוואת") מתבלטים שלושה מאפיינים ייחודיים. שניים מהם מצויים בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני החל על טענת התיישנות נגד המדינה בקרקעות "מירי". האחד הוא דרישת "העיבוד". המחזיק הטוען להתיישנות נגד

241 ע"א 342/61 מדינת ישראל נ' סיאקה, פ"ד טו 2469; ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בוראן, פ"ד טז 1717. ראה גם זמיר (לעיל, הערה 237), 17–18.

242 "זוהי טענה שיש לעיין בה היטב", חברת החשמל (לעיל, הערה 200), 21. ולאחרונה ע"א 541/84 עובד המנוח פריש ואח' נ' חברת החשמל ואח' (טרם פורסם – ניתן ביום 24.2.87).

243 ראה הגדרת "מקרקעי ציבור" בסעיף 107 לחוק המקרקעין.

244 סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל. ואכן, בעניין רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77) הופיעו רשות-הפיתוח ומדינת ישראל יחדיו, ובית-המשפט מתייחס למקרקעין של רשות-הפיתוח כאילו היו מקרקעי המדינה (בעמ' 6). אחת התוצאות הגובעות מזיהוי זה היא, שטענת התיישנות בקרקע "מירי" שבבעלות רשות-הפיתוח נשלטת על-ידי סעיף 78, ולא על-ידי סעיף 20. נרחיב בסוגיא זו להלן.

המדינה מכוח סעיף 78 צריך להראות כי החוקתו הנוגדת היתה על-דרך העיבוד החקלאי. בהעדר עיבוד חקלאי, כאמור, נופלת טענת ההתיישנות הנסמכת על הסעיף הנ"ל.²⁴⁵ ההבדל השני הוא, שההתיישנות על-פי סעיף 78 היא התיישנות "רוכשת", כלומר: התיישנות המקנה למי שעמד בתנאיה את זכות קניין במקרקעין באמצעות שטר טאבו. זאת, להבדיל מן ההתיישנות מחוץ לסעיף 78 שאינה מקנה זכות קניין, אלא רק משמשת הגנה כנגד תביעת הבעלים.²⁴⁶ דינים מיוחדים אלה יפים רק כשמדובר במקרקעי המדינה, להבדיל מ"מקרקעי ציבור" (נזכיר כי לשיטתנו יש להרחיב את תחולתו של דין זה גם על רשות-הפיתוח, הקרן-הקיימת-לישראל ותאגידים סטטוטוריים הפועלים כוורעות של המדינה). המאפיין הייחודי השלישי מצוי בהוראת סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין שלפיו לא תתחיל התיישנות ב"מקרקעי ציבור" לפני רישומם על-שם בעליהם.

3. היש מקום לשינוי הדינים המיוחדים?

האם ניתן להסביר ולהצדיק את דרישות "העיבוד" האופי "הרוכש" של ההתיישנות במקרקעי המדינה ואת דרישת הרישום המוקדם ב"מקרקעי ציבור", ואם כן, כיצד? הראוי לשאוף לשינוין או לביטולן של דרישות אלה? כדי להשיב על שאלות אלה נבחן תחילה את מקור הדינים המיוחדים וטעמם. לאחר-מכן נבחן את אלטרנטיבות השינוי תוך הקפדה על העיקרון המנחה שהוצב בסעיף 3א, דהיינו: שאין לזעזע את הדין הקיים בהיותו "הוראת שעה".

(א) מקורות דרישת העיבוד והאופי ה"רוכש" של ההתיישנות

דרישת העיבוד היא דרישה מצמצמת ביחס להסדר ההתיישנות הכללי. ללא עיבוד אין התיישנות נגד המדינה מכוח סעיף 78. מדוע הותנתה ההתיישנות בעיבוד חקלאי? התשובה — כך נראה²⁴⁷ — היא באינטרס שהיה בשעתו לשלטון לגבות מסים מן התוצרת החקלאית. מאותה סיבה הסתפק בזמנו סעיף 103 לחוק הקרקעות העות'מני בהחייאה של קרקעות "מוזאת" כתנאי להענקת זכויות בהן. הגישה המקורית של הדין

245 ע"א 145/54 אברירוס נ' אגף מקרקעי המדינה, פ"ד ט 1756; ע"א 182/54, 191/54 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' דוד ואח' וקרעור שבנגד, פ"ד י 776, 782; ע"א 472/59 אליגדיר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 648; ע"א 482/59 בדואן נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 906; ע"א 423/61 אל-קומר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2552; ע"א 396/61, 402/61 דראושה ואל-עאצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד טז 761; ע"א 453/61 ע'אליה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד טז 909; ע"א 148/62 מדינת ישראל נ' צאלח, פ"ד טז 1446; חיסוי (לעיל, הערה 34); ע"א 118/65 יגאל נ' דורבי ואח', פ"ד יט(3) 220; ע"א 199/65 מדינת ישראל נ' בורי ואח', פ"ד יט(4) 243; ע"א 588/73 המועצה המקומית גוש חלב נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כט(2) 501; כאלח (לעיל, הערה 34); אע"רייב (לעיל, הערה 34); ע"א 56/82 מדינת ישראל נ' עיזבון רחאל, פ"ד מ(4) 29 (להלן: רחאל); כן ראה בן שמש (לעיל, הערה 18(1)), 133; וזמיר (לעיל, הערה 237), 19—22.

246 ראה סעיף 2 לחוק ההתיישנות וכן דובן (לעיל, הערה 9), 300—303, 314—316.

247 דובן (לעיל, הערה 9), 46—48 וכן בעמ' 78, הערה 3.

העות'מני לרכישת זכויות נגד המדינה היתה אפוא מיוחדת: נקודת-המוצא היא, שהמדינה אינה מקנה זכויות במקרקעיה אלא בדרכי ההקניה הרגילות. המחזיק נגד המדינה אינו נהנה אפוא מטענת התיישנות אפילו נתמלאו לגביו כל תנאיה. אלא מאי? מאחר שלמדינה יש עניין מיוחד בהחזקת קרקע שיש עמה החייאה או עיבוד, היא מבקשת ליצור תמריצים שייעודדו החזקה ממין זה. כיצד? על-ידי מתן "פרס" למחזיק. ומהו ה"פרס"? התשובה לכך מצויה בסעיף 78 (ובעבר בסעיף 103 הנ"ל): הענקת זכויות במקרקעין המחזקים. גישה מיוחדת זו היא המסבירה גם את התוצאה החריגה של התיישנות "רוכשת". ה"פרס" שניתן למעבד היה זכות טובה במקרקעין, ממש כאילו נרכשה באחת מדרכי הרכישה הרגילות. עם זאת, חשוב להדגיש כי ה"פרס" המקורי היה מוגבל בהיקפו. יש לזכור כי מדובר בקרקע מסוג "מירי", שבה זכויות הפרט היו במקורן מוגבלות לשימוש ולאכילת פירות ("תצרוף") וכפופות לכמה מגבלות חשובות²⁴⁸. הזכות המהותית שרכש המחזיק בדרך ההתיישנות היתה אפוא במקורה זכות מוגבלת²⁴⁹.

(ב) דרישת העיבוד והאופי ה"רוכש" באספקלריית החזון

בתקופה הארוכה שחלפה מאז נוצר ההסדר שבסעיף 78, חלו שינויים מהותיים במציאות החברתית, הכלכלית והמשפטית. האינטרס שהיה בשעתו למדינה בגביית מעשר מן התוצרת החקלאית, עבר מן העולם זה מכבר. גם ההגבלות המקוריות על "התצרוף" הוסרו בשלב מוקדם וכיום זכותו של הפרט ב"מירי" כמוה כבעלות מלאה²⁵⁰. במקביל גדלה החשיבות שהמדינה מייחסת לזכותה באדמותיה ועמה הרתיעה מלהעבירן לבעלות פרטית²⁵¹. האם לאור שינויים אלה לא בטלו טעמיו המקוריים של ההסדר עתיק-היומין שבסעיף 78? וגם אם נותרו אחדים מטעמים אלה בעינם, האם לא מתבקשת התאמת הדיון לעולם המודרני?

נפתח בדרישת "העיבוד": אם בטל האינטרס שמכוונו הוכרה בעבר זכות ההתיישנות, מה טעם יש עוד בהענקת זכות זו? האם לא מן הראוי לבטל לחלוטין את ההכרה בהתיישנות נגד המדינה מכוח סעיף 78? השאלה מקבלת משנה-תוקף נוכח העובדה שרכישת זכויות בקרקע מסוג "מוזאת" אכן בוטלה (לפחות עד לתחולת חוק ההתיישנות)²⁵². מה הטעם יש להכיר בהתיישנות בקרקע "מירי" כאשר קרקע שעל-פי הגדרתה ערכה יותר נמוך אינה חשופה להתיישנות? לכיוון אותה תוצאה, שלילת

248 כצורך ברשיון ממשלתי לגטיעות והגבלת היכולת להוריש את הקרקע; שם, 80–82.
249 נרחיב להלן, בפרק החמישי, את הדיון בשאלת היחס בין התיישנות "רוכשת" להתיישנות כטענת הגנה.

250 דוכן (לעיל, הערה 9), 83; סעיף 149 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965; סעיף 153 לחוק המקרקעין.

251 סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל. ראה להלן, הערה 259. הצעה לווייתור למעשה (הגם שלא להלכה) על זכויות המדינה בקרקעות המוחכרות לציבור נדחתה לאחרונה: ראה דין חשבון של הועדה הציבורית לבחינת יעדי המדיניות הקרקעית (תל-אביב, תשמ"ו) (דרי"ח ועדת גולדנברג).

252 לעיל, הערות 241 ו-242.

ההתתיישנות נגד המדינה, מצביע האפקט המצטבר של שתי ההתפתחויות האחרות: התחזקות הנטייה שלא להעביר את הבעלות במקרקעי המדינה לידיים פרטיות, מחד גיסא, ומאידך גיסא — הרחבת היקף הזכות הנרכשת בהתתיישנות עד כדי בעלות מלאה. המסקנה: אם העיבוד הוא אכן הטעם המקורי שעמד מאחורי ההכרה בהתתיישנות נגד המדינה, הרי משבטל הטעם יש לבטל גם את ההכרה בהתתיישנות נגד המדינה⁸⁷. מסקנה זו מובילה לתוצאה המפתיעה שלפיה דרישת העיבוד משרתת דווקא את אינטרס המחזיקים. מדוע "מפתיעה"? משום שדרישת העיבוד היא לכאורה אמת-מידה הורה למציאות של ימינו והמפלה, שלא בצדק, בין מחזיקים שונים. למה ייגרע חלקו של הבונה, המייצר או החוצב בהשוואה לחלקו של החורש והעודר? מדוע מחזיק נגד המדינה ימצא בעמדה נחותה ביחס למחזיק נגד אדם פרטי? הניתוח שלעיל מצביע על חולשת טענות אלה: ביטול טעמה של דרישת העיבוד מוביל לא לביטול הדרישה והרחבת תחומי ההתתיישנות, אלא להיפך: לביטול ההתתיישנות ולפגיעה במחזיקים.

(ג) היש לבטל את דרישת העיבוד?

שינוי ההסדר הקיים אפשר שייעשה בשני כיוונים: כיוון ההתאמה ה"טבעי" — כפי שהראינו לעיל — מוביל למעשה לביטול ההתתיישנות נגד המדינה בתחום החלות של סעיף 78. אלטרנטיבה אפשרית אחרת היא ביטול סלקטיבי של דרישת העיבוד ו"השוואת מעמד" של מחזיק נגד המדינה למחזיק נגד אדם פרטי. אפשרות שלישית היא להשאיר את המצב הקיים על כנו. הפעלת העיקרון המנחה של מניעת זעזועים בדיון, המהווה "הוראת שעה", מצביעה בבירור על השארת הדיון הקיים כאלטרנטיבה הראויה. ברור בעליל כי הכנסת שינוי בדיון הקיים, בכל כיוון, תהווה שבירה של סטוס-קוו עתיק-יומין ורגיש ותגרום זעזועים במערכת המתנהלת כיום על מי-מנוחות. יתירה מזאת: על-אף שבטל טעמה המקורי של דרישת העיבוד, הרי שבפועל זו יוצרת "איוון עדין" בין אינטרס המדינה, שלא תוקנה לפרטים הזכות באדמותיה, לבין טענת המחזיקים נגדה ל"השוואת מעמדם" עם מחזיקים אחרים. כיצד? מחד גיסא, הדרישה מצמצמת את היקף ההתתיישנות נגד המדינה. מאידך גיסא, לא זו בלבד שהיא מותירה פתח רחב להתתיישנות נגד המדינה, אלא שבמקרים רבים אין היא פוגעת כלל במחזיק. הטעם לכך פשוט: כל-אימת שהקרקע נשוא החזקה היא קרקע חקלאית, דרישת העיבוד חדלה להיות דרישה מיוחדת ומצמצמת, והופכת להיות שלוחה ישירה ומיידית של דרישת "החזקה הנוגדת". מהו "מנהג בעלים" בקרקע חקלאית אם לא עיבוד חקלאי? לזכותה של דרישת העיבוד ניתן לזקוף יתרון גוסף: אופייה האובייקטיבי והקלות היחסית של הוכחתה. באמצעות תצלומי-אוויר ניתן להשוות שטחים בתקופות שונות ולראות אם עובדו אם לאו. עובדה זו מקילה הן על המחזיק להוכיח החזקה הנוגדת בקרקע חקלאית והן על המדינה להדוף תביעות-כזב⁸⁸.

253 ראה יפרח (לעיל, הערה 16), 87. המחבר מציע לבטל את סעיף 78 בשל "שינויי העתים".
הגם שקריאה זו מקובלת עלינו כאלטרנטיבה אפשרית, אין אנו מצטרפים לנימוק שהמחבר מביא ולפיו חוקק הסעיף בתקופה שבה "לא היתה חשיבות לקרקע". הראינו כי גם בעבר היתה גישה המחוקק להתתיישנות בקרקעות המדינה גישה מצמצמת.
253* לחשיבות תצלומי האוויר ראה מערד (להלן, הערה 268), 387.

סיכומו של דבר: על-אף "ארכאיותה" של דרישת העיבוד, לא ניתן להתעלם מכך שדרישה זו משמרת ומייצגת "איוון עדין" שניתן להיות עמו, ואשר הפרתו, בכל כיוון, בעייתית ביותר. לכך יש להוסיף את יתרונותיה המעשיים של הגישה. הסך-הכול מצביע בבירור בכיוון של השארת הדרישה על כנה. בשאלת אופייה ה"רוכש" של ההתיישנות נגד המדינה נדון להלן, בסעיף 5.

(ד) דרישת רישום המקרקעין

על-פי הוראת 113(ב) לחוק המקרקעין, לא תתחיל תקופת ההתיישנות ב"מקרקעי ציבור" ²⁵⁴ לפני רישומם על שם בעליהם ²⁵⁵. הוראה זו מצמצמת במידה ניכרת את תחומי ההתיישנות נגד המדינה. מהו מקור הדרישה והאם היא מוצדקת עניינית? מקור הדרישה — על-פי הפסיקה והספרות ²⁵⁶ — הוא בחשש שההתיישנות תרוץ נגד אחד מן הגופים הציבוריים הנ"ל מבלי שאותו גוף יידע על זכותו בקרקע המוחזקת. הדברים אמורים במיוחד במדינה שלה זכות הבעלות השיורית במקרקעין. בהנחה שזהו אכן הטעם לדרישת הרישום, אנו מצטרפים לביקורת שנמתחה על דרישה זו ²⁵⁷. אמנם נכון כי הרישום מיידע או צריך ליידע את הבעלים לזכותו בקרקע, אך ההיפך אינו נכון בהכרח: הדעת נותנת כי קיימים מצבים רבים שבהם הגוף הציבורי מודע לזכותו בקרקע גם בהעדר רישום. מדוע תישלל ההתיישנות במצבים אלה? העדר הרישום אינו קריטריון מתאים ואינו קריטריון צודק לסינון טענות התיישנות. זאת ועוד: הידיעה כתנאי מוקדם להתיישנות נדרשת ממילא בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. האין בכך כדי לייתר את הצורך בהוראת 113(ב)?

לטיעוני הביקורת הנ"ל נוסף ונעיר, שהתניית מירוצן ההתיישנות בידיעת הבעלים עולה ממילא גם מן הדרישה הבסיסית של "החזקה נוגדת". כאשר הבעלים אינו מודע ואינו צריך להיות מודע לזכויותיו במקרקעין, נחלשים במקביל הן שיקול הוויתור והן שיקול ההסתמכות, ודי בכך כדי לשלול את אופייה הנוגד של החזקה. עוד נעיר כי קיים ספק באשר להיקף תחולתו של סעיף 113(ב). על-פי לשונה של ההוראה, "לא תתחיל תקופת ההתיישנות לפני היום שגרשמו על שם בעליהם". מהו הדין כאשר תקופת ההתיישנות החלה נגד מי שאינו גוף ציבורי, ובשלב מאוחר יותר עברו המקרקעין לבעלות המדינה? באותם מצבים שבהם הגוף הציבורי "הנעבר" הוא "חליף" של המעביר, פשוטו של מקרא הוא שאם הגוף הציבורי נחשב כ"חליף" של המעביר, לא יחול הסעיף שכן ההתיישנות כבר התחילה. בעניין רשות הפיתוח קבע בית-המשפט המחוזי כי מכוח הסעיף הנ"ל יופסק מירוצן ההתיישנות שהחל

254 נזכיר כי "מקרקעי ציבור" כוללים, נוסף על אדמות המדינה, גם מקרקעי תאגידים סטטוטוריים.

255 ויסמן (לעיל, הערה 6*), 34; ויסמן (לעיל, הערה 2), 12-14; רשות הפיתוח (לעיל, הערה 77), 12-14; להבי (לעיל, הערה 1), 632-633, שם נקבע כי הסעיף לא יחול על תביעה שהתעוררה לפני מועד חקיקתו.

256 שם.

257 ויסמן (לעיל, הערה 2), 13-14.

(וטרם הסתיים) נגד אדם פרטי בעת שהקרקע מועברת לבעלות המדינה²⁵⁸. בית המשפט לא נתן את דעתו למעמדה של המדינה כ"חליף" ולקושי שנוצר עקב כך. לסיכום: אמנם אין להתעלם מן השוני המהותי הקיים בין בעליהם של "מקרקעי ציבור" לבין בעליהם של אדמות פרטיות במידת היכולת לאתר ולמנוע היווצרות "החזקה נוגדת" באדמותיהן, אך דומה ששוני זה מוצא את פתרונו בדיני ההתיישנות הכלליים. ההסדר בסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין אינו דרוש לצורך זה. לעומת זאת, ההסדר הנ"ל מפלה לרעה מחזיקים ב"מקרקעי ציבור" בהשוואה למחזיקים אחרים. הפליה זו עומדת בסתירה לרצונו המוצהר של המחוקק לשמר את הדין הקיים כ"הוראת שעה".

הגיתות שלעיל מוביל — לדעתנו — למסקנה שיש לבטל הוראה זו. ביטול זה לא ייצור זעזוע בדין שאותו התכוון חוק המקרקעין לשמר, אלא להיפך: "יחזיר עטרה ליושנה".

4. לשאלת היקף התחולה של סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מני²⁵⁹

עמדנו לעיל על ייחודו של הסדר ההתיישנות נגד המדינה המצוי בסעיף 78. האם חל הסדר זה על כל טענת התיישנות בקרקע "מירי" המועלית נגד המדינה? גודן

258 לעיל, הערה 255. בלהבי נשללה אמנם תחולת הסעיף במקרה המסוים, אך מטעם אחר. 259 ויסמן (לעיל, הערה 2) בוחן (בעמ' 8—12) את האפשרות שלפיה חוק יסוד: מקרקעי ישראל, הקובע בסעיף 1 כי "לא תועבר" הבעלות במקרקעי ישראל, מונע את הפעלתו של סעיף 78 הנ"ל. להלן נצביע על נימוקים נוספים לשלילת אפשרות זו: ראשית, עד לחקיקת חוק המקרקעין היתה הבעלות בקרקע "מירי" נתונה למדינה. ההתיישנות העניקה למחזיק זכות שימוש ואכילת פירות ("תצרוף") שהיתה מוגבלת מבחינות מסוימות. (לעיל, הערה 248 ו-250). נוכח הדמיון בין קרקע "מירי" לבין "מקרקעי ישראל" שניתנו בחכירה לתקופה ארוכה (ויסמן [לעיל, הערה 46], 27) ניתן לומר, כי כשם שסעיף 1 הנ"ל לא אסר על החכירה לתקופה ארוכה וכשם שאין הוא מתנגש עם התיישנות שאינה "רוכשת" (ויסמן [לעיל, הערה 2], 11), כך אין ניגוד בינו לבין הענקת זכות "התצרוף". השוואת "התצרוף" לבעלות מלאה נעשתה בחוק המקרקעין (סעיף 153). מאחר שחוק המקרקעין לא ביטל את ההתיישנות בקרקע "מירי" שאינה מוסדרת על-אף שינוי מעמדה, ומאחר שחוק המקרקעין מאוחר לחוק היסוד, יש רגליים לטענה כי ההוראה הכללית שבחוק היסוד נדחת מפני ההוראה המיוחדת והמאוחרת של חוק המקרקעין. שנית, ועיקר: לא נראה לנו כי סעיף 1 הנ"ל חל על העברות לא-רצוניות מכוח תובה שבדין. ספק גדול הוא אם המתוקק אכן התכוון בדרך זו להביא לביטול גורף ומשתמע של כל הוראות החוק העוסקות בהעברה לא-רצונית של קרקעות המדינה. את הסיפא "במכר או בדרך אחרת" יש להבין כמרחיבה את איסור ההעברה גם על העברות רצוניות שלא על-דרך המכר, כחכירה ל-99 שנים וכיר"ב. העובדה שסעיף 78 לא נכלל בהריגים שפורטו בסעיף 2 לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך—1960, היא אפוא חסרת-משמעות: מה שמלכתחילה לא נכלל בהוראת סעיף 1 הנ"ל אינו טעון הוצאה מפורשת. שלישית, אם סעיף 78 אמנם בוטל מכללל ובמקומו יחול ההסדר הכללי של חוק ההתיישנות, הרי שהושגה תוצאה הנוגדת את המגמה הכללית של צמצום ההתיישנות ב"מקרקעי ציבור"; המחזיק יוכה בהתיישנות גם אם הודה בזכות המדינה וגם בהעדר "עיבוד". לא יפלא אפוא — כפי שהמחבר מעיר — כי טענת הביטול מכללל לא נקלטה בפסיקה.

להלן בשאלה זו הכרוכה בשאלת "חלוקת הסמכויות" בקרקע "מירי" בין הסעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני.

נקודת-המוצא היא שסעיף 78 מוגבל לטענת התיישנות הנטענת נגד המדינה. כך עולה מן הסעיף גופו: הזכות הנזכרת בו לקבלת שטר-טאבו ניתנת להפעלה רק נגד המדינה.²⁶⁰ הסעיף לא יחול לכן על טענת התיישנות הנטענת בסכסוך בין פרטים על קרקע שלגביה אין רישום של הקצאת זכויות²⁶¹; גם אם הזכויות בקרקע הן של המדינה, לא תיפגע זו מהדרך שבה יוכרע הסכסוך, שכן ההכרעה היא "יחסית" ויפה רק לצדדים הגיציים. לעומת זאת, יחול הסעיף כאשר סכסוך, כאמור, נדון בפני פקיד-ההסדר, גם אם המדינה אינה צד לו. זאת, מכוח זכות הבעלות השיורית של המדינה.²⁶² נשוב לשאלה שבה פתחנו: האם מתרחב סעיף 78 על כל טענת התיישנות הנטענת נגד המדינה בקרקע "מירי"? מקור הספקות הוא בכך שהסעיף — על-פי לשונו — מדבר בקרקע "נטושה", היינו: קרקע "מחלול". קרקע "מחלול" היא קרקע שהמדינה רשאית ליטול אותה חזרה לאחר שהקצתה אם הוברה במשך שלוש שנים או אם מת בעל-הקרקע ולא הניח אחריו יורשים.²⁶³ אם אכן מוגבל סעיף 78 לאדמות נטושות, הרי שתחומי תחולתו צרים ביותר, במיוחד לאור הספק בשאלת תוקפו של דין ההוברה.²⁶⁴

לא נתקלנו בפסיקה בדיון עקרוני בסוגיית היקף התחולה של סעיף 78. בשאלה המרכזית של תחולת סעיף 78 על קרקע בלתי-מוקצית קיימת פסיקה מגוונת. לצד התייחסות לסעיף כמוגבל לקרקעות מירי-מחלול²⁶⁵ נמצא דיון בסעיף מבלי לדון כלל בשאלת היותה של האדמה נשוא הסכסוך אדמה נטושה²⁶⁶. עם זאת, נראה כי הדעה הרווחת היא שסעיף 78 אכן חל על אדמות "מירי" שטרם הוקצו. אסמכתאות לכך קיימות הן בפסיקה מנדטורית²⁶⁷ והן בפסיקה חדישה.²⁶⁸ דוגמא אחרת לחוסר-

260 ע"א 699, 698/80 שכמור נ' חברת הכשרת הישוב לישראל בע"מ ואח' וקרעור שכננר, פ"ד לח(2) 589, 603; סאלח (לעיל, הערה 34), 380.

261 דוד (לעיל, הערה 245), 782; ע"א 295/58 פונגש נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד יג 1676, 1679.

262 דוד ופונגש (לעיל, הערה 261), ראה גם דראושה (לעיל, הערה 245).

263 דוכן (לעיל, הערה 9), 330; בן שמש (לעיל, הערה 18(1)), 132.

264 ע"א 400/60 אבו חנאזיר נ' המועצה המקומית במעליא, המובא בספרו של כהן (לעיל, הערה 18(4)), 383.

265 פונגש (לעיל, הערה 261), 1679. כך גם סבור דוכן (לעיל, הערה 9), 306, המסתמך על פסיקה מנדטורית. לאחרונה חזר על כך בית-המשפט בסאלח (לעיל, הערה 34), 385—386.

266 ע"א 298/61 מדינת ישראל נ' חסין, פ"ד טו 1923; חיסוי (לעיל, הערה 34); גוש חלב (לעיל, הערה 245).

267 בן שמש (לעיל, הערה 18(1)), 55. קרקע "מחלול" היא, כאמור, קרקע שהוקצתה בעבר. "מחלול" בא מלשון הפקעה, ניתוק קשר קיים (סאלח [לעיל, הערה 34], 385). החלת הסעיף על קרקע לא-מוקצית היא לכן בבחינת הרחבה. לשאלת מעמדה של קרקע שוממה שאיננה "מוואת" ראה זמיר (לעיל, הערה 237), 18.

268 ע"א 458/84, ב"ש 946/84 עיזבון מעדרי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 381, 386; ע"א 567/83 עבאס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 741, 744; אע"רייב (לעיל, הערה 34), 65. ראה גם שכמור (לעיל, הערה 260), 603; וכן יפרח (לעיל, הערה 16), 84, המנית כי סעיף 78 מוגבל לקרקע בלתי-רשומה.

הבהירות בסוגיא: האם יחול סעיף 78 כאשר מועלית נגד המדינה טענת התיישנות בקשר עם קרקע שנרשמה על-שם המדינה בהליכי הסדר? פסיקה מחוזית מוקדמת השיבה בחיוב על שאלה זו²⁶⁹, אך בית-המשפט העליון השאיר לאחרונה שאלה זו בצריך עיון²⁷⁰. זאת, בשל הספק אם קרקע ממין זה היא קרקע "מחלול"²⁷¹. ודוגמא נוספת: מה דינם של קרקעות שרכשה המדינה במקח פרטי? אם התנאי הוא שהקרקע תהא "מחלול", הרי שגם על קרקעות אלה לא יחול סעיף 78²⁷².

כאילו להרבות מבוכה, קבע בשעתו סעיף 54 לפקודת הקרקעות (סידור זכויות קניין) את שתי ההוראות הבאות בקשר לתחולתו: (א) הסעיף לא יחול על אדמת "מחלול"; (ב) הסעיף לא יגרע מהוראות הסעיף 78. אם סעיף 78 אכן מוגבל לקרקע "מירי-מחלול", נמצא ששתי ההוראות הנ"ל סותרות זו את זו. האם יש ללמוד מכאן כי המחוקק סבר אז שסעיף 78 חל רק או גם על אדמות שאינן "מחלול"? בסעיף 52 לנוסח החדש של הפקודה הושמטה ההוראה הראשונה מבלי שניתן לכך הסבר כלשהו. מה צריך להבין מכך?

נניח שסעיף 78 אינו מכסה את כל המקרים שבהם נטענת טענת התיישנות נגד המדינה באדמת "מירי". מהו ההסדר שיחול במקרים אלה? סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מני פורש בפסיקה כמוגבל לסכסוכים בין פרטים — סכסוכים שבהם המדינה איננה צד²⁷³. התוצאה המתקבלת היא, שבכל המקרים הנ"ל שאינם נופלים לגדרו של סעיף 78 יחול ההסדר הכללי של חוק ההתיישנות²⁷⁴. המחזיק לא יצטרך להוכיח "עיבוד", והודאתו לא תפעל כנגדו. כמו-כן לא ירכוש זכות בקרקע אלא יזכה להגנה מפני תביעת פינוי.

אין ספק כי המצב הקיים הוא בלתי-רצוי מעיקרו. ראשית, קיים חוסר-בהירות בשאלה הבסיסית של סוג ההסדר שיחול על מחזיק באדמת "מירי" של המדינה. סימני-השאלה רבים: האם חל סעיף 78 רק על אדמת "מחלול" או שמא גם על קרקעות בלתי-מוקצות? ובהנחה שהסעיף חל גם על קרקעות מוקצות שאינן מחלול, האם יחול על קרקעות שנרשמו בהסדר או שנקנו במקח פרטי?

אך גם אם נניח כי תחומי חלותו של סעיף 78 ידועים, עדיין נשאלת השאלה מה טעם ענייני יש בהחלת הסדרי התיישנות שונים נגד המדינה בסוגים השונים של

269 ע"א (חי') 92/56 הירעץ המשפטי לממשלה ב' אמארה ואח', פ"מ יד 66; ע"א (חי') 173/56 שלבי ואח' ב' הירעץ המשפטי לממשלה, פ"מ טז 296; ה.ק. עראבה מדינת ישראל ב' מוסא ואח', פ"מ לה 184, 195.

270 כאלח (לעיל, הערה 34), 380.

271 נעיר כי לעתים מתקבל הרושם שאותו שופט קובע קביעות שונות בשאלת היקפו של סעיף 78. השווה, למשל, את כאלח (לעיל, הערה 265) עם שכמור ומוערי (לעיל, הערה 268).

272 על-פי דוכן (לעיל, הערה 9), 305—306, זוהי אכן התלכה המנדטורית.

273 שכמור (לעיל, הערה 260), 604; אל-נדיר (לעיל, הערה 245), 651; חברת החשמל (לעיל, הערה 200), 17; מוסא (לעיל, הערה 269), 195; ראה גם בן שמש (לעיל, הערה 118), 55.

274 סוג אחר של מצבים הנופל גם הוא בין הסעיפים 20 ו-78 הוא סכסוך בין פרטים שלא במסגרת הסדר בקרקע בלתי-מוקצת (לעיל, הערה 261). מה צריך המחזיק להראות כדי לבסס טענת התיישנות נגד יריבו שהוכיח את זכותו בקרקע שלא באמצעות שטר-טאבו? כפי הנראה, גם כאן יחול חוק ההתיישנות.

קרקע "מירי". מדוע, למשל, לדרוש "עיבוד" ולהקנות זכות מהותית בקרקע "מחלול" ולא לעשות כן כשמדובר בקרקע שלא הוקצתה? ומה טעם יש בהחלת הסדר אחד על קרקע רשומה ובהסדר אחר על קרקע שאינה רשומה?²⁷⁵ מדוע "הרישום" מהווה קנה-מידה להבחנה בין מי שצריך להוכיח "עיבוד" לבין מי שפטור מכך?²⁷⁶ הקשר אחר שבו קיימת אי-בהירות באשר להיקף התחולה של סעיף 78, הוא באותם מצבים שבהם מועברת הבעלות במקרקעין למדינה או ממנה במהלך תקופת ההתיישנות. מצב טיפוסי שעלה בפסיקה²⁷⁷ הוא, כאשר המדינה (רישות הפיתוח) רוכשת בעלות בנכסים שהיו מוקנים לאפוטרופוס על נכסי נפקדים. גדר הספקות הוא זה: האם יחול הסדר ההתיישנות הרלבנטי לתחילת תקופת ההתיישנות (סעיף 20 החל בין פרטים: המחזיק והנפקד) או שמא ההסדר היפה לתום התקופה (סעיף 78 החל בין המחזיק למדינה)? התשובה לשאלה הנ"ל תלויה וכרוכה בשאלת "תחליפות", דהיינו: מתי נחשב הנעבר כ"חליפו" של קודמו. אם המדינה היא "חליף" הנפקד, כשם שהאפוטרופוס הוא חליפו, יש להחיל את סעיף 20. אם המדינה איננה "חליף" של אחד מקודמיה, יוחל סעיף 78. גם סוגיא זו נותרה בפסיקה ללא מענה²⁷⁸. מחד גיסא, הוחל סעיף 20, כלומר: הסדר ההתיישנות של תחילת התקופה; מאידך גיסא, הופעל גם סעיף 113(ב), היפה רק ל"מקרקעי ציבור", כלומר: הסדר התיישנות הישים רק בסוף התקופה. עניין החליפות לא נדון כלל.

5. הסדר הזכויות במקרקעין והתיישנות נגד המדינה

עיקר חשיבותן של הוראות ההתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים הוא בהשפעה הנובעת להן על תהליך הסדר הזכויות במקרקעין. מכוח סעיפים 51 ו-52 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), תשכ"ט-1969 (להלן: פקודת ההסדר), מחזיק שעמד בתנאי התיישנות החלים עליו זכאי לרשומה במקרקעין המוחזקים. כיצד מושפעים הסדרי ההתיישנות נגד המדינה מהוראות פקודת ההסדר?

נאתר ראשית את ההוראות הרלבנטיות בפקודת ההסדר. סעיף 51 עוסק בקרקע "הרשומה על שם אדם אחר". סעיף 52 חל על קרקע שאין לגביה רישום בעלות. לכאורה שני הסעיפים חלים על התיישנות נגד המדינה, שהרי לזו קרקעות רשומות ובלתי-רשומות. אלא שהדעה הרווחת היא, שסעיף 51 מוגבל לטענת התיישנות בין פרטים ושאינן הוא חל על טענת התיישנות הגטענת נגד המדינה²⁷⁹. מכוח סעיף 51 הנ"ל ניתן אפוא להפעיל באדמת "מירי" רשומה את סעיף 20 לחוק הקרקעות²⁸⁰, אך לא את סעיף 78 לאותו חוק.

275 ראה כסא (לעיל, הערה 269), 195.

276 על אי-רלבנטיות של הרישום עמדו גם בהקשר של סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין. 277 בפסקי הדין רשות הפיתוח ולהבי (לעיל, הערה 255). עיין דר"ח מנהל מקרקעי ישראל 1979/80, עמ' 112-113.

278 שם.

279 דובן (לעיל, הערה 9), 415, הערה 89; בן שמש (לעיל, הערה 118), 305; יהודה (לעיל, הערה 50), 90.

280 ראה ילזרי (לעיל, הערה 71), 2204.

נותרנו אפוא עם סעיף 52 כאכסניה יחידה לטענת התיישנות נגד המדינה. האם במקביל לשוויון סעיף 51 לפקודת ההסדר = סעיף 20 לחוק הקרקעות (באדמת "מירי") קיים גם השוויון סעיף 52 לפקודת ההסדר (בעבר 54) = סעיף 78 לחוק הקרקעות? מעיון בפסיקה נוצר לכאורה הרושם שאמנם כך²⁸¹, אך, כאמור, לכאורה בלבד. ראינו כי סעיף 78 אינו מוגבל לקרקע בלתי-רשומה; ולעומתו, סעיף 52 חל רק על קרקע בלתי-רשומה²⁸². האם התוצאה היא שכל טענת התיישנות המועלית נגד המדינה לגבי קרקע רשומה, בין בתחומי סעיף 78 ובין מחוצה לו, נופלת מחוץ להוראות פקודת ההסדר? זוהי תוצאה קשה. ניתן אולי להמתיקה על-ידי הקביעה כי הזכאי לקבלת שטר-טאבו מכוח סעיף 78 יירשם בהסדר כבעל-המקרקעין לא מכוח סעיף 52, אלא במישורין מכוח זכותו על-פי סעיף 78, אך גם פתרון זה הוא חלקי בלבד.

מה דינה של טענת התיישנות נגד המדינה בקרקע שאינה רשומה? נראית לנו הדעה כי סעיף 52 לפקודת ההסדר, החל לכאורה, רוקן במידה רבה מתוכן על-ידי תנאי הרישום שבסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין²⁸³. רק אם הושלמה ההתיישנות לפני תחולת חוק המקרקעין²⁸⁴ או כאשר המדינה היא "חליף" של גוף שאינו כפוף לסעיף 113(ב)²⁸⁵, תהיה משמעות לסעיף הנ"ל בהקשר של התיישנות נגד המדינה.

התוצאה המשולבת של צמצום סעיף 51 לפקודת ההסדר ושל סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין היא, שלחלק נכבד מטענות ההתיישנות נגד המדינה בקרקע רשומה ובקרקע לא-רשומה אין "כיסוי" בפקודת ההסדר. זוהי תוצאה קשה העומדת בניגוד ברור למטרה המקורית של פקודת ההסדר, שלפיה תוענק למחזיק בתנאי ההתיישנות זכות במקרקעין המוחזקים.

ה. התיישנות "רוכשת" או התיישנות כטענת-הגנה?

ראינו כי התפישה הכללית באשר לתוצאותיה של ההתיישנות היא שההתיישנות מגינה על המחזיק מפני תביעתו של הטוען לזכויות במקרקעין. ההתיישנות אינה מבטלת את זכותו של היריב ואינה מקנה אותה למחזיק²⁸⁶. זהו ההסדר שבחוק ההתיישנות וכזה היה גם הדין שקדם לו. חריג אחד לכך הוא הסדר ההתיישנות נגד המדינה שבסעיף

281 ע"א 145/54 אבו-זערוס נ' אגף מקרקעי המדינה, פ"ד ט 1756; פרחאית (לעיל, הערה 58); אליגדיר (לעיל, הערה 245); ע"א 276/60 בשיר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 2145; ע"סא (לעיל, הערה 59); רחאל (לעיל, הערה 245), 35.

282 לרבות קרקע לא-רשומה בבעלות פרטית — ע"א 766/79 מנני ואח' נ' האפוטרופוס הכללי ואח', פ"ד לה (4) 490; ראה גם ויסמן (לעיל, הערה 2), 12.

283 ויסמן, שם.

284 ראה לעיל, הערה 255.

285 ראה לעיל, הטקסט ליד הערות 277–278.

286 במשפט המקובל קיים הסדר-ביניים: ההתיישנות מפקיעה את זכות הקניין של הבעלים, אך איננה מקנה אותה למחזיק. "בעלותו" של המחזיק בנכס בתום תקופת ההתיישנות נוצרת על-דרך השלילה — משפקעה זכות הבעלות, שוב אין בגמצא אדם שזכותו טובה מזכות המחזיק (*American Law of Property* [לעיל, הערה 1], 760–761). מנקודת-מבט של המחזיק, תולשתה של "בעלות" זו היא תלותה בהמשך ההחזקה של המחזיק או מטעמו.

78 לחוק הקרקעות. זהו הסדר של התיישנות רוכשת, המקנה למחזיק זכות רשומה במקרקעין.

היש כיום הצדקה לחריג זה? התשובה המתבקשת מן הניתוח עד כה היא שלילית. ראינו כי במקור היתה הזכות שהוענקה למחזיק חלקית (שימוש ואכילת פירות) ומוגבלת, וכי נועדה לקדם אינטרס של המדינה (מס על תוצרת חקלאית). כיום הפכה הזכות לבעלות מלאה, והאינטרס המקורי של המדינה בטל זה מכבר. זאת ועוד: הנטייה השלטת כיום היא שלא להעניק לגורם פרטי את הבעלות במקרקעי המדינה.

האם משתמע מכך כי במסגרת של רפורמה בדין ההתיישנות יש לבטל את האופי הרוכש של ההסדר שבסעיף 78? לא בהכרח. הטעם המרכזי לכך הוא שבמקרים רבים גם ההתיישנות שלא כנגד המדינה היא כיום התיישנות "רוכשת". כך קובעת למעשה פקודת ההסדר המפקיעה מן היריב את זכותו במקרקעין ומקנה אותה למחזיק תוך רישומה.²⁸⁷ היש טעם ענייני להבחין בין התוצאה של טענת התיישנות הנטענת לפני בית-משפט בסכסוך רגיל לבין התוצאה של אותה טענה הנטענת בהסדר? אם לא, מדוע לא לשנות את נקודת-המוצא ולקבוע את הכלל של התיישנות "רוכשת" במקרה קעין? התשובה לשאלות הנ"ל חורגת מתחומיה של עבודה זו, שכן היא מצריכה דיון מעמיק בהבדלים שבין התיישנות "רוכשת" (או "מהותית") לבין התיישנות "חוסמת" (או "דיונית"), ובעיקר בסוגיא המורכבת של "חליפות". אך בהנחה שההבדלים בין שני ההסדרים אינם בעלי חשיבות מעשית רבה,²⁸⁸ הרי שאין מניעה מלקבוע הסדר כללי של התיישנות "רוכשת" במקרקעין גם שלא בהליכי הסדר. נימוק תומך בהסדר "רוכש" גזור מהשאיפה לרישום המשקף את הזכויות באורח מלא ומדויק. התיישנות "חוסמת" במקרקעין מוסדרים, אם הבשילה לפני תחולת חוק המקרקעין, יוצרת פער בין הרישום לבין הזכויות בפועל במקרקעין. הסדר של "רכישה" ימנע פער זה בעתיד. כדי למנוע התנגשות בין אימוץ הסדר של התיישנות "רוכשת" לבין המגמה המתחזקת להתיר למדינה ולשלוחותיה את זכויות הבעלות במקרקעין ניתן לקבוע, כי המחזיק נגד הגופים הנ"ל יהא זכאי לא לבעלות מלאה אלא לחכירה ארוכה בתנאים המקובלים. בכך יושוו מעמדו למעמד הרגיל של רוכש קרקעות מדינה. נדגיש כי גם שינוי מוצע זה הוא בבחינת "החזרת עטרה ליושנה": ההסדר המקורי, נזכיר, העניק למחזיק זכות מוגבלת להחזקה ושימוש. למעשה המצב כיום הוא אנומלי במובן זה שההתיישנות מקנה זכויות שאינן ניתנות לרכישה בדרך אחרת. ה"פרס" שהמחזיק מקבל כיום גדול מן ה"פרס" שניתן בעבר.

בעיה אחרת הכרוכה בהתיישנות "רוכשת" היא אופיו היחסי והמוגבל של הדיון המשפטי. בהסדר ניתנת לכל צד הנוגע בדבר אפשרות והזדמנות לטעון לזכויותיו

287 "תקופת ההתיישנות ויתר התנאים לקיום טענת ההתיישנות פושטים אפוא בסעיף 51 את צורתם הרגילה ולובשים צורה חדשה, כיסודות העילה הרוכשת שבאותו סעיף" (יזלורי [לעיל, הערה 71], 2203); ראה גם ע"א 289/65 רובינשטיין נ' רון ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כ(1) 505, 511-512; ולאחרונה ע"א 141/83 ראוך נ' מנהל מס שבח מקרקעין ת"א, פ"ד מא(1) 821, 824.

288 ראה, למשל, חברת החשמל (לעיל, הערה 200), שם נקבע כי גם החזקה בקרקע מכוח התיישנות שאינה רוכשת מקנה למחזיק זכות לפיצויים בעת הפקעת מקרקעין.

בקרע. אופייה החפצי (in rem) של ההכרעה מתיישב אפוא עם דרישות ההגנות והצדק הטבעי. לא כן בסכסוך משפטי שלא במסגרת הסדר. כאן קיים החשש שהענקת זכות חפצית לאחד הצדדים תפגע בזכויות צד שלישי שלא זכה להזדמנות לטעון את טענותיו. מן הראוי אפוא שהסדר התיישנות "הרוכשת" יוגבל לצדדים בלבד: יקנה למחזיק את זכויותיו של יריבו ותו לא²⁸⁹. צד שלישי, בכפיפות לכללי "מעשה בית-דין", יוכל עקרונית לקרוא תיגר על זכויות המחזיק אם יראה כי הזכות שלה טען היריב היא למעשה זכותו וכי הוא עצמו לא כפוף לטענת התיישנות. פתרון אחר הוא לאפשר לכל צד המעוניין בכך להצטרף להליך המשפטי (כמקובל לגבי ירושות) ובכך להכשיר החלטה in rem²⁹⁰.

עוד נעיר כי הסדר של התיישנות "רוכשת" יפתור את בעיית המשולש בעלים—מחזיק—חוכר במצב של התיישנות נגד חוכר²⁹¹. שורש הבעיה על-פי הדין הנוכחי הוא, שהמחזיק נהנה מזכויות החכירה בעוד שהחוכר נושא בהתחייבויות הכרוכות בה. הסדר של "רכישה" יאחד את ההנאה עם ההתחייבויות.

1. תקופת התיישנות

תקופת התיישנות במקרקעין שלא הוסדרו היא כיום 15 שנה²⁹². דין מיוחד קיים לגבי מקרקעין מסוג "מירי" הנשלטים על-ידי סעיפים 20 ו-78 לחוק הקרקעות העות'מני, אם החלה התיישנות במקרקעין אלה בין 1.3.1943 ו-6.4.1958 (תחילת חוק ההתיישנות), אורך התקופה הוא 20 שנה. בחמש השנים שלאחר תחילת החוק אורך התקופה הוא בין 20 ל-15 שנה בהתאמה²⁹³.

במקרקעין מוסדרים תקופת התיישנות כיום היא 25 שנה²⁹⁴ ובלבד שהחלה לפני ה-1.3.1943 במקרקעין מסוג "מירי" (כאמור לעיל)²⁹⁵, ולפני שנת 1945 — במוסדרים אחרים. החוקה שהחלה לאחר המועדים הנ"ל לא תבטל לטענת התיישנות. על טענות התיישנות שהתגבשו לפני תחילת חוק התיישנות יחול הדין שקדם לו. אורך תקופת התיישנות הוא אפוא פונקציה של שני גורמים: סוג הקרקע ומועד תחילת ההחזקה. הקיים כיום טעם ענייני להבחנה הקיימת על-בסיס אחד משני הגורמים הנ"ל? לא מצאנו טעם שכזה. האם יש מקום להאחדת דינים באופן שתקבע תקופת התיישנות אחידה במקרקעין שאינם מוסדרים? גם כאן, כבדרישת העיבוד, מובילה

289 ראה בעניין זה *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 802, 803, 831—830. 290 בכפופות לקיומו של מנגנון לתיקון החלטות במתכונת סעיף 93 לפקודת ההסדר או סעיף 72 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965.

291 ראה לעיל, הערה 70; וכן את הפסקה המסיימת את הרשימה.

292 סעיף 25 לחוק התיישנות.

293 סעיף 22 לחוק התיישנות.

294 סעיף 25 לחוק התיישנות.

295 שילוב של הסעיפים 22 לחוק התיישנות ו-159(ב) לחוק המקרקעין. ראה קונס (לעיל, הערה 149), 372; ווסמנובין (לעיל, הערה 155), 346; בהן (לעיל, הערה 201), 233—234.

הפעלת העיקרון המנחה לתשובה שלילית: זהו שינוי חשוב בתחום רגיש²⁹⁶ שבו הדין הקיים מהווה רק "הוראת שעה".

ז. ריכוז ההמלצות

להלן ריכוז ההמלצות באשר לשינויים הראויים בדין הקיים:

"טענת-זכות"

- (א) ביטול הדרישה ל"טענת-הזכות" בכל ההקשרים שבהם עודנה קיימת.
- (ב) ביטול האפקט שיש עדיין להודאת המחזיק הטוען להתיישנות בזכויות יריבו.
- (ג) האחדת הדין בדבר השפעת דרך רכישת ההחזקה על זכויות המחזיק.
- (ד) קביעת דרכי ההוכחה ונטלי ההוכחה בסוגיית דרך רכישת ההחזקה.

"החזקה נוגדת"

- (ה) קביעת "ההחזקה הנוגדת" כיסוד חיוני ועצמאי בכל טענה של התיישנות במקרה-קצין.
- (ו) פירוט שני מרכיבי החיוניים של החזקה הנוגדת; טיב ההחזקה ואופיית הנוגד.
- (ז) קביעת נטלי ההוכחה של שני המרכיבים הנ"ל תוך התייחסות לבלעדיות ההחזקה וסוג הוויקה שבין המחזיק ליריבו.
- (ח) שלילת הפיקציה של "רשות מכללא".

התיישנות בקרקעות המדינה וב"מקרקעי ציבור"

- (ט) ביטול סעיף 113(ב) לחוק המקרקעין.
- (י) הבהרת תחומי חלותו של סעיף 78.
- (יא) הגבלת הזכות הנרכשת נגד המדינה לזכות המירבית הניתנת לרכישה בדרכי הרכישה הרגילות (לרוב חכירה לדורות).

פקודת ההסדר

- (יב) הרחבת הפקודה לקרקעות רשומות של המדינה.
- (יג) התאמתה לשינויים שפורטו לעיל.

296 ראה, למשל, ד"כ כד(1) (תשי"ח), 1680–1682. באנגליה אורך התקופה הוא 12 שנים בדרך-כלל (סעיף 15 לחוק ב-1980) ו-30 שנים בתביעות נגד הכתר והכנסייה (סעיף 10 לתוספת הראשונה). ראה *Law Reform Committee* (לעיל, הערה 70), 41–42.

תוצאות ההתיישנות

(יד) מעבר להתיישנות "רוכשת" גם שלא במסגרת הסדר (מחייב בדיקה נוספת).
 (טו) הגבלת החפציות של הזכות הנרכשת שלא במסגרת הסדר לצדדים המתדיינים או הפיכת ההליך השיפוטי להליך rem in.
 נדגיש כי למרות ריבוי השינויים המוצעים, נשמר בסך-הכול העיקרון המנחה של סעיף 3א ששלל מראש הכנסת שינויים דרסטיים בדיון הזמני. השינויים המוצעים מגבילים להכרעה בשאלות פתוחות, להצעת פתרון לבעיות שטרם נפתרו ולסינון דינים בלתי-ראויים שהורחם בהלכה או בחקיקה מאוחרת. הגוף הגדול של הדינים וההלכות נשאר כשהיה — "הוראת-שעה" משופרת.

נספח

על הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964²⁹⁷

לסיום הדיון בנושא, נבחן בקיצור את ההסדר שהוצא בשעתו בסעיפים 22—24 להצעת חוק המקרקעין תוך השוואתו לשינויים המוצעים המפורטים לעיל, בפרק ז.
 בהצעה אמנם לא מוזכרת הדרישה של "טענת זכות", אך קיימת הוראה (סעיף 24) שלפיה תופסק ההתיישנות אם הודה המחזיק בזכותו של יריבו. עמדנו לעיל בהרחבה על הניקה האפשרית שבין הודאה לבין "טענת זכות" ועל ביטוייה של זיקה זו בפסיקה²⁹⁸. הוראה ממין זה תנציח את הבעייתיות הכרוכה ב"טענת-הזכות" ובשלוחותיה ואין לה מקום בהסדר המוצע.

באשר לדרך רכישת הזכות, סעיף 22 להצעת החוק קובע: "...ולא הוכח שרכש את החזקה בכוח, במרמה או באופן אחר שלא בתום לב". הדגש כאן הוא על העדר תום-הלב כמבחן כללי. בהעדר תום-לב, אין המחזיק נהנה מן ההתיישנות. הנטל להוכיח את פסלות דרך הרכישה רובץ על הטוען נגד ההתיישנות, אך אין הוא מוגבל בדרכי הראיה (למשל, להודאה).

לדעתנו, המבחן הכללי של "העדר תום-לב" הוא רחב מדי, בהתחשב במגמה הכללית של חוק ההתיישנות להכיר בתביעות "רעות". ניתן לומר, כי כל-אימת שמחזיק יודע שהקרקע אינה שלו, אין לראותו כמי שנטל החזקה "בתום-לב". בכך ייסתם הגולל על טענות התיישנות רבות שיש להן הצדקה על-פי שיקולי המדיניות המונחים בבסיס ההתיישנות. כבר עמדנו על כך שדרישת תום-לב קרובה בהשלכותיה לזו של "טענת-זכות". הדגש צריך להיות לכן לא על מצבו השכלי והנפשי של רוכש החזקה, אלא על הדרך שבה רכש אותה; על האמצעים שבהם השתמש כדי ליטול את החזקה. ניסוח כמו "בכוח, במרמה או באופן פסול אחר" נראה לנו מתאים יותר. ההסדר שלפיו נטל

297 ה"ח (תשכ"ד) 178, 180—181.

298 ראה גם *American Law of Property* (לעיל, הערה 1), 761.

ההוכחה של פסלות הרכישה מוטל על הטוען נגד ההתיישנות, מבלי שזה מוגבל בדרכי הראיה, נראה לנו כהסדר ראוי.

באשר ל"החזקה הנוגדת" – ביטוייה של זו בהצעה היא, כנראה, בסעיף 22 במלים "ונהג בהם מנהג בעלות". הסיפא לסעיף 23 קובע חזקה של שליחות בכל מקרה של יחסי שיתוף במקרקעין. הרישא לסעיף שוללת את חזקת השנים "אם היתה בהסכמת הבעל או מטעמו או כמורשהו על פי הסכם או דין או צו של רשות מסמכת".

ההסדר הג"ל אינו תואם את הצעותינו לשינוי. ראשית, באשר ל"מנהג בעלות", נראה לנו כי עדיף להיצמד לביטוי הנפוץ והשגור של "החזקה הנוגדת", תוך מתן הכרה עקרונית לפסיקה שפירשה ביטוי מזה, מאשר לאמץ כותרת חדשה. עם זאת, יש מקום לשימוש ב"מנהג בעלים" לתיאור אחד ממרכיביה האובייקטיביים של ההחזקה. שנית, עמדנו על הצורך בפירוט מרכיביה של "החזקה הנוגדת" ודרכי הוכחתה. פירוט זה אינו מופיע בהצעת החוק. שלישית, הרישא לסעיף 23 פותחת פתח רחב למוסד של "רשות מכללא", שכן היא נותנת משקל מכריע להסכמת הבעלים על-חשבון נקודות המבט האחרות. כבר עמדנו בהרחבה על החסרונות הכרוכים בכך. רביעית, חזקת השליחות שבסיפא לסעיף 23 רחבה מדי, שכן היא מתפשטת על כל קשר של שיתוף. ראינו כי ההלכה כיום היא שיש יחסי שיתוף שאינם יוצרים הנחה זו וכי יש הצדקה עניינית לצמצום זה.

אין בהצעה התייחסות מיוחדת להתיישנות "במקרקעי ציבור". ההצעה אימצה תפישה של התיישנות "רוכשת" ללא סייג, כאשר המחזיק רשאי "בכל עת לתבוע בבית משפט הכרזה על בעלותו מכח חזקת שנים" (סעיף 22). הצבענו לעיל על הצורך להגביל את התוצאה החפצית של קבלת טענת-התיישנות שלא במסגרת הליך של הסדר.

עוד נעיר, כי הצעת החוק עוסקת ב"רכישת בעלות" (סעיף 21) ושוללת בכך מכללא התיישנות נגד זכויות הפחותות מבעלות, כמו התיישנות נגד חוכר הקיימת, כפי הנראה, על-פי הדין הקיים²⁹⁹. מאחר "שחכירה לדורות" היא הדרך הנפוצה להענקת זכות בעלות דה-פקטו, אין אנו שותפים לגישה המצמצמת הג"ל וראוי – לדעתנו – להשאיר את הדין הקיים על כנו.

²⁹⁹ ראה לעיל, הערה 70; וכן הטקסט ליד הערה 291.