

## יסודות מרשם המקרקעין במדינת ישראל על "הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל" מאת חיים זנדברג<sup>1</sup>

יפעת הולצמן-גזית\*

### הקדמה

בשנת 1928 החלו השלטונות המנדטוריים של ארץ ישראל בתהליך של הסדר זכויות במקרקעין לפי פקודת הקרקעות (סידור זכויות קניין)<sup>2</sup>. במסגרת תהליך זה, אשר טרם הושלם עד עצם היום הזה, אמורה הייתה להתכצע ככל פיסת מקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל פעולת חקירה ובדיקה של שרשרת הזכויות שמטרתה הייתה להניב הכרעה סופית בדבר זכויות הקניין באותם המקרקעין<sup>3</sup>. תהליך ההסדר היווה שלב הכרחי ביצירת מרשם המקרקעין הנוהג היום במדינת ישראל והמתנהל על פי שיטת רישום זכויות. ההכרעה הסופית לעניין זכויות הקניין בקרקע המוסדרת שנתקבלה במסגרת ההסדר הפכה לרישום הראשון במרשם המקרקעין הציבורי של מדינת ישראל ואפשרה את יצירתו.

פרשנים משפטיים אחדים עסקו בעבר בניתוח סעיפי חוק ופסקי הדין בתחום ההסדר<sup>4</sup>. ואולם, מטעמים שאפרט להלן, אני סבורה כי ספרו של ד"ר חיים זנדברג על תהליך ההסדר בארץ ישראל ובמדינת ישראל מוסיף תרומה חשובה וייחודית להבנת מאפייני עיצובו של התהליך המשפטי האמור והשלכותיו על דין המקרקעין הישראלי. ראשית, העובדה שתהליך ההסדר מתנהל כבר שבעים שנה, הקנתה לחיבור של זנדברג

\* רוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1 ח' זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א, הוצאה משותפת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר והמכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, קק"ל).

2 פקודת הקרקעות (סידור זכויות הקניין) 1928, ע"ר (ע) 258 (א) 260.

3 בדין וחשבון על פעולות מנהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2000 מופיע כי 1,129,631 דונם מתוך הסך הכולל של 19,281,000 דונם של קרקעות בניהול מנהל מקרקעי ישראל טרם עברו הסדר. למספר זה יש להוסיף את היקף הקרקעות בבעלות פרטית שטרם הוסדר. דין וחשבון על פעולות מנהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2008 (תשס"א) 65. במקור אחד מופיע כי עד סוף שנת 1994 הוסדרו 20,609,443 דונם שהם 95.2 אחוזים משטח מדינת ישראל, כולל רמת הגולן וללא שטח ים המלח. ראו א' סולל "הסדר הקרקעות בישראל" קרקע (1995) 52, 64.

4 הבולטים בין החיבורים שהתפרסמו בעבר על תהליך ההסדר הם ספריהם של מ' דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ג) 389-416; א' בן-שמם חוקי הקרקעות במדינת ישראל (תשי"ג) 274-329; ש' יהודה דיני הסדר זכויות האחוזה בישראל (תשי"א); א' כהן התיישנות והסדר במקרקעין (תשמ"ד).

זווית ראייה שלא נודמנה בעבר. נקודת הזמן שבה נכתב המחקר אפשרה לזנדברג לבחון את אופן היישום של תהליך ההסדר על פני תקופת זמן ממושכת תוך התייחסות למחקרים היסטוריים חדשים אשר לא מצאו ביטוי בחיבורים המשפטיים המוקדמים. שנית, מחקרו של זנדברג מנתח את תהליך ההסדר בארץ ישראל בדגש אקדמי-עיוני. המחקר מתבלט בניחוח השוואתי רחב שאינו מגביל עצמו למסגרת הצרה (מבחינת זמן, שטח ודין) שמכתיב העיסוק המעשי בתהליך ההסדר ה"ארץ ישראלי"<sup>5</sup>. כך, לדוגמה, בשער הראשון של הספר פורץ המחבר את המסגרת הטריטוריאלית הצרה של הסדר זכויות בארץ ישראל ומציג בפני הקוראים ניתוח תאורטי של הטעמים להיווצרות צורך בהסדר מקרקעין בכל שיטה המכירה במוסד הקניין הפרטי. מאפיין נוסף המבחין את חיבורו של זנדברג מהחיבורים המשפטיים שקדמו לו הוא פרידגמת המחקר שמיושמת בספר לשם בחינת טעמו ומאפייניו של תהליך ההסדר. בספרו *Law and Society: An Introduction* (New-Jersey, 1977) 92-97; S. פרספקטיבות שונות לכתיבה משפטית: נקודת מבט פנימית ונקודת מבט חיצונית<sup>6</sup>. נקודת המבט הפנימית, ששולטת בדפוס המסורתי של הכתיבה המשפטית, תופסת את המשפט כתחום העומד בפני עצמו ומוכילה את החוקר לניתוח הסוגיה המשפטית מתוכה פנימה תוך שימוש בחומרי גלם משפטיים מסוג של דברי חקיקה ופסקי דין. לעומת זאת, בכתיבה משפטית מנקודת מבט חיצונית, מתעניין החוקר בבחינת הגורמה המשפטית על רקע ההקשרים הפוליטיים, התרבותיים והכלכליים של החברה שבה המשפט פועל. כתיבה מסוג זה מבוססת על ההנחה שהמשפט הנו תת-מערכת חברתית, וככזה הוא מקיים זיקה עם מערכות חברתיות אחרות ומגיב להתפתחויות ולתמורות בחברה הכללית. נקודת המבט החיצונית מכוונת אפוא את החוקר לנחח את התופעה המשפטית תוך שימוש בחומרי גלם "לא משפטיים" המעמידים באור חדש את אופיו של המשפט כמשתנה תלוי הקשרים "חיצוניים"<sup>7</sup>. מחקרו של זנדברג הוא דוגמה יפה לכתיבה משפטית מנקודת מבט חיצונית. בעוד שהחיבורים הקיימים על תהליך ההסדר בוחנים את תהליך המשפטי מתוך ראייה

5 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 20.

6 L. Friedman *Law and Society: An Introduction* (New-Jersey, 1977) 92-97; S. Macualay et al. *Law and Society: Readings on the Social Study of Law* (New-York, 1995) 1-6.

7 לניסוח שונה של ההבחנה בין נקודת המבט הפנימית לחיצונית על הציר של כתיבה משפטית "טהורה" מול כתיבה משפטית "בינתחומית", ראו א' פרוקציה "בועות משפט" משפטים כ (חש"ן) 9. ראו גם את הבחנתו של פול קאהן (Kahn) המאפיין את חולשתה של הכתיבה המשפטית המסורתית בכך שהיא כפופה לפרקטיקה המשפטית. קאהן עומד על כך שאחד ממאפייניה הבולטים של הכתיבה המשפטית המסורתית הוא מחויבותה לפרויקט של רפורמת המשפט. הכתיבה המשפטית המסורתית רואה במטרה הנורמטיבית של תיקון המשפט הקיים מטרה מרכזית של המחקר המשפטי, ובכך היא מכפיפה עצמה לפרקטיקה המשפטית הרואה אף היא ברפורמת המשפט מטרה מרכזית לפעולה: P.W. Kahan *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago, 1999) 7, 18-30.

יסודות מרשם המקרקעין במדינת ישראל

דוקטרינלית-פנימית, השכיל זנדברג להבין כי "חקר תהליך ההסדר כרוך בחקירת ההיסטוריה של ארץ ישראל – בכלל ושל משפט המקרקעין בארץ – בפרט"<sup>8</sup>. הבנה זו של המחבר את אופיו של המשפט כמוסד חברתי תלוי מקום וזמן, וישומה בנייתו המבנה המשפטי של תהליך ההסדר בארץ ישראל, מגלמים, לדעתי, את ייחודו של החיבור כחיבור משפטי. החיבור חושף עושר של מקורות היסטוריים שמהם ניתן ללמוד על הדרך שבה יצרו השינויים שהתרחשו בחברה הארץ ישראלית החל מן המאה ה-19 צורך בתהליך ההסדר והשפיעו על עיצוב תוכן הוראות הדין המהותי. תמונה מורכבת זו של ההיסטוריה של תהליך ההסדר, שאיש לא הציגה עד כה, אמורה לעניין בנוסף למשפטנים גם קהלים אקדמיים אחרים מתחומי גאוגרפיה, היסטוריה, מדעי המדינה וכלכלה.

לספר ארכעה שערים, ובסקירה זו אפסע בעקבותיהם תוך שימוש בכותרות המקוריות.

#### שער ראשון: מדוע נוצר צורך בהסדר מקרקעין?

בשער זה מציג המחבר את הטעמים להיווצרות הצורך בתהליך הסדר מקרקעין. מסתבר שהצורך בבדיקה וחקירה של שרשרות זכויות במקרקעין הוא צורך מודרני, שנוצר על רקע התפתחויות כלכליות במאה ה-19 שהובילו להתארכותן ולהתרחבותן של שרשרות זכויות במקרקעין. כתוצאה מהתרבות התוליות בשרשרות הזכויות התגבר הקושי לבלוש אחר עברן הרחוק של הזכויות במקרקעין ולאמת את כשרותן. קושי זה לא התיישב עם רצונו של המשפט המודרני לעודד מסחר במקרקעין על ידי הקניית הגנה לקניין הפרטי. שיטת משפט המבקשת להכיר בזכות הקניין של פרט בנכס – היינו בזכותו להשתמש בנכס ולעשות בו כאוות נפשו במגבלות הדין הנוהג – חייבת לאסור על הזולת לעשות עסקאות בנכסים לא לו ולשלול את כשרותן של עסקאות הנעשות על ידי גולנים. איסור זה הבא לביטוי בכלל המשפטי שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו, מעמיד בפני רוכש זכות במקרקעין קשיים ניכרים. הכלל בדבר רציפות ההעברה של הקניין מחייב כל רוכש זכות בנכס לוודא כי רכש אותה ממי שרשאי היה למוכרה, קרי ממי שהוא הבעלים ה"כשר" של הזכויות בנכס. כדי לוודא זאת, על הקונה לברר כי המוכר רכש אף הוא את הזכות בנכס ממי שהיה לפניו הבעלים הכשר שלה וכך הלאה עד הבעלים הראשון של הזכויות בנכס. ברור, שככל שמתארכת שרשרת הזכויות במקרקעין כך מתגברת אי-הוודאות בנוגע לכשרות זכותו של המוכר, ונוצר נזק חברתי שמצדיק השקעה באמצעים שיהפכו את המידע הנוגע לשרשרות זכויות במקרקעין לזמין וודאי<sup>9</sup>. אמצעי יעיל להשגת המטרה של הגברת

8 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 20.  
9 שם, בע' 25-45.

הוודאות בשוק המקרקעין הוא יצירת מרשם ציבורי, המבוסס על שיטת רישום זכויות. שיטה זו של מרשם, הנהוגה אצלנו, נבדלת משיטת רישום העסקאות הנוהגת בקרב מדינות רבות ממדינות ארצות-הברית. בעוד שבשיטת רישום העסקאות, המרשם הציבורי משקף את העסקאות המתבצעות במקרקעין בלא לערוב לתוצאות המשפטיות הנובעות מהן, בשיטת רישום הזכויות מעניק המרשם למסתמך עליו ערובה לחוקפן של הזכויות הרשומות<sup>10</sup>. משמע, בשיטת רישום הזכויות אין המרשם הציבורי מסתפק בתיאור העסקאות המבוצעות בנכס, אלא הוא אף ערב למסקנה המשתמעת מן המרשם לגבי מצב הזכויות בנכס<sup>11</sup>.

כפי שמבהיר זנדברג, על מנת שמודל מרשם הזכויות יקנה למסתמך עליו ערובה משפטית בנוגע לתמוגת הזכויות העכשוויות בנכס, עליו לדאוג לחיסול העבר שקדם למרשם. הסיכון שזכות במקרקעין שנרכשה בטרם נוצר המרשם החדש לא תבוא לידי ביטוי במרשם אינו מתיישב עם התפיסה הקונקלוסיבית של מרשם זכויות. ולכן, יצירת מרשם מקרקעין ציבורי המבוסס על שיטת רישום זכויות דורשת תהליך מוקדם של הסדר זכויות, שבמסגרתו נסקרת ההיסטוריה המשפטית של כל יחידת מקרקעין ומופקת זכות מוסדרת, נקייה מנטלי העבר, הנרשמת במרשם החדש. מהניתוח העיוני שבשער הראשון אנו למדים אפוא כי תהליך הסדר זכויות במקרקעין מהווה שלב הכרחי בתהליך היצירה של מרשם זכויות. עוד אנו למדים כי "הרעיון" של הסדר זכויות במקרקעין נולד על רקע המודרניזציה שהתרחשה במחצית השנייה של המאה ה-19 אשר אפשרה את התארכותן של שרשרות זכויות במקרקעין והכבידה על יכולת המשפט להקנות הגנה לזכות הקניין.

10 בשיטת רישום העסקאות, הרישום במרשם הוא רישום של עסקה ולא רישום של זכות. כך, למשל, המרשם ישקף את העובדה שבוצעה במקרקעין עסקת מכר אך לא יערוב לכך שהקונה אכן הפך לבעלים מכוח עסקת המכר. ומכאן, שאפשר, למשל, שפלוני יטוּף את המקרקעין מידי הקונה אם יוכיח כי הוא הבעלים האמיתי ולא מי שהתיימר למוכרם לקונה. ראו י' ויסמן דיני קניין (תשנ"ג), כרך א: חלק כללי) 294. מאחר ששיטת מרשם זו אינה מעניקה ודאות למעיין במרשם, החפתחה במקביל לה בארצות-הברית תעשייה פרטית של חברות מסחריות לבריקת חוקפו של הרישום (abstract companies) וחברות לביטוח המרשם (title insurance companies) שפעילותן הפכה למרכיב אינטגרלי של כל עסקה במקרקעין. זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 66-69, 79-80.

11 מודל מרשם הזכויות פשט באירופה ובאנגליה במאה ה-19 והוא זכה להצלחה גדולה בדרום אוסטרליה. שם עוצבה שיטת מרשם הזכויות על פי המודל שהציע – Sir Robert Richard Torrens שעיקרו היה עריכת ספרי האחוזה על יסוד יחידות רישום קרקעות, והכרה בהעברת בעלות במקרקעין על ידי רישום הזכויות בספרי האחוזה, במקום על ידי רישום של שטר המכר (הקוואן). כפי שהיה נהוג עד אותה עת. שיטת טורננס אומצה על ידי השלטונות הבריטיים כבסיס ליצירתו של מרשם הזכויות בארץ ישראל. ראו זנדברג, שם בע' 84; ר' גביש קרקע ומפה מהסדר קרקעות למפת ארץ ישראל 1948-1920 (תשנ"ב) 156-161.

**שער שני: התעוררות הצורך בהסדר מקרקעין בארץ ישראל 1858-1928**

השער השני עובר מתאוריה להיסטוריה, והדיון בו מוקדש לבחינת הטעמים להיווצרות הצורך בתהליך ההסדר ה"ארץ ישראלי". במסגרת דיון זה מיושמת נקודת המבט החיצונית של החיבור, ומתבהרים היחסים המורכבים שבין המשפט לבין תהליכים חברתיים, כלכליים ומדיניים. בפני הקורא מוצגות שתי קבוצות של גורמים, שלדעת המחבר הנביעו את הצורך להנהגת הסדר מקרקעין בארץ ישראל. בסוג הראשון נכללים שינויים חברתיים וכלכליים שהחלו להתרחש בארץ ישראל לקראת סוף המאה ה-19, במקביל למקומות אחרים בעולם, ואשר הצמיחו ביקוש מוגבר למקרקעין. כתוצאה מהגברת הפעילות בשוק המקרקעין, התארכו שרשרות הזכויות ונוצר קושי ממשי לעקוב אחר חוליותיהן<sup>12</sup>. בסוג השני של הגורמים נכללים נתונים ייחודיים הקשורים למעמד השלטון העותמאני וירשו, השלטון הבריטי.

זנדברג מצביע על כך שמניע משותף לניסיונות העותמאנים והבריטים ליצור תשתית רישום טובה של זכויות במקרקעין בארץ ישראל היה אינטרס השלטון בבירור זכויותיו במקרקעין וזאת על רקע התגברות התופעה של רכישת זכויות במקרקעין הממשלה מכוח החזקה ועיבוד<sup>13</sup>. אך בעוד שהעותמאנים ניסו להנהיג מנגנון מחייב של רישום כדי שיוכלו לחזק את אחיזת השלטון במקרקעין ולאפשר לשלטון להפיק רווחים מהקצאת הקרקע לפרטים, אינטרס הבריטים ביצירת מנגנון רישום הונע גם על ידי שיקולים מדיניים<sup>14</sup>. נוסחו של כתב המנדט כלל התחייבות בריטית "לפעול להקלת המשימה של ייסוד בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל מתוך הנחה ברורה שלא ייעשה שום דבר העלול לפגוע בזכויות האזרחיות והדתיות של העדות הלא-יהודיות

12 השינויים בנתונים הכלכליים והחברתיים של הארץ שיצרו ביקוש למקרקעין כללו גידול דמוגרפי; תהליכי מודרניזציה שהגדילו את אפשרויות הניצול החקלאי והעירוני של המקרקעין, הגירה אירופאית שהזימה ביקוש למקרקעין לצורך הקמת קונסוליות ומשכן לנציגים האירופיים וכן לצורך הקמת מבנים שישרתו גופים בעלי צביון דתי ומיסיונרי. זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 118-121.

13 המחסור ששרר בארץ בסוף המאה ה-19 בהיצע של מקרקעין כבעלות פרטית הביא לפריחתן של דרכים משפטיות ואחרות שמכוחן טענו פרטים לזכויות במקרקעין השלטון. אחת הדרכים הבולטות להספקת הביקוש הגובר למקרקעין הייתה רכישת זכויות באמצעות החזקה ועיבוד של מקרקעי מירי או "החייאת" מקרקעין בלתי מנוצלים (מודאח). הנהגת מנגנון מחייב של רישום אמורה הייתה לסייע לאכיפה הדוקה יותר של זכויות השלטון העותמאני בקרקע על ידי יסוד "נקודות פתיחה" עדכנית שממנה ניתן יהיה להמשיך לעקוב באופן שוטף אחר שינויים בתמונת הזכויות, והקטנת המוטיבציה לעורר טענות סרק בשל החשיפה הכרוכה בחובת הרישום ובשל הספק שמטילה נורמת רישום על טענות שלא באו לידי ביטוי במרשם. שם, בע' 130-131.

14 הניסיונות להנהיג כאימפריה העותמאנית שיטה של רישום זכויות לצורכי ניהולם של המקרקעין נכשלו. שיטת הרישום שיצרו העותמאנים הייתה רוויה ליקויים הרמית בתה לבין שיטות רישום טובות יותר, שהתנהגו באותן שנים במקומות אחרים בעולם, היה קלוש. עם זאת, תשתית הרישום (הלקיחה) שהנחה בשלהי התקופה העותמאנית יצרה נתוני פתיחה טובים לתהליך ההסדר שהחלו בו הבריטים.

הקיימות בארץ<sup>15</sup>. "המחויבות הכפולה" של הבריטים בנוגע להקצאת קרקעות ממשלתיות להתיישבות יהודית היוותה אפוא תמריץ ממשי לפתיחה בהליך של בירור באשר להיקפם ולמיקומם של מקרקעי הממשלה. בהיעדר יכולת למלא את מחויבותה על פי כתב המנדט הייתה בריטניה עלולה לשמוט את הבסיס להמשך שלטונה<sup>16</sup>. אף כי היו לבריטים סיבות טובות להתחיל כמהירות בתהליך של הסדר זכויות, המאבקים המדיניים ששררו בארץ הביאו לעיכובו של ההליך המשפטי. הבריטים חששו שפעולה של חקירת העבר תפרש כמכוונת להכריע במאבק הקרקעי שניטש בין הערבים ליהודים ותערער את יציבות שלטונם בארץ, ולכן הם העדיפו להנהיג תחילה שיטה של רישום עסקאות שתתעד את שרשרות הזכויות מכאן ואילך. חלף אם כן עשור נוסף של חוסר בהירות בנוגע למצב הזכויות בקרקע, עד שהבריטים הבינו את החשיבות של הסדר זכויות והשלימו את ההיערכות המנהלית שהייתה דרושה לשם ביצועו<sup>17</sup>. ב-1.6.1928 נכנסה לתוקפה פקודת הקרקעות (סידור זכויות הקניין) (להלן: "פקודת ההסדר") שסיפקה את התשתית הסטטוטורית לביצוע תהליך ההסדר בתקופת המנדט ובתקופה שלאחר קום המדינה.

#### שער שלישי: עיצובו של תהליך ההסדר

השער השלישי מהווה את לבו המשפטי של החיבור. בשער זה משורטטים בפני הקורא קווי המתאר של תהליך ההסדר שהחלו בו הבריטים לפי פקודת ההסדר ואשר דרש התמודדות עם ארבע משימות<sup>18</sup>. המשימה הראשונה שתהליך ההסדר חייב להתמודד עמה הייתה איסוף המידע על שרשרות זכויות והזרמתו אל המנגנון העוסק בהסדר הזכויות, משמע אל פקיד ההסדר. מערכת התמריצים שהנהיגו הבריטים הצליחה אמנם להביא את רוב בעלי הזכויות להגיש תביעות במסגרת ההסדר, אך הישג זה גרם לכך שלוח התביעות כלל מידע רב ובלתי ממוין<sup>19</sup>. כתוצאה מכך נדרשו השלטונות לבצע משימה נוספת של התאמת המידע והתביעות שהוגשו לפקיד ההסדר

15 המחויבות הכפולה של הבריטים עולה מסעיף 6 לכתב המנדט שהורה כדלקמן:  
 "The administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced... shall encourage, in corporation with the Jewish Agency, close settlement by Jews on land, including State lands... not required for public purposes". J. Stoyanovsky *The Mandate for Palestine* (London, 1928) 355-360.

16 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 169-171.

17 על פרק הניסוי שעברו הבריטים עד שהחליטו להנהיג שיטה של מרשם זכויות ועל מלאכת ההכנה לביצוע ההסדר ראו ד' גביש "רישום והסדר הקרקעות 1928" רישום ועסקאות במקרקעין (א' כהן וד' מימון עורכים, חשמ"ח) 3; זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 176-196.

18 זנדברג, שם, בע' 207-208.

19 על הדרכים לעידוד הגשתן של תביעות על ידי בעלי זכויות והאמצעים שנקטו הבריטים על מנת לייעל את התהליך של איסוף התביעות ראו שם, בע' 211-230.

לתבנית החדשה של מרשם הזכויות. המשימה השלישית שעמדה בפני השלטונות הבריטים ולאחר מכן בפני השלטונות הישראליים הייתה עיצובו של מגנון בירור הזכויות. תהליך בירור זכויות הוא השלב העיקרי והקשה ביותר של תהליך ההסדר. שלב זה מתרחש לאחר שלב איסוף התביעות, וכולל פעולות שונות שמטרתן להפיק מרשימת התביעות הבלתי ממוינת שהתגבשה בלוח התביעות, וממידע נוסף, קביעה חד-משמעית של תמונת הזכויות בגוש פלוני. הכמות הבלתי רגילה של תביעות זכות ואופיו של ההסדר כהליך שנכפה על בעלי הזכויות ושתוצאותיו סופיות, העמידו בפני הגורם המברר אתגר לעצב את שלב בירור הזכויות באופן שיאזן את המתח בין שיקולי יעילות התומכים בהחשת קצב ההליך ובין שיקולי צדק המחייבים הימנעות מפגיעה שרירותית בזכויות<sup>20</sup>. המשימה האחרונה שנדרשו אליה עורכי ההסדר, לאחר סיום שלב בירור הזכויות, הייתה עיצוב עקרון סופיות ההסדר המורה כי הכרעה של תהליך ההסדר בדבר הזכויות בחלקה פלונית היא סופית ומבטלת כל זכות הסותרת אותה<sup>21</sup>.

מעניין במיוחד בשער זה הוא ניתוח הקשר בין שיקולים "מרשמיים" הנוגעים לאופן עיצובה של תבנית המרשם הציבורי ובין הדין המהותי של עסקאות במקרקעין. זנדברג מסביר כי היכולת של מרשם זכויות לספק את מידת הוודאות הנדרשת למסתמך עליו תלויה, במידה רבה, בהיקף הזכויות הנכללות בו, בצורה שבה הן מוצגות ובמידת הפירוט של תיאור הנכס הרשום ופרטיו של בעל הזכות<sup>22</sup>. ככל שנצמצם את היקף המידע שניתן לשבץ במרשם אודות נכס פלוני ואפשרויות ניצולו, כך תגבר יכולת המרשם לספק למסתמך עליו ביטחון בנוגע למצב הזכויות העכשווי בנכס. ומכאן, שהמשימה השנייה עמה נדרשו להתמודד עורכי ההסדר בעניין התאמת תמונת הזכויות הראשונית שנתקבלה בלוח התביעות לתבנית החדשה של מרשם הזכויות, הייתה כרוכה בקבלת החלטות עקרוניות לגבי סוגי הזכויות שייכללו במרשם החדש ודרכי הצגתן<sup>23</sup>. כך, השיקול "המרשמי" הנוגע לעיצוב תבנית המרשם החדשה באופן שיקנה ודאות למסתמך מסביר היטב את הפטור מרישום המוענק כיום במסגרת

20 איון זה בא לידי ביטוי בעיצובו של תהליך הבירור כתהליך שיפוטי המתבסס על מומחיות ומתנהל על פי מינון ראוי של מערכות אינקוויזטוריות מחד גיסא, ושל פסיביות אדברטריות, מאידך גיסא. העובדה שהליך הבירור נעשה על ידי גוף עצמאי תרמה אף היא לבירור זכויות הוגן וללא פניות. ולבסוף, הסתמכות על פתרונות המבוססים על הסכמה ופשרה, במקום על הכרעה שיפוטית, המעיטה את עצמת הפגיעה בזכויות הקלה על ההתמודדות עם ההיקף הכמותי של משימת הבירור. שם, בע' 267-295.

21 שם, בע' 297-331.

22 שם, בע' 234.

23 הדאגה לאמינות המרשם הכיאה לעיצוב אופן הצגתן של הזכויות במקרקעין בתבנית רישום דו-ממדית. מכיוון ששינויים במבנים או בנטיעות שעל הקרקע עשויים להיות שכחים וקשה להבטיח את עדכונם, תבנית מרשם תלת-ממדית הכוללת מידע על הנכס המצוי על הקרקע ואפשרויות ניצולו עשויה הייתה לפגוע ביכולת מרשם הזכויות לערוך לכוונת המידע המצוי בו. שם, בע' 236.

חוק המקרקעין לשכירות קצרת טווח<sup>24</sup>. עומס היתר של מידע שעשוי להיווצר כתוצאה מהטלת חובת רישום על זכויות מסוג זה ששינוי תדיר עשוי לפגוע בבהירות המרשם. הרצון להבטיח כי המרשם יספק למסתמך עליו מידע חד-משמעי בנוגע למצב הזכויות ביחידת המקרקעין מחייב גם להגביל את תבנית המרשם לרשימה סגורה של קטגוריות זכויות<sup>25</sup>. הכרה באפשרות הצגתן של הזכויות כמרשם בתבניות "פתוחות" מסוג של "הערות" או "שונות" עשויה להקשות על צד שלישי לגלות ערנות למידע שמופיע באותן תבניות ולפגוע ברמת הוודאות של המסתמך<sup>26</sup>. דוגמה עדכנית להשפעת שיקולים מרשמיים על הוראות הדין המהותי מצויה בתיקון לסעיף 126 לחוק המקרקעין<sup>27</sup> שקבע כי רק בעל זכות במקרקעין או בעל זכות קניינית אחרת המנויה בסעיף ייחשב חייב לצורך רישום הערת אזהרה. תיקון זה שנחקק בעקבות ע"א 558/88 איטונג בע"מ נ' דוד לוי ובניו בפירוק<sup>28</sup>, הונע, בין היתר, על ידי רצון המחוקק לשמור על תבנית מרשם שתקל את התמצאות המסתמך. מישור נוסף שבו מתגלה אופיו של ההסדר כתהליך מעצב הוא השינוי שמביא עמו התהליך בתמונת הזכויות המהותיות שקדמה להנהגתו. זנדברג מביא בהקשר זה שתי דוגמאות לשינוי מהותי של זכויות במסגרת תהליך ההסדר שבוצע בארץ ישראל. האחת נוגעת לרישומם של מחזיקים מכוח התיישנות דיונית כבעלים והשנייה מתייחסת להפרטה של זכויות במקרקעין בשיטת המשאע<sup>29</sup>.

מהדיון בשער זה אנו למדים אפוא כי "ההסדר איננו רק תהליך ה'מצלם' את תמונת הזכויות במקרקעין, כפי שעוצבה בדין המהותי, ומשפר, באמצעות הרישום, את האופן שבו ניתן לבררה ולהציגה"<sup>30</sup>. לתהליך יש השפעה רבה על עיצוב הדין

24 ס' 79 (א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 פוטר מרישום שכירויות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים. ס' 152 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1952 פוטר מרישום שכירויות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים.

25 ס' 161 לחוק המקרקעין מורה כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". לפרשנות סעיף זה כשולל את העיקרון של רשימה פתוחה ביצירת זכויות קנייניות במקרקעין, ראו ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 77, 79-80; מ' דויטש קניין (תשנ"ז, כרך א) 81-91.

26 ומכאן, שלא רק בעיית הידיעה בדבר קיום הזכות שנוצרה מהווה נימוק לתמיכה בשיטת הרישימה הסגורה, אלא גם שיקולים הנוגעים לעיצובה של תבנית המרשם באופן שיגדיל את רמת הוודאות של המסתמך. השו"ש.

27 ס' 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

28 ע"א 558/88 איטונג בע"מ נ' דוד לוי ובניו בפירוק, פ"ד מח(2) 102. בפסק דין זה נקבע כי גם בעל זכות חודית במקרקעין יכול להיחשב כחייב לצורך רישום הערת אזהרה. הלכה זו עשויה הייתה לגרום לעומס רב של הערות כמרשם המקרקעין ולסרבול המידע המוצג בפני המסתמך.

29 זנדברג מעיר בנוגע להפרטה של מקרקעי המשאע כי תהליך זה נבע לא רק ממגבלות תבנית המרשם החדשה אלא גם ממדיניות כלכלית שביקשה לשים קץ לשיטה עקב היותה גורם מעכב פיתוח חקלאי. לפירוט ראו זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 237-264. על שיטת המשאע שהייתה מקובלת בחברות טרום מודרניות במזרח התיכון ובכלל זה בארץ ישראל ראו ד' גרוסמן "החזקה הקומונלית – דיון בשיטת המשאע והשלכותיה" קרקע (תשנ"ו) 56.

30 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 264.

יסודות מרשם המקרקעין במדינת ישראל

הפוזיטיבי הנוגע לעסקאות במקרקעין, ולעתים מביא עמו התהליך גם שינויים מהותיים בתמונת הזכויות הקיימת.

### שער רביעי: תהליך ההסדר ומדינת ישראל: מאפיינים ייחודיים

השער הרביעי והאחרון של הספר מוקדש לסקירת תהליך ההסדר בתקופה שלאחר קום המדינה. זנדברג מציג את התהליך בתקופה זו כמתנהל בין שתי מגמות סותרות: מגמת המשכיות ומגמת שינוי. מצד אחד, הקמתה של מדינת ישראל לא קטעה את התהליך שפתחו בו הבריטים בשנת 1928 לפי פקודת ההסדר, והמדינה אף אימצה את התוצאות שהפיק ההליך בתקופת המנדט ואת התשתית החוקית וההלכתית שלפיה הוא עוצב. מצד שני, לאחר קום המדינה התרחשו שינויים משמעותיים בדין המהותי שלפיו התנהל ההסדר שהיה בהם כדי להשפיע על טיבו של התהליך. כך, שונתה בחקיקה תקופת ההתיישנות הרלוונטית לרכישת זכויות במקרקעין ונקבע איסור על העברת בעלות במקרקעי המדינה. בנוסף, פיתח בית המשפט העליון הלכות חדשות שקבעו סף מינימום של חמישים אחוזים לדרישת העיבוד החקלאי והתייחסו לתצלומי אוויר משנת 1945 כאל ראיה מכרעת באשר לאחוז העיבוד של החלקה<sup>31</sup>. ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר שחקר גם הוא את התנהלות הסדר הקרקעות בתקופה שלאחר קום המדינה, סבור שהשינויים ה"קטנים" בגישת הפסיקה הישראלית לתהליך ההסדר היטו באופן מעשי את תוצאות ההסדר לרעת המחזיקים הערביים. לעמדתו, המניע הראשי להנהגתם של השינויים האמורים הייתה מדיניות "גאולת הקרקע" של המדינה היהודית אשר חדרה והשפיעה על פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה<sup>32</sup>. כנגד עמדה זו מציע זנדברג הסבר פחות "פוליטי", שמייחס את מגמת השינוי שניכרת בתשתית החוקית וההלכתית של אופן ניהול ההסדר לאחר הקמת המדינה, לא רק לחילופי השלטון הבריטי-מנדטורי בשלטון יהודי-ציוני, אלא גם לנתונים "ניטרליים" הנוגעים לעובדה שרק בשלב מאוחר הגיעו השלטונות לטפל בהסדרתם של שטחים עירוניים קשים שבהם התפתחו שרשרות ארוכות של זכויות במקרקעין<sup>33</sup>. הסבר זה של זנדברג אינו תואם את גישתי המחקרית הנוטה להדגיש את הגורמים הפוליטיים והתרבותיים שביסוד משטר המקרקעין הישראלי<sup>34</sup>. עם זאת, אין ספק שהפרשנות המוצעת מאירה פן נוסף של היחסים המורכבים שמתקיימים בין המשפט ובין החברה.

31 שם, בע' 343-351.

32 א' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיני משפט כא (חשנ"ח) 665, 703-745.

33 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 337.

34 ראו י' הולצמן-גזית "דיני הפקעת קרקעות בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין בפרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי לציבורי (ח' דגן עורך, תש"ס) 223; י' הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן (ש' לרנר וד' לוינסון עורכים, תשס"ב) 73.

ניתוח ההיסטוריה של תהליך ההסדר בתקופה שלאחר קום המדינה כרוך בשער הרביעי בדיון בנושא אחר שהנו צופה פני עתיד ופונה לפרקטיקה המשפטית. הנושא השני שעליו נסוב הדיון בשער האחרון מפנה את הקורא לבעיית הזכויות הבלתי רשומות במקרקעין מוסדרים. תופעה זו נוצרה בעיקר כתוצאה משינויים שהתרחשו בחלוקה הפיזית של השימוש וההחזקה בפועל של המקרקעין ואשר לא באו לידי ביטוי במרשם בשל איטיות הפעולות הכרוכות בחלוקה של חלקות במקרקעין. התמשכותו של המצב המתואר יצרה פער בין התמונה שמציג המרשם לבין התפלגות תכני הבעלות במציאות<sup>35</sup>. הספר מסתיים אפוא במסקנה שלפיה סיומו של תהליך ההסדר, במובן הצר, אינו מבשר את סיומו של הצורך בהסדר זכויות במובן הרחב. הצורך בביצוע חקירה לאחור של שרשרת זכויות במקרקעין הוא צורך שעשוי להתעורר לפרקים גם לאחר יצירתו של מרשם זכויות, כל אימת שזה נכשל בהשגת מטרתו להנהיג ודאות בשוק המקרקעין<sup>36</sup>. הניתוח המעמיק שמוצג בחיבור בנוגע לאופן התנהלות ההסדר במהלך שבעים שנה, ראוי לו שישמש כמורה דרך לקובעי המדיניות לכשיוחלט לבצע הסדר נוסף.

35 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 371-377. ההערכות האחרונות בנוגע להיקף יחידות המגורים שאינן רשומות במרשם המקרקעין עומדות על כ-950,000 יחידות מתוך סך כולל של 2,000,000 יחידות מגורים בנריות במדינת ישראל. ד' מאור "הוקמה מערכת מקוננת למידע על הרישום בטאבו" הארץ 3.3.2002.

36 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 405-406.