



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2281/06

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים : שמואל אבן זוהר ו-204 אח' (רשימה מצורפת)

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 28.2.06 בת"א 2297/01 שניתן על ידי כבוד השופטת נ' אחיטוב

תאריך הישיבה : י"א בשבט תשס"ט (5.2.09)

בשם המערערים : עו"ד שי שוב ; עו"ד ה' לביא

בשם המשיבה : עו"ד מ' גולן

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו שניתן על ידי כבוד השופטת נ' אחיטוב ביום 28.2.2006 ושבמסגרתו נדחתה תביעתם של המערערים לפיצוי בגין פגיעה במקרקעין.

הרקע העובדתי

1. המערערים הם 205 בעלי זכויות בחלקה 12 בגוש 3947 המצויה במערב ראשון לציון (להלן: החלקה או חלקה 12). שטחה הכולל של החלקה הוא 322,317 מ"ר והיא מצויה בבעלות משותפת של כ-400 בעלים. חלקה 12 וכן החלקות הסמוכות נוצרו לאחר הפקעה משנת 1967 שבעקבותיה נעשתה חלוקה מחדש של החלקות.

בסמוך לחלקה מצוי מתקן צבאי - מטווח ניסויים וירי (מטווח 24) - מתקן בטחוני מאושר לפי פרק ו' לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). מדובר במתקן רחב ידיים, המשתרע לאורך חוף הים מראשון לציון דרומה, עד פלמחים. המתקן שימש ככזה כבר בתקופת המנדט, עבר לרשויות צה"ל עם הקמת המדינה ומשמש את המדינה (צה"ל) מאז הקמתה.

2. בשנת 1973 חתם הרמטכ"ל דאז, רב אלוף דוד אלעזר, על צו סגירת שטחי אימונים מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) ובעקבות זאת גודר שטח של 144,697 דונם מהחלקה (להלן: צו הסגירה) ועל יתרת החלקה הוטלו מגבלות בניה שונות.

3. ביום 20.12.1978 הוציא מנהל מחוז המרכז במשרד הפנים צו תפיסת מקרקעין, בהתאם לחוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום, התש"י-1949, שבמסגרתו נתפסו שתי רצועות דרך בשטח כולל של 6,500 מ"ר בתוך השטח המגודר (להלן: צו התפיסה ו-רצועות הדרך בהתאמה). תוקף צו התפיסה היה לשלוש שנים בלבד אולם המשיכה המשיכה להחזיק ברצועות הדרך גם לאחר שפג תוקפו. במסגרת עתירה שהגישו כמה מבעלי הקרקע הורה בית משפט זה למשיכה לפנות את רצועות הדרך, כל עוד לא יוצא צו חדש, ולפי דבר חקיקה אחר, המעגן את תפיסתן. בעקבות זאת, פרסמה המדינה הודעה על רכישת זכות חזקה ושימוש במרבית השטח של רצועות הדרך (בשטח של 5,720 מ"ר), לתקופה של 15 שנים, בהתאם לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות). לקראת סיום תקופה זו, בשנת 1998, פרסמה המדינה הודעה נוספת על רכישת זכות חזקה ושימוש באחת מרצועות הדרך (ששטחה 2,190 מ"ר), לתקופה של 20 שנים, בהתאם לפקודת הקרקעות.

4. המערערים הגישו לבית המשפט המחוזי תביעה לתשלום פיצויים בגין הפגיעה שנגרמה להם כתוצאה מפרסום צו הסגירה וכן כתוצאה מרכישת החזקה והשימוש ברצועות הדרך. המערערים טענו כי נוכח חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), יש לזכותם בפיצוי הולם שיקהה את הפגיעה שנגרמה להם כתוצאה

מצו הסגירה. לטענתם, גם הפגיעה בחופש התנועה שלהם, בכך שאינם יכולים להיכנס באופן חופשי לחלקתם, יש בה כדי להקנות להם זכות לפיצוי. עוד טענו המערערים כי שימוש המשיבה בחלקה והנאתה מסגירת השטח והקפאת הניצול והפיתוח של החלקה כולה, מזכה את המערערים בפיצוי מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). לבסוף ביקשו המערערים להורות על השבת סכומי מס הרכוש ששילמו במהלך השנים.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

5. אשר לתביעה להשבת מס הרכוש ששולם, ציין בית המשפט המחוזי כי סעד זה, שנזכר רק בסיכומים ולא התבקש בכתב התביעה, מהווה "הרחבת חזית" אסורה שהמשיבה התנגדה לה, ולכן לא נענה לה.

6. אשר לתביעה לפיצויים בגין צו הסגירה, בית המשפט המחוזי קבע כי מקום שבו לא קיימת חובת פיצוי לפי דין, הרי שלא ניתן לקרוא לתוך החוק חובת פיצויים בגין פגיעה במקרקעין, ולא ניתן למצוא הוראה כזאת גם בפסיקה. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, אין מקום לקבוע חובת פיצוי מקום שנעדרת הוראה כזו בדין בכלל ובתקנות ההגנה בפרט, וזאת נוכח סעיף 3 לחוק היסוד. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, אמנם פרשנותם של דינים הקודמים לחוק היסוד משתנית לאורו אולם אין בכוחה של הפרשנות ליצור חובת פיצוי יש מאין. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים במקרה שלפנינו, שכן המחוקק הבריטי דווקא הקפיד לקבוע הוראות פיצוי מפורשות בחוקי ההפקעה שהנהיג באנגליה וגם בתקנות ההגנה עצמן נקבעו מספר הוראות הקובעות חובת פיצוי, שאינן מתייחסות לתקנה 125 נשוא דיון זה. לפיכך, נדחתה התביעה לתשלום פיצויים בגין הפגיעה שנגרמה למקרקעין כתוצאה מפרסום צו הסגירה מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה, ככל שהיא מתייחסת הן לשטח המוחזק והן ליתרת החלקה, מכוח המשפט הציבורי.

7. אשר לטענת המערערים כי על המדינה לשלם פיצויים על ההנאה שהיא מפיקה מהמקרקעין לפי הוראות חוק עשיית עושר, קבע בית המשפט המחוזי כי די בכך שלא מתקיים היסוד "שלא כדין" הקבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר על מנת לדחות את הטענה. הן צו הסגירה הוצא כדין והן יתר ההגבלות המוטלות על החלקה הן כדין, ולפיכך נדחתה התביעה גם לפי עילה זו.

8. בית המשפט המחוזי ציין כי המערערים דרשו פיצוי אף בגין רכישת זכות החזקה והשימוש ביחס לשתי רצועות הדרך, לפי פקודת הקרקעות. לדברי בית המשפט

המחוזי, אין חולק כי רכישת זכות שכזאת מזכה, ככלל, בפיצוי ואף המדינה לא התכחשה לחבותה זו. יחד עם זאת, ציין בית המשפט המחוזי כי עיקר הדיון לפניו התנהל שלא ביחס לפקודת הקרקעות ולא הובאו כמעט ראיות בעניין זה. יתרה מכך, לדברי בית המשפט המחוזי, סעד של פיצויים מכוח פקודת הקרקעות מתייחס לשטח מקרקעין ספציפי מתוך החלקה ולקבוצת תובעים הכוללת חלק בלבד מתוך התובעים בהליך זה, מחד, והכוללת (מן הסתם) תובעים פוטנציאליים נוספים, מאידך. נוכח האמור, החליט בית המשפט המחוזי שלא להכריע בסוגיה זו, ואפשר לתובעים הרלוונטיים, אם ברצונם בכך, להגיש בעניין זה תביעה חדשה לבית המשפט המוסמך, מבלי שפסק דין זה יהווה מעשה בית דין כלשהו בתביעה עתידית כזאת.

9. לסיכום, התביעה נדחתה על כל ראשיה, ובית המשפט המחוזי חייב את המערערים בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין לטובת המשיבה בסך של 100,000 ₪ בצירוף מע"מ, ריבית והצמדה.

טענות המערערים

10. המערערים טוענים כי אמנם בתקנות ההגנה לא נקבע באופן מפורש מנגנון פיצוי בגין סגירת מקרקעין לפי תקנה 125 ואף בית משפט זה טרם אמר את דברו בעניין, ברם הפרשנות הראויה שיש לתת לתקנה 125 היא כי יש להעניק פיצוי לאדם שמקרקעיו נסגרו לפי תקנה זו, זאת נוכח ההלכה שלפיה אין פוגעים בקניינו של אדם ללא מתן פיצוי נאות. המערערים מדגישים את המעמד הרם שקנתה הזכות לקניין בעקבות חקיקתו של חוק היסוד וטוענים כי פגיעה בקניינו של אדם מחייבת פיצוי, אלא אם כן נשללה זכות זו באופן מפורש בחוק.

לטענת המערערים, העובדה שבתקנות ההגנה לא נקבע מנגנון מפורש למתן פיצוי אינה מלמדת על הסדר שלילי, אלא על לאקונה שאותה יש למלא בהתאם לעקרונות חוק היסוד. לטענתם, במקום שבו רצה המחוקק המנדטורי לשלול זכות לפיצוי, עשה כן מפורשות, ומשלא עשה כן הרי שמדובר בלאקונה שיש לפרשה לאור חוק היסוד וההלכות שנקבעו בעניין, קרי מתן פיצוי. פרשנות כזו תיצור הרמוניה חקיקתית ותתאים את תקנות ההגנה הארכאיות לעידן המודרני.

11. המערערים מוסיפים וטוענים כי חובת הפיצוי קמה גם מטעמים של שוויון וצדק. לדבריהם, הצדק החלוקתי מחייב כי הנטל בגין פעולות לטובת כלל הציבור צריך ליפול על כלל הציבור ולא על מיעוטו. לדבריהם, מי שמקרקעיו מופקעים דה-פקטו לטובת המדינה, זכאי לכך שכלל הציבור הנהנה מהשימוש ברכושו ישא גם הוא בשווי

השימוש. המערערים מוסיפים כי כל עוד אדם אינו יכול ליהנות מנכסיו - בין אם הופקעו ובין אם נסגרו - זכאי הוא לפיצוי בגין כך.

12. המערערים סבורים כי הם זכאים לפיצוי גם מכוח חוק עשיית עושר. לדבריהם, אין חולק כי המשיבה התעשרה על חשבונם, כי למערערים לא שולמו פיצויים על הפסדם וכי המשיבה לא שילמה דמי שימוש בגין התעשרותה. לטענת המערערים, עושרה של המשיבה בגין תפיסת מקרקעיהם, אף אם הורתו כדין, הרי שהמשכו שלא כדין, שכן העובדה שעד היום לא קיבלו כל פיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם או דמי שימוש, היא לא כדין, ועל כן העושר שנצבר על ידי המשיבה בעקבות צו הסגירה, הגיע לידיה שלא כדין. לשיטת המערערים, אף אם צו הסגירה והמגבלות שהוטלו על הקרקע הוטלו כדין, אין בכך כדי להקנות למשיבה זכות התעשרות או זכות להשתמש בקרקע מבלי לפצות את בעליה או לשלם להם דמי שימוש. "הזכות שבדין" שניתנה למשיבה היא הזכות לסגור את מקרקעי המערערים ולהשתמש בהם אך לא להתעשר על חשבונם מבלי לפצותם. לפיכך, טוענים המערערים כי טעה בית המשפט המחוזי בקובעו כי לא התקיימו יסודות העילה של עשיית עושר ולא במשפט, שכן אף אם צו הסגירה ניתן כדין, הרי שהשימוש במקרקעין ללא פיצוי והתעשרות הנובעת מכך הם שלא כדין.

13. המערערים מוסיפים וטוענים כי אכן הדיון בבית המשפט המחוזי התמקד בתקנות ההגנה וכמעט ולא הובאו ראיות בנוגע להפקעת רצועות הדרכים, אולם זאת משום שההפקעה הוכחה והמשיבה עצמה הודתה בחובתה לשלם פיצויים בגינה, ועל כן לא היה צורך להביא ראיות נוספות או להיכנס לעובי הקורה בעניין. באשר לשיעור הפיצוי, הובאה חוות דעת של שמאי אולם נטען כי בית המשפט המחוזי התעלם ממנה. בנוסף, טוענים המערערים כי זכויות בעלי הקרקע בחלקה 12 הן בחלקים בלתי מסוימים בחלקה ולא ניתן להפריד בין בעל זכויות אחד בקרקע לרעהו. לכולם זכות קניין, על פי חלקם היחסי, בכל חלק וחלק במקרקעין ואף בחלק שהופקע, ועל כן לכל אחד מקבוצת המערערים קמה זכות לפיצוי.

14. המערערים טוענים כי הדרישה להשבת מס רכוש לא היוותה הרחבת חזית שכן כבר בכתב התביעה הם התייחסו באופן מפורש לחיובי מס הרכוש שהוטלו עליהם במשך השנים, ותבעו פיצוי בגין כך. עוד טוענים המערערים כי סעד זה נובע באופן ישיר מהסעד העיקרי שהתבקש.

15. המערערים משיגים אף על הוצאות המשפט שנפסקו לחובתם, ולטענתם מדובר בסכום גבוה באופן ניכר בהשוואה לתביעות מהסוג דנן, במיוחד נוכח העובדה

שלמעשה תביעתם לתשלום בגין הפקעת רצועות הדרך התקבלה באופן מהותי ונדחתה מסיבות פרוצדוראליות. עוד טוענים הם כי טעה בית המשפט המחוזי בכך שקבע כי לסכום ההוצאות ושכר הטרחה יתווסף מע"מ, למרות שהמשיבה היא המדינה.

טענות המשיבה

16. בפתח הדברים מדגישה המשיבה כי כיום חלים צווי סגירה לצרכים ביטחוניים לפי תקנות ההגנה על כרבע מכלל המקרקעין במדינה. אין מדובר בצו הפקעה, ואין עמו תפיסת חזקה, וכל מטרתו איסור כניסה ויציאה ללא תיאום עם הצבא. תקנה 125 לתקנות ההגנה אינה קובעת כל פיצוי בגין הוצאת הצו ומשכך משך כל שנות קיומה לא שילמה המדינה מיוזמתה ואף לא נתבע ממנה פיצוי עקב הוצאת צו שכזה. שאלת הזכות לפיצוי על בסיס טענות חוקתיות נדונה בפני בית משפט זה לראשונה.

עוד מדגישה המשיבה כי המערערים הגבילו את עצמם לעילות מכוח דיני עשיית עושר ומכוח תקנות ההגנה ופירושן לאור חוק היסוד. המשיבה מתנגדת לכל שינוי חזית החורג מעילות אלה.

17. המשיבה טוענת כי היא אמנם מתנה את הכניסה לשטח הסגור והיציאה ממנו בהיתר, אך אינה עושה כל שימוש משלה במקרקעין, לבד מן הרצועה המשמשת דרך, שבשל השימוש שנעשה בה - הופקעה. על יתרת החלקה שאינה בתחום השטח הסגור מוטלות מגבלות תכנוניות שאושרו כדין על ידי הועדה למתקנים בטחוניים (ולמ"ב) מכוח סעיפים 160(3), (א3) ו-3(ב) לחוק התכנון והבניה, ואשר מתחייבות מאופי הפעילות במתקן הביטחוני. לדברי המשיבה, המגבלות התכנוניות אינן מונעות שינוי תכנוני, אלא קובעות הסדר פרוצדוראלי בלבד שלפיו יש לשמוע את עמדת מערכת הביטחון לפני החלטה בדבר שינוי תכנוני. עוד טוענת המשיבה כי מדובר בשטח לא מפותח שאינו משמש איש להפקת רווחים, אין בדעתם של המערערים לעשות במקום דבר והם מקווים לשינוי במצבה התכנוני של הקרקע על מנת שהשקעתם תראה פירות. משכך, לא נגרם למערערים כל חסרון כיס כתוצאה מצו הסגירה.

18. המשיבה טוענת כי במסגרת הליך משפטי שהתנהל בגין ההפקעה משנת 1967 [ראו: ד"נ 29/69 אביבים נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397 (1970)], קבע בית משפט זה מספר קביעות המהוות מעשה בית דין בדיון שלפנינו, ובין היתר הקביעה כי המערערים, שרכשו את החלקה לאחר ההפקעה, מנועים מלטעון לקיומו של נזק בגין המתקן הביטחוני וכן הקביעה כי לא נגרם נזק של ירידת ערך כתוצאה מפעילותו של המתקן הביטחוני במקום.

בהליך נוסף שניהלו המערערים [ראו: בג"ץ 297/83 אחוזת חולות ראשון 6/3947 בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם)] כנגד תפיסת הדרכים (שקדמה להפקעתם) לא טענו המערערים שנוכח השימוש שנעשה, לטענתם, בשטח הסגור, או נוכח ההגבלות התכנוניות על יתרת השטח, יש מקום להפקיעם על מנת שיוכלו לקבל פיצוי. נהפוך הוא, המערערים קיוו לזרז את פינוי השטח. המשיבה סבורה כי כל עוד אין היא עושה שימוש של ממש בקרקע, מן הראוי כי תבחר באמצעי הפוגעני פחות, שאינו שולל זכויות קנייניות מבעלי הקרקע, קרי, צו הסגירה, על פני הפקעת השטח כולו. המשיבה טוענת כי הסתמכה על עמדתם של המערערים, והשיהוי הרב בהגשת התביעה גרם נזק לאינטרס הציבורי בכלל ובהיבט התקציבי בפרט. המערערים ויתרו על זכותם לדמי שימוש עבור השטח שאינו מופקע לצורך דרכים, ככל שהייתה כזאת, והם מנועים מלטעון כיום כי המשיבה עושה שימוש כלשהו בתחום השטח הסגור (להוציא רצועת הדרך) שמזכה אותם באופן כזה או אחר בפיצויים.

19. המשיבה טוענת כי תקנה 125 לתקנות ההגנה היא הוראה עונשית האוסרת על כניסה בלתי מתואמת לקרקע, לשם שמירת שלום הציבור וביטחוננו. שלא כהפקעה, אין צו הסגירה נוטל מן הזכויות הקנייניות של הבעלים ואין הוא מקנה למדינה כל זכות בקרקע, אף לא את הזכות להחזיק בה. אין לו כשלעצמו גם כל משמעות תכנונית. נוכח הנפקות המשפטית המצומצמת של צווי הסגירה, לא ראה המחוקק המנדטורי לנכון לקבוע לצד תקנה 125 כל זכות לפיצוי בגין הוצאתם. פקודת הפיצויים (הגנה), 1940 שאליה מפנות חלק מתקנות ההגנה מקנה זכות לפיצוי בגין אחת מהפעולות הבאות - תפיסת חזקה בקרקע, הפקעת רכוש שאינו קרקע וביצוע עבודה בקרקע. בדברי חקיקה אחרים קבועה הזכות לפיצוי בגין הפקעת מקרקעין. ברי שאין כאן לאקונה שכן שלא כיתר הסמכויות שבצדן נקבעה הזכות לפיצוי, אין מוקנית כאן לרשות כל זכות קניינית או זכות להחזיק בקרקע. אין מדובר בהשמטה אלא בהסדר שלילי.

20. המשיבה מוסיפה כי מן הראוי להתחשב בפירוש שניתן לחוק על ידי גורמי השלטון המופקדים על ביצועו ומתמחים בהפעלתו. יש לתת משקל לדרך פעולתה של המדינה מזה שנים רבות, לחזקת התקינות של פעולת הרשות ולהסתמכות הרשות על פרשנות זו של ההסדר החקיקתי. משך כל השנים מאז קום המדינה, עושה המדינה שימוש נרחב בסמכות לסגור שטחים לפי תקנה 125 לצורך שטחי אימונים והבטחת האזרחים מפני פגיעה בעת מעבר בשטחים אלו או בשטחים הסמוכים להם, זאת נוכח הצורך הביטחוני ועל בסיס התפיסה המשפטית שאין המדינה מחויבת בתשלום כתוצאה מהוצאת צווי סגירה. לשינוי בפרשנות הדין בעניין זה תהא משמעות כספית אדירה.

21. לשיטת המשיבה, בית המשפט המחוזי צדק כשקבע כי החקיקה המנדטורית ברורה ואין לפרשה כמקנה זכות לפיצוי בגין הוצאת צווי סגירה. המדובר בהסדר שלילי ברור. זכות הקניין אינה מוחלטת ולא בכל מקרה של פגיעה קניינית ינתן פיצוי, קל וחומר כשמדובר בצו שאינו נוטל זכות קניינית ונפקותו בהגבלת חופש התנועה. המחוקק עצמו קבע כי פגיעות מסוימות בקרקע לא תגררנה זכות לפיצוי. היעדר הזכות לפיצוי במקרים אלו מקורה באחריות החברתית שהיא חלק מזכות הקניין. בענייננו קיים צורך חברתי ברור - הצורך הצבאי הנגזר מהמצב הביטחוני של המדינה - וצורך זה צריך להישקל. ההגבלה הנגזרת מצו הסגירה נתפסת על ידי המחוקק ככזו שהבעלים צריך לחיות עמה ללא פיצוי, לטובת הכלל.

22. לשיטתה של המשיבה, ככל שייקבע כי יש מקום לפיצוי בגין הוצאת צו סגירה, הרי שמן הראוי לאמץ את המודל הנזיקי (לפי הפיחות בערך הקרקע), שכן אין בצו רכישה של זכות קניינית, והוא עוסק בהגבלת תנועה בלבד. השאלה שצריכה להישאל היא מה הנזק שנגרם לבעלים עקב הצו. לעתים לא יסב הצו כל נזק, כגון בענייננו, כשממילא לא ניתן לעשות בקרקע דבר.

23. עוד מבקשת המשיבה לקבוע כי אם יימצא כי צווי סגירה כרוכים בתשלום פיצויים, הרי שחובה זו תחול מכאן ולהבא בלבד.

24. אשר לעילה לפי חוק עשיית עושר, המשיבה סבורה כי אף אחד משלושת יסודותיה של העילה לא התקיים. ראשית, צה"ל לא התעשר על חשבון המערערים. קשה לראות בהגבלת התנועה על ידי הטלת חובת תיאום כניסה משום התעשרות. שנית, היסוד "שלא כדין" לא מתקיים. אין חולק שצו הסגירה הוצא כדין. לדברי המשיבה, ככלל, אם יש זכות או היתר לעשות פעולה פלונית, נגזרת מכך גם הזכות להחזיק בטובת ההנאה שצמחה מהפעולה. רק אם כוונת הדין הברורה היא להתיר את הפעולה מבלי שקביעה זו תקנה לפועל את הרווח הנובע ממנה - אזי יש להפריד בין חוקיות הפעולה לבין חובת ההשבה או התשלום לפי דיני עשיית עושר. בענייננו, הזכות לקבל תשלום כלשהו בגין סגירת השטח לא הוקנתה בתקנות ההגנה. זאת ועוד, צו הסגירה הנו תקנה בת פועל תחיקתי, והמשיבה מציינת כי לא נמצא מקרה שבו הרשות חויבה בדיני עשיית עושר בגין מעשה חקיקה. שלישית, אפילו קמה עילה מכוח חוק עשיית עושר, סבורה המשיבה כי היה מקום לפטור אותה מהשבה לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר, כיוון שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה ומשום שבנסיבות העניין ההשבה תהא בלתי צודקת. לדברי המשיבה, המערערים לא ניסו, לא רצו ולא ביקשו

לעשות במקרקעין כל שימוש עד לפינוי המיוחל של המתקן הצבאי המצוי בסמוך, ולפיכך למערערים לא נגרם כל נזק או חסרון כיס בגין צו הסגירה.

25. אשר למגבלות התכנוניות, טוענת המשיבה כי אלה נובעות מקיומו של המתקן הצבאי, ואינן קשורות לצו הסגירה. החלטת הרשות התכנונית נובעת משיקולים ציבוריים וחברתיים, ואין לפרט זכות לכך שהוא ימצא נהנה מהחלטתה דווקא. הדין מזכה אותו בפיצוי רק כשמצבה התכנוני של הקרקע הורע. אין לפלוני עילה נגד אלמוני על שמבנהו או פעילותו החוקית בשטח מונעים פיתוח רווחי יותר של מקרקעיו. מלבד קיומו של המתקן הצבאי במקום, הרי שגם תכנית המתאר הכללית אינה מאפשרת את הפיתוח לו מקווים המערערים.

26. אשר לפיצוי בגין הפקעת רצועת הדרך, טוענת המשיבה כי הזכות לפיצויי הפקעה ניתנת למי שהיו בעלי הקרקע במועד הוצאת הודעת הפקעה. המערערים לא הציגו פרטים באשר לזכותם לפיצוי - האם היו בעלים במועד זה ואם רכשו את הקרקע לאחר מכן, האם הזכות לפיצוי הומחיתה להם. התביעה בעניין זה באה אגב הטענות לפיצוי בגין צו הסגירה. צדק בית המשפט המחוזי בקובעו שאל לו להיזקק לתביעה זו, ועל המערערים להגיש תביעה נפרדת בעניין זה.

27. המשיבה מוסיפה וטוענת כי בהערות המערערים בעניין תשלום מס הרכוש בכתב התביעה אין כדי להוות עתירה לסעד. המערערים עצמם לא הציגו כל טיעון וראיה בעניין.

28. אשר להוצאות המשפט, טוענת המשיבה כי אין זה מדרכו של בית המשפט לערעורים להתערב בכך. זאת ועוד, לדעת המשיבה סכום החיוב הוא ראוי הן נוכח מורכבות הנושא שבדיון והיקף העבודה שהושקעה בתיק והן נוכח העובדה שבסכום ההוצאות נושאים 205 המערערים.

סיכומי תשובה מטעם המערערים

29. המערערים טוענים כי הטענה בדבר השימוש הנרחב בצווי סגירה ובדבר המשמעות הכספית שתהא לקביעה כי הם מקנים פיצוי, מהווה הרחבת חזית ומכל מקום שיקול תקציבי אינו יכול לפגוע בזכויות יסוד מהותיות. זאת ועוד, דווקא היעדר פיצוי בגין סגירת מקרקעין יאפשר למשיבה להטיל צווי סגירה ללא איזונים ובלמים. עוד נטען כי הוכח שבאזור החלקה הוקמו וקמות שכונות מגורים בעוד חלקה 12 נותרת בשימונה.

30. המערערים טוענים עוד כי טענות ההשתק, הויתור והשיהוי נדחו על ידי הערכאה קמא ויתרה מכך, המערערים ניסו במשך השנים לקבל פיצוי או לקבל חזרה את הזכות להשתמש במקרקעיהם. כשניתן צו הסגירה ב-1978 קיוו כי במהלך השנים תושב להם הקרקע, אולם משחודש צו הסגירה הבינו כי לא יזכו לראות פירות מרכושם ולכן פנו לבית המשפט. עוד טוענים המערערים כי לו הייתה המשיבה מפקיעה את הקרקע לפחות היו זוכים לפיצוי אולם המשיבה בחרה באפשרות לא מידתית.

31. המערערים מוסיפים כי כאשר מונחת על הפרק מחלוקת משפטית בין השלטון לבין האזרח, יהא זה אבסורד לנקוט בפרשנות המעניקה לגורם השלטוני יתרון לא הוגן.

32. לטענת המערערים המשיבה ממעיטה בנזק שנגרם להם ומציגה אותו כפגיעה מינימאלית וחלקית, בעוד שהגבלת התנועה המוחלטת היא הנזק, שכן במצב דברים זה לא ניתן לבנות על המקרקעין ולא ניתן לנצלם או לפתחם או להפיק מהם כל רווח. המערערים מוסיפים כי אלמלא המתקן הביטחוני היה השטח מתוכנן וזמין לבנייה.

33. המערערים סבורים כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית, אף אם נפגע לכאורה עיקרון ההסתמכות, זאת במיוחד כשמדובר בנורמה שמקורה בזכות יסוד.

34. לעניין עשיית עושר ולא במשפט טוענים המערערים כי המשיבה מתעשרת, שכן כל גורם אחר היה נאלץ לשלם דמי שימוש או לפצות את הבעלים והחיסכון הוא ההתעשרות. זאת ועוד, לטענת המערערים, דין מניעת שימוש כמוהו כשימוש. בנוסף, המגבלות התכנוניות (להבדיל מצווי הסגירה) הנובעות מצו הסגירה אינן תקנות בנות פועל תחיקתי, ואף אם צו הסגירה מהווה תקנה, הרי שלחובת תשלום הפיצויים ו/או דמי השימוש אין תוקף כזה ויכול שיחולו עליה דיני עשיית עושר. המערערים מוסיפים כי המגבלות התכנוניות נובעות באופן ישיר מצווי הסגירה ויתרה מכך, קיים איסור מוחלט על בניה ועל תנועת אזרחים בטווח של 500 מטר מהמטווח והשטח הסגור אף גודר, כך שאין יסוד לטענה כי ההגבלות כשלעצמן אינן מגבילות תנועה בשטח.

השלמות מטעם הצדדים

35. ביום 4.2.2008 התקיים לפנינו דיון שבעקבותיו הסכימו הצדדים לפנות להליך גישור על מנת לנסות ולפתור את הסכסוך. משהליך הגישור לא צלח, השמיעו לפנינו באי כוח הצדדים ביום 5.2.2009 טיעונים נרחבים. בעקבות דיון זה הורינו לבא כוח

המשיבה להגיש הודעה משלימה אשר תפרוש את מלוא הנתונים הרלבנטיים החדשים לצורך הסוגיה שבמחלוקת מאז הדיון שהתקיים ביום 4.2.2008, ובכלל זה, פרטים ביחס להחלטת מוסד התכנון בעניין תכנית הפיתוח של השטחים הנוגעים לעניין. כן התבקשה התייחסות המשיבה למשך הזמן המשוער של התמשכות צו הסגירה החל על המתחם בעתיד. כמו כן התרנו לבא כוח המערערים להגיב להודעת העדכון.

36. בהודעה שהגישה המשיבה ביום 8.3.2009 נכתב כי בפני הועדה לנושאי תכנון עקרוניים (ועדת משנה של המועצה הארצית לתכנון ובניה) (להלן: הוועדה) עמדה לדיון שאלת שינוי ייעודו של אזור צריפין, אזור נרחב המשמש למחנות צבא, מן האופן שבו הוא מוגדר בתכנית המתאר המחוזית, מאזור חקלאי/נוף כפרי פתוח לאזור לפיתוח עירוני. על אף שפיתוח עירוני באזור צריפין עלול לפגוע בעקרונות מדיניות התכנון הארצית בדבר מתן עדיפות לפיתוח הנגב והגליל וצמצום פערים בין אזורי הארץ השונים, מצאה הוועדה לנכון לאשר את השינוי, נוכח מספר שיקולים ובהם העובדה שאזור צריפין כבר בנוי בפועל לצרכי מערכת הביטחון והרצון בהעתקת מחנות צה"ל לדרום הארץ. השינוי אושר תוך שהוועדה קבעה כי "יש מקום לפיתוח השטח בעתיד, וזאת לפני פיתוחו של שטח עתודה לתכנון, המסומן בתמ"מ 21/3 בסמוך לחוף הים במערב ראשל"צ" (הכוונה למקרקעין נשוא הערעור, כך לדברי בא כוח המשיבה). השינוי אושר תוך תיקון הוראות תכנית המתאר המחוזית. לטענת המשיבה, נוכח החלטה זו ברור כי לא ניתן יהיה לפתח את החלקה אלא לאחר שיפותחו המקרקעין שבאזור צריפין, ורק משיימצא כי צרכי הפיתוח, בראייה אזורית וארצית, מצדיקים זאת. נדמה כי יחלפו שנים רבות עד אשר יתקיימו תנאים אלו.

עוד מציינת המשיבה כי ישנה כוונה לפנות את המקרקעין במסגרת פינוי המתקן הביטחוני כולו. יחד עם זאת, פינוי מחנות צה"ל מתבצע, בהתאם להחלטת ממשלת ישראל מס' 1815 מיום 31.8.1993 רק בשעה שקיימת כדאיות כלכלית לפינוי. משעה שהובהר בהחלטת הועדה כי המצב התכנוני לא צפוי להשתנות, נפגע הסיכוי לקבלת מימון להעברת המתקן, הן מגופי המדינה והן מעיריית ראשון לציון וללא קבלת מימון לא יוכל להתבצע הפינוי.

המשיבה מוסיפה כי החלטת הוועדה אינה משנה את מצבה התכנוני של החלקה, שהיה ונותר "עתודה לתכנון" ומכאן עמדת המשיבה כי המערערים לא ניזוקו מעצם הטלתו של צו הסגירה ו/או מהמגבלות התכנוניות המוטלות (כדין) בשל קיומו של המתקן הביטחוני וכי לא צו הסגירה ולא המגבלות שהוטלו בוועדה הם שמנעו את

פיתוחם של המקרקעין עד עתה. החלטת הוועדה משמעה שהמצב התכנוני אינו צפוי להשתנות בעתיד הנראה לעין.

37. בתגובה שהגישו המערערים ביום 6.4.2009 להודעה המשלימה מטעם המשיבה טוענים הם כי החלטת הוועדה כלל אינה מתייחסת לשטח נשוא הערעור, אלא למתחם צריפין בלבד, ומכל מקום אין בה כדי להשפיע על דמי השימוש להם זכאים המערערים.

עוד טוענים המערערים כי המידע שהוצג על ידי המשיבה הוא חלקי ומגמתי, תוך העלמת הליכים שמשרד הביטחון נקט ויזם בנוגע להחלטת הוועדה. החלטת הוועדה ניתנה בעקבות עתירה שהוגשה על ידי בעלי זכויות שונים במתחם התכנית. בתגובה שהגיש משרד הביטחון הצדיק האחרון את החלטת הוועדה שלפיה הוחלט להותיר את מתחם החוף כאזור ל"תכנון בעתיד". כמו כן לא ציינה המשיבה כי העברתו של מתחם צריפין צפויה להתבצע, למיטב ידיעתם של המערערים, מתוספת תקציב למשרד הביטחון, ולכן אין יסוד לטענה כי החלטת הוועדה פוגעת בסיכויים לקבל מימון להעברת המתקן הביטחוני.

המערערים מוסיפים וטוענים כי מאז נתפסו המקרקעין על ידי המשיבה נמנעת למעשה כל זכות שימוש מבעליהם, על אף שבשנות השישים הייתה ציפייה כי קרקע זו תהיה זמינה לבניה. עוד טוענים הם כי ייעודה של הקרקע נקבע בהתאם ולאור דרישות משרד הביטחון והעדר היכולת לקדם תכנון אחר במתחם נובע בראש ובראשונה מדרישות משרד הביטחון. בנוסף נטען, כי כל המתחם מסביב לחלקה מפותח וקיימות בו שכונות הבנויות בבנייה רוויה וצמודת קרקע.

עוד מוסיפים המערערים כי משמעותה של החלטת הוועדה היא שייעוד מתחם צריפין נותר כשהיה, היינו אזור פיתוח עירוני. ההחלטה אינה משנה את ייעוד הקרקע במתחם נשוא הערעור ומתייחסת למתחם צריפין בלבד. אליבא דמערערים, החלטת הוועדה כלל אינה רלוונטית לענייננו: ההתייחסות למתחם חוף הים הנה בדברי ההסבר והרקע להחלטה ואין להם כל תוקף משפטי מחייב לענייננו. לגופו של עניין, מתחם צריפין היה בייעודו הקודם אזור חקלאי/נוף כפרי ושונה לאזור פיתוח עירוני, להבדיל ממתחם חוף הים אשר היה ונותר אזור ל"תכנון בעתיד".

לטענת המערערים, המשיבה מבקשת להסיק מסקנות מרחיקות לכת מהחלטת הוועדה אולם נמנעת מלתת תשובה לשאלה מדוע לא ישולמו לשיטתה דמי שימוש לכל

הפחות בהתאם לייעודם הנוכחי של המקרקעין (אף שהמערערים סבורים כי יש לשלם דמי שימוש בהתאם לשווי המקרקעין בהתעלם מהפגיעה בפוטנציאל התכנוני על ידי המשיבה). המשיבים מוסיפים כי הודעת המשיבה רק מחזקת את טענתם כי לא זו בלבד שנמנעה מהם היכולת להשתמש במקרקעין משך למעלה משלושים וחמש שנים, אלא שהיד עוד נטויה ומניעת השימוש צפויה עוד להימשך זמן רב ובלתי צפוי, כך שלמעשה מדובר בהפקעה דה-פקטו עם מועד סיום בלתי ידוע.

דיון והכרעה

תקנות ההגנה

38. שיטת המשפט הישראלית מכילה שרידים סטוטוריים לא מעטים מהתקופה המנדטורית. דוגמא בולטת לכך, הנותנת את אותותיה בתחומים רבים, היא תקנות ההגנה שהוצאו על ידי הנציב העליון מכוח דבר המלך. תקנות אלה נועדו בשעתו להבטיח את בטחון הציבור, להשליט את הסדר הציבורי, לדכא התקוממויות, מרד ופרעות ולאשר קיום אספקת השירותים החיוניים לציבור [ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 967 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)]. עם הקמת המדינה נקלטו תקנות ההגנה למשפט הישראלי מכוח הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (למעט הוראות שעמדו בסתירה לשינויים הנובעים מהקמת המדינה או רשויותיה) ובמשך כל שנות קיומה של המדינה נעשה בהן שימוש [ראו: בג"ץ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 884-885 (2005) (להלן: עניין הרב לוי)].

39. תקנות ההגנה הן דבר חקיקה ארוך למדי (למעלה מ-160 סעיפים) אשר מקיף עניינים רבים ושונים. כך למשל, חלק ב' לתקנות ההגנה עוסק בכינונם של בתי משפט צבאיים, הרכבם, סמכויותיהם והפרוצדורה הנוהגת בהם; חלק ו' עוסק בפיקוח על כלי רכב מנועיים בשעת חירום; חלק ח' עוסק בצנזורה המוטלת על פרסומים, דברי דואר ועוד; חלק י"ב לתקנות ההגנה כולל הוראות עונשיות שונות, ובהן תקנה 119 שעניינה החרמה והריסה של רכוש, תקנה שנדונה פעמים לא מעטות בפסיקתו של בית משפט זה [לשם הדגמה בלבד, ראו: בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992); בג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף בירן, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353 (1996); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55 (2003); בג"ץ 6288/03 טעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289 (2003);

בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (לא פורסם, 18.3.2009). תקנה 125, נשוא ענייננו, מצויה בפרק י"ג לתקנות ההגנה, שעניינו "תנועות בני אדם ותעבורה".

תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 - מהו צו סגירה

40. תקנה 125 לתקנות ההגנה קובעת כך:

"שטחים מסוגרים

125. מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על שטח או מקום כל-שהם, כי הם שטח מסוגר לצרכיהן של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך שטח או מקום כל-שהם או יוצא מתוכם - במשך תקופה כל-שהיא, שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם - ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או בשמו - יאשם בעבירה על התקנות האלה."

המשמעות המשפטית של צו סגירה היא איסור כניסה ויציאה ביחס למקרקעין שבתחום הצו, אלא באישור המפקד הצבאי. יובהר כי זכויות קנייניות בקרקע הכלולה בשטח שחל עליו צו סגירה אינן מקנות, כשלעצמן, זכות כניסה אליו [ראו: דפנה ברק "שטחי אש ושטחי אימונים - ההיבט המשפטי" משפט וצבא כרך 11-12, 153, 159 (התשנ"ב) (להלן: מאמרה של דפנה ברק)]. בהיבט המעשי נדרשים בעלים או מחזיקים של המקרקעין שעליהם הוטל צו הסגירה לפנות למפקד הצבאי ולקבל רישיונות כניסה למקרקעין שבבעלותם [ראו: ה"פ (שלום נצרת) 151/01 קרמאן נ' משרד הביטחון - מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.2005)]. התקנה מאפשרת למפקד הצבאי לאפשר כניסה ויציאה מוגבלת לשטח הסגור. עובדת הבעלות יכולה אך להוות שיקול להתרת הכניסה והיציאה לצורכי עיבוד (ראו: מאמרה של דפנה ברק, עמ' 159). הלכה למעשה, עוד משחר פעילותו אימץ הצבא מדיניות של הענקת היתרים לכניסה ויציאה לבעלי הקרקע (ראו: שם, עמ' 163). כפי שטענה המשיבה בהרחבה, צו סגירה אינו מפקיע את זכות החזקה ובוודאי לא את זכות הבעלות במקרקעין (בשונה מהפקעה).

במסגרת תקנה 125 לתקנות ההגנה, הוצאו צווי סגירה, בין היתר, לשטחים שצה"ל היה זקוק להם לצורך שטחי אימונים. שטחי האימונים הראשונים נוצרו לקראת סיום מלחמת העצמאות [ראו: עמירם אורן "המהלכים בשנות החמישים לקביעת המעמד החוקי של שטחי האימונים" משפט וצבא יט 323, 324 (התשס"ז) (להלן: מאמרו של עמירם אורן)]. עם השנים החלה בדיקה של גורמים בצה"ל של שטחי האימונים, מידת ניצולם ומידת חיוניותם. במקביל, החלה בחינה משפטית, בסיוע הפרקליטות הצבאית, שנועדה לבחון כיצד ניתן לעגן חוקית את החזקה והשימוש בשטחי אימונים

(ראו: מאמרו של עמירם אורן, עמ' 329-333). למסקנותיה של אותה בחינה משפטית אשוב בהמשך, בשלב זה אבקש לציין כי אחת האופציות שהועלתה היתה שימוש בתקנות ההגנה ואפשרות זו התקבלה בשנת 1955 לדרך שבה יוסדרו זכויות השימוש של צה"ל בשטחי אימונים. ואולם, התפיסה היתה כי מדובר בפתרון לתקופת מעבר וכי מדובר בהסדר זמני, תוך הדגשה כי סגירת השטח אינה מקנה לצה"ל זכות בעלות או זכות שימוש בשטח (ראו: מאמרו של עמירם אורן, עמ' 335-337). גם לעניין זה אשוב בהמשך.

41. בענייננו, צו הסגירה ניתן ביחס למרבית שטחה של החלקה וזאת עקב הסכנה הנשקפת לעוברים ולשבים נוכח קיומם של מטווח ושטח אימונים בסמוך לחלקה. משמעותו הפורמאלית של צו הסגירה עבור המערערים היא זו - במידה והמערערים מעוניינים להיכנס לחלקה, הנמצאת בבעלותם, עליהם לפנות למפקד הצבאי לקבלת "תעודת-היתר בכתב", ולא - יואשמו בעבירה על התקנות.

פרשנותן של תקנות ההגנה

42. עיון בתקנות ההגנה מלמדנו כי הן מקנות בידי שר הביטחון והמפקד הצבאי סמכויות מרחיקות לכת ובעלות השפעה רבה על זכויות האדם תוך שלמעשה מדובר בסמכות מנהלית גרידא, ללא שקודם להפעלתה הליך שיפוטי. תקנות ההגנה חלות בצד הוראות חוק אחרות החלות בעת שמוכרז קיומו של מצב חירום, ואולם הסמכות להפעיל את האמצעים הקבועים בתקנות ההגנה המגבילים את חירויות הפרט אינה מותנית מבחינה פורמלית בקיומו של מצב חירום (ראו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 967). עם זאת, אבקש לחזור ולציין כי צווי הסגירה שהוצאו מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה נועדו לשמש כפתרון זמני לתקופת מעבר [ראו: מאמרו של עמירם אורן, עמ' 335-337 וכן נספח ב' למאמר: מסמך הפרקליט הצבאי הראשי, ד"ר זהר, מיום 9 בספטמבר 1955, בנושא "שטחי אימונים - הסדר זכויות השימוש ע"י צה"ל" א"צ 493/60 - 696, 40/66 - 153 (להלן: מסמך הפרקליט הצבאי הראשי)]. השאלה שלפנינו היא רק מהן תוצאותיו של צו הסגירה.

43. כמו כן, עלינו לזכור כי מדובר בתקנות שהותקנו בתקופה שבה שלט בארץ שלטון המנדט, תקופה קולוניאלית, להבדיל מהמשטר הדמוקרטי השורר כיום במדינתנו. ואכן, גישתו של בית משפט זה, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה רבת שנים היא כי נוכח השינויים במבנה המשטר, הפרשנות שניתנה לתקנות ההגנה בתקופת המנדט אינה מתאימה עוד:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים". [ראו: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(3) 693, 705 (2002)].

וכן:

"תוקפן של תקנות ההגנה עומד בעינו. מובנן השתנה עם השנים. לא הרי פירושן של תקנות ההגנה בתקופת המנדט, שבה שלטו ערכים קולוניאליים, כהרי פירושן במדינת ישראל, שבה שולטים ערכים יהודיים ודמוקרטיים. תקנות ההגנה יפורשו, אפוא, על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית כפי התפתחותם במשך השנים". [ראו: בג"ץ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876 (2005)].

בעניין הרב לוי עמד בית משפט זה על הערכים והתכליות אשר מעצבים את פירושן של תקנות ההגנה. בראש ובראשונה עומדים ביסודן של תקנות ההגנה שיקולים של ביטחון המדינה והסדר הציבורי. בצד שיקולי הביטחון עומדים ערכים נוספים, שכל דבר חקיקה בחברה דמוקרטית צריך להתפרש לאורם, ובהם ערכי היסוד של חופש התנועה, חופש העיסוק, זכות הקניין וכבוד האדם. את ההתנגשות בין התכליות המיוחדות המונחות ביסוד תקנות ההגנה לבין עקרונות היסוד הכלליים של שיטת המשפט, מיישבים באמצעות אמת המידה הקבועה בפסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד). על כך נעמוד בהמשך, אולם תחילה נעמוד על מהותה של זכות הקניין במשפטנו.

זכות הקניין

44. עוד לפני חקיקתו של חוק היסוד, הוכרה זכות הקניין כזכות יסוד של האדם בישראל, אחת מזכויות היסוד שאינן "כתובות עלי ספר", אך הנגזרות מהאופי הדמוקרטי של המדינה [ראו: בג"ץ 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981) (דברי כבוד השופט א' ברק, כתוארו אז); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936 (2002) (דברי כבוד הנשיא א' ברק) (להלן: עניין הורוויץ)]. אלא שעם חקיקתו של חוק

היסוד, אשר קבע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם", עלתה קרנה של זכות הקניין [ראו: ע"מ 5839/06 בדאון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז (לא פורסם, 25.9.2008) (להלן: עניין בדאון)] והיא הפכה לזכות חוקתית-על-חוקית, שחקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בה אלא אם היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (ראו: עניין הורוויץ, עמ' 936). "הדעת וחוק היסוד אינם סובלים עוד שאדם ינושל מרכושו, או ייפגעו זכויותיו ברכושו, אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק היסוד) (ראו: עניין הורוויץ, עמ' 928).

45. כאמור, סעיף 3 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". השאלה מהו "קניין" לצורך סעיף 3 אינה פשוטה לכאורה. למושג "קניין" פנים רבות, ויש לפרשו בכל מקרה בהתאם להקשרו ותכליתו [ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 328 (1995) (דברי כבוד הנשיא לשעבר (כתוארו אז) מ' שמגר) (להלן: עניין בנק המזרחי)]. בעניין בנק המזרחי (עמ' 431, דברי כבוד הנשיא א' ברק) צויין כי קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית והוא מאפשר לבני האדם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מכאן הקשר בין ההגנה על הקניין לבין ההגנה על כבוד האדם. בהקשרו של חוק היסוד, מקובל לאמץ פרשנות מרחיבה למושג "קניין", דהיינו, ככזה הכולל הן זכויות in rem והן זכויות in personam [ראו: יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258, 267 (1995) (להלן: ויסמן)]. במסגרת הבחינה החוקתית, לאחר שמגיע השופט למסקנה כי הזכות המדוברת נכנסת בגדר "קניין" כמובנו בחוק היסוד, עליו לבחון האם זכות זו נפגעה.

אם כן, באלו מקרים נאמר כי הייתה "פגיעה" בקניינו של אדם? הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע היא מניעת שלילתו של מה שיש לאדם [ראו: עניין בנק המזרחי, עמ' 328 (כבוד הנשיא לשעבר (כתוארו אז) מ' שמגר)]. עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולה השלטונית (או פעולת החקיקה) [ראו: עניין בנק המזרחי, עמ' 431 (כבוד הנשיא א' ברק)]. כלומר, לפנינו פגיעה בקניין לצורך סעיף 3 לחוק היסוד כאשר מבחינה כלכלית יש לאדם, לאחר המעשה שקובלים עליו, פחות משהיה לו לפני המעשה. ויודגש, יש לנו עניין בפגיעה רק אם החוק אוסר על דבר שעשייתו הייתה מותרת אלמלא החוק (ראו: ויסמן, עמ' 271).

השפעת חוקי היסוד על חקיקה שקדמה להם

46. הנה כי כן, ראינו כי חוק היסוד העלה את זכות הקניין מדרגה, מזכות יסוד הלכתית לזכות יסוד חוקתית. עם זאת, עולה השאלה, מה השפעתו של חוק היסוד - וסעיף 3 שבו - על חקיקה שקדמה לו? סעיף 10 לחוק היסוד שמר על תוקפה של החקיקה הישנה. יחד עם זאת, מובנה של החקיקה הישנה עשוי להשתנות. לחוק היסוד השפעה פרשנית על הדין הישן [ראו: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410-411 (1995) (דברי כבוד המשנה לנשיא א' ברק, כתוארו אז) (להלן: עניין גנימאת); ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 (1995) (להלן: עניין ברעלי)]; בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 710-711 (2001) (להלן: עניין קרטיק)].

ודאי נכון הדבר כשעסקינן בחקיקה מנדטורית. כפי שצויין לעיל, דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט (ובהם תקנות ההגנה) הפירוש שהיה להם בתקופת המנדט אינו אותו פירוש שניתן להם לאחר קום המדינה, שהרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים בתכלית מערכי היסוד בתקופה שבה בעל המנדט שלט בארץ. כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חקיקת חוק היסוד [ראו: בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705 (1992) (דברי כבוד השופט מ' חשין, כתוארו אז)]. אחד השינויים החשובים ביותר הנובעים מן האופי הדמוקרטי של המדינה הוא המעמד היחסי של זכויות האדם כנגד צרכי הציבור. נקודת האיזון בין אלה לבין אלה השתנתה עם הקמת המדינה ובוודאי לאחר חקיקת חוקי היסוד. השינוי צריך לבוא לידי ביטוי גם בשינוי עקרונות הפרשנות של פקודות מנדטוריות, אף אם לשון הפקודה נותרה ללא שינוי [ראו: עניין קרטיק, עמ' 697 (דברי כבוד השופט י' זמיר)].

47. ניתן להצביע - בלי למצות את היקף ההשפעה - על שתי השלכות חשובות של חוק היסוד על חקיקה שקדמה לו: ראשית, בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דבר חקיקה ישן יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. כפי שנפסק, לאחר חקיקתו של חוק היסוד לא ניתן עוד להשקיף על חקיקה הפוגעת בזכויות אדם באותו אופן שבו השקפנו עליה בעבר [ראו: ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 649 (2001) (דברי כבוד הנשיא א' ברק) (להלן: עניין הולצמן)]. שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, "יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקתי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד" [ראו: עניין גנימאת, עמ' 412 (כבוד המשנה לנשיא א' ברק, כתוארו אז)].

48. חשוב להדגיש, כי ההשלכות הפרשניות של חוקי היסוד החדשים הן מוגבלות מטבען. כפי שנפסק, פירושו של הדין הישן "ברוח" הוראות חוק היסוד אין בכוחו לשנות את החוק הישן, ואין לתת ללשון החוק הישן מובן שהוא אינו יכול לשאת. בכוחו של חוק היסוד רק לתת לחוק הישן מובן חדש במקום שקיימת אפשרות פרשנית לכך [ראו: עניין גנימאת, עמ' 414 (כבוד המשנה לנשיא א' ברק, כתוארו אז)]. "נאמנותו של השופט כפרשן החוק 'הרגיל' מחייבת אותו לתת לחוק מובן המתבקש מתכליתו, גם אם מובן זה נוגד את חוקי היסוד... אין לנקוט גישה כי חזקה שאינה ניתנת לסתירה היא, שכל חוק (ישן או חדש) תואם את חוקי היסוד" (ראו: עניין גנימאת, עמ' 417 (כבוד המשנה לנשיא א' ברק, כתוארו אז); וראו גם: עניין קרטיק, עמ' 710-711).

49. הנה כי כן, סעיף 3 לחוק היסוד מקרין על החוקים שעניינם זכויות קניין, לרבות החוקים שעניינם הפקעה לצורכי ציבור ותכנון ובנייה, והוא משפיע על פרשנותם, ובכלל זה על פרשנותם של החוקים שקדמו לו (ראו: עניין הורוויץ, עמ' 924). מעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית מחייב לפרש חוקים אלה ברוח ההוראות של חוק היסוד (ראו: עניין הולצמן, עמ' 641 (כבוד השופט ד' דורנר), עניין הורוויץ, עמ' 936).

הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין. המעמד החוקתי של זכות הקניין מחייב בדיקה פרשנית מחודשת של חוקים ופעולות שלטוניות אשר פוגעים בזכות הקניין ובחינה "אם המובן שניתן בעבר למקרים השונים המאפשר פטור מחובת הפיצויים אינו רחב מדי" [ראו: עניין הורוויץ, עמ' 934 (דברי כבוד הנשיא א' ברק)]. אכן, אפשר שעצם הפגיעה בזכות הקניין של אדם, אף אם היא פגיעה קשה, תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש בהתחשב בצרכי הציבור. עם זאת, עצם הצורך הציבורי, שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה, עדיין אין בו כדי לשלול פיצויים על הפגיעה. הפיצויים מביאים לצמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה (ראו: עניין ברעלי, עמ' 483).

פיצויים בגין פגיעה בזכות הקניין

50. כאמור, עוד קודם לחקיקתו של חוק היסוד הוכרה זכות הקניין כאחת מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל-כן נקבע כי אין לפגוע בה ללא הוראה מפורשת בדין. עוד נקבע, כי משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת, קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן, זכות שתישלל רק בהוראת חוק מפורשת [ראו: עניין פייצר; וראו גם: עניין הורוויץ, עמ' 922 ופסקי הדין המצוטטים שם; וכן בג"ץ 1661/05

המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 588-589 (2005) ופסקי הדין המצוטטים שם (להלן: עניין חוף עזה); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (לא פורסם, 9.12.2008), סעיף 9 לפסק הדין (להלן: עניין פינקלשטיין)]. אכן, הזכות לפיצויים בשל נטילת קניין או פגיעה בו נגזרת מזכות הקניין [ראו: עניין הורוויץ, עמ' 316 (דברי כבוד השופט מ' חשין, כתוארו אז)].

בבסיסו של הכלל שלפיו בצד פגיעה בזכות קניינית של הפרט חייב להיות פיצוי, עומד שיקול של "צדק חלוקתי", שלפיו גם אם הפגיעה מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים שקניינם נפגע לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם. באמצעות הפיצויים נושא כלל ציבור הנהנים (משלמי המסים) בהשפעתה השלילית של הפעולה הפוגעת (בין אם מדובר בפגיעה על ידי תכנית, בין אם מדובר בהפקעה ובין אם בפגיעה מסוג אחר) על מקרקעין של בעלים מסוימים, במקום שישאו בנזק זה אך ורק אותם בעלים. שיקול נוסף שבבסיס הצורך לפצות בגין פגיעה הוא שיקול כלכלי-ענייני. כך, אילולא חייבת הייתה המדינה לפצות על פגיעה שבצדה של תכנית, קיים היה חשש סביר שרשויות התכנון לא ייתנו משקל מספיק לפגיעה שמביאה התכנית לצד יתרונותיה (ראו: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 640 (1992). כן ראו: עניין פינקלשטיין, סעיף 9 לפסק הדין).

51. הכלל שלפיו אין לפגוע בקניין אלא בכפוף לפיצוי קיבל משנה תוקף עם חקיקתו של חוק היסוד ועליית קרנה של זכות הקניין (ראו: עניין פינקלשטיין, סעיף 9 לפסק הדין). "הדעת - וחוק היסוד - אינם סובלים עוד שהנפגע לא יזכה בפיצוי הולם עבור הנישול או הפגיעה, אלא אם כן היתה זאת פגיעה מזערית שבמזערית ('de minimis'), 'פגיעה של מה בכך', 'זוטי דברים'" [ראו: עניין הורוויץ, עמ' 928 (דברי כבוד השופט י' טירקל)].

אם נבחן את הדברים בראי פסקת ההגבלה, הרי אף שנפסק כי פגיעה בקניין לצורך ציבורי הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ועשויה להיות לתכלית ראויה, כאשר מפקיעים מאדם נכס למטרה ציבורית בלא תשלום פיצויים הולמים ושווי ערך, יהא בכך, בדרך כלל, משום פגיעה בבעל הנכס מעבר לנדרש, תוך הפרת המגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד [ראו: ויסמן, עמ' 262; עניין הולצמן, עמ' 642; ראו גם: בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803, 812 (2003)]. משכך, נפסק כי הפיצוי משפיע על המידתיות של הפגיעה, שכן הוא מביא לצמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה, וכך משרת את תכליתו של חוק היסוד [ראו: עניין חוף

עזה, עמ' 577 ופסקי הדין הנזכרים שם]. במתן פיצוי בגין פגיעה אמנם אין כדי לבטל את הפגיעה בקניין, אך יש בו כדי לעשותה מידתית. לפיכך גם כאשר הרשות החליטה כי קיים אינטרס ציבורי המחייב פגיעה במקרקעין, הרי בעיקרון עליה ליתן פיצויים לבעלי הזכויות במקרקעין שנפגעו באופן המעמיד אותם באותו מצב כלכלי שבו היו בטרם הפגיעה [ראו: ע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה 'שרונים', פ"ד ס(2) 230, 249-250 (2006)].

יחד עם זאת, המחוקק העדיף להימנע מקביעת הוראה כללית המחייבת תשלום פיצויים בכל מקרה של פגיעה בקניינו של אדם והשאיר עניין זה לשיקול דעת, המתאפשר לאור סעיף 8 לחוק היסוד, המתנה את הפגיעה המותרת בקניינו של אדם בכך שהיא לא תהיה מעל לנדרש (ראו: ויסמן, עמ' 262). לא קל למתוח את קו הגבול בין המקרים שבהם ראוי שהפגיעה תלווה בפיצויים לבין המקרים שבהם אין להטיל חובה כזאת. מקובל לומר, כי את החובה לשלם פיצויים יש להטיל במקרים שבהם פגיעתה של ההגבלה עולה על הסביר (ראו: ויסמן, עמ' 277).

שלבי הבחינה

52. כאשר עולה טענה לפגיעה חוקתית בזכות הקניין, יש לערוך בחינה במספר שלבים. בשלב הראשון יש לברר אם הזכות שמבקשים להגן עליה היא בגדר "קניין". בשלב השני יש לברר אם הפעולה השלטונית שבפניה מבקשים להגן על זכות הקניין עולה כדי "פגיעה" בזכות הקניין. בשלב השלישי יש לבחון אם הפגיעה הייתה מותרת נוכח הוראת סעיף 8 לחוק היסוד: האם הפגיעה אינה מתנגשת בערכיה של מדינת ישראל; האם הפגיעה היא לתכלית ראויה; האם היא אינה עולה על הנדרש [ראו: ויסמן, עמ' 261; עניין בנק המזרחי, עמ' 428]. אם הפגיעה אינה כדין, קרי כאשר היא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, יש לעבור לשלב האחרון הבוחן את תוצאות אי החוקיות (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006) בפסקה 20 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק).

דברים אלו נכונים כמובן בעיקר למקרים בהם הפעולה הנתקפת היא דבר חקיקה שחוקק או פעולה שלטונית שבוצעה לאחר חקיקתו של חוק היסוד, שכן כאמור לעיל, דברי חקיקה שנחקקו לפני חוק היסוד תוקפם נשמר (סעיף 10 לחוק היסוד). יחד עם זאת, כפי שפורט לעיל, הפרשנות שאותה יש לתת לדברי חקיקה שנחקקו לפני חוק היסוד מן הראוי שתושפע מהוראותיו של חוק היסוד.

האם בענייננו הייתה פגיעה בקניין?

53. דומה כי אין חולק בענייננו כי הזכות הנפגעת היא זכות קניין במובנה העמוק ביותר. המערערים הם בעלים של מקרקעין. זכות הבעלות, כקבוע בסעיף 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 כוללת את הזכות "להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

54. החלת צו סגירה על המקרקעין אמנם אינה מפקיעה באופן פורמאלי את זכות החזקה במקרקעין ואף אינה מפקיעה את זכות הבעלות (להבדיל מהפקעה למשל) אולם היא מגבילה באופן משמעותי את יכולת השימוש של הבעלים בקרקע. ככזו, יש בה בפועל פוטנציאל פגיעה ממשי בזכות הקניין והשימוש של הבעלים [השוו: ה"פ (שלום נצרת) 151/01 קרמאן נ' משרד הביטחון - מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.2005)]. הפגיעה בזכות השימוש, הנגרמת מכוחו של צו הסגירה, גורעת מיכולת ההנאה של הבעלים (המערערים) מן המקרקעין, וככזו מהווה פגיעה בזכות הקניין של הבעלים.

לאחר שעברנו את שני השלבים הראשונים של הבחינה ה"חוקתית", עלינו לבחון האם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. נזכיר שוב, כי עסקינן בחוק שחוקק עובר לחקיקתו של חוק היסוד, ולכן אינו חייב לעמוד בדווקנות בדרישותיה של פסקת ההגבלה. יחד עם זאת, כאמור, חוק היסוד ועקרונותיו ובראשם מעמדה החוקתית של זכות הקניין, מקרינים על הפעולה השלטונית ועל החקיקה נשוא ענייננו, קרי, תקנה 125 לתקנות ההגנה וצו הסגירה שהוצא מכוחה.

עמדנו לעיל על כך שלא תיתכן פגיעה בזכות הקניין אלא אם כן היא מעוגנת בדבר חקיקה מפורש. בנוסף, על מנת שהפגיעה תהיה מידתית, עליה להיות מלווה בפיוצי שיקטין את מידת הפגיעה. כעת נעבור לבחון האם הפגיעה הגלומה בהוצאת צו סגירה אכן מלווה בזכות פיוצי כאמור, ואם לא - מהן השלכות הדבר?

תקנה 125 - האם כוללת זכות לפיוצי?

55. תקנה 125 לתקנות ההגנה קובעת את החובה לקבל היתר בכתב על מנת להיכנס לשטח שהוכרז "שטח מסוגר". התקנה אינה קובעת כל סעד בגין הכרזתו של שטח כ"שטח מסוגר". המערערים טוענים כי מדובר בלאקונה שיש להשלימה מכוח עקרונות המשפט הכלליים ובפרט העקרונות השאובים מחוק היסוד בדבר איסור פגיעה בקניין אלא בכפוף לפיוצי. לעומתם, טוענת המשיבה כי אין מדובר בלאקונה אלא בהסדר שלילי. לדבריה, כאשר רצה המחוקק המנדטורי לקבוע סעד של פיוצי בגין פגיעה במקרקעין הוא עשה כן במפורש, ולא בכדי לא עשה כן בתקנה 125, שכן לא זו בלבד

שמדובר בתקנה עונשית בלבד, אלא שנפקותו של צו הסגירה היא מוגבלת, קרי עניינה באיסור כניסה לשטח בלבד ואין מדובר בקניית בעלות או אף בתפיסת חזקה. נוכח נפקותו המוגבלת של צו הסגירה לא ראה לנכון המחוקק המנדטורי לקבוע בצדו סעד של פיצויים.

האם מדובר בלאקונה או בהסדר שלילי?

56. כאמור, תקנה 125 לתקנות ההגנה שותקת ביחס לשאלת הפיצוי. בשאלת משמעות שתיקה של המחוקק תיתכנה שלוש תשובות [על פרשנות שתיקה של טקסט נורמטיבי ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית 465 (1992) (להלן: פרשנות במשפט); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 106-113 (2003) (להלן: פרשנות תכליתית במשפט); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 214-218 (2004) (להלן: שופט בחברה דמוקרטית)]. התשובה הראשונה קובעת, כי את שהחוק הסדיר במפורש, הוא הסדיר במפורש. את שלא הסדיר במפורש, הוא השאיר לאוטונומיה של רצון הפרט. התשובה השנייה קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. ההסדר המשתמע יכול שיהיה חיובי (בבחינת "קל וחומר") או שלילי (בבחינת הסדר שלילי). "הסדר שלילי" קיים, אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא "שתיקה מדעת". בשתי התשובות הללו, הסדר החוק הוא שלם. החוק אינו חסר.

התשובה השלישית קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם. קיים חסר (לאקונה). למסקנה בדבר קיומו של חסר נגיע באותם מקרים שבהם פירוש החוק על פי תכליתו מלמד כי המחוקק ביקש להסדיר את הסוגיה, אך לא השיג את מטרתו זו. ההכרעה בין התשובות השונות היא פרשנית במהותה. [ראו: רע"א 10879/02 באולינג כפר סבא בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר סבא (לא פורסם, 6.12.2006); על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 398 (1993); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 23.11.2008)].

57. לדעתי יש טעם בדברי המשיבה ולפיהם כשחוקק המחוקק המנדטורי את תקנה 125 כוונתו הייתה שבגין הוצאת צו סגירה לא יינתן פיצוי לבעל המקרקעין. מסקנה זו נתמכת הן בעובדה שבסעיפים אחרים בתקנות ההגנה כמו גם בפקודות מנדטוריות אחרות, קבע המחוקק הבריטי במפורש זכות פיצוי בגין פעולות שפוגעות במקרקעין, דוגמת הפקעה (פקודת הקרקעות) תפיסת חזקה בקרקע (פקודת הפיצויים) (הגנה), (1940)

ועוד והן בעובדה שאכן הפגיעה הגלומה בהוצאת צו סגירה היא לכאורה פגיעה מינימאלית - שמתבטאת באיסור כניסה לשטח ללא רשות, ללא תפיסת חזקה או זכות הבעלות. בנוסף, נדמה כי הכוונה בהוצאת צו סגירה היתה כי זה יעמוד בתוקפו לתקופה מוגבלת (ראו: דיון להלן, בפסקה 59). דהיינו, יש יסוד לטענת המשיבה כי שתיקתו של המחוקק נועדה להוות הסדר שלילי, בבחינת "שתיקה מדעת". קרי, המחוקק הבריטי התכוון לכך שבגין הוצאת צו סגירה על שטח לא יינתן לבעליו פיצוי.

58. יחד עם זאת, סבורני כי במקרה שלפנינו יש להגיע למסקנה שונה. כאשר אנחנו בוחנים את פרשנותו של חוק, עשויות להיות מספר נקודות זמן רלוונטיות לבחינת תכליתו של החוק, ובהן נקודת הזמן בה חוקק החוק ונקודת הזמן העכשווית, בה מצוי השופט המפרש את החוק. בעוד כוונתו של המחוקק, יוצר הנורמה, היא אירוע חד-פעמי, המעוגן במקום ובזמן, הרי התכלית "היא אירוע נורמטיבי, העשוי להשתנות עם הזמן. שינוי במבנה הכללי של הנורמות ושינוי בערכי היסוד עשויים להשפיע על שינוי בתכליתה של הנורמה המתפרשת. על כן, חרף קביעתה של הכוונה, עשויות להיות לנורמה המשפטית תכליות משתנות עם חלוף העתים" (ראו: פרשנות במשפט, חלק ראשון, עמ' 378). בנוסף, דינאמיות בפרשנות החוק מאפשרת לתת פתרון לבעיות חדשות שאותן לא ראה יוצר הנורמה לנגד עיניו בעת חקיקת החוק. לפיכך, "התכלית האובייקטיבית צריכה לשקף את המחוקק הסביר, את מהותו של המוסד המשפטי המוסדר ואת ערכי היסוד של השיטה - כל אלה כפי מצבם בעת הפירוש. ברמות הפשטה אלה הפרשנות היא דינמית. החוק מדבר תמיד, והוא חכם מהמחוקק" (ראו: פרשנות תכליתית במשפט, עמ' 412). יפים לעניין זה גם דבריו של ד"ר יואל זוסמן באשר לאופן שבו על בית המשפט לפרש דבר חקיקה, בהתאם לכוונת המחוקק [ראו: יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 215 (1971)]:

"אף אנו, כשאנו אומרים שמטרת הפרשנות היא לדלות מן הכתוב את 'כוונת המחוקק', מתכוונים למשמעות שנודעה לחוק, כאשר יצא מבית המחוקקים, שכן באותו רגע תם ונשלם תהליך החקיקה. אך יחד עם זה אנו נוטלים לעצמנו רשות לומר, שאם השתנו הזמנים, החוק טובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשינויים."
[ההדגשות הוספו - T.].

השופט י' זוסמן (כתוארו אז) אף ציין באחת הפרשות שנדונו בבית משפט זה כי החוק הוא "יצור חי" המקבל את משמעותו מהקשרם של הדברים ולפי המטרה אותה נועד הוא לשרת (ראו: בג"ץ 59/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970); בג"ץ 10771/07 גוירצמן נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 1.2.2010) בפסקה 56).

הנה כי כן, ייתכן שבעת חקיקת החוק תינתן לו פרשנות מסוימת, ואילו עם חלוף העתים, התפתחות ערכי היסוד של השיטה ועוד, תינתן לאותו חוק פרשנות שונה. כך, סבורני, יש לעשות בענייננו.

59. עמדנו לעיל בהרחבה על כך שקום המדינה וחלוף השנים ובפרט המהפכה החוקתית הם בעלי השפעה פרשנית על חקיקה מנדטורית. כיום מחויבים אנו לפרש את דברי החקיקה שנחקקו בתקופת המנדט ברוח עקרונות המשטר הדמוקרטי השורר במדינת ישראל ולאורם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובהקשר שלפנינו, לאור מעמדה החוקתי על-חוקי של זכות הקניין כפי שהוא מעוגן בסעיף 3 לחוק היסוד. גם אם בתקופת המנדט (ואולי אף בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה) נכון וראוי היה לפרש את תקנה 125 ככוללת הסדר שלילי ביחס לזכות הפיצוי, הרי שכיום, נוכח מעמד העל לו זכתה זכות הקניין, על בית המשפט המפרש את החוק לבחון האם לא הגיעה העת לקבוע כי בגין הוצאת צו סגירה, ובמיוחד כאשר צו הסגירה לא ניתן לתקופה מוגבלת בלבד אלא לשנים ארוכות, יש ליתן פיצוי בגין הפגיעה הגלומה בצו הסגירה - קרי, האיסור על בעלי הקרקע להיכנס למקרקעיו משך שנים ארוכות אלא בהיתר בכתב שהוצא על ידי המפקד הצבאי או בשמו (בענייננו - עשרות שנים!).

עיון במסמך הפרקליט הצבאי הראשי משנת 1955 מלמד כי צווי הסגירה נועדו לשמש לפרק זמן מוגבל. באותו מסמך מדגיש הפרקליט הצבאי הראשי כי מדובר בפתרון זמני שנועד לשמש לתקופת מעבר:

“פרסום הצו המוצע עפ”י תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) עשוי לשמש פתרון - לתקופת מעבר - לבעיית הסדר מעמדם של שטחי אימונים”.

דברים אלו מלמדים כי כאשר נעשה שימוש בתקנה 125 לתקנות ההגנה לא היתה כוונה כי צווי הסגירה יעמדו בתוקפם למשך תקופה של עשרות שנים וכי אין השימוש בתקנה 125 לתקנות ההגנה יכול להחליף פתרון קבע (ראו גם: מאמרו של עמירם אורן, עמ' 337). ודוק: המשיבה טענה כי הפתרון שנבחר במקרה דנן, קרי של הוצאת צווי סגירה הינו אמצעי פוגעני פחות, שאינו שולל זכויות קנייניות מבעלי המקרקעין. אכן ייתכן ולו היה מדובר בהגבלה נקודתית תחומה בזמן, אכן היה מדובר באמצעי פוגעני פחות, אולם כיום לאחר עשרות שנים בהם צווי הסגירה עומדים בתוקפם ניתן לומר כי יתכן ולו היתה המשיבה מפקיעה את המקרקעין ומשלמת פיצוי

בגין ההפקעה, הדבר היה מעמיד את המערערים במצב יותר טוב מזה שהם נמצאים בו כיום, בו הם לא יכולים לעשות שימוש במקרקעין שבבעלותם ואינם יכולים להיכנס אליהם באופן חופשי, על פי זכותם כבעלי המקרקעין. בעניין זה ניתן לשוב ולחזור אחורה בזמן ולראות כי אכן אחת האופציות שהועלתה לצורך הסדרה חוקית של אחזקת צה"ל בשטחים שבבעלות פרטית היא על ידי שימוש בפקודת הקרקעות (ראו: מאמרו של עמירם אורן, עמ' 333-335, 337-338) ובלשון הפרקליט הצבאי הראשי:

"האמור בסעיף האחרון בא ללמדנו כי אין להסתכל על מתן צוו עפ"י תקנה 125 אלא כעל הסדר לזמן מעבר קצר בלבד: יש לנקוט לכן, בכל הדחיפות, בכל הצעדים על מנת לוודא הפיכת שהיתנו ושימושנו בשטחים לחוקיים, ע"י פעולה עפ"י החוק להסדר תפיסת מקרקעין, בשעת חירום, תש"י - 1949, או לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943 - כמוצע וכמבואר במכתבינו 1093/508 מיום 11.8.55 ו- 310/508 מיום 31.8.55."

הנה כי כן, לאור המציאות שנוצרה כיום, לפיה צווי סגירה שהוצאו לפני עשרות שנים עומדים בתוקפם מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה שנועדה לספק פתרון זמני, יש ליתן לאותה תקנה פירוש שונה כיום ולפיו קיימת בתקנה לאקונה לגבי הזכות לפיצוי.

60. שילובם של הדברים - מעמדה של זכות הקניין לאור חוקי היסוד והעובדה שההכרזה על שעת חירום (והסמכויות הנלוות לה) עומדת בתוקפה באופן רציף זה עשרות שנים - צריך לדעתי להביא למסקנה פרשנית שלפיה תקנה 125 כנוסחה כיום, דהיינו, כשאינה כוללת זכות פיצוי, היא חסרה. קיימת בה לאקונה. מאחר שקיימת לאקונה, יש להשלימה.

השלמת לאקונה

61. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 קובע לאלו מקורות על בית המשפט לפנות כאשר הוא נתקל בשאלה משפטית הטעונה הכרעה שאין לה תשובה בדבר חקיקה. תחילה עליו לפנות להלכה הפסוקה; אם לא נמצאה שם התשובה עליו לפנות לדרך של היקש; ואם לא תימצא שם התשובה, עליו להכריע בה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

62. השאלה המשפטית שלפנינו הטעונה הכרעה היא השאלה כיצד עלינו להשלים את החסר בתקנה 125 לתקנות ההגנה, קרי, החסר בהוראה המקנה פיצוי לנפגע מצו הסגירה. בחקיקה לא נמצא תשובה לחסר זה, שכן דבר החקיקה שותק בנקודה זו. בשלב הבא עלינו לבחון האם ניתן למצוא תשובה לחסר בהלכה הפסוקה. סבורני כי התשובה לשאלה זו היא חיובית.

63. אמנם, כפי שציינה המשיבה, המקרה שלפנינו הוא המקרה הראשון המגיע לפתחו של בית משפט זה שבו מתעוררת השאלה האם מן הראוי לפצות בעלים של קרקע בגין הוצאת צו סגירה למקרקעיו. שאלה זו נדונה בערכאות נמוכות יותר (ועל כך נעמוד בהמשך) ופסיקתן של ערכאות אלה כידוע אינה מחייבת את בית משפט זה. יחד עם זאת, אין זו הפעם הראשונה שבה מתעוררת בפסיקתו של בית משפט זה השאלה האם ראוי לפצות אדם בגין פגיעה - כזו או אחרת - במקרקעיו. כידוע, המשפט הישראלי מכיר בקיומו של משפט מקובל (Common Law) ישראלי. בכוחו של משפט זה להתפתח ולתת פתרונות חדשים לבעיות חדשות (ראו: עניין חוף עדה, עמ' 588-589).

64. כפי שהראינו בהרחבה לעיל, המשפט הישראלי מכיר בזכות לפיצויים בגין ביטול זכות במקרקעין. אין מדובר בזכות חקיקתית בלבד, אלא מדובר בזכות שצמחה מן ההלכה הפסוקה. בשורה ארוכה של פסקי-דין קבע בית משפט זה כי אין פוגעים במקרקעין בלא תשלום פיצויים. כידוע, גישה זו מקובלת בדיני ההפקעה, אולם היא אינה מיוחדת לדיני הפקעה דווקא. הגיונה חל בכל פגיעה בקניין. "גם-כאן גם-כאן ענייננו הוא בנטילה מן היחיד למען הכלל, ונדיבות כלפי הנפגע במקרה האחד ראוי לה שתאציל על נדיבות כלפי הנפגע במקרה האחר אף-הוא" [ראו: דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 317 (2004)].

גישתו המרחיבה של בית משפט זה בכל הנוגע לזכות הפיצוי בגין פגיעה בקרקע, אף אם אינה מגיעה עד כדי הפקעה, באה לידי ביטוי בפסק דין שניתן לאחרונה מפי השופטת מ' נאור. בעניין בראון קבע בית משפט זה לראשונה כי נטילת קרקעות במסגרת תכנית איחוד וחלוקה ניתן לראות בה הפקעה, וזאת לאור עליית קרנה של זכות הקניין. השופטת מ' נאור קבעה כי בלא שימוש בהוראות בעניין הפקעה לא ניתן ליטול מבעל המקרקעין גם פחות מ-40% משטח הקרקע. לשיטתה, אי החלת המגבלות החלות על דיני ההפקעה הנה פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין, וממילא פגיעה בלתי סבירה. בנוסף, לשיטתה, אם נפל פגם, וניטלו יותר מ-40% משטח חלקה ללא פיצוי (זאת במסגרת תכנית איחוד וחלוקה), תוצאתו של הפגם איננה צריכה להיות בטלות

התכנית, אלא זכות לפיצוי, שעליו יוחלט בהליך מתאים. סופו של דבר, קבעה השופטת מ' נאור כי נטילת קרקעות לצרכי ציבור במסגרת תכנית איחוד וחלוקה כפופה למגבלה של איסור הפקעה ללא פיצוי של למעלה מ-40% משטח המקרקעין.

פסק דין נוסף שניתן לאחרונה, אף הוא מדגים את גישתו המרחיבה של בית משפט זה בעניין מתן פיצויים בגין פגיעה בקניין, אף שבאותו עניין, להבדיל מענייננו, דובר במתן פרשנות מרחיבה להוראת חוק המקנה במפורש זכות לפיצוי. המדובר בע"א 9333/04 מדינת ישראל - מע"צ נ' עזבון המנוח רפיק סלים ח'ליל (לא פורסם, 21.12.2008), שם נקבע כי על המדינה להכין קריטריונים שיגדירו וינחו את שיקול דעתו של השר בעניין קביעת פיצוי מלא לבעלי קרקע חקלאית שהופקעה על פי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 ואשר יביאו בחשבון את השינוי הפרשני המתחייב עקב חקיקת חוק היסוד והמעמד שקיבלה זכות הקניין.

65. הנה כי כן, ההלכה הפסוקה שקבעה כי פגיעה בזכות במקרקעין גוררת אחריה זכות לפיצויים, הלכה שהוכרה כ"עיקרון כללי, המגלם זכות יסוד של אזרח בעל קניין במקרקעין" (ראו: עניין פייצר, עמ' 651), היא המשלימה את החסר הקיים בתקנה 125 לתקנות ההגנה. מכוח עקרון הלכתי זה, סבורני כי יש לקבוע כי בצדה של הפגיעה הנובעת מהוצאת צו סגירה לשטח מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה, קיימת זכות לפיצוי.

66. ניתן אף לומר כי עקרון הפיצוי בגין פגיעה במקרקעין נלמד בדרך של היקש ועל ידי כך להשלים את החסר שבתקנה 125 לתקנות ההגנה. "היקש קיים כאשר מנורמה משפטית, החלה על מערכת עובדות מסוימת, נגזרת נורמה חדשה המוחלת על מערכת עובדות אחרת, בשל הדמיון בין שתי מערכות העובדות" (ראו: פרשנות במשפט כרך ראשון, עמ' 516; וראו גם: שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 230-231).

67. המסקנה מן האמור לעיל היא כי כיום, לאור מעמדה של זכות הקניין ונוכח עקרון היסוד הקובע כי אין פגיעה בקניין אלא בכפוף לפיצוי, יש לפרש את תקנה 125 ככוללת בחובה זכות לפיצוי (שעל עקרונותיו נעמוד בהמשך), וזאת כהשלמה לחסר שקיים בה.

פסיקת הערכאות הדיוניות בסוגיה דנן

68. להשלמת התמונה יצויין כי בערכאות הדיוניות נדונה השאלה האם יש לפסוק פיצוי בגין הוצאת צו סגירה. להלן סקירה קצרה של סוגיה זו (כפי שהובאה על ידי בא כוח המערערים):

68.1. בת.א. (שלום ת"א) 84739/99 שפילמן נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (לא פורסם, 10.11.2003) פסקה כבוד השופטת ר' פינצ'וק-אלט כי הנחת היסוד בדבר הזכות לפיצוי נאות הקמה למי שזכות הקניין שלו נפגעת כתוצאה מאקט שלטוני, גם מקום שהדין הפוגע אינו כולל בחובו הוראה המתייחסת לזכותו לקבל פיצוי, חלה גם על תקנות ההגנה. באותו עניין נקבע כי אמנם חרף צו הסגירה מתאפשרת כניסה למקרקעין, אולם הצורך בתיאום מהווה פגיעה קשה בזכויות בעלת המקרקעין. נוכח היקף ההגנה על זכות הקניין ומשקלה הנורמטיבי, קבע בית משפט השלום כי על המדינה לשלם לבעלת המקרקעין דמי שימוש ראויים בגין השימוש שהיא עושה במקרקעין.

יצוין כי פסק דינו של בית משפט השלום בעניין שפילמן בוטל על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט א' שילה), בהמלצת בית המשפט ובהסכמת הצדדים. יחד עם זאת נקבע כי "לנוכח הוצאות המשפט שבהן נשאה המשיבה עד כה ונוכח העובדה שמדובר בסוגיה שעדיין לא מצאה התייחסות בפסיקה, הצעתי כי המערערת תשלם למשיבה סכום שיקבע על ידי בית משפט זה לפי סעיף 79א' לחוק בתי המשפט... הצדדים נתנו הסכמתם לכך. לפיכך תשלם המערערת למשיבה הוצאות בסכום כולל של 63,000 ₪" [ראו: ע"א (מחוזי ת"א) 2178/04 מדינת ישראל משרד הבטחון נ' שפילמן (לא פורסם, 1.3.2006)].

68.2. גם בה"פ (שלום נצרת) 151/01 קרמאן נ' משרד הביטחון - מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.2005) קבע בית משפט השלום (כבוד השופט ד' צרפתי) כי החלת צו סגירה על מקרקעין מקימה בסיס לתביעה כספית בגין פגיעה ביכולת השימוש במקרקעין, וזאת ככל שאכן נגרמה פגיעה ממשית ביכולת השימוש במקרקעין, זו - כך קבע - היא חזקה הניתנת לסתירה, תלוי בהיקף השימוש שעשה הצבא במקרקעין אל מול יכולת השימוש של הבעלים. משהוכחה פגיעה בזכות השימוש מכח צו סגירה זכאי הבעלים לפיצוי בגין פגיעה זו, ואין צורך בהוראת חוק מפורשת לשם כך, שכן כאשר פוגעים בקניין, קמה ועולה זכות יסוד נוספת והיא הזכות לפיצוי הוגן, זכות שתישלל רק בהוראת חוק מפורשת. יצוין כי גם בת.א. (שלום נצרת) 2656/02 אבו שאהין נ' משרד הביטחון - מדינת ישראל (לא פורסם, 8.12.2004) הכיר בית משפט השלום (כבוד השופט ד' צרפתי) בזכותו של מחזיק במקרקעין לתשלום דמי שימוש בגין תפיסת חלקו על ידי הצבא מכוח תקנות ההגנה.

עקרונות הפיצוי בגין צו סגירה

69. מסקנתי דלעיל הייתה כי הכרזה על מקרקעין כאזור סגור לפי תקנה 125 לתקנות ההגנה גורמת לפגיעה במקרקעין. הפגיעה בכל מקרה ומקרה תהא שונה. מידת הפגיעה תהא תלויה, בין היתר, בשאלה האם הקרקע שימשה את בעל המקרקעין עובר להוצאת צו הסגירה ולאילו שימושים (בהנחה ששימושים אלו היו מותרים לפי מצבה התכנוני של הקרקע); האם צו הסגירה מונע מבעלי הקרקע לחלוטין כניסה לשטח או האם מתאפשר לו - בתיאום עם המפקד הצבאי - להיכנס לשטח לצורך עשיית שימוש בו (למשל, בהנחה שמדובר בקרקע חקלאית, האם מתאפשר לבעלים להיכנס ולעבד את הקרקע בתיאום מוקדם); וגם בשאלה מה היה הבעלים עושה בקרקע אלמלא צו הסגירה. בכל מקרה, מדובר בפגיעה נזיקית באופייה.

על אף קביעתי לפיה לבית משפט זה קנויה הסמכות להשלים את החסר בחקיקה ולהורות על מתן פיצוי למי שנפגע מצו סגירה שהוצא לגבי המקרקעין שבבעלותו, מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה, סבור אני כי לאור מורכבותם של הדברים והצורך בהסדרה מקיפה ומסודרת, מן הראוי כי לא נחליט בסוגיה זו לאלתר ונאפשר למחוקק להסדיר את עניין הפיצוי – החסר כיום בתקנה 125 לתקנות ההגנה. עם זאת, ומבלי להכריע בדבר, אבקש להוסיף עוד מספר הערות לגבי אופי הפיצוי ולגבי תחולתו.

70. סבורני כי יש לדחות את גישת המערערים שלפיה בגין הוצאת צו סגירה על המדינה לשלם לבעל הקרקע דמי שימוש. לשיטתי דמי שימוש אינם התרופה המשפטית הראויה לשיפוי בעל הקרקע בגין הפגיעה שנגרמת לו, ולו מן הסיבה הפשוטה שצו הסגירה אינו מקנה למשיבה כל זכות שימוש בקרקע. כל נפקותו, כפי שהוזכר מספר פעמים לעיל, במניעת כניסה ללא תיאום מוקדם. ככל שהמדינה מבקשת - בנוסף על איסור הכניסה - לעשות שימוש כלשהו בקרקע, עליה לנקוט באמצעי אחר, הכולל תפיסת חזקה או אף הפקעה, ואז יהיה הפיצוי בהתאם.

71. אם כן, מהו אופי הפיצוי אשר ישולם בגין סגירת שטח לפי תקנה 125? הכלל הבסיסי בפיצוי על נזק הינו כי הפיצוי נועד להחזיר את המצב לקדמותו. מטרתו של הפיצוי, על-פי גישה זו, הינה להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה נתון בעת הפגיעה, לולא הפגיעה. כאשר השבת המצב לקדמותו "בעין" היא בלתי אפשרית, יש להעמיד את הניזוק, במונחים כספיים, קרוב למצב שבו היה נתון בעת הפגיעה בזכות לולא הפגיעה (ראו: עניין חוף עזה, עמ' 591).

עקרון השבת המצב לקדמותו מוכר בתחומים רבים של המשפט. כך, הוא מוכר מדיני החוזים - סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; מדיני הנזיקין - ראו: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772 (1982) ועוד. גם בדיני ההפקעה, הכלל הוא כי פיצויי הפקעה באים להעמיד את בעל הזכות במקרקעין באותו מצב כספי שבו היה עומד אלמלא ההפקעה [ראו: ע"א 2274/06 עיריית חולון נ' זימק סעיף 25 (לא פורסם, 15.1.2009) והאסמכתאות שם; אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין 479 (מהדורה שביעית, 2008); ע"א 589/87 בירנבוים נ' משרד השיכון, פ"ד מט(1) 625, 632 (1995); ע"א 2991/06 מנשה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חולון, פסקה ו' לפסק הדין (לא פורסם, 19.11.2007); עניין פינקלשטיין, פסקה 22 לפסק הדין].

72. אם כן, בתביעה לפיצוי בגין תקנה 125 לתקנות ההגנה, יהיה מקום, לדעתי לבחון כיצד הפיצוי יסייע בהעמדת הניזוק (בעלי הקרקע) באותו מצב בו היה אלמלא הוצאת צו הסגירה. גם עניין זה ראוי שיוסדר על ידי המחוקק. לטעמי, במסגרת הסדרת העניין על ידי המחוקק מן הראוי שישקלו בין היתר השיקולים שלהלן: האם בפועל, חרף צו הסגירה, התאפשר לבעלים לעשות שימוש כלשהו בקרקע ובאיזו מידה, או שמא הוגבלה לחלוטין יכולת השימוש של הבעלים בקרקע; ייעודה של הקרקע עובר להוצאת צו הסגירה; מה יכול היה הבעלים להפיק מהנכס בתקופת צו הסגירה אלמלא הסגירה; התקופה שבה עמד או עומד צו הסגירה בתוקף ועוד.

תחולת ההלכה - רטרופקטיבית או פרוספקטיבית?

73. בטרם אסיים את הדיון בשאלת הפיצוי, אבקש לייחד מספר מילים לשאלת התחולה. המשיבה ביקשה כי במידה ונקבע שאכן קיימת חובת פיצוי בגין צו סגירה הרי שהלכה זו תחול אך ורק פרוספקטיבית, ולא רטרואקטיבית, וזאת נוכח שני טעמים השלובים זה בזה ונגזרים זה מזה: האחד, במשך שנים ארוכות פירשה המדינה את תקנה 125 ככזו שאינה מקנה זכות פיצוי, ולפיכך - וכאן נכנס השיקול השני והמרכזי יותר - חלק ניכר מהקרקעות במדינה (לטענת המשיבה מדובר בכרבע מהקרקעות במדינת ישראל!) נמצא תחת צווי סגירה. לפיכך, המשמעות הכלכלית של חובת פיצוי בגין צווי סגירה תהא אדירה. המשיבה מציינת כי רק התביעה דנן עומדת על סך של עשרות מיליוני שקלים אם לא יותר מכך.

74. נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית. יחד עם זאת, נפסק כי אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית

המשפט העליון ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד [ראו: רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל (לא פורסם, 27.2.2006)], פסקה 17 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק (להלן: עניין סולל בונה) וראו גם: עדנה קפלן – הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד' 125, 138 (2005). ביסוד הצורך להיזקק להחלה פרוספקטיבית בלבד של הלכה שיפוטית חדשה עומד אינטרס ההסתמכות של יחידים וגופים (פרטיים ושלטוניים) אשר ניהלו את ענייניהם על בסיס ההלכה השיפוטית הישנה. יחד עם זאת, אם הסוגיה היא חדשה ולא הוכרעה כלל בעבר, אין לומר כי קיים אינטרס ההסתמכות הראוי להגנה. הוא הדין אם ההלכה הישנה לא יצרה, הלכה למעשה, כל ההסתמכות של ממש, או אם ההסתמכות לא הייתה סבירה, או אם אין ליתן לה משקל ניכר בהתבסס על הסוגיה הנדונה ומהותה של אותה ההסתמכות. בכל המקרים האלה ובאחרים אין ליתן משקל כבד לשיקול ההסתמכות, ויש מקום להפעלה רטרופקטיבית של ההלכה החדשה. זאת ועוד, לעתים יהיה מקום ליתן תוקף רטרופקטיבי להלכה החדשה, גם אם יש בכך פגיעה באינטרס ההסתמכות (ראו: עניין סולל בונה, פסקה 18 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק).

75. בענייננו טוענת המשיבה כי היא הסתמכה על הפרשנות שנהגה עד כה ביחס לתקנה 125 ולפיה אין חובת תשלום פיצויים בצדו של צו סגירה. בהסתמך על פרשנות זו הוצאו, לטענת המשיבה, צווי סגירה לכרבע מהקרקעות במדינה, וזאת מבלי ששולם כל פיצוי בגינם. המשיבה טוענת כי המשמעות הכלכלית שתהא לקביעה כי קיימת חובת תשלום רטרופקטיבית בגין הוצאת צווי סגירה תהא בעלת השלכות אדירות על כלכלת המדינה. לעומת זאת, המערערים טוענים כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית וכי במקרה בו הנורמה החדשה מקורה בזכות יסוד מן הראוי להחילה אף באופן רטרואקטיבי.

76. איני מוצא לנכון להכריע לעת הזו בשאלה מה יהיה דינם של כל צווי הסגירה שהוצאו במהלך השנים. כאמור, לאור מורכבותו של העניין והשלכתו התקציבית, ראוי שגם שאלה זו תוכרע על ידי המחוקק.

עשיית עושר ולא במשפט

77. הצדדים הקדישו מלים לא מעטות בסיכומיהם לשאלה האם המשיבה חייבת לשפות את המערערים בגין הוצאת צווי הסגירה מכוח העילה של עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט המחוזי קבע כי היסוד "שלא כדין" אינו מתקיים במקרה דנן, שכן צו הסגירה הוצא כדין. משהגעתי לכלל מסקנה כי קיימת חובת פיצוי עקרונית

(ומבלי להכריע כאמור במקרה דנן) וזאת מכוח עקרונות כלליים והפרשנות השאובה מחוק היסוד, הרי שאיני מוצא עוד מקום לדון בטענה זו של הצדדים.

התביעה לפיצוי בגין הפקעת רצועות הדרך

78. בית המשפט המחוזי מצא לנכון שלא להכריע בתביעתם של המערערים לפיצוי מכוח פקודת הקרקעות בגין הפקעת רצועות הדרך. זאת משום שלדבריו, עיקרו של הדיון התנהל ביחס לתקנות ההגנה, ואילו בעניינה של פקודת הקרקעות לא הובאו כמעט ראיות. עוד קבע כי קבוצת התובעים הפוטנציאליים בעניינן של רצועות הדרך היא קבוצה הכוללת חלק בלבד מתוך המערערים בהליך זה, מחד גיסא, והכוללת מן הסתם תובעים פוטנציאליים אחרים נוספים, מאידך גיסא. מבלי להביע עמדה ביחס לנכונותן של קביעות אלה של בית המשפט המחוזי, אציין כי איני רואה מקום להכריע בתביעה זו במסגרת ההליך שלפנינו, וזאת מן הטעם שבית המשפט המחוזי קבע כי אין בפסק דינו כדי להוות מעשה בית דין (השתק עילה או השתק פלוגתא) בתביעה עתידית, ככל שתוגש. משכך, לא חסם בית המשפט המחוזי את דרכם של המערערים מלהגיש תביעה חדשה בעניין זה ולהוכיח כדבעי את תביעתם. הדרך פתוחה בפניהם לנקוט בהליכים המתאימים לצורך מימוש זכויותיהם בגין ההפקעה.

השבת מס רכוש

79. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערערים להשבת מס הרכוש ששילמו, בשל היותה של דרישה זו הרחבת חזית. המערערים טוענים כי דרישתם להשבת מס הרכוש ששילמו באה לידי ביטוי כבר בכתב התביעה תחת הכותרת "חובת תשלום דמי שימוש ראויים / דמי נזק / פיצוי כספי", וכן במילים "כל סעד אחר או נוסף כפי שימצא [בית המשפט] לנכון לתיתו".

80. כידוע, רשימת הפלוגתאות העומדת לדיון מעוצבת בכתבי הטענות שמגישים הצדדים. משכך, טענה שמעלה בעל דין שלא הועלתה מלכתחילה בכתבי טענותיו מהווה "שינוי חזית" או "הרחבת חזית", ויש לדחותה. הרציונאל העיקרי העומד בבסיס הלכה זו הוא מניעת עיוות דין, והדברים מקבלים משנה תוקף שעה ששינוי החזית הוא מצד התובע. מבחינת הנתבע, משקפים כתבי הטענות של התובע את עילת התביעה נגדו ועל בסיסם הוא בונה את קו הגנתו. אם יאפשר בית המשפט לתובע לשנות את גרסתו במהלך הדיונים, הרי שיכולתו של הנתבע להתגונן עלולה להיפגע [ראו: רע"א 9123/05 אדמוב פרויקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ (25.10.2007)].

81. בענייננו טוענים המערערים כי הסעד של השבת מס הרכוש נטען כבר בכתב התביעה. אולם בפועל, לא נמצאה במפורש תביעה להשבת כספי מס הרכוש, והכותרות אליהן מפנים המערערים הן לכל היותר כותרות כלליות למתן סעד כספי שלא ניתן לקרוא לתוכן את שמבקשים המערערים. האופן בו נוסחו הדברים בכתב התביעה לא אפשר למשיבה להתגונן כראוי בכתב ההגנה מפני טענה זו. לפיכך, מסכים אני עם קביעתו של בית המשפט המחוזי כי מדובר בהרחבת חזית, בטענה שנטענה במפורש לראשונה רק בשלב הסיכומים, וזאת מבלי שניתנה לכך הסכמת המשיבה - במפורש או מכללא - ומשכך אין להיענות לה.

פגיעות תכנוניות

82. המשיבה בסיכומיה מתייחסת למגבלות התכנוניות המוטלות על יתרת החלקה שאינה כלולה בתחום צו הסגירה, ואשר נובעות מקיומו של המתקן הצבאי. בית המשפט המחוזי התייחס אף הוא במשפט קצר אחד למגבלות התכנוניות, תוך שקבע כי הן הוטלו כדין, לפי הוראות פרק ו' לחוק התכנון והבניה. בהודעות המשלימות מטעם הצדדים ניתנה התייחסות מרחיבה יחסית לשאלת המגבלות התכנוניות. יחד עם זאת, בהודעת הערעור כמו גם בסיכומי המשיבים לא נטען כי המגבלות התכנוניות כשלעצמן מקנות למערערים זכות פיצוי, נפרדת מזכות הפיצוי מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה. כשלעצמי אני סבור כי מדובר בעילות נפרדות שאינן נובעות בהכרח אחת מהשנייה (ראו למשל: החלטתו של כבוד השופט י' עמית בה"פ 172/06 (מחוזי חיפה) גרף נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון (לא פורסמה, 3.2.2009), שם נתבע פיצוי בגין מגבלות שהוטלו מכוח פרק ו' לחוק התכנון והבניה). לפיכך, משלא נתבע פיצוי נפרד בגין עילה זו, איני רואה מקום לבחון אותה לגופה, ואף דינה להידחות.

הוצאות ושכר טרחה

83. אשר לערעור על ההוצאות ושכר הטרחה, משהצעתי לחבריי לקבל באופן עקרוני את הערעור בשאלה המרכזית, היא השאלה בדבר הזכות לפיצוי מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה, אציע לבטל את חיובם בהוצאות ובשכר טרחת עורכי דין לטובת המשיבה.

84. סוף דבר: לו תשמע דעתי נשהה את הטיפול בתיק לתקופה של שנים עשר חודשים על מנת לאפשר למחוקק לפעול לצורך הסדרת הסוגיה לפי ראות עיניו. הצדדים יגישו הודעות מעדכנות עד לסוף חודש אפריל 2011 ולאחר קבלתן נחליט על המשך הטיפול בתיק.

עיינתי בחוות דעתו המעמיקה של חברי השופט י' דנציגר, אולם לצערי איני יכול להצטרף להכרעתו לפיה דין הערעור להתקבל.

1. הרקע לערעור מפורט בחוות דעתו של השופט דנציגר. בלב הסוגיה מצויה השאלה בדבר הזכאות לפיצויים בגין הוצאת צו לסגירתו של שטח המצוי בבעלות פרטית, מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). בשונה ממקרים קודמים בהם נדונה הוצאת צווי הסגירה לגופם, נדונה בפנינו כעת השאלה האם הוצאת הצווים מחייבת את פיצוים של בעלי הקרקעות לגביהן הוצאו הצווים (יאמר כי השאלה ביחס לצווים עצמם עלתה בבית המשפט המחוזי אך נדחתה בהיעדר סמכות). חברי השופט דנציגר ענה על שאלה זו בחיוב, אולם איני רואה מנוס מפני תשובה עליה בשלילה תוך הותרת הסוגיה במישור הוצאת הצו, כפי שיבואר מייד.

2. תקנה 125 לתקנות ההגנה מאפשרת למפקד הצבאי להכריז בצו על סגירתו של שטח כלשהו. על פי התקנה, משמעות צו הסגירה הינה כי כל אדם הנכנס לשטח הסגור או יוצא ממנו ללא היתר בכתב יואשם בעבירה על תקנות ההגנה. בדרך זו, מדובר בבסיסה בתקנה עונשית, המקימה "גדר" משפטית (ובענייננו גדר ממשית) סביב שטח מסוים, ואוסרת על כניסה ויציאה ממנו. אין בתקנה כל התייחסות לפעולות הנעשות בתוך השטח הסגור, לתפיסת החזקה בו או לכל גריעה אחרת מזכויות הבעלות בו. יוסף כי תקנה 125 מנויה בחלק י"ג לתקנות ההגנה, שעניינו "תנועות בני-אדם, תעבורה", ובהתאם עוסקת היא כאמור באיסור הכניסה והיציאה משטח כלשהו, ואין היא נוגעת במישרין לגריעה מקניינו של אדם כזה או אחר.

מנגד, אין לכחד כי לסגירת שטח בצו סגירה עשויות להיות הלשכות קניינות משמעותיות. כך, למשל, בענייננו נמנע מהמערערים השימוש החופשי במקרקעין שבבעלותם. גם כאן נותרת ההגבלה הפורמאלית הגבלה על חופש התנועה, בדמות מניעת כניסה לשטח הסגור, אולם משמעותה של הגבלה זו הינה גם כי אין בידי המערערים להביא לידי ביטוי את בעלותם בשטח זה באמצעות תפיסת חזקה. בענין זה טוענת המשיבה כי מדובר במקרקעין שממילא לא ניתן לעשות בהם כל שימוש בשל מגבלות תכנוניות, אולם אין בכך כדי לסתור את העובדה שבעלות המערערים במקרקעיהם מוגבלת ואינה ניתנת למימוש במלואה בשטח הסגור. ברי על כן שלהוצאת צווי הסגירה מתלווה פגיעה קניינית.

3. אלא שאין בהתלוותה של תוצאת לוואי בדמות פגיעה בקניין כדי להביא לקריאתה של חובת פיצוי לתוך תקנה 125 לתקנות ההגנה. בענין זה קובע חברי השופט דנציגר כי משמעותה המקורית של התקנה היוותה "הסדר שלילי", במסגרתו, בניגוד להוראות אחרות הנוגעות לתפיסת חזקה בקרקע על ידי המדינה או להפקעה, הוצאת צו סגירה אינה מזכה את בעלי המקרקעין בפיצוי. יחד עם זאת קובע חברי כי פרשנותה הראויה של התקנה כיום הינה שונה, ויש לראות כיום את היעדרה של חובת הפיצוי מהתקנה כלאקונה משפטית שיש להשלימה ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. איני יכול להסכים עם קביעה אחרונה זו של חברי.

4. מהותה של תקנה 125 לתקנות ההגנה הייתה ועודנה עונשית. בכך שונה תקנה זו מהתקנות שמצויות היו בחלק י"א לתקנות ההגנה, ואשר בוטלו, שעניינן היה בתפיסת רכוש ושימוש בו ובכך גם תפיסת מקרקעין. בכך שונה התקנה גם מהסדרים אחרים לתפיסת קרקע על ידי המדינה המצויים בחוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום, התש"י-1949 או בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. כפי שנקבע בחוק ובפסיקה, הסדרים אלו כולם, אשר עניינם נטילת קניין מבעליו, נדרש כי יתלווה אליהם פיצוי בגין הפגיעה (ראו בג"ץ 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה (3) 645 (1981); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו (4) 913 (2002)). אולם אין בשוני זה לטעמי כדי להצביע על קיומו של חסר בחוק, אלא על היותה של תקנה 125 הסדר ייחודי, השונה מהסדרים אחרים המהווים פגיעה בקניין. שוני זה לא ניתן לפרשו ככולל במשמע חובת פיצוי, אף לנוכח הכללים הפרשניים הנהוגים בידינו בעקבות קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשדרוג שהתלווה אליו במעמדה של זכות הקניין. שוני מהותי זה בין ההסדרים, על ההשלכה שיש לו בדבר חובת הפיצוי, קיים היה בעת קביעת התקנות לשעת חירום ואין בידי הפרשנות החוקתית בה אנו נוהגים כיום כדי להפוך את חברבורותיו.

5. כידוע, הגם שהוראות חוק דוגמת תקנות ההגנה חוסות תחת סעיף "שמירת הדינים" שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שעל פרשנותן, בפרט בכל הנוגע למובנן האובייקטיבי, להיעשות ברוח ההצהרה הערכית-נורמטיבית שנעשתה בחוק היסוד, לעתים תוך איזון מחודש של הערכים המצויים בבסיס דבר החקיקה, ברוח האיזון החוקתי המחודש (ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) (1995) (להלן: ענין גנימאת); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (1995)). עם זאת, מדובר עדיין אך בכלי פרשני, שאין באפשרותו ליצוק לתוך החוק תוכן חדש, הנוגד את מובנו המקורי. כפי שנקבע בענין זה:

”נמצא, כי ההשלכות הפרשניות העיקריות של חוקי היסוד על החקיקה הישנה והפעלת שיקול-דעת שלטוני במסגרתה מתבטאות באותם מקרים שבהם קיים שיקול-דעת פרשני ואשר בהם ניתן לעצב נקודות איזון חדשות במסגרתו של הטקסט הישן. אכן, פירושו של הדין הישן ”ברוח“ הוראות חוק היסוד החדש, אין בכוחו לשנות את החוק הישן.” (ענין גנימאת, בעמוד 414)

כאמור, חיותה של פרשנות חוקתית זו הינה במקום בו ניתנים לדבר חוק מספר פירושים מתקבלים על הדעת, ומשמעותה הינה כי יש להעדיף מבין אלו את הפירוש התואם ביותר את חשיבות השמירה על הערכים שנישאו על נס בחוק היסוד.

6. בענייננו, כל מהותה של תקנה 125 הינה ליצור הסדר נקודתי, המאפשר למפקד הצבאי בעיתות חרום למנוע את הכניסה והיציאה מאזור מסוים, מתוך צרכים בטחוניים. בשונה מהסדרים אחרים שנקבעו בעבר בתקנות והקבועים בדברי חקיקה אחרים, אין משמעותה של תקנה 125 משום תפיסה של השטח בידי המדינה, ולפיכך נעדרת היא חובת פיצוי המתלווה להסדרים אחרים. כפי שציינה בענין המלומדת ד' ברק ארז:

”זוהי תקנה כללית, שמטרתה סגירתו של שטח מטעם צבאי-בטחוני שהתעורר בחיי המעשה. יש להניח שהיא לא נועדה לשמש כמסגרת לסגירה אשר בעת עשייתה מכוונת להיות סגירת קבע, ואשר סופה מי ישורנו. במצב זה, נותרת בידיהם של בעלי הקרקעות הפרטיות שבשטח הסגור בעלות ערטילאית בלבד, בלא שיזכו לפיצוי כלשהו, ומבחינה זו, מצבם גרוע יותר מזה של בעלי קרקעות מופקעות (בכפוף לסיכוי שצו הסגירה יבוטל ביום מן הימים).” (דפנה ברק, שטחי אש ושטחי אימונים – ההיבט המשפטי, משפט וצבא 11-12 (התשנ”ב), 153 בעמוד 169)

7. אין חולק כי תקנה 125 הינה חריפה ואף דרקונית, בפרט ככל שהיא מופעלת ביחס למקרקעין המצויים בבעלותו הפרטית של אדם, או פוגעת בצורה אחרת בקניינו. יצוין אף כי השימוש בצו הסגירה במסגרת יצירת שטחי אש ושטחי אימונים (כפי שכך הוא בענייננו) נעשה תוך מחלוקות שאינן פשוטות ועל רקע דעות חלוקות אף במערכת הביטחון עצמה (ראו עמירם אורן, המהלכים בשנות החמישים לקביעת המעמד החוקי של שטחי האימונים, משפט וצבא 19 (2007) 287-312, המפנה לחוות דעתו של קצין הייעוץ של הפרקליטות הצבאית בענין משנת 1954). את האמצעי החריג הנכלל בה – מניעת כניסה ויציאה משטח על פי הוראת המפקד הצבאי – ניתן להבין רק על

רקע התקיימותם של צרכי ביטחון חריפים, דוגמת אלו שהתקיימו בימי ראשיתה של המדינה; אלא שבכל אלו אין כדי להביא לשינוי מהותה של תקנה 125 באמצעות כלים פרשניים.

8. אף עניינם של המערערים אינו מביא למסקנה לפיה יש להעניק לתקנה 125 לתקנות ההגנה מובן הנוגד את מובנה הטבעי, דהיינו איסור על כניסה ויציאה מבלי שיתלוו לכך החזקה בקרקע או חובת פיצוי. מדובר בעניינם בשטח שאינו ניתן לכל שימוש, בשל מגבלות תכנוניות. נדמה שלפיכך כל שמונע צו הסגירה הוא את תנועתם החופשית של המערערים אל תוך השטח הסגור – מצב המצוי כולו בלב ליבו של מובנה הטבעי של תקנה 125. בנסיבות אלו יוצרת כאמור תקנה 125 הסדר שלילי, לפיו סגירת האזור לתנועה לא תזכה בפיצוי לבעלי הקרקע.

9. בשולי הדברים אציין כי אכן המצב שנוצר בעניינם של המערערים אינו משיבוע רצון, בלשון המעטה. בעוד שתכליתה של תקנה 125 לתקנות ההגנה הינה לסגור שטח לתנועה לתקופה מוגבלת בשל צרכים ביטחוניים, הרי שהשימוש שנעשה בה כדי לסגור את השטח שבבעלות המערערים לתקופה של עשרות שנים, בשל קיומו של מטווח בסמוך לשטח, אינו עולה על פניו בקנה אחד עם התכלית האמורה. בנסיבות אלו, ומבלי לקבוע דבר לגופו של עניין, ניתן לתהות שמא הוצאת צו הסגירה והמשך השימוש בו חורגים מגדר הסמכות הקבועה בתקנות ההגנה והאם התנהלות המדינה בענין הינה התנהלות סבירה של הרשות המינהלית. אולם כפי שציין בית המשפט המחוזי, שאלות אלו אין מקומן במסגרת ההליך הנדון.

10. בהתאם למסקנתי דלעיל, איני רואה אף מקום להורות, כהצעת חברי השופט דנציגר על השהיית הדיון לשם מתן אפשרות למחוקק לשנות את תקנה 125 באמצעות קביעתו של פיצוי. כאמור, נקודת המוצא לדיוננו הינה כי מדובר בהסדר החוסה תחת סעיף "שמירת הדינים", ועל כן מוגן הוא מפני ביקורת חוקתית. אמנם, כבכל עניין נדרש בית המשפט לפרש את הוראות התקנה על פי העקרונות המשפטיים המצויים בבסיסה של שיטתנו המשפטית ואשר מעצבים את ההיגיון המגולם בכל חוק וחוק, אולם פרשנות זו כשמה כן היא – פרשנות ולא שכתוב. משנתקלים אנו בחוק שאינו נתון לביקורת חוקתית, ואשר נובע ממנו בצורה שאינה משתמעת לשני פנים כי מביא הוא לפגיעה קשה ואף בלתי ראויה, אין בכוחנו לשנות מרוע הגזירה – *Dura lex sed lex* (החוק קשה, אך עודנו החוק). שאלה נפרדת הינה שאלת יישומו של החוק הפוגעני במקרה הפרטני, וזו כמובן שאלה המסורה למלוא ביקורתו של המשפט המנהלי. אולם בכל הנוגע להוראת החוק עצמה, ובענייננו הוראתה של תקנה 125, יש לקוות אמנם כי

יגיע המחוקק למסקנה כי תקנה דרקונית זו אין לה מקום בימינו אנו במתכונתה הנוכחית ויפעל לשם תיקונה, אולם אין ביכולתנו להניעו לעשות כן.

11. לאור הפרשנות האמורה נופלת גם תביעתם של המערערים על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. הבסיס לתביעה על פי חוק זה הינה קבלתה של טובת הנאה שלא על פי זכות שבדין. בהתאם לאמור לעיל, מניעת הכניסה לשטח הסגור נעשתה על ידי המדינה כדין, תוך שימוש בסמכותה על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה. המערערים לא הראו כל שימוש שעשתה המדינה בשטח הסגור החורג מהסמכות המוקנית לה בתקנות, או כל טובת הנאה שצמחה לה שלא על פי דין. לפיכך, דינה של התביעה בעילה זו להידחות.

12. בכל הנוגע ליתר העילות אותן מעלים המערערים – תביעתם לפיצוי בגין הפקעת רצועות הדרך, דרישתם להשבת מס רכוש אותו שילמו במשך השנים; וטענותיהם בדבר הנזקים שנגרמו להם בגין פגיעות תכנוניות, מצטרף אני לאמור בחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר, לפיה דינן להידחות.

13. עיינתי בחוות דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, ומצטרף אני לאמור בה. כפי שציינתי, מעבר להכרעה בסוגיה המצויה בערעור שבפנינו, מעלה הפרשה שאלות משפטיות משמעותיות הנוגעות לעצם השימוש השלטוני בתקנה 125 לתקנות ההגנה – מחד גיסא במישור הפעלת הסמכות מצד הרשות המינהלית, ומאידך גיסא, כפי שמוסיפה חברתי, בשאלה העקרונית האם ראוי הוא ובאיזו מידה נכון שיישא הפרט בחסרון כיס לצרכי המשרתים את הקהילה כולה. כאמור, בעוד שהשאלה הראשונה לא הועמדה לבחינתנו, מצטרף אני לעמדתה של חברתי לפיה אין באפשרותנו להיכנס לעובי הקורה גם בסוגיה העקרונית. כפי שציינתי, אך ראוי הוא שהמחוקק יפעל לשם התאמת רוחן של הוראות החוק הנדונות לתפיסות המשפטיות והחברתיות הנהוגות בימינו, על כל המשתמע מכך.

14. לבסוף, מצטרף אני לעמדתה של השופטת פרוקצ'יה, לפיה המקרה שבפנינו מהווה את אחד המקרים החריגים המצדיקים התערבות בהוצאות שנפסקו על ידי הערכאה הדיונית.

15. לסיכום כל האמור לעיל, לו דעתי תישמע יידחה הערעור על כל חלקיו, למעט כאמור בסוגיית ההוצאות.

16. בנסיבות העניין, לא הייתי עושה צו להוצאות גם בענייננו.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. נתתי דעתי לחוות דעתם של חבריי, השופטים דנציגר וג'ובראן, בסוגיה המורכבת שעניינה הזכות לפיצויים של בעלי זכות במקרקעין בעקבות הטלת הגבלות על כניסה ויציאה ממקרקעין מכוח צווי סגירת שטחים שהוצאו על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). אני מצרפת דעתי לעיקרי עמדתו של חברי, השופט ג'ובראן, וכדעתו כן גם דעתי כי דינו של ערעור זה להידחות על כל חלקיו. זאת, בכפוף להערות שאבקש להעיר, בתמצית, כדלקמן:

2. לגישתי, יש להשקיף על הסוגיה העולה בפרשה זו בראייה כפולה – פרטנית וצרה, היפה לנסיבות הספציפיות למקרה זה; ורחבה וכוללת, העוסקת בשאלות מדיניות כלליות שמקרה זה מעלה, שעניינן לשיקולו של המחוקק. ההיבט הפרטני הצר עוסק בשאלה הפרשנית האם צו סגירת שטח שהוצא מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה עשוי לזכות בפיצוי בעל זכות במקרקעין שנפגע מהגבלות כניסה ויציאה מהמקרקעין שהוטלו מכוחו של הצו, ואם כן, מהם התנאים לכך. ההיבט הרחב והכולל, הנובע מסוגיה, זו עוסק בשאלה האם במישור הנורמטיבי הכללי, ראוי הוא כי הגבלות שמטיל השלטון על זכויותיו של הפרט ליהנות באופן מלא וללא הפרעה מרכושו, תשאנה זכות לפיצויים מהמדינה עקב הפגיעה בהנאה הנגרמת לפרט בגינן; אם כן – מהם התנאים לכך. בהקשר זה, עשויות לעלות שאלות מהותיות כגון: האם הגבלות שלטוניות על הנאת הפרט מרכושו, שאינן כרוכות ב"נטילה" קניינית ממש, אלא מצטמצמות לפגיעה ביכולת מימוש ההנאה המלאה מהרכוש, מצדיקות מדעיקרא מתן פיצוי לפרט על ידי המדינה; אימתי ובאלו נסיבות ישנה הצדקה לכך כי נזקי ההגבלות המוטלות על הפרט בגין רכושו "ייספגו" על ידיו כחלק מתרומתו האישית לטובת הכלל, ולא יזכו בפיצוי כלל; מהם סוגי הרכוש שהטלת הגבלות לגביהם אמורה לזכות בפיצוי; מהם סוגי הפגיעה ועוצמות הפגיעה המצדיקים פיצוי; כיצד יש לחשב את שיעורי הפיצוי, ועל פי אלו אמות מידה; האם לענין זה יש לשים גבול עליון לשיעורי הפיצוי; האם ראוי כי תתקיימנה מגבלות של זמן לתביעת פיצוי כאמור, בבחינת הוראות התיישנות; ועוד כהנה וכהנה שאלות בסוגיה מורכבת זו. ראוי עוד להבהיר, כי שאלות אלה עולות לא רק בהקשר להגבלות

המוטלות מכוח צוי סגירת שטחים על פי תקנות ההגנה. הן עשויות להתעורר בהקשרים שונים אחרים שבהם מוטלות הגבלות שלטוניות על שימוש והנאה מרכוש הפרט, כגון, למשל, בהקשר לפעולות משטרתיות שונות הכרוכות בסגירת רחובות בעיר לצורך מימוש תכלית ציבורית מסוימת, המקשות על נגישות הפרט לביתו, או מכוח סמכויות אחרות של רשויות שלטוניות, שיש בידיהן כוח להגביל את הנאת הפרט מרכושו בהקשרים מסוימים, ולאורך תקופות זמן מסוימות, לצורך מימוש אינטרס ציבורי כזה או אחר.

ההיבט הפרטני

3. ענייננו בהליך זה בהכרעה שיפוטית הנוגעת להיבט הפרטני הצר, אשר בגדרו יש להשיב לשאלה האם עומדת לפרט זכות לפיצוי מהמדינה על פגיעה בהנאתו מנכס מקרקעין שבבעלותו עקב הגבלות תנועה שהוחלו לגביו בעקבות צו סגירת השטח מכוח תקנות ההגנה.

4. שאלה פרטנית זו מתמקדת בפרשנות תקנה 125 לתקנות ההגנה, על רקע לשונה ותכליתה, בהתחשב בתשתית החקיקתית שממנה צמחה, ותוך התייחסות לעקרונות פרשניים כלליים הנגזרים מיסודות השיטה. לפנינו, אפוא, שאלה של פרשנות משפטית של הוראת חוק, שממנה תיגזר התשובה לשאלה האם ובאיזו מידה עומדת לאזרח זכות לפיצוי בנסיבות המתוארות.

5. אומר בתמצית, כי, לגישתי, יש לפרש את תקנה 125 לתקנות ההגנה כשוללת זכות לפיצוי אזרח על פגיעה העלולה להיגרם לו כתוצאה מהגבלת תנועתו במקרקעין השייכים לו, הנובעת מהכרזת שטח כשטח צבאי סגור. חברי, השופט דנציגר, ניתח בפירוט את הטעמים המביאים למסקנה כי נוסחו המילולי ותכליתו של הסדר סגירת השטחים המנדטורי מצביעים על כך כי, במקורה, יוצרת תקנה 125 "הסדר שלילי", שיש להסיק מתוכו כוונה ותכלית לשלול זכות פיצוי לנפגע מכח צו סגירת שטח. התקנה מדברת בהקניית סמכויות למפקד הצבאי בשעת חירום להכריז על שטח כשטח סגור, המגביל כניסה ויציאה ממנו, ומתנה את יכולת התנועה בשטח בהיתרים מהגורם המוסמך. הכרזת שטח כ"שטח סגור" נועדה לקדם אינטרס ציבורי חיוני, לשמור על הסדר הציבורי, ובעיקר לשרת צרכים בטחוניים צבאיים, ובכלל זה לאפשר תיחום שטחי אימונים, הקמת מתקנים צבאיים, וכיוצא באלה. סגירת השטח למטרות האמורות אינה גורעת מזכות הבעלות והחזקה של הבעלים. עם זאת, היא עלולה לפגוע פגיעה קשה ביכולת ההנאה של בעלי זכות הקניין במקרקעין מנכסיהם.

6. המסקנה כי תקנה 125 מהווה הסדר שלילי לעניין זכות לפיצוי הנפגע מצו סגירת שטח נגזרת מהתפיסה החקיקתית הכוללת של המחוקק המנדטורי, אשר הסדיר במפורש את סוגי הפגיעה שבגינם הכיר בזכותו של הפרט הנפגע לפיצוי. מהסדרה מפורשת זו מתבקשת המסקנה, כי סוגי פגיעות אפשריות אחרות - ובכלל זה הפגיעות נשוא ענייננו, אינן בנות פיצוי, כך על פי השקפת החקיקה נכון לזמנה. אין מדובר בחסר, בלאקונה המצריכה מילוי החסר, אלא אמירה, על דרך השתיקה, כי פגיעות שלטוניות שאינן מוסדרות בחקיקה כבנות פיצוי לא תשאנה זכות לפיצוי.

7. בעיקרו של דבר, הפגיעות השלטוניות בנות הפיצוי על פי הסדר החקיקה הכולל מתייחסות לפגיעות בזכויות הקנייניות הנובעות מהפקעות, פגיעות בזכויות החזקה, ופגיעות עקב תכניות בניין עיר. בדרך זו, הסדיר המחוקק זכויות פיצוי של בעלי קרקע על פגיעה בבעלות עקב הפקעות (פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943); על פגיעה בזכויות חזקה במסגרת שימוש בסמכויות לשעת חירום (פקודת הפיצויים (הגנה), 1940), ועל פגיעה הנובעת מתכניות בניין עיר (סעיף 34 לפקודת בניין ערים, 1936). החקיקה המסדירה את זכויות הפיצוי על פגיעה במקרקעין מפרטת את היקפה של הזכות, ודרכים לחישוב הפיצוי. היא אינה מותירה את שאלת הפיצוי פתוחה לפרשנות. המסקנה בדבר קיומו של הסדר שלילי לעניין פיצוי ביחס להגבלות המוטלות על נכס מקרקעין שאינן מגיעות כדי פגיעה קניינית ישירה מתבקשת ממבנה החקיקה, מנוסחה ומתכליתיה. כל אלה אינם מתיישבים עם שתיקת המחוקק שלא מדעת בנושא מורכב זה.

8. המסקנה בדבר קיומו של הסדר שלילי לעניין זכות לפיצוי בגין הגבלות תנועה בנכס מקרקעין עקב צו סגירת שטח נובעת לא רק על דרך השלילה, מהעדר הסדר חקיקתי מפורש בעניין זה. היא נגזרת מתפיסה רחבה יותר שהנחתה את המחוקק המנדטורי שעל פיה, הגבלות על יכולת ההנאה מרכוש, המוטלות על האזרח לצורך השגת תכלית ציבורית חיונית, אינן מצדיקות מתן פיצוי, בין בשל מזעריות הפגיעה, בין בשל זמניותה. אולם, לא פחות מכך, נוכח ההשקפה כי הפרט בחברה אמור לתרום משל עצמו לטובת אינטרס ציבורי כללי חיוני שיש לקיימו בשעת חירום, או לצרכים אחרים שבאינטרס ציבורי מיוחד. תפיסה זו אינה מיוחדת דוקא לסוגיית הפגיעה הרכושית. היא משתרעת על תחומים רחבים שבהם הפרט נדרש לתרום לכלל, ולעיתים לספוג אגב כך פגיעה רכושית או כלכלית. היא עשויה לנגוע למשל בחובתו של הפרט לשרת שירות צבאי בהתאם לכישוריו, ובעת היותו בשירות מילואים, אף לשאת בנזקים אפשריים לעסקיו עקב העדרות ממושכת משגרת חייו,

כאשר התשלומים המשולמים על ידי המדינה לתקופת ההעדרות אינם מכסים את הנזקים בפועל; היא עשויה להשליך למשל על הגבלות תנועה בשבת שרשות מקומית או משטרה מטילות באזור מסוים של הרשות כדי לכבד אמונות ודעות של מגזר דתי בשכונה דתית, העלולות ליצור הכבדה ניכרת על נגישות אוכלוסייה חילונית המתגוררת באזור סמוך למקומות מגוריהם; היא עלולה לפגוע בבעלי דירות המתגוררים בקרבת מקום לאישיות בכירה בממשל, אשר, משיקולי בטחון, תנועותיהם בסביבת מגוריהם מוגבלות עקב סגירת רחובות ופיקוח משטרתי מתמיד על היוצאים והנכנסים למקום; וכאלה מצויות דוגמאות לרוב.

9. על פי תפיסה זו, לא כל פגיעה שלטונית ביכולת ההנאה מרכוש פרטי הנגרמת לצורך השגת מטרה ציבורית חשובה, מצדיקה מתן פיצוי לפרט. על פי תפיסת החקיקה הקיימת, הגבלת תנועה בשטח סגור, שנועדה להגשים אינטרס ציבורי מובהק, אינה מקימה זכות פיצוי כספי לבעל הזכויות בקרקע הנפגע מהגבלה זו. לא ניתן אף להניח, כי המחוקק ביקש להותיר פתוחה להכרעות שיפוטיות את השאלה אלו הגבלות על הנאת הפרט מרכושו עשויות להניב זכות לפיצוי, ואלו לאו, בלא שיניח הסדרים ראשוניים בחקיקה בעניין זה, בין היתר ביחס לסוגי הפגיעות המזכות בפיצוי, אם בכלל, לאופן חישוב הפיצוי, ומכלול שאלות מורכבות נוספות בהקשר זה, שהסדרן צריך להתבסס בחקיקה הראשונית, הבנויה על מדיניות ציבורית-חברתית כוללת ונהירה. ואכן, בפרקטיקה רבת שנים, מאז חקיקת תקנות ההגנה ב-1945, לא נדרשו פיצויים בגין הגבלות שהוטלו בעקבות צווי סגירת שטחים. כיום, כרבע מקרקעות המדינה כפופות לצווי סגירת שטחים, וההגבלות בעקבותיהם פרושות על פני שטחה של הארץ. מציאות זו בחיי המעשה, שעל פיה נהגו במשך 65 שנים, משקפת את התייחסותה של השיטה לעיקרי ההסדר החקיקתי הנדון במתכונתו הקיימת.

10. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היקנה לזכות הקניין של הפרט מעמד של זכות חוקתית בין מכלול זכויות האדם. ממעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית נשלחות "קרני אור" פרשניות אל עבר החקיקה הישנה שקדמה לחוק היסוד, ובתוך כך גם לעבר תקנות ההגנה שחוקקו על ידי המחוקק המנדטורי בשנת 1945. עם זאת, השפעתן של אותן "קרני אור" פרשניות מוגבלת ומתוחמת לשוליה של הוראת החוק הישנה, ואין בכוחן להפוך את יוצרותיה, ולשנות את מהותה בגרעינה העמוק. מיסודה של זכות הקניין כזכות חוקתית סטוטורית בתחילת שנות ה-90 אינו אוצר כח להפוך את משמעות תקנה 125 לתקנות ההגנה מ-1945 על פניה, מהסדר שלילי לעניין פיצוי הפרט על הגבלות תנועה במקרקעין עקב צו סגירת שטח, להסדר שיש

בו לאקונה, המאפשר החדרת עקרונות פיצוי בגין פגיעה בקניין, כהצעת חברי, השופט דנציגר. היותה של תקנה 125, במקורה, בבחינת הסדר שלילי נוגעת בגרעינו העמוק של ההסדר החקיקתי. הקרנה פרשנית של עקרונות חוקתיים שהתגבשו בחוק היסוד מאוחר יותר אינם יכולים להפוך את עורו של ההסדר החקיקתי הקיים, ולשנות את התפיסה החקיקתית הבסיסית הקיימת ברקעו. לצורך כך נדרשת חקיקה חדשה, שתבסס על מדיניות חקיקה מודרנית, בנושא מורכב שהשלכותיו חורגות הרבה מעבר לסוגיה הספציפית הניצבת לפנינו.

11. חשוב להדגיש בהקשר זה, כי מגבלות הקרנתם של עקרונות חוקתיים על דינים ישנים שקדמו לחוק היסוד נגזרת מהתפיסה החוקתית עצמה, המניחה צורך ברציפות חקיקתית, והגנה על תוקפה של החקיקה הישנה (סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פס' 4 (לא פורסם, 15.6.08)). הוראת שמירת הדינים בסעיף 10 לחוק היסוד מקרינה אף היא על מסגרת ההתערבות השיפוטית הראויה בגרעינם המהותי של הסדרים חקיקתיים ישנים, שקדמו במישורים רבים לנורמות החוקתיות הסטטוטוריות שעוגנו בחוק היסוד. אף שהעקרונות החוקתיים מקרינים על פרשנות הדינים הישנים, נדרש ריסון בפרשנות זו, שגבולותיה מתעצבים בשים לב לתכלית המקורית של ההסדר החקיקתי הישן, טיבו ותחומי חלותו. במיוחד כך הדבר בתחום המחייב הסדרה כוללת בחקיקה ראשית ראשונית, על בסיס מדיניות משפטית מגובשת, מורכבת ורבת השלכות על תחומים שונים בחייו של הפרט בישראל. אני מצטרפת, אפוא, לעמדת חברי, השופט ג'ובראן, לפיה הקרנתם של העקרונות החוקתיים בדבר הגנה על הקניין על תקנה 125 לתקנות ההגנה אינם יכולים להביא לתוצאה כי תקנה זו שינתה את דמותה מן הקצה, והפכה מהסדר שלילי לענין הזכות לפיצוי, להסדר חסר, המאפשר השלמה בכלים שיפוטיים.

12. נושא החורג מהעניין הפרטני בהליך זה, נוגע בהיבט מעמדי ומקומן של תקנות ההגנה, ככלל, בשיטת המשפט הישראלית, ובשאלה האם לא הגיעה העת להחליפן בחקיקה מודרנית, שתתאים למושגי המשפט, על פי הזמן והמקום.

13. כן עולה השאלה, האם במישור המינהלי, נעשה, ככלל, שימוש תקין והולם באמצעי של סגירת שטחים על פי תקנה 125, והאם במקרה הפרטני שלפנינו, עומדת סגירת השטח הנדון לשנים כה רבות, לצורך הפעלת מתקן צבאי, במבחני תקינות הפעולה המינהלית בהתייחס לכלל השיקולים הרלבנטיים לעניין. שאלות אלה מעלות שוב את הצורך בהערכה מחודשת של מקומן של תקנות ההגנה המנדטוריות

במערכת החקיקה בישראל, ובאשר לדרכי יישומן בידי הגורמים המוסמכים. איננו נדרשים להכריע בשאלות אלה במקרה זה. יחד עם זאת, המציאות שבה הגבלות תנועה בשטח נמשכות במשך שנים רבות עקב צו סגירת שטח, ופוגעות פגיעה ממשית בבעלי הזכויות בקרקע, ממקדת ומדגישה את הצורך האמיתי בהערכה מחודשת של סוגיית תקנות ההגנה ודרכי יישומן, ובכלל זה שקילה מחודשת של נושא סמכות סגירת שטחים על כל היבטיו המושגיים והמעשיים כאחד. ישנה חשיבות מיוחדת בהשגת הרמוניזציה של תחום חקיקתי זה עם עקרונות השיטה כולה.

14. פועל יוצא מהדברים האמורים הוא, כי דין ערעור זה להידחות, משלא נתבססה זכות משפטית לפיצוי בעלי זכויות בקרקע בגין הפגיעה הנגרמת להם עקב צו סגירת שטח המגביל את תנועותיהם במקרקעיהם.

15. אני מצטרפת לעמדת חברי, השופטים דנציגר וג'ובראן, לפיהם דין הערעור להידחות בעניינים הנוספים העולים בו – עילת פיצוי מחמת עשיית עושר ולא במשפט, תביעת פיצוי בגין הפקעת רצועות הדרך, דרישה להשבת מס רכוש, והטענות בדבר נזקים עקב פגיעות תכנוניות.

16. אשר לערעור בעניין הוצאות הערכאה הדיונית, אף שדרך כלל אין דרכה של ערכאה זו להתערב בהוצאות שנפסקו, נראה כי מקרה זה הוא חריג, המצדיק התערבות. המערערים סובלים מזה שנים רבות מהגבלות תנועה משמעותיות, ומהכבדה תכנונית בשטח עקב צו סגירת שטח, הגורם לפגיעה של ממש בהנאתם ממקרקעיהם. בהליך שיזמו, העלו המערערים שאלות עקרוניות חשובות שיש מקום להידרש אליהן במישור מדיניות החקיקה הראויה. בנסיבות אלה, הייתי נמנעת ממתן צו להוצאות הן בערכאה הדיונית והן בערכאה זו.

ההיבט הכללי

17. כפי שנרמז למעלה מן הענין, מעבר להיבט הקונקרטי, עולה שאלת מדיניות כללית – מתי, ובאלו נסיבות ראוי כי מעשה מינהלי, הגורר הטלת הגבלות על יכולת ההנאה של האזרח מרכושו, יצדיק תשלום פיצוי. זוהי שאלה מורכבת, שעניינה במדיניות ציבורית-חברתית כוללת, הכורכת היבטים רבים ומגוונים. מדיניות זו נעה בין שני קצוות: בקצה האחד, מצויה תפיסה חברתית אשר על פיה כל פגיעה שלטונית, בהנאה הרכושית של הפרט, היא אשר היא טיבה, מצדיקה פיצוי, גם אם

אין בה שלילה ישירה של קניין, או פגיעה ישירה בזכות החזקה. תפיסה זו מושפעת מההתפתחות החוקתית של ההגנה על הקניין, המקרינה על זכות הפרט לפיצוי גם בגין פגיעות ברכושו שאינן בעלות אופי קנייני ישיר. בקצה האחר קיימת תפיסה, לפיה פגיעה במימוש ההנאה של הפרט מרכושו, הנגרמת על ידי השלטון לצורך השגת אינטרס ציבורי חשוב, מן הדין ש"תיספג" על ידי הפרט הנפגע, כחלק מתרומתו האזרחית לטובת הכלל. בין שני קצוות אלה, נעים מקרי ביניים רבים, שונים ומגוונים באופיים, העשויים להצריך פתרונות שונים ומורכבים ביחס לשאלה אימתי על הציבור לשאת בנטל פיצוי על הפגיעה בפרט, ומתי על הפרט לתרום משלו לטובת הכלל, בלא פיצוי, במסגרת מימוש חובותיו האזרחיות. נדרשת קביעת מדיניות בשאלות אלה.

18. השאלות מהם סוגי הפגיעות הראויות לפיצוי, ואלו מהן ראוי שתבלענה על ידי הפרט, מה עוצמת הפגיעות הראויות לפיצוי, מה משמעות יש למשך זמן התמשכותה של הפגיעה, כיצד יש להעריך את הנזק לצורך פיצוי, כיצד יש לאמוד את גובה הפיצוי, מהו המנגנון שיקבע את גובה הפיצוי, והאם יש להחיל התיישנות על תביעת הפיצוי – כל אלה הן שאלות שיש להותיר בידיו של המחוקק. במסגרת החקיקה, ראוי לגבש מדיניות אשר תאזן בין אינטרס ההגנה על זכויות הפרט הנפגע בהתאם לקריטריונים שייקבעו, על רקע התשתית החוקתית הכוללת שהיא מיסודות השיטה, לבין השלכתה של הזכות לפיצוי על משק המדינה, משאבי המדינה, והתשתית הכלכלית כולה. הסדרים בשאלות אלה מן הדין שימצאו את מקומם בתשתית החקיקה הראשונית, ואין מקומם הטבעי במעשה השיפוטי.

19. שלא בדומה לענייננו כאן, בענייני הפקעות, ניתן היה לדלות מתוך החקיקה הקיימת עצמה את המסקנה המתבקשת כי מקום שהמטרה הציבורית ששמשה בסיס להפקעת המקרקעין חדלה להתקיים, כי אז ההפקעה מתבטלת, ויש, ככלל, להחזיר את המקרקעין שהופקעו לבעליהם, או לשלם לו את ערכם (בג"צ 2390/90 קרטיק נ' מדינת ישראל, פד"י נה(2) 625, 702 (2001); והחלטה מיום 9.2.09) (להלן – פרשת קרטיק). אף שבמישור העקרוני הוכרה הזכות לביטול ההפקעה ולהחזרת הקרקע או תמורתה לידי הבעלים, כאשר מטרת ההפקעה חדלה להתקיים, סוגיות שונות ורבות הנוגעות ליישומה בפועל של הלכת קרטיק נותרו לגיבוש בחקיקה, ולא הוכרעו בהכרעה שיפוטית. ביניהן – שאלות התחולה מבחינת הזמן – פרוספקטיבית או רטרופקטיבית, שאלות של התיישנות תביעות, דרכי חישוב הפיצויים וסוגיות אחרות הנוגעות ליישום זכותו העקרונית של בעלים של קרקע שהופקעה, לקבלה בחזרה כשמטרת ההפקעה בטלה. כיום, לאחר קבלת החוק לתיקון פקודת הקרקעות

(רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, הונחה תשתית ליישומם של עקרונות הילכת קרטיק הלכה למעשה, במסגרת מעשה החקיקה שנתקבל.

20. ענייננו בפרשה הנדונה שונה במובן זה שלא ניתן לדלות מהסדר החקיקתי הקיים בתקנות ההגנה הכרה עקרונית בזכות הפרט לפיצוי עקב הגבלות על רכוש הנובעות מצו סגירת שטח מכח תקנה 125. בסוגיה זו, עצם קיומה של זכות לפיצוי בגין פגיעה שלטונית ביכולת מימוש ההנאה מהנכס נתונה לקביעה עקרונית במסגרת מדיניות חקיקתית, וככל שייקבע עקרון כזה, יהיה צורך להסדיר את דרכי יישומו, הלכה למעשה.

21. אציע, אפוא, לדחות את הערעור על כל חלקיו, למעט בעניין ההוצאות. בעניין זה, אציע לבטל את ההוצאות שנפסקו כנגד המערערים בערכאה קמא, ולהימנע מהטלת צו להוצאות בערכאה זו.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות, בניגוד לדעתו החולקת של השופט דנציגר, לדחות את הערעור על כל חלקיו למעט בעניין ההוצאות. בעניין זה תבוטלנה ההוצאות שנפסקו כנגד המערערים בבית המשפט קמא ולא יוטל צו להוצאות בערכאה זו.

ניתן היום, י"ד באייר תש"ע (28.4.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת