

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4146/95

בפני: כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט מ' אילן

העותרים: 1. עזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל
2. חברת החלקות 296, 164 בגוש 6665 בע"מ

נ ג ד

המשיבים: 1. מנהל רשות העתיקות
2. רשות העתיקות
3. שר החינוך והתרבות
4. היועץ המשפטי לממשלה

תאריך הישיבה: ט"ז באלול תשנ"ח (7.9.98)

בשם העותרים: עו"ד דניאלה גרצולין

בשם המשיבים 1-2: עו"ד יורם בר-סלע, עו"ד תומר מוסקוביץ

בשם המשיבים 3-4: עו"ד אסנת מנדל

פסק-דין

השופט י' זמיר:

1. חלק גדול מן השטח של כפר שמריהו, השוכן מצפון לתל-אביב, הוכרז אתר עתיקות, תחילה לפי פקודת העתיקות ולאחר מכן לפי חוק העתיקות, התשל"ח 1978-. משהוכרז שטח כאתר עתיקות, חלים על האתר, מכוח החוק, איסורים שונים. בין היתר, אסור לבנות בשטח ללא היתר מאת מנהל רשות העתיקות. ברור, אם כן, שמבחינת הבעלים של השטח, ההכרזה על השטח כאתר עתיקות פוגעת בקניין, הן מבחינת האפשרות לעשות שימוש בשטח כמנהג בעלים והן מבחינת השווי של השטח בשוק החופשי.

העותרים הינם בעלים של חלקת מקרקעין בכפר שמריהו (להלן - המגרש). המגרש נכלל בשטח שהוכרז אתר עתיקות. לטענתם, החוק אינו מתיר להכריז על שטח כאתר עתיקות, אלא אם נתגלו בו עתיקות. אך במגרש לא נתגלו עתיקות, וכך גם בחלקות אחרות בכפר שמריהו. כיוון שכך, הם מבקשים לבטל את ההכרזה, לגבי כל כפר שמריהו או, לחלופין, לגבי המגרש.

וזאת השאלה העיקרית שבפני בית המשפט: האם, כטענת העותרים, אין להכריז על שטח כאתר

עתיקות אלא אם נתגלו בו עתיקות?

הדין

2. ארץ-ישראל היא, כידוע, ברוכת עתיקות. לכן ראה המחוקק המנדטורי מקום לחוקק, כבר בשנת 1929, את פקודת העתיקות. פקודה זאת קבעה, בין היתר, כי מנהל מחלקת העתיקות בממשלת ארץ-ישראל יפרסם רשימה של מצבות היסטוריות ואתרים היסטוריים ("a schedule of historical monuments and historical sites"). ומהו אתר היסטורי? הפקודה הגדירה (בסעיף 1) לאמור:

“‘historical site’ means an area which the Director reasonably believes to contain antiquities or to be associated with important historical events”.

משנקבע כי מקום מסוים הוא אתר היסטורי, אסור היה לכל אדם לחפור באותו מקום, לבנות עליו, לטעת בו עצים, או לבצע עבודות אחרות, ללא היתר מאת מנהל מחלקת העתיקות. ראו סעיפים 17 ו-18 לפקודת העתיקות. הוראות נוספות של פקודה זאת הסדירו את הרישום של אתר היסטורי, הפיקוח עליו, הרכישה או ההפקעה שלו, ועוד.

ביום 24.11.1944 התפרסמה בעתון הרשמי של ממשלת ארץ-ישראל (גליון מיוחד מס' 1375) רשימה של מקומות שהוכרזו מצבות היסטוריות ומקומות היסטוריים לפי פקודת העתיקות. בין היתר נכלל כפר שמריהו (בשטח של קילומטר מרובע) ברשימה זאת. כפי שצויין ברשימה, העתיקות בכפר שמריהו הם קברים חצובים.

3. לאחר הקמת המדינה הועברו הסמכויות של הנציב העליון לפי פקודת העתיקות לידי שר החינוך והתרבות. במקום מחלקת העתיקות בממשלת ארץ-ישראל קם אגף העתיקות והמוזיאונים במשרד החינוך והתרבות. הסמכויות של מנהל מחלקת העתיקות עברו לידי של מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים.

ביום 18.5.1964 פרסם מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים בילקוט הפרסומים (מס' 1091) רשימה חדשה לפי פקודת העתיקות. רשימה זאת ביטלה את הרשימה משנת 1944, וחזרה והכריזה על אתרים שונים כאתרים היסטוריים, ובהם גם כפר שמריהו, כשהיא מגדילה את השטח של אתר זה (בקילומטר מרובע נוסף). העתיקות באתר זה תוארו בהכרזה זאת כך: מערות קברים מן התקופה הרומית-הביזנטית.

4. בשנת 1978 שונה הדין. חוק העתיקות, התשל"ח 1978-, ביטל (בסעיף 48) את פקודת העתיקות, וקבע תחתייה הסדר חדש בנוגע לעתיקות. אולם החוק החדש שומר על המשכיות עם ההסדר הקודם מבחינות רבות. בין היתר קובע החוק החדש (בסעיף 49(ב)) כי האתרים ההיסטוריים שפורסמו לפי פקודת העתיקות, ושהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק זה, רואים אותם כאילו פורסמו לפי סעיף 28 לחוק זה. משמע, יש לראות את ההכרזה על כפר שמריהו (לרבות המגרש) כאתר עתיקות, שנעשתה לפי פקודת העתיקות בשנת 1944 ובשנת 1964, כאילו נעשתה לפי סעיף 28 לחוק העתיקות.

5. לאחר עשר שנים לערך, בחוק רשות העתיקות, התשמ"ט 1989-, הוקמה רשות העתיקות. הרשות קיבלה את התפקידים והסמכויות שהיו קודם בידי אגף העתיקות והמוזיאונים, ומנהל הרשות בא במקום מנהל האגף.

עם הקמתה של רשות העתיקות חלו שינויים בדפוסי הפעולה ובהיקף הפעילות בתחום העתיקות. כדברי מבקר המדינה (מבקר המדינה דו"ח שנתי 45, משנת 1995, עמ' 630): "מאז גדלה הרשות מאד, הן בהיקף החפירות שהיא מבצעת, הן בתקציבה ובהכנסותיה מביצוע חפירות והן במספר עובדיה". לעניין זה נאמר בתצהיר התשובה של רשות העתיקות, בין היתר, כך:

"עם הקמת הרשות, ועל אף האמור בסעיף 49(ב) לחוק העתיקות, עושה רשות העתיקות מאמצים רבים להעביר את ההכרזות על שטחים כאתרי עתיקות שתוארו באמצעות נקודות ציון על מפה, להכרזות על גושים וחלקות, וזאת על מנת שניתן יהיה לרשום הערות על ההכרזות במרשם המקרקעין, המתנהל כידוע אך ורק ובשיטה הקדסטריית של גושים וחלקות".

בהתאם לכך פורסמה בשנת 1992 רשימה חדשה לפי סעיף 28 לחוק העתיקות. רשימה זאת (ילקוט הפרסומים, 4023, מיום 9.7.1992) מתקנת את הרשימה משנת 1964: במקום נקודות ציון של אתרי העתיקות היא נוקבת במספרי הגושים והחלקות של אתרים אלה. כך היא עושה גם לגבי כפר שמריהו: היא נוקבת במספרי הגושים בכפר שמריהו, ובהם הגוש בו נמצא המגרש, וחוזרת ומתארת את העתיקות בגושים אלה כך: מערות קברים מן התקופה הרומית והביזנטית.

כיום, אם כן, רוב השטח המאוכלס של כפר שמריהו, לרבות המגרש, מוכרז כאתר עתיקות מכוח הכרזה משנת 1964, שהחליפה הכרזה משנת 1944, ותוקנה בשנת 1992.

העתיקה והתשובה

6. העותרים מבקשים שתבוטל ההכרזה על השטח של כפר שמריהו או, לחלופין, ההכרזה על שטח המגרש כאתר עתיקות. ההכרזה, הם טוענים, ניתנה שלא כחוק. אמנם, לכאורה, סעיף 28 לחוק העתיקות מסמיך את המנהל של רשות העתיקות להכריז על כל מקום כאתר עתיקות. הנה כך אומר סעיף 28(א):

"המנהל רשאי להכריז כי מקום פלוני הוא אתר עתיקות..."

אולם, הם מוסיפים, המנהל אינו רשאי להכריז כי מקום כלשהו הוא אתר עתיקות אלא אם אותו מקום הוא אתר עתיקות כהגדרתו בסעיף 1 לחוק. וזו ההגדרה:

"אתר עתיקות" - שטח המכיל עתיקות, שהמנהל הכריז עליו לפי סעיף 28(א)."

מכאן למדים העותרים כי המנהל אינו רשאי להכריז על מקום כאתר עתיקות לפי סעיף 28(א) אלא אם הוא "שטח המכיל עתיקות". הם עושים הבחנה בין ההגדרה של אתר עתיקות בסעיף 1 לחוק העתיקות לבין ההגדרה של אתר היסטורי בסעיף 1 לפקודת העתיקות. בפקודת העתיקות (ראו לעיל פסקה 2) אתר היסטורי היה שטח שלמנהל היה יסוד סביר להאמין ("reasonably believes") שהוא מכיל עתיקות; ואילו בחוק העתיקות, אתר עתיקות הוא שטח "המכיל עתיקות". כיום, הם טוענים, ההגדרה מדברת על עובדה ולא על אמונה. לשון אחרת, לצורך הכרזה על אתר עתיקות, אין די בכך שהמנהל סבור, על יסוד השערות או מחקרים,

שהשטח מכיל עתיקות, אלא נדרש כעניין שבעובדה שהשטח יכיל עתיקות. כעניין שבעובדה, אין מקום לקבוע כי שטח מכיל עתיקות, אלא אם בפועל נתגלו בו עתיקות.

העותרים מסתמכים לא רק על לשון ההגדרה של אתר עתיקות בחוק העתיקות. הם מסתמכים גם על ההבדל בין הגדרה זאת לבין ההגדרה של אתר היסטורי בפקודת העתיקות. ההבדל מלמד, לשיטתם, כי המחוקק התכוון לשנות את הדין.

עוד מסתמכים העותרים על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-היסוד קובע (בסעיף 3) את זכות הקניין כזכות יסוד. כלשון הסעיף:

"אין פוגעים בקנינו של אדם".

אמנם חוק-היסוד (לפי סעיף 10 לחוק) אינו פוגע בתוקפם של דינים שהיו קיימים קודם לכן, ובהם גם חוק העתיקות. אולם, כפי שנפסק, יש בו כדי להשפיע על הפירוש של דינים קודמים. לכן, גם אם פירוש ההגדרה של אתר עתיקות בחוק העתיקות אינו חד-משמעי, מן הראוי לפרש אותו, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באופן שיצמצם את הפגיעה בקניין. בהתאם לכך יש לומר כי רק אם נתגלו עתיקות בשטח, הלכה למעשה, רשאי מנהל הרשות להכריז על השטח כאתר עתיקות.

בפועל לא נתגלו עתיקות במגרש. יתירה מזאת. ספק אם המגרש מכיל, מתחת לפני השטח, עתיקות. המשיבים עצמם אינם חולקים על כך. כך גם בחלקות נוספות בכפר שמריהו שהוכרזו אתר עתיקות. לפיכך, טוענים העותרים, יש לבטל את ההכרזה ככל שהיא חלה על חלקות אלה, לרבות המגרש.

7. המשיבים חולקים על העותרים. הם טוענים כי הדין המסמיך את מנהל רשות העתיקות להכריז על שטח כאתר עתיקות, כפי שהיה לפי פקודת העתיקות, נותר ללא שינוי לפי חוק העתיקות. אמנם ההגדרה של אתר עתיקות השתנתה מבחינה לשונית, אך היא לא השתנתה מבחינה מהותית. גם לפי חוק העתיקות, כמו לפי פקודת העתיקות, המנהל מוסמך להכריז על שטח כאתר עתיקות אף אם לא נתגלו בו עתיקות.

חוקיות ההכרזות שנעשו לפי פקודת העתיקות

8. אפשר להשיב על טענת העותרים בשתי דרכים המובילות לאותה תוצאה.

בדרך הראשונה אפשר להניח, לצורך הדיון, כי העותרים צודקים בטענה שחוק העתיקות שינה את הדין לגבי הסמכות להכריז על שטח כאתר עתיקות: שלפי פקודת העתיקות היתה למנהל סמכות להכריז על שטח כאתר עתיקות אם היה לו יסוד סביר להניח כי השטח מכיל עתיקות, גם אם טרם נתגלו עתיקות בשטח; ואילו לפי חוק העתיקות אין למנהל סמכות כזאת אלא אם השטח מכיל עתיקות, כלומר, אם בפועל נתגלו עתיקות בשטח. אם אמנם כך, מתעוררת השאלה מה הדין כיום, לפי חוק העתיקות, לגבי שטחים שהוכרזו אתרי עתיקות לפי פקודת העתיקות אף שלא נתגלו בהם עתיקות, מאז ועד היום.

נקודת המוצא לתשובה מצוייה בסעיף 49(ב) לחוק העתיקות. סעיף זה קובע לאמור:

"הרשימות של המצבות והאתרים ההיסטוריים שפורסמו לפי פקודת העתיקות ושהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק זה, רואים אותן כאילו פורסמו לפי סעיף 28 לחוק זה".

סעיף זה מתייחס למגרש. הוא מתייחס גם להרבה חלקות אחרות בכפר שמריהו. הוא מתייחס לכל השטחים שהוכרזו כאתרי עתיקות לפי פקודת העתיקות במשך חמישים שנה, משנת 1929 ועד שנת 1978, ובהם מספר גדול ורב של חלקות. חלקות אלה, רובן ככולן, הוכרזו כאתרי עתיקות לא מפני שנתגלו בהן עתיקות, ולמרות שלא נתגלו בהן עתיקות. במשך השנים הרבות, מאז הוכרזו החלקות כאתרי עתיקות, נחפר חלק קטן מהן, אם לצורך ארכיאולוגי ואם לצורך בנייה. לעתים נתגלו בהן עתיקות; לעתים לא נתגלו בהן עתיקות. רוב החלקות עדיין לא נחפרו, ואין איש יודע לבטח אלו מהן וכמה מהן מכילות עתיקות. אך ברור שבסך הכל הן מכילות את רוב העתיקות שטרם נתגלו, אפשר לומר את פוטנציאל העתיקות בישראל, ובוודאי יידרשו עוד דורות של עבודת חפירה ומחקר עיוני כדי לגלות את האוצרות הטמונים בחלקות אלה.

עכשיו, לפי הפרשנות של העותרים, יש לראות את החלקות האלה כאילו הוכרזו כאתרי עתיקות בניגוד לחוק העתיקות, משום שהוכרזו אתר עתיקות בלי שנתגלו בהן עתיקות, ולכן גם יש לבטל את ההכרזות, ככל שהן מתייחסות לחלקות אלה, ולפטור אותן מכל האיסורים שהוטלו על אתר עתיקות בחוק העתיקות. כך מבקשים העותרים לגבי המגרש. ואם הדין עם העותרים, בעקבותיהם יבואו, ללא ספק, אחרים רבים מספור, כל אחד והחלקה שלו. בכל החלקות האלה יהיו הבעלים רשאים, לפי הפרשנות של העותרים, לחפור ולבנות כרצונם, תוך סכנת הרס לעתיקות.

האם לתוצאה קיצונית כזאת, אפשר לומר תוצאה הרסנית כל כך, התכוון המחוקק כאשר חוקק, בשנת התשל"ח 1978-, את חוק העתיקות? תוצאה כזאת היא מהפיכה: היא הופכת סדרי בראשית בעולם העתיקות. הדעת נותנת שאילו התכוון המחוקק לחולל מהפיכה כזאת, היה עושה זאת בתרועות שופר, ולא בהחבא, באמצעות ניסוח מעורפל של אחת ההגדרות בחוק. לכל הפחות, הוא היה נותן לכוונה כזאת ביטוי בסעיף 28(א), הקובע את סמכות המנהל להכריז על מקום כאתר עתיקות. הוא יכול היה לומר, לדוגמה, כי המנהל רשאי להכריז כי מקום "שנתגלו בו עתיקות" הוא אתר עתיקות. אך המחוקק לא אמר זאת ולא דומה לזאת. גם לא גורם אחר שהיה מעורב בחקיקה: בהצעת החוק, בדברי ההסבר להצעת החוק, בדברים שנאמרו בעת הדיון בכנסת על הצעת החוק, ואף בחוק העתיקות עצמו, לא ניתן ביטוי לכוונה כזאת.

אכן, הדעת נותנת כי בסעיף 49(ב) לחוק העתיקות לא היתה כוונה למחוקק לומר שכל החלקות באתרי העתיקות שטרם נתגלו בהן עתיקות, כמו המגרש בכפר שמריהו, יחדלו לפתע להיות אתרי עתיקות. להיפך. הדעת נותנת כי כוונת המחוקק בסעיף זה היתה לומר כי כל החלקות שהוכרזו אתרי עתיקות לפי פקודת העתיקות, אף שלא נתגלו בהן עתיקות, יחשבו כאתרי עתיקות גם לפי חוק העתיקות. כוונתו לא היתה אלא למנוע את הצורך לחזור ולפרסם מחדש, לפי סעיף 28 לחוק העתיקות, את הרשימה הארוכה של אתרים שהוכרזו לפי פקודת העתיקות. הוא לא התכוון לפגוע, ולא פגע, בחוקיות ההכרזות שנעשו לפי פקודת עתיקות. זהו הכלל הרחב. וכך הוא נקבע בסעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א 1981:-

"ביטולו של דין אין כוחו יפה... להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו".

מכאן, שאם אדם מבקש לתקוף את החוקיות של הכרזת שטח כאתר עתיקות לפי פקודת העתיקות, כגון את החוקיות של הכרזת המגרש בכפר שמריהו כאתר עתיקות, עליו לתקוף את החוקיות לפי הדין שחל בעת ההכרזה, כלומר, לפי פקודת העתיקות. והרי לפי פקודת העתיקות אין ספק כי המנהל היה רשאי להכריז על שטח כאתר עתיקות אף שלא נתגלו בו עתיקות, אם היה לו יסוד סביר להניח כי השטח מכיל עתיקות.

סמכות ההכרזה לפי חוק העתיקות

9. הדרך השניה היא, להתמודד עם טענת העותרים, לפיה חוק העתיקות שינה את הדין המהותי לגבי הסמכות להכריז על שטח כאתר עתיקות: האמנם לפי חוק העתיקות, להבדיל מפקודת העתיקות, אין למנהל סמכות להכריז על שטח כאתר עתיקות אלא אם נתגלו בו עתיקות?

לגוף הטענה, נראית לי עמדת המשיבים מעמדת העותרים. עמדת המשיבים, לפיה נתונה סמכות למנהל הרשות להכריז על שטח כאתר עתיקות גם אם לא נתגלו עתיקות בשטח, נתמכת בטעמים אחדים. ראשית, היא מתיישבת עם לשון החוק. שנית, היא משרתת את תכלית החוק. השילוב של לשון החוק ותכלית החוק מוביל למסקנה כי חוק העתיקות לא התכוון לשנות, בעניין זה, את הדין שחל לפי פקודת העתיקות.

אכן, לשון ההגדרה של אתר עתיקות השתנתה. סעיף 1 לפקודת העתיקות אמר שזה שטח אשר למנהל יש יסוד סביר להניח כי הוא מכיל עתיקות, ואילו סעיף 1 לחוק העתיקות אומר שזה שטח המכיל עתיקות. אולם זאת יש לזכור, שמדובר בהגדרה בלבד, ולא בהוראה מהותית המעניקה סמכות למנהל. לעתים, בגלל ניסוח קלוקל של החוק, אין מנוס אלא להטיל על הוראה מגדירה תפקיד לא-לה, כלומר, תפקיד של הוראה מהותית. כך הדבר, למשל, כאשר החוק משתמש בהגדרה לצורך הענקת סמכות לרשות מינהלית. אך לא זה המצב בחוק העתיקות. בחוק זה נקבעה הסמכות להכריז על שטח כאתר עתיקות, בנפרד ובמפורש, בסעיף 28(א). סעיף זה קובע כי "המנהל רשאי להכריז כי מקום פלוני הוא אתר עתיקות". סמכות זאת דומה, מבחינה מהותית, לסמכות שהוענקה למנהל לפי סעיף 17 לפקודת העתיקות. ההשוואה של שני הסעיפים מעלה שהמחוקק לא התכוון, בחוק העתיקות, לצמצם את הסמכות. כדי לצמצם את הסמכות, בהשוואה לסמכות לפי פקודת העתיקות, אפשר וראוי היה לומר שהמנהל רשאי להכריז כי מקום פלוני, המכיל עתיקות, הוא אתר עתיקות. אך המחוקק לא צמצם את סמכות המנהל להכריז על אתר עתיקות למקום המכיל עתיקות.

האם, אף-על-פי כן, יש לסייג את הסמכות, כפי שנקבעה בסעיף 28(א) לחוק העתיקות, מכוח ההגדרה שבסעיף 1 לחוק? עבודות ההכנה של החוק אינן נותנות יסוד לומר כי המחוקק התכוון לשנות את ההגדרה של אתר עתיקות, בהשוואה להגדרה שבפקודת העתיקות, באופן שיצמצם את סמכות המנהל להכריז על אתר עתיקות. בדברי ההסבר להצעת חוק העתיקות, התשל"ו-1976 (ה"ח 1250, התשל"ו, 314) צוינו במפורש ההגדרות שבסעיף 1 אשר התכוונו לשנות (על דרך ההרחבה, ולא על דרך הצמצום) את ההגדרות שבפקודת העתיקות. אך לגבי ההגדרה של אתר עתיקות לא נאמר דבר, והמסקנה היא, שמלכתחילה לא היתה כוונה לשנות את ההגדרה מבחינה מהותית.

עם זאת, כיוון שבחוק העתיקות חל שינוי בהגדרה של אתר עתיקות, כיצד נפרש את הנוסח הקיים? אפשר לפרש את הנוסח הקיים בדרך שאינה משנה מבחינה מהותית את ההגדרה שהיתה בתוקף לפי פקודת העתיקות. לצורך זה יש לדקדק בלשון ההגדרה שבחוק העתיקות. ההגדרה אומרת: שטח המכיל עתיקות. היא אינה אומרת: שטח שנתגלו בו עתיקות. אכן אפשר כי שטח פלוני מכיל עתיקות אף אם טרם נתגלו בו עתיקות.

זהו, ככל הנראה, המצב בפועל לגבי הרבה אתרי עתיקות שטרם נחפרו. אפשר, אם כן, לפי פשוטו של מקרא, להכריז על שטח פלוני כאתר עתיקות אף לפני שנערכו בו חפירות ולפני שנתגלו בו עתיקות. אך מתי רשאי המנהל להכריז על שטח כזה כאתר עתיקות? התשובה המתבקשת היא, שהמנהל רשאי להכריז על שטח פלוני כאתר עתיקות, לפני שנתגלו בו עתיקות, אם לדעתו השטח מכיל עתיקות. ואם כן, אנו חוזרים אל הדין כפי שנקבע בפקודת העתיקות.

10. זו גם הכוונה העולה מתכלית החוק. התכלית המיוחדת של חוק העתיקות, בהקשר הנדון, גלוייה לעין: להגן על העתיקות שעל-פי רוב אין הן גלויות לעין. לתכלית זאת יש צורך להטיל איסורים על פעולות בשטח שיש יסוד סביר להניח כי הוא מכיל עתיקות. שהרי ללא איסורים כאלה צפויה סכנת הרס, שאין לו תקנה, לעתיקות הטמונות בבטן האדמה שהבעלים מבקשים לבנות עליה. וכך נאמר לעניין זה בתשובה שהוגשה לבית המשפט מטעם רשות העתיקות:

"הפרשנות האחרת, לפיה תנאי להכרזת חלקה מסויימת כאתר עתיקות הוא שיתגלו בה עתיקות בפועל, תביא בהכרח להרס מוחלט של רבות מעתיקות הארץ, שהרי מרבית העתיקות מתגלות תוך ביצוע עבודות בניה ושימוש באמצעים מכניים, שההרס והנזק שהן גורמות לעתיקות הוא כבד ובלתי הפיך".

אולם, אף כי זו התכלית המיוחדת של חוק העתיקות, אין זו התכלית היחידה של החוק. לחוק העתיקות, כמו לכל חוק אחר, יש תכליות נוספות, סמויות מן העין. אלו הן התכליות הכלליות של שיטת המשפט. התכליות הכלליות נועדו להגן על ערכי היסוד של המדינה, ובהם זכויות היסוד של האדם. בפירוש החוק צריך להתחשב גם בתכליות הכלליות ולאזן, ככל שראוי, בין התכלית המיוחדת לבין התכליות הכלליות. כך בדרך כלל וכך גם כאן. כאן צריך לאזן, לצורך פירוש החוק, בין התכלית המיוחדת של הגנה על עתיקות לבין התכלית הכללית של הגנה על זכות הקניין.

זכות הקניין מוכרת, מאז ומתמיד, כאחת מזכויות היסוד. ראו, לדוגמה, ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656; ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 560. משום כך ראוי היה, מאז ומתמיד, לפרש כל חוק שיש בו פגיעה בזכות הקניין באופן שיצמצם את הפגיעה, ככל שראוי לאור התכלית המיוחדת של החוק. בוודאי שכך כיום, לאחר שזכות הקניין הוכרה, בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כזכות חוקתית. אמנם חוק יסוד זה שומר (בסעיף 10) על תוקפם של כל הדינים שהיו קיימים ערב תחילתו של חוק-היסוד. אולם, כפי שנפסק, גם דינים אלה צריכים להתפרש לאור חוק-היסוד. ראו, לדוגמה, ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה, פ"ד נ(1) 723, 738-737.

לפיכך השאלה היא, אם ראוי לתת לחוק העתיקות פירוש מצמצם, כטענת העותרים, באופן שיסמיך את המנהל להכריז על שטח כאתר עתיקות רק אם נתגלו בו עתיקות, וכך גם לצמצם את הפגיעה בזכות הקניין. התשובה שלילית. פירוש כזה לא יאזן כראוי בין התכלית המיוחדת של חוק העתיקות לבין התכלית הכללית של הגנה על זכות הקניין. הוא חושף את העתיקות הסמויות לסכנת הרס. בכך הוא פוגע בתכלית המיוחדת של חוק העתיקות.

11. ראוי לציין שכך הוא הדין, בעניין זה, גם באנגליה. החוק האנגלי - Ancient Monuments and

Archaeological Areas Act 1979 - קובע בסעיף 33(1) לאמור:

“The Secretary of State may from time to time by order designate as an area of archaeological importance any area which appears to him to merit treatment as such for the purposes of this Act”.

ובסעיף 61, הוא סעיף ההגדרות של החוק, נאמר כך:

“area of archaeological importance’ means an area designated as such under section 33 of this Act”.

לפי אותו חוק, משהוכרז על שטח כאתר בעל חשיבות ארכיאולוגית, מוטלים (בסעיף 35) איסורים בקשר לפעולות שונות באותו אתר.

באנגליה, אם כן, החוק מאפשר להכריז על שטח כאתר בעל חשיבות ארכיאולוגית אף אם לא נתגלו בו עתיקות. ואם כך ראוי כדי להגן על עתיקות באנגליה, כך ראוי גם בישראל, אולי אף בגדר קל וחומר, בשל החשיבות המיוחדת הנודעת לעתיקות בארץ ישראל. על חשיבות זאת ראו דברים שאמר שר החינוך והתרבות כאשר הציג את הצעת חוק העתיקות לקריאה ראשונה בכנסת: דברי הכנסת 77, תשל"ו, 3762.

סוף דבר, המבחן המוצע על ידי העותרים לצורך הכרזה על שטח כאתר עתיקות, כלומר, שבשטח נתגלו עתיקות, הוא מבחן צר. הוא אינו מתיישב עם הלשון או עם התכלית של סעיף 28 לחוק העתיקות. לכן אין הוא מבחן ראוי.

המבחן להכרזה על אתר עתיקות

12. מהו, אם כן, המבחן הראוי לצורך הכרזה על שטח כאתר עתיקות? סעיף 28 לחוק העתיקות, לפי לשונו, אינו קובע מבחן. הוא קובע, בלשון כללית וסתמית, כי מנהל הרשות "רשאי להכריז כי מקום פלוני הוא אתר עתיקות". לכאורה, סמכות המנהל אינה מוגבלת על ידי החוק, אלא החוק מוסר את הסמכות לשיקול הדעת של המנהל. אולם הלכה פסוקה היא כי אין שיקול דעת מוחלט. גם בא-כוח רשות העתיקות ציין, בכתב התשובה, כי "חלה על מנהל הרשות החובה לפעול בסבירות ובשוויוניות, תוך שקילת שיקולים ענייניים ותוך הימנעות משרירות, הפליה וכיוצא באלה פגמים". אכן, כללים אלה, ונוספים לאלה, חלים על שיקול הדעת של מנהל הרשות, כשם שהם חלים על שיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת.

אולם, נוסף לכללים אלה, מתעוררת השאלה אם קיים מבחן לצורך ההכרזה על שטח כאתר עתיקות. אם לא נדרש, כטענת העותרים, שבשטח נתגלו עתיקות, מהו הדבר הנדרש? פקודת העתיקות נתנה תשובה. מסעיף 1 לפקודה השתמע כי המנהל היה רשאי להכריז על שטח כאתר עתיקות אם היה לו יסוד סביר להניח כי השטח מכיל עתיקות. ראו לעיל פסקה 2. חוק העתיקות לא התכוון לשנות את המבחן שחל לצורך זה לפי פקודת העתיקות. ראו לעיל פסקאות 9-10. אמור מעתה, לפי חוק העתיקות, כמו לפי פקודת העתיקות, המנהל רשאי להכריז על שטח כאתר עתיקות אם יש לו יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות. המבחן הוא, אם כן, יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות.

אולם מה פירוש יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות? הסבירות פירושה הסתברות. ההסתברות שהשטח מכיל עתיקות יכולה להיות נמוכה (לשון אחרת: רחוקה) או גבוהה (לשון אחרת: קרובה). רמת ההסתברות בכל מקרה ומקרה תלויה בראיות הקיימות באותו מקרה. לעתים הראיות קלושות ולעתים הראיות חותכות. האיכות והכמות של הראיות בכל מקרה קובעות אם קיימת הסתברות גבוהה או רק הסתברות נמוכה שהשטח מכיל עתיקות. אולם, לכאורה, גם אם קיימת רק הסתברות נמוכה עדיין אפשר לטעון שקיים יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות. מכאן השאלה מהי רמת ההסתברות הנדרשת לצורך הכרזה על שטח כאתר עתיקות.

רמת ההסתברות הנדרשת צריכה לשקף איזון ראוי בין האינטרסים העיקריים הכרוכים בהכרזה על שטח כאתר עתיקות. מצד אחד, מבחינת הצורך להגן על עתיקות ניתן להצדיק הכרזה על שטח כאתר עתיקות גם על יסוד ראיות קלושות, המעידות רק על הסתברות נמוכה שהשטח מכיל עתיקות. מבחינה זאת ההכרזה

מוצדקת גם על יסוד ראיות קלושות, כיוון שבדרך כלל אין לדעת מראש, באופן מוחלט, אם השטח מכיל עתיקות. מתחת לראיות קלושות עשוי להסתתר אוצר ממשי. רק בדיקה של השטח, בפיקוח מומחים לדבר, יכולה למנוע הרס של עתיקות סמויות, באקראי או במכוון, תוך כדי עבודות פיתוח של השטח. אולם, מצד שני, מבחינת הצורך להגן על זכות הקניין יש מקום לדרוש ראיות חזקות, המעידות על הסתברות גבוהה שהשטח מכיל עתיקות. שאם לא כן, זכות הקניין, שהיא זכות יסוד, תהיה חשופה לפגיעה על ידי מנהל רשות העתיקות בקלות יתירה. מבחינה זאת, הכרזה על שטח כאתר עתיקות על יסוד הסתברות נמוכה שהשטח מכיל עתיקות שוללת מזכות הקניין את ההגנה הראוייה לזכויות היסוד.

לדעתי, האיזון בין התכלית המיוחדת של חוק העתיקות (וקודם לכן - של פקודת העתיקות), היא התכלית של הגנה על עתיקות, לבין התכלית הכללית של שיטת המשפט, הכוללת הגנה על זכויות היסוד, מחייב ללכת בדרך ביניים. דרך זאת אינה מצדיקה הכרזה על שטח כאתר עתיקות על יסוד הסתברות נמוכה שהשטח מכיל עתיקות, משום שהכרזה כזאת עלולה לפגוע בזכות הקניין מעבר למידה הדרושה. היא גם אינה מצדיקה דרישה של הסתברות גבוהה שהשטח מכיל עתיקות, משום שדרישה כזאת עלולה להפקיר את רוב העתיקות בארץ, שטרם נתגלו, וכך לסכל את התכלית של חוק העתיקות. לפיכך נדרשת הסתברות ברמה בינונית. כלומר, המנהל רשאי להכריז על שטח כאתר עתיקות אם קיימת הסתברות ברמה בינונית שהשטח מכיל עתיקות. רמה כזאת של הסתברות משקפת את האיזון הראוי בין האינטרס של הגנה על עתיקות לבין האינטרס של הגנה על הקניין הפרטי. אם קיימת רמה כזאת של הסתברות ניתן לומר, כפי שהחוק דורש, כי יש יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות. זהו מבחן ההסתברות הבינונית. אך, בהתאם ללשון המקובלת, אפשר לקרוא לו, וכך אף אקרא לו, מבחן האפשרות הסבירה.

13. המסקנה היא שעל המנהל לברר, כתנאי מוקדם להכרזה על שטח כאתר עתיקות, אם קיימת אפשרות סבירה שהשטח מכיל עתיקות. לצורך זה שומה עליו, כמו על כל רשות מינהלית, להניח תשתית ראוייה של ראיות. הראיות עשויות להיות מגוונות: ספרות עתיקה, מחקר עיוני, עתיקות שנתגלו באתר סמוך, חרסים הפזורים על פני השטח, שרידי מבנה עתיק, ועוד. הראיות צריכות לעמוד במבחן הראיה המינהלית, כלומר, צריך שיהיה בהן כדי לשכנע אדם סביר (או, ליתר דיוק, רשות מינהלית סבירה), בהתחשב במהות העניין ובנסיבות המקרה. בהתחשב במהות העניין, צריך שהראיות ישכנעו כי קיימת, בנסיבות המקרה, אפשרות סבירה שהשטח מכיל עתיקות.

המומחים לדבר ברשות העתיקות, ובסופו של דבר מנהל הרשות, צריכים לבדוק בכל מקרה ומקרה את הראיות המצויות, כדי לברר אם הן עומדות במבחן האפשרות הסבירה. רק אם התשובה חיובית, ניתן לומר כי למנהל יש יסוד סביר להניח שהשטח מכיל עתיקות, ולפיכך הוא רשאי להכריז על השטח כאתר עתיקות.

14. מבחן האפשרות הסבירה הוא מבחן כללי בלבד. אין בו כשלעצמו כדי לתת תשובה פרטנית, בכל מקרה ומקרה, אם ניתן להכריז על שטח מסויים כאתר עתיקות. וכי מה נדרש כדי שאפשרות תיעשה אפשרות סבירה? לצורך תשובה פרטנית ניתן אולי להסתייע בתבחינים (קריטריונים) המתבססים על המבחן הכללי. תבחינים כאלה יכולים לקבוע, בדרך של הנחייה, מה הן הראיות הנדרשות כדי לקבוע שקיימת אפשרות סבירה כי שטח מסויים מכיל עתיקות: איזה סוג של ראיות; איזו כמות של ראיות; מה משקל הראיות. התבחינים יכולים אולי לקבוע גם הבחנה בין סוגים שונים של עתיקות שעשויות להימצא בשטח: כגון, שלפי סוג העתיקות יידרשו ראיות ברמה גבוהה יותר, או ברמה נמוכה יותר, של הסתברות.

יש עניינים בהם החוק עצמו מחייב רשות מינהלית לקבוע לעצמה תבחינים לצורך הפעלת סמכות מסויימת. יש גם עניינים בהם בית המשפט מחייב את הרשות לקבוע לעצמה תבחינים כאלה. לעומת זאת, יש עניינים בהם אין אפשרות מעשית ולא צפויה תועלת מרובה מקביעת תבחינים. בעניין שלפנינו, החוק אינו מטיל על מנהל הרשות חובה לקבוע תבחינים לצורך הכרזה על שטח כאתר עתיקות; אין זה ברור מה מידת התועלת שתצמח מתבחינים לצורך זה; ולכן גם שאלה היא אם ראוי שבית המשפט יטיל על מנהל הרשות חובה כזאת. עם זאת, ודאי שראוי הדבר כי מנהל הרשות יברר באופן רציני את האפשרות והתועלת שבקביעת תבחינים כאלה.

במהלך הדיון שאלנו את בא-כוח רשות העתיקות אם הרשות קבעה לעצמה תבחינים להכרזה על שטח כאתר עתיקות. התשובה היתה חיובית. ביקשנו וקיבלנו מן הרשות תבחינים אחדים. קיבלנו נוהל (מספר 6.3.2) להכרזה על אתר עתיקות ולביטול הכרזה כזאת. זהו נוהל מפורט הקובע את תהליך ההכרזה, צעד צעד, ומגדיר את האחריות המינהלית של גורמים שונים בקרב הרשות. קיבלנו גם "קריטריונים להגדרת אתר לצרכי הכרזה ברשומות". הקריטריונים, כפי שנאמר בהם, מפרטים את השיקולים לצורך הכרזה על אתרים חדשים. ואלה הם, על פי הפירוט, האתרים להכרזה:

"א. כל תל, חורבה גדולה וקטנה, שרידי יישוב מכל התקופות, שלפני שנת 1700.

ב. כל מבנה/מבנים בודדים: מצודה, מצד, מגדל, בית חווה וכד' שנעשו לפני שנת 1700.

ג. כל ריכוז מיתקנים: מערות, שדה קברים, מדרגות חקלאיות קדומות, חרסים או כלי צור וכד'.

ד. מיתקן בודד מיוחד: אמת מים, קבר מפואר וכד', מלפני שנת 1700".

אולם תבחינים אלה לוקים בשתיים: ראשית, הם אינם שלמים; שנית, הם אינם מספיקים. הם אינם שלמים, כיוון שייטכן מקום שאינו נכלל בתבחינים אלה, אך הוא עשוי להכיל עתיקות וראוי להיות מוכרז כאתר עתיקות. הם גם אינם מספיקים, כיוון שייטכן מקום הכולל תל, מדרגות חקלאיות קדומות או חרסים, אפילו נעשו לפני שנת 1700, שאינו ראוי להיות מוכרז כאתר עתיקות. לגבי כל מקום כזה יש לברר פרטים נוספים עד שמכריזים עליו אתר עתיקות: מה ידוע על התל או על סוג כזה של תל; מה הסיכוי לגלות בו עתיקות; מה החשיבות של העתיקות שעשויות להתגלות; ועוד. כך גם לגבי מדרגות חקלאיות, חרסים ויוצא באלה. התבחינים של רשות העתיקות אינם נותנים תשובות לשאלות אלה. העיקר עדיין חסר מן הספר: עדיין לא ברור מה הראיות שהמנהל דורש לצורך הכרזה על אתר עתיקות. מן הראוי שהמנהל ישקול את הצורך והאפשרות להשלים את החסר בתבחינים.

יתכן שאפשר וראוי כי התבחינים יבדילו בין מצבים שונים באשר לעצם ההכרזה או לנפקות ההכרזה על שטח כאתר עתיקות. לדוגמה, אפשר שראיות מסוימות יצדיקו הסדר מוסכם עם הבעלים, בהנחה שהבעלים יסכימו, בדבר ביצוע בדיקות בשטח, לפני שהמנהל יחליט אם להכריז על השטח כאתר עתיקות, או בדבר נוכחות ארכיאולוג מוסמך בשטח בעת ביצוע חפירות לצורך בנייה; אפשר שראיות מסוימות יצדיקו הכרזה על שטח כאתר עתיקות על מנת שיערכו בו בדיקות מדגמיות לצורך החלטה על ידי מנהל הרשות אם להשאיר את ההכרזה בתוקפה ואם לבטל את ההכרזה; ואפשר שראיות מסוימות יצדיקו הכרזה שלא תבוטל עד שתיערך חפירה כוללת, עד הסלע, של כל השטח. נראה כי תבחינים מעין אלה עשויים לחזק את ההגנה על זכות הקניין של הבעלים, כדי שלא תיפגע על ידי מנהל הרשות מעבר למידה הנדרשת.

מערות קבורה כעתיקות

15. אולם, טוענים העותרים, גם אם המנהל מוסמך להכריז על שטח כאתר עתיקות כאשר קיימת אפשרות סבירה שהשטח מכיל עתיקות, תנאי הוא שאפשרות זאת תתייחס לעתיקות כמשמעותן בחוק העתיקות. ומה הן עתיקות כמשמעותן בחוק זה? סעיף 1 לחוק מגדיר עתיקה, בין היתר, כך:

"נכס, בין תלוש ובין מחובר, שנעשה בידי אדם לפני שנת 1700 לספירה הכללית, לרבות דבר שהוסף לו לאחר מכן והוא חלק בלתי נפרד ממנו".

השטח של כפר שמריהו הוכרז אתר עתיקות משום שלדעת המנהל הוא מכיל מערות קבורה עתיקות מן התקופה הרומית והביזנטית. אך, לטענת העותרים, מערות קבורה אינן עתיקות כמשמעותן בחוק.

רשות העתיקות משיבה כי מערות קבורה שנחצבו בידי אדם הן עתיקות כמשמעותן בחוק. היא מוסיפה ואומרת בתשובתה:

"לא זו אף זו. במערות קבורה מצויים, בדרך כלל, מלבד עצמות אדם, גם שרידים ארכיאולוגיים רבים. לאורך כל התקופות נהגו בני האדם לטמון עם מתיהם חפצים שונים, שערכם הארכיאולוגי רב ביותר. דווקא שמירתם של החפצים במערות קבורה ובקברים הבטיחה את שמירתם הרבה מעבר לשרידים הנמצאים בחורבות בתים או בשטחים פתוחים".

הדין עם רשות העתיקות. מכאן, שאם היה למנהל יסוד סביר להניח כי השטח של כפר שמריהו מכיל מערות קבורה עתיקות, שנחצבו בידי אדם, הוא היה מוסמך להכריז על שטח זה כאתר עתיקות.

כפר שמריהו במבחן האפשרות הסבירה

16. האם, אם כן, ההכרזה על השטח של כפר שמריהו כאתר עתיקות עומדת במבחן האפשרות הסבירה: האם היו בפני המנהל (לפי פקודת העתיקות בשעתו, ולאחר מכן לפי חוק העתיקות) ראיות המעידות על הסתברות, לפחות ברמה בינונית, כי שטח זה מכיל מערות קבורה עתיקות שנחצבו בידי אדם?

החלטות מינהליות מוגנות, בדרך כלל, על ידי חזקת החוקיות. החזקה היא שהחלטה ניתנה כדין. לפיכך, מי שטוען כי ההחלטה ניתנה שלא כדין עליו הראיה. זאת ועוד. חזקת החוקיות עשויה להוסיף משקל עם הזמן. לאחר שנים רבות יהיה לה משקל רב. אכן, עדיין היא רק חזקה, ולכן עדיין היא ניתנת לסתירה, אך ככל שחולף הזמן יקשה יותר ויותר לסתור אותה.

לכאורה זה המצב בנוגע להכרזה על כפר שמריהו כאתר עתיקות. ההכרזה ניתנה לראשונה לפני יותר מחמישים שנה. האם אין לומר שחזקה היא כי ההכרזה ניתנה כדין, כלומר, שבפני המנהל היו ראיות המעידות על הסתברות ברמה הנדרשת כי השטח מכיל עתיקות, אלא אם העותרים יצליחו לסתור חזקה זאת?

לדעתי, חזקת החוקיות נחלשת מאד, ואפשר אף שתיעלם לגמרי, כאשר מדובר בהחלטה מינהלית הפוגעת בזכות יסוד. המעמד של זכות יסוד, והחובה להגן עליה מפני פגיעה שלא כדין, עשויים להעביר אל הרשות המינהלית מלכתחילה את נטל הראיה בדבר חוקיות ההחלטה הפוגעת בזכות. במיוחד כך כאשר הנסיבות והנתונים בדבר חוקיות ההחלטה מצויים בידיעת הרשות המינהלית ולא בידיעת הנפגע. כך, למשל, כאשר הנפגע צריך להוכיח דבר על דרך השלילה, כגון, שהוא אינו מסוכן לציבור. ראו י' זמיר, "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א (תשנ"ג1993-) 295, 305.

במקרה שלפנינו, הכרזת המנהל על שטח כפר שמריהו כאתר עתיקות פוגעת בזכות הקניין של העותרים. חוקיות ההכרזה תלויה בשאלה אם היה למנהל יסוד להניח שקיימת אפשרות סבירה כי שטח זה מכיל עתיקות. וכי ראוי הוא לדרוש מן העותרים שיסתרו את חזקת החוקיות על דרך השלילה ויוכיחו, ולו רק לכאורה, כי לא קיימת אפשרות סבירה שהשטח מכיל עתיקות? לדעתי, גם אם לא הביאו העותרים הוכחה כזאת, ראוי שבית המשפט יחייב את המנהל להציג בפני בית המשפט את הראיות עליהן מתבססת ההכרזה.

כך ראוי ובמקרה זה כך נעשה. בית המשפט הוציא צו על-תנאי, אף שהעותרים לא הביאו כל ראיה כדי להוכיח שאין בשטח הנדון עתיקות ורשות העתיקות השיבה לצו, ובין היתר הציגה ראיות התומכות, לדעתה, בהכרזה על שטח כפר שמריהו כאתר עתיקות. מה הן הראיות האלה? הרשות צירפה סקירה מדעית על תפרוסת שרידים ארכיאולוגיים באזור כפר שמריהו. הסקירה הוכנה על ידי ארכיאולוגית המשמשת עוזרת מדעית לארכיאולוג מרחב המרכז ברשות העתיקות, במיוחד לצורך הגשה לבית משפט זה לקראת הדיון בעתירה. היא מתבססת על נתונים של סקרים קודמים שנערכו באותו אזור. לפי הסקירה, כפר שמריהו, וכן מושב רשפון והרצליה ב', הוקמו על רכס כורכר, מקביל לרכס המשתרע לאורך חוף הים. כפי שנאמר בה, "הרכס נהרס בחלקו בפעולות פיתוח היות והוא יוצר תשתית סלע מוצקה יחסית. בעבר הוקמו עליו יישובים קטנים, מערות קבורה רבות ומתקנים נחצבו בו". הסקירה מציינת יישובים עתיקים (תל מיכל, אפולוניה ועוד) שהיו קיימים בתקופות קדומות לא רחוק מן המקום עליו עומד כיום כפר שמריהו. היא מפרטת על גבי מפה, בצירוף הסברים, אתרים בהם נתגלו עתיקות באזור כפר שמריהו ורשפון: מערות קבורה רבות, ארונות קבורה ושרידי מבנים. בסיכום נאמר בה כך: "לא מן הנמנע וניתן אף לומר בוודאות כי קטעים 'מתים' במפת תפרוסת האתרים מכילים בחובם אתרים אשר אינם ידועים לנו כיום בשל בנייה ישנה. במהלך השנים האחרונות התווסף מידע עם הריסת בתים ובנייה חדשה, מידע בע"פ מוסר גם על מערות המצויות בחצרות בתים פרטיים ולפיכך אינן נגישות".

האם די בסקירה זאת כדי לבסס את ההכרזה על כפר שמריהו כאתר עתיקות? צריכה אמת להיאמר כי הסקירה, כשהיא לעצמה, אינה ראייה חזקה. עם זאת יש בה משום ראייה לכאורה. היא מציינת, בין היתר, כי באזור כפר שמריהו נתגלו עשרות מערות קבורה חצובות, רובן מטויחות וחלקן מרוצפות, סגורות באבני גולל או בדלתות אבן בעלות צירים, שרידי מבנה עתיק, שכנראה שימש כמקדש, ועוד. לכן די בה כדי לחייב תגובה הולמת מצד העותרים. אכן, העותרים הגישו לרשות העתיקות בקשה ארוכה ומפורטת לקבלת פרטים נוספים בנוגע לסקירות, החפירות והעתיקות שנתגלו בכפר שמריהו במשך השנים. רשות העתיקות הציגה את הפרטים שנתבקשו. אך העותרים נעצרו בשלב זה ולא התמודדו עם הפרטים שהוצגו. הם לא ניסו להראות, על יסוד פרטים אלה או על יסוד חומר אחר, כי אין אפשרות סבירה שהשטח מכיל עתיקות. הם הסתפקו בטענה כללית, בעיקרי הטעון שהגישו לבית המשפט, האומרת כי אין בתשובת הרשות, או בפרטים הנוספים שהציגה, "כדי להעיד על המצאותן של עתיקות בעלות ערך ומשקל שיש בהן כדי להצדיק פגיעה בזכות יסוד של האזרח". אולם אין די בטענה סתמית של העותרים כדי להפריך את הראיות שהובאו על ידי הרשות. המסקנה היא, שהמנהל הוכיח, לפחות לכאורה, כי יש יסוד סביר להניח שהשטח של כפר שמריהו מכיל עתיקות. לכן אין יסוד לפסול את ההכרזה על שטח זה כאתר עתיקות.

מסירת הודעה על ההכרזה

17. לפי סעיף 28(א) לחוק העתיקות, ההכרזה על שטח כאתר עתיקות צריכה להתפרסם ברשומות. אכן, ההכרזה על השטח של כפר שמריהו כאתר עתיקות התפרסמה ברשומות בשנת 1944, בשנת 1964 ובשנת 1992. סעיף 28(ב) מוסיף ואומר:

"הכריז המנהל כאמור, תירשם על כך הערה בפנקסי המקרקעין, ותימסר הודעה על כך לבעל המקום ולמחזיק בו, אם זהותם או מענם ידועים, ולועדה המחוזית לתכנון ולבניה".

כפי שהעותרים מציינים, בפנקסי המקרקעין נרשמה הערה על ההכרזה לגבי המגרש וכך, ניתן להניח, גם לגבי חלקות נוספות בכפר שמריהו. אולם, מוסיפים העותרים, לא נמסרה להם כל הודעה על ההכרזה או על רישום ההערה. כיוון שכך, התעוררה השאלה מי חייב, על פי החוק, למסור את ההודעה.

השאלה שנוייה במחלוקת בין המשיבים. רשות העתיקות טוענת כי החובה למסור את ההודעה מוטלת על אגף רישום והסדר המקרקעין במשרד המשפטים. אמנם בהצעת חוק העתיקות, התשל"ו-1976, נקבע במפורש (בסעיף 31) כי מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים הוא אשר "ידאג שתירשם על כך [כלומר, על

ההכרזה] הערה בפנקסי המקרקעין ותימסר הודעה על כך לבעלים ולמחזיק במקום, אם זהותם או מענם ידועים לו, ולוועדה המחוזית לתכנון ולבניה". אולם, טוענת רשות העתיקות, ההסדר שבהצעת החוק לא נקלט בחוק; החוק קובע בסעיף 28(ב) באופן סתמי כי "תימסר הודעה", בלי לציין מי ימסור את ההודעה. מכאן מסיקה רשות העתיקות כי המחוקק נמנע בכוונה מהטלת האחריות למסירת ההודעה על מנהל הרשות. אם כך, מי ימסור את ההודעה? רשות העתיקות טוענת כי רשם המקרקעין הוא שחייב למסור את ההודעה. היא מסתמכת על פסק הדין בע"א 458/93 פרטין נ' סלומון, פ"ד מז(5) 537, 542. שם אמר הנשיא שמגר כי ראוי שמרשם המקרקעין יודיע לבעלים של מקרקעין על רישום הערת אזהרה בפנקסי המקרקעין. אולם הדברים נאמרו שם כאמרת-אגב בהקשר שונה לגמרי: שם היה מדובר ברישום הערה לפי חוק המקרקעין, ואילו כאן מדובר בהכרזה על אתר עתיקות וברישום הערה לפי חוק העתיקות. בית המשפט צריך לפרש את הכוונה של חוק העתיקות מתוך התייחסות להקשר של חוק זה: על מי מטיל החוק את חובת ההודעה?

ברור כי הכוונה המקורית של הממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק, היתה להטיל את חובת ההודעה על מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, ולא על רשם המקרקעין. אולם, ככל הנראה, כוונה זאת עוררה מחלוקת. המחוקק נמנע מהכרעה במחלוקת זאת בלשון מפורשת. לכן ההכרעה צריכה להתקבל עכשיו על דרך הפירוש של הלשון הסתומה.

פרקליטות המדינה טוענת, בשם שר החינוך, התרבות והספורט ובשם היועץ המשפטי לממשלה, כי החובה למסור את ההודעה מוטלת על רשות העתיקות, ולא על רשם המקרקעין. היא מסתמכת על סיכום שנתקבל בשנת 1989, בעקבות דיון במשרד המשפטים, בו השתתפו גם נציגים מטעם רשות העתיקות, משרד החינוך והתרבות ואגף רישום והסדר המקרקעין במשרד המשפטים. לפי סיכום זה, לאחר שנרשמה הערה בפנקסי המקרקעין, בעקבות הכרזה על מקום כאתר עתיקות, ימציא רשם המקרקעין לרשות העתיקות פרטים על הבעלים והמחזיקים של האתר, ורשות העתיקות היא שתודיע על ההכרזה לבעלים ולמחזיקים באתר.

לאחר שהוגשה העתירה נערכו שוב דיונים בין הנוגעים בדבר, ביוזמה של פרקליטות המדינה, כדי להגיע לכלל הסדר מוסכם בדבר מסירת ההודעה על הכרזה מקום כאתר עתיקות. אך הדיונים העלו חרס: הכל מסכימים כי החוק מטיל חובה למסור הודעה לבעלים ולמחזיקים, אך המחלוקת בשאלה על מי מוטלת החובה נותרה בעינה.

המחלוקת צריכה הכרעה בהקדם. אין זה סביר או קביל שחובת ההודעה, שנקבעה בחוק, לא תקויים לאורך זמן בגלל מחלוקת משפטית בין הרשויות לבין עצמן. היועץ המשפטי לממשלה יכול להכריע במחלוקת

זאת. מכל מקום, שר החינוך, התרבות והספורט, הממונה על הביצוע של חוק העתיקות, אחראי לכך שהחוק יבוצע, ובין היתר הוא אחראי גם לכך שהבעלים והמחזיקים במקרקעין שהוכרזו אתר עתיקות יקבלו הודעה, כפי שנקבע בחוק. אחת היא, מבחינת החוק, אם ההודעה תימסר על ידי רשות העתיקות, לאחר שתקבל את המידע הנדרש מרשם המקרקעין ואולי גם מגורם אחר, או שההודעה תימסר על ידי רשם המקרקעין, אולי מטעם רשות העתיקות, ובלבד שהבעלים והמחזיקים יקבלו את ההודעה, כנדרש בחוק.

שאלות אחדות מתעוררות בקשר לחובת ההודעה: האם החוק מחייב למסור הודעה על ההכרזה או רק על רישום ההערה בפנקסי המקרקעין, אם וכאשר נרשמה הערה? האם ההודעה היא רק בעלת תוקף הצהרתי (דקלרטיבי), ולא בעלת תוקף יוצר (קונסטטיטויטיבי), כך שגם אם לא נמסרה הודעה אין בכך כדי לפגוע בתוקף ההכרזה? מה הדין לגבי מקום שהוכרז אתר עתיקות לפי פקודת העתיקות, לפני שנים רבות, אך רק עכשיו נרשמה על כך הערה בפנקסי המקרקעין? האם הפרת החובה למסור הודעה על רישום הערה מקימה עוולה של הפרת חובה חקוקה? שאלות אלה לא נדונו כראוי בפני בית המשפט. לפיכך אשאיר אותן בצריך עיון. אך ראו, בהקשר זה, ע"פ (חיפה) 517/96 שפיק נ' מדינת ישראל, תקדין (מחוזי) 97(1) 1241.

נפקות ההכרזה

18. עוד מחלוקת עלתה מן העתירה, הפעם בין העותרים לבין רשות העתיקות ומנהל הרשות, באשר לנפקות ההכרזה על שטח כאתר עתיקות. נפקות ההכרזה נקבעה בסעיף 29 לחוק העתיקות. סעיף זה, הקובע איסור פעולות באתר עתיקות, חוזר בעיקרי הדברים על איסור שנקבע בפקודת העתיקות (סעיף 18). וכך אומר סעיף 29(א) לחוק העתיקות:

"באתר עתיקות לא יעשה אדם ולא ירשה לעשות אחד מאלה אלא באישור בכתב מאת המנהל ובהתאם לתנאיו:

(1) בניה, סלילה, הקמת מיתקן, חציבה, כרייה, קידוח, הצפה במים, סיקול, חרישה, נטיעה או קבורה;

(2) הנחת עפר, דומן, פסולת או אשפה, לרבות הנחתם בנכס הגובל באתר;

(3) שינוי, תיקון או תוספת בעתיקה הנמצאת באתר;

(4) פירוק עתיקה או הסרת חלק ממנה או העתקתה ממקומה;

(5) כתיבה, חריתה או צביעה;

(6) הקמת בניינים או קירות בנכס הגובל באתר;

(7) כל פעולה אחרת שקבע המנהל לגבי אתר עתיקות פלוני".

19. האיסור הגורף שנקבע בסעיף 29(א) לחוק העתיקות פוגע בזכויות הבעלים של אתר עתיקות, לרבות העותרים, באופן קשה. לפיכך פנו העותרים אל רשות העתיקות ושאלו אותה מה "המשמעות המעשית" של ההכרזה על המגרש כאתר עתיקות. הרשות השיבה כי העותרים לא יוכלו לקבל ממנהל הרשות אישור לבנות על המגרש אלא אם יערכו חפירת בדיקה, ואם יתברר הצורך בכך אף חפירת הצלה שתשתרע על כל שטח המגרש.

נוהג נקוט בידי רשות העתיקות שהבדיקה (לרבות חפירה) באתר עתיקות מתבצעת, בדרך כלל על ידי הרשות, על חשבון הבעלים. נוהג זה, לא רק שהוא פוגע בבעלים, אלא הוא גם עלול לפגוע בפיתוח המקרקעין ברחבי הארץ, ואף לייקר את הבנייה למגורים, אם על ידי יזמים פרטיים ואם על ידי גורמים ציבוריים. לכן הוא יוצר, לא רק קושי לבעלים, אלא גם בעיה לאומית. כך, מכל מקום, ראתה זאת הממשלה. היא נזקקה לבעיה זאת וקיבלה החלטה (ביום 12.8.98) לאמור:

1. "להסיר את החסמים לפיתוח קרקע הקשורים לביצוע חפירות ארכיאולוגיות, ולתקן את חוק העתיקות, התשל"ח 1978- (להלן - החוק) כפי שידרש על פי העקרונות הבאים:

א. רשות העתיקות תפרסם הודעה בעתונות על הכרזת אתר עתיקות לפי סעיף 28 לחוק, וזאת בנוסף לפרסום ברשומות ולהודעה לבעל הקרקע.

ב. חפירות הצלה באתר בו הופסקו עבודות הפיתוח לפי סעיף 29 לחוק או בכל מקום אחר בו דורשת הרשות לממן חפירת הצלה על חשבון בעל הקרקע, ימומנו במשותף, בכל נקודת זמן, על ידי רשות העתיקות ועל-ידי בעל הקרקע או היזם בה. רשות העתיקות תשתתף במימון חפירות ההצלה בשעור של 15% מתקציבה, ובעל הקרקע או היזם בה ישתתפו במימון 85% מעלות חפירות ההצלה.

ג. התנתה הרשות תנאים לביצוע עבודות לפי סעיף 29 לחוק או דרשה לממן חפירת הצלה על חשבון בעל הקרקע, ופנה אליה היזם בבקשה לבצע פעילות בקרקע, תבצע הרשות את החפירות במהירות האפשרית ככל שהדבר תלוי בה ותסיימם לא יאוחר משנתיים מיום שהיזם פנה אליה, לרבות כיסוי של 15% מעלות החפירה, כאמור בסעיף 1(ב) לעיל...".

החלטת הממשלה נועדה להקל על פיתוח מקרקעין, ויש בה אף כדי להקל על הבעלים של מקרקעין

שהוכרזו אתר עתיקות, אך היא אינה מסלקת את הפגיעה בזכות הקניין של הבעלים. בעיקר, כדי שהבעלים

יקבלו אישור מאת מנהל הרשות לעשות פעולות במקרקעין, עדיין עליהם לממן 85% מן העלות של חפירת הצלה באתר.

20. העותרים יוצאים חוצץ נגד השימוש שרשות העתיקות עושה בחוק העתיקות כדי לאלץ בעלים של מקרקעין שהוכרזו אתר עתיקות לבצע בדיקה באתר על חשבונם. וכך הם טוענים בעתירה:

"העותרים למדו כי המשיבים 1 ו-2 הפכו את 'ההכרזה' קרדום לחפור בו, והם עושים ב'הכרזה' וב'הערות' שהם רושמים מ'כוחה' שימוש בלתי ראוי לשם תביעה וגבייה של תשלומים בלתי חוקיים ובלתי מוצדקים מבעלי מקרקעין, במסווה של 'הוצאות חפירות בדיקה ו/או הצלה', וזאת כתנאי להתרת פעולות בניה או פיתוח באותן המקרקעין שהפכו להיות 'שבויים' בחבלי ה'הכרזות' וה'הערות' הנ"ל".

הטענה שרשות העתיקות עושה שימוש בסמכותה שלא בתום-לב, כדי לגבות תשלומים בלתי-חוקיים, היא טענה קשה, ולא מצאנו לה יסוד. עם זאת, הטענה שרשות העתיקות גובה תשלומים בלתי-חוקיים לצורך מימון הבדיקה באתר דורשת תשובה: האם יש למנהל הרשות סמכות להתנות מתן אישור לביצוע פעולות באתר עתיקות בביצוע בדיקה באתר על חשבון הבעלים? רשות העתיקות השיבה כי הסמכות של מנהל הרשות לתת אישור, ולהתנות אותו בתנאים, כוללת בחובה גם סמכות להתנות תנאי כזה. האמנם? רשות העתיקות נמנעה מתשובה. היא טוענת כי זוהי שאלה נכבדה ומורכבת, אך אין היא עניין לעתירה זאת, שכן העותרים אינם מבקשים סעד בעניין זה.

אכן, העותרים אינם מבקשים סעד בעניין זה. הם מבקשים מבית המשפט שיורה לבטל את ההכרזה של כפר שמריהו (לרבות המגרש) כאתר עתיקות, ולמחוק את ההערה שנרשמה בפנקסי המקרקעין על חלקות רבות בכפר שמריהו (לרבות המגרש). הם אינם מבקשים מבית המשפט שיורה לרשות העתיקות לבצע בדיקה במגרש ללא תשלום או בתשלום נמוך. שאלת המימון של הבדיקה, המוצגת על ידי רשות העתיקות כתנאי למחיקת ההערה, לא הועלתה על ידי העותרים אלא אגב אורחא. אף-על-פי כן אני רואה מקום להיזקק לשאלה זאת בשל שני טעמים עיקריים.

21. הטעם הראשון הוא, שיש קשר בין שאלת הנפקות של הכרזה על שטח כאתר עתיקות, ובכלל זה השאלה מה עוצמת הפגיעה של ההכרזה בזכות הקניין, לבין שאלת החוקיות של הכרזה כזאת, ובכלל זה השאלה מה הראיות הנדרשות כדי לבסס את ההכרזה. ומה הקשר בין שתי השאלות? התשובה היא, שבדרך

כלל, כאשר רשות מינהלית פוגעת בזכות, חוקיות הפגיעה תלוייה, בין היתר, במהות הזכות הנפגעת וכן בעוצמת הפגיעה בזכות.

הזכויות שונות זו מזו במעמד ובחשיבות. ההבדל בין זכות לזכות, לפי המעמד והחשיבות של הזכות, עשוי להשפיע על מבחן החוקיות של הפגיעה בזכות. הוא עשוי להשפיע על רמת ההסתברות של הפגיעה באינטרס אחר, ועל מידת הפגיעה באותו אינטרס, הנדרשות כדי להכשיר פגיעה בזכות. הכיצד? אפשר שלצורך פגיעה בזכות אחת תידרש, לפי המעמד והחשיבות של הזכות, ודאות קרובה של פגיעה קשה בשלום הציבור או באינטרס ציבורי אחר, ואילו לצורך פגיעה בזכות שניה תספיק אפשרות סבירה של פגיעה קלה באינטרס הציבורי. ראו, לדוגמה, בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708, 714-715. ראו גם א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית (1994), 534.

כמו כן, ההבדל בין זכות לזכות, לפי המעמד והחשיבות של הזכות, עשוי להשפיע גם על רמת הראיות הנדרשות כדי להכשיר פגיעה בזכות. הכיצד? אפשר שלצורך פגיעה בזכות אחת יידרשו, לפי המעמד והחשיבות של הזכות, ראיות חזקות במיוחד להוכחת הפגיעה בשלום הציבור או באינטרס ציבורי אחר, ואילו לצורך פגיעה בזכות שניה יספיקו ראיות חלשות יותר. כדברי הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250, "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות".

כשם שניתן הבדל הנובע ממהות הזכות הנפגעת, כך גם ייתכן הבדל הנובע מעוצמת הפגיעה בזכות. לשון אחרת, ייתכן הבדל לענין חוקיות הפגיעה בזכות מסויימת בין חוק המקנה סמכות לפגוע בזכות בעוצמה רבה (כגון, להחרים נכס ללא פיצוי) לבין חוק המקנה סמכות לפגוע באותה זכות בעוצמה פחותה (כגון, לתפוס נכס עד שבית המשפט יחליט מה לעשות בו). ההבדל הנובע מעוצמת הפגיעה בזכות עשוי לבוא לידי ביטוי בשני מישורים: במישור הראשון - בפרשנות החוק; במישור השני - ביישום החוק. במישור של פרשנות החוק, עוצמת הפגיעה בזכות, על-פי הסמכות המוקנית בחוק, עשויה להשפיע בעיקר על נוסחת האיזון הקובעת באלו תנאים ניתן לפגוע בזכות, כגון, שנדרשת וודאות קרובה של פגיעה ממשית בבטחון המדינה כדי להצדיק צנזורה על עתונות, או שנדרשות ראיות חזקות במיוחד כדי להוכיח את הפגיעה הצפויה בבטחון המדינה. במישור של יישום החוק, תהיה פרשנות החוק אשר תהיה, עוצמת הפגיעה בזכות משפיעה בעיקר על בדיקת המידתיות של הפגיעה, כלומר, על השאלה אם הפגיעה עולה על המידה הדרושה בנסיבות של מקרה מסויים. כך, למשל, גם אם לפי פרשנות החוק נדרשת וודאות קרובה של פגיעה ממשית בבטחון המדינה כדי

להצדיק פגיעה בחופש הביטוי, עדיין צריך שהפגיעה לא תעלה על המידה הדרושה בנסיבות המקרה. על המידתיות ראו להלן פסקה 31.

במישור של פרשנות החוק, עוצמת הפגיעה בזכות מסויימת עשויה להשפיע על נוסחת האיזון שבין זכות זאת לבין האינטרס הציבורי. לדוגמה, במקרה בו עוצמת הפגיעה בזכות מסויימת חזקה במיוחד, אפשר שתידרש רמה גבוהה יותר של הסתברות, וכן גם רמה גבוהה יותר של ראיות, מאשר במקרה בו עוצמת הפגיעה באותה זכות חלשה יותר. הנה, לדוגמה, הפקעת מקרקעין. סעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, מסמיך את שר האוצר להפקיע מקרקעין אם הוא נוכח כי "דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי"; ואם החליט השר להפקיע מקרקעין לצורך ציבורי, חובה עליו, לפי הפקודה, לשלם פיצויים לבעלים של המקרקעין. הפקעת מקרקעין, גם תמורת פיצויים מלאים, היא פגיעה קשה בזכות הקניין. אולם הפקעת מקרקעין ללא פיצויים, אילו היתה מותרת על ידי החוק, היתה כמובן פגיעה קשה פי כמה. לכן גם ראוי כי המבחן בשאלת החוקיות של ההפקעה, כלומר, בשאלה אם מקרקעין מסויימים דרושים לצורך ציבורי, יהיה שונה בשני המקרים. במקרה של הפקעה ללא פיצויים, אילו התיר החוק הפקעה כזאת, היה ראוי שמבחן החוקיות ידרוש כי הצורך הציבורי במקרקעין מסויימים יהיה חזק יותר, והראיות המוכיחות צורך זה יהיו משכנעות יותר, מאשר במקרה של הפקעה תמורת פיצויים מלאים. הווי אומר, עוצמת הפגיעה באותה זכות עצמה עשויה להשפיע על המבחן הקובע את עצם החוקיות של הפגיעה. ראו, באשר ליחס בין עוצמת הפגיעה בזכות לבין עוצמת הראיות הנדרשות להצדקת הפגיעה, בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425; בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303.

22. מן הכלל אל הפרט. ההכרזה על שטח כאתר עתיקות גוררת, מכוח החוק, איסור שאינו מוגבל בזמן לבצע פעולות בשטח ללא אישור מאת מנהל רשות העתיקות. אפשר לתאר חוק שיגן על עתיקות בדרך אחרת שפגיעתה בזכות הקניין קלה יותר. ראו, לדוגמה, את החוק האנגלי: Ancient Monuments and Archaeological Areas Act, 1979, secs. 33 et seq. ראו גם ג' טדסקי, "העתיקות בידי הקניין", משפטים ט (תשל"ט) 363, 379-383. אולם המחוקק בישראל הלך בדרך בה הלך המחוקק המנדטורי, שבדרך כלל ליבו היה גם בזכויות האדם, וקבע הסדר שפגיעתו בזכות הקניין קשה.

אף-על-פי כן הגעתי למסקנה כי אין זה ראוי להחיל על ההכרזה על שטח כאתר עתיקות את מבחן הוודאות הקרובה (או ההסתברות הגבוהה) שהשטח מכיל עתיקות, אלא ראוי להסתפק במבחן האפשרות הסבירה (כלומר, ההסתברות הבינונית) שהשטח מכיל עתיקות. ראו לעיל פסקה 12. אולם לא הגעתי למסקנה זאת אלא על יסוד הנחה שחוק העתיקות מתפרש באופן המחליש את פגיעת ההכרזה בזכות הקניין. הכיצד?

חוק העתיקות יכול להתפרש, ולדעתי צריך להתפרש, באופן המחייב את רשות העתיקות לבדוק אם השטח מכיל עתיקות תוך זמן סביר מיום שנתבקשה לכך ולממן, היא עצמה ולא הבעלים, את הוצאות הבדיקה (לרבות החפירה) בשטח. אם כך יפורש החוק, תהיה עוצמת הפגיעה בזכות הקניין חלשה באופן יחסי, ויהיה בכך כדי לתמוך במבחן חלש באופן יחסי, הוא מבחן האפשרות הסבירה. אולם המצב עלול להיות שונה אם החוק יפורש (לשיטתה של רשות העתיקות) כך שהפגיעה בזכות הקניין תהיה חזקה, כלומר, שרשות העתיקות תהיה רשאית לדחות את הבדיקה אם השטח מכיל עתיקות למשך זמן רב, מיום שנתבקשה לכך, ולחייב את הבעלים של השטח במימון הבדיקה (לרבות החפירה). אם כך יפורש החוק, יתכן שראוי יהיה להחיל על ההכרזה של שטח כאתר עתיקות את מבחן הוודאות הקרובה או מבחן אחר שיגן כראוי על זכות הקניין.

קשר זה, בין השאלה מי חייב לממן את הוצאות הבדיקה בשטח לבין השאלה אם ההכרזה על השטח כאתר עתיקות היא חוקית, הוא טעם ראשון המצדיק דיון, בהקשר זה, בנפקות ההכרזה.

23. הטעם השני, המביא אותי להיזקק לשאלת הנפקות של הכרזה על שטח כאתר עתיקות, נעוץ בפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות בשאלה זאת. הפרקטיקה באה לידי ביטוי בדו"ח שנתי 45 של מבקר המדינה, משנת 1995, וכך נאמר בו (בעמ' 632-633):

"רוב הכנסות הרשות באות מחפירות שהיא מבצעת עבור גורמי חוץ. אין הרשות מבצעת חפירה אלא אם כן נמצא לה מזמין המממן אותה... חלקה של הרשות בביצוע חפירות גדל מ-58% ב-1989 ל-91% ב-1993... יזם המעוניין לעשות את הבדיקה באמצעות הרשות, ובלי להמתין, צריך לשאת בהוצאות החפירה.

ב-1994 העלה משרד האוצר הצעה להטיל על ועדה בין-משרדית לגבש הצעה לתיקון חוק העתיקות. בדברי ההסבר להצעה נכתב שבהעדר קריטריונים ברורים לגביית כספים מיזמים למימון פעולות, כגון חפירות הצלה ותיעוד החומר שנמצא, נקבעים סכומי הכסף המשולמים לרשות על פי נחיצותו של הפרויקט ליזם ויכולתו לשלם ולא על פי חשיבותו הארכיאולוגית של האתר או הממצאים'...

משרד מבקר המדינה העלה שהיו מקרים שבהם שינתה הרשות אומדנים של הוצאות על חפירות, אף שלא היה שינוי כלשהו במצב בשטח. כך למשל, בקריית אתא, שהוכרזה אתר עתיקות עוד לפני קום המדינה, דרשה הרשות לעשות חפירת הצלה במגרש פרטי קודם שיינתן אישור לוועדת התכנון להנפיק היתר בנייה. מדובר במגרש שנרכש ב-1948. בשנת 1992 ביקשה בעלת המגרש למכור אותו לקבלן. שווי המגרש היה 300,000 ש"ח. באומדן הראשון של הרשות מ-1992 הוערכה עלות החפירה ב-473,000 ש"ח. לאחר הגשת עתירה לבג"ץ ב-1993 הפחיתה הרשות את המחיר ל-73,000 ש"ח. העותרת סירבה לקבל גם את האומדן הזה, ופנתה לוועדת ערר שליד המועצה לארכיאולוגיה. באביב 1994 קיבלה עליה הרשות את כל הוצאות החפירה".

כפי שהודע לבית המשפט במהלך הדיון, ההצעה של משרד האוצר משנת 1994 להקים ועדה בין-משרדית, בין היתר לצורך קביעת תבחינים למימון החפירות, נתקבלה. הוועדה הוקמה, קיימה ישיבות רבות ואף הגישה דין וחשבון. אך בפועל דין וחשבון זה מונח למעצבה אי-שם. מסתבר כי השנים חולפות ועדיין אין תבחינים בשאלה של מימון הבדיקות באתרי עתיקות.

בהקשר אחר, אך בעניין דומה, אמר השופט אור בבג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ'

ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582, 590:

"לא רק הדרישה הבלתי חוקית לתשלום אגרת מבני ציבור ראויה לביקורת. ראויים לביקורת גם דרך הקביעה של שיעור אגרת מבני ציבור ודרך המיקוח שנקטה העירייה עם מבקשי היתרי הבנייה השונים. עולה בעליל מהראיות שלפנינו, שכל השיטה, שעל פיה דרשה וגבתה העירייה כספים כאגרת מבני ציבור ממבקשי היתרי בנייה, אינה מתיישבת עם סדרי מינהל תקין. מסתבר, ששיעור התשלום שהוטל על כל מבקש היתר בנייה היה תוצאה של מיקוח בינו לבין העירייה, כשהעירייה שומרת לעצמה את הסמכות לקבוע כמה ישלם כל מבקש היתר. הסכום שנדרש לשלם כל מבקש היתר בנייה כאגרת מבני ציבור לא נקבע בהסתמך על קריטריונים קבועים. גם לא היו קריטריונים קבועים כאלה, שבהם יכול היה לעיין הציבור, על-מנת לדעת איך נקבעת אגרת מבני ציבור, ומה האגרה שתידרש מכל מבקש היתר. לא יעלה על הדעת שכך תפעל רשות ציבורית".

אך, כפי שעולה מדו"ח מבקר המדינה, מסתבר שכך פועלת רשות העתיקות.

24. הפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות באה לידי ביטוי גם בעתירה זאת. כאשר העותרים פנו אל

רשות העתיקות, וביקשו לדעת מה המשמעות המעשית של ההכרזה על אתר עתיקות והרישום בפנקסי

המקרקעין, השיבה להם הרשות (ביום 30.11.94) לאמור:

"עקרונית, אין רשות העתיקות מתנגדת להיתרי בניה בשטח הנדון. עם זאת, רשות העתיקות מתנה היתר הבניה בחפירות בדיקה ו/או נוכחות ארכיאולוג מוסמך במהלך עבודות העפר/הכשרת השטח לבניה.

עם תום חפירת הבדיקה, ובמידה ולא יתגלו שרידים קדומים, תוסר התנגדותנו לביצוע פעולות פיתוח בשטח הנדון. במידה ובמהלך הבדיקה יתגלו שרידים קדומים, תתקיים חפירת הצלה כמתחייב מחוק העתיקות, התשל"ח 1978-, ובהתאם לנהלי רשות העתיקות.

...

חפירת הבדיקה מחייבת משאבים. אין רשות העתיקות מחייבת היזם לשאת בעלות חפירת הבדיקה/הצלה. רשות העתיקות תבצע הבדיקה ע"ח [כלומר, על חשבונה] לכשימצא הזמן והאמצעים".

העותרים פנו שוב אל רשות העתיקות וביקשו הבהרה. הרשות השיבה (ביום 28.12.94) לאמור:

"חפירות בדיקה אינן מוחקות הערה בדבר עתיקות. רק חפירה כוללת של כל השטח עד לרום סלע האם (כורכר) מביאה להסרת ההערה".

שוב הקשו העותרים: מה פירוש חפירה כוללת? וכך השיבה רשות העתיקות (ביום 19.1.95):

"החפירה מתבצעת לעומק של 4 מ' או עד לסלע הטבעי (כורכר) ולכל אורכו ורוחבו של החלקה הנדונה".

רשות העתיקות לא הציעה לעותרים, ומסתבר שאינה מוכנה, לערוך את החפירה במגרש, הנדרשת

על ידה, על חשבונה.

25. כיוון שכתבי הטענות של העותרים והמשיבים חשפו בפני בית המשפט את הפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות, וכיוון שהפרקטיקה אינה מניחה את הדעת, יש לחשוש כי שתיקה של בית המשפט תתקבל כגושפנקא של בית המשפט, והפרקטיקה הנמשכת כבר שנים רבות כל כך, על אף ההערות של מבקר המדינה והדו"ח של הוועדה שהוקמה לעניין זה, תימשך עד שיבוא לציון גואל.

מטעם זה, וכאמור גם בשל הקשר הענייני בין נפקות ההכרזה לבין חוקיות ההכרזה, אני רואה מקום

לברר את חוקיות הפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות בעקבות הכרזה על שטח כאתר עתיקות.

26. הפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות מעוררת שאלות אחדות. כך, לדוגמה, מתעוררת שאלת הזמן:

כמה זמן ניתן להשאיר בתוקפה הכרזה על שטח כאתר עתיקות, בלי לערוך את הבדיקה הנדרשת כדי לברר אם השטח מכיל עתיקות, ובעקבות הבדיקה להחליט אם לבטל את ההכרזה או להפקיע את השטח? לשאלה זאת ראו בג"ץ 150/69 ר"ך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, פ"ד (כד1) 204. אך כאן אני מבקש לברר רק שאלה אחת, שהודגשה על ידי העותרים: שאלת המימון של הבדיקה (לרבות החפירה) המיועדת לגלות אם מקרקעין שהוכרזו אתר עתיקות אכן מכילים עתיקות.

מנהל רשות העתיקות אינו מוכן למחוק את ההערה שנרשמה בפנקסי המקרקעין על המגרש, ולתת לעותרים אישור לבנות על המגרש, אלא אם תיערך במגרש בדיקה (וכן, אולי, חפירה) על חשבון העותרים. האם מנהל הרשות רשאי, על פי החוק, להתנות את האישור בתנאי כזה?

27. כדי להשיב על שאלה זאת יש לברר, תחילה, את המעמד המשפטי של רשות העתיקות ושל מנהל הרשות.

רשות העתיקות הוקמה, לפי סעיף 3 לחוק רשות העתיקות, התשמ"ט1989-, כתאגיד. משמע, יש לה, מבחינה משפטית, אישיות נפרדת מן המדינה ויש לה, מבחינה מינהלית, קיום נפרד מן הממשלה. תפקיד הרשות, לפי סעיף 5 לחוק זה, הוא "לטפל בכל ענייני העתיקות", ובין היתר היא רשאית לעשות פעולות של "חשיפה וחפירה של אתרים". כתאגיד היא רשאית להתקשר בחוזים במידה שהדבר נדרש למילוי תפקידה. מכאן שהיא רשאית גם להתקשר בחוזים עם בעלים של מקרקעין שהוכרזו אתר עתיקות כדי לבצע במקרקעין פעולה של בדיקה ולגבות מן הבעלים את מחיר הבדיקה. כיוון שכך, האם יש פגם משפטי בחוזה שיערך, אם יערך, בין רשות העתיקות לבין העותרים בנוגע לביצוע ומימון הבדיקה במגרש?

התשובה היא, ככל הנראה, שאין פגם משפטי ביחסים בין רשות העתיקות לבין הבעלים של אתר עתיקות בשלב של עריכת החוזה. החוזה שנערך ביניהם בנוגע לבדיקה באתר חוקי ותקף. אולם שאלה היא, אם אין פגם משפטי ביחסים בין הרשות לבין הבעלים בשלב שלפני עריכת החוזה. לשון אחרת, השאלה מתעוררת, לא בתחום המשפט הפרטי, אלא בתחום המשפט הציבורי.

תמימות היא, רחוקה מן המציאות, לראות את היחסים בין הרשות לבין הבעלים כיחסים חוזיים גרידא. היחסים החוזיים בין הרשות לבין הבעלים הם יחסים וירטואליים. היחסים האמיתיים ביניהם הם יחסים כפייתיים. שהרי ברור כי החוזה אינו נערך משום שהבעלים מעוניינים לגלות אם האתר שבבעלותם מכיל עתיקות, אלא משום שאחרת מוטל עליהם איסור לעשות שימוש באתר, לצורך בנייה או פעולה אחרת. האיסור מוטל במפורש ובמפורט בסעיף 29 לחוק העתיקות. אמנם סעיף זה גם מקנה סמכות למנהל הרשות לפטור אתר עתיקות מן האיסור. אך המנהל מסרב להפעיל את הסמכות, באופן שגרתי, אלא לאחר שתיערך באתר בדיקה (ואם יראה צורך, חפירה בכל שטח האתר) כדי לברר אם האתר מכיל עתיקות. אכן, להלכה רשות העתיקות מוכנה לשאת בהוצאות הבדיקה, כולל חפירת הצלה. אך זאת, כפי שהרשות הודיעה לעותרים במכתב מיום 30.11.94 (לעיל פסקה 24), רק לכשימצאו הזמן והאמצעים הנדרשים לצורך זה. מסתבר כי בפועל

הצירוף של זמן ואמצעים אינו מתרחש אלא, אולי, במקרים נדירים. הפרקטיקה היא, שהרשות אינה מוכנה לבצע את הבדיקה והחפירה על חשבונה. כפי שנאמר בדו"ח שנתי 45 של מבקר המדינה, משנת 1995, "אין הרשות מבצעת חפירה אלא אם כן נמצא לה מזמין המממן אותה... יזם המעוניין לעשות את הבדיקה באמצעות הרשות, ובלי להמתין, צריך לשאת בהוצאות החפירה". ראו לעיל פסקה 23. לכן, כדי שמנהל הרשות יהיה מוכן אולי להפעיל את סמכותו, ולתת אישור לביצוע פעולות באתר עתיקות על ידי הבעלים של האתר, צריך הבעלים להציע למנהל שיערוך בדיקה באתר על חשבון הבעלים.

נכון הדבר שרשות העתיקות אינה כופה על הבעלים של אתר עתיקות לערוך בדיקה באתר. אם הבעלים לא ירצו, לא תיערך הבדיקה. אולם, אם הבעלים לא ירצו, עלול האתר להישאר זמן רב כאבן שאין לה הופכין. לכן, מבחינתו של הבעלים, הרי הוא כמי שכופים אותו עד שיאמר רוצה אני. אך גם כשהוא אומר רוצה אני, מבחינתו דמי הבדיקה שהוא משלם לרשות העתיקות אינם תשלום בעד שירות שנתבקש, אלא מעין היטל או אגרה שהוא מחוייב בהם, מכוח החוק, כתנאי לקבל אישור ממנהל הרשות, שיאפשר לו לעשות שימוש באתר כמנהג בעלים. האם אין הדבר דומה למקרה בו רשות מינהלית, המוסמכת על פי החוק לתת רשיון ליבוא טובין מחוץ-לארץ, מתנה את הרשיון בהסכמה לתרום כסף לקרן שנועדה לעידוד הייצור המקומי? השאלה היא, כמובן, אם החוק מקנה סמכות כזאת לרשות העתיקות.

לצורך תשובה יש לבדוק את חוק העתיקות ולפרש אותו, ראשית, לאור לשון החוק, ושנית, לאור

תכלית החוק.

28. מה אומר, לענין זה, חוק העתיקות? שאלת הסמכות התעוררה, בקשר לפקודת העתיקות, בבג"ץ 150/69 רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, פ"ד כד(1) 204. באותו מקרה, כמו במקרה שלפנינו, הוכרזה חלקת מקרקעין (בנהריה) בשנת 1944 כאתר היסטורי (כלומר, אתר עתיקות) לפי פקודת העתיקות. העותרת, בעלת המקרקעין, ביקשה לבנות עליהם. אגף העתיקות והמוזיאונים סירב להתיר בנייה ואף סירב לרכוש את המקרקעין או להפקיע אותם. אי לזאת, פנתה העותרת, לאחר שנות דור, וביקשה סעד מבית המשפט. וכך אמר השופט י' כהן (בעמ' 209):

"בסעיף 18 לפקודה פורטו איסורים שונים החלים על אתר היסטורי, ומרשימה זו של איסורים ברור, שכאשר חלקת בנין מוכרזת כאתר היסטורי, אין ביכולת הבעלים לעשות בה כל שימוש מעשי, ללא הסכמת המשיב. החלקה נתונה במצב של 'הקפאה' כבר יותר מ-20 שנה. אם יישאר מצב זה ללא שינוי, התוצאה המעשית תהיה, שהנכס יישלל מהעותרת ללא כל פיצוי... בצדק טוען בא-כוח העותרת, שכאשר דנים בחיקוק, הנותן סמכות לרשות לפגוע ברכושו של האזרח, אין לתת לאותו חיקוק פירוש המאפשר פגיעה כזו ללא תשלום פיצוי, אלא אם ברור וגלוי

שהמחוקק התכוון לשלול זכות לפיצוי... בפקודת העתיקות לא רק שלא נאמר דבר על שלילת זכות לפיצוי, אלא כוונה כזו אף אינה משתמעת מהוראות הפקודה".

ומה המצב בחוק העתיקות? חוק העתיקות אינו שונה לעניין זה מפקודת העתיקות. גם בחוק העתיקות אין הוראה המאפשרת לפגוע בזכות הקניין ללא פיצוי. אין בו גם הוראה המסמיכה את רשות העתיקות להטיל על הבעלים של אתר עתיקות חובה לשלם עבור ביצוע בדיקה לגילוי עתיקות באתר, או להתנות מתן אישור על ידי מנהל הרשות, לביצוע פעולות באתר, בתשלום על ידי הבעלים לרשות העתיקות עבור ביצוע בדיקה באתר. להיפך. יש בחוק העתיקות תמיכה לטענה כי רשות העתיקות חייבת לפצות אדם על נזק שנגרם לו כתוצאה מביצוע החוק. לדוגמה, סעיף 6 לחוק קובע כי אם אדם עשה עבודה במקרקעין, שלא הוכרזו אתר עתיקות, וגילה בהם עתיקות, חובה עליו להודיע על כך למנהל הרשות, והמנהל רשאי לקבוע תנאים להמשך העבודה או להודיע על הפסקתה; וסעיף 7 לחוק מוסיף כי מי שנפגע מהודעת המנהל "זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו". הנה גם סעיף 32 לחוק. סעיף זה אומר כי שר החינוך, התרבות והספורט רשאי להפקיע אתר עתיקות שהפקעתו דרושה לצורכי שימור או מחקר. אך סעיף 33 לחוק מוסיף ואומר כי הפקעה כזאת תהיה על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, כלומר, בתשלום פיצויים. ברור, איפוא, שכוונת החוק היא לפצות את הבעלים של אתר עתיקות על נזק שנגרם לו כתוצאה מביצוע החוק. מה טעם, אם כן, להסיק משתיקת החוק כוונה שהחפירות באתר עתיקות יבוצעו על חשבון הבעלים, בבחינת נזק שאין לו פיצוי? אכן, מקום שהחוק מתכוון להטיל חיוב כספי על הבעלים, הוא אומר זאת במפורש. סעיף 31 לחוק אומר כי אם אדם עשה פעולה באתר עתיקות בניגוד לאיסור שנקבע בסעיף 29 לחוק, הוא חייב לנקוט פעולה לפי הוראות המנהל לשם החזרת המצב לקדמתו; ואם אותו אדם לא עשה כן, רשאי המנהל לנקוט בפעולה הנדרשת "ולגבות ממנו את ההוצאות שהוציא לכך". ומכלל הן אפשר ללמוד על הלאו.

29. רשות העתיקות מנסה, בכל זאת, למצוא בסיס בחוק העתיקות לפרקטיקה הנוהגת, לפיה הרשות מחייבת את הבעלים של אתר עתיקות לשלם את הוצאות הבדיקה (לרבות חפירה) באתר. וכך היא אומרת בתשובה שהגישה לבית המשפט:

"הדרישה לבצע חפירות הצלה על חשבון מבקש ההיתר היא תנאי מהתנאים שמתנה המנהל עם מי שמבקש לבצע עבודות באתר עתיקות. סמכותו של המנהל להתנות תנאים עם מבקש היתר מצויה בסעיף 29 לחוק העתיקות, והיא נתונה לערר בפני ועדת ערר הפועלת מכוח חוק העתיקות".

אכן, סעיף 29 לחוק העתיקות, המסמיך את מנהל הרשות לתת אישור לביצוע פעולות באתר עתיקות, על אף האיסור שנקבע בסעיף זה, מסמיך את המנהל גם לקבוע תנאים לאישור. כך, לדוגמה, הדעת נותנת שהמנהל רשאי לתת אישור בתנאי שמפקח מטעם הרשות יהיה נוכח בעת ביצוע הפעולות באתר. אולם ברור כי סמכות המנהל לקבוע תנאים לאישור, כמו כל סמכות מינהלית, היא סמכות מוגבלת. היא מוגבלת על ידי מבחני הענייניות, הסבירות, המידתיות ויתר המבחנים החלים כרגיל על החלטות מינהליות. לפיכך יש מקום לשאול אם תנאי למתן אישור, הדורש כי הבעלים של אתר עתיקות יבצע באתר בדיקה על חשבונם, עומד במבחנים אלה.

שאלה דומה התעוררה בבג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582. עיריית חולון החליטה בשנות השבעים להתנות היתרי בניה בתשלום "אגרת מבני ציבור". הטעם להחלטה היה שהתקבולים של העירייה מהיטל השבחה לא הספיקו כדי לכסות את עלות ההקמה של מבני הציבור בעיר. ההחלטה לא עוגנה בחוק או בחוק עזר. אף-על-פי כן נהגו הקבלנים לשלם את "האגרה", כדי לקבל את ההיתר ולהתחיל בבנייה ללא עיכוב. עד שבא בית המשפט העליון ופסק שההחלטה והתשלום נוגדים את העיקרון של שלטון החוק. בלשונם של השופט אור (בעמ' 589):

"באין חוק עזר תקף שיסמיך את העירייה לכך, אין היא רשאית לגבות כספים מהציבור, אך בשל קיומו של צורך ציבורי במימון עבודות בנייה שהעירייה מתכוונת לבצע".

העירייה טענה לחוקיות "האגרה" על סמך תכנית המיתאר, שקבעה כי לא יינתן היתר בנייה אלא בתנאים מסוימים, ובין היתר בתנאי שבשטח המיועד לאיכלוס בוצעה עבודת התשתית הדרושה, לרבות סלילת כבישים וחניונים והקמת מבני ציבור. אך השופט אור דחה טענה זאת, וכך אמר (בעמ' 590):

"הנוסח המצוטט לעיל אינו תולה את מתן ההיתר בתשלום כלשהו. הוא אינו דן כלל בהטלת חיובים כספיים כתנאי למתן ההיתר. כל מה שנאמר בו הוא שבמצב דברים מסויים, דהיינו אם לא בוצעו עבודות מסוימות, אין ליתן היתר בנייה. אין לדלות מנוסח זה הסמכה או מנוף לגביית כספים".

ברוח זאת פסק בית המשפט לאחרונה גם בע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה בע"מ (טרם פורסם). שם הוציאה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה היתר בנייה וצירפה אליו, בין יתר התנאים, תנאי הדורש ערבות בנקאית וקובע כי בנייה בניגוד להיתר תגרור מימוש הערבות. השאלה בפני בית המשפט היתה, אם הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה היתה רשאית לקבוע תנאי כזה במסגרת הסמכות

לתת היתר בנייה. תקנות שהותקנו מכוח חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, קבעו כי הוועדה רשאית להתנות תנאים בהיתר בנייה, "בין השאר" בעניינים המפורטים בתקנות. בין העניינים המפורטים בתקנות לא צויין תנאי של הפקדת ערבות בנקאית. האם ניתן, אם כן, להסיק את הסמכות לקבוע תנאי כזה מן הסמכות הכללית לתת היתר בנייה? בית המשפט השיב בשלילה. בין היתר אמר השופט אריאל (בפיסקה 7) כי יש הבדל מהותי בין התנאים המפורטים בתקנות לבין התנאי הדורש הפקדת ערבות בנקאית: "התנאים [המפורטים בתקנות] מכוונים את בעל ההיתר כיצד עליו לבנות פיזית, אולם אין הם מחייבים אותו במפורש לדאוג להוצאה כספית נוספת כמי שנדרש להמצאת ערבות".

כמו שם כך גם כאן. מן הבחינה של לשון החוק, הסמכות של מנהל הרשות לפי סעיף 29 לחוק העתיקות להתנות את האישור בתנאים, אין בכוחה להסמיך את המנהל לקבוע, כתנאי לאישור, שהבעלים של אתר עתיקות ישלם עבור ביצוע בדיקה באתר. תשלום כזה הוא, מבחינה מהותית, מעין היטל או אגרה, ומכל מקום, דרישת התשלום, כתנאי למתן אישור שיאפשר לבעלים לעשות שימוש במקרקעין שלו, פוגעת בזכות הקניין של הבעלים. הלשון הסתמית של סעיף 29 לחוק העתיקות, שאין בה אלא סמכות לקבוע תנאים באישור, אינה מספיקה לצורך זה.

30. השאלה היא, אם פירוש מצמצם כזה לסעיף 29 לחוק העתיקות, מתיישב גם עם תכלית החוק.

התכלית העיקרית של חוק העתיקות היא הגנה יעילה על עתיקות. זהו אינטרס של הציבור. כדי לשרת את האינטרס של הציבור אין מנוס אלא להטיל מגבלות על הפרט. לכן יש הצדקה להטיל מגבלות על הבעלים של מקרקעין אם יש יסוד סביר להניח כי המקרקעין מכילים עתיקות. ההכרח לא יגונה. אולם האם יש הכרח, או צדק, להטיל על הבעלים של המקרקעין, ולא על הציבור, גם את הוצאות הבדיקה של המקרקעין? הצדק אומר, וכך גם ההגיון, כי הוצאות הבדיקה, שנועדה לשרת את הציבור, לא יוטלו באופן אקראי על אדם אחד, רק משום שהוא הבעלים של המקרקעין.

כאשר מפקיעים מקרקעין לצורך ציבורי, כגון, כדי להקים עליהם מתקן צבאי או לבנות עליהם בית ספר, אין מטילים את ההפסד הכספי על הבעלים של המקרקעין, אלא הציבור כולו נושא בנטל הכספי בדרך של תשלום פיצויים לבעלים. זהו ביטוי לעיקרון של צדק חלוקתי. עיקרון זה בא לידי ביטוי בהקשרים שונים. כך, לדוגמה, סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, קובע כי אם "נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמה" יהיה "בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי

לפיצויים מהוועדה המקומית... " על סעיף זה אמר השופט מלץ בע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ

נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא, פ"ד מו(4) 627, 639-640:

"פגיעה על-ידי המדינה בזכות קניינית של הפרט - חייב להיות בצידה פיצוי... בבסיסו של שיקול זה 'צדק חלוקתי', לפיו גם אם התכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים, שהתכנית פוגעת בהם, לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם. באמצעות הפיצויים, נושא ציבור משלמי המסים בהשפעתה השלילית של התכנית על מקרקעין של בעלים מסויימים, במקום שיישאו בנזק זה אך ורק אותם בעלים".

השופט מלץ ציין שיקול נוסף התומך בחובה לשלם פיצויים לבעלים של זכות במקרקעין שנפגעו על

ידי תכנית, וכך אמר (בעמ' 640):

"שיקול היסוד השני שבבסיס הצורך לפצות בגין פגיעה הוא שיקול כלכלי-ענייני. אילו לא חייבת היתה המדינה לפצות על פגיעה שבצדה של תכנית, קיים היה חשש סביר, שרשויות התכנון לא ייתנו משקל מספיק לפגיעה שמביאה התכנית, לצד יתרונותיה... מקום שברור לרשויות התכנון, שבמקביל לפגיעה שבתכנית תהיינה חייבות לפצות את הנפגעים, היקף הפגיעה של התכנית יתבטא במישרין בתקציבן של רשויות התכנון. במצב זה בהכרח תיקח הרשות בחשבון, במסגרת שיקוליה, את השיקול הרלוואנטי האמור של השפעתה השלילית של התכנית".

ראו גם ח' דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא

(התשנ"ח 1998-), 491.

אמנם חוק העתיקות, להבדיל מחוק התכנון והבניה, אינו מחייב את רשות העתיקות לפצות את

הבעלים של אתר עתיקות על הפגיעה הנובעת מעצם ההכרזה על אתר עתיקות. אך האם ראוי להרחיק לכת

ולחייב את הבעלים לשאת, נוסף לפגיעה זאת, גם בהוצאות הכספיות הנדרשות לביצוע בדיקה באתר על ידי

רשות העתיקות?

31. ההגנה על זכות הקניין מחייבת, אם יש צורך לפגוע בזכות הקניין של הפרט כדי לשרת אינטרס של

הציבור, שהפגיעה תהיה מידתית, כלומר, במידה שאינה עולה על הנדרש. כפי שנאמר בבג"ץ 987/94 ירונט

קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435, "אל לה לרשות מינהלית לנקוט אמצעי

שפגיעתו קשה מעבר לנדרש כדי להשיג את המטרה". ראו גם בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות

והספורט, פ"ד מט(5) 1, 10 ואילך.

השופט זוסמן הציג עיקרון זה, כבר לפני שנים רבות, בהקשר של פגיעה במקרקעין מכוח חוק התכנון והבניה. וכך אמר בבג"ץ 75/57 קלמס נ' הוועדה המקומית לבנייה ותכנון ערים ת"א-יפ, פ"ד יא 1601, 1608:

"טובת הציבור מחייבת את בעל-הקרקע לסבול את ההגבלות הנובעות מאישור התכנית לשם ביצוע תכנון ערים כראות, אך בין שניתנה הודעה לשאת ולתת ובין שטרם ניתנה, הצדק דורש כי זכות הקנין לא תיפגע למעלה מן המידה הסבירה".

כך יש לומר גם בהקשר של פגיעה במקרקעין מכוח חוק העתיקות. הצדק דורש כי זכות הקניין לא תיפגע למעלה מן המידה הדרושה כדי להגן על עתיקות. אכן, הצדק דורש, כדי להגן על עתיקות, שיטלו מגבלות על השימוש במקרקעין שיש יסוד סביר להניח כי הם מכילים עתיקות. אך הוא אינו דורש שהוצאות הבדיקה במקרקעין, כדי לגלות אם הם מכילים עתיקות, יוטלו על הבעלים של המקרקעין. עיקרון המידתיות אומר כי הציבור, שהבדיקה נעשית מטעמו ולמענו, יכול וצריך לשאת בהוצאות אלה.

וכך סיכם פרופ' ג' טדסקי את מאמרו על "העתיקות בדיני הקניין" (משפטים ט (תשל"ט) 363, 383):

"העניין הציבורי בדבר העתיקות המתבטא בהקרבת זכות פרטית לא היה צריך לבוא על סיפוקו על חשבון זכות מוקנית לפרט, אלא על חשבון הציבור כולו (שבו משתתף גם הפרט הנדון), כלומר על חשבון המדינה.

הכפירה בעיקרון זה לא רק שיש בה משום עושק לפרט, אלא היא מביאה לידי כפירה בעיקרון 'הקצאת המשאבים' (allocation of resources)".

השאלה אם חיוב הבעלים בתשלום הוצאות הבדיקה באתר עתיקות אינו פוגע בזכות הקניין מעבר למידה הנדרשת, הוחרפה לאחר שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כך עמדתי בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483:

"חוק יסוד זה קובע (בסעיף 3) את זכות הקניין כזכות יסוד, ואוסר על הפגיעה בזכות זאת, בין היתר, במידה העולה על הנדרש (סעיף 8). אכן, חוק היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד (סעיף 10), ובכלל זה חוק התכנון והבניה. אולם הוא בהחלט עשוי להשפיע על פירוש הדין. הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין. ... עצם הצורך הציבורי, שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה, עדיין אין בו כדי לשלול פיצויים על הפגיעה, אלא

אם ברור כי הפגיעה נמצאת בתחום הסביר ואין שיקולים של צדק הדורשים לפצות את הנפגע. פיצויים כאלה יש בהם כדי לשרת את התכלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי, צמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה".

32. על יסוד האמור, אפשר לסכם כך:

- א. דרישה מן הבעלים של אתר עתיקות שיממן את הבדיקה (לרבות חפירה) באתר, כתנאי לקבלת אישור לביצוע פעולות באתר, פוגעת בזכות הקניין של הבעלים במידה העולה על הנדרש.
- ב. אין בחוק העתיקות הוראה מפורשת המטילה על הבעלים של אתר עתיקות חובה לממן את הבדיקה באתר, אף אין בו הוראה מפורשת המסמיכה את מנהל הרשות לדרוש שהבעלים יממן בדיקה כזאת.
- ג. בהעדר הוראה מפורשת בחוק, ראוי לתת לחוק פירוש שיצמצם את הפגיעה בזכות הקניין של הבעלים, ופירוש כזה מונע חיוב הבעלים במימון הבדיקה באתר.
- ד. המסקנה היא, שמנהל הרשות אינו רשאי להתנות את האישור בביצוע בדיקה על חשבון הבעלים.

33. אם כך, מי ישלם עבור הבדיקה באתר עתיקות? התשובה המתבקשת היא, שרשות העתיקות תשלם. אכן, במצב הקיים, אם רשות העתיקות תהיה חייבת לשלם עבור הבדיקה, יהיה בכך כדי לפגוע באופן קשה בתפקודה, ואולי אף למנוע בעדה מלמלא את תפקידה כראוי. כך משום שבמצב הקיים אין לרשות העתיקות תקציב גדול די הצורך לבצע את הבדיקות הנדרשות, ורוב תקציבה, המשמש אותה גם לביצוע הבדיקות, בא מן התשלומים שהבעלים של אתרי עתיקות משלמים לה עבור ביצוע הבדיקות. וכך נאמר לעניין זה בדו"ח שנתי 45 של מבקר המדינה, משנת 1995 (בעמ' 631):

"ב1989- היה תקציב האגף [לעתיקות ומוזיאונים] כ-6 מיליון ש"ח, והוא מומן בידי משרד החינוך והתרבות; ב1994- היה תקציב הרשות כ-84.4 מיליון ש"ח, מהם כ-22.4 מיליון ש"ח השתתפות משרד החינוך, התרבות והספורט. יתר ההכנסות (כ-61.9 מיליון ש"ח - כ-73% מהתקציב) מקורן בחפירות שהרשות עושה בעבור יזמים, בעיקר משרד הבינוי והשיכון, מע"ץ, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ומשרד התיירות".

כיצד, אם כן, תמלא רשות העתיקות את תפקידה אם תימנע ממנה ההכנסה שמקורה בתשלומים ממקורות חיצוניים עבור הבדיקות שהיא מבצעת? את התשובה נותן חוק רשות העתיקות, התשמ"ט1989. חוק זה קובע בסעיף 24 (שכותרתו "מימון וקרנות") לאמור:

- "(א) תקציב הרשות ימומן מאוצר המדינה, ומהכנסות מאגרות ותשלומים אחרים שישולמו לרשות לפי חוק העתיקות.
- (ב) לצורך ביצוע תפקידיה רשאית הרשות לקבל תרומות וכן להקים קרנות מחקר".

סעיף 46 לחוק העתיקות קובע כי השר הממונה על ביצוע החוק רשאי להתקין תקנות, בין היתר, בנוגע ל"גביית אגרות בעד רשיונות, אישורים, היתרים או שירותים הניתנים לפי חוק זה", וסעיף 46א לחוק זה קובע כי "אגרות ותשלומים אחרים, למעט קנסות, הנגבים לפי חוק זה ישולמו לקופת הרשות".

אכן, אפשר שהכנסות רשות העתיקות מאגרות ותשלומים אחרים לא יספיקו כדי לממן את עלות הבדיקות באתרי עתיקות. אולם אפשר, כמובן, להגדיל את המימון מאוצר המדינה. אין זה אלא עניין של סדר עדיפות מבחינת הממשלה והכנסת. הנה, לדוגמה, זה מקרוב, כאשר הממשלה הגיעה למסקנה כי יש "להסיר את החסמים לפיתוח קרקע הקשורים לביצוע חפירות ארכיאולוגיות", ולפיכך החליטה כי רשות העתיקות תממן מתקציבה את חפירות ההצלה בשעור של 15% מהוצאות החפירה, היא הוסיפה והחליטה "להעביר מתקציבי משרדי מע"צ, הבינוי והשיכון ומינהל מקרקעי ישראל סך של 3.3 מליון ש"ח כל אחד, לבסיס תקציב רשות העתיקות למימון חלקה של רשות העתיקות בעבודות חפירות הצלה". ראו החלטת הממשלה מספר 4160 מיום 12.8.98 (לעיל פסקה 19).

התוצאה

34. שאלת הפרקטיקה הנוהגת ברשות העתיקות בנוגע לביצוע בדיקות באתרי עתיקות, ובמיוחד הדרישה שהבעלים של האתר יממנו את הבדיקה, עלתה בעתירה אגב אורחא. כאמור, הפרקטיקה הנוהגת בנוגע למימון הבדיקה נראית בעיני בלתי-חוקית. אך העותרים לא ביקשו שבית המשפט יוציא צו בנוגע לפרקטיקה זאת. הם ביקשו שבית המשפט יוציא צו המבטל את ההכרזה של שטח כפר שמריהו, לרבות המגרש, כאתר עתיקות. זאת ולא יותר מזאת. אולם, כאמור, לבית המשפט אין יסוד לבטל את ההכרזה, כפי שניתנה בשנת 1944 ולאחר מכן בשנת 1964. לפיכך יש לדחות את העתירה.

עם זאת, טוב תעשה רשות העתיקות אם תיתן דעתה ללא דיחוי לשאלת הפרקטיקה הנוהגת ברשות בנוגע למימון הבדיקה באתרי עתיקות, ולא תמתין לעתירה נוספת בשאלה זאת.

מכל מקום, אם העותרים ישובו ויפנו אל רשות העתיקות בבקשה שתערך בדיקה במגרש תוך זמן סביר, כדי לברר אם ראוי לתת להם אישור לפי סעיף 29 לחוק העתיקות, והרשות תסרב, אלא אם העותרים ישלמו עבור הבדיקה, תהיה הדרך פתוחה בפניהם לעתור מחדש אל בית המשפט.

35. במהלך הדברים הרגיל הייתי דוחה את העתירה, בנסיבות המיוחדות של המקרה, ללא צו להוצאות. אולם מהלך הדברים בעתירה זאת השתבש. כאשר העתירה הוגשה לבית המשפט, ביום 2.7.95, הוציא בית המשפט בו ביום צו על-תנאי, וקצב 45 ימים להגשת תצהיר תשובה. המשיבים 1 ו-2 (מנהל רשות העתיקות ורשות העתיקות) הגישו את התשובה, אם כי באיחור-מה. אולם המשיבים 3 ו-4 (שר החינוך והתרבות והיועץ המשפטי לממשלה) לא הגישו את התשובה כלל. ביום 28.5.97 פנה בית המשפט ביוזמתו אל המשיבים 3 ו-4 והורה להם, פעם נוספת, להגיש את התשובה תוך 45 ימים. אולם המשיבים 3 ו-4 לא הגישו את התשובה אלא, סמוך למועד הדיון, ביום 3.9.98. אותו יום הגישו משיבים אלה גם בקשה להארכת המועד שבית המשפט קצב להגשת התשובה. הטעם לבקשה היה שהמשיבים 3 ו-4 ניסו במשך הזמן להגיע להסכמה עם המשיבים 1 ו-2 בשאלה מי חייב למסור לבעלים ולמחזיקים של מקרקעין שהוכרזו אתר עתיקות הודעה בדבר ההכרזה, ובשל כך חל עיכוב בהגשת התשובה לבית המשפט. טעם זה יכול היה לשמש את המשיבים 3 ו-4 כדי לבקש מראש הארכה של המועד שבית המשפט קצב, אך הוא אינו יכול להצדיק בדיעבד את השיהוי בהגשת התשובה, הרבה מעבר למועד שנקצב. אמנם בית המשפט החליט, על אף ההתנגדות של העותרים, לקבל את התשובה במועד בו הוגשה. אולם, בשל השיהוי בהגשת התשובה, מן הראוי לחייב את המשיבים 3 ו-4 בתשלום הוצאות לעותרים.

העתירה נדחת. המשיבים 3 ו-4 ישלמו לעותרים את הוצאות המשפט בסכום כולל של 5,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט מ' אילן:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' זמיר.

ניתן היום, ג' בכסלו תשנ"ט (22.11.98).

שופט

שופטת

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
COURT