

בעניין :

1. ג'רבי חני מבורך ת"ז XXXX

2. ג'רבי יגאל ת"ז XXXX

3. דבורה ג'רבי ת"ז XXXX

כולם ע"י ב"כ עו"ד י. סגל

מרחה הנמל 2, חיפה

טל : 8621147 – 04 ; פקס : 8621503 – 04

התובעים

נגד

עיריית חדרה

ע"י ב"כ עוה"ד עופר סמוך ואח'

ממשרד עורכי-דין כהן, וילצ'יק ושות'

מדרך אבא הלל 14, בית עוז, רמת גן

טל' : 6119000 – 03 ; פקס : 7519191 – 03

הנתבעת

ובעניין :

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז חיפה - אזרחי

משדרות פל ים 15, חיפה

טל : 8634005 – 04 ; פקס : 8634011 – 04

סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה מתכבד להגיש עמדה מטעמו בהליך דנן.

כל ההדגשות שלהלן, אלא אם כן נכתב אחרת, אינן במקור.

א. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בקליפת האגוז

1. במשך שנים רבות הפעילו התובעים מסעדה על חוף הים בגבעת אולגה, מבלי שניתנו למבנה היתרי בניה, תוך השתלטות על מקרקעי ציבור שהינם משאב טבע נדיר ומבלי להעביר תמלוגים מינימאליים כלשהם לציבור או לבעל הקרקע.

2. כעת, מבקשים התובעים לקבל "פיצוי" תמורת הסתלקותם מהמקרקעין והפסקת פעילותם הפסולה. אכן, החוטא הוא הדורש לצאת נשכר.

3. בנסיבות אלה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין כל בסיס לתביעה.

4. פעילותם של התובעים בחוף (שלהי שנות השבעים) החלה לכל היותר, ב"רשות" שניתנה לתובעים או למי מהם, על ידי הנתבעת - עיריית חדרה (להלן : "הנתבעת" או "העיריה"), ללא עיגונה בחוזה, כביטוי לחסד (סיוע, כביכול, ב"שיקום") **ובלבד שיעשה בה שימוש לפי כל דין**.

5. אלא שמדובר בקרקע ייחודית המיועדת לציבור כולו, שעל הרשות הציבורית לעשות בה שימוש ולשומרה כנאמן לטובת הציבור כולו.

יתר על כן, בפועל, עשו התובעים במקרקעין שימוש עסקי מסחרי ללא היתר בנייה ושימוש בקרקע (ומבלי שנבחנה כלל, מעולם, היתכנות כדין להיתר נוכח מעמדם התכנוני הייחודי של המקרקעין) והפיקו ממנה

שלא כדין טובות הנאה כלכליות נכבדות. את זאת הם עשו מבלי לשלם דמי שימוש כלשהם לציבור או לבעל הקרקע. מדובר אפוא בהפרת הדין הן בפר התכנוני שלו והן בפר הקנייני.

6. במשך השנים העירייה גלתה אזלת יד כלפי התובעים, אלא שלא יעלה על הדעת ללמוד מאזלת ידה של העירייה על הסכמה מכללא (בוודאי לא הסכמה מפורשת) לעשות במקרקעי הציבור (הנדירים) שימוש המפר דין ברגל גסה. הימנעותה של העירייה מביעורו של השימוש הבלתי חוקי איננה ולא יכול שתהיה הסכמה להפיכתו של שימוש עוולתי ופסול זה ל"כשר", שעשוי להצמיח ציפייה כלשהי להתמשכות אי-החוקיות ולהתארכות הפקת הרווחים הפסולים על גבו של הציבור המהווה התעשרות שאינה כדין.

7. שימוש הנוגד את החוק, במבנה שקיומו מנוגד לחוק, איננו יכול להוות שימוש שרשות ציבורית רשאית להסכים להתקיימותו ולהתמשכותו בכל נסיבות שהן, כעניין שבהגדרה. בנסיבות אלה, אין לראות בתובעים כמי שהוענק להם כביכול "רישיון" כלשהו לעשות שימוש בלתי-חוקי במקרקעין. הנתבעת אינה רשאית להרשות למאן דהוא להפר חוק, ומפר חוק אינו רשאי לראות עצמו כבר-רשותו של הנתבעת לעשות כן. הטיעון כולו מופרך. לא בר-רשות לפנינו אלא מסיג גבול.

8. גם אם יוכר המצב המשפטי כ"רשות מכללא", בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ברי כי הרשות הדירה לאלתר מאחר שלא ניתנה בעדה תמורה, לא הוסדר בגינה חוזה, היא מנוגדת לדין ואין בסיס לא להסתמכות ולא לציפייה להתמשכות הרשות לתקופת זמן כלשהי.

9. לפיכך, ברור למעלה מכל ספק כי אין להעלות על הדעת מתן "פיצוי" לתובעים "בתמורה" לסילוקם מהמקרקעין. פיצוי כספי מקופת הציבור, כנגד "הסכמה" כביכול לפינוי, סותר את עקרון שלטון החוק ואת תקנת הציבור.

ב. רקע כללי

10. בתום שמיעת הראיות, נראה כי מרבית העובדות בתביעה זו אינן מצויות במחלוקת, וכי העובדות המהותיות והרלבנטיות משתקפות מהמסמכים הרבים שצורפו לתצהירי הצדדים;

11. בשלהי שנות ה-70 של המאה הקודמת, הרשתה העירייה לתובעת 3, כמעשה חסד עם מי שטען שהוא נזקק לשיקום, להפעיל בחוף הים בגבעת אולגה, **בעונת הרחצה**, "סככת מכירה" (קיוסק).

12. מהמסמכים עולה, כי ברבות השנים הרחיבו התובעים את פעילותם במקום, וכך הפך קיוסק צנוע למסעדה גדולה, המשתרעת על שטח בנוי של כ- 300 מ"ר ועל שטח פתוח נוסף (רצועת חוף ים, נזכיר) של כ- 240 מ"ר (שנתפס על ידי התובעים לצורך הצבת שולחנות, שמשיות וכדומה), סך הכול **למעלה מ- 500 מ"ר רצועת חוף ים (!) עליה השתלטו התובעים**.

13. לא יכול להיות חולק כי למבנה, בגלגוליו השונים, **לא ניתן מעולם היתר בניה**. היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לפסק הדין שניתן בקשר למסעדה, במסגרת בקשה לביטול צו סילוק שהוציא המשרד להגנת הסביבה נגד מבנה המסעדה מכוח חוק שמירת הסביבה החופית, תשס"ד – 2004 (להלן: "**חוק שמירת הסביבה החופית**") – צ"א 32998-09-11 ג'רבי ואח' נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.5.12) (להלן: "**הליך הסילוק**").

"...בסופו של יום הוכח כי העסקים פועלים ללא רישיון עסק וכי למבנים אין היתרי בניה מכוח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965.

...

סוף דבר, המבקשים לא עמדו בנטל להוכיח כי העסקים מנוהלים כדין. ראה גם נספח ב' לתגובת המשיב, מכתבו של מהנדס העיר מיום 05.07.11 למנהל תחום פיקוח מחוזי במשרד הפנים, המאשר כי נכון ליום זה אין היתרי בניה לאף מסעדה בחוף הים אולגה או רישיון עסק" (עמ' 6 לפסק הדין).

14. עוד עולה מהמסמכים, כי כבר מספר שנים מועט לאחר הקמת הקיוסק, פעלה העירייה לסילוק הקיוסק מחוף הים.

15. בשנת 1987 הגישה התובעת 3 עתירה לבג"ץ נגד העירייה (בג"ץ 469/87, **דבורה ג'רבי נ' עיריית חדרה ואח'**, (לא פורסם, 02.08.87) (להלן: "**בג"ץ 1987**"). הדיון בעתירה זו צורף עם הדיון בעתירה נוספת שהוגשה על ידי מחזיקות/בעלות קיוסק אחר בחוף אולגה (בג"ץ 470/87, **מלכה ואח' נ' עיריית חדרה ואח'** (לא פורסם, 02.08.87)).

16. במסגרת הדיון בבג"ץ, הסכימה העירייה (הסכמה שניתן לה תוקף של פסק דין) כי תאפשר לתובעת 3: "לנהל את הקיוסק השתא (דהיינו עד תום עונת הרחצה) וכן כי בשנה הבאה תחזור המשיבה ותשקול בצורה הוגנת, ובתום לב אם המשך הפעלת הקיוסק אינה מפריעה לה במימוש תכניתיה בשטח הנדון. במידה שהתשובה לשאלה תהא שאין זה מפריע לה היא תרשה לעותרת – לפי שיקול דעתה הבלעדי שלא יהא עליו עוררין בפני בית משפט זה – לאפשר לעותרת גם להבא, היינו שנה הבאה ואולי אף בשנים שלאחריה, להפעיל את הקיוסק. אני מדגיש שאם יקבלו העותרים דרישת פינוי, עליהם לפנות את המקום ללא עוררין ומבלי לתקוף את החלטתנו בפני בית המשפט. יחד עם זאת שמורה זכותה – זכות שאיננו מכירים בה – לדרוש הסדר או פיצוי כתוצאה מהפנוי, אך זה כעניין נפרד העומד בפני עצמו" (כל ההדגשות במקור).

17. חרף העובדה שהמסעדה פעלה בחוף הים במשך שנים רבות, מהמסמכים שהוצגו לפני בית המשפט עולה, כי ניתנו לה במהלך השנים הרבות רישיונות עסק, עונתיים, בודדים בלבד. גם בהקשר זה יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפסק הדין שניתן בהליך הסילוק:

"נספח ד' לבקשה עניינו אסופת רישיונות לניהול עסק אשר ניתנו למבקשים במהלך השנים. מדובר ברישיונות בודדים ותקופתיים בלבד. לעסקה [כך במקור – הח"מ] של דבורה ג'רבי ניתנו רישיונות לשנים 82, 85-86, 88-89, 91-91.

... בסופו של יום הוכח כי העסקים פועלים ללא רישיון עסק וכי למבנים אין היתרי בניה מכוח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965" (עמ' 4 לפסק הדין).

18. אין חולק שהתובעים לא שילמו ולו שקל לעירייה (קרי, לציבור), בגין השימוש המסחרי רב השנים שנעשה במקרקעין.

19. מהראיות שהונחו לפני בית המשפט הנכבד עולה אפוא, כי התובעים הקימו והפעילו במשך שנים רבות מסעדה על רצועת חוף ים, ללא היתרי בניה ומרבית התקופה ללא רישיונות עסק, תוך השתלטות על מקרקעי ציבור שהינם משאב טבע נדיר.

20. זאת ועוד. ביום 30.6.2011 הוציא המשרד להגנת הסביבה נגד המסעדה, צו לסילוק מפגע (להלן: "**צו הסילוק**") מכוח סעיף 9(א) לחוק שמירת הסביבה החופית.

21. בצו הסילוק נקבע, כי **קיום המסעדה במרחק של כ- 30 מטר מקו החוף** (כמשמעותו בחוק שמירת הסביבה החופית) גורם לפגיעה בסביבה החופית, בכך שהמסעדה פוגעת במערכת האקולוגית הטבעית המתקיימת בחוף הים, פוגעת במהלך ההתפתחות הטבעית ובשימורה של הסביבה החופית, פוגעת בנוף הפתוח של חוף הים ופוגעת במעבר החופשי של הציבור בחוף הים.

22. בקשה לביטול צו הסילוק שהגישו התובעים לבית משפט השלום בחיפה נדחתה ונקבע, **כי הוכחו כל הפגיעות הנזכרות בצו הסביבה החופית** (למעט "פגיעה בנוף הפתוח של חוף הים". נקבע בהקשר זה, כי המסעדה פוגעת בנוף הטבעי והפתוח אך פגיעה שכזו איננה נכללת בהגדרת "פגיעה בסביבה החופית" שבסעיף 2 לחוק שמירת הסביבה החופית).

23. ביום 4.12.2012 סולקה המסעדה משטח חוף הים על ידי המשרד להגנת הסביבה, בהתאם לצו הסילוק.

24. ערעור שהוגש על פסק הדין **נדחה** (לבקשת התובעים, לאחר שהמסעדה נהרסה) – "נ/2".

25. הנה כי כן, נקבע בפסק דין חלוט כי קיומה של המסעדה בחוף הים פגע בסביבה החופית, משאב טבע נדיר וייחודי לכלל הציבור.

ג. על הפרת דיני התכנון והבניה והפגיעה בסביבה החופית ומשמעותה

26. נדמה שאין חולק בדבר מרכזיותם וחשיבותם של דיני התכנון והבניה במרקם החיים הציבורי של כל מדינה מתוקנת. תוצאותיה של בניה בלתי חוקית הן הרסניות וגורמות לתוהו ובוהו במרחב התכנון הציבורי. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לרע"פ 3154/11 **כמיס אליאס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.5.2011):

"המרחב התכנוני לעולם אינו שטח הפקר שבו 'איש הישר בעיניו יעשה'...בניה בלתי חוקית באשר היא הרי היא רעה חולה, היא עולם של הפקר, היא אנטייתזה לחוק ולשלטון החוק" (פסקה ח' להחלטה).

27. התנהלות התובעים חמורה, קל וחומר, שעה שעסקינן בבניה בלתי חוקית המתבצעת **תוך השתלטות על מקרקעי ציבור**. בית המשפט העליון חזר ושוב ושוב, אין ספור פעמים, על הצורך והחובה בשמירה על מקרקעי הציבור מפני אלה המבקשים לעשות בהם ככל העולה על רוחם, הכול למען תתעשר קופתם ברווחים אסורים. היועץ המשפטי לממשלה יפנה, לדוגמא, לרע"א 11700/05 **ציון חוה נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 29.3.2006):

"...ואולם בתי המשפט בכלל ובית משפט זה בפרט מצווים להשמיע גם את קולו של האינטרס הציבורי בדבר הצורך במאבק לזכויות הציבור לקרקעות וכנגד פלישה לקרקעות ציבור והפקרות בתחום זה...הקלות שבה אנשים מניחים ידם לא אחת ולא שתיים על מקרקעי ציבור, מחייבת מענה שיפוטי ראוי והולם, במקרים שבהן הרשויות מתעשתות לפעול" (פסקה ח' להחלטה).

היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לבג"ץ 10284/08 **יצחק אליהו עבודות עפר בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 28.12.2009).

28. הדברים הנ"ל נכונים, קל וחומר בן בנו של קל וחומר, שעה שעסקינן בבניה בלתי חוקית המתבצעת **תוך השתלטות על חוף ים, קרי מקרקעי ציבור שהינם משאב טבע נדיר**.

29. בשנת 2004 נחקק חוק הסביבה החופית. עצם חקיקת דבר חקיקה ראשי לטובת שמירה על החופים, אף על פי שקודם לכן הייתה קיימת תכנית מתאר ארצית (תמ"א 13, שאף היא דבר חיקוק), שהייתה אמורה ליתן את ההגנה המספקת לחופי הים, מצביע על האינטרס הציבורי החשוב של שמירת החוף כמשאב טבע.

30. כעולה מסעיף 1 לחוק שמירת הסביבה החופית, ביסוד חקיקת החוק עומדת התפיסה שלפיה חוף הים בישראל הוא נכס ציבורי ומשאב טבע ייחודי בעל חשיבות רבה לכלל הציבור והנחשב, כמו בשאר העולם, משאב בעל ערך מיוחד ועל כן מחובתה של מדינת ישראל, על רשויותיה השונות, להגן על הסביבה החופית, לשמרה ולשקמה. מקרקעי הסביבה החופית ומשאבי הטבע המצויים בהם משמשים את הציבור כולו להנאתו למטרות פנאי ונופש. רצועת החוף של מדינת ישראל לאורך חופי הים התיכון עשירה במיוחד במגוון

ערכי טבע ונוף, המהווים חלק חשוב של נכסי המדינה ותושביה, ובעלי משמעות ערכית וחברתית בתחומים רבים (היועץ המשפטי לממשלה יפנה לדברי ההסבר להצעת חוק שמירת הסביבה החופית, תשס"ג – 2003 ה"ח 51).

31. על רקע זה, נקבעו בחוק שמירת הסביבה החופית הוראות למניעת הפגיעה וצמצומה מרגע שנגרמה, בחוף ובמשאבי הטבעיים והנופיים, לצורך הבטחת שימור משאבי חוף הים להנאה ולתועלת הדור הזה והדורות הבאים. במיוחד כך הדבר, כאשר נגרמת פגיעה בחוף ובמשאביו על ידי גורמים הפועלים משיקולים עסקיים צרים פרטיים, במטרה למקסם שלא כדין רווח כלכלי פרטי על חשבון משאבי הציבור כבענייננו.

32. עוד יפנה היועץ המשפטי לממשלה, בהקשר זה, לבקשה לביטול צו שהוצא לפי חוק שמירת הסביבה החופית, ביחס למסעדה סמוכה למסעדה נשוא התביעה, שהייתה מצויה גם היא בחוף הים גבעת אולגה. הבקשה נדחתה בהחלטה מנומקת ומפורטת של כב' השופטת תמר נאות-פרי (צ"א 7452-09-11 מלכה נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 10.1.2012), ובפסק הדין שדחה ערעור שהוגש על ההחלטה (ע"פ (חיפה) 6468-03-12 מלכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2012), הדגיש בית המשפט המחוזי בחיפה, בין היתר, את החשיבות שבשמירה על חופי הים המהווים משאב טבע נדיר:

"החשיבות של שמירת הסביבה החופית באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון, עיינו: ע"א 1054/98 חוף הכרמל נגד עמותת אדם טבע ודין, פ"ד נ"ו (3) 385, בעמ' 411: "אין לנו אלא להוסיף כי במציאות שלנו שאלת שימור החופים והגישה אליהם מקבלת משנה חשיבות נוכח הצורך לשמר את המעט שנותר מחופי ארצנו שהפכו במהירות למשאב נדיר המנוצל באופן מוגבר ולא תמיד לטובת כלל הציבור".
וכן, ע"א 8116/99 עמותת אדם טבע ודין נגד הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נ"ה (5) 196, בעמ' 209:
"אנו מפרגים בנושא איכות הסביבה פיגור רב אחרי רוב המדינות המפותחות, הדבר חמור במיוחד בשל שטחי הטבע המצומצמים מאד של מדינת ישראל, שלגביהם כל החלטה מוטעית היא פגיעה אנושה ובלתי הפיכה בנכסים שמחובתנו לשמור עליהם מכל משמר. לטעמי, יש לבית משפט זה תפקיד גדול ביצירת המודעות שהחברה בישראל זקוקה לה. לכן יש לעשות כל מאמץ פרשני, במסגרת הנורמטיבית הנתונה, כדי לשמור על המשאבים המצומצמים מאד של טבע ונוף...." (פסקה נ"ז לפסק הדין).

33. בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון (רע"פ 7373/12, פורסם בנבו, 25.11.2012) נדחתה, תוך שבית המשפט העליון הדגיש אף הוא את החשיבות הרבה שיש בשמירה על חופי הארץ.

ד. טענת התובעים כאילו קיימת להם זכות חכירה לדורות במקרקעין - חסרת כל בסיס

34. בסעיפים 76-81 לסיכומי התובעים נטען, כאילו קיימת לתובעים זכות חכירה לדורות במקרקעין.

35. התובעים מבססים כביכול טענתם זו (סעיף 77 לסיכומים) על מספר אדנים (רעועים כולם):
"המסמכים אליהם התייחסנו כאמור לעיל, ההסכם משנת 1987 ועובדה קיימת שאין עליה מחלוקת כי התובעים החזיקו לאורך למעלה מ-30 שנים ולמצער לאורך 25 שנים, ללא הסתייגות, תוך שהתובעים נוהגים במקרקעין מנהג בעלים ומפעילים את עסקם במקרקעין מכוח שירותים שמנפיקה להם הנתבעת, לרבות שירותים חריגים (חשמל) שאין הנתבעת, ברגיל, אמונה על הספקתם" (סעיף 77 לסיכומי התובעים).
כפי שיפורט להלן, הטיעון חסר בסיס.

36. לעניין המסמכים הנזכרים בסיכומי התובעים - הענקת זכות במקרקעי ציבור נשלטת על ידי שורה של דינים הקובעים, בין היתר, את הליך הענקת הזכות ואת בעל הסמכות לאשר את הענקת הזכות (היועץ המשפטי לממשלה יפנה, לדוגמא, לסעיף 188(ב) לפקודת העיריות [נוסח חדש]). הליכים אלה נועדו להבטיח את שמירת האינטרס הציבורי ואת העמידה בכללים של שוויון וצדק חלוקתי בעת הקצאת מקרקעין.

בענייננו, באף מסמך הנזכר בסיכומי התובעים אין זכר לכך שהעירייה הקנתה לתובעים כדון, אי-פעם, זכות חכירה לדורות במקרקעין (שהם מקרקעי ציבור), או למצער הסכימה לכך. למען האמת, התובעים גם אינם מתיימרים לטעון כך. לא ניתן אישור שר פנים לעשיית רשות מקומית במקרקעין (ולא נטען שניתן), ודי בכך על מנת לדחות את טענה התובעים בדבר זכות חכירה נטענת.

37. יתירה מכך (ולאור האמור בסעיף 36 לעיל – הרבה למעלה מן הצורך). עפ"י טיבם ומהותם של המקרקעין שבנדון (נזכיר, בהתאם לצו הסילוק המסעדה הייתה ממוקמת כ- 30 מטר מקו החוף), **נראה על פני הדברים כי עסקינן ב"מקרקעי ייעוד"** (כהגדרתם בסעיף 107(1) לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), ובהתאם לסעיף 111 לחוק המקרקעין **"במקרקעי ייעוד לא יהיה תוקף לכל עסקה הטעונה רישום, לא יינתן צו אכיפה בשל התחייבות לעשות בהם עסקה כזאת, ולא תירשם הערה ביחס להתחייבות כזאת, אלא אם העסקה או ההתחייבות אושרו על ידי הממשלה או השר שקבעה לכך"**. אין חולק כי "עסקה הטעונה רישום", בענייננו – חכירה לדורות – לא אושרה על ידי הממשלה או השר שקבעה הממשלה לכך.

38. כידוע, ההסדר המשפטי הנ"ל שנקבע ביחס למקרקעי ייעוד מבוסס על ההנחה כי משאבי הקרקע הייחודיים שנועדו לרווחת הכלל מוגבלים בהיקפם וביכולתם לנצלם, ואין להשתמש בהם אלא למטרות כלל הציבור, לתועלתו ולרווחתו. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לעמ"מ 2273/03 **אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע** (פורסם בנבו, 7.12.2006):

"היבט נוסף של דיני התכנון והבניה מתחשב במיתחמי קרקע בעלי אופי מיוחד, ובצורך לשמר את ייעודם הייחודי. נכללים בכך מקרקעין המיועדים מעצם טיבם לתועלת הציבור הרחב, ונדרש מאמץ תכנוני יוצא דופן כדי לשמר את אופיים, ולהגן עליהם מפני פגיעה העלולה לגרוע מאיכותם ומיכולת הציבור ליהנות מהם. על סוג זה של מקרקעין, נמנים גם "מקרקעי ייעוד", עליהם פורש החוק הגנה מיוחדת (סעיף 107 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. ההסדר המשפטי ביחס למקרקעין אלה בנוי על ההנחה כי משאבי הקרקע הייחודיים שנועדו לרווחת הכלל מוגבלים בהיקפם וביכולתם לנצלם, ואין להשתמש בהם אלא למטרות כלל הציבור, לתועלתו ולרווחתו. שטחי המדינה שנועדו לתועלת הכלל ובהם מקרקעי ייעוד, הם בעלי חשיבות מיוחדת במדינה קטנה, שמשאביה הטבעיים מוגבלים. הדבר מטיל אחריות כבדה על רשויות התכנון והמדינה לדאוג לשמר מקרקעי ייעוד במבט צופה פני ההווה והעתיד גם יחד, לרווחת בני הציבור כולם. התכנון נועד, בין היתר, לקדם תכלית זו" (סעיף 40 לפסק הדין).

39. זאת ועוד. נזכיר, כי בהתאם לסעיף 8 לחוק המקרקעין **"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב"**. הקצאה לכאורה של המקרקעין לתובעים מהווה "עסקה במקרקעין" והיא טעונה הוכחת "מסמך בכתב", מסמך שלא הוצג על ידי התובעים.

40. למעשה, די באמור לעיל על מנת לדחות כל טענה בעניין והאמור מכאן ולהבא הוא הרבה מעבר לנצרך.

41. **לעניין "ההסכם משנת 1987"** – במונח זה, מכוונים התובעים להסכמת העירייה כפי שהובעה בדיון שנערך בבג"ץ 1987. היועץ המשפטי לממשלה הפך בה והפך בה, ולא הבין כיצד מבקשים התובעים לראות בבג"ץ 1987 כמקנה להם זכות חכירה לדורות במקרקעין (או למצער "הסכמה" של העירייה להקנותה, יהא אשר יהא משקלה של "הסכמה" בלתי-חוקית כזאת אם וככל ניתנה, אולם לפי הראיות – לא ניתנה).

42. על מנת להדגיש עד כמה אין ממש בטענה ישוב ויזכיר היועץ המשפטי לממשלה, כי במסגרת הדיון בבג"ץ 1987 ניתן תוקף של פסק דין להסכמת העירייה לתת לדבורה גירבי "לנהל את הקיוסק השתא (דהיינו עד תום עונת הרחצה) וכן כי בשנה הבאה תחזור המשיבה ותשקול בצורה הוגנת, ובתום לב אם המשך הפעלת הקיוסק אינה מפריעה לה במימוש תכניתיה בשטח הנדון. במידה שהתשובה לשאלה תהא שאין זה מפריע

לה היא תרשה לעותרת – לפי שיקול דעתה הבלעדי שלא יהא עליו עוררין בפני בית משפט זה – לאפשר לעותרת גם להבא, היינו שנה הבאה ואולי אף בשנים שלאחריה, להפעיל את הקיוסק. אני מדגיש שאם יקבלו העותרים דרישת פינוי, עליהם לפנות את המקום ללא עוררין ומבלי לתקוף את החלטתנו בפני בית המשפט. יחד עם זאת שמורה זכותה – זכות שאיננו מכירים בה – לדרוש הסדר או פיצוי כתוצאה מהפנוי, אך זה כעניין נפרד העומד בפני עצמו" (כל ההדגשות במקור).

43. הסכמת העירייה משנת 1987, שקיבלה תוקף של פסק דין, לא רק שאיננה משקפת הענקת זכות חכירה לדורות במקרקעין לתובעים, אלא ההפך הגמור מכך – היא משקפת אך ורק הסכמה זמנית ל"הפעלת" הקיוסק, תוך מתן זכות לעירייה להורות לתובעים, בכל רגע נתון, לפי שיקול דעתה הבלעדי שאיננו נתון לערעור, להסתלק מהמקרקעין. לא זכות חכירה לדורות המוקנית לתובעים, אלא "זכות סילוק לדורות" המוקנית לעירייה.

44. לעניין ההחזקה רבת שנים במקרקעין תוך קבלת "שירותים" מהעירייה – היועץ המשפטי לממשלה ידגיש כבר עתה: התנהלות העירייה מול התובעים אינה חפה מקשיים. מהראיות שהגישו הצדדים עולה, כי במשך שנים גילתה העירייה אזלת יד משועת בכל הקשור לאכיפת הדין על ההחזקה הבלתי חוקית הגסה של התובעים במקרקעין. למעשה, העירייה אף סייעה לתובעים אקטיבית (למשל, במימון אספקת חשמל פירטית).

45. אלא שכלל נקוט הוא בדינו, כי אין בכוחה של אזלת יד של רשות ציבורית להמשיך ולהעניק הטבות שמלכתחילה לא היה ניתן להעניקן בהתאם לדין. כידוע, טעויות ושגיאות יש לתקן, לא להנציח. אם חזרה הרשות הציבורית מדרכה הרעה והתעשתה, יש לסייע בידה. היועץ המשפטי לממשלה יפנה, לדוגמא, לרע"א 7393/15 קאפי דוד נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2015):

"מקרקעי הציבור הם נחלת הציבור, וככל שהתעשתו הרשויות לעשות את המוטל עליהן ולשמור על האינטרס הציבורי, על בתי המשפט לתת לכך יד, כמובן בגדרי הדין ותוך בחינת כל מקרה לגופו. קשה מאוד להלוך כי מי שעשה דין לעצמו, וגם אם מעיקרא נכנס למקרקעין בהיתר כזה או אחר של המועצה המקומית (שספק אם היה במקומו בלא אישור בעלים, המדינה, אך עסקינן בתקופה אחרת ובימים אחרים), הנה בהמשך בנה שלא כדין ונהנה מכך כמנהג בעלים בלא ששיתף את הציבור כל עיקר – יזכה להגנה משפטית. משגי הרשות כלפי אחרים, ככל שיהיו, אינם מצדיקים מהדורה חוזרת" (פסקה י"ח להחלטה).

46. היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לבג"ץ 8634/08 אלחננוב ואח' נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 16.11.2010), שם הודגש כי פעילות מחוץ לגדרי הדין לא יכולה לייצר ציפייה כלשהי להתמשכותה:

"זאת ועוד, תיקון פגם מהותי בהתנהלות בלתי תקינה של הרשות, הסוטה ממדיניותה, אינו מצמיח טענה לגיטימית בפי הפרט כי זכות או ציפייה רכושית שקנה ייפגעו אם לא ימשיך לזכות בהטבות כספיות, המשולמות תוך חריגה מן הדין ומן הנוהל:
"רשות ציבורית המגלה כי פעלה מחוץ לגדרי הדין, חייבת לתקן את נוהלי פעולתה, וליישר קו עם הוראות הדין המחייבות, המגדירות את מרחב כוחה וסמכותה. אך ברור הוא, כי בנסיבות כאלה, אדם אינו רוכש זכות מוקנית לקבלת תנאים מיטיבים שמקורם בפרקטיקה מוטעית, ולא עומדת לו זכות לחייב את הרשות להנציח גם להבא את טעותה. כך בהיבט דיני העבודה, וכך על-פי עקרונות המשפט המינהלי" (פרשת ארצי, פסקה 38; כן ראו: בג"צ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקאות 17-18 ([פורסם בנבו], 22.4.2009); ע"ע 39/99 אסרף נ' משטרת ישראל, פד"ע לו 179, 186-188 (2001) (להלן: ענין אסרף); בג"צ 265/77 ועד מקומי סביון נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 570, 566 (1978); בג"צ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד כה(2) 3, 8 (1971) (להלן: ענין פולק)).
וכך, סטייה מן הדין, ומן המדיניות, אינה יוצרת אינטרס הסתמכות לגיטימי שיש בו כדי להצדיק את המשך הסטייה:
"קשה להלום כי לפרט קיים אינטרס הסתמכות כלשהוא לתשלום היטל על-פי דין שלא בהתאם לערכו הריאלי, ובעובדה כי נפלה שגגה בפעולת מחוקק המישנה אין כדי להקים לו אינטרס כאמור" (הנשיאה

ביניש בדנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקה 20 (פורסם בנבו, 19.10.2009).

...
הדרך הנכונה לילך בה כאשר

מתברר כי סטייה מהדין הביאה להסתמכות או להפליה הינה להפסיק מהר ככל האפשר את הפרת הדין והנוהל, ובכך, בין היתר, לסלק את גורם ההפליה וגורם ההסתמכות... (סעיף 26 לפסק הדין של כב' השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה).

47. נהיר אם כן, כי טענת התובעים כאילו העובדה שהם "נוהגים מנהג בעלים" במקרקעין (ובמילים אחרות – השתלטו על רצועת חוף של למעלה מחצי מדונם, תוך הפרת דין בוטה ומבלי להעביר כל תשלום לקופה הציבורית), בגיבוי של הרשות המקומית – מקימה להם, כביכול, זכות של חוכרים לדורות במקרקעין, היא בגדר עזות מצח של ממש, בבחינת חוטא הדורש לצאת נשכר לא רק במבט צופה פני עבר, אלא גם במבט צופה פני עתיד.

48. כאמור לעיל וכמפורט להלן (בהתייחס לטענת התובעים (החלופית) בקשר ל"רישיון מכללא"), לא ייתכן להכיר בכך שהתנהלות הכרוכה בהפרות דין וחוק בוטות, תוך הסגת גבול במקרקעי ציבור, תעניק לתובעים רשות כלשהי להחזיק ולהשתמש במקרקעין צופה פני עתיד, קל וחומר שאין בכוחה להצמיח זכויות כלשהן במקרקעין, גם אם נעשתה תוך ניצול אזלת יד של הרשות המקומית. בהיעדר "זכות" (או למצער ציפייה) כלפי העתיד, נשמט ממילא כל בסיס לתביעת שווי ערכה הכספי. בגדר המשפט האזרחי אנו משננים, מאז ומתמיד, כי מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. התובעים אינם מחזיקים אם כן בזכות חכירה לדורות ולא בכל 'זכות' אחרת בקשר למקרקעין. התובעים פעלו בעבר במקרקעי הציבור תוך הפרות דין וחוק בוטות ועוולה זו, כעניין שבהגדרה, לא יכולה להצמיח להם זכות חכירה לדורות במקרקעין (אף לא כל זכות אחרת) כלפי העתיד.

49. זאת ועוד. אף בהתעלם, לצורך רטורי בלבד (וכמובן מבלי להסכים לכך כמלוא הנימה) מאי-החוקיות בה טבולה היתה החזקת התובעים בקרקע, אין בסיס לטענה כאילו החזקה רבת שנים במקרקעין, מבלי לכרות הסכם לחכירת המקרקעין ומבלי שלם לציבור ולו שקל עבור השימוש במקרקעי הציבור, יכולה להקנות לתובעים זכות חכירה לדורות. היועץ המשפטי לממשלה יפנה בעניין זה לע"א 10653/05 ת"ת הכללי והישיבה הגדולה "עץ חיים" בירושלים נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי (פורסם בנבו, 1.8.2010) שם נקבע, כי החזקה רבת שנים בנכס (ובשונה מענייננו, החזקה שאיננה טבולה באי-חוקיות) איננה מקנה זכות קניינית בנכס:

14. אין, אפוא, מנוס מן המסקנה כי המערערת לא הצליחה להרים את נטל ההוכחה הרובץ עליה לבסס את זכות קניינה בנכס. גם בהנחה כי החזיקה בנכס שנים רבות קודם לנפילת הרובע היהודי בידי הירדנים בשנת 1948, הנחה זו כשלעצמה, ובהעדר נתונים ראיתיים ממשיים נוספים, אינה יכולה להספיק לצורך הוכחת זכויות הקניין של המערערת בנכס. גם הנתון בדבר תשלום המס, ואף בהצטרפו לנתון החזקה אינו מספיק לענין זה... (סעיף 14 לפסק הדין של כב' השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה).

50. נסיבות פסק הדין אליו מפנים התובעים בסיכומיהם – רע"א 725/05 הועדה המקומית לתכנון ולבניה השומרון נ' עוזי בלוח ואח' (פורסם בנבו, 3.9.2014) – אינן מזכירות ולו ברמז את נסיבות העניין דנן: באותו עניין, דובר על אגודה חקלאית שיתופית גבעת עדה (להלן: "האגודה"), שהתקשרה עם רשות מקרקעי ישראל (מינהל מקרקעי ישראל כהגדרתו אז) בהסכם שכירות לשלוש שנים, לפיו דמי השכירות עבור שטח המשבצת ישולמו על ידה לרשות מקרקעי ישראל והאגודה תעניק לחבריה מעמד של בר-רשות בחלקותיהם. נקבע, על סמך בחינת אינדיקציות שונות (בין היתר, אינדיקציות שמקורן בחוזה המשבצת התלת שנותי, המהווה את הבסיס למערכת היחסים החוזית שבין רשות מקרקעי ישראל לבין האגודה ומתיישביה), כי מעמדם של חברי האגודה עולה במהותו בהיבטים רבים ומשמעותיים לכדי מעמד של חוכרים לדורות

במשקים חקלאיים, וזאת לצורך נשיאה בחבות היטל השבחה גם על ידי מי שמעמדו באופן **מהותי** עולה לכדי מעמד של חוכר לדורות, תוך שבית המשפט העליון מדגיש כי:

"חשוב להבהיר בהקשר זה כי מסקנתנו לפיה יש לראות במשיבים כחוכרים לדורות לצורך החיוב בהיטל, אין בה משום קביעה בדבר מעמדם הקנייני של המשיבים במקרקעין או באשר לאופן שיש לסווג את זכותם לקטגוריות המוכרות בדיני הקניין" (סעיף 98 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ארבל).

51. נהיר אם כן, כי כל ניסיון לקשור בין מסקנת פסק הדין הנ"ל, העוסק במשתמשים כדין, לבין הענקת זכות חכירה לדורות לתובעים יש מאין, תובעים אשר עושים כזכור שימוש במקרקעי ציבור ללא כל זכות חוזית, תוך הפרת כל דין ומבלי לשלם תמורה כלשהי, הוא לא פחות ממופרך.

52. מהמקובץ נמצאנו למדים, כי אין כל יסוד לטענת התובעים כאילו הם מחזיקים בזכות חכירה לדורות במקרקעין.

53. משהובהר כי אין לתובעים זכויות קנייניות במקרקעין, יובהר להלן כי אין כל יסוד גם לטענת התובעים כאילו הם במעמד של 'בר-רשות' במקרקעין, וכי מעמד זה מקנה להם כביכול זכות לקבל פיצוי תמורת פינויים מהמקרקעין.

ה'. אין יסוד לטענת התובעים כאילו הם בעלי זכות של 'בר-רשות' במקרקעין

54. בסעיפים 82-97 לסיכומי התובעים נטען, לחלופין, כאילו התובעים החזיקו בעבר בזכות של "בר רשות לא הדירה, באופן שפינויים מן המקרקעין מחייב פיצוי בגין שווי הזכות" (סעיף 82 לסיכומי התובעים). כמפורט להלן, אין יסוד לטענה זו.

ה.1 אין יסוד לטענת התובעים כאילו הם במעמד של בר-רשות בלתי הדירה במקרקעין

55. הטיעון כאילו הפרות דין וחוק בוטות, על מקרקעי הציבור (המהווה, בנוסף, משאב טבע ייחודי ונדיר), מקנות (או עשויות להקנות) למאן שהוא מעמד של 'בר רשות בלתי הדירה במקרקעין' – מופרך מיסודו. בהקשר זה, ישוב היועץ המשפטי לממשלה ויפנה להלכת אלחננוב, לעיל בסעיף 46. יתירה מכך: גם בהתעלם, אנליטית, מרובד אי החוקיות העמוק בו טבולה בענייננו החזקת התובעים במקרקעין, ברי כי הנסיבות אינן מצביעות על מתן רשות בלתי הדירה להחזקה במקרקעין, לא פוזיטיבית ולא במחדל.

56. כידוע, המושג 'רישיון במקרקעין' (אשר ספק כלל אם לאחר חקיקת חוק המקרקעין יש עדיין מקום להכיר בו – לעניין זה יפנה היועץ המשפטי לממשלה לסעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט מזוז בע"א 3846/13 **מדינת ישראל – מנהל מקרקעי ישראל נ' היפר-חלף** (פורסם בנבו, 21.7.2015) להלן: "**עניין היפר-חלף**"), משמעו רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר להחזיק או להשתמש במקרקעיו. רשות זו יכולה להיות מעוגנת בחוזה, או שהיא יכולה להילמד משתיקתו של בעל המקרקעין ואי-מחאה מצדו נוכח השימוש שנעשה במקרקעיו:

"רישיון במקרקעין משמעו היתר או רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר, להחזיק או להשתמש בנכס...אפשר שהיא תהא מעוגנת בחוזה שנקשר בין הצדדים... או תלמד משתיקתו ואי-מחאתו להחזקה או לשימוש שעושה אחר בנכס (להלן: רשות גרידא)" (נינה זלצמן "רישיון במקרקעין", הפרקליט מב 24, 24 (תשנ"ה)).

57. כאשר לא נקשר בין הצדדים חוזה פוזיטיבי המעניק למחזיק רשות להחזיק או להשתמש במקרקעין כבעניינו, אזי עסקין לכל היותר ב'רשות מכללא' קרי, רשות הנלמדת משתיקתו של בעל המקרקעין נוכח השימוש הנעשה במקרקעיו. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לעניין היפר חלף הנזכר לעיל:

"אכן עסקין בטענת רישיון מכללא – קרי, כזה המאפשר החזקה ושימוש בשטח כתוצאה משתיקת הבעלים; זאת בניגוד לרישיון חוזי, בו בעלי הקרקע נותנים את הסכמתם המפורשת לשימוש או החזקה בשטח" (פסקה יח' לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) רובינשטיין).

58. הכלל הוא, כי **"רשות מכללא ניתנת לביטול בכל עת על-ידי גילוי דעתו של בעל המקרקעין כי אין ברצונו להרשות עוד את הפעולות לגביהן ניתנה הרשות"** (ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל-רשות הפיתוח (פורסם בנבו, 19.8.2015), פסקה 21 לפסק הדין, להלן: **"עניין נחום"**).

59. היועץ המשפטי לממשלה ידגיש, להשלמת התמונה, כי רישיון במקרקעין אשר ניתן לביטול בכל עת, הינו בגדר **זכות אישית בלבד**. הזכות איננה תקפה כלפי צדדים שלישיים והיא איננה ניתנת להורשה (ע"א 3836/93 ברמלי נ' ברמלי פ"ד נ (3) 868, 871).

ה.2. אין כל בסיס לטענת התובעים כאילו הם במעמד של בר-רשות בלתי הדירה מכוח חוזה

60. לטענת התובעים, בעניינו "אין מדובר ברישיון מכללא. מדובר ברשות קיימת שהיא העוגן ונקודת המוצא להסכם שנחתם ובו נאמר במפורש, כי בעת הפינוי תעלה כעניין העומד בפני עצמו טענת התובעים להסדר-פיצוי" (סעיף 91 לסיכומי התובעים).

לטענת התובעים, "נכון שבהסכם גופו נאמר כי הנתבעת אינה מכירה בזכות זו", אך לטענתם לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהתנהלות העירייה "שנות דור לאחר ההסכם", כפי שלא ניתן להתעלם "מן הזכות הבסיסית שהייתה בידי התובעים ואשר מכוחה, כנקודת מוצא בסיסית, נחתם ההסכם" (סעיף 92 לסיכומי התובעים).

61. עולה אפוא כי גם התובעים עצמם אינם עומדים מאחורי טענתם כאילו ניתן להם רישיון בלתי הדיר, **שמקורו בחוזה**, להשתמש במקרקעין:

אף אחד מהמסמכים הרבים שצורפו לתצהירי התובעים לא מעיד על קיומו של חוזה שנכרת בין הצדדים, במסגרתו מוענק כביכול לתובעים רישיון להשתמש (ללא תמורה) במקרקעין, לצורך הפעלת מסעדה על חוף הים.

62. נהפוך הוא: גם אם במהלך עשרות השנים נתנה העירייה לתובעים הרשאות כלשהן בקשר למקרקעין (הרשאות לא חוקיות, נוכח הפרות הדין בהן טבולה הייתה הפעילות, בראש ובראשונה העדר היתר בניה), מדובר בהרשאות זמניות, **בודדות ועונתיות להפעלת קיוסק, ולא רישיון בלתי הדיר להפעלת מסעדה על חוף הים**, המשתרעת על שטח של למעלה מחצי דונם.

63. ברור כי גם הסכמת העירייה שניתנה בשנת 1987, במסגרת העתירה שהוגשה לבג"ץ, איננה משקפת, באופן כלשהו, הסכמה להענקת רישיון **בלתי הדיר** במקרקעין.

ההפך הגמור מזה – מדובר בהסכמה להמשך הפעילות לפרק זמן **קצר מאוד** (ההסכמה ניתנה בתחילת אוגוסט 1987, כך שהיא רלבנטית, לכל היותר, לפרק זמן של כשלושה חודשים), ולא מעבר לכך.

64. נמצאנו למדים, כי אין כל בסיס לטענת התובעים כאילו ניתן להם רישיון פוזיטיבי **בלתי הדיר, מכוח חוזה, להחזיק במקרקעין**. זאת בין **בכתב ובין בהתנהגות**. אוזלת ידה של העירייה מלפעול בנחישות לפינויים מהקרקע הציבורית איננה עולה בנסיבות העניין כדי הסכמה פוזיטיבית להמשך הישארותם במקום נוכח

היריבות שבין הצדדים, כפי שמשתקף במסמכים הכלולים בחומר הראיתי שלפני בית המשפט הנכבד. הימנעות מביעורו של דבר-מה אינה עשויה לעלות כדי הסכמה פוזיטיבית (אף לא הסכמה שבשתיקה, כמפורט להלן) להנצחתו, אלא אם כן ניתן להצביע על תפנית ממשית בנסיבות היריבות, ותפנית כזאת איננה מתקיימת בענייננו (וגם לא ייתכן שתתקיים, כל עוד נותרה על מכונה תמונת אי החוקיות העמוקה, חרף אוזלת היד האכיפתית).

65. נותר אם כן לבחון האם ניתן לתובעים 'רישיון מכללא' להשתמש במקרקעין, לצורכי הפעלת מסעדה המתפרשת על פני שטח חוף ים של למעלה מחצי דונם, ואם ניתן רישיון שכזה - האם מדובר ברישיון בלתי הדיר או ברישיון הדיר שביטולו מקנה לתובעים זכות לקבלת פיצוי.

ה. 3. לתובעים לא ניתן מעולם 'רישיון מכללא' להחזיק במקרקעין, בוודאי שלא 'רישיון מכללא' בלתי הדיר, או רישיון שביטולו מקנה זכות פיצוי

66. כאמור, הרציונל שמכוחו מוכרת, במקרים מסוימים, הענקת 'רישיון מכללא' להחזיק ולהשתמש במקרקעין מבוסס על שתיקת בעל מקרקעין, נוכח החזקה או שימוש של אחר במקרקעין, ללא רשות שניתנה לו מראש ותוך הסגת גבול. שתיקה זו, בנסיבות בהן ניתן היה לצפות כי בעל המקרקעין ימחה נגד ההחזקה והשימוש הנעשים שלא בהסכמתו במקרקעין, יכולה ללמד, בדיעבד, על הסכמה של בעל המקרקעין להחזקה ולשימוש כלומר, על הענקת 'רישיון מכללא' למחזיק.

67. רציונל זה איננו ישים, כאשר עסקינן בשתיקה של רשות ציבורית אל מול השתלטות על מקרקעי ציבור תוך הפרות חוק בוטות.

68. בעניין היפר חלף הנזכר לעיל, הביע כב' השופט מזוז עמדתו לפיה ספק רב אם יש עדיין כיום מקום להכיר במוסד הרישיון מכללא ומכל מקום, כאשר מדובר בפלישה למקרקעי ציבור אין מקום להכיר במושג "רישיון מכללא" :

"3. הסוגיה של המשך תחולת דיני הרישיון לאחר חוק המקרקעין היא מורכבת ולא זה המקום להאריך בה. אך מכל מקום, בין כך ובין אחרת, כאשר מדובר בפלישה למקרקעי ציבור, אין לדעת כי בסיס ענייני ולא צידוק חוקי להכיר בקיומו של "רישיון מכללא", המבוסס אך על כך שהרשות הציבורית לא נקטה בהליכי פינוי נגד הפולש, או אף לא מחתה בידו. כאמור,

מוסד הרישיון בכגון דא מבוסס על דיני ההשתק שביושר, היינו על קיומה של הסכמה מדעת של בעל הזכות במקרקעין לכך שאחר יחזיק או יעשה שימוש במקרקעין. הסכמה זו נלמדת מהתנהגותו של בעל הזכות, אשר ידע על ההחזקה או השימוש במקרקעין שלו ולא מחה נגד המחזיק או המשתמש ולא פעל לסילוקו, אף שהיה בידו לעשות כן. ממחדלו המודע של בעל הזכות במקרקעין להביע התנגדותו ולפעול לסילוק הפולש מוסקת הסכמתו להחזקה או השימוש במקרקעין.

4. כל ההנחות האלה אין להן תוקף כאשר מדובר בפולש למקרקעי ציבור. אין בסיס - לא במציאות ולא בדין - לייחס לרשות ציבורית הסכמה מכללא להעניק הרשאה לפולש להחזיק או להשתמש במקרקעי ציבור, וזאת מעצם העובדה שהיא לא פעלה נגד הפלישה.

גם מקום שדבר הפלישה מגיע לידיעת הרשות, לעתים היא אינה משכילה לטפל בפלישה באופן יעיל, או בכלל. גם כאן מעצם מחדלה זה של הרשות אין להסיק על קיומה של הסכמה של הרשות להחזקה ולשימוש במקרקעי הציבור...

בניגוד לבעל מקרקעין פרטי, שברצונו פועל נגד הפולש למקרקעין וברצונו הוא מוחל על זכויותיו, כאשר מדובר במקרקעי ציבור קיימת מערכת של דינים של המשפט המינהלי - הדיוני והמהותי - החלה על ניהולם של מקרקעי ציבור והענקת זכויות בהם. ברשות הציבורית אין סמכות לאיש להעניק זכויות במקרקעי ציבור על ידי העלמת עין מפולש או על ידי מחדל בפעולה לפינויו של הפולש.

נשלטת על ידי שורה של דינים: אלה הקובעים מי הם בעלי הסמכות להחליט על הענקת הזכות, אלה הקובעים את ההליך המתחייב למתן זכות, כגון הצורך במכרז, וכמובן דיני המשפט המינהלי המהותי השולטים על כל החלטה מינהלית, לרבות חובות השוויון, העדר שיקולים זרים, התאמה לאינטרס הציבורי ועוד...

5. כל אלה מובילים למסקנה, כי כל המושג של רישיון מכללא, אף ככל שיש לו עדיין זכות קיום לאחר חוק המקרקעין, הוא זר לחלוטין לסביבת המשפט הציבורי ואינו מתיישב עם נורמות המשפט המינהלי ועם מערכת הדינים והכללים החלים על רשויות ציבוריות באשר לניהול מקרקעי ציבור, כמו גם עם המציאות של הפיקוח על מקרקעי ציבור....

6. גם התוצאה, הנגזרת מהחלת מוסד הרישיון מכללא על פולשים במקרקעי ציבור, לפיה מצבו של פולש במקרקעי ציבור טוב מזה של מי שזכה בהרשאה כדין - בדרך כלל לאחר הליכי מכרז ותוך תשלום דמי שימוש - אינה מתקבלת על הדעת. אין לקבל ואין להשלים עם מצב בו פולש במקרקעי ציבור עושה בהם שימוש ללא תשלום ומצפה אף לפיצויים בגין פינויו, כעולה מהפרשה מושא ערעור זה.

...אני בדעה שאף ללא מכתב האזהרה וצו הפינוי לא קנתה המשיבה מעמד של בעלת רישיון בקרקע לא לה. אכן, מתפקידה ומחובתה של הרשות הציבורית למנוע פלישות במקרקעי ציבור ולנקוט צעדי אכיפה נמרצים נגד פולשים, אך חובות הרשות לחוד ו"זכויות" הפולש לחוד. מציאות החיים היא שפיקוח ואכיפה לעולם אינם הרמטיים, ויש אף תקלות וכשלים, אך באלה אין כדי להצדיק הענקת זכויות, יש מאיין, לפולשים...."

69. כב' סגן הנשיאה (בדימוס) השופט רובינשטיין, שכתב את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין בעניין היפר-חלף קבע, כי צריכות להתקיים "נסיבות חריגות ונדירות עד מאוד כדי שיוכר רישיון מכללא במקרקעי הציבור" ומכל מקום, בכל נסיבות שהן, לא ניתן להכיר במקרקעי ציבור במעמד של בר רשות בלתי הדירה:

"לא. אחר הדברים האלה עיינתי בהערותיו של חברי השופט מזוז, שעיקרן כי באה עת להיפרד לשלום במשפטנו ממוסד הרישיון ובמיוחד הרישיון מכללא, ולא כל שכן כשעסקינן בפלישה למקרקעי ציבור, כמושג זר למשפט ציבורי. דברים אלה מקובלים עלי בעיקרם....

...
ראו, בנוסף לאמור בפסקה י"ט למעלה, גם דברים שנאמרו לא מכבר ברע"א 4084/14 בדיר נ' רשות מקרקעי ישראל [פורסם בנבו] (16.12.14), פסקה ז':

"אשוב ואטעים את החומרה שבה יש לראות את תופעת הפלישה למקרקעי ציבור שלא כחוק, ואת החשיבות במענה הולם מצד הרשויות שלא ליתן ידיהן להנצחתה של פלישה זו [...] בענייננו נקבע, כי המבקשים אינם בעלי זכויות במקרקעין ופלוש אליהם שלא כדין... ועוד "בית משפט זה לא יתן ידו להנצחתה של פלישה, אף אם הרשויות השתהו שנים רבות בעשיית מלאכתן, ובהיעדר עילה שבדין לקביעה כי קמו לפולשים או לבאים מכוחם זכויות" (רע"א 5333/05 גבריאלי נ' מינהל מקרקעי ישראל, [פורסם בנבו] פסקה ב' (2005)). וגם "לפלישות במקרקעי הציבור אין בית משפט זה יכול כל עיקר ליתן יד, וכבר נאמר לא אחת כי אף אם לא מילאו הרשויות את חובתן לאורך שנים רבות, ואף אם התרשלו כפי שציין בית משפט השלום, אם הגיעה שעת התעשתות מצדן והן החלו במעשים, על בית המשפט לעודדן ולא להיפך. זו החובה כלפי הציבור" (רע"א 6156/05 אדאדי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה ח' (2005)).

לב. המקובץ מכל אלה הוא, כי צריכות להתקיים לטעמי נסיבות חריגות ונדירות עד מאוד כדי שיוכר רישיון מכללא במקרקעי הציבור, וככל הנראה תמה דרכה ונלוהו כעיקרון לבית עולמו".

70. בעניין נחום הנזכר לעיל, הפנה כב' השופט זילברטל (שכתב את חוות הדעת העיקרית, אליו הצטרפו כב' הנשיאה חיות וכב' השופט הנדל) לפסיקת כב' סגן הנשיאה השופט (בדימוס) רובינשטיין בעניין היפר-חלף והדגיש, "בבחינת למעלה מן הדרוש", כי גם באותם "מקרים חריגים ונדירים ביותר" בהם ייקבע כי הוענק רישיון מכללא במקרקעי ציבור, הרי שבכל מקרה אין מדובר ברשות בלתי הדירה:

"22. ... לגישתי, ככלל יש לנהוג במשנה זהירות ביחס לקביעה כי רשות היא בלתי-הדירה, וזכות שכזו תוסק אך במקרים חריגים ויוצאי דופן. בצד זאת, כאשר עסקינן ברשות מכללא במקרקעי ציבור, שנוצרה עקב מחדלן של הרשויות מלפעול לסילוקו של מסיג גבול במקרקעין, אין מקום לקביעה כי זכותו של בר-הרשות התגבשה לכדי רשות בלתי הדירה... אכן, פעולות האכיפה של הרשויות נגד פולשים במקרקעי ציבור אורכות זמן רב לעיתים, וכפי שנלמד מן המקרה שלפנינו – לעיתים אף זמן רב מדי. במקרים חריגים ונדירים ביותר, יכול ובית המשפט ייקבע כי הפולש הפך לבר-רשות במקרקעין נוכח שתיקת הרשויות, תוך שייחס בכלל שיקוליו משקל הולם לפעולות האכיפה הרבות שעל הרשויות לבצע בהקשר זה. ואולם, רשות שכזו לא תתגבש לכדי רשות בלתי-הדירה, וזאת נוכח האינטרס הציבורי בדבר השמירה על רכוש הציבור והרצון שלא לתמרץ פולשים על-ידי הקניית רישיון שאינו ניתן לביטול ויצירת זכות מעין צמיתה בנכס".

היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לרע"א 11889/04 **אזברגה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.6.2005):

"כאמור, המדובר במקרקעי מדינה. העובדה שהרשויות לא פעלו נגד השימוש בהם לאורך השנים, והחלו בפעולה רק בשנים האחרונות, אינה יכולה ליצור זכות למבקשים; הם נהנו ממחדלי הרשויות לאורך עשרות שנים, ואם הגיעה עת ורשויות המדינה החלו פועלות, על בית המשפט לסייע למימוש האינטרס הציבורי. ראו גם רע"א 10152/04 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל(טרם פורסם)" (פסקה ו(4) להחלטה).

71. הדברים הנ"ל יפים, ביתר שאת, לענייננו.

72. ראשית וכאמור לעיל, **בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון לא תתגבש לעולם הענקת רישיון מכללא במקרקעי ציבור לכדי רשות בלתי הדירה.**

אפילו אם במשפט הפרטי וביחס לקרקע פרטית היו טענותיהם השגויות של התובעים נושאות פרי ומשכנעות את בית המשפט הנכבד, כי נוצר להם, בנסיבות העניין, רישיון בלתי הדיר, אין לפרופוזיציה כזאת ממילא כל תוחלת ביחס למקרקעי ציבור (המהווים, על פניו, גם 'מקרקעי ייעוד') וכל עוד לא הוגשם היסוד המשפטי-ציבורי המחייב, כי עשיית רשות מקומית במקרקעין שכאלה תאושר פוזיטיבית לפי הוראות כל דין כאמור (היועץ המשפטי לממשלה יפנה בהקשר זה, פעם נוספת, לסעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט מזוז בעניין היפר-חלף הנזכר לעיל).

על כן, גם אם יוכר 'רישיון מכללא' שהוענק לתובעים (הכרה שלשיטתנו מנוגדת לחוק ולתקנת הציבור, כמוסבר להלן) הרי שמדובר לכל היותר ברשות זמנית מכללא, הניתנת לביטול בכל עת, ולא רשות בלתי הדירה.

ברור אם כן כבר עתה, כי אין להכיר בתובעים כבעלי מעמד של 'בר-רשות בלתי הדירה' במקרקעין.

73. שנית, לא יתכן להכיר בכך ששתיקה מצד העירייה וגילויי אזלת יד רבת שנים באכיפת הדין על ההחזקה הבלתי חוקית, במקרקעי ציבור, תוכר כ'רישיון מכללא' ותהפוך פלישה להחזקה שהיא "כדין", או להחזקה המצמיחה ציפייה כלשהי להתמשכותה, מקל וחומר במקום בו מדובר בהחזקה לצורך פרטי עיסקי-מסחרי בקרקע המיועדת לרווחת הציבור כולו.

74. השתלטות על רצועת חוף ים, תוך עשיית שימוש המפר כל דין ברגל גסה, איננה עשויה להוות שימוש שרשות ציבורית, תסכים לו מכללא, בכל נסיבות שהן, כעניין שבהגדרה.

בנסיבות אלה אין לראות בתובעים אף לא כמי שהוענק להם כביכול 'רישיון מכללא' לעשות שימוש זמני במקרקעין. העירייה, כרשות ציבורית, אינה רשאית להרשות למאן שהוא להפר חוק, גם לא באופן זמני, ומפר חוק אינו רשאי לראות עצמו כבר-רשותה של העירייה לעשות כן. לא בר-רשות לפנינו אלא מסיג גבול.

75. בנסיבות הקיצון המתוארות לעיל ברור למעלה מכל ספק, כי המקרה שלפנינו איננו נופל בגדר אותם מקרים "חריגים ונדירים ביותר" (כדברי כב' השופט זילברטל בעניין נחום הנזכר לעיל) בהם ניתן להכיר ברישיון במקרקעי ציבור, לא רישיון בלתי הדיר אף לא רישיון מכללא.

ה.4. בהעדר 'רישיון מכללא' אין בסיס למתן "פיצוי" לתובעים

76. הרבה מעבר לנצרך, ורק על מנת לסבר את האוזן נזכיר, כי הכלל במשפט הפרטי הוא כי גם כאשר הוכר מעמדו של בר-רשות במקרקעין (בשונה מענייננו), מקום בו ניתנה הרשות בעבר ללא תמורה ובוטלה, אין בר-הרשות זכאי לפיצוי מכוח הדין עבור ביטול הרשות, וכל מקרה יש לבחון לפי נסיבותיו ותוך התחשבות

בשיקולים של צדק. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לרע"א 1156/02 חיר נ' לידאי (פורסם בנבו, 11.5.2003) (להלן: "עניין חיר"):

"בר"רשות שהורשה להתגורר בנכס ללא תמורה, והרשות בוטלה, אינו זכאי אפוא לפיצויים מכוח הדין עבור ביטול הרשות, אולם יכול שיהיה זכאי לפיצויים מכוח הסכם מפורש או משתמע בין בעל המקרקעין לבין בר"רשות. עם זאת יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו תוך התחשבות בשיקולים של צדק" (סעיף 10 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) טירקל).

77. **במשפט הציבורי מנגד, הענקת פיצוי להחזקה בלתי-חוקית ומעוולת במקרקעי הציבור, הן ככלל ובפרט בנסיבות העניין, תבטא סטייה רבתי מתקנת הציבור וממילא איננה מתיישבת עם שיקולי צדק.**

78. **אדרבא, לנוכח אוזלת ידה רבת השנים של העירייה מלאכוף את הדין על ההחזקה הבלתי חוקית הבוטה, תוך ניצול הקרקע במשך שנים ארוכות להפקת טובות הנאה כלכליות נכבדות, דומה כי התובעים כבר "זכו" לטובות הנאה שלהן לא היו זכאים. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לעניין חיר הנזכר לעיל (שם דובר על החזקה לצורכי מגורים, להבדיל מענייננו בו מדובר בהחזקה לצורך עיסקי-מסחרי):**

"האם יש לפצות את המבקשים מכוח "שיקולים של צדק" שאינם מן הדין? עד ביטול הרשות התגוררו המבקשים בנכס במשך 40 שנה בקירוב, ומשהגיע המבקש לגיל פרישה, עליהם לפנות את הנכס שבו התגוררו ולמצוא לעצמם מקום מגורים אחר. כנגד קושי זה של המבקשים עומדת טובת ההנאה שהייתה להם – למבקש, לאשתו ולילדיהם – במשך תקופה כה ארוכה שבמהלכה התגוררו בנכס ללא תמורה... המבקשים לא הראו אפוא טעם כלשהו, מלבד עצם התקופה הממושכת של מגוריהם בנכס, שיש בו כדי להטות את כפות המאזניים לטובתם, לפיכך אין מקום לפסוק להם פיצויים משיקולים של צדק שאינם מן הדין" (סעיף 14 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) טירקל).

79. **הרבה מעבר לנצרך, ורק על מנת לסבר את האוזן נעיר, כי עוד נפסק בעניין חיר הנ"ל, כי מקום שנקבע שיש להעניק פיצוי לבר-רשות ללא תמורה שרישיונו בוטל, הרי שמדובר בפיצוי רק עבור השקעותיו בנכס ורק כאשר אלה השביחו את הנכס:**

"מקום שנפסקו פיצויים למי שהיה בר"רשות ללא תמורה בנכס מקרקעין, שרישיונו בוטל, נפסקו הפיצויים רק עבור השקעותיו של בר"רשות בנכס והשבחתו" (סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) טירקל).

80. **בענייננו, במצב הדברים שנוצר, שומה היה על העירייה לתבוע מן התובעים, שהחזיקו במקרקעין שלא כדין, את סכומי העבר המגיעים לקופת הציבור (דמי שימוש בקרקע או תמלוגים מהרווח הכלכלי). לא יתכן שלא רק שסכומים אלה, המגיעים לקופת הציבור במבט צופה פני עבר, לא ייתבעו מן המחזיקים, אלא אף יוענקו לתובעים הענקות ציבוריות נוספות, בבחינת חטא על פשע, במבט צופה פני עתיד.**

81. **גם ניסיון התובעים להסתמך על ההסכמה בהליך הבג"ץ, לפיה "שמורה זכותה" של העותרת שם לדרוש הסדר או פיצוי כתוצאה מהפינוי, מופרכת מהיסוד, שעה שהעירייה הדגישה בהסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין כי היא איננה מכירה בזכות שכזו.**

82. **על יסוד כל האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי דין התביעה, על כל ראשיה, להידחות.**

אלעד חן, עו"ד
סגן בכיר א' (בפועל) בפרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)
ב"כ היועץ המשפטי לממשלה