

ת"צ 17-12-17926

בית משפט המחוזי ירושלים
לפני כבוד השופטת גילה כנפי שטייניץ

העותר:

נתן דגני

ע"י ב"כ עו"ד רם גורודינסקי ואח'
מרחוב יהודה הלוי, 75 תל אביב, 65796
טל': 03-560-5222 ; פקס: 02-03-566-3660

- נ ג ד -

המשיבה:

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אייל בליזובסקי
ממשרד אייל בליזובסקי, עורכי דין
מרחוב בן גוריון 2, רמת גן, 5257334
טל': 072-3390734 ; פקס: 072-2411781

מתייצב להליך:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי
מח"ל 7, ירושלים, 9149301, ת"ד 49333
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-6468035

הודעה על התייצבות היועץ המשפטי לממשלה

מכח סמכותי לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ולאחר שראיתי, כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט הנכבד, הריני להודיע על התייצבותי להליך.

אני מסמך כל פרקליט מפרקליטות המדינה על שלוחותיה להיות נציגי בהליך זה.


אביחי מנדלבליט

היועץ המשפטי לממשלה

היום,

כ"ד אייר התשע"ט

29 מאי 2019

בית משפט המחוזי ירושלים

לפני כבוד השופטת גילה כנפי שטייניץ

ת"צ 17926-12-17

קבוע ליום 25 במרץ 2019 בשעה 10:00

העותר:

נתן דגני

ע"י ב"כ עו"ד רם גורודינסקי ואח'
מרחוב יהודה הלוי 75, תל אביב, 65796
טל': 03-560-5222 ; פקס: 02-03-566-3660

- נ ג ד -

המשיבה:

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אייל בליזובסקי
ממשרד אייל בליזובסקי-עורכי דין
מרחוב בן גוריון 2, רמת גן, 5257334
טל': 072-3390734 ; פקס: 072-2411781

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי
מרחוב מח"ל 7, ירושלים, 9149301, ת"ד 49333
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-6468035

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.10.18, מוגשת בזאת עמדה מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה.

א. פתח דבר

1. עניינה של עמדה זו, בבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית (להלן: "**הבקשה**") נגד המשיבה, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "**בזק**" או "**המשיבה**"), במסגרתה נטען שהמשיבה מחזיקה מאות חדרים בבניינים משותפים ברחבי הארץ, לרבות חדר בבניין בו מתגורר המבקש, המשמשים אותה להחזקת ציוד המשרת "צרכי תקשורת שכונתיים" (להלן: "**חדרי ריכוז**"), ואשר לגבי רובם לא הוסדרו הזכויות עם בעלי הזכויות במקרקעין. לטענת המבקש, עילות התביעה המשותפת לו ולכלל חברי הקבוצה הן עשיית עושר ולא במשפט, בגין אי תשלום דמי שימוש וחשבונות חשמל, ורשלנות.

2. בזק אינה כופרת בכך שהיא מחזיקה חדרי ריכוז כמפורט בבקשה, לרבות בבניין נשוא התובענה. אולם היא טוענת, בין היתר, כי חדרי הריכוז מוחזקים כדין בידיעת ובהסכמת בעלי הדירות, אשר אינם זכאים לדרוש דמי שימוש בגין שימושיה. בזק מוסיפה וטוענת כי שתיקת המחוקק בכל הקשור לתשלום דמי שימוש לבעלי המקרקעין בגין הקצאת חדרי הריכוז, מהווה "הסדר שלילי מכוחו" השולל את זכותם של בעלי המקרקעין לתבוע מן המשיבה דמי שימוש בגין כך.

3. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתמצית היא, כי זכות השימוש במקרקעין לשם הקמת והצבת מתקני תקשורת הוענקה למקים המתקנים על ידי המחוקק, ולצד זכות זו לא נקבעה החובה לשלם דמי שימוש בגין השימוש בקרקע. עקרון זה עולה מפקודת בתי הדואר ופקודת הדואר (כהגדרתן להלן) אשר קבעו סמכות רחבה למקים תשתית תקשורת להיכנס למקרקעין ולהקים בה את התשתית. עקרון זה עוגן גם בחקיקת תקשורת מאוחרת יותר, ונקבע בין היתר בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. בנסיבות שיפורטו להלן ובהתאם למסגרת הנורמטיבית, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי היעדר התייחסות בחקיקה לחיוב בתשלום דמי שימוש לצד זכות הכניסה למקרקעין לצורך הקמת והצבה של מתקני תקשורת אינה מהווה לאקונה, אלא **הסדר שלילי מכוון** שנועד לפטור את מקים תשתית התקשורת מתשלום דמי שימוש, וזאת גם לאור התכלית של דברי החקיקה והאינטרס הציבורי, והכל כפי שיפורט להלן.

ב. המסגרת הנורמטיבית

1.ב. פקודת בתי הדואר, 1930 (פקודה בדבר סידור מחלקת בתי הדואר והטלגרף)

4. המסגרת החקיקתית שהסדירה את אספקת שירותי הדואר ושירותי התקשורת מאז קום המדינה (ולמעשה עוד קודם הקמתה מיום 7.8.1930) ועד ליום 5.12.1976 היתה פקודת בתי הדואר, 1930 (הפקודה בדבר סידור מחלקת בתי הדואר והטלגרף) (להלן: "**פקודת בתי הדואר**"). בהתאם לפקודה זו הגורם האחראי על אספקת שירותי תקשורת היה המנהל הכללי של בתי הדואר (להלן: "**המנהל הכללי**").¹

5. במהלך השנים נערכו תיקונים שונים בפקודת בתי הדואר ובשנת 1965 במסגרת תיקון מספר 5 הועברו הסמכויות שניתנו למנהל הכללי לשר הדואר.²

6. יוער, כי ההפניות להלן להוראות פקודת בתי הדואר יהיו לנוסח העדכני של הפקודה שהיתה בתוקף עד ליום 5.12.1976.

7. סעיף 40 לפקודת בתי הדואר העניק למנהל הכללי ובהמשך לשר הדואר, סמכות כניסה למקרקעין, בין היתר, לצורך הקמת תשתיות תקשורת:

"40. שר הדואר יפקח על הקמתם וכלכלתם של כל הטלגרפים הממשלתיים, והוא רשאי לעשות את הפעולות דלקמן בין בעצמו או ע"י פקידיו, יחד עם כל הפועלים ושאר השמשים הדרושים –

(א) לעלות על כל קרקע כדי להקים עליה טלגרף, עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי, או להעמידו או לכלכלו, או לבדקו, או לתקנו, או לשנותו או להסירו ורשאי הוא להשאר עליה זמן נאות ולבצע את כל העבודות והדברים שיהא צורך בהם למטרות הפקודה הזאת;

(ב) למדוד כל קרקע וגם לחפור, לקצץ, להוציא ולקחת אדמה, אבנים, רגבי

¹ המנהל הכללי של בתי הדואר הוגדר בסעיף 2 לפקודה כ "פקיד שנתמנה ע"י הנציב העליון להיות ראש מחלקת בתי הדואר והטלגרף וכל פקיד המכהן באותה שעה במשרה".

² חוק לתיקון פקודת בתי הדואר (מספר 5), תשכ"ה-1965.

אדמה, חול, חצץ וכל אילנות או קרשים המתאימים לצורך הקמת כל טלגרף, עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי, או החזקתו או שניו, או כדי לעשות כל עבודה אחרת התלויה או קשורה בו;

(ג) לכוונת ולהסיר משני עבריו של טלגרף, עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי קיים או שעומדים להקימו את כל אותם העצים או העשבים שיפריעו או שיהיו עלולים להפריע להקמתו או לשמושו המתוקן; וכן

(ד) להקים, להעמיד ולהחזיק טלגרף, עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי מתחת לכל קרקע, בנין, נהר, תעלה, סכר, חוף, נמל, רציף, גדות או אפיק של מים גאים או מים אחרים, או בתוכם, עליהם, ממעל להם, לארכם או על פניהם, או מתחת לכל דרך, עליה, ממעל לה או לארכה, ולשם כך רשאי הוא לפתוח או לבקוע כל דרך ולשנות את מצבו של כל צנור (לא הצנור הראשי) שמתחת לה, המשמש להספקת מים או גז; ולשנות או להסיר כל טלגרף, עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי שהוקם או הועמד כאמור לעיל:

בתנאי כי משהושגה המטרה יתקן שר הדואר את הדרך שנפתחה או נבקעה כך."

8. בסעיף 1(2) לפקודת בתי הדואר נקבעו ההגדרות כדלקמן:

"טלגרף" פירושו קו, חוט, או מכשיר אחר המשמש לצורך חבור טלגרפי או טלפוני, יחד עם כל כסוי, צפוי, אבוב, או צנור העוטפים אותם, לרבות אבוב אוירי, כבל תת-ימי או כבל אחר וכל מכשיר המשמש למסירת אגרות או ידיעות אחרות באמצעות אותות (סיגנלים) בין בעזרת חוטים ובין שלא בעזרת חוטים;

...

"עמוד-טלגרף" כולל כן, עמוד, קורה, דוכן, סומכה או מכשיר אחר לשם הובלתו, אחיזתו או תמיכתו של טלגרף לרבות אילן המשמש למטרה דומה זו;

"עבודות טלגרף" כוללות כל מבדד חוטים (איזולטור) או עמוד טלגרף, וגם כל מכשיר, סוכה, תא, רהיט, מיסדר (Plant), משרד, בנין, מנגנון, מכונה, חפירה, עבודה, ענין או דבר מכל מין שהוא, והקשורים לטלגרף באופן מן האופנים;"

9. בשנת 1965 במסגרת תיקון מספר 5 נקבע בסעיף 40א לפקודת בתי הדואר מנגנון לעניין אפשרות להגשת ערר על ידי מחזיק במקרקעין הרואה עצמו נפגע מהשימוש בסמכות שנקבעה בסעיף 40 לפקודה להתקנת עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי, וזאת תוך זמן קצוב - 15 ימים מיום שנמסרה ההודעה או מיום שנודע לו על הכוונה להשתמש בסמכות:

"40א. מחזיק במקרקעין הרואה עצמו נפגע מהשימוש בסמכות לפי סעיף 40 בדבר התקנת עמוד טלגרף או תא טלגרף תת-קרקעי, רשאי לערור לפני ועדת ערר האמורה בסעיף 40ב, תוך 15 יום מיום שנמסרה לו הודעה לפי סעיף 42, ואם לא נמסרה לו הודעה כאמור תוך 15 יום מהיום שהכוונה להשתמש בסמכות או דבר השימוש בסמכות הגיעו לידיעתו."

10. בסעיף 42 נקבעו הוראות בעניין מסירת הודעה, כשהדבר אפשרי, בדבר הכוונה להיכנס למקרקעין לצורך הקמת תשתיות תקשורת:

"42. כל מקום שאפשר הדבר, חייב שר הדואר או הפקיד המפקח על הקמתו של טלגרף, למסור מודעה למחזיק בקרקע ובה יודיעו כי יש בדעתו לעלות על הקרקע כדי להקים עליה טלגרף."

11. בסעיף 43 נקבעו הוראות לעניין נזק בעקבות הקמת תשתית התקשורת:

"43. שר הדואר ופקידי בי-דואר, בהשתמשם בסמכויות הנתונות להם לפי סעיף 40, ימעיטו בגרימת נזק ככל האפשר ובעד כל נזק שנגרם ישולמו פיצויים מאוצר המדינה..."

12. מן האמור לעיל עולה, כי בפקודת בתי הדואר העניק המחוקק לגורמים האחראים על הקמת תשתיות התקשורת באותה עת (המנהל הכללי ושר הדואר) סמכות רחבה לכניסה למקרקעין על מנת להקים בה תשתית תקשורת. לא נדרשה בהתאם להוראות הפקודה הסכמה של בעל המקרקעין והחובה היחידה בעניין הייתה, מקום בו הדבר היה אפשרי, למסור הודעה לבעל המקרקעין על הכוונה להתקין את המתקן. בהקשר זה יש לשים לב לכך ש"הזכויות" שניתנו לבעלי הזכויות במקרקעין אשר נפגעו "מהשימוש בסמכות לפי סעיף 40" מסתכמות בזכות ערר ובזכותם כי הדרך שנבקעה או נפתחה תתוקן.

13. כפי שנפרט בהמשך, פקודת בתי הדואר היא המסגרת החקיקתית הרלוונטית למתקני התקשורת שהוקמו בבניין נושא הבקשה. יחד עם זאת, לשם שלמות התמונה, נפרט לעניין ההסדרים בנושא שנקבעו בהמשך בחקיקת תקשורת.

2.ב. פקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ז-1976

14. ביום 5.12.1976 נכנסה לתוקף פקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ז-1976, (להלן: "**פקודת הדואר**") שבאה במקומה של פקודת בתי הדואר, במסגרתה נקבע בפרק ג' לפקודה כי המדינה תהיה אחראית להקמת והפעלת תשתיות תקשורת ושר התקשורת יהיה הגורם האחראי מטעם המדינה לאספקת השירותים.

15. בפקודת הדואר נקבעו הוראות הדומות בעיקרן להוראות שנקבעו בפקודת בתי הדואר לעניין סמכות כניסה למקרקעין לשם הקמה והצבת של תשתית תקשורת, וזאת ללא כל צורך בקבלת הסכמה, למעט מתן הודעה כשהדבר מעשי:

"42. (א) השר יפקח על בנייתה וקיומה של מערכת הטלגרף של המדינה, ורשאי הוא או פקידיו מטעמו, עם כל העובדים האחרים הדרושים - להיכנס למקרקעין לשם בניה, הצבה או קיום של טלגרף או לשם בדיקתו, תיקונו, שינויו או הסרתו של טלגרף שהוצב שם, ולשהות שם זמן סביר ולעשות כל הנחוץ למטרות פקודה זו; ..."

"47. שר, או הפקיד המפקח על בניית טלגרף חדש, יתן הודעה, כשהדבר הוא מעשי, הודעה על כניסה לתופש המקרקעין שאליהם מתכוונים להיכנס לשם בניית הטלגרף."

16. בסעיף 43 לפקודת הדואר נקבעו הוראות בנוגע להגשת ערר ובסעיף 48 נקבעו הוראות לעניין פיצוי בגין נזק:

"43. תופש מקרקעין הרואה עצמו נפגע מהשימוש בסמכות לפי סעיף 42 בדבר התקנת עמוד טלגרף או תא טלגרף תת קרקעי, רשאי לערור לפני ועדת ערר כאמור בסעיף 44, תוך חמישה עשר ימים מיום שנמסרה לו הודעה לפי סעיף 47, ואם לא נמסרת לו הודעה כאמור תוך חמישה עשר ימים מהיום שהכוונה להשתמש בסמכות או דבר השימוש בסמכות הגיעו לידיעתו."

"48. השר ופקידי דואר, בהשתמשם בסמכויות הנתונות להם לפי סעיף 42, ימעיטו ככל האפשר בגרימת נזק; בעד כל נזק שנגרם ישולמו פיצויים מאוצר המדינה."

17. גם במסגרת חקיקתית זו, הזכויות העומדות לבעל הזכויות במקרקעין הן הזכות לערור והזכות לקבל פיצויים מאוצר המדינה בעד כל נזק.

18. פרק ג' לפקודת הדואר, אשר הסדיר את הפעלת תשתיות התקשורת, בוטל במסגרת תיקון מספר 3 לפקודה בשנת 1982 בהמשך לחקיקת חוק הבזק, תשמ"ב-1982.

3.ב. חוק הבזק, תשמ"ב-1982

19. בשנת 1984 החלה בזק-החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (לעיל ולהלן: "חברת בזק" או "בזק") לפעול כחברה ממשלתית³ בהתאם להוראות חוק הבזק, תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק הבזק"). החוק העניק לחברת "בזק" את הסמכויות והחסינויות, אשר היו מסורות עד אז לשר התקשורת למתן שירותי תקשורת והקמת תשתיות תקשורת (סעיף 4(ו) לחוק הבזק).

20. בפרק ו' לחוק הבזק נקבעו הוראות בנוגע לסמכויות הקשורות למקרקעין. בסעיף 18 נקבעו, בין היתר, הוראות בנוגע לכניסה למקרקעין לשם הקמת תשתיות תקשורת:

"18. (א) בעל רשיון שהוענק לו סמכויות וחסינויות על פי סעיף 4(ו) (להלן בפרק זה בעל רשיון), וכל אדם שהוא הרשה, רשאים, לצורך מתן שירותי בזק

(1) להיכנס למקרקעין לשם עריכת מדידות ובדיקות הדרושות לתכנון מיתקן בזק;

(2) להיכנס למקרקעין לשם התקנה, בניה, הצבה או קיום של מיתקן בזק המיועד לתת שירותי בזק לאותם מקרקעין;

(3) אישור השר או על פי כללים שיקבע להיכנס למקרקעין לשם התקנה, בניה, הצבה או קיום של מיתקן בזק המיועד לתת שירותי בזק למקרקעין אחרים

(4) לחפור, להסיר אבן, אדמה ועץ, ולבצע פעולות נלוות אחרות הדרושות להפעלת הסמכויות האמורות ב פסקאות 2 (ר-3);

(5) להסיר או לגזום, מסביב לכל מיתקן בזק קיים או מתוכנן, כל צמח המפריע לבנייתו, לקיומו או לפעולתו ה תקינה של ה מיתקן;

(6) להיכנס למקרקעין לשם בדיקה, תיקון או הסרה של מיתקן בזק הנמצא בהם, וכן לבצע בו שינוי שאין בו משום פגיעה בהיקף השימוש באותם מקרקעין;

(7) לפתוח כל דרך לשם ביצוע עבודות המנויות בסעיף זה, ובלבד שמיד עם השלמת העבודה יחזיר בעל הרשיון את הדרך למצבו הקודם;

(ב) כניסה למיתקן בטחוני על פי סעיף זה טעונה אישור מראש של הגוף המוסמך לכך על פי דין לגבי אותו מיתקן"

³ החברה הוקמה כבר בשנת 1980 והחוק להפעלת החברה כחברה ממשלתית האחראית על שירותי התקשורת בישראל עבר בכנסת בשנת 1982.

21. בהתאם לסעיף 19 לחוק הבזק נדרשה בזק למסור הודעה על כוונתה לעשות שימוש בסמכות הכניסה למקרקעין. לא נקבע בסעיף שנדרשת הסכמה של בעל המקרקעין.

"19. (א) בעל רשיון המתכוון לעשות שימוש בסמכות לפי סעיף 18(א) כאשר המקרקעין הם בנין, או לפי סעיף 18(א) עד (5) או (7), ימסור הודעה בכתב על כך עשרים ואחד ימים מראש למחזיק המקרקעין.
(ב) לא ניתן למצוא את מחזיק המקרקעין, יפרסם בעל הרשיון הודעה באופן שיקבע השר בתקנות."

22. גם בסעיף 20 לחוק הבזק נקבעו הוראות לעניין הגשת ערר על ידי בעל מקרקעין שנפגע מהכוונה לעשות שימוש בסמכויות כניסה למקרקעין, בנוסף, נקבע בסעיף כי הגשת ערעור לא תעכב את השימוש בסמכות אלא אם ניתנה החלטה מנומקת על ידי בית משפט מטעמים מיוחדים:

"20. (א) בסעיף זה ובסעיף 21
הודעה" הודעה לפי סעיף 19;
"בית המשפט" בית משפט השלום שבתחום שיפוטו נמצאים המקרקעין.

(ב) בעל מקרקעין או מחזיק מקרקעין, הרואים עצמם נפגעים מהכוונה לעשות שימוש בסמכויות המנויות בסעיף 18, רשאים להגיש ערעור לבית המשפט תוך עשרים ואחד ימים מיום מסירת ההודעה או פרסומה.

(ג) בית המשפט הדן בערעור רשאי לאשר את השימוש בסמכות כאמור, להתנותו בתנאי, לשנותו או לבטלו, והוא רשאי ליתן כל סעד שבית משפט הדן בענין אזרחי מוסמך לתת.

(ד) הגשת ערעור לבית המשפט לא תעכב את ביצוע השימוש בסמכות של בעל הרשיון, אלא אם החליט על כך בית המשפט בהחלטה מנומקת מחמת טעם מיוחד שראה."

23. בסעיף 22 לחוק הבזק, נקבע מנגנון תשלום פיצויים ותיקון נזק:

22. (א) בעל רשיון וכל אדם מטעמו, בהשתמשם בסמכות הנתונה להם לפי סעיף 18 או בהרשאה לפי סעיף 21, יימנעו עד כמה שהדבר ניתן מגרימת נזק ויחזירו את המקרקעין ככל האפשר למצב שהיו בו אלולא נעשה שימוש בסמכות או בהרשאה כאמור.

(ב) נגרם נזק עקב שימוש בסמכות או בהרשאה כאמור בסעיף קטן (א), ישלם בעל הרשיון פיצויים לניזוק.

(ג) החליט בעל הרשיון לדחות דרישה לפיצויים לפי סעיף קטן (ב), ימסור לתובע הודעה מנומקת בכתב על כך תוך ששים ימים מיום קבלת הדרישה.

4.ב. תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה), תשמ"ה-1985

24. בשנת 1985 הותקנו תקנות הבזק (התקנה, תפעול ותחזוקה), תשמ"ה-1985 (להלן: "תקנות הבזק"), הקובעות הוראות בנושאים הקשורים להקמת מתקני תקשורת על ידי בזק, קיומם ותפעולם.

25. בסעיף 16 לתקנות הבזק נקבע, כי לעניין מיקום התקנת מתקן בזק, רשאית חברת "בזק", כתנאי מוקדם, אם לדעתה הדבר נדרש, להקצות לה מקום מתאים להתקנת המתקן לרבות ברכוש המשותף וכן כי ניתן לעשות שימוש במקום שהוקצה, בין היתר לשם מתן שירותים גם למבקשים **אחרים:**

"16. אם לדעת החברה, מחייב מתן שירות בזק למבקש התקנת מיתקן בזק לתמסורת או למיתוג הודעות בזק בחצרים של המבקש, או בחצרים משותפים למבקש ולאחרים או ברכוש משותף כמשמעותו בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, רשאית החברה לדרוש מהמבקש, כתנאי מוקדם למתן שירות הבזק המבוקש, להקצות לחברה בחצרים כאמור או ברכוש כאמור מקום מתאים להתקנת המיתקן; החברה בלבד תהא רשאית לעשות שימוש באותו מקום למטרות האמורות והיא תהא רשאית לתת שירות, באמצעות מיתקן הבזק שהותקן במקום, גם למבקשים אחרים."

ב.5. חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982

26. ביום 9.8.2001 נכנס לתוקף תיקון מספר 25 לחוק הבזק (להלן: "תיקון מספר 25") במסגרתו שונה שמו של חוק הבזק לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת"). במסגרת תיקון מספר 25, נקבעו בפרק ו' לחוק הסדרים באשר לסמכות בעלי רישיון לפי החוק, ובהם חברת "בזק", לפעול במקרקעין ציבוריים (סעיפים 18-21א לחוק התקשורת) ובמקרקעין פרטיים (סעיפים 21ב-21ג לחוק התקשורת).

27. בסעיף 21ב(א) לחוק התקשורת נקבע, כי נדרשת הסכמת בעלי מקרקעין פרטיים לשם הנחת תשתיות במקרקעיהם, בסעיף 21ב(ב) לחוק התקשורת נקבע, כי במקרה של בית משותף נדרשת הסכמת רוב בעלי הדירות או הסכמת פחות מרוב בעלי הדירות בהתאם להוראות בתקנון הבית המשותף.

"21ב. (א) הנחת רשת במקרקעין פרטיים תיעשה בהתאם להוראות חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, וטעונה הסכמת בעל המקרקעין. אם המחזיק במקרקעין הפרטיים הוא חוכר לדורות כמשמעותו בחוק המקרקעין (להלן בסעיף זה – חוכר), או דייר מוגן כמשמעותו בחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972 (להלן בסעיף זה – דייר), יראו הסכמתו של החוכר או הדייר כהסכמתו של בעל המקרקעין.

(ב) היו המקרקעין הפרטיים בית משותף, טעונה הנחת הרשת ברכוש המשותף הסכמת רוב בעלי הדירות, וזאת על אף כל הוראה אחרת, לרבות הוראה מיוחדת, שנקבעה בתקנון שעל פיו מתנהל הבית המשותף (להלן – התקנון); קבעו הוראות התקנון כי הנחת הרשת טעונה הסכמתם של פחות מרוב בעלי הדירות, יחולו הוראות התקנון; בסעיף זה, "הוראה מיוחדת" – הוראה בתקנון האוסרת הנחת רשת בבית המשותף."

28. יוער, כי ההוראות שנקבעו בסעיף זה הן ההוראות שנקבעו לעניין פרישת רשת כבלים, כאשר לאחר הפיכת רשת הכבלים לרשת בזק ציבורית, במסגרת תיקון מספר 25, נקבעה אסדרה שווה לרשתות הבזק.⁴

4 דברי הסבר הצעת חוק הבזק (תיקון מספר 24), התשס"א-2000.

29. עוד יוער, כי תיקון מספר 25 נכנס לתוקפו לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועיגון מעמדה החוקתי של זכות הקניין. מכאן, שגם לאחר חקיקת חוק היסוד ראה המחוקק בהעברת תשתיות דרך מקרקעי הפרט כ"רע הכרחי" אך מותר בכפוף להסדרים אשר מוודאים כי מדובר בפגיעה נדרשת ומידתית (עוד בעניין זה ראו להלן).

30. בסעיף 21ב(1) לחוק התקשורת נקבע הסדר ביחס להקמת תשתיות בבניינים משותפים. ההסדר שנקבע נועד לאזן בין זכות הדיירים ברכוש המשותף לבין זכותו של דייר בודד לקבל שירותי תקשורת. הסדר זה מעגן את התפיסה ששירותי תקשורת הם שירותים בסיסיים ולא יהיה סביר למנוע מדייר קבלת שירותים אלה.

"21ב(1) (1) על אף האמור בסעיף קטן (ב), ובכפוף להוראות פסקאות (2) עד (6), רשאי כל בעל דירה לפנות בכתב לבעל רישיון בבקשה להניח רשת בבית המשותף (בסעיף זה – המבקש), אף בהעדר הסכמה של רוב בעלי הדירות בבית המשותף כאמור בסעיף קטן (ב); הוראה זו לא תחול אם נקבעה בתקנון הוראה מיוחדת לענין זה והנחת הרשת מתבקשת לצורך העברת שידורים בלבד;

(2) 30 ימים לפחות בטרם יפנה המבקש אל בעל רישיון בבקשה להניח רשת, יודיע המבקש לנציגות הבית המשותף על כוונתו לעשות כן (להלן – הודעת המבקש);

(3) נציגות הבית המשותף רשאית, בתוך 30 הימים ממועד הודעת המבקש –

(א) לקבוע תנאים באשר לאופן הנחת הרשת, לרבות תנאים שעניינם נוחות, חזות הבית או בטיחות, ובלבד שאין בתנאים שתקבע כדי למנוע את עצם הנחת הרשת במועד ובעלות סבירים;

(ב) לפנות אל המפקח בבקשה שיקבע תנאים והוראות באשר להנחת הרשת, או בבקשה למנוע את הנחתה;

(4) בנוסף לנציגות הבית המשותף רשאים לפנות למפקח, בתוך 30 הימים ממועד הודעת המבקש, גם המבקש וכל בעל דירה בבית המשותף, בעניינים האמורים בפסקה (3)(ב);

(5) המבקש רשאי, בתום 30 הימים ממועד הודעתו, לתאם את מועד כניסתו של בעל רישיון למקרקעין, כאמור בסעיף קטן (ג), בהתקיים כל אלה –..."

31. בסעיף 21ב(ז) לחוק התקשורת נקבע כי על אף הוראות הסעיף בעל רישיון רשאי לפנות לבית משפט בבקשה להתיר לו להקים תשתיות תקשורת במקרקעין פרטיים לצורך אספקת שירותים לאחרים, ובית משפט יכול להתנות את אישורו בתנאים לרבות תשלום פיצויים.

"(ז) על אף הוראות סעיף זה בעל רישיון רשאי –

(1) להשתמש בסמכות המוקנית לו בסעיף זה רק אם העניק לו השר, בהתאם להוראות סעיף 4(ו), את הסמכות;

(2) לפנות לבית משפט שלום שבתחום סמכותו מצויים המקרקעין, בבקשה להתיר לו הנחת רשת במקרקעין פרטיים, הדרושה לשם מתן שירותי בזק למקרקעין אחרים, אם בעל המקרקעין סירב ליתן הסכמתו לכך; בית המשפט רשאי להתיר הנחת רשת כאמור בתנאים שיקבע וליתן כל הוראה שימצא לנכון, לרבות תשלום פיצויים."

32. בסעיף 21ב(ח) לחוק התקשורת נקבע כי רשת תקשורת אשר הונחה כדין בהתאם למצב החוקי שהיה במועד הנחת הרשת, יראו אותה כרשת אשר ניתנה לגביה הרשאה של הבעלים להיכנס למקרקעין לשם הנחת הרשת:

"הסכמה כאמור בסעיפים קטנים (א) או (ב) או בקשה להנחת רשת שנתקיימו לגביה הוראות סעיף קטן (1ב), או היתר שניתן לפי סעיף קטן (ז)2, מהווים הרשאה לבעל רישיון ולאדם שהוא הרשה לכך, להיכנס למקרקעין לשם התקנה ובניה של הרשת, בדיקתה, אחזקתה, תיקונה, שינויה והחלפתה, ולעשיית כל פעולה נלווית הדרושה לשם כך; לענין זה רשת כבלים שהונחה בהתאם להוראות סימן ח' לפרק ב'1 או רשת שהונחה

בהתאם להוראות פרק ו', כנוסחן ערב תחילתו של תיקון 25, יראוה כרשת שיש לגביה הרשאה לפי סעיף זה."

33. הוראה זו נקבעה מאחר ולגבי פריסת רשת חברת "בזק", טרם תיקון מספר 25, לא נדרשה הסכמה, והיא נועדה לאפשר לבזק לשמור על הרשת הקיימת, ובכלל כך על יכולת החברה להיכנס למקרקעין הפרטיים כדי להמשיך ולתחזק את הרשת שלה.

34. בסעיף 22 לחוק התקשורת, נקבעו הוראות לעניין תשלום פיצויים ע"י בעל הרישיון ככל שנגרם נזק עקב שימוש בסמכותו לפי סעיף 18 לחוק התקשורת או לפי סעיף 21ב לחוק התקשורת:

"(א) בעל רשיון וכל אדם מטעמו, בהשתמשם בסמכות הנתונה להם לפי סעיף 18 או בהרשאה לפי סעיף 21ב, יימנעו עד כמה שהדבר ניתן מגרימת נזק ויחזירו את המקרקעין ככל האפשר למצב שהיו בו אלולא נעשה שימוש בסמכות או בהרשאה כאמור.
(ב) נגרם נזק עקב שימוש בסמכות או בהרשאה כאמור בסעיף קטן (א), ישלם בעל הרשיון פיצויים לניזוק.
(ג) החליט בעל הרשיון לדחות דרישה לפיצויים לפי סעיף קטן (ב), ימסור לתובע הודעה מנומקת בכתב על כך תוך ששים ימים מיום קבלת הדרישה."

35. יצוין, כי בשנת 2005 הופרטה חברת "בזק" והיא מצויה כיום בבעלות פרטית.

36. עולה, כי דברי החקיקה השונים לעניין מתן שירותי התקשורת, עיגנו את הזכות של מקים תשתית התקשורת להיכנס למקרקעין לשם הקמת מתקני התקשורת, ולא נקבעו בדברי החקיקה כל הוראות הקובעות זכות לתשלום בעד השימוש הכרוך בהקמת או הצבת מתקני התקשורת במקרקעין או ברכוש המשותף בבניין. עוד עולה, כי תיקון מספר 25 יצר שינוי לעניין הצורך בהסכמת בעלי הזכויות במקרקעין, ואולם אף במסגרתו לא נקבעו כל הוראות לעניין תשלום בעד השימוש הכרוך בהקמת או הצבת מתקני תקשורת.

37. היועץ המשפטי לממשלה יעיר, כי הסמכת גורמי תשתית לכניסה ושימוש במקרקעין פרטיים לצורך אספקת שירותים חיוניים (ללא תשלום דמי שימוש), אינה ייחודית לדיני התקשורת בפרט, וקיימת גם בחוקים נוספים העוסקים בהנחת תשתיות במקרקעין פרטיים.

38. כך, למשל, במסגרת עמדה שהוגשה לאחרונה מטעם המדינה לבית המשפט העליון (עע"מ 313/16 מוחמד עווד נ' עיריית טייבה ואח'), נדונה סמכות הרשות המקומית להתקין גם ביב בקרקע פרטית, אשר אינו משמש בהכרח את בעלי אותה קרקע. במסגרת זו נדון סעיף 3(3) לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הביוב"), הקובע, בדומה לעניינינו, כי בהתקנת ביוב "רשאית הרשות המקומית בתחומה להניח צינורות המחברים נכס לביב ציבורי ולהעביר את הביוב דרך כל קרקע או מתחתה, לאחר מתן הודעה על כך לבעלי הנכסים". עוד נדונה במסגרת זו הלכת מויאל (בג"ץ 215/62 אברהם מויאל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל-אביב-יפו), אשר קבעה כי הוראת סעיף 3(3) לחוק הביוב מעניקה לרשות מקומית סמכות להתקין גם ביב בקרקע פרטית אשר אינו משמש בהכרח את בעלי אותה קרקע, וזאת לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

39. עמדת המדינה, כפי שהובאה במסגרת ההליך הנ"ל, היא כי גם לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נשללה סמכות הרשות המקומית לפעול מכוח סעיף 3(3) לחוק (עם זאת ברוח חוק היסוד יש לפרש את ההוראה באופן אשר מצמצם את הפגיעה בזכות הקניין של הפרט ומקפיד

על כך שמדובר בפגיעה הכרחית ומידתית). בהקשר זה צוין, כי גם בדברי חקיקה שנחקקו לאחר חוק היסוד, עוברת כחוט השני הגישה שלפיה העברת תשתיות דרך מקרקעי הפרט היא רע הכרחי אך מותר בכפוף להסדרים אשר מוודאים כי מדובר בפגיעה נדרשת ומידתית. כך למשל, צוינו סעיפים 48-46 לחוק משק החשמל, תשנ"ו-1996; סעיפים 14-14ב' לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (הוראות שנוספו בשנת 2014 במסגרת תיקון מספר 8 לפקודה); וסעיפים 50-53 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002.

40. אמנם, עמדת המדינה שהוגשה במסגרת ההליך הנ"ל לא עסקה בתשלום דמי שימוש בגין הנחת התשתית (שכן לא עלתה כל טענה בעניין). אולם, מסקירת החקיקה הרלוונטית עולה, כפי שגם צוין לעיל, כי למרות שהנחת תשתית שאינה פרטית במקרקעין פרטיים עשויה לפגוע בזכות הקניין של בעל המקרקעין, **מדובר ברע הכרחי שהמחוקק הכיר בו לטובת צורכי הכלל, והפגיעה היא על פי חוק שנועד לתכלית ראויה** (ראו לעניין זה בש"א 3164/99 **סואעד נ' מועצה אזורית משגב**, תשנ"ט (3) 496, סעיף 16 לפסק דינו של השופט עמית (1999). וראו עת"מ (ת"א) 1194/03 **פולק נ' עיריית נס ציונה** (פורסם בנבו, 28.06.2004).

ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

ג.1. תכלית ההוראות

41. שירותי תקשורת הינם שירותים בסיסיים החיוניים למשק המדינה ולביטחונה וקיים צורך להבטיח את זמינותם, אספקתם ותקינותם בכל עת. נגישות לשירותי תקשורת מיועדת גם לטובת הציבור ורווחתו, והיא מעודדת פיזור אוכלוסין ותעסוקה, מאפשרת מוביליות חברתית, מחזקת את השוויון והאינטגרציה בין קבוצות אוכלוסייה ובין אזורים שונים בארץ, ומקדמת אינטרסים לאומיים וחברתיים של המדינה.⁵

42. תשתיות תקשורת בדומה לתשתיות אחרות דוגמת חשמל, מים, ביוב וגז, הן תשתיות חיוניות שנועדו לאספקת שירותים בסיסיים, ויש חשיבות להבטיח את פרישתן בכל הארץ, על מנת לאפשר אספקה של השירותים לכלל הציבור בכל מקום.

43. תשתית התקשורת מאפשרת לכלל הציבור ליהנות משירותי תקשורת שעיקרם קישור והעברת מידע בין אנשים שונים במקומות שונים, ורשת תקשורת נועדה מעצם טיבה לשרת את הציבור הרחב. על מנת להבטיח שכלל הציבור יוכל לעשות שימוש בשירותים אלו נדרש לאפשר הקמה מהירה ויעילה של תשתיות תקשורת בכל מקום, כחלק מרשת תקשורת אחת המחברת את כלל המשתמשים בכל מקום. לשם כך נדרש "הציבור" לאפשר את הקמת התשתית, בין היתר באמצעות הקצאת מקום נדרש להצבת מתקני התקשורת במרחב הציבורי והפרטי ואין הכרח שהמתקנים ישרתו את ציבור הדיירים מסוים שבמקרקעין שלו מוצבים המתקנים (דוגמת דיירים בבית המשותף בלבד). ויש אף שהם משרתים ציבור שבקרבת מקום. כדרכם של צרכי ציבור חשובים כדוגמת הצורך הציבורי שבענייננו, מותר המחוקק לפעול במקרקעין שבהם מימוש הצורך הציבורי נעשה לעתים אף ללא הסכמת בעליהם.

⁵ ראו דו"ח הוועדה המייעצת בהתאם לתקנה 2 לתקנות התקשורת (ועדה מייעצת), התשע"א-2011.

44. טיבם של ההסדרים שקבע המחוקק לעניין כניסה למקרקעין והקמת תשתיות תקשורת מעידה כי הם נועדו לקדם את התכלית האמורה ולאפשר פרישה של תשתיות תקשורת בכל רחבי הארץ, תוך יצירת איזון ראוי בין התכליות האמורות לבין האינטרסים של בעל המקרקעין. יחד עם זאת, לא ניתן ללמוד מהאיזון שנקבע כי קמה חובה לשלם פיצויים עבור השימוש בקרקע לצורך הצבת המתקנים או לצורך זיקת הנאה אליהם. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש לפרש את חוק התקשורת כך שאינו קובע חובת פיצויים הנלווית לסמכויות הכניסה או השימוש במקרקעין לצורך הצבת המתקנים. את העדר הקביעה כאמור יש לדעת היועץ המשפטי לממשלה לפרש כהסדר שלילי ולא כלאקונה.

2.ג. ההסדרים לכניסה למקרקעין, הקמת תשתית התקשורת ותשלום דמי שימוש

45. עקרון מרכזי בחקיקת התקשורת כפי שעולה מהמפורט לעיל, הינו מתן זכות רחבה למקים תשתית תקשורת להיכנס למקרקעין ולהקים בה את התשתיות הנדרשות לשם אספקת שירותי תקשורת. זכות זו כוללת גם את הזכות להקצאת מקום במקרקעין לשם הצבת מתקני התקשורת. למען הסר ספק יודגש, כי פרשנות מצמצמת, שלא כוללת את הזכות להצבת המתקנים במקרקעין, תרוקן את הזכות להקים את תשתית התקשורת והתכלית שביסודה מכל תוכן ממשי.

46. זכות השימוש במקרקעין לשם הקמת והצבת מתקני תקשורת הוענקה במקור למקים המתקנים על ידי המחוקק, ואין מדובר במתן זכות שימוש על ידי בעל המקרקעין ומשכך למעשה, לפחות במקור, לא נדרשה הסכמת בעל המקרקעין לפעולת גוף התשתית. עקרון זה עולה מפקודת בתי הדואר ופקודת הדואר שקבעו סמכות רחבה למקים תשתית תקשורת להיכנס למקרקעין ולהקים בה את התשתית, וכי רק מקום שהדבר היה אפשרי, היה צריך לשלוח הודעה על הקמת מתקני התקשורת. קביעות אלו של המחוקק באו לעולם בשל התועלת והאינטרס הציבורי המשמעותי שבהקמת מתקני תקשורת, ובשל העובדה שלא ניתן להקים רשת מלאה אלמלא הוצבו המתקנים גם בקרקע פרטית. ניכר, כי בחלוף הזמנים, ועל רקע הפיכת זכות הקנין לאחת מזכויות היסוד, שינה המחוקק את הדין ונתן מקום אף לקבלת הסכמה של הדיירים בבית המשותף, תוך יצירת איזונים שונים; ואולם גם לאחר התיקון ניתן משקל משמעותי לצורך בהצבת המתקנים.

47. עקרון זה עוגן בהמשך עם הקמת חברת "בזק" בחוק הבזק ובתקנה 16 לתקנות הבזק שקבעו מפורשות שעל בעל המקרקעין להקצות מקום להצבת מתקני התקשורת, לשם אספקת השירותים. עקרון זה עוגן גם בחוק התקשורת הקובע, בין היתר, אפשרות להקים תשתית תקשורת גם ללא הסכמה של הדיירים בבניין המשותף.

48. באף אחד מהחוקים האמורים לעיל לא נקבעה חובת תשלום פיצויים כנגד ההקצאה שבה חייב המחוקק ולדעת היועץ המשפטי לממשלה יש בדבר משום הסדר שלילי ולא לאקונה וזאת מתוך שורה של טעמים.

49. ראשית, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לו רצה המחוקק לחייב את גופי התשתית לפצות בשל הפעולות של הצבת מתקנים או כניסה למקרקעין לצורך טיפול בתשתית, כמפורט בחוק התקשורת, הוא היה עושה כן במפורש. ודוק, גם מקום בו הדין מתייחס לקבלת הסכמת הדיירים בבית המשותף (בתיקון האחרון לחוק התקשורת), לא מוזכרים הסדרים הנוגעים לקבלת פיצוי עבור הצבת המתקנים.

נראה כי ככל שהיתה כוונה להסדיר קבלת פיצוי בשל ההתקנה, היתה חלה החובה לקבוע זכות זו באופן מפורש.

50. שנית, הטלת חובה ליתן פיצוי בשל הצבת המתקנים ע"י גורם תשתית או מתן זיקת הנאה לגורם תשתית והכל לשם הסדרת תשתית בקרקע פרטית אינה מקובלת בחוקים דומים העוסקים בפעולות תשתיות הדומות לפעולות המצוינות כאן (ראו למשל חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996 וחוק תשתיות להולכה ולאחסון של נפט על ידי גורם מפעיל, התשע"ז-2017), וזאת למעט בחוקים המגדירים את הפעולה הנבחנת כהפקעה.

51. שלישית, המסקנה כי מדובר בהסדר שלילי מתחזקת לאור העובדה שהמחוקק קבע בחקיקת התקשורת הסדרים שונים למקרה שבו בעל המקרקעין מבקש לתקוף את פעולת גוף התשתית. לפי החוק נקבעה אופציה של דרישה לתשלום פיצוי בגין **נזקים** אם נגרמו מכוח הפעלת הסמכות. פיצויים מכח נזק – קבע, אך הוראות ביחס לתשלום דמי שימוש – לא קבע ומכאן שבדין כי נתון שאין חובה לשלם פיצויים עבור השימוש.

52. ואל יקל הדבר – הסדרי פיצוי בשל הצבת מתקן הקרקע עשויים להיות רחבים ומורכבים, וככל שהיתה כוונה להסדירם בדרך כלשהי, ראוי היה לפרט בדין עצמו, מה היקף הפיצוי שמגיע לבעלי הקרקע. כך למשל, פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 ואף חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, אשר מכוחם נעשית הפקעת קרקעות לצרכי ציבור קובעים הסדרים ברורים באשר לאופן קביעת הפיצוי, ובכלל זה על דרך ההפניה לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד-1964. בהסדרים אלה נקבעו אופן דרישת הפיצוי, הדרך בה יש להעריכו, חריגים למתן הפיצוי (למשל קביעה לפי חוק התכנון והבניה כי אם הופקעו עד 40% משטח המגרש לא יינתן פיצוי), מועדים לדרישת הפיצוי והדרך שבה תלובן מחלוקת על שיעורו. כל אלה נפקדים מחוק התקשורת.

53. ודוק, עינינו הרואות כי מקום בו נקבעה זכות פיצוי לבעלים, הן במצב של הפקעת הקרקע, הן במצבים אחרים, היא נקבעה באופן מפורש. מעבר לתכליות של שמירה על אינטרס הציבור בקביעה קטגורית שלפיה בעד פרישת המתקנים בקרקע לא קמה זכות לפיצוי לבעלים, הרי שגם באופן ממשי ניכר שלא ניתן למעשה לקבוע כל זכות לפיצוי הבעלים במצב בו הדין שותק לחלוטין, שכן מנעד האפשרויות הוא רחב מאוד, ולא סביר להניח כי נושא אקוטי זה נותר פתוח למשא ומתן בין בעל התשתית לבעל הקרקע.

54. רביעית, אף בבחינת התכלית האובייקטיבית נראה כי הפרשנות הנכונה של חוק התקשורת היא זו שאינה קוראת לצד הזכות הניתנת לחברות התשתית להקים מתקנים או להיכנס למקרקעין לצורך טיפול במתקנים גם את החובה לתשלום פיצויים.

כפי שפורט לעיל, התכלית הציבורית האינהרנטית להקמת תשתיות בזק, שלמעשה בלעדיהן לא ניתן לקיים חיי תקשורת, היא מהותית וחשובה עד מאוד. מנגד הנזק שנגרם לפרט בעצם מתן סמכות הכניסה ללא הסכמה והקמת המתקנים ללא תשלום דמי שימוש היא קטנה עד מאוד. זכותו של הפרט, חשובה ומעוגנת בדין, נסוגה לעיתים בשל אינטרסים ציבוריים ממשיים כבדי משקל, וזאת כל עוד האיזון הוא סביר ובר מימוש. ראו לעניין זה את דברי הנשיא ברק בע"א 3901/96 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נו(4) 913 על אודות האחריות החברתית הטבועה בדיני הקניין :

"חיי החברה מותנים ביכולת הציבור לעשות שימוש במקרקעין, כגון לבנות כבישים, לסלול מסילות, להסדיר אמצעי תקשורת, להבטיח בנייתם של מוסדות ציבור, לשמר עתיקות ונכסים תרבותיים, לשמר שטחים פתוחים ולקיים שמירה על ביטחון הציבור ושלומם... כל אלה הופכים את קניין המקרקעין לקניין שממד האחריות החברתית בו הוא חשוב. שיקולים אלה ואחרים מחייבים מתן כוח למדינה לפגוע בקניין הפרטי כדי לקיים את אינטרס הציבור. בכך מתבטאת האחריות החברתית המיוחדת של הקניין הפרטי."

55. ודוק, אין ספק כי חובת תשלום הפיצוי היתה מייצרת עול כלכלי משמעותי על גופי התקשורת בראייה כלל מדינתית, שלא להזכיר את ריבוי ההליכים והבירוקרטיה הרבה שמלווה כל הליך של קביעת פיצוי. משמעות עול זה יכולה הייתה בהחלט לסכל את קיומה של המטרה הציבורית וזאת בניגוד מוחלט לתכלית המבקשת לייצר נגישות מלאה לתקשורת לכלל אזרחי ישראל.

56. הכרעה דומה, שמשמעותה דרמטית הרבה יותר מצאנו בדיני התכנון והבניה, אשר קובעים כי בעבור הפקעת קרקע שאינה עולה על ארבעים אחוזים משטח המגרש נושא ההפקעה לא ישולם פיצוי. קביעה זו של המחוקק משקפת איזון בין הצרכים הציבוריים הקהילתיים הנדרשים לבין זכותם הקניינית של הבעלים. ומה הכרעת המחוקק בגין הפקעת חלק משמעותי ממגרשו של הפרט בחוק התכנון והבניה, לעומת חוק התקשורת שבו הפגיעה מינורית במקרקעי הפרט – על אחת כמה וכמה.

57. עוד יצוין, כי השאלה האם בענייננו מדובר בהסדר שלילי או לאקונה הובאה בעבר לפתחם של בתי המשפט, אשר קבעו כי מדובר בהסדר שלילי. כך למשל, ראו דברי השופטת פלאוט בת"א 1606-09-07 **עיריית גבעת שמואל נ' הוט - מערכות תקשורת בכבלים ואח'**:

"העדר הצורך בהסכמה בכל הנוגע לקרקע ציבורית, נועד להגשים את מטרות חוק התקשורת כפי שהובאו לעיל. מטרות אלו מובילות גם למסקנה, כי העדר התייחסות בחוק לאפשרות לתבוע דמי שימוש לצד רשות הכניסה למקרקעין והתקנת קווי הרשת לבעל הרישיון, אינה בגדר חסר (לאקונה) בחוק, כי אם הסדר שלילי מכיוון מצדו של המחוקק.

מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה, כי המחוקק קבע הסדרי תשלום שונים בחוק מכח הפעלת הסמכות, אך לא עשה כן ביחס לתשלום דמי שימוש." (סעיף 10 לפסק דינה)

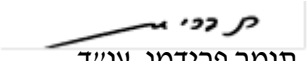
58. לפני סיום, נשוב ונזכיר כי בענייננו מדובר בהתקנה ישנה שנעשתה עוד לפני ההכרה בזכות הקניין כזכות יסוד. בסעיף 4 לבקשה צוין כי הבניין נושא התביעה נבנה בשנות ה-70 של המאה הקודמת. מעותק תשריט הבניין (שצורף כנספח 3 לבקשה) עולה כי בקומת הקרקע הוקצה שטח ל"חדר טלפון" הוא חדר התקשורת נשוא הבקשה,⁶ כלומר החדר יועד והוקצה כבר במועד הקמת הבניין למתקני תקשורת. בזק מציינת בסעיף 25 לתגובתה לבקשה כי על פי הנתונים המצויים במערכותיהם המבקש היה מחובר בקו טלפון כבר בחודש יוני 1973, וכך גם רבים מדיירי הבניין בו הוא מתגורר.

59. בהתאם, התשתית נושא הבקשה הותקנה בבניין במועד בו הקמת תשתיות תקשורת נעשתה מכח פקודת בתי הדואר שקבעה את זכות הכניסה למקרקעין לשם הקמת תשתית התקשורת ולא קבעה שנדרשת הסכמה של הדיירים להקמת התשתית, למעט מתן הודעה במקרים האפשריים. יחד עם זאת,

⁶ לטענת בזק הבעלים המקורי של הדירה והמקרקעין עליה הוקמה היתה מדינת ישראל באמצעות החברה המשכנת "עמידר", ששימשה עד אמצע שנות ה-90 כנציגות הבית הזמנית, ובשנת 1998 הועברה הבעלות למבקש ולרעייתו.

בעניין הנדון הוקצה החדר בבניין על פי תשריט הבניין למתקני התקשורת כבר במועד הקמתו. בנסיבות אלה הרי שתשתיות התקשורת בבניין מושא הבקשה הותקנו כדין, בהתאם להוראות הרלוונטיות באותה עת. לעניין זה נפנה לסעיף 21ב(ח) לחוק התקשורת, אליו התייחסנו לעיל.

60. לאור כל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי למקים תשתית תקשורת **אין חובה על פי דין** לשלם דמי שימוש בגין השימוש שהוא עושה במקרקעין לשם הצבת מתקנים הנדרשים לצורך אספקת שירותי תקשורת, שכן **זכות השימוש במקרקעין לשם הקמת והצבת מתקני תקשורת הוענקה למקים המתקנים על ידי המחוקק** ולא נקבעה במקביל חובת תשלום פיצויים בגין שימוש (אלא פיצויים בגין נזק בלבד). בכלל כך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בעל דירה בבניין משותף אינו זכאי על פי דין לתשלום דמי שימוש בשל הצבת מתקנים ברכוש המשותף.


 תומר פרידמן, עו"ד
 פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

היום, כ"ד אייר תשע"ט, 29.5.2019