

# נאמרים

## העתיקות בדיני הקניין

מאת

פרופ' גד טדסקי

1. קניין העתיקות ודיני הקניין האחרים. א. המרכיבים להסדר העתיקות והיחסים ביניהם. ב. בעלות בפועל חכיות אחרות של המדינה. 2. מעמד הקנייני של העתיקות בשרם נתגלו. ג. מתי רוכשת המדינה מן ההפקר ומתי רוכשת היא נכסים שהיו בבעלות מישוהו אחר. ד. חיבור וקבירה. ה. בעלות קרקע ובעלות מטמון. ו. מטמון ו"יסודות טבעיים". ז. תת-קרקע ועל-קרקע. ח. השטח שהעתיקה מחוברת אליו והפקעתו. ט. סייגים הנכללים מכללא בסעיף 2 בדבר מעמד העתיקות לפני התגלותן בעתיד או אחרי התגלותן בעבר. י. "החוקה ללא מודעות" ו"החוקה המהווה בעלות": דין אנגלי מול דין ישראלי. 3. ההתגלות; רכישת המדינה; הויתור. יא. המציאה וההתגלות. יב. חוסר זכות למדינה לחפש עתיקות באדמת הנולת. יג. התופס והמדינה. יד. השטח שאליו מחוברת עתיקה והשטח שבו נמצאה עתיקה בלתי מחוברת. טו. רכישה מקורית; רכישה רטרואקטיבית. טז. עתיקה שאבדה לבעליה ואין להשיבה להם. יז. ויתור המדינה. 4. חוק העתיקות והקניין הפרטי. יח. הגנת יתר על העניין הציבורי. יט. שיפוי לפרט והקצאת המשאבים.

### 1. קניין העתיקות ודיני הקניין האחרים

א. המרכיבים להסדר העתיקות והיחסים ביניהם

כפי שבחוזים ובנויקין ישנם דינים כלליים ודינים מיוחדים (הנוגעים לחוות זה או אחר, לעולה זו או אחרת), כן דיני הקניין אינם חטיבה אחת. קיימים כלליים על הקניין בכללו ואחרים המיוחדים לקניין המקרקעין ולקניין המיטלטלין (ובתוך כל אחד משני הגושים יש מקום למגוון סוגי-משנה, כגון בניינים בין המקרקעין, זהב וכלי-נשק בין המיטלטלין). אך אפשר גם כי, מלבד המיון על-פי המבחנים האלה, תעוצב קבוצה נכסים שתכלול מיטלטלין ומקרקעין (ולכן קבוצה מעוצבת לפי מימד אחר); כפי שקורה בעניין העתיקות. כאן ייצא ההסדר מתרכובת הדינים הנוגעים לקבוצה זו (על סוגי-המשנה שלה, כגון עתיקות על-פי דין או על-פי הכרזה מינהלית, עתיקות בעלות ערך לאומי), דיני הקניין הכלליים ודיני הסוג שעתיקה מסוימת משתייכת אליו לפי המבחנים למיון הנכסים שהוזכרו קודם. במקרה של אי-התיישבות בין הדינים השונים

מכריע הכלל המקובל בתיאום הדינים השייכים לדרגות נורמטיביות שונות לפי היקפן : עדיפות הדין הספציפי יותר.

הדינים על קניין העתיקות הנכללים בחוק העתיקות, תשל"ח-1978<sup>1</sup>, צריכים להתפרש אפוא על רקע דיני הקניין האחרים. גם לבירור דיני העתיקות המיוחדים יתייחס הפרשן לדיני הקניין הכלליים (כלליים לכל קניין, או למקרקעין או למיטלטלין). כדי לקבוע את מידת הסטייה מהם לפי חוק העתיקות ואת כוחם האפקטיבי של הדינים המיוחדים. ולהפך: בהנחות שעליהן מבוסס דין העתיקות עשוי להיות משום נימוק לפירוש דיני הקניין בכללם. נאמר כי יש לפרש את דין העתיקות לאור דיני הקניין בכללם וגם את דיני הקניין בכללם לאור חוק העתיקות.

### ב. בעלות בפועל וזכויות אחרות של המדינה

דיני העתיקות הם בראש וראשונה דיני בעלות, כלומר דינים המקנים במישרין למדינה בעלות על העתיקות; ובאלה נרכז את דיוננו הבא. אך הכללים הקובעים בעלות בפועל של המדינה אינם ממצים את כל הסדר העתיקות הקנייני. כאשר מגיח החוק את בעלות העתיקות בידי הפרטים, הוא דואג לפתוח פתח להקנייתן למדינה על-ידי הפקעה או על-ידי הפעלת זכות ברירה לקנותן, או מבקש להבטיח את האינטרס הציבורי על העתיקות באמצעים אחרים, הטלת מגבלות להוצאת עתיקות מישראל (מגבלות המאפיינות את קניין העתיקות הפרטי או את הקניין הזה כשהוא חל על קבוצה מסוימת מהן) או מכלול המגבלות הכרוכות בהכרזת מקום פלוגי כאתר עתיקות.

את דין ההפקעה הנ"ל יש להשלים בדיני הפקעה אחרים — במידה שאלה מתאימים לעניין העתיקות (סעיפים 32—33). את זכות הברירה הנ"ל יש לראות כזכות קדימה, וכאשר היא נוגעת למקרקעין, יש להוסיף על ההוראה שבחוק העתיקות (סעיפים 19, 25, 26) — אם ובמידה שהם מתאימים — את הדינים הנכללים בפרק ז', סימן ד', לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

ב"אתרי עתיקות" רואים אנו (גם משום הוראת החוק על רישום הערה בפנקסי המקרקעין) זיקת הנאה, מזיקות-ההנאה-שלא-לטובת-מקרקעין, וביהר דיוק — מאלה הקיימות "לטובת אדם פלוגי" (סעיף 92 לחוק המקרקעין), כלומר לטובת המדינה. אמנם, כל זכות מוסכמת המדינה קיימת למען הציבור, במישרין או בעקיפין, אך כמינות שבחוק המקרקעין מציין הביטוי "לטובת מישהו" את הזכאי ולא את הגנה-בעקיפין; וכאן זכאית כלפי כל מפר הזכות היא המדינה בלבד ולא הציבור, כלומר כל אחד מן הציבור.

החובות שחוק העתיקות מטיל על הבעלים והמחזיקים באתר עתיקות הן חובות שליליות, חובות להימנע מפעולות מסיימות, כדרוש בזיקה שלא לטובת מקרקעין. אך עלול להתעורר הספק אם ראוי ההסדר על אתרי עתיקות להיקרא זיקת הנאה, משום שלא מדובר כאן בהימנעות מביצוע "פעולה מסיימת" (סעיף 93 לחוק המקרקעין), אלא בהימנעות מפעולות מרובות שעליהן רשאי מנהל אגף העתיקות להוסיף כהנה וכהנה. ואולם, תהיינה הפעולות האסורות אשר תהיינה, אלה הן תמיד פעולות מסיימות

1 להלן כשידובר על החוק, סתם, הכוונה לחוק הזה. כמו כן האיזכורים לסעיפי חוק ללא ציון נוסף, שיבואו להלן, הם איזכורים לסעיפי החוק הזה, כאשר אין כוונה ברורה לחוק אחר.

בלבר. ומכל מקום, אילו היינו גורסים שזיקת הנאה עשויה לחול רק על פעולה אחת, ממה נפשך? או שהיינו רואים כאן סטייה מהסדר הזיקה הרגיל או שהיינו רואים ב"אתר עתיקות" לא משום זיקת הנאה אחת, אלא משום קבוצה של זיקות הנאה. מבחינה אחרת אין ספק כי בהסדר ה"אתר" יש משום סטייה מהסדר הזיקה הרגיל, לפי חוק המקרקעין. ב"אתר" משריינים את הזיקה על-ידי העיצומים המיוחדים שקובע חוק העתיקות (סעיפים 31, 37–38, 40).

סעיף 29 קובע כי באתר עתיקות לא יעשה אדם ולא ירשה לעשות את הפעולות הנקובות; וסעיף 93 לחוק המקרקעין מדבר על חיוב הבעלים. בזה, הלשון בחוק העתיקות נכונה יותר מאשר הלשון שבחוק המקרקעין, כי זיקת הנאה, בתור זכות קניינית, מטילה חובת הימנעות לא רק על הבעלים ועל המחזיק אלא על כל העולם.

## 2. מעמדן הקנייני של העתיקות בטרם נתגלו

ג. מתי רוכשת המדינה מן ההפקר ומתי רוכשת היא נכסים שהיו בבעלות מישהו אחר

לאילו נכסים מתכוון החוק, לפי מעמדם המשפטי, כשהוא מדבר על מציאותם או התגלותם אחרי תחילת החוק? רק לאלה שהיו הפקר או גם לאלה שהיו בבעלות מישהו? אמנם, במקרה מסוים ברי לנו כי החוק מתכוון (בסעיף 2) לפתרון האחרון (זהו עניין "השטח שבו נמצאה או נתגלתה [העתיקה] והדרוש לשמירתה"): כל שטח במדינה הוא בבעלות מישהו, וכיוון שהחוק לא היה יכול להתכוון לשטח שהוא כבר בבעלות המדינה, התכוון בוודאי לשטח שבבעלות מישהו אחר. האומר בעלות הקרקע אומר גם בעלות המחובר אליה על-פי סעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ולכן עתיקה המחוברת לקרקע של פלוני היתה בבעלותו עד זמן התגלותה. אך, עם התגלות העתיקה, בחיבור העתיקה לקרקע נהפך היחס בין עיקר לטפל: העתיקה נעשית העיקר והשטח בו נמצאה — הטפל. משום כך המדינה, התובעת לעצמה את העתיקה, תובעת גם את השטח. לעומת זאת, נשאלת השאלה לגבי כל העתיקות הבלתי מחוברות (ה"תלושות" בלשון החוק), כלומר אלה שהן בגדר מיטלטלין.

המלים "למצוא" ו"לגלות" מתאימות כשלעצמן גם כשמדובר בנכס שכבר שייך למישהו. "מציאת אבידה" היא ביטוי קלאסי בעברית וגם המחוקק משתמש בו ביחס לנכס שלבעליו אבדה החזקתם בו (אך לא בעלותם עליו). כמו-כן נכס עשוי להתגלות אף כאשר הוא כבר בבעלותו של מישהו: למשל, ספר עתיק שנמצא בין הספרים שפלוגי ירש מאביו. כאן, נוסף על הבעלות, קיימת גם החזקה, כי בהחזקה המכלול יש משום חזקה הפריטים הנכללים בו, גם אם המחזיק אינו מודע לכל פריט ופריט. במקרים אלה, לפי משמעות המלים "למצוא" ו"לגלות", עשויה לבוא בחשבון הן המציאה והתגלית שעשה אדם שאינו הבעלים והן אלה שעשה בעל העתיקה עצמו.

כפי שאמרנו לעיל, בפרשנות חוק העתיקות אין להימנע מלהתחשב בדיני הקניין הכלליים, כי רק על יסוד הדינים האלה ביכולתנו לקבוע מהי כוונתו הסבירה של חוק העתיקות. אילו מדיני הקניין הכלליים היתה נובעת בעלות של מישהו על כל העתיקות

העשויות להימצא או להתגלות במדינה — או על רובן ככולן — לא היה סביר לפרש את חוק העתיקות לפי פירוש העלול לרוקנו מתוכן. פתרון הפוך ייתכן אם המסקנות לפי דיני הקניין הכלליים תהיינה הפוכות.

הבעיה היא כפולה. יש לקבוע אילו נכסים, לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, נחשבים מחוברים ואילו — לא מחוברים, כי נכס מחובר למקרקעין, על-פי סעיף 12 לחוק ההוא, נחשב חלק מן המקרקעין ולכן בבעלות בעל המקרקעין, כך שאין כאן שאלה, כפי שהערנו לעיל. ויש עוד לוודא מהו מצבם הקנייני של המיטלטלין הנמצאים בתחום בעלותו של מישור.

בשתי השאלות האלה גם יחד נקטו עמדה השופט יצחק כהן והשופטת בן-פורת בפסק דין פלילי שניתן ביוני 1978 על פרשה משנת 1976.<sup>2</sup> מעשה באדם שחפר באדמת הזולת, במקום שהוכרו כאתר היסטורי, ולקח לעצמו חמש גלוסקמאות מתקופת הבית השני. בית המשפט העליון פסק ברוב דעות שהוא אשם בגנבה, לאחר שבית המשפט המחוזי, גם הוא ברוב דעות, החליט בכיוון ההפוך.<sup>3</sup> שופט הרוב בבית המשפט העליון הלכו אחרי דעתו של השופט זילר בבית המשפט המחוזי, שלפיה אין סעיף 4 לפקודת העתיקות, 1929, שולל זכות קניין על עתיקה — כל עוד לא החליט השלטון אם לרכוש אותה — מבעל המקרקעין ומן המוצא אלא ביחסים שביניהם ובין השלטון עצמו. מצד אחר הם סברו כי, לפי דיני הקניין הכלליים, קיימת בעלות של בעל המקרקעין על העתיקות הנמצאות קבורות באדמתו. את הדעה הזאת ביסס השופט זילר על המשפט האנגלי, השופטים י' כהן ובן-פורת — על חוק המקרקעין הישראלי ועל המשפט האנגלי גם יחד.

אמנם היה מקום לשאלה אם בדיני העתיקות אין משום הפרכה לדעה הנ"ל, במה שנוגע לנכסים אלה, לפחות. פקודת העתיקות, שהיתה בתוקפה בזמן הפרשה הנידונה, קבעה עקרונות שיפוי למוצא (סעיף 5), אך לא לבעל המקרקעין שבהם נתגלתה העתיקה שהממשלה רכשה אותה. בזה נתנה להבין שהיא מתכוונת רק לעתיקות שהיו ללא בעלים בזמן התגלותן. ואשר לחוק העתיקות (המאוחר יותר), קשה ליישב בעלות של בעל השטח על עתיקות קבורות באדמתו עם האיסור שבסעיף 9 לחפור במקרקעין לגילוי עתיקות (ללא יוצא מן הכלל בנוגע לחפירה באדמת החופר).

#### ד. חיבור וקבירה

בהתייחסו לסעיף 12 לחוק המקרקעין, קובע השופט י' כהן: "נראה לי שניתן לראות בגלוסקמאות הנ"ל המונחות מתחת לפני הקרקע קרוב לאלפיים שנה, דבר מחובר אל הקרקע חבור של קבע [...]". דעה מקבילה העלו באנגליה בפרשת *Elwes v. Brigg Gas Company*,<sup>4</sup> אשר נסבה על סירה פרה-היסטורית שנתגלתה מתחת לפני האדמה. הפרקליט לבעלי השטח טען באותו המשפט:

2 ע"פ 297/77 מדינת ישראל נ' מוחמד פמייוה פ"ד לג' (2), 599.  
3 ע"פ ירושלים 74/76 מוחמד פמייוה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).  
4 33 Ch.D. 562 (1886).

"This piece of oak below the surface, which in process of time has become annexed to and part of the freehold, and thereby ceased to be a chattel, is unquestionably part of the inheritance within the maxim, Quicquid plantatur solo, solo cedit."

באותו משפט לא דחה השופט צייטי טענה זו אך גם לא קיבל אותה, כי בפסקו לטובת הבעלים, ביסס את החלטתו באופן אלטרנאטיבי על שני יסודות: שהסירה חדלה להיות מיטלטלין והיתה לחלק מן המקרקעין, או שנשארה אמנם בגדר מיטלטלין אך נעשתה קניינו של בעל הקרקע משום החוקתו במקרקעין.

לפי דבריו אלה של השופט צייטי (שיש בהם משום פסיחה על שתי הסעיפים), אין לומר אם הדעה הרואה בקבירה משום חיבור הבולע את המחובר בבעלות המקרקעין משקפת את המשפט המקובל האנגלי. מכל מקום, יהיה המשפט האנגלי אשר יהיה, אין הסברה הנ"ל לא משפט רומאי — כפי שטען פרקליט הבעלים בפרשת אלום הנ"ל — ולא משפט ישראלי.

בין שנקבר הנכס בידי אדם (כמו בפרשה הישראלית, לפי המסתבר) ובין שקברו הטבע (כפי שקרה, קרוב לוודאי, במקרה שבפרשה האנגלית), אין לדבר על נטיעה (implantatio). הנוגעת אך ורק לצמחים, לפי המשפט הרומאי. יצוין כי, בעיני הרומאים, להקניית עץ לבעלי קרקע לא די בהנחתו בקרקעם, אלא דרושה הכאת שורשים (coalitio), כי רק זאת היא חיבור של קבע.

מושג כזה מקובל בסעיף 12 לחוק המקרקעין הישראלי. בקבירת מיטלטלין אין משום "חיבור של קבע" ועוד פחות יש לומר כי אלה אינם "מחוברים הניתנים להפרדה". השופט כהן מטעים שהגלוסקמאות שהוא דן בהן היו מונחות מתחת לפני הקרקע קרוב לאלפיים שנה ורואה בזה נימוק המחזק את מסקנתו. אך, אם קבירה אינה חיבור (או לא חיבור של קבע), גם לא תהיה לכוזה משום שעבר זמן רב מאז נעשתה. המסקנה שלנו בדבר מהות החיבור נובעת מן הדינים המפורשים, הרומאיים והישראליים וגם מטעמם. מושגי החיבור וההפרדה האפשרית הם מושגים חברתיים-כלכליים, הנובעים מן השיקול שלא כדאי להפיל את אשר בנו ולשרש את אשר נטעו או זרעו. לעומת זאת, אין לומר שלא כדאי להוציא מן האדמה הפצים בעלי ערך שקבר בה האדם או שקברום מאורעות טבע, כגון רעידת אדמה ושטפון.

לא חשוב מה היתה כוונת האדם שצירף את המיטלטלין לאדמה; למשל, אם קבר גלוסקמה בכוונה שלא יוציאו אותה לעולם. המבחן הוא אובייקטיבי, לפי מהות החיבור.

## ה. בעלות קרקע ובעלות מטמון

אחרי פירושו הנ"ל לסעיף 12 לחוק המקרקעין, מוסיף השופט כהן בפסק דינו לאמור:

"אך גם אם אין הדבר כך [כלומר, חיבור של קבע בעניין הגלוסקמאות הקבורות] ואם אין ללמוד מההוראות הנ"ל של חוק המקרקעין, שבעל המקרקעין הוא גם

5 ראה ויטמן, חוק המקרקעין, תשכ"ז—1969 (ירושלים, תשל"ל), בעמ' 41.

בעל המיטלטלין שמתחת לפני השטח, כשאין לאותם מיטלטלין בעל אחר, הרי עלינו לפסוק בענין זה לפי המשפט המקובל האנגלי."

בחלק הראשון של משפט זה, בדיבור "ההוראות הנ"ל של חוק המקרקעין" יש משום רמז לסעיף 11 לחוק זה, שהלק ממנו הביא השופט קודם, ומשום פירוש להוראה זו, לאמור: הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת לחפצים הנמצאים בכל העומק שמתחת לשטח. ולדברים אלה של השופט י' כהן הסכימה באותו משפט גם השופטת בן-פורת. דעה זו נבדלת מן הדעה הנ"ל בדבר תחולת סעיף 12, משום שלפיה אין מיטלטלין קבורים חדלים להיות נכסים "תלושים", ולכן אין הם חדלים להיות מיטלטלין. בכל זאת, הם געשים לקניינם של בעל המקרקעין משום קבירתם באדמתו. שתי הדרכים האלה שהציג השופט י' כהן לביסוס קניינו של בעל מקרקעין על מטמון קבור באדמתו, לפי פירושו את סעיפים 11-12 לחוק המקרקעין, הן אותן הדרכים שהתחשב בהן בשעתו השופט צייטי במשפט אלום לפי המשפט האנגלי. ההבדל ביניהם הוא כי השופט האנגלי הסתפק בקביעה שאחת משתי הדרכים תעמוד לבעל הקרקע, בעוד שהשופט הישראלי חייב את שתיהן ללא הסתייגות.

בעניין תת-הקרקע חוקי ישראל מוציאים מן העוגה את הצימוקים שבה, ולכן אין לומר שהם פינקו את הבעלים. סעיף 11 הנ"ל, בהזכירו את ה"צימוקים" המוצאים ("מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה"), מבקש לנחם את הבעלים בהטעימו את כל העומק שבטובו הוא מניח להם. אך דבריו מרוזקים לכת מכוונתו, אם נפרש אותם (וביחוד את המלה "כל") על פניהם, כאילו הבעלות היתה מגעת עד מרכז כדור הארץ<sup>6</sup>, ולכן כאילו בעל מקרקעין בפסגת הר היה זכאי להתנגד לחפירת מנהרה מאות מטרים מתחת לשטחו. כפי שאין לו זכות "למנוע מעבר בחלל הרום" (כך סעיף 11 עצמו), אין להעלות על הדעת שזכותו תגיע בעומק מעבר ליכולת הניצול שלו. המלה "כל" הנ"ל מביכה אותנו, לא רק מבחינת הנפת, אלא גם מבחינת תכולתה של בעלות העומק. מה גם שלפי לשון התוראה היה עלינו להחילה על כל הנכסים המונחים מתחת לפני הקרקע, בין שהנכסים שם בעל הקרקע ובין שהנכסים אדם אחר או שלא הנכסים אדם; בין שלפני כניסתם לא היו להם בעלים ובין שהיו להם בעלים אחרים. האומנם ייתכן כי, אילו הבין המחוקק את סעיף 11 לחוק המקרקעין אליבא דשופט י' כהן, היה מחוקק אותו כמות שהוא? והנה, פקודת העתיקות, 1929, שמרה לממשלה זכות ברירה לרכישת העתיקות המתגלות גם באדמה של הפרט (כפי שמוכיח איזכור בעלי הקרקע שבסעיף 4(1)) והיא מבוססת על הרעיון שעתיקות אלה לא היו קניין בעל הקרקע לפני התגלותן (כפי שמוכיח הדבר כי ניתן שיפוי למוצא ולא לבעל הקרקע). לאור מצב זה מה, לפי ההנחה, היה עושה מחוקק חוק המקרקעין, אילו הבין את סעיף 11 לפי הפירוש הנ"ל? היה יכול לבטל את זכות הברירה שפקודת העתיקות נתנה לממשלה, ולוותר לחלוטין על רכישת העתיקות; אך אין להעלות על הדעת שהמחוקק הישראלי היה בוחר בפתרון זה (במקום ויתור על זכות המדינה, בא אחר כך חיזוקה בחוק העתיקות). מצד אחר היה משום לעג לבעלי המקרקעין אילו הכיר החוק בזכות הפרט על העתיקות כל עוד הן קבורות באדמתו ובלתי ידועות לו, אך עם

6 כך, במשפט האנגלי, קובע במפורש השופט צייטי (Chitty) בפרשת אלום, שם, 568.

התגלותן היו גיתנות לרכישת המדינה (וללא כל שיפוי לבעלים). אולי היה מתקן את פקודת העתיקות בקובעו כי יינתן השיפוי, הנדון בסעיף 5 שלה, לא למוצא אלא לבעל המקרקעין שבהם נתגלתה העתיקה (או לשניהם, מחצה כמחצה). קרוב יותר לוודאי שהיה מתקן את לשון סעיף 11 עצמו בהוסיפו סייג בנוגע לעתיקות (מלבד הסייגים האחרים הנכללים בו). מכיוון שלא נקט אף באחד מן הפתרונות האלה, מסתבר שלא פירש את סעיף 11 כמחייב בעלות על מטמון קבור.

זאת ועוד. אילו, בחקקו את חוק העתיקות, פירש המחוקק את סעיף 11 הנ"ל לפי הפירוש הנדון, האם לא היה מבהיר או כי הנוסח "עתיקה שנתגלתה או שנמצאה בישראל" יקבל עכשיו משמעות שונה ממשמעותו בפקודה המנדטורית? אין להעלות על הדעת שהיה בכוונתו לשלול את זכות המדינה ביחס לכל העתיקות הקבורות שתתגלינה במקרקעין שאינם שייכים למדינה, כי לפיכך היה ניטל מן החוק יותר מחצי טעמו.

#### ו. מטמון ו"יסודות טבעיים"

פרשנות סעיף 11 לחוק המקרקעין, שלפיה מכוונת ההוראה גם לכל מטמון הנמצא בעומק, עשויה להסתמך לא רק על המלה "כל", אלא גם על העובדה שבחוק בכללים סייגים מפורשים בעניין המים ואוצרות טבע אחרים, אך לא בעניין העתיקות או המטמון בכלל.

ברם, בין היסודות הנוכרים בסייגים האלה ובין מטמון קיים הבדל זה, שהראשונים הם "יסודות טבעיים", ואילו המטמון הוא נכס שנעשה בידי אדם (כהגדרת ה"עתיקה" בסעיף 1 לחוק העתיקות); לפיכך אין אנו רואים אותו כדבר השייך לקרקע או לתת-הקרקע באורח טבעי. גם השופט צייטי, בפרשת אלזוף הנוכרת לעיל, על אף החלטתו קובע כי הסירה הנידונה *always has been distinguishable from the natural soil*.<sup>7</sup> ההבחנה האמורה קיימת ברורות, אף אם מסתמא, במשפט הרומאי ובכל שיטות המשפט שאינן מייחסות את המטמון לבעל הקרקע לבדו אלא גם בחלקו למוצא (או, לפעמים, לא לזה ולא זה). אילו הזכות הניתנת למוצא היתה רק הזכות לקבל חלק משווי המטמון, אפשר היה לראותה כפרס (הדומה לפרס שמקבל לפי שיטות משפט מרובות מוצא אבידה ישר) ולראות את בעל הקרקע כבעל המטמון מכוח בעלותו על הקרקע (כפי שהאדם שמתזויר לו אבידה נשאר כל הזמן בעל האבידה היחיד). אך קיימת שלילה חלקית לבעלות בעלי הקרקע על המטמון בכל שיטות המשפט המעניקות למוצא השתתפות בבעלות זו. נמצא כי גם בשיטות האלה מודעים להבחנה בין יסודות הקרקע הטבעיים ובין נכסים שנעשו בידי אדם, ואין רואים את בעלותו של בעל הקרקע על האחרונים דבר טבעי כבעלותו על הראשונים. כמו-כן נפגעת ההשקפה המייחסת לבעל הקרקע את הבעלות על כל דבר הנמצא בעומק כאשר לגבי המטמון או לגבי סוגים מסוימים ממטמון מעלים תביעות אוצר המדינה או המלך, לפי דוגמאות שמספקים, בין היתר, תולדות המשפט הרומאי והמשפט האנגלי. אשר לעתיקות במיוחד, המגמה לזפות בהן את המדינה היא מגמת הרבה ארצות בזמננו,

<sup>7</sup> שם, בעמ' 567.

ואף לפני חוק העתיקות הישראלי, היא השתקפה בארץ, בפקודת העתיקות המנדא-טורית.

לא נראה אפוא כי מאי-אזכור המטמון בין יתר הסייגים שבסעיף 11 בהכרה נובע חיוב השתייכותו לבעל הקרקע.

מה גם שאין להתעלם משיקול נוסף. על אף הערותינו דלעיל בדבר המשפט הרומאי והמשפט האנגלי, אין ספק כי שתי השיטות האלה מטעימות את זכות הבעלים בכללה הרבה יותר מאשר המשפט הישראלי. בחשקפת הרומאים קרובה הבעלות לריבונות מוחלטת, ומשום כך משערים החכמים כי, במשפט הרומאי המקורי, בטרם העלה האוצר את תביעותיו על המטמון ובטרם פסק אדריאנוס הקיסר את "משפט שלמה" שלו (החצי לבעל הקרקע, החצי למוצא), נחשב המטמון כולו קניין של בעל המקרקעין.<sup>8</sup> ובמה שנוגע לחומרים שבעומק, לפי אותה הרוח הכללית רחוקים המשפט הרומאי והמשפט האנגלי מעמדת המשפט הישראלי המתבטאת באיזכור הסייגים הכתובים בסעיף 11 הנ"ל, והמתאשרת ומודגשת בחוק העתיקות (לאחר שכבר פקודת העתיקות המנדאטורית לא צידדה בזכות בעלי המקרקעין על העתיקות שבאדמתם). לפי השוני הזה, אפילו לא היה קיים סעיף 160 לחוק המקרקעין השולל היוקקות למשפט האנגלי, אין להסכים לנטיית השופטים הישראלים המבקשים, רובם ככולם, במשפט האנגלי פתרון הסוגיות על עתיקות ומטמון ומפרשים את חוק המקרקעין בהשראת המשפט האנגלי.

הפירוש שנתן השופט כהן לסעיף 11 מעורר קשיים נוספים. לכאורה, הנימוק המילולי המחייב פירוש זה יחייבו ללא הבחנה הן כשהנכס הקבור באדמה היה הפקר ערב הכנסתו שמה והן כשהיה אז של מישוהו אחר. אבל אין הדעת סובלת שתינתן לבעל קרקע היכולת לרכוש את נכס הוולת על ידי קבירת נכס הוולת באדמתו; וגם לא שבעל נכס יאבד את בעלותו עליו רק משום שקברו באדמת הוולת. אפילו קברו הטבע (כתוצאה משיטפון, למשל), אין לראות בזה משום צידוק להעברת הבעלות. בהנחה שאין בכוח סעיף 11 להקנות לבעל מקרקעין את נכס הוולת, נשאלת השאלה אם יש בכוחו להקנותו לו לכשהיה בהמשך הזמן לנכס ללא בעלים. תשובה חיובית על שאלה זו טעונה הנמקה שאין למוצאה בלשון סעיף 11. תשובה שלילית היתה מוציאה מכלל אותה ההוראה (לפי פירושה הנדון) את המקרה הטיפוסי של מטמון, ומשום כך היתה מייתרת את הפירוש שהציעו להוראת סעיף 11.

## ז. תת-קרקע ועל-קרקע

המקבלים את הפירוש הנדון לסעיף 11 ישאלו את עצמם אם מה שפירוש זה מחייב, לדעתם, לגבי תת-קרקע לא יחול גם לגבי המצוי על-פני הקרקע, למשל מטבעות שבמחבוא בקיר מקירות בניין. לכאורה לא התכוון סעיף 11 לייחס לבעלים זכות יתר בתת-קרקע מאשר על-פני הקרקע. מסתבר יותר כי, בדבר העומק, התכוון להפיג את הספק שבתת-קרקע, נוכח הסייגים לזכות הבעלים שהוא מזכיר, תיגרע זכותם לעומת התחום שעל-פני הקרקע. אך, שוב, אין הדעת סובלת שחפץ הוולת יהיה לנכס של בעל

<sup>8</sup> Bonfante, *Corso di dir. romano — La proprietà*, II (Roma, 1928) 100



הקרקע משום שהוכנס בתחום זה, בין שיהיה גלוי לעיני כל ובין שיהיה נסתר, כגון המטבעות במחבוא דלעיל, בין שהכניסו את החפץ בעליו ובין שהכניסוהו בעל הקרקע, אדם שלישי או הטבע. ואפילו נכס ללא בעלים, כגון חיות בר, לא ייתכן בדרך-כלל לראותו כמוקנה לבעל הקרקע רק משום שהוכנס או נכנס שמה. לולא זאת, היינו צריכים לחשוב כי לשווא הירשה המחוקק את הפיסת המיטלטלין בתקנו בחוק המיטלטלין, תשל"א—1971 (סעיפים 13—14), את סעיף 3 לחוק נכסי המדינה, תשי"א—1951, כפי שדרשה הביקורת שנמתחה עליו.<sup>9</sup>

המקרים היוצאים מן הכלל הם אלה שנכנסים במסגרת סעיף 12. חוק העתיקות אינו מפלה מצדו בין עתיקות שנמצאו על-פני השטח ובין אלה שנמצאו מתחתם. ואילו היפלה ביניהן חוק המקרקעין בשעתו, היה צריך חוק העתיקות להתחשב בזה ולקבוע הוראות מתאימות למצבים השונים. בעובדה שלא עשה את זאת יש משום אישור לפירוש שלפיו גם חוק המקרקעין לא היפלה.

לפי שיקולינו דלעיל נכס "תלוש" הנמצא בתחום בעלותו של פלוני (על-פני הקרקע או מתחתם) לא נעשה קניינו *iure soli* (בנוכח הקרקע)<sup>10</sup>. אם היה מעולם נכס ללא בעלים (או נעשה כזה בהמשך הזמן), עם מציאתו או התגלותו יהיה לקניין המדינה — בתנאי שהוא נחשב "עתיקה"; ולא — ניתן לזכייט התופס, על-פי סעיף 3 לחוק המיטלטלין. אמנם, לבעל המקום מכירים זכות כמוצא, מכוח בעלות המקום שלו, בחוק השבת אבירה, תשל"ג—1973, סעיפים 3, 7; אך מהוראות אלה אין להסיק מסקנות כלליות.

כמו-כן חפץ נסתר בתוך מיטלטלין של פלוני (כדוגמת המשמון הנמצא במגרה סמויה שבשולחן-כתיבה) אינו משום כך קניינו של פלוני.

נמצא כי העתיקות הבלתי מחוברות שתתגלינה בישראל הן נכסים ללא בעלים — חוץ מאלה שעליהן קיימת זכות בעלות בשל עילה שונה מן העילה שדחינו לעיל (כלומר, בליעת המיטלטלין בבעלות בעל המקרקעין).

למסקנה הזאת יש נפקות בעניין הפירוש שלפיו נפרש את סעיף 2 לחוק העתיקות. הודות לה סבורים אנו כי בתחום העתיקות ה"תלושות", מתייחס סעיף 2 רק לאלה שלפני התגלותן או מציאתן היו ללא בעלים — כפי שיש להניח שהתכוונה פקודת העתיקות, בהתחשב בסעיף 5 שלה, על שיפוי המוצא לבדו. לעומת זאת, אילו הגענו לידי

9 בת"א חי' 415/63 יעקב ג' וייס מוכיר השופט עציוני את הביקורת שמתתנו על ההוראה הנ"ל במאמרנו "הנכסים ללא בעלים והמדינה" הפרקליט ט(1952/3) 335, וגם בספר מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים 1958) 166. ראה גם: א' גולדברג, "זכיה מן ההפקר בדין הישראלי" עיוני משפט ב (1972) 482.

10 גם במה שנוגע לתחום שעל-פני הקרקע, נראה לנו שיש להבחין בין "יסודות טבעיים" ובין נכסים אחרים הנכנסים או המוכנסים למקום, לפי הנאמר לעיל ביחס לתת-הקרקע. לגבי הראשונים ייתכן שיש להכיר ברכישת בעל המקרקעין אף בלי להיזקק לרעיון ה"חיבור"; על סמך השיקול שזכות הבעלים תחול על המקרקעין כפי שהטבע מעצב — וחוזר ומעצב — אותם. יש להגות כי מיי-הגשם, למשל, נרכשים לבעל מקרקעין, ולא רק אלה היורדים ישר מן השמים, אלא גם אלה הנכנסים שמה לאחר שירדו על אדמת השכן (וכמו כן מים היורדים ממטרות השכן); בין אם נכנסים לעומק, ולכן אינם ניתנים להפרדה, ובין שנשארים על-פני השטח (למשל, הודות לשכבת מלט הפרוסה על האדמה). ובדומה לכך — לגבי אבק וחול שמכניסה הרוח ולגבי האדמה שצירף נהר בדרך של סחף ממקום אחר.

מסקנה הפוכה בדבר בליעת מיטלטלין בבעלות בעל הקרקע אף כאשר אין חיבור של קבע, כי אז הפירוש הנ"ל לא היה סביר כלל וכלל, כיוון שמייטלטלין ללא בעלים לא היו נמצאים. במסגרת המסקנה הפוכה הנ"ל שאנו דוחים, עומדת הכריזה: לראות את סעיף 2 כמתייחס לכל העתיקות שחיימצאנה או תתגלוינה (אף-על-פי שעד אז הן נחשבות בבעלות מישהו אחר) או רק לאלה מביניהן שהבעלות עליהן מבוססת על עילה שונה מן העילה שלפיה בעלות האדמה בולעת לתוכה מיטלטלין הנמצאים במקום (אף ללא חיבור של קבע). ברם שני הפירושים גם יחד אינם סבירים. לא הראשון, כיוון שיש בו משום הפליה שרירותית לרעת הבעלים שלא היו מודעים לקיום גכסם או שהוא אבד להם; ולא השני, משום שגם בו יש הפליה שרירותית בק עילה לעילה מבין עילות אשר, לפי ההנחה הגדולה, מכיר החוק בכולן כמקור לבעלות.

#### ח. השטח שהעתיקה מחוברת אליו והפקעתו

אמת נכון הדבר כי בהתגלות עתיקה מחוברת במקרקעין (ראה הגדרת "עתיקה" בסעיף 1) וברכישתה למדינה, יחד עם השטח שבו נמצאה והדרוש לשמירתה, עשויה להיות התגלות ורכישה למדינה של קניין פרטי. אך יש כאן משום תופעה יוצאת-דופן, משתי בחינות.

לפי הדין הכללי שבחוק המקרקעין, המחובר נבלע בבעלות בעל המקרקעין; ואילו לפי חוק העתיקות, כשמדובר בעתיקה מחוברת, עוברת חלקת קרקע לבעלות המדינה בעלת המחובר. דומה שהסיבה לשוני זה היא בכך, שברגיל רואים את העיקר ב"סומך" ולא ב"נסמך", בעוד שבמקרה הנדון נחשב ה"נסמך" להיות העיקר ולכן הוא גורר אחריו את ה"סומך". גם במסגרת חוק המקרקעין, בנסיבות מיוחדות, למקום בניין על אדמת הזולת ניתן לרכוש את המקרקעין (סעיף 23 לחוק המקרקעין).

מכל מקום, תמוה הדבר שהמחוקק לא ראה צורך לשפות את בעל הקרקע בעד החלקה (העשויה להגיע עד כדי השטח כולו) שנוטלים ממנו. בקשר לפקודת העתיקות קבע בית המשפט הגבוה לצדק<sup>11</sup> כי, כאשר חיקוק נותן סמכות לרשות לפגוע ברכוש הפרט, אין לפרשו כמאפשר פגיעה כזו ללא פיצוי, אלא אם ברור וגלוי שלכך התכוון המחוקק. ואולם כאן נראה כי אין ביכולת הפרשן להיזקק לפתרון דומה: כיוון שזוהי הפקעת הטפל, לא ראה אותה המחוקק כהפקעה הראויה לשם זה — כפי שמעיד פרק ח' לחוק, המכונה "הפקעות" והמתעלם מן ההפקעה הנדונה.

משום אופיו יוצא-הדופן של הכלל הנוגע למקרקעין אין ללמוד ממנו לגבי העתיקות הבלתי מחוברות.

ט. סייגים הנכללים מכללא בסעיף 2 בדבר מעמד העתיקות לפני התגלותן בעתיד או אחרי התגלותן בעבר

סעיף 2 לחוק העתיקות מקנה למדינה עתיקות "תלושות" שתתגלוינה אחרי תחילת החוק, משום שהוא מניח שהן נכסים ללא בעלים. בהנחה זו רואים אנו תנאי שהחוק

11 בג"צ 150/69 רחל רייך נ' מנהל אגף העתיקות, פ"ד כד (1) 204.

היתנה מכללא לתחולת הוראתו. הבאנו לעיל (בסעיף ג של מאמרו) את הדוגמאות של מציאת אבידה ושל התגלות ספר שפלוגי לא היה מודע לקיומו בין הספרים שירש מאביו. במקרים כגון אלה אין "מציאה" או "התגלות" לפי המשמעות הנודעת למונחים אלה בחוק העתיקות.

במקביל שולל סעיף 2 את רכישת המדינה כאשר נמצאה העתיקה או נתגלתה לפני תחילת החוק, כנראה משום ההנחה שבמקרה זה נמצאת העתיקה ברשות הזולת. האם הנחה זו תחול תמיד, למעשה? ואם לאו, מהו הדין?

נניח כי פלוגי גילה עכשיו עתיקה, אך יש הוכחה שזו נתגלתה כבר בעבר, לפני תחילת החוק. מילולית, היה צריך לחול כאן הסייג שבסעיף 2(א) ו-2(ב), אף אם העתיקה הנדונה נהיתה או לרכוש אלמוני אשר אף אחד אינו יכול להסתמך כעת על זכותו. אך חסר כאן כל נימוק להקנות לפלוגי זכות יתרה לעומת כל מגלה עתיקות אחר שלא היה בעליהן לפני תחילת החוק. לפי הראציונאל שבחוק, ההתגלות או המציאה המוקדמות הן אך ורק אלה שיש בהן משום ביסוס לזכות קניין שעודנה קיימת, אצל המוצא (או המגלה) או אצל מישהו אחר מכוחם. לפיכך נדמה לנו כי בסייג שבסעיף 2(א) ו-2(ב) יש לקרוא, כדבר מובן מאליו, את הסייג הנגדי הזה.

ג. "החזקה ללא מודעות" ו"החזקה המהווה בעלות": דין אנגלי מול דין ישראלי

דין במעמד העתיקות ה"תלושות" לפני התגלותן עשוי להיות גם דיון בדבר החזקתן האפשרית והזכויות העשויות לנבוע ממנה. למעשה, במשפט האנגלי מעמידים את בעיית המטמון בראש וראשונה כבעיית החזקה. כך, במשפט אלום יוצאים מן הקביעה כי לבעל הקרקע ישנה החזקת כל דבר הנמצא בעומק, אף אם מדובר בחפץ שלא ידע על קיומו. את הקביעה הזאת ציטטו בהסכמה שופטי הרוב בע"פ 297/77 הנ"ל, שבו פסק בית המשפט העליון בשנת 1978 על פרשה שאירעה בשנת 1976.

ואולם סבורים אנו כי אין דעה זו עולה בד בבד עם מושג החזקה שיש לראותו כמקובל במשפטנו לפי עקרונותיו. רכישת בעלות ורכישת החזקה על מטמון בשל בעלות מקרקעין הן "עניין מקרקעין" שבו אין כוח למשפט האנגלי אחרי חוק המקרקעין (סעיף 160). מלבד זאת, אפילו לא דובר בעניין מקרקעין או אפילו סעיף 160 לא היה קיים, יש לעיין אם בדין הישראלי אין מושג החזקה שונה עקרונית מזה המקובל במשפט האנגלי.

כיוון שחוק השומרים, תשכ"ז—1967, כורך בכל החזקה כדין שלא מכוח בעלות את דיני השומר (ובראש וראשונה את האחריות בתור שומר), אין להעלות על הדעת שהחזקה הנדונה בחוק זה תהא החזקה ללא מודעות וללא רצון<sup>12</sup>. בפסק דינו בפרשת אלום קובע השופט צ'יטי כי לתובע היתה החזקה ולכן בעלות: סימן שהחזקה אינה

12 ראה מ' חשין, "שמירה ושומרים" משפטים ג (1971) 137, 146—147; ג' טדסקי, "השומר על-פי-דין" משפטים ח (1978) 430, 434—435.

נובעת מבעלות, איגה מכוח בעלות. לפיכך נמצאים אנו באותו התחום שחוק השומרים דן בו. ומכל מקום, בשל אופיו הקודיפיקאטיבי של חוק השומרים, למושג ההחזקה שהוא מחייב מכללא יהא קיום גם מעבר לגבולות החוק הזה ומעבר לתוצאות הנדונות בו — בכל פעם שאין הסדר אחר, מפורש או משתמע, בדינים מיוחדים.

לפיכך, גם מטמון שיתגלה במקום סמוי בתוך רהיט אינו בהחזקת מחזיק הרהיט. נראה כי, לגבי עתיקה שטרם הוקנתה למדינה, לא תיתכן רכישת החזקה — מצד בעל המקרקעין או המיטלטלין שבתוכם נמצאת או מצד אדם אחר. מעשה המציאה או הגילוי, שהוא החוליה הראשונה לרכישת החזקה, כבר מקנה את בעלות העתיקה למדינה.

אפשר היה לפקפק בצדקת דעה זו אילו חשבנו כי, אם מגלה פלוני נכס מסוים ואינו יודע או שהנכס הוא עתיקה, יש לראות כי היא "נתגלתה" (על-פי סעיף 2) רק בזמן שיגלו שהיא עתיקה. אין אנו נוטים להסכים לפירוש זה. נראה לנו כי, בדברו על "מציאה" או על "התגלות", מתכוון החוק למציאת החפץ או להתגלותו בתוך חפץ, והוא יחשב כשייך למדינה מאז, אף אם תגלה עתיקותו רק בהמשך הזמן. באופן מקביל, תחול בעלות המדינה גם על נכס שבעת המציאה חשב המוצא כי הוא בבעלות מישהו, ורק אחר-כך מתברר שלא היו לו בעלים. ולהפך: אם חשבו לראשונה שהנכס הוא ללא בעלים ובהמשך הזמן נמצאים לו בעלים, לא יראו את המדינה כבעלת הנכס אף לגבי העבר. גם סעיף 3 לחוק המיטלטלין אומר כי התופס יזכה בנכס כאשר אין לו בעלים (ואינו אומר שיוזכה בנכס הנחשב או המסתבר להיות ללא בעלים, או בנכס שאין למצוא לו בעלים). כמו-כן אינו אומר שלא יזכה התופס בנכס ללא בעלים אם בזמן התפיסה היה לכאורה בבעלות מישהו (ואחר כך התברר שלא היו לו בעלים). בכל המקרים האלה אין מבטלים עכשיו רכישה שכבר נתחוללה או מקנים עכשיו זכות באופן רטרואקטיבי אלא אך ורק מעמידים דברים על הווייתם, לאחר שמראית העין היטעתה אחד או אפילו את הרבים. בדרך-כלל, כל אמונה בקיום זכות או באי-קיומה היא אמונה עראית, הנתונה להכחשה ולתיקון (בסייגים הנובעים ממוסדות ההתיישנות וה-*res iudicata*)<sup>13</sup>.

במשפט אלווס קובע השופט ציטי כי, כיוון שלבעל הקרקע היתה החזקה כדין על הסירה, היתה לו הבעלות עליה (The Plaintiff [...] had a lawful possession, good against all the world, and therefore the property in the boat)<sup>14</sup>. אין סאן המקום לדון אם קביעה זו משקפת את המשפט האנגלי כהילכתו. אך, שוב, אף אם זה הדין האנגלי, אין הדין הישראלי גורס כי החזקה מהווה (או מחוללת) בעלות.

סיכומו של דבר: אילו חוק העתיקות לא היה קיים, או אילו דובר במטמון שאינו בגדר עתיקות, היה זה לבעלות התופס, על סמך סעיף 3 לחוק המיטלטלין, תשל"א—1971 — בין שהתופס הוא בעל הקרקע שבה נתגלה המטמון ובין שאינו בעל הקרקע הזאת, ובלבד שתפס מיטלטלין ללא בעלים תוך כוונה לזכות בהם,

13 השווה בונפאנטה (לעיל, הערה 8) 109.

14 שם, בעמ' 569.

## 3. ההתגלות; רכישת המדינה; הוויתור

## יא. המציאה וההתגלות

אין ספק כי, על-פי סעיף 2, החול רכישת המדינה גם כאשר נמצאה העתיקה או נתגלתה באקראי וגם כאשר נעשה הדבר במתכוון — בין שהחיפוש היה בהיתר, על-פי סעיף 9 ובין שהיה אסור. אין להוציא אפילו את המקרה שהמוצא או המגלה אינם מודעים לכך שהנכס הוא "עתיקה", כפי שכבר הערנו לעיל (בסעיף י').

כמִוכֵן יש להבין שהחוק, בדברו על מציאה וגילוי, מתייחס הן לנכס נסתר והן לזה שהיה אמנם גלוי, אך לא שמו לב אליו, למשל משום שלא ידעו שהוא בגדר עתיקות ולכן לא ראו בו דבר בעל ערך כלשהו (ובלבד שלא היה נכס זה כבר בבעלות מישהו, כי אז לא ישנה הגילוי את מעמדו הקנייני).

## יב. חוסר זכות למדינה לחפש עתיקות באדמת הזולת

רכישת המדינה על עתיקה נעשית בזמן התגלותה או מציאתה. בטרם נתגלתה עתיקה, אין למדינה זכות עליה. אין לה אפילו זיקת הנאה שלפיה יותר לה (כלומר, לאנשים הפועלים מטעמה, עובדיה ובעלי רישיון; ראה סעיף 9(ד)) לחפור ברשות הזולת כדי למצוא עתיקות ולהיוקק לדרכי חיפוש אחרות. ולא רק כשמדובר בדרכי חיפוש שיש בהן משום פגיעה בזכות הבעלים. האיסור שבסעיף 9 הוא רחב עד כדי כך שנכללות בו אפילו אותן הדרכים שבהן אין שום פגיעה בזכות הבעלים, למשל לצלם מן האוויר את הקרקע כדי לגלות אם מתחת לפני הקרקע קיים איזה עצם זר. כיוון שסעיף 47(א) מכריז כי "לענין חוק זה דין המדינה כדיון כל אדם", עלינו להחיל את האיסור שבסעיף 9 הנ"ל גם על המינהל. וגם סעיף 40 אינו מעניק למנהל העתיקות סמכויות להיכנס ולבדוק אלא בקשר לעתיקה "שנתגלתה או נמצאה" כבר. מכל מקום, ההסתברות שבמקום מסוים קיימת עתיקה, לפי תצלום אווירי כנ"ל, אינו עדיין הוכחה כי אמנם קיימת שם עתיקה. והוא הדין בקשר לתעודה היסטורית שתעיד כי במקום הגדון היה בעבר בניין — שאולי שרידיו עוד נמצאים בעומק.

כדי לחפש עתיקות בכל דרך שהיא תצטרך המדינה לבוא לידי הסכם עם בעל האדמה או להפקיע אדמה זו על-פי סעיף 32(א)(2). נראה כי חומרת הדינים שהמדינה מטילה על הפרט מתנגמת ותכביד עליה. ואולם דומה שדרך המוצא תימצא בסעיף 44 המרשה אולי לשר לקבוע בצו כי הוראה מהוראות החוק לא תחול על עתיקות העשויות להתגלות במקום מסוים, ולכן רשאי לקבוע כי לא יחול עליהן איסור החיפוש שבסעיף 9(א); אף-על-פי שסעיף 44 אינו מדבר על מקום מסוים, אלא רק על עתיקות המוגדרות בצו.

אם מדובר בגילוי עתיקה במקרקעין שהיו כבר בבעלות המדינה, כמובן לא יחול שום חידוש מבחינת הבעלות.

## יג. התופס והמדינה

בחוק העתיקות מבחינים בין נכסים שנעשו לפני שנת 1700 לבין אלה שנעשו החל

בשנת 1700. (כיוון שאין מועד סופי לעשייתם, השם "עתיקות" עלול להטעות; מוטב היה לכנות נכסים אלה רק בשם נכסים בעלי ערך היסטורי). במקרה הראשון, הנכסים הנדונים הם עתיקות מכוח החוק ("עתיקות על-פי-דין"); במקרה השני, מכוח הכרזה של שר החינוך והתרבות, לאמור ההכרזה שהם בגדר עתיקות ("עתיקות על-פי הכרזה מינהלית").

החובה להודיע לשלטונות על גילוי עתיקה (סעיף 3) נוגעת רק ל"עתיקה על-פי-דין". מסקנה זו נובעת מן השיקול כי עתיקה על-פי "הכרזה מינהלית" אינה בגדר עתיקה כל עוד לא הכריז השר עליה כעתיקה. ואולם, כיצד יוכל השר להכריז את ההכרזה הנדונה אם לא נודע לו על גילוי הנכס? יש למצוא מוצא לקושי זה בכך, שהשר יכריז הכרזה, לא רק לגבי נכס מסוים, אלא גם לגבי סוג נכסים מסוים (כגון מטבעות עותמניים מהנפקה מסוימת).

לולא חוק העתיקות, המוצא או המגלה עתיקה ללא בעלים היה רוכש את הבעלות עליה אם היא בגדר מיטלטלין והמוצא תפס אותה תוך כוונה לזכות בה (סעיף 3 לחוק המיטלטלין, תשל"א—1971). אם מדובר בעתיקות על-פי-דין, חוק העתיקות שולל את הזכייה הזאת בהקנתו את בעלות הנכס למדינה עם מציאתו או התגלותו. זכייה המדינה היא זכייה מקורית והמוצא אינו נעשה בעל העתיקה אף לרגע קט. אין אנו רואים מקום לשום שלב ביניים בין שני השלבים האלה: השלב שבו העתיקה היא בגדר הפקר (או, לפי דעת אחרים, שבו היא קניינו של בעל המקרקעין) והשלב שבו היא של המדינה.

אמנם, לידי מסקנה אחרת מביאים לכאורה הדברים שאמר השופט עציוני בקשר לדין הקודם. בע"פ 297/77, הנ"ל שלל השופט עציוני קיום גנבה, משום שראה את העתיקות הנדונות בגדר הפקר. לאחר שעמד על דעתם השונה של חבריו לדין, השופט י' כהן והשופטת בן-פורת, ביקש להבהיר ביתר דיוק את דעתו וכתב:

"אם הדבר לא הובהר די צורכו הרי מן הראוי שאציין זאת, כי בכואי להעריך את המצב המשפטי שחל בעניני עתיקה בזמן שפקודת העתיקות היתה בתוקף התכוונתי אך ורק לשלב של גילוי העתיקה, היינו דעתי היא כי עד לגילוייה בתור עתיקה היא נחשבת, לפי המצב החוקי ששרר עד אשר החוק החדש קיבל תוקף, כנכס שהופקר על-ידי בעליו ולכן אי אפשר היה לגנבו. ברם, לאחר גילוי נחשב כחפץ שכל אדם יכול להחזיקו והניתן לגונבו מהמחזיק [...]"

על אף השוני בין הדין הקודם ובין הדין החדש, אילו היו דברי השופט נכונים אז, אין לראות נימוק שבשינויים הראויים לא יהיו נכונים גם עכשיו. אבל אין דברים אלה — יחד עם תחולתם למעשה בהחלטת השופט — משכנעים אותנו. הלוקח לו עתיקה אינו לוקח אותה "בגילוי" כי אם אחרי הגילוי — בין שהוא עצמו היה המגלה הראשון ובין שגילה אותה מישהו אחר לפניו; בין שעמד תיכף המגלה על עתיקות הדבר בשעת הגילוי ובין שלא עמד או על כך.

גם הפרס העשוי להינתן למוצא, בתור מחזיק ומוסר העתיקה למינהל, על-פי סעיף 4, לא ניתן לו בשל זכות קניינית שכאילו קנה לו משום מציאתו, אלא בתור שכר ראוי לפעולתו אחרי המציאה. את זאת יש להניח, כיוון שהחוק חותר להניא כל

חיפוש עתיקות (ללא רישיון) ולכן מן הסתם אינו מתכוון לתת פרס על מציאתן או גילויין.

אם מדובר בעתיקות על-פי הכרזה מינהלית, נראה לנו שחוק העתיקות אינו מבטל לגמרי את סעיף 3 לחוק המיטלטלין. אם לא תבוא הכרזה השר, התופס יוכה סופית בבעלות; ביתר דיוק: ייחשב כזוכה בה מלכתחילה. לכשיכריז השר ההכרזה הנדונה, נוטה דעתנו לייחס לה כוח רטרואקטיבי, כך שבעלות המדינה תיחשב כאילו החלה בזמן המציאה (או הגילוי). כל עוד לא הכריז השר את ההכרזה הנדונה התופס הוא ספק-בעלים. החוק אינו צופה כיצד ייצא המוצא ממצב זה ותוסר מעל ראשו חרב דאמזקלם זו. סעיף 8 דן בווייתור המדינה על בעלותה בעתיקה, אך לא בווייתור על ההכרזה הגורמת לרכישתה.

גם כאשר המוצא אינו עשוי לזכות בבעלות, אף לא בבעלות על תנאי (עתיקות על-פי-דין שהן בגדר מיטלטלין) אין זאת אומרת שאסור עליו לתפוס ולהחזיק — כל עוד לא יקבל דרישת מסירה ממנהל העתיקות (סעיף 4). בתור מחזיק כדין יחולו עליו האחריות והזכויות של שומר על-פי-דין בהתאם לחוק השומרים, תשכ"ו—1967; נוסף על חובת ההודעה למנהל העתיקות שמטיל עליו סעיף 3 לחוק העתיקות.

יד. השטח שאליו מחוברת עתיקה והשטח שבו נמצאה עתיקה בלתי מחוברת

לפי סעיף 2(א) רוכשת המדינה לא רק עתיקה "תלושה" אלא גם את השטח בו נמצאה או נתגלתה עתיקה והדרוש לשמירתה. לפי דברים אלה לא קל לקבוע מהי כוונת החוק. האם גם לכל שטח שבו נמצאה עתיקה "תלושה"? או רק לשטח שאליו מחוברת עתיקה היבור של קבע ושאינו להפרידה ממנו (לפי סעיף 12 לחוק המקרקעין)? מבחינה מילולית אין לומר כי הפתרון הראשון אינו מתאים, כיוון שלפי ההגדרה שבסעיף 1 גם "עתיקה תלושה" היא "עתיקה". אבל אין זה מקובל לשמור את כל העתיקות הבלתי מחוברות שלא במוזיאונים אלא במקום שבו נמצאו — דבר העלול להגביר את הסיכונים השונים המאיימים עליהן, להגדיל את הוצאות שמירתן ולהקשות על הציבור את ראייתן. ואין זה סביר להפקיע למטרה הנדונה כל שטח פרטי שבו מצאו עתיקות. מצד אחר, מסתבר האינטרס הארכיאולוגי לשמור במקומה עתיקה מחוברת לקרקע אף אם מבחינה טכנית אפשר להעתיקה למקום אחר. כדאי לנקוט בפתרון ביניים בין שני הפתרונות הקיצוניים דלעיל, ומסתבר כי זוהי כוונת החוק. היינו אומרים אפוא כי די בהיבור לשטח לביסוס זכות המדינה על הקרקע, שבה תשמור על העתיקה, ותוכל גם לשחזרה בהשלמת איבריה המדולדלים.

טו. רכישה מקורית; רכישה רטרואקטיבית

אם המקרקעין הנדונים היו כבר קודם בבעלות המדינה, לא יחול כמובן שום חידוש מבחינת הבעלות על העתיקה אחרי מציאתה או התגלותה. אם היה קודם קניין של מישהו אחר יעבור לרשות המדינה. אך לא היינו אומרים שתהא זו העברת זכות: זכות המדינה

תיחשב זכות חדשה, מקורית, ולא זכות הבעלים הקודמים שכאלו עברה למדינה.<sup>15</sup> לפיכך לא תהא זכות המדינה נתונה לפגמים, למגבלות ולשיעבודים של הזכות הפרטית הקודמת.

גם כאן נוטה דעתנו לראות את זכות המדינה כמתחילה בזמן המציאה או הגילוי, אף במקרה של עתיקות על-פי הכרות השר, ואף כאשר מדובר בשטח הדרוש לשמירת עתיקה אשר את גבולותיו יקבע מנהל העתיקות — כמובן, אחרי המציאה או הגילוי; כך שקביעה זו תפעל למפרע.

גם לגבי המקרקעין הבעלות הנרכשת למדינה אינה מונעת כי, בטרם תידרש המסירה לפי סעיף 4, יהיה למוצא מעמד של מחזיק כדין — ולכן תהיינה לו האחריות והזכויות של שומר על-פי-דין.

כל הדברים דלעיל נאמרו על סמך הוראת סעיף 2, האם יחדל יסודם זה כשמדובר בהסכם בין מנהל העתיקות ובין בעל רישיון שעל-פיו יותר הראשון על זכויות המדינה או תיקבע חלוקת עתיקות בין המדינה ובין בעל הרישיון (סעיף 14)? כלומר, האם זכיותו של בעל הרישיון תהא זכיה ראשונית? לנו נראה כי הוראת סעיף 2, בתור הוראה כללית, תחול גם במקרה הגדון. הוויתור המורשה בסעיף 14 הוא ויתור על בעלות שנרכשה או שתירכש למדינה, והחלוקה היא חלוקת נכסים שנרכשו או יירכשו לה.

#### טז. עתיקה שאבדה לבעליה ואין להשיבה להם

לפי השיקולים שהרצינו לעיל, נראה לנו שלא תרכוש המדינה עתיקה "תלושה" כשהיא נמצאה כבר ברשות אחר. לפיכך לא תרכוש אבידה. ואולם נשאלת השאלה: כאשר מוצא אבידה מסר אותה כדין למשטרה ועבר פרק הזמן שקבע החוק, ולא נמצאו הבעלים, האם תימסר היא למוצא או למדינה, כאשר מדובר בעתיקה? השאלה אינה מן הקלות, משום שעניין האבידה קיבל בחוק מיוחד פתרון מסוים, ללא התחשבות באפשרות שהאבידה היא עתיקה. מצד אחר, חוק העתיקות בא אחרי חוק השבת אבידה, תשל"ג — 1973, ובמה שנוגע למהות הנכס חוק העתיקות הוא ספציפי יותר. נראה כי ההיגיון מחייב זכיה של המדינה. הקניית הבעלות למוצא, לפי חוק השבת אבידה, מבוססת על ההנחה שלנכס אין כבר בעלים, מכוח *praesumptio iuris et de iure*. לפיכך, זאת שלראשונה לא היתה מציאה במשמעות סעיף 2 לחוק העתיקות היתה לכזאת בתום התקופה הקבועה בחוק השבת אבידה; ולכן תגיע העתיקה למדינה. כשמדובר בעתיקה שלראשונה היתה אבידה ובסופו של דבר נכס ללא בעלים לא תעמוד למוצא זכות יתרה מזאת של מוצא עתיקה שכבר אז היתה ללא בעלים.

#### יז. ויתור המדינה

סעיף 8 קובע כי "המנהל [המנהל של אגף העתיקות והמוזיאונים שבמשרד החינוך

15 במשפט הפלילי בפרשת מחמוד טמייזה הנ"ל, בבית המשפט המחוזי בירושלים, השופט זילר, בדחתו את הדעה שלפיה ס' 4 לפקודת העתיקות שולל את הקניין של בעל המקרקעין ושל המוצא, מעיר: "בראש וראשונה הרישא של סעיף 4 דן ברכישת העתיקה ע"י הנציב העליון והכיבוד ירכוש הנציב העליון עתיקה ממי שאין לו זכות?". יש להגות כי השופט זילר היה גורס רכישה מסורתית גם במקרה הגדון כאן לפי חוק העתיקות.



והתרבות] ראוי לוותר בכתב על בעלות המדינה בעתיקה, ומשעשה כן — תחדל העתיקה להיות נכס המדינה".

אילו היה זה ביטול, היתה מוחזרת העתיקה למצבה המשפטי הקודם וגם לא היו רואים אותה כנרכשת למדינה במשך פרק זמן מסוים; אך לא בביטול מדובר כי אם בויתור.

מוזן הרכישה ועד לויתור תיחשב העתיקה בבעלות המדינה, וגם אחר-כך היא עשויה לא להימצא במצב שהיה לה ערב רכישת המדינה או במצב שהיה לה אילו לא אירעה רכישה זו.

בענין עתיקות שהן בגדר מיטלטלין, ויתור המדינה הופך אותן להפקר. לא נוכל להתחשב בתפיסת המוצא (או המגלה) בשעתו, אף-על-פי שלולא רכישת המדינה או מכוח סעיף 2 היה המוצא זוכה בבעלות. הויתור עשוי לקדם אדם אחר שהדבר ייודע לו והנמצא בקרבת העתיקה הנדונה.

אף אם נניח כי סעיף 2 מאפשר למדינה רכישת עתיקות הנמצאות כבר בבעלות מישהו, אין הויתור מחזיר אותן לבעליהן הקודמים, אלא מפקיר אותן ומאפשר לתופס הראשון את הזכייה בהן.

אשר לעתיקות שהן בגדר מקרקעין, תוצאת סעיף 8 מוזרה ביותר, כיוון שהיא תוצאה אפסית. מכיוון שאין מקרקעי הפקר (משום שסעיף 3 לחוק נכסי המדינה, תשי"א—1951, לא תוקן בנוגע למקרקעין — להבדיל ממיטלטלין), על אף הויתור תישאר העתיקה נכס של המדינה. נמצא כי דברי החוק ("תחדל העתיקה להיות נכס המדינה") נעשים פלסטר. על כורחה שומרת המדינה בעלות שאין היא מעוניינת בה; ואילו בעל העתיקה הקודם (כלומר בעל המקרקעין שבהם מצא אותה המוצא בשעתו), שמן הסתם היה מעוניין בהחזרתה אליו, לא יקבלה — כפי שהיה דורש הצדק.

שונה מן הויתור הנדון בסעיף 8 לחוק העתיקות — שהוא ויתור על רכישה שכבר נתחוללה (על-פי-דין) — היה הויתור לפי סעיף 4 לפקודת העתיקות, 1929. זה היה ויתור לחולל רכישה שטרם נתחוללה (ושהיתה נעשית, אילו נעשתה, על-ידי מעשה מינהלי מכונן [קונסטיטויטיבי]<sup>16</sup>).

#### 4. חוק העתיקות והקניין הפרטי

יח. הגנת יתר על העניין הציבורי

חוק העתיקות כופר בזכות הבעלים על העתיקות שיימצאו בתחומם וכן כופר הוא בזכייה של תופס עתיקות, ובמקום זאת קובע זכות המדינה עליהן. לא היה מקום לצפות מן המחוקק הישראלי לעמדה עקרונית שונה — או לא שונה בהרבה. מושג הבעלות הפרטית

16 בע"פ 297/77 הנ"ל. אמנם נחלקו דעות השופטים בדבר הזכות שלפי הפקודה יש לייחס למוצא עד אשר לא החליט המנהל אם לרכוש את העתיקה או לוותר על רכישתה. מכל מקום, לפחות דבר אחד משתמע מן הפקודה: התנגדותה לדעת הרוב בפסק הדין הנ"ל, שלפיה עתיקה הנמצאת באדמה שייכת לבעל האדמה — כיוון שהפקודה זיכתה בשיפוי אך ורק את המוצא.

בזכות ריבונית, הבולעת לתוכה את הדברים הנמצאים בתחומה, הוא מושג אופייני לשיטות משפט של העבר או שגובשו בעבר, אך אין רוח ומגנו נוחה לו וחוקי ישראל אחרים הביעו כבר קודם מדיניות משפטית שונה. בכל הארצות ובישראל בפרט מרגישים היום בעניין שיש לציבור בעתיקות. ואם מבקשים להגן על האינטרס הציבורי לשמירת העתיקות, אין בדרך כלל להכיר בבעלות הפרט, יהיה זה בעל המקום שבו נמצאה העתיקה או האדם שמצא אותה. החוק מרחיק לכת משום שהוא לא רק כופר בזכיית התופס אלא גם אוסר על הכל (חוץ מבעלי רישיון) הפירות לגילוי עתיקות וחפוש עתיקות בכל דרך שהיא, פן יבולע לזכות המדינה ופן ייגרם נזק לעצם העתיקות. אשר למוצא עתיקות (שלא ברישיון) יש להביט על שלילת זכותו לשיפוי (או לפרס לפי שווי העתיקה הנדונה) בייחוד מבחינה פראגמטית. בשללו את השיפוי שפקודת העתיקות העניקה למוצא, חוק העתיקות מעמיד את כל תוחלת המוצא על "פרס" שאין לו ביטחון לקבל ושאינו קובעים בחוק את שיעורו. המצויים בענייני העתיקות בארץ סבורים כי אפילו הפקודה המנדטורית לא הצליחה להבטיח שהמוצאים יודיעו למינהל על גילויים, משום שהמינהל לא נהג לשלם להם למעשה כדי מחיר השוק. על אחת כמה וכמה יש להטיל ספק אם חוק העתיקות יצליח, על אף העונשים החמורים שהוא מאיים בהם, לקבל עתיקות מכל אלה שאינם יראי דינים מעצם טבעם. כלפיהם, לא סגי ב"מקל" ללא הגשת "גזר" מושך.<sup>17</sup>

בדרך כלל, המעיין בחוק מקבל את הרושם כי אפשר היה להימנע מהגנת יתר על העניין הציבורי ולגהוג בהתחשבות יתר באינטרס הפרטי. גראה לנו כי אפשר לקבוע כלל גדול אחד שממנו נובעים שלושה כללי-משנה. הכלל הגדול הוא זה: יש להעמיד את זכות המדינה על הדרוש לפי העניין הציבורי, ותו לא. ושלושת כללי המשנה הם: (א) יש לנהוג בהקטנת הנזק לבעל המקום; (ב) אין למנוע זכיית התופס — או להשאירה תלויה ועומדת ללא גבול זמן — אם אין זה דרוש לפי העניין הציבורי; (ג) אין לאפשר שינכה בעתיקה אדם שלישי, לרעת בעל המקום והתופס הראשון גם יחד — כאשר אין המדינה מעוניינת בבעלות העתיקה.

הגדרת העתיקות בחוק היא רחבה ביותר — עד כדי כך שהמלה "עתיקות" מציינת אף דברים חסרי כל עתיקות — ואם המדינה תקבל למעשה את כל הנכסים שהיא זכאית לקבל, היא תהיה עמוסה בדברים שהם מיותרים לה בחלקם הרב. היא תצטרך לוותר (כפי שגם החוק צופה) על חלק מהם או למכור אותם (אך במקרה זה אין לראות צידוק לעצם הרכישה, לפי האינטרס הארכיאולוגי). משום כך יש לראות יתרונות

17 יצוין כי באנגליה, על אף זכויות הכתר על סוגי מטמון מסוימים, נהגים למעשה לתחזיר אל המוצא את הדברים המצויים שאינם דרושים למוסדות ציבוריים ואת שוויים המלא של המוחזקים. ראה: Halsbury, *Laws of England* (Simonds ed.) VII, p. 540. באיטליה ובצרפת נוהג, כמו בישראל, איסור החפוש הפרטי ללא רישיון. בכל זאת בצרפת נשאר בתוקפו בעניין זה סעיף 716 ל"קוד סיויל" שלפיו יקבלו המוצא ובעל המקרקעין את המטמון, מחצה כמתצה. באיטליה בעלונת העתיקה היא של המדינה, והמוצא ובעל המקרקעין יקבלו כל אחד פרס שלא יעלה על רבע מערך העתיקה. ראה בצרפת את החוק מיום 27 לספטמבר 1941 על החפירות הארכיאולוגיות ובאיטליה את החוק מיום 1 ליוני 1939, מס' 1089, על הגנת דברים שהם בעלי עניין אמנותי או היסטורי.

בהסדר כגון זה שבפקודת העתיקות המנדטורית, שלפיו אין הממשלה (או המדינה) רוכשת עתיקה באופן אוטומטי אלא היא רק זכאית לרכשה.

כידוע לנו, קובע סעיף 2 שהמדינה תרכוש, יחד עם העתיקה, את השטח שבו נמצאה והדרוש לשמירתה. אף אם נפרש את ההוראה הזאת כנוגעת רק לעתיקה מחוברת, יש להעיר כי החוק בחר בפתרון הקיצוני — והפוגע בזכות הבעלים — ביותר מבין הפתרונות האפשריים. מן הראוי היה לקבוע כי לפי הנסיבות ייבחר פתרון זה או אחד מבין שני פתרונות אחרים.

ייתכן סילוק העתיקה למקום אחר, על אף היותה מחוברת לקרקע. אפשר כי גם מבחינה ארכיאולוגית יהיו יתרונות בשמירתה במקום אחר. ומכל מקום יש להתחשב בנוק הנגרם לפרט בשמירת העתיקה במקום שבו נמצאה ובהפקעת זכותו על מקרקעיו. פתרון אלטרנטיבי גוסף הוא בהשארת העתיקה במקומה וברשות בעל המקום, תוך הטלת זיקת הנאה שלפיה יהויב זה להימנע מכל פעולה העלולה להזיק לעתיקה. במסגרת הסדר זה לא יהיה חשוב, מבחינה מעשית, אם ייקבע שהעתיקה עצמה תהא בבעלות בעל המקרקעין או אם תעבור לרשות המדינה — בסטייה מעקרון ה-*accessio* הנכלל בסעיף 12 לחוק המקרקעין (עיקרון שהוא כבר סובל יוצאים מן הכלל במשפטנו הפוזי-טיבי).

אשר ל"עתיקות על-פי הכרזה מינהלית", כבר צוין לעיל כי כבד מגשוא הוא מצב שלפיו אין גבול לזמן שבו יוכלו השלטונות להכריז את ההכרזה הנדונה, כך שחרב דאמוקלס תעמוד תמיד מעל ראש התופס. צריך היה לקבוע כי ביכולתו של זה להודיע למנהל העתיקות על "ספק-עתיקה" שבידיו, בתוצאה שאחרי פרק-זמן סביר לא יינתן למינהל להוציאה מרשותו.

אם המינהל מוותר על עתיקה שהמדינה רכשה באורח אוטומטי עם התגלותה, ויתור זה לא יועיל לבעל המקום שבו נמצאה ואף לא לאדם שגילה או מצא אותה, אלא שתהיה ניתנת לתפיסה ולזכייה של כל אחד. הסדר זה אינו צודק כי, לעומת כל תופס מאוחר יותר, עדיפים התופס הראשון או בעל המקום (או שניהם, מחצה על מחצה). החוק היה צריך לבחור באחד מן הפתרונות האלה, בהפכו את הוויתור על זכות המדינה לביטול הרכישה (אם ישמור את דין הרכישה האוטומטית ולא יהפוך אותה לזכות ברירה לרכוש). עמדנו על אי-אלו היבטים שלפיהם לוקה החוק ב"פיסקאליזם" מופרז — ועל היבטים גוספים ממין זה נעמוד להלן. אך, לעומת היבטים אלה, מן הצדק לציין כי, לפי היבט אחר, קיימת בחוק העתיקות מתינות מסיימת. במקום להקנות למדינה את העתיקות ללא בעלים הנמצאות במדינה, אף בטרם נתגלו, הוא מקנה אותן לה רק עם מציאתן או התגלותן. חוק העתיקות ירש את ההסדר הזה, לפי צדו השלילי, מפקודת העתיקות המנדטורית שלא יכלה לגרום אחרת, הואיל והיא לא היקנתה את העתיקות לממשלה אף עם התגלותן ורק נתנה לה את הזכות לרכושן. במובדל מן הדין הנוגע לאוצרות הטבע, זכות המדינה על העתיקות הנדונות בסעיף 2(א) קמה רק עם התגלותן, ומשום כך אין לה זכות (שהיתה עשויה להיחשב כזיקת הנאה על-פי-דין) לחפשן במקרקעי הנולת. אין זכות זו קיימת גם לכל אדם שיפעל מכוחה, כגון בעל רישיון (השווה סעיף 9(ד): "אין במתן רישיון חפירה בלבד כדי להעניק זכות כניסה למקרקעין שברשות הנולת"). ובאין למדינה זכות כזאת, אין מקום לכל דין שבהפעלת הזכות יטיל התחשבות באינטרסים של הבעלים (השווה, למשל, סעיף 9 לפקודת המכרות; סעיף 8(ב) לחוק הנפט, תשי"ב—

1952) או שיקבע פיצויים בעד הנזק הגרם להם תוך כדי החיפוש. גם אחרי התגלות העתיקות הנדרונות בסעיף 2(א) אין למדינה זיקת הנאה על מקרקעי הזולת: לא לגבי עתיקות בגדר מיטלטלין (כיוון שאין למדינה אלא הזכות לקבל את מסירתן)<sup>18</sup> ולא לגבי עתיקות מחוברות (כיוון שכאן זכות המדינה עולה כדי בעלות על השטח).

### יט. שיפוי לפרט והקצאת המשאבים

מלבד הכלל שצוין לעיל — המעמיד את זכות המדינה על הדרוש ותו לא, יחד עם כללי-המשנה הנובעים ממנו — רצוי גם כלל אחר, והוא שיפוי לפרט הנפגע בזכותו. אף אם נסכים כי העניין הציבורי בעתיקות מצדיק את שלילת הבעלות הפרטית על העתיקות שתתגלינה, אין להסכים לפגיעה-ללא-שיפוי בזכויות הפרט, כאשר האינטרס הציבורי בעתיקות מביא לידי הפקעת הבעלות הפרטית הקיימת על מקרקעין מסוימים או לידי הטלת זיקת הנאה עליהם. אף אם על בעל מקרקעין להשלים עם שלילת זכותו על העתיקות הנמצאות בתחומו, רשאי הוא לתבוע כי מהימצאותן לא ייגרם לו נזק בכל הנאה אחרת המגיעה לו, ממקרקעיו.

אמנם פרק ח' לחוק העתיקות מוקדש ל"הפקעות" ושם מדובר בהפקעה כרוכה בשיפוי, לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. כמו-כן פיצוי מובא בחשבון בסעיף 7 לחוק העתיקות בקשר להפסקת עבודה לאחר גילוי עתיקה במקרקעין (סעיף 6). אבל ההוראות החיוביות האלה<sup>19</sup> מבליטות את החסר במקרים הנשארים מחוץ לתחולתן.

זהו המקרה של "השטח שבו נמצאה או נתגלתה [עתיקה] והדרוש לשמירתה" (סעיף 2(א)) והגעשה נכס של המדינה. זיהינו את היסוד לרכישת הקרקע למדינה בשיקול כי העתיקה כאן העיקר והאדמה — הטפל, וכי החיבור מצריך בעיני החוק בעלות של אחד בלבד על שני הדברים גם יחד. אבל לא סגי בשיקול זה כדי לפטור את הרוכש מן החובה לשפות בכסף מלא את בעל הדבר הטפל העובר לרשותו. במקרים אחרים של חיבור (סעיפים 21(ב), 23 לחוק המקרקעין, סעיף 4(ב) לחוק המיטלטלין), מונע הדין התעשרות של בעל הדבר העיקרי על חשבוננו של בעל הטפל אף כאשר מדובר בבנייה שלא כדין על קרקע הזולת. לעומת זאת, איש לא יאמר כי, משום שבקרקע של פלוני נתגלתה עתיקה, בעלותו של פלוני לא היתה כדין וכהלכה עד לזמן ההתגלות.

זהו גם המקרה של "אתר עתיקות" לפי פרק ז' לחוק. אמנם כאן לא מדובר בהפיכת השטח לרשות המדינה, אלא על הטלת זיקת הנאה על המקרקעין הנדונים. אך אין ספק כי בהטלת זיקת-הנאה רחבה וכבדה כזאת יש משום פגיעה חמורה בזכות הפרט. חוק המקרקעין, סעיף 165, הכיר שבמקרה מקביל, שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור המונע מבעליהם הנאה מלאה ממקרקעיהם, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים, אם נגרם לבעל המקרקעין נזק ממון. זהו נוסח זהיר למדי, ולפחות בצורה זו היה רצוי שיחול על "אתרי עתיקות". אי-העקיבות החקיקתית אינה קיימת רק ביחס שבין חוק העתיקות

18 ראה לעיל, סעיפים ת, יד.

19 ראה גם סעיף 19 בדבר קניית עתיקות בעלות ערך לאומי, סעיף 25 בדבר קניית עתיקות בעלות חשיבות מדעית מיוחדת, וסעיף 26 בדבר קניית עתיקות שמוזיאון מבקש למכור או להעביר באופן אחר.

ובין חוקים אחרים, אלא גם בתוך חוק העתיקות עצמו: אין הדעת סובלת שיינתן פיצוי בשל הפסקה זמנית לחפירה או לבנייה (סעיף 7) ושלא יינתן בשל איסור לצמיתות על הפעולות האלה ועל פעולות אחרות או — יתרה מזו — בשל הפקעת השטח שבו נתגלתה עתיקה.

גם התיקון שחוק המיטלטלין, תשל"א—1971, סעיפים 3 ו-14, הכניס בסעיף 3 לחוק נכסי המדינה, תשי"א—1951, הירשה לקוות שהמחוקק ינהג ברוח ליבראלית יותר כנגד סעיף 3 המקורי לחוק נכסי המדינה. אדרבא, חוק העתיקות חמור יותר מבחינה מסוימת, מפני ששם דובר באי-רכישה וכאן, לעומת זאת, בהפקעת זכויות מוקנות לפרט. העניין הציבורי בדבר העתיקות המתבטא בהקרכת 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 בעקרון "הקצאת המשאבים" (allocation of resources). אמרנו לעיל כי, במקרה של עתיקה מחוברת לקרקע, רצוי שתהיה ברירה בין השארתה במקום — בהקניית המקום למדינה או בלעדיה — ובין העתקת העתיקה למקום אחר. המחליטים היו צריכים לשקול מה כדאי יותר לאור כל הנסיבות ומשום כך לחשב את הנזק הכרוך בכל אחד מהפתרון, נות, לרבות את נזק הממון העלול להיגרם לפרט. דהיינו, צריך לנהוג לפי עקרון "הקטנת הנזק" במשמעותו הכוללת. אך כל השיקול ייצא מסולף אם רשאי המחליט להתעלם מגורם אחד, הנזק הנגרם לפרט, הואיל ונזק זה אינו בר שיפוי. ובדומה לכך — בעניין הכרות מקום כ"אתר עתיקות". "Activities should bear the costs they engender", כפי שמטעימים השכם והערב המשפטיים הכלכלנים בארצות-הברית.