

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים**

**עע"ם 2273/03**

**עע"ם 2314/03 - ה'**

**עע"ם 2316/03**

**עע"ם 2324/03**

**עע"ם 2332/03**

**עע"ם 2347/03**

בפני :  
כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק  
כבוד המישנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערערת בעע"ם 2273/03 : אי התכלת שותפות כללית

המערערות בעע"ם 2314/03 : אזורים בנין (1965) בע"מ  
קנדאל פיתוח בע"מ

המערערת בעע"ם 2316/03 : גד חברה לבנין בע"מ

המערערות בעע"ם 2324/03 : אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ  
אחים עופר נכסים (1957) בע"מ

המערערת בעע"ם 2332/03 : אלמוג התכלת שותפות מוגבלת

המערערות בעע"ם 2347/03 : מבני עופרים בע"מ  
מבני גזית (2000) בע"מ

נ ג ד

המשיבים :  
1. החברה להגנת הטבע  
2. הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה  
3. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב  
4. המועצה הארצית לתכנון ובניה  
5. משרד התיירות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענינים מנהליים בתל  
אביב-יפו 6.2.03 בעת"מ 2038/98 שניתן על-ידי כבוד  
הנשיא א' גורן

בשם המערערת בעע"ם  
עו"ד דורית רביב ; ועו"ד יגאל קווה : 2273/03

בשם המערערות בעע"ם  
עו"ד דניאל אברבנאל ; ועו"ד אדם שפרוך : 2314/03 ועע"ם 2316/03

בשם המערערת בעע"ם : 2324/03	עו"ד נבות תל-צור ; ועו"ד איילת לשם
בשם המערערת בעע"ם : 2332/03	עו"ד ארי וקסלר ; עו"ד רון ברקמן ; ועו"ד מירי קליין
בשם המערערות בעע"ם : 2347/03	עו"ד חנן מלצר
בשם המשיבה 1 :	עו"ד ענת שני
בשם המשיבה 2 :	עו"ד רענן הר-זהב
בשם המשיבים 3-5 :	עו"ד אורית פודמסקי

### פסק - דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

פתח דבר

1. לפנינו שישה ערעורים מינהליים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' הנשיא גורן). הסוגיה העולה לדין בהליך זה מתמקדת בשאלת יישומה הלכה למעשה של התשתית התכנונית על השטח הידוע כמיתחם המרינה בהרצליה (להלן - המרינה). מיתחם המרינה יועד, על-פי התכניות, להיות "אזור תיירות ונופש" שהבנייה למגורים אסורה בו. עולה השאלה האם בניית דירות במיתחם המרינה ושיווקן כדירות מגורים לכל דבר וענין, מתיישבת עם התשתית התכנונית החלה במיתחם. כן עולה השאלה מהו הסעד הראוי באם יתברר כי בניית הדירות ושיווקן כדירות מגורים אינם מתיישבים עם דיני התכנון והתשתית התכנונית במקום.

2. יוזמת העתירה המינהלית היתה החברה להגנת הטבע. העתירה הוגשה כנגד ועדות התכנון, 8 חברות בנייה ומשרד התיירות.

3. ראשיתו של פרויקט המרינה ביוזמה לפתח מעגנה על חוף ימה של הרצליה שישמש מוקד תיירותי ואתר נופש וביילוי לתועלת כלל הציבור. המרינה נועדה להיבנות במימון גורמים פרטיים בתמורה לזכויות בנייה שתינתנה להם במיתחם. על מיתחם המרינה חלה תכנית המתאר הארצית לחופים "תמ"א 13 חוף ים תיכון" (להלן - תמ"א 13) האוסרת בנייה במרחק של 100 מטרים לפחות מקו המים.

4. ביום 6.8.85 הובאה בפני משיבה 4, המועצה הארצית לתכנון ובנייה (להלן - המועצה הארצית), באמצעות ראש עיריית הרצליה דאז, מר אלי לנדאו, בקשת העירייה שאלה עיקריה:

א. קביעת המיקום בקווים כלליים למרינה בהרצליה באזור חוף הנכים ליד אכדיה.

ב. שינוי ייעוד משטח חוף רחצה לשטח אזור תיירות ונופש, שבו מותרים השימושים הבאים: מתקני מרינה, תחזוקה ימית, מועדוני ספורט ימי, מלונאות לסוגיה ואכסון, שירותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור ומסעדות, בתי קפה, וכיוצא באלה.

ג. בקשה לקבלת הקלה מאיסור בנייה עד 100 מטר מקו המים בשטח המיושב להקמת המרינה.

5. המועצה הארצית דנה בבקשה, ונתקיים דיון בהשתתפותו של מר לנדאו.

לאחר דיון, החליטה המועצה הארצית להקים מרינה באתר בהתאם למצוין בתשריט התכנית הר/2002, אושרו הבקשות בענין שימושי הקרקע, וניתנה הקלה ביחס לאיסור בנייה עד 100 מטר מקו המים. המועצה אישרה ייעוד של אזור תיירות ונופש כמשמעותו בתמ"א 13 (עת/1). על בסיס החלטת המועצה הארצית עוצבה תכנית מתאר מקומית הר/1985-2002 (להלן - התכנית המקומית הר/1985-2002). ייעוד השטחים על-פי התכנית הוא תיירות ונופש, שטח מוגן של מי-ים בתחום שוברי הגלים, ושטח ציבורי פתוח, הכולל שטח אתר ארכיאולוגי לשימור (סעיף 9 לתכנית). סעיף 11 לתכנית משקף את ייעודי השטחים - מתקני מעגנה, תחזוקה ימית, מועדוני ספורט ומלונאות לסוגיה; מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש, שירותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור, מסעדות, בתי קפה וכל השימושים המוגדרים בסעיף 8 להוראות תמ"א 13 בחוף הים. תכנית מתאר מקומית הר/2003, המעדכנת את התכנית המקומית,

לא שינתה דבר ביחס לייעודי השטח והשימושים האמורים. כן חלה על השטח תכנית מפורטת ה/2003 א (להלן - התכנית המפורטת).

6. ביום 3.4.95 דנה ועדת המשנה לעררים של הוועדה המחוזית בהתנגדויות לתכנית המפורטת. בהחלטתה נאמר, בין היתר (סעיף 11) (עת/7):

“...לפיכך מורה הוועדה לתקן את סעיפי התכנית באופן שבכל מקום שמופיע ייעוד דירות נופש ומלונאות, יופיע מלונאות לסוגיה; מלונות דירות, דירות נופש”.

כן הוחלט כי בתכנית ייאמר שהיתר שיוצא לכל סוג של מלונות יותאם לדרישות משרד התיירות. “יש להתאים את שטחי השירות להגדרה הנ”ל” נאמר בהחלטה.

7. הוועדה המקומית הוציאה לחברות הבנייה (המערערות) היתרי בנייה, אשר על-פיהם תוכננו, נבנו ושווקו דירות למגורים לציבור הרחב.

ההליך הראשון

8. החברה להגנת הטבע פנתה בעתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים, והעלתה את הטענות הבאות:

התשתית התכנונית החלה על המקום מתבססת על הגדרת ייעוד מיתחם המרינה לאזור תיירות ונופש כהגדרתו בסעיף 8 לתמ”א 13. הגדרה זו כוללת מלונות בדרגות שונות וכן מתקני נופש למיניהם כמוגדר בסעיף 13 לתמ”א 13. שימוש למגורים רגילים שלא לנופש אסור על-פי התכניות החלות על המיתחם. במקום לא נבנה אף מלון או מלון דירות, ותכנוניהן של הדירות למגורים שנבנו אינן תואמות להגדרת דירת נופש. כדי להגשים את מטרת התכנון, יש להעמיד את הדירות שנבנו לרשות הציבור על-ידי חיוב בעלי הדירות שרכשו אותן להעמידן למאגר השכרה. יתר על כן, על הדירות להיות תואמות למבחינים מסוימים מבחינת גודלן הפיסי, על-פי הנחיות משרד התיירות - דבר שלא נעשה.

הסעדים שנתבקשו בעתירה המקורית הם בקשה לסעד הצהרתי הקובע כי השימוש למגורים בתחום המרינה אינו חוקי, ויחידות הנופש במיתחם צריכות להיות תואמות לדרישות משרד התיירות, וכי הוועדה המקומית הוציאה היתרים חסרי תוקף,

הסותרים את תכנית הר/2003. כן נתבקש צו המחייב את הוועדה המקומית להתאים את היתרי הבנייה שהוציאה לתכניות החלות על השטח, ולהבטיח כי השיווק על-ידי חברות הבנייה ייעשה בהתאם לתכנית.

9. עמדתן של חברות הבנייה המשיבות בעתירה היתה כי אין להגביל את "דירות הנופש", בין מבחינת תכונותיהן הפיסיות ובין מבחינת השימוש הנעשה בהן. לעמדתן, מובנן של "דירות נופש" בהקשר לתכניות המרינה מתמקד בכך שבאזור הקמתן לא מתוכננת הקמה של תשתיות ציבוריות האופייניות לשכונות מגורים רגילות. על-פי טיעון זה דירה הופכת לדירת נופש מכוח הימצאותה באזור שאין בו מבני ציבור שנועדו לשרת צרכים שגרתיים של אוכלוסיה המתגוררת ברובע מגורים רגיל. טענה זו התבססה על לשון התכניות וההליך התכנוני, מתוכם ניתן להסיק, כך על-פי הטענה, כי ל"דירות נופש" אין קונוטציה זהה למלונאות. החלטת המינהל בדבר פרסום מיכרז להקמת המרינה (מ/ש/6) המדבר בהקמת מגורים (דירות נופש), ופרטים שונים הקשורים בהליכי התכנון, מצביעים על כך שהוועדה המחוזית והוועדה המקומית קבעו כי אין הגבלות שטח על דירות נופש (מ/ש/16; מ/ש/11 וכן החלטת המועצה הארצית מיום 3.7.90 לפיה התכנית המפורטת תואמת את החלטות המועצה (מ/ש/17)). חברות הבנייה הוסיפו וטענו כי המגבלות שהעותרת ביקשה להטיל על דירות הנופש (המתייחסות לשטח הדירות ולחובת העמדתן להשכרה לציבור הרחב), לא נכללו בהיתרי הבנייה שהוצאו על-ידי הוועדה המקומית, דבר אשר גם הוא מלמד על כך כי דירות הנופש אינן סוג של מלונאות. מבחינת ההיגיון התכנוני, נטען כי שטח הבנייה המוקצה בתכנית המפורטת הוא כ-11,000 מ"ר. אם תתקבל הפרשנות המוצעת על-ידי החברה להגנת הטבע, לפיה משמעות המונח "דירות נופש" זהה למלונאות, כי אז פירוש הדבר תוספת של כ-3,800 יחידות, המהוות תוספת בלתי סבירה של יחידות מלונאיות באזור הרצליה, העלולה לפגוע פגיעה חמורה בענף התיירות באזור, ולגרום הרס כלכלי למלונות הקיימים.

עוד נטען על-ידי חברות הבנייה, כי אילו היה ידוע מבעוד מועד כי מדובר בהקמת דירות נופש כיחידות מלונאיות, היזמים היו מתייחסים לפרויקט המרינה כמיזם בלתי רווחי, ולא היו נכונים להשקיע בו את המשאבים הנדרשים להקמתו. הן הוסיפו וטענו, כי פרשנות העותרת פוגעת פגיעה קשה בזכויות הקניין, הן שלהן והן של אלה שרכשו דירות במיתחם המרינה. מימוש זכות הקניין כזכות יסוד אינו מתיישב עם הגבלת השימוש בדירות הנופש לצורכי ציבור כנטען על-ידי החברה להגנת הטבע, תוך פגיעה בקניינם של הבעלים, ובלא שיש להגבלות האמורות עיגון מפורש בתכניות.

10. עמדתה של הוועדה המקומית בעתירה היתה כי הגדרת "דירות נופש" בתכניות חייבת להיות תואמת את מושגי תמ"א 13. משמעות הדבר היא כי הדירות נועדו לשמש לתיירות ולנופש, ונאסר לעשות בהן שימוש למגורים. מכאן, שדירות נופש צריכות לענות להגדרה של "אכסון מלונאי מיוחד", או לכלול הגבלה של שטח היחידות בתוספת רכיב של השכרת היחידות לכלל הציבור.

11. הוועדה המחוזית, המועצה הארצית ומשרד התיירות טענו כי לגישתם, פירוש המונח "דירות נופש" בתכנית הר/2003, כנלמד מלשון החלטות המועצה הארצית ולשון תמ"א 13, הוא, כי ההקלה שניתנה בשטח אינה מתירה בנייה לצרכי מגורים. כל פרשנות לפיה "דירות נופש" נועדו לשימוש אחר מאשר לסוג של מלון, סותרת את התכניות ואת תכליתן.

פסק הדין בהליך הראשון

12. בית המשפט ניתח את התכניות השונות החלות על המקום, על-פי תוכנן ומעמדן הנורמטיבי. הוא הגיע למסקנה כי השימוש למגורים אינו בגדר השימושים המותרים במרינה. הוא קבע כי תכנית המתאר הארצית אוסרת על שימוש למגורים במקום. בהיותה תכנית עליונה במדרג הנורמטיבי, יש לפרש בהתאם לכך גם את הוראות התכנית המקומית והתכנית המפורטת. משמעות המושג "דירות נופש" המופיע בתכניות אלה צריכה להתאים להגדרת "אזור תיירות ונופש" בסעיף 8 לתמ"א 13, המכוונת למלונות, אכסניות, בתי הבראה או מיתקנים למחנאות, מתקני נופש או מתקני שירותים אחרים הנחוצים להפעלתם. ההרמוניה התחיקתית מחייבת פרשנות תואמת של כל התכניות, והדרך ליישב ביניהן במקרה זה היא לומר כי המונחים המופיעים בהמשך למושג "מלונאות לסוגיה" ובהם "מלונות דירות, דירות נופש, ובתי נופש" הם פירוט דוגמאות של מלונאות לסוגיה, ולא רשימת שימושים נפרדים ושונים. העדר תשתית תכנונית למבנים ציבוריים במיתחם גם הוא מתיישב עם העובדה שאין מדובר בשימוש בדירות למגורים בלבד. קובע בית המשפט:

"כפי שקבעתי לעיל, התירו התכניות החלות על המרינה הקמת דירות הנופש במיתחם רק ככל שהן מהוות סוג של מלון. ככאלו, על הדירות להוות מקום לאירוח תיירות ונופשים מקרב הציבור הרחב, לפחות פרק זמן כלשהו במהלך השנה".

לאור זאת, קבע בית המשפט כי הדירות יהיו חלק ממאגר דירות להשכרה מלונאית, כפי שיוסדר בחוזי הרכישה של הדירות, וזאת לפרק זמן מינימלי מידי שנה. אשר לאלה שרכשו דירות נופש טרם פרסום פסק הדין, נקבע כי על הוועדה המקומית לנהוג גמישות יתירה בתנאי ההשכרה שיחולו עליהם, כדי לצמצם עד למינימום את הפגיעה הכרוכה בהתערבות בתנאים חוזיים שכבר נקשרו קודם למתן פסק הדין בין הרוכשים לבין חברות הבנייה.

13. אשר להגבלות על גודל הדירות, קבע בית המשפט כי לאור התיקון לתכנית המפורטת מיום 3.4.95, היה על הוועדה המקומית לפנות אל משרד התיירות טרם הוצאת היתרי הבנייה, ולהתנות את ההיתרים במגבלות גודל וצורה על-פי הוראות המשרד. התעלמות מחובה זו שקולה כחריגה מסמכות הוועדה. עם זאת, בית המשפט הגיע למסקנה כי חל שיהוי בעתירה בענין זה. העותרת החמיצה את המועד לתקוף את היתרי הבנייה שכבר ניתנו, ולכן לא ניתן להכפיף בדיעבד את דירות הנופש, לגביהן ניתנו כבר היתרי הבנייה, לדרישות משרד התיירות מבחינת גודלן. עם זאת, היתרים שטרם ניתנו יהיו כפופים להנחיות המשרד. בית המשפט מסיים את פסק דינו בקביעה כי אין לראות בניתוח המשפטי שהובא משום פגיעה שלא כדין בזכויות חברות הבנייה או זכויות רוכשי דירות הנופש, שכן זכויותיהם מעולם לא כללו אלא זכויות שהדין מאפשר את הקנייתן. זכויות הקניין שרכשו מוגבלות לשימושים המותרים בתכנית, ואלה אינם כוללים מגורים. מכאן, שאין לראות בסעד הניתן משום פגיעה בזכות הקניין. לאור כל זאת, החליט בית המשפט לקבל את העתירה בחלקה, והצהיר כי השימוש למגורים בדירות הנופש במיתחם המרינה הוא בלתי חוקי. בית המשפט הורה כי בעלי דירות הנופש יצרפו אותן למאגר דירות להשכרה לצרכי אכסון מלונאי, לפרק זמן מינימלי מדי שנה. עוד הורה בית המשפט, כי חוזי הרכישה אשר ייערכו מנקודה זו ואילך, בין חברות הבנייה לרוכשי הדירות, ישקפו את החובה האמורה. כן הורה בית המשפט לוועדה המקומית להוציא הנחיות בקשר לפרק הזמן המינימלי בו יועמדו הדירות להשכרה, תוך הבחנה בין דירות שנרכשו לפני מתן פסק הדין ודירות שנרכשו לאחר מכן.

העתירה נדחתה בחלקיה האחרים.

14. חברות הבנייה ערערו על פסק הדין לבית משפט זה. ביום 23.7.00 ניתן פסק דין בערעורים אזרחיים 145/00 ; 155/00 ; 196/00 , 197/00 ; 200/00 ; 201/00 ; ו-1836/00. בהמלצת בית המשפט, הסכימו כל הצדדים לביטול פסק דינו של בית משפט קמא ולהחזרת הדיון אליו. בית משפט זה קבע עוד:

"להליך יצורפו כמשיבים רוכשי הדירות על-פי רשימה שיגישו המערערות. בית המשפט המחוזי, בדיון שיתחדש בפניו, ישמע טענות ויקבל ראיות, במקרה הצורך, בענין טענת השיהוי שהעלו המשיבים בתיק המקורי. כך גם ישמע בית המשפט המחוזי את טענותיהם של רוכשי הדירות, ובמקרה הצורך, יתיר להם להביא ראיות ככל שירצו. לאחר קבלת הטענות והראיות כאמור לעיל, ולאחר קבלת סיכומי טענות הצדדים, ייתן בית המשפט המחוזי פסק דין חדש".

ההליך השני

15. ביום 5.9.00, משהתחדש הדיון בעתירה בבית משפט קמא, הודיעה העותרת כי היא חוזרת בה מעתירתה לסעד ככל שהוא נוגע למי שרכש יחידות במיתחם המרינה בטרם מתן פסק הדין בהליך הראשון ביום 9.12.99. לאור זאת, ביום 30.11.00 נתן בית משפט קמא פסק דין חלקי, בו נדחתה העתירה באופן חלקי, כדלקמן:

"לגבי כל דירה שנרכשה בתחום הידוע כ"מרינה הרצליה" עד ליום 9.12.99 ועד בכלל, ולגבי רוכשי הדירות הנ"ל ו/או נעבריהם ו/או יורשיהם, למעט רוכשים שיודיעו לבית המשפט בתוך 45 ימים מהיום על רצונם שפסק דין חלקי זה לא יחול עליהם... לא יהיה בכל החלטה ו/או פסק דין נוסף שיינתן בעתירה זו כדי לפגוע ברוכשי הדירות הנ"ל, ו/או בנעבריהם ו/או ביורשיהם ו/או בדירותיהם".

16. באותו מעמד, ניתן צו ביניים (שהחליף צו ביניים קודם), אשר על-פי תוכנו חל איסור על היזמים להתקשר בחוזים חדשים למכירת יחידות בתחום תכנית הר/2003 במרינה, אלא כדירות נופש, ובתנאי שהרוכשים ומי שיבוא במקומם, יקבלו על עצמם את קביעות בית המשפט בהליך זה, וכי הזכויות והחובות שלהם בדירות הנופש יהיו כפי שייקבע על-ידי בית המשפט. תנייה זו תופיע בהסכמי רכישה עתידיים, ויצויין בהם דבר קיומו של הליך זה. כן ניתן צו האוסר על היזמים לבנות דירות חדשות אלא כדירות נופש, תוך התאמה לדרישות משרד התיירות, ואיסור מלבצע שינוי פיזי בדירות קיימות,



אלא תוך התאמה להיתרי בנייה שניתנו כדין. כן ניתן צו האוסר על רשות התכנון המקומית להוציא היתרי בנייה חדשים, אלא תוך עמידה בדרישות משרד התיירות והנחיותיו לענין דירות נופש, והתאמת ההיתרים להם. ענינם של בעלי הדירות שרכשו אותן בטרם ניתן פסק הדין בהליך הראשון בא, אפוא, על פתרונו. נותרה שאלת השיהוי, שהיה צורך להכריע בה על-פי החלטת בית משפט זה בערעור הראשון.

פסק הדין המשלים בהליך השני

17. ביום 6.2.03 ניתן פסק הדין המשלים בהליך השני בבית משפט קמא. טענת השיהוי שהעלו חברות הבנייה נדחתה, ובית המשפט אימץ מחדש את עיקרי קביעותיו בפסק הדין הראשון, בכפוף לקביעות פסק הדין החלקי שניתן בהליך השני.

בית משפט קמא בחן לעומקה את טענת השיהוי שהועלתה על-ידי חברות הבנייה ביחס לעיתוי המאוחר של הגשת עתירתה של החברה להגנת הטבע. הוא בחן את מאפייניו השונים של השיהוי על מרכיביו השונים - הסובייקטיבי, האובייקטיבי ומידת הפגיעה בשלטון החוק הכרוכה בו. לענין השיהוי הסובייקטיבי פסק כי המועד הרלבנטי הוא נקודת הזמן שבה נודע לעותרת כי החברות משווקות את דירות הנופש במרינה כדירות מגורים לכל דבר וענין, ולא מועד מוקדם לכך. שהרי העותרת לא תקפה את התכניות עצמן אלא את אופן יישומן, לאחר שחברות הבנייה החלו לפעול בשטח. שנית, העותרת לא ישבה בחיבוק ידיים גם בשלב התכנוני, והגישה התנגדות לתכנית המפורטת ב-1994. בהחלטת מוסד התכנון נקבע כי כל השטח מיועד למלונאות לסוגיה, ולכן העותרת הניחה, ובצדק, שהיעוד לנופש יישמר. מאז אמצע שנת 1997, החלו הפרסומים על שיווק הדירות כדירות מגורים. עם זאת, רק ב-31.7.98 פנתה העותרת לראשונה ליושב-ראש הוועדה המקומית והתלוננה על היתרי הבנייה. הידיעה הספציפית של העותרת בדבר שיווק הדירות למגורים התגבשה לכל המאוחר באפריל 1998, ואילו העתירה הוגשה רק בדצמבר 1998. בכל אלה ראה בית המשפט שיהוי סובייקטיבי מסויים.

מההיבט האובייקטיבי, התייחס בית המשפט לקיומם של צדדים שלישיים, אשר הסתמכו באופן סביר על אקט מינהלי, ושינו את מצבם לרעה. רוכשים "ישנים" אשר רכשו את דירותיהם בטרם ניתן פסק הדין בהליך הראשון, מוגנים מכוח הפסק החלקי. רוכשים "חדשים", שרכשו דירות לאחר פסק הדין לא הסתמכו על מצג של תקינות בשיווק הדירות למגורים לאור פסק הדין שניתן, ולרוכשים אלה אין לתת הגנה. אשר

לחברות הבנייה - להן לא קם אינטרס לגיטימי הראוי להגנה, שכן האיסור על שימוש למגורים במיתחם המרינה היה כל העת מול עיניהן, והן פעלו בניגוד לאיסור זה. הן היו מודעות לכך שהבנייה והשיווק של הדירות כדירות מגורים אינם תואמים את התכניות, והבינו כי פעילותן זו משמעה הפיכת המרינה לשכונת מגורים. הייעוד המלונאי של האזור ושל הדירות היה מובן מאליו, והחברות נקטו גישה של עצימת עיניים בהתכחשן להוראות ברורות בתכניות ובהיתרים. לפיכך לא נתקיים ההיבט האובייקטיבי שבעקרון השיהוי. מעבר לכל אלה, הוסיף בית המשפט, כי אינטרס שלטון החוק גובר במקרה זה על טענת השיהוי. קבלת טענת שיהוי בנסיבות מקרה זה היתה מכשירה דה-פקטו מציאות של פגיעה חמורה בחוק ובאינטרסים ציבוריים חיוניים. הפגיעה במשאב ציבורי של חוף הים, שנועד להנאת הציבור הרחב, התנהלותן חסרת תום הלב של חברות הבנייה, וההפרה הנמשכת על-ידן - כל אלה מנציחות מצב בלתי חוקי, המביא לפגיעה רצינית בשלטון החוק. לפיכך, קבלת טענת שיהוי, אפילו קיים שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי, היתה שקולה לפגיעה חמורה בשלטון החוק, ודי בטעם זה כדי לדחות את טענת השיהוי. בית המשפט הוסיף כי מגבלת הזמן להגשת עתירה הקבועה בתקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים), התשנ"ו-1996, אינה אמת מידה קשיחה. מדובר בקנה מידה בלבד להערכת טענת השיהוי.

18. על יסוד כל אלה, אימץ בית המשפט את עיקרי קביעתו בהליך הראשון, בכפוף לפסק הדין החלקי בהליך השני.

הערעור בהליך השני

19. חברות הבנייה מערערות על פסק הדין הראשון ועל פסק הדין החלקי כאחד.

טענות הצדדים

עמדת המערערות (חברות הבנייה)

20. ערעורי חברות הבנייה מתבססים על ארבע טענות עיקריות כנגד פסק הדין קמא: שיהוי בהגשת עתירת החברה להגנת הטבע, פרשנות המושג "דירות נופש"

בתשתית התכנון, פגיעה בקנין המערערות, והעדר אפשרות סבירה ליישם את הסעד שהורה עליו בית המשפט.

## 21. אלה הטענות לפרטיהן:

לענין השיהוי נטען, כי מדובר בשיהוי חמור וקיצוני בו נגועה העתירה. המועד לבחינת שיהוי בהגשת העתירה צריך להימנות מאז גילוי הכוונה לבנות את המבנים כדירות מגורים, כלומר, בעת מתן היתרי הבנייה או, לכל המאוחר, בשלב תחילת שיווקן של הדירות לצורך אותו שימוש. השיהוי הסובייקטיבי של העותרת הינו ברור וגלוי. השיהוי בהגשת העתירה במקרה זה עולה על שלוש שנים - שכן זה פרק הזמן שחלף מאז פורסמו הדירות למכירה כדירות נופש למגורים על-ידי חלק מהמערערות, ומאז ניתנו לראשונות מבין חברות הבנייה היתרי בניה בהם נקבע כי השימוש העיקרי לדירות הנו "מגורים". כן נטען כי דבריהם של בכירים בחברה להגנת הטבע, אשר התפרסמו בכלי התקשורת כשנתיים וחצי לפני מועד הגשת העתירה במועדם (ב-20.10.95 וב-25.6.96), מעידים על כך שהעותרת היתה ערה כבר אז לכוונת היזמים לשווק את הדירות לצרכי מגורים, אך העתירה הוגשה בשנת 1998. עוד נטען, כי החברה להגנת הטבע היתה שותפה פעילה להליכי התכנון ולדיונים שעסקו באופי הדירות. בעקבות הליכים משפטיים אחרים בהם תקפה את גודלם וגובהם של בתי הדירות בבג"צ 3706/90 (נספח יא' למוצג מע/2 של האחים עופר נכסים והאחים עופר הנדסה), הוכנסו שינויים בתוכנית המעודכנת (הר/2003) לשביעות רצונה המלאה, וזו באה לידי ביטוי בהמלצתה לאשר תוכנית זו, ואף את התוכנית המעודכנת המפורטת הנגזרת ממנה. משלא תקפה החברה להגנת הטבע אותה העת את אופן השימוש בדירות עצמן, על-אף ידיעתה על הכוונה לשווקן כדירות מגורים, מנועה היא מלעשות כן עתה. יתר על כן, נטען, העתירה הוגשה לכל הפחות מספר חודשים לאחר המועד הקבוע להגשתה בתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים), התשנ"ו-1996. בנסיבות אלה, חרגה העותרת בצורה קיצונית מגבולות גמישותן של התקנות האמורות, כאמת מידה לקיומו של שיהוי.

22. לענין השיהוי האובייקטיבי, טוענות המערערות כי הן הסתמכו בתום לב על מצגים שהוצגו בידי רשויות התכנון, לפיהן דירות הנופש אינן יחידות בעלות אופי מלונאי. הן הניחו בכנות ובסבירות כי הדירות אינן כפופות להגבלות כלשהן מבחינת שטחן, ומבחינת אופי השימוש בהן, ואינן כפופות לחובת השכרה. היותן "דירות נופש" מתבטא בכך שהן מצויות בסביבת נופש שאין בה תשתית למבני ציבור המאפיינת

שכונת מגורים רגילה. התייחסות רשויות התכנון לפרויקט הניעה את המערערות להיכנס להשקעות נרחבות לבנייה למגורים, שאילו היו ערות למגבלות הנטענות כיום, לא היו משקיעות בכך. המצג עליו הסתמכו חברות הבנייה עולה, לטענתן, מתוך תוכניות המרינה, מסמכי המכרז וחוזי החכירה, הקובעים, על-פי ניסוחם, שלושה ייעודים נפרדים ועצמאיים למבנים במרינה - מלונאות, מלונות דירות, ודירות נופש - וזאת, לאחר שהמועצה הארצית שינתה את תמ"א 13 באופן שייעודה כולל, לצורך הפרויקט, גם בניית "דירות נופש". מתוך כך ניתן להסיק כי "דירות נופש" עניינן למגורים. גם בדיוניהן, קבעו רשויות התכנון כי די באי הקמת שירותים קהילתיים ובאי הקצאת שטחים לצרכי ציבור כדי למנוע היווצרות שכונת מגורי-קבע במיתחם המרינה, ובכך יש כדי להגשים את ייעוד "דירות הנופש". ממילא, הכפפת דירות הנופש לחובת השכרה לא עלתה מעולם בדיוניהן. אף היתרי הבניה שניתנו למערערות על-ידי הוועדה המקומית לתכנון ובניה התירו בחלקם שימוש למגורים, ואף באותם מקרים בהם תוקנו ההיתרים לא נקבעה בהם חובת השכרה. הדירות לא הוכפפו לדרישות משרד התיירות בבניית יחידות מלונאיות, הקצאת החניות לכל דירת נופש עלתה על הנהוג ביחידות מלונאיות, ולא הותרה בניית רכיבים המאפיינים יחידות מלונאיות (שטחי ציבור, מכבסה, בריכה וכו'). גם על-פי תצהירו של ראש העיר הרצליה דאז, אלי לנדאו, אשר כיהן גם כיושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ובניה, הוועדה לא ייעדה את דירות הנופש למטרות מלונאות. למצגים אלה של רשויות התכנון יש לייחס משקל רב ביצירת אינטרס לגיטימי של המערערות, הנובע מהסתמכותן בתום לב על תשתית נתונים שהונחה בידי הרשויות הציבוריות. חיזוק לכך ניתן למצוא בעובדת מעורבותן החריגה של רשויות התכנון בתכנית המרינה, שהיתה פועל יוצא מהצורך להגביר את הוודאות העסקית ביחס לפרויקט המרינה בשל היקפו, ונוכח המיתווה הפיננסי הייחודי שלו, אשר התבסס על אחריות בלעדית של המשקיעים הפרטיים לעלויות הקמת המעגנה בתמורה לזכויות בנייה במיתחם. לטענת המערערות, רק לאחר גמר הליכי התכנון, ובעקבות העתירה, חל מהפך דרמטי בעמדת רשויות התכנון ביחס לאופיין וטיבן של הדירות.

23. בעקבות הסתמכותן בתום לב על מצגים אלה של מוסדות התכנון, טוענות המערערות כי שינו את מצבן לרעה באופן קיצוני. הן בנו דירות בשטח גדול שלא יועדו לצרכי מלונאות, אשר חסרות רכיבים ושירותים המאפיינים דירות מסוג זה. הסבתן כיום לצורך מלונאות הינה קשה ביותר. עקב כך, הכפפת דירות הנופש לחובת השכרה לצרכים מלונאיים עתידה לגרום להן נזק רב, הנאמד, על-פי חוות דעת שמציגות המערערות, בעשרות מיליוני שקלים. על-פי הנטען, הסעד שנפסק בפסק הדין קמא אינו מיישם את עקרונות הבטלות היחסית, באשר הוא אינו מתחשב בהסתמכותן תמת הלב

של המערערות על מצגי הרשויות הציבוריות, ושינוי מצבן עקב כך. כן נטען כי הסעד שנפסק אינו מתיישב עם הקביעה בפסק הדין כי החברה להגנת הטבע השתתתה בהגשת העתירה, ולאור זאת אין לפגוע במעשה עשוי בלתי הפיך, פגיעה שתסב נזק רב ביותר למערערות. שינוי השימושים בדירות שנבנו למטרת מגורים בעלויות כבדות, המתבססות על תחזיות כלכליות הרלבנטיות לאותו ייעוד, אינו שונה משינוי מאפיינים פיסיים של מבנים גמורים, שעליו נמנע בית המשפט מלהורות, אף שהאבחנה ביניהם מלאכותית. לאור זאת נטען, כי גם אם ימצא ביסוס לקביעתו המשפטית של בית משפט קמא לגופה, נדרש פיתרון מידתי מבחינת הסעד שעיקרו בהחלת הסעד באופן פרוספקטיבי רק על שטחים שלגביהם טרם הוצאו היתרי בניה.

24. אשר למהות האינטרס הציבורי בטענת השיהוי טוענות המערערות כי בנסיבות הענין לא מתקיימת אותה פגיעה קשה בשלטון החוק, המצדיקה לדחות את טענת השיהוי חרף השיהוי האובייקטיבי והסובייקטיבי שחל בנסיבות ענין זה. פעולתן של חברות הבנייה נבעה, למצער, מתוך טעות בתום לב בפרשנות המונח "דירות נופש", ופעולתן אינה בלתי חוקית בעליל. כן יש לייחס את מלוא המשקל לנזק רב הממדים הצפוי להן מאימוץ פסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים, בהינתן הסתמכותן בתום לב על מצגי הרשויות הציבוריות, והשלב המתקדם אליו הגיעו בבנייה, בלא יכולת לשנות כיום את המאפיינים הפיסיים של המיבנים ואת ייעודם. עד כאן טענות המערערות לענין השיהוי.

25. אשר לפרשנות המושג "דירות נופש" טוענות המערערות כי מושג זה אינו בהכרח "סוג של מלון", ולכן דירות אלה אינן כפופות לחובת השכרה מלונאית. על-פי מובנו הלשוני הפשוט והרגיל של המונח, "דירת נופש" אינה יחידה מלונאית אלא דירה שעל-פי סגולותיה מתאימה לשמש לנופש. גם נייר עמדה של משרד התיירות מיום 18.5.98 מגדיר "דירות נופש" כדירה בבעלות פרטית "המשמשת לצרכי נופש לבעליה ולאורחיה או להשכרה למטרות נופש". העמדה הכלולה במסמך, לפיה יש להטיל מגבלות על גודלן של דירות נופש הממוקמות על קרקע שייעודה מלונאי, אינה חלה, לטענתן, במקרה שלפנינו, ראשית, מאחר שנייר העמדה התפרסם 3 שנים לאחר אישורה של תוכנית המתאר האחרונה הנוגעת למרינה. שנית, המובן אותו יצק בית משפט קמא ל"דירות נופש" מביא, על-פי הטענה, לאבסורד כלכלי, באשר משמעותו היא כי יוקמו למעלה מ-2000 יחידות מלונאיות חדשות במיתחם המרינה, המהוות תוספת של 400% למספר היחידות המלונאיות שהוקמו בהרצליה מאז נוסדה, שאינה מתאפיינת בביקוש עורך. שלישיית, ההיסטוריה התכנונית, כפי שבאה לידי ביטוי במצג שיצרו רשויות

התכנון כלפי המערערות, מלמדת כי דירות הנופש לא נתפשו על-ידי גופי התכנון כיחידות מלונאיות הכפופות למגבלה כלשהי, ובכלל זה לחובת השכרה. ורביעית, נטען כי בשל הימנעותן של רשויות התכנון מהגדרת המושג "דירות נופש" לאורך כל שנות התמשכותו של ההליך התכנוני, על-אף בקשתם המפורשת של מתנגדי תוכניות הבניה, מנועות רשויות התכנון כיום מלהציג פרשנות מצמצמת למושג זה שנים כה רבות לאחר הליכי התכנון, עריכת המכרז ותחילת הבניה. כן מציינות המערערות כי אין מקום שבית משפט זה ימיר את שיקול דעתן של רשויות התכנון אשר במהלכי התכנון הכשירו את פעולתן של המערערות, בשיקול דעתו שלו.

26. חברות הבנייה טוענות עוד לפגיעה בקניינן עקב פרשנות בית משפט קמא ביחס למהות השימושים בדירות הנופש. לטענתן, איסור הפיכת מיתחם המרינה לשכונת מגורים כפי שנקבע בתוכניות המתאר, לא נועד להגביל את קניינן של החברות בדירות הנופש, ולאסור על שימוש בהן למגורים, אלא כל עניינו במיתחם לצרכי נופש, שבו יישמר אופיו התיירותי של האזור, ולא יוקמו בו שירותים מוניציפליים. הגשמת תכלית זו, שהיא תכליתו האמיתית של התכנון, אינה מותנית בהגבלות על גודל הדירות או אופן השימוש בהן.

27. כן נטען לקשיי ביצוע שונים ביישום פסיקת הערכאה קמא והסעד שקבעה. בעקבות פסק הדין ייווצרו מבנים המערבים דירות למגורי קבע ביחד עם דירות המשמשות לצרכי השכרה מלונאית, ושילוב זה הוא בעייתי במיוחד. כמו כן, בית המשפט לא קבע את פרטי חובות השכירות אשר יחולו על רוכשי הדירות, אלא הטיל קביעות אלה על הוועדה המקומית. לא זו בלבד שקביעת הסדרים פרטניים כאלה מהווה פגיעה בלתי מידתית בקניינם של פרטים, אלא שהדבר כלל אינו בסמכותה של הוועדה המקומית, האמונה על נושאי תכנון בלבד.

28. מעבר לטיעונים הכלליים המשותפים לכל המערערות, ביקשה כל אחת מהן להעלות טיעונים המיוחדים לה, בהתאם לנסיבות הספציפיות המאפיינות את חלקה בפרויקט הבנייה במרינה:

אזורים בנין (1965) בע"מ וקנדאל פיתוח בע"מ (המערערות בע"מ 2314/03): ביום הגשת העתירה, בנין דירות הנופש שחברות אלה בנו ניצב על עומדו, ועבודות הגמר בו (מחיצות, ריצוף, טיח, דלתות וכו') נמצאו בעיצומן. עד לאותו יום,

מכרו חברות אלה כ-60% מדירות הנופש בבנין. לענין לשון היתרי הבניה - מסתמכות מערעות אלה על האבחנה בין מלונאות לסוגיה לבין "דירות נופש".

גד, חברה לבנין בע"מ (המערערת בעע"ם 2316/03): חברה זו טוענת כי, להבדיל מחברות בנייה אחרות, כשנה קודם להגשת העתירה, הוועדה המקומית הוציאה לה היתרי בניה "למגורים (בדירות נופש)", ואלה לא שונו או תוקנו אי פעם. כן היא מתייחסת לתיקון הבסיס לחישוב האגרה שהוטלה לצורך הוצאת היתר הבניה לבית דירות הנופש, מסעיף "מגורים" לסעיף "בתי עסק, בית מלון, בית מרגוע" שנעשה ביום 16.2.68. לטענתה, היא לא היתה אמורה להסיק מכך על דבר קיומן של מגבלות כלשהן על הבנייה והשימוש בדירות למגורים שמאפייניהן הפיסיים תואמים בכל לדירות מגורים. כל שהסיקה מכך, לטענתה, הוא כי תיקון הטעות באגרה נבע אך בשל היות התעריף המתוקן גבוה מקודמו.

אלמוג התכלת, שותפות מוגבלת (המערערת בעע"ם 2332/03): גם חברה זו טוענת כי הינה היחידה מכל החברות שבהיתרי הבניה שלה הוגדר במפורש השימוש המותר, כשימוש "למגורים (בדירות נופש)" מבלי שהיא הועמדה על קיומה של טעות או פגם כלשהו בהיתר שקיבלה. היא בנתה "בנין מגורים - לדירות נופש", אשר על-פי ההליך התכנוני אינו כפוף למגבלות גודל ושימוש, וייחודו הוא בסביבתו ובהעדר שירותים מוניציפאליים המאפיינים שכונת מגורים. משלא צוינה תכלית ה"הארכה" בהיתר הבניה, אין לתכלית זו תוקף כלפיה. כן היא טוענת כי דווקא משום שבמועד הגשת העתירה מכרה פחות ממצצית הדירות שבנתה, הנזק שהיא עתידה לספוג כתוצאה מפסק הדין בשל אי התאמת הדירות לצורכי השכרה מלונאית, הנו גדול במיוחד. לבסוף מערעות זו מבקשת לאבחן בינה לבין שאר חברות הבנייה בכך, כי שני מגדלי המגורים נשוא ערעורה בנויים על גגו של קניון מסחרי, שנבנה על-ידי גורם אחר כדין. לאור זאת, מגדליה של המערערת אינם מונעים מן הציבור הרחב את הנגישות לשטח, ושימוש בו כשטח תיירות ונופש.

מבני עופרים בע"מ ומבני גזית (2000) בע"מ (המערערות בעע"ם 2347/03): גודלן של דירות הנופש שחברות אלה בנו אינו עולה על 50 מ"ר, והוא תואם בכך את דרישות משרד התיירות, הגם שאלה לא היו בתוקף בעת מתן היתרי הבניה. מכיוון שלעמדת רשויות התכנון עצמן בעתירה זו, הגבלה פיסית על גודלן של דירות הנופש מסייעת למניעת שימוש בדירות למגורים. לטענת חברות אלה, אין להוסיף בעניינן הגבלות נוספות לענין העמדת הדירות להשכרה, דבר שיהווה פגיעה בלתי מידתית בקניינן.

אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ אחים עופר נכסים (1957) בע"מ (המערערות בעע"ם 2324/03): לטענת חברות אלה, מניתוח הליכי התכנון ואופן ניהול ההליכים, לא היה מקום להסיק שדירות נופש אינן מיועדות למגורים, וכי יש להבחין הבחנה ברורה בין מלונאות לסוגיה לבין דירות נופש; רשויות התכנון מנועות כיום מלהציג פרשנות חדשה למונח "דירות נופש" נוכח התנהגותן לאורך כל הליכי התכנון והרישוי. כן נטען כי הכפפת דירות הנופש לחובת השכרה אינה בת-ביצוע, ולכן עלול להיווצר מאגר גדול של דירות ריקות ללא שימוש שעתיד להפוך את המרינה לאזור של עזובה והזנחה.

אי התכלת שותפות כללית (המערערות בעע"ם 2273/03): חברה זו טוענת כי הפרויקט הציבורי של המרינה לא היה קם אילו הוצעו ליזמים רק זכויות בנייה לסוגים שונים של מלונאות, להבדיל ממבני מגורים, וזאת נוכח ההשקעה האדירה שהיתה כרוכה בהשתלבות במיזם זה. לטענתה, היא לא ידעה ולא היה עליה לדעת כי קיימת חובת העמדת דירות הנופש להשכרה לציבור, וקם לה אינטרס הסתמכות לגיטימי הראוי להגנה.

בשולי הדברים ייאמר כי לא מצאנו מקום לקבל את בקשת המערערות חברת מבני עופרים ומבני גזית (2000) בע"מ להוספת טיעונים בכתב לאחר שמסכת טיעוני הצדדים הושלמה.

#### עמדת המשיבים

29. טענת המשיבים היא, כי יש לאמץ את עמדת בית משפט קמא, ולדחות את הערעורים. ראשית, אין להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו בידי הערכאה קמא, משלא מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת. לגופו של ענין, נטען כי שיווקן של דירות הנופש כדירות למגורים סותר באורח קיצוני את התשתית התכנונית במיתחם המרינה, ומהווה מעשה בלתי חוקי העומד בניגוד לדיני התכנון והבניה. התכניות ומסמכי התכנון לאורך כל מהלכי התכנון הגדירו את מיתחם המרינה כשטח מיועד למלונאות ולתיירות, ולא למגורים. גם היתרי הבנייה התירו בניית דירות נופש ולא דירות מגורים. אגרות היתרי הבנייה חושבו על-פי תעריף "בית מלון" ולא בנייה למגורים. הוועדה המקומית ראתה את מהות הבנייה כבנייה לצרכי "הארחה" ולא



כבנייה למגורים. טעויות שנפלו בהיתרי בנייה שניתנו לחברת מבני עופרים ולחברת ג ד תוקנו.

30. לטענת השיהוי נטען כי יש לדחותה, משלא נתקיים כאן שיהוי סובייקטיבי או אובייקטיבי. אשר לשיהוי הסובייקטיבי, המועד הנכון לבחינתו הוא תחילת השימוש האסור בדירות בפועל, או למצער, מועד קיומה של ידיעה בפועל של החברה להגנת הטבע על השיווק למגורים, שחל ביולי 1998, כך שהשיהוי בהגשת העתירה הוא בן ארבעה וחצי חודשים לכל היותר. יתר על כן, ככל שהעתירה נוגעת לדירות שטרם נמכרו, והשימוש האסור בהן טרם החל, אין כלל שיהוי. אשר לשיהוי האובייקטיבי, המבחן הוא האם העיכוב בהגשת העתירה הביא לפגיעה באינטרסים ראויים, ולנוק משמעותי לצד שלישי. לחברות הבנייה לא קם אינטרס לגיטימי ראוי להגנה. פרשנותן הבלתי סבירה למושג "דירות נופש" אינה יכולה להקים אינטרס הסתמכות לגיטימי. יש לאבחן בין חברות הבנייה שלהן לא קם כל אינטרס ראוי להגנה, לבין רוכשי הדירות שמצבם שונה. לאלה שרכשו אינטרס בר-הגנה בטרם מתן פסק הדין בעתירה, ניתנה הגנה ראויה בפסק הדין החלקי שניתן בהליך השני. כמו כן נדחה חלקה של העתירה ככל שהוא עוסק במגבלות הפיסיות של הדירות. בכך יש כדי לענות באופן מידתי על אינטרסים שנתגבשו קודם לפסק הדין. מכל מקום, הפגיעה בדיני התכנון ובקניין הציבור בחופי הים היא כה קיצונית בנסיבות מקרה זה, עד כי יש בה כדי להאפיל על השיהוי, אפילו היה כזה, ולהצדיק הכרעה לגופה של העתירה.

31. הוועדה המקומית טוענת כי אין בסיס לטענה כלפיה כי עמדתה כיום סותרת את עמדתה בעת הליכי התכנון ובעת מתן היתרי הבנייה. לטענתה, היא נקטה עמדה עקבית לכל אורך הדרך, לפיה בנייה למגורים באזור אסורה, והיא לא שינתה מעמדתה זו. ממילא, אין מקום לטענת מניעות כנגדה. כן היא טוענת שבסמכותה לנקוט אמצעים לאכיפת הוראות פסק הדין נשוא הערעור בענין הסעד. בידיה לא רק סמכויות תכנון, אלא גם סמכויות אכיפה ופיקוח מכוח סעיף 27 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שתכליתן להבטיח את ביצוע דיני התכנון כהלכתם. לעצם הענין היא טוענת, כי המבנים כשירים להשכרה מלונאית, ואין קושי ביישומם של פסק הדין.

32. החברה להגנת הטבע רואה גם היא בפסק הדין קמא ביטוי לאיזון נכון וראוי בין הערכים השונים המתמודדים במקרה זה - עקרונות בתחום התכנון והבניה, ערכים של תום לב, זכויות צדדים שלישיים, יישום תורת השיהוי, אינטרס השמירה האפקטיבית על נכסים ציבוריים ושלטון החוק. על חברות הבנייה שנהגו בחוסר תום

לב בפעולתן, בניגוד לייעוד הפרויקט, לשאת בתוצאות הסיכון שלקחו על עצמן בהועדת הדירות למגורים, ואין מקום להקל עמן בתנאים שהוצבו לריפוי הפגם, מעבר להקלה שכבר נעשתה עמן על-ידי בית משפט קמא.

#### הסוגיות להכרעה

33. פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מניח את התשתית לקביעות הבאות: על-פי הדין והתשתית התכנונית התקפה, מיתחם המרינה מיועד לתיירות ונופש. המיבנים הניבנים בו חייבים לעמוד בקריטריון זה. המסגרת התכנונית, על רקע הדין הקיים, אוסרת על הקמת שכונת מגורים במקום. תהליכי התכנון להקמת הפרויקט נשוא ענייננו כווננו כולם לכך כי בנייני הדירות במיתחם יוקמו כדירות נופש ולא כדירות מגורים רגילות. אף שכלל התכנונית - ותמ"א 13 בראשן, איפשרו בנייה לנופש בלבד, וכך גם היתרי הבנייה, בכפוף לטעויות מסוימות שתוקנו, בנו חברות הבנייה דירות למגורים ושיווקו אותן ככאלה, מתוך מניע רווחי מובהק.

34. העתירה של החברה להגנת הטבע במקורה העמידה למבחן ביקורת שיפוטי שני עניינים מרכזיים לגביהם טענה כי הופרו דיני התכנון והבניה: האחד - השימושים האסורים בדירות ששווקו כדירות מגורים במקום דירות נופש; השני - המבנה הפיסי של הדירות, אשר חרג מהנחיות משרד התיירות הרלבנטיות לדירות נופש.

35. במסגרת ההליך הראשון, נדחתה העתירה בענין המבנה הפיסי של הדירות מטעמי שיהוי. החברה להגנת הטבע שוב אינה עומדת על היבט זה של הסטייה מדיני התכנון. נותר להכרעה היבט השימוש המיועד בדירות, והיבט זה בלבד. בענין זה, ובעקבות ההליך השני בבית המשפט לעניינים מינהליים, נפסק כי השימוש למגורים אינו מתיישב עם התשתית התכנונית, ולכן יש לשנותו באופן שיתאים לייעוד השטח לתיירות ולנופש. אי לכך, נפסק כי יש להסב את הדירות לייעודן האמיתי על-פי התכנונית בדרך של השכרתן לציבור על-ידי הבעלים על-פי מפתח סביר שיגשים את אינטרס הציבור בדירות אלה. בד בבד עם הכרעה זו, הוחלט בהסכמת בעלי הדין כי סעד זה יחול רק ממועד מתן פסק הדין המקורי בהליך הראשון ביום 9.12.99, ואילו כל מי שרכש דירה קודם למועד זה לא יהיה כפוף למגבלה האמורה. וזאת, נוכח האפשרות כי הסתמך על מצג החברות הקבלניות לפיו הדירות מיועדות למגורים, ואינן כפופות למגבלה כלשהי.

החברות היזמות מערערות על פסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים, ככל שהיא נוגעת להכפפת הדירות שטרם נמכרו לרוכשים עד ליום 9.12.99, לחובת השכרה ציבורית (לצורך הנוחות, נכנה דירות אלה - דירות חדשות). הערעור נסב, אפוא, סביב סוגיית השימוש בדירות החדשות, וסוגיה זו בלבד. היבטי הערעור נוגעים לשאלת ההצדקה המשפטית שבהטלת מגבלות השכרה על הדירות החדשות; וכן סמכות רשות התכנון להוציא סעד זה מן הכוח אל הפועל, ואחרון - היכולת המעשית להגשים ולממש את הסעד האמור. זוהי מסגרת המחלוקת שבפנינו, ונתייחס להיבטיה השונים, אחד לאחד.

36. אלה הן השאלות הטעונות הכרעה:

- (א) מהם עיקריה של התשתית התכנונית בפרויקט המרינה?  
 (ב) האם השימוש בדירות הפרויקט כדירות מגורים מתיישב עם התשתית התכנונית?  
 (ג) האם חל שיהוי בהגשת העתירה המצדיק את דחייתה, גם אם לגופם של דברים הופרו דיני התכנון בייעודן של הדירות למגורים?  
 (ד) באם הופרו דיני התכנון, והעתירה אינה פסולה מחמת שיהוי, מהם הסעדים הראויים בנסיבות ענין זה?

עיקרי תשתית התכנון במיתחם המרינה

מסגרת הדין והתכנון

37. לתכנון במדינה מודרנית תכליות שונות: התכלית המרכזית, הינה לקבוע את המדיניות הרצויה להתפתחות הפיזית של המדינה בהווה ובעתיד, תוך ראיית צרכי החברה והפרט בתוכה; במסגרת מדיניות זו, מבקש התכנון לקבוע את ייעוד שטחי הקרקע במדינה, בהתחשב בצרכי האוכלוסיה מבחינת הכלכלה, מקורות פרנסה, תרבות ורווחה, ואיכות החיים. רשויות התכנון מכוונות את פעולות הבנייה והפיתוח על-פי מדיניות התכנון שנקבעה, ומפקחות על יישומו הלכה למעשה (דברי השר משה חיים שפירא, קריאה ראשונה של חוק התכנון והבניה בכנסת, דברי הכנסת 37, תשכ"ג, עמ' 1828).

38. בדורות האחרונים, התגברה ההכרה כי מקרקעין הם משאב ציבורי החשוף לכלייה באם ניצולו ייעשה בלא שים לב לצרכי הדורות הבאים. את מקומה של תפיסת

התכנון המסורתית, אשר התירה מיצוי מירבי של ערכה הכלכלי של הקרקע בטווח הזמן הקצר, תפסו דיני התכנון המודרניים, הקשובים במיוחד לצורך בשמירה על אינטרסים ארוכי טווח של החברה, ולצורך בנקיטת גישה זהירה בהיקף ניצולה של הקרקע, מתוך אחריות ציבורית, לאומית, וחברתית, במבט להווה ולעתיד גם יחד. לפיכך, דיני התכנון כיום נותנים ביטוי גם לצורך בשימור הקרקע, ובוחנים את השפעותיהן הכלכליות, חברתיות, חלוקתיות ואקולוגיות של תכניות, לצד ההכרה בצורך בפיתוח ובבנייה (בג"צ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פד"י נח(3) 503, 512-514; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פד"י נו(4) 913, 938; ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבניה "מודיעין", פד"י נא(2) 825, 844-845; בג"צ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פד"י נ(3) 441, 454-455; בג"צ 2683/92 מכבים - יישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבניה למגורים במחוז המרכז, פד"י מח(1) 535, 542-543; בג"צ 1681/90 ועד הפעולה בענין הרחבת דרך מס' 2 קטע אכדיה-נוף ים נ' שר הבינוי והשיכון, פד"י מו(1) 505, 518; ר' אלתרמן "חוק התכנון והבניה ותכנית המתאר - הנחיות קשיחות או מסגרת גמישה?", משפטים יא (תשמ"א) 197, (P. McAuslan, *The Ideologies of Planning Law* (1980), pp. 17-23; 219, 209-210).

עמד על כך הנשיא ברק בפרשת הורוויץ, בעמ' 938, באומרו:

"דיני התכנון והבניה הם אחד המכשירים החשובים, שדרכם מוגשמת האחריות החברתית של הקניין. הדבר נעשה ברמה הלאומית (ראו סעיף 49 לחוק התכנון והבניה (להלן - חוק התכנון)), ברמה המחוזית (ראו סעיף 57 לחוק התכנון) וברמה המקומית (סעיף 61 לחוק התכנון). על תפקידם של דינים אלה עמד השופט אגרנט, בהתייחסו לפקודת בנין ערים, 1936. דברים אלה יפים הם וטובים בגישתם הכללית גם במסגרת חוק התכנון:

'כידוע חתר המחוקק המנדטורי - בחקקו פקודת בנין ערים 1936 (על כל התיקונים שהוספו לה לאחר מכן) - להגשים מטרות מסויימות הנעוצות בטובת הכלל, כגון: שיפור בריאות הציבור ושמירה על נקיון הציבור, פיתוח דרכי תחבורה באזורים ידועים, השבחת תנאי המגורים של התושבים, ייפוי השכונות וכו'; ואת המגמה הזאת שאף לבצע על חשבון חופש הפרט לפתח את אדמתו הוא כפי רצונו - היינו, על חשבון הזכויות הנובעות מהבעלות הפרטית בנכסים דלא נידיי (בג"צ 16/50 איגרא-רמא בע"מ נ' מועצת עיריית תל-אביב, בתור ועדה מקומית לבנין ולתכנון ערים, פד"י ה(1) 229, 233)".

39. דיני התכנון מתחשבים בזכות קניינו של אדם בקרקע, אולם הגשמת מדיניות התכנון, לא אחת, מחייבת הטלת מגבלות ניכרות על אדם ביחס לשימושי הקרקע שבבעלותו. הגשמת יעדים חברתיים דרך מדיניות תכנון עשויה לפגוע בקניינו בקרקע, ולהגביל את מיצוי ההנאה ממנה. חובתם של דיני התכנון לאזן כראוי בין המשקל שיש לתת למימוש זכות הקניין של הפרט בקרקע, לבין צרכי הכלל המחייבים לעיתים גריעה מהנאת הקניין כדי להגשים תכליות תכנון חשובות המקדמות את האינטרס הציבורי. איזונים אלה חיוניים לקיום האנושי בצוותא, ולהשתלבותו של הפרט במארג החברתי, ולתנופת פיתוח במימון מאגרי הטבע לתועלתו של האדם והחברה. אכן, "כאשר נסיבות החיים מביאות בני אדם לפעול ולחיות יחדיו, או לקיים את עיסוקיהם ומגוריהם בכפיפה אחת, מפעיל החוק את העיקרון של איזון אינטרסים והתאמתם ההדדית" (דברי השופט ברנזון בע"א 436/60 עזרי נ' קליין, פד"י טו 1177, 1183). כך מגבשות רשויות התכנון את מדיניות התכנון תוך הפעלת שיקולים חברתיים רחבים וארוכי טווח, ותוך איזון בין אינטרס הפרט לאינטרס הציבורי הכללי (פרשת ועד הפעולה בענין הרחבת דרך מס' 2, 518).

40. 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, התשכ"ט-1969). ההסדר המשפטי ביחס למקרקעין אלה בנוי על ההנחה כי משאבי הקרקע הייחודיים שנועדו לרווחת הכלל מוגבלים בהיקפם וביכולת 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.

41. תכלית נוספת של דיני התכנון עניינה בקיום שלטון החוק ובאכיפת החוק. חוק התכנון והבניה חותר להגשים מטרות הנעוצות בטובת הכלל בדרך של הסדרת השימושים בקרקע וקביעת אמות מידה לבנייה, בהתחשב בשיקולים ובאינטרסים שונים. למימוש מטרות אלה, קובע החוק עקרונות של סדר ציבורי ואמות מידה

להתנהגות מחייבת בתחום זה. בנייה או שימוש בקרקע בדרך בלתי חוקית הסותרת את דיני התכנון, נוגדים את אינטרס הציבור וחותרים תחת מושגי יסוד של שלטון החוק. פעולות בנייה ופיתוח המנוגדות לחוקי התכנון, פוגעות באינטרסים של פרטים ושל הציבור גם יחד. קידום טובת הציבור והפרט מחייבת כי פיתוח ובנייה ייעשו על-פי החוק ועל פי תכניות והיתרי בנייה שהוצאו על-פי דין (ע"א 2962/97 ועד אמנים - חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל-אביב, פד"י נב(2) 362, 377-376; ע"פ 586/94 מרכז הספורט אזור נ' מדינת ישראל, פד"י נה(2) 112, 133-134; ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים ויו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פד"י לח(1) 494, 500; בג"צ 267/88 רשת כוללי האיזרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פד"י מג(3) 728, 743).

היבט ההגנה על שלטון החוק בקיום דיני התכנון חשוב לא רק להבטחת השיטה והמנגנון הראויים לניצול יעיל של הקרקע במדינה, אלא גם כמסר חינוכי לפרט בחברה, בדבר החובה לכבד את הנורמות המחייבות על-פי הדין, הן ככלל, והן בתחום הבנייה ופיתוח שטחי הארץ בפרט. עצימת עין מהפרת שלטון החוק בתחום אחד של הפעילות האנושית, סופה שתביא לזלזול בחוק גם בתחומי חיים אחרים. כיבוד הדין, ויישומו בכל תחום, ובכלל זה בתחום התכנון והבניה, מהווים יסוד הכרחי לקיום החברתי ותנאי לתקינות פעילותו.

הוראות החוק ותוכניות המתאר החלות על מיתחם המרינה

חקיקה ראשית

42. מיתחם המרינה גובל בחוף הים התיכון באזור הרשות המקומית של הרצליה. בתורת שכזה, אופיו ואיכויותיו כאזור תכנון מושפעים באופן הדוק מקרבתו לחוף הים ומייעודו של אזור החוף לתועלת הציבור כולו. בשל ייחודו של מיתחם המרינה כחלק מחוף הים בהרצליה, חולשים עליו מספר דינים מיוחדים העוסקים בחופי הים, אשר נועדו להבטיח את השמירה על טיבם המיוחד של אזורי טבע אלה, ולהגן על זכותו של הציבור הרחב למצות את ההנאה מהם. מעמדם של חופי הים בישראל מוסדר בראש ובראשונה בחוק המקרקעין, הקובע כי שפת הים, לרבות מקרקעין שבתחומי הנמל, הינם "מקרקעי ייעוד", לאמור: מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור (סעיף 107(1) לחוק המקרקעין). החוק ביקש להבחין בין מקרקעי ציבור המיועדים מעצם טיבם לשימוש הציבור, כגון שפת הים, מסילות ברזל, נהרות וכדומה לבין מקרקעי

ציבור המצויים בבעלות ציבורית (הצעת חוק המקרקעין, הצ"ח 612, תשכ"ד, עמ' 211). תכליתם של מקרקעי ייעוד להבטיח כי הציבור לא ינושל ממקרקעין המשמשים במישרין לתועלתו (י' ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג), 276; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פד"י נא(4) 1, 148-149). על-פי חוק המקרקעין, חל איסור על עריכת עסקאות במקרקעי ייעוד, ועסקאות שנערכו בהם חסרות תוקף ואינן ניתנות לאכיפה או לרישום (סעיף 111 לחוק המקרקעין). עוד אוסר חוק המקרקעין על הפיכת מקרקעי ייעוד למקרקעי ציבור שאינם מקרקעי ייעוד, אלא בהחלטת ממשלה, או על-פי תוכנית שאושרה סופית לפי חוק התכנון והבניה, או לפי חוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה), תשכ"ד-1964 (סעיף 110 לחוק המקרקעין).

43. חוק נוסף וחשוב ביותר, שעניינו חופי הים, הוא חוק שמירת הסביבה החופית, תשס"ד-2004. חוק זה נועד להגן על הסביבה החופית, לשמור עליה לתועלת ולהנאת הציבור בהווה ולדורות שיבואו, ולקבוע עקרונות והגבלות לניהול ופיתוח אזורים אלה (סעיף 1 לחוק). החוק נכנס לתוקפו ביום 15.11.2004. הוא אינו חל, אפוא, בעניינינו, אך רוחו והערכים החברתיים שעיצב מקרינים על התפיסה הראויה ביחס לחשיבות המיוחדת שבהגנה על הסביבה החופית של הארץ. מעבר להוראותיו האופרטיביות, חוק השמירה על הסביבה החופית הנו בעל חשיבות מיוחדת בביטוי שהוא נותן לנומרות יסוד הקשורות בזכותו הטבעית של הציבור הרחב למשאבי הנוף והטבע שארץ זו הצמיחה לטובת כל תושביה. הוא מעגן את זכותו הבסיסית של הציבור בישראל לחופי הים התיכון שלאורך גבולה של הארץ. הוא נועד לשמר את פיסות החופים להנאתם ולרווחתם של תושבי הארץ, להבטיח לכל אדם את הנגישות אליהם, ולהגן עליהם מפני השתלטות פרטים לצרכים כלכליים. חוק שמירת הסביבה החופית נועד לעגן באורח חקיקתי מפורש את זכותו הטבעית של הציבור בחופי הים, ולהניח בגדרו של חוק מפורש את העקרונות האמורים להנחות את גופי התכנון ורשויות הביצוע בכואם להסדיר את פרטי התכנון של הסביבה החופית.

חוקים אחרים מסדירים את התנהגות השהים בחופי הים. חוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964 מסמיך את שר הפנים להסדיר את הרחצה בחוף ים, נהר או אגם לצורך הגנה על בטחונם, בטיחותם, בריאותם ורווחתם של בני אדם. וחוק איסור נהיגה ברכב בחוף הים, התשנ"ז-1997 נועד אף הוא להגן על הסביבה החופית ולשמור על בטיחות בני הציבור המבלים את זמנם החופשי בחופי הארץ.

החקיקה שנועדה להגן על חופי הים לרווחתו של הציבור הינה חוליה בשרשרת

חקיקה חשובה שנועדה לשמר את הסביבה הטבעית לתועלתו של האדם, שהרי -

”האדם הוא חלק מסביבתו. הוא מקיים עם סביבתו יחסי גומלין. הוא משפיע על סביבתו והוא מושפע ממנה. הקרקע, המים, האוויר הם היסודות לקיום האנושי. במסגרתם מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם’ ... הם הבסיס לקיום הפיזי. הם הבסיס לקיום הרוחני. איכות החיים נקבעת על-פי איכות הסביבה. אם לא נשמור על הסביבה, הסביבה לא תשמור עלינו. מכאן החשיבות הרבה - לכל פרט ופרט ולחברה ככלל - בשמירה על איכותה של הסביבה בה שמתנהלים חיינו... אחד הערכים החברתיים הראויים להגנה הוא זה של שמירה על משאבי הטבע” (דברי הנשיא ברק בבג”צ 4128/02 אדמ טבע ודין, 512-513).

תשתית התכנון

תוכנית המתאר הארצית לחופי הים התיכון (תמ”א 13)

44. תוכנית המתאר הארצית לחופים (תמ”א 13) אושרה בממשלה בשנת 1983, ונועדה להסדיר מדיניות תכנונית כוללת ביחס לחופי הארץ. מיתחם המרינה בהרצליה נבנה בלב ליבם של השטחים עליהם חולשת תמ”א 13. תמ”א 13 חלה, אפוא, על פרויקט המרינה, ותכנונו כפוף להוראותיה (השוו: עע”מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ’ החברה להגנת הטבע, פד”י נו(3) 673, 681. על התכלית החשובה של שמירה על חופי הים לתועלת הציבור ולשימושו ועל חשיבות שימור משאבי הטבע והנוף ראו ע”א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות 1989 בע”מ נ’ עמותת אדמ טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פד”י נו(3) 385, 414-407 (להלן - פרשת חוף הכרמל); ע”א 8116/99 אדמ טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, שומרון, פד”י נה(5) 196; וכן פרשת מכבים - יישוב קהילתי במוזיעים, פסק דינה של השופטת דורנר).

45. סעיף 4 לתמ”א 13 קובע את מטרות התכנית כדלקמן:

”א. לקבוע את ייעודי הקרקע לצורך ניהול המשאבים הטבעיים, שימורם, פיתוחם וניצולם לשימושים אלה:

(1) רחצה, נופש וספורט;

(2) מיתקני תיירות;



3) שימור עתיקות, שמורות טבע, גנים לאומיים, שטחי ייעור ושמורות חוף;

4) נמלים;

5) שימושים אחרים המחייבים מיקום לאורך רצועת החוף;

ב. להסדיר ניגודים בין שימושים הדורשים קרבת חוף ולמנוע שימושים שאינם דורשים קרבת חוף;

ג. לתת הנחיות לתכניות מתאר מחוזיות ומקומיות בדבר רצועת החוף שבתחום תכנית זו;

..."

על משמעותו של סעיף 4 לתמ"א 13 עמד בית משפט זה באומרו (מפי השופטת

ביניש):

"מסעיף המטרות הנ"ל (סעיף 4) עולה כי שתי מגמות מרכזיות, השלובות זו בזו, עומדות ביסוד תמ"א 13: האחת, שימור מירבי של חוף הים כמשאב טבעי על-ידי מניעת כל שימוש שאינו דורש קירבת חוף. המטרה השנייה: שימוש בחוף הים לייעודים ציבוריים, ומניעת שימוש באזור החוף לשימושים פרטיים בלבד, כגון מגורים. ניתן ללמוד על מטרה זו מן השימושים המפורטים בסעיף שכולם שימושים ציבוריים. חלקם נוגעים למתן גישה ישירה לציבור הרחב למטרות רחצה, נופש, תיירות וכד', וחלקם נועדו לתועלת הציבור הרחב גם אם אין משמעותם מתן גישה ממשית לציבור זה, כגון השימוש בחוף לצורך הקמת נמלים. כאמור, ההגבלות הללו אינן חלות על אזורים המצויים בקירבת חוף הים ושכבר היו מוגדרים כאזורים מיושבים לפני קבלת התמ"א" (פרשת חוף הכרמל, 409).

46. סעיף 4 קובע את מטרותיה של תמ"א 13, וממטרות אלה נגזרים שימושי הקרקע המותרים, שבסעיף 8 לתכנית. הוא מגדיר, בין היתר, את משמעות המושג "אזור תיירות ונופש", כדלקמן:

"שטח המיועד למלונות בדרגות שונות, אכסניות, בתי הבראה, מיתקנים למחנאות ומתקני נופש ושירותים אחרים הנחוצים או המועילים להפעלתם של אלה";

47. סעיף 13 לתמ"א קובע, כי השימושים הנזכרים בסעיף 8 הם השימושים היחידים המותרים בשטחים אלה:

”השימושים המותרים

מקום ששטח פלוני מוגדר בסעיף 8 על-ידי ייעודו או הוראות וכיוצא באלה, יהיו השימושים שלהם נועד השטח כאמור בהגדרה -ואלה בלבד - השימושים המותרים בו.”

סעיף 12(2)א לתמ”א 13 אוסר על ”הקמת מבנים במרחק של 100 מטרים לפחות מקו פני המים העליון, וזאת במקומות שהקמת מבנים אינה מותרת מפורשות בהוראות תכנית זו”.

48. סעיף 5(ב) לתמ”א 13 מאפשר מתן פטור או שינוי מהוראות סעיף 12 לתמ”א, ובלבד שהמועצה הארצית חיוותה את דעתה שהדבר אינו משפיע השפעה מהותית על התכנית כולה, וכי השינויים או הפטורים מתייחסים לשטחים קטנים יחסית, הנחוצים להתאמת התכנית לנתונים מקומיים.

שינויים והתאמות תכנוניים לצורך מיתחם המרינה

49. מיתחם המרינה מצוי, רובו ככולו, על שפת הים. למעשה, הפרויקט עצמו התווה מחדש את שפתו של קו הגבול המבחיך בין ים ויבשה, מאחר שבגדרו יובשו שטחי ים. פרסום המכרז לפרויקט המרינה ומימושו, הכולל עריכת עסקאות במקרקעין אלה, התאפשרו בזכות הפיכת מקרקעין אלה ממקרקעי ייעוד למקרקעי ציבור. אין מחלוקת בענייננו כי מהלך זה נעשה כדין, באמצעות אישורן של תוכניות המרינה על-פי האמור בחוק התכנון והבניה.

50. ב-1982 הוכנה תכנית מתאר להקמת מרינה בחוף הרצליה. היא הוגשה בידי מינהל מקרקעי ישראל והוועדה המקומית בהרצליה. מטרתה היתה לייבש שטחים בים לצורך הקמת המרינה, ולהקים מעגנות, שוברי גלים, בתי מלון, שטחי מסחר, ושטח לבנין ציבורי. התכליות והשימושים שנקבעו היו מלונות ומלונות נופש, ואזור מסחרי.

51. כמצע אופרטיבי ליוזמה זו, הפקידה הוועדה המקומית הרצליה בידי המועצה הארצית בשנת 1985 את התוכנית המקומית הר/1985-2002 להקמת מרינה בחוף הרצליה, המהווה - על-פי כותרתה ומהותה - שינוי לתמ”א 13.

52. לאחר דיון בתכנית, החליטה המועצה הארצית ביום 6.8.1985 כדלקמן:

1. המועצה מאשרת הקמת המרינה באתר בהתאם למצוין בתשריט של תכנית הר/2002 באופן כללי, ומאשרת את הסעיפים 2 (שימושי קרקע) ו-3 (כפיפות לתכנית) בהוראות תכנית זו...

2. המועצה מאשרת ייעוד של אזור תיירות ונופש כמשמעותו בסעיף 8 (הגדרות) בהוראות תמ"א 13 חוף הים התיכון ובסעיף 2 (שימושי קרקע) בהוראות תכנית הר/2002 בשטח המיושב של המרינה ובעורפו, עד למרגלות המצוק החופי. ...

3. המועצה מאשרת הקלה מהוראת סעיף 12(2)(א) בהוראות תמ"א 13 חוף ים התיכון, ומתירה הקמת בניינים במרחק של פחות מ-100 מטרים מקו המים החדש שייווצר לאחר הייבוש..."

המועצה מציינת כי נתנה את הפטור האמור לאחר שהגיעה למסקנה כי הוא אינו משפיע השפעה מהותית על התכנית הארצית ומתייחס לשטח קטן יחסית, ונחוץ לצורך התאמת התכנית לנתונים מקומיים. סעיף 2 לתכנית המקומית הר/2002-1985 מגדיר את השימושים המותרים בקרקע בקובעו:

2" שימושי קרקע

באזור המוגדר כאזור תיירות ונופש בתחום התכנית יותר השימושים הבאים: מתקני מרינה, תחזוקה ימית, מועדוני ספורט ימי, מלונאות לסוגיה ואכסון, שרותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור ומסעדות בתי קפה וכיוצא באלה".

וסעיף 3 לתוכנית קובע:

3" כפיפות לתכנית

על הוראות תוכנית זו תחולנה הוראות תכנית מתאר ארצית, חלקית, לחופים מס' תמ"א 13 - חוף הים התיכון, חלק א'.

היתה סתירה בין תכנית זאת לבין הוראה של תכנית מתאר מקומית, ותכנית מפורטת אחרת, למעט תכנית מתאר מחוזית או תכנית מתאר ארצית חלקית לחופים מס' תמ"א 13 חוף הים התיכון חלק א' - קובעות הוראות תכנית זו".

53. עוד החליטה המועצה הארצית באותה ישיבה לחייב הצגת תכנית מפורטת שתיערך על-סמך תכנית מקומית הר/2000 - 1985, ותובא לאישור ועדה מטעמה. על סוד תוכנית זו ניתן יהיה לתת היתרי בנייה (סעיף 4 להחלטה). על החלטה זו ערר ראש העיר הרצליה דאז, מר אלי לנדאו, בטענה כי התליית אישורה של התוכנית המפורטת

בהחלטת המועצה הארצית, אף שזו אישרה את תוכנית המתאר המקומית-1985, יוצרת אי-ודאות ביחס לתנאים ואמות המידה בהם יחובו המשקיעים הפוטנציאלים, והדבר יקשה על קידומה של התוכנית לפסים מעשיים. לאור זאת ביקש מהמועצה הארצית לאשר "הצעה להוראות מפורטות לתוכנית הר/2002" אשר תתווה את הקווים העיקריים לתכנית המפורטת, ותסמיך את הוועדה המחוזית לפקח על התכנית המפורטת בהתאם להוראות המפורטות שאושרו על-ידי המועצה הארצית. בישיבתה מיום 3.3.87, נענתה המועצה הארצית לבקשתו של ראש העיר הרצליה, ואישרה את עיקרי תוכנית המתאר המקומית הר/2002 משנת 1987 (להלן - התוכנית המקומית הר/2002-1987).

54. את סעיף 2 לתוכנית המתאר המקומית משנת 1985 החליף סעיף 11 לתוכנית משנת 1987 אשר קבע:

"11. הוראות בדבר שימושי קרקע

שימושי קרקע בהתאם לייעודי השטחים יהיו כדלקמן:

1. מתקני מעגנה.
2. תחזוקה ימית.
3. מועדוני ספורט.
4. מלונאות לסוגיה; מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש.
5. שירותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט.
6. בידור.
7. מסעדות, בתי קפה וכיוצא בזה.
8. כל השימושים המצוינים בסעיף 8 (הגדרות) בהוראות תמ"א 13 חוף הים התיכון".

55. לסיכום הדברים: בהחלטותיה, הרחיבה המועצה הארצית לתכנון ולבניה את השימושים שהותרו בתמ"א 13 בקרקע שייעודה "תיירות ונופש". בכלל זה, התירה המועצה שימוש ב"דירות נופש" בקרקע שייעודה "תיירות ונופש".

תכניות מתאר נוספות

56. תכנית מפורטת (הר/2002א+2א) אושרה בוועדה המחוזית ביום 14.5.90, ואושרה לאחר מכן בידי שר הפנים ביום 4.6.90. זו תכנית מפורטת המתייחסת, במסגרת תכנון מפורט, לייבוש שטחים של 147 דונם, והקמת מבנים בשטח המיושב וברצועת החוף "לייעוד של תיירות, נופש, מלונאות לסוגיה ומסחר בזיקה לתיירות

ושייט חלוקת שטח התכנית למגרשים לייעודים הנ"ל" (סעיף 6.1 לתכנית). היא מדברת בסעיף 7 על מגרש לדירות נופש ומלונאות, ומגדירה את התכליות המותרות במגרשים שמספריהם צוינו שם כ"דירות נופש, בתי נופש מלונות ומלונות דירות" (סעיף 7.2 לתכנית). במגרשים נוספים שמספריהם צוינו הוגדרו התכליות כ-

"דירות נופש, בתי נופש, מלונות, ומלונות דירות בשילוב מסחר ובזיקה לתיירות ושייט..."

וכך גם במגרש נוסף (סעיף 8). המעיין גם בחלקיה האחרים של התכנית עומד על כך שכל המיתחם כולו מנותב לשימושים של תיירות, נופש ומלונאות לסוגיה, בזיקה לתיירות ושיט, והבנייה המתוכננת מותאמת כולה למטרות אלה.

57. תכנית מתאר מקומית הר/2003 אושרה ב-1995 ונועדה לשנות את גבולות התכנית המקומית הר/2002 - מעגינה, וכן להביא לשינויי שטחים וגובהי בנייה. בעקבותיה, הוגשה תכנית מפורטת הר/2003א מיום 18.6.95, המיישמת את השינויים בתכנית המתאר הר/2003, ומעדכנת את הישוב השטחים תוך אבחנה בין מלונאות לסוגיה, מלון דירות, דירות נופש ובתי נופש. עד כאן, לתשתית התכנונית החלה על המקום.

#### ייעוד דירות נופש כדירות מגורים - האם עולה בקנה אחד עם תשתית התכנון

פרשנות "דירות נופש" בתכניות המרינה

58. המערערות בהליך זה תכננו ובנו מבנים במיתחם המרינה, ובהם דירות המכונות "דירות נופש" שבנייתן והשימוש שיועד להן על-ידי היזמים הוא מגורים רגילים. לדירות אלה לא נתלו מאפיינים כלשהם הקושרים אותן למלונאות לסוגיה, ולא הוטלו על מכירתן סייגים כלשהם המחייבים את רוכשיהן לשימושים מסוימים, שאינם מגורים רגילים של בעל קניין פרטי. עם זאת, יש לציין כי באזור כולו לא תוכננו, נכון לעת זו, מבני שירותים האופייניים לשכונת מגורים רגילה. טוענות המערערות, כי בנסיבות כפי שתוארו לעיל, שיווק הדירות כדירות רגילות למגורים, בסביבת מגורים שאין בה תשתית למתן שירותים ציבוריים, מקיים את הייעוד התכנוני של הדירות כ"דירות נופש".

האם תפיסת המערערות את המושג "דירות נופש" באופן המתואר עולה בקנה אחד עם תוכנו של מושג זה בתשתית התכנונית? זו השאלה שלפנינו. מושג זה טעון פרשנות.

59. תורת הפרשנות מלמדת כי פרשנות מושג בחקיקה ראשית ובחקיקת מישנה נלמדת מניתוח תלת-שלבי המתמזג בסופו של דבר להווייה פרשנית הרמונית אחת: לשונה של הנורמה, תכליתה של הנורמה, ובמקום שניתן לאתר מספר תכליות אפשריות לנורמה - הפעלת שיקול דעת שיפוטי לבחירת התכלית הראויה מבין תכליות שונות (א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, תשנ"ג), 81-80 (להלן - פרשנות החקיקה)). הלשון הנקטת היא האמצעי המרכזי שבאמצעותו מועבר המסר הפרשני בידי יוצר הנורמה. השימוש הלשוני הוא המסד שעליו נבנה הפירוש התכליתי, ומסד זה קובע את גבול התפרשותה של הנורמה המשפטית (השופט ברק בפרשת רשת כוללי האיידרא, 736). מבין משמעויות לשוניות שונות, יש לבחור באותה משמעות המגשימה באופן המלא ביותר את תכליתה של החקיקה (ברק, פרשנות החקיקה לעיל, 85; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פד"י לו(3) 701, 715; ע"א 483/84 'קרנית' קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אברהם, פד"י מא(4) 754, 761; ע"א 176/84 ברקסון נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פד"י מ(2) 589, 593).

הפרשנות המילולית של המונח "דירות נופש"

60. התכנית המקומית הר/2002-1987 מגדירה את השימושים בייעוד השטח, בין היתר כיעוד "מלונאות לסוגיה, מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש" (סעיף 11). המושג "דירות מגורים" ככזה אינו נכלל באף אחת מן התכניות אשר נדונו ואושרו בענין מיתחם המרינה. תוכנו המילולי של המושג "דירות נופש" מלמד על עצמו: דירות שיעודן לבילוי לצורך נופש. ייעוד זה, מכוח עצמו, שולל ייעוד למגורים רגילים דרך שגרה, שכך, פשיטא, בני אדם עוסקים במשלח ידם במשך מרבית ימות השנה, ומתפנים להינפש מעמלם אך בתקופות מסוימות של השנה, ולא דרך קבע. מיקומו של המונח "דירות נופש" בנשימה אחת עם מלונאות לסוגיה, מלונות דירות ובתי נופש בהגדרת השימושים המותרים בתכניות, מלמד אף הוא על תוכן מילולי המתיישב עם שימוש מיוחד לצורך בילוי חופשות, להבדיל משימוש רגיל למגורים. אין מדובר בדירות למגורי קבע, אלא במגורי-נופש, שהוא סוג אחד מבין סוגים שונים של מגורים שנועדו לשמש בני אדם בחופשתם, שהיעוד הכללי בתכניות מאפשר. התכנית הגדירה בצורה רחבה את המלונאות לסוגיה ואת דיור-הנופש לסוגיו, אולם שללה מהגדרה זו במשתמע

מגורי קבע שאינם משתלבים עם נופש ותיור. ואם נותר ספק כלשהו בענין זה, בא סעיף 8 לתכנית המקומית הר/2002-1987, הקובע כאחת ממטרות התכנית "קביעת הוראות להבטחת אופיו התיירותי של שטח התכנית, ומניעת הפיכתו לשכונת מגורים" (הדגשה לא במקור).

61. בפרשת חוף הכרמל נדונה שאלת פרשנותו של המושג "מלון דירות" שיועד לתיירות ונופש, וכך אמר בית המשפט שם (עמ' 416):

"בקובענו כי בנין... חייב לשמש למטרה ציבורית של "תיירות ונופש", המשמעות המתבקשת היא, כי מלון הדירות חייב לשמש לאירוח, ועליו להיות פתוח לקהל הרחב. אין להסתפק בכך שהדירות, אשר מצויות כאמור בבעלות פרטית, תשמנה את הבעלים - כדירת נופש או לצרכי מגורים, ורק אם ירצה בכך, יעמידה לרשות הכלל" (ראה גם רע"פ 1520/01 שוויצ'ר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פד"י נו(3) 595, 603).

62. הפועל היוצא מההגדרה הלשונית של "דירות נופש" הוא זמינותן לרשות הציבור, במתכונת כזו או אחרת, לצורך ניצולן למטרות נופש. התכניות לא פירטו כיצד יש להשיג מטרה זו - בין אם על-ידי העמדתן להשכרה בידי היזמים לתקופות שונות במשך השנה לצורך ניצולן למטרות תיור ובילוי חופשות, בין על-ידי מכירתן לקונים משותפים אשר בהסדר ביניהם יחלקו את זכויות השימוש בדירות לצורך נופש במהלך השנה, ובין בדרך של מכירה לקונים, בכפוף להגבלת שונות, שיבטיחו את ייעוד הדירות למטרות נופש. מכל מקום, התכניות הבהירו באורח שאינו משתמע לשתי פנים כי דירות נופש אינן דירות מגורים רגילות, ומכירתן והשימוש בהן ככאלה אינו מתיישב עם הגדרתן כ"דירות נופש" כמובן בלשון בני אדם. תוכן מילולי זה משתלב בתכלית הבסיסית העומדת ביסוד תשתית התכנון במיתחם, המשקפת את האופי המיוחד של בנייה במיתחם חוף הים-התיכון, והמיישמת את הרעיון התכנוני העומד ביסוד ההקלה שהותרה מתמ"א 13, לנצל חלק מחוף ימה של הרצליה במיתחם המרינה לתכליות של נופש, בילוי ותיירות לרווחת הציבור כולו.

התכלית

63. תכלית הנורמה העומדת לפרשנות ניזונה מהמיתחם המילולי שהיא תוחמת לפרשנות התכליתית, ובתוך מיתחם זה היא נגזרת מהמטרות, הערכים, המדיניות

והפונקציות החברתיות שהנורמה ביקשה להגשים. התכלית מורכבת מתכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פד"י מז(1) 749, 763). התכלית הסובייקטיבית משקפת את המטרות והיעדים שיוצר הנורמה ביקש להגשים. זוהי כוונתו הסובייקטיבית של היוצר, שהינחתה אותו ביצירת הנורמה. על תכלית זו ניתן ללמוד מן הלשון, מההיסטוריה החקיקתית ומהרקע הכללי שעמד ביסוד מעשה היצירה. התכלית האובייקטיבית משקפת את המטרות והמדיניות שהנורמה נועדה להגשים, כפי שהן נלמדות מהתשתית הנורמטיבית הכוללת שבתוכה מצויה הנורמה. תשתית זו בנויה ממערך נורמטיבי כולל, מעקרונות היסוד של השיטה, ומצרכיה של החברה במשטר הדמוקרטי המודרני (בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פד"י מה(4) 683, 688; ברק, פרשנות החקיקה לעיל, 202-203).

בענייננו, משתלב הפירוש המילולי של המושג "דירות נופש" עם הפירוש התכליתי של מושג זה למערך הרמוני אחד, שאין בו סתירה או אי-התאמה פנימית.

התכלית הסובייקטיבית

64. התחקות אחר הליכי התכנון בפני ועדות התכנון השונות מצביעה על כך שכולן, בלא יוצא מן הכלל, דנו בתכנון האזור מתוך הנחה כי מדובר באזור תיירותי שיעודו נופש ובילוי, ואין הוא מיועד למגורים רגילים. דירות הנופש מיועדות לבילוי ולחופש ולא לדיוור-קבע.

התכנית המקומית הר/1985-2002

65. הדיון בפני המועצה הארצית באישור עקרונות התכנית המקומית הר/1985-2002 ב-6.8.85 נסב, בין היתר, על שינוי ייעוד המיתחם משטח חוף לשטח אזור תיירות ונופש, שבו יותרו מלונאות לסוגיה, ואכסון, שירותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור, מסעדות ובתי קפה וכיו"ב. בישיבתה ביום 3.3.87 אישרה המועצה הארצית את עיקרי התכנית המקומית הר/1985-2002 אשר כללה ייעוד מפורש לתיירות, נופש ומלונאות לסוגיה, כאשר דירות נופש מצויינות בצד בתי נופש, מלונות, ומלונות דירות. התכניות שהונחו בפני המועצה לאישור, דיברו בבנייה לצורך נופש ותיור, ומעולם לא דובר בבנייה לצורך מגורים רגילים. מטרותיה המפורשות של התכנית המקומית



הר/2002-1987 הן לקבוע "הוראות להבטחת אופיו התיירותי של שטח התכנית, ומניעת הפיכתו לשכונת מגורים" בסעיף 8(ה) לתכנית, ומטרות אלה עמדו ברקע ההתייחסות לדירות נופש כדירות לתכלית מיוחדת שאינה מתיישבת עם שימוש רגיל למגורים.

אישורה של התכנית המפורטת הר/2002 א2+א

66. הוועדה המחוזית דנה בתכנית המפורטת הר/2002 א ו-א1, ב-30.1.89. האדריכל בורמן הציג בפני הוועדה את התכנית, ובין היתר, ציין כי החלק המרכזי מהשטח שיושב בחוף הים יורכב ממבנה של חצרות ש"בתוכם יש מיבנים מדורגים. אלה יחידות נופש ומלונות דירות שיושבים מסביב למעגנה קטנה" (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון). בתגובה לשאלה, השיב ראש העיר לנדאו כי "ביחס לבנייני מגורים נמוכים תהיה פה תחלופה של אוכלוסיה מאחר ולא יהיו גני ילדים בית ספר, מרפאות ושירותים ציבוריים כך שלא יוכלו להתקיים מגורים קבועים" (עמ' 3).

67. חשוב לציין בהקשר זה את היוזמה שהפעיל מר לנדאו להסיר מדירות הנופש את מגבלת הגודל הפיסי במסגרת הדיון בתכנית המפורטת. לעמדתו, כפי שעלתה ממכתבו למינהל התכנון במשרד הפנים ביום 18.7.89, הדבר יפגע בכוחות השוק ובערך הפרויקט, וירחיק משקיעים שיבקשו דירות נופש בגודל מסוים אשר לא יהיו בנמצא. גישה זו זכתה לתמיכה מצד שר התיירות דאז, מר גדעון פת, אשר במכתב למר לנדאו מיום 1.5.89 הסביר כי משרד התיירות אינו מתערב בקביעת גודלן של דירות בפרויקטים שהוא אינו משתתף במימונם. ראש מינהל התכנון התנגד לעמדה זו, וזאת לאחר שהתבקש בהחלטת המועצה הארצית מיום 4.4.89 "להנחות את הוועדה המחוזית מחוז תל-אביב שדירות שבתכנית המפורטת אמנם יהיו דירות נופש של משרד התיירות, כהגדרתו". ראש מינהל התכנון הציע בפנייה מיום 11.7.89 לאפשר מיגוון דירות נופש בגדלים שונים כפי שפירט בעמדתו. המשרד לאיכות הסביבה התנגד לבקשתו של מר לנדאו, ועמדתו בחוות דעת מיום 6.6.89 הינה כי הגבלת גודל הדירות חיונית להבטחת ייעודן של הדירות לצרכי נופש ותיירות. עמדת המשרד היתה כי אין להתיר שטח דירת נופש שיעלה על 50 מ"ר. המשרד צפה את הסיכונים מהקמת שכונת מגורים רגילה, ונקט עמדה כי יש לקבוע קריטריונים ברורים ליחידות נופש גם מבחינת שטח הדירות והגדרה דוקנית של שימושי הקרקע לצורכי תיירות ונופש בלבד (עמ' 4 לחוות הדעת). בדיוני הוועדה המחוזית ביום 14.8.89 התקבלה ברוב דעות עמדת הוועדה המקומית, לפיה לא תהיה הגבלה על גודל הדירות בתכנית זו. יחד עם זאת, נקודת המוצא בדיוני הוועדה היא כי הסרת מגבלות שטח אין פירושה היתר להקים שכונת מגורים, אלא

מטרתה לאפשר היצע מגוון של דירות נופש, שתהיינה מותאמות לסוגים שונים של אוכלוסיות נופשים.

68. חשוב עוד לציין כי גם לאחר החלטה זו, עמדו גורמים שונים על הסכנה הטמונה בהסרת מגבלות השטח הפיסי על הדירות מבחינת השפעתה על הפיכתן לדירות מגורים רגילות.

בפגישות נציגי המשרד לאיכות הסביבה עם נציגי היזמים ביום 17.1.90 הבהירו נציגי המשרד, בין היתר, כי יש לעגן בהוראת התכנית מניעת הפיכת שטח המיועד לתיירות לאזור מגורים. "חוף הים הוא נכס ציבורי ואינו ניתן למכירה ליחידות דיור אקסקלוסיביות לתושבי חוף. המשרד הציע למשרד התיירות לקבוע קריטריונים בנושא זה", כך נכתב בפרוטוקול הדיון.

69. בדיון במועצה הארצית ביום 5.12.89 הועלתה, בין היתר, הסתייגות בדבר העדר הוראות למניעת הפיכתן של דירות נופש למגורי קבע, והושמעה טענה כי בכוונת היזמים להקים במקום דירות למגורים.

בישיבת המועצה הארצית מיום 6.2.90 נשאל ראש העיר הרצליה, מר לנדאו, אשר נכח בישיבה, כיצד יובטח כי השימוש בדירות, נוכח העדר הגבלה על שטחן, יהיה לצרכי נופש בלבד. הוא השיב, כי העדר ההגבלות על גודלן של הדירות נועד להעצים את יוקרתו של הפרויקט, ולגוון את מספר לקוחותיו הפוטנציאליים, ואילו הבטחת תכליתן התיירותית של הדירות תושג על-ידי מניעת בנייה של תשתיות למתן שירותים ציבוריים, המאפיינים אזור מגורים. לבסוף, בישיבת המועצה המועצה הארצית מיום 3.7.90 סיכם מנהל מינהל התכנון, אדריכל י' גולני, את הנושא באומרו:

"במטרת תכנית המתאר בסעיף 8.ה. נקבע: "קביעת הוראות להבטחת אופיו התיירותי של שטח התכנית ומניעת הפיכתו לשכונת מגורים". בתכנית המפורטת - אין התייחסות לסעיף זה. ההסבר שניתן לכך בלשכת התכנון הנו שאין בתכנית המפורטת הקצאת שטחים לצרכי ציבור, כפי שמחייבים התקנים עבור מגורים. מכאן יש להסיק ולקבל את המפורט בתכנית המפורטת שהמגורים יהיו מגורי נופש בלבד" (הדגשה לא במקור).

70. התוכנית האמורה נועדה, כמוסבר לעיל, להכניס שינויים בתוכנית המקומית הר/2002-1987 ביחס לגבולות המיתחם, החלוקה הפנימית בין השטחים לסוגיהם, אופן העמדת המבנים במיתחם, וגובהם. אף שהשינויים לא נגעו לשינויים המותרים במקרקעי המיתחם, במהלך הדיון במועצה הארצית לתכנון ולבניה (מיום 7.7.92) בענין אישור התוכנית האמורה, הועלו חששות כי הגדלת שטחי הבניה במיתחם תנוצל לבניית יחידות דיור רגילות שלא למטרות מלונאות לטובת כלל הציבור, כמתחייב על-פי תוכנית המתאר הארצית (עמוד 7 לפרוטוקול).

התוכנית המפורטת הר/2003א

71. בהליך ההתנגדויות לאישור התוכנית המפורטת הר/2003א, שנערך על-ידי ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל-אביב, נשמעו בישיבתה ביום 6.3.1995, התנגדויות מצד החברה להגנת הטבע (באמצעות מר עמית שפירא) ומצד ועד הפעולה של שכונות נוף ים והרצליה פיתוח (באמצעות עו"ד וייל). המתנגדים טענו כי בהעדר הגדרה למונח "יחידות נופש", עולה חשש כי יזמים יהפכו דירות נופש לדירות מגורים (ע' 2 וע' 24 לפרוטוקול). על כן, הציעו לקבוע קריטריונים והגדרה לדירות נופש, כגון הגדרת גודל מקסימלי, וכך מספר מינימלי של מקומות חנייה ליחידת נופש, בתיאום עם משרד התיירות (ע' 2 וע' 25 לפרוטוקול). ביום 4.4.95 הודיעה הוועדה כי החליטה לדחות את התנגדויותיהם של עו"ד וייל ומר שפירא בדבר "ייעוד השטח למגורי נופש" בציננה (בעמ' 3 למכתבה) כי:

"התוכנית המפורטת (הר/2003א - א.פ) הוכנה בהתאם להוראות שנקבעו בתוכנית המתאר הר/2002 ו-הר/2003.

בתוכנית הר/2002 נקבע שהייעוד יהיה למלונאות לסוגיה: מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש.

עוד נאמר שהתוכנית המפורטת תקבע את גובה, מיקום ונפח הבנייה.

אין בתוכנית מתאר הר/2002 הוראה המחייבת חלוקת משנה לגבי סוגי המלונאות שיהיו, הואיל וכל השטח לבנייה מיוחד למלונאות לסוגיה.

תוכנית הר/2003 קובעת שהתוכנית המפורטת תוכן ותוגש בהתאם להוראות תוכנית הר/2002 ובכפוף לשינויים שבתוכנית הר/2003.

לפיכך, מורה הוועדה לתקן את סעיפי התוכנית באופן שבכל מקום שמופיע ייעוד דירות נופש מלונאות יופיע מלונאות לסוגיה: מלונות דירות, דירות נופש".

בהודעת תיקון מיום 2.5.95 ציינה הוועדה המחוזית:

"בסיפא של סעיף 11 להחלטה, יש לרשום את המשפט כדלקמן:

'לפיכך מורה הוועדה לתקן את סעיפי התוכנית באופן שבכל מקום שמופיע ייעוד דירות נופש ומלונאות יופיע מלונאות לסוגיה: מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש'.

נא צרפו התיקונים הנ"ל להחלטה המקורית".

72. שר הפנים אישר את התוכנית המפורטת הר/2003 א בהסתמך על העמדה אותה הציגה הוועדה המחוזית ביחס להתנגדויות, ולפיה ייעוד הבנייה הוא לצרכי מלונאות לסוגיה כגון מלונות דירות, דירות נופש. כך גם פורסם בהודעת השר לעיתונות מיום 2.8.1995 כדלקמן:

"שר הפנים, אהוד ברק, חתם על התכנית המפורטת של מרינה הרצליה.

...

בשטח המיובש וברצועת החוף אושרה בניה בהיקף של 133,000 ממ"ר למלונאות לסוגיה - מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש. כן אושר שטח למסחר בזיקה לתיירות ושייט. בנוסף, ייבנו בנייני ציבור בהיקף של 7,150 ממ"ר. כל זאת, בנוסף לשטחים פתוחים, דרכים וחניות ציבוריות.

...

לתוכנית הוגשו התנגדויות של גופים ציבוריים ופרטיים שונים, ביניהם החברה להגנת הטבע, ועד הפעולה של שכונת נוף ים והרצליה פיתוח. הוועדה המחוזית שמעה את ההתנגדויות וקיבלה אלמנטים מסוימים בהם.

כאמור, שר הפנים סמך את ידו על החלטת הוועדה המחוזית והחליט לאשר את התוכנית" (הדגשות לא במקור).

73. בהקשר זה ראוי גם להתייחס לשני העניינים הבאים:

טוענות המערערות כי התכנית המפורטת הר/2003 א מיום 18.6.95 כוללת, בשונה מקודמותיה, גם טבלה לחישוב שטחים המפורטת את השטח שהוקצה בכל מגרש לכל אחת מהתכליות השונות בנפרד - "דירות נופש", "מלונאות לסוגיה" ו"מלון

דירות"; מכאן הן מסיקות כי דירות הנופש אינן בעלות מאפיינים מלונאיים, שכן אחרת לא היתה משמעות לאבחנות האמורות. אין יסוד לטענה זו. התכנית המפורטת האמורה נועדה לתת פירוט לשינויים שבחלוקה הפנימית של השטחים, כפי שהוגדרו בתכנית המתאר המקומית המתוקנת ה/2003, ולא היה בכוונתה לסטות מייעודי השטח המקוריים, כפי שבאו לידי ביטוי בתשתית התכנון המקומית ה/2002, אשר יישמה מצידה את תמ"א 13 ואת החלטות המועצה הארצית. פירוט החלופות של סוגי דיור הנופש נועד לתת הגדרה רחבה ביותר למגורי נופש על בסיס מגוון אופציות של דיור לבילוי ולחופש, ואין בכוונת הגדרה זו להגדיר מגורי נופש כמגורי קבע.

74. אין לקבל את טענת המערערות לפיה הכוונה הסובייקטיבית של מעצבי התכנון היתה כי הדירות, אף שתהיינה בשימוש למגורים רגילים, תיחשבנה דירות נופש בשל כך שבמיתחם לא יוקמו תשתיות למתן שירותים ציבוריים, האופייניים לשכונת מגורים רגילה. דירת מגורים רגילה אינה הופכת "דירת נופש" רק מן הטעם שבמיתחם היא מוקמת אין מבנה בית ספר, גן ילדים, או מרכז קהילתי. אופייה של דירה כדירת נופש או כדירת מגורים רגילה מושפע באופן ישיר מאופן השימוש בה, ממשך זמן השימוש בה, ממידת הרציפות שבמגורים בה, ומתכלית השהייה של הדיירים במקום. קיומן של תשתיות למתן שירותים ציבוריים כאלה או אחרים במיתחם אינו מעלה ואינו מוריד לענין זה. יתר על כן, יש להניח כי אילו הותר שימוש מגורים רגיל בדירות במיתחם המרינה, היה גובר הצורך בהקמת תשתיות למתן שירותים ציבוריים במקום כדי לספק צרכים חיוניים של תושבי מגורי קבע באזור. אפשר אף כי תושבי קבע במיתחם עשויים להיעזר בשירותים הציבוריים והקהילתיים המצויים בהרצליה, השוכנת בקרבת מקום למיתחם המרינה.

עולה בבירור מהתיאור המפורט של מהלכי הדיונים במוסדות התכנון כי הכוונה הסובייקטיבית של המתכננים היתה, ללא ספק, להועיד את דירות הנופש לתכלית של נופש ותיירות, ולא למגורים רגילים. ההימנעות מלהגדיר במבחן נוקשה את גודלן הפיסי של הדירות, צורתן ודרך שיווקן, אינה מקהה כהוא זה את הכוונה הברורה של רשויות התכנון, החל במועצה הארצית, וכלה במוסדות התכנון המחוזית והמקומית, לשלב את דירות הנופש במערך הייעוד הכולל של האזור. בית משפט קמא דחה, ובצדק, את בקשת המערערות להציג תצהיר מטעמו של מר אלי לנדאו לגבי תפיסתו הסובייקטיבית שלו את משמעות המושג "דירות נופש" במהלך הליכי התכנון, ואת דרך ראייתו בדבר תפיסתם של מוסדות התכנון את תוכנו של מושג זה. ההתחקות אחר כוונתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה נעשית בדרך של בחינת התנהלות הדברים

והסקת מסקנות ממנה, ולא על דרך ניתוח כוונות שבלב, שמצהירים עליהן במחשבה לאחור.

#### התכלית האובייקטיבית

75. התכלית האובייקטיבית של "דירות נופש", כבעלות ייעוד לבילוי של חופשות בתפיסה התכנונית של מיתחם המרינה, משתלבת עם התכלית הסובייקטיבית של מעצבי נורמות התכנון באזור. התכלית האובייקטיבית עולה מהמטרות והמדנינות שהעקרון התכנוני נועד להגשים, ויש להתחקות אחריה במסגרת המערך הנורמטיבי הכולל, ועקרונות היסוד של השיטה (ברק, פרשנות החקיקה לעיל, 202; רע"א 3784/00 שקם בע"מ נ' מועצת עיריית חיפה, פד"י נז(2) 481, 495-494; ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פד"י נה(1) 12, 29; בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פד"י מט(5) 598, 606; פרשת אפרת, 763).

76. ייעודן של "דירות נופש" במיתחם המרינה למטרות תיירות, חופש ובילוי מתיישב עם המערך הנורמטיבי הכולל החל בדין הישראלי על חופי הים ושימורם לתועלת הכלל. הצבענו על כך כי לחופי הים מעמד מיוחד מכוח החקיקה הישראלית המגנה על זכותו של הציבור ליהנות מהם. תכנית המתאר הארצית תמ"א 13 הגדירה בתכנון ארצי את ייעודיו של חוף הים כשטח שנועד לתועלת הכלל, והותירה רק מרווח צר ביותר לסטייה מעקרון זה.

77. המועצה הארצית אישרה הקלה ביחס לתנאי הבנייה במרינה מבחינת המרחק מקו הגבול של המים, מתוך הנחה וכוונה כי המטרה הציבורית הבסיסית של השטח הגובל בים תישמר לתועלת הציבור. פיתוחו של חוף המרינה לרווחת ציבור הנופשים משתלב עם מושגי יסוד של ניצול החוף לתועלת הכלל, והנכונות להגמיש את המגבלות החלות על ניצול חוף הים שלא לצרכי רחצה בלבד נבעה כל כולה מהתודעה כי פיתוח השטח ייטיב עם הציבור הרחב, ויפתח בפניו אפשרויות נוספות לבילוי והנאה ממשאבי החוף.

78. פרשנות המושג "דירות נופש" במנותק ממגמה בסיסית זו, סותרת באופן עמוק את מושגי היסוד הטמונים בייעודם של משאבי הטבע והנוף הכלליים לרווחת החברה, ואינה מתיישבת עם התשתית הנורמטיבית של הדין ומערך התכנון, על דרגותיו

השונות. ייחוס תוכן של דירות מגורים רגילות למושג "דירות נופש" תולש מושג זה מהקונספציה התכנונית של מערך התכנון כולו, ומשווה אופי זר לחלוטין לאזור הייחודי בו מדובר. לא ניתן ליישב בין קיומו של אזור כאזור נופש ותיירות לבין בנייה ושיווק של דירות לשימוש כדירות מגורים רגילות, שרוכשיהן מתגוררים בהן כל ימות השנה כדירות קבע לכל דבר וענין. פרשנות כזו אינה הולמת את אופיו של השטח, וסותרת את המערך הנורמטיבי הכולל של הדין, של תכניות בנין העיר, ושל כל מהלכי התכנון, שנותבו מתחילתם להשגת תכלית שימור אזור טבע ייחודי לתועלת הציבור כולו.

79. העולה מכל אלה הוא כי את המונח "דירות נופש" יש לפרש הן על-פי הניסוח המילולי והן על-פי התכלית - הסובייקטיבית והאובייקטיבית כאחת - כדירות שנועדו לשימוש ציבורי למטרות נופש. שימוש זה שולל מגורים רגילים דרך קבע במיתחם. זוהי התכלית הבסיסית העומדת ברקע השימוש בחופי הים כאזורים המיועדים לתועלת הציבור מכוח הדין, וכך נובע ממטרות תמ"א 13 בדבר שטחי החוף, ותכניות המתאר והתכניות המפורטות השונות המתיישבות ומשתלבות עימה. שימוש בדירות לצורכי מגורים רגילים אינו עולה בקנה אחד עם הגדרת האזור לצרכי תיירות ונופש ועם הגדרתן של הדירות כ"דירות נופש" (השוו: עת"מ (י-ם) 37/99 פינת החמד חברה לבנין בע"מ נ' ועדת הערר לתכנון ולבנייה מחוז ירושלים, פ"מ תשנ"ח (3) 233, 236 ואישורו בבית המשפט העליון בע"א 7893/99 פינת החמד חברה לבניין בע"מ נ' ועדת הערר לתכנון ובנייה מחוז ירושלים, תק-על 2000(1), 505; פרשת שוויצר, 603; פרשת חוף הכרמל, 416). פירוש זה מגשים הרמוניה מלאה בתשתית הנורמטיבית החלה על המיתחם (ברק, פרשנות החקיקה לעיל, 327-331; פרשת חוף הכרמל, 411-412; בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פד"י נט(4) 241, 276).

שיהוי בהגשת העתירה על-ידי החברה להגנת הטבע

80. המערערות ייחסו משקל רב לטענת השיהוי שהעלו כנגד החברה להגנת הטבע, על יסודה עתרו לדחיית עתירתה על הסף. לגישתן, החברה השתתה השתהות כבדה בפתיחת הליכים משפטיים, ובינתיים הן וצדדים נוספים פעלו על-פי מצב דברים נתון בשטח, ושינו את מצבם לרעה. לטענתן, קבלת עתירתה של החברה להגנת הטבע תגרום נזק כבד לבעלי אינטרסים לגיטימיים שנתגבשו לאורך זמן.

שאלת השיהוי עולה בשני היבטים: ההיבט הדיוני וההיבט המהותי.

שיהוי בהיבט הדיוני

השלכתה של תקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים) על טענת השיהוי

81. בגדר טענת השיהוי שהעלו המערערות עלתה טענה דיונית לפיה בהגישה את עתירתה תוך חריגה מפרק הזמן המוגדר בתקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996 (להלן - תקנות סדרי הדיון), פעלה החברה להגנת הטבע מתוך שיהוי דיוני.

תקנה זו קבעה בשעתה:

“עתירה תוגש בהקדם האפשרי, בנסיבות העניין, ולא יאוחר מתום ארבעים וחמישה ימים מהיום שבו קיבל העותר הודעה על ההחלטה נשוא העתירה, או מיום שנעשה לה פרסום כדין או מיום היווצר עילת העתירה, לפי המוקדם”.

82. תקנות אלה בוטלו בינתיים, ואת מקומן תפסו תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, שהותקנו בעקבות שילובם של ענייני התכנון והבניה בגדר סמכותם הכללית של בתי המשפט לעניינים מינהליים. גם בתקנות החדשות נקבעה הוראה דומה. מכל מקום, על העתירה נשוא הערעורים, אשר הוגשה בשנת 1998, חלות התקנות הישנות. השאלה היא האם הוראת התקנה מכתימה את העתירה בכתם של שיהוי, שתוצאתו דחיית העתירה על הסף. התשובה המתבקשת לשאלה זו הינה בשלילה.

83. בעקבות העברת ענייני התכנון והבניה לבית המשפט לעניינים מינהליים, הפך בית משפט זה לערכאה ראשונה בעתירות מינהליות, וההליך השיפוטי המינהלי הפך דו-שלבי. התכלית ביסוד תקנה 3 היתה לזרז את ההליכים בעתירות מינהליות לשם הכרעה מהירה במחלוקת שבין הפרט לרשות, וכדי להגביל את מצב אי-הוודאות בפניו ניצבו גופי התכנון, היזמים ובעלי עניין אחרים בהליך התכנוני, הנובע מהליך דו-שלבי זה (בש"א 8906/99 אבנון נ' פייג, תק-על 2000(2) 448; ש' רויטל "תיקון 43 לחוק התכנון והבניה - האם מהפך בדיני התכנון"?", משפטים כז (תשנ"ו) 383, 411).



84. עם זאת, בית משפט זה עמד לא אחת על כך שהעקרון המונח ביסוד הגבלת המועד להגשת עתירה על-פי התקנה הוא עקרון שיהוי ולא התיישנות. משמעות הדבר היא כי אין מדובר במגבלה קשיחה, אלא בקיום אמת מידה לבחינת שיהוי, בהתחשב בנסיבות המיוחדות של העניין ובתכליות דיני התכנון והבניה, וחשיבות יסוד הוודאות והיציבות במסגרתם. תקנה 3 נועדה, אפוא, להותיר בעינו את שיקול דעתו של בית המשפט לעניינים מינהליים בבחינת התקיימותו של שיהוי בנסיבותיו של מקרה קונקרטי, ולא להצר שיקול דעת זה (ע"א 6365/00 בר אור נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הצפון, פד"י נו(4) 38, 43-44; פרשת חוף הכרמל, 400). יתירה מזו, על-פי תקנה 19 לאותן התקנות, לבית המשפט סמכות כללית להאריך כל מועד הקבוע בהן אם קיימת לכך "סיבה סבירה", או לנהוג בכל "דרך אחרת הנראית לו, בנסיבות העניין, מועילה להכרעה צודקת ומהירה". פירוש הדבר, כי אפילו יוצרת תקנה 3 מגבלת זמן נוקשה להגשת עתירה, גם אז ניתן להאריך מועד, או לנהוג בכל דרך אחרת הנדרשת להשגת הכרעה יעילה וצודקת. במקרה זה, אמנם, לא הוגשה בקשה להארכת מועד להגשת העתירה בידי החברה להגנת הטבע, אולם בנסיבות המיוחדות של העניין, לאור ההיבט הציבורי הבולט הכרוך בעתירה, אין מגבלות המועד שבתקנה 3 עומדות לרועץ לדיון בעתירה גופה. שהרי, בבוא בית המשפט לבחון את היקף החריגה מהוראות התקנה על רקע כלל נסיבות העניין, ישקול, בין היתר, בצד מידת השתהותו של יוזם ההליך והנזק העלול להיגרם לצדדים שלישיים עקב ההשתהות, גם את אופיו וטיבו של האינטרס הציבורי הכרוך בהכרעה בעתירה לגופה או בדחייתה על הסף (א' גורן ומ' ד' בירנהק "בית המשפט לעניינים מינהליים", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 243, 267).

85. על רקע האמור, צדק בית משפט קמא כשנזקק להכרעה בעתירה גופה, גם בראי טענת השיהוי בהיבטה הדיוני. מעבר לכל אלה יצויין במיוחד כי השתהותה של החברה להגנת הטבע בהגשת העתירה לא היתה גדולה, וזאת במיוחד על רקע העובדה כי היא פעלה עוד שנים לפני הגשת העתירה בפנייה למוסדות התכנון לצורך עמידה על ייעודן המקורי של הדירות, ועמדתן של רשויות התכנון לפיה הבנייה למגורים בתחום המרינה אינה מותרת, הניחה את דעתה. רק מאוחר יותר, כאשר התברר כי אכיפת הייעוד האמיתי של הדירות אינה אפקטיבית, פנתה העותרת בעתירה מינהלית, וזאת כאשר התגבשה התמונה המלאה שנדרשה לצורך היווצרות העילה, שלא היתה תולדה של החלטה אחת או של אירוע בודד, אלא פרי מכלול נתונים רב שהורכב מפעילות המערערות, הצהרות רשויות התכנון, ומחדלי האכיפה.

משכך, בנסיבות המיוחדות של המקרה, אין זה ראוי לייחס לעתירת החברה להגנת הטבע מגבלת שיהוי במובן תקנה 3 לתקנות הנזכרות (ע"מ 1975/01 ועדה מקומית לתכנון ולבניה, כרמיאל נ' רובינשטיין, פד"י נו(6) 638, 647-646 (להלן - פרשת רובינשטיין); ע"א 3884/98 רון נ' הוועדה לבנייה, מגורים ותעשייה, מחוז ירושלים, תק-על 99(2) 105, פסקה 4).

שיהוי בהיבט המהותי

86. על-פי ההלכה הפסוקה, טענת שיהוי הנטענת כנגד עתירה מינהלית לקבלת סעד שמקורו במשפט הציבורי מצריכה בחינה של שלושה יסודות: השיהוי הסובייקטיבי, השיהוי האובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק באם טענת השיהוי תתקבל.

87. השיהוי הסובייקטיבי מתמקד בבחינת התנהגות העותר בפועל, ובשאלה האם התנהגותו מצביעה על ויתור משתמע מצידו על זכותו לפנות לערכאות. השיהוי האובייקטיבי עניינו מידת השינוי שחל במצב בשטח, והיקף הפגיעה באינטרסים של צדדים נוגעים בדבר נוכח האיחור בהגשת העתירה. לצורך הקמת טענת שיהוי במשפט הציבורי, נדרשים להתקיים היסוד הסובייקטיבי והאובייקטיבי במצטבר. אל מול מבחנים מצטברים אלה, המקימים טענת שיהוי, יש לבחון את שאלת התקיימותו של מבחן השולל שיהוי והוא - מידת הפגיעה בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי המתגלה מתוך המעשה המהווה נושא העתירה. מבחן שולל זה מבטא את העקרון לפיו בית המשפט לא ידחה עתירה מחמת שיהוי אם משמעות הדבר היא כי עקב כך תיגרם פגיעה חמורה בשלטון החוק ובאינטרס ציבורי חשוב. עקרון זה חל מקום שמשקל הרעה הצפויה מהמעשה נשוא העתירה גובר באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם בהיזקקות לעתירה הנגועה בשיהוי, ובהינתן פגיעה אפשרית בצדדים שהסתמכו על מצב דברים נתון עד לפתיחתו של ההליך השיפוטי (ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה, פד"י נו(3) 673, 679; ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פד"י נו(5) 433, 449-448; בג"צ 8378/96 חביש נ' השר לענייני דתות, פד"י נא(1) 145, 159; בג"צ 2285/93 נחום נ' גיורא לב, ראש העיר פתח תקווה, פד"י מח(5) 630, 642; בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פד"י מב(1) 678, 684-685). שאלת השיהוי נתונה לשיקול דעת שיפוטי, ואין כללים נוקשים ביחס לאופן הפעלתו (בג"צ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, תק-על 2006 (1) 2983, פסקה 11). השאלה אם בסופו של דבר תידחה עתירה בטענת שיהוי תוכרע על יסוד איזון בין שלושת היסודות האמורים, וייחוס משקל יחסי

לכל אחד מהם בנסיבות ענין נתון, במיוחד תוך קביעת היחס בין מידת הפגיעה באינטרסים של יחידים, שנתגבשו עקב הסתמכות על מצב דברים נתון, לבין מידת הפגיעה בחוק ובערכי שלטון החוק, יסוד שנועד להבטיח עקרונות בסיסיים של תקינות, חוקיות וטוהר מידות שמקורם בדאגה לאינטרס הציבורי הכללי (עע"מ 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חוף השרון, פד"י נח(6) 728, 5-734; בג"צ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פד"י נז(3) 84, 92-90; פרשת חוף הכרמל, 397-400; פרשת רובינשטיין, 646-645; בג"צ 1135/04 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הצוות המלווה לענין תמ"א 18/א/31, פד"י נט(4) 784, 789; ע"א 8116/99 אדם טבע ודין, 208; פרשת תלמוד תורה הכללי, 448-449; פרשת אסולין, 694-695).

88. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את עמדת בית המשפט לעניינים מינהליים אשר דחה את טענת השיהוי שהועלתה ביחס לעתירתה של החברה להגנת הטבע, וראה לפסוק בעתירה גופה.

השיהוי הסובייקטיבי

89. לעניין התנהלותה של החברה להגנת הטבע מבחינת השיהוי הסובייקטיבי, נאמנים עלי ממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, אשר הניח לצורך הענין כי המועד הרלבנטי לבחינת השיהוי הסובייקטיבי הוא המועד בו נודע לחברה כי המערערות משווקות את דירות הנופש כדירות מגורים רגילות. טעמיה של גישה זו הם, כי העתירה תוקפת את דרכי אכיפת התכניות ויישומן לאחר שחברות הבנייה החלו לפעול בשטח בניגוד לתכניות. היא אינה תוקפת את היתרי הבנייה אלא את השימוש בדירות בלבד. לענין זה, שלב יישום התכנון הוא הקובע, ולא שלב גיבוש התכנון ופרטיו. יתר על כן, ביחס לשלב התכנון מצביע בית המשפט על פעולתה של החברה להגנת הטבע עוד בשנת 1994, בהגישה התנגדות לתכנית הר/2003א (המפורטת), אשר בעקבותיה הבהירה הוועדה המחוזית את ייעודי המבנים למלונאות לסוגיה, מלונות דירות ודירות נופש, וקבעה כי היתר שיוצא יותאם לדרישות משרד התיירות. החברה להגנת הטבע היתה רשאית להניח כי קביעות אלה ייושמו הלכה למעשה. מאמצע שנת 1997 החלו פרסומים על שיווק דירות נופש במרינה כדירות מגורים לכל דבר, ופרסומים אלה הופיעו במועדים שונים ובהרחבה בעיתונים שונים. במועד זה היה על החברה להגנת הטבע לפעול, אולם רק ביולי 1998 פנתה לוועדה המקומית ודרשה את הפסקת שיווק הדירות. ברי, כי במועד זה ידעה החברה בפועל על הפרות התכנון בידי

המערערות, וחרף זאת, הגישה את העתירה רק בדצמבר 1998. מדובר, אכן, בשיהוי מסוים, שאינו כבד; עם זאת, בנסיבות הענין שיהוי זה אינו מצביע על ויתור החברה על זכויות התביעה הנתונות לה. יש לתת משקל מסוים גם לעובדה כי העותרת היא חברה הפועלת למען אינטרס ציבורי כללי, שלא למען רווחים וטובות הנאה, ומבקשת בפניותיה לבית המשפט להעלות עניינים שבטובת הכלל. בדומה לבית משפט קמא, אניח גם אני כי ארע שיהוי סובייקטיבי מסוים מצד החברה להגנת הטבע, אך על רקע כלל נסיבות הענין, הוא אינו כבד משקל.

#### השיהוי האובייקטיבי

90. הלכה מושרשת היא, כי אין די בשיהוי מן ההיבט הסובייקטיבי כדי לבסס טענת שיהוי. הרכיב החשוב בטענת השיהוי הינו הרכיב האובייקטיבי, הבוחן את השפעת השיהוי על גורמים שונים העלולים להיפגע ממנו לאחר שפיתחו אינטרס הראוי להתחשבות (פרשת חוף הכרמל, 397; פרשת נחום, 641; פרשת ועד אמנים, 374; בג"צ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פד"י לח(4) 617, 621). בענייננו, הצדדים העשויים להיות מושפעים מן השיהוי הם רוכשי הדירות וחברות הבנייה המערערות.

#### רוכשי הדירות

91. בענין רוכשי הדירות יש להבדיל בין שתי קבוצות: הקבוצה האחת הינה רוכשים שרכשו את הדירות עד למועד מתן פסק הדין בהליך הראשון ביום 9.12.99. על-פי פסק הדין החלקי שניתן בהסכמה ביום 5.9.00, רוכשים אלה זכו להגנה, ובהליך שלפנינו שוב לא מבוקש כל סעד בעניינם. כנגד זאת, על הקבוצה השניה נמנים רוכשים שרכשו את הדירות לאחר מתן פסק הדין הראשון, או שטרם רכשו דירות שנבנו. כל אלה מוחזקים כמודעים להליכים הקשורים בעתירה, ולקיום הליכים משפטיים בענין אופי השימוש בדירות, ואינם יכולים לטעון כיום, וגם לא יוכלו לטעון בעתיד, כי בעת שרכשו את הדירות הסתמכו בתום לב על קיום מצג לפיו השימוש בדירות למגורים רגילים הוא בגדר שימוש מותר. רוכשים, שרכשו דירות לאחר פסק הדין בהליך הראשון, נטלו סיכון מודע לכך כי עלולה להתקבל תוצאה משפטית המשנה את אופי הדירות שרכשו, ואת השימושים המותרים בהם. הדבר נכון גם ביחס לאלה שטרם רכשו

דירות וירכשו אותן בעתיד. רוכשים הנמנים על קבוצה זו אינם יכולים, אפוא, לטעון לפגיעה באינטרס הסתמכות לגיטימי בגידרה של טענת שיהוי.

#### חברות הבנייה

92. טוענות חברות הבנייה כי הן פירשו את המונח "דירות נופש" כדירות מגורים לכל דבר, ועקב השתהותה של החברה להגנת הטבע בהגשת העתירה, פעלו על-פי פרשנות זו, ושינו בכך את מצבם לרעה.

דין טענה זו להידחות. ממסגרת הדין, מאופי הליכי התכנון, ומכלל נסיבות העניין, אין אפשרות להסיק מסקנה אחרת אלא שחברות הבנייה לא הניחו, ולא יכלו להניח בתום לב כי התכניות והיתרי הבנייה שניתנו להן, המדברים ב"דירות נופש", מתירים בנייה ושיווק של דירות למגורים רגילים. המערערות ידעו כל העת כי מדובר בתכנון מיתחם מרינה, שנועד לתיירות ונופש. הן ידעו כי הבנייה נועדה לשרת מטרה זו. האפשרות כי דירות נופש תשווקנה כדירות מגורים לכל דבר, אינה מתיישבת כלל ועיקר עם ייעודו המובהק של השטח, שהיה ידוע ומוכר לחברות הבנייה לאורך כל שנות הליכי התכנון. יתר על כן, הליכי התכנון לאורך כל שלביהם הבהירו, וחזרו והבהירו, כי מדובר באזור נופש, שבו מותרת בנייה מלונאית לסוגיה.

93. להשלמת הדברים, ראוי לציין כי לשלוש מהמערערות - חברת גז, חברת מבני עופרים ואלמוג התכלת, ניתנו היתרי בנייה שכללו גם שימוש "למגורים". לכך ניתן ההסבר הבא: אשר לחברת מבני עופרים, אף שהיתר הבנייה שניתן לה ב-28.12.97 כלל את השימוש "למגורים", כבר ב-22.2.98 הודיעה מנהלת אגף הרישוי בעיריית הרצליה כי ייעוד המבנה הוא דירות נופש, מלון דירות, וכי החיוב באגרת בנייה צריך להיות על-פי "בית עסק, בית מלון, ולא "מגורים". ב-12.4.98 הודיעה היועצת המשפטית של הוועדה המקומית לחברה זו כי חלה טעות בהיתר, וכי מותר לבנות במקום רק יחידות נופש ולא דירות מגורים, וביום 29.10.98 הוצא היתר בנייה מתוקן לדירות נופש במקום מגורים. אשר לחברת גז, ביום 24.12.97, ניתן לה היתר בנייה לבניית שני מרתפים למבנה מגורים, וב-22.2.98, ניתן לה היתר ל"בית מגורים, לדירות נופש", וכך נקבע גם בהחלטת הוועדה מקומית בדצמבר 1997. אולם ב-16.2.98 הודיעה מנהלת מחלקת הרישוי בעירייה על טעות בחישוב האגרות, והובהר במכתבה כי מדובר בהיתר "לדירות נופש, מלון דירות", ויש להתאים את האגרות לנהוג ביחס לבית מלון, ולא מגורים. על כן, גם חברת גז לא יכלה להסתמך בתום לב על ההיתר שניתן לה כבסיס להנחה כי יש

לה זכויות בנייה של דירות לשימוש רגיל למגורים. אשר לאלמוג התכלת - בהיתר מיום 2.4.98 נכתב "בנין לדירות נופש" לצד "בניינים A, B, מגורים". בקשר להיתר זה התקיימה ישיבת ועדה מקומית ביום 3.9.97, ומהות הבנייה הוגדרה כ"הארכה".

מעריך נתונים זה אינו יכול לבסס הסתמכות לגיטימית מצד חברות הבנייה על מצג המתיר להם בניית דירות לצרכי מגורים רגילים.

94. יש לציין עוד בהקשר זה כי בית משפט קמא יצר אבחנה לענין טענת השיהוי בין אופן השימוש בדירות הנופש לבין היבט המבנה הפיסי של הדירות שהיה בבחינת "מעשה עשוי" בעת פתיחתו של ההליך. הדירות במצבן הפיסי אינן תואמות את נוהלי משרד התיירות ביחס לדירות נופש. עם זאת, מאחר שהבנייה כבר היתה עובדה קיימת, טענת השיהוי נתקבלה ביחס להיבט זה, וגם החברה להגנת הטבע לא עמדה עוד על טענתה בענין זה. שונה הדבר ביחס להיבט השימוש בדירות, אותו ניתן להתאים לדרישות הדין ביתר קלות.

95. מסקנתי היא, אפוא, כי לא הונח בסיס לקיומו של שיהוי אובייקטיבי מבחינת הפגיעה באינטרס מוגן של צד מעורב, ובמקרה זה - חברות הבנייה. צדק בית משפט קמא כאשר הניח כי, יותר משהמערערות פעלו על-פי פרשנות משלהן למונח "דירות נופש" כדירות לדיור רגיל, הן נטלו על עצמם סיכון מדעת בבניית הדירות ושיווקן כדירות מגורים, ואין מדובר כאן בהסתמכות תמת לב הראויה להגנת בית המשפט. די היה בטעם זה כדי לדחות את טענת השיהוי. אולם מצטרף ומחזק מסקנה זו היבט האינטרס הציבורי וההגנה על שלטון החוק, המצדיק, כשלעצמו, את היזקקות בית המשפט לנושא העתירה שהוגשה, נוכח הסטייה הבולטת מהדין ומנורמות התכנון שהיא העלתה לביקורת שיפוטית.

שלטון החוק והאינטרס הציבורי

96. פועלו של שיהוי, אפילו הוא מתקיים ביסודותיו הסובייקטיביים והאובייקטיביים, עשוי להישלל מקום שהמעשה בגינו מובאת העתירה, מגלם פגיעה משמעותית באינטרס הציבורי, והימנעותו מלהיזקק לה עלולה לפגוע בעקרונות יסוד של שלטון החוק. כזה הוא המקרה שלפנינו.

97. התרת העמדתן של "דירות הנופש" שנבנו במיתחם המרינה לשימוש כדירות מגורים רגילות, והימנעות מאכיפת הדין והתשתית התכנונית במקום, כדי להבטיח את אופיו המיוחד של אזור חוף הים למטרות נופש, בילוי ותיירות, עלולות לפגוע באינטרס הציבורי פגיעה חמורה, וזאת בשני מובנים: האחד - הדבר עלול לסכל את אינטרס הציבור לממש את ייעודם האמיתי של חופי הים, כמקור להנאה ורווחה בתחומים שונים שמשאב טבע זה מעניק לאדם. בהתרת מגורים רגילים באזור המרינה יש ניגוד מובהק לתכלית התכנונית במקום, ואובדן ייחודו וחשיבותו של משאב טבע שנועד להנאת הכלל, תוך התרה לפרט להפיק רווח כלכלי על חשבון עניינו הרחב של הציבור. כל הפרת דיני תכנון ובנייה טעונה התייחסות מצד רשויות אכיפת החוק. אולם, להפרה שמשמעותה שינוי צביונו של אזור שלם ישנו משקל מיוחד. כאשר הפרה זו משנה את תכליתו של אזור האמור לשמש את הציבור הרחב לרווחתו, והוא קשור למשאב טבע שלכל התושבים זכות גישה אליו, כי אז מדובר בהפרה שמשקל חומרתה רב במיוחד. מדובר, על כן, בהפרה הפוגעת באינטרס ציבורי רב משקל, שיש לו השלכה ישירה על טענת השיהוי.

98. המובן השני - קבלת טענת שיהוי בנסיבות מקרה זה עלולה להביא, בעקיפין, להטמעת מסר לציבור הרחב כי חוקי התכנון של המדינה והתשתית התכנונית הנגזרת מהם הם גורם שניתן להתנות עליו, להתעלם ממנו ולזלזל בו, ומערכות האכיפה, לרבות בתי המשפט, נמנעות מלהתערב גם מקום שמדובר בהפרות בוטות במיוחד. תופעה כזו אינה קבילה על-פי כל אמת מידה. ההגנה על דיני התכנון והבניה בישראל בכל הקשריהם הינה חובה ציבורית בעלת חשיבות ממדרגה ראשונה, והיא חלה על רשויות אכיפת החוק, ובכללן בתי המשפט. חובה זו חלה ביתר שאת כאשר מדובר בסטייה מהותית מדיני התכנון, הכרוכה בפגיעה חמורה באינטרס הציבורי, וכזה הוא ענייננו. טעמים אלה, כל אחד בפני עצמו, ובוודאי בהצטברותם, גוברים על טענת השיהוי (השווה פרשת אסולין, 693-695). יועבר המסר לגורמים הנזקקים להליכי התכנון כי מערכות המשפט והאכיפה לא תתייחסנה בסלחנות להפרות כבדות משקל של כללי תכנון, והאינטרס הציבורי בתכנון הפיסי של שטחי המדינה על יעדיו המגוונים, יישמר.

99. במקרה זה קשה שלא להתרשם מדרך התנהלותה של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בהרצליה בראשותו של ראש העיר דאז, מר אלי לנדאו, אשר נקטה גישה מקלה, מקלה מדי עם הנורמות התכנוניות הנדרשות כדי להקל על היזמים ולהסיר מגבלות שונות על פעולתם. במקום שמוסד התכנון המקומי יעמוד על משמר ייחודו הנופיי ותכליתו של אזור המרינה, נראה כי הוא פעל באופן עקבי להסיר מגבלות תכנוניות כדי

לאפשר מימוש רווחי היזמות הפרטית על חשבון ההגנה על צביונו של המקום. גופי התכנון העליונים דחו גישה זו. מועצת העירייה והוועדה המקומית בגלגולן החדש התנערו מגישת קודמיהן, והצטרפו באורח חד-משמעי לעמדתה של החברה להגנת הטבע.

100. גילויי גישה מקילה ביחס לדיני התכנון, הננקטים לא אחת על-ידי רשויות תכנון מקומיות, תוך שיתוף פעולה עם יזמים וקבלנים, ראויים לתגובה נחרצת של רשויות שלטון החוק. עליהן להילחם מלחמה חסרת פשרות בתופעות של ניגוד עניינים בתחומי הרשויות המקומיות ומוסדות התכנון המקומיים, לבל ייגרע אינטרס הציבור על חשבון אינטרסים כלכליים של יזמים פרטיים, המבקשים להפיק רווח פרטי מעקיפת החוק והתשתית התכנונית, שנועדו לשמר את זכויותיו של הכלל (השוו: עניין מרכז הספורט אזור, 141-142; ע"א 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פד"י כט(1) 390, 392; ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לו(1) 337, 354; י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), 378; ע"א 2902/97 אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ נ' גליקמן, פד"י נג(1) 369, 381; בג"צ 235/76 בנייני קדמת לוד (1973) בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה בלוד, פד"י לא(1) 579, 585; בג"צ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, פד"י נד(3) 5, 27-33; דנג"צ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האזורית עמק לוד, פד"י נא(3) 661, 683-684; א' פורז "חוק התכנון והבניה - תיקוני חקיקה בכנסת לדירוז הליכי התכנון", המשפט א (תשנ"ג) 249).

101. לסיכום הדברים: דין טענת השיהוי להידחות. גם אם היה שיהוי סובייקטיבי מסוים מצד החברה להגנת הטבע בהגשת עתירתה, לא חל שיהוי אובייקטיבי ביחס לעתירה. רוכשי הדירות שקדמו לפסק הדין בהליך הראשון לא נפגעו, ואילו רוכשי דירות חדשות ידעו על ההליכים המשפטיים, ולקחו סיכון מודע שהשימוש בדירות למגורים רגילים ישונה. אשר לחברות הבנייה, אלה לא הסתמכו בתום לב ובאופן אמיתי על מצב דברים שהניח להן, כביכול, לסטות מהתכנון התקף בשטח ולהועיד את דירות הנופש למגורים רגילים. מבחינת האינטרס הציבורי הכללי ועקרון שלטון החוק, ישנה חשיבות מיוחדת בעמידה על קיומם של דיני התכנון והבניה בכלל, ובמקרה זה בפרט. חשיבותם של חופי הים בארץ וההגנה על ייעודם להנאת הכלל, בצד חשיבות גורם אכיפת החוק בענייני תכנון ובנייה, מכריעים את הכף אף בפני שיהוי אפשרי בהגשת העתירה. חשיבות העמידה על כיבודם של דיני התכנון משתרעת אף מעבר לענין זה. היא אוצלת על מעמדו של החוק בחברה הישראלית ועל חשיבות כיבודו בכל



התחומים. היא מחנכת את הציבור להקפיד בשמירה על החוק, ומטמיעה את התודעה כי אינטרס פרטי אינו יכול לגבור על אינטרס הכלל, אגב הפרת-חוק.

טענת הפגיעה בזכות הקנין

102. טוענות המערערות כי חיובן לקיים את ייעוד הדירות כדירות נופש פוגע בזכויותיהן הקנייניות, ופוגע בזכויות הקנין של הרוכשים להשתמש בדירות למגורים רגילים. הן מסתמכות, בין היתר, על היותה של זכות הקנין זכות חוקתית על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

103. דין טענות אלה להידחות. חוק המקרקעין הועיד את שטחי חוף הים ל"מקרקעי ייעוד" שהיכולת להקנות בהם קנין פרטי הותנתה בתנאים מיוחדים (סעיף 111 לחוק המקרקעין). התשתית התכנונית במקום הגבילה מראש את הייעודים והשימושים האפשריים במיתחם המרינה. חברות הבנייה רכשו זכויות בנייה במיתחם, בכפוף לדין ולתכניות בניין העיר השונות החלות על המקום. זכויות הקנין שרכשו המערערות היו כפופות, מלכתחילה, להגבלות התכנון והשימוש הנגזרות מאופיו וייעודו של השטח. יכולתן להפיק הנאה מקניינן הוגבלה במגבלות שנועדו לשמר, בגבולות מסויימים, את הנאת הציבור מהמבנים שיוקמו במיתחם למטרות נופש. הגבלות אלה עומדות במבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, תואמות את ערכיה של המדינה, נעשו לתכלית ראויה, ומקיימות את דרישת המידתיות. ואף מעבר לכך: שלילת זכותם של בני הציבור לנכסים העומדים להנאת הכלל, היא שישויה לעמוד בסתירה לעקרון החוקתי האוסר על פגיעה בקניינו של אדם, והפעם - בקנין הציבור, והיה מי שראה בפגיעה בזכותו של היחיד ליהנות מנכסי הכלל משום פגיעה חוקתית, כדבריו של השופט מ' חשין בפרשת חורב, 152:

"לכל יחיד ויחיד מן הציבור יש חלק ברכוש הציבור - במקרקעין שיועדו לציבור - ואין יחיד או בעל שררה רשאים ליטול מרכוש הציבור ולייחדו ליחיד, או לחלק מן הציבור, אלא על-פי חוק או חוקה. העקרון כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם' - כהוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - יכול שיחול גם על זכותו של היחיד בקנין הציבור. בוודאי ראוי הוא שיחול על זכותו של היחיד בקנין הציבור; ואם לא בלשונו, הרי ברוחו... זכותו של היחיד ברשות הרבים כזכותו ברשות היחיד דמי" (הדגשות לא במקור).

והדברים יפים לענייננו.

104. בית משפט קמא ניסח בזו הלשון את הסעד האופרטיבי בהליך זה:

"דין העתירה להתקבל בחלקה, כך שיוצהר כי השימוש למגורים בדירות הנופש במיתחם המרינה הוא שימוש שאינו חוקי. לפיכך, על בעלי דירות הנופש לצרפן, כענין שבחובה, למאגר דירות להשכרה על מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים המזדמן, והציבור הרחב לצרכי איכסון מלונאי לפרק זמן מינימלי מידי שנה. על חוזי הרכישה הנקשרים בין חברות הבנייה לבין הרוכשים מעתה ואילך לשקף חובה זו. על הוועדה המקומית להוציא בהקדם הנחיות בנוגע לפרק הזמן המינימלי שעל בעלי הדירות להעמידן להשכרה, כשהיא מבחינה לענין משך התקופה האמורה, בין דירות שנרכשו לפני פסק דין זה, לבין דירות שנרכשו לאחריו."

105. סעד זה מעגן בתוכו עקרונות של בטלות יחסית של מעשה פגום, וזאת משתי בחינות: האחת - על רקע פסק הדין החלקי שהתקבל בהסכמה ביום 30.11.00, הוכשר השימוש למגורים רגילים של דירות שנרכשו עד מתן פסק הדין הראשון ביום 9.12.99. הסעד האמור בפסק הדין קמא חל, אפוא, רק לגבי דירות חדשות שנמכרו לאחר פסק הדין בהליך הראשון. השנייה - הטענה בדבר הצורך בהגבלה פיסית של שטח הדירות נדחתה בהליך הראשון מטעמי שיהוי, ושוב אינה עומדת.

החברה להגנת הטבע לא ערערה על מבנה זה של סעדים שנתגבש בפסיקת בית משפט קמא, והיא מקבלת את פועלם היחסי של הסעדים כפתרון ראוי ומאוזן בנסיבות המורכבות של ענין זה.

106. ייעודן של דירות הנופש למטרות מגורים רגילים סותר את הדין ואת תשתית התכנון. מבחינה מושגית, ניתן היה להצהיר על כלל הדירות שכבר שווקו למטרות מגורים רגילים כפסולות לשימוש כזה. אולם, במורכבות המיוחדת של נסיבות העניין, היה מקום להביא לאיזון אינטרסים שונים הפועלים בפרשה זו, תוך הבחנה בין הפגם שנפל בפעילותן של חברות הבנייה לבין נפקותו של הפגם, כפי שמתירה תורת הבטלות היחסית לעשות. כלשונו של השופט זמיר:

"לפי מבחן זה [הבטלות היחסית - א"פ] יש להבדיל בין הפגם לבין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור נמצא במישור

אחד, ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר. בכל מישור פועלת מערכת שיקולים מיוחדת, התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור. לכן, אין לשלול את האפשרות שחוסר סמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת. חוסר סמכות ובטלות מוחלטת אינם תאומי סיאם" (ע"פ 866/95 טוסן נ' מדינת ישראל, פד"י נ(1) 793, 816).

107. אכן, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאותיו. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד הראוי לכלל נסיבות המקרה. הלכת הבטלות היחסית מצטיינת בגמישותה ויעילותה (בג"צ 2911/94 באקי נ' עמרם קלעג'י, מנכ"ל משרד הפנים, פד"י מח(5) 291, 306; בג"צ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פד"י נ(2) 177, 194-195; ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 2813, פסקה 49 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"י נה(4) 673, 684-5; בג"צ 10455/02 אמיר נ' לשכת עורכי הדין, פד"י נז(2) 729, 738-739). הרעיון שמאחורי תורת הבטלות היחסית הוא "...הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה" (בג"צ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פד"י נח(4) 289, 309 (להלן - פרשת התנועה למען איכות השלטון)). מהותו של הסעד נגזר ממכלול נתונים ובהם, השפעת הסעד על האינטרס הפרטי והאינטרס הציבורי (רע"פ 4398/99 הדאל נ' מדינת ישראל, פד"י נד(3) 637, 646-650; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פד"י נז(1) 817, 860 - 861; א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ה), 724-726; בג"צ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פד"י נב(3) 117; י' דותן "במקום בטלות יחסית", משפטים כב (תשנ"ד) 587, 632, 637-639; ד' ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי", משפטים כד (תשנ"ה) 519). תורת הבטלות היחסית מוחלת בתחומי משפט רחבים (ע"פ 10189/02 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3) 3505, פסקה 8; בג"צ 10934/02 קיבוץ כפר עזה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י נח(3) 854, 121-122; בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 14, 42-43; בג"צ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פד"י נט(1) 577, 590). היא תקפה גם בענייני תכנון ובנייה (פרשת מרכז הספורט אזור, 127; פרשת חוף הכרמל; פרשת התנועה למען איכות השלטון).

108. לאור ניתוח הדברים לעיל, יש מקום למתן סעד הצהרתי לפיו השימוש למגורים רגילים בתחומי המרינה אינו חוקי, בהיותו סותר את דיני התכנון והבניה, את התכניות התקפות החלות על המקום, ואת היתרי הבנייה שניתנו על-פי התכניות.

נובע מכך, כי הדירות שנבנו ונבנות, למעט אלה שנרכשו על-ידי קונים לפני מתן פסק הדין בהליך הראשון ביום 9.12.99, צריכות לעמוד לשימושו של הציבור הרחב לצרכי נופש. הדרכים למימוש ייעוד זה עשויות להיות מגוונות, וכל שימוש שישג באופן אמיתי את המטרה הייעודה, יענה על התכלית הראויה. מבין קשת האפשרויות, אפשרית הדרך של מכירה לבעלים פרטיים אשר תוטל עליהם החובה להעמיד את דירותיהם להשכרה לציבור לפרקי זמן מינימליים בכל שנה, על-פי תכנית שתתווה על-ידי רשות התכנון לענין זה. הרעיון הטמון באופציה זו הוא כי הבעלים הפרטיים ישתמשו, הם עצמם, בדירות לצורכי נופש לפרקי זמן קצובים בשנה, וביתרת התקופות ישכירו את הדירות לנופשים, וייהנו מתמורה כספית בגין העמדת דירותיהם לשימוש הציבור. אפשרות אחרת היא, שהיזמים ימכרו מאגר של יחידות דיור לגורם אחד אשר יעמידן מטעמו להשכרה לציבור לצרכי נופש לכל ימות השנה; אפשרות נוספת היא כי היזמים עצמם יותירו מאגרי דירות בבעלותם וישכירו אותם לציבור הרחב, וקשת האפשרויות אינה מתמצית בזאת. קיים, אפוא, מגוון אפשרויות להגשמת ייעוד הדירות כיחידות המיועדות לנופש ותיירות, ואין להגביל מראש את המנגנון שייבחר לצורך כך, כל עוד ייעוד הדירות לנופש יוגשם באופן אמיתי.

109. אין מקום לקבוע במסגרת פסק דין של ערכאה שיפוטית את התשתית המפורטת להגשמת הייעוד התכנוני של הדירות. יש להסתפק בהצבת העיקרון, כפי שעשה בית המשפט לעניינים מינהליים, ובדין כך. עם זאת, במסגרת קביעת העיקרון, יש לקבוע כי השימוש בדירות חייב להיות בעיקרו שימוש ציבורי, ולכן יש להעמיד את הדירות לרשות הציבור הרחב בכל דרך שהיא במשך מרבית תקופת השנה ולמעלה ממחצית השנה במצטבר (השוו פרשת חוף הכרמל, 414-416). הוראה ברוח זו תיכלל בכל חוזה לרכישת דירה במיתחם, ותחול על כל הרוכשים, ועל חליפיהם, בעתיד. הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תדאג למימושה של הוראה זו במלוא האמצעים העומדים לרשותה. ועדת התכנון המקומית מופקדת מכוח חוק התכנון והבניה על אכיפת דיני התכנון ברשות המקומית הנתונה לפיקוחה, והיא תדאג מכוח סמכותה וחובתה זו לקביעתם, ליישומם ולאכיפתם, הלכה למעשה, של הכללים הראויים בענין זה (סעיף 27 לחוק התכנון והבניה).

110. ראוי לאמץ, אפוא, את עיקרי פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, ואת עקרונות הסעד שקבע, כמשקפים את הדין החל על העניין ואת המוצא הראוי במערכת הנתונים המורכבת שנוצרה בשטח. עיקרי הסעד שנקבע מהווים איזון ראוי בין החובה לכבד את החוק ולאכוף את נורמות התכנון בשטח, לבין הצורך להתחשב באינטרסים של צדדים שלישיים שנוצרו בינתיים והראויים להתחשבות מידתית, תוך מתן משקל מסוים גם לשיהוי שבפתיחת ההליך מבחינת שטחן הפיסי של הדירות, וזכויות קונים שנרכשו קודם למתן פסק הדין בהליך הראשון.

111. אציע, אפוא, לדחות את הערעורים, ולחייב את המערערות בשכר טרחת עורכי דינם של המשיבים כדלקמן: לחברה להגנת הטבע (המשיבה 1) - סך של 50,000 ש"ח; לוועדה המקומית (המשיבה 2) - סך של 15,000 ש"ח; ולוועדה המחוזית, המועצה הארצית ומשרד התיירות (המשיבים 3-5) - סך של 35,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

הנשיא (בדימ') א' ברק

אני מסכים.

הנשיא (בדימ')

המישנה לנשיאה א' ריבלין

אני מסכים.

המישנה לנשיאה

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט"ז בכסלו תשס"ז (7.12.06).

ש ו פ ט ת

המישנה לנשיאה

ה נ ש י א (בדימ')