

עתירה מינהלית 2038 / 98

החברה להגנת הטבע

נגד

1. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה
2. הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב-יפו
3. המועצה הארצית לתכנון ולבנייה
4. גד חברה לבניין בע"מ
5. מבני עופרים בע"מ
6. אזורים בניין (1965) בע"מ
7. קנדאל פיתוח בע"מ
8. אלמוג התכלת שותפות מוגבלת
9. אי התכלת שותפות כללית
10. אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ ואחים עופר נכסים (1957) בע"מ
11. מבני גזית (2000) בע"מ
12. משרד התיירות

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים

[6.2.2003]

לפני הנשיא א' גורן

העותרת הגישה עתירה מינהלית שעניינה בפרויקט המרינה בהרצליה (להלן – העתירה). בעתירה תקפה העותרת את היתרי הבנייה שניתנו על-ידי המשיבה 1 בכל הנוגע לבנייה במיתחם המרינה בהרצליה בטענה כי אינם תואמים את דרישות משרד התיירות לעניין דירות נופש. כן נתבקש בית-המשפט להצהיר כי השימוש למגורים בדירות הנופש אשר הוקמו ויוקמו במיתחם המרינה הינו שימוש אסור ובלתי חוקי ולצוות כי שיווק הדירות ייעשה בהתאם לתכניות המיתאר וההחלטות התכנוניות החלות על מיתחם המרינה. בפסק-הדין שניתן בעתירה (להלן – פסק-הדין בעתירה) נדחתה העתירה בחלקה בכל הנוגע לתקיפת היתרי בנייה שכבר ניתנו, וזאת נוכח הזמן שעבר בין מועד מתן ההיתרים לבין מועד הגשת העתירה. העתירה נתקבלה בכל הנוגע לחלקה העוסק בהיבט השימוש בדירות (להבדיל מהיבט הבנייה הפיזית). פסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בערעור ביטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי והחזיר

אליו את הדיון בעניין טענות העותרת כלפי רוכשי הדירות ובעניין טענת השיהוי שהעלו המשיבים בתיק המקורי. משהתחדש הדיון בעתירה בבית-המשפט המחוזי הודיעה העותרת כי היא חוזרת בה מבקשתה לסעד כלשהו נגד כל מי שרכש יחידות במיתחם המרינה טרם יום מתן פסק-הדין בעתירה. לאור הודעה זו ניתן פסק-דין חלקי (להלן – פסק-הדין החלקי) ולפיו נדחתה העתירה כנגד רוכשי הדירות שרכשו דירות טרם יום מתן פסק-הדין בעתירה. עניינו של ההליך דנן הוא בשאלה האם העתירה לוקה בשיהוי בכל הנוגע לאותו חלק אשר נתקבל בפסק-הדין בעתירה.

בית-המשפט לעניינים מינהליים פסק:

א. פסק-הדין שבערעור, ככל שאינו נוגע למי שרכשו יחידות במרינה קודם לפסק-הדין בעתירה, החזיר את הדיון בעתירה זו לבית-המשפט רק בעניין השיהוי ולא בכל עניין אחר. פסק-הדין שבערעור ניתן בהסכמת הצדדים, ובכלל זה המשיבות 4-11 (להלן – המשיבות), ואין כל סיבה לשנות מהסכמה זו בדיעבד על-ידי הרחבת היריעה לנושאים אשר כבר הוכרעו בפסק-הדין בעתירה ואשר פסק-הדין שבערעור לא החזיר אותם לדיון מחדש בבית-משפט זה. אילו סברו המשיבות או מי מהן כי יש לקיים דיון גם בשאלת הסעד של חובת ההשכרה המלונאית, חזקה עליהן שהיו מסייגות את הסכמתן לעניין פסק-הדין שבערעור או עומדות על כך שבית-המשפט העליון עצמו יכריע בסוגיה. משלא עשו כן, הרי שאין כל מקום להתיר להן להכניס סוגיה זו בדלת האחורית ובדיעבד ועקב כך גם לפתוח מחדש דיון בנושאים נוספים שהדיון בעניינם כבר הסתיים (18א – ג).

ב. (1) מטרתה המרכזית של תורת השיהוי במשפט המינהלי היא למנוע תוצאות שאפילו אם הן נכונות מבחינת הדיון המהותי, הרי הן בעלות השלכה חריפה על צד שלישי הוגן אשר במועד שבו הוגשה העתירה כבר הספיק להסתמך על מצב הדברים הקודם ושינה בתום-לב את מצבו (18א – 19א).

(2) עם זאת, אין להתעלם מן העובדה שלעתים דווקא קבלתה של טענת שיהוי – ככל טענת סף – עלולה, היא כשלעצמה, לשאת עמה תוצאות והשלכות קשות, לעתים קשות מנשוא, ולקפח את העיקרון החשוב בדבר שלטון החוק. על-כן, יש ליישם את תורת השיהוי באופן זהיר, במיוחד כאשר על כף המאזניים מונחים שיקולים של כיבוד שלטון החוק ואינטרסים ציבוריים חיוניים. בנסיבות שבהן יישומה של תורת השיהוי מוביל הוא כשלעצמו לתוצאות קשות ובלתי צודקות מן ההיבט הציבורי נשמט הטעם העומד ביסוד טענת השיהוי, ומאחר שאין מתקנים עוול בעוול יש לדחות הטענה ולהיזקק לעתירה לגופה (19א, ג, 20א).

(3) על-פי הילכות השיהוי שהתפתחו עם השנים בבית-המשפט העליון ביושבו כבית-משפט גבוה לצדק ואשר חלחלו לאחר מכן גם לבית-המשפט המחוזי בשבתו לדיון כבית-משפט לעניינים מינהליים, מקובל לבחון את טענת השיהוי משלושה היבטים עיקריים שאינם בעלי משקל שווה (20ב – ג).

(4) ההיבט הראשון הוא ההיבט הסובייקטיבי שעניינו בהתנהגותו של העותר עצמו. במסגרת זו בוחן בית-המשפט האם קפא העותר על שמריו עד שעלה ובא לבית-המשפט והאם יש בזמן שחלף עד שהוגשה העתירה כדי ללמד על ויתור מצד העותר

על זכויותיו. היסוד הסובייקטיבי של השיהוי אינו בעל משקל רב. תורת השיהוי עוגנת על תפיסה המבקשת למנוע פגיעה בצדדים שלישיים שגיבשו אינטרס לגיטימי במהלך הזמן שחלף. משכך, אין מקום ליתן משקל של ממש להתנהגות העותר – גם אם השתהה באופן סובייקטיבי – מקום שצדדים שלישיים לא גיבשו אינטרס הסתמכות לגיטימי או טרם שינו מצבם לרעה (20ג – ה).

(5) הבחינה אם צדדים שלישיים אמנם גיבשו בינתיים אינטרס הסתמכות לגיטימי נעשית במסגרת ההיבט השני והחשוב יותר של דיני השיהוי, שהוא ההיבט האובייקטיבי. כאן השאלה שבית-המשפט מציב לעצמו הינה האם בעקבות האיחור בהגשת העתירה נגרמה פגיעה באינטרסים ראויים של הרשות המינהלית או של צדדים שלישיים שהסתמכו על מצב העניינים שקדם להגשת העתירה ושינו בתום-לב את מצבם לרעה באופן אשר קשה, או בלתי צודק, להחזירו לקדמותו (20ז – ז).

(6) לעתים גם כאשר העתירה נגועה בשיהוי ויש לכאורה מקום לדחותה על הסף עשוי בית-המשפט לדון בעתירה ולהכריע בה לגוף העניין כדי להגן על שלטון החוק. מעל שני רכיבי השיהוי – הרכיב "הסובייקטיבי" והרכיב "האובייקטיבי" – מרחף לו ההיבט השלישי של כללי השיהוי שעניינו בפגיעה בשלטון החוק. לעניין היחס בין היסוד השלישי לבין שני היסודות האחרים נקבע כי היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי ייקבע על-פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. בבואו להכריע בשאלת השיהוי יפעיל אפוא בית-המשפט מערכת איזונים שעל-פיה יבחן בעיקר את היחס בין הפן האובייקטיבי של השיהוי, היינו מידת הפגיעה באינטרסים ראויים של היחיד או של הרבים, לבין מידת הפגיעה בחוק ובערכי שלטון החוק (22א – ה).

(7) תורת השיהוי לא תפרוס את כנפיה על צד שלישי אשר התנהגותו המסתמכת הייתה כרוכה בהפרה בוטה של הדין או בפגיעה בשלטון החוק, ובמקרים מעין אלו – אפילו הוגשה העתירה בשיהוי ואפילו נוצרה הסתמכות בקרב צדדים שלישיים – לא יימנע בית-המשפט מלהידרש לגופה של העתירה וליתן בה סעד. באופן מסורתי, ה"זכות המינהלית" ממילא נחשבה לחלשה יותר בהשוואה לזכות המהותית במשפט הפרטי, שברגיל, ובכפוף לסעיף 27 סיפה לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, אינה "משתהה" אלא רק מתיישנת בחלוף תקופה ארוכה יותר. קבלתה של טענת שיהוי במקרים שבהם עומדת ברקע הדברים הפרה בולטת של הדין ופגיעה באינטרס הציבורי הייתה עלולה להחליש את הזכות המינהלית עוד יותר ולפגוע פגיעה ניכרת בעקרון שלטון החוק. על בית-המשפט להימנע מלתת ידו לפגיעה שכזו. במקרים מעין אלו, טובתה של השיטה והאינטרס הציבורי גוברים על טובתו של צד שלישי (22ה – א23).

ג. (1) המועד הרלוונטי לבחינת השיהוי הסובייקטיבי הינו המועד שבו נודע לעותרת כי המשיבות משווקות את דירות הנופש במיתחם המרינה כדירות אשר ישמשו למגורים לכל דבר ועניין ולא כל מועד מוקדם לכך. העתירה אינה תוקפת את תכניות המיתאר השונות החלות על המרינה אלא היא תוקפת את שיקול-דעתן של הרשויות באכיפתן של אותן תכניות וביישומן לאחר שהמשיבות החלו לפעול בשטח בניגוד לתכניות. משכך, אין להקדים את מועד בחינת השיהוי לשלב התכנוני של המרינה. אף אם השלב

- התכנוני של מיתחם המרינה היה השלב הקובע לצורך בחינת השתתפותה של העותרת, הרי שלגבי אותו שלב אין לומר שהעותרת יושבה בחיבוק ידיים. אשר להיתרי הבנייה, העתירה במתכונתה כיום מופנית כנגד השימוש הבלתי חוקי בדירות שנבנו ושייכנו במיתחם המרינה והיא אינה תוקפת עוד לא את היתרי הבנייה שכבר ניתנו למשיבות עובר לפסק-הדין בעתירה ולא את גודלן הפיזי של הדירות שנבנו מכוח היתרים אלה. מטעם זה, ככל שמדובר בהיבט הסובייקטיבי של השיהוי, אין גם כל רלוונטיות למועד שבו ניתנו למשיבות היתרי הבנייה. על-כן, לא השלב התכנוני וגם לא מועד מתן היתרי הבנייה צריך לסמן את תחילתה של תקופת "ההשתתפות" הסובייקטיבית של העותרת בכל הקשור בתקיפת השימוש האסור למגורים (23 – 2, 25, א, 1).
- (2) עם זאת, ומנגד, אין גם לקבל את טענת העותרת כי יש לדחות את מועד בחינת השיהוי עד לשלב כה מאוחר כתחילת השימוש האסור בפועל (שלב אשר בעת הגשת העתירה טרם החל בכלל) (125).
- (3) לעניין השאלה מתי התגבשה אצל העותרת ידיעה על השיווק של הדירות כדירות מגורים אין די בידיעה בכוח אלא נדרשת ידיעה בפועל. בנסיבות העניין יש לקבוע כי התנהגותה של העותרת נגועה בשיהוי סובייקטיבי מסוים (26, ג, 1).
- (4) לעניין זה לא ניתן לקבל את טענת העותרת כי לנוכח סעיפיו השונים של [חוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה-1965, המחייבים למנוע ולהפסיק שימוש בלתי חוקי בכל שלב בו אותה, הרי שאין כל משמעות לקיומו של שיהוי מצד יוזם ההליך. חוק התכנון והבניה קובע אמנם עונשים על עבירות נמשכות ואף מחייב את גופי התכנון לנקוט יד קשה כנגד מפרי החוק בכל עת, אך מכאן ועד לקביעה אשר מאיינת למעשה את דיני השיהוי ככל שמדובר ב[חוק התכנון והבניה](#) רחוקה הדרך. שיהוי בהגשתה של עתירה אמנם אינו מכשיר את הפרת החוק הנמשכת בשימוש שלא כדין במקרקעין ואינו הופך את האסור למותר, אך הוא עלול לעתים לעמוד כמחסום פרוצדורלי מפני התערבות שיפוטית מקום שהעתירה נגועה בשיהוי על שני פניו וכאשר עקרון שלטון החוק לא ייפגע באורח ממשי כתוצאה מקבלת טענת השיהוי. לא זה המקרה שלפני בית-המשפט, אולם אין גם לומר, כגירסתה המשתמעת של העותרת, כי בענייני תכנון ובנייה לעולם אין שיהוי (26 – 27, א).
- ד. (1) למשיבות לא קם אינטרס הסתמכות לגיטימי הראוי להגנה, באשר האיסור על שימוש למגורים במיתחם המרינה היה מול עיניהן וחרף זאת פעלו בניגוד אליו (28ה).
- (2) העובדה כי בפסק-הדין בעתירה נקבע כי העותרת איחרה את המועד לתקיפת היתרי הבנייה שכבר ניתנו אין בה כדי להשליך על שאלת השיהוי בכל הקשור בתקיפת השימוש הבלתי חוקי. ההכרעה בטענת שיהוי איננה הכרעה חד-ממדית והיא עשויה להשתנות בהתאם לסוג הסעד העומד לדיון, בהתאם לאופי ההסתמכות ובהתאם לשאלה האם ההסתמכות עצמה בנדון הפכה כבר לבלתי הפיכה. יכול שלעניין טענה או סעד פלוני תתקבל טענת השיהוי ולעניין טענה או סעד אלמוני תידחה טענה זו. הטעם לכך נעוץ ברציונל העומד ביסוד תורת השיהוי. ההסתמכות של המשיבות קנתה לה אחיזה במציאות משנבנו הדירות שנבנו שלא באופן העולה בקנה אחד עם

דרישות משרד התיירות, ובעניין זה התקבלה טענת השיהוי במסגרת פסק-הדין בעתירה (ג33 – ה).

(3) לעומת זאת, בכל הקשור בשימוש בפועל למגורים לא קנו המשיבות אינטרס ראוי להגנה להסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה, מה גם שהסתמכותן לעניין זה (אפילו הייתה לגיטימית) אינה בלתי הפיכה. במסגרת בחינת הסתמכותם של צדדים שלישיים על המצב שקדם לעתירה, על בית-המשפט להבחין בין עובדות שנוצרו בשטח ואשר אינן הפיכות לבין עובדות שהן הפיכות. את הבנייה שבוצעה אין עוד לשנות אולם את השימושים בבנייה זו ניתן ואף ראוי לשנות באופן שיהלום את דרישות הדין (בכפוף לסייג שנקבע בפסק-הדין החלקי, המונע החלתו של פסק-הדין על רוכשים אשר רכשו את דירותיהם עד למועד מתן פסק-הדין בעתירה) (133 – ז).

(4) גם אם היה דופי בהתנהגותן של הרשויות בכל הקשור בפרשה, פרשנותן של המשיבות להוראות התכנוניות הייתה בבחינת עצימת עיניים כלפי המסקנה המתחזרת השימוש למגורים במרינה אסור הוא. בנסיבות של אי-חוקיות, הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מוגן של הפרט כנגדה (134 – א35).

ה. לעניין הטענה כי לגבי חלק מהמשיבות הרי בעת הגשת העתירה בניית המבנים שלהן "עמדה בפני סיומה" או "כמעט והושלמה" ועל-כן ראוי לקבל את טענת השיהוי ביחס למשיבות אלה בכל הקשור בשימוש, הרי שהמשקל המיוחס לשלבי הבנייה, מתקדמים ככל שיהיו, הוא משקל מועט יותר בהשוואה למקרה שבו מתערב בית-המשפט במאפייני הבנייה עצמה (135 – ה, 336).

ו. (1) המקרה המובהק המצדיק התערבות מהערכוב בהגשת העתירה או מהסתמכותם של צדדים שלישיים הוא מקרה שבו העתירה מגלה התנהגות בלתי חוקית שיש בה פגיעה חמורה בשלטון החוק. במקרה מעין זה, קבלתה של טענת שיהוי – מעבר לכך שהיא מכשירה דה-פקטו פגיעה חמורה בחוק ולעתים אף באינטרסים ציבוריים חיוניים – עלולה ליצור את התחושה שקביעתן של עובדות בלתי חוקיות בשטח משתלמת בסופו של דבר. לכך עלולה להתלוות גם פגיעה קשה באמון הציבור במשפט ובשפיטה. אלו הן תוצאות שבית-המשפט צריך להיזהר מהן. אלו הן תוצאות ששיטת המשפט, כעניין שבמדיניות, צריכה להיזהר מפניהן. העובדה שהעתירה הוגשה באיחור, היא כשלעצמה, אינה צריכה להתפרש כמקנה חסינות אוטומטית מפני ביקורת שיפוטית. בעניין זה מוקנה לבית-המשפט שיקול-דעת וכל מקרה יישקל לגופו. הגם שהשאלה היא, כבמקרים רבים, שאלה של איזון בין אינטרסים שונים (ובעניין דנן בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס של המשיבות), מקובל לומר שכלל שהפגיעה בשלטון החוק העולה מן העתירה היא חמורה יותר וכלל שמקופלת בה גם פגיעה באינטרסים ציבוריים חיוניים, כן ייטה בית-המשפט שלא לקבל טענות פרוצדורליות כטענת הסף של שיהוי (138 – ז, 1 – 139 ב).

(2) בעניין זה, הן הפגיעה בשלטון החוק והן הפגיעה במשאב ציבורי חיוני – חוף הים – הן פגיעות בולטות וחמורות. לעניין התכלית העומדת ביסוד תכנית המיתאר דנן והחומרה שבה יש להתייחס להפרות של התכנית, המכרסמות בשימושים בחופי

- הארץ שנועדו לכלל הציבור ומבקשות לנצל משאב טבעי זה למטרות פרטיות, נקבע כי אין להשלים עם הזלזול בחוקי התכנון ובהליכים הנדרשים על-פיהם, זלזול שהפך כמעט לנורמה מקובלת בחברה הישראלית. הגנת הסביבה ושמירה על נכסי נוף השייכים לציבור הינן ערכים חשובים הראויים לכיבוד (39ג, 40ב, 41א).
- (3) בנסיבות המקרה דנן אין לראות את הבנייה למגורים מלכתחילה אלא כניסיון ליצור עובדות בלתי חוקיות בשטח, תוך עצימת עיניים כלפי המצב המשפטי ותוך ידיעה בפועל כי אסור שהמרינה תהפוך לשכונת מגורים (142).
- (4) לעניין השיקולים שעל בית-המשפט להביא בחשבון לעניין הבדיקה האם חומרת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק אכן מצדיקה הידרשות לגוף העתירה חרף השיהוי שבהגשתה, נקבע כי בהקשר זה ניתן יהא להתחשב, מבחינת האינטרס של שלטון החוק, בסוג הפגיעה הנטענת בשלטון החוק. בעניין דנן אין מדובר בהפרת דין כזו הפוגעת אך במספר מצומצם של פרטים. המדובר בפגיעה במשאב ציבורי של חוף הים אשר יועד לציבור התיירים והנופשים ולציבור בכללותו למטרות של "תיירות ונופש" ואשר בלא התערבות שיפוטית אחת דינו להילקח מרשות הציבור ולעבור לרשותם של יחידים בעלי ממון. בנוסף, המדובר בהפרה נמשכת. תוצאותיה אינן חד-פעמיות אלא נמשכות, והן גם מנציחות מצב בלתי חוקי (43א – ב, ד – ה).
- (5) במצב עניינים שכזה דווקא קבלתה של טענת השיהוי תיצור תוצאה קשה מבחינת שלטון החוק, שבה גופים כלכליים פרטיים פועלים בניגוד לדין על חשבון האינטרס הציבורי, קובעים עובדות מתמשכות בשטח וגם נהנים לאחר מכן מאי-התערבות באי-החוקיות הזו מחמת שיהוי בהגשת העתירה. קבלתה של טענת שיהוי – אפילו נסיבות העניין היו כאלו שבהן העתירה נגועה הייתה בשיהוי אובייקטיבי ולא רק בשיהוי סובייקטיבי – תוביל לפגיעה חמורה בשלטון החוק ועל-כן דינה של טענת השיהוי להידחות (143 – 144א).
- ז. (1) לעניין מגבלת הזמנים שנקבעה בתקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996 (להלן – התקנות), בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן אין בכוחה של תקנה 3 לתקנות לעמוד לעותרת לרוץ ולהכשיל את העתירה כולה. לעניין זה נקבע כי מגבלת הזמן הקבועה בתקנה 3 אינה מגבלה קשיחה אלא מהווה אמת-מידה לכאורית לקביעת השיהוי. קביעה זו מתיישבת היטב עם הבסיס הרעיוני של תורת השיהוי. הסתמכותם של צדדים שלישיים אין בה כדי להוביל באופן אוטומטי ובכל מקרה לקבלת טענת השיהוי ונדרש שהסתמכות זו תהא סבירה, שהיא תיעשה בתום-לב ולבסוף שהיא גם תתבסס על אינטרס לגיטימי ברי-הגנה. כשכל אלו אינם מתקיימים, חריגה מסד הזמנים של תקנה 3 לתקנות אינה צריכה להיות בבחינת מכשול אוטומטי בפני העותר (44א – ב, 45א – ד).
- (2) בחינתם של היסוד האובייקטיבי והיסוד שעניינו הפגיעה בשלטון החוק בעניין דנן מובילה למסקנה כי אין כל מקום להיעתר לטענת השיהוי. בנסיבות שכאלו, עצם העובדה שהעתירה נגועה בשיהוי סובייקטיבי מסוים במובן זה שהיא הוגשה לאחר אותם ארבעים וחמישה ימים המנויים בתקנה 3 לתקנות, היא כשלעצמה, אין בה כדי לשנות מסקנה זו (148ד).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- [חוק ההתיישנות](#), תשי"ח-1958, סעיף 27.
- [חוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה-1965.
- [חוק הפרשנות](#), תשמ"א-1981.

חקיקת משנה שאוזכרה:

- תקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996, תקנות 3, 19(ה).
- [תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים \(סדרי דין\)](#), תשס"א-2000, תקנה 4.

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק חוף הים התיכון (הגנה, פיתוח, ניהול ושימור), תשס"ב-2002.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [ע"א 1054/98](#) חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385.
- [2] [בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה](#), פ"ד מח(5) 630.
- [3] [ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע](#), פ"ד נו(3) 673.
- [4] [בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת](#), פ"ד לח(4) 617.
- [5] [בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת](#), פ"ד מב(1) 678.
- [6] [ע"א 4682/92 עיזבון המנוח סלים עזרא שעיה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ](#), פ"ד נד(5) 252.
- [7] [ע"א 3264/01 בסנינו נ' אליה](#), פ"ד נו(6) 566.
- [8] [ע"א 482/99 בלפוריה](#), מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה – יזרעאלים, פ"ד נו(1) 895.
- [9] [ע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב](#), פ"ד נב(2) 362.
- [10] [בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון](#), פ"ד מו(2) 793.
- [11] [בג"ץ 6176/93 אליקים](#) 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158.
- [12] [רע"פ 1520/01 שויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה](#), פ"ד נו(3) 595.

[13] [בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד \(4\) 220.](#)

[14] [ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לז \(2\) 688.](#)

א

פסק-דין של בתי-המשפט לעניינים מינהליים שאוזכרו:

[15] [עת"מ \(ת"א\) 2038/98](#) החברה להגנת הטבע נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"מ מינהליים (תש"ס) 97.

ב

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

[16] ד' ברק-ארו ["הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי"](#) משפטים כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 17.

[17] א' גורן, מ' [בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים"](#) משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 243.

[18] י' זמיר ["מכרזים ציבוריים"](#) בבית-משפט אזרחי" משפט וממשל א (תשס"ב) 197.

ג

עתירה כנגד החלטת המשיבה 1 ולמתן סעד הצהרתי. העתירה נתקבלה.

רנאטו יאראק, רחמים כהן – בשם העותרת;

ליאור כץ, זאב זייטמן – בשם המשיבה 1;

ד

אורית פודמסקי, סגנית בכירה א לפרקליטת מחוז תל-אביב-יפו (אזרחי); תמי ברעם, עוזרת לפרקליטת מחוז תל-אביב-יפו (אזרחי); ניצן בן-ארויה, עוזר לפרקליטת מחוז תל-אביב-יפו (אזרחי) – בשם המשיבים 2, 3, 12;

יגאל ארנון, דניאל אברבנאל – בשם המשיבות 4, 6, 7;

ה

חנן מלצר, גילת אייל, יוחאי סופר – בשם המשיבות 5, 11;

רון ברקמן, ארי וקסלר, מירי קליין – בשם המשיבה 8;

דורית רביב-ברסון – בשם המשיבה 9;

נבות תל-צור, אילת לשם – בשם המשיבה 10.

ו

פסק-דין משלים

הנשיא א' גורן

ז

מבוא

1. בפניי עתירה מינהלית אשר הוגשה לראשונה לבית-משפט זה ביום 14.12.1998 ושעניינה בפרויקט המרינה בהרצליה (להלן – העתירה). בעתירה טענה

החברה להגנת הטבע (להלן – העותרת) כי על-פי תכנית המיתאר הארצית לחופים, תמ"א 13 חוף ים התיכון (להלן – תמ"א 13), ועל-פי יתר תכניות המיתאר וההחלטות התכנוניות החלות על השטח הידוע כמיתחם המרינה בהרצליה (להלן – המרינה או מיתחם המרינה), יועד מיתחם המרינה כ"אזור תיירות ונופש" והבנייה למגורים אסורה בו. בעוד שהתכנוניות וההחלטות האמורות אוסרות את השימוש למגורים במיתחם המרינה וגם מחייבות התאמתן של דירות הנופש הנבנות בה לדרישות משרד התיירות לתכנון מלונות, בפועל, כך נטען, יצאו מלפני המשיבה 1, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה (להלן – הוועדה המקומית), היתרי בנייה לחברות הבנייה, המשיבות 4-11 (להלן – המשיבות), אשר אינם מקיימים דרישות אלו, ובנוסף לכך המשיבות בונות ומשווקות את דירות הנופש במיתחם המרינה כדירות למגורים לכל דבר ועניין.

בעתירה תקפה העותרת את היתרי הבנייה שניתנו על-ידי הוועדה המקומית בכל הנוגע לבנייה במיתחם המרינה בטענה כי אינם תואמים את דרישות משרד התיירות לעניין דירות נופש. כן נתבקש בית-המשפט להצהיר כי השימוש למגורים בדירות הנופש אשר הוקמו ויוקמו במיתחם המרינה הינו שימוש אסור ובלתי חוקי ולצוות כי שיוק הדירות ייעשה בהתאם לתכנוניות.

השתלשלות ההליכים בתמצית

2. ביום 9.12.1999 ניתן פסק-דין בעתירה (עת"מ (ת"א) 2038/98 החברה להגנת הטבע נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה (להלן – פסק-הדין בעתירה [15])). העתירה נדחתה בחלקה בכל הנוגע לתקיפת היתרי בנייה שכבר ניתנו, וזאת נוכח הזמן שעבר בין מועד מתן ההיתרים – הראשון שבהם ניתן בחודש אוגוסט 1997 – לבין מועד הגשת העתירה. לפיכך לא התערב בית-המשפט בגודלן ומאפייניהן הפיזיים של דירות הנופש שנבנו על-פי אותם היתרים, הגם שאלו נבנו בשטחים החורגים באופן משמעותי מהשטח המקסימלי של דירות נופש על-פי דרישות משרד התיירות והגם שבמתן היתרים ללא פנייה מוקדמת למשרד התיירות כך שהדירות תוכפפנה למגבלות הגודל והצורה שנקבעו על-ידי חרגה הוועדה המקומית מסמכותה.

עם זאת, העתירה נתקבלה בכל הנוגע לחלקה השני העוסק בהיבט השימוש (להבדיל מהיבט הבנייה הפיזית). במסגרת זו, ולאחר בחינה משפטית של מכלול התכנוניות וההחלטות התכנוניות השונות החלות על מיתחם המרינה, הוצהר כי השימוש למגורים בדירות הנופש שבמיתחם המרינה הינו שימוש שאינו חוקי ועל-כן שימוש אסור. כמו כן, ובהמשך לכך, קבע בית-המשפט שם [15], בעמ' 111, כי:

- א "...פירושו של המונח 'דירות נופש' שהתכניות עושות בו שימוש, חייב לעלות בקנה אחד עם תוכנה של ההגדרה שבסעיף 8 לתמ"א-13 ל'אזור תיירות ונופש'. דהיינו, דירות נופש חייבות להיות אחד מאלה: מלונות בדרגות שונות או אכסניות או בתי הבראה או מתקנים למחנאות או מתקני נופש או מתקני שירות אחרים הנחוצים או המועילים להפעלתם של אלה".
- ב ובהמשך שם [15], בעמ' 115:
- ג "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 תיירים ונופשים מקרב הציבור הרחב לפחות פרק זמן כלשהו במהלך השנה.
- ד על-מנת להבטיח שהדבר ייעשה (ולא יהיה תלוי ברצונו של בעל כל דירה ודירה), יש לקבוע כי כל דירות הנופש חייבות לשמש כחלק ממאגר דירות להשכרה מלונאית".
- ה לפיכך נקבע כי על בעלי דירות הנופש לצרפן, כעניין שבחובה, למאגר דירות להשכרה לאכסון מלונאי על-מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים המזדמן ולרשות הציבור הרחב לצורכי אכסון מלונאי למשך פרק זמן מינימלי מדי שנה (פסק-הדין בעתירה [15], בעמ' 118).
- ו 3. על פסק-הדין בעתירה הוגשו מספר ערעורים לבית-המשפט העליון (ע"א 145/00, 155/00, 196/00, 197/00, 200/00, 201/00 וכן 1836/00), וביום 23.7.2000 ניתן פסק-דין בערעור (להלן – פסק-הדין בערעור), כדלקמן:
- ז "בהמלצת בית-המשפט הסכימו כל הצדדים לביטול פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בתיק ע"מ 2038/98, ולהחזרת הדיון אליו.
- ח להליך יצורפו כמשיבים רוכשי הדירות, על-פי רשימה שיגישו המערערות. בית-המשפט המחוזי, בדיון שיתחדש בפניו, ישמע טענות ויקבל ראיות, במקרה הצורך, בעניין 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".

4. ביום 5.9.2000, משהתחדש הדיון בעתירה אשר הושבה לבית-משפט זה, הודיעה העותרת כי היא חוזרת בה מבקשתה לסעד כלשהו נגד כל מי שרכש יחידות במיתחם המרינה טרם יום מתן פסק-הדין בעתירה (בש"א 2445/00). לאור הודעתה זו של העותרת, ולאחר שנתקיימו בעניין דיונים מספר והליכים שונים, ניתן ביום 30.11.2000 פסק-דין חלקי (להלן – פסק-הדין החלקי), ולפיו נדחתה העתירה:

"לגבי כל דירה שנרכשה בתחום הידוע כ'מרינה הרצליה' עד ליום 9.12.1999 ועד בכלל, ולגבי רוכשי הדירות הנ"ל ו/או נעבריהם ו/או יורשיהם, למעט רוכשים שיודיעו לביהמ"ש תוך 45 ימים מהיום, על רצונם שפס"ד חלקי זה לא יחול עליהם.

ההודעה לביהמ"ש צריכה להיעשות בכתב עם עותקים לכל בעלי הדין האחרים.

לא יהיה בכל החלטה ו/או פסק-דין נוסף שינתן בעתירה זו, כדי לפגוע ברוכשי הדירות הנ"ל ו/או בנעבריהם ו/או ביורשיהם ו/או בדירותיהם".

במקביל, ובהתאם לבקשת הצדדים, ניתן על-ידי בית-המשפט באותו מעמד גם צו-ביניים (שהחליף את הצו הקודם שניתן בעניין זה). כמו כן, ביום 7.5.2001 נדחתה בקשה לצירוף של משיבים נוספים בעתירה (רוכשים שרכשו דירות במרינה טרם פסק-הדין בעתירה אך טענו כי אם תתקבל העתירה עלול ערכן הכלכלי של הדירות לרדת כתוצאה משינוי אופיו של הפרויקט).⁵ מאחר שעניין הרוכשים בא על פתורו במסגרת פסק-הדין החלקי, ומאחר שזולת עניין זה פסק-הדין בערעור החזיר את הדיון בעתירה לבית-משפט זה רק בעניין השיהוי, כל שנותר הוא לדון בשאלה האם העתירה לוקה בשיהוי בכל הנוגע לאותו חלק אשר נתקבל בפסק-הדין בעתירה אם לאו. לנוכח הסכמת הצדדים להגשת סיכומים בכתב ללא חקירת מצהירים ניתן פסק-דין משלים זה בהסתמך על טיעוני הצדדים ועל החומר שהוגש לבית-המשפט.

טענות הצדדים

6. באי-כוח הצדדים טרחו רבות במסגרת תגובותיהם וסיכומיהם לבסס עמדותיהם המשפטיות בעניין השיהוי – כל אחד לפי שיטתו ולפי טיעוניו – והם העלו ופרסו בפניי שלל טיעונים שעיקריהם יפורטו להלן. מאחר שעניינו של ההליך דנן הוא, כאמור, בטענת שיהוי הבאה מחברות הבנייה, המשיבות 4-11 (לעיל ולהלן – המשיבות), מן הראוי לפתוח בפירוט טענותיהן של המשיבות בנדון.

7. עמדתן של חברות הבנייה

- א טוענות המשיבות כי העתירה נגועה בשיהוי משני היבטים, הסובייקטיבי והאובייקטיבי, כאחד: מן ההיבט הסובייקטיבי נגועה העתירה בשיהוי בכך שהיא הוגשה חודשים ארוכים לאחר שהיה ידוע לעותרת על כוונת המשיבות לבצע בנייה למגורים במרינה ולשווק את הדירות כדירות למגורים, ובעניין זה מסתמכות המשיבות, בין השאר, על כתבות בעיתונות שפורסמו עוד בשנת 1997, דהיינו למעלה משנה לפני הגשת העתירה. המשיבות גורסות כי המועד שממנו יש לבחון את השתהותה של העותרת חל חודשים ארוכים – ולסברת חלק מהן, אף שנים – טרם הגשת העתירה, והן מתנגדות לניסיונה של העותרת לדחות מועד זה עד לתחילת השימוש האסור בפועל. בהקשר זה מפנות המשיבות הן לפרסומים שנעשו על-ידיהן בקשר לשיווק הדירות כבר בשנת 1996 ובשנת 1997, הן למכירות בפועל של דירות בשטחים גדולים, אשר לוו בדיווחים בעיתונות כבר באמצע שנת 1997 ובסופה, והן לבקשות להיתרי בנייה שהוגשו על-ידיהן. בכל אלו, כך נטען, גילו המשיבות כוונתן שלא לייעד את דירות הנופש לשימוש של "מלונאות" ושלא להכפיף אותן לחובת השכרה כלשהי, ומכאן שהדברים היו ידועים וברורים לכול, ובכלל זה לעותרת, זמן רב טרם שהוגשה העתירה. חלק מהמשיבות אף מקדימות את המועד לבחינת השתהותה של העותרת לשלב התכנוני של פרויקט המרינה, אשר התרחש שנים מספר טרם הגשת העתירה ושהעותרת נטלה בו חלק והשמיצה את עמדתה ללא שביקשה כי תוטל על היחידות שתיכננה חובת השכרה כלשהי.
- ב בנוסף לכך, מטעימות המשיבות, נגועה העתירה גם בשיהוי אובייקטיבי כזה אשר גרם למשיבות להסתמך על מצב העניינים שקדם להגשת העתירה ולשנות את מצבן לרעה. בהקשר זה טוענות המשיבות כי באף אחת מהתכניות או ההחלטות התכנוניות החלות על מיתחם המרינה לא נאמר כי "דירות נופש" הן דירות הכפופות לחובת השכרה מלונאית. לטענת המשיבות, הן הסתמכו בתום-לב על מצגי הוועדה המקומית ועיריית הרצליה כמו גם על תכניות המיתאר והיתרי הבנייה שהוצאו בעניינן. מכל אלו ניתן היה להבין כי הבנייה למגורים במרינה מותרת (או למצער שהבנייה אינה מוגבלת לשימוש מלונאי או לחובת השכרה מלונאית) ולכן המשיבות השקיעו כספים רבים בפרויקט בהיקף שלא היה מושקע על-ידיהן אילו היו יודעות כי הבנייה למגורים במרינה אסורה. לטענתן, אף הוועדה המקומית לא החזיקה בדעה כי על הדירות שייכנו במסגרת הפרויקט תחול חובת השכרה מלונאית, ועמדתה שבדיעבד מונעת מחילופי גברי בעיריית הרצליה. אלמנט ההסתמכות מודגש במיוחד בעניינן של המשיבות 4, 5 ו-8, שהיתורים אשר הוצאו להן כללו בתחילה את השימוש ל"מגורים" (הגם, וזאת יש

לציין, שבמקרה של המשיבה 5 היא מודה כי נפלה בהיתר טעות וההיתר תוקן לאחר מכן, וגם במקרה של המשיבה 4 הובהרה לה הטעות על-ידי הרשויות).

המשיבה 5 מזה והמשיבות 6 ו-7 יחדיו מזה הדגישו כל אחת את הסתמכותן הייחודית (בהשוואה ליתר המשיבות) בהעלותן את הטענה כי המבנים שנבנו על-ידיהן היו מצויים בשלבי בנייה מתקדמים ביותר במועד שבו הוגשה העתירה – וגמורים כבר בעת מתן פסק-הדין בעתירה שנה לאחר מכן (לגבי המשיבה 5) – וכי מרבית הדירות שבהם כבר נמכרה באותה עת. על-כן, ומכוח יישום פסיקת בית-המשפט העליון [בע"א 1054/98](#) חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה (להלן – פרשת חוף הכרמל [1]), יש לסברתן של משיבות אלה לקבל את טענת השיהוי למצער ביחס אליהן וביחס למבנים שנבנו על-ידיהן. המשיבה 5 הוסיפה וטענה כי עובדת היותן של דירות הנופש שנבנו על-ידיהן, או חלקן, "קטנות" באופן יחסי, ממילא יש בה כדי למנוע את השימוש למגורים, ומכאן שגם לגופו של עניין אין כל צורך בסעדים שהתבקשו על-ידי העותרת, ככל שמדובר במשיבה 5.

לטענת המשיבות, המתבססות על חוות-דעת שונות שהוגשו על-ידיהן, ייגרם להן נזק של עשרות מיליוני שקלים אם חרף השיהוי וההסתמכות הנ"ל לא תידחה העתירה, בין השאר נוכח העובדה שהדירות אשר נבנו על-ידיהן אינן מתאימות כלל לשמש כ"יחידות מלונאיות" והבניינים שנבנו אינם כוללים את הפונקציות הבסיסיות שבהיעדרן לא ייכון מלון. בנסיבות שכאלו, כך נטען, תתקשינה המשיבות למצוא רוכשים ל"מוצר" מוגבל שכזה הכפוף לחובת השכרה מלונאית, במיוחד לנוכח העובדה שאזור הרצליה רווי היום בחדרי מלון.

טענה נוספת של המשיבות עניינה במגבלת הזמנים שקובעת תקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996 (להלן – התקנות). לטענת המשיבות עתירתה של העותרת, במועד שהוגשה בו, אינה מקיימת את דרישות התקנה הנ"ל, וגם מטעם זה יש לקבל את טענת השיהוי ולדחות העתירה על הסף.

לבסוף טוענות כלל המשיבות כי לעניין מידת ההגנה על צד שלישי (העומדת בבסיס טענת השיהוי) אין כל מקום לערוך הבחנה בינן לבין רוכשי הדירות, וכמו רוכשי הדירות אף המשיבות הן צד שלישי תם-לב שהסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה ושינה מצבו לרעה. לעומת זאת, דווקא העותרת היא זו אשר ידיה אינן נקיות ובעתירתה לבית-המשפט העלימה עובדות מהותיות הקשורות במעורבותה בהליכי התכנון של המרינה מתחילת שנות התשעים.

- א העותרת דוחה את טענותיהן של המשיבות בעניין השיהוי. ראשית, טוענת העותרת, מאחר שהעתירה אינה תוקפת כלל את התכניות החלות על מיתחם המרינה אלא את שיקול-דעתן של רשויות התכנון ביישום תכניות אלו (וגם זאת רק מהיבט השימוש), הרי שאין לומר כי העותרת השתתתה בהגשת העתירה, לפי שהשימוש הבלתי חוקי יכול היה להתגלות לראשונה רק בשלב מאוחר של שיווק הדירות על-ידי המשיבות כדירות למגורים ולא קודם לכן. מכיוון שבעת הגשת העתירה טרם החל השימוש האסור בפועל, הרי שלא רק שהעותרת לא השתתתה אלא שהעתירה במובן מסוים אף הקדימה את זמנה.

- ב ממשיכה העותרת וטוענת כי בחינת השיהוי איננה יכולה להתמקד במועד מתן היתרי הבנייה (שהראשון שבהם ניתן בחודש אוגוסט 1997) אלא במועד תחילת השימוש האסור בפועל, ולכל המוקדם במועד שבו העותרת גילתה כי המשיבות משווקות את דירות הנופש כדירות מגורים. לעניין מועד תחילת השימוש האסור בפועל, פשיטא שהעותרת לא השתתתה (שכן במועד הגשת העתירה עדיין לא הושלמה הבנייה וממילא עדיין לא אוכלסו הדירות) ואילו לעניין מועד השיווק מודה בעקיפין העותרת כי לא פעלה בזריזות שכן לטענתה לא היה די בחששות שנתעוררו אצלה בשלב מוקדם יותר, אך משהפכו החששות לדברים ברורים פעלה היא מיד ולא השתתתה.

- ג בהקשר זה מצביעה העותרת בסיכומיה על החלטת ועדת המשנה לעררים והתנגדויות של הוועדה המחוזית מיום 4.4.1995 (נספח עת/7 לכתב-העתירה המקורי), שניתנה בהתנגדותה של העותרת מיום 26.11.1994 (נספח עת/6) בנושא השימוש למגורים במרינה. באותה החלטה נקבע, בין השאר, כי "אין בתכנית מתאר הר/2002 הוראה המחייבת חלוקת משנה לגבי סוגי המלונאות שיהיו, הואיל וכל השטח לבניה מיועד למלונאות לסוגיה". תשובה זו שלפיה השימוש למגורים במרינה אסור סיפקה את העותרת בשעתו, כך היא טוענת, מאחר שהיא תאמה את תמ"א 13 (כמו גם את החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה משנת 1985 (עת/1) בדבר ייעוד מיתחם המרינה ל"תיירות ונופש"). עם זאת, מרגע שהתגלה לעותרת כי בניגוד לאמור המשיבות משווקות את דירות הנופש כדירות מגורים, פנתה היא ללא שיהוי לרשויות התכנון ולאחר מכן הוגשה העתירה לבית-משפט זה.

- ד עוד טוענת העותרת כי היתרי הבנייה שהוציאה הוועדה המקומית למשיבות לא התירו שימוש למגורים אלא לדירות נופש, ולא זו בלבד אלא שהמשיבות ידעו (מי בעת מתן ההיתרים ומי בסמוך לאחר מכן), או עצמו את עיניהן עוד קודם לכן מלדעת, כי

פרשנותן לפיה השימוש למגורים מותר אינה מקובלת על גופי התכנון ואינה עולה בקנה אחד עם התכניות החלות על המרינה – הן תמ"א 13 והן יתר התכניות. בעניין זה מדגישה העותרת כי במקרה שבו הוצא למי מהמשיבות היתר בנייה "למגורים", טרחו הרשויות לתקן את ההיתר או להבהיר חד-משמעית כי השימוש למגורים נוגד את התכניות וכי ההיתר הוא לשימוש מלונאי. בשים לב לאמור לעיל, טוענת העותרת, המשך הבנייה והשיווק של דירות מגורים במרינה על-ידי המשיבות אינו עומד בדרישת תום-הלב ומאליו גם שאינו יכול להצמיח למשיבות טענה של הסתמכות או שינוי מצבן עד להגשת העתירה, שהיא למעשה הטענה המשמשת יסוד לעילת השיהוי.

אשר לתקנה 3 לתקנות דוחה העותרת את טענת המשיבות. לטענתה, גם אם השתתה בהגשת העתירה מהיבט כזה או אחר – טענה המוכחשת כאמור על-ידיה – הרי שתקנה 3 אינה קובעת מחסום בלתי עביר אלא אמת-מידה לבחינת שאלת השיהוי.

בדומה למשיבות, אף העותרת מפנה לפסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת חוף הכרמל [1], שם התקבלה טענת שיהוי רק בכל הקשור בבניין שבעת הגשת העתירה היה בשלבי בנייה אחרונים (בניין A), בעוד שביחס למבנה האחר (בניין B) התקבלה העתירה לגופה חרף היותה נגועה בשיהוי. בענייננו, לעומת זאת, לטענת העותרת אף לא אחד מהבניינים היה בשלבי בנייה אחרונים בעת הגשת העתירה בחודש דצמבר 1998. היחידה מבין המשיבות אשר הייתה בשלב בנייה מתקדם (להבדיל משלבי בנייה אחרונים) היא המשיבה 5, אך זו הוזהרה כבר בחודש אפריל 1998 על-ידי היועצת המשפטית של הוועדה המקומית, כי השימוש למגורים (ומקל וחומר גם הבנייה למגורים) בתחום המרינה אסורים הם (מש/4) לתגובת הוועדה המקומית) ולפיכך אין היא יכולה לטעון להסתמכות על המצב שקדם להגשת העתירה ולשינוי מצבה בזמן שחלף עד שהעתירה הוגשה. עוד טוענת העותרת כי גם לעת מתן פסק-הדין בעתירה עדיין לא הגיעו הבניינים במרינה לשלב של השלמת בנייה ואכלוס בדומה לאותו מבנה A בפרשת חוף הכרמל [1].

העותרת מדגישה גם את העובדה כי על-פי פסק-הדין החלקי משוחררים מתוצאותיו של פסק-הדין בתיק כל הרוכשים אשר רכשו דירות במיתחם המרינה לפני מתן פסק-הדין בעתירה. כן מדגישה היא שבפסק-הדין בעתירה נדחה אותו חלק של העתירה במסגרתו ביקשה העותרת לתקוף את היתרי הבנייה שניתנו (להבדיל מנושא השימוש), וזאת לנוכח חלוף הזמן בין מתן ההיתרים לבין הגשת העתירה, ובית-המשפט נמנע מלכפות על המשיבות מגבלות פיזיות בעניין גודלן של דירות הנופש באופן שיתאימו לדרישות משרד התיירות, הגם שלגוף העניין הסכים לטענות העותרת. בפסק-הדין החלקי מזה ובדחיית אותו חלק של העתירה שביקש לתקוף את היתרי הבנייה שניתנו

מזה – בכל אלו, לטענת העותרת, היה כדי לצמצם את הפגיעה בצדדים שלישיים אשר פעלו בתום-לב לכדי המינימום המתחייב. קבלתה של טענת השיהוי ביחס לכל העתירה כיום תפר לטענת העותרת את האיזון הראוי המתחייב מנסיבות המקרה, איזון אשר הושג מכוח ההחלטות דלעיל.

לבסוף, ובזיקה לאמור לעיל, מדגישה העותרת את הפגיעה בשלטון החוק אשר תהא כרוכה בהיענות לטענת השיהוי, והכשרתה, דה-פקטו, של אי-החוקיות הגלומה בשימוש למגורים בשטח שמיועד להנאת הציבור ולמטרות תיירות ונופש. לטענתה, בנסיבות המקרה דנן ידו של שיקול זה על העליונה, אף אם הייתה העתירה נגועה בשיהוי.

לעניין זה מוסיפה העותרת וטוענת כי עובדת היותן של דירות הנופש, או חלקן, "קטנות" באופן יחסי, כפי שטוענות המשיבות, אין בה כדי למנוע מגורי קבע רגילים אסורים, ולפיכך קיים צורך ממשי בסעדים שנתבקשו בעתירה כנגד השימוש למגורים. אם תתקבל טענת השיהוי והעתירה תידחה על הסף תיפתח בפני המשיבות הדרך לצירוף מספר דירות נופש יחדיו באופן שייצור דירות מגורים יוקרתיות רחבות ידיים, הכול בשעה שכל התכניות החלות על המרינה שוללות מגורים מעין אלו במיתחם ומייעדות את המיתחם לתיירות ולנופש בלבד.

9. עמדת הרשויות

גופי התכנון השונים, קרי המשיבות 1-3 (הוועדה המקומית, הוועדה המחוזית והמועצה הארצית) והמשיב 12, משרד התיירות (להלן ביחד – הרשויות), תומכים כולם בטיעוניה של העותרת, וכמוה אף הם טוענים כי בנסיבות המקרה שלפנינו יש לדחות את טענת השיהוי, בין השאר נוכח האינטרס הציבורי העומד ביסודם של דברים ואפשרות הפגיעה בשלטון החוק.

הוועדה המקומית מדגישה מצדה שורה של עובדות המלמדות כי המשיבות היו מודעות למגבלות החלות על השימוש במיתחם המרינה, ובכלל זה האמור בתמ"א 13 וביתר התכניות והחלטות גופי התכנון החלות על המרינה – שכמבואר היטב בפסק-הדין בעתירה אינן מתירות שימוש למגורים – וכן במסמכים שונים אחרים. מעבר לכך מדגישה הוועדה המקומית את העובדה שבישיבותיה מיום 4.6.1997, מיום 3.9.1997 ומיום 8.4.1998 לגבי מתן ההיתרים למשיבות, הוגדרה מהות הבנייה כ"הארחה" – זולת בעניינן של המשיבות 4 ו-5 שבהיתרים שניתנו להן נפלה אמנם טעות סופר אך זו תוקנה לאחר מכן באופן שהובהר להן היטב כי השימוש למגורים אסור – והדברים

מצאו גם ביטוי מפורש בכתובים (ראה סעיפים 29-30 לסיכומי הוועדה המקומית והמסמכים אליהם הם מפנים).

עובדות אלו אמנם אינן רלוונטיות לנושא היתרי הבנייה שכבר ניתנו במועד פסק-הדין בעתירה ולגודלן הפיזי של הדירות שכבר נבנו – נושא שכאמור לגביו נדחתה העתירה – אך הן מהותיות לעניין טענת השיהוי ככל שמדובר בסוגיית השימוש והבנייה שטרם נעשתה. במילים אחרות, מאחר שהמשיבות ידעו כי השימוש אשר הותר להן על-ידי הוועדה המקומית הוא שימוש למלונאות ולא למגורים, הרי שהן מנועות מלטעון כי שינוי מצבן עד להגשת העתירה נבע מהסתמכות בתוס' לב על מצב הדברים שקדם לעתירה. מצב הדברים שקדם לעתירה, כך נטען, היה מצב דברים כזה שבו היה ברור למשיבות כי השימוש למגורים במיתחם המרינה הוא שימוש אסור. בנסיבות מעין אלה אין לשעות לטענת השיהוי, וגם אם הייתה הסתמכות מצד המשיבות או מי מהן הרי שאין זו הסתמכות הראויה להגנה.

מעבר לכך, לטענת הרשויות, המשיבות לא הניחו תשתית ראייתית מספקת לטענתן כאילו ייגרם להן נזק כלכלי עצום אם לא תתקבל טענת השיהוי. לטענת הוועדה המקומית, המתבססת על פניות של בתי המלון בהרצליה לאישור תוספת חדרי מלון, המציאות בשטח מלמדת דווקא על ביקוש ליחידות מלונאיות באזור באופן שמעמיד את טענת הנזק של המשיבות בהליך דנן בספק. יתר הרשויות מוסיפות ומדגישות כי גם אם נגרם למשיבות או ייגרם להן נזק כתוצאה מדחיית טענת השיהוי, הרי שנוק זה אינו אלא פועל יוצא של הסיכון העסקי שנטלו ואין למשיבות להלין בעניין זה אלא על עצמן.

לבסוף מוסיפה הוועדה המקומית וטוענת כי בעתירה לא נפל כל פגם במובנה של תקנה 3 לתקנות, שהרי העתירה במתכונתה כיום נותרה מכוונת רק כלפי הדירות אשר במועד פסק-הדין בעתירה טרם נמכרו. בנסיבות אלו הרי שגם מן ההיבט של תקנה 3 לתקנות אין העתירה יכולה להיחשב כנגועה בשיהוי.

גדר המחלוקת

10. לבד מטענת השיהוי העלו חלק מהמשיבות טענה נוספת, והיא כי הסעד של חובת צירוף דירות הנופש במרינה למאגר דירות להשכרה על-מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים ולרשות הציבור הרחב לצורכי אכסון מלונאי למשך פרק זמן מינימלי מדי שנה – סעד אשר כאמור ניתן במסגרת פסק-הדין בעתירה – הינו סעד שלמעשה לא נתבקש בעתירה בנוסחה המקורי ואף אינו נגזר מהגדרתן של הדירות כ"דירות נופש" או מתכניות המיתאר החלות על המרינה. לטענת המשיבות סעד זה התבקש על-ידי

העותרת רק בשלב מאוחר יותר, בלי שבית-המשפט הכריע עדיין בבקשה לתיקון העתירה. לדעתן, ראוי לדחות את העתירה ככל שמדובר בסעד זה, ולחלופין, במידה שבית-המשפט יתיר את תיקון העתירה, כי אז אין המשיבות כפופות עוד למסגרת הדיון המוגבלת לעניין השיהוי אלא רשאיות הן לטעון טענות נוספות לגופו של עניין.

11. איני יכול לקבל טענה זו. פסק-הדין שבערעור, ככל שאינו נוגע למי שרכשו יחידות במרינה קודם לפסק-הדין בעתירה, החזיר את הדיון בעתירה זו לבית-המשפט רק בעניין השיהוי ולא בכל עניין אחר. הדבר עולה ברורות מעיון בפסק-הדין בערעור והוא אף הובהר היטב לצדדים בהחלטתי מיום 7.5.2001 ובהחלטתי מיום 27.12.2001 שבה נדחה הניסיון של מי מהמשיבות לפתוח מחדש את שאלת פרשנותו של המונח "דירות נופש", על המשמעויות הנגזרות ממנו, כפי שהוכרע כבר במסגרת פסק-הדין בעתירה.

ודוק, פסק-הדין שבערעור ניתן שם בהסכמת הצדדים, ובכלל זה המשיבות, ואיני רואה כל סיבה לשנות מהסכמה זו בדיעבד על-ידי הרחבת היריעה לנושאים אשר כבר הוכרעו בפסק-הדין בעתירה ואשר פסק-הדין שבערעור לא החזיר אותם לדיון מחדש בבית-משפט זה. אילו סברו המשיבות או מי מהן כי יש לקיים דיון גם בשאלת הסעד של חובת ההשכרה המלונאית, חזקה עליהן שהיו מסייגות את הסכמתן לעניין פסק-הדין שבערעור או עומדות על כך שבית-המשפט העליון עצמו יכריע בסוגיה. משלא עשו כן הרי שאין כל מקום להתיר להן להכניס סוגיה זו בדלת האחורית ובדיעבד, ועקב כך גם לפתוח מחדש דיון בנושאים נוספים שהדיון בעניינם כבר הסתיים.

12. גדר המחלוקת היחיד שלגביו נדרשת כיום הכרעה בעניין שלפני עניינו בשאלה כלום השתתתה העותרת בהגשת העתירה אם לאו, ובמידה שאכן השתתתה, מה המשמעות המשפטית של השתתות זו בנסיבות המקרה והאם יש בה כדי להכשיל את העתירה. יתר השאלות שעמדו ביסוד פסק-הדין בעתירה וביסוד הערעור אינן עומדות עוד היום לדיון.

משכך, הדיון וההכרעה בשאלת השיהוי ייערך להלן על בסיס המסקנה המשפטית כפי שפורטה כבר במסגרת פסק-הדין בעתירה, ולפיה מכלול תכניות המיתאר וההחלטות החלות על מיתחם המרינה (המייעדות את השימוש במקום ל"תיירות ונופש" ומתירות בנייתן של "דירות נופש") אוסר את השימוש למגורים במיתחם זה, ומכאן – ובמידה וטענות השיהוי תידחה – שעל המשיבות לצרף את דירות הנופש למאגר דירות להשכרה לאכסון מלונאי כעניין שבחובה, הכול כמפורט בפסק-הדין בעתירה ובכפוף לפסק-הדין החלקי.

משאמרנו דברים שאמרנו, נפנה כעת לבחינתה של שאלת השיהוי.

שיהוי – תורה ועקרונות

13. מטרתה המרכזית של תורת השיהוי במשפט המינהלי היא למנוע תוצאות שאפילו אם הן נכונות מבחינת הדין המהותי, הרי הן בעלות השלכה חריפה על צד שלישי הוגן אשר במועד שבו הוגשה העתירה כבר הספיק להסתמך על מצב הדברים הקודם ושינה בתום-לב את מצבו. ככזו, נמנית תורת השיהוי עם משפחת הדוקטרינות שהן בבחינת שסתום גמיש כנגד תוצאות קשות. בלשון ציורית יותר ניתן לומר כי תורת השיהוי היא בבחינת מלוותה של מלכת הדין, המתהלכת לפניה בזהירות ומוודאת כי שטיח המלכות ייסוג במקרים המצדיקים זאת מפני הרצון – רצון המלכות – שלא להתעלם ממהמורות בלתי הפיכות שצמחו בינתיים בשטח. מבחינה זו יש לה לתורת השיהוי קשר ודמיון לדיני היושר – ה-"Equity" – האנגליים, אשר התפתחו אל מול כלליו הפורמאליים של המשפט המקובל, וכמו דיני היושר אף היא, במובן מסוים, בבחינת החריג לכללי הביקורת השיפוטית ולא הכלל עצמו. תכליתה של תורת השיהוי, אם כן, היא למתן או לעדן את ההשלכות הקשות לעתים שכרוכות ביישום הדין, באופן כזה שהדין לא ייקוב את ההר.

14. עם זאת, ועל-אף מטרתה החיובית של תורת השיהוי למנוע תוצאות קשות, אין להתעלם מן העובדה שלעתים דווקא קבלתה של טענת שיהוי – ככל טענת סף – עלולה, היא כשלעצמה, לשאת עמה תוצאות והשלכות קשות, לעתים קשות מנשוא, ולקפח את העיקרון החשוב בדבר שלטון החוק.

כך למשל, הימנעותו של בית-המשפט מלדון בעתירה לגופה מכוח קבלת טענת שיהוי פירושה הוא כי גם אם הפר פלוני את הדין ברגל גסה ופגע באינטרס ציבורי חשוב, זוכה הוא וזוכים מעשיו לחסינות וממלטים עצמם יחדיו משבט ביקורתו של בית-המשפט. כך הוא מקום שפלוני הוא חברה פרטית שהרשות אינה אוכפת עליה את הדין, וכך הוא, ואף ביתר שאת, מקום שפלוני הוא הרשות המינהלית עצמה. התוצאה בשני המקרים היא כי תחת שבית-המשפט ישרש את אי-החוקיות המינהלית הנטענת, העומדת ביסודם של דברים, הוא עלול חלילה להשריש אותה עוד יותר, וכפועל יוצא מכך גם ליצור בקרב הציבור תחושה קשה שהפרת הדין משתלמת ו"כל דאליים גבר". הוא הדין במקום שהפרת הדין אינה כה גסה אך אותו צד שלישי שהפר את הדין ומבקש כעת להיבנות מהאיחור בהגשת העתירה פעל באופן שאיננו מקנה לו אינטרס לגיטימי להסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה, כגון שפעל מתוך מודעות להפרת הדין או מתוך יחס נפשי השקול לעצימת עיניים בקשר לתקינותה המשפטית של פעילותו עד להגשת העתירה.

א פשיטא, שבמקרים מעין אלו מוענק יתרון בלתי הוגן, ואף מקומם, למי אשר "קבע עובדות בשטח", ולא זו בלבד אלא שגם עקרון שלטון החוק יוצא כשידיו על ראשו ואף יתערער אמון הציבור במערכת השיפוט. תוצאה קשה זו אולי מוצנעת לא אחת מתוקף העובדה שאחרי ככלות הכול גם כללי השיהוי הם חלק מהכללים המשפטיים, אך כאמור יש להיות ערניים לה וליישם את תורת השיהוי באופן זהיר, במיוחד כאשר על כף המאזניים מונחים שיקולים של כיבוד שלטון החוק ואינטרסים ציבוריים חיוניים.

ב ניתן אפוא לסכם ולומר כי בנסיבות שבהן יישומה של תורת השיהוי מוביל הוא כשלעצמו לתוצאות קשות ובלתי צודקות מן ההיבט הציבורי נשמט הטעם העומד ביסוד טענת השיהוי, ומאחר שאין מתקנים עוול בעוול יש לדחות הטענה ולהיזקק לעתירה לגופה.

ג 15. טעמים ומאפיינים אלו של תורת השיהוי עליהם עמדנו לעיל משתלבים היטב בהילכות השיהוי שהתפתחו עם השנים בבית־המשפט העליון ביושבו כבית־משפט גבוה לצדק ואשר חלחלו לאחר מכן גם לבית־המשפט המחוזי בשבתו לדין כבית־משפט לעניינים מינהליים. על־פי הלכות אלו מקובל לבחון את טענת השיהוי משלושה היבטים עיקריים שאינם בעלי משקל שווה.

ד 16. ההיבט הראשון הוא ההיבט הסובייקטיבי, וכפי שנרמז משמו עניינו בהתנהגותו של העותר עצמו. במסגרת זו בוחן בית־המשפט האם קפא העותר על שמריו עד שעלה ובא לבית־המשפט והאם יש בזמן שחלף עד שהוגשה העתירה כדי ללמד על ויתור מצד העותר על זכויותיו. ודוק: היסוד הסובייקטיבי של השיהוי אינו בעל משקל רב (ראו [פ"מ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח־תקווה \(להלן – עניין נחום \[2\]\)](#), בעמ' 641). תורת השיהוי, כפי שראינו, עוגנת על תפיסה המבקשת למונע פגיעה בצדדים שלישיים שגיבשו אינטרס לגיטימי במהלך הזמן שחלף. משכך, אין מקום ליתן משקל של ממש להתנהגות העותר – גם אם השתהה באופן סובייקטיבי – מקום שצדדים שלישיים לא גיבשו אינטרס הסתמכות לגיטימי או טרם שינו מצבם לרעה. במצב דברים זה אין כל צורך ב"עידון" השלכותיה של מידת הדין, לפי שאלו אינן פוגעות באיש.

ה 17. הבחינה אם צדדים שלישיים אמנם גיבשו בינתיים אינטרס הסתמכות לגיטימי נעשית במסגרת ההיבט השני והחשוב יותר של דיני השיהוי, שהוא ההיבט האובייקטיבי (ראו [ע"מ 7142/01](#) הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע (להלן – פרשת חיפה [3]), בעמ' 679). כאן, השאלה שבית־המשפט מציב לעצמו הינה האם בעקבות האיחור בהגשת העתירה נגרמה פגיעה באינטרסים ראויים של הרשות

המינהלית או של צדדים שלישיים שהסתמכו על מצב העניינים שקדם להגשת העתירה ושינו בתום-לב את מצבם לרעה באופן אשר קשה, או בלתי צודק, להחזירו לקדמותו.

18. בכל הקשור ביסוד האובייקטיבי של השיהוי מתחייבת הבהרה, אשר כפי שעוד יבואר בהמשך היא חיונית לענייננו: "שיהוי אובייקטיבי" אינו נוצר כל אימת שצד שלישי הסתמך על מצב העניינים שקדם להגשת העתירה (ואף לא כל אימת שהסתמכות זו הפכה לבלתי הפיכה), אלא מדובר על מקרה שבו קיים אינטרס הסתמכות לגיטימי של אותו צד שלישי. כפי שנאמר בפרשת חוף הכרמל [1], בעמ' 398:

"במסגרת בחינת הרכיב האובייקטיבי של השיהוי עלינו לתת דעתנו לא על עצם חלוף הזמן וגם לא על התנהגותו של העותר אשר שתק ולא מיחה, אלא על השאלה אם ההשתהות בהגשת העתירה הביאה לשינוי במצב, לפגיעה באינטרסים ראויים להגנה ולנזק משמעותי שהיה נמנע אילו הוגשה העתירה במועד. בייחוד ניתן דעתנו על בחינת הנזק שנגרם לצד שלישי שהסתמך על סופיותה ואמינותה של ההחלטה המינהלית" (ההדגשות שלי – א' ג').

ובפרשה מוקדמת יותר נקבע:

"עבור הזמן כשלעצמו אין בו כדי להוות שיהוי. בבסיסו של השיהוי עומדת העובדה, כי עבור הזמן גרם לשינוי המצב ולפגיעה באינטרסים ראויים להגנה. בין אם אלה אינטרסים של הרשות השלטונית, בין אם אלה אינטרסים של אדם אחר, ובין אם זהו אינטרס הכללי; ובאזון הכולל השמירה על אינטרסים אלה חשובה היא יותר מהשמירה על האינטרס של העותר..." (בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת [4], בעמ' 621; ההדגשה שלי – א' ג').

19. היוצא מכך הוא שלא על כל פגיעה בצד שלישי (הנובעת משיהוי בהגשת העתירה) תיקרא תורת השיהוי להגן. מדובר על פגיעה באינטרסים ראויים להגנה של צד שלישי, דהיינו נדרש שלא רק שהצד השלישי הסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה ושינה עקב כך את מצבו לרעה אלא שאותו צד שלישי היה גם רשאי להסתמך על מצב עניינים זה והסתמכותו זו הייתה סבירה ונעשתה בתום-לב.

למה הדבר דומה? כאשר, דרך משל, עד להגשת העתירה הסתמך צד שלישי על החלטת רשות תכנון או על תכנית מיתאר הפועלת לטובתו ושהוראותיה בעניין זה הן ברורות, מפורשות וסופיות, פשיטא כי הסתמכות כזו ראויה להגנה, וההיבט האובייקטיבי של השיהוי יתקיים – גם אם בסופו של חשבון מתברר כי הרשות המינהלית פעלה בחוסר

א סמכות או שלא כדין. לעומת זאת, מקום שאותו צד שלישי "הסתמך" על פרשנות משלו להחלטות מוסדות התכנון או להוראות תכניות מיתאר – אשר כשלעצמן אינן מתיישבות עם פעילותו האמורה של הצד השלישי – כי אז אין לומר שהסתמכותו של הצד השלישי היא הסתמכות לגיטימית וסבירה שתורת השיהוי ראוי שתגן עליה.

ב 20. עד כאן בנוגע לשני הרכיבים הראשונים, הסובייקטיבי (הקל) והאובייקטיבי (הכבד יותר). אלא שגם במקרים שבהם בחינת המרכיב האובייקטיבי תלמד כי העתירה אכן נגועה בשיהוי מהיבט זה, עדיין אין פירושו של דבר שתמיד ובכל מקרה תתקבל טענת השיהוי והעתירה תידחה על הסף. לעתים, גם כאשר העתירה נגועה בשיהוי ויש לכאורה מקום לדחותה על הסף, עשוי בית-המשפט לדון בעתירה ולהכריע בה לגוף העניין כדי להגן על שלטון החוק (עניין נחום [2], בעמ' 642). אכן, מעל שני רכיבי השיהוי עליהם עמדנו לעיל – הרכיב "הסובייקטיבי" והרכיב "האובייקטיבי" – מרחף לו ההיבט השלישי של כללי השיהוי שעניינו בפגיעה בשלטון החוק. על משמעותו של יסוד שלישי זה ועל היחס בינו לבין שני היסודות האחרים עמד בית-המשפט העליון בפרשת חיפה [3], בעמ' 678-679:

ד "היסוד השלישי, עניינו חומרת הפגיעה בשלטון החוק המתגלה במעשה המינהלי שהוא נושא העתירה. יסוד זה נותן ביטוי לעיקרון שלפיו בית-המשפט לא ייתן ידו לפגיעה חמורה בשלטון החוק גם אם העתירה הוגשה בשיהוי שפגע באינטרסים מוכרים. היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי ייקבע על-פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. בבואו להכריע בשאלת השיהוי יפעיל אפוא בית-המשפט מערכת איזונים שעל-פיה יבחן בעיקר את היחס בין הפן האובייקטיבי של השיהוי, היינו מידת הפגיעה באינטרסים ראויים של היחיד או של הרבים, לבין מידת הפגיעה בחוק ובערכי שלטון החוק."

ה משמע, תורת השיהוי לא תפרוס את כנפיה על צד שלישי אשר התנהגותו המסתמכת הייתה כרוכה בהפרה בוטה של הדין או בפגיעה בשלטון החוק, ובמקרים מעין אלו – אפילו הוגשה העתירה בשיהוי ואפילו נוצרה הסתמכות בקרב צדדים שלישיים – לא יימנע בית-המשפט מלהידרש לגופה של העתירה וליתן בה סעד. באופן מסורתי, ה"זכות המינהלית" ממילא נחשבה לחלשה יותר בהשוואה לזכות המהותית במשפט הפרטי, שברגיל (ובכפוף [לסעיף 27](#) סיפה [לחוק ההתיישנות](#), תשי"ח-1958) אינה "משתהה" אלא רק מתיישנת בחלוף תקופה ארוכה יותר (ראו [בג"ץ 170/87](#) אסולין נ' ראש עיריית קרית גת (להלן – עניין אסולין [5]), בעמ' 692-693, אך ראו מנגד, לגבי זכויות אובליגטוריות במשפט הפרטי, [ע"א 4682/92](#) עיזבון המנוח סלים עזרא שעה ז"ל

נ' בית טלטש בע"מ [6] ולאחרונה [נ"א 3264/01](#) בסנינו נ' אליה [7], בעמ' 573, שם הוכרה "הגנת שיהוי" במשפט הפרטי מכוח תורת תום-הלב). קבלתה של טענת שיהוי במקרים שבהם עומדת ברקע הדברים הפרה בולטת של הדין ופגיעה באינטרס הציבורי הייתה עלולה להחליש את הזכות המינהלית עוד יותר ולפגוע בפגיעה ניכרת בעקרון שלטון החוק. על בית-המשפט להימנע מלתת ידו לפגיעה שכזו. במקרים מעין אלו טובתה של השיטה והאינטרס הציבורי גוברים על טובתו של צד שלישי.

21. משעמדנו על עקרונות השיהוי לעיל, נסיף כעת ונבחן את המקרה שלפנינו לאורם של עקרונות והיבטים אלו. ייאמר כבר עתה כי יישום אמות-המידה הנ"ל על עובדות המקרה הנדון מוביל למסקנה כי הגם שעתיירתה של העותרת נגועה בשיהוי סובייקטיבי מסוים יש לדחות את טענת השיהוי של המשיבות בהליך דנן ולהותיר את פסק-הדין בעתירה על כנו (כפוף לאמור בפסק-הדין החלקי). ובמה דברים אמורים?

ההיבט הסובייקטיבי – התנהלותה של העותרת

22. כאשר בוחנים את התנהלותה הסובייקטיבית של העותרת, הסוגיה הראשונה שיש להידרש אליה נוגעת למועד שממנו יש לבחון את שאלת השיהוי במקרה דנן. בעניין זה, כאמור, חלוקים הצדדים: המשיבות גורסות כי מועד זה חל שנים רבות לפני הגשת העתירה, בשלבי התכנון של מיתחם המרינה ולכל המאוחר בעת שניתנו היתרי הבנייה למשיבות החל משנת 1997. לעומתן טוענת העותרת כי יש לבחון את השיהוי החל ממועד השימוש האסור בפועל (אשר טרם החל בכלל עובר להגשת העתירה), ולכל המוקדם החל משלבי השיווק המתקדמים של הדירות כדירות למגורים.

23. לאחר שעיינתי בחומר שהונח לפניי ובטיעוני הצדדים בעניין זה נראה לי כי המועד הרלוונטי לבחינת השיהוי הסובייקטיבי הינו המועד שבו נודע לעותרת כי המשיבות משווקות את דירות הנופש במיתחם המרינה כדירות אשר ישמשו למגורים לכל דבר ועניין ולא כל מועד מוקדם לכך. טעמים מספר עומדים ביסוד מסקנה זו:

ראשית, אין חולק כי העתירה אינה תוקפת, ולא תקפה מעולם, את תכניות המיתאר השונות החלות על המרינה – תוכניות אשר כמבואר בפסק-הדין בעתירה מגבילות את השימוש במיתחם המרינה לצורכי "תיירות ונופש" ואוסרות על הדיוור למגורים – אלא היא תוקפת את שיקול-דעתן של הרשויות באכיפתן של אותן תכניות וביישומן לאחר שהמשיבות החלו לפעול בשטח בניגוד לתכניות. משכך, פשיטא שאין להקדים את מועד בחינת השיהוי לשלב התכנוני של המרינה.

שנית, אף אם השלב התכנוני של מיתחם המרינה (שהתקיים שנים מספר טרם הגשת העתירה) היה השלב הקובע לצורך בחינת השתתפותה של העותרת, הרי שלגבי אותו שלב אין לומר שהעותרת יושבה בחיבוק ידיים. אדרבא, מחומר הראיות עולה כי עוד לפני שהחלה הבנייה במרינה פעלה העותרת כיאות ובזריזות מול גופי התכנון, עד שאלו הניחו את דעתה שבמיתחם המרינה לא ייעשה שימוש החורג מהשימוש המותר על-פי התכניות המתגבשות וכי השימוש המותר במיתחם הוא למלונאות לסוגיה בלבד. כך, בשנת 1994 הגישה העותרת התנגדות לתכנית הר/2003 (להלן – התכנית המפורטת), אשר בין היתר הופנתה כנגד ייעוד חלק מהמבנים לצורכי מגורים במקום לייעוד של תיירות ונופש (ראו נספח עת/6 לכתב-העתירה). ביום 4.4.1995 דנה ועדת משנה ב' לעררים והתנגדויות של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה (להלן – הוועדה המחוזית) בהתנגדותה של העותרת ובהתנגדויות נוספות שהוגשו לה על-ידי גופים אחרים, והיא קבעה, דבר דבור על אופניו, כי:

”התוכנית המפורטת הוכנה בהתאם להוראות שנקבעו בתוכנית המתאר הר/2002 ו-הר/2003. בתוכנית הר/2002 נקבע שהיעוד יהיה למלונאות לסוגיה: מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש... אין בתכנית מתאר הר/2002 הוראה המחייבת חלוקת משנה לגבי סוגי המלונאות שיהיו, הואיל וכל השטח לבניה מיועד 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 יעוד דירות נופש ומלונאות יופיע מלונאות לסוגיה: מלונות דירות, דירות נופש. כמו כן יאמר בתוכנית כי ההיתר שיוצא לכל סוג של מלונות יותאם לדרישות משרד התיירות” (מתוך עמ' 3 לנספח עת/7 לכתב-העתירה; ההדגשות שלי – א' ג').

משקבעה הוועדה המחוזית כי כל השטח לבנייה במיתחם המרינה ”מיועד למלונאות לסוגיה“, הייתה העותרת רשאית להניח, למצער באותו שלב, כי חרף ניסיונות התחמקות למיניהם מצד גורמים כאלה ואחרים, השימוש במיתחם המרינה יותאם לשימוש המותר על-פי התכניות, ובכלל זה התכנית המפורטת שהתגבשה. מטעם זה, אגב, אין גם כל רבותא בדברים שנאמרו – אם אכן נאמרו – בשנת 1995 על-ידי ראש האגף לשימור טבע ונוף אצל העותרת כנגד גורמים המנסים להשתלט על קרקע תיירותית במרינה ולייעד אותה למגורים (ראה כתבה במוסף ”סופשבוע“ של ”מעריב“ מחודש אוקטובר 1995; מוצג ג-1 לכרך הנספחים לתשובת המשיבה 4). גם בהנחה שהדברים נאמרו, אין בהם כדי להוביל למסקנה שהתנהלותה של העותרת הייתה נגועה בהשתתפות

באותו שלב. התבטאויות כאלו ואחרות מעל דפי העיתונות אינן יכולות ללמד כי העותרת הסתפקה רק בהשמעת טרונותיה בעיתונות ולא פעלה, כאמור, גם מעבר לכך.

אשר להיתרי הבנייה ייאמר כי העתירה במתכונתה כיום מופנית כנגד השימוש הבלתי חוקי בדירות שנבנו ושייבנו במיתחם המרינה והיא אינה תוקפת עוד לא את היתרי הבנייה שכבר ניתנו למשיבות עובר לפסק־הדין בעתירה ולא את גודלן הפיזי של הדירות שנבנו מכוח היתרים אלה. מטעם זה, ככל שמדובר בהיבט הסובייקטיבי של השיהוי, אין גם כל רלוונטיות למועד שבו ניתנו למשיבות היתרי הבנייה. ודוק: פסק־הדין ב"א 482/99 בלפוריה, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה – יזרעאלים (להלן – פרשת בלפוריה [8]), שהמשיבות ניסו להיבנות ממנו לעניין זה, אינו יכול לסייע להן. באותו מקרה העניקה הוועדה המקומית לחברה מסוימת היתר שהוגבל לצורך הבנייה על הקרקע בלבד, תוך שנקבע על-ידיה כי לעניין האכלוס (כלומר השימוש) תוגש בקשה נפרדת וינתן היתר נפרד. בית־המשפט העליון קבע כי פיצול מעין זה של היתר הבנייה אינו כדין. נקבע כי בדרך העניינים הרגילה אין הליך נפרד לקבלת היתר לשימוש אלא בעת קבלת היתר הבנייה צריכה להיבחן גם ההתאמה של השימוש המתוכנן בבניין לייעוד הקבוע בתכנית המיתאר. לעומת זאת, בענייננו לא ניתנו למשיבות היתרי בנייה "מפוצלים". ההיתרים עצמם, ברובם, אינם מאפשרים בנייה למגורים, ואותן משיבות אשר ההיתרים שניתנו להן כללו בטעות שימוש כזה הועמדו בסמוך לאחר מכן על-ידי הרשויות על דבר הטעות. קבלת טענת המשיבות כאילו היה על העותרת לפנות לבית־המשפט כבר בעת מתן ההיתרים שכן מכוח הילכת בלפוריה [8] אין לאפשר פיצול רעיוני של ההיתר מבקשת למעשה לקבוע הלכה שלפיה לא ניתן לתקוף שימוש בלתי חוקי מקום שניתן כבר היתר הבנייה. פירושה הוא כי במקרים שלאחר מתן ההיתר מבקש יזם כזה או אחר לערוך שימוש בלתי חוקי בבניין שנבנה על-ידיו לעולם חסומה דרכו של העותר להלין, במסגרת עתירה מינהלית, על ניסיון זה. למותר לציין כי לא לכך התכוון בית־המשפט בעניין בלפוריה [8] ולא זו השאלה שעמדה שם לדיון.

היוצא מן האמור הוא כי לא השלב התכנוני וגם לא מועד מתן היתרי הבנייה צריך לסמן את תחילתה של תקופת "ההשתהות" הסובייקטיבית של העותרת בכל הקשור בתקיפת השימוש האסור למגורים.

24. עם זאת, ומנגד, אין גם לקבל את טענת העותרת כי יש לדחות את מועד בחינת השיהוי עד לשלב כה מאוחר כתחילת השימוש האסור בפועל (שלב אשר בעת הגשת העתירה טרם החל בכלל). אמת הדבר כי לאחר החלטת ועדת העררים של הוועדה המחוזית מחודש אפריל 1995 יכולה הייתה העותרת להניח כי הבנייה והשימוש במרינה

א ייעשו בהתאם למתחייב מתכניות המיתאר ולא ישמשו למגורים. אלא שהנחה זו הייתה צריכה להתערער למן אמצע שנת 1997 אל מול הפרסומים בעיתונות בדבר שיוקן של דירות הנופש במרינה כדירות מגורים לכל דבר ועניין (ראו למשל ידיעה מיום 6.7.1997 על התקשרות עתידית לרכישת ארבעה פנטהאוזים בשטח של כ-600 מ"ר כ"א, נספח עת/14' לכתב העתירה), ועוד יותר בדצמבר 1997 ולכל המאוחר באפריל 1998 עם פרסומן של כתבות נוספות בעיתונות על פעולות השיווק והמכירה מצד המשיבות (ראו נספחים עת/14' ו-עת/14' לכתב העתירה).

ב

באותו שלב, או למצער למן הרגע שהעותרת התוודעה לפרסומים אלו, היה על העותרת – חרף החלטתה של ועדת העררים של הוועדה המחוזית משנת 1995 – לשוב ולבדוק את הדברים ולהזדרז ולפנות לרשויות. זאת לא נעשה על-ידיה אלא ביום 31.7.1998 (נספח עת/17' לכתב העתירה), עת פנתה באמצעות באי-כוחה ליושב-ראש הוועדה המקומית הרצליה והתלוננה על היתרי בנייה למגורים שניתנו לחלק מן המשיבות ודרשה את התערבותה של הוועדה המקומית למניעת או להפסקת השיווק למגורים של הדירות בפרויקט.

ג

מאחר שקבעתי כי את שאלת השיהוי הסובייקטיבי יש לבחון החל מהשלב בו העותרת ידעה על השיווק של הדירות כדירות מגורים, נשאלת השאלה מתי התגבשה אצל העותרת ידיעה כזו. ודוק, לעניין זה אין די בידיעה בכוח אלא נדרשת ידיעה בפועל (השוו [ע"א 2962/97](#) ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב (להלן – עניין ועד אמנים [9]), בעמ' 373). הגם שלאור הפרסומים בעיתונות, כמבואר לעיל, הדעת נותנת כי העותרת צריכה הייתה להיות מודעת לשיווק הבלתי מותר המתנהל על-ידי המשיבות לכל המאוחר בחודש אפריל 1998, בחומר הראיות אין למצוא עדות חותכת לידיעה של ממש מצד העותרת באותו מועד, מה גם שבפרסומים בעיתונות בעניין זה (להבדיל מהפרסומים השיווקיים) העובדה שהדירות לא תשמנה לכל מטרה מלונאית שהיא רק נרמזה ולא נתבארה באופן מפורש. עם זאת, עצם פנייתה של העותרת ליושב-ראש הוועדה המקומית מיום 31.7.1998 מלמדת כי למצער החל מסוף חודש יולי 1998 ידעה העותרת על המעשים המהווים יסוד לעתירתה בעוד שאת עתירתה הגישה רק כארבעה חודשים וחצי לאחר מכן (בחודש דצמבר 1998). אלו הן נסיבות שבהן יש לקבוע כי התנהגותה של העותרת נגועה בשיהוי סובייקטיבי מסוים.

ה

ו

ז

לעניין זה איני יכול לקבל את טענת העותרת כי לנוכח סעיפיו השונים של [חוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה-1965, המחייבים למנוע ולהפסיק שימוש בלתי חוקי בכל שלב בו אותה, הרי שאין כל משמעות לקיומו של שיהוי מצד יוזם ההליך. חוק התכנון והבניה קובע

אמנם עונשים על עבירות נמשכות ואף מחייב את גופי התכנון לנקוט יד קשה כנגד מפרי החוק בכל עת, אך מכאן ועד לקביעה אשר מאיינת למעשה את דיני השיהוי ככל שמדובר בחוק התכנון והבניה רחוקה הדרך. שיהוי בהגשתה של עתירה אמנם אינו מכשיר את הפרת החוק הנמשכת בשימוש שלא כדין במקרקעין ואינו הופך את האסור למותר, אך הוא עלול לעתים לעמוד כמחסום פרוצדורלי מפני התערבות שיפוטית מקום שהעתירה נגועה בשיהוי על שני פניו וכאשר עקרון שלטון החוק לא ייפגע באורח ממשי כתוצאה מקבלת טענת השיהוי. כפי שנראה בהמשך לא זה המקרה שלפנינו, אולם אין גם לומר, כגירסתה המשתמעת של העותרת, כי בענייני תכנון ובנייה לעולם אין שיהוי.

25. עדיין נותרת כמובן השאלה האם בזמן שחלף מסוף חודש יולי 1998 ועד להגשת העתירה בחודש דצמבר אותה שנה יש כדי ללמד שהעותרת ויתרה על זכותה. שהרי כפי שראינו, הטעם הרעיוני העומד מאחורי היסוד הסובייקטיבי של השיהוי (להבדיל מהיסוד האובייקטיבי) אינו קשור בצדדים שלישיים אלא בהתנהגותו של העותר עצמו. זו, כשלעצמה, לא תחרוך את גורל העתירה – אפילו מדובר בשיהוי של שנים מספר! – אלא אם ניתן ללמוד ממנה שהעותר ויתר על זכותו (עניין נחום [2], בעמ' 641). שאלה היא האם גוף כמו העותרת, שנתאגד תחת דגל ציבורי של מודעות סביבתית והגנה על משאבי טבע ציבוריים, יכול להיחשב כמי שוויתר על זכותו לעתור בעניינים הנוגעים באופן מובהק לדגל הציבורי שבשמו הוא פועל מקום שמדובר בשיהוי שאינו כבד (השוו למשל לפרשת חיפה [3], בעמ' 679, שם נרמז כי כלפי עותר ציבורי אפשר ותינקט גישה מקלה בעניין זה). כך או אחרת, לנוכח התוצאה אליה אני מגיע בפסק-דין זה אין כל צורך להכריע בשאלה האמורה ואני מוכן לצאת מתוך נקודת הנחה כי העתירה אמנם נגועה בשיהוי מסוים מן ההיבט הסובייקטיבי.

26. אילו הייתה תורת השיהוי מתמצה רק בכך היה אכן מקום לקבל את טענת השיהוי שהעלו המשיבות, וכפועל יוצא מכך גם לדחות את העתירה על הסף. אלא שכפי שראינו קודם לכן אין אלו פני הדברים ובחינת נושא השיהוי אינה מתמצה בבדיקת הפן הסובייקטיבי שלו. אדרבא, לשיהוי הסובייקטיבי אין לייחס משקל רב (עניין נחום [2], בעמ' 641). מן הראוי אפוא לבחון האם הגשתה של העתירה במועד שבו הוגשה הייתה כרוכה גם בשיהוי אובייקטיבי. לכך נפנה עתה.

ההיבט האובייקטיבי – הסתמכותן של המשיבות

כללי

27. כפי שראינו קודם לכן, ההיבט האובייקטיבי של תורת השיהוי מתבסס על אינטרסים ראויים להגנה של צדדים שלישיים, אשר הסתמכו באופן סביר על אקט מינהלי או על החלטה מינהלית והספיקו לשנות את מצבם לרעה עד שהוגשה העתירה. האם השכילו המשיבות להצביע על אינטרס הסתמכות לגיטימי של צד שלישי הראוי להגנה?

ה"צדדים השלישיים" הבאים בחשבון בכל הקשור בהיבט האובייקטיבי בענייננו מתחלקים, למעשה, לשני ציבורים עיקריים: הציבור הראשון הינו ציבור רוכשי הדירות אשר התקשרו עם המשיבות בהסכמים לרכישת דירות במיתחם המרינה. ככל שמדובר ברוכשים של דירות שהתקשרו בהסכמים עם המשיבות עד למועד פסק-הדין בעתירה (9.12.1999), הרי שאינטרס ההסתמכות של אלו זכה כבר להגנה במסגרת פסק-הדין החלקי אשר ניתן נוכח ויתורה של העותרת על סעד כלפי רוכשים אלו. לעומת זאת, ככל שמדובר ברוכשים אשר רכשו את דירותיהם לאחר פסק-הדין בעתירה, הרי אלו בהכרח אינם בגדר צד שלישי שהסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה, ומאליו שאין כל צורך בהגנה מיוחדת עליהם.

הציבור השני הינו המשיבות עצמן – חברות הבנייה – והשאלה העומדת לדיון הינה האם למשיבות אלו קם אינטרס הסתמכות ראוי להגנה אם לאו. המשיבות עונות על שאלה זו בחיוב. לטענתן, הן הסתמכו בתום-לב על תכניות המיתאר החלות על המרינה ועל מצגי הרשויות, ועד להגשת העתירה חובת ההשכרה המלונאית של הדירות במרינה לא הייתה צפויה או ידועה להן. לפיכך, ממשיכות המשיבות וגורסות, אין הן שונות מצדדים שלישיים אחרים (כגון רוכשי הדירות) ועל בית-המשפט לפרוס את הגנת השיהוי גם עליהן, באשר הן היו רשאיות להסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה וגם הסתמכו עליו הלכה למעשה ושינו מצבן לרעה.

דעתי שלי שונה היא, ואבאר אותה להלן.

למשיבות לא קם אינטרס הסתמכות לגיטימי הראוי להגנה, באשר האיסור על שימוש למגורים במיתחם המרינה היה מול עיניהן וחדף זאת פעלו בניגוד אליו.

28. המשיבות מיקדו את טיעוניהן לעניין ההסתמכות בכך שבאף לא אחת מתכניות המיתאר או מההחלטות התכנוניות החלות על המרינה (וגם לא בהיתרי הבנייה) לא נזכרה החובה להעמיד את הדירות בפרויקט להשכרה מלונאית. כפי שכבר הובהר, טענה זו אינה אלא ניסיון לפרוץ את המסגרת הדיונית המצומצמת בענייננו,

שהיא סוגיית השיהוי, תוך פתיחתו מחדש של נושא פרשנות המונח "דירות נופש" שעמד ביסוד פסק-הדין בעתירה ואשר אינו עומד לדיון מחדש במסגרת ההליך שלפניי.

מכאן שהשאלה הנשאלת עתה אינה האם המשיבות או מי מהן צפו את חובת ההשכרה המלונאית דווקא, אלא האם היה ידוע להן כי הבנייה והשימוש למגורים אינם מותרים במיתחם המרינה. אם תאמר כי המשיבות ידעו על איסור השימוש למגורים וחרף זאת הגיפו תנופת בנייה המייעדת מראש את הדירות במרינה למגורים דווקא, מאליו שאין לומר כי המשיבות גיבשו לעצמן אינטרס הסתמכות לגיטימי אשר עקרונות השיהוי מן הראוי שיגנו עליו. ואמנם, מהחומר שהונח לפניי מתחוור כי המשיבות היו צריכות לדעת, ולמעשה אף ידעו על כך בפועל, כי השימוש למגורים אסור במיתחם המרינה. ובמה דברים אמורים?

29. ראשית, המשיבות עצמן אינן חולקות על כך שהתכנון וההחלטות התכנוניות החלות על מיתחם המרינה ביקשו למנוע הפיכתה של המרינה לשכונת מגורים (ראו למשל סעיף 8(ה) לתכנית מיתאר מקומית ה/2002; נספח 3/ע"ת/3 לעתירה), וחלק מהמשיבות אף טוענות כך בעצמן (ראו למשל פסקאות 1.3 ו-3.2 לסיכומי המשיבה 5; פסקאות 61-78 לכתב-התשובה מטעם המשיבה 8 מיום 2.5.2001 וכן פסקאות 15.4 ו-15.5 לסיכומי המשיבה 9, שם נטען כי רשויות התכנון ביקשו להשיג מטרה זו על-ידי כך שלא יקבעו במרינה תשתיות למגורים כגון בתי ספר, מרפאות, מוסדות קהילתיים וכו', אך הן נמנעו מלהטיל מגבלה כלשהי על הדירות עצמן). המשיבות מנסות, עם זאת, ליצור הבחנה שאין בידי לקבל, בין שלילת הבנייה (או השימוש) לצורך שכונת מגורים, מזה, לבין חובת השכרה מלונאית, מזה. לטענתן, בכל המסמכים התכנוניים הותרו בנייה ושימוש ל"דירות נופש" בלי שנאמר דבר בעניין חובת ההשכרה המלונאית, והמשיבות לא העלו על דעתן כי פירושו של המונח "דירות נופש" עניינו במלונאות דווקא וכי שימוש זה כפוף לחובת השכרה.

כפי שכבר קבעתי, את שאלת פרשנותו של המונח "דירות נופש" (כמו גם את סוגיית הסעד של חובת ההשכרה) אין לפתוח מחדש במסגרת ההליך דנן. אך גם בהנחה שחובת ההשכרה המלונאית לא מצאה ביטוי כלשהו בכתובים (ואיני סבור כך), אין לקבל שהיא לא הייתה בגדר הציפיות הסבירה של המשיבות: אם המשיבות ידעו על הכוונה למנוע מהמרינה להפוך לשכונת מגורים פירושו של דבר שהן ידעו שהמגורים שם אסורים. מכירת "דירות נופש" ללא כל מגבלה על השימוש פירושה מכירת דירות למגורים ומניה וביה הפיכתה של המרינה לשכונת מגורים. הניסיון לטעון כי התכנון באו למנוע הפיכת המרינה לשכונת מגורים ובה בעת לטעון כי לא היה ניתן לצפות כי הבנייה תהיה כפופה לחובת השכרה מלונאית וכי רוכשי הדירות יוכלו לנהוג בדירות

"מעשה בעלים" (לשון בא-כוח המשיבה 5 בסעיף 3.10.1 לסיכומים) נראה אפוא מלאכותי ועל-כן איני רואה לקבלו.

א

30. שנית, עולה בבירור מהתכניות השונות שנסקרו בפסק-הדין בעתירה (ושאין זה המקום לשוב ולפרט את תוכנן) וכן מחומר הראיות שבתיק שאיסור המגורים – ואף הייעוד המלונאי! – במיתחם המרינה לא היו בבחינת תורת הנסתר, והמעין בתכניות וביתר המסמכים הרלוונטיים היה יכול להבין כי הפרשנות שהמשיבות אחזו בה, כביכול השימוש למגורים מותר, היא פרשנות בעייתית.

ב

כך למשל, בישיבותיה של הוועדה המקומית מיום 4.6.1997, מיום 3.9.1997 ומיום 8.4.1998 לגבי מתן היתרים למשיבות 6-7 (עמ' 5 לנספח מש/6 לתגובת הוועדה המקומית לעתירה), למשיבה 8 (עמ' 3 לנספח מש/5 לאותה תגובה) ולמשיבות 9-10 (עמ' 6 לנספח מש/3), הגדירה הוועדה המקומית במפורש את מהות הבנייה המותרת כ"הארכה". אף אם נגרוס שפרשנותו של המונח "דירות נופש" הייתה עמומה עד למתן פסק-הדין בעתירה – ואיני סבור כך – כלום יכולה להיות משמעות אחרת למילה "הארכה" וזאת המשמעות של הארכה מלונאית להבדיל ממגורים?

ג

ד

אין זאת אלא שהמשיבות 6-10 ידעו, או למצער עצמו עיניהן מלדעת, כי השימוש אשר הותר להן על-ידי הוועדה המקומית הוא שימוש למלונאות ולא למגורים.

ה

31. שלישית, המשיבות כולן לא הניחו הסבר מניח את הדעת לשאלה המתעוררת כיצד טענותיהן מתיישבות עם החלטת ועדת העררים של הוועדה המחוזית משנת 1995, שצוטטה קודם לכן, אשר קבעה כי "כל השטח לבניה מיועד למלונאות לסוגיה" וכי ההיתרים שיוצאו יותאמו לדרישות משרד התיירות, ולגבי המשיבות 6-10 – כיצד טענותיהן מתיישבות גם עם החלטות הוועדה המקומית טרם מתן ההיתרים במסגרתן פורטה התכלית של "הארכה". כל אלו הן עובדות אשר מעמידות בספק רב את טענת המשיבות כי חובת ההשכרה המלונאית נפלה עליהן כרעם ביום בהיר.

ו

32. המשיבות מנסות להיאחז בתצהירו של מר אלי לנדאו, מי שהיה בעבר ראש עיריית הרצליה ויושב-ראש הוועדה המקומית. תצהירו זה הוגש במצורף לתגובתה של המשיבה 10, ועל-פי הנאמר בו מעולם לא עלה על דעת מי מגורמי התכנון לדון בהטלת חובת השכרה או לחייב העמדת דירות הנופש למאגר השכרה מלונאית כעניין שבחובה.

ז

תצהירו של מר לנדאו הוגש במסגרת ההליך דנן הגם שבהחלטתי מיום 9.9.1999 (טרם מתן פסק-הדין בעתירה) נדחתה בקשתן של המשיבות להגשת תצהיר זה. החלטה זו אמנם אינה חלה על ההליך בגלגולו הנוסף, ועל-כן לכאורה לא הייתה מניעה בפני

המשיבות להגשת התצהיר, עם זאת הן באותה החלטה מיום 9.9.1999 והן בפסק-הדין בעתירה הובהר כי נוכח הגדרת השימוש במיתחם המרינה על-פי תמ"א 13 כ"אזור תיירות ונופש", ולנוכח העובדה שתכנית בנייה מאושרת היא בבחינת "דין" כמשמעותו ב**חוק הפרשנות**, תשמ"א-1981, הרי שאין לתת משקל לסברתם של גופים או בעלי עניין שונים במהלכו של ההליך התכנוני באשר למשמעות המונח "דירות נופש" בתכניות השונות (ראו פסק-הדין בעתירה, בעמ' 111). בנסיבות אלו אין אפוא בתצהירו של מר לנדאו (ובעובדה שהצדדים ויתרו אהדדי על חקירת המצהירים) כדי לשנות מן המסקנות דלעיל.

33. לא נעלם מעיני כי בהיתרי הבנייה שניתנו לשלוש מהמשיבות (המשיבות 4, 5 ו-8) נכלל גם השימוש "למגורים", ואולם בכך אין כדי לשנות מהתוצאה, כפי שיובהר להלן:

(א) אשר למשיבה 5 (מבני עופרים בע"מ) – למרות שהיתר הבנייה שניתן לה ביום 28.12.1997 (מ/ש' 4ב' לתגובת הוועדה המקומית) כלל את השימוש "למגורים", הרי כבר ביום 22.2.1998 הודיעה למשיבה 5 מנהלת מחלקת רישוי באגף הנדסה בעיריית הרצליה כי ייעוד המבנה הוא "דירות נופש, מלון דירות" וכי חיובה של המשיבה 5 באגרת בנייה לפי סעיף "מגורים" בטעות יסודו ויש לחייבה על-פי סעיף "בית עסק בית מלון" (ראו נספח מ/ש' 4ד' לתגובת הוועדה המקומית וכן התכתובות שהוחלפו בעניין זה בין הוועדה המקומית לבא-כוח המשיבה 5, נספחים מ/ש' 4ה' ו-מ/ש' 4ו' לאותה תגובה).

אם היה בכך עוד צורך, הנה ביום 12.4.1998 הודיעה היועצת המשפטית של הוועדה המקומית לבא-כוח המשיבה 5 כי אין התכניות החלות על המרינה מתירות בנייה למגורים, כי בהיתר הבנייה נפלה טעות בעניין זה וכי המשיבה 5 "רשאית לבנות במקום אך ורק יחידות נופש ולא דירות מגורים" (ראו נספח מ/ש' 4ו' לתגובת הוועדה המקומית). למעשה, אף המשיבה 5 מודה כי בציון המילה "למגורים" בהיתר נפלה שגגה (סעיף 2.3.6 לסיכומיה), ובנוסף לכך אין חולק כי למשיבה 5 הוצא ביום 29.10.1998 היתר בנייה מתוקן ל"דירות נופש" במקום "למגורים" (מ/ש' 4א' לתגובת הוועדה המקומית).

בא-כוח המשיבה 5 טען בסיכומיו (בסעיף 2.3.9) כי הוועדה המקומית לא הצליחה להצביע בסיכומיה ולו על מסמך אחד שהועבר למשיבה 5 ובו צוין עניין חובת ההשכרה. אין בטענה זו ממש. כבר שנינו כי לא בחובת ההשכרה עסקינן אלא בכך שהמשיבה 5 הועמדה על כך שהבנייה למגורים אסורה במרינה. מכאן, שלא יכולה להיות בפיה טענה כנגד חובת ההשכרה המלונאית שהיא פועל יוצא מהעובדה שהבנייה

למגורים אסורה, וממילא שגם לא יכולה להיות בפיה טענת הסתמכות על היתר הבנייה הראויה להגנה.

א

זאת ועוד, מעורבותה של המשיבה 5 בפרויקט החלה, לטענתה, בשנת 1995 (סעיף 2.3.1 לסיכומיה). והנה, מחומר הראיות עולה כי כבר בחודש אוגוסט 1995 פרסם משרד הפנים הודעה לעיתונות (מש/27 לתגובת הוועדה המקומית מיום 29.5.2001) שבה הובהר, בין השאר, כי הבנייה שאושרה במרינה היא למלונאות לסוגיה. לאורך טיעוניה הרבים מיקדה המשיבה 5 ומיקדו גם יתר המשיבות את הדגש על פרסומים שונים בעיתונות אשר היו צריכים "לדרבן" ו"לזרז" את העותרת בהגשת העתירה, אך ההיתלות בפרסומים בעיתונות – ככל שיש בה ממש – צריכה לפעול בשני הכיוונים, ובמקרה זה אם נחיל על המשיבות גזירה שווה, הנה בהודעה בעיתונות משנת 1995 בואר באופן רשמי ושאינו משתמע לשתי פנים כי במיתחם המרינה אושרה בנייה למלונאות לסוגיה.

ב

ג

למרות זאת, ולמרות שכפי שבואר בפסק-הדין בעתירה הן תמ"א 13 והן יתר התכניות אוסרות על השימוש למגורים, המשיכו המשיבות להסתמך על פרשנותן העצמאית (והשונה) להוראות תכניות המיתאר השונות והן קבעו עובדות בשטח. התנהלותן זו של המשיבות – והדברים יפים לא רק לעניין המשיבה 5 אלא לגבי כלל חברות הבנייה המשיבות – ייתכן ושקולה אפוא למה שמכונה "עצימת עיניים".

ד

(ב) אשר למשיבה 4 (גד חברה לבניין בע"מ) – למשיבה זו ניתן ביום 24.12.1997 היתר בנייה ל"בניית שני מרתפים למבנה מגורים" (נספח ג-5 לתשובת המשיבה 4), וכחודשיים לאחר מכן, ביום 22.2.1998, ניתן לה היתר בנייה ל"בית מגורים לדירות נופש" (נספח ג-8 לאותה תגובה) וכך גם נקבע בהחלטת הוועדה המקומית מחודש דצמבר 1997 (נספח ג-7 לתגובה). מכאן, שבניגוד לתמונה שביקשה המשיבה 4 ליצור, כאילו הותר לה לבנות "בית מגורים" שאינו כפוף למגבלות כלשהן, הנה כבר בחודש דצמבר 1997 – כשנה טרם הגשת העתירה – לצד המילים "בית מגורים" באו המילים "לדירות נופש".

ה

ו

אמנם, בניגוד למשיבה 5, היתר הבנייה של המשיבה 4 מחודש פברואר 1998 לא תוקן לאחר מכן ולא נגרעו ממנו המילים "בית מגורים" (לצד המילים "דירות נופש"), אך מהראיות עולה כי עוד ביום 16.2.1998 (למעשה, ימים מספר טרם ההיתר) הודיעה מנהלת מחלקת רישוי באגף הנדסה בעיריית הרצליה למשיבה 4 על טעות שנפלה בחישוב אגרות הבנייה לצורך הוצאת ההיתר. באותו מכתב הובהר למשיבה 4 היטב כי "ייעוד המבנה נשוא ההיתר הוא 'דירות נופש, מלון דירות'", וכי "בגין ההיתר הנ"ל

ז

חויבתם באגרות בניה לפי סעיף 'מגורים', אך בפועל יש לחייב על סעיף 'בית עסק', בית מלון, בית מרגוע" (נספח מש/7ג' לתגובת הוועדה המקומית). בנסיבות אלו, ברי שלא יכולה הייתה לצמוח למשיבה 4 טענת הסתמכות בתום-לב על היתרי הבנייה, ודאי לא כזו הראויה להגנה.

(ג) ולבסוף, אשר למשיבה 8 (אלמוג התכלת שותפות כללית) – גם בקשר למשיבה זו איני יכול לקבל את טענת ההסתמכות על האמור בהיתר הבנייה. ראשית, בהיתר עצמו מיום 2.4.1998, לצד המילים "בנינים A, B מגורים", נאמר במפורש "בנין לדירות נופש" (עמ' 1 לנספח מש/5 לתגובת הוועדה המקומית). שנית, וחשוב מכך, עוד בישיבת הוועדה המקומית מיום 3.9.1997 בקשר להיתר זה הוגדרה במפורש מהות הבנייה כולה תחת הכותרת "הארכה" (ראו עמ' 3 לאותו נספח מש/5).

34. לסיכום נקודה זו: בהיתרי הבנייה שניתנו למשיבות 4, 5 ו-8 לא היה כדי לגרום למשיבות אלה אינטרס הסתמכות לגיטימי אשר מבסס שיהוי אובייקטיבי המצדיק דחייתה של העתירה על הסף.

ודוק, העובדה כי בפסק-הדין בעתירה נקבע כי העותרת איחרה את המועד לתקיפת היתרי הבנייה שכבר ניתנו אין בה כדי להשליך על שאלת השיהוי בכל הקשור בתקיפת השימוש הבלתי חוקי. ההכרעה בטענת שיהוי איננה הכרעה חד-ממדית והיא עשויה להשתנות בהתאם לסוג הסעד העומד לדיון, בהתאם לאופי ההסתמכות ובהתאם לשאלה האם ההסתמכות עצמה בנדרון הפכה כבר לבלתי הפיכה. יכול ולעניין טענה או סעד פלוני תתקבל טענת השיהוי ולעניין טענה או סעד אלמוני תידחה טענה זו. הטעם לכך נעוץ ברציונל העומד ביסוד תורת השיהוי. הסתמכותן של המשיבות קנתה לה אחיזה במציאות משנבנו הדירות שנבנו שלא באופן העולה בקנה אחד עם דרישות משרד התיירות, ובעניין זה כאמור התקבלה טענת השיהוי במסגרת פסק-הדין בעתירה. אכן, על הבנייה עצמה נראה שחלה האמירה כי "...אין עוד חזרה אל המצב כפי שהיה בראשיתו" (ראו בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון (להלן – עניין פורז [10]), בעמ' 804 וכן בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל [11], בעמ' 165).

לעומת זאת, בכל הקשור בשימוש בפועל למגורים, כאמור לעיל לא קנו המשיבות אינטרס ראוי להגנה להסתמך על מצב העניינים שקדם לעתירה, מה גם שהסתמכותן לעניין זה (אפילו הייתה לגיטימית) אינה בלתי הפיכה. במסגרת בחינת הסתמכותם של צדדים שלישיים על המצב שקדם לעתירה, קרי ההיבט האובייקטיבי של השיהוי, על בית-המשפט להבחין בין עובדות שנוצרו בשטח ואשר אינן הפיכות לבין עובדות שהן

א הפיכות. את הבנייה שבוצעה אין עוד לשנות, אולם את השימושים בבנייה זו ניתן ואף ראוי לשנות באופן שיהלום את דרישות הדין (כפוף לסייג שנקבע בפסק-הדין החלקי, המונע החלתו של פסק-הדין על רוכשים אשר רכשו את דירותיהם עד למועד מתן פסק-הדין בעתירה).

ב 35. מכל האמור לעיל מתחייבת המסקנה כי פעילותן של המשיבות בשטח המרינה עד להגשת העתירה "הסתמכה" – לעניין השימוש – לא על הוראה מינהלית מפורשת המתירה את הבנייה למגורים במרינה אלא על פרשנות עצמאית משלהן למצב המשפטי בכל הנוגע לשימוש המותר במרינה, פרשנות אשר לנוכח מכלול שלם של תכניות מיתאר, היתרי בנייה והחלטות תכנוניות הייתה, בלשון המעטה, בעייתית על פניה. כפי שראינו קודם לכן, לא על נסיבות שכאלה נועדה תורת השיהוי להגן.

ג אילו היה מדובר בענייננו במצב שבו המשיבות פעלו עד להגשת העתירה על יסוד הוראות תכנוניות המתירות את הבנייה למגורים במרינה היה מקום לקבוע כי נוכח השיהוי המסוים בהגשת העתירה התגבש אצל המשיבות אינטרס הסתמכות לגיטימי הראוי להגנה (השוו לדברי השופט זמיר בפרשת נחום [2], בעמ' 641 וכן לדברי השופט ביניש בפרשת חוף הכרמל [1], בעמ' 398 מול אות השוליים א). אך בענייננו פני הדברים הם הפוכים: המשיבות "הסתמכו" על תכניות אשר השימוש למגורים אינו נזכר בהן כלל ואשר מטרתן, לפחות לשיטתן של חלק מהמשיבות עצמן, הייתה למנוע הפיכתה של המרינה לשכונת מגורים. במצב דברים זה לא מתקיימים צידוקים של ממש להגן על "הסתמכותן" הנטענת של המשיבות (לטיעונים שונים העשויים להצדיק הגנה על אינטרס ההסתמכות במשפט המינהלי ראו ד' ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" [16], בעמ' 37-31).

ד אשר ליתר המצגים שלטענת המשיבות ערכו כלפיהן רשויות התכנון ייאמר כי אלו אינם יכולים להוות תחליף לאמור בתכניות המיתאר עצמן, שהן "השופר" העיקרי שבו תוקעות רשויות התכנון. ככלל, מקום שבו קול השופר עצמו מדבר ב"סוגי מלונאות" ולמצער ב"תיירות ובנופש", צלילי הרקע הנלווים לו, ככל שאינם זהים לקול השופר, אינם יכולים להוות בסיס להסתמכות שהיא מהופכת לקול השופר עצמו. אם הייתה הסתמכות כזו הרי אין היא הסתמכות לגיטימית ברת-הגנה.

ה 36. אין פירושו של דבר שהתנהגותן של הרשויות בכל הקשור בפרשה הייתה ללא כל דופי. אדרבא, כפי שהובהר במסגרת פסק-הדין בעתירה, משהעניקה הוועדה המקומית למשיבות היתרי בנייה בלי שנעשתה פנייה מוקדמת למשרד התיירות (כמתחייב מהחלטת הוועדה המחוזית מחודש אפריל 1995) חרגה הוועדה המקומית

מסמכותה ובעניין זה כאמור נדחה אותו חלק של העתירה שעסק במאפיינים הפיזיים של היחידות שכבר ניתנו לגביהן היתרי בנייה בעת שהוגשה העתירה. ייתכן אמנם שגופי התכנון המוקדים על יישום ואכיפת התכניות בשטח גם "נמנמו על השמירה" בשלב כזה או אחר באופן שפרשנותן העצמאית של המשיבות לא זכתה לתגובה הולמת ומיידית אשר תסיט אותן חזרה לדרך הישר. כך או אחרת, אפילו הייתי מגיע למסקנה שהרשויות לא הפעילו במועד את מלוא סמכותן, כפי שראינו פרשנותן של המשיבות להוראות התכנוניות הייתה בבחינת עצימת עיניים כלפי המסקנה המתחזרת שהשימוש למגורים במרינה אסור הוא. למעלה מן הנדרש ראוי לציין כי בנסיבות של אי-חוקיות...הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מוגן של הפרט כנגדה" ([רע"פ 1520/01](#) שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה (להלן – עניין שוויצר [12]), בעמ' 604).

37. במכלול הנסיבות הללו לא יכול להיות למשיבות אינטרס מוגן לפעול בניגוד להוראותיהן המפורשות של תמ"א 13 ויתר התכניות, ולצפות שהעובדות שהן קובעות בשטח תאושרנה בסופו של דבר מחמת שיהיו. באיזון בין ההיבטים השונים של מרכיבי השיהוי זוכה הפן האובייקטיבי למשקל רב יותר ובהיעדרו של שיהוי אובייקטיבי (הן בשל היעדר הסתמכות לגיטימית והן בשל מצב שאינו בלתי הפיך) ובהינתן פגיעה בשלטון החוק – ייטה בית-המשפט שלא לקבל את טענת השיהוי שאינה אלא טענת סף.

שלבי הבנייה בעת הגשת העתירה וטיעון הנזק

38. באי-כוח המשיבה 5 ובאי-כוח המשיבות 6-7 ניסו לשכנעני כי עניינן של מרשותיהן שונה מעניינן של יתר המשיבות בכך שבעת הגשת העתירה בניית המבנים שלהן "עמדה בפני סיומה" (לגבי המשיבות 6-7) או "כמעט והושלמה" (לגבי המשיבה 5). לפיכך, כך נטען, דומה עניינן של משיבות אלו לעניינו של "מבנה A" בפרשת חוף הכרמל [1] – לגבי נדחתה העתירה מחמת שיהוי – ועל-כן ראוי לקבל את טענת השיהוי למצער ביחס למשיבות 5-7.

ואולם, הן המשיבה 5 והן המשיבות 6 ו-7 טוענות במקביל כי עד למועד מתן פסק-הדין בעתירה נמכרו כבר 70% (!) מהדירות בפרויקטים שנבנו על-ידיהן (ראו: סעיפים 1.1 ו-4.3 לסיכומי המשיבה 5; סעיף 3 להודעת בא-כוח המשיבה 5 מיום 3.11.2002; סעיף 4 לסיכומי המשיבות 6-7 וכן הצהרת המשיבות 6-7 בהסכם בינן לבין הוועדה המקומית שהוגש לבית-המשפט ביום 2.5.2001 וקיבל תוקף של פסק-דין חלקי ביום 3.5.2001,

שלפיה עד למועד פסק-הדין בעתירה נמכרו על-ידיהן 109 מתוך 157 היחידות שלגביהן ניתן היתר).

א

בנסיבות המיוחדות של ענייננו ייתכן ויש בעובדה זו כדי להשמיט את הקרקע מתחת טיעון הנזק ו"שינוי המצב לרעה" שבפי המשיבות 5-7 משום שמכוח פסק-הדין החלקי (מיום 30.11.2000) ממילא הוצאו מתחולת פסק-הדין בעתירה כל אותן דירות שנרכשו עד למועד שבו ניתן פסק-הדין בעתירה. דירות אלו הרי הופטרו מהמגבלות אשר הוטלו על יתר הדירות שנבנו במיתחם המרינה. מאחר שאליבא דמשיבות 5-7 עצמן חלק עיקרי ומשמעותי מאוד מהדירות שנבנו על-ידיהן לא תהיינה כפופות למגבלות השימוש שהוטלו במסגרת פסק-הדין בעתירה (משום שאלו נמכרו כבר עד למועד פסק-הדין), מאליו אתה אומר שהנזק שייגרם למשיבות אלו אינו כה גדול כפי שהמשיבות מנסות לציירו, והסתמכותן הנטענת – הגלומה בציפייה שלא תחול על הדירות חובת השכרה (אפילו היה מקום לציפייה מעין זו) – לא נפגעה באופן חריף. בנסיבות אלו אין הבניינים שבנו המשיבות 5-7 שקולים לאותו בניין A בפרשת חוף הכרמל [1], ומכאן שאין הנדון דומה לראיה.

ד

39. אין גם לשכוח כי חלקה של העתירה שביקש להכפיף את הדירות שנבנו למגבלות פזיות בדבר גודלן ויתר מאפייניהן הפיזיים – חלק זה נדחה, וגם בכך יש כדי למזער את "נזקי ההסתמכות" הנטענים של המשיבות. מבחינה זו שונה המקרה שלפנינו מהמקרה שנדון בפרשת חיפה [3]. שם הוגשה עתירה כנגד היתר לבניית גשר למחלף דרכים, כאשר במוקד העניין עמדה שאלת הבנייה הפיזית של הגשר ולא שאלת השימוש בו. בית-משפט קמא הורה על הפסקת עבודות הבנייה של הגשר ואילו בית-המשפט העליון קיבל את טענת השיהוי וביטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא תוך שקבע כי לא ניתן להתעלם מכך שעבודות ההכנה של בניית הגשר נמשכו חמש שנים תמימות ופרויקט הבנייה הושלם ברובו. לעומת זאת, בענייננו פסק-הדין בעתירה אינו מתערב בבנייה שנתבצעה במיתחם המרינה אלא רק בנושא השימוש, ומכאן שגם פרשת חיפה [3] אין בה, לדעתי, כדי לסייע בידי המשיבות. אכן, בכל הקשור בשימוש הרי שהמשקל המיוחס לשלבי הבנייה, מתקדמים ככל שיהיו, הוא משקל מועט יותר בהשוואה למקרה שבו מתערב בית-המשפט במאפייני הבנייה עצמה.

ה

ו

40. בשולי הדברים מתחייבות שלוש הערות נוספות הקשורות לשלבי הבנייה – האחת נוגעת למשיבה 5, השנייה למשיבה 8 והשלישית למשיבות 6 ו-7.

ז

(א) אשר למשיבה 5, במקביל לטענה כי במועד הגשת העתירה כמעט הושלמה הבנייה על-ידיה טענו באי-כוחה של משיבה זו כי ביום מתן פסק-הדין כבר היה הפרויקט

גמור (סעיף 1.1 לסיכומי המשיבה 5 וכן סעיף 3 להודעת בא"כוח המשיבה 5 מיום 3.11.2002). בטענה זו, כשלעצמה, אין ולא כלום: בעניין חוף הכרמל [1] נתקבלה טענת השיהוי ביחס למבנה A מחמת שהוכח כי מבנה זה היה בשלבי בנייה אחרונים בעת שהוגשה העתירה ולא בעת שכבר ניתן פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי. איני רואה כיצד יש בעובדה שהמשיבה 5 הצליחה להשלים עד למועד פסק-הדין את הבנייה כדי ללמד שהתקיים בעניינה שיהוי מן ההיבט האובייקטיבי המצדיק דחיית העתירה על הסף.

(ב) מאותו טעם אין לקבל את טענתה של המשיבה 8 כאילו המועד הרלוונטי לבחינת התקדמות הבנייה בעניינה אינו מועד הגשת העתירה אלא מועד ההכרעה בטענת השיהוי. תורת השיהוי נועדה להגן על הסתמכות לגיטימית של צד שלישי ולא על ציפייה שלו להתקדם בבנייה בניגוד לדין באופן שעד להכרעה המשפטית כבר יהיה המצב בלתי הפיך. בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן הרי אף אם צו-הביניים בעתירה ניתן שלא במעמד הגשת העתירה אלא במועד מאוחר יותר לא הייתה המשיבה 8 רשאית להמשיך לקבוע עובדות בשטח לאחר הגשת העתירה ולאחר מכן גם לצפות שטענתה בדבר "הסתמכות בתום-לב" תתקבל.

(ג) אשר למשיבות 6 ו-7, משיבות אלו מפנות לתמונות של פרויקט הבנייה שלהן המלמדות, לטענתן, כי בעת הגשת העתירה עמדה בניית הפרויקט בפני סיומה (ראו נספח מ-5/ לתגובתן לעתירה). אלא שכל שניתן ללמוד מתמונות אלו הוא ששלד הבניין ניצב על תלו במועד שבו צולמו התמונות, אך אין צורך במומחיות מיוחדת כדי לעמוד על כך שמכאן ועד השלמת הבנייה רחוקה הדרך.

41. סוגיה נוספת הכרוכה בטענותיהן של המשיבות בעניין ההסתמכות והנזק עניינה בקושי שיעמוד בפני המשיבות למכור דירות הכפופות לחובת השכרה מלונאית, בפרט כאשר לטענת המשיבות דירות אלו אינן מתאימות לשמש כ"יחידות מלונאיות". בעניין זה לא השתכנעתי כי הנזק שהמשיבות צופות אותו הוא כה גדול כפי שהן מבקשות לצייר אותו, ודי להעיר בהקשר זה כי חלק מהמשיבות עצמן מבהירות בכפיפה אחת כי סביר להניח שרוכשי דירות הנופש או לפחות חלקם ישכירו את דירות הנופש לכל תקופת השנה או לחלקה (ראו למשל סעיפים 12 ו-28 לסיכומי המשיבה 9 וראו גם האמור בסעיף 5.9 בעמ' 32 לכתב-התשובה מטעם המשיבות 5 ו-14 מיום 29.5.2001, שם מוזכרת אפשרות לתרחיש כזה).

סיכום ביניים

42. ממכלול החומר עולה אפוא כי המשיבות ידעו כי תמ"א 13 ויתר התכניות הרלוונטיות אינן מאפשרות בנייה למגורים במיתחם המרינה אלא עניינן בבנייה "לתיירות ולנופש". זאת ועוד, המשיבות הן גופים פרטיים עתירי ממון הנעזרים במיטב היועצים המקצועיים וחזקה עליהן שעיינו בתכניות טרם שהחליטו להשקיע כספים בפרויקט בהיקף כזה.

בנסיבות שבהן עמדתן של המשיבות התבססה על פרשנות משפטית עצמאית משלהן, שאינה נתמכת בתכניות ואף נסתרת לאור חומר הראיות כפי שהובהר לעיל, הרי שהחלטתן של המשיבות לבצע במיתחם המרינה בנייה למגורים חרף האמור ולהשקיע בכך כספים רבים עונה יותר להגדרה של "נטילת סיכון" מאשר להגדרה של "הסתמכות", וודאי שאין היא מהווה הסתמכות בתום-לב. בנסיבות אלו אין גם בחוות-הדעת שהגישו חלק מהמשיבות בדבר היקף הנזקים שייגרמו להן אם לא תתקבל טענת השיהוי כדי לשנות מן המסקנה האמורה. אכן, "לא בכל מקרה שבו בוצעו פעולות בשטח העלולות לרדת לטמיון, ניתן לומר כי קיים שיהוי אובייקטיבי" (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות [13], בעמ' 238).

43. אשר-על-כן, אין לומר כי מההיבט האובייקטיבי לוקה העתירה בשיהוי כזה העומד לה לרועץ.

עם זאת, גם אילו הייתי מגיע למסקנה שהעתירה נגועה בשיהוי אובייקטיבי – וכאמור, אני סבור כך – הרי שכפי שנראה להלן לא היה בכך כדי להועיל למשיבות, וזאת לנוכח האינטרס הציבורי בקיום שלטון החוק ובשמירה על אזור המרינה לטובת ציבור התיירים והציבור הרחב בכללותו. לכך נפנה כעת.

חומרתה של הפרת הדין והשיקול בדבר שלטון החוק

44. במסגרת הדיון העקרוני בתורת השיהוי שנערך קודם לכן כבר שנינו כי לעתים, גם כאשר העתירה נגועה בשיהוי ויש לכאורה מקום לדחותה על הסף, עשוי בכל זאת בית-המשפט לדון בעתירה ולהכריע בה לגוף העניין. המקרה המובהק המצדיק התעלמות שכזו מהעיכוב בהגשת העתירה או מהסתמכותם של צדדים שלישיים הוא מקרה שבו העתירה מגלה התנהגות בלתי חוקית שיש בה פגיעה חמורה בשלטון החוק.

במקרה מעין זה, קבלתה של טענת שיהוי – מעבר לכך שהיא מכשירה דה-פקטו פגיעה חמורה בחוק ולעתים אף באינטרסים ציבוריים חיוניים – עלולה ליצור את התחושה שקביעתן של עובדות בלתי חוקיות בשטח משתלמת בסופו של דבר. עמד על כך כבוד הנשיא שמגר:

"...חשיבותה של המגמה שלא לאשרר פעולות פסולות היא בכך שהיא מונעת הפקת תועלת ממעשה פסול ומונעת היווצרות ההרגשה בציבור, שהכוח לאגוף או לעקוף את הנהלים התקינים גובר, הלכה למעשה, על החובה לקיימם" (עניין פורז [10], בעמ' 804).

לכך, אין צורך לומר, עלולה להתלוות גם פגיעה קשה באמון הציבור במשפט ובשפיטה. אלו הן תוצאות שבית-המשפט צריך להיזהר מהן. אלו הן תוצאות ששיטת המשפט, כעניין שבמדיניות, צריכה להיזהר מפניהן. אמור מעתה: העובדה שהעתירה הוגשה באיחור, היא כשלעצמה, אינה צריכה להתפרש כמקנה חסינות אוטומטית מפני ביקורת שיפוטית. בעניין זה מוקנה לבית-המשפט שיקול-דעת וכל מקרה יישקל לגופו. הגם שהשאלה היא, כבמקרים רבים, שאלה של איזון בין אינטרסים שונים (ובענייננו בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס של המשיבות), מקובל לומר שככל שהפגיעה בשלטון החוק העולה מן העתירה היא חמורה יותר וככל שמקופלת בה גם פגיעה באינטרסים ציבוריים חיוניים, כן ייטה בית-המשפט שלא לקבל טענות פרוצדורליות כטענת הסף של שיהוי.

45. בעניין שלפנינו הן הפגיעה בשלטון החוק והן הפגיעה במשאב ציבורי חיוני – חוף הים – הן פגיעות בולטות וחמורות. אין חולק כי על-פי תמ"א 13 אסורה הבנייה במרחק של 100 מטר לפחות מקו פני המים וכי ההקלה מהוראות תמ"א 13 שאישרה המועצה הארצית בעניין המרינה בשנת 1985 אפשרה בנייה בתוך שטח זה רק בייעוד של "אזור תיירות ונופש" כמשמעות המונח בסעיף 8 (ההגדרות) בהוראות תמ"א 13 (ראו נספח עת/1 לעתירה). כפי שהובהר בפסק-הדין בעתירה, סעיף 8 הנ"ל איננו כולל ייעוד של מגורים אלא הוא מדבר במלונות בדרגות שונות, אכסניות, בתי הבראה ומתקני ושירותי נופש למיניהם (ראו פסק-הדין בעתירה, בעמ' 110 ואילך). יותר מכך, שינוי הייעוד שהתבקש בשנת 1985 מהמועצה הארצית לא כלל בקשה להתיר בנייה למגורים בכל צורה שהיא במרינה. אדרבא, כל שהתבקשה המועצה הארצית היה לאשר:

"שינוי ייעוד משטח חוף רחצה לשטח אזור תיירות ונופש שבו מותרים השימושים הבאים: מתקני מרינה, תחזוקה ימית, מועדוני ספורט ימי, מלונאות לסוגיה ואכסון, שרותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור ומסעדות בתי קפה וכיוצא באלה" (ראו סעיף 2 לנספח עת/1 לעתירה; ההדגשה שלי – א' ג').

עינינו הרואות: המועצה הארצית לא התבקשה מעולם לאשר הקלה מתמ"א 13 באופן שיאפשר ניצול של שטחי חוף הים לצורך בנייה למגורים וממילא היא אף לא

א אישרה זאת מעולם. אדרבא, היא התבקשה לאשר שינוי ייעוד משטח של חוף רחצה לשטח של אזור תיירות ונופש והיא גם עשתה כן בהבהירה כי הייעוד המותר יהא של "אזור תיירות ונופש" על-פי סעיף 8 לתמ"א 13, דהיינו אזור המיועד לצורך מלונאות בדרגות שונות ושירותי נופש למיניהם. ודוק, על-פי סעיף 13 לתמ"א 13 (נספח 2/ע2 לעתירה):

ב "מקום ששטח פלוני מוגדר בסעיף 8 על ידי ייעודו או הוראות כיוצא באלה, יהיו השימושים שלהם נועד השטח כאמור בהגדרה – ואלה בלבד – השימושים המותרים בו".

ג 46. נדמה שאין צורך להכביר במילים על התכלית העומדת ביסוד תמ"א 13 ועל החומרה שבה יש להתייחס להפרות של התכנית, המכרסמות בשימושים בחופי הארץ שנועדו לכלל הציבור ומבקשות לנצל משאב טבעי זה למטרות פרטיות. על המטרות העומדות ביסוד תמ"א 13 עמדה השופטת ביניש בפרשת חוף הכרמל [1], בעמ' 409:

ד "מסעיף המטרות הנ"ל (סעיף 4) [לתמ"א 13 – א' ג'] עולה כי שתי מגמות מרכזיות, השלובות זו בזו, עומדות ביסוד תמ"א 13: האחת, שימור מרבי 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... ראוי להדגיש כי התכלית של שמירה על חופי הים לתועלת הציבור ולשימושיו הינה נורמה משפטית מקובלת מימים ימימה" (ההדגשה שלי – א' ג').

ו ולמטה מן הדברים הללו נאמר שם – והדברים יפים במיוחד לענייננו שלנו – כהאי לישנה:

ז "...במציאות שלנו שאלת שימור החופים והגישה אליהם מקבלת משנה חשיבות נוכח הצורך לשמר את המעט שנותר מחופי ארצנו שהפכו במהירות למשאב נדיר המנוצל באופן מוגבר ולא תמיד לטובת כלל הציבור" (שם [1], בעמ' 411).

גם בפרשת שוויצר [12] עמד בית-המשפט העליון על החומרה שבבנייה המבקשת להפקיע משאבי קרקע וטבע מידי כלל הציבור ולהעבירם (בניגוד להוראות תכנית המיתאר הארצית ותוך גריפת רווחים) לידיים פרטיות ולשימושי מגורים:

"בניית קוטג'ים רחבי ידיים המיועדים למגורים פרטיים תוך הפקעת השטח מרשות הכלל מהווה פגיעה חמורה וקשה באינטרס הציבורי והפרה בוטה של ההוראות התכנוניות החלות על השטח" (עניין שוויצר [12], בעמ' 606).

ולמטה מכך הוסיף בית-המשפט העליון וציין:

"אין להשלים עם הזלזול בחוקי התכנון ובהליכים הנדרשים על-פיהם – זלזול שהפך כמעט לנורמה מקובלת בחברתנו. הגנת הסביבה ושמירה על נכסי נוף השייכים לציבור הינן ערכים חשובים הראויים לכיבוד" (עניין שוויצר [12], בעמ' 606).

47. על החשיבות הרבה שמייחס גם המחוקק לשמירת ההנאה הציבורית מחופי הים ועל הצורך במניעת ניצול לרעה של משאבים נדירים המיועדים לטובת הציבור או למטרות ציבוריות ניתן ללמוד מהצעת חוק חוף הים התיכון (הגנה, פיתוח, ניהול ושימור), תשס"ב-2002 (להלן – הצעת חוק חוף הים התיכון). הצעת חוק מפורטת זו – שבאה מעם ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת – אמנם אינה אלא הצעה ואף אם הייתה מתקבלת כדבר חקיקה חרות לא הייתה חלה על העניין שלפנינו (שהתרחש זמן רב קודם אליה). עם זאת, יש בה כדי לשפוך אור על העניין הנדון. אין כל צורך לפרט את תוכן ההסדרים וההליכים התכנוניים הנדרשים על-פי ההצעה לצורך אישורן של תכניות הנוגעות לרצועת החוף, ודי אם נציין כי במסגרת ההצעה מוגבלות, בין השאר, סמכויותיהם של מוסדות התכנון בכל הקשור בתכניות אלו, והכול כדי להגשים את המטרה העיקרית והעקרונית העומדת ביסוד ההצעה והיא הגנתה של רצועת חוף הים התיכון. בדברי ההסבר להצעה נאמר לעניין זה, בין השאר:

"חוק זה בא לקבוע עקרונות להגנה, פיתוח, ניהול ושימור של הרצועה הגיאוגרפית המשתרעת משני צידי קו המגע שבין הים ליבשה, לאורך חוף הים התיכון של מדינת ישראל.

מאז קום המדינה ועד היום האוכלוסייה בישראל גדלה באופן עקבי, ובמקביל שטחי החופים הפתוחים לציבור הרחב הולכים ומצטמצמים...

- בנוסף לכך, קיימות מספר תופעות לא רצויות – חופים רבים נסגרים באופן שרירותי לפרקי זמן שונים, לחופים רבים אין גישה נוחה, או שהגישה אליהם נמנעת במתכוון... בניה חדשה חוסמת את המבט לים ואת רוח הים ובנוסף, בניינים שמוקמים לכאורה לצרכי תיירות ונופש, ואשר אמורים היו לעמוד לרשות כלל הציבור, נמכרים לגורמים פרטיים, תופעה שזכתה לביקורת קשה גם מפי בית המשפט העליון (הצעת חוק חוף הים התיכון, בעמ' 978; ההדגשה שלי – א' ג').
- ולאחר דברי ההסבר הללו בא סעיף 11 להצעת חוק חוף הים התיכון, שכותרתו "תיירות ונופש – הוראות נוספות", וקובע כהאי לישנא:
- "מוסד תכנון לא ימליץ ולא יחליט על הפקדת תכנית ולא יפקיד ולא יאשר תכנית ברצועה המוגנת בשטחים שייעודם נופש, תיירות, קייט או מלונאות לרבות בדרך של אירוח בתמורה, אלא אם כן כוללת התוכנית במפורש הוראות שעל פיהן הבניה מיועדת לתועלת הציבור, ולא כלול בה, באופן מלא או חלקי, שימוש פרטי כלשהו, בכל חלק מן השטח שייעודו כאמור".
48. ודוק היטב, בנייתן של דירות למגורים על-ידי המשיבות במיתחם המרינה באופן המנוגד לתמ"א 13 וליתר התכניות החלות על מיתחם זה הייתה והינה בלתי חוקית ללא כל קשר לנורמות המוצעות בהצעת החוק הנ"ל. כפי שעולה משורה של פסקי-דין וכפי שמצוין בהצעת החוק עצמה, התופעה של בנייה פרטית למגורים לאורך חופים המיועדים למטרות ציבוריות ומטרות תיירות זכתה לביקורת קשה. המסקנה בדבר אי-החוקיות שבתופעה הזו ובדבר הפגיעה הטמונה בה בשלטון החוק היא מסקנה העולה מהמצב המשפטי הקיים ואין היא צריכה להוראותיה של הצעת החוק. סעיף 11 להצעת החוק, שצוטט לעיל, בא להתמודד עם התופעה הנ"ל "מלמעלה", על-ידי מגבלות שהוא מטיל על מוסדות התכנון, אך ברי שאין בו כדי ללמד שהמצב המשפטי דהאידינא מאפשר ליזמים ולחברות בנייה להפר את הוראות תמ"א 13. ההפך הוא הנכון, וגם דברי ההסבר לאותו סעיף בהצעת החוק מלמדים שאין סעיף זה בא אלא כדי "...להבהיר כי יעודי שטחים כאמור לעיל [כלומר לצורך תיירות, קייט, מלונאות או נופש – א' ג'] לא נועדו בשום מקרה לשימושים פרטיים ומוסד התכנון לא יקדם תכנית שעניינה שימוש פרטי" (הצעת חוק חוף הים התיכון, בעמ' 980; ההדגשה שלי – א' ג').
49. הנה-כי-כן, השימוש ביחידות שנבנו על-ידי המשיבות במיתחם המרינה לצורך מגורים פרטיים מהווה הפרה של הוראות תמ"א 13. הן בתמ"א 13 הן ביתר התכניות החלות על מיתחם המרינה הודגש כי השימוש המותר הוא לסוגי מלונאות ואין

כל כוונה משתמעת לאפשר שימושים פרטיים במרינה. בנסיבות המקרה דנן אין לראות את הבנייה למגורים מלכתחילה אלא כניסיון ליצור עובדות בלתי חוקיות בשטח, תוך עצימת עיניים כלפי המצב המשפטי ותוך ידיעה בפועל – שבה מודות חלק מהמשיבות עצמן – כי המרינה אסור שתהפוך לשכונת מגורים. הקונסטרוקציה המשפטית שהוצעה על-ידי המשיבות, המבקשת לבסס את הסתמכותן הנטענת (ואת הבנייה למגורים) על מצגים כאלה ואחרים שערכו הרשויות או על היתרי הבנייה, היא קונסטרוקציה שכאמור אינה מקובלת עליי. למותר לציין כי ככל שרשויות התכנון עצמן פעלו אף הן באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הדין (למשל בכך שלא אכפו אותו על המשיבות במועד המתאים), הרי בעובדה זו, היא כשלעצמה, יש דווקא כדי להחליש את עוצמתה של טענת השיהוי (השוו לעניין ועד אמנים [9], בעמ' 377).

50. בפרשת אסולין [5] מנה השופט (כתוארו אז) ברק שיקולים מספר שעל בית-המשפט להביא בחשבון לעניין הבדיקה האם חומרת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק אכן מצדיקה הידרשות לגוף העתירה חרף השיהוי שבהגשתה. וכך נאמר שם לעניין זה:

"בהקשר זה ניתן יהא להתחשב, מבחינת האינטרס של שלטון החוק, בסוג הפגיעה הנטענת בשלטון החוק. לא הרי הפרה, שהיא מיוחדת לעותר, כהרי הפרה, המשתרעת על ציבור רחב; לא הרי הפרה הנעשית בתום-לב כהרי הפרה הנעשית שלא בתום-לב; לא הרי הפרה שתוצאותיה חד-פעמיות כהרי הפרה שתוצאותיה נמשכות; לא הרי הפרה שתוצאתה בטלות מוחלטת, כהרי הפרה שתוצאותיה בטלות יחסית או נפסדות; לא הרי הפרה שניתן לקובעה בלא הזדקקות למסמכים ותעודות אשר יכול שאבדו בשל עבור הזמן, כהרי הפרה המחייבת בחינה כאמור" (עניין אסולין [5], בעמ' 694-695).

בענייננו אין מדובר בהפרת דין כזו הפוגעת אך במספר מצומצם של פרטים. המדובר בפגיעה במשאב ציבורי של חוף הים אשר יועד לציבור התיירים והנופשים ולציבור בכללותו למטרות של "תיירות ונופש" ואשר בלא התערבות שיפוטית אחת דינו להילקח מרשות הציבור ולעבור לרשותם של יחידים בעלי ממון. שנית, כאמור לא השתכנעתי בטענות המשיבות כי פעילותן והתנהלותן בכל הקשור בפרשה נעשו בתום-לב. שלישית, המדובר בהפרה נמשכת. תוצאותיה אינן חד-פעמיות אלא נמשכות, והן גם מנציחות מצב בלתי חוקי.

51. במצב עניינים שכזה דווקא קבלתה של טענת השיהוי המושמעת מפיהן של המשיבות תיצור תוצאה קשה מבחינת שלטון החוק, שבה גופים כלכליים פרטיים

פועלים בניגוד לדין, על-חשבון האינטרס הציבורי, קובעים עובדות מתמשכות בשטח וגם נהנים לאחר מכן מאי-התערבות באי-החוקיות הזו מחמת שיהיו בהגשת העתירה. כפי שכבר ראינו קודם לכן, הניתוח הרעיוני של תורת השיהוי מלמד כי מקום שבו קבלתה של טענת השיהוי יוצרת, היא כשלעצמה, תוצאה בלתי מוצדקת הגוררת פגיעה חמורה בשלטון החוק ו"חסינות" דה פקטו מביקורת שיפוטית, נשמטת הקרקע מתחת הרעיון המונח ביסוד תורת השיהוי. דרכו של משפט היא שאין מתקנים עוול אחד (עוול ההסתמכות של המשיבות) בעוול אחר חמור יותר. סבורני שקבלתה של טענת שיהוי – אפילו נסיבות העניין היו כאלו שבהן העתירה נגועה הייתה בשיהוי אובייקטיבי ולא רק בשיהוי סובייקטיבי – תוביל לפגיעה חמורה בשלטון החוק ועל-כן דינה של טענת השיהוי להידחות.

מגבלת הזמן של תקנה 3 לתקנות

ג

52. גדר המחלוקת האחרון שיש להתמודד עמו נוגע למגבלת הזמנים שנקבעה בתקנה 3 לתקנות. תקנה זו קובעת לאמור:

ד

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

ה

53. ההחלטה או הפעולה המינהלית אשר העותרת תוקפת במסגרת העתירה במתכונתה המצומצמת כיום עניינה במחדלן של רשויות התכנון באכיפת הוראות הדין התכנוני על המשיבות, ובכלל זה האיסור על השימוש למגורים. כאמור, העותרת פנתה בעניין ליושב-ראש הוועדה המקומית ביום 31.7.1998 (נספח עת/17 לעתירה). כבר קבעתי קודם לכן שלמן אותו מועד יש לייחס לעותרת ידיעה בפועל על שיווקן של הדירות למגורים על-ידי המשיבות, ומכאן גם שממועד זה יש לבחון את השתהותה של העותרת. משלא נענתה העותרת על-ידי הוועדה המקומית שבה ופנתה הפעם ליושב-ראש המועצה הארצית ביום 13.9.1998 (נספח עת/19 לעתירה). משגם מכתב זה נותר ללא מענה עלתה העותרת ובאה לפני בית-משפט זה ביום 14.12.1998. עניין לנו אפוא בתקופה של ארבעה חודשים וחצי בין הפנייה לרשות לבין הגשת העתירה.

ו

54. השאלה הנשאלת היא האם, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה קא עסקינן, בכוחה של תקנה 3 לתקנות לעמוד לעותרת לרועץ ולהכשיל את העתירה כולה? לדעתי

התשובה על כך היא בשלילה. במקום אחר כבר התבטאתי בקשר למגבלת הזמנים של תקנה 3 הנ"ל, והטעמתי שם:

"...שתקנה זו אינה מחסום קשיח, אלא אמת-מידה בלבד לשאלת השיהוי. אמת-מידה זו אין להופכה לגבול שכל החוצה אותו יושבו פניו ריקם, אך גם אין למעט ממנה. כאשר העתירה מוגשת לאחר פרק-הזמן הזה, מחייבת אמת-המידה שנקבעה בתקנה משנה-זהירות בהפעלת שיקול-הדעת אם להיזקק לעתירה.

ניתן לומר שהתקופה שנקצבה לארבעים וחמישה יום מגלמת בעיני מחוקק המשנה את התקופה שעדיין לא התגבשה בה הסתמכותם של צדדים שלישיים על החלטת מוסד התכנון, או שגם אם התגבשה, הרי איזון האינטרסים נוטה לטובת העותר. ככל שמתארכת התקופה, יש להניח שהסתמכותם של צדדים שלישיים הולכת וגוברת. התקנה מאותתת, במקרה כזה, כי יש כאן שיהוי מצד העותר, וכי בבוא בית-המשפט לבחון אם יש מקום להידרש לעתירה בכל זאת, עליו לתת משקל יתר לחלוף הזמן, ולהסתמכות צדדים שלישיים" (א' גורן, מ' בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים" [17], בעמ' 267).

עמדה זו אושררה בבית-המשפט העליון בפרשת חוף הכרמל [1], שם התקבלה העתירה בכל הקשור בבניין B הגם שהעתירה הוגשה שלוש שנים (!) לאחר שניתן היתר הבנייה. באותו מקרה קבעה השופטת ביניש כי:

"...מגבלת הזמן הקבועה בתקנה אינה מגבלה קשיחה, אלא מהווה אמת-מידה לכאורית לקביעת השיהוי" (עניין חוף הכרמל [1], בעמ' 400).

כפי שראינו, קביעה זו מתיישבת היטב עם הבסיס הרעיוני של תורת השיהוי. הסתמכותם של צדדים שלישיים אין בה כדי להוביל באופן אוטומטי ובכל מקרה לקבלת טענת השיהוי, ונדרש שהסתמכות זו תהא סבירה, שהיא תיעשה בתום-לב ולבסוף שהיא גם תתבסס על אינטרס לגיטימי ברהגנה. כשכל אלו אינם מתקיימים – חריגה מסד הזמנים של תקנה 3 אינה צריכה להיות בבחינת מכשול אוטומטי בפני העותר.

55. לתוצאה שלפיה אין לראות במגבלת הזמן שבתקנה 3 לתקנות אלא אמת-מידה לכאורית לקביעת השיהוי ולא מחסום הרמטי כנגד קבלת עתירה שהוגשה באיחור ניתן להגיע מכוח מספר נימוקים חלופיים:

ראשית, אילו הייתה מגבלת הזמן של תקנה 3 לתקנות בבחינת מגבלה קשיחה ודווקנית, היה בכך כדי לרוקן מכל תוכן את הרכיב השלישי של תורת השיהוי שעניינו בשלטון החוק. פירושו של דבר שגם אם העתירה הייתה מגלה פגיעה חמורה בשלטון החוק – אשר על-פי דיני השיהוי היה ראוי לדון בה חרף השיהוי – לא היה בית-המשפט המינהלי רשאי להתערב באי-החוקיות הנטענת. בהיעדר טעם עקרוני כלשהו לצמצום כה בעייתי של היקף הביקורת השיפוטית במקרים כאלו (ועוד במסגרתה של חקיקת משנה), הרי שאין לייחס למחוקק המשנה כוונה שכזו. על בית-המשפט המינהלי – כעניין שבמדיניות שיפוטית – לפרש אפוא את תקנה 3 לתקנות באופן שיעלה בקנה אחד עם דיני השיהוי שהתפתחו בהלכה הפסוקה ולא באופן שיאיין או יסתור דינים אלו.

שנית, קבלתה של הגישה הרואה בתקנה 3 לתקנות משום מחסום דווקני הייתה מעקרת מכל תוכן לא רק את הרכיב השלישי של דיני השיהוי אלא גם את שני הרכיבים הראשונים – השיהוי הסובייקטיבי והשיהוי האובייקטיבי, ולמעשה היה בה כדי לשנות מן היסוד את דיני השיהוי כפי שאלו התפתחו עם השנים בהלכה הפסוקה. כפי שראינו, עקרונות השיהוי שהתגבשו בהלכה הפסוקה משתלבים היטב בטעמים הרעיוניים העומדים ביסוד הדוקטרינה, ולא זו בלבד אלא שהם יצרו בתוכה מנגנון איזון אינטרסים פנימי וגמיש שמטבע הדברים איננו יכול להיות פרי נוסחה מתמטית קרה.

שלישית, תקנה 3 לתקנות, על-פי לשונה, מתייחסת לעותר ("עתירה תוגש...") ואין היא מגבילה את שיקול-דעתו של בית-המשפט אשר בעתירות מינהליות הוא בבחינת שיקול-דעת "בג"צ". כידוע, כאשר לבג"ץ עצמו לא נקבעה תקופת זמן קצובה לעניין השיהוי כגון זו שבתקנה 3 בעוד שבית-המשפט המחוזי ביושבו כבית-משפט לעניינים מינהליים כפוף לתקנה (וכיום להסדר שבתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000). עם זאת, מכאן עדיין לא נובע שדין השיהוי המופעל במסגרת בית-המשפט המחוזי כבית-משפט לעניינים מינהליים יהא שונה מזה אשר מופעל במסגרת עתירות לבג"ץ. אכן, "המשפט המינהלי הוא אחד" (כדבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס [14], בעמ' 696) ותכניו אינם נגזרת משתנה של הערכאה השיפוטית המפעילה אותו. עמד על כך גם פרופ' י' זמיר שעה שנדרש להעברת הדיון בעניינים מינהליים מבג"ץ לבית-המשפט האזרחיים:

"מן הראוי כי שיקול-הדעת המצוי בידי בית-המשפט הגבוה לצדק יהא מצוי גם בידיו של בית-המשפט האזרחי כאשר הוא דן בעניין מינהלי... לא יהא סביר אם בית-המשפט הגבוה לצדק יוכל להפעיל בעניין מסוים שיקול-דעת, שעשוי לחרוץ את התוצאה, ואילו בית-המשפט המחוזי אליו מועבר

אותו עניין, לא יוכל להפעיל שיקול-דעת דומה, ולפיכך התוצאה תהיה שונה" (י' זמיר "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אזרחי" [18], בעמ' 208-209).

גם מטעם זה יש לדעתי לראות את תקנה 3 לתקנות כקובעת אמת-מידה להפעלת הלכות השיהוי עליהן עמדנו לעיל ולא כתקרת זמן שאין אחריה ולא כלום. היוצא מן האמור הוא כי על בית-המשפט המינהלי לפרש את תקנה 3 לתקנות באופן שיעלה בקנה אחד עם דיני השיהוי שקדמו לה ולא באופן שייתר אותם.

56. בשים לב לשיקולים דלעיל, נראה לי כי פירושה של תקנה 3 לתקנות באופן העולה בקנה אחד עם הלכות השיהוי יוביל למסקנה שלפיה תקנה 3 לתקנות מבטאת, בעיקרו של דבר, את הפן הסובייקטיבי של השיהוי, ואין היא באה לאיין את הפן האובייקטיבי ואת הפן השלישי הנוגע לשלטון החוק.

כך למשל, גם במקום שאין שיהוי סובייקטיבי והעתירה הוגשה בתוך המועד המוזכר בתקנה 3 לתקנות, אפשר והסתמכותם של צדדים שלישיים כבר קנתה לה אחיזה של ממש בשטח עד שהוגשה העתירה ועל-כן תידחה העתירה מחמת שיהוי אובייקטיבי (שהוא, כפי שראינו, בעל משקל כבד יותר). ביטוי מפורש לכך ניתן למצוא כיום [בתקנה 4 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים \(סדרי דין\)](#), שלפיה:

"בית המשפט רשאי לדחות עתירה אם ראה כי בנסיבות הענין היה שיהוי בהגשתה, אף אם הוגשה בתוך המועד של ארבעים וחמישה ימים כאמור בתקנה 3(ב) או הוארך המועד להגשתה לפי תקנה 3(ג)" (ההדגשה שלי – א' ג').

אולם פירושה של תקנה 3 לתקנות כמכוונת בעיקרה לפן הסובייקטיבי של השיהוי פועל גם בכיוון ההפוך, לאמור: במקום שבו טרם נוצרה הסתמכות של צדדים שלישיים או שההסתמכות שנוצרה על-ידיהם לא הייתה הסתמכות לגיטימית וסבירה, ובפרט במקרה שבו הפרת הדין העומדת ברקע הדברים היא בולטת ופוגעת באינטרס ציבורי – הרי שגם אם העתירה הוגשה באיחור מה מן ההיבט הסובייקטיבי, לא יהיה בית-המשפט מנוע מלהידרש לה לגופו של עניין. בכך בא לידי ביטוי שיקול-הדעת המסור לבית-המשפט לעניינים מינהליים, שיקול-דעת אשר אין כל אינדיקציות לכך שמחוקק המשנה ביקש להופכו לשיקול-דעת מתמטי.

ניתן כמובן לגרוס (כפי שאולי כבר השתמע מהמצוטט קודם לכן) כי מגבלת הזמן של 45 ימים מקפלת בתוכה לא רק את ההיבט הסובייקטיבי אלא גם הנחה מסוימת בדבר השיהוי האובייקטיבי, לאמור שבחלוף 45 ימים ממועד העילה כבר עלולה להיווצר בשטח הסתמכות של צד שלישי. אלא שבין שנראה בתקנה 3 לתקנות ביטוי

לפן הסובייקטיבי של השיהוי ובין שנראה בה ככזו המגלמת גם במובן מסוים את הרכיב האובייקטיבי, בין כך ובין כך איני סבור שמחוקק המשנה ביקש לכרות מדיני השיהוי, כפי שהם מיושמים בבית-המשפט המחוזי ביושבו כבית-משפט לעניינים מינהליים, את הרכיב השלישי של דיני השיהוי שעניינו בשלטון החוק. תוצאה שכזו אינה עולה בקנה אחד לא עם לשונה של תקנה 3 ולא עם שיקול-הדעת השיפוטי בעתירות בעניינים מינהליים, שיקול-דעת אשר לנוכח מקורותיו ההיסטוריים מקובל לראותו כשיקול-דעת רחב.

ב

57. ביטוי נוסף לכך שאין בתקנה 3 לתקנות כדי לכבול את שיקול-דעתו של בית-המשפט לעניינים מינהליים ניתן למצוא גם בתקנה 19(ה) סיפה לתקנות, שלפיה בכל עניין של סדר דין שלא נקבע בתקנות רשאי בית-המשפט, בין השאר, לנהוג "...בדרך אחרת הנראית לו, בנסיבות העניין, מועילה להכרעה צודקת ומהירה". אם תאמר שתקנה 3 לתקנות מדברת בעיקרה בפן הסובייקטיבי של דיני השיהוי ושותקת לגבי שני הפנים האחרים של הדוקטרינה (או למצער לגבי אחד מהם – הפן השלישי), מאליי אתה אומר שבבוא בית-המשפט להכריע בטענת שיהוי אין הוא יכול להתעלם מהיסוד האובייקטיבי ומהיסוד שעניינו בשלטון החוק, והוא רשאי להביאם בחשבון לצורך "הכרעה צודקת ומהירה" בעניין העומד לפניו. במקרה שבו שני היסודות הללו תומכים במסקנה שאין להיעתר לטענת השיהוי, עשוי בית-המשפט לעניינים מינהליים להידרש לעתירה לגופה גם אם העתירה הוגשה באיחור מה ביחס למגבלת הזמן של תקנה 3 לתקנות.

ג

ד

58. ומן הכלל אל הפרט: בחינתם של היסוד האובייקטיבי והיסוד שעניינו הפגיעה בשלטון החוק בענייננו מובילה כאמור למסקנה כי אין כל מקום להיעתר לטענת השיהוי. בנסיבות שכאלו, עצם העובדה שהעתירה נגועה בשיהוי סובייקטיבי מסוים במובן זה שהיא הוגשה לאחר אותם ארבעים וחמישה ימים המנויים בתקנה 3 לתקנות, היא כשלעצמה, אין בה כדי לשנות את המסקנה דלעיל.

ה

סוף דבר

ו

59. לנוכח מכלול הטעמים דלעיל, התוצאה היא כי דין טענת השיהוי להידחות ואני מאמץ מחדש את פסק-הדין בעתירה בכפוף לפסק-הדין החלקי.

ז

60. בנסיבות העניין החלטתי שלא ליתן צו להוצאות.

ניתן היום, ד' באדר א' תשס"ג (6.2.2003), במעמד עורך-דין שני בשם העותרת, עורך-דין כץ בשם המשיבה 1, עורכי-הדין ברקמן, וקסלר קליין בשם המשיבה 8, עורכת-דין רביב-ברסון בשם המשיבה 9, עורכי-הדין חנן מלצר וגילת אייל בשם

המשיבות 5 ו-11, עורכת־דין אילת לשם בשם המשיבה 10, עורך־דין אברבנאל בשם
המשיבות 4 ו-6 ועורכי־דין בן ארויה ופודמסקי בשם המדינה.

מיני-רציו:

משפט מינהלי – טענות סף – שיהוי

א אימתי יביא לדחיית עתירה – מהות טענת השיהוי – מטרתה – שיהוי סובייקטיבי –
שיהוי אובייקטיבי – דיון בעתירה הנגועה בשיהוי – אימתי.

ב

ג

ד

לפסק-דין בעליון (2006-12-07): [עצמ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע](#) שופטים: אהרן ברק, אליעזר ריבלין, אילה פרוקצ'יה עו"ד: רביב דורית, שני ענת, הר-זהב רענן, פודמסקי אורית, ארנון יגאל, מלצר חנן, ברקמן רון, כספי רם, ענת שני, רענן הר-זהב 1 2, אורית פודמסקי 3-5, דורית רביב, יגאל קווה, דניאל אברבנאל, אדם שפרוך

לפסק-דין במחוזי (1999-12-09): [2038/98 החברה להגנת הטבע נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, הרצליה](#) שופטים: אורי גורן עו"ד: ר. יאראק, ד. סברנסקי, ר. הר זהב, ל. כץ, הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז תל אביב, המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פרקליטות מחוז תל אביב, ג. בהרב-מיארה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

ה

ו

ז