

**בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים**

- עת"מ 60876-03-11 זפרני ואח' נ' ראש עיריית הרצליה בגב' יעל אגמון ואח'
- עת"מ 38844-05-12 כץ ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון הרצליה ואח'
- עת"מ 38367-05-12 חרל"פ ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה ואח'
- עת"מ 37969-05-12 בן עזרא נ' ראש עיריית הרצליה, הגב' יעל גרמן ואח'
- עת"מ 37175-05-12 חכמי ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה ואח'
- עת"מ 18112-05-12 ברח' השונית 10 הרצליה ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה ואח'
- עת"מ 25470-07-11 שני ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה הרצליה ואח'
- עת"מ 38871-05-11 גפני ואח' נ' עיריית הרצליה ואח'
- עת"מ 38821-05-11 אבל נ' ועדה מקומית לתכנון הרצליה ואח'

לפני ד"ר עודד מודריק- סגן נשיא (בדימ') של בית משפט מחוזי

- |                           |   |
|---------------------------|---|
| העותרים בעת"מ 60876-03-11 | 1. זפרני ג'ורג' ו - 142 אח' ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ו/או אברהם פורטן ו/או קובי בן צבי ואח' ממשד אגמון ושות' |
| העותרים בעת"מ 38821-05-11 | 2. אבל ראובן ו - 35 אח' ע"י ב"כ עוה"ד גד טיכו ו/או אסף פריאל ואח'   |
| העותרים בעת"מ 38871-05-11 | 3. גפני גיא ו - 60 אח' ע"י ב"כ עוה"ד ענת בירן (רקס) ו/או אפרת לרנד ואח'                                     |
| העותרים בעת"מ 25470-07-11 | 4. דורון שני ו - 32 אח' ע"י ב"כ עוה"ד ד. קירשנבאום ואח'   |
| העותרים בעת"מ 18112-05-12 | 5. נציגות הבית המשותף ברח' השונית 10 הרצליה ו - 2 אח' ע"י ב"כ עוה"ד יוסף גרנות ואח'                         |
| העותרים בעת"מ 38367-05-12 | 6. יואב חרל"פ ו - 2 אח' ע"י ב"כ עוה"ד עופר לוי ו/או ניר קהת ו/או אסף פריאל ואח'                             |
| העותרים בעת"מ 38821-05-11 | 7. אפל שמואל ואסתר ע"י ב"כ עוה"ד אלחנן ויניצקי ו/או אביגיל מנדל ואח'  |
| העותרים בעת"מ 38821-05-11 | 8. רחל כץ ו - 54 אח' ע"י ב"כ עוה"ד טלי סלטון-ישועה ואח'   |
| העותרים בעת"מ 38844-05-12 | 9. חכמי אורי ו - 20 אח' ע"י ב"כ עוה"ד חיים וינטרוב ואח'   |
| העותרים בעת"מ 37175-05-12 | 10. תגר מרדכי וחיה ע"י ב"כ עוה"ד מרדכי תגר ו/או אברהם זיו כהן ואח'  |
| העותרים בעת"מ 60876-03-11 | 1. דפנה ארנון ו - 10 אח' ע"י ב"כ עוה"ד דרור ויגדור ואח'   |
| עותרים מצטרפים            | 2. Unirelief Consultants Ltd. ו - 2 אח' ע"י ב"כ עוה"ד ירון קוסטליץ ויואב סגל ממשד דר' י. וינרוט ושות'       |
|                           | 3. בן עזרא גיל  |
|                           | 4. אסיף ליליאן ויעקב  |
|                           | ע"י עוה"ד רונן ברק ואח'   |

נגד

- |         |  |
|---------|--|
| המשיבות | 1. ראש עיריית הרצליה בגב' יעל אגמון  |
|         | 2. הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה   |
|         | המשיבות 1 ו - 2 ע"י ב"כ עוה"ד ליאור כץ ו/או לירון יכין ואח' ממשד דר' רענן הר-זהב ושות' |
|         | 3. משרד התיירות  |
|         | באמצעות ב"כ עוה"ד סילביה רביד ו/או ליטל בן-דוד,  |

**פרקליטות מחוז ת"א אזרחי**  
**4. החברה להגנת הטבע**  
**ע"י ב"כ עוה"ד נירית לוטן ו/או חגית הלמר ו/או נועה יאיון**

חקיקה שאוזכרה:

[חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965](#): סע' 18, 18(ו), 27, 27(א), 257, [פרק ג'](#)

[חוק הפרשנות, תשמ"א-1981](#): סע' 15, 17(ב)

מיני-רציו:

\* נדחו עתירות שהוגשו בעניין חוקיותו, תקפותו ויעילותו של מתווה פעולה שהתוותה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה לשם יישומו של פסק דין של בית המשפט העליון בהקשר למתחם קרקעי המכונה "המרינה בהרצליה" שבמסגרתו הטיל בית המשפט על מוסד התכנון המקומי חבות להתוות תוכנית שמכוחה יתממש ייעוד הדירות כדירות נופש.

\* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – סמכויותיהן

\* משפט מינהלי – רשות מינהלית – וועדה מקומית לתכנון ובנייה

\* משפט מינהלי – סמכות – אכיפת החוק

\* משפט מינהלי – סמכות – קיומה

בית המשפט נדרש לשאלת חוקיותו, תקפותו ויעילותו של מתווה פעולה שהתוותה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה לשם יישומו של פסק דין של בית המשפט העליון בהקשר למתחם קרקעי המכונה "המרינה בהרצליה" שבמסגרתו הטיל בית המשפט על מוסד התכנון המקומי חבות להתוות תוכנית שמכוחה יתממש ייעוד הדירות כדירות נופש.

בית המשפט דחה את העתירות ופסק כלהלן:

אכן חובת שמיעתו הראויה של מי שעלול להיפגע מהחלטה שהתקבלה בידי רשות מנהלית היא מעיקרי הצדק הטבעי ויסוד מוסד בדיני המנהל הציבורי. בדנן נערך שימוע כפול ומכופל ואפשר אפילו לומר משולש.

הטיעון שהוועדה המקומית גיבשה את המתווה בלי תשתית עובדתית נאותה לוקה בחוסר הוגנות.

פסק בית המשפט העליון השאיר בידי הרשות ברירה בין חלופות. הבחירה בחלופה כלשהי הותנתה ביעילות החלופה והתאמתה לתכלית המתוארת בפסק. אין זה נכון שגורמי הרשות לא בחנו חלופות.

למתווה שני מקורות עיגון. המקור האחד הוא פסק בית המשפט העליון. בית המשפט העליון, המוסמך על פי דין ליתן צווי עשה, הורה למוסד התכנון המקומי לערוך מתכונת מחייבת שתחייב את בעלי הנכסים ותבטיח את מימוש עקרונות פסק הדין. מקור העיגון השני הוא הוראת הדין המורה למוסד התכנון המקומי לנקוט צעדים להבטחת קיומו של חוק התכנון וכל תקנה לפיו. על כן, יש לקבוע, כי המתווה הותווה בידי גורם בן סמך.

המתווה אינו פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות יסוד חוקתית. אין בו פגיע בזכות החזקה בנכסים פרטיים משום שהפסק הגביל את הזכות הן מכוח הביטוי "נופש" והן על פי פרק הזמן שמתיישב עם הגדרת "נופש".

### פסק דין

הציר המרכזי של פסק דין זה הוא הוא שאלת חוקיותו, תקפותו ויעילותו של מתווה פעולה שהתוותה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה (להלן: "המתווה") לשם יישומו של פסק דין של בית המשפט העליון בהקשר למתחם קרקעי המכונה "המרינה בהרצליה" שניתן בתיק [עע"ם 2273/03](#) אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת טבע [פורסם בנבו] (להלן: "פסק דין במ"ע").

הנסיבות

רקע תכנוני כללי

המרינה<sup>1</sup> הוקמה כיוזמה לפתח מעגנה על חוף ימה של הרצליה שתשמש כאתר תיירות ונופש לתועלת כלל הציבור. הפיתוח נעשה במימון גורמים פרטיים, בתמורה לזכויות בנייה במתחם שעליו חלה "תכנית מתאר ארצית 13 חוף ים תיכון" (להלן: "תמ"א 13").

תמ"א 13 אוסרת בנייה במרחק של מאה מטר לפחות מקו המים. אולם המועצה הארצית שדנה בפיתוח המתחם הקלה מעט בתנאי התמ"א כך שהותרה בנייה במרחק פחות ממאה מטר מקו המים, וייעוד הקרקע שונה מ"חוף רחצה" לאזור "תיירות ונופש".<sup>2</sup> ועדת המשנה לעררים של הוועדה המחוזית דנה ביום 03.04.1995 בהתנגדויות לתכנית המפורטת, ובהחלטתה קבעה כי התכנית תתוקן כך ש"כל מקום שמופיע ייעוד דירות נופש ומלונאות, יופיע מלונאות לסוגיה; מלונות דירות, דירות נופש". עוד הוחלט כי היתר שיוצא לכל סוג של מלונאות יותאם לדרישות משרד התיירות. בהתאם להחלטות אלו, הוצאו היתרי בנייה לחברות הבנייה וולפיהן תוכנו, נבנו ושווקו יחידות דיור לציבור הרחב.

השתלשלות העניינים שברקע העתירה

בשנת 1998 עתרה החברה להגנת הטבע כנגד היתרי הבנייה שהוצאו על ידי הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בהרצליה, היתרים שעל פיהם שווקו ונמכרו דירות נופש פרטיות במרינה. עיקר טענותיה של החברה להגנת הטבע סבו סביב הטענה כי הדבר אינו תואם את התשתית התכנונית החלה על המקום, המבוססת על היות המרינה "אזור תיירות ונופש" כמשמעותו בתמ"א 13.

<sup>1</sup> מדוע אי אפשר להשתמש בביטוי העברי מַעְגָּנָה

<sup>2</sup> סעיף 11 לתכנית המתאר המקומית מפרט את סוגי הייעודים המותרים, כגון מתקני מעגנה ותחזוקה ימית, מועדוני ספורט ומלונאות לסוגיה, שירותי מסחר בזיקה לתיירות ושיט, בידור, מסעדות ובתי קפה וכל השימושים המותרים בסעיף 8 לתמ"א 13 בחוף הים, שזוהי לשונו-

בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב ( הנשיא, כתוארו אז, אורי גורן ) , קיבל את העתירה באופן חלקי וקבע את הדברים הבאים-

יוצהר כי השימוש למגורים בדירות הנופש שבמתחם הוא שימוש שאינו חוקי. לפיכך, על בעלי יחידות הנופש לצרפן, כעניין שבחובה, למאגר דירות להשכרה על מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים המזדמן והציבור הרחב לצרכי אחסון מלונאי פרק זמן מינימאלי מידי שנה". לצורך אכיפת הקביעות בפסק בית המשפט העליון קבע השופט גורן כי "על מנת להבטיח שהדבר אכן ייעשה (ולא יהיה תלוי ברצונו של בעל כל דירה ודירה), יש לקבוע כי כל הדירות נופש חייבות לשמש כחלק ממאגר דירות להשכרה מלונאית" דבר זה חייב לבוא לידי ביטוי בחוזי הרכישה של הדירות. על חברות הבניה להקפיד כי חוזי המכירה של דירות הנופש יכללו הוראות מחייבות בדבר הקמת מאגר דירות להשכרה והעמדת דירות הנופש להשכרה מלונאית לפרק זמן מינימלי מדי שנה. על ההוראות לחייב אף את חליפיהם העתידיים של בעלי הדירות. אינני מוצא לנכון לקבוע מהו פרק הזמן המינימלי הראוי. עניין זה, כמו החובה לוודא כי חברות הבנייה ממלאות אחר הוראה זו בכל התקשרות עם רוכשי יחידות הנופש ממועד מתן פסק דין זה, מוטל על כתפי הוועדה המקומית לפי סמכותה על פי [סעיף 27 לחוק התכנון והבנייה](#), התשכ"ה- 1965. [עת"מ 2038/98] (פורסם בבנו) (להלן: העתירה הראשונה).

כתוצאה מערעור שהוגש בידי חברות הבנייה הוחזר הדיון לבית המשפט לעניינים מנהליים. במסגרתו ניתן, בראשונה, ביום 9.12.1999 פסק דין חלקי שהסיר את מגבלות העתירה הראשונה מכל דירת נופש שנרכשה עד יום 09.12.1999 ועד בכלל (להלן בהתאמה: "המועד הקובע"; "הרוכשים המוקדמים". ובשנייה, ביום 6.2.03 ניתן פסק דין משלים שבו אימץ בית המשפט את עיקרי קביעתו בהליך הראשון.

חברות הבנייה ערערו על פסק הדין המשלים. בפסק דין שניתן מפי כבוד השופטת אי' פורקציה נסקרה התשתית התכנונית והעובדתית החלה על מתחם המרינה ולאחריה נקבע שהשימוש למגורים רגילים בתחומי המרינה אינו חוקי בשל היותו סותר את חוקי התכנון והבנייה, את התכניות התקפות החלות על המקום ואת היתרי הבנייה שניתנו על סמך תכניות אלו. בסיסה של קביעה זו הוא בשמירה על צביונו המיוחד של מתחם המרינה כמשאב טבע הנתון להגנתן של הוראות חוק מיוחדות, תוך שמירה על שתי מטרות- (א) מניעת כל שימוש שאינו דורש קרבת חוף; (ב) הגנה על השימוש הציבורי ומניעת שימושים פרטיים כגון מגורים.<sup>3</sup> פסק בית המשפט העליון מסתכם בתוצאה המעשית הבאה:

הדירות במתחם המרינה יהיו בשימוש ציבורי למשך מרבית ימות השנה (למעלה ממחצית השנה במצטבר). ועדת התכנון המקומית האמונה על אכיפתם של דיני התכנון והבנייה בשטחה תיישם ותאכוף את הכללים שייקבעו לעניין זה על ידה.

<sup>3</sup> פסק הדין כולל תאור מפורט של התשתית הנורמטיבית ופרשנותה. אינני רואה צורך לפרט. החפץ בכך יעיין שם.

לא נקבעה בפסק בית המשפט העליון דרך מסוימת למימוש. נאמר בו כך :

הדרכים למימוש ייעוד זה עשויות להיות מגוונות, וכל שימוש ששיג באופן אמיתי את המטרה היעודה, יענה על התכלית הראויה. מבין קשת האפשרויות, אפשרית הדרך של מכירה לבעלים פרטיים אשר תוטל עליהם החובה להעמיד את דירותיהם להשכרה לציבור לפרקי זמן מינימליים בכל שנה, על-פי תכנית שתתווה על-ידי רשות התכנון לעניין זה. הרעיון הטמון באופציה זו הוא כי הבעלים הפרטיים ישתמשו, הם עצמם, בדירות לצורכי נופש לפרקי זמן קצובים בשנה, וביתרת התקופות ישכירו את הדירות לנופשים, וייהנו מתמורה כספית בגין העמדת דירותיהם לשימוש הציבור.

[עע"ם 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע] פורסם בנבו (להלן: "פסק בית המשפט העליון")

#### ניסיון ליישום פסק בית המשפט העליון המתווה הראשון

בעקבות הנחיית פסקי הדין לעיל לפיה הוועדה המקומית תהא מוסמכת לקבוע את הכללים למימוש העיקרון בדבר הרשאת השימוש בדירות לציבור הרחב, גובש המתווה הראשון. מתווה זה כלל בין השאר את העיקרים הבאים: התקשרות עם חברה מלונאית מוכרת ומאושרת ע"י משרד התיירות; שיווק הדירות (פרסום והתקשרות עם האורחים) ייעשה רק באמצעות חברת הניהול; לכל הדירות החייבות בחובת השכרה במבנה מסוים תהיה חברת ניהול מלונאית אחת, שתהיה אחראית על אחזקת ותחזוקת המבנה; ריהוט אחיד לפי בחירת החברה המלונאית; הפעלת חדר אוכל, מטבח ואספקת שירותי מזון; שירותי דלפק קבלה, כבלים, שירותי חדרנות, אבטחה; הגבלת תקופות האירוח לימים/שבועות בודדים; אחזקה מלונאית של היחידות בהתאם לתכנית רב שנתית; הקמת קרן כספית לחידוש הריהוט והציוד; מסירת דו"חות תקופתיים שיוכנו במרוכז ע"י חברת הניהול המלונאית.

מתווה זה נשלח לעותרים ביום 31.01.2010, ולרוכשים ניתן פרק זמן של כ-14 חודשים לצורך היערכות לביצועו.

נערכו ניסיונות לשנות את המתווה במסגרת דיונים עם באי כוח הוועדה המקומית ומשרד התיירות אך לא הושגה הסכמה. לפיכך הוגשה עתירה לבית משפט זה. ההשגות למתווה הראשון ניתנו ע"י העותרים בכתב ובע"פ בשימוע שנערך ביום 14.11.2011<sup>4</sup>. לאחר שמיעות השגות העותרים ובאי כוחם, אומצו חלק מטענות העותרים וחלק מהוראות המתווה הראשון בוטלו. עוד הוחלט לאחר

<sup>4</sup> בשל מספרם הרב של הרוכשים (כ-500), הוזמנו לשימוע רק באי כוחם מתוך הנחה כי לא ניתן לנהל דיון ענייני בהשתתפות מספר רב כל כך של אנשים. (מספר רוכשים מבין העותרים שלא הוזמנו לשימוע הגיעו למקום השימוע והתעמתו עם יו"ר הוועדה וראש עיריית הרצליה, ובלית ברירה הוזמנו למקום כוחות ביטחון לצורך השלטת הסדר).

השימוע כי תכונן וועדה מצומצמת שתדון בנושא ותגיש המלצותיה לוועדת המשנה לתכנון ובנייה שתדון בהמלצות ובטענות השונות ותקבל החלטה בדבר המתווה המעודכן.<sup>5</sup>

ביני לביני, במסגרת המשא ומתן שנערך בין העותרים למשיבות, הוצע ע"י העותרים מתווה חלופי.

#### המתווה העדכני

כאמור, לאחר קיום השימוע נערכו שינויים מסוימים במתווה הראשון והוצא מתווה עדכני (מתווה מיום 07.12.2011, להלן- המתווה העדכני). המתווה העדכני כלל שני עקרונות מרכזיים:

(1) הוצאת הדירות לניהול חיצוני תוך קביעת חובות דיווח והחלפת מנעולי הדירות, לצורך

שימור ייעודן המקורי של הדירות לשימוש הציבור הרחב

(2) קביעת פרק זמן של שלושה חודשים בו יהיו בעלי הדירות יהיו זכאים להשתמש בדירתם.

ביתרת הזמן תושכרנה הדירות לציבור הרחב, לפרקי זמן שלא יעלו על שלושה חודשים.

בין השינויים שנערכו במתווה הראשון, הוחלט שחברת הניהול שתנהל את דירות הנופש לא תהיה חברת ניהול מלונאית דווקא; בוטלה המגבלה הקובעת כי לכל בניין תהיה חברת ניהול אחת כך שכל רוכש יוכל לבור לו את חברת הניהול הרצויה בעיניו; הוחלט כי תכונן ועדה מצומצמת אשר תדון בנושא ותגבש המלצות מתאימות; הדרישות לערוך שינויים פסיים בדירות הנופש בוטלו (ובכלל זה החובה לקנות ריהוט אחיד והחובה להקים חדר אוכל, מטבח או אספקת שירותי מזון); ביטול החובה לספק שירותים שונים (חדרנות, כבלים, אבטחה ודלפק קבלה); הוארך משך האירוח המרבי ביחידות, ממספר ימים בודדים במתווה הראשון לשלושה חודשים במתווה העדכני; ביטול החובה של חברת הניהול לספק שירותי ניקיון ואספקה; ביטול חובת הרוכש לנהל קרן לחידוש ציוד וריהוט; הוספת הדרישה למנעול אלקטרוני; בשל הרצון להקטין את מספר המניפולציות האפשריות כתוצאה מקיומן של כמה חברות ניהול, הוחלט כי הדיווח הניתן ע"י חברות הניהול ייעשה באופן רציף ומקוון (בקרה מלאה על הנכנסים והיוצאים ולא על הנעשה בדירה) ולא באמצעות דו"חות תקופתיים כפי שנקבע במתווה הראשון.

#### העתירות

העותרים אינם משלימים עם המתווה, גם על פי מתכונתו ה"מעודנת". מכאן העתירה שלפניי.

הוגשו 13 עתירות המקיפות מאות עותרים. יש הבדלים שונים ומשונים בין קבוצות העותרים או עותרים שהצטרפו למערך העתירות כבודדים. אולם נראה לי שהקו החוצה העיקרי הוא בין עותרים שהם רוכשים מאוחרים (היינו רכשו את זכויותיהם בנכסים לאחר "המועד הקובע") לבין עותרים מוקדמים שרכשו את נכסיהם קודם למועד הקובע.

וזאת לדעת. במתחם המרינה נבנו בניינים שבכל אחד מהם עשרות ואולי יותר מכך יחידות דיור, גדולות, בינוניות וקטנות. חלק לא מבוטל מן הבניינים הם על "טהרת" רוכשים מאוחרים וחלק מן הבניינים "מעורבים"; יש בהם בעלי יחידות שהם רוכשים מאוחרים ויש בהם רוכשים מוקדמים. אלה מבין הרוכשים המוקדמים שמחזיקים ביחידות בבניין מעורב חוששים מההשלכות של יישום

<sup>5</sup> החלטת המליאה מיום 14.11.2011 צורפה כנספח 3 לתשובת המשיבות לעתירה ותמליל דיון המליאה צורף כנספח ב' להודעת המשיבות 1-2 מיום 06.02.2012.

המתווה על נכסיהם (ראו להלן)<sup>6</sup>. בין הרוכשים המוקדמים (שמתגוררים, כאמור, בבניין "מעורב") לרוכשים המאוחרים מתקיים, לא מתקיים – ניגוד עניינים. מצד אחד שתי הקבוצות מתייצבות יחדיו על בריקות נגד "המתווה" ושתייהן מייחלות להמרתו במתווה שהוצע בידיהן. מצד שני קביעה חרוצה שהמתווה תקין וסביר מותרת בידי הרוכשים המוקדמים טענה שישומו עלול לפגוע בהם אף על פי שהם אינם כפופים למגבלות מתווה כלשהו.

#### טיעוני העותרים

העותרים אינם חולקים על החובה לציית להוראות פסק בית המשפט העליון אך הם חולקים על אופן יישומו של פסק בית המשפט העליון בידי הוועדה המקומית. סברתם היא שהמתווה המעודכן אינו חוקי, אינו סביר ואינו מידתי ומשום כך יש להצהיר על ביטולו.

טענות העותרים (בכתבי טענות שונים) נחלקות לשלוש קבוצות עיקריות: (1) טענות מנהליות הנוגעות לעצם סמכות הוועדה המקומית לקבוע את המתווה; (2) השגות על דרכי גיבוש המתווה; (3) טענות בנוגע להוראות המתווה עצמו שאינן מידתי ופוגע למעלה מן הנדרש בזכויות העותרים.

#### טענות לעניין הסמכות להתקין את המתווה

הטענות לעניין הסמכות מורכבות שלוש טענות משנה: (א) חריגה מהסמכות שהוקנתה בפסק בית המשפט העליון; (ב) שיקולי אכיפה זרים; (ג) פגיעה קניינית שאינה מוצדקת ונעדרת עיגון בדין.

#### חריגה מהסמכות שהוקנתה בפסק בית המשפט העליון

פסק בית המשפט העליון קבע מספר עקרונות מרכזיים לפרשנות המונח "דירות נופש", אך מסר את האחריות לקביעתן של הוראות מפעילות (אופרטיביות) לוועדה המקומית שבתחום סמכותה מצויה אחריות זו. העקרונות המרכזיים לפרשנות המונח "דירות נופש" המנויים בפסק בית המשפט העליון הם: (א) העמדת הדירות להשכרה לציבור הרחב; (ב) למשך מרבית ימות השנה; (ג) בכל דרך שהיא.

הוועדה חרגה מהסמכות שהוקנתה לה בכך שצמצמה את שלושת העקרונות שנקבעו לכדי מתווה דרקוני הקובע דרך פעולה אחת ויחידה, וזאת למרות שבפסק בית המשפט העליון נכתב מפורשות שהעמדת הדירות לרשות הציבור הרחב תיעשה "בכל דרך שהיא". הסמכות הנקודתית ניתנה לוועדה המקומית "אד הוק" מידי בית המשפט העליון, לאחר שזה האחרון כבר הפעיל את שיקול דעתו וערך את האיזון הסביר הראוי בנסיבות העניין. חריגה מהסמכות שהתוותה בפסק בית המשפט העליון ומהעקרונות המנויים בו, מהווה חתירה מתחת לעקרון החוקיות כמו גם שיבוש תכלית פסק הדין, ויש בה כדי להביא לבטלות המתווה.

#### שיקולי אכיפה

נוסף על הפרת האיזון שנערך במסגרת פסק בית המשפט העליון, המתווה המעודכן מאמץ מערכת כללים נוקשה וחד ערכית שכל עניינה הוא אכיפה וענישה, על בסיס הנחה שאינה מוכחת ותלויה על בלימה שרוכשי הדירות אינם מקיימים את הוראות פסק בית המשפט העליון.

<sup>6</sup> לרוכשים מוקדמים המחזיקים בדירות בבניין שאין בו רוכשים מאוחרים אין למעשה עניין בעתירה.

הנחה מוטעית זו מושתתת על סיור פקחים אחד. בגדרו מצאו הפקחים שמתוך מדגם של עשר דירות, שבע נמצאו מושכרות. די בכך לשם הפרכת טענת העירייה שהדירות סגורות או שבעלי הדירות מתגוררים בהן. דגימה זו הינה זניחה ביותר ביחס למכלול דירות הנופש המצוי במתחם (כ- 500 יח"ד), וחסרת הצדקה לקיומו של המתווה ככלי פיקוח. מאחר שלא בוצעה על ידי העירייה כל בדיקה לאחר מתן פסק בית המשפט העליון, יצירת מתווה מתוך הנחה שהעותרים "פורעי חוק" והחלתו על כל בעלי הדירות, אינה מעוגנת בדין או בפסק הדין ומנוגדת למושכלות היסוד במשפט המנהלי ולעקרונות הצדק הטבעי.

אף אם אכן כטענת הועדה לא עמדו הדירות להשכרה ציבורית, לא ניתן כצעד מנע ועל מנת לוודא קיומו של פסק בית המשפט העליון בעתיד להבטיח את קיומו של פסק הדין באמצעות מתווה דרקוני, במיוחד כשהוא נעשה תוך פגיעה משמעותית בזכות הקניין של העותרים (ובכלל זה שלילת זכויות הבעלים הבסיסיות ביותר- הזכות לקבוע את מחיר ההשכרה, הזכות לקבוע את זהות השוכרים על מאפייניהם המיוחדים (בלי בעלי חיים, בלי ילדים וכד')).

טענת העירייה כי המתווה נדרש מאחר שאין לה תקציב לפקח באופן עצמאי על קיום פסק הדין אינה יכולה לעמוד, מאחר שמשמעותה היא שבעלי הדירות נושאים בעלויות התקציב ובאחריות לפיקוח ולאכיפה. עלויות אלו רבות וכוללות בין השאר את העלויות השונות של חברת הניהול; עלות החלפת מנעולי הדירות למנעולים מקודדים והקמת מאגר מידע ממוחשב שלמשיבה תהיה גישה אליו מחייבים עלויות ניכרות שהעותרים יישאו בהן. בלי ראיות חד משמעיות הקושרות את העותרים להפרות פסק הדין, אין די בחוסר שיתוף הפעולה מצד העותרים כדי להוכיח את טענות הועדה המקומית שפסק הדין אינו מקוים.

ההנחה שמאן דהוא מתכוון להפר את החוק אינה מעניינת של רשויות התכנון והבנייה, המוגבלות לשקילת שיקולי תכנון, סביבה ויעילות כלכלית. הועדה המקומית הטילה במתווה מגבלות קשות ביותר על זכויות הקניין של העותרים, מגבלות שלא בא זכרן בתוכניות המסמיכות או בפסק בית המשפט העליון ושהפרתן עלולה להביא לחשיפה לכתבי אישום פליליים בעבירות על חוקי התכנון והבנייה. כך למשל, אף אם מאן דהוא ישכיר את דירתו לציבור הרחב לפרק זמן העולה על תשעה חודשים בשנה הוא יהיה חשוף לכתב אישום פלילי על כך שלא עשה זאת דרך חברת ניהול חיצונית.

אין מחלוקת אודות הצורך לקיים את הוראות פסק בית המשפט העליון, אולם קיום הוראות אלו אינו מצריך מתווה כלל ובוודאי שלא מתווה הפוגע באופן חמור בזכויות העותרים. מתווה זה על הוראותיו הדרקוניות נוצר אך ורק לאור חששה (הלא מוכח) של הועדה המקומית שפסק בית המשפט העליון אינו מקוים. לטענת העותרים, לא ניתן לפגוע בזכויותיהם הקנייניות בשל חשש עתידי מהפרת החוק. מצב דברים זה יוצר "ענישה קולקטיבית" כלפי כל בעלי הדירות חלף נקיטת ענישה אישית כלפי מי מבעלי הדירות שלא יקיים את הוראות פסק בית המשפט העליון. קיימות סיטואציות שונות בהן ישנו חשש להפרת חוקי התכנון והבנייה (כגון הפיכת דירת מגורים למשרד; שימוש מסחרי במבני תעשייה וכד'), אך הבטחת קיום הדין אינה מצדיקה הפקעת המקרקעין ופגיעה חמורה בזכות הקניין, קל וחומר במקרה זה בו ישנו חשש שאינו מבוסס שבעלי הדירות יימנעו מקיום פסק בית המשפט העליון. אי מתן דיווח לרשות המקומית אודות שוכרי הדירות אינה מהווה

ראיה מרשיעה לאי קיום פסק בית המשפט העליון, קל וחומר כשהדירה לחשיפת הפרטים עלתה רק בעיצומו של הליך זה.

חששה המופרך של הועדה המקומית מניח למעשה שבעלי הדירות מעדיפים להשאיר את דירותיהם סגורות בתקופות הזמן בהן להם אסור לגור בדירות (למשך למעלה ממחצית השנה עפ"י לשון פסק בית המשפט העליון) על פני השכרתן לציבור הרחב. חשיבה זו נעדרת כל היגיון כלכלי<sup>7</sup> ויש להניח שבעלי הדירות מעוניינים להשיא רווחיהם ככל הניתן עבור הנכס הנמצא בחזקתם, תוך שמירה על שלמותו. אינטרס כלכלי זה בא לידי ביטוי באתרי האינטרנט וסוכנויות התיווך בהם ניתן למצוא ללא כל קושי מגוון רחב של דירות להשכרה במתחם המרינה.

#### פגיעה קניינית שאינה מוצדקת וללא כל הסמכה בחוק

המתווה הטיל מגבלות קשות על זכויות הקניין של רוכשי הדירות, באופן שהפרת הוראותיו תהווה עבירה פלילית על חוקי התכנון והבנייה. הועדה המקומית פועלת כמוסד תכנון ואין לה סמכויות להתוויית מתווה המהווה למעשה תקנה בת פועל תחיקתי. על מנת לקבוע הוראות מחייבות ומגבילות בדבר אופן השימוש בדירות, הוראות שהפרתן היא הפרת חוק, יש לכלול אותן במסגרת רגולטיבית בעלת תוקף חוקי, דהיינו, תכנית לפי [חוק התכנון והבנייה](#). רק תכנית המהווה חיקוק לכל דבר ועניין יכולה לקבוע כללים מחייבים הניתנים לאכיפה, כללים שאינם באים לידי ביטוי בתכניות התקפות ובהיתרי הבנייה שניתנו ע"י הועדה המקומית. הליך זה הוא האפשרות היחידה לפגיעה קניינית שלא עפ"י חיקוק [\[ע"א 3213/97 נקר נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה \(פורסם בנבו\)\]](#).

מאחר שלא ייתכן שבית המשפט העליון הורה לוועדה המקומית לחרוג מסמכויותיה, קביעת פסק בית המשפט העליון שהרשות התכנונית תתווה תכנית משמעה קביעת תכנית בהתאם [לחוק התכנון והבנייה](#). הליך אישורה של תכנית נקבע באופן מדוקדק [בחוק התכנון והבנייה](#), וכולל בתוכו תהליכי בקרה ואיזונים מובנים (הפקדה ופרסום לציבור הרחב; הזכות להגיש התנגדות ולהישמע למי שעלול להיפגע מן התכנית; חובת המוסד התכנוני לנמק החלטותיו ולהחליט האם לאשר תכנית מסוימת או לדחותה; הליכי הבקרה והערעור וכו') הימנעות המשיבות מקיומם של הליכים אלו מהווה חריגה מסמכות.

הועדה המקומית יצרה לעצמה סמכויות אכיפה שאינן נזכרות [בסעיף 27 לחוק התכנון והבנייה](#), הסעיף אליו הפנה פסק בית המשפט העליון לצורך קביעת מסגרות סמכויותיה של הועדה המקומית. הועדה המקומית יכולה להתקין דין או חיקוק רק באמצעות ההליך הסטטוטורי המוסדר של אישור תכנית, ובמרבית המקרים הסמכות לאשר תכנית נתונה לוועדה המחוזית בלבד והועדה המקומית היא רק גורם ממליץ<sup>8</sup>. הועדה המקומית אינה יכולה לממש את סמכויות הפיקוח שניתנו

<sup>7</sup> המומחית מטעם העותרים, הגב' רעיה בוינובר, העידה כי אין כל תמריץ כלכלי לבעל דירה להשאיר את דירתו ריקה, בשל ההוצאות הנגרמות גם בתקופות בהן אין שוהים בדירה.

<sup>8</sup> מצב זה היה נכון לשעתו. לעת הזאת, בעקבות תיקון 101 של [חוק התכנון והבנייה](#), לוועדה המקומית (במיוחד ל"ועדה עצמאית" או "מיוחדת") סמכויות התכנת תוכניות מורחבת.

לה בכל אמצעי העולה על דעתה. אף פסק הדין אינו יכול להקנות לוועדה המקומית סמכויות שלא ניתנו לה על פי דין, היינו, מכוח התוכניות החלות על המקום ומכוחו של [חוק התכנון והבנייה](#) והתקנות שהותקנו מכוחו. שתי הדרכים שהותנו לוועדה המקומית בפסק בית המשפט העליון הן פעולה לפי [סעיף 27](#) לחוקת התכנון והבנייה או יצירת הסדר חוקי מכוח תכנית, שאם תאושר תהווה מקור סמכות לקביעת הסדרים שונים מההסדרים המצויים בפסק בית המשפט העליון. בפועל, פסחה הועדה המקומית על שני הסעיפים וקבעה הסדר קיצוני שאין לו בסיס בתכניות התקפות שפורשו ע"י בית המשפט העליון ומבלי ליזום תכנית חדשה על כל המשתמע מכך (התנגדויות; תביעות ירידת ערך וכד'). אף אם הייתה לוועדה זכות לקבוע מתווה כלשהו, המתווה הנדון הינו חסר סבירות באופן קיצוני ויש לפסול אותו על כך.

#### השגות על דרכי גיבוש המתווה

הטענות לעניין אופן הפעלת הסמכות נוגעות לפגמים נטענים אלה: פגם בחובת ההיוועצות; פגם בחובת השימוע; חקיקה למפרע; פגמים בתשתית העובדתית שעמדה לפני מקבלי ההחלטות; פגיעה בכללי הצדק הטבעיים בגין דעה קדומה; אי בחינת חלופות פוגעניות פחות.

המתווה הראשון הותווה כשלוש שנים לאחר מתן פסק בית המשפט העליון, ללא התייעצות עם אנשי מקצוע. המומחה יוציס יעץ למשיבה רק בנוגע למתווה העדכני, אולם לא כל המלצותיו התקבלו בלי שנומק מדוע נדחו חלק מהמלצותיו.

לאחר קבלת המלצות המתווה הראשון נשלחו מצד עותרים שונים מכתבי השה ותזכורות שלא נענו לאורך שנים. מאות מבעלי הדירות במתחם המרינה להגשת עתירה כנגד המתווה הראשון. ביום 20.09.2011 התקיים דיון מקדמי ראשון בעתירות, שנה ומחצה לאחר קבלת המתווה הראשון. בדיון זה הודיע בא כוחן של הועדה המקומית וראש עיריית הרצליה כי בכוונת העירייה לקיים 'שימוע' למייצגי הקבוצות השונות, וזאת בתוך חודשיים. בא כוח העותרות חששו כי 'פתיחות' פתאומית זו נועדה להכשיר את הקרקע למתווה שנקבע בהליך שאינו תקין מנהלית.

אף על פי שהעניין עלול להשפיע באופן ישיר על קניינם, לא ניתנה לבעלי הדירות הזכות להיכנס לשימוע, ללא כל הסבר ענייני. מניעת הכניסה לשימוע, שלטענת הועדה לא מוטלת עליה החובה לקיימו, הייתה ככל הנראה מאחר שבשימוע לא הוסתרה דעתן השלילית של ראש העיר דאז יעל גרמן וחברי ועדת התכנון ובנייה המקומית מבעלי הדירות, העותרים. במהלך השימוע נקטעו דבריהם של באי כוח העותרים שביקשו להציג את נימוקיהם לדחיית המתווה. בשימוע עצמו התברר שהמתווה הראשון נערך מבלי שחברי הועדה המקומית ומהנדסת העיר הרצליה הכירו את החומר הרלוונטי, ובכלל זה את המתווה החלופי שהוצע ע"י העותרים. חברי הועדה לא ידעו כי בעלי הדירות לא קיבלו מענה להשגותיהם. יועץ משרד התיירות, עו"ד קדמי, נטל חלק בשימוע שדן במתווה הראשון, עליו חתם מנכ"ל משרד התיירות. עו"ד קדמי תמך במתווה החלופי שהוצע ע"י העותרים וטען כי המתווה הראשון אינו ישים מאחר שלא תימצא חברת ניהול שתסכים לקחת על עצמה השכרה חלקית של יחידות בנסיבות שנוצרו בפרויקט המרינה. עו"ד קדמי טען שהמתווה נסמך על חוזר מנכ"ל משרד התיירות משנת 2006, חוזר שאיננו רלוונטי למועד קביעת המתווה. קדמי ציין כי

זו דעתו האישית בלבד, והוא נתבקש ע"י חברי הועדה להציג את עמדתו המעודכנת של מנכ"ל משרד התיירות החתום על המתווה הראשון.

ראש העירייה דאז והועדה המקומית ראו במתווה הראשון אמצעי להענשת בעלי הדירות.

לבסוף, לאחר עריכת השימוע הוכן "המתווה העדכני". מתווה זה נערך בהיעדר משרד התיירות, שהיה חתום על המתווה הראשון. המתווה העדכני אמנם ביטל כמה עיוותים שנמצאו במתווה הראשון (כמו חובת ריהוט אחיד וביטול החובה לשנות מבנים שטחים ציבוריים), אולם הוא חוזר על חלק מהפגמים שנפלו במתווה הראשון- חובת ההשכרה לתשעה חודשים; חובת השכרה באמצעות חברת ניהול שמפקיעה את הדירות מבעליהן; הפנייה לחוזר מנכ"ל משרד התיירות מדצמבר 2009 חלף החוזר משנת 2006 שנקבע כלא רלוונטי. החוזר משנת 2009 מתייחס ל"מלון", בעל תקנים פיסיים המתואמים להגדרה זו. לעומת זאת, גודלן של היחידות אינו תואם לתקנים אלו, ובית המשפט העליון אסר על עריכת שינויים פיסיים בדירות. הגברת בונובר בשתי חוות דעת מטעמה פירטה כיצד לעתה החלת מתווה בלתי ישים ודרקוני יהיה בעל השלכות הרסניות על מתחם המרינה.

כפיית נורמות מאוחרות למועד רכישת הדירות כמוה כחקיקה למפרע. לגישת הועדה המקומית ומשרד התיירות, המתווה העדכני תואם את מדיניות משרד התיירות כפי שהיא באה לידי ביטוי בהוראות חוזר המנכ"ל המתוקן. אף מומחה הועדה המקומית יוציא טען כי בחן את המתווה לאורן של הוראות חוזר מנכ"ל זה. גם משרד התיירות טען כי הוראות המתווה עולות בקנה אחד עם תמ"א 12 (שינוי מס' 1). אולם, כל מקורות חקיקה אלו נוצרו לאחר המועד הקובע, שנים רבות לאחר שרוכשי הדירות רכשו את זכויותיהם במתחם המרינה, ולאחר המועד שבו ניתן פסק הדין. חקיקת משנה זו לא עמדה לפני בית המשפט העליון כשניתן פסק בית המשפט העליון. רק באוקטובר 2006 הוצא חוזר מנכ"ל 08/2006 שנועד לרכז ולהבהיר את עמדת משרד התיירות בנושא האכסון המלונאי המיוחד המותר להקמה על קרקע המיועדת לתיירות או מלונאות. משרד התיירות הודה במשתמע מתגובתו כי המונח "דירות נופש" לא היה בהיר דיו, ואי בהירות זו הביאה את משרד התיירות לפרסם את חוזרי המנכ"ל בעניין אכסון מלונאי מיוחד. נכון למועד הקובע ושנים לאחר מכן, עמדו לנגד רוכשי הדירות פסק דינו של בית המשפט המחוזי אודות "מאגר דירות להשכרה לאחסון מלונאי, על מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים המזדמן ולרשות הציבור הרחב לצורכי אחסון מלונאי למשך פרק זמן מינימלי מידי שנה" וכן התוכנית המפורטת הר/2003א משנת 1995 שבה נקבעו השימושים והתכליות המותרים במתחם המרינה, ובה הוגדרו "מלונאות לסוגיה, מלונות דירות, דירות נופש ובתי נופש" (סעיפים 8.1, 8.2 לתכנית). חוזרי המנכ"ל מיוחסים לדירות נופש שמלכתחילה הוקמו נמכרו ושווקו בהתאם להגדרות משרד התיירות בעניין זה, בשונה מהדירות נושא עתירות אלו. ביחס לחוזר מנכ"ל 08/2006 צוין במפורש בתשובת משרד התיירות כי נכון למועד פרסומו הוא צפה פני עתיד. בית המשפט העליון ערך את האיזון הראוי שבין תכליות המתחם לזכויותיהם של רוכשי הדירות, אולם הועדה התעלמה מקביעות העליון לעניין זה, וקבעה הסדר פוגעני וקיצוני באופן בלתי סביר. [לעניין חקיקה רטרוספקטיבית ופרוספקטיבית ראה [ע"א 161/91](#) אורית ארביב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו]; - חזקה על דבר חקיקה כי הוא חל באופן פרוספקטיבי- צופה פני עתיד. הגנה על אינטרס הציפיה במשפט המנהלי והחלה של נורמה חדשה - [ע"מ 7189/11](#) סמיר אזחיימאן נ' מדינת ישראל משרד התחבורה והבטיחות [פורסם בנבו]]

במהלך יצירת המתווה כשלו המשיבות בהכנת התשתית העובדתית הרלוונטית הנדרשת לצורך קבלת החלטה ומשום כך יש לבטל את ההחלטה המנהלית [בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת [פורסם בנבו]]. המשיבות היו צריכות לבחור את החלופה הפוגענית פחות, ומשלא עשו כך יש לדחות את המתווה המוצע [עת"מ (ת"א) 1528/07 צוקי ארסוף בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז מרכז [פורסם בנבו]].

פסק בית המשפט העליון הבחין בין מושג "הבעלות" למושג "השימוש", והמגבלות המוטלות ניתנו על זכות השימוש ולא על זכות הבעלות.

בעת רכישת הדירות, חתמו העותרים על הצהרה לפיה ידוע להם כי הדירות תשמשנה להשכרה למשך פרק זמן מינימאלי מידי שנה. עוד נקבע כי הועדה המקומית והעיריה יפעלו בהקדם להוציא הנחיות בנוגע לפרק זמן מינימאלי זה. בסופו של דבר, יצירת המתווה התארכה עד למאוד, ועל בסיס ההצהרה עליה חתמו בעסקת המכר ונוכח חוסר המעש של הועדה המקומית החלה נניח בע"מ לנהל את הדירות שבבעלותה כמאגר מלונאי המנוהל על ידה, תוך קבלת ייעוץ מאנשי מקצוע מתאימים והתאמת ציוד הדירות בהתאם לייעודן כדירות נופש המושכרות לציבור. ודוק, כל יחידות הדירור של נניח בע"מ שנקנו כהשקעה פיננסית הושכרו לציבור בהתאם לתוואי שנקבע בפסק דין "אי התכלת". מאחר שבפסק הדין לא נקבעה תקופה מקסימלית להשכרה הושכרו הדירות לתקופות שונות.

פגיעה בכללי הצדק הטבעיים בגין דעה קדומה - תיק המרינה הפך להיות "תיק הדגל" של ראשת העיר הרצליה דאז, הגברת יעל גרמן, שהביעה דעתה רבות בתקשורת בנושא מתחם המרינה ואף לאחר סיום תפקידה הביעה עמדה וקראה שלא להצביע למועמד יונתן יסעור לאור התבטאויותיו לפיהן יש לפתור את משבר המרינה באמצעות משא ומתן עם תושבי המרינה. ראשת העיר לשעבר סירבה בכל תוקף לפסול את עצמה מלדון בעניין המרינה וזאת למרות דעתה הקדומה שהשתרשה אצלה, עליה היא העידה בהזדמנויות רבות.

התנהלות של גוף מנהלי או מעין שיפוטי מתוך דעה קדומה מהווה פגם המצדיק את בטלות המתווה או למצער קיום שימוע מחודש, ללא התערבותה של גרמן [עפ"י בג"ץ 701/81 רות מלאך נ' רפאל לוי, [פורסם בנבו] יושב ראש הועדה המחוזית לתכנון ובנייה, ירושלים]. השתתפותה של גרמן בשימוע הייתה סוערת ורווית יצרים, עד כדי הזעקה של משטרת ישראל שנקראה לאסור על העותרים להיכנס למקום השימוע.

פגם נוסף על הפגם של ניהול השימוע בידי גורם הנגוע בדעה קדומה הוא שחלק מחברי הועדה המקומית שהשתתפו בשימוע לא הכירו את המתווה החלופי שהוצע ע"י העותרים או את חוות דעת העותרים שהוגשה לעניין אי ישימות מתווה העירייה המוצע.

נטען גם כי גרמן נהגה להסות את מי שאיננו חושב כמוה ו"סתמה פיות" באמצעות הוראה ישירה להפסיק את ההקלטה.

**שימוע מאוחר פגום** - השימוע היה דיון חפוז שהונהג והתנהל על בסיס דעה קדומה ומגובשת כלפי בעלי הדירות והדרך שבה יש לנהוג במתחם המרינה. הועדה המקומית לא אפשרה לבעלי הדירות להיכנס לשימוע אלא רק לבאי כוחם, וזאת למרות שהמקום בו נערך השימוע היה מרווח דיו להכיל את הבאים. עוד באותו יום, לאחר סיום השימוע התקיים "דיון פנימי" שנועד לבחון את הטענות שהועלו בשימוע, אך עיון בפרוטוקול הדיון מעלה כי דעות שסתרו את עקרונות המתווה הראשון הושתקו ונגדעו באיבן. בכך למעשה הפך השימוע לשימוע 'מן הפה לחוץ' מבלי שנעשה ניסיון אמיתי לבחון את הטענות השונות שהועלו.

עובר לעריכת המתווה הראשון לא נערך שימוע כלל, ובכך הפרה הועדה המקומית את חובת השימוע [על חובת השימוע בהחלטה מנהלית שעלולה לפגוע בפרט - בג"ץ 3/58 יונה ברמן נ' שר הפנים] [פורסם בנבו]. היקף חובת השימוע וצורת ההזדמנות יהיו תלויים בנסיבות הקונקרטיות הרלוונטיות, וברבות הימים זכות השימוע הוכרה כזכות יסוד - בג"ץ 654/78 ריבה גיגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה [פורסם בנבו]. זכות השימוע צריכה לכלול מתן הזדמנות נאותה לפרט להשמיע טענותיו. במהלך השימוע ביטאה הועדה והעומדת בראשה דעות נוקשות אודות אי חובתה לקיים שימוע לכתחילה ומשום כך אין לשמוע את בעלי הדירות עצמם או לאשר את השתתפותם שתפגע בסדר הדיוני בשימוע. עמדות אלו, בצירוף העובדה כי השימוע לא שינה באופן מהותי את הכשלים המהותיים שהיו קיימים במתווה הראשון, מוליכים למסקנה כי השימוע נערך כשעמדות הנוגעים בדבר נעולות ואינן פתוחות באמת לשמוע את טענות בעלי הדירות [על קיום שימוע מאוחר בדעה קדומה - בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע] [פורסם בנבו]; בג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבנייה נחל עירון] [פורסם בנבו]].

ביום 31.05.2010 הגישה עו"ד ענת בירן השגה אודות תניות המתווה המקורי, אך זו לא זכתה למענה לגופה עד עצם היום הזה. רק לאחר שהוגשו עתירות אודות המתווה המקורי (העתירה המקורית שהוגשה ע"י דיירי בניין הלגונה הוגשה ביום 22.05.2011) הודיעו המשיבות על רצון לערוך שימוע בו יישמעו טענות המשיגים באמצעות באי כוחם בלבד. העותרים התריעו עוד במעמד הדיון על כך שמדובר בשימוע מאוחר, לאחר שגברת יעל גרמן הביעה באופן פומבי את דעתה הנחרצת, ובנסיבות אלו השימוע הוא למראית עין בלבד. במועד השימוע עצמו נמנעה מהעותרים הכניסה לדיון הנוגע ישירות לקניינם. לאחר הדיון הפומבי אליו הורשו להיכנס רק באי כוחם של העותרים, קיימה הועדה המקומית דיון פנימי, שבסופו הוחלט על המתווה המעודכן. תמליל הדיון הפנימי אישש את חששות העותרים בדבר דעתה הקדומה של יעל גרמן, שהובילה את הדיונים והכתיבה את הקו הנוקשה כלפי בעלי הדירות. למקרא דברים אלו, אין ספק כי השימוע היה למראית עין בלבד ולשם הנחת דעתו של בית המשפט אליו הוגשו העתירות המקוריות.

מעבר לחוסר הסמכות של המשיבות להכנת 'מתווה' חלף 'תכנית', אף הליך האישור של המתווה היה פגום מיסודו. שימוע שנערך היה מאוחר ומלאכותי למראית עין בלבד, שנועד לצאת ידי חובה בלבד. פרוטוקול הדיון הפנימי חושף את הדעה הקדומה שהובילה יעל גרמן, שנקטה קו חשדני ביותר ולעומתי כלפי בעלי דירות הנופש וטענותיהם, תוך דרישת מנגנוני פיקוח דורסניים שאפילו היועצות המשפטיות של הועדה המקומית נחרדו ממנו (עמ' 56 לפרוטוקול הדיון הפנימי מיום 07.12.2011)

פגיעה בזכות הקניין ללא הסמכה מפורשת בחו

הדרישה להסמכה בחוק לפגיעה בזכויות העותרים חלה גם על הפרת חובת השימוע של העותרים [בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המיסים השופט פוגלמן [פורסם בנבו]].

התנהלות המשיבות מהווה הפרה של תום לב וחובת ההגינות החלות על הרשויות בעת הפעלת סמכויותיהן המנהליות [בג"ץ 4284/08 קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ [פורסם בנבו]].

אי קיום התייעצות - המתווה העדכני ביטל את המתווה הראשון עליו היה חתום משרד התיירות, שלטענת גרמן אף נערך על ידו. בנסיבות אלו, היה על הועדה לשוב ולהיוועץ עם משרד התיירות עובר לקביעת המתווה המתוקן, מאחר שביטול החלטה צריך להיות באותה הדרך שבה היא הותקנה [סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; השופט חשין בבג"ץ 3536/92 סוויירי נ' עיריית הרצליה [פורסם בנבו] קבע שפעולה שנקבע על ביצועה לאחר התייעצות תבוטל רק לאחר קיום התייעצות דומה. אמנם הוא היה בדעת מיעוט בפסק דין זה אך לטענת העותרים אין מחלוקת על הלכה זו שנאמרה מפיו]. מאחר שלא קוימה התייעצות כזו, יש לבטל את המתווה המעודכן.

שונות - מומחה המשיבות נשכר ללא מכרז. בדבר זה יש כדי להעלות חשש לאי אובייקטיביות של עורך חוות הדעת מטעם המשיבות שכן אין לדעת אלו אינטרסים השפיעו עליו. כמו כן, חוות דעתו ניתנה מתוך רצון לאכוף ולהעניש את מי שרכשו את דירות הנופש לאחר מתן פסק הדין הראשון. מאחר שהועדה המקומית פעלה מתוך "הנחת מוצא מוטעית", יש לבטל את המתווה שנקבע על ידה.

המתווה נערך שלא על בסיס תשתית עובדתית נאותה

המתווה אינו מתייחס למאפייניהן השונים של הדירות ושל בעליהן (למשל שמירת כשרות). המשיבות לא בחנו האם הדירות הקיימות מתאימות למאגר מלונאי מיוחד, לא נבחנו חלופות מתאימות ואף לאחר שנשכר מומחה לא התקבלו המלצותיו במלואן תוך שנקבעות הגבלות שלא נקבעו בחוות דעתו (כמו למשל מגבלת המקסימום של שלושה חודשים). כמו כן, נקבע כי המתווה יחול מספר שבועות ספורים לאחר מכן מבלי לתת את הדעת על דירות שנשכרו לתקופה הקרובה. כמו כן, לא נבדקה ישימות ההוראה להחלפת המנעולים בדלתות הקיימות, מאחר שלא ניתן להחליף את הדלתות (עדות יוציס עמ' 206-207). יוציס והועדה לא היה מודעים לקיומן של דירות ענק בפרויקט בעת עריכת המתווה, ובעת עריכת חוות הדעת, הרבה לאחר עריכת המתווה, לא היה יוציס מודע לנתוני האמת בנוגע לגודל הדירות.

רשות מנהלית לא תקבל החלטה אלא לאחר שכל העובדות והנתונים הרלוונטיים מונחים לפניה [בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת [פורסם בנבו]]. ההליך ליצירת תשתית עובדתית כבסיס להחלטה מנהלית כולל ארבעה מבחנים - איסוף נתונים (באופן סביר לפי נסיבות המקרה); שייכות לעניין - רלוונטיות הנתונים; אמינות הנתונים; ראיות מהותיות - תשתית שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה. התשתית העובדתית שהונחה בפני הועדה המקומית הייתה חסרה בנתונים הבאים: המלאי הקיים והצפוי של דירות הנופש באזור הרצליה, וההשפעה הצפויה של תוספת היחידות על מחירי ההשכרה; בדיקת היתכנות כלכלית של העברת האחזקה לחברות ניהול, עצם קיומן של חברות ניהול (יוציס סירב לפרט - עמ' 79 לפרוטוקול) ונכונות חברות הניהול ליטול על

עצמן את ההתחייבויות הכרוכות במתווה המעודכן; נתונים אודות פרויקטים דומים בארץ ובעולם; פילוח של הבעלויות השונות (למשל תושבי חוף שקנו את דירותיהם לדירות נופש, שומרי שבת קבוצות שרכשו יחידה ומחלקים ביניהם את השימוש במשך השנה וכד'); אי הצגת המתווה החלופי שהגישו העותרים לחברי הועדה המקומית שלא ידעו על קיומו. היעדרה של בחינת חלופות, למרות הערתו המפורשת של בית המשפט העליון על מגוון האפשרויות הקיימות, מהווה פגם היורד לשורש ההחלטה המאשרת את המתווה העדכני, ומהווה רשלנות; אי מתן מענה הולם לאי ההתאמה לתקנים הפיסיים של משרד התיירות; המגבלה על השכרות צולבות (איסור על בעלי דירות לשכור דירות אחרות במרינה) גורם לכך שהעותרים יהיו נחותים משאר הציבור, שאין לו מגבלה על שכירת דירות נופש כאוות נפשו (כמובן, למעט מגבלת המקסימום של שלושה חודשים לדירה). לעיתים העותרים מגיעים לארץ לתקופות זמן ארוכות משלושה חודשים במצטבר ומשמעות ההוראה היא כי אותם תושבי חוף לא יוכלו לשהות במתחם המרינה כלל לאחר אותם שלושה חודשים; הועדה המקומית הטלת סנקציה פלילית על מי שלא יצליח להיקשר עם חברת ניהול אינה בגדר סמכויותיה של הועדה המקומית. יתירה מזו, אף אם בעלי הדירות יפעלו באופן כנה לצורך היקשרות עם חברת הניהול יכול להיות שהדבר לא יסתייע ואין זה הוגן במצב דברים זה להטיל עליהם סנקציה פלילית.

המשיבות כשלו כשלא בחנו חלופות פוגעניות פחות [עת"מ 1265/08 אורנשטיין אמנון, עו"ד נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו)].

התיקונים מהמתווה המקורי היו קוסמטיים בלבד - חלף 'חברת ניהול מלונאית' הוחלט כי כל חברת ניהול, אולם לחברות ניהול אלו נקבעו שורה ארוכה של קריטריונים שספק אם ישנם בנמצא חברות העונות על תנאים נוקשים אלו. שינוי נוסף הוא ביטול הדרישה לעריכת שינויים פיסיים במבנה, אולם, הדרישה לקידוד המנעולים מחייבת החלפת דלתות ומשקופים - שינוי פיסי לכל דבר ועניין. עוד נקבע כי בתוך תשעים יום מחויבים כל בעלי הדירות להתקשר עם חברת ניהול מתאימה. סד זמנים קיצוני זה נקבע במתווה העדכני בליווי איומים של סנקציות פליליות. במהלך ניהול ההליכים נשמר סטטוס קוו מסוים בו המשיבות לא עסקו בפעולות לאכיפת המתווה העדכני כנגד בעלי הדירות השונים. שינויים קוסמטיים אלו מורים כי חוות דעתו המלונאית של יוציס שניתנה רק לאחר עריכת המתווה המקורי נועדה רק לשמש כסות מקצועית למתווה שעקרונותיו אושרו לפני כן. חוות דעת כזו היא מגמתית ואינה יכולה להיחשב לחוות דעת מקצועית ובלתי תלויה. כמו כן, היא נושאת את התאריך "יולי 2012" כשהדיון בוועדת המשנה התקיים עוד בדצמבר 2011, כך שלא ברור איזו תשתית עובדתית או מקצועית הונחה לפני חברי ועדת המשנה או בפני הועדה שקיבלה החלטות. בדיון מיום 11.09.2012 טען ב"כ המשיבות שבחודש נובמבר 2011 הגיש יוציס 'רשימה של דברים שלדעתו צריכים להתקיים בפרויקט שנועד להשכרה מלונאית. חלק גדול מהעצות ומהעקרונות שהוצעו לנו, בזמן אמת, ע"י יאיר נקבעו והוטמעו במתווה" אולם לא הוכח כי אכן הייתה חוות דעת או דף עמדה שנמסרו לוועדה 'בזמן אמת'. מר יוציס עצמו העיד כי לא כל המלצותיו לשיפור המתווה המקורי התקבלו (עמ' 78 לפרוטוקול), אך לבסוף חוות הדעת שהוגשה הותאמה להחלטתה המוקדמת של הועדה ולמתווה המקורי שהוכן, וחוות הדעת נטתה לשאלת יכולת אכיפת המתווה, עליה העיד יוציס גם בבית המשפט (עמ' 80, 68, 40-38). לעומת יוציס שחוות דעתו הותאמה לרצוי, קדמי (היועץ המשפטי של משרד התיירות) התנגד למתווה הנוקשה אך חוות דעתו הוצאה אל מחוץ לדיון והמשיבים עשו כל שלאל ידם ע"מ להתנער ממנה, וזאת על אף שקדמי

הוא ותיק ובר סמכא בתחום המלונאות (עדות לטענה זו מצויה בפרוטוקול הדיון הפנימי שקיים ביום 14.11.2011 (עמ' 132). לטענת העותרים, מאחר שהמשיבים ביקשו למזער את הפגיעה שבחזית האחידה המוצגת על דים, הוגש תצהירו של מר ערן ניצן, סמנכ"ל פיתוח תשתיות והשקעות במשרד התיירות, שאף לעדותו שלו הוא אינו בעל מומחיות מקצועית בתחומי המלונאות (עמ' 347 לפרוטוקול), אך עמדתו המשתקפת בתצהיר "מיישרת קו" עם עמדתה של הועדה המקומית. לטענת העותרים, לאור הדברים יש לייחס לתצהיר משקל נמוך (אם בכלל..). ויש בהם די ללמד דווקא על 'הרכנת הראש' של משרד התיירות לפני הועדה המקומית.

המתווה הראשון נערך ללא התייעצות עם אנשי מקצוע (זו ניתנה רק לקראת המתווה המעודכן), והמתווה המעודכן לא אימץ במלואו את המלצות המומחים לעניין זה [בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים (פורסם בנבו)].

השגות העותרים על המתווה לא זכו למענה עד היום, ובמתווה המתוקן ישנן אמירות סתמיות (כמו הקביעה "לדחות את הטענה שהמתווה לא ישים" בעמ' 2 למתווה המתוקן). בכך, הפרה הרשות את חובת ההנמקה החלה עליה, שאף עוגנה לבסוף בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות) התשי"ט - 1958 [בג"ץ 143/56 אחגיגי נ' המפקח על התעבורה (פורסם בנבו)].

הפגיעה הקניינית- המתווה יפגע בזכותם הקניינית של רוכשי הדירות (פגיעה כלכלית הנובעת גם מירידת ערכן של הדירות, מהנמכת הרווחים הצפויים מהשכרת הדירות בשל עלויות חברת הניהול ומהעובדה שהושקע כסף רב בריהוט הדירות- השקעה שתדל לטמיון אם ייושם המתווה, המומחה יוציא העיד כי דירות הנופש יהיו בעמדת נחיתות אל מול המלונות הרבים הנמצאים באזור- עמ' 134 לפרוטוקול) [על זכות הקניין ראה ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (פורסם בנבו)], כמו כן תיפגע איכות חייהם של הרוכשים וכן יגרום לפגיעה כלכלית הנובעת מהגדלה ניכרת של דמי האחזקה אותם יידרשו בעלי הדירות לשלם.

החשדנות כלפי ציבור שלם של בעלי הדירות שלא חטא אשר מהווה את הבסיס לאכיפה בכלים הדרקוניים המצויים במתווה הינה שקילת שיקול זר שאינו ענייני. הרשות אינה רשאית לפגוע בקניינו של הפרט רק מתוך חשש שמא מאן דהוא יפר את החוק. ארבעה יועצים משפטיים העלו במהלך הדיון הפנימי את הפגיעה החמורה בפרטיות הנובעת מקיומו של מאגר מקוון (עמ' 56-57 לתמליל), הן לגבי האורחים והן לגבי הבעלים, ואף פוגעת בסודות מסחריים של חברת הניהול, אך כל זאת לא הפריע למשיבות בדרכן החשובה למטרת האכיפה [אמצעי הפיקוח והמעקב שמחייב המתווה החדש להתקין בדירות הנופש רומסים ברגל גסה את זכותם של הבעלים והאורחים לפרטיות ואת זכות הבעלים שלא להפליל עצמם.. (מתוך סיכומי עו"ד ענת בירן, עמ' 33)].

#### טענות דיוניות- השתק ומניעות

לאור פרק הזמן הארוך שחלף ממועד מתן פסק הדין בעליון עד להגשת המתווה המקורי לא נעשה דבר ולא נכפו שום תניות על בעלי הדירות, נוצר מצג שווא (לפחות במחדל) ע"י המשיבות לפיו קניינם של העותרים לא ייפגע מעבר לקווי המתאר המינימליים שהותוו בפסק בית המשפט העליון,

ובהתאם להבנה זו נעשו עסקאות שונות במהלך השנים והעותרים זכאים היו להסתמך על שתיקתה של הוועדה המקומית כהסכמה למצב הקיים, ולמצער כי לא תהיינה דרישות נוספות על אלו שנקבעו בפסק הדין.

בדיון הפנימי מיום 14.11.2011 הייתה מחלוקת בין חברי הוועדה האם יש לאפשר גמישות מסוימת כך שבעלי הדירות יוכלו להשכיר דירותיהם בעצמם בלי להיזקק לשירותיה של חברת ניהול ע"מ למנוע פגיעה מיותרת קניינית וכלכלית (ההוצאות שיצטרכו לשאת בהם).

משרד התיירות הוציא חוזר מנכ"ל 05/2009 בו נקבע שבהתקיים תנאים מסוימים יחול מתווה ב'. אמנם, חוזר זה בוטל לבסוף אך הוא מהווה הכרה של משרד התיירות לצורך בגמישות מסוימת בהחלת המתווה על פרויקט המרינה.

#### *המתווה אינו מידתי ופוגע למעלה מן הנדרש בזכויות העותרים*

כל החלטה של הרשות צריכה לעמוד במבחני מידתיות וסבירות. [בג"ץ 3477/95](#) ישראל בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [פורסם בנבו] - נקבע כי "העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת אפוא ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה.. האמצעים השלטוניים צריכים להתאים להגשמת המטרה, ולא מעבר למה שנדרש לשם הגשמתה של המטרה". בפסק דין זה נקבעו מבחני משנה לבחינת מידתיות הפעולה השלטונית- [הראשון](#), קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי; [השני](#), האמצעי הנבחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר- "החייט המנהלי צריך לתפור את החליפה המנהלית באופן שתהא גזורה בהתאם למטרה המנחה אותו, תוך בחירה באמצעי הפוגע פחות באדם"; [השלישי](#), האמצעי אינו ראוי אם פגיעתו בפרט היא במידה העולה על התועלת שבהגשמת התכלית- מבחן האמצעי המידתי או המידתיות במובנה הצר. [עוד לעניין זה ראה [בג"ץ 3798/09](#) אירנה גורוחוד נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל[פורסם בנבו]; [בג"ץ 156/75](#) פאוזי דקה נ' שר התחבורה [פורסם בנבו]]. עמידה במבחני המשנה חשובה עוד יותר שעה שישנה פגיעה בזכות חוקתית כזכות הקניין [אעבלין, [בג"ץ 2390/96](#) יהודית קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל [פורסם בנבו]].

לטענת העותרים המתווה המוצע אינו עומד באף לא אחד מן המבחנים הללו. המתווה יפגע בצורה חמורה בפרויקט והוא אינו ישים ואף עלול להוביל את מתחם המרינה אל "עברי פי פחת". המבחן השני- החלופות שהוצעו ע"י בית המשפט העליון לא נבחנו כהלכה, ואף לא נבחנה החלופה שהציעו העותרים שהשכרת דירות הנופש תיעשה באופן עצמאי ע"י בעלי הדירות ולא ע"י חברת ניהול חיצונית. קביעת אמצעים שכל מטרתם הינה פיקוח ואכיפה של מתווה שאינו ישים כלכלית ופיסית אינה עומדת בדרישות המידתיות. גם בעניין המבחן השלישי המתווה אינו מקיים יחס ישר בין הפגיעה חסרת התקנה בזכויות בעלי הדירות לבין התועלת המועטה (אם לא שלילית) שתיגרם מיישום המתווה המתוקן. המתווה גם אינו ראוי מטעם של מעשה עשוי. המבנים בפרויקט המרינה נבנו על סמך היתרים כדין והרי הם כ"מעשה עשוי" שאין לבטלו.

חוסר הסבירות נוגע גם למידת הימשכות ההליכים עד לקביעת המתווה, שלוש שנים למתווה הראשון ושנתיים נוספות למתווה המתוקן, בניגוד לחובת הרשות להפעיל סמכויותיה במהירות הראויה.

פגיעה באינטרס ההסתמכות של העותרים - עקב העיכוב הרב שביצירת המתווה, עומד לעותרים אינטרס ההסתמכות לכך שהדירות שבבעלותם ישמשו להשכרה כחלק ממאגר דירות לפרק זמן של למעלה ממחצית השנה, בהתאם לעקרונות הגמישים שנקבעו בפסק הדין בעליון. נניח הקימה מאגר דירות להשכרה הפנויות להשכרה למשך כל ימות השנה, ולשם כך נשכר איש תחזוקה העומד לרשות העותרים ומטפל בבעיות השוטפות. הדירות נרכשו לשם השקעה ואיש מן העותרים אינו מתגורר באיזו מן הדירות. בהיעדר כל הוראה אחרת, הסתמכו בעלי הדירות באופן סביר על העקרונות הקבועים בפסק הדין. מאגר דירות להשכרה רחוק מרחק רב מהקמת המלון הנדרשת במתווה העדכני, ויכולתם של בעלי הדירות ליהנות מהפירות על השקעתם הוגבלה באמצעות תניות המתווה השונות (כגון הגבלת המקסימום על השכירות) אפילו יוציא לא בחן האם המתווה ישים כלכלית או תכנונית. הימנעות מבחינת פן זה יש בה כדי להביא לבטלות המעשה המנהלי כולו (עמ' 76 לפרוטוקול). אילו ניתנה לעותרים אפשרות להשכיר את דירתם בכל דרך שהיא הייתה נחסכת הפגיעה הקניינית הנגרמת לרוכשי הדירות שזכות הבעלות בדירת הנופש למעשה נלקחת מהם.

לתמיכת טענותיהם הציגו העותרים שתי חוות דעת של מומחים; רעיה בוינובר ואריה ליס שמחוות דעתם עולה שהמתווה אינו ישים בשל שונות שבין הדירות, מתחם המרינה הוא מיזם שאי אפשר להשוותו לכל מיזם אחר בישראל. מימוש המתווה שהוא דרקוני יפגע בהיתכנות הכלכלית שלו. נקיטת חלופה כגון השכרה עצמית תבטיח תשואה כלכלית.

חוסר סבירות וחוסר מידתיות - חוסר הישימות של המתווה נובעת מכך שאין כל תקדים שניתן ללמוד ממנו (אף מומחה המשיבות הסכים כי אין בעולם אח ורע למתווה זה)<sup>9</sup>; אין בנמצא חברות ניהול העומדות באמות המידה הקבועות בו; ריבוי הבעלויות בדירות הנופש; העמסת עלויות כבדות על בעלי הדירות מעבר להוצאות הכרוכות ממילא באחזקת דירות נופש; המתווה אינו מותאם לשונות הגבוהה שבין הדירות השונות - גודלן, מיקומן, ריהוטן - פרמטרים המשפיעים במדיה רבה מאוד על ביקושה של יחידת דיור כיחידת נופש; אין כל מקור חוקי למגבלת המקסימום, למעט הסברו של יוציא כי לאחר שלוש חודשים השהות הופכת למגורי קבע (פרוטוקול עמ' 124). כל עניינה של הוראת חוק זו הוא הניסיון למנוע מהבעלים לשהות בדירתם ולאכופ את המתווה; יוציא וסמנכ"ל משרד התיירות לא הצביעו על צפי ביקוש המצדיק את כפיית ההוראה בדבר תשעה חודשי השכרה. אדרבה, הצפי של משרד התיירות היה נמוך בהרבה מהתחזיות הצפויות. בוינובר העידה שהשכרה באמצעות מספר חברות ניהול אינה טובה אף היא ותפגע ברווחיות הדירות (זו בעיה להחזיק מספר חברות ניהול על אותו בניין); משרד התיירות לעולם אינו מתערב במחיר אותו קובעים המלונות השונים, גם בתקופות בהם ישנם חדרים ריקים;

<sup>9</sup> עמ' 205, 67-68 לפרוטוקול

סבירות המתווה אינה נובעת רק משאלת ענייניות השיקולים שנשקלו במסגרת קבלת ההחלטה, אלא נבחנת על פי האיזון הנכון הראוי להיות בין השיקולים הענייניים הקיימים - "אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת" [משפט מנהלי כרך ב', דפנה ברק ארז עמ' 725, [עת"מ 16943-09-12](#) ו.ס.ג. נ' משרד הפנים-ועדת ילדי זרים [פורסם בנבו]]. ההימור על מתווה ניסיוני וסופו כמעט בוודאות להיכשל ולהפוך ל"פיל לבן" הוא בלתי סביר באופן קיצוני. כלל פעולות הוועדה המקומית וראש העיר דאז יעל גרמן נועדו לשם רדיפת בעלי הדירות, בבחינת "ייקוב הדין את ההר", מאחר שבעלי הדירות שרכשו זכויותיהם נתפסים כעבריינים בכוח ובפועל, שנדרש פיקוח מלא בדרכים מדרכים שונות, פיקוח מקוון ובאמצעות פקחים אודות כניסותיהם ויציאותיהם מהדירות אשר מהוות קניינם הפרטי וכל זאת רק כדי להבטיח שהם לא מפרים את הוראות המתווה.

נוקשות המתווה מוקשה עוד יותר לאור הסתירות שהתגלעו בין עמדותיהם של הוועדה המקומית לעמדתו של היועץ המשפטי של משרד התיירות (סתירות שקיבלו ביטוי בדיון הפנימי בוועדה המקומית מיום 14.11.2011 עמ' 127- צורף כנספח ב' להודעת המשיבות מיום 06.02.2012).

מאז אישור המתווה המעודכן חלו שינויים רבים ובראשם החלפה של ראש העיר ומועצת העיר, וייתכן שניתן יהיה להגיע עימם לפתרון מוסכם בדרכי שלום. לטענת העותרים, גורמים חלופיים אלו מצרים על כך שהדבר לא הגיע לכדי חשיבה מחודשת.

הוועדה המקומית אימצה מתווה בלתי סביר הנשען באופן בלעדי על שיקול "ניצול משאב הטבע", תוך התעלמות משיקולים רלוונטיים אחרים כגון שיקולי קניין, תכנון, ישימות כלכלית, ישימות מעשית וכד', כמפורט להלן-

גם המומחה מטעם המשיבים יוציא העיד שאינו מכיר חברת ניהול העומדת בדרישות המתווה המתוקן (עמ' 96 לפרוטוקול), וכך גם כתב מנכ"ל מלונות פתאל, שבנסיונות פרויקט המרינה לא תימצא חברת ניהול שתסכים להתמודד עם דרישותיו הדרקוניות של המתווה.

הדרישה לפיה על חברת הניהול לעסוק רק בניהולן של יחידות דיור דומות לדירות המרינה אינה דרישה עניינית ומערימה קשיים נוספים שלא לצורך על האפשרות למצוא חברת ניהול מתאימה.

שלושת המומחים הסכימו כי פרויקט המרינה הינו ייחודי בתחומו. עיקר השוני נובע ממבנה הבעלות במרינה- כל דירה מצויה בבעלות פרטית שונה (להבדיל ממתקנים מלונאים המוחזקים בכללותם בידי החברה המלונאית או חברת הניהול). השוני בין הדירות בגודלן ומאפייניהן אינו מאפשר התאמה לתקנים הפיזיים והתכנוניים המהווים בסיס להפעלתו של אכסון מלונאי מיוחד, תקנים שנקבעו בחוזר מנכ"ל משרד התיירות (ולשם המחשה, במגדלי המרינה רק 21% מסך הדירות הן בגודל שנקבע ע"י משרד התיירות כגודל מקסימלי, יתר הדירות הן גדולות מאוד במושגים מלונאיים). יודגש, כי הקושי הנטען אינו לגבי עצם השכרת הדירה אלא לעניין השכרת יחידות שונות בידי גוף ניהולי אחד שאינו משווק את הדירות באופן פרטני וייחודי ויש לו עלויות והוצאות נוספות. אף מומחה המשיבות הצהיר כי השוני בין הדירות וגודלן הרב מכביד ומסבך את עבודתה של חברת הניהול- מכירת יחידה תיעשה באופן ספציפי ללא אפשרות החלפה בין הדירות השונות (שלא כמו

מלון) ומאחר שאין תשתית מרכזית יהיה קשה לתמחר את התקורות השונות הנובעות מההשכרה (ניקיון, חשמל וכד'). ישימות הפעלתו של מתחם ייחודי זה על כל השונות המצויה בו לא נבחנה ע"י מומחה המשיבות, ומומחי העותרים העידו שהדבר בלתי אפשרי. במצב זה של ריבוי בעלים המחזיקים בדירות שונות ישנה חשיבות מכרעת לאופן ו"תיעדוף" השכרת הדירות בהתאם לביקושים השונים וקביעת המחיר היחסי לכל דירה, ולדבר יש השלכות מרחיקות אודות התשואה המופקת מכל דירה. ניהול בהתאם למתווה יפגע בחלוקת רווחים עפ"י נוסחה הוגנת שתהא מקובלת על כל בעלי הדירות- ישנו קושי מובנה שמונע יצירת "מפתח" נכון לחלוקת הרווחים ונטל ההוצאות- בעיות של תיעדוף דירות מסוימות להשכרה; בעיות של חלוקת הוצאות תפעוליות; מי יישא בהוצאות הפעלתן של דירות גדולות שיכולת ההשכרה שלהן נמוכה יותר וכדומה. חברת הניהול תצטרך להתמודד עם גחמותיהם השונות של כל בעלי הדירות, שניסיון העבר מלמד שלא ניתן "לנטרל" אותן. כאמור, בעיות שונות אלו עלולות להביא לשיתוק ולכבילת ידיה של חברת הניהול, לזילות הדירות וכתוצאה מכך אף לפגיעה באינטרס הציבורי בכללותו לקיומן של דירות נופש מגוונות ומתוחזקות במתחם המרינה.

החלופות השונות לעמידה בהוראות המתווה שהוצעו ע"י מומחה הוועדה המקומית אינן רלוונטיות. החלופה הראשונה, לפיה חברת הניהול תשכור מבעלי הדירות את הדירות ותיקח על עצמה את הסיכון העסקי הכרוך בהשכרתה אינה רלוונטית משום שאף על פי חוות דעתו של יוציס ככל הנראה לא תימצא חברת ניהול שתהיה מוכנה לקחת על עצמה את הסיכון העסקי הכרוך בהפעלת הדירות.

החלופה השנייה היא ששכרה של חברת הניהול יהיה דמי ניהול בלבד. בשיטת ניהול זו, המכונה +COST, יהיה צורך לציין במפורש היאך תתבצע חלוקת הרווחים, באחת משלוש הדרכים הבאות- חלוקת כל הרווחים עפ"י שיטת ניקוד מסוימת- בשיטה זו אין קשר ישיר בין תרומת הדירה להכנסות בפועל לבין חלקה ברווחים; חלוקת הרווחים (בניכוי הוצאות שונות) בהתאם להכנסות שהפיקה כל אחת מן הדירות- יפגע בדירות שהביקוש להן יהיה נמוך; שיטת ניקוד שמשלבת בין שתי השיטות הראשונות.

הקושי בשיטה זו הוא שלא ניתן לקבוע שיטת ניקוד ראויה ומוסכמת שתחזיק לאורך זמן. שני המומחים מטעם העותרים העידו כי לא ניתן לפתח שיטת ניקוד ראויה והוגנת לאור השונות הרבה שבין הדירות, כיוון ששיקולי השיווק של חברת הניהול יהיו שונים משיקוליו של אדם פרטי המשווק את דירתו לבד. שיטות אלו מעולם לא יושמו בניהול פרויקטים הדומים לפרויקט המרינה. כמו כן, בשיטה זו בה חברת הניהול מקבלת דמי ניהול קבועים, אין לה תמריץ לפעול להשכרת הדירות. מומחה הוועדה המקומית הציע שבעיית גודלן של הדירות הגדולות תיפתר אם ישכירו אותן כדירות קטנות (ולמשל ינעלו חלק מן החדרים), אך הבעיה בפתרון זה היא שההכנסות מדירה כזו יכולות להיות נמוכות מן ההוצאות על הדירה (התקורות של דירה גדולה יקרות יותר). בית המשפט העליון והמחוזי פטרו באופן מפורש את בעלי הדירות מהצורך בעריכת שינויים פיסיים בדירות, לרבות לשם האחדה ביניהן ושיפור נוחות אחזקתן, ובעלי הדירות הסתמכו על קביעה זו. תניית המתווה הקובעת כי בעלי הדירות יחויבו לשנות את מנעולי דירותיהם מנוגדת לקביעה זו.

גודלן של הדירות במתחם המרינה מגוון מאוד ונע בין 60 מ"ר ל-340 מ"ר, ואף עיצוב הפנים והריהוט שונים מאוד. לגורמים אלו ישנה השפעה מכרעת על מחיר ההשכרה. חברת ניהול חיצונית או מספר חברות כאלו יתקשו בניהול של מאגר דירות כה מגוון ושונה, שכן שיווק והשכרה מניבי רווח יצריכו מאמצים לוגיסטיים פרטניים שונים וקהל יעד שונה לכל דירה ודירה. חברת ניהול שתמומן באמצעות עמלת שירותי ניהול כוללת תהא חסרה תמריץ אמיתי להשקיע את המשאבים הדרושים לצורך התאמת הדירות להשכרה. הפער המובנה בין דירות שקל לשווקן לדירות "קשות" לשיווק יוביל לפער בתפוסת הדירות ולכך שקניין פרטי אחד יממן את משנהו בעלויות חברת הניהול, על חשבון הבלאי וירידת הערך של הקניין המממן.

קיומו של גורם ניהולי אחד שכאמור יתקשה לעשות את ההבחנה בין הדירות השונות יגרום למעשה אף לפגיעה באינטרס הציבורי, שכן העמדת מקבץ דירות להשכרה "בכל דרך שהיא" תגרום לכך שהדירות הלכה למעשה יישארו ריקות 'על מזבח תמריצי חברת הניהול'.

לחילופין, אם לא יהיה מימון צולב, דירות מסוימות פשוט לא תושכרנה בעוד בעליהן משלמים עבורן דמי ניהול חודשיים ללא קבלת תמורה כלשהי.

כאמור בחוות דעתו של המומחה מטעם העותרים הראשונים, שיטת הניקוד היחסי לא תאיין את מגבלותיה של חברת ניהול חיצונית. הנוסחה המתאימה לאיזון של ניקוד הדירות השונות על כל מרכיביהן מורכבת ממספר רב של פרמטרים וסופה להיכשל בשל תחושות קיפוח של חלק מן הנוגעים בדבר. אף המומחה מטעם העירייה הודה כי ההבדל בגודלן ובאופיין של הדירות יקשה על קביעת התקורות השונות (ניקיון, מים, מיזוג אוויר וכד'), וכן כי אין פרויקט דומה בארץ או בעולם. מומחה העירייה נמנע מלנקוט בשמות החברות שלטענתו הסכימו לנהל את פרויקט המרינה אם ולכשתינתן החלטה שיפוטית מתאימה, וטען כי הוא אינו מכיר חברה קיימת הפועלת בישראל ועונה על דרישות המתווה. טענות אלו מהוות הסכמה לתיאורטיות ולאי הישימות של המתווה.

ניהול חיצוני של מאגר דירות מגוון שאינו עולה בקנה אחד עם התקנים הפיזיים של משרד התיירות יהיה לא יעיל כלכלית עבור העותרים.

תוצאה של יישום הוראות המתווה ומאפייני הדירות היא שכירת חברת ניהול בשיטת COST+ (עלויות + אחוז מהרווח), מכיוון חברת ניהול לא תרצה לשכור מהדיירים את הדירות ולהשכיר בעצמה, על כל ההוצאות הכרוכות בכך. תוצאה הכרחית זו פירושה למעשה עמלת ניהול ועמלת שיווק קבועות לחברות הניהול בתוספת אחוזים מהרווח, בעוד שבעלות ההוצאות והאחזקה השונות וההפסדים (אם ישנם) נושאים בעלי הדירות. במצב דברים זה, נוצר חשש אצל העותרים כי הם יאלצו לממן את הפסדי חברת הניהול מידי חודש בחודשו, ללא קבלת כל תמורה ממשית ותוך הפיכת הנכס מנכס מניב לנטל הגורם הוצאות בלבד. מומחה העירייה התעלם משאלת ההיתכנות הכלכלית של העמדת דירות הנופש לניהול ע"י גורם חיצוני, או את הסיכוי להשכרת קבוצת הדירות הגדולות ששטחן גדול מ-100 מ"ר ברוטו (המהוות למשל 30% מכמות הדירות בפרויקט האי, דירות

הענק מעל 200 מ"ר מהוות כ-12% מפרויקט זה). מבנה המתווה אינו מתאים לדירות ענק שלא יושכרו בכלל או שיושכרו במחיר של דירה ריקה ויצאו בהפסד על ההוצאות.

העותרים מוחים על הסקת גודל הדירות מנתוני הארנונה. גודל הדירות גדול מהגודל שהוסק ע"י המשיבות מנתוני הארנונה אך נתונים אלו חסרים שכן בהרצליה אין גבייה של ארנונה על שטחי שירות שונים (כגון מרפסות או שטחי נופש נוספים הרלוונטיים ביותר לדירות נופש באשר הן, העותרים מנסים להראות שגודל הדירות גדול מהנטען ע"י המשיבות ולכן יקשה להשכירן. לעומתם, מומחה המשיבות טען שהעותרים ניסו להגדיל באופן פיקטיבי את גודל הדירות באמצעות הצמדה של חלק יחסי בשטחים המשותפים כגון בריכה, מדרגות וכו'). בסופו של דבר הובהר מהחקירה כי הפער בגודל הדירות בין מומחה העותרים הראשונים למומחה המשיבות נובע בסה"כ מהפער בין הברוטו לנטו (בממוצע, הברוטו גדול בכ-30% מהנטו).

לטענת העותרים, תחשיבו של המומחה מטעם המשיבות לעניין עלויות חברת הניהול לקוי- לטענת מומחה המשיבות, עלות חברת הניהול כוללת בתוכה מיניה וביה את עלויות השיווק ולכן אין לחשבם באופן נפרד. לעומתו, מומחה העותרים הראשונים פירט את תחשיביהן של חברות הניהול- עלות ניהול בגובה 5% בתוספת עלות שיווק של כ-3%, וכן 10% מהרווח התפעולי אם ישנו, ועל כל אלו מתווספות הוצאות מס שונות כמע"מ ומס הכנסה (הרכב חברות הניהול- נספח 33 לסיכומי העותרים).

בסופו של יום, הסיכון הכלכלי רובץ לפתחם של העותרים, כ"עונש" על בחירתם לקנות את דירות הנופש במתחם המרינה. טענת מומחה המשיבות כי דירות הנופש נקנו במחיר זול יחסית אינה רלוונטית ואף לא הוכחה כדבעי, ולא הוצגה חוות דעת שמאית לתמיכה בטענה זו

מיום מתן פסק בית המשפט העליון, גדל באופן משמעותי ענף התיירות והמלונאות בהרצליה ובאזור ובכלל זה מצאי יחידות הנופש במתחם המרינה (ישנן כארבע מאות יחידות מלונאיות שהוספו לאחר מתן פסק בית המשפט העליון). נוסף על החדרים הקיימים, עתידים להיפתח עוד שני מלונות נוספים- ריץ' קרלטון (שלדעתו כבר נפתח) עם למעלה מ-190 חדרים ומלון "הרודס" עם כמאתיים חדרים. כמו כן קיימת תכנית להכפלת מלאי החדרים במלון הסמוך למרינה "דן אכדיה". (לעניין מספר החדרים, טוענים העותרים הראשונים כי חוות דעתו הלא- מעודכנת של המומחה מטעמם ניתנה מכיוון שלא הייתה לו גישה ישירה להחלטות הועדה המקומית.

מגוון הדירות השונות, על גודליהן ועל מאפייניהן השונים, אינו מתאים למתווה הדווקני המוצע ע"י הועדה המקומית, הקובעת ניהול שווה של חברת ניהול חיצונית ללא התחשבות מתאימה בבעלי הדירות השונים- תושבי הארץ/ תושבי חוץ; דתיים/ חילוניים; פרטיים/ חברות וכו'. המתווה למעשה מדיר את ציבור שומרי הכשרות ממתחם המרינה שכן הם לא יוכלו לבחור את השוכרים המתאימים להם כאוות נפשם, וזאת לאור רצונם לפעול בהתאם להוראות פסק הדין ולפתוח את הדירות לציבור הרחב, אולם מתווה הדווקני זה אינו מתחייב כדי להגשים תכלית ראויה ויכול שאינו ראוי מבחינת מנהל תקין וכיבוד של זכויות אדם והזכות לחופש דת.

יישומו של המתווה הדווקני המוצע ע"י המשיבות ימנע מהעותרים ליישם את פסק בית המשפט העליון בהתאם למציאות המתגבשת. תכלית דירות הנופש תאויין והן עלולות אף להפוך לבלתי רלוונטיות במתחם המרינה, וזאת דווקא בשל מתווה העירייה.

הסטטיסטיקה המוצגת בתצהירו של מנכ"ל משרד התיירות הצופה גידול משמעותי בתיירות אינה מציאותית, ומומחה העותרים הראשונים העיד לעניין זה.

מצב הדברים הרגיל הינו קביעת מציאות כגון קהלי יעד רלוונטיים ולאחר מכן התאמת השוק אליה. במתחם המרינה, מתווה העירייה יוצר מצב הפוך- שקודם ישנה מציאות "שוקית" ולאחר מכן מחפשים לה קהל יעד.

כאמור בפס"ד "חוף הכרמל", נדחתה הבקשה להטיל מגבלות קנייניות בשאלת הבעלות על דירות נופש האמורות לעמוד להשכרה לציבור הרחב. השופט דורנר ערכה את האיזון המתבקש בין הזכויות הקנייניות בנכסים לבין מימוש האינטרס הציבורי הכרוך בהן וצירופן ל"מאגר דירות להשכרה" לצורך הגשמת תכליתן, תכלית שאינה מצדיקה פגיעה בבעלות הפרטית בדירות אלו. לטענת העותרים, פרוקציה שראתה לנגד עיניה את פסק הדין הזה בוודאי לא התכוונה להגביל את זכויות רוכשי הדירות באופן קיצוני כל כך על ידי נטילת החזקה בכפייה. פרוקציה קבעה שלוש עקרונות מרכזיים בהם צריך המתווה לעמוד- עקרון זמינות דירות הנופש לציבור הרחב; עקרון הגמישות באופן העמדת הדירות להשכרה 'בכל דרך שהיא'; מרבית ימות השנה.

בהתאם למתווה, העמדת דירות הנופש לציבור למשך 'מרבית ימות השנה' משמעה תקופת זמן של תשעה חודשים- 'גזילת' הדירה באמצעות המתווה למשך תקופת זמן של תשעה חודשים אינה שונה מניסיונה של 'אדם טבע ודין' למנוע בעלות פרטית בדירות בפרשת חוף הכרמל, ניסיון שכאמור נדחה בפסק דינה של השופטת דורנר. 'חזקה' הינה זכות קניינית והיעדר חזקה לתקופת זמן ארוכה כל כך משמעה פגיעה מהותית בזכות הבעלות של רוכשי הדירות. על פי המבחן התלת ראשי בפסקת ההגבלה, פגיעה קניינית זו בזכויותיהם של רוכשי הדירות הינה פגיעה בלתי מידתית לצורך הגשמת התכלית. במקרה המרינה "התכלית" כשלעצמה אינה ראויה ונועדה אך ורק לצורך פיקוח ואכיפה שנועד להתמודד עם כוונת רוכשי הדירות להפר את פסק הדין (לכאורה). קשיי פיקוח למיניהם לא מהווים הצדקה מספקת לפגיעה בבעלות הפרטית או הגבלתה הקיצונית כפי שנעשה במתווה זה.

קיומו של המתווה המוצע יפגע באינטרס הציבורי. המתווה אינו יעיל כלכלית, וההוצאות יהפכו להפסד ולגירעון כלכלי<sup>10</sup> מצטבר מידי חודש בחודשו עד להפיכת המתחם ל"שמה ועזובה", בשלבים שונים- בשלב הראשון הדירות הגדולות יעמדו ריקות ו"יממנו" את הדירות הקטנות, ובשלב השני תגברנה טענות הקיפוח בין הדיירים ובינם לבין חברת הניהול על רקע שונות בלתי ניתנת לגישור בשיטת מפתח יחסי, עד למצב שבו ההוצאות הקבועות יצטברו לגירעון כללי הולך וגדל מידי חודש בחודשו עד לקריסה סופית של המתחם. כפיית התנהלות מסוימת שאינה תואמת את מאפייניו הייחודיים של מקום מסוים הובילה במקרים שונים לקיומם של מתחמים ריקים, כפי שקרה בעין

<sup>10</sup> מכתבו של מנהל רשת מלונות פתאל (נספח 47 לעתירה) תומך בטענה כי המתווה אינו כלכלי.

חמד וב"כפר הים" בחדרה, ובמלון "חוות הברון" ובמלון "סונסטה" באילת ראה עדות בווינובר עמ' 404,414). שינוי מאוחר של המתווה (לאחר שנתיים ניסיון למשל) ייתקל בבחינת בעלי נכסים ובליוי תובענה נזיקית ייצוגית כלפי העירייה. המתווה הנ"ל אינו יקדם במאומה את מטרות פסק הדין ומאיך יפגע באופן כלכלי בלתי הפיך ברוכשי הדירות.

יוצא הודה כי יחידות הדירור שנבנו בהיתרים וברשות אינם תואמים את הסטנדרטים הפיזיים של דירות הנופש, והפרויקט כולו נעדר אלמנטים מלונאים חיוניים כגון שטחי ציבור, שטחי שירות, משרדי קבלה וכו' (עמ' 45-46 לפרוטוקול).

אין כל אסמכתא לקביעת הועדה המקומית כי "מרבית ימות השנה" הם תשעה חודשים. הקביעה הראויה היא כי פירושו הפשוט של הביטוי "מרבית ימות השנה" הוא מחצית השנה ועוד יום.

המתווה כופה התנהלות של חברת ניהול בשיטת COST+ למרות שהתנהלות כזו אינה כלכלית לבעלי הדירות- החברה החיצונית תרוויח בכל מקרה בעוד ההפסדים יושתו על בעלי הדירות. קיומן של מספר חברת ניהול שונות אינו אפשרי ואינו כלכלי, ובכל מקרה מצב בו ישנן חברות ניהול שונות אינו שונה באופן מהותי מהמצב הנוכחי בו כל בעל דירה משכיר את דירתו כאוות

הגבלת תקופת ההשכרה הרציפה לשלושה חודשים לכל שוכר הינה הגבלה שאינה סבירה באופן קיצוני ואין לה כל הצדקה "מלונאית" או אחרת, מה גם שהגבלה זו לא נדרשה בקביעותו האופרטיביות של בית המשפט העליון בפסק דין "אי התכלת". (יוצא העיד כי הוא לא מכיר שום מגבלת מקסימום כזו באף בית מלון- עמ' 108) הגבלה כזו תפגע באופן קשה בפרוטנציאל ההשכרה הייחודי של דירות אלו. בהיותן יחידות מלונאיות גדולות יחסית, דירות אלו מספקות צורך ייחודי ומבוקש לנופש שונה מהנופש המוצע ע"י בתי המלון הקלאסיים המכוונים לקהל נופשים לו מתאים נופש קצר טווח. דירות אלו יכולות לשמש לתיירות מרפא; תיירות לעונות שלמות; אזרחים זרים הבאים לתקופות עבודה קצרות- "רילוקיישן" ועוד כהנה וכהנה.

אין מקום להגבלת המקסימום הרנדומאלית של שלושה חודשים לשוכר, שכן לעיתים ישנם תיירים הבאים לארץ לעונות שלמות ואין מקום להגביל אותם לשכירת דירת מגורים דווקא. מניעת שכירת הדירות לתקופות זמן ארוכות יותר יכולה אף היא לשיממון המקום עד כדי בריחת תיירים ממנו, ומצב דברים זה אף עלול לפגוע בחברת הניהול הקיימת כיום בפרויקט האוקיינוס המנהלת כ-30% מהדירות בפרויקט.

הגבלת מקסימום זו תציב את דירות הנופש במתחם המרינה בעמדת נחיתות אל מול המלונות הרבים הקיימים באזור.

המתווה הכפוי יפגע בחברת הניהול "האוקיינוס" המנהלת בהצלחה כ-30% מהדירות בפרויקט, וכן לפגוע ב-85% מפרויקט "האיי" המקיימים את פסק הדין בעליון באמצעות השכרת דירותיהם באמצעים שונים (פרסום אינטרנטי, מתווכים, חברות ניהול נדל"ן) וכו'.

לחברת הניהול שתפעל המתחם המרינה יהיה מונופול על השכרת דירות הנופש באזור, ומונופול זה יוביל לעליית מחירים משמעותית בה יישאו בעלי הדירות והציבור הרחב. מונופול זה יקום כנגד כוחות השוק החופשיים האחרים הפועלים באזור (מלוונות וכד').

העותרים הציעו חלופה למתווה הועדה המקומית,<sup>11</sup> ולפיו כל בעלי הדירות מתחייבים להשכיר את דירתם באמצעות גורם זה או אחר (אם באופן עצמאי באמצעות האינטרנט ואם באמצעותם של משרדי תיווך או חברות ניהול שונות) ע"י העמדתן לציבור באופן ישיר,<sup>12</sup> בפרסום ישיר ותוך דיווח לחברת ניהול שתרכז את המעקב ואת התיאום תוך שמירה על צביונה הייחודי של כל דירה (כשרות, חפצים מיוחדים וכדוי') וקביעת מחיר מוסכם ריאלי (ע"מ שלא תסוכל אפשרות ההשכרה לציבור הרחב באמצעות הפקעת מחירים). מומחה העירייה לא נתן תשובה עניינית (להוציא אכיפתית) מדוע המתווה החלופי המוצע אינו מספיק למילוי הוראות פסק בית המשפט העליון. בשורה התחתונה, ניתן לקיים את הוראות פסק הדין עם חלופה פוגענית פחות.

ברור שאין מקום לקבוע כי כל רוכש דירה יפעל ככל העולה על רוחו, אך העותרים לא ביקשו תוצאה מעין זו, אלא חלופה פוגענית פחות שתבטיח את אכיפת הקביעות שנפסקו בפסק בית המשפט העליון.

בעת חתימה על הסכם המכר, רוכשי הדירות ראו לנגד עיניהם רק את פסק הדין בעליון על העקרונות שנקבעו בו ולא את המתווה הדרקוני של המשיבה, ולכן לא ניתן לומר כי הם רכשו את הדירה בודעין או שהייתה להם טעות בכדאיות עסקה.

על מנת להבטיח כי החזקה בדירות הנופש תינתן לחברות הניהול למשך מרבית ימות השנה, ולהן בלבד, נקבע במתווה שמנעולי הדירות יוחלפו במנעולים מקודדים אלקטרונית או מכנית לצורך פתיחת הדלתות וקיום בקרת כניסה. קביעה זו מנוגדת להוראת בית המשפט המחוזי שקבע כי לא ניתן לחייב את בעלי הדירות בעריכת שינויים פיסיים. הפקעת מפתחות הדירה מבעליה משמעה פגיעה קניינית קיצונית בלתי סבירה. הזכות להחזקת מפתח לדירה המצויה בבעלותו של מאן דהוא הינה זכות קניינית מן המדרגה הראשונה.

לא הוצעה ע"י המשיבות אף חברת ניהול שתהיה מוכנה לפעול בתנאים שנקבעו במתווה העדכני.

המתווה יוצר נתק מוחלט בין רוכשי הדירות לבין קניינם- דירות הנופש. חברת הניהול היא הקובעת את תעריפי ההשכרה המלוונאית; היא האחראית הבלעדית לשיווק; היא האחראית באופן בלעדי להתקשרות עם השוכרים השונים; היא תהיה אחראית באופן בלעדי להשכרת דירות הנופש ולגביית התשלום עבורן; היא תהיה אחראית לתחזוקת הדירות. בעלותם של רוכשי הדירות בדירות הנופש אינה דומה לבעלות במניות חברה המחזיקה מלון דירות, אלא זכות קניינית מן המדרגה הראשונה. לפיכך, יש לקבוע כי בעלי הדירות רשאים לקבוע את מחירי ההשכרה ואת זהות השוכרים על פי דרישותיהם המיוחדות.

<sup>11</sup> המתווה החלופי צורף כנספח 5 לסיכומי העותרים בעתירה הראשונה.

<sup>12</sup> מומחה העירייה העיד כי השכרה עצמית אפשרית.

מסירת הדירות לחברת הניהול עפ"י המתווה פירושה הפקעה מלאה של הדירות מידי בעליהן. החל ממסירת המפתחות לחברת הניהול נשללת לחלוטין זכותו של רוכש דירה כלשהו לפעול בדירתו כראות עיניו- שמירה תחזוקה ופיקוח; קיבעת זהות השוכרים ומחירי ההשכרה; אופן ההתקשרות עם האורחים ועוד כהנה וכהנה.

רשות מנהלית שמפעילה את סמכויותיה נדרשת לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים ולערוך איזון ביניהם, רוצה לומר מבחן כפול- שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ומתן משקל ראוי לכל שיקול ושיקול. בענייננו, הועדה המקומית שקלה אך ורק את שיקול האכיפה, הא ותו לא. בשימוע ובדיוני הועדה לא ניכר כי הרשות שקלה את זכויות הפרט של רוכשי הדירות. לא היה כל ניסיון להימנע מפגיעה בהם, פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש. כמו כן, לא נשקלה ישימותו של המתווה, במרום בו ישנן דירות שונות בתכלית זו מזו בכלל מאפייניהן.

בעלי הדירות יהיו "שבויים" בידי חברות הניהול הספורות שיבחרו להיכנס לתחום. כל חברת ניהול שתכנס לפרויקט המרינה תבקש לבטח את עצמה ולהבטיח את שכרה על חשבון בעלי הדירות, שלא תשאיר להן ברירה אלא להתכופף תחת דרישותיה של חברת הניהול.

במתווה נקבע כי חברת הניהול תנהל מרשם מדויק אודות שמות הנופשים, וזאת לצורכי בקרה ומעקב, תוך פגיעה בפרטיות הנופשים. התלבטות בעניין זה עמדה לפני הועדה המקומית והוכרעה עוד בטרם נערך השימוע ונשמעו טענות העותרים. לא ניתן היה במהלך אותו שימוע או בדיון הפנימי שנערך אחריו להשמיע דעה הסותרת קביעה זו. (העותרים רחל כץ ואח' בעלי דירות הנופש ברחוב הצדף 3 צירפו לסיכומיהם פרוטוקול מדיון שנערך בוועדה המקומית ובו הופסקה ההקלטה ברגע שנטען שזו תהיה פגיעה בפרטיות- עמ' 10 לסיכומים אלו).

#### *מציאות כלכלית הפסדית שתוביל לכישלון פרויקט המרינה*

יוציס קבע ארבעה פרמטרים הקובעים את תשואת בעלי הדירות- יעילות תפעולית- יחס בין הוצאות תפעול להכנסות מהשכרה; רמת ההכנסות שתושג ע"י איזון נכון בין הביקוש לתפוסה ע"מ להגיע להכנסה מרבית לאורך זמן; שמירה על הנכס ותחזוקתו; שביעות רצון האורחים. לטענת העותרים, המתווה המוצע כושל בכל ארבעת הפרמטרים. ריבוי הבעלים ואופיין השונה של הדירות יקשה על חברת הניהול לתמרן את המחיר באופן נכון ומבלי לפגוע באופן שרירותי בהכנסותיהם של בעלי הדירות הגדולות. תשואה נמוכה תביא לתחזוקה נמוכה ובסופו של דבר לקריסת הפרויקט. הפתרון לבעיות אלו הוא השכרה אישית. השכרה אישית תאפשר גמישות שתגדיל את סחירות הדירות, והתרשמות בלתי אמצעית של בעלי הדירות מהשוכרים תאפשר להם גמישות ביישום הקריטריונים ומקסום התשואה בגין השכרת הדירות (ולמשל בעל דירה שאינו מעוניין שבדירתו יהיו ילדים יוכל להתגמש על דרישה זו כשיפגוש שוכרים מסוימים).

לא ניתן לבצע "ניסוי" ולאחר מכן להשיב את הגלגל אחורנית שכן אם יוקרתו של הפרויקט תיפגע שוב לא יהיה לה תקנה. כיום קיים שוק השכרות משגשג במתחם המרינה וכפיית המתווה תמוטט אותו. אף חברת הניהול הקיימת טענה כי המתווה המוצע אינו הולם את אופיו הייחודי של המתחם

ואינו ישים לאור השונות הגדולה בין בעלי הדירות, היעדרם של שטחי שירות ציבור ושירותים מינימליים ולאור העבודה כי הדירות שונות זו מזו בפן הפיזי ובאבזור והריהוט שלהן.

המתווה מחייב התקשרות עם חברות ניהול מלונאיות שאינן בנמצא וספק אם יוקמו בשל היעדר כדאיות כלכלית. מעדויות המומחים עולה כי כיום אין בנמצא חברת ניהול שתהיה מוכנה לקחת על עצמה את ניהול הפרויקט בהתאם לעקרונות המתווה החדש, לא כל שכן כשנדרשות מספר חברות ניהול לצורך השכרתן של 500 יח"ד במתחם. יוצא סירב למסור את המקורות לקביעתו כי ישנם "גורמים רציניים" המוכנים לקחת על עצמם את ניהולו של הפרויקט, אולם במהלך עדותו בבית המשפט הודה כי לא תהיה חברת ניהול שתצא להכניס את הראש ל"מיטה החולה" שבסכסוך מתמשך עם בעלי הדירות על האינטרסים הנוגדים שלהם (עדות יוציס, עמ' 208). רעיה בוינובר העידה כי משיחותיה עם בעלי חברות ניהול שונות המנהלות סוויטות ומלונות דיוור שונים הם אינם מעוניינים בניהול פרויקט המרינה בשל הכשלים והקשיים המצויים במתחם (סעיף 33 לחוות דעתה). מומחה הועדה המקומית העיד כי אין הבדל אמתי בין מספר חברות ניהול לבין שיווק עצמי ע"י הבעלים, למעט בשאלת הבקרה והפיקוח (עדות יוציס בעמוד 85). המתווה נועד לשמש אמצעי פיקוח בידי הועדה המקומית. עפ"י עדותו של מומחה הועדה המקומית, המתווה נוצר לאור החשש שהשכרה נכפית על בעלי הדירות והם לא יקיימו את הוראות פסק הדין. הועדה המקומית רצתה לאיין מראש את אפשרויות ההפרה ולפיכך קבעה מתווה שלדעתה מונע באופן פני עתיד (פרואקטיבי) הפרות צפויות אלו.

הוראות המתווה יסכלו את השונות הייחודית של מתווה המרינה. שונות זו הופכת את מתחם המרינה לחלופה מבוקשת לאכסון מלונאי, והוראות המתווה יצרו את קהל היעד לו מתאים לשכור דירות נופש כאלה, שבעיקר מתאימות לנופש ארוך טווח. המשיבות מסכימות שאכן השכרה עצמאית היא הדרך הרווחית ביותר אך יוצאות מנקודת הנחה (שלא הוכחה) שפסק הדין אינו מקוים והדירות אינן מושכרות לציבור.

אפיונה המדוקדק של חברת הניהול מגביל את קשת החברות איתם יכולים היו רוכשי הדירות להתקשר בהסכמי ניהול. כל חברות הניהול המלונאיות שניהלו בעבר פרויקט של מלון דירות סירבו לנהל את הפרויקט במרינה. משום כך, חברת הניהול הנדרשת במתווה אינה בנמצא ולרוכשי הדירות לא תהיה האפשרות לפעול לפי המתווה אף אם ירצו בכך.

עפ"י המתווה, לוועדה המקומית תהיה גישה מקוונת תמידית למאגרי המידע של חברות הניהול, מאגר שבו יישמרו פרטיהם של האורחים בדירות הנופש. תניה זו פוגעת באופן חמור בזכות לפרטיות של הנופשים השונים, באופן קיצוני ובלתי סביר.

אין כל תקדים להתערבות במחירי השכרה של גוף מלונאי כלשהו. מגבלת המקסימום של שלושה חודשים לשוכר תפגע ביכולת בעלי הדירות להשכיר את דירתם, ונועדה לשרת אך ורק את מטרות האכיפה.

בריכת השחייה במתכונתה הנוכחית בפרויקט האי אינה מותאמת לדרישות המתווה (ולמשל השטחים שמסביב לבריכה קטנים מידי ואינם מותאמים לתקני משרד התיירות שדורש שהשטח יהיה גדול דיו להכיל 65% של תפוסה מלאה של המתחם, ודברים אלו יפים גם לעניין חדר הכושר, הספא ואזורים ציבוריים נוספים).

דרישות לא רלוונטיות בחוזר המנכ"ל מ-2009- דרישה שלא יותקנו מוני מים, חשמל וגז והחלת חוזר זה על מתחם המרינה מתעלמת מן העובדה שמונים כאלו הותקנו זה מכבר, חלקם עפ"י דרישת הרשויות, והתשלומים נגבים בנפרד בהתאמה; דרישה שלא תהיינה מערכות חימום וקירור נפרדות לכל דירה- בכל הדירות בפרויקט המרינה ישנן מערכות חימום וקירור; דרישה למתן היתר לאחסון ציוד אישי של בעל הדירה עד 5 מ"ר- דרישה מנותקת מהמציאות בהקשר לפרויקט המרינה.

לעומת זאת, חוזר זה קובע מספר עקרונות המתיישבים עם הקביעות בפסק הדין אך דווקא עקרונות אלו לא אומצו- השכרה באמצעות חברת ניהול או "בכל דרך שיבחרו", למשך מחצית השנה ועוד יום. בשאר הזמן בעל הדירה יוכל לשהות בדירתו.

#### טענות העותרים שהם רוכשים מוקדמים

הרוכשים המוקדמים הם בעלים של 31 יחידות דיור בפרויקט "האי" במתחם המרינה. עותרים אלו רכשו את דירתם לפני המועד הקובע ומשום כך הם אינם חבים בחובת השכרה. הדירות שנרכשו על ידם הינן "דירות מגורים" ולא "דירות נופש" אך המתווה המוצע פוגע בזכויותיהם.

העותרים רכשו בכסף מלא את זכויותיהם בדירות ובחלקים היחסיים ברכוש המשותף. בית המשפט העליון קבע מפורשות כי יש לנקוט באמות מידה גמישות במטרה להעמיד את דירות הנופש החבות בחובת ההשכרה לצורכי נופש לתקופה של למעלה ממחצית ימות השנה. ודוק, דירות הרוכשים החדשים חבות בהשכרה אך לא הרכוש המשותף.

הפגיעה ברוכשים המוקדמים היא במספר עניינים- המתווה היה צריך ליצור הגבלת מינימום לשכירות ולא מקסימום ע"מ להפחית עד כמה שניתן את הפגיעה בזכויותיהם (שוכרים קצרי טווח הם בעייתיים יותר משוכרים לתקופות ארוכות יותר והדברים ברורים); דרישת המתווה להתקשרות עם חברת ניהול אחת אינה ישימה ותפגע ברוכשים הישנים שלא לצורך; יישום המתווה יפגע בזכויות הרוכשים הישנים להשתמש בשטחים הציבוריים (כדוגמת בריכה, חדר כושר וספא).

המתווה התקבל ללא התחשבות בזכויותיהם של הרוכשים הישנים, ללא התחשבות בשונות הגבוהה במאפייני הדירות בפרויקטים השונים; בעיית השכרה של הדירות הגדולות; אי בחינת השלכות המתווה על המלוונות הקיימים באזור הרצליה. על הועדה המקומית מוטלת הייתה החובה ליישם את הוראות פסק הדין באמצעים פוגעניים פחות.

פסק בית המשפט העליון עיגן את זכויותיהם של הרוכשים המוקדמים שהסתמכו על אקט מנהלי באופן סביר ורכשו את זכויותיהם בטרם ניתן פסק הדין החלקי. לפיכך, יש להבחין בין חובת

ההשכרה לדירות הנופש שנרכשו לאחר המועד הקובע לבין הרכוש המשותף שהוא קניינם של הרוכשים הישנים. בית המשפט העליון קבע קשת גמישה של אפשרויות להשכרת הדירות, ואילו המתווה נוקשה ופוגע באופן בלתי סביר ובלתי מידתי בזכויותיהם של הרוכשים הישנים.

משמעותה של הגבלת המקסימום של שלושה חודשים פירושה הפיכת מתחמי המגורים של הרוכשים הישנים למלונות דה פקטו, בהם מתחלפים השוכרים הזמניים באופן תדיר ובלתי פוסק. טבעה של שכירות זמנית היא זו היא פגיעה בכללי השקט, הניקיון ותרבות הדיור ומהווה פגיעה קשה באיכות חייהם של הרוכשים הישנים. שיקול זה של מניעת הפגיעה הנובעת מהשכרה קצרת טווח באמצעות קביעת תקופת מינימום לא נשקל בכלל ע"י הוועדה המקומית (עדות יוציס, עמ' 91-90), וכל עניינה של מגבלת המקסימום הוא שיקולי אכיפה. מתווה נכון היה צריך להגמיש את מועדי ההשכרה, למנוע השכרה קצרת מועד ומאידך לעודד השכרה ארוכה, ולהעמיד את משך ההשכרה הנדרש על מחצית השנה ועוד יום. כמו כן, הדרישה להתקשר רק עם חברת ניהול אחת אינה ישימה ותפגע שא לצורך ברוכשים הישנים.

חברת הניהול תשית על הרוכשים הישנים, נוסף לעלויות הניהול והתחזוקה של הרכוש המשותף, את העלויות הנוספות הנדרשות להפיכת המתחם ל"בית מלון". חיוב העותרים בפנייה על חברת ניהול חיצונית יאפשר לחברת הניהול להציב דרישות דרקוניות ביודען כי בעלי הדירות החבים בהשכרה אינם יכולים לסרב.

הגברת בווינובר העידה (ועדותה לא נסתרה) כי השכרת הדירות בהתאם למתווה תפגע בזכויות הרוכשים המוקדמים בשטחי הבית המשותף, ובכלל זה סביב חדרי האשפה, המעליות והחניות.

טענות הוועדה המקומית והעירייה

הוראות תמ"א 13- חוף הים התיכון החלות על מתחם המרינה קובעות את הכלל כי לא תותר בנייה במרחק של 100 מטר מקו המים, ע"מ לשמר את משאב חוף הים הלאומי ייחודי לתועלת כלל הציבור. היוצא מכלל זה הוא בנייה לצורכי מלונאות ונופש המותרת עפ"י תמ"א זו, שכן מתקני מלונאות משרתים לבסוף את הציבור הרחב. על מנת לאפשר את הקמת המרינה, בהחלטה מיום 06.08.1986 שינתה המועצה הארצית לתכנון ובנייה את ייעוד השטח מ'חוף רחצה' לאזור תיירות ונופש. אזור תיירות ונופש מוגדר כ"שטח המיועד למלונות בדרגות שונות, אכסניות, בתי הבראה, מתקנים למחנאות ומתקנים לנופש ושירותים אחרים הנחוצים או המועילים להפעלתם של אלה" (מתוך סעיף 8 לתמ"א 13).

מגמות תמ"א 13 הקבועות בסעיף 4 הינן "האחת, שימור מרבי של חוף הים כמשאב טבעי על ידי מניעת כל שימוש שאינו דורש קרבת חוף. המטרה השנייה: שימוש בחוף הים ליעודים 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." [ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין [פורסם בנבו] (להלן- פס"ד חוף הכרמל)].

מן הראוי להבחין בין זכות הבעלות בדירות המצויות תחת כנפיה של תמ"א 13 לבין זכות השימוש בדירות אלו. בעוד שזכות הבעלות יכול שתהיה פרטית, השימוש צריך להיות בהתאם לתכנית המתאר, קרי, שימוש שבעיקרו הוא שימוש ציבורי [ע"א 1046/12 חכים נ' מנהל מיסוי מקרקעין (פורסם בנבו)].

פסק בית המשפט העליון הסמיך במפורש את הועדה המקומית לקבוע כללים שיבטיחו כי השימוש בדירות יהיה בעיקרו שימוש ציבורי

#### *לטענות בדבר השימוע ואופן קבלת ההחלטה*

טרם קבלת ההחלטה בדבר המתווה המתוקן, ניתנה לעותרים זכות טיעון מלאה בהשגות בכתב ובשימוע בע"פ. לקראת הדיונים שנועדו להתקיים אודות הוראות המתווה המתוקן, הן בוועדה המצומצמת והן בוועדת המשנה, פנה בא כוח הוועדה לבאי כוח העותרים (מכתב מיום 17.11.2011 נספח 10 לתשובת המשיבות) בבקשה לקבל נתונים מדויקים אודות ההשכרות בשנתיים האחרונות, אך העותרים סירבו לשתף פעולה ולא העבירו נתונים או חוזי השכרה כלשהם, וזאת למרות שבשעת הדיון חזרו וטענו העותרים בצורה כוללנית כי הם מקיימים את עקרונות פסק בית המשפט העליון.

סירוב זה של העותרים לספק מידע פועל לחובתם. ניתנה להם הזדמנות מלאה להציג נתונים שימשו לבסיס המידע של הוועדה המקומית לצורך גיבוש המתווה המתוקן, ובנסיבות אלו אי הצגת נתונים פירושה למעשה אי השכרת הדירות ע"י בעליהן ואי פתיחת הדירות לשימוש של הציבור הרחב. תעוזת רוכשי הדירות הגיעה עד כדי כך שהתבקשה על ידי שניים מהם הנחה במס השבח של דירות הנופש מאחר שהן משמשות למגורים, אך טענתם זו נדחתה בנימוק שעפ"י הוראות התכנון והבנייה וההסכמים עליהם חתמו הרוכשים דירות אלו אמורות לשמש כדירות נופש [נ"ע 7060-11-11 אניש ויהושע נ' מנהל מס שבח מקרקעין בנתניה (פורסם בנבו)].

הועדה המקומית שכרה את שירותיו המקצועיים של המומחה יאיר יוציס. המלצותיו ניתנו בזמן אמת' לוועדה המצומצמת (צורפו להודעת המשיבות מיום 13.09.2012). לאחר הגשת המלצות ועדה זו, החליטה הועדה המקומית בישיבתה מיום 07.12.2011 על מתווה עדכני.

המתווה העדכני הינו מתווה סביר ומידתי שנועד לאכוף את העקרונות שנקבעו בפסק הדין. ההגמשות שנעשו בעקרונות המתווה הראשון נועדו ע"מ להקל על ביצועו של המתווה ולהסיר מגבלות שאינן נחוצות ליישום הפסיקה. שני המתווים הוכנו עפ"י מדיניות משרד התיירות. במתווה הראשון ישנה הפניה מפורשת למתווה משרד התיירות ואילו המתווה העדכני הותאם למאפייניו הייחודיים של מתחם המרינה והוא נעדר דרישה לעמידה בתקנים הפיסיים של משרד התיירות.

כאמור בפס"ד חוף הכרמל, העיקרון החשוב עליו בא תמ"א 13 להגן הוא עקרון ההנאה הציבורית מהמשאב המוגבל של חוף הים. עיקרון זה יישמר רק אם תובטח התחלופה של אורחים במתקנים המלונאים המצויים בשטחים עליהם חלה תמ"א 13. לפיכך, אף זכות הבעלות במבנה מלונאי כלשהו המצוי בחוף הים, אם מלון ואם דירת נופש, כפופה להבטחת עיקרון התחלופה שיגשים את זכויות הציבור ליהנות ממשאב טבע ייחודי זה.

*התנהלות העותרים*

לעותרים לא קיים שום אינטרס הסתמכות לגיטימי, הם ידעו על המגבלות החלות על נכסי המרינה (איסור מגורים וקיומה של חובת השכרה) ואף נהנו ממחירי רכישה זולים לאורך של מגבלות אלו, וכן במועד רכישת הדירות העותרים ידעו על ההליכים המשפטיים שהתקיימו בבית המשפט העליון ועל החובה שנקבעה בפסק דינו של השופט גורן (09.12.1999) לצרף את הדירות הנרכשות למאגר דירות להשכרה מלונאית. הוראה ברוח זו אף הכללה בהסכמי המכר של הדירות, ולמשל "הרוכש מצהיר בזה כי ידוע לו כי... על בעלי דירות הנופש לצרפן, כעניין שבחובה, למאגר דירות להשכרה, על מנת שתעמודנה לרשות ציבור התיירים המזדמן והציבור הרחב, לצרכי אחסון מלונאי לפרק זמן מינימלי מידי שנה.. הרוכש מצהיר כי הוא מודע להוראות פסק הדין (פסק דינו של השופט גורן) והנחיות הועדה המקומית שתוצאנה עפ"י פסק הדין, בכפוף לכל אשר יקבע בפסק הדין שיינתן בערעור... מבלי לגרוע מהאמור לעיל, מתחייב הרוכש לשתף פעולה עם החברה בכל הקשור והנובע מהאמור לעיל, לרבות הקמת מאגר דירות להשכרה.. האמור ... יחייב את הרוכש וכל מי שהרוכש יעביר לו זכויותיו ביחידה, והרוכש מתחייב לגרום כי חליפיו וכל מי שיבוא במקומם יקבלו על עצמם את ההתחייבות האמורה ויחתמו מיד על כל מסמך בקשר לכך".<sup>13</sup> כמו כן, כתנאי לאכלוס היחידות חתמו הרוכשים עוד בטרם ניתן פסק בית המשפט העליון על כתב התחייבות לפיו הם מתחייבים לקיים את פסק הדין שיינתן לבסוף בערעור. ביום 19.05.1999 רשמה הועדה המקומית הערה על ייעוד המקרקעין של חלקה 30 הכוללת את כל שטח המרינה (עפ"י הסמכות הקנויה לה בסעיף 27 לתקנות המקרקעין). דבר ההליכים פורסם בערוצים שונים בתקשורת- בעיתונות הכתובה, הרדיו והטלוויזיה. העותרים היו מודעים לחובתם להכפיף את דירותיהם להנחיות הועדה המקומית, כפי שנקבע בפסק דינו של השופט גורן ובפסק בית המשפט העליון. הרוכשים אף נהנו מירידת מחירי הדירות שנבעה מקיום האיסור להשתמש בהן למגורים.<sup>14</sup> לפיכך, טענות העותרים לפגיעה באינטרסים כלכליים שלהם (כגון השקעה בריהוט ועיצוב) נטענות בחוסר תום לב, שכן הם ידעו כי בבוא היום הם יצטרכו להעמיד את דירתם לרשותו של הציבור הרחב.

בפועל, העותרים אינם מקיימים את הוראות פסק הדין ואינם מעמידים את דירתם לרשות הציבור הרחב, בתחלופה הנדרשת (מתן הרשאה לבני משפחה או חברים לשהות בדירה אינה מהווה כמובן קיום הוראות פסק הדין). אי העמדת הדירות לרשות הציבור מהווה חוסר ניקיון כפיים המצדיק דחיית העתירה על הסף. העותרים נמנעו מהבאת ראיות לעניין זה וטענותיהם נטענו בעלמא, תוך שהם נוקטים מדיניות של הסתרה מפני הרשות המנהלית. רובם המוחלט של העותרים סירב לתאם מועד להגעת מפקחים מטעם הרשות, בהתאם להוראות [סעיף 257 לחוק התכנון והבנייה](#). מביקור בדירות הבודדות בהן התארח המפקח עלה כי בעלי דירות אלו אינם מקיימים את פסק הדין ואינם משכירים את דירתם כלל (ראה נספח 6 לכתב התשובה, גיליון גביית עדות ממר יוסף פלג, עותר מס' 97 וכן נספחים 7-10) עותרים בודדים נוספים השיבו כי המידע אודות דירותיהם יימסר ע"י באי כוחם במסגרת ההליכים בתיק אך עד כה לא נמסרו נתונים אלו, למרות פנייה מפורשת לבאי כוחם של העותרים.

אי שיתוף פעולה זה הינו הרה גורל בשעה שהעותרים מבקשים כי יינתן בהם אמון בכך שהם ישכירו דירותיהם בעצמם, ולמרות זאת לא הומצאו כל מסמכים המעידים על ביצועו של פסק הדין- "החובה לקיים ולבצע את פסק הדין היא עצמאית ובלי קשר להנחיות העירייה" [\[ע"א 1046/12\]](#)

<sup>13</sup> מתוך הסכם מכר שנחתם בין רוכשי דירות לחברת נווה גד, נספח 12 לתשובת המשיבות  
<sup>14</sup> נספח 4 לחו"ד יוציס, נספח 1 לכתב התשובה של המשיבות

חכים נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, [פורסם בנבו]] אף המומחית מטעם העותרים, הגברת בוינובר, העידה כי היא לא ראתה אף לא אחד מהסכמי השכירות של דירות הנופש, וכי היא אינה יודעת כמה מהן מושכרות ולאילו תקופות,<sup>15</sup> ומומחה העותרים ליש טען כי מתוך 143 דירות בפרויקט "האי" החבות בחובת השכרה ישנן 16 דירות בהן גרים באופן קבוע.<sup>16</sup>

כאמור בפסק דינו של השופט גורן, כל עוד קיום פסק הדין יהיה תלוי ברצונו הטוב של כל רוכש ורוכש, לא תמומש זכות הציבור הרחב ליהנות כראוי ממתחם המרינה, עקב ניגוד האינטרסים המובהק בו מצויים בעלי הדירות- הרצון למלא אחר הוראות פסק הדין ומאידך הרצון לנהוג בדירתם כרצונם.

העותרות אמנם שבות ואומרות כי הן מבצעות את פסק הדין אך הימנעות העותרות מהצגת נתונים אודות השכרת הדירות שלהן אומרת דרשני. אף העדה מטעם העותרות, הגב' בוינובר, הודתה כי היא הייתה מציגה את האינפורמציה לו הייתה דירה בחזקתה. ניתנה לעותרים אפשרות מלאה להציג נתונים שיהוו את הבסיס למתווה עדכני אך סירובם של אלו האחרונים לשתף פעולה עם הועדה המקומית מעיד על הימנעות העותרות מקיום פסק הדין.

היעדר שיתוף הפעולה מצד העותרים הוביל לצורך בקבלת חוות דעתו המקצועית של יוציס לצורך התוויית אפיק פעולה בו תובטחנה התכליות המנויות בפסק הדין. המתווה העדכני נקבע על ידי ועדת המשנה לתכנון ובנייה מכוח [ס' 18 לחוק התכנון והבנייה](#), שלה מוקנים כל סמכויותיה של הועדה המקומית (ולא ע"י הועדה המצומצמת שנתנה המלצותיה). כמשתקף מתמלילי הדיון בוועדת המשנה מיום 07.12.2011, המלצות הועדה המצומצמת לא התקבלו במלואן וקיום דיון פרטני לגופם של הדברים.

#### *התערבות בית המשפט בהחלטותיה של הועדה המקומית*

התערבות בהחלטותיהן של רשויות מקצועיות, ובמיוחד ברשויות בעלות מומחיות מיוחדת, תיעשה בצורה מוגבלת ומצומצמת, ובעיקר בעניינים מורכבים בהם הפעלת הסמכות מבוססת על שיקולים רבים (דפנה ברק- ארז, משפט מנהלי, עמ' 622) [[בג"ץ 4140/95 סופרפארם \(ישראל\) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ \[פורסם בנבו\]](#)] - "התפקיד והסמכות לקדם את האינטרס הציבורי מוטלים, לפי החוק, על הרשויות המסומכות. בידיהן המומחיות והניסיון... בית המשפט.. לא יעמיד את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של הרשות המוסמכת. הוא אף לא יבחן אם אפשר היה לקבל החלטה נבונה יותר או יעילה יותר מהחלטת הרשות"; [ע"א 8626/06 פורמה נ' הועדה לבניה למגורים ותעשיה \[פורסם בנבו\]](#) - "החלטה תכנונית משמעה איזון, המדיניות, והשקפת העולם הסביבתית שנמצאו ראויים בעיני הרשות מבין כלל האפשרויות שעמדו בפניה. הביקורת השיפוטית אינה אמורה כל עיקר להשיג גבולן זה של רשויות התכנון".

במקרה דנן הרשות לא הסתפקה במומחיותה שלה ופנתה לקבלת חוות דעתו של המומחה יאיר יוציס. מינוי מומחה על ידי הרשות מצמצם עוד יותר את גבולות ההתערבות של בית המשפט, אף אם קיימת חוות דעת מומחיות המגיעות למסקנות נגדיות [[בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ'](#)

<sup>15</sup> פרו' 30.04.13 13-15,20-21, 35

<sup>16</sup> פרו' 368-369

שר החינוך, התרבות והספורט [פורסם בנבו]; [בג"ץ 2920/94](#) אדם טבע ודין- אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, [פורסם בנבו] עמ' 17].

#### סוגיית החריגה מסמכות

הסמכות לקביעת המתווה נובעת [מסעיף 27 לחוק התכנון והבנייה](#) הקובע כי "מתפקידה של הועדה המקומית.. להבטיח את קיומן של הוראות חוק זה וכל תקנה על פיו". כמו כן, [סעיף 17\(ב\) לחוק הפרשנות](#), התשמ"א- 1981 קובע לעניין סמכויות עזר כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו- משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת".

במקרה זה, התווית המתווה הוטלה מפורשות על הועדה המקומית בהוראת בית המשפט העליון. ההחלטה על המתווה המעודכן התקבלה ע"י מליאת הועדה וע"י ועדת המשנה שהוסמכה ע"י המליאה לדון ולהחליט בנושא זה. בנוסף, אף [סעיף 18\(ו\) לחוק התכנון והבנייה](#) קובע כי "כל התפקידים והסמכויות של ועדה מקומית יהיו מוקנים לוועדת המשנה ודין החלטתה.. כדין החלטת הועדה המקומית". בית המשפט העליון ציין מפורשות כי הוא אינו קובע הוראות קונקרטיות כיוון שהגוף האמון על קביעה מדוקדקת של הוראות אופרטיביות הינו ועדת התכנון המקומית ולא ערכאה שיפוטית.

#### סבירות המתווה

ביצועו של המתווה העדכני יוביל לקיום פסק הדין של בית המשפט העליון ולפיכך הוא מצוי במתחם הסבירות. כאמור, התערבות שיפוטית תהיה רק במקרה של חוסר סבירות קיצוני שאינו קיים במקרה זה.

אינטרס הציבור הרחב הוא הבטחת גישת כלל הציבור לחוף הים. מאידך, האינטרס הפרטי של בעלי הדירות הוא לא לחלוק את דירתם עם זרים. מאז מתן פסק בית המשפט העליון בדצמבר 2006, רוכשי הדירות לא פתחו דירותיהם לציבור הרחב אלא הותירו לכל היותר למת- מעט נבחרים לשכור אותם, בעיקר לשהות ממושכת המהווה על פי טיבה "מגורים" (אף מומחית העותרים הגב' בוינובר העידה כי הדירות המושכרות עפ"י ידיעתה הן לפרקי זמן ארוכים יותר- פרו' 30.4 עמ' 17-18). אינטרס הרוכשים הוא לקבוע מי ומי יהיו הבאים בשערי דירתם וכן להפחית ככל הניתן את תחלופת האורחים בדירתם.

על מנת לאזן בצורה הטובה ביותר בין אינטרסים נוגדים אלו, הוחלט כי אין מנוס מהעברת שיקול הדעת לגורם חיצוני (חברת ניהול). לצורך הבטחת אינטרס הציבור בצורה המרבית, שיקול דעת זה חייב לכלול את הנושאים הבאים- זהות השוכרים, עלות ההשכרה, משך ההשכרה, מוטיבציה לשיווק וכד'. הוצאת רכיב שיקול הדעת מידי העותרים סביר ומתחייב בנסיבות, כיוון שהעותרים לא מקיימים את פסק הדין, לא מספקים נתונים או מידע כפי שנתבקשו, סירבו לביקורת של הפיקוח העירוני והערימו מכשולים על עבודתה של הועדה המקומית כדי שזו האחרונה תתקשה בקביעת ממצאים בשטח (פרו' 125-124,121).

האינטרסים הנוגדים של הציבור ושל רוכשי הדירות (העותרים) מחייבים קביעת מתווה שיתגבר על כשל ניגוד האינטרסים ויבטיח את קיומו של פסק הדין הצורה המיטבית. למעט העברת ניהול הדירות לידי גורם חיצוני, אין כל אפשרות אחרת שתבטיח קיום הוראות פסק הדין.

בניגוד לטענות העותרות, רשות מנהלית אינה מוגבלת לפעולות אכיפה בדיעבד ובידיה הסמכות לקבוע רגולציה וקביעת כללי התנהגות מראש. דרך פעולה זו היא דרך מרכזית ומתחייבת מפעולתה של הרשות, בפרט לעניין הסדרה תכנונית. פסק דינו של אורי גורן קבע כי הדירות ישמשו כמאגר דירות להשכרה מלונאית "על מנת להבטיח שהדבר אכן ייעשה (ולא יהיה תלוי ברצונו של בעל כל דירה ודירה)" בפסק בית המשפט העליון לא נפסלה קביעתו זו של השופט גורן, ולא נקבע כי השכרת דירות באמצעות גוף חיצוני הינה השכרה שאינה לגיטימית או בלתי סבירה. כל שנקבע הוא שקיימות מגוון אפשרויות להשגת התכלית, ובלבד שזו תושג לבסוף. העובדה כי השופט גורן הורה באופן ספציפי על הקמת מאגר מלונאי מלמדת על סבירותו של המתווה.

הצדקה נוספת לקיומו של המתווה קיימת בקושי המובנה לפקח על 468 דירות נופש. הכלים שבידי הועדה המקומית מוגבלים מטיבם ואינם יכולים לבחון נאמנה האם הדירות מושכרות לציבור הרחב לטווח קצר. לעומת זאת, כאשר המידע המבוקש מצוי בידיהן של מספר חברות ניהול ונתון לפיקוח מקוון של פקחי הועדה, ייתכן פיקוח אפקטיבי.

העמדת הדירות להשכרה באמצעותן של חברות ניהול תואמת את עמדתו של משרד המשפטים - "התנאי שנקבע לעניין זה על ידי משרד התיירות לפיו תנאי לאישורן של יחידות אכסון חריגות הוא מסירת הניהול שלהן, ובכלל זה השכרתן בתקופה בה יש להעמידם לרשות הציבור, לידי חברת הניהול המלונאית המנהלת את המיזם כולו, הוא תנאי סביר ואולי אף הכרחי. נוכח הסיכון המשמעותי לשימוש שלא כדון באותן יחידות דיור גדולות, שגודלן חורג כאמור מגודלן של יחידות מלונאיות מקובלות לפי תקני המשרד עצמו, ספק אם ניתן להבטיח את העמדתן לרשות הציבור בדרך אחרת" (מסמך מיום 29.12.2010 סיכום דיון מרינה הרצליה, הוגש בעדות הגב' בוינובר כנספח ג' למסמך החלטת ועדת המשנה המקומית מיום 14.11.2012). אף הוראות התכנון (תמ"א 12 שינוי 1 סעיף 5.1(4)(ד) - נספח ב' לתשובת המדינה) דורשות חברת ניהול עבור יחידות הנמכרות לרוכשים יחידים אותן צריך להעמיד לרשותו של הציבור הרחב. אין כל תימוכין לדרישת העותרים להשכיר את דירותיהם "בכל דרך אחרת", כפי שנקבע בזמנו במתווה ב' בחוזר מנכ"ל משרד התיירות, כיוון שחוזר זה תוקן ובמקומו הוצא חוזר מנכ"ל 1/2013 בו בוטלה האפשרות להפעלה עצמית "בכל דרך אחרת" (חוזר זה הוגש במסגרת הודעת הפרקליטות מיום 04.03.2013 ובעדותה של בוינובר מיום 30.04.2013). אף עוד לפני ביטולה, הותרה הפעלה עצמית "בכל דרך" אך ורק לתושבי חוף במסגרת מתווה ב', שאחת מדרישותיו היא שכמחצית מהמבנה תהיה "בית מלון", דרישה שלא מתקיימת בבנייני המרינה. אף מומחה העותרים ליס חזר בו מהפנייתו למתווה זה מאחר שהוא אינו חל על מתחם המרינה, ולכך הסכימה אף המומחית בוינובר (פרו' 378-379; 38-41; 44-45; 47). כיום לאחר ביטולה של האפשרות להשכיר "בכל דרך אחרת", אין כל הוראה המאפשרת הפעלה עצמית (בוינובר עמ' 51).

חסרונות ההפעלה העצמית רבים וברורים - לא ניתן למנוע עשיית שימוש למגורים; לא ניתן להגביל את משך השהות בדירה; אפשרות לקביעת תעריף מופרך שיסכל את אפשרויות ההשכרה של הדירה,

או שיווק באמצעים שאינם מופיעים לעיני הציבור הרחב, כמו עיתונים אזוטריים (ליס הסכים שקביעת תעריפים ע"י חברת הניהול תמנע מניפולציות שנועדו למנוע את השכרת הדירות (עמ' 342), וכך אף קיים בפרויקט WEST באשדוד בו חברת הניהול קובעת את התעריפים; בעלי הדירות יוכלו למנוע השכרת הדירות בפועל בתואנות שונות, וכן להשכירן לחילופין (יום כן ויום לא) כך שאפשרות ההשכרה תסוכל הלכה למעשה; 'סלקציה' של בעלי הדירות שיבחרו להם רק את השוכרים הנראים להם או לפלח שוק מסוים (ולמשל משפחות עם ילדים לא יוכלו לשהות במתחם, או משפחות שאינן שומרות כשרות שתיאסר עליהן הכניסה לדירות מסוימות). פעולה באופן זה פוגעת אף היא באינטרס הציבור להעמדת המתחם לרשותו; בהפעלה עצמית רוכשי הדירות יוכלו להערים מכשולים כגון השכרה ללא החניית הצמודות או השכרה ללא המטבחים. מכשולים אלו יסכלו הלכה למעשה את אפשרויות ההשכרה, והשכרה חלקית של דירה אינה עומדת בעקרונות פסק בית המשפט העליון (ביונובר עמ' 54-52); אין יתרון בהפעלה עצמית מבחינת שמירת ערך הריהוט, כיוון שחברת ניהול יכולה אף היא לשמור על הציוד (ליס 243-244); ע"מ למנוע מצב של "מלחמת הכול בכול" יש לקבוע כי גופים מקצועיים ראויים ינהלו את השכרת הדירות בצורה המיטבית ביותר (לבעלי דירה רגילים אין את הזמן והפניות לעסוק בשיווק נכון והותרת החובה להשכיר בידיהם יכולה להפוך לכאוס).

מסירת הניהול לגוף חיצוני אינה פוגעת בזכות הקניין של העותרים כיוון שזכות הקניין במקרה זה אינה לקניין מגורים אלא לדירות נופש שהוקמו על מתחם ייעודי לשימוש של הציבור הרחב, ואת בית המשפט העליון קבע זאת באופן מפורש בפס"ד אי- התכלת, אדרבה, כל פגיעה בזכות הציבור ליהנות מדירות הנופש מהווה פגיעה בקניינו- "שלילת זכותם של בני הציבור לנכסים העומדים להנאת הכלל, היא היא שעשויה לעמוד בסתירה לעקרון החוקתי האוסר על פגיעה בקניינו של אדם, והפעם- בקניין הציבורי" "לכל יחיד ויחיד מן הציבור יש חלק ברכוש הציבור- במקרקעין שיועדו לציבור" (פסקאות 102-103). כאמור במפורט לעיל, זכות הקניין של הציבור נקבעה מפורשות בתוכניות הבנייה החלות על מתחם המרינה (תמ"א 13 והתב"ע), בהן נקבע מפורשות שדירות הנופש מיועדות למלונאות, תיירות ונופש ולא למגורים. פסקי הדין (מחוזי ועליון) שדנו בזכויות הקנייניות של העותרים שללו פגיעה בזכות הקניין, והמגבלות על הדירות עוגנו בחוזי המכר של הדירות, בהערות בטאבו ובהתחייבויות הרוכשים שניתנו כתנאי לאכלוס היחידות לכבד פסיקה שתינתן בנוגע למרינה.

טענת העותרים על כך שנשללת מהם הזכות לבחור את השוכרים היא התשתית להצדקת קיומה של חברת הניהול. הזכות להתארח בדירות הנופש אינה שמורה למתי מעט שייבחרו על ידי העותרים אלא היא נחלתו של הכלל. זכות יסוד זו קיימת לכל אדם מן הציבור ולשם כך הוקמו דירות הנופש על משאב הטבע הייחודי כל כך של חוף הים. רצונם של העותרים לבור להם את השוכרים הראויים להם מחזקת את סבירות הקביעה כי אין מנוס מהעברת הניהול לגוף חיצוני שאינו מושפע משיקולים פרטיים. ודוק, הותרת המפתח לחברת הניהול נעשית גם בפרויקט WEST באשדוד (ביונובר 69-70).

*סבירות הקביעה כי תקופת ההשכרה תהא למשך תשעה חודשים*

פסק בית המשפט העליון קבע כי "השימוש בדירות חייב להיות בעיקרו שימוש ציבורי". הועדה המקומית צריכה הייתה להחליט על תקופה העומדת בהגדרה זו, כשמעבר לשני צדי המתרס מצויים שני פרקי זמן אפשריים- השכרה לציבור לשישה חודשים ויום או השכרה לציבור לשנים עשר חודשים פחות יום. לאחר שנשקלו האפשרויות השונות, סוכם כי פרק זמן של תשעה חודשים הינו האופציה הסבירה והראויה בנסיבות העניין. תקופה זו מבטאת באופן הולם את זכות הבכורה שיש לציבור ליהנות מדירות הנופש, לעומת אינטרס הפרט לבצע בהן שימוש פרטי. התקופה המוצעת ע"י העותרים (שישה חודשים ויום) שוקלת את עניינו של הציבור עם ענינם של העותרים, ולא היא, כיוון שנקבע מפורשות כי השימוש בעיקרו חייב להיות ציבורי. כמו כן, קביעת תקופה זו נותנת את הדעת אף על כך שהדירות הן רק לצורכי נופש ואינן לצרכים פרטיים כמו מגורים (גם בעלי הדירות יכולים רק "לנפוש" בדירה שלהם).

קביעת תקופת זמן של תשעה חודשים מקובלת ומצויה בהוראות ובכללי התיירות-

- (א) תמ"א 1712 מתירה אכלוס מלונאי מיוחד ביחידות שהן בבעלותו של יותר מגורם אחד, בתנאים בהם "יחידות האירוח יועמדו לרשות הציבור הרחב לפחות תשעה חודשים בכל שנה קלנדרית" (סעיף 5.1(4)(ג) לתמ"א 12/1)
- (ב) חוזר מנכ"ל משרד התיירות 08/2011 מיום 24.07.2011 קובע שני מתווים אפשריים לאכסון מלונאי מיוחד, ובשניהם נקבע פרק זמן מינימלי של תשעה חודשים בהן יועמדו היחידות לרשות הציבור (במתווה א נקבע כל במישרין ובמתווה ב' תקופה זו נעשית כממוצע בין דירות שיושכרו למשך כל השנה לבין דירות שיושכרו למשך מחצית השנה ועוד יום אחד).
- (ג) פסק בית המשפט העליון מנה שלוש אפשרויות למימוש הייעוד הציבורי, ואחת מהן היא הקמת מאגר של יחידות לגורם אשר יעמידן מטעמו להשכרה לציבור לצורכי נופש למשך כל השנה. ברי אם כן שקביעה של תשעה חודשים היא קביעה סבירה בנסיבות.
- (ד) אף אם יש במערכת המלונאות יחידות המושכרות לשנים, הן אינן מייצגות והמערכת המלונאית מתאפיינת בהשכרות קצרות טווח (ביונובר עמ' 17).

#### הגבלת תקופת השכרה אחת לשלושה חודשים למרב

על מנת להגשים את עקרון התחלופה שיבטיח את הנאתו של הציבור ממתחם המרינה, יש לקבוע תקופות זמן קצרות וקצובות, שאם לא כן בנקל יסוכלו השימושים המותרים ביחידות (מלונאות תיירות ונופש), והשימוש שלמעשה יהיה ביחידות יהיה שימוש למגורים באופנים שונים (למשל: 'relocation'). קביעת פרק זמן מקסימלי הכרחית במיוחד למניעת "פרצות" לאור גישת העותרים שגם שהות ממושכת של שנה הולמת את המטרות התכנוניות של המרינה.

תקופת אירוח מקסימלית של שלושה חודשים הינה תקופה סבירה ומידתית בנסיבות. תקופת נופש נמשכת באופן רגיל כמה ימים ועשויה להגיע לשבועות בודדים, ומסיבה זו נקבע במתווה הראשון פרק זמן מקסימלי של ימים עד שבועות בודדים אך במתווה העדכני הוארך פרק זמן זה לשלושה חודשים, פרק זמן הזהה למגבלת תוקפה של אשרת כניסה הניתנת לתיירים. מגבלת שלושת

<sup>17</sup> נספח ב' לתשובת המדינה

החודשים הינה מעל ומעבר לממוצע שהייה של תיירים עפ"י נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (עמ' 21 לחוות דעת של יוציס, נספח 1 לכתב התשובה). הגברת התחלופה תאפשר ליותר אנשים ליהנות ממתחם המרינה ובכך יוגשם בצורה המיטבית אינטרס הציבור.

הגבלת משך הזמן לכל שוכר תואמת את עמדת משרד המשפטים- המשנה ליועמ"ש (מסמך מיום 29.12.2010, הוגש כנספח ג' למסמך החלטת ועדת המשנה המקומית מיום 14.11.2012, וכן בפרו' 90-91) - "יש להבטיח שיחידות הדיור שנמכרו יושכרו, בתקופה בה יש להעמידן לרשות הציבור, לתקופות קצרות, כמקובל בהשכרה מלונאית רגילה ושוטפת של חדרי מלון, תוך תחלופה גבוהה של נופשים, ובאופן שלא ניתן יהיה להשכיר את היחידות לתקופות ארוכות, ולשוכרים בודדים בלבד.. השכרה לתקופה של חצי שנה או לשלושה חודשים... אינה עומדת בהגדרה זו.. יש להקפיד על העקרון של השכרה לציבור הרחב תוך שימוש מלונאי אמיתי בלבד". הועדה הגמישה את הקריטריונים, ומאחר שאירוח של למעלה משלושה חודשים לא נחזה להיות שימוש לצורכי תיירות ואינו מגלם את זכותו של הציבור הרחב.

#### *ישימות המתווה*

טענת העותרים לעניין זה (בין היתר) היא כי דירות הנופש אינן מותאמות להשכרה לציבור הרחב (אי הישימות נובעת ממאפיינים שונים, ביניהם גודל הדירות, רווחיות נמוכה, היעדר שטחים ציבוריים, המרחק מהים וכד').

חוות דעתו של מומחה העותרים ליס ביקשה לענות על השאלה האם יחידות הדיור מותאמות לדירות נופש, אולם שאלה זו הוכרעה מפורשות בפסק בית המשפט העליון. טענות הנוגעות לשאלה האם הדירות מתאימות לייעודן כדירות נופש חותרות תחת קביעותיו של בית המשפט העליון. נקודת המוצא הבסיסית שהוכרעה בפסיקה היא שדירות אלו הן דירות נופש שיש חובה להעמידן לרשות הציבור הרחב, והרוכשים היו מודעים לכך לחלוטין כאשר רכשו את הדירות. העותרים מנועים כיום להיבנות מן הטענה שיחידות הדיור שקנו אינן תואמות לייעודן כדירות נופש, מאחר שידעו על ייעוד זה בעת רכישת הדירות ואף נהנו ממחיר מופחת בשל כך. טענות אלו של העותרים מורות על חוסר רצונם להשכיר לציבור את דירותיהם, דבר שמחייב העברת שיקול הדעת לחברה חיצונית.

#### *גדלי הדירות*

טענת העותרים הנוגעת לדירות גדולות שאינן מתאימות להשכרה לציבור מעצימה את הנתונים הנכונים. הנתונים עליהם הסתמכה הועדה המקומית הינם נתונים בדוקים ומדויקים שנערכו באמצעות מחלקת הארנונה של העירייה. העותרים והמומחה מטעמם ליס לא הכחישו שמחלקת הארנונה קיבלה את הנתונים הללו על סמך התוכניות המאושרות בהיתרי הבנייה. נתונים אלו הוצגו בחוות דעתו של יוציס (נספח 1 לכתב התשובה). עפ"י נתונים אלו, שטח הממוצע של הדירות הוא כ- 70 מ"ר נטו ( השטח של 345 דירות מתוך 468 דירות הוא בין 30 מ"ר ל-70 מ"ר, ורק 11 דירות המהוות כ-2% מהדירות בפרויקט הן דירות "ענק" ששטחן 151-302 מ"ר). מנגד, הנתונים שהוצגו ע"י מומחי העותרים היו מעורפלים, סותרים ונועדו "לנפח" את גדלי הדירות ע"מ להעצים את הקושי שבהשכרה לציבור. מומחי העותרים אישרו שהם לא מדדו את הדירות בעצמם ונסמכו על נתונים שונים (וועד בית, אחזקה, מתווכים וכד'- ליס 245 בונובר 30.04 עמ' 8. כך למשל, בחוות

דעתה הראשונה של בוינובר נטען כי רוב הדירות גדולות מ-100 מ"ר אך הנתונים המפורטים מראים כי הדבר אינו נכון, ויש סתירות נוספות שלא נראה לי שיש טעם לפרט אותן- סעיף 159 לסיכומי הועדה המקומית). נתונייהם המטעים ומוטעים של העותרים הציגו את שטחי הדירות "ברוטו" (בתוספת השטחים הציבוריים שבכל קומה, ולאחר שליס עומת עם נתונים אלו הוא הודה שמשטחי הדירות שהוצגו על ידו יש להפחית 30% נטו כדי לחשב את שטח ה"נטו" האמתי של הדירה (פרו' 248-257). תקני משרד התיירות מתירים גודל מרבי של 60-90 מ"ר נטו, וסוויטה אחת במלון של 150 מ"ר נטו (בוינובר 30.4 עמ' 24 ; 69). הנתונים הנכונים שהוצגו לבסוף בחקירתם הנגדית של מומחי העותרים תואמים את הנתונים שהציג יוציס בחוות דעתו, שקבע כי גודלן הממוצע של הדירות במרינה אשר מחויבות בקיומו של פסק הדין הוא 70 מ"ר. שטח ממוצע זה תואם לתקני משרד התיירות, ומכל מקום אינו חורג מהם באופן קיצוני. ליס הודה כי גודל הדירה אינו רלוונטי לחובה להשכיר אותה לציבור הרחב, מחובה זו אין פטור לבעלי הדירות הגדולות (ליס 258, פרו' 30.04 עמ' 4 הערת ביהמ"ש).

גם ביחס לדירות הגדולות ביותר קיימים פתרונות שונים, כגון השכרה למשפחות גדולות או לקבוצות חברים קטנות המטיילות יחדיו. כמו כן, בימים בהם לא יהיה ביקוש לדירה גדולה ניתן יהיה לנעול חלק מן החדרים

#### רווחיות נמוכה

טענות העותרים כי המתווה המוצע אינו רווחי היא טענה חסרת שחר מאחר שחובת העותרים היא להשכיר דירותיהם לציבור הרחב, ללא כל תלות בשאלת הרווח אם גבוה או נמוך. מומחה המשיבות קבע כי לאחר תקופת מיתוג ושיווק סביר להניח כי אמות התפוסה וההכנסות של מאגרי דירות הנופש במתחם המרינה לא יפחתו מן המקובל באזור (סעיף 10.5 לחוות הדעת). אף מומחית העותרים העידה כי דירות הנופש עונות על צורך שאינו קיים בבתי מלון רגילים ומשום כך הוא מהווה השלמה למלונות (עמ' 6 לחוות דעתה).

העותרים מלינים על כך שהמתווה המוצע אינו רווחי אך שיקולי הכדאיות הכלכלית אינם מדריכים רבים מן העותרים שלא משכירים את דירותיהם כלל, ולא כל בעלי הדירות רוצים למקסם את תשואתם הכלכלית מן הדירות, והאינטרס הכלכלי לא משחק אצלם (למשל בעלי דירות שרוצים להיות בדירתם דווקא בתקופות החופשות והחגים שאז מחירי ההשכרה גבוהים ביותר (ליס פרו' 03.02.13 עמ' 26,270 ; בוינובר 30.04.13 עמ' 88-89). העותרים טוענים שני טיעונים סותרים- מצד אחד, נאבקים בחובת ההשכרה לציבור לתשעה חודשים ומאידך מלינים על הרווחיות הנמוכה.

עפ"י עדות מומחית העותרים, דווקא לחברת הניהול יש את יכולת התמרון המאפשרת השאת רווחים (בוינובר עמ' 81-82) לאחר מכן היא ניסתה לסייג את דבריה ואמרה שהכרה באמצעות חברת ניהול יכולה להוביל להורדת מחירים לדירות שיושכרו רק ברגע האחרון(טענה זו לא נתמכה בנתונים) אך הדעת נותנת כי דווקא יכולת התמרון של חברת ניהול בעלת דירות שונות תוביל בסופו של דבר להשאת הרווחים מכל דירה ודירה.

אפילו עפ"י תחשיבו הקודר של ליס (שבחן השכרה של שישה חודשים בלבד בעונת החורף למשך כעשרה ימים בחודש) ההשכרה תניב רווח של אלפי שקלים לבעלי הדירות, לאחר ניכוי ההוצאות השונות (ליס 272-274) ובתקופות טובות יותר (עונת הקיץ) מחיר ההשכרה כפול (ליס 275). בעל דירה

שבוחר להשכיר דירתו בתקופות "החלשות" אינו יכול להלין על פגיעה ברווחיות (יוציס 76). תשואת הדירה נובעת מכמות הימים בהם הושכרה והמחיר בו נקנתה (ליס 286). המחירים בהם נרכשו הדירות לאחר פסק דינו של השופט גורן הינם מחירים הנמוכים מן הרגיל בעקבות הוראת פסק הדין האוסרת על מגורים ומחייבת השכרה מלונאית לציבור הרחב. תחשיבו של ליס אינו ריאלי כי הוא מעמיס על הוצאות חברת הניהול הוצאות שבין כה וכה יוצאו על דירות המושכרות לציבור (דמי תחזוקה חודשיים; מיסים שונים- ארנונה מים חשמל וכד'; הפרשה לקרן לשימור הריהוט; הוצאות בלתי צפויות של תיקונים בצידוד או בריהוט; הוצאות טקסטילים, ניקיון, חומרי ניקוי; עמלת שיווק יחידת הדיור באתרי אינטרנט בינלאומיים). כמו כן, תחשיבו של ליס כולל מעמיס על תקופת ההשכרה הציבורית גם את עלות שהיית הבעלים בדירה בתקופת השימוש העצמי.

המתווה אינו קובע את אופן חלוקת ההוצאות והרווחים בין חברות הניהול לבעלי הדירות. לעניין זה ישנן אפשרויות שונות, ביניהן תשואה מובטחת (גם אם לא מקסימלית) לבעלי הדירות באמצעות השכרת הדירה לחברת הניהול- מנגנון זה קיים בהילטון מלכת שבא (ביונובר 110, 113); שיטת "קוסט פלוס" בה לחברת הניהול משולמים דמי ניהול קבועים. אמנם, במודל זה חברת הניהול "תמיד תרוויח" אבל זה מסני שהיא עובדת. לחברת הניהול יהיה תמריץ להביא להשאת התמורה לדירות, ובמידה והיא לא תראה "תוצאות" בשטח יצומצמו דמי הניהול המשולמים לה.

#### טענת אי ההיתכנות- אי קיומה של חברת ניהול

כאמור המתווה מחייב קיומה של חברת ניהול עקב ניגוד האינטרסים בו מצויים בעלי הדירות ועקב העובדה כי ככל הנראה עד היום פסק הדין לא מבוצע. בעריכת המתווה המעודכן ננקטה הגמישות המרבית האפשרית והוסרו דרישות מסוימות (ראה לעיל) שלא היו מחויבות המציאות. המתווה מאפשר הקמת חברות ניהול חדשות, ובלבד שתעמודנה בדרישות הקבועות במתווה, וכבר כיום קיימות חברות המוכנות לשאת בניהול מאגרי הדירות במתחם.

בעת עריכת המתווה נלקחו בחשבון שונות מאפייניהם של הדירות והאינטרסים הנוגדים של בעליהן. ניתן לנטרל שונות זו באמצעות עריכת הסכמים מקדימים מתאימים עם חברת הניהול, בהם ינתן ניקוד לכל דירה בהתאם למאפייניה הייחודיים (גודלה; משך זמן ההשכרה; התקופה- קיץ/חורף/ מיקום הדירה) (ליס עמ' 375 טען כי שיטה זו אפשרית תאורטית אך אינה מעשית עקב השונות הגדולה, ביונובר הסבירה כי ניתן להכין מטריצה עפ"י יחושב חלקה היחסי של כל דירה ברווחים עמ' 57-58,71 כפי שנעשה בפרויקט WEST באשקלון. לטענתה, הכנת מטריצה במרינה תהיה קשה יותר אך אינה בלתי אפשרית. היא אף העידה שעדיפה חברת ניהול אחת על פני מספר חברות ניהול). ודוק, אם בחברת ניהול יהיו קשיים בניגוד האינטרסים בין בעלי הדירות, במקום שבו כל בעל דירה מנהל את דירתו על אחת כמה וכמה.

הטענה הנוגעת ל'הצפת' הרצליה בחדרים מלונאים אינה רלוונטית משעה שהוחלט לייחד את מתחם המרינה לדירות נופש לשימוש הציבור. חזקה על רוכשי הדירות שתמחרו את מצב השוק במחיר הדירות המופחת. לא זו אף זו, היזמים שהקימו מלונות חדשים בעיר לקחו בחשבון את מתחם המרינה ובכ"ז סברו שנכון להקים מלונות נוספים עקב צפי לרווחים (ליס 294-292, ערן ניצן סמנכ"ל משרד התיירות 335-336, 356—57). נתוני הבנייה החדשה שצוינו בחוות דעתו של ליס נופחו (כך למשל לגבי מלון דן אכדיה הבנייה לא אושרה ואין שום ודאות לגבי היקף החדרים שיתווספו, ובמלון פתאל אושרו 186 יח"ד ולא 330, ובמלון ריץ' קרלטון אושרו 194 יח"ד ולא 253 (ליס 303-

311). אף אם תהיה 'הצפה', זהו מכשול בפני החדרים הצפויים להיבנות ולא לפני מתחם המרינה שמונה 468 יחידות קיימות. המלונאות בהרצליה נתפסת כמשלימה את החוסר הקיים במלונאות בתל אביב, ועבור התייר המגיע לתל אביב לינה בקרבת חוף הים הינה תחליף ראוי, הקרוב למרכזי הבילוי של תל אביב (ניצן 350-352, ליס 313-314). 468 היחידות הקיימות במרינה אינן כה רבות ביחס ל-10,000 חדרי המלון החסרים באזור (ניצן 351) אדרבה, גידול במספר היחידות המוצעות לציבור עשוי להפוך את המתחם לאתר נופש בפני עצמו. בתחום התיירות "ההיצע מייצר ביקוש" (חו"ד יוציס ותצהיר ערן ניצן).

לעניין הטענה של מחסור בשטחי ציבור בפרויקטים, נטען ע"י העירייה כי בבניינים קיימים שטחי ציבור רבים - לובי, דלפק קבלה, בריכה, חדר כושר, חניון תת קרקעי, מעליות, שמירה, שירותי אחזקה וניקיון, ובבניין האוקיינוס יש גם מגרש טניס. (ליס 237 ביונובר 22-23, דפי השיווק של משרד התייור א.א. יפית המפרטים את ה- "FACILITIES" הקיימים במתחם שהוגשו בעדות ביונובר 25-26). המתווה אינו דורש עמידה בתקני משרד התיירות, והיעדרם של שטחים ציבוריים גדולים מהווה יתרון עקב העמסת עלותם על המלונות הרגילים, ואילו במרינה, כמו במלון עירוני, שטחים אלו פחות נחוצים (יוציס 77-78, ביונובר 32-33 על אי רווחיותו של אגף האוכל במלונות - חו"ד יוציס ועמ' 78) אין צורך בחדרי אוכל כיוון שכל יחידה מצוידת במטבח מאובזר המהווה דווקא יתרון לעומת חדר במלון, ובסביבות המתחם ישנו מגוון של בתי קפה ומסעדות. לדבי המרחק מהים של פרויקט "האיי" ועורפיות חלק מהדירות, נתונים אלו קיימים בבתי מלון נוספים. כלל ההיבטים המלונאים יתומחרו בהתאם (ביונובר 11-17). כלל הטיעונים בדבר שמירת כשרות, שמירת הציוד בדירה וכד' אינם רלוונטיים לחובת ההשכרה לציבור החלה על היחידות.

מתחם המרינה שופע יתרונות לתיירים ויכול להוות מוקד תיירות מושך (חוף רחצה נגיש וקרוב, דירות נופש חדשות שנבנו על החוף, מטבחים מאובזרים ביחידות, בריכות שחייה ומתקני כושר, מגוון בתי קפה ומסעדות, מרכז קניות וחניונים תת קרקעיים. מתחם המרינה ייחודי ואין לו אח ורע, ובשל כך נתפר על פי מידותיו מתווה ייחודי. הועדה המקומית הקדישה משאבים רבים בקביעת הוראות המתווה על מנת שיהלום ככל הניתן את המצב המורכב. הועדה נעזרה במומחה וטענות העותרים נשמעו. העותרים לא הוכיחו כי המתווה בלתי ישים או בלתי סביר באופן קיצוני, או שנפלה בו עילת פסלות אחרת. הועדה לא התעלמה מהקשיים, אך יחיד עם זאת עפ"י עדותו של יוציס, הדבר הוא לחלוטין בר ביצוע הן מן ההיבט התפעולי והן מן ההיבט הכלכלי (סעיפים 16.3-16.1 לחוות דעתו). פסיקת העליון כבר הכריעה את זכותו של הציבור ליהנות מן המתחם, וכל שנותר לוועדה הוא להכריע ביישום העקרונות.

אי קיום פסק הדין ע"י העותרים הוא טעם עצמאי לדחיית העתירות על הסף, בע"א 1046/12 חכים נקבע כי גם העירייה התעכבה בפרסום ההנחיות, אין הדבר מוריד מהמגבלות החלות על הדירות במרינה. טענת העותרים כי אי קיום פסק הדין הינה שיקול זר לעניין קביעת המתווה, אין בה ממש מאחר שהרשויות המנהליות אינן פועלות בחלל ריק ונדרשות לתת מענה למציאות העולה מהשטח. המתווה סביר ומידתי ותואם את עקרונות פסק הדין, ומבטיח את הארעיות הנדרשת להבחנה בין דירות מגורים לדירות נופש, תוך שמירה על אינטרס הציבור לגישה פתוחה לחוף הים. משרד התיירות (באמצעות הפרקליטות באת כוחו) מצהיר כי המתווה המעודכן תואם את עקרונות מדיניותו כפי שהיא משתקפת בחוזר המנכ"ל באשר למתווה אי שבו, הן ביחס למשך ההשכרה והן

ביחס להשכרה באמצעות גורם חיצוני החייב בחובות דיווח. תמ"א 12 שינוי מס' 1 מבטאת אף היא את העקרונות הללו ומגבילה מאוד את אפשרות אישורן של תכניות הדומות לתכניות החלות בעניין המרינה.

עובדת מיקומן של יחידות הנופש במרינה על קו החוף מטה את הכף אל אינטרס הציבור המוגבר המצוי במתן זכות גישה למתחם המרינה ולפיכך אין לקבל חלוקת זמן של "חצי- חצי" (או מחצית השנה ועוד יום אחד) כפי שמוצע ע"י העותרים, מה גם שחלק מן האיזון בין אינטרס הציבור לרוכשי הדירות נעשה באמצעות הקביעה כי חלק מהדירות לא יהיו חייבות בחובת ההשכרה לציבור.

זכות הקניין במקרקעין לעולם תהיה מוגבלת וכפופה להוראות תכנית המתאר החלות עליה [ע"פ [377/87](#) קלקא נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו]; פס"ד חוף הכרמל עמ' 414]. סמכותה של הועדה המקומית להבטיח את קיומן של הוראות החוק [סעיף [27 לחוק התכנון והבנייה](#)], והשאלה העיקרית הנוגעת לענייננו אינה האם ניתן היה לקבל חלופה אחרת אלא האם החלופה שהתקבלה לבסוף הינה סבירה בנסיבות העניין [בג"ץ [389/80](#) דפי זהב נ' רשות השידור [פורסם בנבו]; בג"ץ [281/82](#) שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה [פורסם בנבו]]. לאחר שפסק בית המשפט העליון קבע מפורשות כי תיתכנה מספר דרכים ואפשרויות לעמידה בתכלית השכרת יחידות דירות הנופש לציבור וביניהן האופציה להשכירן באמצעות ניהולו של מאגר דירות ע"י גורם חיצוני הנטל להוכחה כי החלופה הנבחרת אינה סבירה הינו כבד פי כמה, במיוחד לאחר שהועדה המקומית הסתמכה על חוות דעתו של מומחה בתחום, שחוות דעתו לאחר שהתקבלה ע"י הרשות הינה במעמד עליון על חוות דעת של צד מסוים העותר כנגד החלטת הרשות [בג"ץ [2324/91](#) התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית [פורסם בנבו]; בר"מ 3186/06 מדינת ישראל נ' שולמית עין דור- "אכן לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונות אחדים. יתכן אף שבית המשפט יטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו"]. כמו כן, נטיית ההתערבות פחותה בשאלות מקצועיות הנוגעות למומחיות מיוחדת [בג"ץ [678/88](#) כפר ורדים נ' שר האוצר [פורסם בנבו]; בג"ץ [6446/96](#) העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, [פורסם בנבו] מחלוקת מומחים אינה מהווה כשלעצמה בסיס להתערבות שיפוטית, כשהחלטת הרשות מבוססת על בחינה מקצועית מעמיקה של הסוגיה הנבחנת, וכל עוד החלטת הרשות אינה מצדיקה עיוות או חוסר היגיון באופן שהעדפתה על פני עמדות אחרות מהווה חריגה ממתחם הסבירות [בג"ץ [2920/94](#) אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה [פורסם בנבו]].

#### עמדת משרד התיירות

משרד התיירות מפרט את הרקע להקמתן של דירות נופש, שהוקמו לכתחילה כחלק מימלונות דירות והיו בבעלות אזרחי חוץ, ששהו בהם תקופות מסוימות בשנה ובשאר הזמן תושכרנה דירות אלו לציבור באמצעות חברות ניהול, כשבעלי הדירות יקבלו חלק יחסי מן הרווחים. מלונות דירות אלו כללו אלמנטים מלונאים כגון חדר כושר ובריכת שחייה אולם לא ניתנו מכלול השירותים המלונאים כגון חדר אוכל ומתן שירותי כביסה. דירות אלו נמכרו לתושבי ישראל ולתושבי חוץ וזאת בניגוד לעמדת משרד התיירות שאין למכור יחידות אלו לתושבי ישראל ע"מ שלא תהפוכנה ל"מגורי קבע". כך, במסווה של שימוש מלונאי הוקמו מתחמי מגורים על קרקע תיירותית יקרה, בדרך כלל לאורכו של חוף הים, תוך ניצול משאב טבע זה. מצב דברים זה יצר צורך בשינוי מדיניותו של משרד

התיירות בכל הקשור להגדרת 'מלון דירות'. עד לשנת 1996 עמדת משרד התיירות לעניין מלון דירות כללה את העקרונות הבאים- מלון דירות הוכר כאמצעי אכסון מלונאי והתקנים הפיזיים לגביו נגזרו מהקריטריונים של מלונות רגילים. כמו כן נקבע כי לכל היותר 50% מהחדרים ישווקו לתושבי חוץ בלבד, בשיטות "LEASBACK"<sup>18</sup> ו- "FREE HOLD", אך חדרים אלו אינם צריכים להיות מרוכזים בקומות מסוימות או באגפים נפרדים. תושב חוץ הוגדר ככזה עפ"י הוראות הפיקוח על מטבע חוץ כפי שהיו באותה עת.

עקרון חשוב להכרה במלון דירות הוא שהפרויקט כולו ינוהל ויפעל כמלון על פי העקרונות המקובלים ועקרונות משרד התיירות, ולשם עמידה בעקרון זה נקבע שבעל המלון יחזיק במחצית לפחות מיחידות הדיור ע"מ שהמבנה אכן ישמש כמלון ולא כבית מגורים.

בעקבות ניצול לרעה של אכסון מלונאי מיוחד זה של 'מלון דירות' חל שינוי בעמדתו של משרד התיירות ביחס לסיווג דיור זה (1996). כך, נשללה ממלון דירות הטבת מענקים עפ"י חוק עידוד השקעות הון (להוציא מיזמי דירות נופש שלא זיכו במענקים בכל מקרה), וכן הוחלט כי המונחים של 'מלון דירות' ו'דירות נופש' יוצאו מחוברת התקנים הפיסיים לתכנון מלונות. אולם, לאור התפשטות התופעה הוצא מסמך מדיניות בדמות חוזר מנכ"ל (08/2006, פורסם בדצמבר 2006) שנועד לרכז ולהבהיר את עמדת משרד התיירות בכל הנוגע לאכסון מלונאי מיוחד (אמ"מ). חוזר זה היה צופה פני עתיד (פרוספקטיבי) ונועד לחול על מיזמים חדשים המתוכננים לקום על קרקע שייעודיה הם מלון דירות ודירות נופש וכיו"ב, ומטרתו הייתה מניעת שימוש פרטי בלעדי לרבות מגורים והבטחת השימוש והתפעול המלונאי.

לאחר כשנתיים וחצי, הוצא חוזר מנכ"ל חדש (05/2009, מאי 2009). בחוזר זה נשמרו העקרונות הבסיסיים אך הוסף בו מתווה נוסף (מתווה ב') שנועד לפתור בעיה שהועלתה ע"י יזם ספציפי לפיה מתווה א' לא יאפשר שיווק יחידות בארצות הברית בשל עכבה מסוימת הנובעת מחקיקה של הרשות לניירות ערך שם (לפיה הרוכשים יחויבו בהכנת תשקיף). חוזר זה תוקן בשלהי שנה זו (27.12.2009, חוזר מס' 16/2009), ושנתיים לאחר מכן (חוזר 08/2011 מיום 24.07.2011 להלן- חוזר המנכ"ל המתוקן), שעיקרו התאמתו של המתווה לתמ"א 12/1 שנכנסה לתוקפה ביום 19.08.2010. בחוזר זה תוקן אופן השיווק העצמאי 'בכל דרך אחרת' (כפי שהוגדר במתווה ב') כך שאופציה זו (לשוק בכל דרך אחרת) תיפתח רק לפני תושבי חוץ.

סעיף 4.3 בחוזר המנכ"ל המתוקן (נספח א' לכתב התשובה של משרד התיירות) נוגע למתווה א' בו נקבע כי המיזם ינוהל ע"י חברה מלונאית, לשימוש מלונאי של תשעה חודשים בשנה. בעלי היחידות יקבלו את חלקם היחסי בתקבולים וחברת הניהול תנהל רישום שנתי מעודכן כמקובל במלונות אודות התאריכים והאורחים השונים שיתארחו ביחידות. המתווה המעודכן אימץ את עקרונות מתווה א' (משך תקופת השימוש העצמי ותקופת ההשכרה המלונאית; השכרה באמצעות גוף חיצוני עליו תוטלנה חובות דיווח). מתווה ב' שבחוזר המנכ"ל המתוקן אינו רלוונטי לנידון דנן- ביום

<sup>18</sup> LEASBACK היא שיטה בה החדרים נקנו ע"י גורמים פרטיים והוחכרו בהחכרה חוזרת לחברת ניהול במטרה שתעמידם לרשות אורחי המלון, בתמורה להעברת התקבולים לבעלי היחידות בגין חלקם היחסי. בעלי החדרים זכאים להשתמש בחדרים רק חודשיים בשנה. שיטת FREE HOLD משמעה אחזקת יחידת הנופש ע"י הרוכש ללא הגבלת שימוש של הרוכש, שיכול ברצותו בכך להשכיר את יחידתו לציבור באמצעות המלון, או להשאירה ריקה בתקופות בהן הוא אינו נמצא בארץ.

19.02.2013 פורסם חוזר מנכ"ל מתוקן בעניין אכסון מלונאי מיוחד (1/2013)<sup>19</sup> שביטל את האפשרות של שיווק 'בדרך אחרת' גם לתושבי חוץ. כמו כן, מתווה ב' לא היה רלוונטי למתחם המרינה מסיבות נוספות- אמנם, הותרה בו תקופת שימוש עצמי של שישה חודשים ועוד יום אחד אך זאת רק בתנאי שלמעלה ממחצית השטח (51%) תועמד לרשות הציבור הרחב למשך כל השנה, ונאסרה המכירה של אותם 51% ליחידים. בכך, נשמר הלכה למעשה הממוצע של תשעה חודשים של שימוש ציבורי, כפי שנקבע במתווה א' ובמתווה המעודכן. לסיכום האמור לעיל, החלופה של שיווק בדרך אחרת אף לפני התיקון האחרון שמורה הייתה רק לתושבי חוץ.

לטענת משרד התיירות, בניית מטריצה שתשקף את היחסיות הנכונה בין הדירות ופרקי זמן ההשכרה שלהן (עונות שיא, מיקום הדירה וגודלה), יכולה להוות מענה הולם לקושי המובנה שבתחרות בין בעלי הדירות השונים, כיוון שהרווחים מחושבים לא לפי השכרה בפועל אלא לפי תרומתה היחסית של כל דירה לסך הרווחים הכללי. שטה זו נבחרה לאחרונה ע"י יזם חדש באשדוד בנייהול טמרס, והמומחית בוינובר הייתה היועצת המלונאית שלו. לפיכך, נראה כי שיטה זו היא אכן סבירה וראויה.

המתווה המתוקן תואם את מדיניות משרד התיירות כפי שהיא באה לידי ביטוי במתווה א' שבהוראות חוזר המנכ"ל, וכן את הוראות תמ"א 12 שינוי מס' 1 שפורסמה בספטמבר 2010 ומגבילה מאוד את אפשרות אישורן של תכניות אלה (תמ"א 12 המתוקנת קובעת שבאכסון מלונאי מיוחד ינוהל בידי גורם מלונאי שקיבל את אישורו של משרד התיירות, וכן שלמעלה ממחצית המתחם תעמוד לרשות הציבור כל השנה ושאר הדירות יעמדו לרשות הציבור למשך תשעה חודשים לפחות- הוראות אלו אף מחמירות על הוראות המתווה המתוקן).

ייחודיותו של פרויקט המרינה (על ריבוי הבעלים והשונות הגדולה שבמאפייני הדירות) אינה מהווה הצדקה מספקת למסקנות העותרים בדבר אי ישימות המתווה והנחת הכישלון הכלכלי לפתחם של העותרים, או לאי קיומו של פסק הדין בכלל. ההבחנה הקיימת במתחם המרינה בין דירות חייבות לפטורות מהווה כשלעצמה גורם המאזן בין אינטרסי הסתמכות שונים, והעותרים שרכשו את הדירות היו ערים לפסק דינו של השופט גורן שחייבים לצרף את דירותיהם למאגר של דירות להשכרה לציבור הרחב, והאחריות לקנייתה של דירה גדולה או ריהוט יקר היא עליהם ועליהם בלבד (מה גם שחלק הארי של הדירות אינו כולל דירות גדולות). מתן האפשרות לבעלי הדירות להתקשר עם חברות ניהול שונות מקנה להם חופש פעולה עסקי רחב דיו המאפשר מתן ביטוי הולם לשונות שבין הדירות. מומחי העותרים לא נתנו הצדקה מספקת לשלילתם את שיטת הניקוד שיכולה להיות מונהגת בין בעלי דירות בעלות מאפיינים דומים (ולמשל התאגדות מסוימת של בעלי הדירות הגדולות).

מומחה העותרים ליש שגה בכך שחישב את כדאיות המתווה בהנחה שבעלי הדירות משתמשים בדירותיהם בעונות השיא, נתון שיש בו כדי להוריד באופן וודאי את רווחיות ההשכרה אך הוא מסור לשיקול דעתם של בעלי הדירות. כמו כן, הנחותיו של ליש בעניין מצאי הדירות באזור היו שגויות אף הן, הן ביחס לכמות היחידות המלונאיות העומדות להשכרה (מה גם שדירות הנופש מספקות צורך

<sup>19</sup> צורך כנספח 1 להודעת המשיבה בנושא.

תיירותי שאין לו מענה הולם במלונות הקיימים באזור) והן על בסיס העובדה שהרצליה אינה עומדת בפני עצמה אלא היא כפרבר של תל אביב ומשרתת את תיירי האזור.

לעניין טענת העותרים לחוסר סמכות בהכנת המתווה והצורך בהכנת תכנית סטטורית חדשה, נטען כי פסק הדין הורה באופן מפורש לוועדה להכין תכנית ולא הורה לה להכין תכנית סטטורית. אם זו הייתה הכוונה בפסק הדין, הדבר היה נקבע מפורשות. כמו כן, אין כל צורך בהליך תכנוני מאחר שבנדון אין שינוי תכנוני כלשהו או שינוי ייעוד, ויעוד המקרקעין נותר כפי שנקבע במסגרת תכניות מפורטות- דירות נופש.

לאחר שנקבע המתווה החדש ובו הקביעה שאין צורך לערוך שינויים פסיים במבנים וברכוש המשותף, יש לדחות את טענות העותרים שאינם חבים בחובת השכרה משום שאלו בחרו שלא להצטרף להליכים המשפטיים שהביאו למתן פסק הדין, ואין להם על מה להלין כעת. אין מקום לטענתם לפיה דירות הנופש יפריעו להם כיוון שהם אינם יכולים לטעון שדירות הנופש לא ישמשו לייעודן.

יש לדחות את טענות העותרים בדבר עמדתו של עו"ד קדמי כיוון שהיא אינה משקפת את עמדתו של משרד התיירות. עו"ד קדמי עמד על כך שתקופת ההשכרה תהיה תשעה חודשים ורצה לערוך אי אלו שינויים במתווה בתיאום עם עו"ד פורטן בא כוחם של העותרים ע"מ ליתר הליכים משפטיים, אולם הליכי ההידברות לא צלחו וממילא הם אינם רלוונטיים לצורך החלטה בעתירות. בכל מקרה, עמדתו של קדמי נשקלה ונערכו שינויים מסוימים במתווה הראשון, בין היתר לעניין חברת הניהול. המתווה החלופי שהוצע ע"י העותרים הינו מסמך חסוי במסגרת משא ומתן ואין לו כל נפקות בהליכים המשפטיים, ולא היה כל מקום לצרפו כנספח במסגרת העתירה והסיכומים. ב"כ העותרים טען את טענותיו על בסיס המתווה החלופי לפני הוועדה בטרם ניתנה החלטתה לאחר השימוע שנערך. הוועדה שקלה את המתווה החלופי אך בחרה שלא לאמצו ככתבו אלא לקבוע את המתווה המעודכן הכולל הקלות מסוימות במתווה הראשון. לגופו של המתווה החלופי, נטען כי כל עניינו הוא בניגוד לחובות הדיווח המוטלות על בעלי הדירות במתווה המעודכן, ויש בו כדי לסכל את החובה להשכרה לציבור הרחב והותרת הדבר לשיקול בעלי הדירות בלבד.

הוועדה המקומית עשתה ככל שביכולתה ע"מ לברר את התמונה העובדתית לאשורה, עפ"י הסמכויות הקנויות לה וביניהן הסמכות עפ"י [סעיף 257 לחוק התכנון והבנייה](#). אולם, בעלי הדירות לא שיתפו פעולה ודבר זה די בו להעלות ספק בכנות כוונתם לפעול לאכיפת פסק הדין (והדבר לא הוכח אף במסגרת ההליך המשפטי דנן). לאי קיום פסק הדין נגזרת משמעות נוספת של הגשת עתירות אלו בחוסר ניקיון כפיים המצדיק דחיית העתירות על הסף. נוסף על החובות הקבועות בחוק לגילוי מידע, ישנן חובות של הפרט שהוכרו בפסיקה לנהוג בהגינות מול הרשות ולמסור לה את המידע הרלוונטי [[בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר \[פורסם בנבו\]](#)]. לאחר הגשת העתירות המתקנות ביקשו העותרים בזפרני לצרף תצהירים לעניין קיום פסק הדין והדבר לא הותר להם בהתנגדות המשיבים, אולם במהלך עדותו של ליס התברר כי שישה עשר מבין העותרים המיוצגים על ידו החבים בחובת השכרה גרים בדירות הנופש מגורי קבע (עמ' 369), וכך התברר גם במספר הליכי מיסוי [[ו"ע 7111-11-11 אנוש נ' מנהל מס שבח מקרקעין \[פורסם בנבו\]](#)]; [ע"א 1046/12 חכים נ'](#)

מנהל מיסוי מקרקעין [פורסם בנבו]]. עותרים אלו בהכרח מפריס את הוראות פסק הדין והעותרים האחרים לא הוכיחו היאך אם מקיימים את פסק הדין, אם בכלל.

דיון והכרעה

עד הנה הצגתי בהרחבה רבה – אולי רבה מדיי – את טיעוני העותרים. עשיתי כן בעיקר כדי להראות שכל הטענות והמענות נשקלו חזור ושקול. כעת נראה לי שההכרעה אינה צריכה להרחבת אמרים. אערך את מסקנותיי על פי ראשי הפרקים הבאים: (א) המשמעות התפעולית (אופרטיבית) של פסק בית המשפט העליון; (ב) דרכי גיבוש המתווה; (ג) סמכות הוועדה המקומית להתקין את המתווה; (ד) סבירות המתווה; (ה) השלכות על רוכשים מוקדמים; (ו) מסקנה מסכמת

#### המשמעות התפעולית (אופרטיבית) של פסק בית המשפט העליון

הפרק המנחה בפסק הדין של בית המשפט העליון קרוי: "הסעד האופרטיבי". פרק זה על רכיבי הסעד המתוארים בו הם נקודת הם קו הציר והאדן של פסק דין זה. אתן בהם סימנים כדלקמן.

(1) "סעד הצהרתי לפיו השימוש למגורים רגילים בתחומי המרינה אינו חוקי" – המשמעות הפשוטה היא ששום מתווה ושום מתכון ליישום פסק בית המשפט העליון אינו יכול להתקיים אם הוא מאפשר, במישרין או בעקיפין שימוש שאינו למטרת נופש. לפיכך השכרה למשך זמן שאינו תואם "נופש" או לשם שימוש למגורים אפילו לזמן קצר ומוגבל [כגון "שינוי מיקום" (relocation) קצר תקופה, דיור ארעי עד להשלמת מגורי קבע, "השתקעות" מטעמי רפואה, לימודים וכיו"ב] אינה עולה בקנה אחד עם פסק הדין. עם זה בגדרו של "נופש" יכולים לבוא כל סוגי התיירות, לרבות תיירות עסקית ותיירות מרפא שפרק הזמן שלהם מתיישב עם פרק הזמן המרבי המקובל ל"נופש"

(2) "הדירות שנבנו ונבנות... צריכות לעמוד לשימושו של הציבור הרחב לצורכי נופש" (ההדגשה שלי. ע.מ.) - חובת העמדת הדירה לציבור הרחב לצורכי נופש משמעותה שהבעלים זכאי לשימוש מוגבל בזמן לצורכי נופש משל עצמו (ולא לכל צורך אחר) וההגבלה בזמן היא למסגרת המרבית המקובלת של "נופש".

(3) "...כל שימוש ששייג באופן אמיתי את המטרה הייעודה יענה על התכלית הראויה" – הדגש הוא על השגה אמיתית של התכלית (נופש) ולכן מתווה מדומה שלא ישיג את התכלית, לא יסכון.

(4) [בין קשת האפשרויות] אפשרית הדרך ל של מכירה לבעלים פרטיים אשר תוטל עליהם החובה להעמיד את דירותיהם להשכרה לציבור לפרקי זמן מינימליים בכל שנה על פי תוכנית שתתווה על ידי רשות התכנון לעניין זה" (ההדגשה שלי ע.מ.) – העמדת הדירות לצורכי נופש היא חובה. מכאן שניתן לקבוע מנגנון כופה שמלאכת התווייתו (ולאו דווקא התקנתו) מוטלת על מוסד התכנון.

(5) "הבעלים הפרטיים ישתמשו הם עצמם, בדירות לצורכי נופש לפרקי זמן קצובים בשנה וביתרת התקופות ישכירו את ת הדירות לנופשים" – ראו פסקה 2. כיון שזכות השימוש העצמי מוגבלת

לנופש ולפרקי הזמן הקצובים של נופש לא ייתכן שהדירה תועמד לרשות הבעלים למשך יותר משלושה חודשים<sup>20</sup>. שכן במצב זה השימוש שיעשה מצדו איננו של "נופש".

(6) "יש לקבוע כי השימוש בדירות חייב להיות בעיקרו שימוש ציבורי" (ההדגשה במקור) - ההדגשה במקור על "בעיקרו" משמיעה שחב מניין ובניין משך זמן השימוש צריך להיות עבור הציבור. לא די ברוב מניין ימות השנה אלא רוב המניין צריך להיות מותאם לביטוי "בעיקרו שימוש ציבורי".

(7) "ולכן יש להעמיד את הדירות לרשות הציבור הרחב בכל דרך שהיא במשך מרבית תקופת השנה ולמעלה ממחצית השנה במצטבר" (ההדגשה במקור) (ראו פסקה 6).

מסקנה המשולבת היא שבית המשפט העליון הטיל על מוסד התכנון המקומי חבות להתוות תוכנית<sup>21</sup> שמכוחה יתממש ייעוד הדירות כדירות נופש שבפרק זמן מסוים במשך השנה יתממש (לנופש) בידי הבעלים וברוב מהותי של מניין ימות השנה. נופש מטבע עניינו הוא בעל דפוסים שונים (תיירות, עסקים, מרפא) אך הוא מתאפיין בכך שהוא מוגבל מאד בזמן ולכן אין להרשות השכרה מעבר למגבלת זמן מסוימת בשנה.

#### דרכי גיבוש המתווה

טענות העותרים כלפי דרכי גיבוש המתווה שגיבשה הוועדה המקומית מתמקדות בעיקר בכך שלא קוימה כדבעי חובת השימוע; המתווה גובש על בסיס תשתית עובדתית חסרה ולקויה והוועדה לא שקלה חלופות אחרות יעילות אך פוגעות פחות.

שימוע - אכן חובת שמיעתו הראויה של מי שעלול להיפגע מהחלטה שהתקבלה בידי רשות מנהלית (להלן: "שימוע" היא מעיקרי הצדק הטבעי ויסוד מוסד בדיני המנהל הציבורי. תוכנו וסדריו של מנגנון השימוע, לעתים כלולים במסגרת הדין החולשת על החלטה ולעתים, כבענייננו, אינם קבועים בה. גם העדרה של מסגרת חקוקה או מותקנת אינו מצדיק שימוע שנעשה "למראית עין" ואין בו משום אפשרות של ממש לצד העלול להיפגע, לערוך טענותיו.

בדן נערך שימוע כפול ומכופל ואפשר אפילו לומר משולש. בפרקים שלמעלה תואר שימוע כפול; פעם אחת ביוזמת הוועדה המקומית ופעם שנייה על פי החלטתי. בין לעניין הפעם הראשונה ובין לעניין השנייה נטען שהשימוע היה חסר ממש. גרמה לכך העובדה שלא ניתנה לכל בעלי הדבר האפשרות להיות נוכחים בשימוע ולא ניתנה אפשרות לכל מי שיש לו עניין בדבר להשמיע את קולו. בשימוע השני הותרה נוכחות רק של באי הכוח המייצגים. יתר על כן, על מהלכי השימוע שרתה "רוחה" של ראשת העיר, אז, גב' יעל גרמן, שהייתה נחושה בדעתה לקיים את המתווה במתכונת נוקשה ומקשה וככל שתרבה הנוקשות כן ייטב. מקבלי החלטה לא היו עצמאיים.

<sup>20</sup> ניסיתי לחשוב על האפשרות של הגדלת תקופת השימוש העצמי לכדי 4 חודשים. אולם היכן תמצא מי ש"נופש" במשך ארבעה חודשים? גם 3 חודשים זו מתיחת הגבול. בכל זאת אם הצדדים יסכימו לשינוי זה אפשר לקבל את הדבר.

<sup>21</sup> ראו להלן הבחנה בין "התוויית" תוכנית לבין "התקנת תוכנית".

לעניין הנוכחות ו"השמעת הקול" נראה לי שעורכי השימוע נקטו דרך נכונה ושלא הייתה דרך אחרת לפנייהם. אי אפשר היה לקיים שימוע סביר כאשר העותרים למאותיהם נוכחים ומבקשים להשתתף באורח פעיל<sup>22</sup>. לעניין זה אפשר לגזור גזרה שווה מדרכי השמעת "התנגדויות" לתוכניות בנייה. כאשר יש מספר מתנגדים רב, אין הכרח לאפשר לכולם להשמיע קולם. יש לאפשר להשמיע עמדות ואם אין למתנגד מסוים עמדה שונה מזו של אחר, אין צורך לשימוע טענה מסוימת במכפלה של פעמים<sup>23</sup>. כיון שאני משוכנע שעמדות העותרים נשמעו בשימועים מפי באי כוחם (שהם עורכי דין מוכשרים מאד ועתירי ניסיון בתחום דיני התכנון) אינני סבור שנפל בשימוע פגם של העדר השמעת טיעון מלאה.

אינני יכול לשלול את הטענה שראשת העיר ביקשה להשליט את דעתה על חברי הוועדה ועל מתכנני המתווה<sup>24</sup>. אולם בסופו של דבר, כל האפשרויות הוצגו וכל האפשרויות נבחנו ואם המתווה נבחר חרף קיומה של אפשרות טובה יותר, תהיה זו חובתי להעמיד דברים על מכונם ולתקן את הטעון תיקון.

לא למותר לציין שקולם של העותרים, באמצעות נציגיהם נשמע בהרחבה רבה לפני בית המשפט. על כן אפילו סברתי שהיה פגם בשימועים, אין בפגם הזה כדי הצדקת ביטול המתווה ופתיחת דרכי התווייתו מן "המשבצת הראשונה" מחדש.

*תשתית עובדתית* – הטיעון שהוועדה המקומית גיבשה את המתווה בלי תשתית עובדתית נאותה לוקה בחוסר הוגנות. אמנם אפשר שמזוויות שונות של בחינה (כגון זווית כלכלית, תוכניות פיתוח תיירות אזורית ועוד) המידע שהיה בידי הרשות, לוקה בחסר. אולם חסר זה ומשמעותו מתאינים נוכח *העובדה* שניסיון להשיג פרטי מידע חיוני מבעלי הנכסים נתקל בדלתות חסומות, דרכי כחש ולעתים גם בעוינות. אין הם יכולים ובאי כוחם אינם רשאים להלין על תשתית מידע לקויה כשהעותרים (או חלק משמעותי מהם) הניחו מעקשים על דרכי איסוף המידע.

*שקילת חלופות* – פסק בית המשפט העליון שאיר בידי הרשות ברירה בין חלופות. הבחירה בחלופה כלשהי הותנתה ביעילות החלופה והתאמתה לתכלית המתוארת בפסק. אין זה נכון שגורמי הרשות לא בחנו חלופות. עובדה היא שהמתווה הראשון הוחלף בשני, מעט שונה ממנו.

<sup>22</sup> יכולתי להיווכח בדבר גם בדיוני בית המשפט. בית המשפט העמיד את האולם הגדול ביותר לצורך הדיון וכמה עשרות מבין העותרים נכחו בדיון. היה קושי גדול לעצור את המיית רצונם להשמיע קול, בתוך המסגרת ופעמים הרבה מחוצה לה.

<sup>23</sup> "מוסד תכנון שהוגשו אליו התנגדויות זהות במהותן, רשאי להזמין ולשימוע רק מספר מתנגדים מבין מגישי ההתנגדויות, אם לדעתו מייצגים אותם מתנגדים ענין או מקום זהים; כן רשאי מוסד התכנון להחליט כי יימנע משמיעת התנגדות שיש בה חזרה על התנגדות ששמע קודם לכן, שהיא בלתי מנומקת או שהיא נראית על פניה טורדנית או קנטרנית" [סעיף 106 (ג) של [חוק התכנון והבנייה](#)].

<sup>24</sup> לא הוצגו בהקשר לכך ראיות של ממש. אולם גם שופט בתוך עמו יושב. במהלך השנים עסקתי הרבה בעתירות נגד עיריית הרצליה והוועדה המקומית שם, שנקשרו ב"מדיניות" או ב"השקפה" של ראשת העיר, במיוחד ביחס לתוכניות או פעולות בתחום התכנון והבנייה שראש העיר שקדם (אלי לנדאו) ניצב מאחוריהן. בכך אינני אומר להעריך את ההצדקה המהותית של מדיניות זו, אלא לציין את נחישות הדעת של ראשת העיר כעובדה.

אפילו אניח שבשלב הראשון לא הייתה מלאכת ברירה בין חלופות ממשית, ברי שבמהלך המשפט דרשתי שתהיה בחינה של כל אפשרות סבירה. באי כוח העותרים נפגשו עם באי כוח הוועדה המקומית ולפי הדיווחים שקיבלתי האפשרויות נשקלו. לכן לטענה יש משקל קטן מאד בעיניי.

#### סמכות הוועדה המקומית להתקין את המתווה

העותרים טוענים שהוועדה המקומית נעדרת סמכות עניינית להתוויית המתווה, לפי שעניינו בהגבלת שימושים בקרקע ואין לך הגבלת שימושים שאינה נעשית בתוכנית או מכוח הוראות שנקבעו בדין.

המשיבות גורסות שלוועדה סמכות המעוגנת בהוראת [סעיף 27\(א\)](#) של [חוק התכנון והבנייה](#) לאמור: "תפקידה של הוועדה המקומית ושל כל רשות מקומית במרחב תכנון הכולל תחום של יותר מרשות מקומית אחת להבטיח את קיומן של הוראות חוק זה וכל תקנה על פיו".

אכן על דרך הכלל התקנת שימושים בקרקע נעשית בתוכנית (ראו [פרק ג'](#) של [חוק התכנון והבנייה](#)). אולם עניינו של המתווה איננו בהגבלת שימושי קרקע. הגבלה זו נקבעה בתוכנית המתאר הארצית ובתוכניות בניין עיר שחלות על מתחם המעגנה. המתווה מיועד ליישום המגבלות ולא לתחמת מסגרתן או קביעת תוכן.

אך גם לשמו של "יישום" זקוקה הרשות למקור עיגון בדיון. אין היא רשאית לצוות על האזרח ציווי "עשה" או "אל תעשה" לפי שרירות דעתה.

אני סבור שלמתווה שני מקורות עיגון. המקור האחד הוא פסק בית המשפט העליון. בית המשפט הנחה את הוועדה המקומית להטיל על בעלי הנכסים "חובה להעמיד את דירותיהם להשכרה לציבור לפי תוכנית שתתווה על ידי רשות התכנון לעניין זה". לשון אחר בית המשפט העליון, המוסמך על פי דין ליתן צווי עשה, הורה למוסד התכנון המקומי לערוך מתכונת מחייבת שתחייב את בעלי הנכסים ותבטיח את מימוש עקרונות פסק הדין. בית המשפט העליון הורה להתוות תוכנית, היינו לערוך מתווה ולא ודווקא להתקין תוכנית. בית המשפט העליון בלי ספק מודע למשמעות של הוריה לפתוח בהליך תכנוני רגיל (שנמשך שנים) ולא בכדי נקט בביטוי "התוויה" ולא נקט בביטוי "התקנה".

מקור העיגון השני (שאלמלא קיומו של הראשון אפשר שלא היה די בו) הוא הוראת הדין המורה למוסד התכנון המקומי לנקוט צעדים להבטחת קיומו של חוק התכנון וכל תקנה לפיו.

נראה לי שהמתווה הותווה בידי גורם בן סמך.

#### סבירות המתווה

המתווה עונה "אחד לאחד" על קווי המתאר שלו שנקבעו בפסק בית המשפט העליון (ראו שוב למעלה מכאן בפרק המשמעות התפעולית של פסק בית המשפט העליון. בכך גלומה גם מסקנה שהמתווה אינו פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות יסוד חוקתית (אין בו פגיעה בזכות הקניין הפרטי. הפגיעה נעשתה במסגרת הנורמטיבית החלה על המעגנה). אין בו פגיעה בזכות החזקה בנכסים

פרטיים משום שהפסק הגביל את הזכות הן מכוח הביטוי "נופש" והן על פי פרק הזמן שמתיישב עם הגדרת "נופש".

לו יצויר שהמתווה פועל, חברות הניהול מצליחות להשכיר את הדירות במגבלות הפסק וההשכרה מניבה רווח, כלום ניתן לומר, במצב דברים זה, שהמתווה אינו סביר? ודאי שלא. אלא שהעותרים מוכיחים, באותות ובמופתים של מומחים שנשכרו בידם, שהמתווה אינו כלכלי והוא עלול לגרום לעותרים חסרון כיס מרובה שנעוץ בכך שהעותרים מחויבים בתשלום דמי ניהול גם אם הדירות אינן מושכרות ואינן מניבות תשואה וכן הוא נעוץ באפיוני דירות שונות (במיוחד דירות גדולות מאד שקשה להשכיר לנופשים).

הטענה אינה פשוטה במיוחד שגם המומחה מצד הרשות לא הביע ביטחון שהמתווה יצליח להניב רווח. אולם בחינת האפשרויות החליפיות מעלה שהמתווה הוא האפשרות הסבירה ביותר. אין להניח בשום פנים בידי בעלי הנכסים חירות להשכיר את הנכסים בעצמם (במגבלות זמן ותכלית). אין כל אפשרות לפקח על הנעשה בידי מאות בעלי נכסים שכל אחד מפרש את הדין והפסק לפי הבנתו ואיש הישר בעיניו יעשה. אין לקבל גם מצב (נשאף בידי בעלי נכסים רבים) שהנכס יעמוד ריק ובלתי מושכר שכן מצב זה סותר את זכותו של הציבור לנגישות לחוף הים ולשימוש במאגר הדירות הסמוך לים לנופש. חובת דיווח בלבד אינה מספקת. מן ההכרח להפקיד את ההשכרה (למועדים קצובים) בידי גורם נאמן נטול אינטרס לשחרר לפתחו של צד כלשהו.

הרוכשים, בעת הרכישה, ידעו ידוע היטב מהי המציאות המשפטית. הם ידעו את פסיקתו של השופט גורן ותנאיה. מי שרכש דירה ששל מאות מטרים מרובעים, הציב בה ברזים מצופים בזהב מאופיר ודלתות שנהב מכוש, רהיטי תולענה (מהגוני) ופסנתר כנף רב יוקרה, ידע שהוא מניח את השקעתו על קרני המתווה. על כך אמרו "יזהר הקונה" (Caveat emptor).

המתווה נראה לי באורח עקרוני סביר אף על פי שהוא טומן בחובו סיכונים רבים. יש מקום לשתי הערות אלה. ראשית גורמי הוועדה המקומית והעירייה יבחנו אפשרויות לעידוד פעילות השכרה יעילה מצד חברות הניהול. כוונתי לכך שהחברות נהנות מהחזר הוצאות ואולי גם עמלה של בעלי הנכסים גם כשהדירות אינן מושכרות. צריך להימנע ממצב שבו לחברת הניהול אין סיכון וסיכונים הפסד הם על בעלי הנכסים בלבד (למשל אולי ראוי שחברות הניהול יישאו בחלק מהוצאות ההחזקה כשאין השכרה אך אינני קובע מסמרות בדבר).

שנית, ברור (וכך גם הוצהר מפי בא כוח הוועדה המקומית) למתווה יינתן תוקף זמני בלבד. בתום 10 חודשי הפעלה יהיה צורך לערוך בחינה מחדש, להפיק לקחים ולקבוע את דרך הפעולה לעתיד.

#### השלכות על רוכשים מוקדמים

באי כוח הרוכשים המוקדמים טוענים שלמתווה עלולה להיות השפעה קשה מאד על ערך נכסיהם ועל איכות החיים שלהם. שכן הרוכשים הללו עשויים למצוא עצמם משולבים במין "בית מלון" שדייריו יוצאים ובאים חדשות לבקרים, אינם מקפידים על שמירה ראויה של הרכוש המשותף

וגורעים מיכולת השימוש וההנאה שליש לרוכשים מן הרכוש המשותף (כגון מן הבריכה, החצר שירותי שוער ואחזקה).

הטיעון בהיבט עובדתי כנראה נכון אך אין לו הצדקה משני טעמים. הטעם הראשון הוא שגם הרוכשים המוקדמים אינם מחזיקים בדירות מגורים. הם כמו הרוכשים המאוחרים רכשו דירות נופש ולא דירות מגורים. אכן אין הם נתונים לפיקוח ואיש לא ינקוט צעד נגדם גם אם הם ינצלו את דירתם למגורים. העדר אכיפה אינו מתן רשות. לכן מי שמנצל את נכסו בדרך שאינה מתיישבת עם התוכניות החלות לא יישמע בטענה שהחלת התוכניות על שכניו מפריעה לו. מי שחפץ במניעת ההשלכות של המתווה על נכסיו, יצרף את הנכס למתווה או יימנע מכל השגה.

שנית, הרוכשים המוקדמים לא בקשו ובאורח מודע נמנעו מלהצטרף כצד לערעור לבית המשפט העליון. פסק הדין שהורה על המתווה (אם כי לא הורה את פרטיו) הוא "מעשה בית דין" כלפיהם והם מושתקים מלטעון כלפיו.

### מסקנה מסכמת

על פי מסקנותיי המתוארות למעלה מכאן אני דוחה את העתירה כפוף לחיוב המשיבות 1, 2 לשקול דרכים שיבטיחו "עידוד" לחברות הניהול להתאמץ ולהשכיר את הדירות בהתאם למגבלות פסק הדין. נוסף לכך המתווה יעמוד בתוקפו לתקופת ניסיון בת 10 חודשים מיום 6.3.16

העותרים יישאו, ביחד ולחוד, בהוצאות של המשיבות 1, 2 בסכום של 100,000 ש"ח ושל משרד התיירות בסכום של 50,000 ש"ח. חלוקת התשלום בין הקבוצות השונות תיעשה בדרך של יחס בין מספר העותרים בכל קבוצה (בני זוג ייחשבו כגורם אחד) לבין מספר העותרים הכללי. בא כוח הוועדה המקומית יערוך חישוב וימציא את דרישתו לכל קבוצה ולבאי כוח העותרים שאינם מהווים קבוצה.

אין צו להוצאות לחברה להגנת הטבע.

ניתן היום, ו' שבט, תשע"ו 16 ינואר, 2016 בהעדר הצדדים.

חתימה

ניתן היום, ז' שבט תשע"ו, 17 ינואר 2016, בהעדר הצדדים.

עודד מודריק, שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

ד#ר עודד מודריק 54678313-/  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה