



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 3189/09

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות

המערערת :

החברה להגנת הטבע

נ ג ד

המשיבים :

1. המועצה הארצית לתכנון ולבניה
2. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז דרום
3. מינהלת סל"ע - משרד ראש הממשלה
4. משרד השיכון
5. הוועדה המקומית לתו"ב שקמים
6. אגודת מרשם
7. עמותת צופי דרום
8. תנועת אור משימות לאומיות
9. התנועה הגיאוגרפית הישראלית
10. אגודת חובבי הפרפרים בישראלים
11. ד"ר יוסי לשם
12. ד"ר יובל ספיר
13. פרידמן גלעד - האוניברסיטה תל אביב
14. גיא שחר
15. אסף מירוז
16. אור שפיגל ואסף צוער - האוניברסיטה העברית
17. דוד שוהמי
18. סקוטלסקי אורית בשם קבוצת תושבים מעדולם
19. אבי נבון
20. ח"כ דב חנין יו"ר עמית של השדולה הסביבתית

משיבים פורמליים
משיבים פורמליים :

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בבאר שבע מיום 15.3.09 בעת"מ 436/08 שניתן על ידי
כבוד סגנית הנשיא ר' אבידע

תאריך הישיבה :

ט' בסיוון תשס"ט (1.6.09)

בשם המערערת :

עו"ד י' שניידור

בשם המשיבים 4-1: עו"ד ת' עציון

בשם המשיבה 5: עו"ד ש' קתי

בשם המשיבים 6 ו-7: עו"ד א' שפירא

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

ממשלת ישראל, ובעקבותיה רשויות התכנון, החליטו על הקמת יישובים חקלאיים בדרום הר חברון. במוקד הדיון בפנינו ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים לדחות עתירה כנגד החלטות רשויות התכנון לאשר את הקמת היישוב מרשם.

1. בשנת 1983 החליטה ממשלת ישראל על הקמת ארבעה יישובים חקלאיים בדרום הר חברון, וביניהם היישוב מרשם. במהלך השנים התקיימו הליכים שונים לקידום החלטה זו, כאשר בשנת 1998 הוחלט על הכנת תוכנית אב למרחב הביוספרי שפלת יהודה, בה ישולבו שימוש ערכי טבע לצד פיתוח זהיר. בהתאם להחלטה הוכן מסמך עקרונות המכונה "מרחב ביוספרי בשפלת יהודה", מסמך אשר אומץ על-ידי המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: המועצה הארצית) ביום 4.12.03. בשלב כלשהו הוחלט על ייעוד היישוב מרשם עבור מגורי הקבע של מתיישיבי חבל עזה לשעבר. במהלך הדיונים בעניין הקמת היישוב נידונו חלופות שונות למיקומו של היישוב, וביום 19.6.06 החליטה ועדת המשנה שליד הוועדה המחוזית לאשר את אחת החלופות בהסכמת נציגי המשרד לאיכות הסביבה. אחד התנאים לאישור החלופה היה כי בתוכנית שתוגש יינתן ביטוי כיצד היא עומדת בעקרונות והנחיות תוכנית המרחב הביוספרי.

2. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (להלן: הוועדה המחוזית) החליטה על הפקדת התוכנית להקמת היישוב ביום 25.12.06. ביום 14.3.07 התקיים דיון בוועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (להלן: ולנת"ע) בעניין התוכנית המפורטת, בו הוחלט כי התוכנית תקודם. בעקבות זאת פורסמה התוכנית להתנגדויות ביום 29.6.07. הוגשו כמאה שישים התנגדויות, ביניהן התנגדותה של המערערת. משרד הבינוי והשיכון המליץ לדחות את התנגדות המערערת. ביום 5.11.07 שמעה ועדת המשנה להתנגדויות

שליד הועדה המחוזית (להלן: וועדת המשנה) את ההתנגדויות והחליטה להורות למגישי התוכנית להגיש נספח נופי סביבתי תוך התייחסות להנחיות התכנוניות של תוכנית המרחב הביוספרי. ביום 7.4.08 התכנסה ועדת המשנה וקבעה כי:

“הועדה אינה חולקת על כך שהאזור ערכי מבחינה נופית, סביבתית ואקולוגית ואולם, הועדה המחוזית סבורה שיש לאזן בין שיקולים אלה, לבין שיקולים נוספים שעניינם הצורך לתת פתרונות מגוונים לאוכלוסיית מפוני חבל עזה, מחד, ולפיתוח וחיזוק ההתיישבות במזרח לכיש, מאידך, גם אם “המחיר” לכך הינו בדרך של הקמת יישוב חדש, תוך פגיעה מסוימת בערכים הסביבתיים כאמור לעיל, ובלבד שהדבר יעשה בהתאם למדיניות התכנון ועל פי כל דין”.

וועדת המשנה הגיעה למסקנה כי ההחלטה להקים את היישוב מרשם מאזנת בין ערכי השימור וצורכי הפיתוח בראיה כוללת של המרחב הביוספרי. ביום 12.5.08 התכנסה וועדת המשנה פעם נוספת על מנת לדון בעניין המסמך הנופי סביבתי ובחלופות השונות לפרישת היישוב. הוחלט לצמצם את תחום הבינוי של היישוב ופרישתו כך שיכלול כ-350 יחידות דיור. ערר שהגישה המערערת נדחה על-ידי המועצה הארצית ביום 16.9.08. על כך הגישה המערערת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר-שבע.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים

3. בית המשפט (כב' השופטת רות אבידע – ס"נ) דחה את טענת המשיבים כי יש לדחות את העתירה על הסף מחמת שיהוי ומניעות. בית המשפט ציין כי היה טוב אם היתה המערערת מביאה את עתירתה עוד קודם לכן, אולם יש לקבל את הטענה שהמערערת מיצתה בזמן זה את ההליכים במסגרת גופי התכנון. כמו כן נקבע כי אין לדחות את העתירה בשל מניעות והסתמכות מאחר שבמהלך כל הליכי התכנון היתה עמדת המערערת עקבית והיא הבהירה את התנגדותה בכל פורום אפשרי. כן התקבלה טענת המערערת כי אף חלו שינויים בנסיבות. טענה נוספת של המשיבים, לפיה הסעד המבוקש עומד בניגוד להחלטות ממשלה ובניגוד לחוק לקידום יישובם של מפוני גוש קטיף, חבל עזה וצפון השומרון, התשס"ח-2008, בו נזכר גם היישוב מרשם, נדחתה. בית המשפט קבע כי החלטות הממשלה והחוק אינן שוללות את הצורך בקבלת החלטות על-ידי הגופים המתכננים, מה גם שלא נקבע בחוק או בהחלטות מיקום היישוב.

4. בית המשפט התייחס לטענת המערערת לפיה גופי התכנון לא בחנו כלל את האפשרות שלא להקים את הישוב מרשם ("חלופה אפס") אלא רק בחנו את מיקומו של הישוב העתידי. נקבע כי טענה זו לא נכונה וכי במספר דיונים והחלטות שהתקיימו וניתנו בגופי התכנון נידונה גם האפשרות שלא להקים כלל את היישוב ולמצוא פתרונות אחרים למתיישבים. בית המשפט הסכים עם המערערת כי התסקיר הסביבתי שהוגש לולנת"ע היה לוקה בחסר וכי התיעוד על פיו התקבלו ההחלטות לקה אף הוא בחסר. עם זאת נקבע כי המערערת לא הצביעה על עובדות מהותיות שלא עמדו בפני מקבלי ההחלטות ושאלו עמדו בפניהם היו אלו משנים את עמדתם, ולפיכך אין מקום להתערב בהחלטות גופי התכנון מטעם זה.

5. טענה נוספת של המערערת שנדחתה על-ידי בית המשפט הינה כי הקמת היישוב מרשם אינה עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 13 לתמ"א 35 ונוהל עבודת המועצה הארצית לעניין הקמת ישובים חדשים. בית המשפט סקר את ההוראות השונות ואת הקריטריונים הקבועים להקמת יישוב חדש וקבע כי אכן לפי הוראות אלו על הולנת"ע לבחון גם "חלופת אפס", אלא שחלופה זו נבחנה כאמור. נקבע כי נבחנו פתרונות חלופיים למתיישבים המיועדים ליישוב מרשם אך ללא הצלחה. כמו כן נקבע כי נבחנה התקיימותם של התנאים להקמת יישוב חדש על-פי תמ"א 35, וכן נידונה התפיסה התכנונית של תמ"א 35 לפיה יש להעדיף חיזוק ישובים קיימים על פני הקמת ישובים חדשים. שיקולים אחרים, שעניינם חיזוק ופיתוח חבל מזרח לכיש ומתן מענה לפתרונות דיור עבור מפוני חבל עזה, הובילו לאישור הקמת היישוב החדש למרות תפיסה תכנונית זו. נקבע כי האמנות הבינלאומיות בעניין שימור ערכי הטבע בוטאו במסגרת הוראות תמ"א 35, ומשנקבע כי האחרונות לא הופרו, הרי שגם הראשונות לא הופרו.

6. פרופ' שטרן, שהינו ממתכנני תוכנית האב למרחב הביוספרי במרחב לכיש, מסר שתי חוות דעת. האחת משנת 2007, בה לא שלל את הקמת היישוב מרשם. בחוות דעתו השניה ממרץ 2008 ציין כי התוכנית הנוכחית להקמת היישוב אינה תואמת לעקרונות והנחיות התכנון של המרחב הביוספרי. בית המשפט קבע כי על אף שלא היתה התמודדות של המועצה הארצית עם חוות דעתו השניה של פרופ' שטרן הרי שברור הוא כי המועצה היתה ערה לקיומה של חוות הדעת ואין המחדל לבקש מפרופ' שטרן הבהרות מצדיק את ביטול ההחלטה נשוא העתירה. עוד נקבע כי המועצה הארצית היתה מודעת לכך כי הקמת היישוב תהווה פגיעה בערכי הטבע, אך קבעה כי באיזון עם שיקולים אחרים יש לחייב הקמת היישוב.

7. בית המשפט דחה את טענות העותרת באשר לפגמים בניהול הדיון וקבע כי אין לפסול את ההחלטה אך בשל כך שהצעת ההחלטה נוסחה קודם לדיון, וזאת מאחר שההצעה הוכנה על-ידי הגוף המתכנן ולא הובאה לידיעת חברי המועצה הארצית בטרם נשמעו העררים. הושארה בצריך עיון השאלה האם ראוי הנוהל של הכנת הצעות החלטה עוד בטרם התקיים הדיון.

8. לבסוף קבע בית המשפט כי לא ניתן לומר שההחלטה שהתקבלה הינה בלתי סבירה בעליל וכה בלתי מידתית עד שהיא מצדיקה התערבות של בית המשפט. מוסדות התכנון איזנו בין שיקולי הפגיעה בסביבה לבין שיקולים אחרים, כגון עיבוי ההתיישבות במזרח לכיש, אף מנימוקים ביטחוניים, והעדר אופציות התיישבות אחרות למפוני חבל עזה. בית המשפט ציין כי גם אם נטיית ליבו שונה היא מההחלטה שהתקבלה אין הוא יכול להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות.

טענות המערערות

9. ראשית טוענת המערערת כי הקמת היישוב מרשם מתוכננת בליבו של תא שטח רגיש וייחודי מאוד מבחינה סביבתית ואקולוגית. היא מציינת את ההכרה, אשר עוגנה בתמ"א 35 ובפסיקת בית משפט זה, לפיה שטחים פתוחים הם משאב ציבורי נדיר ומידלדל בישראל אשר יש לעשות מאמץ עליון להגן עליו למען איכות החיים והסביבה. לטענתה, ההחלטה על הקמת היישוב אינה מידתית שכן אין היא מאזנת נכון בין הצורך למצוא פתרון הולם לקבוצה של כארבעים משפחות אל מול הקמת יישוב חדש בלבו של השטח הפתוח בניגוד למדיניות התכנון הכללית, קל וחומר בתא שטח רגיש במיוחד מבחינה סביבתית.

10. יחד עם זאת, המערערת מבקשת למקד את הדיון בסבירות ההליך ותקינותו. לטענתה, דווקא מתחם הסבירות הרחב הנתון למוסדות התכנון בהחלטות תכנוניות, מחייב מתחם התערבות רחב בכל הקשור לביקורת השיפוטית על ההליך. כמו כן, בשל רגישותה המיוחדת של התוכנית היה על בית המשפט קמא לבחון את ההליך שנוהל בפני המועצה הארצית באמות המידה המחמירות המתחייבות.

11. אי סבירותה של ההחלטה, לטענת המערערת, נובעת מליקויים חמורים בגיבושה של התשתית העובדתית. היא מדגישה שככל שההחלטה מורכבת יותר מלאכת איסוף הנתונים וביורם חייבת להיות קפדנית ויסודית יותר ואף מלאכת התייעוד הינה חובה מעקרונות המשפט הציבורי. לטענת המערערת לא הוגשו נתונים המעידים על

ניסיונות אמיתיים לשילוב 40 המשפחות המתיישבות באחד מהיישובים הסמוכים, החדשים או הוותיקים. הדיונים מעלים רק הצהרות כלליות וסתמיות ללא הצגת שום סימוכין לתמיכה או ראיות כלשהן לניסיונות כאלה. מהדברים עולה, לטענת המערערת, כי ההנחה שלא נבדקה ונוסחה היא כי לא ניתן לשלב את קבוצת 40 המשפחות בשום דרך ביישוב אחר. הנובע מכך הוא כי לחלופת האפס לא הוצגה ולו תשתית עובדתית מינימאלית. לפיכך, טוענת המערערת, אין מנוס מביטול הדיון והחזרתו למועצה הארצית. עוד טוענת המערערת כי תסקיר ההשפעה על הסביבה שהוגש כלל רק שלוש חלופות מיקום ליישוב והשווה ביניהן, אך לא בחן "חלופת אפס". המערערת שבה וטוענת כי לא היתה כל התייחסות בהחלטה לעמדתו החדשה של פרופ' שטרן, שהינו מומחה מטעם מוסדות התכנון. פרופ' שטרן לא התבקש לתת הבהרות בעניין חוות דעתו השניה ולא נבחנו הטעמים לעמדתו.

12. המערערת מוסיפה וטוענת לפגמים שנפלו בהליך. כך היא טוענת כי החלטת המועצה הארצית הוכנה מראש על-ידי מנהל התכנון, הובאה לדיון על-ידי שני נציגי משרד הפנים במועצה, וכן הוקרנה מיד בתום הדיון כאשר לא ניתנה אפשרות לחברי המועצה הציבורית להתייחס לנימוקיה, לנתונים העומדים בבסיסה או להשפיע עליה. בכך יש פגיעה במראית פני תקינות ההליך ובאמון הציבור ברשויות התכנון ובהליך התכנוני. התנהלות זו מלמדת על העדר נכונות של נציגי משרד הפנים לשקול את הדברים מחדש ועל קיום דיון על מנת לצאת ידי החובות הפרוצדוראליות.

עוד טוענת המערערת כי לראשונה בתולדותיה של המועצה הארצית התקיים הדיון בערר במליאת המועצה ולא בוועדת ערר, בראשות יו"ר המועצה ולא בראשות משפטן יו"ר וועדת הערר. המערערת עורכת השוואה עם מתכונת הדיון הרגילה בוועדת הערר וטוענת כי מתכונת זו לא התקיימה כלל במקרה דנן, דבר המעורר חשד ומצדיק את בחינת אופן ניהול הדיון בצורה מדוקדקת יותר. לטענתה, אופן ניהול הדיון, בהשוואה לניהול הדיון בוועדות ערר, מעלה דיון לא מעמיק ולא מפורט.

13. לבסוף טוענת המערערת כי המועצה הארצית ומוסדות התכנון שלפניה לא עמדו באמות המידה שהתווה בית משפט זה לבחינה ממצה ויסודית של ההיבטים הסביבתיים ולפעולה בזהירות הנדרשת ביחס לשטח פתוח בעל רגישות אקולוגית מיוחדת. לאור הליקויים החמורים האמורים סבורה המערערת כי המועצה הארצית לא יכולה לבצע איזון נכון בין השיקולים השונים. מעבר לכך טוענת המערערת כי ההחלטה היא בלתי סבירה גם במתן משקל בלתי ראוי לשיקולים השונים.

14. המשיבים 1-4 טוענים כי יש לדחות את הערעור בשל הגשת העתירה בשיהוי ניכר. לטענתם, הגשת העתירה רק בשלב האחרון של ההליכים התכנוניים לאחר קבלת החלטות רבות בעניין במשך שנים, כאשר נוצרה אף הסתמכות אצל המתיישבים, מצדיקה את דחיית הערעור.

15. לגופם של דברים טוענים המשיבים 1-4 כי לא קמה כל עילה המצדיקה את התערבות בית המשפט בהחלטה. המועצה הארצית שקלה את מידת הפגיעה בערכי הטבע אך סברה כי הפגיעה אינה רבה שכן היישוב ממוקם בשולי השטח הפתוח ותחום על-ידי כביש, גדר ההפרדה ומקבצים של ישובים פלשתינאים, ושטחי אש. מוסדות התכנון הביאו בחשבון, והיו רשאים לכך, את החלטות הממשלה בעניין אשר הביעו את רצונה לחזק את חבל לכיש וכן לסייע למפוני חבל עזה. המועצה הארצית בחנה ואיזנה בין השיקולים השונים ולא מצאה כי ערכיות השטח יכולה לגבור על השיקולים האחרים אשר תמכו בהקמת היישוב, כל זאת לאחר שהתוכנית כפי שאושרה צמצמה למינימום אפשרי את הפגיעה בסביבה.

16. באשר לבחינת "חלופת אפס". המדינה טוענת כי בהחלטה של ועדת המשנה להתנגדויות של הועדה המחוזית נקבע כי מספר יחידות הדיור המתאים לאזור הוא 2,700 ועל מנת לשמר את אופיו ההתיישבותי-כפרי של האזור היה צורך בהקמת יישוב חדש מעבר להרחבת היישובים הקיימים. כן טוענים המשיבים כי בחינת "חלופת אפס" נעשתה לא אחת על-ידי גורמי התכנון השונים. אין הם רואים פגם באי הגשת תסקיר באשר לחלופה זו שכן הנחת המוצא היתה שהקמת היישוב תפגע בערכי הטבע, ולפיכך לא היה צורך לבחון אפשרות זו, אלא רק מהי האפשרות, בהינתן הקמת היישוב, שתמזער את הנזק לסביבה. המשיבים מביאים מדבריהם של מומחים אשר סברו כי הקמת היישוב החדש למפונים תסייע בהשתקמותם, וכן פירטו מדוע צירופם ליישובים אחרים אינה יכולה להסתייע ואינה שומרת על צרכיהם ומאפייניהם הייחודיים של המתיישבים המיועדים ליישוב מרשם. המשיבים מציינים כי המתיישבים המיועדים נערכים לקראת העלייה ליישוב כקבוצה מגובשת אחת וכי ביטול ההחלטה יגרום לפגיעה קשה בהם. למעלה מן הצורך טוענים המשיבים כי גם אם יקבע ש"חלופה אפס" לא נבחנה דיה הרי שלנוכח אישורו של היישוב בסימבול בתכנית מתאר מחוזית מאושרת עוד בשנת 1999 מייתרת את הצורך בבחינת חלופה זו פעם נוספת.

17. באשר לחוות דעתו של פרופ' שטרן מזכירים המשיבים כי חוות דעתו הראשונה קבעה כי התוכנית ככלל אינה סותרת את עקרונות המרחב הביוספרי. חוות דעתו השניה של פרופ' שטרן הוכנה בהתייחס לנספח הנופי-סביבתי שהוגש לולנת"ע. לאחר הכנת חוות דעת זו התכנסה וועדת המשנה להתנגדויות והכניסה תיקונים לנוכח העולה מן הנספח הסביבתי, תיקונים שיש בהם מענה גם להשגות של פרופ' שטרן בחוות דעתו השניה. המועצה הארצית היתה מודעת לחוות דעתו של פרופ' שטרן ואי בקשת הבהרות ממנו אינו פגם המצדיק את ביטול ההחלטה.

18. המשיבים 1-4 דוחים את טענות המערערת באשר לפגמים בהליך. לטענתם, הכנת טיוטת הצעת החלטה מראש היא עניין נהוג בדיוני המועצה הארצית לנוכח ריבוי החברים הלוקחים חלק בדיון. הם מדגישים כי גם נציג דעת המיעוט הכין הצעת החלטה מראש וכל חבר מועצה הצביע לאחת מההצעות לפי שיקול דעתו. המשיבים דוחים את טענת המערערת לפיה מתכונת הדיון לא תאמה למתכונת הדיון המקובלת בוועדות המשנה לעררים ומכל מקום המערערת לא הצביעה על כל נזק שנגרם ממתכונת דיון שונה לכאורה.

19. לבסוף טוענים המשיבים 1-4 כי ההחלטה הינה סבירה ומידתית וכי אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהחלטה. המועצה הארצית סברה כי ידם של השיקולים הנוטים לטובת הקמת היישוב היא על העליונה ובית המשפט קמא, אף כי נטיית ליבו היתה שונה, לא מצא מקום להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות.

20. המשיבה 5 טוענת כי ההליך התכנוני ביחס לתוכנית היה מקיף וכלל התייעצויות עם מומחה וניהול דיונים ממושכים, בין היתר בהשתתפות נציגי ארגוני הסביבה שהמערערת בכללם כנדרש על-פי דין. המשיבה טוענת לדחיית הערעור על הסף בשל שיהוי בהגשת העתירה ובשל ההלכה לפיה בית המשפט לא ישים עצמו בנעלי מוסד התכנון. התוצאה שהתקבלה, לטענתה, היא אחת התוצאות הסבירות האפשריות ולכן אין להתערב בה. המשיבה מצטרפת לטענות המשיבים 1-4 באשר להעדר פגמים בהליך וטוענת כי עמדתה העקרונית של המערערת הינה להתנגד לכל הקמת יישוב חדש.

21. המשיבות 6-7, המייצגות את המתיישבים המיועדים להתיישב במרשם, טוענות כי המתיישבים היו מעוניינים באתגר התיישבותי ובמקום בו ניתן להקים מספר יישובים ולשחזר את האווירה המיוחדת ששררה בגוש קטיף, וכן לשקם את חייהם מאז הפינוי. דחייה בהקמת היישוב, לא כל שכן ביטולו, תיצור השלכות קשות במישור האישי

והקהילתי על המתיישבים. המשיבות טוענות כי זוהי הערכאה השישית הדנה בעניין וכי הקמת היישוב התקבלה בשורה של החלטות ממשלה ועוגנה בחוק ובתוכניות מקומיות ותוכנית מתאר מחוזית. הליכי התכנון של היישוב היו מפורטים וממושכים, במסגרתם בחנו מוסדות התכנון היבטים רבים הנובעים מהקמת היישוב, לרבות ואולי בעיקר השפעת התוכנית על הסביבה. נבחנו מספר חלופות למיקום היישוב מתוך מטרה לצמצם את הפגיעה בסביבה.

22. המשיבות טוענות כי היישוב הינו חלק מגוש התיישבות חדש שהממשלה החליטה להקים במזרח חבל לכיש. היישוב בשלב ראשון יכלול 50 משפחות אך הוא צפוי לקלוט 305 משפחות עד שנת 2020. המשיבות טוענות כי בתוכנית המרחב הביוספרי מסומן שטח התוכנית כאזור "חיץ משולב" המאפשר הקמת ישובים. כמו כן היישוב מתוכנן לקום בשולי השטח הפתוח וליד הפרעות סביבתיות נוספות הקיימות ממילא, לרבות כביש וגדר ההפרדה. לטענת המשיבות המערערת אינה מצביעה על כל עובדה מהותית שלא עמדה בפני מקבלי ההחלטות. כן הן טוענות כי נבחנו חלופות אחרות להקמת היישוב אשר נמצאו כלא מתאימות. המשיבות טוענות כי אין חובה לבחון את "חלופת האפס" במסגרת תסקיר השפעה על הסביבה דווקא וכי אי שמיעתו של פרופ' שטרן אינה מהווה פגם המצדיק את ביטול ההחלטה. כן דוחות המשיבות את יתר טענותיה של המערערת.

דיון

שיהוי

23. טענת הסף של המשיבים כנגד העתירה הינה כי העתירה הוגשה בשיהוי רב תוך פגיעה קשה בהסתמכותם של המתיישבים ולפיכך דין העתירה להידחות על הסף מטעם זה. אני סבורה כי דין טענה זו להידחות וכי עלינו לדון בעתירה לגופה.

24. כפי שנקבע בפסיקת בית משפט זה בחינת טענת השיהוי נעשית על-פי שלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי; שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק ובאינטרס הציבורי אם טענת השיהוי תתקבל.

השיהוי הסובייקטיבי בוחן את התנהגותו של העותר והאם ניתן ללמוד ממנה כי ויתר על פנייה לערכאות. השיהוי האובייקטיבי בוחן את השינוי שחל במצב בשטח ואת הפגיעה הצפויה באינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר נוכח הגשת העתירה

באיחור. שני תנאים אלו הם מצטברים לצורך קבלת טענת שיהוי במשפט הציבורי. מנגד עומד מבחן הפגיעה בשלטון החוק, אשר ביכולתו לשלול טענת שיהוי. על-פי מבחן זה לא ידחה בית המשפט עתירה מחמת שיהוי אם עקב כך תיגרם פגיעה חמורה בשלטון החוק או באינטרס ציבורי חשוב. דהיינו, מבחן זה מחייב דחיית טענת שיהוי "מקום שמשקל הרעה הצפויה מהמעשה נשוא העתירה גובר באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם בהיזקקות לעתירה הנגועה בשיהוי, ובהינתן פגיעה אפשרית בצדדים שהסתמכו על מצב דברים נתון עד לפתיחתו של ההליך השיפוטי" (ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פסקה 87 (לא פורסם, 7.12.06) (להלן: עניין אי התכלת)). יש להדגיש כי לא כל פגם מנהלי יש בו כדי לגבור על טענת שיהוי כי אם רק במקרים מיוחדים בהם הפגם חמור במיוחד (ראו ע"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים של הפועל המזרחי נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון (לא פורסם, 4.2.07)).

25. במקרה דנן טוענים המשיבים כי רישום היישוב מרשם כסימבול נעשה עוד בתוכנית המתאר המחוזית אשר אושרה בשנת 2000. לטענה זו משיבה המערערת כי באותו שלב היה היישוב מרשם היישוב היחיד המסומן בתוכנית ולפיכך חל שינוי נסיבות בהצטרפם של יישובים נוספים באזור בשנים מאוחרות יותר.

אכן, היה ראוי אם היתה העתירה מוגשת כבר לאחר אישור תוכנית המתאר המחוזית, או למצער לאחר החלטת הממשלה להקמת מספר יישובים באותו אזור. עם זאת, מבחינת מגוון השיקולים הרלוונטיים סבורני כי אין מקום לדחות את הערעור בשל שיהוי בהגשת העתירה. ראשית, התנהגותה של המערערת בכל שלבי התכנון לימדה על כך שאין היא מתכוונת לזנוח את המאבק על הקמת היישוב. שנית, מבחינת ההליכים שהתנהלו עולה כי השאלה האם להקים בכלל את היישוב מרשם אם לאו (בחינת "חלופת אפס") המשיכה להיבחן במוסדות התכנון השונים גם לאחר אישור תוכנית המתאר המחוזית, כך שיכולה המערערת לטעון כי עתירה בשלבים אלו היתה נדחית כעתירה מוקדמת, וכי יש לבחון את סוגיית השיהוי החל מסופם של הליכי התכנון, דהיינו החלטת המועצה הארצית (ראו ע"א 2902/97 אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ נ' גליקמן, פ"ד נג(1) 369, 379 (1999) (להלן: עניין אחים עופר)). ולבסוף, באיזון העקרוני (מבלי לבחון עדיין את טענות הצדדים לגופן) בין האינטרס הציבורי לפגיעה בהסתמכות המתיישבים סבורה אני כי ידו של האינטרס הציבורי על העליונה, לצורך דחיית טענת שיהוי. הקמתו של יישוב חדש תוך פגיעה חמורה נטענת בערכי טבע וסביבה הינה החלטה שיש לה השלכות רחבות ובלתי הפיכות על כלל הציבור. אמנם אין להמעט בפגיעה במתיישבים אשר ציפו למעבר ליישוב החדש, אך סבורני כי

פגיעה זו ניתנת לריפוי במידת מה ואינה בלתי הפיכה. בטוחני כי גם המתיישבים, אשר מהדברים עולה כי התיישבותם הינה התיישבות אידיאולוגית וערכית, אינם מעוניינים כי היישוב אותו הם מקימים יפגע בערכי טבע וסביבה שהינם אינטרסים ציבוריים חשובים. לפיכך אדון בטענות המערערת לגופן.

מתחם ההתערבות בהליך התכנוני

26. הטענות אותן מעלה המערערת הינן משני סוגים: טענות הנוגעות להליך שהוביל להחלטת המועצה הארצית; וטענות הנוגעות לעצם ההחלטה וסבירותה.

באשר להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות גופי התכנון הסטאטוטוריים הלכה ידועה היא כי ההתערבות תהיה מצומצמת. בית המשפט אינו יושב כערכאת ערעור על שיקוליה התכנוניים של רשות התכנון הפועלת על-פי דין (ע"מ 9156/05 גרידינגר נ' רא"פ, פסקה 7 (לא פורסם, 10.6.08)). לפיכך התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתן של רשויות התכנון תיעשה בקיומן של עילות מובהקות כגון חריגה מסמכות, חוסר תום לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (ע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים, פסקה 9 (לא פורסם, 24.11.05) (להלן: עניין מילגרם)). דברים אלו מכוונים עצמם לטענות הנוגעות לתוכן של החלטות מוסדות התכנון והטעם לכך ברור. בית המשפט אינו מומחה מקצועי לבחינתם של שיקולים תכנוניים צרופים, ולפיכך אין מקום כי הוא יתערב בהחלטות תכנוניות מובהקות, אלא במקרים חריגים כאמור (ראו עניין מילגרם, פסקה 10).

בהבחנה מכך, יש להתייחס באופן שונה לבחינת ההליך שהוביל לקבלת ההחלטה התכנונית. בבחינת ההליך עצמו יש מקום להתערבות רחבה יותר של בית המשפט, אשר אינו נדרש בבחינה זו לשקול שיקולים מקצועיים גרידא או לשים שיקול דעתו במקומה של הרשות המנהלית. מסכימה אני עם המערערת כי מאחר שאין בית המשפט נוהג להתערב בעצם ההחלטה התכנונית, יש מקום לבחינה קפדנית יותר באשר לתקינות ההליך הקודם להחלטה. בחינה קפדנית עוד יותר נדרשת מטבע הדברים כאשר הסוגיה העומדת על הפרק הינה רגישה ובעלת השלכות רחבות ובלתי הפיכות. אין פירוש הדברים כי כל פגם בהליך התכנוני יביא לביטול ההחלטה שהתקבלה בסופו, ולפיכך כל מקרה יבחן לגופו (עניין מילגרם, פסקאות 13-14; עניין אחים עופר, בעמ' 382).

27. טענתה הראשונה והמרכזית של המערערת מתייחס להעדר תשתית עובדתית בבסיסה של החלטת המועצה הארצית. טענה זו מתחלקת לשלושה ראשים: העדר נתונים המעידים על בחינת אפשרות שילובן של המשפחות המיועדות להתיישב במרשם במסגרת יישוב קיים אחר; העדר בחינתה של "חלופת אפס" במסגרת תסקיר ההשפעה על הסביבה; והעדר התייחסות לחוות דעתו השניה של פרופ' שטרן כולל בקשה להבהרות מהמומחה עצמו.

28. לאחר שבחנתי את הטענות, את תשובות המשיבים ואת החומר המצורף לתיק, אני סבורה כי דינן של טענות אלו להידחות.

באשר לבחינת חלופות למתיישבים המיועדים ליישוב מרשם. מפרוטוקול הדיון שנערך בפני המועצה הארצית ניתן ללמוד כי נערך דיון מפורט גם בסוגיה זו. בפני המועצה הופיעו ודיברו נציגי המתיישבים וד"ר בלינג, שהינה סוציולוגית ומתכננת ערים, אשר הסבירו את ייחודיות היישוב המיועד לקום על פני היישובים האחרים בסביבה, וכן הבהירו את השלכות ביטול הקמת היישוב על המתיישבים המנסים להשתקם מפניוויים מגוש קטיף. המערערת לא הבהירה אלו נתונים בעניין זה היו צריכים לדעתה לעמוד בפני המועצה הארצית ולא עמדו. אין מדובר בסוגיה הדורשת מומחיות מקצועית ודי היה בשמיעת הדוברים לגבש דעה בסוגיה זו.

29. באשר לבחינת "חלופת אפס" במסגרת תסקיר ההשפעה על הסביבה. אקדים ואומר כי מן החומר המצורף לתיק ניתן ללמוד כי הדיון בפני המועצה הארצית התמקד למעשה בשאלת הקמת היישוב מרשם, ולא בסוגיית החלופות האפשריות להקמתו. מכאן ש"חלופת האפס" נידונה באופן מרכזי ומפורט בפני המועצה הארצית. בנוגע לתסקיר ההשפעה על הסביבה. ראשית אציין כי התסקיר לא צורף לערעור, דבר שאינו מאפשר את בחינתו באופן מעמיק. מההחלטות הנוגעות להכנת התסקיר אכן עולה כי תסקיר זה לא כלל בחינת "חלופת האפס", ואולי ראוי ועדיף היה אם היה מונחה כן לעשות זאת. עם זאת, ניתן להניח כי גם מבחינת השפעת החלופות השונות להקמת היישוב על הסביבה יכולה היתה המועצה הארצית להתרשם מהפגיעה הסביבתית של כל חלופה, וזאת בצירוף לעררים השונים שהוגשו על-ידי ארגוני איכות הסביבה ודומיהם. התייחסותו של פרופ' שטרן לנספח זה מלמדת שאכן היה ניתן להסיק מסקנות מהנספח באשר לפגיעה הסביבתית בעצם הקמת היישוב (ראו נספח י"ט לתיק

המוצגים מטעם המערערת). כמו כן, היתה בפני המועצה הארצית חוות דעתו של פרופ' שטרן שהתייחסה, כאמור, אף לעצם הקמת היישוב.

30. באשר לחוות דעתו השניה של פרופ' שטרן. גם כאן היה עדיף לטעמי לו היו נשמעות הבהרות מטעמו של פרופ' שטרן עצמו. עם זאת, לא מצאתי כי בהעדרן של הבהרות אלו נפל פגם בהליכי קבלת ההחלטות. חוות דעתו השניה של פרופ' שטרן עמדה בפני מקבלי ההחלטות והדיון אשר התנהל במועצה הארצית סבב סביב החששות שהועלו בחוות דעתו, גם אם לא היתה התייחסות מפורשת אליהן. דעת המיעוט במועצה הארצית מתייחסת מפורשות לחוות דעתו השניה של פרופ' שטרן, ומובן כי חברי המועצה יכלו לתמוך בדעה זו שהוצגה אף היא בפניהם לצד הדעה שהפכה לדעת הרוב. עוד יצוין כי לאחר הכנת חוות דעתו השניה של פרופ' שטרן קיימה ועדת המשנה להתנגדויות ישיבה ובה הורתה על הכנסת תיקונים בתוכנית שיפחיתו במידה מסוימת את הקשיים עליהם הצביע פרופ' שטרן בעקבות התסקיר הסביבתי שהוכן.

31. המערערת ממשיכה וטוענת לפגמים נוספים בהליך. כך היא טוענת כנגד הכנת החלטת המועצה הארצית מראש וכנגד הבאתה על-ידי נציגי משרד הפנים במועצה. עוד היא טוענת כנגד מתכונת הדיון שנוהלה במסגרת מליאת המועצה ולא במסגרת וועדת ערר, דבר אשר הביא לדיון בלתי מעמיק לטענתה.

32. דין טענות אלו אף הן להידחות. אין אני נכנסת במסגרת זו לדיון האם הנוהג להכין הצעת החלטה מראש בטרם הדיון הינו נוהג ראוי. על פניו אני רואה בו נוהג שיש להימנע ממנו בוודאי במקרה בו מתקיים דיון בטרם קבלת החלטה. מכל מקום, מתגובת המשיבים עולה כי ההצעה הוכנה על-ידי יו"ר המועצה ומינהל התכנון, ולפיכך מלבד שניים אלו איש מחברי המועצה לא ראה את הצעת ההחלטה ולא היה כבול לאמור בה. אודה כי דברים אלו מעוררים קושי, אך לאור העובדה שרוב רובם של חברי המועצה לא ראו את ההצעה בטרם דיון, ולאור העובדה שהפרש הקולות בין דעת הרוב למיעוט הוא 10 חברים, וכן לאור העובדה שגם הצעתה של דעת המיעוט הוכנה מראש, ולאור המשמעות של ביטול החלטת המועצה, איני סבורה שיש לקבל את הערעור בשל פגם לכאורי זה. באשר למתכונת הדיון בפני מליאת המועצה הרי שהמערערת לא הצליחה להצביע על שינויים משמעותיים במתכונת הדיון אשר מצביעים על ניהול דיון בדרך לא מפורטת או מעמיקה דיה או בדרך שאינה תקינה.

33. במבט כולל, מתוך עיון בחומר שהוגש לנו, אוכל לומר כי התרשמותי הכללית הינה כי ההחלטה על הקמת היישוב התקבלה שלא כלאחר יד, אלא לאחר שנים ארוכות

של התדיינות, בדיקות, התנגדויות ותיקונים. הסוגיה עברה כור היתוך בכל הרמות של מוסדות התכנון וכן גם בממשלה. הציבור, האגודות השונות והגופים הרלוונטיים היו מעורבים ודעתם נשמעה בהליכים השונים (על חשיבות עניין זה ראו ע"מ 10112/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז ירושלים, פ"ד נח(2) 817, 850 (2003) (להלן: ע"מ 10112/02)). לפיכך אני סבורה כי מבחינת ההליך שהתנהל אין מקום לביטול החלטת המועצה הארצית. אעבור לבחון כעת את ההחלטה לגופה.

טבירות ומידתיות ההחלטה בדבר הקמת היישוב מרשם

34. חשיבותה של ההגנה על איכות הסביבה הוכרה על-ידי בית משפט זה כשיקול רב ערך שיש ליתן לו את מקומו הראוי במיוחד בתקופה כזו שלנו. היא מהאתגרים החשובים ביותר במישור הבינלאומי ובמישור הלאומי:

"האדם הוא חלק מסביבתו. הוא מקיים עם סביבתו יחסי גומלין. הוא משפיע על סביבתו והוא מושפע ממנה. הקרקע, המים, האוויר הם היסודות לקיום האנושי. במסגרתם "מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם" (השופט אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, בעמ' 62). הם הבסיס לקיום הפיזי. הם הבסיס לקיום הרוחני. איכות החיים נקבעת על-פי איכות הסביבה. אם לא נשמור על הסביבה, הסביבה לא תשמור עלינו. מכאן החשיבות הרבה - לכל פרט ופרט ולחברה ככלל - בשמירה על איכותה של הסביבה שבה מתנהלים חיינו. "איננו מדברים עוד - כבעבר - אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, בעמ' 454-455). אכן, אחד האתגרים החשובים ביותר של ימינו (בעולם ובישראל) הוא זה של איכות הסביבה. יש בו ביטוי לצורך של "שמירת הטבע והנוף - מעשה בראשית - בלא שיד אדם תקלקל את מעשה הבריא" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2920/94 הנ"ל, בעמ' 455). אחד הערכים החברתיים הראויים להגנה הוא זה של שמירה על משאבי הטבע. כך במישור הבינלאומי, שכן עניין לנו "בתהליך עולמי של שינוי סדרי עולם, בכל הקשור ליחסים בין בני האדם לסביבתם" (ד' פיש דיני איכות הסביבה בישראל, בעמ' 5). שינויים אלה מחייבים שיתוף פעולה בינלאומי שנועד לחזק את ההגנה על הסביבה (ראו י' שני "הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות אדם במשפט הבינלאומי", בעמ' 298). כך גם במישור הלאומי שלנו, שכן "המדינה עוברת תהליכי

פיתוח אשר משנים בצורה מהותית את תבניות הנוף"
(פיש בספרו הנ"ל, בעמ' 8) " (בג"ץ 4128/02 אדמ טבע
ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת
ישראל, פ"ד נח(3) 503, 512-513 (2004) (להלן: עניין
אדמ טבע ודין)).

נאמר כבר בעבר, ונראה כי הדברים נכונים עוד היום, כי המודעות לחשיבות
השמירה על איכות הסביבה בישראל אינה גבוהה דיה, אך היא הולכת וגוברת הודות
למאמציהם הראויים להערכה של גופים שונים הנרתמים למלחמה בפגיעות
הסביבתיות, כגון המערערת דנן (עניין אדמ טבע ודין, בעמ' 513). אף לבית המשפט
ישנו תפקיד בקידום המודעות ובשמירה בפועל על ערכי הסביבה באמצעות פרשנות
שתכליתה לשמור על המשאבים המצומצמים של טבע ונוף בישראל (ע"א 8116/99
אדמ טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון,
פ"ד נה(5) 196, 208 (2001) (להלן: ע"א 8116/99)).

35. באופן ספציפי הוכרה חשיבות השמירה על שטחים פתוחים על-ידי המומחים
בתחום, חשיבות שעוגנה גם בפסיקת בית משפט זה. האינטואיציה הראשונית של
האדם לשמור על שטחים פתוחים מקבלת גושפנקא מחקרית ומדעית באמצעות הסברים
על תכליותיהם של השטחים הפתוחים:

"לנוף הפתוח חשיבות במגוון תחומים. מבחינה
אקולוגית הוא מהווה תנאי לקיומם של בתי גידול, שהם
בסיס למגוון החי והצומח המאפיין את הארץ. בנוסף,
משמר הנוף הפתוח אזורים של החדרת מים למאגרי מי
התהום, המספקים מי שתייה. לשטח הפתוח תרומה
חיונית גם לאיכות החיים. הוא מגונן על האוכלוסיה
ממטרדי רעש וזיהום ותורם לאספקת אוויר ראוי
לנשימה. מבחינה חברתית הנוף הפתוח מהווה מוקד
לפעילות נופש בחיק הטבע, אשר הדרישה לה עולה עם
גידול האוכלוסין והתארכות הזמן הפנוי. לבסוף, יש
לזכור את החשיבות החזותית של הנוף הפתוח כמעצב
את מראה דמותה של הארץ, על תרבותה וההיסטוריה
שלה, ואשר מהווה אבן שואבת לתיירות (לדיון מקיף
בחשיבותו של הנוף הפתוח ראה מ' קפלן, א' דיין
"מדיניות תכנון נושאת: מערכת השטחים הפתוחים"
ישראל 2020 - תכנית אב לישראל בשנות האלפיים (להלן -
קפלן), בעמ' 19-21) (ע"א 8116/99, בעמ' 203).

לפיכך נקבע באותו עניין כי ישנה חשיבות לכך שכל החלטה הפוגעת בשטחי
הנוף הפתוח, שהינם משאב הולך ונעלם, תתקבל ברמה הלאומית, דהיינו על-ידי גורמי
התכנון הארציים (שם, בעמ' 205).

36. עם זאת, כמובן, האינטרס בהגנה על הסביבה אינו עומד בדרך כלל לבדו, והוא נדרש לאיזון אל מול שיקולים אחרים הנוגעים לעניין. כפי שהגדיר זאת הנשיא ברק "בלא קמח אין תורה" (עניין אדס טבע ודין, בעמ' 513). הפיתוח הנדרש לטובת הציבור, הכולל בניית ישובים ופתרונות מגורים, כבישים, מקומות חנייה, אזורי תעשייה ותעסוקה, מילוי צרכים ביטחוניים ועוד, פוגע לעיתים בערכי הטבע והסביבה במידה כזו או אחרת. האיזון בין השיקולים השונים אינו קל. הוא דורש ראייה לטווח ארוך כמו גם התחשבות בצרכי הפרט והציבור בהווה. הוא דורש מתן משקל נכון ומתאים לאינטרס הציבורי, בין המקומי ובין הבינלאומי, של ההגנה על הסביבה, לצד האינטרס הציבורי המידי של פיתוח ורווחה לציבור החי או מתעתד לחיות באזור (ע"א 8116/99, בעמ' 205; ראו גם עניין אי התכלת, פסקאות 38-39). פעמים רבות מעורבים גם שיקולים אסטרטגיים וביטחוניים של מדינת ישראל ההופכים את שאלת האיזון למורכבת עוד יותר. יפים לעניין זה דברים שאמר המשנה לנשיא מ' חשין בעניין בו התעוררה שאלת הרחבתו של כביש מספר אחת:

"התנגשות זו המתחוללת לפנינו התנגשות בלתי נמנעת היא בין אנשי-מעשה ואנשי-ביצוע, מזה, לבין שוחרי טבע ונוף, מזה. אֵלֶּה מבקשים לשנות ולהתאים את הסביבה לבטיחותו ולנוחותו של היחיד, ואלה מבקשים לשמור על הטבע ולשְׁמְרוֹ לטובת היחיד. ולמותר לומר כי אלה ואלה כוונותיהם טובות הן ורצונם כן. דוֹמָה היא התנגשות זו להתנגשות שאנו עדים לה לעיתים באתרי בנייה, התנגשות שבין אנשי הארכאולוגיה, התַּפְּרִים, לבין אנשי הבנייה, הַבְּנָאִים. שְׁאֵלָה סוברים כי באין זְכָר מוחשי לעבר - ההווה והעתיד ריקים הם, ואלה סוברים כי בנייה ויצירת החדש חיוניות הן לקיומו של ההווה והעתיד. נוסחת הקסם לפתרון תימצא - כרגיל - במושגי האיזון והמידתיות, ושלא כפי שאמרה האשה ההיא מימי קדם, נאמר אנו: גם לי גם לך יהיה. בימים שמכבר שורר המשורר והבטיח למולדת: "נִלְפִישֶׁךְ שְׁלֵמַת פֶּטוֹן נִמְלֵט / וְנִפְרוֹשׁ לְךָ מִבְּהֵי גִנִּים". ספק אם גם כיום יימצא משורר שכך ישורר, ואולם שביל הזהב - איזון ומידתיות, מזה ומזה - היה ונותר השביל שבו שומה עלינו לצעוד" (עע"מ 10112/02, בעמ' 851).

37. כפי שהזכרתי כבר לעיל התערבותו של בית המשפט בהחלטות של מוסדות התכנון, אשר מחייבות בחינת שיקולים מקצועיים גרידא, תיעשה במשורה ובהתקיימותן של אחת מהעילות המוגדרות לשם כך. המקרה הנידון יכול להמחיש את הקושי בהתערבות החלטה מסוג זה, וזאת גם כאשר נטיית הלב מורה לכיוון שונה מזה

שהוחלט (ראו גם בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים, פ"ד מה(3) 678, 687-688 (1991)).

38. השיקול המרכזי והחשוב נגד הקמת היישוב מרשם הוא פגיעה בערכי בטבע והסביבה. המתנגדים טוענים כי הקמת היישוב החדש תפגע פגיעה בלתי הפיכה באחד האזורים הערכיים והחשובים ביותר במערך השטחים הפתוחים בארץ, ובין היתר תגרום להרס בתי הגידול בשטח התוכנית. עוד טוענים המתנגדים כי הבנייה בשטח המתוכנן תגרום לפגיעה בממצאים ארכיאולוגיים שהתגלו באזור או שעתידיים להתגלות באזור בסבירות גבוהה. טענה נוספת היא כי היישוב יגרום לפגיעה ויזואלית בשטח פתוח לא מופר (ראו חוות דעתו של פרופ' שטרן, נספח י"ט לתיק המוצגים מטעם המערערת). הצגת הדברים בצורה זו אכן מעלה תהיות האם האיזון שנערך הינו איזון סביר ומידתי לאור הפגיעה הקשה הצפויה לסביבה. עם זאת, מנגד טוענים התומכים בהקמת היישוב כי אין הפגיעה הסביבתית חמורה באופן המתואר לעיל. התומכים טוענים כי השטח המוצע ליישוב מוגדר כשטח "חיץ" על-פי תוכנית המרחב הביוספרי של שפלת יהודה, משמע זהו אזור בעל רגישות סביבתית נמוכה ובינונית. היישוב ממוקם בשולי שטח פתוח ומסדרון אקולוגי רחבי מימדים. כמו כן, היישוב צמוד לגדר ההפרדה, כך שהוא יגרע, אם בכלל לפי הטענה, מעט מאוד מרצף השטח הפתוח ומתפקוד המסדרון האקולוגי. עוד נטען כי מיפוי תפוצת המינים הנדירים וערכי הטבע באזור מראה כי מרחב התפוצה שלהם רחב ומשמעותי, ולפיכך ניתן להניח כי היישוב החדש לא יגרום להכחדה או לשיבוש משמעותי של פעילות מינים וזנים אלו, במיוחד בהתחשב בקיומם של גדר הפרדה, כביש וישובים פלשתינאים באותו אזור. באשר לפגיעה באתרים ארכיאולוגיים נטען כי תכנון היישוב התחשב במיקומם של אתרי המורשת בהתאם להמלצת צוות התכנון של המרחב הביוספרי (ראו תגובת משרד הבינוי והשיכון לעררים שהוגשו למועצה הארצית, נספח כ"א לתיק המוצגים מטעם המערערת).

39. הנלמד מדברים אלו הוא כי אין תמימות דעים באשר לעוצמת הפגיעה בסביבה ובערכי הטבע הצפויה בעקבות הקמת היישוב החדש, אם כי אין חולק בדבר קיומה של פגיעה. מנגד, כתמיכה בהקמת היישוב, עומדים שיקולי כבדי משקל אף הם. מציאת פתרון התיישבותי למפוני גוש קטיף, אשר אין חולק כי החברה חבה להם ולשיקומם, הוא שיקול חשוב אשר אין מקום לזלזל בו, וזאת לצד יישוב הארץ באופן כללי (ראו דברי בבג"ץ 2147/06 החברה להגנת הטבע (מלכ"ד) נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 16.2.09)). המגוון התרבותי מצריך הקמת יישובים שונים לעיתים, גם אם המתבונן מבחוץ אינו מבין את ההבדלים בין תושביו של יישוב אחד לתושביו של יישוב סמוך לו. יצוין כי המשיבים מסרו כי למרות שפוננו מגוש קטיף 23 יישובים,

מרביתם בעלי מרקם קהילתי ייחודי, הרי שבפועל מירב המתיישבים התיישבו מחדש במסגרת יישובים קיימים, ורק בחמישה מקרים, כאשר הנסיבות הצדיקו זאת, הוחלט על הקמת יישובים חדשים. לצד זאת קיים השיקול האסטרטגי והביטחוני שקיבל הכרה על-ידי הממשלה, לעיבוי ההתיישבות באזור מרחב לכיש, וזאת לאור דלילות ההתיישבות באזור ולאור הסתננויות רבות של מפגעים באותו אזור (ראו דברי ראש ההמשלה בועדת שרים להתיישבות מיום 28.8.07, נספח ג4 לתיק המוצגים מטעם המשיבים 6-7; וכן דברי ההסבר להצעת החלטה מטעם ראש הממשלה, נספח ג5 לתיק המוצגים מטעם המשיבות 6-7).

40. מהאמור עולה כי לא ניתן לומר שהחלטת המועצה הארצית אינה מידתית או כי היא חורגת ממתחם הסבירות. אשר על כן אם היתה נשמעת דעתי הייתי מציעה לדחות את הערעור.

המערערת תישא בשכר טרחת עורך דינן של המשיבות 6-7 בסך של 8,000 ₪.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' רבילין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, י' בתמוז תשס"ט (2.7.09).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה