

העותרים

1. ד"ר שרית עוקד
 2. מר יעקוב לקס
 3. מר אליעזר בר-שדה
 4. מר מוסא אבו-עיאדה
 5. גב' נירה רובין
 6. גב' גיתה סופר
 7. מר יואב קורצברג
- ו- 269 אחרים

כולם על-ידי בא-כוחם עו"ד אפי מיכאלי
רחוב דניאל מוריץ 46, תל-אביב 61540
טלפון: 03-6439911 פקס: 03-6439966

(להלן: "העותרים")

- נ ג ד -

המשיבים

1. ראש ממשלת ישראל
2. ממשלת ישראל
3. שר הפנים
4. שר הבריאות
5. השר להגנת הסביבה
6. שר התשתיות הלאומיות
7. המפקח על המכרות במשרד התשתיות הלאומיות
8. מינהל מקרקעי ישראל
9. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז דרום במשרד הפנים

כולם על-ידי עוה"ד א' קידר וני אורן
מפרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181

10. ראש עיריית ערד
11. עיריית ערד

ע"י ב"כ עוה"ד חיים שימן ו/או דנה כץ
ת.ד. 100, ערד 89100

12. רותם אמפרט נגב בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אילן שביט ואח' ממשרד
שביט בר-און גלאון צין נוב יגור ושות'
"מגדל סונול", דרך מנחם בגין 52 תל-אביב, 67137
טל': 03-7912800; פקס: 03-7912801

(להלן: "המשיבים")

תגובה מקדמית לעתירה למתן צו על תנאי

ותגובה לבקשה למתן צו ביניים

מטעם המשיבה 12

המשיבה 12 (להלן: "רותם" או "רותם אמפרט נגב") מתכבדת להגיש תגובתה המקדמית לעתירה למתן צו על תנאי ותגובתה לבקשה למתן צו ביניים.

כל ההדגשות בציטוטים המובאים בתגובה זו אינן במקור, אלא אם נאמר מפורשות אחרת.

תוכן העניינים:

פרק	התוכן	עמ'
א.	טענות סף	3
1.א.	כללי	3
2.א.	סעד חלופי – ערכאה לא מתאימה	3
3.א.	אי מיצוי הליכים - עתירה מוקדמת	5
4.א.	שיהוי ומעשה עשוי	12
ב.	העובדות הנוגעות לעניין	15
1.ב.	רותם ופעילותה	15
2.ב.	בעלי המניות ברותם	17
3.ב.	רקע כללי על שדה הפוספטים "בריר" – עבר והווה וההליך התכנוני	18
ג.	טענות לגוף העניין	24
1.ג.	האינטרסים הציבוריים אותם משרתת הכרייה בבריר	24
2.ג.	רותם היא בעלת עניין בקרקע	26
3.ג.	היתר החקירה ורשיונות החיפוש הוענקו לרותם כדין, והתנגדות עיריית ערד להפקדת התכנית אינה שוללת הענקת זיכיון כרייה לרותם לכשתאושר התכנית.	30
4.ג.	אין חובת מכרז לגבי מחצבים שנתגלו בחקירה גיאולוגית מורשית.	35
5.ג.	אין כל פגם בעמדת משרד הבריאות. הפגם היה בעמדה הראשונית הנחפזת שהציגה נציגת השר בוועדה המחוזית בטרם עת.	37
6.ג.	אין יסוד לטענות העותרים בדבר פגיעה בזכויות יסוד	46
ד.	תגובה לבקשה לצו ביניים	51
ה.	התייחסות לתגובת עיריית ערד לעתירה	53
ו.	סוף דבר	54

א. טענות סף

א.1 כללי

1. עסקינן בעתירה הלוקה בשורת פגמים יסודיים אשר בגינם דינה של העתירה להידחות ו/או להימחק על הסף. כך, לוקה העתירה בפניה לערכאה לא נכונה ובטרם עת, בשיהוי ניכר מחד ובהיותה מוקדמת מאידך; בתקיפתו של "מעשה עשוי" ובאי-מיצוי הליכים.

סעד חלופי וערכאה לא נכונה – מן הטעם שבהגיע העת לכך, אם יידחו טענות העותרים, כולן או חלקן, על-ידי מוסדות התכנון ותאושר התכנית העומדת לדיון, ואם יהיו לעותרים טענות כנגד אישור התכנית, הערכאה המתאימה לבירור טענות אלה תהיה בית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון גם בטענות המתייחסות לחובת מכרז, ככל שיעמדו העותרים על טענותיהם בהקשר זה. לפיכך קיים לעותרים סעד חלופי.

אי מיצוי הליכים ועתירה מוקדמת - מן הטעם שמתקיימים כיום הליכים תכנוניים לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה") והתקנות מכוחו בנוגע לתכנית המפורטת נשוא העתירה, שהם המתאימים והמיועדים לברר את טענות העותרים ואף לתת להן מענה במידת הצורך.

שיהוי ומעשה עשוי – מן הטעם ששדה הפוספט המכונה "בריר" יועד לכריית פוספט עוד בתמ"מ 14/4 (תכנית המתאר המחוזית מס' 4 שינוי מס' 14, מחוז דרום), שפורסמה למתן תוקף ביום 23.1.2000; עיריית ערד התנגדה לתכנית זו, והתנגדותה נדחתה בחלקה והתקבלה בחלקה, עוד בשנת 1998; התכנית המפורטת לכרייה בשדה בריר הוגשה לוועדה המחוזית כבר ביולי 1999. היתר החקירה ורשיונות החיפוש שהעותרים טוענים לבטלותם ניתנו בשנים 1983 ו-1999 עד 2002 בהתאמה, וכל הפעולות לפיהם הושלמו זה מכבר (החקירה לפי היתר החקירה הושלמה בשנת 1984; הסקר הגיאולוגי לפי רשיונות החיפוש הושלם בשנת 2003), כך שמדובר ב"מעשה עשוי". החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה לקצוב למשרד הבריאות פרק זמן של שנה לגיבוש חוות דעת בריאותית ביחס לכרייה בשדה בריר, שאף אותה תוקפים העותרים, התקבלה כבר ביולי 2008, תוך שהוועדה המחוזית מבהירה את החשיבות בבירור מהיר של הנושא. העתירה הוגשה לאחר שהחלק העיקרי מתוך פרק זמן של שנה שנקצב למשרד הבריאות כבר חלף. מכל היבט שהוא, השתחו העותרים שיהיו רב בהעלאת טענותיהם.

א.2 סעד חלופי – ערכאה לא מתאימה

2. דין העתירה להימחק על הסף, היות שלעותרים עומד סעד חלופי של הגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים, שהוא הערכאה המתאימה והמוסמכת לדון בטענות העותרים בכל הקשור להליך התכנוני ובכל הקשור לטענותיהם בעניין חובת מכרז.

3. העותרים יוצאים בעתירתם כנגד הליך תכנון המתקיים בוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז דרום של משרד הפנים. כך פתחו העותרים את עתירתם (ראו סעיף 2, עמ' 16 לעתירה; ההדגשות אינן במקור):

"כללי"

עניינה של העתירה בהליכי התכנון המתקיימים בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז דרום של משרד הפנים (להלן: "הוועדה המחוזית") בעניינה של תוכנית מפורטת מס' 140/03/24 שמטרתה הקמת אתר לכריית פוספט בשדה בריר..."

4. הסמכות העניינית לדון בענייני תכנון ובניה ניתנה, זה מכבר, לבית המשפט לעניינים מנהליים, כאמור בחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000 (להלן: "חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים"). כך, קובע סעיף 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים:

” 5. בית משפט לעניינים מינהליים ידון באלה –

(1) עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה ענינו התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלות או מתן צו להתקין תקנות (להלן – עתירה מינהלית); ”

וכך נקבע בסעיף 10(א) לתוספת הראשונה:

” 10. תכנון ובניה –

(א) עניני תכנון ובניה לפי חוק התכנון והבניה, תשכ”ה-1965, למעט לפי פרק י’: עבירות ועונשין, ולמעט החלטות שענינן תכנית מיתאר ארצית או מחוזית והחלטות שר הפנים.”

5. הנה כי כן, מורה לנו סעיף 10 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, בהתאם לסעיף 5 לאותו חוק, כי הסמכות העניינית לדון בעתירה דנן, נתונה היא לבית המשפט לעניינים מנהליים.

6. גם טענות העותרים בכל הנוגע לאי קיומו של מכרז, אף כי אינן בלב העתירה אלא טענות נלוות בלבד, מקומן להתברר בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. ענייני מכרזים נמנים אף הם עם הנושאים המצויים בסמכות שיפוט עניינית של בתי המשפט לעניינים מנהליים, כמפורט בסעיף 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, אשר זו לשונו:

” 5. מכרזים –

עניני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ”ב-1992, ועניני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין.”

7. ניסיונם המלאכותי של העותרים להציג את העתירה כעתירה רחבה המתפרשת מעבר לעניינם של העותרים ולעטות טענותיהם באצטלת זכויות הנובעות מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא יצלח, ואין בו כדי לשנות ממהותה האמיתית של העתירה.

8. כפי שצוין על-ידי העותרים עצמם בפתח עתירתם (סעיף 2 בעמוד 16 לעתירה), מופנית העתירה כנגד הליכי התכנון בעניין שדה בריר. טענות העותרים הפרושות על פני העתירה כולה נוגעות להליך תכנוני מסוים בו מקודמת התוכנית המפורטת לשדה בריר, שהינה תוכנית מסוימת.

9. יתרה מזו, גם שלל טענותיהם של העותרים, הן אלו המבקשות לבסס את עמדתם כנגד עצם התוכנית המפורטת לשדה בריר והן אלו המצביעות על ”פגמים” לכאורה בהליך התכנוני, נוגעות רובן ככולן לארועים ונסיבות מסוימים הנוגעים רק ואך ורק להליך התכנוני בו מקודמת התוכנית המפורטת לשדה בריר. כך הטענות שענינן התנגדות עיריית ערד, כך חוות הדעת עליהן מתבססים העותרים ואשר ענינן סכנה לכאורה מפעילות המכרה בשדה בריר, כך גם הטענות בנוגע לעמדתם של גורמים מקצועיים במשרד הבריאות הנוגעות כולן לתוכנית המפורטת לשדה בריר, וכך גם הטענות הנוגעות לדיוני הוועדה המחוזית לתכנון ובניה – כולן כאחד טענות הנוגעות לאפשרויות הכרייה בשדה בריר על-פי התוכנית המפורטת העומדת לדיון.

10. משכך הם פני הדברים, הרי שעל פי טיבן, מקומן של טענות אלה של העותרים להתברר בפני בית המשפט לעניינים מנהליים¹.

¹ בג”ץ 3813/07 מריאטה פידלין נ’ שר הבריאות, פורסם ב”נבו” (2007).

11. לא זו אף זו. גם בטענתם של העותרים בנוגע לצורך בקיומו של מכרז (טענה מוטעית כשלעצמה), אין כדי להצדיק בירורה של העתירה שלא בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. כך סוכמה ההלכה בסוגיה זו בבג"ץ 6219/06²:

"במקרה שבו מאן דהוא היה מבקש לחייב את המדינה לפרסם מכרז לרכישת שירותים שאותם עמדה לרכוש ללא מכרז, היה עליו, ככלל, לפנות בעתירה לבית-המשפט לעניינים מנהליים, ולא לבית-משפט זה. ראו, כדוגמא, בש"א 30188/02, עת"מ 1190/02 (תל-אביב-יפו) חברת השמירה בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-מח 2002(2), 3381, החלטה מיום 3.6.2002, מפי השופט זפט, שעניינה עתירה לחייב את המשיבות לפרסם מכרז פומבי למתן שירותי אבטחה לתחבורה הציבורית, וכן לייקר את תעריפי התחבורה הציבורית למימון הוצאות האבטחה. כך גם בעתירה שלפנינו, שמטרתה, למעשה, להורות למשיבים להימנע מלקיים מכרזים במערך האשפוז הסיעודי."

מן האמור עולה, כי גם תקיפת החלטה עקרונית של רשות ציבורית בנוגע לשאלה האם נדרש במקרה מסוים מכרז אם לאו, הינה טענה המצויה בגדר סמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מנהליים.

12. נוסף ונציין כי בבג"ץ 6219/06 הנ"ל³, הוסיף ותמך בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ את החלטתו לדחות על הסף את העתירה מחמת סעד חלופי, גם בתשתית העובדתית הרחבה אותה פרשו העותרים וציין כדלקמן:

"בהקשר זה יש לציין, כי לביסוס טענותיהם פורשים העותרים תשתית עובדתית נרחבת, תוך הסתמכות על שורה של חוות-דעת, תחשיבים ופרסומים. גם בשל אלה, דין העתירה להתברר בפני בית-המשפט לעניינים מנהליים, המתאים יותר להתמודד עם טענות עובדתיות מסוג זה."

דברים אלו יפים גם לענייננו.

13. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מחיקת העתירה על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי בדמות ערכאה אחרת המוסמכת לדון בעניין.

א.3 אי מיצוי הליכים - עתירה מוקדמת

14. הסעד השני לו עותרים העותרים הינו קבלת צו אשר ימנע קידומו של "כל הליך תכנוני בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז דרום במשרד הפנים... בעניין תכנית מפורטת מס' 140/03/24 שמטרתה הקמתו של מכרה פוספטים בשדה בריר" (סעיף ב. 1, עמוד 10 לעתירה).

15. כפי שנראה להלן, לוקה העתירה בפגם יסודי בכל הנוגע לסעד זה מחמת היותה מוקדמת ומשום שהוגשה טרם מיצו העותרים את ההליכים התכנוניים העומדים לרשותם.

16. בחוק התכנון והבניה קבע המחוקק את סדרי הבחינה והאישור של תוכניות, לרבות תוכניות מפורטות כגון התוכנית נשוא העתירה.

17. כך, קובע סעיף 85 לחוק התכנון והבניה את שלבי אישורה של תוכנית וקובע, בין היתר, כי תכנית אשר הוגשה למוסד תכנון המוסמך לאשרה, תופקד על ידי מוסד התכנון בדרך הקבועה בסימן ו' לחוק התכנון והבניה (הוראות כלליות לתוכניות).

² בג"ץ 6219/06 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים נ' משרד האוצר, תק-על 2006(3), 4621.

³ שם.

18. בכלל זה קובע חוק התכנון והבניה, בסעיף 89א(א) לו, כי הודעה על הפקדת תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת תפורסם על חשבון מגיש התכנית, על גבי שלט מקום בולט בתחום התכנית, למשך התקופה שנקבעה להגשת התנגדויות.
19. בעניינו, משיגים העותרים כנגד תוכנית אשר אף טרם אושרה להפקדה, אשר כל כולה מצוייה בשלב הכנתה לקראת דיון בהפקדתה אשר אף לא קבוע כל מועד לו, וכיוון שכך, ממילא אף טרם החלה התקופה המנויה בחוק התכנון והבניה להגשת התנגדויות.
20. התכנית כיום מצויה בשלב המוקדם של היערכות לדיון בתסקיר ההשפעה על הסביבה בהתאם לתקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003.
21. על השלבים המוקדמים בהם מצוי ההליך התכנוני הנוגע לתוכנית (וזאת למרות שההליך מתנהל מזה כעשר שנים), מלמד מכתבו של היועץ המשפטי לועדה המחוזית, עו"ד יהודה מירון, אשר צורף כנספח מ"א לעתירה ונושא תאריך 19.3.09.
22. בשלושה סעיפים נפרדים במכתבו הנ"ל, חוזר ומבהיר היועץ המשפטי לוועדה המחוזית עד כמה מוקדמת היא פניית העותרים, משהוועדה אף טרם החליטה על קידום התוכנית, לא כל שכן על הפקדתה (דבר אשר לא מנע מאת העותרים להגיש עתירתם 4 ימים בלבד לאחר (מכ)).
23. מפאת חשיבות הדברים נצטט להלן ממכתבו הנ"ל של היועץ המשפטי לוועדה המחוזית, שם נכתב בסעיף 3. ב. :

"3. ב. כמפורט בסעיף 1(ב) למכתבי, הועדה המחוזית לא החליטה לקדם את התכנית הנ"ל בשלב זה..."

עוד מוסיף היועץ המשפטי לוועדה המחוזית ומבהיר בסעיף 5 למכתבו :

"אם הועדה המחוזית תחליט בעתיד לקדם את התכנית ולהפקידה, פתוחות בפניך הדרכים שהתווה חוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965 ולהגיש לה התנגדות."

24. הנה כי כן, היטיב להבהיר היועץ המשפטי לוועדה המחוזית לא רק את השלב המוקדם בו מצויה התכנית אלא גם את הדרך והמועד להתנגד לה.
25. ואכן, חוק התכנון והבניה מקנה, בסעיף 100 לחוק, זכות רחבה להגשת התנגדות ובנוסף קובע חוק התכנון והבניה מנגנון מפורט הנוגע לסדרי הדיון בהתנגדויות ואף דרכים לתקיפת החלטות בהתנגדויות.
26. כך, למשל, קובע סעיף 102 לחוק כי התנגדות לתכנית תוגש תוך חודשיים מהיום שפורסמה הודעה על הפקדתה. יתרה מזו, החוק מסמיך את מוסד התכנון אשר הפקיד את התכנית, לקבוע להגשת התנגדויות תקופה ארוכה יותר, הן למקרה מסוים והן לסוג של תכניות.
27. עוד קובע החוק מארג שלם של הנחיות הנוגעות להליך ההתנגדות, דוגמת החובה לקיים את הליך שמיעת ההתנגדות באופן פומבי.
28. ודוק. חוק התכנון והבניה אף מעגן את זכותו של מי שהתנגדותו לתכנית נדחתה, לערור (ברשות יושב ראש הועדה המחוזית) בפני המועצה הארצית על החלטת ועדה מחוזית בדבר אישור תכנית או דחייתה וכן קובע את סדרי הגשת הערר באופן מפורט (סעיף 110 לחוק התכנון והבניה).
29. **מכל אלה, ועוד, התעלמו למעשה העותרים עת בחרו לתקוף את התוכנית המפורטת בפני בית משפט נכבד זה, תוכנית אשר אף טרם עברה את משוכת החלטה להפקידה.**
30. למעשה, מבקשים העותרים מבית משפט זה למנוע את עצם קיומו של הליך תכנוני, בעוד שהנימוקים לבקשת סעד חריג זה, כלל אינם נוגעים לעצם קיומו של ההליך אלא לתוכנית עצמה.

31. העותרים מנמקים בקשתם זו בראש ובראשונה בטיעון כי "יש בהם [ייתכן שהכוונה היא להליכי התכנון – הח"מ] כדי להביא לפגיעה לא חוקתית בהוראות סעיפים 2,3,4,8 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, וזאת לאור קיומה של סכנה לזכותם החוקתית לחיים..." (סעיף ב.1 בעמ' 10 לעתירה).

32. ודאי יוסכם גם על העותרים, כי פגיעה כאמור (המוכחשת מכל וכל) עלולה להתממש, גם לשיטתם, רק אם תאושר התוכנית ותבוצע בפועל, בעוד שבעצם קיומו של הליך תכנוני לא טמונה כל סכנה לבריאותם. ברי, לפיכך, כי העתירה הינה מוקדמת וכל כולה נסיון לעקוף את הליך ההתנגדויות הסטאטוטורי.

33. כאמור, הגם שהטיפול בתכנית בוועדה המחוזית נמשך כבר כעשר שנים, התוכנית מצויה בשלב מוקדם של ההליך התכנוני. הוועדה המחוזית עצמה טרם החליטה האם וכיצד תקודם התכנית, ולכן אין מקום כיום לערוך ביקורת שיפוטית על עצם קיומו של הליך תכנוני. הליכי ההתנגדות לתכנית המפורטת העומדים לרשותם של העותרים במסגרת ועדת התכנון, לא רק שלא מוצו, אלא אף טרם הגיע מועדם הקבוע בחוק.

34. יפים לעניין זה הדברים שנפסקו בבג"ץ 9032/01⁴, מפי כב' השופטת מ' נאור :

"החלטה זו של הממשלה הופכת, בשלב זה את העתירה שלפנינו לעתירה מוקדמת ואין מקום לכך שבית המשפט ידרש בשלב זה לטענותיה של העותרת.

בצדק ציינה הפרקליטות כי ההחלטה איננה סוף פסוק בהליך לאישור הקמתה של תחנת הכוח הפחמית. כשיוגשו התוכניות למוסדות התיכנון יחליטו הן "אם ובאיזה מתכונת לאשרן" ובסופו של ההליך התיכנוני תידרש אף הממשלה לנושא בהיותה הרשות לתיכנון המוסמכת לאשר תוכניות לתשתית לאומית.

4. על העותרת למצות תחילת טענותיה בפני מוסדות התכנון; מוסדות אלה הן המוסדות המתאימים לבחון את טענות העותרת; כחלק מההליך יוכן תסקיר השפעה על הסביבה. אין צריך לאמר כי על כל הנוגעים בדבר לשקול את טענות העותרת כולן בפתירות ובנפש חפצה.

5. אם לאחר השלמתו של ההליך לא תבוא העותרת על סיפוקה – שערי בתי המשפט פתוחים לפניה, אך לעת הזו אין מקום להתערבותו של בית משפט זה."

35. למעשה, בעצם הגשת העתירה לבית משפט נכבד זה מנסים העותרים לייצר מהלך שהינו לבר ההליך התכנוני, מהלך חיצוני שאיננו משתלב בהליך התכנוני כנדרש על פי דין.

36. עמדתו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ באשר לנסיונות מסוג זה הינה ברורה – עתירה לבג"צ אשר מנסה לשמש תחליף לניהול הליך תכנוני תקין הינה עתירה הלוקה בפגם מובנה המצדיק את דחייתה על הסף. כך, פסקה כבוד השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 1135/04⁵ (להלן: "עניין אט"ד נ' הצוות המלווה") :

"אי-מיצוי הליכים

... מהלכם של העותרים בהגשת עתירה זו הינו מוטעה גם מבחינה אחרת. עיקר יוזמתם מתבטא בהצעה לבחון חלופה תכנונית לקטע 18 בדרך של מנהור הכביש בתוואי שונה מהתוואי המאושר על-פי התכנית.

⁴ בג"ץ 9032/01 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר התשתיות הלאומיות, פורסם ב"נבו" (2004).

⁵ בג"ץ 1135/04 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' "הצוות המלווה" לעניין תמ"א 18/א/31, פ"ד נט(4) 784 (2005), בעמ' 792-793.

אין חולק כי שינוי תוואי כאמור מחייב שינוי תכנית תמ"א 18/א/31. הדבר מצריך פתיחת הליך תכנוני בפני המועצה הארצית במסגרת בקשה לשינוי התכנית המאושרת. העותרים מעולם לא פנו למועצה הארצית בהליך לשינוי תכנית באמצעות נציגיהם המיוצגים בה. במקום זאת הם פנו לצוות המלווה בבקשה בעניין זה, אף שסמכויותיו של הצוות אינן מתפרסות כלל על נושא מסוג זה. הם פנו לאחר מכן לבית-משפט זה בעתירה זו בלא שמיצו כלל את הליכי התכנון הנדרשים על-פי דיני התכנון והבנייה לצורך בחינת הצעתם באמצעות פנייה למועצה הארצית בבקשה לשינוי תכנית מאושרת. עתירה זו היא אפוא מהלך לבר-ההליך התכנוני, ובכך היא חיצונית ואיננה משתלבת בו, כנדרש על-פי דין. היא אינה יכולה לשמש תחליף להליך תכנוני תקין. גם בכך לוקה העתירה בפגם מובנה, המצדיק את דחייתה על הסף."

37. עוד בעניין אט"ד נ' הצוות המלווה, חזרה והבהירה כב' השופטת פרוקצ'יה את חשיבותו של ההליך התכנוני ומניעת האפשרות לייצר הליכים "לבר תכנוניים" יש מאין. משום מידת התאמתם וחשיבותם לענייננו, נביאם כלשונם⁶:

"ראוי לזכור כי הצורך באיזון קפדני בין צרכי התכנון המרחבי לבין ערכי שימור הטבע אינו אמור להשפיע על יציבותם של הליכי התכנון המתנהלים מכוח החוק ועל יסוד הוודאות הנדרש בהוצאתם מן הכוח אל הפועל של תוכניות מאושרות כדין וכן אינו אמור לפגוע בהם. לערכי שימור הסביבה [ובענייננו – גם לערכי הבריאות; הערה שלנו – הח"מ] ניתן מעמד מיוחד בגדרו של ההליך התכנוני, ולגורמים המייצגים נושא זה ניתן מעמד מוכר בגופי התכנון, והם שותפים מלאים בשלבי התכנון לכל אורכם. על גופים אלה, ככל גורם אחר בעל עניין בהליך התכנוני, לממש את זכויותיהם הדיניות, להציע הצעות ולהגיש את השגותיהם בפני מוסד התכנון הרלוונטי במועדים שנקבעו לכך... יסוד זה בהליך התכנוני תקף גם כלפי הבטים הנוגעים בשימור ערכי טבע. על שום חשיבותם הגדולה של היבטים אלה ראוי להקפיד הקפדה יתרה על העלאתם לבחינת רשויות התכנון במועדים ובמסגרת הדינית שיועדה להם."

38. דרישת העותרים למנוע מההליך התכנוני להתקיים ולעצור את משרד הבריאות (!) מלערוך בדיקה יסודית ומקצועית כמתחייב על פי הדין עומדת בסתירה שאין חריפה ממנה לא רק לכל הליך תקין על פי החוק והפסיקה, אלא גם לכל הגיון בנסיבות העניין.

39. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט איננו "מתכנן על", ואיננו מבצע את עבודתם של מוסדות התכנון. העובדה שהעותרים מציגים את האינטרסים המניעים אותם (לטענתם) כ"זכויות יסוד" בעלות חשיבות רבה, אינה מאפשרת את העברת הדיון בהקשר זה לבית המשפט העליון, אלא ההיפך הוא הנכון. כפי שנפסק בעניין אט"ד נ' הצוות המלווה הנ"ל, דווקא מפאת חשיבותם של היבטים שמעלים העותרים, ראוי להקפיד הקפדה יתרה על העלאתם לבחינת רשויות התכנון.

40. לעניין הליך תכנוני להקמתה של מחצבה, ובהתייחס לטענות דומות לטענות העותרים, שהועלו לאחר שמיעה ודחיה של ההתנגדויות, נפסק בבג"ץ 9717/03⁷:

"העותרים העלו טענות מטענות שונות כנגד דחיית התנגדותם לתכנית.

⁶ שם, בעמ' 794.

⁷ בג"ץ 9717/03 נעלה, עמותה להתיישבות בשומרון של עובדי התעשייה האווירית לישראל נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(6) 97, 104-105.

דומה שהבעיה האמיתית המציקה להם היא החשש מן הפגיעה באיכות החיים של התושבים המתגוררים בסמיכות לאתר שבו תוקם מחצבה. ואכן, ניתן להבין את חששותיהם. פעילות של מחצבה יוצרת מפגעים של רעש, זיהום ואבק. היישוב ניל"י נמצא במרחק של 1,000 מטר מגבול החציבה וכ-700 מטר מתחום ההשפעה של המחצבה. היישוב נעלה נמצא במרחק רב יותר. בדיונים שנערכו במהלך השנים מאז שיזמה שפיר לראשונה את הקמתה של המחצבה עלה שוב ושוב החשש מפני פגיעה באיכות הסביבה. היישובים ניל"י ונעלה התנגדו לאורך כל הדרך להקמתה של המחצבה. בעקבות התנגדותם ועל דעתם החליטה המועצה האזורית בשנת 2002 לבקש שיוכן תסקיר נוסף בעניין ההשפעות הצפויות של המחצבה על איכות החיים ביישובים. תסקיר כאמור הוגש בחודש מאי 2002. מסיכום התסקיר עולה כי אם תיושמה ההנחיות וההמלצות הכלולות בו לא צפוי שינוי מהותי באיכות האוויר ובמפלסי הרעש בשני היישובים. בהחלטה של ועדת ההתנגדויות שהוחלט בה לדחות את ההתנגדויות נקבעו תנאים והנחיות על-פי האמור בתסקיר. משכך הוא, ומאחר שבית-המשפט אינו פועל כמתכנן-על, אף דינה של הטענה האחרונה להידחות (בג"ץ 102/52 ארגון בעלי המגרשים מעבר לירקון נ' שר-הפנים [10], בעמ' 829; עניין אסכאן [7], בעמ' 811; בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים [11], בעמ' 688; ע"א 5927/98 בחוס נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה [12], בעמ' 760). "

41. על אחת כמה וכמה שהדברים האמורים נכונים מקום שההליך התכנוני כלל לא מוצה.
42. יטען הטוען, כי בעצם העובדה שהוועדה המחוזית בוחנת את האפשרות לקדם את התוכנית יש משום הפעלת שקול דעת של הוועדה, שקול דעת הנתון תחת שבט הביקורת שיפוטית. ובכן, אפילו כך ייחשב הדבר, לא יהא בכך כדי להצדיק את התערבות בית המשפט הנכבד בשקול דעת הוועדה בשלב בו אף טרם נתקבלה על ידה כל החלטה בת משמעות מהותית.
43. הלכה ידועה היא כי בית המשפט אינו נוטה להתערב בשיקול דעתן של רשויות התכנון כשם שאין הוא נוהג לבוא בנעליהן של רשויות התכנון המוסמכות.⁸
44. התערבותו של בית המשפט בהחלטות של רשויות התכנון נעשית במשורה, בעילות מובהקות המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום-לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות.⁹ לא למותר יהא זה לציין, כי אף לא אחת מהעילות המנויות לעיל, מתקיימת בענייננו.
45. לא זו אף זו. גם באותם מקרים יוצאי דופן בהם נוטה בית המשפט להתערב ולדון בנושא התכנוני, אין הוא עושה כן טרם מוצו הליכי ההתנגדות לפני מוסדות התכנון לדרגותיהם. כל עוד מתקיימים הליכי תכנון, על גופי התכנון והבניה לעשות את עבודתם.
46. בפני העותרים פתוחה הדרך להביא את דבריהם בפני גופים אלה ובית המשפט לא יתערב בעבודת מוסדות התכנון המוסמכים טרם מיצו אלה את עבודתם.¹⁰

⁸ בג"ץ 4776/03 מלון ריג'נסי ירושלים בע"מ נ' מר אברהם פורז – שר הפנים, תק-על 2005 (2), 1158 עמוד 1166; עת"מ (חי') 1244/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה משגב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הצפון, פורסם ב"נבו" (27/12/06) (להלן: "עניין משגב").

⁹ עע"מ 2418/08 צ'רלס מילגרום ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים ואח', תק-על 2005(4), 1709, עמוד 1714.

¹⁰ בג"ץ 478/85 שלמה אבולעפיה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, ירושלים פ"ד (2) 294, עמודים 297-298; בג"ץ 5598/00 עיריית הרצליה נ' רשות שדות התעופה בישראל, תק-על 2003(2), 1280, עמוד 1295; כן ראו עניין משגב, הי"ש 8 לעיל.

47. בעניין משגב הנ"ל¹¹ הוסיף וקבע בית המשפט, בעמוד 7 לפסק דינו כדלקמן:

"בשלב כה מוקדם של הפקדת התוכנית אל לו לבית המשפט להתערב ויש לתת לרשויות התכנון לסיים עבודתן ולמתנגדים להגיש התנגדויות כדין והוועדה תדון בהתנגדויות ותכריע בהן... ההליך התכנוני הינו כפי שנקבע בחוק ומטרתו לאפשר למתנגדים להגיש התנגדויותיהם ולאפשר לוועדה, המורכבת מאנשי מקצוע, להכריע בהתנגדויות אלה. אין כל הצדקה להתערב בהליך במקרה זה, גם אם ישנו צפי כי יוגשו התנגדויות להליך... לשם כך נועד ההליך התכנוני ותפקידה של הוועדה לדון בהתנגדויות ולהכריע בהן על פי שיקול דעתה המקצועי".

48. משזו מידת הריסון אותה מאמצים לעצמם בתי המשפט בשלב שלאחר הפקדת התוכנית, מתבקשת מאליה מידת ריסון דומה גם בעניין התוכנית המפורטת נושא העתירה, המצויה, כאמור, עוד בשלב הקודם לאישורה להפקדה.

אין יסוד לטענת העותרים, כאילו יורדות טענותיהם לשורש סמכות הוועדה המחוזית לקדם את ההליך, ולפיכך (כך לפי הטענה) עתירתם אינה מוקדמת ואינה לוקה באי מצוי הליכים

49. עובדת היותה של העתירה מוקדמת ולוקה באי-מיצוי הליכים לא נסתרה גם מעיני העותרים, ומשכך הדבר אך ראוי היה כי היו משהים פנייתם לערכאות משפטיות תוך מיצוי ההליכים בפני מוסדות התכנון. תחת זאת, מבקשים העותרים לרפא את הפגם המהותי שבהגשת עתירה כה מוקדמת, בטענה מופרכת כאילו לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה כלל אין סמכות לדון בתוכנית המפורטת, תוכנית שהינה נגזרת של תוכנית מתאר מחוזית בת תוקף.

50. עמדתם זו של העותרים נעוצה, כך נרשם בעתירה, בטענות מקדמיות להליך התכנוני, ובתמצית: העדר קיומו של מכרז, העדר יכולתה של החברה להגיש תוכנית הואיל ואינה בעלת עניין בקרקע וכן לאור התנגדות עיריית ערד והעומד בראשה (ראו עמודים 46-47 לעתירה). העותרים מוסיפים ומציינים כי טענות חוסר הסמכות הללו חותרות תחת עצם קיומו של ההליך התכנוני.

51. ראשית נציין, כי בחינת טענות אלה לגופן מעלה כי הינן שגויות מבחינה משפטית וחסרות בסיס מבחינה עובדתית. על כך נפרט בהרחבה בהמשך, בפרק ג' להלן.

52. אפילו נתעלם מהיותן של טענות העותרים שגויות כאמור, עדיין אין בהן כדי לגרוע כהוא זה מסמכותה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה לדון בתוכנית מפורטת לכרייה בשדה בריר.

53. סמכותה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז הדרום לדון בתוכנית המפורטת נגזרת הן מהוראות חוק התכנון והבניה, הן מהוראות תוכנית המתאר המקומית אשר אושרה כדין. כך, כנזכר לעיל, מונה סעיף 62 לחוק התכנון והבניה את הנושאים המצויים בסמכות הוועדה המקומית, בעוד שנושא הכרייה והחציבה איננו נמנה עם הנושאים שהוועדה המקומית מוסמכת לאשר לגביהם תכניות. לפיכך נתון אישור תכנית בהקשר זה לסמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.

54. כפי שנראה להלן, בין סמכותה של הוועדה המחוזית כאמור, לבין הנימוקים עליהם מבקשים העותרים לבסס את טענת חוסר הסמכות לכאורה של הוועדה המחוזית לדון בתוכנית, אין דבר וחצי דבר.

¹¹ עתי"מ 1244/05, הי"ש 8 לעיל.

55. טוענים העותרים לעניין קיומה לכאורה של חובת מכרז במתן הרשאות ורשיונות לכרייה וחציבה, ובעניין זה ייאמר כבר עתה, כי טענה זו משוללת יסוד. עוד טוענים העותרים, כי משום התנגדות עיריית ערד והעומד בראשה לתכנית, מתקיימים הליכי התכנון בחוסר סמכות.
56. יחד עם זאת, דומה כי אין הצדדים נחלקים בדעתם על כי הגורמים המוסמכים ליתן זכיונות, רשיונות והרשאות לכרייה ולחציבה הינם שר התשתיות הלאומיות, המפקח על המכרות ומינהל מקרקעי ישראל – כל גוף בתחום סמכויותיו. אין חולק, כי מוסדות התכנון באשר הם, והוועדה המחוזית לתכנון ולבניה בכלל זה, אינם מוסמכים להעניק זכיונות ו/או הרשאות לכריית פוספט.
57. מכאן, כי אפילו היה מקום לקיים הליך מכרז בענייננו (ולא היא, כפי שיפורט בהמשך), לא הייתה לכך נגיעה כלשהי להליך התכנוני בכלל, ולסמכות הוועדה המחוזית, בפרט. נזכיר עוד, כי ההליך התכנוני מנותק משיקולים קנייניים¹², ועל אחת כמה וכמה שהוא מנותק מאופן הקנייתן של זכויות בקרקע.
58. התנגדות הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד להפקדת התכנית הוצגה לוועדה המחוזית במסגרת ההליך התכנוני, וודאי שאין היא חותרת תחת הליך זה.
59. מהתנגדות זו של עיריית ערד, כמו-גם מעמדה שהביע ראש העיר הנוכחי, מבקשים העותרים להסיק (ומסקנתם בטעות יסודה), כי העיריה צפויה להתנגד גם לביצוע כרייה לפי זיכיון כרייה, אם וכאשר יינתן. העותרים מוסיפים ומסיקים (ואף מסקנה נוספת זו בטעות יסודה), כי ההתנגדות צפויה זו חותרת אף היא תחת סמכותה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה. מדובר ברצף טענות שגויות של העותרים:
- 59.1 ראשית, מהתנגדות העיריה להפקדת תכנית כלל לא ניתן ללמוד, שהיא תתנגד לכרייה על-פי זיכיון שיינתן. אפילו דובר בענייננו בשטח שלגביו דרושה הסכמת העיריה לכרייה על-פי זיכיון כרייה (ולדידה של רותם לא זה המצב, כפי שיוסבר בפרק 3.ג להלן), אם וכאשר יינתן זיכיון כרייה, יהיה זה כפי הנראה לאחר שתאושר התכנית המפורטת. העותרים ודאי יסכימו אף הם, שהעיריה לא תוכל שלא ליתן הסכמתה לכרייה מטעמים שמקומם בהליך התכנוני. סמכות העיריה לפי סעיף 18(ב) לפקודת המכרות איננה יכולה, בכל מקרה, להתפרש ככזו המרוקנת מתוכן את ההליך התכנוני או ככזו המקנה לעיריה סמכות של "מתכנן על". זאת ועוד, ייתכן שעד אז תשנה העיריה את השקפתה. ייתכן שראש העיריה יתחלף. ייתכן עוד, שהשטח המדובר כלל לא יהיה בתחום שיפוט העיר ערד, וזאת ברוח המלצות ועדת רהב. לא ניתן כיום לצפות מה תהיה עמדת העיריה בעתיד. מכל מקום, שיקול הדעת שיעמוד לעיריה יהיה מוגבל לעניינים שבסמכותה, ולא לעניינים שבסמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.
- 59.2 שנית, אפילו ניתן היה לקבוע היום, כי בבוא העת, לאחר שתאושר התכנית המפורטת ולאחר שיינתן זיכיון כרייה, צפויה העיריה להתנגד לביצוע הכרייה, לא היה בכך כדי לגרוע מסמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה לקדם את התכנית המפורטת, אלא לכל היותר היה הדבר משליך על האפשרות לממש את האמור בזיכיון הכרייה. נציין את הברור מאליו והוא, כי שאלת סמכותה של הוועדה המחוזית לעניין התוכנית המפורטת צריכה להיבחן לאור הוראות החוק המסמך והדינים מכוחו, היינו חוק התכנון והבניה והוראות תכנית המתאר המחוזית.

¹² עע"מ 8743/03 ועדת ערד מחוז תל אביב – יפו נ' סילבנה לואי פואה, פורסם ב"נבו" (2004).

60. **על הכשל בטענת העותרים לפיה יורדות טענותיהם לשורש סמכות הוועדה המחוזית ניתן ללמוד גם מן הסלקטיביות שבה מפעילים העותרים את טענתם זו, בבחינת סתירה פנימית בטענותיהם.** בהקשר זה נזכיר, כי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד לא סברה שההליך התכנוני מתנהל בחוסר סמכות. במסגרת ההליך התכנוני המתנהל, כאמור, על-ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, נתונה לוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד הסמכות להמליץ על התכנית (לחיוב או לשלילה). בהתאם, עוד בטרם הגשת התכנית לוועדה המחוזית בשנת 1999 הובאה זו לעיונה של הוועדה המקומית. הוועדה המקומית העירה הערות והתנתה תנאים שונים לשם קידום התכנית. במרץ 2005 קיבלה מליאת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד החלטה להתנגד להפקדת התכנית. כל הפעולות הללו בוצעו על-ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה במסגרת ההליך התכנוני המתנהל לפי חוק. ודוק: אם סבורים העותרים כי ההליך התכנוני מתנהל בחוסר סמכות, טענתם זו חייבת להיות מופנית לכל הגורמים השותפים להליך התכנוני, לרבות לוועדה המקומית לתכנון ולבניה, שלה הסמכות להמליץ על התכנית. וראו זה פלא: העותרים עושים שימוש סלקטיבי בטענת העדר הסמכות, הנובעת לשיטתם מ"פגמים היורדים לשורשו של ההליך התכנוני", בהתאם למידת ההתאמה של מסקנות וועדות התכנון לרצונם של העותרים. משתואמת עמדת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד להתנגד להפקדת התכנית את רצונם של העותרים, אין מעלים הם את טענת העדר הסמכות כנגדה. לעומת זאת, משחוששים העותרים מקידום התכנית על-ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, או-אז צצות להן טענות בדבר פגמים לכאורה היורדים לשורשו של אותו הליך תכנוני ממש.

61. אפילו ניתן היה לראות באיזו מטענות העותרים ככזו היורדת לשורש סמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (ולא היא, כפי שהוסבר לעיל), לא היה בכך כדי להצדיק את הפניה לבית משפט נכבד זה בכלל, ובשלב מוקדם זה בפרט.

עתירה מוקדמת, שבג"ץ אינו נוהג לדון בה, היא כזו שנסיונותיה עשויות להשתנות, באופן שיתר את ההליך המשפטי או יהפוך אותו לתיאורטי בלבד. אפילו היו יורדות טענות העותרים לשורש הסמכות (והן אינן כאלה), במועד זה לא ידוע כלל מה יקרה בהמשך ההליך התכנוני. ייתכן שהתכנית תאושר לבסוף כמות שהיא, וייתכן שלא. ייתכן שהתכנית תאושר בתנאים נוספים, וייתכן שלא. ייתכן שתסקיר ההשפעה על הסביבה יאושר בוועדה המחוזית כמות שהוא, וייתכן שלא. אם תאושר התכנית, ייתכן שהכרייה תתאפשר גם לאחר שלב הכרייה הניסיונית, וייתכן (אם כי לא סביר) שלא. מכל היבט שהוא, העתירה היא מוקדמת.

אשר לחובה למצות את ההליך התכנוני טרם פניה לערכאה משפטית, זו קיימת גם כאשר נטענת טענה בדבר היעדר סמכות. העובדה שעם טענותיהם הרבות של העותרים נמנות גם טענות בדבר חוסר סמכות אינה שוללת את האפשרות שייטלו חלק בהליך התכנוני ויעלו במסגרתו גם את טענתם בדבר חוסר סמכות כביכול.

בנוסף, בגמר ההליך התכנוני, הערכאה המתאימה לדון בטענות כנגד תקינות ההליך היא בית המשפט לעניינים מינהליים ולא בג"ץ (על כך ראו התייחסות נפרדת להלן).

4.א. שיהוי ומעשה עשוי

62. העותרים מבקשים מבית משפט נכבד זה להכריז על "בטלותו של כל היתר או רישיון חיפוש בשדה בריר שניתן על ידי המפקח על המכרות מתוקף סמכותו בפקודת המכרות – 1925". עוד מבקשים העותרים שלא לקדם את ההליך התכנוני לכרייה בשדה בריר, ולחייב את משרד הבריאות להתנגד לקידומו של הליך זה. כפי שהובהר לעיל, בכל הנוגע להליך התכנוני דין העתירה להידחות או להימחק על הסף העתירה מחמת היותה מוקדמת, מן הטעם שההליך התכנוני טרם מוצה. אלמלא זה היה המצב, דינה היה להידחות על הסף מחמת שיהוי, כפי שיפורט להלן. גם באשר ליתר הסעדים המבוקשים לוקה העתירה בשיהוי, כפי שיפורט להלן.

63. לעניין טענות העותרים בדבר היתר החקירה ורשיון החיפוש שניתנו לרותם :

63.1 היתר החקירה ורשיונות החיפוש שהעותרים טוענים לבטלותם ניתנו בשנים 1983 (היתר חקירה) ו-1999 עד 2002 (רשיונות חיפוש) בהתאמה, וכל הפעולות לפיהם הושלמו זה מכבר, כך שמדובר ב"מעשה עשוי". ההיתרים האמורים ניתנו לתקופה קצובה לשם עריכת סקרים גיאולוגיים. הסקרים הגיאולוגיים בוצעו במהלך תקופתו של כל היתר או רשיון ותוצאותיהם נמסרו למפקח על המכרות. מדובר בהיתרים שאין עוד אפשרות לבטלם. ראו פירוט בענין זה בפרק ב.4 להלן. כפי שיובהר בפרק ג.3 להלן, ההיתרים בענין זה אף ניתנו כדין ובסמכות.

63.2 לעניין זה נדרשים אנו למובן מאליו והוא, כי בבוא בית המשפט ליתן סעד, עליו לשקול את התמונה באופן מלא, לרבות מבחינת ההיבטים המעשיים ונקודת הזמן של ההכרעה. כאמור לעיל - מבחינה מעשית אין כל טעם בסעד המבוקש על ידי העותרים.

64. לעניין טענות העותרים כי יש לבטל את ההליך התכנוני :

64.1 כאמור – העתירה היא מוקדמת. לחלופין, אם מטעם כלשהו יוחלט כי העותרים אינם מצויים להמתין עם טענותיהם עד לגמר ההליך התכנוני, ולמצות קודם את ההליכים התכנוניים, אזי יש לקבוע באותה נשימה, כי העתירה לוקה בשיהוי גם בהקשר זה.

64.2 ייעוד שדה בריר לכריית פוספט, לאחר שמיעת התנגדות עיריית ערד, נעשה עוד בתמ"מ 14/4. התנגדות עיריית ערד נדחתה בחלקה בשנת 1998, ותמ"מ 14/4 פורסמה למתן תוקף בינואר 2000. העותרים חותרים למעשה תחת ייעודו של שדה בריר לכריית פוספט, וטענות מסוג זה היה עליהם להעלות במסגרת הליך ההתנגדות לתמ"מ 14/4.

64.3 התכנית המפורטת לכריית פוספט הוגשה לוועדה המחוזית ביולי 1999, ואת כל הטענות שמעלים העותרים כעת יכולים היו להעלות כבר בשנת 1999 (מבלי לגרוע מהיותה של העתירה מוקדמת, כאמור לעיל).

64.4 חוות הדעת של המשרד לאיכות הסביבה לעניין תסקיר ההשפעה על הסביבה ניתנה באוגוסט 2004. טענות בקשר לתסקיר ניתן היה להעלות כבר באותו מועד (בכפוף להיותה של העתירה מוקדמת).

64.5 ההליך התכנוני הנוכחי מנוהל מזה כעשר שנים, תוך הסתמכות על כך שהוא מנוהל בסמכות וכדין. על-יסוד הסתמכות זו נערך תסקיר השפעה על הסביבה בהשקעה כספית גדולה, הועסקו מומחים רבים ועוד.

65. לעניין עמדת משרד הבריאות בנוגע לתכנית: החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה לקצוב למשרד הבריאות פרק זמן של שנה לגיבוש חוות דעת בריאותית ביחס לכרייה בשדה בריר התקבלה כבר ביולי 2008, תוך שהוועדה המחוזית מבהירה את החשיבות בבירור מהיר של הנושא, בהתחשב בכך שההליך התכנוני נמשך כבר קרוב לעשר שנים. העתירה הוגשה לאחר שהחלק העיקרי מתוך פרק זמן של שנה שנקצב למשרד הבריאות כבר חלף.

66. על פי ההלכה הפסוקה¹³, טענת השיהוי עומדת על שלוש רגליים: א. השיהוי הסובייקטיבי; ב. השיהוי האובייקטיבי; ג. חומרת הפגיעה בשלטון החוק. אשר ליחס בין שלושה מבחנים אלה, פסק כבי נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אי ברק¹⁴:

¹³ ראו למשל בג"ץ 8628/07 דורית שעשוע נ' משטרת ישראל, תק-על 2008(1), 1462, 1465; ע"מ 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חוף השרון, פ"ד נח(6) 728 (2004).

¹⁴ בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון נ' סיעת ש"ס ואח', תק-על 2006(1), 2983, 2987.

"היחס בין שלושת היסודות הרלבנטיים לשיהוי נקבע על פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. הכרעה בטענת שיהוי מבוססת, איפוא, על איזון בין האינטרס של העותר בביטול המעשה המינהלי; האינטרס של המשיב בקיומו; והאינטרס של הציבור בשלטון החוק".

67. בענייננו, השיהוי הסובייקטיבי משתרע על פני תקופות ארוכות יחסית לנסיבות העניין, העולות כדי עשרות שנים. יודגש, כי לא הוצג על ידי העותרים כל נימוק או הסבר לעניין זה.
68. באשר לשיהוי האובייקטיבי, הרי שבאם ייעתר בית המשפט הנכבד לסעדים המבוקשים, ירדו לטמיון כל ההשקעות אשר הושקעו על-ידי רותם בפעולות החקירה, החיפוש ואף גיבוש הממצאים הגיאולוגיים, אשר ננקטו על ידה; יירדו לטמיון כל הפעולות שנקטו עד כה במסגרת ההליך התכנוני, לרבות עריכת תסקיר ההשפעה על הסביבה והעסקת מומחים רבים לצורך זה; תרד לטמיון כל התקופה שבמהלכה המתינה הוועדה המחוזית עד כה לגיבוש עמדת משרד הבריאות ביחס לתכנית, וההליך התכנוני יתמשך עוד יותר מחמת הצורך לפעול לביצוע הבדיקות שאמור היה לבצע משרד הבריאות בדרכים אחרות.
69. כנגד שיקולים אלה, העותרים לא הצביעו, ולו לכאורה, על פגיעה חמורה בשלטון החוק שיש בה כדי לשמש משקל נגד לשיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי.
70. ראוי להציג את עמדת הפסיקה ביחס לשיקול של פגיעה בשלטון החוק בהקשר זה, כפי שקבעה כב' הנשיאה ד. בייניש¹⁵ :

"משקבענו כי מתקיים היסוד האובייקטיבי של טענת השיהוי, אין די בכך כדי להכריע את גורל העתירה, שכן עלינו לבחון עוד את השיקול שעניינו פגיעה בשלטון החוק. במצבים מסוימים שבהם הפעולה המנהלית המשמשת נושא לעתירה מהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק, יוענק לעותרים סעד למרות הנזק שייגרם לרשות או לצדדים שהסתמכו על ההחלטה המנהלית. מצבים אלה הם בבחינת חריג לכלל, שכן בדרך-כלל עצם קיומו של פגם בפעולה המנהלית לא יפסול בהכרח את ההליך כולו וודאי שאין בו כדי להתגבר על טענת השיהוי. כפי שהבהיר השופט זמיר בבג"צ 2285/93 הנ"ל [3] בעמ' 642: "לא כל פגם משפטי בהחלטה מנהלית גובר על שיהוי מצד העותר. להפך, בדרך כלל השיהוי משמש לדחיית עתירה על הסף, על-אף הטענה שהחלטה המינהלית לוקה בפגם המשפטי. רק במקרים מיוחדים עשויה הטענה בדבר פגם משפטי להגיע לדרגת חומרה הגוברת על הנזק הנובע מן השיהוי".

71. ודוק: הפסיקה שלפיה בדרך כלל אין בקיומו של פגם משפטי כדי לגבור על שיהוי בהגשת עתירה, מבטאת עמדה נורמטיבית. ואכן, הפגם של שיהוי בהגשת עתירה רב כוחו, וראוי כי יגבר על פגם בהליך המנהלי, ובמיוחד על פגם שאינו מבטא פגיעה חמורה בשלטון החוק. העותרים בענייננו לא הצביעו, ולו לכאורה, על פגם כלשהו המבטא פגיעה חמורה בשלטון החוק, ומאחורי הרטוריקה בעתירה המייחסת חומרה לפגמים הנטענים (אשר אינם פגמים כלל) אין ולא כלום.

¹⁵ ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה - חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 679-680.

ב. העובדות הנוגעות לעניין

ב.1 רותם ופעילותה

72. רותם היא חברה שעיסוקה כריית פוספטים בנגב, עיבודם ושיווקם, וכן ייצור ושיווק של דשנים, חומצות זרחתיות, וכימיקלים שונים בהתבסס על הפוספט הכרוי, שהוא עתיר תחמוצת זרחן.
73. פעילות הכרייה של רותם מתבצעת מכח זכויות כרייה שניתנו לה על-ידי ממשלת ישראל. תוצרתה של רותם משווקת בארץ ובעולם ומלבד תעשיית הדשנים, היא משמשת גם בתהליכי הייצור של מוצרים בתחומים רבים ומגוונים, לרבות מזון, חקלאות, טקסטיל, אנרגיה, מתכות ועוד.
74. פעילות הייצור של רותם מתבצעת בשלושת מפעליה שבנגב: במישור רותם, בצין ובאורון. בסמוך לכל אחד מהמפעלים שטחי כרייה, שמהם מובל הפוספט הכרוי אל המפעל הרלוונטי.
75. רותם היא פרי מיזוג משנת 1992 של שתי חברות ממשלתיות: פוספטים בנגב בע"מ ורותם דשנים בע"מ. פוספטים בנגב בע"מ עסקה בפעילות של כרייה ועיבוד פוספט מאז שנת 1952. רותם דשנים בע"מ עסקה בפעילות ייצור ושיווק של מוצרי המשך של סלע הפוספט, ובכלל זה ייצור חומצות זרחתיות ודשנים.
76. **רותם מהווה עוגן תעסוקתי מרכזי בדרום הארץ, כך שהשפעתה על מרקם החיים החברתי-כלכלי באזור כולו היא מכרעת. במעגל התעסוקה הישיר של עובדי חברה קבועים וזמניים, של עובדי קבלנים קבועים במפעלים ובמכרות (עבודות עפר והובלת חומרים) ושל קבלנים וספקים קבועים מועסקים בפעילותה של רותם כ-2,000 עובדים (מתוכם כ-1,160 הם עובדי החברה).**
77. מבין העובדים במעגל התעסוקה הישיר, כ-40% הם תושבי דימונה, כ-30% הם תושבי באר-שבע, כ-10% הם תושבי ערד, כ-10% הם תושבי הפזורה הבדואית, ובעיקר רהט, ערעה וכסיפה, כ-5% הם תושבי ירוחם, והיתר הם תושבי עומר, מיתר, להבים, אשדוד וישובים אחרים בדרום הארץ.
78. **פעילותה העסקית של רותם מייצרת גם מעגלים נרחבים של תעסוקה עקיפה, שהם חיוניים-עד-קיומיים לנגב.** לתעשיית הפוספטים, החומצות הזרחתיות והדשנים השפעות גומלין נרחבות על מפעלים ונותני שירותים בארץ בכלל ובנגב בפרט. בין היתר משנעת רותם מיליוני טונות של דשנים, חומצות, סלע פוספט וכימיקלים המיוצאים דרך נמלי אילת ואשדוד באמצעות רכבת ישראל ובאמצעות הובלה במשאיות. רותם רוכשת לשימושה חומרי גלם המיוצרים בנגב, כגון סיד לתהליכים הכימיים (מיוצר על-ידי חברת "נגב מינרלים תעשייתיים", במפעל המצוי אף הוא בנגב) ואשלג לייצור דשנים מורכבים (מחברת "מפעלי ים המלח"). רותם מייצרת ומוכרת מוצרים חיוניים לפעילותן של תעשיות ישראליות אחרות, כגון סלע פוספט לחברת חיפה כימיקלים דרום (אשר גם מפעל שלה פועל במישור רותם בנגב), חומצות ודשנים למפעל דשנים וחומרים כימיים במפרץ חיפה ועוד. רותם משווקת דשנים חקלאיים בישראל. רותם רוכשת שירותים כגון הסעות עובדים, שירותי תחזוקה, שירותי הזנה, שירותי ניקיון וכיוצא באלה. פעילויות אלה מספקות תעסוקה עקיפה לאלפי עובדים, ובפרט בנגב, בין השאר לתעשיות השירותים, החינוך והעסקים השונים בישובים בהם מתגוררים המתפרנסים מפעילותה של רותם בתעסוקה ישירה ועקיפה.
79. מעגל התעסוקה העקיפה של רותם מונה אלפי משפחות בדימונה, באר-שבע, ערד, הפזורה הבדואית וירוחם. כמובן שמעגלי התעסוקה העקיפה בכל הישובים האמורים מגיעים כדי כל נותני השירותים למשפחות המתפרנסות, בתעסוקה ישירה ועקיפה, ממפעלי רותם – בתחום החינוך, המזון, השירותים המוניציפאליים ועוד.

80. **בפעילותה של רותם תלוי, לפיכך, עתידן של אלפי משפחות מיישובי הנגב, המתפרנסות ממפעליה בצורה ישירה ועקיפה.**
81. רותם פועלת בסביבה עסקית תחרותית וקשה. מתחריה של רותם פועלים במדינות אחרות. השווקים בהם מדובר (דשנים, חומצות וכיוצא באלה מוצרים על-בסיס פוספט) הם בינלאומיים. חלק ממתחריה של רותם בעולם (למשל – במרוקו, בירדן ובתוניס) הם חברות ממשלתיות ששיקול הרווחיות אינו בראש מעייניהן.
82. בנוסף לכך, בעיות שונות של סוגי סלע הפוספט בישראל מחייבות השקעות רבות במתקני עיבוד והשבחה, על-מנת שניתן יהיה לקיים את הפעילות התעשייתית של החברה ולנצל את חומר הגלם הקיים לייצור סלע מוגמר, חומצות זרחתיות ודשנים.
83. רותם אינה נמנית עם החברות הרווחיות ביותר במשק. מדובר בתעשייה כבדה, שכאמור, פועלת בתנאים לא קלים. יש שנים שבהן מסתיימת פעילות החברה בישראל בהפסד. שלושת הרבעים הראשונים של שנת 2008 היו דווקא רווחיים במיוחד מבחינתה של רותם, ובאופן חריג. תנאי השוק העולמיים ביחס לפוספט ולמוצרי יצרו תנודתיות גדולה במחירי הפוספט, והובילו לעליית מחירים חדה ואף חסרת תקדים של סלע הפוספט ושל חומצות ודשנים מבוססי פוספט שראשיתה בשלהי שנת 2007, ואשר הגיעה לשיאה ברבעון השלישי באותה שנה. העליה המהירה במחירי הפוספט נבלמה ברבעון השלישי, וברבעון הרביעי כבר צנחו מחירי הפוספט באופן דרסטי, וכך היה גם ברבעון הראשון של שנת 2009.
84. עד תחילת שנות ה-90, חברת פוספטים בנגב הפסידה במרבית שנות הכספים סכומי כסף ניכרים, עד כדי כך שהיה הכרח במיזוגה עם חברת רותם דשנים כדי להמשיך ולקיים את תעשיית הפוספטים ומוצרי המשך. בשנת 1992 בוצע המיזוג עם חברת רותם דשנים, ויחד הפכו החברות הממוזגות לרותם אמפרט נגב בע"מ, כאשר השם AMFERT הנו שמו של מפעל הדשנים ההולנדי שנרכש מספר שנים קודם לכן, במטרה שיצרו סלע פוספט ישראלי. לאורך השנים שמאז המיזוג השקיעה רותם השקעות עצומות במפעלים בישראל, על-מנת לבסס ולחזק תעשייה זו, וכעת מצפה החברה שההשקעות הרבות ישאו פרי. בין היתר, בשנת 1996, במסגרת פרויקט "רותם 2", הושקעו מאות מיליוני דולרים בהכפלת כושר הייצור של רותם בחומצה זרחתית ודשנים.
85. הקשיים שבפניהם ניצבת רותם נובעים לא רק מהתחרות בשוק הבינלאומי, אלא גם מתנאי עבודתה בישראל. מדובר בתעשייה כימית כבדה ובפעילות כרייה, המצריכות התחשבות תמידית בהיבטים סביבתיים שונים. רותם נדרשת כל העת להשקעות גדולות בהקמת מתקנים ידידותיים יותר לסביבה ומתקנים הדרושים לעמידה בתקני איכות הסביבה למיניהם. רותם אף מתקשה באישור סטטוטורי של שדות כרייה חדשים אשר יוכלו להבטיח עתודות פוספט זמינות להמשך פעילות החברה בשנים הבאות.
86. על-אף הקשיים המתוארים לעיל, רותם תרמה לאורך השנים ומוסיפה לתרום לחברה ולקהילה. תרומתה של רותם לקהילה עולה כדי מיליוני שקלים חדשים בשנה, כאשר הסכומים מופנים בעיקר להפעלת מועדוניות לילדים במצוקה בדימונה ובירוחם. רותם מפעילה 14 מועדוניות המונות כ-200 ילדים, ומועדון נוער המונה כ-100 ילדים. הפעילות מתבססת על התנדבות של כ-150 מבין עובדי החברה, וכן משקיעה רותם כספים במועדוניות לשם טיפול בתשתיות פיזיות, רכש והצטיידות, תחזוקה שוטפת ופעילות העשרה. רותם מעורבת בפרויקטים נוספים כתרומה לקהילה ולחברה, כגון העסקת ילדי עובדים לפני גיוס במסגרות בעלות אופי התנדבותי כגון רווחה, סיוע לקשישים, בית חולים (ועוד); תרומה לעמותות מהנגב, על-פי רוב מהיישובים בהם מתגוררים העובדים; תרומה למוסדות (למשל – מחלקת ילדים בבית החולים סורוקה); הדרכות והשתלמויות לסטודנטים ולתושבי האזור ועוד.

ב.2 בעלי המניות ברותם

87. היות שכמעט בכל הזדמנות, ובעתירה דנן בכלל זה, נוהגים גורמים שונים להטיח ברותם "האשמות" הנוגעות לזהותם של בעלי השליטה בה, משל היה זה עוול גדול להיות בעל שליטה פרטי בחברה רווחית, ראוי להתייחס אף להיבט הבעלות בחברת רותם.
88. רותם הייתה תמיד, ועודנה, חברה בבעלות מלאה של חברת כימיקלים לישראל בע"מ. בעברה היתה כימיקלים לישראל בע"מ חברה ממשלתית. בשנות ה-90, במסגרת תנופת תהליכי הפרטה שונים במשק, שנועדו לתרום הן לקופת המדינה, הן להצלחתם של תאגידים מופרטים ולהנאה עקיפה נוספת של הציבור ושל המדינה מכך, הופרטה כימיקלים לישראל. תהליך ההפרטה נפרש על-פני שלושה שלבים: ב-1992, ב-1995 וב-1998. מאז 1995 כימיקלים לישראל איננה עוד חברה ממשלתית ובהתאם - רותם איננה עוד חברה בת ממשלתית. ב-1998 אף חדלה כימיקלים לישראל להיות "חברה מעורבת" והפכה לחברה ציבורית שהשליטה בה היא בידי חברה ציבורית אחרת, החברה לישראל בע"מ, ואילו המדינה מחזיקה בה ובחברות הבנות שלה רק "מניית זהב" המקנה סמכויות שנועדו למנוע ניצול של משאבי מדינה על-ידי השתלטות גורמים עוינים למדינה. בסיום תהליך ההפרטה נותרה כימיקלים לישראל חברה **ציבורית** (שמניותיה נסחרות בבורסה).
89. את השליטה בכימיקלים לישראל רכשה מהמדינה החברה לישראל בע"מ, חברה ציבורית, אז בשליטת משפחת איזנברג (כמחצית). בשנת 1999 מכרה משפחת איזנברג את אחזקותיה למשפחת עופר. השליטה בחברה לישראל, ובאמצעותה גם בכימיקלים לישראל, נתונה כיום בידי משפחת עופר. משפחת עופר מחזיקה במישרין ובעקיפין (באמצעות החברה לישראל) פחות מ- 29% ממניות כימיקלים לישראל בע"מ. בעלי עניין נוספים בכימיקלים לישראל הם בנק לאומי (בעל עניין בשיעור של כ-10% בכימיקלים לישראל, באמצעות אחזקותיו בחברה לישראל), חברת PCS הקנדית (בעלת עניין בשיעור של כ-11% בכימיקלים לישראל), וכמובן - הציבור בישראל, המחזיק במישרין ובעקיפין כ-49% ממניות החברה, לא כולל ההחזקה העקיפה באמצעות מניות בנק לאומי (כ-74% ממניות בנק לאומי מוחזקות על-ידי הציבור; כ-11% ממניות הבנק מוחזקות על-ידי המדינה). כאשר מביאים בחשבון את האחזקות בבנק לאומי לישראל, **הציבור בישראל מחזיק, במישרין ובעקיפין, בכ-56% ממניות כימיקלים לישראל (המחזיקה ב-100% ממניות רותם אמפרט נגב),** כמעט פי שניים מאחזקותיה של משפחת עופר. בנוסף, מחזיקה **המדינה** בעקיפין קרוב ל-6% ממניות כימיקלים לישראל, באמצעות אחזקותיה בבנק לאומי.
90. ייאמר מיד: אין כל פסול מוסרי בשליטתה העקיפה של משפחת עופר, או כל גורם פרטי אחר, בחברת כימיקלים לישראל, וזאת על-פי החלטת המדינה, במסגרת תהליך ההפרטה, לקיים בכימיקלים לישראל "גרעין שליטה". ההיפך הוא הנכון, משום שתהליכי ההפרטה שנקטה המדינה נועדו לייעל את ניהול החברות הממשלתיות-לשעבר ולהשיא את רווחיהן לטובת הציבור המחזיק ברוב המניות, ולטובת מדינת ישראל והמשק הישראלי. יחד עם זאת, היות שבארצנו, למרבה הצער, נוהגים גורמים שונים "להוקיע" בעלי הון בגין אחזקותיהם בחברות שונות, והעותרים דנן אף הם חוטאים בכך (ראו, למשל, סעיף 461 בעמ' 113 לעתירה), ראוי להעמיד דברים על דיוקם: **הציבור במדינת ישראל הוא בעל העניין העיקרי בחברת כימיקלים לישראל בע"מ, פעם אחת כבעל מניותיה; פעם שניה כמי שנהנה ממיסיה; פעם שלישית כמי שנהנה מהפעילות הכלכלית ומפרנסתם הענפה של תושבי הדרום; פעם רביעית כמי שנהנה מפרנסתם הישירה של אלפי משפחות ממפעלי החברה; פעם חמישית כמי שנהנה מהכנסות המס ממשכורות המשתכרים במעגלי התעסוקה הישירים והעקיפים הנובעים ממפעלי החברה. הצלחתה של רותם אמפרט נגב היא בראש ובראשונה הצלחת הציבור במדינת ישראל.**

ב.3 רקע כללי על שדה הפוספטים "בריר" – עבר והווה וההליך התכנוני

91. שדה "בריר" הוא חלק משדה הפוספטים "זוהר", הסמוך לעיר ערד ומשתרע ממערב לה. שדה "בריר" מצוי בחלק הדרום-מזרחי של שדה "זוהר", מדרום מערב לעיר ערד. יצוין, כי העיר ערד עצמה הוקמה על מרבץ פוספטים, שכמובן כבר לא ניתן לנצלו, והוא הדין במרבץ רב ההיקף והעשיר בחלקו הצפוני של שדה זוהר, אשר עד היום לא נראה כיצד ניתן יהיה לנצלו.
- קטעים מתשריט תמ"מ 14/4 (תכנית המתאר המחוזית מס' 4 שינוי מס' 14, מחוז דרום) המציגים את ייעודי הקרקע באזור הרלוונטי ואת מקרא ייעודי הקרקע מצורפים ומסומנים **נספח א'**.
92. שדה בריר נועד להוות את עתודות הפוספט של רותם אמפרט נגב לשנים הבאות, ולהבטיח את המשך קיומה של תעשיית הפוספט לאורך זמן. בהנחה שתאושר תכנית לכרייה בשדה זה, ההנחה היא כי הכרייה בשדה תחל בעוד כ-10 עד 15 שנים.
93. מבחינה סביבתית-נופית ומבחינת ערכי טבע, השדה אינו מוגדר על-ידי הגורמים האמונים על כך (הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; נציג הגופים הציבוריים שעניינם בשמירת הסביבה בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, נציג השר להגנת הסביבה) כ"שדה רגיש". ככל הידוע, אין בו ערכי טבע מוגנים או "משאבי טבע נדירים" (כלשון העותרים). כך עולה גם מממצאי התסקיר המקיף שבוצע בשטח על ידי טובי המומחים.
94. בשנים 1983-1984 בוצעה חקירה גיאולוגית על-ידי חברת פוספטים בנגב בע"מ (לימים רותם) בשדה זוהר, לפי היתר חקירה מאת המפקח על המכרות. חקירה זו בוצעה במסגרת הספ"א – סקר פוספטים ארצי שהתנהל בין השנים 1980-1984, בשיתוף פעולה בין פוספטים בנגב בע"מ לבין משרד האנרגיה והתשתיות דאז, אשר פעל בהקשר זה באמצעות המכון הגיאולוגי. ממצאי החקירה העלו כי מרבץ הפוספט באזור המדובר מתאים לניצול. העתק היתר החקירה לשדה זוהר מצורף ומסומן **נספח ב'**.
95. בשנת 1988 מונתה על-ידי שר התעשייה והמסחר דאז ועדה ציבורית בינמשרדית בראשותו של יצחק רהב ("**ועדת רהב**"), לבחינת האספקטים השונים הנוגעים לכרייה בשדה זוהר, לרבות לעניין הצורך בעתודות כרייה נוספות לתעשיית הפוספט ולעניין סמיכותו לעיר ערד. בוועדת רהב יוצגו משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, ונכחו בה כמשקיפים נציגי פוספטים בנגב בע"מ (כיום רותם) ונציגי המועצה המקומית (דאז – כיום עיריה) ערד. ועדת רהב הגישה את המלצותיה בדו"ח מפורט מאפריל 1989.
96. ועדת רהב בחנה ושקלה את מכלול ההיבטים הכרוכים בצורך בכריית פוספט ובהשפעות אפשריות של הכרייה על העיר ערד, ואיזנה בין השיקולים השונים. בין היתר המליצה ועדת רהב לקדם בשלב זה את הכרייה בחלקו הדרומי של שדה זוהר (בו נמצא שדה בריר) בלבד, המרוחק יותר מאזור המגורים בערד, ולהימנע מפיתוחו המלא של השדה. כן המליצה הוועדה לקדם תכנית לכרייה ניסיונית בחלקו הדרומי של שדה זוהר לתקופה של 18-24 חודשים, שבמהלכה ינוטרו הפעולות במכרה ותיבחן ההשפעה הסביבתית על העיר ערד. עוד המליצה ועדת רהב, כי טרם הקמת המכרה הניסיוני ייערך תסקיר השפעה על הסביבה, וכי בתום תקופת הניסיון יומלץ על-פי תוצאות הניסוי האם להפסיק את הניסוי או לאפשר מעבר לכרייה בהיקפים מלאים. דוח ועדת רהב הובא לידיעת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.
- העתק תמצית המלצות ועדת רהב מתוך דוח רהב מצורף ומסומן **נספח ג'**.
97. באותה עת, רק חלק קטן מחלקו הדרומי של שדה זוהר היה בתחום השיפוט של המועצה המקומית ערד. ועדת רהב המליצה, בין היתר, להוציא מתחום השיפוט של ערד שטחים המיועדים לכריית פוספט.

98. בתחילת שנות ה-90 מונתה, לבקשת המועצה המקומית ערד, ועדת חקירה לעניין גבולות השיפוט של ערד. המועצה המקומית ערד ביקשה מן הוועדה להמליץ על סיפוח שטח שדה זוהר לתחום שיפוטה, על-מנת שיתאפשר לה לפקח על פעילות הכרייה בשטח זה. ועדת החקירה המליצה כאמור, ובשנת 1994 צורף שטח חלקו הדרומי של שדה זוהר (אשר שדה בריר מהווה חלק ממנו) לתחום השיפוט של ערד.

בכך הפך שטחה שיפוטה של עיריית ערד לחריג ביותר במדינת ישראל, בכל הנוגע ליחס שבין שטח העיר המבונה (או המיועד להיות מבונה) לבין שטח השיפוט הפורמאלי, והיו שהעירו שגודלה של "ערד" כגודלה של תל-אביב.

99. באותה עת בערך הופקדה תמ"מ 14/4 (תכנית המתאר המחוזית 4, שינוי מס' 14, מחוז דרום). בתכנית כפי שהופקדה סומן חלקו הדרומי של שדה זוהר כאזור המיועד לכריית פוספט, וכן יועד לכריית פוספט שטח נוסף שמצפון לכביש 31. המועצה המקומית ערד הגישה התנגדות לתכנית, וטענה כי התכנית אינה מתחשבת בהמלצות שבדוח ועדת רהב. ועדת המשנה להתנגדויות של המועצה הארצית לתכנון ולבניה שמעה את ההתנגדות, והחליטה לדחותה באופן חלקי ולקבלה באופן חלקי. בעקבות ההתנגדות וכמענה לה נותר שדה זוהר כולו בייעוד כרייה וחציבה, אך הוכנסו הוראות מיוחדות בענין הכרייה בשדה זוהר בסעיף 9.17. ה. להוראות תמ"מ 14/4, המפנות לדוח ועדת רהב.

העתק התנגדות המועצה המקומית ערד לתכנית תמ"מ 14/4 מצורף ומסומן נספח ד'.

העתק החלטת ועדת המשנה להתנגדויות מצורף ומסומן נספח ה'.

העתק סעיף 9.17. ה מתוך הוראות תמ"מ 14/4 מצורף ומסומן נספח ו'.

100. תמ"מ 14/4 פורסמה למתן תוקף ביום 23.1.2000, וכאמור – נקבעה בהוראותיה התייחסות מיוחדת לכרייה בתחום שדה זוהר, בשים לב לדוח ועדת רהב.

101. בעקבות הדיון בהתנגדות המועצה המקומית ערד (אשר בינתיים הוכרזה כעיריה), ועוד בטרם אושרה תמ"מ 14/4, החלה רותם לתאם עם עיריית ערד את אופן קידומה של תכנית לכרייה בשדה בריר, המהווה חלק משדה זוהר דרום.

102. עוד משנת 1997 התקיימו בנושא קידום הכרייה בשדה בריר דיונים רבים בין נציגי רותם לבין נציגי עיריית ערד, לרבות נציגי היחידה האזורית לאיכות הסביבה נגב מזרחי, המופעלת על-ידי עיריית ערד ומשותפת לרשויות ערד, תמר וירוחם (ובעבר גם דימונה).

נציגי עיריית ערד התנו את הסכמתם לקידום תכנית הכרייה בשדה בריר בויתור מצד רותם על כל כוונה לכוונה לכוונה בעתיד בשדה זוהר צפון, ובכך שיבוצע תסקיר השפעה על הסביבה ויקוים שימוע ציבורי שבו יוצגו עיקרי התכנית לתושבי העיר ותישמע עמדת התושבים. רותם הסכימה לכל דרישותיה האמורות של עיריית ערד.

103. בהמשך, בשנת 1999, כאשר הוכנה טיוטה ראשונה של תכנית מפורטת לכרייה בשדה בריר, הוצגה זו תחילה לנציגי עיריית ערד, אשר העירו את הערותיהם המקצועיות לגוף התכנית והסמיכו את היחידה הסביבתית נגב מזרחי ללוות את עריכת תסקיר ההשפעה על הסביבה.

104. במקביל, אישרה עיריית ערד את עריכתו של סקר גיאולוגי בשדה בריר לפי תכנית רב שנתית שהוצגה לה, על-פי רשיון חיפוש שקיבלה רותם מאת המפקח על המכרות.

העתק פניית רותם לעיריית ערד בענין עריכת הסקר הגיאולוגי מצורף ומסומן נספח ז'.

העתק אישור עיריית ערד לביצוע הסקר הגיאולוגי מצורף ומסומן נספח ח'.

יצוין, כי הסקר הגיאולוגי שכאמור אושר מראש על-ידי עיריית ערד, נערך בשנים 1999 עד 2003 (כולל), ובהתאם הוענקו לרותם רשיונות חיפוש תקופתיים נוספים, בשנים 1999, 2000, 2001 ו-2002. העתקי רשיונות החיפוש שקיבלה רותם מאת המפקח על המכרות בשנים 1999-2002 מצורפים ומסומנים נספח ט'.

105. ביוני 1999 הוגשה התכנית המפורטת בעניין הכרייה בשדה בריר לוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד, היא המוסד התכנוני אשר מוסמך להמליץ (לחיוב או לשלילה) לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה בנוגע לתכנית. ביולי 1999 הוגשה התכנית המפורטת בעניין הכרייה בשדה בריר לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז דרום, היא המוסד התכנוני המוסמך להפקיד ולאשר את התכנית.

106. בפברואר 2000 אישרה רותם, לפי דרישת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד ועיריית ערד, כי היא מוותרת על הכרייה בשדה זוהר צפון, וכי לאחר שתאושר התכנית לכרייה בבריר, לא תהיה לה עוד כל תביעה בנושא הכרייה בזוהר צפון.

אישור רותם, שניתן לדרישת עיריית ערד והוועדה המקומית לתכנון ולבניה ערד, מצורף ומסומן נספח י'.

107. עורכי התכנית, שיש להם ניסיון רב אף בעריכת תסקירים, החלו בעריכת תסקיר השפעה על הסביבה בסיוע מומחים רלוונטיים, לשם הבאתו לבחינת המשרד לאיכות הסביבה (כשמו אז), ובמקביל ערכו לפי דרישת לשכת התכנון המחוזית במחוז דרום במשרד הפנים תיאומים עם גופים רבים לשם קידום התכנית.

108. עריכת תסקיר ההשפעה על הסביבה ארכה מספר שנים, שבמהלכן העיר המשרד לאיכות הסביבה את הערותיו השונות, הורה על ביצוע השלמות ועל ביצוע בדיקות נוספות (לרבות בדיקה של מומחה מחו"ל את המודל המתמטי ששימש לבחינת ההשלכות האפשריות על איכות האוויר).

109. באוגוסט 2004 ניתנה חוות דעתו של המשרד לאיכות הסביבה ביחס לתסקיר ההשפעה על הסביבה, בהתאם לסעיף 11 בתקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003. חוות הדעת כללה שורה של תנאים שבהתקיימם למשרד "אין התנגדות לקידום התכנית" (כלשון חוות הדעת), לרבות תנאי בדבר ביצוע כרייה ניסיונית, שרק לאחריה יוחלט סופית האם ובאילו תנאים ניתן לכרות בשדה בריר.

העתק חוות דעת המשרד לאיכות הסביבה ביחס לתסקיר ההשפעה על הסביבה מצורף ומסומן נספח יא'.

110. זה המקום להדגיש, כי לפי הוראות התכנית שבדיון, כמו-גם לפי המלצות ועדת רהב ולפי חוות הדעת של המשרד לאיכות הסביבה ביחס לתסקיר, תנאי לתחילתה של כרייה בהיקף מלא הנו ביצוע כרייה ניסיונית בחלק משטח השדה על-פני תקופה קצרה יחסית שלא תפחת משנה, שבמהלכה ינטרו כל הנתונים הדרושים לשם בחינת ההשפעה הסביבתית של הכרייה בפועל. לביצוע הכרייה הניסיונית נבחר, בתיאום עם היחידה הסביבתית נגב מזרחי והמשרד להגנת הסביבה, אתר הסמוך לעיר ערד, וסוכם עוד כי קצב הכרייה בתקופת הניסיון יהיה מרבי ככל האפשר, וזאת על מנת להבטיח שתוצאות הניסוי ישקפו את ההשפעה המרבית האפשרית של אתר הכרייה על העיר ערד. רק אם ממצאי הכרייה הניסיונית יוכיחו, כפי שניתן לצפות על-יסוד תסקיר ההשפעה על הסביבה, שאכן לא ייגרם נזק לבריאות הציבור כתוצאה מפעילות הכרייה, ובכפוף לאישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - תימשך הכרייה על-פי התכנית. עוד סוכם, כי תהיה ועדת מעקב שתורכב מצוות שיכלול נציגים של העיר ערד, כי מנהל המכרה יעבוד תחת צו אישי כבר מיומו הראשון כמנהל המכרה, לצורך אכיפה קלה ומהירה יותר; וכי המעקב הסביבתי יהיה בשליטת היחידה הסביבתית נגב מזרחי המופעלת על-ידי עיריית ערד, אשר תוכל להורות על הפסקת הפעילות במכרה בכל זמן ולאור תנאים מטאורולוגיים בעייתיים.

העתק מכתב השר להגנת הסביבה לשעבר, מר גדעון עזרא, מיום 16.4.2008, לחבר הכנסת חיים אורון, ובו מתוארים בקצרה האמצעים המחמירים במיוחד שקידום התכנית מותנה בנקיטתם, מצורף ומסומן נספח יב'.

111. בינואר 2005 נערך שימוע ציבורי בערד, שבו הוצגו לתושבים עיקרי התכנית על-ידי נציגי רותם, וניתנו תשובות לשאלות שנשאלו.
- לקראת השימוע ועוד בטרם נערך, החל גל של התנגדות לתכנית בקרב תושבי ערד, אשר אף הגישו עצומה בנושא לראש העיר דאז, ד"ר מוטי בריל, חתומה על-ידי כמה אלפי תושבים.
112. בסמוך לאחר עריכת השימוע ערכה עיריית ערד סקר טלפוני בקרב התושבים. ככל הידוע לרותם הסקר לא נערך על-ידי מומחה לסקרים, וייתכן שתוצאותיו הושפעו גם מהנחות ראש העיר דאז לתושבים להתנגד לכרייה ובגין אילו סיבות, אשר נמסרו לתושבים בהודעה טלפונית מוקלטת טרם ביצוע הסקר. בסקר הטלפוני מצאה העירייה, כי 88% מן הנשאלים מתנגדים לכרייה בשדה בריר, וכי מקרב המתנגדים כ-33% תולים את הסיבה להתנגדותם בפגיעה אפשרית באיכות האוויר, וכ-60% מהם תולים את הסיבות להתנגדותם במכלול של שיקולים ובהם ירידת ערך הבתים, פגיעה בתדמית העיר, רעש פיצוצים ופגיעה באיכות האוויר. להשלמת התמונה יצוין עוד, כי קיימים בערד גם תושבים רבים אשר תומכים בתכנית.
- דוגמאות להצגת תמיכה בתכנית מצד תושבי ערד מצורפות ומסומנות נספח יג'.
113. במרץ 2005 החליטה מליאת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בערד (המורכבת מחברי מועצת העירייה, נבחרו הציבור, ולא מאנשי תכנון מקצועיים) להתנגד להפקדתה של התכנית המפורטת לכרייה בשדה בריר.
114. במסגרת ההליכים התכנוניים המתקיימים בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה לקראת דיון והחלטה האם להפקיד את התכנית המפורטת האמורה ולהעמידה להתנגדויות, הציגה עיריית ערד בפני הוועדה המחוזית חוות דעת שקיבלה ממומחים, ולפיהן עלולה הכרייה לגרום, כביכול, נזק בריאותי מהותי לתושבי ערד.
115. נציגי רותם זיהו מיד, כי חוות הדעת שהציגה עיריית ערד היו שגויות על פני הדברים, באשר הן נשענו על הנחות שגויות. אל מול המסקנות השגויות בעליל שבחוות הדעת עומדים, למשל, נתוני אמת בדבר בריאותם של עובדי רותם לדורותיהם. עובדי רותם שוהים בשטחי כריית פוספט או בסמוך מאד אליהם לאורך שנים, ומעקב אחר בריאותם מעיד כי אין בקרבם תחלואה רבה יותר מאשר אוכלוסיות אחרות.
116. רותם פנתה למומחים אחרים, מן השורה הראשונה בישראל, שהנם אף בעלי שם עולמי, וביקשה לקבל את חוות דעתם בנושא. היות שחוות הדעת מטעם עיריית ערד כללו טענות מתחומי מומחיות שונים, על-מנת לבחון טענות אלה מכל ההיבטים הרלוונטיים היה צורך לפנות למומחים בעלי תחומי מומחיות שונים. בין היתר פנתה רותם לשלושה מומחים שונים (פרופ' י' ריבק, מומחה לרפואה תעסוקתית ובריאות תעסוקתית וסביבתית; פרופ' ר' כראל, מומחה בבריאות הציבור וברפואה תעסוקתית, וד"ר שטרן, מומחה להערכת סיכונים), ונמנעה מליידע כל אחד מהם על דבר פנייתה גם לאחרים, על-מנת להבטיח שתינתנה חוות דעת עצמאיות, שתהיינה לחלוטין בלתי תלויות זו בזו.
117. כל אחד מן המומחים שאליו פנתה רותם הגיע בדרכו ולפי שיטתו למסקנה, כי חוות הדעת שהציגה עיריית ערד, לרבות השלמות שניתנו ביחס אליהן, הן שגויות. המומחים שאליהם פנתה רותם חיוו דעתם, כל אחד בנפרד כאמור, כי לא צפויים להיגרם נזקים לבריאות הציבור כתוצאה מפעילות הכרייה בכלל, ונוכח המגבלות המיוחדות שיוטלו על אופן ביצוע פעולות הכרייה בפרט.
118. בין היתר סברו המומחים, כי חוות הדעת מטעם עיריית ערד, אשר בחנו את הנזקים הבריאותיים המיוחסים לחשיפה לחלקיקים בגודל מסוים והשליכו אותם על תושבי ערד, נשענו על הנחה שגויה בעליל, כאילו החלקיקים הנובעים מכריית פוספט הם מסוג החלקיקים המזיקים. בפועל, החלקיקים הקשורים לכריית פוספט הם חלקיקים טבעיים שכלל אינם מהסוג המזיק שנזכר בחוות הדעת מטעם עיריית ערד. ד"ר שטרן, המומחה להערכת סיכונים, חיווה דעתו מדוע אין כל בסיס לטענות כאילו עשוי להגיע לערד גז ראדון

ולפגוע בבריאות התושבים. בנוסף, פנתה רותם מומחה נוסף מן המכון הגיאולוגי (ד"ר שירב), אשר הסביר אף הוא מדוע אין כל סיכונים הקשורים לגז ראדון ואין בחוות הדעת מטעם עיריית ערד כדי לשנות את חוות דעתו הקודמת בנושא. מומחה נוסף שאליו פנתה רותם (מר עמית רונן, מומחה לגיאופיסיקה) הסביר, מדוע אין יסוד לטענה שפיצוצים במכרה עלולים לגרום להתפתחות סידוק בקרקע בערד.

119. כאמור, חוות דעת סותרות הונחו בעניין זה בפני הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה. אלא שעוד בטרם יבש הדיו על חוות הדעת הראשונה מטעם עיריית ערד, בטרם התקבלה התייחסות כלשהי לאמור באותה חוות דעת או התקיים דיון מסודר בנוגע למסקנותיה ובטרם נערך תהליך בדיקה עצמאי ומקצועי במשרד הבריאות או מי מטעמו, מיהרה נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, הגב' הדסה אדן, להביא את חוות הדעת האמורה לידיעת שאר חברי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ולטעון כי הואיל וצפויים להיגרם נזקים בריאותיים לציבור עקב הכרייה, אין לאשר את התכנית להפקדה (ראו מכתבה של הגב' הדסה אדן מיום 26.2.2008 אשר צורף כנספח כ"ג לעתירה). על עמדה זו חזרה נציגת השר בוועדה המחוזית במכתב נוסף (ראו מכתב מיום 16.6.2008, אשר צורף כנספח כ"ד לעתירה).

העותרים מבקשים לראות את אותה "עמדה" ראשונית של נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית, שניתן אף לתארה כתגובת בוסר ריאקטיבית, כהחלטה רשמית להתנגד להפקדת התכנית, וטוענים עוד, כי מדובר בהחלטה שלא ניתן לבטלה או לשנותה. טענה זו של העותרים היא בגדר אבסורד.

כפי שיובהר בהמשך, עמדה ראשונית ונמהרת זו של נציגת השר בוועדה כלל אינה "החלטה". לנציגת משרד הבריאות אסור היה לגבש "החלטה" במועד שבו הביעה את אותה עמדה ראשונית. דיון במליאת הוועדה המחוזית בשאלה האם להפקיד את התכנית או לא כלל לא התקיים. בפני נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית כלל לא עמדו נתונים דרושים לשם גיבוש עמדה מוחלטת בנושא, לא כל שכן לשם קבלת "החלטה" כלשהי. בין היתר, לא עמדו בפניה חוות דעת סותרות שניתנו בהמשך והונחו אף הן בפני הוועדה המחוזית.

120. יודגש, כי רותם מחויבת לבריאות הציבור, ולפיכך התחייבה בשורה של הזדמנויות שלא לבצע כל פעילות כרייה הפוגעת בבריאות התושבים, ובעניין זה הכוונה היא הן לתושבי ערד, הן לתושבי כסיפה. מטעמים אלה הסכימה רותם לקבל על עצמה שורה ארוכה של מגבלות חריגות בחומרתן באשר לאופן הכרייה והפיקוח עליה.

121. ככל הידוע לרותם, הדרג המקצועי במשרד הבריאות לא היה ער לחוות הדעת שהגישה רותם לוועדה המחוזית, אלא רק לחוות הדעת שהגישה עיריית ערד (אשר הופצה על-ידי נציגת משרד הבריאות בוועדה המחוזית). מטעם זה מצאה רותם לנכון להביא את חוות הדעת שערכו המומחים שאליהם פנתה למשרד הבריאות, ואף הציעה לפנות לצוות מומחים בעלי שם מחו"ל, אשר יבחן את המחלוקות שעלו בין המומחים השונים, על-מנת לאפשר למשרד הבריאות לגבש חוות דעת מקצועית בנושא.

מכתב מנכ"ל רותם למנכ"ל משרד הבריאות מיום 25.6.2008 מצורף ומסומן נספח יד'.

במכתב זה שבה רותם ומדגישה את מחויבותה לבריאות הציבור כאמור.

122. לאחר שהונחו בפני הוועדה המחוזית ובפני משרד הבריאות מספר חוות דעת הסותרות את מסקנות חוות הדעת שהציגה עיריית ערד, ביקש משרד הבריאות בדיון שהתקיים בוועדה המחוזית ביום 28.7.2008, כי יקצבו למשרד פרק זמן נוסף שנה, שבמהלכו יגבש המשרד את חוות דעתו ביחס להיבטים הבריאותיים של התכנית. באותו דיון הבהירה הרופאה המחוזית מטעם משרד הבריאות, כי חוות הדעת שהופצו קודם לכן על-ידי נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית אינן חוות דעת מטעם משרד הבריאות, וכי נוכח קיומן של חוות דעת סותרות בנושא מבקש משרד הבריאות לקיים בדיקה מטעמו. עוד הסבירה הרופאה

המחוזית, כי הואיל ומיטב המומחים בארץ כבר חיוו דעתם בנושא, ייתכן שמשרד הבריאות יבצע את בדיקותיו באמצעות מומחה מחוץ לארץ.

123. נוכח בקשת משרד הבריאות החליטה מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, בישיבתה הני"ל מיום 28.7.2008, כדלקמן (הקטע הבא הועתק מתוך פרוטוקול הוועדה המחוזית):

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 28.7.2008, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

קטע רלוונטי מפרוטוקול ישיבת מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מיום 28.7.2008 מצורף ומסומן **נספח טו'**.

124. בישיבת מליאת הוועדה המחוזית מיום 23.3.2009 עוגנה בהחלטת המליאה הודעת עדכון מאת משרד הבריאות, כדלקמן (הקטע הבא הועתק מתוך פרוטוקול הוועדה המחוזית):

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן: **החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מיום 23.3.2009, בהחלטתה להחליט על מימון הפרויקט, כדלקמן:**

קטע רלוונטי מפרוטוקול ישיבת מליאת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מיום 23.3.2009 מצורף ומסומן **נספח טז'**.

125. לשם השלמת התמונה נבהיר, כי מבחינת שלב הדיון בנושא התכנית המפורטת דן, עסקינן עדיין בדיונים מוקדמים, לקראת דיון בוועדה המחוזית בתסקיר השפעה על הסביבה. בענייננו חלות תקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003, שלפיהן אמור מוסד התכנון לדון בתסקיר ובחוות הדעת שניתנה לגביו מטעם המשרד לאיכות הסביבה (כיום המשרד להגנת הסביבה); נציג השר להגנת הסביבה הוא "היועץ הסביבתי" כמשמעותו בתקנות האמורות) כחלק מן הדיון בתכנית.

126. יובהר עוד, כי המתווה המשוער להמשכו של ההליך התכנוני (שאותו מבקשים העותרים לסכל באמצעות העתירה דנן) הנו כדלקמן:

126.1 קבלת חוות דעת בריאותית ממשרד הבריאות באשר להיבטים הבריאותיים הנוגעים לתכנית.

126.2 לאחר קבלת חוות הדעת האמורה – הקמת צוות מלווה אשר ימליץ לוועדה המחוזית על המשך הטיפול בתכנית.

- 126.3 לאחר המלצת הצוות המלווה כאמור - קיום דיון של הוועדה המחוזית בתסקיר ההשפעה על הסביבה, והחלטה האם יש לכלול בהוראות התכנית הוראות שונות למניעת השפעות שליליות על הסביבה.
- 126.4 לאחר דיון בתסקיר ההשפעה על הסביבה או במקביל לו, דיון בשאלה האם להפקיד את התכנית.
- 126.5 אם יוחלט להפקיד את התכנית, תועמד התכנית, כמו גם מסמכים הנלווים לה, לרבות תסקיר ההשפעה על הסביבה וחוות דעת המשרד להגנת הסביבה, לעיון הציבור.
- 126.6 ככל שתוגשנה התנגדויות לתכנית, יידונו ההתנגדויות בועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.
- 126.7 אם תידחינה התנגדויות כאלה או אחרות, רשאי מי שנדחתה התנגדותו לבקש מיו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה להתיר הגשת ערר למועצה הארצית לתכנון ולבניה.
- 126.8 אם תינתן רשות להגשת ערר – יתקיים דיון בערר בועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית.
- 126.9 אם לא תינתן רשות להגשת ערר או אם יידחו ערריהם של מתנגדי התכנית - יתקיים דיון בוועדה המחוזית לעניין אישור התכנית.
- 126.10 עם סיום ההליך התכנוני יוכל מי שרואה עצמו נפגע מתוצאתו לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים בטענות הנוגעות לתקינות ההליך המינהלי התכנוני, על כל שלביו.

ג. טענות לגוף העניין

ג.1 האינטרסים הציבוריים אותם משרתת הכרייה בריר

127. העותרים מנסים לצייר בעתירתם תמונה מסולפת, כאילו אל מול האינטרסים של תושבי ערד והסביבה לא עומד אינטרס ציבורי כלשהו, אלא רק אינטרס כלכלי של רותם, ולא היא. **למדינת ישראל עניין מובהק בהצלחתה של תעשיית הפוספט המקומית, שהרי תעשייה זו היא עוגן תעסוקה מרכזי בכלכלת הדרום, והמשך קיומה הוא חיוני לקיומה של ההתיישבות בדרום הארץ.**
128. על כך שקיים לרותם אינטרס כלכלי בקידום הכרייה בשדה בריר אין עוררין, אם כי אינטרס זה אינו משתקף נכונה בטענות העותרים. העותרים מנסים לאמוד את "שווי" הכלכלי של שדה בריר על-יסוד מחירי הפוספט הגבוהים משנת 2008. זוהי אינה דרך נכונה, מבחינה כלכלית, לאמוד את "שווי" של שדה כרייה. **ראשית**, בגין פתיחתו של שדה כרייה, כמו-גם בגין פעילות הכרייה השוטפת בשדה, קיימות הוצאות עתק שיש להביאן בחשבון. **שנית**, כפי שהוסבר לעיל, מחירי הפוספט בשנת 2008 עלו באופן חריג וזמני, וכבר בסוף 2008 חלה ירידה חדה בהם, אשר צפויה להימשך עוד. **שלישית**, הכרייה בשדה בריר אינה צפויה להתחיל בעשור הקרוב, ולא ניתן לדעת מה יהיה מחיר הפוספט באותה עת. **רביעית**, ערכו הכלכלי של שדה כרייה נמדד גם מבחינת תרומתו להמשך יכולתה של החברה להוסיף ולפעול על-יסוד כמויות הפוספט הזמין לכרייה המצוי בשדה.
129. האינטרס הכלכלי של רותם אינו בגדר אינטרס פרטי שלה בלבד. למדינה אינטרס מובהק בהצלחתה הכלכלית של רותם, וביצירת תנאים שיאפשרו את המשך פעילותה של רותם לאורך זמן (ובכלל זה אישור שדות כרייה עתידיים). אין זה המקום לפירוט נרחב המסביר

את ההשלכות הכלכליות הנרחבות של חיזוק תעשיית הפוספט, ולפיכך נסתפק בהתייחסות לנושא זה "על קצה המזלג":

- 129.1 נזכיר, כי רותם נוסדה כחברה בת של חברה ממשלתית. במשך עשרות שנים הייתה מדינת ישראל בעלת השליטה בפוספטים בנגב בע"מ וברותם דשנים בע"מ. המדינה קידמה כריית פוספט גם כאשר חברת פוספטים בנגב בע"מ הפסידה סכומים גבוהים. שיקול הרווחיות לא היה אז השיקול המרכזי. האינטרסים שעמדו למדינה להוסיף ולקיים תעשיית פוספט יציבה בישראל לא "נעלמו" כאשר הופרטה כימיקלים לישראל בע"מ. המדינה לא הפריטה את כימיקלים לישראל בע"מ מתוך מחשבה שהדבר יפגע בפעילות החברות הבנות שלה אלא ההיפך הוא הנכון: מאחורי ההפרטה עמדה ההנחה, שבעל שליטה פרטי יוכל לנהל ניהול יעיל יותר ולהשיא את רווחי החברה, לטובת המשק כולו ולטובת שאר בעלי המניות.
- 129.2 כזכור, בעלי השליטה ברותם נהנים, במישרין ובעקיפין, מן הזכות לכ-29% מרווחי החברה, באמצעות כימיקלים לישראל והחברה לישראל – שתי חברות ציבוריות שהציבור הוא בעליהן העיקרי. הציבור הוא המחזיק, במישרין ובעקיפין, ברוב הזכויות (כ-56%) לעניין רווחי החברה.
- 129.3 הצלחה כלכלית של רותם מאפשרת את המשך היותה עוגן תעסוקה מרכזי בדרום הארץ. כפי שצוין לעיל, רותם מעסיקה בתעסוקה ישירה (עובדי חברה ועובדי קבלן קבועים) כ-2,000 עובדים מפרנסי משפחות, ומספקת פרנסה בעקיפין למעגל תעסוקה רחב יותר של אלפי עובדים נוספים המועסקים על-ידי נותני שירותים שונים לרותם. מעגל התעסוקה העקיפה של רותם מונה אלפי משפחות בדימונה, באר-שבע, ערד, הפזורה הבדואית וירוחם. כמובן שמעגלי התעסוקה העקיפה בכל הישובים האמורים מגיעים כדי כל נותני השירותים למשפחות המתפרנסות, בתעסוקה ישירה ועקיפה, ממפעלי רותם – בתחום החינוך, המזון, השירותים המוניציפאליים ועוד. בפעילותה של רותם תלוי, לפיכך, עתידן של אלפי משפחות מיישובי הנגב, המתפרנסות ממפעליה בצורה ישירה ועקיפה.
- 129.4 לתעסוקה בדרום הארץ נודעת חשיבות עצומה גם מבחינה חברתית-לאומית. הריחוק מאזור המרכז מקשה על ההתיישבות בדרום הארץ, וללא עוגני תעסוקה חזקים ויציבים עלול מפעל ההתיישבות לקרוס. על-מנת לאפשר המשך קיומה של התיישבות בדרום הארץ, חייבת המדינה לחזק את עוגני התעסוקה באזור זה, ובכלל זה לחזק גם את תעשיית הפוספט ככל שניתן. יצוין עוד, כי אחת ממטרותיה המפורשות של תכנית מתאר מחוזית, כאמור בסעיף 55 לחוק התכנון והבניה, הינה "לקבוע ... כל דבר שיש לו חשיבות כללית למחוז ... ובכלל זה תנאים נאותים למחוז מבחינת הביטחון והתעסוקה". כזכור, שדה בריר מהווה חלק משטח שיועד לכרייה בתכנית המתאר המחוזית.
- 129.5 הפעילות הכלכלית הכרוכה בתעשיית הפוספט מאפשרת למדינה לגבות מסים, הן בגין רווחים של רותם, הן בגין הכנסות העובדים המועסקים כאמור בתעסוקה ישירה ועקיפה. בגין כריית הפוספט גובה המדינה גם תמלוגים שמעבירה רותם לאוצר המדינה.
- 129.6 עיקר התוצרת של תעשיית הפוספט מופנית לייצוא, ופעילות ייצוא ענפה מחזקת את חוסנה הכלכלי של המדינה.
- 129.7 ככל מדינה אחרת, גם למדינת ישראל אינטרס מובהק לנצל ניצול מיטבי את המחצבים שבעלתה, והפוספט בכלל זה. הפעילות הכלכלית סביב תעשיית הפוספט מגדילה את התל"ג ותורמת לעוצמתה של המדינה.
- 129.8 תעשיית הפוספט המקומית תומכת גם בפעילות כלכלית נגזרת, ובכלל זה, בין היתר, אספקה נוחה וזולה יותר של דשנים לחקלאות המקומית.

130. נוכח כל האמור לעיל, אין להתפלא על כך שהכרייה היא **תכלית ציבורית** כאמור בסעיף 12 לפקודת המכרות, הקובע לאמור: "**הכרייה תיחשב לתכלית ציבורית בגדר כל חוק או פקודה הדנים בהפקעת קרקע לצרכי הציבור**".

131. על החשיבות שמייחסת המדינה להמשך קיומה של תעשיית הפוספט ניתן ללמוד גם מדברי השר לשעבר להגנת הסביבה, מר גדעון עזרא, שנאמרו בתשובה לשאלת ח"כ דבר חנין, בישיבת הכנסת מיום 18.3.2009, בה סיכמו השרים היוצאים את העבודה שנעשתה במשרד בתקופת כהונתם:

"... אני חייב עוד דבר להגיד, שלא התייחסתי אליו עד עכשיו וזה נושא שדה הפוספטים בערד. הפוספט הוא מצרך לתעשייה הישראלית, מי שרוצה תעשייה ישראלית, זקוק לפוספטים. והמשרד שלי עשה את הבדיקות, כיצד ניתן יהיה להוציא עוד פוספטים מן הארץ. ועשו את הבדיקות. ומשרד הבריאות נתן חוות דעת מוטעית, והוא חזר בו לאחר מכן, וחוות הדעת שלנו, שאם ינקטו בפעולה א', ב', ג', ד', ה', ו' ו-ז' – יוכלו להפיק פוספטים משדה ערד. זה נמצא עכשיו בבדיקה, עוד לא קרה שום דבר. אבל אני רוצה רק להגיד – זה לא מתוך ידידות לתעשייה ודאגה לתעשייה, אלא מתוך ניתוח ענייני של הנושא."

קטע רלוונטי מפרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 18.3.2009 מצורף ומסומן **נספח יז**.

ג.2. רותם היא בעלת עניין בקרקע

132. לטענת העותרים, יש לפסול את התכנית מן הטעם שרותם, יוזמת התכנית, אינה "בעלת עניין בקרקע" ולפיכך אינה זכאית ליזום תכניות ביחס לאותה קרקע. טענה זו של העותרים היא ממין הטענות שיש להעלותן תחילה בפני מוסד התכנון הרלוונטי, ואם החלטתו אינה משביעת רצון, אזי בגמר ההליך התכנוני ניתן לתקוף את ההחלטה בעתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים. למרות האמור, להלן תובא התייחסות רותם לטענה כי אינה בעלת עניין בקרקע, תוך שיובהר, כי אין טענה רחוקה יותר מן המציאות.

133. שדה בריר כלול בשטח המיועד לכרייה ולחציבה. בתשרי תמ"מ 14/4 מסומן השטח כמכרה פוספט. רותם היא הגוף היחיד בארץ שכורה פוספט, ואשר יש לו עניין בכריית פוספט. רותם מקיימת תעשייה נרחבת המתבססת על כריית הפוספט.

134. יתרה מזו, סימון השטח של שדה בריר בתמ"מ 14/4 (אשר מייצג, בקירוב, את חלקו הדרומי של שדה זוהר) נעשה על-יסוד ממצאי החקירה הגיאולוגית שביצעה רותם, על-פי היתר החקירה שניתן לה, כאמור לעיל, בשנת 1983.

135. רותם אף השלימה סקר גיאולוגי רב שנתי וממוקד יותר בשדה בריר, לפי רשיונות חיפוש שניתנו לה, והוכיחה כי הפוספט נמצא בשדה בריר בכמויות מסחריות והפקתו כדאית.

136. פקודת המכרות מקנה למי שמבצע חקירה גיאולוגית, מגלה במסגרתה מחצבים ומוכיח כדאיות כלכלית בהפקתם, את הזכות הבלעדית לקבל זיכיון לכריית המחצבים שהתגלו.

137. במשרד התשתיות הלאומיות נוהגים להשלים את הפרוצדורה הכרוכה בהענקת זכיונות הכרייה רק בגמר ההליך התכנוני המאפשר את הכרייה, על-מנת שלא להקנות זכויות שאין אפשרות חוקית להוציאן אל הפועל. אין חולק, עם זאת, כי רותם זכאית לקבל זכיון לכריית פוספט בשדה בריר, וכי בדעתו של המפקח על המכרות להעניק לרותם זכיון כרייה כזה, לכשתאושר תכנית מפורטת המתירה את הכרייה בשטח זה. אין חולק עוד, כי מלבד רותם אין ולא ייתכן שיהיה גורם אחר שיהיה זכאי לכרות את הפוספט, מן הטעם שזכויותיה של רותם הן בלעדיות, נוכח הוראותיה המפורשות של פקודת המכרות וההיגיון שבצידין. זיקתה של רותם למחצבים שבקרקע, המזכה אותה לפי פקודת המכרות בקבלת זיכיון כרייה מהמדינה והרשאת כריה ממנהל מקרקעי ישראל (המעגנים יחד את הזכויות הקבועות ב"חוזה חכירה לכרייה", כלשון פקודת המכרות), מהווה עניין מובהק בקרקע.

138. לפיכך, רותם הינה בגדר "מי שיש לו עניין בקרקע", באופן המזכה אותה במעמד של "מגיש תוכנית" על פי סעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבניה, אשר זו לשונו:

"משרד ממשלתי, ועדה מקומית או רשות מקומית, כל אחת בתחום מרחבה, וכן בעל קרקע או מי שיש לו עניין בקרקע (להלן – מגיש התכנית), רשאים להכין תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת ולהגישה לועדה המקומית; היתה התכנית בסמכות הועדה המחוזית, יעביר מגיש התכנית עותק לועדה המחוזית."

139. מעמדה של רותם, כאמור לעיל, משקף באופן ברור את עניינה בתחום הקרקע אליו מתייחסת תוכנית הכרייה בשדה בריר. עמדה זו מתיישבת היטב לא רק עם לשון החוק והגיונם של הדברים, אלא גם עם ההלכות הנוגעות לעניין ועם התכלית החקיקתית העומדת מאחורי הוראת סעיף 61א(ב) הנ"ל, שהינה הרחבת מעגל ה"שותפים" בהליך ייזום והכנת תוכניות במרחב התכנון המקומי.

140. ההלכה החלה והפרשנות הנכונה לסעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבניה

140.1 טועים העותרים עת מבקשים הם ליתן פרשנות מצמצמת למונח בעל "עניין בקרקע" בהקשר זה באופן המוציא את רותם מגדר המונח "מי שיש לו עניין בקרקע", ומקח טעות עשו עת בחרו לסמוך עמדתם זו על פסק דינו של כבוד השופט בן זמרה בעת"מ 129/00 ועד עין כרם ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ואח', תק-מח 8888(1)2001 (להלן: "עניין עין כרם"), פסק דין אשר בוטל בעקבות ערעור לבית המשפט העליון.

140.2 הגם שלא קבע מסמרות בעניין, המליץ בית המשפט העליון לצדדים בעניין עין כרם להגיע לפשרה לפיה הערעור על החלטת בית משפט קמא בעניין עין כרם - יתקבל. וזו לשון ההסכמה אשר קיבלה תוקף של פסק דין, בעניין עין כרם:

"הצדדים מקבלים את הצעת בית המשפט כי ערעור 2797/01 יתקבל, במובן זה שלצד הזכות הקניינית והחוזית המקנה זכות להגיש תוכנית על מקרקעין לגביהם יש זכויות כאמור, ניתן לכלול במסגרת מי שזכאי להגיש תכנית התאגדות של תושבים המבקשת ליזום תכנית באזור מגוריהם".

ראו: עע"ם 2797/01 ועד עין כרם נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, תק-על 2002(1), 47.

140.3 הנה כי כן, גישת הפרשנות המצמצמת בה נקט בית משפט קמא בעניין עין כרם בהידרשו לפרשנות המונח "עניין בקרקע" לעניין הזכות להגיש תוכנית מפורטת – גישה אותה מבקשים העותרים לאמץ - לא עמדה במבחן בית המשפט העליון.

140.4 לא זו אף זו. אפילו נתעלם מכך שהחלטתו של בית המשפט לעניינים מנהליים בעניין עין כרם עליה נסמכים העותרים, לא עמדה במבחן בית המשפט העליון, הרי שלא ניתן ללמוד מעניין עין כרם את שהעותרים מבקשים ללמד לענייננו אנו. ההיפך הוא הנכון: גם על-פי הפרשנות המצמצמת של המונח "בעל עניין", אין ספק שרותם הינה בעלת עניין בקרקע.

140.5 מעמדה של רותם שונה בתכלית ממעמדם של העותרים בעניין עין כרם, מעמד אשר כולל לא רק תכנון לשימוש עתידי בקרקע, אלא נבחן גם ביחס לכלל השטח עליו חלה התוכנית. נציין, כי עמדה זו באה לידי ביטוי אף בפסק דינו של בית המשפט בדרגה הראשונה בעניין עין כרם משקבע:

"...את העניין ב"קרקע" המזכה במעמד "מגיש תכנית" לפי ס' 61א(ב) לחוק, יש לצמצם לזיקה קניינית או חוזית כלשהי, כגון: משתמש בקרקע מכוח שכירות או הרשאה, ו"עניין" זה כולל גם מי שמתכונן או מתכנן להשתמש בקרקע, כבעל זכות כנ"ל בעתיד הקרוב, כגון: יזם

המתעניין בקרקע לצורך פיתוחה (להלן: "זיקה בכוח...") או "זכות בכוח" אך בכל מקרה זכות זו מאפשרת הגשת תוכנית שתחומיה הם תחומי הזיקה הנ"ל, דהיינו: השטח שבו או במרביתו מופעלת הזכות...."

- 140.6 כאמור, גם לגישתו המצמצמת של בית המשפט דלמטה בעניין עין כרם, ה"עניין" כולל גם את מי שמתכוון או מתכנן להשתמש בקרקע, כגון יזם המתעניין בקרקע לצורך פיתוחה. אין חולק, כי רותם מתכוונת להשתמש בקרקע לצורך כריית הפוספט (בהתאם לייעודה לפי תמ"מ 14/4). לאחר שתאושר התכנית, רותם אף צפויה לקבל זיכיון כרייה שיקנה לה את הזכות לכך.
- 140.7 זאת ועוד, בעניין עין כרם לעותרים הייתה זכות באחוזים בודדים בלבד (2%!) מן השטח עליו חלה התוכנית אותה הגישו לוועדת התכנון, וזו הייתה הסיבה לסברת בית המשפט כי הם אינם בגדר "בעל עניין", בעוד שעניינה של רותם משתרע על כלל השטח עליו חלה התוכנית העומדת לדיון.
- 140.8 לפיכך, גישת הפרשנות המצמצמת בה נקט בי המשפט קמא בבואו לפרש את המונח "עניין בקרקע" בעניין עין כרם, יסודה בנסיבות הספציפיות של אותו מקרה, אשר ניתן להגדירו כמקרה קשה וקיצוני בו תחום הזיקה של העותרים אל הקרקע היה מצומצם ביחס לשטחו. כאמור, שונה בתכלית המקרה דנן.
- 140.9 ואכן, כי גם בפסיקה מאוחרת יותר, מתייחסים בתי המשפט לנסיבות עניין עין כרם, כנסיבות קיצוניות אשר לאורן יש לקרוא את מסקנות בית המשפט קמא עת בחר בפרשנות מצמצמת למונח "עניין בקרקע"¹⁶.
- 140.10 ביטול החלטתו של בית המשפט קמא (אשר נקלע, כפי הנראה, למקרה קשה ויצר, על כן, כלל בעייתי) בהסכמה ובהמלצת בית המשפט העליון מעיד, כי גישת הפרשנות המצומצמת בנוגע למונח "עניין בקרקע" איננה ההלכה החלה כיום. יודגש שוב: כפי שהובהר לעיל, גם על-פי הפרשנות המצמצמת שנקטה, רותם היא בעלת עניין מובהקת בקרקע.
- 140.11 לא רק מן הפסיקה, אלא גם מעקרונות הפרשנות המקובלים, למדים אנו על היותה של רותם בעלת עניין בקרקע באופן המזכה אותה להגיש את התוכנית המפורטת לשדה בריר, ונפרט להלן.
- 140.12 משלא הגדיר המחוקק את מהות ה"עניין" שעל מגיש התוכנית להראות, נדרשים אנו לשאלה מהו הפירוש שיש ליתן למונח "עניין בקרקע" בהקשר זה.
- 140.13 מלאכת הפרשנות צריך שתעשה על פי תכלית החקיקה של חוק התכנון והבניה בכלל וסעיף 61א(ב) לו, בפרט. כך הורנו כב' נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' א' ברק בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה**, התשנ"ג, כרך שני, עמ' 143:

"מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לדבר החקיקה את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתו... תכליתו של דבר חקיקה היא המטרות והערכים שדבר חקיקה נועד להגשימם."

- 140.14 אשר לשיטת הפרשנות התכליתית, מבהיר כב' נשיא בית המשפט העליון בדימוס, א' ברק כדלקמן:

¹⁶ ראו עת"מ (יר) 1051/02 מרדכי גבריאל נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, תק-מח 2003(3), 14133, 14136; עת"מ (ת"א) 1356/01 פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב, תק-מח 2002(2), 5847.

”שיטת הפרשנות התכליתית גורסת, כי לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.”

(ראו : א' ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 1992, כרך ראשון, עמוד 373).

140.15 נשאלת השאלה, אם כן, מהי אותה תכלית חקיקתית העומדת ביסוד סעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבניה או במילים אחרות – איזו תכלית ביקש המחוקק להגשים כאשר קבע כי מי שיש לו עניין בקרקע יוכל, אף הוא, ליזום ולהגיש תוכנית.

140.16 בירור התכלית החקיקתית נעשה על פי לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית ובהתאם לעקרונות היסוד של שיטת המשפט. על כך כותב פרופ' א' ברק בספרו **פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות החקיקה**, (נבו הוצאה לאור, תשנ"ג), בעמ' 364 :

”מן הראוי לפנות לרקע החברתי והמשפטי בכל מקרה ומקרה, ואין להגביל את הפנייה למקרים מיוחדים בלבד. רק לאחר פנייה למקורות חיצוניים, כגון המקורות הטרום חקיקתיים, ניתן יהיה לדעת אם לשון החקיקה ברורה אם לאו ואם היא מביאה לתוצאה אבסורדית אם לאו. אכן, כשם שאין לנתק בין אדם לבין ההיסטוריה שלו, ובין אומה לבין ההיסטוריה שלה, כן אין לנתק בין חוק לבין ההיסטוריה שלו. ...”

140.17 בחינת ההיסטוריה החקיקתית מורה לנו כי סעיף 61א לא היה קיים בחוק התכנון והבניה והוסף לו בתיקון 43 לחוק. יחד עם זאת, גם טרם התיקון יכול היה כל מי שיש לו עניין בקרקע, להגיש תוכנית מפורטת. החידוש בסעיף זה הינו בכך, שהרחבת מעגל הרשאים להכין תכנית מתייחסת לא רק לתכנית מפורטת, כפי שהיה קודם לכן על פי סעיף 67א(א) לחוק, אלא גם לתכנית מתאר מקומית.

140.18 מכאן אנו למדים כי המגמה בחקיקה הינה להרחיב את מעגל ה"שותפים" בהליך ייזום והגשת התוכניות במרחב התכנון המקומי.

140.19 לפיכך, אין זה סביר כי כוונת המחוקק הייתה להחיל את המונח "מי שיש לו עניין בקרקע" רק על מי שהינו בעל הקרקע, כפי שטוענים העותרים. הדבר ברור גם מכך, שאילו התכוון לכך המחוקק, לא היה כל טעם להוסיף מונח זה של "עניין" בקרקע, שכן "בעל" קרקע מצויין בנפרד ובמפורש, משנאמר "בעל קרקע או מי שיש לו עניין בקרקע".

140.20 חיזוק נוסף לאמור ניתן למצוא בסעיף 7 לפקודת הפרשנות, תשמ"א – 1981, לפיו :

”7. הכלל אינו מעין הפרט דוקא

המלים "או", "אחר" או ביטוי דומה להן - להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש לו, זולת אם יש עמן המלים "דומה" או "כיוצא בזה" או ביטוי אחר שמשמעו היקש.”

משמע, כיוון שהמחוקק בחר לעשות שימוש במונח "או", הכוונה הייתה להבדיל ולהוסיף על המונח "בעל קרקע" את המונח "מי שיש לו עניין בקרקע".

140.21 על כל כך יש להוסיף ולהדגיש את תכליתו התכנונית של חוק התכנון והבניה, אשר ככזו – אינה אמורה להתחשב, ככלל, בהיבטים קנייניים, כפי שנאמר ע"מ 8743/03 ועדת ערר מחוז תל אביב – יפו נ' סילבנה לואי פואה פורסם ב"נבו" (3.5.2004) :

”תכנון ככלל, אינו מודרך על ידי בעלויות; הוא הליך פונקציונאלי הנגזר מהצרכים התכנוניים, ולא אחת הוא נקבע במנותק מהבעלות.”

ג.3 היתר החקירה ורשיונות החיפוש הוענקו לרותם כדין, והתנגדות עיריית ערד להפקדת התכנית אינה שוללת הענקת זיכיון כרייה לרותם לכשתאושר התכנית.

141. העותרים טוענים, כי היתר החקירה ורשיונות החיפוש שהוענקו לרותם בעבר דינם להתבטל, היות שניתנו מבלי שהתקבל אישור לכך מעיריית ערד. העותרים מוסיפים וטוענים, כי התנגדות עיריית ערד להפקדת התכנית מעידה, שלא ניתן יהיה להעניק לרותם זיכיון כרייה, נוכח היעדר יכולת לקבל את הסכמת עיריית ערד לכך. גם טענותיהם אלה של העותרים משוללות יסוד.

142. לעניין ההיתרים והרשיונות שניתנו בעבר, העותרים משתיתים את טענותיהם בהקשר זה על עובדות שגויות:

142.1 היתר החקירה ניתן לעותרת עוד בשנת 1983, טרם סופח השטח המדובר לתחום השיפוט של עיריית ערד. גם העותרים אינם טוענים (ולא בכדי), כי היה צורך לקבל את הסכמת עיריית ערד לביצוע חקירה גיאולוגית בשטח שכלל לא היה בתחום שיפוטה.

142.2 לצורך ביצוע הסקר הגיאולוגי הרב שנתי לפי רשיונות החיפוש שניתנו לרותם בשנים 1999 עד 2002 ביקשה רותם, וקיבלה, את אישור עיריית ערד לביצוע הסקר (נספחים ז' וחי' לתגובה זו). נזכיר, כי באותה עת טרם פורסמה תמ"מ 14/4 אשר ייעדה את השטח לכרייה. בנוסף, בין רותם לבין עיריית ערד הושגה הבנה, כי כל הפעולות בהקשר זה צריכות להתבצע בתיאום, ולא באופן חד צדדי.

143. נזכיר עוד, כי נזכיר, כי זכותה של רותם לקבל זיכיון כרייה מעוגנת בפעולות החקירה והחיפוש שביצעה על-בסיס היתר החקירה ורשיונות החיפוש האמורים. מדובר לפיכך ב"מעשה עשוי", והדבר מדגיש גם את משמעות השיהוי הרב של העותרים בעניין זה וההסתמכות על אותו שיהוי.

144. אפילו לא הייתה עיריית ערד מאשרת את ביצוע הסקר הגיאולוגי כפי שאישרה, לא היה בכך כדי להעלות או להוריד. סיפוח השטח לתחום השיפוט של ערד נעשה, בראש ובראשונה, על-מנת שבידי העיריה (אז מועצה מקומית) יהיו נתונות סמכויות הפיקוח על פעילות הכרייה – כך לפי דרישת העיריה (אז מועצה מקומית) עצמה. לפיכך, ממילא יש לראות את העיריה כמי שהסכימה לכרייה באזור בכפוף להשלמת ההליך התכנוני, וזאת מעצם דרישתה לספח לתחומה את אותו שטח.

145. היות שכאמור, בתקופה שבה היה שדה בריר בתחום השיפוט של עיריית ערד, בוצעו פעולות החיפוש לפי אישור מפורש של עיריית ערד, מתייתרות כל טענות העותרים בדבר בטלות כביכול של ההיתרים שניתנו בעבר.

146. רותם, יש לציין, חולקת גם על טענות העותרים כאילו חלה עליה חובה לקבל את אישור עיריית ערד לפעולות כרייה, חיפוש וכו' בתחום שיפוטה.

147. את טענותיהם בהקשר זה מבססים העותרים על הוראת סעיף 8(1)(ב) לפקודת המכרות. הואיל והמחלוקת בענייננו נוגעת, בין היתר, לפרשנותו הנכונה של סעיף זה, יש להיזקק לנוסחו המחייב של הסעיף (המצוי בפקודה שלא עברה הליך של נוסח חדש לאחר קום המדינה), הוא הנוסח המנדטורי בשפה האנגלית, שלשונו כדלקמן:

"Excluded lands

8 (1) No prospecting or exploration permit, prospecting or prospecting oil license, or mining right, mining or mining oil lease or license to quarry shall authorise the holder or lessee to prospect, explore, mine or quarry within –

- (a) ...
 (b) **land situate within a municipal area or area occupied by a village, except with the consent of the local authority;**"

148. הלכה פסוקה היא, כי במסגרת יישום מלאכת הפרשנות ייבחן מתחם האפשרויות הלשוניות שסובלת לשון החוק (ולו בדוחק), ומבין אותן אפשרויות לשוניות יועדף הפירוש העולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה¹⁷; שאינו יוצר דיס-הרמוניה חקיקתית¹⁸; ובמידת האפשר יועדף הפירוש שלפיו נהגו בפועל לאורך שנים, כך שהחלתו לא תיצור אנדרלמוסיה¹⁹.
149. לפי פרשנות ראויה, המאפשרת הרמוניה בין דברי החקיקה השונים, שדה בריר, הגם שהוא כיום בתחום השיפוט של העיר ערד, כלל אינו נופל לגדר התיבה – "land situate within a municipal area", ועל-כן אין הוא בא בגדר המקרים היוצאים מן הכלל הנזכרים בסעיף 8(1) לפקודת המכרות.
150. אפילו כיוון ביטוי זה לכל שטח שהוא בתחום שיפוט רשות מקומית (ולא היא), הדרישה לקבל את הסכמת הרשות המקומית צריכה לקבל פרשנות מצמצמת תוך שמירה על הרמוניה חקיקתית, ולפיכך היא אינה יכולה להתפרש באופן המקנה לרשות המקומית "זכות וטו" על ייעוד השטח לכרייה. לכל היותר יכולה דרישה זו להתפרש כהפניה לחובה לקבל רשיון עסק ו/או לחובה לקבל היתר לביצוע עבודות מקום שהדבר דרוש לפי דיני התכנון והבניה.

שדה בריר אינו נחשב ל: "land situate within a municipal area" משום שאינו כלול באזור בינוי עירוני

151. בשנת 1925, עת חוקקה פקודת המכרות, הדין המוניציפאלי עדיין היה מוסדר בחקיקה העותומאנית. פקודת העיריות המנדטורית חוקקה מאוחר יותר, בשנת 1934. פקודה מנדטורית שקדמה לפקודת המכרות, אשר אף לה זיקה מוניציפאלית, היא פקודת בניין ערים משנת 1921²⁰. פקודת בניין ערים משנת 1921 קבעה, כי באזור תכנון שבו כלול – "the site of a town having a Municipality" תהיה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ועדה מוועדות העיריה²¹. אזור כזה מכונה גם – "Municipal District"²².
- הדעת נותנת, שהביטוי "land situate within a municipal area" דומה במשמעותו לביטוי הנ"ל שמפקודת בניין ערים משנת 1921, ומתייחס ל**אזור הבינוי העירוני** שבתחום שיפוט של הרשות המקומית. היינו – תחום היישוב שיש לו רשות מקומית.
152. שדה בריר אינו מצוי בתחומי "אזור עירוני", אלא מחוץ לתחום האזורי העירוני של ערד, ובמרחק כמה קילומטרים ממנו.

¹⁷ ראו למשל - א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני, **פרשנות חקיקה**.

¹⁸ ע"א 3213/97 רמה נקר ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד נג(4) 625, 634-633; בג"ץ 2683/92 **מכבים - ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז**, פ"ד מח(1) 535 (1994), בעמ' 541; ע"פ 108/66 "דן" **אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי**, פ"ד כ(4) 253, 261.

¹⁹ בג"ץ 547/84 **עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי**, פ"ד מ(1) 113 (1986), בעמ' 146; ע"א 8570/06 **פקיד שומה תל אביב 5 נ' אברהם בז'ה**, תק-על(1)2009, 3537, פסקה מ"ד בפסק הדין; ע"א 8932/02 **פקיד שומה ת"א נ' טאומן**, פ"ד נח(1) 625 (2003), עמ' 642-643.

²⁰ The Town Planning Ordinance, 1921, Official Gazette No.36

²¹ שם, סעיפים 4-6.

²² שם, סעיפים 1 ו-5.

153. יובהר, כי כיום אפשרי מצב שלא היה מקובל בשנים עברו, ודאי שלא בתקופת המנדט הבריטי, שבו בתחום השיפוט של רשות מקומית עירונית, כדוגמת עיריית ערד, יימצאו גם שטחים שמבחינה תכנונית אינם מהווים חלק מן היישוב העירוני. ודוק: אין הכוונה לשטחים שאינם מיועדים למגורים, אלא לשטחים שלפי ייעודם אינם מיועדים לכל מטרה עירונית באשר היא.

154. להלן מקצת ההגדרות מהוראות תמ"מ 14/4 ומייעודי השטחים שבתשריט המהווה חלק מתכנית זו:

מתוך הוראות התכנית -

ישלב כפרי - ישוב המסומן בתשריט כישלב כפרי קיים או כישלב כפרי מוצע.

ישלב עירוני - ישוב אשר בתחומו מסומן בתשריט אזור בינוי עירוני, או אזור בינוי פרברי.

9.4 אזור בינוי עירוני

המסומן בתשריט בצבע כחום עם משבצות ברקע:

9.4.1 באזור בינוי עירוני יותרו התכליות הכאות: מעורים, מרכז עירוני ראשי, מוסדות ציבור, מסחר העסיקה ומשרדים, מלונאות נפש ובידור, מלאכה, תעשייה, ותעשייה עתידה ידע, שטחים פתוחים, שטחי ספורט ופנאי, הכל באופן השומר על איכות הסביבה באזור.

מתוך התשריט -



שדה בריר אינו מצוי בתחום אזור הבינוי העירוני של העיר ערד, כפי שהוא מוגדר, למשל, בתמ"מ 14/4. שדה בריר מסומן בתמ"מ 14/4 כאזור כרייה וחציבה **שאינו מצוי באזור בינוי עירוני**.

155. נזכיר, כי סעיף 8 לפקודת המכרות עניינו "קרקעות היוצאות מן הכלל" ("Excluded lands"). בהתאם, כל סעיפי המשנה שבו, ללא יוצא מן הכלל, עניינם שטחי קרקע מסוימים המהווים **חריגים**, שביחס אליהם דרוש אישור מגורם כזה או אחר לשם התרת פעילות חקירה, חיפוש, כרייה וכדומה. כיום, הרוב המוחלט של הקרקעות במדינה מצוי בתחום שיפוט מוניציפאלי כזה או אחר, ומדובר בכלל ולא בחריג.

156. יצוין עוד, שבאופן מהותי-ענייני שדה בריר אינו מצוי בגדרה של העיר ערד. זהו הפירוש ההגיוני והסביר שיש לתת להוראה עתיקת יומין זו בפקודת המכרות. ככל הידוע לרותם, זהו גם הפירוש העולה בקנה אחד עם האופן שבו יושמה הוראת חוק זו בעשרות השנים האחרונות.

157. על האמור יש להוסיף, שסעיף 8(2) לפקודת המכרות קובע, כי "אם תתעורר שאלה אם איזו קרקע מסויימת מוצאת מן הכלל, תובא השאלה לפני המפקח, והחלטתו תהא נתונה לערעור בפני שר הפיתוח" [כיום מצויות הסמכויות בידי שר התשתיות הלאומיות]. ככל הידוע לרותם, המפקח על המכרות לא החליט כי הקרקע המדוברת היא בגדר הקרקעות היוצאות מן הכלל.

שיקול הדעת הנתון לרשות המקומית כאשר מתבקש אישורה לביצוע כרייה מצומצם להיבטים הנתונים לסמכותה לפי חוק, ואינו משתרע על שיקולים שנשקלים במסגרת ההליך התכנוני

158. אשר לטיב סמכות הרשות המקומית המעוגנת בסעיף 8(1)(ב) לפקודת המכרות, בין אם מתייחסת סמכות זו לאזור הבינוי העירוני בלבד ובין אם היא מתייחסת לכל תחום שיפוט הרשות המקומית, לפי פרשנות הולמת מדובר בסמכות מצומצמת, אשר אין בה כדי לייתר או להכשיל את ההליכים התכנוניים, ואין בה כדי לרוקן מתוכן את הוראות חוק התכנון והבניה, שהנו דין ספציפי ומאוחר יותר.

159. הוראת סעיף 8(1)(ב) לפקודת המכרות נקבעה בתקופת המנדט הבריטי, כאשר בכובעה של הרשות המקומית ככזו היו נתונות לה סמכויות בתחום רישוי העסקים ובתחום התכנון והבניה ורישוי הבניה. לפיכך, הצורך בקבלת אישור הרשות המקומית הפנה, באותה עת, לסמכות אישור שאכן הייתה נתונה בידי הרשות המקומית באותה עת. כיום סמכויותיה האמורות של הרשות המקומית מוסדרות בדברי חקיקה ספציפיים, ומתחם שיקול הדעת של הרשות המקומית מוגדר באותם דינים.

160. העותרים מבקשים לקרוא את פקודת המכרות המנדטורית משנת 1925 באופן המקנה לעיריה "זכות וטו" על כל כרייה בתחום שיפוטה. פירוש כזה מרוקן מתוכן את הוראות חוק התכנון והבניה, שלפיהן נושא הכרייה והחציבה הנו בתחום הסמכות התכנונית של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, באופן שלועדה המקומית לתכנון ולבניה ניתנת הזכות להישמע כממליצה בלבד, אך נמנעת ממנה "זכות וטו". פירוש זה מרוקן מתוכן גם את הוראות תמ"מ 14/4 המייעדות את השטח לכרייה בכפוף לאישור תכנית מפורטת ובשים לב לדוח ועדת רהב, כמו-גם את ההליך התכנוני שקדם לאישור תמ"מ 14/4 ובמסגרתו נדחתה חלקית התנגדותה של עיריית ערד. למותר לציין, שפרשנות חיקוקים מנדטוריים צריכה להיעשות גם לאור החקיקה המודרנית שנחקקה עשרות שנים לאחר מכן.

161. גישה זו של המחוקק, שלפיה תכנית בנושא כרייה וחציבה הן בסמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ולא בסמכות הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, מובנת לחלוטין: פעילות כרייה וחציבה לשם ניצול מחצבים וחומרי מחצבה היא צורך חיוני של המדינה. הצורך החיוני הוא של כלל המשק, ואין מדובר בצורך בעל אופן מקומי נקודתי. מנגד, מדובר בפעילות שיש המבקשים להרחיק עצמם ממנה, בבחינת "Not in my backyard" (כפי המצב בענייננו), בדומה לצרכים חיוניים אחרים כדוגמת בתי קברות, אתרי פסולת וכדומה.

162. ראו לעניין זה את סעיף 62א(א) לחוק התכנון והבניה, המפרט את הנושאים שניתן לכלול בתכנית הנתונה לסמכות ועדה מקומית לתכנון ובניה (קביעה או שלילה של ייעודי קרקע בכלל, וכרייה וחציבה בפרט, אינה נמנית עם נושאים אלה).

163. ראו עוד את סעיף 63 לחוק התכנון והבניה, המפרט את העניינים שביחס אליהם ניתן לקבוע הוראות בתכנית מתאר מקומית (ודוק): אין מדובר בתכנית שאישורה הוא בסמכות הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, אלא בתכנית, שאלא אם כל הוראותיה מעוגנות בסעיף 62 לחוק התכנון והבניה, אישורה הוא בסמכות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה).

בסעיף 63 האמור נכללו, בין שאר העניינים, גם -

"(1) תחמת שטחים ותנאי שימוש בקרקע ובבנינים בתוך כל שטח, ובכלל זה קביעת -

(א) שטחי קרקע או בנינים שאין להשתמש בהם למטרה פלונית או שאין להשתמש בהם אלא למטרה פלונית;

(ב) מקומות למזבלות ולהרחקת אשפה, זבל ופסולת ולניצולם;

(ג) רשת ומיתקנים לאספקת מים, חשמל, שירות בזק ושירותים אחרים כיוצא באלה;

(ד) קרקע לשטחים פתוחים - בין ברשות הרבים ובין ברשות היחיד - וקרקעות המיועדות להשתמר כטבען;

(ה) קרקע בשביל שדות תעופה, נמלים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוסים, שווקים, בתי מטבחים או שירותים ציבוריים אחרים;

(ו) קרקע לבתי קברות, לרבות הפסקת השימוש בבתי קברות קיימים;

(ז) קרקע שמותר לחצוב בה אבנים או לכרות עפר או חול או לייצר חצץ, התנאים שבהם יבוצעו פעולות אלה, וכן קרקע שבה אסור לבצע פעולות אלה;

(ח) איסורים, הגבלות או תנאים לפרסומת בקרקעות או בבנינים."

164. תחום הכרייה והחציבה הוא מן העניינים שהמחוקק בחר להוציאם במפורש מגדר סמכות הוועדה המקומית, על-מנת להבטיח שלא תהיה "זכות וטו" לרשות המקומית.

165. ברוח החוק, גם תמ"מ 14/4 קובעת בהוראותיה (סעיף 17.17 ד) כי: "לא יחליט מוסד תכנון על הפקדת תכנית מקומית לאזור כרייה וחציבה הסמוך לריכוז אוכלוסייה, אלא אם ניתנה לנציג הרשות המקומית שבתחומה כלול ריכוז האוכלוסייה האמור, הזדמנות להעיר את הערותיו". אין לפנינו זכות וטו, אלא זכות טיעון בלבד טרם ההפקדה (וזאת נוסף על הזכות להגיש התנגדות לאחר ההפקדה בהתאם לחוק), ואף היא קיימת רק כאשר מדובר בכרייה וחציבה בסמיכות לריכוז אוכלוסייה.

166. את סעיף 8(1)(ב) יש לפרש באופן שלא יתנגש עם הוראות דין ספציפיות, שנחקקו במודע על-ידי כנסת ישראל עשרות שנים מאוחר יותר. סעיף זה אינו בא להקנות לרשות המקומית סמכות שאינה מוקנית לה מפורשות בחוק, אלא רק בא להבהיר, שזכויות ורשיונות לפי פקודת המכרות אינם גורעים מן החובה לקבל אישור עיריה, מקום שחובה כזו אכן קיימת.

167. העותרים נתלים בסעיף 8(ב)(1) לפקודת המכרות וטוענים, כי התנגדות עיריית ערד להפקדת התכנית המפורטת לכרייה בשדה בריר מעידה, שממילא לא ניתן יהיה לקבל את אישור העיריה לעניין סעיף זה. טענה זו משוללת יסוד.

168. גם אם סעיף זה יפורש באופן החל גם על שטחי כרייה שאינם באזור בינוי עירוני, כדוגמת שדה בריר, לא ניתן ללמוד מהתנגדות עיריית ערד להפקדת התכנית במסגרת ההליך התכנוני דבר וחצי דבר לעניין עמדתה אם וכאשר יתבקש אישורה לכרייה במקום על-פי זיכיון כרייה. מלשון סעיף 8(1) לפקודת המכרות עולה, כי אין מניעה להעניק רשיונות לפי פקודת המכרות גם במקרים החריגים המתוארים שם, אלא שלא יהיה בכוחם של הרשיונות להקנות זכויות, אם לא יינתנו האישורים הדרושים. זיכיון כרייה צפוי להינתן לרותם לאחר שתאושר תכנית מפורטת המתירה את הכרייה במקום וקובעת את מגבלות הכרייה. העיריה לא תוכל להכשיל את ביצוע התכנית המפורטת על-ידי סירוב סתמי להעניק את האישור לביצוע הכרייה (ככל שיידרש אישור כזה). העיריה לא תהיה רשאית לסרב לתת את האישור מנימוקים שאינם נתונים לסמכותה, ובכלל זה כל השיקולים

שנשקלו קודם לכן במסגרת ההליך התכנוני. סמכויות הנתונות לפי רישוי עסקים תופעלנה בהתאם להוראות החיקוקים הרלוונטיים, והעותרים ודאי אינם יכולים להצביע היום על אי עמידה בתנאים למתן רישיון עסק שיתבקש בעוד כמה שנים. ההיבטים הסביבתיים של הכרייה באתר נשקלים בחלקם הגדול במסגרת ההליך התכנוני לרבות תסקיר ההשפעה על הסביבה, ובחלקם האחר הם נשקלים לצורך קביעת תנאים ברשיון עסק, כאשר בהקשר זה הגורם המוסמך ובעל הידע המקצועי לקבוע את התנאים, הוא המשרד להגנת הסביבה ולא העיריה.

ג.4 אין חובת מכרז לגבי מחצבים שנתגלו בחקירה גיאולוגית מורשית.

169. העותרים טוענים עוד, כי הואיל ולא נערך מכרז להענקת זכיון כרייה בשדה בריר, לא ניתן לקדם את ההליך התכנוני. טענה זו אף היא משוללת יסוד, הן מן הטעם שהענקת זכויות לכרייה מחצבים למי שגילה את אותם מחצבים אינה כפופה לחובת המכרז, הן מן הטעם שעריכת מכרז (אפילו ניתן היה לערוך מכרז) מתייחסת להיבט הקנייני בקרקע, ואין קשר בינה לבין ההליך התכנוני.

170. ההליך התכנוני מנותק מסוגיית הבעלות בקרקע, ובכלל זה גם מזכויות שימוש הניתנות על-ידי הבעלים לאחרים. כשם שיזם רשאי לזיזם ולקדם תכנית המסדירה הקמת דירות מגורים על המקרקעין בטרם נמכרו הדירות, כך ניתן לקדם תכנית לכרייה מחצבים בטרם הוענקו לגורם כלשהו זכויות לכרייה המחצבים. יתרה מזו, לא רק שהדבר ניתן ואפשרי, אלא זוהי גם הדרך ההגיונית יותר לנהוג בה. בדוגמת יזם הדירות, סביר בהרבה שהיזם ימכור את הדירות כאשר הקמתן מותרת לפי תכנית ולא קודם לכן, וסביר עוד יותר שיעשה כן לאחר שיקבל היתר בניה מכוח התכנית. אשר למחצבים, הגיוני להעניק את הזכויות לכרייתם כאשר קיימת תכנית המאפשרת את ניצול הזכויות. כך נוהג בפועל המפקח על המכרות במשרד התשתיות הלאומיות.

171. זאת ועוד, כרייה "מחצבים" (הפוספט בכלל זה), להבדיל מכרייה "חומרי מחצבה" (כמשמעות המונחים האמורים בפקודת המכרות), כלל אינה נתונה לחובת מכרז, נוכח הוראות פקודת המכרות, המקנות למי שגילה את המחצב זכות ראשונים לקבלת זכיון כרייה ("חווה חכירה לכרייה") בקרקע. זכות ראשונים כזו מהווה תמורה הוגנת מצד המדינה, בעלת המחצבים, על עבודת החקירה והמיפוי הגיאולוגיים של האזור המדובר בידי בעל היתר החקירה, על חשבוננו, ומסירת המידע שהתקבל למדינה. קיומה של זכות ראשונים לקבלת זכיון כרייה אינה עולה בקנה אחד עם חובת מכרז ביחס לזכות כזו, שהרי מכרז ניתן לקיים רק לגבי נכסים וזכויות קיימים, ולא לגבי כאלה שפלוני כבר קנה בהם זכות על-פי דין. בהתקיים דין ספציפי המקנה זכות ראשונים כזו, אין תחולה לדין הכללי בדבר חובת מכרזים.

172. כפי שפורט לעיל, רותם ביצעה סקרים גיאולוגיים לפי היתר חקירה ורשיון חיפוש, ומסרה את הדוחות הגיאולוגיים למפקח על המכרות. רותם אף הראתה כי הכרייה כדאית מבחינה כלכלית (דבר שנקבע כממצא עוד בדוח ועדת רהב). לאור האמור, זכאית רותם לקבלת תעודת תגלית וזכיון כרייה, ופרוצדורות אלה יושלמו על-ידי המפקח על המכרות אם וכאשר תאושר התכנית המפורטת לכרייה בשדה בריר.

173. זכותה האמורה של רותם היא זכות ראשונים בלעדית. אין גורם אחר מלבד רותם שמותר להעניק לו זכויות לכרייה הפוספט שהתגלה על-ידי רותם.

174. היות שזכיונות לכרייה מחצבים מוענקים שלא בדרך של מכרז נקבע בפקודת המכרות ובצווים מכוחה שיעור התמלוגים שישלם בעל הזכיון, וכן נקבע הסכום שישלם בעל הזכיון עבור השימוש בקרקע. מדובר בסכומים הנקבעים בחוק ולפיו, כך שאין על מה "להתחרות" במכרז.

175. ייתכן שאת הטענה בדבר החובה לערוך מכרזים מעלים העותרים מחמת טעות שעניינה היעדר אבחנה בין "מחצבים" לבין "חומרי מחצבה". פקודת המכרות מסדירה את הטיפול בשני סוגי החומרים, אולם הדין לגביהם שונה. בעוד ש"מחצבים" (והפוספט בכלל זה) הם תמיד בבעלות המדינה, אף אם הם טמונים בקרקע פרטית, "חומרי מחצבה" (החומרים המנויים בהגדרת "מחצבה" בסעיף 108 לפקודת המכרות) הם בבעלות בעל הקרקע. במסגרת ניהול קרקעות המדינה, מנהל מינהל מקרקעי ישראל גם את מסירת הקרקעות שבהן יש **חומרי מחצבה**, ועושה זאת בהתאם לחובת המכרזים ובכפוף לסעיפי הפטור מחובה זו על-פי דין. **ואולם, ה"מחצבים" (שאינם כוללים את "חומרי המחצבה") מנוהלים על-ידי משרד התשתיות הלאומיות בהתאם לפקודת המכרות, ומעורבותו של מינהל מקרקעי ישראל לגביהם היא אדמיניסטרטיבית בלבד כבעל "פני הקרקע", ואינה כוללת את הענקת הזכויות המהותיות לכריית המחצב.**

176. זכות הראשונים הקבועה בפקודת המכרות לעניין מתן זיכיון כרייה לבעל התגלית, קיימת ביחס למחצבים בלבד, ולא ביחס לחומרי מחצבה. חומרי מחצבה הם לרוב גלויים יחסית, ואינם מצריכים פרוספקציה מעמיקה, ולפיכך דבר קיומם ידוע למדינה, כבעלת קרקע, אף מבלי שפלוני יבצע על חשבונו חקירה גיאולוגית מקיפה ויקרה. בהתאם לאמור, בעוד ש"מחצבים" שהתגלו על-ידי יזמים במסגרת היתרי חקירה וחיפוש אינם נתונים לחובת עריכת מכרז, לא כך הדבר לגבי חומרי מחצבה. הזכות לפתוח מחצבה לכריית חומרי מחצבה משוקת על-ידי מינהל מקרקעי ישראל לרוב באמצעות עריכת מכרזים.

177. לא למותר לציין, שגם לגבי חומרי מחצבה, הנתונים לחובת מכרז, נהוג להשלים תחילה את ההליך התכנוני, ורק אז, כאשר התנאים למימוש זכויות הכרייה והחציבה ידועים, לפרסם מכרז לעניין פתיחת המחצבה.

178. את טענתם בדבר קיומה של חובת מכרז מבססים העותרים גם על החלטת מועצת מקרקעי ישראל בעניין מדיניות הקרקע בישראל, ובאופן ספציפי – לעניין "קרקע עירונית". החלטה זו לא רק שאינה מקימה חובת מכרז בענייננו, אלא אף מדגישה את העובדה שהקרקע בענייננו כלל אינה "קרקע עירונית". יתרה מזו, ההחלטה האמורה מדגישה, כי אפילו הייתה בענייננו חובת מכרז, לא היה בחובה כזו כדי להקפיא את ההליכים התכנוניים. כך, בין היתר, נאמר בהחלטתה האמורה של מועצת מקרקעי ישראל:

"ב. מדיניות מסירת קרקע עירונית -

1. קרקע עירונית תימסר בדרך של חכירה בלבד, להוציא קרקעות עירוניות עליהן קיימים מבנים נטושים תפושים ...

2. קרקע עירונית תימסר רק לאחר שהושלם תכנונה ורק לשימוש ליעוד שנקבע לה בתכנון. הקרקע תימסר בשלב ראשון בדרך של הרשאה בלבד ואילו החכרת הקרקע תיעשה רק אחר שיושלם פיתוחה והבניה עליה בהתאם ליעודה.

6. מסירה של קרקע עירונית, למעט קרקע המיועדת למטרות ציבוריות, תיעשה על פי מכרז פומבי.

על פי המלצת מנהל מינהל מקרקעי ישראל תהיה רשאית המועצה לשחרר את המינהל מחובת מסירת קרקע על פי מכרז פומבי.

7. על אף האמור בסעיף 5 ו-6 ניתן יהיה למסור קרקע עירונית בתנאים שונים מאלה שנקבעו בסעיפים אלה, באזורים בהם תקבע הממשלה כי יש לה ענין מיוחד לעודד פיתוחם וישובם. קרקעות באזורים כאמור ימסרו בתנאים שתקבע המועצה על פי הנחיות הממשלה או מי שיוסמך על ידה.
"..."

179. הקרקע העירונית הנזכרת בהחלטה הנ"ל היא קרקע לשימושים עירוניים. מדובר בקרקע מפותחת או כזו המיועדת להיות מפותחת ומבונה. קרקע כזו נמסרת בחכירה ארוכת טווח. כידוע, קרקע המיועדת לכרייה ולחציבה באזורים שאינם אזורי בינוי עירוני כלל אינה נמסרת בדרך של חכירה כאמור בהחלטה הנ"ל. קרקע המיועדת לכרייה "מחצב" נמסרת על-פי זיכיון כרייה (יהא כינויו אשר יהא) מאת שר התשתיות הלאומיות או מי מטעמו, וכן נהוג לקבל בגינה "הרשאת כרייה" ממינהל מקרקעי ישראל, כהרשאה "אדמיניסטרטיבית" (הזכויות המהותיות ביחס לכרייה המחצב מעוגנות בזיכיון הכרייה ולא בהרשאת הכרייה).
180. כפי שהובהר לעיל, אין רלוונטיות להחלטות מועצת מקרקעי ישראל בכלל ביחס למחצבים, מן הטעם שהמחצבים אינם מנוהלים על-ידי מינהל מקרקעי ישראל אלא על-ידי משרד התשתיות הלאומיות, וזאת נוכח התפיסה המעוגנת בפקודת המכרות, כי ה"מחצבים" שייכים למדינה במנותק משאלת הבעלות בקרקע שבה הם מצויים.
181. אפילו דובר בענייננו ב"קרקע עירונית" כמשמעותה בהחלטת מועצת מקרקעי ישראל (ולא היא), ואפילו היה מינהל מקרקעי ישראל עוסק גם בהקניית הזכויות המהותיות בקשר לכרייה מחצבים (ולא היא), ממילא לא הייתה חלה חובת מכרז מכוח היותה של הקרקע "עירונית", הואיל ומדובר בקרקע המיועדת למטרות ציבוריות. סעיף 12 לפקודת המכרות קובע לאמור: "הכרייה תיחשב לתכלית ציבורית בגדר כל חוק או פקודה הדנים בהפקעת קרקע לצרכי הציבור."
182. יצוין עוד, כי אפילו היה ממש בטענה בדבר קיומה של חובת מכרז (וכאמור לעיל – אין כל ממש), לא היה כל יסוד לטענה בדבר הצורך לעצור את הליכי התכנון עקב כך. העובדה שהקצאת קרקעות מסוימות טעונה מכרז אינה גוררת את הקפאת הליכי התכנון של אותן קרקעות, אלא ההיפך הוא הנכון: לרוב מקובל להקדים את השלמת התכנון לשיווק הקרקע במכרז. גם לגבי קרקע עירונית צוין במפורש בהחלטה הנ"ל של מועצת מקרקעי ישראל, כי מסירתה תיעשה רק לאחר השלמת הליכי התכנון לגביה.

5.ג אין כל פגם בעמדת משרד הבריאות. הפגם היה בעמדה הראשונית הנחפזת שהציגה נציגת השר בוועדה המחוזית בטרם עת.

הסעד המבוקש על-ידי העותרים מיותר

183. הסעד השלישי לו עותרים העותרים, הינו חיובה של "נציגת משרד הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז דרום של משרד הפנים להציג את התנגדותה לתכנית מפורטת מס' 140/03/24 ולשקול שיקולים ענייניים ורלוונטיים בלבד במסגרת גיבוש עמדתה בנוגע לתכנית".

184. הסעד המבוקש בהקשר זה מיותר בעליל:

184.1 נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה כבר הודיעה שהיא מתנגדת להפקדת התכנית (מכתביה צורפו כנספחים כ"ג וכ"ד לעתירה), וככל הידוע לרותם לא חזרה בה מהתנגדותה האמורה. למותר לציין, שאין בכך כדי לגרוע מן האפשרות שאותה נציגה תשנה את דעתה בעתיד, שהרי עוד יוצגו בפניה טענות, חוות דעת וכיו"ב נתונים. את כל אלה - יהא עליה לבחון ולשקול בנפש חפצה, שהרי כבילה מוחלטת של שיקול דעתה בשלב מוקדם אינה ראויה.

בהקשר זה ראוי להבהיר, כי רצונו של **משרד הבריאות** לגבש חוות דעת מטעמו בדבר ההיבטים הבריאותיים של התכנית אינו מתנגש עם עמדת **נציגת השר בוועדה המחוזית** בעניינים הנתונים לשיקול דעתה.

גיבוש עמדה מקצועית ביחס להיבטים הבריאותיים הנו דבר מקצועי שעל אנשי המקצוע במשרד הבריאות לעסוק בו. אין הוא ממין העניינים הנתונים לשיקול דעתה של נציגת השר בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה. על-יסוד ממצאיו של משרד

הבריאות עשויה נציגת השר בוועדה לגבש עמדה כזו או אחרת ביחס לתכנית, אשר בכל מקרה, אמורה לשקף את המדיניות הכללית של משרד הבריאות בנושאים עליהם הוא מופקד.

184.2 אשר לחובתה של נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לשקול שיקולים ענייניים ורלוונטיים בלבד במסגרת גיבוש עמדתה – מדובר בדבר מובן מאלי, ובית משפט נכבד זה אינו נוהג להורות לפלוני "לנהוג כדין".

184.3 בולטת גם הסתירה הפנימית בטענות העותרים, אשר מחד מבקשים למנוע כליל את קיומו של ההליך התכנוני, המתנהל לידם בחוסר סמכות באופן החותר תחת עצם קיומו, ומאידך מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות לנציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית להציג את עמדתה במסגרת אותו הליך תכנוני ממש.

עמדת משרד הבריאות כלל איננה מהווה שינוי ביחס לעמדת נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית, אלא פעולה במסגרת שיקול הדעת והסמכויות הנתונים למשרד הבריאות עצמו.

185. אם נתעלם מהסעד כפי שנוסח ונקרא בין השורות שבעתירה, נראה כי שני דברים מבקשים למעשה העותרים לבטל:

האחד - בקשתה של ד"ר אילנה בלמייקר ממשרד הבריאות (הרופאה המחוזית) מאת הוועדה המחוזית לאפשר למשרד הבריאות לגבש חוות דעת ביחס להיבטים הבריאותיים של התכנית, כפי שזו באה לידי ביטוי בפרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 28.7.08 (העתק חלקי של פרוטוקול הדיון צורף כנספח כ"ו לעתירה; ראו דברי הד"ר בלמייקר שם);

השני - החלטת הוועדה המחוזית שנתקבלה באותו היום אשר קצבה למשרד הבריאות 12 חודשים לשם גיבוש חוות הדעת (ראו נספח ט"ו לתגובה זו).

186. בהקשר זה קשה שלא לשוב ולהביע תמיהה על כך שהעותרים מבקשים לסכל הליך של בדיקה בלתי תלויה של ההיבטים הבריאותיים של הכרייה, מקום בו מתבקש שיברכו על הליך כזה.

187. טענות העותרים ביחס לעמדת נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית מתבססות על מכתביה של נציגת השר, הגב' הדסה אדן, מיום 26.2.2008 ומיום 16.6.2008, ליו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה וליתר חברי הוועדה, בהם היא מביעה עמדה ולפיה אין מקום לאשר את התכנית להפקדה, ואף מנסה לשכנע בכך את יתר חברי הוועדה.

188. **עמדה זו של הגב' אדן היא עמדתה האישית כנציגת השר בוועדה המחוזית; אין היא מהווה עמדה מקצועית של משרד הבריאות**, וממילא אף אין זה בתחום סמכותה של הגב' הדסה אדן לגבש חוות דעת מקצועית כאמור. אך מתבקש, שכאשר בוחר משרד הבריאות לגבש חוות דעת מקצועית בעניין מסוים, תשמש חוות דעתו כלי מקצועי שסייע בידי נציג השר בוועדה לגבש את עמדתו בסוגיה.

189. לאחר מכתביה האמורים של הגב' אדן התייצבה הד"ר בלמייקר ממשרד הבריאות (רופאת המחוז), אשר ככל הידוע לרותם איננה חברה בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, בישיבת הוועדה המחוזית מיום 28.7.08, והודיעה כי למשרד הבריאות דרוש פרק זמן נוסף לשם גיבוש חוות דעת באשר להיבטים הבריאותיים של התכנית. נביא מקצת מדבריה של הד"ר בלמייקר (ראו הדברים המלאים בתמלול שצורף כנספח כ"ו לעתירה) בעמ' 59-60 מתמלול הדיון:

"אני במצב שלא הייתי במשך 20 שנות תפקיד שלי בתור בת מחוז. אני גם רופאת מחוז וגם כמומחית בציבור, הייתי גם בזה ... פשוט נזרק לאוויר לגבי כל מיני חרדות של כל מיני מומחים האחראים על בריאות הציבור. אני קראתי אישית ל- 5 מומחים... חוות דעת של מומחים לבריאות הציבור."

ובהמשך:

"קריאת המצב הוא שאף חוות דעת שהוצג ע"י כל מיני צדדים לעניין, זה לא חוות דעת שהוזמן ע"י משרד הבריאות, זה לא חוות דעת מטעם משרד הבריאות. לפעמים אלה שכתבו את חוות הדעת זה עובדי משרד הבריאות, אבל זה לא משהו שאנשים שממונים על הנושא במשרד הבריאות החליטו שאלה המומחים שמטעמם. אנחנו מכירים את כל המומחים וכולם אנשים טובים. אנחנו בדעה, כדי לנסות ולהחליט אם יש ובאיזה מידה יש סכנה בריאותית לכל תושבי האזור, לא רק לתושבי ערד, לתושבי גם כסייפה וגם כן... וכך הלאה, אנחנו זקוקים לחוות דעת של מומחים ויכול להיות שנצטרך ללכת לחו"ל לקבלת את חוות הדעת הזאת, כי בעצם כל המומחים בארץ כבר נתנו חוות דעת לצד הזה, לצד האחר ועמדה שלנו שאנחנו רוצים זמן להזמין ולקבל חוות דעת של מומחים ברמה בינלאומית. אם זה מומחה בארץ, אם מומחה שנמצא בחו"ל. אני מניחה שזה ייקח לפחות שנה. כי צריכים קודם כל להגדיר מה רוצים מהמומחה..."

190. לבקשת משרד הבריאות, קצבה הוועדה המחוזית למשרד פרק זמן של שנה לשם גיבוס חוות דעתו, ונקבע כי המשרד יעדכן את הוועדה מדי שלושה חודשים על התקדמותו.

191. העותרים רואים בבקשת משרד הבריאות משום שינוי של עמדת השר נציגת השר בוועדה המחוזית. כנגד "שינוי" זה מעלים העותרים שתי טענות עיקריות:

האחת - עניינה חשש ששינוי העמדה נבע מהתערבות פסולה בעצמאות שיקול הדעת של נציגת השר בוועדה;

השניה - עניינה אי קיום נטען של התנאים שנקבעו בפסיקה לעניין שינויה וביטולה של החלטה מינהלית, ולצורך זה מבקשים העותרים לראות בעמדה הראשונית שהביעה הגב' אדן "החלטה".

על כך נשיב בשניים: **ראשית**, עמדתה האישית של נציגת השר בוועדה, לפחות ככל הידוע לרותם, נותרה ללא שינוי. אם הגב' אדן שינתה דעתה בנושא, היא לא הודיעה על כך לוועדה המחוזית וודאי שלא לרותם. בפני הוועדה המחוזית הוצגה **בנוסף** גם עמדת משרד הבריאות בדבר רצונו לחוות דעה מקצועית ביחס להיבטים הבריאותיים של התכנית, תוך היעזרות במומחה חיצוני לשם כך. דעה מקצועית כזו תוכל רק לסייע בידי חברי הוועדה המחוזית בכלל, ולנציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית בפרט ולא ניתן לראות בכך כל פסול. לפיכך, ככל שהתקיימו דיונים בהקשר זה במשרד הבריאות, הם אינם יכולים לעורר חשד כלשהו להתערבות בשיקול הדעת של נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית.

שנית, העמדה (הנמחרת) שהביעה נציגת השר ביחס לתכנית אינה "החלטה מינהלית", וההלכות בדבר שינויה וביטולה של החלטה מינהלית כלל אינן חלות ביחס אליה.

192. יצוין, כי העותרים מתארים את העובדות הנוגעות לעניין באופן שונה במעט. לטענת העותרים, הד"ר בלמייקר – היא רופאת המחוז, משמשת כנציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, ואילו הגב' הדסה אדן – היא מהנדסת המחוז, משמשת כממלאת מקום נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה (ראו סעיף 414 לעתירה).

תאור עובדתי זה של העותרים איננו נתמך בפרוטוקול מליאת הוועדה המחוזית מיום 28.7.2008 (צורף כנספח ט"ו לתגובה זו), שם צוינו כנוכחים בישיבה הגב' הדסה אדן כנציגת שר הבריאות והגב' עפרי צפנת כמ"מ, ואילו הד"ר אילנה בלמייקר מוזכרת לפי תפקידה – הרופאה המחוזית, משרד הבריאות - כמשתתפת שאינה חברת ועדה.

193. גם אם טועה רותם וצודקים העותרים בכל הנוגע לתפקידיהן של הגב' הדסה אדן והד"ר בלמייקר, לא ברור כלל כיצד יכולים היו העותרים להסיק את מסקנתם בדבר התערבות בשיקול הדעת הנתון לנציגת השר בוועדה. הד"ר בלמייקר, שלא כגב' הדסה אדן, לא הביעה

עמדה המתנגדת לתכנית. הודעתה בוועדה המחוזית לפיה המשרד מעוניין לבדוק את ההיבטים הבריאותיים של התכנית וכי דרוש לו זמן לשם כך, לא נמסרה כשינוי של עמדה קודמת כלשהי, והמניעים לבקשת משרד הבריאות עולים יפה מדבריה של ד"ר בלמייקר בוועדה המחוזית, כפי שהובאו לעיל.

העותרים מבקשים למנוע בעד נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לשנות דעתה ביחס לתכנית בכל נקודת זמן בעתיד. מדובר בטענה אבסורדית, אשר לא רק עולה כדי כבילה אסורה של שקול דעת אלא אף חותרת תחת מהות ההליך התכנוני בוועדה המחוזית ותחת סמכותו של משרד הבריאות, המחויב לשקול שיקולים ענייניים בשמירתו על בריאות הציבור.

194. תמוה עד מאד ניסיונם של העותרים לכבול את נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לאותה דעה ראשונית שהביעה ו"לאסור" עליה לשנותה גם בעתיד. כבילה כזו של שקול דעת עומדת בניגוד גמור למהותו של ההליך התכנוני בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.

195. תכנון הינו מעצם טיבו נושא מורכב, שהשלכותיו רבות ומגוונות ויש לו משקל מכריע במגוון תחומי החיים של הפרט והציבור. התכנון כורך עימו ומשפיע כמעט על כל היבט בחיי אדם: על איכות המגורים, הכלכלה, הבריאות, חינוך ותרבות, איכות הסביבה, טבע ונוף, תירות, בטיחות ובטחון ועוד כהנה וכהנה²³.

196. מתוך כך, לוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה השפעה ניכרת על מכלול תחומי החיים בשטח אשר בסמכותה. בחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), תשנ"ה -1995 (להלן: "תיקון 43") אף הורחבה סמכותה של הוועדה המחוזית ונקבע, כי ככלל תוכנית מתאר מקומית תידון ותאושר על ידי ועדה מחוזית בלבד (סעיף 62 לחוק התכנון והבניה). בהתאם, שונה בתיקון 43 הרכב הוועדה המחוזית והוכנסו תיקונים בסעיף 7 לחוק. לעניין זה נכתבו בדברי ההסבר להצעת חוק התכנון והבנייה (ייעול וקיצור הליכים) (תיקון מס' 40), תשנ"ה -1994 ("ה"ח 16"), שדן בתיקון סעיף 7, הדברים הבאים:

"לאור העקרון המוצע בדבר דיון ואישור תכניות בוועדה אחת בלבד – מוצע לשנות את הרכב הוועדה המחוזית כך שהיא תכלול 9 נציגי ממשלה, חבר שאינו עובד המדינה או רשות מקומית שבאותו מחוז, הבקי בענייני תכנון ובניה, ושמינהו שר הפנים, וחמישה נציגי השלטון המקומי. הרכב חדש זה יביא איזון ראוי בין השיקולים המחוזיים לשיקולים המקומיים."

197. ואכן, הצורך לאזן בין שיקולים מחוזיים לשיקולים מקומיים, כמו גם בין מגוון של שיקולים שונים, בא לידי ביטוי בתכלית מבנה הוועדה המחוזית, כפי שהבהירה כבי השופטת ד' דורנר בבג"ץ 5848/99²⁴ (להלן: "עניין פריצקי"):

"מכלול התחיקה מלמד, כי תכלית מבנה הוועדה, שנקבע בסעיף 7 לחוק, היא כפולה. ראשית, להקים גוף שלטוני ביצועי, שבכוחו יהיה לשקול את צרכי התכנון על-פי מגוון היבטיהם, כפי שהם נתפסים על-ידי הרשויות המופקדות עליהם. שנית, להבטיח כי הגוף יהיה משוחרר מלחצים של בעלי-עניין, ויפעל בלא חשש של ניגוד-עניינים."

²³ בג"ץ 5848/99 ח"כ יוסף י' פריצקי ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים ואח', פ"ד נד(3) 5 (2000), עמ' 16; דנג"ץ 5361/00 חיים פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145 (2005), עמ' 173. יובהר, כי הגם שתוצאת פסק הדין בעניין פריצקי נהפכה בדיון הנוסף, הציטוטים המובאים כאן לא היו במחלוקת, והוזכרו בהסכמה גם בדיון הנוסף.

²⁴ בג"ץ 5848/99 הנ"ל, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 13-14.

198. לשם הבהרת התמונה ומשום חילוקי הדעות בין השופטים הנכבדים אשר פסקו בעניין פריצקי, בכל הנוגע למינוי נציגי הרשויות המקומיות בוועדה המקומית (סוגיה אשר כשלעצמה אינה רלבנטית לענייננו) נבהיר, כי **בכל הנוגע לתכלית הרכב הוועדה המחוזית, נושא אשר עומד במרכז ענייננו זה, הביעו השופטים תמימות דעים**. כך, ציינה גם כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין פריצקי, בסעיף 2 א לפסק דינה, כדלקמן:

"אין חולק כי הרכב הוועדה המחוזית כפי שגובש בתיקון לחוק בתשנ"ה נועד להביא איזון ראוי בין השיקולים המחוזיים לשיקולים המקומיים הנדונים בוועדה המחוזית. מכאן ההוראה בדבר שילובם של נציגי שרים מתחומי פעולה שונים המייצגים את המדיניות הממשלתית בתחומי ביצוע שונים לצד חברים מבין מומלצי הרשות המקומית... המטרה העומדת ביסוד הרכב זה נועדה ליצור מערכת שבמסגרתה ימצאו ביטוי כל ההיבטים והרבדים הרלבנטיים לתכנון העיר, ומיגוון השיקולים הציבוריים והמקצועיים יבוא לידי ביטוי ואיזון כראוי".

199. אותה תכלית של איזון ראוי של מגוון השיקולים הציבוריים והמקצועיים היא שהובילה גם לעקרון עצמאות שיקול הדעת של נציגי שר בוועדה המחוזית. עקרון זה נועד להבטיח, שנציג השר יוכל לנקוט עמדה שונה מעמדת השר, אם הוא סבור שמכלול השיקולים הרלוונטיים גוברים על האינטרס שמייצג המשרד המדובר. ראו לעניין זה קטע מתוך הנחיה 8.1000 של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (צורפה לעתירה כנספח ל'), בסעיף 4:

"... ההנחה היא בכל מקרה כי הנחיית השר כפופה לחובת הנציג לשמוע ולשקול בפתיחות גמורה נתונים ונימוקים ככל שיעלו במהלך הישיבה של הגוף המחליט, ולא היו מצויים בידי השר השולח, שעה שהנחה את נציגו...".

200. נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית חייבת לשמוע ולשקול בפתיחות גמורה נתונים ונימוקים ככל שיעלו בישיבות הוועדה המחוזית בעניין התכנית המפורטת לכרייה בשדה בריר. אם יוצגו נתונים המצדיקים את שינוי דעתה – רשאת היא, ואף חייבת – לשנות את דעתה.

201. **את זאת מבקשים העותרים לאסור. העותרים אינם מבקשים להגן על זכותו וחובתו של הנציג לשמוע ולשקול בפתיחות גמורה נתונים ונימוקים, אלא מבקשים הם לכבול את ידיו ואת שקול דעתו ובכך למנוע בעדו מלקיים את חובתו ולממש את תכלית עצם מינויו כנציג בוועדה המחוזית!**

202. ואם בכך לא די, העותרים מרחיקים לכת עוד, וטוענים כי על משרד הבריאות להימנע מבדיקה עובדתית והצגת ממצאים נוספים, וזאת על-מנת להבטיח שלא יהיה בממצאים כדי להביא לשינוי דעתה של הגב' אדן.

203. נראה כי האבסורד בטענות העותרים בולט על-פני הדברים.

טענת העותרים כאילו עמדתה הראשונית של הגב' הדסה אדן מצדיקה כשלעצמה את עצירת ההליך התכנוני כולו, מופרכת מן היסוד.

204. סביר להניח, כי העותרים מבקשים סעדים שתכליתם כבילת שקול דעתה של גב' הדסה אדן לעמדתה הראשונית, מן הטעם שעמדה זו משרתת אותם בהציגם את עמדתה ככזו הנותנת משנה תוקף לחוות הדעת שהוצגו לוועדה המחוזית מטעם עיריית ערד. לשיטתם (השגויה) של העותרים, עצם הגשת חוות הדעת לוועדה המחוזית, שגויות וחד צדדיות ככל שתהיינה, מצדיקה את עצירת ההליך התכנוני. על אחת כמה וכמה כאשר משרד הבריאות סבור שחוות הדעת האמורות מצדיקות את עצירת התכנית (כך לשיטת העותרים).

מטעם זה מעוניינים העותרים להותיר את משרד הבריאות בחזקת מי שמתנגד לקידום התכנית.

205. ניסיון זה של העותרים לא יצלח. עצם העלאה של טענות בדבר נזק אפשרי לבריאות הציבור, גם אם משרד הבריאות תומך בהן, אין בה כדי להביא לעצירת תהליך התכנון. לפיכך, אפילו היה נאסר על משרד הבריאות לגבש עמדה מקצועית ביחס להיבטים הבריאותיים של התכנית ואפילו הייתה נשללת מאת הגב' הדסה אדן האפשרות לשנות את דעתה ואפילו היה מובטח כיום לעותרים כי משרד הבריאות יתנגד להפקדת התכנית - לא היה בכל אלה כדי לעצור את הליכי התכנון.

206. **גורלה של תוכנית המצויה בסמכות הוועדה המחוזית אינו יכול להיות מוכרע על פי עמדתו של נציג אחד בלבד, יהא זה נציג של שר הבריאות או כל נציג אחר, לא כל שכן טרם ניהולו של ההליך התכנוני, על כל שלביו הקבועים בחוק, ובטרם נשמעו, שלא לומר נשקלו, כל ההיבטים הרלבנטיים.**

207. לו הייתה פועלת הוועדה באופן המבוקש הלכה למעשה על ידי העותרים, היה בכך כדי להוות משום שלילת סמכויותיה והפרת חובותיה של הוועדה המחוזית, כפי שהוקנו לה הן בחוק התכנון והבניה והן בתוכנית המתאר המחוזית תמ"מ 14/4.

208. קידומה של התכנית המפורטת נמסר לוועדה המחוזית בהיותה "מוסד התכנון" המוסמך לדון בה וליתן לה תוקף, ככל ובאופן שימצא לנכון. נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית, לעומת זאת, אינה "מוסד תכנון" ואינה רשות העוסקת בתכנון. כל שיש לנציגת השר בהקשר זה הינו המעמד אשר ניתן לה בחוק התכנון והבניה, הוא מעמד של נציג אשר יש לשקול את עמדתו ולהביא בחשבון את קולו בהצבעות המתקיימות בוועדה.

עמדתה של הגב' הדסה אדן נגד קידום התכנית גובשה באופן נמהר ובטרם עת, וייתכן שאף על-בסיס תפיסה שגויה בדבר מעמדה של חוות הדעת שהוצגו מטעם עיריית ערד. בנסיבות אלה, על-אחת כמה וכמה שטוב תעשה הגב' אדן אם תחזור בה מעמדתה הראשונית.

209. סביר להניח שבענייננו נפלה טעות כזו או אחרת בתפיסתה של נציגת שר הבריאות את חוות הדעת של ד"ר ברחנא וד"ר דובנוב שהציגה עיריית ערד ואת מעמדה. הגב' אדן העבירה את חוות הדעת האמורות לחברי הוועדה המחוזית מבלי לציין שמדובר בחוות דעת שנערכו עבור עיריית ערד. ייתכן שהגב' אדן עצמה טעתה לחשוב, שחוות דעת אלו הן חוות דעת בלתי תלויות מטעם משרד הבריאות. העובדה שמכתבה של הגב' אדן מיום 26.2.2008 נוסח מיד עם קבלת חוות הדעת הראשונה וללא שיהוי מעידה, כי ככל הנראה אומצה חוות הדעת ללא כל בחינה נוספת, ויש בכך חיזוק לאפשרות שהגב' אדן אכן סברה בטעות שמדובר בחוות דעת מטעם משרד הבריאות.

210. יש לקוות, כי משהסתבר לגב' הדסה אדן שחוות הדעת המדוברות אינן חוות דעת בלתי תלויות מטעם משרד הבריאות, אלא חוות דעת מטעם עיריית ערד, הבינה אף היא שמסקנותיה הקודמות היו נמהרות. כאמור, עד היום לא נתנה הגב' אדן כל אינדיקציה לכך.

211. יצוין עוד, כי הרושם השגוי כאילו מדובר בחוות דעת מטעם משרד הבריאות חייב היה לבוא על תיקונו. רושם שגוי כזה עלול היה להותיר את חברי הוועדה באמונתם, שמומחי משרד הבריאות הם שהגישו את חוות הדעת (השגויות בעליל, יש לומר) המייחסות לתכנית הכרייה פגיעה אפשרית בבריאות הציבור. באופן אבסורדי, רושם שגוי זה "חלחל" אף לראש עיריית ערד עצמו, אשר במכתבו ליו"ר הוועדה המחוזית התייחס לחוות הדעת כדו"ח "שהוגש לעיריה כדו"ח בלתי תלוי של משרד הבריאות..." (ראו מכתבו מיום 16.4.2008 אשר צורף לעתירה כנספח י"ח).

212. **אין תימה, לפיכך, שגם העותרים לוקים בבלבול זה, והגם שהם מודעים לכך שמדובר בחוות דעת מטעם עיריית ערד, הם מייחסים למשרד הבריאות התעלמות מחוות דעת שנערכו על-ידי מומחים מטעמו.**

213. בנסיבות אלה מתבקש שהגב' אדן תחזור בה מעמדתה הקודמת (הנמהרת, יש לומר), לא משום שמי ממשל משרד הבריאות הורה לה לעשות זאת, אלא נוכח ההבנה כי חוות הדעת

שעל-יסודן גובשה אותה עמדה אינן חוות דעת מטעם משרד הבריאות, ועל-כן לחוות הדעת שהוגשו כנגדן יש משקל לכל הפחות זהה. בפועל, יש לומר, הגב' הדסה אדן לא חזרה בה מהדברים שכתבה, למרות שלא היה מקום לכתיבתם.

214. יצוין עוד, כי לא תיתכן מחלוקת על כך, שעמדתה הראשונית של הגב' אדן גובשה על-יסוד מידע חסר. עמדה זו גובשה על-יסוד חוות דעת מטעם עיריית ערד, עוד בטרם התאפשר לרותם להגיש חוות דעת נוגדות מטעמה. בנוסף, לא ניתנה חוות דעת כלשהי של מומחה מטעם משרד הבריאות.

215. שיקול הדעת איננו בגדר חופש מוחלט. כך, מבהיר פרופ' י' זמיר, בספרו **הסמכות המינהלית**, כרך ב' (נבו הוצאה לאור – תשנ"ו-1996) (להלן: "זמיר"), בעמ' 733:

"שיקול דעת אינו קפריזה. רשות מינהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, ומחליטה על יסוד תחושות בעלמא, או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסויימת ללא תלות בעובדות המקרה אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית."

216. על התנהגות שרירותית פסולה ועל החשיבות העליונה הנודעת לאופן קביעת העובדות המשמשות בסיס כל פעולה של הרשות המנהלית, אומר זמיר, בעמ' 733:

"אדם פרטי, שעושה ברכושו בלבד, רשאי בדרך כלל לנהוג בשרירות אם אין בכך כדי להזיק לאחרים. לעומתו, רשות מינהלית, כנאמן הציבור, חייבת לנהוג בהגינות ובסבירות. ההגינות והסבירות מחייבות, בין השאר, שכל החלטה תהיה מבוססת על תשתית של עובדות. כיוון שהעובדות, כפי שתיקבענה על ידי הרשות המנהלית, עשויות לחרוץ את התוצאה, נודעת חשיבות רבה לדרך בה הרשות קובעת את העובדות."

217. לפיכך, נקבעה ההלכה, כי חובה על כל רשות מינהלית להניח תשתית עובדתית ראויה לכל החלטה שהיא מקבלת. לא אחת פסל בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ החלטה מנהלית משום שלא הייתה מבוססת על עובדות כנדרש. כך למשל, בבג"צ 852/86²⁵ פסק כב' הנשיא שמגר:

"החלטתה של רשות סטטוטורית... חייבת להישען על נתונים בדוקים, היכולים לשמש תשתית סבירה להחלטתה ומבססים אותה... במקרה שלפנינו לא נערכה בדיקה עניינית נאותה שיכול היה להיות בה כדי לגבש מסקנה מבוססת כנדרש כאן".

ובבג"צ 297/82²⁶, קבע מ"מ הנשיא שמגר:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית... תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים. ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות), ולבסוף סיכום ההחלטה המנומקת".

²⁵ בג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא(2) 1 (1987), בעמ' 50.

²⁶ בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, עמ' 48-49 (1983). ראו גם זמיר, עמ' 749-734; בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994), בעמ' 426-423.

218. בעניינו, גיבשה הגב' הדסה אדן את דעתה על בסיס חו"ד חד צדדית מטעם עיריית ערד. לא זו אף זו, כי גם משהוצגו בפניה חו"ד מומחים אשר מוכיחות ההיפך מן האמור בחוות הדעת מטעם עיריית ערד, כשלה נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית מלבחון את מעלותיהן ומגרעותיהן של התזות הנוגדות וסיכמה דעתה בשנית, במכתבה מיום 16.6.2008, בהעדר כל נימוק לגופן של סתירות.

219. להבדיל, כאשר משרד הבריאות ביקש לבצע בדיקה מטעם עצמו, הוא ביקש שהות של שנה לשם כך, באשר היה ברור לו, שגיבוש הנחיות למומחה, איתור מומחה וכיו"ב הם דברים שמצריכים זמן (וכך הוא גם הסביר).

220. בשלב זה בו מצויים הדברים, נכון וראוי עשה משרד הבריאות, עת הוצגו בפניו חו"ד סותרות, כי ביקש לבחון לעומק את דברים את הנושא, בטרם יקבע את עמדתו המקצועית בעניין. נוכח מורכבות הנושא והמומחיות הנדרשת לשם בחינתו, ראוייה גם הדרך בה בחר משרד הבריאות לנקוט בה והיא התייעצות במומחים בלתי תלויים מחד, אך תוך שמירה על עצמאות שיקול הדעת לקבל את ההחלטה הסופית, מאידך. נפלא זה מעיני רותם כיצד זה סבורים העותרים כי אפשר שבית משפט נכבד זה יראה בהתנהלות זו של משרד הבריאות, כפעולה בלתי סבירה אותה יש למנוע.

221. יתרה מזו, הכלל המחייב את הרשות לפעול על יסוד שיקולים ענייניים אינו מוגבל לעובדות פיזיות בלבד. הוא מתייחס גם לנתונים מסוגים אחרים. בין השאר, הנתונים השייכים לעניין עשויים לכלול חוות דעת של מומחה, עצה של רשות אחרת, או מדיניות של שר או של הממשלה. הרשות המינהלית רשאית בדרך כלל להתחשב גם בהם (ראו: זמיר, עמ' 741).

222. משרד הבריאות החליט לפעול בהתאם להלכה הפסוקה בדבר קבלת החלטה על-יסוד תשתית ראייתית ראוייה, והעותרים מבקשים למנוע בעדו מלעשות כן. להבדיל, נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה גיבשה עמדה באופן נמהר, מבלי לבסס אותה על תשתית ראייתית ראוייה, ועמדה זו מבקשים העותרים להנציח.

223. אפילו היה מורה מי מטעם משרד הבריאות לגב' הדסה אדן להודיע לוועדה המחוזית כי שינתה את עמדתה וכי לעת הזו היא חוזרת בה מהתנגדותה לקידום התכנית, לא היה בכך משום פגיעה בעצמאות שיקול דעתה של נציגת השר, אלא משום הליך ראוי, בבחינת תיקון העוול שנגרם.

224. בעניינו, אין מדובר בהליך שיפוטי או מעין שיפוטי (כדוגמת שמיעת התנגדויות), בו לא ניתן להנחות את נציג השר בוועדה, אלא בהליך מינהלי. בהליך זה אמור נציגו של שר בוועדה לשקף את האינטרסים של המשרד, וניתן להנחותו לעניין מדיניות המשרד בסוגיה שעל הפרק. בבג"ץ 5848/99 (עניין פריצקי)²⁷ ציינה כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש, כי נציגי השרים "מייצגים אינטרסים שמבחינה מקצועית מצויים באחריות השר שאותו הם מייצגים...".

דין טענת העותרים בדבר אי קיום התנאים לביטול או לשינוי החלטה מינהלית להידחות.

225. העותרים מבקשים לראות את אותה עמדה ראשונית של נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית כהחלטה רשמית להתנגד להפקדת התכנית, וטוענים כי מדובר בהחלטה שלא ניתן לבטלה או לשנותה.

226. עמדה ראשונית זו של נציגת השר בוועדה כלל אינה "החלטה", כי אם דעה בעניין שטרם הובא לדיון. לנציגת משרד הבריאות אסור היה לגבש "החלטה" במועד שבו הביעה את אותה עמדה ראשונית, כפי שעולה מן האמור לעיל. דיון במליאת הוועדה המחוזית בשאלה האם להפקיד את התכנית או לא כלל לא התקיים.

²⁷ הי"ש 23 לעיל, בעמ' 35-34.

227. דעה בנוגע להפקדת תכנית ניתן לשנות, על אחת כמה וכמה כשמתברר שהדעה הקודמת שגובשה יסודה בטעות. לא מדובר בהחלטה שפלוגי הסתמך עליה ולא מדובר בהפעלת סמכות לפי חוק, ולכן ההלכות בדבר שינוי וביטול החלטה מינהלית כלל אינן חלות ביחס אליה.

228. בהקשר זה נשוב ונצטט מתוך הנחיה 8.1000 של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בסעיף 4:

“... ההנחה היא בכל מקרה כי הנחיית השר כפופה לחובת הנציג לשמוע ולשקול בפתיחות גמורה נתונים ונימוקים ככל שיעלו במהלך הישיבה של הגוף המחליט, ולא היו מצויים בידי השר השולח, שעה שהנחה את נציגו...”

טענת העותרים כי דעה שהביע חבר ועדה עוד בטרם התקיים דיון בוועדה מהווה “החלטה” שאין לשנות ממנה אינה מתיישבת עם חובת חבר בוועדה לשמוע ולשקול בפתיחות גמורה ונתונים שיעלו במהלך הדיון!

229. לעניין האמור בסעיף 439 לעתירה יצוין, כי ההלכה בדבר חזרה מ”הבטחה מינהלית” אינה רלוונטית לשינוי “החלטה מינהלית”, לא כל שכן לשינוי דעה.

230. לעניין האמור בסעיף 442 לעתירה יצוין, כי שינוי החלטה בדרך שבה התקבלה מתייחס לפרוצדורה החוקית לקבלת אותה החלטה. בענייננו, אם, כטענת העותרים, התייעצה הגב' אדן עם היועצים מטעם עיריית ערד טרם גיבוש עמדתה הראשונית – הרי מדובר בהתנהלות בלתי תקינה בעליל. לפיכך, דרישת העותרים “שהחלטה בדבר שינוי תעבור גם היא דרך התייעצות עם אותם מומחים” מופרכת בעליל. כלל ידוע הוא, כי אין מתקנים עוול בעוול!

אין יסוד לטענת העותרים כאילו הליך ההיוועצות שמבקש משרד הבריאות לקיים אינו תקין.

231. בקשת משרד הבריאות בוועדה המחוזית לערוך בדיקה מקצועית טרם יגבש המשרד דעתו לגבי התכנית אינה מהווה החלפת שיקול דעתם של משרד הבריאות ו/או של נציגת שר הבריאות בוועדה.

232. הליך הבדיקה אשר נתבקש על ידי משרד הבריאות, עניינו בהתייעצות מקצועית. ניסיון העותרים לתאר מהלך זה של התייעצות מקצועית כאילו מדובר התערבות פסולה בעצמאות שיקול הדעת שגוי על פני הדברים.

233. על תכלית הטובה של ההתייעצות במסגרת מלמדנו זמיר, בעמ' 834, כדלקמן:

“ההתייעצות, במתכונת זאת או אחרת, משרתת תכלית טובה. היא עשויה להוסיף מידע או דעה שיש להם שייכות לעניין הנדון, לא פעם מצד אנשים המודעים לעובדות או מומחים בנושא יותר מן הרשות המינהלית. בכך היא יכולה לבסס ולשפר את איכות ההחלטה המינהלית.”

234. ההתייעצות אותה ביקש משרד הבריאות לערוך משרתת תכלית ראויה, ואין בידי העותרים, ולא בכדי, כדי להצביע על כל פסול בהתייעצות כאמור.

235. לאור כל האמור לעיל, לא נותר למשיבה אלא לבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה לקבלת הסעדים המבוקשים על ידי העותרים בהקשר זה.

טענות העותרים בהקשר זה מעידות על האינטרסים האמיתיים מאחורי העתירה

236. העותרים אינם מעוניינים שמשרד הבריאות יפעל לקבלת חוות דעת מקצועית לקראת גיבוש עמדתו ביחס להיבטים הבריאותיים של הכרייה בשדה בריר. לכאורה, אמורים היו העותרים לברך על כל בירור נוסף שכזה. לכאורה, היו אמורים העותרים לברך גם על כל

ממצא שלפיו הכרייה בשדה בריר לא תגרום למי מתושבי האזור נזק בריאותי. אלא שהעותרים מעדיפים לנצל את חוות הדעת השגויות שניתנו לעיריית ערד (ואשר כנגדן עומדות חוות דעת סותרות של מומחים בעלי שם). כפי הנראה משמשות חוות הדעת האמורות מעין כסות למכלול האינטרסים האמיתיים המניעים אותם, אשר החשש מנזק בריאותי, ככל שקיים, הנו רק אחד מהם. מכלול האינטרסים האמורים תואר לא אחת באמצעות הביטוי: "NIMBY" או "Not in my backyard", והוא כולל, בין היתר, שיקולים כגון פגיעה תדמיתית וירידת ערך נכסים בעקבותיה. לשמם של האינטרסים האמורים זורעים גורמים שונים פחד ובהלה, בלתי מוצדקים, בקרב ציבור תושבי ערד וסביבתה. אינטרסים אלה הנם לגיטימיים, אך סביר שיינתן משקל רב יותר לטענות בדבר נזק אפשרי לבריאות. מטעם זה אוחזים העותרים כבקרנות המזבח בחוות דעת שגויות בדבר נזק בריאותי שכביכול עלול להיגרם לתושבים כתוצאה מפעילות הכרייה, ומרכזים את מאמציהם בניסיון לסכל כל בדיקה בלתי תלויה של ההשלכות הבריאותיות שתהיינה, אם בכלל, לפעילות הכרייה.

237. בהקשר זה מעניין עוד לראות בתגובת העותרים לבקשה להארכת מועד שהגישה רותם, כי **העותרים מבקשים למעשה לקבוע את תנאי המכרז עבור משרד הבריאות**, ולהיות שותפים לניסוח ההנחיות המדויקות לעורכי חוות הדעת, בטענה שנודעת חשיבות רבה לפרטים בהקשר זה. מנגד, העותרים לא הראו ולא טענו, כי חוות הדעת (השגויות, יש לומר) שניתנו לעיריית ערד, ואשר בהן הם נאחזים ועליהן הם מסתמכים, נערכו על-יסוד הנחיות מדויקות כאלה. העותרים אינם מצביעים על ההנחיות המדויקות שניתנו (אם בכלל) לעורכי חוות הדעת מטעם עיריית ערד.

6.ג אין יסוד לטענות העותרים בדבר פגיעה בזכויות יסוד

238. בבואנו להתייחס לטענות העותרים במישור החוקתי, נדרשים אנו לטענות בדבר פגיעה לא מידתית כביכול בזכויות העותרים, אשר יסודה בהליך תכנוני שטרם התנהל, בהחלטות שטרם נתקבלו ובשיקול דעת שטרם מוצה, והינו רחוק מלהתגבש לכלל החלטה מהותית.

239. משטרם נתקבלה כל החלטה מנהלית אשר ניתן להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית, והיות שאפילו הייתה מתקבלת החלטה כאמור שומה היה על העותרים להפנות בקשתם לסעד לבית המשפט לעניינים מנהליים, עטו העותרים עתירתם בכסות מלאכותית של טענות חוקתיות ופגיעה לכאורה בזכויות יסוד, זאת על-מנת לנסות ולהכנס בשערי בית משפט נכבד זה.

240. אלא שתחת הכסות של טענות (מוכחשות, כמובן) בדבר פגיעה בלתי מידתית כביכול בזכויות יסוד לכאורה של העותרים, עומד, הלכה למעשה, ניסיון למנוע את קיומו של הליך תכנוני המתקיים על פי דין ואשר בסופו – עשויה להיות מאושרת תכנית מפורטת לכרייה בשדה בריר.

ההליך התכנוני – בראי התכלית

241. העותרים מבקשים למעשה מבית משפט נכבד זה לבטל כליל את עצם קיומו של **הליך תכנוני המתקיים על פי חוק, הליך אשר נועדו לו תכליות ראויות העומדות ביסודה של החברה כולה, ואשר במסגרתו נדרש מוסד התכנון לערוך את האיזונים הנדרשים בין אינטרסים מתנגשים.**

242. אכן, לתכנון במדינה מודרנית תכליות שונות, בעוד שהתכלית המרכזית, הינה לקבוע את המדיניות הרצויה להתפתחות הפיזית של המדינה בהווה ובעתיד, תוך ראיית צרכי החברה והפרט בתוכה; במסגרת מדיניות זו, מבקש התכנון לקבוע את ייעוד שטחי הקרקע במדינה, בהתחשב בצרכי האוכלוסיה מבחינת הכלכלה, מקורות פרנסה, תרבות ורווחה, ואיכות החיים. רשויות התכנון מכוונות את פעולות הבנייה והפיתוח על-פי מדיניות התכנון

שנקבעה, ומפקחות על יישומו הלכה למעשה (דברי השר משה חיים שפירא, קריאה ראשונה של חוק התכנון והבניה בכנסת, דברי הכנסת 37, תשכ"ג, עמ' 1828).

243. בענייננו, אין בעתירתם של העותרים דבר זולת ניסיון למנוע מאת מוסד התכנון מליישם את הייעוד אשר נקבע לקרקע בשדה בריך. ודוק: המדובר בייעוד אשר נקבע במסגרת תוכנית מתאר בת תוקף שדינה ככל "דין"; תוכנית מתאר המשקפת את המדיניות אשר הוכרע לגביה, כי היא זו הרצויה; תוכנית אשר עובר לאישורה נשקלו כל השיקולים, נשמעו כל ההתנגדויות וחלקן אף נתקבלו; והכל בהתחשב בצרכי האוכלוסיה מבחינת הכלכלה, מקורות פרנסה ואיכות החיים.

244. לשם מימוש רצונם למנוע את השימוש בקרקע בהתאם לייעודה כפי שנקבע בתוכנית המתאר התקפה, נתלים העותרים בטענות מטענות שונות ובמשנה חוקתית השומטת תחת רגלי מוסדות התכנון את כל סמכויותיהם. בכל אלה, אין דבר זולת ניסיון לגרום לבית משפט נכבד זה לפעול כ"מתכנן על", תוך ריקון מכל תוכן של מוסד התכנון על סמכויותיו ותכליותיו הלאומיות כאמור לעיל.

245. הלכה היא, כי בית המשפט לא נותן ידו לניסיונות כגון דא ואין הוא רואה בגדרי תפקידו את היותו תחליף למוסדות התכנון, ועמדנו על כך לעיל (ראו סעיפים 39 עד 40 לעיל).

246. זאת ועוד. ניסיונם של העותרים למנוע את קיומו של ההליך התכנוני חותר תחת עצם קיומו של אחד המכשירים החשובים דרכם נקבעים ייעודי הקרקע לצרכים השונים המרכיבים את מארג החיים המודרניים, על כל רבדיו, השזורים לא אחת זה בזה. על חשיבות דיני התכנון והבניה בהקשר זה, מלמדנו הנשיא (כתוארו אז) א' ברק, בדבריו אלו²⁸:

"דיני התכנון והבניה הם אחד המכשירים החשובים שדרכם מוגשמת האחריות החברתית של הקניין. הדבר נעשה ברמה הלאומית (ראו סעיף 49 לחוק התכנון והבניה (להלן – חוק התכנון)), ברמה המחוזית (ראו סעיף 57 לחוק התכנון) וברמה המקומית (סעיף 61 לחוק התכנון)... עיקר תפקידם של דינים אלה הוא להסדיר ייעוד קרקעות לצרכים שונים. דרך דיני התכנון והבניה מיועדות קרקעות לצרכים חקלאיים, מסחריים ותעשייתיים. נקבעים גבולות הפיתוח העירוני. נשמרים אתרי עתיקות ומקומות קדושים. מוסדרים אתרים המיועדים לבתי קברות. מותווים רשתות דרכים, מסילות ברזל וקווי תקשורת. מוקמים נמלי תעופה, תחנות רכבת ומרכזי תחבורה ציבורית. נקבעים אזורים פתוחים לרווחת האוכלוסיה שנמצאים בהם פארקים ואתרי בילוי ונופש. נשמרים חופי הים והיערות."

247. הנה כי כן, דווקא עתירתם של העותרים, היא זו הטומנת בחובה סכנה לפגיעה לא מידתית בזכויות יסוד של רותם, ובכללן זכות הקניין וחופש העיסוק. עתירת העותרים היא זו המכוונת בראש ובראשונה למניעת קיומו של הליך דמוקרטי מכוח חוק התכנון והבניה ופגיעה בשלטון החוק. נדגיש, כי היבט ההגנה על שלטון החוק בקיום דיני התכנון חשוב לא רק להבטחת השיטה והמנגנון הראויים לניצול יעיל של הקרקע במדינה, אלא גם כמסר חינוכי לפרט בחברה, בדבר החובה לכבד את הנורמות המחייבות על פי דין, ובכלל זה בתחום התכנון והבניה.

248. כיבוד דיני התכנון והבניה על מוסדות התכנון הפועלים מכוחו, מהווה, ככל דין אחר, יסוד הכרחי לקיום החברתי ותנאי לתקינות פעילותו.

²⁸ ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' יהודית הורוויץ, פ"ד נו(4) 913 (2002).

ההליך התכנוני והראי החוקתי

249. כאמור לעיל, לשיטתם של העותרים, די בכך שתימצא חוות דעת כלשהי, כי הכרייה בשדה בריר עלולה לגרום לנזק בריאותי כלשהוא, כדי לשלול מעיקרה את סמכות הוועדה המחוזית לברר את נכונות האמור בחוות הדעת, לדון בתוכנית, לשמוע את כל דעות נציגי הוועדה המחוזית, לשקול את כל השיקולים הצריכים לעניין ולהתנות את אישורה של התכנית בתנאים כאלה ואחרים, ככל שתמצא לנכון. כפי הנראה, ברור גם לעותרים כי גישה זו איננה יכולה לעמוד.
250. כפי הנראה משום כך, תולים העותרים את יהבם במשנה "חוקתית" אותה טוו במיוחד בניסיון להצדיק את מטרתם, והיא מניעת קיומו של הליך תכנוני המתקיים על פי דין. אלא שגם משנתם זו איננה יכולה לעמוד, ונבהיר בדיוק על שום מה.
251. ניטול לדוגמא את טיעונם של העותרים בהקשר הבריאותי. לשיטתם של העותרים, מכוח סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגזרת כביכול חובה אקטיבית החלה על רשויות השלטון "לעשות כל שניתן כדי למנוע כל סיכון לחייהם, לגופם ולכבודם של תושבי ואזרחי המדינה" (סעיף 221, עמוד 60 לעתירה).
252. ממשיכים העותרים במתווה טיעונם ומסיקים, כי החובה הנטענת להגן כוללת את החובה לנקוט פעולות מניעה בהווה, שמטרתן לסכל כל הליך אשר בסופו עשויה להתקיים פגיעה בזכות יסוד כלשהי, ובענייננו - בזכות לחיים ולשמירה על הגוף. באופן דומה, טוענים העותרים גם בנוגע לפגיעה אפשרית בזכות לסביבה ראויה (אשר בניגוד לטענת העותרים, אין היא מהווה זכות יסוד במדינת ישראל ועל כך יפורט בהמשך).
253. פעולות מניעה אלו, משמען, לדידם של העותרים, מניעת קיומו של הליך תכנוני, אפילו כזה המתנהל מכוח חוק התכנון והבניה והדן בתכנית מפורטת מכח תכנית מתאר מחוזית שאף היא ככל דין.
254. ברי, כי הליכה במתווה "חוקתי" זה, אותו הגו העותרים לצורך עתירתם זו, אינה אלא הבאת הדברים לכלל אבסורד. שכן, דומה כי לא ניתן להעלות על דעת כל תוכנית שהיא המובאת לדיון ולאישור מוסדות התכנון, אשר לא טמונה במימושה פגיעה אפשרית, מזערית ככל שתהיה, בזכויות יסוד. אם נלך לשיטתם של העותרים, על מוסדות התכנון לדחות מהיום ואילך כל תוכנית המגיעה לפתחן.
255. ברור הוא, כי גישתם זו של העותרים איננה יכולה לעמוד, וכי מתן סעד לעותרים של מניעת קיומו של הליך תכנוני בנימוקים המפורטים לעיל, יהא בו כדי להביא לכלל שיתוק מוחלט של מוסדות התכנון לגבי כל תכנית שהיא. כמעט כל תכנית המובאת לאישור מוסדות התכנון עשויה לטמון בחובה מתן הכשר לפעולות, שביצוען עלול לפגוע בזכות יסוד כזו או אחרת, בין של הציבור הרחב ובין של מגיש התוכנית.
256. בהקשר זה נזכיר כי ממילא הוראות של תכנית, לרבות של התוכנית המפורטת נשוא העתירה, עניינן לעתים קרובות דווקא בהגבלות ובתנאים המוחלים על יזם התכנית עצמו. ולא בכדי הדבר, שכן זוהי תכלית עבודתם ועיקר סמכותם של מוסדות התכנון – להוציא אל הפועל שימושים בקרקע בהתאם לייעוד שנקבע להם, תוך הכללת הוראות ותנאים, המקבלים עם אישורה של התוכנית תוקף סטאטוטורי ואשר מטרתם, בין היתר, שמירה על בריאות הציבור, איכות הסביבה ועוד.
257. זוהי מלאכת האיזון העדינה לה נדרשים מוסדות התכנון, שהינם לא רק המוסד המוסמך לערוך איזון זה, אלא גם הגורם המקצועי, בעל הידע והמומחיות הצריכים לבחינת כל עניין המצוי בסמכותם והבא בפניהם.
258. בכל תכנית כזו, יש לאפשר אפוא למוסד התכנון לדון בתכנית, וככל שמתקבלת החלטה בת תוקף אשר יש בה כדי להצביע על פגיעה לא מידתית בזכויות יסוד של מי מהצדדים הנוגעים לעניין, וההחלטה זו עומדת באחד ממבחני עילות ההתערבות של בית המשפט

הנכבד בהחלטות כגון דא, רק אז ניתן להעביר את החלטתו של מוסד התכנון תחת שבת הביקורת השיפוטית. יפה לעניין זה פסיקתו של כבוד השופט מ' חשין, בבג"ץ 2920/94:²⁹

"נזכור, בראש ובראשונה, כי אין אנו יושבים לדין כטריבונול עליון לתכנון. הסמכות לתכנון הופקדה בידיהם של גופי התכנון המנויים בחוק, ובמרחב שיקול הדעת הניתן להם, ועל יסוד הנחה שפועלים הם בתום-לב ובמידה ראויה של סבירות, רשאים ומוסמכים הם אותם גופים לנוע כרצונם ועל-פי שיקול-דעתם. אנו, כבית-משפט, לא נתערב בפעילותם של גופי התכנון אלא אם תימצא בה סיבה מאלו סיבות המצדיקות התערבותנו, כעשייה שלא כחוק, שלא בסמכות, שלא בתום-לב או שלא בסבירות ראויה."

259. לפיכך, לא מוצאת רותם לנכון לערוך דיון מפורט, בשלב זה, בשאלה האם בכלל טמונה פגיעה בזכויות יסוד מעצם קידומה של תוכנית הכרייה בשדה בריר ותבקש היא להסתפק, בשלב מקדמי זה של תגובתה, בציטוט מדבריו של כבוד הנשיא (דאז) א' ברק, בבג"ץ 4128/02,³⁰ אשר מורה לנו לא רק כי זכויות מוחלטות אין, אלא כי הפתרון האמיתי טמון במלאכת האיזון בין האינטרסים השונים:

"מטבע הדברים הוא כי האינטרס של שמירה על הסביבה אינו האינטרס היחיד שיש להתחשב בו. לצידו של אינטרס זה, ולעתים קרובות בסתירה עמו, קיימים אינטרסים אחרים, שגם אותם יש להביא בחשבון. בלא קמח אין תורה. יש לסלול כבישים, לבנות ערים, לפתח תעשייה ולקיים אמצעים להגנה על שלום הציבור וביטחונו. כל אלה פוגעים לעתים באיכות הסביבה. קיימת התנגשות "בין פיתוח תשתית ושיפור רווחת תושבי המדינה לבין שימור ערכי טבע, מרחבים פתוחים ונוף" (השופט אנגלרד בע"א 8116/99 הנ"ל [3], בעמ' 206). לא פעם הצרכים המיידיים של ההווה מתנגשים עם הצרכים ארוכי הטווח. ההווה משעבד את העתיד. האדם המודרני לא יוכל לחיות את חייו בחברתו אם לאינטרסים של איכות הסביבה תינתן עדיפות מוחלטת, אך באותה מידה הוא לא יוכל לחיות את חייו בחברתו אם האינטרסים של איכות הסביבה לא יובאו בחשבון. נדרש איזון עדין בין הצרכים המתנגשים. אי אפשר רק עם איכות הסביבה, אך אי אפשר בלעדיה. "יש צורך בראייה כוללת של השיקולים והאינטרסים" (השופט אור בבג"ץ 594/89 מועצה אזורית ערבה תיכונה נ' המועצה הארצית לתיכנון ולבנייה [4], בעמ' 563)."

260. את אותה מלאכת איזון בין הצרכים המתנגשים, שאמורה להתבצע במסגרת ההליך התכנוני ואשר מחובתה הסטטוטורית והפסוקה של הוועדה המחוזית לבצע, מבקשים העותרים למנוע.

261. העותרים טוענים, כי היות שהזכויות שלטענתם ייפגעו על-ידי כרייה בשדה בריר הן במעמד של זכויות יסוד, מתייתר למעשה ההליך התכנוני. טענה זו של העותרים בטעות מוחלטת יסודה. **ככל שהאינטרסים המתנגשים הנם בדרגת חשיבות גבוהה יותר, כך נודעת חשיבות רבה יותר לביצוע האיזון הנדרש במסגרת ההליך התכנוני.** כלשון כב' השופטת א' פרוקציה בעניין אט"ד נ' הצוות המלווה³¹:

²⁹ בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441 (1996), בעמ' 446.

³⁰ בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(3) 503 (2004), בעמ' 514.

³¹ בג"ץ 1135/04, הי"ש 5 לעיל, בעמ' 794.

“על שום חשיבותם הגדולה של היבטים אלה ראוי להקפיד הקפדה יתרה על העלאתם לבחינת רשויות התכנון במועדם ובמסגרת הדיונית שיועדה להם.”

רותם מחויבת לבריאות הציבור, ואין לה כל כוונה לבצע כרייה שתפגע בבריאות הציבור; גם מוסדות התכנון ומשרדי הממשלה הרלוונטיים פועלים להבטיח שלא תיפגע בריאות הציבור

262. חשוב להבהיר, כי זכותם של העותרים שלא תיפגע בריאותם כתוצאה מכרייה בשדה בריר אינה שנויה במחלוקת. רותם, לאורך כל הדרך, הבהירה והדגישה כי היא מחויבת לבריאות הציבור. מטעם זה רותם הסכימה לקבל על עצמה מגבלות מרחיקות לכת שפורטו בחוות דעת המשרד להגנת הסביבה ביחס לתסקיר ההשפעה על הסביבה, אשר יסירו כל חשש לגרימתה של פגיעה כזו.

263. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה אף היא מחויבת לבריאות הציבור, וזאת במסגרת סמכויותיה ותפקידיה על-פי דין. גם המשרד להגנת הסביבה מחויב לבריאות הציבור במסגרת סמכויותיו ותפקידיו על-פי דין. מטעם זה, היות שהועלו בפני גופים אלה חששות לפגיעה בבריאות הציבור, נקטו כל הנוגעים בדבר אמצעי זהירות מחמירים במיוחד.

264. לא לחינם נמשך ההליך התכנוני בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מזה כעשר שנים (וזאת מבלי להביא בחשבון את השנים הרבות שחלפו מאז החלו הליכי הרישוי של פרויקט שדה זוהר, שכאמור – שדה בריר מהווה חלק מחלקו הדרומי). הוועדה המחוזית נקטה ונוקטת כאן משנה זהירות. דוגמאות לכך ניתן לראות בהחלטת הוועדה המחוזית למנות צוות מלווה אשר יבחן את המשך הטיפול בתכנית, כמו גם בנכונות הוועדה המחוזית להמתין לגיבוש חוות דעת במשרד הבריאות, באשר להיבטים הבריאותיים של התכנית.

265. על משנה הזהירות שנקט המשרד להגנת הסביבה ניתן ללמוד מן ההליך הקפדני של בדיקת תסקיר ההשפעה על הסביבה, החל משלב ההנחיות, דרך שלב ההערות והבדיקות הנוספות שדרש לבצע, דרך בדיקות נוספות שביצע בעצמו בסמוך לשטחי כרייה וכלה בתנאים הרבים, החריגים בחומרתם, שהתנה בנוגע לכרייה, במסגרת חוות דעתו לתסקיר ההשפעה על הסביבה.

266. לשם המחשה, על-מנת לאמת את הקביעה ששטחי הכרייה אינם כרוכים בסיכון לנזקים הנגרמים מהשתחררות גז ראדון, הגיעו נציגי המשרד לאיכות הסביבה למפעל רותם הנמצא בסמיכות רבה למכרות פוספט פעילים, וביצעו שם מדידות שונות, לרבות בתוך משרדים ומחוץ להם.

267. נזכיר עוד, כי על-פי התנאים שקבע המשרד להכנת הסביבה בחוות הדעת לתסקיר, אשר אין דומה להם באתר כרייה כלשהו בארץ –

- **תנאי לתחילתה של כרייה בהיקף מלא הנו ביצוע כרייה ניסיונית בחלק משטח השדה על-פני תקופה קצרה יחסית שלא תפחת משנה, שבמהלכה ינוטרו כל הנתונים הדרושים לשם בחינת ההשפעה הסביבתית של הכרייה בפועל. לביצוע הכרייה הניסיונית נבחר, בתיאום עם היחידה הסביבתית נגב מזרחי והמשרד להגנת הסביבה, אתר הסמוך לעיר ערד, וסוכם עוד כי קצב הכרייה בתקופת הניסיון יהיה מרבי ככל האפשר, וזאת על מנת להבטיח שתוצאות הניסוי ישקפו את ההשפעה המרבית האפשרית של אתר הכרייה על העיר ערד.**

- **רק אם ממצאי הכרייה הניסיונית יוכיחו, כפי שניתן לצפות על-יסוד תסקיר ההשפעה על הסביבה, שאכן לא ייגרם נזק ממשי לבריאות הציבור כתוצאה מפעילות הכרייה, ובכפוף לאישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - תימשך הכרייה על-פי התכנית.**

- תהיה ועדת מעקב שתורכב מצוות שיכלול נציגים של העיר ערד.
 - מנהל המכרה יעבוד תחת "צו אישי" כבר מיומו הראשון כמנהל המכרה, לצורך אכיפה קלה ומהירה יותר.
 - המעקב הסביבתי יהיה בשליטת היחידה הסביבתית נגב מזרחי המופעלת על-ידי עיריית ערד, אשר תוכל להורות על הפסקת הפעילות במכרה בכל זמן ולאור תנאים מטאורולוגיים בעייתיים.
268. משרד הבריאות אף הוא ער לצורך להבטיח שלא תהיה פגיעה בריאותית בתושבים, ולפיכך ביקש להיוועץ במומחה על-מנת לגבש חוות דעת מקצועית לעניין ההיבטים הבריאותיים של התכנית. העותרים, משום מה, מבקשים לסכל את גיבוש חוות הדעת האמורה.
269. עולה מן האמור לעיל, כי כל הגורמים הנוגעים בדבר, ורוותם בכלל זה, רואים חשיבות עליונה בשמירה על בריאות הציבור.
270. לעניין טענות העותרים בדבר זכויות קנייניות בקרקע של מי מבין אנשי הפזורה הבדואית יש להבהיר, כי טענות לזכויות בקרקע אינן משליכות על ההליך התכנוני. ההליך התכנוני מתבצע במנותק מסוגיית הבעלות בקרקע, זולת הצורך בהסכמת בעל הקרקע הרשום לניהול ההליך התכנוני. אין חולק, כי בעל הקרקע הרשום בענייננו הוא מדינת ישראל, הפועלת בהקשר זה באמצעות מינהל מקרקעי ישראל.

ד. תגובה לבקשה לצו ביניים

271. צו הביניים המבוקש עניינו בשניים: הפסקת הדיונים בוועדה המחוזית בקשר לתכנית המפורטת, ו"הפסקת כל קשר של מי מהמשיבים עם גורמים חיצוניים הקשורים ... לדיוני הוועדה המחוזית ... ובכלל זה פניות ליועצים מקצועיים ואחרים..." (ראו סעיף 456 לעתירה).
272. כידוע, בגדר השיקולים לעניין מתן צו ביניים באים מאזן הנוחות וסיכויי העתירה להתקבל (ראו גם סעיף 457 לעתירה).
273. עוד נפסק³², כי שני העניינים הללו "אינם נבחנים במנותק אלא נשקלים הם על בסיס מה שמכונה לעתים 'מקבילית כוחות': ככל שסיכויי העתירה להתקבל גבוהים יותר כך ניתן למעט בדרישת 'מאזן הנוחות ולהיפך. ואולם, בסופו של יום אבן הבוחן העיקרית היא בשיקולי מאזן הנוחות."
274. נפסק גם³³, כי "השיקולים הנדרשים לענין צו הביניים יסודם בהיבטים הכרוכים במאזן אינטרסים ונוחות בתקופת הביניים שעד לקבלת הכרעה סופית בעתירה."
275. מאזן האינטרסים והנוחות
- 275.1 העותרים לא הצביעו על נזק כלשהו שעלול להיגרם להם או לאינטרסים הלגיטימיים הנטענים שלהם אם לא יינתן צו הביניים.
- 275.2 צו הביניים המבוקש אינו מיועד למניעת ביצוע פעולות בלתי הפיכות בשטח, אלא מיועד למנוע בעד מוסדות התכנון המופקדים על כך לפי חוק את בירור האינטרסים הרלוונטיים ואת האיזון ביניהם.

³² בר"ם 9913/07 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פורסם ב"נבו" (2007).

³³ בג"ץ 7374/08 -א' עמותת בלת"מ נ' ראש המטה הכללי של צבא הגנה לישראל, פורסם ב"נבו" (2008).

- 275.3 אם לא יינתן צו הביניים, ההליך התכנוני יימשך כסדרו, משרד הבריאות יגבש עמדה ביחס להיבטים הבריאותיים של התכנית, ימונה צוות מלווה שימליץ על המשך הטיפול, תתאפשר הגשת התנגדויות, ואם בסיום ההליך תאושר התכנית – ניתן יהיה לבצע בתחילה כרייה ניסיונית בלבד. מעבר לכרייה קבועה יותנה בכך שיוכח בכרייה הניסיונית כי אין סכנה לציבור.
- 275.4 המתווה האמור לעיל אינו גורם כל נזק לאינטרסים של העותרים. לעותרים תהיה ההזדמנות להישמע בהמשך ההליך אותו הם מבקשים להקפיא.
- 275.5 הואיל וטענתם היחידה של העותרים בדבר הצורך בצו ביניים הנה טענת סרק על-פניה, אשר אין לה כל תימוכין בגוף העתירה, נביאה כלשונה (ראו סעיף 462 לעתירה; ההדגשה אינה במקור): "הוצאתו של צו הביניים חיוני ... בעיקר לאור העובדה שההליכים שבוצעו, ובכללם פניות לגורמים חיצוניים למשרד הבריאות והמשך המצג מטעם רשויות השלטון עשויים להוביל לטענת השתק והסתמכות של החברה הפרטית, עשויים להיות בעלי אופי בלתי הפיך ולגרום נזק רב לציבור, לאוצר המדינה ולאמון הציבור במוסדות השלטון".
- 275.6 אין להתפלא על כך שהעותרים הסתפקו בטענה סתמית ובלתי מנומקת בהקשר זה, שהרי -
- 275.6.1 המשך ההליך התכנוני כלל אינו יכול להוביל לטענת השתק או הסתמכות. ההליך התכנוני מעוגן בחוק. הסתמכות קיימת על החלטות סופיות של ההליך התכנוני ולא על עצם קיומו של ההליך.
- 275.6.2 אין כל אופי "בלתי הפיך" להליכי התכנון העומדים כיום על הפרק.
- 275.6.3 הליכי התכנון אינם יכולים לגרום נזק כלשהו לציבור. ההיפך הוא הנכון: הליכים אלו נועדו, בין היתר, לספק לציבור את האפשרות להישמע ולהשפיע, ולאזן בין האינטרסים השונים של הציבור.
- 275.6.4 המשך ההליכים לא צפוי לגרום נזק כלשהו לאוצר המדינה. לא ברור כלל לאיזה "נזק" התכוונו העותרים (והם גם לא טרחו לפרט).
- 275.6.5 ניהול ההליך התכנוני המוכתב על-פי חוק, ודאי שלא יגרום נזק לאמון הציבור במוסדות השלטון. הפסקתו בטרם עת, בטרם מוצה ומומש ההליך – ייתכן שכן.
- 275.7 אל מול האמור לעיל, הקפאת ההליך התכנוני, לאחר שהוא נמשך כבר קרוב לעשר שנים, ובהתחשב בכך שעוד ארוכה הדרך עד להשלמתו, תגרום לעיכוב בהשלמת ההליך התכנוני וביישום התכנית, אם וכאשר תאושר. מדובר יהיה בפגיעה קשה ביעילות ההליך התכנוני, וכך תוחמץ אחת ממטרותיו של הליך זה.
- 275.8 השיהוי שבו הוגשה העתירה מעיד אף הוא, כי אין כל צורך במתן צו ביניים. לעניין השלכות של איחור בהגשת עתירה על מתן צו ביניים ראו את החלטת כב' השופטת א' פרוקציה בבג"ץ 7374/08³⁴:

"העתירה הוגשה אך ביום 27.8.08, באיחור רב ביחס למועד הקובע לביצוע תשלום התגמול הנוסף לשנת 2007, שנועד להתבצע כבר ב-1.9.08. בלוח זמנים זה, ברי כי לא ניתן לדון בעתירה, ולא כל שכן להכריע בה, לפני המועד הקובע. יש לציין, כי ועד העמותה העותרת החליט כבר בישיבתו ביום 21.7.08 על הגשת העתירה (נספח ג' לעתירה), אולם בפועל העתירה הוגשה אך ימים ספורים לפני המועד שנועד לביצוע תשלום התגמול

³⁴ שם, בסעיף 4.4 להחלטה.

הנוסף. יש לציין עוד, כי מכתב העמותה לרמטכ"ל בענין העתירה המתוכננת נשלח רק ביום 14.8.08 (נספח י"א לעתירה). האיחור הרב בהגשת העתירה, שלא ניתן לו הסבר וצידוק, בסמיכות ממש לביצוע התשלום לשנת 2007, יוצר קושי מובן במתן צו ביניים."

275.9 בענייננו השתהו העותרים שיהוי רב בהגשת העתירה. ההליך התכנוני שאותו הם מבקשים להקפיד בצו ביניים מתנהל מאז שנת 1999 (!!!). אשר לבדיקת משרד הבריאות: העתירה הוגשה לאחר שחלפו כ-8 מתוך 12 חודשים שקצבה הוועדה המחוזית למשרד הבריאות תוך שציינה כי ראוי להזדרז בהקשר זה. ספק רב אם בית משפט נכבד זה יוכל לקיים דיון לגוף העניין ולהכריע בטענות באופן שיותר למשרד הבריאות זמן מספיק להגיש את חוות דעתו במועד שנקצב לו, לא כל שכן במידת הזריזות הראויה לפי עמדתה של הוועדה המחוזית עצמה.

275.10 בהקשר זה יצוין עוד, כי בקשת העותרים למנוע בעד משרד הבריאות מלגבש עמדה באשר להיבטים הבריאותיים של הציבור, ולהיועץ לשם כך ביועצים מקצועיים חיצוניים בלתי תלויים, מעוררת תחושת אי נוחות (בלשון המעטה). אם אכן חרדים העותרים להשלכות הבריאותיות שעשויות להיות לכרייה בשדה בריר, עליהם לברך על כל בדיקה בלתי תלויה נוספת, ולא ולנסות למנוע את ביצוע הבדיקה.

275.11 טענת העותרים כי אל מול האינטרסים שלהם אין עומדים אינטרסים ציבוריים זולת "אינטרס כלכלי צר של בעלי הון המבקשים לחמוס את משאבי הטבע הנדירים..." ראוי היה שלא תיטען.

275.11.1 ראשית, טענה זו מתייחסת לאינטרסים הנדונים בגוף העתירה ולסעדים המבוקשים בעתירה עצמה, ואילו האינטרסים שיש להביאם בחשבון לעניין צו ביניים הם אלה הנוגעים להשלכות של מתן או אי מתן צו הביניים.

275.11.2 שנית, כבר הסברנו לעיל, כי האינטרסים הציבוריים התומכים בכרייה בשדה בריר הם רבים וחשובים, ומקום של כבוד שמור להם בהליך התכנוני. ראו לעניין זה פרק ג.1 לעיל.

276. סיכויי העתירה

276.1 אין טעם בחזרה על הדברים שכבר נאמרו באריכות. האמור בתגובה זו לעיל ממחיש, כי סיכויי העתירה בענייננו לא רק שאינם טובים, אלא הם קלושים עד בלתי קיימים.

276.2 נדגיש רק, כי די בכך שכל מהותה של העתירה הוא ניסיון להעתיק את בירור טענות העותרים ממוסדות התכנון המוסמכים לדון בהן לבית המשפט העליון (אשר פסק לא אחת כי אין הוא "מתכנן עלי") על מנת לדחות את העתירה על הסף.

277. נוכח האמור לעיל, דין הבקשה למתן צו ביניים להידחות.

ה. התייחסות לתגובת עיריית ערד לעתירה

278. ביום 14.5.2009, לקראת השלמת עריכתה של תגובה זו, התקבלה אצל הח"מ תגובתה של עיריית ערד לעתירה. הואיל ועיריית ערד סומכת ידיה על האמור בעתירה, נביא להלן התייחסות קצרה לאמור בתגובתה.

279. דווקא מתגובת העירייה עולה, כי יש לדחות את העתירה ולא לקבלה. עיריית ערד מעידה על עצמה, כי היא מתנגדת לתכנית **במסגרת ההליך התכנוני**, וזאת מאותם טעמים הנזכרים בעתירה. מכך עולה, שטענות העותרים כנגד הכרייה בשדה בריר הובאו ועוד

תובאנה בפני מוסדות התכנון, ותישקלנה במסגרת ההליך התכנוני. העירייה לא הצביעה ולו על פגם אחד שנפל לשיטתה בהליך התכנוני, והיא אינה טוענת לקיומו של פגם כלשהו, לא כל שכן כזה המצדיק את סיכולו המוחלט של ההליך התכנוני כמבוקש בעתירה. העירייה אף טוענת שבכוונתה להוסיף ולהתנגד לתכנית. משכך, גם לשיטת העירייה צריך ההליך להמשיך ולהתברר בפני מוסד התכנון הרלוונטי שבו אמורות טענותיה להישמע.

280. בתגובת עיריית ערד נפלו כמה השמטות ואי דיוקים בתיאור העובדות:
- 280.1 בניגוד למה שמציגה העירייה, שדה בריר איננו שדה "נוסף" על שדה זוהר שנדון בעבר, אלא מהווה חלק מחלקו הדרומי של שדה זוהר.
- 280.2 העירייה מתעלמת כליל מוועדת רהב ומדוח ועדת רהב בעניין שדה זוהר, אשר המליץ להתיר כרייה ניסיונית בזוהר דרום (שבריר הוא חלק ממנו), ואשר ההליך התכנוני הנוכחי הוא חלק מיישום מסקנותיו.
- 280.3 העירייה נמנעה מלציין כי נתנה הסכמתה המפורשת ובכתב לביצוע הסקר הגיאולוגי הרב שנתי שביצעה רותם בשנים 1999-2003 (ראו נספחים ז' וחי' לתגובה זו).
- 280.4 ככל הידוע לרותם, בניגוד גמור לטענת העירייה בסעיף 14 לתגובתה, הסקר שהוזמן על-ידי העירייה לא הוזמן "ביחד עם משרד הבריאות". רופאת המחוז מטעם משרד הבריאות הבהירה חד משמעית, כי חוות הדעת שהציגה עיריית ערד אינן מטעם משרד הבריאות, וכי למשרד הבריאות הוצגו חוות דעת סותרות מטעם עיריית ערד מחד ומטעם רותם מאידך, ולכן עליו לבצע בדיקה מטעמו הוא.
281. עיריית ערד מתעלמת כליל מן ההיבטים המשפטיים הנוגעים לעתירה. כל טענתה היא, שהיא עצמה (העירייה) מתנגדת לכרייה בשדה בריר ולהמשך קידום התכנית. אין צורך להכביר מילים על כך, שהתנגדות העירייה לקידום התכנית איננה מהווה עילה למתן איזה מן הסעדים המבוקשים בעתירה. אדרבא, היא מחזקת את טיעונו של מי שמצדד בסמכותה וייעודה הסטטוטורי של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.
282. עיריית ערד מפרשת לא נכון את המגבלה בפקודת המכרות המחייבת קבלת אישור העירייה לכרייה בשטחה של עיר. אפילו התייחסה המגבלה לכל תחום שיפוט העירייה, ולא היא, לא היה בכך כדי להסמיך את העירייה לסרב ליתן הסכמתה לכרייה מטעמים שהובאו בחשבון במסגרת ההליך התכנוני.
283. האמור בתגובה זו לעיל מהווה מענה אף לטענות העירייה בתגובתה לעתירה.

ו. סוף דבר

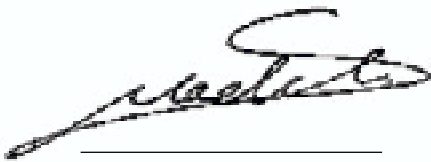
284. מן האמור לעיל עולה, כי מדובר בעתירה שדינה להידחות ולחלופין להימחק על הסף, ולחלופין בלבד - לגופה.
285. העתירה נוגעת לענייני תכנון ובניה, אשר המקום לדון בהם הנו בית המשפט לעניינים מינהליים. צירוף משיבים נוספים על-מנת לשוות לעתירה מראית עין החורגת מן הנושא שבו היא עוסקת לא יצלח.
286. גם לבית המשפט לעניינים מינהליים לא היה מקום לפנות לעת הזו, מן הטעם שכל עתירה שתוגש כעת היא עתירה מוקדמת. ההליך התכנוני מתנהל, ועל העותרים למצות תחילה את ההליך התכנוני.
287. בנוגע לטענות ביחס להליך התכנוני, אלמלא היה מקום לדחות את העתירה בהיותה מוקדמת, היה מקום לדחותה מחמת שיהוי, מן הטעם שאת הטענות שבעתירה ניתן היה לכאורה (אלמלא דובר בעתירה מוקדמת) להעלות לפני שנים רבות.

288. דין הטענות בנוגע להיתרי החקירה ורשיונות החיפוש להידחות מחמת שיהוי ומחמת מעשה עשוי.


289. לעותרים שיקולים משיקולים שונים שבעטיים הם מבקשים לסכל את ההליך התכנוני. שיקולים מסוג זה זכו לכינוי "NIMBY" או "Not in my backyard". מכתבים של נציגת שר הבריאות בוועדה המחוזית לתכנון ולבניה המאמצים באופן נמהר וללא בדיקה חוות דעת שגויות מטעם עיריית ערד, מסייעים לעותרים להציג עמדה הנחזית להיות בעלת משקל רב יותר משאר הטעמים להתנגדותם להליך. מטעם זה מבקשים העותרים, באמצעות העתירה דנן, להביא ל"הנצחה" של אותה עמדה שגויה ונמהרת של נציגת השר בוועדה. ניסיון זה נדון לכישלון.

290. תעשיית הפוספט חשובה למדינת ישראל, למשק הישראלי ולמרקם החברתי בו. חשיבות זו צריכה, כמובן, להיות מאוזנת על מול שיקולים ראויים אחרים. המקום שהחוק והפסיקה קובעים שיש לבצע בו את האיזונים הדרושים הוא מוסד התכנון המוסמך, שהוא גם המקום הנכון והמתאים לכך.

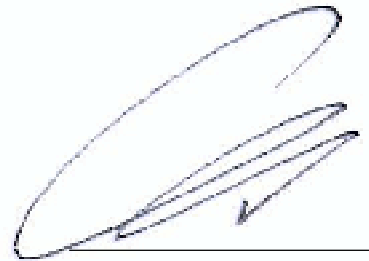
על יסוד כל האמור לעיל תטען רותם, כי דין העתירה להידחות על הסף ולחלופין בלבד לגופה. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את העותרים בהוצאותיה של רותם בתוספת שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.



שרון מדל-ארצי, עו"ד



רוית ברעם-מזור, עו"ד



אילן שביט, עו"ד

שביט בר-און גלאון צין נוב יגור ושות'
ב"כ המשיבה 12

תל-אביב, 18 במאי 2009.

תצהיר

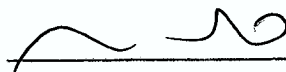
אני הח"מ, יאיר לוי, ת.ז. 9362013, לאחר שהוזהרתי כי עלי להצהיר את האמת שאם לא כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. הנני משמש בתפקיד מנהל רישוי ותשתיות אקולוגיה בחברת רותם אמפרט נגב בע"מ, המשיבה 12 לעתירה בבג"ץ 2606/09 (להלן: "העתירה").
2. הנני מצהיר כי העובדות המפורטות בסעיפים 72-75, 82-85 ו-91-125, לתגובת המשיבה 12 לעתירה הן נכונות, וידועות לי מידיעה אישית במסגרת תפקידי בחברה.
3. יתר העובדות בתגובת המשיבה 12 לעתירה הן נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ולפי מסמכים שהוצגו בפני. הטיעון המשפטי בתגובת המשיבה 12 לעתירה הנו נכון לפי חוות דעתם של יועציה המשפטיים של המשיבה 12.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


יאיר לוי

אישור

אני הח"מ, עו"ד רוית ברעם-מזור, מ"ר 21121, מדרך בגין 52 תל-אביב, מאשרת כי ביום 18/5/2009 מר יאיר לוי, המוכר לי אישית, לאחר שהוזהרתי כי עליו לומר את האמת שאם לא כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה.


רוית ברעם-מזור, עו"ד