

בשבתו כערכאת ערעור על בית הדין לענייני מים

1. עבדאללה אבו מסאעד, ת.ז. 023295330

2. טווילע אל-גנאמי, ת.ז. 065755134

3. אברהים אל-אטרש, ת.ז. 058528290

4. סלים אבו אל-קיעאן, ת.ז. 053851481

5. עיד סלמאן אל-נבארי, ת.ז. 5944046

6. אבראהים סבייח אל-הוואשלה, ת.ז. 028333060

באמצעות עוה"ד עאדל בדיר ו/או סוהאד בשארה ו/או חסן
גיבארין ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעגיו ו/או
נור אלעטאונה

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד
510 שפרעם 20200 טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

המערערים

נגד

נציב המים

מינהל מקרקעי ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

רחוב סלאח-אלדין 29, ירושלים

המשיבים

סיכומים בכתב מטעם המערערים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.9.2007, מוגשים בזאת סיכומי טענות מטעם המערערים.

יובהר מייד, כי אין בנימוקים להלן בכדי לגרוע מטענות המערערים בגוף הערעור או בכל חלק מהן. מטרתה של
הודעה זו היא לבסס את התשתית הנדרשת על פי ההלכה הפסוקה לקבלת הערעור.

הרקע לערעור ומסכת עובדתית רלבנטית:

1. תחילתו של נושא סיכומים אלה היה בעתירה שהגישו העוררים ביום 7.5.2001, נגד החלטת נציב המים ומינהל מקרקעי ישראל לא לחבר את בתיהם של המערערים לרשת המים. בג"ץ החליט שהדרך הנאותה למערערים הינה בהגשת בקשות אינדיווידואליות (לקבוצות המונות עשר משפחות ומעלה), לוועדה להקצאת מי שתייה (להלן – "ועדת המים"). כאמור בהודעת הערעור, המערערים הגישו בקשות פרטניות לוועדת המים אשר המליצה לנציב המים לדחות את בקשת העוררים. נציב המים, מבלי לנמק את החלטתו, דחה את בקשת העוררים אף הוא.

2. לגרסתה של המנהלה לקידום הבדווים, הסיבה שבגללה נדחתה בקשת המערערים, הינה האופציה החילופית הקיימת בפני התושבים הבדווים המתגוררים בכפרים הבלתי מוכרים, לעבור ולגור במקומות אחרים העומדים בתנאי התכנון והבנייה ואשר מחוברים לתשתיות מים, חשמל ושירותים חיוניים אחרים.

3. בכתב התביעה שהוגש מטעמם לבית המשפט לענייני מים, תקפו המערערים את החלטת נציב המים בשני מישורים: במישור העקרוני; הם תקפו את עצם התניית אספקת חיבורי מים במעבר למקום מגורים אחר. במישור המינהלי; הם טענו כי בניגוד לכללי המשפט המינהלי, שלפיהם החלטתו של נציב המים צריכה להיות עצמאית, החלטתו הסתמכה אך ורק על החלטת ועדת המים. כך למעשה נציב המים, כגוף מעין שיפוטי, לא נתן החלטה הנשענת על עצמאות שיקול דעתו ונימוקיו העצמאיים.

4. כאמור בית המשפט לענייני מים דחה את בקשת המערערים ומכאן הערעור נושא סיכומים אלה.

5. המערערים דוחים מכל וכל את הקביעה העובדתית של בית המשפט קמא, שלפיה המערערים והמשפחות שהם מייצגים בחרו לעבור מריכוזי אוכלוסין מוכרים לכפרי "הפזורה" הבדווית. קביעה זו לא נסמכה על ראיות כלשהן. לא התקיים בעניינה שלב של הוכחות כלשהו. לא הוגשו בעניינה חוות דעת כלשהן. לא זו בלבד, היא סותרת את העובדות לאשורן, שאותן היה אפשר להוכיח בנקל, ולפיהן המערערים הם תושבי כפרים אלה מדורי דורות וברוב המקרים עוד מלפני קום המדינה. משפחות אלו מעולם לא עזבו את אדמתם או עברו מריכוזי אוכלוסין לכפרים שהם מתיישבים בהם היום.

6. יודגש, כי המערערים לא מבקשים כי יחוברו בתיהם למים. אין הם מבקשים כי המשיבים ישקיעו בתשתיות ובצינורות מים, ויספקו מים עד לפתח בתיהם של כל אחד ואחת מהתושבים. כל מבוקשם מסתכם בכך, כי נציב המים יאשר להם "נקודות חיבור למים", ויתקין מד מים על צינור מים שכבר קיים לאורך הצירים המרכזיים בנגב. עוד יודגש, כי לא מדובר במשפחות בודדות אלא במספר רב של אזרחים. כל מערער הגיש את הבקשה בשמן של משפחות רבות (מעל עשר משפחות, לפי הנחיית בית המשפט העליון בבג"ץ 3586/01).

7. המערערים יפרטו בהמשך, בין היתר, כי **בית משפט נכבד זה אסר את השימוש בגופו של האדם כאמצעי לקידום מטרות שאף הן היו לגיטימיות ביותר בעיני המשיבים או בעיני המדינה**. אי חיבור המערערים למי שתייה מהטעם של קידום מדיניות כלשהי, הינו בבחינת שימוש בגופו של האדם ובבריאותו כאמצעי למטרה פוליטית. בית משפט נכבד זה אסר באופן מוחלט כל שימוש או פגיעה בגופו של האדם כאמצעי לקידום מטרות אף אם היו נעלות שנוגעות לזכות החיים של בני אדם אחרים. בפסק דין **בעניין נוהל שכן** (בג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז**, (לא פורסם)), המשיב טען כי השימוש בנוהל זה נועד על מנת להגן על חיי החיילים וכן על חיי אלה הנמצאים בבית. על אף טיעונים אלה, בית משפט נכבד זה אסר את השימוש בגופו של האדם כאמצעי. בפסק דין **בעניין איסור עינויים** (בג"ץ 02 / 769 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, (לא פורסם)), נטען על ידי השב"כ שהעינויים מתבצעים במקרים של "פצצה מתקתקת" על מנת להציל חיי אדם, עם זאת בית המשפט הנכבד אסר את השימוש בגוף לצורך זה. **בעניין אבו מדיגם** שיפורט בהמשך, המשיב טען כי הוא נוקט בריסוס יבולים חקלאיים של הערבים הבדווים בנגב על מנת לקדם מדיניותו בדבר איסור שימוש בקרקעי מדינה, אולם, בית משפט נכבד זה אסר את השימוש הזה בגלל שהוא פוגע בבריאותו ובגופו של האדם באשר הוא.

פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של המערערים :

8. עניינו של ערעור זה הינו בזכותם הבסיסית של המערערים אזרחי המדינה לנגישות למי שתייה נקיים. אין חולק כי הזכות למי שתייה היא אחת מזכויות היסוד החוקתיות. זכות זו נגזרת מהזכות לחיים, מהזכות לכבוד ומהזכות לשוויון. אף סעיף 3 לחוק המים, תשי"ט-1959, שנחקק בעבר הרחוק ואשר קובע "**כל אדם זכאי לקבל מים ולהשתמש בהם בכפוף להוראות חוק זה**" (ההדגשה לא במקור) מתייחס לזכות זו בתור זכות אוניברסאלית שאינה חלה אך ורק על אזרחים או תושבים אלא על **כל אדם באשר הוא**. היינו, זכות זו ניצבת כזכות עליונה במדרג ההיררכי של הזכויות שאינן ניתנות להתניה כלשהי במעמדו האזרחי של האדם, בדומה לזכויות החוקתיות: לכבוד, לחיים ולשלמות הגוף. המשמעות היא, ששיקולים כגון היותו של האדם אזרח, תושב, זר, מקום מגוריו, היותו אסיר או עציר, היותו עבריין, עשיר או עני ועוד – אינם יכולים להוות שיקולים רלבנטיים לעניינה של פיסקת ההגבלה. בערעור זה, אין צורך לדון בכל השיקולים הרלבנטיים לעניינה של פיסקת ההגבלה בדבר הגבלת מימוש הזכות למי שתייה, אך כפי שנפרט בהמשך, צורת ההתיישבות של האזרחים – במקרה זה כפרים לא מוכרים – אינה יכולה להיות שיקול מן העניין לצורך פיסקת ההגבלה.

9. לעניין מעמדה החוקתי של הזכות למי שתייה כזכות בסיסית לקיומו הפיזי של האדם, הדברים שהועלו בעניין **ישראל טויטו** מתאימים לעניין זה לאמור :

"אכן במשפט בישראל הולכת ומשתרשת התפיסה כי כבודו של אדם כזכות חוקתית אוצר בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי ובכלל זה קורת גג, מזון בסיסי, וטיפול רפואי אלמנטרי, וכי על המדינה חובה לדאוג לכך שרמת חייו של אדם לא תרד מתחת לסף הנדרש לחיים בכבוד (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פד"י נה(3) 360; בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה, פד"י נח(3) 503; רע"א 5368/01 פנחס יהודה נ' עו"ד תשובה, פד"י נח(1) 214).

יש להניח כי תפיסה זו תכוון את גישתן של הרשויות אם ובמידה שמי מן המערערים יפנה לקבלת עזרה".

עע"מ 3829/04 **ישראל טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" - "כיכר הלחם" העמותה לצמצום הפער**

החברתי בישראל ואח' נ' עיריית ירושלים. תק-על 2004(4), 2130, עמ' 2135.

10. יתרה מכך, התנערות המדינה מחובתה לספק מים למערערים כאשר היא מקיימת חובה זו במלואה בחוות הבודדים המוקמות בנגב מפלה לרעה את המערערים ופוגעת בזכותם לשוויון. חוות הבודדים בנגב מוקמות על אלפי דונמים בעבור משפחות בודדות ללא כל אישורים תכנוניים, ללא היתרי בנייה וללא מכרזים. למרות זאת, הן חוברו למים, חשמל, טלפון ודרכי גישה. חיבורן של חוות אלו למים מפריך את הטענה של ועדת המים בדבר הקשר בין ההימנעות מחיבורם של הכפרים הבלתי מוכרים בנגב למים לבין מעמדם הבלתי מוסדר של כפרים אלו ומקל וחומר מצביעה על אפליה חריפה נגד המערערים. לפי המערערים, זה מצביע על אפליה בוטה. ודוק, המערערים בניגוד לתושבי חוות הבודדים אינם מבקשים חיבור מסיבי של תשתיות וצינורות מים על מנת לספק להם מים לפתחי ביתם, אלא מסתפקים בחיבור מים לכמה נקודות מרכזיות בקרבת כפרים אלה. ועל כן, המערערים טוענים שבית המשפט קמא טעה בעת קבע שמהערערים אינם זכאים לחיבור למים עפ"י סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה, מכיוון שסעיף זה מתייחס לאספקת מים לבניין או לבית ספציפי (ראו פסקאות 68-71 להודעת הערעור).

11. כפי שנפרט בהמשך, על אף שבית המשפט קמא אינו חולק על מעמדה של הזכות למי שתייה כזכות יסוד, הוא אישר את החלטת המשיבים הדוחה את בקשותיהם של המערערים למים, תוך כדי פגיעה משמעותית בזכות יסוד זו מבלי ליתן משקל ראוי למעמדה החוקתי של זכות זו, מבלי לערוך את האיזון החוקתי האופקי או האנכי בעניין מימושה ומבלי ליתן נימוקים כלשהם המתיישים עם פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: יסוד כבוד האדם וחירותו.

12. האם נימוקי בית המשפט קמא וקביעתו כי למערערים אין זכות לחיבור למי שתייה מקיימים את פיסקת ההגבלה ולפיה הפגיעה חייבת להיות על פי חוק, לתכלית ראויה ומידתית?

האם הפגיעה היא על פי חוק?

13. שגה בית המשפט קמא כאשר קבע, כאמור, כי המערערים אינם זכאים לחיבור למים וזאת על פי סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה, מכיוון שמדובר בהתיישבות בלתי חוקית. המערערים יטענו כי סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה עניינו בהספקת מים לבניין ולבית ספציפי, כך שזרימת המים תהיה בתוך אותו בית או בניין. סעיף 157א' אינו חל על המקרה נשוא הערעור דנן. המערערים אינם מבקשים כי יחובר כל בית ובית מבתיהם לרשת המים. הם מבקשים כי תינתן להם נקודת חיבור מים אשר תספק מים למספר רב של משפחות. נקודת חיבור זו תהיה במרחק של מספר קילומטרים מבתיהם של המערערים. אין תכליתו של סעיף 157א' למנוע משפחות שלמות מלקבל מים, אלא באי הספקת מים לאותו בית אשר נבנה בניגוד לתוכניות מקומיות ו/או מחוזיות.

14. המערערים יטענו כי סעיף 157א' חל במקרה הרגיל, כאשר קיימת רשות מקומית ולצידה ועדה מקומית. בסעיף קטן ד(2) צוין כי: "לא יספק ספק מים לבניין – שלא לצורך ביצוע עבודה כאמור בפסקה (1) – אלא לאחר שהמבקש המציא לו אישור מאת הרשות המאשרת". ובסעיף ההגדרות מוגדרת "הרשות המאשרת": יושב ראש ועדה מקומית יחד עם מהנדס הוועדה... "אם נלך לפי אותו קו היגיון, אזי זכותם למים של התושבים הבדוויים בכל הכפרים הבלתי מוכרים ריקה מתוכן. במקומות אלה אין כלל ועדה מקומית ואין אפילו רשות מקומית. למי יכולים לפנות אותם תושבים לקבל את האישורים? האם הם צריכים למות מצמא עד שתקום רשות מקומית ו"רשות מאשרת" כדרישת החוק? מה טעם היה בהחלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 3586/01, אשר הנחתה את העותרים לפנות בבקשות פרטניות לוועדה לענייני מים ולנציב המים, אם מראש התוצאה ידועה, והיא דחיית בקשותיהם של המערערים על הסף כי אין בנמצא לא ועדה מקומית ולא ועדה מאשרת?

15. ובכל מקרה, מאחר וענייננו במימושה של זכות חוקתית, הפגיעה בה חייבת להיות על פי חקיקה מפורשת וברורה המאשרת את הפגיעה. אף אם נניח שהחקיקה הראשית הינה עמומה ולא ברורה, עקרונות הפרשנות התכליתית מחייבים כי כל פרשנות לחקיקה מעין זו חייבת להתיישב עם עקרונות היסוד וכן להניח כי מלאכת הפרשנות אינה מניחה מראש את אי מימוש הזכות. נהפוך הוא. נקודת המוצא היא שחקיקה כזו נוטה לממש את הזכות, אלא אם כן הורתה על כך באופן מפורש שלא מתיר ספקות כלשהן. הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בחקיקה שנעשתה לפני חוק היסוד (ראו לעניין זה דנ"פ 95 / 2316 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פס"ד מט (4) 589, עמ' 633). לכן, יש לפרש את סעיף 157א' לחוק המים כפי שהוא ומבלי להוסיף עליו מה שאין בו. היינו שיחול רק איפה שקיימת "רשות מאשרת" (קרי רשות מקומית וועדה מקומית).

האם הפגיעה הינה לתכלית ראויה?

16. בית משפט נכבד זה קבע כי תכלית ראויה היא זו שנותנת משקל לזכויות האדם ולא מניחה את הפגיעה הלא מוצדקת בהם. כפי שציין בעניין זה הנשיא (בדימוס) ברק בעניין **מועצת חוף עזה** :

"כך ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן...". (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט (2) 481, בעמ' 570.

17. השיקול העיקרי שעמד מאחורי דחיית בקשותיהם של המערערים היה הפעלת לחץ על המערערים לעבור ליישובי קבע וריכוזי אוכלוסין. המערערים פנו למשיבים על מנת שהאחרונים יספקו להם חיבורי מים, והנה הנימוק היחיד המופיע בדחיית הבקשות הנ"ל הינו, כי יש בנמצא פתרונות זמינים **לאכלוס** מידי ביישובים חורה ו/או לקיה ו/או ערערה, שבהם ניתן לקבל את כל השירותים לרבות מים. האם נימוקים אלה הינם לתכלית ראויה?

18. המערערים יטענו בהקשר זה, כי פגיעה בכבודם על מנת לקדם מדיניות כללית איננה יכולה להיות לתכלית ראויה, התניית זכותם לחיות בכבוד ואי פגיעה בזכות לחיים על מנת לקדם מדיניות פוליטית איננה יכולה להיות לתכלית ראויה. עניין לנו בפגיעה כה חמורה וכה גורפת בזכותם הבסיסית והחוקתית של המערערים למי שתייה שאין כל תכלית ראויה לפגיעה כה מוחלטת בה. למעשה, אי אספקת מי שתייה למערערים מהווה ענישה אכזרית שאין בינה לבין המציאות הקיימת כל קשר. אם נשווה למשל את המקרה דנן אפילו למקרים שבהם החוק מאפשר ענישה ופגיעה בזכויות, כגון אסירים ועבריינים, הרי אותו חוק איננו מתיר ואיננו מאפשר פגיעה בזכות לחיים ובזכות לכבוד, אזי מקל וחומר במקרה דנן.

19. פסק הדין של ביהמ"ש קמא מנוגד להלכה הפסוקה שנקבעה לאחרונה בעניין **אבו מדיגם**. נושא הכפרים הבלתי מוכרים הנו נושא של מדיניות כללית שבה כרוכים, בין היתר, סכסוכים על הקרקע ועל השימוש בה. למסקנה זו הגיעה השופטת ארבל בפרשת **אבו מדיגם** שבה ביטל בית המשפט העליון את מדיניות ריסוס

היבולים בכפרים הבלתי מוכרים, מאחר והיא עלולה לפגוע בזכות של שוכני האזורים המרוססים לכבוד ולבריאיות. וכלשון כב' השופטת ארבל:

"פעולות הריסוס כפי שנעשו פוגעות לטעמי באגד של זכויות וערכים ששמירתם חיונית לשמירה על קיומו וכבודו של אדם באשר הוא אדם. לצד תפקידה של המדינה בהגנת מקרקעיה, מוטלת עליה חובה אחרת בעלת חשיבות עילאית - להגן על שלומם ורווחתם של אזרחיה: גברים ונשים; צעירים וקשישים; שומרי חוק ומפרי חוק. במסגרת זאת, נושאת המדינה באחריות להגנת בריאותם, שלמות גופם וכבודם של בני המגזר הבדווי בנגב, אשר כל אחד מפרטיו הוא אזרח המדינה, ומכאן כי עליה לממש את יעדיה ומדיניותה, בתחום הקרקעי ובכלל, באמצעים אשר עולים בקנה אחד עם אחריותה זו להגנת זכויות היסוד של אזרחיה".

בג"ץ 2887/04 סלים אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2007(2), 333, בעמ' 50.

20. הנה כי כן, בית משפט נכבד זה ביטל את מדיניות ריסוס השדות של תושבים הבדווים בטענה כי היא אינה לתכלית ראויה גם אם מטרת המדינה היא למנוע שימוש בקרקע שלה. בית המשפט הנכבד קבע כי מדיניות זו אינה עולה על זכויות חוקתיות כמו הזכות לכבוד לבריאיות ולשלמות הגוף.

21. השופטת ארבל אף ציינה, כי סוגיית האוכלוסייה הבדווית והכפרים הבלתי מוכרים בנגב היא סוגיה המצריכה פתרון מערכתי כולל ומקיף. וכלשון פסק הדין:

"לצד זאת, ראוי כי מצב הדברים שתואר בעתירה זו, יחד עם המצוקה והקשיים שתוארו, יזכיר שוב לכולנו את שידענו זה מכבר: כי המציאות הקשה עימה מתמודדת האוכלוסייה הבדווית במדינת ישראל, מחייבת - ויפה שעת אחת קודם - פתרון מערכתי כולל ומקיף. פתרונות נקודתיים, טובים יותר או טובים פחות, לא יוכלו להוות בטווח הארוך פתרונות-אמת. הגיעה העת לגבש ולממש פיתרון רחב באמת לסוגיה זו".

בג"ץ 2887/04 סלים אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2007(2), 333, בעמ' 54.

22. בנוסף, ההחלטה שלא לספק מי שתייה למערערים איננה לתכלית ראויה מאחר והיא פוגעת בזכויות הילדים והנשים במשפחותיהם. פסק הדין של בית המשפט קמא מנוגד לחקיקה בעניין זכויות הילדים ובמיוחד לאמנת האו"ם לזכויות הילד משנת 1989 אשר אוסרת כל פגיעה בזכותם של הילדים להתפתח בגלל עניינים שאינם תלויים בהם. האמנה אף קובעת קובעת בסעיף 3, בין היתר, כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות

על-ידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים, בתי משפט, רשויות מינהל או גופים מחוקקים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

23. המערערים יטענו, כי מעמד של קרקע או סכסוך כלשהו בין התושבים הבדווים בנגב לבין המדינה אינם יכולים להוות בסיס למניעת זכויות חוקתיות, כגון הזכות למים או הזכות לבריאות. אל לה למדינה להשתמש בשוט מניעת הזכות למים כדרך לכפות על המערערים את מדיניותה המוצהרת (ריכוזם בעיירות). ההגבלה של זכות יסוד זו צריכה לנבוע מחוק מפורש המתיר לרשות להגביל זכות יסוד זו. אין להשתמש במשאב המים, שהוא משאב ציבורי על פי הגדרה ועל פי חוק, כנשק המאיים על התושבים הבדווים, על מנת שההמשלה תוכל ליישם מדיניותה בדבר ריכוז האוכלוסייה הבדווית. יישום מדיניות הממשלה צריך לבוא בעקבות משא ומתן עם התושבים או בעקבות התדיינות סביב זכויותיהם של הצדדים בקרקע בבתי המשפט ועל פי הדין, ולא כתוצאה מלחץ אשר מפעילה המדינה על התושבים ע"י אי הספקת מים להם. על כן, טעה בית המשפט קמא כאשר קבע כי מאזן האינטרסים נוטה לכיוונם של המשיבים וגובר על זכותם של העוררים למים.

24. כאן מתאימים דבריה ומסקנותיה של ועדת החקירה הממלכתית לברור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 כלהלן:

"האוכלוסייה הבדווית בנגב היא האוכלוסייה העניה ביותר בישראל. בתקופה הנדונה חיו 70%-65% מתוכה מתחת לקו העוני. שישה מתוך שבעה היישובים הבדווים דורגו באשכול הנמוך ביותר מבחינה חברתית-כלכלית. הבדווים נמצאים בראש טבלאות האבטלה בישראל. תנאי החיים של אוכלוסייה זו קשים ביותר. תושבי הפזורה, שרבים מהם מתגוררים בפחונים ובצריפים, לא נהנו מאספקת חשמל סדירה, ממים זורמים, מפינוי אשפה ומסלילת דרכים. זרימת הביוב היתה פתוחה ונוסף לכך – הוזרמו שפכים מן הערים בנגב לנחלים שבאזורי מגוריהם. גם שירותי הבריאות, החינוך והרווחה רחוקים מן הנדרש".

(ראו: דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לברור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, בראשותו של השופט (בדימוס) ת' אור, בעמ' 53).

האם הפגיעה היא מידתית?

25. כאן נבחן את שלושת מבחני המשנה אשר נקבעו בהלכה הפסוקה והם: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן הצורך, ומבחן האמצעי המידתי.

מבחן הקשר הרצינאלי:

26. חיבורם של המערערים לנקודות מי שתייה אינו יכול להוות בעתיד מכשול כלשהו לנושא ההסדר העתידי של מעמדם של הכפרים הבלתי מוכרים. העניין נשוא ערעור זה שונה הוא במהותו מסוגיית ההכרה בכפרים הבלתי מוכרים הכרוכה בתהליכים תכנוניים בעיקרה, אשר מייעדים את אזורי הכפרים לאזורי פיתוח למגורים. ועל כן חיבור בתייהם של המערערים לנקודות מים לא יהווה מכשול כלשהו להסדרת הנושא בעתיד, **שכן לא מדובר בעניין שהוא בלתי הפיך** כגון ההכרה בכפרים עצמם. בהקשר זה, ידוע לכל הרי שעניין אי החיבור לרשת המים לא גרם עד כה להסדרת נושא הכפרים הלא מוכרים ולא הוא שיגרום להעברתם ממקום מושבם. האלטרנטיבה לאי חיבור מים לא גורמת למערערים שיעברו ממקום מושבם, אלא מאלצת אותם לשאוב מים ממקומות אחרים – דבר הכרוך במאמצים רבים ואף מוביל לבעיות תברואתיות.

27. המערערים יוסיפו בהקשר זה, כי המשיבים, על מנת ליישם את מדיניותם בנגב, מנצלים את מצוקת הבדווים למים ואינם מוכנים לחבר את המערערים למים (על אף יכולתם לעשות כן), ועל כן הם מפרים את מחויבותם לאמנות שעליהן חתמה מדינת ישראל. הנושא עמד לנגד עיני הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם. בבואם לעגן את הזכות למים, נעשתה הבחנה בין מצב של חוסר יכולת מצד המדינה לספק מים לבין מצב של חוסר נכונות לעשות כן:

"בקביעת אילו פעולות או השמטות נחשבות להפרה של הזכות למים, חשוב להבחין בין חוסר היכולת של המדינה שהיא צד לאמנה לבין **חוסר נכונות של מדינה** לעמוד בחובותיה ביחס לזכות למים... מדינה שאינה נכונה להשתמש במירב המשאבים הקיימים למימוש הזכות למים, מפרה את חובותיה שמתוקף לאמנה". (ההדגשה לא במקור)

28. ואכן, הזכות למים לתושבי הכפרים הבלתי מוכרים עמדה אל מול עיני חלק מוועדות האו"ם אשר קבעו כי חובה להכיר בזכות תושבי הכפרים הבלתי מוכרים למי שתייה והן הורו לחברם בהתאם. כך למשל קבעה הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מטעם האו"ם בחוות דעת שהוציאה מטעמה בתאריך 26.11.2002 שהזכות למים היא זכות בסיסית ועל המדינה השולטת במאגרי המים לדאוג לאספקת המים בכמות ובאיכות הדרושות. ועל כן חובתה של ישראל כמדינה החתומה על האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות

ותרבותיות לדאוג לספק מים לתושבים הבדווים בנגב ללא קשר למקום מגוריהם (חוות הדעת צורפה כמוצג ת/19 בתיק המוצגים).

29. בדצמבר 1998, ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הביעה את ביקורתה לגבי מדיניות הממשלות השונות כנגד האוכלוסייה הערבית הבדווית בכפרים הלא מוכרים בנגב. הוועדה סקרה את מצבה של אותה אוכלוסייה והביעה את ביקורתה, בין השאר, נגד העדר אספקת מים סדירה לאותה אוכלוסייה כלהלן:

"28. The Committee expresses its grave concern about the situation of the Bedouin Palestinians settled in Israel.[...] They have no access to water, electricity and sanitation" [...]

30. לא זו אף זו, זכות זו הוכרה על ידי הטריבוונל הבינלאומי למים שבאמסטרדם, בעקבות תביעה שהגישה בשנת 1992, "אגודת הגליל – האגודה הערבית הארצית למחקר ושירותי בריאות" נגד משרד החקלאות ומשרד הפנים לחבר כפרים לא מוכרים בצפון המדינה למים; הטריבוונל הבינלאומי למים שבאמסטרדם, הולנד ערך דיון בסוגיה והחליט כי חובה על המדינה לחבר את הכפרים לרשת המים הארצית, וכי אין להיתלות בחוק התכנון והבנייה משנת 1965 כדי למנוע חיבור אותם כפרים, הואיל והם היו קיימים לא רק לפני החוק אלא גם לפני הקמת המדינה. בית הדין התייחס בהחלטתו גם לסיכון הבריאותי שבאי חיבור אותם כפרים לרשת המים הארצית:

"5. The populations of the said communities, or a majority thereof, were already settled and/or owned the land prior to the creation of the state of Israel in 1948 and the Planning and the Building law of 1965 as later amended in 1981. The impact of this law has initiated a process of displacement of populations and disruption of their cultures.

6. The jury is unable to countenance any governmental action which uses the denial of water as a means of enforcing zoning or planning.

7. These policies have a negative effect on the health of the populations in the unrecognized villages.

8. The jury deplores this denial of water of sufficient quality and quantity and recommends that the Israeli government:

I- Use the discretionary powers which the planning and building law offer and forthwith connect the villages concerned to the national water network... " .

31. ודוק, המדינה מחויבת לפי חוק המים ולפי המחקרים הנ"ל לא רק לאספקת מים בסיסית, אלא גם לאספקה הולמת בתנאים בריאותיים המונעים באופן מקסימאלי מחלות הנגרמות על-ידי זיהום מקורות המים. כאמור, המערערים סובלים מאספקת מים בלתי הולמת ואף מזיקה במקרים מסוימים.

32. לכן, אמצעי שהוא פוגע בזכויות יסוד, מפר אמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם, פוגע בזכויות הילדים, אינו לתכלית ראויה. ובכל מקרה האמצעי הזה אינו לגיטימי משום שאינו לתכלית ראויה כפי שנקבע בעניין **אבו מדיגם** הנ"ל כי הוא לא הדרך הראויה להסדרת נושא מעמד הכפרים הלא מוכרים.

מבחן הצורך (אמצעי שפגיעתו פחותה):

33. המערערים יטענו, כי אי אספקת מי שתייה עבור משפחותיהם מהווה אמצעי אכזרי, בלתי אנושי והקשה ביותר. ובכן, בידי המשיבים כלים רבים נוספים, אמנם לא קלים אף הם, לביצוע מדיניותם בהקשר האוכלוסייה הערבית בדוויית בנגב. החל ממו"מ וכלה בדיני התכנון והבנייה והמקרקעין למיניהם, ואכן, המשיבים משתמשים בכלים אלה. המשיבים, במקרה דנן, בחרו לנקוט באמצעי החמור ביותר אשר פוגע קשות בזכותם של המערערים, כאמור, לחיים, לכבוד, לבריאות ולשוויון.

34. העדר מים למערערים ולמשפחות שבשמן הם הגישו בקשות לוועדת המים, כרוך בסיכון בריאותי ותברואתי ראשון במעלה. מדובר בסכנה לבריאות חברי התא המשפחתי, לרבות ילדים קטנים, אמהות וגברים. סכנות אלה כוללות התייבשות, זיהומי מעיים, ובעיות תברואתיות היוצרות מחלות רבות. המערערים בהודעת הערעור סמכו את טיעוניהם על מחקרים רפואיים מהארץ ומהעולם. לפי מחקרים אלה היעדר מים לכפרים הבלתי מוכרים, מהווה סיכון בריאותי לחיי התושבים ועלול לגרום למצבי חולי מסוכנים כגון התייבשות, זיהומי מעיים ובעיות תברואתיות היוצרות מחלות רבות.

35. פרופסור אלקן, מנהל המכון למחלות זיהומיות, מרכז רפואי סורוקה ואוניברסיטת בן-גוריון בנגב, סוקר בחוות דעתו המקצועית, אשר צורפה לכתב התביעה מיום 20.4.05 (ת/13), את הסכנות הבריאותיות האורבות לאזרחים בכפרים הלא מוכרים כתוצאה מהעדר מים בכלל, או כתוצאה מקיומו בצורה מינימלית וממילא אינה מספקת. פרופסור אלקן עומד על שלוש סכנות עיקריות שבמצב זה, התייבשות, זיהום מעיים והיגיינה לקויה.

(העתק חוות דעתו של פרופסור אלקן צורף לתיק המוצגים וסימנו ת/13).

36. בנוסף, בעבודת מחקר משנת 1999 שהונחתה על ידי משרד הבריאות, נסקרו מחלות הקשורות במים שכוללות, בין השאר: פוליו, צהבת, כולרה, דיזנטריה אמביאלית, קמפילובקטר, יארסיניה, סלמונלה, גיאורדיה, טיפוס ופרה טיפוס, אסקריס, טריכוריאזיס. אותו מחקר הצביע על מחלות מועברות על ידי וקטורים מימיים כגון: מלריה, פילריה, קדחת צהובה, בילהרציה. הטבלה שלהלן מראה את המחלות המועברות על ידי מים ומאפייניהן.

ראו סקר איכות מי השתייה בפזורה הבדווית בשטח השיפוט של העיר ערד (מחקר בהנחיית משרד הבריאות במחוז הדרום) (1999), עמ' 9 – 12.

37. הנה כי כן, העדר מים בכמות ובאיכות הדרושות על פי דין כרוך בנזק ממשי ומוחשי למערערים ועל כן הוא מהווה האמצעי הקשה ביותר.

מבחן האמצעי המידתי:

38. המבחן הזה בוחן את התועלת מול הנזק והוא מציב את השאלה: האם דמוקרטיה רשאית למען קידום מדיניותה לנקוט באמצעים כאלה? האם הפגיעה בערכים עולה על הנזק אן ההיפך?

39. המערערים יטענו, כי בית משפט נכבד זה אסר את השימוש בגופו של האדם כאמצעי לקידום מטרות שאף הן היו לגיטימיות ביותר בעיני המשיבים או בעיני המדינה. בפסיקה זו, בית משפט נכבד זה אסר באופן מוחלט כל שימוש או פגיעה בגופו של האדם כאמצעי לקידום מטרות אף אם היו נעלות שנוגעות לזכות החיים של בני אדם אחרים. בפסק דין בעניין נוהל שכן (בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, (לא פורסם)), המשיב טען כי השימוש בנוהל זה נועד על מנת להגן על חיי החיילים וכן על חיי אלה הנמצאים בבית. על אף טיעונים אלה, בית משפט נכבד זה אסר את השימוש בגופו של האדם כאמצעי. בפסק דין בעניין איסור עינויים (בג"ץ 769 / 02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, (לא פורסם)), נטען על ידי השב"כ שהעינויים מתבצעים במקרים של "פצצה מתקתקת" על מנת להציל חיי אדם, עם זאת בית המשפט הנכבד אסר את השימוש בגוף לצורך זה. בעניין אבו מדיגם הנ"ל, המשיב טען כי הוא נוקט באמצעי זה על מנת לקדם מדיניותו בנושא הסדרת הקרקע, בית משפט נכבד זה אסר את השימוש הזה בגלל שהוא פוגע בבריאותו ובגופו של האדם באשר הוא.

40. השימוש במי השתייה, המצרך החיוני ביותר שבלעדיו הגוף איננו יכול להתקיים, כאמצעי לקידום מדיניות כלשהי, הינו מעשה אסור מאחר ויש בו שימוש בגוף כאמצעי. ההבדל בין המקרה דן לבין הפסיקה

הני"ל הוא שבפסיקה הני"ל בית משפט נכבד זה אסר את השימוש בגוף כאמצעי על אף שמעורבים בנושא חייהם של אחרים, מקל וחומר במקרה של המערערים שבו חיבורם לרשת המים אינו נוגע לחייהם של אחרים.

41. ועל כן השימוש במי שתייה כאמצעי הינו אקט אכזרי ביותר שדמוקרטיה מנועה להשתמש בו על מנת לקדם מדיניות כלשהי ותהיה חשיבותה של מדיניות זו אשר תהיה. דמוקרטיה אינה רשאית לנקוט בכל האמצעים על מנת לקדם מדיניותה או להגן על ערכים אחרים. בהקשר זה יפים הם דברי הנשא ברק כתוארו אז בעניין **חוק**

האזרחות:

משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם [...].

מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט.

בג"ץ 7052 / 03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם), בעמ' 69.

עצמאות שיקול הדעת של נציב המים ופגמים בהחלטה

42. המערערים טענו כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי לא נפל פגם בעצמאות שיקול הדעת של נציב המים בקבלת ההחלטות נשוא ערעור זה. חתימת נציב המים על **פרוטוקולי הדיון של ועדת המים**, כאשר הוא כלל לא השתתף בדיונים אלה, אינה מהווה החלטה של הנציב. גם אם נצא מנקודת הנחה כי החתימה של נציב המים על הפרוטוקולים של דיוני ועדת המים מהווה החלטה של הנציב, המערערים יטענו כי אין מדובר בהחלטה עצמאית ובהפעלת שיקול דעת עצמאי של הנציב, ועל כן אין מדובר בהחלטה אשר נתקבלה ע"י בעל הסמכות (נציב המים) ותוצאתה, בין השאר, הפרה בוטה לזכויות חוקתיות וזכויות יסוד העומדות להם.

43. חשוב להדגיש כי הנציב חתום, כביכול, על פרוטוקול של דיון אשר כלל הוא לא השתתף בו. על כן אין מדובר בהחלטה של הנציב, ובוודאי לא בהחלטה עצמאית שלו. חתימת הנציב על פרוטוקולים של ועדת המים, שהוא כלל לא השתתף בהם, אינה מהווה קבלת החלטה עצמאית. המשיבים לא הגישו לבית המשפט קמא שום החלטה של נציב המים בהתאם לסמכותו של פי דין.

44. עפ"י חוק המים נציב המים הוא זה שמוסמך לקבל החלטות בבקשות נשוא הערעור, וחובה עליו לקבל את החלטותיו באופן עצמאי, כאשר ועדת המים משמשת אך ורק כגוף מיעץ. זאת ועוד, לפי הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, חובה על נציב המים היה לתת החלטה מנומקת המפרטת את הסיבות לדחיית הבקשה.

45. המערערים טענו, שוועדת המים נהגה בניגוד לחוק באופן שיטתי ושגרתי זה שנים רבות לטפל בפניות לחיבורי מים של התושבים הבדווים בכפרים הבלתי מוכרים בנגב, ובפועל הועדה נטלה לעצמה את סמכות נציב המים ופעלה באופן עצמאי במקומו (ראה פסקה 23 להודעת הערעור).

טענת השיהוי

46. המערערים טענו ששגה בית המשפט קמא כאשר קבע שדין הערר להידחות על הסף מחמת שיהוי. המערערים טענו כי בשל הפגמים היסודיים שנפלו בהחלטות הנציב, דינן של החלטות אלה להתבטל מעיקרן. זאת ועוד, בשל פגמים אלה לא חל שיהוי מטעם המערערים בהגשת תביעתם לבית הדין לענייני מים.

47. המערערים טענו שלא קיימת החלטה מטעם נציב המים ועל כן מעולם לא נשלחה להם. על כן המערערים טענו שבית המשפט קמא טעה כאשר קבע שהמכתבים אשר נשלחו לעוררים מטעם המנהלה לקידום הבדווים מהווים החלטה רשמית; כאשר במכתבים אלה לא מצוין שום מועד של קבלת ההחלטה של הנציב בדבר דחיית בקשתם של העוררים. המערערים טענו עוד שאין לראות בפרוטוקולים של ועדת המים כהחלטה היות וועדה זו הינה רק גוף ממליץ וגם לאור העובדה שנציב המים כלל לא נטל חלק בדיונים אלה.

48. ודוק, בית המשפט קמא קבע בדיון שהתקיים ביום 5.12.05 שהמכתב שנשלח לעוררים מטעם המנהלה לקידום הבדווים אינו מהווה את החלטת נציב המים (פסקה 75 להודעת הערעור). חרף קביעתו זו נדחתה בקשתם של העוררים.

49. המערערים טענו עוד שנפל פגם מהותי ב"החלטת" הנציב. המערערים חזרו והדגישו שפרוטוקולי ועדת המים החתומים על-ידי נציב המים, חרף העובדה שהוא לא נכח ולא השתתף בדיונים, אינם מהווים כלל ועיקר החלטה

רשמית מטעם הרשות המוסמכת, קרי נציב המים. זאת ועוד, בהנחה שהחלטת ועדת המים היא גם החלטתו של הנציב, עדיין אין לראות במהלך קבלת ההחלטה כמהלך עצמאי כדרוש בחוק.

50. המערערים חזרו וצינו שהעובדות מדברות בפני עצמן. בכל פעם שפנו למשיבים בבקשה להמציא החלטה מנומקת מטעם נציב המים, כשלו המשיבים להציג מסמך זה. על כן המערערים טענו ש"החלטת" הנציב אינה קיימת במציאות ולפיכך אין לטעון כלפיהם טענת שיהוי כלשהי.

51. המערערים דוחים מכל את טענות השיהוי כלפיהם. הם מפנים בהודעת הערעור לבקשות השונות שהגישו ולועדת המים בכדי לקדם את הדיון בנושא, וגם לבקשה לקיום דיון דחוף שהוגשה מטעמם לבית משפט קמא. (פסקה 90 להודעת הערעור).

52. בנוסף, המערערים טענו כי סוגיית החיבור למים הינה סוגיה הנוגעת לזכות יסוד בעלת חשיבות מרבית לאור מעמדה של הזכות למים כזכות חוקתית. המערערים הראו שבית המשפט העליון דחה טענות של שיהוי כאשר הסוגיה שעמדה על הפרק הייתה חשובה ומהותית. ראה- רע"א 8047/03 - היועץ המשפטי לממשלה נ' מתילדה דוידזון ואח'. תק-על 2004(2), 2680; בג"צ 6488/02 - הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל ואח' נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים ואח'. תק-על 2004(2), 2581. (פסקאות 91-95).

53. המערערים טענו עוד, שאין לקבל את טענת המשיבים לדחות את הערעור על הסף בטענת השיהוי מפני שלא נגרם שום נזק לצד ג' או פגיעה באינטרס חיוני כתוצאה מהשיהוי. (פסקה 94) עע"מ 8354/04 - האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדווים בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לערעורים ואח'. תק-על 2006(1), 1046.

54. המערערים טענו עוד, לחוסר ניקיון כפיים של המשיבים. וזאת בשל השתהותם בדיון בבקשות שהוגשו מטעם העוררים. ובמקרים אחרים, העוררים לא קיבלו אף תשובה בדבר בקשותיהם, למרות חלוף חודשים רבים מעת הדיון בהם בוועדת המים. המערערים, חזרו וטענו והדגישו כי בסופו של דבר, לא נשלחו החלטות של נציב המים כדרוש לפי החוק, אלא מה שנשלח זה רק הודעות אודות החלטת הנציב.

עאדל בדיר, עו"ד

ב"כ המערערים