

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. אברההים סבייח אל-הוואשלה, ת.ז. 028333060

באמצעות עוה"ד עאדל בדיר ו/או מרואן דלאל ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או עביר בכר ו/או מוראד אלסאנע ו/או סאוסן זהר ו/או נביל דכואר ו/או נור אלעטאוונה מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד 510 שפרעם 20200 טלפון: 9501610 - 04; פקס: 9503140 – 04

המערערים

נגד

1. נציב המים
 2. מינהל מקרקעי ישראל
- באמצעות פרקליטות המדינה
רחוב סלאח-אלדין 29, ירושלים

המשיבים

הודעת ערעור

בהתאם לסעיף 41 (א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ולסעיף 146 לחוק המים, התשי"ט – 1959, מתכבדים המערערים להגיש ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית דין לענייני מים (כבוד השופט רון שפירא –אב"ד, ונציגי הציבור הרלמין גדעון ושטרייט שאול) בו"ע 609/05, אשר ניתן ביום 13 בספטמבר, 2006 (להלן – "פסק הדין"). פסק הדין נתקבל

במשרדי עדאלה, ב"כ המערערים, ביום 19.9.06, ומצורף להודעת הערעור ומהוה חלק בלתי נפרד ממנה. רצ"ב העתק מפסק הדין ומסומן כנספח ע/1 לערעור זה.

ואלה נימוקי הערעור:

מבוא

1. מקורו של ערעור זה התחיל בעתירה לבג"צ (3586/01) שהוגשה ביום 7.5.2001, בין השאר, נגד המשיבים על מנת לחייבם לחבר כפרים לא מוכרים בנגב למים. עתירה זו תקפה את התעלמות הרשויות המוסמכות מהצורך הבסיסי של תושבי הכפרים הלא מוכרים בנגב למים, בכמות ובאיכות הדרושות על פי הדין. בעקבות הגשת העתירה לבג"צ, ולאחר שהתנהלו מספר דיונים בפני בית המשפט העליון, והוגשו הודעות ותגובות רבות מטעם העותרים, החליט בג"צ ביום 16.2.2003 כדלקמן:

"נראה לנו כי העתירה, במתכונת הכללית שבה הוגשה, מיצתה את עצמה. הניסיון שנצבר במהלך טיפולנו הממושך בעתירה זו שיכנע אותנו כי הדרך הנאותה למימוש זכויותיהם של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב **להספקה של מים** היא בהגשת בקשות אינדיווידואליות ונקודתיות (לקבוצות המונות עשר משפחות לפחות) לועדה להקצאת מי שתיה, שהיא המוסמכת **להמליץ לפני נציב המים** לבצע חיבורים חדשים ונוספים לרשת הספקת המים ושעל החלטותיה רשאים יהיו המבקשים שלא יבואו על סיפוקם להשיג לפני בית המשפט המוסמך.

על רקע זה הננו מחליטים לדחות את העתירה. אין בכך כדי לגרוע מזכותם של העותרים הפרטיים לפנות בבקשות מתאימות לועדה להקצאת מי שתיה. הואיל ולפי התרשמותנו הביאה העתירה, ולוא במידת-מה, לקידום העניין שלמענו הוגשה, החלטנו לחייב את המשיבים לשלם לעותרים הוצאות העתירה בסך 5,000." (ההדגשה לא במקור)

רצ"ב ההחלטה בבג"צ 3586/01 מיום 16.2.2003 כנספח לערעור זה שסימנה ע/2.

2. ואכן, המערערים הגישו את בקשותיהם הפרטניות ל"ועדת המים" המופעלת על ידי גוף הנקרא "מנהלת קידום הבדואים", אשר פועלת במסגרת סמכויותיו וכוחותיו של מינהל מקרקעי ישראל. ועדת המים המליצה לנציב המים לדחות את בקשות התובעים, המערערים בערעור זה. המערערים מעולם לא ראו מהי החלטת נציב המים, ומהם שיקוליו. כמו כן, לא פורט למערערים, על ידי ועדת המים, מה השיקולים שנשקלו אשר הובילו לדחיית בקשתם. כל שראו המערערים היה הודעת "המנהלה לקידום הבדואים", כי נציב המים קיבל את עמדת ועדת המים ודחה את בקשותיהם.

3. לשיטת "המנהלה לקידום הבדואים", המערערים אינם זכאים לחיבורי מים, כלומר אינם זכאים לקבל מי שתייה בכלל, משום שהם יכולים לעבור ולגור במקום אחר, שבו ניתן להשיג מים. אכן, המשיבים מתנים את זכות היסוד והזכות החוקתית למי שתייה במגורים במקום אחר. אין ספק כי שיקול זה של המשיבים הוא פסול, כשם שהשימוש

בצורך הבסיסי למים כדי להפעיל לחץ על אנשים ולשלוט מהם את זכויותיהם הינו פסול גם כן.

4. ח"כ מתן וילנאי, שהיה יו"ר ועדת השרים המיוחדת לענייני הבדואים, התייחס במהלך עדותו בפני ועדת החקירה הממלכתית לעניין אירועי אוקטובר 2000 (ועדת אור) ביום 3.1.2002 להתנהלות הרשויות מול האוכלוסייה הבדואית בכפרים הלא מוכרים, ובעיקר התנהלות מינהל מקרקעי ישראל באמצעות אותה "מנהלת לקידום הבדואים". לשיטת מר וילנאי:

"ונקודה נוספת, שגם אותה העליתי, זה המגזר הבדואי בנגב. המגזר הבדואי בנגב, יש תופעה מאוד מעניינת. יש לו הקצאה של כמאתיים מיליון שקל בשנה. זה לא כסף, זה הרבה כסף. מחציתו לערך מדי שנה מוחזרת חזרה. **קצת פחות ממחצית מוחזרת חזרה לאוצר**, כי זה עושה, כי זה מיועד לפיצויים להסדרי קרקעות, ומכיוון שאין הסדרי קרקעות, הכסף הזה חוזר חזרה. **צריך את אותו כסף עצמו, לא כסף נוסף, להפנות לא לפיצויים, לא להסדרי קרקעות, אלא לתחומים אחרים במגזר הבדואי בדרום.**" (ההדגשה לא המקור)

5. עוד הוסיף ח"כ וילנאי לשאלת העדר אספקת מים לאותם אנשים בצינו כי מדובר בעניין אבסורדי שאין לו מקום במדינה מתוקנת. לשיטתו:

"אנחנו, למשל, בלי שהספקנו לעסוק בבדואים בדרום, כי כפי שאמרתי, זו תכנית נפרדת, דרשנו פריסה של קווי מים. אלה דרישות מגוחכות בחברה מודרנית."

קטעים מעדותו של מר וילנאי בפני ועדת אור יצורפו לתיק המוצגים ויסומנו ת/3.

6. המערערים טענו בכתב התביעה בפני בית המשפט לענייני מים, כי שיקולי המשיבים, אשר מתנים את אספקת חיבורי מים במעבר למקום מגורים אחר, זרים הם. עוד טענו המערערים כי נפל פגם היורד לשורשו של עניין בהחלטת נציב המים, כאשר הגוף הממליץ ("ועדת המים", באמצעות "מנהלת קידום הבדואים") הוא המחליט, הלכה למעשה, במקום הרשות המוסמכת על פי חוק (נציב המים). פגם זה מחייב, בפני עצמו ויחד עם הטיעונים האחרים של התובעים, לבטל את החלטות המשיבים לא לספק לתובעים חיבורי מים אשר יספקו מים בכמות ובאיכות הדרושות. אולם, וכאמור, בית המשפט לענייני מים דחה את התביעה, ומכאן הערעור. נימוקו העיקרי של פסק-הדין נשען על התניית הספקת מי השתייה למערערים במעבר שלהם למקום מגורים אחר.

7. נקודת המוצא של הודעת ערעור זו היא זכותם החוקתית של המערערים למי שתייה. זכות זו אשר מעוגנת בחוק במפורש (סעיף 3 לחוק מים, תשי"ט-1959 (להלן חוק המים)), הינה חלק מזכותם של המערערים לכבוד, בעיקר לאור זכותם לתנאי קיום מינימאליים. ללא מי שתייה לא ניתן להגיע לרף הנמוך בדבר קיומו של תנאי מינימאלי לקיום בכבוד. בנוסף, המערערים יבקשו לממש את זכותם לבריאות על ידי חיוב המשיבים לספק מי שתייה, באמצעות חיבורי מים, אשר יספקו מים בכמות ובאיכות הדרושות.

8. 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.

9. עוד יודגש, כי לא מדובר במשפחות בודדות אלא במספר רב של אזרחים. כל מערער הגיש את הבקשה בשמן של משפחות רבות (מעל עשר משפחות, עפ"י הנחיית בית המשפט העליון בבג"צ 3586/01). למשל, המערער עבדאללה אבו מסאעד הגיש בקשה לחיבור למים בשמן של 15 משפחות המונות כ- 100 אנשים. טווילע אל-גנאמי בקשתו התייחסה ל-11 משפחות אשר מנו כ-39 אנשים. אברהים אלאטרש הגיש בקשה בשמן של 10 משפחות המונות כ- 94 אנשים. בקשתו של סלים אבו אלקיעאן התייחסה ל-34 משפחות אשר מונות 172 אנשים. בקשתו של עיד סלמאן אלנבארי התייחסה ל 40 משפחות אשר מונות 247 אנשים. בקשתו של אברהים סבייח אלהואשלה התייחסה ל 18 משפחות אשר מונות כ- 115 אנשים.

פסק הדין ועיקרי הערעור

10. כבוד השופט שפירא, בדחותו את הערר, קבע בפסק דינו כי אין להתערב בהחלטות נציב המים שלא לאשר את החיבור של העוררים למים מאחר שלא נפל כל פגם מהותי בהחלטות אלה. נימוקו העיקרי של פסק-דין זה הוא כי, מאחורי התביעה לחיבור למים מוסווה סוגיה רחבה של הסדרת ההתיישבות הבדואית במרחבי הנגב, וכי אין זה מסמכותו של נציב המים ואין זה מסמכותו של בית משפט, או מתפקידו, להיות מתווה מדיניות לעניין ההתיישבות.

11. המערערים יטענו, כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי לא נפל פגם בהחלטות נציב המים וכי החלטותיו לא חרגו ממתחם הסבירות או כי נשקלו משיקולים זרים. המערערים יטענו כי מדובר בערר המבקש חיבורי מים, פשוטו כמשמעו. אין מדובר בתביעה להסדרת מעמדם של הכפרים הבלתי מוכרים. יוזכר כבר כאן, כי הערר לבית הדין לענייני מים, בא בעקבות עתירה לבג"צ להספקת מים למערערים. בג"ץ החליט ביום 16.2.03 כי הדרך הנאותה למימוש זכויותיהם של תושבי הכפרים הבלתי מוכרים בנגב **להספקת מים** היא בהגשת בקשות אינדיווידואליות לוועדה להקצאת מי שתייה, שהיא המוסמכת להמליץ בפני נציב המים לבצע חיבורים חדשים ונוספים לרשת הספקת המים ושעל החלטות הנציב רשאים יהיו העוררים שלא יבואו על סיפוקם להשיג לפני בית המשפט המוסמך (בית הדין לענייני מים). וכך עשו המערערים כאשר פנו לוועדת המים ולנציב המים, ועל החלטות הנציב ו/או העדרן הם הגישו את עררם לבית הדין לענייני המים.

12. שגה בית המשפט קמא כאשר קשר בין תביעת המערערים לחיבורי מים לבין פתרונות אכלוס אחרים. המערערים לא פנו לנציב המים ולאחר מכן לבית המשפט קמא על מנת להסדיר את נושא ההתיישבות או האכלוס הקבוע שלהם, נושא שאינו בסמכות בית המשפט קמא.

13. שגה בית המשפט קמא, בקובעו כי המערערים התיישבו במקומותיהם הנוכחיים בצורה ספונטאנית, מתוך ידיעה שעקב כך לא יוכלו להתחבר לתשתיות בסיסיות. מדברים אלה מתקבל הרושם כאילו ביום בהיר אחד החליטו המערערים לעזוב את מגוריהם במרכז התיישבותי חוקי ומוכר והחליטו להתיישב אי שם במדבר. יודגש, כי רוב רובם של המערערים גרים במקומות אלה עוד מלפני קום המדינה ועוד מלפני חקיקת חוק התכנון והבנייה, בשנת 1965, וחלקם האחר עברו לגור במקומות הנוכחיים עפ"י צווים של המושל הצבאי, אשר העביר אותם ממקום מושבם דאז למקומות בהם מתיישבים כעת.

14. שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי המערערים אינם זכאים לחיבור למים וזאת על פי סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן חוק התכנון והבנייה), כיוון שמדובר בהתיישבות בלתי חוקית. המערערים יטענו, כי הוראות סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה, אינן חלות על המקרה נשוא הערעור הנוכחי, והכול יובהר בהרחבה בהמשך הערעור. יצוין כבר כאן, כי סעיף 157א' אינו רלבנטי לענייננו (אישור חיבורי מים). לא מדובר בחיבור צינורות מים והקמת תשתית של צינורות מים, אשר יחברו כל בית ובית למים. מדובר באישור נקודות חיבורי מים מצינור מים אשר כבר קיים לאורך הכבישים והצירים המרכזיים בנגב, והמרוחקים מספר קילומטרים מיישובם ובתיהם של המערערים. נקודות חיבור מים אלה נועדו לספק מענה סביר למצוקת היעדר המים אשר סובלים ממנה המערערים במקום מגוריהם ובמציאות שהם חיים בה. כל חיבור נועד לספק מים למספר רב של משפחות (לפחות עשר משפחות, בהתאם להנחיית בית המשפט העליון בבג"ץ 3586/01 הנ"ל). על כן אין כל קשר בין קבלת היתרי בנייה לבתים לבין הבקשה לאישור נקודות חיבור מים המרוחקות מספר קילומטרים מהבתים.

15. המשיבים לא הצביעו על אף נימוק אחר העולה מההודעות אשר נשלחו למערערים מטעם מנהלת קידום הבדואים בהן הודיעו למערערים כי הנציב החליט לדחות את בקשותיהם של המערערים, מלבד אותו נימוק אחד ויחיד לדחיית הבקשות בזו הלשון: "לנ"ל פתרונות אכלוס זמינים בשכונה X בישוב Y שבנגב, ושם יוכלו לקבל את כל השירותים לרבות מים". כל ההודעות היו באותה רוח. ההודעות לא כללו נימוק נוסף לדחיית הבקשות להספקת חיבורי מים.

16. שגה בית המשפט קמא, כאשר דחה את טענת המערערים לאפליה ובקבלו את טענת המשיבים לפיה חוות הבודדים נבנות בהתאם לתוכניות של גורמי ההתיישבות המוסמכים ועל פי היתרים כדין. כבוד השופט שפירא מצוין, כי אין להשוות בין חוות הבודדים לבין התיישבותם של העוררים. המערערים יטענו, כי חוות אלה מוקמות בניגוד לחוק, ללא אישורם של גורמי התכנון ובניגוד לכל דין. כך קבע לא פעם מבקר המדינה וכך עולה מדברי בית המשפט העליון בעתירה אשר הוגשה ע"י אדם טבע ודין בנושא (בג"ץ 243/99). חוות אלה מחוברות לתשתיות ועולות הון תועפות לקופת המדינה בזמן שמתיישבות בהן משפחות בודדות (משפחה אחת בכל התיישבות אשר עלו לקרקע ללא כל מכרז ללא כל אישור). מנגד המערערים גרים במקומות אלה מימים ימימה ובחלקם עלו לקרקע באישור ועפ"י צווים של המושל הצבאי, דאז, תוך הפקעת אדמותיהם אשר

התגוררו בהן לטובת המדינה. על כן, מקל וחומר יש להיענות לבקשות המערערים להספקת מים, כאשר מדובר בריכוזים של מאות תושבים.

17. שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי לא נפל פגם בעצמאות שיקול הדעת של נציב המים בקבלת ההחלטות נשוא ערעור זה. המערערים טענו והוכיחו כי הנציב (הרשות המוסמכת עפ"י דין) לא קיבל את החלטותיו בעניין הבקשות לחיבורי מים, נשוא ערעור זה, באופן עצמאי. המשיבים לא הציגו ולו מסמך אחד בו הנציב מקבל החלטה מנומקת ועצמאית לדחיית בקשותיהם של המערערים. כל שהם הציגו היה פרוטוקול לדיון של וועדת המים כאשר מצורף אליו דף ועליו מתנוססת חתימת הנציב, ללא ציון תאריך של החתימה ו/או הנושא עליו חותם הנציב ו/או החלטתו בנושא. חשוב להדגיש כי הנציב חתום, כביכול, על פרוטוקול של דיון אשר כלל הוא לא השתתף בו כלל. זאת ועוד, הדיון היה של "וועדת המים" (הגוף הממליץ) ולא של הגוף המחליט (נציב המים). על כן אין מדובר בהחלטה של הנציב, ובוודאי לא בהחלטת עצמאית שלו.

18. המערערים יטענו, כי על בסיס הפגמים הנ"ל, אשר יורחב הדיון עליהם בהמשך, אין בנמצא החלטה של הנציב עליה ניתן להצביע ואשר מהווה נקודת זמן אשר ממנה מתחיל מנין הימים לצורך הערר בפני בית הדין המוסמך. על כן, המערערים יטענו כי שגה בית משפט קמא כאשר לא קיבל את טענת העוררים כי המכתבים שנשלחו אליהם מטעם המנהלה לקידום הבדואים והפרוטוקולים של דיון וועדת המים, אינם מהווים החלטות של הנציב ולכן לא חל שיהוי בהגשת הערר, משום שהעוררים לא קיבלו מעולם החלטות נציב המים. לא למותר לציין, כי אף שקבע כבוד השופט שפירא כי חל שיהוי בהגשת הערר, הוא לא דחה את הערר מהטעם של שיהוי בהגשתו, ודן בערר לגופו של עניין.

פירוט נימוקי הערעור

עצמאות שיקול הדעת של נציב המים ופגמים בהחלטה

19. המערערים יטענו 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 וועדת 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.

20. 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.

21. גם לאחר העלאת טענות אלה ע"י המערערים במסגרת הדיון בפני בית משפט קמא מיום 5.12.05, לא נטען על ידי המשיבים כי הדברים אינם כך. המשיבים אפילו לא ניסו לספק הסבר לעובדה הנטענת על ידי המערערים. בתשובתם לפניית המערערים מיום 5.12.05, לקבלת פרוטוקול דיוני הנציב ואת החלטת הנציב, המשיבים הסתפקו בשליחת פרוטוקולים מדיוני ועדת המים.

22. יודגש, כי על פי חוק המים נציב המים הוא בעל הסמכות לקבל החלטה בבקשות נשוא ערעור זה. לועדת המים יש סמכות לייעץ ולהמליץ, לכל היותר. הנציב הוא זה שצריך לקבל החלטה עצמאית ומנומקת בנושא. חתימת נציב המים על פרוטוקול דיוני ועדת המים אינם מהווים החלטה של הנציב, ובודאי אין מדובר בהחלטה מנומקת. עפ"י הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, על בעל הסמכות לתת החלטה מנומקת בה הוא יסביר לפונה את הסיבות לדחיית בקשתו.

23. המערערים יטענו, כי במקרה נשוא הערעור דן ועדת המים לא רק ייעצה לנציב, אלא שהיא זו אשר החליטה בבקשות להספקת חיבורי מים לעוררים. דומה כי זו היא מדיניות מושרשת לטיפול בפניות של התושבים הבדואים, בכפרים הבלתי מוכרים, לחיבורי מים. כך עולה מהתגובה המקדמית לבג"צ 3586/01, כאשר ציין עו"ד מלכיאל בלס, אז הממונה על ענייני בגצ"ים בפרקליטות המדינה, כי "משנת 1997 ועד היום אישרה ועדה זו למעלה מ-150 חיבורי מים נפרדים...". מדבריו אלה ניתן להסיק שועדת המים היא למעשה הועדה המחליטה. המשיבים ציינו בתגובתם מיום 29.3.06, כי התנהלות נציב המים וועדת המים בקשר עם הבקשות נשוא הערר הנדון, לא הייתה שונה מההתנהלות השגרתית בקשר עם הבקשות השונות המופנות לועדת המים. דברים אלה לא מוכיחים כי הטיפול בבקשות המערערים הינו כהלכה, אלא שהוא בהתאם למדיניות הטיפול בכל הבקשות המוגשות בעניין המים של התושבים הבדואים בכפרים הבלתי מוכרים.

24. ואכן, מעיון בפרוטוקול אשר נשלח לעוררים כהוכחה כי נתקבלה החלטה של נציב המים, עולה כי, הלכה למעשה, הועדה היא זו אשר קיבלה את ההחלטה לדחות את בקשות העוררים. נציב מים חתם על פרוטוקול דיון שהוא כלל לא השתתף בו, ולא הביע דעה בנושא, וגם לא העיר הערות כלשהן, מלבד חתימתו על הפרוטוקול. על כן, הטענה כי הועדה הינה ועדה ממליצה בלבד לנציב המים היא חסרת שחר לאור העובדה שכל ההתנהלות וההתכתבות נעשית מול מנהלת הבדואים, האחראית על הועדה, וכי היא אשר מדווחת על התוצאות באופן הבא: "הוועדה מצאה לנכון שלא להמליץ בפני נציב המים על אישור החיבור... הועדה העבירה את המלצותיה לנציב המים וזה החליט שלא לאשר את בקשתך." גם אם נקבל את הטענה כי חתימת הנציב על הפרוטוקול לדיוני ועדת המים, כאשר הוא לא השתתף בהם, מהווה החלטה של הנציב, המערערים יטענו כי החלטה זו לא נתקבלה ע"י הנציב באופן עצמאי, כחובתו עפ"י החוק.

25. המשיבים בתגובתם מיום 29.3.06 טוענים, כי בהתאם להלכה אין מניעה כי בבוא בעל הסמכות לעשות שימוש בסמכותו, ייעזר ואף יאמץ נימוקים של גורמי עזר, דוגמת ועדת המיס, לצורך גיבוש ההחלטה. גם אם נקבל טענה זו של המשיבים, הם צריכים להצביע על החלטה מנומקת כלשהי של נציב המיס, בה הוא מאמץ את המלצותיהם ו/או את נימוקיהם של גורמי עזר אלה. אין לקבל את הטענה כי חתימה של נציב המיס על דף נפרד המצורף לפרוטוקול דיון של ועדת המיס, כאשר הוא כלל לא השתתף בו, מהווה קבלת החלטה באופן עצמאי. מה גם שעל פניו נראה שאין כל קשר בין חתימת הנציב לבין הפרוטוקול.

26. המערערים יטענו כי במקרה דנן לא עומדת לנציב המיס חזקת התקינות. על מנת שתעמוד לנציב חזקת תקינות המנהל, ועל מנת שהנטל יעבור למערערים על מנת לסתור חזקה זו, על הרשות לעשות מעשה אלמנטארי ובסיסי: לשלוח החלטה מנומקת של הנציב ו/או להצביע על החלטה בה לפחות יציין הנציב, כי הוא מקבל את המלצות ועדת המיס וכי החלטתו זו באה לאחר הפעלת שיקול דעת עצמאי ו/או כל נוסח אחר של החלטה: למשל לצד חתימתו של הנציב על פרוטוקול הדיון של ועדת המיס הוא מצייין כי הוא החליט, לאחר שקרא ועיין בדיוני ועדת המיס ובהמלצותיה, לאמץ את החלטות הועדה ו/או למשל הוא זה שישלח את החלטתו לעוררים ובה הוא יציין, כי החליט לאמץ את המלצת ועדת המיס על נימוקיה, וכו'. רק אז ניתן לומר כי עומדת לנציב המיס חזקת תקינות המעשה המנהלי, ועל החפץ לסתור אותה לעמוד בנטל הבאת הראיות.

27. ויודגש, כי הדף החתום ע"י נציב המיס, והמצורף לפרוטוקול דיוני ועדת המיס, שונה משאר הדפים של הפרוטוקול. הוא מופיע בנפרד מהפרוטוקול וקיים חשש לאותנטיות החתימה, שבאמת יש לה קשר עם הדיון של ועדת המיס. המערערים מבקשים מבית המשפט הנכבד שיורה למשיבים להציג את המסמך המקורי הנקרא פרוטוקול הישיבה מיום 13.6.04 והישיבה מיום 5.9.04, יחד עם חתימות הנציב בסופן.

28. רק לצורך המחשה: שלושת הדפים של הפרוטוקול מיום 13.6.04 נשלחו מפקס מס' 03-6369751 רק פעם אחת (ביום 1.11.05), ואילו דף מס' 4 הכולל את חתימות הנציב ויו"ר הועדה בלבד, והאמור להוות רצף של שלושת הדפים הראשונים של הפרוטוקול, נשלח מספר רב של פעמים ממספרי פקס שונים. הוא נשלח מהמנהלה לקידום הבדואים, נשלח מועדת המיס ובסוף נשלח מפקס 03-6369751- הפרקליטות או המחלקה המשפטית. **(העתק של פרוטוקול דיוני ועדת המיס יצורף לתיק המוצגים).**

29. יתר על כן, לא ברור מהו מועד חתימת נציב המיס, על הפרוטוקול הנ"ל. האם מדובר בחתימה שנעשתה באותו יום של עריכת הדיון בוועדת המיס? האם נעשתה חתימת נציב המיס ביום שליחת הפרוטוקול בפקס למנהלת הבדואים (1.11.05)? האם נציב המיס ערך בדיקה עצמאית בעניין והפעיל, כחובתו על פי דין, שיקול דעת עצמאי בנושא?

30. על סמך האמור לעיל, המערערים הוכיחו, כי ההחלטות נשוא הערר דנן לא התקבלו ע"י בעל הסמכות, הוא נציב המיס. ולכן, הטענה בדבר חזקת תקינות פעילות הרשות המנהלית, במקרה זה נציב המיס, אינה רלבנטית, שכן הטענה של העוררים שלא נסתרה

ע"י המשיבים, היא שהחלטה הנתקפת, כלל לא התקבלה על ידי בעל הסמכות. מדובר בפגם יסודי היורד לשורשו של עניין, המחייב את ביטולו של האקט המנהלי שגרם לפגיעה בזכות העוררים. וגם אם עומדת לנציב המים חזקת התקינות, היא נסתרה ע"י המערערים.

שקילת שיקולים זרים ומאזן האינטרסים

31. טעה בית המשפט קמא כאשר קבע כי מאזן האינטרסים נוטה לכיוונם של המשיבים וגובר על זכותם של העוררים למים.

32. המערערים יטענו, כי השיקול העיקרי שעמד מאחורי דחיית בקשותיהם של המערערים היה הפעלת לחץ על המערערים לעבור ליישובי קבע וריכוזי אוכלוסין. מדובר בשיקול זר ושאינו ממין העניין. המערערים פנו למשיבים על מנת שהאחרונים יספקו להם חיבורי מים, והנה הנימוק היחיד המופיע בדחייתם לבקשות הנ"ל הינו, כי יש בנמצא פתרונות זמינים **לאכלוס** מידי ביישובים חורה ו/או לקיה ו/או ערעה, בהם ניתן לקבל את כל השירותים לרבות מים.

העתק מפניות המערערים לועדת המים, והתשובות אשר נתקבלו יצורפו לתיק המוצגים.

33. המערערים יטענו, כי מעמד של קרקע או סכסוך כלשהו בין התושבים הבדואים 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 תושבי הכפרים הבלתי מוכרים 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 הבדואים, על מנת שהמשלה תוכל ליישם מדיניותה בדבר ריכוז האוכלוסייה הבדואית. יישום מדיניות המשלה צריך לבוא בעקבות משא ומתן עם התושבים או בעקבות התדיינות סביב זכויותיהם של הצדדים בקרקע, ולא כתוצאה מלחץ אשר מפעילה המדינה על התושבים ע"י אי הספקת מים להם.

34. המערערים יטענו, כי בית המשפט קמא לא נתן משקל הולם לזכויות חוקתיות של המערערים. גם אם הזכות למים אינה זכות מוחלטת ודינה כדין כל זכות יסוד אחרת, טעה בית המשפט קמא כאשר נתן משקל מכריע לטענה כי המערערים גרים ביישובים בלתי חוקיים. גם בהנחה שמדובר בשיקול רלוונטי, עדיין אסור שיהיה "**השיקול**" המכריע במאזן האינטרסים. מעיון בתשובות אשר נשלחו למערערים עולה בבירור כי השיקול היחיד אשר נלקח בחשבון הינו העובדה כי המערערים בחרו לגור ביישובים בלתי חוקיים, ועל כן אין להם להלין אלא על עצמם. מדובר, כאמור, בשיקול זר ולא רלוונטי לסוגיית אשור והספקת חיבורי מים למערערים.

35. אין חולק כי הזכות למים הינה אחת מזכויות היסוד הבסיסיות. זכות זו הינה חלק מהזכות לחיים, מהזכות לכבוד, מהזכות לבריאות, ומהזכות לשוויון. בסעיף 3 לחוק המים, תשי"ט-1959, צוין כי "כל אדם זכאי לקבל מים ולהשתמש בהם בכפוף להוראות

חוק זה". גם בית המשפט קמא אינו חולק על קיומיה של זכות יסוד זו. כבוד השופט שפירא ציין בפסק דינו: "הזכות לקבלת מים היא זכות בסיסית ויסודית המהווה רכיב בזכותם של העותרים לבריאות ולכבוד וחובתה של המדינה לספק לעוררים מים כדי לאפשר את קיומם בכבוד, המשך שמירת ופיתוח עסקיהם החקלאיים, ושמירה על בריאותם". ולמרות זאת בית המשפט קמא אישר את החלטת המשיבים הדוחה את בקשותיהם של המערערים למים, תוך כדי פגיעה משמעותית בזכות יסוד זו. בפרשת **ישראל טויטו צוין כי:**

"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"צ 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."

עמ"מ 3829/04 - ישראל טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" - "ככר הלחם" העמותה לצמצום הפער החברתי בישראל ואח' נ' עיריית ירושלים. תק-על 2004(4), 2130, עמ' 2135.

לעניין הזכות למים, ראו גם:

נטע זיו, "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים", משפט וממשל ז' (תשס"ה), עמ' 945, בעמ' 967 – 970.

36. העדר מים למערערים ולמשפחות שבשמן הם הגישו בקשות לועדת 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.

37. 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 והגיינה לקויה:

"סכנות פוטנציאליות:

1. **התייבשות (Dehydration):** איבוד המים היומי במנוחה הוא בכמות של למעלה משני ליטרים ליממה, בשתן, צואה, הזעה ונשימה. כל מאמץ גופני מגביר כמות זו, ולמשל חיילים באימון עלולים לאבד למעלה מעשרה ליטר ביממה. איבוד מוגבר של מלחים בזיעה יביא לירידה בצמאון, דבר אשר יגביר את ההתייבשות.

2. **זיהומי מעיים עקב שימוש במים לא נקיים:** מחלות אלו עשויות להיות קלות, אך לעתים הן מסתבכות, ויש סכנה לחיי החולה. מדובר בגורמי מחלה שונים שעלולים לזהם מי שתייה,

טפילים כמו אמבות, חיידקים כמו סלמונלה או שיגלה, ונגיפים כמו נגיף הרוטה. הפצת גורמי מחלה אלו דרך מי השתייה גורמת להתפרצויות נרחבות, שכן השימוש במים אוניברסאלי, ואמצעי המניעה היעילים הם מרכזיים (כלורינציה של המים, אספקת מים ממקורות בטוחים). האמצעים ההיקפיים כמו הרתחת מים מזוהמים בבית הצרכן, הינם אמצעים שיעילים רק לזמן קצר, בעת משבר באספקת המים, ולא לטווח ארוך.

3. כמויות מים בלתי הולמות יביאו לקשיים בשמירה על היגיינה אישית וניקיון של כלי האוכל בבית. אלו מלווים בהתפרצויות של מחלות כמו כינת הגוף והראש, וזיהומי מעיים שמקורם בכלים לא נקיים, והם עלולים לפגוע בבני משפחה שאוכלים מאותו מקור.

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

38. בעבודת מחקר משנת 1999 שהונחתה על ידי משרד הבריאות, נסקרו מחלות הקשורות במים שכוללות, בין השאר: פוליו, צהבת, כולרה, דיזנטריה אמביאלית, קמפילובקטר, יארסיניה, סלמונלה, ג'יארדיה, 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 ומאפייניהן¹ (עמ' 9 - 12):

מחלות המועברות על ידי מים ומאפייניהן

מחלות המועברות ע"י מים	הגורם למחלה	מקור הזיהום במים	תופעות המחלה
דלקת המעיים	חיידק הסלמונלה	צואת בעלי חיים או אדם	שלשולים והקאות
טיפוס הבטן	חיידק הסלמונלה טיפי	צואת אדם	שלשולים, הקאות וכאבי בטן
דיזנטריה	חיידק השיגלה	צואת אדם	שלשולים
כולרה	חיידק ויבריו קולרה	צואת אדם	הקאות, שלשולים חזקים, התייבשות, איבוד מנרלים וסכנת מוות
דלקת כבד	נגיף	צואת אדם, חיות מים בעלות הנמצאות מזוהמים	עור צהוב, כבד מורחב, כאבי בטן
דיזנטריה אמבית	אינטמבה	צואת אדם	שלשולים בינויים,

¹ ראו סקר איכות מי השתייה בפזורה הבדואית בשטח השיפוט של העיר ערד (מחקר בהנחיית משרד הבריאות במחוז הדרום) (1999), עמ' 9 - 12.

דיזנטריה כרונית		היסטוליטיקה	
כאבי בטן, בחילות וחולשה כללית.	צואת אדם, או בעל חיים	גיארדיה – למבליה	גיארדיזיס

39. לפי ממצאי אותה עבודת מחקר בהנחיית משרד הבריאות, נמצא כי בכפרים הלא מוכרים בנגב יש "מערכות אספקה לקויות של מים... מיכל של מים לא מטופלים, מיכל מים פגום, צינור מים מאולתר ופגום, כל הגורמים הללו מהווים מאכסן לחיידקים, וירוסים, טפילים ואצות העלולים לגרום למחלות זיהומיות."

40. עוד מצא המחקר כי צורת העברת המים הקיימת בישובים הלא מוכרים בנגב משפיעה על גידול מחדש והתרבות של חיידקים וזאת משום "טמפרטורה ומרחק הובלת המים בצנרת... הופעת קוליפורמים במערכת אספקת המים כתוצאה מהתאוששות חיידקים נפגעי חיטוי אשר הצליחו לשרוד תוך כדי מעבר במתקן הטיפול ולאחר מכן להתרבות במערכת." זאת ועוד "הופעת קוליפורמים במערכת אספקת המים כתוצאה מכניסת זיהום חיידקי שמקורו בשטח פנים הצנרת או ממקורות חיזוניים ולאחר כניסת הזיהום עלולה להתרחש התרבות חיידקים במערכת."

(סקר איכות מי השתייה בפזורה הבדואית בשטח השיפוט של העיר ערד (מחקר בהנחיית משרד הבריאות במחוז הדרום) (1999), יצורף לתיק המוצגים וסימנו ת/14).

41. ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization) מנחה אודות הצורך בשמירה על רמה תברואתית נאותה של מים ומזהיר מפני זיהום המים בכל שלב משלבי מעבר המים מהמקור עד הצרכן :

"Each component part of the drinking-water system - the source, treatment, storage, and distribution - must function without risk of failure. A failure in one part will jeopardize and nullify the effects of other parts that function perfectly, as well as the care that has been taken to ensure that they do so. Water is liable to contamination at all stages in the process of supply, hence the need for constant vigilance."

Surveillance Program Requirements, **World Health Organization Guidelines for Drinking Water Quality**, 2nd ed Vol. 2 Geneva, WHO, 1996, pp. 82
קטעים נבחרים יצורפו לתיק המוצגים ויסומנו ת/15.

42. הנה כי כן, העדר מים בכמות ובאיכות הדרושות על פי דין כרוך בנוק ממשי ומוחשי למעוררים. הקלות הבלתי נסבלת של אי שקילת היבט זה על ידי לא אחר מאשר ועדת מים שבראשות "המנהלה לקידום הבדואים" מציבה סימני שאלה לא זו בלבד באשר לחוקיות ומניעי אותה התעלמות, אלא אף על הצורך בקיומו של גוף זה, אשר ככל הנראה מייחד את משאביו לשליטה ודיכוי כנגד האוכלוסייה שהוא אמור "לקדם".

43. הזכות למים היא זכות שאין עליה ויכוח משפטי, שכן היא קשורה לזכות לחיים. בהצעת החוק של ח"כ שלום שמחון העוסקת בזכות למים (תיקון לחוק המים-1959) שהוגשה ביום 14.7.03 לכנסת השש-עשרה, הציע השר שמחון לקבוע את הזכות למים האופן מפורש בחוק ולהרחיבה, כך שתפתור את השאלות השנויות במחלוקת בדבר זכותם של אנשים מסוימים למים, ובדבר חובתה של המדינה לספקם. הצורך בעיגון הזכות למים מדגיש גם את חובתה של המדינה לספק מים בתנאים של מחסור בהם.

44. המשיבים, על מנת ליישם את מדיניותם בנגב, מנצלים את מצוקת הבדואים למים ואינם מוכנים לחבר את המערערים למים (על אף יכולתם לעשות כן), ועל כן הם מפרים את מחויבותם לאמנות עליהן חתמה מדינת ישראל. הנושא עמד לנגד עיני הועדה 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 נכונותה 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)

45. הועדה לזכויות חברתיות וכלכליות מטעם האו"ם הדגישה בחוות דעת מפורטת מטעמה מיום 26.11.2002 בדבר הזכות למים, את חיוניותה וחשיבותה של הזכות למים, הקשורה באופן אינהרנטי לזכות לחיים ולזכות לבריאות. ועדה זו ציינה, בין השאר, כי זכות זו מטילה חובה על הרשויות לספק מים בכמות ובאיכות הדרושות לשמר את הזכות לחיים ולבריאות.

46. הועדה מטעם האו"ם הוסיפה עוד בחוות דעתה, לעניין החובות המוטלות על המדינות החתומות על האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות, ותרבותיות, כי עליהן לעשות בבקדם ובאפקטיביות כדי לממש את זכות האזרחים למים, בייחוד לאור שליטתן במשאבים רבים, לרבות משאב המים, טכנולוגיה, משאבים כספיים ועוד:

"States parties have a constant and continuing duty under the Covenant to move as expeditiously and effectively as possible towards the full realization of the right to water. Realization of the right should be feasible and practicable, since all States parties exercise control over a broad range of resources, including water, technology, financial resources and international assistance, as with all other rights in the Covenant."

העתק חוות דעת הועדה לזכויות חברתיות, כלכליות, ותרבותיות מטעם האו"ם בעניין הזכות למים, מיום 26.11.2002, תצורף לתיק המוצגים ותסומן ת/ 19.

47. המערערים יטענו כי טעה כבוד השופט שפירא כאשר ציין, כי אין להשוות בין חוות בודדים לבין ההתיישבות של העוררים. המערערים יטענו, כי מדיניותם של המשיבים ושל הממשלה מפלה לרעה את התושבים הבדואים לעומת חוות הבודדים. חוות אלה הוקמו

ללא אישורים ממוסדות התכנון, ללא היתרי בנייה, ללא מכרזים ובניגוד לחוק, ובכל זאת חוברו כולן לתשתיות הנחוצות לחיי אדם, חי וצומח. בין היתר חוברו אלה למים, חשמל, טלפון ודרכי גישה. כספי ציבור רבים הושקעו בהקמת התיישבויות הבודדים, כל זאת בניגוד לחוק ולכללי מינהל תקין. כך גם עולה מהביקורת אשר מתח מבקר המדינה בדו"ח מס' 50 משנת 2000.

48. לעומת התיישבויות בודדים אלה המיועדות למשפחות בודדות, המערערים מיצגים קבוצות גדולות של תושבים (עשר משפחות לפחות) וכל מה שהם מבקשים זה לאשר להם נקודות חיבור לצינורות מים שכבר קיימים לאורך הצירים המרכזיים בנגב. המערערים אינם מבקשים כי המשיבים יפרסו תשתיות וצינורות מים על מנת לספק להם מים לפתחי בתיהם של הראשונים. על חובת המדינה והפועלים בשמה לפעול בהגינות וללא אפליה, עמד כבוד הנשיא ברק בפרשת **מרכז הקבלנים באומרו**:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל [...] מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות".

בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746

49. באשר לקביעת בית המשפט קמא כי העוררים עברו מריכוזי אוכלוסין להתיישבות חדשה משלהם, המערערים יטענו כי קביעה זו אינה תואמת את המציאות של העוררים. אין מדובר בהתיישבויות חדשות וספונטאניות הקמות חדשות לבקרים, כהגדרת בית משפט קמא. העוררים ברובם גרים ביישובים אלה עוד מלפני קום המדינה, ובוודאי מלפני הקמת ריכוזי האוכלוסין עליהם מדברים המשיבים, ובחלקם האחר עברו לגור שם עוד בשנות החמישים עפ"י החלטות של הגורמים המוסמכים דאז, כמו המושל הצבאי. לא ברור על מה הסתמך כבוד השופט שפירא, כאשר קבע בפסק דינו כי משפחות בדואים, כמו במקרה של איברהים אל-אטרש, בוחרות לעבור מריכוז מסוים להתיישבות חדשה משלהם. עובדה זו אינה נכונה וגם לא נטענה ע"י המשיבים. המשפחות שמייצג אותן אברהים אל-אטרש (כולל משפחתו של מר אברהים) מתגוררות באותו מקום עוד מלפני קום המדינה, ולא עברו מאף ריכוז התיישבותי אחר.

50. מעיון בתשובות המשיבים אשר נשלחו למערערים לא עולה אף הסבר נוסף, מלבד זה שהמערערים גרים, לפי טענת המשיבים, בהתיישבויות בלתי חוקיות וקיימים פתרונות אכלוס אחרים. אמנם בתגובתם המשלימה של המשיבים מיום 25.5.06, הם העלו מספר נימוקים אחרים, אך רובם ככולם נובעים מאותו נימוק עיקרי שלפיו המערערים גרים בהתיישבויות בלתי חוקיות. אם המשיבים, מנקודת מבטם, ראו בנימוקים ובשיקולים

אלה כבעלי משקל לגבור על זכותם של העוררים למים, למה הם לא טרחו לציין אותם בתשובותיהם למערערים אשר נשלחו אליהם באוקטובר 2004? הנימוק האחד והיחיד המופיע בתשובות אשר נשלחו למערערים היה: "המערערים גרים בהתיישבויות בלתי חוקיות וקיימים פתרונות אכלוס חליפיים לתושבים". להלן נעמוד על אותם נימוקים אחד לאחד ועל משקלם מול זכות היסוד של המערערים למים:

51. **העורר מס' 1 – (עבדאללה אבו מסיעד)**. המשיבים מציינים: "נמצא, כי בשטח הפזורה נמצאו עוקבי מים וצנרת מים, כלומר תשתית מים קיימת". יוער כבר כאן, כי המשיבים לא פירטו באיזה מרחק מהמבקשים (המשפחות העומדות מאחורי העורר מס' 1) נמצאים אותם עוקבי מים וצנרת מים. הם רק מציינים שאי שם בשטח הפזורה קיימת תשתית מים. ואם מדובר בנימוק חשוב ורציני למה לא ראו לנכון לציין אותו בתשובות אשר נשלחו למבקשים. האם זה נימוק בעל משקל כדי לגבור על זכותם למים של המשפחות העומדות מאחורי התובע מס' 1.

52. בבקשתם של המשפחות העומדות מאחורי המערער מס' 1, הם לא הכחישו כי הם מקבלים מים, אך ציינו במפורש כי משפחות אלה מקבלות מים מנקודת מים אחת בלבד המספקת מים ל-1300 תושבי הכפר הלא מוכר תל-אלמלח, ולכן המים שהם מקבלים היא לא בכמות ובאיכות הדרושות על פי דין. מה גם שנקודה זו מרוחקת 6 ק"מ מהמשפחות המבקשות. עובדות אלה לא נסתרו וגם לא נטען לאי-כוננותן ע"י המשיבים.

העתק הבקשה לועדת המים מספטמבר 2003, ותשובת המנהלה לקידום הבדואים יצורפו לתיק המוצגים ויסומנו ת/4 ו-ת/5 בהתאם.

53. יצוין, כי המערער מס' 1 הגיש את בקשתו לחיבור למים בשמן של 15 משפחות המונות כ-100 אנשים. קיומה של צנרת מים בשטח (כאשר לא צוין כמה היא מרוחקת מהמבקשים) אינה מהווה סיבה שלא לספק חיבור מים ל-100 אנשים. נהפוך הוא, קיום של הצנרת מקל על המשיבים לספק חיבורי מים למשפחות אלה. המבקשים לא ביקשו חיבור מים לכל אחד ואחת מהם ו/או חיבורי מים עד לפתח בתיהם. זאת ועוד, המערערים יטענו כי אם כבר קיימת צנרת בשטח, הדבר יקל על המשיבים לספק אותה נקודת מים נוספת למבקשים. המבקשים גם ציינו כי הם מציעים את "בריקה מס' 35" הנמצאת בצומת נבטים – שדה התעופה, כמקור פוטנציאלי לנקודת מים. המשיבים לא הביאו כל נימוק ענייני או בעל משקל לדחיית הבקשה לספק אותה נקודת מים ל-15 המשפחות.

54. **העורר מס' 2- (טווילע אל-גנאמי)**: המשיבים מציינים: "נמצא, כי ריכוז האוכלוסייה ביחס אליה נתבקש חיבור המים התמקמה בשטח אש מס' 503 וברי, כי לא ניתן לאשר חיבורי מים בשטח זה".

55. המערערים יטענו כי נימוק זה אינו מצדיק אי מתן חיבור מים למבקשים. הרבה שטחים בנגב מוגדרים כשטחי אש, אף שבמקומות אלה גרים אנשים ומשפחות רבות. הבקשה של העורר מס' 1 הוגשה בשמם של 11 משפחות אשר מנו כ-39 אנשים והם גרים באותו "שטח אש" כבר עשרות שנים, לפני קום המדינה ובוודאי לפני ההכרזה על המקום כשטח

אש. בל נשכח כי נקודת חיבור המים המבוקשת הינה מחוץ לשטח המוגדר כ"שטח אש".
המשיבים לא פירטו מה המניעה להספקת חיבור המים מהנקודה המבוקשת.

העתק התשובה של מנהלת הבדואים תצורף לתיק המוצגים ותסומן ת/6.

56. השם "שטח אש" מטעה וניתן לחשוב כי מדובר בשטח צבאי סגור. לא כך הדבר. רק לדוגמא נציין כי כמה חוות בודדים נמצאות "בשטחי אש", ובכל זאת הדבר לא מנע מהספקת שירותים של מים, חשמל וטלפון ואותן חוות. להלן צילום של חוות היחיד נחייב, כאשר ברור כי החווה נמצאת בשטח אש, ובכל זאת הדבר לא מנע מחיבור אותה חווה למים.

57. זאת ועוד, המבקשים ציינו בפנייתם מיום 11.3.03 לועדת המים כי מקור אפשרי לחיבור מים הינו נקודת המים של מקורות הנמצאת בסמוך לגדר נמל התעופה נבטים. המשיבים לא ציינו מה המניעה לספק חיבור מים למבקשים מאותה נקודה.



צילום אלברטו דנקברג

חוות נחייב ברקע של שלט "שטח אש. הכניסה אסורה!"

58. **העורר מס' 3 – (אברהים אל-אטרש):** העורר מס' 3 הגיש את הבקשה בשם של 10 משפחות המונות כ- 94 אנשים. משפחות אלה משיגות מים דרך חיבור מים המשרת כ- 500 איש והמרוחק מהם כ- 7 ק"מ.

59. שגה כבוד השופט שפירא כאשר ציין בפסק דינו כי המשפחות במקרה של איברהים אל-אטרש בחרו לעבור מריכוז מסוים להתיישבות חדשה. קביעה זו של כבוד השופט אין לה

תימוכין בחומר שהוגש לפני בית המשפט קמא, ואף לא נטענה כלל ע"י המשיבים. משפחות אלה מתגוררות באותו מקום עוד מלפני קום המדינה ומעולם לא עברו מריכוז אחר.

60. המשיבים מצאו לנכון לאשר את הבקשה של מר אברהם אל-אטרש, אך בשמו של מר פאיז עאייד אל-אטרש. מר פאיז אל-אטרש אינו חלק מהבקשה ואינו חלק מכלל משפחות אל-אטרש שביקשו, באמצעות העורר מס' 3, חיבור מים, והוא גם אינו מתגורר באותו אזור של אותן משפחות. לא ברור, אפוא, כיצד ניתן לראות בתשובת מנהלת קידום הבדואים אישור והיענות לבקשה לחיבור למים של העורר מס' 3 ועשר המשפחות הנ"ל. אישור חיבור מים למר פאיז עייד אל-אטרש אינו פוסל אישור עוד חיבור לעורר המיג עוד עשר משפחות. האם מספר של 94 תושבים לא מצדיק לספק להם חיבור מים? העובדה כי כבר מאושר חיבור מים בסביבה, מוכיח כי אין מניעה לאשר עוד חיבור ל-94 התושבים העומדים מאחורי הבקשה של העורר מס' 3.

העתק תשובת המנהלה לקידום הבדואים תצורף לתיק המוצגים ותסומן ת/7.

61. יצוין, כי המשפחות מציעות לקבל מים דרך חיבור מנקודת הציון: ק"מ 26 ברחוב ערד-באר שבע. שם ישנה נקודת מים מרכזית של מקורות, המרוחקת מאותן משפחות 1.5 ק"מ. המשיבים לא פירטו בתשובותיהם למבקשים ולא בפני בית המשפט קמא מה המניעה לספק למבקשים מים מאותה נקודת חיבור.

62. **העורר מס' 4- (סלים אבו אל-קיעאן):** העורר מס' 4 הגיש את הבקשה בשם של 34 משפחות אשר מונות כ- 172 אנשים. משפחות אלה מתגוררות בכפר הלא מוכר אם אלחיראן. המצב כיום הוא שמשפחות אלה כמעט ואינן זוכות למים. חלק ממשפחות אלו נהגו לקבל מים מנקודת מים הנמצאת בחורשת יתיר, אשר רחוקה 8 ק"מ מאם אלחיראן. נקודה זו משרתת גם את תושבי הכפר הלא מוכר עתיר המונה כ-700 נפש. מכאן שלחץ המים שהגיע בעבר לאום אלחיראן, הגיע בלחץ נמוך ביותר, וממילא בלתי מספיק. עובדה זו גם המשיבים מסכימים לה ואינה מוכחשת על ידם.

העתק מפנית העורר מס' 4 ומתשובת המנהלה לקידום הבדואים יצורפו לתיק המוצגים ויסומנו ת/8 ו- ת/9.

63. מכאן עולה הצורך הבסיסי בהספקת נקודת מים נוספת, אשר תספק מים ל-34 המשפחות העומדות מאחורי המערער מס' 4.

64. **העורר מס' 5- (עיד סלמאן אל-נבארי):** במקרה של המערער מס' 5 המשיבים לא ציינו שום נימוק נוסף לדחיית בקשתם לחיבור מים, מלבד העובדה כי לחלק ממשפחות אלה קיימים פתרונות אכלוס ביישובים אחרים.

65. יודגש, כי הבקשה מוגשת בשמן של 40 משפחות המונות כ-247 אנשים. אנשים אלה מתגוררים בכפר הלא מוכר תל-ערד. משפחות אלה השיגו מים בצורות מאולתרות, לרבות באמצעות הובלת מיכלי מים לאחר תשלום מופקע ולא ריאלי.

העתק מפניית העורר מס' 5 ותשובת המנהלה יצורפו לתיק המוצגים ויסומנו ת/10 ו- ת/11.

66. **העורר מס' 6- (אברהים סביח אל-הוואשלה):** הבקשה מוגשת בשם של 18 משפחות המונות כ- 115 אנשים. משפחות אלו מתגוררות בכפר הלא מוכר תלאע רשיד. כיום מקבלות משפחות אלו מים, יחד עם משפחות רבות אחרות, מנקודת מים על שמו של אברהים ג'ומעה אלהוואשלה, שנפטר בינתיים. כמות המים המתקבלת הינה מזערית ביותר, והמים מופסקים באופן תדיר בשל לחץ המים הנמוך. נקודת המים מרוחקת כ-7 ק"מ מהמשפחות, ובשל הלחץ הנמוך כל משפחה מקבלת מים לילה אחד (בתורנות ועפ"י הסכם בין המשפחות), ואלה הגרים יותר רחוק מובילים מים במיכלים.

67. עובדות אלה אינן מוכחות ע"י המשיבים ואף בתגובתם מיום 25.5.06 הם מציינים במפורש כי רק בחלק ממבני הריכוז נמצאה מערכת מים, ובחלק המערבי של הריכוז נמצאה צנרת אך ללא מים. עוד מציינים המשיבים, כי מקודמת תכנית להקמת מרכז מים לכל האזור. הטענה בדבר קיומה של תכנית להקמת מרכז מים באזור נטענה גם בתשובה לעתירה לבג"ץ 3586/01, עוד משנת 2001. אך עד היום, חרף העובדה כי עברו יותר מחמש שנים מאז התשובה לבג"ץ ויותר משנתיים מאז התשובה לערר במחוזי, לא הוקם אותו מרכז מים ואין בשטח כל סימנים כי מתקיים תכנון להקמת "מרכז מים". גם אם קיים תכנון להקמת מרכז מים, הדבר ייקח שנים רבות, ואין כל סיבה שבינתיים לא תאושר לתושבים עוד נקודת מים, כאשר הדבר אינו כרוך בהשקעת משאבים ממשיים מצד המשיבים.

העתק מתשובת המנהלה לקידום הבדואים תצורף לתיק המוצגים ותסומן ת/12.

68. שגה בית המשפט קמא כאשר קבע, כאמור, כי המערערים אינם זכאים לחיבור למים וזאת על פי סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה, כיוון שמדובר בהתיישבות בלתי חוקית.

69. המערערים יטענו כי סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה עניינו בהספקת מים לבניין ולבית ספציפי, כך שזרימת המים תהיה בתוך אותו בית או בנין. סעיף 157א' אינו חל המקרה נשוא הערעור דנן. המערערים אינם מבקשים כי יחובר כל בית ובית מבתיים 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 מבתיים 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.

70. 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 לבנין- 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 הועדה... אם נלך לפי אותו קו הגיון אזי זכותם למים של התושבים הבדואים 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 הטעם היה בהחלטת בית המשפט העליון בבג"צ 3586/01, אשר הנחתה את העותרים לפנות בבקשות פרטניות לוועדה לענייני מים ולנציב המים, אם מראש התוצאה ידועה, והיא דחית בקשותיהם של המערערים כי אין בנמצא לא ועדה מקומית ולא ועדה מאשרת.

71. זאת ועוד, המערערים יטענו כי לאור קיומה של הזכות למים כזכות יסוד וכחלק מהזכות לכבוד לבריאות ולשוויון, אין לפגוע בה כאשר הוראת החוק הפוגעת אינה מפורשת וניתן לפרשה בצורה המתאימה עם זכות יסוד זו. המערערים יטענו, כי יש לפרש את סעיף 157א' לחוק המים פרשנות מצמצמת, כך שיחול רק איפה שקיימת "רשות מאשרת" (קרי רשות מקומית וועדה מקומית). הרי הסעיף מדבר על קבלת אישור מהוועדה המקומית (הרשות המאשרת), ועל כן הסעיף אין לו תחולה על המקומות בהן אין לתושבים למי לפנות מבחינת חוקי התכנון.

טענת השיהוי

72. המערערים יטענו כי שגה בית הדין כאשר קבע, כי השתהו המערערים בהגשת הערר לבית המשפט, וכי "האיחור בהגשת הערר איננו מוצדק וכבר מטעם זה דין הערר להידחות על הסף". המערערים יטענו כי בשל הפגמים המהותיים אשר נפלו בהחלטות הנציב, פגמים היורדים לשורשן של החלטות, דין החלטות אלה להתבטל (הן בטלות מעיקרן void). זאת ועוד, בשל פגמים אלה לא חל שיהוי מטעם המערערים בהגשת תביעתם לבית הדין לענייני מים.

73. המערערים יטענו כי מעולם לא קיבלו לידיהם את החלטת נציב המים לבקשות אשר הוגשו מטעמם. המשיבים לא הצליחו עד עצם היום הזה, חרף ההזדמנויות הרבות שהיו להם לכך, להצביע על מועד קבלת החלטות של נציב המים שדחו כל אחת ואחת מהבקשות של העוררים לקבל חיבורי מים בכמות ובאיכות הראויות. אכן, לא יכולה להיות החלטה שהיא נטולת מועד כלשהו. ישנן שתי אפשרויות בלבד: או שקיימת החלטה של נציב המים ויש לה מועד ידוע, או שאין החלטה של נציב המים. לא יכול להתקיים מצב של קיומה של החלטה ללא מועד.

74. כל שהציגו המשיבים היו מכתבים אשר נשלחו מטעם המנהלה לקידום הבדואים בהם מודיעים למערערים כי נציב המים החליט לא לאשר את בקשותיהם, בנוסף לפרוטוקולים של דיוני וועדת המים, אשר ממליצה לא לאשר את הבקשות, כאשר הנציב כלל לא השתתף בדיונים אלה. אף אם נתייחס למכתבי המנהלה לקידום הבדואים ולפרוטוקולי הדיון של וועדת המים כאל "החלטות", המערערים יטענו כי לא בעל הסמכות, קרי נציב המים, הוא שקיבל את החלטות ששללו מהעוררים אפשרות לקבל חיבורי מים אשר יספקו מים בכמות ובאיכות הראויות.

75. שגה בית המשפט קמא, כאשר קבע בפסק דינו, כי קיימת החלטה של נציב המים והיא נשלחה לעוררים. דברים אלה הם בניגוד מוחלט למה שנאמר ע"י כבוד השופט שפירא,

בהחלטתו מיום 5.12.05, כאשר הוא ציין במפורש (בעמוד 7 לפרוטוקול), כי "אמנם המכתב עצמו אינו מהווה את החלטת נציב המים ואולם הוא הודעה על תוכן ההחלטה שנשלחה לעוררים, כאשר העתק מהמכתב נשלח לנציבות המים ולגורמים נוספים" (ההדגשה לא במקור). במשפט זה כבוד השופט שפירא מציין שני דברים שונים: **הראשון**, המכתב עצמו של המנהלה לקידום הבדואים אינו מהווה את החלטת נציב המים. לקביעה זו גם המערערים מסכימים, וזה מה שהם טענו לאורך כל ההתדיינות בערכאה הראשונה. **שנית**, כבוד השופט מציין וקובע עובדה כי ההחלטה של הנציב נשלחה לעוררים קודם לכן, והמכתב של המנהלה לקידום הבדואים מהווה הודעה על תוכן אותה החלטה. קביעתו השנייה של כבוד השופט, בדבר שליחת החלטת הנציב לעוררים, אינה נכונה ואין לה תימוכין בחומר הראיות אשר הוצג בפני בית משפט קמא, ואף המשיבים מעולם לא טענו אותה (וכמובן גם לא הביאו ראיות בדבר נכונותה). לאורך כל ההתדיינות בערכאה הקודמת לא הוצגה אותה החלטה בפני בית המשפט.

76. בהמשך להחלטתו של כבוד השופט שפירא מיום 5.12.06 הוא מציין כי:

"בנסיבות העניין היה על העוררים, אם רצו בכך, ואם בקשו לתקוף את שיקול דעתו של נציב המים לפנות בסמוך למועד בו הגיעו אליהם המכתבים, לנציב המים בבקשה לקבל את פרוטוקול הדיון ונוסח ההחלטה החתומה על ידו, ובנסיבות אלו גם יכלו אז, בפרק הזמן שבו הם ממתינים לקבלת כל הפרוטוקולים מנציבות המים, לפנות לבית המשפט בבקשה מתאימה להארכת מועד להגשת הערר וזאת עד שיהיה בידיהם כל החומר הרלוונטי מהדיונים שנערכו בנציבות המים". (ההדגשה לא במקור)

77. המערערים יטענו כי שגה בית המשפט כאשר הוא הטיל את האחריות להצגת החלטת נציב המים והחתומה על ידו, על כתפיהם של המערערים. לא מדובר בסתם מסמך שהמערערים מעוניינים בו לביסוס טענותיהם. מדובר בהחלטה אשר מכוחה מתחיל מרוץ הימים לצורך הגשת הערר לבית הדין לענייני מים. איך מבקשים מהמערערים לערער על החלטה כאשר החלטה זו עדיין לא התקבלה לידיהם של המערערים? על מה הם יערערו אם אין בידיהם אותה החלטה מנומקת וחתומה ע"י הנציב? אולי קיימים בהחלטה תנאים ו/או הגבלות מסוימות ו/או התרים מסוימים. אולי לא קיימת בכלל החלטה כזו. המשיבים הם אלה שהעלו את טענת האיחור, ובכל זאת לא הצליחו להמציא את החלטת הנציב. השופט נתן לחוטא להיות נשכר פעמיים: אף שהמשיבים הם אלו שלא הציגו את החלטת הנציב, כאשר מחובתם צריך היה לעשות כן (עפ"י הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, כבוד השופט הטיל את האחריות על המערערים.

78. זאת ועוד, השופט לא רק הטיל את האחריות על המערערים לאי הצגת החלטת הנציב, אלא שכבוד השופט שפירא קבע שספירת מנין הימים לצורך הגשת הערר מתחילה מאותו יום שבו נודע למערערים על החלטה, כאשר מעולם לא נתקבלה החלטה כזו לידי המערערים. הלכה פסוקה היא, כי מניין הימים מתחיל מיום המצאת ההחלטה, ולא מיום הידיעה עליה.

79. אף בהנחה שצדק כבוד השופט שפירא בקובעו כי מנין הימים מתחיל מאותו יום שבו נודע למערערים על החלטה, קביעה זו מתבטלת כאשר מתברר בהמשך כי החלטה כזאת של נציב המים (מנומקת וחתומה על ידו) מעולם לא הייתה קיימת ומעולם לא נתקבלה ע"י הנציב. המשיבים לא הצליחו להציג החלטות אלה חרף פניית המערערים אליהם בנושא, כפי שיובהר להלן.

80. עוד באותו היום של הדיון מ-5.12.05, פנו המערערים למשיבים וביקשו לקבל לידיהם את החלטה או החלטות נציב המים בבקשות העוררים לחיבורי מים, את מועד קבלתה של החלטה או החלטות של הנציב, את הפרוטוקולים של דיוני וועדת המים ואת הפרוטוקולים של דיוני נציב המים בבקשות העוררים.

81. גם בעקבות פנייה מפורשת זו מטעם המערערים, המשיבים לא שלחו למערערים ולא הציגו בפני בית משפט את החלטות הנציב (החתומות על ידו). הם גם לא טענו כי קיימות החלטות כאלה ולא טענו שאי אפשר להציג אותן מכל סיבה שהיא (כמו למשל אבדו ו/או שלא הצליחו לאתר אותן ו/או שהן חסויות וכו'). כמו כן הם לא הציגו פרוטוקולים של דיונים בהם השתתף נציב המים בנושא בקשותיהם של המערערים. כל מה שנשלח ע"י ב"כ המשיבים היה אותם מכתבים מהמנהלה לקידום הבדואים, בהם הם מודיעים על החלטת הנציב (ואשר היו כבר בפני בית משפט קמא) בנוסף לשני פרוטוקולי דיון של **ועדת המים**. שני פרוטוקולים אלה כוללים בסופם, **בעמוד נפרד ונטול תאריך**, שתי חתימות אחת ליד השניה: חתימת ראש "המנהלה לקידום הבדואים" מר יעקב כץ וחתימת נציב המים מר שמעון טל, כאשר האחרון כלל לא השתתף בדיונים אלה.

82. בדיון בפני בית משפט קמא מיום 5.4.06, ציינה ב"כ המשיבים, עו"ד פיילס שרון, מפורשות כי **איננה יכולה לומר את תאריך החלטת נציב המים** וכי ככל שידוע לה היא התקבלה בסמוך לאחר המלצת הוועדה, ורק לאחר מכן נשלחו לעוררים או לבא כוחם ההודעה על דבר הערר (שורה מס' 20 בעמוד מס' 2 לפרוטוקול מיום 5.4.06). איך זה שהייתה החלטה ללא תאריך. איך זה שלא קיים נייר או דף שבו הנציב מציין שהוא החליט לדחות את הבקשות של העוררים.

83. אף כבוד השופט שפירא ציין בפסק דינו כי:

"החלטת נציב המים הודעה לעוררים בדרך של מכתב שנשלח אליהם מטעם המנהלה לקידום הבדואים. **ראוי היה שהעוררים יקבלו הודעה בכתב ישירות מנציב המים אשר יודיע להם על החלטתו ולא באמצעות המנהלה כאמור לעיל**. פגם זה ראוי שיתוקן אם כי בנסיבות המקרה, אין בו לכשעצמו כדי להשליך על תוצאת הדיון".

84. לסיכום נקודה זו: חרף קביעתו של כבוד השופט שפירא מיום 5.12.05, כי המכתב עצמו של המנהלה לקידום הבדואים אינו מהווה את החלטת נציב המים (אלא לכל היותר הוא מהווה הודעה על תוכן החלטה אשר נשלחה לעוררים קודם), הוא שב וקבע בפסק דינו מיום 13.9.06 כי אין לקבל את טענת העוררים כי המכתבים שנשלחו אליהם מטעם המנהלה לקידום הבדואים אינם מהווים החלטות. על כן טעה בית המשפט הנכבד כאשר קבע כי המכתבים הנ"ל מהווים החלטה של הנציב.

85. המערערים יטענו כי הפגם המהותי שנפל ב"החלטות" הנציב, הוא העדר קיומן של החלטות כאלה, ולא רק בצורה שבהן נודע לעוררים עליהן. המערערים יטענו כי לא התקבלו מעולם החלטות ע"י הרשות המוסמכת לקבלן, קרי נציב המים. לכל היותר היו המלצות של וועדת המים. אין מסמך המוכיח כי המלצות אלה אומצו ע"י נציב המים.

86. על כן המערערים יטענו כי הפגם הנ"ל מהווה פגם מהותי היורד לשורש ההחלטה של הרשות המוסמכת, ולדבר יש השלכות לא רק על עניין המועד להגשת הערר, אלא גם על קיום ההחלטה של הרשות המוסמכת.

87. בענין השיהוי, ועל סמך מה שפורט לעיל, המערערים יטענו כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע בישיבתו מיום 5.12.05 כי הוא אינו מקבל את הטענה של המערערים לפיה מרוץ המועדים לא התחיל מיום קבלת המכתבים של מנהלת הבדואים בה הם מציינים כי הנציב החליט לדחות את בקשותיהם של המערערים לחבורי מים. המערערים חזרו והסבירו בהודעה מטעמם מיום 19.2.06, למה לא ניתן להגיש בקשות להארכת מועד להגשת הערר, וזאת מהסיבה כי בכל עת ההליכים בפני בית המשפט קמא, ואף עד להגשת הודעת ערעור זו, המשיבים לא הצליחו לספק את החלטות נציב המים. המערערים ימשיכו לטעון בהדגשה, כי החלטות אלה לא הוצגו על ידי המשיבים, אף שהיו להם הזדמנויות רבות לעשות כן, משום שהחלטות אלה אין להן קיום במציאות האובייקטיבית, קרי נציב המים מעולם לא קיבל החלטות אלה.

88. ויודגש שוב, כי גם אם נקבל את טענת המשיבים כי החתימה של נציב המים המצורפת לפרוטוקול הדיון של ועדת המים, מהווה אישור לכך כי הנציב "החליט" לאמץ את המלצות הוועדה, ועל כן מדובר ב"החלטה" של הנציב, המערערים יטענו כי נציב המים לא הפעיל שיקול דעת עצמאי בהחלטתו, ועל כן דין החלטתו להתבטל, כפי שהוסבר בפרק של "עצמאות שיקול הדעת של הנציב".

89. המערערים יטענו כי אין לטעון כלפיהם טענת שיהוי כל עוד הם לא קיבלו לידיהם החלטה **מנומקת** של הרשות המוסמכת (נציב המים). בהעדר פרוטוקולי דיון או החלטה מנומקת, לא ניתן להשיג על אותה החלטה.

90. למעלה מן הנדרש, המערערים יטענו כי לא ניתן לקבל כל טענת שיהוי מצידם. המערערים לא זנחו את זכויותיהם. המערערים פנו בפניות רבות לוועדת המים כדי לקדם את הדיון בנושא בקשתם, ומעולם לא זנחו ו/או ויתרו על זכויותיהם. בית המשפט הנכבד מופנה לפסקאות 15 – 21 להודעת המערערים מיום 1.12.2005, ולנספחים שם. באותה הודעה, המערערים פירטו חלק מפניותיהם לוועדת המים, ע"מ לזרז את הטיפול בעניינם ו/או לקבל לידיהם את פרוטוקול הדיון של הוועדה: פניות מיום 3.12.03, מיום 28.12.03, מיום 11.1.04, מיום 16.3.04, ומיום 10.6.04, בנוסף לבקשה לקיום דיון דחוף אשר הוגשה לבית המשפט קמא. אכן, אם היתה השתהות כלשהי בניהול בקשות המערערים לזכות בחיבורי מים, היא היתה מצד המשיבים דווקא ולא המערערים. לניתוח יסודות השיהוי ולשיקולי האיזון ביניהם במשפט הציבורי ראו:

ע"א 6805/99 - תלמוד תורה הכללי והישיבה נ' הוועדה המקומית. פ"ד נז(5), 433.

פניות המערערים הנ"ל יצורפו לתיק המוצגים והם יסומנו ת/26, ת/27, ת/29, ת/30, ות/31 בהתאמה.

91. לא מתקיים אצל המערערים שום שיהוי סובייקטיבי, וממילא אין גם שום שיהוי אובייקטיבי. יתר על כן, הואיל ומדובר בסוגיה הנוגעת לזכויות חוקתיות ולזכויות יסוד, אזי גם מימד הפגיעה בשלטון החוק מחייב את ניהול הדיון בתובענה דנן, ולא דחייתה מפאת קיום שיהוי, אפילו בית המשפט הנכבד יבחר ללכת בדרך שמבקשים אותה המשיבים. קיום הדיון בתביעה מתבקש מקל וחומר, לאור העובדה כי שום נזק לא נגרם למשיבים מאותו שיהוי נטען כלפי המערערים. בפרשת עירית חדרה, העירייה העלתה טענת שיהוי. ביהמ"ש ניתח את יסודות השיהוי וקבע, תוך הסתמכות על הלכת אסולין, כי דין טענת השיהוי להידחות. להלן דבריו:

"שאלת השיהוי נבחנת לאורם של שלושה יסודות. היסוד הראשון הינו "השיהוי הסובייקטיבי", קרי, האם יש בהתנהגות העותרים כדי לרמז על כך שויתרו על זכויותיהם. היסוד השני הינו "השיהוי האובייקטיבי", במסגרתו נבדקת הפגיעה באינטרסים ראויים של הרשות הציבורית או של צדדים שלישיים. היסוד השלישי עניינו במידת הפגיעה בשלטון החוק שיש במעשי הרשות, נשוא העתירה (ראו: בג"ץ 170/87 דוד אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 695-694 (להלן: בג"ץ אסולין); עע"ם 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3), 673, 678-679).

עע"מ 3874/02 - עירית חדרה ואח' נ' חברת שיקרצ'י תעשיות (1995) בע"מ . פ"ד נח(5), 877.

92. כאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד, אין לדחות את התביעה בטענה של שיהוי, כאשר אין פגיעה בזכות צד שלישי. בבג"צ ועד ראשי רשויות ערביות, ביהמ"ש מצא שאכן התקיים שיהוי אובייקטיבי אך לא היה שיהוי סובייקטיבי. למרות זאת לא נתקבלה טענת השיהוי כי הסוגיה היתה בעלת חשיבות מרובה ועל כן החליט ביהמ"ש לדון בטענות לגופו של עניין תוך דחיית טענת השיהוי.

בג"צ 6488/02 - הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל ואח' נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים ואח' . תק-על 2004(2), 2581.

93. בפרשת מתילדה נדונה היענות לבקשת האפוטרופוס הכללי למרות שבקשתו הוגשה באיחור רב. במחוזי נדחתה בקשתו בגלל השיהוי בו לקתה. אך בבית המשפט העליון נדחתה טענת השיהוי בשל חשיבות הזכות המהותית וביהמ"ש קבע כי גם כשיש שיהוי רב, הזכות המהותית, במקרה זה – כיבוד רצון המת, גוברת על הפגם הפרוצדורלי של השיהוי. מקל וחומר הדברים נכונים בענייננו כשמדובר בזכות למים שהיא זכות יסוד החוסה תחת כנפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בפרשת מתילדה נקבע כי:

"אכן, חל שיהוי רב בהגשתה של הבקשה לבית המשפט המחוזי, אולם סבורני כי לנוכח החשיבות הנודעת לכיבוד רצון המת, גובר שיקול זה על כל שיקול או אינטרס אחר."

רע"א 8047/03 - היועץ המשפטי לממשלה נ' מתילדה דוידזון ואח' . תק-על 2004(2), 2680.

94. המערערים יטענו כי המשיבים לא הצביעו על פגיעה באינטרס חיוני או באינטרסים של צד ג', כתוצאה מהשיהוי. בפס"ד בעניין האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים המשיבים טענו כי העתירה לוקה בשיהוי ולכן דינה להידחות שכן החלטת הממשלה היתה בשנת 2002 ואילו העתירה הוגשה בשנת 2004. ביהמ"ש קבע שאף שהיה שיהוי הרי לא ברור שבעטיו נגרמה למשיבים פגיעה. ביהמ"ש קבע כי בשיקולי השיהוי וחלוף הזמן אין כשלעצמם להביא לדחיית העתירה. בפרשת האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים נקבע כי:

"בהגשת העתירה אכן נפל, כפי שקבע בית המשפט קמא, שיהוי. זה נעוץ בכך שהחלטת המועצה הארצית התקבלה ביום 18.1.04 ואילו העתירה לבית המשפט קמא הוגשה רק בחלוף כשלושה חודשים, ביום 7.4.04... עם זאת, נראה שמדובר בשיהוי גבולי, כשלא ברור גם מה היקף הפגיעה שנגרמה למשיבים עקב שיהוי זה."

עע"מ 8354/04 - האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לערעורים ואח'. תק-על 2006(1), 1046.

95. למעלה מן הצורך, בית המשפט קמא יכול היה לראות בהודעת המערערים, מיום 19.2.06, כבקשה להארכת מועד. בהודעתם מיום 19.2.06 ובתגובתם מיום 15.6.06 ציינו המערערים במפורש כי הם מפנים את בית המשפט הנכבד לתקנה 528 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. תקנה זו קובעת במפורש כי:

"מועד או זמן שקבע בית המשפט או הרשם לעשיית דבר שבסדר הדין או שבנוהג, רשאי הוא, לפי שיקול דעתו, ובאין הוראה אחרת בתקנות אלה, להאריך מזמן לזמן, אף שנסתיים המועד או הזמן שנקבע מלכתחילה; נקבע המועד או הזמן בחיקוק, רשאי הוא להאריך מטעמים מיוחדים שיירשמו."

96. טעה כבוד השופט שפירא כאשר לא עשה שימוש בסמכות הנתונה לו עפ"י סעיף 528 לתקנות סד"א, וכאשר לא ראה לנכון להתייחס להודעת המערערים מיום 19.2.06 ולתגובתם מיום 15.6.06 כאל בקשה להארכת מועד להגשת ערר. כבוד השופט שפירא אף לא הזכיר בפסק דינו את בקשתם של המערערים מממנו שיעשה שימוש בסמכותו עפ"י סעיף 528 לתקנות סד"א, וממילא הוא לא ציין את הנימוקים לאי ההיענות לבקשה האמורה.

97. המערערים יטענו עוד, כי טענת השיהוי צריך לטעון אותה עם ניקיון כפיים. כפי שניתן לראות מעיון בתשובות אשר נתקבלו המנהלה לקידום הבדואים, חלק מן הבקשות המתנינו 9 חודשים בטרם נידונו ע"י הועדה לענייני מים, חרף הפניות החוזרות ונשנות של המערערים לזרז את הטיפול בבקשותיהם. גם לאחר הדיון בוועדת המים, התמהמה מנהלת הבדואים בהחזרת התשובות כאילו אין מדובר בזכות בסיסית שהתושבים צמאים לה. כך המתנינו חלק מהתושבים 4 חודשים נוספים לאחר שבקשתם נידונה ע"י ועדת המים גם תשובה זו התקבלה לאחר פניות ב"כ העוררים לוועדה. לכל אלה נוסף את העובדה, כי בסופו של דבר לא נשלחו החלטות נציב המים למערערים (בהנחה שהוא אכן

קיבל החלטות כאלה), אלא רק **ההודעות אודות** החלטות נציב המים נשלחו ע"י המנהלה לקידום הבדואים.

98. לא למיותר יצוין, כי הפרוצדורה להגשת ערר על החלטות נציב המים איננה ברורה וחד משמעית. אמנם הערר על החלטת נציב המים למתן רישיון הפקה, נקבע ל-21 יום מיום ההחלטה (סעיף 31 לחוק המים), אך לערר על החלטת הנציב להורות לספק מים לאדם פלוני לא נקבע זמן מוגבל (סעיף 34 לחוק המים). לא ברור אם עניינם של המערערים נופל בסעיף 31 (שעניינו מתן רישיון להפקת מים), או בסעיף 34 שעניינו להורות לספק מים לאדם פלוני. המערערים יטענו כי היות ומדובר בזכות יסוד ובצורך חיוני של המערערים, צריך להפעיל את הוראת החוק המקלה והמקיימת את זכויות היסוד, כל עוד שהפרשנות של הסעיפים מתיישבת עם לשונו של החוק.

לסיכום

99. המערערים יטענו כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע בפסק דינו כי אין להתערב בהחלטות נציב המים שלא לאשר את החיבור של העוררים למים מאחר שלא נפל כל פגם מהותי בהחלטות אלה. המערערים יטענו כי יש לבטל את החלטות נציב המים שלא לאשר "נקודות חיבור מים", וזאת על סמך הנימוקים לעיל. טענותיהם של המערערים אפשר לסכמן בשתי טענות מרכזיות: הראשונה, כי החלטות הנציב בטלות מעיקרן (void), וזאת בשל קיומן של פגמים וליקויים מהותיים המובילים למסקנה כי החלטות אלה בטלות מעיקרן ו/או מהסיבה כי החלטות אלה כלל לא התקבלו ע"י נציב המים ועל כן הן כלל אינן קיימות. השנייה, כי יש לבטל (voidable) את החלטות הנציב הדוחות את בקשות המערערים, וזאת בשל כמה טעמים: אי עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת (נציב המים); שקילת שיקולים זרים בעת קבלת החלטות; הזכות למים הינה זכות יסוד וכחלק מהזכות לכבוד, לחיים ולבריאות, ואין סמכות להגבילה אלא בהוראה מפורשת של חוק; הדרך בה התקבלו החלטות אלה והצורה בה הודיעו למערערים עליהן; אי מתן החלטות מנומקות, כנדרש עפ"י החוק; סעיף 157א' המגביל את הזכות לחיבור הבית למים (עפ"י חוק התכנון והבנייה -1965) אין לו תחולה על המקרה נשוא הערעור דנן.

100. המערערים יטענו כי פסק דינו של כבוד השופט מוטעה ונימוקיו מבוססים על הנחה מוטעית לפיה המערערים מבקשים מהמשיבים שיחברו את בתיהם למים ו/או שיחברו לרשת המים. כך עולה מפסק דינו של כבוד השופט שפירא כאשר הוא מצוין, כי **ישנו קושי מהותי ממשי בהקמת רשת מים** שתיתן מענה מתאים לכל ההתיישבויות. המערערים חוזרים ומדגישים כי כל מבוקשם הוא שהמשיבים יאשרו להם "נקודות חיבור מים" (קרובות ככל האפשר למקום מושבם) מרשת מים הקיימת כבר לאורך כל הכבישים והצירים המרכזיים בנגב. אין הם מבקשים כי המשיבים יפרסו רשת מים ויספקו מים עד לפתח בתיהם של כל אחד ואחת מהמערערים. המערערים הם אלה שידאגו, על חשבונם, שהמים יגיעו מאותה נקודת חיבור ועד לשימושם היום-יומי, בין היתר בהעברת צינורות מים. על כן סעיף 157א' לחוק התכנון והבנייה אינו רלוונטי כלל למקרה הנידון בערעור זה.

101. יודגש, כי "חיבורי המים" נועדו במיוחד למקומות וליישובים שלא מוסדרים מבחינה חוקית ו/או מבחינה תכנונית. עיקר עבודתה של "הועדה לענייני מים" היא לתת מענה לתושבים ביישובים "הלא מוכרים" הנגב. על כן, אותה ועדה לא יכולה לדחות את בקשותיהם של המערערים על סמך הטיעון כי הם גרים בהתיישבויות בלתי חוקיות ו/או בניגוד לחוקי התכנון. תושבים הגרים ביישובים מוכרים ויש להם רשויות מקומיות, אינם פונים כלל לועדת המים ואין הם מסתפקים בחיבורי מים המרוחקים מספק קילומטרים מיישובם, כאשר כל חיבור כזה ישרת מספר רב של משפחות, אלא ידרשו שבתיהם יחוברו לרשת המים.

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהורות למשיבים לספק למערערים "חיבורי מים", אשר יספקו מים בכמות ובאיכות הדרושות על פי דין.

עאדל בדיר, עו"ד

ב"כ המערערים

היום 14 בנובמבר, 2006