



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5303/16

בג"ץ 3048/17

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרות בבג"ץ 5303/16 : 1. יעל גרמן
2. יעל כהן-פארן

העותרת בבג"ץ 3048/17 : איזון חוזר להפצת ההשכלה הבריאותית בישראל

נגד

המשיב 1 בבג"ץ 5303/16
והמשיב בבג"ץ 3048/17 : שר הבריאות

המשיבה 2 בבג"ץ 5303/17 : רשות המיס

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ז בסיון התשע"ח (31.5.2018)

בשם העותרות בבג"ץ
5303/16 : עו"ד חגי קלעי; עו"ד חיה ארז

בשם העותרת בבג"ץ 3048/17 : עו"ד ד"ר הנריק רוסטוביץ

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה; עו"ד הדס ערן

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

המשיב החליט לתקן את תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה), התשע"ג-2013 באופן שישיב על כנה את חובת ההפלרה הכללית של מי השתייה בישראל. מלכתחילה, לא נועץ המשיב בוועדה המייעצת לאיכות מי שתייה לפי תקנות אלו. ההתייעצות נערכה רק לאחר שניתן צו על תנאי בעתירה. האם

מטעם זה יש למנוע את כניסתו לתוקף של התיקון לתקנות? זו השאלה העומדת להכרעתנו בגדרה של עתירה זו.

רקע כללי צריך לעניין

1. החל מראשית שנות ה-80 של המאה הקודמת ועד לחודש אוגוסט 2016 נהגה בישראל, בהיקף הולך וגדל, הפלרה של מי השתייה, שהיא תהליך שבו מוסף פלואור למי השתייה עד לריכוז הנחשב כמסייע במניעת עששת. בשנת 1974 הוסדר הנושא לראשונה בחקיקה עם התקנתן של תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי-שתייה), התשל"ד-1974 (להלן: תקנות בריאות העם 1974). אלו הניחו את התשתית המאפשרת לספק מים להפליר את מי השתייה מבלי לחייבו לעשות כן. במרוצת השנים, ומשיקף ההפלרה לא היה משביע רצון, תוקנו התקנות כך שחייבו את ספקי המים להפליר את מי השתייה בהתקיים תנאים שנקבעו בתקנות (ראו תקנה 1 לתקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה) (תיקון), התשנ"ט-1998). חובה זו נכנסה לתוקפה ביום 1.6.2002 (להלן: חובת ההפלרה). עתירה שהוגשה במטרה למנוע זאת נמחקה בעצת בית המשפט, תוך שמירת טענות (בג"ץ 4529/02 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' משרד הבריאות (20.11.2002)).

2. בשנת 2003 מינה מנכ"ל משרד הבריאות את הוועדה לעדכון תקנות איכות מי השתייה בראשות פרופ' אבנר עדין (להלן: ועדת עדין). הוועדה מונתה לצורך בחינת מגוון סוגיות הנוגעות לאיכות מי השתייה בישראל, ובכללן סוגיית ההפלרה. בוועדה היו חברים מומחים מן האקדמיה, נציגי משרדי הממשלה והרשויות הרלוונטיים, חברת מקורות, מינהל המים ברשויות המקומיות וארגונים חוץ ממשלתיים. הוועדה הגישה את מסקנותיה בשנת 2007. בנושא ההפלרה עמדה הוועדה על כך שישנה מחלוקת בעולם ובישראל בדבר הצורך בהפלרת מי השתייה, וכי מהמחקרים הרבים שנערכו בנושא במרוצת השנים עולים ממצאים סותרים אשר לתועלותיה. עם זאת, ניכר היה כי הממצאים הנוגעים לישראל תמכו על פניהם בהפלרה. על רקע זה המליצה הוועדה על המשך ההפלרה בישראל, אך סברה כי מוטב לבטל את החובה הכללית ולהותיר את ההכרעה לרמה המקומית. עוד המליצה הוועדה לבצע מחקר ארוך טווח על השפעת ההפלרה על מניעת עששת בתנאי מדינת ישראל. יצוין כי בין השנים 2010-2011 בוצע מחקר בקרב ילדים בהתאם להמלצת הוועדה. המחקר הונחה על ידי ועדת היגוי בלתי תלויה בראשות הפרופ' יהונתן מן וממצאיו תמכו בהמשך ההפלרה.

ביני לביני הוגשה עתירה נוספת שבגדרה התבקש המשיב לפעול להפסקת ההפלרה. לאחר שהלה הבהיר כי נחתמו תקנות חדשות המבטלות את חובת ההפלרה, נמחקה העתירה (בג"ץ 8173/12 עמותת איזון חוזר להפצת ההשכלה הבריאותית בישראל נ' מדינת ישראל (29.7.2013)).

3. ואכן, בשנת 2013 הותקנו תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה), התשע"ג-2013 (להלן: תקנות בריאות העם 2013) שביטלו את תקנות בריאות העם 1974 והסדירו קשת רחבה של נושאים הנוגעים לאיכות מי השתייה ומתקני שתייה. בסוגיית ההפלרה נקבע כי חובת ההפלרה תעמוד בתוקפה לשנה אחת נוספת ולאחריה תפקע. כתוצאה מכך, החל מיום 26.8.2014 ספקי המים אינם מחויבים עוד בהפלת מי השתייה. גם הפעם הוגשה עתירה לבית משפט זה על ידי אלה שביקשו כי חובת ההפלרה תעמוד בעינה, אך משעדכן המשיב כי בכוונתו לפעול לתיקון נוסף של התקנות – הפעם באופן שישלב את חובת ההפלרה על כנה – גם עתירה זו התייתרה ונמחקה (בג"ץ 6696/14 מן נ' שרת הבריאות (12.7.2015)).

4. המטוטלת נעה אם כן פעם נוספת בשנת 2015, לאחר כינונה של הממשלה ה-34 וחילופי גברי במשרד הבריאות. השר החדש ביקש לשוב ולקבוע חובת הפלרה כללית ולפיכך הופצה בחודש יוני 2015 טיוטת תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה (תיקון), התשע"ו-2015 (להלן: טיוטת התקנות) שלפיה נקבעה חובת ההפלרה פעם נוספת. טיוטת התקנות הופצה על ידי המשיב למשרדי הממשלה הרלוונטיים: המשרד לחקלאות ופיתוח הכפר והמשרד להגנת הסביבה ולגורמים נוספים בממשלה. בנוסף, הופצה הטיוטה להערות ארגון אדם טבע ודין. בשלב זה לא הועברה הטיוטה לעיונה של הוועדה המייעצת לאיכות מי השתייה המוקמת מכוח תקנה 35 לתקנות בריאות העם 2013 (להלן: הוועדה המייעצת).

5. משקוימו חובות ההיוועצות הסטטוטוריות עם שר החקלאות ופיתוח הכפר והשר להגנת הסביבה (להלן: השרים), והתקבלו הערות מגורמים נוספים, העביר המשיב את טיוטת התקנות לאישורה של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (להלן: ועדת הפנים). במכתב הפנייה של המשיב לוועדה מיום 30.6.2015 צוין כי "מאז הדיון האחרון שהתקיים בוועדה בעניין התקנות, הוגשו למשרד הבריאות ממצאי מחקרים התומכים בהמשך הפלרת מי השתייה בישראל וכי הפלרת מי השתייה תורמת לבריאות הציבור ולבריאות ילדים בפרט ומקטינה פערי בריאות". דברים ברוח דומה הופיעו גם בדברי ההסבר שליוו את טיוטת התקנות (יוצר כי בעקבות חילופי שרים במשרד

הבריאות הועברה בחודש דצמבר 2015 פנייה מחודשת לוועדה בבקשה לאשר את התקנות).

6. בשלב זה, לאחר שטיוטת התקנות הונחה על שולחן ועדת הפנים לצורך אישורן אך טרם התקיים בהן הדיון לגופן, קיים המשיב מספר דיונים שבהם שמע הערות בקשר לטיוטת התקנות. ראשית, ביום 22.9.2015 התקיימה ישיבה במשרד הבריאות בראשות פרופ' איתמר גרוטו, ראש שירות בריאות הציבור במשרד הבריאות דאז, שבו נשמעו הערותיו המפורטות של ארגון אדם טבע ודין. שנית, ביום 4.1.2016 התכנסה הוועדה המייעצת לדיון בסוגיית ההפלרה שאליו הוזמנו גם מומחים בתחום ההפלרה ורפואת ילדים. בדיון הציגו גורמי המקצוע במשיב את המחקרים העדכניים התומכים לדידם בהשבת חובת ההפלרה; נשמעו דעות שונות והתקיים דיון שבסופו התייחס פרופ' גרוטו לחלק מנושאי הדיון. בתום הדיון לא נערכה הצבעה והוועדה לא גיבשה המלצה קונקרטית, אך סיכום הדיון הועבר לעיון ועדת הפנים לקראת הדיון בתקנות. שלישיית, ביום 10.2.2016 התקיים יום עיון פתוח לציבור הרחב בנושא הפלרת מי שתייה באוניברסיטת חיפה שאליו הזמין המשיב גם את חברי הוועדה המייעצת. ביום העיון השתתפו נציגי משרד הבריאות, מומחים מתחומי בריאות הציבור, רפואת שיניים, אתיקה רפואית ואיגוד רופאי הילדים. תוצרי יום העיון הועברו לעיון ועדת הפנים לקראת הדיון הצפוי בטיוטת התקנות.

7. ביום 16.3.2016 קיימה ועדת הפנים דיון ראשון בתקנות שבו השתתפו גם העותרות בבג"ץ 5303/16 מתוקף תפקידן כחברות הכנסת ושאליו זומנה גם העותרת בבג"ץ 3048/17. קודם לדיון הפיצה הוועדה את הטיוטה לגורמים ולארגונים רבים ופרסמה אותה באתר המרשתת שלה לצורך קבלת הערות הציבור. בתום הדיון אושרו התקנות ברוב של 11 חברי כנסת מול שלושה מתנגדים. ביום 21.3.2016 דחתה הוועדה בקשה לרביזיה שהגישה העותרת 1 והתקנות אושרו. ביום 22.3.2016 הודיע יושב ראש ועדת הפנים למשיב על אישור התקנות. אף על פי כן, התקנות לא הועברו לפרסום ברשומות ולא נכנסו לתוקף עקב קושי במציאת מקור תקציבי ליישומן.

מהלך הדיון בעתירה

8. לאחר הדברים הללו הוגשו העתירות דנן שבגדרן התבקש להורות על ביטול התיקון לתקנות המשיב את חובת ההפלרה לתוקף. במרכז העתירות עמדו טענות בדבר נזקי ההפלרה והסכנות הטמונות בה, אך הועלו גם טענות ביחס לפגמים שנפלו בהליך התקנתן, לרבות אי היועצות בוועדה המייעצת. ביום 19.6.2017 התקיים דיון בעתירה

(כב' הנשיאה מ' נאור והשופטים ע' פוגלמן וג' קרא) שלאחריו ניתן צו על תנאי המורה למשיב:

"להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל התיקון לתקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה), התשע"ג-2013, הקובע חובת הפלרת מי שתייה, וזאת אך ורק בשל הטענה לפגם בהליך ההיוועצות עם הוועדה המייעצת לפי תקנה 35 לתקנות. נדגיש כי בכל שאר העניינים לא ראינו מקום להוצאת צו על תנאי".

9. משניתן הצו האמור, וחרף עמדת המשיב (שיורחב בה להלן) שלא היה חייב להיוועץ בוועדה המייעצת טרם החליט על תיקון התקנות, כונסה הוועדה ביום 7.11.2017 כדי שתדון גם בחובת ההפלרה ותמסור המלצתה. בתום הדיון – שנציגי העותרות לא שותפו בו – המליצו שמונה חברי וועדה על השבת חובת ההפלרה על כנה; ארבעה התנגדו לכך; חבר אחד נמנע. בסיכום הדיון צוין כי רוב המתנגדים להשבת חובת ההפלרה אינם סבורים כי קיים סיכון בריאותי בהוספת פלואור למי השתייה, אלא חוששים לתדמית המים בציבור או מסתייגים מהתנהלות דיוני הוועדה בנושא. בצד ההמלצה להשיב את חובת ההפלרה על כנה, הציגה הוועדה המלצות משנה נוספות ובהן המלצה ללוות את השבת חובת ההפלרה בקמפיין הסברתי לציבור הרחב.

בהמשך הוגש תצהיר תשובה מטעם המשיב שאליו השיבו העותרות, תוך מיקוד הטענות בסוגיית ההיוועצות, שהיא כאמור הנושא היחיד העומד להכרעה בגדרו של הצו על תנאי.

טענות הצדדים בנושא חובת ההיוועצות

10. לטענת העותרות בבג"ץ 5303/16, המשיב היה חייב להיוועץ בוועדה המייעצת טרם החליט על תיקון התקנות והחזרת חובת ההפלרה. לטענתן, הדבר נלמד מהרכב הוועדה כגוף מומחים האוחז בידע מקצועי עדכני אשר אחד מתפקידיו הוא להמליץ למשיב בנושא תיקון התקנות. לחלופין, אף אם אין מדובר בחובת היוועצות בדין, הרי שבנסיבות העניין, נוכח אופייה המשמעותי של ההחלטה בדבר השבת חובת ההפלרה על כנה והמורכבות המקצועית שביסודה, אי ההיוועצות בוועדה אינה סבירה. העותרות מוסיפות ומצביעות על פגמים שונים שנפלו לדידן בהיוועצות המאוחרת שקיימה הוועדה ובהם דיון בניגוד לסדרי העבודה המקובלים בוועדה; אי העברת החומר

הרלוונטי לחברי הוועדה מבעוד מועד; אי בחינת ההיבט הכלכלי הכרוך בחובת ההפלרה; זימון מגמתי של דוברים התומכים בהפלרה ומניעת השתתפותם בדיון של מתנגדים, לרבות העותרות או נציגיהן. לעניין זה מלינות העותרות על כך שלכתחילה נמסר להן תאריך ישיבה שגוי, ומשתוקן העניין סירב המשיב לדחות לבקשתן את ישיבת הוועדה. עוד נטען כי גם לאחר כינוס הוועדה המייעצת שהמליצה על אישור התקנות, נדרש היה לאשרן כדבעי. ואולם, החלטתו החדשה של המשיב לא הוצגה ולא נומקה וכך גם אישורי השרים שניתנו בשנית. עוד נטען כי נדרש דיון ואישור חדש של התקנות בוועדת הפנים. בנתון למכלול זה, סבורות העותרות כי אין לתת תוקף להיוועצות המאוחרת שקיימה הוועדה בדרך של בטלות יחסית שתאפשר את כניסת התקנות לתוקף. לעמדתן, יש להורות על ביטול התיקון לתקנות ולחייב את המשיב להתקין את התקנות פעם נוספת, תוך היוועצות בוועדה המייעצת במועד המתאים.

אשר לעותרת בבג"ץ 3048/17, זו מיקדה טענותיה באי זימונה לישיבת הוועדה המייעצת. העותרת ציינה כי משנודע לה על כינוס הוועדה ביקשה להשתתף בה ובקשותיה נדחו. זאת ועוד, בשעת כינוס הוועדה הגיע מומחה מטעמה לישיבה אך גם אז סירב המשיב לאפשר את השתתפותו והוא נותר להמתין במסדרון.

11. המשיב מצדו סבור כי לא הייתה מוטלת עליו חובה להיוועץ בוועדה המייעצת טרם החליט לתקן את התקנות. עמדתו היא כי על פי ההסדרים המקובלים בחקיקה הישראלית, גורם שיש חובה להיוועץ עמו כתנאי להפעלת סמכות ההתקנה יוקם בדרך כלל בחקיקה הראשית המסמיכה את השר להתקין את התקנות, ושם גם תיקבע במפורש חובת ההיוועצות. כך למשל, סעיף 52ב(ב) לפקודת בריאות העם מס' 40 לשנת 1940 (להלן: פקודת בריאות העם) קובע את חובת המשיב להיוועץ בשר החקלאות ופיתוח הכפר לצורך התקנת התקנות דנן. לעומת זאת, אין הוראה מקבילה ביחס לוועדה המייעצת המוקמת בתקנות ולא בחוק המסמיק. עוד טוען המשיב כי המסקנה שלפיה אינו חייב בהיוועצות בוועדה לצורך תיקון התקנות נלמדת גם מפרשנות תקנה 35 עצמה. לדידו, זו מלמדת כי הוועדה נועדה לשמש גוף ידע מקצועי שתפקידו לסייע לדרג המקצועי במשרד הבריאות בסוגיות הנוגעות לאיכות המים, אך לא לבוא בנעליו או להחליף את שיקול דעתו. בהתאם לכך, גם האפשרות שניתנה בתקנות לוועדה להמליץ למשיב על תיקון אינה משמיעה את חובת המשיב להיוועץ בה כל אימת שברצונו לתקן. המשיב אמנם מכיר בכך שנוכח הרכבה וטיבה של הוועדה ראוי כי זו תישמע עובר לתיקון התקנות, אך סבור שהדבר נתון לשיקול דעתו. לפיכך, החלטתו שלא לעשות כן בנסיבות העניין אינה עולה כדי הפרת חובה שבדין.

12. לגופם של דברים טוען המשיב כי נציגי הוועדה נשמעו בדיון שהתקיים במשרד הבריאות מיום 4.1.2016, וכי ממילא בסופו של דבר התקיימה היוועצות מאוחרת בוועדה שיש בה כדי לרפא את הפגם – אם אכן נפל כזה – באי ההיוועצות בוועדה מלכתחילה. לבסוף נטען כי גם אם תידחה טענה אחרונה זו, הרי שבהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית יש לאפשר את כניסת התקנות לתוקף. זאת, משהסדר שנקבע בהן תואם את עמדתו ארוכת השנים של המשיב ומחזיר את המצב לקדמותו; זכה לתמיכת רוב חברי הוועדה המייעצת; אושר על ידי ועדת הפנים לאחר דיון ציבורי ער ולאחר שהובא לידיעתה כי המשיב לא נועץ בוועדה המייעצת.

תצהיר משלים ודיון בהתנגדות

13. ביום 29.5.2018 התרנו למשיב להגיש תצהיר משלים שבו עדכן כי השרים חתמו פעם נוספת על אישורי ההתייעצות עמם, וכי נמצא מקור לתקצוב התקנות לשנת פועלן הראשונה. בהמשך לכך, חתם המשיב ביום 24.5.2018 על התקנות. אף על פי כן, נוכח הדיון הצפוי בהתנגדות וקיומו של צו על תנאי בעתירה דנן, לא הועברו התקנות לפרסום ברשומות וטרם נכנסו לתוקף.

בדיון בהתנגדות לצו על תנאי חזרו הצדדים על טענותיהם האמורות.

דיון והכרעה

א. הפרת חובת ההיוועצות

14. על פי הצו על תנאי שיצא לפנינו, השאלה היחידה הדורשת הכרעה היא אם נפל פגם בהליך ההיוועצות בוועדה המייעצת, ואם כן, מה נפקותו. המשיב הקדיש חלק ניכר מטיעונו לביסוס הטענה שלפיה לא מוטלת עליו חובת היוועצות סטטוטורית בוועדה. אף אם אניח כי כך הדבר (ומוצא אני ממש בטענת המשיב כי בפקודת בריאות העם לא הוטלה חובה ביחס לוועדה המייעצת כפי שהוטלה ביחס לשר החקלאות), עדיין אין בידי לקבל את טענתו כי בנסיבות העניין לא חלה עליו חובה להיוועץ בוועדה. כידוע, ישנן נסיבות שבהן גם אם לא נקבעה חובת היוועצות סטטוטורית (להבחנה בין היוועצות סטטוטורית לבין היוועצות רצונית ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 304-306 (2010) (להלן: ברק-ארז)), חובה זו יכולה לצמוח מחובותיה הכלליות של הרשות המינהלית ובהן החובה לפעול בסבירות והחובה להניח תשתית עובדתית הולמת להחלטותיה (ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(1)

743, 756 (1999) (להלן: עניין כהן); ברק-אדל, בעמ' 306; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1126 (2011) (להלן: זמיר)). סבורני כי אלה הם פני הדברים בענייננו, וזאת בשים לב למאפייניה ולתפקידיה של הוועדה המייעצת שבהם ארחיב להלן.

הוועדה המייעצת

15. הוועדה המייעצת שבמוקד המחלוקת מוקמת בתקנה 35(א) לתקנות בריאות העם 2013:

(א) המנהל ימנה ועדה מייעצת לאיכות מי שתייה, וזה הרכבה:

ועדה
מייעצת

- (1) מהנדס ראשי לבריאות הסביבה במשרד הבריאות והוא יהיה היושב ראש;
- (2) טוקסיקולוג ראשי לבריאות הסביבה במשרד הבריאות;
- (3) מהנדס ארצי למי שתייה במשרד הבריאות;
- (4) חמישה נציגים חברי הסגל האקדמי של מוסדות להשכלה גבוהה, שהם בעלי השכלה בתחום הנדסת מערכות מים, כימיה או ביולוגיה של מים, הידרולוגיה, טיפול במים או כיוצא באלה;
- (5) שני רופאים מומחים לבריאות הציבור;
- (6) נציג השר להגנת הסביבה מבין עובדי משרדו;
- (7) מנהל הרשות הממשלתית למים וביוב או נציגו;
- (8) נציג ספקי המים שימונה מתוך רשימת מועמדים שיגיש לו מנהל הרשות הממשלתית למים וביוב;
- (9) נציג גוף ציבורי שעניינו בריאות וסביבה מתוך רשימת מועמדים שיגיש לו ארגון הגג של הגופים הציבוריים שענינם בשמירת איכות הסביבה.

הוועדה מתמנה אפוא על ידי מנכ"ל משרד הבריאות ומונה 14 חברים. אלה כוללים נציגי ממשלה, רופאים, נציגי אקדמיה, נציג של ספקי המים ונציג של ארגון חוץ ממשלתי. מבין 14 חברי הוועדה, רק חמישה הם נציגי הממשלה או רשות המים כך שיש בה רוב לגורמים חוץ ממשלתיים במובן הרחב. חברי הוועדה הם בעלי תפקיד או

מומחים בתחומים רלוונטיים לשאלות הנוגעות לאיכות מי השתייה כגון כימיה, הידרולוגיה, ביולוגיה, בריאות הסביבה ובריאות הציבור.

16. תפקידי הוועדה קבועים בתקנות 35(ד)-(ה):

(ד) תפקידי הוועדה המייעצת הם:

- (1) לעקוב אחרי המלצות ותקנים של גופים בין-לאומיים ומדינות אחרות לגבי האיכות המומלצת למי שתייה;
- (2) לעקוב אחרי מחקרים ופרסומים בעניין איכות מי שתייה ומחקרים הרלוונטיים לקביעת דרישות לאיכות מי שתייה;
- (3) לנתח את תוצאות הבדיקות במי שתייה הנעשות לפי תקנות אלה;
- (4) להמליץ על עריכת סקרים של איכות מי שתייה ככל הנדרש לדעתה, לרבות לעניין איכות מי שתייה במוסדות שבהם שוהה אוכלוסייה רגישה וכן, בבנייה ישנה ובמקומות שבהם קיימת אוכלוסייה מעוטת יכולת, וליווי מקצועי של ביצועם;
- (5) להמליץ על איסוף נתונים על אודות גורמים העשויים להימצא במים, במקורות המים ובמערכת אספקת המים ולנתחם;
- (6) להמליץ על עריכת מחקרים ואיסוף מידע בעניין מים מותפלים לרבות השפעת צריכה מים דלי מינרלים על בריאות הציבור ועל מערכת אספקת המים;
- (7) להמליץ על תיקון ועדכון של תקנות אלה, בין השאר על יסוד מידע שהצטבר ופעולות שבוצעו על יסוד פסקאות (1) עד (5);
- (8) כל תפקיד אחר שיטיל עליה המנהל.

(ה) בלי לגרוע מהוראות תקנת משנה (ד), הוועדה המייעצת תבחן מעת לעת ואחת לארבע שנים לכל הפחות, את הצורך בעדכון תקנות אלה ותגיש את המלצותיה לשר הבריאות.

מכאן, כי התקנות מטילות על הוועדה את החובה לעקוב באופן מתמיד אחר התקינה הבינלאומית והמחקר המדעי העדכני בתחום. בנוסף, הוועדה נדרשת לנתח את

תוצאות הניטור של מי השתייה בישראל, להמליץ על עריכת סקרים ומחקרים ביחס לכך ועל איסוף נתונים נדרשים בעניינים המנויים לעיל. בנוסף, הוועדה רשאית להמליץ על תיקון ועדכון של התקנות, והיא אף מחויבת לבחון את הצורך בתיקון באופן עתי, לפחות מדי 4 שנים, ולהעביר המלצותיה בעניין זה למשיב.

17. הנה כי כן, הוועדה המייעצת היא גוף מקצועי הנהנה ממומחיות ניכרת בתחום איכות המים. הוועדה מאגדת בחובה מומחים ממגוון הדיסציפלינות הרלוונטיות שבכוחם לייצג את מכלול השיקולים ונקודות המבט הצריכים לעניין בסוגיות הנוגעות לאיכות המים, מן הממשלה ומחוץ לה, בדגש על נקודת המבט החוץ-ממשלתית. הרכב הוועדה נועד להבטיח כי בדיוניה יובאו בחשבון מגוון השיקולים הרלוונטיים להחלטות בנושא איכות המים ובהם השיקולים המדעיים, הרפואיים, הסביבתיים ואחרים. בנוסף, מינויים של חמישה חברי אקדמיה (בצד מומחיותם האקדמית-מקצועית של חברים נוספים) נועד להבטיח כי יינתן משקל ממשי לנקודת מבט מדעית אובייקטיבית ככל הניתן. בה בעת, מתפקידי הוועדה כפי שנקבעו בתקנות ניכר כי זו לא נועדה לשמש רק כמוקד ידע אקדמי, אלא גם גוף הבקי ומעורב בתמונת המצב של מי השתייה בישראל, אשר נודע לו תפקיד בהבטחת איכותם. מכאן, אך מובן כי עמדת הוועדה בסוגיות הקשורות לאיכות המים דוגמת ההפלרה היא עמדה מקצועית רצינית ומבוססת הנושאת משקל סגולי של ממש.

החובה להיוועץ בוועדה המייעצת בנסיבות העניין

18. נוכח מאפייניה האמורים של הוועדה ושל המלצתה, קשה להלום כי בצומת הכרעה מרכזי בסוגיה בעלת חשיבות ציבורית ברורה דוגמת השבת חובת ההפלרה, לא נשמעה עמדתה עובר לקבלת ההחלטה המינהלית. נזכיר כי מדובר בהחלטה מורכבת, בעלת היבטים מקצועיים, רפואיים ומדעיים מובהקים ועל כן התשתית העובדתית שביסודה חייבת להיות מוצקה, מקיפה ועדכנית. בנסיבות העניין, כדי למלא חובתו זו היה על המשיב להיוועץ בוועדה המייעצת בהיותה גורם בעל מומחיות רלוונטית ברורה טרם קבלת ההחלטה (עניין כהן, שם; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ (1992) נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-424 (1994)). ונזכיר, המשיב עצמו מכיר בכך שנוכח מאפייניה של הוועדה ראוי כי ישמע אותה עובר להחלטה על תיקון התקנות. המשיב אף זימן מיוזמתו את חברי הוועדה לדיון בנושא ההפלרה 4.1.2016 (הגם שלא טען שבדיון זה, שהתקיים לאחר קבלת ההחלטה, יש כדי לקיים את חובת ההיוועצות). משכך, מסקנתי היא כי המשיב היה מחויב, בנסיבות, להיוועץ בוועדה במסגרת חובתו האמורה לגבש תשתית עובדתית מלאה, לצורך קבלת החלטה מושכלת.

19. חובה זו מתחדדת גם על רקע כך שגוף שאחד מתפקידיו המפורשים הוא להמליץ באופן עתי על הצורך בתיקון התקנות, נותר מחוץ להליך קבלת ההחלטות על אלו מתוקנות (השוו לבג"ץ 9370/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות, פסקה 15 (29.12.2009); בג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה, פסקה 20 (20.8.2009)). אך מובן כי בנסיבות אלו, עמדת הוועדה היא בבחינת שיקול רלוונטי אשר החסרתו ממלאכת השקילה אינה סבירה. דיוננו עד כה מלמד כי הוועדה נועדה להיות עוגן משמעותי בנושא איכות מי השתייה הבא לידי גם בקשר לתיקון התקנות. ונזכיר, והדברים ידועים היטב, המשיב לא מחויב לקבל את עמדת הוועדה (בג"ץ 6168/12 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה יהודה ושומרון, פסקה 37 והאסמכתאות שם (24.12.2013)), אך היה עליו לשמוע אותה, לשיקול אותה בלב פתוח ובנפש חפצה וליתן לה משקל ממשי בהחלטתו (השוו לדנג"ץ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האזורית עמק לוד, פ"ד נא(3) 661, 682 (1997)).

20. כידוע, על היוועצות להתקיים קודם לקבלת ההחלטה המינהלית, באופן המאפשר הזדמנות לדרו שיח ממשי בין הגורם הנועץ לבין הגורם המייעץ, הטומן בחובו פוטנציאל שכנוע הדדי. הדבר נובע מתכליותיה המרכזיות של ההיוועצות שעליהן נמנות שיתוף הציבור בהליך המינהלי והעמקת מאפייניו הדמוקרטיים; הבאת מידע רלוונטי, מקצועי או אחר, לפני הגורם המחליט; במקרים המתאימים, מתן הזדמנות לגורמים מעוניינים להשפיע על שיקול דעתו של זה (בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 511-512 (2000); ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, 16 (1993) (להלן: עניין יקב הגליל)). לפיכך, היוועצות המתקיימת לאחר ששיקול הדעת המינהלי הופעל פוגמת בתקינות ההליך (בג"ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 625, 640-541 (2004) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי); עניין יקב הגליל, בעמ' 17).

ב. היוועצות מאוחרת

21. משלא קוימה התייעצות מוקדמת, לקה הליך חקיקת המשנה בפגם ממשי. אכן, בדומה להלכה שנפסקה ביחס לשימוע מאוחר, יש שתהיינה נסיבות חריגות שבהן היוועצות מאוחרת תוכל לשמש תחליף הולם להיוועצות המוקדמת שלא קוימה ולרפא את הפגם הטמון בכך (בנושא שימוע מאוחר ראו, בין היתר: בג"ץ 7289/11 קרייזי וואו

בולז בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פסקה 19 (9.5.2013); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 891 (2004); בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304-305 (1994); להרחבה ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 512-515 (2010) (להלן: ברק-ארז ב); זמיר, בעמ' 1186-1195). ואולם, הכל תלוי בנסיבות המקרה. עמדה על כך השופטת ד' ברק ארז:

"ראוי לציין כי אין משמעות הדברים כי התייעצות בדיעבד תוכל, בכל מקרה, לרפא את הפגם שבאי-קיום התייעצות במועד. הכרעה זו יפה לנסיבות המקרה דנן [...] ואינה מבטאת בהכרח את הכלל" (בג"ץ 6644/16 התאחדות התעשיינים בישראל – פורום טחנות הקמח נ' שר הכלכלה והתעשייה, פסקה 44 (18.10.2017) (להלן: עניין התאחדות התעשיינים)).

ואף זאת יש לזכור. משהופר מהלך הדברים המקובל וההתייעצות התקימה לאחר קבלת ההחלטה המינהלית, הנטל רובץ לפתחו של המשיב להראות כי זו הייתה ממשית ושירתה את תכליותיה, ולא נערכה למראית עין בלבד (בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 765 (1976)). בענייננו, אינני רואה לקבוע מסמרות בשאלה אם עמד המשיב בנטל זה ואם הפגם בהיוועצות המאוחרת התרפא. מוכן אני להניח – לטובת העותרים ולצורך הדיון – כי לא אלה הם פני הדברים, זאת נוכח מסקנתי בדבר הסעד המתאים כמפורט להלן.

ג. הסעד המתאים – דוקטרינת התוצאה היחסית

22. הנחתנו היא כאמור, כי בהתייעצות המאוחרת נפל פגם. השאלה הטעונה מענה היא אם בטלות התקנות (על ידי קביעה כי אלו לא יפורסמו ברשומות ולא יכנסו לתוקף) היא אכן הסעד המתאים בנסיבות העניין. על פי דוקטרינת התוצאה היחסית (הבטלות היחסית) הנוהגת עמנו, יש להבחין בין עצם קיומו של פגם בהליך המינהלי לבין תוצאותיו של פגם זה. אלו תיקבענה מתוך ראייה כוללת של ההליך המסוים על נסיבותיו, בשים לב, בין היתר, למהות הפגם ולחומרתו (עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פסקה 68 (24.7.2008); רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 643-646 (2000); ברק-ארז ב, בעמ' 837-839). עמדתי על כך בעניין העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה בזו הלשון:

"עקרון התוצאה היחסית (או הבטלות היחסית) שאומץ בהלכה הפסוקה מבחין – כידוע – בין הפגם שנפל במעשה המינהלי לבין תוצאות הפגם, ומקנה לבית המשפט גמישות גדולה בבחירת הסעד המתאים

בהתחשב באופיו של הפגם ובנסיבות העניין [...] בנסיבות המתאימות, יכול בית המשפט להצהיר כי הסדר מסוים יישאר על כנו על אף הפגם שנפל במעשה המינהלי. כך למשל פעל בית המשפט מקום שבו מצא, בין היתר, כי 'אי-החוקיות [...] אינה טבועה במהות המצב הקיים; היא בגדר מעוות שיוכל לתקון' (בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 120 (2000)), ומקום שבו נמצא כי אין מדובר ב'הפרה בוטה ומכוונת של הדין' (בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה מחוזות ת"א והמרכז, פ"ד נו(1) 739, 756-757 (2001)). ובלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה באחת הפרשות:

'אכן, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאותיו. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד הראוי לכלל נסיבות המקרה. הלכת הבטלות היחסית מצטיינת בגמישותה ויעילותה [...] הרעיון שמאחורי תורת הבטלות היחסית הוא '...הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות החלטה' [...] מהותו של הסעד נגזר ממכלול נתונים ובהם, השפעת הסעד על האינטרס הפרטי והאינטרס הציבורי' (עע"ס 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פסקה 107 (7.12.2006) (עע"ס 7171/11 העמותה למען איכות חיים וטביבה בנהריה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פס' 35 (12.8.2013)).

הלכה כללית זו יפה גם למקרה שבו הופרה חובת ההיוועצות (עניין מרכז השלטון המקומי, בעמ' 642-643). בענייננו, משנתתי דעתי למכלול השיקולים הצריכים לעניין, והגם שלדידי הפגם שנפל הוא בעל משקל של ממש, איני סבור כי הסעד המתאים הוא צו מוחלט שיורה על ביטול התקנות. אסביר.

23. בהקשר שלפנינו, חובת ההיוועצות בוועדה המייעצת נועדה להבטיח כי עמדתה של הוועדה – שעל טיבה ומשקלה עמדנו בהרחבה לעיל – תעמוד לפני המשיב כחלק מהמכלול המונח לפניו בגדר הליך חקיקת המשנה, תעמיק את התשתית העובדתית, הן מבחינת היקף המידע, הן מבחינת מגוון העמדות. הכל כדי לסייע לו לגבש את עמדתו ולקבל החלטה מושכלת ומבוססת. לדידי, בנקודת הזמן הנוכחית, מטרות אלו הוגשמו, גם אם לא ב"דרך המלך" כפי שצוין לעיל. ראשית, מנקודת מבטה של הוועדה המייעצת, הרי שזו קיימה בסופו של דבר דיון ממשי ורציני בשאלת חובת ההפלה על בסיס תשתית עובדתית רלוונטית ועדכנית. בדיון הוועדה נשמעו מגוון דעות, על נימוקיהן, ואלו משתקפות גם בהמלצה הסופית שלא ניתנה פה אחד. בנוסף,

חברי הוועדה נדרשו לנושא הן בישיבתה מיום 4.1.2016, הן ביום העיון. עוד יש לזכור כי אין מדובר בנושא חדש שחברי הוועדה נחשפו אליו לראשונה עובר ליום 7.11.2017. המחלוקת בסוגיית ההפלרה מוכרת לעוסקים בתחום איכות המים, כפי שניכר כבר בדו"ח ועדת עדין משנת 2007, ואין ספק שמחלוקת זו עמדה ברקע הדיונים השונים בעניין. שנית, הדברים נכונים – בשינויים המחויבים – גם מנקודת מבטו של המשיב, מקבל העצה. כפי שתיארנו בהרחבה בחלק העובדתי, מדיניות המשיב בסוגיית ההפלרה השתנתה במרוצת השנים, כביטוי לעמדות השונות של שרי הבריאות בשאלה זו. מכאן, כי כאשר ניגש המשיב להתקין את תיקון התקנות שבמוקד העתירה, הוא לא עשה זאת בחלל ריק, אלא תוך היכרות עם המחלוקת והנימוקים העיקריים שביסודה ובסיוע הדרג המקצועי במשרדו הבקי בנושא זה שנים ארוכות. שלישית, גם בכל הנוגע לשיג ולשיח הנדרשים בין נותן העצה לבין מקבל העצה, יש לזכור כי הן המשיב, הן חברי הוועדה הם "שחקנים חוזרים" בדיון על ההפלרה, אשר מזדמן להם לדון בסוגיה מעת לעת בפורומים שונים, כמפורט בפסקה 6.

24. זאת ועוד, אני סבור כי בנקודת הזמן הנוכחית יש לייחס משקל גם לדיון הציבורי שהתקיים בוועדת הפנים (ונזכיר שהועברו לעיונה סיכום דיון הוועדה המייעצת מיום 4.1.2016 ותוצרי יום העיון שבו השתתפו גם חברי הוועדה המייעצת), שגם בו התקיים בירור וליבון של ממש. עיון בפרוטוקול הוועדה מיום 16.3.2016 מלמד כי התקיים דיון רציני וממצה שבמהלכו ניתנה הזדמנות לכלל הגורמים – המצדדים והשוללים, ובכלל זה העותרות – להישמע, להציג את עמדתם ואת התשתית התומכת בה לטענתם. גם במסגרת זו נחשף המשיב למכלול העמדות והשיקולים שהיה עליו להביא בחשבון ערב קבלת ההחלטה. ומכיוון אחר אזכיר כי העובדה שמדובר בתקנות שזכו לאישור ועדת הכנסת מקטינה אף היא את נטיית בית משפט זה להתערב בתקנות (עע"ם 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקה 28 (7.1.2014)).

25. אכן, משביקשו נציגי העותרות להופיע לפני הוועדה המייעצת, ראוי היה להיעתר לבקשה זו. בצד האמור, לא מצאתי כי אי הזמנת העותרות להשמיע טענות בישיבה זו יש בה כדי לשנות את התמונה. כפי שראינו, בהליך חקיקת המשנה ניתן לציבור, ובכלל זה לעותרות להציג את עמדתן השוללת את התיקון לתקנות. הדיון בוועדה המייעצת נועד להביא את עמדתה שלה כגוף מקצועי רב תחומי לפני הגורם המוסמך. מגוון העמדות והדעות בשאלה שעמדה להכרעה, שהוא פועל יוצא מההיסטוריה הארוכה שעליה עמדנו, לא נעלם מעיני הוועדה המייעצת, וגם הדעה

השוללת הפלרה, לרבות עמדתן הקונקרטית של העותרות, הוצגה בדיון כפי שעולה מהפרוטוקול.

26. לכך יש להוסיף, בגדר השיקולים שעליהם עמדנו בפסיקתנו כאמור, כי אי קיום של התייעצות מוקדמת לא נבע מהתעלמות מהוראות הדין, אלא מפרשנות שבה אחז המשיב לתקנות, אשר כעולה מעיקרי הטיעון, הייתה מקובלת גם על אנשי מחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, בנסיבות שבהן חובת ההתייעצות – בנסיבות העניין – אינה חובה סטטוטורית.

עוד יש לזכור כי בסופו של דבר המלצת הוועדה המייעצת עלתה בקנה אחד עם עמדת המשיב (עניין התאחדות התעשיינים בישראל, פסקה 44).

27. נוכח כל האמור, האיזון בין מכלול השיקולים – בגדר דוקטרינת התוצאה היחסית – הובילני למסקנה שלפיה כי בנסיבות שעליהן עמדנו אי קיום ההיוועצות במועד הנדרש לא גרעה באורח מהותי מטיב הדיון שקיימה הוועדה המייעצת, מאיכות ההמלצה שגיבשה עקב כך, או מיכולתו של המשיב לקבל החלטה מבוססת ומושכלת לאחר שתמונת השיקולים נפרשה לפניו במלואה. ויובהר. אין בדברים אלה כדי לגרוע מחשיבותה של היוועצות ממוקדת ותכליתית, צופה פני החלטה קונקרטית. יש להניח כי המשיב יפיק את הלקחים המתחייבים לעתיד לבוא. ברם, מטעמים אלה לא שוכנעתי כי חומרת הפגם בנסיבות העניין היא כזו המחייבת סעד של בטלות חקיקת משנה וחוב המשיב להתחיל את הליך ההתקנה מראשיתו כדי שיתיעץ בוועדה בנקודת הזמן המתאימה. דומני כי בשלב זה מדובר בפתרון שאינו משרת תכלית עניינית.

משכך, אציע לחבריי כי נדחה את העתירות ונבטל את הצו על תנאי שניתן.

בנסיבות העניין, ומשההתייעצות קוימה רק לאחר הגשת העתירות, אציע לחייב את המשיב בהוצאות העותרות בסך כולל של 10,000 ש"ח בכל עתירה.

ש ו פ ט

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים כי דין העתירה להידחות.

מקובלת עליי עמדתו של חברי, השופט עוזי פוגלמן, כי לאור התפקיד שהוגדר לוועדה המייעצת לאיכות מי שתייה בתקנה 35 לתקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה), התשע"ג-2013, הייתה קיימת חובה להיוועץ בה קודם לקבלת ההחלטה על השבת חובת ההפלרה, וזאת הגם שחובה זו לא נקבעה במפורש בחוק.

ואכן, לאחר שהוגשה העתירה, וניתן צו על תנאי בעניין זה, החליט שר הבריאות לכנס את הוועדה המייעצת, בכדי לקיים בדיעבד את שהיה ראוי לקיים מלכתחילה. בכך תוקן לשיטתי הפגם, וזאת בהתחשב בשיקולים הבאים: ההיוועצות בוועדה נעשתה בטרם הפכה ההחלטה למעשה עשוי; לנוכח טיבם של הוועדה המייעצת ושל הנושא שהונח לפתחה אין כל סיבה לסבור כי עמדתם המקצועית של חבריה הייתה שונה אילו היו נועצים בהם מלכתחילה ולא בדיעבד; רוב של חברי הוועדה המייעצת תמך בהחלטה להשיב את חובת ההפלרה.

משתוקן הפגם, והוברר כי גם הוועדה המייעצת תומכת בהשבת חובת ההפלרה, לא נותרה עוד עילה לעתירה. ואולם העותרים, המתנגדים נחרצות לביצוע ההפלרה (וטעמיהם עמם), סירבו להכיר בכך, והעלו מן הגורן ומן היקב טענות נגד הליך ההיוועצות המאוחרת. לזכותם של העותרים אציין כי ניתן היה לקיים את הליך ההיוועצות המאוחרת בצורה טובה יותר; לזכותם של המשיבים אציין כי הטענות שהעלו העותרים בשלב זה אינן נוגעות לליבת הליך ההיוועצות – שמיעת עמדתם של חברי הוועדה המייעצת לאיכות מי השתייה ביחס לסוגיית ההפלרה – וזאת בהינתן שהנושא בו עסקינן מוכר וידוע היטב לחברי הוועדה המייעצת, ואין הוא בגדר "טרה אינקוגניטה" מבחינתם. באיזון בין השיקולים הללו אין לטעמי הצדקה להתערבותנו.

לפיכך גם לשיטתי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נ' פוגלמן.

ניתן היום, ה' בכסלו התשע"ט (13.11.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט