

העותרים:

עודה זנון ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבים:

1. משרד החינוך – מחוז דרום

ע"י ב"כ עוה"ד יעקב דנינו, פרקליטות מחוז דרום (אזרחי)

ת"ד 615, באר-שבע 84105

טל': 08-6264654; פקס: 08-6264534

2. מועצה מקומית ירוחם

ע"י ב"כ עוה"ד כרמית אהרון-אמונה

מרח' אברהם אבינו 24/7 באר שבע 84558

טל': 08-6492011; פקס: 08-6492902

3. המועצה האזורית אבו-בסמה

ע"י ב"כ עוה"ד חן אביטן ואח'

מרח' הנרייטה סולד 8, באר שבע 84894

טל': 08-6655655; פקס: 08-6655677

סיכומים מטעם העותרים

לפי החלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.12.09 מוגשים בזאת סיכומים מטעם העותרים:

1. עניינה של העתירה בדרישת העותרים להקמת גן ילדים עבור ילדי הכפר רכמה בגילאים 3-6. כמפורט בסעיפים 14-31 לעתירה, תושבי הכפר רכמה הם בדואים, שהועברו בהוראת השלטונות מאדמותיהם המסורתיות למיקומו הנוכחי של הכפר בשנות החמישים והשישים, וצאצאיהם. הכפר קיים עשרות שנים אך מעולם לא הוכר מבחינה מוניציפאלית או תכנונית. רובם המוחלט של בתי הכפר נמצאים בתוך שטח השיפוט של המועצה המקומית ירוחם.
2. כמפורט בסעיפים 32-35 לעתירה, ילדי רכמה זכאים לחינוך ממלכתי מגיל 3 אך אין לילדים גן ילדים נגיש. הפתרון המוצע כעת לילדים בגילאי 5-6 הוא הסעה לגני ילדים מרוחקים, הנמצאים בישובים ואדי א-נעם ושגב שלום המצויים כ-25 ק"מ מרכמה. ההורים אינם מעוניינים לשלוח את ילדיהם לגן אחר, שמשרד החינוך מציע, בישוב קסר א-סר, המרוחק 12 ק"מ מרכמה, עקב בעיות חברתיות, כיוון שילדים מבוגרים יותר מרכמה, שלומדים שם, סובלים מהתנכלויות על רקע השתייכותם לשבט אלעזזמה ונאמר להורים שילדיהם אינם רצויים שם. המצב אף מורכב יותר לילדים בגילאי 3-4, שכן לגילאים אלו משרד החינוך אינו מממן הסעות בשל בעיות בטיחותיות,

- ואין באפשרות ההורים להסיע מידי בוקר את הילדים לגני ילדים ולהחזירם בתום יום הלימודים, לא למרחק 12 ק"מ ולא למרחק 25 ק"מ.
3. מדובר במספר לא מבוטל של ילדים. לבקשת המשיבים, לאחר הגשת העתירה, ובמסגרת המו"מ, ערכו העותרים רשימה שמית של כל ילדי הכפר לפי שנתונים (2003-2007) והעבירו ייפוי כוח מההורים. מהבדיקה המדוקדקת עולה, כי בכפר מתגוררים כעת 123 ילדים בגילאי גן, בחלוקה שווה פחות או יותר לכל שנתון.
4. כמפורט בסעיפים 32-42 לעתירה, היעדר גן נגיש פוגע בצורה קשה בהתפתחותם התקינה של הילדים וביכולתם להשתלב לאחר מכן בצורה מוצלחת במערכת החינוך.
5. כמפורט בסעיפים 43-54 לעתירה, העותרים מנהלים התכתבות ארוכת שנים עם הרשויות על מנת שיוקם בכפר גן ילדים. ראש המועצה הנבחר של ירוחם וראש המועצה הממונה שהחליפו ניסו לקדם הקמת גן עבור ילדי הכפר רכמה בשטח השיפוט של ירוחם, אך מאמציהם לא צלחו. בשנת 2006, למשל, אישרה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה של ירוחם תוכנית מפורטת להקמת מוסד חינוכי בנקודה המוסכמת על התושבים בשטח, שיעוד הקרקע הנוכחי שלו הוא "שטח לתכנון בעתיד", המיועד להתפתחות עתידית של ירוחם.
6. מהמסמכים שצורפו לעתירה, ובאופן חד וברור יותר מנספח י"א לתשובת הפרקליטות, עולה כי הסיבה היחידה לכך שהתוכנית נדחתה לא הייתה תכנונית-מקצועית, אלא אך ורק הרצון הפסול ללחוץ על התושבים להתפנות לעיירות קיימות אחרות. כך, למשל, נציגת המשיב 1, גב' חוה שושן, ציינה כי "כיום מדברים על גן + כיתות א' וברור לכולם שזו רק ההתחלה וסביב הגן+כיתות א' תגענה דרישות לפיתוח והרחבה של מוסדות אלה, לכיתות גבוהות יותר וכו'". עו"ד זינה סקורטו ממנהלת הבדואים אמרה: "אם יוקמו מוסדות חינוך זמניים, עפ"י בקשת מועצה מקומית ירוחם ומשפחות עודה זנון – הרי שמדובר, מבחינת הבדואים, בעוגן ובהקמת תשתיות לשוב חדש/נוסף למשפחות אלו ועבודה שיטתית של כ-20 שנה תרד לטמיון". סיכום הממונה על המחוז מטעם משרד הפנים, מר דודו כהן: "אישור הקמתם של גני ילדים +כיתות א' עלול להיות עוגן לדרישות נוספות – הרחבה לכיתות יסודי, הקמת מרפאה וכדומה. בסופו של יום – לדרוש הקמת ישוב".
7. הדברים ברורים וכתובים שחור על גבי לבן. מאחורי הסירוב להקמת הגן עומד אך ורק הרעיון, לפיו מניעת פתרון חינוך נגיש מהילדים, ולו במבנה יביל, יסייע למדינה לפנות את תושבי הכפר, הנמצא במיקומו הנוכחי כבר עשרות שנים.
8. לאור הכישלון להגיע להסכמה בהידברות, הוגשה בחודש מרץ 2009 העתירה. לאחר הגשת העתירה נערך בין הצדדים מו"מ ביוזמת ב"כ המשיב 1 והובעה הסכמה עקרונית מצד כל הגורמים להקמת גן ילדים בכפר עבור הילדים בגילאים 3-4. הצדדים אף הגיעו להסכמה על מיקום הגן, בנקודה המקובלת על תושבי הכפר ובשטח השיפוט של ירוחם, אשר יעוד הקרקע שלו הוא "שטח לתכנון בעתיד". לגבי הילדים בגילאים 5-6 עמדו המשיבים בסירובם והמשיכו לטעון, כי הפתרון החינוכי עבורם הוא הסעתם לגני הילדים המרוחקים.

9. במסגרת המו"מ הציגו המשיבים 1-2 בפני העותרים את המתווה התכנוני הרצוי בעיניהם להקמת הגן. מתווה זה התבסס על כך שהמיקום המוצע לגן יהיה בשולי אזור בו יוזמים המועצה המקומית ירוחם ומשרד התמ"ת תוכנית לאזור תעשייה. לפי המתווה התכנוני של המשיבים, קודם להוצאת היתר בניה לגן, יש לאשר תוכנית להרחבת אזור התעשייה ולאחר מכן יוצא היתר לשימוש חורג לגן בנקודה המוסכמת ויוצא היתר בניה או היתר להצבת מבנה יביל.

10. לאור נכונותם העקרונית של המשיבים להקים גן ילדים בנקודה המוסכמת על העותרים, הסכימו העותרים לבקשת המשיבים לדחות את תגובתם לעתירה תקופה מסוימת, וזאת כדי לבחון את הישימות של מתווה זה. אולם, התברר שהמתווה המוצע לא ישים בפרק זמן סביר, וכי שנת הלימודים הנוכחית תרד לטמיון. בין היתר, משום שהמתווה מתבסס על אישורה של תוכנית להרחבת אזור התעשייה, אשר הסתבר לתושבי רכמה, כי היא פוגעת בזכויותיהם והם הגישו לה התנגדות, אך גם משום שאישור התוכנית מתעכב באופן לא סביר גם בלי קשר להתנגדות של תושבי רכמה. לאור זאת הוגשה הבקשה לצו הביניים, שבה פירטו העותרים בהרחבה את הסיבות לאי ישימותה של הצעת המשיבים. ודוק – העותרים לא שללו את המתווה המוצע על ידי המשיבים, אלא ביקשו פתרון ביניים שיאפשר את פתיחת שנת הלימודים.

11. ביום 20.12.09 התקיים הדיון בבקשה לצו ביניים. בית המשפט הנכבד החליט, בהסכמת המשיבים, לאחד את הדיון בבקשה לצו ביניים ובעתירה לגופה, לראות בתשובה לבקשה כתשובה לעתירה כולה, ולהכריע בה. מתגובות המשיבים עולה, כי על בית המשפט להידרש למחלוקות הבאות:

טענת משרד החינוך בעניין התנהלות העותרים, חוסר ניקיון כפיים וכדומה

12. לב"כ משרד החינוך טענות כרימון נגד התנהלות העותרים ומניעיהם. מאחר שמשרד החינוך כבר הסכים להקמת גן ואף הסביר כי הוא מקדם מתווה מסוים, שיאפשר הקמת גן בנקודה הסמוכה לבתי המגורים בכפר, בתחום השיפוט של ירוחם, מתקשים העותרים להבין כיצד מתיישב הדבר עם טענות אלו. כלום פועל משרד החינוך לביצוע דבר לא חוקי או לסייע בידיהם של אלו, שלדבריו, עושים דין לעצמם? טענה זו אבסורדית ומוטב שלא תיטען.

13. ניסיונו של ב"כ המשיב לצייר את תושבי הכפר כעבריינים הבאים לבית המשפט בחוסר ניקיון כפיים הוא פשטני, מקומם ובלתי ראוי. לא בכדי לא פועלת המדינה למימוש פינוי הכפר. סוגיית ההתיישבות הבדואית בנגב הינה סוגיה אנושית וחברתית מורכבת ומיוחדת, שיש לבחון אותה גם בהקשר ההיסטורי הרחב. ועדת גולדברג קבעה, כי הבדואים, שמתגוררים בכפרים היסטוריים שקיימים מלפני הקמת המדינה, או שהועברו בהוראת הצבא מהכפרים ההיסטוריים בנגב למיקומם הנוכחי, כמו במקרה של רכמה, אינם פולשים, וכי יש להידבר עם האוכלוסייה ולהגיע לפתרון צודק, שכולל גם הכרה בכפרים והכשרת הבנייה שנעשתה שם ללא היתר. וכפי שנכתב בעתירה – לגבי רכמה המליצה ועדת גולדברג באופן נקודתי להכיר בכפר במקומו הנוכחי, אף שגם הוועדה הייתה מודעת לניסיונות המשפטיים בהם נקטה המדינה בעבר לפינוי התושבים (ר' גם סעיפים 3-13 וסעיף 30 לעתירה).

14. בכל מקרה אין לקשור בין זכותם של ילדי הכפר לחינוך לבין עתיד ההתיישבות ברכמה – בין אם תוכשר ובין אם תפונה. גם אין בסיס לטענה, כי הצבת מבנה יביל אחד תכריע את גורל הכפר כולו, דבר הנמצא כעת בדיונים הן בוועדת היישום לדוח ועדת גולדברג, שמינתה הממשלה, והן במסגרת קידום תוכנית המתאר החדשה למטרופולין באר שבע.

טענת המשיבים כי הפתרון הקיים אינו מחייב את התערבותו של בית המשפט

15. טוענים המשיבים, כי הפתרון הקיים – שילובם של ילדי רכמה בגנים בכפרים אחרים הוא סביר ואינו מהווה עילה להתערבות של בית המשפט. דין טענה זו להידחות. הפתרון הקיים פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכותם החוקתית של ילדי רכמה לחינוך ולשוויון.

16. הפתרון הקיים מחייב את ילדי רכמה לכתת רגליהם מרחק של כקילומטר עד לתחנת ההסעה ומשם להמשיך מרחק של כ-25 ק"מ לכל כיוון בהסעה אל בתי הספר והגנים בוואדי אל-נעם ובשגב שלום או למעלה מ-12 ק"מ לקסר אל-סר. כאמור, בקסר אל-סר ישנה, כאמור, בעיה חברתית לשילוב ילדי רכמה, וההורים מתנגדים לשלוח את ילדיהם הקטנים לשם. אך גם לו היה ניתן לשלב את הילדים שם, עדיין הפתרון הקיים אינו יכול לעמוד.

17. הזכות לחינוך מטילה חובה לקיים מוסדות חינוך נגישים, וכפי שנפסק: "אין די בהצהרה כי מוסדות חינוך קיימים. צריך להבטיח כי אלה יהיו נגישים לתלמידים המבקשים ללמוד בהם" (בג"ץ 5108/04 אבו גודה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241, פסקה 10 (2004)). תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959 קובעות כי ככלל, "המרחק בין בתי הספר לבין מקום מגורי התלמידים יהיה לא יותר משני קילומטרים", ורק במקרים חריגים ניתן לקבוע מרחק גדול מכך, כשיש תחבורה ציבורית או הסדר תחבורתי אחר. ניתן להעלות על הדעת מקרה, בו ישוב קטן בו מספר הילדים בשנתון מסוים זעום, כך שאין הצדקה ואף לא נכון מבחינה פדגוגית לפתוח עבורם בית ספר נפרד אלא יש לשלב את הילדים במקום אחר. אין זה המקרה שלפנינו. כאן מדובר בכמות גדולה יחסית של ילדים, ומדובר בילדים בגיל הרך, ובנסיבות העניין אין כל הצדקה עניינית לשלוח אותם לגנים מרוחקים ולא להקים עבורם גן נגיש.

18. זאת ועוד, לגבי הילדים הקטנים יותר, בגילאי 3-4 אף אין אפשרות לארגן הסעה, ולכן הגעה לגן המרוחק כרוכה בהסעות פרטיות של ההורים. בפועל, הילדים אינם מגיעים למוסדות הלימוד המרוחקים, כי אין להורים אפשרות מעשית וכלכלית להסיע מדי בוקר את ילדיהם לגנים מרוחקים ולהסיעם בחזרה בתום יום הלימודים. יש לזכור שכמו כל אוכלוסיית הכפרים הבלתי מוכרים, ואוכלוסיית הבדואים בנגב כולה, מדובר באוכלוסייה ענייה מאוד, מהמוחלשות ביותר בארץ (ר' סעיף 13 לעתירה והדוחות המוזכרים בו).

19. לאור האמור, הפתרון המוצע כיום אינו נגיש, סותר את הוראות חוק לימוד חובה ותקנות תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959 והוא פוגע בצורה אנושה בזכות לחינוך, ולמעשה - מסכלה כליל.

20. בנוסף, הפתרון הקיים פוגע בצורה קשה בזכות החוקתית לשוויון. לשון חוק לימוד חובה היא ברורה וחד משמעית. החוק מטיל על המדינה ועל רשות החינוך המקומית במשותף את החובה לקיים מוסדות חינוך רשמיים למתן חינוך חובה חנם לילדים, הגרים בתחום שיפוטה של רשות חינוך מקומית מסוימת. לכן על ירוחם ומשרד החינוך חובה משותפת לדאוג למוסדות חינוך נגישים לכלל התלמידים, מגיל 3 ואילך, המתגוררים בשטח השיפוט. במקרה דנן, ילדי רכמה, המתגוררים בשטח השיפוט של ירוחם, אינם נהנים מגני ילדים נגישים, בניגוד לשאר הילדים בירוחם. בנוסף, ילדי רכמה אינם נהנים מגני ילדים נגישים, כמו בישובים אחרים בנגב בהם מספר דומה של ילדים. ליחס השונה לא ניתן הסבר משכנע.

טענת המשיבים, כי אחריות המועצה חלה רק על תושבים הרשומים במרשם האוכלוסין או רק לתושבים המשלמים מיסים עירוניים, עומדת בסתירה ללשון החוק המפורשת ולתכליתו. ודוק – שאלת אחריותה של המועצה בתחומים נוספים אינה עומדת לדיון בתיק דנן, אלא שאלת אחריותה לפי חוק לימוד חובה בלבד. לעניין החינוך בחר המחוקק להטיל את האחריות על הרשות המקומית ומשרד החינוך במשותף, לגבי כל מי שמתגורר בשטח השיפוט של הרשות, ולא למי שרשום כתושב או משלם ארנונה וכיוצ"ב. הדבר נועד כדי לממש את התכלית של הבטחת הזכות לחינוך לכל ילד במקום מגוריו בפועל, אפילו אם הוא פליט חסר מעמד חוקי בישראל, או בן למשפחה שפלשה שלא כדין לדירה, או שאינה מסוגלת לשלם את המיסים העירוניים. כך גם פירש בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב את החוק בפסקו, כי המועצה האזורית עמק לוד אחראית למימוש זכותם לחינוך של תלמידי שכונה לא מוכרת הנמצאת בשטח המועצה: עת"מ (ת"א) 2571/05 א.א. (קטין) נ' עיריית רמלה (מיום 26.5.08). כן ראה בג"ץ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353,356 (1989).

21. נוסף עוד, כי אם הדבר מטיל עומס כלכלי על ירוחם, הרי שהדבר צריך לקבל מענה ממשרד החינוך, אך לא על חשבון החובה הקיימת כלפי הילדים. בנוסף, רבים מתושבי רכמה רשומים כתושבי ירוחם והם אף נכללים בפנקס הבוחרים של המועצה, כך שממילא אין בטענת המשיבים כדי לסייע להם.

22. גם הטענה שהיחס השונה נובע מאי החוקיות של הבתים ברכמה לעומת שאר תושבי ירוחם אין בה ממש. לשון החוק אינה מתנה את מימוש הזכות לחינוך בדבר, וזו גם תכלית החוק. אדרבא – בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב פסק, כי רשות מקומית אינה יכולה להפלות תלמיד בשל אי חוקיות בית מגוריו "גם ילד שיש כנגד בית הוריו צו הריסה זכאי לחינוך": עת"מ 1402/06 אלנבארי נ' עיריית רמלה (מיום 29.6.06), בפיסקה 5.

23. הזכות לחינוך והזכות לשוויון הן זכויות חוקתיות, שהפגיעה בהן כפופה לתנאי פיסקת ההגבלה. במקרה דנן הפגיעה בזכויות ילדי רכמה היא החלטת מדיניות מינהלית שאינה מעוגנת בחוק ואף, כאמור, מנוגדת לחוק לימוד חובה והוראותיו. למצער, מדובר בניצול לרעה של סמכות, שנועדה למצבים חריגים ומיוחדים, ככל שמדובר בגני ילדים, כמו למשל בישוב קטן שבו יש מעט מידי תלמידים בכל שנתון, נסיבות שאינן קיימת במקרה דנן.

24. גם התכלית של החלטה פסולה, ומבוססת על שיקולים זרים ולא ענייניים, שנחשפו שחור על גבי לבן במסמכים שצירף המשיב 1 לתגובתו, ושהובאו לעיל. בבסיס הדברים עומד רעיון העוועים, לפיו הימנעות מהקמת מבני חינוך, ולו לילדי הגן, ולו במבנה יביל, היא אמצעי כדי להפעיל על התושבים לחץ להתפנות מהמקרקעין לישובים אחרים, בהם חפצה המדינה ליישבם. השימוש בחינוך הילדים כנקודת לחץ על הוריהם היא פסולה ולא ראויה וגם חסרת בסיס. אין כל קשר בין הנחת מבנה יביל עבור גן ילדים לבין ההכרה או אי ההכרה בישוב או בין התפנות של תושבי המקום.

25. גם תכלית של הימנעות מבנייה לא חוקית אינה רלוונטית למקרה דנן, שכן מדובר בשטח השיפוט של ירוחם, מועצה שבה תוכנית מתאר מקומית מאושרת (שמספרה 107/02/26). המשיבים מציינים על דרך הסתם, בלי לגבות את טענתם בעובדות או במסמכים, כי אין אפשרות חוקית להציב בסמוך לבתי התושבים מבנים יבילים לצורך גן ילדים, ומייד סותרים את עצמם ומדגימים כיצד הם פועלים, מטעמים אנושיים כדבריהם, להציב מבנה יביל בנקודה הסמוכה לבתי התושבים באמצעות הליך של שימוש חורג מתוכנית אזור התעשייה החדשה, אותה הם מקדמים כעת. המשיבים אפילו לא מנסים ליישב סתירה זו. אף אם המתווה המוצע כיום על ידי המשיבים אינו ישים בפרק הזמן הנדרש, ולאור זאת הוגשה הבקשה לצו ביניים, הוא מדגים כי יש פתרון שהוא גם מידתי יותר מאשר הפתרון הקיים וגם חוקי ואינו מחייב בניה בלתי חוקית.

26. הטענה הגורפת שלא ניתן להציב מבנה לצורך גן במרחק סביר כלשהו מבתי המגורים "שכן אין תוכנית מתאר במקום" אינה נכונה. על המקום חלה תוכנית המתאר המאושרת לירוחם, מכוחה ישנם כבר היום בירוחם תוכניות מפורטות, שמכוחן ניתן להוציא היתרי בניה למבני ציבור ולמגורים. ישנם אזורים אחרים, כמו אזור התעשייה הקיים או שטח לתכנון עתידי, שאין כל מניעה ליזום בהם תוכניות מפורטות או הליך לשימוש חורג מתוכנית, לפי פרק ז' לחוק התכנון והבניה, לצורך הקמת מבנה או הצבת מבנה יביל לגן ילדים.

27. המשיבים עצמם מציעים לעשות שימוש בהליך של שימוש חורג. מדובר בהליך מקובל, שנועד לענות על צרכים משתנים, ובעניינו מדובר בצורך דחוף, ודומה כי שימוש בהליך זה אף עולה בקנה אחד עם הרצון של המשיבים לפתרון זמני ולא קבוע, עד שיוכרע עתיד הכפר כולו. ניתן להוציא היתר לשימוש חורג מכל תוכנית. הליך כזה הוא מהיר יחסית, ודורש החלטה של ועדת התכנון המקומית של ירוחם.

28. האפשרות ליזום תוכנית מפורטת נקודתית למוסדות חינוך גם היא אפשרית, וניתן לקדמה באופן מהיר יחסית. כזכור, בשנת 2006 כבר אישרה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תוכנית מפורטת להקמת מבני חינוך עבור ילדי רכמה באותו שטח, שעל פי תוכנית המתאר המאושרת הינו שטח לתכנון עתידי של ירוחם, אך היוזמה נבלמה מסיבות שאינן תכנוניות, כמצוין לעיל.

29. לאור זאת, אין רבותא בדוגמאות שהביאו המשיבים בעניין שנדון בעניין **אבו גודה** ובעניין **אלעמור**, שני פסקי דין שעסקו באותו עניין, שכן שם דובר על שני כפרים בלתי מוכרים, הנמצאים

בשטח גלילי, שטח שאינו משתייך לרשות מקומית כלשהי, שטח שבו, לטענת המדינה, אין כל תוכנית מתאר שמכוחה ניתן להוציא היתר בניה. בעתירה הראשונה, בעניין **אבו גודה**, פסק בית המשפט, כי העותרים לא סיפקו לבית המשפט נתונים מספקים על האפשרויות למימוש הזכות לחינוך, ביישוב מוכר, ולאור זאת דחה את העתירה. בין היתר התבסס בית המשפט על הטענה, כי אחד הכפרים, זערורה נמצא בסמיכות רבה לכסייפה, 3-6 ק"מ מבתי התושבים והיו טענות כי המרחק נגיש, וכי הילדים מוסעים על ידי הוריהם. בעתירה הראשונה פסק בית המשפט, כי על הצדדים להידבר וכי פתוחה בפני העותרים הדרך לשוב ולפנות לבית המשפט. בג"ץ 5108/04 **אבו גודה נ' שרת החינוך**, פ"ד נט(2) 241, (2004). כפי שעולה מפסק הדין בעניין העתירה השנייה שהוגשה, בעניין **אלעמור**, נמצא פתרון לאחד משני הכפרים, ביר אלמשאש, אך בזערורה לא נמצא פתרון ותושביו עתרו שוב לבג"ץ. גם הפעם לא מצא בית המשפט מקום להתערב בפתרונות הקיימים (שהם, כאמור, בתי ספר במרחק 3-6 ק"מ, שלא כמו במקרה דנן בו מדובר על 25 ק"מ). עם זאת, קבע בית המשפט כי אף אם אינו מטיל על הרשויות חובה להקים את מוסדות החינוך בכפר, על משרד החינוך למצוא פתרון יצירתי, שאינו מחייב בניה בלתי חוקית או הסעות שלא ניתנות כלל במקום אחר וכי "לא בשמים היא". בג"ץ 10030/05 **אלעמור נ' שרת החינוך** (מיום 29.4.06). בניגוד למקרה שנדון בעתירות הללו, במקרה דנן מדובר בילדים המתגוררים בשטח השיפוט של ירוחם, אין פתרון חינוכי נגיש אחר עבורם ואין כל קושי תכנוני לממש את זכותם של הילדים לחינוך בגן נגיש.

30. בהיעדר תכלית ראויה, החלטת המשיבים לשלוח את ילדי רכמה לגנים המרוחקים היא לא מידתית ואינה יכולה לעמוד.

31. בנוסף – גם אם נניח כי התכלית של הימנעות מהקמת גן באזור המועדף על העותרים היא תכלית ראויה, הרי שקיימות דרכים מידתיות יותר למימוש זכותם של ילדי הגן של רכמה לחינוך מאשר שליחתם לגני ילדים מרוחקים, בוודאי ככל שמדובר בילדים בגילאי 3-4 שלהם אף אין הסעות. למשל, הצבת הגן בתוך התחום הבנוי הקיים של ירוחם. ההתכתבויות, שקדמו לעתירה, מראות כי אין כל התנגדות מצד הרשויות, לא מצד משרד החינוך ולא מצד משרד הפנים, להקמת הגן בתוך תחום המועצה הקיים, כנראה מתוך הנחה, שהצבת הגן בתחום השטח הבנוי של ירוחם לא מעוררת את אותה "בעייתיות", שקיימת לעמדתם בהצבת הגן בשטח בו מתגוררים תושבי רכמה. הדבר לא התרחש בפועל תוך שכל רשות מטילה את האחריות לכך על האחרת. פתרון זה הוא בוודאי ישים ברמה התכנונית.

32. המשיבים יכולים לחשוב על פתרונות יצירתיים נוספים, מלבד אלו המצוינים לעיל, שיהיו מידתיים יותר. למשל, לפנות לשר הפנים בבקשה להפעיל סמכויותיו לפי סעיף 265 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, כדי לאפשר הצבת מבנים יבילים בפטור מהיתר לתקופה קצובה, עד שיוחלט על פתרון קבע. כך, למשל, נעשה לגבי הצבת מבנים יבילים למפוני גוש קטיף. ר' תקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי חקלאות, ולהקמת מבנים באזורים כפריים עבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון, ותנאיו) (הוראת שעה), התשס"ה-2005.

הסעד

33. הסעד המבוקש בעתירה הינו להורות למשיבים 1 ו-2 להקים עבור ילדי רכמה גן ילדים, בסמוך למקום מגוריהם. הסעד רחב דיו כדי להותיר בידי המשיבים שיקול דעת באשר למיקומו המדויק של הגן והמתווה התכנוני הנדרש ובלבד שיהיה במרחק סביר מבתי הכפר, ויענה על דרישת הנגישות שבחוק.

34. האפשרויות שעומדות בפני המשיבים 1 ו-2 למימוש הסעד המבוקש מגוונות. העובדה שהמשיבים מציעים כיום מתווה מסוים להצבת גן במיקום שנמצא בשטח השיפוט של ירוחם מוכיחה, כי ניתן מבחינה חוקית לפעול להקמת גן. אלא שיישומו של המתווה המוצע מתעכב והוא יסכל את האפשרות לפתוח את שנת הלימודים בשנה זו, ומשום כך הוגשה הבקשה לצו ביניים ובה דרישה לפתרון חלופי ומהיר יותר או לפתרון זמני עד שהמתווה המוצע ימומש.

35. אין זה תפקידם של העותרים להצביע על המיקום המדויק או המתווה התכנוני הרצוי, והעותרים אף אינם מצפים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להקים את הגן בנקודת ציון מסוימת או במתווה תכנוני מסוים. העותרים הצביעו על כך שהפתרון הקיים פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לחינוך ובזכות לשוויון של ילדי רכמה, ודי בכך שהצביעו על כך שיש אפשרות חוקית ומידתית יותר להימנע מפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות של ילדי רכמה או לצמצם את היקף הפגיעה בהם.

36. למעלה מן הצורך יזמו העותרים פניה לעמותת "במקום", עמותה של מתכנני ערים, על מנת להכין רשימה של אפשרויות חלופיות להקמת הגן, כולל נקודות ציון ומתווה תכנוני אפשרי לכל אחת מהן, והעותרים מוכנים כמובן לסייע ככל שבידם למשיבים בהקמת הגן. אולם נדגיש שוב, כי המשיבים 1 ו-2 הם האמונים על חינוכם של הילדים ועליהם מוטלת החובה לפעול להקמת הגן.

37. לאור זאת מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולפסוק, כי הפתרון החינוכי הקיים מפר את זכויותיהם של ילדי רכמה בצורה בלתי מידתית, ואינו עונה על דרישות חוק לימוד חובה, ועל כן על המשיבים 1 ו-2 לפעול להקמת גן נגיש בדרך הנראית להם, אך בזמן סביר, שייקבע בית המשפט הנכבד, אם יראה לנכון. בית המשפט אף יכול לפסוק, אם יראה לנכון, כי על המשיבים למצוא פתרון זמני עד למציאת פתרון קבוע יותר, כפי שפסק בית המשפט העליון בעניין בית ספר שמוקם ליד מפעל מזהם:

בנסיבות אלה לא נותר לנו אלא לקבוע כי לא ניתן לקיים לימודים בבית הספר בתנאים הנוכחיים, וכי מיקומו של בית הספר בעת הזו אינו סביר ואינו עולה בקנה אחד עם חובתם של המשיבים לספק לתלמידים מקום לימודים ראוי. המשיבה 1 – עיריית ירושלים – אחראית הן למתן הרישוי למפעל הן להחלטה להקים לצדו בית ספר שבו לומדים ילדים רכים בשנים. הנכונות להסכים לחשיפת ילדים לסיכונים הנלווים לשאיפת החומרים המזיקים, ולו למשך יום אחד, היא החלטה בלתי-סבירה ואין להשאירה על מכונה. המשיבים הבהירו כי לאור הנתונים העדכניים הוגברו המאמצים למציאת פתרונות חלופיים והם ביקשו כי יינתן להם זמן נוסף לקידום הנושא. הקושי הוא שהימים חולפים ושנת הלימודים תשי"ע עומדת בפתח. את הניסיון המוגבר לאתר מקום לימודים בטוח צריך היה לקיים עוד קודם לשנה החולפת ולא בימים אלה. בעת הזו, בהיעדר פתרון, ייאלצו התלמידים ללמוד במבנה שאינו ראוי ללימודי-אדם. תוצאה זו אינה אפשרית.

לכן, אנו מקבלים את הערעור ומורים כי על המשיבים 1 ו-2 למצוא פתרון – ולו פתרון זמני – שיאפשר לתלמידי בית הספר היסודי שועפט ג' לקיים את חוק לימודיהם מבלי לסכן את בריאותם. פתרון זה צריך שיהא מיידני: יש להעתיק את בית הספר או את המפעל, או למצוא פתרון מתאים אחר (עע"מ 5634/09 ג'לאל נ' עיריית ירושלים (מיום 25.8.09)).

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה.

גיל גן-מור, עו"ד

10 בינואר, 2010

ב"כ העותרים