

בעניין:

1. _____ אבו סרדאנה, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
2. _____ אבו סרדאנה, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
3. _____ אבו סרדאנה, ת"ז _____
קטינה, באמצעות אחיה והאפוטרופוס שלה, העותר 1
4. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
2. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא ישיבו לפניות העותרים וינפיקו לעותרים 2-3 היתר כניסה לישראל, לצורך מעברם חזרה לביתם שבקלקיליה, בגדה המערבית, שם מתגורר אביהם, העותר 1, בלא כל תנאים ומגבלות.

בית המשפט מתבקש להורות למשיבים להגיב בדחיפות לעתירה, נוכח הזמן הממושך שהעותרים 2-3 שוהים בנפרד מאביהם, והמשיבים מונעים מהעותרים להתאחד בביתם שבקלקיליה, פרק זמן העולה על **חמש שנים** – מאז היה עותר 2 בן 13, ומאז הייתה העותרת 3, שעודנה קטינה, בת 11.

מבוא

עניינה של עתירה זו בסיפורה האנושי של משפחה שנקרעה וכעת מבקשת להתאחות: אח ואחות, כיום בן 19 ובת 16, המתגוררים בגדה המערבית, שננטשו על ידי אמם לפני כ-15 שנה. אביהם, שגידל אותם במשך השנים לבדו, נאסר בישראל בשנת 2004 לתקופה ממושכת, והם נותרו ללא הורה שיגדל אותם.

בשל הנסיבות שנוצרו נאלצו העותרים, אז שניהם קטינים, לעבור לרצועה עזה, על מנת לשהות שם אצל סבתם, עד לשחרור אביהם ממאסרו. מששחרר אביהם ממאסרו וחזר לביתם, החל, לאחר תקופה קצרה בה ארגן את חייו, לפעול לחזרת ילדיו אליו.

אלא שחיי המשפחה של העותרים, וזכותם לחיות חיי משפחה בצוותא, בביתם, היא לצנינים בעיני המשיבים, שעבורם כל אלו מצטמצמים לכדי שלוש מילים: "אינם עומדים בקריטריונים".

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא פלסטיני תושב השטחים הכבושים, בן 39, המתגורר בקלקיליה. בשנת 1991 עבר העותר, עם רעייתו דאז, מרצועת עזה לקלקיליה, בה הוא מתגורר מאז ועד היום. העותר ורעייתו נפרדו בשנת 1994, והוא גידל את ילדיו – העותרים 2-3 – לבדו, בסיועה של אמו.
2. העותרים 2-3 הם ילדיו של העותר. העותר 2 נולד בשנת 1991, והוא כיום בן 19; והעותרת 3 נולדה בשנת 1993, והיא בת 16. לאור הנסיבות, כפי שיתואר בהמשך, מאז בגר העותר 2, הוא האפטרופוס החוקי של אחותו.
- העתק החלטת בית הדין השרעי לפיה העותר 2 הוא האפטרופוס של העותרת 3, מצורף ומסומן **ע/1**.
3. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
4. המשיב 1 הוא הממונה על שטח הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה.
5. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

הרקע העובדתי

6. בשנת 1991 עברו העותר ורעייתו דאז, יחד עם בנם הפעוט, העותר 2, להתגורר בקלקיליה שבגדה המערבית. בשנתיים שלאחר מכן נהגו העותר ורעייתו לבקר ברצועה ולשוב לביתם שבגדה.
7. בשנת 1993 נולדה העותרת 3 בקלקיליה. עוד בטרם לידתה התגרשו העותר ורעייתו; אמם של העותרים 2-3 עזבה את בית המשפחה בשנת 1994, נישאה מחדש ועברה להתגורר בישראל.
8. העותר המשיך לגדל את ילדיו לבדו. עוד קודם לנישואיה החדשים של אמם, בשנת 1993, עברה סבתם של העותרים 2-3, הלוא היא של העותר, להתגורר עם המשפחה בקלקיליה. סבתם של העותרים סייעה לעותר בגידולם, ובמיוחד עת היה העותר עצור בישראל. לאחר שחרורו של העותר ממעצר, חיו הילדים עם אביהם ועם סבתם.
9. יצוין, כי במהלך עשרים השנים האחרונות, נעצר העותר שלוש פעמים בישראל, ובכל פעם שוחרר לביתו שבקלקיליה: בשנת 1993 נעצר וריצה מאסר בן 30 חודשים בגין גניבה, לאחריו שוחרר לקלקיליה בשנת 1995; בשנת 2000 נעצר העותר וריצה מאסר בן שנה וחצי בגין שהייה בלתי חוקית בישראל, לאחריו שוחרר לקלקיליה בשנת 2001; בשנת 2004 נעצר וריצה מאסר בן שנה וחצי בגין שהייה בלתי חוקית בישראל, לאחריו שוחרר לקלקיליה בשנת 2005.
10. בתקופת המאסר האחרונה נותרו העותרים 2-3, אז בני 13 ו-11 בהתאמה, ללא הורה מטפל: אמם ניתקה עמם קשר ועברה לישראל, ואביהם היה כלוא בישראל תקופה ארוכה. הטיפול בילדים הקטנים הוטל באחת על סבתם.
11. אלא שסבתם של העותרים, כיום קשישה בת 76, לא הצליחה לעמוד לבדה בתשלומי השכירות בקלקיליה, והיא נאלצה לחזור לביתה שברצועת עזה. מכיוון שבשלב זה לא היה מי שידאג לנכדיה הקטנים מלבדה, לקחה אותם תחת חסותה, עד שאביהם ישוחרר ממאסרו, ועברה יחד עמם לביתה שברצועה.
12. כאמור, העותר שוחרר ממאסרו בחודש אוקטובר 2005. במשך תקופה קצרה ניסה להחזיר את חייו למסלולם, להשתקם ולהתייצב מבחינה כלכלית. העותר נישא מחדש והוא מתגורר עם רעייתו בקלקיליה, וכיום הוא עובד במכבסת בגדים. או אז ביקש העותר להשיב לו את היקר לו מכל – את ילדיו, שכעת הוא יכול לדאוג להם, לפרנס אותם ולגדלם יחד עם רעייתו בביתם החדש. אלא ששמחתו הייתה מוקדמת, שכן כל בקשותיו למשיבים, כי יתירו את חזרתם של ילדיו אליו – עלו בתוהו.

מיצוי הליכים

13. ביום 9.12.10 הגיש העותר 2, שבגר בינתיים, בקשה להתיר את שובו יחד עם אחותו לאביהם שבקלקיליה, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית.

14. ביום 29.12.09 נמסר טלפונית לנציגת המוקד להגנת הפרט, מטעם נציג הוועדה האזרחית, כי **הצד הישראלי מסרב לקבל לידיו בקשות כאמור.**

15. ביום 31.12.09 פנה המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטארי במת"ק עזה, בבקשה כי הבקשה תיבחן על אף שלא הועברה באמצעות הוועדה האזרחית, שכן הצד הישראלי הוא שמסרב לקבלה. זאת, בהתאם למכתבם של יועמ"ש מת"ק עזה ושל מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה מיום 31.12.09 מצורף ומסומן ע/2.

16. ביום 10.1.10 התקבלה אצל המוקד להגנת הפרט תשובת מת"ק עזה מאותו יום, לפיה הבקשה מצויה בטיפול גורמי הביטחון, ולאחר קבלת החלטה תימסר התשובה לוועדה האזרחית הפלסטינית.

העתק תשובת מת"ק עזה מיום 10.1.10 מצורף ומסומן ע/3.

17. באותו יום פנה המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה, וביקש כי תשובת המת"ק תימסר ישירות גם למוקד להגנת הפרט. גם פנייה זו התבססה על מכתביהם של יועמ"ש מת"ק עזה ומנהלת מחלקת הבג"צים.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה מיום 10.1.10 מצורף ומסומן ע/4.

18. ביום 12.1.10 התקבלה אצל המוקד להגנת הפרט תשובתו של מת"ק עזה מאותו יום, ולפיה הבקשה סורבה "משום שאינה עומדת בקריטריונים".

העתק תשובת מת"ק עזה מיום 12.1.10 מצורף ומסומן ע/5.

19. משסורבה בקשת העותרים, לא נותר להם אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

חייה של אוכלוסייה, כחייו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.

(דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983), 805).

20. המשיבים אינם יכולים להתעלם מכך שגם בעת עימות נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי השטחים לממש את חיי המשפחה שלהם ולחיות עם הוריהם וילדיהם. המשיבים אינם יכולים לדרוש מהעותרים להמתין בעניין מימוש חיי המשפחה שלהם, ולכפות עליהם ניתוק עד אשר ישרור שלום.

21. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...

22. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(סעיף 18 לפסק דינו של השי' ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעייית אסכאן הנ"ל).

23. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.

[...]

משך הזמן... עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"ץ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197 (1983), 310-311).

ב. הפגיעה בזכויות העותרים

(i) הזכות לחיי משפחה

24. העותרים, אב וילדיו, מבקשים לשוב ולהתאחד כמשפחה. פרידה זמנית בשל מעצרו של האב, התארכה למספר שנים, בשל סירובם של המשיבים לקבל לידיהם בקשות להתיר את שובם של הילדים אל אביהם. **כעת, משנבחנה הבקשה לגופה, מאיין המשיב כליל את זכותם זו של אב וילדיו, אחת מהן עודנה קטינה.**

25. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת ומוגנת במשפט החל באזור, הן מכוח המשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי, והן מכוח המשפט המינהלי.

סעיף 46 לתקנות האג;

סעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966;

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966;

סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 787, 728.

26. בבסיס הזכות לחיי משפחה, עומדת זכותו של אדם לחיות את חייו עם בחיר לבו. ההגנה על זכותם המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה שמחויבים להגן עליה:

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית. (השופט אלון בע"א 488/77 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421 (1978), 434).

27. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. עמד על כך הנשיא ברק:

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של האדם. [...]

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם...

הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת.

(בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006), פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא).

ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.

28. בסירובם של המשיבים להתיר לעותר לשוב לביתו ולמשפחתו הם קורעים את התא המשפחתי לגזרים ופוגעים פגיעה אנושה בזכותם של העותרים לחיי משפחה.

(ii) עקרון טובת הילד

29. הפרדתו הממושכת של הילד מביתו מנוגדת ללא ספק לטובתו, וסותרת את עקרון טובת הילד, שהוא עקרון על מחייב לא רק בערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות, גם בשיקול הדעת שמפעילות רשויות השלטון. עקרון זה מחייב גם את רשויות הצבא:

אכן, טובת הקטין היא עקרון-על. עקרון זה מעוגן בהוראת סעיף 13(1) לאמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה"..." לאמנה זו השפעה בישראל... בישראל מהווה עקרון טובת הילד "עקרון שאין למעלה הימנו" (השופט מ' זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט(1) 241, 251) (כבוד הנשיא ברק בע"א 10280/01 ד"ר ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס"ד מיום 10.1.05).

30. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד בנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

31. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשתו של העותר להיכנס לישראל לצורך מעברו לביתו בגדה המערבית.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא.
(ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1) 241, 251 (1955)).

על עקרון טובת הילד ראו גם:

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד יז(3) 1709, 1717 (1963);

ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465 (1975);

ע"א 2266/93 פלוניס נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272 (1995).

32. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת אביהם, במסגרת תא משפחתי יציב ככל האפשר. נתק ממושך מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית, המותירה צלקת בנפשם הרכה של ילדים. ככל שחולף הזמן הנוק שנגרם לבתו הקטינה של העותר הולך ומחמיר.

33. המלומד Melton מדגיש כי ילדים אשר גרים בתנאים הקשים ביותר (בחברה בכלל, ובמשפחה בפרט) רשאים להגנה מוגברת מהמדינה בכל הנוגע לזכותם לחיי משפחה, לתמיכה פסיכולוגית, ולילדות של חירות וכבוד (dignity):

It further recognized an obligation of the government to protect parent-child relationships whenever possible and to provide special protection for children without families (Principle 6)...The Convention covers virtually every domain of children's lives, for example, 'physical, mental, spiritual, moral and social development' (art. 27, para 1)...and consistently grounded in an analysis of the requisites for the *dignity* of children.

(Melton G.B. "The right to a family environment for 'children living in exceptionally difficult conditions'." *Law and Policy*, Vol 17, 1995. pp. 346-347)

(iii) זכות העותרים 2-3 לשוב לביתם

34. בראש ובראשונה, פוגעים המשיבים בזכותם של העותרים 2-3 לשוב לביתם. בית משפט זה עמד על תפקידו המרכזי של ביתו של אדם בעיצוב חייו במספר עתירות (בג"ץ עג'ורי הנ"ל; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481). ביתו של אדם הוא מבצרו; פגעת בו – ופגעת במרכז חייו, ובמארג שלם של זכויות הקשור בו קשר הדוק.

35. בהתאם למשפט הבינלאומי, זכותו של אדם לשוב לביתו ולאזור מגוריו הינה זכות יסוד מרכזית ומהותית. כך נוסח עקרון מרכזי זה על ידי ועדת האו"ם לזכויות-אדם:

Every human being shall have the right to be protected against being arbitrarily displaced from his or her home or place of habitual residence.

[...]

Competent authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as provide the means, to allow internally displaced persons to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence.

(UN Commission on Human Rights – Economic and Social Council, *Guiding Principles on Internal Displacement*, E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998)).

36. ועדת האו"ם לזכויות האדם הדגישה את חשיבות הזכות במקרים של העברות כפייה ותיחום מגורים בין היתר גם במקרה הבא:

The Committee is deeply concerned at the information that more than 1,300 Tajiks, citizens of Uzbekistan, were resettled from their villages in the mountains to the steppes of the Sherabad region, about 250 miles away. The State party explained that the action was taken in order to improve the living conditions of the people concerned. It did not however, refute that the resettlement was enforced by military forces, that the Tajiks had to leave their homes without their belongings and that their villages were subsequently destroyed.

The State party should immediately stop any further action to expel people from their homes in violation of articles 12 and 17 and possibly, in certain situations, article 27 of the Covenant. The State party should take steps to compensate the individuals concerned for the loss of their property and their suffering, resulting from their forcible displacement and its aftermath, and to report on their present living conditions.

(Concluding observations of the Human Rights Committee on Uzbekistan, UN Doc. CCPR/CO/71/UZB, 26 April 2001, para 16).

37. בהתאם לכך, אוסר סעיף 49 לאמנת ז'נבה (1949) באורח חמור על הרחקה כפויה של אזרחים מוגנים מבתיים:

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

סעיף זה מתייחס, לפי הפרשנות הסטנדרטית שהתקבלה בניסוחו של סעיף 17(1) לפרוטוקול השני לאמנות ז'נבה, גם להעברה בתוך שטח כבוש, מחלק אחד לחלק אחר של אותו שטח.

38. האיסור על הרחקה כפויה הוא מהחמורים שבאמנה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה.

39. המלומד Roch, במאמרו על העברות הכפייה אשר בוצעו ביוגוסלביה, מדגיש כי האיסור מתייחס לכל הרחקה של קבוצות או יחידים מבתיים בניגוד לרצונם:

Regardless of which method the perpetrator chooses, the effect is the same: individuals or groups of individuals are removed from their homes and *Heimatslaander* against their own free will.

(M.P. Roch, Forced Displacement in the Former Yugoslavia: A Crime Under International Law?, 14:6 DICKINSON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 18 (1995-1996))

40. בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעו גירוש והרחקת כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף 8(2)(a)(vii)). הרחקת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית-הדין, וזאת כאשר היא נעשית במסגרת מדיניות שיטתית. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף 7(2)(d)): כ:

Forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

41. המלומדת מ' סטאוורופולו מדגישה את החומרה הרבה שבהרחקתו הכפויה של אדם מביתו:

Some have observed that an individual's forced deprivation of his home violates a basic human right. "Home" constitutes not only a means of "shelter", but also a means of placing a person in a social and physical space, and of circumscribing a person's private life and social interaction... Observers have never disputed the tragedy involved in one's separation from his home...

(Maria Stavropoulou, *The Right Not To Be Displaced*, 9 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 689, 717 (1993-1994)).

42. בהמשך מציינת סטאוורופולו כי הרחקתו הכפויה של אדם מביתו מפירה בהכרח שורה ארוכה של זכויות יסוד בהתאם למשפט הבינלאומי, ואף עולה עד כדי הפרה של האיסור החמור לנהוג באופן "אכזרי, בלתי אנושי או משפיל":

Displacement threatens the life, liberty, and security of the displaced – rights which are guaranteed, *inter alia*, in article 3 of the Universal Declaration and 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In such cases, **there can be little doubt that displacement will amount to cruel, inhuman or degrading treatment** as illustrated in Article 5 of the Universal Declaration and article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Article 12 of the Universal Declaration and article 17 of the international Covenant on Civil and Political Rights prohibit arbitrary interference with an individual's home and privacy. Article 17(2) of the Universal Declaration provides that "no one shall be arbitrarily deprived of his property". Article 25(1) also provides that "everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family..." similar provisions are found in the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. It provides for the protection of the family (article 10); the right to an adequate standard of living, Shelter and food (article 11); the right to physical and mental health (article 12); the right to work (article 6); the right to education (article 13); and the right to pursue freely one's own economic, social and cultural development (article 1); the right to participate in cultural life (article 15). All of the above rights are inevitably violated to a greater or lesser degree when forced displacement occurs.

Displacement may also infringe on a number of other provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights...

The Freedom of movement is inherently breached when displacement occurs, not only because the displaced are restricted invariably in their movement... but also **because they cannot exercise their right to return to their home country or principal area.**

(שם, בעמ' 736-737; ההדגשה הוספה – א.כ.).

ג. מקרים דומים בהם התאפשרה חזרת פלסטינים לביתם

43. המוקד להגנת הפרט טיפל בעניינם של פלסטינים רבים, שגורשו לרצועת עזה או הגיעו אליה לביקור, ושהמשיבים לא איפשרו להם לחזור לביתם שבשטחי הגדה המערבית. בכל אותם מקרים בחר המשיב שלא להעמיד למבחן את עמדתו, לפיה על תושב השטחים הכבושים לשהות בכתובתו הרשומה במרשם האוכלוסין, ונאות להתיר את חזרתם לביתם.

ר' למשל: בג"ץ 5504/03 כחלות נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 3555/05 נבאהין נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 4465/05 ג'דילי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה

המערבית; בג"ץ 396/06 קעיס נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 5463/06 אפנדי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 9951/06 אבו בטיחאן נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 810/07 אבו שעאבן נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 9386/07 פיראני נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 111/08 ג'בר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית; בג"ץ 10520/09 אבו עאבד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית.

44. יצוין, כי בבג"ץ 6685/09 קהוג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, שעסק בחוקיותו של צו גירוש, שהוצא לתושב השטחים הכבושים מביתו שבגדה לכתובתו הרשומה, הצהירו המשיבים כדלקמן:

ככלל לא מורחקים תושבי רצועת עזה שעברו לאיו"ש עובר לפרוץ האירועים הביטחוניים בשנת 2000, ושלא קיים בעניינם חומר ביטחוני שלילי.

(סעיף 25 לתגובת המשיבים מיום 18.11.09; ההדגשה הוספה – א.כ.).

המשיבים אף הבהירו בעניין פלסטינים שנקלעו לרצועה ושהמשיבים סירבו תחילה לאפשר את חזרתם לביתם, ורק לאחר הגשת עתירות בעניינם ניאותו להתיר חזרתם:

באותם מקרים לאחר שנבדק עניינם של הפונים והסתבר כי נכנסו לאיו"ש עובר לשנת 2000, הוחלט לאפשר את חזרתם לאיו"ש. יוער, כי בחלק מהמקרים ביקשו הפונים לשוב לאיו"ש לאחר ביקור ברצועת עזה, ובחלק אחר דובר במי שהורחקו לרצועת עזה בנסיבות שונות שלא בהתאם למדיניות הנוהגת.

(סעיף 28 לתגובה האמורה; ההדגשה הוספה – א.כ.).

העתק תגובת המדינה בבג"ץ 6685/09 מיום 18.11.09 מצורף ומסומן ע/6.

45. על דברים דומים חזרה ב"כ המדינה בדיון בעתירה האמורה מיום 14.12.09: "מי שאין נגדו חומר ביטחוני לא מרחיקים מאיו"ש לרצועת עזה עד שנת 2002 [כנראה 2000]" (עמ' 3, ש' 27 לפרוטוקול).

46. משכך, אף המשיבים הצהירו כי יש לאפשר לתושבי שטחים דוגמת העותרים 2-3 לשוב לבתיהם שבשטחי הגדה המערבית. נזכיר, כי העותרים התגוררו בקלקיליה כל חייהם, מאז תחילת שנות ה-90 המוקדמות, ורק לאחר שנותרו באחת ללא הוריהם, והם בני 11 ו-13 שנים בלבד, נאלצו לעבור באופן זמני לשהות אצל סבתם ברצועה.

סיכום

47. כל שמבקשים העותרים הוא, שיתר להם להתאחד כמשפחה בביתם. העותרים חיו כל חייהם כמשפחה בקלקיליה, ובשל מעצרו של האב נאלצו לעבור לשהות אצל סבתם ברצועה. מאז נשארו העותרים לכודים ברצועה, בשל מדיניות המשיבים וסירובם לאפשר את חזרתם.

גדיעת חיי המשפחה של העותר וילדיו, במיוחד בנסיבות של היעדר מניעה ביטחונית, היא בלתי סבירה בעליל.

עתירה זו נתמכת בתצהירים שנחתמו בפני עו"ד בשטחים ונשלחו לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהירים אלו, ואת ייפוי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים

8 במרץ, 2010

[ת.ש. 63464]