

1. עבדאללה ע. רחמן נ. כרים תימרז
2. מחמד עבדאללה מחמוד כחלוט
3. אברהים ע/קאדר כחלוט
4. ע. כרים סאלח אבו מדהון
5. רוקייה אסמעיל אלעוור
6. מחמד מחמוד יוסף חינאווי
7. ע. כרים מחמוד יוסף חינאווי
8. חסיין אחמד חאלד מקאדמה
9. ראפת גבריל מחמד כחלוט (חידר)
10. ע. כרים אחמד סלאמה כחלוט

נגד

מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[30.1.91, 5.2.91, 17.2.91]

הנשיא מי שמגר
המשנה לנשיא מי אלון
השופט שי לוין

בקשה למתן צו על תנאי

עו"ד לאה צמל - בשם העותרים
עו"ד מנחם מזוז - בשם המשיב

פ ס ק - ד י ן

הנשיא מי שמגר

1. עתירה זו הוגשה בעקבות הודעת המשיב כי בכוונתו לתפוס מבנה הגובל בגדר של מאחז צה"ל במחנה ג'בליה, אשר בחבל עזה, כדי להרוס את המבנה ולאפשר העברת גדר המאחז באופן המבטיח את המאחז והחייילים המוצבים בו בפני התקפה עליהם.

2. כפי שעלה מן ההודעה של המדינה על נספחיה, משמש המאחז, הממוקם בתוככי מחנה הפליטים, כמוקד לפיקוח בטחונו ולשמירת הסדר במחנה; יחד עם זאת, הוא גם משמש מטרה תדירה להתקפות מצד פעילי האינתיפאדה; כבר אירעה התקפה של כ-3,000 איש שנסתיימה בהרוגים ופצועים ובמקרים רבים - 78 במספר - שאירעו בין יום 18.6.90 ועד ליום 8.1.91 - היו התקפות בבקבוקי תבערה או אבנים, נסיונות לחיתוך הגדר, זריקת רימון גז ופעולות תקיפה כיוצא באלה.

להלן רשימת האירועים האמורה כפי שהיא מפורטת ביומן המבצעים, שתוכנו לגבי המועדים הרלבנטיים, הובא בהודעה שהוגשה לנו מטעם המשיב:

" מספר סידורי תאריך שעה פירוט האירוע

1 13:20 18.6 לנפת ג'בליה הגיע נציג אונר"א ומסר כי בתאריך 14.6 נעצר בבית חנון, על ידי הצבא, מקומי בן 14, תושב בין חנון ומאז לא שב לביתו בבדיקת הנפה עולה כי הנ"ל אכן נעצר באשמת ידוי אבנים לעבר מאחז ג'בליה, הסתה, פגיעה בחיילים, התנגדות למעצר ובגין היותו עוטה מסיכה

2 9:50 17.6 ידויי אבנים לעבר מאחז ג'בליה מהמסגד הצהוב

3 8:40 24.6 ידויי אבנים לעבר מאחז ג'בליה

4 17:55 24.6 ידויי אבנים לעבר מאחז ג'בליה

5 19:40 28.6 ידויי אבנים לעבר מאחז ג'בליה

6 18:30 5.7 חייל השייך ל-931 נפצע בסנטרו באורח קל מיידויי אבנים. הנ"ל פונה לטיפול בגד' המוסכים

7 18:00 6.7 מיידוי אבנים התקרבו למאחז

10:45 17.7 ידויי אבנים לעבר ש.ג. המאחז

15 11:30 19.7 מיידוי אבנים לעבר המאחז

10:30 21.7 ידויי אבנים לעבר המאחז

30-19:10 17.8 מיידוי אבנים לעבר המאחז

16:35 28.8 חייל נפגע מאבן בראש בעת שישב בתוך המאחז. פונה במצב קל לטיפול בגד' המוסכים

17:05 2.9 חייל מהמאחז נפגע בראשו מאבן שחדרה לתוך המאחז. הנ"ל פונה למוסכים במצב

1 12:00 5.9 נזרק רימון גז מכוון ציר התופרות, מכוון המבנה הנטוש של אונר"א, לעבר המאחז, הרימון פגע בגדר מחוץ למאחז מצד צפון. לא נגרם נזק

1 17:00 10.9 מהצד הצפ' של ציר התופרות במ"פ ג'בליה נזרקו 2 פחיות צבע ובתוכם חומר דליק לעבר המאחז

1 16:50 12.9 ידויי אבנים של כ-4 מקומיים לעבר המאחז

1. 12.9 10:10 חייל מג"ב לבי נפצע בידו מאבן שנזרקה לתוך המאחז. לא נזקק לטיפול

1. 18.9 18:15 לעבר מאחז ג'בליה נזרקה פצצה ישנה מסוג מרגמה 81 מכוון שיח אברהים.

פצצה ליד גדר המאחז

19. 19.9 16:15 ידויי אבנים לעבר המאחז

20. 19.9 17:00 מיידה אבנים לעבר המאחז

21. 20.9 17:10 ידויי אבנים לעבר המאחז

22. 20.9 18:25 נזרק חפץ לעבר המאחז, שפגע בכבלי החשמל וגרם להפסקת חשמל

23. 24.9 17:15 יציאה של 40 מקומיים מכוון שיח אברהים לכוון מאחז ג'בליה 27.9 10:55 10

24. מקומיים מיידים אבנים לעבר המאחז

25. 30.9 06:45 15 נערים זרקו אבנים לעבר ש.ג. 08:00 מזהה עשן לבן מאיזור שיח איברהים

26. 1.10 15:55 נער בן 18 ניסה להרוס את גדרות מאחז ג'בליה

1.10 09:12 15 מיידים אבנים לעבר המאחז 09:50 10 מקומיים מנסים לחתוך את הגדרות 9:57 בני 20 מנסים לחתוך את הגדרות 10:02 בני 20 מנסים לחתוך את הגדרות 14:35 מיידים אבנים לעבר המאחז 15:44 בוגר מעל גיל 18 ניסה להרוס את הגדר ברחבה 15:55 נער בן 18 ניסה להרוס את גדרות מאחז ג'בליה 16:50 מס' זורקי אבנים

28. 2.10 7:10 כ-30 מיידים אבנים לעבר ש.ג. המאחז 15:45 10 מקומיים מיידים אבנים לש.ג. ליטרה

29. 3.10 17:05 התקהלות 60-80 מול ש.ג. המאחז 08:00 הורידו את הגדר של אונר"א (מאיפה שנזרקו הבקת בו"ם) 16:00 10-15 מיידים אבנים על ש.ג. ליטרה 17:00 60-80 מקומיים מול ש.ג. המאחז מיידים אבנים 17:01 50 מיידים אבנים לעבר המאחז

30. 4.10 16:15 מיידים אבנים לכוון המאחז 16:30 מיידים אבנים לכוון המאחז

31. 6.10 16:10 עשן שחור על הראשי בחוצה 17:15 התקהלות 50 מיידים אבנים מול ליטרה 12:06

32. 8.10 זריקת אבנים על תצפית ליטרה התקהלות 40 מיידים אבנים 12:15 התקהלות 40 מול התצפית הצפונית במאחז ג'בליה. * נסיון כניסה של 15 מקומיים לחצר המאחז, הבערת צמיגים וידוי אבנים

33. 10.10 08:05 ע' ליטרה מזהה עשן שחור מכוון צומת ה-Y 13:10 ע' ליטרה מזהה עשן שחור

רובע - 7

34 ' ליטרה - העשן הוא מאיזור רובע 11 14:49 מזהה עשן שחור צפון מערב לרובע 10 + בחלק הצפוני של ציר הבקבוקים

35. 15.10 10:40 בציר אלבום בג'בליה לכוון המאחז הישן התקהלות 60 17.10 16:22 7
36. ליטרה תפס ליד הפירצה בגדר מיידה אבנים בן 13 16:45 יידויי אבנים מול המאחז 20:40 נתפסו 3 מקומיים : 1 בבוקר 2 אחר הצהריים כשהם מנסים לקרוע את הגדר. אחד מהם ניסה להתנגד למעצר ולהכות חייל
37. 18.10 11:53 2 מקומיים מנסים לקרוע את רשת הגדר
38. 22.10 11:13 מקומיים ביצעו חתך בגדר מכוון צפון המ.פ.
39. 10 מקומיים פתחו חור 6-7 מ' בגדר סבוב המאחז
40. 24.10 04:50 ע' צפון מזהה תנועה של מקומיים על ציר התופרות כרגע הם התפזרו
41. 28.10 12:15 כ-15 מקומיים נכנסו בין הגדר החיצונית לגדר הפנימית של המאחז והבעירו צמיג
42. 28.10 15:45 50 מידי אבנים מול גדר המאחז
43. 29.10 13:00 צמיג בוער בשייך איברהים - ראשי ע' - ליטרה 14:53 מידי אבנים לכוון הש.ג. 17:50 ע' צפון מדווח על התארגנות בתופרות
44. 30.10 9:10 עשן שחור משייח איברהים 16:00 מקומי התעסק עם גדר המאחז והסית מקומיים במקום.
- * יידויי אבנים לעבר מאחז ג'בליה מאזור החנויות וזריקת פצצת 82 מ"מ ישנה
45. 31.10 07:40 ברובע 5 יש עשן. ע'
- ליטה 12:25 מידי אבנים לעבר המאחז
46. 1.11 5:25 כ-20 מידי אבנים מול הגדר 15:30 20 מידי אבנים מול גדר המאחז
47. 7.11 1:09 כ-20 צעירים בני 14-18 מיידים אבנים
48. 10.11 10:37 צמיג על הראשי
49. 11.11 6:50 ע' ליטרה - מנסים לחבל באטימות מצד של שייך איברהים 13:50
50. 12.11 מידי אבנים
51. 20.11 16:00 עקב ידויי אבנים לעבר המאחז נפצע חייל מ-432 מאבן בלסת טופל ושחרר * יידוי אבנים לעבר מאחז ג'בליה מאזור החנויות. כתוצאה מהיידוי נפגע חייל בלסתו ונשברו שיניו
52. 25.11 07:15 מס' מתקהלים טיפסו על גדר המאחז * נסיון לחדור למאחז מאזור החנויות.
- 07:15 נורה 1 רומה לעבר מתפרעים שטיפסו על גדר המאחז טווח 30 מ' - לא זוהתה פגיעה

53. 26.11 08:00 זריקת אבנים כ-4 מקומיים על הש.ג. מכוון רובע 2
54. 27.11 15:32 עי' - ליטרה - זריקת אבנים על הש.ג. מכוון 2, 1
55. 28.11 06:45 נסיון לחתוך את הגדר. 10-12 מקומיים 06:55 10 מקומיים ניסו לחתוך את הגדר מול המאחז
56. 2.12 06:45 כ-10 מידי אבנים לעבר המאחז
57. 3.12 20:05 נזרק בקת"ב לעבר מאחז גיבליה. הבקבוק נזרק מאזור החנויות (אזור בלתי נצפה על ידי המאחז). הבקת"ב נפל ליד אוהל הנמצא בתוך המאחז התנפץ והתלקח
58. 3.12 20:05 זריקת אבנים לעבר המאחז מאזור החנויות. בחור בן 18 התעסק עם הגדר פתח פתח של 4 מ'
59. 14.12 זריקות אבנים מהמסגד הצהוב ומאזור החנויות הצמודות למאחז
60. 19.12 אבנים נזרקו על המאחז מאזור החנויות על ידי 20 צעירים
61. 20.12 זריקות אבנים מאזור המסגד הצהוב וכן מאזור החנויות כ-50 צעירים 21.12 זריקות אבנים על המאחז על ידי כ-25 איש מאזור החנויות
63. 22.12 זריקות אבנים מהמסגד הצהוב ונסיון לחתוך את הגדר בכיוון החנויות
64. 23.12 זריקות אבנים מהמסגד הצהוב
65. 24.12 כ-15 איש זורקים אבנים מאזור החנויות
66. 25.12 אבנים מהמסגד הצהוב
67. 26.12 התגרריות בש.ג. המאחז זריקות אבנים ותפיסת מחסות מאזור החנויות
68. 27.12 הנפת דגל בציר השרון + אבנים מאזור החנויות
69. 28.12 הבערת צמיג מול המאחז + ידוי אבנים, על ידי צעירים מאזור החנויות
70. 31.12 תהלוכת צעירים בין 60 ל-70 איש הגיע מאזור החנויות זריקות אבנים במשך כל היום ללא הפסקה מאזור החנויות והמסגד הצהוב
71. 1.1 עוצר במ.פ. גיבליה
72. 2.1 במשך הבוקר זריקות אבנים מכיוון החנויות
73. 3.1 זריקות אבנים ורימון גז לכיוון הש.ג. מאזור המסגד והחנויות
74. 4.1 זריקות אבנים מסיביות מכיוון החנויות והמאחז

75. 5.1 אבנים מהמסגד ומאזור החנויות + הנפת דגל אש"פ על המסגד

76. 6.1 הנפת דגל אש"פ על המסגד + התגריות וזריקות אבנים על הש.ג. מכיוון החנויות

77. 7.1 זריקות אבנים מסיביות מכיוון המסגד והחנויות

78. 8.1 עוצר במ.פ. ג'בליה".

מאחר שכבר נפצעו מספר חיילים במאחז בעקבות מעשי תקיפה כנ"ל, הורחבה הגדר, ומשלא היה מספיק בכך הוחלט על הצבת גדר גבוהה חדשה במרחק כזה מן האוהלים והמבנים שבמאחז, שימנע תקיפתם בנשק קר או בקבוקי תבערה. צורת התוויית הגדר וניקוי השטח גם נועדו להבטיח תצפית היקפית נאותה מן המגדל המוצב בתוך המאחז.

כדי לאפשר ראות נאותה ולמנוע התקרבות למאחז, הוגבהה הגדר, נכרתו עצים, הופעלו אמצעים פירוכטכניים והוחלט - ובכך עלת העתירה - לתפוס מבנה ובו מספר חנויות ומרפאה, שצמוד לגדר. הטעם לתפיסה המתוכננת של המבנה היא, כי המבנה וסביבתו הפכו לאחרונה מאז הרחקת הגדר בכיוון המזרחי לצד המסגד לנקודת תורפה מרכזית, המשמשת ליידויי האבנים וליתר הפעילויות נגד המאחז: כפי שעולה מיומן המבצעים, מקוימת מסביבת החנויות פעילות אלימה אינטנסיבית של יידוי אבנים, זריקות רימוני גז וזריקות בקבוקי תבערה. המבנה משמש מסתור נוח לתוקפים ומקל על הסתלקותם ובריחתם מעיני החיילים במאחז.

הגבהת הגדר בלבד אינה יעילה, שכן המבנים, ובעיקר המבנה נשוא עתירה זו, מסתירים את הראות מכיוון המאחז לכיוון צפון, וכל גדר שתוקם תחובל ותחתך בתוך זמן קצר על ידי מי שיוכל להתקרב אליה בסתר, בהיעזרו בקיום המבנה כי לא תהיה אפשרות לפקח ולמנוע זאת.

בכיוון האמור יש גם תנועה רבה של מכוניות ובני אדם, כולל תלמידים רבים השבים מבתי הספר, וללא תצפית ישירה ממגדל השמירה שבמאחז, אין בהקמת גדר כדי למנוע את הפעילות העויינת נגד המאחז מכיוון זה.

חלק מן הדיירים של המבנה, לרבות רופא שהתגורר בו וקיים בו פעילותו, התפנו מן המקום בהסכמה תוך קבלת פיצויים. העותרים המחזיקים בארבע חנויות ואשר אתם נוהל משא ומתן ממושך החל מאוגוסט 1990, כדי להביא להתפנותם בהסכמה תמורת קבלת פיצויים נאותים, סירבו להיענות לכך; על כן, הודיע להם המשיב בחודש דצמבר 1990, בכתב, על כוונתו לתפוס את המבנה בשל צרכים צבאיים הכרחיים, ולהרסו כדי לפנות את השטח ליד הגדר ולפתחו לתצפית מן המגדל. אגב, ההחלטה אושרה על ידי הרמטכ"ל ושר הבטחון.

בהודעה נאמר כי כל אחד מן העותרים רשאי לפנות לקצין המטה לענייני משרד הבטחון במינהל האזרחי כדי לקבל פיצוי כספי.

כן ניתנה לעותרים אפשרות להגיש השגה למשיב והם עשו כן, הן בכתב והן בעל-פה כאשר זומנו למימשל לפי בקשתם.

משנדחתה השגתם פנו לבית משפט זה, אחרי שניתנה להם שהות מתאימה לכך.

3. פרקליתם המלומדת של העותרים טענה בפנינו, כי -

(א) אין צורך צבאי-הכרחי בתפיסת המבנה, כי ניתן, לדעתה, למצוא פתרונות חילופיים המבטיחים מטרת המשיב, מבלי לתפוס חזקה במבנה ולהרסו.

(ב) המשיב פעל מתוך שיקולים זרים והתכוון למעשה לנצל את ההזדמנות כדי לפנות את העותרים במסגרת מאמציו להעביר חלק מתושבי מחנה ג'בליה למקום אחר.

(ג) לא הוצע פיצוי נאות ובעיקר לא הוצעו מקרקעין חילופיים בתוך מחנה ג'בליה.

4. לא מצאנו כל יסוד לטענות של פרקליטתם המלומדת של העותרים.

תפיסה או הריסה של רכוש הפרט בשטח מוחזק אסורים, אלא אם כן התפיסה או ההריסה נחוצים באופן החלטי בשל צרכי הצבא המלחמתיים; כלשון תקנה 23(G) לתקנות האג 1907, מותרים -

DESTRUCTION OR SEIZURE... IMPERATIVELY DEMANDED BY THE
NECESSITIES OF WAR".

ההיתר מכללא לתפיסה או הריסה שישודו בצרכי צבא חיוניים, עולה גם מהוראותיו של סימן 53 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 האוסר הריסת רכוש הפרט, דניידי או דלא נייד. אולם זאת,

" EXCEPT WHERE SUCH DESTRUCTION IS RENDERED
"ABSOLUTELY NECESSARY BY MILITARY OPERATIONS

מוסיפים על כך דברי הפרשנות של המדריך הצבאי הבריטי (ה-), MANUAL OF MILITARY LAW,
(VOL. III),

הדן ב-THE LAW OF WAR ON LAND-ב, הוצאת 1958, שנכתב על ידי SIR HERSCH
: LAUTERPACHT

"THE RULE THAT PRIVATE PROPERTY MUST BE RESPECTED ADMITS, HOWEVER, OF EXCEPTIONS NECESSITATED BY THE EXIGENCIES OF WAR. IN THE FIRST INSTANCE, PRACTICALLY EVERY OPERATION, MOVEMENT OR COMBAT OCCASIONS DAMAGE TO PRIVATE PROPERTY. FURTHER, THE RIGHT OF AN ARMY TO REQUISITION AND TO MAKE USE OF CERTAIN PROPERTY IS FULLY ADMITTED. WHAT IS CLEARLY FORBIDDEN IS THE DESTRUCTION BY THE OCCUPANT OF PRIVATE PROPERTY UNLESS MILITARY OPERATIONS RENDER SUCH DESTRUCTION ABSOLUTELY NECESSARY AND ALL EXTENSIVE DESTRUCTION AND APPROPRIATION OF PRIVATE PROPERTY NOT JUSTIFIED BY MILITARY NECESSITY, AND CARRIED OUT UNLAWFULLY AND WANTONLY". (שם, סעיף 589).

סימן 53 נתפרש, בין היתר, בקובץ הפרשנות הרשמי לאמנה הרביעית הנ"ל, שפורסם על ידי הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום ואשר נערך תחת פיקוחו של S. PICTET JEAN, מראשי הוועדה האמורה (GENEVA, 1958).

כפי שהוסבר שם :

"THE PROHIBITION OF DESTRUCTION OF PROPERTY SITUATED IN OCCUPIED TERRITORY IS SUBJECT TO AN IMPORTANT RESERVATION: IT DOES NOT APPLY IN CASES

'WHERE SUCH DESTRUCTION IS RENDERED ABSOLUTELY NECESSARY BY MILITARY OPERATIONS'. THE OCCUPYING FORCES MAY THEREFORE UNDERTAKE THE TOTAL OR PARTIAL DESTRUCTION OF CERTAIN PRIVATE OR PUBLIC PROPERTY IN THE OCCUPIED TERRITORY WHEN IMPERATIVE MILITARY REQUIREMENTS SO DEMAND. FURTHERMORE, IT WILL BE FOR THE OCCUPYING POWER TO JUDGE THE IMPORTANCE OF SUCH MILITARY REQUIREMENTS. IT IS THEREFORE TO BE FEARED THAT BAD FAITH IN THE APPLICATION OF THE RESERVATION MAY RENDER THE PROPOSED SAFEGUARD VALUELESS; FOR UNSCRUPULOUS RECOURSE TO THE CLAUSE CONCERNING MILITARY NECESSITY WOULD ALLOW THE OCCUPYING POWER TO CIRCUMVENT THE PROHIBITION SET FORTH IN THE CONVENTION. THE OCCUPYING POWER MUST THEREFORE TRY TO INTERPRET THE CLAUSE IN A REASONABLE MANNER: WHENEVER IT IS FELT ESSENTIAL TO RESORT TO DESTRUCTION, THE OCCUPYING AUTHORITIES MUST TRY TO KEEP A SENSE OF PROPORTION IN COMPARING THE MILITARY ADVANTAGES TO BE GAINED WITH THE DAMAGE DONE".

(ההדגשות שלי - מ.ש.).

ראה גם בג"צ 302/72, חילו נ. ממשלת ישראל, פד"י כ"ז(2), 169; בג"צ 290/89, גיוחא נ. המפקד הצבאי באיזור יו"ש, פד"י מ"ג(2), 116; בג"צ 401/88, אבו ריאן נ. מפקד כוחות צה"ל באיזור יו"ש, פד"י מ"ב(2), 767; בג"צ 72/86, זלום נ. מפקד איזור יו"ש, פד"י מ"א(1), 528; בג"צ 614/84, סמיח יעקב מועיא נ. מפקד כוחות צה"ל באיזור יו"ש - לא פורסם; בג"צ 149/81, ניקולא חליל ג'ריס אל טואק נ. המפקד הצבאי איזור יו"ש - לא פורסם, ו-בג"צ 4112/90, האגודה לזכויות האזרח נ. אלוף פיקוד המרכז - טרם פורסם).

העולה מן האמור לעיל הוא, כי צרכים צבאיים חיוניים ("החלטיים" כלשון תקנה 23(G) הנ"ל או "דרושים בהחלט" - ABSOLUTELY NECESSARY, כלשון סימן 53), מתירים תפיסה והריסה. אולם, תנאי לכך הוא, כאמור, שאכן נתקיים צורך צבאי חיוני, ושיש יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת. מבחינה זו יש, כמובן, שוני בין תפיסה לזמן מוגבל, בין שהוא קצוב ובין אם לאו, לבין פעולות בלתי הדירות.

סיכומו של דבר, צורך צבאי-מבצעי גובר על החובה לשמור על שלמות הרכוש, בתנאי שמדובר בצורך אמיתי וחיוני. חיי חיילים או השגת מטרה צבאית-מבצעית עדיפים על שלמות הרכוש, שכן פגיעה מהותית באלו הראשונים אינה ניתנת לתיקון, בו בזמן שעבור רכוש ניתן לפצות ומבנה ניתן להקים מחדש.

סימן 53 לאמנה הרביעית איננו קובע חובה של פיצוי. אולם, רשויות צה"ל נוהגות לפצות את הניזוקים, ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג, 1907 (בין לפי הצו בדבר תובענות (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 425), התשל"ב-1972, כפי שתוקן, ובין לפני משורת הדין, וראה בג"צ 401/88 הנ"ל, עמ' 769, מול האות ד'), וכך גם נאמר לעותרים, במפורש, במקרה דנן.

5. לא מצאנו כל ממש בטענותיה של גב' צמל, שגרסה כי אין חיוניות בתפיסתו של המבנה נשוא עתירה זו כדי להגן על המאחז.

מידת החיוניות המבצעית אשר בנקיטת פעולה פלוניית, לשם שמירת הבטחון, היא, כמובן, בשיקולה של הרשות הצבאית המופקדת על הבטחון (ראה PICTET לעיל פסקה שניה). אולם, פעולתה של הרשות נתונה לביקורתו של בית המשפט. כפי שאמרנו בע"ב 3,2/84, ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פד"י ל"ט(2), 225, 251:

"ככל שהדבר נוגע לבית משפט זה, המקובל עלינו הוא, כי בעת העברת פעולתה של רשות סטטוטורית תחת שבט הביקורת אנו בודקים, בדרך כלל, אם דרכי הדיון היו חוקיות, ואם היה לפני הרשות חומר, שיכול היה לבסס החלטתה (בג"צ 288/51, 33/52 (18); בג"צ 554/81 (19), בעמ' 251).

האמירה הכללית הזו יכולה להיות מפורקת לגורמים. דיון חוקי משמעו, בדרך כלל, שלא הופרו כללי הצדק הטבעי, שנשמרו סדרי הדין שנקבעו בחיקוק החל על הרשות או שהותו בתקנון לפיו היא פעלה, שהחלטה ניתנה על ידי מי שמוסמך לכך ושהיא תאמה את סמכותו העניינית של הגורם המחליט, וכי הרשות שהחליטה הפעילה סמכותה תוך שימוש בה למטרתה, שלא נפלה טעות שבחוק ושהחלטה לא לקתה במרמה או לא הושפעה ממנה, שהחלטה ניתנה על יסוד ראיות שתמכו בה, ולבסוף, שלא נגדה את החוק מטעם אחר כלשהו. שימוש בסמכות למטרתו משמעו, בדרך כלל, שלא הובאו בחשבון שיקולים זרים, ושלא נעלם מתשומת הלב של הרשות נתון רלוואנטי, שהסמכות הופעלה למטרה אשר למענה הוענקה, ששיקול הדעת הופעל על ידי מי שהוסמך לכך, וכי אין מקום למסקנה, כי נפלה בהחלטה אי סבירות כה קיצונית, שאף רשות סבירה לא היתה יכולה להגיע אליה או כי הפעלת הסמכות היתה מעשה שרירות גרידא".

במקרה דנן נחה דעתנו שהרשויות הצבאיות פעלו כדין ומתוך שיקולים ענייניים. הצורך הצבאי-המבצעי הוכח, ודרך הדיון בענייניהם של העותרים אינה מגלה פגם כלשהו.

אין צריך להוסיף כי בנושא צבאי-מבצעי אין בית המשפט שם עצמו כמומחה צבאי חילופי, כדי לבחור מחדש מבין החלופות הצבאיות-המבצעיות החוקיות האפשריות, את זו שהיא הטובה ביותר לדעתו. לשון אחרת, בית המשפט איננו שם עצמו כמפקדת-על צבאית כדי ליישם ידיעותיו והבנתו לפתרון של בעיות צבאיות-מבצעיות. גישה כזו היתה נוגדת הן את התפיסות החוקתיות שלנו והן את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

אומר על כך השופט לנדוי (כתוארו אז) בדונו בסוגיה מן המציאות הצבאית, בבג"צ 302/72 הנ"ל:

"מפקדי החייל, הם ולא אחרים, מסוגלים להעריך את התאמתו, בזכות מומחיותם ונסיונם המקצועי. על אחת כמה וכמה נכונה גישה זו אל פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת, כמו הבטחת רצועת עזה ושטח המדינה בפני פעילות חבלנית.

הוא הדין במשפט הבינלאומי:

'IF THE TERM MILITARY NECESSITY IMPLIES GREAT LATITUDE, AND IS INVOKED BY WAY OF EXCUSE IN JUSTIFICATION OF HARSH MEASURES, IT IS BECAUSE THE LAW OF NATIONS ITSELF PERMITS RECOURSE THERETO IN CASE OF GREAT NEED, AND ALLOWS A BELLIGERENT COMMANDER TO BE THE JUDGE OF THE EXISTENCE AND SUFFICIENCY OF THE NEED'. (HYDE, INTERNATIONAL LAW, 2ND ED., VOL. 3, PAR. 656, P. 1802)".

לא למותר לשוב ולהזכיר כי ההוראות של תקנה 43 לתקנות האג בדבר חובתה של המעצמה המחזיקה בשטח להבטיח בו את הסדר והבטחון, חלה לא רק בעיתות לחימה בפועל אלא גם בעת דיכוי של פעולות

סיכומו של דבר, יש יסוד למסקנה כי התפיסה וההריסה אכן חיוניים לשם קיומו ובטחונו של המאחז והפעלתו הנאותה בתנאים שנוצרו במחנה ג'בליה.

6. הטענה של הפרקליטה המלומדת לפיה שקל המשיב שיקולים זרים בכך שביקש לכרוך את ארגון ההגנה על המאחז בהעברת האוכלוסיה ממחנה ג'בליה היא נטולת יסוד עובדתי כלשהו, ויהיה הוא הדל ביותר; פינוי ארבע החנויות קשור על פניו לעניין בטחונו של המאחז, ואין לו כל קשר הגיוני עם מגמות, כביכול, של פינוי אוכלוסיה.

שמענו גם מפי בא כוחה של המדינה כי מבחינתה אין מניעה לכך שהעותרים, שיזכו לפיצויים, יפתחו בעזרת כספים אלו חנות במקום מתאים אחר במחנה, אם העותרים ימצאו כזה.

7. לא ראינו כל עילה לפסילת פעולתו של המשיב.

אנו דוחים את העתירה ומבטלים כל צו שיצא בעקבותיה.

אנו מורים כי הפעלת התפיסה תעוכב לשבעה ימים מהיום, כדי לאפשר לעותרים התארגנות חלופית מתאימה.

המשנה לנשיא מ' אלון

אני מסכים.

השופט ש. לוין

אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, ג' אדר התשנ"א (17.2.91).