

1. ג'מאל אחמד ג'בר ארג'וב
2. אסמעיל אחמד ג'בר ארג'וב

נגד

1. מפקד כוחות צה"ל לאיזור יו"ש
2. אלוף פיקוד המרכז
3. שר הבטחון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[7.2.88, 6.1.86]

לפני הנשיא מ' שמגר, השופטים ד' לוי, א' גולדברג

התנגדות לצו-על-תנאי

עו"ד דרויש נאסר - בשם העותרים
עו"ד ראנטו יאראק - בשם המשיבים

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר

1. עניינה של עתירה זו הוא שאלת הנהגתה של זכות ערעור, לערכאת ערעור שיפוטית, על פסקי-הדין של בתי המשפט הצבאיים הפועלים בשטחים המוחזקים ביהודה ושומרון ובחבל עזה, לפי הצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970.
2. (א) העתירה הוגשה על ידי שני עותרים, האחד שהובא לדין בפני בית משפט צבאי של דן יחיד (תיק רמאללה 1269/84), והשני שהובא לדין בפני בית משפט צבאי של שלושה (תיק רמאללה 1268/84).

שניהם מביעים בעתירה את חששם כי יורשעו בדין ואם אכן כך יקרה, הרי לא יהיה ערעור על פסק הדין של בית המשפט של ערכאה ראשונה ששפט אותם, כי תחיקת הבטחון שפורסמה בכל אחד מן השטחים המוחזקים הנ"ל, קרי סעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970, קובע לאמור:

"בקשות 43. לא יהיה ערעור על פסק דין למפקד לערכאה שיפוטית. אולם, הנידון האיזור רשאי לפנות בערעורים ובבקשות בקשר להרשעה או גזר הדין אל מפקד האיזור או אל המפקד הצבאי, לפי המקרה. בית המשפט הצבאי שגזר דינו של נאשם יביא לידיעתו את זכותו לפי סעיף זה".

(ב) טענת העותרים בעתירתם היא כי שלילת זכות הערעור כביטוייה בסעיף 43 שצוטט לעיל, היא מעשה שלא כדין. ואלו עיקריה של העתירה:

"שלילת זכות הערעור על הרשעה ועונש היא דבר חמור ביותר, שכן זכות הערעור היא אחת מזכויות היסוד של כל מי שנאשם בפלילים וחוייב בדין.

הסדר המשפטי התקין ושלטון החוק תובעים כי תעמוד לרשות מי שיצא חייב בדין האפשרות לפנות בערעור לאינסטנציה משפטית נוספת.

בתי המשפט הצבאיים באיזור עשויים לעיתים להטיל עונשים כבדים ביותר - לרבות עונש מוות ואין זה מוצדק ואין זה סביר שלא יהיה ניתן לערער עליהם לפני ערכאת ערעור.

...

פסק דין הניתן בבית המשפט הצבאי שהוקם בישראל לפי חלק ב' של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, ניתן לערעור מאז חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי (בתי משפט צבאיים-ערעורים), התשכ"ג-1963.

...

דווקא בתי משפט צבאיים של שלושה-הרכב) - הדנים בפשעים חמורים מורכבים משלושה קציני צבא ששניים מהם אינם חייבים להיות בעלי נסיון משפטי או בעלי ידע בתורת המשפט - סעיף 4(א) לצו - ולהם הסמכות לדון כמעט בכל מעשה שאפשר להעלותו על הדעת אשר עלול להיות עבירה על תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 והצו בדבר הוראות בטחון - והחוק הירדני המקומי".

(ג) העותרים מוסיפים ומפנים אל האמור בסעיף 14(5) של האמנה הבינלאומית בדבר הגנה על זכויות היסוד האזרחיות והמדיניות של האדם (POLITICAL AND CIVIL RIGHTS) INTERNATIONAL COVENANT ON AND CIVIL RIGHTS, ולהלן "ICPR", הקובעת לדעתם חובה של מתן זכות ערעור.

(ד) העותרים גם סבורים שיש באמור בסעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון משום פגיעה באמור בסעיף 43 לתוספת לאמנת האג משנת 1907 (תקנות האג, 1907), אשר לפיו:

THE AUTHORITY OF THE POWER OF THE STATE HAVING PASSED DE FACTO INTO THE HANDS OF THE OCCUPANT, THE LATTER SHALL DO ALL IN HIS POWER TO RESTORE, AND ENSURE, AS FAR AS POSSIBLE, PUBLIC ORDER AND SAFETY, RESPECTING AT THE SAME TIME, UNLESS ABSOLUTELY PREVENTED, THE LAWS IN FORCE IN THE COUNTRY".

(ההדגשה שלי - מ.ש.)

לפי טענתם, יש על פי המשפט הפלילי הירדני זכות ערעור על פסקי הדין בעניינים אזרחיים ופליליים הניתנים בבתי-משפט המקומיים של ערכאה ראשונה ביהודה ושומרון ואי-הנהגתו של ערעור על פסק דין של בית משפט צבאי - מבלי שיש מניעה מוחלטת לכך, היא, לדבריהם, בגדר פגיעה במשפט הקיים, קרי פעולה בניגוד לאמור בסיפא לסימן 43 הנ"ל לתקנות האג, 1907.

(ה) לבסוף גם טוענים העותרים כי סעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון נוגד את סימן 66 לאמנת ג'ינבה הרביעית משנת 1949 ואת סימן 73 לאותה אמנה, וכי הוא בלתי סביר.

3. לקראת פתיחת הדיון הוגשה לנו הודעה מטעם המשיבים ולאחר מכן תצהיר של אלוף פיקוד המרכז, ובשני המסמכים נשללה הקמתה של ערכאת ערעור.

בשלב הראשון של הדיון בפני בית משפט זה ולאחר שקיבלנו תגובת המשיבים בהודעתם ובתצהיר אלוף הפיקוד, הציע בית המשפט לבא כוחה המלומד של המדינה כי ישוב ויעלה את נושא העתירה בפני המשיבים, כדי להפנות תשומת ליבם להערותיו של בית המשפט בזכות הנהגתו של ערעור. על כן, נדחה המשך המשפט לזמן מה כדי לאפשר עיון חוזר כאמור על ידי המשיבים. כאשר נתחדש הדיון, נמסר לנו כי המשיבים שקלו את הענין, אך לא שינו עמדתם.

מכאן לפרטי הנימוקים של המשיבים.

4. לפי דברי אלוף פיקוד המרכז בתצהירו:

"ביסוד ההכרעה שקיבלתי, על דעת הרמטכ"ל ושר הבטחון, מונח השיקול כי - במאזן השיקולים בעד ונגד הקמת ערכאת ערעור ביהודה ושומרון - יש להעדיף, לעת הזאת, את השיקולים המבצעיים, דהיינו - יעול המלחמה בטרור וקיצור ופישוט ההליכים המשפטיים - על פני השיקולים (שלא התעלמתי מהם, והמפורטים גם בעתירה) התומכים בהקמת ערכאת ערעור.

אני מבקש לציין כי אין לשכוח, למיטב הבנתי, כי בתי המשפט הצבאיים הם מכשיר חיוני ביד כוחות צה"ל לקיום שלטונם באיזור יהודה ושומרון, לשמירת הסדר הציבורי באיזור, להגנתו ולהגנת מדינת ישראל לביצור הבטחון. יעילות הפעלתם של בתי המשפט הצבאיים - הפועלים כמובן בראשות שופטים מקצועיים (ולעתים בהרכב שכולו או רובו שופטים מקצועיים) ועל פי סדרי דין נאותים ומתוקנים - מחייבת לדעתנו כעת שלא תוקם ערכאה נוספת. הביקורת השוטפת על בתי המשפט הצבאיים תוסיף להיעשות על ידי, בתיאום, ולעתים גם על פי עצה של הפרקליטות הצבאית".

לפי טענת המשיבים, גישתם איננה נוגדת את המשפט הבינלאומי הפומבי. אין הוראה באמנות השונות שעניינן שטחים הנתונים בממשל צבאי המחייבת הנהגת ערעור, ואף בשטחי ממשל שהיו בעבר תחת שליטתם של צבאות אחרים, לא הונהג ערעור שיפוטי.

כן טען בא-כוחם המלומד של המשיבים, כי הנושא הוא ענין של מדיניות חקיקתית ובית המשפט הגבוה לצדק לא יראה להתערב בנושא שאופיו לגיסלטיבי, היינו בענין שיקול הדעת בדבר הפעלתה או אי-הפעלתה של הסמכות לחוקק חקיקה ראשית. כנאמר בהודעה:

"בנסיבות אלה לא יבוא, איפוא, בית משפט נכבד זה להכתיב למשיב 1 אלו חוקים יחוקק, שכן אז תמצא סמכות החקיקה הראשית באיזור וסמכות התווית מדיניות החקיקה - עוברת מן הרשות המוסמכת כך על פי המשפט הבינלאומי ועל פי תחיקת הבטחון אל בית המשפט הנכבד".

בית המשפט גם לא יבדוק סבירותה של תחיקת בטחון, ומכל מקום ינהג ריסון רב בבדיקתה. כדברי ההודעה מטעם פרקליטות המדינה:

"... הנחת היסוד של בדיקת סבירותה של חקיקת משנה בישראל, היא שאין להניח כי המחוקק הראשי התכוון להסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנה כזו - אין לה כמובן תחולה (עובדתית או משפטית) לגבי המחוקק הראשי בעת תפיסה לוחמתית, שהוא המפקד הצבאי עצמו.

יצויין כי מצב זה גם עולה בקנה אחד עם תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כנוסחן המקורי התקף באיו"ש, שאין בהן ערכאת ערעור.

פרקליטות המדינה תבקש להדגיש כי נושא הקמת ערכאת ערעור נשקל במערכת הבטחון (לרבות השר, המשיב (3) יותר מפעם אחת; ושב ונשקל מחדש אחרי הגשת עתירה זו, לרבות על פי פניות היועץ המשפטי לממשלה אל המשיב (3). אולם בכל פעם באו המשיב (1) ו(2), הרמטכ"ל והשר למסקנה כי אין כעת מקום לשינוי המצב".

5. השאלות העיקריות הניצבות בפנינו הן אלה:

(א) האם זכות הערעור היא זכות-יסוד, אשר יש להכיר בה גם בהיעדרה של הוראה סטטוטורית מפורשת הקובעת את דבר קיומה של הזכות.

(ב) האם אכן יש לראות את זכות הערעור, כנטען, כאחת מן הזכויות שגובשו באמנה הבינלאומית בדבר הגנה על זכויות היסוד האזרחיות כפי שנטען לעיל. שאלה זו יכולה להיבדק לגופה אף ללא קשר לשאלה הנילווית, אך הנפרדת, אשר התשובה לה קובעת את תחולתה במשפטנו של הוראה מן המשפט הבינלאומי הפומבי, והיא אם המדובר בכלל מינהגי או בכלל הסכמי של שיטת המשפט האמורה.

(ג) האם יש בהיעדרה של זכות ערעור משום פגיעה בכללים המנחים העולים מן האמור בסימן 43 לתקנות האג משנת 1907; ובאותו הקשר, האם יש בכך משום פגיעה בסימנים 66 ו-73 לאמנת גינבה הרביעית משנת 1949.

(ד) האם ההסדר הנוכחי עומד במבחן הסבירות.

6. בבג"צ 307/51 (י. לאלו נ. י. זוסמן, שופט בית המשפט המחוזי תל-אביב, פד"י ו' 1062, 1069 מול ו') אומר השופט חשין:

"ערעור, בדרך כלל, הוא כידוע תקנה הקנויה לבעל דין לא בזכות אלא מוענקת לו בתוקף חוק חקוק".

זכות הערעור אינה זכות הנקנית אוטומטית, או הקמה כאילו על אתר עקב עצם שפיתו של אדם על ידי ערכאה שיפוטית ראשונה כלשהי, או לאחר התדיינות בפניה; היא נולדת אך ורק מכוחה של הוראה מפורשת שבחוק היוצרת אותה ומגדירה תחומיה. בטבע הדברים אין ערעור על החלטתה של ערכאת השיפוט העליונה במדינה גם אם היא דנה בענין כערכאה ראשונה (כדוגמת בית המשפט הגבוה לצדק), אולם אין גם ערעור על ערכאה אחרת כלשהי, נמוכה יותר, אם הדבר לא הוסדר מפורשות בחוק (בג"צ 97/50, סופרי נ. שר המשפטים, פד"י ד', 621; ע"פ 74/52, גורביץ נ. וירזבה, פד"י ז', 204; ע"פ 208/56, ראש העיר עכו נ. עמידר, פד"י י"א, 462; ראה גם, למשל, סעיף 17 לחוק יסוד: חקיקה, והשווה עם סעיף 21 להצעת חוק יסוד: השפיטה, ה"ח 1348, התשל"ח, 236, 246 על דברי ההסבר לסעיף 21 האמור).

כך גם דברי ישראל לשם במאמרו "הערעור - אימתי בזכות ואימתי ברשות", הפרקליט ל"ג 232, 233, שגיבש מסקנותיו, בין היתר בעקבות המרצה 5/49 (ויזיאנסקי נ. רייכמן, פד"י ה', 34), ובר"ע 16/66 (המועצה המקומית אשדוד נ. קבוצת בוני ערים, פד"י כ"ב(666), 2).

בהיעדר הוראה בחוק החרות, זכות הערעור איננה יכולה להיווצר מכוח דברו של בית המשפט בלבד (ע"א 16/61, רוקמן נ. ועדת ערר נהריה, פד"י ט"ו, 1748; ע"א 503/64, א.ס.א. נ. התאחדות לספורט, פד"י י"ט(298), 1).

"THE CREATION OF A RIGHT OF APPEAL IS AN ACT WHICH REQUIRES LEGISLATIVE AUTHORITY. NEITHER THE INFERIOR NOR THE SUPERIOR TRIBUNAL NOR BOTH COMBINED CAN CREATE SUCH A RIGHT".

זכות הערעור היא הוראה שבדין המהותי להבדיל מן הדין הדיוני (ש. לוי, מהותו של ערעור, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים, 1967, עמ' 153; ע"פ 121/52, אפשטיין נ. היועץ המשפטי, פד"י ז' 174, 169; ע"פ 122/51, אוגאפל נ. היועץ המשפטי, פד"י ה' 1674, 1672). זאת ועוד, זכות ערעור אינה קיימת בעלמא אלא כרוכה בסמכותו של בית משפט מוגדר אשר לו הוענקה הסמכות לשמוע ערעורים על ערכאות מוגדרות אחרות.

כדברי ש. לוי (שם, עמ' 158):

"לא נוכל, איפוא, לראות בזכות הערעור 'זכות טבעית' משום שסמכותו של בית המשפט לערעורים לדון בערעור, גם היא אינה טבעית, אלא תלויה בקביעתו המפורשת של המחוקק.

... מאחר שאין סמכות עניינית נקבעת אלא לפי הוראות חוק חרות (או על פיה), אין לך זכות ערעור שאינה שאובה מכוחו של חוק חרות, ותקנות לבדן, אין יכולות (בהיעדר הסמכה מפורשת לבית המשפט בחוק חרות לדון בערעורים) להעניק למתדיין שקופח זכות ערעור".

לאור האמור לעיל ניתן לסכם ולומר, כי זכות הערעור אינה נמנית על זכויות היסוד המוכרות במשפטנו, אשר יונקות את חיותן וקיומן מתפיסות היסוד המשפטיות המקובלות שהן חלק מהותי מן המשפט החל אצלנו, כדוגמת חופש הביטוי או חופש העיסוק (ראה ע"א 723/74, הארץ נ. חברת החשמל, פד"י ל"א(295, 281, 2); בג"צ 337/81, מיטרני נ. שר התחבורה, פד"י ל"ז(337, 3), לפי הענין); כדי להקים זכות זו דרושה הוראה של החוק החרות ובהיעדרה של הוראת חוק אין הזכות קיימת. כפועל יוצא מן המובא לעיל עולה ממילא כי אי-חקיקתה של הוראת חוק כאמור איננה, כשלעצמה, בגדר פגיעה בזכות יסוד; במלים אחרות, אי-הכללתה של הוראה בדבר זכות ערעור בצו בדבר הוראות בטחון, איננה בגדר פגיעה בזכות יסוד.

עם זאת, הלכה והתגבשה בשיטות המשפט המודרניות ובכלל זה גם במשפטנו ההשקפה, כי הבטחתה של זכות הערעור מקובלת בדרך כלל כמרכיב מהותי של שפיטה הוגנת. על כן, מביאים החוקים השונים הוראות מפורשות המנהיגות זכות זו. ביטוי לגישה האמורה עולה גם מהוראותיו של סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה (אשר כחוק ישראלי פנימי אינו חל על תחיקת הבטחון בשטחים המוחזקים הנשענת בעיקרה על כללי המשפט הבינלאומי הפומבי).

בספרם של GEOFFREY C. HAZARD JR CIVIL & PROF. JAMES FLEMING JR., PROCEDURE (הוצאה שלישית, LITTLE BROWN AND COMPANY, BOSTON, TORONTO) כותבים המחברים (שם, עמ' 661):

"APPEAL HAS NOT BEEN HELD TO BE A MATTER OF CONSTITUTIONAL RIGHT UNDER THE DUE PROCESS CLAUSE, BUT IN ALL JURISDICTIONS APPELLATE

REVIEW IS GENERALLY AVAILABLE IN SOME FORM FROM THE JUDGMENTS OF TRIAL COURTS".

לדעת המחברים המלומדים, זכות הערעור יכולה לנבוע מהוראה חוקתית או אף מהוראה שבתקנות סדרי דין. אגב, ההשקפה כי יכול וזכות ערעור תעוגן בחקיקת משנה בלבד אינה מקובלת אצלנו, לפחות ככל שהדבר נוגע לתקנות סדר הדין האזרחי (ע"א 63/48, גבעוני נ. רוזנברג, פד"י ד', 344).

STRUCTURES OF AUTHORITY AND (במאמרו) PROF. MIRJAN DAMASKA COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE 84, YALE LAW JOURNAL (1975), P. 480, 490, אומר בהקשר למעמדה של זכות הערעור בשיטות המשפט הקונטיננטליות של אירופה, כי קיומה של זכות הערעור הפך לאחד מסממני הלוואי של דיון משפטי הוגן.

"CRIMINAL APPEAL IN ALL MODERN CONTINENTAL SYSTEMS IMPLIES A REVIEW NOT ONLY OF ALLEGED LEGAL ERROR, BUT ALSO OF FACTUAL FINDINGS AND EVEN THE PUNISHMENT IMPOSED. NOR IS IT SURPRISING, IN LIGHT OF CENTURIES OF TRADITION, THAT APPELLATE REVIEW GRADUALLY BECAME ASSOCIATED WITH FAIRNESS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE. INDEED, IN MODERN CONTINENTAL COUNTRIES, THE 'RIGHT OF APPEAL' IS USUALLY ELEVATED TO THE CONSTITUTIONAL LEVEL. THE APPELLATE PROCESS IS MADE VERY INEXPENSIVE, AND IS NOT RISKY FOR THE PARTIES. IN LARGE CLASSES OF CRIMINAL CASES EVEN SUPREME COURTS CAN BE REACHED AS A MATTER OF RIGHT THROUGH THE MECHANISM OF APPEALS".

(עמ' 490) לדבריו, בראשיתו של תהליך הנהגת הזכות, שימש הערעור כמכשיר להגברת הפיקוח השלטוני המרכזי על ידי קביעת פיקוח-על ריכוזי על ערכאות השיפוט הפזורות ברחבי המדינה, כאשר מעמדן של אלו היה עדיין עצמאי-למחצה; בשלב הבא עלה הערעור לכדי זכות מוכרת, הזוכה במקרים רבים למעמד של עיקרון משפטי המוצא ביטוי במסמך חוקתי.

לשון אחר, לשם קביעתה של הזכות מעיקרה יש אמנם צורך בכך שהיא תוגדר בחוק באופן מפורש; אולם, הלכה למעשה, אכן נוהגים כיום לעשות כן ולהכליל הוראה כאמור בחוק, ויש ובוחרים לכך אף את האכסניה המכובדת של החקיקה החוקתית (וראה אצלנו סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה).

כסיכום ביניים לצורך ענייננו ניתן לומר כי קיומה של זכות הערעור הגיע לדרגה של מוסד חיוני בעל חשיבות רבה. הכללתה בדברי החקיקה הבסיסיים מבטאת את ההכרה בכך, כי לשם הבטחת מערכת שיפוט תקינה והוגנת יש גם להבטיח, בין היתר, הנהגתה וקיומה של זכות ערעור.

בהמשך הדברים עוד נשוב לשאלה מה משמעותה של מסקנה זו לגבי דינו בהקשר שבפנינו. אולם, בשלב זה, ניגש תחילה לבדוק טענותיהם של העותרים המעוגנות, לפי גירסתם, במשפט הבינלאומי הפומבי.

7. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) קובעת בסימן 14(5) שבה:

"(5) EVERY ONE CONVICTED OF A CRIME SHALL HAVE THE

RIGHT TO HIS CONVICTION AND SENTENCE BEING
REVIEWED BY A HIGHER TRIBUNAL ACCORDING TO LAW".

אין הוראה דומה בהצהרה האוניברסאלית על זכויות האדם (UNIVERSAL DECLARATION OF
HUMAN RIGHTS) ואין גם כדוגמתה ב- (HUMAN RIGHTS
PAUL SIEGHART, THE RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS (EHR
INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, CLARENDON PRESS, OXFORD,
1983, P. 295.

בהקשר שבפנינו ניתן להשיב על גירסת העותרים בשלושה אלה : ראשית, ישראל לא הצטרפה לאמנה
הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (שנכנסה לתוקף ב-23.3.1976). שנית, אין לראות את
הכלל הנ"ל, בשלב הנוכחי, כחלק מן המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי.

שלישית, האמנה גופא לא התעלמה מתנאי חירום מיוחדים אף בתוככי מדינה שהיא צד לאמנה. על כן
יש מקום להניח, על אחת כמה וכמה, שניתן ליישם את ההוראות בדבר תנאי חירום מיוחדים גם
לנסיבות בהן מקויים ממשל צבאי. ההוראה הרלבנטית מובאת בסעיף 4(1) לאמנת ICPR הקובע :

"4(1) IN TIME OF PUBLIC EMERGENCY WHICH
THREATENS THE LIFE OF THE NATION AND THE
EXISTENCE OF WHICH IS OFFICIALLY PROCLAIMED,
THE STATE PARTIES TO THE PRESENT COVENANT
MAY TAKE MEASURES DEROGATING FROM THEIR
OBLIGATIONS UNDER THE PRESENT COVENANT TO
THE EXTENT STRICTLY REQUIRED BY THE
EXIGENCIES OF THE SITUATION, PROVIDED THAT
SUCH MEASURES ARE NOT INCONSISTENT WITH
THEIR OTHER OBLIGATIONS UNDER INTERNATIONAL
LAW AND DO NOT INVOLVE DISCRIMINATION SOLELY
ON THE GROUND OF RACE, COLOUR, SEX,
LANGUAGE, RELIGION OR SOCIAL ORIGIN.

(2) NO DEROGATION FROM ARTICLES 6, 7, 8 (PARAGRAPHS
1 AND 2), 11, 15, 16 AND 18 MAY BE MADE UNDER THIS
PROVISION".

(עמ' 110) אנו רואים כי יש הוראות באמנה מהן לא ניתן לסטות גם בתנאי חירום, אך האמור בסימן
(14/5) הנ"ל לאמנה שצוטט לעיל, אינו כלול ביניהן.

האמנה מתייחסת גם לתנאי חירום ציבוריים שאינם מגיעים לכדי מצב מלחמה. כדי להדגים זאת ניתן
להביא מסיכומיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפסק הדין בפרשת (LAWLESS V. IRELAND)
322/57 JUDGMENT 1 EHRR 15 המונה את היסודות אותם הביא בית הדין
בחשבונו בסוגיה זו, כאשר הכיר בקיומו של מצב חירום ; וכך סוכם הדבר על ידי זיגהרט (שם, עמ' 114) :

"THE EXISTENCE ON 5 JULY 1957 OF A 'PUBLIC

EMERGENCY THREATENING THE LIFE OF THE NATION' HAD BEEN REASONABLY DEDUCED BY THE RESPONDENT GOVERNMENT FROM A COMBINATION OF SEVERAL FACTORS: NAMELY, THE EXISTENCE IN ITS TERRITORY OF A SECRET ARMY (THE IRA) ENGAGED IN UNCONSTITUTIONAL ACTIVITIES AND USING VIOLENCE TO ATTAIN ITS PURPOSES; THE FACT THAT THIS ARMY WAS ALSO OPERATING OUTSIDE ITS TERRITORY, THUS SERIOUSLY JEOPARDIZING THE RELATIONS OF THE REPUBLIC OF IRELAND WITH ITS NEIGHBOUR; AND THE STEADY AND ALARMING INCREASE IN TERRORIST ACTIVITIES FROM THE AUTUMN OF 1956 AND THROUGH OUT THE FIRST HALF OF 1957".

קרי, קיומו של ארגון טרוריסטי סודי, תחומי פעולתו הטרוריסטאליים הנרחבים, ופעולות טרור הלכה למעשה, הם שהיוו יסוד למסקנה כי נתקיים מצב של חירום.

סיכומו של דבר, ניתן להסיק מן האמור לעיל כי אין באמנה הנ"ל בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כדי ללמד על קיומה של חובה בלתי מסוייגת בדבר הנהגת זכות ערעור בשיפוט הצבאי בשטח ממשל צבאי, בתקופת פעילות טרור עניפה.

8. (א) תקנות האג משנת 1907 אשר אף אליהן הפנו אותנו העותרים, אינן מתייחסות במפורש לזכות הערעור; אגב, קיומם של הליכים שיפוטיים כלשהם מוזכר רק בתקנה 30 (הדנה בריגול), אך גם ממנה לא ניתן ללמוד על התייחסות כלשהי לערכאות ערעור.

(ב) אין גלגות במשפט הבינלאומי הפומבי יסוד לטענה כאילו יש בהוראותיו של סימן 43 לתקנות האג 1907, כדי לחייב הנהגתה של ערכאת ערעור. סימן 43 האמור שצוטט לעיל, מתייחס למשפט הקיים בשטח המוחזק ולהמשך קיומו של אותו משפט, כתוכנו וכרוחו, על אף העברתה של השליטה בשטח המוחזק, מכוח המלחמה ובעקבותיה, לידי רשויות שלטון אחר. המשפט המקומי אשר בו דן הסימן נשאר, איפוא, על כנו והוראותיו החדשות של השלטון הצבאי מתייחסות, בדרך כלל, למישור ענייני שונה מזה שהמשפט המקומי עוסק בו ומותקנות למטרות אחרות, וזאת, למעט אלה מצווי השלטון הצבאי שנועדו לשנות את הוראותיו של המשפט הקיים באותם מקרים יוצאי דופן בהם מן הנמנע להוסיף ולקיים את הדין הקיים כלשונו (בג"צ 69/81, אבו עיטא נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ז (197), 2). כך, למשל, כאשר קיימת ערכאת ערעור בסולם הערכאות השיפוטיות המקומיות האזרחיות (להבדיל מצבאיות) של השטח, אין לבטלה לאור האמור בסימן 43 האמור אחרי כינונו של הממשל הצבאי, אלא אם כן מן הנמנע לנהוג אחרת. בעיה מסוג זה עלתה, למשל, ביהודה ושומרון כאשר התברר כי הפנייה לערכאת הקסציה (אל-תמיז) תהיה כרוכה בערעור אל רשויות השיפוט הירדניות בעמאן, היינו אל רשויות המכהנות בארץ אויב ונשלטות על ידי ממשלתה. דבר זה, שלטון צבאי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו יכול להרשותו, מאחר וכאמור אין להתיר פנייה אל ערכאה שיפוטית בארץ אויב. על כן, נקבעו בצו בדבר השיפוט (בתי-משפט מקומיים) (תיקון מס' 1) (איזור יהודה ושומרון) (מס' 57), התשכ"ז-1967, הוראות חדשות בענין סמכויותיו של בית המשפט לקסציה ("אל-תמיז" הנ"ל), וההסדר החקיקתי האמור תאם את הוראותיה של הסיפא של סימן 43.

מאידך גיסא, אין להסיק מקיומה של רשות ערעור בערכאות המקומיות הדנות בעניינים פליליים, כי חובת המפקד הצבאי לאמץ אמות מידה זהות בבואו לפרסם מנשרים וצווים מכוח מעמדו על פי המשפט הבינלאומי הפומבי, כדי לכוון בתי משפט צבאיים. בתחום זה הוא אינו נשען על המשפט המקומי אלא על הכללים של המשפט הבינלאומי הפומבי, ואל אלה נפנה בהמשך הדברים.

9. (א) אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 קובעת בסימן 66 שבה:

"IN CASE OF A BREACH OF THE PENAL PROVISIONS PROMULGATED BY IT IN VIRTUE OF THE SECOND PARAGRAPH OF ARTICLE 64, THE OCCUPYING POWER MAY HAND OVER THE ACCUSED TO ITS PROPERLY CONSTITUTED, NON-POLITICAL MILITARY COURTS, ON CONDITION THAT THE SAID COURTS SIT IN THE OCCUPIED COUNTRY. COURTS OF APPEAL SHALL PREFERABLY SIT IN THE OCCUPIED COUNTRY".

(ההדגשה שלי - מ.ש.) לכאורה מרמזת הסיפא של סימן 66 על הנושא שבפנינו : אם היא מצביעה על מקום מושבם של בתי משפט צבאיים לערעורים, ויהיה זה אף כהמלצה בלבד, יש בכך, בעקיפין, כדי להצביע על כך שחייבים להתקיים בתי משפט צבאיים לערעורים. אולם, עיון מדויק יותר בנוסחו של הסימן ובפרשנותו המקובלת מלמדים כי לשם הבנת ההוראה יש לקרוא את הסיפא על פי הקשרה הניסוחי, היינו לאור העקרונות אשר אותם באה הרישא לעצב. כך מתלבן כי הסיפא נועדה אך ורק כדי לנקוט עמדה בשאלת מקום מושבו של בית המשפט, אך לא בשאלת עצם כינונו.

במה דברים אמורים : לגבי בתי המשפט הצבאיים נקבע כתנאי מחייב והחלטי כי עליהם לקיים מושבם בתוך השטח המוחזק. הסיפא באה לסייג את ההוראה ההחלטית שברישא, ולגבי ערכאת הערעור נקבע שחובה זו בדבר מקום המושב אינה החלטית. לענין מקום קיום הדיון נעשה בסימן 66 שימוש בביטוי PREFERABLY, ההופך את קיום הדיון בתוך השטח לרצוי אך לא לחובה שאין לסטות ממנה. עיקרו של דבר, אין כאן הוראה לפיה חייבת לקום ערכאת ערעור, אלא אך נאמר שאם קיימת ערכאה כאמור, מומלץ שהיא תשב בתוך השטח.

משמעות זו של הסיפא לסימן 66 הנ"ל עולה גם מדברי המלומד THE GERHARD VON GLAHN (OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY MINNEAPOLIS, 1957, P. 117), האומר :

"THE LAST SENTENCE OF ARTICLE 66 DOES NOT MEAN THAT AN OCCUPANT IS REQUIRED TO CREATE AN APPELLATE SYSTEM OF OCCUPATION COURTS. ARTICLE 73, QUOTED LATER IN THIS SECTION, COVERS THE PROBLEM BY PROVIDING THAT AN APPEAL MAY BE DIRECTED TO THE 'COMPETENT AUTHORITY OF THE OCCUPYING POWER' WHEN APPELLATE COURTS HAVE NOT BEEN CREATED IN THE OCCUPIED TERRITORY. THE WRITER ASSUMES THAT THIS 'COMPETENT AUTHORITY' WOULD BE THE THEATER COMMANDER OF THE OCCUPANT, ALTHOUGH A MILITARY GOVERNOR MIGHT WELL CONSTITUTE THE AUTHORITY IN QUESTION".

COMMENTARY - IV CONVENTION, GENEVA,) JEAN S. PICTET (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 1958, P. 340), אומר

בהקשר לסימן 66 הנ"ל בדברי הפרשנות הרשמיים לאמנה הרביעית של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום :

"(D) A LAST CONDITION, ALREADY REFERRED TO ABOVE, IS THAT THE COURTS IN QUESTION SHOULD 'SIT IN OCCUPIED TERRITORY'. IF THEY ARE SITTING, FOR ANY SPECIAL REASON, OUTSIDE THE OCCUPIED TERRITORY, THEY MUST MOVE INTO IT IN ORDER TO TRY THE CASES MENTIONED HERE. THIS OBLIGATION IS IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLE OF THE TERRITORIALITY OF PENAL JURISDICTION. IT PREVENTS PROTECTED PERSONS WHO ARE ACCUSED OF AN OFFENCE FROM BEING BROUGHT BEFORE A COURT IN A COUNTRY OTHER THAN THAT IN WHICH THE OFFENCE WAS COMMITTED AND THUS PROVIDES THEM WITH A SAFEGUARD OF THE UTMOST VALUE. IN THE SAME WAY, THE CONVENTION LAYS DOWN THAT PROTECTED PERSONS AGAINST WHOM PROCEEDINGS ARE TAKEN ARE TO BE 'DETAINED WITHIN THE OCCUPIED COUNTRY' AND, WHERE NECESSARY, 'SERVE THEIR SENTENCE THERE'.

THE OCCUPYING POWER IS, ON THE OTHER HAND, FREE TO DECIDE WHETHER OR NOT THE COMPETENT COURTS OF APPEAL ARE TO SIT IN OCCUPIED TERRITORY. THE TEXT ITSELF STATES THAT THEY SHOULD 'PREFERABLY' SIT IN THE OCCUPIED COUNTRY; THIS WOULD BE LIKELY TO PROVIDE THE PROTECTED PERSONS WITH ADDITIONAL SAFEGUARDS".

קרי, גם מדברי פרשנות אלה עולה כי מרכז הכובד של הוראה זו של האמנה, הוא קביעת מקום המושב של בית משפט, אם הוא קיים, אך לא חובת כינונו.

GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW, VOL. II, LAW OF ARMED CONFLICT, LONDON, 1968, P. 194, N. 13
כי :

"THE LATTER PART OF THIS RULE IS MERELY ADMONITORY FOR COURTS OF APPEAL".

הוזה אומר, זוהי הוראת ייעוץ והנחייה שפניה לבתי משפט לערעורים, אם הם קיימים.

סיכומה של נקודה זו : אין בסימן 66 הנ"ל כדי ליצור חיוב לכונן ערכאת ערעור שיפוטית, וממילא אין בסעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון כדי לנגוד הוראותיו של סימן 66 האמור, כפי שנטען על ידי

העותרים. זה האחרון מתייחס כמבואר למקום מושבה של ערכאת הערעור כאשר היא כוונה, הא ותו לאו.

(ג) סימן 73 לאמנה הנ"ל אומר כדברים האלה :

"73. A CONVICTED PERSON SHALL HAVE THE RIGHT OF APPEAL PROVIDED FOR BY THE LAWS APPLIED BY THE COURT. HE SHALL BE FULLY INFORMED OF HIS RIGHT TO APPEAL OR PETITION AND OF THE TIME LIMIT WITHIN WHICH HE MAY DO SO. THE PENAL PROCEDURE PROVIDED IN THE PRESENT SECTION SHALL APPLY, AS FAR AS IT IS APPLICABLE, TO APPEALS. WHERE THE LAWS APPLIED BY THE COURT MAKE NO PROVISION FOR APPEALS, THE CONVICTED PERSON SHALL HAVE THE RIGHT TO PETITION AGAINST THE FINDING AND SENTENCE TO THE COMPETENT AUTHORITY OF THE OCCUPYING POWER".

כפי שעולה מן הפרשנות המקובלת של הוראה זו, אין הכוונה לערעור לערכאה שיפוטית דווקא, אלא לערכאה שיפוטית או מינהלית - בפניה ניתן לטרוח השגות על פסק הדין.

אף בהקשר זה מן הענין להביא את דברי הפרשנות של הועדה הבינלאומית של הצלב האדום בפרסומו הרשמי הנ"ל. אומר PICTET בהתייחסו לסימן 73 (שם, עמ' 358) :

"THE FRENCH WORDING OF THIS ARTICLE IS NOT VERY PRECISE AND THE MEANING CAN BE BETTER UNDERSTOOD FROM THE ENGLISH VERSION.

THE WORD 'APPEAL' FOUND IN THIS PARAGRAPH MUST BE TAKEN TO MEAN ANY RECOURSE TO LAW AIMED AT OBTAINING THE QUASHING OR ALTERATION OF THE SENTENCE. IT COULD TAKE THE FORM OF AN ORDINARY APPEAL, AN APPEAL TO THE HIGH COURT OR POSSIBLY A PETITION FOR A REVIEW OF THE THIS IS VERY CLEARLY SHOWN BY SENTENCE. ARTICLE 106 OF THE THIRD CONVENTION.

CERTAIN LEGAL SYSTEMS, PARTICULARLY THOSE OF ANGLO-SAXON COUNTRIES, DO NOT ON PENAL PROVIDE FOR AN APPEAL PROCEDURE MATTERS. HOWEVER, THOSE SYSTEMS INSIST THAT THE SENTENCE BEFORE BECOMING FINAL BY THE MILITARY MUST BE CONFIRMED COMMAND. THIS IS WHAT IS MEANT IN THE SECOND PARAGRAPH WHEN THE

POSSIBILITY IS MENTIONED OF THE 'RIGHT TO PETITION TO THE COMPETENT AUTHORITY OF THE OCCUPYING POWER'. ACCORDING TO THE ENGLISH TEXT, A CONVICTED PERSON MUST ALSO BE INFORMED OF THE LEGAL METHODS OF APPEAL AND THE POSSIBILITY OF PETITIONING THE COMPETENT AUTHORITIES AS WELL AS OF THE TIME LIMIT WITHIN WHICH HE MUST ACT.

IN COUNTRIES WHERE THE LAW MAKES NO PROVISION FOR APPEAL EITHER IN OR OUTSIDE THE COURTS, AN EXTRA-JUDICIAL APPEAL PROCEDURE SHOULD BE INSTITUTED.

IT SHOULD BE ADDED THAT THIS RIGHT TO PETITION AN EXECUTIVE AUTHORITY WITH CERTAIN JURISDICTIONAL FUNCTIONS MUST BE DISTINGUISHED SHARPLY FROM THE RIGHT TO PETITION FOR PARDON UNDER ARTICLE 75 OF THE CONVENTION".

(ההדגשות שלי - מ.ש.) מילות הסימן מציינות כי לנידון תהיה אותה זכות ערעור הקבועה בחוק המופעל על ידי בית המשפט הצבאי, אך הן אינן תוחמות בדרך כלשהי את מרווח שיקוליו של הגורם המחוקק בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. כפי שנובע, איפוא, מן הפרשנות הרשמית של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, המושג "זכות ערעור" אינו מופיע כאן בהקשר לבית משפט דווקא, אלא בא לקבוע כי צריכה להיות פרוצדורה כלשהי של פניה לרשות נוספת אשר לה סמכויות ביקורת לגבי פסק דינו של בית המשפט של ערכאה ראשונה. רשות זו יכול שתהיה שיפוטית ויכול שתהיה מינהלית, ובלבד שיש בכוחה לשנות את פסק הדין.

פרשנות זהה לפיה "ערעור" בסימן 73, אין משמעותו דיון בפני ערכאה שיפוטית דווקא, ניתנה לסימן 73 הנ"ל גם במדריך הצבאי הבריטי MANUAL OF MILITARY LAW, VOLUME III, 1958, PAR 572 שנערך על ידי המשפטן הידוע LAUTERRACHT SIR HERSCH ; וכך נאמר שם :

"572. THERE IS NO ABSOLUTE RIGHT OF APPEAL AGAINST SENTENCE. THE CIVILIAN CONVENTION, ART. 73, MERELY LAYS DOWN THAT 'THE CONVICTED PERSON SHALL HAVE THE RIGHT OF APPEAL PROVIDED FOR BY THE LAWS APPLIED BY THE COURT'. HOWEVER, WHERE THE LAW MAKES NO PROVISION FOR APPEAL, THE CONVICTED PERSON MUST BE GIVEN THE RIGHT TO PETITION THE COMPETENT AUTHORITY OF THE OCCUPYING POWER AGAINST THE FINDING AND SENTENCE. IN EITHER CASE HE MUST BE FULLY INFORMED OF HIS RIGHT TO APPEAL OR PETITION AND OF THE TIME LIMIT WITHIN WHICH HE MAY DO SO".

"443. RIGHT OF APPEAL

A CONVICTED PERSON SHALL HAVE THE RIGHT OF APPEAL PROVIDED FOR BY THE LAWS APPLIED BY THE COURT. HE SHALL BE FULLY INFORMED OF HIS RIGHT TO APPEAL OR PETITION AND OF THE TIME LIMIT WITHIN WHICH HE MAY DO SO.

THE PENAL PROCEDURE PROVIDED IN THE PRESENT SECTION SHALL APPLY, AS FAR AS IT IS APPLICABLE, TO APPEALS. WHERE THE LAWS APPLIED BY THE COURT MAKE NO PROVISION FOR APPEALS, THE CONVICTED PERSON SHALL HAVE THE RIGHT TO PETITION AGAINST THE FINDING AND SENTENCE TO THE COMPETENT AUTHORITY OF THE OCCUPYING (GC, ART 73)". POWER

(ההדגשה שלי - מ.ש.). המדריך האמריקאי מתייחס מפורשות לנסיבות בהן אין בחוק המיושם על ידי בית המשפט הצבאי הוראות כלשהן בקשר לערעור (להבדיל מן המצב אצלנו, לפי סעיף 43).

פרופ' יורם דינשטיין (דיני מלחמה, הוצאת שוקן ואוניברסיטת תל אביב, 1983, עמ' 228) נוקט גם הוא בפרשנות המתוארת, ואומר:

"סעיף 73 קובע זכות ערעור או לפחות עתירה לרשות מוסמכת של המדינה הכובשת".

(ההדגשה שלי - מ.ש.) מן האמור בפרשנות הרשמית של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום ובמדריכים הצבאיים של בריטניה וארה"ב ומדבריו של פרופ' י. דינשטיין, ניתן להסיק כי יש בסעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון ביטוי מלא למגמה המונחת ביסוד אחת מן החלופות המשקפות את הנדרש בסימן 73 הנ"ל, שהרי סעיף 43 הנ"ל קובע, כזכור:

"בקשות 43. לא יהיה ערעור על פסק דין למפקד לערכאה שיפוטית. אולם, הנידון האיזור רשאי לפנות בערעורים ובבקשות בקשר להרשעה או גזר הדין אל מפקד האיזור או אל המפקד הצבאי, לפי המקרה. בית המשפט הצבאי שגזר דינו של נאשם יביא לידיעתו את זכותו לפי סעיף זה".

(ההדגשות שלי - מ.ש.)

10. מן האמור לעיל נובע, כי אין באמנות הבינלאומיות הרלבנטיות הוראה מחייבת בדבר כינונה של ערכאת ערעור צבאית. עד כאן המשפט ההסכמי.

מעבר לכך, ולשם השלמת האמור לעיל, נוסף כאן כי בשאלת ערכאת הערעור הצבאית אין לגלות גם במשפט הבינלאומי הפומבי יסוד לטענה לפיה יש בנושא זה: -

"מנהג בינלאומי כראיה לפרקטיקה כללית המקובלת בתורת הדין".

(כתרגומו על ידי פרופ' י. דינשטיין של סימן 38 מן החוקה של בית הדין הבינלאומי, דיני מלחמה, עמ' 45).

היעדרו של כלל מנהגי הוא, כמובן, עיקרו של הענין. כפי שנאמר בבג"צ 69/81 (שם, עמ' 238), בהתייחסות לכלל מנהגי, הכוונה להתנהגות מקובלת שזכתה לחותם משפטי מחייב. כנאמר שם -

"פראקטיקה כללית, משמעה דרך פעולה קבועה, כללית ותמידית - להבדיל מתופעות ארעיות או מקריות - המקובלת על הרוב המכריע של אלו אשר פועלים בתחום המשפטי האמור".

הדברים שהובאו לעיל מפיו של PICTET בהתייחסו לסימן 73 לאמנת ג'נבה (שם, עמ' 358), מצביעים על היפוכו של הדבר, היינו, על כך שמדינות (בעיקר אלו האנגלוסכסיות) לא נהגו להקים ערכאת ערעור שיפוטית, אלא יצרו אפשרות לפנות לערכאה צבאית-פיקודית.

על משמעותן המשפטית של נסיבות בהן אין ראייה לקיומו של כלל מנהגי מחייב, עמד בית משפט זה בבג"צ 69/81 הנ"ל, ובהקשר זה נאמר שם כך:

"בדרך כלל מן הנמנע להוכיח, כי היא (הפרקטיקה הכללית - מ.ש.) מקובלת על כולי עלמא ללא יוצא מן הכלל, וזאת בייחוד כאשר מדובר על השקפותיהם של המרכיבים השונים של הקהילה הבינלאומית. אולם אין די לענין זה, בדעתן של רוב רגיל של המדינות, אלא המנהג צריך להיות מקובל לפחות על הרוב המכריע - ראה H. Kelsen, Principles of International Law (The Overwhelming Majority) (New York, 2nd ed., by R.W. Tucker, 1967) 450

(ג)

מהי המשמעות של היעדרו של קונסנסוס בינלאומי כנדרש? אומר על כך H. Kelsen בהוצאה הראשונה של ספרו Principles of International Law (New York, 1952) 305

'IF THERE IS NO NORM OF CONVENTIONAL OR CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IMPOSING UPON THE STATE... THE OBLIGATION TO BEHAVE IN A CERTAIN WAY, THE SUBJECT IS UNDER INTERNATIONAL LAW LEGALLY FREE TO BEHAVE AS IT AND BY A DECISION TO PLEASES; THIS EFFECT EXISTING INTERNATIONAL LAW IS APPLIED TO THE CASE'.

(ההדגשה שלי - מ.ש.) משמע, בהיעדרו של הסדר הסכמי או מנהגי חופשית המדינה לנהוג לפי מיטב הבנתה ועקרונותיה, ובעשותה כן היא מיישמת את המשפט הבינלאומי הקיים, כי גם המסקנה בדבר היעדרו של מנהג מחייב, כאמור, היא חלק מן המשפט הבינלאומי".

(עמ' 241, פד"י ל"ז(2))

11. הטענה בדבר אי סבירות לא בוססה כנאות. אך, מכל מקום, לפי אמות המידה המקובלות עלינו (בג"צ 156/75, דקה נ. שר התחבורה, פד"י ל' (94), 2; בג"צ 633/79, עזריאל נ. משרד התחבורה, פד"י ל"ה (85), 2; בג"צ 389/80, דפי זהב נ. רשות השידור, פד"י ל"ה (421), 1), אין לגלות עילה להתערבותו של בית משפט זה בסבירותו של סעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון.

13. המסקנות המשפטיות הנ"ל יש בהן כדי להצביע על כך שאין הצדקה ואין יסוד להתערבותו של בית משפט זה כמבוקש: לאור המסקנות המשפטיות אין מקום לפסילתה של החקיקה כנוסחה הקיים מן הטעם שהיא בלתי חוקית; אגב, לא הוצבע בפנינו על הנחיצות בסעד ממשי וגם מטעם זה לא היה מקום להתערבותנו, שכן איננו נוהגים להפעיל סמכותנו במצבים בהם יש לכך ערך אקדמי בלבד, כגון כאשר הפעולה כבר הושלמה או כאשר אין עוד צורך ממשי במתן הוראה.

אולם, דעתי היא, עתה כבעבר, בעת שדנו בעתירה והצענו לבא-כוחם המלומד של המשיבים שהללו יקיימו עיון ודיון חוזרים בסוגיה שבפנינו, כי יש חשיבות רבה בכך, למען ביסוס שלטון החוק, שתונהג בעת הזאת זכות ערעור (אולי בשלב הראשון רק בנושאים שניתן להגדירם כענין שבמשפט), מבית משפט צבאי של ערכאה ראשונה לערכאת ערעור צבאית שתוקם לצורך זה. שינוי כאמור אינו צריך לפגוע במעמדו של מפקד האיזור כרשות חוננת. ומאחר ובמקרה דן אין, כמבואר לעיל, מקום למתן צו החלטי, הנני רואה לנכון כי נביע דעתנו בנושא זה, בגדר המלצה. זו מעוגנת לדידי באמות המידה שפותחו על ידי בית משפט זה במשך השנים בדונו ביישומם של כללי המשפט בפתרון בעיות שעלו בשטחים המוחזקים.

הטעמים המונחים ביסודה של ההשקפה המחייבת כינונה של ערכאת ערעור יוצגו להלן בשני רבדים:

(א) הערות בענין מהותה ומטרתה של זכות הערעור.

(ב)

הערות בענין הגישה הנכונה של שלטון צבאי בשטח מוחזק בקשר עם הסוגיה שבפנינו. אדון בראשון ראשון ובאחרון אחרון.

13. מהותה ומטרתה של זכות הערעור:

(א) קיומה של זכות ערעור, כפי שהוזכר כבר לעיל, מחזק את יסודות ההגינות והסבירות שבהליך המשפטי.

הערכאה הראשונה בהירארכיה של מערכת המשפט בוחנת את הנתונים שבפניה על פי אמות המידה הדיוניות שפותחו בשיטתנו. אלו, לרבות דיני הראיות המשמשים בה ככלי-עזר לבירור האמת, הם בדרך כלל ביטוי למיטב הבנתנו ונסיונו המשפטיים בתקופה נתונה.

יש להזכיר, בהקשר זה, כי תחיקת הבטחון מאמצת את עקרונות סדרי הדין ודיני הראיות הנוהגים במשפטים פליליים בישראל. היינו, במערכת השיפוט הצבאי הישראלי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית משמשים אותם עקרונות פרוצדוראליים ואותן דרכי הוכחה, הנוהגים גם בשפיטה בבתי המשפט הפועלים על פי המשפט הישראלי הפנימי.

עם זאת, יש לזכור כי לגבי כל הכרעה שיפוטית, יש בבדיקה ובבחינה שלה על ידי ערכאת ערעור משום פתיחת פתח נוסף לגילוי טעויות אפשריות, אשר תיתכנה בכל עשייה אנושית. כאשר המדובר בדיני נפשות, יש לכך, כמובן, משנה תוקף.

כמובן, אין להרחיק לכת בפיתוחה של גישה זו בדבר בדיקה חוזרת של ההכרעה השיפוטית עד כדי נטילת היסוד המעשי שבה. כך אין אנו סוברים, כי זכות הערעור היא בגדר זכות טבעית גם בהיעדר חקיקה ראשית הקובעת אותה ואת פרטיה. ובודאי, אין אנו גורסים, כי יש להרבות בערעורים על גבי ערעורים רק בשל הסיכוי כי תתגלה טעות. לדעתנו, חייבת להיות מתכונת מוגבלת המבחינה בין ערעור בזכות לבין ערעור ברשות. כן ניתן ורצוי לקבוע תחומים מוגדרים לערעור (למשל להבחין בין ענייני

משפט לבין ענייני עובדה). על מקצתם של השיקולים בענין זה עמד בית משפט זה בר"ע 103/82 (חניון חיפה בע"מ נ. מצת אור בע"מ, פד"י ל"ו(123), (3), מקום בו נאמר:

"ידן של ערכאות השיפוט קצרה מלהושיט סעד לכל מבקש, הדורש בירור עניינו בשלוש ערכאות או יותר, ועשיית הצדק אף איננה מחייבת בירור כה מקיף של כל עניין; אחד מזקני השופטים לשעבר של ארצות הברית, CHIEF JUSTICE CHARLES EVANS HUGHES, אמר בשנת 1937 בקשר לסוגיה דומה, היינו רשות הערעור לבית המשפט העליון של ארצות הברית:

'NO SINGLE COURT OF LAST RESORT WHATEVER THE NUMBER OF JUDGES COULD DISPOSE OF ALL THE CASES WHICH ARISE IN THIS VAST COUNTRY AND WHICH LITIGANTS WOULD SEEK TO BRING UP IF THE RIGHT OF APPEAL WERE UNRESTRICTED'.

(מתוך מכתבו לסנאטור B.K. WHEELER כמצוטט ב)81 CONGRESSIONAL RECORD 2814 (1937).

קדם לו בהתייחסות אל הנושא האמור זקן השופטים של ארצות הברית W.H. TAFT, כאשר ביאר בשנת 1925 עמדתו לגבי הצעת החוק, שדנה ברשות הערעור לבית המשפט העליון ובמיוחד לגבי סמכות הסינון, אותה ביקשו להקנות לבית המשפט האמור; וכך אמר:

'NO LITIGANT IS ENTITLED TO MORE THAN TWO CHANCES, NAMELY TO THE ORIGINAL TRIAL AND TO A REVIEW...'

(עדות בפני הוועדה לענייני חקיקה של בית הנבחרים (JUDICIARY COMMITTEE) כמצוטט ב-DICK V. N.Y. LIFE H.R. 10479, 67TH CONGRESS 2D SESSION, 2 (1959). INSURANCE CO (5)

(עמ' 125) סיכומה של נקודה זו, קיומה של ערכאת ערעור מאפשר בחינה נוספת וחוזרת של ההכרעה השיפוטית ויוצר בכך הן בקרה והן ביקורת שיפוטית מעשית על הכרעתה של הערכאה הראשונה. על אף השוני שבין תפקידה המשפטי של הערכאה הראשונה לבין זה של ערכאת הערעור, יש בבדיקה הדו-שלבית, בזכות, כדי לחזק את יסוד הביקורת הבנויה על כפל השיקול.

זו גם השיטה אותה אימצנו בשיטת המשפט הפנימית שלנו. הגישה המחייבת את קיומה של הביקורת הערעורית מצאה את ביטויה בהוראותיו של חוק יסוד: השפיטה, הקובע בסעיף 17 שבו ככלל, כי פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות: הוראה זו לא נולדה רק בשל הצורך להיענות לכלל המשפטי המנחה הנ"ל לפיו אין זכות ערעור, אלא אם זו עוגנה בחוק; אלא היא גם ביטוי להשקפה לפיה מושגת מידת וודאות רבה יותר של צדק אם הכרעה שיפוטית יכולה להיצרף בשלב של ביקורת ערעורית.

(ב)

קיומה של ערכאת ערעור שתפקידה להעביר פעולתו של בית המשפט של ערכאה ראשונה תחת שבט הביקורת משפיע במישרין על אופן תיפקודו של בית המשפט של ערכאה ראשונה, מנתב נושאים במקרים ראויים למסלולם הנכון, ומקדם על ידי עצם פעולתו בתחומים אלה את מעמדו ויוקרתו של המוסד

"THE APPELLATE COURT PLAYS AN IMPORTANT ROLE IN
SECURING HIGH STANDARDS OF JUDICIAL BEHAVIOUR IN
COURT...

...

THE ROLE OF THE COURT OF APPEAL IN CHECKING
JUDICIAL CONDUCT AND IN SECURING HIGH
STANDARDS OF JUDICIAL BEHAVIOUR IN COURT IS
MANIFOLD. THE COURT OF APPEAL CENSURES AND
CRITICISES JUDICIAL MISCONDUCT IN PARTICULAR
CASES AND CORRECTS INJUSTICES RESULTING FROM
SUCH MISCONDUCT. WHETHER IT REVERSES THE
JUDGMENT, QUASHES THE CONVICTION, REDUCES
THE SENTENCE, OR CHANGES THE JUDGMENT IN ANY
MANNER, THE DISAPPROVAL AND CONDEMNATION OF
THE MISCONDUCT RESTORES THE PUBLIC
CONFIDENCE IN THE COURTS WHICH MIGHT
OTHERWISE HAVE BEEN IMPAIRED. THE PARTY
OFFENDED OR PREJUDICED, AND THE PUBLIC AT
LARGE, MIGHT BE TEMPTED TO ATTRIBUTE
MISCONDUCT OF A PARTICULAR JUDGE TO THE
JUDICIARY AS A WHOLE. THE DISAPPROVAL AND
CRITICISM OF THE APPELLATE COURT, EVEN WITHOUT
AMENDING THE JUDGMENT, ELIMINATES SUCH
DANGER AND RESTORES THE SCALES OF JUSTICE TO
THEIR PROPER BALANCE".

(ג) קיומו של הערעור מבטיח את אחידות ההלכה המשפטית ומאפשר לערכאה הראשונה הפקת לקחים
ולימוד מן הנסיון של הערכאה הגבוהה יותר. זו בוחנת סוגיות משפטיות בעלות חשיבות שהתעוררו
בערכאות הראשונות ויכולה להדריך ערכאות אלה בפתרון הנכון של אותן בעיות.

(ד) הערעור מחזק את קבלת הדין ואת הבנת צידקתה של ההכרעה. העמדת הטיעון המשפטי במבחנה של
ערכאה נוספת עשוי להפחית אצל בעל הדין את התחושה המתסכלת לפי עצם טיבעה, בדבר מקריות
ההכרעה (השווה) COTTERELL, THE SOCIOLOGY OF LAW, LONDON 1984, P. 250, 251.

14. כנגד טיעונים אלו ניתן, כמובן, להעלות טעמים המפרטים מגבלותיו וחסרונותיו של הערעור: עצם
הוספתה של ערכאה נוספת מאריך את הדיון ומשהה את ההכרעה הסופית. קיומה של ערכאת ערעור גם
מפחית במידה מסויימת ממשקלה של ההכרעה של הערכאה הראשונה, שהרי זו נותרת נטולת מימד
הסופיות. לא למותר להוסיף, כי מימד הסופיות חסר במידת מה גם כאשר פסק-הדין טעון אישור של
רשות צבאית-מינהלית, היינו מפקד האזור.

אין גם מקום להנחה שערכאת ערעור אינה עלולה לטעות לעולם, שהרי כבר היו דברים מעולם. על כגון דא אמר הנשיא זוסמן בהמ' 648/78 (אלקינד ומידובניק נ. פוזניאק - לא פורסם) בדונו בבקשת רשות ערעור:

"אם תאמר כי בית המשפט המחוזי שגה, אף אני אשיב לך שכבר היו דברים מעולם ואף בית משפט זה טעה, לאמור ריבוי הערכאות איננו מבטיח בעצמו עשיית הצדק."

אולם, תהליך ההכרעה בין חלופות משפטיות אינו מבוסס על בחירה בין קצוות קוטביים נוגדים היינו, על העדפת השחור על הלבן; שכן, כדרך הטבע - וכפי שהדבר הינו בדרך כלל - ניתן למצוא מעלות ומגרעות בכל אחת מן החלופות העומדות להכרעה. יש לבחון מהו המאזן הכולל ומה משקלן היחסי של התכונות התומכות בתיזה האחת כנגד רעותה. כך גם הדבר בנושא שבפנינו: לא גילויים של חסרון או חולשה בחלופה האחת מבין השתיים - הנהגת זכות ערעור או אי-הנהגתה - הוא המפתח לקבלת החלטה בנושא שבפנינו, אלא המאזן הכולל של כל התכונות.

בעת עריכת אותו מאזן נוטות, לדעתי, כפות המאזניים באופן מהותי לכוון אימוצה של אותה דרך, המקובלת הן בשיטת המשפט הפנימית שלנו והן בשיטות משפט קרובות לשלנו כאמצעי בדוק להבטחת קיומם של הליכים משפטיים הוגנים, היינו לכיוון קיומה של זכות ערעור על הכרעתה של הערכאה הראשונה.

15. הנהגתה של ערכאת ערעור על ידי שלטון צבאי בשטח מוחזק אני סבור כי הנהגתה של ערכאת ערעור ביהודה שומרון וחבל עזה מוצדקת וחיונית בשל משקלם המצטבר של מספר טעמים, ואלו העיקריים שבהם:

(א) יש בהנהגת הערעור כדי לשלב לתוך ההליכים השיפוטיים הצבאיים מרכיב אותו רואים בשיטתנו ובשיטות נאורות אחרות, אליבא דכולי עלמא, כחלק מהותי מן השפיטה ההוגנת.

הערעור נוהג אצלנו כבר שנים רבות בשיפוט הצבאי לצורותיו והוא כלול, בין היתר, בחוק השפוט הצבאי, תשט"ו-1955 מראשיתו. מדינת ישראל קדמה בהנהגתה של זכות ערעור במערכת השיפוט של חייליה, הן לארה"ב והן לבריטניה, שהרי עוד בחוקת השיפוט, תש"ח נכללה הוראה בדבר כינון בית דין צבאי עליון ששימש כערכאת ערעור, עוד בטרם הוקמו ערכאות כאלה בשתי המדינות הנ"ל.

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 הבריטיות שענינן עבירות נגד בטחון המדינה הנעברות על-ידי אזרחים לא כללו במקורן ערכאת ערעור. אגב, השלטון הבריטי המנדטורי, הפעיל לפי תקנות אלו בתי משפט צבאיים אף מבלי שנכלל בהרכבם שופט בעל הכשרה משפטית, ואלו גזרו פסקי דין מוות ללא זכות ערעור לערכאת ערעור שיפוטית. מצב זה שונה אצלנו מכוח הוראותיו של חוק השיפוט הצבאי (בתי משפט צבאיים-ערעורים), התשכ"ב-1963, שהנהיג זכות ערעור על בתי המשפט הצבאיים הפועלים בישראל לפי התקנות הנ"ל.

בית הדין למניעת הסתננות שכונן לפי החוק בעל אותו שם מתשי"ד כלל ערכאת ערעור מראשיתו.

נוסיף, כי ההוראות בדבר שפוט צבאי מיוחד בפני בית דין צבאי למניעת טרור לפי הפקודה מתשי"ח בעלת אותו שם, שהופעלו אצלנו בראשית שנות החמישים, בוטלו בתשי"ס.

(ב) הנהגתה של זכות ערעור מבטאת את ההסתלקות מאמצעי חירום קיצוניים המתחייבים בתקופת הראשית של ממשל צבאי, אך אינם מוצדקים בממשל צבאי הקיים כבר עשרים שנה ויותר וממשיך לפעול במתכונת השלטונית האמורה. במה דברים אמורים: בענין זכות הערעור בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, יש בדרך כלל מקום לאבחון בין תקופת הראשית לבין תקופה מאוחרת יותר. בראשיתו של כנון השלטון הצבאי, מיד לאחר שוך הקרבות, הקמתה של מערכת שיפוט דו-רבדית איננה אפשרית ואיננה מעשית בדרך כלל. עם נטילת הסמכויות על-ידי המערך השלטוני החדש בשטח המוחזק יש, ראשית לכל, להשיב את החיים למסלולם התקין, ולהבטיח את הסדר הצבורי (ET LA VIE PUBLIQUE L'ORDRE כלשון סימן 43 לתקנות האג 1907). בשלב ראשוני זה נחוץ לכוון באופן מיידי ערכאה

שיפוטית צבאית אחת אשר יהיה לאל ידה להחדיר לתודעת האוכלוסייה, על אתר, את העובדה כי חלפו תנודותיה ותעתועיה של המלחמה ופריקת הרסן המתלווה לכך, כי כונן שלטון חדש שפרסם הוראותיו, וכי את אלו יש לקיים באופן דווקני ומידי.

ואולם, חלוף העתים ועימן החזרת החיים למסלולם, צופנים בחובם גם את הצורך להסיר אט-אט את תופעות הלואי החדות והמחמירות של תקופת המלחמה ושל ראשית התארגנות השלטון שלאחריה, במגמה לשוות לחיים דמות וצורה מסודרים ורגילים, ככל האפשר. בתקופה בה בונים שיכונים, סוללים כבישים, מפתחים בתי חולים, תלמידים יושבים לבחינות הבגרות, ורבבות משכימים קום מדי בוקר כדי לצאת לעבוד בתוך השטח ואף מחוצה לו, אין למצוא סיבה והגיון בכך שדווקא מערכת השיפוט הצבאית, קרי הכלי לעשיית הצדק מטעם השלטון הישראלי, תוסיף לשאת יותר מכל מערכת שלטונית אחרת, את תוית ההיכר של המלחמה, של הארעיות, של ההגבלות הנובעות מזמן החירום, שביטוייה בהיעדרן של התכונות המשלימות את מהותה ומראית פניה של שיטת משפט הוגנת ומושלמת.

תופעה זו מתחדדת, כמובן, כאשר רבבות עובדים נתקלים בישראל יום-יום בשיטת משפט אחרת, הבנויה על אדניה של תפיסה הרואה בקיומו של ערעור זכות חוקתית (סעיף 17 לחוק היסוד הני"ל).

עמדנו על ההתפתחויות הנובעות מטבע הדברים מעצם קיומו של שלטון צבאי ממושך בבג"צ 69/81 הני"ל (וראה גם בג"צ 337/71 אלגימיעיה אלמסחיה ללאראצי, אלמקדסה נ. שר הבטחון, פד"י כ"ו (574) 1) בג"צ 202/81; טביב נ. שר הבטחון פד"י ל"ו (622) 2) ובג"צ 393/82 גימעית אסכאן אלמעלמין נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פד"י ל"ז (785) 4).

בבג"צ 69/81 נאמר לענין זה:

"צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן ועם ההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך. כמבואר לעיל, לא ראו מנסחי התקנות להסתפק בהגדרתה של חובה, המתמצית בהחזרת המצב לקדמותו. משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר ...

לפי מלותיו של סימן 43: אכן נכון הוא, כי הסימן אינו מביא בהוראותיו כללי התאמה או סיוג, הכרוכים באלמנט הזמן או מותנים בו, אך השפעתו של מימד הזמן עולה מכללל מן הנוסח, לפיו יש להמשיך ולהבטיח במידת האפשר, את הסדר והחיים הציבוריים, כאשר הכוונה בעליל לסדר ולחיים הציבוריים בכל זמן נתון ולא רק במועד קובע אחד ויחיד ...

ההתייחסויות לנושא הזמן בספרות המשפטית הן רבות, ואזכיר כדוגמא רק את דברי LOENING במחקרו הני"ל INTERNATIONALE ET DE LOIS REVUE DE DROIT (COMP. TOME. IV P. 632-634) השם שם דגש על משך קיומו של השלטון הצבאי: אם מדובר בתקופה קצרה של שלטון צבאי, די בנקיטת אמצעים מינימאליים, שנועדו להבטיח את הביטחון וצורכי הלחימה. אולם אם המדובר על משך זמן ארוך יותר, יש לתת, לדבריו, את הדעת במיוחד לצורכי האוכלוסייה. D.A. GRABER, SUPRA, AT 290 מציינת העדרן בתקנות האג של הוראות ספציפיות בתחומים רבים, ובהקשר זה היא מוסיפה, כי כאשר השלטון הצבאי ממושך יותר, מחובתו, כדבריה -

'TO ASSUME FULL GOVERNMENTAL BURDENS'.

(337/71) הני"ל, בעמ' 582, לפיהם:

"החיים אינם עומדים במקום, ושום שלטון, בין מחזיק ובין אחר, אינו ממלא את חובתו כלפי האוכלוסייה כראוי אם הוא מקפיא את מצב החקיקה ונמנע מלהתאימו אל צרכי הזמן".

לשון אחר, אם ההסדר המקובל והראוי, כבטויו בחקיקה הישראלית הפנימית ובחקיקה של ארצות בעלות שיטת משפט דומה לשלנו, הוא כי זכות הערעור היא חלק מהותי מן המבנה של ההליכים המשפטיים, הרי אין הצדקה לכך שעם חלוף עשרים שנה מעת כנון הממשל הצבאי, עדיין יעמוד השיפוט הצבאי הישראלי על ערכאה אחת ויחידה, אחריה אין ערעור, זולת האפשרות של פניה לרשות מינהלית (להבדיל משיפוטית), היינו למפקד האיזור. לאחר תקופה כה ארוכה של שלטון ישראלי על השטח המוחזק, ולאחר שהשלטון קיבל בשטח אחיזה יציבה וקבועה, יש, לדעתי, להנהיג את זכות הערעור, הנחשבת כמבואר וכמוזכר לעיל "מרכיב מהותי של שפיטה הוגנת". (ראה סעיף 7 לעיל).

(ג) יש בהקמת ערכאת ערעור צבאית, במישרין, משום העלאת קרנה של מערכת השיפוט הצבאית, שכן בכך ישולב לתוכה יסוד אשר יגביר את כושר השיקול המשפטי ואת כושר הבצוע המקצועי שלה, בעיני האוכלוסייה המקומית ובעיני כל אדם אחר. ערכאת הערעור גם מבליטה את אי-התלות של מערכת השיפוט הצבאית, ואף בכך יש יסוד חשוב לחיזוק מעמדה ויוקרתה.

כל שופטי הערכאה הצבאית הראשונה ובראשם אבות בתי הדין, הם לפי שיטתנו בעלי הכשרה משפטית, חלקם בשירות סדיר וחלקם האחרים עורכי דין מן השורה הבאים לשרת שירות מילואים בדרך זו. אין לי ספק שהם עושים את מלאכת השיפוט נאמנה ושוקדים על עשיית הדין כהלכתו. אך כפי שהוסבר לעיל, כינונה של ערכאת הערעור ישלים את מבנה המערכת המשפטית וישווה אותו למקובל לפי התפיסות הנהוגות בכגון דא. בכך יכול, איפוא, להיתוסף לבתי המשפט הצבאים נדבך מהותי חיוני נוסף, אשר יחזק את יסודות האמינות, היציבות ואף את העצמה המוסרית של המערכת כולה.

(ד) התשובה המרכזית אשר בפי המשיבים היא, כמוזכר כבר, הצורך המבצעי - היינו יעול המלחמה בטרור וקיצור ופישוט ההליכים. ההנחה היא, כי הוספתה של ערכאת ערעור תאריך את משך הדיון ותפגע בכך ביעילותם של ההליכים המשפטיים.

השיקול המבצעי הוא ללא ספק בעל משקל רב. בית המשפט הצבאי מהווה חלק חשוב ממערכת הפעולה השלטונית הרב-זרועית. עליו להיות, כמובן, בלתי-תלוי לחלוטין ועצמאי בשיקולו. אופיו הצבאי של בית המשפט, הוא בגדר חובה לפי הכללים של המשפט הבינלאומי הפומבי האוסר כינון של ערכאות אזרחיות (ראה סימן 65 לאמנת ג'נבה הרביעית). אופיו הצבאי גם נובע מן הטעם האירגוני, שכן הוא מהווה זרוע של מערכת השלטון הצבאי. יעילותו היא ברורה וגלויה, כי בפעלו במסגרת הממשל הצבאי הוא מאפשר נקיטת צעדים משפטיים נגד אלו הנאשמים בפעולות טרור ובפעולה נגד הוראות הצבא, אשר מסיבות מובנות לא ניתן להביאם לדין בפני בתי המשפט האזרחיים של השטח המוחזק. נקיטת הצעדים האמורה נעשית במסלול אשר מותווה ומפורט בחוק, במסגרתו מוקפד על קיום כללי משפט הוגן.

לדעתי, אין כל ניגוד בין היעילות לבין קביעת מבנה שיפוטי המאפשר שקילתם של ענייני חוק ומשפט על ידי ערכאת ערעור צבאית (להבדיל מבקשות בענייני ענישה, אשר יכולות בשלב הראשון, להוסיף ולהיות נדונות על-ידי מפקד האיזור). אין ניגוד בין פעולה החלטית ויעילה לבין הצעידה בדרך המשפטית, אלא היפוכו של דבר.

יתרה מזאת, אינני שותף לתפיסה המונחת ביסוד ההשקפה, לפיה יש להציב את המהירות כפשוטה כחזות הכל. הליכים משפטיים משרתים מטרה עיקרית והיא עשיית דין צדק תוך הבטחת מראית פני הצדק. כל היתר הוא, בדרך כלל, פועל יוצא מכך: השלטת החוק והחדרת התודעה בדבר כוחו, קבלת המרות של החוק, עצמתו כמכשיר לשרוש של הפשיעה בדרך כלל ושל הטרור בפרט, ההרתעה הנובעת מכך ומשמעויות נילוות אחרות, כל אלו הן תוצאות נגזרות מעשיית דין צדק ולא חליפיו. כמובן, הליכים משפטיים צריכים בדרך כלל להתחיל ולהסתיים תוך זמן סביר, ומצער מאד הוא שלא אחת לא ניתן להשיג אצלנו יעד זה. אולם יעילותם, כוחם והשפעתם של הליכים משפטיים אינם נמדדים רק על פי מישכם. בכל הליך שיפוטי יש, כמקובל, יסודות מהותיים אשר עליהם אין לוותר בשום תנאי, אף אם יש בקיומם הלכה למעשה כדי להאריך את משך ההליכים במדת מה. כך חייבים, למשל, להשהות לפעמים תחילת הדיון לזמן סביר כדי לאפשר לנאשם בחירת סניגור.

כאמור, דיון משפטי צריך להתנהל ולהסתיים תוך זמן סביר, אך אין הוא מירוץ כנגד הזמן, והחובה לקיים כללים מקובלים של משפט הוגן גוברת על כך. גם בסוגיה זו יש לאזן בין שיקולים שונים, וכאשר

ניצבים על כפות המאזניים, זה מול זה, כללים הבאים להבטיח תנאים בסיסיים של הליכים הוגנים מול אינטרס המהירות, גוברת בעליל החובה לקיים את כללי הדיון ההוגן.

הליך משפטי המחוסן בפני טענות ומענות מאחר שהוא מקיים, גם על פי מבנהו, את המקובל בשיטות משפט נאורות, מחזק את כיבוד החוק ואת השלטתו יותר מן המהירות ומבטיח ביתר שאת שההליכים המשפטיים ישיגו מטרתם.

17. סיכומו של דבר, התכונות התרומיות של מוסד הערעור, העולות במשקלן באופן מהותי על המגרעת הטמונה בהארכת-מה של סך כל זמן הדיונים, הביאו בשיטת המשפט שלנו לאימוצה של שיטת הערעור כזכות מהותית (פרט לשלשה יוצאים מן הכלל עיקריים: דיונים המובאים במישרין לבית המשפט הגבוה לצדק לפי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, או לבית הדין הארצי לעבודה לפי סעיף 24 לחוק בתי הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 והשיפוט בתביעות קטנות).

משקיבלנו את הזכות לערער לערכאת ערעור אחת לפחות כחלק מהותי ממהלך השפיטה בשיטתנו, בשל כל הטעמים שמנינו לעיל, מתבקשת ממילא המסקנה כי כל מערכת שפיטה המופעלת על ידנו מן הראוי שתבנה על-פי אותו מבנה יסודי.

הנני סבור על כן כי מן הנכון שהמשיבים יאמצו גישה זו גם לגבי בתי המשפט הצבאיים.

18. מן הטעמים שהובאו בסעיף 13 לעיל, יש לדחות את העתירה ולבטל את הצו שיצא בעקבותיה.

אין צו להוצאות.

השופט ד. לוי

אכן מקובל עלי כי זכות הערעור אינה נמנית על זכויות היסוד המוכרות. אין לך זכות ערעור, אלא מכוח הוראה שבחוק. הנימוקים למסקנה זו הובאו בהרחבה על ידי הנשיא בחוות דעתו והם מקובלים עלי.

באשר לבתי הדין הצבאיים הפועלים בשטחים המוחזקים ביהודה ושומרון ובחבל עזה, לפי הצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970, זהו אמנם המצב המצוי, אך לדעתי אין זה כלל המצב הרצוי והוא מחייב לדעתי, שינוי ממשי.

ההגיון הענייני והמשפטי שיש בו כדי להצדיק התקנת הכלל כי "לא יהיה ערעור על פסק דין לערכאה שיפוטית", אלא רק פניה אל המפקד הצבאי (סעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970), הוא בזמניות השליטה בשטחים מוחזקים, בטעמים של בטחון, המיוחדים למצב זה ונובעים ממנו. לא כן בתחומי המדינה שמערכותיה יציבות וההסדרים השיפוטיים החלים בה מתקיימים לאורך ימים.

מכאן מערכת שיפוט מלאה ושלמה, כולל ערכאת ערעור, בתחומי המדינה, ומערכת שיפוט מוגבלת ומצמצמת הנעדרת זכות ערעור מתאימה, בשטחים המוחזקים.

הגיון זה נמוג והולך במציאות הקיימת בעניינו; שליטה מתמשכת בשטחים המוחזקים לאורך זמן, מזה למעלה מ-20 שנה ויותר; גבולות פתוחים ותנועה כמעט חופשית בין שני האזורים; שילוב אמיץ וקבוע של מערכות כלכליות ואחרות בין תושבי שני האזורים - המדינה מחד גיסא ושטחי יהודה ושומרון וחבל עזה מאידך גיסא; בעיות בטחון דומות בשני האזורים ומערכות שיפוט כמעט זהות, ככל שמדובר בהליכים הננקטים על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), לבד מזכות הערעור הקיימת במדינה והנעדרת בשטחים.

אין זה מתקבל על דעתי כי נאשם שהועמד לדין בשל פעילות חבלנית בכפר סבא, יהנה מזכות ערעור, אם יורשע בדין, ואילו אם אותו נאשם הואשם בבצוע מעשה כאמור בקלקיליה, הגובלת עם כפר סבא, לא

יוכל ליהנות מזכות ערעור כזו. הוא הדין בין ירושלים לבין בית לחם או רמאללה ובדומה לכך לכל אורך גבולות המדינה.

במציאות מיוחדת זו, שאין לדעת משכה, ההוראה שבסעיף 43 הנ"ל מאבדת מסבירותה והגיונה.

סוגיה זו ראויה על כן לבדיקה מחודשת ולהתייחסות מעמיקה ורצינית ההולמת את הנסיבות המיוחדות שתוארו לעיל. בחינה מחודשת זו ראוי לה שתעשה בדחיפות על ידי המחוקק בשל חשיבותה הרבה מבחינת זכותו של הפרט, ומבחינת תדמיתה של המערכת השיפוטית הרלבנטית. אין זה רצוי כי סוגיה נכבדה ורצינית זו תוכרע בסופו של דבר באקראי, אגב דיון בעתירה פלונית, בהחלטה שיפוטית הקובעת מדיניות.

מצרף אני, איפוא, דעתי לדעת הנשיא, הן לענין דחיית העתירה והן להמלצה המנומקת והמודגשת לכינון ערכאת ערעור מתאימה כמצוות המחוקק.

השופט א. גולדברג

דעתי כדעתו של הנשיא הנכבד כי דינה של עתירה זו להדחות.

הזכות לערער אינה זכות טבעית אלא זכות יתר. ב-4 AMERICAN JURISPRUDENCE 2D PAR. 1 אנו מוצאים כתוב כי:

"SUCH REVIEW PROCEDURE IS NOT A NECESSARY PART OF A LEGAL SYSTEM, REQUIRED BY DUE PROCESS, NOR IS THE RIGHT OF APPEAL AN INHERENT OR INALIENABLE RIGHT."

בספרו "המשפט העברי" (מהדורה שנייה, עמ' 668) עומד פרופ' מ. אלון על כך כי "בהלכה התלמודית אין בית דין לערעורים", ועל חילוקי הדעות הקשים שליוו בשעתו את הקמתו של בית הדין הגדול לערעורים.

גם בית המשפט לערעורים פליליים באנגליה לא הוקם אלא בראשיתה של מאה זו (1907). (CRIMINAL APPEAL ACT,

ואף על פי כן אין בהנמקותינו לדחיית העתירה כדי להחליש את השיקולים המדברים בעד הקמתה של ערכאת ערעור, עליהם עומד הנשיא בחוות דעתו.

איני מקל ראש בשיקוליו המבצעיים של אלוף הפיקוד, ובמיוחד נוכח הארועים האחרונים בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. שיקולים אלה נופלים אמנם בתחום הסבירות. אולם מן הראוי הוא, על אף זאת, להמשיך ולחפש אחר נקודת איזון בין צרכי הבטחון ובין הצורך, שאף הוא נראה בעיני חיוני, להשתית את שלטון החוק, על דרך כינונה של ערכאה שיפוטית מבקרת, בצדה של רשות חוננת.

את החששות להתמשכות ההליכים ולפגיעה ביעילות הענישה ניתן להפיג על-ידי קביעת הסדרים דיוניים מתאימים, בכללם כאלה אשר יבטיחו תחילת הדיון בערעור וסיומו במועדים סבירים, כשבצדס הוראות הולמות לעניין ביצוע ועכוב של גזרי-דין עד להכרעה בערעור. כך יושג האיזון הנזכר, אשר לא יהא בו לפגוע במלחמה בטרור ויבטא את חוסנו המוסרי של הממשל.

לפיכך מצטרף אני להמלצה בדבר כינונה של ערכאת ערעור, בלי שאראה לסייג את סמכותה אך
"בנושאים שניתן להגדירם כעניין שבמשפט", כדעתו של הנשיא.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, י"ט שבט התשמ"ח (7.2.88).